

法學士小原新三著



國法學要義 完

東京水野書店發行

序

本書は、必しも、深奥の法理を闡明するを以て主旨と爲さず、只初學者をして、平易に國家の組織と機能とを、會得せしめ、併せて、我國體の他に卓絶するものあることを理解せしめ、並に立憲政の民として、各自の立脚地を了知せしめんことを期したるに外ならず。今や、國法學の原理を講明するの著書、或は絶無にあらざると雖、未だ、初學者に對し、最も簡明に之を梗概を説きて、能く其要を得たるものあるを知らず。是れ本書を公にする所以なり。唯恐る、公勞の餘暇、匆卒にして稿を脱す、繁簡或は要を失し、其他、不備なるもの亦、少しとせざるへし。然れども、此の如きは他日を期し

て補正する所あらむと欲するなり。

明治三十四年四月

小原新三識

國法學要義目次

緒 論

第一章	法律學	一
第一節	何を法律學と云ふか	一
第二節	法律學の必要	三
第三節	法律學と政治學との區別	四
第四節	法律學の研究法	五
第五節	法律學の研究を爲すに際し注意すべき一の事項	六
第二章	法律	七
第一節	法律の實質	七
第二節	法律の觀念	九
第三節	法律の目的	一二
第四節	法律の進歩の狀態	一二

第五節 法律と宗教との關係……………一三

第六節 法律と道德との區別……………一四

第三章 國家……………一五

第一節 國家の觀念……………一五

第二節 國家の要素……………一九

第三節 國家の目的……………二〇

第四節 國家と社會との區別……………二一

第五節 國體……………二二

第六節 政體……………二四

第四章 人……………五二

第五章 權力權利及び義務附統治權……………二九

第六章 國法……………三三

第一節 何を國法と云ふか……………三三

第二節 憲法……………三四

第一項 憲法の意義……………三四

第二項 法律學上に於ける憲法の地位……………三五

第三項 憲法の種別……………三九

第四項 英國憲法の沿革……………四〇

第三節 行政法……………四三

第七章 公法及び私法……………四五

第一卷 統治の主體……………五〇

第一章 天皇……………五〇

第一節 天皇の觀念……………五一

第二節 天皇の國法上の位置……………五二

第三節 皇位繼承に關する原則及び順序……………五四

第二章 攝政……………五七

第三章 皇室典範……………五九

第二卷 統治の客體

第一章 日本臣民

第一節 何を日本臣民と云ふか附臣民籍

第二節 日本臣民たる者の要件

第三節 日本臣民の義務

第四節 日本臣民の權利

第五節 日本臣民の權利又は利益の侵害に對する救済の手段

第二章 領土

第三卷 統治の機關

第一章 憲法上の機關及び非憲法上の機關

第二章 大權機關、立法機關、司法機關及び行政機關

機關

第一節 國務大臣及び樞密顧問

第一項 國務大臣

第二項 樞密顧問

第二節 立法機關

第三節 司法機關

第四節 行政機關

第一項 行政官廳

(I) 行政官廳の觀念

(II) 行政官廳の權限

(III) 行政官廳の種類

(IV) 政府の觀念

(V) 會計検査院

第二項 地方自治團體

第三項 公共組合

第三章 官吏公吏及び議員……………一二五

第一節 官吏……………一二五

第二節 公吏……………一二八

第三節 議員……………一三〇

第四卷 統治の作用……………一三一

第一章 統治の作用は如何に之を分類すへ
さか……………一三一

第二章 憲法上の大權に基く作用……………一四〇

第三章 立法……………一六一

第四章 司法……………一六六

第五章 行政……………一七〇

第一節 官治行政及び自治行政……………一七二

第二節 官治行政の分類……………一七九

第三節 行政行爲……………一八三

第一項 實質上の區別……………一八三

第二項 形式上の區別……………一八五

第三項 目的上の區別……………一八九

第一目 内部に對する行政行爲……………一八九

(I) 行政的監督……………一九〇

(II) 裁判的監督……………一九一

第二目 外部に對する行政行爲……………一九三

(I) 公用徵收……………一九五

(II) 警察……………二一一

附錄 憲法第六章……………二一六

同 同第七章……………二二五

同 憲法發布勅語……………二二八

同 大日本帝國憲法……………二三一

國 法 學 要 義 目 次 終

國 法 學 要 義

法 學 士 小 原 新 三 著

緒 論

第 一 章 法 律 學

國法に關する法律學を稱して國法學と謂ふ。近時の用語例に於て國法とは法律と必ずしも同一義を有するの語にあらすして、特に法律の或る一部を意味するの語たり。法律及び國法の何たるかに就ては、序を逐うて之を解説すべし。然れども、國法學は法律學の一部なるか故に、法律學の何たるかを知るは、國法學の何たるかを知るに當りて必要の順序ならざるへからず。

第 一 節 何 を 法 律 學 と 云 ふ か

何を法律學と云ふか。曰く文字の示すか如く、法律に關する學問を稱して法律學とは云ふなり。現今我一國のみに就きて云ふも、法律は、其數に於いて幾千萬なるか

を知るへからず。法律學の關する所は、此の如くに浩汎なり。然れども、徒らに法律を編纂し、若くは序を逐うて之を解説するは、法律學の目的となす所にあらず。何となれば、法律學は一の學問なればなり。凡そ學問は、只漫に現象の雜多なるものを知るのみを以て目的となすものにはあらず。現象の雜多なるものを知るのみならず、博物館も亦能く其用を爲さむ。豈必しも學問なるもの必要あらんや。蓋し種々なる現象を彙別して之に共通なる一定の原則を發見し、物と人事とに關する眞理を研究するは、即ちすへての學問の目的となす所なり。法律學は法律に關する學問なるか故に、種々なる法律を彙別して之に共通なる一定の原則を發見し、若くは之に依りて更に他の原則を推知するは、即ち、又其目的ならざるへからず。

或は曰く、法律には一定の原則なるものあることなし。何となれば、法律は人か隨意に制定し、隨意に廢止することを得るものなり。而して人の意思なるものは、極めて自在のものなり。右せむと欲して右すへく、左せむと欲して左すへし。意思にして、すてに自在ならば、之に依りて生ずる人類百般の現象に、豈一定の原則なるものあらむやと、然り、法律は人事無形の事に關するものなるか故に、理化學、若くは動植物

學等に於けるか如く、現實なる例證に據りて之か原則を立證すること難し。然れども、有形の物に關すると無形の事に關するとは、必ずしも原則の有無と相關するものにはあらず。法律は人事無形の事に關するものなるか故に、法律學には、原則なるものあることなしと云ふことを得へく。ひは、道德の觀念も、美の認識も、人類の間に於ては、到底存し得へからず。從て又道德學も、審美學も、存在することを得ず。と謂はざるへからざらむ。而かも、豈此事あらむや。法律學に原則なしと云ふ説の誤れるは、是に依りて之を觀るも亦甚だ明なり。

第二節 法律學の必要

往昔、漢の高祖が法三章を約して、人民を統御せむと欲したりと云ふは、史の傳ふる所なり。此時に當りてや、未だ法律學なるもの必要あらず。何となれば、法律は何人も周知し得て之を服膺するに於て、何等の困難たも存在せざりしを以てなり。然れども、近時、文明諸國に於いて、一般に法治主義なるもの行はるるに至りては、凡百の事物は、殆ど皆法の規矩を逸するものあらず。是を以て、法律の數は、其幾千萬なるかを知るへからずして、而かも却て之を周知するは、容易の業にあらず。而して人の

一舉手一投足も皆此法律の支配を受けざるものあらす。於是か此等の浩汎なる法律を一束し、類に隨て之を彙別し、之に通する原則を説明し、以て法律の大體に関する觀念を了得し、之か適用と、遵守とに於て、大なる誤なきことを得せしめむと欲する所の法律學なるものの必要の、極めて大なるに至れるや、亦自然の勢なりと謂ふべし。

自ら稱して曰く、立憲政の民なりと、而かも、立憲政の何たるかを知らざるのみならず、又自ら果して如何なる法の保護と、法の牽束とを受くるかを知らずむは、立憲政の民なりと云ふも、是れ寧ろ却て滑稽に類せずや、何となれば、是れ彼の天を戴き地に濶歩して、而して自ら立脚する所の何なるかをも解せざるも、些の擇ふ所なければなり。此點より之を云へば、法律學は立憲政の國に於いては、普通教育の一科たるに缺くへからざる價值ありと謂はざるへからす。

第三節 法律學と政治學との區別

隨に曰く、惡法も亦法なりと、法律にはもとより是なるものと、非なるものとあることを免れず、法律は人手に成るものなるか故に、缺點多きものと缺點少きものと

あるは、到底免るへからざる所なればなり。然れども、惡法も亦法律としては、違由の効力に於いて別に他の法律と異るとなし。法律學の法律に對するや、法の是非如何に係はらず、平調に之か原則を討尋するを以て主旨となす。換言すれば、法律學の前には惡法なし。之に反し、法律の是非得失を比較し、論斷し、其如何なる國情の下に於いて、如何なる時代に於いて、若くは如何なる人民に對して、其如何に立法すべきかを研究するは、即ち政治學の主旨となす所なり。一は法理の學なり、一は政策の學なり、以て二者の異なる所以を解すへし。

然れども、學者往々にして此區別を混淆し、法律學を論するに當り、間々法の得失を論するものあり。然れども、此の如きは、すてに正當なる法律學の範圍を逸するものなりと謂はざるへからす。

第四節 法律學の研究法

齊しく之を法律學と稱するも、法律學は歴史的に研究することを得可く、比較的に研究することを得可く、分析的に研究することを得可く、哲理的に研究することを得可し。而して彼の政治的に法律を研究するは、政治學の部門に屬し、所謂法律學

の範圍に屬せず。自ら別種の學問を成すは、前節に之を述べし所の如し。而して歴史的、比較的、分析的、哲理的研究法は、各其長を異にすと雖、而かも其相待て法律學の進歩を促すものたるに至りては、即ち一なり。獨逸に於いてサビニーは歴史派の大家と稱せられ、英國に於いてオースマンは分派派の大家と稱せらる。カント(獨逸)は哲理派の巨擘にして、佛國に於けるモンテスキューは比較法學を以て名あり。

第五節 法律學の研究を爲すに際し

注意すべき一の事項

法律學が法律に關する原則を討尋するを以て主旨となす所の學問なるは、既に之を述べし所の如し。原則なる者は、何れの場合に於いても事實に憑據して、捉へ得たる所のものならざるへからず。換言すれば、事實より歸納し得たる原則、若くは此原則より演繹して得たる所の他の原則ならざるへからず。而かも原則は往々にして空論と同視せらるることあり。空論は事實に憑據せざる架空の論斷なり。空論の法理を誤るもの特に大なり。而かも、法律學を學ぶに當り、學者往々にして空論の弊に墮つ。最も慎まざるへからず。

第二章 法律

國法は近時の用語例に於いては法律其ものにあらすして、法律の一部なることは、前章に之を述べし所の如し。すてに國法は法律の一部なり。國法の何たるかを知らむと欲せば、即ち先づ法律の何たるかを知らざるへからず。

第一節 法律の實質

法律又は法規なる文字の有する意義は、元來一にして足らず。

之を廣義に解釋するときは、規則、法則、原則等の文字も亦畢竟法律と同一の意義を有するものなりと云ふことを得へし。例へば春去りて夏來り、秋收りて冬至るか如き夜、且の錯行するか如き、動植物の盛衰するか如き、物體のすへて地心に向ひて墜落するか如き、水の低きに從ふか如き、亦皆一の法律なりと云ふことを得へし。而して此の如き法律を稱して宇宙の法律、又は自然の法律と云ふことを得へし。

又、不忠の臣、不孝の子、不義の人、不貞の婦は、人に擯斥せらるることを免れず。是れ亦一の不變の法律なり。而して之を稱して道徳上の法律と云ふことを得べし。

或は又茲に一家を整理せむか爲めに、家憲を設くるものありとせむか。家憲も亦家人に對して一の規矩たるを失はず。而して是れ亦もとより一の法律なり。今此等の場合を綜合して考ふるに、春秋の相來往し、夜旦の相錯行し、不徳なれば人に擯斥せられ、家憲の家人に對して一の規矩たるか如き、畢竟法律とは不變の理法多くの現象に共通なる一般の準則の義、換言すれば一定の秩序の謂に外ならざることを知るへし。

然り而して、法律學上に所謂法律と稱するものも其實質に於いては、亦右に述ふる所の法律の義に外ならざるなり。例へば一定の惡事に對して一定の罰を加ふと云ふか如き、男女相婚するに正當の手續を履まざる時は、法律上夫婦たるの保護を受くること能はずと云ふか如き、即ち前者に在りては、惡事を行へりと云ふの原因あるか故に、處罰なる結果あり。後者にありては、正當の手續に従ひて結婚せずと云ふの原因あるか故に、法律上夫婦と認めらるゝことなしと云ふの結果あるものにして、之を要するに、皆不變の理法、一定の秩序の義に外ならず。是に依りて之を觀れば、法律學上に於いて法律と稱するものも畢竟其實質に於いては、宇宙の法律道

徳上の法律、又は家憲等と別に異なるものなきを知るへし。然れども、法律學上に所謂法律と稱するものの實質か、此等の廣義に於ける種々の法律と異なることなしと云ふか爲に、法律學上所謂法律も、他の法律も、全く何等異なることなしと云ふことを得ず。

然らば法律學上に所謂法律なるもの觀念は如何。

第二節 法律の觀念

法律の觀念に關する學說の變遷は二三にして止まらず。之を詳述するは寧ろ特殊の研究に譲らざることを得ざるか故に、茲には單に法律學上に所謂法律なるもの、要素を示し、以て之か觀念の大體を説明せむと欲す。

第一 法律は規則なり。例へば此くの如きことは爲す可し、爲さざれば此くの如き結果あらむ。斯く々々の事を爲すときは、斯く々々の結果あらむと云ふか如し。予の前に不變の理法、一定の秩序と謂へるもの即ち是れなり。

第二 法律は行爲の規則なり。然れども、原因結果の秩序を定むるものか、すへて皆法律學上に所謂法律にはあらず。法律學上に所謂法律とは人事に關し、而して

行爲に關する規則なり。

第三 法律は國家の行爲、又は人民の國家的生活に關する行爲の規則なり。國家は外部に於ては、他の國家に對して行動し、又内部に於いては、國內に於ける人民に對して其固有の命令權を發動す。是等國權又は統治權の發動に關し、一定の規則を定むるときは、是れ即ち一の法律なり。憲法官制等の如し、而して國家は此の如くに自己の行爲に關し、一定の規則を定むるのみならず、又人民に對して其行爲の規則を定むる場合甚だ多し。刑法、民法、商法等の如し、而かも、人民に對し、其行爲の規則を定むるは、要するに之を以て國家に對し、何等かの關係を有する行爲なりと認むるか爲めに外ならず。此に人民の國家的生活と云ふは、即ち此意義に於いて云ふなり。例へば會社員として會社規則に服従し、學校生徒として學校規則に服従し、家人として家憲に服従するのみにては未だ以て法律に服従するものと云ふことを得ず。何となれば、法律は人民の國家的生活に關する規則なりと雖、會社規則と、學校規則と家憲とは、未だ直ちに以て人民の國家的生活に關する規則なりと見做すことを得ざるを以てなり。要するに、人民の國家的生活に關する行爲の規則とは、國家か

其一分子として人民に對し、其行爲を拘束する場合に之を云ふなり。

第四 法律は國權に依て維持せらるゝ所のものなり。國家が法律を侵犯するものに對して加ふる惡報を稱して制裁と云ふ。而して制裁なるものは、獨り刑罰のみに止まるにはあらず。弱へは前に述べたる如く法律の規定に依らずして結婚する者あれば、法律は之に對して夫婦たるの保護を與へざるか如き、亦一の制裁たり。其他官吏、其權限を超え、又は法に違ふの行爲あるときは、譴責、罰俸等の懲戒あり。一人にして負債を辨濟せざる者あるときは、之に對し強制執行を爲すか如き、亦皆一の制裁たり。而して國家が此の如くに制裁を附して其法律を強制するは、即ち國權に依りて之を維持する所以なり。國際法には、嚴格なる意義に於いて制裁を缺くと雖、而かも亦國權に依りて維持せらるゝに至りては、即ち一なり。

以上列擧する所の法律の要素を一括して、法律の定義を下すときは、即ち左の如し。

法律とは國權によりて維持せらるゝ國家の行爲、若くは人民の國家的生活に關する行爲の規則なり。

第三節 法律の目的

法律の目的は國家の爲及び人民の國家的生活に關する行爲に規律するに依りて、人民の慶福を増進し、社會の安寧秩序を維持し、依りて以て國家生存の條件に適合せしめむことを期するに在るに外ならず。從て法律の目的は法律其ものに存するにあらすして法律以外のものに存するなり、換言すれば法律は國家の目的を達する爲の手段なり。此點に於いて法律は國家に對し、宗教及び道德と全く同一の地歩を占むるものなり。

第四節 法律の進歩の状態

法律の目的は、國家の目的を達するに在るに外ならざるが故に、時代により、國家の目的の美なるに従ひて、立法の方針も亦同しからざるは止むを得ずと謂はざるへからず。國家の目的の變遷に付きては後章に之を略叙すへし、而して立法の主義の變遷も亦全く之と其步趨を同するものなり。換言すれば立法の主義は要するに消極的より漸く積極的に移りたるものなり、更に詳言すれば、國家及び人民に對する危害を除却せんとするに始まりて、漸く人民の福利を増進せんとするの方針

に進みたるものなり。

法律に二種あり、一に曰く不文法なり、二に曰く成文法なり、此區別に付きては後章に之を説明すへし。大體の上より云ふときは、法律は不文法主義より漸く成文法主義に其歩を進めたるものなりと云ふことを得へし。然れども、太古成文法あり、今日尙不文法あり、我國に於ても法例第二條、民法第九十二條、商法第一條等は明に不文法を認めたるものなり。且つ英國の如き、今日尙不文法に重きを置くもの甚た多し、必しも時代を劃して之か主義を別つことを得ざるなり。

第五節 法律と宗教との關係

法律と宗教とは之と混同せられたるものなり、例へば歐洲に於いてもマホメツト教のコーラン法典は上帝より授りしものなりと云ひ、希臘のライカルガビ法典はヱピキウー(神の名より授りしものなりと云ひ、羅馬のヌマの法典は女神エシエリヤより受けしものなりと云ふか如き、能く之を立證するに足れり。蓋し一國の基礎未だ鞏固ならざるの時に當り、人心を歸一せむには、宗教の説く所は未來に存するを以て單純なる法律、又は武力のみを以てしては行はれ難きことと雖、之か力を借

るは最も政策として當を得たりしに依るなり。此の如く上古に溯れば、宗教と法律とは其間頗る相接近せるものありと雖、其後漸次二者の間に距離を生じ、近世に至りては漸く相分離して概ね獨立することゝなれり。我國に於ける探湯の法、放爪の刑等亦二者の關係を示すに足るものあり。

第六節 法律と道德との區別

法律と宗教との關係に關しては、前に之を述へし所の如し。今日に在りては、宗教と法律とは概ね相分岐したりと雖、法律と道德との關係に付きては、茲に之を一言せざる可からず。抑も立法の事實に於いて、法律か其時代の道德と通常相一致し、而して又相一致せざるへからざるは云ふを待たずと雖、歴史の證する所によれば、時として法律と道德と相乖離することなきにあらず。然れども、此くの如き法律は到底永續し得べきものにはあらず。而して今兩者の相異なる要點を擧ぐれば、凡そ左の如し。

- 一、道德は心を主とし、法律は行爲を主とす。
- 二、道德は人類品位の爲めに存する標準にして、法律は主として國民としての

義務を規定するものなり。

- 三、道德は主として善を勤むるを以て目的とし、法律は之に反し主として惡を罰するを以て主義とす。

- 四、道德上の制裁は強制することを得ず、之に反し法律上の制裁は權力を以て強制することを得。

第三章 國家

法律は國權に依りて其効力を持續するものなり。國權の何たるかは後章に之を説明すへし。本章に於いては先づ國家の何たるかを序説せむと欲す。

第一節 國家の觀念

試に讀者に對して、國家とは如何なるものなるかと問はむに、其の答ふる所は決して一樣なることを期すへからざらむ。例へば或は國とは土地なりと云ふ者あり、而して之を日本國支那國と云ふ場合に所謂國とは、輿地圖上に於ける一定の土地の區域を指す者なりと云ふに依りて證言せむ。或は國とは人民なりと云ふ者あり。

らむ、而して之を日本國か近時長足の進歩を爲したりと云ふ場合に所謂國とは日本人民と云ふの義なりと云ふに依りて證言せむ。或は國とは統治者なりと云ふ者あらむ、而して之を日本帝國と大英國とか條約を締結したりと云ふ場合に所謂日本帝國及び大英國は日本の統治者と英國の統治者と云ふの義なりと云ふに依りて證言せむ。或は國とは土地と人民と統治者との集合體なりと云ふ者あらむ、而して之を建國と云ふ場合に於ける國とは、治者と、被治者と一定の領土との包合せる一の團體の義なりと云ふに依りて證言せむ。而して何れの答か最も是なる。而かも其是非を甄別するは、必しも容易の事なりと云ふべからず。

國家の觀念は、常識に於いて此の如くに相一致せざるのみならず、法律學者の解も亦極めて多岐に亘り、殆ど歸一する所あるを知らず。或は曰く、國家とは統治の主體なりと。統治の主體とは治者の義なり、或は曰く統治の客體なりと。統治の客體とは被治者の義なり、或は曰く土地と人民と統治者により成れる一の團體なりと。或は曰く一の有機體なりと。或は曰く一の法人なりと。法人の何たるかは後章に之を説明すべし、而かも是れ只其學說の主要なるものを擧ぐるに止まるのみ。從て國家

の何たるかは、今日法律學上に於ける未決の問題なりと云うて可なり。

然れども、予の見る所を以てすれば、國家の觀念はもと二様の見地より之を定むべきものなるに似たり。二様の見地とは如何。曰く事實上の見地と法律上の見地とは是れなり。國家を土地と人民と統治者により成るものなりとなすは、事實上の見地より下したる見解なり。國家を生長し、發達し、凋落し、衰憊する有機體なりとなすも亦事實上の見地より下したる見解なり。決して之を誤れりと云ふことを得ず。然れども、法律上の見地より國家の何たるかを窺ふときは、國家は一の法人なりと云ひ若くは之を統治の主體なりと云ふは、極めて穩當なりと謂はざるべからず。國家の法人たる所以は、次章に之を解説すべし。而かも、此見解は決して國家を統治の主體なりとなす所の見解と相悖るものにはあらず。

何か故に國家を統治の主體なりと云ふべきか。曰く、抑も法律上に於いて國家の行爲と稱する所のものは、要するに統治權の發動の謂に外ならず、而して統治權なるものは常に他の國家に對し、若くは被治者に對して發動するものなり。從て國家其ものは他の國家、又は被治者に對するものなりと謂はざるべからず。さて然り

國家は統治の客體にあらずして、統治の主體なりと謂はざるへからされはなり。抑も我國に於いて統治權の發動なるものは、何等の場合に於ても常に天皇に其淵源を發せざることなし。此點より云うときは、我國に於いて法律上に於ける國家とは、即ち天皇なりと云ふも亦別に非難すべき點なきか如し。

同一の論結を執る所の學者にして、國家は統治權の主體なり而して、天皇の統治權は其祖宗に承けて固有に掌握せらる所のものなり、換言すれば、天皇も亦統治權の主體なり、從て國家は天皇にして、天皇は國家なりと論ずる者あり。(法學博士穗積八束氏)

然れども此見解は、我國に於いて始めて云ふを得る所にして、統治權の所在か、議會若くは人民に在りて、而かも之を總攬する者は、即ち王若くは、大統領なりとなすか如き國に於いては此の如くに云ふことを得ざるなり。但し、天皇を國家なりとなすの見解は今日學者の間に頗る異説の存する所にして、天皇は國家の機關なりとなし、天皇即ち國家なりと云ふの見解を非なりとなす者亦少きにあらず。或は近時に至り説を爲す學者あり、曰く國家なる文字は、此の如く學者の見解の

岐るる所に於いて、之に關する紛争の爲に、其時と方とを費すこと、決して少しと云ふへからず。而かも、試に國家なる文字を法律學中より排斥するも、畢竟幾何の不便かあらず。國家なる文字は力めて之を用ふるに若かずと、亦一種の見解なり。

第一節 國家の要素

法律上の見地に於いて、予の我國に於いては、天皇を以て國家其ものなりと見做すことを得へしとなすは前節に之を論せし所の如し。然れども、翻て具體的に人の一様に目して、國家となす所のものの何たるかを論ずるは、自ら別途の見地よりせざるへからず。

事實上の見地に依り、國家なるものの何たるかを説明せむに、或は土地を以て國家なりとなし、或は人民を以て國家なりとなし、或は統治者其ものを以て國家なりとなすを得へきに似たる場合あるは、前節に之を述べし所の如し。是等は普通の見解としては、必ずしも別に非なりと云ふことを得ず。然れども、遡りて何か故に、此の如き觀念を生したるかを考ふるに、蓋し是等の觀念と雖、亦國家なるものは、土地と人民と統治者とより成るものなりとの觀念と相容れざるものにはあらず。國家を

土地なりとなすの見解も、無人の地を國なりとなすにはあらず。國家を人民なりとなすの見解も、統治者なく、又土地なき一團の群民を國なりとなすにはあらず。統治者を國家なりとなすの見解も、土地と人民とを離れて別に統治者を認むるものにはあらず。從て國家なるもの、構成の要素か、土地と、人民と、統治者との三者にして、其一を缺くときは、到底、國家として承認せらるべきものにあらず。此等の見解を抱持する者の等しく、暗に認むる所にして、且すべての學者の一樣に認むる所なり。

第三節 國家の目的

國家の目的は汎くして及はざる所なし。地方自治團體其他公私の法人(次章に之を説明すへし)も亦もとより各其目的を有せざるものなしと雖、而かも其目的は單に國家に依りて認められたる範圍内に於いてのみ或る行爲をなすに至るに止まり、決して國家の如く汎汎なる目的を有するものにあらず。

昔時は祭祀、兵馬及ひ之か糧食を維持するを以て、國家唯一の目的としたりしか〔兵馬主義〕、次いで國家の生存を危くすへき行爲を除くを以て目的となすに至り〔警

察主義)而して近世殊に立憲國に於いては、更に又人民の福利を増進し(福利主義)且法律を以て國家を治むるの主義を執るに至れり、法治主義。然れども國家の目的はもとより單に法律の力に依りてのみ達し得へきにあらず。必ずや道德と併行せざる可からざるものなり。換言すれば法律の及はざる所は、即ち道德を以て之を補翼せざる可からざるなり。而して宗教も亦此點に於いて其効用を同らせざるへからざるは云ふを待たず。

第四節 國家と社會との區別

國家は領土と、人民と、統治者との三者を以て其構成の要素となすは、前に述べし所の如し。然れども、社會と國家とは必しも同一なるものにはあらず。國家は必ず社會なりと云ふことを得るも、社會は必ずしも國家にあらず。蓋し社會とは頗る廣き意義を有するものにして、凡て人の集合體を稱して社會とは云ふなり。從て國家も一の社會なり。府、縣、郡、市、町、村も一の社會なり。或は單に若干の人か相集りて成す所の團體、結社の如きも亦一の社會なり。要するに社會とは必ずしも不平等即ち治者と被治者との關係を有する人の集合體たることを要件とせず、平等の關係を有す

る人の集合體も亦一の社會たることを失はざるなり。

第五節 國體

統治權の所在の區別に依りて國體の區別を生ず。我が國には自ら我が國の國體あり。國體の異なるに依りて國法の説明も亦た異らざるべからず。

彼の獨逸の如き今日、其法律學に於いて大に特色を發揮し得たるものありと雖、普佛戰爭以前に於いては未だ何等の特色をも有することなく、單に英國若くは佛國の法律等を研究するに依りて法律學の能事は了れるものなりとなせり。抑も我國上古、藤原不比等等か、文武天皇の勅を奉して撰定したる大寶令の如き、其以後に於ける律令の如き、又は維新の始に公布せられたる新律綱領の如きは、一に唐律、明律に摸倣したるものと云ふて可なり。而して今日に至るまで歐洲の法律學は之を輸入したりと云ふことを得るも、而かも日本の法律學が獨立の地歩を占めたりと云ふことを得ず。明治廿七八年の戰役に依り、我國民は大に自覺する所ありき。而かも獨り法律學に於いて未だ我特色を發揮し得ざるは頗る遺憾なりと謂はざるべからず。

我國に於いて、統治權は、天皇の固有に總攬せさせ給ふ所なりと雖、佛國の如き統治權は議會に在りと稱し、白耳義の如きは、其憲法中に「王は憲法又は憲法に規定せられたる法律に依りて興へられたる權を有す」と規定せり。此等の諸國に於いては、大統領又は國王にもとより固有の統治權あるにあらず、人民の意思に依り、又は憲法の規定に依りて始めて之を有するものたり。又英國に於いては、統治權は議會に在るにもあらず、又國王の專握する所なるにもあらずして、上下兩院及國王の三者、共握する所なりと稱せらる。然れとも妄りに彼の國の議論を移して直ちに我國體を解釋せむとするか如きは、誤れるの甚しきものと謂はざるべからず。

我國の統治權か、天皇の固有に掌握し給ふ所なるは左の憲法發布の詔勅に依るも亦明なり。曰く

國家統治の大權は朕か之を祖宗に承けて之を子孫に傳ふる所なり。朕及朕か子孫は將來此の憲法の條章に循ひ之を行ふことを愆らざるべし。

云云と即ち統治權は皇室世襲の大權にして、人民の意思に依り、又は憲法の條章に依り始めて有せらるる所にあらず、我國體は二千五百有餘年の往時に在りて實に

既に確定したりし所なり。

國體は統治權の所在する體様を稱するの名なり。予は國體の區別は單に君主國體及び非君主國體の二を以て足れりとなすの説に賛せむと欲す。我國は萬世一系の天皇を奉戴する君主國體なり。英、佛、白等の諸國の如きは即ち非君主國體なり。

第六節 政體

政體と國體とは相同しからず。蓋し政體とは國家が統治するの形式を稱するの語にして、國權の所在を稱するの語にあらす。國體の紛更は國家の滅亡なり。然れども時世の異なるによりて政體は變遷すべきなり。

政體の區別は古來學者に依り、其見解を同しせり。然れども予は我國に於ては、只專制政體及び立憲政體の區別を以て足れりとなす。蓋し專制政體及び立憲政體の區別は憲法の有無を標準となすものにして、憲法を有する國家を立憲政體と云ひ、憲法を有せざる國家を專制政體と云ふなり。憲法制定以前に於ける我國家は即ち專制政體にして、今日に於いては即ち立憲政體なり。

專制政體に在りては、元首は如何なる事を爲すも隨意にして、何等束縛せらるる

所なしと雖、立憲政體に在りては、元首が一たひ憲法に依りて自ら無邊の統治權を制限し之か行使の手續を定められるた以上は、(暫く)欽定憲法(後章に之を説明すへし)を有する國に就て論ず。憲法の行はるる限りは、又專制政體に於けるか如く、其欲する所に任せて行動を妄りにせらるることを得ず。而して之に依りて人民は其所謂權利(後章に之を説明すへし)を鞏保せられ、其安寧と秩序とに安んずることを得るなり。

第四章 人

法律の規定する所は、何等の場合に於ても人の行爲に在り。然れども、法律上に於いて人と稱するは、普通に人と稱するものと必しも相同しからず。是れ本章に於いて特に人に關し概説せむと欲する所以なり。

普通に耳目口鼻を有する有體人を稱して人と云ふ。然れども(一)耳目口鼻を有する有體人にして、法律上人にあらざるものあり。(二)耳目口鼻を有する有體人にあらすして、尙法律上人たるものあり。

(二)耳目口鼻を有する有體人にして尙法律上の人にあらざるもの例は即ち奴隸なり。奴隸は何か故に^{法律上}に於いては人にあらざるか。抑も法律上に於いて人と稱するは自存目的を有するものを指して之を云ふなり。換言すれば自存目的の主體は即ち人なり。自存目的とは如何。曰く自立して生存するの目的是れなり。例へば奴隸か其勞役に依りて得る所は悉く皆主人の有に歸して、自己の有に歸せず。主人にして奴隸を養ふと、之を賣ると、若くは之を殺活するとは一に其擇ふ所に任すべくして、此點に於いて奴隸は一個の財産たり。換言すれば牛馬若くは貨物に異らず。奴隸には此の如くに自立して生存するの目的なし。是れ奴隸を人にあらずと云ふ所以なり。

自存目的を有するの狀態を稱して人格と云ひ、人格の主體を稱して人格者と云ふ。故に人格者とは畢竟又人と云ふと同じ。

(二)耳目口鼻を有する有體人にあらざるも、尙法律上人として目せらるものとは如何なるものなるか其種類を擧ぐれば凡そ左の如し。

(甲) 國家

(乙) 法人

(丙) 胎兒

(甲) 國家を以て一の法人なりとなすの説あることは、曾て述へし所の如し。而かも予の茲に法人と區別して國家も亦一の人なりと云ふは如何。夫れ國家も亦一の自存目的の主體たるは疑を容るゝの餘地なし。すでに然らば法律上に於いて之を一個の人なりと云ふはもとより當然なるのみ。然れども他の法人に在りては國家が法律に依りて其人格を認むるに依り始めて人たることを得るものにして、國家が法律の存在する以前よりすでに一の自存目的の主體として人たると大に異なり。是れ予の茲に特に他の法人と區別して別に國家を擧ぐる所以なり。然れども、自然人即ち耳目口鼻を有する有體人にあらずして、而かも人たるものをすへて法人なりと云ふの意義に於いてすれば、國家も亦もとより一の法人なるのみ。

(乙) 法人とは何ぞ。曰く法の規定に依り人格を有するものにして、自然人にあらざるもの是なり。法人には其種類多し。(イ)公法上の法人は其一なり。(ロ)私法上の法人は其二なり。公法上の法人とは、例へば府、縣、郡、市、町、村等の地方自治團體、及び水利組合

の類を云ひ要するに國家に對して隨意に解散すべからざる義務を負ふものたり。之に反し私法上の法人とは此の如き義務を負ふものにあらざりして、民法若くは商法等の規定に従ひ何時にても隨意に解散することを得べきものたり、其公益を主として設立せらるゝものを公益法人、獨立の生存目的を有する學校病院等の如しと稱し、私益を主として設立せらるゝものを私益法人、營利會社の如しと稱す。私法上の法人には、又社團法人及び財團法人の二種あり、人の集合體より成るものを社團法人と云ひ、一塊の財産に對して人格を賦與するものを財團法人と云ふ。

(丙)胎兒は未だ出生せざる自然人たるに過ぎず、其男性たると女性たると、生きて産るゝと、死して産るゝとは、未だ預知すべからざるものあり、而かも父の死したる場合に胎兒の權利を保護せむか爲に、特に之を一の生存目的の主體と見做し、獨立人たるに等しき待遇を與ふる場合あり、此場合に於いて胎兒は未だ生れずと雖、又人たり、法律學に於いて論ずる所の人なるものは、大要以上述ふる所の如し、而して何等の場合に於いても法律の規律する所は、即ち此等の人と、人との關係に在り、詳言すれば(一)國家と國家と(二)國家と人民(自然人若くは法人)と若くは(三)人民相互の

關係に在り。

第五章 權力、權利及び義務、附統治權

何を權力と云ふか。曰く命令の力は是れなり、換言すれば強制の力は是れなり。近代の國家に於いては、權力は國家獨り之を專握するを以て主義となすか故に、一私人は他の一私人に對して請求することを得べくして命令することを得べからず、請求するも尙其目的を達せざるか。一私人は即ち國家に對して請求の理非の判断を求むることを得へし、國家之を斷して理ありとなすか。國家は即ち被請求者に對し、請求に應ずべきことを命令す、而して此場合に於ける國家の命令は、又一私人の請求と其性質を同らせず、即ち彼は單純なる一の請求たるも、此は強力の伴ふ命令なればなり、而して人民か命令を奉せざる場合に國家か之を強制するの力は、即ち權力なり。

要するに權力とは不平等の關係に立つ所の強者か、弱者に對して其意志を強行するの力を云ふに外ならず、是に依りて之を觀れば、權力なるものは何等の場合に

於ても必しも國家の之を專握することを必要となすものにはあらずと雖、近世に於いては、只國家獨り之を其掌中に藏するを以て主義となすのみ。而して親の子に對して、親權を行使し、學校教員の生徒に對して懲戒權を行使し、船長の船員に對して懲戒權を行使する場合は學者普通に之を目して、此主義の例外なりと云へり。

何を權利と云ふか。曰く人(前章の所謂人の義に於て云ふ)か平等の關係に於て他の人に對して法律上主張(若くは請求し得る手段の範圍は即ち權利なり。權利の實質如何に關しては由來學者の論争して止まざる所なり。然れども予は此には只權利とは人が平等の關係に於いて他の人に對して主張し得る手段の範圍なりと云ふを以て暫く満足せざるへからず。夫れ此の如く權利なるものは、平等なる人と人との間に於ける手段の範圍なるか故に、權利は只請求することを得るものたるに止り、強力を以て之を強要するを得ざる所なり。

自存目的の主體を稱して人と云ふは、前章に論じたる所の如し。而して此自存の目的を達するか爲めに必須の手段として、人は權利を享有し、且つ之を行使することを許さるゝなり。但し國を除きて云ふ。而して之を許す所のものは即ち法律なり。

從て人の權利を享有し、且つ之を行使するは、何等の場合に於いても法律によりて許されたる範圍内に於いてせざるへからざるなり。

次に義務とは如何。曰く人か平等なる關係に於いて、若しくは平等なる關係に於いて、他の人に對し法律上負ふ所の行爲、若くは不行爲の強制を稱して義務とは云ふなり。從て義務なるものは權利に對して存在するのみならず、又權利に對して存在するものたるを見るへし。

權力は近代の國家に於いては國家獨り掌握するを以て主義となすは、前に述べし所の如し。國家か内部に於いて被治者に對し不平等なる關係に於いて其權力を行使し及び外部に於いて他の國家に對し平等なる關係に於いて其權利を行使するときは、此内部に對し不平等なる權力と外部に對し平等なる權利とを併せ稱して統治權と云ふ。別に國權、主權、最高權等の語あり皆統治權を指して云ふに外ならず。

統治權は此の如くに國の内外に對して發動するものたり。而して其條約に依り、若しくは自個の意志に基きて、他の國家に對し、義務を負ひ若しくは之を認むるは

即ち妨げずと雖、他の牽制を受けて常に之か願使に甘むせざるへからずむは、又一個獨立なる統治權の實あることを認むへからず。統治權は外部に對し不覇獨立のものならざるへからず。

統治權か又内部に對し不覇獨立のものならざるへからざるは、殆ど云ふを待たず。何となれば、若しも國家の内部に於て之を制限し得へき他の權力あらば、國家内に統治權よりも更に強き他の權力あるものにして、是れ既に統治の本義に反すと謂はざるへからざればなり。學者或は統治權を解して最高權なりと云ふものあるは、畢竟之か爲めに外ならず。

命令の力は近代に於いて國家之を專握するを以て主義となすは、前段に之を述べし所の如し。而して是れ學者或は統治權を解して、命令權なりとなすものある所以なり。然れども、國家は對等なる他の國家に對して主張することを得へくして、命令することを得へからず。從て嚴格に云ふ時は、命令權其ものは未だ統治權其ものにあらずと謂はざるへからざるなり。

統治權は此の如くに外部に對して不覇獨立のものたると同時に、内部に對して

も亦不覇獨立のものたり。統治權は全能にして爲し能はざる所なしと云ふの語あるは、又要するに此義に外ならず。然れども、法理上の全能は必ずしも事實上の全能を意味せず。男子を變して女子となすは元より統治權と雖も能はざる所なり。諺に曰く、英國議會は男子を變して女子となし、女子を變して男子とをすことを得ざるのみと。蓋し法理上に於いて英國の議會か無限の全能力を有することを云ふなり。

第六章 國法

第一節 何を國法と云ふか

何を國法と云ふか。文字に従ひて之を解釋すれば日本國法とは即ち日本帝國の法律なり、と謂はざるへからず。

抑も國法なる文字は英佛等にては多く用ゐらるゝことなし。偶之れあるも獨逸語の「スコーツ、レヒト」即ち國法なる文字とは其意義を異にし、單に國の法律なる意義に用ゐらる。是れ前の用例に同じきなり而して我が國に於いても、法律なる文字は從來、國の法律なる意義に用ゐられたるものゝ如し。教育に關する勅語中に國

憲及び法律と稱するは此意義に基くものなり。然れども、現今多數の學者の所謂國法とは寧ろ獨逸語の反譯に基くものにして、從て單に國の法律と云ふものと其意義を異にせり。但し獨逸學者の間に於いても、多少法律の文字に關し其用例を異にし、之を公法、公法とは法律中一部の名稱なり。後章に之を説明すへしの意義に解釋するものと、更に之を狹義に用ゐる、單に憲法及び行政法の意義に解釋するものとの區別ありと雖、其多くは後者の意義に用ゐる居れり。而して我國多數の學者の國法と稱するものも亦此の意義に據れり。而して此見解に従ふときは彼の刑法と云ひ、訴訟法と云ひ、民法と云ひ、商法と云ふか如きも亦齊しく國の法律なりと雖、此等は所謂國法中に包含せらるゝものにあらざるなり。從て又此等の法律に關する特殊の研究を爲すは本書の目的にあらざるなり。

第二節 憲法

憲法は國法の一部なり。先づ其何たるかを論述すへし。

第一項 憲法の意義

憲法の何たるかに關しては、古來種々の見解あり。然れども、此等は要するに學者

か單に各其見る所に從ひ、或る一團の法律を名けて憲法の範圍は、此の如きものならざるへからずとなすに止まり、別に之を非難すへき理由もなく、又之を贊成すへき理由も存せざるなり。蓋し此等の種々なる見解は煩を避けて茲に擧ることを爲さずと雖、皆實質的に憲法の何たるかを説明せむと欲するものなり。然れども予の見る所を以てすれば我國に於いては一部、大日本帝國憲法典の存するあり、之を憲法なりと謂は、即ち足れり。又毫も實質的に憲法の何たるかを論究するの要あらす。從て以下予の憲法と稱する所のものは、即ち實質的に於いて云ふにあらすして形式的意義に於いて云ふものなり。

第二項 法律學上に於ける憲法の地位

廣義に於いてすれば憲法も一の法律なり。帝國議會の協賛を経て特に法律の名を付して發布せらるゝものも一の法律なり。之を狹義の法律と云ふ、勅令の名を以て、天皇の大權に依りて發布せらるゝものも一の法律なり。其他閣令、省令、府縣令、郡令等の如き市、町、村の發する條例又は規則の如き亦皆一の法律なり。然れども、狹義に於いて云ふときは憲法は之を他の法律と區別す。其區別の要點如何。是れ此に

研究せむと欲する所なり。

憲法は國家のあらゆる法律中に於いて最高の効力を有するものなり。府縣令は閣令又は省令を以て之を變更廢止することを得べく、勅令又は省令は勅令を以て之を變更廢止することを得べく、勅令中の或るものは狹義の所謂法律を以て變更廢止することを得べく、而して狹義の法律は又他の狹義の法律を以て之を變更廢止することを得へし。然りと雖如何なる他の法律を以てするも終に變更し若くは廢止することを得ざるものは即ち憲法なり。憲法は國家のあらゆる法律中に於いて最高の効力を有するものなればなり。

憲法を除きて之を云ふときは、狹義の所謂法律は他の法律に對し、最強大効力を有するものなり。狹義の法律はすべて皆帝國議會の協賛を経ざるべからず。而して是れ狹義の法律か他の法律に比して特に重要視せらるる所以なり。而して之を憲法第三十八條と第四十六條と、第四十七條とに徴するに

第三十八條 兩議院は政府の提出する法律案を議決し及各法律案を提出することを得。

第四十六條 兩議院は各、其總議員三分之一以上出席するに非ざれば議事を開き、議決を爲すことを得ず。

第四十七條 兩議院の議事は過半数を以て決す。と規定せり。狹義の法律案は即ち此の如き手續に據りて議定せらるゝなり。而かも憲法の改正に關する議定の手續か之に比して如何に鄭重なるかは、次の憲法第七十三條の規定に徴して容易に知ることを得む。

第七十三條 將來此憲法の條項を改正するの必要あるときは勅命を以て議案を帝國議會の議に付すへし。

此場合に於いて兩議院は各、其の總員三分の二以上出席するに非ざれば議事を開くことを得ず。

出席議員三分の二以上の多数を得るに非ざれば改正の議決を爲すことを得ず。

要するに憲法の改正は憲法に規定する特殊の手續に依るの外、狹義の法律の形式に依り、若くは其他の法律の形式に依りて變更することを得ざるものなり。以て憲

法の法律學上に占むる地位の如何に重要なるかを知らしむることを得む、換言すれば、憲法は他の法律に對する根本法にしてすへて他の法律は憲法の規定に違ふことを得ざるものとす。而して憲法が如何に臣民の權利と財産とを貴重し、依て以て如何に臣民各自の福利と國家の光榮とを増進するに於て、遺憾なからしめむことを期せるかは序を遂ふて讀者の之を詳にすることを得る所ならむ。

憲法は止むを得ざる場合に前段に説く所の手續に従て、之を改正することを得へし。然れとも之を廢止するは憲法の精神とを相背反するものなり。憲法發布の詔勅に

茲に大憲を制定し朕が率由する所を示し、朕が後嗣及臣民の子孫たる者をして永遠に循行する所を知らしむ。

と宣せられし如き以て徴とすべし。然れとも統治權は我國に於いて、天皇の固有に總攬せらるゝ所なり。而して憲法の有無はもと國體に於いて、必ずしも相關する所にあらず。固有の統治權の作用として、憲法を廢止し若くは中止するは不可能のことなりと云ふことを得ず。然れとも、是れ立憲政體を廻らして專制政體の舊態に

復するものなり。政體の紛更は革命なり。進歩にあらずして、而して真に不祥の事に屬す。

第三項 憲法の種別

憲法は其成文法たると不文法たるとの區別此區別に付ては後章に説明すへしに従て之を

- 一、成文憲法
- 二、不文憲法

の二種に別つことを得へし。我國の憲法及び獨佛、以、白、米等諸國の憲法は成文憲法に屬し、英國憲法は主として不文憲法より成れり。不文憲法は時勢の變遷に應じて隨時、之を改正するの便宜あれとも、成文憲法の主義を執る國に於いては比較上此便宜少なし。然れとも、我國の憲法に於いては又時勢に従て之を改正するの餘地を存せり。前舉憲法第七十三條

憲法は又左の三種に區別することを得

- 一、欽定憲法

二、國約憲法

三、民約憲法

- 一、欽定憲法とは元首自ら定むるものを云ふ。我國及び伊太利憲法の如き是れなり
- 二、國約憲法とは聯邦内の各邦互に相議し定むるものを云ふ。獨逸帝國及び北米合衆國の憲法の如き是れなり
- 三、民約憲法とは人民の之を制定するものを云ふ。佛蘭西、白耳義等の憲法の如き是れなり

第四項 英國憲法の沿革

憲法の法律學上に占むる地位の重要なるは前段に説明せし所の如し。憲法の最古きもの、一は即ち英國憲法なり。英國憲法の大部分は即ち不文憲法に屬すと雖英國憲法の神髓なりと云ふことを得へき大憲章、權利請願及び權利法典の三者は英國憲法の三經典と稱せらるゝものにして之か制定の由來に關し、此に之を一言するは即ち之に比して、吾人日本臣民たるもの、如何に容易に憲政の美澤に沾ふ

ことを得たるかを回想し、而して是れ一に我 天皇の深遠にして仁慈なる聖旨に基くものに外ならざることを銘記する所以なるか爲のみ。

大憲章は一二一五年、ジョン王治世第十七年に始めて公布せられたる所なり。初めジョン王頗る武を好み、屢軍旅を起して常に外兵に辱を受け、遂に其故領ノーマンディ公國をも失ふに至れり。狀勢此の如くなるを以て、諸侯は奔命に疲れ國民は皆重歎に苦み、又業に安んずることを得ざるに至り。一二一三年、カンタベリ大僧正等主唱して諸侯及び僧侶の大會を遂げ、弊政を改革するの議を策せり。次いで一二一五年、諸侯兵を率ゐてロンドン城に迫り、改革案を奉呈して王の決答を求めたるも王は屢手段を弄して却て之か撤回を策せらるゝに至り、諸侯は終に僧侶と相結むて神威軍を組織し、ロンドン城を圍めり。王事の爲すへからざるを見、後門より逃れてサデヤムに走る。從ふもの時に僅に七人なりきと云ふ。此の如くにして、同年六月十九日を以て王はランニメード原に於いて公衆の面前に始めて其玉璽を鈴せられたるなり。大憲章是れなり。前後の光景の如何に凄寥なるものありしかば、蓋し想ふに堪へたりと謂ふへし。

權利請願の裁可せられたるは、大憲章の如く慘憺たるものあるにあらざると雖、又もとより王の意に出でたるにあらざり。即ち權利請願は一六二五年を以て王位に即かれたるチャールズ一世か、佛國と戦端を開き、軍費を要すること甚急にして、時に議會の決議を待たずして徵稅し、若くは議員を拘禁せらるゝ等のことあり。王の軍費法案を提出し、親しく議院に出席して其必要を説明せらるゝや、下院は之を議決することを爲さず。委員を選定し、權利請願起草せしめて之を可決し、上院も亦之を可決するに至り、力屈して王の終に裁可せられたる所のものなり。

權利請願は一六二八年を以て公布せられたりと雖、王と議會との紛争は益甚しく終に王權黨と、民權黨との二大政黨を生じ、屢武器を以て勝を争ふに至り、王權黨終に敗れ、一六四九年、王も亦民權黨の爲に非命に崩御せらるゝに至り、此に一時英國は共和國となれりと雖、後一六六〇に至り、チャールズ二世又王位に登り、其後一六八八年、次王ジョージ二世の位を棄て、佛國に走らるゝや、王の甥にして其女婿たる和蘭王ウヰリヤムの皇后メリー(ジョージ二世の女)と共同して王位に登らるるに至り、議會は權利請願を議決し、王及び女王は終に之を承認せられたるなり。

英國憲法の三經典と稱せらるゝもの、沿革の大要は、實に此の如し。英國々民の憲法の爲に如何に其血と生命と、財産とを犠牲に供したるもの多きかを知らば、我日本臣民たるもの我 天皇の聖旨の仁慈たるに感泣するの洵に偶然にあらざるを知らむ。

第三節 行政法

國法は行政法其ものにあらざると雖、行政法の原則の重要なるものは國法學中に研究せられざるへからず、行政法とは如何。

行政法の何たるかも、憲法の何たるかに關するか如くに、亦學者の論争多き問題なり。然れとも予は行政法とは行政に關する一切の法律なりと云ふを以て満足せんと欲す。然らば行政とは如何。

行政の何たるかも亦法律學中に於ける論争最も多き問題の一なり。然れとも其何たるかを論ずるは今や未だ其機會にあらざるを信するか故に序を遂ふて後に之を説明すへし。

一切の法律は之を分ちて國際法及び國內法の二種となす。國家と國家との關

係に關する法律は、即ち國際法にして國際法にあらざるものは、即ち國內法なり。國際法を分ちて二となす。其國家自身と、國家自身との利益に關して、之か關係を定むるものは國際公法なり。而して兩國人民の利益に關して、國際の關係を定むるものは即ち國際私法なり。

國內法は憲法及び行政法(兩者を併せて國法と稱するは前に述べたるか如し)の外、刑法、訴訟法、民法、商法等を包含す。犯罪の何たるかと、之に對する刑罰の何たるかとを規定するものは即ち刑法なり。民法は人民相互の關係を規定する所の法律にして、商法は特に商事に關し、人民相互の關係を規定するものなり。從て民法に對しては特別法たるの性質を備ふるものなり。換言すれば民法は商法に對しては一般法たり。訴訟法に二あり、刑事の訴訟に關するものを刑事訴訟法と云ひ、民事及び商事の訴訟に關するものを民事訴訟法と云ふ。廣義に於ては商事も亦民事の一部なり。皆特殊の研究を要する所にして之を説明するは本書の目的とする所にあらず。但し緒論中、一般に法律に關して論じたる所のものは皆各種の法律に適用し得る所なり。

第七章 公法及び私法

國法は公法の一部なり。公法は私法に對するの語なり。而して公法と私法とは法律學者の常に慣用する所の語たるに係はらず。最も意義の不明なるものに屬せり。二者區別の標準如何。

一切の法律は之を公私法に區別することを得ざるにあらず。詳言すれば、國內法に於いてのみならず、國際法も亦之を國際公法と、國際私法とに區別する事を得べし。然れども國際法と、國內法とは廣義に於いて、等しく法律と稱するを得る所なるに係はらず。其性質に於いて、逕庭の差異あり。而して公私法の區別は、もと、寧ろ國內法の區別たるに止まり、國際法の所謂公私法と其系統を異にすと云ふを以て穩當なりとす。

國內法には之を制定し、若しくは之を承認する所の(一)主權者(即ち統治權者)ありて、法の争を決するか爲めには(二)裁判所あり。法の効力を維持するか爲めには(三)制裁あり。皆一の統治權の作用として其効用を全うす。之に反し、國際法は國家と

國家との間に於ける法規にして之に關する争を生ずるも原則として、之を決するの裁判所あるにあらす。又之に違ふも法律上の制裁なし。所謂國家社會文明國を網羅する一團體には共同の主宰者なく、從て國際法を以て各國家の行爲を律すること、必しも未だ國內法の各個人に對するか如くならず。學者、或は牽強して此等の點に於いて國際法も亦國內法と別に異なる事なしと論ずるものありと雖も、とより言辭を好むものたるを免れず。

一、國家と人民との關係を規定するものは公法にして、一私人相互の關係を規定するものは私法なりとの説。

然れとも、國家も亦一私人と同じく、賣買、貸借等の行爲を爲すことを得。此場合に於いて、是等の關係が公法關係なりと云ふは普通の觀念に反す。

二、公益に關するものは公法にして、私益に關するものは私法なりとの説。

此説を主張する者の言に従へば、憲法、刑法等の如きは國家の公益に關する法律なるに係はらず、民法、商法等の如きは公益を主とするものにあらずして専ら人民

の私益の爲に設けられたる法律なりと云へり。然れとも、公益及び私益の區別は、此種の學者の考ふるか如くに決して明白なるものにはあらず。何故に民法及び商法は國家の公益に關係なしと謂ふべきか。且つ憲法及び刑法と雖、其臣民の權利を保障し、殺人、盜賊等の行爲を禁ずるか如き規定の爲に先づ利益を享くるものは却て一私人なりと謂ふことを得ざるにあらず。此説も亦非なり。

三、公法とは權力服從の關係を規定するものにして、私法とは權利平等の關係を規定するものなりとの説。

予は大體に於いて此説を可なりとなすものなり。然れとも、單に此の如くに云ふ時は、或る學者の非難するか如く親の子に對し、親權を行使する場合に關する規定も亦公法なりと云はざることを得ず。然れとも是れ普通の觀念にあらず。故に予は多少此定義を制限し、國家權力の發動に關する法律は即ち公法にして、公法にあらざるものは、即ち私法なりと謂はば、庶幾くは大なる誤なくして而かも親の子に對し、親權を行使する場合に關する法律は、國家權力の發動にあらざるか故に是れ私法に屬し、公法に屬せすと云ふ事を得へしと信す。而して學者の目して公法なりと

云ふ所のものも亦實際に於いては概ね此意義に於いて云ふものなり。
 法律は區別の標準を異にするに依りて之を種々に區別することを得へし。公
 私法の區別は其最も重要なものなり。此他尙頗る多くの分類を試むることを
 得ざるにあらず。然れども此には只成文法と不文法との區別に付き附言するに
 止まる。

今成文法と不文法との區別に付き之を要言すれば、成文法とは文字に表はさ
 れたるものを云ひ、但し後の定義に示すか如く假令文字に表はさるゝも法律と
 して始めより國家か之を制定したるものにあらずれば成文法にあらず、不文法
 とは文字に表はされたるものを云ふなり。而して不文法中には慣習及び裁判例
 を包含するのみならず、學者の説も亦法律に均しき効力を有する場合あり。例へ
 は羅馬に於いて某學者の説に依りて判決を下すへきことを命したることあり
 斯くの如き場合に於いて、縱令其學説は刊行の書籍中に存在するも之を以て成
 文とは稱せざるなり。今之か定義を下せば如し。

文書を以て法律として國家か制定したるもの之を成文法と云ひ、文書に依り

て制定せられざるも國家か認めて、法律に等しき効力を附與するもの、之を不
 文法と云ふ。

成文法及び不文法は更に左の如く之を區別することを得へし。

- 一、單行法
- 成文法
 - 二、彙類法
 - 三、法典
- 二、慣習
- 不文法
 - 二、判決例
 - 三、學說

何れの時代に於いても成文法は必しも公布を必要とせしものにあらずと雖、
 (例へば徳川氏の百ヶ條の如き是なり)近時に於いては一般人民に知らしめて、然
 る後之を施行するを以て原則となす。故に法令に特別の規定あるものの外は一
 定の周知期限なるものを設け、此期限を経過するに依りて始めて法律の効力を
 生ぜしむるを以て原則となす。

第一卷 統治の主體

國家は統治の客體にあらずして、統治の主體たるは前に述べし所の如し。然れども本卷に於いては又た別に事實上の見地に於ける國家に關し述ぶるの必要あらす。法律上の見地に於ける國家、換言すれば國家一切の行爲の泉源たる 天皇の觀念に付き且つ 天皇に關する一二の事項に付き左に之を叙述せむと欲す。

第一章 天皇

我憲法第一章は即ち 天皇に關する規定なり。其第五條乃至第十六條の規定に關しては、卷を改めて之を説くを便なりとなすと雖、其第一條、第二條、第三條及び第四條は本章に於いて専ら準據して論せむと欲する規定なり。

元首の名稱は國によりて一ならず。天皇、皇帝例へは羅馬皇帝、獨乙皇帝、露西亞皇帝等國王例へは英國國王、普國國王、朝鮮國王等等の如し。蓋是れ歴史上の理由に基く名稱の相異なりと云ふの外、法律學上に於いては之か爲に一定の元首

たる地位に徑庭あることを認むる能はず。王と稱するは元と皇帝の封を受けたるに依れり。朝鮮の元首をもと王と呼ひたるも亦支那皇帝より封を受けたるに依れり。然れども今日に於いては、王と云ひ、皇帝と云ふも、列國の待遇上、何等別に區別あることなきなり。

第一節 天皇の觀念

天皇の我國に於いて統治權の總攬者たるは、嘗て述べたる所の如くにして、且つ憲法(第四條)の明文を以て掲記する所なり。然れども 天皇の統治權の總攬者たるは、憲法の明文を待ちて始めて然るにあらずして、實に我國體に於いて當初より然る所たり。從て我が憲法に

第一條 大日本帝國は萬世一系の 天皇之を統治す。

第四條 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を行ふ。

と規定せるは單に我固有の國體を明にしたるものなりと云ふに止まり、此規定に依りて始めて我が國體か定れるにはあらざるなり。

天皇の何たるかは、統治權の總攬者なりと云ふの一語之を説明し得て甚だ明かなり。只茲に注意すべきは、歐洲に於いて、或は統治權は人民に在り、若くは議會に在り、若くは議會と王とに在りて、元首は單に統治權を行使するの機關たるに過ぎず、換言すれば統治權の體は他に在りて、用のみか元首に在りとなすの觀念ありと雖、我國に於いては、體用共に、天皇に在りて存するを以つて、固有の國體となすこと、是れなり。

既に、天皇は統治權の體と用とを總攬す。天皇無ければ即ち國家無し。從て萬世一系の皇統にして斷絶するの日は、即ち國法上に於いて日本帝國の滅亡したるの日なりと謂はざるへからず。天皇と國家と、相終始して須臾も分つへからざるは、是れ即ち一に國體の然らしむる所なり。

天皇に關し、更らに敘述するの必要あるは、其國法上に於ける地位及び皇位の繼承に關する原則と順序とに在り。

第二節 天皇の國法上の地位

天皇の國法上の地位は憲法第三條に掲記して明なり。曰く

第三條 天皇は神聖にして侵すへからず。

と抑も國の元首にして尙他の權力に服従せざるへからさらむか、元首の元首たる所以は又すてに亡しと謂はざるへからず。何となれば、元首は統治權の總攬者たり、換言すれば最高權の總攬者たり、而かも尙他の權力に服従せざるへからさらむか、すてに統治權の總攬者にあらざればなり。是れ國法上に於いては、元首の行爲はすべて他に對して責任なきものなりとせらるる所以なり。

然れとも、何れの國の憲法に於いても、本條に相當するの規定に對しては之か解釋に付き多少の異説あり。今此等學說中の一二を擧ぐれば、即ち左の如し。

一、刑法には皇室に對する不敬罪と稱する重罪あり、之を設けし主旨は即ち本條より胚胎せしなりと云ふ説。

二、天皇は神聖なりと云ふは、單に公法上に於いて云ふものにして、其私法上の行爲に關してはもとより本條の關せざる所なりと云ふ説。

然れとも第一説は附會に失し、第二説は私法上の行爲に付きても、元首は又法律上の責任を有せられざるものとなすときは、人民の王に對し、民事上の訴訟を提起

するが如きは、到底不可能の事に歸すべきことを恐れたるものなり、然れども、元首自ら其行爲に付き、法律上の義務に服せらるはもとより本條と相容れざるものにあらず、畢竟本條は何等の點に於いても、天皇は指斥の外に在りて、法律上の責任なきことを明かにしたるものとす。

歐洲の元首中には憲法の規定によりて始めて其神聖を維持する者ありと雖、我が國、天皇の神聖なるは憲法の明文に依りて始めて然るにあらずして、建國以來の國體に於いて然るなり、又一の注意すべき要點なり。

第三節 皇位繼承に關する原則及び順序

皇位の繼承に關しては、憲法第二條に其規定あり、曰く

第二條 皇位は皇室典範の定むる所により皇男子孫之を繼承す。

と皇位とは御位なり、畢竟統治權の在る所と云ふの義に外ならず、我國に於いて皇位に在るものは即ち、天皇なり、天皇は統治權を總攬すと謂ふもの亦同一義に出づ。

抑も歐洲に、王は不死なりとの語あり、一の法律上の擬則たり、擬則とは假定の原

則を云ふ、蓋し、仲哀、應神と御一代毎に就きて云ふときは、降臨ありしものは畏けれども必ず一たびは崩御あらせらるべきか故に、不死なるの理なしと雖、若し崩御と即位との間に間隙ありとなすときは、天皇の崩御毎に一國は其機能を停止し、天皇の即位に依りて始めて再び其機能を完うすることとなる可し、然れども元首たるものの崩御に依りて、國家は其機能を停止すべきにあらず、是れ此原則を生したる所以なり、抑も國法上に於いて崩御と即位との間には、間髪を容るるの餘地なきなり、請ふ左の條文を看よ。

皇室典範第十條 天皇崩するときは皇嗣即ち踐祚し祖宗の神器を受く。

從て崩御と同時に、後の、天皇は即位あらせられたるものと見るの外なし、固より即位の儀式を行へると否とを問はざるなり、又事實に於いて、三種の神器を受けさせられたると否とを問はざるなり、即位の儀式を行はせられざる間は、天皇にあらざるなりと論するは大に誤れり、加之、是れ王は不死なりとの原則に反するものなり、而して皇位繼承の順序は、即ち皇室典範第一條より第八條に於いて明定せられ、又一系の紊るるを許さず。

第一條 大日本國皇位は祖宗の皇統にして男系の男子之を繼承す。

第二條 皇位は皇長子に傳ふ。

第三條 皇長子在らざるときは皇長孫に傳ふ、皇長子及其子孫皆在らざるときは長次子及其子孫に傳ふ以下皆之に例す。

第四條 皇子孫の位を繼承するは嫡出を先にす、皇庶子孫の皇位を繼承するは皇嫡子孫皆在らざるときに限る。

第五條 皇子孫皆在らざるときは皇兄弟及其の子孫に傳ふ。

第六條 皇兄弟及其の子孫皆在らざるときは皇伯叔父及其の子孫に傳ふ。

第七條 皇伯叔父及其の子孫皆在らざるときは其以上に於て最近親の皇族に傳ふ。

第八條 皇兄弟以上は同等内に於て嫡を先にし庶を後にし長を先にし幼を後にす。

上代我が國女帝なし。推古天皇以來此例ありと雖、皆一時の權宜に出づるのみ。國家の成法にわらず、而して今後は皇男子孫にわらざれば、皇位に即かせらるへか

らざること規定せり。其法先づ直系に下り嫡を先にし庶に及び次いで傍系の最近親なるものに及ぶものとす。

第二章 攝政

獨任君主制の國家に於いて、元首未成年なるか若くは久しきに亘りて大政を親らすること能はざる事情あるかの場合に、事實上其能力を補充する爲めに設けらるる所の制度を名けて攝政と云ふ。

攝政を置くは、我國古來其例あり、而して左の二條は明文を以て之を明にしたるものなり。

憲法第十七條 攝政を置くは皇室典範の定むる所に依る。攝政は 天皇の名に於て大權を行ふ。

皇室典範第十九條 天皇未だ成年に達せざるときは攝政を置く。

天皇久きに亘るの故障に由り大政を親らすること能はざるときは皇族會議及樞密顧問の議を経て攝政を置く。

攝政は皇室典範第五章の規定により、自ら其地位に就くものにして、天皇の委任を受け其位を保つに非ず。「天皇の名に於て之を行ふ」とあるか故に攝政は大權を行使し、而して其行爲は同時に、國家の行爲たり。此場合に於いて、天皇は、天皇の御位を失はるるに非ず、統治權は依然として、天皇之を總攬し給ふなり、攝政は之を行使するによりて統治の作用を全うするものなり。攝政は大權の總てを行ふを得へし、唯憲法及び皇室典範の改正は何等の事情あるも之を行ふことを得ず、(第七十五條)以て憲法の用意の存する所を窺ふことを得へし。

攝政に任するの順序は皇室典範第二十條及び第二十一條に規定せらる。即ち左の如し。

第二十條 攝政は成年に達したる皇太子又は皇太孫之に任す。

第二十一條 皇太子皇太孫在らざるか又は未だ成年に達せざるときは左の順序により攝政に任す。

- 第一 親王及王
- 第二 皇后

然れとも攝政又は攝政たるべきもの、精神若くは身體の重忠あり、又は重大の事故あるときは、皇族及び樞密顧問の議を経て此順序を換ふることを得るは皇室典範第二十五條に規定する所なり。而して又配偶ある皇族女子は攝政に任することを得ざるものとす、(第二十三條)

第三章 皇室典範

本卷を終ふるに臨み、皇室典範の性質に付き、附加して一言するは蓋し無用にあらざるへし。

或は曰く、皇室典範は單に皇家の一家法たるに止り、一般臣民に對して効力あるものにあらず、從て憲法及び法律と大に其性質を異にすと。然れとも皇室典範は皇家の一家法たるに止まらずして亦重要な國法の一たるなり、例へば、天

皇幼冲に渡らせらるる場合等に於ける攝政の規定若くは即位の順序に關する規定の如きは、國法中の最も重大なるものに屬し、決して皇家の一家法を以て目すべきものに非ず。

第二卷 統治の客體

第一章 日本臣民

第一節 何を日本臣民と云ふか 附 臣民籍

何を日本臣民と云ふか。曰く、日本臣民と外國人民とは人種に依りて之を別つことを得ず。碧眼金毛なる者も一朝歸化する時は、日本臣民たることを得ればなり。又納税の義務兵役の義務等を以ても之を別つ事を得ず。往時、國に依り、外國人に對しても、兵役の義務を負はしめし例あり。或は外國人に參政權なく、日本臣民に之れ有りと言ふか。然れども、日本臣民と雖、亦之れ無きものあり。畢竟、日本臣民と外國人民との區別は、其服從の義務の根據に於いて、相同しからざるの點に在り。蓋し外國人

如きは我國に入りて後始めて服從の義務を生ずるものにして、服從するを厭はば何時にても我國を去るに由りて、直ちに其義務を免るることを得へし。之に反し日本臣民は外國に在るも服從の義務を免るることを得ざるなり。

日本臣民の一分子たるの狀態を稱して日本臣民籍に在りといふ。臣民、人民及び國民の文字は我國に於いては畢竟同一の意味に歸着すと雖、之を歐洲の人民に用ゐれば必ずしも然らざるなり。

臣民とは始めより元首に對し、絶對的服從の義務ある者、換言すれば君主國の人民に對する文字にして、佛國人民の如く、大統領も人民も、本來平等の關係の上に立つものに對しては、之を人民と云ふことを得るも、臣民と云ふことを得ず。我憲法に於いて臣民と稱し、人民と謂はざるは大に味ふべきなり。而して國民とは單に或一國を組織する團體員の義にして、君主國に於いても、共和國に於いても共に此語を用ゐることを得へし。

第二節 日本臣民たる者の要件

憲法第十八條に曰く。

第十八條 日本臣民たるの要件は法律の定むる所に依る。
 と。本條は法律を以て定めたる要件を備ふる者に非れば、日本國內に生活し、居住するも、日本臣民に非ざることを示せるなり。而して國籍法明治三十二年三月法律第六十六號は、即ち本條に所謂要件を規定せるものなり。其要件の重なるもの左の如し。

(一)出生

(二)婚姻

(三)歸化

(一)父母共に日本人たる場合に、子はもとより日本人なり。父、日本人にして母外國人たる場合も亦、子は日本人なり。父國籍不明にして母、日本人たる者の子は、日本人なり。父母の判明せざる棄兒にして日本の疆土内に生れたる者は日本人なり。

(二)外國人か、日本人の妻となるときは、日本人となるなり。日本人の入夫となるもの、及び養子となるもの亦同し。或は是等を稱して法律上の歸化と謂ふ。

(三)歸化とは通常任意上の歸化を云ふものにして、法律上の歸化を云ふものにあ

らず。外國人は内務大臣の許可を得て歸化することを得。然れども獨り内務大臣の裁量に依りて之を許否するを得るにあらずして、法律は左の要件を備ふるを要すと規定せり。但し日本に特別の功勞あるものは、是等の要件を備へずと雖、内務大臣に於いて勅裁を経て特に歸化を許可することを得るものとす。

1. 五年以上我國に住所を有するもの。

2. 成年に達したる者(成年とは滿二十歳を云ふ。國に依り二十五歳、廿二歳、十八歳等の別あり)

3. 品行端正なる者。

4. 獨立の生計を爲すに堪ふる資産ある者若しくは特殊の技能ある者。

5. 國籍を有せず、又は日本の國籍の取得に因りて其國籍を失ふべき者。

其他、日本人たる父又は母に依りて認知せられたるもの如きも亦日本人たるものとす。

歸化したる者は即ち日本臣民なりとす。其餘政權に於いて多少制限せらるる所あり。即ち左の官職に就くことを得ず。

- (一) 國務大臣
- (二) 樞密顧問官
- (三) 宮内勅任官
- (四) 特命全權公使
- (五) 陸海軍の將官
- (六) 大審院長 會計検査院長 行政裁判所長
- (七) 帝國議會の議員

第三節 日本臣民の義務

國家に對し始め絶對的に服従するの義務ありて、之に拮抗するの權利なきものを人民となす。而して憲法第二章は特に日本臣民の權利義務に關し、掲記する所あり。其主旨如何。

抑も憲法は統治權者か無限なる統治權の行使に關し、自ら其意思を制限するに依りて生ずる所のものなり。是れ一は以て統治權の發動に關し、之か常規を制定し、之に依りて國家の隆昌を期圖せんか爲にして、又一は以て國家の分子たる人民の

康福を期圖せんか爲に外ならず、而して此二様の事項は二にして一たり。一にして二たり。今恭しく之を憲法發布の勅語に徴せんに曰く。

朕國家の隆昌と臣民の慶福とを以て中心の欣榮とし、朕か祖宗に承くるの大權により、現在及び將來の臣民に對し此の不磨の大典を宣布す。

朕祖宗の遺烈を承け、萬世一系の帝位を踐み、朕か親愛する所の臣民は即ち朕か祖宗の惠撫慈養したまひし所の臣民なるを念ひ、其の康福を増進し、其の懿徳良能を發達せしめむことを願ひ、又其の翼贊に依り與に俱に國家の進運を扶持せむことを望み、乃ち明治十四年十月十二日の詔命を履踐し、茲に大憲を制定し云々。と、以て聖旨の存する所を窺ふことを得へし。然り而して、憲法は如何にして能く其主旨を貫徹せんと欲せるか。憲法の規定する所の全般は、もとより皆此主旨に出づるに外ならずと雖、又臣民の權利義務は即ち之を憲法に保障し、其之に對する制限を必要とするものは主として法律を以て規定せむと欲するか如きは、其最も著しきものならずむはあらず。若し夫れ憲法にして公布せらるるも臣民の權利、義務と

並に立法の府たる帝國議會との規定を欲如せんか、憲法の價值は又決して爾く重要なりと云ふことを得さらむ。

臣民の權利に關する憲法の規定に關しては之を次章に解説すへし。本章に於いては先づ義務に關する憲法の規定に關し、之を説述すべし。

義務は法律上の強制なり。拒否することを得ず。此點に於いては國家の命するものは凡て臣民に對して不可抗の義務なり。然れども憲法は特に其重要なるものに付きて之を規定せるに止まり、一般の義務に付きて規定する所なし。然れども又一面に於いて其權利を保障せるは、即ち他の一面に於いて、義務の範圍を限界せる所以なり。何となれば權利として臣民に賦與せらるる範圍は、國家の義務として強制することを得ざることを示す所の範圍なればなり。

憲法第二十條及び第二十一條は即ち義務に關する規定なり。而して第二十條は兵役の義務を規定し、第二十一條は納稅の義務を規定せり。曰く。

第二十條 日本臣民は法律の定むる所に從ひ兵役の義務を有す。

第二十一條 日本臣民は法律の定むる所に從ひ納稅の義務を有す。

と而して此等の規定は各二個の重要な意義を包含せり。即ち一は兵役及び納稅は日本臣民の義務として永遠に奉行すべきものなることを示し、又一は此等の義務は皆法律を以て更に之を規定すべきものなることを示せること是れなり。憲法に所謂法律とは、すへて總論に述べたる所謂狹義の法律、即ち帝國議會の協賛を経たる法律を指すものとす。兵役と納稅とは國家の依りて以て其生存と、獨立と、光榮とを保護する所以の要件にして、國家の分子として臣民の分もとより之に服せざるへからざるの義務たり。然れども又無限に其役務を徵發し、其財力を吸收するは國家の進運を扶持し、臣民の康福を保全する所以にあらす。是れ其義務の體様と分量と、程度とを決するは、特に臣民の公選に成る議員と、學識と、經驗とに於いて一代の選となして國家の任命する議員とより成る所の帝國議會の協賛を経たる法律を以てすへしとなせる所以なり。

兵役及び納稅の性質及び現行法は之に關し如何に規定せるかは後卷に至りて略説する所あるへし。

第四節 日本臣民の權利

權利の性質に付きては、又茲に之を重言するの要なし。而して又憲法に於いて、日本臣民の權利及び義務に關し、之が保障の規定を掲けたるは、即ち憲法が重典たる一の理由として、其重きに數ふべきものなるは、前節に之を論せし所の如し。日本臣民の權利の保障に關し、我憲法に規定する所は、すへて十條に亘り、而かも頗る論究すべき點少きにあらす。然れども此の如きの詳を論ずるは本書の目的にあらす、且つ徒らに學者の惑を促すに過ぎざるを思ふか故に、此には只順次大體に付き各條の精神を解説するに止まる。

第十九條 日本臣民は法律命令の定むる所の資格に應じ均く文武官に任せられ及其の他の公務に就くことを得。

本條は維新改革の美果の一なり。往昔は門地を以て品流を差別せしも、今日は相當の資格たに具はれば、氏族門閥に拘はらず登用せらるることを得るなり。然れども、資格たに具はれば必ず登用せらるると云ふに非ず。其之を採用すると否とは元より國家の任意なり。

茲に之を附言するの要あるは人民の權利は法律の前には凡て平等なること

是れなり。法律上、士族は平民よりも權利重く、華族は士族よりも權利大なるにあらず。華族が厚遇せらるるは皇室の藩屏たるの故を以て、多少異なりたる殊遇を受くと云ふに過ぎず。法律上の權利に差異あるにあらざるなり。

第二十二條 日本臣民は法律の範圍内に於いて居住及び移轉の自由を有す。本條は人民の居住及び移轉の自由を規定せるものなり。現今、人民の住居及び移轉の自由を制限する所の法律は例へば刑法中監視の規定の如き、監視に附せらるる者は監視の年月間、移轉の自由を制限せらるるものなり。傳染病豫防法の如き、患者を傳染病院又は隔離病舎に收容するか如き、交通を遮斷するか如き場合は即ち然り。精神病者監護法等の如き、精神病者は原則として後見人、配偶者、戸主又は親族に於いて之を監護するの義務あり、從て精神病者は時として居住及び移轉の自由を失ふものなり。是れなり。

第二十三條 日本臣民は法律に依るに非ずして逮捕、監禁、審問、處罰を受くることなし。

本條は人身の自由を保障せるものなり。而して警察官若くは裁判官が法律に依

らすして人民を逮捕し、監禁し、審問し、或は苛酷の所爲をなすときは刑法に特に其罰を加重せり。

本條に逮捕とは人の自由を束縛して之を抑制するを云ひ、監禁とは一定の場所に拘禁するを云ひ、審問とは拷問と異なり、單に就きて訊問するの謂なり。彼の苦痛を與へて罪狀に服せしむるか如きは近時各國の法制の非認する所なり。又處罰とは所謂刑罰と強制罰(行政上の目的を強行するの手段)との二者を指すものにして所謂懲戒罰を含まざるものと解するを穩當とす。

第二十四條 日本臣民は法律に定めたる裁判官の裁判を受くるの權を奪はるることなし。

本條は日本臣民が裁判を受くるの權利を保障したるものなり。判事故なくして裁判を受理せず、又は遅延するときは刑法上の制裁を免れず、試に本條の規定を我國の往時若くは支那、朝鮮等の現時に比較せば日本臣民たる者の幸福果して幾何ぞ。

第二十五條 日本臣民は法律に定めたる場合を除く外其の許諾なくして住

所に侵入せられ及搜索せらるる事なし。

本條に於て所謂住所とは普通に所謂住所のみならず、例へば船を常住となすものある時は、船も亦一の住所たるものとす。本條の權利は何れの國に於いても法律を以て保護せらる。蓋し人の生活の平和を保障せむか爲めに設けられたる規定なり。許諾なくして人の家宅に侵入するときは刑法上の犯罪を構成す、家宅侵入罪是れなり。

第二十六條 日本臣民は法律に定めたる場合を除くの外信書の秘密を侵さるることなし。

本條は信書秘密の自由を保障せり。他人の信書を開披するは道徳上に於いても其罪大なり。刑法には正條なけれども郵便條例には其罰則を規定せり。唯戒嚴と、犯罪との場合に於いては、固より其秘密は保障せられざるなり。戒嚴の何たるかは後卷に於いて之を説明すべし。

第二十七條 日本臣民は其の所有權を侵さるることなし。公益の爲め必要なる處分は法律の定むる所に依る。

本條は學者間に最も議論ある規定なり。然れども今之を詳述するの遑なし。所有權とは法令の制限内に於いて物を使用し、収益し、處分するを得る權利なり。法律は如何なる場合に之を侵すことを認むるか。曰く土地收用法、徵發令、各種の税法等に規定する場合は其主なるものなり。其他尙頗る多し。今一々枚舉するに遑あらず。

第二十八條 日本臣民は安寧秩序を妨げず及臣民たるの義務に背かざる限り於て信教の自由を有す。

信教は専ら人心の内部に屬し、固より國法の干渉すへき所にあらず。唯其外部に現はれて安寧秩序を妨ぐるか、若くは臣民たるの義務に背く場合に國家は始めて之に干渉するに過ぎず。而して其干渉するは單に國家に害あるか故に之を制限するに止まり、決して信教其ものに付きて之を制限するにあらず。歐洲諸國中には國教なるものを認めて特に之を保護し、他の宗教を排斥するものあり。我國に於いては曾て此事なし。

第二十九條 日本臣民は法律の範圍内に於て言論、著作、印行、集會及結社の自由を有す。

言論、著作、印行、集會及び結社の如きは最も人の思想の發達に資し、文運の隆盛を致すに與りて力あるものなり。故に憲法は之が自由を確保せり。但た他人の榮譽を傷害し、治安を妨げ、若くは罪惡を教唆する等の虞あるに當り、法律を以て之を制限するのみ。

第三十條 日本臣民は相當の敬禮を守り、別に定むる所の規程に従ひ、請願を爲すことを得。

請願は凡そ臣民より國家に對して哀求する願意の申請の手段なり。議院に提出する請願は議院法に規定するか如く、哀願の體式を用ひ、議員の紹介を以て提出すへきものとす。然れども憲法變更の請願は之れを呈出することを得ず。若し議會に於いて採擇すへきものと決するときは意見書を付して之を政府に轉送すへきものとす。

以上述ふる所の十條は、平時に於いて日本臣民の權利は、主として法律に依るにあらざれば侵犯せらるることなきことを規定せるものなり。而して憲法第二章には更に二の規定あり。第三十一條及び第三十二條是れなり。第三十一條に曰く

第三十一條 本條に掲けたる條規は戰時又は國家事變の場合に於て天皇大權の施行を防ぐることをなし。

と本條は憲法の全體より見るときは、極めて重大なる規定なりと謂はざる可からず。抑も國家と雖、其自ら定めたる法規を恪守せざるへからざるは云ふを待たずと雖、非常の場合に國家の生存を維持するか爲めに、一時臣民の權利を停止するは止むを得すと謂はざるへからず。夫れ曾て論せし如く、臣民にも固有の權利なし法か認むるに依りて法律上の權利たり。臣民に固有の義務あり、法か範圍を定めて強制するに依りて法律上の義務たり。此故に戰時又は國家事變の時に際し、國家か固有の權力に依り、臣民、法律上の權利の全部又は一部を停止することを得るはもとより當然なるのみ。然れとも若し憲法に此規定を缺かんか即ち一部憲法の停止なり、此規定あるに依りて實際憲法の一部を停止するも尙違憲にあらず。學者、國家の此權力を稱して國家の緊急權と名く。第三十二條に曰く

第三十二條 本章に掲けたる條規は陸海軍の法令又は紀律に牴觸せざるものに限り軍人に準行す。

と軍人も亦等しく國家の臣民なりと雖、天皇の軍隊の統帥權に服従するの結果國家に對し、自ら特殊の義務を負へり。是れ本條に軍令軍律に牴觸せざる場合に限り軍人に對し、本章の規定を適用すべきことを規定せる所以なり。

第五節 日本臣民の權利又は利益侵害に對する救濟の手段

日本臣民の權利又は利益の侵害に對し、法律上執ることを得る所の救濟の手段に四あり。

- (一) 請願
- (二) 訴訟
- (三) 訴訟
- (四) 行政訴訟

請願の何たるかに付きてはすでに之を述べたり。訴訟、訴訟、行政訴訟の何たるかに付きては後卷に之を略述すへし。

第二章 領土

領土は嚴格なる意義に於いては、統治權の効力の範圍を區劃するの障屏にして、以て統治の客體なりと云ふことを得ずと雖、便宜の爲に附記して左に之を説明すべし。

往時の學者は領土に對する國家の權力は即ち土地の所有權なりと説きたりと雖、是れ誤りたる解釋なり。

凡そ法律の解釋を試むるに當り、公法上の法理と、私法上の法理とは明に之を區別せざるべからず、例へば政府が公益の爲に土地を收用する場合に、之に對し相當の賠償を與ふと雖、土地の收用は土地の賣買にあらず、從て其法理に於いて大に相違あることを免れず、即ち土地の收用は國家の權力に基く公法上の行爲にして、元來より云へば賠償せざるも亦不可なきなり、從て權利關係に基く賣買契約の法理を以て之を説くことを得ざるべからず。

國家の領土に對する關係は、公法上の關係にして、所有權の法理を以て説くこ

とを得ず、所有權は單に民法上の權利たるに過ぎざればなり。

又古き學說に依れば、國家の統治權は土地其れ自身に對するものなりと謂へり、然れども權力なるものは意思ある人に對してこそ行はるべし、意思なき死物に對して行はるべきものにあらず、例へば山中を旅行し、四隣人なき場合に、如何にして權力を行ふことを得べきか、之に同じく國家も亦、人民に對してこそ其權力を行ふことを得るべし、畢竟領土なるものは、國家が其權力を行使し得る區域の限界をなすものたるに過ぎざるなり。

凡そ一國の法律は、其領土内に於いてのみ行はるべしを以て原則とす、故に一國の領土内に於いては外國の權力は決して行はるることなきものなり、只軍艦及び公使館の如きを之が例外とす、若しも一國が他國の領土に對し、其權力を行ふことを得ば國との疆域は何の爲にか其必要あらむや、故に外國の犯罪人が我國に逃げ來るも外國の逮捕官吏は直ちに我國内に踏み込みて之を捕縛すること能はず、國際法に依りて我國政府に對し之れが引渡を請求せざるべからざるなり。

國に依りて憲法に土地は割讓することを得ずと規定するものあり、之に反し、我

國に於いては之を以て一に 天皇の大權に委し憲法に何等規定する所あらず。或は又憲法に領土の區域を規定するものあり。此等の憲法に於いてはすへて土地の割讓ある毎に憲法を改正せざるへからず。

馬關條約の結果として我國の領土となりし臺灣に當然我が憲法の行はるるものなりや否やは曾て學者間に頗る議論ありし問題なり。或は曰く憲法制定の當時に於いては臺灣の我が領土となるべきことを豫想せず。從て特に之を臺灣に行ふと明言せざる以上は憲法は臺灣に行はれざるなりと。然れども是れ憲法第四條の規定と相容れざるものにして、甚根據に乏しき説なりと謂ふへし。既に此の憲法に依り統治權を行ふと云ふ以上は臺灣にも亦憲法の行はるること云ふ迄も無き所なり。但し臺灣總督は法律の規定により臺灣に於いて法律の効力を有する命令を發することを得るの權限を有し、而して現行又は將來の法律の全部又は一部を臺灣に施行するを要する場合には、特に勅令を以て之を規定すべきものとす。若しも最初より憲法が臺灣に行はれざるものならむには、別に法律を以て彼の如き權限を臺灣總督に委するの要なき理なり。

第三卷 統治の機關

君主國體の國に於いて、統治權は君主の總攬せらるる所なり。然れども、如何に多能の君主と雖、一切の國務を舉げて親ら之を處理し了せられむは難し。加之、是れ憲法の主旨と相反す。統治の機關を設置するの必要ある所以なり。

統治の機關は種々の標準に依りて、種々に之を區別する事を得へし。今序を逐うて之を舉示すへし。

第一章 憲法上の機關及非憲法上の機關

憲法上の機關と非憲法上の機關との區別は一に其憲法の規定に基きて、設置せらるる所なりや、否やの標準に基くに過ぎず。憲法上の機關は即ち左の如し

- 一 帝國議會
- 二 國務大臣
- 三 樞密顧問
- 四 裁判所

五 會計検査院

憲法上の機關は總へて憲法を改正するにあらざれば、之を廢止する事を得ず。此中帝國議會の組織權限等は憲法に之を掲記すと雖、裁判所及び會計検査院の組織權限は、憲法自ら之を法律の規定に委任せり。以て裁判所及び會計検査院も亦國法上極めて重要な機關なりと雖、帝國議會か一切の法律に參與するの機關たる上に於いて、特に憲法か之を重視せることを見るへし。

憲法上の機關にあらざる一切の機關は即ち非憲法上の機關なり。

或は 天皇を以つて統治の機關なりと論する學者あり。此說に従へば 天皇も亦一の憲法上の機關なりと謂はざるへからず。然れとも、若しも 天皇を機關なりと謂はば、統治權は 天皇の固有の大權にあらすして、單に一種の權限たるに過ぎず。我國の歴史に於いて、統治權は 天皇固有の大權にして、國民の委任に基て有し給ふ所に非るは、屢述へたる所の如し。

第二章 大權の機關、立法機關、司法機關
及び行政機關

統治權は後卷に述ふる如く本質に於いて之を分割すへからず。然れとも、觀察の方面を異にするに依り、或は之を立法權と名け、或は之を司法權と名け、或は之を行政權と名く。而して我憲法に於いては此他尙憲法上の大權なるものを認むるを可なりとす。此點につきては更に次卷に之を叙述すへし。本章に於いては唯、是等統治權の作用の異なるに依りて、之に參與する機關にも亦立法機關、司法機關及び行政機關の區別あることを云ふに止まる。而して此他尙憲法上の大權の行使に參與する機關あり。國務大臣及び樞密顧問是なり。或は名けて大權機關といふことを得へし。先づ之を論せむ。

第一節 國務大臣及び樞密顧問

第一項 國務大臣

國務大臣とは要するに 天皇を輔弼し、法令の副署を以て任となす所の憲法上の機關なり。憲法第五十五條に曰く。

第五十五條 國務各大臣は 天皇を輔弼し其責に任す。

凡て法律勅令其他國務に關する詔勅は國務大臣の副署を要す。

と國務大臣の職司は又甚だ明なりと謂ふへし。
大臣の稱あるものは、必しも皆國務大臣なりといふことを得ず。宮内大臣、内大臣は國務大臣にあらず。從て、天皇を輔弼し、法令の副署を以て任となす所の憲法上の機關にはあらず。

然れども本條は頗る議論ある規定にして、學者の之に對する見解一途に出ず。而して其最も議論あるは責任の意義に關してなり。

抑も本條に所謂責任か觀客的の意義を有するにあらざるは論なし。客觀的の責任とは例へば外國の彈劾の制度の如きを云ふなり。國務大臣か法律に違背せる行為をなせるか。或は政治上若くは徳義上に於いて失體ありしかの場合に議會か大臣を彈劾するを認むる國あり。是れ大臣か議會に對し責任を負ふものなり。我國體ともとより相容れず。

或は本條は大臣か人民に對して責任を負ふことを明にせるなりと唱ふる説あり。然れども是れ統治權か人民にあるの國に於いて始めて主張するを得へし。又我

國に於いて探ることを得ず。

或は曰く、本條は國務大臣か一般官吏と異なる責任を負ふことを示せるなりと。其説に曰く、一般の官吏は上官の命令を受けたる場合に、其命令か(一)上官の權限内に屬するか(二)自己の權限内に屬するか(三)法律上必要の形式を具備するかを審査し、此三點に於いて上官の命令か欠點あるに係はらず之を執行する時は、下級官吏は上官の命令なりとの故を以て其責任を辭することを得ずと雖、命令の實質に於いて違法なるものは、下級官吏に於いて之を拒むの權なし。從ても、とより其責に任することなし。是れ一般官吏の責任なり。然れども國務大臣は本條の規定に依り、命令の實質か違法なる場合に於いても、口を元首の命令に藉りて副署の責を免るることを得ず。蓋し元首は神聖にして無責任のものなればなりと。

然れども、上官の命令か形式上の違法なると、實質上の違法なるとに依りて、下級官吏の責任の有無を決せんとするか如きは、不可思議の議論なりと謂ふへし。其何れの場合たるを論せず。若しも下級官吏にして、上級官吏の命令を拒むことを得るものならむには、法律解釋の權は常に下級官吏に在りて、上級官吏に存せすと謂は

さるへからず。而かも尙此の如くにして行政の統一を欠くことなきを得るか。斯へ云はは上級官吏か下級官吏に對し私事の斡旋を命したる場合にも、下級官吏は尙服従の義務ありやとの疑問を生すへし。然れとも上官には又更に上級の監督權者あり。從て下級官吏か絶對的に上級官吏の命に服従せざるへからざるか爲に國政の進歩に何等の不便なし。故に予は何等の場合に於いても、下級官吏は上級官吏に對し服従の義務を免れざるものなることを信するなり。

予は本條に於ける大臣責任の文字は法律上に於いては畢竟重きを置きて視ることを得ざる者なりとなす。蓋し 天皇はもとより大臣を任免するの權あり、大臣は妄りに其職を辭するを得ず、從て元首の命令か大臣の意見と相容れざる場合と雖、大臣は其私見に依りて之を拒むの權なし、而かも 天皇は神聖にして侵すへからず、既に然り、獨り大臣のみか責を有すと云ふは解すへからず、法律上に於いて而して其他の場合に於いて(例へは委任を受けて國政を行ふ場合に)大臣か 天皇に對して責を負ふは當然なりと雖、是れ一般官吏のすへてか然る所にして、獨り大臣のみか然るにあらず。必しも本條あることを要せざるなり、畢竟本條に於いて 天

皇を輔弼するといふは、國務大臣か 天皇に密接するより生ずる政事上の意義に外ならず、再言すれば法律上、一般官吏と異なる特殊の責任は即ち無きなり、從て本條の規定は政事上の意義に於いて解すれば即ち支障なしと雖、法律上に於いては重きを置きて視ることを得ざる條文なりと云ふの外なし、蓋し本條は歐洲に於いて君主か無責任なるより、議會か大臣を彈劾すといふの制度に其沿革を發せるものなり。

副署は主管の大臣之を爲すを通例とすと雖、重大の法令詔勅等には國務大臣總へて副署することあり、而して副署は事實上より云へは法令詔勅等の公布に大臣か參與したることを示すの手續たるに止まり、法律上より云へは法令詔勅等の適法なるか爲めに必要の形式なり。

副署とは要するに國務大臣か法令の制定に參與したることを示すか爲に署名するの義に外ならず。

第二項 樞密顧問

憲法第五十六條に曰く

第五十六條 樞密顧問は樞密院官制の定むる所により 天皇の諮詢に應へ
重要な國務を審議す

と。要するに樞密顧問は 天皇諮詢の最高機關なり。樞密院官制第一條第六條及び
第八條は其職權と性質とを示し得て明なり。曰く

第一條 樞密院は 天皇親臨して重要な國務を諮詢する所とす。

第六條 樞密院は左の事項に付諮詢を待て會議を開き意見を上奏す。

一 皇室典範に於て其權限に屬せしめたる事項。

二 憲法の條項又は憲法に附屬する法律勅令に關する草案及疑義。

三 憲法第十四條戒嚴の宣告同第八條及第七十條の勅令及其他罰則の規定
ある勅令

四 列國交渉の條約及約束。

五 樞密院の官制及事務規程の改正に關する事項

六 前諸項に掲ぐるものの外臨時諮詢せられたる事項。

第八條 樞密院は行政及立法の事に關し 天皇の至高の顧問たりと雖も施政

に干與することなし。

と以て樞密院顧問か 天皇の大權の行使に關し、重要な諮詢機關たるを見るへし
樞密院と議會との異なる要點は、議會には發議の權あれとも樞密院には、發議
の權なく、又其組織及び權限に於いて相同しからざるに在り。而して其議會と相
同しき點は、兩者共に上に對して意見を述べ、下に對して命令を行はさ
ると、並ひに其議決の府なるとに在り。

第二節 立法機關

立法機關は即ち帝國議會なり。今之に關し、憲法の規定に従ひ、序を逐うて概説す
へし。

之に先ちて一言すへきは、即ち帝國議會の國法上の地位是れなり。

帝國議會とは何ぞや。曰く主として立法及び豫算の決定に協賛するを以て權限
となす所の憲法上の機關なり。從て又帝國議會は統治の機關にして統治の主體若
くは統治の客體にあらざるは論を待たず。然れとも此見解は我國に於いて然りと
いふのみ。歐洲諸國に於いて或は議會に統治權ありとなし、或は元首と之を共有す

となすの觀念あるは曾て述へし所の如し、是等の觀念は即ち議會を以て統治の主體なりとなすものなり。而して此他猶は議會は全國人民を代表するものにして、統治の客體なりとなすの見解あり。然れども、若しも議會にして人民を代表し、且つ統治の客體なりと謂はば人民の總意なるものを認めざるへからず。夫れ人民の各個人に付きて云はば各意思ありと雖、一般人民の意思なるものは何の所にか之を認めんや、議員は法理上に於いて決して選舉區民の意思を代表するの義務あるものにあらす。且つ議會には人格なし。人格なきものを統治すといふは、牛馬木石を統治すといふに同じ。故に此の説も亦誤れり。

以下憲法の規定する所に従ひ、順次に其構成、權限及び議員の特權等に付き左に之を述ふへし。

第三十三條 帝國議會は貴族院衆議院の兩院を以て成立す。

今日の立憲諸國中、一院制を執るものは瑞西、獨逸、聯邦、其他の小邦あるのみにして、其他は皆二院制を採用せり。蓋し一院制の弊は感情の爲めに激動せられ政府と衝突したる場合に之を調和するの途なきに在り。二院制に在りては兩院互に其短

を補ひ、相拘制して國家の利益を増進することを得へし。例へば物體を視るに一眼を以てするよりも、兩眼を以てするの明なるに如かざるか如し、貴衆兩院は合體して一の帝國議會をなすなり。例外の場合を除くの外、法律は貴衆兩院の各孤立して存在することを認めず。換言すれば一院の議決は未だ之を以て議會の意思なりと認むること能はず。例外の場合とは上奏、建議、請願、又は貴族院令の改正並ひに華族の特權特權あるか爲に四民の權利が平等なりといふことを妨げず。に關する貴族院の決議等に關する場合を云ふ。

第三十四條 貴族院は貴族院令の定むる所に依り皇族、華族及勅任せられたる議員を以て組織す

本條は貴族院の組織を定めたるものなり。

貴族院は五種の原因より成立す。第一、皇族の男子にして成年に達したる者。皇族中、皇太子、皇太孫は滿十八年、其他は凡て一般人民と同じく滿二十年を以て成年とす。第二、公侯爵を有し滿二十五年に達したる者。第三、伯子男爵を有し滿二十五年に達し、同爵中より選舉せられたる者。第四、國家に勳勞あり、又は學識ある滿三十

年以上の男子にして勅任せられたる者、第五、各府縣に於いて滿三十年以上の男子にして、多額の直接國税を納むる者十五人の内より、一人を互選し、其選に當り勅任せられたる者は是れなり。以て貴族院か地位と、經驗と、學識と、富とを代表するの機關なることを見るへし。

第三十五條 衆議院は選舉法の定むる所に依り公選せられたる議員を以て組織す。

本條は衆議院組織の要件を定むると同時に、其の詳細は衆議院議員選舉法に依りて定むべきことを規定せしものなり。

衆議院議員選舉の方法は、國に依りて相違あり、例へば直接選舉、間接選舉、普通選舉、制限選舉等の別あり、又投票にも單記、聯記、制限聯記、記名無記名等の別あり。

現行の方法は直接選舉にして選舉人直ちに選舉を行ふ者なり。間接選舉とは選舉人自ら選舉を爲さず、先づ一般選舉人中より一定の人を選舉し、其選舉せられたる人をして更に選舉を行はしむるものなり。今其害を論ずれば、間接選舉の弊害は一、手數の繁雜なる事、二、選舉の冷淡なる事、三、賄賂の行はれ易き事、四、意外の人か選

舉せらるる事等なり、而して其利益は一、多少人物を選擇するの便ある事、二、比較上選舉人は責任を重んずべきか故に選舉の公平を保ち得べき事等是れなり。

普通選舉とは、選舉人の財産資格に何等の制限を設けざるものと云ひ、其之に反するものを制限選舉と云ふ。現行法(明治三十三年三月改正)に於いては制限選舉の法を執れり。即ち一、日本臣民の男子にして滿二十五歳以上の者なること。二、一年以上其選舉區内に住居を有し、仍引續き有するものなること。三、一年以上地租拾圓以上又は二年以下地租以外の直接國税十圓以上若くは地租と其他の直接國税とを通して十圓以上を納め、仍引續き納むるものなることを要するものとす。納税資格に制限を附するは、多數國民中には國政の何たるかを知らず、且つ選舉すべき代議士に付き何等の定見もなくして選舉權を行ふものなきを保せざるか故に、如上の納税資格あらは多少の教育並ひに定見もあるへしとの意味を以て此の如き規定を設けしなり。

單記投票とは一人の選舉人をして一人の被選舉人に投票せしむるの方法なり。故に二人以上選舉すべき區に於いては、選舉人も一人の外投票することを得ざる

なり。之に反し聯記投票は定員のすへてに對し投票することを得せしむるものにして、聯記投票は大政黨に利益多く、單記投票は少數者に利益多きものとす。若し選舉をして各種の意見を反映せしむべきものならしめば、少數者の意見も亦もより十分に保護せざるへからざるは論を待たず。制限聯記とは定員中の幾許かに對し投票せしむるの制度にして、其の利害亦單記聯記の中間にあるものとす。現行法に於いては單記投票の方法を採用せり。

此他記名投票と無記名投票との別あり。前者は選舉人投票に自己の姓名を記するものにして、後者は選舉人の姓名を記さざるものなり。亦各利害あり、選舉の公平は無記名の方法によりて多く保ち得べきに似たり。現行法に於いても亦此方法を採用せり。

第三十六條 何人も同時に兩議院の議員たることを得ず。

既に兩院の制度を採用せり。然るに若しも一人の議員にして、兩院の議員たることを得せしめば、其極途に一院制と擇ふなきに至らむ。是れ本條の規定ある所以なり。

第三十七條 凡て法律は帝國議會の協賛を経るを要す。

本條の解釋に付きては尙次卷に之を説明する機會あるへし。此に法律と云ふは所謂狹義の法律を云ふものにして、本書の始に於いて論じたる法律と同じからず。會國に於いて法律の制定はもとより、天皇の大權に專屬すと雖、只必ずや帝國議會の協賛を経ざる可らざるのみ。往時の學者中往々にして英國君民同治の主義を以て直に之を我憲法の上に移し來り、立法權は、天皇と議會との共有する所なりと論せし者ありと雖、斯くの如くは第四條に、天皇は統治權を總攬すと謂ひ、第五條に、天皇は立法權を行ふと謂ふの條文を抹殺するものと謂はざるへからず。論者の如きは畢竟我國體と並ひに我憲法の明條とを度外視するものにして、且つ協賛の性質を過重視するの誤謬に陥れるものなり。事實に於いてこそ、議會の協賛を経たる法律案に對し、天皇の裁可し給はざるか如きことなかるへしと雖、法理上に於ては、天皇は固より又不裁可權を有せらるるものにして、平易に云ふときは協賛は諮詢に對し、若くは自ら進みて議會の意見を奏上すと云ふの義に過ぎざるなり。然れども又、天皇が議會の決議に異なりたる法律の公布を命し給ふか如きは

憲法第五條、第三十七條の本義にあらす。

第三十八條 兩議院は政府の提出する法律案を議決し及各法律案を提出することを得。

本條は法律の發案權は政府及び兩議院の各之を有する所なることを規定せるものなり。然れども、一院に於いて或議員が提出したるものは未だ之を法律案と云ふこと能はず。是れ法律案の案たるに過ぎず。一院に於いて之を可決して後始めて法律案と云ふことを得るなり。

第三十九條 兩議院の一に於て否決したる法律案は同會期中に於て再び提出することを得ず。

本條は同一事件の爲めに永く議會の作用を澁滞せしめさらむと欲するものなり。而して會期とは開院式の當日より、閉院式の前日に至る迄の期間を云ふなり。

第四十條 兩議院は法律又は其他の事件に付各其の意見を政府に建議することを得但し其の採納を得ざるものは同會期中に於て再び建議することを得ず。

本條は議會の建議權を規定せるものなり。茲に議會の權限に付き概括して論ずるは無用にあらざるへし。即ち凡そ左の如し。

第一 國事に參與する權限

- 一 決議
- 二 協贊
- 三 承諾
- 四 上奏
- 五 建議
- 六 質問
- 七 請願の受理及び轉送

第二 内部の事項に關する權限

- 一 院内規則を定むるの權
- 二 院内の警察及び秩序を保持するの權
- 三 院内の組織を定むるの權

四 議員の資格を審査するの權

一、決議とは議會の意思を表示するものにして之を議決するに止まり、上奏し、若くは政府に之を移すものにわらず。

茲に一言するの要あるは議會に於いて政府の不信任を議決するも國務大臣は必しも其責を引ききて辭職すべき法律上の義務なきこと是れなり(政治論として若くは道徳論としては格別なれとも)何となれば文武官の任免は 天皇の大權に屬する所なるは第十條の規定に依りて明なる所なるのみならず、若しも議會の意思に依りて國務大臣の任免を決せざるへからずむは文武官の任命權は議會に存し、又 天皇に存せずと謂はざるへからざればなり。

二、協賛とは要するに法律案及び豫算案に對し之を法律又は豫算として公布するの可否を決議して其意思を以聞するの謂なり。

三、承諾とは憲法第八條第六十四條第七十條等の末項に規定せるか如く始め議會の協賛を経るの途なかりし場合に事後に至り之を可なりとして議決するの謂にして、第五十三條の「兩議院の議員は現行犯罪又は内亂外患に關する罪を除く外

會期中其の院の許諾なくして逮捕せらるることなし」と云へる許諾と必ずしも其性質を異にするにあらずと雖、只彼れは事後に與ふるものならずして、事前に與ふるものたり。

協賛と承諾との異同に就きては我國に於いても歐洲に於いても、種々の説あれとも予は同一にあらずとなす、即ち承諾は事後に與ふるものにして協賛は事前に決するなり、承諾は他より求め來り、協賛は他より求められずとも自ら決することを得るものなり。又協賛には修正權の伴へるものなりと雖、承諾には修正權を行ふの餘地なきなり、畢竟協賛は積極的のものにして承諾は消極的のものなり。

四、上奏とは 陛下に議院の意思を以聞するの謂にして兩院各上奏するを得るものとす。

五、建議とは政府に對し、議院の希望を開陳するの謂なり。又一院の權限を以て行ふを得る所とす、而して其上奏と異なるの點は、上奏は主として過去に言及し、建議は必ずや將來に對するの希望なるに在り。

六、質問とは政府の行爲若くは意見に就きて報告を求むるの謂なり。而して政府は議院法に由り答辯の義務あり。答辯せざる場合には其理由を明示せざるべし。七、請願は人民より呈出する所にして、議院に於いて採擇すべしと決するときは意見書を付して之を政府に轉送するものなり。然れども政府は必しも之を採用するの義務あるにあらず。

國事に參與する議院の権限は以上述ふる所の如し。而して、内部の事項に關する権限は即ち左の如し。

一、院内の規則を定むるの權とは憲法及び議院法の範圍内に於いて議事規則を定め、豫算、決算に關する議定細則を定め、兩院協議會の規則を設くる。か如きの權を云ふ。

二、院内の警察及び秩序を保持する權とは議院の神聖と、秩序とを害するの行爲に對する取締の權を云ふ。

三、院内の組織を定むる權とは議長、副議長若くは假議長を選擧し、部屬を定め、部長及び理事を選擧するか如きの權を云ふ。

四、議員の資格を審査するの權とは議員の當選に關し、其當不當を審査し、以て議員の資格を決定するの權を云ふ。此權限は貴族院衆議院の共に有する所なり。と雖、唯異なるは貴族院議員の當選は獨り貴族院の之を決するを得る所なるも、衆議院議員の當選訴訟は裁判所に於いても亦之を決するを得るの點に在り。

第四十一條 帝國議會は毎年之を召集す。

帝國議會の召集は官報を以て公布し各議員に對し、一々召集狀を發することなし。と雖、畢竟召集は各議員に對するものなり。

第四十二條 帝國議會は三箇月を以て會期とす。必要ある場合に於ては勅命を以て之を延長することあるべし。

三箇月とは曆に従はずして、日を以て算するなり。換言すれば通計九十日を云ふ已むを得ざる必要ある場合には勅命を以て之を延長することを得べし。

第四十三條 臨時緊急の必要ある場合に於て常會の外臨時會を召集すべし。臨時會の會期を定むるは勅命に依る。

本條の常會と臨時會とは其區別頗る困難なり。地主に於いて閑暇の季節を撰み

十一月より開會するものを通常會と見做し、其他の季節に於いて開會するものを臨時會と見做すへきか。議會は解散の後五ヶ月以内に之を召集せざるへからざるを以て臨時會と雖、冬季に開かるることなきを保せず。然らば會期三箇月に涉る議會を通常會と稱し、其他を臨時會と稱すへきか。臨時會の會期を定むるは勅命に依る。若し勅命を以て會期を三ヶ月と定めたる場合は如何。從て會期の長短は通常會と臨時會とを區別するの標準に非ざるなり。畢竟二者の區別は之を事實に依りて決せざるへかず。

解散後に召集せられたる議會は通常會なりや。將に臨時會なりや。解散後の議會は畢竟一種特別の議會なるを以て通常會にもあらず、又臨時會にもあらずるなり。故に議會の慣例に於いては特に之を特別議會と稱せり。

第四十四條 帝國議會の開會閉會、會期の延長及停會は兩院同時に之を行ふへし。

衆議院解散を命せられたるときは貴族院は同時に停會せらるへし。
貴族院及び衆議院議員は各召集の日に於いて議院に集會し、部屬を定め、部長理

事を選擧し、議院の成立を政府及び他の一院に通知す。然る後開院の式を舉げさせらる。

停會は事實に於いて解散の準備たることあり。蓋し議員熱狂し、議事公平を缺く場合に、一時其熱度を冷却せしめむか爲めに停會を命ずることあり。又、衆議院の解散せられたる場合に、貴族院の停會を命ずるは二院制度を採用したる結果として、一院のみにては議會の作用を爲すこと能はざるか爲めなり。然れども、此場合に於ける停會の文字は嚴格に評すれば、稍妥當ならず。此他休會あり。休會は法律上の作用にあらず。議案なきか故に議事を開かず。若くは皇室の凶事等に際し、議事を休止して遠慮の意を表すと云ふか即ち休會なり。

解散は議員各個の職を解くの義なり。其職を免すと云ふの代りに議院を解散するなり。政治上の意義より云へば、政府と、衆議院と意見の衝突したる場合に更に輿論に訴へむか爲に議會を解散するものなりと雖、法律上に於いては其處迄立ち入りて論ずるの必要なし。又會期の半にして議員の任期盡くる場合に外國に於いては解散を命したる例あり。

第四十五條 衆議院解散を命せられたるときは勅命を以て新に議員を選擧

せしめ解散の日より五箇月以内に之を召集すへし。

本條は議會の存立の爲めに必要な規定なり。且つ議會を召集せずして解散を命ずるは本條の精神に於いて禁ずる所なり。

第四十六條 兩議院は各其總議員三分の一以上出席するに非ざれば議事を開き議決を爲すことを得ず。

本條は議事を鄭重になすの意に出づるなり。又別に解釋を要するものなし。

第四十七條 兩議院の議事は過半数を以て決す。可否同數なるときは議長の決する所に依る。

本條も亦別に解釋を要するものなし。國に依りては可否同數なるときは議長は德義上之を否決するの慣例を有するものありと雖我國に於てはかかる慣例なし。

第四十八條 兩議院の會議は公開す但し政府の要求又は其院の決議に依り秘密會と爲すことを得。

本條は議會の公開すべきものなることを定むるものなり。公開は公議輿論か議

員の行動を監視するに必要の制度なり。事實上傍聽人の數を制限するは議院の建築上必要あるか爲のみ。之れか爲めに毫も公開の精神を妨ぐるものにあらず。

第四十九條 兩議院は各 天皇に上奏することを得。

第五十條 兩議院は臣民より呈出する請願書を受くることを得。

第五十一條 兩議院は此の憲法及議院法に掲ぐるものの外内部の整理に必要なる諸規則を定むることを得。

以上の三々條は第四十條の項下に解釋したる所なるか故に茲に再說せず。

第五十二條 兩議院の議員は議院に於て發言したる意見及表決に付院外に於て責を負ふことなし但し議員自ら其の言論を演説刊行筆記又は其の他の方法を以て公布したるときは一般の法律に依り處分せらるへし。

本條は議員の爲めに言論の自由を規定せるものなり。然れとも若し議員にして自ら其言論を院外に於いて公布したるときは一般の法律に依りて處分せらるべきものとす。本條及び次條は即ち議員の特權に關する規定なり。

第五十三條 兩議院の議員は現行犯罪又は内亂外患に關する罪を除く外會

期中其の院の許諾なくして逮捕せらるることなし

本條は立法部の神聖と議院の存立とを保護し、議員をして其公務を行ふに於いて敢て選舉區民をして遺憾なからしめむことを期したるものなり。

第五十四條 國務大臣及政府委員は何時たりとも各議院に出席し及發言することを得。

本條は國務大臣をして何等の場合に於いても十分に其意見を議院に吐露せしめむことを期したるものなり。然れども議員の發言を止めてすら發言するを得ざらしむるは議院法に於いて議員發言の自由を保障せる所なり。

尙ほ茲に一言するの要あるは前議會に提出して決議に至らざりし議案は、凡て消滅に歸するものにして、次の議會に改めて提出せられざるへからざるものなること是れなり。蓋し前議會と次の議會とは要するに個々の議會にして、繼續して存在するものにあらざればなり。

第三節 司法機關

司法機關は即ち司法裁判所なり。特別裁判所と稱するものも亦司法裁判所の一

種として存在することを得へし。陸海軍裁判所(軍法會議)は即ち特別裁判所の一種なり。而して歐洲の或る國に於ける商工裁判所の如き亦特別裁判所の一種なり。一般に民刑事の裁判を爲す所の裁判所即ち司法裁判所を稱して普通裁判所と云ふ。従て裁判所の名稱を有するものは必ずしもすべて司法機關なりと云ふことを得ず。何となれば行政裁判所、權限裁判所及び懲戒裁判所の如き亦裁判所は即ち裁判所なりと雖、寧ろ行政機關に屬し、司法裁判所にあらざればなり(但此見解に對しては、司法に對する見解の異なるによりて異説あり)

司法の何たるかは請ふ之を次卷に論せむ。茲には司法裁判所と裁判官と、裁判とに關し憲法は如何に規定せるかに付き簡單に論究すへし。

第五十七條 司法權は 天皇の名に於て法律に依り裁判所之を行ふ。
裁判所の構成は法律を以て之を定む。

本條亦憲法中疑義多き規定の一なり。抑も司法權は曾て述べたる如く、畢竟 天皇の總攬し給ふ統治權の一面なるか故に裁判の決定は亦固より 天皇の統治權の一の作用なりと謂ふへし。要するに是れ本條に「天皇の名に於て」と云へる所以

なり。而して其法律に依りて云へるは如何。是れ學說の紛糾を極むる點なりと雖、予の見る所を以てすれば、裁判の手續は、法律に依るものなりとの意義に解するを以て最も穩當となすか如し。

裁判の構成は法律を以て之を定むと云ふは、畢竟裁判の人民の權利に關係すること至大にして、命令を以て擅に之を變更し得べくは、裁判の公正を保持するに依りて又人民の權利を確保すること難きか爲なり。而して本條に所謂法律とは要するに裁判所構成法を指すものなり。

第五十八條 裁判官は法律に依り定めたる資格を具ふる者を以て之に任す。裁判官は刑法の宣告又は懲戒の處分に由るの外其職を免せらるることなし。

懲戒の條規は法律を以て之を定む。

本條は裁判官の任免は共に法律に依ることを規定す。要するに司法の神聖を保持せむと欲せば、又司法官の地位を保障するの要あり。又前條と其精神を同うすることを見るへし、裁判官の資格も亦裁判所構成法の規定する所なり。而して懲戒の

條規は法律を以て之を定むと云ふも亦裁判の獨立を保障せんと欲するの意に出づるに外ならず。裁判官の懲戒に關しては判事懲戒法あり。判事とは要するに又司法裁判官の義に外ならず。

第五十九條 裁判の對審判決は之を公開す。但安寧秩序又は風俗を害するの虞あるときは法律に依り又は裁判所の決議を以て對審の公開を停むることを得。

對審及び判決を公開するは裁判の公平を得せしむる所以にして、又議會公開の原則と其主旨を同うす。即ち本條に於いては公開を以つて原則とし、唯例外として安寧秩序を害するの虞あるか又は風俗を害するの虞あるかの場合に限り、始めて對審の公開を停めしむ。而かし此場合に於いても判決は公開すへしと云ふは、其民衆に示して私なきを知らしめむか爲なり。

第六十條 特別裁判所の管轄に屬すへきものは別に法律を以て之を定む。本條は特別裁判所の管轄に屬すへきものは必ず法律を以て之を定め、命令を以て定めざることを明にせるものなり。而して我國に於いては軍法會議を除くの外

未だ特別裁判所の設置なし。

第六十一條 行政官廳の違法處分に依り權利を傷害せられたりとするの訴訟にして別に法律を以て定めたる行政裁判所の裁判に屬すべきものは、司法裁判所に於て受理するの限りに在らず。

本條は行政裁判所の管轄に屬すべきものと、司法裁判所の管轄に屬すべきものとを分別するの規定にして、又行政訴訟に關する條件を掲げたり。之に關しては尙ほ次卷に論述する所あるへし。

第四節 行政機關

行政機關は其數に於いて頗る多し。之を擧げ盡すは本書の爲し能はざる所なり。然れども大體に於いて之を左の三種に別つ事を得へし。

- 一、行政官廳又は行政官府
 - 二、地方自治團體
 - 三、公共組合
- 公共團體
- 序を逐うて之を解説すへし。

第一項 行政官廳

官廳は獨り行政官廳のみにあらず。樞密院も一の官廳なり。司法裁判所も亦一の官廳なり。(帝國議會も亦一の官廳として立法に參與するものなりと云ふことを得ざるにあらずと雖、官廳の觀念も亦實に學說の分歧する所たり。普通には官廳を以て命令權を行使するものならざるへからずとなせり。然れども予の此見解を取らざるは後に述ふる所の如し。然れども行政官廳と云ふ時は要するに行政の目的の爲めに設備せらるる官廳を云ふなり。

官廳の何たるかは一の重要なる問題なり。或は(一)建物を稱して官廳なりとなすの觀念あり。(二)國家の事務を行ふ人と、建物との集合體なりとなすの觀念あり。(三)一定の國家の事務を分任せらるる自然人又は自然人の集合體か官廳なりとなすの觀念あり。(四)官制に依りて分配せられたる國家の事務の一塊か官廳なりとなすの觀念ありと雖、予はすへて此等の見解を非なりとなすものなり。即ち官廳とは一定の範圍内に於いて國家の事務を分任せらるる國家の機關にして人格即ち自存目的を有せざるものなり。

となす。之を解説するは暫く之を後に譲り、今其種類を擧ぐれば標準の異なるに依り凡そ左の如き區別をなすことを得へし。

1. 合議制の官廳決議によりて事務を行ふ官廳

2. 單獨制の官廳長官が事務を專行する官廳

1. 統治權を行使する官廳

行政官廳
司法官廳

單に諮詢を受けて議決するもの(樞密院の如し)

2. 議決官廳

發案權を與へらるるもの(議會の如し)

元首に隸屬するもの(帝國議會、樞密院の如し)

官廳に隸屬するもの(衛生會、土木會等の如し)

3. 事實行爲を爲す官廳製鐵所、傳染病研究所等の如し

1. 普通官廳 此區別は行政官廳に付き後に之を説明すへし

2. 特別官廳

1. 中央官廳 管轄區域の全國に渉るもの

2. 地方官廳 管轄區域の一地方に限らるるもの

行政官廳に關しては憲法に一般に其規定を掲ぐるものなし。只第七十三條に會計検査院に關する規定あり、而して第十條に 天皇は行政各部の官制を定むべきことを規定せるのみ。從て憲法に依りて之を論ずること能はずと雖、之に關する概念を講ずるは又必要なりと謂ふへし。

然れとも、本書に於いては之を詳説すること難し。請ふ左の三點に付き之を論ずるに止むへし。

I 行政官廳の觀念

II 行政官廳の權限

III 行政官廳の種類

I 行政官廳の觀念

國家統治の事務は頗る多岐にして元首の獨り能く親裁せらるるを得べき所に

あらず。是れ國家の諸般の機關を設けて此多岐なる統治の事務を分掌せしむる所
以なり。然れとも國家は其利益の國家全般に渉る事項より、一地方若くは一社會に
限らるゝ事項に至るまで必しも悉く其直接に設備したる機關をして之を處辨せ
しむる事を必要とするものにあらず。苟も國家の生存並に其目的に對し支障な
らんか、團體をして各自の獨立自營に任せしむるも亦不可なきのみならず。却て國
家の機能を完うするに於いて便なりとす。

此趣旨に基き今日の文明國家に於いては、其直接に自ら設備したる機關の外尙
公共團體なる一種の行政機關を設く。而して今此二種の行政機關に就き之を比較
するに前者に在りては機關の意思は即ち國家の意思にして、國家の意思の外に又
獨立したる機關の意思なしと雖、後者に在りては國家は國家自體の外に一の人格
者(即ち法人)を認るものたり。

行政官廳(すへての官廳亦皆然り)と公共團體との區別は主として此點に在り。其
一定の範圍内に於いて國家の事務を舉ぐるか爲の機關たるは二者異なる所なし。只
一は人格者たり、一は人格者にあらずのみ。予の行政官廳とは行政の爲に設備せ

らるる官廳なりと云ひ、而して官廳とは一定の範圍内に於いて國家の事務を分任
せらるる國家の機關にして、人格なきものなりと云ふの主旨は即ち此點に在り。

II 行政官廳の權限

行政官廳は一定の範圍内に於いて國家の事務を分任せらるる行政機關なり。而
して此事務の範圍を稱して行政機關の權限又は職權と云ふ。

行政官廳の權限の劃定は獨り行政官廳と、他の行政官廳との關係を定むるか爲
に換言すれば行政官廳をして各其事務の分掌の範圍を嚴守して相侵することな
らしめんか爲に必要なるのみならず、又官廳は其權限内に於いて爲したる行爲に
限り、國家の行爲と見なさるへしとの點に於いて重要な職分を有するものなり。

III 行政官廳の種類

行政官廳は其掌理する國家の事務の異なるに依りて其類を同うせず。例へば財政
の爲に大藏省あり、軍政の爲に陸海軍省あり、實業政の爲に農商務省あり、教政の爲
に文部省あるか如し。然れとも、此等の區別は別に學理上の區別として目すべきも
のにあらずして、要するに事實現時に於いて行政機關か此の如くに別たると云ふ

に過ぎず。而して茲に述べんと欲するは此種の區別にあらすして左の區別に在り

1 普通行政官廳

2 特別行政官廳

普通行政官廳とは、其權限が廣く各般の行政事務に渉るを以て主義となすものを云ひ、特別行政官廳とは其權限が特に一部の行政事務に限らるるものを云ふ。前者に於いては法令が之を禁止し、若くは之を他の官廳の權限に委ねざる限りは行政の事務が廣く其權限に委ねらるるものなりとの推測を受け、後者に於いては反對に法令に規定せられざるものは、すへて其權限に在らすとの推測を受くるものなり。

特別行政官廳とは、例へば、警視廳、稅務管理局、鑛山監督署、土木監督署、郵便電信局等の如く特殊の事務を掌理するものなり。然れども此等は到底本書に之を掲げ盡すことを得ず。本書に於いては單に普通行政官廳の名稱を列擧するを以て暫く満足せざるへからず。

普通行政官廳は即ち左の如し

I 内閣

II 内閣總理大臣

III 各省大臣

(以上を中央行政官廳とす)

IV 府縣知事

V 郡長、島司

VI 市、町、村長等

(以上を地方行政官廳とす)

以上は内地に於ける制度の一般なりと雖、臺灣及び北海道には又特殊の機關あり。即ち左の如し。

臺灣

I 臺灣總督

II 縣知事

(粗は内地の府縣知事に相當す)

III 廳長

IV 辨務署長(租は内地の郡長に相當す)
V 街庄社長等

北海道

I 北海道廳長官

II 支廳長(内地の郡長に相當す)

III 區町、村長

而して北海道廳長官は、各省大臣の監督權に服従すること恰も府縣知事の如しと雖、臺灣總督に至りては二三の事項を除くの外、内務大臣の監督を受け、而かも其權限に於いては之を到底内地に於ける府縣知事等と同一に目すべからざるものあり。例へば法律(狭義に於て云ふ)に等しき効力を有する律令を發するの權限を有するか如きは是れなり、此點に於いては各大臣の權限と雖、又及ふことなし。

内閣及び内閣總理大臣の區別並に國務大臣及び各省大臣の區別に付きては特に注意を要するものあり。

内閣は一の合議制の官廳なり。其權限は特に内閣官制に列記せられ、且つ特別の

法令中に掲記せらる(例へば土地收用法、内閣總理大臣は内閣の一員としては單に其首席を保ち、其事務を主宰すと云ふの外別に他の閣員と何等の權限の異なるものなし、此場合に於いて内閣總理大臣は又獨立の權限を有するものにあらす換言すれば内閣は内閣總理大臣の事務所にあらざるなり。

然れども内閣總理大臣は又別に一個の獨立したる單獨制の官廳として各省大臣の上に立ちて行政の統一を保持し、其命令又は處分の不法又は不當なるものに對し、一時之を中止せしめて勅裁を待つるの權限を有するの外、尙一の官廳として各省大臣の何れにも屬せざる事務を行ふものなり(例へば内閣書記官長の事務の如き統計局長及び恩給局長の事務の如きは是れなり)。

國務大臣は現時に於いて又各省大臣を兼ねと雖、之が爲めに二者同一なるにあらず。即ち一は憲法上の機關なり、補弼の機關なり。而して一は非憲法上の機關なり、行政機關なり、恰も往時我國に於いて卿即ち現時の各省大臣に相當すは參議を兼ねたりと雖、之を以つて二者同一なりと云ふことを得ざりしか如し、二者の區別は之を明にせざるべからず、但し之に對し別異の見解を持するものあり。

と雖予は法理上に於いては此の如くならざるへからすと信ず。
 地方自治團體及び公共組合の何たるかを論ずるに先ち、政府の觀念と並に會計検査院の何たるかに付き一言するは蓋し當を得たるものなりと信ず。蓋し政府の觀念は普通に地方自治團體及び公共組合の觀念と相對し、而して會計検査院は普通行政官廳にあらすして特殊の事務を掌理するの機關なりと雖、憲法上の機關として國家の財政に對し、特に重要な地位を占むる行政官廳なればなり。

IV 政府の觀念

普通の用例に従へば、政府なる語は粗は昔時の「御上」なる語に等しきか如し。然れども「御上」なる語は統治者及び裁判所を包むと雖、政府なる語は之を含まず。要するに通俗の語に於いて政府と稱するは、統治者を除き議會及び裁判所に對するものなるに似たり。然れども仔細に憲法の規定を觀察する時は、政府なる語には凡そ三種の用例あることを發見す。即ち

(第一) 天皇を以て政府の一部となすもの(憲法第七十條)

(第二) 國庫の意義に用ゐらるるもの(同第六十七條及第七十六條)

(第三) 機關の意義に用ゐらるるもの(同第八條、第三十八條、第四十條、第四十八條)

第六十八條及び第七十二條

此の如く(第一)及び(第二)の用例に依る政府の文字が機關を指すものにあらざるは云ふを待たずと雖、(第三)の用例に依る政府の文字が機關(特に行政機關)を指すものなるは又疑を容れず(即ち此用例は普通の觀念と相一致するものなり)然れども又畢竟政府なる一の獨立したる官廳の存在するあるにあらすして内閣總理大臣以下の官廳を汎稱して政府と云ふに過ぎず。故に中央政府とは即ち内閣總理大臣以下の中央官廳を指すものにして、地方政府とは即ち臺灣總督、北海道廳長、官、府、縣知事以下の官廳を云ふものなり。

V 會計検査院

會計検査院は國家歳出入の決算を検査確定するか爲に設けらるる所の憲法上の機關なり。憲法第七十二條に曰く、

第七十二條 國家歳出入の決算は會計検査院之を検査確定し政府は其の検査報告と俱に之を帝國議會に提出すへし。

會計検査院の組織及職權は法律を以て之を定む。
 と。従て國家歳出入の決算は會計検査院の検査を経ざるへからすと雖、其検査は只
 政府の機密費に及ばず。而して又自治團體は各特有の會計検査機關を有するか故
 に會計検査院の検査を受くべきものにあらす。

會計検査院は 天皇に直隸し、國務大臣に對し特立の地位を有す(會計検査院法
 第一條)茲に國務大臣とは行政機關としての大臣の意義に解すべくして、補弼機
 關の意義に解すへからざるなり。抑も普通の行政官廳に在りては、原則として、國務大
 臣の監督權に服従することか即ち 天皇の行政監督權に服従する所以なり。之に
 反し會計検査院は直に 天皇に隸屬し、國務大臣に對しては全く特立の地位を有
 するものたり。換言すれば法令に依り特立の職權を行ひ、 天皇の監督權に服従す
 るの外國務大臣の干預を受けざるなり。而して是れ國家歳出入に對する検査の確
 定か特に嚴正にして公明なるを要するか爲に國務大臣の監督權に服従せしむへ
 からざるものあるに依るに外ならず。憲法第七十二條第二項に會計検査院の組織
 及び職權は法律を以て之を定むと規定せるも亦同一の主旨に出るものにして、普

通の官廳に於けるか如く、命令を以て常に其組織と職權とを動かし得へくんば、終
 に能く検査の公正なるを期し難きか爲なり。而して會計検査院法に於いて會計檢
 査官に對し、特殊の保障を與へ、刑事裁判又は懲戒裁判に依るにあらざれば、其意に
 反して退官轉官又は非職を命せらるるとなしと、規定せるも亦之か爲に外ならず。

第二項 地方自治團體

地方自治團體と公共組合とは並に一定の範圍内に於いて國家の事務を行ふ所
 の行政機關なりと雖、其事務は單に國家の事務たるに止まらず、又同時に自個の事
 務たり。換言すれば此等の行政機關か其事務を舉ぐるは間接に國家の目的を遂行
 する所以なり。官廳には自個固有の事務なるものなし。以て此等團體と官廳との同
 しからざる所以を了解すへし。

地方自治團體と公共組合とを併せて公共團體(又は自治團體)と云ふ。公共團體に
 關する概括的の概念を研究するは法理の研究としては即ち必要ならざるにあら
 すと雖、本書に於いては之を詳論するの邊なし。今左に地方自治團體とは具體的に
 如何なるものなるかを論すへし。

現行法に於ける地方自治團體中其主要なるものは府、縣、郡、市、町、村なり。府、縣、郡、市、町、村は行面に於いては即ち國の行政區劃なりと雖、又他の一面に於いては即ち自存目的の主體として一の法人なり。換言すれば其區域内に於いては、獨立して自ら統治すると同時に、外部に對し、權利義務の主體として財産を所有し、之を賣買し、授受し、又他人と契約を結ぶことを得るものなり。

國家か地方自治團體を認めたるの主旨は明治二十一年市制及町村制を布くに當り、之と同時に公示したる同理由書中左の如く云へるに依りて甚明なり。

維新の後政務を集攬して一に之を中央政府に統へ、地方官は各其職權ありと雖、政府の委任に依て代て事を處するに過ぎず。今地方の制度を改むるは即ち政府の事務を地方に分任し、又人民をして之に參與せしめ、以て政府の繁雜を省き、併せて人民の本務を盡さしめんとするに在り。而して、政府は政治の大綱を握り、方針を授け、國家統御の實を擧ぐるを得べく、人民は自治の責任を分ち、以て専ら地方の公益を計るの心を起すに至るへし。蓋人民參政の思想發達するに従ひ、之を利用して地方の公事に練習せしめ、施政の難易を知らしめ、漸く國事に任する

の實力を養成せんとす。是將來、立憲の制に於て、國家百世の基礎を立つる根源なり。

第三項 公共組合

現行法に認むる所の公共組合中、其主要なるものは水利組合(普通水利組合)及び水害豫防組合の二種あり、農會、商業會議所等なり。

何か故に此等は行政機關なるか。曰く此等は一個の組合として見るときは單に私法上の組合と同じく、組合員の共同の利益の爲に存するものなりと云ふことを得るか如しと雖、國家は之を組合員の各自の計營に任せずして、特に其事務を遂行するを以て國家に對するの義務となし、擅まに解散することを許さざるは、即ち其事務を遂行するを以て國家に對するの義務たりとなす所以なり。之に對して其監督權を行使し、之に依りて又間接に國家の目的を達せむとする者なればなり。

抑も公共組合の發達は歐洲に於いても極めて輓近の事に屬し、且つ學者の其法律上の性質を認めて、一種の行政機關なりとなすに一致せむとするに至りたる。か如きも、亦近時に在り。然れども將來に於いて、内務行政の範圍に於いて、各種の事項

に關し、見るべきの發達を遂くへきものは恐くは此機關に在らむ。

地方自治團體と、公共組合との區別は前者は住民を以て基礎として構成せらるる團體なるに反し、後者は特種の資格を有する人民より構成せらるる團體なりと云ふの點に在り。即ち府、縣、郡、市、町、村等に於いては、廣く其地域内の住民を以て構成の要素となすものにして、住民たるの外何等他の資格を要せざるものなりと雖、水利組合の分子か土地又は家屋の所有者なることを必要とし、農會の分子か主として農業者又は農業者の團體なることを必要とし、商業會議所の分子か商業者なる事を必要とするか如く、總へて公共組合に於いては單に其地域内に住居するものなりと云ふの外更に一定の資格を有するものなることを必要となすなり。切言すれば、地方自治團體に對する地域の關係は、恰も國家に對する領土の關係の如く、公共組合に對する地域の關係は、此の如く重要なるものにあらずして、單に組合員の標準を定むるものなるに過ぎず。

公共組合は一の自治團體として、自存目的の主體たることを認めらるるものなるか故に、組合の内部に對して自治の權を行使し、財産を所有し、外部に對して權利

を行使し、義務を負擔し、又諸般の契約を締結するを得る等すへて地方自治團體に異らず。

第三章 官吏公吏及び議員

前二章に述べし所の機關は國家の之を設備し、若くは認識するに依りて或は官廳たり、或は法人(自然人も亦法の認識によりて人格を有するものなりと雖、法人とは自然人に對するものなること會て述べし所の如し)たるものなりと雖、本章に述ふる所の機關は、自然人にして法の一定の資格を與ふるに依りて、國家の機關たる職分を行ふものなり。

第一節 官吏

官吏とは要するに勅任官、親任官を含む、奏任官、判任官等を云ふなり。然れども、是れ只單に具體的に官吏の種類を列擧したりと云ふに止まり、未だ法理上に於いて官吏の何たるかを説明するに足らず。然れども、是れ極めて困難なる問題に屬し、予の知る所を以てすれば學者中未だ之に關する完全の定義を擧げたるものなきか如し。

予の見る所を以てすれば、官吏の何たるかは、二様の見解に依りて説明すべくして、一概に單純なる理論に依りてのみ之を決することを得ず、二様の見解とは如何。曰く一は實質上の見解なり、一は形式上の見解なり。

實質上の見解より官吏の何たるかを立論するときには、官吏とは要するに公法上の指名行為に依り、國家に對し無制限なる國家の事務を行ふべき義務を負ふ者なりと謂はざるべからず。此説明も亦定義としては多少漠然たるものあるを免れざるべし。然れども予の此の如くに云ふは要するに

- 一、一種の義務を負ふものなる事
- 二、國家の事務を行ふべきものなる事

三、其事務は無制限の性質を有するものなる事

四、其義務を負ふは兵役の如く、國民一般の義務として之を負ふにあらすして公法上の指名行為選舉も亦一の指名行為なり)に依るものなる事

の要件を備ふるにあらざれば官吏にあらざる事を意味するなり。換言すれば私法上の契約に依り國家の事務を行ふもの例へは雇吏の如き是れ亦多少の疑なしと

せざるも暫く普通の説に従ふ。及び請負契約に依り國家の事業に従ふもの等特別なる調査事項に従ふ所の所謂委員なるもの(例へは鐵道調査會委員、議院建築調査會員等)此等は無定の事務に従ふものなりと云ふを得ず。及び兵士の如きものは總へて官吏にあらすして、而して議員の如き公吏の如き後に説明すべしは官吏に屬すと謂はざるべからざることを意味するなり。

然れども形式上の見解に依るときは、官吏とは此實質上見解に依る官吏中、特に現行法の認めて官吏なりとなす所のものか即ち官吏なりと云ふの外なきなり。而して此意義に於てすれば、公吏及び議員は官吏にあらすして現行法が別に公吏及び議員の名稱を附する所の一種の機關なりと云ふの外なきなり。

現行法の認めて官吏なりとなす所のものは勅任官、奏任官及び判任官に在りては又些の疑を容るべからず。然れども、此他尙待遇官吏なるものあり、例へは巡査、看守等の如きは判任官にあらすして尙判任官たる待遇を受くるものたり。此等は即ち亦一種の官吏なり。然れども、官吏の待遇を受くる所のものか、總へて皆此種に屬する一種の官吏なりやと云ふに必しも然らざるなり。例へは各宗佛敎管長は勅任

官の待遇を受くと雖、官吏にあらざるか如し。何か故に彼は官吏にして、此は官吏に
 ならずと謂はざるべからざるか。曰く。是れ予の見る所を以てすれば、彼は一般の官
 吏か有すると同一の、權利(例へば俸給、恩給等を受くるの權)及び義務(例へば服務規
 律に規定せらるゝ義務)を享有し、負擔するに反し、此の如き權利及び義務を享有し
 負擔することなきか故なりと云ふの外なきなり。
 要するに官吏の何たるかは、頗る錯雜なる標準に依て定むべくして、決して多數
 の學者の輕卒に之か觀念を定むるか如くに、爾かく單純なる問題にはあらざるな
 り。

第二節 公吏

何を公吏と云ふか曰く。此問題も亦決して簡單なる問題にあらず。公吏も、官吏も
 其實質に於いて何等の差異あるものにあらざるは前節に論じたる所の如し。然れ
 ども現行法に於いて公吏と稱するものは、要するに地方自治團體が自ら選舉して
 團體の事務を行はしむるものを云ふなり。

通常官吏は任命に依り、公吏は選舉に依ると雖、任命と、選舉とは未だ以て兩者

の觀念を定むるに足らず。何となれば任命せらるるものにして尙官吏にあらざ
 るものあり。例へば勅任議員の如し。選舉せらるるものにして尙公吏にあらざる
 ものなり。例へば議員の如し。加之米國の如き官吏も亦選舉制度に依るものわれ
 はなり。

又通常官吏は俸給を受け、公吏は俸給を受けずと雖、俸給の有無も亦以て兩者
 の區別の標準となすに足らず。何となれば官吏にして試補の如きは尙無給たり。
 公吏にして尙有給なるものあればなり。

又通常地方自治團體の事務を執るものは即ち公吏なりと雖、地方自治團體の
 事務を執るものか何等の場合に於いても公吏なるにあらず。例へば市制第五十
 條及び町村制第六十一條に規定せらるる官吏は地方自治團體の事務を行ふに
 係らず、尙官吏たることを失はず。從て事務の何たるかに依りて兩者を區別する
 ことを得ざるなり。

何故に地方自治團體の事務を行ふもののみか公吏にして、公共組合の事務を行
 ふものは公吏にあらざるか。曰く。是れ沿革上の理由に依るものなりと云ふの外又

別に説明することを得ず。

普通に公吏と稱するものにして、右に述ふる所の所謂公吏と全く其性質を異にするものあり。執達吏是れなり。然れども、執達吏は現行法に於いて官吏と目する所のものにもあらず。又公吏と目する所のものにもあらずして、全く特異なる一種の機關なりと云はざるへからざるなり。

第三節 議員

帝國議會及び地方自治團體の議決機關(府、縣會、郡會、市、町、村會等)を組織する各員を稱して議員と云ふ。

議員も亦實質上に於いては、之を官吏と區別すること難し。蓋し帝國議會の議員は憲法上の特權を有し、其他一般に議員は官吏の負ふ所の義務を負ふことなく、而して官吏は現行法に於いて全然任命の形式に依り、議員は主として選舉の形式に依ると雖、此等は要するに兩者の本質上の區別を標準となすに足らず。何となれば

(一)特權の有無は兩者の本質上の區別なりと云ふことを得されはなり。

(二)或は帝國議會の議員は元首に對し特立の地位を有す、換言すれば一般の官吏に於けるか如く元首の監督權に服従するの義務なしと論する學者ありと雖、我國に於いては、議院法も亦一の法律として、天皇の裁可に依り制定せらるるものなり、而して議院法か一定の場合に議員に對し懲罰を行ふことを規定するは、又間接に議員は、天皇の監督權に服従するの義務あることを認むるものなり、從て此義務の有無を以て兩者の區別の標準となすことを得されはなり。

(三)議員中勅任に依るものあり、勅任は官吏の任命と何等異なることなし、又之を以て兩者の區別の標準となすことを得されはなり。

第四卷 統治の作用

第一章 統治の作用は如何に之を

分類すへきか

統治の作用は如何に之を分類すへきか。抑も、往時の學者は、統治權を以て數個の權力の合體せるものなりと説けり。所謂三權分立論是れなり。其説に従へば、統治

權は立法權と司法權と、行政權とより成り、立法權は議會之を掌握し、司法權は裁判所之を掌握し、行政權は政府之を掌握す、而して統治權とは即ち此等個々なる權力の集合體に名くるの名稱たるに外ならずと云へり、而して又或は、此等獨立なる三權の衝突を調和する爲の機關として、即ち君主が存在するなりと説けり、此等の説は皮相に於いて甚だ能く、國家の機能を説明するに足るものあるに似たり、然れども、近時の定説は統治權を以て分割すべからざるものなりとなすにあり。

抑も統治權を以て各獨立なる權力の集合體なりとなすの説は、議會を以て立法權の主體なりとなし、裁判所を以て司法權の主體なりとなし、而して政府を以て行政權の主體なりとなすものなり、然れども是れ前卷に於いて議會と裁判所と、政府とを以て統治の機關なりとなせるの觀念と、相容れざるのみならず、近時に於ける法理の思想と相容れざるものたり、然れども之に反し、若しも君主又は議會が總攬する所の(若くは君主と議會とが共有する所の)統治權が其根本に於いて三種の權力の相抱合して成れる所のものなりと云ふに止まらば、此説は理論上に於いては必ずしも排斥することを得ざらむ、然れども國家其ものの成立

に關する歴史上の事實に依りて之を觀察するときは、一個の統治權が實際上の必要より、或は立法の爲に發動し、若くは行政の爲に發動するものたるに止まり、要するに其本體に於いては一個のものなりと云ふの當れるを覺ゆ。

統治權は唯一にして分割すべからずとなすは、即ち近時の定説なり、而かも統治の作用は一ならず、或は法を立て、或は處罰し、或は法を解釋し、適用し、強制す、此等の作用は事實の千差萬別なるものに付いて之を認むることを得へし、而して此等種種なる統治の作用は法理の見解に於いて如何に之を分類すべきか、是れ本章に於いて論せんと欲する所なり。

三權分立論の、近時に於ける法理の思想と、相容れざるは前述する所の如し、然れども、統治の作用を分ちて立法、司法及び行政の三となすは、今日尙殆んど總へての學者の認むる所にして、但し我國に於いては、此外更に憲法上の大權に基く作用なるものを認むるを可なりとなすは、後に述ぶる所の如し、且つ實際に便なりとなす所なり。

而かも、此等統治の作用に關する區別は如何なる標準に基きて之を樹てたるも

のなるか。

等しく立法と謂ひ、等しく司法と謂ひ、而して又等しく行政と謂ふ。語に於いて一なるのみ。而かも、其意義に於いて此の如く不確定なるものは蓋し鮮し。而して立法の何たるかと、司法の何たるかとに關する學者の見解も亦もとより一樣ならずと雖、行政の何たるかに關する見解の雜多なるか如くには雜多ならず。

而して此等統治の作用の區別は或は之か標準を實質に求めむと欲するものあり、或は形式に求めむと欲するものあり。之か區別の標準を實質に求めむと欲するものとは如何、曰く立法を以て凡て法(曾て述へたる廣義の法律の義なり、今狹義の法律と相混同せんことを恐れて只單に法と云ふのみ)を制定するの謂なりとなし、司法を以て事實に對して法を解釋するの謂なりとなし、行政を以て事實に對して法を適用するの謂なり、故に又曰く司法の終局の目的は事實に對して法を解釋するに止り、行政にありては法を解釋するは單に手段に過ぎず、而して其終局の目的は即ち之を適用するに在りとなすものは其一なり。而して又立法を以てすへて法を制定するの謂なりとなすは、前説の如しと雖、司法を以て法の適用者か、之を適

用するに當り、斟酌の餘地を有せざるものなりとなし、行政を以て法の適用者か之を適用するに當り、斟酌の餘地を存するものなりとなすものは其二なり。

後説は理論上に於いても當を得ず。何となれば、司法に於いても裁判官は酌量し、減輕するの餘地を有し、行政に於いても税法及び徴兵令等の適用に於いては行政官は裁量の餘地を存せざればなり。

區別の標準を形式に求めんと欲するものとは如何、曰く區別の標準を機關の區別に置かん欲するもの、の義なり。即ち帝國議會の協賛を経て國家の意思を公にするは即ち立法にして、裁判所の管掌に屬する事務を處理するは、即ち司法なり。而して天皇の親裁若くは議會又は裁判所にあらざる他の機關によりて行はるる統治の作用は、即ち行政なりとなすものは是れなり。

然れども、我憲法に於いては此等の標準に依りて統治の作用を分類することを得ず。憲法第八條第九條及第十條に曰く。

第八條 天皇は公共の安全を保持し又は其災害を避くる爲緊急の必要に依り帝國議會閉會の場合に於て法律に代るべき勅令を發す云ふ

第九條 天皇は法律を執行する爲に又は公共の安寧秩序を保持し及臣民の幸福を増進する爲に必要な命令を發し又發せしむ云々

第十條 天皇は行政各部の官制及文武官の俸給を定め云々と。而して此等の條文に於いて、或は勅令と云ひ、或は命令と云ひ、或は官制と云ふ所のものは、要するに皆會て述べたる廣義の所謂法律に屬するものなり。而かも之が制定を以て立法なりと云はんか、憲法第五條に、天皇は帝國議會の協賛を以て立法權を行ふと云ふものは、畢竟無意義に屬すと謂はざるへからず。何となれば第八條、第九條乃至第十條はすへて、天皇の大權として其之を專行せらるべきものなることを規定したるものなればなり。又司法を以て事實に對して法を解釋するの謂なりとなすときは、間々今日普通に認めて行政となす所のものをも司法なりと謂はざるへからざるの不便を生ずることを免れず。

例へば農商務省特許局の審判の如き、或は遞信省の所管に屬する海員審判所に於ける船員の審判の如きは、實質に於いては事實に對して法の解釋を下すを以て目的となすものなりと雖、此等の判決たる憲法第五十七條の所謂司法と稱

すべきものにあらざるは、此等の判決が所謂裁判所に於いて、天皇の名に於いて行はるるにあらざるの事實に依りて之を見るも明白なり。其他行政裁判の如き、權限裁判の如き、亦近來學者の其本質に於いて行政監督の一方法たることを認むるに至れる所のものなり。

而して、司法を以て法の適用者か之を適用するに當り、斟酌の餘地を存せざるものなりとなすの説は、事實に於いて適合せざるものあることを免れず。前出以て實質上より統治の作用を區別せんと欲する説の誤れることを見るへし。

形式上より統治の作用を區別せんと欲する説も亦我憲法に於いては之を採用することを得ず。若しも帝國議會の協賛を経て、國家の意思を公にすることか即ち立法なりと云ふときは、豫算を定むるか如きも亦立法なりと謂はざるへからず。

然れども、我國に於いて豫算を法律と稱するは、實際に於いて其例なきのみならず、立法者か他國の憲法に於けるか如く、豫算は法律を以て之を定むと云ふの規定を設くることを特に避けたるに依りて、之を見るも豫算を法律となすの我國に於いて不當なることを知る。従て又豫算を定むるは之を立法と云ふことを

得す。

次に裁判所の管掌に屬する凡ての事務を處理することか司法なりとなすときは、戸籍事務及び登記事務を處するか如きも亦之を司法なりと謂はざるべからざるの結果を生ずることを免れず。

戸籍事務及び登記事務を處するか如き事をも司法と稱すべきものなりとなすときは、此等の事務は必ず天皇の名に於いて裁判所の行ふ所たらざるべからず。然るに此等の事務は、現に近き以前に至る迄は、裁判所の事務に屬せざりし所のものなり。

而して天皇の親裁に依り若しくは議會又は裁判所にあらざる他の機關によりて行はるる統治の作用か行政なりとなすの見解を、余の取らざるは、後に述ぶる所の如きを以て、三權の區別の標準を形式に求めんと欲するの說も亦誤れりと謂はざるべからざるなり。

要するに立法、司法、及び行政の何たるかは、此等の語か普通に學者及び實際家の慣用する所のものなるにも係らず、而かも必ずしも明白なりと云ふことを得ざる

所のものなり。之に關して詳論するは法理の研究としては甚だ趣味ありと謂はざるべからずと雖、今其違わらず、只予の執る所の見解に従ひ左に所謂三權の作用なるもの定義を擧げんと欲す。

何を立法と云ふか。曰く法律(所謂狹義の法律)の名を以て發布せらるる國家の意思か即ち法律にして、此意義に於ける法律を制定することか即ち立法なり。

何を司法と云ふか。曰く民事の訴訟に對し、之を裁斷する國家權力の作用か即ち司法なり。

何を行政と謂ふか。曰く天皇の親裁に依る國家權力の作用と、民事の訴訟に對する裁判の作用とを除きたる爾餘の範圍に於ける國家權力の作用か即ち行政なり。

此等の定義に關しては序を遡うて後に之を解説すべし。而して此等の定義を比較するときは、所謂三權の作用なるものは、未だ統治の作用の全體を網羅するものにあらずして行政の定義中に所謂天皇の親裁に依る國權の作用なるものは、立法にもあらず、司法にもあらず、又行政にもあざることを見出すべし。而して予は

別に説明することを得ず。
 普通に公吏と稱するものにして、右に述ぶる所の所謂公吏と全く其性質を異にするものあり。執達吏是れなり。然れども、執達吏は現行法に於いて官吏と目する所のものにもあらず。又公吏と目する所のものにもあらずして、全く特異なる一種の機關なりと云はざるべからざるなり。

第三節 議員

帝國議會及び地方自治團體の議決機關(府、縣會、郡會、市、町、村會等)を組織する各員を稱して議員と云ふ。

議員も亦實質上に於いては、之を官吏と區別すること難し。蓋し帝國議會の議員は憲法上の特權を有し、其他一般に議員は官吏の負ふ所の義務を負ふことなく、而して官吏は現行法に於いて全然任命の形式に依り、議員は主として選舉の形式に依ると雖、此等は要するに兩者の本質上の區別を標準となすに足らず。何となれば

(一)特權の有無は兩者の本質上の區別なりと云ふことを得されはなり。

(二)或は帝國議會の議員は元首に對し特立の地位を有す、換言すれば一般の官吏に於けるか如く元首の監督權に服従するの義務なしと論する學者ありと雖、我國に於いては、議院法も亦一の法律として、天皇の裁可に依り制定せらるるものなり、而して議院法が一定の場合に議員に對し懲罰を行ふことを規定するは、又間接に議員は、天皇の監督權に服従するの義務あることを認むるものなり、從て此義務の有無を以て兩者の區別の標準となすことを得されはなり。
 (三)議員中勅任に依るものあり、勅任は官吏の任命と何等異なることなし、又之を以て兩者の區別の標準となすことを得されはなり。

第四卷 統治の作用

第一章 統治の作用は如何に之を

分類すべきか

統治の作用は如何に之を分類すべきか。抑も、往時の學者は、統治權を以て數個の權力の合體せるものなりと説けり。所謂三權分立論是れなり。其説に従へば、統治

權は立法權と司法權と、行政權とより成り、立法權は議會之を掌握し、司法權は裁判所之を掌握し、行政權は政府之を掌握す、而して統治權とは即ち此等個々なる權力の集合體に名くるの名稱たるに外ならずと云へり。而して又或は、此等獨立なる三權の衝突を調和する爲の機關として、即ち君主が存在するなりと説けり。此等の説は皮相に於いて甚だ能く、國家の機能を説明するに足るものあるに似たり。然れども、近時の定説は統治權を以て分割すべからざるものなりとなすにあり。

抑も統治權を以て各獨立なる權力の集合體なりとなすの説は、議會を以て立法權の主體なりとなし、裁判所を以て司法權の主體なりとなし、而して政府を以て行政權の主體なりとなすものなり。然れども是れ前卷に於いて議會と裁判所と、政府とを以て統治の機關なりとなせるの觀念と、相容れざるのみならず、近時に於ける法理の思想と相容れざるものたり。然れども之に反し、若しも君主又は議會が總攬する所の(若くは君主と議會とか共有する所の)統治權が其根本に於いて三種の權力の相抱合して成れる所のものなりと云ふに止まらば、此説は理論上に於いては必ずしも排斥することを得ざらむ。然れども國家其ものの成立

に關する歴史上の事實に依りて之を觀察するときは、一個の統治權が實際上の必要より、或は立法の爲に發動し、若くは行政の爲に發動するものたるに止まり、要するに其本體に於いては一個のものなりと云ふの當れるを覺ゆ。

統治權は唯一にして分割すべからずとなすは、即ち近時の定説なり。而かも統治の作用は一ならず、或は法を立て、或は處罰し、或は法を解釋し、適用し、強制す。此等の作用は事實の千差萬別なるものに付いて之を認むることを得へし。而して此等種種なる統治の作用は法理の見解に於いて如何に之を分類すべしか。是れ本章に於いて論せんと欲する所なり。

三權分立論の、近時に於ける法理の思想と、相容れざるは前述する所の如し。然れども統治の作用を分ちて立法、司法及び行政の三となすは今日尙殆んど總へての學者の認むる所に於いて、但し我國に於いては此外更に憲法上の大權に基く作用なるものを認むるを可なりとなすは後に述ぶる所の如し。且つ實際に便なりとなす所なり。

而かも、此等統治の作用に關する區別は如何なる標準に基きて之を樹てたるも

のなるか。

等しく立法と謂ひ、等しく司法と謂ひ、而して又等しく行政と謂ふ。語に於いて一なるのみ。而かも、其意義に於いて此の如く不確定なるものは蓋し鮮し。而して立法の何たるかと、司法の何たるかとに關する學者の見解も亦もとより一様ならずと雖、行政の何たるかに關する見解の雜多なるか如くには雜多ならず。

而して此等統治の作用の區別は或は之か標準を實質に求めむと欲するものあり、或は形式に求めむと欲するものあり。之か區別の標準を實質に求めむと欲するものとは如何。曰く立法を以て凡て法會て述べたる廣義の法律の義なり、今狹義の法律と相混同せんことを恐れて只單に法と云ふのみを制定するの謂なりとなし、司法を以て事實に對して法を解釋するの謂なりとなし、行政を以て事實に對して法を適用するの謂なり、故に又曰く司法の終局の目的は事實に對して法を解釋するに止り、行政にありては法を解釋するは單に手段に過ぎず、而して其終局の目的は即ち之を適用するに在りとなすものは其一なり。而して又立法を以てすへて法を制定するの謂なりとなすは、前説の如しと雖、司法を以て法の適用者か、之を適

用するに當り、斟酌の餘地を有せざるものなりとなし、行政を以て法の適用者か之を適用するに當り、斟酌の餘地を存するものなりとなすものは其二なり。

後説は理論上に於いても當を得ず。何となれば、司法に於いても裁判官は酌量し減輕するの餘地を有し、行政に於いても税法及び徴兵令等の適用に於いては行政官は裁量の餘地を存せざればなり。

區別の標準を形式に求めんと欲するものとは如何。曰く區別の標準を機關の區別に置かん欲するものの義なり。即ち帝國議會の協賛を経て國家の意思を公にするは即ち立法にして、裁判所の管掌に屬する事務を處理するは、即ち司法なり。而して天皇の親裁若くは議會又は裁判所にあらざる他の機關によりて行はるる統治の作用は、即ち行政なりとなすものは是れなり。

然れども、我憲法に於いては此等の標準に依りて統治の作用を分類することを得ず。憲法第八條、第九條及第十條に曰く。

第八條 天皇は公共の安全を保持し又は其災害を避くる爲緊急の必要に依り帝國議會閉會の場合に於て法律に代るべき勅令を發す云ふ

第九條 天皇は法律を執行する爲に又は公共の安寧秩序を保持し及臣民の幸福を増進する爲に必要な命令を發し又發せしむ云々

第十條 天皇は行政各部の官制及文武官の俸給を定め云々

と。而して此等の條文に於いて、或は勅令と云ひ、或は命令と云ひ、或は官制と云ふ所のものは、要するに皆會て述べたる廣義の所謂法律に屬するものなり。而かも之が制定を以て立法なりと云はんか、憲法第五條に、天皇は帝國議會の協賛を以て立法權を行ふと云ふものは、畢竟無意義に屬すと謂はざるへからず。何となれば、第八條、第九條乃至第十條はすべて、天皇の大權として其之を專行せらるべきものなることを規定したるものなればなり。又司法を以て事實に對して法を解釋するの謂なりとなすときは、間々今日普通に認めて行政となす所のものをも司法なりと謂はざるへからざるの不便を生ずることを免れず。

例へば農商務省特許局の審判の如き、或は逓信省の所管に屬する海員審判所に於ける船員の審判の如きは、實質に於いては事實に對して法の解釋を下すを以て目的となすものなりと雖、此等の判決たる憲法第五十七條の所謂司法と稱

すべきものにあらざるは、此等の判決が所謂裁判所に於いて、天皇の名に於いて行はるるにあらざるの事實に依りて之を見るも明白なり。其他行政裁判の如き、權限裁判の如き、亦近來學者の其本質に於いて行政監督の一方方法たることを認むるに至れる所のものなり。

而して、司法を以て法の適用者か之を適用するに當り、斟酌の餘地を存せざるものなりとなすの説は、事實に於いて適合せざるものあることを免れず(前出)以て實質上より統治の作用を區別せんと欲する説の誤れることを見るへし。

形式上より統治の作用を區別せんと欲する説も亦我憲法に於いては之を採用することを得ず。若しも帝國議會の協賛を経て、國家の意思を公にすることか即ち立法なりと云ふときは、豫算を定むるか如きも亦立法なりと謂はざるへからず。

然れども、我國に於いて豫算を法律と稱するは、實際に於いて其例なきのみならず、立法者か他國の憲法に於けるか如く、豫算は法律を以て之を定むと云ふの規定を設くることを特に避けたるに依りて、之を見るも豫算を法律となすの我國に於いて不當なることを知る。従て又豫算を定むるは之を立法と云ふことを

得す。

次に裁判所の管掌に屬する凡ての事務を處理することか司法なりとなすときは、戸籍事務及び登記事務を處するか如きも亦之を司法なりと謂はざるべからざるの結果を生ずることを免れず。

戸籍事務及び登記事務を處するか如き事をも司法と稱すべきものなりとなすときは、此等の事務は必ず天皇の名に於いて裁判所の行ふ所たらざるべからず。然るに此等の事務は、現に近き以前に至る迄は、裁判所の事務に屬せざりし所のものなり。

而して天皇の親裁に依り若しくは議會又は裁判所にあらざる他の機關によりて行はるる統治の作用か行政なりとなすの見解を、余の取らざるは、後に述ぶる所の如きを以て、三權の區別の標準を形式に求めんと欲するの說も亦誤れりと謂はざるべからざるなり。

要するに立法、司法、及び行政の何たるかは、此等の語が普通に學者及び實際家の慣用する所のものなるにも係らず、而かも必ずしも明白なりと云ふことを得ざる

所のものなり。之に關して詳論するは法理の研究としては甚だ趣味ありと謂はざるべからずと雖、今其邊わらず、只予の執る所の見解に従ひ左に所謂三權の作用なるものの定義を擧げんと欲す。

何を立法と云ふか。曰く法律所謂狹義の法律の名を以て發布せらるる國家の意思か即ち法律にして、此意義に於ける法律を制定することか即ち立法なり。

何を司法と云ふか。曰く民事の訴訟に對し、之を裁斷する國家權力の作用か即ち司法なり。

何を行政と謂ふか。曰く天皇の親裁に依る國家權力の作用と、民事の訴訟に對する裁判の作用とを除きたる爾餘の範圍に於ける國家權力の作用か即ち行政なり。

此等の定義に關しては序を逐うて後に之を解説すへし。而して此等の定義を比較するときは、所謂三權の作用なるものは、未だ統治の作用の全體を網羅するものにあらずして、行政の定義中に所謂天皇の親裁に依る國權の作用なるものは、立法にもあらず、司法にもあらず、又行政にもわらざることを發見すへし。而して予は

此種の國權の作用を名けて憲法上の大權に基く作用と稱し、以て行政と區分すへしとなすの學說に左袒せんと欲す。

以下序を逐うて此等統治の作用に關し概説する所あらむと欲す。

第二章 憲法上の大權に基く作用

憲法上の大權は必ずしも大權と相同しからず、請ふ之を左の憲法の成文に看よ

第十七條 第二項 攝政は、天皇の名に於て大權を行ふ

第三十一條 本章に掲げたる條規は戰時又は國家事變の場合に於て、天皇

大權の施行を妨ぐることなし

第六十一條 憲法上の大權に基ける既定の歳出及法律の結果に依り又法律

上政府の義務に屬する歳出は政府の同意なくして帝國議會之を廢除し又は削減することを得ず

此等の條文中第十七條第二項及び第三十一條に所謂大權とは、即ち統治權に外ならざるは別に言を待たず、而して憲法發布の勅語中に

國家統治の大權は朕か之を祖宗に承けて之を子孫に傳ふる所なり云々と謂へるものも、即ち亦之に該當す。然れども第六十七條に所謂憲法上の大權なるものに至りては、更に之より狭き意義を有するものにして、本章に論せんと欲する所の憲法上の大權なるものも亦然るなり。換言すれば憲法第一章第五條乃至第十六條に規定する所のものは、即ち之に屬するなり。

行政に關する見解の多岐なるは後章に之を述ふる所の如し、而して行政とは所謂憲法上の大權に基く作用をも包含するものなりとなすものは、即ち亦其見解の一なり、而して是れ必ずしも少數なる學者の意見なりと云ふことを得ず。抑も我憲法中行政の文字を用うるの條文は僅に第十條、第六十一條及び第六十二條の三條に止まり、而かも一も行政の何たるかを明にするものあらず。從て學者か此の如き見解を抱持するも、必ずしも之を不可なりとなすへき十分の根據なし。然れども我國權の作用に於いて、或は之を機關の獨立なる權限として、其行政に委ねたるものあり、或は之を機關に委ねることなく、天皇の親裁に留保したるものあり、歐洲に於ける國體の觀念に於いては、君主か所謂特權を有するは、憲法の規定に依りて始

めて然るものにして、君主の固有に有する所にあらず。之に反し我國體に於いて統治の大權はすへて、天皇の之を祖宗に承けさせらるる所たり。換言すれば其固有に有らせらるる所たり。只憲法に於いて其作用の一部は特に之を機關の行使に委ね、而して他の一部は、天皇の親裁せらるべきものとして、特に之を留保せられたるの別あり。此點に於いて此、天皇の親裁に留保せられたるものを、特に名づけて憲法上の大權に基く作用と稱し、之を他のものと區別するは事實に於いて便にして、且つ我國體に於いて説明の當を得たるものなることを覺ゆ。是れ茲に、特に憲法上の大權に基く作用なる一章を設けて之を行政の解説と分別する所以なり。以下憲法の規定する所に従ひ、序を遡うて之を解説すへし。

第五條 天皇は帝國議會の協賛を以て立法權を行ふ。

廣義に於いてすれば、本條に規定する、天皇の大權の行使は、之を憲法上の大權に基く作用なりと云ふ事を得ざるにあらず。然れども、法律の制定は特に之を立法と稱し、之を憲法上の大權に基く作用と區別するを以て通常とす。而して本條は文意甚だ明白にして、又別に解説を要するものなし。第三十一條に、凡て法律は帝國議

會の協賛を経るを要すと規定するもの亦同一義に出づ。只彼は帝國議會を主として立言するも、此は、天皇を主として立言し、且つ立法權も亦、天皇の專握せらるる所にして、議會之を專有し、若くは議會と之を共有せらるるにあらずることを明らかにせるの區別あるのみ。

第六條 天皇は法律を裁可し、其の公布及執行を命ず。

裁可、公布及び執行の何たるかは、之を次章に解説すへし。本章に於いては、單に、すへて此等は憲法上の大權として、天皇の親裁せらるべき所に屬し、又機關の權限に委任せらるべきものにあらずと云ふは、本條の精神なることを一言するに止まる。

第七條 天皇は帝國議會を召集し、其開會、閉會、停會及衆議院の解散を命ず。

帝國議會は開院式に依りて、其機能を開始し、會期の終了に依りて、其機能を止熄するを以て本則とす。而して例外として衆議院の解散せらるる場合に於いては、貴族院も亦同時に停會せらるべく、會期中と雖、又其機能を停熄するものたり。要するに議會か其機能を營むは、一に、天皇の大權の指揮に待たざるへからずして、自ら

集まり、自ら議するも、是れ國法上に於ける帝國議會の議事なりと云ふことを得ずと云ふは、即ち本條の精神なり、停會の何たるかは前卷に之を説けり、而して議會は休會することを得へきも、自ら停會することを得すと云ふは、又本條の暗示する所なり。

第八條 天皇は公共の安全を保持し又は其の災危を避くる爲緊急の必要に由り帝國議會閉會の場合に於いて法律に代るべき勅令を發す。

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

第九條 天皇は法律を執行する爲に又は公共の安寧秩序を保持し及臣民の幸福を増進する爲めに必要な命令を發し又は發せしむ但し命令を以て法律を變更することを得ず。

今此二條を一括して之を解説すへし、凡そ狹義に於ける法律と稱すへき所のものはすへて帝國議會の協賛を経たるものならざるへからず、然れども、廣義に於いて法律と稱するものの中には、此他、尙幾多の勅令、閣令、省令、府令、縣令、郡令、及び條例

規則等と稱する所のものあるは曾て述へし所の如し、而して此等のものの中、條例及び規則を除き、換言すれば狹義の法律及び地方自治團體の發する所の法律、市町村條例及同規則と稱する所のものは、市町村の獨立して制定する所のものなり、を除き一括して之を命令と稱す。

廣義に於いて命令と云ふときは、廣義の法律と全く同一の意義を有するものなり、例へば英國のオースタンカ法律とは元首の發する命令なりと云へるか如き以て徵すへし、然れども、狹義に於いて命令と云ふときは、狹義の法律を除外せる他種の法律を指するものとす、但し地方自治體の發する所のものは、此内より更に之を除外するを通常とす。

命令は其實質上の標準に依りて

- 一 緊急勅令
- 二 執行命令
- 三 補充命令又は獨立命令
- 四 委任命令

五 行政命令

の五種に別つことを得へく、更に其形式上の標準に依りて

- 一 勅令
- 二 閣令
- 三 省令
- 四 府縣令
- 五 郡令

等(此他律令、臺灣總督府令、北海道廳令、警視廳令等あり、今論及せず)に別つことを得へし。

而して憲法第八條は即ち緊急勅令に關するの規定にして、第九條は執行命令及び補充命令に關するの規定なり。之を解説するに先たち法規命令及び行政命令の區別並ひに委任命令の何たるかに關し、之を一言すへし。

法規命令とは、要するに、一般に臣民に對して發せらるる所の命令なり。之に反し行政命令とは、上級機關か下級機關に對して發する所の命令なり。此二種の命令の

區別は、主として單に此點に存するに過ぎず。

法規命令の語を嚴格に解釋するとき、其實質に於いて一般の準則たるの性質を有する命令の義なりと謂はざるべからざるか如し。然れども、行政命令に對して法規命令と云ふときは必ずしも此意義に於いて云ふにあらすして、單に一般に臣民に對して發する命令の義に於いて云ふなり。

委任命令なるものは、法理上に於いて存在することを得へきものなりや否やは由來學者間に於ける一の問題たり。換言すれば、憲法上に法律を以て規定すへしと明記せる所のものは必ず法律を以て規定せざるべからざるか、又は命令に委任して之を發せしむことを得へきかは、學者間に於ける一の問題たり。然れども、今日の實際に就きて之を見れば、憲法に法律を以て規定すへしと明記せる事項と雖、尙命令に之を委任することを得へしと謂ふの外なし。

例へば處罰は法律に依るの外、之を加ふることなしと云ふは、憲法の日本臣民に對して保障する所なり。第二十三條然れども、今日勅令、臺灣總督府令、省令、府縣令等には、皆一定の範圍内に於いて罰則の規定を附し得ることを法律(明治二十

三年九月法律第八十四號 同年同月勅令第二百八號參照か自ら認むるか如き、
明治二十九年法律第六十三號を以て臺灣總督に臺灣に於いて法律の効力を有
する命令を發するの權限を委任したるか如き是なり。

要するに憲法に於いて、法律を以て規定すへしと規定せる所の事項を、法律か命
令に委任したる場合に、此委任に基きて發せらるる所の命令を稱して、委任命令と
は云ふなり。

委任の文字は嚴格に云ふときは穩當にわらず。今普通の例に倣ひて假用する
のみ。

次に緊急勅令(又は緊急命令)とは如何。曰く、要するに憲法第八條の規定に基きて
發せらるる所の命令即ち是れなり。詳言すれば、公共の安全を保持し、又は其災厄を
避くるか爲緊急の必要に由り帝國議會閉會の場合に於いて 天皇に依りて發せ
らるる命令にして、法律に代るべき効力を有するものか即ち緊急勅令なり。從て緊
急勅令を發するには左の要件を具備せざるへからず。

一、公共の安全を保持し、又は災厄を避くるか爲なる事(從て平時、何時にても

發することを得るものにはわらず)

二、緊急の必要ある事(從て必要か極めて切迫の場合ならざるへからず)。

三、帝國議會閉會の場合なる事

抑も法律は主として恒久不變の事實を豫想して、之を制定するを常とすと雖、
動かすへからざるの文字を以て、社會限りなきの變遷と、國家窮りなきの生存と
に對し或は新に之を制定するの必要あるは、元より云ふを俟たず。而かも帝國議
會閉會の場合に於いては、特に臨時議會を召集するにわらざれば、之を改變し、若
くは制定するを得へからず。是に於いてか、公共の安寧の爲に措置の最も急を要
し、次回議會の開會を待つゝの違わらざるものは、特に一時大權の命令によりて權
宜之を措置し、以て國家の急務に應ずるの制を立つるは、最も當を得たりと謂は
ざるへからず。是れ此勅令の要ある所以なり。

緊急勅令を發したるときは、次の議會に提出して、其承諾を求めざるへからず。議
會若し承諾を與へざるときは、政府は將來に向て其効力を失ふことを公布するの
義務あり。(第八條第二項)

次に執行命令及び補充命令とは如何。曰く、法律執行の爲に發せらるる所の命令は即ち執行命令にして、法律には概ね之に附屬して發せらるる所の施行規則又は施行細則なるものあり。是れ即ち執行命令なり。獨立なる天皇の大權に基き、其親ら發せらるると、之を勅令と謂ふ。其機關に委任して發せしめらるるとを問はず、公共の安寧、秩序の爲に、若くは臣民の幸福の爲に發せらるる所の命令か即ち補充命令なり。

憲法第九條は主として、執行命令及び補充命令の發令權か、天皇の大權に淵源することと規定せるものなりと雖、又其但書に命令を以て法律を變更することを得すと規定せるは、法律の効力に關する重要な規定なりと謂はざるへからず。何となれば若も此規定なかりせば、法律を以て如何に臣民の權利を保障するも、其効用の一半は即ち又亡しと謂はざるへからざればなり。

命令の形式上の區別なるものは、要するに之を發する主體又は機關の區別に基く所の區別たるに外ならず。其効力に層々相強弱の差あることは會て述へし所の如し。(結論第六章第二節第二項)

第十條 天皇は行政各部の官制及文武官の俸給を定め及文武官を任免す但し此の憲法又は他の法律に特例を掲けたるものは各其の條項に依る

行政各部の官制を定むるは、即ち行政各部の組織を定むる所以なり。行政各部の官制を定むるは、天皇の大權に在りと云はば、即ち又行政各部の組織を定むるは、天皇の大權に在ることを知らむ。立法機關及び司法機關の組織は主として法律を以て之を定むと雖、但貴族院の組織は貴族院令を以つて之を定む而かも貴族院令の改正は又貴族院の議決を経ざるへからず。貴族院令第十三條(行政部の組織を定むるは即ち、天皇の大權に之を留保す。蓋し立法機關は憲法に在て其骨髓となす所の機關たり而して司法機關は其事務の性質に於いて最も確實なることを要し、且つ臣民の權義に最も重大の關係を有するの點に於いて、命令を以つて之か組織を變更するか如きは最も避けざるへからざる所なりと雖、行政部に至りては行政の事務なるものか其性質に於いて、變幻にして必しも常に恒久不變なることを得ざるものなるの結果、其組織に於いても亦時の宜しきに從ひて之を變更するは、狀勢に於いて止むを得ざるものなり、而して是れ本條の規定ある所以なり、但し會

計検査院及び行政裁判所か之に對する例外をなすものなることは曾て述へし所の如し。

法理上官制の何たるかは必しも言ひ易からずと雖茲には單に政府の組織權限を定むる所のものか官制なりと云ふを以て暫く満足せざるへからず。

文武官の俸給を定め及び之を任免することか 天皇の大權に在りて存するは、又本條の明言する所なり。而して現今其任免に關し、法律に特別の保障あるものは、裁判官、行政裁判所評定官、及會計検査官等は是れなり。

而して本條但書に、各其條項に依ると云ふものは主として議院法、裁判所構成法、及び會計検査院法等を指せるに外ならず。

第十一條 天皇は陸海軍を統帥す

第十二條 天皇は陸海軍の編制及常備兵額を定む。

第十三條 天皇は戰を宣し和を講し及諸般の條約を締結す。

軍事と外交とは國政中に於いて、最も敏活を期せざるへからざる所なり。此點に於いて、もとより議會の干與を許すへからず(但し補弼の任に在る所の國務大臣に

對し、之に關して質問し、若くは政治上の意義に於いて議決するか如きは、もとより妨げずと雖、議會の協賛を待ちて後此等の事を決するか如きは到底爲すへからず)且つ之を行政機關に委するか如きは亦時に國家禍害の伏する所たるを免れず。是を以つて軍事と外交とは、主として之を元首の大權に委するは、各國憲法の概ね一途に出る所なり。但し軍事及び外務に關し一定の事項は又之を行政に委ぬるものあり。軍事行政及び外務行政と名くるものは是れなり(尙後章に敘述すへし)。第十一條乃至第十三條に關しては別に解説を要するものなし。只條約に關しては茲に一言せざるへからず。

條約とは何ぞや。曰く、要するに國家と國家との契約を稱して之を條約とは云ふなり。夫れ一個人か相集りて組織する所の國家に在りては、一個人は法律に遵ひ互に其意思を制限し、以て相互の利益を調和す。之を名けて契約と云ふ。然り而して現時に於いては、國家も亦相集りて一の社會を爲すものなり。之を名けて國家社會と云ふ。而して國家社會を組織する所の國と國とは國際法に遵ひ互に其意思を制限し、以て相互の利益を調和す。之を名けて條約とは云ふなり。

條約の締結か 天皇の大權に屬するは憲法第十三條に規定する所なり。然れども其手續に至りては、必ずしも 天皇と、他の元首とか直接に之を締結せらるることを必要とせず。多くは相互の機關例へは外務大臣、公使等をして其任に當らしむ。公使に全權公使、辨理公使、代理公使等の名稱あれども法律上、其性質を異にするものにあらず。機關が相議して起草したる條約の草案に對する元首の認定を稱して批准と云ふ。條約の批准を要するは、例へば猶法律が議會の協賛を経たるのみを以て足れりとせず、更に 天皇の裁可を要するか如きなり。

條約は國家と國家との契約なり。從て國家以外のものに對して直接に効力あるものにあらず。故に又條約は更に法律又は命令を以て之を公布するにあらざれば國內に對して効力あるものにあらず。

然れども現時に於ける實際の慣行は、條約を條約として單に之を公布するに止まり、別に之を法律とし、若くは命令として公布することなし。然れども、是れ單に手續を省略する爲の便法なりと云ふの外、法理上に於いては説明し得すと云ふを以て穩當なりとす。

茲に逸すへからざる一の問題あり。他なし。條約締結權と、法律に對する議會の協賛權との衝突に關する問題是れなり。例へば新に租税を課し、又は税率を變更するは憲法第六十二條に依り、必ずや議會の協賛を経ざるへからざる所なり。然るに元首若し此手續を履ますして其條約締結權に依り直接に外國に對し、租税の増率を約せし場合に、議會にして幸に協賛を與ふれば不可なきも、萬一、議會にして之か協賛を與へざる時は、元首は外國に對して、實行の義務を負ふに係はらず。議會の協賛を経ざるものは、又人民に對して之を強制すること能はず。斯くの如き場合に如何に之を處理すべきかと云ふは、即ち問題の要點なり。

之に關する學者の見解は區々にして各相同しからず。或は曰く、斯の如き場合には議會は必ずや協賛を與へざるへからず、何となれば國家の意思には二様なし、既に元首が條約に依り、其意思を表示したる以上は、國家の機關たる議會は當然元首の意思を體して之を協賛せざるへからずと。然れども、新に租税を賦課し、又は税率を變更するは憲法に依り、議會の議決權内に屬す、然るに憲法の條文を抹殺し、尙議會に議決權なしとなすは不穩當なりと謂はざるへからず。

或は曰く、國際法と國內法とを比較すれば、後者はもとより前者よりも強力なり。力弱き國際法は力強き國內法に其効力を譲らざるへからず。従つて斯る條約は無効なり。然れども條約の締結權か、天皇に專屬すと云ふは、我憲法の明記する所なり。

或は曰く、斯る條約は條件付の効力を有するものなり。換言すれば、斯る條約は議會にして之か實行に必要な協賛を與ふれば、其條約は有効なり。若し議會にして之か實行に必要な協賛を與へざれば、其條約は無効なり。との條件に係るものなり。然れども國家は外國に對し條約に依り完全に義務を負ふ。此説も亦妥當なりと云ふこと能はず。

要するに前三説は嚴正なる法理論としては、皆缺點あることを免れず。而して予の見る所を以てすれば、此場合に議會は憲法に依りて完全なる議決權を有し、而して天皇が憲法上の大權に依りて締結せられし條約も亦其効力に於いて缺くる所なしと謂はざるへからず。而かも此見解は結果に於いて、時として國家が條約違反の責を負ふことを免れざるの結果、戰爭を預期せざるへからざる場合ありとな

すは、多くの學者の非難する所なり。然れども法理論は即ち法理論なり。之を政治論と混同することを得ざるなり。而かも假に歩を譲り政治上の得失如何を顧慮すべしとなすも、予は實際政治運用の妙は却て此間に在りて存することを疑はず。何となれば條約に規定する所にして、戰爭の危險を敢てするも到底之を履行すること能はざるまでに重大の事項ならば、即ち戰うて可なり。之に反し戰爭の危險を敢てすへきまでに重大の事項にあらずむは、即ち議會之に協賛して可なり。要するに議會は此場合に於いて事件の輕重と、戰爭の不幸とを較量するに依りて、適宜に其議決權を運用するの便を有すればなり。

第十四條 天皇は戒嚴を宣告す。

戒嚴の要件及効力は法律を以て之を定む。

戒嚴は戰時若くは事變に際し、兵備を以て全國又は一地方を警戒する謂なり。戒嚴に二種あり。曰く臨戰地境、曰く合圍地境。是れなり。前者は戰時若しくは事變に際し警戒することを必要とする地方を區域として宣告するものにして、後者は敵の合圍若くは攻撃、其他の事變に際し警戒することを必要とする地方を區域として

宣告するものなり。而して前者に在りては、其地境に於ける地方行政事務及び司法事務の軍事に關係ある事件を限り、其地の司令官に管掌の權を委し、後者に在りては地方行政事務及び司法事務の全部を舉げて之を其地の司令官に管掌の權を委するものとす。以て狀勢の緩急に從ひ兩者の効力に大なる差異あるとを見るへし。

本條第二項に所謂法律とは即ち戒嚴令を云ふなり

第十五條 天皇は爵位勳章及其の他の榮典を授與す。

元首は榮典の淵源なるか故に何れの國に於いても爵位勳章等の榮典を授くるは元首の特權たり。我か憲法も亦同一の主旨に基きて之を 天皇の大權に留保せり。

第十六條 天皇は大赦、特赦、減刑及復權を命す。

大赦、特赦、減刑及び復權は皆犯人の事情法の能く之を曲悉すること能はざる場合に、大權に依りて之を救済せむとするの意に出づるに外ならず。大赦とは特定の場合に於いて(例へば國家又は皇家の大典等に際し、一定の種類の犯人に對し、其罪を赦すもの)を特赦と云ひ、其刑の全部を赦すものを減刑と云ふ。復權とは剝奪せら

れたる公權(重罪の刑に處せられたるものは別に宣告を用ゐず終身其公權を剝奪す)刑法第三十二條を復するの義なり。

以上論ずる所は即ち憲法上の大權として我か憲法が掲記する所の事項の大體なり。

本章の説明を終ふるに臨み注意すべき二の事項あり、一は憲法上の大權は之を機關の權限に委任することを得べきものなりや否やの問題にして、他の一は憲法上の大權なるものは 天皇の親裁に屬する事項の全部を網羅せるものにあらざること是れなり。

(一)憲法上の大權は之を機關に委任することを得るや否やに關しては、從來學者の間に二個の見解あり。之を委任することを妨けずとなすの説に曰く、委任することを得すと云ふは是れ却つて大權の行動を制限するものにして其大權たる所以と相反すと。之を駁するもの説に曰く、憲法が 天皇の大權として特に之を掲記したるは之を機關に委任することを許さざるの精神たるに外ならずと。然れども、現今の實例に於いて判任官の任免及び戒嚴の宣告は之を機關の權限に委任せり。

法理論としての可否は暫く措きて之を論せざるも、後説の實際の慣行と相容れざるや此の如し、然れども又之か爲に憲法上の大權はすべて皆之を機關に委任することを妨げすと云ふことを得ざるなり。例へば法律の裁可の如き、條約の批准の如き、宣戰の如き若し之を機關の權限に委するも妨なしなすときは憲法に天皇は立法權を行ふと規定し、若くは軍事、外交に關する樞機を親ら掌握せらるることを規定する精神なるものは、何の處に存するか、殆ど之を辨することを得すと謂はざるへからざればなり。

(二)憲法に規定する 天皇の大權なるものは、單に其較著なるものを列擧したるものなるに止まり、之を以て 天皇の親裁せらるるべき事項の範圍を限界したるものとなすことを得ず。抑も我國體に於いて統治の大權は 天皇の固有に總攬せらるる所たり。從て憲法に掲記せられざる所の事項と雖も、とより其自由の裁量に依り 天皇の之を親裁し、若くは機關に命して之を行はしめらるるは、毫も妨なき所とす。從て又憲法上の大權なるものは即ち憲法に列擧する所の數事項を指して云ふに外ならずと雖、此等の事項のみか 天皇の親裁の範圍に屬するものとなす

ことを得ざるは又言を待たず。而して是れ我國體に於いて然らざるへからざる當然の論結たり。伊藤侯の憲法義解は、此の點に於いて最とも明晰なる觀念を與ふ曰く。

抑も元首の大權は、憲法の正條を以て之を制限するの外、及はざることなきこと宛も太陽の光線の遮蔽の外に映射せざる所なきか如し。此れ固より逐節叙列するを待ちて始めて存立する者に非ず、而して憲法の掲ぐる所は既に其大綱を擧げ、又其節目中の要領なるものを羅列して、以て標準を示すに過ぎざるのみ。故に銜幣の權、度量を定むるの權の如きは、一々之を詳にするに及はず。其之を略するは即ち之を包括する所以なり。

第三章 立法

立法の何たるかに關し、從來之を實質上の意義に於いて解するものと、形式上の意義に於いて解するものとの二様の別ありと雖、我憲法に於いて兩つなから之を採用することを得ざるは曾て述へし所の如し。要するに立法とは法即ち法律を立

つるの義に外ならず。只法の何たるかに關する見解が區々なるか故に立法の何たるかに關する見解も亦區々なるのみ。而して我憲法に法律と稱するは、廣義に於いて言ふものにあらすして、單に法律の名を以て發布せらるる國家の意思、換言すれば所謂狹義の法律の意義に於いて言ふものなり。而して憲法第三十七條に、凡て法律は帝國議會の協賛を経るを要すと規定するか故に、此狹義に於ける法律か凡て帝國議會の協賛を経ざるへからざるものたるや、又言ふを待たず。而して此意義に於ける法律は即ち命令に對するものなること又曾て述へし所の如し。

凡そ立憲の主義に於いて、立法の範圍を定むるにすへて人の自由及び權利に關する事項は、議會の協賛を経たる法律を以て之を規定すへしとなすものと、特に憲法に掲けたる事項は原則として、議會の協賛を経て之を規定せざるへからずと雖、人の自由及び權利に關する事項なるか故に、必しも皆議會の協賛を経ざるへからざるにあらすとなすものとの二様の別あり。我憲法は即ち後の主義を執りたるものにして、曾て述へたる日本臣民の權利義務に關する憲法第二章の規定は即ち其我國に於いて帝國議會の協賛を経ざるへからすとなす所の事項を列記せるもの

なり。此等の事項を稱して立法事項と云ふ。

前章に述べたる 天皇憲法上の大權に屬する事項は之を大權事項と稱し、原則として親裁に依り之を決せらるることを法とす。

立法事項と大權事項との何れにも屬せざるものにして、且つ憲法に掲記せられずと雖、法理上 天皇の大權に屬すべき事項(前項末節參照)を除きたる爾餘の範圍に於ける事項を稱して自由立法事項と稱す。自由立法事項は即ち學者の稱して法律命令共同の範圍と稱する所のものなり。其法律を以て之を規定すると、命令を以て之を規定するとは一に立法者の自由に選擇するを得る所たり。只憲法は、命令を以て法律を變更することを得ず(憲法第九條)と規定するか故に、すてに法律を以て規定したる事項は、法律に依るにあらざれば又之を規定すへからざるなり。

命令を發するの手續は、其之を發するの主體若しくは機關の同じからざるに依りて一ならず。

勅令は内閣に於いて起草し、又は各省大臣案を具へて内閣に提出し、内閣總理大臣より上奏して裁可を請ふ(以下の手續は法律に於いても亦同じ) 天皇之を

裁可せらるるときは、親署して後、御璽を鈴せらる。内閣總理大臣乃ち年月日を記入し、主任大臣と共に副署し、其各省専任の事務に屬するものは主任大臣年月日を記入し、之に副署す。而して後公布せられ、茲に始めて一般に遵由の効力を生ず。閣令、省令、府縣令等に在りても、内閣總理大臣、各省大臣、府縣知事等に於いて年月日を記入し、署名して之を公布するに依りて、茲に始めて遵由の効力を生ずるは勅令に異らず。

然れども、法律(狹義)に至りては、もとより其手續に於いて皆異なることなし。要するに左の順序を経て始めて其効力を生ずるものなり。

一、法律案の提出

二、法律案の議定

三、裁可

四、公布

(一)法律案の提出は政府と、貴族院と、衆議院と皆之を爲すことを得へし。而して皆平等の提出權を有し、且つ政府案は貴族院と、衆議院と孰れより先に之を提出する

も妨なきものとす。只憲法を改正するは、議院に之か發案の權なし。豫算亦同し。且つ豫算は衆議院に先議權ありて、貴族院先づ之を議すことを得ず。然れども此等は法律にあらす。

(二)法律案は政府より、若しくは一議院より他の議院に提出せられたる後、通常一定の日數二日を隔てて議員の之を討論審議するに依りて其實質定まる。之に先ちて委員會を開き、若しくは之を議するにあたり三讀會の順序を経るか如きは、皆議定を丁重にせむか爲の手續たり。兩院の議定を経たる法律案は最後に議決したる議院より上奏して裁可を請ふものとす。

(三)元首が法律(命令も亦然り以下皆同し)を認可せらるる事を稱して裁可といふ。裁可には國務大臣の副署あることを必要とす。裁可に依りて法律は成立す。(一説に曰く公布に依りて成立すと然れども予は此説を取らず)

(四)裁可せられたる法律は公布に依りて人民に之を知らしむ。通常公布の後一定の期間を隔て、之を實際に施行す。法律に特別の期限を掲ぐるものは之に依る。而して何等の期限をも掲げざるものは公布の後滿二十日を経て之を施行す。

第四章 司法

司法の何たるかに關しても亦從來實質上の意義に於いて之を解するものと、形式上の意義に於いて解するものとの二様の區別あること、並に我國に於いて如何に之を解するを可なりとなすかに關しては前に第一章に於て之を論述せり。司法に對する實質上及び形式上の見解の外或は更に他の見解を探り、處分を決定するに當事者の參與を必要とする國權の作用は即ち司法なりとなす學者あり。何等の場合に於いても司法の手續か此の如くなるは學者の言の如しと雖唯一の例外は欠席裁判の場合是れなり、而かも反對に此の如き手續に依るすへての國權の作用を司法なりとなすは、予の贊する所にあらず。

此意義に於いて司法の語を解すれば、行政裁判の如き、權限裁判の如き、特許局の審判の如き、其他海員審判所の審判の如き亦皆司法なりと謂はざるへからず。要するに予の前に述べたる定義に言ふか如き見解を執る所以のものは、他の見解に依りては精確に我現行の制度を解すること難きと、民事の訴訟に對する裁

判は其歴史上の由來甚た古く、特殊の發達を遂けたるものなるの點に於いて、憲法が特に特殊の規定を設けて民事の事件に關する人民の權義を明にせんと期したるものなることを信するか爲に外ならざるなり。

司法に關する現行制度の原則は大體に於いてすてに之を第三卷に説明したり。茲には只予の前に下したる定義中に述べたる民事及び刑事の訴訟の何たるかを一言し、以て更に司法の觀念を明にするに便せむと欲す。

民事の訴訟とは何ぞや。曰く、私權の争に關し國家に對し之か裁斷を請ふの謂なり。

凡そ人民の有する權利を分ちて公權及び私權の二となす、普通に學者或は公法上の權利即ち公法に依りて規定せらるる權利か公權にして、私法上の權利即ち私法に依りて規定せらるる權利か私權なりと説くと雖實は是れ未だ正確に公私權の區別を明にするものと言ふことを得ず。要するに公法上の人格者即ち權力の主體としての國家と言ふに同じしとしての國家、又は公共團體に對して有する所の人民の權利か公權にして、其他の權利か私權なり、例へば選舉權は平等

なる關係に立つ所の私人と、一私人との間に存する權利にあらすして、不平等なる關係に立つ所の國家若しくは公共團體に對して有する所の人民の權利なるか故に公權なりと雖、一私人か他の一私人に對して賣買し、貸借し、讓與し、交換すと言ふか如きは皆平等なる一私人間に於ける行爲にして、從て之に伴ふ所の權利も亦皆平等の性質を有するものなるの點に於いて私權なるか如し。而して國家又は公共團體に對し、人民の有する權利と雖、其公法上の人格者としての資格に於ける國家又は公共團體に對して有するものにあらざれば又公權にあらざる例へは國家又は公共團體に對し、賣買、貸借等に關し、人民の有する所の權利は要するに國家又は公共團體と平等の關係に於いて有する所のものなるか故に公權にあらざるか如し。

刑事訴訟とは何ぞや。曰く國家か自ら認めて自個の生存條件を危ふくするものなりとなす所の行爲(即ち犯罪)に對し、之に法律又は法律の委任に依る命令に依りて定められたる惡報(即ち刑罰)を加へんことを要求する所の訴なり(通常は檢事之を提起し稀に被害者之を提起す)。

司法の觀念は右述ふる所に依りて粗明かなるへしと信す。而して茲に一言すへきは學者或は司法とは事實に對し法を解釋することを以て目的(終局の)となす所の國家の行爲なりと言ひ、或は司法とは處分の決定に當事者の參與を必要とする國權の作用なりと言ふは、皆一部の眞理を包含するものなること是れなり。換言すれば事實に對し法を解釋することを以て目的(終局の)となす所の國家の行爲かすへて皆司法なるにはあらず。而して又處分の決定に當事者の參與を必要とする國權の作用かすへて皆司法なるにはあらずと雖、而かも司法は又實に此の如き實質と形式とを必要となすものなること是れなり。

從て司法は宣告を以て終を告ぐるものにして宣告を執行するはすてに司法にあらすして行政なり。且つ違警罪に對する警察署の即決處分及び犯則者に對する稅務管理局長及び稅關長の即決處分は、訴訟の手續を執ることを須るすして、普通の處分の形式に據りて、國家の意思を定むるか故に、其事件の性質よりすれば、刑事に屬するに係はらず、尙之を司法なりと言ふことを得ず。換言すれば一の行政處分たるに過ぎず。

(處分の決定に當事者の參與を必要とする國權の作用か司法なりと言ふは即ち當らすと雖、之を裁判即ち訴訟の裁斷に對するものなりと云ふは即ち可なり)

第五章 行政

立法と司法との何たるかに關する觀念の區々なるは、逐次前に述へし所に依りて明ならむ。而かも、此等の觀念の區々なるは終に行政の觀念の區々なるには及ばず。

或は行政を以て國家の措施する一切の行爲なりとなすものあり。或は行政とは政治に對するの語にして要するに國家の經營に關する方針之を定むるを政治と云ふに從つて實務を處理するの謂なりとなすものあり。或は行政とは立法に對するものなり。從て又所謂司法をも包含するものなりとなすものあり。或は行政とは立法及び司法に對するものなりとなすものあり。而して又或は更に之を狹義に解し行政とは立法司法及び天皇憲法上の大權に基く作用に對するものなりとなすものあり。此他尙ほ幾多種々なる觀念を列擧するに難からず。(國家學會雜誌第百

六十四號雜誌行政の觀念にする管見参照)

然れとも予は行政を以て前に述へしか如く、要するに 天皇の親裁に依る國家權力の作用と、民事の訴訟に對する裁判の作用とを除きたる爾餘の範圍に於ける國家權力の作用なりとなすの最も穩當なる事を信するものなり。換言すれば立法と司法と而して其他 天皇の親裁せらるる行爲のすべてを除外したる爾餘の範圍に於ける國家權力上の一切の行爲か即ち行政なりとなすは予の我國に於いて最も穩當なりとなす所の觀念なり。從て(第一)行政は國家の權力に基く作用ならざるへからず。換言すれば、國家の權力を以て強行する所の公法上の行爲ならざるへからず。故に又國家か一個人と平等の關係に立ちて爲す所の私法上の行爲は行政にあらす。且つ土木事業の如き、製鐵事業の如き、若しくは傳染病の研究の如き、人に對するにあらすして單に物に對する所の國家の事業上の行爲は行政にあらす。(但し私法上の行爲及び事實行爲も亦行政なりとなす所の見解なきにあらす)(第二)行政は國家の作用中より立法と司法と、而して又 天皇の親裁に依る行爲とを除きたるものならざるへからず。換言すれば、獨り帝國議會の協賛を経て法律を制定

し又は裁判所に於いて民刑事の裁判をなすことか行政にあらざるのみならず、條約を締結するか如き戦争を宣告するか如き、其他憲法第一章に列記する種々の事項を處理するか如きは亦皆行政にあらざるなり。然れども、戒嚴の宣告の如き、判任官の任免の如き其機關によりて行はるる場合は又之を行政と稱することを妨ぐるものにあらす。

以上述ふる所によりて行政の如何なるものなるかは、粗ぼ之を窺知することを得へし。以下、行政に二種の區別あることを述べ、並に我國家は今日如何なる事項を取りて之を行政の範圍に屬せしめたるかを論じ、而して更に行政上の行爲は、如何なる形式によりて機關及び人民に對して行はるるかを説明せんと欲す。

第一節 官治行政及び自治行政

行政に二種あり一を官治行政と云ひ、一を自治行政と云ふ。要するに國家か直接に設備する所の官廳によりて行はるる所の行政か即ち官治行政にして、自治團體か國家に依りて賦與せられたる權能に基き、團體の自存の目的の爲に團體内に行ふ所の行政か即ち自治行政なり。

官治行政に關しては一般に、茲に多く論ずべきものなし。然れども自治行政に關しては多少茲に解説を要するものあり。

自治に關する見解中共最も廣く行はるるものは獨乙の學者グナイストの説是なり。氏の下したる定義によれば、自治行政とは、地方の租税によりて費用を支辨し國の法律に従ひ、名譽職に依りて行ふ所の郡、市、町、村の行政なりと云へり。

抑も氏の見解か、深く英國に於ける自治制の實勢を洞察して、其真相を發揮し得たるものなるはすへての學者の承認する所なり。

自治制の起源に關しては、學者の間に議論なしとせざるも、其最も早く發達したるは英國にあり。グナイストは長く英國に在りて自治制の真相を研究し、之に關する觀念を發揮し、獨乙今日の自治制に貢獻したる所甚た少しとなさす。我國の自治制の如き亦間接に氏の見解に負ふ所少しとなさるるなり。

然れども、氏の定義には左の如き非難あることを免れず。

一、自治行政は必ずしも之を地方自治團體の行政のみに限るべき理由なし。

抑も公共組合なるもの、發達か極めて近時に在りて、且つ之に關する一般の觀

念か發揮せられたるも亦近時に屬するか故に、此點を以てグナイストの定義を非難するは或は酷なることを免れざるへしと雖、而かも何か故に獨り地方自治團體の行政のみか自治行政にして、公共組合の自存の目的の爲に經營する所のものは自治行政と云ふ事を得ざるか。法理の觀念に於いては、地方自治團體も、公共組合も、共に、國家行政の機關として其行爲は間接に國家の目的と適合するものなり。一のもの、其團體内に對して行ふ所の權力上の行爲にして、之を自治行政と名づけ得べくむは、他のもの、其團體内に對して行ふ所の權力上の行爲も亦何故に之を自治行政と名くることを得ざるべきか。公共組合の團體内に對する權力行爲を以て自治行政の一種なりとなすは、或は未だ一般に認めらるゝ所にあらざるか如しと雖、法理上の觀念に於いては、別に之を地方自治團體の行政と區別すへき謂れなきなり。

二、自治行政は必ずしも自個の費用のみを以て自個を事務を行ふ事を必要とす自治體の利益か、期政上の觀念を離れて之を考ふるも、國家か直接に設備したる官廳をして、國家一切の事務を措置せしむるは、事務の統一と、敏活とを期する點に

於いては或は可なりと雖、各團體を實情に精通し且つ其利益に對し最も密接の關係ある一部の人民をして自己の經營に任せしむるの事、適當なるに如かすと云ふの點にあるのみならず、之と同時に自己の費用を以て其一切の經營に任せしむるは國民をして自立の念慮と、各自の利益とに主意することを以て益大ならしめ且つ國民の負擔をして其公平を保たしむるの點に於いても、亦一般の國民をして自己直接の利益に關係なき事業の爲めにも、亦之を負擔せしむるの制度に比すれば、大に優れるものありと云ふの點にありて存するは云ふを俟たずと雖、而かも、公共團體は何等の場合に於いても必ず自己の費用を以て自から經營せざるへからずとなすは、狹隘に失すと謂はざるへからず。例へば團體の事務か、團體一個の負擔に堪へざる場合に、國家又は上級團體の費用を以て之を補助するも、毫も之か爲めに團體の自治たる所以を害せざるか如し、而かも、此の如きはもとより例外の場合に屬し、原則としてはグナイストの謂ふか如く、團體をして自己の費用を以て自己の經營に任せしむるは、即ち自治行政主義となす所なりと雖、而かも精密に云ふ時は必ずしも然りと云ふ事を得ず。

三、自治行政は必ずしも名譽職に依りてのみ行はることを必用とせず。グナイスト以後の學者が氏の定義に重きを置くは主として實に此の點にあるものにして、蓋し是れ自治行政なるものは、團體か之を組織する人民に依りて行政するを以て其主義となすものなるか故に、もとより人民をして其職業を擲ちて公共の事務に奉せしめんと欲するか爲めに必要の費用を給するの要なしとなすに依るものなり。然れとも現時に於いて、府、縣及び郡の機關として有給官吏たる府縣知事及び郡長か自治の事務を行ふか如き、其他特定の場合に官吏を派遣して特に市町村の事務を行はしむることあるも、而かも、之か爲めに又其自治たる所以を害せざるなり。加之、名譽職とは畢竟無給の吏員と云ふの意義に歸着すと雖も、團體の吏員か必ずしも法理上無給たるを必要とするの理なし。亦以て此の説の非なるを知るに足らむ。

上述する所に依りグナイストの定義か其廣く行はるる所のものなるに係はらず、必ずしも完全なりと云ふことを得ざるを見るへし。然れとも、氏の定義は又一面に於いて自治行政の何たるかを明にするに於いて甚た多とすへきもの多きは理

ゆへからず。

自治團體の事務に二種あり。一は團體の自存の目的の爲に行ふ所のものにして一は自治團體か國家の委任を受けて國家の爲に行ふ所のものなり。一は團體固有の事務たり。一は國家の爲に行ふ所の事務たり。學者或は前者を稱して固有事務と云ひ、後者を名けて委任事務と云へり。例へば團體か團體員の公共の爲に行ふ所の事務は、固有事務たり、而して團體か租税法の規定に依り、國家に對し國家の爲に國稅を徵收するの義務を負擔するときは、之か爲めに行ふ所の事務は即ち委任事務なりと云ふか如し。此の如く自治團體の事務には二種の區別あるを以て自治團體の行ふ所の事務なるか故に、すへて皆自治行政なりと云ふは即ち誤れりと雖、而かも其自存の目的の爲に行ふ所の事務は即ち自治行政なりと云ふことを得るなり。自治行政は一方に於いて、國家の事務なると同時に、他の一方に於いては、又自治團體自個の事務なるは曾て述へし所の如し。從て國家の事務と團體の事務とは二にして一たり。一にして二たり。然れとも、國家も一の法人なり。自治團體も亦一の法人なり。而かも團體か法人たるは國家の定むる所の法律に依り、始めて然る所なる