ナリ。立憲制ノ下ニ於テ、特ニ立法權ト謂フハ無味單純ニ立法其ノ事ヲ指スニ非ス、立法スルノ權力行動ヲ、他ノ權力行動ト分チ、各-其ノ要件ヲ殊ニシテ對立セシメント欲スルナリ、專制政體ノ下ニ於テハ立法ハ即チ之アリ立法權ト謂フノ觀念ハ用ナキナリ。』

權力分立

若、立法シ、行政シ、司法スルハ皆唯一國權ノ動作ナルトキハ、之ヲ立法權、行政權、司法權ト稱シ、三權分立ヲ主義トスルハ矛盾ニ非サレハ即チ無用ナラン、如何。曰ク然ラス、純白ナル專制ノ政體ニ於テハ、一自然人ノ自然意思即チ國權全般ノ行動タリ、故ニ立法、行政、司法ノ事務ヲ分ツコトアルヘキモ、三權ノ分立ヲ謂フハ矛盾ニ非サレハ即チ無用ナリ、之ニ反シ立憲政體ニ於テハ、國權行動ノ種類ニ由リ、各-相異ナルノ自然人ノ自然意思ノ之ニ加味セラルルコトヲ憲法上ノ要件トス。之ヲ貫通シ之ヲ支持スルノ骨幹タル權力其ノ者ハ唯一不分ノ國權ナリ、國家ノ意思ハ一アリテ二ナシ、唯、國權ノ或種ノ行動ニハ或種ノ機關之ニ參與シ、國家ノ法律意思ノ或種ノ決定ニハ或種ノ自然意思之ニ加ハルノ點ヨリ視テ、憲法ノ上ニ權力ノ異同ヲ謂ヒ、分立シテ侵スヘカラサルヲ謂フナリ。所謂三權分立ノ精神ハ此ニ在リ、立法權ノ觀念亦之ニ由リテ解セサルヘカラサルナリ。』

按スルニ、由來學者ノ立法權ヲ說ク其ノ義理頗ル不明ナリ。之ヲ獨立特個ノ權力ナリト解スルトキハ、國權ノ唯一ニシテ不分ナルノ義ト合ハス、之ヲ單ニ法則ノ制定ト解スレハ、事務ノ別ニシテ權力ノ別ニ非ス共ニ立法權ト謂フ觀念ヲ明カニスルニ足ラサルナリ。佛國ノ學者ハ多ク權力ノ分配ニ着眼ス、故ニ三權分立ノ說アリ、爲ニ國權分劃ノ誤解ヲ招ク。獨國ノ學者ハ多ク事務ノ分配ニ着眼ス、故ニ立法、行政、司法ノ別ヲ認メテ而シテ三權分立ノ主義ヲ排斥ス、爲ニ立法權ノ意義ヲ沒却

スルノ誘アリ。惟フニ立法權ノ正當ナル觀念ハ、三權分立ノ主義ノ正當ナル觀念ニ由リテノミ之ヲ得ヘク、三權分立ノ正當ナル觀念ハ、唯、法律意思ト自然意思トノ分化配合ノ正當ナル觀念ニ由リテノミ之ヲ得ヘキナリ。國家ノ意思ハ一ナリテ二ナシ、故ニ國權ハ唯一ニシテ不分ナリ、立法スルノ意思ト行政スルノ意思トノ別個獨立ノ權力アルニ非サルナリ。然レトモ國家ハス、立法權、行政權、別個獨立ノ權力アルニ非サルナリ。所謂國家ノ法律意思ハ自然意思ヲ有セス唯法律意思ヲ有スルノミ。國家ノ法律意思ハ自然人ノ自然意思ニ由リテ構成セラル。自然人ノ自然意思ハ一自然人ノ自然意思ノミニ由リテ決定セラルル場合ニ於テハ事甚單純ナリ、故ニ專制ノ政體ノ下ニ於テ若、立法、行政、司法ノ別アラハ是レ事務ノ別ナリ權力ノ別ニ非サルナリ。立憲政體ニ於テハ立法、行政、司法ニ付各、異ナリタルノ自然意思ノ之ニ加味セラルルコトニ由リテ法律意思ノ決

定ノ成立スルコトヲ要件トスル者ナリ。此ノ自然意思ノ分離ヲ指シテ權力ノ分立ト謂フ。此ノ自然意思ノ分離ハ絕對ナルコトヲ要セス、異ナリタル自然意思ノ之ニ加ハルコトニ由リテ既ニ分離アルナリ。君主タル自然人ノ自然意思ハ之ニ共通スルコトヲ妨ケス又此ノ共通一貫ナクンハ國權ノ統一ヲ失ハン、唯之ニ加味スルノ自然意思ハ立法、行政、司法ニ共通ナルヲ許ササルノミ。從タルノ自然意思ノ配合ニシテ此ノ差別アラハ即チ權力ノ併呑混同ヲ防クニ足ラン、是レ所謂三權ノ分立ナリ。三權分立ノ精神ハ唯此ノ一點ニノミ存ス、大權、立法權、司法權ノ、權力トシテノ區別ハ亦、唯、此ノ之ニ參與スル自然意思ノ配合ノ別トシテ視ルコトニ由リテ始メテ其ノ趣味ヲ爲ス者ナリ。此ノ立憲ノ趣味ヲ解スル者ニ非サレハ立法權ノ正當ナル觀念ハ遂ニ之ヲ得ルコト難カラン。權力分立ノ主義ヲ辨證スル者モ之ヲ攻擊スル者モ由

來多ク此ノ精神ヲ解シ得ス、故ニ其ノ說ク所概ネ要領ヲ得サルナリ。』

立法權ハ法則ヲ制定スルノ權力ナリ

立法權ハ法則ヲ制定スルノ權力ナリ。立法權ニ依リテ制定セラレタル法則ヲ法律ト謂フ。法律ハ國家意思ヲ表示スルノ公式ノ一ニシテ、特種ノ效力此ノ形式ニ伴フ、法律ノ形式ヲ以テ發布セラレタル法則ハ命令ノ形式ヲ以テ發布セラレタルノ法則ハ命令ヲ以テ變更セラルルコトナキカ如キナリ。此ノ特殊ノ效力ハ亦立法權ニ依リテ制定セラレタルノ所由ニ出ツルナリ、故ニ立法權ハ法則ヲ制定シ、法則ハ亦之ニ由リテ特殊ノ效力ヲ生スル者ナリト解シテ可ナリ。凡ソ法則ハ必シモ立法權ニ依ルニ非サレハ之ヲ制定スルコトヲ得スト謂フニハ非ス、大權モ亦能ク法則ヲ制定ス、唯、法則ニ特殊優等ノ效力ヲ付與スルコトヲ得ルハ立法權ノ特權ナリ。此ノ特殊ナル法則ノ成立ト效果トヲ外形ニ表示スルカ爲ニ法律ノ公式アルナリ、故ニ約シテ立法權ハ法律ヲ制定スルノ權力ナリト謂フ、憲法第五條ニ「天皇ハ帝國議會ノ協贊ヲ以テ立法權ヲ行フ」ト云ヒ、第三十七條ニ「凡ソ法律ハ帝國議會ノ協贊ヲ經ルヲ要ス」ト云フ、皆此ノ意義ニ依ルモノナリ。』

按スルニ、立憲制ノ基礎タル分權ノ主義ヲ含味スルニ非サレハ立法權ノ正當ナル觀念ヲ得ルコト難カルヘシ。字義ヨリ謂ヘハ、立法トハ法則ノ制定ナリ、大權亦法則ヲ制定スルコトアラハ大權亦立法權ナリト謂フヘキカ如シ、二者ノ別果シテ何ニカ存スル。或ハ又立法權ハ法律ヲ制定スルノ權ナリト云フ、此ノ解形式ニ於テ不可ナシ、然レトモ何ヲ法律ト謂フカ、之ヲ立法權ニ依リテ制定セラレタルノ法則ト解スレハ、是レ問ヲ以テ問ニ答フルモノニシテ、遂ニ立法權ノ何タルハ之ヲ明カニスルヲ得サルナリ。學者ノ解、概ネ此ノ類ニ屬ス、分權ノ精神ヲ度外

ニ視テハ立法權ト謂フノ概念ハ全ク意義ヲ失ヒ無用ノ事ニ屬スルニ似タリ。』

權力分立ノ精神ヨリ之ヲ見レハ、立法權ハ大權及司法權ニ對シテハ特殊別個ノ存在ヲ有スルノ權力ナリ。此ノ別個特立ノ存在ハ、國家ノ法律意思(國權)ヲ構成スル自然意思ノ配合ノ各、相異ナルニ由リテ現實ニセラル。憲法ノ鹽梅料理ニ成ルノ所謂三權ノ別ハ、同一ナル權力ノ作用ノ別ニモ非ス、單ニ名稱ノ別ニモ非ス、現實ニ權力其ノ者ヲ區別スルナリ。所謂立法權ハ之ヲ立法權ト稱スルモ、甲權、乙權、何權ト稱スルモ、名稱ノ如何ニ拘ハラス現實ニ存スル一種ノ權力ナリ。此ノ一種無名ノ權力ハ何カ爲ニ用ヒラルルカハ更ニ別ノ問題ニ屬ス、我カ憲法ハ、之ヲ主トシテ、法則ヲ制定スルカ爲ニ用ユ、故ニ其ノ作用ヨリ命名シテ、之ヲ立法權ト稱ス、便宜ニ從フナリ。先ツ此ノ精神ヲ領解スルニ非サレハ立法權ハ法則ヲ制定スルノ權ナリト謂ヒ、又ハ法律ヲ制定スルノ權ナリト謂フハ、問ヲ以テ問ニ答フルノ無用ノ解ニシテ何等實質ノ意義ヲ爲ササルナリ。憲法ハ一種無名ノ、實在セル權力ニ、偶、立法ノ事ヲ依託ス、因リテ名ケテ立法權ト呼フ、單ニ法則ヲ制定スルノ權力作用ヲ指シテ立法權ト謂フノ字義ノ解トハ趣ノ異ナル所アルナリ。予ノ主持スル觀念ト、學者通常ノ說明ト、外形相似タルモ精神ハ大ニ異ナル所アリ、乞フ之ヲ混同スルコト勿レ。故ニ予ノ觀念ヲ以テスレハ大權ヲ以テ法則ヲ制定スルコトアルモ之ヲ立法權ト謂フヘカラス、立法權ヲ以テ法律ニ非サルノ歲計豫算ノ類ヲ決定スルコトアルモ亦固ヨリ立法權ノ濫用ト謂フヘカラス、此ノ一種無名ノ權力ニ立法ノ二字ヲ冠スルハ其ノ主要ナル用法ニ因リテ呼稱シ之ヲ他ノ權力ト區別スルノ便宜ナルニ從フモノニシテ、日常多ク見ルノ事例ニ外ナラサルナリ。立法

スル權力行動ヲ立法權ト謂フニハ非ス、或權力ノ存スルアリ此ノ權力カ國家ノ立法ニ參與スルニ付之ヲ立法權ト稱スルモノナリ。』

立法權ノ此ノ解、實ハ既ニ予ノ權力分立ノ解ニ含蓄ス、而シテ予ノ權力分立ノ解ハ之ヲ自然意思、法律意思ノ分析綜合ニ歸納スルニ於テ、其ノ他ニ異ナルノ特色ヲ視ル。此ノ一事予カ憲法論ノ特質異色ナリト視ラルルコトヲ厭ハス、故ニ機ニ觸レ、事ニ託シ、之ヲ反復スルノ煩ヲ敢テス、此レヲ無視シテハ立憲政體ハ遂ニ其ノ何ノ特性アルカヲ解スルコト能ハサルヲ確信スレハナリ。今ノ內外ノ學者、一種ノ風潮アリ、特ニ權力分立ノ主義ヲ輕蔑ス、初ハ極力之ヲ攻撃シ、今ハ前世紀ノ空理高論ノ遺骸ナリトシテ之ヲ顧ル者ナシ。予、獨逸ノ學者ニ於テ特ニ之ヲ見ル、而シテ其ノ祖國ノ佛蘭西ニ於テモ亦昔日ノ熱誠ヲ以テ之ヲ主張シ以テ他ノ輕侮ヲ排斥セントスルノ氣慨アルコトナシ、況ンヤ我カ學者ニ於テヲヤ、彼ノ緒粕ヲ嘗ムルノ外、何等特異ノ見ナキ固ヨリ其ノ所ト

ス。此ノ如クニシテ學者、仍、立法權、大權ノ別ヲ謂フ、吾其ノ何ノ意義タルヲ解スル能ハサルナリ、吾人ノ論、敢テ奇ヲ好ムニ非ス、又反復煩ハシキヲ知ラサルニ非ス、今ノ勢之ヲ大聲疾呼スルニ非サレハ人ノ耳目ニ入ル能ハサレハナリ。』

此ノ立法權ハ君主之ヲ行フ、唯、憲法上ノ大權トシテ之ヲ獨裁專斷セサルノミ。之ヲ行フハ議會ノ協贊ニ依ル、協贊ニ待ツノ故ヲ以テ君主ノ之ヲ行フモノニ非スト謂フヘカラス。又君主ト議會ト共同シテ之ヲ行フモノト解スルモ非ナリ。協贊ハ從タル意思ノ、主タル意思ニ副フノ謂ニシテ、合意、合議、若ハ契約ト謂フ者ノ類ト、其ノ觀念ヲ異ニス、此レ等ノ協合ハ主從ノ別ナク、獨立對等ニ、自由意思ノ合同ヲ成ス者ナレハナリ。議會ノ

皇位ニ對スル立法諮詢ノ府タルニ在リ。憲法莊重ノ用語、之ヲ協賛ト謂フモ實ハ議定シテ採納ヲ請フノ義ニ外ナラス、之ヲ採擇スルト否トハ大權ノ自由ニ存スルノミナラス、議會ノ否決スル所ヲ、更ニ命令ノ形式ニ於テ裁可實施スルコトヲ妨ケサル場合亦多シ。議會ハ立法ヲ强要シ、又ハ絶對ニ之ヲ阻絶スルノ權能アルコトナシ、皇位ト同等ニ立法ノ權ヲ分有スト謂フヘカラサル論ナキナリ。政治ノ勢ヲ以テ推スモ、廣汎ナル大權ノ範圍アリ、法律ニ代ルノ命令ヲ發スルノ權アリ、行政命令ノ權アリ、非常大權ノ施行アリ、權力行動ノ中心ハ大權ニ在リテ議會ニ在ラサルコト知ルヘシ、本末ノ間、嚴然紊ルヘカラサル者アルナリ。』

按スルニ、立法權ト國會トノ關係ハ解說一ニ歸セス、或ハ立法權即チ國會ノ權力ナリトシ、或ハ立法權ハ君主ト國會トノ共有ノ權力ナリトシ、或ハ立法ハ君主ト國會トノ合意ナリトス、外國ノ事例及學說トシテハ各、據ル所アルヘキモ我カ憲法ノ解トシテハ一切之ヲ採ルコトヲ得サルナリ。立法權即チ國會ノ權力ナリトス、佛國風ノ觀念ナリ、國會即チ立法者タリ、行政權ノ首長ハ偶、國會ノ成案ヲ拒否スルノ消極的ノ干涉ヲ爲スコトヲ得ヘシトスルモ、是レ行政權ヲ以テ立法權ノ行動ヲ嚴遮スルモノニシテ、立法權ノ一部ヲ行使スルニハ非サルナリ。此ノ、立法權即チ國會ノ權力ナリトスルノ觀念ハ我カ憲法ノ容レサル所タル第五條ノ明文ノ如シ。又立法權ハ君主國會共有ノ權力ナリトスルハ獨逸風ノ觀念ニシテ、普國憲法ノ成文之ヲ明言ス、曰ク「立法權ハ國王ト國會ト共同シテ之ヲ行フ」ト。我カ憲法ハ固ヨリ本質ニ於テ之ヲ許ササルノミナラス、其ノ第五條ハ彼ノ先例ニ模ハス、別ニ筆ヲ起シ、「天皇ハ帝國議會ノ協賛ヲ以テ立法權ヲ行フ」ト宣言ス、二者根本ニ於テ其ノ觀念ヲ異ニスル知ルヘキナリ。立法ハ君主ト國會トノ合意ナリトス

ルハ、歐洲中世ノ遺制ニシテ、北歐ノ小邦、今、仍之ヲ憲法ノ上ニ主持スル者アリ。是レ彼ノ中世ノ兩頭政治ノ餘習ニシテ、法律ト協約トノ觀念ノ未タ判然分化セサルノ時代ノ遺物タルナリ。合意ハ獨立自主ノ意思、相對峙シ、之ニ因リテ相互ニ拘束ヲ受クルコトヲ約スルナリ、單純ナル見解ノ一致ヲ指スニ非ス。今、君主ハ議會ノ議定スル所、又ハ大臣ノ提案スル所ヲ納レ、之ヲ裁可シテ法律又ハ命令トスルコトアルモ、是レ建議ノ採納タリ、君主ハ議會、大臣ト合意スル者ト謂フヘカラサル論ナキナリ。抑、我カ議會ノ、立法ニ於ケルノ地位、重大ハ實ニ重大ナリ、其ノ意ニ反シテ立法スル能ハサルノ所即チ憲政ノ根軸タリ、然レトモ之ヲ指シテ立法者ト謂フハ僭越ノ至ナリト謂ハサルヲ得ス。議會ハ自己ノ成案ニ裁可ヲ强要スルコト能ハス、消極的ニ立法ヲ蔽遮スルノ權アリトスルモ、積極的ニ立法スルノ權ハ之ヲ有セス、立法者ト謂フヘカラサルナリ、況ンヤ憲法ノ明文ハ立法權ハ天皇之ヲ行フト宣言スルニ於テヲヤ、外國ノ事例、學說ハ援キテ我ニ用ユヘカラサルナリ。』

立法權ノ委任

立法權ハ之ヲ委任スルコトヲ得ス、立法權ハ議會ノ協贊ヲ以テ天皇之ヲ行フ、憲法ノ明文動カスヘカラス、若、法律ヲ以テ之ヲ君主政府ニ委任スルヲ妨ケストセハ、是レ政體ノ根底ヲ顚覆スルコトヲ許ス者ナリ。裁可ト協贊トハ憲法上ノ立法ノ要件タリ、若、法律ヲ以テ此ノ要件ヲ不用ナラシムルヲ得ハ、是レ法律ヲ以テ憲法ヲ變更スルコトヲ得ル者ナリ。所謂立法權ノ委任ノ自由ハ立法權ノ自殺ノ自由ナリ、憲法豈之ヲ許ス者ナランヤ。』

按スルニ、通常立法權ノ委任、若ハ法律ノ委任ト謂フハ、法律ヲ以テ、命令ニ、立法事項ヲ規定スルコトヲ許容スル場合ヲ指ス、是レ即チ立法權能

ノ委任ナリ。此ノ事、若突然新ニ之ヲ唱フル者アラハ何人モ必ス我カ憲法ノ明文ニ矛盾スルノ理由ヲ以テ之ヲ排斥セン。然ルニ世人ノ之ヲ怪マサルノミナラス、極力之ヲ辯護スルモノハ、蓋、一ハ政治實際ノ便宜ニ出ツルモノナルヘキモ、一ハ亦偖ニ歐洲ノ學說事例ノ、一般ニ之ヲ認ムルニ信賴シテ深ク自ラ顧ミサルニ由ル、我カ學者ノ獨立ノ見ナキ概子此ノ如シ。之ヲ歐洲ノ憲法ニ付テ謂ヘハ、所謂法律ノ委任ノ可能ナル論ナキノミ、是レ即チ憲法ト法律トハ外形ヲ異ニスルノ空文ハ仍之ヲ存スルモ、彼ニ在リテハ、法律ハ憲法ト其ノ効力同等ナリ法律ヲ以テ憲法ヲ變更スルコトヲ禁セス、法律ヲ以テ國家最高ノ法則トスレハナリ。立法權ハ最高ノ權力ナリ、法律ハ最高ノ法則ナリ、爲シテ能ハサル所ナシ、何ソ委任ノ自由アルヲ怪マン。西歐ノ學者ヲシテ之ヲ聽カシメハ、吾人カ法律ノ委任ノ可能ナルヲ怪ムヲ怪ムナルヘシ、彼ノ著書ニ特ニ其ノ可能ナル所由ヲ說明スル者ナキハ此ノ故ナリ、予ハ却テ彼ノ一書ニ「オツトマイエ」、租稅ヲ賦課スルコトハ立法固有ノ權ニシテ之ヲ命令ニ委任スルヲ得スト謂フノ唯一ノ除外例ヲ認ムルノ、何ノ根據アルカヲ疑フ者ナリ。我カ政體ハ全ク之ト相反ス、憲法ノ憲法タルハ法律ヲ以テ之ヲ動搖スルコトヲ許ササルニ在リ。立法權ノ委任ハ憲法之ヲ爲ス固ヨリ可能ナリ、法律之ヲ爲スモ即チ不可能ナリ、立法權行使ノ要件ヲ左右スルハ憲法ノ分ニ屬シ、法律ノ權能ニ存セサレハナリ。故ニ例ヘハ緊急ノ場合ニ命令ヲ以テ法律ニ代ルコトハ憲法第八條特ニ明文ヲ掲ク、且ツ其ノ要件ヲ定ムル頗ル嚴重ナリ、之ヲ憲法ニ掲クルハ法律ヲ以テスルコト能ハサレハナリ、其ノ要件ヲ限定スルノ密ナルハ之ヲ其ノ以外ニ濫用センコトヲ恐ルレハナリ。然ルニ、今、法律ノ委任ト稱シ、法律自ラ此ノ特例ヲ憲法第八條ノ場

合以外ニ及ホサントス、是レ形式ニ於テ、實質ニ於テ、法律ヲ以テ憲法ヲ變更スル者ニ非スシテ何ソヤ、法律ヲ以テ憲法ノ延長增補ト爲ス國ニ於テハ即チ可ナリ、之ヲ我カ國ニ於テ謂フノ不可ナル論ナキナリ。』

若、亦、憲法ハ君主ト議會トノ契約ナリトセンカ、當事者ノ同意(法律)ヲ以テ前ノ約款ト違フノ事立法權ノ委任)ヲ爲ス、固ヨリ怪ムニ足ラス。若、亦、協賛ハ議會自己ノ利益ノ爲ニ、法ノ付與スルノ私權利ニシテ、義務ニ非ストセハ、之ヲ全ク抛棄スルモ公安ヲ害セス、況ンヤ自ラ之ヲ行フト、人ヲシテ行ハシムルコト(委任讓與)ニ於テヲヤ、之ヲ問フヲ要セサル知ルヘキナリ。此ノ類ノ論ハ皆之ヲ我カ憲法ノ上ニ謂フヘカラサル亦固ヨリ明白ナリトス。然レトモ予カ此ノ切切二十年ノ論、終ニ人ノ耳目ニ入ラス、反對ノ學說ハ立法成例ノ後援ヲ得ルニ由リテ愈、勢ヲ爲シ今ハ動カスヘカラサルカ如シ、予ハ自ラ過ヲ知ルノ明ナキヲ悲ム者ナリ。

立法權委任ノ事ハ初メ明治二十三年閣令ノ制定ヲ命令ニ委任スルノ問題ニ對シ、極力之ヲ爭ヒタリ、後ニ樞密院總會ニ立法權ヲ委任スルノ一事ニ付キテノミ深ク爭ヒタレトモ、主義既ニ先例ニ據リテ定マレリ、此ノ一事既ニ過シ、此ノ論ノ行ハレサル怪ムニ足ラサルナリ。明治二十三年法律第八十四號ニ關スル意見書ハ、諸雜誌ニ、新聞紙ニ私見ヲ公ニシタルコト多シ參照スヘシ。

或ハ謂フ、立憲ノ意ハ君主ハ議會ノ意ニ反シテ政治スルコト能ハサルノ一事ニ外ナラス、議會ニシテ異議ナクンハ大權ヲ以テ一切統治ノ事ヲ爲スヲ妨スト。此ノ論、極端ニ出テ却テ痛快ヲ覺ユ、此ノ如クンハ何ソ區區立法權ノ委任ノ事ニ拘ハラン、議會ニシテ異議ナクンハ命令ヲ以テ憲法全體ヲ廢止スル亦可ナリ唯、予ハ此ノ論ノ前提トスル所ヲ信セサルノミ。蓋、委任說ノ最有力ナル辯護ハ、政策ノ談ニ在リテ法理ノ論ニ在ラス、實例ニ付キ、政策ノ必須トシテ、之ヲ聞ク、寔ニ否ム能ハサル者アルニ似タリ、法理ノ辯護トシテハ未タ耳ヲ傾クルニ足ル者アルヲ知ラサルナリ。』

第十章　立法權ノ範圍

立法權行動ノ範圍

立法權行動ノ範圍ハ憲法ニ由リテ定マル、立法權自ラ之ヲ伸縮スルコトヲ能ハサルナリ。憲法ハ政務ヲ三分シ、一ハ立法權ノ干渉ヲ許ササル者トス、所謂大權事項及司法事項ナリ、一ハ必ス立法權ニ依ルコトヲ要件トスル者トス、所謂立法事項ナリ、又其ノ一ハ立法權ニ依ルコトヲ得ル者トス、所謂自由ノ事項ナリ、積極消極ノ規定アリ以テ立法權ノ範圍ヲ明劃ス。此ノ分界ハ憲法ノ命スル所ニシテ法律ヲ以テ之ヲ動カスコトヲ得サルナリ。』

按スルニ、立法權自ラ其ノ範圍ヲ伸縮スルノ自由アルト否トハ、實ニ政體基本ノ分カルル所ニシテ、彼我憲法各、其ノ特色ノ存スル所トス。彼ハ立法權ノ最高全能ヲ主義トス、能ハサル所ナク及ハサル所ナシ、故ニ憲法ヲ以テ其ノ範圍ヲ分劃スルノ要ナシ分劃セサルハ即チ之ヲ無限トスルナリ。我ハ三權ノ分立ヲ主持スルノミナラス、亦其ノ同等ヲ主義トス、故ニ憲法ハ各、其ノ範圍ヲ分劃シ相侵スコトヲ許ササルナリ。ヨシ彼我ノ憲典其ノ文相似タル者アリトスルモ、彼既ニ始ヨリ立法權ノ最高全能ヲ主義トスルトキハ、其ノ憲典ノ規定ハ時ニ立法事項ヲ掲クルコトアルモ立法權自ラ其ノ範圍ヲ宣言スルモノニシテ、固ヨリ絕對ノ拘束力ナシ、法律ヲ以テ憲法ヲ變更スルコトヲ妨ケサルノ理亦此ニ存スルナリ。我カ憲法ハ所謂三權ノ分立對峙ヲ主持セントス、其ノ分立對峙ハ上ニ憲法强大ノ力アリ、能ク併呑侵犯ヲ妨クニ非サレハ之ヲ全ウスルコトヲ得サルヘシ、是レ三權範圍ノ分劃アリ、且ツ法律ヲ以テ憲法ヲ變更スルコトヲ許ササルノ所以トス。此ノ特色ハ我カ政體ノ大義ノ係ル所タリ、忽ニスヘカラサルナリ。』

立法權最高全能ノ學說我ニ浸潤スル既ニ久シ、世人意ヲ我カ憲典ノ文字ニ注カス、漫然法律ハ重ク命令ハ輕シトシ、此ヲ以テ彼ヲ變更スルコトヲ得スシテ、彼ヲ以テ此ヲ變更スルコトヲ得ヘシトシテ、疑ヲ其ノ間ニ容レサルカ如キ其ノ證ナリ。果シテ此ノ如クンハ大權、立法權ノ同等ヲ謂フハ矛盾ナリ。我カ憲法ハ法律、勅令其ノ者ニ、本來當然ノ輕重ノ別ヲ爲スコトナシ、勅令ヲ以テ大權事項ヲ規定スレハ法律ト對峙シテ彼此相侵スヲ得ス、勅令ヲ以テ立法事項ヲ規定スレハ憲法第八條法律トノ同等ノ效力ヲ有ス、唯、大權若ハ立法權ニ屬セサルノ事項ヲ規定スル場合ニハ憲法第九條法律ノ効力ハ勅令ヨリモ重キノミ。我カ憲法ニ法令絕對ノ輕重ノ原則ナキ知ルヘシ、又偶、其ノ輕重ノ差等アルノ場合ハ、即チ大權、立法權各、其ノ固有ノ範圍ニ關セサルノ場合タリ。抑、法律、勅令ハ裁可、公布ノ公文式ノ名稱ナリ、其ノ輕重ヲ視テ大權立法權ノ輕重ヲ謂フハ既ニ本末ヲ誤ル、況ンヤ法令ノ間當然ニ輕重アルニ非サルニ於テヲヤ。此ノ義明白陳辯ヲ要セス、唯、世上ニ尙誤解アルヲ如何セン。』

立法事項及自由事項

大權事項ノ憲法上ノ列記ハ之ヲ立法權ノ干涉ノ外ニ置カントスルニ出ツ然ラサレハ其ノ列記ノ用ナキナリ。立法事項ノ憲法上ノ列記ハ之ヲ特ニ立法權ニ留保セントスルニ出ツ、然ラサレハ亦其ノ列記ノ用ヲ視サルナリ。而シテ此ノ二者以外ノ事項ニ付テハ、憲法別ニ制限ヲ云ハス、之ニ關シ法則ヲ定ムルハ大權ヲ以テスルモ、立法權ヲ以テスルモ、自由ナリトスルナリ。故ニ立法權ノ範圍ハ立法事項及自由事項トス。司法權ハ大權及立法權ノ定ムル法則ヲ事件ニ適用シテ特定ノ法律關係ヲ宣言スルコトニ係ル、立法權ハ法則其ノ者ヲ左右スルモ法則ニ依ルノ司法判決ニ干涉スルノ權能アルコトナシ、兩權ノ分界亦明白ナリ。』

按スルニ、外國ノ憲法及學說ノ立法權ヲ觀念スル、自ラ我ト異ナルモノアリ、多クハ絕對ニ、總テ法則ヲ設定スルノ權ト解ス、故ニ立法權ハ讀ミテ字ノ如シ、別ニ其ノ行動ノ範圍ヲ言明スルヲ要セサルナリ。法則トハ汎ク一般準由ノ規則ヲ指ス、特種ノ事物ニ關スルノ法則ノ義ニハ非サルナリ。我カ憲法亦立法權ハ法則設定ノ權ナリト解スルニ於テハ異ナルナシ、然レトモ之ヲ法則設定ノ唯一ノ權力ナリトハ爲サス、故ニ其ノ如何ナル事物ニ關スルノ法則ハ立法權ヲ以テ之ヲ設定スヘキモノナルカハ、更ニ問題ニ屬ス、是レ立法權ノ範圍ノ言明ヲ要スル所以ナリ。或國ノ憲法ニハ凡ソ人ノ自由權利財產ニ制限ヲ加フルハ法律ヲ以テスヘキコトヲ條文ニ揭ケ、以テ立法ノ畛域ヲ明劃シタリト爲ス、是レ實ハ法則ハ法律ヲ以テ定ムヘシト謂フノ外、何等別段ノ解決タルニ非ス、法則ハ即チ人ノ自由、權利、財產ニ制限ヲ加フルノ規則ノ謂ニシテ、

此ノ制限ヲ爲ササル者ハ之ヲ法則ト謂フヘカラサレハナリ。彼ニ在リテハ法則ハ、絕對ニ、立法權ニ依リテ之ヲ設定スヘキモノトス、名實相合フテ例外ナシ、故ニ其ノ權域ヲ云議スルノ用ナキナリ。偶、命令ヲ以テ法則ヲ設定スルコトアルハ皆立法權ノ委任ニ由ル、錫ヲ他人ノ田地ニ入ルルモノニシテ固有ノ畛域ヲ辨スモノニハ非サルナリ。我ニ在リテハ法則ノ設定ハ大權、立法權、共通ノ事ニ屬ス、故ニ之ヲ以テ二者ヲ分ツノ所由ト爲スコトヲ得ス、其ノ分界ハ之ヲ法則ノ內容トナルヘキノ事物ニ求メサルヘカラサルナリ、茲ニ立法權ノ範圍ヲ論スルハ此レニ由ル。』

立法事項

立法事項トハ立法權ニ依リテ規定スヘキコトヲ憲法上ノ要件トスルノ事項ナリ。憲法特ニ明文ヲ以テ一定ノ事物ヲ敘列揭擧シ、法律ヲ以テ之

ヲ定ムヘキ旨ヲ宣言セルハ、其ノ必ス立法權ノ行動ニ依ルヘキヲ命スルモノト視ルニ非サレハ之ヲ解スルコト能ハサルナリ。故ニ此ノ明文列擧ノ事項ヲ指シテ憲法上ノ立法事項ト稱シ、之ヲ大權事項及其ノ他ノ自由ノ事項ト分チ、以テ立法權必須ノ範圍ヲ明劃ス。』

按スルニ、予ノ謂フ憲法上ノ立法事項ノ觀念ハ學者ノ間異議アリト聞ク、未タ其ノ詳細ヲ知ラサルヲ憾ムナリ。茲ニ謂フ所ハ、憲法カ法律ヲ以テ定ムヘシト命スル者ハ法律ヲ以テ之ヲ定ムヘシト爲スニ外ナラス、事餘リニ明白ニ過キ、詳細ノ言說ヲ憚ル、異議ノ有ランコトハ之ヲ想像スル能ハサルナリ。或ハ謂フ、事、憲法第九條ノ解ニ關スト、想像ヲ以テ强テ迎ヘテ言ヘハ、憲法ハ一方ニ於テ立法ノ事項ヲ列記スルモ、マタ一方ニ於テハ第九條ニ廣汎ナル大權行動ノ自由ヲ認メ、法律ノ執行、秩序ノ保持、公益ノ增進ノ爲ニハ命令ヲ發シ又ハ發セシムルコトヲ許ス、是レ即チ前ノ立法事項ノ列記ニ對スルノ一ノ大ナル除外例ヲ爲シ、此レカ爲ニ再ヒ大權、立法權ノ領域ヲ混同シ、一切ノ政務ヲ打テ一團ト爲シ、二權競フテ之ヲ爭フモノトシ、唯、命令ノ形式ヲ以テ法律ノ形式ヲ變更スルコトヲ得サルノ一事ヲ以テ、二權ノ衝突ヲ防カントスル者ナリト爲スニハ非サルカ。此ノ論ノ不當ナルハ更ニ詳ニ之ヲ行政命令ヲ說クノ章ニ於テ辯セン。一言ニシテ之ヲ掩ヘハ、此レ憲法重要ノ許多ノ條項ヲ空文贅言ナリト斷スルノ狂暴ノ論タルニ過キス、果シテ此ノ論ノ如クンハ憲法ハ大權及立法權ノ事項ヲ列記スルノ用アルコトナシ、又其ノ第九條ニ特ニ命令ヲ發スルノ目的ヲ指示スルノ用ナシ、唯、命令ヲ以テ法律ヲ變更スルコトヲ得スノ一言ヲ以テ一切萬事ヲ了センノミ。此ノ論、或ハ普國學者ノ一時好テ唱ヘタル獨立命令ノ說ニ「ゲナイス」等之ヲ主唱シタリ援攀スル所アルヘキモ、之ヲ我カ憲法ノ上ニ謂フヘカラサ

ルナリ。我カ憲法ニ獨立命令ナル者ナシ、法律ノ委任ニ出テサルノ故ヲ以テ之ヲ獨立ト謂ハハ總テ勅令ハ皆獨立ナリ、此ノ義誤ラサルヲ要ス。若、法令各同一ノ區域ニ獨立併行シテ相競爭スルノ義トセハ、此ノ事全ク大權若ハ立法權ニ專屬セサルノ自餘ノ事項ニノミ係ル、憲法第九條ハ之ヲ指スナリ豈他アランヤ。』

立法事項ノ委任

立法事項ハ立法權ノ行動ニ依リ之ヲ規定スヘキ者トス、立法權ニ依ルト大權ニ依ルトハ立法權ノ自由ナリト爲スニハ非サルナリ。又其ノ立法權ニ依ルヘキコトハ憲法上ノ要件ニシテ、法律上ノ要件ニ非ス、法律自ラ占領シタルノ畛域ハ其ノ法律ノ廢止變更ヲ以テ之ヲ拋棄スルコトヲ妨ケス、憲法ノ指定シタル立法ノ範圍ハ法律ヲ以テ之ヲ命令ノ占領ニ委付スルコトヲ許ササルナリ。』

按スルニ、立法事項ハ立法權自身ノ行動ニ依リテ之ヲ規定スヘキコト言ヲ待タス、然レトモ、立法權ノ委任ニ由リ大權ヲ以テ之ヲ規定スルモ亦立法權ノ行動ニ依ルヘキノ要件ヲ失ハスト爲スノ論アルカ爲ニ特ニ言明シテ疑議ヲ斷ツナリ。大權ニ委任スルハ即チ立法權ノ行動タリ、委任ニ由リ大權ノ之ヲ規定スルハ即チ大權ノ行動タリ、然ルニ、之ヲ仍立法權ノ行動タルヲ失ハスト謂フニ至リテハ、矛盾ノ極、强辯ヲ以テスルモ人ヲ服スルニ足ラサルナリ。抑、憲法カ立法權ノ範圍ヲ定ムルハ自主ノ個體ノ利益ノ爲ニ其ノ私權ヲ付與スルノ類ト全ク其ノ事體ヲ異ニス、私權ニ關スル委任讓渡ノ觀念ヲ以テ立法權限ニ擬スルハ、事、假用シテ形容スルニ過キストスルモ法理ヲ認ル大ナリト謂フヘシ。又茲ニ謂フ立法事項ハ憲法ノ指定スル者ニ係ル、大權、立法權、共通ノ區域ニ於テ、法律ノ自ラ開拓占領セルノ田地ヲ指スコトト之ヲ混スヘカ

ラス。此ノ自由ノ畛域ハ法律ノ廢止變更ヲ以テ之ヲ拋棄シ委付スルコトヲ妨ケス、委任ノ自由ヲ謂フハ此ノ畛域ニ於テスル者ナリ。歐洲ノ憲法ハ多ク法律命令ノ効力ノ輕重ヲ謂フテ其ノ本領區域ヲ分タス、立法權、大權ノ別アリトスルモ立法事項、大權事項ノ別ナシ、其ノ所謂立法事項ハ、即チ法律ノ任意ニ之ヲ自己ニ專占スルノ事項ノ義ニシテ、我ニ於ケルカ如キ、憲法上ノ必須ノ要件タルノ觀念ナシ、故ニ法律ヲ以テ之ヲ命令ニ讓ル何ノ奇異ノ感アルコトナシ、彼我ヲ混同スヘカラサルナリ。』

立法事項ノ列記及自由權ノ保障

立法事項ノ列記ハ因襲アリ、臣民ノ自由權ノ保障ト相關連ス、故ニ憲法第二章ニ臣民權利義務ト題シ其ノ下ニ主トシテ立法ノ事項ヲ列敘シタルナリ。自由權ノ思想、本、行政ノ濫權ニ備フルニ出ッ、故ニ之ヲ大權ノ專斷ニ委セス之ヲ立法權ノ行動ニ留保スルハ、即チ壓制ヲ免レ自由ヲ保全スルノ所由ナリト爲シタルナリ。故ニ形式ヲ以テスレハ民權ノ保障ノ如ク、實質ヲ以テスレハ立法事項ノ列記タリ、我カ憲法第二章ハ此ノ意ニ於テ之ヲ解スヘキナリ。』

按スルニ、憲法第二章ハ概ネ立法事項ノ列記ニ係ル、而シテ其ノ外形ハ所謂自由權ノ保障ヲ粧フ者ナリ。自由權ノ思想、本、天賦人權ノ觀念ニ出ッ。所謂人權ハ天賦ニシテ人間ニ固有ス、固ヨリ國法ノ賜ニ非ス、絕對ニ國權ノ之ニ觸ルルコトヲ許ササルナリ。之ヲ憲法ニ掲クルハ人間固有ノ權利ヲ宣明シテ、絕對ニ國家其ノ者ニ對抗スルニ外ナラス、憲法ノ保障ヲ得テ始テ存立スル者ノ義ニハ非サルナリ。故ニ佛國大革命ノ系統ニ屬スルノ諸憲法ニ人權ヲ宣告セルハ、眞實ニ人權ノ宣告ヲ爲スモノニシテ、立法事項ノ列記タルニハ非ス、立法權ノ之ニ觸ルルコ

トヲ許ササルノ意ナリ。今ノ諸憲法ニ自由權ノ列記アルモノハ之ニ因襲スル所アリト雖、既ニ天賦人權ノ確信ヲ失フ、昔日ノ雄壯高大ノ氣焰アルニ非ス、唯僅ニ、立法權ノ庇護ニ賴リテ政府官吏ノ濫權ヲ免レント欲スルノミ。所謂自由權ハ絕對ノ權ニ非ス法律ノ賜ナリ、國權ニ對スルニ非ス行政官吏ニ對スルナリ、之ヲ權利トスレハ其ノ最薄弱ナル者ナリ。此ノ故ニ之ヲ單反射タリ、之ヲ權利トスレハ重キヲ爲サス、自由權ノ列記トシテハ之ヲ純ニ自由權ノ列記トシテ、命令ヲ以テ之ヲ變更スルヲ許サ規定スル必ス法律ヲ以テスヘシトシ、サルノ一事ニ歸ス、此レ即チ立法事項ノ謂ナリ。之ヲ立法事項トスルレハ怪ムニ足ラサルナリ。今ノ法理ノ觀念ニ於テハ國家ニ超越スルハ即チ之ヲ自由權ノ目的ト爲ス者ナリ、憲法ノ題シテ臣民權利義務ト稱スル者ヲ予ハ指シテ立法事項ノ列記ト謂フ、此ノ意ニ於テ之ヲ解スノ絕對ノ權利ナル者アルコトナシ、總テ權利ノ權利タルハ國法ノ保障ニ由ル、憲法ノ保障スル者ハ命令ヲ以テ之ヲ侵スコトヲ得ス、法律ノ保障スル者ハ法律ヲ以テ之ヲ侵スコトヲ得ス、個個ノ法律之ヲ限界ス、自由權トシテノ存立ハ憲法之ヲ立法事項トスルノ保障アルニ由ル、此レヲ之ヲ列記掲載スルノ用ヲ爲ス所以ナリ。』

立法事項ノ列記

憲法上ノ立法事項ハ左ノ如シ。』

一。戒嚴ノ要件及效力（第九條）

二。臣民タルノ要件（第十條）

三。兵役ノ義務（第二十條）

四。納稅ノ義務（第二十一條）

五。居住及移轉ノ自由（第二十二條）

六。逮捕、監禁、審問、處罰（第二十條）

七。裁判ヲ受クルノ權（第二十四條）

八。住所ノ侵入及捜索（第二十五條）

九。信書ノ秘密（第二十六條）

十。所有權（第二十七條）

十一。言論、著作、印行、集會及結社ノ自由（第二十九條）

十二。衆議院議員選擧法（第三十條）

十三。司法權ノ行使（第五十一條）

十四。裁判所ノ構成（第五十二條）

十五。裁判官タルノ資格（第五十五條）

十六。裁判官ノ懲戒ノ條規（第五十八條第三項）

十七。裁判ノ公開（第五十九條）

十八。特別裁判所ノ管轄（第六十條）

十九。行政裁判所ノ構成及管轄（第六十一條）

二十。租稅ノ賦課及稅率ノ變更（第六十二條）

二十一。會計檢査院ノ組織及職權（第七十一條）

按スルニ、右列記ノ事項ニ關シ法則ヲ設定スルハ必ス立法權直接ノ行動ニ依ルヘキモノトス。抑、國家重要ノ事務ニシテ立法權ノ行動ニ須ツ者ハ甚多シ何ソ僅僅此ノ列記ノ事ニ限ラン。然レトモ之ヲ立憲當初ノ情勢ニ顧ミレハ、行政ノ濫權ニ對スルノ防範トシテ特ニ之ヲ要求シタルハ其ノ意ヲ諒スルニ難カラス。蓋、昔日專制ノ弊害ハ主トシテ之ヲ權利自由ノ不安、征稅ノ苛酷、裁判ノ不公平ニ視タリ、故ニ之ニ備ヘテ以テ個人ノ安全ヲ防衛スルコトハ立憲ノ最大要義ナリト爲シタルナリ。自由權ハ國權ノ干渉ヲ免ルルノ消極ノ權ナリ、國家ニ對シテ福

利ヲ要求スルノ積極ノ權ニ非ス、然ルニ、憲法ハ此ノ福利要求ノ積極ノ權ニ冷靜ニシテ、却テ重キヲ特ニ消極ノ自由權ニ置ケルカ如シ、是レ時勢ナリ。當時ノ情勢ハ國權ヲ以テ個人ニ對スルノ危害ナリトシ、之ヲ排斥制限スルヲ以テ安寧福利ヲ全ウスル所由ナリトス、憲法ハ實ハ之ニ備フルノ個人自由ノ城壁トシテノミ其ノ存在ノ理由ヲ有シタリ、立法事項ノ列記亦此ノ意ニ於テ之ヲ諒スヘキナリ。今ノ情弊ハ之ニ反、ス政府ノ政權ヲ濫用スルヨリハ、寧人民ノ之ヲ濫用スルニ在ルカ如シ、昔日ノ政權爭鬪ハ勢力ノ爭鬪ナリ、今ハ即チ利益ノ爭鬪タリ、國家全能ノ權ヲ利用シ之ヲ以テ私益ヲ壟斷スルノ爪牙トスノ傾向ハ、近來一私人若ハ社會ノ一部ノ利益ニ偏重スルノ立法例多キニ視テ明カナリ、後ノ憲法ヲ作ル者ハ之ニ備ヘサルヘカラサルナリ。「且ツ歐洲立憲ノ當初ノ趨勢ニハ一種ノ豫斷アリ、君主政府ハ先天的ニ惡事ヲ爲ス者、人民國會ハ亦先天的ニ神聖至善ノ者ナリトシ、權力ヲ人民國會ニ移スヲ以テ百事ヲ救濟シ得ヘシト爲ス」。之ヲ立法事項トスルハ、即チ之ヲ國會ノ權ニ移スモノニシテ、其ノ事自身、即チ重大ナル保障タリ、立法內容ノ方針如何ノ如キハ深ク之ヲ慮ル所ニ非サリシナリ。故ニ憲法ノ立法事項ノ列記ハ、之ヲ立法權ニ專屬セシムルト謂フノ形式ノ理由ノミニ於テ尊重シ、之ヲ立憲ノ美果ト爲シタルモノニシテ其ノ立法ノ內容如何ハ深ク之ヲ問ハサルナリ。今、目前ニ、議院濫權ノ時弊ヲ見テハ此ノ事頗ル奇異ノ思アルモ、歐洲前世紀ノ憲法ハ此ノ前提豫斷ノ上ニ於テスルニ非サレハ其ノ精神ヲ解スルコト能ハサルナリ。』

列記各項ノ事項ニ付、法令ノ限界ヲ分明ニスルハ實用ノ爲ニ最重要ナルコトトス、今一一茲ニ之ヲ詳說スルコト能ハス、之ヲ論スルハ憲法應用ノ特別問題ニ屬スルナリ。又此ノ列記ノ事項ニ付、法則ヲ設定スル

ハ即チ立法ノ特權タリ、既定ノ法則ニ依リ此レ等ノ事ニ關シ、處分ヲ爲スハ固ヨリ行政ノ範圍ニ屬シ、茲ニ謂フ所ト相涉ルコトナキハ言ハスシテ明カナリ。』

自由事項

立法權ハ憲法列記ノ立法事項ノ上ニ行動スルノミナラス、其ノ以外ノ事項ニ付行動スルコトヲ妨ケス、但シ大權及司法ノ事項ヲ侵スコトヲ許サルノミ、之ヲ自由ノ事項ト謂フ。此ノ自由ノ事項ハ性質上、列擧シ得ヘキ者ニ非ス、立法禁止及立法必須ノ事項以外ノ廣汎ナル餘地ヲ指ス者ナリ。』

自由事項ニ於ケル法令ノ効力

此ノ區域ハ大權、立法權ノ共通スル所トス、故ニ其ノ衝突ヲ避ケンカ爲ニ、憲法ハ此ノ區域ニ於テハ、命令ヲ以テ法律ヲ變更スルコトヲ得スト規定ス、蓋、時ノ前後ヲ問ハス、立法權ニ依ルノ法律ハ大權ニ依ルノ命令ニ對シ優等ノ効力ヲ有スルヲ謂ヘルナリ。』

按スルニ、事項ヲ掲ケ立法權ノ範圍ヲ絕對ニ限界スルハ不能ノ事ニ屬スルニ似タリ。若、總テ法則ノ設立ハ即チ立法ナリト謂フコトヲ得ハ其ノ行動ノ範圍自ラ明ナラン、然レトモ我カ憲法ハ此ノ主義ヲ取ラス、法則ニシテ法律ヲ成サス、法律ニシテ法則ヲ成ササル者アルヲ妨ケス、又國家窮リナキノ生存ヲ望ミ、社會限リナキノ變遷ニ對シ、豫メ大權及立法權ノ行動ヲ、事物列記ノ上ニ限定シ、永遠ニ其ノ外ニ出ツルコトヲ禁止スルカ如キハ亦我カ憲法ノ試ミル所ニ非サルナリ。故ニ憲法ノ明カニ示スノ立法禁止若ハ立法必須ノ事項ノ外ハ、一般ニ立法權行動ノ自由ニ屬スル者ト解スルナリ。』

法律、命令ノ輕重ノ事ハ別ニ章ヲ設ケテ詳說ス、茲ニ憲法第九條但書ノ命令ヲ以テ法律ヲ變更スルヲ得スト謂フノ規定ヲ引ケルハ、事全ク茲

ニ謂フ大權、立法權、共通自由ノ事項ニ關スル者ナレハナリ。若、兩權同一ノ範圍ニ行動セハ其ノ衝突ヲ免レサラントス、故ニ憲法ハ明文ヲ揭ケ、命令ヲ以テ法律ヲ變更スルコトヲ得サルノ旨ヲ宣言スルナリ。凡ソ後法ハ前法ヲ廢スルハ別ニ明言ヲ要セス、是レ最新ノ意志表示ニ依ルノ當然ノ義ナレハナリ、茲ニ、特ニ、命令ヲ以テ法律ヲ變更スルコト能ハサル旨ヲ明言セルハ、發布ノ前後ニ拘ハラス、法律ハ命令ニ優ルノ効力アルコトヲ示スニ外ナラス。法令ノ輕重ヲ謂フノ必要ハ此ノ範圍ニ於ケル二者ノ作用ヲ調和スルノ用ニ限ル、此ノ範圍以外ニ於テハ事固ヨリ然ラス、法令各、同等獨立ナリ、之ヲ法令其ノ者ノ固有ノ輕重ナリト誤解スル者ナキヲ保セス、之ヲ防クカ爲ニ一言ヲ附記ス。』

立法權ノ範圍

立法權ハ本來法則設立ノ爲ニ存立ス、故ニ其ノ名アリ。然レトモ既ニ存立スルノ立法權ハ憲法之ヲ法則ノ設定以外ノ事ニ便用スルヲ妨ケス、實質ヲ以テ謂ヘハ行政ノ處分ニ屬スル事、訓令ニ屬スル事、政策上ノ計畫ニ屬スル事、其ノ他何等ノ事項ト雖、大權及司法權ノ範圍ヲ侵ス者ニ非サレハ、立法權ノ行動ヲ便用シ法律ノ公式ヲ以テ之ヲ發布スルコトヲ妨ケサルナリ。』

法則設定以外ノ便用

憲法ニ國家ノ歲入歲出ノ豫算ヲ定メ、國債ヲ起シ、及豫算ニ定メタルモノヲ除ク外、國庫ノ負擔トナルヘキ契約ヲ爲スハ帝國議會ノ協贊ヲ經ヘシト規定スルモ、實質ニ於テ之ヲ立法權ノ行動ニ附スルト異ナルコトナキナリ。』

按スルニ、之ヲ權力分立ノ精神ニ酌ミテ謂ヘハ、所謂立法權ハ現實ニ權力タリ、唯國權ノ立法作用ノ形式ノミヲ指スニハ非ス、此ノ義既ニ詳說セリ。立法權ノ權力タルハ特殊ノ自然意思其ノ發動機タルニ因ル、之

ヲ主トシテ立法ノ爲ニ用キルカ故ニ其ノ名アリト雖、實ハ其ノ用法ニ拘ハラス、權力ハ權力トシテ存在スルナリ。此ノ故ニ憲法ハ亦之ヲ他ノ目的ノ爲ニ便用スルコトヲ得ヘキナリ。然レトモ立法權ノ本來ノ意義ハ法則ヲ設定スルノ權力タルコトニ在リ、此ノ義理ハ之ヲ亡失スヘカラス、憲法偶〻政治ノ便ノ爲ニ、法則設立以外ノ事項ヲ立法權ノ行動ニ待ツコトアリトスルモ、其ノ本質ヲ失ハシムルニハ非サルナリ。嚴格ニ謂ヘハ法則設定以外ノ事ハ議會ノ協贊、天皇ノ裁可、ニ依ルモ之ヲ立法權ノ行動トハ謂フヘカラサルナリ。然レトモ政治ノ實行ハ此ノ如ク純潔ナラス、何事ニ拘ハラス、議會ノ協贊ヲ經テ天皇ノ裁可アリタル者ハ、豫算ヲ除ク外ハ、一切之ヲ法律ト呼稱スルノ習ヲ爲セリ。是レ或ハ學者ノ潔癖ヲ滿タス能ハサルモ、因襲アリ今遽ニ事例ヲ改ムヘカラサルナリ。歐洲ノ憲法ニ於テハ豫算モ亦法律ト稱ス、立法權ニ依リテ之ヲ定ムルカ故ナリ。學者ハ此ノ政治實際ノ亂雜ヲ救フカ爲ニ、法律ト謂フ觀念ヲ二樣ニ分チ、法律ノ名アリテ法則ノ實ナキ者ヲ形式上ノ法律ト稱シ、其ノ法則ヲ設定スル者ヲ實質上ノ法律ト稱ス、是レ事例ヲ彌縫センカ爲ニ已ヲ得サルニ出ツルノ解ナリ。蓋、法律ニ本來二樣ノ觀念アリトスルハ非ナリ、法律ノ法律タルハ法則タルコトニ存ス、唯、法律制定ノ手續ヲ假リテ法則以外ノ事ヲ定メタル場合ニ、仍法律ノ名稱ヲ假用スルコトアルノミ、是レ假稱ナリ故ニ純然タル法律實質ノ効力ヲ有セサルナリ、此ノ事更ニ法律ノ章ニ詳說スヘシ。』

第十一章　法律

法律

法律ハ立法權ニ依リテ制定シタル法則ヲ發布スルノ公式ナリ、轉シテ法律ノ公式ヲ具フル法則其ノ者ヲモ指シテ法律ト謂フ。公式ハ國家意思ノ表示ノ形式ナリ、法則ハ行爲ノ準則ナリ、立法權ニ依リテ制定セラルルトハ帝國議會ノ協贊ヲ經テ、天皇ノ裁可ニ成ルノ義ナリ。法律トハ此ノ特種ノ形式及內容アルノ國家意思ノ表示ヲ謂フナリ。』

按スルニ、法律ト謂フノ公式ノ稱目ハ憲法制定ノ前既ニ慣用スル所ナリ、一般遵由ノ法則ヲ宣布スルノ公文ノ名稱タリ。明治十九年二月二十六日ニ制定シタル公文式ハ特ニ法律、勅令ノ稱目ヲ分ツ、此ノ公文式ハ憲法發布ノ爲ニ其ノ效力ヲ失ハサルノミナラス、憲法ハ、寧、之ヲ援引シテ其ノ「法律」ノ制定ノ手續及效力等ヲ定メタルモノナリ。曰ク、法律ハ議會ノ協贊ヲ要ス、曰ク、命令ヲ以テ法律ヲ變更スルコトヲ得ス、是レ皆憲法發布ノ當時ニ於テ既ニ公文式ニ依リテ定マレルノ法律、勅令ノ觀念ヲ前提トシ、其ノ制定ノ手續及效力等ヲ定メタルモノト視ルヲ穩當トス、然ラサレハ憲法ノ此レ等ノ規定ハ唐突ニ失シ解スヘラサレハナリ。』

法律ト謂フ文字ノ用例ハ極テ多樣煩雜ナリ、而モ法理ノ解釋ノ爲ニハ之ヲ穿鑿スルノ用アルナシ。法律ノ語、總テ法則ヲ總稱スルコトアリ、法則タルト否トヲ問ハス總テ權威ノ命スル所ヲ指稱スルコトアリ、又近時歐州國法學ノ我ニ入ショリ「ロワ」「ゲセッツ」「ロー」「ドロワ」「レヒト」ノ類ノ歐語ヲ、皆一樣ニ法律ト翻譯スルノ習ヲ爲シタルヨリ、更ニ一層ノ紛雜ヲ加ヘタリ。此レ等ノ用例ノ多樣ナルカ爲ニ我カ憲法ノ法理ヲ誤解スルコトナキヲ要ス。』

法律ノ公式

法律ハ法則ヲ發布スルノ公式ノ稱目ナリ。公式トハ國家ノ意思ヲ表示スルノ公文ノ方式ヲ指ス。蓋國家ノ意思ヲ表示スルノ方式ヲ分別スルハ、之ニ由リテ意思表示ノ効果ノ差異ヲ外形ニ示サントスルナリ。凡ソ特種ノ公式ヲ以テ表示セラレタルノ國家意思ハ亦同一ノ公式ニ依ルニ非サレハ之ヲ變更スルコトヲ得サルヲ通則トス、是レ其ノ公式ノ効力ナリ、例外ハ特別ノ明示アルコトヲ要スルナリ。故ニ法律ノ公式ヲ以テ發表シタル者ハ法律ニ依ルニ非サレハ之ヲ變更スルコトヲ得サルモノトス、是レ法律ノ公式ノ効力ナリ。』

按スルニ、國家ノ意思ハ即チ國家ノ意思ナリ、一アリテ二ナシ、之ヲ外形ニ表示スルノ方式ノ如何ヲ問フヲ要セス、唯單純ニ、表示ノ時ノ前後ヲ問フヘキノ理ナルカ如シ。然レトモ憲法ハ此ノ單純ノ條理ヲ以テ貫通セス、國家意思ノ効力ハ、亦一方ニ於テ之ヲ外形ニ示スルノ公式ニ縣ケテ、其ノ輕重ヲ分タントスルモノナリ。蓋今ノ國法ハ國家意思ノ表示ハ時ノ前後ヲ問フノ外ニ、其ノ表示ノ方式ノ如何ヲ問フテ之ヲ輕重スルナリ。凡ソ特種ノ公式ヲ以テ表示シタルノ意思ハ亦同一ノ公式ニ依ルニ非サレハ之ヲ變更スルコトヲ得サルヲ通則トス、而シテ法ノ明示ニ由リ各種ノ公式ノ間亦强弱輕重ノ差等アルナリ。法則ヲ發布スルハ必シモ法律ノ公式ニ於テスルニ非ス、而シテ法則ノ法則タル効力ハ法律ヲ以テ發布スルモ、勅令ヲ以テ發布スルモ、固ヨリ異ナル所ナシ、但シ之ヲ發布スルニ法律ヲ以テスルト、勅令ヲ以テスルト、ノ如何ハ各、其ノ公式ニ伴フノ効力ニ於テ大ナルノ差異アルナリ。法律ト謂ヒ、勅令ト謂フ、皆公文特種ノ方式ノ稱目ナリ、轉シテ之ヲ以テ發表スルノ法則其ノ者ヲ指シテ法律、勅令ト謂フコトアルカ故ニ其ノ意義ヲ紛

ルノ處アルナリ。專制ノ世、既ニ公式ノ別アリ固ヨリ其ノ用ヲ見ル、立憲ノ制ニ則ルニ於テハ其ノ用更ニ大ナリ、國家意思ノ憲法上ノ表示ニハ統治機關ヲ成スノ自然意思ノ之ニ參加スルコトアリ、之ヲ殊別スルカ爲ニ特種ノ公式ヲ用ヒルカ如キナリ。憲法上ノ法律ノ公式ハ其ノ內容ノ如何ニ關セス、先ツ議會ノ協贊ト君主ノ裁可トニ成ルノ國家意思ノ表示タルコトヲ徵證スル者ナリ。』

法律ノ實質

法律ノ實質ハ法則ナルヲ其ノ本領トス。法則即チ法律ナリト謂フニ非ス、又凡ソ法則ハ必ス法律ノ形式ヲ具有スヘシト謂フニモ非ス、法律ト謂フノ公式稱目ハ本、一般遵由ノ法則ヲ宣布スルカ爲ニ存スルヲ謂ヘルナリ。立法權及法律ト謂フノ觀念ニハ必ス法則設定ノ思想之ニ伴フ。總テ法則ノ設定ハ一切法律ノ形式ニ於テスヘキノ必然ノ理由アルコトナク、又法律ノ形式ハ移シテ以テ偶、法則設定以外ノ事物ニ轉用スルコトアルヲ禁止スヘキノ理ナシ。唯、立法權及法律ノ觀念ハ法則ノ設立ヲ其ノ中軸トシ、便宜其ノ上ニ伸縮回轉スルモノトスルニ在ルヲ謂フナリ。』

按スルニ、法律必ス法則タルヘク、法則必ス法律タルヘシト謂フニハ非ス、但シ法律ノ觀念ハ本來、法則設定ノ觀念ニ出テタル者ナルコトハ之ヲ否ム能サルナリ。立法權ノ觀念ハ既ニ前ニ詳說セル所アリ、此レ收稅スル國權ノ動作ヲ收稅權ト謂ヒ、警察スル國權ノ動作ヲ警察權ト謂フノ類ト同シカラス、唯單純ニ、法則ヲ設定スルノ國權ノ動作ヲ指シテ立法權及法律ト稱スルニハ非スシテ、名稱ノ何タルニ拘ハラス憲法上特別ノ權力アリ、偶、其ノ權力ノ、主トシテ法則ノ制定ノ爲ニ用ヒラルルカ故ニ其ノ名アルナリ。此ノ故ニ立法權及法律ハ例外トシテ法則設定以外ノ事物ニ便用セラルルコトアルヲ免レサルナリ、然レトモ、此

ノ偶然ノ例外ノ爲ニ、其ノ本來當然ノ意義ヲ無視スヘカラサルハ亦明カナリ。法律ノ命令ニ對シテ優越ナルノ憲法上ノ特權ハ、唯法則ヲ其ノ內容トスルニ於テノミ當然ニ之ヲ觀ルモノトス、法則以外ノ事物ヲ內容トスルノ法律ニシテ、尙且ツ此ノ特典ニ均霑セントスルハ僭越濫用ニ非スンハ即チ默認ノ準用タランノミ、故ニ本則トシテ法律ノ實質ハ法則ナリト謂ヘルナリ。』

法則トハ一般遵由ノ規矩ノ義ニシテ、特別ノ法律關係ヲ定ムルノ行爲ト之ヲ分ツナリ。法律ノ形式ハ法則以外ノ事物ニ轉用セラルルコトアリト謂フハ、一般遵由ノ行爲ノ準則ヲ示スニ非スシテ、特別ノ法律關係ヲ定メ、又ハ單純ニ政府ト議會トノ妥協ヲ爲シ、又ハ事實ヲ公示シ、意見ヲ發表スルノ類ノ事ニ用ヒラルルノ例アルヲ指スナリ。我カ憲法本來ノ精神ハ此ノ類ノ濫用ヲ許ス者ニ非ス、然レトモ、明文ノ禁止ナク、

歐洲諸國ニ其ノ事例多キヲ以テ、我レ亦遂ニ此ノ端ヲ開キタルナリ。

我カ政治家、新ニ憲法ヲ制定スルモ獨立自信ノ解釋ナク、百事外國ノ事例ニ依賴シ、之ヲ追フテ大憲ヲ運用シ、遂ニ我ノ特色ヲ設却スルニ終ル、吾人甚之ヲ慨ト ス、予ノ大憲發布以來切切世上ニ警告スル所實ニ此ノ一事ニ外ナラサルナリ。若、法律ノ形式ヲ法則ノ設定以外ニ濫用スルノ弊ヲ增長セシメハ、行政ノ處分ニシテ個人若ハ一階級ノ私利ニ重大ナル關係アル者ハ、法律ノ案トシテ議院ニ提出シ、多數結託ノ勢ヲ以テ利權ノ壟斷ヲ企ルカ如キノ事ヲ誘フヲ免レサルヘシ、規摸稍大ナルノ營利事業ノ許可及其ノ保證ノ類ナリ。法律ノ內容ハ法則ニ限ルモノトスルハ立法權ヲ其ノ本來ノ領域ニ止メントスルナリ、之ヲ自由ナリトスルハ政策ノ論トシテハ國會ヲシテ行政權ヲ侵蝕スルノ端ヲ開カシムルナリ、各、政見ノ分カルル所ニ依リ之ヲ是非ス、予ハ法律ノ形式ヲ

法則以外ニ濫用スルハ憲法當初ノ精神ニ非ス政策トシテ亦可ナル者ニ非サルヲ信スルナリ。』

立法ノ手續

法律ハ立法權ニ依リテ成立ス。立法權ニ依ルトハ帝國議會ノ協贊ヲ經テ、天皇ノ裁可ニ成ルノ義ナリ、憲法第五條之ヲ宣言ス。立法ノ手續ハ法律案ノ提出、議定、及裁可、公布、ノ四段トス、此レ法律ヲ制定スルノ憲法上ノ必須ノ要件タルナリ。』

提出

法律案ノ提出トハ之ヲ議院ニ提出シテ議決ニ付スルヲ謂フ。提出權ハ、政府及兩議院ノ三者各、同等ニ之ヲ有ス（憲法第十八條）。提出權ハ自由ナリ、但シ兩議院ノ一ニ於テ否決シタル法律案ハ同會期中ニ於テ再ヒ提出スルコトヲ得ス（憲法第十九條）。』

議定

法律案ノ議定ハ兩議院ノ議決相合一スルニ於テ成ル。凡ソ議案ハ兩議院各別ニ之ヲ議決ス、而シテ兩議院ノ議決相合一スルトキハ之ヲ帝國議會ノ議定トス。兩議院ハ各、其ノ總議員三分ノ一以上出席スルニ非サレハ議事ヲ開キ議決ヲ爲スコトヲ得ス（憲法第二十六條）。兩議院ノ議事ハ過半數ヲ以テ決ス可否同數ナルトキハ議長ノ決スル所ニ依ル（憲法第三十一條）。』

裁可

法律案ノ議定アル者ハ之ヲ最後ニ議決シタル議院ノ議長ヨリ國務大臣ヲ經由シテ之ヲ奏上ス（憲法第四十條）。』

裁可ハ之ヲ法律トスルノ君主ノ行爲ナリ。議會ノ議定セル法律案ヲ裁可スルト否トハ固ヨリ自由ナリ、唯、之ニ修正ヲ加ヘテ裁可スルコトヲ得サルノミ。裁可ハ一般ニ對スル絕對ノ意思表示ナリ、議會ニ對スル相對ノ承諾タルニハ非サルナリ。』

公布

公布ハ裁可ニ由リテ成レルノ法律ヲ公ニ宣布シテ一般遵由ヲ命スルナリ。裁可アリタル者ハ必ス之ヲ公布ス。法律ノ公布ハ官報ニ掲載スル

ヲ式トス、蓋裁可ノ原本ヲ謄寫シテ之ヲ公ニスルナリ。』

按スルニ、法律ノ制定ハ之ヲ綜合シテ謂ヘハ立法權ニ依ル者ナリ、其ノ斷面ヲ側觀スレハ議會ノ協贊及君主ノ裁可ニ成ル者ナリ。然レトモ立法權ヲ兩分シテ協贊及裁可ト爲セルニハ非ス、協贊ヲ夫レ自身ニ單獨ニ觀レハ、立法權ノ一部タルニハ非ス、又裁可ヲ夫レ自身ニ單獨ニ觀レハ、寧、君主ノ大權ニ屬スト謂フヘク、立法權其ノ者タルニハ非サルナリ。法律ノ協贊モ、豫算ノ協贊モ、協贊ハ即チ協贊ナリ、法律ノ裁可モ、命令ノ裁可モ、裁可ハ即チ裁可ナリ、蓋立法權ヲ兩斷シテ協贊及裁可ト爲セルニハ非ス立法權ノ行動ハ協贊及裁可ノ徑路ニ由リテ統一表示セラルルニ外ナラサルナリ。茲ニ謂フ立法ノ手續ハ法律ノ制定ニ於ケル憲法上ノ必須ノ順序ヲ指ス。』

法律案ノ提出ハ之ヲ議員ノ發議ト混スヘカラス。通俗ニ議員ノ法律案ノ提出ト謂フハ實ハ法律案ニモ非ス、提出ニモ非ス、議案ノ發議ナリ、議院ニ於テ之ヲ法律案トシテ之ヲ他ノ議院ニ提出センコトヲ要求スルナリ。一個人カ法律ノ案文ヲ試稿スルモ固ヨリ憲法ノ謂フ法律案トハナラス、議員ノ發案ハ其ノ院議ヲ經ルニ由リテ始テ法律案トナル、而シテ其ノ成案ヲ他ノ議院ニ移ス即チ提出ナリ。「凡ソ法律案ヲ提出スルハ政府及兩議院ノ三者ノ特權トス、議員ハ發議ノ權アリテ提出ノ權ナシ、此ノ義誤解多シ故ニ特ニ辯ス。」提出權ハ同等自由ナリ。外國ノ事例ニハ政府、獨、提出權ヲ有シ、議院ノ權ハ之ヲ可否スルニ止マル者アリ、議院、獨、之ヲ有シ政府ハ法案提出ノ權ナキ者アリ、又法案ノ種類ニ由リ上下兩議院ノ間其ノ提出ノ權ヲ異ニスル者アリ、總テ此ノ類ハ皆我カ憲法ノ取ラサル所ナリ。政府ノ法律案ヲ提出スルハ兩議院ノ內何レヲ先ニスルモ便宜ニ依ル（議院法第五十三條）。政府ハ何時タリトモ既ニ提

出シタル議案ヲ修正シ又ハ撤回スルコトヲ得（議院法第三十條）』

法律案ノ議定ハ兩議院積極ノ議決ノ相一致スルニ成ル、議定ト謂ヘハ即チ可決ノ意ナリ、所謂否決ハ議定ニ至ラサルナリ。兩議院必ス各別ニ議決ス、一議院ニ於テ他ノ議院ヨリ移シタル議案ニ對シ之ヲ修正シタルトキハ、之ヲ其ノ議院ニ回付シ、若其ノ同意ヲ得サルトキハ、兩院協議會ヲ開キ、其ノ成案ニ付更ニ各議院之ヲ議決スルノ事ハアリ（議院法第五十五條）。然レトモ或國ニ於ケルカ如ク兩院全ク牆壁ヲ撤シ席ヲ同フシテ議定スルノ制ハ我カ憲法ノ認メサル所ナリ。』

裁可ハ法律案ヲ法律トスルノ行爲ナリ、議會ノ議定シテ奏上スル所ハ法律ノ案ナリ之ヲ法律トスルハ即チ君主ノ裁可ナリ。然レトモ茲ニ謂フ法律案ハ何人モ草稿スルコトヲ妨ケサルノ法律ノ案文ヲ指スニハ非ス、立法權ノ行動ニ依リテ確定セルノ法律案ノ義タリ、故ニ法律案ハ法律案トシテノ憲法上ノ効力ヲ有ス、大權ヲ以テ之ヲ修正變更スルヲ許サス、唯之ニ對シテ裁可スルトセサルトノ自由アルノミ。裁可夫レ自身ヲ單獨ニ觀レハ法律ニ於ケルモ勅令ニ於ケルモ異ナルナシ。然レトモ勅令ニハ法理關係トシテ有効ナル勅令案ナル者ナシ、偶、大臣若ハ其ノ他ノ者ニ命シテ案文ヲ草セシムルモ、是レ文筆ノ勞タルノミ其ノ成案ハ何等法上ノ効力ナシ、裁可ト化合シテ更ニ勅令ヲ成スニハ非ス、法律ノ場合ニ於テハ立法權ノ行動ニ依リテ確定セルノ法律案ニ、更ニ復立法權ノ行動トシテ裁可ヲ加ヘ、以テ法律ヲ完成スルナリ。裁可ハ大權ノ行動ナレトモ立法ノ場合ニハ法律案ト化合スルニ於テ始テ其ノ意義ヲ爲スナリ、故ニ茲ニ二者ヲ聯鎖シテ以テ立法ノ事ヲ完結スル者ト觀ルナリ。裁可ハ法律案ヲ法律トスルノ積極的意思ヲ一般ニ、絕對ニ、表示スル者ナリ、之ヲ議院ニ對スルノ同意ノ表示ナリト誤解

スヘカラス。彼ノ歐洲中世以降ノ政體ニ於テハ、君主國會兩兩對峙シテ大政ヲ協定スルモノトス、故ニ其ノ所謂法律ハ協約ノ意義ヲ有スルコト前ニ述ヘタルカ如シ。今ノ或國ノ憲法ニ國王政府ノ提出シタル法律案ヲ國會ニ於テ修正ヲ加ヘスシテ議定シタルトキハ、更ニ國王ノ裁可ヲ要セス、裁可ハ唯、國會ノ提案ニ對シテノミ之ヲ付與スルモノトスルノ同意不同意ノ回答ナリト爲スモ此レニ由ル。我カ憲法ニハ此ノ因襲ナシ、裁可ハ固ヨリ同意ノ應答ニ非ス、裁可ノ式アリテ不裁可ノ式ナキニ視テモ亦之ヲ知ルヘキナリ、又彼ノ所謂拒否ノ權ナル者トモ全ク其ノ本義ヲ異ニスルハ亦明白ナリ。我カ裁可ハ立憲ノ前後ニ於テスルモ、法令何レニ對スルモ、之ヲ國法トスルノ意思ノ決定ヲ絕對ニ表示スル者タルニ於テ異ナルコトナシ、他ノ權力ニ對スルノ應

酬ノ意ナキハ沿革ニ顧テモ、法理ニ徵シテモ、甚明白ナリトス。猶逸ノ國法ノ大家ノ說ニ裁可ハ君主意中ノ豫定ニシテ法理上何等外間ニ影響スル者ニ非サルヲ謂フ、彼ノ國法論トシテハ茲ニ之ヲ問フヲ要セス、唯、我ノ學者ニシテ其ノ翠ニ做フアルニ至リテハ一言ノ辯明ヲ不用トセサルナリ。凡ソ法理ノ談トシテ、表示セサル意中ノ如何ハ事實トシテ之ヲ穿鑿スヘキコトアリトスルモ、固ヨリ行爲トシテ法ノ關係ヲ左右スルノ効果ナキナリ。裁可ハ行爲ナリ、意思ノ決定タルノミナラス其ノ決定ノ表示ナリ、故ニ憲法特ニ之ヲ揭ケ立法手續ノ最重要ナル者タルコトヲ明示ス、若、裁可ハ表示セサル意中ノ如何ナリトセハ何ソ之ヲ憲法明文ノ上ニ揭クルコトヲ爲サン。裁可ハ法文ニ御親署アリ、御璽ヲ鈐シ、國務大臣之ニ年月日ヲ記入シテ副署シ、法律ノ原本ヲ作成スルニ由リテ最莊重ニ之ヲ外形ニ徵證ス、官報ニ載スル所ハ其ノ謄寫ナ

リ、何ソ之ヲ心中暗裏ノ豫定ト謂ハン、或者ノ論取ルニ足ラサル知ルヘキナリ。』

公布ハ法律ヲ公布スルナリ、法律ノ案ヲ公布シテ法律トスルニハ非サルナリ。法律ハ裁可ニ由リテ成立ス、而シテ裁可アリタルトキハ公布必ス之ニ伴フ、故ニ法律ハ公布ニ由リテ成立スルカ如キノ觀アリ、然レトモ公布ハ法律施行ノ標準タリ、法律成立ノ要件タルニハ非サルナリ。若、公布ノ法文ニ誤謬アラハ法律ノ原本ニ依リテ之ヲ正スヘキモノトスルカ如キハ即チ法律ノ存在ハ公布ノ前ニ在ルコトヲ證スルニ足ルモノナリ、然レトモ裁可トハ雖ルヘカラス、裁可アラハ必ス公布アルヘク、公布アル者ハ必ス裁可アル者タルヘシ、公布ハ獨立ノ行爲ニ非サルナリ、故ニ茲ニ之ヲ立法手續ノ一トシテ說明ス。公布ハ公ニ法律ヲ宣布シテ一般遵由ヲ命スルナリ。公布ノ式ハ古來多樣ナリ、或ハ口語ヲ以テシ、或ハ文書ヲ以テス、今ノ制ハ裁可ノ原本ヲ謄寫シテ官報ニ載スルヲ式トス。公布ハ單純ナル廣告ニ非ス、一般遵由ヲ命スルナリ、凡ソ法律ノ施行ハ公布ニ由ル、公布ナケレハ施行ナシ、若、法律裁可ノ原本ヲ公布ノ式ニ依ラス他ノ徑路ニ由リテ宣布スルコトアルモ之ヲ施行スルコトヲ得サルヘキナリ。法律ハ裁可ニ由リテ成立ス、一般遵由ノ準則タルノ性格ハ既ニ裁可ニ由リテ當然ニ具ハル、而シテ憲法第六條ニ依リ其ノ公布及執行ヲ命スルニ由リテ其ノ効果ヲ奏スルナリ。公布ハ準由ノ効力ナキ者ニ新ニ之ヲ付與スルノ力アルコトナシ、法律ヲ公布スレハ法律ノ効力アリ、命令、豫算、條約ヲ公布スレハ各、其ノ効力アルニ止ルノミ。公布ハ一般遵由ヲ命スル者ナレトモ、何事ニ、如何ニ、遵由スヘキカハ公布ノ關スル所ニ非ス公布セラルル事物ノ本來ニ具有スル所ナリ、法律ノ公布ハ即チ法律トシテノ完全ナル効力ヲ一

般ニ公認遵奉スヘキコトヲ命スルナリ、法律ノ効力其ノ者ヲ增減スルニハ非サルナリ。』

法律ノ實質及形式

法律ハ國家意思ノ表示ナリ、實質タル意思ト、形式タル表示ト、ノ二要素ヲ以テ成ル。而シテ法律ノ公式ハ主トシテ之ヲ法則ノ設定ニ用ヒルカ故ニ其ノ名アリト雖、法律ノ内容實質ハ必シモ法則タルニ限ルニハ非ス。此ノ故ニ凡ソ法律ノ効力ハ、實質形式相通シテ、總テ一樣ナルコト能ハス、其ノ内容ノ如何ニ由リテ差異アルヲ免レス。茲ヲ以テ法律ノ効力ヲ說クハ一般概括ナルコト能ハス、之ヲ其ノ形式ニ伴フノ効力ト、其ノ實質ニ伴フ効力ト、ニ分析スルノ要アルナリ。』

按スルニ、法律ハ本、公文發布ノ形式ノ名稱ナリ、主トシテ法則ノ設立ノ爲ニ此ノ形式ヲ用ヒルカ故ニ、轉シテ亦法律ノ公式ヲ具フル法則其ノ者ヲ指稱スルコトトナレリ。此ノ兩樣ノ意義アルハ慣用ノ免レサル所タリ、是レ實ハ別種二樣ノ意義アルニハ非ス法律ハ其ノ形式ト其ノ實質トヲ具シテ始テ成ルノ義ニ外ナラサルナリ。法律ノ形式ト其ノ實質トハ事實ニ於テ分離スヘカラス唯思想ノ上ニ於テノミ之ヲ分ツナリ。而シテ之ヲ分ツハ法律ノ作用ヲ辯明スルカ爲ニ用アリ、法律ノ作用ハ其ノ形式ニ伴ヒ、又其ノ實質ニ伴ヒテ各、異ナル所アレハナリ。專ラ其ノ形式ニ係ル作用ヲ法律ノ形式的効力ト謂ヒ、專ラ其ノ實質ニ係ル作用ヲ實質的効力ト謂フ。法律ハ國家意思ノ表示ナリ、實質タル意思ト形式タル表示トノ二要素ヲ以テ成ル。法律ノ形式的効力ハ表示ノ方式ニ付テノ輕重ノ比較ナリ、法律ノ實質的効力ハ意思ノ内容ニ付テノ輕重ノ比較ナリ。國家意思ノ表示ノ方式ニ多樣アリ、法律ハ其ノ一ナリ、此レト他ノ公式トノ間ニ於ケル輕重強弱ノ如何ハ其ノ形式

的効力ノ問題タリ。又表示セラレタル國家意思ノ内容ハ多様ナリ、同一ノ公式ヲ以テ表示スルモ其ノ内容タル意思ノ態様如何ニ由リ(欲スル所ニ由リ)其ノ効果ヲ異ニス、是レ其ノ實質的効力ノ問題ナリ。例セハ法律、勅令ノ別ハ意思表示ノ方式ノ差異ニシテ、法則、處分、判決ノ別ハ意思作用ノ態様ノ差異ナルカ如シ、而シテ表示ノ方式同フシテ内容タル意思ノ態様ノ異ナルコトアリ、意思ノ態様同クシテ表示ノ方式ノ異ナルコトアリ、故ニ之ヲ分析辯明スルコトヲ要スルナリ。』

法律ノ形式ニ伴フノ効力

法律ノ形式ニ伴フノ効力ハ法律ヲ以テスルニ非サレハ改廢セラルルコトナキニ在リ。之ヲ原則トス、其ノ例外ハ國法ノ明示ニ由ルナリ。法律ヲ以テ憲法ヲ變更スルコトヲ許サス而シテ憲法ハ法律ヲ變更スルコトヲ得、憲法ハ國家最高ノ法ナレハナリ。所謂法律ニ代ルノ勅令ハ法律ト同一ノ形式的効力ヲ有ス、憲法第八條ノ規定ニ由ルナリ。所謂大權、立法權、共通ノ事項ニ關シテハ法律ヲ變更スルコトヲ得サルナリ、憲法第九條之ヲ示ス。是レ等特示ノ例外ヲ除キテハ、總テ特種ノ公式ヲ以テ表示セラレタルノ國家意思ハ同一ノ公式ヲ以テスルニ非サレハ變更セラルルコトナシ、之ヲ其ノ公式ノ効力トス、法律ノ形式的効力ハ其ノ適用ノ一例ナリ。』

按スルニ、法律本、公式ノ稱謂ナルトキハ其ノ効力ハ形式ノ上ニ存スルニ止マルヘク偶、其ノ包含スル實質ニ伴フノ効力ハ法律自身ノ効力ニハ非サルナリ。然レトモ容器ノ名稱ヲ以テ内容ニ冠シ、法律ノ公式ヲ以テ發布スルノ事物其ノ者ヲ指シテ法律ト稱スルノ習アルニ由リ、法律亦實質的効力ヲ有スル者ト看做サルルニ至レルナリ。若亦法律ノ内容ハ常ニ必ス法則ナランニハ法律ノ効力ハ其ノ公式ニ伴フ一定ノ

形式的効力ト、其ノ内容タル法則ニ伴フ一定ノ實質的効力ト、ノ化合ニ成ル一種ノ効力ト觀ルヘク、コト更ニ之ヲ形式的ノ實質的ノ二樣ニ分ツノ煩ヲ爲スノ要ナキナリ。然レトモ法律ノ内容ハ必シモ一ナラス、而シテ異種ノ事物ヲ内容トスルモ尙一樣ニ之ヲ法律ト稱ス、此ノ故ニ此ノ煩細ニ亘ルノ解說ヲ要スルナリ。抑、所謂公式ハ國家意思ノ表示ノ形容ナリ、特種ノ公式ヲ以テ包裝セラレタルノ意思ノ表示ハ同一ノ公式ニ依ルニ非サレハ變更セラルヽコトナキ之ヲ其ノ効力トス、此ノ保障ナクンハ公式ノ如何ハ法理ノ問題トスルニ足ラサルナリ。專制ノ世ニハ多ク此ノ効力ノ保障ナシ、故ニ其ノ煩雜ナル公文ノ方式ハ官衙内部ノ縛禮タルニ止リ、何等外部ニ對スル法ノ關係ニ影響スル所ナカリシナリ。若、一切意思表示ノ形式ニ拘泥スルノ煩ヲ避ケ、國家意思ハ一アリテ二ナシ唯最後ノ表示ニ依ルヘキモノトセハ、事甚簡ナラン、然レトモ今ノ憲法ハ此ノ簡單純白ナル條理ニノミ依ラス、國家意思ノ表示ヲ各樣ノ公式ニ繩ケ其ノ輕重ヲ分タントス、故ニ内容タル意思ノ如何ノミナラス其ノ容器ノ堅固脆弱如何亦法ノ問題タラサルヲ得ス、是レ法律ノ實質ノ外ニ其ノ形式的効力ヲ論スルノ要アル所以ナリ。法律ハ法律ヲ以テスルニ非サレハ廢止變更セラルルコトナキノ一事ニ歸ス、例外ハ憲法ノ明示ニ依ルノ外之ヲ認ムヘカラサルナリ。憲法ノ萬法ノ上ニ在ルハ當然ノ事トス、茲ニ法令ノ輕重ヲ謂フハ憲法以下ノ談ナリ、法律ノ以テ憲法ニ對抗スルノ力ナキハ我カ政體トシテ言明ヲ要セサルナリ。而シテ法律ヲ以テ勅令ヲ改廢スヘカラス、之ヲ各、其ノ形式的効力ノ本則トス、例外ハ憲法ノ明文アリ、第八條及第九條ノ如キナリ。（第九條ニ命令ヲ以テ法律ヲ變更スルコトヲ得ト謂ヘルノ結果ハ、法律ヲ以テ命令ヲ變更スルコトヲ得ルノ後ニ命令ノ章ニ詳ナリ。）此ノ明示アルカ故ニ、第八條ノ勅令ハ以

テ法律ヲ改廢スヘク、第九條ニ示ス大權、立法權共通ノ政務ノ範圍ニ於テハ法律ハ優越ノ地位ヲ有シ、勅令ヲ改廢スルノ効力ヲ有スルノ例外アルナリ但シ此レ皆法律ト謂ヒ勅令ト謂フノ公式相互ノ輕重ノ比較タリ、內容ノ如何ニ因ルノ輕重ハ更ニ別ノ論ニ屬スルナリ。』

法律ノ形式的効力ハ立法權ノ効力ナリ

法律ノ此ノ形式的効力ハ立法權ノ憲法上ノ地位ヨリ生ス、法律ノ効力ハ即チ立法權ノ効力ナリ。立法權ハ憲法上ノ權力ナリ、憲法ニ由リテ存廢セラルヘク憲法ヲ存廢スルノ力アルコトナシ。故ニ憲法ハ法律ヲ變更スルノ効力アリテ法律ハ憲法ヲ變更スルノ効力アルコトナシ。立法權ハ大權及司法權ト倶ニ各、憲法ノ上ニ對峙シ相侵犯スルコトナシ、之ヲ憲法ノ大則トス、故ニ立法權ノ法律、大權ノ勅令、司法權ノ判決、ハ各、獨立シテ相侵サルルコトナキヲ原則トス、勅令及判決ヲ以テ法律ヲ變更スルヲ得サルト同時ニ、亦法律ヲ以テ勅令及判決ヲ變更スルコトヲ得サルナリ。

立法權ノ行動ハ憲法上ノ立法事項以外ニ及フコトアリ、大權ノ行動ハ亦憲法上ノ大權事項以外ニ及フコトアリ、而シテ憲法ノ未タ之ヲ二權ニ分劃專屬セシメサルノ共同ノ田地ニ在リテハ、二權各、自由ノ行動ヲ取ル、故ニ其ノ衝突ヲ避ケ調和ヲ期スルコトヲ要ス、憲法即チ其ノ用意アリ、此ノ共通ノ範圍ニ於テハ命令ヲ以テ法律ヲ變更スルコトヲ得サル旨ハ憲法第九條ノ言明アルナリ。法律ノ命令ヨリモ特ニ優勝ナル効力ヲ有スルハ唯、此ノ場合ニノミ限ル、是レ通則ノ例外ナリ、故ニ憲法第九條ノ命令ハ法律ノ下ニ在リ、法律ヲ變更スルノ効力ナクシテ法律ノ爲ニ變更セラルル者ナリ。』

按スルニ、法律ノ形式的効力ハ立法權ノ憲法上ノ地位ヨリ生スルナリ。若、分權ノ主義ヲ否認スレハ何ニ源由シテカ法律及命令ニ各、特立ノ

形式的効力ノアルヲ謂ハン。蓋制ノ下、公文ノ形式古來整然具ハレル者アリ、而モ各種ノ形式ニ付必シモ當然ニ特有ノ効力アルコトナシ、立憲ノ制ニ則ルニ於テ始メテ法律ト命令トノ間ニ裁然特立ノ効力アリ相侵スヲ得サルヲ謂フ、是レ立憲ノ制ハ分權ノ主義ニ則リ、憲法上ノ各權力ノ行動ヲ分チ、之ニ配當シテ公文ノ形式ヲ區別セルニ由ルニ非スシテ何ソヤ。法律ハ立法權ノ行動ノ公式タリ、命令ハ大權ノ行動ノ公式タリ、法令ノ公式夫レ自身ニ於テ當然ニ其ノ形式ニ固有ナル効力ヲ含蓄スルニハ非ス、唯、二者ハ各、大權及立法權ヲ代表スル者ナルカ故ニ、此ノ二權力ノ憲法上ノ關係ハ移シテ之ヲ法律、命令ノ公式ノ上ニ視ルモノナリ。予ハ專ラ此ノ見地ヨリ法律、命令ノ形式的効力ヲ論スルナリ。抑、三權ノ分立對峙ノ關係ヨリスレハ立法權ノ法律、大權ノ勅令、司法權ノ判決、各、獨立ニシテ相侵スコトヲ得ス、其ノ間ニ當然輕重ノ差アルヲ謂フヘカラス、之ヲ憲法ノ原則トス。然レトモ、憲法ハ亦或ル政務ノ範圍ニ付テハ其ノ除外例アルコトヲ明言ス、憲法第八條ノ法律ニ代ルヘキ勅令ハ法律ヲ變更スルノ効力ヲ有シ、憲法第九條ノ命令ハ法律ノ爲ニ變更セラレ、憲法第三十一條ノ非常大權施行ノ場合ニハ勅令ヲ以テ法律ヲ變更スルコトヲ得ヘク、憲法第七十條ノ財政上ノ緊急ノ處分ニ付テハ勅令ヲ以テ法律ヲ變更スルヲ得ルカ如キナリ。之ヲ通則ノ例外トス、法律、命令ノ間ニ強弱輕重ノ差アルハ特定ノ場合ニ於ケル憲法ノ明言ニ因ルモノナリ。我カ憲法ヲ論スルノ學者深ク意ヲ茲ニ留メサルモノニ似タリ。或者ハ法律、命令ノ輕重ハ先天的ニ、當然既ニ定マレルモノアリ、別ニ憲法ノ明文ヲ要セス、又其ノ理由ヲ探求スルヲ須タスト爲ス、是レ獨斷ノ論タリ學問ノ要求ニ應スル者ニ非サルナリ。蓋歐洲ノ國法トシテハ立法權ヲ以テ國家最高ノ權力トス、此ノ前提

ノ下ニ在リテハ法律、命令ニ當然輕重ノ等差アル論ナキナリ。今、我ハ此ノ前提ヲ取ラス、何ソ當然ニ其ノ論結アルコトヲ得ン。法令ノ末ニ於テノミ其ノ當然ノ優劣ヲ證明セントスルハ効ナカラン、請フ其ノ淵源タル分權ノ本義ニ反レ。抑、歐洲ニ行ハルルノ權力ノ分立ハ、結果ニ於テ遂ニ我ト異ナル所アリ、我ニ在リテハ之ヲ唯一不分ナル統治主權ノ憲法上ノ射映ナリト觀ルモ、彼ニ在リテハ獨立個個ノ權力合シテ國權ヲ成ス者ト觀ルカ如シ。我ニ在リテハ三權、貴、唯一君主ノ統治權ニ歸納スレトモ、彼ニ在リテハ立法權、大權ノ別ハ即國會ノ權力君主ノ權力ノ別ナリト觀ルカ如シ。我ニ在リテハ憲法上ノ權力ノ分立ト謂ヘハ即チ同等對峙ヲ意味シ同等ニ非サレハ分立ナシトスレトモ、彼ニ在リテハ權力ノ分立トハ權力ノ本源ノ區別ヲ指スモノニシテ、一ヲ以テ他ニ隷屬セシムルモ其ノ本義ヲ妨ケストスルノ觀念ナルカ如シ。此ノ故ニ彼ニ在リテハ民主主義ノ趨勢ニ從ヒ、國會ノ權力ヲ以テ國家最高ノ權力トスルノ意ヲ以テ立法權ヲ最高ノ權力トス、而シテ君主政府メ、以テ仍分權ノ主義ニ則ル者トス、吾人ノ謂フ分權ノ政體ト全ク其ノ觀念ヲ異ニスル知ルヘキナリ。此ノ根本觀念ノ相異ニ溯ラハ、彼ニ在リテハ法律ハ命令ヨリモ其ノ効力ノ尊ク且ツ重ク、我ニ在リテハ二者同等軒輊ナキ、共ニ各、當然ノ事ニ屬スル甚明白ナリ。蓋、學者ノ論其ノ本ヲ顧ミス其ノ末ヲ以テ予ノ論ヲ非議ス、思ハサルノ甚シキナリ。人或ハ謂ハン、法律ハ議會ノ議ヲ經勅令ハ然ラス、故ニ其ノ間當然尊卑輕重ノ差アルヘシト。此ノ論似テ非ナリ、議會ノ議ヲ經タル者ハ其ノ議ヲ經ルニ非サレハ之ヲ改廢スルヲ得スト謂フハ理アルカ如シ、然レトモ此レ勅令ヲ以テ法律ヲ改廢スルヲ得サルノ消極的半面ノ證明トナ

ルノ外、法律ハ發布ノ前後ニ拘ハラス常ニ勅令ヲ改廢スルノ優越ノ効力アルノ積極的ノ證明トハナラサルナリ。法律、勅令共ニ國家ノ意思ナリ、機關ノ議ヲ經ルト經サルトハ國家意思ノ決定以前ノ事ニ屬ス、之ヲ國法トスルノ意思ノ決定ハ何レノ場合ニ於テモ一人ニ專屬ス、而シテ其ノ決定セラレタル意思ハ皆同シク國家ノ意思ナリ、意思タルノ品質ニ差等アルコトナシ、何ソ當然ノ輕重カアラン。意思決定ニ至ルノ手續ヲ異ニシ、及之ヲ表示スルノ公式ヲ分ツハ、輕重尊卑ノ別アルノ證明トハナラス、却テ一ヲ以テ他ヲ侵スコトヲ許ササルノ對等峙立ノ保障ト視ルヘシ、論者ノ援引スル所偶〻反對ノ說ヲ徵證スルニ過キサルナリ。蓋、立法權ヲ以テ國家最高ノ權力トスルノ觀念ニ依ルノ外ハ、法令當然ノ輕重ノ論ヲ辯護スルニ足ル者ナキ知ルヘキナリ。』

法律ノ實質ニ伴フノ効力

法律ノ實質ニ伴フノ効力ハ、其ノ內容ヲ以テ法律關係ノ上ニ變更ヲ加ヘ能フノ如何ニ在リ、故ニ其ノ効果ハ內容ノ異ナルニ隨ヒテ同シカラス。法律ノ形式ヲ以テ發布セラルルノ國家意思ノ態樣ハ必シモ一ナラス各〻之ニ伴ヒテ其ノ適當ノ効果ヲ奏スルナリ。法律ノ形式的効力ハ、其ノ內容ノ如何ニ關セス、必ス一樣ニ其ノ公式ニ附隨スルモ、其ノ內容カ外部ノ法律關係ニ影響ヲ與フルハ、其ノ公式ノ中ニ包藏セラレタルノ事物ノ如何ニ由ルモノトス。「法律ノ內容ハ法則ナルコトアリ、處分ナルコトアリ、判決ナルコトアリ、」其ノ他ノ權力行爲若ハ私法上ノ法律行爲ナルコトアリ、又全ク法律關係ニ涉ラサル者ナルコトアリ。各〻其ノ內容ノ如何ニ由リテ其ノ効果ヲ異ニス、國家ノ之ニ由リテ遂ケント欲スルノ目的ノ異ナルカ故ナリ。』

法律ノ內容カ法則ナルトキハ法則ニ伴フノ効果ヲ生ス、法則ハ行爲ノ準

則ク リ、處分、判決其ノ他總テ法律關係ヲ定ムルノ行爲ハ一切法則ノ拘束ヲ受クヘキ者トス。之ヲ發布スルノ公式ノ如何ニ拘ハラス、法則ハ法則トシテ此ノ效果アルナリ、而シテ法律ノ內容カ法則ナルトキハ其ノ形式ニ伴フノ優勝ノ効力ト、相合併シテ以テ其ノ實質ニ伴フノ優勝ノ効力ト、完全ナル効果ヲ奏スルナリ。法律ノ內容カ處分ナルトキハ處分ニ伴フノ効力ヲ生ス。處分トハ法則ノ許容スル範圍內ニ於テ特定ノ法律關係ヲ定ムノ權力行爲ナリ。例セハ法律ヲ以テ、特定ノ場合ニ納稅ノ義務ヲ免除シ、或ハ鐵道ノ布設ヲ許可シ、特定ノ會社團體ノ設立ヲ爲スノ類ハ、其ノ實質的効力ハ行政廳ノ處分ヲ以テ之ヲ爲スノモノト異ナルコトナシ、法律ヲ以テスルノ効果ハ唯、其ノ形式的効力ノ上ニ於テノミ之ヲ覩ルナリ。法律ノ內容カ判決ナルトキ、又ハ訓令ナルトキ、又ハ私法上ノ法律行爲ナルトキ、總テ皆此ノ理ニ同シ、判決ハ法則ノ內容ヲ宣告シ、訓令ハ監督權ニ伴ヒ、私法上ノ法律行爲ノ効果ハ私法ノ規則ニ依リテ定マルノ外、其ノ發布ノ公式ノ法律ナルカ爲ニ何等其ノ實質的効力ヲ變更スル所ナキナリ。若亦法律ノ內容ハ事實ノ宣告、意見ノ發表、感情ノ表白タルニ止ルトキハ、法律莊重ノ形式ヲ以テスルモ、一私人ノ之ヲ爲スト同シク、法律關係ヲ左右スルノ効力絕テアルコトナシ。例セハ法律ヲ以テ將來ニ向フテノ施政ノ方針計畫ヲ發布スルトキハ、政府ト議會トノ政策ノ一致ヲ表明スル者ニシテ、政治上甚重要ナル結果アリトスルモ、法理上ニ於テハ是レ意見タルニ止リ、法則ニ非ス、行爲ニ非ス、法律關係ハ之カ爲ニ何等直接ニ變更セラルルコトナキナリ。』

按スルニ、法律、勅令、皆、國家意思ヲ發布スルノ形式ナリ、然レトモ漠然タル抽象的ノ、國家意思ナル者ナク、又法律、勅令ナル者アルコトナシ、必ス或特定ノ事物ヲ欲シ之ヲ法律、勅令ノ公式ニ於テ發布スルナリ。其ノ

欲スル所ノ或特定ノ事物即チ法律勅令ノ實質ヲ爲ス、茲ニ謂フ法律ノ實質的効力トハ此ノ實質カ外部ニ於ケル法律關係ノ態樣ノ上ニ及ホスノ効果ヲ指スナリ。予ハ法律ノ實質的効力ハ其ノ内容カ法律關係ノ實質ニ變更ヲ加ヘ能フノ力ナリト解ス。若、其ノ内容カ全然法律關係ニ交渉スル所ナキ者ナルノ場合ニハ、之ヲ法律ノ公式ヲ以テ發布スルモ、何等實質的効力ヲ有セサルナリ、外國ノ事例ニ法律ヲ以テ感謝、追吊ノ意ヲ表スルカ如キ是レナリ、此ノ類ノ事、蓋、政府及議院ノ感情若ハ意見ヲ表白スルノ外、何等法的ノ効果ヲ射ル者ニ非サルナリ。法律關係ヲ在右スル者ハ行爲トス、行爲ヲ左右スル者ハ法則トス、故ニ法律ノ内容カ法則ナルトキハ其ノ實質的ノ効果ハ最廣ク且ツ大ナリトス。

而シテ法則、行爲、共ニ亦各、其ノ類ニ由リテ効果ヲ異ニス、法則ニ一般絶對ノ服從關係ニ行ハルル者アリ、特別ノ權力關係ニ伴フ者アリ、行爲ニ、

公法上ノ處分、判決、契約アルノミナラス、又各樣ノ私法上ノ法律行爲タルノ別アリ。此レ等多樣ノ内容ハ法律ノ公式ヲ以テ之ヲ包裝スルカ爲ニ、皆其ノ効果ヲ一樣ニスルモノニハ非サルナリ。人或ハ法律ハ法律トシテ一概ノ効果アルモノ如ク謂フ、蓋論シテ詳ナラサルナリ。』

前後法律ノ規定矛盾スルトキハ前法ハ後法ノ爲ニ變更セラルルモノトス、又法律ハ法律ヲ以テスルニ非サレハ廢止變更セラルルコトナシ、之ヲ法律ノ形式ニ視テノ通則トス。行爲ヲ以テ法則ヲ變更スルコトヲ得ス、又法則若ハ行爲ニ非サルノ、法律ノ内容ハ、法則若ハ行爲ヲ變更スルコトヲ得ス、是レ亦法律ノ實質ニ關シテノ通則タリ。後法ノ前法ニ勝ツハ最後ノ意思表示ニ依ルナリ法律ハ法律ヲ以テスルニ非サレハ改廢セラルルコトナキハ其ノ特種ノ公式ヲ具フルノ効果ナリ。行爲ヲ以テ法則ヲ變更スルコトヲ得サルハ、法則ハ特定ノ行爲ノ準則ニ

シテ主タリ從タルノ別アリ、且ツ行爲ノ効力ハ、特定ノ法律關係ヲ引キ起スニ於テ其ノ用盡滅シ、法則ノ力ノ永久ナルカ如キニ非サレハナリ。又法則ニ非ス行爲ニ非サルノ、法律ノ內容ハ、法律嚴重ノ公式ヲ以テスルモ、法則若ハ行爲ヲ變更スルノ効果ナキハ辯明ヲ待タサルナリ。凡ソ法律ノ形式的効力及實質的効力ノ相互交錯スル此ノ如ク煩雜ナル者アリ、類ヲ推シテ之ヲ解スヘキナリ。』

法律ノ廢止、改正、停止、變更

法律ハ法律ヲ以テスルニ非サレハ之ヲ廢止シ、又ハ停止スルコトヲ得ス此レヲ本則トス例外ハ憲法ノ明文ニ依ル。法律ノ廢止ハ其ノ形式的及實質的ノ効力ヲ全滅ス、法律其ノ者ノ存在ヲ失ハシムナリ、法律ノ一部ノ改正モ新規程ヲ以テ舊規程ニ代フルノ義ニシテ其ノ部分ニ付テハ即チ舊法ノ廢止ト新法ノ制定トノ同時ニ成立スル者ナリ。法律ノ停止ハ一時其ノ實質的效力ヲ停ムルナリ、法律ノ自然變更ト謂フモ亦前後法律ノ規定ノ抵觸スル場合ニ、前法ハ後法ノ爲ニ其ノ實質的効力ヲ遮蔽セラルルヲ指スニ外ナラス。廢止、改正ノ場合ニハ舊法ハ絕對ニ消滅ス復活スルコトナシ、停止變更ノ場合ニハ前法ハ仍完全ナル形式的効力ヲ有シテ存立ス、之ヲ阻遮スルノ後法ノ排除セラルルトキハ、前法ハ當然ニ其ノ實質的効力ヲ復スルモノトス、之ヲ廢止スルニハ更ニ立法行爲ヲ要スルナリ。』

按スルニ、法律ノ廢止、改正、停止、變更等ノ語、從來用例正格ナラス、爲ニ法理ノ誤解ヲ招クコト多シ、今茲ニ用ヒル所必シモ慣例ニ合フニ非サルヲ知ルモ、予ハ便宜之ヲ以テ法律ノ効力ヲ解スルナリ、現行法令ノ用語ヲ注釋スルニハ非サルナリ、乞フ混スル勿レ。法律ノ廢止ハ法律ノ消滅ナリ、固ヨリ全然其ノ形式及實質ノ効力ヲ亡失ス。其ノ廢止ハ將來ニ向フテノミ其ノ効果ヲ生ス、發布ノ初ニ溯リ之ヲ無効トスルニハ非

ス、故ニ亦法律ヲ廢止スルノ法律ノ廢止ニ由リテ前前法ヲ復活セシメ得ヘキモノニ非サルナリ。要スルニ法律ノ廢止ト過去ノ立法行爲ノ無効ノ宣言トハ事自ラ異ナルナリ。抑、法律ヲ廢止スルノ法律ヲ廢止スルト謂フハ本來無意義ニシテ不可能ノ事ニ屬ス。法律ノ廢止ハ特定行爲ナリ、法則ノ設立ニ非ス、法則ヲ消滅セシムルノ行爲ナリ、故ニ法律ノ公式ヲ以テスルモ其ノ效力ハ其ノ發布ト同時ニ、前法ノ廢止ニ關フノ消極的特定行爲ノ逐行ニ盡滅シ、自ラ其ノ存在ヲ失ヒ、何等痕跡ヲ遺セス、後日更ニ之ヲ廢止スヘキノ目的物アルコトナシ。法律ノ改正ハ一部ノ條項ノ新陳代謝ニシテ、其ノ改正ノ部分ニ付テハ其ノ理舊規程ノ廢止、新規程ノ設立ト視ルヘキナリ、故ニ後日其ノ新規程ヲ削除スルコトアルモ舊規程ノ當然復活スヘキニハ非サルナリ。法律ノ停止ハ法律ノ存在ヲ損傷スルコトナクシテ、一時其ノ實質的效力ヲ停ムルモノニシテ、形式的效力ハ依然之ヲ保有ス、法律ヲ以テスルニ非サレハ之ヲ廢止スルコト能ハサルナリ。法律ノ變更ハ前後法律ノ規定ノ牴觸スルノ場合ニ生ス。此ノ牴觸ノ場合ニ前法ハ後法ノ定ニ變更セラルト謂フハ最近ノ意思ノ表示ニ從フノ義ニ外ナラス、然レトモ後法ハ明示シテ前法ヲ改正シタルニハ非ス、兩法律共ニ形式的效力ハ毫モ損セラル所ナシ、唯、前法ノ一部ハ後法ノ一部ノ爲ニ阻遮セラレテ其ノ實質的效力ヲ現實ニスル能ハサルノミ。故ニ若後法廢止セラルルコトアラハ前法ハ當然ニ其ノ效力ヲ回復セン。法律ノ廢止、改正ト、其ノ停止、變更トハ其ノ效果ヲ異ニスルモノアリ。此ノ如シ、今ノ立法例及吾人ノ用語ハ必シモ正確ナラサルカ爲ニ法理ヲ不明ニスルコト多シ。又法律ノ廢止、改正、停止ト、抵觸ニ由ル自然變更トヲ混シテ、之ヲ一概ニ變更ト謂フノ類ハ慣用ノ免レサル所ナリ、用語ノ爲ニ法理ヲ害スルコトト勿レ。』

第十二章　豫算

豫算ハ一會計年度ニ向フテノ國庫ノ收入支出ノ見積計算ナリ。憲法第六十四條ニ曰ク、「國家ノ歲出歲入ハ毎年豫算ヲ以テ帝國議會ノ協贊ヲ經ヘシ豫算ノ外ニ生シタル支出アルトキハ後日帝國議會ノ承諾ヲ求ムルヲ要ス」ト。豫算ハ政府之ヲ調製シテ議會ニ提出シ、議會ハ之ヲ審査議定シテ上奏ス、而シテ裁可ヲ經テ之ヲ公布スル者ナリ。』

按スルニ、豫算ヲ國會ノ議ニ付スルハ實ニ立憲ノ一大要義タリ、然レトモ其ノ精神ニ至リテハ我カ憲法ト歐洲憲法トハ來歷ヲ異ニシ法理ヲ同フセサル所多シ、濫ニ彼ヲ以テ我ヲ律スルコトヲ得サルナリ。故ニ少シク彼我ノ制度ノ概要ヲ摘示シ其ノ精神ノ異同ヲ明カニスルニ便セン。』

歐洲ノ立憲政體ニ於ケル豫算議定ノ制度ハ彼ノ中世以降ニ行ハレタル國會ノ租稅承諾ノ權ニ基ツク者ナリ。中央集權ノ未タ成ラス、豪族割據ノ風尙其ノ跡ヲ存スルノ時代ニ於テハ、中央ノ國費ノ不足ハ地方諸侯ノ自由ノ貢獻ニ待ツモノトシタリ、是レ當時諸侯ヲ召集シテ議會ヲ開クノ制ノ由リテ起ル所ナリ。國會ト謂フノ制度ハ君主ノ貢獻ヲ要求シ諸侯ノ之ヲ承諾スルノ用ノ爲ニ存立シタルナリ。後ニ自由貢獻ノ精神ヨリ一變シ國費分擔ノ租稅ノ觀念トナリシモ、此ノ沿革ニ由リテ、租稅ヲ賦課スルハ國民ノ承諾ニ待ツモノトスルノ主義ヲ維持シ來リ、國會毎年ノ召集ハ實ニ地租毎年ノ賦課徵收ノ爲ニ之ヲ必要ノ事ト爲シタルナリ。第十九世紀ノ初、佛國大革命ハ舊制ヲ一掃シタルカ如キモ其ノ新政體ハ仍此ノ舊來ノ觀念ヲ襲踏シ、歐洲諸憲法ノ豫算制

度ハ大概此ノ基礎ノ上ニ存立スルカ如シ。租稅ハ國會毎年ノ承諾ニ由リテノミ之ヲ賦課スルコトヲ得ルモノトス。故ニ國家ノ歲計豫算ハ夫レ自身獨立シテ用ヲ然スニ非ス租稅ヲ要求スルノ理由ヲ證明スルノ具トシテ國會ニ提出セラルルナリ。而シテ豫算ノ議定ト租稅ノ承諾トハ相關連シテ分離スヘカラス、豫算ヲ條件トシテ租稅ノ賦課ヲ承諾スルモノト爲スナリ。或國ニ於テハ租稅ヲ承諾スルノ法律ト豫算トヲ分チ、又或國ニ於テハ之ヲ混同スル等ノ、式樣ノ別ハアレトモ、其ノ意ハ皆一ナリ。近來彼ノ理論、租稅法ハ永久ノ法律ニシテ豫算毎年ノ成立如何ニ拘ハラス賦課徵收スルコトヲ得ルモノト爲スニ至リテハ豫算議定ノ効果ハ漸ク茲ニ一變セリ。前ノ豫算ノ承諾ハ主トシテ租稅賦課ノ許容ヲ意味シ、後ノ豫算ノ承諾ハ主トシテ經費支出ノ許容ヲ意味スルコトトナレリ。然レトモ彼ニ在リテハ國會ノ豫算審議ノ權ハ、本、人民ノ租稅諾否ノ權ニ基キテ起レルカ故ニ、後ニ事情ヲ異ニシ主トシテ經費支出ノ議決タルモ、仍其ノ精神ハ國民ヲ代表スルノ國會カ政府ニ對シ負擔ヲ承諾シ支出ヲ許容スルコトニ存スルナリ。加フルニ歐洲新政體ノ根底ヲ爲スノ民主ノ思想ハ國會ヲ主位ニ置キ君主政府ハ客位ニ在ルモノトス。此ノ故ニ豫算ノ議定ハ國會カ君主政府ヲ監督スルノ權能ノ行使ニシテ、其ノ拘束ハ政府獨之ヲ受ケ國會ノ行動ハ之ニ束縛セラルルコトナキカ如シ。所謂豫算違反ハ唯政府ノミ犯シ能フノ罪惡ニシテ國會ノ追認ニ由リテ消滅シ其ノ跡ヲ貽ササルニ視テモ此ノ義甚明白ナリ。豫算ハ國會ト政府トノ對等ノ協定商約タリト謂ハンヨリハ寧、國會カ政府ヲ監督スルノ訓令タルカ如シ、是レ彼ノ憲法ヲ說クニ於テ特ニ意ヲ留ムヘキノ要點タルナリ。』

我カ憲法ハ此ト其ノ來歷ヲ異ニスル言ヲ待タサルナリ。國費ハ自由

ノ貢獻ニ待チ若ハ下ニ租稅ヲ諾否スルノ自由ノ權アルコトハ我カ歷史ノ絕テ之ヲ見サル所ナリ。近ク新ニ憲法ヲ制定スルニ當リテハ、特ニ納稅ハ兵役ト共ニ國民當然ノ義務ナルコトヲ宣明シ、且ツ租稅ノ賦課徵收ハ法律當然ノ效果ニシテ議會每年ノ承諾ニ待ツモノニ非サルコトヲ明示シタリ。此ノ義、我ニ在リテハ由來當然ノ事ニ屬シ明言ヲ要セス、蓋憲法ノ之ヲ揭ケタルハ新ニ議會ヲ開クカ爲ニ歐洲舊來ノ思想ノ我ニ混入スルコトアルヲ慮レルナリ。我カ憲法ニ於ケル議會ノ豫算議定ノ權ハ彼ノ歐洲國會ニ於ケル租稅承諾權ノ遡物タル者ト全ク其ノ來歷ヲ異ニスルヲ知ルヘキナリ。憲法ヲ制定スルノ前既ニ我ニ豫算會計表ノ制アリ、蓋大權ヲ以テ行政ノ官衙ヲ監督スルノ用ヲ爲シタル者ナリ。今、憲法ヲ布クニ及ヒ、議會ヲシテ豫算ヲ定ムルノ事ニ參與セシム、其ノ成立ノ手續ニ於テ改ムル所アルモ豫算會計表ノ性質ハ即チ依然タリ大權ヲ以テ統治機關ヲ監督スルノ用ノ爲ニ具フルノミ。但シ議會ノ議ヲ經テ成立セル者ハ亦議會ノ議ヲ經ルニ非サレハ政府恣ニ之ヲ變更スルコトヲ許ササルハ當然ノ條理ニ屬シ、猶議會ノ議ヲ經テ成立セルノ法律ハ亦其ノ議ヲ經ルニ非サレハ之ヲ變更スルヲ許ササルニ同シ。此ノ故ニ政治ノ情勢ヲ以テスレハ豫算ハ政府ト議會トノ協定約束タルカ如シ、歐洲ノ國法論ハ實ニ之ヲ此ノ如ク解セントスルモノニ似タリ。然レトモ我カ豫算ノ制ハ歐洲ニ觀ルカ如キノ沿革ナシ、之ヲ議會ノ議ニ付スルハ法律案ヲ其ノ議ニ付スルト意義異ナル所ナシ、豫算ハ法律ト同シク政府ト議會トノ約束ニ非スシテ君主ノ命令ナリ、唯其ノ內容ノ財政計畫タリ法則タルノ差アルカ故ニ、一ハ專ラ統治諸機關ニ對シ、一ハ一般人民ニ對シ、其ノ效果ヲ奏スルノミ。決定セラレタル財政計畫ノ施行ハ主トシテ政府之ニ任スルカ故ニ、

豫算、及議會ノ協賛

豫算ハ偶、政府ノミヲ束縛スルモノナルカノ如キ觀アルニ過キス、法理上豫算ノ効力ハ法律ト同シク議會政府共ニ之ヲ尊重シ依準スヘキノ國家ノ示命タルコトニ在ルヲ忘ルヘカラス、之ヲ單純ニ議會カ政府ヲ監督スルノ優越ナル權限ノ行使ナリト觀ルハ立法權全能主義ノ餘波ニシテ我カ憲法ノ取ラサル所ナリ。』

國家ノ歲出歲入ハ毎年豫算ヲ以テ帝國議會ノ協賛ヲ經ヘシ（憲法第六十四條）蓋國庫一切ノ歲出入ハ政府毎年之ヲ總括豫算シ議會ニ提出シテ其ノ議ヲ經ヘキヲ謂ヘルナリ。豫算ハ一年ノ豫算ナリ、豫算ハ一切ノ歲出入ヲ包括ス、分割スヘカラス合併スヘカラス、政府之ヲ調製シ毎年之ヲ議會ニ提出ス、議會ハ之ヲ審議スル權アリ自ラ之ヲ發案スルノ權ナキナリ。』

按スルニ「國家ノ歲出歲入ハ毎年豫算ヲ以テ帝國議會ノ協賛ヲ經ヘシ」

憲法第六十四條ノ法文簡明ニシテ要領ヲ失ハス、豫算ハ議會ノ協賛ヲ要スルノ大義ヲ示スノ外、豫算ハ一年ノ一切ノ歲出入ノ總計ニシテ分割スヘカラス、之ヲ調製シテ毎年之ヲ議會ノ議ニ付スルハ政府ノ憲法上ノ職分タルコト、亦此ノ法文ニ依リテ明カナリ。現行會計法ノ規定ヲ案スルニ、政府ノ會計年度ハ毎年四月一日ニ始リ翌年三月三十一日ニ終ルモノトス、蓋會計ノ便ニ從フナリ、若或國ニ於ケルカ如ク數年ヲ通シテ一會計期トシ、又ハ一年ヲ分チテ數會計期トシテ豫算ヲ定ムルコトアラハ憲法ニ違フモノタラン。又豫算ハ一切ノ歲出入ヲ總括スヘキモノトス、若特種ノ歲出入ニ付、特別ノ豫算ヲ設ケ、議會ニ於ケル別個獨立ノ議決ノ目的ト爲スコトアラハ是レ明カニ違憲ナリ。現行會計法ニ追加豫算ト謂フコトアリ、予未タ其ノ意義ヲ詳ニセス、蓋豫算ノ追議修正ノ意ナルカ如シ。若之ヲ豫算ヲ分割シテ議決

ニ付スルコトヲ得ル者トセハ固ヨリ法理ニ反スルノミナラス、其ノ濫用ノ弊ハ立憲ノ大義ヲ紊亂スルニ終ラントス、豫算ノ分割ハ政府ノ議會ニ對スルノ政策上之ヲ便トスル所タルカ故ニ、誘惑ニ流レ易シ、議會タル者憲法ノ趣旨ヲ擁護シ斷シテ之ヲ排斥シ、一會期ニ豫算議定ヲ再ヒスルノ違法ヲ爲スヘカラサルナリ。豫算ハ分割スヘカラス合併スヘカラサルノ義理ハ大憲明文ノ示ス所タリ、法律ヲ以テ之ヲ左右スルコトヲ許ササルナリ。現行ノ制、亦特別會計ト謂フコトアリ、法律ヲ以テ之ヲ設置スルコトヲ得ル者トス、是レ一般會計法ノ除外例タルコトヲ得ヘシ、憲法ノ除外例タルコトヲ得サルナリ、此ノ義混セサルヲ要ス。豫算ハ政府之ヲ調製シテ議會ニ提出ス、議會ハ受ケテ之ヲ審議ス、修正ノ權アリテ發案ノ權ナシ、政府若憲法上ノ提出ノ義務ヲ怠ルコトアリトスルモ議會ハ代リテ之ヲ發案スルコトヲ得サルヘキナリ。現行ノ會計法ニ依ルニ歳入歳出ノ總豫算ハ之ヲ經常、臨時ノ二部ニ大別シ、各部ニ於テ之ヲ款、項ニ區分ス、款、項ノ別ハ歳入歳出ノ性質目的ヲ明カニス、議院ノ審議ハ各款、項ニ依リテ決定シ、更ニ總括シテ之ヲ議定スルナリ。大藏大臣ハ毎年歳入ノ景況ヲ調査シ、各省ノ豫定經費要求書ニ基ツキ、歳入歳出總豫算ヲ調製シ、閣議ニ提出ス、而シテ閣議ノ決スル所ヲ上奏シ、更ニ勅命ヲ以テ政府之ヲ議會ニ提出スルナリ。豫算ハ前年ノ帝國議會集會ノ始ニ於テ前ニ衆議院ニ提出ス。議院ハ先ツ之ヲ豫算委員ノ査定ニ付シ、其ノ報告ヲ受ケテ會議決定ス。兩議院ノ豫算議定權ハ同等ニシテ輕重ナシ、若兩議院ノ議合ハサルトキハ不成立トス、豫算不成立ナルトキハ政府ハ前年度ノ豫算ヲ施行スルナリ。凡ソ豫算ニ關スル現行ノ制度ノ說述ハ憲法第六章及會計法會計規則ノ規定ニ依リテ之ヲ詳ニスルコトヲ得ヘシ、其ノ法律勅令以下ノ細目ヲ說ク

ハ行政法ノ範圍ニ屬ス、茲ニ本文ノ示ス所ハ憲法上ノ原則ヲ掲示スルニ止マルナリ。法令ノ規則ハ法令ヲ以テ之ヲ變更スルコトヲ得ヘシ、憲法ノ規定ハ法令之ニ觸ルルコト能ハス、故ニ專ラ憲法上ノ原則ヲ掲ク、本文ノ說述詳略序ナキカ如キ觀アルハ之カ爲ナリ。』

豫算ノ內容ニ關スル憲法ノ規定

豫算ノ內容ニ關シテハ、憲法ハ豫算ニハ必ス豫備費ヲ設クヘキコトヲ命シ（憲法第六十九條）又特別ノ須要ニ因リ繼續費ヲ置クコトヲ得ヘシトス（憲法第六十八條）。是レ皆本則ノ例外ナリ。豫備費ハ逆クヘカラサル豫算ノ不足ヲ補フ爲ニ、又ハ豫算ノ外ニ生シタル必要ノ費用ニ充ル爲ニ、之ヲ設クルモノトス。凡ソ豫算ノ費目ハ特定ノ目的ノ爲ニ之ヲ設クルモノトス、豫見スヘカラサルノ用ノ爲ニ之ヲ置クハ異例トス、然レトモ豫算ハ餘リアルヲ要ヘス足ラサルヲ是レ恐ル、故ニ憲法ハ不測ノ用ノ爲ニ必ス豫備費ヲ設クヘキヲ命スルナリ、但シ國家不測ノ用ノ爲ニスル支出ハ之ニ限ルヘシトスルニハ非サルナリ。豫備費ノ支出ハ其ノ款項ヲ超過セサルモ必ス、後日之ヲ議會ニ提出シ其ノ承諾ヲ求ムルコトヲ要ス。凡ソ豫算ハ一年度ニ向フテノ豫算タリ、數年ニ連續シテ豫メ之ヲ決定スルコトハ憲法第六十四條ノ本則ノ許ササル所ナリ、憲法第六十八條ハ特別ノ須要ノ爲ニ除外例ヲ設ケ、政府ハ豫メ年限ヲ定メ、繼續費トシテ議會ノ協贊ヲ求ムルコトヲ得ヘシトス。凡ソ國家永遠ノ費用ハ大概年年之ヲ繼續スルノ須要アリト謂フコトヲ得ヘシ。法文頗ル漠トシテ濫用ノ虞ナシトセス、然レトモ憲法ノ意ハ之ヲ數年繼續スルノ豫定アルニ非サレハ着手スルコトヲ能ハサル企業ノ類ノ如キノ已ヲ得サルノ費目ニ限ルニ在リ、緊縮戒愼ノ意ハ自ラ明カナリ。』

按スルニ、憲法ハ必ス豫備費ヲ設クヘキコトヲ命ス、之ヲ設ケサルハ違

憲ナリ、但シ其ノ金額ハ、毎年自由ノ議定ニ由ル。又憲法ノ意ハ避クヘカラサル豫算ノ不足ヲ補ヒ、又ハ豫算ノ外ニ生シタル必要ノ費用ノ爲ニ、支出ヲ爲スコトハ之ヲ豫備費ノ定額ニ超ユルコトヲ得スト爲スニハ非サルナリ。豫備費ハ本、豫見スヘカラサルノ費用ノ爲ニ設ク、其ノ性質ニ於テ支出ヲ限定シ能フヘキ趣旨ノ者ニ非ス。凡ソ已ヲ得サルノ必要アルトキハ豫算ノ款項ニ超過シ、又ハ豫算ノ外ニ出ツルノ支出ヲ爲スヘキコトアルハ理ニ於テ免レサル所ニシテ、憲法ノ明文亦之ヲ認ム、豫算ノ爲ニ國家ヲ犧牲ニ供スルコトヲ許ササレハナリ。今之ヲ豫想シテ豫備費ヲ設ケ以テ之ヲ限定スルコトヲ得サルハ、其ノ性質ニ視テ明カナリ。此ノ義、多言ヲ要セス、唯所謂剩餘金ノ支出ニ關シ世上疑議アリ故ニ之ニ及フ、豫備費ヲ第一豫備金、第二豫備金ノ二項ニ分チ、第一ハ避クヘカラサル豫算ノ不足ヲ補フモノトシ、第二ハ豫算外ニ生シタル必要ノ費用ニ充ツルモノトスルハ、會計法ノ規定ニ屬ス、憲法上ノ要件ニ非サルナリ、蓋避クヘカラサルノ豫算ノ不足ヲ以テ彼ヲ補フモ憲法上不法ナリト爲スヘカラサルナリ。凡ソ豫備費ノ支出ハ其ノ款項ヲ超過セサルモ常ニ必ス豫算超過若ハ豫算外ノ支出タリ、故ニ後日之ヲ議會ニ提出シ其ノ承諾ヲ求ムルコトヲ要スルハ憲法第六十四條第二項ノ規定ニ視テ明カナリ。憲法ハ亦繼續費ノ制ヲ認ム。抑、國家ノ歳入歳出ハ毎年豫算ヲ以テ議會ノ協賛ヲ經ヘキモノトス、毎年更新ノ議定ハ憲法上ノ豫算制度ノ骨子タリ、而シテ繼續費ハ其ノ例外ヲ爲ス。若、性質ヲ以テ謂ヘハ國家經常ノ費用ハ大概永久繼續ヲ須要トスルモノトス、然レトモ、此ノ性質上、永久繼續スヘキノ費用ヲ毎年更新ノ議ニ付スルコト即チ是レ豫算制度ノ精神タルナリ。

故ニ憲法カ特別ノ須要ニ因リ繼續費ヲ設クルコトヲ許スハ豫算制度ノ一大例外ナリ。豫算ハ其ノ効力一年ニ限ルモノトス、繼續費ハ其ノ効力ノ例外タリ。加フルニ法文頗ル漠トシテ唯特別ノ須要アラハ之ヲ設クルノ自由アルモノノ如ク見ユ、若文字ニ拘ハリテ之ヲ濫用セント欲セハ其ノ口實ナキニ非サルナリ。國家永遠ノ存在ニ對シテハ經常費ハ大概繼續シテ支出スルノ特別ノ須要アルナリ、却テ臨時ノ企業ニシテ數年ヲ期シテ終結ヲ視ルヘキ者ノ如キハ繼續費ヲ須要トスルノ特別ノ理由少キニ似タリ。然レトモ、憲法ノ意ハ彼ニ在ラスシテ寧ロ此レニ在ルカ如シ、若繼續支出ヲ須要トスル者ハ之ヲ繼續費トスルコトヲ得ヘクンハ豫算ノ大部分ハ毎年ノ議定ヲ避クルコトヲ得ヘキナリ、是レ豈憲法ノ意ナランヤ。或ハ謂フ、繼續費ノ用ハ或ル仕事ノ遂行ニ付、外部ニ對シ數年度ニ亘ルノ契約ヲ爲スコトヲ得シムルニ在リト、然レトモ是レ亦誤解ナリ、豫算外ノ契約ハ別ニ契約トシテ議會ノ協賛ヲ經ヘキコト憲法第六十二條ノ明文アリ、契約既ニ存立スルトキハ繼續費ニ非スト雖其ノ履行ニ屬スルノ毎年ノ費用ハ議會之ヲ排除削減スルコトヲ得サルハ亦憲法第六十七條ノ保障スル所ナリ。繼續費ハ豫メ年限ヲ定ムルコトヲ要ス、蓋數年度ニ亘ルノ豫算ヲ豫メ決定スルナリ。或ハ謂フ各年度ノ豫算ハ豫メ決定スルヲ要セス、年限ニ通シテノ全體總額ヲ定ムルヲ以テ足レリトス、各年ノ支出ハ臨時ノ自由ニ存スヘシト、是レ繼續費ハ數年ヲ通シテ一會計年度トスルノ特種ノ豫算ニシテ、他ノ一般歳計豫算ノ一年ヲ以テスル者ト全然存立ノ基礎ヲ異ニスル者ナリト爲スナリ。憲法ノ意ハ蓋然ラス、繼續費ハ一般歳計豫算ノ一款、項トス其ノ例外タル所ハ、其ノ費目ニ限リ、爾後數年度ニ亘ルノ豫算ノ内容カ豫メ決定セラルルコトニ在リ、其ノ費目ヲ一般歳計豫

算ノ年度ノ外ニ置キ、特ニ年度ノ延長ヲ認ムルニハ非サルナリ。憲法ノ繼續費ニ關スルノ文字或ハ簡ニ失シ、汎キニ過ク、故ニ疑議ヲ遺ス、予ハ其ノ意ヲ酌ミテ之ヲ嚴正ニ解スルナリ。』

豫算ノ議定

豫算ハ帝國議會ノ議ヲ經ルコトヲ要ス。議會ハ法令ニ照シ、政策ニ問ヒ、之ヲ審議ス。豫算ハ歳入歳出ノ見積計算ナルカ故ニ、議會ノ豫算審議ハ法令ノ内容ニ依準スヘク之ニ違フコトヲ得ス、法律ヲ議スルノ自由ナルカ如キコト能ハサルナリ。議會ノ豫算ヲ審議スルハ猶法律ヲ審議スルカ如シ、大政ニ參與スルナリ、豫算ノ議定ヲ以テ政府ト議會トノ私事ノ協商ニシテ、政府ノ之ニ違フハ議會ノ權利ヲ侵害スルモノナルカ如ク視念スルハ大義ヲ謬ル者トス。』

按スルニ、議會ノ豫算議定權ノ事ハ前ニ詳說セリ、唯、其ノ議定ノ意味ニ至リテハ特ニ茲ニ之ヲ明カニスルヲ要スルナリ。歐洲憲法ノ視念ハ、豫算ヲ以テ議會ノ政府ニ對スルノ訓令ト視ルニ非サレハ、即チ之ヲ政府ト議會トノ協約ナリト爲ス。前者ハ民主ノ思想ニ出ツ、故ニ我ニ在リテ之ヲ唱フル者少シ、後者ハ政治ノ情勢ニ副フ、故ニ之ヲ主持スル者多シ。抑、立憲ノ趣味ハ分權ニ在リ、分權ノ趣味ハ協商ニ在リ、權力ヲ分ツハ即チ政治ハ權力ノ協商ニ成ルコトヲ期スルナリ。今、豫算ハ政府之ヲ提出シテ議會ノ協贊ヲ經ヘシトスルハ確ニ之ヲ立憲ノ本旨タル兩權ノ協商ニ待ツノ意タルハ明カナリ、此ノ如クニシテ豫算ノ効力重キヲ加ヘ、政府ノ專恣ヲ防クニ足ル。然レトモ、是レ政治ノ情勢ノ談ナリ、且ツ獨、豫算ニ付キテノミ之ヲ謂フヘキニ非ス立法ノ事亦然リ。立法、豫算共ニ國家重要ノ政務ニ屬ス、議會ハ政府ト共ニ國家ノ機關トシテ其ノ成立ニ參與ス、兩權力ノ協定ニ成ルノ形アルモ、各自ノ目的ノ爲

ニ其ノ私事ヲ協定スルニ非ス、國家ノ公事ヲ評議スルナリ、故ニ之ニ由リテ當事者ノ間ニ權利義務關係ヲ生スルコトナシ。然ルニ歐洲風ノ憲法論ハ憲法上ノ權力ノ交渉ヲ以テ直ニ一私人カ各自ノ目的ノ爲ニ合意約束スルコトト同一ニ解シ、國家ノ公事ヲ評議スルモノタルヲ顧ミサルカ如シ。其ノ結果ハ權力ノ交渉ニ成ルノ法律、豫算ヲ以テ各權力ノ權利義務ノ目的物ト爲ス。此ノ故ニ彼ニ在リテハ政府ノ豫算違反ハ即チ國會ノ權利侵害ナリトシ、而シテ其ノ私諾アラハ違法ハ全ク消滅スルモノトス。我ニ在リテハ豫算ハ法律ト共ニ國家ノ意思ニ成ル、統治機關ハ其ノ成立ニ參與スルコトアルモ、成立セルノ豫算、法律ハ機關相互ノ間ノ權利義務ノ目的物タルニ非ス、之ヲ犯スハ國法ヲ犯スナリ、對手機關ノ權利ノ侵害タルニハ非ス、凡ソ之ヲ政府、議會トノ相互ノ交涉トノミ觀ルハ我カ憲法ノ法理ニ非サルナリ、世上尙此ノ義ヲ認ル者多シ故ニ辯ス。蓋、歐洲ニ於テハ中世以降ノ、國王、國會兩頭對峙ノ政治、今、尙、其ノ立憲政體ノ基礎ヲ爲ス、憲政ト謂フハ此ノ國家兩元首ノ權力交涉ヲ指スモノノ如シ、我ト其ノ基礎觀念ヲ異ニスルナリ。』

豫算ハ裁可ヲ經テ之ヲ公布ス、公布ニ由リテ之ヲ施行ス。若、帝國議會ニ於テ豫算ヲ議定セス、又ハ豫算成立ニ至ラサルトキハ、政府ハ前年度ノ豫算ヲ施行スヘシ（憲法第七十一條）。

按スルニ、豫算ハ政府ノ提出、議會ノ議定アリト雖、裁可ヲ經ルニ非サレハ其ノ効力ヲ生セサルヘキナリ。或ハ謂フ豫算ハ議會ノ議定ヲ以テ完全ニ存立ス、法律ト異ナリテ大權ノ裁可ヲ要スルモノニ非スト、蓋是レ皆歐洲憲法ノ理論ナリ我ニ適用ナシ。彼ニ在リテハ國會ノ豫算ノ議定ハ政府ニ對スルノ承諾ノ付與ナリ、公事ヲ評議シテ上裁ヲ請フノ

豫算ノ裁可、公布、施行。

豫算ノ不成立、

意義アルニ非ス。故ニ豫算ハ國會ノ議決ニ由リテ當然ニ成立スル者ト爲スノ觀念アルナリ。或ハ彼ニ在リテハ君主ハ國會ノ議定ヲ嘉納スルノ式ハアレトモ、是レ議會ニ對シ感謝ノ辭ヲ述ヘ、其ノ議スル所ニ同意ナル旨ヲ表明スルモノニシテ、一般ニ向フテ絕對ニ國法上ノ効果ヲ付與スルノ裁可トハ其ノ意ヲ異ニスルナリ。我カ議會ノ豫算議定權ハ法律議定權ト同シク參政ノ權ナリ、大政ヲ協翼參贊スルノミ、議會ハ國家ノ名ニ於テ其ノ意思ヲ表示シ其ノ權力ヲ行フコトヲ得ル者ニ非ス、議會政府ノ上奏スル所ヲ嘉納シ裁可シテ之ニ國法上ノ効果ヲ付與スルハ大權ニ非スシテ何ソヤ。或ハ謂フ憲法ハ法律ニ付テ裁可ノ事ヲ明言シ、故ニ豫算ハ裁可ヲ要スセストノ論タリ、之ヲ言明スルト否ニ關セス、百般ノ庶政君主親ラスル者ハ皆裁可ニ由ル、是レ即チ親裁ナリ、勅令若ハ豫算ニ付テ裁可ノ事ヲ憲法ノ明文ニ揭ケサルモ、親裁ニ由リテ効果ヲ生スヘキノ義ハ自ラ明カナリ。裁可ハ自由ナリ、理ニ於テ議會ノ議定シタル豫算ヲ裁可セサルノ事ヲ不能ナリトハ爲スヘカラス、但シ之ヲ修正變更シテ裁可スルコトヲ得サルハ憲法ノ示ス所ナリ。豫算ノ効力ハ裁可ニ由リテ生シ、公布ニ由リテ之ヲ施行スルモノトス、裁可ナク公布ナキ者ハ之ヲ施行スルヲ得サルナリ。若、何等ノ事由タルヲ問ハス、豫算成立ニ至ラサルトキハ政府ハ前年度ノ豫算ヲ施行スヘキモノトス。是レ法理當然ノ結果ニ非ス憲法明文ノ示命タルナリ。歐洲ノ理論嘗テ非常ニ國會ノ豫算議定權ヲ過重シ、若、國會ニシテ豫算ヲ否決スレハ政府ハ一切ノ收入支出ヲ爲スコトヲ得サルモノト爲シタリ。是レ國家永遠ノ存亡ヲ議院一場ノ紛擾ノ投票ニ懸クルノ危險アルノミナラス、理ニ於テ政府、議會ノ、見積計算ノ一致セサルカ爲ニ法令一切ノ

適用ヲ停ムヘキノ所由ナシ。故ニ若、憲法ニ何等明文ナシト雖、豫算成立セサルトキハ政府ハ法令ニ依リ必要ナル收入支出ヲ爲スコトハ其ノ權利アリト謂ハンヨリモ寧、其ノ義務アリト謂フヘキナリ。我カ憲法ハ特ニ此ノ場合ノ爲ニ明文ヲ揭ケ、前年度ノ豫算ヲ施行スヘキコトヲ命ス。抑、豫算ハ特定ノ年度ニ向フテノ須要ニ出ッ、故ニ其ノ効力ハ其ノ年度ニ限ル、然ルニ之ヲ次年度ニ流用スルハ法文ノ命スル所タリト雖頗ル不當ノ事ニ屬ス、必ス之ニ依準センコトハ事物ノ性質ニ於テ不能ノコトタルヘキナリ。前年度ノ豫算ニ依準スルト否トハ後日議院ニ對シ事後承諾ヲ求ムルヲ要セサルト、之ヲ要スルトノ、政府ノ責任ニ於テ大ナルノ差異ヲ見ル、前年度豫算施行ノ法文ノ利益ハ主トシテ茲ニ存スルナリ。憲法ノ意ハ此ノ異常ノ場合ニ於テハ前年度ノ豫算ヲ施行シ以テ會計ヲ監督スルノ準則アラシメ、且ッ之ニ依リテ政府ノ會計上ノ責任ヲ解除スルコトヲ得シメントスルニ在リ、若此ノ用意ナケレハ國家ノ會計ハ豫算ナクシテ紊亂ニ流レ、又政府ハ後日議院ニ對シ歲計ノ全部ニ對シ事後承諾ヲ求ムルノ過大ナル責任ヲ負ハントス、是レ憲法第七十一條ノ變例アル所由ナリ。』

豫算ノ性質

豫算ハ歲計ノ豫見ナリ、議會ノ議ヲ經テ裁可アリト雖、豫見タルノ性質ヲ失ハス、會計ノ標目タリトスルモ絕對ノ法則トハ其ノ實質ノ効果ヲ異ニスルナリ。歲入ニ付テハ多ク事實ノ豫想タリ、制限ヲ意味セス、固ヨリ豫想ノ爲ニ事實ヲ曲クルコトヲ爲ササルナリ。歲出ニ付テモ亦須要ノ豫見タリ、會計法ノ規程ハ行政監督ノ爲ニ會計官吏ニ向フテ之ヲ支出ノ限度ナリト爲スモ、憲法上ノ意義ハ之ヲ絕對ノ制限トスルニ非ス、須要ト豫見ト相合ハサルトキハ豫見ノ爲ニ須要ヲ曲クルコトヲ要セサルナリ。

此ノ故ニ憲法第六十四條ハ此ノ場合ヲ豫想シ、豫算ノ款、項ニ超過シ、又ハ豫算ノ外ニ生シタル支出アルトキハ、後日帝國議會ノ承諾ヲ求ムルヲ要スト規定シタルナリ。』

按スルニ、豫算ハ歳計ノ豫見ナリ、豫見タルニ於テ其ノ用ヲ爲ス者ナリ。凡ソ國庫ノ會計ノ法ニハ定額法アリ、豫算法アリ、初メ各官衙ニ定額アリテ豫算ナシ、今ハ豫算アリテ定額ナシ、蓋豫算ハ即チ豫算ニシテ須要ニ應シテ伸縮スルノ便宜アルカ爲ニ此ノ制ニ則ルナリ。然ルニ學者或ハ定額ト豫算トノ別ヲ混シ、豫算超過ヲ以テ違法ノ非行ニシテ、責問シテ制裁スヘキモノトシ、此ノ意義ニ於テ議會ノ事後承諾ノ事ヲ論スルアリ、謬レリト謂フヘシ。豫算ハ何人モ試ミルコトヲ得ヘキ單純ナル事實ノ豫報タルニハ非ス固ヨリ國家會計ノ依準ノ標目トシテ之ヲ裁可シ公布スルナリ。然レトモ、國家機關ノ之ニ依準スルハ之ヲ豫算トシテ依準スルナリ、定額トシテ依準スルニハ非サルナリ。豫算ハ主トシテ出入ノ平調ヲ維持センカ爲ニ之ヲ設ケ之ニ依ラシム、若、豫算ニ超過シ又ハ豫算外ニ支出ヲ爲スコトアラハ、其ノ須要ノ如何ニ拘ハラス歳計ノ平調ヲ失フノ慮アラントス、故ニ其ノ豫算ノ外ニ出ツルノ行爲ノ責任ヲ重カラシメ、以テ濫用ニ流ルルヲ戒メントス、憲法第六十四條第二項ノ規定ハ此ノ意ニ出ツルナリ。公布セラレタル歳出豫算ノ行政部内ニ於ケル會計官吏ニ對スルノ効力ハ、或ハ定額ト異ナルコトナシ、會計官吏ハ絶對ニ之ニ依ルヘク之ニ反スルヲ許サス、若國家須要ノ理由ヲ以テ之ニ超過スルコトヲ敢テセハ違法ノ罪惡タルヲ免レサルヘシ、是レ皆行政ニ向フテノ會計法ノ規定ニシテ憲法ノ問題ノ關セサル所ナリ。『豫算ノ憲法上ノ効力ハ此ノ如キ絶對ノ者ニ非ス、事實ノ如何、須要ノ如何ニ由リ現計ノ之ニ異ナルコトアルヘキハ之ヲ豫想

シ之ヲ追認スルコトヲ得ルモノトスルナリ。而シテ豫算超過及豫算外ノ支出ハ事後ニ議會ノ承諾ニ付スヘシトスルハ政府ヲシテ事由ヲ辯明スルノ重責ヲ負ハシメ以テ間接ニ其ノ濫用ヲ防カントスルナリ。其ノ承諾ヲ得ルトキハ初ヨリ豫算アル者ト看做サレ、若、承諾ヲ得サルトキハ豫算ナクシテ支出シタルノ痕跡ヲ拭フ能ハス、蓋、承諾ノ有無ハ會計檢査ニ對スルノ責任解除ニ付重大ナル差異ヲ遺スナリ。予ノ見解ハ此ノ如シ、彼ノ豫算ヲ以テ議會ト政府トノ權利義務ノ協約ナリト爲スノ論ヲ以テスレハ、政府ノ豫算超過若ハ豫算外ノ支出ハ即チ議會ノ權利ノ侵害タリ、故ニ事後ニ其ノ承諾ヲ求ム、承諾ハ即チ權利侵害ノ責任ノ宥恕ナリ、事、皆私犯ノ理ヲ以テ推ス、根底ニ於テ憲法ノ觀念ヲ異ニスルニ出ツルナリ。』

豫算ノ憲法上ノ効力ハ統治機關ヲ拘束スルコトニ在リ、君主カ國家歲計ノ豫定ヲ示シ統治機關ヲシテ之ニ依準セシムルモノナリ。大政ノ施行ハ政府專ラ之ニ任ス、豫算ノ施行ハ固ヨリ之ニ伴フ、故ニ豫算ノ拘束ヲ受クル者ハ獨、政府ノミニ止リ、議會ハ其ノ上ニ超然トシテ自由ナルカ如ク見ユ。然レトモ豫算ハ國家ノ財政計畫タリ、政府タリ議會タルヲ問ハス、國家機關ノ行動ハ總テ之ヲ尊重シ之ニ依準シテ違フコトナキヲ期スルナリ。豫算ノ行政部內ニ於ケル効力ハ會計法（明治二十二年勅令第六十二號）ノ定ムル所ニ由ル、會計出納ノ準據タル者ナリ、其ノ詳細ハ行政法ノ問題ニ屬ス。』

豫算ノ實質的効用ハ事實若ハ須要ノ豫見タルニ外ナラス、之ヲ裁可シ公布スルモ變シテ法則タルニ非ス、又法律行爲タルニモ非ス。故ニ之ニ依リテ統治機關ノ間、若ハ國家ト一私人トノ間ニ、權利義務ノ關係ヲ生シ得

ヘキ者ニ非サルナリ。統治機關ハ憲法又ハ會計法ノ命スル所ニ依リ之ニ依準スト雖、歲計ノ豫定トシテ依準スルナリ法則トシテ遵由スルニハ非サルナリ。』

按スルニ、豫算ハ歲計ノ豫定ナリ、國家ノ之ヲ制定スルハ其ノ機關ノ行動ヲシテ之ニ依ラシメント欲スルニ在ルハ明白ナリ、故ニ豫算ハ統治機關ヲ拘束スト謂フ。豫算ハ君主カ之ヲ制定シ其ノ準由ヲ命スルモノナルコト法律ト異ナルコトナシ。然ルニ學者或ハ特ニ豫算ハ議會ノ政府ニ對スルノ監督權ノ行動ニシテ、政府ノ之ニ拘束セラルルハ議會ノ權威ニ服從スルモノノ如ク說クアリ。之ヲ歐洲ノ豫算制度ノ沿革ニ徵シ、且ツ今ノ君主國會兩頭對峙ノ憲法ニ照ストキハ、實ニ此ノ趣ナシトセス。唯、我カ憲法ハ全ク之ト其ノ來歷及法理ヲ異ニスルナリ。我カ立憲ノ前、既ニ法律及豫算ノ制アリ、憲法ハ之ヲ制定スルノ手續ヲ改メタルノミ。蓋、立憲ノ効果ハ議會ノ協贊ヲ經ルニ非サレハ法律及豫算ヲ定ムル能ハサルノコトニ存ス、制定セラレタル法律、豫算ノ性質、効力ヲ變更シテ之ヲ議會ノ政府ニ對スルノ命令ナリトナシタルニハ非サルナリ。豫算ハ國家ノ財政計畫ナリ、國家機關ノ之ニ依ルヘキハ當然ノ事トス、獨、政府ノ行動ノ之ニ依ルヘキノミナラス、議會ノ行動亦之ニ依ルヘシ、然ラスンハ何ソ國家歲計ノ平調ヲ持スルコトヲ得ン。豫算ハ君主ノ命令ナリ、議會ノ政府ニ對スルノ命令ニ非ス、議會、政府共ニ其ノ拘束ヲ受ク、獨、政府ノミ議會ニ對シ之ニ違フコトヲ得サルニハ非サルナリ。政府ハ偶、大政施行ノ事ニ當ル、故ニ獨、豫算施行ノ責ニ任スルカ如キモ是レ猶政府ハ法律施行ノ責ニ任スルカ如シ、之ヲ理由トシテ法律及豫算ハ政府ニ對シテノミ拘束ノ力ヲ有シ、議會ハ其ノ上ニ超然タリト謂フコトヲ得サルナリ。蓋、豫算ノ効力ハ之ヲ憲法上ノ効

力ト、會計法上ノ効力トニ分チテ之ヲ論スルコトヲ妨ケサルヘシ。其ノ憲法上ノ効力ハ憲法上ノ諸權力ノ交渉ニ關シテノ拘束ノ力ナリ、其ノ會計法上ノ効力ハ行政內部ニ於ケル會計官吏ノ執務ニ關シテノ拘束ノ力ナリ、此ノ二事ヲ混同セサルヲ要ス、豫算ハ行政監督ノ訓令ナリト解スルカ如キハ專ラ會計法ニ依ル行政法上ノ効力ヲ指スモノニシテ、茲ニ謂フ憲法上ノ効力ト矛盾セス、又重復セス。』

豫算ノ實質ハ法則ニ非ス、亦行爲ニ非ス、之ニ由リテ權利義務ノ生スル者ニハ非サルナリ。統治機關ハ憲法及會計法ノ命スル所ニ由リ之ニ依準ス、之ヲ歲計ノ豫定トシテ依準スルナリ權利義務ノ準則トスルニハ非サルナリ。豫算ハ固ヨリ一私人ニ對シテ何等効果ヲ生スヘキ者ニ非ス、依準ノ義務ハ國家內部ノ諸機關ノ間ニ限ル、而シテ統治諸機關ノ之ニ對スルハ決定セラレタル歲計ノ豫定ヲ尊重シ諸般ノ行動ヲシテ之ニ違フコトナカラシムルヲ期スル者トス。大權及立法權ノ財政ニ關スルノ行動ハ豫算ノ趣旨ニ副フコトヲ要ス、其ノ以外ノ過重ナル効力ハ之ヲ豫算ニ視ルコトヲ得サルナリ。蓋、豫定計畫ハヨシ之ヲ法律ノ名ニ於テ發布スルモ、其ノ實質的効力ハ豫定計畫タルニ過クルコトヲ得ス、此ノ義既ニ前ニ詳說セリ。』

豫算發布ノ公式。豫算ト法律勅令トノ關係

我カ憲法ハ豫算ト法律トシ之ヲ法律ト分ツ、故ニ特殊ノ公式ヲ以テ之ヲ發布シ法律ノ公式ヲ假ラス、豫算ハ啻ニ實質上法則タラサルノミナラス形式上亦法律ニ非サルナリ。故ニ豫算ヲ以テ法律ヲ改廢スルコトヲ得サルト同時ニ、法律ヲ以テ豫算ヲ改廢スルコトヲ得サルモノトス、是レ各其ノ公式ヲ分ツノ効果ナリ。其ノ實質ニ至リテハ豫算ハ法令ノ施行ニ伴フノ歲計ノ豫見ナリ、法律ハ豫算ノ標準タルヘキノ法則ナリ。故ニ形

式上法律ヲ以テ豫算ヲ改更スルヲ得サルモ、實質上二者ノ內容一致セサルトキハ、其ノ外部ニ對スル關係ニ於テハ固ヨリ法律ニ依ルヘキモノトス。勅令ニ付キテモ其ノ理同シ。』

接スルニ、或ル國ニ於テハ豫算モ法律モ共ニ立法權ノ行動ニ成ルノ故ヲ以テ之ヲ形式ノ上ニ分タス、一概ニ法律ト爲スアリ、然レトモ此ノ公式ノ混同ハ豫算ノ性質ヲ變シテ法則トスルノ効果ナシ、却テ解釋ノ紛雜ヲ招クナリ、彼レニ形式的法律、實質的法律ノ論ノ起レルハ此ノ紛ヲ解カンカ爲ノミ。我カ憲法ハ始ヨリ茲ニ鑑ミル所アリ、豫算ト法律トヲ分劃ス、豫算ハ豫算トシテ之ヲ議定シ裁可シ公式上之ヲ法律ト混セサルナリ。其ノ結果ハ公式上豫算ト法律トハ國家意思ノ別樣ノ表示ニ屬シ、一ヲ以テ他ヲ改廢スルコトヲ爲ササル者トス。然レトモ國家意思表示ノ外部ニ對シテ其ノ効ヲ奏スルハ其ノ內容ノ如何ニ由ルコト既ニ說ケルカ如シ。豫算ノ實質ハ豫見ナリ、而モ主トシテ法令ノ施行ニ必要ナルノ費用ノ豫見ナリ、法律ノ實質ハ多ク法則ナリ、從タル豫見ハ主タル法則ニ追隨スヘキハ當然ノ事ニ屬ス、是レ法律ハ豫算ヲ變更スルノ効力アルニハ非ス豫見ハ事實ニ從フノ實質內容ノ効果ナリ。此ノ故ニ豫算ト法律ト相抵牾スルコトアラハ法律ニ依ルヘキモノトス、但シ豫算ハ之カ爲ニ改變セラレタリト謂フニハ非サルナリ。此ノ場合ニ於テ、政府ハ法律ヲ重シトシ豫算ニ違フノ措置ヲ爲スコトヲ得ヘキモ、憲法上、尙豫算違反ノ責ヲ免レス、事後ニ議會ノ承諾ヲ求ムルヲ要スルコト他ノ豫算外支出ニ於ケルト異ナルナキナリ。豫算ト法律ト抵觸スルトキハ法律ニ依ルヘシト謂フハ豫算違反ヲ辯護スルノ理由タルコトヲ得ヘシ、之ヲ以テ當然豫算ヲ改變スルノ効力アリト爲スハ法理ノ許サヽル所ナリ、事理ヲ混スヘカラス。』

財政ニ關スル憲法ノ特別規定

我カ憲法ハ凡ソ租稅ハ永久ノ者トシ、之ヲ賦課シ改廢スルハ法律ヲ以テス、毎年ノ豫算ニ依リ之ヲ徵收スルモノニハ非サルナリ（憲法第六十二條）』國債ヲ起シ、及豫算ニ定メタルモノヲ除ク外、國庫ノ負擔トナルヘキ契約ヲ爲スハ、帝國議會ノ協贊ヲ經ヘシ（憲法第六十條）』公共ノ安全ヲ保持スル爲緊急ノ需用アル場合ニ於テ、內外ノ情形ニ因リ、政府ハ帝國議會ヲ召集スルコト能ハサルトキハ、勅令ニ依リ財政上必要ノ處分ヲ爲スコトヲ得、此ノ場合ニ於テハ次ノ會期ニ於テ帝國議會ニ提出シ其ノ承諾ヲ求ムルヲ要ス（憲法第七十條）』

按スルニ、租稅ヲ賦課シ徵收スルハ必ス法律ニ依ル、豫算ニ依ルモノトセス、此レ我カ憲法ノ要義ニシテ特ニ明文ヲ揭ケテ表示スル所ナリ。外國ノ事例ハ由來稅ノ賦課徵收ハ每年ノ豫算ニ依ルモノトス、蓋豫算每年ノ議定ハ租稅ノ賦課徵收ノ承諾ヲ得ルカ爲ニ之ヲ必要トシタルナリ。承諾ナケレハ租稅ナシ、豫算ナケレハ承諾ナシ、稅法ハ一年法ナリ、每年ノ豫算承諾ニ由リ更新シテ之ヲ施行スルコトヲ得ルモノトス、之レ歐洲ニ於ケル豫算制度ノ本旨タリ。我カ憲法ハ此ノ關係ヲ覆ヘシ、法律ヲ主トシ、豫算ヲ從トシ、租稅ハ永久ノ法律ニ依ル、豫算ノ拒否ヲ以テ納稅ノ義務ヲ免ルル能ハサルモノトス、此ノ義我ニ在リテ當然ノ事ニ屬スルモ、內外ヲ比較スレハ實ニ政體ノ一大特徵トスルニ足ル。

稅法アリト雖豫算ナケレハ徵稅スルコトヲ許サス、是レ彼ノ主義ナリ、豫算アリト雖稅法ナケレハ徵稅スルコトヲ許サス、是レ我ノ主義ナリ、此ノ事獨、租稅歲入ニ關スルノミナラス一般ニ豫算ト法律トノ關係ニ於テ彼我ノ特質ヲ徵明スルモノト謂フヘキナリ。』

國債ヲ起シ、及豫算外國庫ノ負擔トナルヘキ契約ヲ爲スハ議會ノ協贊ヲ經ルコトヲ要ス。一會計年度ヲ超ヘス、豫算ノ範圍ニ於テ、債務ヲ負

擔スルコトハ既ニ其ノ豫算ノ協賛ニ包含ス、年度ノ外ニ亘リ將來ニ向フテ債務ノ負擔ヲ遺スコトハ更ニ議會特別ノ協賛ヲ要ス、其ノ理由自ラ明カナリ、若憲法ノ此ノ用意ナクンハ豫算協賛ノ權ハ契約ノ自由ノ爲ニ紛更セラルルヲ免レサルヘキナリ。』

憲法第七十條ノ財政上ノ緊急處分ハ、事體頗ル重大ナリ、故ニ嚴密ノ要件ヲ示シテ之ヲ許ス、戒愼ノ意ヲ致スナリ。凡ソ政費ハ租稅ヲ以テ之ニ充ツルヲ本則トス、然レトモ經常ノ收入ハ時ニ政費ノ需用ニ應スルニ足ラサルコトアリ。故ニ又國債ヲ起シ一時ノ收入ノ爲ニ負擔ヲ將來ニ遺スノ已ヲ得サルニ出ツルコトアルナリ。租稅ハ必ス法律ニ由ル、國債ハ必ス特別ノ協賛ニ由ル、議會ノ議ヲ經スシテ國民ノ負擔ヲ加重スルコトヲ爲サス、是レ立憲ノ本則ナリ。然レトモ憲法ハ亦非常ノ場合ニハ臨機ノ處置ヲ取ルヘキコトヲ明示ス、憲法第七十條ハ其ノ一例ナリ。公共ノ安全ヲ保持スル爲、緊急ノ需用アル場合ニ於テ、內外ノ情形ニ因リ、政府ハ帝國議會ヲ召集スルコト能ハサルトキハ、勅令ニ依リ財政上必要ノ處分ヲ爲スコトヲ得ヘシ、是レ緊急ノ場合ニ處スルノ變例ヲ認ムルナリ。緊急ノ需用アラハ臨時帝國議會ヲ召集シテ之ヲ問フヘシ內外ノ情勢ニ由リ之ヲ召集スルコト能ハサルトキニ限リ始メテ勅令ヲ以テ財政上ノ緊急處分ヲ爲スコトヲ得ヘシ、之ヲ憲法第八條ノ場合ニ比スルニ更ニ一層ノ愼重ヲ加フルナリ。此ノ緊急處分ハ次ノ會期ニ於テ帝國議會ニ提出シ其ノ承諾ヲ求ムルヲ要ス。緊急ノ場合ニ、勅令ニ依リ、財政上ノ必要ノ處分ヲ爲スハ憲法ノ命スル所タリ、固ヨリ不法ノ事ニ非ス、國家ノ外部ニ對スル關係ニ於テハ、事總テ前ニ議會ノ協賛ヲ經テ之ヲ行フ者ト其ノ效果ヲ異ニスルコトナシ。偶、事後ニ議會ノ承諾ヲ得サルコトアリトスルモ之カ爲ニ權利ヲ失ヒ義務

ヲ負フノコトナキナリ。茲ニ謂フ事後ノ提出及承諾ハ統治機關內部ノ交涉ニ屬シ、其ノ承諾ノ如何ハ政府ノ責任ノ如何ニ係ルコトアリトスルモ、國家ト人民トノ間ニ於ケル法律關係ニハ何等影響スル所ナキナリ。』

歲出歲入ノ決算及會計檢查

國家ノ歲出、歲入ノ決算ハ會計檢查院之ヲ檢查確定シ、政府ハ其ノ檢查報告ト俱ニ之ヲ帝國議會ニ提出スヘシ、會計檢查院ノ組織及職權ハ法律ヲ以テ之ヲ定ム（憲法第七十二條）。』

按スルニ、會計ハ豫算ニ初マリ出納ニ中シ、決算ヲ以テ終ル、豫算既ニ議會ノ議ヲ經テ之ヲ定メタルトキハ、亦其ノ決算ヲ議會ニ報告シテ終始ヲ全ウスルハ固ヨリ當然ノ事ニ屬スルナリ。凡ソ出納ハ豫算ニ依ル、而シテ現計ハ豫算ノ額ニ出入スルハ亦免レサル所トス、故ニ現計ノ決算ハ之ヲ豫算及法令ニ對照シテ其ノ收入支出ノ要用ト合法トヲ審査スル之ヲ會計ノ檢查ト謂フ。會計檢查ハ唯、算數ノ查定タルノミニ非ス、收入支出ノ要用如何、及合法如何ヲ問フ者ナリ。憲法ハ特ニ獨立ノ會計檢查院ヲ置キ、此ノ重要ノ職權ヲ行ハシム、獨立トハ天皇ニ直隸シ行政長官ノ監督ノ下ニ立タサルヲ謂フナリ。政府ハ每會計年度ノ決算ヲ會計檢查院ノ檢查ニ付シ、其ノ檢查報告ト俱ニ之ヲ議會ニ提出スルナリ。會計檢查院ノ檢查決定ハ行政部內ニ於ケル會計官吏ノ責任如何ニ係ル、其ノ收入、支出、適當ニシテ合法ナリト決セラレタルトキハ、其ノ責任ヲ解除ス、其ノ不當又ハ違法ナリト決セラレタルトキハ其ノ責任ヲ免ルルコトヲ得ス。會計檢查院ハ其ノ檢查ノ成績ヲ上奏スルナリ。議會ハ亦政府ノ決算ヲ審查シ、若ハ不當若ハ違法ノ事アリト認ムルトキハ、政府ニ質問シ、天皇ニ上奏スルコトヲ得ヘシ、蓋、議會ノ審查決

定ハ政府ノ責任如何ニ係ル、然レトモ議會自ラ之ヲ制裁スルモノニ非ス、事體ニ由リ其ノ不當違法ヲ上奏シテ聖斷ヲ仰クニ止マルナリ。會計檢査院ハ官吏ノ「行政法上ノ責任ヲ問ヒ」、議會ハ政府ノ憲法上ノ責任ヲ問フ、二者重復セス、矛盾セス、共ニ國家カ其ノ會計ヲ監督スルノ用ヲ爲スモノトス、憲法ノ用意周到ナリト謂フヘシ。』

第十三章　司法權

司法權ハ民事刑事ノ訴訟ヲ裁判スルノ國權ノ行動ナリ。』

按スルニ、司法權ノ解、學者ノ說概ネ漠然トシテ精確ナラス、今試ミニ憲法分權ノ精神ニ酌ミ之ヲ其ノ實質ト其ノ形式トニ顧ミテ定義スルナリ。蓋之ヲ立法及行政ノ國權行動ニ對照シ、以テ司法權ノ本領ヲ檢スレハ、民事、刑事ノ訴訟ヲ管轄スルハ其ノ實質上ノ特徵タリ。之ヲ審理スルニ必ス裁判ノ形式ニ於テスルハ亦其ノ異色タリ、故ニ之ヲ綜合シテ以テ其ノ本領ヲ明カニス。學者多クハ司法權ヲ解シテ單純ニ法則ヲ特定ノ事件ニ適用スルノ事ト爲ス、蓋立法權ハ法則ヲ設定シ、行政權ハ法則ノ範圍ヲ越ヘサルノ限ニ於ケルノ自由ノ行動タリ、而シテ法則ヲ解釋シ適用スルハ即チ司法權ナリト謂フノ趣旨ニ出ツルナリ。是レ

或ハ三權ヲ分ツノ本來ノ精神ナラン乎、今ノ憲法ノ上ニ於テハ其ノ區別ノ存スル所必シモ此ノ如ク純白ナラス。法則ヲ設定スルノ權必シモ所謂立法權ノ專有ニ非ス、大權亦法則ヲ設定スルノ命令ヲ發シ又ハ發セシム。法則ヲ解釋シテ之ヲ特定ノ事件ニ適用スルノ事必シモ所謂司法權ノ獨占ニ非ス、行政ノ處分亦多ク然リ、今ノ所謂法治國ノ理想ハ凡ソ行政處分ハ司法判決ト同シク法則ノ解釋適用クラシメント欲スルニ在ルナリ。故ニ特ニ司法權ヲ指シテ法則ノ解釋適用ノ權ナリト謂フハ今ノ憲法ニ當ラス。學者亦多ク司法權ト裁判權トヲ混同ス。司法權ハ裁判ノ形式ニ於テ行動スルモ、裁判ト謂フノ形式ハ必シモ司法權ニ限ルモノニハ非ス、行政ノ裁判アリ、軍法ノ裁判アリ、裁判ノ形式ニ於テ行政ノ行爲ヲ決定スル固ヨリ之ヲ妨ケス、又多ク見ルノ事例ナリ。故ニ漠然司法ハ裁判ノ謂ナリト解スルハ其ノ要領ヲ得サルナリ。今ノ憲法上ノ權力分立ノ趣旨ヨリスレハ、司法權ノ本領ハ宜ク之ヲ其ノ實質ト形式トノ二點ニ求メ、以テ他ノ權力ニ對スルノ特質ヲ明徵ニスヘキナリ。民事刑事ノ訴訟ハ其ノ實質タリ、裁判ハ其ノ形式タリ、蓋司法權ハ民事、刑事ノ訴訟ヲ裁判スルノ國權ノ行動ナリト謂フノ解ハ、平穩ニシテ憲法ノ趣旨ニ合ヒ、其ノ本領ヲ指示スルニ於テ當ヲ得タルヲ信スルナリ。』

現行ノ制度ヲ案スルニ、法律ニ依リ裁判所ノ行フノ事、必シモ民事、刑事ノ訴訟ノ裁判ニノミ限ルニ非ス、所謂非訟事件ナル者アリ、又公法上ノ訴訟ノ裁判アリ。然レトモ是レ附隨ノ事務タルノミ、憲法ノ以テ司法權ノ本領ト爲ス所ノモノハ此ニ存スルニ非サル蓋明白ナリ。此レ等ノ附隨ノ權限ナクトモ固ヨリ司法權ノ司法權タルヲ失ハス、唯民事、刑事ノ裁判ト謂フコトナクシテハ司法權ハ之ヲ想像スルコト能ハサル

ナリ。此レ等附隨ノ事務ハ實質上司法權本來ノ內容ニハ非サルモ、司法裁判所ノ獨立ノ地位ニ於テ之ヲ行ハシムルコト、其ノ公正ヲ期待スルニ於テ便ナルモノアルカ故ニ、法律ハ之ヲ司法裁判所ノ權域ニ附加シタルノミ、憲法上ノ必然ノ含蓄ニ非ス、法律ヲ以テ之ヲ行政ノ權域ニ移スモ敢テ妨クル所ナシ、若法律ヲ以テ民事、刑事ノ裁判ヲ行政ノ權域ニ移スコトアラハ是レ、即チ違憲ナラン、二者ノ別アル之ニ由リテ知ルヘキナリ。』

訴訟ハ權力ニ訴ヘテ裁判ヲ求ムルノ義ナリ。民事訴訟ハ私法上ノ權利ノ保全ヲ目的トスルノ訴訟ナリ。刑事訴訟ハ法令ノ定ムル所ノ刑罰ノ適用ヲ目的トスルノ訴訟ナリ。裁判ハ訴訟當事者カ權利トシテ其ノ事件ノ審理ニ參與シ、之ヲ要件トシテ法ノ適用ヲ事件ノ上ニ判定スルノ權力ノ行動ナリ。』

訴訟。
民事。
刑事。
裁判。

按スルニ、訴訟、裁判、及民事、刑事、ノ觀念ハ、學說由來曖昧ニ流レ、學者多クハ之ヲ凡識通俗ノ見解ニ由リテ既ニ明白ナルモノノ如クニ前提シ、法理上嚴正適切ノ定義ヲ試ミルノ責任ヲ避クルノ風アリ。然レトモ、司法權ノ觀念ノ確的ナルコトハ唯、此レ等ノ觀念ノ確的ナルコトニ由リテノミ存ス。故ニ茲ニ此レ等ノ觀念ニ付法理上ノ要素ヲ指摘シ、敢テ簡明確的ノ定義ヲ揭ケ、之ヲ曖昧疑似ノ間ニ置クコトヲ爲ササルナリ。』

訴訟ハ權力ニ訴ヘテ裁判ヲ求ムルノ義タリ。訴權トハ此ノ請求權ノ謂ナリ。權力ニ訴フルニ非サレハ訴訟ニ非ス、此ノ義明白言ヲ待タス。蓋權力ニ訴フルモ裁判ノ形式ヲ求メス、唯、處分ヲ求ムル者ハ之ヲ訴訟ト謂ハサルハ今ノ通例タリ。

又訴訟ヲ視テ單純ニ當事者間ノ爭議ナリトスルハ通俗ノ誤解タリ、凡ソ訴トハ國家ニ對シ其ノ權力ノ行動ヲ要求スルノ義タル亦論ナキナ

リ。』

民事訴訟ハ私法上ノ權利ノ保全ヲ目的トスルノ訴訟ナリ。公法私法ノ區別ハ予既ニ詳細ノ論アリ（毎年ノ講義ノ外、法學協會雜誌其ノ他ノ雜誌ニ掲ケタリ）重テ煩ハシク述ヘス、茲ニ謂フ私法上ノ權利トハ予ノ主持スルノ私法ノ觀念ニ於テ之ヲ解スヘキハ固ヨリ論ナキナリ。人多ク民事ハ私法上ノ事件タルコトニ異議ナシ、然レトモ私法ノ觀念ニ於テ異議多キカ故ニ、此ノ定義ノ形式上ノ一致ハ實ハ何等ノ意義ヲ爲ササルナリ。予ハ私法ヲ解シテ非權力ノ平等關係ノ規律ト謂フ、私法上ノ權利トハ此ノ關係ノ上ニ存立スルノ權利ノ謂ナリ。人或ハ民事訴訟ヲ解シテ人事及財產ニ關スルノ訴訟ナリト說ク。人事及財產ニ關スル者ト雖、行政權力ノ處分ニ對スルノ訴ハ民事ノ訴訟トナラス、人事及財產ニ關スル私法上ノ事件ヲ指スニ外ナラサルヘシ。人亦民事訴訟ヲ指シテ私人間ノ權利ノ爭訟ナルカ如ク謂フハ亦誤解ノ明白ナル者ナリ、國家ハ民事訴訟ノ當事者タルコトヲ妨ケサル論ナキノミ。』

刑事訴訟ハ刑罰ノ適用ヲ目的トスルノ訴訟ナリ。凡ソ刑罰ハ犯罪ニ對シテ之ヲ課ス、犯罪ナケレハ刑罰ナシ、犯罪トハ法ノ禁止スル所ヲ犯スノ所爲ナリ。抑、國家カ犯罪ヲ處罰スルハ必然ニ訴訟、裁判ノ方式ニ依ラサルヘカラサルノ理由アルニハ非ス、然レトモ立憲法治ノ主義トスル所ノ一ハ、犯罪ト刑罰トノ關係ハ必ス法則ヲ以テ之ヲ定メ、又刑罰ニ處スルハ必ス裁判ノ形式ニ依ルコトニ存ス。是レ刑罰權ノ濫用ヲ防カント欲スルナリ。故ニ法律ニ特別ノ除外ノ明文アル者ノ外ハ、凡ソ處罰ハ訴訟ノ方式ニ則リ、裁判ノ形式ニ於テスヘク、司法權ノ領域ニ屬スル者ト視ルヘキナリ。』

裁判ハ訴訟當事者カ權利トシテ其ノ事件ノ審理ニ參與スルコトヲ要

件トシテ、法則ノ適用ヲ事件ノ上ニ判決スルノ權力ノ行動ナリ。裁判ハ法則ノ適用ヲ事件ノ上ニ判決スル者ナリ、而シテ其ノ特徴ハ訴ニ由リ、且ツ當事者カ權利トシテ其ノ事件ノ審理ニ參與スルコトニ在リ。訴ナケレハ裁判ナシ、是レ司法權行動ノ原則ナリ。又特定ノ事件ニ對シ法則ヲ解釋シテ其ノ適用ヲ決定スルハ行政廳ノ多ク行フ所ニシテ、之ヲ以テ司法判決ト、行政處分ト、ノ分岐スル所ト爲スコト能ハサルナリ。蓋、所謂裁判ノ特徴ハ判決ニ由リ法律關係ノ確定ノ効力ヲ受クヘキ當事者カ、法律上ノ權利トシテ、其ノ審理ニ參與スルコトニ存ス。裁定ノ職權アル官廳カ、參考ノ爲ニ其ノ事件ノ當事者ヲ審問シ、又ハ當事者カ其ノ意見ヲ參考ノ爲ニ官廳ニ提出スルカ如キノ手續アルモ、之ヲ裁判トハ謂ハス、當事者ハ權利トシテ之ニ參與シ、官廳ハ此ノ參與アルニ非サレハ判決スル能ハサルコトヲ法律上ノ要件トスルニ於テ始メテ之ヲ裁判ト謂フヘキナリ。或ハ曰フ、裁判ハ當事者ノ爭ヲ裁決スルノ謂ナリト。然レトモ、今ノ國法上ノ觀念ハ必シモ此ノ如ク單純ナラス。當事者ノ爭議ヲ裁斷スルコトハ通常ノ行政ノ裁決トシテ多ク之アリ而シテ今ノ法律ハ之ヲ裁判トハ謂ハス。又行政ノ行爲ト雖、當事者ノ參與ヲ其ノ權利ナリト認メ、訴ニ由リ此ノ手續ヲ履ミテ判決スル者ハ之ヲ處分ト謂ハス裁判ト謂フ、行政裁判ノ如キナリ。故ニ予ハ裁判ト謂フノ形式ノ特徴ヲ彼ニ求メス此ニ求ムルナリ。』

司法權ノ行使。

司法權ノ獨立

司法權ハ法律ニ依リ、裁判所之ヲ行フ。蓋、法律ニ依リ之ヲ行フト謂フハ司法裁判ノ手續ハ專ラ法律ノ定ムル所ニ依遵シテ之ヲ行フノ外、大權ノ干涉ヲ受クル者ニ非サルノ義ヲ表明スルナリ。凡ソ訴訟ヲ裁判スルハ專ラ法律ノ定ムル手續ニ依ルヘク、又法則ヲ解釋シテ之ヲ事件ニ適用ス

ルハ一ニ裁判官ノ獨立ノ意見ニ依ルヘク、政府ノ權勢ヲ以テ之ニ干渉スルコトヲ許サス、之ヲ司法權ノ獨立ト謂フ。蓋、憲法カ特ニ條規ヲ揭明シ、司法權ハ法律ニ依リテ之ヲ行ヒ、裁判所ノ構成ハ法律ヲ以テ之ヲ定メ、裁判官ハ刑法ノ宣告又ハ懲戒ノ處分ニ由ルノ外其ノ職ヲ免セラルルコトナシ（憲法第五十七條第五十八條トスルモノハ此ノ司法權ノ獨立ヲ保障スルニ外ナラサルナリ。』

按スルニ、司法權ノ獨立ハ立憲ノ大義ナリ。人民ノ權利ノ安全ハ實ニ憲法ニ此ノ大義ノ存スルニ由ル。立法、司法ノ權、本、行政ノ權ト分タス、政府兼テ立法シ又訴訟裁判ノ事ヲ行ヒタリ。然レトモ、此ノ政府ノ專制ハ法ヲ施行シ、及法ヲ適用スルニ於テ、往往ニシテ公正ヲ失フノ弊アルヲ見タリ。法ヲ立ツル者兼テ自ラ法ヲ施行シ法ヲ適用スルハ法ノ眞意ニ合フニ於テ最便宜ナルニ似タリ。然レトモ歷史ノ明證スル所ハ其ノ實全ク相反ス、權勢ヲ持テ之ヲ法度ノ外ニ濫用スルハ、多ク此ノ權力兼併ノ制ニ出ツ。故ニ立憲ノ政體ハ此ノ三權ヲ分派獨立セシメ以テ法ノ公正ヲ保持セントト欲スルナリ。所謂司法權ノ獨立ハ亦此ニ由ル者ナリ。抑、司法權獨立ノ政治上ノ意義ハ行政權ノ權勢ノ爲ニ干涉ヲ受ケサルノ事ニ出ツ。而シテ裁判官ノ地位ノ獨立ニシテ安固ナルハ、唯、政治的勢力ニ對抗スルニ於テ其ノ要アルノミナラス、能ク社會的勢力ニ對抗シテ公正ノ柄ヲ執ルニ於テ亦其ノ要アルナリ。故ニ憲法ハ人民ノ權利ヲ尊重スルカ爲ニ、司直ノ職ヲ獨立安固ナラシムルナリ。』

司法權ハ法律ニ依リ、裁判所之ヲ行フ。是レ裁判ノ手續ハ必ス法律ノ定ムル所ニ依ルヘク命令ヲ以テ左右スルコトヲ爲ササルヲ謂フ。或者之ヲ解シテ事件ノ判決ニ適用スルノ法則ハ法律タルヘク命令タル

ヘカラスト爲スハ甚謬レリ。大權ハ法律ヲ變更セサル限ニ於テ獨立シテ命令ヲ發シ權利自由ノ準則ヲ設クルコトハ憲法ノ明言スル所ナリ、命令ノ形式ヲ以テ制定セラレタルノ法則モ亦法律ノ形式ニ於テスル者ト其ノ實質ノ効力ヲ同フスル知ルヘキナリ。司法判決ハ法則ヲ解釋適用シテ當事者間ノ法律關係ヲ確定スルニ在リ。憲法第五十七條ニ「司法權ハ法律ニ依リ裁判所之ヲ行フ」トアルハ訴訟、裁判ノ手續ニ付キテ謂ヘルモノニシテ、判決ノ準則ハ必シモ法律ノ形式アル者ニノミ限ルノ意ニ非サル推シテ知ルヘキナリ。裁判所ノ構成ハ法律ヲ以テ之ヲ定メ、裁判官ノ職ハ法律ニ依ルノ處罰又ハ懲戒ニ由ルノ外政府ノ權威ヲ以テ之ヲ免スルコトナキヲ保障スルハ、亦皆司法權ノ獨立ヲ全ウセシムルノ所以ニ出ツルナリ。』

抑〻司法權獨立ノ主義ハ、本、政治上ノ要求ニシテ專ラ政府權勢ノ干渉ヲ排斥スルノ精神ニ出ツ。故ニ之ヲ解スルニハ其ノ政治上ノ意義ヲ掛酌スヘキト同時ニ、其ノ法理上ノ意義ハ亦之ヲ誤解スヘカラサルナリ。○司法權ハ統治權ノ行動ノ一方面ニシテ夫レ自身獨立自存スルノ別個ノ權力ニ非サルハ論ナキナリ。唯之ヲ司法權ト呼フハ所謂分權主義ノ觀念ヲ指示スル於テノミ其ノ意義ヲ爲ス者ナリ。國家ノ司法ス ル法律意思ハ其ノ立法シ又ハ行政スルノ法律意思ヲ成スノ自然意思トハマタ相異ナルノ自然意思ニ成ルノ意味ニ於テ、之ヲ司法權ト呼ヒ、以テ他ノ立法權、行政權ト分ツモノニ外ナラサルナリ。此ノ義前ニ述フルコト詳ナリ再ヒ煩ハシク言ハス。此ノ理ヲ推ストキハ、既ニ分權ノ主義ニ則リ之ヲ司法權ト謂ヒテ以テ行政權ト分ツハ其ノ獨立ニシテ行政權ノ侵犯ヲ受クルモノニ非サルコト其ノ義自ラ具ハレリ。司法權ノ獨立ナルハ尙行政權ノ獨立ナルカ如シ、特ニ司法權ノミ獨立ニ

シテ他ノ權力ハ獨立ニアラサルノ理ナシ。然モ尙司法權ニ付テハ特ニ獨立ヲ表示シテ其ノ旗色トスルモノハ、蓋、立憲ノ當初ニ於ケル政治ノ情勢ニ由來スル所アルナリ。司法權ハ名ニ於テ行政權ト分立對峙スルノ權力ナリトスルモ、裁判官ノ任免進退ニシテ行政權ノ自由ニ存スルトキハ、則チ其ノ獨立ノ實ヲ有セサルナリ。此ノ故ニ裁判官ノ進退ハ必ス法律ノ條規ニ依ルヘク、行政權ノ自由ノ處分ニ任セサルナリ。憲法カ裁判官ノ地位ノ安固ヲ保障スルノ條規ヲ掲クルハ此ニ由ル、蓋權力ノ獨立ハ之ヲ行フ人ノ獨立ニ由リテ全キヲ得ヘケレハナリ。』

司法判決ノ實質的及形式的効力

司法權ノ行動タル裁判判決ノ効力ハ、其ノ實質上ヨリ見レハ、當事者間ニ於ケル法律關係ノ確定ナリ、其ノ形式上ヨリ見レハ、他ノ權力ノ爲ニ侵犯セラルルコトナキノ點ニ存ス。憲法ニ特ニ明文ヲ掲ケテ例外ヲ示スノ外ハ、大權若ハ立法權ヲ以テ司法裁判ノ効果ヲ奪フコトヲ許ササルナリ。抑立法權ハ法則ヲ設定スルコトヲ其ノ本領トス、訴訟ニ由リ、法則ヲ特定ノ事件ニ適用スルコトハ、其ノ權域ニ存セサルナリ。法則ヲ改變スルノ効果トシテ司法裁判ニ由リテ既ニ定マレルノ法律關係ノ或ハ動搖スルコトアルハ免レサル所ナラン。然レトモ法則ノ變更ニ非スシテ、單ニ司法裁判ノ効果ヲ奪フハ立法權ノ能ク爲ス所ニ非サルナリ。大權ハ立法權及司法權ノ憲法上ノ固有ノ權域ノ外ニ於テ自由ナリ、命令ヲ以テ法則ヲ定メ處分ヲ以テ法律關係ヲ決定スルハ、固ヨリ其ノ所トス。然レトモ憲法ノ特別ノ明文又ハ法則改變ノ間接ノ結果ニ出ツルノ外ハ、大權ノ處分ハ司法獨立ノ裁判判決ノ効力ヲ左右スルコト能ハサルハ亦明白ナリ。蓋憲法カ司法權ヲ立法權及大權ヨリ分離シ、民事、刑事ノ裁判ヲ以テ其ノ本領トシタルノ精神ハ此ノ如ク解スルニ非サレハ其ノ意義ヲ爲

ササルナリ。』

按スルニ、司法裁判ニ由ル判決ノ實質的効力ハ當事者ノ法律關係ノ確定ニ在リ、其ノ形式的効力ハ他ノ權力ノ爲ニ侵犯セラレサルコトニ在リ。凡ソ判決ハ法則ニ依リテ之ヲ爲ス。法則ニシテ變更セラルルコトアラハ隨ヒテ判決ニ因ルノ權利關係ノ變更アルコトナキヲ必セス。司法判決ハ固ヨリ法則其ノ者ノ改正變更ニ對抗スルノ力ナキハ言ヲ待タサルナリ。茲ニ謂フ所ハ法則ノ變更ニ由ラスシテ司法判決ノ効果ヲ奪フコト能ハサルヲ指示セント欲スルナリ。或ハ謂フ、立法權ハ最高ノ權力ナリ、故ニ自ラ訴訟ヲ判決シ又ハ司法判決ヲ左右スルヲ妨ケスト。抑、立法權ノ本領ハ法則ノ設定ニ在リ、凡ソ行政ノ處分又ハ司法ノ判決ハ法則ニ依ル、此ノ意義ニ於テノミ立法權ハ最高ノ權トイフコトヲ得ヘキノミ。實ハ立法權ノ最高ナルニハ非ス法則ハ處分、及判決ノ上ニ在ルヲ指スニ外ナラサルナリ。立法權ハ法則ノ設定以外ニ、自ラ行政處分ヲ爲シ、司法判決ヲ爲シ得ヘキ權能ヲ有セス。是ノ事、分權ノ主義ニ視テ明ナルノミナラス、我カ憲法ノ明文ノ上ニ昭カナリ。我カ憲法ニ於テハ議會ハ法律及豫算ヲ議定スルノ外、行政處分ヲ爲シ、及司法判決ヲ爲スノ權能ヲ付與スルノ明文ナシ。上奏シ建議シ及人民ノ請願ヲ受理スルコトアルモ、司法事件ノ判決ニ干渉スルコトヲ許ササルハ事理甚明白ナリ。故ニ議院法ハ特ニ明言シテ議院ハ司法ニ干預スルノ請願ヲ受理スルヲ得サル旨ヲ掲クルナリ。外國ノ例、或ハ議院ヲ以テ司法最高ノ裁判所トスル制ナキニ非サルモ、是レ我カ憲法ノ認メサル所ナリ。行政權ヲ以テ司法權ノ本領ヲ侵スコトヲ許ササルノ理亦推シテ知ルヘシ。抑、行政ノ處分ハ國家ト個人トノ權力關係ヲ確定スルノ効果ヲ有ス。此ノ行政處分ノ効果ハ司法裁判ヲ以

テ之ヲ侵スコトヲ許ササルト同時ニ、司法裁判ノ効果ハ亦行政處分ヲ以テ之ヲ侵スコトヲ許ササルナリ。但シ司法裁判ノ効力ハ當事間ニ於ケル關係ヲ確定スルモノニシテ當事者以外ニ及フモノニ非サルノ義ハ之ヲ忘ルヘカラサルナリ。例セハ當事者ノ間ニノミ權利關係ノ確定セル判決ヲ以テ一般ニ其ノ當事者以外ノ者ニ對抗スルコトヲ得サルハ亦明白ナリ。行政處分ノ以テ之ヲ侵スコトヲ得ストスル所ノ者ハ者ハ司法判決ノ此ノ効力其ノ者ナリ、當事者間ノ權利關係ヲ左右スルコトヲ許ササルヲ謂フナリ。國家カ第三者トシテノ立脚地ニ於テ或ハ司法判決ニ拘ハラス其ノ適法トスルノ主張ヲ爲スハ固ヨリ之ヲ妨クル所ニハ非サルナリ。此ノ義彼此混同ナキヲ要ス。』

司法裁判ノ判決ニ對シ特ニ恩赦ノ大權アルコトハ憲法ノ明文ノ掲ク ル所事固ヨリ辨ヲ待タス。又戒嚴ノ宣告ニ由リ、其ノ他憲法第三十一條ニ明言スル戰時及國家事變ノ場合ニ於ケル非常大權ノ行動トシテハ、民事、刑事ノ裁判ニ干渉スルコトアル亦論ナキナリ。』

第十四章　行政

行政ノ觀念。

行政及大權。

大權ハ官府ヲ設ケ大權及立法權ノ定ムル所ヲ施行セシム、此ノ官府ノ行動ヲ指シテ行政ト謂フ。大權ト行政トヲ混同スヘカラス、大權ハ行政ヲ監督スルナリ。憲法上ノ權力ノ行動ハ行政ニ非ス、行政ト謂フ觀念ハ官府ニ依リ外部ニ對スルノ國權ノ行動ヲ指スナリ。官府ナケレハ行政ナシ、外部ニ對スルノ權力行動ニ非サレハ亦行政ニ非サルナリ。』

按スルニ、行政ハ憲法上ノ權力ノ行動ニ非ス、故ニ其ノ法理ヲ論スルハ別種ノ學科ニ屬シ、茲ニ之ヲ說クノ用ナシ、之ヲ說クハ却テ憲法ノ本領ヲ誤解セシムルノ恐ナキニ非ス。然レモ行政ノ觀念由來漠タリ、之ヲ說カサレハ人亦誤認シテ之ヲ憲法上ノ權力ノ行動ノ一ナリト爲スヲ防クコト能ハサルナリ。故ニ憲法末尾ノ附錄トシテ、本章ヲ置キ、一ハ此ノ誤解ヲ防キ、一ハ憲法ト行政法トノ混同スヘカラスシテ相關連スル所由ヲ示サントス、參考ニ供スルナリ、體裁ノ爲ニ本旨ヲ誤ルコト勿レ。』

大權ト行政トヲ分チ之ヲ混同セサルコト我カ憲法ノ一大要義タリ、官制ヲ定メ政務ノ施行ヲ命スルハ大權ノ行動ナレトモ、官制ニ依リ政務ヲ施行スルコトハ官府ノ行政行爲ニシテ、大權ノ行動タルニハ非サルナリ。大權ハ行政ヲ監督ス、行政ハ亦大權ノ延長タルニモ非サルナリ、又行政行爲ヲ規律スルノ法理ハ大權ノ憲法上ノ行動ニ及ホスコト能ハス、二者ハ別種ノ法理ヲ爲ス、憲法ト行政法トノ別アル所由トス。然ルニ學者多ク此ノ二樣ノ觀念ヲ混同ス、爲ニ憲法ノ法理ヲ謬ルコトアリ、辯セサルヘカラサルナリ。蓋、專制ノ世大權及行政ヲ分ツノ用ナシ、若之ヲ分ツコトアラハ、大政ノ總括ト其ノ細目ノ施行トノ量數ノ差ニ

シテ、種類ノ別タルニハ非サルナリ。立憲ノ制ニ則ルニ迨ヒテハ、大權ハ立法權及司法權ト倶ニ憲法ノ上ニ鼎立ス、行政ト謂フ觀念ハ權力ノ憲法上ノ分立交涉ニハ關係スル所ナク、唯、大權ノ監督ノ下ニ、此ノ分立交涉ノ成果ヲ施行スルノ官府ノ行爲ヲ指スコトトナリ、隨ヒテ大權ト行政トハ全ク別樣ノ意義ヲ有スルニ至レリ。然レトモ、歐洲ノ君主國ハ今、尙、中世ノ兩頭政治ノ因襲ヲ脫セス、一切ノ國務ヲ兩斷シテ、君主ノ權及國會ノ權ト爲シ其ノ對等峙立ヲ憲法ノ要義トス、茲ニ謂フ大權及行政ハ共ニ君主ノ勢力範圍ニ屬スルノ故ヲ以テ、一概ニ混同シ之ヲ君主ノ權力ト對立セシムルノ外ハ、更ニ之ヲ分析スルノ要アルヲ見サルナリ。我カ國體ハ君主ヲ以テ主權者ト爲ス、而シテ所謂權力ノ分立ハ主權者ノ分立ニ非ス、主權以下ノ憲法上ノ權力ノ分立ナリ、君主ト國會トノ分立ニ非ス、大權ト立法權トノ分立ナリ。

大權トハ君主ノ權力ノ義ニ非ス、其ノ親裁專斷ノ權力行動ヲ指スノミ、行政ハ亦君主ノ權勢ノ範圍ニ屬スルノ理由ヲ以テ之ヲ大權ト同一視スルヲ得サルナリ。行政ハ憲法ノ權力對峙ノ上ニ意義ヲ有セス、寧、憲法上ノ諸權力ノ內ニ分立シテ、外ニ合同スルノ、動作ニ出ツル者ナリ。是レ單純ナル大權ノ延長ニ非ス、寧、行政ハ大權及立法權ノ行動ノ成績ヲ媒介シテ具體的ニ之ヲ各個ノ法律關係ノ上ニ現實ニスル者ナリ。行政ハ亦憲法上第四ノ權力タルニハ非ス、憲法ノ上ニ於テハ、之ヲ監督スルノ大權ノ背後ニ潛伏シ何等獨立ノ行動ヲ爲ササルナリ。大權ノ外ニ憲法上行政權ナル者アルコトナシ、唯、行政各官府ノ職權アルノミ、之ヲ總括シテ行政權ト謂フヲ妨ケサルモ、行政スル國家ノ權力ノ意義タルニ過キス、何等憲法上ノ分權ノ意義ニ關スル所ナキナリ。此ノ分界ヲ正スハ特ニ行政法ノ正確ナル解說ヲ爲スニ於テ必要ナリ。故ニ

歐洲ノ學者モ、憲法論トシテハ大權ト行政トヲ混スルニ拘ハラス、其ノ行政法ノ精細ノ論ニ入レハ、政治ト行政トヲ分チ、大政ヲ料理スルノ政府ノ自由行動ハ行政行爲ノ法理ヲ以テ律スヘカラサルヲ謂フアリ（佛國公法家）、其ノ政治行爲、又ハ政府ノ自由事項ト稱スル者ハ、即チ元首ノ憲法上ノ大權ヲ指スニ外ナラサルナリ。蓋、法律ヲ裁可シ、條約ヲ締結シ、又ハ大政ノ方針ヲ示スカ爲ニ詔勅ヲ發スルノ類ノコトト、尋常ノ人事、經濟、警察上ノ行政處分ヲ爲スコトトハ、事體ニ輕重ノ差アルノミナラス、之ヲ律スルノ法理ヲ異ニス、憲法上ノ大臣責任ノ係ル所ト、行政裁判上ノ責任ノ係ル所トノ分界ノ如キ、之ヲ明カニスルニ非サレハ解スルコトヲ得サルヘキナリ。蓋、大權ト行政トヲ混同スルノ流弊ハ、君主ヲ以テ行政ノ首長トシ、又國務大臣ト行政長官トヲ混シ、延テ行政ノ細目ニ渉ルノ事故ヲ君主及國務大臣ニ對スルノ憲法上ノ問題トスルノ煩ヲ爲スニ及ヘリ、此ノ如クンハ憲法カ憲法上ノ責任ト行政上ノ責任トヲ分チ、各、其ノ制ヲ定メタルノ精神ヲ沒却スルノ事トナラン、戒メサルヘケンヤ。』

行政ノ本領

行政ハ大權及立法權ノ定ムル所ヲ施行ス、之ヲ其ノ本領トス。憲法上ノ諸權力ハ、憲法ノ範圍ニ於テ、國家ノ目的ヲ遂行スルモノナリ。故ニ行政ノ範圍ハ法律、命令ノ範圍ニ於テ、國家ノ目的ヲ遂行スルニ在リ。行政ハ法律、命令ヲ標準トシ、又限界トシ之ヲ執行シ又其ノ付與スル權限ニ於テ自由ノ措置ヲ爲ス者ナリ。』

按スルニ、從來行政ノ範圍ヲ論スル者、或ハ廣キニ過キ、或ハ狹キニ失スルノ嫌アリ。行政ハ法律ニ觸レサル限ニ於ケル自由行動ナリト爲スハ是レ行政大權トヲ混同スルノ解說ナリ。行政ハ法律ノ執行ニ止ルモノト爲

スハ是レ大權ノ自由行動ヲ無視スルノ解說ナリ。蓋、前者ハ國會ニ對スルノ君主ノ權力範圍ヲ謂フナリ、後者ハ立法權最高全能ノ下ニ在リテハ行政ハ獨立シテ處分ヲ爲スノ餘地ナキヲ謂ヘルナリ、共ニ外國ノ政體ノ論ニ屬ス。我カ行政ノ解ハ此ノ如ク廣カラス、此ノ如ク狹カラス、其ノ範圍ハ大權及立法權ノ決定スル所ヲ施行スルニ在ルナリ。凡ソ法則ヲ設定シ、政策ヲ決定シ、行政ニ向フテ大政ノ方針ヲ授クルハ、大權及立法權ノ憲法上ノ行動ニ屬ス、行政ハ受ケテ之ヲ施行スルノミ、法律ニ觸レサル限ニ於テ自由ニ行動スルハ大權ノ事ニ屬ス、行政ノ權域ヲ謂フニ非サルナリ。法律ノ執行ハ行政行動ノ一部ニ屬ス、法令ノ命スル所ニ由リ、之ヲ增補スルノ法則ヲ設ケ、及法令ノ範圍內ニ於テ自由裁量ノ處分ヲ爲スコトハ、亦行政ノ本分タルヲ失ハサルナリ。或ハ亦政務ノ實質ヲ指示シテ行政ノ範圍ヲ限ラントス、安寧秩序ノ保持、公益

福利ノ增進ト謂ヒ、又ハ內治、軍事、財政、外務、ト謂フカ如キナリ、然レトモ是レ行政ニノミ特ニ存スルノ目的ニ非ラス、憲法上ノ諸權力ノ行動ニ共通スルモノナルハ亦言ヲ待タサルナリ。蓋、行政ノ特徵ハ政務ノ實質ニ在ラス、政務施行ノ形式ニ在リ、大權ノ監督ノ下ニ、大權及立法權ノ決定スル所ヲ施行スルコトニ存スルナリ。』

行政ハ官府ノ權限ニ依ルノ國權ノ行動ナリ。官府ノ權限ト謂フ觀念ナケレハ行政ノ觀念ナシ、官府ノ權限ニ依ラスシテ、大權及立法權自ラ其ノ決定スル所ヲ施行スルハ即チ大權及立法權ノ行動ニシテ、別ニ之ヲ行政ト謂フヘキノ理由ナキナリ、憲法上ノ權力ノ延長ト行政トノ別ハ之ヲ混スヘカラス。憲法第十條ニ曰ク、「天皇ハ行政各部ノ官制ヲ定メ及文武官ヲ任免ス」ト、官府ノ構成及職權ヲ定ムルヲ官制トシ、任命ニ由リ官制ノ定

ムル職務ヲ行フ者ヲ官吏トス、官制ヲ定メ及官吏ヲ任免スルノ大權ハ即チ行政ヲ監督スルノ大權タルナリ。』

按スルニ、行政ハ歸スル所固ヨリ國權ノ行動タリト雖、統治組織ヲ分解スルノ上ニ於テハ之ヲ官府ノ行動ト視ルコトヲ妨ケサルナリ。官府ナケレハ行政ナシ、行政ナキニ非ス之ヲ行政トシテ大權ト殊別スヘキノ理由ナキナリ。若、大政細大トナク、總テ君主一人ノ親裁ニ出テ、朝庭ノ百官ハ、皆筆墨車馬ノ用ヲ爲スニ止ラハ、官吏ノ行動ハ君主ノ手足ノ延長ナリ、固ヨリ大權ト行政トノ別アルコトナシ、官制ヲ設ケ、官府ニ付與スルニ外部ニ對シ國家ヲ代表スルノ權限ヲ以テスルニ於テ、始テ親裁ニ由ルノ大權行動ト、官府ノ代表權ニ由ルノ行政處分ト、ノ別アルヲ致スナリ。行政ハ大權ト共ニ國家權力ノ行動タルニ歸スレトモ、其ノ機關ヲ異ニスルカ故ニ、簡畧ニ行政ハ官府ノ行動ナリト看做スコトヲ得ヘキナリ。然レトモ、行政ハ固ヨリ大權ト相對峙スルノ憲法上ノ權力ヲ爲スニ非ス、大權ニ由リ存廢スルノ第二等ノ機關ノ行動ナリ、憲法上ノ關係ニ於テハ行政ハ大權ニ由リテ監督セラレ代表セラレ、自ラ其ノ舞臺ノ上ニ立ツコトヲ許サレサルナリ。故ニ憲法上ノ意義ニ於テハ行政權ナル者アルコトナシ、若行政權ナル語ヲ用ヒルコトアラハ、是レ行政官府ノ權限ヲ總括抽象シテ謂フノミ、行政ハ大權ニ非ス、又大權ヨリ獨立セス、憲法ノ上ヨリ視レハ大權ノ系統ニ屬シ其ノ背後ニ立ツノ國權第二等ノ機關ノ行動タル者ナリ。』

官府及其ノ權限ノ意義

官府ハ國權ヲ外部ニ行使スルノ機關組織ナリ。機關組織トハ自然意思ヲ收容シテ國家法律意思ノ決定表示ニ參與セシムルヲ謂フ。官府ノ權限トハ、官府カ外部ニ對シ、國家ヲ代表シ能フノ限界ノ義ナリ。官府ハ一

人若ハ數人ノ官吏ヲ以テ構成スト雖、然レトモ官吏ト官府トハ心シモ同一觀念タルニハ非サルナリ。官吏ハ任命ニ由リ公務ヲ行フ者トス、其ノ公務ノ性質ハ權力ノ行使タルト、單純ナル事務ノ辨理タルトヲ問ハサルナリ、而シテ其ノ國權ヲ外部ニ行使スルノ權限アル者ヲ指シテ特ニ官府ト謂フ。行政ハ官府ノ權限ヲ以テ大權及立法權ノ定ムル所ヲ施行スルモノナリ。』

按スルニ、官府及官吏ノ事ヲ論スルハ主眼トスル所ニ非ス、行政ノ觀念ヲ明白ニセンカ爲ニ茲ニ之ヲ援引スルノミ、其ノ詳細正確ナル定義ハ之ヲ別論ニ讓ルナリ。官吏ハ任命ニ由リ公務ヲ奉スル者ヲ通稱ス、公務ノ性質ノ何タルヲ問ハサルナリ、而シテ其ノ公務ノ性質カ外部ニ對スル權力ノ行使ナルトキハ特ニ之ヲ官府ト謂フ。是レ成法ノ上ニ定マレルノ觀念ニハ非サルモ、行政法理ノ解說ノ上ニ於テ之ヲ分ツヲ便トスルナリ。權力ヲ外部ニ行使スル權限ナク、唯事務ヲ處理シ、技術ヲ實施スル者ハ、官吏タルニ於テ同シキト雖、其ノ國家ノ名ニ於テ命令處分ノ權ヲ行フ者トハ、行政法上ノ地位ヲ異ニスルナリ、故ニ之ヲ分チ後者ヲ特ニ行政官府ト謂フナリ。官府ハ一人若ハ數人ノ官吏ヲ以テ構成スルノ機關組織ノ意ヲ寓ス、自然意思ヲ收容シテ國家法律意思ノ決定表示ニ參與セシムルノ設備ノ謂ナリ。官府ハ事務所ニ非ス、事務官吏ハ官府ニ非ス、事務所及事務官ノ配置ハ所謂仕事ノ分業ニ屬シ、意思ノ決定若ハ限界ノ事ニ關セス、一人カ萬人ヲ使用スルモ、是レ單純ニ主人ノ手足ノ延長ナルトキハ、其ノ分合配置ノ理法ハ寧、經濟ノ學理ノ示ス所ニシテ法理ノ目ニ入ラサルナリ。官制ノ法理上ノ意義ハ勞力ノ分業ニ在ラス、意思ノ分立タルニ在リ、國家法律意思ノ決定表示ニ參與スル自然意思ノ分配ニ存スルナリ。國家ハ種種ナル目的ノ爲ニ人ヲ

用ユ、勞力ヲ收用スルコトアリ、意思ヲ收用スルコトアリ。既ニ決定セル國家法律意思ノ實行ノ爲ニ人ノ勞力ヲ要スルハ所謂事務官吏ノ場合ナリ。國家法律意思ノ決定ハ自然意思ノ之ニ參與スルニ由リテ成立スルコトアリ、是レ所謂官府ノ場合ナリ。官府ハ官吏ニ成ル、而モ官吏必シモ官府タルニ非サルナリ。事務官吏ト行政官府トノ別ハ唯、此ノ意義ニ於テノミ之ヲ解スルコトヲ得ヘク、亦此ノ意義ニ於テスルニ非サレハ其ノ區別ハ法理上何等ノ用ヲ爲ササルナリ。而シテ國家意思ノ決定表示ニ參與スルハ即チ國權ノ行使ニ參與スルナリ、官府ノ官府タルノ特徴ハ權力ノ行使ヲ其ノ權限トスルコトニ在ルモ亦知ルヘキナリ。官府ノ權限トハ官府カ外部ニ對シ國家ヲ代表シ能フノ限界ノ義ナリ。官府ハ機關ナリ、人格主體ニ非ス、獨立シテ意思ヲ有シ權利ヲ有スルノ能力ナシ、然レトモ、官府ハ自然意思ニ成ル、官府組織ニ由リテ供給セラルルノ自然意思ハ法ノ効力ニ由リテ國家ノ法律意思ヲ成スナリ。其ノ自然意思カ、法ノ規定ニ依リ、國家ノ法律意思ヲ成スノ限界ヲ指シテ、之ヲ官府ノ權限ト謂フナリ。官府機關ノ自然意思カ、國家ノ法律意思ヲ充實シ、國家ノ意思即チ權力トシテ發動スルノ關係ヲ指シ、之ヲ形容シテ、官府ノ權限トハ國家ヲ代表シ能フノ限界ノ義ナリト謂ヘルナリ。行政ハ官府ノ權限ヲ以テ大權及立法權ノ定ムル所ヲ施行スルモノナリト謂ヘルハ此ノ意義ニ於テス、簡約ニ謂ヘハ行政ハ官府ノ行爲ナリ、大權ノ行動ト之ヲ分ツヘキ寔ニ明瞭ノ事ニ屬スルナリ。』

行政及權力行動。行政行爲

行政ハ權力ノ行動ナリ、權力ノ觀念ナクシテ唯、國家カ一私人モ亦爲シ能フノ事ヲ爲スハ行政行爲ニ非サルナリ。行政行爲ハ一私人ノ國家ニ對スルノ法律關係ヲ決定スルノ權力行爲ナリ。行政行爲ハ亦之ヲ處分及

裁決ニ分ツコトヲ得ヘシ、處分ハ法律關係ヲ設定シ、變更シ、廢止スルノ行政行爲ナリ、裁決ハ法則ニ依リテ既ニ定マレルノ法律關係ヲ宣告スルノ行政行爲ナリ。法律關係トハ、意思ノ意思ニ對スルノ交涉ニシテ、法上ニ效果ヲ奏シ能フ者ノ謂ナリ。』

行政官府ハ亦命令ヲ發スルコトアリ、是レ憲法第九條ノ大權ヲ以テ特ニ之ヲ命スルモノニシテ、行政官府ナル者ノ存在スル當然ノ理由ニハ非サルナリ。行政官府ハ行政行爲ヲ爲スカ爲ニ存在ス、之ヲシテ命令ヲ發セシムルハ大權カ官府ヲ便用シテ更ニ延長スルニ外ナラス、行政ノ大權ヲリ分カレテ別種ノ觀念ヲ爲スノ所由ニハ非サルナリ。』

按スルニ、行政ハ權力ノ行動ナリト謂フハ言偏狹ニ失スルニ似タレトモ法理ノ解ハ遂ニ之ニ歸着スルナリ。抑、國家百般ノ行動ハ法ノ問題ニ上ラサル者極テ多シ、其ノ法ノ問題ニ上ル者ニシテ權力ノ行動ニ屬セサル者亦固ヨリ少シトセス唯、其ノ權力ノ動作ニ係ル者ハ通常私法ノ原則ヲ以テ律スヘカラサルカ故ニ、之ヲ殊別シテ行政ト謂ヒ其ノ特別ノ法理ヲ明カニスルヲ要スルナリ。文字ノ解トシテハ國家百般ノ行動ヲ總稱シテ行政ト稱スルコトヲ妨ケス、然レトモ公法ノ解說トシテハ行政ハ權力ノ行動タルニ歸着ス、權力ノ動作ニ係ラサル者ハ公法ノ適用ノ目的タルコト能ハス、隨ヒテ之ヲ其ノ眼中ニ置クノ必要ナキヲ謂フナリ、是レ行政ノ解ニ非ス公法ノ解タルコトヲ忘ルヘカラス。

權力ノ觀念ナクシテ諸般ノ行動ヲ爲スハ、國家モ、私人モ、相通スルノ尋常ノ事ニ屬ス、唯、權力ノ行使ハ國家ノ特權タリ、故ニ國家行政ノ法上ノ特徵ハ權力ノ行動タルコトニ在ルナリ。行政行爲ハ一私人ノ國家ニ對スルノ法律關係ヲ決定スルノ權力行爲ナリ。法律關係トハ意思ノ意思ニ對スル法上ノ交涉ヲ謂フ、權力服從ノ關係タルアリ、平等對峙ノ

關係タルアリ。國家ト私人トノ法律關係ノ內容ハ法則ノ解釋適用ニ由リテ必然ニ定マルヘキ場合ニ、行政官府ハ唯其ノ有効ナル解釋決定ヲ爲スニ止マルコトアリ、之ヲ裁決トス。行政官府ハ亦法則ノ範圍內ニ於テ、其ノ自由ノ裁量ヲ以テ、私人ノ國家ニ對スル法律關係ヲ設定シ、變更シ、廢止スルコトアリ、之ヲ處分トス。裁決ハ既定ノ關係ヲ具體的ニ宣告ス、處分ハ新ナル關係ヲ創設スルナリ。裁決及處分共ニ權力行爲ニ屬ス、平等ナル意思ノ表示ニ非ス、但シ裁決及處分ニ由リテ定マルノ關係ハ必シモ權力關係タルコトヲ要セサルナリ。凡ソ行爲ハ特定ノ人ニ對シ特定ノ事件ニ係ルノ意思ノ表示タリ、一般準由ノ法則ヲ制定スルコトハ行政官府之ヲ行フト雖、之ヲ行政行爲ト謂ハサルナリ。抑行政ノ官府ハ行政行爲ヲ爲スカ爲ニ存在ス、一般準由ノ法則ノ設定ハ、本來大權及立法權ノ憲法上ノ特權ニ屬スルナリ。然レトモ、憲法第九條ハ大權ハ自ラ命令ヲ發スルノ外、亦之ヲ發セシムルノ特例ヲ揭ク。官府ハ此ノ大權ノ行使ニ由リ、命令ヲ發スルコトアリ、然レトモ、是レ寧、大權行動ノ延長ト視ルヘク、行政官府タルトキハ裁決及處分ノ權偶、命令ヲ發スルノ權アルハ特別ノ委任アルニ由ル、命令ヲ發スルノ權アリテ、裁決處分ノ權ナキ者ハ、行政官府ト謂フヘカラス、以テ行政ノ本領ヲ諒知スヘキナリ。』

行政ノ觀念ハ、亦內部ニ向フテノ官制關係トシテ之ヲ分析スルコトヲ得ヘシ、官制關係トハ官府ノ構成及權限ヲ定メ、官吏ヲ任用シテ之ヲ充實シ、運轉スルノ國家內部ノ關係ヲ謂フ。官制大權ハ憲法第十條ノ揭クル所タリ、行政全體ヲ總括シテ之ヲ監督スルハ大權ノ行動ニ屬ス、而シテ大權

ハ亦官制ヲ以テ行政官府相互ノ間ニ監督ノ權ヲ分配ス行政官府ハ此ノ監督關係ニ由リ上下ノ階級ヲ爲ス。上官ノ下官ニ對スルノ監督權ノ行動ハ、事前ニ於テモ、事後ニ於テモ、之ヲ視ルコトアリ、訓令ハ事前ノ監督ナリ、懲戒ハ事後ノ監督ナリ。官吏ハ、任命ニ由リ、任意ニ特別服從關係ニ從フ者ナリ。』

風シ、公職ヲ奉スル者ナリ。特別服從關係トハ臣民一般ニ對スルノ統治關係ノ外ニ、更ニ特別ナルノ權力關係ニ服從スルヲ謂フ、法律ノ强制ニ由ルアリ、自由意思ノ承認ニ由ルアリ、兵役ハ前者ノ一例ニシテ任官ハ後者ニ屬ス、任官ハ强制セス、官吏ハ任意ニ特別服從關係ニ入ル者ナリ。監督權ハ此ノ特別服從關係ニ伴フ者ナリ。』

按スルニ、行政ハ之ヲ二方面ヨリ觀念スルコトヲ得ヘシ、前段ニ述フル所ハ之ヲ國家ト私人トノ外部ノ關係ニ視タルナリ、本文ノ述フル所ハ之ヲ國家ト官吏トノ內部ノ關係ニ視タルナリ。行政ノ本領ハ固ヨリ前者ニ在リ、後者ハ行政スル機關ノ回轉ヲ謂フノミ。然レトモ其ノ機關ハ金石土木ヲ以テ成ルニ非ス、自然意思ヲ以テ成ル即チ官吏制度ナリ。故ニ官吏タル人ノ自然意思カ國家ノ法律意思ヲ充實スルノ關係ハ亦一種ノ法理問題タラサルヲ得ス。官吏ヲ任命スルハ外部ニ對スルノ行政處分ナリ、任命セラレタル官吏ニ對スル特別權力ノ行動ハ行政處分ニ非ス監督行爲ナリ、先ツ此ノ二事ヲ混同スヘカラス。官吏タル自然人ノ自然意思ヲ操縱シテ國家ノ法律意思ヲ表呈セシムルハ廣義ニ謂フ監督ノ權ニシテ即チ官制問題ナリ。官府ハ單個若ハ復數ノ自然意思ニ成ル、官府ノ權限ハ其ノ自然意思カ國家ノ法律意思ヲ充實シ能フノ限界ニシテ、即チ外部ノ關係ニ於テハ國家ヲ代表スルノ限界タルナリ。權限ト謂フ語ハ意思ノ限界ヲ意味シ、他ノ意思ノ侵犯ヲ排斥スルノ義アリ、法律意思ト法律意思トノ交錯ニ於ケル限界ヲ指スコ

トニ之ヲ用ヒ、又單一ナル法律意思ヲ構成スルノ分子タル自然意思ト自然意思トノ交錯ニ於ケル限界ヲ指スコトニモ亦之ヲ用フ、官府ノ權限ハ自然意思カ法律意思ヲ充限トハ即チ後者ノ場合ナリ。官府ノ權限ハ自然意思カ法律意思ヲ充實シ能フノ限度ニシテ亦他ノ自然意思ノ之ニ加味セラルルコトヲ排斥スルモノナリ。行政法上ニ謂フ、權限ノ超越、又ハ侵犯、又ハ權限ノ爭議ノ類ハ皆自然意思ノ違法ノ接觸ノ義タルニ外ナラス、若從來ノ通說ノ如ク、之ヲ國權自身ノ超越、侵犯、又ハ爭議ナリト解スルトキハ、法理上何等意義ヲ爲サス、觀念ノ矛盾ニ終ランノミ。官吏ハ任命ニ由リ、任意ニ、特別服從關係ニ從屬シ、公職ヲ奉スル者ナリ。任命ハ行政處分ナリ、本人ノ意思ニ反シ之ヲ強制スルコト能ハスト雖任命ハ權力ノ行爲ナリ、對等ノ契約ニ非ス、契約ニ由リ國家ノ事務ヲ行フ者ハ官吏ニ非サルナリ。兵士ハ特別服從關係ニ從屬シ公職ヲ奉スルモ、任命ニ由ラス、法律上ノ強制義務ニ由ル、貴族院ノ議員、衆議院ノ議員ハ公職ヲ奉スルモ、任命ニ由ラス、選擧ニ由ル、貴族院ノ勅任議員ハ任命ニ由リ公職ヲ奉スルモ、特別服從關係ニ從屬セス、是レ皆官吏ニ非ス、推シテ以テ官吏ノ本質ヲ諒知スヘキナリ。官吏ハ公職ヲ奉ス、公職トハ國家ノ事務ノ謂ナリ、其ノ權力ノ行使ニ係ルト、然ラスシテ事業ノ施行ニ止ルトハ、官吏ノ官吏タルノ身位ニ於テ異ナル所ナキナリ。特別服從關係ハ平等ナル意思ノ間ニハ成立スルコト能ハサルモノトス、平等ナル自由意思ノ合一ハ權利義務ヲ生ス、權力服從ノ關係ヲ生スルコト能ハサルナリ。國家ハ權力ノ主體ナルカ故ニ、一般ノ統治關係ノ外ニ、更ニ特別權力關係ヲ生セシムルコトヲ得ルナリ。會社、團體、若ハ一私人ノ大事業ノ組織ト、政府行政ノ組織トハ、甚相似タルモノアルモ、契約關係タルト、特別服從關係タルトノ特徴ハ、之ヲ否認スルコトヲ得サルナリ。古法ハ私約ニ由リ權力服

從ノ關係ヲ生シ能フコトヲ認ム、身ヲ賣リテ奴隸トナルカ如キナリ、封建時代ノ主從ノ保護契約ノ如キナリ、東西共ニ其ノ例アリ。今ノ法理ハ之ヲ認メス、法律ノ規定若ハ國權ノ處分ニ由ルノ外ハ、私ニ權力服從ノ關係ノ存立スルコトヲ許サス、蓋人格平等ヲ主義トスルニ因ルナリ。故ニ內部ニ向フテハ特別服從關係ニ從屬シ、外部ニ向フテハ國家ノ權力ヲ行使スルハ、行政官吏ノ特徵トスル所ナリ。國家ト官吏トノ內部ノ關係ハ此ノ二方面ニ涉ル、之ヲ規律スルハ即チ官制ナリ。行政ヲ官制ノ關係ニ於テ觀念スレハ、其ノ法理ノ要旨大概此ノ如キモノアルナリ、詳細ノ論ハ固ヨリ行政法ノ學科ニ讓ル。』

統治權及監督權。

行政裁判

行政官府カ、命令ヲ發シ、處分及裁決ヲ爲スコトト、國家カ、官府ニ對シ、又ハ上官カ、下官ニ對シ、事務規程ヲ定メ指揮訓令ヲ爲スコトトハ、全ク其ノ根據ヲ異ニス、前者ハ統治關係ニ由ル、後者ハ特別服從關係ニ由ル。命令、處分、及裁決ハ統治權ノ及フ所絕對ニ其ノ效果ヲ奏ス、事務規程及指揮訓令ハ其ノ效果ノ及フ所監督權ノ範圍ニ限ル、官廳ノ牆圍ヲ越ヘテ一私人ニ及フコトヲ得サルナリ。官吏ハ監督權ノ拘束ノ下ニ行動ス、統治關係ヲ援引シテ其ノ訓令違反ヲ辯護スルコトヲ得ス、國家ハ國法ニ依リテ統治ス、監督關係ヲ援引シテ其ノ違法ノ行爲ヲ辯護スルコトヲ得サルナリ。故ニ官吏ノ行爲ハ合法ニシテ服務規程違反ノ責ヲ免レサルコトアリ、又違法ニシテ其ノ職務違反ノ權ヲ免ルルコトアルナリ。監督關係ニ於ケル非行ハ服務紀律ニ依リ之ヲ懲戒ス、統治關係ニ於ケル非行ハ行政裁判ノ制度ニ依リ之ヲ救濟ス。憲法第六十一條ニ曰ク『行政官廳ノ違法ノ處分ニ由リ權利ヲ傷害セラレタリトスルノ訴訟ニシテ別ニ法律ヲ以テ定メタル行政裁判所ノ裁判ニ屬スヘキモノハ司法裁判ニ於テ受理スルノ

限ニ在ラス」ト、是レ一ハ、司法權ト行政權トノ分界ヲ正シ以テ侵犯ノ途ヲ塞キ、一ハ、行政ノ違法ノ行爲ハ特ニ司直ノ府ヲ設ケテ之ヲ制裁シ、以テ臣民ノ自由ト權利トノ法律上ノ保障ヲ現實ニスヘキノ大義ヲ宣言セルモノナリ。』

按スルニ、國家ハ官府ニ行政ノ權限ヲ付與スルト同時ニ、之ヲ特別服從關係ノ下ニ置ク、是レ監督權ノ操縱ヲ以テ其ノ行權行爲ノ違法若ハ不當ナルコトヲ避ケント欲スルナリ。官吏ハ主ラ服務規程及訓令ニ依リ其ノ職務ヲ行フヘキモノトス、若服務規程ニ依リ、訓令ニ從ヒテ、爲セルノ行政行爲ニシテ違法ナルコトアラハ、是レ國家ト私人トノ間ノ問題タルヘシ、官吏ノ責任ノ關スル所ニ非ス、之ニ反シ、訓令ニ反シテ爲セルノ行爲ハ外部ニ對シ適法ナリトスルモ、職務違反ノ責ヲ免レサルヘキナリ。官吏ハ法令ヲ援引シテ訓令ニ反抗スルヲ得ス、私人ハ訓令ヲ援引シテ處分ニ反抗スルヲ得サルナリ。此ノ故ニ官府ノ行政行爲ハ二方面ノ監視ノ下ニ在ルモノトス、一ハ、官吏服務紀律ノ懲戒ナリ、一ハ、行政裁判ノ制裁ナリ、二者ノ目的ハ歸スル所、行政行爲ノ違法不當ヲ防キ其ノ救濟ヲ爲スニ於テ合一ス、其ノ手段ニ於テ特別監督關係ニ由ルト、一般統治關係ニ由ルトノ差アルノミ。』

行政裁判ハ行政行爲ニ對スルノ訴訟ヲ裁判スルノ謂ナリ。凡ソ官府ノ行政行爲ハ權限ニ依リ法則ニ準由スヘシ、若其ノ違法越權ノ行爲ニ由リ一私人ノ權利ヲ傷害シタルトキハ被害者ハ訴訟シテ裁判ヲ求メ以テ救濟ヲ得ルノ途アラシムヘシ、是レ實ニ法治ノ主義ヲ行政ノ末ニ貫通セントスルモノナリ。憲法ハ臣民ノ自由ト權利トヲ尊重シ之ヲ揭ケテ法律ノ保障ヲ付與スルモ、若行政ノ行爲ニシテ檢束スル所ナクンハ遂ニ其ノ効ナカラントス。我カ行政現行ノ制度ハ未タ憲法ノ要求ス

ル所ニ副ハサル者多シ、行政裁判及權限爭議ノ制ノ如キ其一ナリ、其ノ他諸般ノ制度ヲ改革シ、設備シ、以テ法治行政ノ實ヲ擧ケンコトハ憲法ニ對スル當局ノ要務ナリ。抑、立憲ノ大義ハ分權法治ノ制ニ在リ。分權ハ權力ヲ以テ權力ヲ制セントスルナリ、法治ハ法ヲ以テ權力ヲ拘束セントスルナリ、共ニ權力ノ專制ヲ防キ、政治ノ公正ヲ期スルニ外ナラス、憲法既ニ三權ノ分立アリ、今亦行政ノ上ニ法治ノ制ヲ完ウスルコトヲ得ハ、首尾貫徹以テ憲政ノ美果ヲ收ムルニ足ルヘキナリ。』

憲法提要

畢

明治四十三年十一月二十七日印刷
明治四十三年十二月　一　日發行

著作權所有

定價金五圓

著作者　穗積八束

發行者　江草重忠
東京市神田區一ツ橋通町七番地

印刷者　松澤玨三
東京市麹町區下六番町十七番地

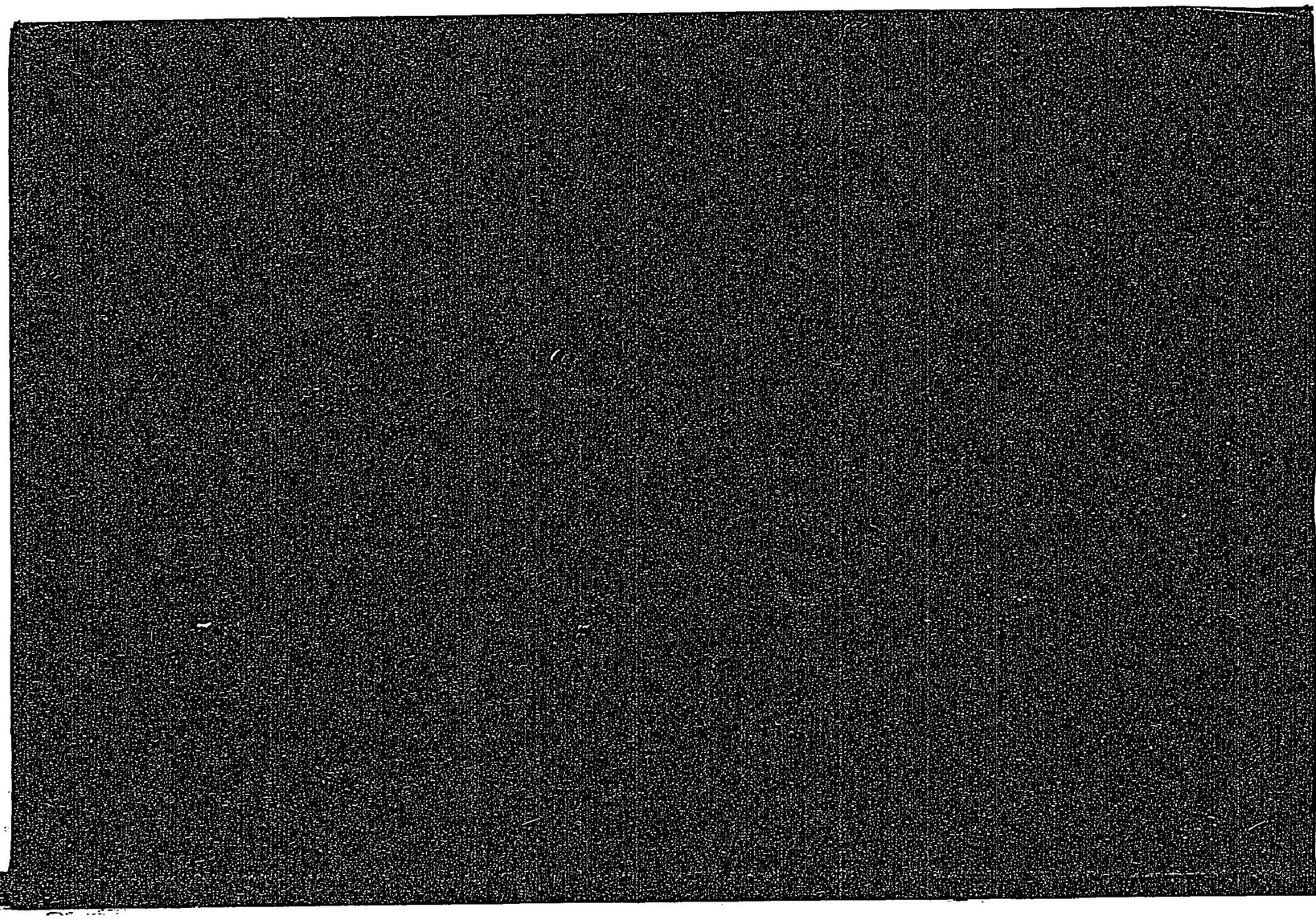
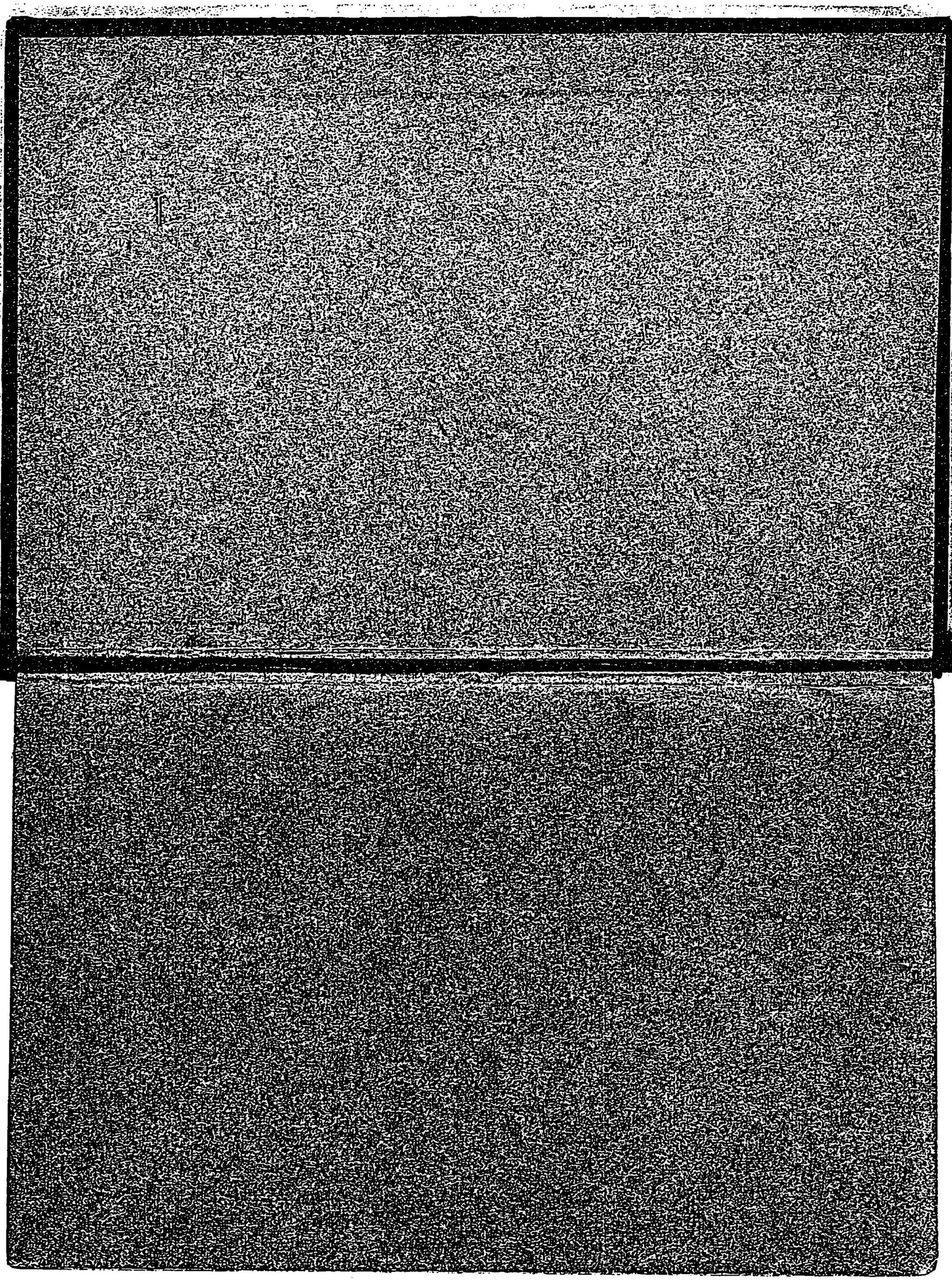
「印刷所　東京市麹町區下六番町十七番地　同勞舍活版所」

發行所　有斐閣本店
東京市神田區南神保町十三番地（電話本局二四五二番）

發賣所　有斐閣書房
東京市神田區一ツ橋通町七番地（電話本局三二三三番）

10.10.13

336



323.3
H47