

が、二三次に説明する。

二 皇位繼承の原因及び發生 皇位繼承は天皇の崩御に因て生じ、崩御以外の場合には、皇位繼承の生ずることはない。天皇崩御あるときは、當然、直に皇位繼承を生ずる。即ち、これを生ぜしめる何等特別の行爲があるのではない。又、崩御と同時に皇位繼承を生ずる。皇位には寸時も空隙を生ぜしめないものである。以上のことは、皇室典範第四條が、「天皇が崩じたときは、皇嗣が直ちに即位する。」として規定するところである。

三 皇位繼承の資格 皇位を繼承する者は次の資格を有する者でなくてはならぬ。(一) 皇統に屬することを要する。これは、憲法自身、「皇位は、世襲のものであつて、」といい、世襲とすることより生ずる結果である。更に、皇室典範も、第一條に、「皇位は、皇統に屬する男系の男子が、これを繼承する。」と規定し、皇統に屬する、という言葉により、重ねて憲法の趣旨を明にする。(二) 男系の男子たることを要する。女子及び女系の男子は皇位繼承の資格を有しない。これは、前示皇室典範の第一條の定めるところである。(三) 皇族たることを要する。皇室典範第二條は、皇位繼承の順序を定めるに當り、「皇位は、左の順序により、皇族に、これを傳える。」とするは、この意を示す。故に、皇統に屬する男系の男子でも、皇族の身分を離れた者

は、皇位繼承の資格を有しない。皇族のことは後に一言する。

天皇崩御の際母胎内にある兒、即ちいわゆる胎中皇子は皇位繼承の資格を有しない。胎中皇子の地位については、わが國制度上何等の規定がない。故に、條理を内容とする條理法により決すべきである。わが國制度は、皇位繼承のことについては、これを明確に定めるの主義を取るものであるから、皇位繼承について制定法上明にその資格を認められていないものは、その資格を有しない、とするのが條理である。

四 皇位繼承の順序 皇位繼承の順序については、皇室典範は、天皇との近親の關係を具體的に示して、これを定める。即ち、(一) 皇長子、(二) 皇長孫、(三) 皇長孫以外の皇長子の子孫、(四) 皇次子及びその子孫、(五) 皇次子及びその子孫以外の皇子孫、(六) 皇兄弟及びその子孫、(七) 皇伯叔父及びその子孫、(八) 上示各號の皇族がないときは、それ以上で、最近親の系統の皇族、とする。皇位を繼承すべき順序に當つてゐる者を皇嗣という。

皇嗣に、精神若しくは身體の不洽の重患があり、又は重大な事故があるときは、皇室會議の議により、皇位繼承の順序を變更することを得る。(皇室典範三條)。

五 皇位繼承の儀禮 皇位繼承があるときは、即位の禮を行う。これ皇室典範第二十四條の

定めるところである。即位の礼は皇位繼承の事を内外に告げるの礼である。皇室典範は、帝國憲法時代の皇室典範と異なり、單に即位の礼を行うことを定める。即位の礼の外、踐祚の式、大嘗祭、というものを別に行うことはしない。従て、踐祚の式において特に行われた、神器渡御の儀というものも存しない。神器は鏡、劍、璽の三で、天皇の徳を象徵するものとして、尊重せられる、社會の傳統的觀念の上で考えられ、帝國憲法時代の皇室典範の上で、踐祚の時天皇これを承け、天皇の支配に歸するものと、國家制度上定められていたので、國家制度上の存在物であつた。今の皇室典範では、神器について何等定めるところがない。故に、今日、神器は國家制度上の存在物ではない。それについての社會の傳統的觀念がどうあるかは、別の問題である。

六 建元 天皇即位の後直に從來の元號を改め、新に元號を建てる。元號は一世の間これを變更することを得ない。いわゆる一代一號の制である。元號を建てることは、わが國古來の制度であつて、明治に入つても存続した。ただ明治以前は必ずしも一代一號と限らなかつたが、明治に入つて一代一號の制となつた。皇室典範に何等の規定がないけれども、この制度は日本國憲法と矛盾するものではないから、今後、これを改廢しない限り、その效力を存続する。故に、日本國憲法の下においても、今日は、元號を建てるべきであり、又、一代一號に限るべきである。

七 皇太子及び皇太孫

皇太子とは儲嗣たる皇子を稱し、皇太孫とは、皇太子在らざるとき、儲嗣たる皇孫を稱する。皇太子、皇太孫の稱は、皇嗣であることにより、これに伴うて、當然稱せられるのである。これについて何等特別の儀礼を行わない。(皇室典範八條)。

第三節 象徵たる天皇の個人的地位

第一 天皇の象徵性と其の個人的關係 天皇が國家的象徵であることは、法が、國家生活における天皇の役割を定めたのである。國家は、天皇に、天皇が國家の認める役割そのものを果すことを求めること勿論である。同時に、國家は、その役割を持つている人として、天皇の特別の地位を定める、それは、天皇が國家の定めるその役割を果す關係ではない。天皇の個人的關係である。天皇の、象徵の立場における個人的關係という。かかる天皇の特別の個人的關係があるかどうかは、全く法の規定するところを見て、決すべきである。かかる個人的關係は、天皇より見るときは、國家的象徵たる天皇の個人的地位である。

現行法では、天皇の國家的象徵性に基く、その個人的地位が定められている。これを法律關係として見ると、權利、義務及びその他の地位の三種に分ち得る。

第二 天皇の權利

一 皇位保持の權利 天皇は、皇室典範の定めるところによるの外、國家により、皇位を失わしめられることはない、という權利を有したもう。國家は、皇室典範の定めるところによるの外、皇位を失わしめない、という義務を有する。前に示した如く、日本國憲法第二條には、「皇位は、世襲のものであつて、國會の議決した皇室典範の定めるところにより、これを繼承する。」と規定する。故に、一旦皇位を繼承して天皇となつた者は、皇室典範の定めるところにより、これを失わしめられない。それが、天皇にとつては權利となり、國家にとつては義務となるのである。

二 皇室經費を受ける權利 日本國憲法第八十八條は、「すべて皇室財産は、國に屬する。すべて皇室の費用は、豫算に計上して國會の議決を経なければならない。」と規定する。これは國家が皇室經費を負担し支出するの手續を規定しているが、それは、天皇が皇室經費を支出せしめられるの權利、及び國家が皇室經費を支出するの義務となるのである。

日本國憲法は、天皇の權利として、以上のもの以外のものを定めていない。殊に一般無答責の權利を定めない。詳に言えば、國家は、天皇が國家的象徴であることに着眼して、天皇の行爲に

ついては、一般に、法上の責任を歸せしめる取扱を爲さないと定めない。かかる定めを爲すならば、天皇に一般無答責の權利があることとなる。かかることは、憲法が明に規定を設けるとき、生ずるのであつて、單に、天皇が國家的象徴である、ということにより、當然に生ずるのではない。然るに、日本國憲法には、かかる天皇の一般無答責の權利を定める規定を存しない。従て、天皇にはかかる權利はない。但し、後に述べる如く、天皇は、憲法の定めるところにより、特定の國事上の行爲を爲すことを得べく、その國事上の行爲について、國家は、天皇に責任を歸するが如き取扱を爲し得ない。即ち、天皇に無答責の權利がある。併し、この天皇無答責は、その國事上の行爲についてのみである。他の行爲については無答責ではない。天皇が爲された國事上の行爲以外の行爲について、國家が、例えば、天皇の責任を問うという法律をつくることも、それは憲法に違反するものではない。併し、天皇に責任を課するには、勿論、これを定める法律がなくてはならぬ。憲法の論としては、かかる法律をつくつても憲法に反しないと、いうのみであつて、憲法そのものが直接にその責任を課している、というのではない。

第三 天皇の義務 これに皇位を退かざるの義務がある。天皇は、皇室典範の定めるところによるの外、皇位を退くことを得ない。これは天皇の義務である。又、國家は、皇室典範の定め

るところによるの外、天皇が皇位を退かざることを要求し得る。これは國家の權利である。前述の如く、日本國憲法第二條により、皇位は皇室典範の定めるところにより繼承せられるのであるから、これにより皇位を繼承した天皇は、皇室典範の定めるところによるの外は、皇位を退くことは出来ない。これは、國家に對する義務であり、國家は、天皇に對して權利を有する。

第四 その他の地位　天皇は、以上の權利、義務の外、日本國憲法その他の法の定めるところにより、次の如き地位を有したもう。

一 國家の天皇に對する特別の保護　國家は、天皇に對して、一般國人に對する場合に比して、特別の注意を用いて、保護を爲すべきものである。國家は一般に國人に對して、保護を爲すべきものであるが、天皇に對しては、一般國人に對する場合に比して、特別の注意を用いて、これを爲すべきである。これは、國家の法上の態度である。天皇が國家的象徴である、という立場に着眼して定めるのである。併し、天皇は、國家に對して、法上、右の態度を要求し得るのではない。天皇の權利といひ得るものではないが、國家は法上そうすべきものであつて、國家の責務である。國家が、右の特別の保護として、如何なる行爲を爲すべきかは、時々の社會觀念により定まる。右の如く、國家が天皇に對して特別の保護を爲すべきであること、は、日本國憲法に

規定しているのではないが、古來實質憲法として認められている。そしてこの定めは、日本國憲法の定めと矛盾するところはない。故に、日本國憲法の施行の下においても、實質憲法として定められるものである。

二 國家による天皇の敬稱の規定　國家は、皇室典範により、天皇の敬稱を陛下とする。

(皇室典範二三條二項)。故に、國家は、天皇の敬稱として陛下という言葉の用いられるよう注意すべきである。併し、天皇がこれを要求し得るものではない。

三 國家による皇居の指定　天皇の御住所即ち、皇居は明治元年京都より江戸に移されて、今日に及ぶ。皇居は明治二十一年宮内省告示第六號を以て宮城と稱することとなされたが、昭和二十三年七月一日宮内府告示第十三號を以て、右の告示を廢止した。即ち宮城の稱は今日存しない。京都の舊皇居は皇宮と稱せられる。即ち天皇の住所は天皇自ら定められないで、國家が定めるのである。

四 天皇の成年、崩御　天皇は十八年を以て成年とする。(皇室典範二二條)。

天皇崩御のときは大喪の禮を行う。(皇室典範二五條)

五 天皇の一家たる皇室の國家による公認　國家は、天皇及び特定の者より成る特別の御

一家の生活を認め、その御一家を皇室といい、天皇と共に天皇の御一家を成す特定の者を皇族という。皇后、太皇太后、皇太后、親王、親王妃、内親王、王、王妃及び女王を皇族とする。皇后は天皇の配偶者たる人、太皇太后は先々天皇の皇后であつた人、皇太后は先天皇の皇后であつた人、又、親王は嫡出の皇子嫡男系嫡出の皇孫たる男子、内親王は嫡出の皇子嫡男系嫡出の皇孫たる女子、王は三世以下の嫡男系嫡出の男子孫、女王は三世以下の嫡男系嫡出の女子孫である。(皇室典範六條)。王が皇位を繼承したときは、その兄弟姉妹たる王及び女王は、特にこれを親王及び内親王とする。(皇室典範七條)。然れば、皇族たる身分を得る事由は、出生と婚姻とあるのみである。天皇及び皇族は養子をなすことを得ない(皇室典範九條)。從て養子縁組により皇族となることはない。出生の場合には天皇の子孫は、世數を問はず、皆皇族である。ただ世數の遠近により、男については、親王と王と、女については内親王と女王との、稱を異にするのみである。即ち永世皇族の制である。皇族は、一定の事由により皇族たる身分を離れる。これはその皇族の意思に基づく場合と然らざる場合とある。皇室典範は詳細に規定する。(皇室典範一一條以下)

國家は、一般に人について、一般に制度を設けて、人が家を爲すことを認めるが、天皇については、特に制度を設けて、天皇を中心とする、皇室なる、天皇の御一家であることを認める。こ

れは天皇の特別の地位である。皇族の地位ではない。國家がその制度において天皇たる人について、皇室という特別の一家を認めるのは、その一人が國家的象徵という役割を有するものである立場に着眼して、特別の取扱を爲すのである。皇室は天皇の御一家であるから、皇室自體の行動は私人の事務であつて國家の事務ではない。併し、皇室の行動に關して國家の行動がある。それは國家の事務である。皇室の事務に關する國家の事務である。この事務を行うために特別の國家の機關がある。後に説明する。天皇及び皇族の身分の事項は、皇室典範の定めるところにより、これを皇統譜に登録する。(皇室典範二六條)。一般國民の身分に關する戶籍法の適用はない。

六 皇室の財産の移動に關する制限 憲法第八條は、「皇室に財産を譲り渡し、又は皇室が財産を譲り受け、若しくは賜與することは、國會の議決に基かなければならない。」と規定する。同條項は、皇室と外部との交流による財産の移動が國會の議決に基かずしては存在し得ないことを定めるのである。その移動を外部より見て、皇室に財産の入ることを、財産を譲り渡し、といい、皇室より見て、皇室に財産の入ることを、財産を譲り受け、といい、皇室より財産の出ることを賜與という。この條項は財産の移動そのものを主題として規定するのである。右の國會の議決は法律でよい。現に皇室經濟法がある。

第一章 國權と國家の權力及び權利

國權とは國家の意思力を包括的に見ていう。國家は、多くの個々の事項に關して、その意思力を發動して、その目的を達成しようとするのであるが、その個々の事項に關して發動する個々の状態において、國家の意思力を國權というのではない。國權はただ一つある。多數あるのではない。國權という言葉は日本國憲法が用いている。その第九條第一項に「國權の發動たる戰爭」といい、第四十一條に「國權の最高機關」という。法學上、國家學上は勿論、普通の言論上でも、國權という言葉は、以前から用いられているけれども、法制上これを用いたのは、この日本國憲法が初めてである。このことは、前に一言してある。帝國憲法施行の時代においては、帝國憲法及び普通の言論で、統治權というていた。國權といい、統治權といい、共に、國家の包括的意思力という同一のものを指す呼稱である。ただ、統治權とは、國家意思力が統治という目標に向つ

て發動するものである、という點に着眼して、これを統治權と稱し、國權とは、それが國家の意思力である、という點に着眼してこれを國權と稱する、に過ぎぬ。統治というのは、わが國家が、各人をしてその所を得しめ、同時に、全體をしてその使命を遂げしめるよう、努力することであつて、國家の意思力は右の統治を爲すものであるから、統治權というのである。

國權の權という言葉は、力の義である。勿論國家という意思體の力であるから、意思力であつて、物理力ではない。故に、國權は、國權に權とあるからとて、權利と解してはならぬ。權利とは、前に説いた如く、意思體が或特定の事項について意思を活用することを得る力を用いるのであるから、意思體の持つ意思力を包括的に見ていうのではない。従て、國家の意思を包括的に見て國家の權利ということは出來ぬ。國家の包括的的意思力が、個々の事項について發動する状態において、個々の權利となるのである。又、國權は國權に權とあるからとて權利と解してはならぬ。國家の意思力が決して命令する權力としてのみ發動するものでないことも前に説いた。要するに國權の權は權利でもなく權力でもない。權とあるから權利だという筆法を許すならば、同じ筆法で權力であるともいわなくてはなるまい。だから、どちらでもないのである。

國權というも統治權というも、前述の如く、國家の意思力を包括的に見ていう。國家がその意思力を有することは、國家という團體の存在することそのことである。社會事象として國家という團體の存在を認めることは、社會事象として國家の意思というものの存在を認めることである。故に、國家の意思は、法によつて成立するものではない。然しながら、國家も一の意思體であるから、個々人と同じく、法によりその行動が規律せられる。故に國權たる國家の意思力も、法のわくの内に存する意思力である。この意味で、法上の意思力である。併し、それは、權利と呼ばれるものとは異なる。ただ、國家の包括的的意思力は法のわくの内で發動する、ということを示すに過ぎない。それが、個々の事項について發動する状態にあるとき、その個々の状態における意思力となるのであつて、それが國家の權利である。然れば、國權は國家の包括的意思又は權力であるが、統治權は國家の權利であるというような誤解をしてはならぬ。

第二章 國權の源泉

第一節 國權の源泉意思

國家は、多數の個人より成る一の生活體であつて、一の意思を有し、且、その國家を成す個人も、それぞれ一の生活體であつて、一の意思を有する。これは既に述べた通りである。故に、國家においては、一般に團體におけるが如く、國家を成す現實的の生活體たる個人々の意思により、精神的の生活體たる國家の意思の成立を來すのである。即ち、その現實的の生活體たる個人々の意思は、精神的の生活體たる國家の意思の、湧き出る源泉である。その人が國家の意思の湧き出る源泉であるというのは、その人並に國家の意思の成立する状態より見て、いふのである。國家の意思の存立する状態より見るときは、その人は國家の意思を全體として掌握しているのである。即ち、成立の状態より見て、國家の意思の源泉であるという人は、存立の状態より見て、國家の意思を全體として掌握している人、というてよい。國家の意思を全體として掌握することを稱して、國家の意思を總攬する、という。國家の意思は國權というのであるから、人が國

權の源泉であることと、人が國權を全體として掌握すること、又は總攬することとは、同じである。或人の意思が國權の源泉であるとき、その意思を國權の源泉意思といい、その人を稱して國權の源泉意思體という。

何人の意思が國權の源泉意思であるかは、國家において規範的に定められる。單に社會事實的に定まるのではない。即ち、國權の源泉意思が何人の意思であるか、を定める規範があるのである。その規範は即ち憲法である。

第二節 主權及び主權者

國權の源泉意思を主權という。國權の源泉意思力は、前述の如く、國權を總攬する意思力であるから、主權は、國權を總攬する、という意思力である。日本國憲法第一條に、「天皇は、日本國の象徴であり日本國民統合の象徴であつて、この地位は、主權の存する日本國民の總意に基く」とあるが、その主權とは國權の源泉たる意思力の義である。尤も、主權という言葉は、もと外國語を譯したものであつて、その外國語の示す概念も一に歸していないので、わが主權の言葉の示す概念も一定していない。現に、日本國憲法においても主權の語を用いるところ三ヶ所ある。そ

の一は前示第一條の條項であり、他の二ヶ所は前文中にあるが、前文中の一ヶ所と、前示條項とが同一のものを示し、前文中の他の一ヶ所は別のものを示す。故に、こゝに一般に主權の語の示す概念について、簡単に考察することを必要とする。主權の語は、(一) 國家そのものに關して、ということもある。これにも、或は、國家の意思力そのものを指すものとして用いられる。これは、國權即ち統治權と同義である。或は、國家の意思力の品質を指すものとして用いられる。即ち、或國の國權が、その本來の性質上、一般に、最高性、獨立性又は自主性を有することをいう。この意味では、主權たる品質をもたない國權もある。(二) 國家における權力者の地位に關して、ということもある。これに或は國家の意思の源泉を指すこともあり、或は、特に君主國について、君主たる地位即ち君主たる人の君主たる根據を示すことがある。例えば、その根據が、君主その人に附着する或事實に存するとか、國民より認められたことに存するとか、いうが如き場合に、君主主權又は國民主權というの類である。かくの如く、主權という言葉には色々の意義がある。日本國憲法前文に、「自國の主權を維持し」というのは、國權の最高性、獨立性、自主性を指している。前文中「ここに主權が國民に存することを宣言し」といい、又第一條に「この地位は、主權の存する日本國民の總意に基く」というのは、主權という言葉が國權の源泉の義としてい

る。

翻て思うに、わが國の國權は、彼の昭和二十年八月十五日敗戦降伏の時より、聯合國の指揮の下にあることとなつた。ポツダム宣言の受諾の結果、わが國は聯合國軍の占領下に置かれた。ポツダム宣言受諾の前に、既述の如く、わが國政府は「主權的統治者としての天皇の權限を傷けるが如き要求を含まない、という了解の下に、これを受諾する、」と申入れた際、アメリカ國政府が、四國政府を代表して、送り來つた回答の中、「降伏の時より、天皇及び日本國政府の國家統治の權は、降伏條項の實施の爲必要と認むる措置を執る聯合國最高司令官の拘束に従うべきである、」とあつた。故に、わが國降伏の時より、わが國の國權は聯合國に從屬するものとなつた。これは、最高司令官が、降伏條項の實施のため執る措置に對して服従することである。わが國の國權が、本來の性質上、一般に、最高、獨立、自主のものでなくなつた、のではない。故に、わが國の國權は、依然として、主權たるの品質をもつものである。併し、凡そ、國家が、國際場裡において、自國の自主的地位を維持して、他國と對等の關係に立つことを許されるのは、國家が、單に、自國のことのみに専念して、他國のことを無視するという態度を取つてはならぬ、という政治道德の法則に従う場合のみであり、これに反するときは、結局、自國の自主性を失わし

められることと、なるであらう。わが國もこのことを忘れてはならぬ。これは、憲法前文第三項も規定しているところである。

主權を國權の源泉たる意思力の義と解する場合に、國權の源泉意思力を有する人を、略して國權の源泉意思體という。國權の總攬者というてもよい。主權という言葉を用いると、主權者というべきである。國家には、國權の源泉意思が存してはならぬから、國權の源泉意思體たる主權者が存してはならぬ。國家は、永久的に活動しているから、その活動を全體として見るときは、國家は永久的のものとして考えられる一の活動體である。併し、この意味の活動體は、觀念せられた、非現實の存在である。この活動體は、活動の時々の段階においては、現實の存在たる一定の人によりて活動しなくてはならない。その人が何人であるかは、國家の憲法によりて定められるものであるが、その現實の存在たる人が國家意思力たる國權の源泉意思體である。即ち主權者である。日本國憲法によれば、わが國の主權者は日本國民である。同法第一條の規定中「主權の存する日本國民」という文言があり、前文中「主權が國民に存する」という文言があるのである。これらの條規に、主權が國民に存する、という場合には、永久的の活動體たる國家を成すすべての人という意味で、國民というのではなく、國家の活動の時々の段階において、憲

法及び憲法に基く他の法により、國家の意思の成立に参加する資格を認められている、一般の國民たる人という意味で、國民というのである。かかる國民の總體が主權者である。この意味で、今日、主權は國民に存するのである。

帝國憲法の下においては、國權の源泉意思は天皇に存し、天皇が主權者であつた。即ち、わが國は君主國であつた。帝國憲法では、國權の源泉又は主權という言葉でなく、統治權の總攬という言葉を用い、天皇を統治權の總攬者と定めていたが、國權の總攬ということが國權の源泉又は主權のことであることは、既に述べた通りである。帝國憲法の改正である日本國憲法は、國權の源泉又は主權は、天皇に存するのではなく、國民に存すると定めた。即ち、國民が、主權者、即ち國權の源泉者又は總攬者、である。天皇はそれでないこととなつた。そして、前に述べた如く、何人が主權者、即ち國權の源泉者又は國權の總攬者、であるか、といふ點より見た國家の性格を國體と呼ぶのであるから、わが國の國體は、日本國憲法により、帝國憲法下におけるものを變更したのである。わが國は君主國より民主國に變更したのである。

第三編 國權の發動

第一章 國權の發動總説

第一節 國權の發動及びその憲法的規律

第一 國權の發動 國權の發動とは、主權者たる國民が、個々の場合に、必要に應じて、國權を用いて種々の行動を爲すことをいう。國權を發動するということは、國權の源泉である、ということと、同一の觀念ではない。國權の源泉意思體は發動せられるものとしての國權の源泉であること勿論だが、而も、國權の源泉であることは、國權を發動することそのことではない。

第二 國權の發動の憲法的規律 憲法は、或者が、主權者として國權の源泉意思體である、という地位を定めると共に、更にその者が、國權を發動することについて、如何なる地位を有するか、ということ、別に定める。それが即ち、國權の發動の憲法的規律である。國權の發動に

關して規律の存することは、前に一言したが、ここではその憲法による規律のことを説く。次の如くである。

その一として、主權者たる國民は、一般に國權を發動することについて、日本國憲法によりてすることを要する。詳しく言えば、一般に國權の發動ということについて、日本國憲法の存在を前提とし、その前提の下で、國權が發動せられなくてはならぬ。國權を發動して日本國憲法の改廢を爲すことも出来るけれども、その改廢を爲すことそのことが、日本國憲法の規定するところによらなくてはならぬ。國權の發動が法の存在を前提としてなされるを要することは、獨り日本國憲法のみについていうことではない。凡そ法についていい得る。併し、日本國憲法以外の法については、國權は、その法の規定の外に立ち、その法を改廢することを得る。その法を改廢することは、その法自身の規定によるのではない。併し、憲法に對しては、國權は、憲法の規定の外に立ち、憲法を改廢することは、出来ない。尤もこれは、法的の考察としていうのである。法を離れて、社會事象の考察としていうときは、國權が、憲法の規定の外に立ち、その存在を無視して、發動することは、あり得る。併し、それはここに取扱うべき問題ではない。

その二として、主權者たる國民は、日本國憲法に牴觸せざる範圍においては、國家のため必要と認める事項について、任意に國權を發動することを得る。國權の發動が、如何なる方面において、如何なる方法を以てせられるかは、主權者が任意にこれを定めることが出来る。故に、或方面において或方法を以て國權を發動することについて、何人がこれを爲すことを得るか、ということが問題となつた場合に、法の明かに定めたものがないときは、主權者たる國民がこれを爲し得ると解すべきである。即ち、主權者たる國民は、廣い權能を有する、という推定を受けるものである。この法理は、國民が國權の源泉意思體であつて、國權を全體として掌握している、という事そのことから、當然生ずるのである。

右の國權の發動の憲法的規律は、國權を發動する國家機關についていえば、國會の權限に關することである。後に述べる如く、主權者たる國民は、國權の最高機關たる國會を通じて行動するものである、からである。

第二節 國權の發動の限定

國權の發動は日本國憲法に牴觸せざる範圍において爲され得ること、既に述べた如くである。日本國憲法の定めるところは、個々の事項に關する國權の發動についてするものと、國權發動一

般についてするものと、二種ある。前者は本書の全般にわたつて説明せられるものである。ここには後者を説明する。これを國權の限定と稱してよい。これに實質的限定及び形式的限定の二種がある。

第一款 國權の發動の實質的限定

國權の發動は、その方向について憲法により或限定を附せられる。これを國權の實質的限定という。これに積極的限定と消極的限定とある。

第一 積極的限定 日本國憲法は、國權が一定の方向を取つて發動すべきである、ことを定める。これを國權の發動の積極的限定という。その方向には、國內的のものと國際的のものとなる。

一 國內的の方向 これを、公共の福祉と個人の幸福との調和とする。凡そ國家が、公共の福祉のために國權を發動すること、又、個人の幸福のために國權を發動することは、いうまでもない。併し、公共の福祉と個人の幸福とは、實際上兩立し難いことがある。公共の福祉の名において個人の幸福を犠牲とし、個人の幸福のために公共の福祉を無視する事例は少くない。兩者の

調和は國權の發動の方向として重視すべきものである。日本國憲法は特にこれを定める。後に國民の權利の部においてこれを説明する。

二 國際的の方向 これを、國際平和の實現への努力とする。近代の國家が國際平和の實現に努力することも、疑ないが、併し、これに反する事例も稀でない。日本國憲法は、特に、國權が、國際平和の實現への努力を方向とすべきことを定める。それは、前述の憲法前文において明である。加うるに、憲法の條項においても、これを明にしている。憲法第九條第一項に、「日本國民は、正義と秩序を基調とする國際平和を誠實に希求し、國權の發動たる戦争と、武力による威嚇又は武力の行使は、國際紛争を解決する手段としては、永久にこれを放棄する。」という。この條項は後に説くところの戦争放棄のことを定めるのであるが、その戦争放棄の決意は、正義と秩序とを基調とする國際平和を誠實に希求する、という精神の根底の上に爲されるものであることを示すのである。即ち、國權が國際平和の實現の努力という方向を取つて發動すべきことを定めるのである。

第二 消極的限定 日本國憲法は、國權が一定の方向を取つて發動すべきでない、ことを定める。これを國權の發動の消極的限定という。その方向は國際的のものである。それは、憲法の用

語に従えば、戦争の放棄である。憲法は特に戦争の放棄と題する一章を設ける。その條項ただ第九條の一ヶである。いかに戦争の放棄ということに重きを置くかが知れる。憲法が戦争の放棄というは、戦争の放棄、武力の放棄及び戦力保持の放棄及び交戦権の放棄の四つが含まれる。

一 戦争の放棄 戦争は、國際紛争を解決する手段としては、永久にこれを放棄する。これは前示憲法第九條第一項の定めるところである。これにより、わが國は、今後、永久に、戦争を行わないこととする。これは、憲法という國法の規範であつて、國際法の規範ではないから、戦争を行わない、という國際法上の拘束を、他國に對して、持つのではない。なほ、これは、同條の如く、國際紛争を解決する手段としては、戦争を放棄するのだから、國際紛争を解決する手段としてでなく戦争を行うことは、これを放棄しない。例えば、突如不法の侵襲を受けて、自衛の必要上、これに對抗するが如きは、これを放棄していない。

二 武力の威嚇又は行使の放棄 武力による威嚇又は武力の行使は、國際紛争を解決する手段としては、永久にこれを放棄する。これ、日本國憲法第九條第一項が、前示戦争の放棄と共に、一箇の條項として定めるところである。ここに武力による威嚇又は武力の行使というは、戦争に至らずとも、國際紛争を解決する手段としてこれを爲すことである。これも、國際紛争を解

決する手段としてでなく爲すことは、これを放棄していない。

三 戦力保持の放棄 陸海空軍その他の戦力は、永久にこれを保持しない。これ、憲法第九條第二項前段に、「前項の目的を達するため、陸、海空軍その他の戦力は、これを保持しない。」として、規定するところである。陸海空軍は、戦争を爲すの力を國家に供給することを任務とする施設である。その他の戦力とは、陸海空軍の如く戦争を爲すの力を供給するの任務を有するものではないが、戦争を爲す力を供給する可能性を有するものをいう。人たると物たるとは、これを問わない。例えば、何らかの體制を有する人の集團をつくり、必要に応じて、軍事的行動を爲すことの出来るように訓練しておくとか、軍隊で用い得る兵器、彈藥、爆彈、空軍や海軍で用い得る航空機、船艦などの諸物、又、これらの物を製造する施設は、憲法第九條第二項にいう戦力である。これを保持することを得ない。保持するとは、單に從來存在したものを持續することのみをいうのではない。將來これを新設することをもいう。共に出来ないものである。わが國がかくの如く戦力の保持を放棄するのは、前示の戦争の放棄、及び武力威嚇又は武力行使の放棄という目的を達するためするのである。憲法第九條はこのことを明示し、「前項の目的を達するため」と特にいう。軍その他戦力を保持するならば、戦争をしたり、武力の威嚇又は行使をしたりするこ

とが、起るかも知れぬからである。

四 交戦権の放棄 國の交戦権はこれを認めない。これ日本國憲法第九條第二項後段の定めるところである。交戦権は戦争を爲すの権利であるが、それは他の國家に對して主張する意思の力である。故に、交戦権を認めないとは、國家が、戦争を爲すことについて、他の國家に意思を主張することを爲さない、とするのである。それは國法上の拘束である。交戦権そのものは國際法上の権利であるが、憲法が、交戦権を認めない、というのは、わが國自身で、わが國は、他國に對して交戦権を主張しない、と定めるのである。詳に言えば、わが國は、他の國家に對して、國際法上の交戦権を主張しない、と定めるのである。故に、同條第一項戦争の放棄とは全く別のことである。戦争の放棄は、戦争を爲さぬ、という行動、そのものについての定めであつて、他國に對して、交戦権を主張せぬ、という意思主張についての定めではない。故に、交戦権を認めない、と定めるからとて、戦争という行動を爲すことをしない、というのではない。従て、憲法第九條第一項の、戦争放棄の規定は、この交戦権の否定の規定のために何等影響をも受けるものでない。即ち、憲法第九條第一項において、戦争の放棄が、國際紛争を解決する手段としてする戦争について、定められたのであつて、他の戦争については定められない、とすること

は、同條第二項後段の交戦権の放棄により、何等影響を受けない。換言せば、憲法第九條第二項の、交戦権を認めないと定めることを根據として、同條第一項を解して、戦争は、國際紛争を解決する手段以外の手段としても、これを放棄するものと、考へてはならぬ。

以上の戦争の放棄、武力の威嚇又は行使の放棄、戦力の保持の放棄及び交戦権の放棄の四つの事が、戦争の放棄と題する一章において、一箇の條項で規定せられている。一國の憲法において右の如き戦争の放棄を定めることは、他國にはこれを見ない。侵略、征服、國家政策の遂行のためには戦争を爲さぬ、ということの規定するものはあるけれども、わが國憲法の如く、單に國際紛争解決の手段としては戦争を爲さぬ、と規定することは、他にその例を見ない。前に述べた如く、わが國は、常に正義と秩序とを基調とする國際平和の實現に努力すべきであるが、更に、その努力が結局效を奏しないことがあつても、戦争を爲すことをしない、とするのである。かかる場合、わが國の安全と生存とを保持するは、平和を愛する他の諸國の公正と信義とに信賴するの外はない。そして、實に、わが國は、憲法前文にも明示する通り、そう決意し、敢て戦争を放棄するのである。

右の憲法の戦争放棄という國法上の規定からは、國際關係において、何等の法律關係をも生じ

ない。他の國家に對して、戦争を爲さぬ、という義務を生ずるものでない。憲法第九條第一項の規定は勿論、第二項の交戦權を認めないとする規定でも、他國に對して、交戦しない、という義務を生ずるのではない。ただわが國自身の態度として、他國に對して戦争を爲すの權利を主張しない、と定めるのである。憲法第九條の戦争放棄の規定を誤解して、戦争を爲さぬ、という義務を他國に對して負うものと、してはならぬ。併し、國法上の意味として次の如き結果を生ずる。國家の機關たる政府、國會等は、戦争を計畫し、遂行することを得ない。これを爲すときは、日本國憲法に違反する行爲を爲すのであつて、その職責を盡さぬものである。

第二款 國權の發動の形式的限定

國權の發動は、その規準について、憲法により或限定を附せられる。これを國權の形式的限定という。それは、日本國憲法を遵守することと、條約及び國際法規を遵守することである。

第一 日本國憲法の遵守 國權を發動するに當ては、日本國憲法を遵守することを要する。日本國憲法は、前述べた如く、わが國の最高法規であるからである。憲法は、日本國憲法がわが國の最高法規であることを、特に明言する（九八條二項）。日本國憲法を遵守するを要するの結果、

日本國憲法に基て存する憲法以外の法をも遵守することを要する。日本國憲法の最高法規性については、前にも述べたが、それは、日本國憲法そのものの最高法規たる性格を示したのである。ここには、國權の發動が日本國憲法を遵守すべきことを示すのである。

第二 條約及び國際法規の遵守 國權を發動するに當ては、日本國が締結した條約及び確定せられた國際法規を遵守することを要する。これは日本國憲法の明に定めるところである。（九八條二項）。條約及び國際法規を遵守すべきことは前にも述べたが、それは、日本國憲法そのものの最高法規たる性格を示し、その憲法自身が條約及び國際法規の遵守のことを定める、ということを示したのである。ここには、國權の發動が條約及び國際法規を遵守すべきことを示すのである。

聯合國の占領の下にある間、わが國の國權は、聯合國が、ポツダム宣言實施のため必要と認めで行う、聯合國の國權の發動に隸屬する。従て、天皇及び政府は、聯合國最高司令官又はその他の特定の聯合國代表者が、ポツダム宣言を實施するため、要求するところに従い、要求せられた一切の命令を發し、その他の一切の措置を執るべきものである。又、天皇及び政府は、聯合國最高司令官が、わが國がポツダム宣言を受諾した降伏條項を實施するため行う、制限の下に置かれてゐる。以上のことは、ポツダム宣言、わが國が、ポツダム宣言受諾の申入の後、昭和二十年、

(西曆一九四五年)九月二日差出した降伏文書において、明にこれを定める。そして、かかる對外交渉の結果、わが國の國權の發動が前示の如き拘束の下にあることは、國際法規の結果である。故に、わが國は、聯合國占領の下にある以上、誠實に、かかる拘束に従わなくてはならぬ。それは、外に對して、國際法上の義務であること勿論だが、そのみでなく、憲法第九十八條第二項に基て、存する、國法上の義務でもある。

以上は、國權の發動一般について、憲法上存する定めである。國權の個々の發動については、前に述べた如く、右の外、別に、日本國憲法の個々の條項により定められる。

第三節 國權の機構

第一款 國權の機構の概念

國家は國權を發動して個々の行爲を爲す。その行爲は、その時々が必要に應じて爲され、又無數に多い。然るに、これら個々の行爲は國家が一定の目的を遂行するために行うのである。然るに、國家が一の目的を遂行するために行う行爲は、通常幾多のものであつて、一つではない。一つの目的のために幾多の行爲が、連絡を保つて、行われる。その各々の目的を國家の一つの任務

といい、一つの任務のために行われる行爲を包括して、一つの作用という。即ち、作用は國權の發動たる幾多の行爲を、その目的に關係せしめて、包括的に見ていうのである。例えば、課税作用、警用、察作用、教育作用というは、租税を徵收するために行う幾多の行爲、警察のために行われる幾多の行爲、教育のために行われる幾多の行爲を、包括して言うが如きである。

國家の行爲は國家の行爲を爲す者として行動する特定の人の行動によつて爲される。これらの人は無數にある。これらの人を國家の機關という。

故に國權の發動においては、國權の作用が國權の機關により行われるのである。これが行われるというのは單に事實として行われることをいうのではなく、法によつて、一定の作用が一定の機關によつて行われるものと、定められることである。即ち規範的のことである。單なる社會事象ではない。かくの如く、幾多の國權の作用が幾多の機關により行われるものと定まれる仕組を稱して國權の機構という。國家が實際上その目的を達成することの出来るのは、右の國權の機構が適當に定められている場合において、始めてこれを期待出来るのである。

第二款 國權の作用概説

第一項 國權の作用の種別

國家は、前述の如く、幾多の作用を幾多の機關により行うのであるが、國家は、その個々の作用を行う度毎に、これを行う個々の機關を定めるのではない。抽象的の標準を以て、國家の作用の種別を爲し、その各種別についてこれを行う機關を定めて置く。故に國權の機構を知るためには、國權の作用の種別を知る必要がある。國權の作用の種別は、種々の點を標準として考えられ得るものであるけれども、ここにする説明のために必要なものとしては、先づ、一般國家の任務より見た作用の種別、及び、國家の制度より見た作用の種別の二つがある。前者を國家理論上の種別といい、後者を國家制度上の種別という。

第二項 國家理論上の作用の種別

國權の作用には國家一般の性質より見て考えられるものがある。かかる作用は、わが日本國も、特に除外せない限り、これを有する。國權の作用は、國家一般の性質より見て、國家の存立の必要上爲されるもの、及び、國家の活動の必要上爲されるものの、二種に大別出来る。

第一 國家の存立の必要上爲される作用

凡そ國家という特別の社會が如何なる意味をもつものであるかは、これを別とし、個々の國家においては、その國家の存在を保持すること即ち存立することの必要上、種々の作用の爲されることは當然である。その作用には、(一) 國家内部の關係として行われるものがある。例えば、國家の財力を強固にするため財務行爲を爲すが如き、國家の存在の破壊に對抗するため、警察行爲、科刑行爲を爲すが如きである。(二) 或は外國との關係として行われるものがある。例えば、外國と外交交渉を爲すが如き、戰爭を爲し又は戰備を充實するが如きである。

第二 國家の活動の必要上爲される作用

これも種々あるが、それは、社會生活を向上せしめるために爲す作用、ということに歸着する。それに、國家において爲される社會生活を向上せしめるためのもの、及び、人類一般の社會生活を向上せしめるためのもの、の二種ある。

一 國家において爲される社會生活を向上せしめるためのもの これには、(一) 或は、社會生活秩序を整える必要上爲す作用もある。例えば、法を制定し、法を宣言し、社會生活に對する現實の障害を除去する、が如きである。これを整序作用という、(二) 或は、社會生活の内容を充實せしめる必要上爲す作用もある。これを化育作用又は育成作用という。これにも人間の外的生

活を向上せしめる必要上爲す作用と、人間の内的生活を向上せしめる必要上爲す作用とある。前者は、例えば、交通設備を整え、通信設備を具えるなどの作用の如く、これを國家の文明的作用という。後者は、例えば、宗教、學問、藝術に關し施設を設け、これを保護し、思想發表の便宜を計るが如きである。これを國家の文化的作用という。文化とは、人間が眞、善、美というが如き價値を、一定の形式を有するものにおいて實現せしめようとする、精神的努力であるが、その努力の結果として、一定の形式を興えられたものをも文化といい、又は文化財という。文化は人間の精神そのものの表現であるから、國家はこれを創造することは出来ない。併し、その創造に有利なる外的條件を造ることは出来る。それが國家の文化的作用である。かかる文化的作用を重んずることは近代國家の特徴の一である。

二 人類一般の社會生活を向上せしめるためのもの これを國家の超國家的作用という。現代の國家は、決して、單に自國を成している人間の社會生活の向上に必要な作用のみを爲すのではなく、人類一般の社會生活の向上のために必要な作用をも爲す。世界の平和の促進のために努力するが如きである。

以上は國家一般の性質より見て、國權の作用の種別を述べたのであるから、現代の一般國家についてこれを考え得る。併し、個々の國家自身においては、その國家が、以上の作用の或もの自國の作用より除外し、これを行わない、と定めることもあろう。その場合には、國家一般の性質上考えられるその作用は、その國家の作用としては存在しないということとなる。例えば、わが日本國は、日本國憲法第九條において、外國との關係において、戰爭を爲すこと、武力を備へることを、その作用より除外しているのである。

第三項 國家制度上の作用の種別

國家はその制度において作用の種別を設け、これについて規定を爲すのであるから、制度より見て作用の種別を考える必要がある。日本國憲法は國權の機構を定めるに當て、作用そのものの任務及びこれを行う機關の特徴の兩面に着眼して作用の種別を爲している。故に、この兩者を區別して考察すべきである。前者を作用の客觀的種別といい、後者を作用の主觀的種別という。

第一 國權の作用の客觀的種別 日本國憲法によれば、國權の作用は、その作用の任務に應じて、立法、行政及び司法の三に大別せられる。憲法が、これを三種に大別する、と明言しているのではないが、この三大別を爲すことを根本見地として、機構を定めていることは、日本國憲法の全般を見て明かに知られる。何故なれば、憲法は、國權の作用を示すに當りて、明に、立

法、行政及び司法の語を用い、これによつて、國家がその作用を行う方法を示している。これは、國家が、その任務を定めて、これを遂行するものとして作用を行うということを考へているのである。これは作用そのものの性質を見て爲す種別である。故に、種別としては、客觀的種別という。作用そのものとしては、立法、行政及び司法の客觀的概念という。國權の作用の客觀的種別は實質的種別というてもよい。併し、その作用自身に着眼するものであるから、客觀的種別という言葉が、適當とおもわれる。

國權の作用に前述三種を分つとせば、國權の發動には、立法の作用としての發動、行政の作用としての發動、及び、司法の作用としての發動の三種を分つ。國權が立法の作用として發動する場合、これを立法權といい、行政の作用として發動する場合、これを行政權といい、司法の作用として發動する場合、これを司法權という。これは、單一の國權をその發動する方面より見て、以上に過ぎぬ。三箇の國權があるのではなく、國權が三箇に分割されるのではない。かかる意味で、立法權、行政權及び司法權の三權という。

第二 國權の作用の主觀的種別 日本國憲法によれば、前述の如く、國權の作用は立法、行政及び司法の三に大別せられるのであるが、それは、國家が、國權の作用を、ただ論理的の判斷

によりて、大別するのではない。右の種別を爲すことに實際生活上の價值を認めるのである。それは、その各作用を行う機關を別々に設けること、及び、その各機關の構成に地位が、その機關の行う作用の持つ政治的意味に適應するよう、定められることである。従て、立法を行う機關、行政を行う機關及び司法を行う機關、という三機關の種別を生ずる。これを、立法機關又は立法院、行政機關又は行政府、及び、司法機關又は司法府という。故に、前に述べた、國家の立法權、行政權、司法權は、これを行う機關よりせば、立法機關又は立法院の立法權限、行政機關又は行政府の行政權限、司法機關又は司法府の司法權限である。國家の立法權、行政權及び司法權と、國家機關の立法權限、行政權限及び司法權限とを混同してはならぬ。

他方において、國家は、三作用を三機關に分屬せしめることを徹底して貫いていない。立法機關、行政機關又は司法機關をして、或範圍において、立法以外の作用、行政以外の作用又は司法以外の作用をも行わしめる。それで、立法、行政及び司法という、國權の作用そのものより見た種別の外、立法機關の行う作用、行政機關の行う作用及び司法機關の行う作用、という種別を生ずる。これは、國家が、或作用は、立法の作用、行政の作用又は司法の作用ではないけれども、その作用のもつ政治的意味より見て、立法の作用、行政の作用又は司法の作用を行うと同一の機

關をして行わしめるのである。この場合には、作用の内容如何に拘らず、立法機關により行われ、行政機關により行われ、又は司法機關により行われる、ということに意味をおくのである。これは、作用の内容を見るのではなく、作用を行う機關の特徴を見るのである。いかなる作用が行われるか、が見られるのではなく、いかなる機關により行われるか、が見られるのである。これを國權の作用の主觀的種別という。形式的種別というてもよいが、作用を行う機關に着眼するのであるから、主觀的種別という言葉が適當とおもわれる。

然れば、國家の作用を認識するに當ては、作用そのものの性質に着眼する、作用の客觀的概念と共に、作用の機關に着眼する、作用の主觀的概念を立てることを要する。從て、その主觀的概念を表示するために何等かの名を定めることが、便である。今、これを、立法府作用、行政府作用、及び司法府作用という。權限よりせば、立法府權限、行政府權限及び司法府權限という。立法府權限、行政府權限又は司法府權限は、立法府、行政府又は司法府の本來の權限たる立法權限、行政權限又は司法權限の外、その本來の權限に屬しない權限をも含むのである。

第三款 國權の機關概説

第一項 國權の機關及び國權の組織

第一 國權の機關の概念 國權の機關とは、國家として行動するものと定められた人を、國家として行動する關係において見て、稱する。國家の機關ともいう。(一) 國家は、前に述べた如く、團體であるから、國家がその意思を活用して行動するのは、これを事實として見るときは、國家における特定の人が、その意思を活用して國家として行動を爲して、社會において、それが國家の意思活用、國家の行動と考えられるのである。その人の事實上の意思、行動が國家の意思、行動と觀念せられるのである。その人が國家の機關である。(二) かく觀念せられるのは、社會においてかく考えらるべきであると、法が定めているからである。自然的にそうなるのではない。規範的にそう定められるのである。その人は、事實上、自己の意思を活用し自己の行動を爲すのであるが、それが、規範的に、國家の意思、國家の行動となるのである。かくの如く、人が、規範的に、國家の意思活用を爲し、國家として行動することを、別の言葉で、國家の意思を供給する、という。(三) これをその人よりいうときは、その人は、國家の意思を供給するものと

して、國家として行動するものとして、意思し行爲する。この場合、その意思、その行爲は、その人の意思、行爲であることにおいて、他の場合と異なるところはなないけれども、國家として行動する、ということより見て、この場合その人の意思、行爲が機關意思、機關行爲となるという。それ故に、機關の機關意思、機關行爲が、國家の意思、國家の行爲である。即ち、國家の一の生活體としての意思、行爲は、その機關の意思、機關の行爲により、認識せられる。この關係において、國家の機關と國家とは、二者ではなく、一者である。この關係を指して、國家の機關が國家を表現する、というのである。(四) 國家の機關は澤山ある。そして、それらの機關は相互間に關係を有し、それらの機關が、全般として、國家を全般的に表現する。これは、法により定められた、國家の仕組である。これを全般的に見て、國家の組織という。

第二 國家の機關の權限 國家の機關が國家の行爲を爲すには、一定の範圍がある。その範圍を國家機關の權限といい、その行爲はその權限に屬する、といい、その行爲を爲すことを、その權限を行使し又は行ふ、という。即ち、國家の機關の權限は、機關が國家として行動する範圍である。故に、(一) 國家の機關行爲は、その權限内においてのみ、國家の行爲である。(二) 國家の機關は、その權限を守りて機關行爲を爲すことを要し、他の機關の權限に屬する行爲を爲すことを得ない。

然れば、權限は、機關が、國家の内部において、國家の組織の中に、有する地位を示す。即ち、他の機關と對照せしめて考えられている。これを單にその機關そのものとして見るときは、國家機關は、その權限の範圍において、國家を表現するの能力を有するのであつて、その能力を職權という。權限と職權とは同一のものであるが、權限は他の機關との關係においてこれを見、職權は自己の能力としてこれを見る。但し、法の文言においては必ずしもこの區別を設けて用いると限らない。機關の權限に屬する事項を職務といい、その事項を自己の權限として處理すべきものとせられていることを、職責という。國家機關がその權限内において爲した機關行爲により、國家行爲は完全に成立する。従て、後に至りその機關が廢止せられ、又は、その權限に變更があつても、一旦成立した國家の意思は何らの影響をも受けない。故に、機關の機關行爲に依り設定せられる法律關係は國家を主體とするもので、機關を主體とするものではない。それは、國家の權利義務であつて、機關の權利義務ではない。

國家組織においては、幾多の機關意思が併立する。これらの機關の地位は、國家との關係及び機關相互の關係の兩面より見られる。國家との關係においては、皆、國家を表現する。機關相互

の間においては、國家を表現する態度について關係を生ずる。甲機關は乙機關に要求を爲し、乙機關は甲機關の要求に従う、という關係を生ずる。この場合、要求し、要求に従う、というは、法的にいえば、國家なる一つの人格の内部における關係であつて、國家なる人格と他の人格との關係ではない。要求することも、要求せられることも、共に、國家なる一の人格の行動である。故に、一の人格と他の人格との間に存する權利、義務という意味では、右の甲機關と乙機關との關係は權利義務の關係ではない。併し、これを稱して、甲機關は乙機關に要求する權利を有し、乙機關は甲機關の要求に従う義務を有する、という、場合が多い。同じ言葉でも、表示するものに差異のあることを注意すべきである。例えば、或省の大臣が、その省の局長に對して、或行政措置を爲すことを命じ、局長がこれに従う場合には、大臣も局長も、共に國家として行動するのである。

第三 國家組織における代理關係及び重疊關係

一 代理關係 法の定めるところにより、甲なる國家機關の機關意思が、乙なる國家機關の機關意思と同様に、取扱われることがある。法上の文言では、或は、甲機關又は甲機關の行爲が乙機關又は乙機關の行爲と看做される、といい、或は甲機關は乙機關の名に於て何々する、とい

い、或は甲機關が乙機關を代理する、といい、一定していない。この場合に、甲を代理機關、乙を被代理機關と稱する。然るに、一の團體が行動する場合には、特定の者が、その團體として、外部に對して行動を爲すのであつて、その特定の者がその團體を代表する、という。この場合には、その者は團體そのものとして行動しているのであつて、團體を代理するのではない。

二 重疊關係 法の定めるところにより、特定の人が、甲なる一の國家機關たることに基いて、法上當然に、他の國家機關たるの地位に就くことがある。これを稱して兩機關の重疊關係という。その人よりせば、同一人が數箇の國家機關となつてゐるのである。然るに、或人が、國家以外の者殊に自治體の機關であることに基いて、法上當然に、國家の或機關となり、又は、國家の機關であることに基いて、法上當然に、國家以外の者殊に自治體の或機關となることもある。これは、國家の機關と國家以外の者との間の關係であるから、ここにいう國家機關相互間の重疊の關係とは異なる。

第二項 國家機關の種類

國家の機關は、種々の標準によつて種々の種別を設けられるのであるが、今憲法を理解するに必要な範圍において、これを説明する。

第一 憲法上の機關及び憲法外の機關 憲法上の機關とは憲法によりて設定せられた機關をいい、憲法外の機關とは憲法以外の法によりて設定せられた機關をいう。ここに設定というは、憲法が、國家組織上の制度として、その機關の存在する、ことを定めていることである。例えば天皇、内閣、國務大臣、國會等は前者であり、各省大臣その他の行政官廳は後者である。

第二 必要機關及び任意機關 必要機關とは、法が、常に、必ず、具體的に設置すべきものと、定める機關をいい、任意機關とは、法が常に、必ず、設置すべきものと、定めるのではなく、特別の事實の發生する場合、必ず、又はその場合の判斷により、設置すべきものと定める機關をいう。憲法上の機關と必要機關とは同一概念ではないが、併し、憲法上の機關は、別段の定めなき限り、常に、具體的に設置すべきものとせられるもの、即ち必要機關である。

第三 法定機關及び指定機關 法定機關とは、國家の機關たるべき者が、一定の事實の發生と共に、當然定まるものをいい、指定機關とは、國家の機關たるべき者が、特にこれを定める行為によつて定まるものをいう。例えば、天皇、攝政は法定機關であり、國會、國務大臣は指定機關である。

第四 直接機關及び間接機關 直接機關とは、その機關がその權限を有することの根據が、

直接に、法の規定に存するものをいい、間接機關とは、右の根據が、その機關にその權限を授與する他の國家機關の行為に存するものをいう。然れば、直接機關は、その權限を、他の機關による授與に基くことなくして有するのであり、間接機關は、その權限を他の機關による授與に基いて有するのである。例えば、天皇、攝政、國會は直接機關であつて、國務大臣、行政官廳は間接機關である。間接機關も、直接機關と同じく、國家の機關であつて、これに權限を授與する他の機關の機關というのではない。又、間接機關の權限は他の國家機關により授與せられるも、その權限の内容は法の規定により定められることを妨げない。これが通常である。

直接機關及び間接機關の區別は、一見前示法定機關及び指定機關の區別に似ているが、同じではない。前者においては、國家機關がその權限を有する法上の根據を見るのであり、後者においては、國家機關たる人の定められる方法を見るのである。例えば、天皇、攝政は、直接機關であつて、法定機關であるが、國會は、直接機關であつて、指定機關である。國務大臣は間接機關であつて、指定機關である。

第五 決定機關及び參與機關 決定機關とは、機關意思を以て、國家人格の外に對して、國家の意思を決定して表示する機關をいい、參與機關とは、機關意思を以て、國家人格の外に對し

て國家の意思を決定して表示するのではなく、國家人格の内において國家の意思の成立に參與する機關をいう。例えば、裁判所、各省大臣その他の行政官廳等は決定機關であり、國會、國務大臣等は參與機關である。

第六 獨任制機關及び合議制機關 獨任制機關とは一人を以て構成する機關をいい、合議制機關とは二人以上を以て構成する機關をいう。獨任制機關においては、これを構成する者の一箇の意思が機關意思となるものであるから、機關を構成する者の意思が機關意思となる方法について、特別の定めのあることを要しない。合議制機關においては、二箇以上の意思が機關意思となるのであるから、機關を構成する者の意思が機關意思となる方法について、特別の定めのあることを要する。それは、通常多數決によるとせられるのであるが、一致によるとせられることもある。合議制機關においては、多數の人が直接に右の合議制機關を構成することもあり、多數の人が先ず別々の合議制機關を構成し、更にこれらの合議制機關が右の合議制機關を構成することもある。前の合議制機關を單純合議制機關といい、後の合議制機關を複合合議制機關という。複合合議制機關を構成する合議制機關を、その複合合議制機關に對して、部分機關という。單純合議制機關及び複合合議制機關の部分機關を構成する個々の人も、亦それ自身一の機關たる性質を有

しているのであつて、その構成する合議制機關に對して、部分機關である。部分機關の機關意思は、合議制機關がその機關意思を成立せしめる過程において、活用せられ、その個々の段階において、國家の意思を供給するのである。例えば、内閣は單純合議制機關であるが、國務大臣は獨任制機關であつて、内閣に對して部分機關である。國會は衆議院及び參議院より構成せられる複合合議制機關であるが、各議院は國會に對して部分機關である。各議院を組織する議員はその議院に對して部分機關である。

第四款 國權の統括

國權の機構において、前述の如く、國權の作用が種別され、且、その各作用を行う機關が定まり、國家は、それぞれの機關により、それぞれの作用を行うて、行動する。これは規範の定めである。然るに、現實の場合においては、或事項が、これらの諸機關の何れのものを行うべきであるかが、明確を缺くこともある。又、諸機關の態度が、常に、正當に、即ち適法に又適宜に、維持されるとは限らぬ。そこで、國家は、國權の作用を種別して、各作用の機關を定めると共に、國權の作用が、常に、これを行うべき機關により正當に行われるよう、意を用いなくてはな

らぬ。これを國權の統括という。國權の統括も、法の定めるところにより、一定の方法により行われる。それ自身國權の機構に屬するものである。

第二章 立法

第一節 立法の概念

立法とは國家が法を制定するの作用をいう。ここに法とは國內法のことである。日本國憲法第四十一條に、「國會は、國權の最高機關であつて、國の唯一の立法機關である。」という場合の立法が國內法を制定することであること、疑ない。法は、前に述べた如く、國家が、正義に適合して國家における社會生活の秩序を立てるため、人相互間の活動を限定しようとし、人に強要する行為の規則である。法は、前に述べた如く、制定せられて成立する制定法、慣習に基て成立する慣習法、及び條理に基て成立する條理法の三種あるのであるが、現代の複雑な社會事情に適應する法の成立の方法は、法の制定の外ない。これはいうまでもない。法の制定において、國家はその法意思を明示に表示するのであるが、これを表示する手段は、觀念上、文書によるもの、及び、文書以外の手段によるものの二種考えられる。併し、今日實際においては文書によることと

なつてゐる。これを成文法という。文書以外の手段により表示せられる法を不文法という。法には、制定の外、慣習に基くもの、條理に基くものを考へ得ること、日本國憲法の制定後においても變るところはない。併し、同憲法においては、國會が最高の國家機關とせられるのであるから、法の成立についても、これを制定する國會の意思を尊重するの趣旨であること疑なく、即ち、法の成立は、主として法の制定という作用によるものとする、の趣旨なること明である。

法を制定するは、社會生活の秩序を立てるのである。故に、秩序を立てる、ということが、立法における國家の行動の向う目標である。その目標に達するがために、人の行爲の規則を設けて強要するのである。單に規則を設けることが立法ではなく、規則を設けて秩序を立てることが立法である。故に、規則を設ける作用であつても、その向う目標が社會の秩序を立てる、ということに在るのでないならば、それは立法ではない。國家は、規則を設ける場合に、社會生活の秩序を立てることを目標とするのではなく、社會において或現實の狀態を出現せしめることを目標とするときは、その規則は法ではない。その規則の個々の規定は法規ではない。後に述べるところの政令はそれである。政令は法ではない。以上述べた人の活動、人の行爲という場合の、人

というには國家自身をも含むこと勿論である。從て、國家の行動たる行爲についても、法は規定するのである。

右に述べた立法は、前示日本國憲法の條項に「國會は、唯一の立法機關である。」とあるの立法である。然るに、前にも述べた如く、立法機關により行われる作用、という立法府作用なる概念がある。これは國家作用の主觀的種別における一の作用である。單に立法という言葉を擴張して、主觀的概念たる立法というても、別に差支ないけれども、言葉により觀念の混雜を來すことを恐れ、特に立法府作用というのである。國權が立法の方面に發動する場合に、これを立法權という。

第二節 立法機關

第一款 立法機關としての國會

第一 國會の全般的の性質 國家の立法作用を行う機關として國會がある。即ち、立法機關は國會である。併し、國會は、憲法によれば、單に立法を行う立法機關であるのみでなく、立法以外の作用をも行うものとせられてゐる。そして、ここには、立法機關としての國會を説くので

ある。併し、先ず、國會を、特に或作用を行うものとして見て、その性質を考えるのではなく、その全般的の性質を考えて、おくことが必要である。

國會は、國民を代表して、國權を統括し、立法を主務として、憲法により認められた作用を行う機關である。

一 國會は國權を統括する機關である 國權を統括する、というの意義は前に一言した。後に第五章において更に述べる。

二 國會は、立法を本務として行う機關である 國會は、前示統括の作用を行うの外、立法を行う。そして、立法を行うことを本來の任務即ち主務とする。故に、これを立法機關という。併し、立法のみを行うものではない。

三 國會は立法以外において憲法により認められた作用を行う機關である 憲法は、國會を以て立法機關とすると共に、一定の範圍において、立法以外の作用をも行わしめてゐる。それが如何なる作用であるかは、後に明となるであろう。

四 國會は、國民を代表して、その權限を行う機關である 國會は、右に述べた如く、國權を統括し、立法その他の作用を行うの權限を有するが、それを行うは、國民を代表してするので

ある。國會が國民を代表するとは、國會の機關意思において、國民の意思の存するところが示されると、認むべきである、というの義である。故に、規範的に定められたこととしていうのであつて、事實的に存することを示すこととしていうのではない。前に述べた如く、日本國憲法の下では、立憲主義が採用せられ、立憲主義は、國權の發動について、國民の意思を參加せしめるを要する、という思想を特に重んずるのである。然るに、國權の發動について、直接に國民の意思を參加せしめるの方法を講ずることは、非常に困難であるから、國家は、一定の機關を設け、その機關意思を以て國民の意思の存するところと認め、その機關をして國權の發動に參加せしめるの制度を設けるのである。従て、この制度の下においては、その機關の機關意思を以て國民の意思の存するところと認めなくてはならぬ。故に、國會が國民を代表する機關であるというのは、法により與えられた國會の性質である。これを略して、國會は國民の代表機關である、というてもよい。併し、これがために、國會が國民の機關である、と誤解してはならぬ。そうであるならば、國會が國家の機關である、ということとは出來ぬ。國會は法上は國家の機關である。國家は、國民の意思の存するところを知ること欲し、國民の意思を傳達せしめるの方法を講じ、國會をしてこれを傳達せしめる。國會の行動は、法的には、國家が國民の意思を知るため

に行動することである。即ち、國會は、法的には、國家の機關である。かくの如く、國會が國民を代表するものであることは、憲法が明文を以て直接に示すのではないが、併し、間接にはこれを示している。日本國憲法第四十二條によれば、國會は衆議院及び參議院の兩議院で構成し、同法第四十三條第一項によれば、國會を構成する兩議院は、全國民を代表する選舉せられた議員でこれを組織するとする。全國民を代表する議員で組織せられる兩議院より構成せられる國會が、全國民を代表するものと認めらるべきである、こと明である。國民の意思の存するところを知るを要する、というのは政治的の意味であるが、國會の機關意思を以て國民の意思の存するところと認める、というのは法上の意味である。

第二 立法機關としての國會 日本國憲法第四十一條は、「國會は、(中略)國の唯一の立法機關である。」と規定する。この規定により次のことが明である。

一 國會は立法機關である。國會は國家の立法作用を行う機關である。憲法に、國會は立法機關である、というのは、國會そのものが立法作用を行うものである、ことをいう。故に、國會は、他の機關の立法作用を行うことに助力するものではない。又、他の機關と共同して立法作用を行うものではない。自身で立法作用を行うものである。

二 國會は唯一の立法機關である。立法作用を行う立法機關は、唯國會があるのみである。

國會以外に立法作用を行う機關はない、のである。國會以外の機關が立法作用を行うことは、憲法がこれを認めない。憲法は、後に説くが如く、内閣が政令として、最高裁判所等が最高裁判所規則等として、一般的な規定即ち廣い意味での規則を定めることを認めるが、併し、政令や最高裁判所規則は、法ではない。従て、内閣や最高裁判所や立法作用を行うものではない。後に明となるが、要するに、その規則を設ける作用は、社會生活の秩序を立てる、ということに向けられるのではなく、現實の或状態を出現せしめる、ということに向けられるものであるから、法ではないのである。規則がすべて法であるのではない。

國會が立法作用を行うて制定する法を法律という。尤も、法律という國家の意思表示は、必ずしも法を内容とするもののみに限らぬけれども、それは別論である。法と法律との關係のことは後に詳に説明するであらう。

第二款 國會の構成

第一項 國會の二院制

國會は、衆議院及び參議院の兩議院でこれを構成する（憲法四二條）。衆議院及び參議院は議員と稱する多數の人で組織する。即ち、國會は複合議制機關であり、又衆議院及び參議院は、それぞれ單純合議制機關であつて、國會の部分機關である。そして、衆議院及び參議院の議員はそれぞれその組織する議院の部分機關であり、その議院の部分機關であることにより、國會の部分機關である。國會の行動として爲されるべき事項について、兩議院各別に獨立して行動し、その行動が一致するとき、ここに國會の行動がある、とせられるのである。尤も、兩院の行動一致しないとき又は衆議院存在しないとき、憲法の定めるところにより、衆議院又は參議院の行動を以て國會の行動と看做すこともある。が、かかる特別の場合を除いては、兩院の行動一致するとき、國會の行動があるとするのである。凡そ、議會が一箇の單純合議制機關であるとき、これを議會の一院制といい、議會が獨立せる二箇の單純合議制機關より成るとき、これを議會の二院制という。故に、國會は二院制の議會である。今日議會の二院制を採用せる制度の趣旨は、次の二にあるようである。一は、議會の行動に慎重を期することである。各別の組織を有する兩院をして各別に行動し、その行動一致するとき議會の行動あり、とするのは、一院のみの行動を以て議會の行動ありとするに比して、議會としての行動を慎重ならしめるものだ、とせられるのである。他

は、議會の行動に平靜を期することである。議會は全體として平靜に行動しなくてはならぬ。二院制の議會では、これを構成する一院で、論議自ら黨派的感情に流れ、黨派的利害に動かされる虞があつても、他の一院で平靜に論議せられ、それで議會全體の行動が平靜に爲される、とせられるのである。かかる、期待せられる慎重平靜ということが、實際上いかなる程度まで、實現せられるかは、これを事實に徴するの外ない。

國會は衆議院及び參議院より構成せられるのであるが、衆議院及び參議院は、又それぞれ、多數の議員より組織せられる。憲法は、國會については議院で構成する、といい、議院については議員で組織する、という。構成も組織も同じことで、組成せられることである。そして、憲法は國會を構成する方法を定めると共に、別に兩議院を組織する方法を定める。

第二項 兩議院の組織に關する基本原則 二二九

衆議院及び參議院の組織に關する事項は、（一）憲法自身が直接に規定するもの、及び、（二）憲法の規定に基て、憲法の規定以外の國家行爲により規定するものの二種ある。ここには前者のみを説明する。これを兩議院の組織に關する基本原則という。兩議院に共通のもの、と、一の議院に特別のものとのある。次の如くである。

第一 議員選任の方法に関するもの 兩議院を組織する議員は、全國民を代表する者として選舉せられた者である、ことを要する。(憲法四三條一項)。即ち、(一)衆議院の議員及び參議院の議員は、選舉せられた者でなくてはならぬ。その中に、選舉以外の方法例えば任命せられる者があつてはならぬ。(二)衆議院の議員及び參議院の議員は、全國民を代表する者であることを要する。即ち、議員は、全國民の意思を傳達する、という任務を有する。かかる議員より成る兩議院の行動により、國會の行動があつた時、國會の機關意思が全國民の意思の存するところ、と考えられるのである。ここに議員とは議員個々の人をいうのではなく、議員全體をいう。即ち、議員は全體として國民を代表する者と考えられることである。

第二 定數に関するもの 兩議院議員の定數は法律で定めることを要する。(憲法四三條二項)。即ち、法律以外の行爲で議員の定數を定めることを得ない。これは兩議院について同じである。

第三 兩議院の議員及びその選舉人の資格に関するもの (一)兩議院の議員及びその選舉人の資格は法律で定めることを要する。(二)且、人種、信條、性別、社會的身分、門地、教育、財産又は收入によつて、差別してはならぬ。故に、法律でもかかる差別を定めることを得ない。(憲法四四條)。これは、單に衆議院議員に關し、又は、單に參議院議員に關して、いうのみでなく、

衆議院議員に關するものと參議院議員に關するものとの間に差別してはならぬのである。

第四 選舉區、投票の方法その他選舉に関するもの 選舉區、投票の方法その他兩議院の議員の選舉に關する事項は、法律で定めることを要する。(憲法四七條)。これらの事項を法律以外のもので定めることを得ない。

第五 任期に關すること 兩議院の議員はその任期を定められる。それは兩議院について別に定められる。衆議院議員の任期は四年とする。但し衆議院解散の場合にはその期間満了前に任期終了する。(憲法四五條)。參議院議員の任期は六年とし、三年毎に議員の半數を改選する。(憲法四六條)。

第六 兩議院議員間の兼職排除に關するもの 何人も同時に兩議院の議員たることを得ない。(憲法四八條)。兩議院の議員たる者は、衆議院又は參議院の何れか一院の部分機關たることによつて國會の部分機關であるから、一の議院の議員たる者が他の議院の議員たり得ないことは、法の明文なくとも當然の法理であるが、憲法はこれを明に示している。

以上は、兩議院の組織に關する事項について、憲法が基本原則として定めるところであるが、憲法は、更にその組織に關する事項について、法律をして定めしめている。故に、兩議院の組織

に關する法上の原則一般を知るには、これを定める法律を見なくてはならぬ。併し、それはここに憲法の説明の外に屬する。併し、右の、組織に關する或事項について、法律で定める、という原則そのものは憲法上の基本原則である。國會の構成、兩議院の組織に關する規定に關する憲法の解説としては、右の憲法上の原則と憲法以外の法たる法律上の原則との兩者の存すること、及び兩者の區別を明にせなくてはならぬ。

第三項 議員

第一 衆議院議員、參議院議員及び國會議員 衆議院を組織する個々の人を衆議院議員といひ、參議院を組織する個々の人を參議院議員という。又、衆議院議員は衆議院を組織することにより參議院議員は參議院を組織することにより、國會を組織する。これを國會議員という。國會議員という言葉は憲法もこれを用いている。(憲法六八條)。何人も同時に兩議院の議員たることを得ない。(憲法四八條)。議員については、本書の説明は憲法の定めるところを示すにあるが、これを理解するため必要な範圍において、憲法以外の法の定めるところにも及ぶ。

第二 議員の身分の發生及び消滅

一 議員の身分の發生 兩議院の議員は、前に述べた如く法律の定めるところにより選舉せ

られるものであるから、當選の決定があつて、當選人がその當選を承諾することに因り、議員の身分が發生する。

二 議員の身分の消滅 議員の身分の消滅に、當然の消滅と特別の行爲に因る消滅とある。

イ 當然の消滅 議員の身分は次の事由に因り、當然消滅する。(一)任期の満了はその一である。議員には前述の如く任期がある。(二)被選舉資格の喪失はその二である。これを退職という。(國會法一〇九條)。(三)議員が兼ねることを得ない職務に就くことはその三である。これも退職という。議員は他の議院の議員となることを得ない。その他議員の兼ねることを得ない職務の如何なるものであるかは、これを定める法律を見るべきである。(國會法一〇八條)。

ロ 特別の行爲に因る消滅 議員の身分は、これを消滅せしめるために行う特別の行爲あるに因て、消滅する。その行爲は次の如くである。(一)議員の意思に基て行われる場合がある。辭職の許可である。(國會法一〇七條)。(二)議員の意思を問はずして行われる場合がある。これに、除名、資格審査の決定、選舉の争訟の判決及び解散がある。(イ)除名は、各議院において議員に對する懲罰として、行うものである。(國會法一二三條)。(ロ)兩議院は各々その議員の資格に關する争訟を裁判するが、その結果資格なしとの判決あるときは、議員はその身分を失う。(憲法五五條)。

(ハ) 選挙訴訟又は當選訴訟の結果選挙又は當選無効となつたときは、議員の資格は消滅する。
(衆議院議員選挙法八一條以下)。 (ニ) 衆議院解散せられたときは、衆議院議員の身分は消滅する。
(憲法五四條)。

第三 議員の法上の地位

一 議員の一般的地位 議員はその屬する議院の権限の行使に參與する。これは議員の職務である。議員は、右の職務に關して、全く自己の意思によりて、その行動を決定すべきものである。他の者の意思により拘束せられることはない。これが議員の一般的地位である。かかる一般的地位を有する議員は、その職務を行うに當り、次の如き個々の法律關係に立つものである。

二 議員の義務 議員は職務執行の義務を有する。即ち、その職務たる事務を現實に執行することを要する。これは、議員が憲法によりその職務を與えられていること、そのことの當然の結果である。國會法が、議員が召集の當日議院に集會すべきことを規定し(國會法五條)、議院規則が、議員が事故のため議院に出席できないとき、請暇又は届出の手續を爲すを要する、ことを規定する(衆議院規則一八一條乃至一八五條、參議院規則一八七條乃至一八九條)、議員が現實にその職務を執行するの義務を有することを前提として、始めてこれを理解し得るのである。議員が議院に出席して

發言表決を爲すのは、議員としての職務上の義務を行うのである。

三 議員の權利

イ 發言及び表決の無責任の權利 議員は、議院で行つた演説、討論又は表決について、院外で責任を問われない。これ憲法第五十一條の規定するところである。院外で責任を問われないとは、國家が、議員に責任を歸せしめるような取扱をすることを得ないことであり、議員よりせば、國家に對して、院外において責任を歸せしめるような取扱を爲されないことを、要求する權利を有する。故に、國家は、これがために、議員に刑法上の處罰を科するところの法律をつくりその他の處置を爲すことを得ず、又、議員に民法上の損害賠償を負わしめるような法律をつくりその他の處置を爲すことを得ない。これは、議員と國家との關係であつて、議員と私人との關係ではない。議員の演説によりて損害を受けた私人が損害賠償を請求し得ない、ということではなく、國家が右の損害賠償を爲さしめるような處置を爲すを得ない、ということである。私人と議員との關係は、憲法の定めるところではない。法律の認めるところにより、或人が官吏であつて同時に議員である場合には、その議院での演説、討論又は表決について、國家の懲戒に附せられることはない。

ロ 逮捕せられず、又、釋放せられる権利 議員は、法律の定める場合を除いては、國會の會期中は逮捕せられない。又、會期前逮捕せられた議員は、その院の要求があれば會期中これを釋放しなければならぬ。これ憲法第五十條の規定するところである。議員よりせば、國家に對して前述の逮捕せられないことを要求するの權利、又、釋放せられる權利を有する。右の逮捕のことを定める法律は、現行制度としては、國會法である。國會法によれば、議員は、院外における現行犯罪の場合を除いては、會期中、その院の許諾なくしては逮捕せられない、現行犯罪の場合には、その許諾なくしては逮捕せられ得る。參議院の緊急集會中、參議院議員は、院外における現行犯罪の場合を除いては、參議院の許諾なくしては逮捕せられず、又、その緊急集會前に逮捕せられた參議院の議員は、參議院の要求があれば、緊急集會中これを釋放しなければならぬ。

(國會法三三條、三四條)

ハ 相當額の歳費を受ける權利 議員は、法律の定めるところにより、國庫から相當額の歳費を受ける。これ憲法第四十九條の規定するところである。議員よりせば、國家に對して、相當額の歳費を受けることを要求する權利である。その法律として、國會法があり、議員は、一般官吏の最高の給料額より少くない歳費を受ける。(國會法三六條以下)。

四 議員の責任

議員は、議院内で行つた行動について議院外において責任を問われないこと、前述の如くであるが、併し、議院内において責任を問われることを妨げない。憲法により、兩議院は院内の秩序を紊した議員を懲罰することを得る(憲法五八條二項)。懲罰の方法は、別に、法律と、法律の範圍内において兩議院の規則とを以て、定めることを得るが、併し、憲法は、懲罰の一たる除名を爲す場合について制限し、出席議員の三分の二以上の多數による議決を必要とする。(憲法五八條二項、國會法一二一條以下)。

五 議員の兼職の制限

兩議院の議員は、議員以外の職にあることの結果議員としての職務を誤るといふようなことがあつてはならぬ。それで、國家は、憲法の範圍内において、法律により、議員の他の職に就くことを制限する。現行法では、議員は、その任期中、(一)官吏又は地方公共團體の吏員となることを得ない。但し別に法律で定めた場合はこれを除く。(二)内閣行政各部における各種の委員、顧問、囑託その他これに準ずる職務に就くことを得ない。但し、法律で定めた場合又は國會の議決に基く場合は、この限りでない。(國會法三九條)。

第三款 國會の活動形態

第一 國會の存在とその活動形態 日本國憲法が制度上設置している國會は、衆議院及び參議院の議員の選舉の結果、合議制機關として現實に存在するに至るが、併し、それで直に活動出来るものではない。更に外的形態を取得しなくてはならぬ。

第二會、召集、會期

一 會 國會が、前述の、活動出来る外的形態を取得するとき、これを國會の會という。

二 召集 國會の會なる外的形態は、召集と稱する行爲により、與えられる。召集とは、國會に對して、その任務を行うがために、一定の期日を以て、一定の場所に、集會することを命ずる行爲をいう。天皇これを行いたもう。(憲法七條二號)。召集は國家組織内において、國家機關に對して爲されるものであつて、一般國民に對して爲されるものではないけれども、現行法上、詔書の形式を以てし、これを、少くとも二十日前に、公布することとなつている。(國會法一條一項、二項)。召集については國會の會の種類を分つ。國會の會に常會、臨時會及び解散後の會の三種ある。(一)常會は、日本國憲法の定めにより、毎年一回、召集するを要するものとして、召集せられる會である。(憲法五二條)。(二)臨時會は、臨時の必要に應じて、内閣の決定により、召集せられる會である。内閣これを決定し、内閣の決定に基て天皇召集せられるのである。内閣による召集の

決定は、内閣任意にこれを決定するを本則とするが、兩議院中いずれかの一院の總議員の四分の一以上の要求があれば、内閣は國會の召集を決定しなくてはならぬ。(憲法五三條)。この場合、それらの議員は、連名で議長を経由して内閣に要求書を提出すべきものである。(國會法三條)。(三)解散後の會は、衆議院解散せられて新に總選舉ありたる後、召集せられる會である。憲法は特別の名稱を定めていないが國會法において特別會と名づけている。(憲法五四條一項、國會法一條三項)。衆議院の解散のことについては後に説明する。會の召集の時期は、常會については、國會法により毎年十二月上旬とし、召集詔書を、少くとも二十日前に、公布するを要し、臨時會及び特別會については何等制限がない。(國會法二條)。召集の期日は内閣これを決定して奏上するものとする。國會の召集があつたときは、國會を組織する全議員は、召集詔書に指定せられた期日に、各議院に集會しなければならぬ。(國會法五條)。

三 會期 國會が會においてその權限を行使し得るには期間がある。これを會期という。會期は、憲法には規定はないが、國會法により、常會については百五十日とし、臨時會及び特別會については、兩議院一致の議決で定める。會期は召集の當日からこれを起算する。會期は兩議院一致の議決でこれを延長することが出来る。會期及びその延長について、兩議院一致の議決に至

らないときは、衆議院の議決したところによる。(國會法一〇條乃至一四條)。

第二 開會、休會、閉會及び解散

一 開會 開會とは、國會が活動する法上の能力を取得することをいう。これについては憲法上は何等の規定はない。天皇がこれを命じたものではなく、一に國會自身の行動による。開會式は會期の始めにこれを行う。開會式においては、衆議院議長が議長の職務を行い、衆議院議長に事故あるとき、參議院議長がこれを行う。開會した國會の議院が、何れの日議事を開くかは、各議院任意にこれを定め、會期中議事を開かないこともあり得る。(國會法八條、九條)。

二 休會 休會とは、會期中、國會又は各議院が一般に活動能力を喪失することをいう。前述の事實上議事を開かないとは異なり、法上活動能力を喪失するのである。憲法は休會そのものについては規定するところはないが、休會を認めることを前提として規定を設けておる。例えば、參議院が衆議院可決の法律案を議決する期間について、憲法は、「國會休會中の期間」を除くということを用いるのは、國會の休會なるものを認めているのである。(憲法五九條四項、六〇條三項、六七條二項)。國會の休會は兩議院一致の議決でこれを定める。國會の休會とは別に、兩議院各別の休會もある。その期間七日以内とする。これについては、憲法の規定はないが、國會法に規定する。

各議院は、議長緊急の必要ありと認めるとき、又は總議員の四分の一以上の議員から要求があつたときは、國會の休會中又はその議院の休會中でも、會議を開くことが出来る。(國會法一五條)。

三 閉會 閉會とは國會が一般に活動能力を喪失することをいう。會期終了と共に當然閉會となる。

四 解散 解散は衆議院に對してのみ行われる。現に存する衆議院が國民の意思を傳達することが疑わしい場合に、議員の任期満了によらずして、その存在を失わしめる行爲をいう。解散あるときは、全議員はその任期満了以前に議員の身分を失うこととなる。解散は天皇これを行いたもう。(憲法七條)。如何なる事實あるとき、右の疑が存し從て解散を行ひ得るかについては、憲法は定めていない。故に、解散について天皇に進言する内閣が、その責任において、判斷すべきである。即ち、或事實あるとき、内閣が、現に存する衆議院が國民の意思を傳達することが疑わしいと認めるとき、その存在を失わしめ、總選舉によつて新に衆議院を作成し、新に存在する衆議院を通じて、國民の意思を知るべきである、と進言するのである。通常、或事項について内閣が衆議院との意思を異にするとき、又は衆議院が内閣を信任せざるの意思を表明するとき、國民の意思を問うために、これを行う。併し、これに限らぬ。内閣支持の議員數が少數である場合、

議員全般の行動殊に政黨的關係に徴して、衆議院が國民の意思を通達することが疑わしい場合などには、解散を行うことを妨げない。衆議院解散のときは、參議院閉會となる。(憲法五四條二項) 衆議院の解散は衆議院の存在を失わしめるものであるから、衆議院の存在する間はこれを行うことを得る。故に、必ずしも國會開會中に限らず、閉會中、休會中においてもこれを行うことを妨げない。又、解散は、その解散によつて國民の意思を問うた同一の事項については、これをくり返すことを得ない。これは、憲法及び國會法において規定があるのではないけれども、條理法上當然のことである。解散で國民の意思を問うものである、とする以上、一度すでに解散し選舉を行つた以上は、その事項については、國民の意思を問うという解散の目的は、達成せられたものであるからである。

衆議院が解散を命ぜられたときは、解散の日より四十日以内に衆議院議員の選舉を行い、その選舉の日から三十日以内に、國會を召集しなくてはならぬ(憲法五四條一項)。その召集の時期がその年の常會召集の時期と一致している場合には、その時期に、憲法第五十二條による常會、及び、憲法第五十四條による解散後の會の兩者を、同時に召集するものとするを妨げない。

衆議院が解散せられたときは、參議院は同時に閉會となる。故に、その間は國會としての活動

は停止せられるのである。但し、國家に緊急の必要があるときは、内閣は參議院の緊急集會を求めることができる。(憲法五四條二項但し書)。緊急集會を求められた場合の參議院の行動については、參議院緊急集會規則がある。參議院緊急集會において採られた措置は、その限りにおいて、國會において採られる措置と同様の效力を有するものであるが、臨時のものであつて、次の國會の開會と共に、衆議院の同意を求めなくてはならぬ。十日以内にその同意がない場合には、右の措置はその效力を失うのである。(憲法五四條二項)。

第四款 國會の内部の體制

第一 兩議院の活動の自律性 兩議院は、各々その會議その他の手續及び内部の規律に関する規則を定める。(憲法五八條一項)。議院の會議その他の手續については、憲法及び憲法の下において、國會法の定めるものがあるが(憲法五五條以下)、その以外においては、兩議院が各々自律的にこれに關する規則を定めるのである。現行法として衆議院規則及び參議院規則がある。

第二 兩議院の活動の各別性及び同時性 衆議院及び參議院は別々に活動する。そして、同一の事項について兩議院の活動が一致した場合に、國會としての活動があるのである。但し、後

に説くところの、兩院協議會及び兩院法規委員會を開く場合は別である。又、兩議院は同時に活動しなくてはならぬ。會期中、或期間は衆議院又は參議院の一院のみ活動し、他の期間は他の一院のみが活動する、というようなことはできない。但し、前に述べた如く、衆議院が解散せられた後、參議院が緊急集會を爲す場合は別である。

第三 議院の役員、職員

一 役員 兩議院が活動するにはその役員を有しなくてはならぬが、役員は、兩議院が、各々、自らこれを選任する。内閣は勿論天皇でもこれを選任することは出来ない。又、その役員として如何なるものを置くかについては、憲法は、ただ、議長を置くことを示すと共に、議長以外にも役員を存することを示すのみである。(憲法五八條一項)。故に、國會法及び議院規則によつてこれを定める。なお、議院の役員とは議院という機關の一部を成すものである。議院の事務職員は役員ではない。現行國會法には、議院の役員として、各議院の議長、副議長、假議長、常任委員長及び事務總長を示す。併し、事務總長は一般に役員の性質を有するのではなく、特定の場合に議長の職務を行う範圍において役員の性質を有するのである。

議長は、その議院の秩序を保持し、議事を整理し、議院の事務を監督し、議院を代表する。

(國會法一九條)。議長は議院において選舉せられる。(國會法七條)。

副議長は、議長に事故あるとき又は議長が欠けたとき、議長の職務を行う。(國會法二二條)。副議長は議院において選舉せられる。(國會法七條)。

假議長は、議長及び副議長に共に事故あるとき、議長の職務を行う。假議長の選任は、各議院において、議長にこれを委任することができる。(國會法二三條)。

常任委員長は、常任委員會の議事を整理し、秩序を保持する役員である。國會法によれば、各議院に議員を以て任ずる委員を置き、これを常任委員及び特別委員の二種とする。各々委員會を組織する。(一)常任委員は會期の始めに議院において選任し、議員の任期中その任にある。議員は少くとも一箇の常任委員となる。各議院の常任委員會は法定の事項部門により種別を設け、一の委員會はその部門に屬する議案、請願、陳情書その他を審査する。各議院において、その常任委員の中から常任委員長を選擧する。各常任委員會には、少くとも二人の國會議員でない、専門の知識を有する職員即ち専門調査員というもの、及び、書記を常置する。但し、議院において必要と認められたものは、この限りでない。(二)特別委員は、常任委員會の所管に屬しない特定の事件を審査するため、議院において選任する。その委員會に付託せられた事件がその院で議決せら

れるまで、その任にあるものである。特別委員長は委員がこれを互選する。(國會法四〇條以下)。

事務総長は、議長の監督の下に、議院の事務を統理し、公文に署名する。各議院に一人を置く。事務総長は、假議長の選舉の場合、及び、議長、副議長の選舉において議長の職務を行う者のない場合に、議長の職務を行う。事務総長は國會議員以外の者からこれを選舉する。(國會法二七條一項、二四條)。事務総長は、前述の如く、一般に議院の役員という性質を有するものではないが、特定の範圍においてでも議院の役員の性質を有するものであるから、議院が選任するのである。

二 事務局職員 衆議院及び參議院に事務局を附置し、事務総長その他の職員を置く。これについては議院事務局法及び國會職員法なる法律がある。職員は、事務総長が議長の同意を得てこれを任免する。(國會法二七條二項)。

第四 兩議院の連絡 衆議院及び參議院は、前述の如く、各別に活動するが、法定の場合には、共同して活動することがある。

その一は、兩院協議會である。兩議院の議決一致しないとき、憲法及び國會法の定めるところにより、兩院協議會を開くことがある。(憲法五九條、六〇條、國會法八三條以下)。

その二は、兩院法規委員會である。兩院法規委員會は、衆議院及び參議院の兩議院より選舉せ

られた委員で組織する委員會であつて、兩議院及び内閣に對し、新立法の提案並びに現行の法律及び政令に關して勸告し、且、國會關係法規を調査研究して、兩議院に對し、その改正につき勸告するものである。(國會法九九條)。

その三は、合同審査會である。各議院の常任委員會は、他の議院の常任委員會と協議して、合同審査會を開くことが出来る。(國會法四四條)。

第五 公聽會 公聽會とは、委員會が、一般的關心及び目的を有する重要な案件について、眞に利害關係を有する者又は學識經驗者等より、意見を聴くために、開く會である。總豫算及び重要な歳入法案については、公聽會を開くことを要する。(國會法五一條)。

第六 國會圖書館 議員の調査研究に資するため、國會に國會圖書館を置く。一般にこれを利用させることが出来る。(國會法一三〇條、國會圖書館法)。

第七 議事の方法

一 一定足數 兩議院は、各々その總議員の三分の一以上の出席がなければ、議事を開き議決をすることを得ない。(憲法五六條一項)。

二 議案の提出 議事は議案の提出により着手せられる。何人が議案の提出を爲すか、國會

か又は内閣か、ということは、議案の種類について定めるべきであるが、概括的に述べると、次の如くなる。

議案の提出には二種ある。(一)それには、憲法上國會の権限に屬する作用そのものについて、國會の意思を問うもの、と考えられるものがある。かかる議案の提出は國會の権限に屬する作用を行うことである。故に、國會自身がこれをなさなくてはならぬ。内閣はこれを爲すことを得ない。例えば法律制定の議案の如きである。現行の法律中には右の法理に反する規定を見る。又、(二)それには、國會自身の権限に屬する作用そのものについてではなく、内閣の権限に屬する作用について、國會の意思を問うもの、と考えられるものがある。かかる議案の提出は國會の権限に屬する作用を行うことではない。故に、これについて、内閣が議案を國會に提出して國會の意思を問うことが出来る。例えば、内閣が、その作成する豫算について國會の議決を求め、その締結する條約について國會の承認を求め、場合の如きである。

三 議事の進行 提出せられた議案について、議事は一定の手續を以て進行する。その手續については、憲法は直接に多くの事項を定めない。憲法の下において國會法がこれを定めるのみでなく、憲法の規定に基いて、各議院が自律的にこれを定める。前述の衆議院規則及び參議院規

則がそれである。

議事進行の事項としては、議事日程、説明、質疑、動議、委員會の審査、質問、答辯、討論、兩議院の協議、國會と内閣との關係等が、國會法及び兩議院の規則において定められているが、憲法自身も次の點を定めている。

その一は、兩議院の協議のことである。憲法によれば、衆議院及び參議院の兩院は、憲法の定める一定の場合に兩院の協議會を開くが、(憲法五九條、六七條)、その協議の方法については、國會法及び兩議院の規則が詳細に定める。

その二は、國會における國務大臣の發言のことである。憲法によれば、内閣總理大臣その他の國務大臣は、兩議院の一に議席を有すると否とに拘らず、何時でも議案について發言するために議院に出席することができる。又、答辯又は説明のため出席を求められたときは、出席しなければならぬ。(憲法六三條)。

四 議決 兩議院の議事は出席議員の過半数でこれを決し、可否同数のときは議長の決するところによる。但し、憲法に特別の定めある場合にはこれによる(憲法五六條二項)。その特別の定めある場合は、次の如くである。即ち、(一)議員の資格に關する争訟の裁判において、その議席を

失わせることを決定するとき、(憲法五五條)、(二)議院の會議を秘密とするとき(憲法五七條)、(三)議員を除名するとき、(憲法五八條二項)、(四)衆議院が、參議院で衆議院の可決と異なる議決を爲した法律案について、再び可決するときは、出席議員の三分の二以上の多數を必要とし、(憲法九條二項)、又、(五)憲法改正の發議を爲すには、各議院において總議員三分の二以上の賛成あることを要する(憲法九六條一項)。故に、法律を以てしても、右の憲法の特に定めた場合以外において、特別の多數決を定めることを得ない。

五 會議の公開及び會議録の公表 兩議院の會議は公開とする。會議の公開は、會議における議事を國民一般に知らしめ、これをその監視の下に置く、という趣旨である。但し、出席議員の三分の二以上の多數で議決したときは、秘密會とすることができ(憲法五七條一項)。兩議院は、各々その會議の記録を保存するを要し、會議録は、秘密會の記録の中で特に秘密を要すと認められるもの以外は、これを公表し、且つ一般に頒布することを要する(憲法五七條二項)。

出席議員の五分の一以上の要求あるときは、各議員の表決を會議録に記載しなくてはならぬ。

(憲法五七條三項)。

第八 議事の不繼續 一の案件が或會期において議事に上つて議決に至らなかつたときは、

その案件は後の會期に繼續しない。その案件は消滅する。これは憲法には規定なく、國會法に規定する。これを議事不繼續という。會期不繼續という人もある。但し、各議院委員會は議院の議決で特に付託せられた事件については、閉會中も審査し得る。(國會法六八條、四七條)

第三節 立法の手續

第一款 法と法律

第一 法の形式としての法律 法は、前に述べた如く、國會により制定せられる。國會によつて制定せられた法は國家の意思表示であつて、これを法律と稱する。故に、法たる國家の意思表示は、國會による、法律という形式を以てせられることを必要とする、要式行爲である。

併し、國會により制定せられた法を法律と呼ぶ、ということそのことは、日本國憲法の明文に規定があるのではない。憲法においては、或事項について、ただ、法律による、とか、法律で定める、などというのである。併し、憲法が、後に知られる如く、多くの事項に關して、法律という言葉を用いている以上は、その言葉の表明する何らかの概念を豫定しているもの、といわざるを得ない。もしそうでないならば、憲法が法律という言葉を用いる場合に、それが如何な

るものであるか不定のものである、といわざるを得なくなるが、そういう筈はない。憲法第七條に、天皇の權限に屬する事項として、「憲法改正、法律、政令及び條約を公布すること」と規定してある。憲法改正、政令、條約については、それが如何なる手續で如何なる機關により制定せられるものであるか、ということは、憲法の他の條項において明になつているのである。（憲法九六條、七三條）。然るに、法律については、如何なる手續で如何なる機關がこれを制定するものであるか、憲法は何ら示す所がない。それにも拘らず、他方において、特に、或事項について、法律によつて定める、というようなことを規定してあるのを見ると、憲法が、法律というものが、如何なる手續で、如何なる機關により制定せられるものであるか、ということ、を、定めていないとは考えられぬ。一定の機關が一定の手續によつて制定するものを、法律と呼んでいること疑ない。これについては、日本國憲法を、これによつて改正せられた帝國憲法と、關係せしめて、考えなくてはならぬ。帝國憲法も、法律という言葉を用いていたが、法が帝國議會の議決を経たものであるとき、これを法律と呼んでいた。それ故に、帝國憲法を改正した日本國憲法が、法律なる文字を用いて、而も、それが、帝國憲法の場合と異なるものであることを示すべき、別段の條規を見ない以上、その言葉によつて示される概念は、帝國憲法が法律という同じ言葉で示していた概

念を踏襲したものと考へるべきである。故に、日本國憲法においても、帝國憲法の帝國議會に相當する國會によつて制定せらるる法は、これを法律と呼ぶ、の趣旨である、といふべきである。

第二 法律の概念 かくの如く、法である國家の意思表示は法律と呼ばれるのであるが、併し、法のみが法律と呼ばれるのではない。法律と呼ばれる意思表示の内容は法たるものには限らぬ。このことについても、日本國憲法を帝國憲法に關係せしめて考へなくてはならぬ。帝國憲法の下においては、國家は、憲法の範圍内において、帝國議會の議決により、如何なる内容のものでも、法律として意思表示を爲したのである。單に法の制定にのみ限るのではなかつた。日本國憲法も、法律という形式については、右の帝國憲法と同一の立場を取る。

これによれば、法律とは、國會の議決により、法律なる形式を以て爲された、國家の意思表示をいう。その意思表示の内容の如何はこれを問わない。その内容を法との關係において見るときは、法であるものもあり、法でないものもある。法であるものがその主なものである。法は、前に述べた如く、國家が、正義に適合して社會生活の秩序を立てるため、人相互間の行動を限定しようとし、人に強要する行爲の規則であるから、それは、國家の作用の性質に着眼して觀念するものである。即ち、法の概念は實質的に構成せられる概念である。これと異なり、法律とは、國

會が行うて、法律なる名を以て表示せられる國家の意思であるから、それは、作用の體様に着眼して觀念するものである。即ち、法律の概念は形式的に構成せられる概念である。法律という概念は、帝國憲法の下では、國民を代表する帝國議會の協賛によつて制定せられ、日本國憲法の下では、帝國議會に相當する、國民を代表する國會によつて制定せられる、という點、一言にしていうと、國民の代表者の參與により制定せられるという、制定機關の點に着眼して、構成せられるのである。故に、法の概念には、實質上及び形式上の兩種があるのではなく、常に、實質上の概念である。又、法律の概念に、實質上及び形式上の兩種があるのではなく、常に形式上の概念である。

右の如く、國家の意思表示中、その内容の如何を問わないで、ただ、國會により行われるものという一の概念を立てるのは、ただ、それが國會という特別の機關によつて行われるもの、ということに、重要な意味があるからである。國會は、國民を代表するものとして、國民の選舉によつて作成されるものであるから、國會の行は國民の行ふものと考えなくてはならぬ。國民の行は國家の作用ということとは、その内容の何であるかを問わず、特別の意味を有つのであるから、國會の行は作用というものを、その内容と無關係に、一の概念とする。それを法律と呼ぶのである。それ故に、國家作用の手續よりせば、法律の制定の手續を以て行われる國家作用、ということに着

眼すればよい。その手續が即ち立法の手續である。故に、以下法律の制定の手續として説明する。

第三款 法律と法律事項

國家が、或事項について法律を制定するのは、國家が、その事項について、國會の議決による法律という形式で、意思表示を爲すのである。如何なる場合に法律として意思表示を爲すかについては、二種を分つ。一は、憲法が必ず法律ですべきことを規定しておる場合、であり、他は、憲法上必ず法律ですべきことを規定するのではないけれども、法律であることを適當として、法律である場合である。

第一 法律であることを要する場合

憲法上必ず法律であることを要する場合に、二つある。

一 法たる國家の意思表示 その一は、法たる國家の意思表示である。法は、前に述べた如く、國家が、正義に適合して社會生活を秩序立てるために、人の相互の行動を限定しようとし、強要する行爲の規則である。國家が、かくの如き、法たる國家の意思表示を爲すには、必ず國會によつてせられなくてはならぬ。國會は唯一の立法機關であるからである。そして、國會によつて爲された、法たる國家の意思表示は、法律という形式を有するものとして爲されるべきである。

。このことは前に述べた如くである。

二 法たる意思表示であるか否かを問わず、憲法により、法律という形式を必要とせられるもの。その二は、國家の意思表示が法の性質を有すると否とを問わず、憲法の定める事項に關係するものであるので、憲法上法律であることを要するものである。この場合に、その事項を法律事項という。即ち、一定の事項については、國家は、憲法により、法律なる意思表示を以てこれを定めなくてはならぬ。それは、(一)天皇が國事に關する行為を委任すること(憲法四條二項)、(二)國務大臣以外において、任免について天皇の認證する官吏を定めること(憲法七條五號)、(三)批准書以外において天皇の認證する外交文書を定めること(憲法七條八號)、(四)日本國民たる要件を定めること(憲法一〇號)、(五)公務員の不法行為に因り損害をうけた者の賠償請求を定めること(憲法一七條)、(六)配遇者の選擇、財産權、相續、住居の選定、離婚並びに婚姻及び家族に關するその他の事項を定めること(憲法二四條)、(七)國民の教育を受ける權利を定めること(憲法二六條一項)、(八)子女に普通教育をうけさせる義務を定めること(憲法二六條二項)、(九)勤勞條件に關する基準を定めること(憲法二七條二項)、(一〇)財産權の内容を定めること(憲法二九條二項)、(一一)國民の納税の義務を定めること(憲法三〇條)、(一二)刑罰を科する手續を定めること(憲法三一條)、(一三)無罪の裁判を受けた

者の國に對する補償の請求を定めること(憲法四〇條)、(一四)兩議院の議員の定數を定めること(憲法四三條二項)、(一五)兩議院の議員及びその選舉人の資格を定めること(憲法四四條)、(一六)選舉區、投票の方法その他兩議院の議員の選舉に關する事項を定めること(憲法四七條)、(一七)兩議院の議員の歳費を定めること(憲法四九條)、(一八)兩議員の會期中逮捕せられ又は逮捕を繼續せられる場合を定めること(憲法五〇條)、(一九)衆議院可決し參議院これと異なる議決をした法律案について、衆議院が求める兩議院の協議會について定めること(憲法五九條三項)、(二〇)豫算について、參議院で衆議院と異なる議決をした場合における、兩議院協議會に關して定めること(憲法六〇條二項)、(二一)彈劾裁判所に關する事項を定めること(憲法六四條二項)、(二二)内閣の組織を定めること(憲法六六條一項)、(二三)内閣總理大臣の指名について、兩議院の協議會に關する事項を定めること(憲法六七條二項)、(二四)内閣が官吏に關する事務を掌理するの基準を定めること(憲法七三條四號)、(二五)政令に罰則を設けることを委任すること(憲法七三條六號)、(二六)下級裁判所の設置を定めること(憲法七六條一項)、(二七)裁判官に對する拘束を定めること(憲法七六條三項)、(二八)最高裁判所の裁判官の員數を定めること(憲法七九條一項)、(二九)最高裁判所の裁判官の任命についての國民の審査に關する事項を定めること(憲法七九條四項)、(三〇)最高裁判所の裁判官の退官年齢を定めること

(憲法七九條五項)、(三二)下級裁判所の裁判官の退官年齢を定めること(憲法八〇條一項)、(三二)租税を課し現行の租税を變更し、又は、その條件を定めること(憲法八四條)、(三三)會計検査院の組織及び權限を定めること(憲法九〇條二項)、(三四)地方公共團體の組織及び運営に關する事項を定めること(憲法九二條)、(三五)地方公共團體の議事機關の設置を定めること(憲法九三條一項)、(三六)地方公共團體の長、その議會の議員以外において、その住民が直接選舉する吏員を定めること(憲法九三條二項)、(三七)地方公共團體が條例を制定し得る範圍を定めること(憲法九四條)、(三八)一の地方公共團體にのみ適用せられる特別法を制定する場合に必要な、住民の投票に關して定めること(憲法九五條)、(三九)第一期の參議院議員のうち、三年の後退任する者を定めること(憲法一〇二條)、(四〇)日本國憲法施行の際現に在職する國務大臣、衆議院議員及び裁判官並びにその他の公務員で、その地位に相應する地位が同憲法で認められている者のうち、同憲法施行のためその地位を失う者を定めること(憲法一〇三條)、の諸事項である。これらの事項について法律を制定するは、これにより國家が法を制定するのであると否とは關係ない。

第二 法律とするを要しない場合 これに二つある。

一 國家が適當と認めて法律とする場合 その一は、國家が適當と認めて法律を以てする場

合である。國家は憲法上法律とするを要しない場合でも、法律であることを適當と認めるときは法律として意思表示を爲すことを得る。

二 現に法律を以て規定せられている場合 その二は、現に法律を以て規定せられている場合である。憲法上法律とするを要するのでない事項でも、一旦法律で規定せられたときは、これを變更するには、法律を以てしなくてはならぬ。これは法律という國家の意思表示の效力より生ずる結果である。後に明となるであろう。

第三款 法律の制定

法律の制定の手續については、前に、議事の方法一般について述べたことの外、特に法律の制定の手續に關するものとして、次のことが考えられる。

第一 法律案の提出 法律案の提出は國會がこれを爲し得る。且國會のみがこれを爲し得る。内閣はこれを爲し得ない。何故かというに、法律を制定することは、前に述べた如く、ただ國會のみの權限に屬する作用であり、そして、法律案の提出は法律を制定する作用を成すものであるからである。一の作用についての提案は、實際上の意味において、その作用の中、最も有力

なはたらきを爲すものであるから、本來その作用を爲すの権限を有しないものが、その作用について提案する、ということは矛盾である。

然れば、内閣が法律案を提出することは、憲法の認める所でない。内閣が、何らかの法律の制定せらるべき必要を思ふ場合には、その意思を國會に通ずればよい。憲法第七十二條によれば、内閣總理大臣は内閣を代表して議案を國會に提出する。ここにいう議案とは、本來内閣の権限に屬する作用についての議案である。故に、本條により、内閣が或作用について議案を提出し得るためには、その作用が本來内閣の権限に屬するものなることを、前提とする。然るに、法律の制定は、前述の如く、内閣の権限に屬しない。故に、これについて議案を提出し得るものではないのである。一議院において、議員の議案の發議があり、その可決があり、それが他の議院に回付せられたとき、その議案が國會に提出せられたものとする。この場合の手續は國會法、議院規則によつて規定せられる。(國會法五六條以下、衆議院規則二八條以下、參議院規則二四條以下)。

第二 法律案の議決 通常の場合と特別の場合とを分つ。

一 通常の場合 一の法律案は、憲法に特別の定めある場合を除いては、兩議院の可決あるとき法律となる(憲法五九條一項)。その場合、國會がその法律案を議決したのである。この國會の議

決以外に、何等の國家的行爲あるを要しない。即ち、國會の機關意思が、單にそれだけで、國家の法律という國家意思となるのである。甲議院可決して乙議院に回付し、乙議院これを可決したとき、兩議院の可決あり、即ち國會の議決があるのである。この場合の手續は國會法がこれを定める。(國會法八三條以下)。

二 特別の場合 憲法の定めるところにより、特別の場合には、兩議院の可決なく、衆議院のみの議決で、法律案が法律となる。即ち、衆議院で或法律案を可決し、參議院で衆議院と異なる議決をした場合に、衆議院で、出席議員の三分の二以上の多數で再び可決したときは、その法律案は法律となる。尤も、この場合に、衆議院は、憲法による職權として、兩議院の協議會を開くことを求めることを妨げぬ。(憲法五九條一項二項)。衆議院が協議會を求めたときは、その法律案は直に法律とならぬ。協議會が行われなくてはならぬ。その協議會を求めることについては法律の定めるところによる。その法律として現に國會法がある。(國會法八四條一項)。參議院は、右の場合に、憲法による職權として、協議會を求めることを得るのではないが、國會法上の職權として協議會を求めることが出来る。併し、衆議院はこの參議院の請求を拒むことを得る。(國會法八四條二項)。衆議院の可決した法律案を受け取つた參議院が、その後、國會休會中の期間を除いて六十

日以内に議決しないときは、衆議院は、參議院がその法律案を否決したものとみなすことが出来る。従て、衆議院が前述の三分の二以上の多数で再び可決したときは、その法律案は法律となる（憲法五九條四項）。

法律案議決せられたときは、衆議院議長から、内閣を経由して奏上する。これ國會法の定めるところである（國會法六五條一項）。

第三 大臣の署名 法律成立すれば、主任の國務大臣がこれに署名し、内閣總理大臣が連署する。（憲法七四條）。主任の國務大臣とは、その法律の規定する事項を行政事務として所管する大臣である。後に明となるであろう。大臣の署名は、法律の存在することを認められるがために、必要な要件である。その署名がないときは、國會外部においては、その法律の存在することを認められないのである。

第四 法律の公布 法律の公布とは、成立した法律を發表して國民一般の知り得る状態に置くことをいう。法律は、公布せられて、始めて、人をして遵守せしめ、即ち人を拘束する。法律の公布は、法律が拘束するがために必要な要件である。法律の公布は天皇これを行いたもう。（憲法七條一號）。法律は必ずこれを公布するを要し、又奏上の日から三十日以内にこれを爲さねばならぬ。これ國會法の定めるところである。（國會法六六條）。公布の方法については形式的公布の主義による。即ち、官報に掲載することにより公布するものとする。事實上一般人の知ると否とはこれを問わない。

第五 法律の施行 法律の施行とは法律が拘束することである。法律が拘束するとき、法律が施行せられるという。法律は、法律の想定する法律事實が、社會事象として、或意思體に就て發生したとき、その意思體を拘束するのである。これについて次のことを注意すべきである。

その一、法律は、その定める法律事實が、社會事象として、何れの時から發生したものに、施行せられるか。これについては區別を要する。（一）法制上何ら規定なき場合には、公布の時より施行せられる。（二）これにつき特別の規定ある場合にはこれによる。その規定は、或は、施行せらるべき當該法律自身に設けられることもできるし、或は、他の法律において一般的に設けられることもでき得る。現に法例という法律があつて、一般的にこれを定める。

その二、法律は、その法律事實が、社會事象として、何れの場合において發生したものに、施行せられるか。一般にわが日本國の國權の行われる場處では、その何れの地たるを問わず、法律

事實が社會事象として發生したとき、施行せられる。但し、法律で別段の定めを爲した場合は別である。

その三、法律は、その法律事實が、社會事象として何れの人に附着して發生したものに、施行せられるか。法律の定める法律事實が、右に述べたところにより、法律の施行せられる時、及び施行せられる場處において、發生したものである限り、その事實が如何なる人に附着して發生しても、その法律は施行せられる。單に日本國人のみならず、外國人にも施行せられる。但し、法律で外國人には施行しないことを定めた場合は別である。

以上の法律の施行のことについては、國際法の法理上これと異つた結果を生ずる場合においては、別に考うべきである。

第六 法律の效力 ここに法律の效力とは、法律なる形式を有する一の國家意思が、他の國家意思との關係において、有する效力をいう。

一 法律と憲法 法律は憲法よりもその效力弱い。故に、憲法を以て法律を變更することを得べく、法律を以て憲法を變更することを得ない。

二 法律と法律 これは法律成立の時を標準として定まる。即ち、新法律を以て舊法律を變

更することを得る。何故かというに、同一の形式において成立した國家の意思相互の間に、抵觸あるときは、新しいものを以て現存のものとするの外ないからである。

三 法律と他の形式を有する國家意思 法律以外の形式を有する國家意思は、憲法を別として、行政機關の制定する政令、廳令、省令等がある。法律は前記他の國家意思を變更することを得るが、前記他の國家意思は法律を變更することを得ない。何故かというに、法律は、國家の最高機關たる國會の機關意思により成立した、國家意思であるから、行政機關の機關意思により成立した國家意思よりも效力強いこと、當然である。

第四款 法律の委任

法律の委任とは、或法律が、憲法上法律で定めるを要する或事項を定めるに當り、その事項に關する或特定の事實について、その法律自身で定めないうで、法律以外の或國家行爲で定めると、定めることである。法律による他の行爲への委任ともいう。委任を受ける行爲としては通常行政機關の規則が考えられるが、必ずしもこれに限らず、司法機關の規則も考えられる。かかる、法律の他の規則への委任というものが、日本國憲法上認められるかどうか。

かかる、法律の委任は、それが、眞に、前述の、法律の委任である限り、これを認むべきである。憲法が、或事項を法律で定む、と定める場合にその事項に關する事實の或ものについては、その法律自身が、決定的に定めることが、不適當であることがある。且、その法律以外に、別に法律制定の手續を取ることも適當でないこともある。かかる事實については、法律が自身で定めることを爲さないで、他の或國家行爲でこれを定めるもの、と定めることは、矢張、法律が、その事項を定めるものと、いい得るのである。詳に言ふと、その法律は、その事實については、これを定める仕方を定めるのである。それでも法律の定めるところというてよい。例えば、憲法第二十六條第二項により、義務教育のことは、法律で定めなくてはならぬが、法律が義務教育のことを定めるに當り、これに關する或特定の事實について、法律自身が定めることが適當でないということもあり得る。かかる事實については、法律は自ら定めなないで、内閣の政令で定めるものと、定めることは、憲法第二十六條の條規に違反するものではない。

併し、法律の委任は、それが、眞に、前述した、法律の委任と解すべき場合にのみ、認められる。憲法により、法律で定めるを要するものと、せられている或事項に關する、或特定の事實についてののみ、右の委任なるものがあり得る。その事項全般について委任というものはあり得ない。

故に、法律が、その事項そのものを、一般に、法律以外の國家行爲で定めるものと、定めることは、法律の委任ではない。從て認められない。又、その事項に關する個々の事實としても、その事項に關しては主要なものと考えられるもの、又は、その數多くして、その事項に關して定むべき事實の大部のものを、他の國家行爲の定めるものと、定めることは出來ない。例えば、「國民がその子女に義務教育を受けさせることは、内閣の定めるところによる」とし、又は、「義務教育については、必要に應じて、内閣これを定む」とするような法律を制定することは、憲法上認められない。

第五款 立法に對する憲法の拘束

國家が、國會により制定する法律において、如何なる事項を規定するかは、個々の場合について見るの外ない。一般的に示すことは出來ぬ。併し、憲法との關係において、次のことは明である。

憲法は、その規定において、國家の作用の内容について、その在り方を定めることがある。その場合には、法律の規定する事項は、その憲法の規定するところに適合しなくてはならぬ。その

憲法の規定は、國會の立法作用の基準を示し、國會の立法作用に對して拘束となるのである。國會の法律の制定の作用であるから、如何なる事項を規定してもよい、ということはない。このことは、その法律の事項が、國民の地位に關するものである場合に、特に注意すべきである。法律を以て國民の地位を定めることを得ること勿論だが、併し、憲法は、個々の關係において、國民の地位の在り方について、規定を爲しているから、法律を以てしても、憲法の定める右の國民の地位の在り方と異なることを規定することは、出來ないのである。後に國民の地位の説明において明となるであろう。

第三章 行 政

第一節 行政の概念

行政とは、國家が、その目的を達成すべき現實の状態を惹起すことに指し向けて行う作用をいふ。國家は、その目的を達成すべき現實の状態を惹起すことを意欲する。この意欲を遂げることが目標として行われる作用が行政である。凡そ意思體は或事項を意欲するのであるが、その事項が現實の状態として存在するものであるとき、始めて意思體としての活動の目的は達成せられる。國家の作用は、行政において、その結局の目的を達成するものである。即ち、行政の行われない國家というものはない。

國家の活動意思は法律において表明せられる。何故かというに、今日の立憲政治の下では、國家は、一の意思體として、他の一般意思體と同じく、法の下にあつて、他の意思體との間に行動を限定せられる。故に、國家の意思は、法的に判斷せられる範圍においては、法として表明せられる。従て、國家が行政において、作用を行うことは、國家が法として、表明した意思を實行す

ることである。これを指して、法を執行するという。ところで、國家の法は、前に述べた如く、法律として表示せられる。故に、行政は、右の意味で、法律を執行するものである。行政が法律を執行する動作に二種ある。一は、法律が抽象的に規定しているところそのものを、そのままに具體化するものである。例えば、租税法の定めるところをそのままに、租税を課するが如きである。二は、法律に表明せられた意思を遂行する處置を爲すものである。例えば、教育の發達、出版の取締に關する法律に表明せられた國家の意思を遂行するために、適當な處置を爲すが如きである。かくの如き意味において法律を執行するの作用が行政である。

國權が行政の方面に發動する場合に、これを行政權という。

第二節 行政機關

第一款 行政機關の二種

行政機關については、一般的行政機關と特殊的行政機關とを、分たなくてはならぬ。(一)一般的行政機關とは、憲法により、一般に行政を司るものと定められている機關をいう。憲法が、特に或種の行政を示して、これを司るものと定めているのではない機關である。従て、憲法及び憲法

に基く法律により、一般的行政機關以外の機關を定めて、その機關の司るものである、としてい
る行政でないものは、一般的行政機關がこれを司る。(二)特殊的行政機關とは、憲法により、特
に示された種類の行政を、司るものと定められている機關をいう。

第二款 一般的行政機關

第一項 一般的行政機關としての内閣

内閣は、一般に行政を司る、合議制の、中央機關である。

第一 内閣は、一般に行政を司る機關である。換言すれば、内閣の司る行政は限定して示さ
れていない。一般に行政を司るのである。

第二 内閣は中央機關である。故に、内閣により行われる行政の作用は、本則として、全國
の區域に及ぶものであつて、特に一定の地方の區域に限られたものでない。例えば、内閣が政令
を發すれば、その政令は全國にわたつて施行せられるのである。

第三 内閣は合議制の機關である。内閣は、後に明となる通り、多數の者より組織せられる
が、その多數の者は一體となり、内閣という一箇の機關を成し、内閣の意思というものを成立せ

しめる。内閣は、その権限たる行政事務を行うに當り、外部に對して國家の意思を決定する。即ち、行政官廳たる性質を有する。内閣が前述の如く一般的の行政機關である、ということは、憲法第六十五條が、「行政權は、内閣に屬する」という規定の趣旨である。

第二項 内閣の組織

内閣の組織に關しては、憲法は、憲法自身定めると共に別に法律により定めるものとする。
(憲法六六條一項)。その法律として現に内閣法がある。

第一 内閣總理大臣及び他の國務大臣 内閣を組織する個々人を國務大臣という。中一人を内閣の首長とし、これを内閣總理大臣という。内閣においては、多數の國務大臣があり、そのすべての國務大臣が一體となり、内閣なる一の機關としての權限の行使に參與する。且その點において同一の地位を有するが、これらの國務大臣にその人を得、又、それらの間に統一が保たれるためには、特にそのために努力を爲す者のあることを必要とする。その努力を爲すの職責を有する者が、内閣の首長たる内閣總理大臣である。

第二 内閣總理大臣及び國務大臣の選任

一 國務大臣の任用資格 國務大臣に任用せられるには、内閣總理大臣たる他の國務大臣

たるを問わず、文民たることを要する。憲法第六十六條第二項は「内閣總理大臣その他の國務大臣は文民でなければならぬ」と規定する。わが國の法で、文民という言葉を用いたのは、この日本國憲法がはじめである。法以外、一般にも、慣用のものではない。本職として陸海軍人であつたことのない者の義である。内閣總理大臣及び國會議員たる國務大臣については、後に説く如く、文民たることの外、國會議員でなくなつた場合の問題がある。

二 内閣總理大臣の選任及び退任

イ 内閣總理大臣の指名及び任命 内閣總理大臣は國會の議決でこれを指名する。指名せられる者は國會議員でなくてはならぬ。この指名は他の案件に先だつて行うことを要する。内閣の首長を定めることは國務遂行の先決の條件と考えられるからである。(憲法六七條一項)。

内閣總理大臣の指名については、衆議院及び參議院が、各別に議決し、兩者の議決同一に歸した場合に、國會の議決があるのであるが、(一)兩議院が異なる指名の議決をした場合、法律の定めるところにより、兩議院協議會を開き、それでも意見一致しないとき、又は、(二)衆議院が指名の議決をした後、國會休會中の期間を除いて十日以内に、參議院が指名の議決をしないときは、衆議院の議決を以て國會の議決とする。(憲法六七條二項)。

國會の指名あるときは、これに基いて、天皇内閣總理大臣を任命したもう。(憲法六條一項)。國會により指名せられた者は、天皇の任命により、内閣總理大臣たる身分を取得する。その者が國會議員であることは、國會の指名することの要件である。

ロ 内閣總理大臣の退任 内閣總理大臣の退任については、法上當然生ずる退任と辭職による退任とが考えられる。(一)法上當然生ずる退任は、犯罪その他の事實の發生と共に、内閣總理大臣の身分を失うことであつて、憲法は何等の規定をも存しないが、法律によりかかる場合を定め得る。内閣總理大臣が國會議員でなくなつたことは、當然にはその退任の原因とならぬ。次に(二)辭職は、内閣總辭職によるものと、内閣總理大臣單獨の辭職とある。前者は後に説く。内閣總理大臣單獨に辭職することは法理としては妨げない。單獨の辭職は辭意を申出づることにより、その身分を失うのであつて、これを失わしめるの行爲があるのではない。天皇による罷免の行爲は存しない。天皇は、前述の如く、内閣總理大臣を任命せられるが、罷免は任命ではない。そして、天皇は、後に明なる如く、憲法の定める國事行爲のみを行いたもうのである。(憲法四條一項)。天皇が内閣總理大臣の罷免の行爲を爲すには、憲法に定められることを要するが、しかも憲法にはその規定がないのである。

ハ 内閣總理大臣の職務の代行 内閣總理大臣に事故あるとき、又は内閣總理大臣が欠けたときは、他の國務大臣が臨時に内閣總理大臣の職務を行う。その國務大臣は豫め内閣總理大臣がこれを指名しなくてはならぬ。これ内閣法の定めるところである。(内閣法九條)。世俗これを副總理という。

三 他の國務大臣の選任及び退任 内閣總理大臣以外の國務大臣は、内閣總理大臣がこれを任命する。但しその過半数は國會議員の中からこれを選ぶことを要する。(憲法六八條一項)。内閣總理大臣以外の國務大臣の任命は、天皇これを證認したもう。(憲法七條五號)。

内閣總理大臣以外の國務大臣は、内閣の總辭職の場合の外、單獨に退任することがある。これに、(一)法上當然に生ずる場合がある。憲法に何等の規定はないが、法律によりこれを定めることを得る。議員である國務大臣が議員でなくなつたことは、當然退任の原因とならぬ。(二)その身分を失わしめる行爲のあるにより、退任する場合がある。その行爲には(イ)内閣總理大臣による罷免がある。内閣總理大臣は、任意に、國務大臣を罷免することを得る。(憲法六八條二項)。又、(ロ)當該國務大臣の辭任がある。辭任は辭意を申出づることにより、その身分を失うのであつて、これを失わしめる行爲があるのではない。内閣總理大臣による罷免があるのではない。

第三 内閣の一體性の確保 内閣で内閣總理大臣その他の多数の國務大臣が參與して、しかも一體の機關としての行動を爲すことの出来るのは、内閣に關する制度かその一體性を確保する方法を定めているからである。これに、閣議及び内閣總理大臣の特別の地位の二つがある。」

一 閣議 内閣がその職權を行うは、國務大臣議を交えて決したところによらねばならぬ。これを閣議という。内閣が内閣としての職權で行うことについては、すべて閣議に附せらるべきである。その他、各大臣は、如何なる案件でも、これを内閣總理大臣に提出して、閣議を求め得る。(内閣法四條)。閣議において内閣の意見を決定するは、全會一致による。これは法の明文を以て規定するところではないが、憲法が、全會一致を實現し得る方法を定めていることより、知られる。後に明となる如く、閣議において、或國務大臣が自己の意見を固執して、全會一致を不能ならしめるときは、その大臣は罷免せられ得るが、これは、閣議に全會一致を來さしめる一の方法である。

二 内閣總理大臣の特別の地位 内閣を組織する國務大臣の中、その首長として内閣總理大臣なるもの存することは、前にこれを述べた。内閣總理大臣は、内閣が統一ある一箇の合議機關として活動することの出来るよう、特に努力するの職責を有するものである。内閣總理大臣は

右の職責をつくすために、内閣にあつて特別の地位を有する。それは、前述の如く憲法が、内閣總理大臣を内閣の首長と定めていることに歸着するのであるが、これを具體化するものとして、内閣の内部における事項、及び、内閣の外部に對する事項の兩者に關して、次の如き地位を有する。

一 内閣の内部にまける事項に關するもの 内閣總理大臣は、内閣の首長であることから、當然に、内閣が統一を保つこと、内閣が常に適當の大臣より組織せられていること、内閣が適當に國務を處理し得る態勢を持つこと、に注意すべきである。これについて特別の規定はない、又これを必要としない。

右の外、内閣總理大臣は、特別の規定により、次の職權を有する。(一)内閣總理大臣は他の國務大臣を任命する。これは前に述べた。(二)内閣總理大臣は任意に他の國務大臣を罷免し得る。(憲法六八條二項)。任意に罷免するとは、内閣總理大臣が、自己の罷免しようと思ふ國務大臣を、自己の決定のみで、罷免することをいう。その國務大臣の希望の有無に拘らず、又内閣總理大臣以外の機關、例えば國會、内閣の閣議、他の國務大臣等の意思如何を問うことなく、罷免することをいう。故に、若し、或國務大臣の反對のため閣議成立しない虞のあるときは、内閣總理大臣は

その大臣を罷免し得るのである。(三)内閣總理大臣は閣議を主宰する。即ち、閣議を準備し、閣議を招集し、閣議を指揮する。閣議を主宰することは、内閣總理大臣が内閣の首長である、とする憲法の規定より當然生ずることだが、内閣法は特にこれを規定する(内閣法四條)。

ロ 内閣の外部に對する事項に關するもの 内閣總理大臣は、内閣の外部に對する事項に關して、次の職權を有する。

その一、内閣を代表して、國會と交渉する。即ち、(一)内閣總理大臣は、内閣を代表して、議案を國會に提出する。これは、本來内閣の權限に屬する作用についての議案を提出することである。本來内閣の權限に屬しない作用については、議案の提出ということは問題とはならない。故に、法律の制定という作用については、内閣總理大臣が内閣を代表して議案を提出する、ということとはあり得ない。法律の制定は、既に述べた通り、ただ國會のみの權限に屬することであつて、内閣の權限に屬しないからである。内閣が法律案を國會に提出することは、憲法に違反する。(憲法七二條)。(二)内閣總理大臣は、内閣を代表して、一般國務及び外交關係について、國會に報告する。(憲法七二條)

その二、内閣を代表して、行政各部と交渉する。即ち、内閣總理大臣は、内閣を代表して、行政各部を指揮監督する。行政各部においては、その行政各部の行政そのものに關する限り、その行政事務の主任の大臣がこれを指揮監督する。併し、行政各部の事務は、内閣の閣議で決定した方針に従て行われるべきものであるから、その方針に従て行われるよう指揮監督するの必要があり、それは、内閣を代表して、内閣總理大臣がするのである。それは主任の大臣の爲す指揮監督と異なる。

その三、總ての法律及び政令に連署する。法律及び政令には、その規定する事務の主任の國務大臣が署名するが、内閣總理大臣は、總ての法律及び政令に、主任の大臣と共に、署名すべきものである。(憲法七四條)。その署名がないならば、その法律及び政令は、法律及び政令としての效力を有しない。

その四、國務大臣の訴追に對して同意する。憲法第七十五條は、「國務大臣は、その在任中、内閣總理大臣の同意がなければ、訴追されない。」と規定する。故に、國家の訴追機關が國務大臣を刑事被疑者とし訴追するには、内閣總理大臣の同意を得なくてはならぬ。内閣總理大臣は同意を拒むことを得る。これを拒むには相當の理由がなくてはならぬ。その理由は、國務大臣の訴追が内閣の職責を行うことを妨げると認められることである。訴追そのものが正當なりや否やでは

ない。内閣總理大臣が右の同意を與えないときは、訴追されないのであるが、併し、これは、訴追の権利を行使しないことであつて、その権利そのものは、これがために何ら害せられるところはない。例えば、公訴の時効は進行しない。

第四 内閣の補助機關 内閣に内閣官房を置く。内閣官房は、閣議事項の整理その他の庶務を掌り、政令の定めるところにより、内閣の事務を助ける。内閣官房の外、別に法律の定めるところにより、必要な機關を置き、内閣の事務を助けしめることを得る。(内閣法一二條)。

第三項 内閣の權限

第一 内閣の一般權限 内閣は一般に行政權の屬するところである。憲法第六十五條に、「行政權は、内閣に屬する」と規定する。ここに行政權は内閣に屬する、というの行政權とは、行政權なるものを一般に考えていう。行政權は、個々の事項について個々の力として發動せられるのであるが、その個々の力を指してここに行政權というのではない。行政權なるものを他の力即ち立法權、司法權に對照して考えて、行政權なるものの義である。即ち、一般に行政權なるものは内閣に屬するのであり、内閣は一般に行政權なるものを有する機關である。ここに行政權とは國家の行政權を機關と結付けて見ていふのである。機關と關係せしめないで見て、行政權が國

家の有するものであること、いふまでもない。即ち、憲法は、國家の行政權なるものが、一般に内閣という機關により發動せられるものである、ことを定めるのである。

行政權は或事項について發動せられるのであつて、その事項を、これについて行政權が發動せられるものとして考えて、行政事務という。これについて行政權を發動することを、行政事務を行ふという。故に、内閣は、行政事務を行ふ權限なるものを、一般に有する。從て、當然個々の事務を行ふ、又、憲法及び法律により内閣以外の機關が行ふものとせられるものでない限り、如何なる行政事務をも行ふことを得る。憲法又は法律により、内閣以外の機關が、個々の行政事務を行ふ場合は頗る多い。併し、内閣は、行政事務を行ふ權限というものを、一般に有するのであるから、他の行政機關の行ふ行政事務でも、内閣が全般的に、これを統轄してゐる。從て、内閣は他の行政機關の行ふ行政事務を監視し、その行政事務により妥當な結果の生ずるよう、注意を拂うのである。故に、憲法第六十五條が、行政權は内閣に屬する、というのは、内閣は、自ら、一般に、行政事務を行ふ權限を有すると共に、他の行政機關により行われる行政事務を統括する、ということ、明にするのである。

第二 個々の權限 内閣は個々の行政事務を行ふの權限を有する。これをその個々の行政權

限という。内閣の権限は憲法に定められたもの、及び、法律により定められるものの二種ある。ここには前者のみを説明する。

憲法は内閣の行う行政事務を示しているが、その態度に二様ある。内閣の行政事務を、内閣の権限そのものとして見て、示す場合と、内閣の行政事務を、他の機關の権限と關係せしめて見て示す場合と、である。便宜上前者を獨立的権限といい、後者を關係的権限という。

一 獨立的権限　これは、憲法中、行政權なるもの一般の屬するところを定める、第五章内閣の條項として、示されている。憲法第七十三條には、「内閣は、他の一般行政事務の外、左の事務を行ふ。」と規定して、次の事務を示す。

イ 法律を誠實に執行し、國務を總理すること　(一)先づ、法律を誠實に執行する。法律を執行するとは、或法律で定められた國家の意思を、現實の動作として、事實に移すことをいう。そして、その場合に、單に、現實の動作とすればよい、のではなく、忠實にこれを爲さなくてはならない。即ち、法律に定められた國家の眞の意思を認識して、忠實にその意思を事實に移さなくてはならない。これを稱して、憲法は、法律を誠實に執行する、という。憲法のこの規定においては、誠實に、という點に主眼がある。(二)次に、國務を總理する。國務とは國家の行うべき

事項であり、國務を總理するとは、國務が適當の方向を定められ、その方向を取つて進むよう、處理することである。國務たる事項を直接に行うことではない。そして、その國務たる事項は別に種類を限られない。行政作用の對象たるべき事項がその普通のものであること勿論である。行政作用の對象たる事項は、後に明となるが如く、特定の國務大臣が主任となつて、これを決定するのであるが、これについて、内閣は、その特定の事項の立場から、又は國家事項全般の立場から、適當の方向を決定し、各主任の大臣は内閣の決定に従つて、その事項を行うのである。立法や司法については、内閣がその作用を行うものでないこと勿論であるが、併し、内閣は立法、司法の状態について注意し、例えば、如何なる法律が新に必要であるかを考え、必要とする法律の制定を見るよう、方途を考え、司法裁判が一層公正に行われるようになるために、新に制度を必要とすることなきかを考え、これらの必要に應ずるよう處理を講ずべきである。これは立法、司法そのものを行うのではなく、それ自身行政である。

ロ 外交關係を處理すること　外交關係を處理するとは、外交關係の適當な措置を決定することをいう。その決定に基いて具體的の事務を直接に取り扱うことは、特別の機關例えば外務省や外交機關等するのである。

ハ 條約を締結すること 條約は國家と他の國家との間に存する約束であつて、その約束の成立するには、國家として條約を締結するの事務を行う機關がなくてはならぬ。内閣がその機關である。但し、條約の締結には、國會の承認を経ることを要する。その承認は事前に經るを本則とし、時宜によつては事後にこれを経てもよい。この國會の承認に關し、衆議院と參議院とが議決を異にするときは、後に説くところの、豫算の議決に關して兩議院の議決を異にする場合に準じてこれを取扱う。(憲法六一條)。

ニ 法律の定める基準に従い、官吏に關する事務を掌理すること 官吏に關する事務とは、國家が官吏のことについて行うことを適當と認められる事務である。例えば、官吏を任免し、職務關係を正し、待遇を定め、賞罰を行うなどのことである。これらの事務を掌理するとは、これらの事務を、現實の場合に、處理することである。但し、これを處理するの基準が法律によりて定められるを要し、内閣は右の基準に従て處理するのである。

ホ 豫算を作成して國會に提出すること 豫算及び豫算の作成の何たるかは後に説明する。内閣は、後に説くが如く、作成した豫算について、國會の議決を経なくてはならぬ。これがために豫算を國會に提出するのである。

ヘ 憲法及び法律の規定を実施するために、政令を制定すること ここに政令とは、國家が憲法又は法律の規定において定めている意思を現實にするために、或る事實を想定して、抽象的に設けた規則をいう。憲法第七十三條に、この憲法及び法律の規定を実施するために、政令を制定する、というのは、この義である。故に、政令なる規則は、國家なる意思體を他の意思體との關係において見て、その間の活動を限定して、社會生活を秩序立てる、という意味を持つものではない。即ち法たる規則ではない。従て、政令の制定は立法の作用ではない。それは、國家が憲法又は法律において定めた意思を實現するためにするものであるから、これを制定することは行政の作用である。内閣は、政令を制定する點においても、立法機關であるのではない。政令は、憲法及び法律の規定を実施するために、制定せられる。即ち、憲法及び法律の規定に定めている國家の意思を、事實において實現するものである。故に、政令の制定は行政作用である。凡そ國家が定めた意思を事實において實現する作用としては、政令の如く抽象的の規則をつくることの外、具體的の處分を爲すこともあるが、それは、後に、明となるであろう。

憲法及び法律の規定を実施する、というのは、憲法及び法律の規定そのものとして示されていることを、事實に移すことをいう。一般に憲法、又は、一般に或法律において、示された國家の

意思を實現する、というのではない。この意味で、憲法第七十三條は、憲法及び法律の規定を實施するために、政令を制定する、という。然るに、憲法第七十三條は、別に、内閣は、法律を誠實に執行する、ということの規定する。これは前に述べた。この法律を執行するというのは、法律に示された或規定を見ていうのではなくて、法律の全般を見て、その法律において示された國家の意思を實現する、という意味である。これも前に述べた。故に、法律を執行する、ということより、直に規則を制定し得る、こととはならない。従て、内閣が法律を執行する、ということの外、別に、法律を實施するために、規則を制定する、ということを認めなくてはならぬ。それで憲法は、内閣が政令を制定する、ということの特に定めるのである。政令の規定に對しては、或は違反せられることがあるかも知れぬ。併し、政令には、當然罰則を設けることを得ない。政令により實施しようとする規定を有する法律が、内閣に、その政令で罰則を設ける権限を授けた場合に限り、罰則を設け得る。憲法は、この場合を指して、「特にその法律の委任がある場合」と稱する。以上述べたところによれば、憲法第七十三條が、内閣の職責として、法律を誠實に執行すること、及び、法律の規定を實施することを示す場合の、法律の執行と、法律の規定の實施とが、その意義を異にすることが知られる。従來も、執行という言葉はあつたがその意義明瞭でない

く、法律を執行する命令といえ、前述の法律の執行に同じく、法律を執行する處分といえ、前述の法律の規定を實施することに同じであつたが、日本國憲法第七十三條の、法律を執行するとは、前述の從來、法律を執行する命令というていた場合の、法律の執行と同義である。

政令には、主任の國務大臣が署名し、内閣總理大臣が連署することを要する。(憲法七四條)。

ト 大赦、特赦、減刑、刑の執行の免除及び復権を決定すること これらの作用はひつくるめて恩赦と稱せられる。大赦とは、罪の或る種類を定め、これについて、刑事法の効果を消滅せしめる國家作用であり、特赦とは、刑の言渡を受けた特定の者について、刑事法上の効果を消滅せしめる國家作用であり、減刑とは、刑の言渡を受けた、或種類の者又は特定の者について、刑又は刑の執行を輕減することによつて刑事法上の効果を消滅せしめる國家作用であり、復権の免除とは、刑の言渡を受けた特定の者について、これを執行せしめる國家作用であり、復権とは、刑の言渡を受けたため、法の定める所により、資格を喪失し又は停止せられた者についてその資格を回復せしめる國家作用である。かくの如き恩赦は内閣がこれを決定する。但し、恩赦を受ける者、及び、消滅せしめられる刑事法上の効果に關しては、前述のこと以外に、尙詳細に定められなくてはならぬのであるが、これを定めるものとして、恩赦法なる法律がある。

内閣は以上の行政事務を行う。然るに、内閣は、一般権限として、一般に行政事務を行うものであること、前に述べた如くであるから、内閣が前示の行政事務を行い得ることそのことは、特に憲法に規定するを待たない。それにも拘らず、憲法第七十三條が、内閣は、一般行政事務の外前示の事務を行う、と規定するのは、何等か法上の意味がなくてはならぬ。その意味には、積極的のもの及び消極的のもの二つある。即ち、(一)内閣は、前示の行政事務については、これを行うことについて特別の注意を拂い、これを行うべき場合には行う、ということに誤らざるようすべきである、ことを示す。他の一般行政事務についても同様であるが、その中、特に重要なものとして考えられる、前示の事務を示したのである。これがこの規定の積極的の意味である。(二)内閣は、これらの行政事務を、自己の権限より奪われる、ことはない。これを奪うの方法としては、單に内閣の権限より奪うに止まることも考えられ、内閣以外の機關をしてこれを行わせることも考えられるが、右いずれの方法をも取ることを得ない。法律を以てするもかかることを定めることが出来ぬ。これを爲すには、憲法第七十三條そのものを改正しなくてはならぬのである。これが、憲法第七十三條において、内閣が、一般行政事務の外、前示の事務を行う、と規定する、消極的の意味である。そして、この消極的の意味が特に重要なものである。

二 關係的權限 憲法において、内閣の行政事務を、他の機關の組織權限と關係せしめて、定めるのは、憲法第五章内閣の條項中にするのではない。他の機關の權限を定める條項中、これに關係する内閣の權限として、内閣の行政事務を示している。次の如くである。

イ 天皇に對する助言と承認 内閣は、天皇の國事に關するすべての行爲について、助言と承認とを爲すの權限を有する。(憲法三條)。

ロ 天皇により任命せられる最高裁判所の長たる裁判官の指名 内閣は、天皇により任命せられる最高裁判所の長たる裁判官を指名する權限を有する。(憲法六條二項)。

ハ 最高裁判所の長以外の裁判官及び下級裁判所の裁判官の任命 内閣は最高裁判所の長たる裁判官以外の裁判官、及び、下級裁判所の裁判官を任命する權限を有する。(憲法七九條一項、憲法八〇條一項)。

ニ 國會の臨時會の召集を決定すること 内閣は、國會の臨時會の召集を決定することができ。(憲法五三條)。

ホ 衆議院の解散中、參議院の緊急集會を求めること 内閣は、衆議院が解散せられている間、國に緊急の必要あるときは、參議院の緊急集會を求めることが出来る。(憲法五四條二項)。

へ 自己の責任で豫備費を支出すること 内閣は、自己の責任で、豫備費を支出することが出来る。(憲法八七條一項)。

ト 國の收入支出の決算を國會に提出すること 内閣は、國の收入支出の決算を、國會に提出しなくてはならぬ。(憲法九〇條一項)。

チ 國の財政狀況について報告すること 内閣は、國會及び國民に對し、國の財政狀況について報告しなければならぬ。(憲法九一條)。

以上は、内閣が、他の機關の組織又は權限に關係して、行政事務を行うのである。それらの機關の説明の部において、更に明となるであろう。

第四項 内閣の責任

内閣は、行政權の行使について、國會に對し、連帶して、責任を負う。これは憲法第六十六條第三項の規定するところである。これについて次のことを注意するの必要がある。ここに内閣の責任とは、内閣が自己の職責として行政を行うことについての責任である。内閣は天皇の國事に關する行爲について、助言と承認とを爲し、その結果、天皇の國事上の行爲に關しても責任を負うものであるが、このことは、後に明となるであろう。

第一 責任の原因

内閣は、行政權を行使する、という職責について、責任を負う。責任を負うとは、その職責たる行政權の行使たる行動について批判を加えられ、場合により、不利益なる結果を歸屬せしめられることをいう。故に、責任と職責とを混同してはならぬ。職責は責任の原因である。ここに、行政權の行使たる行動というのは、爲すべきでなかつたことを爲した、作爲もあり、爲すべきであつたことを爲さなかつた、不作爲もある。共に責任の原因となる。凡そ國家機關がその職責たる行動について責任を負う、ということそのことは、法理上當然の定めであつて、敢て法の明文あるを要するのではない。従て、内閣が、その職責として行政權を行使したことについて、責任を負うことは、いうまでもない。ただ、如何なる方法でその責任を明にするか、ということとは、特別の規定により定められなくてはならぬ。故に、前示憲法の規定は、内閣の責任を負う方法を定めるのである。

第二 責任の論點

内閣の責任は、或は、内閣の行動が法に違反する場合に生じ、或は、法に違反すると否とを問わず、政策上不當なる場合に生ずる。前の場合には、責任は法理の問題に關し、後の場合には、責任は政策の問題に關する。前者を法理論上の責任といい、後者を政策論上の責任という。兩者共に法の定めとして生ずるものであるから、法上の責任である。政策論上

の責任も、その責任を負うということは、法上の定めである。

第三 責任を問う者 内閣は國會に對して責任を負う。國會の方からいうと、國會は内閣の責任を問うことができる。即ち、(一)先づ、國會は、内閣の行政權の行使について、法理論上又政策論上正當であるかどうかを批判し、これを是非することを得る。その必要により、質問を爲し、報告を求めることができる。(二)次に、國會は、右の批判を爲すに止まらず、これを理由として、内閣に不利益を及ぼすようなことを定むることも出来る。例えば、内閣を詰責し、内閣の退任を要求することが出来る。憲法自身で示している、衆議院による不信任決議もこれに屬する。しかしながら、國會の權限に屬せざる意思表示を爲すことは、固よりできない。例えば、國會が内閣を退任せしめ、内閣の大臣に刑罰を科し、内閣の大臣に財産上の賠償を求めるとのことは、これを爲し得るものでない。

第四 責任の連帶性 内閣は連帶して責任を負う。内閣を組織する國務大臣は一同で責任を負うのである。個々の國務大臣が各別に責任を負うのではない。これを、連帶して責任を負うという。

以上は、憲法が内閣の責任として定めているものである。この法の定めるところにより、内閣

は、國會により責任を問われて、責任を負う。

然るに、内閣は、國會により責任を問われたからではなく、従つて、責任を問われなくても、自己の行動の法理論上又は政策論上正當でないときは、これを自覺し、責任を感じて、責任を負うべきものである。この責任は、法の定める所に従つて、責任を問われて、負うものではない。法の規範により定められた責任ではない。政治道義の規範により定められた責任である。即ち、内閣は、憲法の定めるところにより國會より責任を問われることのない場合でも、政治道義の規範の定めるところにより、責任を明にすべきものである。立憲政治においては、政治についての責任が明にせられることが重要である。

上述内閣の責任は、内閣としての權限たる行使權の行使たる行動について、存する責任である。然るに、國務大臣は行政事務を分擔管理するのであつて、この範圍においては、その行政事務の主任としてこれを決定するのであるが、これについては、その主任の大臣が責任を負う。これは後に明となる。

第五項 内閣の總辭職

第一 總辭職の場合

内閣においては、これを組織する總ての國務大臣一體として存在する

のであるから、その存在を失うのも一體としてする。内閣が存在を失うは、總ての國務大臣が同時に事實上無くなつた場合は別とし、總辭職による。總ての國務大臣が一同辭職するのである。個々の國務大臣が辭職するのであるが、一同辭職するものとして、辭職するのである。國務大臣の單獨辭職と異なる。内閣の總辭職には、憲法上總辭職するを要するの故に總辭職する場合と、そうでない場合とある。前者を必要的總辭職といい、後者を任意的總辭職という。

一 必要的總辭職 内閣は、次の場合には、總辭職することを要する。

イ 内閣總理大臣が缺けたとき この場合には、内閣は總辭職をしなくてはならぬこと、憲法第七十條の規定するところである。内閣は内閣總理大臣を首長として存在し、他の國務大臣は内閣總理大臣が任命して存在するに至つたものであるから、その内閣總理大臣が缺けたとき、内閣總辭職することが妥當であるから、憲法はこれを規定するのである。

内閣總理大臣が缺けるとは、内閣總理大臣が、死亡その他の原因で、事實上存在を失う場合は勿論、内閣總理大臣が單獨辭職した場合をも含む。その單獨辭職のことは前に述べた。

ロ 衆議院議員總選舉の後に、初めて國會の召集があつたとき この場合、内閣は總辭職をしなくてはならぬこと、憲法第七十條の規定するところである。内閣の首長たる内閣總理大臣は

衆議院が指名したのであるから、その衆議院が存在を失うて總選舉が行われたときは、内閣總理大臣を指名した衆議院と異なる新たな衆議院が内閣總理大臣の指名について、前の衆議院と同一の意思を有するや否や不明であるので、内閣は總辭職して、新たな衆議院をして内閣總理大臣の指名を爲さしめるのが妥當であるから、憲法はこれを規定するのである。この場合、辭職した内閣總理大臣と同一の人が指名せられることのあるは、勿論である。

ハ 衆議院で内閣不信任の決議案を可決し、又は信任の決議案を否決したとき この場合には、内閣は、十日以内に衆議院が解散せられない限り、總辭職をしなくてはならぬ。憲法第六十九條の規定するところである。政治道義によれば、内閣は國民の信任を得ている間存立すべきものである。内閣信任に關する決議は、衆議院及び參議院の兩者において共にこれを爲し得るが、衆議院の決議として現われたものは特に重んぜらるべきである。だから憲法はこれが法上の効果を定める。即ち、衆議院で内閣不信任の決議案が可決せられたとき又は信任の決議案が否決せられたときは、内閣は總辭職をしなくてはならぬとする。但し、右の衆議院の決議があつたときでも、その衆議院の決議が眞に國民の意思に合うてどうか不明である、と考えられ得る。内閣がそう考えるならば、衆議院の解散を決定し、天皇に進言すべきである。そして、衆議院の決

議の日より十日以内に解散せらるべきである。故に、前記衆議院の決議があるときは、内閣は、衆議院の解散か又は總辭職のいづれか、一を選択しなくてはならぬ。併し、この場合に限り解散を行ひ得る、というのではない。

二 任意的總辭職 内閣は、憲法により總辭職すべきものとせられた、前示の場合以外において、自ら總辭職することを適當と考えて、總辭職することもある。その主なものは、責任を負うて總辭職することであるが、人心を新にするため總辭職するとか、内閣總理大臣の個人的事情に基て總辭職するとか、いうことなどもある。

第二 總辭職の手續 内閣總辭職の手續については、憲法に何等の規定はないが、當然の法理として次の如くなる。内閣總理大臣及び他の國務大臣がその地位を去るの意思を表示し、その結果法上當然その地位を失う。天皇が内閣總理大臣を免じ、内閣總理大臣が他の國務大臣を免ずる、という行爲を爲すのではない。

内閣總辭職の場合、内閣總理大臣及び他の國務大臣の辭職は、天皇これを認證したもう。憲法第七條には、天皇が國務大臣及び法律に定めた、他の官吏の任免を認證したもうことを規定するが、その免というは、廣く退任することをいうのであつて、單に、免ぜられるの行爲あることを

いうのではない。

第三 總辭職の效果發生の時期 内閣總辭職した場合には、内閣は、あらたに内閣總理大臣が任命せられるまで引き續き、その職務を行うべきものである。これ憲法第七十一條の規定するところである。尤も、第七十一條は、前示内閣の必要的總辭職の場合についてこれを規定するがそれは、任意的總辭職の場合にも條理法の要求するところである。即ち、内閣總辭職の場合、内閣總理大臣及び他の國務大臣の辭職は、次の内閣總理大臣の任命あるまで、その效果を發生しない。次の内閣總理大臣の任命の時、即ち、内閣總辭職の效果發生の法定の時期である。

第六項 内閣における行政事務分擔

各國務大臣は、内閣による行政權の行使について、内閣の一員として、閣議による決定に與る。これは各國務大臣の憲法上の職責である。これと共に、内閣法により、各國務大臣は、本則として、一定の行政事務を、主任として、分擔管理する。如何なる主任の大臣が如何なる行政事務を分擔管理するかは、別に法律により定めることとする。その主任の事務を管理する立場において、その國務大臣を各省大臣という。或國務大臣が或各省大臣となるは、内閣總理大臣が命ずるのであるが、内閣總理大臣は自らこれに當ることを妨げない。但し、國務大臣にして、行政事

務の分擔管理をしないものもあつてよい。これを無任所大臣というの例である。(内閣法三條、行政官廳法)。

主任の大臣の職務は二様の方面に見られる。一方において、内閣が行政を行うことにつき、内閣の一員として、その主任とする事務に關し、特に考慮用意する。他方において、その主任とする事務に關し、一己の機關として、行政を行う。その範圍において、獨立の行政官廳たる性質を有する。その行政は閣議で決定した方針に基いて行うべきであるが、その行政を行う仕方そのものを研究するは行政法學の事である。主任の事務を管理する立場においては、大臣の語にその管理する事務の語を冠せしめ、例えば、外務大臣、大藏大臣、農林大臣というように、何々大臣という。

第七項 各國務大臣個別の態度

國務大臣は、内閣の職權を行う者としては、その總てが合して一の機關として行動し、連帶して責任を負うこと、前述の通りである。それは、總ての國務大臣一體としての態度である。然しながら各國務大臣は個別の者としての態度を有しない、というのではない。

それは、内閣の職權を行う者としての立場においてあり得る。例えば、各國務大臣の内閣における勤務の態度の如きは、各大臣の個別の態度である。従て、甲大臣が勤務を怠ることは、直接

には 甲大臣の責任の問題となる。内閣一體の責任の問題ではない。

それは、内閣の職權を行うのではなく、各省大臣としての職權を行う立場においてあり得る。例えば、各國務大臣が、その主任の事務について、行政官廳としてする行政處分は、各大臣の個別の態度である。従て、乙大臣の行政處分が不當であるときは、直接には、乙大臣の責任の問題となる。内閣一體の責任の問題ではない。

それは、内閣の職權及び行政官廳の職權と全く關係なく、各國務大臣が私人として生活する立場において、あり得る。例えば、各國務大臣の日常生活態度の如きは、各大臣の個別の態度である。従て、丙大臣が不正の行爲により金錢を收得することは、直接には丙大臣の責任の問題となる。内閣一體の責任の問題ではない。

以上の如き、大臣の個別の態度については、直接には、當該の大臣の責任を生ずる。かかる場合にも内閣が一體として責任を負う、ということが、連帶責任である、と考へてはならぬ。然しながら、各大臣の個別の態度が、單に個別の態度たるに止まらないで、内閣の職權と關係を持つことがある。例えば、前示の例において、甲大臣の怠慢が内閣の注意すべき性質のものであり、乙大臣の處分が内閣の決定した方針に基くものであつて、結局内閣の方針が不當のものであり、

丙大臣が苟も大臣として不適任であり、内閣はこれを内閣に列せしめておくべきでないものである、というような場合には、その點で内閣一體の責任を生じ、少くとも内閣總理大臣の責任より引て内閣の責任を生ずるのである。

第三款 特殊の行政機關

第一項 行政機關としての天皇

第一 天皇と國權の發動 天皇とは日本人中特定の一人を稱するのであつて、その一人が憲法に定められた國家的職責を有するという立場において見られる場合と、私の立場において見られる場合とあり、前の立場の一として、國家的象徴である、ということのあるのは、前にこれを述べた。ところで、その國家的象徴としては、國權の發動には全く關係ない。これも前に明にした。併し、それは、天皇が象徴であることの意味、及び、天皇の性格の主眼は象徴であることに存して、國權を發動することに存しない、ということである。天皇が國權を發動することはない、ということではない。天皇が國權の發動に關して、いかなる立場に在るかは、全く別にこれを憲法に徴して考えるの外ない。

憲法においては、天皇が一定の範圍を限りて國事上の行爲を行はせられること、天皇が國政關與の權能を有せられないこと、天皇の國事行爲についての内閣との關係のこと、が定められる。

第二 天皇の行はせられる國事上の行爲の範圍 憲法は、天皇が、一定の範圍を限りて、國事に關する行爲を行はせらるゝことを定める。國事に關する行爲を行うのは、國權の發動を爲すことである。これについて憲法は、天皇の國事に關する行爲の能力一般を限定すると共に、天皇の國事に關する個々の行爲の能力を定める。

一 天皇の、國事に關する行爲の能力一般の限定 憲法第四條第一項は、「天皇は、この憲法の定める國事に關する行爲のみを行ひ、國政に關する權能を有しない。」と規定する。これは天皇の國權發動に關する地位の基本的のものを定めるのである。その前半は、天皇の行はれる行爲の能力を、一般的に、定め、後半はこれを行う場合の態度を、一般的に定める。ここでは、前半の、天皇により行はれる國事に關する行爲の能力のことを考える。

天皇は、國事に關する行爲であつて、憲法が明に天皇により行はれるものと定められたのみを行はせられる。故に、憲法が明に天皇により行はれるものと、定められた行爲以外の行爲は、天皇を行はせらるゝことを得ない。即ち、天皇の、國事に關する行爲を行はせらるゝ能力を明に限定し

24.12.7.
ているのである。この條項の趣旨は右の能力を限定することに存する。國事とは國家として處理すべき事項であり、國事に關する行爲とは國事たる事項を處理するものとして、意思活用を爲すことである。天皇は國家的象徴であること、及び、國家的象徴たるの立場においては、國權の發動について何等の關係のないこと、前に述べた如くである。そしてこの憲法第四條の規定により、天皇は、象徴たるに止まらず、國權發動を爲し得ることが、定められる。しかし、それは、この憲法の定める國事に關する行爲のみを爲し得る、という國權發動の範圍が明に示されている。

二 天皇の、國事に關する、個々の行爲の能力 憲法が、天皇の行いたもう國事に關する個々の行爲として、定めたものは、次の如くである。

イ 内閣總理大臣及び最高裁判所の長たる裁判官の任命 天皇は、内閣總理大臣を任命したもう。任命せられる人の何人であるかは、國會が指名する。天皇は、國會の指名に基いて、内閣總理大臣を任命したもう。これ憲法第六條第一項の定めるところである。國會が内閣總理大臣を指名したときは、天皇はこれを任命したもうことを要する。併し、任命せられる者の明示又は默示の同意を必要とすることは、當然である。天皇がこれを任命したもうことを要するは、國會の指名があるという法律事實に伴うて、法が発生せしめる効果であつて、天皇が國會の命令に従う

て行動することではない。

天皇は最高裁判所の長たる裁判官を任命したもう。これ憲法第六條第二項の定めるところである。任命せられる人の何人であるかは、内閣が指名する。天皇は、内閣の指名に基いて、その指名した者を任命したもうことを要する。この場合の法理は、前述内閣總理大臣の任命について述べたと同様である。

内閣總理大臣及び最高裁判所の長たる裁判官の天皇による任命は、天皇が、その者に、本來天皇に屬する權限を授けたもうのではない。その權限は法上定まつていたのであつて、天皇は、ただ、その人をその地位に就けるという行爲を爲したもうのである。全く形式上の行爲である。しかしその人をその地位に就けるの行爲が、天皇により行われる、ということが、一般人の心理に、その地位に對する一種特別の品位感を起さしめることは、あるかもしれぬ。

ロ 憲法改正、法律、政令及び條約を公布すること 憲法改正、法律は法たる規則であり、政令は法を實施する規則であるが、法ではないこと、前にこれを述べた。これらの規則を國民の知り得る状態に置くことが公布である。條約はそれ自身國家の法ではないが、併し、それは、誠實に遵守すべきものであるから、これを公布する。これらのものは、天皇がこれを公布せられ

る。(憲法七條一號)。

ハ 國會を召集すること 國會の召集の如何なることであるかは、前にこれを述べた。天皇がこれを行いたもう。(憲法七條二號)。

ニ 衆議院を解散すること 衆議院の解散の如何なることであるかは、前にこれを述べた。天皇がこれを行いたもう。(憲法七條三號)。

ホ 國會議員の總選舉の施行を公示すること 國會議員の總選舉の施行の如何なることであるかは前にこれを述べた。總選舉の施行は公示せられる。天皇がこれを行いたもう。(憲法七條四號)

ヘ 國務大臣及び法律の定めるその他の官吏の任免、並びに全權委任狀、及び大使及び公使の信任狀を認證すること 國務大臣の任免は内閣總理大臣これを行うが、天皇これを認證したまう。又、天皇は、國務大臣以外の官吏で法律の定める官吏の任免、全權委任狀、及び大使及び公使の信任狀を、認證したもう。認證は認證せられる事項の存在を公に證明することである。官吏の任免、委任狀、信任狀を發することは、内閣これを行う。(憲法七條五號)。

ト 大赦、特赦、減刑、刑の執行の免除及び復権を認證すること これらの作用を決定することは内閣がするが、天皇これを認證したもうのである。(憲法七條六號)。

チ 榮典を授與すること 榮典は、國家が特定の人に特別の榮譽を認めて、これを表彰する形式である。天皇これを授與したもう。(憲法七條七號)。

リ 批准書及び法律の定めるその他の外交文書を認證すること 批准書は條約を締結する内閣これを作成するのであるが、天皇これを認證したもう。批准書の外交法律の定める外交文書も同じである。(憲法七條八號)。

ヌ 外國の大使及び公使を接受すること 外交關係を處理することは内閣これを爲すが、外國の大使及び公使を接受することは天皇これを爲したもう。(憲法七條九號)。

ル 儀式を行うこと 國家的儀式の行われる場合には、天皇がこれを行はせたもう。(憲法七條一〇號)。
天皇が、右のイ乃至ルの行爲を行わせられるは、内閣の助言と承認とによりて行うべく、又、國民の利益を來さしめるものとして、行うべきである。(憲法七條)。

天皇は、以上第二に述べた範圍において、國事に關する行爲を行わせられる。右第二の一と二とは全く別々のことを定めるのである。天皇は、二に示した國事に關する行爲以外の行爲を爲したもうことは出來ぬが、それは、二を定める憲法第六條及び第七條の規定そのものの結果ではな

く、一を定める憲法第四條と第六條及び第七條との關係の結果である。

右の二に示す事項は、天皇の職權に屬し、他の機關はこれを行ない得ない。

第三 天皇の國權發動における權能 天皇は、國事に關する行爲を行うに當り、國政に關する權能を有せられない。憲法第四條は、前述した如く、その前半において、天皇が行わせられ得る國事に關する行爲の範圍を定め、「この憲法の定める國事に關する行爲のみを行い」といい、次で、その後半において、「國政に關する權能を有しない」という。國政に關する權能と、國事に關する行爲とは別の意味のこと、でなくてはならぬ。もし、そうでなく、同一のことであるならば、前後矛盾する。何故かというに、兩者が同じとするならば、國政に關する權能を有しないということとは、一般に國事に關する行爲を行わない、ということとなるが、同條前半では、憲法の定めるものという一定の範圍ではあるが、天皇は國事に關する行爲を行わせられるのであるから、憲法第四條の同一條項が前後矛盾することとなる。かかる結果を來す解釋は許されない。この矛盾を避けるためには、後半の、國政に關する權能を有しない、という規定を解して、一般に國事に關する行爲を行わない、というのと異なる義である、とせざるを得ないのである。

それには、國政及び國政に關する權能ということを正しく解するの必要がある。憲法第四條に

國政というは、ただ國家の政治ということではない。國家の政治を行う機關、即ち政治府により行われるものとして見た政治である。ここに政治府とは通例政府というものに限らず、司法府も立法府もは入る。國政に關する權能とは、政治府の政治行動に關與する權能である。天皇は、政治府の政治の行動に關與して、これに影響を及ぼすような行動を爲されることを得ない。それは、天皇が憲法上認められる國事行爲を爲されることについても、又、その外のことについても、同じである。要するに、天皇は政治府の政治行動の外に超然としていらるべきである。

第四 天皇の行爲に對する内閣の助言と承認との必要 天皇が國事に關する行爲を行わせられるには、内閣の助言と承認とを必要とする。憲法第三條は、「天皇の國事に關するすべての行爲には、内閣の助言と承認を必要とし、内閣がその責任を負ふ。」と規定する。この規定より次の結果を生ずる。

一 天皇は、内閣の助言と承認とにより、國事に關する行爲を行わせられることを要する。これによらないでは國事に關する行爲を行いたもうことを得ぬ。助言は、内閣自身の意見において天皇の行爲としてあるべきもの又はあるべからざるものを判斷して、これを進言し必ずこれを採納せられることを願望することであり、その願望に従て、行爲あらせられることが、内閣の助言

により行爲あらせられることである。承認は、内閣が、天皇の或行爲あらせられ又はあらせられざることに同意することであり、その同意を得て、行爲あらせられることが、内閣の承認により行爲あらせられることである。天皇のすべての行爲に内閣の助言と承認とを必要とする、というのは、天皇の行爲を全般的に見ていふのであつて、その個々の行爲について見ると、或は助言によつて行われることもあろう。或は承認によつて行われることもあろう。個々の行爲の一々のものについて、内閣が助言と承認との二つのことを爲す、というようなことではない。内閣の助言によりて天皇の行爲が行われるときは、勿論、天皇は内閣の意思に合うて行爲を行わせられるのであり、内閣の承認によりて行われるときも、天皇は内閣の意思に合うて行爲を行わせられる。天皇が内閣の意思に反して行爲を行わせられる、ということは、生ずる餘地がない。

二 天皇は、内閣以外の者の助言、承認によらせられることを得ない。憲法第三條は、天皇の行爲について、「内閣の助言と承認を必要とし」と定めるが、それは内閣以外の者の助言、承認を排斥するものである。これは、立憲政治乃至民主政治の精神を實現するために重大な法理である。凡そ、政治行爲の結果について責任の歸着するところが定まり、その責任を國民の意思により問ふことを得るは、立憲政治乃至民主政治における根本要求である。これは天皇の國事行爲の結果

についても同じである。天皇の國事に關する行爲の結果については、後に説くが如く、天皇に助言と承認とを與えた内閣が責任を負う。内閣以外の者が天皇に助言と承認とを與えたとせば、その者は、天皇の行爲の結果について、事實として責任を有するものであつて、しかも法上責任を問われない。これは立憲政治乃至民主政治の要求に反する。故に、天皇の行爲については、内閣の助言、承認と責任を規定する憲法が、内閣以外の者の助言、承認を認めないこと、疑ない。但し天皇が、國事に關して、現實に行爲を行わせられる、ことについてではなく、天皇の個人の知識上の素養を得るために、内閣以外の者について講説を求められることは、右の助言、承認ではないから、憲法に牴觸しないのである。

第五 天皇の國事に關する行爲についての内閣の責任と天皇の無答責 天皇が、内閣の助言と承認とにより、國事に關する或行爲を行わせられたときは、その行爲の結果については、内閣が責任を負う。憲法第三條は、「天皇の國事に關するすべての行爲には、内閣の助言と承認を必要とし、内閣が、その責任を負ふ。」と明言するのである。憲法が、特に、内閣が責任を負ふことを定めるのは、天皇が責任を負わせられぬ、ことを定めるのである。この範圍で天皇無答責である。併し、それは、内閣が、天皇の負うべき責任を、天皇に代て、負う、というのではない。天

皇の行爲は、内閣の助言、承認によるのであり、従て、天皇の行爲の結果は、内閣の助言、承認の結果であるから、内閣の責任は自己の行爲についての責任である。天皇の行爲についての、天皇に代る責任ではない。

天皇が責任を負わせられぬのは、單に天皇の國事に關する行爲についてである。天皇の國事に關する行爲以外の行爲については憲法第三條は何等定めるところはない。日本國憲法によれば、國家は、天皇に、右の行爲による責任を歸せしめることを得ない、とせられていない。天皇が國家的象徴である、ということから、天皇の一般的の無答責ということにならぬことは、前にこれを述べた。併し、これは、憲法そのものにより、責任がある、というのではない。責任を歸着せしめることを定めてもよいというに過ぎぬ。如何にこれを取扱ふかは、個々の場合について定めるのであつて、それは如何なる法律をつくるか、ということである。

第六 天皇の國事に關する行爲の委任 天皇は、その國事に關する行爲を委任せられることが出来る。但し法律の定めるところによる。これは憲法第四條第二項の定めるところである。如何なる場合に、如何なる者に、如何なる手續で、委任するかは、法律がこれを定める。併し、この委任は、天皇の行爲の個々のものについて行われることであつて、天皇の行爲を全面的に委任

することは許されぬ。

第七 天皇の特殊的行政機關たる性格 天皇が、憲法で定められた範圍ではあるが、種々の行爲を爲したまふことは、右述べた通りである。それは國權の發動である。そして、それは法を制定する作用ではない。即ち立法作用ではない。又、法を宣言する作用でもない。即ち司法作用でもない。現實の状態に向けられた作用である。即ち行政作用である。故に、天皇は行政機關である。且、その作用は憲法が特に示したものに限るのであるから、特殊的行政機關である。

第二項 攝 政

第一 攝政の概念 攝政とは、天皇が親ら國事に關する行爲を行わせられることの出来ない場合に、天皇の名で、その國事に關する行爲を行うものとして、置かれる機關をいう。如何なる場合に如何なる者が攝政となるかは、憲法自らこれを定めないので、皇室典範によつて定めることとせられる。(憲法五條)。

一 攝政は、天皇の名で天皇の國事に關する行爲を行う、機關である。天皇の名で行うとは攝政が天皇の國事に關する行爲を行うことは、法上では、天皇の行わせられることと同一に看做される、ことである。故に、その行爲は、天皇が行わせられたと、同一の法上の効果を生ずる。

二 攝政は、天皇が親ら國事に關する行爲を行わせられることの、出来ない場合に、置かれる機關である。憲法第五條には、單に、攝政は天皇の名でその行爲を行う、ということのみを規定し、如何なる場合にこれを置くかを明言していない。ただ、「皇室典範の定めるところにより攝政を置くときは、」という。皮相的に見るとき、如何なる場合に攝政を置くかは、皇室典範が任意に定め得るものの如く考えられるが、決してそうではない。攝政なるものは日本國憲法の創めて設けるものではなく、帝國憲法の時既に存し、しかも帝國憲法も創めて設けたのではなく、帝國憲法制定以前より存していたものである。故に、憲法は攝政については或概念を前提としてゐる。その概念を如何に説明するかは別とし、その中心概念として、國家が、天皇が親ら行爲を行わせられること出来ないと認める場合に、關するものであることは、疑ない。併し、如何なる事實あるとき、それが出来ないとい得るかは、更に定めることを要する。それは皇室典範による。

第二 攝政を置く場合

皇室典範によれば、攝政は左の場合にこれを置く。(皇室典範一六條)。

一 天皇が成年に達せられないとき この場合には、攝政が置かれる。天皇の成年は十八年である。

二 天皇が、精神若しくは身體の重患又は重大な事故により、國事に關する行爲を親らすること

が出来ないとき ここに國事に關する行爲を親らすることの出来ない、というは、國事に關する行爲一般についていうのである。個々の特定の行爲についていうのではない。右の場合と認むべき事實存するや否やは、皇室會議の議によりこれを認定する。(皇室典範一六條二項)。

以上の場合に、攝政を置く、というは、攝政となるの資格を有し且その順序に在る者が、法上當然攝政の任に就くことである。その者を攝政に任命するの行爲があるのではない。その資格及び順序は皇室典範がこれを定める。前記一の場合も、前記二の場合でも、皇室會議が任命の行爲を爲すのではない。

第三 攝政となる資格及び順序

攝政となる資格を有する者は、成年に達した皇族に限る。

それらの者が、(一)皇太子又は皇太孫(二)親王及び王(三)皇后(四)皇太后(五)太皇太后(六)内親王及び女王の順序において、攝政となる。親王及び王の間では、皇位繼承の順序に従い、内親王及び女王の間では、皇位繼承の順序に準ずる。(皇室典範一六條、一七條)。

攝政となる順位にあたる者に、精神若しくは身體の重患があり、又は重大なる事故があるときは、皇室會議の議により、攝政となる順序を變えることができる。但し、正常の場合に攝政となることについて定めた順序に従う。攝政となる順位にあたる者が、成年に達しないため、又は前

述の故障あるがため、他の皇族が攝政となつたときは、先順位にあつていた皇族が、成年に達したとき、又は、故障がなくなつたときでも、攝政は更迭しない。ただ、先順位者が皇太子又は皇太孫である場合には、攝政退任して皇太子又は皇太孫が攝政となる。(皇室典範一八條、一九條)。

第四 攝政の權限 攝政の權限は、天皇の名で、その國事に關する行爲を行うことである。故に、(一)天皇の行い得る國事に關する行爲は、すべてこれを行い得る。又、(二)天皇の行い得ない行爲は、これを行い得ない。故に、憲法が天皇の行い得るものと定めた行爲のみを行い得る。當然の法理であるが、憲法第五條は特にこれを規定する。

攝政は、國事に關する行爲を行う場合には、天皇がこれを行わせらるる場合と同様の規律に従う。故に、(一)内閣の助言と承認とを必要とする。又、(二)國政に關する權能を有しない。これも法理上當然だが、憲法第五條は特にこれを規定する。

第五 攝政の地位 攝政は天皇の名で國事に關する行爲を行うが、天皇ではないから、天皇の有する法上の地位を有しない。ただ、天皇の名で國事に關する行爲を行うことそのことより生ずる地位、及び、法が特に定めた地位を有する。この一般原則より、次の結果を生ずる。

攝政は、國の象徴、國民統合の象徴ではない。

攝政は、その行ふ國事に關する行爲については、責任を負わない。攝政が天皇の名において國事に關する行爲を行うことは、前述の如く、法上、天皇の行わせられると同様のものと看做すのであるから、天皇の國事に關する行爲が無答責であると同じく、無答責なのである。

攝政は、その在任中訴追せられない。但し、それは、攝政を訴追する公訴權の存在には何等影響を與えるものでないから、攝政は、退任後、その在任中の行爲につき、時効に因る公訴權の消滅なき限り、訴追せられることはあり得る。(皇室典範二二條)。

第六 攝政の更迭及び終了

一 攝政の更迭 攝政は次の場合に更迭する。

イ 攝政死亡するとき 次の順位にあたる者が當然攝政となる。

ロ 攝政に、精神若しくは身體の重患があり、又は重大な事故あるとき この場合には、皇室會議の議により、攝政が更迭する。即ち、その者退任し、次の順位にあたる者が攝政となる。皇室會議は右の故障の存在することを認定するのである。(皇室典範一八條)。

ハ 皇太子又は皇太孫、成年に達しないため、又は故障あるため、他の皇族が攝政となつてい
る場合に、皇太子又は皇太孫成年に達し、又は故障がなくなつたときは、攝政退任し、皇太子又

は皇太孫が攝政となる。(皇室典範一九條)。その故障のあることは皇室會議により認定せられたのであるから、その故障のなくなつたことも皇室會議により認定せられたものでなくてはならぬ。

二 攝政の終了 攝政は次の場合に終了する。

イ 天皇の崩御のとき 當然である。

ロ 天皇成年に達したまうとき 當然である。

ハ 天皇が國事に關する行爲を親らすることの出来ない故障がなくなつたとき 當然である。但し、その故障がなくなつたということは、皇室會議の議によりこれを認定する。(皇室典範二〇條)。

以上の場合には、攝政關係が當然消滅する。皇室典範は、攝政を廢する、というが、それは、攝政を置くという場合と同じく、法制は、その事實を客觀的に見ていうのであつて、それを消滅せしめる特別の行爲がある、というのではない。

第三項 會計検査院

會計検査院は、國家の收入支出の決算を検査するがために、存する機關である。その組織及び權限は法律でこれを定める。(憲法九〇條)。現行制度としては會計検査院法がある。

會計検査院は内閣に對し獨立の地位を有する。法定數の検査官より成る検査官會議と事務總局を以て組織する。検査官のうちから互選した者について、内閣において院長を命ずる。検査官會議は會計検査院の定める一定の事項を決し、事務總局は、検査官會議の指揮監督の下に、庶務並びに検査及び審査の事務を掌る。(會計検査院法一條、二條、三條、一一條、一二條)。

會計検査院は、會計検査院法に定めるもの以外に、會計検査に關し必要な規則を定める。これを會計検査院規則という。(會計検査院法三八條)。この規則は法たる性質を有する規則ではない。

第三節 行政の手續

第一款 行政一般に關する規範

國家が行政を行う仕方即ち行政の手續に關する法規範に、憲法の規範と憲法外の規範とある。憲法外の規範であつて行政の手續に關するものは行政法の規範である。ここには、いうまでもなく、憲法の規範を説く。

日本國憲法が行政の手續に關して定める規範には、行政一般について定めるものもあり、行政中特に財政について定めるものもある。ここに先づ行政一般に關する規範について述べる。

行政一般については、憲法は特に條規を設けるのではないが、憲法の諸條規中行政に關係あるものを綜合して、行政に關する原則を知ることができるのである。

第一項 憲法外の行政機關の設置

國家は、必要に應じて、前述の憲法の定める行政機關即ち憲法上の行政機關以外に、行政機關を設け得る。これを憲法外の行政機關という。これがためには、(一)先づ必要な行政機關の制度を定め、(二)次でその行政機關となる人を定めなくてはならぬ。

第一 制度を定めること 國家の行政機關の制度を官制という。如何なる機關が官制を定めるかについては、憲法に規定がないが、法理上國會の權限に屬し、即ち法律による。何故かといふに、國家がその行政機關の制度を設けるのは、一の活動體としての國家が他の活動體との關係における行動の様式を定めるのであるから、法を制定することである。故に、立法機關たる國會の權限に屬する。又、憲法は、國會以外の如何なる機關もこれを定めるものとしてない。天皇はこれを定め得ない。内閣もこれを定めるの權限を認められていない。内閣は政令を定め得るが、政令は、憲法又は法律の定める國家の意思を實行するために制定せられるのであつて、國家の意思と他の活動體の意思との關係を定めるものではない。故に、政令で官制を定めることは出來

ぬ。即ち、官制は、日本國憲法によれば、國會により、法律として定められるべきである。但し、法律は、或範圍において、これを政令に委任することを得る。

第二 行政機關人を定めること 法律により定められた行政機關となる機關人は、公務員の性質を有する。公務員として適任のものを選定することは、後に明となる如く、本來國民の權利である。併し、現實に特定の人を個々の行政機關の地位に就けるためには、國家が特別の行爲を行う。その行爲は官吏と官吏以外の行政機關とにより異なる。(一)官吏については憲法上特別の規定がある。一般に内閣がこれを任命する。(憲法七三條四號)。憲法上別段の規定を設けるものはそれによる。例えば、内閣總理大臣が、前述の如く、他の國務大臣を任命するが如きである。そして、官吏を任命することについては、法律がその基準を定め、内閣は、この基準に従て、任命するのである。(憲法七三條四號)。(二)官吏でない行政機關人については、憲法上何等の規定はないが、法律の定めるところにより特定の人が機關人とせられるのである。

如何なる憲法外の行政機關があるかは、ここに述べるべきではないが、ただ一つ、皇室に關する國家事務を司る行政機關について、一言する。天皇の御一家たる皇室に關しても、國家の行政事務があり、これを司る機關は國家の行政機關である。皇室の事務を司る皇室の機關というよう

なものではない。現存のものとしては、宮内府法による宮内府、皇室典範による皇室會議、皇室經濟法による皇室經濟會議などがある。いづれも國家事務を司る國家機關である。

第二項 行政意思の活用の形式

國家は、前述の如く、行政の作用において、その意思を、現實の動作により、實行しようとする。それ自身意思の活用であつて、これを行政意思という。

行政意思の活用は、その形式よりすれば、二種ある。處分及び規則である。

第一 處分

國家は、行政の作用において、具體的に發生した或事實についての處理を爲すものとして、意思を表示することがある。この意思の表示を行政の處分という。行政の意思の表示の形式として處分の存することは、當然のことである。法の規定あるを要しない。憲法もそのこと自身については何等示すところはない。ただこれについて規律するのである。

第二 規則

國家は、行政の作用において、抽象的に事實を想定して、これについて規則を制定するものとして、意思を表示することがある。この意思の表示を行政の規則という。これは國家が、法の制定たる立法において爲すところの、意思活用の形式と同じ形式である。併し、國家がこれにより到達しようとする目標が異なる。國家が立法において規則をつくる場合には、國

家の意思は、社會における人の相互の活動を限定して、社會生活を秩序立てることに向けられ、そのために必要として規則をつくるのである。行政において規則をつくる場合には、國家の意思は國家の目的を達すべき現實の状態を現出することに向けられ、そのために必要として、規則をつくるのである。故に、行政の作用としてつくられる規則は法ではない。法は規則であるが、規則は常に法の規則であるのではない。法と規則とを混同してはならぬ。行政の規則に對して法たる規則を法規則という。然るに、行政機關が右の規則を制定し得るのは、法に基くものである。故に、規則による生活も法上の生活であり、人が、規則の定めるところにより、一定の方向に意思を活用するを得ること、又は、活用するを要することは、法上の力又は拘束である。即ち、權利又は義務である。

國家という行政の一主體よりいふと、國家が、右の行政の規則を制定することのあるは當然だが、國家が如何なる機關によりこれを制定するかは、國家が明に定めてをかねばならぬ。これを定めるものは法である。故に、法により、行政の規則を制定し得るものとせられる機關が、行政の規則を制定し得る。すべての機關が皆當然に行政の規則を制定し得る、というのではない。その法に憲法と他の法とある。(一)憲法の直接の規定により、行政の規則を制定するの權限を與え

られるものは、内閣と最高裁判所とある。内閣は政令を制定し得る。政令は規則であるが、法の規則ではなく、行政の規則である。これは前に述べた。又、最高裁判所も規則を定めることを得（憲法七七條一項）、國會の兩議院も規則を定めることを得るが（憲法五八條二項）、この規則も法の規則ではなく、行政の規則である。又、（二）憲法以外の法律の規定により、行政の規則を制定する権限を與えられたものに、會計検査院、人事院がある。これらの機關はそれぞれの規則を制定するが、この規則は法の規則ではない。（會計検査院法三八條、國家公務員法二六條五項）。更に、各大臣は、その主任の事務について、規則を制定することを得、これを總理廳令又は省令と稱する。法律の特別の委任に基いて法を制定する場合は別とし、一般の場合には、右の總理廳令又は省令は法の規則ではなく、行政の規則である。（行政官廳法六條一項）。

第三項 行政に對する憲法及び法律の拘束

第一 行政に對する憲法の拘束 行政を行うには、憲法の定めるところに適合して、爲されなくてはならぬ。憲法が、國家の作用の在り方について規定するところは、前に述べた如く、國家の立法作用に對して拘束をするが、これと共に、國家の行政作用に對しても、拘束となるのである。後に示すところの、國民の地位に關する憲法の規定は、その主なものである。

第二 行政に對する法律の拘束

行政を行うには法律の定めるところに適合して、爲されなくてはならぬ。凡そ行政が法律の定めるところに適合して行われることを要求するは、一の政治上の主義であつて、これを法治主義といい、法治主義を取る國家を法治國という。即ち、わが國は法治主義を取る法治國である。法治主義の根底には次の二の思想が存する。（一）一は、國家が行政において、國民の行動の自由を制限するは、結局國民自身の納得するところによるべきである、とする思想である。法律は國民を代表する國會の制定するものであるから、法律の定めるところに適合して行政を行うことは、國民の納得するところにより行政を行うものと、考えられるのである。（二）二は、國家が、行政において、國民を、一様の標準によりて取扱うべきである、とする思想である。法律は抽象的に想定せられた事實について定めるのであるから、法律の定めるところに適合して行政を行うことは、國民を一様の標準により取扱うものと、考えられるのである。

これによれば、以上の法治主義は、行政が法律に適合して行われることをいう。然るに、國家が政治を行うに、従わざる者を法により罰する、ということを原理とする主義を法治主義といい、これに對して、徳を以て治むることを原理とする主義を徳治主義ということがある。併し、この

法治主義は行政に關して法治主義というものは別のものである。兩者を同一視して論を立てることをしてはならぬ。

第二款 財政に關する規範

第一項 財政の一章の設定

行政は多くの種類に分ち得るが、その中財政について、憲法は特に一章を設けている。これは、財政が、國民主權政治の下に、民意の尊重と關連して重大視すべきであることを思わしめる。尤も、憲法は、財政に屬する個々の作用を網羅して、これについて、組織的に規定するものではなく、その規定するの必要ありとする個々の作用について、斷片的に規定しているのである。

第二項 財政の處理の一般的要件

國の財政を處理する權限は、國會の議決に基て、これを行使しなければならぬ。これは憲法第八十三條の特に明言するところである。これは、一般に財政處理の態度について、それが國會の議決の定めるように行われるべきことを、定めるのである。個々の財政行爲が國會の議決に拘束せられる、ということではなく、財政權の行使一般について、國會の議決した意思の通りにすべ

きことを、いうのである。その國會の議決した意思が如何なる形式のものであるかは、これを問わない。法律の形式において示されることもあるが、必ずしもそれに限らず、財政處理に關して、苟も國會の議決として定められる國會の意思の、通りにすべきである。

第三項 收入及び支出に關する規範

第一 收入に關する規範 憲法に定めるものは、次の如くである。

一 租税 凡そ租税とは、國家その他の公共團體が、公費に充つるため、その統治の客體から、權力を以て、無償で、徵收する金錢であるが、國家は租税をその主たる收入とする。あらたに租税を課し、又は現行の租税を變更するには、法律又は法律の定める條件によることを要する。(憲法八四條)。

二 債務の負擔 ここに債務とは金錢上の債務をいう。國家が債務を負擔するには、國會の議決に基くことを必要とする。(憲法八五條)。

第二 支出に關する規範

一 國費の支出一般 國費を支出するには國會の議決に基くことを必要とする。(憲法八五條)

二 公金その他の公の財産の支出の禁止 公金その他の公の財産は、宗教上の組織若しくは

團體の使用、便益若しくは維持のため、これを支出し、又はその利用に供してはならぬ。又、公の支配に屬しない慈善、教育若しくは博愛の事業に對し、これを支出し又はその利用に供してはならぬ。ここに、或事業が公の支配に屬するとは、國家が、その事業の遂行せられることが國家の目的を達成することに役立つものとして、これを規制していることである。國家自身が經營していることではない。かかる、積極的の意味を有する國家の規制の下において、經營せられているのでない、事業のためには、公の財産を支出し又は利用せしめることを得ない。(憲法八九條)。

第四項 豫算

第一 豫算の必要

國家には必ず豫算がなくてはならない。(憲法八六條)。豫算とは、將來における一定の期間内の計畫に關し、豫期せられる支出及び収入を、均衡を保たしめて、なるべく完全に組織を立てて、見積ることである。豫算については、憲法ではその最も基本的な原則を定め、詳細は財政法、會計法に譲つてゐる。

第二 豫算期間たる會計年度

會計年度とは會計のために設ける期間區分であつて、毎年四月一日に始まり、翌年三月三十一日に終る。(財政法一一條)。豫算は毎會計年度これを作成する。(憲法八六條)。故に、(一)一會計年度を期間として、その間における豫算を作成するを要する。年

別豫算である。又、(二)一年度毎に、逐次に豫算を作成するを要する。年次豫算である。一時に二以上の會計年度の豫算を作成するを得ない。然しながら、一の會計年度の全期間を通ずる豫算を作成することは、經濟その他の事情により困難なことがないとも限らぬ。かかる場合には、必要に應じて、一の會計年度内の一定期間の豫算を作成することは、憲法の禁するところではない。勿論法律を以て定めなくてはならぬ。財政法はこれを定める。これを暫定豫算という。暫定豫算は當該年度の豫算が成立したときは、その效力を失い、これに基て爲された支出又は債務の負擔は、當該年度の豫算に基て爲したものと看做す。(財政法三〇條)。

第三 豫算の作成

豫算は内閣がこれを作成する。これを作成するの手續については、憲法は一二の點の外これを定めず、財政法がこれを定める。

豫算は歳入歳出を總括的に編入するものであるから、一定の組織を有する。これについては、憲法は、次に説明する豫備費のことの外、何も定めない。財政法の定めるところにまかせるの趣旨である。これによれば、歳入歳出共に部に大別する。部は、歳入ではその性質に従い、歳出ではその目的に従てこれを別つ。各部を更に款項に分つ。(財政法二三條)。

豫算には豫備費を設けなくてはならぬ。豫備費とは、豫見し難い豫算の不足に充てるため、豫

算に計上せられる金額である。憲法では、これを設けることを得るとし、要するとしていないが（憲法八七條一項）、財政法によれば、これを設けなくてはならぬ。（財政法二四條）。併し、國會は、豫備費の範圍において、内閣が責任を以て支出を爲すことについては、同意を與えたのであるから、その意味で、國會の議決を経た豫算の一部である。ただ他の費用と異なり、豫算作成の時豫見しない費用を要する場合に應ずるものとして、計上するものである。

内閣は、作成した豫算を國會に提出し、國會の審議を受け議決を経なければならぬ。この場合、さきに衆議院に提出することを要する。（憲法六〇條一項）。提出の時期については、憲法に規定はないが、財政法は、前年度の十二月中に提出するの常例とすることを、定める。（財政法二七條）。豫算は、前述の如く、當該會計年度の支出及び収入の全般について、これを作成するを本則とするが、特別會計豫算及び追加豫算を設けることは、憲法の禁するところではない。財政法はこれを規定する。（財政法一三條二項、二九條）。

然れば、豫算の作成、國會への提出の権限は、専ら内閣に屬する。國會にはその権限はない。さきに衆議院に提出しなくてはならぬ。これは憲法の規定するところである。（憲法八六條、六〇條一項）。

第四 國會による豫算の議決

豫算は、衆議院が先づ議決して、參議院に回付する。參議院

において衆議院と異なつた議決をした場合には、法律の定めるところにより、兩議院の協議會を開き、それでも兩議院の意見が一致しないとき、又は、參議院が衆議院の可決した豫算を受取つた後、三十日以内に議決しないときは、衆議院の議決を國會の議決とする。その三十日以内という期間の計算には、國會休會中の期間を除く。（憲法六〇條二項）。

國會が豫算を議決することについて、憲法上何等の制限はない。（一）國會は豫算に修正を加えて議決することを得る。増減何れの變更を爲すも妨げない。これは決して國會が豫算を提出するのではない。豫算の提出とは豫算を總括的に提出することであつて、豫算における個々の事項を變更することはこれに屬しない。（二）或事項がこれを實行するために費用を必要とし、從て豫算を必要とする場合でも、國會はこれに拘束せられないで、豫算を廢除し削減することを得る。それが天皇の權限により行われる事項、又は法律の規定した事項を實現するために必要な費用でもこれを削減し得る。かかることは、内閣をして、その事項を實行するの困難に遭遇せしめるから、内閣は、その政治行動において、かかる結果を生じないよう用意すべきこと、勿論であるが、併し、それが國會の豫算議決に對する法上の制限となるの、理由はない。

第五 豫算の成立

豫算は國會の議決あるとき成立する。その以外何等の行爲あることを要

しない。憲法は、成立した豫算の公布を要することを定めていない。併し、財政法によれば、内閣は直に、印刷物、講演その他適當な方法で、國民に報告するを要する。(財政法四六條)。

會計年度の開始までに豫算が國會の議決を経て成立することが出来ぬ、ということが考えられる。この場合には、會計年度開始しても、まだその一年度の豫算が存在しない。しかも、國費の支出は國會の議決に基く豫算によるべきであることに變りはない。この場合の措置については憲法に規定がない。前に述べた如く、財政法により、内閣は、その年度内の一定の期間の暫定豫算を作成して、國會の議決を経るの外ない。(財政法三〇條)。

豫算は國家の歳出歳入に關する國家の意思である。これを成立せしめる機關の行爲として、内閣の作成と國會の議決とがある。そして、國家が、その内部の關係において、自身これに拘束せられる。併し、一の生活體としての國家と他の生活體との關係における行動を限定して、社會生活を秩序立てるものではない。故に、豫算は法ではなく、豫算を議決する作用は立法ではない。併し、憲法により、その定めるところによらなくてはならぬ、という法的拘束を生ずるのである。

第六 豫算の執行

豫算の執行について、憲法は、後に述べる豫備費のことの外、何も規定

しない、すべて財政法が定める。豫算が成立したときは、内閣は、各省各廳の長に對し、その執行の責に任すべき歳入歳出豫算を配賦する。この配賦する豫算は、更に、歳入にあつては項を目に、歳出にあつては、項を目及び節に區分する。(財政法三一條二項)。

豫備費は大藏大臣がこれを處理する。各省各廳の長は、豫備費の使用を必要と認めるときは、理由、金額及び積算の基礎を明にした調書を作製し、大藏大臣にこれを送付する。大藏大臣は右の要求を調査し、所要の調整を加え、豫備費使用書を作製し、閣議の決定を求めなくてはならぬ。但し、豫め閣議の決定を経て大藏大臣の指定する經費については、閣議を経ることを必要としない。(財政法三五條)。

豫備費の支出は、内閣が一應責任を以て支出を爲すことを認められたものである。全く國會の意思の外に置くのではない。それで、豫備費の支出については、内閣は、事後に國會の承諾を得なくてはならぬ。(憲法八七條二項)。

第七 豫算の拘束力

豫算は支出及び収入の見積であるが、見積は決して單純なる計算ではない。一定の計畫を立ててその計畫の實現に關して金錢を計算することである。故に、豫算により、國家は一定の方法で拘束せられる。これを豫算の効果とする。その拘束の方法について、憲

法は何ら規定するところがない。故に、一に財政法の規定するところを見るの外ない。併し、國家は、支出を、豫算に定めた目的のためにのみ爲すことを得、その目的以外の目的のためには、これを爲すことを得ない。又、豫算に定めた金額を限度として、爲すことを得、その金額を越えて爲すことを得ない。このことは、豫算の性質により、憲法上當然の法理として、これをいい得る。故に、右の目的以外の目的のために、又、右の金額限度以上の金額を、支出するには、前述の豫備費によるの外ない、即ち、豫算に定めた費用以外には必ず豫備費のみによるを要し、その以外には支出出来ない。國庫に歳計剩餘金があつてもこれを支出することを得ない。

第五項 皇室財産に關する財政規範

日本國憲法によれば、皇室財産及び皇室經費は國家財産及び國家經費であり、從て、これに關する事務は國家の行政事務であつて、皇室の私の事務ではない。

第一 皇室財産の歸屬 憲法第八十八條は、前段に、「すべて皇室財産は、國に屬する。」と規定する。ここに皇室財産とは、天皇及び皇族の財産を、包括的に見ていふのであるが、併し、その一切の財産をいふのではない。皇室の公用に供せられる財産である。かかる財産は國に屬する。即ち國有財産である。天皇及び皇族が、皇室の公用に供せられるのでない、天皇及び皇族に

屬する、私有財産を有したまふことは、毫も差支ない。天皇及び皇族の私有財産であつて、皇室の公用に供せられるというものは、存し得ないのである。

第二 皇室經費と豫算 憲法第八十八條は、後段に、「すべて皇室の費用は、豫算に計上して國會の議決を経なければならぬ。」と規定する。ここに皇室の費用とは皇室の公の費用のことである。憲法ではこれを國家の負擔とする。そして國家の豫算に計上して國會の議決を経なくてはならない。

これによれば、皇室の公用の財産及び皇室の公の費用は、天皇及び皇族の私有財産及び私の費用としては存在するを得ない。國家の財産及び國家の費用に屬する。これについては憲法に基て法がなくはならぬ。それは法律として國會の制定するものであらねばならぬ。現行法としては皇室經濟法がある。

第六項 決算

國家は、一會計年度において國家の爲した歳出、歳入の決算を爲す。決算の作成は財政法により大藏大臣の權限に屬する。(財政法三七條以下)。決算は、毎年、會計検査院がこれを検査する。内閣は、次の年度において、決算を、これに關する會計検査院の検査報告と共に、國會に提出しな

ければならない。(憲法九〇條一項)。國會が提出せられた決算について、如何なる行爲を爲すか、については、憲法は何等規定するところはない。然しながら、國會がその審査を爲すべきこというまでもない。審査は現實に爲された歳出、歳入の數量計算につき、又、法上の當否につき、審査する。何等議決を爲すことを必要としない。併し、これに關して不當な點を發見したときは、これについて任意に何らかの意思表示を爲すことを得る。尤も、國會の意思表示の如何に拘らず、既に爲された收支の法上の効力は何らの影響をも受けない。

第七項 財政狀況の報告

内閣は、國會及び國民に對し、定期に、少くとも毎年一回、國の財政狀況について報告しなければならぬ。(憲法九一條)。この憲法の規定を具體化するものとして、財政法によれば、内閣は、財政に關する一般の事項について、印刷物、講演その他適當な方法で、國民に報告するを要し、又少くとも毎四半期毎に、豫算使用の狀況、國庫の狀況その他財政の狀況について、國會及び國民に報告しなければならぬ。(財政法四六條)。

第四章 司 法

第一節 司法の概念

司法とは、國家が、具體的事實について、法を宣言して、法を維持するの作用をいう。

第一 司法は、具體的事實について、法を維持する作用である。具體的事實とは具體的に生起している事象をいう。これについて法を維持するとは、その事實について、それが法により規律せられている状態を保持することである。國家が法を制定するは、法の存在そのことのためこれを存在せしめるのではない。具體的に生起せる事象をして、存在する法の規律している状態にあらしめよう、とするのである。故に、これがためには作用を爲すの必要がある。これは法を維持するの作用である。ここに法を維持するといふは、憲法、法律そのものを維持することのみならず、憲法、法律に基て存する政令その他の規則を維持することをも含む。

第二 司法は具體的事實について、法を宣言する作用である。具體的事實について法を維持するには、その事實について、如何なる法が適用せらるべきであるか、を明にし、そしてこ

これを適用することを宣言する、ことを要する。行政の作用においても、措置を爲すに當り、法を適用すること勿論だが、併し、その場合、國家は現實の状態を現出せしめることを目的とし、その前提として、法を明にして適用するのである。法を維持することを目的として、法を適用することを宣言するのではない。

司法という言葉は憲法の用いるものだが、憲法は、裁判という言葉をも、司法と同一の概念として用いるの例である。同法第三章はそれである。併し、司法及び裁判は概念そのものとしては、決して同一でない。司法は、前述の如く、法を適用して法を維持するために行うのであるが、裁判は、或事實について、互に對立して相争う者のあるとき、第三者が對立者の主張を聞き、正當なる判断を下す、という手續を経て、決定するの作用である。故に、必ずしも法の維持を目的とする司法作用において行われるに限らない。例えば、國會議員の資格に關する裁判、裁判官の罷免に關する裁判の如きがある。(憲法五五條、六四條)。これらは行政作用である。併し、後に述べるが如く、司法は裁判の手續により行われるので、通俗の用語法としては、司法と裁判とを同一視する。のみならず、憲法でも、多くは、司法としての裁判という意味で裁判の言葉を用いる。

國權が司法の方面に發動する場合に、これを司法權という。

第二節 司法事件

ここに司法事件とは、國家の司法作用の對象として考えられた生活事實をいう。司法作用の對象として考えられるのだから、いうまでもなく、法的に規律せられた生活事實である。それに、直接に法の定める事實もあり、法に基て存する法以外の規則又は行爲の定める事實もある。その法は、私法たると、刑法たると、憲法、行政法等公法たるとを問わない。私法の規律する事實を、司法作用の對象として見て、民事事件といい、刑法の規律する事實を、司法作用の對象として見て、刑事事件という。憲法、行政法等公法の規律する事實を、司法作用の對象として見て、行政事件又は政事事件というてよい。故に、司法事件には民事事件、刑事事件、行政事件がある。司法を裁判という言葉で示せば、民事裁判、刑事裁判、行政裁判又は政事裁判の種類がある。決して、民事裁判、刑事裁判のみが司法であるのではない。従て、從來行政裁判といわれて來たものも、日本國憲法では、司法である。司法の外に行政裁判というものがあるのではない。このことは、日本國憲法の司法に關する條規を綜合して見ると、よくわかるのである。

第三節 司法作用の段階操作性

一の具體的事象が生起した時、これについて司法を行う國家の活動においては、次の如き意識作用がある。

先づ、その事象が現に存在するや否やを決定することを要する。例えば、行政處分の無効、竊盜、損害賠償等の司法事件について司法を爲すには、その問題とせられる行政官廳が問題たる行政處分を爲した、という事實、甲が乙の財物を盗んだという事實、甲が乙に損害を與えたという事實がある、と認められるべきや否やを、定めなくてはならぬ。その事實があると定められるとき、始めてこれに、これを規定する法が適用せられるのである。然るに、かかる事實の存在するや否やについては、種々の觀察があり得るが、併し、とにかく、これを、いづれかに定めなくてはならぬ。これを定めるとは、その事實が有り又は無しと、考えなくてはならぬものとして、定めるのである。これを事實の認定という。この認定を爲すのは、國家である。それは、司法作用であつて、且、その第一の段階である。司法作用における事實認定操作という。

次に、その事實について如何なる法が適用せられるべきものと、考えられるかを判定し、その法の法規範として有する意味即ち法規範の内容を明にする。これは法の認識であつて、これを爲すのは國家である。それは、司法作用であつて、且、その第二の段階である。司法作用における法認識操作という。

最後に、その法規範の内容として定められたところに従うべきこと、を宣言する。これを司法における法の適用の宣言という。これを爲すのは國家である。それは司法作用であつて、その第三の段階である。司法作用における法宣言操作という。

かかる司法作用の三段階は、司法作用という一つの作用そのもの内において行われる操作の段階である。司法作用を行う機關の階級ではない。便宜上、その第一の段階を前行段階、第二の段階を中間段階、第三の段を終結段階という。司法作用にかかる段階のあることは、司法という作用そのものの性質より生ずる當然の結果である。

第四節 司法機關

第一款 司法機關の多存制及び級別制

司法作用が如何なる機關により行われるかについては、憲法第七十六條が簡明に定めている。

同條第一項は、「すべて司法権は、最高裁判所及び法律の定めるところにより設置する下級裁判所に屬する。」と規定する。これにより、司法機關の多存制、司法機關の級別制を知る。司法機關を裁判所といい、裁判所を構成する人を裁判官という。裁判所及び裁判官については、憲法の外裁判所法がこれを定める。

第一 裁判所の多存制 司法機關は多數存在する。これを裁判所という。その中特別の地位を有する一つのを最高裁判所とし、これに對して、他の幾多の裁判所を下級裁判所という。前に述べた如く、事實認定という前行段階、法の認識という中間段階、法の宣言という終結段階があるが、これらの作用を全體として行う機關として、特に裁判所という機關が設けられる。裁判所には、前述の如く、最高裁判所及び多くの下級裁判所がある。最高裁判所は憲法により直接に設置せられ、下級裁判所は、憲法に基て、法律の定めるところによりて設置せられる。司法の作用を全體として行うものは、これらの、特に司法のために設けられる裁判所である。即ち、司法作用は、全體として見て、右の最高裁判所及び下級裁判所により行われるのである。この意味で、憲法は、「すべて司法権は、」と示して、「最高裁判所及び下級裁判所に屬する。」という。前に述べた如く、司法作用を全體として見て、その作用として發動する司法権を、すべて司法権

というのである。前述の司法作用の諸段階における作用を全體として見て、これを行うものとして、特に裁判所という特別の機關を設ける。これが憲法第七十六條第一項の趣旨である。故に、司法作用に右の段階があるが、すべての個々裁判所が皆、右の全段階における司法作用を行う、というのではない。すべての裁判所が全段階の作用を行うとするも可、或裁判所は或特定の段階における司法作用を行うとするも可、それは憲法の定めるところではない。法律が定めてよい。憲法は、ただ、司法権を全體として見て、その司法権の全體を行うのは、憲法及び法律が、司法作用を行うものとして特に定めた機關たる裁判所のみであることを定める。従て、特に司法作用のために設けられた裁判所に非ざるものには、法律を以てしても、司法権の全體を行わしめることを得ない。

第二 裁判所の級別制 憲法は、司法の章において、最高裁判所及び下級裁判所なるものを定める。これは、一の最高裁判所を最上級として、これに對して、他の裁判所を下級のものとすることを、示したのであるが、その外、法律で、下級裁判所相互の間に上級下級の別を設けることが出来る。これを裁判所の審級という。故に、審級は裁判所間に存する關係である。その裁判所の行動の有する法上の力を示す、裁判所間の階級である。故に、審級という言葉を用いる場合

言葉としての重點は級にある。審にはない。

それ故に、この裁判所間の階級たる審級は、前に述べた、司法作用そのものの内に存する、段階とは異なる。司法作用の内における段階は、司法権というものの作用する間に、性質上當然存するもので、その司法権が一箇の機關によるとか、數箇の機關によるとかということではない。司法作用そのものの内に存する過程である。

第二款 特別裁判所設置の禁止及び行政機關による司法作用終結段階操作の禁止

第一 特別裁判所設置の禁止 特別裁判所はこれを設置することを得ない。特別裁判所とは特殊の司法事件について司法を行うものとして存する裁判所をいう。特殊の司法事件とは、司法事件の中、事件の種類、事件當事者の範圍、など特殊の點に着眼して、限定せられたもの、の義である。憲法第七十六條第二項前段には、「特別裁判所は、これを設置することができない。」と規定する。故に、特別裁判所はわが國には存しない。従て、特別裁判所という言葉は、單に學問的に思惟される一の觀念を示すものとして用い得るに止まる。これに對して、一般の司法事件の司法を行うものとして設置される裁判所を、學問上通常裁判所という。故に、憲法によれば、わ

が國の裁判所は皆學問上通常裁判所と呼ばれるものである。特別裁判所は、例えば皇族その他特別の身分の人について生ずる事件のみを取扱うために存する裁判所、行政事件のみを取扱う裁判所、産業事件のみを取扱う裁判所の如きである。憲法上これを設置し得ない。

第二 行政機關による司法作用終結操作の禁止 憲法第七十六條第二項後段は、「行政機關は、終審として裁判を行うことができない。」と規定する。この規定は、行政機關に、その本來の權限たる行政の外、司法作用の或段階の操作を爲す權限を與えるのである。司法作用の全段階の操作を行うことは、前述の如く、裁判所のみこれを爲し得るのであるが、行政機關が司法作用の或段階の操作を爲すことは、右の憲法の規定の禁するところではない。併し、憲法は、行政機關が、司法作用における終結段階の操作を爲し得ないことを定める。これを示して、憲法は、「行政機關は、終審として裁判を行うことができない。」という。ここに終審とは司法作用そのものの内の終結の段階たる操作である。即ち、認定せられた事實に、如何なる法が適用せられるかを宣言することである。行政機關はこれを爲し得ない。故に、例えば、或種類の司法事件について、行政機關たる大臣、府縣知事等が、裁判としての事實認定を爲し得るものと、することは憲法上許されるが、これについて裁判としての法の宣言を爲し得るものと、することは、憲法上許され

ない。若し、行政機關が司法作用における終結段階の操作を爲し得る、とするならば、國民の自由、權利を行政權に對して保護する、という立憲政治の根本精神が蹂躪せられるであろう。

第三款 最高裁判所

第一 最高裁判所の概念 最高裁判所は終審裁判所であつて、一切の法律、命令、規則又は處分の合憲性を決定する權限、を有するものである。憲法第八十一條に、「最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は處分が憲法に適合するかしないかを決定する權限を有する終審裁判所である。」と規定する。本條は、(一)最高裁判所は、終審裁判所であること、及び、(二)最高裁判所は一切の法律、命令、規則又は處分が憲法に適合するかしないか、を決定する權限を有する裁判所であること、の二つのことを定める。

一 最高裁判所は終審裁判所である 前に述べた如く、裁判の機關たる裁判所は多數存する。終審裁判所とは、或司法事件について決定的の裁判を爲し、これに對して更に審査する裁判所の存せざる裁判所である。國家は、裁判所をして、各々別異の司法事件を取扱わしめるのみでなく、二以上の裁判所をして同一の司法事件を取扱わしめることもある。後の場合には、國家は

一 司法事件の裁判を爲すに當り、甲裁判所をして乙裁判所の審理したところを更に審理せしめ、甲裁判所の判斷を以て決定的のものとする。この場合に、甲裁判所及びその裁判を、乙裁判所及びその裁判に對して、上級裁判所及び上級裁判といひ、乙裁判所及びその裁判を下級裁判所及び下級裁判といふ。これは、かかる制度として見ると、前に述べた裁判所の級別制であり、裁判機關として見ると、審級である。かかる審級の關係は、或は二個の裁判所間に存し或は數個の裁判所間に存する。いずれの場合たるを問はず、最上級の裁判所を終審裁判所といふ。最高裁判所は終審裁判所である。併し、これは、總ての司法事件について、最高裁判所が裁判を爲すというのではなく、最高裁判所に上訴するを得ずと定められる事件もある。ただ、最高裁判所の裁判に對しては、更に審理せずという意味で、終審裁判所である。

二 最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は處分の合憲性を決定する權限を有する。憲法は、「最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は處分が憲法に適合するかしないかを決定する權限を有する」といふ。憲法の條規に反する國家の行爲は、後に説く如く、效力を有しないので(憲法九八條一項)、それが憲法に適合するや否やを決定することが、最高裁判所の權限である。この合憲性の決定は單に法その他の規則に限らず、處分についても、爲される。

以上一及び二を綜合すれば、憲法第八十一條は、最高裁判所を以て、國家行爲の合憲性を審判する裁判について、終審裁判所である、という性質を有するもの、としたのではない。最高裁判所は、一般に裁判について、終審裁判所であるとし、そして、その裁判所は國家行爲の合憲性を決定するの権限を有するものである、とするのである。又、憲法が最高裁判所という言葉を用いるのは、ただ、前示の性格を有する裁判所、という意味に止まるのではなく、その裁判所が最高裁判所と稱せられることを定めるのである。

第二 最高裁判所の構成 最高裁判所はその長たる裁判官、及び、他の定員数の裁判官を以てこれを構成する。その定員数は法律により定めなくてはならぬ。(憲法七九條一項)。その長たる裁判官を最高裁判所長官といい、他の裁判官を最高裁判所判事という。(裁判所法五條一項)。

最高裁判所長官は、内閣の指名に基き、天皇これを任命したまう。(憲法六條二項)。最高裁判所判事は内閣これを任命する。(憲法七九條一項)。天皇がこれを認證したまう。(裁判所法三九條三項)。最高裁判所が特に重んぜられていることが知られるのである。

最高裁判所の裁判官の任命は、これを國民の審査に付する。その審査は、裁判官の任命後初めて行われる衆議院議員總選舉の際、先づこれを行い、次で、その後十年を経過した後始めて行わ

れる衆議院議員總選舉の際、更にこれを行い、その後も同様に行う。ここに裁判官とは長官及び判事の兩者を含む。裁判官の任命の時の國民審査は、裁判官の任命の適當であるかどうかについての、國民の意見を問うのである。國民の審査の方法については、憲法は詳細の定めを設けないが、國民の投票によるべきことは、憲法が前提としてこれを定めている。その投票者の多數が裁判官の罷免を可とするときは、その裁判官は罷免せられるのである。右の外、國民審査に關する事項は法律で定めなくてはならぬ。(憲法七九條二項、三項、四項)。現に存するものとして最高裁判所裁判官國民審査法がある。

最高裁判所の裁判官は、法律の定める年齢に達した時に退官する。(憲法七九條五項)。その法律として裁判所法がある。(裁判所法五〇條)。

最高裁判所の裁判官は、すべて、定期に、相當額の報酬を受ける。この報酬は、在任中、これを減額することを得ない。(憲法七九條六項)。その額は憲法にこれを規定しないから、法律で定めることが出来るが、ただ相當額たることを要するのである。

第四款 下級裁判所

第一 下級裁判所の概念 ここに下級裁判所とは最高裁判所に對していう。即ち、最高裁判所の再審理を受けることのある裁判を爲す裁判所をいう。但し、必ず最高裁判所の再審理を受け、というのではない。その再審理を受けるものとするや否やは、法律により定める。下級裁判所はその數多く、その相互間において、前に述べた、上級下級の級別がある。即ち、下級裁判所の中の上級裁判所もある。併し、それは、最高裁判所に對しては皆下級裁判所である。

第二 下級裁判所の構成 下級裁判所を構成する裁判官は、最高裁判所の指名した者の名簿によつて、内閣で任命する。十年の任期がある。故に、任命後十年間は、その地位を保持し、又十年を経過すれば退官する。併し、法律に定める年齢に達した時には退官する。(憲法八〇條一項)。現行の法律としては裁判所法がある。(裁判所法五〇條)。下級裁判所の裁判官は、すべて、定期に相當額の報酬を受ける。この報酬は、在任中これを減額することを得ない。(憲法八〇條二項)。

第五款 最高裁判所による國家行爲の合憲性の決定

第一 合憲性の決定の權限 最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は處分が憲法に適合するかしないかを決定する權限を有する。これ、既に述べた如く、憲法第八十一條の規定すると

ころである。國家は、これらの國家行爲を、憲法に適合せしめて、行わなくてはならないのである。憲法の條規に反する行爲はその效力を有しないことは、前に述べた通りである。(憲法九八條一項)。併し、それは、その行爲が憲法の條規に反するものである、ということが決定されてあることを前提とする。これも前に一言した。故に、或個々の國家行爲について、それが憲法に適合するかしないかの、疑義が起つたときは、これを決定する國家機關がなくてはならぬ。これを決定するとは、問題たる國家行爲の合憲性を審査して、その結果が従われることである。その國家行爲が憲法に適合するかを審査することは勿論だが、その審査の結果が、合憲性そのことについては、他の者によつて従われるべきである、ということである。故に、合憲性決定權は單に合憲性を審査するということではない。その審査が決定力を有することである。かかる合憲性決定權は最高裁判所のみがこれを有する。他の裁判所はこれを有しない。

最高裁判所が合憲性決定權を行うは、問題たる國家行爲について、憲法の規定を解釋し適用しなくてはならぬ。これを爲すは憲法という法を維持するためにするのである。故に、司法作用である。行政機關も、その行政作用を行うに當て、憲法の規定を解釋し適用して、その行爲を爲す。併し、それは憲法という法を維持するためにするのではない。故に司法作用ではない。

最高裁判所による審査は、決して法律その他の規則についてのみ存するのではなく、處分についても存する。故に、帝國憲法下で考えられていた、裁判所の法令審査と同一のものではない。

第二 憲法裁判 國家行爲の合憲性の決定は、最高裁判所における裁判として爲される。即ち、合憲性についての疑義が、最高裁判所の決定を経べきものとして、問題となつた場合に、最高裁判所がこれを審査し決定するのである。何等問題とならないのに、最高裁判所が自ら進んで、これを問題として決定すべきものではない。それが問題とせられる手續については、憲法は何等定めるところがないから、法律の定めるところによる。法律により、一般の裁判の場合の如く、訴訟の提起ある場合に、裁判として右の決定を爲すのである。これを憲法裁判という。

かくの如く、國家行爲の合憲性が、最高裁判所において、問題とせられる、という場合に二種考えられる。一は、或法律、命令、規則又は處分について、それが憲法に適合するかしないかということを、獨立の問題として、最高裁判所の決定を求めらるるのであり、他は、或一の係争事件に關する裁判において、或法律、命令、規則又は處分が憲法に適合するかしないかが問題となり、最高裁判所の決定を求めらるのである。前の場合には、或國家行爲の合憲性そのものが、獨立して裁判上の問題とせられるのである。後の場合には、或事件における裁判を爲すに當り、或法律、

命令、規則又は處分の合憲性が、問題となり、最高裁判所の決定を求めらるのである。その國家行爲の合憲性が獨立して問題となる、のではない。説明の便宜上前者を獨立の合憲性問題といい、後者を前提の合憲性問題という。憲法第八十一條は、右の兩者のいづれたるを問はず、常に最高裁判所によつて、國家行爲の合憲性を決定せしめるのである。故に、或國家行爲の合憲性そのことを獨立の問題として、訴訟として、最高裁判所の決定を求めらることを得る。それ自身が獨立の裁判事件であり得る。決して、他の裁判事件に際して、成立する裁判事件に限るのではない。それでこそ、日本國憲法が國家の最高法規として最も尊重せられる、といひ得るのである。

第六款 裁判所による法の一般合法性の審査

第一 裁判所による法の適用とその一般合法性の審査 ここに裁判所とは、廣く裁判所を指す。單に最高裁判所を指すのではない。又、一般合法性とは、法その他の規則たる國家の意思表示が、一般に合法であることをいう。單に合憲性ということではない。裁判所は法を適用する。裁判所が或法を適用するは、その法が次の如きものである、からである。(一)その法が裁判所によつて、存在し且拘束するものである、と認めなくてはならぬ、からである。そうでない

場合には、裁判所はその法を適用することを得ない。故に、裁判所は、或法を適用しようとする場合には、その法が、裁判所において、存在するものであつて且拘束するものである、と認めなくてはならぬか、どうかを、審査しなくてはならぬ。これを稱して、裁判所による、法の形式上の合法性の審査という。又、(二)その法の定めるところが、その法の上位にある他の法の定めるところに適合する、と認めるからである。そうでない場合には、裁判所はその法を適用するを得ない。故に、裁判所は、その法が上位の法の規定に適合するかどうか、を審査しなくてはならぬ。これを稱して、裁判所による法の實質上の合法性の審査という。國家は、國會によつて、法を制定するのであつて、それを法律という。然るに、國家が、憲法又は法律に基て、法律以外に制定する命令、規則というもののあることは前に述べた。これらの命令、規則は法そのものではないが、法上の意味を有するものであり、その命令、規則は、國家により、遵守すべきものとして、強要せられているのであるから、裁判所は、司法を行うに當り右の法以外の命令、規則をも適用しなくてはならぬ。故に、前述裁判所による法の審査には、右の命令、規則の審査をも含むのである。即ち、それは、法律、命令、規則の審査である。次に、右の形式上の審査と實質上の審査とを分て説明する。

第二 法の形式上の合法性の審査

前述の如く、裁判所は、裁判において適用せらるべき法が、存在するものと認むべきであり、且、拘束するものであるか、を審査すべきである。前者を法の存在に關する審査といい、後者を法の拘束に關する審査という。

一 法の存在に關する審査 法が存在するには、(一)その法を制定する権限を有する、機關の制定行為のあることを要する。又、(二)その制定機關の制定行為以外の法定の事實のあることを要することもある。裁判所は以上の行為及び事實があるかどうか、を審査すべきである。例えば、前示(一)としては、法律については、國會による議決があつたかどうか、政令については、内閣による制定があつたか、どうか、政令以外の規則については、職權ある國家機關による制定行為があつたかどうか、を審査すべきである。その行為が存しないときは、裁判所はこれを法律、政令、規則として適用することを得ない。又、前示(二)としては、法律、政令については、主任の國務大臣の署名、内閣總理大臣の連署があるかどうかを審査すべきである。法律、政令に主任の國務大臣の署名、内閣總理大臣の連署の必要なことは憲法の規定するところである。(憲法七四條)。政令以外の命令、規則については憲法の規定はないが、それが職權ある當該機關の制定したものであることが、その命令、規則そのものに附着した或事實により示されなくてはな

らぬが、その事實は署名を例とする。要するに、法律、命令、規則については、裁判所は、それに、職権ある機關の署名その他の法定の事實の存するかどうかを審査し、その事實が存しないときは、裁判所は、これを法律、命令、規則として適用することを得ない。

二 法の拘束に關する審査 法が拘束し、即ち、遵守せられることを要するには、その法が一般の知り得る状態に置かれなくてはならぬ。故に、裁判所は、その法が右の状態に置かれたかどうかを審査しなくてはならぬ。置かれていないときは、裁判所はこれを適用するを得ない。

第三 法の實質上の合法性の審査 裁判所は、或法について、それが存在するものと認めらるべきであり、又拘束すると認めらるべきであるとせば、更に、その定めるところが、上位の法の定めるところに適合するかどうか、を審査すべきである。その法が上位の法に違反するならばその法を適用することは、裁判所の任務たる司法、即ち法の維持でないからである。問題となつてゐる或法を制定した國家機關、即ち國會、内閣その他の機關において、その法を制定したのはその規定が上位の法に適合すると解したからであろうが、併し、特に法の維持を任務とする裁判所は、獨自の見解で、右のことを審査するの外ない。

第四 裁判所による法の合法性の推定 裁判所が、適用すべき法の合法性を審査すべきもの

であることについては、憲法に明文の規定があるのではない。併し、裁判所は、法を適用すべきである、という任務より生ずることである。尤も、これは、裁判所が適用しようとする法について、常に先づこの審査を行うを要するのではない。裁判所は、既に存する法について、一應前述の合法性を推定してよい。ただ、これについて疑を生ずるときは、前述の審査を爲すべきである。

第五 裁判所による法の一般合法性の審査と最高裁判所による法の合憲性の審査 裁判所による法の合法性の審査は、前述の、最高裁判所による合憲性の審査決定に似ているけれども、その性質異なる。前者は法に限らず處分の合憲性をも決定する。尙次の注意すべきことがある。

一に、裁判所の、合法性の審査は、裁判所の法を維持するという任務に基て存するのであるから、一般の裁判所がこれを爲すべきである。特に最高裁判所のみが爲すのではない。

二に、それは、憲法に適合するかしないか、ということをも審査し得る。しかもそれに限るのではない。故に、前述の、最高裁判所による合憲性の審査とは別のものである。

三に、それは、或裁判事件に適用せらるべきものとして、法の合法性の審査を爲すのであつてその法を存在せしめるや否やを決するために、審査するのではない。最高裁判所による法の合憲

性の審査は、その法を存在せしめるや否やを決定するために、審査するのである。

然れば、最高裁判所による法の合憲性の審査、決定の問題を考えるに當り、これを以て、裁判所による法の合法性の審査の問題に屬するものとして、考えてはならぬ。

第七款 裁判官

裁判官に關する憲法の規定には、一般に裁判官に關するものと、特に最高裁判所並に下級裁判所の裁判官に關するものと二種ある。後者は既に説明した。今前者を説明する。これに職務態度に關するもの、及び、身分の保障に關するものがある。裁判官の任用資格のことは憲法でなく、裁判所法が規定する。

第一 裁判官の職務態度

一 裁判官は、その職務を行うに當り、その良心に従うべきである。獨り裁判官のみでなく一切の國家機關は、その職務を行うに當り、その良心に従うべきであり、又、獨り國家機關のみでなく、一切の人は、その行動において良心に従うべきであるが、それは道義上の義務である。憲法は、裁判官について、それを法上の義務とする。裁判官はその良心に従うべきである、とい

う法上の義務を持つのである。(憲法七六條三項)。これを裁判官の自肅の義務という。

二 裁判官は、獨立してその職務を行うべきである。ここに獨立とは、裁判官が、その職權を行うに當り、自己以外の者の意思に従うべきでないことである。(憲法七六條三項)。裁判官の獨立の義務という。併し、その意思は決して無規準ではない。前の一に述べた如く、その良心に従て定められ實行せられるを要する。この二に示す地位と前の一に示す地位とは、關連して意味を持つ。

三 裁判官は、憲法及び法律にのみ拘束せられる。裁判官はその職責を行う方法について、ただ憲法及び法律のみによつて拘束せられる。これは裁判官が憲法及び法律を適用するということではない。裁判官が憲法及び法律を適用する、ということは、裁判官の職責たる司法という作用そのものより生ずることである。憲法第七六條第三項が「憲法及び法律にのみ拘束される」というのは、裁判官が司法という作用を行う場合に取りべき方法は、ただ憲法及び法律の定めるところにのみ拘束せられる、というのである。例えば、政令その他の規則又は處分で、裁判官の司法における行動を規定することを得ず、又これを規定しても裁判官はこれに拘束せられない。(憲法七六條三項)。これを裁判官の憲法及び法律に對する絕對義務という。併し、裁判官は、司法作用として、或事件について、憲法、法律以外の政令その他の規則を適用することは、もとより必

要である。これは、司法作用そのものの性質より、生ずることであつて、憲法第七十六條第三項とは何等の關係はない。憲法自身が、法律以外のものを以て裁判官を拘束することを定める場合には、裁判官も勿論これに拘束せられる。後に説くところの、最高裁判所の定める規則はこれに屬する。

以上は裁判官の職務態度に關する憲法の規定であるが、法律により、憲法に牴觸しない範圍において、裁判官の職務態度を規定することは妨げない。現に裁判所法は、これを定めてゐる。
(裁判所法五二條)。

第二 裁判官の身分の保障

一 裁判官の懲戒 裁判官がその職務に關して懲戒を受けることは、憲法の禁ずるところではない。法律を以てこれを定め得る。憲法は、裁判官の懲戒について何ら規定するところがないが、ただ、行政機關を以て懲戒機關とすることは出来ない、ことを規定する。(憲法七八條後段)。今日法律としては、裁判所法及びこれに基て制定せられた法律「裁判官及びその他の裁判所職員の分限に關する法律」がある。前の法律によれば、裁判官は職務上の義務に違反し、若しくは職務を怠り、又は品位を辱める行狀があつたときは、別に法律で定めるところにより、裁判によつて

懲戒せられる。裁判によらなければ懲戒せられない。(裁判所法四九條)。後の法律により、裁官判の懲戒裁判を爲す機關が定められている。

二 裁判官の退官 裁判官は次の場合に退官する。

イ 定年 裁判官は法律の定める一定の年齢に達する時退官する。その年齢は、最高裁判所の裁判官と下級裁判所の裁判官により異なる。(裁判所法五〇條) 既にこれを述べた。

ロ 免官 一般に、裁判官は、次の場合にのみ免官せられる。(一)一は、裁判により、心身の故障のために職務を執ることができないと、決定せられた場合である。(二)二は公の彈劾による場合である。(憲法七八條)。彈劾は、裁判官の罷免の訴追の結果罷免されること、である。裁判により行われる。その裁判を爲す機關を稱して彈劾裁判所という。國會が兩議院の議員で組織する彈劾裁判所を設ける。これは憲法そのものの定めるところであるが、その他彈劾に關する事項は法律でこれを定める。(憲法六四條)。現行法としては、國會法、及び、裁判官彈劾法がある。(三)三は本人の願ひ出の場合である。(裁判官及びその他の裁判所職員の方限に關する法律一條)。以上一般裁判官に關するものの外、最高裁判所の裁判官については、國民審査があり、投票者の多數が裁判官の罷免を可とするときは、その裁判官は罷免せられること、前にこれを述べた。

國民審査に關する事項は、法律でこれを定めるを要し、現行法としては、最高裁判所裁判官國民審査法がある。

第五節 司法の手續

裁判所が司法を行う手續については、憲法の自ら定めるものと、憲法が法律、及び規則をして定めしめるものと、を分つ。

第一 憲法の定めるもの　これを公開のこととする。即ち、裁判所の對審及び判決は、公開法廷でこれを行わなくてはならぬ。ただ、裁判所が、裁判官の全員一致で、公の秩序又は善良の風俗を害する虞がある、と決した場合には、對審は公開しないで行うことを得る。但し、政治犯罪、出版に關する犯罪、又は憲法第三章で保障する國民の權利が問題となつてゐる事件については、對審は、常にこれを公開しなければならない。(憲法八二條)。裁判の公開は、裁判の公正に對する國民の信頼をつなく趣旨で、憲法がこれを定めるのである。

第二 憲法以外の規定で定めるもの

一 法律で裁判の手續に關して規定するもの　法律は裁判の手續に關して規定することが出

来る。このことは憲法が示しているのではないが、當然である。但し、憲法の規定に牴觸することを定め得ないこと、勿論である。例えば、陪審制度の如きもこれを法律で定めることは差支ない。わが國で、陪審は裁判の事實に關して、陪審員の判斷を裁判官に陳述するに止まり、裁判の事實を認定するものでない。従て司法の作用に屬しない。故に、裁判官でない陪審員がこれを行うても憲法に違反することはないのである。

二 最高裁判所の規則で裁判の手續に關して規定するもの　憲法第七十七條第一項は、「最高裁判所は、訴訟に關する手續、辯護士、裁判所の内部規律及び司法事務處理に關する事項について、規則を定める權限を有する。」という。この規則はいかなる性質を持つものであるか。これが、抽象的の定めであること、法律と同じだが、併し、法の性質を有することを得ない。法は、前に述べた如く、社會生活を秩序立てるといふ目標に達するために、定められる規則である。最高裁判所の定める規則は、裁判所の職權として行う裁判や司法事務が、妥當に行われるように、そうならしめる方法を講ずるために、制定せられる。社會生活を秩序立てるために制定するのはない。故に法ではない。従て、最高裁判所が規則を定める、といつても、法たる規律を定めることは出来ない。例えば、訴訟に關する手續、辯護士に關する事項を、最高裁判所の規則で定め

るという場合でも、從來民事訴訟法、刑事訴訟法、辯護士法等で定めていた事項の多くのものは最高裁判所の規則の範圍の外にある。だから、右の規則の定めるところは、憲法の規定に牴觸してはならぬのみでなく、法律の規定にも牴觸してはならぬ。右の規則のこの性質を明にすることは、極めて重要なことである。

最高裁判所の定めた規則には、裁判官のみでなく檢察官も従わなければならぬ。(憲法七七條二項。檢察官は、刑事について、公訴を行い、裁判所に法の正當な適用を請求し、且つ、裁判の執行を監督し、又裁判所の權限に屬するその他の事項についても職務上必要と認めるときは、裁判所に、通知を求め、又は意見を述べ、又公益の代表者として他の法令がその權限に屬せしめた事務を行う機關であつて、檢察官の行う事務を統括するところを檢察廳という。(檢察廳法四條、一條)。檢察官は裁判官ではないが、公正な裁判の行われ得るためには、檢察官の職責は裁判官の職責と同様の重要性を有するものである。

最高裁判所は、右の規則を定める權限を、下級裁判所に委任することができる。(憲法七七條三項)。

第五章 國權の發動における連關及び統括

第一節 國權の發動における連關

以上述べた如く、憲法により、國家の行動は立法、行政及び司法の三種に大別せられ、それぞれ、これを行うものとして存する本來の機關により別々の行動として行われるが、國家の行動全體としては、それで、調和を保つて歩む道筋が出来る。何故なれば、かの三作用はその性質を異にするものであつて、これを行う機關は、各その作用の性質にふさわしいものとしてつくられるからである。然しながら、國家は、或場合には、特に國家機關による國權發動の間に連關を爲さしめることにより、その行動の調和を計ろうとすることがある。これに二種ある。或行動については、これを行うことを、その行動の屬する種類の作用の本來の機關でない、他の機關の操作とすることがある。或行動については、その本來の機關と、他の機關との協同の操作とすることがある。便宜上前者を移動的連關といい、後者を協同的連關という。いづれも憲法の規定によつて生ずるものである。それには、憲法の規定により、限界がある。(一)立法作用については、國會が

唯一の立法機關であるから、國會が法を制定するという立場が維持せられる範圍においてのみ、國會以外の機關が立法作用を行い得る。(二)司法作用については、司法作用の終結段階以外の段階において、行政機關をして行わしめることの外、司法機關以外の機關により行われることを得ない。これは前に述べたところである。この限界の範圍にて連關のことを考えなくてはならぬ。故に、(三)主として行政作用について考えられる。

第一 移動的連關 立法作用、行政作用又は司法作用に屬する特定の行動が、本來の立法機關、行政機關又は司法機關でない、他の機關の操作として行われることがある。

先づ、立法作用について見るに、立法作用が、その本來の機關でないところの、行政機關により行われる場合が認められる。立法作用は、唯國會のみが、法律の形式で行うのであるが、その場合、或事實について、國會が直接に、法律で行わないで、法律で、行政機關又は司法機關が法を制定するものと、定めることがある。これは法律による立法の委任として、憲法上認むべきであること、既に説いた如くである。法律が或法律事項について法を制定するに當り、一定の範圍において、國會が自ら定めないうで、行政機關又は司法機關により定めるものとすることは、それ自身國會が法律を以て定めることであるとする理論によるのである。この法律による委任の結

果、立法作用であつて行政府作用又は司法府作用たるもの、を生ずる。

次に、行政作用について見るに、行政作用が、その本來の機關でないところの、立法機關又は司法機關により行われる場合が認められる。例えば、(一)兩議院は、國政に關する調査を行うが(憲法六二條)、これは行政作用であつて、立法府作用たるものである。(二)最高裁判所は、訴訟に關する手續等について規則を定めるが(憲法七七條)、これは前に述べた如く、行政である。又、最高裁判所は、下級裁判所の裁判官を指名するが(憲法八〇條)、これも行政である。これらの行動は行政作用であつて、司法府作用たるもの、である。

最後に、司法作用について見るに、司法作用が、その本來の機關でないところの行政機關により行われる場合が認められる。前に述べた如く、行政機關は法律の定めるところにより、終結段階に非ざる司法段階における司法を行い得る(憲法七六條二項)、その行動は司法作用であつて、行政府作用たるもの、である。

以上は、或一の行動が、それ自身として、立法、行政、又は司法の性質を有するものであつて、それが、その本來の機關でない機關により行われる場合である。

第二 協同的連關 行政作用に屬する特定の行動が、本來の行政機關でない、他の機關と協

同の操作として行われることがある。

例えば、内閣總理大臣の存在を來さしめることは、全體として行政作用であるが、この作用は本來立法機關たる國會の指名と本來行政機關たる天皇の任命との協同操作として行われる（憲法六條一項）。又、豫算の存在を來さしめることも、全體として行政作用であるが、内閣の作成と國會の議決との協同操作として行われる（憲法八六條）。又、下級裁判所の裁判官の存在を來さしめることは、全體として行政作用であるが、内閣の任命と最高裁判所の指名との協同作用として行われる。（憲法八〇條）。

以上は、全體として行政の性質を有する國家の作用が、その本來の機關の行動と他の機關の行動との協同操作として行われる場合である。

これを要するに、國權の發動において連關があつて、立法、行政又は司法の作用であつても、その本來の機關たる立法機關、行政機關又は司法機關でない機關により行われる場合がある。それが國家目的遂行のため適當とせられる。かくて、立法機關、行政機關又は司法機關は、その本來の權限に屬する作用の外他の作用をも行う。その結果、前に述べた如く、國家の作用に立法、行政及び司法の客觀的三大別を爲すと共に、立法機關により行われる作用、行政機關により行わ

れる作用及び司法機關により行われる作用の主觀的三大別を生じ、これを立法府作用、行政府作用及び司法府作用という。この場合には、作用の性質よりも、それが如何なる機關により行われるか、ということに重要視するのである。

第二節 國權の發動における統括

國權は、種々の場合に、種々の方法で、發動するのであるが、それでいて、よく、國家という一箇の生活體の目的を達するため活動を爲すのは、その國權の發動が統括せられているからである。國權の發動の統括は、それ自身國權發動の一の形式であるから、結局何等か一定の機關により統括せられるということに歸着するのであるが、遑て考えると、國家における何らか一定の意思力により統括せられる、ということである。この後のものは國權發動の統括の實質面であり、前のものはその形式面である。

第一 國權發動における統括の實質面 實質面について見ると、國民の意思が國權發動における統括を爲す。

國家は、國權を發動して、先づ、立法として、法を制定しなくてはならぬ。法の制定は、憲法

により、國會により行われるが、國會は、國民が、國民を代表するものとして、これを設定するのであるから、立法は、間接に國民の意思の決定するものである。

次で、國家は、行政として、國家の意思を現實の状態に移す。この場合、行政の作用そのもの及び行政を行う機關の兩者について、國民の意思が、結局において決定する。(一)行政は、前に述べた如く、立法の結果たる法において定まれる國家の意思を現實にするものであり、立法は國民の意思の決定するものであるから、行政も結局において、國民の意思の決定するものである。且、(二)行政の一般的機關たる内閣は、その首長たる内閣總理大臣が國會により指名せられるのであるから、間接に國民の意思により設定せられる。即ち行政も結局において國民の意思がこれを決定するのである。

更に、國家は、司法として、具體的事實について、法を適用して、法を維持する。(一)法は國民の意思によつて定められるのであるから、法を維持するのは國民の意思が決定するものである。(二)又、司法の最高機關たる最高裁判所の長官は前述の如く結局國民の意思の決定する内閣の任命により、又最高裁判所の長官をふくめての裁判官は國民審査を受け、且裁判官の態度は、國民の定める法律の定めるところである。故に、間接には、司法の作用も國民の意思により決定

せられるのである。

これによれば、立法、行政及び司法の三作用は、結局において、國民の意思により決定せられるものというてよい。

第二 國權發動における統括の形式面 形式面について見ると、國會が國權發動における統轄を爲す。國權の發動は、多數の場合に、多數の國家機關により行われるのであるから、これを統括して、國家の全體の目的を達するために、特に統括の任務を有する一個の機關がなくてはならぬ。君主國においては、國權の源泉者たる君主自身がそれであるが、國民の全體を國權の源泉者とする民主國においては、特に統括のための一個の機關を定めなくてはならぬ。このことは、前に「國權の統括」のところにおいて説明した。わが國においては、憲法により、國會が國權の統轄機關である。

憲法第四十一條は、「國會は、國權の最高機關であつて、國の唯一の立法機關である。」と規定する。國會は單に立法機關たるに止まらず、國家の最高機關である。國家の最高機關とは、國家の活動を創設し、保持し又、終局的に決定する機關である。この機關がないならば、國家は崩壊してしまふであらう。最高機關は種々の作用を爲す種々の機關と關係せしめて見るときは、これ