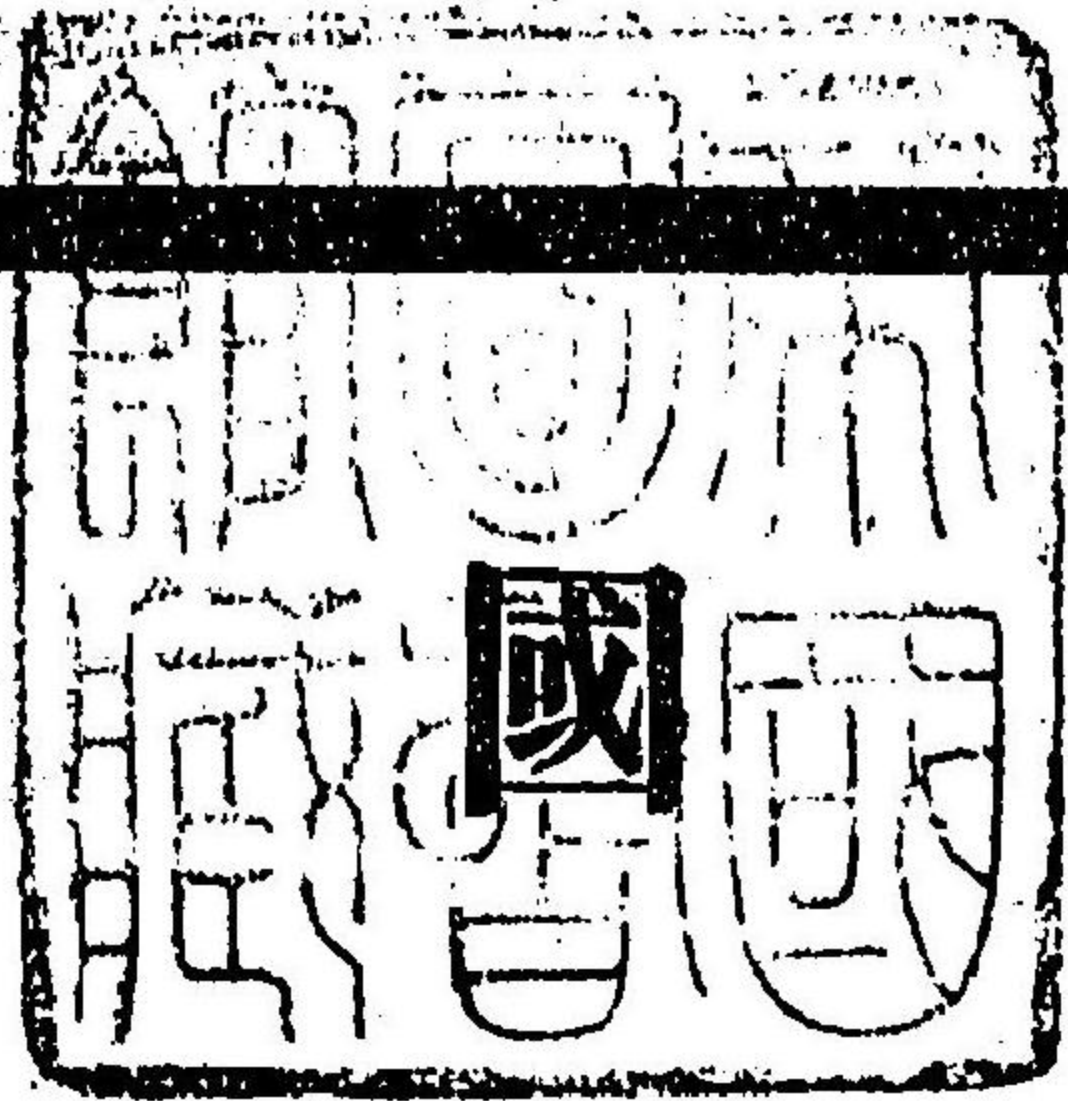


14  
233



法學士井上密講義

法學

完



東京專門學校藏版

寄贈

國法學目次

緒論

第一章 國家の定義

第二章 國家の種類

第一節 統治權を行ふ形式を標準として區別したる

國家の種類

第二節 國家の構成分子を標準として區別したる國

家の種類

第三章 國法學の定義

第一節 公法と私法との區別

第二節 國法學

本編

第一章 國權論

頁數

一

全

二五

全

三三

四八

四九

五八

七一

全

一

第一節	國權の性質	七一
第二節	國權の作用	七四
第二章	國權の客體	九一
第一節	國土	全
第二節	臣民	一〇一

國法學目次(完)

國法學

法學士 井上 密 講義

緒論

第一章 國家の定義

國家は如何なるものなるやと云ふことは國法學上に於ける最も重大なる問題なり。國法學を研究せんとする者は必ず先づ此問題に對して正確なる研究を遂げざるべからず。是れ余が緒論の冒頭に於て國家の定義と云ふ章を掲げ、之を詳論せんとする所なり。然れども國家の定義に關し學者各其見解を異にし、其學說未だ一定せざるを以て、余は先づ學說中其重要なるものを挙げ、之れを詳論し、最後に國家は果して如何なるものなるやを説明すべし。

國家の定義に關する學說中其重要なるものは

第一 國體說 此說を唱ふる學者は國家の定義を下して「國家とは同一主權の支配を受け、一定の土地に居住し、政治上の組織を有する人類の團體なり」と云へり。

此定義は重に佛國公法學者の間に行なはれたるものにして佛派の學流を擲みたる

る我國公法學者中にも亦此説を主張する者尠からず。然れども此定義は左の如き二の欠點あるを以て正當なるものと云ふと能はず。

第一欠點 は國家を以て被治者なりと云ふ結果を生せしむるに在り。此定義に依れば國家を以て同一主權の支配を受け、一定の土地に居住し、政治上の組織を有する人類の團體となすか故に、國家は一定の土地に根據する人類の團體にして同一主權の支配を受くるもの、即ち被治者にして治者にあらすと云ふ結果を生ず。然るに我憲法第六十四條及第七十二條を見るに、國家の歳入歳入と云ふ文字を用ひ、會計法第十條に租税及其他の歳入は法律命令の規定に従ひ之を徵收すとあり。國家は法律及命令に依りて租税及其他の歳入を徵收し、國家の歳入となすとを法の明文に規定し、國家は支配を受くるものにあらすして支配を行ふ者、即ち治者なると明なるを以て此定義は國法の規定に牴觸したる論結を生ずるに至る。是れ此定義の欠點とする所なり。

第二欠點 は國家と地方團體との區別を失ふに在り。此定義に依るときは府縣郡市町村の如き地方團體も亦國家なりと云はさるへからざるに至り、國家と地方

團體との區別を失ふ。何となれば府縣郡市町村の如き地方團體も亦同一の主權に服従し、一定の土地に居住し、政治上の組織を有する人類の團體にして此定義に所謂國家なるものと全く同一なればなり。

要するに此定義に依るときは國法の認めて治者なりとする所のものを以て被治者なりとなし、國法の認めて國家にあらざる地方團體なりとするものを以て國家なりと云はさるへからざるに至り、國法の規定に牴觸するの結果を生ず。是れ此定義を以て正當にあらすと云ふ所以なり。

第二 民約説 民約説を唱ふる學者は國家の定義を下して國家とは「各個人が其共同目的を達せんか爲めなしたる契約上の結合なり」と謂へり。

民約説は英國のホッブズ氏、和蘭のグロチエウス氏、獨國のカント氏等盛に之を唱へ、後佛人ルソー氏の快活奇抜なる民約論に依りて法學者間のみならず普通人の間にも悉知せられたり。

民約説を唱道する學者は國家に關する説明をなして曰く「抑も人類社會の根源に遡はり其状態を見るに人類は個々獨立して各自其生存を圖れり。然れども各自

獨立して其生存を計るときは其生命財産の安全を保有すること能はさるのみならず、人類の進歩發達は得て望むべからざるを以て、各個人は其共同目的を達する爲に相互に契約結合して茲に國家なるものを組織せり。即ち國家は各個人が其共同目的を達する爲めなしたる契約上の結合なり」と。然れども予の見解によれば此定義も亦團體説の定義と同しく二個の欠點あるを以て贊成する能はず。

第一欠點は國家を以て個人の契約上の結合なりとなすに在り。抑も契約は契約者、即ち當事者の合意一致を以て成立變更廢棄することを得るものなれば若し國家を以て個人の契約上の結合なりと爲すときは國家及國家の組織は國民各個人、即ち當事者の合意一致を以て自由に變更廢除するを得るものなりと云はさるべからず。然るに各國の憲法に依れば國家組織の變更等は假令契約者たる國民全體の合意一致あるも之を變更したるものと見做す能はず、苟くも國家の組織を變更せんと欲せば憲法上規定せる一定の形式に依らさるべからず。其形式に依らざるときは例令當事者の合意一致あるも國家の組織は變更せられたりと云ふことを得ず。何となれば國家の組織の變更は統治權の作用なり。統治權の作用は憲

法の條規によりて行ふべきことは我國及歐洲の憲法にも規定せるを以て、今茲に國家の組織を變更せんとせば憲法の條規に依て行はさるべからず、憲法の條規に依るときは國家の組織を變更するには憲法等の變更を要す。憲法等の變更をなすには或は君主の裁可を要し、或は國會の協賛を経ると云ふか如き一定の形式を必要となし、皆に契約者の合意一致のみにて變更ありたりとなさざるを以て其形式によらずして行ふたる變更は憲法の條規に反して爲したるものなれば法律上の變更に非ず。法理上之を觀察するときには變更なく、國家の組織は依然舊の如く存在すればなり。國家は契約上の結合なりと云ふの説は如斯論理の撞着を惹起するのみならず、此説に依るときは我國の憲法を始とし、總へての法規を正當に解釋するを得ず。獨り我國に於て然るのみならず、英佛獨其他の國法に就ても亦法理上貫徹したる解釋をなすこと能はず。之れ國家を以て個人の契約上の結合なりとなすは欠點なりと云ふ所以なり。

第二欠點は民約説は歴史上の事實に反すと云ふに在り。民約説論者は國家の定義を下して國家は契約上の結合なりと云ひ、國家は總へて契約によりて成立し

たる者とせり。然れども歴史に徴して各國の成立を窺ふに必らずしも獨り契約のみ依りたるものにあらず、或は戰爭奪略に起り、或は贈與に基き、或は先占に依りて成立する等、其の成立の原因は一にして足らず、必しも契約にのみ依りて成立せず。而して又た之を契約にのみ依りたりと云ふの必要なし。個人又は國際の條約に依りて國家の成立するは國家成立現象中の一現象たるに過ぎず、其一現象を取て以て全現象を蔽ひ去らんと欲するは不當も亦甚しきものと云ふべし。是れ契約説は歴史上事實に反すと云ふ所以なり。要するに國家の成立原因は千差万別、必らずしも唯一のものにあらずれば其成立原因に依りて國家の定義を下すと能はず、國法學上國家は如何なるものなるやを研究するには既に成立し既に存在する國家の現狀に就て觀察するものにして、其成立原因の如何を問ふの必要なのみならず、又問ふべきものにあらずるなり。國家成立原因は國法學を研究する上に於て毫も關係あることなし。

第三 有機體説 有機體説を唱ふる學者は國家の定義を下して『國家とは人類の共同目的を達するが爲め存在する有機體なり』と謂へり。

有機體説はフヒテール及ヒシルリング氏等の説に依りて世間に傳播せしか、其後ブルンチワール及シユルチエール等の諸大家之を敷衍擴張して精密なる説明を與へしより一時は殆んど此説に向て異論を唱ふる者なきに至れり。然るに千八百六十九年に獨逸のゲルヘル氏か『獨逸國家法論綱』と題する著書の附録に於て有機體説に對して非難を試みたるを初とし、其後千八百七十三年に至りクローケン氏か『有機體國家説に就て』と云ふ標題の小冊子に於て此説の非を辨せしより攻讐論者彬々として輩出し、爲めに從來確乎不拔の定説たりし有機體説も漸く維持すべからざるに至れり。然れども有機體説は一時大に學者の腦漿を支配したる學説なれば余輩は第三説として茲に有機體説を掲ぐ。

有機體説を採容する學者は國家の説明を爲して曰く『國家は素より一定の土地に住居する人民の集合より成立するものなり。而して其集合體には必しも各個人の目的と異りたる目的、即ち共同目的なるもの存在し、國家は此の目的を達するが爲めに種々の機關を備へ、其機關をして一定の作用を爲さしめ、以て國家の存在發達を計り、隨て各個人即ち國家の構成分子の幸福安寧を保護す。是れ恰も人類及

ひ其他の動物の如き有機體は皆細胞より成立し、耳目口鼻五臟六腑の如き機關を具有し、其機關をして各一定の作用を爲さしめ、此に依りて以て全體の發達を計り、隨て亦各細胞の存在安寧を計ると同一なり。故に曰く、國家は人類の共同目的を達する爲めに存在する有機體なりと。

以上は有機體説の國家に關する説明の要旨なり。然れども此説も亦左に述ふる如き非難を免れず。

第一 有機體説は國家を以て萬有學上に於ける人類及其他の動物の如き有機體と比較し、多少類似の點あるを理由とし、直に萬有學上の用語を借り來り、國家は有機體なりと定義を下せし點に於て誤あり。國家は萬有學上の物體にあらず、萬有學上の用語を借り國家を指して有機體なりと云ふは譬喩なり、譬喩は法理にあらず、法理にあらざる譬喩を以て國家の定義を説明するも唯國家に關する通俗の記事文にして、法律學上の定義説明となすに足らざるなり。

第二 有機體説は國家は人類の共同目的を達するか爲めに云々と定義し、共同目的を達するか爲めと云ふとを國家の要件と爲すと雖も、是又不當なり。何となれば

は或國家に於ては君主若くは一二の貴族か其權を恣まゝにし專横驕奢を行ふとを目的とし、政を行ふあらん。又或國家に於ては大地主等か自個の利益のみを計るを目的とし、小地主小作人を壓制し、國民一般の利益を顧みざることあらん。蓋し國家の目的は種々様々にして必しも一樣ならず、人類の共同目的を達するは國家唯一の目的なりと法律上斷言する事を得ず。要するに國家の國家たる所以は其目的の如何によりて左右せられざるは勿論、國法学上に於て國家の定義を下すに當り、目的の如何を問ふの必要なし。然るに有機體説は人類の共同目的を達するを以て國家の國家たる必要條件と爲すは甚た其當を得ざるものと謂ふべし。有機體説は以上二個の非難を免れざるを以て一時大に學者の喝采を博したる學説なるにも拘はらず、余輩は此説に服従する能はず。

第四 法人説。法人説は國家の定義を下して「國家とは公の法人なり」と謂へり。此説はグルベル及ラバント等の諸大家が有機體説に反對して唱道せしものにして、現今獨乙公法家の一般に採用する所のものなり。此説を主張する學者は國家に關する説明を爲して曰く。

『抑も法律上總ての事物を概括する時は人物及び法の關係の三に歸着するを以て法律上より或事物の性質を説明せんと欲せば其事物は人なるか物なるか將た法の關係なるやを研究せざるべからず故に又法律上國家は如何なるものなるやを説明せんと欲せば國家は人なるや物なるや將た亦た法の關係なるやを説明せざるべからず。然るに有機體説を主張する學者は説明の標準を茲に求めずして他に萬有學上の用語を借り來り比喩的に國家は有機體なりと云ふと雖も是等は萬有學上の説明にして法律學上の説明にあらずるなり。是有機體説を排斥して人物及び法の關係の三者を標準として國家の説明を試むる所以なり』と。而して此等の學者は此の三者を標準とし國家は果して如何なるものなるやを説明して曰く。

『第一に國家は物にあらず。何となれば法律上物とは權力若くは權利の目的物を指すものなるか故に國家を以て物なりとするときは國家は權力若くは權利の目的物即ち被治者なりと謂はざるべからず。然るに憲法上國家は常に權力及び權利義務の主體にして目的物即ち被治者にあらずるべからず。』

第二に國家は法の關係にあらず。法の關係とは法によりて認められたる人と人との間若くは人と物との間に存する關係なり。人と人若くは人と物との間に存する關係なるか故に法の關係其物は人にあらず物にあらず。人にあらずるか故に法の關係には意思なく行爲なく從て權力若くは權利の主體にあらずるなり。然るに國家は立法により意思を發表し行政によりて之を發行し一定の權力及權利義務を有すること憲法上争ふべからざる事實なるを以て國家は權力及權利義務の主體にして法の關係にあらず。

前に述べたる如く法律上總ての事物を概括するときには人物及法の關係なるか故に既に國家は物にあらず法の關係にもあらずとなすときは論理上當然の結果として國家は人なりと謂はざるべからず。國家は人なりと云ふことは實に理論上に於て然るのみならず法律的現象の實際に就て考ふるも亦然りと謂はざるべからず。何となれば法律上人とは權力若くは權利義務の主體と云ふことなるに憲法上國家は統治權を有し一定の歳入を有し亦義務を負擔する能力あるものなれば國家は權力及び權利義務の主體即ち人なること明なればなり。而して單に



權利義務の主體たるのみならず、權力の主體なるを以て國家は公法上の人なり。公法上の人なりと云ふと雖も、有形の肉體を具備する自然人にあらずして無形の人、即ち法人なり。故に曰く、國家は公の法人なり」と。

以上は法人説を主張する公法家の國家に關する説明の主要なり。余輩は此等の公法家が國家の説明を爲すに當り、人物及び法の關係の三者を標準となし、國家は物にあらず、又法の關係にあらず、權力及び權利義務の主體なりとなしたる點に就ては大に贊成を奉ず。然れども國家を以て法人なりと云ふに至りては、異論なき能はず。抑も法人とは法律上の擬制なり、法律上の擬制なるか故に法人は法律の認許に依りて成立するものにして、法人は法律ありて後に存在し、法律なき所に法人なし。是れ我が民法人事編第五條に於て法人は公私を問はず法律の認許するにあらず、されば成立することを得ずと規定せる所以なり。而して法律は國家によりて製作せられ、國家によりて存在す、國家なき以前に法律なし。即ち法人は法律ありて後に存在し、法律は國家ありて後に存在するなり。今法人説に従ひ、國家は法人なりと云ふ時は、法人は法律に依りて作られたる者なれば、國家も亦法律に依

りて作られたる者と云はざる可からず。國家なき以前に法律存在し、其法律によりて國家は認許せられたる者なりと云ふ論結を生じ、國家なき以前に法律なしと云ふ原則に牴觸す。是れ國家は法人なりと云ふに至りては、異論なき能はずと云ふ所以なり。

要するに法人説は國法学研究の上に付て真正なる方針を與へたるものにして、其功没すへからざるものなりと雖も、法人と云ふの詞を用ゆるか故に前述の如き不都合なる論結を生ずるを以て、現今公法學者の一般に採用する所のものなるにも拘らず、余輩は聊か贊成を表することに躊躇す。

第五 統治主體説 此説は國家の定義を下して『國家とは統治の主體なり』と謂へり。此説は普魯亞國の公法家ホルンハックが主張する所のものなり。近頃獨逸に於ける公法學者は皆な法人説を採用し、敢て異論を挾む者あざりし、然るにホルンハック氏獨り法人説を排斥し、千八百八十八年出版普魯國々家法第一卷に於て國家とは統治の主體なりと定義せり。今ホルンハック氏の定義に依り、國家は如何なるものなるやを考ふるに、同氏は國家とは統治の主體なりと定義せり。而して其統

治と云ふことは自由の人に對して其作爲不作爲を命令し其服従を強行することを云ふ。換言すれば統治とは服従を命令強行するの義にして、權力の作用即ち一方は命令し一方は服従すると云ふ不平等の關係を意味するものなり。故に國家は統治の主體なりと云ふ意味は國家は命令強行の主體即ち權力の主體なりと云ふことなり。

ボルンハック氏は如斯國家の定義を下し國家の定義は是を以て監せるものなりと云ふと雖も然れども尙ほよく精密に考ふる時はボルンハック氏の定義も亦狹隘に失するの弊あり。同氏の如く國家を以て統治の主體なりと定義するときには國家の不平等の關係に於て權力の主體として顯はれたる時にのみ國家にして、其他の場合即ち平等の關係に於て權利義務の主體として顯はれたる時は國家にあらずと云はざる可からず。然るに各國憲法を見るに國家が權力の主體となしたる收入支出のみを以て國家の歳入歳出と成さず、國家が平等の位置に立て權利義務の主體として一私人となしたる契約及び取引より生ずる收入支出をも國家の歳入歳出となすか故に、國家は權力の主體として顯はるゝのみならず、平等の關係に於

て權利義務の主體として顯はるゝ場合あること明かなり。即ち憲法上國家とは權力の主體たるのみならず、權利義務の主體たる場合をも指すものなれば、ボルンハック氏の如く國家は統治の主體なりと定義し、權力の主體として顯はれたる場合のみ國家なりと云ふか如き論結を生せしめたるは狹隘に失したる定義と云はざる可からず。

要するに以上に述べたる諸學者の定義は各既に説明せるか如き欠點ありと信ずるを以て余輩は其長を採り短を捨て左の如き定義を下さんとす。

『國家とは一定の土地及び人民を支配する固有の統治權及び權利義務の主體なり』と

余輩は如斯國家とは權力及び權利義務の主體なりと云ふを以てボルンハック氏の定義の如く狹きに失するの弊なかる可し。又權力及び權利義務なりと云ひ法人なりと云はざるか故に、法人説の定義の如き不都合の論結を避くるを得へし。余輩は又國家とは固有の統治權を有する云々と定義し、地方團體の如き公法上の法人と國家との間に確然たる區別の標準を與へんとす。何となれば固有の統治權

とは、法に依りて與へられざる統治權と云ふ義にして、法の存在せざる以前に於て既に存在し法を造出する權力なり。而して國家の統治權即ち國家の權力は法に依りて與へられたるものにあらず、法の存在せざる以前に於て既に存在し、其權力に依りて法を造り出すものなり。然るに地方團體の如き公の法人は條例を設け規則を造り、地方税を徵收する等の權力を有すと雖も、其權力は固有の權力にあらずして、府縣郡市町村制の如き種々の法によりて與へられ、法の増減變換によりて増減變換せらるゝ權力にして、國家の權力の如く法によりて與へられざる固有の權力にあらずはなり。固有の統治權は國家の國家たる本職にして、國家と他物とを區別する特性なり。

余は又通常一般學者の唱道する如く最高無制限の權力を以て國家の必要條件と爲さざるか故に定義中に最高無制限と云ふ文字を挿入せず。公法學者多くは最高無制限の權力を以て國家に欠く可からざるの要素となすと雖も、余の考ふる所によれば最高無制限の權力は一般の學者が主張する如く國家の必要條件にあらず、吾人は通常單一なる國家を認めて國家と稱し、而して其單一なる國家には通常

最高無制限の權力存在するを以て此の普通一般の事實よりして遂に最高無制限の權力は國家に欠く可からざる要素なるか如く考へ、國家と云へば必ず最高無制限の權力を有し、最高無制限の權力と云へば必ず國家の特有たるか如く信したりしが、近來社會の發達進歩と共に國家制度も大に發達し、單一なる數多の國家の結合より組織せられたる聯邦國なるものを生じ、其聯邦國を組織する各國は或る一定の事柄に關しては聯邦國の權力に服従し、其制限を受け、最高無制限の權力を有せざるも、憲法上尙ほ之を稱して國家と云ひ、最高無制限の權力は國家の要素にあらずること明瞭となれり。今實例に就て之を證明せん、に聯邦國の實例は獨乙帝國の如き是なり。

獨乙帝國は、プロエセン、パバリヤ、サキソン、パーデン、ヘツセン等二十五の國家より組織せられたる國家にして、獨逸帝國憲法中に列記せられたる事件に關しては各聯邦を監督し、法律を制定し、各聯邦の服従を強行することを得。即ち獨逸帝國は其憲法中に於て明に列記したる事柄に就ては各聯邦の上に位し、各聯邦は獨乙帝國を戴き、獨乙帝國の權力に服従し、其制限を受くる者にして、最高無制限の權力を

有するものにあらす。然るに獨乙帝國憲法第一條に於て各聯邦を以て國家なりと認め。又普國サキソン等各國の憲法に於ても亦聯邦を以て國家なりと規定せり。如斯聯邦は最高無制限の權力を有せざるも獨乙帝國憲法及び各聯邦の憲法は尙ほ之れを以て國家なりと認むるか故に、最高無制限の權力は國家の要素にあらずして單一なる國家に通常存在する所の常素たるに過ぎず。之に反して固有の統治權は各聯邦之を有し、各聯邦は獨乙帝國を組織する時に當り帝國憲法中に列記せる事柄は帝國の監督立法に譲りたれども、其他の事に至りては之を保留して帝國に與へず、自己の權力によりて自由に處分することとなせり。即ち帝國憲法中に列舉せざる總ての事柄に對する各聯邦の權力は帝國憲法によりて與へられたるものにあらす、却て自己に保留したる權力なり。自己に保留したる權力にして法によりて與へられたる權力にあらざるか故に、所謂固有の權力、即ち固有の統治權なり。以上に述べたるか如く各聯邦は最高無制限の權力を有せざるも固有の統治權を有す、固有の統治權は各聯邦之を有するのみならず、凡そ國家と稱するものは皆之を有し、之に依りて以て國家と國家にあらざるものとを區別することを得。是れ最高無制限の權力は國家の國家たる要素特性にあらすして、其要素特性は固有の統治權と云ふことにありと云ふ所以なり。

余は又一般學者の唱ふるか如く國家は全能なりと云はす。一般學者は如何なる意義に於て國家は全能なりと云ふや、未だ全能の意義を詳細に説明したるものなきを以て之を知るに由なしと雖も、若し全能と云ふことを以て事實上の全能なりとなすときは國家は全能なりと云ふは大なる誤なり。何となれば事實上全能とは其欲する所に於て能くせざるものなく、成さんと欲する所のものは必ず成し能ふと云ふ意義なれば、國家は全能なりと云ふときは國家は其欲する所のものは必ず之を能くし、其成さんとする所のものは必ず成し能ふと云はさるへからす。然るに國家と雖も瓦を化して黄金となすこと能はず、又不老不死の仙藥を作ること能はざるを以て、其全能にあらざること明なればなり。若し又全能とは人爲の力にて成し得べき一切のことは、凡て之を能くすると云ふ意義なりとせんか、國家は又全能にあらす。何となれば現今人爲にて成し能ふ所の電信電話の作用の如きは往昔國家と稱する者之を成し能はざりしのみならず、現今人爲にて成し能ふ豫

見あること、唯も現今國家と稱するものにして成し能はさること尠からされはなり。若し又全能とは其成さんと欲する所のものは之を成すの自由を有し、法の制限なしと云ふ意義なりとせんか、國家は又全能にあらず。何となれば前に述べたる如く單一なる國家に於ては國家其物の所爲に對して法の制限なしと雖も聯邦國に於ては國家と稱する者も尙法の制限を受け、其成さんと欲する所のものは必ず之を爲すの自由ありと云ふこと能はされはなり。此の如く全能の意義を種々に解釋して考ふるも國家は全能なりと斷定すること能はず。是我輩か一般學者の如く國家は全能なりと云はさる所以なり。

今や本章を終るに望み一の注意すべきとあり。其は主權と云ふ文字の意是なり。何となれば世の公法學者多くは國家の定義を説明するに當り主權は國家の要素なるや否やに付て争ふと雖も、余は主權と云ふ文字種々の意義を有し、其意義の如何に依りて或は國家の要素なりと云ふべく、或は要素にあらずと云へり、從來此文字の用法一定せざるを以て豫め其意義を定めす一概に其意義既に定りたる者と考へ、争論するは評論の正鵠を誤りたるものと信するが故に、先づ主權と云ふ文字

に種々の意義用法あることを示さんとす。

#### 主權 (Souveraineté) の意義

主權即ち *Souveraineté* とは佛語にして元來拉典の *Supremas* 即ち最高權力と云ふ文字より變化し來りたるものなり。 *Supremas* と云ふ文字は其始め歐洲を統一せるローマ皇帝の專有物にして皇帝以外のものは何人と雖も *Supremas* と稱することを得ざりき。然るに其後ローマ皇帝の權力漸く衰へ遂に全歐洲を統一したるローマ帝國は滅亡し、全歐羅巴は數多の國家に分裂せるに至り、其分裂したる各國は皆てローマ皇帝の專有物たりし名稱を濫用して自ら *Supremas* と稱せり。就中佛國王は盛に此名稱を用ひ、遂に *Supremas* なる文字は變化して *Souveraineté* となり、全歐洲に廣まれり。我國に於ては歐洲の法律制度の輸入と共に此文字も亦輸入せられ、普通之を譯して主權と云へり。

主權と云ふ文字の沿革は大略以上に陳へたるか如しと雖も、其意義は時代と學者とに依りて異なり、其用法必しも一定せざるを以て、今次に其用法の種類を示すべし。

第一の用法 此用法に依るときは最終の判決權を主權と云へり。此用法は歐洲の中古に於て頗る行はれたるものにして、最終の判決權を有する官府を指して主權を有する官府と云へり。然るに此用法も時勢の變遷と共に次第に變化し、歐洲大陸の各國が專制政治を行ひ中央集權を尊ぶに至り第二の用法を生ぜり。

第二の用法 此用法は國家が自己以外の權力に對して不羈獨立する所の能力を稱して主權と云へり。即ち或る國家が他の國權に服従せず、又他の權力に羈束せられずして獨立存在する有様を指して主權を有するものと云へり。然るに佛國に於ては中央集權益々強固となり、專制政治愈盛に行はれ、君主の權力漸く強大なるに至り主權なる文字を他の國家に對する場合のみならず君主が自己の國民に對する關係上に對して用ひ第三の用法を生ぜり。

第三の用法 此用法は國の内部に於る無制限の權力を稱して主權と云へり。即ち君主が其國民に對して自由自在に統治權を行ひ、國內に於ては何人よりも制限せられざる有様を認めて君主は主權を有すと爲し、此種の主權を指して内主權と云ひ、第二の用法に於ける國家が他の國家に對して不羈獨立なる能力を稱して外

主權と云ひ、内外主權の區別を生ぜり。此第三の用法は歐洲大陸に於て君主專制の盛なりし頃に當り頗る行はれたる用法なりしが、第十九世紀に至り大陸の各國憲法を制定するに及び、國家の權力は法の制限を受くべき理由なしと雖も、國家の權力を掌握運用する君主は憲法の條規により働作せざるへからざるを以て、法の制限を免かれずと云ふ説現はれ、此學說次第に大陸の立憲國に廣まり、主權なる文字を國家に就て用ふる場合と君主に就て用ふる場合とに依りて其意義を異にし、主權なる文字に二様の意義を與へ、遂に第四の用法を生ぜり。

第四の用法 此用法は主權なる文字を國家に就て用ふる場合と君主に就て用ふる場合とを區別し、國家の主權と云ふときは外部に對して他國の權力に服従せざる不羈獨立の權力を云ひ、内部に對しては其國內に存在する總ての人格の上に位する最高の權力を云へり。即ち國家に付て主權なる文字を用ゆるときは外主權内主權を包括して之れに與へたる總稱なり。君主に付て主權なる文字を用ふるときは國內に於ける最高の權力と云ふ意味なり。國內に於ける最高權力なるか故に國權の下に在るものなり。國權の下に在るか故に其權力は國權によりて與

へられ、國權によりて左右制限せらるゝものなり。此意味に於ける主權と云ふ文字の用法は現今多數の公法家の用ゆる所のものにして最も普通一般に行はるゝものなり。然るに近來に至り、或る一二の公法家は主權なる文字に更に一種特別の意義を與へ、第五の用法を生せり。

第五の用法 此用法は主權とは國家に屬する權力の總稱なりとなし、其權力の分量性質を問はず只國家に屬する權力を總括して主權と云へり。故に此用法によれば主權國と云ふも必ずしも他國より驅束制限せられざる國家のみを意味するに非ず、或る事柄に關しては他國の制限を受くる國家も多少の權力あるときは其權力の集合を稱して主權と云ひ、其國家を主權國と云ふなり。

要するに主權なる文字は時代により學者によりて種々の用法あるを以て主權なる文字を用ゐんと欲せば必ずや先づ其如何なる意味に於て用ふるかを豫定せざるべからず。然るに世人動もすれば主權なる文字には一定不易の意義あるかの如く考へ、豫め其意義を定むることなく、濫に主權なる文字を用ふるを以て學問の研究上種々の不都合を生じ、若くは誤解を來せり。故に余は茲に主權なる文字に

付て種々の用法あることを諸君に吹聴し以て諸君の注意を喚起す。

### 第二章 國家の種類

國家か統治權を行ふ形式及び國家組織の異同を標準として學者通常國家の種類を區別するを以て、余も亦此例に倣ひ國家の種類なるものを説明すべし。

#### 第一節 國家か統治權を行ふ形式を標準として區別したる國家の種類

國家か統治權を行ふ形式を標準として國家の種類を區別するときは大約四種となる。即ち

第一 獨裁君主制の國家

第二 立憲君主制の國家

第三 貴族制の國家

第四 民主制の國家

第一 獨裁君主制の國家

獨裁君主制の國家とは君主か統治權を總攬し己の自由意思に依りて之を行ひ、法

の制限なきものを云ふ。獨裁君主制の國家に於ては君主は自己自由の意思により統治権を行ひ、法の制限なきものなるか故に、法の存廢變更は一に君主の自由意思に歸し、君主は隨意に法を作り、又隨意に法を廢除することを得。

君主獨裁制の國家に於ける君主の行爲に對して法の制限なしと云ふことは、實に法の存廢變更に關するとのみに止らず、統治権執行に關して總て法の制限なく、君主は自己の自由意思により隨意に之を行ひ得るものなり。然りと雖も一般世人の考ふるか如く、君主獨裁制の國家に於ては君主は其自由意思によりて隨意に統治権を行ふか故に、其政治は必ず壓制なり。君主獨裁政體は壓制政體なりと云ふべからず。君主獨裁政體必ずしも壓制政體にあらず。君主能く國民の利益を計り、其幸福を増進することを勉むるときは、其政治は壓制にあらず。壓制と否とは統治権を行ふ實際の方法の如何に存するものなり。政體の如何によるものに非ず、只獨裁君主制の國家に於ては君主の行爲を制限する者なきを以て、君主其人を得ざるときは事實上壓制に傾き易しと云ふに過ぎざるなり。

君主が君位を繼承する形式の異同により、獨裁君主制の國家を更に區別して世襲

獨裁君主制の國家及び撰舉獨裁君主制の國家の二となす。

(甲) 世襲獨裁君主制の國家

世襲獨裁君主制の國家とは君位の繼承を血統の順序により行ふ獨裁君主制の國家を云ふ。血統の順序は各國の憲法若くは皇室典範の規定する所により定まるものにして、各國必ずしも同一ならず同一の血統より出るものは男子と女子とを問はず、皆一定の順序によりて君位を繼承するの能力を認めたるものあり。或は男子に優先の地位を與へ、女子は男子なきときに限り、君主の繼承を許すあり。故に女子は全く除外し去り、君主の繼承は男子にのみ限りたるものあり。然りと雖も何れも皆な同一血統を基礎とし、各國の憲法若くは皇室典範に於ける規定の順序により君位を繼承するものなり。

(乙) 撰舉獨裁君主制の國家

撰舉獨裁君主制の國家とは撰舉によりて君位の繼承を行ふ獨裁君主制の國家を云ふ。撰舉の形式は各國の君主撰舉に關する規定により異なるものにして、或は貴族互選して君位の繼承を定むるあり、或は互選によらず別種の人を撰舉



して君主となすことあり。撰舉獨裁君主制の國家は古は往々存在せる事實あり。現今に至ては歴史上種々の理由よりして存在せず。

## 第二 立憲君主制の國家

立憲君主制の國家とは君主が統治權を總攬し其執行に關しては法の制限を受くるものを云ふ。立憲君主制の國家に於ても獨裁君主制の國家に於ても統治權を總攬するものは君主一人なり。君主が統治權總攬者なりとの點に於ては二者異なる所なし。然りと雖も立憲君主制の國家に於ける君主は其總攬せる統治權を行ふに當りては法の制限を受け自己の自由意思によりて隨意に之を行ふこと能はず。立憲君主制の國家に於ける君主は統治權の執行に關して法の制限を受くるか故に自己の隨意に法の存廢變更をなすことを得ず。或る種類の法を廢除變更せんとするときは帝國議會の協贊を要すと云ふか如き法の制限ありて法の制限は單に法の存廢變更に關して存するのみならず他の統治權の執行に關しても亦存在するものなり。例之司法權は必ず裁判所をして之を行はしめ君主自ら裁判判決して司法權を行ふ能はずと云ふか如き是なり。

## 第三 貴族制の國家

貴族制の國家とは國民中優等の地位を占むる者即ち貴族の數人が共同して統治權を總攬し之を行ふものを云ふ。此國家制度に於ては統治權を總攬する者は貴族なることを要す。換言すれば國民と同等の地位に在らずして普通國民より優等の地位を占むる者を要す。故に此制度の國家に於ては國民の階級を分て貴族及び普通國民となし貴族普通國民の有せざる種々の特權を有し頗る高等の地位を占むるものなり。又此制度に於ては數人の貴族が共同して統治權を總攬することを要す。若し一人の貴族のみが之を總攬するときは其國家は貴族制の國家に非ずして君主制の國家となり其の統治權執行に關して法の制限あると否とにより或は立憲君主制の國家となり或は獨裁君主制の國家となる。斯の如く貴族制の國家に於ては數人の貴族が共同して統治權を總攬するものなるか故に其共同體の一員として現はるときは其貴族は統治權總攬者の一分子即ち治者にして臣民即ち被治者に非されども共同體の一員たる資格を離れ一私人として現はるときは其貴族は臣民即ち被治者の地位を有する者にして共同體に

對して服従の地位に立つものなり。

貴族制の國家制度は歐洲の古代及び中世に於ては往々行はれたるものなり。彼  
 のスバルタ人がラセデモニール及びペリエーケン人と戦ひ之を征服したる時に  
 當り、スバルタ人は是等の人種を非常に輕侮冷遇し、兩者の間に一種の階級を作り、  
 スバルタ人を以て貴族と爲し、其の征服せられたる人種を以て普通國民と爲し、數  
 人のスバルタ人共同して其征服したる人種を支配せしか如き、其一例なり。其他  
 又クレータア、カルタコー及び古代羅馬の貴族政治の如きは、古代に於ける貴族制  
 度の實例の著しきものなり。中世に於ては獨乙國に於て貴族制度に關する實例  
 ありしと雖も、十四世紀及び十五世紀の頃に至り民主制の國家に變し貴族制の國  
 家制度は現今其實例を見ざるに至れり。蓋し貴族制の國家に於ては或種類の貴  
 族の権力強大となるときは君主制の國家に變し易く又貴族に對する國民の権力  
 強大となる時は民主制の國家に變し易きを以て、世の盛衰變化と共に或は君主制  
 の國家と爲り、或は民主制の國家と變化せし者なるへし。

#### 第四 民主制の國家

民主制の國家とは國民全體が共同して統治權を總攬し之を行ふものを云ふ。故  
 に民主の國家に於ては統治權を總攬するものは國民全體なることを要す。即ち  
 國民全體に非ずして君主若くは國民中或種類の人々に屬するときは、或は君主制  
 の國家と爲り、或は貴族制の國家となり、民主制の國家に非ず。民主制の國家に於  
 ては必ず國家全體が統治權を總攬することを要す。然れども茲に所謂國民全體  
 が統治權を總攬すと云ふは法律上より之を云ふものにして、事實上より之を云へ  
 るに非ず。或國家の國法上に於て統治の總攬者は國民全體なりとの法律上の解  
 釋生するときは、事實上實際國政に參與し、統治權を總攬する者は國民中の少數な  
 るも其國家は民主制の國家たるを妨げず。故に民主制の國家と云ふも其國の老  
 幼男女貧富貴賤を問はず、苟も國民たるものは皆悉く政務に參與すへきものなり  
 と云ふの必要なし。事實上是等の者か悉く政務に參與すへきものなりと云ふの  
 必要なし。事實上是等の者か悉く政務に參與せず其少數の者のみ政務に參與し  
 て統治權を總攬する時と雖も、國法に於て此少數者を以て國民全體を代表するも  
 のと認め、其參與總攬は國民全體の參與總攬なりとするときは、其國家は民主制の

國家なり。

斯の如く民主制の國家と云ふも必ずしも事實上國民全體が政務に參與し統治權を總攬するの必要なし。或は國民全體が實際參與總攬することあり。或は國民を代表する一部分の人が參與總攬することあり。故に事實の上より見るときは總攬に直接と間接との區別あり。

直接總攬とは國民全體が實際政務に參與し、直接に統治權の總攬執行の任に當るものを謂ふ。

間接總攬とは國民か或る種類の人を選擧し、其人を以て自己の代表者となし、其代表者に依りて間接に總攬執行するものを云ふ。

但し直接總攬の場合と雖も、老幼婦女は悉く直接に參與總攬するものに非ず。是等の者は家長若くは家族中に於ける丁年の男子によりて代表せらるゝことを常例とするものなり。

直接總攬の場合には昔のゲルマン人種の國家制度に就て數々見る所の實例なれども今日の如く一國の人口非常に増加したる時代に於ては直接總攬と云ふことと到

底實行し得ざるものなり。故に現今民主制の國家に於ては國民中より若干の代表者を選出し其代表者をして直接總攬執行の任に當らしめ國民全體は間接に統治權を總攬する方法を取れり。

## 第二節 國家の構成分子を標準として區別したる國家の種類

國家の構成分子を標準として國家の種類を區別するときは大凡次の二種となる。

### 第一 單體國家 (Einheitsstaat)

### 第二 複體國家 (Staatenstaat)

第一單體國家 單體國家とは其構成分子中に國家を含まざる國家にして日本、支那、英吉利、佛蘭西等の如き是なり。是等の國家は其構成分子中に國家と稱するものを包含するとなし。

第二複體國家 複體國家とは其構成分子中に國家を包含するものを云ふ。例へば獨逸帝國、北米合衆國、シニワイツ聯邦國の如き是なり。是等の國家に於ては數多の國家が結合して更に一の新なる國家(即ち複體國)を組織し、其新なる國家を組

織したる數多の國家之を支分國と稱すも亦國家たる性質を失なはざるものなり。即ち複體國と稱するものは其構成分子として數多の國家支分國を包含するものなり。但し複體國と支分國とは各其管轄事件を分割し複體國の憲法に於て列舉したる事件に關しては複體國其統治權を行ひ支分國及支分國の臣民は其統治權に服従し支分國は複體國の憲法に於て複體國の管轄に屬せしめざるの一切の事件に關して其統治權を行ふべきものとなせり。例へば獨乙帝國は帝國憲法第四條及其他の條文に於て帝國の管轄に屬せしめたる事件に關しては廿五の支分國及其臣民を統治し廿五の支分國は是等以外の事件に付て其臣民を統治するか如き是れなり。

斯の如く複體國の制度に於ては國家の上に國家ありと云ふ現象を呈し又一國臣民にして二個の國家を戴くを以て吾人か從來國家と稱し來りし單體國家とは大に其趣を異にし従て從來の國家的概念を以て此現象を説明すると能はず茲に於て歐洲の公法學者は皆爭ふて之れか説明を試み或は複體國のみか國家にして所謂支分國は國家にあらずと云ふ者あり。或は支分國のみか國家にして複體國は

國家にあらずと云ふものあり。或は複體國及支分國共に國家なりと云ふ者ありて其學說未だ一定せず。此種類の國家制度は現今公法學上に於て最も研究を要すべきものなるを以て余は此の如き國家制度あるとを示し此制度に關する歐洲公法學者の重なる學說を紹介し且つ之を批評し諸君の研究材料となすべし。複體國の制度に關する有名なる説明として第一に擧ぐべきものはワイツ氏の學說なり。

第一、ワイツ氏の學說　ワイツ氏の學說は千八百七十一年の獨乙帝國憲法制定の當時までは盛行なはれたるものにして一時は公法學者の全般を風靡せしめたるものなり。

ワイツ氏は最高無制限の權力と云ふ意味に於て主權なる文字を用ひ主權を以て國家の要素となし主權の分割と云ふことを基礎となして複體國の性質を説明して曰く複體國の制度に於ては複體國及び各國共に各其權限に屬する事柄に關して主權を有し主權は複體國若くは各國の一方にのみ屬せずして二者各其權限の範圍の内に於て主權を有す。換言すれば複體國の制度に於ては主權を分割し複

體國及び各國が各一部分の主權を有するものなり。複體國の有する主權は一部分の主權なるには相違なけれども一部分にても主權は主權なるを以て複體國及び各國は主權を有するものなり。此の如く主權を有し國家たる要素に缺くる所なきを以て二者共に國家なりと。

此説明は巧なるか故に輕卒に考ふるときは適當なるか如き觀ありと雖も其實似而非なるものなり。若しワイツ氏の如く主權なる文字を最高無制限の權力と云ふ意味に於て用ふるときは主權の分割と云ふことは謂ひ能はざる所のものなり。何となれば假りに主權を分割して或る事柄に付ては甲者主權を有し他の或る事柄に關しては乙者主權を有すると云ふときは甲者は乙者の權力の範圍に立入ることを得ず乙者も亦甲者の權力の範圍に立入ることを得ず。兩者互に消極的に制限を受くるを以て分割せられたる權力は無制限のものにあらず。無制限のものに非ざるか故に氏の所謂主權にあらず。氏の所謂主權は分割と云ふ事實と同時に消滅するものにして主權の意義と分割と云ふ事柄とは兩立し能はざるものなればなり。此の如く主權と分割とは兩立せざるを以て氏の所謂一部分の主權

なるものは主權にあらず。一部分の主權か主權にあらずるときは複體國及び各國は主權を有せず主權を有せざるときは氏の論法に従へば國家の國家たる要素を欠くを以て複體國及び各國は國家にあらずと云はざるべからず。

然るに氏は主權を最高無制限の權力と解釋し此主權を國家の要素となしたるにも拘はらず主權の分割を基礎となし複體國及び各國に一部分の主權なるものを認め二者共に主權を有するか故に國家なりと云ふは自家撞着も亦甚たしきものなり。ワイツ氏の説明は巧みなれども以上に述べたるか如き理由あるを以て正當なりと云ふこと能はず。

第二、ザイデル氏の説　ザイデル氏も亦ワイツ氏の如く最高無制限と云ふ意味に於て主權なる文字を用ひ主權を以て國家の國家たる要件と認めたり。然れどもザイデル氏は主權の分割を基礎となして複體國の制度に關する説明を試みたるワイツ氏の説明に誤りあることを看破し更に他の論法によりて此制度に關する説明をなして曰く『主權を最高無制限の權力と云ふ意味に於て用ふるときは主權の分割なることは論理上不能なり。分割したる主權は最高無制限の權力にあらず』

す、最高無制限の權力にあらざれば、主權にあらざるを以て分割せられたる主權は、主權にあらす。故にワイツ氏の如く複體國も主權を有し構成分子たる各國も主權を有すと云ふは誤りなり。主權若し複體國にあるときは構成分子たる各國は主權を有せず、各國か主權を有するときには複體國は主權を有せず兩者並行せずして却て相拒絶するものなり。而して主權は國家の要素なるか故に二者の中其孰れかが國家にして他の一は國家にあらす。

要するに國家の上に國家ありとの考は最高無制限の權力の上に最高無制限の權力ありと云ふ考にして論理に協はざるものなるを以て國家の上に國家ありと云ふ觀念は到底認め得ざるものなり。世人か複體國と稱するものは單純なる國家か否らされは國家の同盟なり。世人か複體國の構成分子たる各國と稱するものは地方團體にあらされは其上に國家を戴かざる單純なる國家なり。獨乙帝國に付て例を掲ぐれば普魯西其他の二十五ヶ國は國家なるときは獨逸帝國は國家にあらす。若し獨乙帝國か國家なるときは二十五ヶ國は國家にあらす。帝國と各國と共に國家たるの性質を有すること能はず。而して帝國憲法及び各

國の憲法を見るときは二十五ヶ國を以て國家なりと明らかに記載せるを以て各國か國家にして帝國は國家にあらす國家の同盟なり。國家相互の條約によりて存在する條約的關係たるに止る」と。

以上はザイデル氏の説明の大要なり。此説明は其初め南カロリナのジョン・カルホーンなるものか北米合衆國と其構成分子たる各國との關係に就て主唱せしか、其後獨乙帝國の組織せらるゝに及んでザイデル氏一層其主義を布衍擴張し之れを獨乙帝國と各國との關係の上に移し用ひたり。

主權を以て國家の要素となし主權は國家に缺くべからざるものなりと云ふことを確乎として動かすべからざるの法理なりとするときはザイデル氏の説明は敢て不當なるにあらす。然るに前に述べたる如く主權は國家の要素にあらざるか故にザイデル氏の説明は正當なりと云ふこと能はず。今爰にザイデル氏の説明より生ずる不都合なる點を示し主權は國家の要素なりと云ふ主義を以て到底現今の國家制度を説明し能はざる理由及びザイデル氏の説明正當にあらざる理由を述べん。

第一理由 サイデル氏の如く最高無制限の権力(主権)を以て國家の要素なりとなすときは氏か認めて國家なりと稱する普魯西、バヴァリア、サキソン等の二十五の獨乙帝國に於ける各聯邦國は國家にあらずと云はさるへからず。何となれば獨乙帝國憲法中に於て帝國の權限に屬するものなりと明言したる事件に關しては二十五個國は其權力を行ふこと能はずして獨乙帝國の爲めに制限せられ、帝國の權力に服従するものにして最高無制限の權力を有せされはなり。

此の如くサイデル氏の説明に従ひ主権を以て國家の要素なりとなすときはサイデル氏か認めて國家なりと稱し、且つ又憲法上國家なりと記載したるものも國家にあらずと云ふ論結を生ず。是れ主権は國家の要素にあらずと云ふ證據にしてサイデル氏の説明正當なりと云ひ能はさる所以なり。

第二理由 若しサイデル氏の如く獨乙帝國をして國家にあらずして國家の同盟即ち國家相互の條約的關係なりと云ふときは、其憲法及び他の法律は各國の合意一致によりて定めたる條約、即ち契約の文言なりと云はさるへからず。帝國憲法及び法律を以て契約文となすときは契約は其變更に關して如何なる條件を附

するも當事者の合意一致によりて其根本より廢除變更することを得るものなれば、帝國の憲法及び他の法律は當事者たる各國か合意一致するときは隨意に變更廢除することを得。其合意の成立したる瞬間時に於て當然廢除變更せられたりと云はさるへからず。此論結は獨乙帝國を以て國家にあらずして國家相互の條約的關係なりと云ふときは當然生ずる所のものなり。

今獨乙帝國の憲法及び法律は果して各國の合意一致によりて廢除變更せらるゝやと云ふに然らず。假令各國は其廢除變更を合意一致するも憲法及び法律は憲法の上に規定せる一定の手續を経て廢除變更するにあらずれば依然として元の儘にて存在す。

此の如く獨乙帝國の憲法及び法律は各國の一致のみを以て當然廢除變更し能はずと云ふは獨乙帝國か國家の同盟にあらずして國家なることの證據なり。是れサイデル氏の説明は正當にあらずと云ふ所以なり。

主権と云ふ文字を最高無制限の權力と解釋し、主権を以て國家の要素なりとなすときは、以上陳へたるか如く種々の點に於て論理の撞着を生じ、貫徹したる法理上

の解釋をなすこと能はざるを以て、近頃に至りラバンド、モール、ゲルベル、ベッセル、マイエル、シムルツェー、エリネック、リーペー、ローソン、ブリー、スターベル等の諸大家は主權は國家の要素にあらずと斷言し、從來國家と國家以外のものを區別する唯一の標準と爲し來りし主權なるもの、外に於て其區別の標準となるべきもの見出さんことを勉め、若し主權を以て國家の要素となさざるべきときは何を標準として國家と府縣郡市町村の如き地方團體とを區別し能ふやと云ふことを研究し、種々の學說を出せり

今其學說中重要なものを示し、讀者か研究の材料となさん。讀者は是等の學說を參考して正確なる研究を遂げられんことを希望す。

#### 第一、エリネック氏の學說

エリネック氏は無監督の權力と云ふことを以て國家に存する唯一の特性となし、此權力の有無によりて國家と他のものを區別せんことを試みたり。

氏の説明する所に據れば複體國及び其構成分子たる各國は各其權限の範圍内に於ては他人の監督を受けずして隨意の行爲を爲し得るの權力即ち無監督の權力

を有するを以て二者共に國家なりと云ひ、更に此論理を布衍して國家と地方團體との區別を説明し、國家は無監督の權力を有すれども地方團體は此權力を有せず、國家の下に立ち其監督を受け一々國家の指揮命令を受くるものなり。無監督の權力は國家に存在する唯一の特性にして國家と他のものを區別する標準は爰に存するものなりと陳へたり。

然れども余輩の知る所に由れば地方團體と雖ども府縣制郡制市區村制等の法律に於て許されたる權限の範圍内に於ては自己の自由意志によりて處分を爲し、國家の監督を受けざる事柄數多あるを以て地方團體も亦無監督の權力を有するか故に、此權力の有無は國家と地方團體とを區別する標準となすに足らざるものなりと信す。

#### 第二、ブリー氏の學說

ブリー氏は管轄事件に制限あると否とによりて國家の性質を説明し。且つ國家と地方團體とを區別して曰く「國家は如何なる事件を以て自己の事業となすべきや否やは隨意に自ら之れを定め得るものにして其欲する所は如何なる事柄にて



も總て之れを自己の管轄事件となすことを得るものなり。然れども地方團體は之れに反して其管轄すへき事件は法律又は命令によりて定りたる或る種類の事件に限るものにして自ら其管轄せんとする事件の範圍を擴張し其欲する所は悉く之れを管轄せんと欲するも能はず。此の如く國家の管轄事件には制限なしと雖も地方團體の管轄事件には制限あり。其制限の有無は國家と地方團體とを區別する一の標準なり』と云へり。

アリイ氏の學說も亦正當にあらず。氏は管轄事件に對する制限の有無を以て國家と地方團體とを區別し得るか如く論ずれども是れ決して區別の標準とならず。何となれば氏か認めて國家と稱する獨乙帝國及び各國は共に其管轄事件に付て制限を有するものにして其欲する所の一切の事件を悉く自己の管轄に屬せしめんと欲するも能はされはなり。加之氏の如く管轄事件に無制限あると否とを標準とし制限なきものは國家にして制限あるものは地方團體なりと云ふときは氏か自ら認めて國家なりと云ふ獨乙帝國及び各國は其管轄事件に制限あるを以て二者共に國家にあらずして地方團體なりと云ふの論結を生じ自殺論餘たるを免

れされはなり。

### 第三 プロイス氏の學說

プロイス氏は領地主權と云ふことを基礎として國家の性質及び國家と地方團體との區別を説明せり。

氏の説明によれば領地主權とは領地を自由に擴張し或は縮少するの權力にして此權力を有するものは國家なり。此權力なきものは他に如何なる權力を有し如何なる状況にあるも國家にあらず。獨乙帝國に就て之れを云へば獨乙帝國は憲法の改正によりて自由に其領地を伸縮するの權力を有し構成分子たる各國も亦憲法若くは法律の改正によりて自由に其領地を伸縮するの權力を有するを以て二者共に國家なり。然れども府縣郡市町村の如きは其管領する區域を伸縮せんとするときには必らず自己の上に位し監督の權力を有する國家機關の認許裁決を要し自己の自由意思を以て隨意に其伸縮を行なひ能はさるものなり。即ち地方團體は領地主權を有せず領地主權は國家の本質にして領地主權の有無によりて國家と地方團體とは判然區別せらるゝものなり』と論したり。

予の考ふる所によれば此説も亦正當にあらず。プロイス氏は獨乙帝國を構成する各國は自由にて其領地を伸縮するの權力を有するを以て領地主權を有するものなりと主張せられたりと雖も此見解は誤りたるものなり。獨乙帝國を構成する各國は此權力を有せず。何となれば獨乙帝國は各國の領地より成立するか故に各國領地の變更は其結果として獨乙帝國の領地變更を惹起するとあり。而して帝國領地の變更は帝國憲法の變更を以てするに非ざれば爲し能はず。帝國憲法の變更は帝國之れを行ひ各國之れを左右すること能はず。故に各國に於て其領地を變更するの結果として帝國領地の變更を惹起す場合には各國は帝國の爲めに制限せられて隨意に其變更を企つること能はざればなり。

斯の如く領地主權を基として區別の標準を立つるときは各國は領地主權を有せざるを以て國家にあらずと云はざるへからず。然るに獨乙帝國憲法及び各國の憲法に於て各國を以て明らかに國家なりと規定するか故に、氏の議論は國法の明文に抵觸す。是れ氏の學説の正當にあらずる所以なり。

#### 第四 ヘーテル氏の學説

ヘーテル氏は以上に陳へたるが如き諸説にては到底複體國の性質を説明するに足らざるものなりとし、其説明の方法を一變し、從來諸學者が獨乙帝國及び構成分子たる各國を以て國家なりとなしたる學説に正反對の説明を試み、獨乙帝國も國家にあらず構成分子たる各國も亦國家にあらず、帝國と各國とを包含する所の組織全體か國家なりと云へり。

此説は從來の公法家か取りたる説明と全く異なりたるヘーテル氏獨得の學説にして甚だ珍奇なるものなり。

然れども徒らに珍奇なるものにして正當にあらず。何となれば獨乙帝國憲法及び各國の憲法中に於て既に各國を國家なりと明言したるを以て、如何に氏の説明は巧妙なるにもせよ國法の明文を抹殺する能はざればなり。

要するに以上の諸説は既に陳へたるか如く種々の欠點あるを以て到底複體國の制度に關し論理の貫徹したる説明と爲す能はず。

然るに予か國家の定義の章に於て陳へたるか如く固有の統治權を有するものと否とを以て説明の標準となすときは複體國も構成分子たる各國も共に固有の統治權

即ち法によりて與へられざる統治權を有するを以て二者共に國家なりと稱する  
 とを得。又他の一方に於ては固有の統治權を有せず。彼の法によりて與へられ  
 たる權力のみを有する地方團體と國家との間に判然たる區別存在し、國法の明文  
 にも抵觸することなく、又明らかにかに國家と國家にあらざるものとを區別すること  
 を得。故に予は固有の統治權と云ふことを標準となし、複體國も國家なり、構成分子  
 たる支分國も亦國家なり、固有の統治權は國家の國家たる本性にして此權力の有  
 無は國家と國家にあらざるものとを區別する唯一の標準なりと云ふことを爰に宣  
 言して此章の終結となさんとす。

### 第三章 國法學の定義

普通學者は法律を大別して公法及私法の二となす。而して國法學は公法に屬す  
 るものなりとなすを以て今國法學の如何なるものなるやを知らんと欲するとき  
 は先づ公法の如何なるものなるやを明にせざるへからず。故に爰には先づ公法  
 の性質を明にするか爲めに公法と私法との區別を説明し、予の公法と稱するもの  
 に関する觀念の大略を諸君に吹聴し、然る後に國法學の性質を説明すべし。

#### 第一節 公法と私法との區別

公法と私法との區別はローマに始れり。ローマの法律家か法律を大別して公法  
 私法の區別を試みしより以來法の公私を區別して説明する學者甚だ多しと雖も  
 其學說未だ一定せず現今尙法律學上に於ける爭點なるを以て今爰に重なる諸學  
 說を擧げ、聊か其批評を試み、最後に予輩の公法私法に關する考の大略を述ぶべし。

第一說 此説は利益の公と私とを以て區別の標準となすものにして、公法は公  
 益に關する法なり。私法は私益に關する法なりと云へり。然れども其所謂公  
 益私益とは如何なるものなるかと問ふに此説を主張する學者の中に於て又其  
 解釋を異にし、或學者は國家若くは共同團體の利益か公益にして一個人の利益  
 か私益なりと云ひ、又或學者は多數人の利益か公益にして一個人の利益か私益  
 なりと解釋せり。

予輩の考ふる所を以てすれば孰れの解釋に従ふも利益の公益を標準として公  
 法私法は區別を正確に爲すと能はずと信す。

第一の解釋に従ひ國家若くは共同團體の利益に關するものか公法にして一個

人の利益に關するものか私法なりと云はんか、此主義を主張する學者の公法なりと認むる刑法及び警察法等の如きものは私法なりと云はざるべからず。何となれば是等の法は必ずしも國家若くは共同團體の利益をのみ規定するものにあらずして、一私人の生命財産の安寧及び其自由を保護し一私人の利益に關する規定尠なからざればなり。

若し又第二の解釋に従ひ多數人の利益に關するもの公法にして一私人の利益に關するもの私法なりと云ふときは此説を取る學者の認めて私法なりと爲す所の合名會社、資會社及び株式會社に關する法、即ち會社法の如きは公法なりと云はざるべからず。何となれば會社法は必ずしも一人の利益にのみ關する規定にあらずして多數人の社員の利益に關する規定なればなり。

如斯利益の公私を標準として公法私法を區別する學者の説明を推演して論ずるときは其公法なりと認むるものを以て私法なりと云ひ、其私法なりと認むるものを以て公法なりと云はざるべからざるに至り自殺の論法たるを免れざるなり。

加之公益に關する法と私益に關する法とは必ずしも相拒絕するものにあらず公益のことを規定したる法は私益のことを規定せず、私益に關する法は公益のことを規定せずと云ふものにあらず。一、の法を以て同時に二様の利益を保護規定することあり。例へば警察法に於て一私人の生命財産の自由を保護するは同時に國家の爲めに其安寧秩序を維持する方法なるか如き是れなり。又民法に於て一私人の權利を保護するは國家の秩序を保つ大なる手段にして、皆に一私人の爲めのみならず國家の利益なることを考ふるときは民法も亦國家の利益に關する法なるか如き是れなり。故に一の法は必ず同時に公益と私益とを併せて規定するものにあらずるか如く考へ其規定する利益の公私を標準として法の公法を分たんとするは木に縁りて魚を求むるか如し。

第二説 此説は公法とは直接に公益に關する法にして私法とは直接に私益に關する法なりと説明せり。

此説は直接間接の區別を附加へて第一の學説を維持せんとするものなれども是れ亦曖昧たることを免れず。何となれば此説を主張する學者か公法なりと

云ふ竊盜を禁ずるの刑法は何故に吾人の利害に直接の關係なくして公益のみ關するものなるや。又其私法なりと云ふ國家及び市町村等の債權債務の關係を規定したる法は何故に間接にのみ國家及び市町村の利害に關し、直接に其利害に關せざるや吾人は今理由を發見し能はず。

蓋し直接間接の區別は之れを解する人々の感情に止まるものにして法の規定其ものに直接と間接との區別なかるべし。

第三説 此説は公法とは國家と國家若くは國家と一私人との關係を規定する法にして、私法とは一私人相互の關係を規定する法なりと説明せり。

此説は法學者間に最も廣く且つ普通に行はるゝ所のものにして其區別の標準の取り方簡明にして且つ正當なるか如しと雖も、詳細に吟味するときは尙ほ缺點あるを免れず。何となれば此説を採用する學者の公法なりと認むるもの、内に於て一私人相互のことを規定するものあり、又私法なりと認むるもの、内に於て國家と一私人との關係を規定せるものありて自家撞着する所あればなり。

實例として我國現今の國法中より公法と論者か認むるもの、中に一私人の相互の關係を規定する法の存在する例を擧げんに、例へば刑法附則中に一私人相互の關係に於ける損害賠償を規定したるか如き是なり。又民事訴訟法中に於て私人相互の關係に對する規定を設けたるか如き是なり。其私法と認むるもの、中に於て國家と一私人との關係を規定したる例を擧げんに、民法財産編第廿二條同廿三條に於て國家の所有に屬すべき公有財産及び私有財産の事を規定して、三十一條に於て國家が一私人の財産を買上ぐる公用徵收及國家又は官廳に屬する先買權の事を規定したるが如き是なり。如此論者の公法と稱する者の中に於て一私人相互の關係を規定するものあり、又私法と稱するもの、中に於て國家と一私人との關係を規定するものあるを以て、公法は國家相互の關係若くは國家と一私人との關係を規定する法なり。私法とは一私人相互の關係を規定する法なりと云ふ説は到底成立する能はざる説なり。然るに此説を辯護する學者は曰く「吾人が茲に國家と稱する者は公權の資格を有する場合を指すものなり。公權の資格を有せず一私人の資格を以て現はれたる場合は國家と云はず。民法中に於て國家

と一私人との財産上の関係を規定せる場合は國家を以て公權を有せざる一私人と見做したるものにして、一私人相互の関係を規定せるものなり。故に民法財産編第廿二條第廿三條及び第卅一條の如き規定を理由として此の説を退くる能はず。余の考を以てすれば、公權の資格に於て權力の主體として表はれたるときのみが國家にあらずして權利義務の主體として顯はれたる時も亦た國家なりと考ふ。國家を以て權力の主體たる場合のみに限るものは國家たる觀念を十分に了解せざるものなり。國家は權力及權利義務の主體として顯はるゝとは國家定義の所に於て述べたるに由て明かなり、從て辯護者の議論も誤あるとを悟るべし。論者の考ふる如き意味を正當に顯はさんと欲せば、國家と云ふ文學の代りに單に公權の主體若くは權力の主體と云ふ文學を用ひ、公法とは權力の主體と一私人の關係を規定する法なりといふと適當なり。從て次に述ふるが如き第四の説の如く説明すると當を得たるものなり。然るも論者は却りて第四の學説を排斥して之を採用せず、國家と云ふ文字を誤りたる意味に用ひて、第三説に執着するは甚だ怪しむべきの至りなり。

第四説 此説は權力の關係を規定する法が公法にして、權利義務の關係を規定する法が私法なりと説明せり。此説を主張する學者は法の規定する一切の事柄を分て權力の關係及權利義務の關係の二となし、之を標準として法律全體の區別を爲したるものなり。併しながら權力の關係及權利義務の關係と云ふ區別は法律全體の現象を網羅したる區別に非らず、法の規定する事柄にして權力の關係にもあらず、又權利義務の關係に非らざるものあり。從て權力の關係を規定する法が公法にして、權利義務の關係を規定せる法が私法なりと云ふ時は、公法私法の外に於て其何れにも屬せざる一の中間法存在すると云ふ奇觀を呈すべし。今我國法の中より權力の關係に對する規定にも非らず、權利義務に對する規定にもあざざる實例を示さんに、民法人事編第二百六十二條及二百六十五條及財政篇第六條の如き其一例なり。人事編第二百六十二條第二百六十六條は住所に關する規定なり、財産編第六條は物の種類に關する規定なり、住所及び物の種類は權力に非らず、又權利義務にも非らず、故に是等に關する法は權力若くは權利義務に關する法にも非ざるを以て、論者の説明に依る時は公法私法の何れにも屬せざる所の一の中

間法なりと言ふの論結を生ず。従て論者の説明は法律全條の區別と爲すに足らざることを悟る。

要するに第四の學説は法の規定する一切の事柄を權力及び權利義務に限ざり、其權力に關する法が公法にして權利義務に關する法が私法なりと云ふ見解なれども、余の考ふる所を以てすれば法の規定する所の事柄、即ち法の實質は豫め定むるゝ能はざるものなりと信ず。法は社會万般の現象に對して其必要に由りて之を規定し、社會の進歩發達と共に其規定する事柄に變更を來し、必しも權利義務若しくは權力の事にのみ限らざるものなり、又限るべきの理由なきものなり。法の規定する事柄即ち法の實質は甲若しくは乙なりと豫め定むると能はざるか故に、法の實質を標準として甲の事を規定するものが公法にして、乙の事を規定するものが私法なりと云ふ能はず。法の規定する實質の甲若しくは乙と定むると能はざる時に當り、斯の如き標準を以て公法私法の區別を爲すも唯た甲若しくは乙の事を規定する一部分の法に對する區別たるに止まり、法律全般の區別とならず。故に余は法の實質を標準として積極的に公法私法の區別を爲すと能はずと信ず。強

て器械的に其區別を求むる時は消極的の區別を爲し、權力の關係を規定する法が公法にして非權力の關係を規定する法が私法なり。又は權利義務の關係を規定する法が私法にして非權利義務の關係を規定する法が公法なりと云ふが如き定義を取らざるべからずと信ず。但し此の如き定義を取る時は全く器械的のものとなり其實何等の効能だもあるなし。

公法私法に關する説明を了るに臨み、茲に一の注意すべきとあり。如何なる學説に由るも公法私法は法典の上より之を區別し、民法は私法なり刑法は公法なりと云ふ此如きとを主張する能はず、又一の條文の上より區別し公法的條文に非ざれば私法的條文なりと一方に片付くると能はずと云ふと是なり。何故に法典の上より公法私法を區別する能はずやと云ふに、所謂公法と稱するものゝ中に私法的規定を含み、又私法と稱するものゝ中に、公法的規定を包含すればなり。例へば刑法附則第五十九條に於て損害賠償の事を規定し、民法財産編第卅一條に於て公田徵收に關する事を規定したるが如き是なり。又何故に法律各條文の上より公法私法を區別し能はざるやと云ふに、一の條文中に於て公法的關係と私法的關係と

稱するものを併せ規定するとあればなり。例へば刑法附則第五十五條の第一項に於て公法的性質を有する國家機關の行ふ贓物還給の事を規定し、其第二項但書に於て買主が賣主に對する損害賠償の私法的關係を規定したるか如き是なり。斯の如く公法私法は法典の上に於て之を區別すると能はず、又條文の上より之を區別すると能はざるを以て、從來學者の注文せる主義に基く時は全く公法私法の區別を爲す必要なきものと信ず。

### 第三節 國法學

國法學と云ふ名稱は學者が學問研究の爲めに又説明の便宜の爲めに設けたる名稱にして、一國の法律規則の上に於て定めたる名稱に非らず。故に如何なるものが國法學なるやと云ふ問に對する答は各學者の意見に由りて定まるものにして固とより一致するの必要なし、又國法上一定の解釋を與ふべき理由なし。學者は各隨意の見解を定め國法學と云ふ名の下に於て隨意の事柄を論じて差支なし、乍併國法學と云ふ名の下に於て論究すべき事柄を定むるに當りては其自ら定めたる定義と其名の下に於て論ずる事柄とが相一致して其範圍分量を異にせざる様

又自から定めたる定義に依て國法學と他の民法訴訟法刑法と云ふが如き者とを正確に區別する様注意し、最も適當なる最も精確なる定義を擇まざる可からず。余は今從來の公法學者が擇みたる定義を茲に示し、國法學なるものは如何なる定義を下すべきものなるやを研究せむとす。從來の學者が下したる國法學の定義に關する學説は之を大別して左の二種と爲すとを得。

第一 憲法と行政法とを總稱して之を國法學と爲す學説

第二 憲法行政法と云ふが如きものに拘らず特別に國法學と稱する課目を設くる學説是なり。

第一の學説を主張する學者はグナイスト、シュルツェー、ホルンハツク等の學者是なり。此等の學者中憲法及び行政法と云ふ解釋に付ては又其見解を異にす。其見解の異なるもの、中最も重なるものを擧ぐれば左の如きものとなる。

其一 此見解はシュルツェーの唱ふる所にして國家に關する最大の原則を規定する法が憲法にして、國家に關する小なる原則を規定する法が行政法なり、此二を合して之を國法學と説明せり。此見解は頗る曖昧なるものなり。凡そ大小とい



ふとを標準として區別するとを得べきものは度量衡を以て度るとを得るものならざる可からず、度量衡を以て量るとを得るものなる時は爰に一定の標準を定め其標準に照らして、最大の原則と小原則とを區別するとを得るものなり。然るに國法學に於て論ずる事柄は度量衡を以て量ると能はざるもの多きが故に何を最大の原則と云ひ、何を小原則と爲すやと云ふに一定の標準あるとなく、各人の感情によりて定むるの外なし。各人の感情によりて定むるときは其著しき者に至つては人に一報するに或るべしと雖も、然らざる事柄に就ては各其意見を異にし、或學者が最大の原則なりと認め憲法と云ふ名の下に於て論すべきものなりと爲し、或る事柄を以て他の學者は小なる事柄と認め行政法に於て論すべきものなりと主張し、憲法行政法の區別は人々の感情に依て其範圍を異にし到底正確なる區別を爲すと能はず。

其二 此の見解はグナイストの主張する所のものにして、國法學とは國家に關するの法なり、國家に關する法の中に於て其組織に關する法が憲法にして其作用に關する法が行政法なりといふにあり。此説明も亦正當に非らず。何となれば組

織に關する法が憲法にして作用に關する法が行政法なりと云ふは言語の上にてのみ憲法行政法の區別をなすに止まり、其實際に於ては此の如き事を標準として其區別を爲すと能はず。凡そ國家の事を論ずるに當り組織を論ずると同時に作用を論ずるの必要あり、作用を論ずると同時に其組織を論ずるの必要あり、強ひて一方にのみ偏し組織のみ論じて作用に及ぼさず、作用のみを論じて組織に及ぼさずと云ふ主義を取る時は完全なる説明をなし完全なる理解を與ふる能はず、現にグナイスト及びグナイストと同一の見解を採る學者と雖も、此主義を貫かず、其憲法と稱するものの中に於て論ずる事柄必ずしも組織の事のみに限らず、同時に國家の作用を論じ、其行政法と稱するものの中に於て論ずる事柄必ずしも國家の作用のみに限らず組織の事を包含す。斯くの如く其定義と實際と論ずる所とが相一致せざるは其定義の不完全なるを證明する材料なり。

其三 此の見解は憲法の定義を下して憲法とは統治の主體、客體及び統治者自ら行ふ統治權の作用に關する法なりと云ひ、行政法の定義を下して行政法とは國家の機關が統治權を行ふに當り、其行爲の標準と爲すべき法なりと説明せり。而し

て論者は尙説明して曰く「統治の客體とは國土及び臣民にして統治の主體は國家なり、而して國家は天皇と同一なるを以て統治の主體は天皇なり」云々。此見解は獨逸の公法學者ボルンハックが其著書千八百八十八年出版の普國々家法に於て行政法との區別に關して説明したるものなり。抑も此説は次に述ぶるが如き二の誤なるを免かれず。第一の誤りは天皇と國家とを同一なりと認めらるゝにあり。獨逸普通例法を見るに、天皇は國家の元首なりと云ふ明文を掲げたるを以て、天皇は國家の元首にして國家其者にあらざるなり。ボルンハックは普通例法に於て斯の如き明文の存在するにも拘はらず天皇と國家とを同一なりと断定し其誤りたる斷言を基礎として憲法と行政法との區別を説明せられたり。天皇と國家とは同一にあらざしてボルンハックの見解は其基礎に於て誤あることを悟る時は其誤りたる基礎の上に組立てられたる議論の正當にあらざることを悟るに足るべし。我國の憲法に於ても又獨逸普通例法の如く天皇は國家の元首なりと明言するを以て我國の天皇は國家と同一に非ず、從て此ボルンハックの見解を基礎として我國の憲法行政法の區別を説明すると能はず。

第二の誤りは行政法を以て國家の機關が統治權を行ふに當り、其行爲の標準と爲るべき法なりと説明したるは廣きに過ぎたりといふにあり。若しボルンハックの如く統治權を行ふ國家機關の行爲の標準なる法が凡て行政法なりと云ふ時は國法全體は行政法なりと云はざる可からず。普通裁判所は國家の機關なり、其裁判は統治權の作用なり、普通裁判所が裁判を行ふに當りて其行爲の標準となる法は國法全體なり、從て行政法は國法全體にして憲法、刑法、民法、刑事訴訟法、裁判所構成法等凡ての國法は悉く行政法に屬し、行政法を説明するに當りては一切の國法を説明すべしと云はざる可からず。然るにボルンハックは前に述べたるが如き見解を取りたるにも拘はらず、其著書行政法中に於て斯くの如く國家全體を説明せず、實に説明せざるのみならず、從來の學者中行政法の名の下に於て國法全體を説明したる者なし。是れ同氏の見解廣きに過ぐと云ふ所以なり。

要するに第一種に屬する學説は其憲法行政法と稱するものに與へたる定義によりて之を考ふると、論者の所謂國法學とは國家の法律規則全體に跨るものとなり、國法中の一部分にして此の如き課目を設くべからざるの結果を生じ學理上論理

の貫徹したる定義若くは分類として見ると能はざるものなり。

第二の學説に屬する學説は憲法行政法を總稱して國家法と云ふは非ず、憲法行政法如何に依らず此等の者に關係なく國法學と稱する一種の論理的系統を認むるものなり。此種の學説を主張するものの中に於て其見解又た次の數種に分る。其一の見解によれば國法學とは國家其もの利益に關する規定を説明するものなりと云へり。此説はキイェン大學の教授カール、ガライス、がマクアーゼンの公法全書中に於て説明したるものなり。同氏は凡て利益と云ふを標準となして法律學の分類を試み、民法同一私人相互の利益に關するの規定にして、國法學は國家の利益を計るか爲めに設けられたる一切の法を説明するものなりといへり。抑も國家一切の法は間接又は直接に國家一切の利益を計るか爲めに設けられたるものなり。民法の如きものと雖も一私人の利益を計ると同時に又國家の利益を計るものなり。國家は是によりて一私人の安寧を保ち、從て國家の秩序を維持するものなり。民法は國家の利益を計る點に付ては無關係のものなりと云ふ能はず、故にガライスの定義によれば一切の法律規則を國法學の中に於て論ずべき

必要を生ず。然るに同氏の國法學に論ずる所は斯くの如き廣き範圍を有するものにあらず。蓋し同氏の學説も亦た曖昧たるを免かれざるものなるべし。第二の見解によれば國家の直接機關の利益に關する法を論ずるものが國法學なりと説明せり。此見解を探る學者の説明を見るに曰く、國家の機關に直接機關と間接機關との區別あり、直接機關とは事實上國家の成立と共に成立するものにして、間接機關とは其直接機關の作用により更に設けられたる國家機關なり。彼の君主及び國會の如き者は直接機關にして大臣及び其所屬官吏の如きは間接機關なり、君主及び國會は事實上國家の成立と共に存在せるものなり。事實上より云ふ時は君主及び國會と稱すべきものありて之が國家を組織したるものなり。君主及び國會の外に他の國家機關ありて其者が君主及び國會を國家の機關となしたるに非ず、故に此二者は國家に對しては直接機關なり。之に反して各省大臣及び其所屬の官吏は皆君主及び國會の作用によりて設けられたるものにして、事實上君主及び國會の作用を助くるが爲めに存在するものなるが故に、國家に對しては間接の機關なり。國法學と稱するものは國家成立の根法にして直接機關の行

爲に關する規定を説明するものなり。故に國法學に於て説明する範圍は君主及び國會の組織及び作用に關する法なり。彼の間接機關に關する法は國法學に於て説明すべき限りに非らずと云へり、故に國法學は如何なるものなるやと云ふとは便宜の爲めに設けられたる名義にして、其定義は學者の隨意なるが故に君主及び國會の事を論ずるものが國法學なりといふは理論上に於て尤むべき所なし。乍併論者の如く事實上國家の成立と共に存在するを以て國家の直接機關となし其の直接機關に關する法が國法學なり、君主及び國會に國家の成立と共に存在するものなり、故に國法學は此二者に關する法を説明するものなりといふに至つては大に反對せざる能はず。何となれば國家の成立と共に存在するものは必ずしも君主若しくは國會に限らず、其他の國家機關を事實上同時に成立するとあるべし。又他の一方より言ふ時君主若しくは國會か必しも國家の成立と共に成立すと云ふとに定まらず、何となれば君主のみ存在して國會なきとあればなり。例へば日本の如きは國家の成立と共に君主存在せりと雖も國會なるもの存在せざりき。彼の日耳曼古代の國家の如きは國家の成立と共に國會なる者成立せしと雖

も君主と云ふもの現はれたるは國家成立より幾多の星霜を経たる後ちに於てせるものなり。國家の成立と共に君主若しくは國會が成立したりと云ふとは近世の歐洲諸國に於ける二三の國に就て其現象を見るに過ぎず。故に君主及び國會を以て國家の直接機關なりと云ふと能はず、殊に我國に於ては國會を以て論者の所謂直接機關なりと云ふと能はず。故に論者の見解を我國に移用し國法學は國家の直接機關に關する法を説明するものなり、從て君主及び國會に關する法を説明するものなりと云ふと能はず。

其三の見解は國法學に廣狹の二字を與へ、廣義に於て國法學と云ふ時は凡て國家に關する法を説明するものを云ひ、憲法、刑法、民刑訴訟法、及び行政法等の如きものを總括して之に國法學と云ふ名稱を與へ。狹義に於て國法學と云ふ時は廣義國法學中より刑法、民刑訴訟法、及び行政法等を除きたるものを稱して之を國法學と云ひ。且説明して曰く、抑も國家に關する法は憲法、刑法、民刑訴訟法、及び行政法なり、故に廣義に於て國法學と云ふ時は此等のものを總稱したるものなり。然かれども刑法、民刑訴訟法、及び行政法は各々特定の目的を有し特定の性質を有するが

故に之を一纏めに總括せずして其特定の目的、特定の性質に従ひ、各一の科目として説明すると至當なり。故に此等のものを除き残りたる部分を以て狹義の國法學と爲すべし云々と。要するに此見解は國家に關する法を以て憲法、刑法、民刑訴訟法及び行政法に限るものなり。又狹義の國法學の範圍を憲法の範圍に限るものなり。併しながら余の考ふる所を以てすれば、抑も國家に關するの法を以て憲法、刑法、民刑訴訟法、行政法等に限るべきものにあらざると信ず。裁判所構成法、會社法、破産法、民法、商法其他論者が爰に列擧せざる法の中に於て國家に關する法存在すると多し。國家に關する法を國法學なりと云ふ時は此等一切の法を通覽して其國家に關する規定は凡て此を説明せざるべからず、必しも論者が爰に列擧したる法に限るべきものにあらざ。又他の一方より見る時は論者が爰に列擧したる法の中に於て國家に關せざる法存在せるとあるべし、必しも悉く此等の中に規定するものは國家に關する法にあらざ。又刑法、民刑訴訟法及び行政法は各々特定の目的性質を有するが故に、特定の課目として之れを狹義の國法學中より除き去るべしと云ふ時は同一の論法に従ひ憲法と稱するものも亦特定の目的性質を有するが故に、特定の課目として之を狹義の國法學中より除き去るべしと云ふ時は同一の論法に従ひ憲法と稱するものも亦特定の目的性質を有するが故に、特定の課目として之を狹義の國法學中より除き去るべしと云ふ時は同一の論法に従ひ憲法と稱するものも亦特定の目的性質を有するが故に、之をも除き去るべしと云はざる可からず。國法學の中より除き去るべきものを以て特定の目的性質を有するものと云ふことに標準を取る時は憲法のみを残して其他のものを除き去るべしと云ふ理由なし。最後に論者は國法の分類即ち國法の一部分として行政法なるものを擧ぐれども、曩に説明したるが如く行政法なるものは國法全體に跨がるものにして、之を國法の一部分として認むべきものにあらざ。斯の如く論者の説明は其論理に於て衝突あるのみならず、學問上許すべからざる分類を基礎として國法學の範圍を定めんとするを以て其學說に賛成を表すこと能はず。此説はゲオルグ・マイエルの説なり。

第四の見解は國法學をば國家其者に關するの法と云ひ、國家其者の權力、國家其者の作用等凡て國家其者に關する法を國法全體の中より抽象して説明するものを國法學と云ふ。國家は權力の作用として一定の機關を設け、其機關に一定の職權を與へ、其機關が職權の全體として動作する所の行爲に關する法の如きものは國

家其者に關するの法にあらざ、國家と云ふ人格其者に關する法にあらざして國家に依りて認められたる職權の主體即ち國家に依りて認められたる人格の行爲に關する法なり。故に國家の權力の作用として顯はれたる國家以外の人格の組織及び作用に關する法は法理上之を正確に云ふ時は國家其者に對するの法にあらざ。斯の如く國家其者に關するの法と國家以外の人格に關するの法とに依つて區別の標準を設け國法学と他者とを區別せんとす。此見解はゲルベルの主張する所のものなり。余は此見解を以て國法学の範圍に關する尤も精確なる説明として之を採用せんとす。

## 本論

### 第一章 國權論

#### 第一節 國權の性質

國權則ち國家の權力とは國家に屬する強力なり、國法上之を統治權と云ふ。國法上統治權と稱する言葉は普通學者の説明するが如く主權と解釋すべからず。主權と云ふ時は其意義は學者に依て異なるも、雖も皆一定の性質を特に現はすが爲めに此文字を用ゐたるものにして、或形容を有する統治權なり。故に統治權と稱する言葉と主權と稱する言葉とは之を同一に解釋すべからず。特定の性質を有する統治權を指して學者之を主權と云ふ。統治權と云ふ時は國家に屬する權力の全體に對する名義なり。主權と稱するものは統治權の一部にして特定の性質を有する權力なり。

國家の權力即ち統治權は常に其國臣民に對して存在する而已ならず、國土に對しても亦行はるゝものなり。又た臣民及び國土に對する而已ならず、外國臣民及び國土に對して行はるゝとを得るものなり。彼の普通國法學者が國家の統治權を

受くるものを以て其國臣民及び國土に限るものは大なる誤なり。外國の臣民が我國に來る時は我國の統治權を受け、我在外公使館、若くは我占領地に於て我國統治權の行はるゝが如きは現今に於ける外國の臣民又は外國の國土に對して我國統治權の行はるゝ實例なり。

次に又國權は如何なる事柄に對しても凡て其作用を及ぼすものにして國家の意志の及ぶ所には國權も亦其作用を及ぼすべきものなり。彼のカール、ガライス氏が國家の目的を豫め一定し國權は其目的以外に其効力を及ぼすものにあらずと言ふは誤りなり。同氏は國家の目的を五に分ち、代表的の目的、軍事上の目的、司法上の目的、警察上の目的、及び財政上の目的と爲し。國權は凡て此目的を達するが爲めに動作するものにして、此目的以外に國權の行動なしと説明せり。余の見る所を以てすればガライスの説明する所のものは國家の目的中其重なるものを列擧したるに過ぎず。抑も目的とは希望の意志なり。希望の意志ある所即ち目的のある所なり。國家の希望意志は千種万種事物と時とによりて異り、固より豫め一定し得べきものにあらず。ガライス氏が國家の目的を豫め定め、國權は其

範圍内に其行動を止むるものなりと云ふは、從來の學者が一般に爲す所の誤りたる説明に依りたるものにして、法理の觀察に精密ならざるものと考ふ。

次に國權は制限を受くるとありと云ふ事柄を注意せざる可からず。國家は其意志に基かずして法律上制限を受くべきものにあらずるが故に、國家の意志に依らずして國權の制限を爲すと能はずと雖も、國家が自から法を作り一定の間其法に従ひ、自己の行爲を制限するとを定むる時は其法存在する限り國權も亦た一定の制限を受くるものなり。法律上制限と稱するは主觀的の意志の企望の法を以て却くると云ふの意義なり。國家が法を以て國家自身の意志を一定の範圍に於て拘束する時は之を指して法律上の制限と云ふ。學者の言ふが如く制限とは上より下に及ぶものなり。甲の人格が乙の人格に與ふるものなり。己が己れに對して與ふるものにあらずと云ふが如きは事實上の制限と云ふ意味にして法の制限にあらず。

次に注意すべきとは國權の不可分と云ふ是なり。從來國法學者の説明を見るに或は國權は可分のものなるが如き説明を爲すものあり。又或國際條約の文面に

於ては國權を分割し、之を讓與し得べきが如き文字を示したるものあり。併しなから是等は皆國權其者と國權の働きを受くべき容體其者とを混同したるに基くものなり。或一定の國權の容體を分割して之を他の人格に與ふると云ふとは固より爲し得べき事なり。併ながら國權其者は之を分割すると能はず。何となれば分割すべき者は有形の物體に限る、國權は無限のものにして分割の物體となすと能はざればなり。

## 第二節 國權の作用

國權の作用は其形式若くは實質を標準として通常學者之を分て立法、司法、行政となす。我憲法の上に於ても學者の分類に基き立法、司法、行政等の分類を應用せり。併しながら立法、司法若くは行政と稱する者は如何なるものなるやといふとに就ては學者各其見解を異にし、未だ一定せず。次に其學說の主たるものを紹介すべし。

第一の學說 此説を主張する學者は立法とは國家の意志即ち目的を立つるの作用にして、司法とは特定の事實を國家に定めたる意志即ち法に照らし論理の規則に従ひ一定の斷定を下すものにして、特定の事實と國家の意志とを對照し論理上當然生ずる斷定を與ふるものなり。行政とは國家の意志即ち目的を實行するものなり。即ち國家が定めたる意志を實際に應用する作用を指して行政と云ふものなり。論者は例を擧げて説明して曰く「豫め謀りて人を殺したるものは死刑に處すると云ふ法を作るは國家の意志を立つるものにして立法なり、豫め謀りて人を殺したりと云ふ事實ありたる時に當り、此事實を前の法に照らし甲は死刑に處すべきものなりと云ふ論理上の斷定を下すは特定の事實を法に照らして論理の結果を引くものなるが故に、司法なり。斯の如く判決を受けたるものを實際死刑に處し、其性命を奪ふは法の實行なるが故に行政なり」と。此説は實質の上より立法、司法、行政の區別を爲したる者にして稍々正當なるが如しと雖も其實誤りたるものなり。第一に此説によれば立法と行政とを區別すると能はず。立法も行政なり、行政も亦た立法なりと云はざるべからざるに至る。何となれば論者は國家の意志を立つる作用が立法にして其意志の實行が行政なりとするを以て國家が立法せんとする意志を立つるは立法なれども、其立法せんとする意志を立て之を



實行して法を作るは行政なりと論結せざるべからず。又或行政を行はんとするの意志を立て、之を實行するは行政なれども、行政を爲さんとするの意志を立つるは立法なりと云はざるべからざればなり。第二に此説によれば司法と行政とを區別すると能はず。何となれば論者は司法を解釋して事實を法に照らし論理上の判断を下すととなりとなし、行政を解釋して意志の實行なりとするを以て、彼の裁判官が或事實を法に照らし、其の法第何條に當ると云ふ意志を起し、第何條に當ると判定するは意志の實行なるを以て行政なりと論結せざる可からず。又彼の收税官が租税法と一定の事實とを對照し、某は若干の租税を拂ふべきものなりと云ふ處分を爲す事實を法に照らし、論理の断定を下すものなるを以て司法なりと論結せざるべからざる結果を生じ、論者が自から認めて司法なりと論結せざる可からざればなり。

第二の學説 此説を主張する學者は國權の作用を二に分て立法及び行政となす。其立法とは一般豫想的の命令なりと云ひ、行政とは個々特定の事件に對する國家の行爲なりと云ひ、更に行政を分て司法及び狹義の行政と爲し、司法とは法の秩序

を維持するとし、狹義の行政とは國家及び國民の利益を保護増進するの行爲なりと定義せり。而して何か一般豫想的命令なるや、何か法の秩序を維持するものなりやと問ふに、更に説明して曰く一般豫想的命令とは多くの同一の事實が將來生ずると云ふとを豫め想像し、若し斯の如き事實生じたる時は此の如くなすべしと命ずるものなり。例へば多くの放火と云ふ事實が生ずると云ふとを豫想し、其事實の生ぜざる前に於て凡て火を放て人の家屋を毀焼したる時は死刑に處すると云ふ法を設くるが如き是なり。法の秩序を維持するとは法の命ずる所に背きたるものありし時に當り法の命ずる所に従ひ之に一定の制裁を興へ、法其者をして其目的を遂げしむるものを云ふ。例へば人を強迫し又は暴行を加へて財物を強取したるものは強盜の罪となし、輕懲役に處すると云ふ法ありたる時に於て、此の如き行爲を爲したる者に對して之を輕懲役に處すると裁判し、法其者をして其目的を遂げしむる行爲なりと解釋せり。此説を唱ふる學者は以上の如く一般豫想的の命令及び法の秩序を維持すと云ふとを解釋し、狹義の行政とは國家及び國民の利益を増進する所の行爲にして、特定の事件に對する國家の行爲たりとす

るを以て論者の行政と云ふとを一言する時は特定の事件に對して國家及び國民の利益とを増進する所の國權の作用と云ふべきものなり。今此説に従ひ立法、司法及び行政の區別を考ふるに、立法と行政との區別は一は一般豫想的の國家行為にして、一は甲の事實若くは乙の事實と云ふが如き特に定まりたる個々の事實に對する行為なりと云ふ點にあり。國家及び國民の利益を保護増進すると云ふ觀念は立法にも行政にも通ずる所の觀念なり。只だ一般豫想的の命令を以て此事を爲さんとすれば其國權の作用は立法にして個々特定の事實に對して此事を爲さんとすれば行政に屬すと云ふに過ぎざるなり。司法と行政との區別は司法は法の秩序を維持するを唯一の目的とし行政は利益の保護増進を目的と爲すと云ふ點にあり。二者共に個々特定の事件に對する國家行為たりと云ふは共通の觀念なり。

此説はシユルチエ等の主張する所のものなり。佛獨等に於ては殊に多數の學者の賛成を得たるものなり。立法を以て一般豫想的の命令となすことに就てはラバンド等を始めとして獨國國法學者の賛成を得、行政を以て國家及國民の利益を保護増進する國權の特定なる事實に對する作用なりと云ふとに關しては佛國學者多數の同意を得たり。併しながら余の見る所を以てすれば此説も亦た第一の説と同じく立法、行政、司法を精確に區別するに足らざるものと考へらる。

先づ立法とは一般豫想的の命令なりと云ふとに就て考ふるに、此學説は法律的現象の實際に抵觸す。通常立法と稱する場合に於ては一般豫想的の命令を下すと多しと雖も、此等は只通常の事實として統計上其數多しと云ふに止まる。法律學の斷定は統計上の多數なりと云ふとを基礎として下すと能はざる者なり。抑も國法は法律の實質を定めざるが故に特定の事實を規定するに特定の法律を以てするも妨げなし。現に特定の法律を以て規定せる實例あり。歐洲大陸諸國の豫算の如き是れなり。歐洲大陸諸國に於ては豫算は法律なりと明言し、其豫算の中に於て特定の事件に關する特定の收入支出を規定す。豫算中に規定する所のもの多くは一般豫想的の命令にあらず、我國に於て云ふも、天皇が特定の事件に關し之を處分するに法律を以てするの必要ありと認むる時は立法の手續を成し、議會の協賛を経て法律を制定し、之に由りて其特定の事件を處分するとを得るものな

り。我現行の國法に於ては法律の實質を定めざるが故に特定の事件に對しては立法するに能はずと断定するを得ず。

次に司法とは法の秩序を維持するとなりと云ふ見解に就きて考ふるに是又敬服すると能はざるものなり。何となれば法の秩序を破り法に背きたるものありたる時に當り之に一定の制裁を與へ法の秩序を維持すると云ふとは論者及び其他一般の學者が行政なりと認むる場合に於ても又存在するものにして此の如き見解を採る時は行政と司法との區別を爲すと能はざればなり。例を以て説明せんに例へば下級行政官が官吏服務規律に背きたる場合に於て本局長官之に一定の制裁を與へ或は免職を命じ或は罰俸を與るか如き是なり。此場合は純然たる行政にして論者も行政なりと認むる所なり。然るに此國家の行爲は法の命ずる所に背きたるものに對して一定の制裁を與へ法の秩序を維持するの行爲なるを以て論者の見解に依る時は司法なりと云ふの論結を主す。如此論者の見解に依れば其自ら行政なりと認むるものを以て司法なりと云はざる可からざるに至り自家撞着の論決を生ず之れ敬服する能はずと云ふ所なり。

最後に行政とは國民及び國家の利益を保護増進する特定の事實に對する特定の國權の作用なりと云ふを考ふるに是又不當なり。何となれば已に前に述べたるが如く國家は立法を以て特定の事實に對する特定の行爲を爲すとを得其目的は國民若しくは國家の利益を保護増進するにあるを以て如斯見解にては立法と行政とを區別する能はず。加之司法も亦國家若しくは國民の利益を保護増進するを一の目的とするものにて特定の事實に對する特定の行爲たるが故に司法と行政との區別も亦爲すと能はざればなり。論者は損害賠償及び義務履行の請求を訴へたるものありたる時に當り裁判所が賠償を爲さしめ義務の履行を命ずるとを以て國民の利益を保護増進する特定の事實に對する特定の國家行爲となさざるか。又裁判所が強盜放火を爲し若しくは爲さんとするものありたる時に當り之に一定の刑罰を加ふるとを以て國家若しくは國民の利益を計るものと爲さざるか。論者の如き標準にては裁判も亦た行政となり司法行政の區別は全く爲し能はざるものとなる。

第三の學說 此説を唱ふる學者は國權の作用を分て立法行政及び憲法上に於け

る天皇大権の作用の三と爲し。之を説明して曰く、立法とは國會の協賛を得て法律を制定するとなり、憲法上に於ける天皇大権の作用とは憲法に於て天皇の親裁を以て行ふべきとを規定したる政務に對する天皇直接の行爲を云ふ。憲法上天皇の親裁を以て行ふとを必要とせず、天皇が其機關をして行はしむるものは憲法上に於ける天皇大権の作用にあらず。凡そ統治權は天皇之を總攬するが故に國權一切の執行力は凡て天皇の權力に屬すると明かなり。然れども天皇は其權力を行ふに當り種々の形式に依るとを規定し、或時は議會の協賛を経て行ふべきものとなし、或時は其機關に命じて行ふべきものとなし、或時は國會の協賛を待たず又機關に命ぜず、天皇親しく之を行ふべきものとなせり。即ち或政務は必ず天皇親から之を行ひ、他の機關に委託して行はしめざるとを憲法に於て規定せり。例へば法律の裁可、公布及び執行を命ずるが如き、戰を宣し和を講ずるが如き、條約を締結するが如き、戒嚴を宣告するが如き、大赦、特赦、減刑及び復權を命ずるが如き、爵位、勳章、其他の榮典を授與するが如き、海陸軍を統帥するが如き、文武官を任命し官制を定むる等の如き是なり。此等は皆天皇の親裁を以て行ふべきとを憲法に規

定したるものにして、天皇親から之を行ひ、機關に命じて行はしむると能はざるものなり。憲法上に於ける天皇大権の作用とは如斯憲法の上に於て天皇の親裁を以て行ふべきことを規定したる政務に對する天皇直接の行爲を云ふものなり。行政とは天皇の機關が其依託により外部に對して行ふ所の行爲なり、故に行政は第一に機關の行爲なり。機關とは己れの意志目的を達せんが爲め動作するものにあらざりして他人の目的の爲めに其機械となり動作するものを云ふ。即ち天皇の意志目的を達せんが爲めに、天皇の機械となり、動作するものを云ふ。若し天皇が直接に一切の政務を行ふ時は機關の行爲なきを以て行政なし。然るに國家の政務は多端にして、天皇一人にては到底之を裁斷處理すること能はざるが故に、天皇は其政務を分割し種々の機關を設け之れを分擔せしむ。是に於て機關の行爲即ち行政なるもの生ず。第二行政は外部に對する行爲なり。凡そ他人を利用するに當たり二の方法あり、一は外部に對して己れを代表せしむるの方法にして、一は内部に於て己れの補助となすに止まる方法なり。例へば收稅官が租稅法を執行して人民の租稅を徵收するが如きは外部に對して天皇を代表するものなり。

天皇が法律命令を作らむとするに當り委員をして種々の調査起草をなさしむるが如きは内部に於ける補助の行爲なり。行政とは此外部に對する機關の行爲を云ふものにして、内部に於ける機關補助の行爲は之れを行政と云はず。此の如く天皇の機關が委託により他部に對し行ふ行爲は凡て行政となす。故に國務大臣以下の機關が外部に對し行ふ所の行爲は凡て行政なり。彼の裁判所の行ふ裁判の如きも茲に所謂行政と稱するものの中に含む。何となれば裁判は裁判所と云ふ機關が天皇の委託を受け天皇の名に於て行ふ所のものにして、其行爲は外部即ち吾人人民に對して行ふ所のものなればなり云々。

前回に述べたる學説は獨逸の國法學者ホルンハックが『國家法』第一卷に於て説明したるものなり。從來歐洲の國法學者は皆實質上より立法、司法、行政の區別を説明せんことを力め、前に述べたるが如き種々の學説を出せり。然るにホルンハックは國權の作用頗る複雑なるものにして、實質上より見る時は互に錯雜し、國法上一方に於て行政と稱するものと同一の性質を有するものを以て、他の一方に於ては或は立法と云ひ或は司法と稱し、實質上より云ふ時は立法、司法、行政の區別を國法に

抵觸せざる様爲すと能はずと主張し、形式上より此等の區別を爲さんとを力め、以上の如き説明を興へたり。今ホルンハックの説明に依て其當否を考ふるに、國權の作用は複雑にして互に交錯するを以て、實質上より國法に抵觸せざる様立法、司法、行政の區別を爲す能はざるとは氏の述ぶるが如きものなり。此等の區別は形式上より爲すべきものにして、實質上より爲す能はざるものと信ず。又氏が立法の定義を下して立法とは國會の協賛を経て法律を制定する作用なりと述べたる點に就ては大に贊成を表す。何となれば我憲法第五條に天皇は帝國議會の協賛を以て立法權を行ふとあり。我憲法上立法權の作用、即ち立法は議會の協賛を以て法律を制定する作用にして、憲法上立法と云へば議會の協賛と云ふ觀念と法律制定と云ふ觀念を含むものなればなり。併しながら氏が憲法上に於ける天皇大權の作用を以て憲法上天皇親から行ふべきものなりと爲したる政務に對する天皇直接の行爲なりと爲したる點及び行政を以て天皇の機關が其委託を受け外部に對して行ふ所の行爲なりと爲したる點に就きては異論なき能はず。先づ憲法上に於ける天皇大權の作用と云ふとに就きて云はんは、論者の解釋は頗

る誤てるものと考ふ。憲法上に於ける天皇大権の作用とは帝國議會の協賛を要するとなく天皇の自由意志を以て隨意に處分し得べき政務を憲法に列擧したるものに對して天皇が其政務を行ふの作用を指すものなり。之を行ふに當りて天皇親から行ふと機關に命じて行はしむるを問はざるなり、唯だ議會の制限を受けず、天皇一個の考を以て處分し得るを憲法に列擧したる政務に對する天皇の作用を云ふものなり。論者の説明する如く天皇の直接に之を行ふと云ふと必要となさず、論者が憲法上に於ける天皇大権の作用を以て天皇直接の行爲と解釋したるは憲法に於て天皇は條約を締結す、天皇は戒嚴を宣告すと云ふが如く條文を以て規定したる事柄に關しては必ず天皇親ら之を行ひ機關に命じて行はしむると能はずと解釋したるに基く。論者は如斯憲法に於て天皇之を行ふと規定したるを解釋して天皇親ら行ひ他人に委託して行はしむると能はずと考ふるが故に憲法上に於ける天皇大権とは天皇親ら之を行ひ他人に委託して行はしむると能はざる政務に對する天皇の行爲なりと解釋せるものなり。併しながら憲法に於て天皇之を行ふと規定したる條文は天皇親ら行ふべきことを命じ他人に委託

して行はしむると能はずと規定したるものにあらず、其政務の執行は天皇の權力に屬するものにして其自由意志を以て之を行ふとを得、他人の制限を受けず、他人の協賛を要せずと云ふとを規定したるものなり。何となれば天皇の機關及び代表人の行爲は法理上天皇の行爲なるを以て天皇親ら其政務を執行するも機關又は代理人をして之を行はしむるも法理の上より之を見る時は其政務は皆天皇之を行ふたりと云ふ論結を與ふべきものなり。天皇親ら之を行ひ他人に委託して行はしむ可からずと云ふ取り除けの規定なき以上は天皇之を行ふと規定するも天皇親ら之を行はざる可からずと云ふ論結を與ふべき理由なければなり。故に天皇之を行ふと規定したるとは其政務を行ふの權力天皇に屬し他人の協賛を要せず、他人の制限を受けず、天皇の自由意志を以て之を行ひ得るとを示すものなり。従つて憲法上に於ける天皇の大権を解釋して天皇直接の行爲なりと考ふるは法理の解釋方法を誤りたるものなり。

次に行政とは天皇の機關が天皇の委託により外部に對して行ふ所の行爲なりと云ふとに就て考ふるに是れ亦不當なり。何となれば機關が外部に對して行ふ行

爲は行政なりと爲す時は外部に對せず、内部に於て行ふ行爲、例へば各省大臣が其省内に於ける事務を下級官吏に分配するが如き、又下級官吏の行爲を監督するが如き、又内部に於ける事務の整頓及び外部に對して或行爲を爲さんとする前に當て内部の準備行爲の如きは如何なる國權の作用と爲すか、論者の所謂立法、司法、行政と稱するもの、内には屬せざるものに非ずや。論者國權の作用を分て立法大權の作用及び行政と爲すに當り如斯國權の作用あることを忘れたるや、苟くも然らざれば如斯内部の行爲を以て國權の作用と爲すの理あらんや。然るに我現行の國法上より見るときは斯の如き國權の作用あると明かにして又其作用あるを認めり。要するに論者の所謂行政の定義は狭に過ぎ且つ脱漏ありと云ふの謗りを免かれざるものなり、殊に大權の作用の解釋の如きは全然法理を誤りたるものなり。而して採用すべきもの唯だ立法の定義あるのみ。

要するに以上述べたる諸學者の説明は或は廣に過ぐるものあり、或は狭に失ふものあり。或は又立法、司法及び行政に共通の觀念なるにも拘はらず之を基礎として此三者の區別を爲さんとし却て混雜を來したるものあるを以て余は是等の説

明によらず次の如き説明を爲さんとす。曰く立法とは天皇が帝國議會の協贊を経て行ふ法律制定の作用なり、司法とは天皇の名に於て法律に依り裁判所の行ふ所爲なり、行政とは立法及び司法にあらざる凡ての國權の作用なりと。立法、司法、行政の定義に關して何故に此の如き説明を爲すやと言ふに、抑も國權の作用を分ちて立法、司法、行政の三と爲す以上は我國法上此の如き定義を取らざる可からざるの理由存すればなり。何となれば我憲法第五條を見るに『天皇は帝國議會の協贊を以て立法權を行ふ』とあり。我憲法上立法とは單に國家の意志を立つると云ふに止らず、天皇が議會の協贊を以て行ふ法律制定の作用なりと言はざる可からず。又我憲法第五十七條を見るに『司法權は天皇の名に於て法律に據り裁判所之を行ふ』とあり。憲法上司法とは天皇の名に於て法律に據り裁判所之行ふ行爲なりと言はざる可からず。而して其立法、司法に屬せざる凡ての國權の作用は當然行政なり。然れども其國權の作用は國家百般の政務に對するものにして其行爲は種々様々の性質を有し、種々様々の形式に於て種々様々の國家機關之を行ひ、到底積極的に某の性質を存し某の形式に於て某の機關が行ふ國權の作用こそ行政

なりと定義を下すと能はざるなり。蓋し從來諸々の國法學者が立法、司法、行政の定義を下すに當り、議論百出各其見解を異にし互に一致せざるのみならず、國法に牴觸せず、法理の貫徹したる論結を爲す能はざりしは即ち是等の定義は實質上より下すと能はざるを悟らず、特に行政は國家百般の政務に對する行爲にして種々様々の性質をなし到底實質上積極的に其特有の性質を見出し之れが定義を下すと能はざるを悟らず、強ひて實質上若くは積極的に之が定義を下さんとを力めたるに由らざんばならず。行政の行爲を爲すに當ては或は法を作るとあり、或は裁判判決をなすとあり、國家の意志を立つるとあり、國家の意志を實行するとあり、國家及び國民の利益を保護増進するを以て其目的とするあり、法の秩序を維持すると云ふを以て目的となすとあり、一般豫想的の命令を下すとあり、天皇親から之を行ふとあり、或は機關に命じて行はしむるとあり。故に行政の定義は實質上之を與ふると能はず、又ホルンハックの如く形式上よりするも積極的に之が定義を下すと能はず。是れ余が實質上若くは形式上に於ける積極的の定義を探らずして形式上に於ける消極的の定義を探りたる所以なり。立法及び司法の定義に就て

は憲法第五條及び第五十七條に根據するものにして此條文を變更せざる限りは決して動かすべからざる定義と考ふ。

## 第二章 國權の客體

### 第一節 國土

國土とは一國統治の下に服従する一定の土地を云ふ。國權の下に服従する一定の土地を指して國土と稱するが故に國土は國權の客體なり。國土は國土として國權の客體なり。一定の土地に生活する國民を統治する結果として其國土の上に國權の行はるゝものにあらざ。ゲオルク、マイエル及びシニルツエ等が主張する如く國土と稱するものは國權の行はるゝ土地の範圍を示すに留まるものにあらず。此等の學者は國土其者を以て國權の客體となすとを否認し國權は只だ人に對してのみ行はるゝものなり、國土は其國權が人に對して行はるゝ範圍を示すものなりと説明すと雖ども、是等は大きな誤りなり。國權は人へのみ對して行はるゝものにあらず、國土其者に對しても亦た行はるゝものなり。故に日本國土たる以上は其上に人の居住すると否とを問はず、我國權行はる。例へば日本國土中



に無人島ある時は其土地に人類の存在せざるにも拘はらず我國權は當然行はる。日本政府は外國が其島の占領を爲すを拒み又た外國が之に向て其國權を行ふとを法理上拒み居るものなり。

國土に對して行はるゝ權力を國土權と云ふ。國土權は其性質普通の國權と異なるとなし。唯だ國權が國土と稱する物を客體として有する故に假りに國土權と稱するに過ぎず。特別の名稱を附するも特別の性質を有するにあらず。彼の最高所有權と云ふ觀念を以て國土權の性質を説明せんとすれども是等は誤りたる考なり。或學者は所有權に二の權力あるとを認め人民が土地に對して有する所有權は劣等の所有權なり、國家が國土に對して有する所有權は最高等の所有權なり、故に國家は人民が其所有に屬する土地を自由に使用收益處分し得るが如く、其國土を自由に收益處分するを得、國家は必要あるに當りては人民の所有權を奪ひ國家の國土に對する最高所有權を行ふとを得るものなりと説明せり。國家が其國土に對し其權力を行ひ己の意志に反して他の權力行はるゝとを拒絶するは恰かも所有者が其所有物に對して他人の權利の行はるゝとを拒絶すると其關係

同一なり。然かれども此等は外形の事實と同様なる所ありと云ふに過ぎず。其實國土權は土地所有の權利にあらず、土地所有權は平等の關係に於て行はるゝ權利なり。國土は不平等の關係に於て行はるゝ權力なり。國土權は國土に對して行はるゝ國權なり。從て彼の國際公法學者が國際法上の所有權及び國家法上の所有權と云ふが如き言葉を用ゆるも亦た不當なり。從來の國際法學者が國家が其の意志に反して己れの國土に外國の國權行はるゝとを拒絶するの力を指して國際法上の所有權と云ひ内部にありて其臣民の行動を却け國家獨り其國土に對して行動する力を指して國際法上の所有權と云へり。併しながら國家が國土を所分する力は所有權にあらずるを覺る時は從來用ゐ來りたる國際法上の所有權及び國家法の所有權なる言葉の不當なるとは彼の最高所有權と云ふ觀念の不當なるが如く辯を待たずして明かなり。

國土權は國土に對する國家の權力なるが故に國土を統治する必要に應じ種々の形式と種類とを以て現はる、豫め國土權の種類を列舉し其の行はるゝ形式を示すと能はざるなり。彼のベッセルの如く道路設定の權、洋水に對する處分權、土地に對

する行政區劃を設くる權、國土に在留する外國人を取扱ふ權等を以て國土權として之を列擧するは正鵠を得たるものにあらざ。國土に對する國家の統治權即ち權力は此に列擧したるものに限らず、且つ又此に列擧したるものと雖も精確に解釋する時は國土權にあらざるものあり。彼の一定の土地に砲臺を設くる權、堤防の爲めに又た風致を維持するが爲めに土地に樹木を植付くる權、芥捨場を設くる權、溝其他不潔の場所を掃除する權等は此に列擧せざるものなれども是又國土に對する統治權なり。此に列擧したるものと雖も國土に在留する外國人を取扱ふ權力は國土に對する統治權ならず、人に對する統治權なり。我國土に在留すると云ふとを條件として其人に統治權を及ぼすものなり。在留外國人を以て我國土と同一に見做し國土の一部即ち草木土塊の如きものと同様に考へて之を統治するにあらざ。我國法は外國人を以て人なりと認め之に法律上人格を與へ我臣民と同じく人類として之を取扱ふ。外國人を殺し又は之を傷けたるものは人を殺し人を傷けたるものと爲し、刑法に於て之を罰す。決して土地草木を切り又は之を傷けたるものと同一視せざるなり。

ベッセルが在留外國人に對する統治權を以て國土權の一種類と爲したるは國家統治の客體を以て國土及び臣民の二に限れる普通の迷想に基く。從來の國法學者は一般に國家統治の客體を以て國土及び臣民の二に限り此二の外に統治の客體なしと考ふ。故に我國に在留する外國人に對する統治權は國土權の一種となせしなり。何となれば國家統治の客體を臣民及び國土のみに限る時は外國人は我國の臣民にあらず、其國の臣民にあらずして其國の統治權を受くるは國土の外なし。故に外國人は其國土權の一部を受くるものと論理上断定するの必要あればなり。然るに國家統治の客體は屢々述ぶるが如く此二に限るべきものにあらず。外國人も亦其在留を條件として我國權を及ぼすものなり。即ち在留外國人に對する統治權は國土權の一部にあらずして人に對する統治權なり。ベッセルが國土權として列擧したるものは必らずしも國土權の全體を含むものにあらず、又た必らずしも國土權のみにあらず、要するに國土權の種類は豫め之を列擧し悉くし得べきものにあらざ。ベッセルの誤りをなす所以のものは其爲す能はざるものを強て爲さんと欲するが故なり。

我國土は如何なる土地を含むものなるやと問ふに憲法又は法律等の明文に於て之を規定せず、從來の事實に對する暗黙の認定に依つて定まるものと思はる。日本本島、北海道、臺灣、其他附屬の島嶼を以て日本國土と爲す。歐洲諸國に於ては憲法の明文に於て何れの土地を以て其國土と爲すと云ふとを規定したるものと其趣きを異にす。歐洲に於ては多くは憲法の明文に於て其國土の範圍を規定するも、日本に於ては斯の如き憲法上の明文なし。故に日本に於て國土の範圍を縮少し又は擴張せんとするに當り歐洲の如く必ずしも憲法若しくは法律を變更するの手續きを爲す必要なし。天皇の勅令を以て之を爲すとを得るものなり。天皇は外國と條約をなし其條約の結果に於て得たる所の土地を勅令を以て日本國土に編入し又條約の結果として外國へ分割したる土地を日本國土より除き去るを得るものなり。但し嘗て述べたる如く市町村制、議員選舉法等の結果として日本國土なりと法律上明示したる時は天皇の勅令のみを以て之を外國へ分割すると能はず。必ず法律の規定を以てせざる可らず。故に現今日本國土を縮小するとに付ては絶對的に勅令を以て爲し得ると云ふと能はず。但だ古の如き關係に於て法律に牴觸せざる場合にのみ限り之を爲し得るに止まる。併しながら外國の土地を讓受け日本國土の範圍を擴張する點に付ては法律の制限なきを以て絶對的に勅令を以て爲さざるを得るものなり。

國土は分割すべからずと云ふ從來學者の唱へ來りし格言は之を解釋する方法の如何により或は正當なる格言と爲り、或は不正當のものとならるべし。若し此格言を解釋して日本國土を二以上に分割し二人以上の天皇をして之を統治せしむべからずと云ふ意味なりとする時は此格言乃ち正當となる。何となれば我憲法第一條に『大日本帝國は万世一系の天皇之を統治す』と規定し我帝國々土にして天皇の統治に屬せざるものあると認めず、又我國に於て同時に二人以上の天皇存在すると認めざるを以て我國の國土なる以上は必ず一人の天皇之を統治すべきものなる明かなればなり。若し又國土は分割すべからずと云ふ格言を解釋し日本國土を二以上に分割し一部分に對しては日本國權行はれ他の部分に對しては日本國權を却け外國の國權を行はしむるを非認するの意味なりとせんか是又正當たるを失はず。何となれば我國法上日本國土に對しては日本國權行はれ

我國家の明示若くは暗黙の認諾なくして外國々權の行はるゝとを認めざればなり。我國內に於て現今外國の領事裁判所あり、又た外國人居留地等ありて外國々權の行はるゝとあるも此等は外國の國權を一定の場合一定の場所に限り我國土内に於て行ふべきとを條約の結果により我國權を以て許したるに基く。我國權の許可なきに於ては如何なる國と雖も我國土内に於ては其權力を行ふと能はざる法理なり、我國權を以て一定の場合一定の場所に限り外國々權を行はるゝとを許したる場合には茲に外國々權の行はるゝものなり、併しながら此れが爲めに爰に我國權が行はれずと云ふものにあらざ、我國權の行はるゝとは勿論なり、凡そ國權の行動に積極的の行動と消極的の行動との二あり、此場合に於ては我國權積極的の行動を爲さずと云ふに止まる、天皇が我國土を統治すると云ふ關係は此の如き事實の爲めに妨げらるゝものにあらず。

外國の君主若くは公使が我國土内に於て治外法權を有し日本國權の施行を受けずと云ふが如き事柄も皆我國が之を認許し、我國權を積極的に及ぼさずと決定したるに基く。從來の國際公法學者が主張する如く各國の上に各國を拘束する國

際公法なるものあり、其規則として君主若くは公使に治外法權を認むるが故に各國は國際公法に従ふの結果として當然治外法權を有すると認め、其國權を外國の君主若くは公使に對し及ぼすと能はずと云ふものにあらざ。國際公法學者が各國を拘束する力あるは法理上各國に於て國際公法の存在すると認め之に服従すると認めたるが爲めなり。一國の認諾なきにも拘はらず自然國際公法が其國を拘束すると云ふとは法理上解釋する能はず。事實上國際公法に服従すべきと認めしむる原因は固より國力の強弱、國力の平均を保つが爲め、其他政治上の必要に基くものなりと雖も、法理上より云ふ時は之に服従する義務の生ずる原因は各國の認諾に基くものなり、各國自らが服従すべきとを發表したるが爲めなり。國際公法の拘束力は各國の認諾に基くが故に規定せらるゝ、君主若くは公使の治外法權の如き、又た各國の認諾に基き其効力を有するものなり、從て此等のものが治外法權を有すると云ふは我國權の作用として生じたるものなり。我國權の作用を却け我國權の意志に反し此の如き權力を有するものにあらず。次に若し國土は分割すべからずと云ふ格言を解釋して日本國土の一部を割き

て外國の國土に屬せしむ可らずとする意味なりとする時は此格言は誤りなり。何となれば我憲法は我國土を割きて外國に與ふるとを禁せざるのみならず憲法上國土の範圍を現定せざるが故に法律若くは勅令を以て國土を伸縮すると明かに爲し得ればなり。如何なる場合は法律を以てし如何なる場合には勅令を以てすべきやは前に述べたる所によるべし。

次に又國土は分割すべからずと云ふ格言を解釋して一國の土地に對する所有權は外國に與ふべからずとする意味なりとする時は是又誤りなり。一國の土地に對する所有權は之を外國又は外國の臣民に與へ得るとは一般に認められたる原則なり。我國に於ても憲法上之を與ふ可からずと云ふ法理なし、只だ現今政治上の必要により條約の結果として一時外國人に土地所有權を認めずと云ふに止まる。現今各國に於ての私權は廣く外國人にも之を享有せしむるを原則となし我國に於ても民法に於て此原則を認めたるを以て將來政治上の必要一變する時は條約の改正に依つて土地所有權を外國人に認むるとあるべし。要するに國土は分割すべからずと云ふ格言は歐洲の中世に行はれたる一國の法律に基きたる

ものなり、其法律は當時の政略上一定の必要ありて之を發したるものなり、法律の明文なき所に於て此の如き格言絕對的に主張すべきものにあらず。

## 第二節 臣民

臣民とは一國統治の下に無條件に服従すべき人を云ふ、臣民は臣民として統治の客體となるを得るものなり、國家が一定の土地を統治する結果として臣民に其統治權を及ぼすものにあらず、土地に關係なく臣民たる資格に於て統治の客體と爲るとを得るものなり。故に日本臣民たる以上は土地に屬する日本國權の及ぼざる處に生活するも尙其國權の作用を受くるものなり。例へば外國に在留する日本臣民に對して我國家が其統治權を行ひ其臣民にして外國に於て我刑法の命ずる所に背きたる所爲を爲したる時は其日本に歸るを俟つか若しくは之を召喚して罰し得るが如き、又た兵役義務履行を爲す外國に在留する日本臣民を召喚し得るが如き是れなり。如斯く日本國權の行はれざる土地に在留する我臣民に對して我國權を行ひ之を召還し若くは一定の作爲又は不作爲を命ずるとを得るは土地に關係なく人其ものに對して統治權行はるゝ爲めなり。是臣民の定義中に臣

民とは一國統治の下に服従すべき人なりと云ひ人其者が統治の客體となり得ることを示したる所以なり、次に又定義中に一國統治の下に無條件にて服従すべき人と云ひ、無條件と云ふ文字を挿入したる所以は此文字に依て臣民と外國人とを區別せんが爲めなり、彼の外國人と雖も我國內に在留する以上は我國權の統治を受くべきなり。故に一般學者の唱ふる如く一國統治權の下に服従する人が臣民なりと云ふ定義を下す時は我國に在留する外國人も亦其在留する間は我臣民なりと云はざるべからざるに至り、臣民と外國人との區別を失ふ。何となれば單に我國權に服従するものが臣民なりと云ふ時は我國に在留する外國人も亦其在留の間は我國權に服従すべきものなるを以て、我臣民なりと云はざるべからざればなり。其我臣民と異なる所は外國人に在ては我國土内に在留すると云ふことを條件として、我國權に服従し、我臣民に在ては我國土内に居住すると否を問はず、我國權に服従すべきものなりと云ふ點にあり、此無條件の服従と云ふとが臣民の臣民たる本性にして、外國人と異なる所なり。要するに臣民は土地に關係なく臣民たる資格に於て統治の客體となり、又た無條件に一國統治の下に服従するものなり。

り。是れ定義中に一國統治の下に無條件に服従するものが臣民たりと云ふ所以なり。

臣民の臣民たる本性は無條件にて一國統治の下に服従すべきものなりと云ふ點にあり、彼の或種類の學者の認むるが如く政治に參與する權利を有するとが臣民の本性にあらず、或種類の學者は參政權を有すると云ふとを以て臣民の本性なりと認むるものあれども此等は誤りなり。若し參政權を有するとを以て臣民の本性と爲す時は君主獨裁國の臣民は臣民に非ずと云ふ結果を生ずるは勿論現在我國に於ても或種類の臣民は臣民にあらずと云はざる可からざるに至る、彼の地租若くは所得税を納むると能はずして公民たる資格を有せざるものは參政の權なきを以て日本臣民にあらずと云はざるべからず。併しながら我國法上如斯ものを以て外國の人と見做さず、又た無籍のものを見做さず、均しく日本國民として取扱ふ斯の如く國法上參政權なきものと雖も、尙之を臣民と見做すが故に參政權を有すると云ふことは臣民たるに必要な條件にあらず。又或學者の認むる如く國家の保護を受くると云ふ權利を以て臣民の臣民たる要件となすも亦た誤りな

り。或學者は國家と稱するものは臣民の幸福安寧を保護することを力め時として  
 は之が爲め戦争を爲し、數萬の財産を費すとあるを見て臣民たる特性は國家の保  
 護を受くる點にありと説明すれども、是又誤りなり。抑も臣民は固より其國家  
 の保護を受くるものなり、併しながら國家の保護を受くるもの必ずしも其國臣民  
 に限らず、外國人と雖も我國に在留する間は我國國家より一定の保護を受くるもの  
 なり、刑法の保護を受け民法に認めたる利益の享有を保護せらるゝものなり。  
 一國統治の下に無條件に服従すべき人を指して臣民と稱するが故に臣民は國家  
 の命ずる所に従ひ、一定の義務を負担すべきものなると明かなり。臣民が國家に  
 對する義務ありと云ふことは臣民の性質より當然生ずる所の結果なり。併しな  
 がら臣民が國家に對して權利を有すると云ふとは其性質上當然生ずるものにあ  
 らず。然かれども權利は國家か其命令權を以て之を作り各人をして之を享有せ  
 しむるものなるが故に、國家は自から義務者となり、臣民に對しては一定の義務を  
 負擔するを規定する時は臣民は其規定により國家に對し一定の權利を有する  
 とを得るものなり。但し國家は此の場合に於て再び命令を發し、先の規定を變更

し、臣民に對し義務者たることを廢止し得るは勿論なり、臣民が國家に對して權利を  
 有するは其規定を廢止せざる間に止まる。終局に於て權利享有を廢止するの權  
 力あるも之を廢止せざる限りは權利を有するものなり。論者は如斯場合に於て  
 權利なきことを主張する所以のものは權利には必らず終局の保護あるを必要と  
 認めたるに基く、權利には終局迄の保護あることを必要と認むるとある故に國家  
 一方の意志を以て廢除するを得る場合、即ち終局までの保護なきものは權利に  
 あらずと考へたり。併しながら權利に終局までの保護あるを必要と認めたる學  
 者は權利と云ふものを法の作りたるものなることを忘却したるものなり。權利は  
 法の作りたるものなるが故に法が權利の享有を得せしむる間に於てのみ權利存  
 在す。法は其變更廢除に依て權利の享有を變更廢除し終局の保護を奪ひ得るも  
 のなり。

要するに權利は法の規定に依て生ずるものなるが故に法が權利ありと認めたる  
 場合には凡て權利存在するものなり。現今我國法の規定する所によれば臣民は  
 相互の間に於て又は外國人に對して權利を有するのみならず國家に對しても亦

た權利を有するものなり、彼の土地收用を條件として一定の金額を國家が臣民に對して支拂ふべき場合、又國家が臣民に俸給恩俸を支拂ふべき場合、及び其他國家と臣民とが民法上の契約をなし、其結果として國家が一定の義務を負担したる場合の如き皆臣民が國家に對して權利を有する實例なり。

從來學者の權利に關する解釋は左の四種とす。

(一)強制主義(カントの學說)。(二)意志主義(ヘーゲルの學說)。(三)利益主義(エーリンクの學說)。(四)持分主義(デルンブルヒの學說)是れなり。

第一、強制主義に依れば強制の力が即ち權利なり、故に一定の力を以て強制し得る時は此を權利と云ふ。此は權利其者と權利執行の手段とを混ぜり。權利は強制の力にあらず之を執行するに強制するものなり、故に權利あるも強制する能はず。例へば債權者は債務者に對し權利を有するも強制力を有せず、唯だ金を還すべしと云ふのみにして債務者の財産を腕力を以て得べきにあらず。此に於て此を執行する爲に裁判所に訴へ其結果執達吏強制力を行ふなり。是れ強制力は債權者が行ふにあらずして國家機關たる執達吏之を有するなり。即ち強制は權利の

享有を完全ならしむる爲め國家の行ふ手段なり。

第二、意志主義はカントが權利は強制の力なりと云ふ說の非なるを悟り權利は意昧なりと説明せるなり。之を完全に説明したるはウィンドシャイドにして最も巧に説明し現今の民法學者は皆之に雷同せり。此主義の説明によれば權利は法の認定に依て存在する意志の力なり、法の認定により存在する意志の力とは法が一定の條件、一定の場合を定め此の條件此の場合に於て如斯意志が他人の意志を服従せしむる力を有し、他人は其一定の人の意志に依つて動作せざるべからず、此意志の力を指して權利と云ひ、此意志の力を有するものを權利者と云ひ、此意志の力を有する者に服従する者を義務者と云ふ。故に權利者の意志は常に義務者の標準と爲るなりと。此説明も亦た非難を免かれず、權利を意志の力なりとすれば權利の存在する所には必ず意志の存在を必要とす、従つて意志なき所には權利なし、意志の能力なきもの即ち未成年者、瘋癲、白痴の如きは權利なき者と云はざるべからず、故に少年の財産は人皆之を取るを得べし。此點に關してはウィンドシャイド辯護して曰く、此場合には後見人監理人を設け此等の人の意志を以て未成年



者等の意志とし、法律上未成年者に意志なしとするにあらざ、故に権利の主体と爲る能はずと云ふとなし。併しながら此説明も満足する能はざるとあり、其は後見人監理人、死亡し後任者定まらざる時は絶對的に意志なしと云はざるべからず、又豫め死後の後見人を定めざるともあるべし、故に後見人は暫時中断し未成年者等は意志なきに至り、從て権利の主体と爲る能はずして物は無主物となるべし。故に此説明は或一定の程度までは可なれども此點に至ては不可なり。

第三、エーリングの利益主義なり。権利は法律上保護せられたる利益なりと、同氏は之を解釋して訴訟の道に依て救ふとを許されたる利益なりとせり。此に注意すべきは日本の法學者此の説明を採用せるあり、併ながら此學説は羅馬法より移したる者にしてエーリングの説明と異なる點あり。而して普通の考に了解し易き故に歐洲の學者も之に雷同せるなり。今其要素とする者を見るに権利は訴訟に依りて保護せらるゝを必要とし、次に利益の存在を必要とす。然るに日本及び歐洲にても國法上權利と規定したるもの必ずしも訴ふるを得るものと云ふ可からず、民事裁判所及び行政裁判所は一定の範圍内に於てのみ裁判するものにし

て其他權利にして訴訟に依り保護せられざるもの甚だ多かるべきなり。次に利益なりと云ふは不都合なり、即ち利益なき所には權利なしと云ふに同じ氏は權利の何たるを説明して曰く利益とは主觀的觀念なり故に利益を受けんとするものが利益なりと云ひ或は無しと云ふ、即ち一定の物に對して有する價值なりと。然れども甲の利益とするものは必ずしも乙の利益とならざるなり。而して乙或畫幅を有する時甲は之を利益なきものなりと見做す時は利益なる觀念は主觀的のものとなるが故に其者は甲に對しては利益ならざるべし、利益ならざる故甲は之に對し權利を有せずと斷せざる可からず、是れ不都合の説と云ふべし。

第四、持分主義、民法家デルンブルヒの説にして凡そ吾人々類は外物を收用するにあらざれば生活を遂ぐると能はず、併しながら外物を收用するを自然に任ずる時は人々奪掠を擅にし、國家一日も安からず、弱者の肉は常に強者の食となる、故に外物を收用するに於て一定の條件を規定す。此條件に依て外物を收用し得べき部分是れ即ち權利なり。例へば所有權と云へば代價を拂ふ條件を履むを要するが如き是れなり。故に權利は法の規定に依て一私人に屬する外物を收用する持分

と云へり。是は前數者に比すれば非難少なし、然しながら一步を進めて何にが持分なりやと云に至ては説明に窮せざるを得ずとはウインドシヤイドの間へる所なり。抑も持分とは權利を享有し得べき部分なり、故に持分は權利の部分なり。此を以て權利なりと云ふは前後を顛倒したりと云はざるべからず。法は外物を收用する權利を規定するものにして其權利を享有し得べき部分が權利なり。要するに權利説明は四に分るゝも互に相攻撃し既に亦一の定義を下すなし。余は權利は法の認めたる自由なりと云ふ簡單平易なるものを以て十分とす。何となれば權利は法の認定に依るのみならず、自由は法の認定以外に存するも法の認定範圍に入りたるものを除く外權利と云ふとを得ざればなり。

ライプニッツは權利とは或徳義上の權力なりと云へり。是は法律と道德との混同を爲したるものなり。次にトマシエースは權利とは或物を保持し、又は社會に棲息する他人をして或事を爲さしむる活潑なる徳性なりと云へり。此等は要するに自由と云ふと殆ど同じきものなり。活潑云々とは頗る標準を定むるに苦む説にして又非難を免れず。

キルヒマンは權利とは常に道德上のみならず又權利者の命令により實行せられ、且つ加害者に對し脅迫又は苦痛の加用によりて保護せらるゝ力を云ふと云へり。ブーンは權利とは法律に依て與へられたる利益又は能力なり、近世の觀念とエーリンクの觀念とを採用したるものなり。此説によれば權利とは能力と利益と二つ存在するとを結論す、併し乍ら不利益も權利とすることあり。ホルランド氏は權利とは國家の一致又は助力を以て他人の行爲を支配し得べき人に屬する能力なりと。是も法の認めたる自由と云ふ觀念に基くものにして國家の救濟なき處には權利なしと云はざる可からず、國家は權利ありとすれば一致又は助力なしと雖も可なり。ステンゲルは權利とは法律上の能得なりと云へり。是れ自由と云ふとなり、余は此定義を採用するものなり。

次に是より權利に就きて公權私權あるとに付き一言せん。

權利を分て公權私權の二とす。而して此區別たる從來の學者は各其見解を異にし未だ一定せず。或學者は國家に對して有する所の權利は公權にして一私人に對して有する所の權利は私權なりと云ひ、又或學者は國家の政務に參與するの權

利は公權にして其他の權利は私權なりと言ふと雖も此等の見解皆誤りたるものなるべし。今第一の見解に付て論せんに義務者の國家なると否とを標準として權利の公と私とを區別する時は彼の所有權の如きは其義務者を國家若しくは一個人と限らざる故に此の權利は公權私權の何れにも屬せしむると能はざるものと爲る。何となれば他人の所有權を冒すべからざる義務は國家及び凡ての人之を負擔す。其權利に對する義務者は國家及び其他凡ての一個人なる故此區別の標準に依る時は所有權は時としては公權となり、時としては私權となり、又た時としては公權私權の性質を同時に有すと云ふ可き必要あればなり。

第二の見解も亦た誤謬たるを免れず。公衆に對して有する權利が公權にして特定の人に對して有する權利が私權なりと云ふ時は所有權の如き特權は公衆全體に對して有するものなるが故に、此等の權利は常に公權となり人權の如き特定の人に對して存在する所の權利のみが私權なりと云ふ必要を生ず。加之尙ほ一步を進めて考ふる時は人權もまた公權なりと云はざる可からざるに至る。何となれば人權も亦定りたる人に對して其作爲不作爲を請求するのみならず、公衆に對

して其人權を冒さざるの權利を有す。人權の効力は特定の人に對して存在するのみならず、公衆全體に對して其効力を有するものなればなり。人權の主體が其權利の特定の人に對して行ひ、他人をして之れを妨げしめざる關係は恰かも物權の主體が其權利を他人に妨げしめざると同一なり。公衆は物權の權利者が其權利を行使するとを妨げざる義務あるが故に物權は公衆に對して有する權利なりとする時は人權も亦公衆に對して有する權利となる。何となれば人權の主體が特定の人に對して其權利の行使を公衆は妨げざるの義務を有すればなり。要するに人權と物權と異なる所は一は特定の人を行爲を目的とし一は物體其者の所分を目的とするにあり。其權利を公衆に對して有すると云ふに至つては二者同一なり。凡そ國法上の權利と認め各人をして之を享有せしむる以上は其權利者は公衆に對して有するものなり。公衆に對して有すると云ふことを標準として公權の性質を説明する時は吾人の享有する一切の權利は公權なりと云はざるべからず。

第三の見解即ち國家の政務に參與する權利が公權にして其他の權利が私權なり

と云ふ説も亦た誤謬たるを免かれず。國法上國家の政務に參與する權利其者を以て公權と認めたるもの甚だ多しと雖も我國法上に於て公權と稱すべきもの未だ必ずしも此等の權利に限らず、外國の勳章を帶ぶる權、兵籍に入るの權、後見人となる權利の如きものは國家の政務に參與する權利にあらざるも國法上尙此等を公權と認む。國法上政務に參與する權利の外に尙公權あるとを認むるものは國政に參與するを否とを標準として公權私權の區別を爲す能はざるとを示すものなり、蓋し政務に參與するの權利は固より公權なるべしと雖も、公權の全体にあらず、從て公權私權の區別を此に取ると能はざるなり。

次に又或人は公法上の權利が公權にして私法上の權利が私權なりと云ふ者あり。而して公法私法を解して曰く公法とは公の法人の行爲を規定するものなり、私法とは私法人の行爲を規定するものなりと。今其不可なる所以を述べんに先づ公法私法に関する學說各異なると雖も、余の見を以てすれば公法、私法の別は爲すべからざるものと信ずるが故に從て之に基きたる公權、私權も到底區別する能はざるものなり。畢竟現今國法上立法上より公權、私權の區別は之を立つると能はざ

るものと信ず。唯だ刑法第三十一條によりて知るの外なきなり。

本講義未だ完からずして井上講師海外留學を命ぜられたるを以て遺憾ながら是に擲筆するの已むべからざるに至る讀者諒焉

編者識

## 國法學(完結)



東京專門學校政治經濟科  
第三年級講義錄  
國法學  
井上密  
完

7  
1ハ

M

031546-000-6

ウー1ハ

国法学

井上 密/述

[M29?]

BBE-0148

