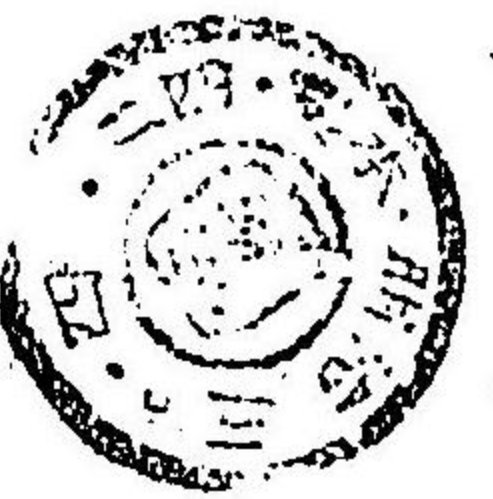




英國

ダイシー氏原著
高田早苗譯述



法

論

完

東京專門學校藏版

Tokyo
hotel
Mar market.
市市場

憲法論目次

緒言 憲法の眞性 *True nature*

第一編 國會の主權

第一章 國會主權の性質

第二章 國會と無主權立法躰

第三章 國會主權及聯邦主義

第二編 法律の支配

第四章 法律の支配、其性質及適用

第五章 人身自由の權利

第六章 言論自由の權利

第七章 公會の權利

第八章 戒嚴律

第九章 陸軍

憲法論 目次

第十章	歳入	三二五
第十一章	大臣責任	三二八
第十二章	法律の支配と Droit Administratif の對照	三三一
第十三章	國會主權と法律の支配	三六〇
第三編	憲法的法律と憲法的假法の關係	三六九
第十四章	憲法的假法の性質	全
第十五章	憲法的假法の執行に關する制裁	三九一
附錄		四二八
其一	佛蘭西憲法の硬質	全
其二	聯邦國に於ける權力の分配	四四〇
其三	正當防禦の權利	四四五
其四	公會權利に關する疑問	四六一
其五	違憲法律の意義	四八八
憲法論目次終		

憲法論

英國 ダイシー 原著

高田早苗 譯述

憲法の眞性

緒言

一千七百九十一年に於てホルク云へるあり、曰く「古來の大批評家は吾人に教ゆるに一種重要な法則を以てせり。其意に曰く、若し吾人にして例之リッヅ井一及びツアリス等の文章家、又はハラフェール及マイケル、アンソエロー等の美術家は學者の之を稱揚讚美するに拘はらず、敬服する能はざることあるも、濫りに吾人の妄想に依りてを排斥すべきにあらず、須らく先退て其之を稱讚すべき所以の理由を攻究せざるべからず。而して吾人猶其所以を解し、之れに敬服する能はざるときは寧ろ慎で自己の愚昧を反省すべし、他の之を稱讚したる者の謬信に出づると爲すべきにあらずるなり」と。此語移して以て常に世人の稱讚を受けたる英國憲法を鑑査するの良全の規矩となすべし。吾人は吾人の能力のあらん限りを竭して

之を理解すべきこと勿論なりと雖も、其現に理解し易からざる事あるに當りては、須らく退て之を尊信せざるべからず。

ハラムも亦た一千八百十八年に説を爲して曰く「同儕人民の幸福を以て自己の快樂とする公平無私の觀察者は英國が古來間斷なき繁榮を享有し、且其繁榮の日々に益々増進するの狀態を目して人類の歴史中最美の現象となすに踴躍せざるべし。惟ふに氣候の一層温和なるが爲め肉體的幸福を一層多く享受する者は或は之れあらん、然れども他國に於て政治的制度が興へ得る所の利益斯く多數なる人民の上に普及したる者あらざるなり。又財貨秩序、自由なる異種の三元素を調和して熙々其慶に頼るの人民又他に之れあらざるなり。惟ふに是等特有の利益は此島嶼の地味よりして來るに非ず、又其温度に生ずるに非ず、是等の利益は偏に法律の精神に基く者にして其能く國民特有の獨立心と勤勉心とを誘致したるに依らずんばあらざるなり。此故に英國の憲法は世界各國の研究家就中吾人自身に取りて深く興味を感ぜしむるの問題ならずんば非ず。况や英國憲法は歴史が記録する他の強國の自由制度の如く數百年間未だ嘗て一度も救済し難きの衰運に

遭遇せし事なく益々發達進歩の能力を顯はすをや」と。

以上の二節は均しく有名なる——其有名なる所以を異にするも——大家の議論にして能く吾人の父祖が其本國の制度を崇敬したる感想を追懷せしむるに足る者あり。吾人の父祖に取りて英國憲法なる者彼のヂョージ三世の奇言が現はす如く人間の製作物中最も完美なる者なりしなり。彼等は憲法を同するに他邦の政體と比較すべき尋常一様の典章を以てせざりしなり。彼等は之を以て神聖なる政治家の錦囊と爲せるなり。英國憲法は——吾人が幼少の時よりして傳聞せるが如く——作られたる者にあらざりして發達せる者なりしなり。空漠たる理論の結果にあらざりして英人特に不開化なる英人をして造家學の原則を研究するの愚を爲さず、恰も蜂の其巢を構造するが如く如何なる技術も企て及ばざる堅牢不朽の制度を建設するを得せしめたる其天賦固有の性質の結果なりしなり。故に我憲法は特種優等の性質を有するとして足らず、吾人の父祖は之を以て天下唯一無類の玉典と尊崇し、最近百年間他の文明國に於て制定せられたる模倣、贗作、剽竊の憲法と日を同して語るべからざる者と爲せり。英國憲法の性質斯の如く

なるを以て其創立は果して孰れの時代なる乎を確言する能はず、何人が其想像者なるかも明白に定むる能はず、又一人の其條章を記載する成典を示す能はざるなり。要するに英國憲法は一種特別の者にして英人及び外國人の均しく尊信せざるべからざる者なりしなり。

近代に在て英國憲法を觀察するものは千七百九十一年或は千八百十八年の論者が懐きたる感情と同一なる精神を以て之を觀察すべからず。吾人は其所謂新學派の博士——ポルクが此説を唱へたる當時恐怖政治の名の下に野蠻の支配を恢復せんと企てたる所の——の阿世論を憤り、憤激の餘勢此妄尊の見解を下せるの事情を知るに拘はらず、ポルクの宗教的熱心に同情を表する能はざるなり。予輩は又秩序と自由とを結合せんことを企てたる外國改革者の企圖畫餅に屬したる當時に於て特り屹然として流俗の外に立ち、其繁盛を示したる自國の制度を目標せし英人に於ては自然の感想なるを許すに拘はらず、然かもハラムの熱心なる満足説に同意する能はざるなり。故に苟も今日に於て憲法を研究せんと欲するものは此の如き批評、若くは稱讚を事とせず、先づ其理を會得せんとを力めざるべからず。

憲法を講ずるの義務ある教授は其職批評家たるに非ず、辯護者たるに非ず、稱賛者たるに非ずして單に解釋者たるにあることを忘るべからず。彼の義務は憲法を攻撃するに非ず、辨護するに非ず、唯之を説明するにあり。然而して英國憲法の秘密奇は即ち奇なりと雖も、之を講ずるの講師は其條項の整然載せて成文の典章中にありて人民皆之を知るを得、文字を解する者悉く之を讀むを得る所の憲法を有する佛蘭西、白耳義及合衆國の同僚を羨むべき正當の理由あるべし。所謂不成文憲法の利益縱令大なりとするも、其條章を解釋するの義務ある教師に取っては特別の困難を感じることを論を俟たず。彼の亞米利加の憲法を解釋せるケント又はストリー等の著者の地位と英國憲法の講義を爲さんとする所の者との地位を一瞬間たりとも比較する者あらば其然る所以明瞭なるべし。此等卓絶なる法律學者が北米合衆國の憲法を講述せるに當りてや。彼等は其教授する問題及ひ之を講究する方法を精密に知れり。即ち其問題は其生國法律中の限定明かなる一部にして世界各國に知られたる彼の『合衆國人民の制定公布したる合衆國憲法』なる名稱を負へる成文憲法是なり。彼の憲法は其條項の配置

論理上完全ならざるものあり、字句亦稍や明瞭ならざる所なきにあらざるも大體に於ては能く合衆國の根本法律を時際^ニ顯出するものなり。而して此法律は他の諸法律と其改正廢止の方法を異にするを以て一般法律の外に立ち自から研究の一別科を爲し、又立法行政及司法に關する事項を規定し、憲法修正の方法を規定し、以て間接に合衆國の立法的主權の存在する機關を明定す。左ればストーリー及ケントは其説明せんとする法律の部門の性質及限定を確知し、且其問題を講ずるの方法を知悉せり。彼等の憲法を説明せるや米國法律の他の部門に屬するものを説明すると其勞全く相同しかりしなり。米國の法律家が憲法の條項を解釋せんとするは他の一般法律の意義を解釋せんと勉むると全く其趣を同ふし、即ち文法學の法則、普通法の知識、時々米國史中に得らるべき米國立法に關する知識、及び判決例の精査に依り歸納し得べき斷案等の指導に據るべきなり。略言せば米國解釋家の勞は單に法文解釋の普通法則に遵ひ一定の成文律を解明するに過ぎず、其業或は困難なきにあらざるへしと雖も、要するに法律家の常に熟達する所にして普通の法律解釋方に據て容易に爲し遂くへきものなり。ストーリー及ケン

トは實に非凡の能力を具へたる大家に相違なし、然れども我がブラクストン及少くとも其註釋者の一人譯者曰按するにブラクストンの英も亦非凡の大家なり。法註釋書に註釋を附したる數の中なり。り。而して若し米國の法律學者が合衆國憲法に附したる解釋の英國憲法古來の解釋と全く其趣を異にし、且つ之れより遙かに優等なる所あらんか、事實斯の如くなるは疑はざる所なり、其成功の幾分は之を米國解釋者の英國解釋者若くは講述者の有せざる固有の利便を享有するの一事に歸せざるを得ず。英國憲法解釋者又は講述者は其米國に於ける同業者と全く異りたる位地に立てり。英の解釋者は何程英國制定律全書を通覽搜索するも、是ぞ憲法の條項なりとして其條項を記載する制定法は到底之を發見し得ざるへく、憲法即ち根本法と他の一般法律とを分別するの標準なきに苦むべく、又憲法律なる語、其物さへ比較的近世に起りたるものにして、ブラクストンの如きも余が記憶誤らざれば、之を用ゐざりしことを發見すへし。之を畧言するに英國憲法を解釋せんとするには必ず先づ困難なる勞を取りて其性質及び範圍を會得し置かざるへからざるなり。

英の解釋者は自然憲法學者、憲法史家、憲法實際家等各其道の專修大家に就て其嚮

導を仰がさるへからず。而して其助けを乞ふべき先導者其人に乏しからざるを見るべし。即ちブラツクストーンの如き法律家の著書、ハラム若くはフリーマンの如き歴史家の研究、マホット若くはハーソンの如き哲學的理論家の理論等皆な解釋者を利せざることなし。解釋者の各種専門家に假て學ひ得る所は尠少ならずと雖も、下文に論ずるか如き事由に依り彼に其業務の範圍及ひ之を實行するの方法を明かにせんことを勉むるに當りて動もすれば各種専門家の爲めに迷亂せらるゝの虞あり。故に先づ其進路を指導すべき指南車を得るにあらざれば所謂憲法なるものの範圍は全く茫漠たる一迷路となり、或は不實余取て言はゞ虚妄と稱せん)の爲めに、或は考古主義の爲めに、或は慣例主義の爲めに、靈惑せられ終に其路を失はんとす。

余は今逐次實例に就て余か言の誤らざるを證すべし。請ふ先づ法律家特に主としてブラツクストーンの評論より始めん。抑もブラツクストーンの英法註釋書を見るに、憲法其物を論ずるとして之を論じたる語は一もあることなし。蓋し憲法に屬すべきものと思はるゝ事項は大抵人

權の部に載せたり。此人權編は國會、帝國王及國王の權利、主従、夫妻、親子等に関する事項を論述せるものなり。其配置奇にして憲法の眞誠なる範圍性質を顯はすに足らざるや勿論なり。然れども是れ尙ほ瑣事たこに過ぎず、此人權編には吾人の政體に關し吾人に眞誠なる知識を與ふること尠しとせす。其眞の欠點はブラツクストーンの習癖(此時代の法律家に普通なる弊習)として憲法の全問題の講論中に極めて錯雜したる思想及言語を挿入したるに在りとす。即ち新制度に古代の不適當なる言語を適用し、甚しきは近世の立憲君主がウヰリアム勝王の占有且實行したりし權力と同等、否、恐くは之に過ぐるの權力を有するが如く記述せるが如き是なり。ブラツクストーン記して曰く「余輩は次に帝王の特權中、帝王たる資格に於て前述の如く完全不朽なる我が君主に委するに更に許多の權勢威力を以てするものに就て考察を下さんとす。此權勢威力の實行に現はるゝ所も則ち政府の行政部となるものなり。英國憲法は巧みにも此特權を一人の掌中に置き以て行政の統一強固敏捷を圖れり。若し夫れ之を分つて多數人の手に委せんか、其運用亦多數の意思に従はざるべからず。若しも多數の意思協同せずして異種の

方向に向はんには忽ち政府の薄弱を來すへし。又多敷の意思を一致せしめ之を一揆に歸せんことは頗る時間を要する困難の事業にして之か爲めに時日を費せは國家の急に應ずるの機を失すへし。故に英國王は嘗に首魁の治民者たるのみならず實に唯一の治民者たり。其他の人は國王の委任に據り國王の命を遵奉して働くに過ぎず。其狀恰もグラビナの言の如く羅馬の大革命に於て舊共和政府治民者の全權一に新帝王の手裡に歸したると同様なり」と。

右の一節は其文字頗る讀者に感覺を與ふるに足れり。ステューアートの註釋書にも行文は少しく縮約したるも意義は敢て變更する所なく其儘之を載せたり。然れども其説たるや誤謬にして叙述全く事實に反せり。抑も英國の行政權は實際内閣と稱する委員の手中に存す若し國家の政權或る單一人の手に存すとせば其人は女皇にあらすして委員の議長即ち總理大臣たらざるべからず。又ブラックストーンの王權に關する記述は其當時の王權の實相を寫したるものとも認むることを得ざるなり。實にジョージ三世は其子孫より遙かに優れる威權を享有したるに相違なし。

然れども余が前に引用したる言語を以て彼の王の威權の實相を寫せるものと爲すか如きは愚も亦た甚しと謂ふべし。ブラックストーンの使用せる言語は渠れ之れを用ゐたる時既に其の實に合はず又然かく人に知れたるなり。爾來經過したる一世紀餘の間に唯稍や實に違ふの度を加へたるのみ。ブラックストーン又記して曰く『夫れ國王は内政上(中略)裁斷の淵源にして且つ王國治安の保持者と認めらる(中略)故に國王のみ獨り裁判所を創設するの權利を有す。何となれば王國の憲法は法律施行の全權を國王に委任したりとは雖も國王獨り親から此の廣大なる信託を實行せんことは不正當なるのみならず實際行はるべからざるなり。是に於て此の權の實施に於て國王を補翼する爲めに數個の裁判所を構成するの必要あるや明かにして且つ之を構成するは唯獨り國王の權力を以てすへきこと亦均しく明かなるを以てなり。是を以て裁判所の裁判權は悉く間接若くは直接に國王より出で其の處理は國王の名に於てし玉璽を捺し國王の官吏之を施行す』と。

今や吾人は不實虛構なる叙述の中央に立てり蓋し女皇と雖も行政部と雖も裁判

所を構成することに關し決して記者の云ふか如き特權を有すること有らざるなり。若し明朝のガゼット新聞に内閣が制定法の裁可せざる樞密院令を以て縦に控訴院を新設するの命令を載せたらんには吾人は内閣は擧て發狂せりと斷定すべし。ブラックストーン其他同種亞流の憲法學者が不實の言語に執着せる流弊の爲めに法律研究の上に與へたる障害の真相を茲に論ずるは亦無益の勞にあらざるべし。是等の言語が王權を叙する過張なることの如きは害の主要なるものに非ざるなり。何となれば斯る慣例的の過張語は恰も吾人が儀式又は社交の上に敬禮語を咎めざると一般に讀者も亦容易に之を許すべければなり。其障害の骨髓とも云ふべきは不實虛妄の言論は女皇並に政府兩者の權力の真正なる範圍を曖昧模稜たらしむるに在りとす。苟くも兒童にあらざる限りは何人と雖も實に女皇カウエストミニスターに在て王冠を戴き玉座に座し、其身親しく臣民に對し裁判權を施行すとは妄想せざるべし。然るに數多の學者の懷抱せる思想、即ち國王又は女皇は政府以外に立て國家を治御すとの思想は彼のヴィクトリヤ女皇は所謂女皇の裁判廳に於て常に親から司法權を實行すとの思想に比して事實た

る度に於て毫も擇ふ所あらざるなり。英國人の多數が國王の實際施行する權力の範圍に就ては唯想像を以て之を推測するに過ぎず。且つ總理大臣以上の高等官が施行する權力の範圍に就ても亦同様の狀況なるは實に奇怪と謂はざるを得ず。吾人が事の實態を寫すや否を知らざるの言語を斷えず使用するにより終に立憲政體の實相と之を隠蔽する多少捏造的の記事との間に關係を辨明するに苦むに至れるものは皆ブラックストーン及び同種の記者より學習せし所なり。例之女皇は國務諸大臣を任命すと云ふは事實に合はず、女皇は裁判所を創設すと云ふも亦固より事實に違へり。然れども此二個の不實なる叙述は各實際の事實に對し大に其關係を異にするなり。且又彼の記者等が國王に屬するか如く記述したる權力中或は實際政府之を行ふものあり、或は其實國王にも政府にも屬せざるものあり。之を要するに國王及政府の權力の實相は共に夫の君主は政治上方能なる無上權を有するものなりと爲せる虚構の記述の爲めに隠蔽せられ、殆んど窺ひ知るべからずして、ブラックストーンの書を讀む者は之を叙する言語の不實なるに迷亂せられ、滿卷の法律上の事實を識別するを得ざるべきなり。不實なる叙述

の害又甚しからずや。

余は既に法律家の形式に抱泥して終に膠淵に陥れることを論了したれば、轉して憲法史家の眞否を觀察せんとす。

憲法の性質を究察するに勉むる學生教授は憲法史家中單純なる教師に乏しからざるを發見すへし。彼はハラムの公平なる識見に由て己れを利することあるへく、オックスフォード僧正譯者曰くドクトル、スタブス(なり)の無盡なる知識に涉獵するを得へく、サア、トウマス、メイの紙上には無限なる議院の實歴を得へく、フリーマン(フリス、フリン、コンスチテューション)の英國憲法發達史中には氏が雄壯なる通俗心と討議的探究とを發見すへし。請ふ余は今此書を取て憲法の純良なる標本となし、之か評論を試むへし。此英國憲法發達史は各人に知られたる書にして其既に世に承認せられたる功績に關し、又は其文の明確精覈なること、筆力尋常ならざること等に關しては其全編を知悉したる若くは之を知悉するの責ある聽衆に對して多言するの必要なし。否之を啾々するは却て適當ならざるへし。然れども茲に一點の注意を要すべきものあり。抑もフリーマンの最大功績は其論議する問題を明確なる焦點に表顯して餘

蘊なからしむる無比なる能力にありとす。氏は其の讀者をして渠の説に對し直ちに贊否を決するの地位に立たしむ、諸子若し渠の説を拒否せんと欲せば拒否の理由を示さるへからず。故に氏の説を正當に拒否するも、信して之に同意するも、均しく得る所尠少なからざるなり。茲を以て英國憲法發達史を取て歴史家の憲法を觀察する方法の最良標本として之を評論せん。さて法律の知識を得るを目的とする法律家が此書中より學ぶ所は如何なる事項なりやは同書開卷第二章の詳細秀絶なる標題の二三を抜抄せば以て此間に答ふるに足らん。即ち左の如し、

エトリア及アツペミセルの町村、其英國憲法歴史に及ぼせる關係、チウトニツク種族全般に普通なる政治的要素、元始より存する君主政、貴族政、及民主政の要素、人類の三階級、即ち貴族、自由平民、及奴隸、奴隸制の一般流行、アッヤン全種族に普通なるチウトニツク制度、キーマアの考證、タシタスの日耳曼會議の記録、英國制度の繼續、英國の國體成立、英國征服者の武列頗に移入したるチウトニツク制度、殖民事業の征服者の上に來したる結果、當にあるへき奴隸制の増加、貴族及農民、王

權の發達、王位の性質、國王の特殊に神聖なると、大古より存する國王貴族間の區別(中略)英國憲法漸次の發達、新法律制定を要するの稀なると、先例の緊要なること、近代の立法上に於ける古代原則の復活、古代國民會の衰退、ウヰテナゲモット會(譯者曰はくアングロサクソン時代の大議會なり)の制度、ウヰテナゲモット會は貴族院に於て繼承したること、諾曼征服後の議會、國王の召集權、終身貴族、衆議院の起元、英佛國會の比較、英佛兩國一般歴史上の比較、個人の爲めに動かされたる事件の經過、サイモン、テヴ、モン、ト、フ、ア、ド(中略)、エドワード一世、憲法の國王の治下に初めて完成したると、爾後變遷の性質、英國立法部と大陸諸國立立法部との差異、右に列記したるものは凡て壯快該博有名の記事にして、憲法の發達のみを論ずる書に在ては甚だ適當なり。然れども英國の法律又は憲法其物に關しては彼のユヰリの町村、ホー、マ、アの考證、貴族、ウヰテナゲモット會の制度、又は此等よりも更に壯快なる事項と雖も、畢竟一種の考古談に過ぎざるなり。請ふ諸子、余か此言を以て歴史と憲法との關係を蔑如するものと爲す勿れ。夫れ現時に在ては背教の爲めに責められ、又は些細なる盜倫の爲に處せらるゝも、歴史上の注意に乏し、又は沿革

的講究方の正當鞏固なるを疑ふものなりとの嫌疑を受くるに優れること、萬々なり。然れども世人が斯る酷烈なる嫌疑を招くの虞なく、主張し得べきものあり。即ち英國の古制度を探究するのみを以て目的となす憲法史は、吾人が解釋の目的となすべき種類の憲法規定に對しては、決して直接の關係を有せざることはなり。ウヰテナゲモット會に就て既に知られたる事柄を熱心に學習し、又尙未だ知られざる事柄を愈々熱心に研究するは、當に吾人の勉むべき所なりと雖も、考古主義は素と是れ法律に非ることを記應せざるべからず。又た教育ある法律家の職分は、昨日迄行はれたる法律如何を知るにあらず、勿論百年前の古法律を知るにあらず、又明日已後の法律は、須らく如何あるべきかを知るにもあらずして、其本分は、専ら女皇即位五十二及五十三なる此慈仁なる千八百八十九年(譯者曰く此書の出版年を指す)の現時に於て實際英國に行はるる法律の原則如何を説明するに在るとを忘るべからず。ユヰリの町村の性質を知るも、亦ウヰテナゲモット會の制度を解するも、若し解し得べきものなれば、何等益する所あらざるなり。法律家の爲には、此等の談は、單に考古主義たるに過ぎざるのみ。是等の考古主義は、英國憲法の研究に

燈火を興ふる丈は北米合衆國憲法にも之を興ふるなり。換言すれば法律の點より觀るときは毫も燈火を放たず、彼をも助けず、此をも助けざるなり。

合衆國なる名稱は吾人をして憲法史家と憲法律家との間に横はる眞正の關係を追懷せしむ。此二者は共に憲法を論ずれども其立脚の地を異にす、歴史家は憲法の現狀に至る迄發達したる階梯順序を明かにするを本分とし、或は深く或は過度に濫觴を究察せんとするに傾き、千八百八十九年の現行憲法に就ては、唯間接に論及するに過ぎず。之に反して法律家研究の第一目的は現行の法律に在りて其現狀に迄發達したる來歴を辨明するが如きは唯だ第二の事たるに過ぎざるなり。是れ米國歴史家の位地と米國法律家の位地を相比較すれば甚だ明白なる所なり。蓋し米國の歴史家は千七百八十九年(譯者曰く建國の年)を以て其探究を起さず、殖民時代の歴史及び英國の制度に就て述へんと欲する所尠からざるべく、或は更に溯りてウテナゲモット會に就て探究するを要することあるべく。加之夫のヨリ町村時代に近く溯ることなきを保せざるなり。之れに反して合衆國の憲法を講述せる法律家は必ず先づ憲法其物より始むるを常とす。然れども彼の法律家

は直ちに憲法の箇條を考察するには建國盟約の箇條に關する知識を要することを感じべく、又ワシントン、ハミルトン其他米人が國父と尊稱する人々の説が憲法の數多の箇條の意義に光明を放つことを見るべく、且又移住民の英國より分離したる前に於ける殖民の情狀、普通法の規則、並に殖民の其英國に於ける祖先より相續せる法律公道の普通思想等を對照するにあらずんば憲法の意義を充分に理解し得ざるを見るべし。米國法律家の米國歴史家に於ける關係夫れ斯くの如し。英國法律家の英國歴史家に於けるも亦猶之に同し。於是乎法律家が往々必要に促かされて英國制度の發達を講ずる場合に於ても尙ほ法律家と歴史家とは更に觀察の點を異にするを常とす。歴史家は専ら歴史上最舊事實の攻究に耽り、法律家の間には過度に見ゆる愛情を以て英國制度の萌芽を考察することを是れ勉め、諸制度の近世に於ける發達には殆んど全く留意せざるものゝ如し。例之フリマンが近世の事態を記するは僅かにメチウワード時代の事物の記事に著書の三分の一を充てたるに過ぎず。而して夫の所謂光輝ある革命時代已來經過したる殆んど二世期間は大切なる變遷發達頻々斷へざるに拘はらず殆んど著者の注意

を惹かざるものゝ如く、更らに英國制度近世の沿革を叙せざりしは知識足らざる
 か爲にあらすして、畢竟著者の意思此に在らざるの致す所と謂はざるを得ざるな
 り。法律家の事を観る正に此の如くなるへからず、法律家の探て以て現行法の研
 究に資すべきものは英國近世の年鑑なり。ドクトル、スタブスにして吾人の希望
 せし如く兼て力を宗教に致さず、獨り大學の爲めのみ其天賦の大才を盡したら
 んには或は吾人を益せし所尠からざりしやも未だ知るへからずと雖も、今日の實
 際に於て歴史家中稍や能く法律家の需要に應ずるは獨りカーティナー其の人ある
 のみ。氏が記せる第十七世紀の競争、ツェームス王とコークとの争論、ベークンの
 特權論、チャールズ、スチュアートなる一己の私意を以て直ちに英國王法律上の意思
 に代用せんことを勉めたるチャールズ王の運動等の如き、是皆近接に現行法の問
 題に關係する事項なり。此等に關する知識は正しく吾人をして一の空想に陥る
 ことを免かれしむ。空想とは何ぞ、近代憲法上の自由なるものは彼の驚くべき逆
 退的進歩に由て確定せられ、文明に向ふの進歩は吾人の無教育なる祖先の單純な
 る智慮に向て逆行せるものなりとの妄想即ち是なり。此見解の依て基ける臆測

即ち吾人のサクソン祖先中に多少完全なる政治の存在せりと爲す推測は法律上
 の真相のみならず、歴史上の真相をも併せて掩匿するものなり。エドワード及ハ
 ロルドの王位選擇の事に與かり、又は大議會に於て聲を勵まし腕を振り、以てゴト
 ユ井ンを其地に恢復したるか如き往昔の人に諸般の法律的假説イタル、フレイ、レオン即ち臆斷の法律
 を示しなは彼れ如何に之を解するならんと問ふは即ち一個辯護すへからざる臆
 測を含める質問にして、恰もチエロキ、印度人は夫のジョージ三世の代議院より
 租稅權を分離せんことを主張したる要求の性質を如何に考ふるならんと問ふに
 同し。此二個の質問は等しく質朴簡單なる野蠻人は疑問中の言語をも解し得さ
 る問題を能く解説することを得との想念を含蓄せり。文明は法律上の假説を超
 越し之を觀破するの域に進むとあるへしと雖も、野蠻は常に其下に沈滯す。而し
 て吾人の尊崇するサクソン祖先は今日の吾人に比較すれば勿論コーク、ヘール時
 代の人物に比較するも尙ほ且つ野蠻人たるを免かれざるなり。且夫れ法律家か
 法律上の假説フレイ、レオンを作爲し、以て英國の簡明なる憲法を複雑にして腐敗せしめたりと
 の想像は太古社會の功績を過稱すると同時に國家に對する法律家の技倆を過貶

する者なり。抑も裁判所の法律的假説なるものはユークの如き法律家の手に在ては能く公道自由兩者を保護せり、且つ其之を保護せるや社會の事態に由り法律上の假説即ち臆断に由るにあらすんば英國文明の眞基礎たる平等にして且確定なる法律の規則を設定すること能はざる時期に於てせり。例之夫のシュームス王が親から裁断を行はんか爲めに裁判所より訴件を撤回せんと欲したるときユークが痛く之を論難し勸告強迫終に王をして其目的を果さしめざりしが如き其議論倨傲にして故造に過ぎ沿革を顧みざると天下其比を見ず。然れども如何に精確なる議論家如何に靈慧なる政事家と雖も此大判官長の頑固と謬論とに由て強制せしめたる原則程憲法の成立に必要な規則を設定したることは未だ曾て聞さる所なり。法律的假説の功亦大ならずや。且法律家が其專術を以て古來の理想的良憲法を腐敗せしめたりとの觀念も亦畢竟其實一片の法律上の想像に過ぎざるは奇と謂はざるを得ず。見よ彼の上古に溯りて事物を判断するが如き所謂文明の進歩は逆歩に在りとの思想は前例に想ふるの一方のみ。此前例に想ふると云へることは英國史上危急の時期には常に起りたることにして、英國國民が自

由を擴張せんと欲する時は其運動常に一種の特性を顯はしたること、即ち斯の如き場合には常に往古前存の權利に想ふるの方法を取れることを適切に叙述したるは實に我友フワーマン氏に如くものなけん。然るに法庭に於て前例に想ふると云ふことは裁判事務の司法的立法事務に變性するを掩匿する一箇有益なる法律上の假説に過ぎざるなり。法庭に於て既に法律上の假説なるものは法庭外、即ち政事若くは歴史の範域に於ても亦終に一個の假説たるを免かれざるなり。是に於てか法律家の機智歴史家の純朴を欺き形式主義考古主義相提携して憲法の法律を探究する學生を迷亂するに至れりと謂ふべし。

余は是より更に轉して政論家に論及せん。政論家の模範としてはパット及教授ハーンの右に出づるものなし。近代の著者中パットの如く精密に英國政府の複雑なる作用を闡明したるの人は斷してこれなきを信す。氏の英國憲法(譯者曰書名)の如きは文章燦爛創意機慧に富み之れを読む者皆恍として其新知識智慮見識の程度を測知すること能はず。例之氏が一筆の下に内閣政府の實體を寫せるか如き其壯快なる讀者をして始めて

内閣の眞性及び其國王并に國會に對する關係の真相を現在の事實に照らして説明したる著者は實にパッホット其人なることを曉らしむ。畧言すれば氏は複雑なる事物を極めて明確に説明し、公衆をして今日斯くも明瞭なる事物の是れ迄何か爲めに説明を要したるかを疑はしむる程の稀世なる良師の一人なり。教授ハインは蓋しパッホットの先進者として見るべき人ならん。兎に角氏も亦英國諸制度を観察するに一機軸を出し、新創なる光明の下に之を観たるの人なるに相違なく。氏はメルボルン大學に於て教授として名譽を得たる人なるを以て未だ多く英國に知られざるも、若し氏にして大英合衆王國內の教師に在らしめば英國憲法の玄奥を講明する學者中の最も卓絶巧妙なる一人たらんことは吾人の一般に認むる所なり。吾人は此兩著者に就て學ぶ所多かるべきを期し、且實際得る所多し。然れども是亦吾人のフリーマンに於けると同じく吾人は斯の如き學者より有益なる知識を得ると雖も、其學ぶ所は法律家として吾人が探究せんと欲する事柄にあらざるなり。其實を言へばパッホット及び教授ハイン兩氏の論する所は主として政治上の合意、即ち習慣に在りて法律上の規則にあらざるなり。賢明

なる立憲君主の行ふべき道德上の勢力は如何、如何なる事態あるとき内閣は國會を解散せしむる權あるや、特殊の目的を以て同時に多數の貴族を造るは憲法上正當なるべき乎、内閣が據て以て公然の質問を許す原則は如何等の如き問題に至りては皆憲法上の假法合意的に屬する問題にして、吾人が稱して以て假法論者と爲す記者等の解説する種類の問題に屬す。此等は多くは重大なる問題なり。然れども法庭に於て討論すべき問題にあらす。例之若し總理大臣が新に五百名の貴族を造らんことを國王に奏請するも、吾人は高等法院か之を拒否するの命令を下さざるべきを信す。又總理大臣にして譴責投票を受けて其職を退くことを拒むるも、クイーンズベンチ法庭は決して總理大臣をして其位地を持續するの理由を辯解せしむるの命令を發せざるや必せり。法律家としては此等の事項は到底余の論し得る所にあらすして、其實際上の解説は國會議員の深遠なる知慮に委すべく、其理論上の解説は政理學者の職分に歸せざるを得ず。

單に法律を講ずるものと雖も、左の一言を容るゝも敢て答めらるゝことなかるべし。曰く、憲法の大部を組成する夫の假法的合意を主論し、及び説明する記者は却

て他の説明を要する緊要なる一事を等閑に附し去るの弊あり。即ち斯る記者は政治上の合意の時宜に因り法律の命令と同じく嚴守せらるゝは何に據りて然るかの要問に對し充分なる答辯を附せざるなり。之を輿論に歸し、或は方便主義に出つると爲すか如きは、此緊要なる問題に就き甚だ不充分なる解説を與ふるに過ぎず。輿論は契約の履行を嘉納し、公衆の便宜上亦其履行を必要とするに相違なし。然れども契約は時に或は履行せられざるのみならず若し法律にして契約の背反を罰せず、其履行を強制せざらんには契約不履行の場合今日の實際より更に多かるべし。然らば則ち契約の履行せらるゝは輿論又は公衆の便宜に依るにあらすして法律の制裁あるに依るなり。且又夫の合意なるものは素と法律にあらざることを明かにして、假令憲法を以て嚴然たる法律なりとするも、假法主義即ち合意主義は以て憲法全體の眞性を説明するに足らざるや亦明けし。前節に憲法を以て眞の法律なりとするも云々と云へるは、此點に就ては何人も其心裏に古來屢々憲法を學ぶ者を惱ましたる疑惑を生ずればなり。左の如きもの即ち是なり。曰く、所謂憲法なるものは其實歴史と慣例との交加物にして、適當に

法律なる名稱を附するの價値なく、且つ勿論英國の眞正にして疑ふべからざる法律のみを學習し、又は教授するの任ある教授の職分に屬せざるものなるべきや、デ、ト、ク、ザ、ールの『英國憲法は現實に存在せず』との暗昧なる評論は能く事の眞を穿てるものか。果して斯の如くなれば憲法は法律家の正當なる權利を有せざる領土なるを以て、法律家は喜んで之を他に引渡すべきなり、其一半は歴史に屬するものとして歴史教授の手に歸すべし。唯此封土移轉に際し、吾人は友人たる歴史教授に對し、彼等の更に會合協議し、充分の注意を以て『憲法はエドワード一世の治下に於て完成せり』との説を審議再考せんことを忠告せん。何となれば家屋は其基礎を据へたる時を以て完成したりと云ふことを得べきや否やは少くとも議論の一問題たるの價値あるべし。他の一半は法律の發達を顯章する假法に屬するものとして法律學校教授、或は萬國公法教授に移さるべし。何となれば法理學の教授は法學の殘餘物、即ち附庸部を講ずるを以て職とし。又國際法の教授は正當の法にあらざる法を講ずる教師にして、夫の誤て國際法なる名稱を附したるは公徳上の規則を説明するに練熟し居るを以て、今論しつゝある假定に従へ

は誤て憲法律なる名を附したりとも謂ふべき政治上の道德を説明するは其得意とする所なるべければなり。

然れども吾人は斯く憲法は全く法律にあらずとの假定を是認するに先て、少しく歩を進めて憲法なる語に附着する精確なる意義を講究し。然る後ち果して此事の如何なる程度迄法律論の問題となるべきやを考察せざるべからず。

憲法なるものは英國にて此稱呼を使用する慣例に従へば國中に於ける主權の分配若くは施行に關係する總ての規則を包含するものゝ如し。故に主權の參與員を明定する諸規則主權參與員間相互の關係を規定し、又は主權即ち其參與員の力を施行する方法を定むる所の諸規則等は總て憲法中に包括せられ、王位繼承の順序を規定し、首長治者の特權を定め、立法部の形體及び其選舉法を定むる規則、其他國務大臣の責任及び其權限等國務大臣に關する規則、國家主權の達する地域を定め、臣民即ち公民たるべきものゝ資格を定むる規則の如きも、亦此類の『規則』に屬するなり。今余が規則なる語を用ゐて『法律』なる語を用ゐることに注意せよ。斯く用ゐたるは決して偶然にあらず、其目的は憲法を組成する規則は英國に於て

は全く相異りたる性質を有する二種の原則を包含することに注意を喚ひ起さんか爲なり。何をか二種の原則と云ふ、曰く左の如し。

第一種の規則は正當なる意義にして謂ふ所の法律なり。何となれば此等は(成文と又は不成文と立法部の制定に係ると又は習慣口碑若くは法官の作爲に係る格言より來るとを論せず)凡て裁判所に於て強制する規則なればなり。此種の規則は適當なる意義に於ける『憲法』を組成するものにして、他の規則と區別する爲めに概括して之を憲法的と稱して可ならん。

第二種の憲法規則は假法合意、又は慣例より成りたるものにして、此等は主權參與員國務大臣其他官吏の行爲を規定するものなれども、裁判所に於て之を強制せざるを以て其實全く眞の法律にはあらずるなり。憲法の此部門に屬するものは他の部門と區別する爲めに之を『憲法的假法』若くは『憲法上の德教』と稱して可ならん。語を換へて之を言へば憲法は英國に於て公文若くは大家の書中に此語を用ゐる慣例に依れば二個の元素より成れることを知るべきなり。余の此に憲法的法律と稱する一元素は疑ふべからざる法律にして、此に憲法的假法と稱する他の元素

は國王、大臣其他憲法の治下に在る者の行爲を規定するも全く正當なる法律にあらざる原則若くは慣例より成れり。憲法的法律と憲法的假法との差異は之を實例に照せば容易に悟ることを得へし。

左の諸規則の如きは憲法的法律に屬す

「國王は不正を爲す能はず」——此原則の意義は法庭の解釋する所に隨へば、第一に國王の爲したる所爲に就ては國王をして其身親から責任を負はしむ可き法律上の手續なしと言ふに在り。今若し愚なる例なれども、女皇が親から總理大臣の頭腦を射撃することありとせんか、英國の法庭は決して此所爲を認めざるなり。第二に此原則は何人たりとも國王又は高等官吏の命令に托して法律上不正なる所爲を辯護することを得ずとの義を含めり。而して此原則は第一の意義に於ても又は第二の意義に於ても共に一個の法律なり、憲法的法律なり。然れども成文の法律にはあらず。

「國王には法律遵奉の義務を免除するの權あることなし」——此免除權拒否の原則は今日に於ては權利章典に據る一の憲法的法律にして成文律なり。

「國王の爲したる所爲に就きては必らず法律上其責任を負ふべき人有り」——此の國務大臣の責任は外國に在ては概ね載せて憲法上の明文に在りと雖も、英國に於ては則ち然らず、種々の法律上の原則の連結したる作用に基くものなり。其原則とは即ち第一「國王は不正を爲す能はず」との格言、第二「國王の行爲と雖も、或る形式を備へざる行爲、即ち國務大臣の保管する玉璽、又は大臣の副署なき行爲は如何なる所爲たりとも法庭は之を國王の行爲と認めざることを」、第三「玉璽を銜し、又は副署を爲したる大臣は其裏書したりとも謂ふべき行爲に就て責任を負ふべきものなり」との原則是なり。而して是れ亦憲法の一部にして法律なり。然れども成文の法律にはあらず。且又身體自由の權利、集會の權利、其他巨多の諸權利の如きは何人と雖も、法律の規定する方法に依て(例へば法庭に於て)直接なる法律違反(例へば犯罪)の證據舉りたるにあらざれば決して罰せらるゝことなしとの一層概括なる法律、即ち原則の結果なれども亦皆憲法的法律の一部なり。

左の諸原則の如きは憲法的假法の部類に屬す
「國王は兩院を通過したる案には同意せざるべからず。斯る案に對して不認可を

行ふことを得ず。』貴族院は金錢に關する議案を提出せず。』貴族院が高等控訴法院の職務を行ふときは法律貴族(譯者曰曾て高等司法官の職を奉したる者)にあらざる貴族は該院の議決に與かることを得ず。』國務諸大臣衆議院の信任を失ふときは其職を辭す。』議案の衆議院を通過する前には若干回の讀會を経るべからず。』是等の原則は多くの點に於て互に相異なりて、或は成文憲法國に於ては眞誠なる法律たるべき者あり、或は否らざるものあるべし。然とも英國憲法に於ては是等諸原則は一個普通の性を具へり。即ち此等は總て眞誠の法律にあらざるの一事是なり。何となれば之に違背するものあるも法庭は之を顧みざるべければなり。

〔原註〕此類の原則中或は未だ會て犯されたることなく一般に認めて犯すべからざるものとなすあり。或は之に反して僅かに之を重するの習慣あるに過ぎずして其力甚だ薄弱なるものあるなり。數種の假法的規則は之を大別すれば左の如し。或る原則は之を犯すときは其結果の及ぶ所終に普通平安なる政治の運轉を止めざるべからざるに至るべく、其他は之を犯すも其結果は國務大臣其

他何人にてても之を犯したる者譴責を被ふるか、若くは民望を失するに過ぎざるなり。

讀者は見るべし、此區別は結局一の假法的原則違反者か其行爲に依り國の法律に抵觸する直間接關係の度合に基くことを。

例之一内閣の建言に依り國會を召集せざること一年以上に涉ることありとせば、此政府は軍人規律令(譯者曰、毎年議決して一年間有効なる法律にして軍人をして規律を守らしむるは一に此法律に據る)等の廢絶の爲めに其屬僚の手を経て法庭との衝突を招くべし。此場合に於ては憲法的假法違反の結果は革命的即ち反動的暴行に終らん。之に反して議案は其通過前若干回の朗讀を要すと云へる規則の如きは善く守られたる憲法的原則には相違なきも、政府之を蔑視するが爲めに普通の法律との抵觸を來すことなし。例之衆議院をして一讀回のみを以て直ちに一案、即ち人身保護律を中止するの案の如きを通過せしめ、若くは同院をして議案朗讀の回数に關する規則を變更せしめたる如き政府は普通法廷と衝突することあらざるべし。豫算案并に軍人規律令通過後に於て

國務大臣衆議院の信任を失ひたる後ち依然議會を繼續し、其職を保ち居るときは甚しく民望を失ふることあるべしと雖も、斯の如き大臣は必しも法律を犯すものにあらざるなり。

此等の原則を假法と稱せざるを得ざるは寧ろ甚た惜む所なり。何となれば此語は輕微若くは虛妄と云ふ觀念を起せはなり。然れども聽講者をして斯の如き觀念を起さしめんことは講師の最も忌む所なり。憲法的假法、即ち慣例中に或は稍や事の輕微なるものもあるべしと雖も、亦純然たる法律と同じく最も重大なるものあり、而して法律中にも亦輕微なるものなきにあらざるなり。然れども畢竟余の目的は輕重虛實を比較せんとするにあらざりして、所謂憲法中の法律的元素と假法的元素とを對照説明せんと欲するに在るなり。

法律と假法との區別は『成文法』即ち制定法と『不成文法』即ち普通法との區別とは甚た相異なるものたるを知らざる可らず。例之憲法的法律中權利章典、王位繼承例、人身保護律等は制定法令書中に明かなる『成文法』即ち制定の法令なるに、之と均しく甚た重要なる憲法的法律(前既に其數種を記載せり)にして、而かも『不成文法』即ち

制定の法令にあらざるものあり。又王位繼承に關する法律の如き曾て不成文法即ち普通法たりしも、今や成文法即ち制定法と成れるものあり。然らば則ち憲法的法律は悉く成文法なりとは云ひ難し。之に反して憲法的假法は制定法令書中に記録すること能はざるものなれども、之を成文となすこと難からざるなり。例之英國國會法は凡て假法的の規則に外ならざれども、之を成文即ち印刷したる規則として記録するか如し。要するに成文法不成文法の區別は憲法的法律と憲法的假法との間に存する區別とは決して同一なるものに非ざるなり。而して後者の區別は實に緊要にして憲法の全問題を闡明するものなるを以て、吾人の全力を擧て講究すべきものなり。且此區別たるや成文即ち制定憲法を有する邦國に於ても尙ほ存立し得べき者なり。例之北米合衆國の如き大統領、又は元老院の法律上の權力、大統領選舉法等は悉く憲法的法律に依て規定せられたり。然れども亦た法律と并立して嚴然たる假法的規則發生したり。此等の規則は固より法廷の認むる所にあらざれども、實際法律と同一の効力を有す。例之『大統領にして再び再撰されたる者なし』との假法的制限(憲法は固より干與せず)は元來法律を以て定

めたる者にあらざれども、人民は固く之を守りて動かさず、之れが爲めクラント將軍が第三回の候補者たらんと欲したる際の如きは烈しき故障を惹起せり。又憲法上の合意の爲めに大統領選挙者の位地大に其趣を變したり。憲法創立者の意は大統領選挙者を以て其名稱の如く大統領を選挙するの人となさんと期したり。要するに共和國の首領官は法律に従ひ複選法に依て指任せらるゝものとなさんとせしが、此豫期は空しく水泡に屬し「選挙者」なるものは一候補者をして當選せしむるの器具たるに過ぎざるものとなり、今日の選挙者は共和黨レプブリカンにあれば、民主黨デモクラットにあれば、一政黨の指名したる候補者の爲めに投票に過ぎざるなり。選挙者は實際選挙するものにあらすとの合意は今や確然一定し、選挙者か法律上享有する選挙の権利を實行するは政治上の一大不名譽と爲し、最も粗暴なる政治家と雖も尙且つ之を愧つるに至れり。夫のヘース氏とチルデン氏との競争に際し、若し共和黨選挙者中數人にて民主黨の候補者に投票するの自由ありと感したるものありたらんには、當時政治上の困難は救済するを得へかりしならんに、一人として自黨に背かざりしは以て此原則の勢力固きを見るに足るべし。要するに憲法上の

慣例假法に依り米國選挙者の選挙権は恰も英國王が上下兩院を通過せる議案に對し不認可を行ふ權利に同じく、憲法上の慣例假法の爲めに消滅に歸せり。然は則ち不成文憲法國に於けるか如く、成文憲法國に於ても亦憲法的法律と憲法的假法との間には畫然たる區別在て存するを知るべきなり。

余は既に二者の差異を説くこと稍や冗長に涉れりと雖も、余が講論せんと欲する事項の根底なるを以て勢ひ詳論せざるを得ざるなり。憲法律なる語中に潜伏する曖昧なる意義を捉らへ得ば、此問題に關係する事項は各其正當なる區域劇然相分れ、英國法律の一部として憲法律を教授し、又は學習せんと欲する法律家は講究問題の性質及び範圍を明かにするを得べし。

假法即ち合意は法律家の直接に關係する所にあらす、假法合意なるものは世々年々に變遷して止まず。例之選挙に敗を取りたる大臣は其結果の知られたる時直ちに退職すべきか、將た國會に於て更に敗を取る迄は其職を持續すべきか、此の如きは實際上緊要なる問題なるか。此問題に就き今日行はるゝ説は三十年前に行はれたる説、又は合意とは相異なり、又今より十年後に行はるゝ説、又は合意とも亦

互に異なる所あるべし。此難問題に就き各派互に勢力ある先例、又は大家の所説を引用し、ラッセル、ピールの確言實行はヒーコンスフィールド、グラッドストンの確言實行と互に其重きを争へり。然れども斯の如き問題は政治上の問題にして法律上の問題にあらざるを以て、法律家若くは法律講師は爲めに心を勞するの要なし。時に法律學者の斯る問題に關係することあれば是唯憲法的假法と憲法的法律との關係如何を示すに在るのみ。

法律家の眞に關係すべき所は眞誠なる憲法的法律にして、其固有の職務は憲法の諸部に存する法律的規則(即ち法廷の認むる規則)如何を示すに在りとす、而して法律家は此等の規則の甚た多きを見るべし。國王の法律上の位地、諸大臣の法律上の權利、貴族院の組織、衆議院の組織を規定する規則、國立教會を管理する法律、國立外教會の位地を規定する法律、軍隊を管理する法律、其他此に類する百般の法律は憲法的法律の一部を爲し、恰も北米合衆國の憲法の條項か合衆國の法律の一部たるか如く、英國の法律の眞誠なる一部たり。

略言すれば英國法律教授の任は憲法の一部を成す法律の何物なるかを叙し、其順序を立て其意義を説明し、出來得る場合には其論理上の關係を示すに在り。而して教授か英國の不成文なる若くは一部不成文なる憲法を説明することストリー

ー及びクントか米國成文憲法を説明したると同一の方法に依らざるべからず。此勞たるや一種特殊の困難之に伴へり。然れども此困難は英國法律の他の各部の研究に伴ふものと其程度に於てこそ異なれ、其性質に於ては同一なるものなり。諸子は半は制定法を研究し、半は裁判官作爲の法律を講究せざるを得ず。諸子は又國會制定の法令、判決例、有力なる記者の確言、又は諸種の法律論より生ずる論決に至るまで之を考察し、之に頼らざるを得ず。而して爰に困難なるは其の當時に行はるゝ慣例と公認せられたる法律との間に存する區別を見出すに在り。然れども此困難は獨り憲法説明の勞に於てのみ之を見るにあらずして、英國契約法、私犯法、又は動産法を説明するに當ても多少此困難に遭遇せざることなし。且つ又憲法の講師は今の時に當り一の貴重なる利便を有せり。即ち其講ずる所の問題は時の事情に依り近接重要なものとなり、年々憲法上の新問題陸續現出し、且つ多くは之が解説を添へり。

前世期に於てジョン・ウヰルクス氏の名に關係せる數回の訴訟が英國公法の數多の部分を掩匿せし朦霧を拂ひたるか如く、近時又ブラッドロー氏なる名に關係する數回の訴訟の爲めに英法公法の明瞭となりたる部分尠からず。是れか爲めに信仰法再興せられ、瀆神罪法新釋せられ、刑事訴訟の性質判然となり、今や世人衆議院と裁判所と關係を精密に劃定することを得るに至り。宣誓式の法律上の性質明瞭となれり。尙ほ又集會の權利に關する問題にしてブラッドロー氏に關せざる他の事件の爲めに公衆の注意を喚起したるもの亦尠からず。例之集會の權利は果して法律の認識する所なるや否、此權利の制限は如何不合法集會の眞誠なる定義は如何合法に集會したる公民が強制力を用ひて其集會權を主張し得る程度は如何英國憲法の認識する自衛權利の制度は如何等是なり。是等の問題は凡て何時にても法廷に於て起し得べきものにして其中の或る問題は既に法廷に於て起されたり。此等は實に英國憲法の根底に關するものにして之に對する正當の解説を得んことは各公民の爲めに一大緊要事なりとす。是等の問題にして解説を得ざる間は憲法の講究は甚だ緊急なりとす。然れども憲法の規定は往々有名

なる且つ政黨感情を鼓舞する訴訟中に顯はるゝを以て時に甚しき誤解を生ずるの憂なしとせず。何となれば無識の學生は憲法的法律は一に唯憲法上若くは政治上壯大なる爭論の結果として顯はるゝ著明の裁判中より蒐集し來れるものと妄想するの恐あればなり。憲法的法律は元と斯くの如きものにあらざ、パルメント、ベルマ事件又はトーマス對クイン事件の如き小事件と雖も、憲法の原則に關係し又は之を裁定するもの頗る多し。實を云へば警官又は收稅吏に對する訴訟の如きも亦皆憲法原則中の最大なるもの即ち行政上の訓令を遵奉せりとの辯疏は越權の所爲に對する訴訟又は公訴を拒むに足らすとの原則を執行するものなり。要するに眞誠なる憲法的法律は英國法律の他の部門と同一の淵源より集め得らるべき者にして又之を講究し又は説明するに於ても他の法律と同しく趣味あり且つ明瞭なるものなり。但た其異なる所は他の法律の如く其範圍内の探査未だ充分ならざるに在るのみ。此科目は未だ充分に之を劃出したるものにあらざるなり。故に斯學に志す教師及び學生は尙ほ未だ順序の整頓せざる法律の departments を探査するの趣味を感ずると同時に、其不便利の爲めに苦むことあるべし。

然れども此不便利を償ふものなきにあらず、吾人は先づ首導たるべき原則を探究せざるべからず。而して致々として此紛雜の内に緒を求めて怠らされは漸次三個の首導原則を得へし。三個の首導原則とは第一國會の立法主權、第二憲法全部に涉る通常法律の支配、即ち管理權、第三此點に於ては基礎稍や堅からずと雖假法も亦結局憲法的法律を根據とすること是なり。此三原則を查覈し、説明し、其眞否を試むるは其結果如何に拘はらず、兎に角憲法的法律講究の適當なる階梯を與ふるものと云ふべし。

第一編

國會の主權

第一章 國會主權の性質

國會の主權は法律上英國制度の主腦なる特性なり。故に此章の目的は先づ國會主權の性質を説明し、其主權の存立は英國法律の充分に承認する法律上の事實なることを示し。次に國會の主權には世人の云ふ如き法律上の制限毫も存在せざることとを證し。最後に國會は英國憲法の下に在て無限の主權を有する立法部なりとの教義の理會を妨ぐる數種の難門を摘叙し、且之を掃蕩せんとするに在り。

(甲) 國會主權の性質——國會なるものは法律家か之を口にするときには尋常談話の間には此語を一種別意の意義に用ゆれども國王貴族院及び衆議院を總稱する義なり。此相合して運動する三體は之を稱して在國會國王と云ふも不可なく、此三體を合して國會を組成するものなり。

國會主權なる原則は即ち前に定義を附したる國會なるものは英國憲法に従て凡

ての法律を制定廢止する權利を有し、且如何なる人又は如何なる集合體と雖も、英國法律の承認に依り國會の立法權に踰越し、又は之に左右するの權利を有せずと云ふに在り。

吾人は本論の目的の爲めには法律は法廷の強制する凡ての規則なりとの定義を下して可ならん。然らば則ち國會主權なる原則は其積極面より觀るときは左の如く之を叙して可ならん。曰く『國會其決議を以て一の新法律を制定し、若くは變更するときは裁判所は其決議若くは其決議の一部に服従すべき者なり』と。又其消極面より觀るときは左の如く説明して可ならん。曰く『如何なる人又は如何なる集合體と雖も英國憲法の下に在て國會決議に踰越し、又は之を増減するの規則即ち換言すれば裁判所にして若し之を強制すれば國會の決議に違背するか如き規則を作爲するの權利を有することなし』と。勿論此通則には一二の明白なる例外なきにあらず、然れども此等の例外は例之高等法院の判事か國會制定の法律を消滅に歸せしむるの規則を作る場合の如く、國會の直接若くは間接に從屬立法權を承認する場合にして國會以外に獨立して立法權を有するものにあらざるなり。

今や司法的立法權の性質を詳論するの時にあらず、此事に關し茲に一言したるは單に學生中、或は一の疑惑を抱かんことを恐れ之を掃はんか爲めのみ。國會主權に關しては此講義中反覆詳論するの必要ありと雖も、目下の要は其性質に就て今略説せし所を以て足れりとす。要は唯だ國會主權なる教義は其積極面に於ても又消極面に於ても共に英國法律の充分承認する所たるを明かにするに在り。

(第一) 國會の無限なる立法權——ブラックストーンの英法註釋中此問題に關する古代文字あり、今之れを抜抄す。

サア、エドワード、ユーク云へることあり。曰く『國會の權力及び其裁判權は卓絶無限にして訴訟の原因に就ても又關係の人に就ても決して制限せらるることなし』と。又曰く『此高等法廷即ち國會は時代を以て云へは其最も古代なるもの、品位を以て云へは其最も高貴なるもの、又た裁判權を以て云へは其最も宏大なるものと稱して可なり』と。善哉言や。夫れ國會なるものは宗教、俗事、内政、兵事、航海、刑事、等苟くも名稱を附し得へき一切の事項に關する法律を制定し、確定し、増加し、制限し、停止し、廢止し、再興し、又は説明する至高無限の權利を有するもの

にして英國憲法は夫の苟くも政府ある以上は何れの邊にか必らず存在せざるを得ざる所の無限專制權を以て國會に委せり。故に尋常法律の及はざる害惡不正又は之か贖償救醫の運用方法等は凡て此非常高等法廷の權内に屬し。又王位相續の事を規定し、之か新典範を造るの權あり、ヘンリー八世及びヒウヰリヤム三世の場合の如き其實例なり。又國會は國教を變更することを得、ヘンリー八世及其三子の治世に於けるか如き其例尠からず。加ふるに王國及び國會其者の憲法を變更し新定するか如きも亦其權内に在り。聯合令及び毎三年改撰法、毎七年改撰法等撰擧法に關する種々の法令を制定したる等は正しく其實例なり。之を要するに人力の及ふ限りは凡ての事物一として其爲し能はざることなし。是を以て或は少しく大膽に過ぐる比喩を以て其權力を評して『國會の全智全能力』と云ふに至れり。

實に國會の爲したる事を敗毀するの權は天下に在ることなし。故に誠實剛毅知識共に最も卓絶なる議員をして此重大なる任に當らしむるは此王國の自由の爲めに最も必要缺くへからざる一事なり。何となれば大藏大臣パーレイの

格言の如く『國會の外に英國を亡ぼすの力を有するものなく』。且つサー、マシウ、ヘールが云へる如く『國會は至高の法廷にて他に之を管理するの法廷あらざるを以て萬一其政治に錯誤あるときは王國の臣民は全く救濟の途を得されはなり』。少しく激評なれども碩學モンテスキューも亦曰く『羅馬スパルタク、カーセリヨカ其自由を失ひて亡ひたる如く、英國の憲法も早晚其自由を失ひ國亡ぶへし。其亡ぶるは立法部の腐敗行政部より更に甚しきに至るの時に在るへし』と。

デウ、ロームは奇言を以て本論の全旨を盡せり。其言今や殆んど一の諺と成れり。曰く『國會は女子を變じて男子と爲し、男子を變じて女子と爲すの外何事にも能はざることなし』とは英國法律家の根本原則と爲す所なり』と。

國會の至高立法權に就ては、歴史上、其實例頗る多し。

王位相續の事は遂にウヰルリヤム三世即位二十三年法令第二號王位繼承例を以て改定せられ、現に今上女皇の王位を保ち給ふも國會の承認したる權利に據る所に於て、其統治の權は一制定法の規定に依るなり。今日に在ては何人も最早此事を非議するものなく、又隨て之を主張するの必要なし。然とも制定法令書を一

見せは今より僅かに二百年に足らざる以前に於ては國會の權力尙ほ微弱にして
 致々として其至高權を主張するに努めたるを知るべし。アンヌ女皇即位六年法
 令第七號第一條に曰く「若し一人若くは數人惡意を以て謀畫して、又は急遽に發意
 して筆記又は印刷文書を發し、當代の合法正當なる女皇即ち主權者たる貴婦人を
 指して吾邦土の合法正當なる女皇にあらすと主張し、若は確説するか、又は現今
 エームス三世と濫稱して大武列頓王、或は英倫王と自稱し、ジョームス八世と濫稱
 して蘇格蘭王と自稱する僭王ウエールス太子は吾邦土の王たるべき權利あり名
 義ありと主張し、若くは確説するか、又は其他吾人の尤も記憶に存して忘るべから
 ざる聖代と稱す可きウヰルリヤム先王及びメーリー女皇兩陛下治世の初年英國
 に於て制定せる「臣民の權利自由を布告し、王位繼承を定むる法令」と稱する法令若
 くは先王ウヰルリヤム三世陛下治世十二年英國に於て制定せる「王位に一層の制
 限を附し、臣民の權利自由を一層確實ならしむる法令」と稱する法令若くは近時英
 蘇兩王國聯合の爲め兩王國に於て制定せる法令に依違せずして、或一人若くは數
 人を指して吾邦土の王たるべき權利あり名義ありと主張し、若くは確説するか又

は此國の王或は女皇は國會の權力に依り王位及び其相續、制限、遺産又は政府等を
 制限拘束する効力強盛の法律を制定することを得すと主張し、若くは確説するも
 のあらは此一人、若くは數人は國事犯罪を以て論じ、合法に其犯跡確定するときは

叛逆者と判定し死刑に處し、他の國事犯と同しく諸般の物品を没入すべし」と。

王國聯合に關する諸法令は、國會權力の施行に關する著しき實例を與へり。然れ
 ども諸法令中憲法の此原則の理論及び其實際的作用を最も明かに示すものは毎
 七年改選法に如くものあらざるなり。故に此法令制定に至りたる事情及び法令
 其物の性質は特に注意して之を講究するの價値あり。請ふ左に之を説かん。

千七百十六年に當り國會の繼續期限は千六百九十四年の法律に據り三年にして
 其次年即ち千七百十七年を過ぎざる前に總選舉を行はざるを得ざる場合に至れ
 り。然るに國王及び政府は總選舉を行ひて選舉に訴へんは當時選舉者の多數は
 シヤコピン黨の人々なり、獨り政府の爲のみならず、實に邦國の平和を維持する爲
 めに危険なることを觀破せり。此に於て政府は當時開會中の國會を誘導して國
 會の法律上の繼續年期三年を延ばして七年となすの法案を通過せしめたるを以

て當時存在せる衆議院は實際に於て當初選舉されたる年限の外尙ほ四年間其權力を持長することを得たり。是實に異數の大處分にして將來に國會の繼續期限三年を七年に延はし、次ぎに以後の國會にして其間總選舉の必要なく、其職を繼續するを得せしむるか如き單に後來に係る改正を規定したる法令を發するもの、比にあらざるなり。此の毎七年改選法は政略上便宜上より來れる正當の處置なりと思料せられたり。而して議者は此法令を以て正當なる處分なりとする理由甚だ充分なるを知るべく、讀者若しハラム又はロード、スタンホープの如き公平守正の記者にして立法權の此無上なる作用の價值を減却せんとするを見は必ずや喫驚すべし。ハラム曰く『無學の徒か時に唱道して立法部か此法令を發したるは越權の處置なりと稱し、又は其處分は假令法律上差支なしとするも少くとも人民の委託に背き古代憲法の慣例を犯すものなりと稱するか如きは實に極めて無稽の言なり』と。而して氏か此評語の根據は國會の毎三年改選法は僅に二十年間行はれたる法律にして一の經驗に過ぎず。而して其經驗の結果之を持續すべからざるを證したるものなるか故に、他の法律と同じく國會の之を全廢若くは改正し

得べきは當然なりと云ふに基けり。

ロード、スタンホープ曰く『國會自から其年期を延長するは越權なりとの謬見は之を排斥し去りて可なり。此謬見は畢竟當時の黨派心より主張せるものにして今も尙ほ熱度高き公衆に對する演說等には時に其跡を見ることがありと雖も善良なる憲法學者は蔑視して顧みざる所なり』と。

然ども右二氏の言の如きは毎七年選舉法に對する攻撃の要點に適中せず、且つ同時に此制定法の憲法上の價值を掩匿するものと云ふべし。當時此案に反對したる三拾一名の貴族の議論は正しく法令に對する理論上の反對説と爲すに足るもの、如し。其論據の、一に曰く『抑も衆議院は人民之を選舉せざるべからず、且つ斯く選舉したる以上は人民の眞正の代表者たるとは一般に是認する所なり。然るに今初め選舉されたる年限より長く繼續するときは衆議院は眞正に人民を代表する者にあらず。何となれば更に延長したる年間に係る衆議院は國會に選ばれたる者にして人民に選ばれたるにあらざればなり。而して人民は之か爲に委任の何たるを解せざる、若くは心情腐敗して故意に其委任に背くの議員に對する唯

一の救済法を奪はるゝなり。其救済法は即ち善良忠誠なる議員を選んで舊議員に更はらしむるにあるのみ」と。毎七年選舉法の特殊なる所以は國會の繼續年限を變更し、又は毎三年選舉法を廢したるに在らず、單に千七百十六年には毎七年選舉法を通過したるは千六百九十四年に毎三年改選法を通過したると同じく、毫も驚くべき所なく、又た非難を招くべき所あらざるなり。但た驚くべき所は現存の國會が其自己の權力を以て自己の法律上の生存期を延長したるに在るなり。故にプリーストリー其他此法律案に反對せる貴族が「七年繼續の國會は直接に人民の權利を僭奪するものなり。何となれば一旦國會に七年間其自己の權力を持長するの權ありとせば同じ權利に依て更に七年間之を持長することを得べく、又千六百四十一年の國會の如く永久無限に其權力を持長することを得るの不條理を生ずればなり」と論したる議論の如きも亦毎七年選舉法は始めて國會の元來の繼續期を延長したりとの無識なる妄想にのみ基く甚しき謬見とのみ云ふべからず。プリーストリー等の争ひし所の主眼は國會議員は素と之を選出したる選舉人の被托人、即ち代人なるを以て初三年間在職の見込を以て選舉されたる議員が此年

間其被代主即ち選舉人の交附したる位地權力を更に永く保持せんとするか如きは憲法を蹂躪するものなりと云ふに在り。而して毎七年改選法の如き法令の發布を以て法律上無効と爲すの國あり、北米合衆國の如き其最も著しきものなり。且英國に於ても近世の國會は政府又は在朝黨の權力を保持せんか爲め毎十年改選法を發して其自己の任期を延長するか如きことは決して試みざるべし。故に毎七年改選法を發布したるワルポール及び其儕輩は憲法的合意慣例に背戻したりと爭論するも亦謂はれなきにあらず。國會が斯の如き權力を用ゐたるは實に前例に背きたるに相違なし。然れども是れ法律上固より正當の處分なり。國會が其固有の權力を應用して斯の如き實行を爲すを不正として非難するは毎七年改選法の憲法上の價值を曉らざるものなりと謂はざるべからず。此法令は法律の點より觀察すれば國會は決して選舉人の代理人にあらず、又選舉區の受托者にあらざることを證明するに足るものと謂つべく、即ち國會は法律上國家の最上立法權の在る所にして毎七年改選法は國會主權より來れる結果にして、且同時に其存立を證明するものなり。

上來吾人は國會を以て公權に就ては法律上全智全能なりとして論したり。余は是より各文明國に於て特に確實神聖に守る所の私權に對する國會の關係如何を講究せん。コークは殊に私權に對する干渉を擇て國會權力の作用を説明するの例となせり。其所説左の如し。

曰く『尙ほ一二の例を擧ぐるを可とす。例之男子若くは婦人の女及び死後相続人は國會の法令に依て其父又は母の存在中に相続することを得』。

『國會は稚兒又は未丁年者を丁年と判決することを得へし』。

『國會は人の死後に於て國事犯罪者なりと宣告することを得へし』。

『外人を歸化せしめて生得の臣民と爲し、又法律上の正子を私生兒と爲すを得へし』。

即ち姦通に因て生産し、其夫國內に在る者の子を私生兒となすことを得へし』。

『全く結婚前に生れたる私生兒を正子となし、及再婚を正當とし、初婚を不正と爲すことを得へし』。

コークが此引證は實に其當を得たり、公權よりも遙かに貴重なる私權利に對する干渉は公權に對する干渉に比すれば專制權の作用を一層明かに示すものなり。

其國の憲法を蹂躪するに就ては毫も顧慮せざる治者と雖も、一私人の財産若くは一私人相互の契約に干渉するには大に躊躇する所あるへし。然れども國會は公衆の利益の爲めに私權に干渉するを常とす。而して今日に在ては斯る干渉は社會の爲め利益甚しとせず、全く普通となり、世人毫も之を怪まざるに至り、其の何故に國會の最高權を證する標章たるやは解する者尠し。試みに制定法令書を緋けは國會が據て以て特殊の人に特殊の權利を附與し、他の人に特殊の義務責任を負はしむる法令該書中に充滿するを見るへし。各鐵道條令の如き皆然らざるなしと雖も地方及び私事條令と稱する條令の一二卷を通覽したるものにあらざれば國會主權作用通例甚だ有益なる作用を充分に會得すること能はざるなり。此等の條令は他の制定法と同じく國會の條令にして其規定する事項は鐵道、港灣、船渠、私有地の規定等百般の事に涉れり。其他正式を履ます又は義式を誤りたる結婚を認めて正當の結婚となすの法令又は昔時は毎に發したるも今は罕に發する離婚に關する法令の如き皆此類なり。

制定法中吾人目下の問題に關し世人の是迄注目したるより一層密に注目すべき

ものあり、赦免令即ち是なり。

赦免令は一の制定法にして其目的は實際行ひたる當時違法なりし處分を合法たらしめ、又は法律を犯したるが爲め責を受けたる一個人を赦免するに在り。英倫教會の正式に従ひ聖禮を受けず、即ち正當の資格を有せずして市吏員の職に就きたる異宗者の罪を赦免する爲めに百年以上(自千七百二十七年至千八百二十八年)殆んど間斷なく毎年赦免令を發したり、赦免令の事に就ては後の章に於て復た之を論ずることあるべし。唯爰に注意し置くべきは此類の法令は畢竟不合法を變して合法となす立法權なるを以て主權の最高なる作用にして且つ其の最高なる例證なりとの點に在り。

今や積極面より國會主權を觀察し了りたるを以て、是より更に消極面より之を觀察せん。

(第二) 立法權に競争者なきこと。——國王國會の各院選舉者及裁判所は各々獨立の立法權あるを曾て實際に主張請求し又は之を主張請求するの觀を呈するところあるべしと雖も少しく之を查覈すれば斯の如き請求は一も其理なきを知るべし。

Acts of Indemnity
免責令

(一) 國王。 古代の立法權は『在樞密院國王』に存し、且つ國會の立法權起りし後と雖も、尙ほ近時に至る迄國王立法の制勅令又は(後には)布告となりて國會の立法權と並立せり。

布告は法律の効力を有せしものにて千五百三十九年、即ちヘンリー八世即位三十二年法令第八號に依り國王は布告に因りて法を立つるの權を附與せられたり。該法令は簡單にして且有用なるを以て今其全文を摘載せん。曰く『國王は樞密院若くは同院過半數の助言に依り國王又は該院の必要と認むる制裁罰則を附したる布告を發するを得べし。而して此布告は國會の法令を以て制定したると同様に遵奉せらるべきものとす。然れども布告は私人の相續官職、自由、物品、動産、生命に害を及ぼすを得ず。但何人と雖も故意を以て布告中の條項に違犯するものは該布告の明文に規定しある沒收を命し、若くは監禁に處せらるべし。若し又其罪を脱れんか爲めに外國に脱去するものは反逆者と宣告せらるべし』

今摘載せる制定法は國王立法の最高點を示すものなるが、是れ元と英國法律全躰の精神と兩立すべからざるを以て、エドワード六世の治世中に廢止したり。若し

此の制定法にして永く其効力を有したらんには如何なる不穩の結果を生せしやを考ふるは蓋し無益にあらざるべし。思ふに必らず二個の結果を生せしならん。英國王は必らず殆んど佛國君主の如き壓制者と成りしならん。且つ又此制定法は夫の立法部の制定に係る正當なる法律と行政命令にして正當に法律と稱すべからざるも、尙ほ其實法律の効力を有する勅令との間に區別を生せしならん。此區別は其形體は一様ならされども大陸諸國に於ては現に存立して大に實地の功用をなせり。即ち外國に於ては立法部は法律の概則大綱を制定するに止め其餘は行政部に委し、命令又は規則を以て其缺を補はしむ。而して是れ大に公衆の便を爲せり。英國制定法の煩雜冗長なるは國會の法を立つる極めて微細の事項をも漏さず規定せんことに汲々たるに因ること多し、此弊害たる時を逐て明白となりたるを以て近時に於ては國會の法令中には必らず國會の規定し盡す能はざる微細の事項を規定するの權を樞密院裁判官、其他集合體に附與するの條項を載するを例とす。然ども是れ唯顯著なる弊害を救治する拙劣手段たるに過ぎず。若し夫れ英國の政府をして法律の効力を有する布告、若くは勅令を發して立法部の

法令中に在る大綱原則を應用するの細則を設くるの權あること佛國行政部の如くならしめば、法律の形體のみならず其實質に於ても亦大に改良する所あるべし。吾人の賢明なる祖先が王權の増長を防かんか爲めに設けたる制限の今や却て行政部の作用を拘束する不必要の制限と成れる者なきにあらず。上に叙する所も亦其一例なり。見るへし、ヘンリー八世即位三十一年第八號法令の廢止は行政上の立法を其効力と欠點とを併せて廢却し去りて著しく布告効力を減せり。且つ此効力の精密なる範圍如何は一時疑問の中に在りたり。然れども千六百十年中裁判官の說に依て國王の布告は決して法律の効力を有せずとの近世の教義確立し、布告は只公衆をして法律に注意を喚起せしむるものにして布告其物は決して普通法又は國會の法令の負はせざる法律上の責任義務を負はしむること能はずと決せり。夫の千七百六十六年中ロイド、チャサムが布告の効力に賴て麥穀の輸出を禁せんことを企て之に連係して發したる赦免令(マヨイ)三世即位七年第七號を以て國王か布告の効力を假て法律を制定する王家立法權使用の最終の例とす。

近時布告又は樞密院令の効力あるは普通法に依て只國王の行政上の意思を公示する場合例へは布告を發して國會を招集するが如き場合か又は樞密院が國家の法令に因りて與へられたる權力を有する場合に限れり。

(二) 國會各院の議決 衆議院は時々其議決を以て法權ありと主張するに似たり。此説の到底維持すべからざるや明かなりと雖も裁判所が各院の議決に與ふる効力如何を精密に説明するは少しく困難なり。然れども左の二點は明了なり。第一兩院の議決は孰れも法律にあらず。

右はストックテール對ハンサードの判決より來れる實際の結果なり。該判決の要旨は一の誹毀文書は衆議院の命令を以て發行したるの故を以て又は該院が事後誹毀文書を載せたる報告を發行するの權は當さに國會が憲法上盡すべき本務に屬すとの議決を爲したるの故を以て誹毀文書にあらずと爲すことを得すと云ふにあり。

第二國會の各院は自己の事務整理に關しては充分の管理權を有し、且つ其院に對し損害を與へ若くは侮辱を加ふる者あれば侮辱罪として之を監禁し、以て自衛するの權を有し、法庭は各院が其法律上有する權力を行使する方法に就ては毫も喙を容るゝことなし。

實際上の難事は右第一第二の兩項を一致調和するに在り。此困難に抗するにはシヤステイス、ステーションか吾人に提供したる衆議院の決議と、控訴の途なき法庭の判決との比較論を通覽するに如くものなし。

氏の判決書中に曰く『余は衆議院の議決を以て高等裁判官の復審を受けたる法庭の裁判なりとは云はされども此二者大に其性質を同ふする所あり。衆議院は裁判所にあらず、然れども該院は國會の法令を特殊の場合に適用するに當りては、其内部を管理する特權の結果より自然實際司法的の性質を得るなり。尤も吾人は該院か此職務を行ふは其參與して制定したる法律に従ひ適當に行ふ者と見做さるゝへからず。若し夫れ其議決にして法律に違はんか其弊害たる恰も控訴さるゝとなき裁判官の錯誤に均し、斯る錯誤は實際起り得べきものなることは毫も怪むに足らざるなり。例へは若し刑事陪審官か不正の判決を與ふるも法律は之か救治の途を與へざるなり。』救治なきの不正なしとの格言は或者の想像の如く道

徳上又は政治上の不正には必らず法律上の救治方ありとの意義にあらず。此格言にして若し斯る意義を有せりとせば明かに虚妄の言となるべし。假令へは捺印なき又は無償にて爲したる約束に違背するも、又は口頭を以て讒謗を爲し之を損傷することあるも、又は壓制なる立法の爲めに實際人民を奴隸たらしむるも、又は最も不正残酷なる戦争の爲めに生命財産に最大損害を生ずるも、法律上之か救治の途あらざるなり。此格言の意義は單に法律上の不正及法律上の救治なき所語は相互連係の語なりと云ふに在り。試みに之を轉倒して「法律上の救治なき所には法律上の不正なし」と云は、一層解し易く且つ正しきを覺ゆ」と。

是の故に法律の規定する所正に下の如し。抑も國會の各院は自己の事務を管理する全權を有し且つ裁判所の如く其の裁判を以て該院を侮辱したる者を侮辱罪として監禁することを得るなり。ミッドルセツクスミッドルセツクスの郡宰事件は此權を極點迄擴張せり。即ち夫の郡宰は侮辱罪の爲めに國會議長の發したる逮捕狀に依て監禁せられたり。而して其所謂る侮辱なるものはストツクデールストツクデール對ハンサード事件に係るクインスマンクインスマンチ法庭の裁判を遵奉したるに外ならざりしこと、及び郡宰

か國會の爲めに監禁されたるは此裁判を施行して被告ハンサードの物品を取押へたるに由ることば世人の皆知る所なり。然るに郡宰の人身保護律に依りクインスマンチ法庭に訴訟するや、裁判官は該庭は國會か郡宰を監禁する理由と爲したる侮辱罪の性質如何を審問する能はずと主張せり。換言すれば裁判所は衆議院か一旦侮辱なりと認めて監禁したるときは其處分を受けたる者は裁判所に隸屬する吏員にして、且つ其の所謂る侮辱なるものは裁判所の命を奉したるに外ならずと雖も、尙ほ且つ之を救はんか爲めに一の權利をも主張すること能はざるなり。各院の權力斯の如く夫れ強大なり。然れども其議決は亦決して一の法律にはあらざるなり。試みに爰に甲某あり、院内に於て爲したる行爲に關せず又侮辱罪の逮捕狀なく、單に衆議院の命令に依り乙某を院外に襲ふと假定せよ。又甲某は國會の或る法令に依り料金を課せらるべき罪を犯し、其料金は通常の告訴人乙某を待て拂はるべきものなりと假定せよ。斯の如き場合には衆議院の議決甲の行爲を命令し又は是認するも甲は之を理由として民事の訴訟を抗辯することを得ず。若し此證據を得んと欲せば、ヴヰクトリア即位三年法令第九號を参照す

へし。該法令はストックデール對ハンサード事件に關連するの爭論の末に發布したるものにして其目的は上院又は下院の命令に依りて公布する國會文書の發行に従事するものを保護するにあり。斯の如き法令の必要ありしは各院の命令は以て誹毀文書發行の訴訟を抗辯するの理由となすに足らざることを最も明かに證明せり。衆議院がストックデール對ハンサード訴訟に於て爲したる辯論に合法の効力を與へんが爲め、全立法部の權力を仰ぎ、又クインス、ベンチ法廷の裁判に對して控訴せざりしは歸する所該裁判の正當なりしを認め且つ其據て、基く所の大原則を確定したるなり。大原則とは立法部の一部部は其特權を使用して國の現行法を變更し、停止し、又は廢止すること能はず。又英の法律に依る救治を得、又は法律に依り權利を行使并に享受するの途を杜絶する能はずとの意義即ち是なり。

(三) 國會議員選舉者の投票 政治論中國會議員選舉者たる資格あるものは英國憲法上立法權の一種を有するの意を含む語を用ゆるは吾人の常に聞く所なり。斯の語は後に説く如く眞實の意味なき虚語にあらず。即ち選舉者の希望は多少

國會の動作に影響を及ぼすと云へる重大なる意を示すものなり。然れども國會議員選舉者を以て法律上立法事務に參與するの權ありとなすの説は選舉者の地位を規定する法律の精神に矛盾せり。英國憲法に従へば選舉者の唯一權利は只國會議員を選舉するにあるのみにして、法律上法律案を發し、又は國會の制定したるものを裁可し、若くは之を廢する等の手段を有することなし。左れば選舉人の意思に反する法律は無効なりとの議論に就ては、法廷は一考をも費さずして之を拒絶すへし。選舉人の意思は國會の手を経て始めて合法に發表せらる。其の合法に發表せらるゝは一に此手續に依るの外途なし。尤も這は代議政體必要の條件にあらず。例へば瑞西國に於ては憲法は丁年以上の男公民全數の贊同を経るにあらざれば憲法を改正する能はず。加之憲法に改正を及ぼさる通常の法律と雖とも聯邦議會の之を發布したる後公民某數の請求あるときは之を公衆投票に附し、若し其投票是認せざるときは其法律無効とす。

(四) 裁判所 英國法律中實際裁判官の制作に係るもの甚だ多し。而して今英國に於ける司法的立法の性質及範圍を會得せんと欲せば宜しく教授ポロツクの

『判決法律論』なる卓論を讀むべし。此問題は其範圍廣濶にして此講義中に之を詳論するの暇なし。要は只左の點を示すを以て足れり。曰く抑も英國の裁判官は前例を恪守するの傾向即ち一の訴訟あれば必ず前に起りたる同種の訴訟を決したる原則若くは斯る原則と假定されたる者に從て之を判決するの慣習あり。此先例恪守の慣習は畢竟裁判所をして其効力法律に均しき判決の定則を漸次制定するに至らしむ。此司法的立法は國會の最高權と併立せざるに似たりと雖も決して然らず。見よ英國裁判官は決して制定法を廢するの權を主張し若くは實行することなく之に反して國會の法令は裁判官作爲の法律を廢替し得べく亦常に之を廢替するにあらずや。之を要するに司法立法は從屬立法權にして國會の承認に依り其の監督を受けて始めて行はるゝものなり。

(乙) 世人の唱ふる國會立法主權の法律上の制限——抑も如何なる制限にても之を主權に附するは理論上困難なることはライネチン及び教授ホーランド巧みに之を論し盡したり。然れども此等の困難に就ては吾人爰に論するの必要なく、又凡そ國を爲す以上は必らず其國體の如何に拘はらず其憲法に從て凡ての法律を

變更するの權を有し隨て其國に於ける法律上の最高權を有する一人若くは數人なかるべからずとは果して眞理に稱ふや否やを查考するの必要もなし。只此に吾人の勉むべき所は一步を進めて英國憲法に依れば英國の國會はライネチン其他の法理學者は各文明國には必須なりと説く所の最高立法權即ち主權を組成することを證明し且つ此の目的を達せんが爲めに世人が國會主權に立ち得べき制限として提供する制限の果して効力あるべきや否やを查駁し且つ其の孰れも英國法律の精神に稱ふものにあらざることを示すに在り。世に提供されたる制限は其數三つあり。

第一國會の法令は若し道德の原則又は萬國公法の教義に反するときは無効なりと論するものあり。即ち其論は歸する所國會は公私道德の教義に反したる法律を制定すること能はずと云ふものなり。例へばブラックストンは縷々陳述して曰はく『自然法は人類と共に生長し天神の命に出づるものなるを以て他の諸法に比すれば遵奉の義務殊に重し。同法は古今東西を問はず全世界に其の効力を及ぼし之に反するの人為法は凡て無効なり。人為法の有効なるものは直接間接

に其の効力を此淵源より取り來れるものならざるべからず」と。又た近時裁判官か時として裁判所は國會が正當なる權限列國間の關係に就て云ふを越へたる制定法の實行を拒むことを得との意を含む語を用ゆることあり。然れどもブラツクストーンの言若くは裁判所の語に就ては吾人之に甚た折衷を加へたる解釋を與へざるべからず。裁判官は國會の法令を左右し得るとの説は法律上一も基礎あることなし。此意義を含むに似たる言語は其實裁判官は國會の一法令を解釋せんと勉むるに當ては國會は道德上の普通の規矩及び國際法の原則に背かざらんことを期したりと見做し、且つ是の故に可成丈け制法に附するに一人の道義并に國際法の教義と兩立すへき解釋を以てすと云ふに外ならざるなり。近時の裁判官は狀師か國會法令を以て不倫義若くは國會の權限を越へたるか故に無効なりと論ずるも決して之に聽從せざるべし。英國の裁判所は一般に不良法なりと論せられたる法律も亦法律にして裁判所の遵守を要すとの原則に遵ふて法を執れるは明かなる事實なりとす。

第二、國王の特權に干與する國會の權利を拒むに近き教義時に行はる。スチニア

ト、案時代に國王のみならず、ベリコンの如き主權擴張を欲する法律家及政治家の主張したるものあり。其説に曰く「國王は特權の名義に因り廣大無邊の諸權利及び威力の貯源とも稱すべきものを有し此特權即ち主權の殘餘は英國の通常の法律に對して一層優等なるものなり」と。此教義は延て國王は制定法の作用を止め或は之に服従するの義務を免するの權を有すとの論決を生じ、終に二説合して特權の至高なる權力は國會制定法の達する範圍外に在りとの觀念を惹起せり。然れども吾人は今往時の政治上の爭論に加入するの必要なし。唯だ爰に一言を要するは假令ひ或る權力——例之條約締結の權の如き——は今日法律に依り國王の掌理に委せられ實際行政府之を行ふと雖も、近時の法律家にして此種の權利其他王家の特權は國會制定の法令を以て之を管理し又は廢止するを得ずと主張し、又は裁判官は條約締結の方法を規定する制定法若くは國會の承認を以て條約生効の要件と爲すことを規定する制定法を指して適法に無効法律なりと爲すの權を有すと主張するものは一人もあらざるなり。

第三、國會制定法令中に國會は將來の國會の動かすべからざる法律を制定すること

とを得。即ち現在の國會の權力は其祖先の法令に依て制限せらるゝの意義を合める語を用ゆること往々これあり。

國會が屢々其相續者の手を拘束するが如き法令を發布せんことを企圖盡力したるは事實なれども此運動は常に失敗に終れり。而して將來の立法進路を杜絶せんと企圖したる制定法中最も爰に示す價值あるものは愛蘭及び蘇格蘭との聯合條約を載せたる法令なりとす。此等の法令を發布したる各立法家は其或る部分には制定法の普通の効力に優る力を與へんと企圖したるや疑なし。然るに此等法令に關する立法の歴史を見るに、一の至高立法權が他の同等なる有主權體の行爲を檢束せんとする企圖に必要な弱點顯然として甚だ明かなり。例へば蘇格蘭との聯合令には蘇格蘭大學の教授は信仰の誓言として信教條書を承認し、宣言し、且つ之れに署名信約すへしと規定し、且つ此の規定は聯合條約の根本要件として後來持續すへき者たることを規定せり。然るに此規定の要部は疾くも既にヱドワード第七即位十六、十七年第八號法令第一條に依り廢止せられ、爲めに蘇格蘭大學教授の多くは信教條書に署名するの義務を免かれたり。聯合令の規定を破毀

したるは獨り右に止まらず宗教上の愛恩者を指名する權利の施行を恢復したるアンヌ即位十年法令第十二號の如きも亦た直接に聯合條約を蹂躪するものなり。此等の法令即ち條約の當初後來變すへからざるものと期せられたるに拘はらず實際國會に於て容易く之を變更するの一事は愛蘭との聯合令の歴史中一層著しく其の迹を見るべし。該法令(ジョージ三世即位三十九、四十年第六十七號)第五條に曰く『現時法律に依て建てられたる英愛二島の諸教會は之れを合して一の新教會となし、英愛聯合教會と稱すべし。而して此聯合教會の教義、拜禮式、教戒及び管理は現行の法律を以て、設定したる英倫教會のものと同じく効力を有すべく、且つ永遠に之を持續すべし。而して英愛の國教として該聯合教會を永續保存するは英愛聯合の根本要件なりと心得べし』と。

右の文に依れば此案を作り之れを發布せしめたる政治家は當時後來の國會の行爲を檢束せんことを企圖せしや明かなり。然るに此企圖の齟齬に屬せしは千八百六十九年の愛蘭教會法令の條項を知るものには明白なり。英國々會の法令中歴史上より觀察すれば一神特殊の神聖力を有するに似たるもの一あり。此の法

令は其行文は決して廢滅せらるゝことなく、又た其の精神は決して犯さるゝこと
 あらざるべし。千七百七十八年即ちジョージ三世即位十八年第十二號の法令即
 ち是なり。其文に曰く「國會は陛下の殖民地、屬地、及び開墾地に運上租税金其他一
 切の税金を賦課することを得ず。但し商業管理の爲めに便益ある運上は此限に
 あらず、此種の税金の純益は該殖民地、屬地又は開墾地の總裁廳、若くは集議會が其
 の職權に依て徴收支出する税金の純益と同様の方法に依り夫々之を賦課したる
 殖民地屬地、又は開墾地の費途に充つべきものとす」と。

本文の主意はジョージ三世即位六年法令第十二號と對照するときは益々明亮な
 るを得ん。但し該法令は千七百六十六年に證印稅賦課法を廢止せんか爲めに發
 布したるものにして、勉めて國會の殖民地課稅權を殺くことを避けたる法令なり。
 然れども此二法令に顯はれ來りたる當時の事態の變遷を爰に詳論するの要なき
 を以て之れを論せず、只た注意すべきはジョージ三世即位十八年法令第十二號を
 廢し、若くは其精神に牴觸する法律を設くるか如きは政署上之れを慎まざるへか
 らずと雖ども憲法の上より論すれば此法令を興廢するも毫も法律上差支なしと

の點に在り。例へば明日國會がヴィクトリヤ又はカナダ領に課稅せんか之れを
 課するの制定法は法律上有効なる制定法律なく、明斷なる一記者譯者曰く「トッド
 なり」簡單に此意を叙して曰く「國會は肆まゝに立法部の行爲を妨げ、公衆幸福の爲
 めに國會の力を假るの必要あるに臨み其自由を失はしむるか如き制定法を設け
 以て後來の相續者を檢束する能はざるや明かなり」と。

是故に國會に無限の主權在りとは疑ふべからざる法律上の事實なり。之を積極
 より見るも又た消極よりするも完全無缺にして國會は苟も之か爲めに法を設く
 るを適當なりと斷定する事項は其何たるを問はず、法律上之れか法を立つるの權
 を有し英國憲法の上に於て國會の立法主權に抗する權力一もあることなし。
 世人の法律上國會の無上權に立てられたると唱ふる制限なるもの一も現實に存
 在することなく、又た制定法令書若くは裁判所の實行に徴するも更に之れを證す
 るの跡なし。

以上説く所國會は立法の無上權たりとの教義は憲法的法律の柱石とも謂つべし。
 然れども此説たるや動もすれば世人の容易に首肯せざるものなるを以て、茲に先

つ世人をして其眞理を悟るに苦しましむる所以の難問を擧示し、之を查覈するを必要なりとす。

(丙) 國會主權の教義に關する難問——世人多く國會主權の教義を悟容するに難んする所以の理由に二様あり。

此説は單にチースチンの主權説を英國憲法に適用したるに過ぎざるやの觀あり。然れどもチースチンを學ぶ者判別の力あれば英國憲法に依て主權を托されたる人如何に就てチースチンの決論と本講義中に英國法律家の説に基きて示せる意見とは相異なるを知るべし。何となれば法律家は主權は國會即ち國王、貴族院及衆議院より組成せる一集合體に在りと主張し、チースチンは之に異なり主權は國王、貴族院、庶民即ち選舉者に在りと主張するを以てなり。

又假令法律家如何に主張するも實際國會の主權は無制限にあらざること及國王、貴族院、衆議院相合するも人爲の制度に附すべき最上の權力たる『有限全能力』人類の力を形容するに斯の如き名稱を以てすることを得るとするもの如きものを有せざるは何人も之を知らん。其性質に於ては無智若くは無道ならざる法律にて

も國會の之を通過せざるもの否率直に云へば之を通過するを得ざるものあり。然らば若し國會主權の教義にして國會を以て全然無制限の權を有せりと爲すものならしめば、此説は一個の法律上の假説に過ぎずして價值なき議論たるを免かれざるなり。

以上二個の難問は眞誠の難問にして謂はれなき難問に非らず、且つ此の二者は幾分相共に連絡する所ありて深く注意して考究するの價值あるものとす。

チースチン主權説の英國憲法に對する關係に就て——チースチンの所謂主權なる觀念は重もに英國法律中より歸納し來りたること猶ほチースチン時代の經濟學者の多く英國商業の實態より歸納し來れるか如し。吾人は英國に於て最高立法部即ち凡ての法律を制定廢止するの權あり、隨て法律の制限を受けざる集合體の存在を見るに慣れり。是れ法律の點より觀察すれば主權なるもの、眞誠なる觀念にして無上主權説の英國法理學者の容易く首肯する所と爲りたるは適に英國憲法の特殊なる沿革に基きしものなり。故に國會主權なる觀念は法理學上の無形的理論より演繹し來りたるものなりとの説は眞なりと謂ふべからざるや明

かにして、チースチンの主權説は英國々會の實況より學ひたるものなること猶ほチースチンの『法律』なる語に附したる解剖の畢竟一の表準法律、即ち英國刑事制定法を解剖したるものなるが如しと説く評論は稍や眞理に近しと謂ふべし。

然れども茲に深く注意を要すべき事あり。抑も主權なる語はチースチンが時に之を用ゐたると正しく同一の意義に用ゆるときは單に法律上の一概念にして單に法律上の制限を受けざる制法權を指すものたることを知らざるべからず。若し主權なる語を此意義に用ゆるときは英國憲法に在ては主權の國會に在るや明けし。然れども此主權なる語は時として嚴然法律上の意義より寧ろ政治上の意義に用ゆることあり一國に於て結局其公民の遵奉する意思の在る體は即ち其國に於て『政治上』最高權即ち主權を有する體なり。此意義を以て云ふときは大英國の選舉者は國王貴族院と共に若くは尙ほ正密に云へば國王貴族院に關係なく單獨に主權を委せられたる一體なりと謂ふを得べし。何となれば現時の事態に依れば選舉者若くは貴族院及び國王に合したる選舉者の意思は結局英國政府の決すべき諸事物の上に行はるゝこと必定なればなり。否一步を進めて吾人は今日

憲法の組織は選舉者の意思をして常に憲法上の手段に依て結局國家の最高勢力たるの作用を顯はさしむるを目的とすと謂ふて可なり。然れども個は是れ政治的の事實にして法律的の事實にあらざるなり。選舉者は常に結局其意思を實行し得べしと雖も、裁判所は選舉者の意思には更に頓着する所なく裁判官たるものは國會の法令に顯はれたる意思の外は毫も人民の意思を知らざるものなり。故に裁判官は或る法令が選舉者の意思に反して發布され若くは保持されたればとて決して之を無効なりとするを許さざるべし。『主權なる語の政治上の意義は其法律上の意義と同じく必要なるのみならず、更に一層之れより大なる者あり。而して此二義は相互に親しく連結すれども其本性に於ては全く相異りたるものなり』。然るにチースチンの著書中明かに此二義を混合したる所あり。

チースチン書して曰く『英國憲法を論せる諸記者等の語を用ゐて余は現今の國會即ち當時の國會は主權を有すと假定す、即ち國王貴族及び衆議院の議員は相合して鼎立の一體を成し此の一體に主權即ち最上權を有すと假定すと云はん。然れども精密に之れを論ずるときは衆議院議員は單に己れを選舉指名する一體の委

托を受けたるものに過ぎず。故に主權は常に國王及貴族と衆議院の選舉體とに存在せりと謂つへし。委托は委托者より之れを委ね代表者は其委托を盡さんと力むることは委托及び代議なる相關語に依て言ひ顯はされたるものゝ如し。委托者は代表者に其委托の目的を破毀し、若くは放棄するの權を附與したりと想像するが如き、例へば庶民其の國會内の代表者に附與するに主權中の已か持分を棄て、之れを國王及び貴族に與ふべき權利を以てしたりと想像するか如きは最も謂はれなきものなり』と。

マースチン自身も其の茲に説く所英國憲法を論したる諸記者の語と矛盾することを自白せり。尙ほ氏の説は毎七年改選法の効力と全く兩立せざるなり。英國の裁判官にして苟も法律上の意義にて國會は選舉者の受托者なりとの説を承認したるもの未だ曾てあらざるのみならず現行の憲法に依れば裁判官にして斯る事を承認することは爲し得ざる所なり斯の如き虚構の委托は裁判所毫も之れあるを知らざるなり。明白に實を穿ては法律上の問題として國會は國家主權の存する所にしてマースチンが以て不精密なりと爲したる假定は却て英國の立法

上及び司法上の全制度の基礎を成す所の法律的事實を正當に叙述するに適せり。然りと雖ども此政治上の意義に於ては選舉者は主權の最要部を占む若くは尙ほ歩を進て此意義に於ては選舉者は實際主權者其物なりと云ふは均しく眞理なり。何となれば現行憲法の下に在ては選舉者の意思は結局臣民の服従する所となるや確實なればなり。故にマースチンの語は法律的主權に就ては誤まれるも政治的主權に就ては則ち正當なり。選舉者は政治的主權の一部而かも卓越せる一部なり。然れども法律的主權は憲法記者の最良なるものゝ皆な主張せる如く國會の外他に其所在あることなし。

マースチンの謬見(法律家の見解より云ふは國會は既に説きたる如く)全能力を有する者にあらず、其權力は實際種々に制限さるゝとの感情より起れることは容易に想像し得らるへし。而してマースチンが此制限を叙するに不幸にも衆議院議員は選舉者の之れに委したる委托に従ふものなりとの基礎を以てせり。兎に角制限ありとのことは吾人をして余の所謂第二の難問即ち國會の主權と實際國會の權力に制限あるの事實と相共に存在すとの一難事を思はしむ。

國會主權の實際の制限に就て——如何なる主權者にても其主權を實行するに當ては二個の制限の爲めに檢束管理せらる。主權國會に在る場合に於ては殊に然りとす其一は外部の制限にして一は内部の制限なり。

君主實權の外部の制限は臣民若くは其大數が君主の法律に違背し或は抵抗する場合の有より起る。

此制限は甚たしき專制君主政の下と雖ども尙ほ且つ存在せり。見よ羅馬帝又たは十八世紀中葉の佛王(現時の露西亞君主の如き)の如き法律上の意義より見れば儼然一國の主權者にして無上立法權を有し其制定したる法律は臣民を檢制するの効を有し其帝國若くは王國中他に此法律を無効に歸するの權力あらざるなり。且つ又此言は主權なる語の法律的主義より政治的の意義に移れども專制君主の意思は概して臣民大數の服従を得ると云ふも虚言にあらざるべし。夫れ然り然りと雖ども古來專制君主の甚しき者と雖ども實際己の意思の儘に法律を制定又たは變更し得たりと想像するは大に誤れり其然る所以の理由を疾く既にヒュームの指示したる考案より推論し得べきものなり。ヒュームは曾て勢力なる者は

一の意義に於ては常に被治者の方に在り故に政府は或る意義に於ては常に輿論に依頼するものなりと説き且つ書して曰く『哲學上の眼を以て人事を觀察する者の最も驚くべきは多數者の容易く少數者に治御せられ被治者の服従して治者の爲めに意思感情を讓るに従順なるの一事なり。而して如何なる手段に依り此驚くべき現象を成就するやを探究すれば勢力は常に被治者の方に存するを以て治者は輿論を除くの外以て己れを支持すべき者を有せざることを見るべし。故に政府を建立するは只輿論の力に頼るなり。而して此格言は極めて自由民主的の政府に適應すると均しく最も專制的又たは最も武斷的の政府にも亦た適應す。例へば埃及王或は羅馬帝は臣民の意思と氣質とに反して無辜の民を野獸の如く虐待せしなるべしと雖ども少くとも軍人は之れを遇するに人を以てし其輿論を顧みざるを得ざりしならん』と。

主權なるものは專制者の場合に於ては臣民若くは其或る部分の好んで其命令に服従するに由りて立つものなり。而して此の服従の好意は實際に於ては常に制限され居るものなり。是れ歴史上の著明なる事實に徴して明かなり。見よ專制

なる昔時の羅馬諸帝と雖とも一人として隨意に羅馬社會の宗教其他根本制度を變更し得たるものなきにあらすや、夫のコンスタンチン帝が宗家の革命を遂げし成功の如きは其臣民大數の賛同を得たるに由らすんば非ず又見よ、土耳其帝の權勢を以てするも終にマホメット教を廢絶することを得さりしに非ずや、將た路易十四世は其勢力極盛のときに當て僅かにナンテースの勅令(譯者按するにプロテスタント宗を保護せる勅令にしてヘンリー四世の制定に係る)を廢することを得たるも、若し彼の王にしてプロテスタント宗の權勢を確立せんと企てしめは其業を遂げ得さりしならん。而して王をして之れを遂ぐる能はさらしむる理由は蓋しジョームス二世が羅馬カソリック教の權勢を確立するを得さりしと同一の事由に因りしならん。此二王たる一は純然たる壓制者にして一は他の英國王の如く權力強盛の君主なりと雖も、而かも其權力は皆な人民の違背若くは抵抗の必然たるに制限されたり。臣民が服従するを好まざることは大變更に限らず小事にも涉ることあり、千八百七十一年佛國の國民會が佛國の主權を掌握せしは殊に著明なるが、其の議員の過半は君主政恢復を期したれとも白旗を恢復するの意あら

さりき。即ちボルボン家の恢復を承諾したる軍隊は非革命の徽號を怨せさりしなり。是に於てか吾人は法律上主權の實行に對する制限の真相を見るなり。即ち主權は人民の之れに抵抗し得る状態に依り何れの點よりも制限せらる、專制君主の權勢又は立憲議會(コンスタチン、エドワード、ジョージ)譯者按するに憲法創定、又は變更の爲めに開く議會にして通常の立法議會に對すの名なり)の權力既に斯の如し。而して英國國會の主權に至ては其最もなる者とす、國會は法律上蘇格蘭に大教師管理教會を設置するを得べく、又適法に殖民地に課税するを得べく、又法律を犯さずして王位繼承の法を變更し、若くは君主政體を廢するをも爲し得へし。然とも世人の知る如く世界現時の事態に在て英國々會は敢て此の如き非擧を爲さざるなり。此等の場合に於ては國會の立法處分は假令法律上有効なりと云ふと雖も、實際其權勢の範圍を越へたるものにして、其結果人民の抵抗騒然として四方に普及せん。加之往時國會の實行し、而かも能く爲し遂けたる事項にして近世の國會の敢て再演するに憚るものあり。例之現時の國會は現在の衆議院の年期を延長するか如き法律は之れを發せざるべく、又輕々に選舉者大數の選舉權を褫奪するか如きことを爲さざるべし。

く、概言すれば國會は立法の針路を定むるに當り勉めて異議あるの地を避くへし。眞實にカソリック教の解放を非難し、又は愛蘭教會の廢絶を歎する人と雖も、國會か千八百二十九年又は千八百六十九年の法律を廢し得るとは夢にも思はざるへし。斯の如き例甚た多しと雖も已上記せる僅少の例は以て理論上無制限なる國會主權は實行上外部の制限に依り、箝制せらるゝとを證するに足らん。

主權實行に對する内部の制限は主權其物の本性より起るなり。專制君主と雖も、其時代其社會の道德上の感情其他身邊を圍繞する百般の事情に依て養成されたる性質に従て其權力を行ふ。土耳其帝は回教世界を變更せんと欲するは固より得へからざりしなり。然れども假令土帝にして之れを變更するの力ありとするも、回教の首領たる土帝が回教宗旨を轉覆せんことを欲すとは殆んど有り得へからざるとなり。是れ則ち内部制限の然らしむる所にして其勢力の強きこと外部制限に譲らざるなり。世人往々法皇は何故に斯く々々の改革を行はざるやとの無益なる問を起すことあり。之れに對して革命者は法皇に適するの人にあらす、法皇に適するの人は革命者たるを願はざるに由ると答へなは眞を得るなり。路

易十四世がプロテスタント宗を佛國の國教と爲すことは殆ど斷して其能くせざりし所なり。然れども假りにも果さんことを欲する人なりと爲すは彼の王は當時大君と稱揚せられたる路易其人と全くは別人なりと想像するものなり、此場合に於ては復た内部の箝制は外部箝制と相協同す、而して内部制限の勢力は主權國會に在る場合に於ては他の場合に於けるよりも更らに強大なるものあるなり。國會は智略上殖民地に課税するを得ず、又近時の國會が前世紀の歴史に鑑みずして殖民地に課税せんと欲すとは殆んど想像し得ざるなり。立法主權内外兩制限の結合勢力はレスリー、ステイヴン氏其著書『倫理學』中巧みに之を説き、其の『法律及慣例』と題する一章の如きは最高立法權の全能力の上に事物の性質より起りたる制限を記述したる古來の文字中最も巧妙なる者の一なり。今其一節を抜抄せん。

『法律家動もすれば立法部は全能なりと稱す。是れ彼輩は立法部の決定を見るのみにして更らに其の他を考察せざるに由る。立法部は如何なる法律にても隨意に之れを制定することを得との意義よりすれば立法部の全能なるは勿論なり。』

何となれば法律なるものは立法部の作爲せる規則の謂なればなり。然れども學術上の見解よりすれば立法権は嚴に制限を被ふること勿論にして内外より制限を受く其は内より制限せらるゝ所以は立法作用は素と社會の狀態より來る結果にして凡そ社會を左右するものは亦た立法作用を左右するか故なり而して其外より制限せらるゝ所以は凡そ法律を布くの權力は臣民服従の好意に是れ頼るものなるを以てなり若し今ま立法部が碧眼の稚兒は凡て之を殺すべしと議決せんか碧眼の稚兒を保存すれば違法の所爲となるべし。然れども立法者發狂するにあらざれば斯る法案を通過するを得ず臣民白痴にあらざるよりは斯る法律に服従すること能はざるなり』と。

主權は内外の制限在りて之れを檢束すれども内外制限の境界明劃ならず又た内外必らずしも正しく相協和せざるなり。主權者到底爲し能はざる事業若くは能はざるにあらざるも之れを遂ぐれば由々しき反對を招く危険ある事業を爲し遂げんと欲することなきにあらす。而して特に注意を要するは外部制限の將に其作用を顯はさんとする點即ち臣民か其常に服従する治者の命令に對し激烈制

すへからざる抵抗を始むるの點は精密に之れを定むるを得ざること是なり。英國々會にして若し蘇格蘭の各裁判所を廢し蘇格蘭の法律をイングランドの法律と同じからしめんとするあらは粗暴の甚しきものと謂ふべし。然れども何人も如何なる點に達するときには蘇格蘭の此改革に對する抵抗の激烈となるべきやを確然察するを得ざるべし。北米合衆國の主權は南北戦争前には内亂を惹き起すの憂なく奴隸制を廢するを得ざりしなり。然るに南北戦争後には實際斯る抵抗を招くことなくして奴隸制を廢し黑人に選舉權を附與したり。

主權の内外兩制限相互の關係に就て代議政體は緊要なる特性を有す。即ち左の如し。曰く代議政の目的及効果は主權實行に於ける内外兩制限の協和を得若くは其間の離隔を減するに在るなり。例を以て之れを説んにフレデリック大王の如きは其臣民を興望に反したる變更改革を行はんと欲したることもあるべく又た實に之れを行ひたるやも未だ知るべからず。ルイナポレオンは苟も眞に佛國の輿論を代表する議會を承認せざる所なるべしと思はるべし。夫の自由貿易の政略を始めた。右二君主は孰れも實際主權の外部制限に衝突せざりしと雖も其

の之れに衝突し爲めに臣民の激烈なる抵抗を招くこと甚た起り易き事態の中に棲息せしなり。略言すれば此二君主は内外制限間に離隔を生し得べき事態に圍繞されたるなり。主権者殊に主権の最高部を成す國王の永久の意思と國民の意思との間に離隔を生したるの實跡はジョージ一世即位に起り千六百八十八年の革命を以て終れる年¹⁷⁰¹期間英國に於て明かに之れを見るなり。當時此の離隔に對する救治策は國王の權力を國會に移し其位地上己の冀望をして衆議院を経て表明されたる國民の興望と協和せしむる如き人物を王位に据へるに在ること遂に發見せられたり是に於てか君主の意思と國民の意思との間に存せし離隔は眞誠なる代議政體の建立に依て消滅せり。國會が眞實に人民を代表するときには主権内外の制限間の離隔を生すること極めて罕にして且つ稀れに之れを生することも忽ちにして消滅すべし。略言するに代議院の永久の意思は英國人民若くは少くとも選舉者の意思と永く齟齬する能はず衆議院過半数の命する所は即ち英國人民の希望する所なるを常とす。要するに主権者の意思と臣民の意思との離隔を豫防するは眞實に人民を代表する代議院の確然たる効果なり。本論に於て

は此の結果の良否を判別するの必要なし、賢明なる主権者の臣民の興望に先んじて改革を實行せるもの一にして足らず。且つ斯の如きは獨り主権者たる國王に限らず主権者たる國會中にも亦これあり。然れども其國王たると國會たるとを問はず此の種の主権者は眞誠に其の臣民を代表するものにあらざるなり。吾人の茲に主張を要するは代議政の眞髓たる性質は君主の意思と臣民の意思とをして相調和せしめ圓滑の運動を爲さしむるに在り。即ち簡単に云はば主権實行上の二制限をして全然協同一和せしむるに在るなり。是れ素より眞誠の各代議政に適すると雖ども殊に英國衆議院に適當なる論とす。

パーク記しく曰く「衆議院は元來此國の常設政府の一部にあらずして直接に人民より出て遠からず其出所たる人民の群中に歸散する監督府なりと思料せられたり。此の點に於て衆議院の政府高等部に於ける猶ほ陪審官の其劣等部に於けるか如き關係を有せり。行政官の資格は一時にして公民の資格は永久なるを以て人民と國王の權力との争ひ、又た人民と衆議院の臨時の支配權との争ひに於ても公民の資格は常に勝を制せざるべからずとは世の希望せし所なり。又衆議院は

臣民と政府との中間に位するを以て該院は宜しく人民に關する事物に就ては立法部中他の一層人民に遠さかり、其位置一層永遠なるものよりは自から其利害を感ずること深且つ切なるへしとは均しく世人の希望せし所なり。

時運如何に變轉するも事務如何に推移するも衆議院中に人民真情の形蹟を留むるの手段あるにあらざれば、夫の人民に關する事物に深切なるの性質を維持すること能はざるなり。且つ夫れ衆議院が民間に流行する狂風に感染するか如き一の弊害たるに相違なきも、之れを衆議院が院外人民の輿論感情に全く遠さかるの弊に比すれば其害たるや大に堪へ易し。衆議院若し此の同感の情を欠かば衆議院は終に衆議院たらざるなり。

第二章 國會と無主權立法體

前章に於て余は國會主權の性質を詳論せり。本章の目的は英國々會の如き有主權國會の本性と無主權立法體の性質とを比較し以て國會主權の特性を説明するに在り。

(甲) 有主權國會の特性——國會主權の特性は其名稱より之れを演繹し得べく、別

に説明を要せざるが如しと雖とも其特性たるや往々英人の注意に漏るゝことあり。蓋し英人は常に無上立法權の治下に棲息するに慣れて知らず識らざんぞ立法體なるものは皆な無上權を有するものと見做すの傾きあるを以て無上權の性質は無主權制法體と對照して如何なるものなるかを明亮に知る者罕なればなり。此事項に就ては自然外國の觀察者に却て英人に優れる明あり。デウ、ローム、グナイスト及びデウ、トクヴ井ールの如きは疾く既に主權在國會の英國憲法の特性たるを觀破し此の特性の普ねく英國諸制度に及ぼしたる効果を認知せり。

デウ、トクヴ井ール書して曰く「英國に於ては國會は憲法を變更するの公認權利を有し絶えず憲法に變更を來すを得へければ憲法は其實存在せるものにあらす則ち國會は立法議會たると同時に亦た立憲議會たるなり」と。

氏が此言は稍や精確を缺き非難すべき所なきにあらすと雖も、英國々會を指して「立法議會と同時に亦た立憲議會たり」と云へるか如きは國會は如何なる法律にても之れを變更し得るの事實を巧みに概括したるものなり。立法議會なるか故に通常の法律を制定し立憲議會なるか故に憲法の基礎を動かすの法律を制定し得

るなり。今此の事實より生ずる結果を三段に別け左に之れを論せん。

第一。凡そ法律にして國會の之れを變更し得ざるもの一もあらざるなり。換言すれば根本法即ち所謂憲法と雖とも英國憲法の下に在ては他の百般の法律と同一の體同一の方法に依て即ち通常の立法部たる資格を以て國會之れを變更す。衆議院改革案、貴族院廢止案、倫敦に市の資格を與ふるの案、偽稱僧侶が取扱ひし結婚にして結婚後其僧侶正當の資格なきことを發覺したる場合に其の結婚を有効ならしむるの案等は各其性質を異にするにも拘はらず皆な是れ均しく國會の權限内に屬するものにして實際同一の方法に依て發布せらるべきものなり。而して一旦發したる已上は其効力に至ては他の諸法律に異なることなし。何となれば其發布と廢止とは一に國會の手中に在りて他に之れを無効ならしむるの權力あらざればなり。

第二。英國憲法の下に在ては根本的即ち憲法的に非ざる法律と根本的即ち憲法的法律との間に劃然たる區別あらざるなり。故に通常の法律を變更し得る立法議會と獨り通常の法律のみならず憲法をも之れを變更し得る立憲議會との差異を

表明する用語さへ外國の政治語より之れを借らさるへからず。前文憲法と通常法律との間に區別なきことは英國に成文憲法即ち制定憲法即ち憲法典の存在せざること、密着の關係を有せり。テウ、ト、ク、ヴ、井、ルも他の記者と全く不成文の性は英國憲法の眞髓なりとの説を持する如し。曰く「英國は固と成文憲法を有せざる國なれば誰か能く憲法の果して變更せられたるや否やを確言し得る者あらんや」と。然れども此の點に於てテウ、ト、ク、ヴ、井、ルは其佛人たること并に其絶倫なる大才の弱點を表白する謬見に陥れり。氏は憲法の外形を以て其實質を生ずる原因なりと爲し以て原因結果の關係を顛倒せり。氏は英國憲法は成文即ち制定法の形骸を具へざるが故に浮動變更するものなりと思へるに似たり。焉んぞ知らん憲法は其各部常に國會の意志に依て變更するか故に成文即ち制定法の形骸を具へずと云ふの遙かに事實に近きことを。憲法を以て一定不變のものとなすか或は然らざるも甚しく困難なる手續を見るに非れば之れを變更するを許さざる國に於ては憲法も亦た一定不變ならしむる目的を以て制定する法律に外ならざるを以て之れを成文と爲すの必要即ち英國の句法を以て言へば憲法を

一の制定法として制定するの必要あるへし。之れに反して同等の難易を以て適法に各種の法律を變更し得る國に於ては憲法を一個成文法典となし或は數個の法律を類別して殊に憲法なりと稱するの必要なし。然らば則ち英國に於て憲法的法律の殊に憲法なる名稱を附せられず、又た多く制定法の体裁を具へざる重なる一理由は一の法律は何程大切なりと雖も、他の各法律と正しく同一の方法に依りて發布せられ變更せらるゝに在るなり。然れども英國憲法は其の全部を成文となし成典憲法の体裁を以て制定するを得すと思考するは誤謬たるを免かれず。白耳義憲法の如きは英國憲法を成文律と爲したる者に甚だ類似し、英國憲法は其の性質を損することなく其儘容易に之れを國會の法令と爲すを得へし。斯く國會の法令となしたる上に於て之れを白耳義憲法と比較すれば其異なる所は英國國會は白耳義國會の有せざる特性即ち成典憲法を廢止改正するの無限權を有するにありのみ。

第三、大英帝國の各部に在ては其職の行政たると立法たると又た司法たるとを論せず、如何なる人又たは如何なる集合體と雖ども憲法に牴觸すとの理由其他如何なる理由を以てするも大英帝國々會の發布せる制定法を無効なりと宣告し得る者なし。但し國會の之れを廢止したりとの理由に基くは此の限外とす。

前文説く所は是れ英國に存する國會主權の三種の特性なり。即ち第一立法部に根本法と否とに關せず凡ての法律を彼此同一の方法に依り自由に變更するの權ある事。第二憲法的法律と他の各種の法律との間に法律上の區別を存せざる事。第三國會の法令を無効に歸し若くは之れを無効違憲として取扱ふの權利を有する司法其他の官權の存在せざる事是なり。

右の特性は余の友ブライニス氏が巧みに軟性と稱したる英國憲法の特性の例證なり。蓋し憲法の各部は彼此の別なく容易すく之れを伸縮改廢し得へきの謂にして此の憲法は現在の政治中最も柔軟順便なるものにしてブライニス氏の所謂硬性憲法とは全く其性質を異にするものなり。硬性憲法は其全部若くは一部を變更するに立法上非常方法に依らざるへからざるもの、謂なり。

(乙)無主權制法體の特性——有主權立法部の性質より消極的に推度し來れば無主權制法體の特性即ち從屬立法の特質又たは徽號とも稱すへきもの如何は自ら

flexibility
柔軟性

知り得べきなり。

右の徽號は諸子か據て以て一制法體の從屬たるを認知するに足るものにして即ち左の如し。第一此制法體の組織に關する法律存在し其制法體之れに服從するの義務ありて之れを變更するの權利を有せざる事。第二右の結果として通常法律と根本法律との間に劃然たる區別ある事。第三制法體か發布する法律を認め「て有効なり即ち憲法に稱へり」と宣告するの權を有する司法體其他の官權の存在する事。

某制法體か前記從屬の徽號一個若くは數個を有するときは其制法體は有主權立法部に非らざるの證なり。

余か「制法體」なる語を使用するに注意せよ今左に其意義を解き置かん。茲に此の語を使用するは一方には鐵道會社、學區會、市會等の如く通例立法部とは稱せされども有限制法權を有する自治體を含め他の一方には英國各殖民地白耳義若くは佛蘭西の國會の如く通例立法部と稱すれども、其實主權を有せざる諸體を含め之れを一括總稱せんと欲するなり。

斯く異種類の制法體を多く一名稱の下に概括するの理由は英人をして夫の立憲議會ならざる立法議會即ち有主權立法部にあらざる議會の性質を明かに悟らしむる最良方は英國諸鐵道會社の如く假令其權力は明かに他の高等立法部の委任に係り且つ其監督を受け居るも幾分の立法權を有する諸會社の特性を解剖するに在りと信するを以てなり。

無主權立法體を大別して二種とし一を會社、印度議院等の如き明かに從屬なる諸體とし、一を獨立國の立法部にして立憲議會ならざるもの即ち無主權立法體なるものとなさは明瞭に之れを會得するを得へし。夫の聯邦政治と稱する錯雜したる憲法の下に成立する無主權立法部の如きは其講究を別章に譲るを便なりとす。

第一 從屬制法體

(一)會社——英國の各鐵道會社は從屬立法體の最好例として見るべきなり。此類の會社は一の立法體なりと稱して甚だ正當なり、何となれば斯る會社は鐵道旅行を管理する法律(從屬法と名付く)を制作し此の法律の違反を防ぐ爲めに裁判所の

Subordinate Lawmaking Bodies

手續に依て執行し得る料料を課することを得ればなり。故に其の條令の與ふる權限内に於て會社の制作せる規則即ち從屬法は正當なる意義に於ける法律なり。何となれば若し爰にナックスフールドよりパツチイグトン迄鐵道にて旅行する者ありて大西鐵道會社の正當に制作せる從屬法を故意に犯さは其人は必らず料料を拂はざるを得されはなり。

英國鐵道會社の立法體たるや明かなりと雖も然れども其の無主權立法體なること亦た明かなり。其の制法力は從屬の特性を悉く具備すること左の如し。

第一、會社は凡て法律に從はざるべからず。就中會社を創立する國會の條令を遵奉せざるべからず。且つ決して之れを變更すること能はず。是れ甚だ明白にして詳論を要せず。

第二、會社の創立を規定する條令即ち一字一句も會社の變更し得ざる組織條令と其の條令範圍内に於て會社の自由に制作し且つ變更し得る從屬法との間明劃なる區別在て存するなり。爰に吾人は會社の變更し得るものと變更し得ざるものとの差異は正さに從屬立法部の變更し得ざるの憲法的法律と其の變更し得る通

常法律との差異に類して少なるものたるを見る。而して吾人若し會社に對し憲法上の語を適用し得べくんば會社は立憲議會にあらされども若干の制限内に於ける立法議會にして其制限は則ち會社の憲法之れを定むるものなり。

第三、裁判所は會社の從屬法の効力に就て宣言するの權利を有するのみならず實に宣言するの義務あるものとす。即ち政治上の語を以て之を言へば裁判所に一の制定法として會社の制作せる法律の憲法に稱ふや否やに就て宣言するの權利及び義務あるなり。然れども茲に殊に注意すべきは裁判所又は裁判官の職務は鐵道會社の制作せる從屬法を取て無効と宣言し、又は直接に之れを廢止するに在らざること是なり。裁判所の職務は單に鐵道會社の制作せる從屬法に關する某訴訟事件起りたるとき其の訴訟を決する爲めに其の從屬法は國會の條令に依り會社に附與されたる權限内なるや否や、即ち其從屬法の有効なるや否やを決定し、其の從屬法の効力に對する裁判所の見解に依り其の訴訟の判決を附するに在り。茲に稍や注意して英國裁判官か某の從屬法の國會の條令に依り會社に與へられたる權限内なるや否やを討究する方法を查覈するは甚だ要用なり。何となれば

は能く此點を了解せば英國或は米國の裁判所が無主權立法部の發布せる法令の憲法に稱ふや否やを決定する方法を會得するに大に便なればなり。

倫敦及び北西鐵道會社と稱する會社曾て從屬法を以て「會社の相當なる職權ある役員の特許なくして劣等の切符を持って優等客車若くは列車に乗込み旅行する者は四拾シリング已下の料料に處し且つ其の列車の初めて發程したを停車場よりの路程に従ひ實際乗車したる客車の等級に應し其の賃金を拂はしむへし但し詐欺の意思なかりしことを證明するものは此の限にあらす」との規定を設けたり。曾て甲なる一人あり。初めより會社を詐欺するの意思を以て中等客車の切符を持って上等客車にて旅行したり。乃ち此人は從屬法に依て訴へられ十シリングの料料及び訴訟入費を課せられたり。而るに彼れ之を不當として控訴せしに裁判所は該從屬法を以て「井クトリヤ即位八年法令第二十號第百三條に戻り即ち會社を創立せる條令明文に違ふものと爲し其の從屬法を違法にして無効なり」と判決せり。

又た南東鐵道會社の從屬法中には「旅客は其の請求を受くる時は會社の役員に其の切符を渡さるゝるへからす」又た「切符を持たずして旅行するもの又は其の切符を渡さるるか若くは渡すを拒む者は其列車の初めて發程したる停車場より其下車したる所迄の賃金を拂はさるゝからす」との規定ありたり。曾て甲なるもの南東鐵道の切符を所持して旅行し途中乗替を要したる爲め會社の停車場外に出んとしたるに其切符を示さんことを請求されたり。彼れ毫も詐欺の意思はあらざれども切符を示すを拒めり。乃ち彼れは從屬法を犯したりとの廉を以て告訴せられ列車初發の停車場よりの賃金を拂ふべしとの判決を受けたり。然れどもク井シスペインチ裁判所は此裁判を以て不當と爲せり。其理由は該從屬法は會社の主張する如く會社創立の條令の許す所にあらざるを以て無効なりと云ふに在り。扱て右等の場合其他裁判所が料料の制裁を附したる從屬法を制作する權利ある或る一賦例へは鐵道會社又は學區會の如きの制作せる從屬法の効力に就て宣告する場合に於ては裁判所は從屬法を有効若くは無効なりと宣言すと云ふて可なるに似たり。然れども嚴正に云ふ時は未だ然らざる者あるなり。抑も裁判官の決定する所は某從屬法の無効なると否とにはあらざるなり。何となれば鐵道會

社の制作せる從屬法を廢止するは裁判官の職務に非されはなり。裁判官の當に爲すべき所は一の從屬法を犯したりとの故を以て甲某より科料を徴する訴訟の起る場合に於て該從屬法は會社權限の内なるや否やを糺し果して該法は其權限を越へたり故に無効なりと認定するときは此決定に基き該訴訟に對し相當の判決を與ふるに在るなり。一の從屬法を廢止すると其從屬法は無効なりとの認定に基き訴訟を決するとの區別は其の間一の差異なき區別の如く思はるへしと雖も其の實決して然らず。鐵道會社の制作せる從屬法を犯したりと論せられたる人は科料を拂ふべき義務あるや否やの小問題を處するにも尙ほ且つ此區別の要用なるを見る。况んや裁判所に提出されたる問題の憲法問題に涉る場合に於ては其大必要件たる論を俟たざるなり。例へば加拿太の本領國會又は其の州議會の制定したる法律の効力に關係する事柄に就き毎に起る所の訴訟を樞密院の判定する場合は如きは是なり。然れども此の區別の必要なることは本講義の進むに隨て明瞭とならん只茲に要あるは此區別の性質を述べ且つ裁判所が其訴訟を對決するに當り或る從屬法の有効なるべきや否やを討究するは從屬法其の物を

確定し若くは廢止するとは全く別事なることを明かにするに在り。

(二)英領印度の立法議院 英領印度は甚だ廣大なる立法權を有する立法議院の統治する所なり。此議院即ち吾人か特殊の名稱を附して在議院大守と稱する議院は英國々會の發する法令と均しく緊要なる法律を發するを得。然れども此の議院の立法權の國會法令に全く從屬するは夫の倫敦及び南西鐵道會社の從屬法制定の權に毫も異なることなし。

○大守議院合同の立法權は國會の法令より生じ此の法令は印度立法議院に對しては印度憲法とも稱すべき者なり。見よ印度議院は此等の法令の下に在て嚴正に謂ふ所の無主權立法體にして且つ別に國王上に在て在議院大守の制定せる法律規則を廢止し又は取消すの權を有することを。又た見よ印度議院の位地は立法的從屬の諸特性を顯はすことを。

○第一該議院は印度立法部の自から變更し能はざる許多の規則を以て檢束せられ而して此等の規則は帝國々會の優等權自由に之れを變更す。

○第二印度議院に權力を附與する法令は議院之れを變更すること能はず故に印度

英領印度

Government
in Council

立法府に對しては憲法即ち根本法を組成するなり。而して此根本法は議院の變更し得ざる所なるを以て議院か其の權限内に於て制定する法律規則とは大に逕庭あり。且つ此等の根本則中には議院の立法する事件の種類に就き制限すると尠からざるを以て在議院大守は國會の權力に牴觸し又たは大英國の不成文法又たは憲法の國王に對し又たは印度を支配する國王の主權に對する臣民たるもの義務に少しにても關係を及ぼし得べき法律に牴觸する法律を制定することを得ざるものとす。

第三、印度に於ける大英帝國の他の各部に於けるか如く裁判所は必要ある場合に於ては印度議會の制作したる法律の効力に就て宣言することを得。

裁判所の印度議會の發したる法令を處する方法はクヰンズベンチ裁判所か鐵道會社の從屬法を取扱ふと全く其趣きを同ふす。印度に於ける裁判官は未だ曾て在議院大守の制作せる法律規則を無効と宣告し若くは之を廢止し除滅するの命令を發したるとなし。然れども印度議院の法律の爲めに或る者の權利義務に關係を及ぼしたるに依り民事又たは刑事の訴訟起りて裁判所其訴訟を判決する爲

めに該法律の議院の合法權内なるや否を考察し決定せざるを得ざる場合あるべし。是れ則ち其の訴訟に關して問題となる法律の効力に就て判決すると同一なり。例へば甲某なるもの議院の發布したる法律又たは規則を犯したりとの嫌疑を以て告訴せられたりと假定せよ。且つ甲か此法を犯したりとの事實は其證據充分なりと假定せよ。此の場合に在て訴訟の提出せられたる裁判所即ち通例之を提出する印度裁判所は甲の犯したる規則は印度憲法を組成する國會の法令に依つて印度議院に與へられたる權内なるや否を考察するを要するとあるべし。是かして若し該法律にして其の權限内即ち憲法に稱ふものならんか裁判は甲に不利益なる裁判を與へ以て法律をして充分の効力を持たしむること恰かも鐵道會社の從屬法を破りたる犯人を糾問する裁判所か料料を拂ふべしとの裁判を與へて從屬法に効力を與ふるか如し。之に反し若し裁判所に於て問題となれる規則を憲法に稱はざるものと思料すれば裁判所は之に効力を與ふるを拒み該規則は無効なり。又は不適法なりとの論據に基き被告に利益なる裁判を下して該規則を無効視すべし。印度女帝對ヒュラーの事件を見るは此の點に就て大に益す

る所あるべし。茲に其詳細を擧ぐるの必要なしと雖も須らく左の事項に注意すべし。即ち印度高等法院は在議院大守の制定したる或る一法令を目して帝國の會に依て大守に附與されたる權限を越へたるものなり故に無効なりと主張し、此の論據に基き二人の在監人より控訴を受理せり。此控訴は若し大守の法令にして有効ならば該院の受理するを得ざるものなり。樞密院は此の事件の上告を受けて夫の問題と成れる法令は印度議院の合法權内に在り故に有効なりと主張したれども大守の發布したる法令の憲法に稱ふや否を考究するカルカッタ高等法院の職務に就ては樞密院取て之を問はざりき。今や他の點より此の事を觀察すれば印度裁判所の在議院大守の法令を取扱ふ方法は英國裁判所が國會の法令を取扱ふ方法とは全く其趣きを異にせり。印度の裁判所には大守の發布したる一法令を目して無効なるか故に之に服従するの義務なきものなりとの判決を與ふべき場合あるべしと雖も英國裁判所は國會の某法令は違憲なるを以て之れに服従するを要せずとの裁判を下すこと能はず又た未だ曾て斯の如き判決を下したることなし。是に於て吾人は從屬立法權と有主權立法權との間に存する差異の

骨髓を見るなり。

(三代議政の英國殖民地) 許多の英國殖民地殊にニージーランドザンクトトリア事の明瞭なら

んを望み特に此の地を擇むは稍や特殊の地位を有する代議會あり。

ザンクトトリア國會は大英國々會の如く有主權議會たるものが通例有する諸權力を殖民地全部に施行するものなり。彼の國會は法律を制定廢止し執政に權力を授け又た其の職を免黜し其の他政府一般の政略を監督し大英國々會の如く其の意思を事務の處理上に顯はすことを得るなり。尋常の觀察者にして若し唯たニールホルンに會合する立法部の日常の事務のみを觀れば其立法部は其管轄内に在ては其の權力に於て寸毫も大武列頓國會に譲る所なしと謂ふて可なるかの感覺を起すべし。尤も該會の決議を法律と爲すには知事の同意を要し且つ此の同意の外に更に明示又は黙示したる國王の裁可を要することを見るべし。乍去國王并に知事は常に故障なく之れに同意するものにして國王は英國々會の議決に對し不認可の權を有すれども常に之れを認可するを例とするに相同し。然れども更に詳細に觀察すればザンクトトリア國會(他の諸殖民地に於ける立法部

of Dominion of
New Zealand
Parliament of the Dominion

と同じくは無主權立法部跡にして明に從屬立法權の諸特性を具ふるを見るべし。乃ちヅヰクトリヤ國會の行爲は其の國會自から之れを變改し能はず、獨り帝國國會のみ之れを變改するの權を有する法律に依り制限せられ、且つヅヰクトリヤ其の他英領内の裁判所は國王の同意を得たるヅヰクトリヤの法令と雖も尙ほ其の帝國々會の法律に牴觸するときは其の論據に基き之れを無効即ち憲法違反なりとして取扱ふの權理を有せり。蓋しヅヰクトリヤ立法部は帝國々會の法律に牴觸すべき權力を有せざればなり。前文の旨趣は殖民地法律と帝國法律との間に存する關係を會得せは直ちに明瞭となるべし。而して茲に少しく此の關係を查覈するは獨り之れを知るの利あるのみならず、又た國會主權を明かならしむるの便あり。現在殖民地に獨立々法權を附與する特許狀は殖民地法律の効力に關する釋疑の法令にして即ち『千八百六十五年の殖民地法律條令』と稱する法令なり。此制定法は奇怪にも討論なくして國會を通過したるもの如し。然れども是れ實に殖民地立法部の權力を極め、永久に明定擴張したるものをして其の重なる條

項は極めて緊要なるを以て茲に其原文を抜抄せん。

「第二條、殖民地の法律にして其の殖民地に行はるゝ國會の各法令に牴觸し又たは斯る法令に基て制定されたる凡ての命令若くは規則或は殖民地に於て斯る法令と同一の効力を有する凡ての命令若くは規則に牴觸するものは凡て該法令命令若くは規則に從て之れを解釋すべく且つ其牴觸する部分に限り現在並に將來に全く無効たるべし。」

「第三條、殖民地の法律にして前條の國會法令命令又は規則の規定に牴觸せざる限りは決して英國法律に牴觸すとの口實に依り無効と見做さることなし。」

「第四條、殖民地知事の協賛若くは同意を得て發布したる殖民地法律又は此手續を履て今後發布すべき殖民地法律は斯る法律又は其規定の事項に就きて特許法即ち殖民地の平和秩序及び良政法を期する法律に對し協賛若くは同意の權を知事に與ふる文書を除きたる他の文書を以て女皇陛下若くは其委任を受けたる者より知事に如何なる訓令を與ふることあるも唯た其の訓令あるの故を以て之を無効と見做すことを得ず。且つ斯る訓令を事後斯る特許法中に

引用することあるも本條の規定を妨げず。

第五條、殖民地立法部は其の管轄内に於て裁判所を建設し及び之れを廢止再興し及び其の組織法を變更し司法事務の規定を制定するの全權を將來に有すべく、且つ從來常に有したるものと見做すべし。又各代議立法部は其の管轄に屬する殖民地に就て斯る立法部の組織權力及び處務手續に關する法律を制定する全權を將來に有すべく、且つ從來常に有したるものと見做す。但し斯る法律は國會の法令、特許法、樞密院令若くは斯る殖民地に於て其當地行はるゝ殖民地法律に依て時々定められたる方法、轉載に依て發布されたるものたるを要す。千八百六十五年の殖民地法律條令の効能は之れを観察するものゝ着眼の點如何に依て或は過稱せられ或は過貶せらるゝことあるべし。即ち此制定法律は或る點に於ては存外緊要ならざるなり。何となれば其の中に包括する原則は其の發布前既に有効の法律にして殖民地立法の効力を支配するものと一般に見做されたればなり。又其他の點より之れを観れば此の法令は極めて重要なりとす。何となれば該法令は其れより已前未だ曾て明定せられず時に疑はしきものと見認

められたる諸原則を始めて確定し之れに立法上の効力を附したればなり。然れども兎に角吾人か今ま殖民地國會の立法權に附せられたる制限を精密に記述するを得るは偏に此の制定法の明文に因るなり。今左に之を説かん。

ヱ井クトリヤ國會は英國の普通法に反對なる法律を制限することを得、且つ斯る法律は必要なる同意を得たる上は充分有効なりとす。

例へばヱ井クトリヤ殖民地法律を以て財産相續に關する普通法上の規則を發し、又たは知事に公衆の集會を禁するの權を附與し、又たは陪審裁判の制を廢することあるも其の法律は不適當にして不正なれども之れを充分効力あるの法律となし全大英國各裁判所之れを有効と認む。

之れに反しヱ井クトリヤ國會は帝國國會がヱ井クトリヤに適用せんとして設けたる國會法令の全部若くは一部に抵觸する法律を制定すること能はざるなり。例へば爰に英國國會がヱ井クトリヤにて行ひたる或る種類の犯罪に付き一種特別なる審問法をヱ井クトリヤに設くることを規定する法令を發布すると假定せよ。此場合にて若し殖民地國會が其法律を以て右の如き犯罪に就き帝國制定

法が指定せる審問法と異なる審問法を規定するときは其の殖民地法律は法律上の効力を有せざるべし。之れと均しく若し奴隷賣買を合法なりとするヴヰクトリア法律あらば此法律も英領全部に於て奴隷賣買を禁するジョージ四世即位五年第一百十三號に牴觸するか故に無効なるべし。又たヴヰクトリア國會の發布したる法律にして商船條令中各殖民地に適用すべき條項を無効又は廢止に歸せしむるもの若くは英國破産條令の下に在て英領中に於て契約したる負債を免かるゝの効力を有する義務免除を妨ぐるものは皆無効なるべし。要するに殖民地立法部は決して殖民地に適用せんと企圖したる帝國法律を蹂躪するに能はざるなり。而して其の企圖の明文に顯はるゝと又は其の法律の大體の目的及び性質より自から明かなるとは要點にあらざるなり。爰に一の帝國法律ありて其のヴヰクトリアに適用するの目的あること確定すれば其の法律に牴觸するヴヰクトリア法律は凡て無効違憲なりとの結果之れに伴ふなり。是を以てヴヰクトリアに於ける裁判所は他の英領に於ける裁判所と同じくヴヰクトリア國會の法令の効力に就て判決する場合あるべし。何となれば若しヴヰ

ヰクトリア法律にして實にヴヰクトリアに適用する國會の法令の條項に牴觸すれば英領中何等の裁判所と雖も此のヴヰクトリア法律に合法に効力を與ふること能はざるや明かなればなり。是れ帝國國會が實施する立法主權より生ずる自然の結果なり。上例の如くヴヰクトリア國會は裁判官に斯く々々の方法に據り事を處すべしと命じ帝國國會は之れに反し又た斯く々々の方法に據るべしと命ずる如き場合に於て此の二個の命令中裁判官の遵奉せざるべからざるものは帝國國會の命令なりとす。是れ實に國會主權の眞義なり。故にヴヰクトリア國會の或る制定法が殖民地に適用する帝國國會の法令に牴觸する等の爭論起るときは其爭論の提出されたる裁判所は必らず其の殖民地法律の効力に就て宣言せざるを得ざるなり。

ヴヰクトリア殖民地の憲法はヴヰクトリア即位十八十九年第五十五號の國會法令を以て制定せられ且つ今尙ほ之れに據るなり。此の故に人或は思はん、ヴヰクトリア國會は夫の一立法體にして根本法即ち憲法を變更するを得ざる不能力即ち其の立法部の變更し得べき尋常法律と其變更し得ざる憲法的法律間に存する

顯然たる區別より成れる從屬體の徽號を呈するなりと。

此の想像はヰヰクトリヤ憲法を定むる諸法令に對照すれば自から誤まれるを知るべし。千八百六十五年の殖民地法律條令とヰヰクトリヤ即位十八十九年第五十五號第六十條とを對照せばヰヰクトリヤ國會は憲法の條項を變更するの權あること明かなり。其の權力は帝國制定法に因り生したるものにして勿論決して帝國々會の主權と相牴觸することなし。但しヰヰクトリヤの殖民地法律は其の憲法の條項を變更し得べしと雖も、斯る法律は他の法律と全く異なりたる手續に依て之を發布せざるべからざることあり。

ヰヰクトリヤ憲法には僅かに根本法と他の法律間の區別を認むるの迹あり。然れども其の之れを認むるや甚た微弱にしてヰヰクトリヤ國會は(他の殖民地立法議會に於けるか如く)從屬なりと雖も、尙ほ同時に立法議會と立憲議會とを兼ねたるものなりと謂ふも不可なし。其の從屬議會なるは其の權力帝國々會の立法に依て制限さるべし故なり。其の立憲議會なるはヰヰクトリヤ憲法の條項を變更するを得るか故なり。

ヰヰクトリヤ憲法の條項を變更すべしヰヰクトリヤ國會の權力は種々の點より之に注意するの要あり。

吾人は茲に憲法の成文質なるを不動質なるとは其間に緊要の關係を有する者にあらずとの確證を有す。即ちヰヰクトリヤ憲法は成文律の體を具ふる者にして一個の制定法なり。然れども憲法的制定法の條項は之れを創定せし帝國々會能く之れを變更し得ること殆んど他の諸法律に於けるか如し(勿論其の手續に多少の相違はありとは云へ)。是れ誠に明白にして説明の要なきが如くなれども卓絶なる記者にして往々法律は「一〇」の制定法として明文に表はるべしに依て其性質を變更するものなりとの意義を以て語を爲すものあるを以て茲に成文憲法は必らずしも不動憲法にあらずることを注意し置くは無益に非ざるなり。又た英國々會が容易く殖民地立法部に立憲權を譲りたるを見れば獨大陸諸國のみならず米國の憲法にも存在する根本法と不根本法との區別に英人の意を留むること甚た少なきを知る。是れ蓋し左の事由に依るならん。英國人は國會なるものは適さに何種の法律にても凡て一様に容易く之を變更することを得べきものと思料するに

慣るゝや久し。是を以て英國の政治家が殖民地に國會政治を許すに當てや彼等は殖民地立法部に附するに憲法的たるを否とに關せず、殖民地に關する各種の法律を處するの權力を以てせり。尤も黙々の間に於て此權力は英國々會の無上權と衝突する方法にて使用すべからずとの約款に従はしむるものなり。要するに殖民地立法部は其權限内に於ては帝國々會の模型にして其の權限内に在ては有主權體なり。然れども固と合衆王國の國會に對して從屬の關係を有するが故に、其の行爲の自由は自から牽制を受けざるを得ず。是に於て乎ザキトリアの如き殖民地に許したる多量の自由と帝國主權とは何に由て能く兩立する哉の疑問自然に起るべし。此の質疑たる少しく吾人の目下講究する問題外に屬すと雖も、又た全く關係なきものにあらすして茲に解説を附するの價值あり。且つ其の疑問の眞個の性質を記憶せば之れが解説を發見すること亦た困難なるにあらざるなり。

問題は英國政府は何等の手段に依て能く殖民地をして從屬の關係を守らしめ大英國政治上の主權を維持する哉と云ふにあらす。若し果して斯の如き問題なら

しめは是れ一個の政治問題にして全く本書の毫も關せざる所なり。吾人が答へんと欲する問題は如何にして能く法律なるものは大英國全部に於て服従さるゝ者と見做して、殖民地立法上の自由をして帝國々會の立法主權と相調和せしむるを得るや。如何にして能く英國々會と各殖民地立法部との衝突を豫防し得るやと云ふに在るなり。

此の討究の無益に非ざることには北米合衆國又たは英領加奈太の如き聯邦に於て裁判所が斷へず中央政府の立法權と州立法部の立法權との境界を決定すべき地に立てること氣附きたる者の皆な知る所なり。

殖民地に許すに廣大なる立法權を以てしたるの重なる一原因は帝國々會の最高立法權に在りと云は、甚た奇怪に聞ゆべしと雖も、是れ最も眞を得るの説なり。諸殖民地の憲法は直接或は間接に帝國制定法に基けり國會は如何なる殖民地憲法と雖ども何時も之を適法に廢止することを得、又た國會は何時も殖民地の爲めに法律を制定し及び各種の殖民地法律を廢止し又たは無視することを得とは如何なる法律家も疑はざる所なり。加ふるに國會は實際常に殖民地に關する法令

を廢止し、殖民地の諸裁判所は英國諸裁判所と一樣に帝國々會の制定法は之れを適用せんと期したる英領各部を率制するの原則を充分に認め居れり。然るに苟くも此原則にして一たび裁判所の是認する所となる以上は殖民地立法權を制限檢束するの必要甚た少きや明かなり。何となれば若しヅヰクトリヤ國會の法令にして一の帝國制定法に牴觸することあらんか、其法令は法律上全く無効たるのみならず、若しヅヰクトリヤ國會の法令にして或る制定法と衝突することなきも實際大英帝國の利益に反對し、其發布を默許し難きものならんには英國々會は一の帝國制定法を發し以て該法令を無効に歸するを得べければなり。

然れども實際に於ては右の手段に出づるの必要甚た稀なり。何となれば國會は他に殖民地法令に關しては國王の不認可權を利用し、以て殖民地の立法を統御するの手段を有すればなり。今左に其の概要を説明せん。

抑も國會の兩院を通過したる議案に對し同意を拒むべき國王の權利は今や實際廢滅したりと雖も、殖民地立法部の議案を不認可又は拒否すべき國王の權利は全く之れと其趣を異にし、今尙ほ依然存在せり。而して此の權力は名義は然ら

すと雖も、其實帝國々會が殖民地立法上の獨立を制限する權利にして實際屢々實行する所なり。

殖民地立法に對する此の制限を實行する方法に二様あり。

一殖民地例之ヅヰクトリヤの如き地の知事はヅヰクトリヤ國會の兩院を通過せる議案に對し直ちに其同意を拒むことあるへし。斯る場合に於ては其議案の遂に消滅すること恰かも殖民地議院に於て一議案を棄却されるときに如く、又た英國々會の兩院を通過したる議案に對し萬一國王か夫の實際行はざる拒否の特權を使用したる場合の如くなるへし。又た知事は直ちに同意を拒むことを爲さず案を存して國王の裁量を仰くとあるへし。此の場合には其議案は王室の同意を得る迄は其効力を具へざるなり。而して所謂王室の同意は其實英國政府の同意なるか故に即ち間接に帝國々會の同意なりとす。

之れに反して知事が國王を代表してヅヰクトリヤの議案に同意を與ふることあるべし。此の場合には其議案はヅヰクトリヤ州中に効力を得ると雖も是れ一時の効力にして其議案はヅヰクトリヤ州中たりとも尙ほ未だ確定の法律とは成

らざるなり。何となれば一旦知事の同意を得たる殖民地法令と雖とも國王は何時にも之れを取消すことを得ればなり。トッド氏此の事を叙して曰く「知事は國王を代表して議案に國王の同意を與ふるの權ありと雖とも此の案未だ終結決定のものにあらず。何となれば實際國王は復た自から更に此の案に對し第二の不認可權を有すればなり。殖民地知事の同意を得たる制定法は其の明文中に在るにあらざれば皆直ちに効力を得るなり。然れども知事は其際法令の謄寫一部を殖民事務大臣に送致せざるべからず、而して在樞密院女皇は此謄寫の送致を受けたる時より二年間は此の法令を取消すの權を有す」と。

事態斯の如くなるか故に其結果として殖民地立法部は帝國政府の實有する不認可權の爲めに檢束せられ、苟くも英國政府が帝國の利害上拒否せざるべからずと思料する議案は縱しヅキクトリヤ其他の殖民地立法部が法令として發布するも遂に實施の効用を得ずして止まざるものなし。殖民地法律にして其文字又は精神に於て國會の立法權に牴觸するものあれば本國政府の之を拒否し、又は取消す

こと必然にして種々の理由に依り國王の同意を得ず、又は發布後取消されたる法令尠からず、千八百六十八年には國王大守の俸給を減する加奈太の法案に同意を拒み、千八百七十二年には其或部分が帝國法律に牴觸するの理由を以て加奈太の版權條令に同意を拒み、千八百七十三年には一の加奈太法令千八百六十八年の英領北米條令の明文に反すとの理由に依り取消され、同様の理由に依り千八百七十八年にも亦加奈太船積條令取消されたり。又之れと均しく國王は支那人の移住を拒絶すへき濠洲の法令に不認可を與へ、又妻其夫の姦通を理由として離婚を求むるを許し、亡妻の姉妹との結婚を許さんか爲めに殖民地立法部の發布したる法令は(殖民地に關する英國政略の)通例の精神には矛盾すれども國王即ち本國政府の爲めに取消されたり。

この故に如何にして殖民地立法上の自由は能く法律上帝國主權と調和せしめらるゝやとの質疑に對し答ふべき要旨は左の如し。曰く國會の最上主權は既に普ねく充分に承認せられ居るを以て取て殖民地立法部の權力を制限するに汲々たるの必要なし。曰く實際國會を代表する本國政府は國王の不認可權を使用し以

て。殖民地法律と帝國法律との衝突を豫防するの權力を有す。其他尙ほ須らく此理由に加ふべき者あり。曰く、帝國の條約は法律上殖民地を檢束すること、及び米人の所謂條約制定權なるものは國王の掌中に在りて國會否な尙ほ精密に云へば衆議院の意思に従て本國政府之を行ふものにして、殖民地政府は國會の制定法を以て明かに許されたる場合の外決して條約を制定するの權力を有せざること即ち是なり。然れども爰に注意を要するものあり。即ち政府と外國との間に締結したる條約に効力を與ふるに必要な法律を發布すべきや否やを決定するは自治殖民地立法部の權内に在り。且つ殖民地の範域内に其殖民地の感情に反する條約の箇條例之犯罪者引渡に關する箇條の如きを強行するに就ては實際甚た困難なる場合あるべし。然れども是れ殖民地は帝國政府の制定せる條約に依て檢束せられ國會の法令を以て或特別の規定を設けたる場合の外、外國と條約を締結するの權力を有せずとの法律上の原則を害せざるなり。大英國が其殖民地の立法部の上に行ふ監督權の性質及び範圍を正しく知らんと欲せば須らく心に左の二點を銘記し置くべし。第一帝國政府は漸次法律制定其

他の事に就ても政界上強て殖民地の行爲に干渉するを避くるの傾向あり。第二既に示めせし如く殖民地の法令は國王の同意を得て終結したる後と雖も、若し該殖民地に適用する國會の法令に牴觸するときは効力を保つ能はざるものとす。故に帝國か其屬領地の地方事務に干渉せざるの政界は帝國國會の無上立法權と協力して英國國會及び殖民地立法部をして互に其權力の範域を守りて相侵すこと稀ならしむ。

第二 外國に於ける無主權立法部

吾人は容易く加奈太領の如き其性質最も獨立國に近き殖民地と雖ども其國會の眞に有主權立法部にあらざることを知るべし。何を以て之れを云ふ。曰く、全英帝國に向て法律を制定する所の大英國有主權國會其後へに立て之れを監督すればなり。又た殖民地は實際何程廣大なる行爲の自由を有するも外國交渉事件に就ては獨立權を以て之れを處すること能はさればなり。屬領地の國會は自から有主權能たる能はざるや固より明かなり。然れども英人には獨立國の立法議會にして有主權議會に非らざる者ある事を了解するは稍や困難なり。我々英人の

政治思想は慣習として國會は全能なりとの假定に基くを以て獨立國を代表する國會にして主權を有せざるものありと聞かば我々英人は之を目して例外なり不條理なりと見做すの傾きあり。然れども多く開明國の憲法を講究せば何人も大國の立法議會にして立憲議會の性質を有せざるもの尠からざるを知らん。某外國立法部が有主權なるや否を決定せんと欲せば先づ其國の憲法を查覈し、問題の要點たる立法部は從屬の徽號を呈するや否やを定めざるへからず。此の方法に依り研究し來れば外觀には主權議會と見ゆるも其實無主權立法部に過ぎざるもの頗ふる巨多なるを見るへし。

佛國は最近一百年間に尠くも十二回以上の憲法を経験せり。佛國の政體此の如く種々に變化したれども、其中概して一個共通の形骸を有せしなり。何そや此等の諸政體は概ね皆な一定不變なるか、若くは容易ならざる手續を履みてのみ僅かに變更し得へき憲法即ち根本法律と立法の通常手續に依り尋常立法部の容易に變更し得へき尋常法律との間に存する眞誠區分の認識に基けり。是を以て佛國が隨時採用したる諸憲法の下に在ては普通國會即ち立法部は

有主權立法部たらざりしなり。

路易費立扶の立憲君主政體は尠くも其外相に於て英國の立憲君主政體に則りたる者にして憲法典中一語の以て明かに國王及び兩院の有する立法權を制限しあるを見ず。而して英人より之を見れば、*テュートリックス* 朝の時に當ては國會は明かに主權を有せしもの、如く思はるれども佛國法律家の見る所大に之れと異なるものあり。*テュートリックス* 朝記して曰く「佛國憲法の不變性は彼の國の法律より來れる必然の結果なり、抑も國王、貴族院及び代議院は皆な其權力を憲法に資りしものなれば此三權は合夥するも其權力の唯一基礎を成す法律を變更するを得ざるなり。憲法有て初めて三權あり、憲法の外に立て彼等能く何をか爲さん。脚を何處に立て憲法の條項を變更せんとするや、其結果は明かに左の二途の一に居らざるへからず。即ち或は憲法典に反對する三權の運動其効驗なく憲法典依然存立し、三權尙は憲法典の名に資りて行はれん、或は三權能く憲法典を變更せん。然るときは彼の三權が據て以て存立する所の法律無効に歸するを以て彼の三權も亦た存立する能はざるなり。三權が憲法典を破壊するは即ち三權自身を破壊

するものと云ふ可し。此點は千八百十四年の法律に照らさんより寧ろ千八百三十年の法律に照さは益々明瞭なるを得ん。千八百十四年には國王の特權は其基礎憲法に超越したれども千八百三十年に在ては然らず、國王の特權は公然憲法に依て制定せられ且つ憲法に従屬したり、故に佛國憲法の一部は不變なり。何となれば其規定はチーリヤン一家の運命に連結し居ればなり。而して憲法の全躰も亦た均しく不變なり。何となれば之れを變更する合法手段あるを見さればなり。以上説く所は之れを英國に適用すへからず、英國は固と成文憲法を有せざるの國なれば誰か能く其憲法の果して變更せられたるや否やを確言し得るものあらんや」と。

以上テウ、トールクヱールの論或は以て英國人を心服せしむるに足らざらん。然れども其の議論の薄弱なる所は適く以て國會主權なる主義は佛國憲法家の認めざる所なりとの教義が佛國人の思想の上に及ぼす勢力の強大なるを證明するに足るなり。英人が自然同意を表する説は外國政治家及び立法家多數の思想を制する夫の憲法と他法律との間に必要なる差異ありとの思想と相反す。

千八百四十八年の佛國共和政は明かに憲法と他法律との區別を承認したるものにして千八百四十八年九月四日を以て布告したる憲法は其一條項たりとも尋常法律と同じ方法を以て之れを變更するを得ざりしなり。當時立法議會は三年間繼續せしが末年に於て四分の三の多數を得たる時に限り憲法修正の權ある立憲議會を召集し得たり。而して此の立憲有主權議會は其議會の數其他の點に於て尋常無主權立法部と異なる所少しとせず。

現時佛國共和政の國民會は英國々會の兩院より一層直接なる權力を行へり。蓋し佛國代議院は英國の衆議院に比すれば大臣の任命に關して一層近接の勢力を使用し、又其政府の行政職務に參與すること一層甚しとす。加之大統領は名實共に不認可權を有せず斯る狀況なるにも拘はらず佛國々會は有主權議會に非らずして憲法的法律の檢束を受くること英國々會の曾て法律の檢束を受けざるものとは大に異なれり。憲法即ち根本法の條項は尋常法律と全く其位地を異にし根本法は凡て憲法第八條に依り左の規定に従ふにあらざれば適法に之れを變更することを得ず。

『第八條上下兩院は其發意を以て又は共和政府大統領の請求に應じ、各院別々に過半数の決議を以て憲法を改正せんことを發議するの權あり。兩院は各此の決議を爲したる後ち改正を遂げんが爲めに兩院議員を合して國民會を開くべし。』

憲法全條又は其一部の改正に關する議事は國民會を組織する全議員の過半数に依て決するものとす。

この故に現時の共和政の下に於ける無上立法權は尋常國會兩院の手に在らずして代議院及び元老院より成れる國民會即ち公會の手に存するなり。

要するに佛國が經驗したる種々の憲法は英國制度の伸縮自在なること、即ち其『軟性』に比すれば『硬性』とも謂ふべき特性を具へり。而して其憲法は此の點に於て大陸諸國政體の模範たり。

英國憲法を理解する爲めには此の軟性憲法と硬性憲法との區別を充分明かにすること裨益少なからず。請ふ左に少しく之れを論せん。

軟性憲法とは其下に在ては法律の種類を區別せず凡ての法律を同一の勢力同一の難易を以て同一の方法に依りて變更し得るものを謂ふ。而して英國憲法の軟性は國王及び兩院の何等の法律をも改正若くは廢止するの權を有するに因りて生し國王及び兩院は倫敦ヲックスフォード間に新鐵道の布設を會社に特許する法令を發すると同一の方法に依り王位繼承法をも改正し聯合令をも廢するを得るなり。故に英國に於て或種の法律を稱して憲法と云ふは其法律の國家の根本的制度に關すると思料さるゝ事物に關係するか故にして其法律の他法律に優りて神聖なるか故にあらず又法律に比して變改し難きか故に非らざるなり。且つ事實に就て見るに憲法的なる語は其意義甚だ漠然にして『憲法的』法律又は『憲法的制定法』なる名辭の如き其性質を明確に表はすものとし、英國制定法を呼ぶに用ゆること甚だ稀なり。

硬性憲法は其の下に在ては通例憲法的即ち根本的法律と稱せらるゝ種類の法律を尋常法律と同一の方法に依り變更することを得ざるものを謂ふ。白耳義憲法或は佛國憲法の硬性は白耳義又は佛國の國會が其尋常立法部の資格を以ては憲法的、即ち根本的法律と稱する特殊の法律を變更廢止するの權を有せざるに因れ

り。
 軟性憲法の下に在ては憲法的なる語は之れを一の法律に冠らしむるときは充分明確なる意義を有す、即ち憲法的法律とは憲法の條項中に存する一種格段なる制定法にして法律上尋常法律と同一の方法に依り同一の難易を以て變更し得ざる者を云ふ。憲法の條項は概して(必しも然りとは云ふへからされども)國家の緊要なる根本法律を網羅するを見るべし。然とも硬性憲法の國に於ては其條項は悉く最必要の事柄なりとは云ひ難し。例之佛國々會はヴァーセイフに於て開會せざるへかすとの規則を曾て佛國共和國憲法の條項中に入れたることあり。斯る規定は實際何程要用なりとするも其性質上より云へは決して之を憲法的法律とは云ふへからす、只た憲法の條項中に在りしを以て憲法的法律と稱せしのみ。
 英國憲法の軟性と諸外國憲法の硬性とを比較對照すれば更に二個の趣味ある問題爰に提起せらる。
 第一。憲法の硬性は果して憲法をして永久ならしめ國家の根本制度をして實際一定不變ならしむるに足るべきや。

此の問題に對し歴史上の經驗は未だ以て明確なる解説を與へず。

英國は漸次の改良進歩に因り最近六十年餘の間に著しく政治を變改したるが國家の法律制度の或る種類を政治上の爭論の範圍外に措きたるか爲めに此の政治上の改良進歩を妨げられたる國あり。例之白耳義國憲法は五十年以上存立し北米合衆國憲法は創立以來將さに百年に垂んとするも、其間二國憲法の變遷に遭ひしは英國憲法がジョージ三世崩後以來經過せる變遷の十分一にも尙ほ遙かに足らざるなり。然れども一方に憲法の不柔軟性が不知の間に一國の基礎を全變する所の變遷の進歩を妨げたりとせば他の一方には又憲法の硬性の爲めに革命を惹起したる場合あり、ルイ、フヒリップの君主政はテウ、トリクヅ井ールが法律上憲法典の條項を變更し得るの權天下に無しと説きたる時代に在て僅かに七年ならずして轉覆したり。尙ほ佛國革命史憲法の一定不變なることの適き以て憲法を劇烈に破壊するの根據口實となりし例多く殊に其の著明なる一例あり。千八百五十一年の保案條例施行の最良なる口實は當時佛國人民は大統領の再選を希望せしに大統領の再撰を禁せる法律を變更するには立法議會四分の三以上の多數

を要することを規定したる憲法の條項ありて爲めに有主權人民の意思を妨けたりと云ふに在り。若し共和議會をして有主權國會ならしめはルイ、ナポレタンが十二月二日の罪業を行ふに當り正義らしき口實を與へざりしなるべく、又た彼をして之れを行ふの情念をも起さしめざりしならん。

千八百四十八年の政治家が憲法をして一定不變の性を具へしめたるか爲めに佛國が危難に陥りたるは決して偶然の例外として見るべきに非ず。其危難は硬性憲法に必存の缺點より起れるなり。抑も變更し得ざる法律を造らんとするは即ち主權の實行を妨げんとするなり。故に其結果は法律の明文と國家眞主權の意思との間に衝突を生し易し、夫の革命の時に當ては佛國々會議員選舉者の過半数は憲法上佛國の眞主權者たりしなり。然るに大統領の再選を禁したる規則は實際法律と選舉過半数の意思との衝突を來し、即ち硬性憲法自然の傾向として法律文と主權の意思との間に反對を生せしなり。佛國憲法の不柔軟性は革命を喚起したるに英國制度の柔軟性は之れに反し、尠くも一回は其の轉覆を防きたり。五十年餘の星霜を経たる今日に在て虚心に夫の第一リッパルヒル改正案の歴史を研究す。

る學生には千八百三十二年に於て國會の無上立法權が國民をして法律改正の假而の下に政治上の一大革命を遂けしめたること明かなるへし。今之れを要するに憲法の硬性は漸次の變遷を妨ぐるの傾向あり。只夫れ變遷を妨ぐるか故に不幸の境遇に遭へば革命を喚起することあるなり。

第二。硬性憲法の下に在て違憲の立法手續に對する警備は如何

概して此の間に答へんに是れ英國の如き有主權國會の治下に在る國には適當せざること勿論なり。憲法制定者が用ゐて以て違憲の立法手續を爲し得ざらしむるか又たは之れを爲すも其の結果を無効ならしむるの目的を達せんとする方法二つあり。

輿論の勢力と政治上の權力の巧なる平衡とに依頼して立法部の憲法に合はざる法律を發布することを防ぐの一法あり。此法は公衆感情の勢力に頼る道徳上の制裁を藉て違憲の立法手續を妨遏するものなり。

違憲の立法を妨止する他の一方は或る一人又たは一跡就中裁判所に與ふるに立法部が制定する法令の果して憲法に稱ふや否やに就て判決し若し其の法令にし

て憲法の明文若くは精神に矛盾するときは之れを無効として取扱ふの權を以てするに在り。此の法は違憲の立法手續を豫防するよりは寧ろ裁判所の力に頼て之れを無効に歸せしむるものにして結局裁判官の權力を藉るものなり。憲法の硬性を維持する爲めに用ひらるゝことある右の二方法は尙ほ説明を付せされは其の意を明かにすること能はず。其の意義を善く理解せんと欲せば宜しく立法部に關して二種の相異なりたる憲法家が取れる政略を比較すべし。前に示めせる如く佛國並に大陸諸國の憲法制定者は根本法律と他法律との間の區別に非常に重きを置くを常とし立憲の權力なく唯た立法權のみを有する立法議會を造り出せり。故に佛國政治家は尋常立法部をして其の適當の範圍を守らしむるの方法を發明するの必要に迫まれ而して其の政治家輩の爲せし所或る點に於て皆同一轍に出てたるの迹あり。彼等は憲法上立法權に附する制限を明定したり彼等は立法事務を指示し且つ監督すべき格言を網羅して憲法の條項中に置けり彼等は特別の方法に依り特別の要件を履みて組成する立憲議會のみ獨り能く憲法を改正し得べしとのことを規定せり。之れを要するに彼等は立法部

か國家の根本法に侵入するを妨遏することに専ら注意したり。然れども彼等は立法部をして其の權力に加へたる制限を守らしむることには就ては概ね人民の一般感情若くは政治上の考案に委し違憲の法令を廢止し又たは之れを無効ならしむるの機關を設くることは常に之れを怠れり。

佛國憲法政略の痕跡は佛國が經たる政治經驗の初めの三回に於て殊に顯著なりとす。千七百九十一年の君主政憲法千七百九十三年の民主政憲法及び千七百九十五年の總督政憲法は各大に其の趣きを異にするに拘はらず三憲法に共通なる二個の形貌あり即ち此の三憲法は皆な立法權を甚だ狹隘なる範圍内に籍束せり例へば總督政の下に於ける立法體は憲法三百七十七條中の一をも自己の力を以て變更するを得ざりしのみならず立憲議會を興す規定甚だ嚴密にして憲法の條項中誠に些細の變改にても之を遂くるには九年より少からざる時日を要したり。此の三憲法は又た一として既に發布したる法律の憲法に違反するものと判決せられたるとき之れを無効として取扱ふの方法を示すものなし其の制定者は法律は其の行文必らずしも憲法に反せざるも尙ほ憲法に稱ふや否やの疑あるものな

きにあらず。故に某法律は果して憲法の原則に反せざるや否やを決定するの手段なかるへからすとの事を殆んど認知せざるものゝ如し。

近代の佛國憲法家も亦た革命時代の諸憲法の特状を襲用せり現時の佛國共和政にも國會の能く變更し得ざる法律若干あり(甚だ多からされども)且つ特に重大なることは所謂公會コンヴェンションは何時も根本法律の數を増加し大に將來國會の權力を減殺し得たるなり。然れども憲法中に尋常國會をして憲法上の權力を超へて權限外の法令を實際制定するを得さらしむる規定あるを見ず。佛國に於て革命以來事實的諸政府の立法を重んずること及び佛國司法制の口碑とを記憶するものは兩院之を通過し大統領之を布告したる法令全書にて之を發行したるの法令は共和國內各裁判所に於て之を有効と認めらるゝことを確信すべし。

事態斯の如くなるを以て其結果左の奇觀を呈す佛國憲法の下に於ける立法部の行爲に加へたる制限は其實法律にあらざるなり。何となれば是れ結局裁判所か強制する規則に非らされはなり。彼等は其の性質政治上の徳義に屬し其力何程強大なるも其の由て來る所は形式上憲法中に載せられたると隨て輿論の助けを

得るとに在るのみ。而して佛國憲法に關して眞を得たる説は佛國の思想より誘致せる他の諸政躰にも多少之れを適用するを得べし。例へば白耳義國の憲法の國會の行爲を檢束するは決して佛國憲法に下らざるなり然れども白耳義憲法家は白耳義公民に許されたる(例へば言論自由の如き)諸權利を制限し又たは消滅するの法律を無効となすの備へを爲したるや否やは疑ひ無き能はず。白耳義の法學者は理論上憲法の條項に反するの國會法令は裁判所之れを無効として取扱はざるへからすと主張すと雖ども實際白耳義國獨立已來五十八年間に國會法令の効力に就き宣言したる裁判所は未だ曾て見ざる所なり。是に由て之れを見れば彼の國の國會は常に憲法を重したるを示し且つ權利の具形的宣明は公衆の感情に勢力を有するを以て英國に於て普通に人の考ふるよりは其力一層重きを見るなり。然れども又た一方には白耳義に於ては佛國に於けるか如く國會の權力に加へたる制限は重きに道徳上又たは政治上の感情に依て維持せられたるものにして畢竟憲法的法律と云はんより寧ろ憲法的合意と謂ふべきものたることを知るなり。

英國の批評家の眼には大陸諸國の政治家就中革命時代の政治家が尋常立法部に對する舉動は奇異の觀を呈す彼等は尋常立法部の權力を無制限に放任し置くを恐れ又た立法部をして其の制限を越ゆるを得ざらしむるの手段を取ることをも恐れたるか如し。此の矛盾を生せしは革命の破裂已來佛國憲法制定者が二個の感情に制せられたるに由れり。二個の感情とは何ぞ曰く一は權利の宣明より生ずべき効果を過重せしこと一は裁判官の政治範圍内に侵入するを厭忌せしこと是なり。余は後章に至り佛國の公法は其の根柢より佛國人の間に一般行はれたる「裁判所をして凡ての國事又たは政治機關に關する事件に干渉せしむへからす」の信仰の影響を被むれり。

米國憲法創立者は其模倣者たる瑞西も亦た同じ其の共和國內の各立法体の權力を制限せんと苦慮せんこと佛國政治家より更に甚しきものなり。其理由は次章に於て之れを示さん。彼等は又た權利宜明の效能多きを信すること大陸政治家に譲らす然れども彼等は佛國憲法制定者と異なり合衆國會其他の立法部の其の權限を超へて法律を制定するを禁することよりも寧ろ違憲の法律の効を没す

るの手段を設くることに注意せり。此の目的の爲めに彼等は聯邦内の各裁判官は憲法に違ふ法律あれば之れを無効視するの義務あるものと爲し以て憲法中に合衆國會又たは州立法部の立法權に加へたる制限に眞法律の性質即ち裁判官の強制すべき規則たるの性質を與へたり。抑も裁判官をして憲法の保護者となすの制は違憲の立法を妨遏せんか爲めには迄發明したる唯一の有効警備なりとす。

第三章 國會主權及聯邦主義

本章の目的は開明諸國特に北米合衆國に存在する如き所謂聯邦主義なる政體に對照して英國に行はるゝ國會主權の性質を説明するに在り。

北米合衆國の外現時聯邦政體の證例として記載するの價值あるもの尙ほ三個あり瑞西聯邦、加拿太領地及日耳曼帝國是れなり。人此等諸國の制度を講究せば亦以て此の問題の主意を明らかならしむるの資料を得べしと雖然れども本章に於ては徹頭徹尾主として意を北米大共和國の制度に注ぐを良しとす。其理由二あり第一北米合衆國は聯邦政體の最も完全に發達したる模範にして聯邦政體に於ける一切の特狀就中裁判所か立法部を牽制する情狀の如きは彼の國の最も鮮明に最も完全に具備する所なり。且つ瑞西聯邦、加拿太領地の如きは其の模範を米國に取りたるに過ぎす又日耳曼帝國の憲法に至りては其發作歴史上の結果と一時の偶發とを混したるものなるを以て世に知れたる政體の好模型となすに足らざるなり。第二合衆國の憲法は英國制度に對し一種甚だ特殊の關係を有せり合衆國憲法の形骸は權力分配の主義に基くものにして彼の國會に無制限の權力を

歸するを以て骨髓と爲す英國憲法の形骸とは正反對なり。然れども英米憲法の外形は斯く甚しく其趣を異にするに似たれども翻て其精神を窺へは其異同の點案外に尠く米國制度は英國の政治的、法律的制度の基を爲せる諸觀念の偉大に發達したる者に外ならざるなり。要するに英國政體を組織する原則は「統一主義」にして即ち一の中央權力を置き常に無上立法權を實行せしむるに在りて其中央權力とは英國の場合に於ては即ち英國國會其物なりとす。之に反し米國制度の各部を組成する原則は行政、立法、司法の權力を相互同等にして相獨立する機體に分配し之を制限するにあり。是れ聯邦政體に在りては誠に欠くべからざる制度なりとす。故に此の兩政體の相違は英米二國を比較すれば最も闡明に知り得べく且つ此の相違あるの外英米兩國の制度は法律、公道、一個人の權利と政府又は國家の權利との關係等に於て原と同一の觀念に根基せるものなるを以て右の相違は一層顯明に見認め得るなり。

聯邦主義の性質及び聯邦憲法の英國國會憲法と相反對する要點を會得せんと欲すれば第一聯邦國の存在に必須なる要件及び聯邦組成の目的第二聯邦の特狀を

査覈し終りに聯邦主義の本性より生し且つ聯邦政體と國會有主權制との異同點たる所の聯邦主義の特性を講究するを以て最良の手段なりとす。

聯邦國には其組成上二個の要件あり。

第一聯邦國を組成するには瑞西の諸州亞米利加の諸殖民地加拿太諸州の如く位地歴史人種等の關係に由り互に密接結合して其住民の眼中互に國家を共にするの感あるの數邦國より成れる一體なかるべからず。又た吾人の經驗に因れば現今聯邦の一部分たる土地は曾て同盟聯合に依り若くは共同の一君主を戴きたるに依り相結合せし時代を経たることを見るを通例とす。斯の如き往時の結合を以て聯邦國組成の必要要件なりと主張するは或は事實の許さざる所なるべしと雖も然れども聯邦國の繁盛に赴くや概ね初時の柔軟なる結合より漸次成熟したる結果なるや疑ひなし。

聯邦制を組成するに欠くべからざる第二の要件は聯合せんとする諸國の住民間に一種甚だ特殊なる感情の存在を要する事なり、即ち其の住民は必らず聯合を希望して統一を欲せざるものたるを要するなり。若し夫れ聯合の希望なくんは聯

邦制の基礎立たざるや明かにして夫の英國が曾て民政制度の下に英共和國イギリス共和国と合衆諸州アメリカ合衆国とを聯合せしめんと謀りし妄計の如きは畢竟政治家の腦裏に浮ぶ空想の一にして決して實際に行はるべきにあらざるなり。又之に反し若し統一を希望せんか其希望は自然統一憲法の下に充たさるべきも聯邦憲法の下に充さるることなかるべし。十八世紀中英倫と蘇格蘭とに於ける經驗又十九世紀伊太利諸州に於ける經驗に徴せば國家を共同する感情即ち相互利害を共にするの感情甚だ強きに過ぎて聯邦制の基礎たる聯合と分離との調和を許さざることあるを見るべし。畧言せば聯邦國を組成すべき要件となるべき感情の狀況は左の如し、曰く聯合すへき邦國の人民は許多の事柄に就て皆一國民の形跡を爲さんとを望み而かも其各州郡の獨立の存生を失墜するを欲せざること是れなり。更に一步を進めて聯合すへき各州住民の多數が其の共同政府の代表する聯邦國に對するより寧ろ各自所屬の州に對する忠愛の情強からされば聯邦政治を組成すること能はずと云ふを得へし前世紀末の亞米利加及び現世紀の中葉に於ける瑞西は明かに此例を示すなり。千七百八十七年中ヴァージニア人若くはマサチューセツツの

市民か忠愛の心を抱きしは聯邦諸州の合同體に對するよりは寧ろヴァージニアや若くはマサチューセッツに對して厚かりしにあらすや。又九千八百四十八年ルイゼン市民か自己所屬の州に忠愛の情を懷けること瑞西聯邦に對するより遙かに優りしにあらすやヘルン及びゾーリッチの人と雖も亦斯の如きものありしや疑ひなし。此故に聯邦國を組成するには其國民は較や相容れざる二個の感情を普有せざるべからず即ち國民を統合するの希望と各州の獨立を維持せんとするの覺悟是なり。聯邦制の目的は出來得る丈け此二個の感情の働きを遂けしめんとするに在るなり。

抑も一個の聯邦なるものは一方には國民の統合及び其權力を鞏固ならしめ一方には「各州の權利」を保持して此二者を調和せんか爲めの一政策にして聯邦制の特性は此目的に依て定まれり何となれば聯邦制に於て國民主權譯者曰聯邦主權なりと各州主權との相牴牾する要求を調和すへき方法は先づ一憲法を制定し此の憲法に由り通例主權に屬する權力を共同政府即ち通國政府ナショナルガヴァーメントと各州との間に精密に分配するに在ればなり。此の分配の細條に至ては固より各種聯邦憲法に従て

各異同なき能はずと雖其分配の基く所の概則は瞭然たり。則ち國民全體に關する事件は通國政府の統治に委せざるべからず而して一般共同利害に關係せざる事柄は各州の掌袖に歸すへきなり。北米合衆國憲法の緒言に曰く「吾人合衆國民は今より一層完全なる聯合を形造くり正義を建て治安を謀り公共の防禦を備へ吾人及び吾人の子孫をして永く自由の恵に浴せしめんか爲め茲に北亞米利加合衆國憲法を制定す」と。又第十回の改正に曰く憲法を以て合衆國に委任せられず又各州に其の享有を禁せざる諸權力は各州即ち其の人民に屬するものとす。此の二個の行文は僅かに變更を加えて直に瑞西聯邦の憲法に採用されたるものにして能く聯邦制度の目的を指示し且つ其根本觀念たるものなり。

一國の統一は共同憲法を以て中央國と各州との間に權力を分配するの策に依て各州の獨立と相調和し得へしとの思想より聯邦制度に關する三個の主たる特性を生ず。曰く憲法は最上權曰く有限にして同等なる權威を有する各部間の諸政權の分配曰く裁判所に憲法解釋者たる權利あること是れなり。

抑も聯邦國は憲法に據て始めて存立すること恰も一會社の其の創設の允許に基

て始めて存立すると一般なり。故に行政立法若くは司法の各權其の國に屬すると各州に屬するとを問はず凡て憲法に服従し其統治を受けざることをなし。例へば合衆國の大統領と雖も其の國會の兩院と雖も又マサチューセツツの知事若くは其立法部又は司法部と雖も合衆國憲法に牴觸する權力は一權たりとも之れを適法に施行するを得ざるなり。此の憲法有最上權なる教義たるや亞米利加人は皆な親熟せる所なれども英國に在ては此の教義中當に含有すへき諸結果を尋求するは老法律國と雖も難んする所なり蓋し此の困難の由て生ずるは英國憲法に『憲法は國の最上法律なり』との聯邦に必要な教義に類似するの原則絶て無きを以てなり。英國にも根本的即ち憲法的法律と稱する法律あり而して此種の法律の斯る名稱を帶ふる所以は其の英國諸制度の基礎をなせる重大原則例へば王位繼承令、英蘇聯合條約に係るを以てのみ英國には最上法律即ち他諸法律の効力を檢するの法律の如きもの決して有ることなし。英國法律中英蘇聯合條約を組成する法令の如く甚だ重要な制定法ありて斯の如き法令を謂はれなく變動せんとするは政治上の狂者に外ならざるなり。又た全く重要ならざる制定法あり

其一例を云へば千八百七十八年の齒科醫令の如き是れなり。斯る法令は國會の隨意に之を廢止若くは變更し得へきものなり然りと雖ども英蘇聯合令の以て最上法律と目すべき資格なきは千八百七十八年の齒科醫令の其の資格なきに異ならざるなり。此の兩法律は共に有主權立法權の意思を章表し共に國會の適法に廢止變更するを得へきものにして此を取て彼の効力を檢定するの具となすに足らざるなり。若し夫れ千八百七十八年の齒科醫令にして不幸にも聯合令の規定に牴觸するあらんか聯合令中其の牴觸の廉丈けは廢止せらるべし。然れども千八百七十八年の齒科醫令は此の牴觸の爲め無効即ち違憲となれりと夢想するの裁判官は一人もあらざるべし。英國憲法に於ける一の根本定説は專制立法權即ち在國會國王の專制權是なり。然るに此の定説は憲法の下に存立する諸權力を統轄するの根本約定と兩立することを得ざるなり。

憲法に最上權を歸する主義中には三個の結果を含蓄し居れり。即ち左の如し。此の種の憲法は成文憲法たらざるべからず。

抑も聯邦の基礎は駁雜なる契約より成れるものにして此約定中には聯邦を組成

する諸州か通例熟議を経て一致したる種々の約款を含めり。黙諾又は黙約を以て斯る契約の基礎となさんとすれば必ずや誤解と不和とを生すべし。故に此の條約即ち憲法の條項は必らず之を成文に規定し憲法は成文律令となし且つ可成其行文をして誤解の憂なきものたらしめざる可らず。現に米國聯合の創立者か少くとも一大問題を等閑に付し決定し置かざりし爲め憲法中の此缺漏よりして終に争亂の端緒を開き南北戦争に口實を與へたり。

聯邦國憲法は又硬性即ち伸縮すべからざる憲法たらざるべからず。此の類の憲法律に法律上全く不可變のものたるか若くは憲法の下に存立する尋常立法體(其の聯邦立法部たると各州立法部たるとを問はず)の上に立つ特殊の權力に依りてのみ變更せらるべきものたざるべからず。

凡そ國には其各種の制度を變更するの權力を法律上有する人或は集合體なかるべからずとの教義を主張する法學者ありと雖も政體創立者か其の基礎を合法的に變更するの機關手段を故意に設定せずと云ふか如きは到底吾人の想像し得べからざる所なりと爲すの理由を知るに苦むなり。一の聯邦國創立者の如きに至

ては右の如き手段を故意に設定せざるは毫も怪むに足らざるなり。何となれば諸州か同盟に入るの重なる目的の一は相互の間自後各州の權理を蠶食するなからしめんとするに在ればなり。合衆國憲法第五條を案するに今尙ほ憲法の或る條項をして一時不變の者たらしめんことを期せる行文あり然れども聯邦憲法中には其明文を改正若くは變更し得る最上主權の存立を含むことを要するや否やの問題は單純なる理論的の趣味ある問題に過ぎず。何となれば現時行はるゝ聯邦政治の下に在りては憲法中に憲法を改正するの手段を設定しあればなり。兎に角聯邦政治の創立者にして苟くも聯邦制の維持を以て最大緊要事と爲さは最上立法權は之を憲法の下に在て其用を爲す尋常立法部の手に委すること能はざるや明なり。何となれば斯の如く立法主權を委任するは聯邦制度の目的即ち通國政府及各州政府間の永遠なる權力分配と相衝突すればなり。例へば合衆國々會にして若し適法に其憲法を變更し得るものとせばニューヨーク及びマサチニセツは憲法を以て委せられたる獨立權に對する法律上の保險を有せず恰も蘇格蘭の英國國會の主權に於けるか如く合衆國國會の主權に服従せざるを得ざる

に至るべく合衆國聯合は一個の聯邦たる性質を失て統一共和國たらんのみ。若し又之に反してサウスカロライナ州の立法部にして隨意に憲法を改正するの權を有したらんには中央政府の權力は法律上全く有名無實に歸し合衆國は一國家にあらずして多少永存の同盟に依て結合したる數獨立國の集合と成り了せんのみ。是を以て憲法改正の權力は憲法外に置れたるものと謂ふべく吾人か今討究する問題の爲めには左の如く謂ふて正鵠を誤まらざるなり。曰く合衆國の法律上の主權は該聯合國に屬する諸州總數の四分の三の共同に依て組織する一聯邦の過半数に在て存すと。偕て憲法外の或る一聯邦に最上立法權を委するの必要より起る所の一の顯著なる結果あり何そや曰く聯邦政體の下と雖も統一政體の下に於けるか如く主權固より存在す。然れども聯邦國の主權は唯活動せしむるに難き專制者の如し彼は英國國會の如く常に振興する立法者にあらずして居常休眠する君主なり合衆國の主權者の嘗て活潑なる運動を爲せしは九十年の長年月の間唯一回ありしのみ。其休眠を攪破せんか爲めには内亂の吶喊を要したり。然らば則ち今後と雖も革命迫まるの日にあらずんば再ひ活動せざるべし。而して

斯く數年の久しきに涉りて休眠するの君主は畢竟存立せざる君主に異ならずして聯邦憲法は變更し得べき性質を備ふと雖も然れども先づ大抵は變更されざるを常とす。

聯邦憲法の下に存立する立法議會は凡て一の從屬制法體に過ぎずして其の制定に係る法律は從屬法の性質を有し憲法の之に附與したる權限内に於てのみ其効力を有して此權限を越すとときは無効即ち違憲の法律なり。

今北米合衆國を以て英國の一鐵道會社若くは學區會に對比するか如きは不道理なるか如き觀ありと雖も此比較は正當なりと謂はざるを得ず。合衆國會は其權限内に於て合衆國全部の人民を拘束する法律を發布することを得るなり。然れども大東鐵道會社も亦同様の制限内に於ては全英國領土の人民を拘束する法律を發布するの權を有せり。合衆國會が其權限を越へて發布したる法律の憲法に牴觸するを以て無効なるは大東鐵道會社か英國國會の法令即ち會社の合憲法を以て與へられたる權限を越へて發布したる法律の無効なると相ひ異なることなし。米國國會の發布したる法律は之を法令と稱し若し越權に涉るとき

之を違憲なりと云ひ大東鐵道會社の發布したる法律は之を從屬法と稱し其越權に出つるとき之を違憲と云はすして無効なりと云ふ然れども文字の相違の爲めに過ぎられて事物其者の相同しきを悟らざることあるへからず。米國國會又はニューヨーク若くはマサチューセツツの立法議會の所謂法令なる者は畢竟憲法に依て國會若くは州立法部に與へられたる權限を守るに基て其効力を有する從屬法に過ぎず夫の大東鐵道會社が無切符にて其線路を通行する旅客に料金を課する從屬法も亦法律たるに相違なし。然れども此法律や國會の法令即ち會社の憲法が會社に附與したる權限内に於てのみ効用を有する法律なり。是に由て之を見れば米國國會なり大東鐵道會社なり其實共に從屬制法體に過ぎずして其の權力と大英國有主權國會の權威と相異なる所は程度に在らずして性質種類の上に在るなり。

權力の分配なるもの聯邦制度の一特態にして聯邦國を組成する目的中には自から通國政府と各州との間に於ける權力の分割と云へることを含めり。通國政府に附與されたる權力は實際各州の權力に附したる制限となるなり。然れども各

州の保續する權利を蠶食するの機會を中央政府に與へざらんことを期するか故に勢ひ中央政府の行爲の範圍は嚴密に限定するを常とす。例へば北米合衆國憲法は綿密に限定したる權力を聯邦の行政立法司法の各部即ち其實聯邦其者に委任し同時に憲法に據て合衆國に委任せられざる諸權力又は憲法を以て各州に其享有を禁せざる諸權力は凡て各州の保續すべきものなりと規定せり。

聯邦憲法に必須缺くへからざる權力分配の程度は右に述ふる所を以て足るべきなり。然るに權力の限定及制限なる主義の能く聯邦的精神に適合するや此主義は單に憲法の論理上必要とする程度より遙に越へて實行せらるゝを通例とす。例へば夫の合衆國憲法に依て中央政府に委任されたる權力は一公吏又は公吏の集合一體の掌裏に專握するにあらず即ち大統領は一定の權利を握有し國會及び司法部は之を侵すことを得ず國會は有限權限頗ふる狭しの立法權を有す。何となれば僅に十八種の事件に限り制法するを得るものなればなり。然りと雖ども其權限内に於ては大統領及び聯邦裁判所に對して獨立の地歩を保てり。司法部も亦同じく其特有の權力を有し大統領及び國會と同等の位地に立ちて其職權は

(直接に憲法の與ふるものなるか故に)行政部又は立法部は明かに法律を犯すことなくして此職權を蹂躪することを得ざるなり。且つ夫れ聯邦國に於ては政畧若くは正義的の或る原則を其聯邦全體并に各州に遵守せしめざるへからず且つ聯邦憲法の硬性なるべき事情は其制定者をして憲法の條項中に(性質上憲法に屬せざれども)各人の尊敬從順を要する原則を掲げしむ。是に由て更に聯邦并に各州の權力の上に一層の制限を生ずるなり。見よ合衆國憲法は國會并に各州に於て公權剝奪狀即ち一の事後法律を制定し尊稱爵位を授與し若くは各州より輸出する物品に課税することを禁し又各州の政務上の行爲及び裁判處置に充分の信用を置くべきことを命し各州が契約の義務を毀損すべき法律を發布するを禁し各州の他の邦土と各般の條約同盟若くは聯合を爲すを禁す。斯くの如く合衆國憲法は正義の根本原則貿易の自由各人財産の權利等の普ねく合衆國內に尊重せられんこととて規定し尙ほ且つ人民の兵器貯藏の權利を犯さしること及び國會兩院は其院に於て三分の二以上の同意を以てするにあらざれば一人の議員たりとも之れを院外に放逐すること能はざることをも規定せり。而して他の聯邦國憲

法に至ては合衆國憲法より更に甚しきものあり。法律上遵守の價值ありと想像さるゝ原則又は小規則を憲法條項中に記入するに至る則ち瑞西憲法の如きは此種の條款に據て保護されたる諸種の權利を以て充満し居れり。

然れども英國批評者の眼に夫の聯邦制度と權力の制限との關係に於ける最も著しき例證を顯はすものは蓋し聯邦憲法の諸原則の米國各憲法に普及する状態なるべし、即ち如何なる場合に於ても米國各一州の立法部は共和國憲法が諸州に附與したる州主權の全體を掌握することなくして畢竟其州の憲法に従屬する者なり。例へばニューヨーク又はマサチューセッツの尋常立法部が其州憲法を變更するを得ること合衆國憲法の變更し得ざると一般なり。今茲に精しく此趣旨を述ふる能はずと雖も概略左の斷言を爲し得べし。曰く全合衆國內の各州政府は悉く聯邦政體の摸型に則りて組成せし州憲法が人民の必要を感ずる諸規則に附するに憲法的不動性を以てするの傾きあるは共和憲法に比して更に甚しきものあるなり。イリノイ州が或る醫術機械に關する規定を根本法律中に編入したるか如き其最も著しきものなり。

然れども茲に其原因結果を區別するに當ては他の場合に於けるか如く大なる困難あり。例令へは若し聯邦政治の組織か其影響を分離諸州の憲法に及ぼしたりとせは之れと同時に元來各州憲法に存在せる特狀の變生して新たに聯合國憲法中に出現せしや亦た疑を容るへからざるなり。即ち余か次に説んと欲するか如く最も著しく合衆國の特色を顯はす制度たる聯邦裁判所の組織は共和國創建者か千七百八十九年以前既に州裁判所と州立法部との間に成立せる關係に倣ひて想ひ起せるものゝ如し。

聯邦制度が四邊より政府の行爲を制限し國家の勢力を分割して各部をして互に獨立對峙せしめんとするの傾向は特に吾人の注意を要するなり。何となれば此傾向たるや米國若くは瑞西の如き聯邦政體と英國若くは魯西亞に行はるゝ如き統一政體との間に存する至要の區別を爲すものなればなり。吾人英國憲法を目して權力平均の上に存在し行政立法司法三牀間の區別を守るものなりと説くことあり是れ固より架空の言にあらず。然れども此語を英國に適用するときは之を合衆國に適用するときと全く其意義を異にすることを知らざるべからず。英

國に於ける國家權力の全部は帝國國會の一手に掌握する所にして政府の諸部は法律上凡て國會の專制權に服従するなり。英國の裁判官は其終身官たると國會及び執政の直接なる干渉を受けざるとの意義より觀れば獨立の資格を有するに相違なきか如しと雖ども而も司法部は敢て國會と同等の位地に立つことを主張することなく其職務の如き日毎に國會の法令に依て變更せらるゝことあるべく而して斯の如き法令は決して法律に違背するものにあらざるなり。之に反し聯邦國の司法部は大統領及び國會と全く同等の位地を保ち革命を経るにあらざれば大統領若くは國會の爲めに一權利たも奪却せらるゝことなし。又た英國に在ても行政部及び立法部は互に分立したる牀なりと雖ども其分立たるや聯邦國の大統領が其國會兩院と分離獨立するか如き意義の分立に非ざるなり。英國衆議院は常に行政事務に關涉し執政の如きは實際衆議院に藉りて其職を保持するものにして近時の内閣にして若し新選衆議院の非難を受けたらんには一週日の間も能く其權力を持続することを得ざるなり。然るに米國大統領は假令ひ激烈なる反對黨か元來代議兩院の多數を占むるときと雖ども尙ほ依然其地位を保ち各

種重要な事務を執行することを得るなり。之を略言すれば統一政体とは國家の全權を國會にまれば帝國にまれば一個顯然たる主權者の掌裡に聚むるの謂にして聯邦政体とは國家の權力を其基本を憲法に資り且つ憲法の制御内に在る數個の獨立體の間に分割するの謂なり。

白耳義に於けるか如く或は佛蘭西に於けるか如く尋常立法部が其條項を變改し能はざる硬性憲法の存在する邦國に於ては憲法に牴觸する立法を防遏するの難事に備ふべき筈なり。然るに白耳義佛蘭西等の政治家が此目的を達せんが爲に別に其機關を設けざりしを以て見れば斷言し得へし曰く彼れ政治家は憲法の遵奉は徳義上若くは政治上の制裁に因りて充分安全を得へしと考へ國會の權力に附したる制限を以て眞正法律と見做さんよりは寧ろ政治の格言と思考したるに由るなりと。其結果近時五十餘年以來白耳義國の裁判官は未だ曾て國會の法令を目して違憲なりと宣告したることなし。又佛國裁判官は既に陳述せし如く國民會之を可決し政府の威力を以て支持する法令は何程憲法に背けるものたりとも之を無視するの權ありと主張するものあらざるなり。而して佛國政治家は

ウトリクウ井ーユが思惟せし如く國會が憲法を侵すの弊害は裁判官が政治爭論に關涉するの弊害の如く甚しからずと思考せしならん。要するに佛蘭西及び白耳義の如き統一憲法の支配を受くるの國にして其立法部の無主權なるは全く偶然に出たるものにして其政体の必須性にあらざるなり。然れども聯邦制度の下に在ては全く否らす法律上憲法の最上權を有するは斯る國家の成立に必須缺くへからざるか故なり。夫の北米合衆國創建者の名譽とも謂ふべきは其憲法を擧げて名實共に國家の最上法律たらしむるの仕組の創設せるに在り。而して彼等の此目的を達したるは一の甚た觀易き原則に従ひたると此原則を實際に施行するに適當なる機關を工夫したるに因るなり。

此原則を明かに合衆國憲法中に載せたり。其憲法第六條に曰く『合衆國憲法及び憲法に従て制定せらるべき法律は(中略)國の最上法律たるへし各州裁判官は假令ひ其州の憲法若くは法律中に之に反する個條あるも合衆國憲法及び之に従て制定せらるべき法律を遵奉せざるを得ず』と。此文は其意義明瞭にして誤らんと欲するも得へからず。大法官クントの説に云へるあり曰く『合衆國の憲法に反對す

る法令は其合衆國立法部の法令なると各州憲法の一部なるとに論なく必らず之を無効に歸せざるへからず是れ米國憲法に於ける法理上明かに一定せる原則なり」と。是を以て裁判官の法律上守るべき職務は其州判事たるも又た合衆國最高裁判所判事たるもを問はず甚だ判明なり。即ち裁判官たる者は國會の處置に出つると又た州立法部の處置に出つるを論せず凡そ立法上の行爲にして合衆國憲法に牴觸するものあるときは之を無効に歸するの責あるなり。其職務の判然たることも例へば英國裁判官が大東鐵道會社其他の鐵道會社が設定せる定款に就て其効力の有無を決すると同一にして米國裁判官が判決を下すに當て其憲法の明文に服従せざるへからざるは恰も英國裁判官が訴訟を判決するに當ては必ず關係の國會法令に従はざるへからざるか如きなり。

右の原則を憲法中に明載せるは其事既に重大なり然れども當時の大問題は此の原則を遵守せしむるの道如何に在て存せり、何となれば聯邦政府に屬せる裁判官は動もすれば中央權勢に利便なるやうに憲法を附會せんとし各州の任する裁判官は各其州の權利又は利益に利便なるやうに憲法を附會せんとするの危険ある

を免かれざる狀勢ありしを以てなり、而して最高裁判所及び聯邦裁判所の創設は此重要問題を解説せるものなり。

最高裁判所の性質と其地位とに就て吾人か爰に論せんことを要するは左の諸點に過ぎざるなり。抑も最高裁判所は元と憲法に基きて成立したるものなれば其地位大統領及國會と平等に相對立し其役員は聯邦裁判所各種判事と共に苟も品行方正なるの間は安然其地位を持續し在職中決して其俸給を減せらるゝことなし、而して最高裁判所は全聯邦司法部の總首坐に位し其從屬裁判所は國中に瀰漫し州官吏の助を藉らすして獨り自ら其裁判を施行し得るなり。最高裁判所も亦多少固有裁判權を有すと雖も其最大の用は固と控訴廳たる性質を具ふるに在りて憲法の解釋に關する事件に臨ては國中各裁判所聯邦裁判所たると州裁判所たるとに論なくの判決を覆審する至高最終の控訴廷たり、即ち最高裁判所は憲法の最終解釋者たり。故に復た國會若くはニューヨークの如き一州の立法部が發布したる法律の果して憲法に合ふや否やに就き一控訴廷として最終の宣告を與ふるの權力を有せり。吾人若し最高裁判所の位地を理會せんと欲せば先づ聯邦國

中始審裁判所二種あるを記憶せざるべからず、一は從屬聯邦裁判所にして其權力を聯邦國憲法より得來り、一は例へばニューヨーク又はマサチューセッツの如き州裁判所にして州憲法の下に存立する者是なり。而して聯邦裁判所及州裁判所の裁判權は多くの場合に於て共同の運動を爲せり、何となれば聯邦裁判所は重に合衆國憲法及び其法律より起るの訴訟に限ると雖も時に或は對手者の性質に起因することあり、又州裁判所の決して聽斷することを得ざる訴件ありと雖も聯邦裁判所に提起さるべき訴件を州裁判所の受理審判すること往々ありて州裁判所も亦た國會若くは州立法部の發布に係る法律の効力如何に對し常に憲法の効果を審議することあればなり。將た又た最高裁判所の其の從屬聯邦裁判所の判決に對する控訴廷たるは怪むに足らざることなるか爰に記憶すべきは該裁判所は更らに州の最高裁判所(例へばニューヨーク州の最高裁判所の如き)の判決にして憲法條項又は國會法令の審議解釋に涉るものを覆審するの控訴廷たり。而して州裁判所の判決に依り權利を害されたる者が合衆國の最高裁判所に控訴するの權利を有すべき場合は千七百八十九年九月廿四日の國會法令を以て之を規定

したり。其第二十五條に曰く「若し州の成文法又は不文法最高裁判所か下したる最終の判決にして左の場合に該當するときはその判決に對し合衆國最高裁判所に控訴するを得、第一、合衆國の條約其制定法又は其執行したる權力の果して有効なるや否やの訴訟州裁判所に起り該裁判所之を無効と判決したる場合、第二、州の權力合衆國の憲法其條約又は其の法律に悖れりとの理由に基き其有効なるや否やの訴訟州裁判所に起り該裁判所之を有効と判決したる場合、第三、合衆國の憲法其の條約其の制法又は委任件に於ける條款の解釋に就て訴訟起り州裁判所に於て合衆國の統治權の下に在て特に要求されたる權利特權特免等に不利益なる判決を下したる場合是れなり」と。今此法文を分拆すれば其意即ち左の如し、假令ばニューヨークの如き州の最高裁判所に於て合衆國憲法又は其憲法に従ひて制定せる法律の條項に基き要求又は辯護を爲す人は左記の如き地位に立てり、曰く其人の勝訴となりたるときは固より控訴の途なしと雖若し敗訴したるときは其人は合衆國最高裁判所に控訴するの權利を有するなり。此に於て凡そ法律家たる者は一目して州裁判所を獎勵して其憲法保護者たるの責務を盡さしむる仕組の

甚た完備せること、之に由て最高裁判所は憲法に關する諸般の事件に對し最終判決者たることを認知すべきなり。

立法の果して憲法に合へるや否やに就き又は憲法に従て各種の權力者か有する權利の有無正否に就て各裁判所及び終審に於て最高裁判所か其宣告を爲すの權利は只だ稀に行はるゝ權利なりとの想像を起す勿れ。何となれば實際斯る權利は毎に實行せらるゝものにして合衆國國民の之を異まざるは英國に於てクインズベント部の裁判か鐵道會社の定款を無効なりと判決したる場合と一般なり。元來米國裁判所は至大至重の事件を主裁するものにして此等裁判所は實に其國會には合衆國に對する負債に先取權を與ふるの權利あり又た適法に銀行を設定するの權利あり又た憲法に掲載せる彼此統一と云へる原則を守る以上は隨意に租税を賦課徴收するの權利あることを裁定し其他此等の裁判所は國會が民兵を指揮するの權力は果して如何なるやを定め又た南北戰爭の間國會か紙幣を發行したるの權力は妥當有効なりしことを定めたり。加之米國裁判所は又た合衆國の權力を限定せる如く分離諸州の權力を嚴密に牽制し又た各種の事後法律或は

諸州より輸出する物品に些かたりとも課税する法律をば凡て憲法に違反するものと宣告し、又た契約の義務を妨害する州法律を無効に歸せしめたり。今之を約言せば正義を維持し、國內の自由貿易を存立せしめ、或は一般に財産の權利を保護する等皆之を裁判所に司らしむるものにして、又同時に近時の判決を見れば裁判所は私産の使用にして裁判官の認めて以て公衆の利益と並行せすと爲すものを禁ずる所の法律を以て憲法に合へると主張せり。且又裁判所か憲法の條項を國家の法律として保護し、以て各種の權力をして各其相當なる範圍内に保たしむる如き其權力の容易に且規律正しく行はるゝことに就ては大陸の批評家が見て以て茫然自失する所なり。之が解説は左の如し。曰く「合衆國の裁判官は憲法の行爲を牽制すと雖も、彼等は其眼前に起りたる訴訟事件の外絶て一事をも斷定することを爲さざるを以て畢竟純粹に司法的職務を行ふに過ぎざるなり。最高裁判所は國會の法令を目して無効なりと宣告すとの言自然起り易しと雖も、其實全く然らず、裁判所は國會の法令其者に就ては決して何等の說をも宣告することなし。裁判所の爲す所は其法廷に起りたる訴訟に就て甲某は乙某に對して勝訴を得へ

きの権利あるや否やを決するに在るのみ。然れども斯る訴訟を決するに當て裁判所は其國會法令は國會の憲法上の権力外に走るの故を以て其法令に準據するに足らずと判決することあるなり。

人若し右の區別は差違なきものなりと思はし其人は自から政治に甚た暗きを表するものにして、裁判所は其行爲を純粹なる司法事務の範圍内に限るを以て却て其権力を増すものなることを覺らざるなり。然れども又ドニ、ト、クヅ、井、ールの如く合衆國聯邦を創建したる政治家の智能を充分認承したる人々は動もすれば其創意の價値を賞賛するに過ぎたるか如し。彼の創建者の眞功徳は英國法律より傳承せし思想を巧みに新共和國の新事態に應用したるに在り。英國訴訟法の慣例に浸潤せる人は必らず云ひしならん、裁判所をして其法廷に提出されたる訴訟外の事に涉りて之れか判決を爲さしむるとは到底出來得べからざることなり』と。又た殖民地は元來特許狀の支配を受け殖民地法律は其効力を該特許に資れるものなるを以て樞密院が殖民地法律の特許狀に依遵しあるや否。即ち其効力の如何を考定すへき場合あるへき筈なるを以て當時殖民地の人民には憲法に依

りて其権力を制限せられたる議會等の發布せし法令の果して憲法に合ふや否やを宣告すへき權を司法官に附與したる事は敢て驚異するに足らざるとなりしならん。蓋し此等議會の権力の憲法に依りて制限さるゝことは恰かも殖民地立法部の権力が特許狀又は國會法令の爲めに制限さるゝと同一なればなり。佛國國會の古典先例に習熟せる佛國法律家には凡て斯の如き事は曉解し能はざる所なるべしと雖も英國法律家に在ては合衆共和國の祖先が其國會法令を處せしと恰かも英國裁判所か定款其他の從屬法を處すると同一なりしこと、及び共和國祖先が最高裁判を組織するに當てや彼等の腦裏には英國樞密院の職務ありて之か參考となりしやも知る可らざるとを容易く認知し得べきなり。且つ共和國の祖先は眼前州裁判所が其州立立法部の法令にして州憲法に牴觸するものを取て違憲なり故に無効なりと宣告したる訴訟を目撃したるや明白なり。蓋し一の法律を違憲なりと布告したる訴訟の嚆矢は千七百八十六年に於て其當時及び其後千八百四十二年に至るまでチャールズ二世の特許狀の下に支配され居りたるロイド、アイランドに起れりと云ふ。千七百八十七年にはノース、カロライナ州の裁判所其

立法部の法令を違憲なりと布告し。千七百八十八年にはヴァージニア州の裁判所亦同様の裁判を下せり。而して合衆國憲法は千七百八十九年に至る迄は未だ施行せられざりしを以て最高裁判所か始めて憲法に合ふや否やの問題を處したるはマービエーリー對マディソンの訴訟にして千八百三年に判決せられたるものを以て其濫觴とす。

右の如く米國祖先の思想は英國法律より得來りたりと雖も、米國大政治家は其舊思想を全く新規なる境域に擴張し、世界の歴史上始めて純粹に國の法律と稱ずべき憲法を組成し以て近世の聯邦制度を創建したるものなり。何となれば合衆國に見る所の聯邦制度の特性、即ち憲法の最上權、權力の分配、裁判所の憲法解釋者たるの權力は多少の異同ありと雖も、何れの聯邦國にも現出せざることなければなり。請ふ暫く歩を轉して加拿太領地に就き考察せん。抑も千八百六十七年の發布に係る英領北米條令の緒言に曰く「現時の加拿太領地の諸州郡は皆な擧て合衆王國(英國)を云ふ憲法と主義を均ふる一憲法に従ひ結合して一領地たらんとす希望を表せり」と。然れども此の言たる是れ全く官廳の飾辭に出たるものにして

若し此の緒言にして其の實際を寫さんとしたるものならしめば「王國」なる語に換ふるに「州」なる語を以てせざる可らず。何となれば元と該領地の憲法は其の模範を合衆國憲法に取りたること昭々たればなり。此の點は或る有力なる加拿太批評家の非とする處なりと雖も、余は之を以て理由なきの論駁なりと斷定せざるを得ず。勿論合衆國と加拿太との制度上には著しき差違あるに相違なしと雖も、千八百六十七年の英領北米條令の條款を學びたらんものは何人も同條令を設けし立案者の眼中には常に米國憲法在りしこと、及び若し夫れ加拿太にして一の獨立國ならしめば合衆國憲法と均一なる憲法の統治を受くる一聯邦國組成せしならんことを覺るべし。抑も該國の憲法は國の法律にして千八百六十七年英領北米條令の許す狹隘なる限界の外(加拿太國會も之を變更する能はず、又た勿論其諸州の議會も之を變更し能はざるものなり。而して之を變更し得るは特り英國國會の主權あるのみ且つ此事たる加拿太が英國の屬國たるの故を以て然るにあらず、看よ夫のウヰクトリヤは加拿太の如く一殖民地なり。而かもウヰクトリヤ國會は王室の承認を得て加拿太國會の爲し能はざる所、即ち殖民地憲法を變更するの權

を有するに非ずや。此故に加拿太領中を通して憲法は正しく國の不可變的法律なり、此の法律の下に於ても復た讀者の豫期したらんか如く權力同等なる諸機關の間に權力を分配したることを見るべし。唯だ該領地政府及び其國會に附與したる權力は之を其諸州に遺留したる權力に比するときは合衆國憲法が其聯邦政府に與へし權力より更に大なるを見るのみ。夫の領地政府に與ふるに州の法令を禁するの權力を以てせし如きは其最も著しきものなり。此權力を附與したる所以の目的は蓋し法律裁判所をして法律の解釋者たらしむるの必要を除去せんが爲めに出でしものなるべし。想ふに聯邦國創建者は實際信して以爲らく領地内に於ける多數立法の權力を限定するの策は次で中央政府と地方政府との間に起るべき煩雜危険なる權限争を免かれしむるに足らんと。然れども聯邦制度の性質を誤認せしより起れる此の企望は空しく水泡に歸したることは立法部の發布せし法令の憲法を遵奉したるや否に關する夥多の訴訟を掲載する大部二卷の報告書及び領地國會と州議會とが有する各個の權力に關し該領地(加拿太)の眞個の最高裁判所、即ち英國樞密院の裁判委員が下せし判決を集載する判決録に徴して

自から明かなり。實際に於ては加拿太に於ても合衆國に於けるか如く裁判所は勢ひ憲法の解釋者たらずんばあらざるなり。瑞西聯邦は緊要なる點に於て別派を爲すと雖も、是亦聯邦政體に主要なる特性を具有するに至ては大西洋對岸なる米國と異なる所なし。即ち其憲法は矢張國土の法律にして其聯邦立法體と雖も、各州立法體と雖も之を變更する能はざるものとす。而して其憲法は又聯邦政府と各州政府との間に權力を分配し直接間接に其下に存在する各機關の權力を限定せり。瑞西共同政府は米國に於けるか如く三機關、即ち聯邦立法部、聯邦行政部(アンテスラト)及び聯邦司法部(アンテスゲリト)を有せり。

瑞西聯邦には之をして一個殊別の性を具へしむる所の頗ふる趣味あり、且つ研究を要するの特狀少からすと雖も今は之を詳述するの場合にあらざ、只茲には其聯邦憲法か二個の重要な關係に於て合衆國憲法に異なることを述べんとす。第一瑞西憲法は米國又は加拿太の如く政府の行政部と司法部との間に精密なる區分を立てず、行政部は行政法の名を以て許多司法性の職務を執行せり、宗教體の權利に關する問題を處理すへきか如き其一例なり。而して聯邦議會を以て行政部

及び聯邦裁判所の相互の裁判權に關する諸問題の最終審判者と爲せり、夫の聯邦裁判所判事は聯邦議會の選舉に係る者にして重に公法の問題を掌れり。而して博士スタッフスの如く經驗ある政治家、聯邦裁判所が私法事件に對して裁判權を有するを慨嘆せり。今之に加ふるに聯邦裁判所の判決は政府之を執行するものなりとの一事を以てするときは乃ち見るべし米國の政治家は巧みに政府の行政部より司法部を分離獨立せしめたるに瑞西の政治家は正に此點に於て其方法を誤まり、爲めに憲法中に甚しき疵瑕を生せしめたることを。第二瑞西憲法は實際聯邦裁判所をして聯邦議會と純然同等の位地に立たしめざるなり。故に裁判所は聯邦國會が發布せる法律又は布告の憲法上の効力を問ふ能はざる場合多しとす。斯る事實を見て或は聯邦議會米國國會と異なりては有主權體なりと思ふものあるべしと雖も、其實決して然らざるなり。聯邦裁判所が議會の發布せる凡ての法令を目して悉く憲法に適合するものとなして處する所以は元來憲法其者か業已に聯邦立法體の爲めに其條項を侵害さるゝの機會を豫め除去したればなり。抑も瑞西の憲法は同國市民の過半数と各州の過半数の同意を得るにあらざ

んば法律上改正の議を起すこと能はざるなり。而して尋常法律は聯邦議會が正當に發布したるものと雖も、國民が之れを否決するときは法律上無効となすを得べし。而して瑞西議會の權力の米國國會に勝れるが如きは只だ其外面上の皮想に過ぎずして瑞西議會の權力は米國國會に比すれば甚だ薄弱なり。何となれば二國共に尋常立法權の背後に其行爲を制禦すべき立法主權の在るありと雖も、瑞西國に於ては此主權を實行すること米國より遙かに容易なりとす。若し夫れ斯く主權の實行甚だ容易なれば主權者は自己の働きに頼りて其權利を保持するを得べしと雖も、米國の如く罕れに且困難を経て之を使用するに過ぎざるときは裁判所をして憲法の條項中に顯はれたる主權者の意思を保護せしむべきは自然の狀勢なり。

吾人は以上法律上の點より觀察を下して各聯邦政體に普通なる特性を攻究し來りたるが、此攻究は延ひて爰に聯邦政體と有主權國會政體との優劣に關し其要單に法律上に止まらざる結論を提起し來れり。今左に之を論せん。

一) 聯邦政府は薄弱なる政府なり*。

* 此薄弱なる二個の原因ありて生ずるなり。其第一は中央政府と各州政府との間に權力を分割するに由り、第二は中央政府の諸部局(例へば大統領と元老院との如き)間に權力を分配するに由る。第一因は聯邦政體に生得固有のものなれども、第二因に至ては(少くとも論理上)生得固有の事柄にあらざりて、聯邦制憲法に於ても中央政府の全權を一人若くは一體の掌裏に委することは全く出來得べからざる事にあらざ。然れども各州は自然中央政府が各州の權力を侵害すべしとの憂慮を抱くを以て實際に於ては斯の如き集權を許さざるを常とす。

凡そ國家百般の權力を同等なる數機關の間に分配するときは必然の結果として、其機關は何れも統一制憲法に於ける主權者の掌握すると同量の權力を行使することを得ざるべきなり。又其同政府(聯邦政府)の勢力を以て數多州政府の勢力に對抗せしめ、互に相箝制し以て平衡を維持せしむるの畫策は現に勢力を減却するを免かれざるなり。此故に聯邦國を以て之と同量の資力を有する統一國に對比すれば常に不利の位地に立つべきや疑を容れざるなり。且北米合衆國若くは瑞

西聯邦國の實驗も亦決して此結論をして薄弱ならしむるものにあらざるなり。夫れ北米合衆國の如きは四隣強國と其境を接することなく、隨て何等の外交政略を要せず。瑞西は實に四境常に強大にして虎視眈々隙を窺ふもの其國を圍繞すと雖も、憲法上の組織に全く關係なき事情の存するありて彼の國をして其獨立を保つを得せしむるなり。且聯邦政體の通弊たる各州相互の妬心か瑞西共和國の國力を強むるや明かなり。内閣員は同州より二人以上を出す可らずとの規定を憲法中に設けたるか如き、即ち其一例なり。是れ蓋し各州の平衡を得んと欲するの意に出てたるものならんと雖も、此の規則の結果は適さに以て老功の政治家を政府外に追斥し、隨て國家の資力を減するものと云はざるべからず。若し夫れ英國に一部より同時に二人以上の内閣員を出すべからずとの規則あらば英人は果して如何なる感想を惹起すべき、必らずや背理の甚しきものとして之を排斥すべきのみ。然るに瑞西國政治家は看す々々斯る背理の下に屈服せるものにして是れ爲政の力を以て聯邦感情の犠牲に供する許多の實例中の一なりとす。加之瑞西國は統一制に傾く民主制聯邦政體の治下に立つものにして其憲法の改正毎

に中央國の權力を増し各州の獨立を減消せり。之れ必らず外國の攻撃に對し國力を強めんと希望に出づるものなるべしと雖も、又他に事情の存するありて然る者ならん。抑も聯邦政體は行政各部の權力を定限するを以て政府が國事に干渉し活潑なる政治を行はんとするには不便尠からず。此不便あるが爲めに聯邦政府は夫の一個人が成し遂げ得べき性質の事業を國民の便利の爲めに政府自ら擔任し以て國家に盡すと能はずして一に放任に傾くなり。是れ或は聯邦政體に固有なる功德ならん。然れども此功德たる近代の民主政の主旨に適へりとして頌揚すべきものにはあらずなり。而して英國に於て漫然聯邦主義を敬慕するか如き感情と所謂ゆる放任主義に對し顯然反對するの感情とが同時に併存する程、同時代同國民中に氷炭相容るへからざる輿論併存の奇怪なる例は未だ他に其類を見ざるなり。蓋し永く政治の舊體を保たんとことを期するの制度は社會改新を圖るの制度と到底相容るべからざるや勿論なり。

(二) 聯邦政體は保守主義を生ずるの傾きあり。

此の傾向は種々の原因に基くものなり、既に陳述せし如く聯邦國の憲法は一般に密に成文なるのみならず硬性憲法ならざる可らず。換言せば立法上の尋常手段を以て變更すること能はざる憲法ならざる可らず。偕て聯邦國の制度は其本性として斯く堅硬なるよりして其國民の心中に憲法中の條項は凡て萬古不易にして謂はゞ神聖なりとの思想を印すべきは殆んど必然の數なり。少しにても米國政治の狀況を觀察すれば憲法は改正を企て得べきものにあらずとの觀念は深く人民の胸臆中に感銘するを知られ、憲法を變更するの難きは正に以て保守的感情を生じ國民の保守主義は復た益々以て憲法の變更を難からしむ。想ふに英國上院は數百年間嚴として存立し來り米國元老院は其存立僅かに百年に出でずと雖も、英國上院を改廢するは米國元老院の組織を變更するより遙かに易々たるべし。加之吾人は聯邦憲法中には常に或概括的の原則を含みて此等の原則は漸次人民の迷信的崇拜を受くるに至り、理論上左ることなきも實際憲法をして變更又は批評すべからざるものたらしむることを知らざるべからず。夫の契約の義務を妨害すべき立法をなすべからずとの原則は實に米國輿論の進路を左右せり。若し夫れ此類の格言が憲法の一條項を成すときは保守主義を助長するに於て如何に

有力なるへきやを知らんと欲せば左の事項を反省すれば蓋し思半に過ぎん。曰く、若し英國に於て斯る種類の原則を認めて法律上裁判所の守るべきものなりとする事ありたらんか、愛蘭土地條例の如きは違憲にして無効に歸せられしなるへく、千八百六十九年の愛蘭教會條例の如きも法律上より之を視れば少くも其大部分は古紙同様に見做されしなるへく、亦た英國國會が嘗て大學改革の爲めに制法せし如き方法を以て法律を制定するとの如きは至難なる業なるべし。之を要するに合衆國憲法中に含める許多格言中の其一だも若し取て英國に移さば即ち能く近時の最強なる國會立法作用を箝制するに餘りあるべし。

(三) 聯邦政體は法律尊崇主義なり。即ち憲法上司法權の超絶なると人民間に法律的精神の普及とは其最も著しき特質なりとす。

合衆國の如き聯邦國に於ては裁判所は憲法上の制度を運轉する所の機軸たるや明かなり。即ち斯る國に於ては主權は其權力を使用すること甚稀なる一跡に寓し謂はし潜在するのみ。又國中の立法部は畢竟從屬法の外、何物をも制定し得ざる從屬制法體に過ぎず。又行政部の權力は憲法の爲めに制限せらる。而して裁

判官獨り憲法解釋者たる位地に立てり、故に裁判部は常に行政郡及び立法部の權力に對する制限を決定し得るのみならず、實に之を決定するの職務を有し、一たひ裁判部か爲せし判決に對しては控訴の途なきなり。故に司法部は獨り憲法の護衛者たるのみならず亦實に其主人なりとす。今聯邦政體と其司法體の超絶との間に於ける免かるへからざる關係を明かならしめんとするには瑞西國近代の歴史に徴するに如かず。看る可し千八百四十八年の瑞西政治家は聯邦裁判所に附與するに米國最高裁判所に有するものより遙かに劣等の位地を以てせんことを希望し終に聯邦議會を以て最も多くの場合に於ける終決控訴庭と爲せり。然れども實際の事情は終に瑞西政治家をして永く之を維持せしむること能はず、千八百七十四年の改正は大に聯邦裁判所の權力を増加せしにあらすや。

聯邦制度の下にある裁判所は其憲法の樞要を支持するか故に若し能く其責任に堪へざれば爲めに一種の危険を生ず。凡そ威權赫灼たる通國裁判所を組織する爲に熟練を盡したる者は何國と雖も合衆國に及ぶ者なし。加之米國に於ては已に説き示せし如く憲法護衛者たるの任をは獨り最高裁判所のみならず全國の各

裁判官に委したりと雖も、其任せられたる職務を支持することは最高裁判所と雖も殆ど能はざる所なり。法貨事件又はマン對イリノイの如き近時の裁判事件に與へたる判決を見れば最も正廉なる判官と雖も、畢竟單に正廉なる人間に過ぎずして政界及び政治上に渉る事件を決定するに當ては政治上の感情又は國家上の理由の爲めに制せらるゝを免かれずとは何人も疑ひを容るへからざるなり。然れども斯る偏頗にして明らかに世に知らるゝときは裁判所は其德義上の威權を失墜し政界上の理由に基て正當と見做さるゝ判決も法律上の理由に對し充分正當ならざるの觀あるときは自然に世の激昂と疑惑とを惹起すべし。而して又實に米國批評家にして最高裁判所は薄弱にして其任務に堪へざることを現今并に從來自から證明しつゝあり。且元來一州に對する訴若くは聯邦行政部の扶助を得る能はざる訴件に就ては殆ど無勢力なりしことを論證するものあり。此等の論證は的然夫の大裁判所構成上の弱點を指示せしものにして其の判決は若し大統領が其執行の手段を拒むときは少くとも各州に對しては更に勢力なきものとす。セツフアーンソン氏曰く『ジョン、マートンヤル其判決を下したり、彼をして之れを

執行せしめよ、彼果して之を能するか』と。而して其判決は終に執行せられざりしことあり。然れども昔時より頗々合衆國に起りたる批評は動もすれば其實に過ぎ易くして俗人は裁判所が司法上に着々謹慎の狀あるを目して往々司法部薄弱の徵候なりとなすの傾向あり。且外國の觀察者は聯邦國に於て最高裁判所の如き一體を存立せしむるの原因は亦た之に供するに最上權力の淵源を以てするを見るべし。抑も米國の最高裁判若くは之に類する制度は聯邦盟約の保護者にして聯邦盟約の効力は結局各州の權力を保全する保證たり。聯邦憲法の遵守せられしことを欲するものゝ爲めには聯邦裁判所の判決の尊重さるゝとは甚だ大切なる一事なり。故に合衆國人民にして聯邦主義に於ける平衡を貴ぶの制度を支持せんと望む間は亦た結局中央政府をして聯邦裁判所の權力を扶助せしむべしと云ふも決して妄斷の言にあらざるべし。聯邦裁判所を批評する人々は米國人民は各州の權利に無頓着なりとまで主張するに至る。此の説の眞否は暫く之を置かん、之れ畢竟英國の批評家の厚く自ら信して論すへからざる事柄なりとす。然れども聯邦裁判所の行爲に對する非難にして若し合衆國が實際聯邦國たらさ

るに至らば聯邦裁判所は無効にして無用なりとの殆んど自證的の言を爲すに止まるるときは其非難は該裁判所に對して甚だ微弱なる攻撃に過ぎざるなり。蓋し

聯邦裁判所なるものは統一制共和國には本領を有せさればなり。尙ほ又裁判官は司法性にあらざる官權に依て任命せられざるへからず故に裁判所の判決か政府の行爲を管理するか如き所には必らず行政官と意見を同ふする裁判官を任命するの傾向ありて存するなり。夫のブレイン氏の選舉に反對せし有力なる議論は氏にして若し大統領たらば四人の裁判官を任命する好機を得へし、諸鐵道會社と相結へる政治家をして大統領たらしめは必らず諸商社の爲めに法律を曲解する如き人を以て最高裁判所を充すや必然なりと云ふに在りしなり。此の攻撃や或は根據なき妄説ならん。然れども斯る攻撃起りたるの事實及びヒッパブリカン黨にして尙ほデモツクラト黨の合衆國裁判所より退けらるべき時到来りと公言するに至りたるの事實は立法部を以て憲法の裁定者となさず、裁判所をして其の任に當らしむるより起る疑ふべからざる便益に對し隨伴する特種の弊害を充分明示するに足るなり。

又聯邦制度は只法律的精神に浸潤して法律をのみ是れ尊崇するの心を養ひたる社會の間に於てのみ繁榮し得へしとの一事は政治論中最も正確なるものゝ一なり。元來聯邦政治は立法事務に易ふるに詞訟事務を以てするものなるに、法律を畏怖する人民に非ざるよりは詞訟の判決を法律の布告同様に尊敬する者あらざるべし。夫の合衆國か何故に比類なき成功を以て聯邦制度を建て得たるやを尋ねるに、其重なる原因は此國の人民他國の民に比すれば一層深く法律上の思想に浸潤せるを以てなり。各州の憲法又は聯邦憲法の條項に就て生ずる憲法上の疑問は日々跡を接して起り、常に裁判所に輻輳す。是に於てか國民は憲法に拘泥するの人民となり、例之支那人の國內に移住すへき權利の如き強く人民の感情を高めたる事件と雖も、裁判所之を決定し、人民は甘して其判決を承認せり。此の承認服従は米國人か普通法コンモン・ロー即ち世界中最も崇法の法制若し斯くの如き名稱を下し得へくんばに屬する法律思想を傳承せしに由れり。昔しデニト、トクヰール云へることあり、曰く『瑞西人は法律及び正義を尊崇するの點に於ては米國人に及ばざること數等なり』と。最近四十年間の出來事に徴すれば氏の言恐くは瑞西人が法

律に服従する感情の度を視る低きに過くるの感あるべし。然りと雖も瑞西國に慣行の法律は行政部に廣大なる裁判權を許容し決して裁判官と政府との職務に充分なる分別を立てさりしなり。此を以て瑞西聯邦は完全なる聯邦政體に必要欠くべからざる裁判所の全權力を維持し得さりしなり。是れ固とより吾人の豫想し得たる所なり。而して瑞西人は裁判判決を尊崇すること米人に及ばざるにせよ同く之れ法律を尊重するの國民なり。人或は疑はん、人民の團衆が斯る多量なる政治上の勢力を裁判所に與ふるの國果して幾許かあると。是れ謂れなき疑惑に非らず。然れども其判決の或は誤謬に陥り易きを慮りて之に承服する能はざる國民は到底聯邦國の一部たること能はざるなり。

第二編 法律の支配

第四章 法律の支配其性質及適用

能曼征服已來常に英國政體の特態を爲せる二個の相貌あり。

此の相貌の第一は中央政府が全能力、即ち全國を通して争ふべからざる最高力を有すること是なり。英國の歴史に徴すれば往昔國家の此權は國王之を代表し、國王は實に法律の淵源秩序の保持者たりしなり。

近時此王室の最高力は前數章に主として論したる夫の國會の主權なるものに移り化せり。

第二の相貌は第一と密に相連結する法律の支配、即ち其最高力は是れなり。

此の法律の最高力、即ち英國憲法の下に在りて各個人の權利に與へられたる擔保を種々の點より觀察考究するは即ち本編の目的なりとす。

ヅナルテヤー、デユローム、デユ、トリクウ井ール、グナイエスト等の如き外國人にして嘗て英國の習俗を觀察したる者は英國が法律の支配の下に統治せらるゝ國なるは歐洲中殆んど他に其比を見ざる處なりとの感を起すこと英國人より遙かに深

くして英國人の習俗感情の法律を尊重し、之れに服従するの風あるを敬慕し、若くは之れに驚愕するの意を善く描し出せるは法律及び習俗に瀰漫する精神に關し、千八百三十六年に於ける瑞西と英國とを比較してアム、トックザ井ールの書せる奇異なる一節に如くものあらざるなり。

氏は書して曰く『余か今將さに取て以て瑞西に比較せんとするは合衆國にあらずして大武列顛なり。讀者若し夫れ彼の二國の事態を覈査し、若くは單に二國を通過したらんには其間最も著しき差異あるを見るべし。二國を通觀すれば概して英國はヘルウエチツク共和國(瑞西)より遙かに共和政治的なるの觀あり。其重要な差異は二國の制度殊に習慣の上に存するなり。

- 一、瑞西の各州に於て出版の自由の行はるゝは至て近代の事なり。
- 二、瑞西に於ては殆んど各州とも各個人の自由を保護すること決して充分ならず。行政上一個人を逮捕し、及び左したる形式を用ゐず之を監禁することあり。
- 三、裁判所は概して完全なる獨立位地を有せず。
- 四、各州ともに陪審官審判の法未だ嘗て行はれず。

五、三十八年前(千八百八十九年より算す)迄は人民に參政權を全く與へざる州尠からず。ア、ゴ、サ、ゴ、テ、シ、ン、ウ、チ、ア、トの諸州、ズ、リ、ツ、チ、及びベルン州内の數部の如き即ち是なり。

前に述べたる所は制度に對するより習慣に就て益々適切なるを見るべし。

(一)瑞西中許多の州に於ては其公民の多數は自治と云へる事に關して嗜好又は希望を抱くこと絶てなく隨て其の習慣を得たることなし。故に危機に臨みても彼等は只自己の事柄にのみ汲々として他の英人か終身苦慮する處の參政權を得んとするの熱望と公事に參與せんとするの願望とを抱くことなし。

(二)瑞西人には出版の自由は一種新規の自由なるを以て彼等は此の自由を濫用するの傾向あり。瑞西の新聞は之を英國の新聞に比すれば實際的より寧ろ革命的に傾けり。

(三)瑞西人は結社を見ること今尙ほ佛人と同様の見解を以てせり。換言すれば彼等は結社を目して不正に對する救済を得るの漸進確實なる一方法と爲さずして革命の一手段と爲せり。畢竟各人結合し結社の權理を利用するの術は瑞西人の

知らざる所なり。

(四)瑞西人には英國人の強固なる一特性たる夫の正義を愛するの情なきか如く思はれ、其裁判所は政治上位地を有せず輿論に對して一も勢力なし。正義を愛するの心と裁判官の平和適法の手段に依り政治に參與するとは蓋し自由國民の最も確然たる特性なり。

(五)最後に瑞西人は其の心底に自己國の存立に缺く(からざる夫の正義を尊重し、法律を敬愛し強制の使用を嫌忌するの念慮を有せざるものゝ如し。而して英國に於て其人民に此等の念慮厚きは外國人の深く感ずる所なり。

余は今此等の感覺を左の數言に約さんとす。

合衆國を旅行するものは皆な知らず識らず自由の精神及び之に對する嗜好か米國人民の習俗の全般に徹底し居るを感じ、米人は共和政體の外に於て棲息し得るものとは想像し能はざるの思ひを爲すべし、之れと同く英國人が自由政體の外に棲息し得へしとは到底想像し得ざるなり。然るに瑞西人は如何にと云ふに、其州の多數に於ては萬一暴激の手段を以て其共和制度を破却することあらんには左

まで久しからざる經過を以て自由の失墜に馴致せられざるを保すべからざるなり。合衆國及び英國に於ては自由の存する所、國の法律にあらすして寧ろ人民の習慣に在るか如く、瑞西に於ける自由は法律にありて習慣に存せざるか如し。

右のデユ、トリクウ井ール氏の言は本編の問題に對し二様の關係を有せり。即ち氏の言は一は法律の支配、主宰、至高てふことの英國制度の特性たることを極めて明瞭に指示し、一は此の國民の特性たる之を認識するに易きも之を盡くに難く、其の實相極めて不明瞭なりとの注意を吾人に惹起さしむ。見るべし、デユ、トリクウ井ール氏は能く英國習慣の特貌を直觀したるも之を確定明示するに苦むや明かなり。氏は自政治の習慣、秩序の愛慕、正義の尊重、法律尊崇の心等を相混淆錯亂せり。凡て此等の思想は互に密接結合すと雖も之を合同一視するか如きは錯亂を免かれざるなり。而してデユ、トリクウ井ールの如き鋭敏なる批評家にして英國人の最も著明なる一特性を説明するに困難を感じるを見れば吾人は左の如く結論して誤らざるを信ず。曰く、吾人英人か英人は法律の支配を好むと云ひ、又は法律の至高は英國憲法の一特性なりと云ふときは吾人は眞實の意義を有するに拘

らす其意義頗ふる曖昧不明なる言語を使用する者なり。故に苟くも法律の支配其至高若くは其主宰なる語が示す觀念の意義を充分に會得せんと欲すれば須らく先づ吾人が此等の語を英國憲法に適用するときには吾人は如何なる意義を之に附するかを精密に決定せざる可らず。

『法律の至高即ち其支配は英國憲法の一特性なりと云ふときは吾人は通例此一言の下に少くとも三個の親近なる而かも全く殊別なる思想を抱括せしむるなり。吾人は第一に何人とも雖も明かに現行法を犯し國家の尋常裁判所に於て尋常適法の方法に據るにあらずんば之をして身体又は物品上の損害を蒙らしむへからず即ち之を罰するに能はざる事を意味するなり。此意義に於ける法律の支配てふ事は區域廣濶なる專制專裁の強制力を施行する人を首長に戴く各種の政體と相反するものとす。』

此の意義に於ける『法律の支配』を以て英國制度の一特性と爲すを聞かば、近代の英人は蓋し先づ一驚を興するならん。何となれば今の世に在ては此事たる格段に一國民に固有なる性質と云ふよりは寧ろ各開明國に普通の形貌なるか如く思はるべければなり。然りと雖も他の諸國は暫く擱き、歐洲各國の現状に就てのみ見ても吾人は『法律の支配』てふ事は前記の狹隘なる意義を以てするも尙ほ英國若くは北米合衆國の如き英國風の精神を傳承したる國にのみ特有なるを容易に知り得へし。凡そ大陸各國に於ける行政部は人身逮捕、當座監禁、國外逐放等の事項に就き、英國政府が法律上要求し若くは實際執行する權力より遙かに廣大なる專裁權を執行し居るなり。而して瑞西に起れる近時の事態はデユ、ト、ク、ウ、井、ールか彼の國を評したる言を確證して凡そ專裁力の在る所は即ち專斷施行の境なること及び政府に於ける專裁力が臣民法律上の自由危險なるは共和國と君主國とを問はさることを證するに足れり。

然りと雖も、千八百九十九年(本書出版の年)の今日に於ける歐洲の現状のみに就て觀察すれば今や該州諸國中最多數に於ては法律支配の確立すること殆んど英國に譲らずして、兎に角各個人等は法律を遵守する以上は政府其他のものより害を受くるの恐なしと謂ふを得へし。故に英國の國王、行政部其他各官部に專制力の存せざる一事を見て外國人が嘗て英國憲法の著しき特貌否な其精髓なる特性な

りと思意せることありしは少しく吾人の了解に苦む所なり。此疑團は外國の學者が初めて英國憲法を批評し、之を敬慕するに至りたる當時に溯りて思考すれば全く氷解すべし。抑も十八世紀間に於ける歐洲大陸諸邦の狀態を按ずるに、其多數の政府は決して虐政を行ふものにあらずりしなり。然れども其民專制力の羈絆を脱して安然たるを得たるの國は一も之にあらずりしなり。畢竟英國の特色たりし所は政治の慈仁寛裕なるにあらずして法律の嚴明至尊なるに在りしなり。夫のヴァルテヤ一の英國に渡來せるや、ヴァルテヤ一は當時の學者の意向を代表せし一人なり、彼は主として專制國を脱して假令法律は峻嚴なりとも其人民法律の支配を受け隨意專斷の支配を受けざる國土に來れりとの感情を抱きしならん。而して彼か此差違を發見したるも亦決して謂はれなきにあらず。其佛國に在るや千七百十七年に一編の詩を作り以て當代を誹譏したりとの臆斷を以てバステイール獄に投せられたり。而して實際其詩は彼の作る所にあらずしは勿論、彼は其記者をも知らず、又其旨意に同意したるにあらず。且英人に最も奇怪に感ずるはヴァルテヤ一の收監したる攝政譯者曰、チャーリヤンス公爵

なりが戯弄を以て此事を處し、夫の諷詩を作れりと臆斷されたる記者が嘗て『余は觀たり』と云ひしに、今や將さに其の嘗て觀さりし獄に行かんとするを嘲弄せし一事なりとす。又千七百二十八年には當時佛國文壇の泰斗たりしヴァルテヤ一は一公爵の宴席にて一貴族と激論し痛く其説を駁せし爲め恨を買ひ、其從僕の爲に彼の貴族の面前に於て打擲されたるも法律上、名譽上、其賠償を得る能はざるのみならず、此妄狀を訴へたるの故を以て再びバステイールの獄に投せられたり。氏か佛國に在て囹圄の裏に呻吟したるは是を最後と爲すと雖も、氏は終始專制力と鬭争せざるを得ざる境遇に在りて、氏か一時の收監に比すれば數層峻嚴なる科料刑の難を僅に免かれて生命を全ふしたるは偏に其名聲、才能、及び資力の力に依りしなり。加之ヴァルテヤ一が其生命財産を全ふせしは結局佛國より放逐を受けたるに由りしなり。人若し十八世紀間に英國に行はれたる法律の至高力は一極めて特殊例外の現象なりしことを知らんと欲せば宜しくモーレイ著『デイデロ傳』の如き書物を一讀せよ。デイデロ及び其等輩の人々が百科字彙（エシイクロペディア）を出版せんとて二十二年間絶へす力を盡したるは當時凡て佛國の有名なる學者か其思想を發

表するの自由を得んとして苦辛せしものにして此争闘の困難なりしと其終に目的を達したるとは孰れか最も明かに佛國政府の放恣専制を證するものなりやは斷言するに苦むものなり。

王家の無法はルイ十五世の如き特に暴虐なる君主に限らずして佛國政治に固着せる一現象たり。世間或はルイ十六世は決して殘酷なる君主にあらざりしのみならず、專制の君にあらざりしとの思想を抱くものありと雖も、千七百八十九年より前に法律の至高力に類するもの佛國君主政の下に存立せりと思意するは認見たるを免かれざるなり。今より僅かに百數年前にシエヴァリエー、デアンの癡事、禍殃及其怪事に關する喧傳佛國に騒然たりしは今日英國に於て彼の詐欺者の世評喧噪たるに似たるものありしなり(譯者按するに彼の詐欺者とは英國に知り渡りたる詐欺の訴訟者を指すなり)。此等の事柄は敢て記臆するに及ばざれども爰に吾人か記臆せざるべからざるは千七百七十八年即ちジョンソン、アダム、スミツス、ギボン、クーパー等諸名家輩出し、米國獨立戦争起り佛國々民會集會に先立つこと僅かに十一年内に於ける當時に於て一個の勇敢なる官吏、秀絶なる外交家たる

人をして審問も用ひず、伏罪をも待たず、今に至る迄罪跡不明なる犯罪の爲めに東洋流壓制の最も甚しきものに比すべき酷刑と汚辱とを蒙らしむることを得たるの一事に在りとす。

且又十世紀末葉に於て佛國政府の他諸國の政府より其專制の度合高かりしとの想像を下すべからず。此の如き想像は大陸に於ける當時の事態を全く誤想する者なり。佛國に於て法律及び輿論の有力なりしは西班牙國伊太利諸州、若くは獨逸諸侯國の遙かに及ばざる所なり。佛國に於て世人の注意を惹きたる壓制の諸害惡は當時他の諸國にも行はれ且其形狀却て佛國より一層不良なりしなり。而して此等の國に於て世人の注意を惹かさりし所以の者は正に其害惡の甚た大なりしか爲のみ。世人か佛國君主の威力を批評すること他の數多小虐君の不法行爲を責むるより更に酷なるは佛國民は國の等位上當さに自由を求むべき位置を占めたと古代の佛國は壓制の模範たりしに由るなり。是れ歐洲全土の人民か歡喜倒震してパステイールの没落を祝したる所以なり。パステイール城塞の落つるや其獄中に繋かれ居たる者十人に足らざりしに恰かも其當時英國に於ては