

工-130

法學博士美濃部達吉講述



帝國憲法



早稻田大學出版部藏版

帝國憲法目次

總論	一頁
第一章 國家	一
第一節 國家概念ノ要素	一
第二節 國家ノ法律上概念	五
第三節 國家ノ發生及消滅	一九
第二章 國法	二二
第一節 公法ノ概念	二二
第二節 公法ノ系統	二七
第三章 國法ノ淵源	二八
第四章 國家ノ結合	三六
第一編 總論	四二

第一章 憲法	四二
第一節 憲法制定ノ由來	四四
第二節 憲法ノ改正	四七
第三節 憲法ノ効力	五四
第一款 憲法ノ暗黙ノ變更	五四
第二款 新領土ニ於ケル憲法ノ効力	五七
第二章 統治權	六三
第一節 統治權ノ性質	六三
第二節 統治權ノ不可分	六八
第一款 三權分立說	六九
第二款 聯邦國ニ於ケル立權分割說	七六
第三節 主權	七九
第一款 主權ノ觀念ノ沿革	七九
第二款 主權ノ觀念	八四

第三款 主權人國家ノ要素ニ非ラス	九一
第四節 統治權ノ原始性非主權國ト地方團體トノ區別	九三
第三章 國家ノ機關	九八
第一節 國家機關ノ法律上ノ性質	九八
第二節 國家機關ノ種類	一〇二
第三節 國家ノ最高機關	一〇八
第四章 國體	一一三
第二編 國家ノ自然的基礎	一一三
第一章 領土	一一三
第一節 領土ノ法律上ノ性質	一一三
第二節 領土ノ變更	一一〇
第二章 國民	一一三
第一節 國民ノ法律上ノ性質	一一三

第三節 國籍ノ取得……………一三四

第三節 國民ノ公權……………一四二

第一款 權利ノ觀念……………一四四

第二款 公權ト私權トノ區別……………一五〇

第三款 公權ノ種類……………一五五

第四節 國民ノ特別ノ階級……………一六〇

第三編 國家ノ機關……………一六七

第一章 君主及ヒ君主ノ代表並ニ補弼機關……………一六七

第一節 君主ノ國法上ノ地位……………一六八

第二節 皇位ノ繼承……………一七六

第三節 君主ノ權利……………一八四

第四節 攝政……………一九〇

第一款 攝政ノ國法上ノ地位……………一九一

第二款 攝政ヲ置ク場合……………一九六

第三款 攝政ニ任スベキ資格及ヒ順位……………一九八

第四款 攝政ノ終了及交迭……………一九九

第五節 國務大臣……………二〇一

第一款 國務大臣ノ國法上ノ地位……………二〇一

第二款 國務大臣ノ責任……………二〇九

第二章 帝國議會……………二二〇

第一節 議會ノ國法上ノ地位……………二二〇

第二節 議會ノ組織……………二二八

第一款 二院制度……………二二八

第二款 上院ノ組織……………二三三

第三款 下院ノ組織……………二三六

第三節 議會ノ會議……………二六四

第一款 會議ノ開始及ヒ終了……………二六四

第二款 會期……………二七〇

第三款 議事規定……………二七二

第四節 議會ノ權限……………二七五

第五節 議員ノ法律上ノ地位……………二八四

第四編 國家ノ作用……………二九〇

第一章 立法……………二九〇

第一節 法律ノ觀念……………二九〇

第二節 憲法上ノ立法事項……………二九三

第三節 法律ノ効力……………二九六

第四節 法律ノ成立……………二九八

第五節 法律ノ消滅……………三〇五

第二章 司法……………三〇五

第一節 司法ノ觀念……………三〇五

第二節 司法ノ機關……………三一〇

第三節 司法權ノ行使……………三二三

第三章 行政……………三二六

第四章 命令……………三二八

第一節 命令ノ觀念……………三二八

第二節 命令ノ種類……………三三一

第三節 緊急命令……………三三二

第四節 委任命令……………三三八

第五節 獨立命令及ヒ執行命令……………三三四

第六節 命令權ノ委任……………三三七

第七節 命令ノ成立及ヒ消滅……………三三八

第五章 豫算……………三四三

第一節 豫算ノ性質……………三四三

第三節 議會ノ豫算議定權……………三五三

第三節	豫算ノ編制	三五五
第四節	豫算ノ効力	三五六
第五節	豫算ノ不成立	三五九
第六節	國際條約	三六〇

帝國憲法目次終

帝國憲法

法學博士 美濃部達吉 講述

緒論

第一章 國家

第一節 國家觀念ノ要素

憲法ハ國家ノ基礎法ナリ憲法學ハ國家ノ基礎法ヲ論スルノ學ナリ其ノ研究ノ目的物タルモノハ常ニ國家ナリ故ニ憲法ヲ研究スルニ於テハ第一ニ先ツ國家ノ何ナルカヲ明ニスルヲ要ス

國家ノ何ナルカヲ論スルニ於テ第一ニ注意ヲ要スルハ爰ニ論セントスル所ハ決シテ日本ノ國家ニノミ特有ナル國家ノ觀念ニ非ラズシテ今日ノ國際團體ヲ爲セテ凡テノ國家ニ共通スル普通觀念ナルコトニ在リ世界ニ於ケル人類社會ハ數多ノ國家團體ニ分割セラレ此レ等ノ團體ハ相對立シ相交通シテ以テ今日ノ國際團

体ヲ爲セルモノニシテ此等ノ數多ノ國家ハ何レモ共通ノ要素ヲ有シ共通ノ定義
 ヲ下スコトヲ得ヘキモノナリ言ヒ換フレハ國家トイフ社會顯象ハ決シテ或ル一
 國ニノミ特有ナル顯象ニ非ラズシテ凡テノ國少クトモ今日ノ凡テノ文明國ニ共
 通ナル普汎的ノ顯象ナリ爰ニ論スル所ノ國家觀念ハ此ノ普汎的ノ顯象ニ對シテ
 共通ノ觀念ヲ定メントスルモノニシテ是レコソ法學上ニ重要ナルモノナレ學者
 カ往々試ミントスルカ如キ日本ノ國家ニノミ特殊ナル國家觀念ヲ定ムルハエリ
 ネツクノ語ヲ以テ言ヘバ恰モ『英國ニ特有ナル解剖學佛國ニ特有ナル倫理學ヲ作
 ラントスルト同一ニシテ』寧ロ無意義ナリ

然レトモ一方ニ於テハ余輩ハ敢テ古來ノ歷史上ニ於ケル凡テノ國家ヲ漏レナク
 觀察シテ其ノ凡テニ共通ナル觀念ヲ定メントスルニ非ラズ古今社會ノ顯象ノ異
 ナル國家顯象ニ於テモ亦古代ニ於ケルト今日ニ於ケルトハ其ノ差異極メテ甚シ
 キモノアリ唯一ノ觀念ヲ以テ其ノ凡テヲ貫通スルコトハ不可能ノコトニ屬ス例
 ヘハ中世ノ「ゲルマン」諸國ノ如ク領土ト臣民トヲ以テ君主ノ一身ニ屬スル私有物
 ノ如クニ看做シ君位ノ繼承ハ財産相續ト同シク子數人アレハ領土ハ均一ニ其ノ

諸子ニ分割シタルモノアリ又例ヘバ中世ノ歐洲諸國又ハ封建時代ノ吾國ノ如ク
 一國ノ中ニ寺院ト政府將軍家ト皇室トイフガ如キ二個ノ獨立ノ權力カ相對立シ
 國家ノ統一ノ全ク行ハレサリシモノアリ此ノ如キハ皆近世ノ國家觀念ト相容レ
 サルモノニシテ強テ之ヲ近世ノ國家ト同一觀念ノ下ニ屬セシメントスルハ徒ニ
 思想ノ複雜ヲ來タスニ止リ今日ノ國法ヲ説明スルニ於テ何等ノ裨益スル所ナシ
 蓋シ國家ノ觀念ハ近世ニ移ルニ及ンテ根本ヨリノ變遷ヲ經タルモノニシテ中世
 ニ於ケル國家觀念ト近世ニ於ケル國家觀念トハ其ノ根本ニ於テ相異ナレルモナ
 リ吾人ノ論スヘキ所ハ唯近世ノ國家觀念ノミ其ノ觀察ノ基礎タル所ハ唯今日ノ
 實在ノ國家ノミ而シテ今日ノ實在ノ國家ハ各國共ニ皆普通ノ要素ヲ備ヘ普通一
 般ノ觀念ノ下ニ屬スヘキモノナルコトハ前ニ述フルカ如シ
 若シ近世ノ國家ニ付テ之ヲ見ルトキハ吾人ハ容易ニ二三ノ要素ノ凡テノ國家ニ
 共通ナルモノアルヲ見ルヘシ此等ノ共通ノ要素ハヤガテ國家ノ觀念ノ基礎タル
 可キモノナリ余輩ハ先ツ其ノ要素ノ何々ナルヤヲ論セシ

一、其ノ第一ノ要素ハ國民ナリ國民ナケレバ國家ナシ國民ハ國家ノ人的ノ要素

ナリ國民トハ共同生活ヲ爲セル多數ノ人類ノ集合ニシテ其ノ共同生活が其ノ人數ニ於テ及ヒ其ノ血統ニ於テ既ニ單純ナル家族又ハ血族團體ノ狀態ヲ脱スルモノヲ云フ此ノ以上ニ於テハ國民ノ性質ニ付テ何等ノ法學上ノ定義ヲ下タスコトヲ得ス何トナレハ國民トイフハ國家ノ觀念ヨリ除キ去レハ其レ自身ニ於テハ法學上ノ觀念ニ非ラサレハナリ

二 其ノ第二ノ要素ハ領土ナリ國民カ國家ノ人的要素タルニ對シテ領土ハ其物的ノ要素タリ即チ國民ガ國家ヲ爲スカ爲メニハ必ラス一定ノ土地ノ上ニ定著セルモノナルコトヲ要ス住地ヲ定メス機ニ應シテ移轉スルコト例ヘハ種族移轉期ノ「ゲルマン」民族ノ如キハ假令其上ニ一定ノ會長ヲ有シ國家ニ類似ノ政治組織ヲ有スト雖モ未タ國家ヲ爲スニ至ラサルモノナリ

三 國民及ヒ領土ノ外尙國家ノ第三ノ要素トシテ國民ガ唯一最高ノ權力ノ下ニ結合セラレタルコトヲ要ス此ノ最高ノ權力ハ稱シテ統治權トイフ統治權ハ國家ノ最後ノ要素ナリ權力ノ下ニ結合セラルハニ非ズシテ單ニ多數人類ガ機械的ニ集合シタルニ過キササルモノハ固ヨリ國家ニ非ラズ唯一ノ權力ノ下ニ之ヲ統一ス

ルニ依リテ國民ハ始メテ相合シテ單一體トナル此ノ單一體ガ即チ國家ナリ
國家ガ以上三種ノ要素ヲ以テ成ルコトハ何人モ異議ナキ所ニシテ即チ國家トハ唯一最高ノ權力ノ下ニ一定ノ土地ノ上ニ定著シタル多數人類ヲ結合シタルモノナリ

第二節 國家ノ法律上ノ觀念

以上國家ガ如何ナルモノナルカヲ説明シタリト雖モ是レ唯國家ヲ一ノ事實トシテ一ノ社會顯象トシテ其ノ如何ナル要素ヨリ成レルカヲ明ニシタルニ止マリ未タ其ノ法律上ノ觀念ヲ定メタルニ非ラズ法律上ノ觀念ハ固ヨリ常ニ事實ヲ以テ其ノ基礎ト爲ササル可カラズ事實ニ基カサル觀念ハ假説タリ擬制タルニ過キスト雖モ實在ノ顯象ハ未タ直ニ法律上ノ觀念ト爲スコトヲ得ズ法律ノ學ハ主觀ノ學ナリ物理的生物学ノ如キ客觀的事物ヲ研究スルノ學ニ非ラズ法トイヒ權利トイフモ唯吾人ノ主觀ニ於テ思考スル所ニ止リ客觀的ノ存在ヲ有スルモノニ非ラズ凡テノ法律上ノ觀念ハ皆法律上吾人ガ如何ニ之ヲ思考スルカノ問題ニシテ事實上其レガ如何ナルモノナルカノ問題ニ非ラサルナリ國家ノ觀念ニ付テモ亦同

シク其ノ法律上ノ觀念ハ吾人ガ法律上如何ニ國家ヲ思考スルカ國家ニ關スル凡テノ法律顯象ヲ圓滿ニ説明スルカ爲メニハ如何ニ之ヲ思考スヘキカノ問題ニシテ國家トイフ社會顯象カ事實上ニ如何ナルモノナルカヲ論セントスルニ非ラズ事實上ノ性質ト法律上ノ觀念トハ常ニ之ヲ混同セザランコトヲ要スルナリ。國家カ事實上ノ社會顯象トシテ一定ノ領土ニ定著セル國民ヲ最高權力ノ下ニ結合セルモノナルコトハ何人モ異論ナキ所ナリ然レトモ其ノ法律上ノ觀念如何其ノ結合ハ法律上ノ如何ナル觀念ニ相當スヘキカ其ノ最高權力ハ法律上何人カ之カ主體タルカ等ノ問題ニ至リテハ學說未タ一ナラズ。

舊時ノ學者ハ好シテ國家ノ性質ヲ説明スルニ國家ハ有機體ナリトイフヲ以テシタリ(國家有機體)此ノ說ハ既ニ古代ニ於テ(殊ニ希臘ノ哲學家)明瞭ニ認めラル、所ナリシガ其ノ近代ニ盛ニ行ハル、ニ至リシハ主トシテ第十八世紀ノ性理學派ニ反抗シテ第十九世紀ノ歴史學派(アイルヒホルツタニニ)ニ依リテ主張セラレタル所ニ係リ性理學派ガ國家ヲ以テ人類ノ自由意思ニ依リテ作造シタル機械的ノ製作物ナリト爲シタルニ反シテ國家ハ自然ニ生長シ發達シ又衰亡スルコトアルヘキモノニ

シテ人意ニ依リテ製造シ破壊シ得ヘキモノニ非ラサルコトヲ表明シタルニ過キズ例ヘハ「ブリュンチエリ」ハ曰ク

國家カ有機體ナリトイフハ凡テノ自然的有機體ト同シク(一)物質的ノ要素ト精神的ノ力トノ結合短クイヘバ肉體ト精神トノ結合ニ依リテ成ルコト(二)自ラ一ノ全體ヲ爲セトモ其ノ各部分ニハ別ニ機關ヲ備ヘ其ノ機關ハ各特別ノ作用ト能力トヲ有シ以テ其ノ全部ノ種々ナル生活ノ需要ヲ満足セシムルコト(三)内部ヨリ發達シテ外部ニ生長スルコトノ三ノ性質ヲ具有スルコトヲ意味スルナリトサレハ其ノ說ガ一面ノ眞理ヲ有スルコトハ疑ヲ容レサル所ニシテ國家ノ機械的見解ノ誤謬ヲ明ニシタルノ效勞ハ沒ス可カラズ然レトモ法學上ヨリイヘバ人類以外ノ動物及ヒ植物ヲ人類ト等シク有機體トイフ唯一ノ觀念ニ屬セシメ而シテ國家モ亦之ト同一種類ナリト爲スカ如キハ無意味ノ見解ナリトイハサル可カラズ法學上ヨリイヘハ人ハ權利ノ主體タリ動物植物ハ權利ノ目的物トシテ無生物ト同一種類ニ屬シ始テ人ト相對スルモノナリ之ヲ人ト同種類ナル有機體ナリトスルハ純然タル自然科學上ノ見解ニシテ法學上ノ見解ニ非ラス國家有機體說

モ亦單純ナル比較トシテハ誤謬ニ非ラズト雖モ法學上ノ性質ヲ説明スルニ於テハ何等ノ價值ヲ有スルモノニ非ラサルナリ

法律上ニ國家ヲ思考スルニ於テハ三種ノ見解ヲ想像スルコトヲ得ベシ國家ハ統治權ノ下ニ國民ヲ結合シタルモノナルコト前ニ述フルカ如クナルカ故ニ國家ノ法律上ノ觀念トシテハ或ハ國家ヲ以テ統治權ノ目的物ト爲スカ或ハ統治關係ナリト爲スカ或ハ統治權ノ主體ナリト爲スカノ三種ノ見解ノ外ヲ出ツルコトヲ得ス而シテ此ノ三種ノ見解ハ各其ノ代表者ヲ有セリ

(一) 國家ヲ以テ統治ノ目的物ナリトシ即チ國家ノ上ニ立テル或ル意思主體ヲ支配ニ屬スル物ナリトスルノ見解(國家客)ハ中世封建時代ノ國家組織ニ其ノ根源ヲ有セルモノニシテ前ニモ一言シタル如ク中世封建時代ノタルマン諸國ニ於テハ凡テノ公ノ權力ハ私法上ノ權利ノ如クニ看做サレ領土及ヒ臣民ハ君主及ヒ其ノ子孫ノ所有物ノ如ク相續財產ノ如クニ思考セラレタリ學者ハ此ノ如キ時代ノ國家ヲ稱シテ家長國(Patriarchal state)トイフ此ノ如キ思想カ今日ノ國家ニ容ル、可カラサルコトハ多言ヲ要セズシテ明チリ領土及ヒ臣民カ君主ノ私有物ニ非ラズ公

六

ノ權力ハ私法上ノ權利ト明瞭ニ區別セラルヘキコトハ今日ニ於テ何人モ疑ハサル所ナリ

然レトモ之ト類似ノ思想ハ近時ニ於テモ尙二三ノ學者ニ依リテ維持セラレ今日ニ於テモ尙全ク其ノ跡ヲ絶ツニ至ラス近時ニ於ケル其ノ說ノ代表者ハ獨逸ノ國法學者マックスフオンザイデルニシテ其ノ外尙獨逸ノ學者ノ中ニハ、リング及ヒ多少ノ變更ヲ以テ、ボルンハックモ略同一ノ說ヲ主張スザイデルハ曰ク

統治權ニ服從スルモノハ土地及ヒ人民ナリ若シ此ノ土地及ヒ人民ヲ用語ノ慣例ニ從ヒテ國家ト稱スルトキハ統治者ト國家トハ相分離シテ一ノ權利主體タリ一ハ其ノ目的物タルモノナリ(巴國法一卷一七〇頁)

ト又曰ク

余輩ハ統治權ニ服從セル狀態ニ於テハ土地及ヒ人民ヲ稱シテ國家トイフ其ハ恰モ民法ニ於テ物カ人ノ支配ニ屬スル狀態ニ於テ之ヲ人ノ所有物トイフカ如シ(ヒルト年報一八九八年分三三四頁)

ト其ノ說ガ中世ノ家長國ノ思想ヨリ出テタルモノナルコトハ一見シテ明瞭ナル

可シ唯家長國ニ於テハ國家統治ノ關係ヲ以テ純然タル私法上ノ關係ノ如ク看做シ君主カ自己ノ所有物トシテ領土及ヒ臣民ヲ所有セルモノト看做シタルニ反シ「ザイテル」ハ之ヲ公法上ノ關係ニ變形シタルニ過キス其ノ說ニ依ルモ君主ハ國家以外ニ在リ其ノ上ニ立ツモノニシテ恰モ人カ物ヲ所有スル關係ノ如クニ君主ガ國家ノ上ニ立チテ國家ヲ支配スルモノナリト爲スナリ

此ノ如キ見解カ近世ノ國家觀念ト相容レサルコトハ今日ニ於テハ學者ノ殆ント一般ニ認ムル所ナリ

第一ニ「ザイテル」ハ領土及ヒ臣民ヲ稱シテ國家トイヒ君主ハ國家ノ外ニ在リ其上ニ立ツモノト爲スト雖モ近世ノ思想ニ於テ國家トイフトキハ國民カ統治權ノ下ニ結合セラル、其ノ全體ヲ云フモノニシテ國家ハ統一的ノ一體ヲ爲スモノナリ領土及ヒ臣民ハ國家ノ要素ノ一部分ナレトモ國家其物ニハ非ラス君主ハ國家ノ中ニ在ルモノニシテ國家以外ニ立ツモノニ非ラス之ヲ君主トイフ統治者ト領土及ヒ臣民トイフ統治ノ目的物トノ二ノ部分ニ分割シ其ノ一部ヲ以テ國家ナリト爲スハ明ニ近世ノ國家思想ニ矛盾スルモノナリ

第二假リニ「ザイテル」ノ如ク領土及ヒ臣民ヲ以テ國家ナリト稱スルモ領土臣民ハ物カ人ノ所有權ノ目的物タルカ如キ意義ニ於テハ統治權ノ目的物タルモノニ非ラス(一)統治權ハ命令權ナリ命令ハ唯人ニシテ爲スコトヲ得ルノミ物ニ對シテ行ハル、コトヲ得ス統治權ハ常ニ人ト人トノ關係ニシテ人ノ物ニ對スル關係ニ非ラス故ニ領土ヲ以テ統治權ノ目的物ナリトイフハ誤ナリ(其ノ詳細ニ付テハ領土ノ章參看)(二)臣民ハ統治權ニ服從スルモノナルカ故ニ此ノ意味ニ於テハ臣民ハ統治權ノ客體トイフトモ必スシモ不可ナラス然レトモ人カ其ノ所有物ヲ支配スルカ如キ意味ニ於テハ君主ハ決シテ其ノ臣民ヲ支配スルモノニ非ラス近世ノ國家ニ於テハ臣民ハ奴隸ニ非ラス自ラ權利ノ主體タリ人格タルモノナリ統治者ハ其ノ統治權ニ依リテ臣民ノ權利ヲ制限シ之ニ義務ヲ負ハシムルヲ得ヘシト雖モ之ヲ物ノ如クニ處分シ得ヘキニ非ラス民法上ノ關係ニシテ之ト比較シ得ヘキモノハ債權ニシテ物權ニ非ス故ニ臣民モ亦物カ所有權ノ客體タルカ如キ意義ニ於テ統治權ノ客體ナリト云フハ正當ニ非ラス

吾國ノ學者ノ中ニハ往々憲法第一條ノ明文ヲ以テ國家客體說ヲ維持スルノ根據

トナサントスルモノアリ憲法第一條ハ曰ク「大日本帝國ハ萬世一系ノ天皇之ヲ統治ス」ト論者ハ此明文ヲ以テ其唯一ノ證據ト爲シ天皇ヲ統治權ノ主體ニシテ國家カ其客體ナルコトハ少クトモ吾國ニ在リテハ議論ヲ容ル、ノ餘地ナキモノト爲セリ然レトモ憲法ハ法學ノ教科書ニ非ス法學上ノ觀念ハ憲法ノ文字ニ依リ之ヲ知ルコトヲ得ス凡テ成文法カ其效力ヲ有スルハ唯法規トシテニ在リ法規以外ニ於テハ法律ハ何等ノ效力ナク假令法律ニ依リテ法規以外ノモノヲ規定スルコトアルモ其ハ何等ノ效力ヲ生スルモノニ非ラス學術上ノ觀念ニ付テハ法律ハ如何ナル規定ヲ設クルトモ各學者ハ自家ノ研究ニ依リ自由ニ之ヲ改ムルコトヲ得ヘシ國家ノ觀念ノ如キモ亦專ラ學者ノ研究ニ依テ定マルヘキモノニシテ法ノ文字ニ依リ決セラルヘキモノニ非ス憲法第一條ハ單ニ吾國家ノ最高機關カ天皇ニシテ其天皇ハ萬世一系ナルコトヲ規定スルニ止マリ法學上天皇ヲ一ノ人格トシテ見ルヘキカ自己ノ權利トシテ統治權ヲ有スルカノ問題ハ此條ノ關スル所ニ非ス之ヲ以テ國家ノ法律上ノ觀念ヲ定メントスルハ全ク法ノ性質ヲ誤解スルモノナリ「ザイデル」ノ説ト多少其形ヲ異ニシテ而モ其實質ヲ同フスルモノハ「ボルン」ハツク

クノ説ナリ「ボルン」ハツクモ亦君主ヲ以テ統治權ノ主體トナシ國家ヲ以テ其客體ト爲スノ點ニ於テハ全ク「ザイデル」ト其説ヲ同ウス唯「ザイデル」ハ統治權ノ客體タル領土及臣民ヲ以テ國家ナリトスルニ反シ「ボルン」ハ其主體タル君主カ即チ國家ナリト爲スナリ故ニ其異ル所ハ單ニ名稱ノ差ノミニシテ其基ク所ノ思想ハ全ク同一ナリ「ザイデル」ノ説ニ對スルト同一ノ批難ハ亦此説ニ對シ加フルコトヲ得ヘク殊ニ君主ノ更迭ニ依テ國家カ消滅セサルコトヲ説明スルコト能ハサルノ批難ハ此説ニ於テ殊ニ明瞭ナリ

(二) 國家狀態說 國家ハ統治ノ狀態ナリ統治關係ナリトナスノ見解ハ法律上ノ觀念ト事實上ノ性質トヲ混同シ事實上ノ觀念ヲ見テ直ニ法律上ノ觀念ナリト爲ス所謂實驗法學派ノ最モ好ンテ主持スル所ノ思想ナリ國家ハ人類ノ集合カ唯一ノ權力ニ依テ結合セラレタルモノナルコト前ニ述フルカ如シ而シテ統治狀態說ハ人類カ唯一ノ權力ニ依リ統治セラル、狀態ヲ稱シテ國家ナリト爲スモノナルカ故ニ其説明ハ一見甚タ穩當ニシテ批難ノ餘地アラサルカ如キモ其實此説モ亦前述シタル國家客體說ト其基ク所ノ思想ヲ同フスルモノニシテ法學上ノ觀念ト

シテハ均シク維持スルコトヲ得サルモノナリ即此説ヲ主張スルモノニアリテモ亦國家客體説ニ於ケルト同シク統治權ノ主體ハ君主ニシテ領土及臣民カ其客體ナリト爲スナリ唯彼ニ在テハ或ハ其主體タル君主ヲ以テ或ハ其客體タル領土及臣民ヲ以テ直ニ國家ナリト爲スニ反シテ此説ニ於テハ其統治セラル、状態ヲ以テ國家ナリト爲スナリ從テ國家ノ一要素ヲ以テ直ニ全國家ナリト爲スノ批難ハ此説ニ於テハ免ル、コトヲ得ヘシト雖モ國家カ統一的ノ單位ヲ爲サスシテ主體ト客體トノ二ツノ相對立スル部分ニ分割セラルトイフノ批難ハ又均シク此説ニ對シテモ加フルコトヲ得ヘシ就中此説ニ依レハ國家ハ全ク活動ノ能力ナキモノトナルヘシ近世ノ國家思想ニ於テハ國家ハ自ラ意思ヲ有シ自ラ活動ヲ爲スノ主體ナリ戰爭ハ國家ト國家トノ戰爭ナリ條約ハ國家ト國家トノ條約ナリ若シ國家状態説ヲ採ラハ此法律觀念ハ全ク之ヲ説明スルコトヲ得ス何トナレハ状態ハ戰爭ヲ爲スコトヲ得ス條約ヲ締結スルコトヲ得サレハナリ

(三) 國家人格説

國家ヲ以テ統治權ノ客體ナリトノ説及國家ヲ以テ統治ノ状態ナリトノ説カ共ニ維持スルコトヲ得サルコト前述ノ如シトセハ殘ル所ハ國家ヲ

以テ自ラ統治權ノ主體即一ノ人格ナリト爲ス説ノミナリ是レ近時ノ學者ニ由テ殆ント一般ニ承認セラル、定説ニシテ亦唯一ノ正當ナルモノナリ
 國家ヲ以テ一ノ人格タリ一ノ權利主體ナリト爲スノ思想ハ希臘ノ國家學者ニ依テ明瞭ニ認識セラレタル所ナレトモ中世ノ國家觀念ノ曖昧ニ流レ公法ト私法トノ區別カ全ク混同セラル、ニ及ンテ此思想ハ一時久シク壞滅ニ歸シタリシガ近時ニ至テ再ヒ國家觀念ノ勃興ト共ニ一般ニ承認セラル、ニ至レリ近時ニ於テ其思想ヲ明ニシタル功勞ハ主トシテ獨逸ノ國法學者ニ歸セサルヘカラス就中アルブレヒト「ゲルバー」及最近ニ至リテハ「ラバント」「ゲラルヒマイヤー」「ギイルケ」「エリネツク」等ニ依テ明瞭ニ論述セラレタル所ナリ
 國家人格説ノ正當ナル所以ハ只此説ヲ認ムルニ依テノミ國家ニ關スル種々ノ法律現象ヲ説明シ得ヘキコトニ依テ之ヲ證明スルコトヲ得ヘシ就中左ノ四ノ現象ハ君主主體説ノ全ク説明スル能ハサル所ナリ
 一 國家ハ永續的ノ團體ナリ其分子タル君主又ハ臣民ノ更迭ニ由テ其繼續ヲ中斷スルモノニ非ス若シ君主主體説ヲ採レハ如何ニシテ此繼續ヲ説明スルヲ得

ヘキカ統治權主體ノ消滅ハ即統治關係ノ消滅ナラサルヘカラス一ノ統治權ノ主體カ消滅シテ他ノ統治權ノ主體カ之ニ更ハルトスレハ舊國家カ亡ビテ新ナル國家カ之ニ代ルモノナラサルヘカラス然トモ是レ素ヨリ君主主體說ヲ主張スル學者ニテモ承認スル所ニ非ス爰ヲ以テ學者ハ君主ノ外ニ君位トイフ一ノ無形ノ一體ヲ認メ君主ハ更迭スルモ君位ハ繼續スルモノナルカ故ニ國家ノ繼續ヲ妨ケストナリ然レトモ君主ナル自然人ノ外ニ君位ナル一ノ無形ノ一體ヲ認ムルハ全ク架空ノ想像ニシテ毫モ事實上ノ現象ニ基カサル純然タル擬制ナリ學者ハ國家人格說カ抽象的ノ觀念ナルカ爲メニ總ヘテヲ事實上ノ現象ニ依リ説明セントシテ却テ彼レ自身最モ甚シキ抽象ニ陷レルモノナリ

ロ 國家ハ又不可分ナル統一的ノ單位ナリ若シ反對說ニ從ヘハ國家ハ統治權ノ主體タル君主ト其客體タル領土及臣民ノ二ノ部分ニ分割セラレ其統一的性質ヲ説明スルコトヲ得ス

ハ 國家ハ又活動能力ノ主體ナリ國家ハ意思ヲ有シ行爲ヲ爲ス然レトモ是レ亦客體說又ハ狀態說ノ説明スルコト能ハサル所ナリ

ニ 領土ニ定著セル人民カ權力ノ下ニ結合セラレタルモノハ國家ハ必スシモ其唯一ノ例ニ非ス國家ノ外尙ホ國家内部ニ於テ之レト同一ノ模形ニ屬スル種々ノ團體アリ府縣郡其他ノ地方團體是レナリ地方團體ハ國家ト均シク領土ヲ有シ又人民ノ集合ヨリ成ルモノニシテ唯一ノ權力ノ下ニ統治セララルモノナリ從テ其法律上ノ觀念ニ於テ地方團體ト同一ノ種類ニ屬スルモノナラサルヘカラス而シテ地方團體カ各一ノ法人ナルコトハ諸國ノ法律ノ明言スル所タルノミナラス君主主體說ヲ唱フル學者モ亦承認スル所ナリ國家人格說ヲ認ムルニ非レハ國家ト地方團體トカ同一ノ類型ニ屬スルモノナルコトヲ説明スルヲ得サルナリ

蓋シ君主ヲ以テ統治權ノ主體ナリト爲スノ思想ハ事實上ノ性質ト法律上ノ觀念トヲ混同スルノ誤ニ出テタルモノナリ事實上ノ現象トシテハ君主國ニ於テハ國家ノ統治權カ君主ニ其源ヲ發スルコトハ言フ俟タサル所ナリ彼等ハ此事實上ノ現象ヲ見テ直ニ君主カ統治權ノ主體ナリト爲スヲ以テ自然ノ事理ト爲スナリ然レトモ君主カ統治權ノ主體ナリト云フハ君主カ君主ノ地位ニ於テ一ノ人格タリ

一八
權利ノ主體ナルコトヲ意味スルナリ即君主カ國家ノ機關トシテニ非ス自個ノ固
有ノ權利トシテ統治權ヲ有スルモノト爲スナリ然レトモ權利ノ觀念ハ利益ヲ以
テ其要素ト爲スコトハ何人モ爭ハサル所タリ權利ノ主體トハ即チ利益ノ歸屬ス
ル主體タルコトヲ意味ス君主カ統治權ノ主體タリトイヘハ即國家統治ノ利益カ
專ラ君主ノ一身ニ歸屬スルコトヲ意味スルナリ然レトモ近世ノ國家思想ニ於テ
君主カ自己ノ一身ノ利益ノ爲メニ統治權ヲ行フモノニ非スシテ全國家ノ利益ノ爲
メニ統治權ヲ行フモノナルコトハ君主主體說ヲ認ムルモノト雖トモ爭フヲ得サ
ル所ナリ統治權ノ利益ノ歸スル所カ君主ノ一身ニ非スシテ全國家ニアリトスレ
ハ其論理上ノ必然ノ結果トシテ又統治權ノ主體ハ君主ニ非スシテ全國家ナラザ
ルヘカラス君主ハ唯國家ノ機關トシテ國家ノ名ニ於テ統治權ヲ行フモノナリ統
治權ノ利益ノ歸屬スル所カ君主ニ非サルコトヲ認メテ而モ君主カ統治權ノ主體
ナリトイフハ恰モ未成年者ノ財產ハ未成年者ノ權利ニ屬セスシテ後見人ノ權利
ナリトイフニ異ラサルナリ
之ヲ要スルニ國家ハ數多ノ人格ヨリ成レルモノニシテ夫レ自身亦一ノ人格タル

モノナリ數多ノ人格ヨリ成リテ其全體ニ於テ亦一ノ人格タルモノハ之ヲ稱シテ
集合人格(Gesamtpersönlichkeit)トイフ通常ノ法律ノ用語ニ於テハ自然人ハ自然ニ人
格タリ自然人以外ノ人格ハ法ノ擬制ニ依テ人格タリトスルノ思想ニ基キ稱シテ
法人トイヘリ即チ國家ハ集合人格タリ法人タルモノナリ集合人格ニシテ領土ヲ
基礎トスルモノハ之ヲ領土團體(Gebietskörperschaft)トイフ國家ハ即領土團體ニシテ
而モ其最高ナルモノナリ國家ノ外領土團體ニ屬スルモノハ尙ホ府縣其他ノ地方
團體アリ國家ト國家以外ノ領土團體トヲ區別スベキ正確ナル標準ニ付テハ學說
甚々多ク頗ル困難ナル問題ナルカ如シ之ヲ後章ニ譲リ茲ニ之ヲ省ク茲ニハ只國
家カ法律上ノ觀念ニ於テ領土團體タリ集合人格タリトノ性質ヲ説明スルニ止ム
第二節 國家ノ發生及消滅
國家カ如何ニシテ發生スルカノ問題ハ自然法學者ノ好ンテ論シタル問題ニシテ
彼等ハ國家ガ一ノ法律現象タルノ結果トシテ其起源ニ於テモ必ス一ノ法律行爲
ニ基クモノナラサルヘカラスト爲シ而シテ國家ノ起源ヲ以テ國民ノ契約ニ在リ
ト爲セリ是即所謂民約說ニシテ第十八世紀ノ後半期ニ至ルマテ普ク人心ヲ支配

シタル學說ナリ彼等ハ人ハ其天然ニ於テ絶對ノ自由ヲ享有スルコトヲ以テ其前提ト爲ス此等ノ絶對ニ自由ヲ有スル人類カ共同生活ヲ爲スノ必要ノ爲メ互ニ契約ヲ以テ國家團體ヲ組織シ其天然ノ自由ノ一部ヲ割テ國權ニ服從スルコトヲ承諾シタルモノト爲スナリ

民約說カ全然誤謬ノ前提ニ基クモノニシテ歷史上ノ事實トシテモ論理上ノ推論トシテモ國家ノ起源ヲ此ノ如キ契約ニ歸スルヲ得サルコトハ今日ニ於テ何人モ疑ハサル所ナリ人ハ其天性ニ於テ絶對ノ自由ヲ有スルモノニ非ス共同生活ハ人生ノ天然ノ要求ナリ國家團體ハ此天然ノ要求ニ依リ其自然ノ發達ニ依リ發生シタルモノニシテ契約ハ之ニ必要ナルモノニ非ス

管ニ然ルノミナラス國家ノ起源如何ハ歴史學又ハ國家學ノ問題ニ屬スヘキモノニシテ全ク法學ノ範圍ニ屬スルモノニ非ス國家現象ハ固ヨリニノ法律現象ナリ然レトモ此法律現象ノ如何ニシテ發生スルヤハ法律ノ關スル所ニ非ス國家ノ成立ハ單純ナル一ノ事實ナリ恰モ自然人カ出生ナル一ノ自然ノ事實ニ由テ發生スルカ如シ人ハ權利ノ主體トシテ素ヨリ法律現象ナレトモ此現象ヲ發生スル出生

ハ單純ナル生理上ノ事實ニシテ法律行爲ニハ非ス之ト同シク國家モ亦其三種ノ要素タル領土國民及之ヲ統一スル權力カ事實上ニ集合スレハ茲ニ當然國家ナル法律現象ヲ發生スルモノニシテ之ヲ生スルニ至リタル事實カ如何ナル原因ニ基クヤハ法學ノ論スル所ニ非ス

然レトモ以上ノ議論ハ必スシモ法律行爲ニ依テハ國家ノ成立スルコトナシトスルニ非ス歷史上ノ事實トシテハ國家カ法律行爲就中契約ニ由テ成立シタルコトハ其例ニ乏シカラス就中北米合衆國獨乙帝國ノ如キ數多ノ國家カ相聯合シテ更ニ大ナル一國家ヲ作成スル場合ニ於テハ其最モ通常ナル形ハ此等ノ相聯合スル各國家カ互ニ條約ヲ以テ聯合國家ヲ作成スルナリ其聯合契約ハ固ヨリ一ノ法律行爲ナリ其關係ハ恰モ多數ノ個人カ相合シテ會社ヲ設立スルニ類セリ實際ニ於テモ北米合衆國獨乙帝國ノ成立ハ皆此ノ如キ順序ニ由リタルナリ

國家ノ消滅モ亦其發生ニ付テト同シク其原因カ何レニアルカハ法律學ノ關スル所ニ非ス國家ノ三要素ノ何レカ一カ消滅スレハ國家ハ即其存在ヲ失フ其最モ通常ナル形ハ權力ノ統一ヲ失フナリ即現在ノ政府轉覆セラレ之ニ代ハルヘキ新ナ

ル政府ノ之ヲ統一スル者ナキトキハ國家ハ事實上其存在ヲ失ヒタルモノナリ

第二章 國法

第一節 公法ノ觀念

法ハ之ヲ公法ト私法トニ區別ス公法ト私法トノ區別ハ國家觀念ノ發達ト相伴ヘ
ルモノニシテ羅馬法時代國家觀念ノ盛ナリシ頃ニ於テハ公法ト私法トノ區別モ
亦嚴重ニ認メラレシカ中世ノ國家觀念ノ衰フルト共ニ此區別モ亦全ク消滅シ公
法ト私法トハ全ク混同セラレタリシモ近世ノ國家觀念ノ起リシト共ニ再々明瞭
ニ其區別ヲ認識セラル、ニ至リシナリ

公法ト私法トノ區別ノ標準ニ付テハ通常ノ說明ハ公法ハ國家ノ組織及國家ト他
ノ國家又ハ國家ト臣民トノ間ノ關係ヲ定ムルノ法ナリ私法ハ個人相互間ノ關係
ヲ定ムルノ法ナリト言フヲ以テ満足セリ此說明ハ固ヨリ誤謬ニハ非ス公法ト私
法トノ區別カ國家ヲ以テ其中心ト爲シ公法トハ國家ニ關スル法ニシテ私法ハ私
人ニ關スル法ナルコトハ疑ヲ容レサル所ナリ然レトモ國家ト私人トノ間ノ關係
ハ必スシモ常ニ公法ニ依テ支配セララル、ニ非ス國家ト私人トノ關係ハ法律上ノ

(A) 私人格説

私人格 (國家)
私人格 (國庫)

不平等ナル關係ナリ國家ハ優勢ナル權力ノ主體トシテ以テ臣民ニ對ス然レトモ
國家ハ時トシテハ其權力ヲ利用スルコトナク私人ト平等ノ地位ニ立チ私人ト同
様ナル活動ヲ爲スコトカ最モ能ク國家ノ目的ニ適合スル所以ナルコトアリ國家
カ私人ト平等ノ地位ニ立チテ活動スル場合ニ於テハ國家ト私人トノ間ノ關係ヲ
定ムル法ハ公法ニ非スシテ私法ナリ

國家カ此ノ如ク二様ノ活動ノ方面ヲ有スルコトハ舊時代ノ獨乙ノ國法ノ下ニ於
テ最モ明カニ認メラレタリ舊時代ノ國法學者ハ國家ハ二個人人格ヲ有スルモノ
ト爲シ眞ノ國家トシテハ權力ノ主體トシテ臣民ヲ支配スルト共ニ一面ニ於テハ
國家ハ私人ノ人格トシテ私人ト對等ノ地位ニ立ツコトアルモノト爲シタリ其私人
人格トシテノ國家ハ之ヲ稱シテ國庫ト稱セリ近時ノ國法學者ハ國家カ此ノ如キ
二個人人格ヲ有スルモノナルコトヲ認メス國家ハ其權力ノ主體トシテ活動スル
場合モ私人ト對等ノ地位ニ於テ活動スル場合モ共ニ唯一ノ人格ニシテ所謂國庫
モ亦同一人格ノ一方面ニ過キササルコトヲ認ムルニ至レリ然レモ少クトモ今世ニ
於テモ國家ト臣民トノ關係カ時トシテハ私法ニ依リ支配セララル、コトアルハ爭

(8)
不
力
也

フヘカラザル所ニシテ公法ハ國家ト臣民トノ關係ヲ定ムルノ法ナリトイフハ此
區別ヲ認メサルノ誤ヲ免レス

此缺點ヲ補フカ爲メニ學者ハ亦往々公法ハ權力ノ關係ヲ定ムルノ法ナリ私法ハ
平等ノ關係ヲ定ムルノ法ナリト説明スルモノアリ此説明モ亦一面ノ眞理ヲ包含
スルコトハ疑ヲ容レス然レ此ノ如ク一般ニ言フトキハ明カニ誤ナリ公法ノ觀念
カ權力ノ觀念ヲ其要素ト爲スコトハ爭フヘカラザル所ナレトモ凡ヘテノ權力關
係ハ皆公法關係ニ非ス蓋シ權力關係ハ管ニ國家ト臣民トノ間ニ於テ存在スルノ
ミナラス私人相互ノ間ニ於テモ亦頗ル廣キ範圍ニ於テ存在ス親族間ノ關係會社
又ハ組合ノ會社員又ハ組合員ニ對スル關係船長ト船舶ノ乘組員トノ關係學校ト
生徒工場ト徒弟トノ如キ其他苟モ人類ノ稍々永續的ナル結合ニシテ其關係カ單
純ナル經濟上ノ給付ノ關係ニ止ラザルモノハ必ス多少ノ程度ニ於テ權力ノ關係
ヲ伴ハサルモノナシ而シテ此ノ如キ私人相互ノ間ニ於ケル權力關係ヲ規定スル
法ハ公法ニ非スシテ私法ナルコトハ疑ヲ容レザル所ナリ加之一方ニ於テハ若シ
公法ハ權力關係ヲ定ムルノ法ナリトイハ、國際法ハ全ク公法ノ範圍外ニ出ツヘ

シ

公法ノ觀念カ國家ヲ以テ其中心ト爲スコトハ疑ヲ容レス第一種ノ定義ノ不完全
ナル所以ハ國家ノ觀念ノミヲ採テ權力ノ要素ヲ度外視セル點ニアリ後ノ説明ノ
誤ナル點ハ權力ノ觀念ニノミ重キヲ置クニ過キ國家ノ要素ヲ度外ニセル點ニア
リ

公法トハ國家ノ權力ノ發動ニ關スル法ナリ國家ノ統治權ハ其初ハ無制限ナル實
力ナリ國家カ自ラ制限スルノ外ハ他ヨリ何等ノ制限ヲモ受クルコトナシ國家カ
無制限ナル實力トシテ活動スル間ハ國家ヲ支配スヘキ法ハ存在スルコトヲ得ス
隨テ公法ハ全ク存在ノ餘地ナシ專制政治ノ下ニ於テハ法ト言ヘハ常ニ私法ニシ
テ公法ハ全ク存在セザリシコトハ夙ニ學者ノ證明スル所ナリ專制政治ノ下ニ於
テハ國家ハ自己ノ欲スル儘ニ其實力ニ任セテ何事ヲモ臣民ニ命令スルコトヲ得
ルナリ近世ノ法治國ニ於テハ國家ハ法ヲ以テ豫メ自ラ其權力ノ發動ヲ制限シテ
其法規ニ準據スルニ非レハ臣民ニ對シテモ命令ヲ爲スコトナク他ノ國家ニ對シ
テモ活動スルコトナシ國家カ自ラ其統治權ノ發動ヲ制限スルノ法ハ即公法ナリ

手前ノ國家ニ對シテ
ハ其ノ機關ニ依テ行使セラル、ヤヲ定メサルヘカ
ラズ國家ノ機關ノ組織ヲ定ムルハ公法ノ第一ノ任務ナリ近世ノ國家ハ其機關ニ
立法司法及行政ノ三種ノ機關ノ區別ヲ認メ此等ノ三種ノ機關ヲシテ各獨立ノ職
權ヲ以テ其事務ヲ行ハシム然レトモ此等ノ各種ノ機關ハ固ヨリ同一ノ國家ノ機
關ナルヲ以テ互ニ相連絡シテ統一スルノ組織ナカルヘカラス此等各種ノ機關ノ
相互ノ關係ヲ定ムルハ公法ノ第二ノ任務ナリ國家ハ孤立シテ存在スルコトヲ得
ス絶エス他ノ國家ト相交通シテ種々ノ法律上ノ關係ヲ有ス國家ノ他ノ國家ニ對
スル權利義務ヲ定ムルハ公法ノ第三ノ任務ナリ國家ト臣民トノ關係ハ無制限ナ
ル權力服從ノ關係ニハ非ス國家ハ臣民ノ人格ヲ認メ國家ニ對シテモ對抗シ得ヘ
キ臣民ノ權利範圍ヲ認メ及ヒ臣民ニ對シテ國家ノ要求シ得ヘキ義務ノ範圍ヲ限
定ス臣民ノ國家ニ對スル權利及義務ヲ定ムルハ公法ノ第四任務ナリ近世ノ國家
ハ亦國家内ニ種々ノ團體ノ存立ヲ認メ此等ノ團體ヲシテ公ノ政務ノ一部ヲ行ハ
シム此等ノ公ノ團體ノ組織及權能ヲ定メテ國家ト此等ノ團體トノ關係及此等ノ

公法カ國權ノ發動ヲ制限スルノ法ナルコトハ以上述フルカ如シ國權ノ發動ヲ定
ムルカ爲メニハ先ツ國權カ如何ナル機關ニ依テ行使セラル、ヤヲ定メサルヘカ
ラズ國家ノ機關ノ組織ヲ定ムルハ公法ノ第一ノ任務ナリ近世ノ國家ハ其機關ニ
立法司法及行政ノ三種ノ機關ノ區別ヲ認メ此等ノ三種ノ機關ヲシテ各獨立ノ職
權ヲ以テ其事務ヲ行ハシム然レトモ此等ノ各種ノ機關ハ固ヨリ同一ノ國家ノ機
關ナルヲ以テ互ニ相連絡シテ統一スルノ組織ナカルヘカラス此等各種ノ機關ノ
相互ノ關係ヲ定ムルハ公法ノ第二ノ任務ナリ國家ハ孤立シテ存在スルコトヲ得
ス絶エス他ノ國家ト相交通シテ種々ノ法律上ノ關係ヲ有ス國家ノ他ノ國家ニ對
スル權利義務ヲ定ムルハ公法ノ第三ノ任務ナリ國家ト臣民トノ關係ハ無制限ナ
ル權力服從ノ關係ニハ非ス國家ハ臣民ノ人格ヲ認メ國家ニ對シテモ對抗シ得ヘ
キ臣民ノ權利範圍ヲ認メ及ヒ臣民ニ對シテ國家ノ要求シ得ヘキ義務ノ範圍ヲ限
定ス臣民ノ國家ニ對スル權利及義務ヲ定ムルハ公法ノ第四任務ナリ近世ノ國家
ハ亦國家内ニ種々ノ團體ノ存立ヲ認メ此等ノ團體ヲシテ公ノ政務ノ一部ヲ行ハ
シム此等ノ公ノ團體ノ組織及權能ヲ定メテ國家ト此等ノ團體トノ關係及此等ノ

團體ト個人ノ關係ヲ定ムルハ公法ノ第五ノ任務ナリ

第二節 公法ノ系統

公法ノ全體ハ先ツ之ヲ國際公法ト國內公法トニ區別スルコトヲ要ス國際公法ハ
國家ノ他國家ニ對スル權利義務ヲ定ムルノ法ナリ國內公法ハ或ハ之ヲ最廣義ノ
國法ト言フコトヲ得ヘシ羅馬法時代ニ於テハ國法ト公法ノ全部トハ全ク其範圍
ヲ同ウシ公法中ニ更ニ數多ノ分科アルコトヲ認メサリキ然レトモ近世ノ法ノ發
達ニ伴ヒ公法中國家ノ刑罰權ヲ定ムル法ハ最モ早ク岐レテ一ノ獨立ノ分科ヲ爲
セリ刑法即是レナリ之ニ次テ又國家裁判權ノ發動ノ手續ニ關スル法ハ更ニ岐レ
テ別ノ分科ヲ爲シ訴訟法ノ學ヲ爲セリ刑法及訴訟法ニ加フルニ司法裁判所ノ組
織ヲ定ムル裁判所構成法ヲ以テスルモノハ之ヲ併セテ司法法ト言フコトヲ得ヘ
シ最廣義ノ國法中ヨリ司法ノ法ヲ除キタルモノハ廣義ノ國法トイフ
廣義ノ國法中最近時ニ至リ行政機關ノ組織及國家ノ行政權ノ發動ニ關スル法規
ハ又岐レテ行政法ナル一分科ヲ爲スニ至レリ廣義ノ國法中行政法ヲ除外シタル
モノハ狹義ノ國法ニシテ予ノ論セントスルハ此意義ニ於ケル國法ナリ

狹義ノ國法ト行政法トノ間ニハ必スシモ判然タル區別ノ標準アルニ非ス學者カ之ヲ區別スル爲メニ種々ノ標準ヲ求メントスルハ徒ニ論理ヲ弄スルニ止リ更ニ其實益ナシ其區別ハ單ニ程度ノ差異ニシテ性質ノ差異ニ非ス行政法ハ行政機關ノ組織及行動ヲ論スルモノナリ然レトモ國法學ニ於テモ全ク此等ノ事項ヲ度外視スルコトヲ得ヘキニ非ス如何ナル方法ヲ以テスルモ行政機關ノ組織ノ大綱目行政ノ立法及司法ニ對スル關係行政ノ性質等ノ事項ヲ論スルコトナクシテ國法學ノ系統ヲ全ウスルコトヲ得ヘキニ非ス故ニ行政法ト國法學トハ或ル部分ニ於テハ必ス相重複スルコトアルヲ免レス行政法學ハ國法學ノ一部分ニ付テ一層精密ニ一層詳細ニ研究スルニ外ナラサルナリ

第三章 國法ノ淵源

國法ノ發生ノ淵源ハ之ヲ二ニ別ツコトヲ得或ハ國家及國家内ノ團體ノ制定ニ由テ法タルノカヲ生シ或ハ慣習ニ由テ法タルノカヲ生ス前者ハ所謂制定法又ハ成文法ニシテ後者ハ慣習法ナリ

第二 制定法

法ノ發生ノ第一ノ淵源ハ國家ノ意思ニ在リ國家ノ制定スル法ノ最モ主ナルモノハ法律及命令ナリ法律中特ニ重要ニシテ國家ノ根本ノ組織ニ關シ容易ニ變更スヘカラサルモノハ近世ノ文明國ニ於テハ特ニ之ヲ通常ノ法律ト區別シ別個ノ法典ト爲スヲ常トス之ヲ憲法ト稱ス憲法法律及命令ノ性質ニ付テハ後ニ之ヲ詳論スヘシ

法ノ發生ノ第二ノ淵源ハ國家内ノ團體ノ意思ナリ國家内ノ團體ハ往々其團體ノ區域内ニ於テ自治立法權ヲ有スルコトアリ團體カ其自治立法權ニ基キテ制定スル法則ハ之ヲ條例トイフ條例モ亦人民ヲ拘束スルノ力ニ於テハ全ク法律命令ト異ルコトナシ

第二 慣習法

慣習ニ由テ法タルノカヲ生スルモノハ慣習法ナリ慣習法ハ管ニ民法ノ區域ニ於テ法ノ淵源タルノミナラス公法ノ區域ニ於テモ亦等シク法ノ淵源タリ慣習法カ法タルノカヲ生スルノ原因ハ法理學上ノ困難ナル問題ニシテ學者ノ説ク所ハ頗ル區々タリ

慣習法カ如何ニシテ法タルノ力ヲ生スルカニ對スル見解ハ法ノ本質如何ノ問題ニ對スル見解ノ異ルニ從テ自ラ異ラサルヲ得ス法ノ本質ヲ以テ主權者ノ命令ナリト爲シ又ハ國家ノ意思表示ナリト爲スモノハ法ノ發生ノ淵源ヲ以テ一ニ國家ノ意思ニ在リトスルモノナルヲ以テ慣習法ノ效力モ亦必ス國家ノ意思ニ由テ生スルモノト爲サ、ルヲ得ス隨テ學者ハ或ハ慣習法ハ國家ノ默示ノ承認ニ由テ生スト爲シ或ハ裁判所判決ニ由テ生スト爲ス然レトモ國家カ習慣法ヲ承認ストハ全ク架空ノ想像ニシテ實在ノ現象ニ毫モ其根據ヲ有セス實際ニ於テハ慣習法ハ國家ノ承認ヲ俟タス獨立ニ其效力ヲ有スルナリ裁判所ノ判決ニ由テ慣習法ノ效力ヲ生スト爲スモ亦明ナル誤ナリ近世ノ裁判所ハ法ヲ作ルノ權ヲ有セス單ニ法ヲ行フモノナリ裁判官ハ既存ノ法ヲ認メテ之ヲ實在ノ場合ニ適用スルノミ判決例ハ或ハ慣習法ノ存在ヲ認ムルノ材料ト爲スコトヲ得ヘキモ判決ニ由テ慣習法カ初メテ發生スルモノニ非ス法カ主權者ノ命令ナリトイヒ又ハ國家ノ意思表示ナリト爲スノ學者ハ全ク慣習法ノ存在ヲ否認スルニ依リテ却テ能ク其論理ヲ貫徹モルコトヲ得ヘキナリ

他ノ一ノ學說ハ法ノ本質ヲ以テ國民ノ總意即チ國民ノ全體ニ共通ナル法律的確信ニ在リト爲ス其說ニ依レハ法ハ立法者ノ任意ノ創作ニ由テ成ルモノニ非ス社會ノ生産物ニシテ社會ニ於テ發生成長スルモノナリ各ノ社會ニハ其ノ社會ノ特種ノ事情ニ基キ自ラ社會ノ全體ニ共通ナル法律的信念ヲ生ス固ヨリ各人ノ思考ハ人々各同シカラサルハ勿論ナリト雖モ恰モ道德トイヒ美トイフモ純然タル主觀的ノ觀念タルニモ拘ラス一時代一社會ニ於テハ此ノ如キ各個人ノ主觀ヲ離レテ共通ノ思想トシテノ道德又ハ美ノ存在ヲ思考シ得ヘキカ如ク各個人ノ法律上ノ信念ニモ亦各個人ノ別々ノ思考ヲ離レテ一代ニ共通ナル法律的信念ヲ思考シ得ヘシ法ノ淵源ハ即此國民ノ全體ニ通スル法律的信念ニ外ナラス立法者カ法律ヲ制定スルハ新ニ法ヲ作ルニ非スシテ此國民ノ法律的信念ノ何レニアルカヲ發見シ之ヲ文字ニ書キ現ハスニ過キス爾レトモ國民ノ法律的信念ハ又或ハ此ノ如キ立法者ノ制定ヲ俟タス直接ニ法タル力ヲ生スルコトアリ其立法者ノ制定ヲ俟タスシテ國民ノ信念カ直接ニ法タル力ヲ生スルモノハ即チ慣習法ナリト云フニ在リ此ノ說明ハ第一ノ說ニ比スレハ遙ニ一歩

ヲ進メタルモノニシテ法ノ本質ヲ明ナラシムルニ於テ一面ノ真理ヲ有スルコトハ疑ヲ容レサル所ナリ法カ法タル所以ハ其ノ行ハル、カ爲メニ在リ言ヒ換フレハ社會ノ各人カ其ノ法則ニ隨テ自己ノ行爲ヲ規律スルカ爲メニ在リ若シ法ニシテ行ハレサルトキ即チ何人モ其ノ法則ヲ遵奉スルモノナキ時ハ假令國家ノ制定シタルモノト雖モ其ハ最早法ニ非ラス而シテ各個人カ其ノ法則ヲ遵奉スル所以ハ各人カ法律上斯ク爲ササル可カラスト自覺スルカ爲メナリ此ノ自覺ヲ生スルニ非ラサレハ法ハ行ハル、コトヲ得ス隨テ法タルノ力ヲ有スルコトヲ得ス此ノ國民ノ法律的自覺ハ疑モナク法カ效力ヲ有スルノ根據タルヘキモノナリ然レトモ法カ效力ヲ有スルノ根據ト法ノ發生原因トハ之ヲ區別スルコトヲ要ス若シ法ノ發生原因カ國民ノ法律的ノ信念ニ在リト云ハ、是レ明ニ誤ナリ國民ノ信念カ先ツ直接ニ法ヲ發生シ然ル後ニ或ハ立法者カ之ヲ成文法トシテ書キ現ハシ或ハ實際ノ慣習トシテ見ハル、ニ非ラス法ハ或ハ立法者ノ制定ニ依リテ生シ或ハ慣習ニ依リテ生ス立法者カ之ヲ制定シ又ハ長キ間ノ慣習トシテ行ハル、ニ因リ其ノ結果ニシテ國民ノ法律的信念ヲ生スルナリ國

民ノ信念ハ其ノ結果ニシテ原因ニ非ラス若シ然ラストセハ立法又ハ慣習ハ法ノ淵源トシテ全ク其ノ意義ヲ有セサルニ至ルヘキナリ
 慣習法ノ法タル力ヲ生スル原因ハ專ラ事實上ノ永キ慣習ニ在リ凡テ人ハ自己ノ周圍ニ於テ絶エス見聞スル所ノ事實ハ之ヲ正當ノモノナリト見做スニ至ルノ天性ヲ有ス之レ番ニ法律上又ハ道德上ノ法則ニ付テノミ言フ所ニ非スシテ凡ヘテノ事實ニ付テ又同一ノ感想ヲ認ムルヲ得ヘシ例之人ハ自己ノ屬スル階級ノ風俗習慣ハ他ノ階級ノ風俗習慣ヨリモ正當ナリト感シ自己ノ屬スル流派ノ繪畫ハ他ノ流派ノ繪畫ヨリモ美ナリト感シ自國ノ食物ハ他國ノ食物ヨリモ嗜好ニ適スルカ如キ皆自己ノ周圍ニ存スル事實ヲ以テ正當ノモノナリト見做ス天性ノ現ハレタルモノニ外ナラス此ノ如キ性情ニ基キテ永ク行ハレタル慣習ハ其慣習ノ生シタル原因ノ何レニアルヤヲ問ハス只其永ク行ハレタル事實ノミニ由テ其慣行ヲ以テ法ナリト見做シ自ラモ亦之ニ隨ハサルヘカラストスルノ確信ヲ生スルニ至ル其慣習カ或ハ法律ノ誤解ニ基テ生シタルヤ或ハ偶然ノ事情ニ由テ生シタルヤハ問フ所ニ非ス其原因ハ何レニ在リトスルモ一タヒ

慣習ト爲リテ永ク行ハレタルトキハ自ラ之ヲ以テ法ナリトスルノ確信ヲ生シ
 各人ノ行爲ヲ規律スルニ至ル慣習法ハ此ノ如クシテ發生スルモノナリ
 慣習法ト成文法トノ關係ニ付テハ多數ノ學者ハ慣習法ヲ以テ制定法ノ下ニア
 リ其範圍ニ於テノミ存在スト爲ス隨テ如何ナル場合ニ於テモ慣習法ヲ以テ成
 文法ヲ廢止變更スルヲ得ス成文法ニシテ若シ慣習法ノ發生ヲ禁止スルトキハ
 慣習法ハ全ク發生スルヲ得サルモノト爲セリ其說ノ根據トスル所ハ國家ハ最
 高ノ權力ヲ有スルノ主體ナリ自己ノ意志ヲ以テ自ラ制限スルノ外ハ國家ハ何
 者ニ由テモ其意思ヲ制限セラル、コトナシ慣習法ヲ以テ國家ノ意思以上ノ效
 力ヲ有スルモノト爲シ慣習法ニ依テ成文法ヲ廢止變更スルコトヲ得ヘシトセ
 ハ是レ國家最高權ノ性質ニ矛盾スルモノナリト云フニアリ然レトモ國家カ最
 高ノ權力ヲ有ストハ國家カ自己以上ニ優勝ノ力ヲ有スル意思主體アルコトヲ
 認メサルヲイフ國家ハ自ラ制限スルノ外如何ナル意思ノ主體ニ由テモ自己ノ
 意思ヲ制限セラル、コトナシ故ニ若シ國家ノ制定シタル法律ニシテ國家以外
 ノ團體又ハ個人ノ意思ニ由テ廢止變更セラル、トセハ是レ明カニ國家ノ性質

ニ反スルモノナリ爾レトモ國家カ最高權ヲ有ストイフハ必スシモ國家ノ萬能
 ヲ意味スルニ非ス國家ト雖モ事實上ノ力ハ之ヲ如何トモスルコト能ハス國家
 ト雖トモ男子ヲ女子ト爲スコト能ハサルト同シク自然ニ與ヘラレタル事實上
 ノ力ニ依リテハ國家ノ權力モ亦事實上ニ制限セラル、コトヲ免レズ慣習法ニ
 シテ若シ國家内ノ團體又ハ其他ノ意思主體ノ制定ニ係ルモノトスレハ其效力
 ニ於テ國家ノ制定法ニ優ル能ハサルハ言フ迄モナシト雖トモ慣習法ハ事實上
 ノ慣習ニ由テ自ラ其效力ヲ生スルモノナリ而シテ此ノ如キ事實上ノ力ニ對シ
 テハ國家モ亦之ヲ制スルコト能ハス之ニ依リテ成文法ヲ廢止變更セラル、ト
 モ必スシモ國家最高權ノ性質ニ矛盾スルモノニ非ラス故ニ一般ニ言ヘハ慣習
 法ヲ以テ成文法ヲ廢止變更スルコトヲ得スト云フハ誤ナリ假令成文法ヲ以テ
 明カニ慣習法ノ發生ヲ禁止スル場合ト雖トモ慣習法ノ發生ハ之カ爲メニ妨ケ
 ラル、コトナシ實際ニ於テモ諸國ノ實例ニ於テ成文法ニ反對シタル慣習ヲ生
 シ其ノ慣習カ長ク引續キ行ハレタルニ依リ成文法ノ文字ハ其儘ニ存スルニ拘
 ラス事實上ニ廢止又ハ變更ノ結果ヲ生スルニ至リタルハ必スシモ其例ニ乏シ

カラサル所ナリ然レトモ近世ノ立法ノ發達ニ伴ヒ法ノ淵源ハ國家ノ制定法カ其大部分ヲ占ムルト共ニ慣習法ハ益々其價值ヲ減シ國家ノ制定スル所カ即チ法ナリトスルノ信念カ一般ニ國民ノ間ニ行ハル、ニ至レルヲ以テ今日ノ實際ニ於テハ成文法ニ違反シタル慣習ヲ生スルコト極メテ少ク其慣習カ法タルノ力ヲ得ルニ至ルハ尙ホ一層稀ナリ隨テ今日ノ實際ニ於テハ慣習法ヲ以テ全ク成文法ヲ廢止變更スル能ハストイフモ必ラスシモ大過ナカルヘシ

第四章 國家ノ結合

國家ノ最モ通常ナル形ハ單一ノ國家ナリ通常國家ノ觀念ヲ論スルニハ率ネ此單一國ノミヲ眼中ニ置クヲ常トス先キニ第一章ニ於テ國家ノ觀念ヲ論スルニモ專ラ單一國ヲ以テ其觀察ノ基礎ト爲セルモノナリ爾レトモ國家ハ往々他ノ國家ト相結合シテ數多ノ國家カ更ニ相集リテ一ノ大ナル共同團體ヲ爲セルモノアリ之レ國家ノ結合トイフ

國家ノ結合ハト二個以上ノ國家カ永續ノ目的ヲ以テ特別ノ法律原因ニ依リ組織的ノ結合ヲ爲セルモノヲイフ國家カ他ノ國家ト種々ノ關係ヲ有スルハ此ノ如キ

國家ノ結合ノ外尙ホ其場合少カラス國家ハ孤立シテ其生存ヲ全ウスルコト能ハサルヲ以テ常ニ他ノ國家ト相交通シ少クトモ凡テノ文明國ハ相共同シテ國際團體ヲ爲セリ國家ノ結合トハ此ノ如キ一般國際團體ノ關係ヲイフニ非ス其ノ特別ノ法律原因ニ依リテ結合セルコトニ於テ之ト相異ナリ一般國際團體ノ關係ノ外國家ハ又他ノ國家ト或ハ貨幣同盟關稅同盟郵便條約ノ如キ又ハ攻守同盟ノ如キ種々ノ條約ヲ締結シ相聯合シテ其ノ共同ノ目的ヲ達スルコトアリ國家ノ結合トハ又此ノ如キ關係ヲ言フニ非ス其永續的且ツ組織的ナル點ニ於テ此ノ如キ關係ト異ナレリ

國家ノ結合ハ其結合ノ原因カ國際法ノ範圍ニ屬スルト國法ノ範圍ニ屬スルトニ依リ之ヲ國際法上ノ國家ノ結合ト國法上ノ國家ノ結合トニ區別ス國際法上ノ國家結合ハ二個以上ノ國家カ互ニ條約ニ由リ自己ノ意思ニ基キ相結合スルモノニシテ其相互ニ拘束セラル、ノ限度及ヒ方法ハ專ラ其ノ條約上ノ義務ニ依テ定マリ隨テ之ヲ支配スルノ法則ハ專ラ國際法ナルモノヲイフ國法上ノ國家結合ハ之ニ反シテ二個以上ノ國家カ相合シテ一ノ國家ノ權力ニ服從シ其服從國カ最高國

ノ權力ニ服従スルハ契約上ノ義務ニアラスシテ最高國ノ統治權ニ基クモノナル
ヲイフ

第一 國際法上ノ國家ノ結合

國際法上ノ國家ノ結合ハ更ニ之ヲ二種ニ區別スルコトヲ得一ハ一國又ハ數國
カ他ノ國家ニ對シテ一方的ノ從屬ノ關係ニ立ツモノニシテ其最モ著シキ適例
ハ保護國ナリ

他ノ一ハ相結合セル各國カ各對等ノ地位ヲ保チ對等ノ權利主體トシテ相結合
セルモノニシテ其重ナル實例ハ二種アリ一ハ同君國ニシテ一ハ所謂國家聯合
ナリ

一 同君國 同君國トハ二國以上ノ君主國カ共同ニ一人ノ君主ヲ戴ケル者ヲ
云フ之ニモ亦二種ヲ區別スルヲ要ス其第一種ハ君主ノ偶然ノ合同ニシテ之
ヲ偶然的同君國 (Personalunion) トイフ即君主ノ共同ナルコトカ法律上ノ原因
ニ基クニ非スシテ偶然ノ事情ニ基ケルモノヲイフ其最モ普通ナル場合ハ君
位繼承法ニ依リテ他國ノ君主カ自國ノ君位ヲ繼承スヘキ順位ニ當レル場合

ニ生ス例之舊時ノ英國ト「ハンノーバー」トノ關係和蘭ト「リクサンブルク」トノ
關係ノ如キ皆此原因ニ依テ生シタルモノナリ然レトモ又場合ニ依リテハ或
ハ選舉ニ依リ或ハ列國會議ノ如キ國際行爲ニ依リ一國ノ君主ヲ更ニ他國ノ
君主ニ奉戴スルニ依テ生スルコトアリ例之今日ノ白耳義ト「コンゴーステ」
ト「ハ此原因ニ依テ生シタルモノナリ偶然的同君國ノ今日ニ存スルモノハ白
耳義ト「コンゴ」トカ其唯一ノ例ナリ偶然的同君國ハ真正ノ意義ニ於テノ國
家ノ結合ニ非ラス偶然ノ事情ニ因リテ君主ヲ共同ニスルモノニ過キサレハ
ナリ

同君國ノ第二種ハ法律的ノ同君國 (Reunion) ニシテ二國以上同一ノ君主ヲ戴
ケルコトカ偶然ノ事情ニ基ケルニアラスシテ合同各國ノ意思ニ基キ永久ニ
同一ノ君主ヲ戴クヘキコトヲ契約シタル場合ナリ其條約ノ明文ヲ以テ之ヲ
定メタルヤ又ハ慣習法ヲ以テ定マレルヤハ必スシモ問フ所ニ非ス只合同各
國カ永久ニ同一ノ君主ヲ戴クヘキ意思アルコトヲ必要トス法律的同君國ノ
今日ニ存スルハ埃地利ト匈牙利及ヒ瑞典ト那威ナリ

同君國ニ必要ナル要素ハ唯其君主ノ同一ナルコトニ在リテ其他ノ機關ノ共同ナルコトハ其觀念ニ必要ナラス然レトモ多クノ場合ニ於テ同君國ハ亦共同ノ政府ヲ有シ共同ノ國會ヲ有シ一定ノ範圍ニ於テハ共同ニ其政務ヲ處理スルコトアリ

二 國家聯合 (Staatenbund) 國家聯合ハ二國又ハ數國カ完全ニ各自國ノ獨立ヲ保有シ而シテ其共同ノ目的ヲ達スルカ爲メ一ノ組合ヲ組織スル者ヲ云フ國家聯合ハ其法律上ノ性質ニ於テハ恰モ町村組合ノ如キモノニシテ其聯合セラル各國ハ其聯合ニ因リテ毫モ自國ノ獨立ヲ妨ケラル、コトナク完全ノ主權ヲ有ス而シテ組合自身ハ全體トシテハ一ノ國家ヲ爲スモノニ非ス國家聯合ハ歷史上ノ實例トシテハ唯一層完全ナル國家ノ結合タル聯邦國ヲ組成スルニ至ル迄ノ經過的ノ現象トシテ存在シタルニ止リ今日ニ於テハ其實例ノ一モ存在スルモノナシ歷史上ニ於ケル其最モ主ナル實例ハ一千七百七十八年ヨリ一千七百八十七年ニ至ル北米合衆國一千八百十五年ヨリ一千八百四十八年ニ至ル瑞西聯邦一千八百十五年ヨリ一千八百六十六年ニ至ル獨逸是レ

ナリ

國家聯合ハ其全體ニ於テハ國家組織ヲ爲スモノニアラサルヲ以テ直接ニ國民ニ對シテ命令ヲ爲スノ權ヲ有スルコトナク國家聯合ニ於テ決定シタル所ハ聯合各國カ更ニ自己ノ名ニ於テ自ラ之ヲ國民ニ命令スルニ依テ初テ其權力ヲ生スルナリ外國ニ對シテモ國家聯合ハ其全體ガ一個ノ國家トシテ現ハル、モノニ非ラス假令共同ノ公使ヲ有スル場合ト雖モ其公使ハ國家聯合ノ權利ヲ代表スルモノニアラスシテ聯合各國ノ權利ヲ代表シテ行使スルモノナリ

第二 國法上ノ國家ノ結合

國法上ノ國家ノ結合ノ最モ著ルシキモノハ聯邦國 (Bundesstaat) ニシテ又國家結合ノ最モ完全ナルモノナリ聯邦國トハ多數ノ國家カ相結合シテ一ノ大ナル國家ヲ組織シ各國家ハ此大ナル國家ノ權力ニ服従スルモノヲイフ聯邦國ノ今日ニ存スル最モ著シキモノハ獨逸帝國、北米合衆國及瑞西聯邦ナリ聯邦國ハ國家聯合ト異リ其全體ヲ以テ一ノ國家ヲ爲スモノニシテ自ラ直接ニ其國民ニ對ス

ル統治權ヲ有シ聯邦國ニ於テ定ムル所ノ法律ハ直接ニ人民ヲ拘束ス國際法上ニ於テモ亦聯邦國ハ其全體ヲ以テ一人格トシテ一人ノ國家トシテ完全ニ自己ノ權利ヲ行使スルモノナリ「ラバント」ノ語ヲ以テ言ハ、國家聯合ハ「權利關係」ニシテ聯邦國ハ「權利主體」ナリ其異ナルハ尙ホ民法上ノ組合ト會社トノ異ナルカ如シ

第一編 總論

第一章 憲法

憲法ナル語ハ種々ノ意義ニ用キラル或ル場合ニ於テハ憲法ハ廣ク一國ノ根本法即國權ノ組織及行動ニ關スル大原則ヲ定ムルノ法トイフノ意味ニ用キラル、コトアリ此ノ如キ意義ニ於テハ如何ナル國ト雖モ苟モ國家トシテ存在スル以上ハ必ス憲法ヲ有セサルモノナシ今日ニ於テ用キラル、普通ノ意義ニ於テハ憲法トハ此ノ如キ廣汎ナル意義ヲ有スルモノニ非スシテ唯代議制度ヲ認メ代議會ヲシテ國權ニ參與セシムル國ノ根本法ヲノミ憲法ト稱シ此ノ如キ國家ヲノミ立憲國トイフナリ

立憲國ニ於ケル憲法ノ法則ハ或ハ成文ノ法典即一定ノ時期ニ於テ立法者カ制定シタル一個ノ法律又ハ數個ノ法典ノ集合ヨリ成レルコトアリ或ハ永キ時代ニ涉レル種々ノ單行法律又ハ慣習ノ結果ヨリ成レルコトアリ前ノ場合ハ通常之ヲ成文憲法ノ國トイヒ後ノ場合ハ之ヲ不文憲法ノ國トイフ成文憲法トイフモ必スシモ全然憲法ニ關スル慣習ノ存在ヲ排除スルノ意ニ非ス不文憲法ノ國ニ於テモ亦必スシモ憲法ニ關スル何等ノ成文ノ法規ナシトイフニ非ス唯前者ニ於テハ憲法ノ全體ノ法則カ秩序アル形ヲ以テ法典ニ明示セラレ後者ニ於テハ此ノ如キ法典ヲ有セサルノミ

成文憲法ヲ有スル國ニ於テモ其憲法ニ於テ規定スル内容ハ決シテ一定ノ範圍ヲ有スルモノニ非ス或國ニ於テハ其規定ハ極メテ細密ノ事項ニ涉ルモノアリ或國ニ於テハ皇位繼承ノ順序國會ノ組織ノ如キ極メテ重要ナル事項ヲスラモ憲法中ニ規定セサルモノアリ其詳細繁簡ノ程度ハ各國互ニ相異リテ一定ノ原則ヲ定ムヘキモノナシ憲法ノ内容カ此ノ如ク種々ナルカ爲メニ憲法ニ其形式上ノ意義ト實質上ノ意義トヲ區別スルコトヲ要ス

ル統治權ヲ有シ聯邦國ニ於テ定ムル所ノ法律ハ直接ニ人民ヲ拘束ス國際法上ニ於テモ亦聯邦國ハ其全體ヲ以テ一人ノ人格トシテ一人ノ國家トシテ完全ニ自己ノ權利ヲ行使スルモノナリ「ラバント」ノ語ヲ以テ言ハ、國家聯合ハ「權利關係」ニシテ聯邦國ハ「權利主體」ナリ其異ナルハ尙ホ民法上ノ組合ト會社トノ異ナルカ如シ

第一編 總論

第一章 憲法

憲法ナル語ハ種々ノ意義ニ用キラル或ル場合ニ於テハ憲法ハ廣ク一國ノ根本法即國權ノ組織及行動ニ關スル大原則ヲ定ムルノ法トイフノ意味ニ用キラル、コトアリ此ノ如キ意義ニ於テハ如何ナル國ト雖モ苟モ國家トシテ存在スル以上ハ必ス憲法ヲ有セサルモノナシ今日ニ於テ用キラル、普通ノ意義ニ於テハ憲法トハ此ノ如キ廣汎ナル意義ヲ有スルモノニ非スシテ唯代議制度ヲ認メ代議會ヲシテ國權ニ參與セシムル國ノ根本法ヲノミ憲法ト稱シ此ノ如キ國家ヲノミ立憲國トイフナリ

立憲國ニ於ケル憲法ノ法則ハ或ハ成文ノ法典即一定ノ時期ニ於テ立法者カ制定シタル一個ノ法律又ハ數個ノ法典ノ集合ヨリ成レルコトアリ或ハ永キ時代ニ涉レル種々ノ單行法律又ハ慣習ノ結果ヨリ成レルコトアリ前ノ場合ハ通常之ヲ成文憲法ノ國トイヒ後ノ場合ハ之ヲ不文憲法ノ國トイフ成文憲法トイフモ必スシモ全然憲法ニ關スル慣習ノ存在ヲ排除スルノ意ニ非ス不文憲法ノ國ニ於テモ亦必スシモ憲法ニ關スル何等ノ成文ノ法規ナシトイフニ非ス唯前者ニ於テハ憲法ノ全體ノ法則カ秩序アル形ヲ以テ法典ニ明示セラレ後者ニ於テハ此ノ如キ法典ヲ有セサルノミ

成文憲法ヲ有スル國ニ於テモ其憲法ニ於テ規定スル内容ハ決シテ一定ノ範圍ヲ有スルモノニ非ス或國ニ於テハ其規定ハ極メテ細密ノ事項ニ涉ルモノアリ或國ニ於テハ皇位繼承ノ順序國會ノ組織ノ如キ極メテ重要ナル事項ヲスラモ憲法中ニ規定セサルモノアリ其詳細繁簡ノ程度ハ各國互ニ相異リテ一定ノ原則ヲ定ムヘキモノナシ憲法ノ内容カ此ノ如ク種々ナルカ爲メニ憲法ニ其形式上ノ意義ト實質上ノ意義トヲ區別スルコトヲ要ス

實質上ノ意義ニ於ケル憲法トハ前ニ述ヘタル最狹義ノ國法ニ相當スヘキモノニシテ國權ノ組織及其行動ノ大原則ヲ定ムルノ法ヲイフ形式上ノ意義ニ於ケル憲法トハ之ニ反シテ形式上ニ憲法トシテ指定セラレタル特別ノ法典ヲイフ形式上ノ憲法ニ於テ規定セル所ハ必スシモ實質上ノ憲法ト相一致スルモノニ非ス本章ニ於テ論セントスル所ハ專ラ此形式ノ意義ニ於ケル憲法ナリ

第一節 憲法制定ノ由來

今日ニ於テハ大多數ノ立憲國ハ皆成文憲法ヲ有セサルモノナシ歐洲ノ立憲國ニシテ今日尙ホ不文憲法ノ狀態ニ在ルモノハ獨リ英國及何加利アルノミ然レトモ此ノ如キ成文憲法ハ事極メテ近世ノ發達ニ屬シ諸國ニ於テ成文憲法ノ制定ヲ見ルニ至リシハ何レモ皆最近百三十年間ノ出來事ナリ其最初ノ憲法ハ北亞米利加ノ英國殖民地カ獨立戰爭ニ依リテ英國ヨリ分離シ其ノ十三州カ各完全ナル主權ヲ得タル後千七百七十六年以後ニ制定シタル各州ノ憲法ナリ之ニ次テ此等十三州ノ新獨立國ノ合同ニ依リテ成リタル千七百八十七年ノ合衆國憲法アリ此米國憲法ノ影響ノ下ニ於テ佛國ニ於テモ千七百八十九年ヨリ又之ト同様ナル憲法制

定ノ討議始リ千七百八十九年ニハ有名ナル人權及ヒ公民權宣言アリ之ヲ第一着手トシテ遂ニ千七百九十一年ノ佛國第一回ノ憲法ノ制定セラル、ニ至レリ是レ實ニ歐洲ニ於ケル近世ノ成文憲法ノ嚆矢ナリ此ノ佛國第一次ノ憲法ハ歐洲近世ノ憲法史上ニ最モ偉大ナル影響ヲ與ヘタルモノニシテ佛國ノ武力ト共ニ佛國ノ思想ハ忽チニ全歐大陸ヲ風靡シ國民主權ノ思想ヲ以テ基礎トナセル歐洲ノ凡テノ王國ハ皆此ノ憲法ヲ模範トシテ其ノ憲法ヲ制定セリ千八百十二年ノ西班牙ノ憲法千八百二十二年ノ葡萄牙ノ憲法及ヒ千八百十四年ノ制定ニシテ今日ニモ尙効力ヲ有セル諸威ノ憲法ハ皆此ノ模範ニ依リテ制定セラレタルモノニシテ千八百三十一年ノ白耳義憲法モ亦重要ノ點ニ於テ之カ影響ヲ受ケタルモノナリ千八百十四年ノ奈破倫ノ沒落及ヒ千八百十五年ノ維也納會議ハ歐洲ニ於ケル國民主權ノ思想ノ發展ニ大頓挫ヲ來タサシメ中世ノ君主神權ノ思想カ再ヒ歐洲ノ政治ヲ支配スルニ至レリ此ノ新ナル思想ノ發現トシテ更ニ他ノ諸國ノ憲法ニ大ナル模範ヲ與ヘタルモノヲ佛國ノ王政回復ニ依リテ作ラレタル千八百十四年ノ「ルイ」十八世ノ憲法ト爲ス此ノ憲法ハ舊來ノ國民主權ノ思想ニ對シテ君主主權ノ

思想ヲ以テ其ノ基礎ト爲シ隨テ又舊來ノ憲法カ何レモ直接又ハ間接ニ國民ノ自ラ制定シタルモノ(所謂民定憲法)ナリシニ反シテ此ノ憲法ハ君主ノ欽定憲法ニシテ凡テノ國權ハ本來國王ニ專屬シ憲法ハ國王ノ側ヨリ其ノ自由意思ヲ以テ臣民ニ許與シタルモノト爲シタルナリ

他ノ新主義ニ依リテ成リタル憲法カ他ノ歐洲大陸諸國ニ與ヘタル影響ハ決シテ千八百九十一年ノ憲法ニ讓ラス千八百十四年ヨリ千八百四十八年ニ至ル迄ノ間ニ制定セラレタル獨逸諸國ノ憲法ハ皆此ノ憲法ノ影響ノ下ニ成リタルモノナリ

其他尙ホ千八百十五年ノ荷蘭ノ憲法千八百五十四年ノ西班牙ノ憲法及ヒ後ニ以太利王國ノ憲法ト成リタル『サルヂニア』王國ノ憲法ハ皆其ノ根本ノ思想ニ於テ此ノ憲法ノ影響ヲ受ケタルモノナリ

佛國ノ憲法ノ外ニ尙ホ歐洲諸國ニ於テ模範憲法ト成リタルモノハ千八百三十一年ノ白耳義憲法ナリ此ノ憲法ハ千八百九十一年ノ佛國憲法及ヒ千八百三十年ノ同憲法ノ影響ノ下ニ成リタルモノナレトモ當時ノ諸國憲法中最モ完備シタリシ者ナリシヲ以テ其以後ノ諸國ニ對シテハ殆ント理想的ノ憲法ト看做サレタリ現

行ノ千八百五十年ノ李滯西ノ憲法千八百四十九年及ヒ現行ノ千八百六十七年ノ奧地利ノ憲法並ニ千八百十八年以後ニ制定セラレタル獨逸諸國ノ憲法ハ皆多少ノ度ニ於テ此ノ憲法ノ影響ノ下ニ成リタルモノニシテ獨逸帝國ノ憲法ニ於テスラモ其ノ影響ヲ認ムルコトヲ得ヘシ

以上論スルカ如ク成文憲法ノ主義ハ其端ヲ北米ニ發シ佛國革命ニ依リテ歐洲ニ傳播シタルモノニシテ延テ以テ吾國ニ及ホセルモノナリ吾國ノ憲法カ主トシテ李滯西ノ憲法ヲ模範トセルモノナルコトハ人ノ知レルカ如シ

第二節 憲法ノ改正

成文憲法ヲ有スル諸國ハ一ニノ變例ヲ除キ皆憲法カ通常ノ法律ヨリモ優勝ナル効力ヲ有スルコトヲ認ム即憲法ノ變更ハ通常ノ法律ノ變更ヨリモ一層鄭重ナル手續ヲ必要トス

憲法ノ變更カ特ニ手續ノ鄭重ヲ要スルコトハ成文憲法國カ不文憲法國ト區別セラル、最モ主要ノ點ナリ不文憲法國ニ於テハ全ク形式上ノ意義ニ於ケル憲法ノ觀念ヲ欠ケルカ故ニ法律中ニ變更手續ノ鄭重ヲ要スルモノト爾ラサルモノトヲ

區別スルコトナシ成文憲法國ニ於テモ一二ノ國ニ於テハ憲法ト法律トノ間ニ何等ノ効力ノ差異ヲ認メス全ク其變更ノ手續ヲ異ニセサルモノアリ例之伊太利西班牙及獨乙中一二ノ小國ノ如シ爾レトモ是レ稀ナル例外トシテ此ノ如キ國ニ於テハ全ク憲法ト通常法律ト區別スヘキ法律上ノ原因ヲ欠ケルモノトイフヘク憲法ト法律トハ單ニ名稱ノ區別ニ過キスシテ何等ノ實際ノ意義ヲ有セス苟モ變更ノ手續ヲ異ニセサル以上ハ初ヨリ全ク此二者ヲ區別セザルヲ以テ能ク論理ヲ一貫シタルモノト謂フヘキナリ

憲法ノ變更カ特ニ鄭重ノ手續ヲ要スルト否トニ由リ學者ハ固定憲法及ヒ可動憲法ノ區別ヲ認ム可動憲法トハ憲法ト法律トノ間ニ改正手續ノ差異ヲ認メスシテ憲法モ亦通常法律ト同様ニ變更シ得ルモノヲイフ不文憲法ノ國及成文憲法アルモ其改正手續ヲ鄭重ニセサル國ハ即之ニ屬ス固定憲法トハ反之憲法ノ變更カ通常ノ法律ノ變更ヨリモ困難ナルモノヲイフ大多數ノ成文憲法ハ即之ニ屬ス固定憲法ノ最モ極端ナルハ憲法ヲ以テ永久不變ノモノト爲シ如何ナル事情ノ下ニ於テモ其改正ヲ許サ、ルニ在リ然レトモ法ハ社會ニ於テ存在ス社會ニシテ活

物タリ其生活條件ハ絶エス變遷シテ止マサル以上ハ如何ナル法律ト雖トモ決シテ永世ノ存在ヲ期スヘキニ非ス憲法ト雖モ亦決シテ之カ例外ヲ爲スモノニ非スシテ全ク憲法ノ變更ヲ許サ、ルハ取モ直サス國家ヲシテ自殺セシムルモノナリ諸國ノ憲法歴史ニ於テ其發布ノ當初ニハ往々其永久ヲ豫期シ何等ノ改正手續ヲ規定セサリシモノアリシモ其結果ハ革命ト爲リ憲法ノ破壊ト爲リ改正ノ方法ナキコトハ偶々以テ憲法ニ對スル不満足ヲ速カナラシメ其ノ初メニ永久不變ヲ期シタル憲法ハ實際ニ於テハ却テ最モ早く變更セラレタル憲法ナルコトヲ證明セリ

今日ノ諸國ノ憲法ハ概ネ皆其改正ヲ豫想シ其改正ニ付テノ一定ノ手續ヲ定ム其改正手續ニ付テハ凡ソ左ノ四種ヲ區別スルコトヲ得ヘシ

- 一 第一種ノ方法ハ通常ノ立法機關ヲ以テ等シク憲法改正ヲ議決スヘキ機關ト爲シ唯其議決方法ヲ通常ノ法律ヨリ鄭重ナラシムルニアリ
- 議決ノ方法ヲ鄭重ナラシムル爲メニハ左ノ如キ種々ノ制限アリ
- イ 定足數ノ制限 定足數トハ議事ヲ開クニ必要ナル出席者ノ最少限ヲ云フ

憲法改正ヲ議決スル爲メニハ通常ノ法律ヲ議決スル場合ヨリモ多數ノ議員ノ出席アルニ非レハ之ヲ爲ス能ハサラシムルナリ白耳義ハ各院三分ノ二ノ定足數ヲ必要トシ「バイエルン」ハ四分ノ三ノ出席ヲ必要トス我國ノ憲法ハ此定足數ヲ三分ノ二ト爲セリ

ロ 議決ニ要スル投票數ノ制限 通常法律ノ議決ハ過半數ヲ以テ足レリト爲スニ反シ憲法變更ノ議決ニハ過半數以上ノ多數ノ投票ヲ必要ト爲スハ諸國ノ憲法ニ其例甚タ多シ其數ハ或ハ四分ノ三ト爲スモノアリ希臘撒遜ハ其例ナリ或ハ三分ノ二ト爲スモノアリ米合衆國諾威白耳義路馬尼塞納亞「ブルガリヤ」等はナリ我國ノ憲法モ亦同シ

ハ 二回以上ノ同一ノ議決ヲ必要トスルコト 一定ノ期間ヲ隔テ、數回ノ議決ヲ要ストスルコトモ亦多ク行ハル、制度ナリ其中或ハ一回ノ議決ヲ經タル後一タヒ議會ヲ解散シテ總選舉ヲ行ヒ選舉人ノ輿論ニ訴ヘタル後更ニ次ノ議會ニ於テ同一ノ議決ヲ要ストスルモノアリ此方法ヲ取ルモノハ荷蘭諾威羅馬尼葡萄牙「オルデンブルヒ」等ナリ或ハ此ノ如キ總選舉ヲ行フコトヲ要

セス單ニ二回ノ會期ニ於テ同一ノ議決ヲ爲スヲ要ストスルモノアリ瑞典撒遜國會ノ發案ニ係ル場合ノ如キ其方法ヲ採ル或ハ又別々ノ會期タルヲモ要セス唯一定ノ期間ヲ隔テ、數回ノ議決ヲ要ストスルモノアリ例之孛漏西ハ各院ニ於テ二十一日ヲ隔テ、二回ノ議決ヲ必要トシ巴威倫ハ國會ノ發案ニ係ル場合ハ各八日ヲ隔テ、三回ノ議決ヲ必要トス我國ノ憲法ハ此方法ヲ採ラス一回ノ議決ヲ以テ足レリト爲セリ

ニ 發案權ノ制限 巴威倫ニ於テハ憲法中ノ一定ノ條項ハ國王カ改正ノ發案權ヲ專有ス吾國ノ憲法ハ憲法ノ總ヘテノ條項ニ付テ改正ノ發案權ヲ全然君主ノ大權ニ專屬セシメタリ

ホ 攝政ヲ置クノ間憲法改正ノ禁止 吾國ノ憲法ハ攝政ヲ置クノ間ハ全ク憲法ヲ改正スルコト能ハサルコトヲ規定セリ

ヘ 兩院ノ議員カ合併シテ憲法改正ヲ議決スヘキ集會ヲ爲スコト 是レハ嚴格ニ言ヘハ通常ノ立法機關ト同一ナリト云フコトヲ得サルモ仍ホ其會議ヲ組織セル議員カ同一ナルコトニ於テ之ヲ第一種ニ數フルコトヲ得ヘシ此方

法ヲ採レルモノハ佛國ノ憲法ニシテ佛國ニ於テハ各院ニ於テ其通常ノ議決方法ヲ以テ憲法改正ヲ議決シタルトキハ更ニ兩院合同シテ國民會ヲ組織シテ之ヲ議決スルコトヲ要ス

二 第二種ノ方法ハ憲法變更ノ爲メニ特別ノ議會ヲ組織スルニアリ此方法ヲ採ル國ノ最モ顯著ナルハ米國ノ諸州ニシテ米國諸州ニ於テハ憲法ノ改正カ單ニ或ル特定ノ條項ノ變更ニ止ル場合ニハ通常ノ立法會議ニ於テ先ツ之ヲ議決シ後總國民ノ直接投票ニ依リ最後ノ決定ヲ爲スモノナレトモ其改正カ憲法全體ノ改正ナル場合ハ其最初ノ議決モ亦通常ノ立法議會ニ於テセスシテ特別ノ立憲議會ヲ組織シ此議會ニ於テ之ヲ議決シ更ニ國民ノ直接投票ニ付スルナリ此特別ノ議會ハ米國ニ於テハ之ヲコンベンショントイフ
北米合衆國ニ於テハ憲法變更ノ手續ニ二種ノ方法ヲ設ク其何レノ方法ヲ以テモ之ヲ變更スルヲ得ルコトトセリ而シテ其方法ノ一トシテ各州ノ三分ノ二ノ立法議會ノ請求ニ由リ特別議會ヲ組織シ此議會ニ於テ憲法改正ノ法律案ヲ議決シ而シテ其最後ノ決定ハ之ヲ各州ニ於ケル特別ノ議會ニ付シ其四分ノ三ノ

同意ヲ得テ之ヲ議決スト爲セリ然レトモ此特別議會ニ由テ議決スル方法ハ合衆國ニ於テハ嘗テ實行セラレタルコトナク常ニ他ノ一方法タル通常ノ立法議會ニ於テ之ヲ議決スルノ方法ヲ採レリ

三 第三種ノ方法ハ聯邦國ニ於テノミ行ヒ得ヘキ制度ニシテ憲法改正ノ法案ヲ聯邦内ノ各州ノ立法議會ノ議決ニ付スルニアリ例之北米合衆國ノ如キ前述シタル方法ノ外憲法改正ノ他ノ一方法トシテ從來專ラ行ハル、所ハ先ツ議會各院ノ三分ノ二ノ多數ヲ以テ修正案ヲ議決シ而シテ之ヲ各州ノ立法議會ノ議決ニ付シ總ヘテノ立法議會ノ四分ノ三ノ同意ヲ以テ確定ノ議決ヲ爲スナリ此外瑞西墨西哥及濠洲聯邦モ亦同一ノ方法ヲ採レリ但此等ノ數國ハ北米合衆國カ各州ノ四分ノ三ノ同意ヲ必要トセルニ反シ單純ノ過半数ヲ以テ足レリト爲ス尙ホ瑞西及濠洲ニ於テハ各州ノ過半数ノ同意ヲ要スルノミナラス之ニ加フルニ尙國民ノ多數ノ同意ヲ要スルコトハ次ニ述フルカ如シ

四 第四種ノ方法ハ國民ノ直接ノ投票ニ訴フルニアリ此方法ヲ採レルモノハ北米合衆國中ノ大多數ノ州瑞西濠洲及瑞西國中ノ或州等ナリ通常ハ單純ノ過

半數ヲ要スルニ止ルモ米國中ノ或州ニ於テハ四分ノ三ノ多數ヲ要ストスルモノアリ或ハ總選舉人ノ過半數ヲ要ストスルモノアリ

第三節 憲法ノ效力

第一款 憲法ノ暗黙ノ變更

憲法ハ最強ノ效力ヲ有スル國家ノ法規タリ之ヲ變更スルカ爲メニハ憲法改正ノ法律ヲ以テスルコトヲ要ス通常ノ法律又ハ命令ハ以テ憲法ヲ變更スルコトヲ得ス而シテ憲法改正ノ法律ハ通常ノ法律ヨリモ一層鄭重ノ手續ヲ要スルコトハ前ニ述ヘタル如シ

此原則ハ極メテ明瞭ニシテ毫モ疑ヲ容ル、ノ餘地ナシ憲法ノ明文ヲ形式的ニ變更スル爲メニハ憲法改正ノ法律ヲ以テスルノ外之ヲ變更スヘキ何等ノ方法ヲモ存セサルナリ然レトモ此原則ヲ以テ如何ナル場合ニ於テモ憲法改正ノ法律ヲ以テスルノ外憲法カ變更セラル、コト無シト爲スハ當ヲ得タルモノニ非ラス憲法ノ明文カ形式的ニ變更セラル、ニ非ラスシテ然カモ事實上ニハ憲法カ變更セラ、ト同一ノ結果ヲ生スルハ必スシモ其ノ場合無シトセス之ヲ稱シテ憲法ノ暗

黙ノ變更ト云フヲ得ヘシ憲法ノ暗黙ノ變更ハ或ハ慣習法ニ依リ或ハ單行法律ニ依ル

一 慣習法カ國家ノ制定シタル成文法ヲ廢止變更シ得ヘキカヲ有スルコトハ前述ノ如シ就中憲法ハ其條文簡約ニシテ種々ノ解釋ヲ容ル、コトヲ得ヘク且ツ容易ニ之ヲ改正スルコトヲ得サルカ故ニ明文ハ其儘ニ存シテ而カモ實際ニハ其明文ニ違反シタル慣習ヲ生シ其慣習カ遂ニ法タルカヲ有スルニ至ルハ憲法ニ於テ其例殊ニ多キ所ナリ
一二ノ著ルシキ實例ヲ舉クレハ獨逸帝國ノ憲法ノ下ニ於テハ聯邦參事會ニ於テ議案ノ提出權ヲ有スルモノハ唯聯邦内各國ノ代表者ノミ(憲法七條二項)即チ獨逸皇帝ハ亦漏西國王タルノ資格ニ於テハ發案權ヲ有スレトモ皇帝タル資格ニ於テハ發案權ナシ然ルニ實際ノ必要上ヨリ慣習ニ於テハ議案ノ多數ハ皇帝ノ名ニ於テ帝國宰相カ之ヲ提出スルコト、ナリ今日ニ於テハ慣習法ニ依リテ皇帝モ亦發案權ヲ有スルコト學者ノ認ムル所ト成レリ或ハ今日ニ於テモ「ザイデル」ノ如ク皇帝ニハ發案權ナシト主張スル者アレトモ是ハ「グマイヤー」ノ論セル如ク

憲法ノ明文ニハ適合スレトモ其ノ間ニ發達シ來レル慣習法ヲ無視セルモノニテ正當ノ見解ニ非ラス即チ憲法ノ明文ニハ何等ノ改正ヲモ加ヘスシテ然カモ實際ニハ重大ナル憲法ノ變更アリタルモノト云フヘシ

米合衆國ニ於テモ亦其憲法ノ明文ノ上ニ於テハ極端ニ政府ト立法議會トヲ分離シ大臣ハ議會ニ臨場發言スルノ權ナク政府ヲ以テ全ク議會ト交渉スルコトヲ得サラシメタリト雖モ實際ニ政務ノ衝ニ當レル政府ノ當局者カ議案ノ提出權ヲ有セス議會ニ於テ發言ノ權ヲモ有セサルコトノ不都合ナルハ言フ迄モナキヲ以テ實際ノ慣習ニ於テハ議會中ニ數多ノ常任委員會ヲ設ケ議會ノ重ナル實力ハ實際ニハ委員會ニ屬スルコト、ナリ而シテ大臣ハ絶エス委員會ト相交渉シテ其欲スル所ノ議案ヲ提出セシメ又之カ辯明ヲモ爲スナリ即チ政府ト議會トノ交渉ヲ禁シタル憲法ノ精神ハ常任委員會ニ依リテ全ク廢棄セラレタルモノニシテ極メテ重大ナル憲法ノ變更アリタルモノト云フヘシ

二 雷ニ慣習法ノミナラス通常ノ法律ニ依リテモ亦憲法カ事實上ニ變更セラルルコト之ナシトイフヘカラス憲法ノ解釋權ニ付テハ或ハ米國ノ如ク裁判所ノ

法律審査權ヲ認メ裁判所カ憲法違反ト認メタル法律ハ其適用ヲ拒ミ其法律ヲ無効ナリト宣言スル職權ヲ有スルモノ有リト雖モ多數ノ諸國ニ於テハ此ノ如キ裁判上ノ法律審査權ヲ認メス而シテ此ノ如キ國ニ於テハ憲法解釋權ハ等シク立法部ニ屬シ苟モ立法機關ニ於テ憲法ニ違反セサルコトヲ認メテ制定シタル法律ハ假令實際ニハ憲法ニ違反シタリトスルモ何人モ之カ無効ヲ宣言スヘキ職權ナシ適憲ノ法律トシテ尙完全ノ效力ヲ有シ臣民ハ之ニ服従スヘキ義務ヲ負ヒ裁判所ハ之カ適用ヲ拒ムコトヲ得ス法律カ既ニ制定セラレタル以上ハ其法律中ニ當然憲法ニ適合セルコトノ公定解釋ヲ包含スルモノナレハナリ其結果ハ形式的ニハ憲法改正ノ制規ノ手續ヲ經スシテ而モ實際ニハ通常ノ法律ヲ以テ憲法ヲ變更スルト同一ノ結果ヲ生スヘシ

第二款 新領土ニ於ケル憲法ノ效力

憲法ノ實質的效力ヲ論スルニ於テハ先ツ其人ニ對スル效力ト所ニ關スル效力トヲ區別スルコトヲ要ス人ニ對スル效力トハ憲法カ何人ヲ拘束スルノ力ヲ有スルカノ問題ナリ所ニ關スル效力トハ其何レノ區域ニ於テ行ハル、カノ問題ナリ人

ニ對スル憲法ノ效力ハ一般ノ法律命令ト異ル所ナク特ニ之ヲ論スル要ナシ所ニ關スル憲法ノ效力ニ付テモ亦茲ニ論スルヲ要スルノ問題ハ唯新領土取得ノ場合ニ於テ憲法ノ效力カ新領土ニ及フヘキヤ否ヤノ問題之ナリ

此問題ハ殊ニ吾國ニ於テハ重要ナル實際問題トナレリ即チ二十七八年戰役ノ結果ニ依リ吾國ニ臺灣及澎湖列島ヲ取得シタルニ由リ憲法ノ效力カ臺灣ニ及フヘキヤ否ヤノ問題ハ一時世論ノ大問題トナリ今日ニ於テモ何等一定ノ確説ナキカ如シ此問題ニ答フル學者ハ或ハ曰ク憲法ハ其施行區域ニ付テ何等ノ例外ヲ設ケス隨テ憲法ハ當然國家領土ノ全部ニ行ハルヘキモノナリ臺灣ハ下ノ關係約ニ由リテ當然吾國ノ領土ニ編入セラレ其編入セラル、ト同時ニ憲法ハ亦當然其效力ヲ臺灣ニ及ホセノモルナリ憲法ハ君主ノ統治權ハ此憲法ノ條規ニ依テ之ヲ行フヘキコトヲ規定セリ新領土ニ行ハル、權力モ亦同一ノ統治權ナリ隨テ亦必ス此憲法ノ規定ニ從テ行フモノナラサルヘカラスト

此論理ハ一見明瞭ナルカ如シト雖トモ若シ此論理ヲ貫徹スルトキハ他日吾國カ亞弗利加又ハ南洋ノ野蠻地ヲ取得シ之ヲ統治スルコトアリトセハ憲法ハ亦當然

其新領土ニ行ハレ無智昧ナル蠻民モ亦當然憲法上ノ權利ノ保障ヲ取得スルニ至ルヘシ總テ法ハ社會ノ事情ニ伴フテ存在スルモノナリ社會ノ事情ニシテ異ルトキハ法モ亦隨テ異ラサルヘカラスト立法ハ立法當時ノ事情ニ於テ社會ノ狀態カ此ノ如キ立法ヲ必要トスルコトヲ前提トスルモノナリ若シ新領土ヲ取得セル場合ニ於テ其新領土ニ於ケル社會ノ狀態カ全ク領土ノ他ノ部分ト異ルトキハ法律ハ必スシモ其效力ヲ當然新領土ニ及スモノト推測スルコトヲ得ス法律ハ初ヨリ此ノ如キ事情ヲ異ニシタル新領土ニ其效力ヲ及スノ意思ナキモノナリ憲法ト雖トモ亦之カ例外ヲ爲スモノニ非ス憲法カ臣民ノ權利ヲ保障シ法律ニ依ルニ非ラサレハ其ノ權利ヲ侵害スルコトナキコトヲ規定セルハ社會ノ程度カ此ノ如キ權利ノ保障ヲ必要トスル程ニ進歩セルコトヲ前提トセルナリ社會ノ狀態カ此ノ如キ進歩ノ程度ニ達セサルモノニ在リテモ尙憲法カ當然新領土ニ行ハレサル可カラスト爲スハ決シテ憲法ノ精神ヲ得タルモノニ非ルヘシ

總ヘテ法ノ施行區域ハ國家ノ定ムル所ニ由ル憲法ノ施行區域ニ付テモ亦國家ハ如何ナル定ヲモ爲スコトヲ得ヘク領土ノ一部ニハ之ヲ施行シ他ノ一部ニハ之ヲ

施行セストスルモ毫モ憲法ノ性質ニ反スルモノニ非ラス憲法ハ其性質上必ラス領土ノ全部ニ行ハレサルヘカラストスルハ根據ナキ臆斷ナリ固ヨリ憲法中ノ或ル條項ハ其ノ性質上必ラス領土ノ全部ニ行ハルヘキモノアリ殊ニ國家ノ最高機關ヲ定ムル條項即チ吾國ノ憲法ニ付テ云ハハ憲法第一條ノ日本帝國ハ天皇之ヲ統治ストイフ條項ノ如キハ性質上必ラス領土ノ全部ニ行ハルヘキモノナルコト言フヲ俟タス何トナレハ國家ノ最高機關ハ全國ニ通シテ唯一無二ナルヘク苟クモ領土ノ一部タル以上ハ必ラス君主ノ統治ニ服スルモノナラサルヲ得ス若シ然ラスンハ國家ノ統一ハ全ク失ハルヘケレハナリ然レトモ是レ此ノ條ノ特別ノ性質ニ基クモノニシテ其ノ憲法中ノ規定ナルカ故ニ非ス此ノ如キ特別ノ性質ヲ有セサル憲法中ノ他ノ條項ニ付テハ毫モ其ノ必ラス領土ノ全部ニ行ハレサルヘカラストスルノ理由アラサルナリ

憲法ハ其施行區域ニ付テ何等ノ規定ヲ設クルコトナシト雖モ憲法カ其施行區域ヲ定メサルハ唯憲法カ其制定ノ當時ニ於ケル領土ヲノミ眼中ニ置キ新領土ノ取得ハ毫モ之ヲ豫想セサリシニ由ル憲法ハ唯當時ノ領土ノ全部ニ之ヲ施行スヘキ

ヲ豫想シタルニ止リ其以後ニ於テ取得スヘキ新領土ニ附テハ之ヲ施行スルト否トハ全ク憲法ノ豫想スル所ニ非リシナリ隨テ新領土ニ於テ憲法カ行ハル、ヤ否ヤハ憲法ノ規定自身ヨリハ之ヲ知ルコトヲ得ス國家ハ其ノ自ラ定ムル所ニ依リテ或ハ新領土取得ト同時ニ直ニ之ヲ施行スルコトヲ得ヘク或ハ一定ノ時期ヲ定メテ其時期ヨリ之ヲ施行スルコトヲ得ヘク或ハ全ク之ヲ施行セサルコトヲモ得ヘシ新領土ニ於ケル憲法ノ効力如何ハ一ニ各個ノ場合ニ於テ國家カ果シテ之ヲ施行スルノ意思アルヤ否ヤニ依リテ決スヘキモノナリ

然レトモ之ヲ施行スルト否トヲ決定スルノ權限ハ何人ニ屬スヘキカ詳シク言ヘハ憲法改正ノ法律ヲ以テスルニ非ラサレバ之ヲ爲スヲ得サルカ或ハ君主ノ大權ヲ以テ自由ニ之ヲ決定スルコトヲ得ヘキカ是レ次ニ生スヘキ問題ナリ此ノ問題ハ之ヲ既ニ憲法ノ施行セラレタル區域ニ於テ其施行ヲ停止スルノ問題ト同一視スルコト勿カラシコトヲ要ス一度憲法ノ施行セラレタル區域ニ於テ其施行ヲ停止スルハ憲法ノ效力ヲ變更スルモノニシテ憲法改正ノ法律ヲ以テスルニ非レハ之ヲ行フコトヲ得ス然レトモ未タ憲法ヲ施行セサル地域ニ於テ新ニ憲法ヲ施行

スルハ憲法改正ノ法律ヲ要セサルノミナラス議會ノ協賛ヲモ要セス君主ノ大權ヲ以テ自由ニ之ヲ定ムルヲ得ヘキモノナリ何トナレハ憲法ノ未タ施行セラレサル地域ニ於テハ君主ノ統治權ハ憲法ノ制定以前ニ於ケルト同シク全ク無制限ニシテ君主ハ自由ニ如何ナル定ヲモ爲スコトヲ得ヘケレハナリ

臺灣ニ於テ憲法カ行ハル、ヤ否ヤノ問題モ亦以上ノ論理ニ由テ之レヲ決スルコトヲ得ヘシ臺灣取得ノ當時ニ於テハ國家カ憲法ヲ臺灣ニ施行スル意思ナカリシコトハ極メテ明瞭ナリ軍隊ノ統帥權及立法司法行政ノ總ヘテノ作用ハ一ニ臺灣總督ニ委任セラレ臣民ノ權利ノ保障ハ一モ行ハル、所ナカリシナリ明治二十九年三月法律第六十三號ニ至リテ始テ憲法上法律ヲ要スル事項ト然ラサルモノトヲ區別シ立法事項ニ付テハ勅裁ヲ經ルニ非レハ之ヲ定ムルコトヲ得サラシメ以テ臣民ノ權利ニ對スル憲法上ノ保障ノ幾分ヲ實行スルニ至レルモ之ヲ以テモ末々憲法ヲ臺灣ニ行フノ意思アルモノト推測スルコトヲ得ス或ル事項ハ總督カ之ヲ專行シ或ル事項ハ勅裁ヲ經テ之ヲ行ハシムト云フカ如キ事項ノ種類ニ由テ手續ノ輕重ヲ異ニスルコトハ敢テ憲法施行ニ關係ナク之ヲ爲スコトヲ得ヘシ而シ

テ如何ナル事項ハ輕易ノ手續ヲ採リ如何ナル事項ハ鄭重ノ手續ヲ採ラシムヘキカノ區別ノ標準ヲ憲法ノ規定ニ採ルモ是レ毫モ憲法ノ效力カ臺灣ニ及ビタルノ證據ト爲スニ足ラス立法事項ト非立法事項ト事項ノ種類ヲ區別スル單純ノ事實ニシテ法規ニ非ス何々ノ事項ハ法律ヲ以テ規定スルヲ要スト云フカ法規チリニ十九年法律第六十三號ハ只此事實ヲ藉リ來テ以テ勅裁ヲ經ヘキモノト爾ラサルモノトノ區別ノ標準ト爲シタルノミ何々ノ事項ハ法律ヲ以テ定ムルヲ要スト云フノ法規ハ未タ臺灣ニハ施行セラル、コトナシ此故ニ二十九年ノ法律ヲ以テ憲法ヲ臺灣ニ施行スルノ意思ヲ表示シタルモノト爲シタルモノト爲スハ決シテ穩當ナル見解ニ非ス

之ヲ要スルニ憲法ハ今日ニ於テモ臺灣取得ノ當時ニ於ケルト同シク未タ臺灣ニ施行セラレサルモノニシテ其將來何レノ時ヨリ施行セラルヘキカハ一ニ君主ノ明示又ハ默示ヲ以テ定ムル所ニ依ルヘキモノナリ

第二章 統治權

第一節 統治權ノ性質

統治權トハ命令ヲ爲シ及ヒ自己ノ力ヲ以テ其命令ヲ強制シ得ルノ權力ヲイフ近世ノ國家ニ於テハ統治權ハ國家ノ統一ナル所ニシテ國家以外ノ團體ニ於テ統治權ヲ有スルモノアルトキハ皆國家ヨリ與ヘラレタルモノニ外ナラス國家ヨリ與ヘラレタルニ非スシテ獨立ニ統治權ヲ有スルモノハ近世ノ國家ニ於テハ國家以外ニ存在スルコトヲ得ス

然レトモ此説明ヲ以テ總テノ權力カ國家ニノミ專屬スルモノナリト誤解スルナカラントモ此要ス權力トハ自己ノ意思ヲ以テ他人ノ意思ヲ束縛シ得ルノ力ナリ此ノ如キ權力ハ國家以外ニモ總ヘテノ團體總ヘテノ組合ニ存ス苟クモ多數人類ノ集合ヨリ成リテ共同ノ目的ヲ達スル所ノ團體ハ必ズ之ヲ指導スヘキ意思アルコトヲ要ス組合ノ共同ノ目的ヲ處理シ組合ノ法則ヲ定メ及ヒ其法則ヲ執行スル所ノ意思ハ即チ組合ノ權力ナリ總ヘテノ組合ハ其公ノ組合ナルト私ノ組合タルト其ノ團結ノ鞏固ナルト如何ニ薄弱ナルトヲ問ハス苟モ共同ノ一體ヲ爲ス以上ハ必ズ權力ヲ有スルモノナラサルヘカラス權力ヲ以テ國家ノミニ特有ナルモノト爲スハ明ニ誤ナリ

此ノ故ニ權力ハ二種ニ區別スルコトヲ要ス一ハ統治權ニシテ一ハ統治權ニ非ル權力ナリ國家ノ專有スル所ノ權力ハ唯統治權ナリ統治權ニ非ル權力ハ國家以外ニ於テモ普ク存在ス然レトモ統治權ト統治權ニ非ル權力トノ區別ハ果シテ何シニアルカ

統治權ニ非サル權力ハ唯命令ヲ爲スコトヲ得ルノ自己ノ力ニ由リ自己ノ手段ヲ以テ其命令ヲ強制スルコトヲ得サルモノナリ就中各組合員ハ何時ニテモ自ら其組合ヨリ脱退スルコトヲ得ヘク組合ノ權力ヲ以テ組合員ノ意思ニ反シテ其脱退ヲ拒絶スルコトヲ得ス是非統治權ノ特徴ナリ統治權ニ非サル權力ハ如何ニ廣ク命令ヲ爲シ得ヘシトスルモ若シ組合員カ自ら其權力ニ復從スルノ意思ナクシテ其權力ヲ脱セントスルニ於テハ最早之ニ對シテ之ヲ強制スルコトヲ得サルナリ

統治權ニ非ル權力モ亦其自ら定ムル所ノ法則ニ對スル違反ニ對シテ罰則ヲ定メ處罰ヲ科スルコトヲ得ヘシ然レトモ其處罰ハ單純ナル懲戒權ニシテ統治權ニ非ス此ノ如キ懲戒權ハ個人相互ノ間ニ於ケル純然タル私法關係ニ於テモ廣ク之ヲ

認ムルコトヲ得ヘシ學校ト生徒トノ關係、社長ト社員トノ關係、工場ト徒弟トノ關係トノ如キ苟モ繼續的ノ關係ノ設定セラレタルモノニシテ其目的カ單純ナル經濟上ノ給付ニ止ラサルモノニアリテハ常ニ此ノ如キ懲戒權ヲ認ムルヲ得ヘシ一見之ヲ見レハ恰モ權力者カ固有ノ命令權ヲ享有セルモノ、如シ然レトモ何レノ場合ニ於テモ其懲戒權ノ最モ嚴重ナルモノハ常ニ只其人的ノ關係ヲ解キテ之ヲ脱退セシムルノ以上ニ上ルコトヲ得ス此懲戒權アルニ拘ラス其服從者ハ何時ニテモ自ラ其團體ヲ脱退シテ以テ其懲戒處分ヲ免ル、コトヲ得ヘシ
 之ニ反シテ統治權ハ抵抗スヘカラサルノ權力ナリ統治權ハ自己ノ力ニ由リテ其命令ニ對スル服從ヲ強制スルコトヲ得ヘシ統治權以外ノ權力ニ對シテハ服從者ハ自ラ之ヲ脱退スルコトヲ得ルモ獨リ統治權ニ對シテハ自己ノ意思ヲ以テ之ヲ脱退スルコトヲ得ス統治權ニ非ル權力ハ唯其組合員ヲ脱退セシムルヲ得ルニ止リ組合員ノ意思ニ反シテ之ヲ組合ニ抑留スルコトヲ得ス獨リ統治權ハ自己ノ力ニ由テ團體員ノ意思ニ反シテ之ヲ團體ニ抑留スルコトヲ得ルナリ今日ノ國家ハ通常臣民ノ他國ニ歸化スルコトヲ許セリト雖モ國家ハ唯一定ノ條件ノ下ニ於テ

之カ歸化ヲ許スニ止リ單純ニ國家ヲ脱退スルノ意思ヲ表示シタルノミヲ以テ服從關係ヲ脱スルコトヲ得ヘキニ非ス他國ニ歸化スルヲ許スト否トハ全ク國家ノ任意ナリ加之若シ臣民カ既ニ國家ニ對シテ現實ノ義務ヲ負擔セル場合ニ於テハ國家ハ其行爲ヲ履行シタル後ニ非レハ決シテ服從關係ヲ脱スルコトヲ許サス例ヘハ未タ兵役義務ヲ終ラサルモノ又ハ犯罪ニ因テ處罰ヲ受ケタルモノハ其兵役義務ヲ終リタル後又ハ刑罰ノ執行ヲ終リタル後ニ非レハ他國ニ歸化スルコトヲ許サス

此ノ如キ力ヲ有スル權力ハ即統治權ナリ而シテ統治權ハ獨リ國家ノミニ屬ス國家以外ノ團體ニシテ此ノ如キ權力ヲ有スルモノハ皆國家ニ因テ授ケラレタルモノナリ原來ノ統治權ハ獨リ國家ノミニ之ヲ有ス他ノ團體ノ有スル統治權ハ假令自己ノ力トシテ自己ノ權力トシテ之ヲ有スル場合ト雖モ常ニ傳來ノ統治權ニシテ原來ノ統治權ニ非ス

然レトモ統治權カ獨リ國家ニノミ其源ヲ有ストハ只近世ノ國家ニ付テノミニ云フコトヲ得ヘク中世ノ國家ニハ之レヲ適用スルコトヲ得ス中世ニ於テハ國家的ノ

團體ニ非スシテ多少ノ範圍ニ於テ自己ノ原來ノ權利トシテ統治權ヲ有スル團體ハ少カラサリキ就中最モ大ナル權力ヲ有シタルハ基督教教會ニシテ時トシテハ國家ノ權力ニ對抗シテ是レヨリ強キ權力ヲ有シタルコトアリ管ニ教會ノミナラズ俗界ニ於テモ亦封建ノ諸侯ハ國家ヨリ與ヘラレタルニ非スシテ自己獨立ノ權力ヲ有シタリ此故ニ中世ノ國家ニ於テハ國家ト國家ニ非ル團體トノ間ニ嚴格ナル區別ヲ爲スコト甚タ困難ナリキ近世ノ國家觀念ノ發達ニ伴ビ此ノ如キ總ヘテノ國家ニ非ル團體ノ統治權ヲ國家ニ統一シ總ヘテ此等ノ獨立ナル團體ヲシテ國家ノ權力ニ服從セシメタリ今日ノ國家ニ於テハ國家以外ニ國家ノ權力ヨリ獨立シタル統治權ハ何レノ所ニモ存スルコトナシ

第二節 統治權ノ不可分

統治權ノ大體ノ觀念ハ前節ニ述フルカ如シ此大體ノ觀念ノ外ニ尙統治權ノ屬性ノ更ニ多少ノ説明ヲ要スヘキモノ三アリ一ハ統治權ノ不可分性ナリ一ハ統治權ト最高權即主權トノ關係ナリ一ハ統治權ノ原來性ナリ今先ツ統治權ノ不可分性ヲ論ス

國家ハ統一的ノ一體ナルカ故ニ國家ノ權力タル統治權ハ亦必ス不可分ナル一體ナラサルヘカラス統治權ノ不可分ハ國家ノ不可分ヨリ生スル當然ノ結果ナリ統治權ヲ分ツヘシトスルハ國家ヲシテ數個ノ人格ニ分立セシムルモノナリ然レトモ此單純ナル抽象的ノ理論ハ他ノ多クノ國法學上ノ原則ト同シク長キ政治上ノ經驗ノ結果ニ依テ初メテ證明セラレタルモノニシテ其理論ハ歷史上ノ長キ教訓ニ基キ近時ニ至リ初テ確定スルヲ得タルモノナリ統治權ノ不可分ハ今日ニ於テハ殆ト自明ノ事理ト看做サル、所ナレトモ舊時ニ於テハ極メテ有力ナル學說ノ全ク之ト反對ナル思想ヲ唱導シテ一時普ク人心ヲ支配シタルモノアリ統治權分ツヘシトスルノ學說カ論述セラレタルハ前後二回ニシテ其一ハ立憲制度ノ根本トシテ論セラレ他ノ一ハ聯邦國ノ法理ヲ説明スルカ爲メニ論セラレタルモノナリ一ハ所謂三權分立說ニシテ一ハ聯邦國ニ於ケル主權分割說ナリ

第一款 三權分立說

三權分立說トハ統治權ヲ三種ノ權力ニ分割セントスルモノニシテ其說ハ主トシ

テ第十八世紀ノ末ニ於ケル佛國ノ哲學者モンテスキュー(法律精神論第十一卷)ノ論述ニ係ルモノナリ茲ニ其說ノ大要ヲ擧クレハ曰ク(第三章第四章第六章)

各國家ニハ三種ノ權力アリ立法權國際法ニ屬スル事件ノ執行權及ヒ國內法ニ屬スル事件ノ執行權是レナリ第一ノ權力ニ由テハ一時又ハ永久ノ法律ヲ作り及ヒ之ヲ廢止變更ス第二ノ權力ニ由テハ戰ヲ爲シ和ヲ講シ使者ヲ派遣シ之ヲ受ケ安寧ヲ保全シ攻撃ヲ防禦ス第三ノ權利ニ由テハ犯罪ヲ處罰シ各人間ノ爭訟ヲ裁斷ス此第三ノ權力ハ之ヲ司法權ト稱スルヲ得ヘク而シテ第二ノ權力ハ單ニ之ヲ執行權ト稱スルヲ得ヘシ此等三種ノ權力ハ必ス別種ノ人ノ手ニ屬スルコトヲ要ス凡テ古來ノ經驗ハ苟クモ權力ヲ有スル者ハ必ラス之ヲ濫用スルノ傾向アルコトヲ教フ權力ヲシテ濫用セシメサラントスルニハ權力ノ分配ニ依リテ權力ヲシテ權力ヲ制セシムルノ外ナシ若シ同一ノ人又ハ同一ノ議會ニシテ立法權ト共ニ執行權ヲモ併セ有セハ自由ハ存在スルヲ得ス何トナレハ彼ハ專横ナル執行ヲ爲サンカ爲メニ又專横ナル法律ヲ作ルノ虞アレハナリ司法權モ亦立法權及執行權ヨリ分離セラル、ニ非レハ自由ハ存在スルコトヲ得ス

若シ之ヲ立法權ニ併合スルトキハ人民ノ生命及自由ニ對スル權力ハ專横ナルヘシ何トナレハ裁判官カ同時ニ立法者タレハナリ若シ之ヲ執行權ニ屬セシメハ裁判官ハ壓制者タルノ力ヲ得ヘシ若シ夫レ同一ノ人若クハ同一ノ議會ニシテ此等三種ノ權力ノ總ヘテヲ行ヒ即チ法律ヲ作ルノ權ヲ有シ公ノ決定ヲ執行スルノ權ヲ有シ罪人ヲ處罰シ人民ノ爭訟ヲ裁判スルノ權ヲ有スルトキハ總ヘテノ自由ハ全ク亡滅スヘシト

此ノ如キ理由ニ基キテ「モンテスキュー」ハ立法權ハ民選議院ト貴族院トノ兩院ヨリ組織スル議會ニ屬スヘク執行權ハ君主ニ屬スヘク而シテ司法權ハ國民ヨリ選舉シ臨時集會スル裁判所ニ屬スヘキモノト爲シ而シテ此等三種ノ權力ハ互ニ獨立平等ノ地位ヲ有シ執行權ハ全ク立法權ニ參與スルコトヲ得ス立法權ハ全ク執行權ニ干與スルコトヲ得サルモノト爲シタリ其ノ唯一ノ例外ハ唯君主カ法律ニ對シテ不認可權ヲ有シ議會カ豫算ニ由リテ財政ヲ監督スルコトニ在ルノミナリト爲セリ

三權分立說ハ必スシモ全ク「モンテスキュー」ノ創設ニカ、ルモノニ非ス國權ノ作

用ヲ三種ニ分類スルコトハ希臘ノ古ニ於テ既ニ「アリストートル」ノ論セル所ニシテ其影響ノ下ニ於テ國權ヲ種々ノ作用ニ分類スルコトハ中世ノ學者ニ依リテモ絶エス行ハレタル所ナリ此等各種ノ作用ヲ別種ノ機關ニ屬セシメサルヘカラスト爲スモ亦「モンテスキュー」以前ニ於テ既ニ英國ノ「ロツク」ノ論セル所ナリ「モンテスキュー」ハ疑モナク「ロツク」ノ説ノ影響ヲ受ケタルモノニシテ其三種ノ權力ノ分類ニ於テモ明ニ其影響ヲ認ルコトヲ得ヘシ「ロツク」ハ國權ノ作用ヲ分テ立法權外交權執行權及君主大權ノ四種ニ分類セリ「モンテスキュー」ノ分類ニ於ケル執行權ハ明ニ「ロツク」ノ所謂外交權ヨリ出テタルモノニシテ今日ノ意義ニ於テノ執行權ニハ非ラス此ノ如ク「モンテスキュー」ノ説ハ既ニ前人ノ説ニ於テ其前驅ヲ有シ其説ノ影響ヲ受ケタルコト大ナリト雖モ此等ノ事實ニモ拘ラス「モンテスキュー」ノ説カ「ロツク」其他ノ前人ノ説ト異リ獨立ノ新説タル地位ヲ有スル所以ハ「モンテスキュー」ハ此種ノ三種ノ權力カ全ク獨立ナル別種ノ機關ニ分タレサルヘカラスト爲セルコトニアリ「モンテスキュー」以前ノ總ヘテノ學說ハ皆同一ノ人カ數種ノ權力又ハ總ヘテノ權力ノ行使ニ參與スルコトヲ以テ非ナリト爲スモノナク「ロツク」

ト雖モ亦嘗ニ執行權外交權及君主大權カ等シク君主ノ手ニ屬スヘキモノト爲セルノミナラス立法權ニ付テモ亦君主カ之ニ參與スヘキモノナルコトヲ認メタリ獨リ「モンテスキュー」ハ之ニ反シテ別種ノ權力ハ全ク別種ノ機關ニ屬スルコトヲ要シ同一ノ人カ二種以上ノ權力ニ與カルコトヲ許サスト爲シタリ詳言スレハ立法權ハ唯議會ニノミ屬シ君主ハ之ニ與ルコトヲ得ス而シテ執行權ハ君主ニ司法權ハ裁判所ニ屬スヘキモノト爲セルナリ

「モンテスキュー」ノ此説ハ近世ノ憲法歴史ニ於テ最モ偉大ナル影響ヲ與ヘタルモノニシテ世界ノ立憲國ハ多少ノ度ニ於テ皆之レカ影響ヲ被ラサルモノナシ彼カ其法律精神論ノ第十一卷第六章ニ於テ述ヘタル思想ハ今日ニ於テモ尙ホ立憲制度ノ基礎タルモノトイフヘキナリ

然レトモ其説ハ今日ヨリ之ヲ見レハ多クノ欠點ヲ免レス又數多ノ學者ニ依リテ極力批難セラレタル所ナリ其第一ノ批難ハ彼カ英國ノ憲法ヲ誤解シタルト云フニアリ彼ノ三權分立説ハ專ラ英國憲法ヲ模範トシタルモノニシテ彼カ其説ヲ論述シタル第六章ハ其表題ニ於テ既ニ英國憲法ニ付テ「トイヘリ然レトモ英國憲法

ノ實際ニ於テハ決シテ彼カ信セシカ如ク立法權ト執行權トノ絶對ノ分離アリシニ非ス君主ハ立法ニ參與スルノ權ヲ有シタルノミナラス其之ヲ輔弼セル國務大臣ハ當時既ニ不完全ナカラモ略ホ政黨内閣ノ制度ヲ樹立シ國務大臣ハ議會ニ於ケル多數黨ヨリ之ヲ任スルノ慣習ヲ生シ以テ立法權ト執行權トノ調和ヲ保ツコトヲ得タリシナリ其第二ノ批難ハ彼ノ分類ノ不完全ナルコトニアリ既ニ述ヘタルカ如ク彼ノ分類ニ於ケル執行權ハ外交權ヲ意味スルモノニシテ彼ノ分類ニ依レハ今日ノ意義ニ於ケル行政ハ全ク其分類ノ外ニ逸スルニ至ル行政ナル名稱及ヒ其觀念ハ遙ニ彼ヨリ後ニ至テ初テ生スルニ至リシナリ

然レトモ此等ノ欠點ハ彼ノ學說ニ對スル批難ノ大ナルモノニ非ラス其批難ノ最も大ナルモノハ彼ノ說ヲ其儘ニ實行スルトキハ全ク國家ノ統一ヲ破壞スルニ至ルヘキコトナリ彼ハ國家ノ權力ヲ三種ノ權力ニ分割シ而シテ此等ノ三種ノ權力ハ互ニ對等獨立ノ地位ヲ有シ各獨立ノ意思ヲ以テ其權力ヲ行フヘキモノト爲シ其ノ意思ヲ統一スヘキ何等ノ方法ヲモ論セス若シ此ノ如ク三種ノ權力カ各獨立ノ地位ヲ有スルモノト爲サハ國家ハ統一ノ意思ヲ有スルモノニ非ラスシテ三種

ノ意思ヲ有スルモノト成リ隨テ國家ハ最早統一ノ人格ニ非スシテ三個ノ別々ノ人格ニ分割セラル、ニ至ルヘキナリ

此故ニ諸國ノ憲法ニ於テ實行シタル所ハ決シテモンテスキューノ說ノ其儘ノ形ニ於テニハ非ス最モ極端ニ權力分立說ヲ實行シタルハ北米合衆國ノ憲法及佛國ノ第一回(九十七年)及ヒ第二回(共和三年即千七百九十五年)ノ憲法ナリト雖モ此等三種ノ憲法ニ於テモ決シテ彼ノ說ヲ其儘ニ實行シタルモノニ非ス若シ之ヲ實行シタリシナラハ國家ノ統一ハ之ヲ保持スルコトヲ得ヘカラサリシナリ此等ノ三種ノ憲法ハ何レモ其明文ニ於テ權力ノ分立ヲ保持スルコトヲ明言セリト雖モ尙ホ其三種ノ權力ハ對等獨立ノ權力ニ非スシテ或ハ佛國第一回ノ憲法ノ如ク立法權ヲ以テ最高ノ權力ト爲シ執行權及ヒ司法權ハ其下ニ屬スル權力ト爲スカ然ラサレハ米國憲法ノ如ク最高ノ權力ハ國民自身ニ屬シ三種ノ權力ハ此最高ノ權力タル國民ヨリ委任セラレタル下級權力ニシテ憲法ノ制度及ヒ憲法ノ變更ハ唯此最高ノ權力タル國民自身ノミカ之ヲ爲スヲ得ヘキモノト爲シ以テ統治權ノ統一ヲ保テリ其以後ノ憲法ニ於テハ何レノ國ニ於テモ皆以上三種ノ憲法ニ於ケルカ如キ極端

此等三種ノ憲法
 其ノ明瞭ニシテ
 其ノ必也トシテ
 其ノ日本憲法
 其ノ論ニモ
 其ノ論ニモ

日本憲法條項
ニ陸軍をせんハ
三ノ盾アリト云ハ
信ス尚最也
ニ我カハ三カ
ト此ノ三權有五
權ハ憲法ニモ
其ノ後改權
有列スモノハ
確固トシキ
コレ然ニ其
石ノ如クニ
此權持固

此權持固
然トシテ
其ノ後改權
有列スモノハ
確固トシキ
コレ然ニ其
石ノ如クニ
此權持固

ナル權力分立ノ主義ヲ採リタルモノナク皆執行權ノ長タル君主又ハ大統領ヲシテ多少ノ度ニ於テ立法權ニ參與セシメサルモノナシ
此ノ如ク何レノ國ニ於テモ「モンテスキュー」ノ學說ノ其儘ノ形ニ於ケル權力分立ノ實行セラレタルモノナキコトハ最モ能ク統治權ノ不可分ヲ事實上ニ證明セルモノナリ世界ノ立憲國ハ何レモ皆「モンテスキュー」ノ影響ニ依リ立法司法及ヒ行政ノ三種ノ機關ヲ分クサルモノナケレトモ是レ權力ヲ分割セルモノニ非スシテ唯一ノ權力ヲ行使スルニ於テ其機關ヲ分立セシムルナリ機關ハ如何ニ分レタリトスルモ權力ノ統一ハ之カ爲メニ妨ケラル、コトナシ其統一ヲ保持スヘキ唯一最高ノ意思ノ存スルモノアレハナリ

第二款 聯邦國ニ於ケル主權分割說

國權ノ分割ハ又聯邦國ノ法律ヲ説明スルカ爲メニ主張セラレタリ其說ハ「トックザイル」ノ影響ノ下ニ於テ主トシテ「イッ」ニ由テ論述セラレタル所ニシテ通常「イツ」說ト稱セラル、ハ之カ爲メナリ其說ノ大要ハ聯邦國ニ於テハ主權カ聯邦國ト聯邦内ノ各國トノ間ニ分割セラル、モノニシテ聯邦國及ヒ聯邦内ノ各國ハ共

ニ主權ノ一部ヲ有スルニ過キス即一部主權國ナリ聯邦國ノ主權ト聯邦内各國ノ主權トヲ合セテ初テ完全ナル一個ノ主權ヲ構成スルモノナリトイフニアリ
此說ハ第一ニ主權ノ觀念ト統治權トヲ混同スルモノニシテ其意味スル所ハ主權分割說ニ非スシテ統治權分割說ナルコトハ後ニ主權ノ觀念ヲ説明スルニ由テ明瞭ナルヘシ然レトモ此點ハ暫ク措クモ統治權カ二國ノ間ニ分割セラル、モノナリト爲スハ又全ク國家ノ性質ニ反スルモノナリ總ヘテノ人格ハ其法人タルト自然人タルトヲ問ハス常ニ單一體ニシテ分割スルヲ得ヘキモノニ非ス人格ノ單一體タルト共ニ其意思ノ力モ亦單一ナラサルヘカラス國家モ亦統一的人格タル以上ハ之ヲ更ニ二個ノ國家ニ分割シ二國ノ權力ヲ合セテ始メテ一ノ完全ナル權力ヲ成ストイフハ全ク國家ノ性質ニ反ス
蓋シ此說ノ基ク所ハ通常ノ國家ノ權限ヲ觀察シテ總ヘテノ國家ハ皆此通常ノ權限ヲ有スルモノナラサルヘカラスト爲セルニアリ聯邦國ト聯邦内ノ各國トノ間ニハ權限カ分配セラル例之獨乙帝國ニ付テイヘハ軍事外交郵便電信等ノ事務ニ關シテハ帝國カ其權限ヲ有シ其他ノ一般行政事務ハ聯邦内各國ノ權限ニ屬セリ

其兩者ヲ合セテ初メテ通常ノ國家ノ權限ト其範圍ヲ同フスルナリ然レトモ其分配セラル、ハ唯國家ノ事務ノミ其事務ヲ行フノ權限カ分配セラル、ニ止リ權力其物カ分割セラル、ニハ非ス統治權ノ觀念ハ決シテ一定ノ範圍ノ事務ヲ必要トスルモノニ非ス統治權ニ依テ行フ所ノ事務ノ範圍ハ國ニ由テ或ハ廣ク或ハ狭ク決シテ一定ノ範圍ヲ有セス其行フ事務ノ廣キト狭キトハ毫モ統治權ノ觀念ニ影響スルコト無シ聯邦國及ヒ聯邦内ノ各國ハ其行フ所ノ事務ノ範圍ニ一定ノ限界ヲ有シ其範圍ハ通常國家ノ事務範圍ヨリ狭シト雖モ尙ホ之ヲ以テ國權ノ一部ヲノミ有スルモノト云フコトヲ得サルハ猶ホ例ヘハ囚徒ノ如ク其行ヒ得ヘキ權利範圍ノ普通人ニ比シテ遙ニ狭キニ拘ラス尙ホ一個ノ人格ニシテ一部分ノ人格ニ非ラス其意思ノ力ハ一個ノ意思ノ力ニシテ部分的ノ力ニ非ラサルト同シ此故ニ聯邦國及ヒ聯邦内ノ各國ノ間ニハ主權カ分割セラル、ニモ非ラス又統治權カ分割セラル、ニモ非ラス其分割セラル、ハ唯統治權ノ發動スヘキ事項ノ種類ニ過キス權力其物ニハ非ラスシテ權力ノ働クヘキ目的物ナリ隨テ聯邦内各國ハ一部ノ主權ヲ有スルニモ非ラス又一部ノ統治權ヲ有スルモノニモ非ラス主權

ニ付テハ後ニ述フルカ如ク聯邦内各國ハ全然之ヲ有セサルモノニシテ非主權國トイフハ正當ナリト雖モ一部主權國トイフハ正當ニ非ラス今日ニ於テモ國際法學者カ往々一部主權國トイフカ如キ名稱ヲ用キルハ此ノ舊時ノ誤リタル思想ニ基ケル殘影ナリ

第三節 主權

主權トイフ語ハ佛語ノ「スーヴラン」ヨリ出テタル語ナリ之ヲ主權ト譯スルハ適當ノ譯語ニ非ラス主權トイフトキハ恰モ國權又ハ統治權ト同一ノ意義ヲ有スルカ如クニ誤解スルノ恐アリ其本來ノ意義ニ於テハ「最高獨立」トイフノ意義ヲ有スルニ過キサカ故ニ寧ロ最高權ト譯スルノ適當ナルニ如カス今先ツ其觀念ノ如何ニシテ發生シタルカヲ論スヘシ

第一款 主權ノ觀念ノ沿革

主權ノ觀念ハ中世ニ於テ初メテ發生シタルモノニシテ古代ニ於テハ希臘ニ於テモ羅馬ニ於テモ嘗テ存セサリシ所ナリ其觀念ノ初メテ發達シタルハ佛國ニ在リ其何故ニ古代ニ存セスシテ中世ノ佛國ニ於テ初メテ發生シタルカノ理由ヲ明ニ

スルニハ少シク當時ニ於ケル佛國ノ状態ヲ述フルコトヲ要ス
 嘗テ一言シタルカ如ク歐洲ニ於ケル中世ノ國家ハ決シテ近世ノ國家ノ如キ單一
 ナル國家ニハ非サリキ中世ノ歐洲ニハ第一ニハ先ツ神聖羅馬帝國アリ是レ古代
 ノ羅馬帝國ノ後繼トシテ理論上ハ基督教ニ屬スル全世界ヲ統一スル世界的帝國
 ト看做サレタリシモノニシテ其實際ノ權力ハ唯獨逸ニノミ止マリ佛伊英ノ如キ
 ハ實際ニハ全ク獨立ノ國家ヲ爲セリト雖モ然カモ名義上ハ皇帝ノ下ニ在リ其領
 地ノ一部ニ外ナラサリキ之ニ加フルニ基督教會モ亦頗ル大ナル範圍ニ於テ國家
 ヨリ獨立ナル權力ヲ有シ時トシテハ國家ニ對抗シテ之ヲ壓迫スルニ至レルコト
 アリ嘗ニ外部ニ對シテノミナラス國內ニ於テモ佛國ノ國王ハ決シテ佛國ノ全部
 ヲ統一シタル君主ニ非ス其下ニ尙ホ數多ノ封建諸侯及ヒ特權ヲ有スル自由市府
 アリ此等ノ諸侯及ヒ市府ハ其領域内ニ在リテハ殆ント皆獨立ナル小國家ヲ爲シ
 殆ント完全ナル統治權ヲ有シ居タリ此ノ如ク中世ノ佛國ハ外ニ向テハ皇帝ノ權
 力及ヒ基督教會ノ權力ニ依リテ制セラレ内ニ於テハ封建諸侯及ヒ自由市府ノ權
 力ノ之ト相對抗スルモノアリシナリ然ルニ第十六世紀ノ頃ニ至リテ此状態ハ著

シク變シ皇帝ノ權力ハ全ク有名無實ト爲リ封建諸侯ノ權力モ亦大ニ衰ヘ教會モ
 亦國王ノ權力ノ下ニ服スルニ至リ而シテ國王ノ權力ハ殆ント將ニ專制ノ權力タ
 ラントスルノ傾キニ向ヘリ主權ナル觀念ハ此佛國ノ状態ノ變遷ニ伴ヒ此新ナル
 國王ノ權力ヲ説明スルガ爲メニ初メテ叙述セラレタルモノナリ古代ニ於テハ希
 臘ニテモ羅馬ニテモ初メヨリ完全ナル統一の國家ヲ爲シ他ノ獨立ナル權力ノ之
 ト相對抗スルモノナク隨テ國家ノ權力カ他ノ獨立ノ權力ニ依リテ制抑セラル、
 コトナキ最高獨立ノ權力ナリトスルノ自覺ハ初ヨリ存在ノ理由アラサリシナリ
 中世ノ國家ハ之ニ反シテ種々ナル他ノ獨立ノ權力ノ爲メニ制抑セラレタリシヲ
 以テ今將ニ其制抑ヲ脱セントスルニ至リテ始メテ國家ノ權力ハ他ノ權力ニ依リ
 テ制セラル可カラストスルノ自覺ヲ生シ主權ノ觀念ハ斯クシテ初メテ發生シタ
 ルナリ而シテ國家カ他ノ權力ノ制抑ヲ脱セントスルニ至リタルハ佛國カ其最初
 ナリシヲ以テ主權ノ觀念モ亦初メテ佛國ニ於テ發生シタルナリ

其觀念ヲ初メテ明瞭ニ叙述シタルハ佛國ノ「シヤンボーダン」(Six livres de la Republique
 1766)ナリ是レヨリ以前ニ於テハ「ソブラン」ナル語ハ廣ク權力ヲ有スル者ヲ意味シ

必スシモ最高權ヲ有スルモノニ限ラサリキ即チ當ニ國王ノミナラス封建諸侯モ亦ソブランナリト稱セラレタリシカ「ボイタン」ニ至リテ其觀念ヲ精密ニ限界シテ唯國王ノミカ主權ヲ有シ封建諸侯ハ主權ヲ有スルモノニアラスト爲セリ其説明セル所ニ依レハ主權トハ最高ノ權力ニシテ法律ノ束縛ヲ受ケス何人ニ依リテモ制限セラレサル權力ナリ此最高ノ權力ハ專ラ君主ニ屬ス君主ハ其上ニ何等ノ權力ヲモ有スルコトナク無制限ニ自己ノ欲スル所ヲ行ヒ得ヘキモノナリ而シテ主權ノ作用トシテハ立法權宣戰媾和ノ權官吏任命ノ權最高裁判權特赦權租稅徵收權貨幣鑄造權等ハ主權ノ觀念ニ欠クヘカラサル作用ナリト爲セリ

「ボイダン」ノ此説明ハ皇帝ノ權力諸侯及ヒ寺院ノ權力ノ衰滅シタル以後ニ於ケル國王ノ專制權ニ對スル理論上ノ説明ヲ與ヘタルモノニシテ其政治歴史ノ實際ニ及ホシタル影響ハ極メテ偉大ナルモノニシテ殊ニ佛國ニ於ケル主權ノ發達ハ此主權說ノ影響ニ基クモノ最モ大ナリ理論ニ於テモ亦後世ノ主權說ハ多少ノ度ニ於テ皆「ボイダン」ノ影響ヲ受ケタルモノニ非ラサルハ無シ

然ルニ又一方ニ於テハ古代「ゲルマン」ノ固有ノ觀念タル國家ニ於ケル總テノ權力

ハ國民ニ其源ヲ發ストイフ思想ノ影響ノ下ニ於テ第十七世紀及ヒ第十八世紀ノ自然法學者ニ依リテ主權ハ國民ニ屬セサルヘカラストスルノ思想ヲ生シ「ボイダン」及ヒ其一派ノ極端ナル君主主權說ニ對シテ又極端ナル國民主權カ盛ニ唱ヘラル、ニ至レリ其最モ極端ナル代表者ハ佛國ノ「ルソー」ニシテ而シテ佛國大革命ハ之ヲ實際ニ舉行シタルモノナリ

君主主權說及ヒ國民主權說カ政治歴史ノ實際ニ及ホシタル影響ノ大ナルコトハ右述フルカ如シ主權ノ觀念ノ沿革ヲ論スルニ於テハ此ノ歷史上ノ事實ヲ度外ニスルコトヲ得ス然レトモ主權トイフ語ハ其本來ノ意義ニ於テハ國家ノ權力カ國家以外ノ他ノ權力ニ依リテ制抑セラレサルノ性質ヲ言ヒ表ハスカ爲メニ用キラレタルナリ即チ國家ノ權力其物ニ屬スル一ノ屬性ナリ君主主權說トイヒ又ハ國民主權說トイフハ之ニ反シテ國家内ニ於テ何人カ最高ノ權力ヲ有スヘキカノ問題ナリ一ハ國家ノ權力ノ性質ノ問題ニシテ一ハ國家内ニ於ケル權力ノ所在ノ問題ナリ二者全ク關係ナキ別個ノ問題タリ不幸ニシテ「ボイダン」ハ此ノ二ノ問題ヲ混同シ而シテ此ノ混同ハ第十七世紀及ヒ第十八世紀ヲ通シテ行ハレ其混同ノ儘

ニ於テ歴史上偉大ノ影響ヲ及ホスニ至リタルナリ
 始メテ此ノ混同ノ誤ヲ正シ真正ナル主權ノ觀念ヲ了解スルニ至リシハ第十九世紀ノ學者ニ依リテナリ殊ニ獨逸ノ國法學者アルブレヒト及ヒ「ゲルバー」ハ公法學上ノ他ノ諸種ノ問題ニ於ケルト同シク此ノ點ニ於テモ亦之カ創見ノ效ヲ荷フヘキ者ナリ君主主權說トイヒ國民主權說トイフハ政治上ノ主義ノ問題ニシテ主權ノ本來ノ觀念トハ何等ノ關係ナキ別問題ナリ政治上ノ主義トシテモ君主主權又ハ國民主權ハ何レモ必スシモ絶對ノ真理ニ非ス各國特殊ノ歴史ト國民ノ政治事情トニ依リテ決スヘキ問題ナリ其本來ノ觀念ニ於テハ主權トハ國家ノ權力ノ屬性タルニ外ナラサルコトヲ明カニスルコトヲ得タルナリ

第二款 主權ノ觀念

第一 主權ノ三種ノ意義

以上簡單ニ述ヘタルカ如キ主權ノ觀念ノ沿革ニ於テ主權トイフ語ハ三種ノ異リタル意義ニ用キラレ此等ノ三種ノ意義カ常ニ相混同セラレタルコトヲ知ルヘシ國家ノ權力ノ屬性トシテノ主權ノ觀念ト國家内ニ於ケル最高機關ノ地位

ノ問題トシテノ主權トカ相混同セラレタルコトハ既ニ之ヲ述ヘタリ此外又一方ニ於テハ主權トイフ語ハ國家ノ權力即チ統治權其物ト相混同セラレタリ

第一ノ意義ニ於ケル主權ハ國權ノ一ノ屬性ナリ此ノ意義ニ於テノ主權ハ後ニ之ヲ詳論ス是レ本來ノ觀念ナリ

第二ノ意義ニ於テハ主權ハ國家ノ最高機關ノ地位ヲ意味スルカ爲メニ用キラル蓋シ主權ノ觀念ノ始メテ發生シタル時代ニ於テハ抽象ナル國家ノ觀念ハ未タ理解セラル、ニ至ラス國家ノ權力カ他ノ權力ニ依リテ抑制セラレサル獨立最高ノ權力ナラサルヘカラサルコトヲ論スルニ於テモ此ノ權力ノ主體ハ抽象ナル國家ニ屬スルモノナリトハ思考スルヲ得ス直ニ君主カ其權力ノ主體タリト爲シタルナリ

第三ノ意義ニ於テハ主權ハ又統治權ト同一ノ意義ニ用キラル是レ「ボイダン」ノ既ニ誤用シタル所ニシテ彼ハ主權ヲ以テ一定ノ内容ヲ有スル權力ナリト爲シ立法權、條約權、宣戰媾和權ノ如キ特定ノ作用ハ必ス主權ニ包含セララルヘキ者ト爲セリ是レ第一ノ意義トハ全ク異レルモノニシテ其本來ノ意義ハ只何人ヨリ

モ制限セラレズトイフ消極的ノ意義ニ過キス一定ノ内容ヲ有スルモノニ非ス一定ノ内容ヲ有スルハ統治權ニシテ主權ニ非ス立法ヲ爲シ條約ヲ結ヒ宣戰媾和ヲ爲スハ統治權ノ作用ニシテ主權ノ作用ニ非ス主權トハ活動ヲ爲シ得ヘキ權力ヲ意味スルモノニ非サレハナリ即チ此第二ノ意義ハ全ク主權ト統治權トヲ混同セルモノナリ

主權トイフ語カ此等三種ノ全ク異リタル意義ニ用キラル、コトハ歷史上ノ事實ナリ今日ニ於テモ諸國ノ公ノ文書ニ於テ主權トイフ語ハ常ニ此ノ種々ノ意義ニ用キラレ殊ニ佛及ヒ英國ノ國語ニ於テハ主權トイフ語ノ外ニ統治權ニ相當スヘキ語ナキヲ以テ統治權トイフノ意義ニ於テ常ニ主權ノ語ヲ用フ諸國ノ憲法又ハ法律ノ用語ニ於テモ亦或ハ主權ハ國民ニ屬ストイヒ或ハ君主カ主權者ナリトイフカ如キ用語ハ極メテ普通ニ用キラル、ノ語ナリ此ノ如キ歷史上ノ事實ハ學術ノ力ニ依リテ俄ニ之ヲ排斥スルコトヲ得ヘキニ非ラス然レトモ學術上ノ觀念トシテ主權ヲ論スルニ於テハ吾人ハ精密ニ此ノ三種ノ意義ヲ區別シ其ノ混同ヲ避ケサル可カラス而シテ真正ノ學術上ノ觀念ニ於テハ主權ハ

唯此ノ第一ノ意義ニ於テノミ解スヘキモノナリ

第二 真正ノ意義ニ於ケル主權ノ觀念

主權トハ國家ノ權力ノ最高且ツ獨立ナル性質ヲ云フ最高トハ國家ノ内部ニ於テ國家ノ領土内ニ存在スル總テノ個人又ハ團體カ皆國家ノ權力ニ服従スルヲ要スルヲイヒ獨立トハ外部ニ對シ國家カ國家以外ノ他ノ權力ニ依リテ制限セラレサルコトヲイフ
最高トハ内部ニ對スル關係ヲイヒ獨立トハ主トシテ外部ニ對スル關係ヲイフ此ノ故ニ學者ハ或ハ主權ヲ分チテ對内主權又ハ國法上ノ主權ト對外主權又ハ國際法上ノ主權トノ二種トナスモノアリト雖モ是レ同一ノ最高權力ノ二個ノ方面ヲ意味スルモノニ過キスシテ二個ノ別々ノ權力ノ存在スルニ非ラス二ノモノハ互ニ離ルヘカラサル一體ヲ爲スモノナリ
主權ノ性質ハ此ノ二ヲ以テ盡ク舊來ノ主權說ニ於テハ此ノ外ニ尙ホ主權ノ第三ノ性質トシテ主權ノ萬能性ヲ舉クルヲ例トセリ即チ主權ハ法律ニ依リテモ制限セラレス全ク無制限ナル絕對ノ權力ニシテ自己ノ欲スル所ニ依リ如何ナ

ルコトヲモ爲シ得ヘキ力ナリ假令制限ヲ受クルトスルモ其ハ事實上ノ制限ニ止マリ決シテ法律上ノ制限タルコト能ハスト爲スナリ然レトモ若シ主權ヲ以テ法律上如何ナルコトヲモ爲シ得ヘキ力ナリトナサハ國家ハ全ク凡テノ法律ヲ廢止スルコトヲモ爲シ得サルヘカラス然レトモ全ク法律ヲ有セサル國家ハ無政府國ニシテ國家自身ノ生存ヲ破壞スルモノナリ如何ナル憲法ヲ有スヘキカハ國家ノ任意ナリト雖モ憲法ヲ有スルト否トハ其任意ニ非ス國家ハ必ラス何レカノ憲法ヲ有セサル可カラサルナリ全ク憲法ヲ有セサル國家ハ之ヲ想像スルコトヲ得ス然レトモ若シ國家ニシテ必ラス憲法ヲ有セサル可カラストセハ國家ノ權力ノ絶對ニ無制限ナルコトハ既ニ否認セラレタルモノナリ主權ヲ以テ無制限ナリトイフハ唯自己以外ノ他ノ權力ニ依リテ制限セラル、コト無シトイフノ意味ニ於テ言フヲ得ヘキノミ主權ヲ有スル國家ハ自己以上ニ何等ノ權力ヲモ有セス自己ノ意思ニ基クニ非ラスシテ他ノ權力ニ依リテ法律上ノ制限ヲ受クルコトハ主權ノ性質ト相容レサルモノナリ假令自己ノ意思ニ基カサル制限ヲ受クルコトアルモ是レ單ニ事實上ノ制限ニシテ法律上ノ制

限ニ非ラス然レトモ自己ノ意思ニ依リテ自ラ制限ヲ加フルコトハ毫モ主權ト相矛盾スルコトナク而シテ其ノ制限ハ單ニ事實上ノ制限ニ止マラスシテ法律上ノ制限タルナリ國家ハ管ニ國際法ノ制限ヲ受クルノミナラス國內ニ於テモ亦其ノ自ラ定ムル所ノ法律ニ依リテ制限セラル總テ國法ハ臣民ヲ羈束スルト同時ニ又國權ヲ拘束スルモノニシテ國權ハ唯其法律ノ下ニ於テノミ活動スルコトヲ得國家カ法律ヲ制定スルハ一面ニハ臣民ニ對スル法則ヲ定ムルモノナルト共ニ一面ニハ國家ノ機關ニ對シテ此ノ法則ニ違ツテ統治權ヲ行フヘキコトヲ命スルナリ凡テノ國法ハ皆此雙面的ノ拘束力ヲ有スルナリ此故ニ主權ハ無制限ナル絶對ノ權力ニハ非ラス主權トハ唯國權カ自ラ自己ニ制限ヲ加フルノ外他ノ力ニ因リテ制限セラレサルノ性質ヲ云ヒ現ハスニ外ナラス之ヲ詳言スレハ主權ノ特質ハ二ツノ方向ニ於テ現ハル其消極的ノ方面ニ於テハ國家カ自己ノ意思ニ基クノ外他ノ力ニヨリテ法律上ノ制限ヲ受クルコトナキコトニ於テ現ハル事實上ノ制限ハ固ヨリ存在スルコトヲ得ヘシト雖モ之ヲシテ法律上ノ制限タラシムルニハ必ス自己ノ意思ニ基クモノナルコトヲ

下行主權ハ絶對
 権力ニ依リテ
 自己ノ意思ニ
 依リテ自ラ
 制限ヲ加フル
 コトヲ得
 國家カ法律
 ヲ制定スル
 ハ一面ニハ
 臣民ニ對ス
 ル法則ヲ定
 ムルモノナ
 ルト共ニ一
 面ニハ國家
 ノ機關ニ對
 シテ此ノ法
 則ニ違ツテ
 統治權ヲ行
 フヘキコト
 ヲ命スルナ
 リ凡テノ國
 法ハ皆此雙
 面的ノ拘束
 力ヲ有スル
 ナリ此故ニ
 主權ハ無制
 限ナル絶對
 ノ權力ニハ
 非ラス主權
 トハ唯國權
 カ自ラ自己
 ニ制限ヲ加
 フルノ外他
 ノ力ニ因リ
 テ制限セラ
 レサルノ性
 質ヲ云ヒ現
 ハスニ外ナ
 ラス之ヲ詳
 言スレハ主
 權ノ特質ハ
 二ツノ方向
 ニ於テ現ハ
 ル其消極的
 ノ方面ニ於
 テハ國家カ
 自己ノ意思
 ニ基クノ外
 他ノ力ニヨ
 リテ法律上
 ノ制限ヲ受
 クルコトナ
 キコトニ於
 テ現ハル事
 實上ノ制限
 ハ固ヨリ存
 在スルコト
 ヲ得ヘシト
 雖モ之ヲシ
 テ法律上ノ
 制限タラシ
 ムルニハ必
 ス自己ノ意
 思ニ基クモ
 ノナルコト
 ヲ

お地帯の事
ナレド、然るに
例作の事
華の事
使の事
元高の事
防の事
と於て同日
直の事
の事
不の事
の事
の事

要ス其積極的ノ方面ニ於テハ國家カ自己ノ任意ニ因リ自己及ヒ國內ノ凡テノ
人民ヲ羈束スヘキ如何ナル制限ヲモ加ヘ得ヘキコトニ於テ現ハル
國家カ國際法ノ拘束ヲ受クルコトモ亦國家ノ主權ヲ妨クルモノニ非ラス近世
ノ文明國ハ相共同シテ國際團體ヲ爲シ而シテ國際團體ニ入レル以上ハ國家ハ
國際法ノ規定ニ遵由スルコトヲ要シ自己ノ意思ヲ以テ其束縛ヲ脱スルコトヲ
得スト雖モ是レ亦國家カ自己以外ノ他ノ權力ニ服從スルモノニ非ラス國際法
ノ性質ヲ論スルハ茲ニ述フヘキ範圍ニ屬セスト雖モ少ナクモ國際法ハ國家
以上ニ立テル世界的權力ニ依リテ制定セラレタル法律ニアラサルコトハ明瞭
ナリ國家ハ固ヨリ國際法ヲ遵奉スルコトヲ要スト雖モ國際法ハ決シテ國家以
上ノ權力ニ依リテ國家ヲ束縛スルモノニアラス總テノ法ハ共同生活ノ法則ナ
ルカ故ニ國際法モ亦多數ノ國家ノ共同生活ヲ其前提トスルモノナルハ勿論ナ
レモト此共同生活ハ決シテ國家以上ニ立テル世界的ノ權力團體ヲ構成スルモ
ノニアラス凡テノ國際法ハ皆國家自身ノ任意ノ承諾ニ因リテ成立スルモノナ
リ國家自身ノ意思ニ基ク外國國際法ヲ淵源ヲ求ムルコトヲ得ス從ツテ國家カ國

釋の事
の事

際法ニ遵依スルコトヲ要スルモ亦國家カ自己ノ意思ニ依リテ自ラ制限ヲ加フ
ルモノニ外ナラサルナリ

第三款 主權ハ國家ノ要素ニ非ス

國家ハ其ノ最モ普通ナル形態ニ於テハ單一國ニシテ而シテ凡テノ單一國ハ皆主
權國ナリ單一國ハ少ナクトモ近世ノ狀態ニ於テハ自己以上ノ權力ヲ有スルコト
ナク其權力ハ内部ニ於テハ最高ニシテ外部ニ對シテハ獨立ナルモノナリ主權ハ
斯クノ如ク國家ニ屬スル普通性ナルカ故ニ舊時ノ自然法學者ハ主權ヲ以テ國家
ノ必要性ト爲シ主權ヲ有スル者ニアラサレハ國家タルヲ得サルモノトセリ此思
想ハ今日ニ於テモ尙ホ其影響ヲ存シテ今日ノ學者ノ中ニモ主權ハ國家ノ要素ナ
リト爲スモノ少ナカラス然レトモ若シ主權ヲ以テ國家ノ要素ナリトセハ今日ノ
政治上ノ實際ハ全ク之ヲ説明スル能ハサルノ結果ヲ生ス就中近世ノ聯邦國ニ於
テハ若シ主權ヲ以テ國家ノ要素ト爲ストキハ其結果ハ或ハ聯邦國ノ存在ヲ否認
シテ聯邦國ハ單一獨立ナル主權國ノ國際上ノ同盟ナリトスルカ然ラサレハ聯邦
國內ノ各支分國ノ國家タル性質ヲ全ク否認シテ聯邦内ノ各國ハ單一國家内ノ

地方團體ニ過キスト爲スカノ二途ニ出テザルヘカラス然レトモ此何レノ解答ヲ探リテモ其政治上ノ實際ニ矛盾シ歷史上ノ沿革ヲ無視スルモノナルコトハ極メテ明瞭ナルカ故ニ今日ノ多數ノ學者ハ主權ハ國家ノ要素ニアラスト爲スコトニ於テ相一致セリ

主權カ國家ノ要素ニアラサルコトハ主權說ノ始メテ發生シタル中世ノ國家狀態ヲ觀察スルニヨリテ已ニ明瞭ナリ歐洲ニ於ケル中世ノ國家カ決シテ最高獨立ノ權力ヲ有シタルモノニアラス外部ニ向テハ寺院及ヒ羅馬皇帝ノ權力ニ依リテ制抑セラレ内ニ向テハ諸侯及ヒ市府ノ權力ニ依リテ對抗セラレタルコトハ已ニ述ヘタルカ如シ中世ノ國家ハ主權ヲ有セサルモノナリキ而モ是等ノ國家カ尙ホ國家タル性質ヲ備ヘタルコトハ何人モ疑ハサリシ所ナリ中世ノ歴史ニ於テ已ニ斯クノ如ク而シテ近世ノ國家現象ニ於テモ主權ヲ有セスシテ而モ國家ト看做サルモノアリトセハ社會現象ノ學問タル法學ハ此現象ヲ度外ニスルヲ得サルハ言フヲ俟タサル所ナリ

スコトヲ要ス一ハ主權國ニシテ一ハ非主權國ナリ非主權國トハ最高獨立ノ權力ヲ有セス自己以上ノ他ノ權力ニ依リテ支配セラル、國家ヲ云フナリ就中聯邦國內ノ各支分國ハ非主權國ノ最モ顯著ナル實例ナリ

然レトモ是ニ依リテ更ニ左ノ問題ヲ生ス曰ク非主權國ト通常ノ地方團體即チ國家ノ權力ニ服從シテ而シテ國家タル性質ヲ有セサル領土團體トヲ區別スヘキ標準ハ何クニアルヤノ問題ナリ是レ次節ニ於テ論スヘキ問題ナリ

第四節 統治權ノ原始性(非主權國ト地方團體トノ區別)

非主權國ト地方團體トノ區別セラルヘキ正確ナル標準如何ハ學者ノ説明ノ最モ一致セサル問題ノ一ナリ或學者ハ國家ハ自己ノ統治權ヲ有スルニ反シテ地方團體ハ統治權ヲ有セス地方團體ノ行フ所ハ自己ノ權利ニ非ラスシテ國家ノ權利ナリトイフニ依リテ之ヲ區別セントスル者アリ然レトモ地方團體ノ統治權ハ固ヨリ國家ヨリ授ケラレタルモノナリト雖モ其既ニ授ケラレタル以上ハ地方團體自身ノ權利ニシテ國家ノ權利ニアラス地方團體ハ單ニ國家ノ機關トシテ國家ノ統

治權ヲ行フモノニ非ラスシテ獨立ノ人格トシテ自己ノ名ニ於テ自己ノ統治權ヲ行フモノナリ他ノ學者ハ又其目的ニヨリテ國家ト地方團體トノ區別ヲ説明セント欲シ國家ノ目的ハ廣クシテ及ハサル所ナキニ反シ地方團體ノ目的ハ唯地方的利害ノ範圍ニ限ルト云フニヨリテ之ヲ説明セントスル者アリ然レトモ聯邦國內ノ各國ハ其目的ニ於テ制限セラル、モノニシテ決シテ廣クシテ及ハサル所ナキモノニアラス一ニ學者ハ又國際上ニ人格ヲ認メラル、ト否トニ依リテ之カ區別ヲ認メントルモノアリト雖モ國際上ノ人格ハ國家タル性質ニ伴フ結果ニシテ其原因ニアラス國家タルカ故ニ國際上ニ人格ヲ認メラル、モノニシテ國際上人格アルカ故ニ國家タルニアラス

非主權國ト地方團體トノ區別ハ唯其統治權ノ原來のナルト傳來的ナルトニ依ルノ外之ヲ求ムルニ由ナシ國家ノ統治權ハ原始的ノ權力ナリ何人ヨリモ授ケラレタルモノニアラス自己固有ノ權力トシテ之ヲ有スルモノナリ地方團體ノ統治權ハ只國家ヨリ授ケラレタルモノニシテ國家ノ特許ノ下ニ於テノミ之ヲ享有スルモノナリ是レ二者ノ唯一ノ差異ノ存スル所ナリ然レトモ統治權カ原始的ナルト

傳來的ナルトハ如何ナル外形上ノ標準ニ依リ之ヲ區別スルヲ得ヘキカ如何ナル權力ハ原來ノ統治權ニシテ如何ナル權力カ傳來ノ統治權ナルカ之ヲ區別スヘキ標準ハ何所ニ在ルカ是レ次ニ論スル困難ナル問題ナリ

此ノ問題ニ關シテハ「ゲマイヤ」ノ論セル處大體ニ於テ其ノ當ヲ得タルカ如シ「エリネツク」モ大體ニ於テ之ニ同意ス其說ニ據レハ統治權ノ原始的ナルコトハ左ノ二ノ特徴ニ依リテ之ヲ區別スルヲ得ヘシ

一 自己ノ法律ヲ以テ自己ノ組織ヲ定ムルヲ得ルコト

二 自己ノ法律ヲ以テ或ル範圍ニ於テノ政務ヲ任意ニ執行スルヲ得ルコト

一 自ら自己ノ組織ヲ定ムルノ權ヲ有スルコトハ國家ト地方團體トヲ區別スヘキ第一ノ特徴ナリ若シ團體ニシテ他ノ權力ニ依リテ其組織ヲ定メラレ隨テ其ノ組織法カ自己ノ法律ニ非ラスシテ他ノ權力ニ基ク法律ナルトキハ其團體ハ國家ニ非ラスシテ國家ノ一分子タル地方團體ナリ

蓋シ地方團體ハ國家カ之ヲ認ムルニ依リテ始メテ其存在ヲ得地方團體ノ存立ハ國家ノ意思ニ繫カレルナリ其結果トシテ其構成組織モ亦國家ノ定ムル所ナ

ラサル可カラス何トナレハ構成法ハ以テ團體ノ成立ヲ得セシムル所以ナレハ
 ナリ國家ハ之ニ反シテ他ノ權力ノ特許ノ下ニ其存在ヲ享有スルモノニ非ラス
 其ノ權力ハ原始的ノ權力ナリ其生存ハ原始的ノ生存ナリ自己ノ意思ノ外其ノ
 存立ノ繫カレルモノ無シ固ヨリ國家ト雖モ其ノ發生ノ原因ヨリ言ハ、他ノ意
 思ニ基イテ成立スルコトアリ就中聯邦國ハ概ネ皆其ノ聯邦ヲ組織スル各國間
 ノ條約ニ依リテ之ヲ成立スルナリ獨逸帝國米合衆國ノ如キ皆然ラサル無シ然
 レトモ此等ノ場合ニ於テモ其ノ一タヒ成立シタル上ハ最早他ノ意思ノ下ニ其
 ノ存在ヲ保持スルモノニ非ラスシテ專ラ自己ノ意思ニ依リテ存立スルナリ自
 己ノ意思ニ依リテ存立スルモノハ又自己ノ意思ニ依リテ其組織構成ヲ定ムル
 モノナラサル可カラス此故ニ國家ハ必ラス自己ノ憲法ヲ有ス自己ノ憲法ヲ有
 セサルモノハ國家ニ非ラサルナリ

國家ニ非ラサル團體ノ組織法カ常ニ國家ノ法律ニ依リテ定マルコトハ普通ノ
 地方自治團體ニ於テ最モ明瞭ナリ市町村制縣制ノ如キ地方自治團體ノ構成ヲ
 定ムル法則ハ常ニ國家ノ法律ナリ然レトモ管ニ地方自治體ノミナラス例之英

國ニ於テハ加奈陀濠太利亞ノ如キ最モ廣キ範圍ニ於テ自主權ヲ認ミラル、屬
 領地ニ於テモ其ノ構成ヲ定ムル所ノ法規ハ加奈陀濠洲ノ法律ニハ非ラスシテ
 英國政府ノ法律ナリ英國ノ國會ハ何時ニテモ之ヲ改廢スルコトヲ得

之ニ反シテ獨逸帝國內ノ各支分國ハ專ラ自己ノ意思ニノミ基キテ自己ノ組織
 ヲ定ムルヲ得其國ノ憲法ハ各支分國ノ法律ニシテ帝國ノ法律ニ非ラス故ニ各
 支分國ハ國家ナリ之ト同シク又米合衆國內ノ各州及ヒ瑞西聯邦内ノ各州モ亦
 專ラ自己ノ法律ニ因リテ其構成ヲ定メ中央權力ノ意思ニ依リテ存立スルモノ
 ニ非ラサルカ故ニ又等シク國家ナリ時トシテハ聯邦國ノ憲法ニ於テ聯邦内各
 國ノ憲法ニ對シテ多少ノ制限ヲ加フルコトアリ例ヘハ瑞西聯邦ノ憲法中聯邦
 内各邦ノ憲法ハ必ラス共和政體ヲ取ルヘキコトヲ規定セルカ如キ其例ナリ然
 レトモ此ノ如キ制限アル場合ニ於テ其ノ憲法ハ尙專ラ各支分國ノ法律ニシテ
 聯邦國ノ法律ニ非ラス

二 少クトモ一定ノ範圍ニ於テハ任意ニ自己ノ政務ヲ執行スルヲ得ルコトハ國
 家ノ第二ノ特徴ナリ地方團體ト雖モ頗ル廣キ範圍ニ於テ自治權ヲ有スルコト

アリ其範圍内ニ於テハ自ラ自己ノ條例ヲ定ムルコトヲ得其ノ範圍ノ廣キト狹キトヲ以テハ國家ト國家ニ非ラサル團體トヲ區別スルコトヲ得ス然レトモ地方團體ノ自治權ハ唯國家ノ下ニ於テノミ存在スルモノニシテ原始的ノ權利ニ非ラサルカ故ニ國家ハ何時ニテモ自己ノ法律ヲ以テ其ノ範圍ニ侵入スルヲ得ハク地方團體ノ條例ハ如何ナル場合ニ於テモ國家ノ法律ニ抵觸スルコトヲ得ス國家ノ監督權ハ地方團體ノ自治權ニハ必ラス伴フヘキ必要ノ原素ナリ之ニ反シテ國家ノ統治權ハ原始的ナリ隨テ一定ノ範圍ニ於テハ全ク他ノ干涉ヲ受クルコトナクシテ自ラ之ヲ執行スルノ權ヲ有ス其範圍内ニ於テハ聯邦ノ中央權力モ亦之ニ對スル監督權ヲ有セス又自己ノ單獨ノ意思ヲ以テ其範圍ヲ伸縮スルヲ得ヘキニ非ラス

第三章 國家ノ機關

第一節 國家機關ノ法律上ノ性質

國家ハ無形ノ團體ナルカ故ニ心理上ノ意思能力ヲ有スルモノニ非ス心理上ノ意思能力ヲ有スルモノハ唯自然人ノミ故ニ國家カ意思能力ヲ有スルカ爲メニハ自

然人カ國家ノ名ニ於テ國家ノ爲メニ其ノ意思ヲ表示スルモノ有ラサルヘカラス國家ノ意思ハ即チ此自然人ノ意思ナリ自然人又ハ自然人ノ集合ニシテ其ノ一人ノ意思又ハ其ノ集合的意思カ法律上ニ國家ノ意思ト看做サル、モノヲ稱シテ國家ノ機關トイフ

機關トイフ觀念ハ人格トイフ觀念ト相反スルモノナリ機關ハ固ヨリ人ヨリ成レトモ此等ノ人ハ機關トシテハ人格ヲ有スルモノニ非ラス人格トイフトキハ自己ノ生存目的ヲ有スルコトヲ前提トス人格ハ獨立ノ生存目的ノ主體ナリ自己ノ生存目的ノ爲メニ自己ノ權利ヲ主張ス即チ人格トハ權利ノ主體ナリ機關ハ之ニ反シテ自己ノ生存目的ヲ有セス從テ又自己ノ權利ヲ有セス國家ノ機關ハ國家ノ爲メニ存シ國家ノ權利ヲ行フモノナリ國家機關ノ意思ハ即チ國家ノ意思タリ此ノ故ニ機關ノ地位ニ當レル個人ト機關其モノトハ嚴重ニ區別シテ思考スルコトヲ要ス機關ノ地位ニ當レル個人ハ國家ニ對シテモ人格タリ權利ヲ有シ義務ヲ負フノ主體ナリ官吏カ俸給ヲ受クルノ權利ヲ有シ官吏タルノ地位ヲ認メラルノ權利ヲ有スルハ官吏カ個人トシテ國家ニ對シテ有スル所ノ權利ナリ議員カ議

場ニ列ルノ權ヲ有シ歳費ヲ受クルノ權ヲ有スルハ議員カ個人トシテ國家ニ對スル權利ナリ然レトモ官吏カ國家ヲ代表シテ人民ニ命令シ租稅ヲ徵收シ兵役義務ヲ課スルハ官吏自身ノ權利ニ非ラス國家ノ權利ナリ議員ガ法律案ヲ議決シ豫算ニ協賛スルモ亦議員自身ノ權利ニハ非ラスシテ國家ノ權利ヲ行ヘルナリ之ト同シク君主モ亦個人トシテハ固ヨリ人格タリト雖モ國家ノ機關トシテハ自己ノ權利ヲ行フニ非ラスシテ國家ノ爲メニ國家ノ統治權ヲ行フナリ皇室經費ヲ受クルノ權利君主ノ地位ニ就クノ權利ハ君主カ人格トシテ有スル權利ナリト雖モ統治權ハ君主ノ一身ニ屬スル權利ニ非ラス

國家ト機關トノ關係ハ民法上ノ代理關係トハ同シカラス代理人ト本人トハ常ニ二個ノ人格ナリ國家ト機關トハ之ニ反シテ二ノ人格ニ非ラス國家ノ人格ト機關ノ人格トノ二個ノ人格アリテ其間ニ委任又ハ代理ノ如キ或ル法律上ノ關係ヲ有スルニ非ラス國家ト機關トハ相共ニ一體ヲ爲セルナリ機關アリテ國家ハ始メテ團體的人格トシテ存在ス機關ヲ離レテ國家ヲ團體トシテ思考スルコトヲ得サルナリ

君主カ國家ノ機關ナリトイフコトハ國家カ統一の團體ナルコトヨリ生スル論理上ノ當然ノ結果ナリ國家カ統一の團體タル性質ヲ有スルコトハ必スシモ凡テノ時代ニ通スル真理ニハ非ラス中世ノ國家ニ於テハ國家ハ實際ニ於テ統一の性質ヲ有セス此時代ニ於テハ君主ハ國家ノ機關ニハ非ラスシテ自ラ權利ノ主體トシテ土地人民ヲ領有シ國民ハ又階級的ノ團結ヲ爲シテ以テ君主ト相對スル權利義務ノ主體タリ君主ト國民ノ團結トハ互ニ相戰爭ヲ爲シ條約ヲ締結ス法律ハ君主ト國民トノ共同ノ行爲ニハ非ラスシテ互ニ相對スル權利主體トシテノ契約ナリキ近世ノ國家ハ全ク之ト異ナリ國家ハ君主ト國民トノ相對立セル關係ニハ非ラス君主モ議會モ皆國家トイフ共同ノ目的ヲ達スルカ爲メニ存スルモノニシテ中世ノ國家ノ如ク君主ハ自己ノ獨立ノ目的ヲ有シ議會ハ又之ト相反スル獨立ノ目的ヲ有スルカ如キモノニ非ラス法律ハ君主ト議會トノ約束ニ非ラスシテ國家ノ意思ヲ作成スルカ爲メニ共同ノ目的ニ向テ共ニ意思ヲ發表スルナリ若シ近世ノ國家ニ於テモ君主ハ國家ノ機關ニ非ラス自ラ權利主體タリリイハ、國家ノ統一の團體タルノ性質ヲ破壞スルモノナリ

國家ノ統治ノ繼續モ亦唯機關ト人格トヲ分離スルニ依リテノミ説明スルコトヲ得若シ機關ノ權限ヲ以テ其人ニ屬スル固有ノ權利ナリト爲サハ其人ノ死亡ニ因リテ其權利モ亦當然消滅セサル可ラス隨テ又其人ノ定メタル法律其人ノ發シタル命令ハ其人ノ死亡ト共ニ當然消滅スヘシ其然ラスシテ人ノ死亡又ハ更迭ニ拘ラス繼續スル所以ハ法律ハ其人格ノ意思ニ非ラスシテ國家ノ意思タリ其凡テノ行爲ハ其人格ノ行爲ニ非ラスシテ國家ノ行爲ナルニ因ル國家ノ行爲ナルカ故ニ國家ニシテ永續スル限リハ永續シテ其效力ヲ有スルナリ統治ノ繼續ハ唯之ニ依リテ説明スルコトヲ得若シ之ニ反シテ君主カ統治權ノ主體タリ君主カ個人トシテ統治權ヲ有スルモノナリトセハ君主ノ更迭ニ伴ヒテ前ノ權利ハ消滅シテ新ナル權利ヲ發生シ從テ後ノ君主カ如何ニシテ前ノ君主ノ發シタル憲法及ヒ法律ニ依リテ拘束セラレ前ノ君主ノ任命シタル官吏カ如何ニシテ後ノ君主ノ下ニ於テモ官吏トシテ繼續スヘキカノ理由ヲ説明スルコト能ハサルヘキナリ

第二節 國家機關ノ種類

國家ノ機關ハ上ハ君主ヨリ下ハ最下級ノ地方官應ニ至ル迄皆然ラサルモノナシ

然レトモ其法律上ノ地位ニ於テ國家ノ機關ニハ全ク異ナリタルニ大種類ヲ區別スルコトヲ要ス一ハ之ヲ直接機關ト云ヒ一ハ之ヲ間接機關ト云フ直接機關トハ其機關タル地位カ直接ニ國家ノ構成法即チ憲法ニ依リテ定マリ何人ニ依リテモ其權限ヲ授ケラレタルモノニ非ラス又何人ニ對シテモ服務ノ義務ヲ負ハサルモノヲイフ直接機關ハ以テ國家ノ組織ヲ定ムル所以ニシテ直接機關ノ消滅ハ或ハ國家ヲシテ滅亡セシムルカ然ラサルモ國體ヲ變更シ國家ノ革命ヲ來スモノナリ之ニ反シテ間接機關トハ直接ニ憲法ニ依リテ其機關タル地位カ定マレルニ非スシテ直接機關ノ委任ニ因リテ其權限ヲ授ケラル、モノヲ云フ直接機關ハ如何ナル場合ニ於テモ他ノ機關ノ監督命令ノ下ニ服スルコトナキニ反シテ間接機關ハ常ニ直接機關ノ監督ノ下ニ服シ之ニ對シテ服務ノ義務ヲ負擔スルモノナリ

第一 直接機關ノ種類

直接機關ハ又種々ノ類別ヲ爲スコトヲ得其最重要ナルモノハ左ノ數種ナリ

一 獨任機關及ヒ合議機關 直接機關ハ或ハ一人ヲ以テ之ヲ組織スルコトアリ君主國ニ於ケル君主ハ即チ是ナリ此ノ場合ニ於テハ其一人ノ意思カ直ニ

國家ノ意思トナル或ハ之ニ反シテ多數ノ自然人ヨリ成レル合議體カ直接機關タルコトアリ代議制度ヲ認メタル國ニ於ケル議會ハ其最モ顯著ナルモノナリ合議機關ニ於テハ其多數人ノ意思ヲ結合シテ之ヲ統一ノ意思ト爲スヘキ法律上ノ手續ヲ存スルヲ要ス此ハ法律上ノ手續ヲ經ルニ依リテ始メテ國家ノ意思カ作成セラル合議機關ノ意思ヲ統一スル法律上ノ手續ハ通常多數決ナリ

二 作成機關ト被作成機關 直接機關ハ或ハ他人ノ行爲ニ由リテ其機關タル地位ヲ取得スルニ非スシテ或ル法律事實ノ發生ニ由リテ法ノ定ムル所ニ從テ直接ニ機關タル地位ヲ得ルモノナルコトアリ例ヘハ世襲君主國ニ於テ前君主ノ崩御ニ由リ王位繼承ノ順位ニ當レル者カ當然新ナル君主ノ地位ニ即クカ如キハ其例ナリ此ノ場合ニ於テハ作成機關ナルモノヲ存セス或ハ之ニ反シテ法律ノ規定ニ由リテ直接ニ機關タル地位ヲ得ルニ非ス他人ノ法律上ノ行爲ニ由リテ始メテ其地位ヲ取得スルモノナルコトアリ選舉ニ由リテ就職スル合議機關ハ皆此後ノ種類ニ屬スルモノナリ此ノ如ク直接機關カ選舉又

ハ其他ノ作成行爲ニ由リテ其地位ヲ取得スル場合ニ於テハ其地位ヲ作成スル自然人又ハ自然人ノ集合ハ其レ自身又一ツノ國家機關ニシテ斯クノ如キ機關ヲ稱シテ作成機關ト云ヒ其作成行爲ニ由リテ其地位ヲ取得スル所ノ機關ハ之ヲ被作成機關ト云フ直接機關ヲ作成スル機關ハ其レ自身又一ノ直接機關ナリ故ニ議會ノ議員ヲ選舉スル選舉人ハ其全體ヲ以テ議會ノ作成機關タルモノニシテ即チ又國家ノ直接機關ナリ作成機關ト被作成機關トノ關係ハ原則トシテ作成行爲ノミニ止ルモノニシテ作成行爲ニシテ終リタル上ハ二ノ機關ハ全ク何等ノ關係ヲ有セサルヲ原則トス然レトモ場合ニ依リ作成機關ト被作成機關トハ更ニ代表機關ノ關係ヲ伴フコトアリ

三 代表機關 代表機關トハ國家ノ機關タルト同時ニ更ニ他ノ直接機關ヲ代表スルノ關係ニ在ルモノヲ云フ凡テ國家ノ機關ハ國家ヲ代表スルモノナリ所謂代表機關ハ國家ヲ代表スルト共ニ他ノ機關ヲ代表スルモノニシテ即チ國家ノ機關タルト共ニ又機關ノ機關タルモノナリ代表機關ノ意思ハ國家ノ意思タルト共ニ其代表スル所ノ第一機關ノ意思ト看做サル、ナリ代表機關

ノ最モ著ルシキ例ハ君主國ニ於ケル攝政ナリ攝政ハ君主ノ故障アル間君王ニ代リテ大權ヲ行フモノニシテ攝政ヲ置クノ間ハ君主ハ親ラ大權ヲ行フコトヲ得ス攝政ノミカ其權ヲ有スルナリ故ニ若シ實際ニ大權ヲ行フモノカ君主ナリトナサハ法律上ノ意義ニ於テハ攝政カ即チ君主ナラサル可カラス其ノ然ラサル所以ハ攝政カ君主ノ代表機關タリ君主ノ名ニ於テ大權ヲ行フモノナルニ因ル攝政ノ行爲カ法律上ニ君主ノ行爲ト看做サル、ヲ以テナリ攝政ノミナラス代議制度ヲ認ムル國ニ於ケル議會ハ又國民ノ代表機關タルモノナリ然レトモ議會カ法律上ノ意義ニ於テ國民ノ代表者タリトイフコトハ今日ノ普通ノ學說ノ認メサル所ナルヲ以テ此點ニ付テハ尙ホ議會ノ章ニ於テ詳述スル所アルヘシ

四 獨立機關及ヒ非獨立機關 獨立機關トハ自ラ直接ニ國家及ヒ國民ヲ拘束スヘキ意思ヲ發動シ得ヘキ機關ヲ云ヒ非獨立機關トハ斯ノ如キ力ヲ有セサルモノヲ云フ非獨立機關ハ自ラ命令權ヲ發動シ得ヘキモノニ非サレトモ獨立機關ノ意思ヲ制限スルノ力ヲ有ス即チ獨立機關ハ非獨立機關ノ同意ヲ得

ルニ非サレハ命令權ヲ行フコトヲ得ス又ハ既ニ命令權ヲ行ヒタル後事後ニ於テ非獨立機關ノ承諾ヲ必要トスルナリ非獨立機關ノ最著シキモノハ多數ノ立憲君主國ニ於ケル議會是レナリ議會ハ自ラ國民ニ對シテ命令權ヲ發動スルコトヲ得ルモノニ非ラス其權限ハ一ニ他ノ直接機關ヲ制限スルニ止ル

五 正常機關及ヒ非常機關 正常機關トハ國家ノ普通狀態ニ於テ直接機關ノ地位ニ當レルモノヲ云ヒ非常機關トハ例外ノ場合ニ於テ機關タル地位ニ即クモノヲ云フ非常機關ノ例ハ君主國ニ於ケル攝政ノ如キ是レナリ

第二 間接機關ノ種類

間接機關ニ付テモ亦直接機關ニ於ケルト略ホ同様ノ種類ヲ認ムルコトヲ得就中獨任機關ト合議機關トノ區別獨立機關ト非獨立機關トノ區別ハ間接機關ニ付テモ亦重要ノ區別ナリ

此ノ外間接機關ニ特有ナル一ノ重要ナル區別ハ必要機關ト任意機關トノ區別ナリ必要機關トハ憲法又ハ法律ニ依リ必ラス之ヲ設クルコトヲ必要トスルモノヲイヒ任意機關トハ之ヲ設クルト否トカ最高機關ノ任意ニ係ルモノヲイフ

必要機關ハ我國ニ於テハ就中大臣裁判所行政裁判所樞密顧問及ヒ會計検査院ナリ

第三節 國家ノ最高機關

國家ノ直接機關ハ或ハ唯一ナルコトアリ或ハ二以上ノ機關カ同時ニ直接機關タルコトアリ君主專制國ニ於テハ直接機關ハ唯君主アルノミニシテ此他ノ總ヘテノ機關ハ皆間接機關ナリ此場合ニ於テハ國家ノ機關ノ組織ハ極メテ單純ニシテ君主ハ其一身ヲ以テ統治權ヲ總攬シ其他ノ機關ハ皆君主ニ由リテ此權限ヲ授ケラレ君主ニ隸屬シテ其命令ノ下ニ於テ國家ノ統治權ヲ行使スルモノナリ二個ノ直接機關ノ存在スル場合ニ於テモ其一ノ機關カ他ノ機關ノ代表機關タル場合ニ於テハ代表機關ノ行爲ハ即チ其代表スル所ノ第一機關ノ行爲ト看做サル、モノナルカ故ニ尙ホ直接機關カ唯一ナル場合ト同一ニ看做スコトヲ得例之攝政カ君主ニ代リテ統治權ヲ行使スル場合ノ如シ

之ニ反シテ立憲國ニ於テハ常ニ二個以上ノ直接機關ヲ存セリ就中立憲君主國ニ於テハ君主ト議會トハ等シク國家ノ直接機關ナリ二個以上ノ直接機關カ互ニ代

表ノ關係ヲ有スルニ非スシテ同時ニ併ヒ存スル場合ニ於テハ國家機關ノ組織ハ前ノ場合ノ如ク單純ナラス此場合ニ於テハ君主ハ無制限ニ國家ノ統治權ノ全部ヲ總攬スルモノニ非ス舊時ノ自然法學者ノ影響ニ基キ今日ニ於テモ學者ハ總テノ國家ニハ必ラス統治權ノ全部ヲ總攬スヘキ唯一ノ機關ノ存スルモノアルヲ要スト主張スルヲ例トスト雖モ是レ必スンモ必要ナラス學者カ統治權ノ全部カ必ラス唯一ノ機關ニ歸屬セサル可カラスト主張スル論據ハ國家ノ權力ハ唯一不可分ノモノナルカ故ニ必ラス又唯一ノ機關ニ於テ之ヲ統一スルモノナラサル可カラス若シ國家ノ權力カ二個以上ノ獨立機關ニ分割セラルトスレハ國家ハ統一ヲ破壞スルモノナリ國家ノ機關ハ如何ニ多數ナリトスルモ總ヘテノ機關ノ權限ハ皆唯一ノ機關ニ此源ヲ發セサル可カラスト云フニアリ然レトモ國家ノ權力ノ統一ナルコトハ必スシモ此權力ノ全部カ唯一ノ機關ニ屬スルコトヲ必要トスルモノニ非ス假令二個以上ノ機關カ共同シア統治權ヲ行フコトアリトモ若シ此多數ノ機關ノ意思ヲ合一シテ唯一ノ意思ト爲スノ方法備ハラハ以テ國家ノ意思ノ統一ヲ妨クルコトナシ若シ統治權ノ全部カ必ラス唯一ノ機關ニ屬セサルヘカ

ラストセハ之ヲ極端ニ推理スレハ必ラス一人ノ意思ニ屬スルモノナルコトヲ要
 ス合議體ニ於テ統治權ヲ總攬スルコトモ亦國家ノ統一ヲ妨クルモノト云ハサル
 可カラス何トナレハ總ヘテノ合議體ハ多數ノ意思ヲ合一シテ以テ統一ノ意思
 ヲ作成スルモノナレハナリ此故ニ若シ唯一ノ機關カ必ラス統治權ヲ總攬ストイ
 ハ、其ノ論理上ノ結果ハ總ヘテノ國家ハ必ラス君主專制國タラサル可カラス共
 和國ニ於テ總國民又ハ議會カ統治權ヲ總攬スレハ國家ノ性質ニ反スルモノト看
 做サ、ル可カラサルニ至ル統治權ノ全部カ必ラス唯一ノ機關ニ屬セサル可カラ
 スト主張シナカラ而モ共和政體ヲ是認スルハ明白ナル理論ノ矛盾ナリ
 立憲君主國ニ於テハ君主ハ議會ノ同意アルニ非サレハ立法權ヲ行フコトヲ得ス
 議會ノ同意ハ立法ノ缺クヘカラサル要素ナリ而シテ議會ノ權限ハ君主ニ因リテ
 授ケラレタルモノニ非ス直接ニ國家ノ構成法ニ因リテ定マリ其權限ノ行使ニ於
 テモ亦決シテ君主ノ命令ノ下ニ立タス完全ナル獨立ノ意思ヲ以テ之ヲ行使スル
 モノナリ此故ニ立憲君主國ニ於テハ君主ハ其一身ヲ以テ統治權ノ全部ヲ總攬ス
 ルモノト云フコトヲ得ス近世ノ諸國ノ憲法ハ自然法學ノ影響ニ基キ明文ヲ以テ

統治權ノ全部カ或ハ君主ニ或ハ國民ニ歸屬スヘキコトヲ規定スルヲ例トシ我國
 ノ憲法モ亦此模範ニ倣ヒテ君主カ統治權ヲ總攬スルコトヲ規定セリト雖モ斯ノ
 如キ規定ハ學理ノ性質ヲ有スル規定ニシテ法規ノ性質ヲ有スルモノニアラス學
 理ノ規定ハ假令法律ノ形ヲ以テ定メラル、コトアリトスルモ學者ハ自由ノ研究
 ニ依リテ其眞否ヲ檢定スルコトヲ得ヘシ法律カ拘束力ヲ有スルハ單ニ法規的規
 定ノミニ限ル學理上ノ觀念ハ法律ニ由リテ毫モ公定力ヲ生スルコトヲ得サルモ
 ノナリ

君主ト議會トハ斯クノ如ク共ニ國家ノ直接機關ナレトモ此二ツハ決シテ對等ノ
 地位ヲ有スルモノニ非ス君主國ニ於テハ君主カ獨リ國家ノ最高機關ナリ最高機
 關トハ政治上ノ勢力ノ大小歴史上ノ根據ニ基ク尊嚴ノ如何ヲ云フニ非ス專ラ法
 律上ノ意義ニ於テ云フモノナリ法律上ノ意義ニ於テノ最高機關トハ國家ヲシテ
 始メテ活動能力ヲ得セシムル機關ヲ云フ最高機關ノ意思ニ基クニ非サレハ國家
 ハ全ク統治權ヲ發動スルコト能ハサルモノナリ總テノ國家ニハ必ラス唯一ノ最
 高機關アリ此最高機關ハ君主國ニ於テハ君主タリ共和國ニ於テハ國民又ハ國民

ノ代表機關タル所ノ議會ナリ

君主カ國家ノ最高機關ナルコトハ殊ニ我國ノ如キ國會ヲ以テ單ニ内部ニ於ケル制限機關即チ所謂非獨立機關トナシタル國ニ於テハ最モ明瞭ナリ我國ニ於テハ獨逸ノ諸君主國ニ於ケルカ如ク國會ハ單ニ君主ノ權限ヲ制限シ君主カ立法權ヲ行フニ當リテ議會ノ同意ヲ必要トスルニ止マリ議會ハ國民ニ對シテ又ハ外國ニ對シテ統治權ヲ發動スルノ能力ヲ有スルモノニ非ス議會ノ權限ハ單ニ内部ノ關係ニ止マリ外部ニ關シテハ統治權ノ全部ハ皆君主ノ名ニ於テ行ハル、モノナリ法律ハ君主ト議會トノ共同ノ行爲ニ由リテ成ルモノナレトモ外部ニ關シテハ唯君主ノ名ニ於テノミ行ハル、モノニシテ君主ト議會トノ共同ノ命令トシテ現ハルルモノニ非ラス國民ハ唯君主ノ命令ニ服從スルモノニシテ君主ト議會トノ共同ノ命令ニ服從スルモノニ非ス

之ニ反シテ英國ニ於テハ議會ハ單ニ内部ノ機關ニ止マラスシテ君主ト共同ニ外部ニ對シテ統治權ヲ發動スルノ機關ナリ法律ハ君主ノミノ名ヲ以テ發布セラルルニ非スシテ君主ト議會トノ共同ノ名ヲ以テ發布セラル、ナリ斯ノ如キ場合ニ

於テハ君主カ國家ノ最高機關タルコトハ前ノ場合ノ如クニハ明瞭ナラス然レトモ此場合ニ於テモ國家カ其活動ヲ開始スルハ專ラ君主ノミノ意思ニ基クモノニシテ君主ニシテ無爲ナラハ國家ノ活動ハ全ク停止セラレサルヘカラス君主カ議會ヲ召集スルニ非サレハ議會ハ成立スルコト能ハス君主カ開會ヲ命スルニ非サレハ議會ハ其議事ヲ開クコトヲ得ス君主ノ意思ニ基クニ非サレハ議會ハ全ク其活動ヲ開始スルコトヲ得サルナリ之ニ反シテ君主ハ其單獨ノ意思ヲ以テ滯ナク其統治權ヲ行使スルコトヲ得議會ニシテ其活動ヲ停止スルコトアリトモ國家ノ活動ハ之カ爲ニ停止スルコトナシ故ニ英國ニ於テハ亦君主ハ國家ノ最高機關ニシテ英國ハ又純然タル君主國ナリ若シ之ニ反シテ議會カ君主ノ召集ヲ俟タスシテ自ラ成立スルノ權ヲ有シ君主ノ裁可ヲ要セスシテ法律カ成立シ君主ノ同意ナクシテ憲法ヲ改正スルコトヲ得ヘキ國ニ於テハ縱令名義上ハ君主ト稱スルモ其實純然タル共和國ニシテ君主ハ最早國家ノ最高機關ニ非ス

第四章 國體

國體トハ國家機關ノ組織ニ基ク國家ノ種類ヲ云フ國體ノ種類ニ付キテハ希臘ノ

國體ノ區別ニ依リテ
君主政治ニ分ル
共和政治ニ分ル
民主政治ニ分ル

「アリストートル」以來君主政治ノ國、貴族政治ノ國及ヒ民主政治ノ國ノ三種ニ分ツ
ヲ通常トセシモ近時ニ於テハ主トシテ「マキヤベリ」ノ影響ニ基キテ此ノ三種ヲ區
別スル代リニ君主國ト共和國トノ二種ニ區別スルヲ例トスルニ至レリ蓋シ貴族
政治ト民主政治ノ區別ハ總國民カ國家ノ最高機關タルト國民中ノ特權アル少數
者カ其最高機關タルトニ由ルノ區別ナレトモ民主政治ノ國ニ於テモ實際ニ政治
ニ與カル者ハ國民中ノ一部ニ止マリ女子、小兒其他ノ無能力者ハ之ニ與カルコト
ヲ得サルモノナルカ故ニ其間ノ區別ハ君主國ニ屬スル差異程ニハ論理上判明ナ
ラス從テ國體ノ二分說ハ以テ三分說ヲ壓スルニ至レルナリ
此三種ノ國體ノ外ニ從來ノ學者ハ猶ホ往々種々ノ國體ヲ數ヘタル者アリ例ヘハ
「モンテスキュー」ハ君主政治ノ一變體トシテ壓制政治ナルモノヲ數ヘタレトモ是レ
單ニ君主カ統治權ヲ行フ方法如何ニ因ルモノニ過キス亦タ君主國ノ一種ニ外ナ
ラスシテ別種ノ一國體ヲ成スモノニ非ス近世ノ學者ハ又往々神主政體ナルモノ
ヲ數フルモノアレトモ是レ亦君主ノ權力ノ淵源ニ屬スル國民ノ信念ヲ表明スル
モノニ過キス即チ君主カ神ノ代表者トシテ神ヨリ其權力ヲ與ヘラレタルモノナ

リト看做スモノニ外ナラス即チ又君主政體ノ一タルモノナリ

君主國ト共和國トノ區別ハ舊時ノ學者ノ思考シタル如ク統治權ノ主體ノ如何ニ
因ル區別ニ非ス統治權ノ主體ハ國體ノ如何ヲ問ハス常ニ國家ナリ君主國ニ於テ
君主ヲ統治權ノ主體ナリト思考スルノ非ナルト等シク共和國ニ於テモ國民カ統
治權ノ主體タルニ非ス君主國ト共和國トノ區別ハ又統治權ノ總攬者ニ基クノ區
別ニ非ス今日ニ於テモ學者ハ君主國ハ一人カ統治權ヲ總攬スルノ國タリ共和國
ハ多數人ニ於テ統治權ヲ總攬スルノ國ナリト云フヲ例トセリト雖モ立憲君主國
ニ於テ君主カ一人ニテ統治權ヲ總攬スルモノナリト認ム可カラサルコトハ前ニ
述ヘタルカ如シ國體ノ區別ハ專ラ國家ノ最高機關ノ如何ニ因ルノ區別ナリ最高
機關カ一人ノ自然人ヨリ來ル場合ニ於テハ君主國ナリ其一人カ統治權ノ全部ヲ
總攬セルト或ハ他ノ機關ノ爲メニ制限ヲ受クルト或ハ他ノ機關ト共同シテ統治
權ヲ行フトハ問フ所ニ非ズ最高機關ガ多數ノ自然人ノ集合ヨリ成ル場合ニ於テ
ハ其國體ハ共和國ナリ
君主國ト共和國トハ國體ノ根本ノ區別ナリ此二ツノ區別中ニ更ニ又種々ノ細別

在國ハ其統國俾
其社國ハ其統國俾

ヲ認ムルコトヲ要ス

第一 君主國ノ種類

一 世襲君主國ト選舉君主國 君主國ノ最モ通常ナル形ハ世襲君主國ナリ世襲君主國トハ君主ノ位ニ即クヘキ者カ同一王統ニ屬スル者ニ限り其王統中ヨリ豫シメ定メタル王位繼承ノ順位ニ從ヒ特別ノ選定行爲ヲ待タス當然ニ王位ニ即クヘキモノヲ云フ今日ニ存在セル總テノ君主國ハ皆世襲君主國ナリ然レトモ歷史上ノ事實ニ於テハ選舉君主國モ其例ナキニ非ス選舉君主國トハ君主ヲ選舉スヘキ特定ノ機關アリテ其機關ノ選舉ニ因リ君主ノ位ニ即クモノヲ云フ歷史上ニ於ケル其最モ顯著ナル例ハ中世ノ獨逸帝國ナリ獨逸皇帝ハ選舉侯ノ選舉ニ因リテ帝位ニ即クヲ得タルモノニシテ一定ノ繼承ノ順位ニ因リテ當然其位ニ就キタルニ非ス然レトモ選舉君主國ハ君主國ノ異例ニ屬シ或ハ漸次同一王統中ヨリノミ選舉セラレ遂ニ世襲君主國ト爲ルノ傾向ヲ有スルカ然ラサレハ遂ニ變シテ純然タル共和國ト爲ルノ傾向ヲ有セ

二 君主專制國ト制限的君主國 君主專制國トハ君主カ實ニ國家ノ最高機關タルノミナラス唯一ノ直接機關ニシテ毫モ他ノ機關ノ制限ヲ受クルコトナク自己ノ任意ニ統治權ノ全部ヲ行使スルモノヲ云フ君主專制國ハ國家組織ノ最モ單純ナルモノナリ制限君主國トハ之ニ反シテ君主カ其統治權ヲ行使スルニ當リ君主ノ命令ノ下ニ立タサル他ノ獨立機關ノ制限ヲ受クルモノヲ云フ

制限君主國ニハ二ツノ重ナル種類ヲ區別スルコトヲ要ス其第一種ハ中世ニ於ケル所謂等族國家ニシテ他ノ一種ハ近世ノ所謂立憲國ナリ中世ノ所謂等族的國家ハ其統一の性質ヲ缺ケルコトニ於テ近世ノ國家ト異ナレリ中世ノ國家ニ於テハ君主ハ統一のナル國家ノ機關トシテ存在シタルモノニ非ス自ラ獨立ノ權利主體トシテ土地及ヒ人民ヲ領有シ而シテ人民中特權アル階級即チ所謂等族ハ君主ト相對シテ獨立ノ團結ヲ爲シ此等族的團體ハ君主ト相對スル獨立ノ權利主體タルナリ等族的團結中ヨリ其代表者ヲ出シ等族會議ヲ組織シ君主ハ此等族會議ノ承諾ヲ得ルニ非サレハ租稅ヲ徵

收スルコトヲ得ス又法律ヲ作ルコトヲ得サルナリ然レトモ其租税ヲ徵收シ法律ヲ制定スルハ近世ノ議會カ君主ノ行爲ニ協賛スルトハ全ク其趣キヲ異ニシ君主ト等族會議トカ共同シテ或行爲ヲ爲スニ非ス君主ト等族會議トカ互ニ相對立スル權利主體トシテ其間ニ契約ヲ締結シタルナリ租税ノ承諾ハ等族會議カ君主ニ對スル承諾ナリ法律ハ君主ト等族會議トノ契約ニ外ナラス中世ノ國家ハ斯ノ如ク君主ト等族トカ相對立シタル國家ニシテ近世ノ統一の國家ニ反シテ之ヲ兩立的の國家ト云フコトヲ得

近世ノ立憲的の國家ハ中世ノ等族的の國家ヨリ發達シ來リタル者ナレトモ其法律上ノ性質ニ於テハ全ク之ト異リ君主ト議會ト並存シ君主カ議會ノ同意ヲ得ルニ非サレハ租税ヲ徵收スルヲ得ス又法律ヲ制定シ得サルノ點ニ於テハ中世ニ於ケルト相類似セリト雖モ近世ノ國家ハ統一の團體タル國家ナリ君主ト議會トハ相對立スル權利主體ニ非スシテ等シク統一の團體タル國家ノ機關ナリ法律ハ君主ト議會トノ契約ニ非スシテ君主ト議會トカ共同ニ同一ノ目的ニ向テ其意思ヲ表示スルモノニシテ二ツノ意思カ相合致シテ以テ統

一的の國家ノ意思ヲ作成スルモノナリ近世的ノ立憲國ハ英國ニ於テ始メテ發達シタルモノニシテ英國ニ於テハ中世ノ等族會議カ漸次ノ發達ニ由リテ近世的ノ議會タル性質ヲ得他ノ國ニ於テハ中世ノ國家組織ヨリ或ハ變シテ君主專制國トナリ或ハ瓦解シテ數多ノ諸侯國ニ分割シタル間ニ英國ハ獨リ絶エサル發達ニ由リテ立憲制度ヲ完成スルコトヲ得タルナリ英國以外ノ他ノ諸國ニ於テ立憲制度ヲ採ルニ至リシハ何レモ皆直接又ハ間接ニ英國ヲ以テ其模範トスルモノニシテ初メハ英國ノ殖民地タリシ北米合衆國ニ於テシ而シテ之ニ次キテ佛國革命ニ由リ佛國ヲ經テ漸次ニ歐洲大陸ノ諸國ニ傳播シ以テ今日ニ至レルナリ

近世ノ立憲君主國ノ最モ重ナル特色ハ左ノ三點ニ在リ

イ 代議制度ノ存在 最高機關タル君主ノ下ニ之ト相並ヒテ直接機關トシテ議會ヲ存ス議會ハ其ノ全部又ハ少クモ一部ハ國民ノ中ヨリ選舉セラレタル者ヲ以テ組織シ立法權ニ參與スルノ權ヲ有ス即チ議會ノ議決ヲ經タルモノニ非ラサレハ法律トナルコトヲ得ス立法權ノ外尙議會ハ重要ナル

行政殊ニ財政ニ付テハ監督權ヲ有シ隨テ國務大臣ハ議會ニ對シテ責任ヲ負フナリ

ロ 大臣副署 君主ノ國務上ノ行爲ハ國務大臣ノ副署ヲ要ス副署アルニ因リテ始メテ君主ノ行爲トシテ法律上ノ效力ヲ生スルヲ得ルナリ
ハ 司法權ノ獨立 裁判權ハ獨立ノ地位ヲ有スル裁判所ニ於テ之ヲ行フ裁判所ハ他ノ指揮命令ノ下ニ立タス獨立ノ職權ヲ以テ之ヲ行フナリ

第二 共和國ノ種類

共和國ハ更ニ之ヲ(一)寡人的共和國(二)貴族的共和國(三)民主的共和國ノ三種ニ區別スルコトヲ得

一 寡人的共和國 トハ憲法上ニ限ラレタル少數ノ人カ國家ノ最高ノ權力ヲ行フモノヲ云フ今日ニ於ケル其適例ハ獨逸帝國ナリ獨逸帝國ニ於ケル最高機關ハ聯邦參事會ニシテ而シテ聯邦參事會ハ聯邦各國ノ君主又ハ元老院ノ代表者ヲ以テ組織スルモノナリ

二 貴族的共和國 トハ國民中ニ階級ノ區別アリ治者タル階級ト被治者タル

階級トカ嚴重ニ區別セラレ治者ノ階級ニ屬スル者カ統治權ヲ總攬スルモノヲ云フナリ近世ノ國家ニ於テハ此種ノ共和國ヲ存セス

三 民主的共和國 トハ總國民カ國家ノ最高機關タル地位ヲ有スルモノヲ云フ總國民トイフモ必スシモ國民ノ全部ヲ云フニ非ラス精神喪失者小兒ノ如キ無能力者ハ勿論女子モ亦除外セラル、ヲ常トシ其他尙種々ノ缺格原因ヲ定メラル、ヲ常トス然レトモ此等特定ノ理由ニ依リ除外セラル、モノ、外ハ總國民カ國權ノ行使ニ參與スルノ權ヲ有シ總國民ノ意思カ統治權ノ源泉ト爲ルモノヲ云フナリ

○ 民主的共和國ハ近世ノ最モ普通ナルモノナリ之ニ更ニ三種ノ區別ヲ認ムルコトヲ得

イ 國民總會ヲ有スル民主國 此ノ種ノ民主國ニ於テハ參政權ヲ有スル國民ノ全體カーノ合議體ヲ組織シ此ノ國民總會ニ於テ國家ノ最高機關タルモノヲ云フナリ國民總會ハ唯地域極メテ狹キ國家ニ於テノミ存在スルヲ得ヘク今日ニ於テ此種ノ總會ヲ有スルモノハ唯瑞西ノ二三ノ小州(カリフォルニア)

「アン」アツ「ペン」ツ「エル」ニ
「ド」ル「ア」ン「グ」ラ「ル」ス」ノミ此ノ種ノ國家ニ於テモ國民總會ノ外別ニ代議
會ノ組織ヲ有シ代議會ニ於テ通常ノ立法權其他ノ權力ヲ行フ國民總會ハ
唯特ニ重大ナル事件ニ付テ最高ノ立法權ヲ有スルノミ

ロ 純然タル代議的民主國 代議的民主國トハ代議會ニ於テ國家統治權ノ
全部ヲ行フモノヲ云フ代議會ハ國民ノ代表機關トシテ統治權ヲ行フナリ
國民カ國家ノ最高機關タルコトハ失ハサントモ國民カ自ラ統治權ヲ行フ
ニ非ラスシテ國民ノ行爲ハ唯選舉行爲ノミニ限ラレ代議會カ國民ノ名ニ
於テ實際ノ統治權ヲ行フナリ北米合衆國及ヒ佛國ハ其ノ最モ重ナル實例
ナリ

ハ 直接民主的組織ヲ有スル代議的民主國 此種ノ民主國ハ前ノ二種ノ中
間ニ在ルモノニシテ原則トシテ代議的ノ組織ヲ爲シ交フルニ直接民主的
ノ要素ヲ以テシタルモノナリ其第一種ノ民主國ト異ナル所ハ此種ノ國家
ニ於テハ總國民カ一ヶ處ニ集合シテ一合議體ヲ爲スコト無ク唯國民ノ總
投票ニ付スルニ止ルノ點ニ在リ國民ノ總投票ハ之ヲ *Referendum* ト云フ國

民總投票ノ制度ヲ存スル國ノ重ナルモノハ瑞西聯邦及ヒ聯邦内ノ各州米
合衆國內ノ殆ント各州ナリ此等ノ何レノ國ニ於テモ通常ノ立法權ハ代議
會ニ於テ之ヲ行フ唯特ニ重大ナル事項殊ニ憲法ノ改正ニ付テハ代議會ノ
決議ノ後更ニ國民ノ總投票ニ附スルコトヲ要スルナリ

第二編 國家ノ自然的基礎

第一章 領土

第一節 領土ノ法律上ノ性質

領土トハ地球表面ノ一部ニシテ國家ノ統治權ノ完全ニ發動セラルヘキ區域ヲ云
フ領土カ統治權ノ發動區域ナリト云フハ國家ノ統治權ハ領土以外ニ於テハ全ク
發動スルコトヲ得スト云フノ意ニ非ス臣民ハ自國ノ領土以外ニ在ル場合ニ於テ
モ猶モ國家ノ統治權ニ服従スルモノナルコトハ後ニ述フヘキカ如シ然レトモ領
土以外ニ統治權ノ及フハ戰爭行爲ニ因ル場合ノ外常ニ他ノ國家ノ承認ヲ必要ト
スルモノニシテ其承認ヲ得ルニ非サレバ實際ニ其權力ヲ發動スルコトヲ得ス國
家ノ統治權カ完全ニ發動スルコトヲ得ルハ唯領土内ノミニ限ルナリ

領土ノ法律上ノ效果ハ通常之ヲニツニ分ツ其消極的ノ效果ハ自己ノ領土内ニ於テハ他ノ國家ノ統治權ノ行ハル、コトヲ許サ、ルコト是ナリ其積極的ノ效果ハ自己ノ領土内ニ存在スル總テノ團體總テノ個人ハ其外國ノ國籍ニ屬スルト自國ノ國籍ニ屬スルトヲ問ハズ總テ國家ノ權力ニ服従スルコトヲ要スルコト是ナリ自國ノ領土内ニ於テハ斯クノ如ク他ノ國家ノ統治權ノ行ハル、ヲ許サ、ルカ故ニ領土ハ必ラス唯一ノ國家ニ屬スルコトヲ必要トス一國ノ領土ニシテ同時ニ他國ノ領土タルコトヲ得ズ法律上ノ現象ニシテ往々之カ例外タルカ如キモノアリト雖モ其實ハ何レモ真正ノ例外タルニ非サルナリ其例外タルカ如ク見ユルモノハ左ノ數種ナリ

一 共同領地 共同領トハ同一ノ土地カ同時ニ二國又ハ數國ノ共同ノ領土タルモノナリ共同領ハ極メテ異例ノ現象ニ屬シ今日ニ於テハ唯「ボスニヤ」及「ヘルチエゴヴィナ」ガ「オーストリア」ト「ハンガリー」ノ共同ニ屬スルノ一例アルノミ然レトモ共同領ニ於テモ一國ノ領土カ同時ニ他國ノ領土タルニハ非ス何レノ一國ノ領土ニモ屬セサルモノニシテ各國ノ權力トハ異ナリタル別種ノ第三ノ

權力ニヨリテ支配セラル、ノ領土タルナリ

二 戰時占領 戰時ノ占領地ニ於テハ占領國ノ權力ガ殆ント完全ニ行ハレ占領地ハ被占領國ノ領土タルト同時ニ一時占領國ノ領土タルカ如キ外觀ヲ呈スルモ此場合ニ於テハ被占領國ノ權力カ占領國軍隊ノ實力ニヨリテ壓迫セラレ統治權カ一時停止セララル、モノニシテ其占領ニ屬シ居ル間ハ專ラ占領軍ノ權力ノミカ行ハル、モノナリ故ニ此場合ニ於テモ同一ノ土地カ同時ニ二個ノ權力ノ支配ニ屬スルニ非ス

三 聯邦國 ニ於テハ聯邦内ノ各國ノ領土ハ同時ニ聯邦國ノ領土タリト雖モ是レ聯邦國カ聯邦内ノ各國ヨリ組織セラル、モノナルカ爲メニシテ其ノ領土ノ必ラス一國ニ專屬ストイフ原則ニ牴觸セサルコトハ尙地方團體ノ領土カ同時ニ國家ノ領土ナルト異ナルコト無シ

四 租借地 近時ノ支那帝國ニ於ケル租借地モ亦支那ノ領土内ニ於テ同時ニ租借國ノ統治權カ行ハル、モノニ非ラス租借トイフ名稱ハ領土ヲ以テ國家ノ所有地ナリトスル舊時ノ思想ヨリ生シタルモノナレトモ其法律上ノ性質ハ固ヨ

リ貸借ノ如キモノト同一ノ法理ヲ以テ論シ得ヘキニ非ラス租借地ノ區域内ニ於テハ支那ノ統治權ハ全ク停止セラレ專ラ租借國ノ統治權カ行ハル、モノニシテ租借トハ露骨ナル法律上ノ語ヲ以テ言ハ、期限付ノ領土ノ割讓ニ外ナラス租借ノ期限内ニ於テハ純然タル租借國ノ領土ニシテ貸地國ノ領土ニハ非ラス

五 國際地役 國家ハ又往々他ノ國家ニ許スニ自國ノ領土ヲ利用スルコトヲ以テスルコトアリ例ヘハ他國ノ軍隊ノ自國ヲ通過スルヲ許スカ如キ是レナリ之ヲ國際地役ト云フ國際地役ハ自國ノ承認ニ由リテ自ラ自己ノ權力ヲ制限スルモノニシテ外國ノ權力ハ唯自己ノ許容ノ下ニ行ハル、ニ過キス隨テ毫モ領土内ニ於テ自國ノ權力ノミカ完全ニ行ハル、モノナルコトヲ妨クルコトナシ領土ノ法律上ノ性質ハ以上述フルカ如シ領土ハ國家ノ統治權ノ及フヘキ區域ニ過キスシテ領土其モノ、上ニ國家ノ權力カ行ハル、ニ非ス領土ハ直接ニ統治權ノ客體ニ非スシテ統治權ノ客體ハ常ニ人ナリ統治權ハ常ニ人ニ向テ發動ス領土ハ人ニ屬スル權力發動ノ原因タリ條件タルニ外ナラス

Danic a.

然レトモ領土ノ此法律上ノ性質ハ何レノ時代ニ於テモ等シク認めラレタルモノニ非ス今日ニ於テモ亦必ラスシモ汎ネク認めラル、通説タルニ非ス中世ノ封建時代ニ於テハ屢述ヘタルカ如ク領土ハ君主ノ世襲財産ト看做サレ所有權ト統治權トノ觀念ハ全ク混同セラレ領土ハ所有權ノ目的物ト看做サレタルナリ固ヨリ領土ノ全部カ直接ニ君主ノ所有地ト看做サレタルニ非ス所有權ノ觀念ハ二ツニ分割セラレ一ヲ最高所有權ト云ヒ一ヲ收益所有權ト爲シ君主ハ領土ノ全部ニ對シ最高ノ所有權ヲ有シ收益所有權ハ國王ヨリノ分配ニ依リテ實際ニ土地ヲ占有スル各人ニ屬シタルナリ

斯クノ如キ最高所有權ノ觀念ハ近世ニ於テハ全ク消滅シ領土ハ君主ノ所有地ニ非ス收益所有權ヲ有セサルハ勿論最高所有權ヲモ有セス君主ハ唯統治權ヲ其領土ノ上ニ有スルニ過キサコトハ治ネク認めラル、ニ至レリ

統治權ト所有權トノ區別ヲ明瞭ニスルコトヲ得タルハ近世ノ國法學ニ於ケル一ノ著シキ發達ナリ今日ニ於テハ領土ハ所有權又ハ之ニ類似ノ權利ノ目的物ニ非サルコトハ何人モ疑サル所ナリ然レトス今日ニ於テモ猶ホ多數ノ學者ハ領土ヲ

以テ統治權ノ目的物ト爲シ所謂領土高權ナルモノ、存在ヲ認ムルヲ常トス曰ク
 統治權ハ人ニ對シテ行ハル、ト共ニ又土地ニ對シテモ行ハル國家カ土地ノ上ニ
 有スル權利ハ即チ領土權ニシテ民法上ノ所有權トハ全ク性質ヲ異ニスルモノナ
 リト雖モ猶ホ一種ノ物權ニシテ即チ公法上ノ物權ナリト
 然レトモ統治權ハ命令及ヒ強制ノ權ナリ命令及ヒ強制ハ唯人ニ對シテ行ハル、
 ヲ得ルノミ土地ニ對シテ命令スルヲ得ヘキニ非ス土地ノ上ニ行ハル、權利ハ常
 ニ所有權其他ノ私法上ノ物權ニシテ統治權ニ非ス領土ヲ以テ統治權ノ目的物ナ
 リトスルハ正當ノ見解ニ非ス
 領土權ノ存在ヲ主張スル論者ノ論據トスル所ノ一ハ國家ノ統治權ハ唯臣民ニノ
 ミ及フヲ原則トス然ルニ領土内ニ滞在スル外國人ハ臣民ナラサルニ拘ハラズ猶
 ホ統治權ニ服従スルヲ要スルハ國家カ領土權ヲ有スルカ爲メナリト云フニ在リ
 然レトモ此場合ニ於テモ國家カ土地ノ上ニ權力ヲ有スルカ爲メニ其結果トシテ
 土地ノ上ニ滞在スル外國人ニ權力ノ及フニ非ス國家ノ統治權ハ決シテ自國ノ國
 籍ヲ有スル臣民ニノミ限ラル、ニ非ス領土内ニ滞在スル總テノ人民ハ等シク統

治權ニ服従スルモノニシテ統治權ノ客體タルモノハ此場合ニ於テモ亦人ナリ外
 國人カ直接ニ權力ノ客體タルノミ土地ニ對スル權力ノ間接ノ結果ニ非ス故ニ此
 點モ亦領土權ノ存在ヲ證明スルニ足ラス
 領土權ノ存在ヲ主張スル他ノ一ノ論據ハ無住地モ亦領土タルヲ妨ケストイフニ
 在リ全ク住民ナキ土地ニ於テハ人ニ對スル統治權ハ存在スルコトヲ得サルカ故
 ニ土地ニ對スル權利ノ存在ヲ認ムルニ非サレハ其領土タル性質ヲ説明スルコト
 ヲ得スト爲スナリ然レトモ無住地カ領土タルノ效果ハ全ク住民アル土地カ領土
 タル場合ト異ナルコトナク此場合ニ於テモ其ノ領土タル效果ハ唯其區域内ニ於
 テ他國ノ統治權ノ發動ヲ許サ、ルコト及ヒ將來ニ於テ若シ其區域内ニ來ル人ア
 ルトキハ其人ハ其國家ノ權力ニ服従スルヲ要スルコト、ニ於テ現ハル、ノミナ
 リ此場合ニ於テモ亦土地其物カ權力ノ目的物タルニ非ス
 此故ニ領土ハ決シテ獨立シテ統治權ノ客體タルモノニ非ス所謂領土權トハ人ニ
 對スル統治權ノ一ノ方面ニ過キス領土權ト云フ一種ノ物權ノ存在スルモノニ非
 サルナリ

第二節 領土ノ變更

130

國家カ不可分ナルト等シク國家ノ領土モ亦不可分ナルヲ原則トス然レトモ國家ハ或ハ戰爭ノ結果ニ因リ或ハ境界ノ整理其他ノ任意ノ條約ニ因リ或ハ領土ノ一部ヲ割讓シ或ハ他國ヨリ領土ノ割讓ヲ受クルコトアリ

領土ノ變更ノ法律上ノ意義ハ土地ノ所有權ノ移轉ニ非サルハ勿論土地ニ對スル權利ノ移轉ニハ非ス國際法學者ノ多數ハ今日ニ於テモ領土ノ割讓ヲ以テ土地ニ對スル權利ノ割讓ト看做シ以テ領土權カ一種ノ物權ナルコトノ最モ有力ナル論證ノ二トナセトモ領土ノ割讓ハ其法律上ノ意義ニ於テハ單ニ統治權ノ範圍ヲ縮小スルニ外ナラス領土ノ割讓ハ換言スレバ統治權ノ割讓ナリ割讓國ノ統治權ハ其及フヘキ地域ヲ減少シ割讓ヲ受ケタル國ノ統治權ハ其レ丈ケ其發動ノ區域ヲ增大スルモノニ外ナラス

領土ノ變更ノ手續ニ付テハ諸國ノ憲法ハ或ハ憲法ノ改正ヲ必要トスルモノアリ或ハ法律ヲ以テスルコトヲ必要トスルモノアリ斯クノ如キ憲法上ノ特別ノ規定ヲ存スル國ニ在リテハ憲法ノ改正又ハ法律ノ制定ニヨリテ之ヲ自國ノ領土ニ編

入スルニ非サレハ條約ニヨリテ新領土ヲ取得スルモ未タ當然ニハ國法上ノ意義ニ於ケル領土タルモノニ非ス然レトモ斯クノ如キ特別ノ規定ヲ存セサル國ニ於テハ領土ノ變更ハ其性質上ハ一ノ行政行為ナルカ故ニ法律ヲ以テスルコトヲ要セス條約ノ完成ト共ニ當然國法上ニ於テモ領土タルモノナリ我國ノ憲法ノ如キハ即チ此種ニ屬スルモノニシテ領土ノ變更ニハ憲法ノ改正ヲ要セサルハ勿論法律ヲ以テスルコトヲモ要セス一ニ君主ノ大權ニ依ルヘキモノナリ

領土ノ變更カ法律ニ及ホス效果如何ニ付テハ國家カ領土ヲ割讓シタル場合ニ於テハ其割讓シタル區域内ニ於テハ統治權ハ最早行ハレサルモノナルカ故ニ法律ハ當然其區域内ニハ效力ヲ失フコト言フヲ俟タス新ニ領土ヲ取得シタル場合ニ於テハ原則トシテ反對ノ意思ヲ推測シ得ヘキ場合ノ外自國ノ法律カ當然新領土ニモ其效力ヲ及ホスヘキモノナレトモ既ニ述ヘタル如ク新領土ニ於ケル社會狀態ハ多クノ場合ニ於テ特別ノ法規的秩序ヲ必要トスルモノナルカ故ニ多クノ場合ニ於テハ國家ハ當然ニハ自國ノ法律ヲ新領土ニ及ホスノ意思ナキモノト推測スヘキモノナリ

第二章 國民

第一節 國民ノ法律上ノ性質

國民トハ其廣キ意義ニ於テハ國家ニ屬スル總テノ人民ヲ云フ此意義ニ於テハ管ニ普通ノ意義ニ於ケル臣民ノミナラス君主モ亦國民ノ一人ナリ又自國ノ國籍ヲ有スルモノ、ミナラス外國人ト雖モ領土内ニ滞在シ居ルモノハ亦國民ナリ法律上ノ正當ノ意義ニ於テノ國民トハ唯此意義ニ解スヘキモノナリ

國民ハ國家ニ於テ二重ノ資格ヲ有ス一方ニ於テハ國民ハ國家ヲ組織スル一員トシテ國家ノ定ムル所ニ依リ國家ノ統治權ノ行使ニ參與スルノ權ヲ有ス此資格ニ於テノ國民ハ通常之ヲ稱シテ公民ト云フ一方ニ於テハ國民ハ國家ノ統治權ニ服從スルノ客體ナリ此資格ニ於テノ國民ハ之ヲ臣民ト云フ

國民ハ廣義ニ於テハ管ニ自國人ノミナラス又領土内ニ滞在スル外國人ヲモ包含スルコト右述フルカ如シト雖モ外國人カ統治權ニ服從スルハ唯領土内ニ滞在スル間ニ止マリ其領土ヲ離ル、ト共ニ其領土トノ關係ハ全ク絶ユルモノナリ國家ニシテ若シ斯クノ如キ一時的ノ關係ヲ有スルニ過キサル人民ニ依リテハミ組織

セラル、モノナリトセハ國家ノ基礎ハ甚ク薄弱ナルモノナラサル可カラス國家組織ノ基礎ヲシテ鞏固ナラシムルカ爲メニハ斯クノ如キ一時的ノ國民ノ外ニ永續シテ國家組織ノ一員タリ國家ノ權力ニ服從スルモノナカル可カラス斯クノ如キ永續的ノ從屬關係ヲ有スル國民ヲ稱シテ狹義ノ國民ト云ヒ狹義ノ國民タル身分ヲ國籍ト云フ

狹義ノ國民カ外國人ト異ナル所以ハ其統治權ニ服從スルト否トニ非ス外國人ト雖モ領土内ニ滞在スル間ハ統治權ニ服從スルコト國民ト異ナルコトナシ然レトモ外國人ハ其領土ヲ去ルト共ニ全ク其服從關係ヲ脱スルモノナリ國民ハ之ニ反シテ國家ニ對シテ永續的ノ從屬關係ヲ有スルモノニシテ外國ニ滞在スル場合ト雖モ猶ホ包括的ニ自國ノ統治權ニ服從スルヲ要ス就中國家ハ兵役義務ヲ課スルカ爲メニ外國ニ在ル自國ノ臣民ヲ召還スルコトヲ得ヘク本國ノ召還アルトキハ臣民ハ本國ニ歸ルコトヲ拒ムヲ得サルモノナリ

國民ト外國人トハ又其國家ニ對シテ負擔スヘキ義務ノ範圍ニ於テモ異レナリ領土ニ滞在スル間ハ外國人ト雖モ原則トシテ其國ノ統治權ニ服從スルヲ要スト雖

モ外國人ハ同時ニ他國ノ臣民トシテ他國ニ對シテ從屬關係ヲ有スルモノナルカ
故ニ其一身ヲ奉シテ國家ノ爲メニ盡サシムルコトヲ得ス就中兵役義務ハ之ヲ外
國人ニ對シテ課スルコトヲ得サルコトハ國際法上ノ原則ノ普ク認ムル所ナリ一
身ヲ盡シテ國家ノ爲メニ犠牲タラシムルノ義務ハ唯々自國ノ臣民ニ對シテノミ
之ヲ課スルヲ得ルノミ

國民ト外國人トハ又國家ニ對スル權利範圍ニ於テモ亦異ナレリ近世ノ國家ニ於
テハ外國人ト雖モ自國民ト同シク權利ヲ享有スルヲ原則トス其ハ管ニ私權ノミ
ナラス公權ト雖モ亦原則トシテ均シク之ヲ享有スルナリ然レトモ公權中ノ特ニ
重要ナルモノ殊ニ所謂參政權ハ何レノ國ニ於テモ之ヲ外國人ニ享有セシメサル
ヲ原則トス

第二節 國籍ノ取得

國籍得喪ノ原因ハ明治三十二年法律第六十六號國籍法ノ規定スル所ナリ其規定
ニ依リテ國籍得喪ノ原因ノ大要ヲ上クレハ

第一 國 取得ノ原因

一 出生 出生ト國籍トノ關係ニ付テハ二ノ主義アリ一ヲ血統主義ト爲シ一
ヲ出生地主義ト爲ス血統主義ハ其ノ出生地ノ何處ナルヲ問ハス父母ノ國籍
ニ隨テ子ノ國籍ヲ定ムルモノナリ若シ父母國籍ヲ異ニスルトキハ父ノ國籍
ニ從ヒ父知レサルトキハ母ノ國籍ニ從フナリ出生地主義トハ父母ノ國籍如
何ヲ問ハス出生シタル地ニ因リテ子ノ國籍ヲ定ムルノ主義ヲ云フ吾國ノ國
籍法ハ原則トシテ血統主義ヲ取り唯父母共ニ知レヌ又ハ父母共ニ無籍人ナ
ル場合ニ於テノミ出生地主義ヲ取ル(第一條第二條第三條第四條)

二 婚姻 外國人タル女子カ日本人ノ妻トナリタルトキ又ハ外國人タル男子
カ日本人ノ入夫トナリタルトキハ其外國人ハ日本ノ國籍ヲ取得ス但シ外國
人ヲ入夫ト爲スニハ內務大臣ノ許可ヲ要ス

三 認知 私生子ノ母外國人ニシテ父カ本國人ナルトキ父之ヲ認知スルトキ
ハ當然父ノ國籍ヲ取得ス父母共ニ知レサル爲メ外國ノ國籍ヲ取得シタル子
カ本國人タル母ノ爲メニ認知セラレタルトキ亦同シ

四 養子縁組 外國人ヲ養子トスルモ亦內務大臣ノ許可ヲ要ス外國人カ日本

人ノ養子ト爲ルトキハ日本ノ國籍ヲ取得ス養子縁組カ國籍取得ノ原因タルハ吾國ノ特殊ノ親族法ノ主義ニ基クモノニシテ外國ニハ其例ヲ見サル所ナリ

五 歸化 歸化トハ國家ヨリ國籍ヲ附與セラル、ニ依ル國籍ノ取得ナリ外國人ハ一定ノ條件ヲ備フルニ依リテ國籍ノ附與ヲ國家ニ出願スルコトヲ得此ノ出願ニ依リ國家カ國籍ヲ附與スルナリ

國籍ヲ附與スルノ行爲ハ一ノ行政行爲ナリ此行政行爲ノ性質ニ付テハ二說アリ或ハ之ヲ以テ合意ニ基ク行爲トシテ之ヲ公法上ノ契約ナリト爲シ或ハ國家ノ一方的ノ處分ナリト爲ス國家カ國籍ヲ附與スルニハ固ヨリ當事者ノ出願アルヲ要件トス出願アルニ非ラスシテ一方的ニ國籍ノ附與ヲ強制スルコトヲ得サルハ論ヲ俟タサル所ナリ然レトモ之カ爲メニ之ヲ以テ契約ナリト爲スハ正當ノ見解ナリトイフヲ得ス契約トイフトキハ當事者雙方ノ意思カ對等ノ價值ヲ有スルコトヲ前提トス雙方ノ意思ノ合致ニ依リテ始メテ其行爲ノ效力ヲ生スヘキ場合ニ於テノミ契約ノ觀念ヲ爲スコトヲ得ヘシ國籍

ノ附與ハ外國人ノ意思ト國家ノ意思トカ合致スルニ因リテ效力ヲ生スルニ非ラス其效力ヲ生スル所以ハ專ラ國家ノ意思ノミニ在リ外國人ノ出願ハ唯國家權力ノ發動ノ原因タリ其ノ條件タルニ過キス其ノ關係ハ尙裁判權カ原告ノ出訴アルヲ待テ始メテ發動スルヲ得ルト異ナルコト無シ訴訟ノ受理カ契約ニ非ラサルト同シク國籍ノ附與モ亦契約ニ非ラス當事者ノ出願ヲ要件トスル一方的ノ權力行爲ナリ

國籍ヲ附與スルニハ何レノ國ニ於テモ數種ノ條件ヲ必要トス或ル國米合衆國ニ於テハ此ノ條件ヲ備フルニ於テハ法律上必ラス歸化ヲ許ルヌヲ要スト爲スモノアリ此ノ場合ニ於テハ此ノ條件ヲ具備シタル外國人ハ國籍ヲ附與セラル可キ權利ヲ有スルナリ其ノ他ノ諸國ニ於テハ此等ノ條件ハ單ニ歸化ヲ許ルヌニ付テノ必要條件タルニ止マリ此條件ヲ具フルモ必ラスシモ歸化ヲ許ルヌヘキ義務アルニ非ラス之ヲ許ルヌト否トハ全ク國家ノ任意ナル歸化ノ條件ハ吾國ノ國籍法ニ依レハ左ノ如シ

イ 住居 一定ノ期間引續キ國內ニ住所ヲ有スルコトハ何レノ國ニ於テモ

歸化ノ條件ノ一タリ吾國ニ於テハ五年以上引續キ住所ヲ有スルコトヲ以テ其要件ト爲セリ

ロ 年齢及ヒ能力 歸化ハ本人ノ意思ニ基クモノナルコトヲ要スルヲ以テ歸化ヲ爲シ得ル者ハ意思能力ヲ有スルモノナラサル可カラス即チ既ニ成年ニ達シ且ツ禁治産者ニ非ラサルコトヲ要ス吾國ノ國籍ハ滿二十年以上ニシテ且ツ本國法ニ依リ能力ヲ有スルモノナルコトヲ必要トセリ

ハ 品行ノ端正

ニ 獨立ノ生計ヲ營ムニ足ルヘキ資産又ハ技能

ホ 國籍ノ重複ナキコト 若シ歸化ヲ許ルスニ於テ歸化人カ尙ホ原國籍ヲ保有スル場合ニ於テハ歸化人ハ同時ニ二國ノ國籍ヲ有スルコト、ナル可シ此ノ如キ國籍ノ衝突ヲ防クカ爲メニ國籍法ハ無籍人ノ外ハ外國人カ日本ノ國籍ヲ取得スルニ因リテ當然本國ノ國籍ヲ喪失スヘキコトヲ證明スルニ非サレハ歸化ヲ許ルスコトヲ得サルコトヲ規定セリ

ヘ 外國人ノ妻ハ其夫ト共ニスルニ非サレハ歸化スルヲ得ス

以上ハ普通ノ外國人ニ對スル要件ナレトモ外國人ニシテ父又ハ母カ日本人タリシ者又ハ現ニ日本人タル者妻カ日本人タリシ者日本ニ於テ生マレタル者又ハ引續キ十年以上日本ニ滞在スル者ニ對シテハ例外アリ其他尙日本ニ特別ノ功勞アル外國人ハ全ク此等ノ要件ヲ具フルト否トヲ問ハス勅許ヲ經テ其ノ歸化ヲ許ルスコトヲ得(第七條乃至第十一條)

國籍附與ノ手續ニ付テハ或ハ之ヲ司法裁判所ノ權限ニ屬セシムルモノアリ(米合衆國)是レ一定ノ條件ヲ具備スルニ於テ外國人ニ歸化權ヲ認ムルノ國ニ於テハ適當ノ制度ナル可シ或ハ稀ニハ各個ノ歸化ノ場合ニ付キ單行法律ヲ必要トスルモノアリ多數ノ國ニ於テハ行政機關ノ權限ニ屬セシムルヲ例トス吾國ニ於テモ國籍ヲ附與スルハ內務大臣ノ權限ニ屬シ歸化證ヲ下付スルニ依リテ之ヲ行フ歸化ヲ許ルシタルトキハ之ヲ官報ニ告示スルコトヲ要ス歸化ノ效力ハ內務大臣カ之ヲ許可スルニ因テ生シ許可ノ時ヨリ日本人タルノ效果ヲ生スルモノナリ然レトモ之ヲ善意ノ第三者ニ對抗スルカ爲メニハ尙ホ官報ノ告示アルヲ要ス內務大臣カ許可ヲ與ヘタル後之ヲ官報ニ告示シ

其告示アリタル時ニ於テ始メテ善意ノ第三者ニ對シテモ效力ヲ生ス
 歸化ノ效力ハ管ニ本人ニ對シテノミナラス前妻及ヒ其未成年ノ子ニ對シテ
 モ其效力ヲ生ス但シ本國法ニ於テ反對ノ規定ナキ場合ニ限ル(第十三條)
 六 國籍ノ回復(再歸化) 國籍ノ回復トハ一タヒ國籍ヲ喪失シタル者カ再ヒ國
 籍ヲ附與セラル、ニ依リ其國籍ヲ回復スルヲ云フ國籍回復ノ法律上ノ性質
 ハ全ク歸化ト異ナルコトナシ其異ナル所ハ唯其ノ條件ノ輕ルキノミ即チ通
 常ノ歸化ノ要件ヲ備フルコトヲ要セス單ニ日本ニ住所ヲ有スルコトノミニ
 依リテ國籍ヲ附與セラル、コトヲ得此ノ利益ヲ受クルコトヲ得ルモノハ左
 ノ如シ(第二十五條)
 イ 婚姻ニ依リテ日本ノ國籍ヲ失ヒタルモノカ其婚姻解消セラレタルトキ
 ロ 生來日本人タリシ者ニシテ外國ニ歸化シタル者
 ハ 外國ニ歸化シタル者ノ妻又ハ子ニシテ其者ニ從ヒ外國ノ國籍ヲ取得シ
 タル者但シ生來日本人タリシ者ニ限ル
 七 領土ノ併合 以上ノ原因ノ外尙ホ領土ノ併合ニ因リテ新ニ國籍ヲ取得ス

ルコトアリ領土併合ノ國籍ニ及ホス效果如何ニ付テハ通常領土割讓ノ條約
 ニ於テ之ヲ規定スルヲ例トス多クノ場合ニ於テハ新領土ノ住民ハ本國人ニ
 非サレハ有スルコト能ハサル權利ヲ一定ノ期間内ニ處分スル等ノ條件ヲ以
 テ舊國ノ國籍又ハ併合國ノ國籍ノ何レカヲ選擇スルノ自由ヲ與ヘラル、ヲ
 常トス

第二 國籍喪失ノ原因

國籍喪失ノ原因ハ略其取得原因ト相當ヘスキモノニシテ左ノ如シ
 一 女子ハ外國人ノ婚姻スルニ因リテ國籍ヲ失フ(第十條)
 二 私生子ハ其父カ外國人ナルトキ父ニ認知セラル、ニ因リテ國籍ヲ失フ但
 認知ニ因リテ外國ノ國籍ヲ取得スル場合ナルヲ要ス父母共ニ知レサル爲メ
 日本ノ國籍ヲ取得シタル者母ニ認知セラレタルトキ亦同シ
 三 任意ニ外國ニ歸化シタル者ハ國籍ヲ失フ(第十二條)
 四 離婚及ヒ離縁ハ原則トシテ國籍喪失ノ原因ニ非ラス婚姻又ハ養子縁組ニ
 因リテ日本ノ國籍ヲ取得シタルモノハ離婚又ハ離縁ノ場合ニ於テモ尙引續

キ日本人タルヲ原則トス然レトモ若シ離婚又ハ離縁ニ因リテ其外國ノ國籍ヲ取得スヘキ場合ニ於テハ日本ノ國籍ヲ失フモノトス
 養子縁組ハ國籍取得ノ原因ナルニ反シテ外國人ノ養子ト爲ルニ依リテハ日本ノ國籍ヲ失フコト無シ

國籍喪失ノ結果ハ本人ノ外尙其妻及ヒ子ニ及フヘキモノナリ但妻及ヒ子カ外國ノ國籍ヲ取得スル場合ニ限ル

以上各種ノ原因ニ屬スル一ノ制限ハ未タ陸海軍ノ現役ニ服セサル滿十七年以上ノ男子及ヒ日本ニ於テ現ニ文武ノ官職ヲ帶フル者ナリ滿十七年以上ノ男子ハ以上ノ如キ國籍喪失ノ原因アル場合ト雖モ已ニ陸海軍ノ現役ニ服シタルトキ又ハ其義務ヲ免セラレタル場合ノ外ハ日本ノ國籍ヲ失フコトヲ得ス現ニ文武ノ官職ヲ帶フルモノモ亦其官職ヲ失ヒタル後ニ非サレハ日本ノ國籍ヲ失ハス(第二十條)

第三節 國民ノ公權

國民ハ國家ノ統治權ニ服從スルノ義務ヲ負フト共ニ一方ニ於テハ又國家ニ對シ

テ權利ヲ有スルノ主體タリ國民カ國家ニ對シテ負フ所ノ義務ハ之ヲ公義務ト云ヒ其國家ニ對シテ有スル權利ハ之ヲ公權ト云フ國民カ國家ニ對シテ義務ヲ負フコトハ何人モ疑ハサル所ナレトモ國民カ同時ニ國家ニ對スル權利ノ主體タルコトハ往々學者ノ爭フ所ナリ全ク公權ノ存在ヲ否認スル者ハ曰ク權利ハ唯對等ノ地位ヲ有スル主體ノ間ニノミ存在スルコトヲ得國家ト臣民トノ關係ハ不平等ノ關係ナリ權力服從ノ關係ナリ國家ハ臣民ニ對シテ絕對ノ權力ヲ有シ臣民ハ國家ニ對シテ絕對ノ服從義務ヲ有ス權力服從ノ關係アル主體ノ間ニ於テ如何ニシテ權利ノ存在ヲ思考スルコトヲ得ヘキカ假令臣民カ國家ニ對シテ權利ヲ有ストスルモ國家ハ何時ニテモ自己ノ單意ヲ以テ其權利ヲ剝奪スルコトヲ得一方ノ意思ヲ以テ何時ニテモ剝奪スルヲ得ヘキモノハ權利ノ觀念ヲナスコトヲ得ス國民ノ享有スル所ノ利益ハ單ニ國家ノ一方的ノ恩惠ニシテ權利ニ非スト此論理ハ一見正當ナルカ如シト雖モ公權ノ存在ヲ否認スルハ取リモ直サス公法ノ存在ヲ否認スルモノナリ國民ハ固ヨリ國家ノ統治權ニ服從スルモノナレトモ此服從ハ絕對ノ服從ニ非ス近世ノ國家ニ於テハ國民ハ奴隸ニ非ス國家ニ對シテモ亦一人ノ人格

ナリ國家ノ法規ヲ定ムルニ依リテ自ラ其統治權ヲ制限シ其制限内ニ於テノミ統治權ヲ行フ國家カ自ラ其權力ヲ制限スルモノハ即チ公法々規ナリ臣民ハ唯此法規ノ範圍内ニ於テノミ國家ノ權力ニ服従ス國家ハ固ヨリ其法規ヲ變更スルコトヲ得ヘシト雖モ苟モ法規ノ存在セル間ハ國家ト雖モ法規ノ範圍外ニ出テ臣民ニ對シテ統治權ヲ行フコトヲ得サルナリ國家カ斯クノ如ク自ラ制限ヲ加フルコトニ因リテ國民モ亦國家ニ對シテ侵サレサル人格ヲ有シ隨テ權利ノ主體タルナリ

第一款 權利ノ觀念

權利ノ本質如何ニ關スル學說ハ甚タ種々ナリト雖モ此等種々ノ學說ヲ論評スルハ余輩ノ目的ニ非ラス爰ニハ唯公權ノ觀念ヲ明ニスルニ必要ナルノ限度ニ於テ一般權利ノ觀念ヲ論スルノミ

權利トハ法ニ依リテ認メラレタル自己ノ利益ノ爲メニ主張シ得ヘキ意思ノ力ナリ
一 權利ハ意思ノ力ナリ 凡テ法ノ存在ハ人類カ自由意思ノ主體ナルコトヲ以テ其前提ト爲ス意思ノ力ハ法律生活ノ中點ナリ意思ナキ者ノ間ニハ法律關係

ハ存在スルコトヲ得ス法ハ人類ノ自由意思ヲ制限シテ一定ノ範圍ニ於テノ意思ノ力ハ之ヲ法律上正當ニ主張シ得ヘキ意思ノ力ナルコトヲ認ム權利ハ即チ法律上正當ニ主張シ得ヘキコトヲ認メラレタル意思ノ力ニ外ナラス

權利カ意思ノ力ナルコトハヘーデル以來一般ニ認メラレタル通説ニシテ又疑フヘカラスサル眞理ナリ近時ニ於テ學者ノ之ニ對スル批難ヲ加フルモノ甚タ少ナカラスト雖モ其ノ種々ノ批難ハ何レモ皆未タ意思說ノ根據ヲ動カスニ足ラサルモノナリ

權利ハ意思ノ力ナリトイフニ對スル最モ大ナル批難ハ權利ヲ以テ意思ノ力ナリトスルトキハ意思能力ナキモノ、權利ヲ説明スルコト能ハスト云フニ在リ曰ク若シ意思ノ主體カ即チ權利ノ主體ナリト爲サハ法人ノ機關ハ獨立ノ權利主體ニシテ法人自身ハ却テ權利主體ニ非ラス未成年者ノ財產權ハ未成年者カ其權利主體ニ非ラスシテ却テ後見人ノ權利タルニ至ルヘシト然レトモ此批難ハ法學上ノ觀念ト心理上物質上ノ觀念トヲ混同スルノ誤ニ出ツルモノナリ權利カ意思ノ力ナリト云フモ必スシモ心理上ノ意思ヲ云フニ非ラス法カ意思ノ

カトシテ認メタルモノヲ云フ法カ意思ノカトシテ認ムルハ固ヨリ心理上ノ意思ヲ其基礎トスルモノナリト雖モ必スシモ常ニ權利者自身ノ心理上ノ意思ナルコトヲ要スルニ非ラス心理上ニ意思能力ナキ者ハ法ハ意思能力アル者ニ於テ之カ代表ヲ爲スコトヲ認ム心理上ヨリ云ヘハ意思ハ常ニ欲スル者ノ意思タリ代表者ノ意思ハ代表者ノ意思ニシテ被代表者ノ意思ニ非ラス然レトモ法學上ヨリ云ヘハ代表者ノ意思ハ即チ被代表者ノ意思タルナリ無能力者ハ心理上ニハ意思ノ力ナキモ法學上ハ意思ノ力アルナリ後見人ノ意思ハ法律上ハ被後見人ノ意思タリ法人ノ機關ノ意思ハ法律上ハ法人ノ意思タルナリ

權利ハ意思ナリトイフノ説ヲ批難シ之ニ依リテハ意思ナキ者ノ權利ヲ説明スルコト能ハストスルノ論者ハ權利ハ力ナリトイヒ又ハ權利ハ勢力ナリトイフニ依リテ其批難ヲ免カレタリト爲セリ然レトモ實在的客觀的ノ現象トシテ之ヲ觀ルトキハ法人又ハ無能力者ハ何等ノ力ヲモ勢力ヲモ有スルモノニ非ラス其力又ハ勢力アリト認メ得ヘキ所以ハ法律上ノ代表者アリテ其利益ヲ主張スルコトヲ得レハナリ換言セハ代表者ノ意思カ權利者ノ意思ト認メラレハナ

リ故ニ權利ハ力ナリトイフモ毫モ意思説ニ一步ヲモ進メタルモノニ非ラス意思説ヲ批難スル者ハ又權利ノ本質ヲ以テ利益ナリトシ意思ハ權利ノ觀念ノ要素ナルモ其實質ニ非ラス權利ハ利益ヲ主張シ得ヘキ意思ノ力ニ非ラスシテ意思ノ力ニ依リテ主張セラルヘキ利益ナリ利益ノ歸屬スル所即チ權利ノ主體ニシテ意思ノ力アル所即チ權利ナルニ非ラス意思ノ主體ハ必スシモ利益ノ主體ト一致スルコトヲ要セス意思カ何人ニ屬スルニモセヨ意思ノ力ニ依リテ主張シ得ヘキ利益ヲ有スル者ハ即チ權利主體ナリト云フニ依リテ其困難ヲ避ケントスル者アリ此ノ説ニ依レハ法人ノ機關ハ意思ノ主體ナレトモ權利主體ニ非ラス法人ハ權利主體ナレトモ意思ヲ有セサル者ナリ然レトモ余輩ノ信スル所ニ依レハ意思ノ主體ト利益ノ主體トハ此ノ如ク相分離シ得ヘキモノニ非ラス利益ハ目的ニシテ意思ハ其手段ナリ目的ノ存スル所ハ又必ラス其目的ヲ達スヘキ手段ナカル可カラス手段ノ與ヘラル、所ハ必ラス又之ニ依リテ達セラレヘキ目的ノ存スルモノアラサルヘカラス目的ト手段トハ常ニ離ルヘカラスルモノナリ利益ノ主體タルコトヲ認メラレ然カモ其利益ヲ主張スヘキ意思ヲ

有セス意思ノミヲ有シテ其意思ニ依リテ達スヘキ目的ヲ有セサルコトハ思考シ得ヘカラサル所ナリ故ニ利益ノ主體ハ常ニ意思ノ主體ナリ唯心理上ノ意思ノ主體タラサルコトアルノミ

加之若シ權利主體ハ必スシモ意思主體ニ非ラス隨テ凡テノ法人ハ意思ヲ有セス法人ノ機關ノミカ意思ノ主體ナリト爲サハ其結果ハ國家ハ意思ヲ有セス隨テ凡テノ法律ハ國家ノ制定スル所ニ非ラサルニ至リ國法學ハ其根底ヨリ破壊セラルヘシ

二 權利ハ自己ノ利益ヲ主張スル意思ノ力ナリ 權利ノ實質ハ意思ナリ其目的ハ利益ナリ權利ノ觀念ハ管ニ意思ノ力タルノミナラス又其目的ヲ以テ觀念ノ要素ト爲ス單ニ權利カ意思ノ力ナルコトヲ見テ其目的ヲ度外視シタルハ極端ナル所謂意思說ノ缺點ナリ法律上ノ意思ノ力ヲ有スルモ其意思ニシテ自己ノ利益ヲ主張スルカ爲メニスルモノニ非ラサルモノハ權利ニ非ラス 權利ハ利益ヲ以テ要素ト爲スト雖モ利益カ即チ權利ナルニ非ラス權利ハ利益ヲ達スルカ爲メニ認メラル、モノナリト雖モ權利其物ハ手段ニシテ目的ニ非

ラス利益其物ヲ以テ直ニ權利ノ本質ト爲シタルハ所謂利益說ノ缺點ナリ 權利カ利益ヲ以テ要素ト爲ストイフハ又必スシモ權利者ノ主觀ニ於ケル利益ヲ云フニ非ラス法カ認メテ以テ利益ト爲スモノヲ云フ稱シテ法律利益トイフコトヲ得ヘシ法律利益ハ以テ權利ノ目的タルモノニシテ權利者ノ各自ニ於テ之ヲ利益トシテ思考スルヤ否ヤハ問フ所ニ非ラス

三 權利ハ法ノ之ヲ認ムルニ由リテ生ス 權利ノ存在ハ法ノ存在ヲ以テ前提ト爲ス法アルニ非ラサレハ權利ハ存在スルコトヲ得ス權利ヲ以テ人生ノ天賦ナリトスルハ自然ノ事實ヲ以テ權利ナリト爲シタル謬想ナリ 然レトモ權利ヲ以テ盡ク法ニ依リテ始メテ附與セラレタルモノナリト爲スハ誤ナリ人類ハ初メヨリ自由意思ノ主體タリ其意思ノ力ハ事實上ノ力トシテハ法ノ之ヲ認ムルヲ待タスシテ初ヨリ存在ス然レトス其力カ法ニ依リテ承認セラル、迄ハ其力ハ單ニ自然ノ事實タルニ過キス此自然ノ事實カ法ニ依リテ承認セラル、ニ依リテ始メテ法律上ノ權利ト爲ルナリ 然レトモ凡テノ權利カ人類ノ自然ニ有スル力ナルニ非ラス權利中ニハ人類ノ

自然ニ有スル意思ニシテ法ハ唯之ヲ承認シ保護スルニ過キササルモノアルト共ニ又自然ニ有スル意力ニハ非ラスシテ法ニ依リテ始メテ附與セラル、モノアリ此外ニ權利人ニハ人類ノ初ヨリ有スル意力ニシテ法ハ唯之ヲ許容スルニ過キササルモノト法ニ依リテ新ニ附與セラル、意力トテ區別スルコトヲ得獨逸ノ學者ハ前ノ種類ノ權利ヲ稱シテ *Darfecht* (*Wollendiren*) 欲シ得ルカト云ヒ後ノ種類ノ權利ヲ稱シテ *Kanrecht* (*Wollenkönen*) 欲シ能フカト云フ

第二款 公權ト私權トノ區別

權利ニ公權ト私權トノ區別アリ此區別ハ法ニ公法ト私法トノ區別アルニ相當ス公法ニ依リテ認めラル、所ノ權利ハ即チ公權ナリ而シテ公法トハ國家ノ統治權ノ發動ヲ制限スル所ノ法規ナルカ故ニ公權トハ國家ノ統治權ニ制限ヲ加フルニ依リテ認めラル、所ノ權利ナリ

一 公權ト私權トノ區別ハ財産權ナルト否トノ區別ニ非ラス私權ハ必スシモ皆財産權ナラサルノミナラス財産權ニシテ又私權ニ非ラサルモノアリ官吏カ俸給ヲ受クル權利ノ如キ財産權ニシテ然カモ公權ナルモノハ甚々多シ

二 公權ト私權トノ區別ハ又主トシテ公益ノ爲メニ認めラル、ト主トシテ私益ノ爲メニ認めラル、トノ區別ニ非ラス權利カ常ニ權利者ノ利益ヲ保護スルカ爲メニ認めラル、モノニシテ權利者ノ利益ヲ保護スルハ同時ニ又國家ノ利益ニ適合スル所以ナリ此點ニ於テハ公權ト私權トニ由リテ異ナルコト無シ

三 公權ト私權トノ區別ニ非ラス公權ハ欲シ能フカヲ内容トシ私權ハ欲シ得ルカヲ内容トスト云フハ正當ナル見解ニ非ラス余輩ノ見ル所ニ據レハ公權ハ常ニ法ニ依リテ始メテ附與セラル、モノニシテ常ニ欲シ能フノ力ヲ以テ其内容トスルモノナリ何トナレハ公權ハ國家カ自ラ其統治權ニ制限ヲ加フルニ依リテ生ズ而シテ統治權ノ制限ハ天然ニ於テ既ニ存在スルモノニ非ラスシテ法ノ規定ヲ俟テ始メテ生ズルモノナレハナリ自由權ノ如キハ人類ノ天然ノ自由ヲ認ムルニ過キササルカ如シト雖モ後ニ論スヘキカ如ク自由權ノ内容ハ自由ニ或ル事ヲ爲シ得ヘキ意思ノ力ニ非ラシテ國家ヨリ其自由ヲ侵害セラレサルコトヲ要求スルノ力ナリ自由ニ之ヲ爲シ得ヘキ力ハ人ノ天然ニ有スルモノナリト雖

モ國家ヨリ侵サレサルコトヲ要求スルノ力ハ法ノ附與スルニ依リテ始メテ生
 スルナリ公權カ常ニ欲シ能フ力ナリトイフハ此ノ如ク眞正ナリト雖モ之ニ反
 シテ私權カ常ニ人ノ天然ニ有スル意力ニシテ法ハ唯之ヲ認容スルニ過キスト
 イフハ眞正ナラス私權中ニハ法ニ依リテ始メテ附與セラル、モノト法ニ依リ
 テ認容セラル、モノトノ二種アリ、賣買ヲ爲シ婚姻ヲ爲スカ如キハ皆人ノ天然
 ニ有スル意力ニシテ法ニ依リテ始メテ其力ヲ附與セラル、ニ非ラス法ハ唯之
 ヲ認容スルノミ然レトモ私權中ニモ法ニ依リテ始メテ附與セラル、モノアリ
 特許權意匠專用權ノ如キハ明ニ法ニ依リテ始メテ附與セラレタル權利ナリ
 四 公權ト私權トハ又其侵害ニ對スル救濟手段ノ如何ニ依リテ之ヲ區別スルコ
 トヲ得ス私權ノ侵害ハ常ニ民事裁判所ニ其救濟ヲ求ムルコトヲ得ト雖モ民事
 裁判所ニ訴フルコトヲ得ヘキ權利ハ必スシモ常ニ私權ナルニ非ラス今日ノ法
 ニ於テハ公權ト雖モ民事裁判所ニ出訴ヲ許セルモノアリ就中財產權ノ性質ヲ
 有スル公權ニ於テ然リ

公權ト私權トノ區別ノ問題ハ要スルニ公法ト私法トノ區別ノ問題ナリ之ヲ外ニ

シテ公權ト私權トヲ區別スヘキ標準ノ存スルモノ無シ公法ト私法トノ區別ニシ
 テ明ナラハ公權ト私權トノ區別モ亦自ラ明瞭ナリ然レトモ此性質上ノ區別ニ基
 キ其結果トシテ公權ト私權トノ間ニハ種々ノ重要ナル差異アリ

一 私法ノ法規ニ在リテハ私權ハ最も重要ナル觀念タリ凡テノ私法規定ハ皆私
 權ヲ中心トスルモノニシテ私法トハ即チ私權ノ主體客體及ヒ得喪ニ關スル規
 定ナリトイフコトヲ得ヘシ之ニ反シテ公權ノ公法ニ於ケル地位ハ此ノ如ク重
 要ナルモノニ非ラス若シ私法カ私權ニ關スル規定ナリトイフト同一ノ意義ヲ
 以テ公法ハ公權ノ主體客體及ヒ得喪ニ關スル規定ナリトイハ、大ナル誤ナリ
 公法ハ第一ニハ公共ノ利益ヲ目的トス個人ノ利益ハ其附隨ノ目的タルニ過キ
 ス公權ヲ認ムルハ個人ノ利益ヲ認ムルコトカ同時ニ一般公益ニ適合スルモノ
 ナル場合ニ於テ始メテ之ヲ見ルナリ故ニ公法ノ規定ノ大部分ハ唯一般公益ノ
 爲メニスル規定ニシテ個人ノ公權ヲ認ムルモノニ非ラス公權ニ關スル規定ハ
 唯公法ノ一小部分ナリ隨テ私法ノ學ハ常ニ權利ヲ中心トシテ論スルコトヲ要
 スルニ反シ公法ノ學ハ公權ヲ以テ研究ノ中點ト爲スコトヲ得ス

二 公權ト私權トハ其保護手段ニ於テ大ナル差異アリ私權ハ私人相互ノ間ノ權利ナリ（私權カ國家ト私人トノ間ニ存スル場合ニ於テモ其場合モ同一ニ國家カ法律上私人ト同一ノ地位ニ立テルモノナルカ故ニ其場合モ同一ニ論スルヲ得トナ）其法律關係ノ當事者ハ互ニ對等ノ地位ヲ有スル者ナリ國家ハ無關係ナル第三者トシテ當事者ノ上ニ立テテ之ヲ保護ス其保護ノ形式ハ常ニ訴訟ナリ私權ニ對シテハ常ニ民事訴訟アリ訴訟權アルニ依リテ私權ハ始メテ法律上ノ效力ヲ有ス訴訟ハ私權ニ缺クヘカラサル保護手段ナリ之ニ反シテ公權ハ國家又ハ公共團體ト私人トノ間ニ存スル權利ナリ國家ハ自ラ其法律關係ノ直接ノ當事者タリ隨テ公權ノ存在ニ依リテ國家ハ當然其保護ノ任ニ當ル故ニ訴訟ハ公權ニ付テハ必要ナル保護手段ニ非ラス近世ノ國家ハ行政裁判ノ制度ヲ認メ其制度ノ發達ニ從ヒテ公權ノ保護ノ一層完全ナルコトヲ得タリト雖モ是レ公權ノ保護ニ於テ缺クヘカラサル手段タルニ非ラス又近世ノ國家ニ於テモ二三ノ國ヲ除キテハ凡テノ公權ノ侵害ニ對シテ普ネク行政訴訟ヲ許ルセルニ非ラス行政訴訟ノ制度ナシトスルモ國家ハ其ノ官廳ヲシテ法令ヲ遵由スヘキ義務ヲ負ハシムルニ依リ官廳ニ上下ノ階級ヲ設ケ下級ヲシテ上級官廳ノ訓令ニ遵由スルノ義務ヲ負ハシムルニ依リ國務大臣ヲシテ輔弼ノ責ヲ負ハシムルニ依リ以テ公權ヲ保護ス行政訴訟ハ單ニ其ノ保護手段ノ一部ニシテ其ノ全部ニ非ラス

第三款 公權ノ種類

國民ノ公權ハ通常之ヲ自由權國家ノ行爲ヲ要求スルノ權及ヒ參政權ノ三種ニ區別ス

第一 參政權

國家ノ意思ハ自然人ノ意思ナラサル可カラズ國家ハ自然人ニ依リテ代表セラレ、ニ非サレハ其意思能力ヲ有スルコトヲ得ス國家ヲ代表スル自然人ハ即チ國家ノ機關ナリ國家カ其機關ヲ得ルニハ或ハ國民ニ其義務ヲ課スルニ因リテ之ヲ爲スコトヲ得ヘク或ハ國民ニ其權利ヲ認ムルニ因リテ之ヲ爲スコトヲ得義務ヲ課スルニ因リテ國家ノ機關タラシムルハ例ヘハ兵役義務ノ如キ是レナリ之カ權利ヲ認ムルニ因リテ國家ノ機關タラシムル場合ニ於テハ個人ハ之ニ依リテ所謂參政權ヲ得ルモノナリ參政權ハ明カニ機關トシテノ行動ト區別ス

ルコトヲ要ス機關ノ行動ハ國家ノ行動ニシテ個人ノ權利ニ非ス參政權ハ唯國家機關タル地位ヲ承認セラル、ノ權利ナリ參政權ハ君主カ皇位ニ即クノ權利議員ノ當選者カ議員タル地位ニ即クノ權官吏カ其地位ニ對スルノ權利選舉人ノ權利ノ如キハ皆是ナリ

第二 國家ノ行爲ヲ要求スルノ權

總テノ國家ノ行爲ハ直接又ハ間接ニハ國民ノ利益ノ爲メニスルモノニ非サルナシ國家カ國民ノ爲メニ利益ヲ供與スル場合ニ於テ或ハ直接ニ個人ノ利益ノ爲メニスルニ非スシテ一般ノ公共ノ利益ノ爲メニシ個人ハ間接ニ之カ利益ヲ享受スルニ過キサコトアリ此場合ニ於テハ國民ノ利益ハ所謂法ノ反射即チ一般公共ノ爲メニ定メラル、法規ノ間接ノ結果ニ過キスシテ權利ヲ享有スルモノニ非ス之ニ反シテ國家カ公共ノ利益ノ爲メニスルト同時ニ直接ニ個人ノ利益ヲ認メ個人ヲシテ自ラ其利益ヲ主張スルコトヲ得セシムルコトカ同時ニ公益ニ適合スルコトヲ認ムル場合ニ於テハ個人ハ其上ニ權利ヲ取得スルモノニシテ是レ即チ第二種ノ公權ナリ

此種ノ公權ノ最モ重ナルモノハ裁判請求權ナリ此權利ニヨリテ國家ハ其要請スル裁判ヲ拒絶スルコトヲ得ス總テノ私權ハ之ニ依リテ始メテ確實ナル保護ヲ受クルナリ然レトモ管ニ訴權ノミナラス行政ノ區域ニ於テモ亦斯ノ如キ權利ノ數多ノ種類アリ

權利ト法ノ反射トノ區別バ此種ノ權利ニ於テ特ニ之ヲ區別スルノ必要アリ外形上ハ恰モ權利ノ如ク見ユルモノニシテ其實ハ唯國家カ公共ノ利益ノ爲メニスル一般ノ制度ノ結果ニ外ナラサルモノアリ例ヘハ告訴告發權ハ真正ノ權利ニ非ス唯、檢事ノ公訴ヲ喚起スルノ行爲ニ過キス刑罰及ヒ警察ノ制度ハ常ニ一般公共ノ爲メニ存スルモノニシテ如何ナル場合ニ於テモ個人ハ刑罰ヲ請求スルノ權利ヲ有スルコト非ス營造物ノ利用ニ付テモ亦特ニ許可ヲ要スルニ非スシテ一般ノ自由使用ニ供セラル、營造物例ヘハ道路ノ如キモノニ對シテハ個人ハ之ヲ使用スルノ權利ヲ有スルモノニ非ス國家カ唯一般公共ノ爲メニ道路ヲ開設シ個人ハ之カ間接ノ利益ヲ享受スルニ過キス道路ノ開設ニ依リテ世界中ノ個人カ悉ク其上ニ通行ノ權利ヲ取得スルニ非ス國家カ唯、通行ヲ妨ケサル

ノミナリ

一五八

第三 自由權

自由權トハ個人カ法律ニ定メタル制限ノ外國家ニヨリテ自己ノ自由ヲ侵害セラレサルノ權利ヲ云フ自由ト云フ語ハ從來ニツノ全ク異ナリタル意義ヲ有セリ自由ハ或ハ政治上ノ自由ヲ意味スルコトアリ政治上ノ自由トハ個人カ自ラ國家ノ政務ニ參與スルノ權ヲ有スルヲ云フ即チ所謂參政權ニ外ナラサルナリ古代ノ國家ニ於テ自由ト云フトキハ此意義ニ於テ云フモノニシテ希臘及ヒ羅馬カ東洋ノ專制國ニ對シテ自由國タリシト云フハ國民カ此政治上ノ自由ヲ有シタルコトヲ意味ス近世ノ意義ニ於ケル自由トハ政治上ノ自由ヲ意味スルニ非スシテ國家ヨリ侵サレサルノ自由ナリ國家ノ權力ニ依リテ支配セラレサルノ範圍ヲ云フ

近世ノ諸國ノ憲法ハ北米合衆國ノ獨立宣言米國諸洲ノ權利章典殊ニ佛蘭西ノ千七百八十九年ノ人權及ヒ公民權宣言ノ影響ニ基キ何レノ國ニ於テモ其憲法中ノ明文ヲ以テ臣民ノ數多ノ權利ヲ列舉セサルモノナシ我國ニ於テモ亦此等

諸國ノ模範ニ倣ヒ其第二章ニ於テ此等ノ諸種ノ權利ヲ列舉セリ所謂居住及ヒ移轉ノ自由身體ノ自由信書ノ秘密所有權ノ不可侵住所ノ不可侵集會結社ノ自由言論出版ノ自由ノ如キ即チ是ナリ然レトモ是等種々ノ權利ハ皆チ包括的ナル唯一ノ自由權ノ種々ノ方面ニ過キスシテ是等ノ數多ノ別個ノ權利ノ存在スルニ非ス自由權トハ法規ニ依テ豫シメ定メラレタル外ハ國家カ臣民ノ自由ヲ侵害スルコトナキヲ要求スルノ權利ナリ自由權ハ此消極的ノ意義ヲ有スルモノニ過キスシテ唯一不分ノ權利ナリ唯一ノ自由權アルノミニシテ各種ノ自由權アルニ非ス集會結社ノ自由トハ集會ヲ爲シ結社ヲ爲スノ權利ニ非ス居住移轉ノ自由トハ居住ヲ爲シ移轉ヲ爲スノ權利ニ非ス集會結社ヲ爲シ居住移轉ヲ爲スハ睡眠ヲ爲シ談話ヲ爲スカ如ク天然ノ自由ニシテ權利ニ非ス何人モ睡眠飲食ノ權利ヲ有スルニ非サルト同シク集會結社ヲ爲スコトカ權利ノ目的物タルニ非ス集會結社ノ自由トハ畢竟法規ニ定メラレタル制限ノ外國家ニ依リテ集會結社ヲ妨ケラレサルコトヲ意味スルニ外ナラス是レ集會結社ニノミ特別ナルモノニ非スシテ個人カ法規ニ基クノ外國家ノ制限ヲ受ケスト云フ概括的

權利ノ一方面タルニ過キサルナリ
此故ニ自由權ヲ以テ全ク權利ニ非ストスルノ誤ナルト共ニ自由權ヲ以テ數多
ノ個々ノ權利ヨリ成ルモノナリト爲スモ亦等シク誤ナリ

第四節 國民ノ特別ノ階級

近世ノ國家ハ總ヘテノ國民カ法律ノ前ニ平等ナルコトヲ原則トス封建制度ノ下
ニ於ケル士農工商ノ階級的差異ハ近世ノ國家ニ於テハ全ク之ヲ廢滅シタリ此原
則ハ憲法中ニモ亦之ヲ明言シ日本臣民ハ法律ノ定ムル所ニ依リ均シク文武ノ官
職ニ就キ及ヒ其他ノ公務ニ就クヲ得ヘキコトヲ規定セリ然レトモ此四民平等ノ
原則ハ今日ニ於テモ尙ホ多少ノ例外ヲ存セリ此例外ハ歴史的ノ根據ニ依リテ其
正當ナルコトヲ説明スルヲ得ヘキナリ國民中特權アル階級ニ屬スル者ハ一ハ皇
族ニシテ他ハ華族ナリ

第一 皇族

皇族ハ皇室ト特別ノ關係ヲ有スルモノナルカ故ニ何レノ國ニ於テモ普通ノ臣
民ト異ナリタル法律上ノ特權ヲ有セリ殊ニ我國ニ於テハ我國ノ特種ノ國體ニ

基キ皇族ハ極メテ廣キ範圍ニ於テ法律上ノ特權ヲ有セリ

皇族ノ法律上ノ特權ハ法律又ハ命令ノ明文ヲ以テ規定セラレタルモノアリ其
明文ヲ以テ規定セラル、重ナルモノハ訴訟法上ノ特權(裁判所構成法第三十八
十六條刑事訴訟法第九條)租稅法上ノ特權(地所名稱區別明治三十六年內務省
法第三十條)租稅法上ノ特權(地所名稱區別明治三十六年內務省
法第三十條)斯ノ如キ明文ノ存スルモノニ付テハ固ヨリ疑ヲ容レス然レトモ其明文以外ニ
於テハ普通臣民ト均シク國法ノ規定ニ服従スルモノナリヤ又ハ明文ナキ場合
ニ於テモ法律上ノ特權ノ存スモノナリヤハ疑ハシキ問題ナリ

皇族モ亦臣民ノ一ナルカ故ニ國家ノ統治權ニ服従スル義務ヲ負フモノナルコ
トハ勿論ナリ從テ若シ事ノ性質上ヨリ論スレハ特ニ明文アル場合ニ於テ普通
臣民ト異ナリタル特權ヲ有スルニ止マリ其明文以外ニ於テハ普通臣民ト均シ
ク國法ノ規定ニ服従スルヲ要スルモノト認ム可キカ如シ外國ノ國法ノ下ニ於
テハ是レ一般ニ認メラル、原則ナリ我國ノ國法ノ下ニ於テモ學者ハ又之ト同
一ノ原則ノ適用アルモノトナシ皇族ノ特權ハ唯、法律又ハ命令ノ明文アル場合
ニ限ルトナスモノアリ然レトモ余ノ信スル所ニ依レハ皇族ハ我國ニ於テハ歷

史上全ク普通臣民ト異ナリタル地位ヲ有シ此點ニ於テハ外國ノ法理ハ未タ以テ我國ニ於ケル皇族ノ地位ヲ解釋スルノ標準ト爲スコトヲ得サルモノナリ予ノ信スル所ニ依レハ我國ニ於テハ皇族ハ法律又ハ命令ノ明文アル場合ノ外ニツノ點ニ於テ大ナル特權ヲ有スルモノナリ其一ハ皇族ニ關シテハ議會ノ協贊ヲ要セス大臣ノ副署ヲ要セス全ク君主ノ獨裁ニ因リテ特別法ヲ定ムルヲ得ヘキコト是ナリ他ノ一ハ或種ノ國法ニ付テハ皇族ハ明文ヲ俟タスシテ其適用ヲ受ケサルコト是ナリ

一 皇族ノ地位ニ關スル特別法ハ議會ノ協贊ヲ要セス大臣ノ副署ナク純然タル君主ノ獨裁ニ因リテ之ヲ定ムルコトヲ得ヘク此特別法ニ依リテ法律又ハ命令ニ對スル例外法ヲ定ムルコトヲ得總ヘテ法律ハ法律ニ依ルニ非サレハ之ヲ變更スルコトヲ得サルヲ原則トス皇族ノ地位以外ノ事項ニ關シテハ是レ絕對ノ原則ニシテ一タヒ法律ヲ以テ定メタル以上ハ緊急勅令ニ依ルノ外ハ法律ヲ以テスルニ非サレハ之ヲ變更スルコトヲ得ス唯リ皇族ノ地位ニ關シテハ議會ノ協贊ヲ經サル君主ノ單獨ノ意思ニ因リテ法律ニ對スル例外法

ヲ規定スルコトヲ得管ニ之ノミナラス國務大臣ノ副署モ必要ナラス君主ノ總ヘテノ國務上ノ行爲ハ原則トシテ大臣ノ副署アルニ非サレハ其效力ヲ生スルコトヲ得サルニ拘ラス獨リ皇族ノ地位ニ關シテハ大臣ノ副署ヲモ要セサルナリ

斯ノ如キ特別法ノ法律上有效ナル所以ハ唯、歷史上ノ根據ニ依リテノミ之ヲ説明スルコトヲ得皇族ノ地位ハ我國ニ於テハ歷史上古キ時代ヨリ常ニ君主ノ獨裁權ニ委セラレ政權武門ニ移リテ國務上ノ權力カ悉ク幕府ノ手ニ歸シタル時代ニ於テモ獨リ君主ノ地位ニ關シテハ常ニ禁裏ニ留保セラレ幕府ノ容喙ヲ許サ、リキ此慣習ハ憲法制定ノ後ニ於テモ尙ホ改メラル、コトナク君主ノ權力カ或ハ議會ノ協贊ニ因リ或ハ大臣ノ副署ニ因リテ制限セラル、ニ至リテモ獨リ皇族ノ地位ニ關シテハ尙ホ君主ノ無制限ナル獨裁權ニ留保セラレ全ク臣下ノ容喙ヲ許サ、ルナリ換言セハ皇族ノ地位ニ關スル法規ハ憲法第五十五條ノ意義ニ於テ國務上ノ行爲ト看做サレサルモノナリ斯クノ如キ特別法ヲ定ムルノ權ハ學者ハ通常之ヲ稱シテ皇室ノ自主權ト云

ヒ自治團體ノ自主權ト其性質ヲ同ウスルモノトナセリ然レトモ國家内ノ團體ノ自主權ハ如何ナル場合ニ於テモ國家ノ意思ニ牴觸スルヲ得ヘキモノニ非ス自主權ニ基ク規定ハ唯國家ノ法規ノ範圍内ニ於テノミ其效力ヲ有スルモノニシテ自主權ニ基ク規定ヲ以テ國家ノ法規ニ對スル例外法ヲ設クルコトヲ得ヘシトスルハ國家ノ最高權ノ性質ニ矛盾スルモノナリ

皇族ニ關スル斯ノ如キ特別法ノ最モ重ナルモノハ皇室典範ナリ皇室典範ノ性質ニ付テハ學者ハ多クハ之ヲ以テ皇室ノ自主權ニ基ク規定ナリトシ皇室内部ノ家法ナリト爲スヲ例トセリ然レトモ若シ皇室典範ヲ以テ皇室ノ家法ナリトセハ自主權ニ基ク規定ハ國家ノ法規ニ違反スルヲ得サルコト前述スル如クナルカ故ニ皇室典範ニ於テ規定セル數多ノ皇族特權ハ皆無効ノ規定ト云ハサルヲ得ス學者カ皇室典範ヲ以テ皇室ノ家法ナリト爲ス根據ハ唯其國務大臣ノ副署ナキカ故ニ在リト雖モ其大臣ノ副署ナキハ前ニ述ヘタルカ如キ皇族ノ特權ニ基クモノニシテ皇族ノ地位ニ關シテハ君主ハ無制限ナル獨裁權ヲ有スルカ爲メニ外ナラス其大臣ノ副署ナキカ故ヲ以テ直チニ國家

ノ法規ニ非ストナスハ決シテ當ヲ得タルモノニ非ス余ノ見ル所ニ依レハ皇室典範ハ法律命令ト等シク一ノ國家ノ法規ニシテ皇族ノ地位ニ關スル事項ニ付テハ法律以上ノ效力ヲ有スルモノナリ其定ムル所ノ皇族特權ハ決シテ無効ノ規定ニ非スシテ完全ナル國家法規トシテ直接ニ效力ヲ有スルモノナリ

皇室典範ハ皇族ニ關スル特別法ノ唯一ノ例ニ非ス皇室典範ノ外斯ノ如キ特別法ノ已ニ制定セラレタルモノ尙ホ皇室婚嫁令、皇室誕生令等ノ數種ノ法アリ何レモ同様ノ性質ヲ有スル皇族特別法ニシテ以テ法律ニ對スル例外法ヲ定ムルヲ得ヘキモノナリ

二 皇族ハ以上述フルカ如キ特別法ニヨリテ支配セラレ、ノ特權ヲ有スルノ外尙ホ或種ノ法律ハ當然其適用ヲ免カル、特權ヲ有セリ特別法ニ付テハ如何ナル事項ニ關シテモ苟モ皇族ノ地位ニ關スル以上ハ法律ニ對スル例外法ヲ設クルコトヲ得然レトモ皇族ハ此外ニ尙ホ斯ノ如キ特別法ノ規定ヲモ俟タスシテ當然ニ法律ノ適用ヲ受ケサルコトアリ

如何ナル法律ニ付テハ當然ニ其適用ヲ免カレ如何ナル法律ニ付テハ明文アルニ非サレハ其適用ヲ受クルカニ付テハ皇族ノ公法上ノ地位ト民法上ノ地位トヲ區別スルコトヲ要ス民法上ノ地位ニ付テハ皇族ハ原則トシテ普通臣民ト同一ノ法則ノ適用ヲ受ク是レ民法其ノモノ、性質ヨリ生スル當然ノ結果ニシテ民法ニ付テハ君主スラモ尙其適用ヲ受クルモノナリ何トナレハ民法ハ個人相互ノ關係ヲ定ムル規定ニシテ皇族モ亦社會上ノ個人トシテ他ノ個人ト相接觸スル以上ハ又當然其適用ヲ免カル、ヲ得サレハナリ公法ノ規定ニ付テハ刑法及ヒ訴訟法ハ原則トシテ皇族ニモ均シク適用セラル刑事上ノ無責任ハ唯、君主ニノミ適用セラルヘキ原則ニシテ皇族ハ其利益ヲ受クルコトヲ得ス民法及ヒ刑法カ皇族ニ適用セラル、當然ノ結果トシテ又民事及ヒ刑事訴訟法モ均シク皇族ニ適用セラル、コトヲ要ス之ニ反シテ行政法ノ規定ハ原則トシテ皇族ニ適用セラル、コトナシ蓋シ行政法ハ個人カ國家ノ一員トシテ國家ニ對スル關係ヲ規定スルノ法ニシテ而シテ皇族ハ國家ノ一員トシテハ普通臣民ト對等ノ地位ヲ有スルモノニ非サレハナリ故ニ徵兵令

ハ皇族ニ關スル何等ノ例外ヲ設ケサルニ拘ハラス當然皇族ニ適用セラル、コトナク皇族ハ普通臣民ト等シキ兵役ノ義務ヲ負フコトナシ皇族ハ又市町村ノ住民及ヒ市町村公民トシテ取扱ハル、コトナク市町村會ノ選舉ニ與カルコトナシ衆議院議員選舉法ハ皇族ニ付テ何等ノ規定ヲ存セサルニ拘ハラス皇族ハ衆議院ノ選舉ニ與カルコト非ス行政法ノ規定ニシテ皇族ニ適用セラル、ハ唯、其明文アルトキ又ハ明文ナクトモ其意思ヲ推測シ得ヘキ場合ニ限ル

第二 華族

華族カ普通臣民ト異ナリタル特權ヲ有スルハ皇族ト異ナリ唯、法律又ハ命令ノ明文アル場合ニ限ルハ勿論ナリ華族ノ特權ノ重ナルモノハ貴族院議員タルノ權、貴族院議員ノ選舉權訴訟法上ノ多少ノ特權、世襲財産ヲ設ケ及ヒ之ヲ維持スル權等ナリ

第三編 國家ノ機關

第一章 君主及ヒ君主ノ代表並ニ補弼機關

第一節 君主ノ國法上ノ地位

君主ハ國家ノ最高機關ニシテ且ツ我國ニ於テハ外部ニ對スル統治權發動ノ唯一ノ源泉ナリ

君主ノ國法上ノ地位ニ付テハ幾ニ國家ノ機關ヲ論スルノ章ニ於テ既ニ之ヲ一言シタリト雖モ尙ホ二種ノ誤解ニ付テ特ニ之ヲ一言スルノ要アリ二種ノ誤解トハ一ハ君主カ統治權ノ主體ナリトスル見解ナリ一ハ統治權ノ全體カ君主ノ一身ニ歸屬スト爲スノ見解ナリ

一 君主カ統治權ノ主體ナリト爲ス見解ノ論理上貫徹ス可カラサルコトハ前ニ屢之ヲ述ヘタリ其論理上ノ誤謬ニ拘ラス殊ニ我國ニ於テ此ノ見解ノ多ク行ハル、所以ハ唯、君主カ國家ノ機關ナリト云フコトカ何トナク君主ノ尊嚴ヲ害スルカ如ク思ハル、漠然タル感情ニ外ナラス然レトモ君主カ國家ノ機關ナリト云フハ國家ノ永續的且ツ統一的團體ナル性質ヲ認ムルヨリ生スル論理上ノ必然ノ結果ニシテ皇室ノ尊嚴ト何等ノ關係アルニ非ラス學者ハ或ハ統治權ノ主體トシテノ君主ト一個人トシテノ君主トヲ區別シ統治權ノ主體トシテノ君主

ノ權利ハ一個人トシテノ君主ノ權利ニ非ス一個人トシテノ君主ハ崩御スルコトアルモ統治權ノ主體トシテノ君主ハ永續スト云フニ依リテ其論理上ノ困難ヲ救ハントスル者アリト雖トモ君主カ自己ノ權利トシテ統治權ヲ有スルノ主體タリト看做ス以上ハ斯クノ如キ區別ヲ認ムルコトヲ得ヘキニ非ズ君主カ統治權ノ主體ナリトセハ統治權ハ即チ君主ノ一身上ノ權利ナリ即チ統治權モ亦君主カ一個人トシテ有スル所ノ權利ナルコトヲ意味スルナリ君主カ國家ノ機關ナリト云フコトヲ認メテコソ國家ノ機關タル資格ト一個人タル資格トヲ區別スルコトヲ得ヘケレ君主カ一ノ人格トシテ一ノ權利主體トシテ統治權ヲ有スト認ムル以上ハ均シク人格タル所ノ君主ニ統治權ノ主體タル人格ト統治權ノ主體ニ非サル人格トヲ區別スルヲ得ヘキニ非ス國家トイフ一ノ獨立ノ人格アリテ此人格ヲ代表スルカ爲メニ存スルカ故ニ始メテ人格タル君主ト機關タル君主トノ區別ヲ認ムルコトヲ得ルナリ學者カ統治權ノ主體タル君主ト一個人タル君主トヲ區別セントスルハ偶以テ其論理ノ矛盾ヲ證明スルモノナリ君主カ國家ノ機關ナリト云フトキハ往々君主カ國家ノ委任ニ依リ國家ノ命令

ノ下ニ於テ統治權ヲ行使スルコトヲ意味スルカ如クニ誤解スルモノナリ君主ハ國家ノ機關ナリトイフモ君主ト國家トノ間ニハ決シテ委任又ハ命令ノ如キ關係アルヲ意味スルニ非ラス君主ハ國家ノ直接機關ニシテ且ツ最高機關ナリ他ノ委任ニ依リテ機關タルノ地位ヲ得ルハ唯間接機關ノミ直接機關ハ憲法上當然機關タルノ地位ヲ有ス國家カ先ツ成立シテ後委任ニ依リテ自己ノ機關ヲ選任スルニ非ラス機關アルニ由リテ始メテ國家アリ國家アレハ必ラス機關ナカル可カラス機關ナケレハ國家ハ初ヨリ成立スルコトヲ得サルモノナリ

二 君主ヲ統治權ノ主體ナリト思考スルコトカ論理上維持スヘカラサルコトハ近時ニ於テハ獨逸ノ國法學者間ニハ殆ント一致シタル定説ナレトモ君主カ國家ノ機關トシテ如何ナル地位ヲ有スルカニ付テハ今日ニ於テモ大多數ノ說ハ統治權ノ全部カ君主ノ一身ニ歸屬スルモノナリト爲スノ見解ヲ保持セリ此見解ハ第一ニハ憲法ノ明文ニ於テ其根據ヲ有ス然レトモ憲法ノ此點ニ關スル明文ハ學理ノ決定ニ於テ重キヲ爲スニ足ラサルコトハ前ニ述ヘタルカ如シ其第二ノ論據ハ統治權ハ唯一不可分ノモノナルカ故ニ必ス又唯一ノ機關ニ歸屬セ

サルヘカラスト爲スニ在リ此論據ノ正當ヲ失セル所以モ亦前ニ述ヘタル所ナリ立憲君主國ニ於テハ君主ハ種々ノ點ニ於テ統治權ノ制限ヲ受ク君主ノ國務上ノ行爲カ大臣ノ副署ヲ要スルコトハ其一ナリ裁判權カ獨立ノ地位ヲ有スル裁判所ニ依リテ行ハル、コトハ其二ナリ然レトモ此二ツノ制限ハ未タ君主カ統治權ノ全部ヲ總攬スルモノナリト云フコトヲ妨ケス何トナレハ國務大臣及ヒ裁判所ハ共ニ君主ヨリ其權限ヲ與ヘラレタルモノニシテ君主カ之ヲ任命シ之ニ權限ヲ委任スルニ因リテ始メテ國家ノ機關タル地位ヲ得ルモノナレハナリ然レトモ君主ハ此二ノ制限ノ外ニ尙ホ第三ノ制限ヲ受ク其立法權ニ於テ議會ノ協贊ヲ要スルコト是レナリ議會ノ議決ヲ經ルニ非サレハ法律ハ成立スルコト能ハス而シテ議會ハ君主ノ任命ニ由リ君主ノ委任ニ由リ其權限ヲ與ヘラル、ノ機關ニ非ス憲法ニ依リテ當然其權限ヲ有ス憲法ヲ變更スルニ非サレハ其權限ヲ變スルコトヲ得ス而シテ憲法ヲ變更スルニモ議會ノ議決ヲ要ス君主ノ單意ヲ以テ之ヲ行フコトヲ得ス君主ノ立法權ニシテ如此獨立ノ機關ノ同意ヲ必要トスル以上ハ統治權ノ全部カ君主ニ歸屬スルモノト云フヲ得サルハ明

瞭ナリ

立法権カ議會ノ協賛ヲ必要トスルコトハ君主カ統治權ヲ總攬スト主張スル學者ノ最モ解釋ニ苦シム所ナリ學者ハ此困難ヲ救ハンカ爲メ種々ノ解釋ヲ試ミントスト雖モ何レモ曲解タルヲ免レス其解釋ノ最モ巧妙ナルモノハ「ラバンド」ノ法律ノ命令ト法律ノ内容トヲ區別スルノ說ナリ其說ニ依レハ法律ハ二種ノ要素ヨリ成ル一ハ法律ノ定ムル所ノ實質ニシテ他ハ法律ノ拘束力ナリ前者ハ法律ノ内容ニシテ後者ハ法律ノ命令ナリ立法行爲中國法上主要ノ點ハ法律ノ内容ヲ定ムルニ非スシテ其内容ニ拘束力ヲ附與スルノ行爲ニ在リ議會ハ單ニ法律ノ内容ヲ定ムルニ過キス法律ニ拘束力ヲ與フルハ專ラ君主ノ裁可ニ在リテ統治權ノ發動ハ唯君主ノ裁可ノミニ在リ從テ立法權モ亦君主カ獨リ行フ所ナリト云フニ在リ此說ノ誤ナル所以ハ後ニ法律ノ裁可ヲ論スルノ章ニ於テ之ヲ述フヘシ議會ノ議決ハ單ニ法律ノ内容ヲ定ムルノ行爲ニ非スシテ之ニ拘束力ヲ附與スルコトニ協賛スルナリ法律ハ君主ノ單獨ノ意思ニ因リテ成ルモノニ非スシテ議會ノ議決ニ加フルニ君主ノ裁可ヲ以テシ此ニツノ意思ノ相一致

スルニ於テ始メテ法律ハ成立スルナリ故ニ此說ヲ以テモ統治權ノ全部カ君主ノ一身ニ歸屬スト爲スノ論據ト爲スコトヲ得ス

君主ハ統治權ノ全部ヲ總攬スルモノニ非サレトモ少ナクトモ我國ニ於テハ外部ニ對シテ統治權ヲ發動スルハ專ラ君主ニノミ其源泉ヲ發スルナリ議會ノ協賛ハ單ニ國家意思ノ決定ニ協賛スルニ止マリ既ニ決定セラレタル意思ヲ外部ニ表示スルニハ議會ハ毫モ與カルコトヲ得ス專ラ君主ノ名ニ於テ行ハル、モノナリ從テ若シ統治權ヲ總攬スト云フ言ヲ以テ外部ニ統治權ヲ發動スルコトヲ意味スルモノナリトセハ君主カ統治權ヲ總攬スト云フハ正當ナリ憲法第四條ハ唯此意義ニ於テノミ解スヘキモノナリ

我國ニ於ケル君主ノ國法上ノ地位ハ之ヲ他ノ諸國ノ君主又ハ大統領ノ地位ト相比較スルニ依リテ一層明瞭ナルヲ得ヘシ

一 共和國ノ大統領ハ嘗ニ其世襲ナラスシテ國民又ハ議會ノ選舉ニ依ルモノナルニ於テ君主國ノ君主ト異ナルルノミナラス其ノ權限ノ範圍ニ於テ頗ル君主ト異ナリ就中大統領ハ如何ナル場合ニ於テモ國家ノ最高機關ニ非ス國家ノ最

高ノ意思ノ決定ハ大統領ニ非スシテ或ハ總國民或ハ代議會ニ存スルナリ例ヘ
ハ米合衆國ノ大統領ハ憲法ノ改正ニ付テ裁可權ヲ有セサルハ勿論通常立法ニ
付テモ發案權ナク又裁可權ナシ唯停止的不認可權ヲ有スルノミ議會ヲ召集ス
ルノ權ハ唯例外ノ場合ニノミ有スルニ止マリ其解散權ハ全ク之ヲ有セス佛國
ニ於テモ憲法ノ改正ハ議會ノ專權ニ屬シ大統領ハ之ニ與カラス議會ヲ召集ス
ルノ權ハ大統領之ヲ有スレトモ議會ハ召集ヲ俟タスシテ毎年定期ニ自ラ集會
スルノ權ヲ有セリ大統領ハ法律ノ裁可權ヲ有セス唯再議ヲ求ムルコトヲ得ル

二 然レトモ管ニ共和國ノ大統領ノミナラス之ヲ他ノ君主國ノ君主ニ比較スル
モ我國ノ君主ハ其大權ノ範圍遙ニ廣大ナリ就中英國ニ於テハ已ニ述ヘタルカ
如ク法律ハ國會即チ君主及ヒ上下兩院ヲ以テ組織スル國會ノ名ニ於テ發布ス
ルモノニシテ君主ノミノ名ニ於テスルニ非ス我國ノ君主ト其地位ヲ比較スル
ニ足ラサルハ之レノミニテモ明瞭ナリ君主ノ地位ノ我國ニ於ケルト最モ相近
似セルハ『プロイセン』ヲ始シメ獨逸ノ諸君主國ナリ我國ノ憲法ハ直接ニ是等ノ

獨逸ノ君主諸國ノ憲法ヲ模範トシテ制定セラレタルモノナリ然レトモ君主ノ
大權ハ之ヲ是等諸國ト比較シテモ尙ホ大ニ廣キモノアリ『プロイセン』其他ノ數
國ノ君主ノ有セサル所ニシテ獨リ我國ノ君主ニ屬スル大權ノ重ナルモノハ
イ 獨立命令權 『プロイセン』等ノ諸國ニ於テハ法規ヲ定ムルニハ原則トシテ
常ニ法律ノ形ヲ以テスルコトヲ要シ君主ハ法律ノ執行ノ爲メニスル外ハ法
律ノ委任アルニ非サレハ獨立ニ法規ヲ定ムルノ權ヲ有セス一二ノ學者ノ稀
ニ君主ノ獨立命令權ヲ主張スルモノアレトモ是レ通説ノ認メサル所ナリ獨
リ我國ノ憲法ハ其第九條ニ於テ法律ノ委任ニ依ルニ非スシテ君主カ獨立ニ
法規ヲ定ムル命令ヲ發シ得ヘキコトヲ規定セリ
ロ 議會ノ豫算議定權ノ制限 議會ノ豫算議定權ハ我國ニ於テハ憲法第六十
七條ニ於テ特ニ大ナル制限ヲ受ク此制限アルニ由リテ君主ノ大權ニ基ク既
定ノ歳出ハ議會カ其豫算議定權ニ依リテ之ヲ動かスコトヲ得ス此制限ハ何
レノ國ノ憲法ニモ存在セサル所ニシテ君主ノ大權ノ我國ニ於テ特ニ大ナル
所以ノ一ナリ

ハ 憲法改正ノ發案權 君主ノ大權ノ特ニ吾國ニ於テ強大ナル所以ノ最モ大ナルモノハ憲法改正ノ發案權ヲ君主ノ大權ニノミ留保シタルコトニ在リ我國ニ於テハ憲法ノ改正ニ付テハ議會ハ全ク之カ發案權ヲ有セス勅命ニ依ルニ非サレハ將來全ク憲法ヲ改正スルノ途アラサルナリ

第一節 皇位ノ繼承

第一 皇位繼承ノ性質

國家ハ一日モ最高機關ヲクシテ存在スルコトヲ得ス最高機關ノ欠缺ハ即チ國家ノ活動ノ停止ナリ故ニ君主ニシテ其位ヲ去ルトキハ直チニ之ヲ充タスヘキ方法ヲカラサル可カラス皇位繼承トハ前ノ君主ノ其位ヲ去ルニ因リテ後ノ君主カ其地位ヲ充タスノ方法ヲ云フ
皇位ノ繼承ハ民法上ノ相續ト同シカラス相續ハ權利ノ移轉ナリ皇位繼承ハ權利ノ移轉ニ非ラス國家機關タル地位ノ繼承ナリ相續ハ又相續人ノ承認ニ依リテ其效力ヲ生ス相續人ハ其權利ヲ拋棄スルコトヲ得ヘシ皇位繼承ハ繼承者ノ承認ヲ要セス繼承者ハ之ヲ拋棄スルコトヲ得ヘキニ非ラス

第二 皇位繼承ノ資格

大日本國皇位ハ祖宗ノ皇統ニシテ男系ノ男子之ヲ繼承ス(皇室典範一條)故ニ皇位ヲ繼承スルカ爲メニハ

- 一 祖宗ノ皇統ニ屬スルコトヲ要ス 帝國ノ皇位カ萬世一系連綿トシテ絶ヘサルハ我國ノ國體ノ存スル所タリ皇統ハ必スシモ嫡出ト庶出トヲ問ハス外國ノ法ニ於テ嫡出子ニ限ルト爲シ又ハ獨乙諸國ノ法ニ於テ對等ノ婚姻ノ出ナルヲ要スルカ如キハ吾國法ノ採ラサル所ナリ然レトモ養子ハ吾國ニ於テモ皇位繼承ノ資格ヲ生セス皇統ハ專ラ實系ニ依ルナリ
- 二 男系ノ男子ナルコトヲ要ス 皇統カ男系ニ限リ女系ニ及ハサルコトハ吾國有史以來ノ皇室ノ成法ナリ其偶々女帝ヲ戴クコトアリシハ歷史上ノ變例ニシテ幼帝ノ歳長スルニ至ルノ間一時政ヲ攝スルノ趣旨ニ出テタルナリ歐洲ノ二三ノ國ニ於ケルカ如ク女系ノ出ハ男系ノ出ニ嗣テ當然繼承權ヲ有スルハ吾國法ノ初メヨリ採ラサリシ所ナリ

第三 皇位繼承ノ順位

皇位繼承ノ順位ハ皇室典範ノ定ムル所ニ依ル(憲法第皇位ノ繼承ハ皇室ノ家督相續ニアラス國家機關ノ地位ノ繼承ナルカ故ニ皇位繼承ノ順位ヲ定ムルノ法ハ皇室内部ノ家法ニアラスシテ國家機關ノ組織ヲ定ムル國家法規タリ皇室典範ヲ以テ皇室ノ家法ナリトスルハ此點ニ於テ既ニ誤レリ獨逸諸國ノ法ニ於テハ王位ノ繼承ト相續トヲ同視シタル舊時代ノ思想ノ殘影ニ依リ今日ニ於テモ王室ノ家法ヲ以テ間、王位繼承ノ順位ヲ定ムルモノアレトモ家法ニシテ舊位繼承ノ順位ニ關スルモノハ國家法規ノ一部ヲ成シ憲法變更ノ手續ニ依ルカ少クトモ議會ノ協賛アルニアラサレハ之ヲ變更スルコトヲ得ス純然タル家法トシテ皇室ノ自治權ニ屬スルモノハ唯皇室内部ノ私事ニ關スルモノニ止マル吾國ノ皇室典範ハ議會ノ協賛ヲ要セス其制定及ヒ改正ノ形式ニ於テモ獨乙諸國ニ於ケル純然タル王室ノ家法ト相似タリト雖モ其性質ニ至テハ全ク之ト比較スルヲ得サルモノナリ

皇位繼承ノ順位ハ所謂長系繼承法 (Primogeniture)ニ依ル長系繼承法ハ以テ近親繼承法ニ對スルモノニシテ近親繼承法ハ親等ノ異ナリタル者ノ間ニ在リテハ

其近キ者ヲ先ニスルモノナルニ反シ長系繼承法ハ長系ノ子孫ハ次系ニ先テ繼承權ヲ有ス即チ皇長子在ラサルトキハ皇長孫及ヒ其子孫ハ皇次子ニ先チテ繼承權ヲ有スルナリ

故ニ皇位繼承ノ順位ハ左ノ如シ

- 一 皇長子及ヒ其子孫
 - 二 皇次子及ヒ其子孫
 - 三 皇子孫皆在ラサルトキハ皇兄弟及ヒ其子孫
 - 四 皇兄弟及ヒ及子孫皆在ラサルトキハ皇伯叔父及ヒ其子孫
 - 五 以上ノ者皆在ラサルトキハ其以上ニ於ケル最近親ノ皇族
- 但シ皇子孫中ニ在リテハ嫡出子ハ庶子ニ先チテ繼承權ヲ有ス繼承權カ皇兄弟ニ先ニ移ルハ皇子孫ノ全ク在ラサルトキニ限ル庶出ノ子孫ト雖モ尚ホ皇兄弟ニ先チテ繼承權ヲ有スルナリ皇兄弟以上ハ同等内ニ在リテハ嫡出ハ嫡出ニ先チ長系ハ幼系ニ先ツ同等ト云フハ親等ノ同シキヲ云フナリ皇兄弟中ニ於テハ嫡ハ庶ニ先ツト雖モ庶出ノ皇兄弟ハ嫡出ノ皇伯叔父ヨリモ先チテ繼承權ヲ有ス子

孫カ父ノ繼承權ヲ繼承スルコトハ皇子孫ノ例ニ同シ

嫡出トハ適法ノ婚姻ニ出テタルモノヲ云フ故ニ嫡出ト庶出トヲ區別スルカ爲メニ如何ナル婚姻カ適性ノ婚姻ナルヤヲ論スルヲ要ス民法ニ依レハ婚姻カ戸籍吏ニ届出ツルニ依リテ其效力ヲ生スルモノナリト雖モ吾國ノ戸籍法ハ全ク皇族ニ適用ナキモノナルカ故ニ此規定ハ大婚及ヒ皇族ノ婚姻ニ適用スルコトヲ得ス皇室婚嫁令ニ依レハ大婚及ヒ皇族ノ婚姻ハ圖書頭之ヲ皇統譜ニ登録スルモノナリト雖モ特別ノ明文ナキ限りハ此登録ニ依リテ始メテ效力ヲ生スルモノナリト認ムルコトヲ得ス從テ大婚及ヒ皇族ノ婚姻ハ實際ニ其禮ヲ行フニ依リテ效力ヲ生スルモノト認メサル可カラス皇族ノ婚姻ハ又同族又ハ勅旨ニ由リ特ニ認許セラレタル華族ニ限り且ツ豫メ勅許ヲ受クルコトヲ要ス之ニ違反シタル婚姻ハ無効ナリ(皇室典範第三十九條第四十條 皇室婚嫁令第二十四條)皇位繼承ノ順位ハ皇室典範ニ依リテ豫メ定マリ特定ノ場合ニ於テ之ヲ變更スルコトヲ得サルヲ原則トス但シ之ニ一ノ例外アリ皇位繼承ノ順位ニ當ル者カ精神又ハ身體ノ不治ノ重患アリ又ハ重大ノ事故アルトキハ皇族會議及ヒ樞密

顧問ニ諮詢シ其順位ヲ代フルコトヲ得(皇室典範第九條)此特定ノ場合ノ外ハ皇位繼承ノ順位ヲ變更スルハ皇室典範ノ改正ニ依ルノ外之ヲ行フコトヲ得サルモノナリ順位ヲ代フルハ次ノ順位ニ當レル者ヲ以テ之ニ代フルヲ云フ任意ノ選擇ヲ許スノ謂ニ非ス順位ヲ代フルハ又繼承權ヲ剝奪スルニ非ス順位ノ變更ニ依リテ繼承權ヲ得タル者ハ或ハ薨去ニ依リ或ハ其他ノ事由ニ依リ繼承權ヲ失ヒタルトキハ再ヒ當然繼承權ヲ回復スルモノニシテ更ニ次ノ順位ニ在ル者ヲ立テ、皇嗣ト爲スカ爲メニハ新ニ同一ノ手續ヲ必要トスルナリ然レトモ一タヒ順位ヲ代ヘタルトキハ永久ノ效力ヲ有スヘキモノニシテ其原因タリシ事故ノ已ミタルノ故ヲ以テ更ニ其順位ヲ回復スルコトヲ得ス

皇位繼承ノ順位ニ當レル皇子又ハ皇孫ヲ皇太子又ハ皇太孫ト稱ス皇太子皇太孫ヲ定ムルハ勅書ニ依ル皇太子皇太孫ノ稱號ハ既ニ皇位繼承ノ順位ニ當レル者ニ特別ノ稱號ヲ附スルニ止マリ新ニ皇位繼承ノ權利ヲ附與スルモノニ非ス其法律上ノ效力ハ單ニ何人カ繼嗣タルヘキヤノ疑アル場合ニ於テ法律上ノ推測ヲ受クルノ根據タルニ止マリ是ニ依リテ皇位繼承ノ權利ノ定マルニ非ス

第四 皇位繼承ノ時期

皇位繼承ノ效力ヲ生スル時期ハ前ノ君主ノ崩御シタル瞬間ニ在リ其瞬間ニ於テ法律上ノ皇位繼承ノ順位ニ當ル者ハ當然皇位ニ即クナリ皇室典範ニ天皇崩スルトキハ皇嗣即チ踐祚シト云ヘルハ此意味ヲ明ニセルナリ中世ノ歐洲ニ於テハ王位繼承ノ後更ニ即位式ヲ行ヒ即位式ニ依リテ始メテ國法上君主ノ地位ニ即クノ效力ヲ生シタル時代アリタレトモ近世ニ於テハ即位式ハ何レノ國ニ於テモ單純ナル儀式ニ止マリ法律上ノ效力ヲ有スルモノニ非ス我國ニ於テモ皇室典範ノ第十一條ハ即位式ハ京都ニ於テ之ヲ行フコトヲ規定スト雖モ即位式ニ依リテ始メテ君主ノ地位ヲ得ルニ非サルハ勿論ナリ崩御ノ外諸國ノ國法ハ讓位ヲ以テ君位喪失ノ原因ト爲シ從テ讓位ニ依リテ君位ノ繼承ヲ生スト爲スモノアリ我國ニ於テモ歷史上ノ事實ニ於テハ讓位ノ例ニ乏シカラスト雖モ皇室典範ニ依レハ全ク讓位ヲ認メス從テ君主ハ如何ナル場合ニ於テモ在世中其位ヲ去ルコトナク我國ニ於テハ崩御ハ皇位繼承ノ唯一ノ原因ナリ從テ未タ皇位ニ即カサル間ニ不治ノ疾病又ハ重大ナル事故在ルト

キハ繼承ノ順位ヲ變更スルコトヲ得ヘキニ拘ハラス既ニ皇位ニ即キタル以上ハ斯クノ如キ故障ヲ生シタル場合ニ於テモ尙ホ攝政ヲ置クヲ得ルニ止マリ皇位ノ移轉アルコトヲ得サルモノナリ皇位繼承ハ君主ノ崩御ノ事實ニ因リテ法律上當然ニ效力ヲ生スルモノニシテ何人ノ意思ヲモ要セス從テ又繼承者カ之ヲ知ルコトヲモ要セス本人ノ意思ニ反シ又ハ本人ノ知ラサル間ニ於テモ當然效力ヲ生スルモノナリ其結果トシテ又君主崩御ノ當時ニ於テハ何人カ繼承權ヲ有スルカノ明カナラサル場合ニ於テモ一タヒ繼承者ノ確定シタルトキハ君主崩御ノ當時ニ遡リ其時ヨリ君主ノ地位ニ在リシモノト看做サルハナリ君主崩御ノ當時皇子尙ホ母ノ胎内ニ在ル場合ニ於テ何人カ繼承權ヲ有スルカハ稍疑ハシキ問題ナリ皇室典範ハ此點ニ關シテ明文ヲ設クルコト無シト雖モ普通ノ條理ヨリ云フモ皇位ノ系統ハ出來得ヘキ的天皇ノ正系ニ傳フルヲ本旨トシテ之ヲ支系ニ傳フルハ直系子孫全ク有ラサル場合ニ限ルヘキモノナルカ故ニ此場合ニ於テハ皇子ノ誕生ヲ待チ男子ナルトキハ當然皇位ニ就キ崩御ノ

當時ニ遡リテ其效力ヲ有スルモノト爲シ女子ナルトキハ最近ノ繼承權ヲ有スルモノ即チ攝政ノ地位ニ在ルモノカ皇位ニ即キ同シク崩御ノ當時ニ遡リテ其效力ヲ有スヘキモノナリ

第三節 君主ノ權利

君主ハ國家ノ機關トシテハ自己ノ權利ヲ行フモノニ非ス國家ノ機關トシテ行フ所ハ君主ノ權利ニ非スシテ國家ノ權利ナリ學者ハ君主カ國家ノ機關タルコトヲ認ムルニ拘ラス君主ノ權利ヲ論スルニ於テハ往々政治權ヲ以テ君主ノ權利ニ數フル者アレトモ是レ明カナル前後ノ矛盾ニシテ政治權ハ君主ノ一身ニ屬スル權利ニ非ス然レトモ君主ハ人格トシテハ臣民ト異ナル種々ノ權利ヲ有シ總テノ國民中唯一無二ノ法律上ノ地位ヲ有ス君主ノ一身ニ隨伴スル權利ハ之ヲ三種ニ分ツコトヲ得一不可侵權、二榮譽權、三財產權是ナリ

一 君主ノ不可侵權

君主ハ神聖ニシテ侵スヘカラスト云フノ原則ハ各君主國ノ憲法ノ殆ント治ネク明言スル所ナリ神聖ニシテ侵ス可カラスト云フハ各々獨立ノ意義ヲ有スル

モノニ非ス二者相合シテ一ノ思想ヲ言ヒ現ハスモノニシテ即チ君主ノ無責任ヲ意味スルモノナリ

君主不可侵ノ原則ヲ論スルノ學者ハ通常之ヲ以テ専ラ法律上ノ無責任ヲ意味スルモノト爲ス固ヨリ法律上ノ無責任ハ君主不可侵ノ原則ヨリ生スル最モ重ナル結果ナルハ言フヲ俟タスト雖モ余輩ノ信スル所ニ據レハ單ニ法律上ノ無責任ノミニ止マルモノニ非スシテ又德義上ノ無責任ヲモ含ムモノナリ

法律上ノ無責任トハ君主カ自己ノ行爲ニ付テ自ラ其ノ法律上ノ結果ヲ負ハサルコトヲ言フ法律上ノ無責任ハ實ニ君主ノ國務上ノ行爲ニ付テノミナラス又私ノ行爲ニモ及フヘキモノナリ第一ニ君主ハ其ノ國務上ノ行爲ニ過アル場合ニ於テモ自ラ其ノ責ニ任セス如何ナル失政アルモ君主カ之カ爲メニ其位ヲ退クコト無シ第二ニ君主ハ其ノ私ノ行爲ニ於テ不法行爲アルモ刑法上ノ責任ヲ負ハス刑法ノ規定ハ全ク君主ニ適用スルヲ得サルモノナリ

君主無責任ノ原則ニ對シテ學者ハ通常民法上ノ責任ヲ除外スルヲ例トス即チ民法上ノ責任ニ付テハ君主モ亦一私人ト均シク之ヲ受クヘキモノナリト爲ス

ナリ然レトモ此點ニ付テモ亦余輩ハ必ラスシモ之ヲ正當ナリト爲サス區別シテ論スルコトヲ要ス若シ民事裁判所ハ廣ク君主ニ對シテ如何ナル判決ヲモ爲スコトヲ得ヘシト云フノ意ナリトセハ是レ疑モナク誤ナリ民事裁判所ノ判決カ君主ニ對シテ有效ナルコトヲ得ルハ唯財産權ヲ確認スル判決ニノミ限ル君主モ亦財産權ノ主體ナル以上ハ其ノ權利範圍ニ一定ノ限界ヲ有スヘキハ勿論ニシテ其ノ權利ノ限界ヲ確認スル判決ハ毫モ君主ニ責任ヲ負ハシムルモノニ非ス隨テ此種ノ判決カ君主ニ對シテ有效ナルコトハ毫モ君主不可侵ノ原則ト牴觸スルコト無シ之ニ反シテ君主ノ民法上ノ不法行爲ニ對シテ損害賠償ヲ負ハシムルノ判決ハ余輩ノ信スル所ニ依レハ君主無責任ノ原則ト調和スルコトヲ得サルモノニシテ君主ニ對シテ有效ナルヲ得サルモノナリト信ス

君主不可侵ノ原則ハ番ニ以上ノ如キ法律上ノ無責任ノミナラス又德義上ノ無責任ヲ意味ス德義上ノ無責任トハ君主カ其ノ國務上ノ行爲及ヒ其ノ私ノ行爲ニ付テ全ク世論ノ批評ノ外ニ立ツコトヲ謂フ德義上ノ無責任ヨリ生スル最モ著シキ結果ハ議會カ君主ノ行爲ニ付テ非議スルコトヲ得サルコトニ在リ議會

カ國務大臣ノ行爲ヲ非難シ又ハ之ニ對シテ不信任ノ決議ヲ爲スハ議會ノ正當ノ權限ノ行使ナリト雖モ君主ノ行爲ヲ非難スルノ決議ヲ爲スハ議會ノ權限外ニシテ不法ノ決議ナリ然レトモ番ニ議會ノミナラス凡テノ臣民モ君主ノ行爲ヲ私議スルヲ得サルモノニシテ之ヲ非難スルハ不敬罪ヲ構成スヘシ

君主不可侵ノ理由ニ付テハ舊時代ノ學說ハ君主ハ法律ノ上ニ在リ隨テ君主ノ行爲ハ如何ナル場合ニ於テモ不法ナルコトヲ得スト云フニ依リテ之ヲ説明シタリ然レトモ是レ明ニ誤ナリ君主ト雖モ憲法及ヒ法律ヲ遵守スルヲ要スルハ勿論ニシテ君主ハ惡事ヲ爲ス能ハスト云フ英國ノ法諺ハ決シテ其ノ言葉通りノ意義ニ解スルコトヲ得サルモノナリ

多クノ學者ハ又君主ノ不可侵ヲ以テ法理上ノ事理ノ當然ト爲シ君主カ國家ノ最高機關タル性質ニ因リ當然裁判所ノ判決ニ服ス可カラサルモノト爲セリ曰ク君主ハ國家ノ最高機關ニシテ君主以上ニ如何ナル權力ヲモ存在スルコトナシ君主ニシテ若シ他ノ機關ノ意思ニ服セサル可カラストセハ君主カ最高機關タルノ性質ニ反スルモノナリト然レトモ若シ此理論ヲ貫徹スルトキハ君主カ