

政 法 叢 書

第 壹 編

烏 程 章 宗 祥 譯

國 法 學

譯 書 彙 編 社 出 版



上海图书馆藏书



A541 212 0001 7655B

政 法 叢 書

烏 程 章 宗 祥 譯
第 壹 編

國 法 學

譯 書 叢 編 社 出 版



譯者附言

一、是書爲日本法學士岸崎、中村二君合著、二君學說、受之大學、大學學派、分門別戶、故二君主張學說、不無異同、然其闡明法理、反覆無遺、則仍殊途同歸、吾國法學思想、在今日猶爲幼稚時代、參考各說、不厭其詳、故並存之、以示學說之不可執一而論、至於採擇是在知者

一、專門書與尋常各書不同、專門名目、往往有不便擅易者、譬如化學中諸原質等字、非無詰屈不可解之處、而沿用既久、遂亦習爲固然、法學書亦然、吾國法律書、若大清律例、大清會典之類、亦頗多專門名目、非深入其中者、不能道之、故譯專門書、以定名目爲最難、日本學說、大率取之泰西、其當初定名時、亦幾費經營、期於得當而止、日文與漢文、誠有不能通之處、然必取其專門名目、一一更以漢名、以吾國新思想之未發達、則必無成語可憑藉、創造新名、則仍非所素習、未必一目了然、而反不若日文之順口、故於專門名目、往往仍其原文、其異解之處、則下附以註釋、庶不致失其真意、而於交換思想之道、亦庶幾焉、

一、吾國今日譯書之急、以輸進新思想爲第一義、故譯一書期於發明其理而止、至於文字工拙、在所不計、世界文明之進步、日新月異、今日所行之學說、數十年後、安知不卽爲糟粕、故今日譯書在速成、必欲修飾詞藻、模仿子史、以期藏之名山、傳之後世、此著作之盛業、而非今日開智之急務、譯者之意在此、竊援文字不妨自我倡之之義、期於達意而止、世之大雅、幸無晒諸、

一、以上所述、譯者私見如是、誤謬之處、尙希識者引而教之、

在日本東京帝國法科大學

譯

者

識

國法學目錄

緒論

第一篇 國法學之意義

第一章 法學上之位置

第一節 法之觀念

第二節 公法及私法

第二章 國家學上之位置

第一節 國家之觀念

第二節 國家學及國法學

第三章 國法學之定義

第四章 普通國法學及特別國法學

第二篇 國法之淵源

第一章 成文法

國法學 目次

第一節 法律及命令

第二節 憲法

第三節 家法

策四節 條約法

第二章 不成文法

第一卷 論國家之組織

第一篇 統治權

第一章 統治權之性質

第二章 統治權之實質

第三章 國體之區別

第四章 政體之區別

第二篇 領土

第一章 領土之性質

第二章 領土區域之變更

第三章 領土變更之效果

第三篇 臣民

第一章 臣民之地位

第二章 臣民之權能

第三章 臣民籍

第一節 臣民分限之取得

第一款 出生

第二款 歸化

第二節 臣民分限之喪失

第一款 死亡

第二款 脫籍

第三節 國法上之衝突

第四篇 國家之機關(總論)

第二卷 論國家之機關(分論)

第一篇 政府

第一章 君主

第一節 君主之地位

第二節 君位繼承

第一款 君位繼承之性質

第二款 君位繼承之資格

第三款 君位繼承之順序

第四款 特別之繼承

第五款 即位

第六款 君位喪失之原因

第三節 君主之大權

第二章 攝政

第一節 攝政之地位

第二節 攝政之設置

第一款 攝政設置之事由

第二款 攝政之資格

第三款 攝政之順序

第三節 攝政之解除

第三章 監國

第四章 共和國之元首

第一節 獨任共和國之元首

第二節 合議共和國之元首

第五章 國務大臣

第一節 國務大臣之地位

第二節 國務大臣之責任

第一款 主觀責任

第二項 主觀責任之性質

第二項 國務大臣有責任之理由

第三項 副署及其效果

第二款 客觀責任

第一項 客觀責任之性質

第二項 彈劾之原因

第三項 彈劾裁判所

第四項 彈劾者

第五項 被彈劾者

第六項 處罰

第七項 恩赦

第二篇 國會

第一章 國會之沿革

第二章 國會之地位

第三章 國會之組織

第一節 國會之成立

第二節 下院之組織

第一款 選舉之法理

第二款 選舉之手續

第一項 代表之方法

第二項 選舉之種類

第三項 選舉資格

第四項 被選資格

第三節 上院之組織

第一欸 由選舉之上院組織

第二欸 不由選舉之上院組織

第四節 議員地位所有之權利

第一欸 發言表決之自由

第二欸 身體之自由

第三欸 支給實費

第五節 議員地位喪失之原因

第四章 國會之開閉

第一節 開會

第二節 停會及休會

第三節 閉會

第四節 解散

第五章 國會之權限

第一節 參政權

第一款 議定

第二款 協贊及承諾

第三款 上奏及建議

第四款 要求報告

第五款 請願

第六款 起訴及裁判

第七款 選舉

第二節 院屬權

第一款 規則之制定及執行

第二款 院內之警察及懲戒

第三款 職員之選任

第四款 資格之審查

第三篇 裁判所

第一章 裁判所之地位

第二章 裁判所之權限

第三卷 論國家之機能

第一篇 立法

第一章 法律之意義

第二章 法律之發案

第三章 法律案之議決

第四章 法律之裁可

第五章 法律之公布及施行

第六章 法律之廢止

第二編 行政

第一章 命令

第一節 緊急命令

第二節 委任命令

第三節 執行命令及補充命令

第二章 豫算

第一節 豫算之性質

第二節 豫算之成立

第一款 國會之豫算議定權

第二款 豫算之發案及編成

第三款 豫算盈絀及其不成立

第三章 行政行爲

第四章 條約

第一節 條約之性質

第二節 條約之締結及執行

第三節 國會於條約之權限

第三篇 司法

第一章 司法之性質

第二章 司法之範圍

第三章 司法上之原則

第四卷(附錄) 論國家之聯合

第一篇 事實上之連結

第二篇 國際法上之連結

第一章 物體連結

第二章 國家聯合

第三篇 國法上之連結

國法學

日本 岸崎昌
中村孝 合著

烏程章宗祥譯

緒論

第一篇 國法學之意義

國法學者論國家法之學也。就國家而論。爲國家學之一部。就法而論。爲法學之一部。今分爲二段。逐次說明之。

第一章 法學上之位置

國法學者。法學之一部也。法學上之所謂法之觀念者如何。所謂法者有何種之區別。所謂國家法者屬於何種。諸種問題之解釋。皆足以明斯學之範圍及位置也。

第一節 法之觀念

何以謂之法。法者。秩序也。秩序者。事物之次序也。謂一事物生。而他事物隨之而生之情狀也。是爲最廣之義。此義中包含自然法及社會法二種。自然法者。指事物之次序。由自然之力而定者也。社會法者。指事物之次序。由人之意思而定者也。就生物學上而言。人者。自然

人也。不能違自然之法。因自然力強制之也。就法學上而言。人固有時可以違社會之法。然自然力之外。更有強制不能違之力在。此所謂權力也。二者皆法也。二者皆所以治人。惟其所基者不同耳。是以二者分爲二學。自然法者。爲自然學研究之物。而法學上之所謂法者。專指社會法而言也。

法學上之所謂法者。社會法也。社會法者。人依之而營共同生活之規則也。人非孤立而生之物。二人相倚。五人相扶持。於是成夫婦。成親屬。數戶數族相集。於是成村落。其所基者。或爲血族之上關係。或爲經濟上之關係。或二者相須。又或有其他之關係。均未可知。要之人者必多數相集。而營共同之生活者也。此之謂社會。既有社會。不能無律之之法。就事實上而言。有社會必有法。無法即無社會也。使社會常存。使共同生活之態度。無所紊亂。不外乎有次序而已。是之謂法。就理論上而言。有社會亦不可無法也。夫曰倫理。曰道德。曰正義。皆不外乎此觀念而已。所謂爲人之道者。指人之共同生活最適宜之道也。是即法。是即社會法也。道德與法。其始本一。二者皆爲人生交際之次序準繩。有共同之性質與效用者也。其後社會發達。交際亦隨之而繁雜。二者乃漸相分離。此由社會進化促之使然也。凡適宜於

社會生活之事。人無不知之。由信仰而行之規則。倫理道德是也。社會成而有權力出。由強制而行之規則。法是也。此近世法之觀念也。是二者區別之標準也。

法者。人共同生活之規則。由權力而維持者也。此與道德分離以後。近世法之觀念最狹之義也。此觀念由二要素而成。一爲共同生活之規則。前已說明之。其他即權力也。權力者。法之要素。維持秩序者也。權力者。強者強制弱者之力也。非自然之力。意思之力也。以我之意思。制人_人之意思之力也。使無此力。則各人孤立平等。各有無制限之意思。所謂個人團體。必無秩序。無秩序即無法矣。惟權力爲法之要素。故近世社會。就外而言。權力惟國家獨占之。就內而言。則國家即權力也。國家有維持社會秩序及保護人生共同生活之責。故設法行法之力。惟國家有之。個人_{個人者團體中一人之意}無此力也。凡並等之個人。不能有強制之事也。國家立乎個人之上。故獨有此力。所謂法者。乃國家自制限其意思之範圍也。自制限其意思者。即秩序也。國家者。即權力也。其語雖異。其意則一也。

第二節 公法與私法

法者。社會生活之規則也。社會生活有二道。一爲個人自主之生活。一爲團體共同之生活。

社會由人而成。故個人之中。有自主生存之目的。與達此目的之行爲。是之謂人之生命。然更自一面觀之。團體亦有團體之生命。亦有共同生活之規則。與達此目的之行爲。彼忠於國家。而以個人之生命供犧牲者。皆爲此也。又個人朝生夕死。新陳代謝。而團體則歷久常存。此團體生命之說所由來也。人之生活有二道。故律之之法有二種。此公法私法區別之所由來也。定個人自主之關係者。是謂私法。定團體共同之關係者。是謂公法。此其大較也。人之不平等。此自然之事實也。欲各人之體力智力。悉平等無差別。勢所不能。有甲必有乙。有優必有劣。而優者又必壓制劣者。所謂優勝劣敗是也。然使優者恣意壓抑劣者。則社會之秩序。將紊滅無存。制限之者。法之力也。由是觀之。人不平等。而有法可以得平等之地位。社會之秩序始完美矣。社會之秩序。由權力平等兩種之關係。而維持不墜。此所以有公私二法也。故規定平等之關係者。名曰私法。規定權力服從之關係者。名曰公法。

以上兩種觀察。表裏歸一。人爲團體之分子。故對乎團體而言。則有權力服從之關係。不平等也。人爲個人之自主體。故對乎個人而言。則無所謂權力平等也。人之結團體。造社會。共同生存目的之中。有自己生存之目的。而此目的又必經共同之力以達之。二者相須。始成

社會。初無矛盾之事也。有社會即有法。社會之現象。其本質之關係各異。此所以有公法私法之別也。

公法者。規定權力之關係也。前既言己之。權力者。以己之意思。制限人之意思之力也。近世社會。有此力者。唯國家而已。個人之間。無所謂權力。以相對平等。無權力之事也。故近世社會。以公法爲關乎國家之法。關乎國家之法者。即國法也。

國法學者。論公法之學也。是謂最要之點。公法私法。其本質各異。公法之說明。必以公法之觀念。私法之觀念。不容混雜。國法學者。研究權力之關係。非研究權利之關係也。從來歐洲諸學者。率混二者爲一。故斯學之研究。曖昧不明。蓋封建時代。以土地爲權力之本原。土地之所有權。與國家之統治權。互相混雜。國家爲最大之地主。諸侯伯次之。人民則猶小工人焉。迨至近世。政治歷史上所謂中央集權之時代。國權統一之理。與統治權爲國家獨有之權利。顯然發明。於是公法私法始分。彼此不能相紊矣。

國法者。公法之一部也。公法之中。復有國際公法及行政法。不明此二者之區別。則國法學於法學上之位置。猶未足明也。國際公法者。規定國家與國家相對之關係。平等之關係也。

或有謂國際法不能屬於公法者。茲故措之勿論。行政法者。關乎行政之法也。行政者。於國法範圍之內。國家欲達其目的之權力行爲也。其詳後篇再述之。今唯言其區別而已。國法爲公法之一部。於公法之中。除國際法與行政法而言。此其實質也。

第二章 國家學上之位置

國法學者。國家學之一部也。國家學者。關乎國家之學也。然國家爲何物。不可不明。其次則國家學爲何學。諸學之中。國家學之位置如何。此皆重要之問題也。

第一節 國家之概念

就事實上沿革而言。國家之組織。聯合成立之意不一而足。血族同者。成血族之國家。民族同者。成民族之國家。其他或由於經濟上之便利。或基於宗教上之信仰。成種種不同之國家。然討論斯點。屬乎國家歷史之範圍。此節所述。不過近世國家觀念之要素而已。

國家有人格。人格者。有自主生存之目的。而經國家所公認者。即權利之主體是也。國家於個人生存目的之外。有獨立自主之目的。國家之上。更無國家。故國家得自認爲人格。其所以然者。國家乃有權力者也。臣民無此權力。故國家與之以人格。法者。人與人交際之秩序

也。然自然人與自然人之間。無所謂法。法者。有人格者之間之秩序也。國家不自認爲人格。則對乎人民之法律關係無自而生。雖有時非人格之國家。亦可以命令臣民。然此爲事實上腕力之關係。不可以入國法學之範圍。以出乎法理之外也。就法理上而言。國家有人格。且自認爲人格者也。有人格之國家。其權力行爲。始足以生法律之關係。而成國法學上之問題。故國家有人格。乃近世國家觀念之第一要素也。

國家者。多數人之共同團體也。多數云者。非必千萬之謂。極而論之。二人五人。亦未始不可。二人以上。即足謂多數人之共同團體矣。共同團體云者。固非若機械之湊合而已。有共同之生存目的者也。有共同之生存目的。故國家於個人意思之外。有自己獨立之意思。意思者。主張人格之力也。國家以達此目的與表此意思之故。故具備各種機關。伯倫知理謂國家爲有機體。具備各種機關。因之而聯合各部。猶之人身之有骨肉四肢。亦所以形容此觀念而已。故國家者。爲具備機關之人之集合體。此近世國家觀念之第二要素也。

國家者。有一定之疆土者也。以土地爲國家之要素者。非指人民生活於土地之上而言。人固常依土地爲生活者。然僅以此爲國家之要素。則猶未足。近世之國家。以國家成立之基

礎爲要素。故近世之國家。有外國之觀念。自己之權力。於自己之疆土內行之。其他不能行之處。則謂之外國。古之支那。無此觀念。故曰天無二日。地無二王。其意若謂支那之皇帝。即天下之王也。不知國之外尚有無數之國也。故近世國家。有一定之疆土。此第三要素也。國家者。有獨立之主權者也。主權者。命令強制之權力也。平等之人。相集而營共同之生活。是謂社會。社會之中。有權力者。即有主權者。出一變而成國家。獨立主權之有無。國家與社會之所由分也。主權之上。復冠以獨立。不由他人威力而自存之謂也。國家之上。更無國家。主權之外。更無權力。自生自動。而無不能及之處焉。惟國家有一定之疆土。故權力必限乎範圍之內。其出乎範圍之事。非國法學之問題也。故國家有獨立之主權。此第四要素也。以上就客觀而言。國家之要素有四。一言以蔽之。而下一定義曰。國家者。有人格有機關之人之集合體。於一定之疆土以內。而行自有之權力者也。試更就主觀而言。則國家者。權力之主體也。公法之觀念。足以表明之。蓋國家者。唯一有一無二之義。權力之所在也。國法者。規定國家對乎臣民之權力關係。國法學上所謂國家者。即指權力而言也。

第二節 國家學與國法學

國家學者。就國家而言之學也。(伯倫知理嘗言之)國家由諸種之規則而治。有自然之法。則有自定之法規。有道德之信仰。有政治之拘束。由此諸點。而觀察之方法亦異。國家學亦遂分爲數類。今據莫耳所定之表。國家學大別如左。

第一記述上之國家學

(甲)歷史、

(乙)統計、

第二理論上之國家學

(甲)國家通論、

(乙)公法、

(丙)國家道義學、

(丁)政治學、

國家通論者。汎論國家之性質起源。及其組織之法。國家道義學者。論治國家之道德規則。政治學者。論國家欲達其目的之適宜行爲。公法者。論有人格之國家所定之法。細別之分

爲國際法及國法學二種。以上所分種類。尙未足謂全。公法中除國際法而代以行政法。稍足近之。總之國法學者。屬於公法。而爲理論上國家學之一部。論有人格之國家。自定自認之法也。由是觀之。國法學於國家學上之位置。足以明矣。

第三章 國法學之定義

上二章於國法學之位置。既詳言之。此章總言定義如左。

國法學者。論有人格之國家。據自定自認之法規。對乎人民所行之權力行爲也。

右所揭定義。明白無所疑義。此可以確信者。據此以研究國法學。本書之目的也。夫學問之定義最難。不可輕忽。著者非不知之。而敢於確定者。無他。欲讀者易於得斯學之概念而已。

第四章 普通國法學、特別國法學

國法學之意義。前三章所說明者。大體之概念也。而本書所言國法學。又有特別之意義。故更分普通國法學及特別國法學二種。此不可不辨也。

特別國法學者。專指實有之一國國法而言。普通國法學者。專指各種國家或一種國家所通行之國法而言。故普通國法學。亦係論實在之法。非如霍耳震道而夫之說。專從正理立

言也。各國國法。其規定雖各異。而其原則相通者不少。是有數多之原因焉。其一諸國大抵由互相倣效而生。如議院制度是也。又或由同一法律之思想而治。故其結果若是。如德意志諸邦及奧國法制是也。又或受同一學說之影響。如三權分立論。其尤著也。要之不問其原因何在。凡諸國制度。基於同一原則者。皆普通國法學之材料也。不但此也。普通國法學者。因其制度各異。探究其基於若何之原則。及其原則之差異若何。又從何點論起。可以綜合爲一。此皆普通國法學之目的也。

諸國相通之法則。由綜合諸國之制度而益明。諸國原則互異者。由對照反對之原則。愈足以顯其精神。且於將來制度之進步。亦大有效力。要之普通國法學者。非若特別國法學之於其國有直接之關係。然於解釋特別國法時。其助益非淺鮮也。本書所論。係普通國法學。而非特別國法學也。

第二篇 國法之淵源

國法者。規定國家權力關係之法規也。實質上之觀念。第一篇既概括言之。本篇更由形式上之觀念分析言之。二者相合。所謂國法之觀念者。其庶幾矣。國法之淵源有五。以下逐次

論之。

第一章 成文法

法有成文不成文之別。國家自定之法規。是謂成文法。由相沿之規則。國家以其可行。認爲法規者。是謂不成文法。或曰習慣法。前者有明文。後者無之。今先就成文法論之。

第一節 法律及命令

成文法之中。所謂國法之淵源者。第一法律及命令是也。約言之曰法令。

法律與命令。均爲國家權力之所出。就實質上而言。無所區別。惟法律之成立。必經議會之協贊。形式上與命令不同而已。故無論法律與命令。均國家所以表示其應遵之事。非廢止變更。則臣民必宜服從。二者於實質上之効力。毫無相異。惟法律之廢止變更。必經成立時同一之手續。手續者、經歷一定方法之意、如立法必先提出、次議決、次裁可公布之類、其他以此類推、與議會之協贊。不得以命令代之也。又二者於形式上効力。亦有強弱之不同。蓋法律者。位乎命令之上者也。此等區別。後論國家之作用詳述之。此節惟示法律與命令之概念而已。

法律命令者。規定國家之權力關係也。此法理上之觀念也。至實際上則不然。法律之中。如

公債募集之類。不過行政行爲。命令之中。如官廳事務約章之類。不過行政命令。此等就事實上而言。有法令之名。而法理上之意義。則不得爲法令。固不足爲國法之淵源也。法理上所謂國法之淵源者。專指法令之中。規定國家權力關係者而言。此外則不可以名誤實也。

第二節 憲法

法律命令之外。有特謂之憲法者。憲法有實質形式二義。實質者。就規定之事項而言。國家統治之大則也。形式者。就其効力而言。不得以法律命令變更。而有特別効力之一種成文法也。然徵之事實。各國憲法之條款。非必皆含統治之大則。又憲法之外。非無定統治之大則者。其與尋常法律相異者。在制定變更之手續而已。憲法制定之手續。各國雖非一律。然其異於尋常法律。而有特別之形式。則同也。惟英國不在此例。英國不但無憲法之典章。憲法與普通法律。毫無分別。國家統治之大則。得由法律規定之。故憲法之變更。亦得以法律從事焉。

憲法變更之手續。分爲二類。其一。不委之於平常立法機關。而設特別機關以議之。如北美合衆國及瑞士國是也。二國係民主國體。由其國家聯合之事實。公民及各邦以多數決行

之。其二、委之於平常立法機關。與以權限。而有特別鄭重之手續。以爲憲法之保障。列舉之有六種焉。

- (一) 有一定之出席議員。與一定之投票數。(奧國、德意志、日本)
- (二) 經一定之期限。與數回之議決。(普國)
- (三) 發案權有所制限。(白亭里亞)
- (四) 攝政之時。不得行之。(日本、范盾、白耳志)
- (五) 議決改止之前。必先行議會之改選。(白耳義、荷蘭、瑞典)
- (六) 有一定之期限。不得行之。(葡萄牙)

法國制度。二者互相混淆。其議決權歸於國民會。然其議員。仍由尋常立法機關之兩院議員而成。日本憲法。不得隨時廢止。憲法條文中。僅有變更之規則。而無廢止之條。此非謂君主以可隨意廢止。乃謂憲法不得廢止也。國家無不能爲之事。然一旦憲法已定。則統治之事。不得不依之而行。國家固有權力。然破棄憲法。則革命矣。出乎法理之範圍。入乎實力之問題矣。故日本憲法。可以變更。據憲法所定之條規也。日本憲法。不得廢止。以明文不存也。

故名曰改正。事實上或有與廢止同一結果者。而形式上則仍改正而非廢止也。

第三節 家法

家法者。日本謂之皇室典範。歐州立憲諸國中。惟德意志諸邦及奧國有之。其家法與日本皇室典範。不無稍異。彼等其初以土地人民。視爲君主之世襲財產。故其家法所定君位繼承。及其他關乎君主家族之事。悉由君主之自主權。皆內部之規則也。至近世法理發達。統治權與所有權之觀念。互相分離。家法中如君位繼承等。漸由憲法規定。而皇室內部之規則漸明矣。故皇室自主權之規定。在皇室內部之關係而止。至外部對乎臣民者。別無何等權力之關係。此於國法之淵源無甚重也。

第四節 條約法

條約者。約束也。非法令也。雖經公布。而約束自約束。不得謂之法令。故無直接拘束臣民之力。蓋條約者。國家與國家之約束。法理上自當事者以外。其効力不相及也。條約者。此國家所以束縛彼國家。約束國家。非約束臣民也。條約及乎臣民之効力。在施行條約所發之法令也。是之謂條約法。臣民惟有服從條約法之義務而已。國法之淵源。不在條約。在對乎國

內臣民公布之條約法也。惟北美合衆國憲法。條約與法律。有同一之効力。此由其特別之明文。非條約當有之効力也。此等條約之性質。俟後論國家機能篇詳述之。今惟論國法之淵源。不在條約。而在條約法而已。

第三章 不成文法

不成文法。一名習慣法。非由國家制定。臣民相沿服從之事。而由國家默認者也。此亦國法之淵源也。若以不成文法爲非國法之淵源。則各國憲法制定以前。及今日英國。不得爲有國法矣。然無國法之國。不能成立。有國必有國法。初非待議決公布等之手續。而後有國法也。

不成文法。亦國法淵源之一。然其効力由國家默認。故得以法律廢止之。此不待言。其他憲法中立法事項。非必經立法手續規定者。得以命令廢止之。又習慣法得以法律禁止之。或制限之。普國凡法律範圍以內。均有習慣法。法國則僅於商法區域內認之而已。又法律命令。不得因習慣法而廢止變更。國家命令之中。有反對之明文者。即不得謂國家默認。故即不得謂習慣法。而効力失矣。惟與法令範圍不相牴觸者。始有法之効力。不成文法之中。所

謂國法之淵源者。唯此而已。

以上所述國法之淵源。就其効力之強弱。國法上所及勢力之大小。以次概列如左。

第一、皇室典範、

第二、憲法、

第三、法律、

第四、命令、

第五、條約法、

第六、不成文法、(又名習慣法、)

近所發見者。大約六種。本書研究之目的。亦不外此六種而已。

國法學卷一

論國家之組織(解見上)

緒論於國家之四要素。既概括言之。本卷更就各要素分析論之。所謂四要素者何。曰統治權。曰領土。曰臣民。曰國家機關是也。

第一篇 統治權

國家有獨立主權。依之而統治。是曰統治權。統治權惟國家獨占之。是爲國家之第一義。統治權者。果爲何物。果以何事爲目的。其所存之處何在。其行動方法有何異同。此皆問題也。

第一章 統治權之性質

統治權者。唯一不可分者也。蓋統治權爲國家之權力。使國家權力之外。復有他之權力。是國家以內。更有一國家矣。非國家之觀念也。法國革命以前。孟的斯鳩唱三權分立之論。以國家之權力。分爲司法立法行政三項。此不過就國家權力行動之形式。以此三者爲標準。至國家之總權力。不可得而分割也。權力一分。則國家將成爲數國家矣。夫國家之可一不

可二。此不待言。然則統治權之不可分亦明矣。

統治權者。有萬能而無不克爲之事者也。蓋統治權在國家以內。爲唯一無比之力。國家內無制限之者也。使有制限之者。則一國家內更有他種權力矣。非國家之觀念也。然統治權雖屬萬能。其事實上所不能行者。雖統治權亦無可如何。所謂無制限者。法律上不受他種制限之義也。彼英國國會。惟女不得爲男。男不得爲女。此二語爲論英國國會常用之語、極言其權力之大、此外無不克爲之事而已、亦不外此觀念而已。國家有本於己之意思。而自受制限者。此非惟不與國家觀念相牴觸。而反足以顯明之。蓋國家有萬能。其行事不受制限。而本於己之意思。自受制限者。仍國家之權力也。

統治權者。廣而無所不及者也。蓋統治權於一國疆土以內。無所制限。而人民者皆平等無權力。服從乎唯一之權力。故無人得以侵統治權。即無人得以背統治權之命令。使疆土內有尺寸之地。爲統治權所不及者。則非國家之疆土。謂之外國可矣。在外国主權之下。不得認爲疆土也。

以上列舉諸性質。一言以蔽之曰。統治權者。在一國疆土內。唯一無限之權力也。

第二章 統治權之實質

統治權者。國家之權力行爲也。何種行爲。可以謂統治權之實質。此不能於統治權之性質上見之。由國家之目的而自定者也。國家以何種目的行其權力。其目的異。則其行爲亦不得不異。一種目的。非必有一種形式。與他種相區別。然達此目的。必有不可不行之方法。知國家之目的。則於國家達此目的之行爲。其實質亦可見矣。

國家於歷史上之事實甚多。其目的亦自不同。今就政治歷史上而論。大畧分爲三時代焉。

(一)專制國時代。當國家之基礎薄弱。其主權易於分割之時。則國家以自存爲計。不暇他顧。故是時國家之目的在自存。則以養兵力蓄財力爲第一要義。其他未暇及也。

(二)警察國時代。國家成立之基礎。漸次鞏固。於是以增進人民幸福利益爲計。蓋人民文化之進步。即國運之進步也。國家當是時。一則於人民危險阻害之事。竭力除去之。一則於人民幸福利益之事。設法增進之。凡國家所干涉者。皆個人權力所不能及者也。臣民由國家之保護干涉。而後得安處營業。至人民之力。克以防衛設備之事。固使人民自任之也。

(三) 法治 以法爲治之義

國時代。專制警察國時代。固非無法。凡徵兵征稅之規則。與治安警察之律令。皆法也。然此由國家專制發之。得隨意變更者也。由其自發之法。而國家亦自受其羈束者。此法治國時代也。是時國家以法治爲目的。非若前兩時代。不過在用法而已。譬如創私法設裁判與保護權利之類。皆國家之自爲計。而非有其他之目的也。

近代之國家。由以上三時代經過而來者也。故目的有三。一曰自存。二曰文化。三曰法治是也。然目的雖有三。達之之法。非必互異。或以一種之權力行動。兼二三之目的。如徵收租稅。出於自存之目的。而亦兼文化之目的。法律則兼三目的而有之。此三目的者。與國權行動之三形式。非必一致。司法專以法爲目的。而立法行政。則各兼三者而有之。此等說明。俟後論國家機能篇詳述之。本章惟就其大體論之而已。

第三章 國體之區別

國體者。謂國家之組織也。國家者。就主觀而言。主權之所存也。故國家之組織。由主權之所存而異。是謂國體之區別。國體之區別。與政體之區別不同。政體者。由統治之形式而定。主權之所存。非所當問也。

國體分爲三種。君主國體、民主國體、君民同治國體是也。主權在君。名曰君主國體。主權在民。名曰民主國體。主權在君與民。名曰君民同治國體。或分爲二種。曰君主國體、共和國體是也。所謂共和國體者。指主權之全部或一部存乎人民。合民主與君民同治而爲一類者也。本書分類之法。從後說焉。

國體者。國家組織之名也。國家之如何組織。此國家成立之時。基於國民之觀念。沿革上之問題也。太古希臘及羅馬等。一市府即成一國。共和國體之小者也。由國民全體而成之國民會。是爲主權者。曰王、曰政府、皆其一機關也。降至日耳曼。其國家爲部落之共和團體。其主權在民會。民會以春秋二季會合。會員各携武器。凡丁年以上之男子。皆民會會員也。參與政權者。皆有兵士之職務。所議之事。以與他部落宣戰媾和問題爲主。開戰可決即議者。會員即爲兵士。即由議場馳赴戰場。故民會者。即國民軍也。議長者。臨時之總督大將也。後世相沿。遂爲常置之官而世襲之。今之歐洲君主。皆其後也。今之歐洲國家。皆由部落國家而發達者。本乎主權在團體而君主治團體之觀念。組織而成者也。故其國體。皆共和國體。即有稱王稱帝者。不過政治上之尊號而已。就法理上而言。其地位與稱大統領無以異也。

此等總稱之曰國家之元首。於政治上爲國家機關。而有無息之運動者也。日本封建時代。所謂將軍幕府者。亦此類也。

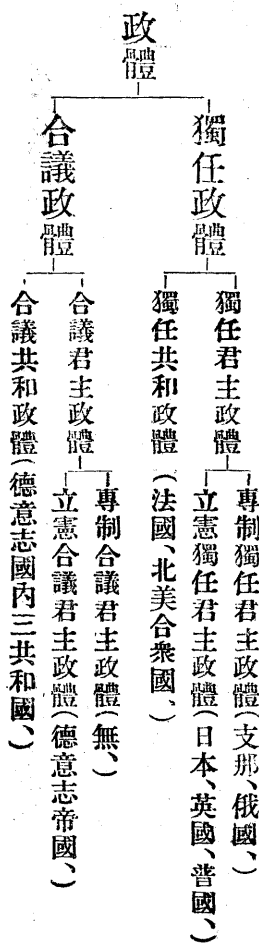
日本國體異是。國家組織之法。基於家族制度。同國人種。統一於同一始祖威力之下。據歷史所載。皇統爲國民先祖之代表。故皇位之於國民。代祖先而統治之也。皇位與統治權。合爲一體。此日本國體之特質也。故同曰君主。全與歐州不同。君主者。非機關之謂。而統治之主體也。歐州諸國及其他各國。皆共和國體。純然之君主國體。地球上惟日本一國而已。(按此說不過一家之言、日本學者反對者甚多、讀者不可執一而論也、)

第四章 政體之區別

政體者。統治方法之名也。與國體不相關係。而自然區別者也。歐州諸學者。不言國體之區別者。單就歐州國家之組織而言。蓋歐州各國。君主與大統領。均爲國家團體之一機關。其主權常在團體。而國家爲統治之主體。故其國體。皆共和國體也。雖然。國法學者。非以歐州爲限。世界各國通行之國法學也。歐州國體之外。別有所謂君主國體者。於是國體之區別。與政體之區別。不得不分言之矣。

政體爲統治方法之名。統治方法之區別。以何者爲標準。其種類甚多。今取格立司之分類法。以示一斑。格氏以國家元首之組織及其地位爲標準。國家之元首者何也。統轄國家施政之機關也。國家之生活。無一日可息。又其利害得失。隨宜以處。不可無執中調和之人。是以國家常置首長。曰帝、曰王、曰大統領、曰聯邦參議院。皆是也。由其組織地位。統治之方法異。政體之區別。亦隨之而異焉。

政體之區別。大別爲二。由元首一人而成者。曰獨任政體。由數人合議而成者。曰合議政體。二政體中。又別爲二。元首無責任者。曰君主政體。元首有責任者。曰共和政體。更細別之。則爲立憲專制二種。立憲政體者。元首與其他國家機關。分其權限。而統治者也。其權限不分者。專制政體也。左表所分各類。各政體之下。設爲括弧。舉現今各國爲證。便讀者也。



政體區別之名目。往往與國體相符合。然國體自國體。政體自政體。二者各有獨立之觀念也。故有同一政體而國體異者。有同一國體而政體異者。此皆事實之所有。而與理論不相妨者也。如表中所載日本、英國、普國。均是立憲獨任君主政體。其爲君主。日本與其他二國均無以異也。英普之王。均是國家之元首。以元首一人爲君主。故曰君主政體。統治之主體在國家。故曰共和國體。所謂共和國體而君主政體也。反之日本之天皇。爲國家之元首。又爲統治之主體。以元首一人爲君主。故曰君主政體。而統治之主體亦在君主。故曰君主國體。所謂君主國體而君主政體也。由是觀之。國體政體觀念之區別。可以知之矣。

歐洲國法學者。言政體而不及國體者。由彼等所見國家之組織。同爲共和國體故也。故辨國體之異同者。自日本始。

第二篇 領土

第一章 領土之性質

國家有一定之疆土。領土者。國家組織之一要素也。國家之組織。由統治之主體。統治之客體。與統治之機關而成。統治之主體。對乎客體之關係。謂之統治權。而統治權者。由統治之

機關而行動者也。統治之主體。爲權力所在之處。君主國體。則在君主。民主國體。則在人民之集合體。即國家。統治之機關。即後所論國家機關。至統治之客體。則領土及臣民是已。

古代血屬團體。及民族團體。其結合之力。在人與人之關係。土地之觀念甚薄。無所謂己之領土。無所謂外國也。故其國權以世界爲主。徵之古代支那可見。中古封建時代。經濟上及

政治上之爭點。常在土地。國權

指領土權而言

之觀念。由是而生。是爲與上古反對之最極端。迨

近世中央集權時代。

中央集權者、政權在中央政府之謂

臣民爲國家分子之觀念漸明。而國家與其他團體之

區別生。於是始知國家之領土。蓋兼有前兩時代之觀念。故土地及人民。均爲主權之客體焉。

主權之客體。爲土地及人民。非謂國家之權力。對乎土地。與對乎人民。有二種也。統治權者。唯一不可分者也。日耳曼人種之國體。君主法之外。復有所謂普通法。普通法者。非專指治人民而言。君主貴族及人民。於普通法之下。均爲平等。惟有分量不同之特權而已。故歐美學者。以統治權爲由諸種特權集合而成者。國家對乎領土之關係。或曰最高所有權。或曰領土高權。此皆基於特權之觀念而立論也。此等謬見。皆由沿革上之理由。因襲既久。故遂

習爲固然耳。要之統治權者。非諸種權利之集合。唯一不可分者也。國家對乎領土之關係。亦統治權也。此非權利。實權力也。唯一之權力。對乎土地。與對乎人民。均可行也。

國家對乎土地之關係。分爲二種。其一、國家於其領土。可以自由處置是也。凡國內之土地。所有權及地役權等。固私法上之權利。然此皆由國家法律之公認而後生者。國家法律所認者。非法律不得侵奪之。又國家於領土之變更。悉由法律之規定。故苟法律所規定者。即不得不變更。然法律之存廢。則國權之力也。故曰國家可以自由處置其領土也。其二、凡領土以內之人。統治權無所不及是也。近世國家之觀念。以土地爲根據。與古代世界主義迥然不同。曰我國者。對乎外國而言也。一國之主權。於其領土以內。統治權無所不及。雖尺寸之地。無不可使其住民服從之事。至外國領土內之住民。則毫不能侵。外國主權。不得侵我領土。我國主權。不得侵彼領土。互不相侵。界限劃然。誠以侵領土者。即侵國權故也。然有時領土以外之已國臣民。亦得受國權之保護者。此不過國家設法。其結果當如此。非法理上所當有也。

以上所述國權對乎土地之關係。概括言之。則曰統治權之客體。分析言之。則曰處分權及

住民統治權云。

第二章 領土區域之變更

國家得自由處分其領土。此統治權當然之作用也。諸國憲法。關乎領土之事。往往著有明文。由明文之有無。及其規定實質之異同。於是領土變更之事。自不得不異焉。

諸國憲法中。有明示領土之區域即疆界之謂者。(德意志帝國、瑞士、白耳義、葡萄牙)。有以現在

之區域。定國家組織之事者。(普魯斯國)。此等國於領土之變更。即爲憲法之變更。故變更領土之時。不得不踐行憲法變更之手續。又有禁領土之割讓者。(瑞典、那威、德意志諸邦)。此等國惟領土之割讓與交換。爲憲法之變更。至取得之土地。則可以自由處分也。

以上諸國有明文者。其變更割讓與交換。必由憲法變更之手續。此外又有由特別之手續者。如法普二國。必由立法之手續。奧、意、葡三國。必待議會之同意是也。

日本與英國北美合衆國同。無憲法之明文。亦不列記其版圖。故領土之變更。非國家之變更。亦非憲法之變更。不必經憲法變更之手續。又無特定之手續。一唯元首決之而已。

領土變更之手續。上既言之。然從前之法律。可以行於新領地與否。此一問題也。由此問題。

分爲二種。一曰取得。一曰割讓。

首言取得。取得之時。若法律之精神。止行於取得前之版圖。則不能行於新版圖。即使新版圖亦得通行。則不必別立法律。故二者均不必立法之手續。次言割讓。割讓之時。法律施行之區域。較前縮小。其區域內所行之特別法。更不待言。此由統治權之不行。故法亦不行也。故亦不必立法之手續。要之領土之變更。其影響及於國法施行之區域。然無憲法之明文。則不必更經立法手續也。

第三章 領土變更於國法上之效果

領土變更之時。其效果謂効力之結果極爲單純。是無他。國家於既經割讓之土地。將來命令權不

能及故也。此即命令權範圍之縮小。領土與命令權性質上當然之結果。無待多言也。

反之國家取得領土之時。屢有疑問。故更詳言之。

領土權者。國家命令權所及之區域也。就此義而論。國家內不得有二種之領土。國家於取得領土之時。新領地與舊領地。必合爲一體。此無待言。然領土之取得。單言統治權得新行於其區域而已。至統治權以如何之方法而行。此全由國家之意思以定。國家欲行同一之

制度。或全異之制度。均無不可。由是觀之。單就領土變更之事實言之。不得謂從前領土區域內。其法律施行之範圍。可以當然擴張之於新領地。普通之法律固然。而憲法則尤甚。其施行與否。全視立法者之意思以定而已。要之新領地於國法上之地位。不得由領土變更之事實而推論之。必就各國憲法所規定者而言也。今姑就日本憲法與新領地之關係論之。

日本憲法之疑義。由關乎取得領土之事。未著明文是也。據憲法第十四條所言。統治權者。悉依憲法之條規而行之。則新領地之得行統治權。似亦得以憲法之條規推論之。然細考之。又未必盡然。何也。謂統治權悉依憲法之條規而行。此憲法上之一法規也。此法規之得行於新領地與否。乃問題也。不先決此問題。則前之推論。得當與否。未由決定。決此問題。憲法中又無特別條項可據。故惟本法規之性質。以推測立法者之意思。舍此無他道也。

法規之性質有二。一國家統治權之所及。全區域必歸一例。一各區域互異。不必一例是也。其法規必全國一例者。可由國家於新舊領土。有劃一施行之意思而推得之。何也。新舊領土之間。此等法規之異同。其性質上所不能有。而亦國家所不欲有者也。反之因土地之情

狀。與人民之習慣。一國中法規不必一例者。使不顧事情之異同。而全國布劃一之制。必非國家之所欲。亦由此種法律上性質推得之。故假令此種法規。不明示施行區域之制限。而使全國通行者。此立法者觀領土之現象。以爲全國不必有區別之制而已。非謂於事情不同之新領土。而豫定將來亦必劃一施行也。

法規之當行於新領地與否。此由法規之種類而定。然則憲法典章。於以上二種法規中。果屬何種。此乃一問題也。抑憲法典章。與他種法規之區別者。在形式而已。非關其實質如何也。無論何項。無不可定之於憲法中者。如普國憲法中。包含公法與私法之規定。是以憲法典章。果屬何種。乃不能定之事。同一法律。而施行之區域或異。毫不足怪。故欲定憲法屬於何種憲法。非要務也。

今就日本憲法法規之性質而區別之。全國一例者。固屬不少。而參差不同者。亦復居其大半。統治之主權。有一無二。憲法中所載統治之主權。及其繼承之次序。此種法規。無論新舊領地。不得不同。至於統治之方法。非必一律。於彼或司法權使行政官行之。於此則使裁判所行之。於彼凡立法必經國會之協會。於此則專由君主之制定。均無不可也。

要之日本憲法中。於領土之變更。其法規非必盡當行於新領地。而元首行其統治權。其制限之方法。非必盡得行於新領地。故元首於新領地所行統治權。毫不受憲法之制限也。

第三篇 臣民

第一章 臣民之地位

前篇論臣民與領土。同爲統治之客體。言對乎國權之客體。非謂臣民爲國家權利之所有物也。臣民者。服從唯一之權力者也。歐州上古市府團體時代。無此名分。而人與人之關係。有君主臣民之別。固不容疑也。至中古封建時代。所謂公權者。爲對乎土地之關係。在一土地之人。均以服從地主爲事。故土地者。直接在主權之下。而在土地之人。則間接與直接相反、即曲致之義、而受主權之勢力。迨至近世中央集權時代。於是臣民之爲臣氏。直接服從主權之觀念。由是生焉。

臣民有服從國權之義務。所謂臣民者。非必對乎君主而言。統治之人。因國權之所在而異。共和國體。國權不在君主。無論有帝王之名稱與否。臣民不能服從。其所服從者。即其人民之集合體也。人民爲國家團體。則在主權者之地位。人民爲個人。則在服從者之地位。服從

者即謂之臣民。君主國體。國權存乎君主。服從國權。故服從君主。非謂服從君主之特權。乃服從唯一之國權也。日本即其例也。

臣民之服從國權。乃臣民爲國家成立之要素。故在當然服從之地位。非由約束及法律制限者也。路索之民約論。其誤在未知國家之成立。國家成立之前。無所謂法。無法則無法律。上有效之約束。歐洲學者。大半謂服從由法律而生。故臣民惟服從法律。此亦未可謂得論理之當者也。臣民不服從國權。而於國權所制定之法律。則服從之。無是理也。臣民服從國家。故服從國家之意思。故苟爲國家之意思表示。則服從之。至法律之有無。乃另一問題也。有法律則從法律。服從法律。即所以服從國權也。即無法律而亦不得不服從者也。國家以法令之形式。表示其意思。不過示服從者以便利之方法而已。就公法上之理論而言。國家成立。則絕對之權力關係。亦同時成立。而表示意思之法令。由此權力關係而生。有絕對之權力者。即有絕對之服從者。惟爲權力者之命令。故服從者舍遵由之外。無他道也。歐洲學者之法律說。不明此本末故也。加之臣民之服從法律。其形式分量。各有限定。從國家所定法律之範圍而已。若變更此法律。亦國權之力也。新法等是所以束縛臣民。以等是國權之

所命也。服從國權之命令者。服從國權。故服從命令也。

第二章 臣民之權利

臣民之權利。由臣民之地位而明。國家有絕對之權力。臣民有絕對之服從。臣民之權利。即由此服從而生。約而言之。臣民之人格及其權利。由國家之權力而生者也。人格者。有自主生存之目的。權利者。所以伸人格之意思。皆爲國家所承認保護而成立者也。蓋有絕對之服從。而後有人格。有人格而後有權利。人格與服從。固並行不悖者也。有權力關係。始有平等權利關係。各人於事實上本非平等。使不平等爲平等。而同享平等之權利。此法律之力也。臣民服從國權。故國權得以命令使臣民平等也。是故權利者。由權力之保護而生者也。德國伊耶陵以權利爲法律保護之利益。亦不外此意。法律者。權力也。保護者。權力服從之關係也。權力者。爲無權力者之利益而行。無權力者。由服從權力者而得其利益也。故國權與個人之關係。形式上爲權力。而實質上則保護也。

國權保護國民之方法。自沿革上言之。分爲二種。其一、國家以己之利益爲目的。而保護國民之利益。譬如有家畜者。以己之利益。而保護家畜也。是爲專制國時代之行政。其二、因個

人之自主。而以個人之利益爲目的。此中又包含二種。一、國權止以保護爲事。是爲警察國時代之行政。雖有人格。而尙未承認其權利。承認其權利者。此法治國時代也。是爲第二種。國權欲完個人自主之目的。故與以權利而保護之。於是人格始完備矣。

權利有公私之別。此學說上之所唱者。公權者。公法上之權利也。公法者。權力關係之規則也。故公權者。由權力服從之關係而生者也。即由服從與保護之結果而生之臣民權利也。約而言之。公權者。主張人格之權利。由人格而生者也。

私權者。私法上之權利也。由對等之關係而生。非有主張人格之能力。蓋行使其能力之權利也。以上所述。概括言之。私權者。由公權而生。公權者。由人格而生。人格者。由絕對服從而生。而臣民之權利。由臣民之地位當然而生者也。

私權爲私法上之權利。故私權得於私法上說明之。反之公權爲公法上之權利。由憲法所承認。主張臣民人格之能力者也。憲法之所以承認者。示普通之法律命令及行政官等。不能侵臣民之人格而爲之保障也。憲法上所言公權。不得即謂之權利義務。權利義務者。於保障之範圍以內。由私法之規定而生者也。即由對等關係而生者也。反之公權者。由國家

與人民之權力關係而生。故爲公法之所規定。而爲國法學上之問題。各國憲法。於公權之規定。大同小異。今列舉之。以備一斑之考察焉。

(一) 法律上享平等之處置。凡人之腕力財產知識。各不平等。使無法以規律之。則弱肉強食。富凌貧。知欺愚。社會之秩序。將蕩然無存矣。故保社會之秩序者。法之力也。事實上不平等之人。至法之前。則平等焉。由法之規定。互有權利。互有義務。其間無以權力相臨之事。此法治國之大原則也。歐州各國之有此規定。自法國革命以來。咸唱人權自由之結果也。日本憲法。無此明文。此法治國開始當然之事。非不明載。即爲不承認也。

(二) 人身之自由。據普國憲法。凡拘留必有裁判官之命令書而後行。此命令書。於拘留之際。或遲至翌日中。必須送到。若因時久。致犯罪實行。或實行後有逃亡之計畫者。不待裁判官之命令書。得暫時捕縛。然遲至翌日。必須解放。或移送於應管裁判所之檢事。而踐行一定之手續。其他因保護人身。得用警察之公力。此保護人身之最大者也。然尙有欠點。若官吏違法。暫時拘留處分者。無破棄責任及毀壞權利之罰。則是也。日本憲法第二十三條云。日本臣民。非由法律之規定。不得逮捕監禁及審問處罰。故逮捕監禁等。以有法

律之明文爲限。使無法律之正文。則無論何事。不得束縛人身之自由。如是而後人身之自由始安全也。

(三)住居書信之保護。凡住居及書信之秘密。不得擅侵。故搜索家宅與查抄書信等事。必據法律所定者而後行。據普國憲法第六條之施行規則。一千八百五十年二月十一日發布之法律第六篇內。云。除職權上及法律上之委任外。不得反住居者之意。侵入家屋之內。又夜間不得侵入住居。當搜索家宅時。必裁判官或警察或地方官廳等相會同。照法律所定者而後行。且必須會同被告者。或其家族而行之。日本憲法第三十三條云。凡交與郵局之書信。警察官廳不得侵之。惟刑事裁判所案、屬乎民事、人命等案、屬乎刑事。搜索之時。及戰爭之時。立法者得以例外行之。又日本憲法第二十二條云。臣民於法律範圍之內。有居住遷移之自由。故日本臣民。於日本疆土內。無論何地。得有常住暫住及經商等之自由。其自由之制限。必由法律之規定。在行政處分之外者也。又第二十五條云。日本臣民。除法律所定之外。未經許諾。不得侵入住所。及有搜索之事。故若反是以行者。憲法上謂之不法。而刑法上且定其罪焉。又其次條云。除法律所定之外。不得侵書信之秘密。此所謂書信者。非僅指交與

郵局者而言。蓋一切書信均包括在內也。

(四)特別裁判。不得擅設。據普國憲法第七條。無論何人。得受法定即法律上所定者裁判官之判決。不得設特別裁判所。及臨時裁判委員。此條一則證明各人有受法定裁判之權利。一則禁行政官踰越權限。隨意審問判決。所以保司法權之獨立也。日本憲法第二十四條亦云。日本人民。有受法定裁判官判決之權利。不得侵奪之。亦同此意也。

(五)刑罰必依法律而行。此普國憲法第八條之明文。若非由勅令及法律之規定。而爲官廳或私人所命令者。不得執行刑罰。且用刑罰時。以法律所認定之刑罰種類爲限。日本憲法第二十三條亦云。日本臣民。非由法律所定。無受罰之事。若中古時代所行之拷問等慘刑。全歸廢棄。此亦保護人身自由之要件也。

(六)所有權不得擅奪。立憲政體國。非但於人民身體上之權利。又物件上之權利。亦必保護。普國憲法第七條。及日本憲法第二十七條。均規定所有權不得擅侵之事。此對乎財產之保護也。保護之意有二。一國家於他人違法之侵害。必設法律及裁判所以制之。一國家之行政官廳。於人民之所有權內。有不得任意侵害之義務。惟亦有在例外者。國家因

公益之事。得收取人民之財產物。然國家於其所收取者。必給以相當之價。故於人民之財產權。仍無所損害。日本憲法第二十七條云。因公益之故。而有不得已之處分者。以法律所定者爲準。亦此意也。

其他日本尚有信教之自由。言論著作集會結社之自由。以及請願民有所求於政府、謂之請願之權。均憲法所認定。與普國相同者也。

以上列舉之公權。臣民對乎國家。其所得主張之能力。由憲法之認定而生。非由法律或契約等而生之權利義務也。又非爲人生天賦之自由。由其有臣民之分限。與身分之義畧同國家承認之而與之者也。故臣民分限之得失。即公權之得失也。臣民分限如何取得。及其如何喪失。各國之規定不一。次章詳述之。

第三章 臣民籍

凡在臣民籍者。國家認其在主權之下而保護之。即有臣民分限者也。入臣民籍者。謂之得臣民分限。其脫籍者。謂之失臣民分限。取得喪失。均國法之所規定也。

第一節 臣民分限之取得

臣民分限取得之原因有二。其一出生。其二歸化是也。歸化者、即入籍、如甲國人入乙國籍者、謂之歸化、今分爲二款說明之。

第一款 出生

出生與臣民分限之關係有二。一屬人主義。二屬地主義是也。屬人主義者。不問其出生地之何在。由父母之國籍。定子之臣民籍。屬地主義。反是。不問父母之國籍何在。以子之出生地爲定。各國通例。凡其臣民所生之子。用屬人主義。若父母不明之時。則用屬地主義。如德法等國皆是也。英國之制稍異。凡生於外國之英國臣民。自曾孫以下。不得謂之英國臣民。且於生於外國之臣民。許其有外人分限之宣言。其外人在內國所生之子。美國用屬地主義。德國用屬人主義。英法二國。則互用之。

屬地與屬人兩主義。各有得失。單以出生於內國。其父母均爲外人。均住於外國。而以其子入臣民籍。固爲不當。久住領土以內。常受法律之保護。而得免兵役等之義務。此亦不合於理。故矯此二弊。於是有所謂定期居住主義者。以一定年月之住居。外人子出生於領土內者。得謂之臣民。意太利、荷蘭等。採用此法。法國亦以外人之子。出生於法國。達丁年以上。住

居於法國者。許其有臣民分限。亦本此主義也。

第二款 歸化

歸化有廣狹二義。就廣義言之。凡外國人取得臣民之分限。謂之歸化。其中分爲二種。第一、法律歸化。第二、任意歸化。所謂狹義者。即指第二種而言也。

第一、法律歸化者。由一定之事實。法律上當然取得之謂也。所謂一定之事實者。其大凡如左。

(甲) 婚姻。 外人之女子。嫁於內國臣民者。當然得夫之臣民分限。此爲各國通例。日本

明治六年法律一百三號云。外國女子。嫁於日本男子。或外國男子。爲日本女子養

婿者。即俗言入贅。得有日本臣民之分限。此實例也。

(乙) 認領。 私人兒由父認領者。得有父之臣民分限。

(丙) 住居。 丁抹及那威。外人定住居於領土內者。得有其國之臣民分限。

(丁) 官職。 德國凡外人就官職者。非有特別之明文。即當然視爲歸化。

(戊) 地方公民及聯邦臣民。 西班牙凡於國內之地方。得公民權者。即當然有臣民分

限。其他聯合國家。又有二義。德意志及瑞士。凡得各邦之臣民分限者。當然得聯合

國家之臣民分限。合衆國則不然。必得合衆國之臣民分限。始得謂有臣民分限國。第二、任意歸化者。本於外人之意思。由國家特別之行爲而許之者也。如白耳義、荷蘭、則由立法機關。法國、德國、奧國等則由行政機關。合衆國則由司法機關之類是也。又如英國兼用立法行政二種。其方法雖種種不一。而由其性質論之。則行政行爲也。國家者。有萬能者也。得發使臣民服從之命令。故國家得命歸化。然於無意思之外人。則不能有効力。効力之完全。在國家之意思。與外人之意思。互相一致而後可也。由此點而論。以爲契約之一種可也。故可謂之公法上之契約。然雖曰契約。仍非權利關係。其爲權力關係之性質。仍無所變更也。任意歸化之要款。種類甚多。各國互不相同。今舉其主要者。概列如左。

- (甲) 達一定之年齡。(法、白) 或有治產之能力者。(德、奧)
- (乙) 有住居之事實或將來住居之意思者。(英、法、合衆)
- (丙) 豫先宣言歸化之意思者。(合衆)
- (丁) 性行正直者。(德、法、合衆)
- (戊) 有自活之資力者。(德、奧)

(己)失外國臣民之分限者。(瑞典、丁抹)

(庚)有忠實之宣誓者。(英、奧、合衆)

此等要款有不具者。不得歸化。即備此要款。而國家亦無不得不許其歸化之理。其許否爲國家權力之自由。雖公法上之行爲。而實權力行爲之一種也。

歸化之效果。諸國國法。分爲三種。其一。以歸化人與出生之臣民全無區別者。其二。歸化人之公權有制限者。法國、合衆國其例也。法國凡歸化之後。十年間不得爲大統領。又不得有議會選舉權。然以特別之法律。其期限得縮短爲一年。合衆國凡歸化人不得爲大統領及副統領。又未逾七年。不得爲下院議員。未逾九年。不得爲上院議員。其三。區別歸化之種類。視其種類而異其效果者。英國、西班牙、白耳義等屬於此類。英國以笛泥人 歸化人、種類之名、即已歸化而復移居外國者、爲異於通常歸化人。不得爲國會議員。及樞密院議員焉。

第二節 臣民分限之喪失

臣民分限之取得。有出生歸化二原因。其喪失之原因亦有二。死亡及脫籍是也。脫籍者。不必死亡。而失其臣民分限之謂也。今亦分爲二款。與前節二款對照閱之。其庶幾焉。

第一款 死亡

臣民分限。由出生而得。則由死亡而失。固不待言。故無明文。亦無待多說明焉。

第二款 脫籍

臣民分限喪失之第二原因爲脫籍。本款就其各種類之方法與其性質說明之。歸化有法律任意二種。脫籍亦猶是。其不同者。此二種之外。尙有強制脫籍。即不由臣民之意思。而剝奪其臣民籍是也。

第一法律脫籍。其事由如左。

- (甲) 嫁於外國之男子。(法國不認此例)
- (乙) 私生兒爲外國之男子認領者。(德)
- (丙) 居住外國而無歸本國之意思者。(德、奧)
- (丁) 背本國政府之命令。而受外國之官職勳章者。(法、白)
- (戊) 無本國之許可。而就外國之兵役者。(法、意)
- (己) 任意歸化外國者。(英、法、意、白、荷、那)

第二、任意脫籍。此爲德意志國法所認者。然因此之故。往往有藉此爲免兵役計者。故亦有制限焉。

第三、強制脫籍。此亦德意志國法所認者。其事由如左。

(甲)不應歸國之命者。

(乙)未得許可。而就外國之官職。及背政府之命。而不退職者。

(丙)僧侶不守僧職及其所在地之制限者。

脫籍包含以上三種。故其性質有公法上之契約。及純然之權力行爲二種。不得一概論之。然其爲權力行爲。而非權利行爲。則與歸化之事同。無待多言也。

(附錄)

臣民分限之法規。各國均此法律定之。此爲常例。法國有一千八百八十九年之法律。德國有一千八百七十年之法律。英國有一千八百七十年之歸化法。日本於明治六年第一百三號法律外。復有國籍法焉。

茲爲讀者便讀計。以臣民分限取得喪失之法規。列爲一表如左。

屬人主義

出生於外國、自曾孫以下、不得謂之臣民、(英、)

外國出生、而於本國住居不定者、不得為臣民、(葡、南美諸國、)

國、)

臣民於國中、未經住居一次者、即作為外人、(美)

住居不定、而生於外國者、不得為臣民、(荷、丁、)

變例

現為外國之臣民者、不得為臣民、(那、)

出生於外國者、許其選擇外人之分限、(英、)

出生於外國者、許其選擇臣民之分限、(有此等國、不備舉)

出生

無籍人之子孫及棄兒 屬地主義

屬人主義 (德、澳、匈)

屬地主義 (合眾、西、南美諸國)

父子均生於國內者、得為臣民、(法、)

有一定之年月、住居於國內者、得為臣民、(意、荷、)

出生於國內而住居者、得為臣民、(法、丁、荷、)

外人之子孫

變例

- 臣民分限喪失者之子、得用屬地主義、(伊、)
- 出生於國內者、得有外人分限之選擇權、(英、法、伊、葡、)
- 臣民分限喪失者、得有外人分限之選擇權、(法、意、希、)
- 出生及住居於國內者、得有臣民分限之選擇權、(意、白、荷、希、)

婚姻、(丁抹不在此例、)

認領、(不論明文之有無、)

住居、(那、丁、)

官職、(德、那、)

市町村之公民、(西、)

聯邦之臣民、(聯合國家、均屬此類、)

立法機關、(白、荷、丁、)

行政機關、(英、德、法、埃匈、葡、那、)

立法及行政機關、(意、西、)

裁判所、(合衆、)

方法

法律

取得

歸化

任
意

要
款

- 年齡或治產之能力、(法、白、奧、匈、荷、葡、)
- 住居、(法、合衆、白、那、瑞、葡、西、)
- 豫先宣言歸化之意思者、(合衆、希、)
- 性行正直者、(德、奧、合衆、希、)
- 有自活之資力者、(德、奧、匈、葡、)
- 宣誓、(英、)
- 與外國不致啓紛議者、(瑞典、)
- 不受外國之爵位者、(合衆、)
- 承諾其歸化者、(白、荷、)
- 喪失外國臣民之分限者、(瑞典、那、丁、荷、)
- 有正直之觀念者、(匈、)
- 未經處刑者、(那、)
- 隸於市町村之住民籍而受救助之權者、(匈、那、)
- 有功勞於國家者、其要款得減輕、(法、白、匈、荷、葡、希、及南美諸那、)
- 有妻子者、及以本國臣民爲妻者、其要款得減輕、(法、白、及南美諸那、)

喪失

法律

婚姻、

認領、

住居外國、無復歸本國之意思者、(德、奧、匈、意、荷、那、)

選擇外國之臣民分限、或任意歸化外國者、(法、白、意、希、西、葡、荷、那、)

無政府之許可或背政府之命、就外國之官職者、(法、意、荷、西、葡、希、)

無本國政府之許可、而就外國之兵役者、(法、意、荷、)

逃兵役之義務者、(合衆、)

受一種之刑者、(葡、)

非爲避兵役計者、(德、匈、)

任意

移住居於外國者、(德、匈、瑞、)

有外國之臣民分限者、(瑞、西、)

不應歸國之命者、(德、)

剝奪

未經許可、而就外國之公務及兵役者、(德、匈、)

瀆僧侶之職者、(德、)

第三節 國法上之衝突

臣民分限之得失。諸國國法。各不相同。彼國之法。非無與此國之法。互相衝突。於是有無藉之人。或有一人不止一國國籍者。各國乃設諸種方法以避之。蓋此衝突有由出生而生者。譬如德國臣民之子。生於英國者。英國許其有外人分限之宣言。又有由歸化而生者。譬如德國臣民。歸化合衆國者。兩國互於國際條約載明之。（如一千八百六十八年彭克耳夫脫之約）或有規定之於國法者。如以得外國臣民之分限。爲臣民分限喪失之原因。（英法）或以外國臣民分限之喪失。爲歸化之要款是也。（瑞典、丁抹）若此類者。皆所以避其衝突也。

第四篇 國家之機關（總論）

國家者。由統治之主體客體及機關三要素而成。統治之主體者。由統治之機關。以統治客體者也。前三篇於主體客體。既說明矣。機關說明之事甚多。茲先概言其性質。至其構成之要素。則俟諸後卷焉。

國家者。有機關之人之集合體也。此近世國家觀念之要素也。所謂集合體者。非各人獨立

以營生活之謂。以共同之目的。營共同之生活。而成爲共同之團體也。其共同之道。捨機關末由聯結。故無機關則無共同也。無共同則無社會。而國家無以成立。故無機關之國家。不可得而存也。此國家於社會上言之。所以不可無機關也。又由事實上觀之。機關尤不可缺。無論何種國體。統治主體。無以一身統治之理。譬如君主國體。無論立憲政體與專制政體。君主以一身行其政治。此事實上之所不能。故必設機關以行之。其設備機關。立憲政體與專制政體。固無以異也。且君主國體與共和國體。亦未始不同。惟其憲法上之精神。則隨政體而異而已。專制政體。苟爲君主之意。無論其由機關與否。終有效力。其事實上必由機關者。不過爲便利計而已。立憲政體反是。一定之統治權。必由一定之統治機關以行之。此爲憲法上之要欸。非僅爲事實上便利計也。立憲政體云者。非有憲法之意。俄國雖有憲法。而其爲專制政體。固不容疑。又非有國會制度之意。上古之小團體。亦有議會體之政府。然無有以此等部落國家爲立憲政體者也。立憲政體云者。就法理上言之。有一定之統治機關。而其權限以憲法保障之。一定之國權。必由一定之機關以行之謂也。故所謂機關者。憲法上之機關也。其職司權限。定之於憲法。若一旦變更。即憲法變更也。非若專制政體。元首可

以隨意設置。隨意廢止者也。此國法學上於統治機關之說明。在立憲政體國。尤爲重要也。機關者。非以己之目的。行己之權力。以他人之目的。行他人之權力者也。機關無人格。惟無人格。故無權利。其見爲人格者。國家以國家之權利。使機關行之而已。又機關彼此之間。無權利之關係。惟憲法上與以一定之職掌而已。侵此職掌者。非侵機關之職掌。紊憲法之條規也。然亦有見爲權利者。自然人在機關之地位所得之權。及由機關之地位。而屬於自然人之權利是也。譬如議會協贊法律。乃其權限。而非權利。而於選舉當選者。則有在議員地位之權利。及由議員之地位。而有受歲費之權焉。

國家機關無人格。故無意思。國家機關者。以國家之目的。表示國家之意思者也。國家機關表示之意思。非機關之意思。國家之意思也。故此等機關。於其權限以內所表示之意思。其形式上之効力異。而實質上之効力則同也。如或由法律發布。或由命令發布。其約束臣民之効力。則無以異也。國家機關表示之意思。非機關之意思。而爲國家之意思。故於其權限以內。其所表示無反對者。即爲有効。自然人之交迭。機關權限之廢止變更。其影響均無所及。國家之意思。以國家之存在爲準。若變更廢止。非更由國家之意思。無他道也。

國家之機關。分政府、議會、裁判所爲三。政府者。掌行政也。議會者。掌立法也。裁判所者。掌司法也。三機關之組織。次卷更詳論之。

國法學卷二

論國家之機關(分論)

政府者。國家之機關。而總攬行政者也。議會者。立法之府。裁判所者。司法之鍵也。凡此爲國家之三機關。互守其職。不能相侵。其職掌之範圍。定之於憲法。是謂職權。又曰權限。非所謂權力也。權力者。國家之權力。又非所謂權利也。機關不能有人格。其目的爲國家之目的。非機關所得自主有之也。名曰職權與權限。所以形容其職司不可侵之狀態也。三機關各守其一定職司。此近世立憲政體之特質也。然以此爲三權分立之論。則又未免誤矣。

分國家之力爲立法行政司法三項。始於希臘學者阿里斯韜脫耳。近代英國學者陸克於立法權外。分執行與外交二權力。以立法權歸之人民。而以其他二者歸之國王。法人孟的斯鳩本阿氏三權之說。創爲三政體論。而分國家之權力爲二。曰執行。曰立法。前者歸之國王。後者則貴族與人民共掌之。其後遂有三權分立之說。則路索等之力也。孟氏之說。其目的所在。在防治者之專橫。以保護人民之自由。立於善法之下。以保行政司法之公平。其大旨曰。使同一之人。或同一之團體。兼有立法權與行政權。則自由不能存。何也。同一之君主。

或同一之議會。欲行專橫之政。必定專橫之法矣。使司法權與立法權或行政權。不相分立。則自由亦不能存。何也。二權兼有。則裁判官即立法者。必有危害人民生命財產之事。裁判官即行政官。必有壓制己甚之事也。若採用三權分立之制度。則國家必能得善法。何也。合國民之全部參預而成立者也。且行政及司法。必能得其公平。何也。各機關單行其所委任之事。而無破法則之慮也。

此說於政治上最有益。法國大革命。即因此而得其動機。且其開近世之憲政體之鎖鑰。其事實尤不可掩。然由法理上論之。則不免有種種之非難。其最顯而易見者。則此說之有礙於國權統一。是也。使國家之權力分爲三。則是分國家爲三矣。夫國權者。唯一不可分。而更無對待。此國家根本之觀念。而國法學之前提也。故所謂三權者。非獨立權力之謂。權力者可一而不可三。由同一之權力。發而爲三種之作用而已。加之所謂三權者。不能對等。立法爲最上。而其他二作用。從屬之而已。否則。三機關互相對等。則互相牴觸之弊。未由免矣。由此觀之。此說固可排斥。然於解釋現今國法學。足以說明立憲政體之觀念。蓋立憲政體者。以憲法定議會。政府。裁判所。爲統治之機關。而別立法。行政。司法。爲統治之作用。使各統

治機關。各司國權一部之作用。故三權分立之說。亦非無足取也。

專制政體於此等機關之職掌。無一定之形式。唯元首之命是聽。立法、行政、司法、皆自摠攬之。故此等之國。其統治機關之可見者。一政府而已。其元首則政府之首長也。至其他各機關。固非國家之機關。元首之機關而已。無所謂憲法上之統治機關。故國法上但認一元首而已。反之立憲政體。則國家機關之說明。固重要也。

第一篇 政府

政府者。與議會裁判所同爲國家之統治機關也。政府者其總名。其中如元首、元首有君主國之元首、即君主是也、有民主國之元首、即大統領、及聯邦參議院是也、國務大臣、攝政、及監國等。均包括在內。欲論統治機關之組織。則此等各部之機關。不可不研究也。

第一章 君主

君主有二義。其名則一。其實則二。同一君主國。有君主國體與君主政體國之別。君主國體與共和國體相對。不以人民之集合體爲統治權之所在。而以唯一之君主爲統治之主權者是也。此種國體。所謂君主者。即國家也。亦即統治權也。君主與統治權。合爲一體者也。

君主政體與共和政體相對。不以元首爲有法律上之責任。而以元首爲在無責任之地位者也。此種政體。所謂君主者。謂政府之首長也。君主非主權者。而爲行使主權之一機關是也。此卷論國家機關之組織。故所謂君主者。專指君主政體國之政府首長而言也。

茲所謂君主者。謂爲元首之君主。非統治主權之本體也。然至其君位繼承之順序。及其資格等。則二者無以異也。日本乃君主國體而兼君主政體者。君主爲主權者。而又同時立於元首之地位。此憲法上偶然之結果。而合於事實者也。猶之國務大臣在憲法上爲統治機關。而官制上則爲行政長官。此不過事實上之偶然相合而已。至法理上固劃然區別。統治權本體之君主。與爲元首之君主。其地位截然不同。不能相混也。然以偶然之事實。一身兼備二者之地位。其繼承之法。則亦兼二者而有之。此日本與他國不同者也。諸國之君主。無論曰王曰帝。不過立於元首之地位。故論君主者。法理上率以爲國家之機關而已。知此區別者。國體論與政體論。其庶乎一貫矣。

第一節 君主之地位

君主之地位有二。然其爲國家機關之一。而立於元首之地位。則無以異也。君主者。君主政

體國之元首也。此極簡明。無待細述。惟議會議決之法律。必得君主裁可。似干涉其他機關之行動。就此問題。諸學者之見解。種種不同。遂有因而誤解者。故不得不稍說明焉。

以憲法設三統治機關。政府掌行政。議會裁判所分掌立法司法。此近世立憲政體之主義。而其與專制政體不同之處。其特質亦在此。三機關各相獨立。不能相侵。此立憲政體之所以爲立憲政體也。然使三機關全然獨立對等。則機關互相抵觸之時。無人調和之矣。國家之活動。不能一日休止。其現象千變萬化。機關應之事之緩急。不能保其無間。若不得其宜。將孰處置之。加且對等獨立之機關。行對等獨立之運動。使無統一之而主宰之者。終不能得機關之効用也。譬之人身有耳目手足。耳司聽。目司視。手以持物。足以步行。然無主宰統一之頭腦。則進退無定。其能免於抵觸者幾希矣。耳容音而無達之者。目容色而無傳之者。終於不具而已。國家之機關亦猶是。不能無主宰而統一之者。國家之元首。其最適當之機關矣。故元首者。於其本來職掌行政之外。兼總攬國家之機關。而有主宰監視調和之責。蓋行政府而兼總攬者焉。總攬者有干與立法府之權。總攬者之統一諸機能。即機關之能力之謂非元首統一之。而國家統一之也。唯其爲適當之機關。故元首代之而已。爲事實上便利計。故

憲法所定元首之職掌。其效力不但行政。而併及於立法等項。此立憲政體本來之主義。與便宜上法制。不能不區別以觀者也。

君主政體國之君主。指在元首地位者而言。斯固詳論之矣。然共和政體國之大統領。亦在元首之地位。君主與大統領。其區別果何在耶。不明乎此。則君主共和政體之區別。無由而分。而君主之地位。亦終無由而明也。故以知此區別爲最要。其區別之最要點何在。在君主有無責任之身分而已。君主國之憲法。或曰君主神聖不可侵。或曰君主無責任。無不有明文者。凡此皆所以表君主之行爲。不任其責之謂也。司法者。君主之所行。或以君主之名而行者。使君主任其責。將不免自受其罰矣。惟民事訴訟。除日本之外。各國君主與人民互爲平等。此蓋以民事訴訟。純爲權利關係。而非以權力相臨之故也。日本之所以不取此者。其國體使然。主權者與被治者之關係。爲權力關係。而非權利關係。故對乎主權之訴訟。無是道也。

要之君主者。無責任之元首也。此君主於國法上之地位。與大統領相異者也。大統領者。有責任之元首也。知此可以得君主政體與共和政體區別之標準矣。

君主既爲無責任之元首。而君主之地位。又有諸種權利隨之而存。榮譽權及財產權是也。榮譽權者。有特別之稱號。及佩帶徽章與組織內廷之特權之謂也。凡此皆非私人所得僭越者也。

財產權者。指內廷之費用。每年由國庫支出一定之金額之謂也。是之謂皇室費。皇室費之收入支出。非國會所得容喙。以其爲皇室之內事。與國家財政無涉也。此等權利與君主之地位俱存。故君位繼承。新君主亦得有之也。

第二節 君位繼承

第一款 君位繼承之性質

合乎國法上一定之條件。君主之地位。有君主之權利。所謂君主繼承權是也。定此法者。名曰君位繼承法。國家者永遠存續。故其機關亦不可間斷。若君主政體國。其政體不變。則君位亦無窮。然自然人之命數有限。故君位繼承爲要務。而繼承法亦不得不規定。日本政體。君主兼機關與主權者而有之。君位亡即無國體。國體亡即無國家。新國體生即爲新國家。君位之存續。繫乎國家之命脈。此君主國體。所以特重君位繼承之事也。

統治權與所有權不分。及公法私法混淆之時代。君位繼承。視如家督相續。家督相續者。嗣續家長權之謂。本乎皇室之自主權。而屬於私法之範圍焉。至近世法理學發達。而公法私法之觀念。隨之而分。君位繼承。關乎國家機關之存續。與統治權之行使。故其性質。不能與家督相續。同列於私法之內。而必屬乎規定國家權力關係之公法。於是君主地位之權利。非私法上之權利。而為公法上之權利。非私權而為公權矣。故此權利不能隨意拋棄。荷蘭憲法。且著為明文焉。又既非私權。故新君主之繼承權。非受之前代君主。而為公法上之權利。國法上有一定之條件。其與之適合者。則當然列於機關之地位。蓋國法上當然在君位者也。故其與前君主之間。無法律上之關係。初非由相續契約等而得者也。

第二款 君位繼承之資格

君位繼承權。由君位繼承之資格。與君位繼承之順序而定。凡有能力而合乎一定之條件。可以在繼承之順位者。即得當然即位。

君位繼承能力之條件。各國國法所定。精粗不一。今就其重要條件列舉如左。

(一) 始祖血統之後裔。世襲君主國。無不以此為繼承之要件。此條件中含二要素。第一始

祖之後裔是也。故凡始祖之兄弟伯叔。其子孫無繼承之資格。第二、血統之後裔是也。故民法上養子之制度。不得有此資格。就歷史上事實而言。皇室內非無養子之事。然此養子大抵有血統之關係。其全無血統之關係。而以爲實子者。未有此例。此爲近世私法發達之觀念。以私法之觀念。不能推公法之關係。前已屢辨之。無待言也。

英國自一千七百年以來。以哈拿排家爲王統。既經決定。故爲國王者。以此家始祖之後裔爲限。普國以弗來特列希一世爲始祖。而世奉其後裔。日本國萬世一系。由天皇統治。故以皇祖血統之後裔爲要件。亦不外此意。一系一語。不可輕率解也。

(二)男系之男子。親屬關係之發達。其制度有二。矇昧之世。家族以女系爲主。在家族之地位者。爲女子。論母之血統。凡同母者。即得爲同一之家族。社會發達之時代。反是。論父之血統。而行男系之制。今日各國所採用者。均爲後者。前者唯日本有認爲例外者而已。日本及普國制度。除男系之男子外。無有繼承之資格者。故女子無論矣。女系之男子。亦不得繼承。反之。有以女子及女系男子。與以繼承之權能者。如英國。凡同系者。以男子先於女子。又如奧國。凡男系已絕。得用女系。順位雖異。而其不限於男系之男子。則一也。

(三) 嫡出之子孫。歐州諸國。凡嫡出之子。其父母亦必嫡出。以此爲君位繼承之要件。由認領而爲嫡出者。此民法上之制度。於公法之關係。不能適用。故非皇心之子。不得繼承君位。日本反是。皇庶子孫。亦得繼承君位。但有順位先後之別而已。

(四) 由家法認可之結婚而生之子孫。歐州諸國中。普國凡皇族婚嫁。均須敕許。日本亦然。其未得敕許而結婚者。其所生之子孫。作爲庶出。普國制度不得有繼承之權。

英國尙有一變例。凡滿二十五歲。於一年前以結婚通知樞密院者。其所生子孫。雖當初結婚未經國王許可。而國王苟不非認。亦得有繼承之權。

(五) 由對等結婚而生之子孫。對等結婚之思想。始於歐州各國。而以德意志諸國爲尤發達。所謂對等結婚者。指現今統治諸國君主之家族。或從前統治之家族。互相結婚之謂。此亦君位繼承之要件。故或身分相違之結婚。其所生子孫。不得有繼承權。日本皇室典範。凡與未經特許之華族。或士族平民結婚者。作爲無効。然日本皇庶子亦得有繼承權。故對等結婚之事。非必其爲要件也。

其他一二國。或有設特別之明文。定特別之要件者。如英國不准與羅馬教信者結婚。若此

者。不過其宗教戰爭之餘孽。又如普國及荷蘭等。凡現爲外國君主者。除國會承認之外。不得有繼承之資格。此憲法特別之規定。均非通則。雖不詳述之可也。

第三款 君位繼承之順序

前款述君位繼承之能力。然同一能力。何人得先繼承。不得不定。此本款之問題也。

前款所述種種條件。其合於此者。一國內非必一人。皇族中合君位繼承之資格者。同時或二人以上者有之。然國土分配。中古德意志行之。與近世國家之觀念。大相對。故同時有二人以上之君主。勢所不可。有二人以上之元首。則君主政體。變而爲合議政體。君主之特質失矣。故於數人之中。不可無一人繼承之方法。此君位繼承之順序。所以與君位繼承之資格並重也。

繼承順序法中。其最通行者。爲長系繼承法。統而言之。繼承之權。屬於最近之長系而已。分析言之。繼承之順序。以與前代君主關係之遠近而定。其同等者。則長先於幼。其有最初繼承權。而先君主而沒者。其子孫得有代表權。與父祖立於同一之地位焉。此法之行。由各國繼承資格規定之不同。而不得不異。今分類說明之。

第一、以男系之男子爲要件之國。

(甲)日本凡庶子亦得有繼承之資格。惟嫡庶之間。有順序之先後。同等之庶系。不得不先讓嫡系。

(乙)普國爲排斥庶子之國。故此等規定。可以無庸。而其法亦極單純。

第二、不以男系之男子爲要件之國。

(甲)英國爲同等之系。男先於女之國。以與前代君主關係最近之女系。先男子而繼承。其遠者及同等者。則讓男子先之。

(乙)凡男系已絕。採用女系之國。其女系之順序。如薩克生等國。採用最近親繼承法。此法以與前代君主血統最近者爲繼承。同等者以年之長幼爲定。又如奧國與男系同一方法。即採用長系繼承法是也。

第四款 特別之繼承

諸國憲法規定君位繼承之法者。概以始祖之後裔爲率。然人事不能預定。無一不受自然法之支配。支配者。猶言治也。始祖之後裔。非無全然斷絕者。故通常繼承法不能用。名曰特別繼承。

荷蘭西班牙等憲法。皆豫先指定其他之系統。德意志諸國有所謂繼承契約者。一君主之家與他家之間。互立契約。凡一家之系統已絕者。則君位移於他家是也。其無此等憲法之規定與繼承契約者。如范盾白耳克憲法。凡系統已絕者。與憲法變更同一手續。而更無其他規定。然當君主崩御之後。不得行此手續。故白耳義荷蘭西班牙丁抹等國。當王統斷絕之時。更設特別之規定。而與國會以選立王統之權。此等特別之方法。其意亦在保續君主政體而已。

第五款 即位

由君位繼承法而得君位繼承之資格及順序者。當君主崩御時。其皇嗣即得即位。此國法上當然之結果。而無俟其他特別之行爲也。凡此固非私法上之相續。或授受之關係可比也。英國有曰國王無死。法國有曰國王永生。日本皇室典範有曰天皇崩御。皇嗣即得踐位。皆足以明此觀念者也。

君主崩御之時。即繼承者未經明定。而一旦確定之後。則其繼承當自崩御時算起。蓋君位者。國家之統治機關也。國家不可一日無機關。故國王不死之說。法理上所當有者也。

法理上君主即行踐阼者。指君主崩御。同時皇嗣即爲君主之謂。前後之君主。由法理推之。作爲一人觀可也。事實上有即位式。此等禮式。不過新即位之公式。以爲即位之原因者非也。君主者。非由行即位式而始成。旣爲君主。而後行此式耳。故皇嗣非以行此式而後成君主也。

君主即位之後。宣誓確守憲法。與關乎宗教之事。此歐州諸國通行之慣例也。然君主於憲法上無生死之事。憲法所見者非君主。君位而已。故事實上君主之人雖更。而國法之効力。不因之而增減。所謂確守憲法云者。法理上固無所輕重也。唯德義上以遵守之意思。以詔勅布之公衆而已。故即不宣誓。而君主之地位固依然也。但白耳義等一二國。有特別之規定者。則未經宣誓。不得行政務云。

要之君位繼承之資格順序。均國法之所定。非俟問題之起而後決定者也。凡有能力而合乎一定之條件。在可以先立之地位者。當一君主之崩御。即爲君位喪失之原因。故同時即得在位。君位喪失之原因如何。下節再詳論之。

第六款 君位喪失之原因

一君主喪失君位。則同時其皇嗣即得即位。君位喪失之原因。其大概如左。

(一) 崩御。此條固可不言而喻。各國莫不以君主之崩御。爲君位喪失之原因。日本皇室典範則以此爲唯一之原因。而不及其他焉。

(二) 讓位。此爲歐洲諸國學說所公認。而已有實例者。如荷蘭憲法。且著爲明文焉。

(三) 不合於君主繼承之條件。君位繼承有一定之條件。其不合乎此者。既得之權利亦歸喪失。

其他又有憲法揭載特別之條項者。如葡萄牙國王。不經國會承認。留外國三月以上。和蘭國女王結婚。不經法律承認。均爲君位喪失之原因云。

第三節 君主之大權

君主於元首之地位。行其國家權力之範圍。是之謂君主之大權。專制政體。凡諸種官吏所行之政務。與君主自行之政務。其範圍互異。然此不過事實上之區別。至其分界。則君主得隨意隨時變更之。立憲政體則反是。所謂大權者。憲法上不待他種機關之參預。以自己之權限而親裁政務之謂。故變更此權限。不可不遵據憲法。此所以名之曰憲法上之大權也。

君主之大權。其實質上之範圍。乃各國憲法上之問題。不可不由其規定者而論之。今不能備舉。且大權者。非僅屬於行政之範圍。立法司法。凡統治之作用。無不全及。其所以與統治權區別者。統治權者。權力之屬於國家者也。大權者。乃權力行動之形式。屬於國家機關之君主者也。

就此點而論。亦爲君主國體之特別觀念焉。君主者。統治之主體也。統治之主體。故全能而無不能爲之事。此似與憲法上定大權之範圍。其性質不能相容。然君主全能。故親裁務之範圍。亦得自定之於憲法。惟其爲統治之主體。故得自行憲法上之大權。又得設他種機關。使之行他種之權限。行此大權之地位。蓋元首而兼機關者也。初非不能相容之觀念也。

第二章 攝政

君主之地位。由君位繼承法而一定。然假使皇嗣或君主一旦有故障。故障者、猶言不能行得已之事故。大權之事。皇嗣既不能不即位。君主又無喪失其位之理。而國家之運行。又不能一日休止。故事實上不可無代君主行其大權之人。是之謂攝政。攝政可論之點甚多。其一、攝政者果何物歟。其二、攝政與君主之關係。果如何歟。其三、攝政設置之情形。果如何歟。其四、攝政果

以如何之資格與順序。而即其位歟。其五攝政在位之時。果有何權利歟。其六攝政果以何事喪其位歟。凡此皆重要之問題也。本章於此等問題。逐次說明之。

第一節 攝政之地位

君主政體者。獨任政體也。以戴一人之元首爲特質。君位必由特定之一人繼承。無二人以上同時在位之事。然事實上君主幼稚。或有其他故障。不能親裁大權之時。則必以有補充其能力者爲要務。此皇室內部之規定。所以設攝政之制度也。憲法唯認一君位。故法理上攝政之行爲。即君主之行爲也。君主與攝政之間。無法理上之關係。攝政與君位合爲一體。唯事實上攝政代君主行事而已。

攝政者。與君位合體者也。攝政行國家之政務。即君主行其自己之權限。所謂大權也。君主行爲之外。無攝政之行爲。君主之行爲。不以攝政之行爲而限止。故憲法上無害於君主之地位。單以爲與君主合體而已。故攝政者。與君主同一機關也。元首也。無責任也。其他更無攝政地位之特權焉。攝政之所以爲元首而無責任者。以君主爲無責任之元首故也。攝政者由事實上不得已之故障而設置。故惟有故障之時。始得在位。若故障既除。則其地

位即歸喪失。此等故障之事。後再詳言之。

攝政與君主之間。無法律上之關係。攝政者。以天皇之名行其大權。日本憲法第十七條。憲法上當然行大權者。非由君主委任者也。以君主之名者。非受君主之委任而代之行事也。各國當設置攝政之時。其當設與否。悉依憲法為準。苟憲法上以爲必要。則不能不設置。此憲法上當然之制度也。其事若委任。而不能由委任之意思。以決定設置與否。蓋不待君主之意思而後行動者也。攝政之意思。即君主之意思。攝政之行爲。即君主之行爲也。又攝政若委任。而委任之範圍。無所限制。憲法上屬乎君主之大權。一切皆得行之。一二國憲法。非無明文限制之者。如日本憲法第七十五條云。攝政不能變更憲法與皇室典範。其一例也。凡此不過政治上之理由。於法理上初無關係也。要之攝政者。非由君主之委任。由委任而代理政務。此之謂監國。監國之事。後節再言之。

攝政與後見人異。

後見人者。猶言經理親權之人。民法上凡年幼無父母者。其家事必有人經理之。此經理人謂之後見人。但親權爲父母所獨擅。後見人爲之經理。仍不能不受其他親族之監督。

此後見人之權。所以與親權不同也。

蓋其法律關係不同也。統治之關係。非親屬之關係。統治之作用。非親權之

行使。故不得以私法上親屬法後見之制。論攝政之制。且其實際之作用。亦不同也。後見之

觀念。主於保護無能力者之一身。攝政之制度反是。有統治之關係。非保護幼年之君主而監督之也。其目的與方法。全然不同。故攝政者。非後見人。幼年君主之後見人。別有所謂太傅者。太傅者。專司教育。不得參預大政。攝政者。可得大權。不得干涉私事。此攝政與太傅之別也。蓋攝政太傅之所以混同者。由於歐州中世。以統治權與財產權同視故也。君位繼承。視之如家督相續。故雖今日尙有以君主之遺命定攝政者。載之憲法。皆其影響所及也。然近代國家之觀念發達。以國土爲王室之財產。無有復認之者。前已屢述之。無待再言矣。

攝政者。憲法上當然與君主合體。非受任者。又非後見人。在君主政體之國。蓋爲無責任之元首。在機關之地位者也。

由是觀之。攝政者。非由君主委任。憲法上之制度也。又非私法上之後見人。公法上與國家元首合體者也。故其設置與解除。不屬於私法之範圍。而屬於國法之範圍。不明此地位者。則關乎攝政之法理。均無由而明也。

第三節 攝政之設置

攝政當不得不設之時。其有資格者。由憲法之規定。即得當然即位。本章分事由、資格、順序、三款。逐次說明之。

第一款 攝政設置之事由

攝政果以何時爲不得不設之時。則答之曰。皇嗣或君主。事實上不能行大權之時也。然以如何之理由而不能行其大權。此其次之問題也。英國以君主無能力不完之事。爲其國法之原則。故無一般之規定。若事實上不得不然之時。以法律規定之。著爲常例。然此爲例外。其他諸國。無不於憲法家法等規定之者。其攝政設置之事由。今列舉如左。

(一) 君主未成年之時。此爲皇嗣即位之際。有故障之規定也。皇嗣幼稚。無意思能力。然君主既崩御。或以他故喪失君位。則皇嗣當然在位。而在位無輔助之者。則大權不能行動。此攝政之所以設置也。但所謂未成年者。不問其智能如何。及達乎成年之期限長短如何。即位之時而爲未成年者。則攝政即宜設置而已。

君主之成年。除德意志諸國之外。較尋常人稍早。大都以十八歲爲期。日本亦然。其意在避攝政之設置也。若君主崩御而皇嗣猶在胎內者。照未成年之例。設置攝政。此雖無國

法之規定。而學說則一也。

(二)君主久以他故不能親政之時。此爲君主即位後之規定也。所謂久者。白李里亞國憲法以一年爲限。其他各國無一定之期限以爲標準。惟視其不能親政有重大之故障而已。然於故障時間之長短。初無關係。其時間雖短。而國政不能一日廢。則攝政不得不置。其時間雖長。即數年或數十年。假使猶有^一意思發表之能力。則攝政不得置。此攝政法理一貫之精神也。

所謂故障者。含身體上精神上之不能力。與行爲之不自由在內。不問其繼承之際。與即位以後。唯不能親政。即不能發表意思。此之謂重大之故障也。

以上所述未成年之時。其事實極簡明。故認定設置攝政之事。無俟其他之手續。除普國之外。各國無定此手續者也。反之所謂故障者。其事實極暗昧。故宜認定攝政之當置與否。當是時。各國皆有特別之手續。普國制度。凡可當攝政之人。與攝政無人之時。內閣召集議會。由兩院合同議決。日本定例。必經皇族會議與樞密顧問之議決。此等議決。在審查故障有無之事實。非國法上設置攝政之要義也。故使國會或樞密顧問否決攝政。非以此不得即

位。以無故障故也。又即使可決。亦非以此即位。以有故障故也。

攝政者。不由君主之委任。不由國會等之議決。有當置攝政之事由。即當然在行大權之地位。蓋以自己之名。即攝政之位者也。此與攝政之地位。其論理一貫者也。曰本憲法第十七條有云。攝政者。以自己之名行其大權。所謂以自己之名者。指有憲法上一定之資格。與一定之順位者。即當然得在攝政之位也。所謂行大權者。即與君主之地位合體之謂也。其他資格及順序。下款說明之。

第二款 攝政之資格

君主當未成年。或久以故障不能親裁大政之時。何人得有代之之資格。此本款之問題也。據通常之例。凡得爲攝政者。國法上豫定之。然有一二國不在此例。當設置攝政之時而後特定之。如白耳義及丁抹是也。

國法上豫定之制度。其資格有三。非與之相合者。不得爲攝政。今列舉如下。

(一) 已達成年之期者。君主未成年故置攝政。若攝政亦未成年。則設置之意不可解矣。故攝政之必爲成年。無待言也。君主之成年稍早。其目的在避攝政之設置。若攝政之成年。

則無此目的也。故攝政之成年。不能與尋常之皇族同日而論。但諸國國法。大都在使皇太子爲攝政。故於皇太子不無特例。日本皇室典範。惟皇太孫與皇太子得與君主之成年並論。亦此目的也。

(二)能親政而無故障者。君主有故障不能行大政。故置攝政以代之。若攝政亦有故障。則不可解矣。故攝政之不能有故障。無待言也。此條與上條雖無憲法明文。而可以推論得之者也。故日本皇室典範及荷蘭憲法有云。君主有故障置攝政時。得由同一之手續。變更攝政之順序。亦此意也。

(三)君主之母或祖母欲爲攝政者。以未經二次結婚爲限。此爲通例。日本皇室典範第二十三條有云。凡皇族女子任攝政者。以未經配偶爲限。惟皇后不在此例。此不待言。以未配偶不能得皇后之地位也。

第三款 攝政之順序

前款論攝政之資格。此款論合乎資格者。以何人爲先。

除二三之例外。攝政者。大都依君位繼承之順序。以與君主最近者爲先。此爲通例。若無君

位繼承之資格者。往往母、祖母、或配偶者。或宮內省高等官。使之即位。或有由國會選舉者。凡此皆爲特別憲法之國。蓋特別之制度也。日本亦照君位繼承之順序。首採皇族男子。無男子者。皇后、皇太后、或太皇太后以次及之。若此等皆無者。由皇族女子中依君位繼承法而行之。

在攝政順位之人。得讓位於其次之人。諸國概公認之。惟日本不然。皇太子、皇太孫、不得讓位於其他之皇族。其他之皇族。在君位繼承之順位者。當置攝政時。即宜在位。此不但權利。亦義務也。且非私權而爲公權。故不得隨意拋棄。國家強制之使之在位。故與君主之間。初無法律之關係。惟國法上當然在位而已。

第三節 攝政之解除

凡特定之人。得攝政之地位。是之謂攝政之設置。及其喪失。是之謂攝政之解除。解除之事由。與設置之事由。正爲一反比例。可以推而知之。故不復詳述。特舉其要領焉。

攝政解除之事由。其大別有二。

(一) 無須攝政之時。分爲三項。

(甲) 未成年或有故障之君主既已崩御。

(乙) 未成年之君主已達成年之期。

(丙) 君主能親大政而故障已去之時。

(二) 攝政自失其他位之時。分爲五項。

(甲) 攝政之死去。

(乙) 辭位。(此歐洲諸國公認之。惟日本不許。)

(丙) 不能親政而有故障之時。

(丁) 不肯宣誓之時。歐洲諸國通例。凡攝政當宣誓忠實於君主。與確守憲法。故在宣誓以前不得行行政務之國。有拒宣誓者。即爲喪失攝政之位焉。

(戊) 最近親之皇族已達成年之期。最近親之皇族尙未成年。故以其他之皇族代之。成年以後宜讓與否。乃一問題。意大利憲法否定之。日本於皇太子及皇太孫則宜讓之。著爲明文焉。

第三章 監國

監國一名政務代理人。君主不能親大政。而其故障又不至必置攝政之重大。則往往置監國。使行大政之全部或一部焉。歐洲諸國。大抵通行之。英國當君主在境外時。往往置監國。屬於君主之大權。普國自一千八百七十五年至八十八年。置監國前後凡四次。巴耳倫薩克生諸國憲法上均明認之。其他諸國及日本。則憲法上無明文。故監國可置與否。乃一問題也。君主於憲法上大權不能自行之事。得設諸種機關以行之。然憲法上以君主親政爲必要。不得委之他人。監國者。以君主親行之政務委任之。與尋常之行政機關不同。故非憲法有特別之規定。不能任意置之云。

監國之性質與攝政不同。論其大綱。攝政非由君主任。監國由君主任。故由此遂生差異之點。今列舉如左。

(一) 監國者。必待君主有委任之能力。故當君主全失其親政能力之時。則當置攝政。而不得置監國。

(二) 攝政者。其資格順序。國法上定爲明文。反之監國者。無論何人。皆得由君主任任意委任。

(三) 攝政之地位。無責任也。監國則有對乎君主之責任。

- (四)攝政之權限。凡憲法上之大權。無所不有。監國則唯於委任之範圍以內。行其政務而已。約而言之。攝政之權限廣。監國之權限狹是也。
- (五)監國委任之事項。君主得制限之。又得自行之。
- (六)監國之解除。悉聽君主之意。

第四章 共和國之元首

政體有君主政體與共和政體之別。其所以分者。在一有元首之責任。而一無元首之責任是也。詳言之。共和政體國之元首。法律上於其行爲。不能不任其責。且共和國之元首。以大統領一人組織之。或由數人之合議體而成。此共和政體所以與獨任合議二政體不同也。獨任共和政體者。以有責任之一人爲元首。合議共和政體者。以有責任之合議體爲元首。茲分爲二節。於其元首之地位組織權限。一一詳述之。抑尙有一言。共和國亦名民主國。其國法學上之特質。雖在元首之地位。而自政治上觀之。其結果又自不同。蓋民主國者。其政治上以民主主義爲重。故所謂元首之組織及權限等。亦隱然可見焉。

第一節 獨任共和國之元首

獨任共和國之元首。一人之大統領是也。以一人之大統領爲元首。法國與北美合衆國。其著者也。

大統領與君主同爲元首。故憲法上當有一定之權限。而爲憲法上統治機關之一。由選舉即位者。雖與君主世襲不同。此不過實際上手續之異而已。由法理上觀之。君主由繼承而即位。與大統領由當選而即位。乃同一之關係也。無論君主與大統領。其所以得此地位者。由憲法上之規定。與主權之命令。即得當然即位。選舉者。不過事實上之手續而已。一旦選舉既畢之後。則選舉者與被選舉者之間。毫無法律之關係。故大統領者。決非由選舉者之委任而行其權限者也。但大統領與君主不同。以其對乎議會。有責任也。此爲大統領不能全握統治權施行之結果。非受任者對乎委任者。而有責任之關係也。故大統領者。非官吏也。學者或目之爲最高之官吏。此未解其地位者也。官吏者。莫不由他機關之委任。於委任之範圍以內。而行其政務者也。故大統領者。非在官吏之地位。在元首之地位。而爲統治機關之一也。

大統領之特權。二國之憲法。雖微有不同。就其大體而言。視君主爲小。而視人民爲大。此不

待言也。北美合衆國。由其憲法之規定。得受一定之歲費五萬圓。至自己之行爲。對乎議會。不可不任其責。法國之大統領。惟叛逆之罪。任其責而已。其他之行爲。均不任其責。而國務大臣任之。又法國之大統領。刑法上受特別之保護。凡出版物有侮辱大統領者。特重其刑。歲費旅費及交際費。總計得一百二十萬法朗。此皆歸入每年之豫算。而經議會議決者也。大統領之異於君主。非特世襲而已。又在非終身就職。而有一定之任期也。其任期之長短。合衆國四年。法國七年。任期滿限後。可以再選。二國皆然。故大統領之異於君主者。不由世襲。不由君主繼承法。而有一定之任期是也。任期滿限後。新大統領由選舉之手續而定。凡有被選舉之資格者。唯法國有特別之制限。即法國君主曾出其家族者。不得當選是也。此本乎法國立憲政體史上特別之沿革。而排除王族思想特深之所致也。合衆國之制限較爲精密。凡合衆國人民年三十五歲以上。十四年以上。住居本國者。始得當選。故歸化人及未達一定之年齡年限者。悉無被選之資格。大統領之選舉。法國由議院公選。上下兩院合同開國民會。以得過半數之投票者爲當選。合衆國由人民公選。用複選之法。各州視其選出之兩院議員。選舉同數之選舉人。其手續由各州之立法機關定之。各州之選舉人。於其

州會同投票。以其投票錄上之上院議長。上院議長於兩院議員之前數之。以得過半數者爲當選。其無過半數時。更設特別之手續焉。

合衆國於大統領外。更有副統領焉。大統領缺出。或有他故不能親政之時。則副統領代之。此與君位繼承同一情形。新舊統領之間。初無法律之關係。非由授受等之私法關係。由憲法之規定而當然即位者也。副統領任大統領時。兼任上院議長。副統領之設。乃實際上之法制。與法理上初無關係。次於大統領而有民望者。當有人故也。副統領之任期與被選資格。與大統領同。其選舉與大統領同時。由同一之手續而區別投票。唯投票不得過半時。其決定法不同而已。

第二節 合議共和國之元首

由數人之合議體而爲元首者。謂之合議共和政體國。瑞士及德意志之亨白耳喜白蘭門、黎排克三市。屬於此類。

三市之議會上院。及瑞士之聯邦參議院。其元首也。惟三市則立法機關而兼行政機關。蓋立法府之一部。而又爲統轄行政之元首也。反之瑞士之元首。則惟有統轄行政之權限而

已。

聯邦參議院者。由七人之議員而成。其任期以三年爲限。三市之上院。乃終身議員。其被選資格與下院同。選舉時上下兩院合同而行之。當合議體之首席者。三市則曰市長。瑞士則曰大統領。與副統領。市長由上院議員中互選而就職。其任期極短。大統領及副統領。於上下兩院由聯邦參議院議員中選舉。其任期以一年爲限。市長者。非自治團體之機關。又非國家行政之首長。而在元首之地位。其權限單爲合議體之議長。而爲整理事務內部之人而已。大統領與副統領亦然。故與獨任共和國之大統領。其性質地位。全然不同者也。市長若大統領。不得爲元首。合議體乃其元首也。

第五章 國務大臣

此章分國務大臣之地位與責任爲二節。至其權限。亦包含其中焉。

第一節 國務大臣之地位

國務大臣者。輔弼元首之機關也。輔弼云者。非自行大權之謂。元首行大權。而國務大臣參預之是也。故其權限在輔弼大權之行使。不但事實上輔弼元首之行動。亦形式上必須參預者也。

國務大臣者。非政治之主體。大權者。非國務大臣之所行。元首不以國務大臣之不同意。而減裁可之力。此不待多言也。

國務大臣者。又非行政長官。諸國之實例。往往以國務大臣爲行政之長官。担任一部之行政事務。此不過爲官制上便利計。乃偶然之符合。非必與國務大臣之地位不能相離者也。所謂無定職之大臣。諸國亦往往有之。此等大臣。非擔任一定之行政局部。而與其他國務大臣。同列內閣。輔弼元首者也。如日本之樞密院議長。其一例也。

國務大臣之地位。又不以有大臣之名稱與否而異。有有國務大臣之名稱。而無國務大臣之地位者。如宮內大臣是也。又有無大臣之名稱。而有國務大臣之地位者。如樞密院議長是也。

第二節 國務大臣之責任

國務大臣有輔弼元首之職務。故就其職務。不可不任其責。此之謂國務大臣之責任。諸國憲法規定大臣之責任。無不設彈劾之制度者。故以大臣之責任。爲對乎國會之責任。此歐州諸國之思想也。然德意志帝國憲法其第十七條云。皇帝之命令。非帝國宰相之副署。不能有效力。而帝國宰相由副署而負其責任云。其規定如是。不及大臣彈劾之制焉。是以論其責任者。異論紛出。日本憲法亦然。是皆由於不知責任有主觀客觀之區別也。客觀責任者。救治責任之制也。主觀責任者。責任與可以救治之資格也。此等區別。無論何項皆有之。此無待多言。而尤以日本及德意志凡不設大臣彈劾制度之國。必以明此區別爲要義。從來此等憲法之規定。解釋者異論百出。是皆由於不明此區別之結果也。

第一款 主觀責任

第一項 主觀責任之性質及憲法上規定之理由

憲法上之規定。所謂國務大臣有責任者。單就主觀而言也。此等規定。非爲國務大臣特設刑法及懲戒法。又非因大臣責任特設法律與政治裁判所。惟對乎客觀而言。故規定可以負責任之資格而已。日本及德意志憲法。所謂大臣有責任者。乃主觀責任之規定。而其適

用。蓋受他人之勳者也。有客觀規定。而後見其實用者也。然二國憲法。何以無客觀規定而設主觀規定。此乃一問題也。

抑國務大臣者。在官吏之地位。與一般（猶言尋常）臣民異。故關乎一般臣民責任之原則。不能適用。又國務大臣者。有特別之地位。即憲法上機關之地位。與一般官吏異。故關乎一般官吏之原則。亦不能適用。一般官吏之原則。苟形式上完全爲上官之命令。則違法之點。可以不受責任。然此原則於國務大臣不能適用。立憲君主國之大臣。副署君主之命令。與由元首之命令而行者。不能不負其責任。此通則也。要之國務大臣者。論其責任。當用特別之原則焉。此憲法上所以規定大臣之責任也。

第二項 國務大臣有責任之理由

前項所言立憲國之國務大臣不能無責任。其理由何在。此國法上一難問也。今就諸學說中。其可信爲至當之說者。在以一般官吏與國務大臣。互相比較而已。然比較之前。又有一言。一般官吏之責任。乃行政法上之問題。故無暇多述。不過以之爲前提而已。

國務大臣與其他官吏。同隸屬於元首。此隸屬之關係。猶之下級官吏與上級官吏無異。故

就此點而論。國務大臣可與一般官吏相比較也。元首不法之命令。國法上不認爲元首之命令。故不從之。正所以從之也。一般官吏亦然。上官違法之命令。本無服從之義務也。若明文無審查上官命令之權。則不得謂上官命令違法。而必宜執行。反時若有審查之權。則違法之上官命令。不得執行。執行之斯爲罪矣。故下官奉行上官之命令。而有任責之規定。必與以審查命令之權者也。不然。下官無故而得不當之負擔矣。國務大臣亦猶是。憲法上於元首之行爲。有國務大臣責任之規定者。與國務大臣以審查元首命令適法與否之權也。故執行之即有責矣。約而言之。國務大臣者。於元首適法之詔勅。而負其責任者也。故事實上副署即其公証。而其責任非由副署而始生。有違法之詔勅而參與之。而後生責任也。副署之事。次項再述之。

第三項 副署及其效果

國務大臣者。憲法上輔弼君主大權行動之機關也。其職務在輔弼大權。輔弼之方法。在君主所發之命令而副署之是也。故國務大臣於君主之命令。當負其責任。副署者。即其公証之力也。近世立憲國。除英國之外。凡關乎國務之君主詔勅。至少以國務大臣一人副署。定

爲原則。憲法及其他法律。必得主務大臣之副署。及內閣總員之副署。其他若普國之緊急命令。無特別之規定者。以國務大臣一人副署亦足。不必主務大臣之副署。日本凡法律及一般之行政勅令。必內閣總理大臣與主務大臣副署。其屬乎各省專任事務之勅令。必主任大臣副署。著爲定例云。

副署之性質。有二種之效果。

第一、副署者。詔勅之効力由之而生。形式上不可缺者也。若無此形式。不得認爲國務上之詔勅。

第二、副署者。國務大臣公證其參預詔勅之成立也。故國務大臣副署違法之詔勅。不待其他之證明。而當然任其責也。然僅曰公證。責任非由之而生。故國務大臣即未副署。而苟有參預之確證。猶不得不任其責也。元首之詔勅。必待國務大臣一人副署者。蓋至少須得有責任者一人公證之也。

由以上所述觀之。副署於君主之地位。與國務大臣之地位。其關繫可以明矣。元首者在無責任之地位。其命令及其行爲。無論如何。法律上毫無責任可問。然自自然學上觀之。君主

者。亦自然人也。發違法之命令。與行不法之行爲。事實上之所或有。故當此時。不可不使國務大臣任其責。此事實上所必然者也。

第三款 客觀責任

客觀責任。分道德上、政治上、與法律上三種。法律上之責任。又細別爲行政法上、刑法上、民法上、與憲法上、四種。其中道德上、刑法上、民法上、及行政法上之責任。非僅限於國務大臣。而政治上之責任。則以國務大臣對乎國會答辨之義務爲主。此國會政治之國。大臣進退之所關。一未成法規之慣例。而與立憲君主國之元首不能相容。故此政治上之責任。亦國務大臣之責任。固非國法學上之問題。惟相襲如是。以爲憲法上之責任而已。故本款所述客觀責任。實指憲法上之責任而言也。

第一項 客觀責任之性質

各國憲法。除日本及德意志外。國務大臣之責任。均有特別之規定。國會之一院或兩院。與以彈劾之權。由上院、或高等裁判所、或特別裁判所成立之政治裁判所決之。是之謂憲法上之責任。

政治裁判所之裁判。其性質如何。此純然立法問題。非由大臣彈劾之性質。可以論斷者也。各國立法例之不同。由此可見。英國凡大臣彈劾。全屬刑事。由上院議決之。其罰純爲刑罰。合衆國反是。有懲戒之性質。其所罰在免職。及喪失就職資格是也。若其行爲爲刑法上所當處罰者。則移於通常裁判所而止。上院無直接宣告其罰之事。以上院無刑事裁判之權也。法國於責任法律之發布。尙在豫期之中。普國於大臣彈劾之制。其手續之細目。尙未詳定。二國之性質。均不能明。奧國則二種性質互相混淆。其罰止於通常免職。而同時有犯刑法之規定者。則政治裁判所宣告其刑焉。

第二項 彈劾之原因

國務大臣於不法之行爲。由憲法上之責任當受彈劾。大臣彈劾之原因。其範圍如何。此本項之問題也。

- 第一、以憲法法律違反爲限乎。曰然。政策之得失。此政治上之問題。非法律上之責任也。
- 第二、以行爲爲限乎。曰否。國務大臣於自己權限內之事。有不行爲而有責者。
- 第三、以憲法違反爲限乎。將法律違反亦含於內乎。

第四。以執行職務之行爲爲限乎。將私行亦含於內乎。以上二條。均立法問題之不得由理論上論斷有也。

徵之各國現行法。大都不同。英國於叛逆收賄之外。凡處分不當與不得策。均爲彈劾之原因。合衆國以叛逆收賄及其他之重輕罪爲限。普國於二者之外。以憲法違律爲原因。奧國則於執行職務之際。凡法律違反即有責任云。

第三項 彈劾裁判所

大臣彈劾之裁判所。在普國及白耳義。爲最高裁判所。英國上院兼最高裁判所。故即於此裁判。法國及合衆國。仿照英國與上院以判決權。然由黨派勢力之消長。有左右其判決之虞。故奧國特設政治裁判所。奧國之政治裁判所。由有法律智識之公民。於上下兩院。各選舉十二名而組織之。其判官不得兼國會議員。此三種制度中。以與上院判決權者爲最多。然惟奧國制度最爲完全。大臣彈劾。非立法府之所得侵。且其判官須兼備政治上及法律上之思想。此其所以善也。

第四項 彈劾者

有彈劾權者。如英法等以上院爲裁判所者。則爲下院。其他大半各院皆有此權。普壤等屬於此類。又如德意志則須兩院同意云。

大臣彈劾之事既起。若國會有停會或解散等事。大臣彈劾不因之而廢止。奧國大臣責任法律云。國會之停會閉會及解散等。與大臣彈劾毫不相涉。其規定如是。英國亦已有先例。若使影響及於大臣彈劾。則元首得利用停會解散之權。以庇護不法大臣之行爲。夫如是。則大臣彈劾之制。將有名無實之慮矣。防之之要。在於期憲法之完美而已。

第五項 被彈劾者

彈劾之事。普壤等多數之國。大都對乎國務大臣或各省長官。如英國與合衆國。則下至一般官吏。又如法國若叛逆之事。則大統領亦及之。甚至如范盾白耳克國。政府對乎議會。亦有彈劾之事焉。

彈劾既起。大臣辭職之時。其結果如何。各國有二種。以彈劾爲懲戒之國。所謂懲罰。以在職爲要義。故大臣去職。則彈劾之目的。即歸消滅。而彈劾之事。亦歸廢棄。反之以彈劾爲刑事之國。則彈劾不因辭職而廢棄。以刑罰之性質。初無論在職與否也。

第六項 處罰

由政治裁判所之判決。其科罰之種類。各國之制不一。此由憲法上之責任。以懲戒性質或刑事性質而生之結果也。法國及普國別無明文。英國於諸種刑罰中。與上院以選擇之權。奧國與合衆國。免其官職及將來就職之資格喪失。兩國相同。惟合衆國則視彈劾之事由。其同時與刑事相當者。則宣告其罰焉。

第七項 恩赦

法國凡由彈劾而處罰者。大統領於法律上得赦免之。然元首濫用恩赦權。則彈劾之制度。將有屬於空文之慮。故諸國於此。率設爲制限。英國凡彈劾進行中。不得廢止。普國及奧國。凡恩赦須得國會之發議或同意。范盾白耳克等國。更有一種特別之制。元首得免大臣之罰。而不得再任用之。所謂有限恩赦權是也。至合衆國則大統領之恩赦權。全不承認焉。

第二篇 國會

國會與政府及裁判所。同爲國家統治機關之一。其職以參預立法爲主。古代諸國。雖非無國會。而形式完全。爲憲法上之制度者。則近世之產物也。欲知近世國會制度之特質。以明

此變遷爲要義。故先言其制度之沿革。次及於國法上之地位。及其性質組織權限等焉。

第一章 國會之沿革

今日之歐洲諸國。其國體之淵源。無不發於日耳曼人種。古日耳曼人種之國。即所謂「福耳克」。「福耳克」者。部落是也。由「福耳克」分爲數多「芬團脫」。由「芬團脫」分爲數多「及派」。「及派」者。小親屬團體也。「芬團脫」者。就字義而言。凡百戶左右之集合也。「芬團脫」有會議。部落亦有會議。當時蓋以爲唯一之政治機關也。其所議者。主於軍事。蓋與他部落宣戰媾和等事。當時維持部落國家之最要政也。宣戰既決。議員即蹴席而赴戰場。當議員者。皆丁年以上之男子。有執干戈之能力者。集議場時。議員各執干戈。故議員即兵士也。國民皆兵。而亦即議員也。國會者。部落全體之會合也。國民會在是。國民軍亦在是。參政權與服兵役之義務。合爲一致。苟丁年以上之男子。皆得有參政權。此蓋超乎平等主義之極端者也。不置議長。固無所謂君主。及於君主相類者。與今日之親族會議畧同。決議不由多數。議員各舉所執之干以表同意。非全會一致。事不得行。舉事時。臨時置所謂「非而司脫」者。蓋統將導領之義。事已即罷之。以平時無所用之也。日耳曼時代既去。於是爲法蘭克時代。當是時。

前代之制度。雖未全廢。而中央國會。改而爲地方議會。於法蘭懇、閣登、白耳根、朗排騰各地。方開會。以保持前代之制度焉。

法蘭克大國互相分裂。是爲近世歐洲諸國之基礎。所謂封建時代也。封建時代者。以土地所有爲權力關係之時代。凡土地最富者。即爲政權最大之據。故曰耳曼時代之平等主義。至此時代。乃從根底破壞矣。君主者。大地主也。其他更有中地主。小地主。權利與義務。總集於地主之身。國會者。國民中貴族豪族之會合也。即所謂地主與公民之會合是也。國費由地主負擔。租稅之事。必得議員之協贊。君主與議員。即所謂大地主與中小地主之爭。常在此點。紛紛政變。其源因無不基於此焉。

封建時代之後。即爲近世中央集權時代。是可謂國會制度變遷之第三時期。今日之國會制度。由此時代而生者也。商工業發達之基啓於是。以農爲國本之地主。不得爲社會上之最有力者。且是時學問復興。希臘羅馬之學風。靡然播於全歐。自由平等之主義。頓復其勢。國民平等權利義務之思想再熾。加之地主豪族之間。強併弱。大兼小。神聖羅馬帝國既亡。英、法、普諸國。各獨立一方。權力統一。遂以成近世之歐洲諸國。觀其大勢所趨。近世國會之

性質固無待多說明矣。法國之大革命者。歐州之大革命也。復古之共和政治。此革命之精神也。夫近世之國會。國民之會合也。國權統一之下。不能認豪族特別之權力。國民直接與國家有平等之關係者也。雖然。國民全體之總會。事實上之所不能行。故不得不設選舉之制度。使由此而得代表焉。

第二章 國會之地位

國會者。統治之機關也。即此一語。可以明國會於國法上之地位。無待多言。本章之所以特設者。無他。前章所述國會之沿革。或者有謂與國體異同相聯結者。此種謬見。歐州學者。猶不免傳襲。最足以誤初學。故設此章以明也。

以國會爲主權或主權之一部者。此法白諸國學者之所唱。然此等諸國。國會僅得參預立法之一部。不得干預他項政務。且立於憲法之下。憲法之條規。不得制定變更之。以此爲主權者。則參預行政司法之政府裁判所。亦可謂之主權者矣。其誤謬之甚。無待多言。惟英國國會。有一種特別之地位。可置之例外。存而不論。英國國會。惟男女二體。不能相易。解見第一卷此爲事實上之制限。其他法律上無不可行之事。國會意思表示之外。無所謂憲法法律。國

會之意思表示。即憲法法律也。其君主與其他君主國同爲國家之元首。而於國會不過有主權之一部。故所謂主權者。並存於君主國會者也。概而言之。主權者存乎國會而已。此特別國會之地位。自上古部落國家。以國民會爲主權者之觀念沿襲而來者也。主權在國民集合之國會。故其國體稱之爲共和國體。亦無不可。然分析言之。君主於國會。亦有主權之一部。故稱之爲君民同治國體。最爲適當。君民同治國體者。共和國體之一種也。欲知英國國體。與其他共和國不同之所以。不可不明其特別國會之地位也。此事於國體論章詳言之。比較以觀。可以明國體之觀念矣。

瑞士各州及其聯邦。以人民中選舉之代議士組織議會。其總會名曰代議會。其議員亦名曰代議士。然自法理上論之。實則非代表之意思也。學者於此。多不免誤解。夫中世封建時代。一團體階級之時代。所謂國會者。代表一種階級。或一種團體利益之議員集合也。然近世中央集權時代。乃自由平等之時代。各個人直接爲國家之所統治。國會非僅爲一階級之代表。前章既言之。今主張階級代表者固少。而主張國民代表者。則猶不乏其人。或者曰。國會者。人民各個人之代表也。然國民之數至多。其意思往往互相衝突。今欲代表此無數

衝突之意思。勢所不能。或者又曰。國會者。以國民全體爲一體而代表之者也。然國民全體。既無人格。又無意思。又無權利。藉曰代表。亦無意義之事矣。且以國會爲代表。而國會亦無人格。其實不能代表。又不待言。國會無自存之目的。爲國家之目的而行動者也。故國會之目的。即國家之目的。國家欲達其目的。故設此議會之機關。是故國會者。國家之統治機關也。此外法理上更無所說明。至有以國會爲選舉人及選舉區之代表者。亦非無其人。然國會組織之一部。固由人民之選舉。至若權限所在。非由選舉人所委任。據憲法之條規。而當然行之者也。選舉者。非選定自己之代人。爲國家行其公共之職務也。選舉既終。則選舉者與被選舉者之間。初無何等法律之關係。不得爲選舉區利益計。以法律上之責任。束縛議員。即議員有爲其選出之選舉區計其利益。或有贊成其議決者。此不過爲政治上及道德上之問題而已。諸國憲法。往往有規定國會爲國民之代表者。此對乎中古國會。爲一團體或一階級之代表而言。蓋以明今之國會。非爲撰舉人及選舉區代表而已。要之國會者。於法律上初無何等代表之關係也。

以國會爲國民代表者。非國法上之意義。前既已言之。然就政治上而言。非無重要之意義。

存乎其中。夫所謂國民者。由歷代發達之一種國風連結而成。有一種之思想。一種之目的。與一種之民情。此國民者。不以一人之生死爲消長生滅。歷萬世而活動發達常存者也。故以國會爲國民代表者。其意即在此。非就個人形式上之結合而代表之。乃代表一全體精神之團體也。故國會之意思。即國民之意思也。代議士之職。在實行適合乎國家全體之幸福。及國民全體之人情者也。而其組織之法。則視一國中所存之各種生活。及其勢力之輕重大小。而反映之於議會。此代議之本旨也。伯倫知理謂國會之於國民。其關係猶地之於地圖。亦不外此意。國會以實際之關係。比例國民之各部分。而反映之。猶之地圖比例山川之大小長短而登載之是也。

第三章 國會之組織

本章論國會之成立。及各院之組織。而於組織之道。尤加詳焉。

第一節 國會之成立

國會有由一院而成。有由二院而成。又有由三院而成者。三院制之實例。於現今各國。雖非無之。而一千六百四十八年之時。德意志之國會。全屬此種。即所謂「克而非耳司登」局。來

希司非耳司登局。(來希司登特)局是也。第一局有選立皇帝之特權。第二第三局與第一局同有議決之權。其後德意志成立帝國。乃廢之爲一院制。稱曰帝國議會。而有參預立法之權。其他現今各國。採用一院制者。僅瑞士各州及德意志諸小國中與希臘塞耳維亞等數小國而已。此外悉採用二院制。歐州各國。受治於一院制者。僅七百萬人。而屬於二院制之下者。殆一億七千三百萬人。其所以然者。蓋各有沿革上及立法上之理由。存乎其中。至其由一院成立。或二院成立。法理上則毫無關係也。

茲先就沿革上之理由論之。歐州上古之國民會。乃國民全體之集會。非國民中一階級之集會。故無代表之觀念。降及中世。國會爲國民中一階級。或一團體之會合。即代表一階級。或一團體之會合也。近世國會。以復上古國民會之觀念爲主。然事實上仍爲國民一部之會合。本國民總會之主義。而又含階級代表之意。折衷其間。於是設上下兩院。上院者。採階級主義。下院反之。採總會主義。此現今各國通行兩院制度之一原因也。所謂立法上之原因何在。此由國家社會之進步。而不得不採兩院制度。推原其故。約有三焉。

第一、代議之本旨。在以國民之諸原素。視其大小輕重。而反映之於議會。由是凡財產門地學識等。所謂上層社會之原素。欲代表之於議會。不得不特設一院。否則上層社會之質。將爲下層社會之數所壓抑矣。此不可不防也。

第二、一院制於元首與議會之衝突。無由違避。二院制則兩院互相節制。不但可以防多數專橫之弊。且可以避議會與元首之衝突。而使國家之政治。歸於平和。此其利益最大者也。

第三、兩院於問題之觀察。各自不同。精議審論。處事可以得慎重之利焉。兩院制度。由中世國會制度之影響而成。前旣已言之。然中世國會。分爲二局或三局。各局各代表一階級或一團體。各局皆有特別之權限焉。現今之國會。分爲二院。雖由中世之制度沿襲而來。至於法理則全然不同。各院無獨立之權能。凡國會之職權。存乎國會之全體。無一院有獨立之權能者也。是故非兩院議決一致。不得謂之國會之議決。而兩院開會。閉會。停會。必同時行之。著爲通例。雖然。兩院固爲獨立之合議體。得以獨立議決。是故議會之可決。非兩院一致。不能成立。至於否決。則一院亦有其權。固無俟他院議決者也。

兩院制度之國。各院有對等之議定權。此爲通例。然豫算則在例外。豫算之事。諸國大抵先由下院提出。至上院於此事之權限。各國不同。法國及日本。上院有修正權。普國及英國無之。日本憲法第六十五條云。豫算先由衆議院提出。法國於一千八百七十五年二月十四日所定憲法第八條云。財政法律。先由下院提出而議決之。至於修正權。初無何等之制限。故上院之有修正權。於法理上可謂得其當也。惟法國於此事。每年兩院恆不免衝突云。以上論議會之成立。以兩院制爲主。至一院制。於現今國法上。乃一例外。非重要之問題。且本書以講一般國法學爲目的。故一院制姑置不論。惟就一院制採用之國。畧舉其數。蓋有十七國云。

第二節 下院之組織

兩院制之國。下院無不由人民選舉之代議士組織而成。故下院又名代議院。日本則謂之衆議院。下院之組織由選舉。故選舉之法理。及實行之手續。乃國法上重要之問題也。

第一款 選舉之法理

選舉云者。選擇適任者。使之行公事也。曰任命。曰選舉。其差異之點。在一則上從政府。一則

下從人民是也。就法理上言之。均爲選擇適任者。使之參預國務而已。選舉者。在主張個人自己之意思。非選擇代人之謂。選舉人之於國家。有參預統治機關組織之義務。故選舉既終。議員爲組成國家統治機關之分子。而非選舉人之代理。議員與選舉人。初無法律之關係。故選舉者。國法上無代表之關係。唯人民對乎國家。盡其公職而已。彼以選舉資格爲選舉權。被選資格爲被選權者。誤解此法理故也。被選權者。非權利之謂。唯議員於法律上之資格。無所欠缺而已。以此爲權利。則凡一國之人。皆有爲大臣之權利與平民之權利矣。故此非權利也。乃權能也。有一定之資格者。非必有爲議員之權利也。至選舉權似權利之謂。指定議員。謂之權利。亦未始不可。然假令一有權者。指定一人。而此人未必即爲議員也。則所謂選舉權者。實則非選舉權利之謂。得參預選舉議員之事而已。其參預之方法。得投票而已。選舉與投票不同。是不可以不知也。

第二款 選舉之手續

第一項 代表之方法

下院之組織。由於選舉。故其結果。往往爲多數黨派所占。此爲常例。然議會單爲多數之一

半代表。未可謂得代議之本旨。代議之本旨。在使少數者之意見。亦得視其勢力之大小。而表示之於議會也。故少數之一半。亦不可不爲之代表。且專用多數代表之旨。政治上不能保其無弊。或少數者不平。釀成革命擾亂之種。或多數者專橫。輕視國政而流於苟且。又況多數黨派往往意見各別。故其議決。反不如少數黨派之一致。可以得全國民之意思。是以近世各國。漸用少數代表及比例代表之方法。少數代表亦種種不同。一一述之。雖未免過繁。然此爲現今最重之問題。英、法、伊、各國。且有開研究會以討論之者。決非無益之事。茲故類別言之。

第一少數代表法。此法使少數黨派。可以多得代表。分爲二種。

(甲)有限投票。此法以人力制限多數黨派。譬如一選舉區。應選出議員五名者。各選

舉人僅得投票三名。故即使多數黨派。其投票集於己黨之人。而少數黨派。猶有二名之議員可以選出。此法自一千八百六十七年至一千八百七十五年。英國行之。一千八百八十二年至一千八百九十一年。伊國亦行之。現今西班牙及葡萄牙亦行之。西班牙凡選舉區應選出三名者。以二名爲限。五名者以四名爲限。七名者以

五名爲限。八名者以六名爲限。葡萄牙類是。此法尋常可以殺多數黨派之勢力。使少數亦得代表。然由黨派之運動。有制限亦無効者。且使同時有三黨派以上。亦不能適用。此爲缺點。且不論少數者勢力之消長。常使出一名以上之議員。又於代議之本旨不合。是以不得謂完全之投票法也。

(乙) 集合投票。此法與前相反。以人力加勢力於少數黨派。譬如應選出議員五名。各選舉人得投票五名。又得以五票集於一名。現今此法惟北美合衆國以里諾以斯州行之。此亦由黨派運動之巧拙。而收効不同。譬如應選出三名。多數黨派之投票。集於一人。故僅一名當選。而少數黨派均分三名。反得二名當選。此與代議本旨不合。不待言矣。故亦不得謂完全之投票法也。

第二、種。

比例代表法。此法本一定之原則。使各派視其實在之數。得比例之代表。亦分二(甲) 單名投票。此法以議席之數。除選舉人之數。以所得之零數。爲選舉議員之投票數。得此數者。不論何處之選舉區。皆得合算。而定其得票之數。故各選舉人。無論何

區之候補者。皆得投票。非必其所屬選舉區之候補者。而後得投票也。又選舉人得以已所希望之人。順次列入。其第一希望之人。不達定數之點。則以第二之投票算入。第三亦如是。以下類推。故各選舉人之投票。全歸無用者極少。又當選者所得之票。滿於定數者。得以所餘之票。照前述之順位。分配之於其次。此法今葡萄牙及西班牙之一部行之。西班牙選舉法。凡於一選舉區不能當選者。得通數多之選舉區。合計得一萬以上之投票者。由其所得點數之順序。以十名爲限。可以充當議員。葡萄牙亦類是。此法於數多之點。不無利益。彼分割選舉區之制度。則一選舉區之少數黨派。有時全不得代表。此法則通合全國。凡少數黨派亦得隨其勢力。比例其人數。而得適當之代表。故此法爲甚優。然此法手續過煩。太費時日。且投票區劃既大。於防止賄賂等事。監督之方法。恐有不及之慮。故亦未得謂之完美。惟現行法中少數代表。及學者所唱導者。求其善者。蓋無逾於此矣。

(乙)連名投票。此法凡各種黨派。各提出其候補者之名簿。各選舉人就其名簿。以投票定數之被選人。比例各名簿所得之投票數。以定其黨派中候補者之可以當選。

者。屬於此法者。雖種種不一。而最完全者。推白耳義人維克多而登脫所案出者爲首。據登氏之法。視各選舉區候補者名簿內應得之投票數。以同分母除之。合計其零數。即爲應選之議員數。又一選舉人投票之總價格。均係一定。譬如投票一名。則候補者一名得票。投票二名。則候補者二名可得半票。若甲名簿之候補者一人。及乙名簿之候補者一人。同時投票。則兩名簿各得半票。如是合算各名簿所得之全票及半票。可以知各名簿所得之投票總數。及一名簿中各候補者所得之投票數。由是可以定某黨出某名與某人爲議員之事。此法惟一千八百九十一年瑞士國狄西亞及那英白而二州曾行之。

要之少數代表之思想。貫乎代議之本旨。以期議政圓滿。最爲有理。惟現今國法上。所謂完全之良制。尙未之見。大抵多數代表。最爲廣行。於選舉區內制限其多數者。所謂以國民之代表組織議院。此現時事實上之狀態也。然法者。社會之法也。因社會而成者也。社會發達。則法亦不得不隨之而發達。國法之進運。與社會之事情日進月步而無已。少數代表之思想。將實爲國法上之條規。其日當不遠矣。

第二項 選舉之種類

下院由人民之選舉組織而成。選舉之法理。既說明之矣。抑選舉之方法。不一而足。其觀察之標準各異。則分類之法。亦自不同。今一一舉之。則過於冗長。而反無實益。唯就其主要之二三例。概畧言之而已。若夫各國選舉詳細之手續。則讓之各國選舉法之規定焉。

(甲) 直接選舉及間接選舉

間接選舉法者。一名複選法。謂公民選出選舉人若干。由此選舉人中。而後更選舉可爲議員者也。故此法有二種選舉人。即原選舉人。及第二選舉人是也。原選舉人。選舉可以當選舉議員之任者。第二選舉人。更選舉可以當議員者。所謂二段選舉也。直接選舉法者。一名單選法。不必二種之選舉人。公民直接選舉其可當議員者是也。一回之選舉。即告終者也。今就此二法。比較其利害得失。以直接選舉爲可者。其理由如左。

- (一) 間接選舉。如以上所述。須經二回之手續。直接選舉。則一回告終。其手續較爲簡易。
- (二) 間接選舉之制。原選舉人因選舉之結果。不能直接見於議會。故不免有冷淡輕忽之意。直接選舉反是。選舉人於自己之選舉行爲。其利害之念深。故有慎重之態。

其次採用間接選舉之制者。其理由如左。

(一)選舉區之區域甚廣。有選舉資格者又甚多。社會下層之選舉人。往往無鑒識人物之能力。故賄賂等不正之事。直接選舉所常有之弊。反之間接選舉。則第二之選舉人。鑒識力既精。而道義心亦稍富。故可無此弊。

(二)第二選舉人。由公民托以選舉議員之任。乃名譽之事。其地位既重。而其於原選舉人。又有道義上之負擔。故以選舉之公務。爲己之責任。自無粗忽之弊。

(三)間接選舉。則議員與選舉人之間。有親密之關係。互有責任之感。故若不通事務之下民。以不當之請托。煩瀆議員之事。可以免矣。

二法之得失。如上所述。現今諸國之立法。大都用直接選舉。用間接選舉者。亦非無之。而以間接選舉組織上院之國。其一院往往用直接選舉。此爲通例。現今諸國之中。其下院實行間接選舉者。爲普魯士、巴耳倫巴登、海森諸國。及那威國、奧國及瑞典參用直接間接二法。其他諸國。若英、法、美、日本等。皆以直接選舉組織下院者也。

(乙)秘密選舉及公票選舉

秘密選舉及公票選舉。亦選舉種類之各異者也。前者以無名投票行之。何人投票某人。不得而知。後者反是。以口頭指名。或記名投票行之。何人投票某人。顯然可知。二法之中。孰可取。孰可捨。諸說不一。採用秘密選舉之制者。其理由如左。

(一) 秘密選舉法。各選舉人於己身有關繫者。無自屈其所信之慮。公票選舉。則不免此弊。

(二) 公票選舉法。選舉人欲行其己之所信。或有所顧忌。秘密選舉。則可自由表示其意志。故公票選舉多棄權者。秘密選舉則無之。

其次公票選舉之理由如左。

(一) 公票選舉。某人投票某人。顯然可見。各選舉人於投票時。責任之感深。故無漫投票於不適任者之事。

(二) 用記名投票。則有時選舉人無資格者。可以隨時發見而訂正之。

要之選舉區狹小者。選舉人與被選人有密接之關係。則以秘密選舉之制爲得策。且自理想上言之。公票選舉。不得謂優於秘密選舉。是以現今歐州諸國之中。除普國及噠馬外。概

行秘密投票。而奧國則兼用二法。英國於定選舉長之日。選舉人以一名發議者。一名贊成者。八名同意者之署名。推選其當候補者。若至豫定之時刻。指名候補者之數。同於應選議員之數。其候補者即爲當選。若候補者之數。多於應選議員之數。選舉長於指定之投票日。以紙記入候補者之名。分與各選舉人。選舉人於已所欲舉之候補者名側。標以記號。而投票之。普國凡各原選舉人。於選舉所之前。宣言其所欲選舉者之姓名。選舉所記錄之。即公票選舉。而用口頭指名之法也。選舉人選舉議員。其手續亦同。普國採用間接選舉之制。前既已言之。蓋同一手續。而踐行二次者也。

(丙) 單名投票及連名投票

下院議員之選舉。有由直接法者。有由間接法者。有由秘密選舉法者。有由公票選舉法者。而無不各設選舉區。定各區選出若干之議員。區劃選舉區之標準。爲選舉種類中之第三分類法。據此標準而分選舉法者。有單名投票及連名投票之別。單名投票者。各選舉區各選一名。各選舉人投票以一名爲限是也。連名投票。反是。各選舉區得選出數名。各選舉人得投票數多之被選人是也。二法孰得孰失。法國共和政第三年之時。久爲問題。日本近時

亦議論紛出。茲就二法之理由。比較論之。抑先有一言。採用連名投票之制者。各選舉區之區劃。自然廣大。反之採用單名投票之制者。各選舉區之區劃。自然狹小。約而言之。連名投票者。大選舉區之意。單名投票者。小選舉區之意也。

(一) 少數代表之機會。連名投票少。而單名投票多。何也。單名投票法。一選舉區內黨派占多數者。他選舉區內或爲少數。又一地方少數之黨派。不無一二選舉區可出議員之望。反之連名投票法。通一地方選舉人之半數。唯多一人之黨派。即得獨占此地方議員之總數。而較選舉人之半數。僅少一人之黨派。不能選出一人之議員。此雖爲最極端之事。而亦連名投票。有偏重多數代表之意。單名投票。有偏重少數代表之意。其較然可見者也。

(二) 連名投票法。選舉區既大。選舉人於議員之適任與否。難於識別。而爲賄賂勸誘等左右之者自易。若單名投票。則親炙之機會既多。各得以一定之見識。而投票已之所信者。

(三) 連名投票法。黨派之競爭甚烈。其餘弊於選舉終後。猶不能已。有害於自治政者不

少。若單名投票。分廣大之市郡爲數多之選舉區。一區之競爭。雖間有甚烈者。而他區未必盡然。

(四)連名投票。利於黨派內之候補者。而於黨派外之候補者。則大不利。以其於選舉區內。無可依之機關。以與利用黨派勢力者相抗。故即有大材。終歸於無所用而已。

由以上所述觀之。單名投票。優於連名投票之點甚多。故現今諸國之選舉制度。其全部或大部分。無不採用單名投票者。法國於共和政第三年之初。用連名投票。其後或廢或復。至一千八百八十九年以降。遂專用單名投票。現今下議院議員。總數五百七十六名。均由各郡選出。人口十萬以上之郡。每十萬人得選出一名。故有一郡分爲數選舉區。而每區選出一名者。

意國自一千八百九十一年之改正。分選舉區爲五百有八。各選議員一名。其他若噠馬純用單名投票。北美合衆國及德意志帝國。以用單名投票爲主。而英國普國及日本。則二者兼用之。

英國自一千八百八十五年之改正。凡人口五萬四千人。選出一人。各市郡選出議員之總

數共六百七十名。其一市或一郡應選出數名議員者。分爲數選舉區。每區各選出一名。而用連名投票者。則惟開姆白利其屋克司福耳特、達白林三大學。選出議員二名。及從來之市郡相沿選出議員二名者。仍其常而已。

普國議員之總數。共四百三十三名。每人口二百五十人。得選舉選舉人一名。一原選舉區內所選出選舉人之總數。以能以三除之數爲要。又其數不得超過六名。此前述間接選舉法及後所述三級選舉制之結果也。故人口七百五十人以下之町村。往往與他町村合併。而組織一原選舉區。又一千七百五十人以上之市町村。則分爲二原選舉區。合數原選舉區乃成一選舉區。每選舉區應選出議員之數。往往一名。多至二名。間有出三名者。此連名投票之制也。然新得之州。如一千八百六十六年普壤戰爭所得哈拿排、海森等。概用一選舉區選出一名之制云。

日本衆議院議員之選舉。概用單名投票之制。全國選舉區共二百五十七。其中有二百十四區。各選出議員一名。其餘各區。間有選出二名者焉。

第三項 選舉資格

選舉資格。即選舉權之謂。就法理上言之。則爲投票之權利。前已詳言之。選舉之事。由各選舉區內有選舉權者行之。選舉資格。諸國相異者。在以財產爲要件與否是也。不問財產之多寡有無者。是謂普通選舉。此法法國、北美合衆國、德意志帝國、及瑞士等雖行之。而與代議之本旨。不能盡合。且有數弊隨之而生。蓋代議之本旨。在視社會實際之關係。以人民之情勢。反映之於議會者也。以比較多數之貧愚者。壓抑少數之富智者。此僅可謂得數之代表。而未得質之代表也。且選舉權雖曰權利。其實乃對乎國家之公務。國家得以有負擔此任之力者。使之負擔。凡有財產者。概有教育。可以盡此任而餘裕。日夕汲汲於衣食者。反是。且此等之人。徒爲他人所勸誘強迫。不正之徒。往往得用不正之勢力以左右之。然則普通選舉。欲求選舉權之平均。而反大不平均矣。

除普通選舉之弊害。其方法有三。

第一、以一定之財產額爲納稅額。爲選舉資格之要件是也。此法諸國行之最廣。日本以納直接國稅十五元以上爲定額。英國則於下記諸資格中。必以有一爲要焉。

(一)有可傳子孫之借地權。或現在占有。或由婚姻或由僧職官職而得之。每年得收二

磅之利益者。

(二)有借地權而不備上記各項。每年得收五磅之利益者。

(三)有領地權。每年得五磅之收入者。

(四)有借地權。當初以六十年以上為期。每年得五磅之收入者。或以二十年為期。每年

得五十磅之收入者。

(五)名簿調製以前。十二月中。有十磅價格之不動產者。凡財產有動產不動產之別、金銀之類、謂之動產、土地房屋之類、謂之

不動產、或為借主而納租稅者。

(六)占有一家屋。或家屋之一部。而獨立住居之。納地方之租稅者。

(七)無獨立之住居。占有他人住居之一部。其租金除裝飾費外。每年價格在十磅以上

者。

右所述之資格。自一至四。乃英吉利本國之制。蘇格蘭及愛蘭不無稍異。自五至

終。則通大白林登合眾王國英國總名皆行之。其他財產之外。有以教育為要件者。茲

順次述之。

(一) 意大利及葡萄牙以能寫文字及讀書爲要件。

(二) 意大利及西班牙。凡一有定之學歷。即財產及納稅有欠點者。亦得有選舉資格。白耳義自一千八百九十三年之改正。凡有此等之資格者。於普通選舉人所有投票權之外。更加以投票權云。此節後再詳述之。

(三) 英國大學有選舉議員之權。

凡以財產爲選舉資格之要件者。其主意在選擇適任者。使得任此負擔。而盡國家之公務而已。至以教育爲要件者。尤爲至當之事。較之僅以財產納稅者。蓋大備矣。第二、複數投票。此法視納稅額之多少。及官職職業學位財產等之種類。同一選舉人。而與以數多之投票權是也。白耳義自一千八百九十三年之憲法改正。採用此法。白國一般。採用普通選舉。惟於此點。則於通常投票權外。更有附加之投票權焉。

(一) 三十五歲以上。既婚或寡婦有子者。其家屋至少納五法朗之稅者。

(二) 二十五歲以上。至少有二千法朗之不動產與相當之收入。或公債證書貯蓄銀行預證。其收入有一百法朗者。

(三)二十五歲以上。有高等學校卒業證書。或中等教育上級之證書者。

(四)有政府之官職。民間之地位。而有中等教育證書者。

右所述之中。合第一第二者。附加一票。第三第四者。附加二票。以一人不得有三票以上爲限。此限爲同時合乎二條件者而設也。

第三等級選舉。此法日本於選舉市會議員用之。普國以之選舉下院議員。即三級選舉是也。視所納直接國稅之額。分原選舉人爲三級。各級之納稅總額。須互相同等。自納稅最多數之選舉人。順次推算。滿總稅額三分之一者爲第一級。自中稅額最多之選舉人。順次推算。滿總稅額三分之一者爲第一級。其他納最低額及全不納稅之原選舉人爲第三級。各原選舉人於原選舉區內。選舉應有之選舉人三分之一。此法凡納稅額多者。即係少數。得與多數少額納稅者。選舉同數之選員。貧富各視其實在之勢力。得適當之代表。此最合代議之本旨。然此法亦非無缺點。蓋選舉區貧者多者。則納同一之額屬於一級。而選舉區富者多者。則不得不屬於二級或三級。此亦事實之所或有者。故此法於選舉市町村會議員。凡選舉區狹小者。最爲適當。若以此爲國會議員之選舉。則猶未始無不當之處也。

與選舉資格同時宜說明者。選舉人名簿是也。準備選舉。於是各選舉區各調製選舉人名簿焉。此名簿爲豫登有選舉資格者之用。有公認其資格之効力。凡選舉人雖有資格而未登選舉人名簿者。不得投票。反之即失選舉資格。而已記名於名簿者。亦得投票。但其投票之有効無効。此由裁判決之。乃第二之問題也。此名簿豫先調製示衆。若有脫漏及誤謬者。可以請求訂正。於一定之期間內。謂之公示期間。過此則爲確定名簿。確定名簿所未登錄者。即使法律上資格完備。亦不許投票。名簿非每逢選舉改正一次。如日本選舉法。名簿一經確定。每次選舉。依此而行。其限通常以一年爲限。德意志之巴耳倫。每年改正二次云。

第四項 被選資格

被選資格。諸國國法。大抵相同。而又大抵與選舉資格之要件相類似。惟官吏有被選權與否。諸國之制互異。北米合美國及瑞士。採不與被選權之制。法國、意大利、白耳義等。則有格外之例。有種官吏則特許之。如法國之大臣、次官、公使、色奴縣知事、警視總監、大審院、巴黎控訴院、會計檢查院等諸院長。及檢事長是也。英國凡一千七百五年前之官職。除有特別明文者。可以選舉。其自一千七百五年前所設之新官職。除特例認可外。不得爲議員。其

他若關乎稅務之官吏。有俸給之裁判官及官省之屬官等。均不得有被選資格。德意志帝國、普國及其他德意志諸國。官吏皆得爲議員。且不得上級官廳之許可。惟有例外之一二官職。不得就議員之職。如普國之會計檢查院長及檢查官是也。日本則以無損於其職務。及其管轄區域以外。得有被選舉權。奧國亦然。

第三節 上院之組織

上院之組織有二種。第一以選舉爲主。法國及美國屬於此種。第二以任命出身等爲主。英國及普國等屬於此種。今就此二種。分爲二款說明之。

抑尙有一言。下院之組織。基於總會主義。而上院之組織。基於階級主義。前既已言之。故階級主義。無不包含於上院組織之中。此根本上之主義。不可以不知也。

第一款 由選舉之上院組織

由選舉組織上院之國。其選舉雖與下院同。而無不存保守之元素。以爲代表之本旨。故其組織之法。與下院不無少異。今舉其相異之點。比較如左。

(一) 上院議員之任期。較久於下院議員。諸國皆然。

(二) 上院議員被選資格之年齡較長於下院議員。此各亦國相同者。

(三) 下院議員被選資格。各國雖有不以財產爲要件者。至上院則無不以財產者。如白耳義、瑞典、荷蘭、暹馬等國是也。惟荷、暹二國。又有少異。荷蘭凡在法律所指定之官職者。即無財產之要件亦可。暹馬則納稅多額者。始有被選權云。

(四) 下院議員之選舉。各國雖有用直接選舉法者。至上院議員選舉。無不用間接選舉法。如荷蘭全部、白耳義一部。於州會選舉上院議員。法國亦然。此均用間接選舉法者也。

法國上院。由各縣及殖民地選舉之議員三百名組織而成。各縣及殖民地應選出之議員。自一名至十名爲差。一千八百八十四年十二月一日以法律定之。凡選舉用間接法。其選舉人由二種而成。

(一) 選舉區之代議士、縣會議員、及郡會議員。

(二) 各市町村選舉之委員。其數以人口之多少爲比例。自一人乃至三十人。各市町村會於委員之外。復選舉補充員。以備委員辭職及其他故障時補入。代議士、縣會議

員、郡會議員。不得選爲市町村委員及補充員。市町村委員。有參列選舉之義務。有怠者處以罰金。又委員有支給旅費之權。委員之職。大抵以選舉一次爲告終云。

上院議員之任期。以九年爲滿。較之下院四年者。其久可見。每三年改選其三分之一。其次序照一千八百六十七年抽籤所定之選舉區爲準。議員有死亡及因其他事故出缺者。即行補缺選舉。補缺員之任期。以前任者所遺之任期爲滿。選舉由大統領之命令。於各縣之首府開選舉會。以其地之裁判所長爲議長。而以秘密投票行之。當選者以得過半數爲常例。至少以得投票數有選舉人數四分之一爲限。投票三次。猶不得當選者。比較其中得票最多者爲當選。數同則以年齡爲定。上院被選資格。須年齡四十歲以上之法人而有公權者。此外又有制限數條。如曾爲法國君主之家族。及陸海軍人。又武官在職中。均不得有被選資格。法國於三權分立主義。行之最嚴。此制限亦由此而出也。

此外非無用特別方法者。如那威議會。以所選舉議員四分之一組織上院。而以其餘組織下院。

至聯合國家之上院。其主義在代表組織聯合國家之各邦。瑞士及合衆國上院。均由各州

選出議員二名組織而成。其選舉之事。合衆國於各州之議會行之。瑞士則各州法各不同。

第二款 不由選舉之上院組織

以出身任命等組織上院之國。英國普國之外。奧國、意大利、西班牙、葡萄牙、巴耳倫、范盾白耳克、巴登、海森諸國是也。此等國組織上院之元素。今列舉如左。

(一) 皇族男子。普國由勅命爲議員。日本則成年後當然爲上院議員。

(二) 貴族。英國及普國當然得爲議員。西班牙、巴耳倫、海森等。以貴族有財產者。始得爲議員。又英國、奧國。有由互選或勅命者。

(三) 宗教家。歐洲各國。無不以此爲組織上院之元素。英國之大僧正、僧正。由其職務當然得爲議員。又爲勅任議員資格之一種。普國凡重要寺院之僧正。得互選爲議員。又有推選議員之權。

(四) 高等官職。譬如上級司法官、將官、行政文官、名譽宮內官、皆得當然爲議員。又有被選之資格。

(五) 學者。諸國組織上院。無不以此元素加入者。大學長、教授、學士會會員、高等教育

會會議員。大抵由勅選爲議員。又大學學士會員等。有選舉及推選議員之權。又有由有功於學術技藝。而勅選爲議員者。

(六)大資產家。此亦諸國無不以爲組織上院之元素者。土地所有者。及納稅多額者。數多之國。均與以選舉及推選議員之權。或有勅選爲議員者。

(七)意大利、葡萄牙、西班牙之憲法。於若干期限以內。下院議長及有議員資格者。得爲被選資格之一種。

(八)人民中有勢望。或於國家有功勞者。得勅選爲議員。

(九)重要都市之吏員。當然得爲議員。且爲勅選資格之一種。又都市間有選舉及推選議員之權者。

今就諸國制度中。特於英國、普國及日本上院組織之事。稍詳言之。使讀者得以知第二種制度之一班焉。

英國上院。由左載五種元素組織而成。

(一)大僧正及僧正。由其職務當然得爲議員。然惟在職中得爲議員。罷職則議員之資

格亦即消失。其爲得議員之總數。計二十六名。其中康太白利及約克之二大僧正。與倫敦達白林孟階司脫之三僧正。則常爲議員。

(二) 合衆王國之貴族得世襲爲議員。其數無限。皇族得以貴族列於上院。

(三) 愛蘭貴族。其數不得過百名。此等貴族中二十八名。由選舉爲終身議員。選舉時不別開選舉會。惟由各貴族之投票定之。

(四) 蘇格蘭貴族之數無限。其得爲上院議員者。定額十六人。每逢組織新議會時。由詔勅開選舉會。以選舉代議貴族。新議會每次改選。故別無召集狀。又代議貴族故。凡授合衆王國之爵者。其議員資格亦歸消失。其任期以七年爲滿。即下院總選舉之期也。凡此諸點。皆與愛蘭貴族大不相同者也。

(五) 法官。凡一代貴族。凡貴族以及身爲限。不能使子孫承襲者。謂之一代貴族。無上院議員之資格。惟其中有四名法官。得有此權。此等法官。由二年以上。在上級判事之職。與十五年以上。在辯護士之職者之中叙任之。

被選資格之制限如何。凡非爲英國臣民者。受家產分散之宣告者。未成年者。處重罪之刑

者。受上院之宣告而上院除名者。皆不得爲議員。故爲議員者。以英國臣民已達成年。而未受此等制裁者爲限。

普國貴族院之組織。基於一千八百五十三年五月七日憲法變更之法律。由一千八百五十四年十月十二日敕令所定者也。此敕令之廢止變更。得以敕令行之。不必待法律。此爲原則。然此敕令。乃一種特別之敕令。爲法律所委任者。故變更此敕令時。必以法律行之。其組織之元素。大抵由皇族議員、世襲議員、及敕選終身議員三種而成。第二種及第三種內。又各包含若干種。今列舉之如左。

(一) 皇族議員。及皇族成年男子中由勅命爲議員者。

(二) 世襲議員。內含四種。

(甲) 霍亨早來倫與及克馬林懇家之族長。

(乙) 一千八百六年前。直轄於德意志帝國家族之族長。

(丙) 由一千八百四十七年二月三日之動令。與以參列貴族院權之貴族。

(丁) 由特別之動令。列席貴族院。及世襲表決之權者。

(三) 敕選終身議員。由左三種而成。

(甲) 四人之名譽式部官。

(乙) 由國王特別之信任。勅選爲議員者。國王由此種議員中。使任王室法律顧問官。以備諮詢。或審查重要法律問題。與關乎王室之問題。

(丙) 附屬於有推選之權者。有推選之權者如左。

(一) 由一千七百四十七年之勅令。有參列貴族院權之寺院。

(二) 於各州本土中。有領地之伯爵所組織之團體。

(三) 以廣有土地著名之家族。特有推選權之團體。

(四) 五十年以上歸於同一家族之所有。由一定之相續法。而爲男系繼承領地主之團體。

(五) 各大學。

(六) 由特別敕命。與以推選權之都市。此等都市。現會計四百有餘。當行推選時。寺院由僧侶中互選。大學於評議會由教授中互選。市於參事會由會員中互選。

無市參事會之市。由市長助役中推選。

被選資格之要件。尚有為普國臣民。及有住居於普國。且不任外國官職。及年在三十歲以上者。(除皇族以外)此現行法中所規定也。

然普國於一千八百五十年憲法中規定之上院組織。與日本貴族院組織相似。故復舉於此。以備參考。其當日上院組織如左。

(一)成年之皇族男子。

(二)一千八百六年前。直轄於德意志帝國之家族。及由勅命列席於上院。與有世襲表決特權家族之族長。

(三)國王勅選之終身議員。

(四)由法定即由法律所定之選舉區域。每議員一人。由三十人之最多納稅者。直接選舉之議員九十名。

(五)大市市會選舉之議員三十名。

右諸種元素。其數復互相制限。第二之數。不得逾第一第二之數。自第一至第三之議員總

數。不得逾第四第五之議員總數云。

日本貴族院。其組織之要素。由憲法定之。而其細則。則由貴族院令定之。貴族院由皇族、華族、及勅任議員而成。此憲法之規定。若變更之。即爲改正憲法。惟於其範圍以內。如何選定議員。則貴族院令之規定也。據貴族院令。凡爲議員者有三種。一由法律之規定。當然得爲議員者。二由選舉而爲議員者。三特命爲議員者。今就各種之細則說明之。

(一)由自己之資格。法律當然得爲議員者。皇族及華族中之公侯爵是也。皇族達成年之期。公侯爵滿二十五歲者。皆得當然爲議員。

(二)由選舉而爲議員者。凡伯子男爵之爲議員者。其任期以七年爲滿。其數由伯子男爵總數各五分之一以內。於行選舉以前。以勅命定之。其得爲選舉人者。爲成年之伯子男爵。凡瘋癲白癡。或受家產分散之宣告者。不得有選舉權。又受刑事之訴訟。在拘留保釋中者。亦不得行選舉權。凡得爲被選人者。爲滿二十五歲以上伯子男爵。而有上所載之事故者。不得有選舉權。又神官、僧侶、諸宗之教師。均不得有選舉權。至因其他事故。失華族之爵者。則選舉權與被選權。亦當然消失。選舉由選舉人

自行之。此爲常例。然有特別之事故。投票之事。得托之於同爵之選舉人。選舉之細則。由伯子男爵之協議而定。此協議非私法上契約之性質。由國法之規定。委任以規定法規之權。故於其範圍以內。其所定者。猶不失爲國家之命令也。是故違背之者。非破個人間之私約。乃背戾國家之命令也。

(三)特命爲議員者。所謂勅任議員是也。其數不得逾有爵議員之數。勅任議員有二種。一終身議員。一有一定任期之議員。其資格各異。今條舉如左。

(甲)終身議員。此爲有勳功於國家。及有學識之人。年在三十五歲以上者。由勅任爲議員。

(乙)定期議員。凡各府縣年滿三十歲以上之男子。於土地或工業商業等。納最多額之直接國稅者。每十五人互選一人。當選者即爲勅任。其不得爲互選人者。爲神官、僧侶、及諸宗之教師、與犯罪者。此等均無互選人之權。又凡受刑事之訴訟。在拘留保釋中者。亦不能行互選權。此種議員雖由選舉。然選舉不過爲勅任之條件。至其議員之資格。乃由勅任而得者也。

第四節 議員地位所有之權利

凡得上下各院議員之地位者。各隨其地位而有特別之權利。即發言表決之自由。身體之自由。與支給實費猶言官費是也。以下分三款說明之。又此種權利。隨地位而生。故必有議員資格之時。而後得享之也。

第一款 發言表決之自由

防政府之干涉。使議會得有獨立之議決。故諸國憲法。往往規定議員身體之自由。與發言表決之自由諸條。此等自由之法則。非立憲國一般之原則。蓋關乎臣民責任之通則。而爲例外者也。其範圍各國憲法明定之。日本及普國憲法。不言發言表決。而用意見表決等語。意見一語。頗有疑問。然所謂意見者。於議員職務上發言。一切包含在內。故作爲發言解。亦無不可也。

議員言論之自由。其範圍如左。

- (一) 議員因行其職務而發言之時。故本會會議及委員會等。均含在內。惟議員對乎選舉人之報告。及未得議長之許可而發言者。此爲職務外之發言。不可不任其責。

(二) 議員之發言。於院外無責任。故由院內懲戒權而懲戒者。與議員言論之自由。初無關係。

(三) 所謂無責任者。乃法律上無責任之意。故刑法上之無責任。可不待言。其官吏而同時爲議員者。由行其議員職務所發言論之故。不能有免職等之懲戒處分。然其對乎黨派。所謂道德上之責任。及民事上之損害賠償。不在其內。

(四) 議事筆記刊行之自由。非此法則之結果。乃議會公開之結果也。故秘密會之議事。無刊行之自由。筆記刊行之自由。以真正之筆記爲限。其僅以一人之意見。或變更他議員之意見而刊行之者。刊行者即有責任。議員於議會全體之報告雖無責任。而僅以自己一人之意思刊行之。及作爲報告者。不可不任其責。日本憲法第二十五條有明文焉。

第二欸 身體之自由

諸國憲法。凡議員在會期中。未得議院之同意。不得逮捕。英國於會期中及會期前四十日。均然。法國及普國於逮捕外。更有不得審問之意。會期云者。自開會之日起。至閉會之日止。

故停會中亦含在內。然各國又有例外諸條。法國凡現行犯。普國凡現行犯及犯罪之翌日被逮捕者。英國凡即決裁判不能判決之罪。及侮辱裁判之罪。日本凡現行犯及關乎內亂外患之罪。均爲例外云。

當議員之逮捕。欲得議院同意時。議院果以如何之理由。而定承諾與否。此普國嘗發爲問題。而爲學者所討論者。要之此條爲防政府濫用司法權。干涉議員之自由而設。故議院當是時。但審查其濫用與否。若無濫用之形跡。則即可承諾。論者或謂在視罪之大小刑之輕重。與比較刑事裁判之利益。及議會代表之利益。此不得謂之當也。然憲法於不表同意之理由。不設限制。且不必明示理由。故決此疑問。大都止於學說。至實際上則毫無影響及之也。

會期前逮捕之議員。可由議院之要求。解釋或停止審問。英國法國及普國之憲法均然。日本憲法別無明文。故議院之無此權可見。此等法則。爲臣民一般責任原則之例外。故如英法等憲法有明文者。則此要求即爲憲法上當然之事。此特別明文之結果也。若無明文而行之。則於法律上不能有效。巴耳倫曾有此事。此實例之可證者也。

第三款 支給實費

議員當選者。視一般臣民之負擔加重。而有特別之職務。故應支給實費與否。頗爲政治上利害之問題。使全不支給。則除資產家以外。在職中相當之支出。恐不能供給。使支給過多。則與國家名譽職之本意相反。而以爲一種營業之觀念。自此而生。政治界且因之而腐敗。英國及德國。採全不支給之主義。其他大半各國。則皆支給實費。視爲通例。支給之法有二。一日本及法國。有一定之額。支給歲費若干。一普國及其他各國。視其所費。支給日費及旅費若干。此與私法上之觀念。全不支給相反。而又非以特別勞務之故。與以報酬。要之全視支給之程度若何。支給至若干之額。可以無弊。而與其負擔之程度相當。然此爲經濟論及政治論之問題。非本書之範圍也。

第五節 議員地位喪失之原因

議員之地位。由要件具備而得。而喪失時。亦有種種之原因。議員地位之喪失。於國位之一部或全部。事實之有新陳代謝之態。然國會爲國家之機關。其性質地位。依然無所變更。今就其原因。大別之爲二。一曰一般之原因。一特別之原因。

(甲) 一般之原因者。一般議員之資格。同時消失之謂也。其中有二

(一) 任期滿限。除終身議員之外。一定之任期既滿。同時議員之資格。亦歸消失。英國下院議員。及愛蘭貴族選出之上院議員。以七年爲任期。法國上院九年。下院四年。普國上院無限。下院五年。日本貴族院七年。衆議院四年。

(二) 解散。解散之事。後章詳論之。解散後一般議員之資格。於任期滿限前。即歸消失。

(乙) 特別之原因者。謂各議員喪失其地位之事由也。其中有四。

(一) 官職。英國法國。凡議員轉任官吏。或昇任他項官職者。即失議員之資格。然其官職得與議員相兼者。亦可再選。

(二) 辭職。英國凡議員不得辭職。定爲原則。故議員辭職時。大都以就官爲名。更有用消失資格之法者。

(三) 失議員必要之資格。議員之資格。前二節已詳述之。

(四) 由議院之懲戒權而除名者。懲戒權專屬於議院。後章再詳述之。

第四章 國會之開閉

國會以如何之方法。及以有如何之資格者組織而成。前章既詳論之。又國會如何開議及開議如何之事。此第二第三之問題也。本章就第二問題。論關乎國會開議之法律上要件。分爲四節。一開會。二停會及休會。三閉會。四解散。以下順次說明之。

第一節 開會

本節論國會踐行如何之形式。始得開議。蓋國會者。非終常集會之合議體。以時開會者也。開會之法有二。其一。由一定之時期。而議員自會合者。其二。由召集者。

(甲)不由召集而開會者。法國其最著之例也。法國凡通常會不待召集。每年定期一月第二火曜日開會。其他若大統領任期滿限之前十四日。及大統領死亡辭職等。均不待召集。當然開會。此外大統領無論何時得召集臨時會。又若上下兩院議員。有過半數之請求者。亦可召集國會。此種會合。英國唯一例外行之。即國王崩御時是也。英國當國王崩御。若國會在停會閉會中。即再集會。若已解散而新國會尙未成立者。其解散之國會。可以當然復舊。非更有解散及閉會之命。得照常行其職務至六月之久。

(乙)由召集而開會者。英國普國及日本是也。日本與英國不同。無例外之例。故不由元首之

召集。不得謂之國會。召集之權。專屬於元首。故其他之召集。於國法上爲無効。元首有召集議會之權。而亦有二三之制限如左。

(一) 臨時會之外。每年必召集通常會一次。英國定例。至少三年召集一次。然陸軍條例及豫算等。必每年定之。故其實每年必召集一次。普國憲法。定每年召集之期。自十一月二旬起。至一月中旬止。又有召集臨時會之規定。日本憲法第四十一條及四十三條。亦定每年召集國會。與緊急時召集臨時會焉。

(二) 議會解散後。必於一定之期限內召集。其期限各國不同。普國九十日。日本五十日。法國於二月以內開選舉會。選舉畢。十日以內。必召集議會。唯英國爲例外。無一定之期限。其長短視事情而異焉。

解散後所開之議會。爲通常會。抑爲臨時會。此乃一問題也。歐州學者。議論不一。日本於此問題。於會期頗有關繫何也。日本憲法。國會會期。定期三月。臨時會由勅命隨時定之。於是有謂解散後之議會非通常會。以其不由定期而開者也。又非臨時會。以其無臨時緊急之事也。故解散後之議會。乃一種特別之議會也。其會期以元

首之大權定之。此說似是。然猶有更進於是說者。日本憲法第四十三條云。臨時緊急之事。可開臨時會。又四十五條云。議會解散後。五月以內。必須召集。由是觀之。解散後五月以內。不可不召集一次。即解散後由臨時之事實。不待通常會期。而必須開會之意。此與第四十三條所謂臨時會之要件。固已具備。謂之臨時會。初無不可。又每年應開之議會。解散後五月以內。必須開會。即謂之通常會。亦無不可。要之解散後之議會。視開會之情形。有時可謂之臨時會。有時可謂之通常會。憲法第四十五條。固不問其種類之如何。所謂通常會與臨時會。不過其會合之時期不同而已。召集之手續。尙有可論者。召集由敕命行之。此元首大權之結果也。英國於開新議會時。至少於三十五日以前。發召集敕諭與上院議員。及選舉命令與選舉長。法國召集國會。以大統領之命令行之。普國以勅令。而於貴族院議員。各與以召集狀。以爲常例。日本召集國會。以勅諭。召集令之期日。至少於四十日前發布。召集令雖似一般公布之命令。而從召集令之性質論之。非臣民一般遵守之規定。而爲各議員不可不遵奉之處分命令也。故假使無議員時。譬如國會解散而選舉尙未終者。不得發召集令。故選舉既畢。至少非經四十日。不

得開會。

國會開會之日。大半各國。除法國之外。必踐行一定之形式。謂之開院式。英國普國。開會之命令。爲元首之權。元首會同兩院。或親臨議場。或使人代理。宣讀敕諭。而後開會。日本亦以敕命定開會之日。使兩院議員。各會合於貴族院。行開院式。著爲定例。所謂開院式者。非但儀式而止。乃元首命令開會之方法。故國會由此式而始開會。而會期亦由此日起算焉。以上所論述者。概括言之。約爲數條如左。

(一) 除法國之外。元首於臨時會以外。每年以敕諭召集議會一次。及解散後於一定之期限內。必須召集。此爲定例。

(二) 國會召集後尙未足爲國會。必由行開院式。始得謂開會。

(三) 開院式爲元首所行。故開會之命。爲元首之權。

(四) 會期由行開院式之日起算。

第二節 停會及休會

停會與休會相似。故本節合論之。

停止國會開會之効力。是爲停會。停會者。止於停止開會之効力。故停止期限既滿。不必召集。不必開院。即可開議。此爲常例。而會議之組織。亦毫無變更。議事亦得繼續停會前所議之事。蓋停會者。或爲解散之豫備。或防議場之紛雜。或爲整頓議事之準備。而行之者也。命停會者。屬乎元首之權。是爲原則。但亦有在例外者。英國國王。無命國會停會之權。惟由各院之議決。延會而已。即元首有停會權之國。亦非無限制。法國停會不得逾一月。又一會期中。不得停會二次以上。普國亦然。停會不得逾三十日。又一會期中。停會二次以上者。必經兩院之同意而後行。其他各國之議院。每次停會。不得逾十五日以上。而次數則法律上無所限制。無論幾次。不得謂之不法也。

停會之時。有不算入會期中者。此法國之慣例也。日本及普國反是。故停會中亦包含會期之內。

日本議院法。衆議院解散時。貴族院亦停會。此停會與本節所論停會。其名雖同。其實則異。蓋會期云者。通兩院而言。無各院之會期。故國會之開會。閉會。停會。兩院必同時行之。衆議院解散時。貴族院不得獨在會期之中。改選後再召集時。貴族院亦不得獨繼續前次會期。

要之貴族院之停會。實則與閉會同一結果。故解散後更開議時。貴族院不得繼續停會前之議事。而以新議事爲始。日本議院法均明定之。又貴族院於解散前否決之法律案。可以從新提出。以會期開始故也。又解散後之貴族院。其議員不能享有身體自由之特權。以不在會期中也。

停會之外。更有所謂休會者。休會一名延會。停會者。由元首之命而行。休會者。議員自行處決者也。會期之內。各院得自由定會議之時日。故開議有幾日之期。亦各院之自由。休會之權。蓋基於此。或因休暇之故。或爲議事準備之故。皆由議院自行而決。而中止議事者也。英國無停會。而有休會之事。休會於實際之結果。雖與停會無甚差別。而國法上之性質。則有三點相異之處。此不可不辨也。

- (一) 休會者。不過事實上不議事而止。停會則於國法上不得復繼續議事。
- (二) 停會者。凡屬乎國會之一切議事。概行停止。休會則委員會等繼續議事。亦無不可。
- (三) 停會者。必兩院同時行之。休會則各院之自由。同時不同時。由兩院之自擇。

英國有休會而無停會。前既已述之。蓋英國國王。無停會之權。惟由各院各自議決休會而

已就實際而論。由國王之希望。非無兩院同時休會之事。然國會固無必副國王希望之義務。惟議院休會至十四日以上。國王得於樞密院會定其時日。於國會豫定之期日前召集之。然至少於定期六日以前。不可不召集焉。

第三節 閉會

元首於會期終了之日。則命閉會。此常例也。

閉會者。消滅開會之効力也。閉會於會期終了行之。故會期不繼續之原則。於此適用。其未經一院之議決。及兩院可以議決。而尙未通過者。一切議案。全歸消滅。故於下會期提出同一之議案。必順序由起手開議。反之既經兩院議決者。無論已經裁可與否。不必再經議決之手續。

閉會之効果。非但及於本議會而止。委員會亦含在內。故國會閉會。委員會議。亦當然告終。此爲原則。其在例外者。如大臣彈劾之時。得繼續委員會。又各院由政府之要求。或政府之同意。國會閉會之時。亦得繼續委員會。審查議案。

閉會屬於元首之大權。而會期各有制限。法國通常會期。至少五月。故大統領於五月以內。

不得命閉會。日本憲法。三月以內。不得命閉會。又三月以後。會期尙繼續者。命閉會時。必預先延長會期。

會期既盡。國會當然閉會。抑必待元首之命令而後行。此乃一問題也。夫會期云者。開會起至閉會止之謂也。開會爲元首所命。故會期三月云者。謂元首命開會之日起。至命閉會之日止。必經三月之期間也。故國會於未命閉會之前。依然開會。非經過三月。即當然閉會。惟議員任期滿限。議員資格。全行消滅時。則不必別有閉會之命。此乃別一問題也。

第四節 解散

解散者。一般議員之資格。於任期未滿以前。全歸消失之謂也。開會閉會停會。兩院必同時行之。此爲原則。反之解散之事。除白耳義荷蘭等一二國外。惟行於下院而不及上院。此亦常例也。

英法諸國。往往以國會之多數。爲內閣更迭之標準。此政治上所謂責任內閣也。然自國法上觀之。國民無直接參與國家政治之事。其解散後之選舉。乃參預國家機關之組織也。選舉人之職務。在指定適當之議員。以參預國家之政治。前既已言之。故解散者。決非以政治

之得失。訴之於國民之謂也。

解散者。在組織較良於前之議會。此政治上之目的也。然往往有不因此目的。單因手續上便宜而行之者。譬如欲召集長會期之國會。而議員任期滿限切迫。於會期中途。不便有議員資格消滅之事。則即行解散以避之。改選既了。即再召集國會。

解散之權屬於元首。英國於行解散之前。國會先行閉會。是時國王以解散之意告知之。而後以勅令解散。此爲常例。普國以敕命下於兩院。若閉會中。則公布之。法國大統領非得上院之同意。不得行解散之事。此制限最大者也。

解散者。在消滅議員之資格。故閉會中行之。於法律上亦毫無妨害。反之解散後。總選舉即了。未及開會。即再行解散。是爲憲法違犯。何也。憲法規定解散後。新選舉之議員。不可不召集。故選舉既了。至少必召集一次焉。

第五章 國會之權限

國家之統治機關。有一定之職務。機關者。非爲機關自身而動。爲國家全體而動者也。職務者。國家全體之事務。分配之於各機關者也。或稱之曰職權。職權與職務。究亦無別。皆存於

各種機關者也。一機關之職司不得與他機關相抵觸。彼此互不相侵。此職權之字之所由來也。至機關自身。無所謂權利。不可以字誤義也。

國會者。憲法上之機關也。故其職務之範圍。由憲法分配之。國會之權限。爲憲法所定。故不得以法律命令變更。又不得以自己之決議。伸縮自己之權限。國會權限之變更。乃憲法之變更。此以國會爲機關諸國之通則也。反之英國以國會爲主權者之一部。故以自己之決議。定自己行動之範圍。無職權且非機關故也。蓋英國之國會。乃主權者也。主權則無所謂權限。權限云者。乃國家事務之範圍。分配於各機關者也。英國之國會。蓋立於特別之地位者。至以國會爲統治機關之國。國會有一定之權限。故非憲法明文所列舉者。不能有自由之行動也。

通觀諸國憲法。國會之職司種類不一。大別之爲參政權與院屬權二種。參政權者。國會參與國家政務之權限也。院屬權者。各院整理內部之權限。此皆憲法上所列記。而爲國會之權限者也。曰參政權。曰院屬權。不過總名。參與國家之政務。其形式種種不同。整理議院之內部。其方法亦種種不同。以下分爲二節。逐款說明之。

第一節 參政權

國會之參與國家政治。以立法之事爲主。故或有稱國會爲立法府者。此三權分立主義之骨髓也。然國會不但參與立法而止。財政等行政之事。亦在參預之內。故國會之參政權。就其實質言之。謂之無限可也。惟其參預政務之方法。則憲法設爲限制。故形式上不能無限。此等方法。列舉之爲議定、協贊、承諾、上奏、建議、要求報告、受理請願、起訴猶言控告、裁判、撰舉等權是也。以下分七款論之。

第一款 議定

民主政體國。法律由國會之議決而確定。故共和國之國會。有立法議定權。至立憲君主政體。必經君主裁可。故國會僅有協贊之權而已。

第二款 協贊及承諾

除英國之外。凡立憲君主國之國會。止有協贊法律之責。協贊與承諾。其性質之異同。以下比較論之。

承諾有事前與事後二種。事前之承諾。如逮捕議員。必得議院許可是也。事後之承諾。如緊

急命令。及豫算等是也。然不問事前與事後。承諾與協贊。其性質大不相同。蓋協贊者。國會表示其所欲之事。故國會之協贊法律。非但表示其於法律之發布無所異議。又有以發布爲必要之意。此即立法機關之行動也。因立法之利益。而表示其意思者也。協贊有此性質。故修正權亦包含在內。至事後之協贊。固無此事也。

承諾反是。僅表示其無所異議而止。譬如承諾議員逮捕時。非議院自有逮捕議員之意。又非參與司法之故。特於議員之逮捕。無所異議而已。爲維持議院獨立之故。制限司法權之行使。與司法機關之作用。固不同也。承諾有此性質。故承諾者。非政府之自發案。由政府之要求者也。使加以修正而後承諾。即與不承諾同。承諾者。固不容修正者也。此爲事後之承諾。若事前之承諾。其不承諾之結果。在其事不得行而已。反之事後之承諾。如緊急命令等。其不承諾之結果。在將來失其効力而已。至若豫算外支出之類。國會不承諾時。可以有質問、上奏、及彈劾等。據憲法上之條文。而唱異議焉。

承諾之効果。如以上所述。至協贊之効力。後參論國家之機能立法篇中再詳述之。茲從畧焉。

第三款 上奏及建議

上下兩院對乎元首。有上奏之權。或因立法及行政上改良之事。或因國務大臣違法。與有不當行爲之事。元首於此。非必採納。又非必與以答敕。惟憲法上認其有上奏之權。故若拒絕不受。即爲憲法違反。其他上奏。又有單爲儀式上者。如祝辭及吊辭之類是也。

日本除上奏權之外。又有建議於政府之權。建議亦關乎立法行政之事。然其與上奏相異之點有二。(一)不溯既往。專述將來之希望。(二)不與元首直接。而達之於國務大臣。又同一會期中。不得有二次建議。此明文所禁者也。至政府有受此建議之義務。與上奏之事同。

第四款 要求報告

諸國憲法。議院對乎國務大臣。有提出質問之權。此與上奏建議不同。國務大臣於此。不可無答辨。奧國、荷蘭、白耳義等。議院有要求國務大臣出席之權。然答辨之實質。非法規之所定。故國務大臣僅以報告事實爲答辨。與法律上亦無妨礙。議院有不由要求。而得政府報告之權者。如決算報告是也。

英國、法國、及荷蘭、白耳義等。議院有設審查委員。與直接照會行政官廳之權。普國亦認各

議院設審查委員之事。日本無之。而政府由議院之要求。除秘密之外。有報告之義務。著爲明文焉。

第五款 受理請願

國會者。於政治上爲國民之代表。連絡國民與政府之意思者也。故議院有受理人民之請願。其得當者而達之於政府之權。此亦諸國國法之所認者也。請願有廣狹二義。就廣義言之。請願者。凡關乎自己之利益。及一般之公益。有將來希望國家機關行不行之意。其中爲救濟人民之利益。與權利之侵害。本乎行政官廳之督監權。而求處分者。是爲訴願。訴願者。非議院所得受理。以議院對乎行政官廳。無監督權故也。訴願之外。又有由立法之事。而求救濟者。此之狹義之請願。議院之所得受理。以此爲限。請願之目的。在國家機關將來之行不行。故機關之無此權限者。不得受理。日本議院法。規定議院於關乎司法行政裁判之請願。不得受理。亦此故也。

第六款 起訴及裁判

有國務大臣彈劾制度之國。下院或各院。均有起訴之權。日本凡公然對乎議會。有誹謗侮

辱之事者得論以罪。(明治二十二年法律第二十一號)

諸國之上院。往往有裁判之權。如英國以上院爲最高裁判所。凡由高等裁判所上告者。得裁判之。於貴族之叛逆重罪與爭論爵位。得以國王之命裁判之。日本貴族院。亦有裁判爵位之權。法國及其他諸國之上院。爲政治裁判所。凡由下院之彈劾者。得裁判之。

第七款 選舉

諸國國會。有選舉攝政之權。前論攝政制度中已述之。又法國國會於選舉大統領時。則上下兩院會同開國民會。以投票得過半數者爲當選云。

第二節 院屬權

議院於參預政治權限之外。尙有關於議院內部諸事之權限。是爲院屬權。分爲四種。(一)規則之制定執行。(二)院內之警察懲戒。(三)職員之選任。(四)議員資格之審查等是也。

第一款 規則之制定執行

各院有定議事規則及其他整理內部規則與實行之權。英國於議院之規則。以議院之所解釋者。爲最確實之標準。日本憲法亦認此權。此等規則。不獨爲議員而設。凡傍聽人、國務

大臣、政府委員等。均受其約束。惟國務大臣與政府委員。無論何時。得於議場出席。有發言之特權。故內部之規則。不得妨礙之。此憲法之所保障者也。其他國務大臣及政府委員。不得不從院內之規則。此其効力也。

第二款 院內之警察懲戒

院內之警察。屬於各議院。議院自行之。或由議長行之。此警察權。院內無論何人。均爲其所管束。反之懲戒權。則必以與議院有關繫者爲要件。故惟於議員行之。譬如國務大臣。除有出席發言之特權外。院內之警察權。不可不從。而由議內之懲戒權受罰者。則無此事也。

第三款 職員之選任

法國普國等國法。議長、副議長及其他職員選任之事。屬於各議院之權。英國上院。以大法官爲議長。下院議長由選舉。而必經國王之認可。兩院各無副議長。大法官出缺及有他故時。國王得命代理者。若無代理者。上院得自舉議長。其他各國職員選任。專屬於各議院。惟日本爲例外。兩院議長由勅任。各院惟選定候補者上奏而已。

第四款 資格之審查

議員資格之審查。爲議院之權限。日本衆議院。有審查資格之權。而於選舉爭論。無判決之權。貴族院則兼有之。故選舉訴訟時。均歸貴族院審查焉。

第三篇 裁判所

第一章 裁判所之地位

上古時所謂裁判權者。爲不受政府干涉之一種社會制度。分存於社會之各部者也。如封建時代。諸侯之於家人。地主之於小作人。猶言傭工之人家長之於家族。均有裁判權是也。及中央集權時代。兵馬之權。警察之權。悉歸於中央政府。而裁判權則猶存於獨立之團體。法國其形跡之最顯著者。革命前之裁判所。爲獨立之團體。其團體之社員。即所謂裁判官者。爲一種人之特權而世襲之。即君主亦無如之何。有獨立之權力。而與王室相對抗。軋轢不已。遂成大革命之結果。三權分立論。亦由此時而暢發。即所謂司法權之獨立是也。法國大革命既已。而諸國之革命隨之。封建制度。即所謂團體制度。與階級制度之特權。悉歸消滅。國民得直接服從於唯一之主權。立法行政司法之權。悉爲中央政府之所統一。國權唯一不可分。於是司法權非獨立之權力。而爲國權之行動。惟憲法定其行動之形式。以司法權由裁

判所行之。而與他立法行政諸機關相區別。故所謂獨立者。指其職司之範圍。謂裁判所之自由而已。裁判所爲統治之機關。其地位與政府國會無異。但其行國權之形式。與其他機關不同而已。凡立憲君主國。裁判所以君主之名行立法權。此蓋由沿革上之理由而規定者也。

第二章 裁判所之權限

裁判所之權限。即司法權是也。司法權者。國家機能之一也。其詳次卷再述之。茲從畧焉。

國法學卷三

論國家之機能

國家之機能者。即統治之作用也。統治爲權力之關係。有主體。有客體。而於其間行其權力者。即謂之統治。國法學者。論統治之大則也。第一卷於統治之主體客體。第二卷於統治之機關。既詳論之。故第三卷復就主體由機關以統治之方法形式。詳細說明。然後統治之道。盡於是矣。國家設一定之機關。凡國權之行動。必由一定之機關行之。此憲法上之要件。故國家之機能。分爲立法、行政、司法三項。所謂三權是也。三權非獨立之權力。本乎獨立之國權。藉機關以行動者也。所謂獨立者。不過形式上之名目。前已屢述之。茲不贅焉。

第一篇 立法

國家機能之一爲立法。立法者。定法律之機能也。法律之意義。古來學者解釋。種種不同。非就根本上說明此義。則無以說明立法之機能。故首章先論法律之意義。其次及於法律之制定廢止。及其手續焉。

第一章 法律之意義

國法學 立法

法律云者。有實質上之意義。即定法規之國家命令是也。又有形式上之意義。即經議會之協贊。而爲國家意思之表示是也。此二意義非必一致。有實質上爲法律。而形式上爲命令者。如警察命令之類是也。又有形式上爲法律。而實質上不得謂之法規者。如領土變更之法規是也。且徵之諸國憲法明文。法律一語。非必一定用實質上之意義。或形式上之意義。有時宜就實質上解之。有時宜就形式上解之。初無一定。故實質與形式二義。未足謂得法律之全意也。

然則如何解而可。曰視其効力而已。由効力言之。法律與命令之區別甚便。而解釋亦甚易。蓋効力亦有形式實質之別。實質上之効力。法律與命令未見其異。以二者等有拘束臣民之力也。至形式上之効力則大不同。二者之區別。與定法律意義之標準。即在於是。蓋法律者。有形式上最強効力之國家命令也。最強効力有二要素。其一。非以法律不得廢止變更。其二。舊法與新法相牴觸者。得廢止變更之是也。至於命令。若緊急命令。由其自己之効力。固得以廢止變更法律。而緊急命令之廢止。不必以法律。故緊急命令。未備最強効力之要素。至普通命令。更不待言。以此可以明法律之意義矣。

要之法律者。得以廢止變更法律。而法律之廢止變更。非由法律不可。蓋法律者。國家命令之有強効力者也。惟有最強之効力。故必經議會之協贊。唯有最強之効力。故凡於臣民之自由。有重大之關係者。必以法律規定之。諸國憲法之規定。無不由此規定而說明者。本書所謂法律。亦從此意義焉。

第二章 法律之發案

發案云者。憲法上爲制定法律及參與法律制定之機關。提出法律案之謂也。是爲定義。發案權歸乎政府及各議院。此爲常例。英法普及日本等國。無不皆然。而於此亦有二三之制限。茲列舉如左。

- (一) 財政法案。必先由下院提出。此爲英國之慣習。法國普國等之憲法。亦明記之。惟日本不以豫算爲法律。故雖有同一之規定。而不得謂法律案之制限權也。
- (二) 同一法案。不得同時於兩院提出。此日本議院法明定之。德國學說。則無一定。
- (三) 一院否決之法案。同會期中不得再行提出。法國於政府之發案權。無此制限。日本與普國。均同有此禁。惟普國憲法。於未得裁可之法案。始有此禁。日本憲法。則無差異之規定。

其所以然者。以非規定之要務也。日本憲法於裁可期限中。法案依然存在。決不消滅。又議院法。凡兩院議決之法案。已經裁可者。其公布期限。以至第二次會期爲止。故第二次會期之前。元首無論何時得以裁可。即法案無論何時不歸消滅。又發案者。以未成立之法案。使之成立之行動也。故尙未消滅之前。使現在成立之法案。從新成立。此贅舉也。故不得裁可之法案。同會期中。不得再行提出。此裁可及法律之性質上當然之事也。日本憲法之所以不揭明文者亦以此。

(四) 憲法變更之法律。其發案權之制限。前既詳述之。茲從畧焉。

第三章 法律案之議決

法律案提出於議院時。兩院各有修正及議決之權。惟英普等國。上院於財政法案。無修正之權。

議院之一院。提出法律案時。即爲其院之協贊。故不必更有其院之議決。又其院不得撤回。反之由政府提出之法律案。雖得兩院之同意。而裁可與否。仍爲政府之自由。故由政府提出之法案。無論何時。得以撤回及修正之。

議院當議決時。必以通常之定數及表決數爲準。惟諸國憲法之規定。及憲法變更有特別之手續。前卷既說明之。茲不再述。

第四章 法律之裁可

法律裁可之事。立憲君主國與共和國不同。立憲君主國之元首。有裁可法律之權。彼以裁可爲節制立法權。而非屬於行政權者。此本乎三權分立論之謬見也。裁可者。非制限立法之用。與法律以効力之行爲也。英國當裁可時。須通知議會。日本與普國。凡君主之裁可。非對乎議會之宣言。而爲法律之審署。審署云者。於法律議決之案。署以御名。鈐以御璽。示以法律確定之形也。德意志皇帝及法國大統領。無法律裁可之權。而兩國憲法。各有審署之權。所謂審署者。非裁可之方法。國家之意思。由合議體之議決而成立。而公証其成立者。則審署之効力也。日本與普國。無此明文。故除裁可以外。審署無獨立之効力焉。元首於法律。雖有裁可與不裁可之自由。然既經裁可。則不能不公布。公布之事。次章再述之。

民主政體國之元首。無裁可之權。合衆國之大統領。僅有拒否之權而已。拒否之權者。以行

政節制立法之權也。非與法律以効力。而爲制限之之行爲也。經兩院議決之案。不待元首之裁可。卽爲法律。大統領苟不拒否。卽當然有法律之効力焉。法國大統領。并無拒否之權。兩院議決之案。大統領於送到之日起。一月以內。必須審署。惟此期限以內。大統領有要求再議之權焉。

第五章 法律之公布及施行

法律爲國家意思之表示。國家意思。由裁可而確定。表示此確定之意思。不可無方法。是謂公布。由公布而法律始完成矣。法律與處分令異。由可以告知臣民一般之方法而公布之。然事實上。臣民果認識與否。非法之所問也。又公布之權。屬於元首焉。

法律由公布而完成。故苟無特別之規定。自公布之日起。不得不認爲施行。英國更有進於此者。議案得國王之裁可。於是法律之効力。然由公布之日。至施行之日。尙有一定之期限。此其意在使臣民得普知之機會也。施行期間。有一般法律通用之期限。又有特別法律。或法律一部之通用期限焉。

第六章 法律之廢止

法律除法律之外。不得廢止。此法律意義上固有之効力也。此効力與法律之成立同時而生。故法律一旦公布。即未達施行期限。而除法律之外。不得廢止。此定例也。

以法律廢止法律。其方法有二。一直接廢止法。二間接廢止法是也。

(甲)直接廢止法。又有二種。

(一)以廢止法律爲目的而發之法律。

(二)後法廢止前法。此法律之前後。視公布日之前後。不以施行期限之前後爲準。

緊急命令有法律之効力。由以上二法中。得以廢止法律。

(乙)間接廢止法。此由可廢之法律。或後法之精神。或本乎明文之一定事實。或立法以外之國家行爲是也。

(一)法律之目的物消滅之時。

(二)由事情之變更。不能實行所規定法律之時。

(三)法律効力豫定之消滅期限已達之時。

(四)由法律之委任。而以命令行之之時。

法律又有一部或一時廢止之事。免除多停止是也。免除者。謂特定之一事。無効之行爲。作爲有効是也。停止者。謂一定之時期。於全國或一定之區域。停止施行是也。二者均爲廢止法律効力之一部。故非法律有特別之規定。則不得行。其由法律之明文者。停止之例。如戒嚴是。免除之例。如免稅是也。

第二篇 行政

行政者。於法律之範圍以內。總括國權行動之方法而言也。其中或發爲命令。或締結條約。或編成豫算。及其他所謂行政行爲。均包含在內。豫算之爲法律與否。學說不一。然以爲法律。則宜於立法篇論之。茲置之於行政篇者。蓋決以爲行政。而非法律矣。至其解明。則俟諸豫算章焉。

第一章 命令

命令之種類。前旣已述之。命令有定爲法規與否之別。故分法規命令與行政命令二種。行政命令者。單對乎官廳之命令。而發之之權。屬於官制之規定。至憲法上之規定。對乎一般臣民之行不行者。則法規命令是也。法規命令於法律上之關繫有四。故命令亦分爲四種。

即緊急命令。委任命令。執行命令。補充命令。又曰行政命令是也。

第一節 緊急命令

命令之中。有代法律而有効力者。是謂有法律効力之命令。以其於緊急時發之。故謂之緊急命令。國家不能無非常之事變。此等事變。必一一以立法之常規應之。此事實上之所不能。當此不得已之時。英法等國。於是有責任解除之制。國務大臣以已之責任。爲臨時必要之處分。後復提出之於國會。以求其責任解除。於是違法之事。以責任解除之法律。轉爲適法。反之日本與普魯國等。憲法中有緊急命令之規定。故發緊急命令。本適法之行爲也。當發緊急命令時。不能不備數種之要件。今列舉如左。

- (一) 有發緊急命令之必要。法律之範圍以內有可應之方。不得謂有緊急命令之必要。
- (二) 國會閉會之時。若開會時。則可由通常之立法手續而行。
- (三) 實在緊急之事。不能待至其次議會者。
- (四) 有避害之目的。即豫備公共之危險災厄是也。若僅爲公共利益計。即爲違法。

具備此等要件。元首得發緊急命令。但與憲法之規定不相牴觸。無論何事。如憲法上以法

律規定之事。亦得以緊急命令定之。

緊急命令之形式。普國、奧國等。以此爲內閣之責任。故內閣各大臣之副署。乃當然之事。日本憲法無此規定。故不得與一般命令同。

緊急命令。於其次國會會期內。必須提出。此各國通例。其事後承諾之結果。即確定將來之効力存續。及國會之無異議是也。故緊急命令。於其次會期前已廢止者。將來之存廢。固不必計。而國會之有無異議。則不可忽。是以於其次會期前。即緊急命令已廢止者。或其所規定之事項已消滅者。亦必提出於國會焉。普國、奧國。以此爲內閣責任者。更無論矣。

當緊急命令提出於國會時。國會有審查與憲法牴觸與否之權。又事實上必要與否。亦包在內。此所以防元首不守憲法之要件也。而所謂必要與否。指發緊急命令之時。抑指提出於國會之時。乃一問題。現今慣例。大都採用後說。然其實則前說爲當也。當緊急命令發布時。以爲必要之事。假令其時爲國會開會中。其必定爲法律無疑。故即提出之時。其必要已消滅者。國會亦無不承諾之理。惟承諾之後。再用廢止之方法而已。

國會之一院否決以後。不待他院之議決。即爲國會之不承諾。此前已言之。故一院不承諾。

不必移至他院。而緊急命令即失其効力。國會未承諾而即閉會。與政府於其次會期前未提出亦同。何也。所謂緊急命令失其効力者。不在明有不承諾之事。在於其次會期內。未得承諾之要件也。

緊急命令當國會不承諾時。非即當然失其効力。立憲君主國。凡國會之議決。不能有直接對乎臣民之効力。此爲原則。故國會不承諾無當然廢止緊急命令之効力。不過元首有廢止之義務而已。故緊急命令。必元首公布其廢止。始爲失其効力。此公布爲廢止從前之勅令。故亦必以勅令焉。

緊急命令於未廢止以前。爲適法有効之法規。故假令由國會之不承諾而廢止。其廢止前之効力。則依然尙存。但其成立之確定。在得國會之承諾。故與之矛盾之法律。雖因緊急命令而廢止。而國會之不承諾。則前法律之廢止。亦因之解除。而當然復其舊焉。

緊急命令由國會之承諾。當然有其効力。於是成爲有法律効力之命令。且爲有廢止變更法律効力之命令。然由實質上觀之。雖同於法律。而由形式上觀之。則究爲命令而非法律也。故不得謂非以法律不能廢止。仍以命令可也。反之以普通命令變更緊急命令。是以普

通命令代緊急命令之用。此爲違法。要之廢止與變更不同。不可不知也。

第二節 委任命令

憲法上凡法律規定之事。除緊急命令之外。必經立法之手續。不得以命令規定之。此爲常則然。立法之手段。以定經常之法規。固爲適當。以定臨時之變故。則未免有不相宜者。全國或廣大之區域。可以用一般之規定。而各地方特別之事項。則不能無特別之規定。憲法定法律事項。必以法律規定之。而用如何方之法。固未明言。故法律得委任於命令。有數事得以命令規定之。此立法權由一種之方法以行之。於憲法上毫無牴觸。當是時遵命令之規定。即所以從法律也。

第二節 執行命令及補充命令

命令者。爲無法律規定之事項而發也。補法律之缺。故謂之補充命令。又以其目的在行政。故又謂之行政命令。又命令者。爲執行法律而定其必要之細目。故謂之執行命令。非由法律特別之委任。又非由緊急之必要。元首得發此等命令。其範圍以內。有消極制限及積極制限。消極制限有二。其一憲法之規定是也。憲法上於數多事項。必以法律規定之。

謂之立法事項。立法事項者。由緊急之必要。或法律之特別委任外。不得以大權所發之命令規定之。惟關乎臣民自由之條項。普國奧國等。於戰時或有事變時。往往有停止之事。謂之戒嚴。然戒嚴之要件及効力。必以法律規定之。故亦不得謂之例外。日本憲法第三十一條云。關乎臣民權利義務之條項。戰時或國家有事變時。天皇得以大權施行之。又第十四條云。戒嚴之要件及効力。以法律規定之。亦此意也。其二法律之規定是也。以法律規定之事。不得以命令規定之。使得以命令規定。則法律亦得以命令廢止變更矣。此與法律之性質相反。而以命令與法律相混也。法律者。除以法律之外。不得廢止變更。此法律先占之區域。非命令之所得侵入也。

日本憲法第九條云。除執行法律之外。保護公共之安寧秩序。及增進臣民之幸福。得發必要之命令。此命令之目的。第一爲保安警察之作用。第二爲內務行政之範圍合爲一致是也。而財政兵政及行政機關之組織。又得於範圍以內。行其種種必要之手段。此爲命令權之積極制限也。要之與憲法條項及法律不相牴觸者。於範圍以內。皆得發爲命令也。國法之舊說。行政之目的。專在執行法律。故諸國憲法。概以執行法律爲行政命令唯一之

目的。普國憲法以此思想爲本。法國憲法有大統領監督及保障法律執行之條。英國凡非法律先占之區域。得有命令權。然法律之制定漸繁。屬於內地之事項。大半爲法律所占。故除法律之特別委任外。以命令規定者。其範圍極狹小也。

第二章 豫算

豫算之爲法律與否。國法學上之大問題也。故先論豫算之性質。次及其成立之方法焉。本書所論。以豫算爲行政。而非屬於法律。故豫算之事。與命令及其他行政行爲。均置諸行政篇云。

第一節 豫算之性質

豫算者。國家歲出歲入之計算表也。由其實質言之。豫算者。豫想一事實之統計表也。國會。有議決之權。爲事實之統計表。則不待議決。所以必議決者。保其形式上之効力也。形式上之効力云者。國會議決之事。非經同一之手續。不得變更之謂也。有此効力。故豫算確定之後。非行政權限所得變更。日本憲法無豫算由於法律之明文。故其性質不言而明。議論之生。在歐洲諸國之豫算法也。

歐洲諸國之豫算法。大抵以英國爲模範。英國之豫算法。基於租稅承諾權。政府無議會之承諾。不得由人民徵收租稅。此其主義也。法國革命後之憲法。地租必以每年之法律定之。著爲明文。德意志諸國。皆有租稅以法律徵收之條。一千八百三十一年白耳義之憲法。採用法國之例。規定租稅每年必由法律徵收。普國及奧國憲法。均以白耳義爲模範。惟普國與德意志帝國同。除現在租稅必以法律廢止變更外。其餘仍照舊徵收。無豫算必以每年法律定之之條。於是豫算之性質。學說乃紛紛矣。

諸說之中以臘彭達之說爲最善。凡國家無論矣。即一團體或一私人。比較其收入支出。以立財政之計畫。此爲整理財政不易之方法。故豫算者。不獨立憲國有之。即專制國亦未始無之。諸國憲法。有豫算由法律以定之條。茲所謂法律者。乃形式之意。而非實質之意也。由實質上觀之。單爲財政之計畫而已。非爲法規之規定。而爲對乎行政機關之命令也。行政機關以自定之法規。而爲自己行爲之準繩也。故豫算者。非立法。乃行政也。而國會所以參與此行政行爲者。在豫算之變更。亦必經國會之議決是也。豫算之性質如此。故豫算者。在法令範圍之內。不得以豫算變更法令。又法律上必要之組織。其維持之用費。亦不得以豫

算刪減之。要之豫算不得爲法律。不過爲行政之準繩。而憲法既設此準則以行財政。使不由此準則而行。不得不謂之憲法違反。一言以蔽之。豫算者不得爲法律。經國會協贊而成立之財政計算表。於國家之收入支出上必要之條件也。

以上所論豫算之性質。最爲簡單。然此問題。從來諸大家之學說。不一而足。今雖不能備述。聊舉其重要之說。撮其大畧。以備讀者之參考焉。

第一說。期倫所主張者。以豫算爲純然之法律。而有廢止變更法律之力也。其說之大要曰。憲法上規定每年豫算必以法律定之云者。蓋謂國家之收入支出。無常久一定之事。必每年定之之謂也。假令以法律定常久之收入。或常久之支出。而後之法律。有廢止變更前法律之力。故即以豫算。亦得廢止變更之也。

第二說。蘭乃及阿脫倫所主張者。其說曰。豫算者。非收入支出不可易之基礎。人民納租稅之義務。既由關乎租稅之法律而成立。則國家對乎人民支發之義務。不待豫算而存在明矣。然豫算爲與內閣以財政之全權。故豫算不成立。則臣民雖有納稅之義務。而內閣無全權。則不能支出。故內閣大臣在職時。不能不望立法機關以全權委任之也。

第三說與第一說異。凡收入支出基於法律者。有議決之義務。又與第二說異。預算不成立之結果。無內閣更迭之事。惟預算爲財政上必要之條件。故若預算不成立。則政府於法律上不能處理財政。此說爲沙特而愛里乃克倫尼等所唱。稍與本書之見解相同者也。

第二節 豫算之成立

第一款 國會之豫算議定權

豫算必由國會之議決。此爲常例。然其範圍。諸國國法互有異同。英國凡常定之歲入歲出。不必每年議決。國會之所議定者。惟歲入歲出中每年異同之部分而已。此爲收入支出上必要之條件。雖豫算法律成立以前。亦有由各項之議決而支出者。然此在預期豫算法律之成立。若豫算法律不成立。則議定之款項。終屬無効。

法國與英國異。歲出入之全部。每年由國會議決。法律上必要之費用。有時爲國會所否決者。亦有實例。然費用削除。非法律即當然廢止。不過停止實行而已。若翌年豫算上復載其費額。則法律亦即復有効力焉。

普國凡一切收入支出。亦每年由國會議決。國會之議豫算。應於法律之範圍內與否。憲法

上並無明文。故有種種之學說。其中惟臘彭達之說爲至當。前已略述之矣。

日本憲法於豫算議決之範圍。其制限有三。第一、憲法第六十六條云。皇室經費。除將來由現在之定額增加外。不必國會之協贊。第二、憲法第六十八條云。經續費（與維持費同義）。既經議決以後。其後每年不必國會之協贊。以上二種支出。雖登入豫算。而非必經協贊。不過對照出入而已。第三、憲法第六十七條爲主要之制限。其中有二種。非政府之同意。國會不得廢除削減者也。其第一種。由憲法上之大權。既定之歲出是也。所謂既定之歲出者。如法律命令、條約之類。由將來有効力之國家行爲以定者也。其額或確定。或但記必要之事。不載定數。其額非以前年度之數爲限。以今年實行此等法律必要之額爲度也。其第二種。由法律之結果。或法律上屬於政府義務之歲出是也。凡歲出均屬政府之義務。茲所謂政府之義務者。如恩給之類。由法律而始生義務者也。譬如由民法之契約而生者。均法所認爲義務者也。以上二種歲出。國會於議決廢止減削之前。必先得政府之同意。然非謂得政府之同意即可全廢。國會與政府。均不可不由法律以行者也。凡財政計畫有妨於法律之執行者。國會與政府。固不必同意也。命令雖得由政府之自由而廢改之。然苟未廢止。則不得不由

法律以行。豫算爲財政之計畫。非爲命令。故不得以之廢止。命令是以政府於有妨於命令執行之豫算。不得表其同意。而國會固亦不得議決也。要之得政府之同意而廢止減削者。必無妨於法律命令之執行而後可也。此豫算不得爲法律。由根本上言之者也。

第二款 豫算之發案及編成

豫算由政府發案。此爲常例。以豫算非法律。不過財政之計畫故也。英國豫算法案。先由下院提出。憲法上習以爲常。此上院無修正之權。故先由下院提出。較爲便利也。又英國與大陸諸國不同。非政府之要求。無議決財政法案之事。普國法國及日本憲法。規定豫算先由下院提出。而普國上院無修正權。與英國同。法國上院及日本貴族院。明文未及之。其爲有修正權無疑。凡上院有修正權之國。所以先由下院提出者。非由立法上之理由。有特別便利之故。不過倣英國普國之先例而已。

其他以豫算爲法律諸國。豫算法案與法律發案。用同一之規定。此不待言者也。

豫算編成之時。就豫算中設爲細別。由此細別經國會之議決。此爲常例。其細別之精粗。雖各國有異同。至其款項之經議決則一也。國會於議決款項豫算成立之時。政府爲其所拘

束。雖有餘款。亦不得濫用。惟英國於海陸軍費。其中包含之款項。得經大藏省之承諾。暫時通用。他日再求國會之承諾焉。

豫算編成之時。其細別之款項。英國凡百七十至二百。法國在四五百之間。普國幾及二千。日本國會所議決者。僅豫算之款項。其他詳細之目。不過備參考而已。

第三款 豫算之盈絀及其不成立

政府由豫算之條款。以爲收入支出之準。斯固然矣。然豫算不過爲一約數。故當實行之時。往往有過不足之事。豫算盈餘之時。固無他問題。以豫算得支出最多額也。

反之豫算不足之時。異是。凡豫算不得有超過之支出。諸國於此。於是不能無特別之規定。英國有所謂特別費者。以備豫算外及豫算超過之支出。而翌年則仍補足之。法國當豫算不足時。有補足費。豫算外之費用。有臨時費。惟必經國會之議決。日本及普國憲法。豫算外及豫算超過之支出。事後必經國會之承諾。著爲明文。其但言支出而不及收入者。無他。收入之豫算及支出之豫算。其性質大異故也。若法國然。每年由法律之外。不得徵收租稅者。姑置不論。日本及普國等。租稅有常久之性質。租稅之豫算。不過爲實際收入之約數。租稅

以外之收入。均非政府之所得爲。故收入超過豫算或不足時。勢所不免。惟由政府之意思。凡豫算界限可守者。則守之而已。

豫算爲收入支出之要件。故豫算不成立時。憲法上無特別之規定者。其收支必不能適法。雖事實上國家仍收入支出。而早出乎法之範圍矣。日本憲法有特別之規定。以前年之豫算爲準。由此以收入支出。固適法之事也。故日本憲法於此點。可謂得其完備者也。

第三章 行政行爲

國家之行政行爲。全無法律上之關係。譬如土木工事之類。均非法學上之問題也。其有法律上之關繫者。有國家與其他公私法人或一個人之合意。及單爲國家之意思二種。前者又有三種。(一)國際上之契約。即所謂國際條約是也。條約締結之事。後章再述之。(二)私法上之契約。此民法之問題也。(三)國法上之契約。以一私人之同意。而有行政行爲之効力。如外國人歸化。及官吏任命之類是也。凡此皆行政法上之問題也。

單由國家之意思。而有行政行爲之効力者。是謂處分令。處分令之中。有於臣民無効力。單有拘束官廳之力者。是謂訓令。

處分令之中。對乎臣民有効力者。由實質上言之。其分類如左。

- (一) 命令及禁令。此爲行政行爲最要之著。所謂命令者。非指與法律區別。單爲形式上之意義。乃處分中有實質上之意義者也。與法律相對者。此一般之命令。處分命令者。特別之命令也。對乎一般臣民及特別之人。此區別之要點也。
- (二) 免許。一般禁止之事。而有數處不在其例者。如狩獵免許之類是也。
- (三) 認可。私人之行爲。而以法律上之効力附與之。如社會之定款認可。其一例也。
- (四) 權利之設定及廢止。若法人解散之類是也。
- (五) 公証。由證明之事實。使關繫者知其義務。如登記公証之類是也。

第四章 條約

欲論條約之事。以先明條約之性質爲第一議。

第一節 條約之性質及國法學上之地位

近世之國家。非孤立生存者也。凡有文化之程度者。無不互相協同。而成一社會上之團體。國家者。於國際上立於對等之地位。非以權力關係相臨者。故一國家欲羈束他國家之意。

思必由兩國互相合意而後可也。是謂國際上之契約。又曰條約。條約者。國家由他國之合意。而始有權利義務。故雖無妨於國家之行政行爲。而與他國內之行政行爲。其効力不同。其効力非由國內法之規定。由國際上之關係而定。即由國際法而定者也。然諸國政體不一。故其對乎外國。所恃以定國家意思之機關亦不一。而國際法則不問政體之如何。及其機關如何。權限如何。蓋此均非國際法上之通則。而爲各國國法之所規定者也。徵之各國國法。締結條約之權。屬於元首。此爲通例。然立憲國國會。亦有關乎條約之權限。但直接間接不同。此權限之範圍。國法學上之大問題也。決此問題。必先論條約之締結。及其執行之區別。條約者。國家之合意也。非法律也。此由條約之性質言之。而生締結及執行之區別也。由締結而條約成立。然此成立之條約。惟國家與國家之間。互有効力。至對乎臣民之拘束力。尙未之及。對乎臣民之拘束力。由執行而始生者也。條約有締結及執行二事。國會之議決權。果有何種。抑二者兼而有之。此說明之順序也。

第二節 條約之締結及執行

條約者。國家與國家合意之約束也。約束者。指當事者而言。條約之當事者爲國家。故條約

之拘束者。國家也。非臣民也。非臣民全體。亦非臣民個人也。臣民全體。離國家而言。無獨立之人格。無人格則無意思。無意思則無受他意思拘束之理。臣民個人雖有人格。然與國家之人格。等是獨立。有獨立之人格。國家與個人之間。即有法律關係。故國家由條約而拘束其意思。至臣民之意思。則未必同時受其拘束也。約而言之。臣民無直接受條約拘束之事。由國家因條約所發之法律命令。而始受拘束者也。條約者。單有對外之効力。毫無對內之効力也。對內之効力。更由國家之命令。而臣民遵奉之者也。若無此命令。則條約雖成立而不得執行。而國內拘束臣民之實効。亦無自而生。北美合衆國憲法。以條約爲最高之法。各州之裁判官。即各州憲法法律。有反對之規定。亦有遵奉之義務。此爲避執行命令之煩。故豫設常例。使臣民遵守各種之條約也。自此以外。無特別之規定者。條約不得直接爲國內法。故即締結公布之後。臣民亦無即受其拘束之理。此條約所以有締結與執行二項也。國會有議決條約之權。其議決權關乎條約之締結。或條約之執行。或二者兼而有之。此其次之問題也。

第三節 國會於條約之權限

條約由締結與執行二者具備。始有効力。國會之權限。關於何種。諸國立法例及學說。種種不一。其大致分爲三種。茲列舉如左。

第一種之憲法。如法國一千八百七十五年七月十日所定憲法。可爲代表。其第八條云。條約之談判批准。凡爲國家利益計者。必速報告之於上院。和親條約。通商條約。國庫負擔義務之條約。及法國人民在外國者。所有身分財產之條約。非經兩院之議決。不得確定。其他瑞士。葡萄牙。西班牙。及德意志之三省。皆有此種憲法。此等諸國國會。不但於條約執行表其同意。締結時亦必同意。可以概見。故若國會不同意。非但不能執行。即條約亦不能得其効力也。

第二種之憲法。如普國。德意志帝國。白耳義等。皆其例也。英國憲法第四十八條云。國王有宣戰媾和及與外國政府締結條約之權。惟宣戰媾和之外。與外國政府所結通商條約。或使國家及臣民負擔義務之條約。非得兩院之同意。不能有效。德意志帝國憲法第十一條第三項云。與外國之條約。有關於帝國之立法事項者。非得聯邦參議院之同意。不能締結。又非得帝國議會之承諾。不能有效。其地壇國。意大利。丁抹等。均有此種明文。議論最多者。

此種憲法是也。何也。單言條約之有效。由國會同意。而明文上爲對外効力。或對內効力。其分別甚難也。然試熟考之。其非單爲條約之執行可知。若因條約執行。設爲法律。或有國庫支出之事。則法律與豫算。憲法上本待國會之協贊而行。不必更有此規定矣。其所以設此者。在使國會亦有參與條約締結權。其意固可見也。

第三種之憲法。如英國日本等。條約之締結。無國會議決之明文者也。其他若巴耳倫薩克生等德意志諸國及瑞典等。亦屬此種。此種憲法。當條約之執行。亦必以法律。其法律之必待國會協贊。固不待言也。然以條約爲必得國會之同意。此又憲法上之所不認者。條約之締結執行。既不必國會之同意。而又非由元首之專斷。蓋國家之行爲。受憲法之羈束。即與外國締結條約。亦不得有憲法違反之行爲。故執行條約必以法律者。即國家由憲法之規定。而以法律實施條約也。蓋條約之實施。以國會之立法協贊爲條件。故若國會以其立法議決權。而否決執行之法律。則條約實行之條件不備。而實行之結果。亦無由得矣。約而言之。國會無同意條約之權。其協贊執行之法律。乃本於立法協贊權。非以關乎條約。而特與之權限也。

威乃耳氏主國際交通實際上之便益。欲以此問題。不由各國國法之規定。而由國際法之條規一定之。此非不善。然不過一希望而已。現今國際法。既無此條規。各國國法。又不一其軌。國法學爲各國國法規定之根據。故於國際法上未定此問題以前。不得不由國法學上說明也。

第三篇 司法

前二篇論立法行政二機能。此篇順次及於司法。國家之機能。盡於是焉。

第一章 司法之性質

司法者。法規之執行也。裁判官毫無便宜斟酌之事。此司法與行政之一部無異者也。又司法者。於各事件適用之法規。不可不一定。而行政處分。亦必定法規之適用。此點似亦相似。然司法與行政性質之區別。亦即在此。行政所定適用之法。不過爲行政官廳內部之豫備。其官廳之目的。非在法之適用。而在適用之行爲也。法者。不過達此目的之方法而已。反之裁判所者。其所定適用之法。在成其目的之主要部分。非僅以法爲方法也。此關係於民事裁判所最明。當法爲私人設立之時。如享有所有權方法之類。法爲國家設立之時。其適

用即其目的也。

第二章 司法之範圍

司法於私法之區域。即於民事上發達最早。所謂民事裁判者。國家之目的。在使法規適用於私人之間。而定其適用之結果。由其結果。以定私人之可行不可行也。蓋以法爲究極之目的也。因國家之進行。而分法之區域。亦以司法爲要務。國家不但以其行爲適合於實際法規。即爲滿足。又必公證明之。使人民得保其權利義務。而於人民之身體財產。司法上尤有必要之感。此刑事裁判所。所以繼民事而設也。近代於行政區域。亦設行政訴訟之制。行政官廳與司法官廳之間。更設權限爭議之制。官吏之懲戒。更設懲戒裁判所。憲法上之爭議。更設政治裁判所。此等國家行爲之目的。在確定公法之作用。而公證明之。亦與民事裁判所同。不得不謂其屬於司法者也。

廣義上所謂司法。民事刑事與其他裁判不同。民事刑事之目的。在私人違背法規而矯正之。其他裁判。在國家機關違反法規而矯正之是也。區別民事刑事之裁判。與其他行政裁判。此司法之由狹義言之也。自三權分立論以來。狹義上之司法與行政。互相獨立。不得相

侵矯正行政機關不法之行爲。其性質上雖屬於司法。而普通所謂司法。則由狹義言之也。日本憲法。以行政裁判所與司法裁判所相並立。亦即此義。蓋實言之。行政裁判者。固非司法也。

第三章 司法上之原則

司法權獨立之說。近代立憲國無不以爲共通之原則。日本憲法第五十七條至五十九條。亦有明文。此等原則中。其主要者。今列舉如左。

第一、司法權由法律行之是也。茲所謂法律者。謂行司法權之法規。其實質形式。均由法律以定也。而特謂之法律者。示與命令相區別。謂由法律行之。非由命令行之也。然此非如裁判所除成文之規則外。不得通用之意。行司法權之方法。以法律之規定爲準之意也。實質上如何之規則。始得適用。此另一問題。以非實質上不以法律不得通用之謂也。裁判所有適用法規之職務。然裁判所有審查法律命令之權與否。乃一問題。茲設爲三問如左。

(一) 裁判所有審查法律形式之權與否是也。法律者。由國務大臣之副署。而後公布。此

法律成立之大要件。由此點觀之。宜有審查之權。固無可疑。然法律果經國會之協贊與否。議論頗多。本書則主消極之說。蓋法律者。由元首之命令而公布。其對乎臣民之効力。在元首之裁可。前既已言之。故既得裁可而公布之法律。裁判官不得不適用之。而其事實上果經國會之協贊與否。可不必問。普國憲法云。法律命令。由法律所定之形式而公布者。均有遵由之効力。又奧國憲法云。裁判所者。非裁判正式公布之法律効力。此等之所以明定其主意者。不外避學說之紛更而已。此理論上可以推知者也。

(二) 裁判所有審查法律實質之權與否是也。日本憲法第五十七條云。司法權者。裁判所由法律行之。普國憲法第八十七條云。司法者。由獨立之裁判所。以國王之名行之。對照觀之。可以得其意矣。裁判官當裁判時。不得因其他官廳之命令。曲徇其法之解釋。蓋法律之權力。立於裁判官之上。故法律所定之解釋。裁判官亦受其羈束。故裁判官即以爲法律之實質。與憲法之規定相牴觸。亦不得不適用之。其間更無審查之地也。何也。意大利憲法曾明言之。法律之公正解釋。屬於立法權故也。

(三) 裁判所於命令之形式及其實質。有審查權與否是也。曰有何也。命令非法律。無羈束獨立裁判所之力也。惟緊急命令。有代法律特別之効力。故與法律同不得審查。其他普通命令。有特別之明文。禁止審查者。亦同此例云。

第二、裁判所之構成。以法律定之是也。此日本、奧國、白耳義、西班牙、荷蘭、意大利等憲法。自有明文。裁判所國權直接之機關。主持之非如行政之組織。有自治之制。又非如上古時代。於一種之私人。有裁判之特別權。此顯而易見者也。

第三、裁判官之資格。以法律定之是也。裁判官除受刑罰之宣告。及由懲戒條規。得懲戒處分者。無免職之事。此日本、普國、奧國等憲法。均有明文。蓋所以保護裁判官之獨立也。

第四、裁判時之對審判決。除有害於安寧秩序及風俗者。由法律及裁判所之判決停止外。均係公開。此亦日本及普奧諸國所明言者。所以證裁判之公平。而達司法之目的也。

國法學卷四（附錄）

論國家之聯合

以上三卷。就單一國家。論其組織作用。然世界國家之形體。非僅單一國家。如德意志帝國。北美合衆國等。與英國、法國、日本等單一國家不同。國家有與他國家聯合而成者。是謂國家之聯合。欲知世界各國之國體。國家聯合之法。不可不研究也。故特設一卷。附錄於此焉。國家聯合之法。雖非一例。由其原因區別之。可得三種。事實上之連結。國際法上之連結。及國法上之連結是也。茲分爲三篇說明之。

第三篇 事實上之連結

事實上之連結云者。由偶然之事實。二國以上有連結之形。與法學上所謂連結不同。此種連結。現今實有其例者。謂之身上連結。身上連結云者。二國以上之君主國。各由其國法。而偶然戴同一之君主。此非法律上之關係。故一國君位繼承法不同之時。所謂身上連結者。一代或數代後。可以解除。又一國或變更國法。如改新政體之類。身上連結亦自然解除。現今有實例者。惟白耳義與阿非利加之昆合間。有此關係。其他歷史上亦往往有之。譬如一

千八百三十七年前英國與哈拿排之關係。一千八百六十三年前丁抹與雪蘭司法、霍耳司登之關係。一千八百九十年前荷蘭與路克善白耳之關係。均此類也。

第二篇 國際法上之連結

國際法上之連結。由國際之條約而生者也。國家與國家。由條約而互有權利義務。其權利義務之目的相同者。即兩國以共同之目的。而行共同之政務。是之謂同盟。此等關係。大抵不過一時。國際法上之連結。有永遠繼續之性質者有二。一物體連結。二國家聯合是也。

第一章 物體連結

物體連結云者。謂二國以上。有共同統治機關之關係也。其最普通者。爲同一元首是也。如奧大利與匈牙利及瑞典與那威等是也。

物體連結之與身上連結異者。在基於條約之關係是也。由此條約。各國定一致之憲法。非憲法之變更。其連結不得解除焉。

第二章 國家聯合

國家聯合云者。各國國家行共同之政務。而永遠聯合是也。國家聯合之各國。仍不失國家

之性質。由國法上之關係言之。各國依然有最高權。最高權者。國家自設制限之外。不受其他制限之謂也。又國際上之關係。各國亦仍爲權利之主體。國家聯合。其對乎臣民。不得有直接之命令。國家聯合決定之事項。由各國法律命令發布後。始有効力。又國家聯合。國際上本非權利之主體。惟爲各國代表。有時得行國際上之法律行爲而已。國家聯合。現今各國。無此實例。徵之歷史。自一千七百八十一年至八十七年之合衆國。自一千八百十五年至四十八年之瑞士。及自一千八百十五年至六十六年之德意志。皆此類也。

第三篇 國法上之連結

國際法上之連結。單爲國家與國家之權利關係。非權利主體。又非權力主體。前既已述之。國際法上之連結者。非連結各國之外。由連結而生一新國家也。由連結而生一新國家者。是謂聯合國。如德意志帝國、北米合衆國、及瑞士等是也。

聯合國有最高權。蓋權力之主體也。聯合國之權力。其範圍之伸縮。由於憲法之改正。與國家連合。本乎條約而得各國之同意者不同。以連結由憲法而生故也。

聯合國國家者。於國際法上爲完全之權利主體。有宣戰、媾和及締結各種條約之權焉。

組織國家聯合之各國。有最高權。聯合國國家之各國反是。最高權惟聯合國國家有之。各國立於同一國家內最高權之下。而別無最高權。然雖無最高權。而仍不失爲國家也。然此等國家與其他之自治團體。其區別果何在。不明此區別。無由明聯合國國家各國之性質也。

地方自治體者。國家之機關也。自治體之事務。固自己之事務。而同時爲國家之事務也。國家以自治體爲機關。使行其政務之一部。聯合國國家之於各國。非無以之爲機關。而使之行一部之政務。然於範圍內之政務。各國非以聯合國國家之機關而時。單因自己之目的而行者也。自治體者。國家之機關也。其事務乃國家之事務也。故受國家之監督。至聯合內之各國。但使不越權限。其政務本爲各國之政務。非聯合國國家之政務也。故無受其監督之理。又自治體爲國家之機關。故性質上不能有無限之目的。若自治體以一切之政務。爲自己之政務。已非他人之機關矣。聯合內之各國。事實上由聯合國國家之權限。而有所制限。至本來之性質上固有無限之目的。故若聯合國國家察其政務時。各國不問其政務之目的如何。即可取以爲自己之政務也。要之聯合內之國家。專以自己之目的。而行其政務。此與其他團

體不同者也。此所以聯合內之各國。不失其爲國家也。

國法學卷四終

國法學 附錄

明治三十五年三月二十七日印刷
明治三十五年三月三十一日發行

定價七角五分

譯者兼發行者 章宗祥
日本東京市本郷區丸山福山町十五番地

發行所 譯書彙編社
日本東京市本郷區丸山福山町十五番地

印刷者 酒井平次郎
日本東京市淺草區黑舟町二十八番地

印刷所 東京並木活版所
日本東京市淺草區黑舟町二十八番地

發賣元 育材書塾
上海大東門內北城根

上海图书馆藏书



A541 212 0001 7655B

