

90-204

法學博士 美濃部 達吉 閱

立木 花村 俊 吉 譯

イェリ
ネツク
公權論

中央大學發行



原序

惟ふに獨逸帝國建設以來國法に關する著述の急速なる發達は驚くに堪へたる者あり。一朝にして系統的著作の汗牛充棟も嘗ならざるを見る。即ち帝國國法及ひ聯邦各國家の國法は其根本的説明に於て至れり盡せり。公法學は已に其終結を告げたるの感なきにあらす。從て新に學者のなすべき所は或は其從位たる事項に關し或は立法の進歩に伴うて生じたる新事項を提呈し得るに止るか如し。

然れども從位たる部分研究に關する著述を顧みれば寥々として誠に系統的研究のよつて立つ根本觀念の一定せざるもの甚多きを見む。而して此根本觀念の確定發見や至難なりと雖全力を盡して攻究せざるへからざるものたり。然らずんば終に

二
從來の問題の解決の期なからんか。惟ふに今日の公法學の如く其基本觀念の決定遅々たるものあらざるべし。此の缺點は特別問題の講究に於て殊に明なるを見るべし。何んとなれば特別問題の講究は根本觀念の研究を俟つて初めて明に、此問題解決せられて茲に全部の系統的概括的研究は完全なるを得べければなり。故に公法學の進歩は今日尙ほ特別問題の研究如何に懸り而かも此研究によつて得る所多かるべきなり。就中公權の研究に於て然り。今日に至る迄其根本的研究稀なりしは正に公法學の系統的全部組成の甚だ不正確なるを示すものにあらざるなきを得んや。

吾人は茲に其範圍の宏大にして其材料の困難なるに係らす此書を公にするに至りしは學理上の討究は此等根本問題に全力を注ぐべきものなりとの感想大に吾人を勵すものありしに由れるなり。

公權の錯綜せる根本問題の解決の至難にして且つ學理的に研究せらるゝの日甚淺く之に關する定説も解決と尙未だ信するに足らざるを想はしむ。從て初めて凡ての公權に就て統一的解決を試みんとするに當り多大の價值を本書に囑するは吾人の敢てせざる所なり。蓋し凡て形而上界に於ては不易の定理と稱せらるゝものもやがて改新を要する浮動的のものにして偏する所あるは免れざるの數なればなり。故に此種の攻究の價值は絶對的眞理として確定の實質を具ふる點に存せしめて寧ろ學理的知識の過程たるを得るにありとす。從て其遺す所の結果の如何よりは却て之に伴ふ向上的精力が此攻究の學理

上眞價を示すものといふへし。

予か此攻究は第一に獨逸法の根底に立つも亦聊か奥帝國及び瑞西聯邦の公法に於ける各種の觀念を引用するに吝ならざりし。予はまた之れに關する有數の著作を引用するに力めたりと雖可成所註の累積を避け議論ある問題の引證は其必要なる場合に限り殊に一般の法理論の説述に當りて之を力めたり。何となれば斯くの如くして始めて固有の立脚點の精細なる説明を一貫し得べく、また此問題を離れたる意見の論述は編整し易からざる材料の配列をして益々支離滅裂に終らしむへければなり。實に所論の明晰にして枝葉の討論の爲に斷續することなく説述の一貫せることは吾人の所見を最も有効に發表する所以の最大要件なりと信す。

此書の印刷中へーネルの獨逸國法第一卷ベルナチツクの共和國及君主國ウルブリツヒの奥帝國國法マルカアゼンの公法全書第二版中未だ出刊せられず爲に之を引證するを得ざりしも此書を剞劂に附せんとするの時クンチエ氏によりて共同行爲(Gesamtakt)なる一新觀念に接しぬ。是れ實に本書に於て吾人か法律的形式の研究に就て述へたる希望を優越なる方法によりて遂行せられたるものといふへし。

予は此喜悅を表する爲に此畏敬すへき學者、其名は獨逸法學上の不滅の光明として帝國に赫々たるへき斯人の爲に拙書を獻するの榮を庶幾ふものなり。若し氏の五十年祝典に捧呈する所あるを得は悦んで此書を以て感謝の恩に報いんと欲す。回顧すれば數百の同窓と共に維納大學の講筵に熱心氏の言を聽

きて遺漏なきを憂へ感奮氏の權利論に傾聽して心躍るを覺え
 じもの已に二十年の昔となりぬ。氏及其友ヨセフ、ウンガア氏
 并に維納の法科大学に薰陶を受けし諸學友に深く感謝して今
 日予が一生を法理の研究に委するに至りしもの諸君の力なり
 と信ず。殊に好意なる先覺者として有力なる助言者として氏
 は爾來予を庇護したまひしもの久し矣。此高恩に酬ゆるに予
 は此の鎖々たる表章を捧呈する外なきを見る。庶幾くは氏が
 此微衷を容れて獨語を用ふる凡ての大學が未曾有の熱誠を以
 て其感謝を叫ばむ氏の祝日の貢物の一たるを得ば幸なり。

一千八百九十八年

ハイデルベルヒ大學にて

ゲオルグ、エリネツク識

ネイェク
 公權論目次

總論

第一節	緒論	一
第二節	公法ノ問題	一〇
第三節	國家ノ法律上ノ性質	一六
第四節	個人ノ公權	五四
第五節	公權ト私權トノ區別	七〇
第六節	權利ト法ノ反射	九一
第七節	個人ノ公權ノ系統	一一一

各論

第一章 個人ノ權利

目次

一三〇
一三〇
一三〇

第八節 消極的身分 (Der negative Status) 即 自由狀態 (Status libertatis)	一三〇
第一、特典的 (Privilegieren) 消極身分	一四八
第二、消極的身分ノ縮少 (Minderung)	一五四
第九節 積極的身分 Der positive Status (公民 狀態) (Status civitatis)	一五八
第十節 主動的身分 Der aktive status (主動 的公民狀態) (Status der aktiven civität)	一八九
第一、一般的解說	一八九
第二、個人ノ主動的資格(參政權)	二〇六
第三、主動的身分ノ第三者ニ及ホス法律的反應	二六三
第四、主動的身分ノ遺形 (Rudimente)	二六五
第五、主動的身分ト臣民分限	二七〇

第二章 國家及團體ノ權利	二七二
第十一節 國家ノ公權	二七二
第十二節 國家ノ權利設定行爲	二八七
第十三節 國家機關ノ權利	三一六
第十四節 私人ノ國家高權行使	三四九
第十五節 私法上ノ團體ノ公權	三六三
第十六節 公法的團體ノ公權	三七三
第十七節 地方團體ノ公權	三九一
第十八節 國家聯結ノ分子ノ公權	四二〇
第一、聯合國家 (Reinheitsstaat) 又ハ聯邦	四二〇
第二、國家聯合	四三六
第三、物上聯合 (Die Realunion)	四三九

第十九節	國際團體ニ於ケル國家ノ權利	四四三
第三章	結論	四七二
第二十節	公權ノ發生消滅及ヒ變更	四七二
第一	公權ノ發生	四七二
第二	公權ノ消滅	四七六
第三	公權ノ變更	四九二
第二十一節	公權ノ法律上ノ保護	四九九

目次畢

公權論

法學博士 美濃部達吉 閱
 木村 銳一
 立花 俊吉 共譯



第一節 緒論

公法上ノ凡テノ問題中公權ノ性質ノ如キハ學理上ノ認識ヲ得ルコト最後レタルモノニ屬ス。

近世ノ國家ノ法律上ノ組織及觀念ヲ創メテ研究セント試ミタルハ自然法學ナリ。然レトモ此學派ハ權利ヲ以テ自由ト同一ナリトシ國家以前ニ存スル原始的ノモ

ノト思惟シ從テ國家ハ決シテ權利ヲ創設スルモノニアラス唯之ヲ承認シ之ヲ保護スル爲ニ存スル組織(Ausgabe)ナリトセリ。此ノ如キ觀察ノ下ニ於テハ公權ト私權トヲ嚴格ニ區別スルコト能ハス。蓋シ公權ヲ若シカク天賦ノ自由ト解センカ凡テノ公權ハ唯私權ノ從タルモノニ過キサレハナリ。仔細ニ此自然法學說ヲ攻究スルハ趣味アルコトナレトモ予輩ハ其一例トシテブラックストンヲ引證スルニ止メシ。氏ハロツクニヨリテ代表セラレタル英國ノ自然法學說ニ基キ其名著『英法註釋』ニ論スラク、個人ハ國家存在以前已ニ絶對ノ自由ヲ享有シ其國家ナル市民團體ニ入ルニ當テ『コノ高價ナル購買ノ對價』トシテ(as the price of so valuable a purchase)自己ノ自由ノ一部ヲ犧牲ニ供スルモノナリ。然レトモ個人ハ此團體内ニ在テ尙三大基本權ヲ留保ス、安全權、自由權、所有權之レナリ、就中最後ノ權利ハ國會ノ租稅承諾權ノ依テ生スル所以ナリ。且英國憲法ハ此等ノ基本權(Grundrecht)ノ外ニ從タル補助權(Hilfsrecht)ヲ認メテ以テ此等基本權ノ侵害ヲ防キ之カ確保ヲ謀レリ國會ノ參政權、王權ノ制限、法ノ保護ノ要求權、請願權ノ如キ即テ是レナリト。佛國革命以前ニ在テハ歐洲大陸殊ニ獨逸ニ於ケル人定法ニ關スル國法學ノ著書

ニ至リテモ其研究ノ對象ハ將ニ滅亡セントスル等族國家ニシテ個人ニ屬スル請求權ハ凡テ等族の特權ト看做サレタリシカ故ニ公權ノ根本的觀念カ完全ニ認識セラル、コト到底不可能タリシヤ明ナリ。殊ニ其所論ノ大部分ハ領主ノ權限ノ研究ニ止マリ、シカモ此權限ヲモ全ク私法的ニ觀念セリ。サレハ此等ノ學說ハ沿革的研究ニヨリ君主及國權ノ本質ノ國法上ノ觀念ノ發達ヲ知ル上ニ於テ興味アルモ未タ公權ノ性質ヲ明ニスルモノニアラサルナリ。公權ニ關スル見解ノ變遷ニ最モ重大ナル影響ヲ與ヘタリシモノハ佛國革命ナリ。佛國ノ最初ノ三憲法制定ノ發端タリシ「人權及國民權ノ宣言」(Déclaration des droits de l'homme et du citoyen)ハ國民ノ權利ノ全體ヲ列記シ、凡テノ法律ハ唯此等ノ一般的列記中ノ各種ノ權利ニ就キ其實行ノ詳細ナル規定タルニ過キストシ、而シテ國家自體モ亦ロツク、ブラックストン等自然法學者ノ論シタルカ如ク唯此等ノ權利ノ保護組織ニ過キスト爲シタリ(一)。

註(一) 人權及國民權宣言第二條ニ曰ク凡テノ政治社會ノ目的ハ人ノ天賦不可讓ノ權利ヲ保持スニアリ、此等ノ權利ハ自由所有權安全及壓制ニ對スル反抗ナリト

此人權主義ハ幾多ノ批難ヲ蒙ルト雖今日ニ至ル迄佛國ニ於ケル公權ノ觀念ノ基礎タリ(二)佛國行政法學ノ近時ノ發達ニ拘ハラス公權ノ觀念ニ就テノ新タナル研究ハ行ハレス國家ニ對スル個人ノ各種ノ權利官廳ノ權限ノ如キハ全ク其認メサル所ニシテ唯法アルヲ知リテ權利アルヲ知ラサルモノ、如シ(三)此ノ如キ公權ノ研究ノ欠缺ハ主トシテ佛國法學ノ性質ニ因ルモノナリ。蓋シ佛國ノ法學ハ法理哲學ノ抽象的空理ニ流ル、ニ非スンハ實務上ノ實用ノ爲ニスルモノニ過キスシテ現實ノ法律現象ニ學理的の研究ヲ試ミ之ヨリ原理原則ヲ釋スルカ如キハ其關知セサル所ナレハナリ。

- (二) 佛國法學ノ主義ハ臣民權ト參政權(Droits civils et droits politiques)トヲ區別シ後者中ニ個人ノ公權ニ該當スル各種ノ權利ヲ包含セシム而レドモ之レ人權及國民權ハ同一義ニシテ所謂憲法ニヨリテ保障セラレタル權利ニ外ナラズ、プロックノ「佛國行政字典」中「臣民權ト參政權」ノ項、ドビー「公法及行政法論」第二卷二百七十七頁以下、カバント「行政法論纂」第三版十九頁以下、マブクローゼン「公法全書」中「佛國國法」二十七頁以下
- (三) ホ、マイヤ「佛國行政法」百五十七頁以下、佛國學者ハ行政權ニ對スル保護セラル、個人ノ權利ニ就テ論ズル所アルモ例ヘハオーコックノ「行政法」ニ關スル意見「三段二百六十八頁公權ノ實質ノ系統的觀念上ニ何等ノ影響ヲ與ヘザリキ。

獨逸ノ法學モ亦十九世紀ノ前半期ニ於テハ專ラ佛國主義ノ影響ノ下ニ立テ、立憲

主義ニ基キテ組織ヲ改メタル獨逸諸邦モ皆佛國ノ鑿ニ倣ヒテ其憲法中ニ公權ヲ列記シタリ。佛國王政復古ヨリ第二共和時代ニ至ル迄シカク有勢ナリシ佛國思想ハ滔々トシテ獨逸ヲ風靡シ其人權主義ハ通説トシテ行ハル、ヲ見タリ。其間間々佛國革命及其國法上ノ結果ニ對シテ反抗セントスル思潮ナキニアラサリシモ通説以外ニ公權ニ就テ獨立ノ學說ヲ立テントスルモノナク寧ロ殆ント之ヲ等閑ニ附シタリ。スタールノ「國家論」ハ此種ノ著書ノ最著シキモノナルカ第二版ニ於テモ未タ臣民即被治者ノ公權ニ付テ特別ノ一章ヲ設クルコトナク僅ニ司法ト行政ノ限界ヲ論スル章中(四)ニ簡單ニシカモ臆スル所アルカ如ク論及セルアルノミ。一千八百十五年ヨリ一千八百五十年ニ至ル時期ノ間ニ此傳來思想ヲ脱シテ此問題ヲ一般的ニ詳論セルノ著書ハ一モ之アルナシ。

一千八百五十二年ニ至リテ始メテ公權ノ嚴格ナル法律的研究ヲ獨逸法學界ニ起セシハフオン、ゲルベルニシテ(五)個人ノ公權ノ範圍ヲ純然タル國法上ノ見地ヨリ詳細ニ研究シタルハ實ニ氏ニ始マレリ。素ヨリ其研究セシハ根本ノ觀念ニ止マリ細節ニ至リテハ論究セラレス、且此研究タル敢テ歴史的事實アリテ喚起セラレシ

ニアラス。蓋シ獨逸ニ於テハ立憲制度ノ成リシヤ日淺ク學理ハ全ク抽象觀念ノ論究ニ止マリ具體的法律現象ニ及ハス。就中行政裁判ニヨリテ公權ヲ保護スルノ途未タ備ハラサリシヲ以テ學問的思考ヲ要スル實際問題ハ起ラサリシナリ。而レトモゲルベルノ此論究ハ誠ニ國法學ノ上ニ一新時期ヲ劃セルモノタルヤ明ナリトス。

(四) 「法理哲學」第二卷第二章百三十三頁以下、第三版ニ至リテ始メテ百五十八頁以下ニ「權利ノ宣言ニ就テ」ノ一章ヲ設ク

(五) 「公權論」

之レヨリ以後ノ著書ニ於テハ公權ノ凡テノ問題ヲ新ニ詳細ニ研究スルモノナク國法及行政法ノ教科書ニ於テハ多少公權ノ觀念ヲ説明セサルナク公權ト私權トヲ區別シ一見之ヲ觀レハ此等ノ根本問題ニ付テノ學者ノ所說夙ニ一ニ歸セルカ如シト雖其重ナル著書ヲ一讀シタルモノハ直ニ根本的觀念ニ就テ各學者ノ意見ノ明晰ヲ欠キ紛擾ヲ極メ矛盾不完多キヲ見シ

就中公權ノ觀念ハ不確定ノ最甚シキモノニシテゲルベルノ思想中ニモ(六)既ニ論理的ニ推及スレハ臣民ノ公權ノ存在ニ疑ヲ容ルヘキモノアリ。獨逸帝國國法ニ

關スル重ナル著書ニシテ此點ノ論理的推及ヲ企テタルモノヲラバントノ「國法學」トナス。其第一版ニ於テ已ニ公權ノ區域ヲ狹メ、第二版ニ於テ此制限ヲ愈嚴ニセリ(七)カクノ如クシテ佛國思想ノ影響ト恐クハ又ゲルベル、ラバントノ學說ノ影響ノ下ニオットー、マエヤーハ公權ヲ最小ノ區域ニマテ狹メ(八)終ニホルンハックニ至リテハ毫モ自說ノ結果如何ニ顧慮スルコトナクシテ公權ヲ全ク法學上ノ現象ヨリ除キ去ルニ至レリ(九)(十)。

(六) ゲルベルノ第二著書「獨逸國法大綱」三版第十一節。

(七) 第一版五百四十六頁以下、第二版三百八頁以下

(八) 本書三頁註(一)參照

(九) 「普國國法論」第一卷二百六十八頁以下

(十) 個人ノ公權ノ否認ハ已ニゲルベル「新說年報」第二十二卷百十二頁、百十三頁、百十八頁、コラー「法律關係トシテノ訴訟」十三頁以下及「不完全ナル法理上ノ基礎ニ立テドモ」シニツペノ「權利ノ觀念」八十三頁以下ニ之ヲ見ル

然レトモ一方ニ於テハ一國ノ國法及行政法學者ハ公權ノ觀念ヲ以テ既明ノ事實トナシ、舊來ノ學說ヲ法學上確定ノモノトシテ其用語ヲ襲踏セルモノアリ。固ヨリ學術上ノ用語ハ不定ナルモノ多キモ全ク確定セルモノトシテ襲用セラル、モノ

少シトセス、唯根本問題及之ニ附屬スル數多ノ特殊問題ノ深遠ナル攻究ニ至テハ之ヲ從來ノ著述中ニ見ルヲ得ス、^{十二}隨テ殊ニ公法及公權ノ限界如何ニ就テモ學說未タ一致スルニ至ラサルナリ。

然レトモ此問題カ法學上如何ニ重要ナルカハ他ノ法學ヲ論シ又ハ之ニ其根據ヲ執レル幾多ノ著書、論文カ近時益公權ノ問題ニ接觸スルモノ多キヲ以テ之ヲ知ルヘシ、實ニ私權ノ對照タリ制限タルモノハ公權ニシテ、私權ハ之ニヨリテ制限セラレ之ト相關連ス。訴訟法ノ法理モ亦公權ノ存在及限界ノ問題^{十三}ニ關シテ活潑ナル論争ヲ起シ、刑法ト國法ト密接ナル關係ハ公權ノ本質ノ認識ヲ要求シ、特殊問題ノ獨立解釋ヲ促セリ。加之ギルケ^{十三}ニヨリテ研究セラレタル獨逸法上ノ組合法ノ法理ハ獨特ノ方法ヲ以テ國家ト國家内ノ團體人格トノ關係ヲ獨立ニ研究セントシ、寺院法學者ト雖其法ノ國家的ナルカ爲ノミナラス、寺院ノ組織及權力ノ頗ル國家ニ類スルアルカ故ニ公權ノ本質ノ研究ニ寄與スル所多シ。

(一) 比較的詳細ナル研究ヲナセルモノハエフ、エフ、マイヤー「行政法大綱四百三十八頁以下、フオ、ン、ザルツァイ」公權及行政訴訟百〇二頁以下四〇五頁以下マルクワレーセン「全書中ノ同氏ノ普通

行政法百十九頁以下、モ、レーニン「獨逸行政法」八頁以下

(二) 此限界ニ就テハリッパ「獨逸民事訴訟法」第一編第八頁ニ詳論セリ、尙公法雜誌「第四卷二百四十一頁」ブラツァークノ論文參照

(三) 本節ノ問題ニ最重要ナル關係アルハ其著組合論及判決例ナリ

近時ニ至リ數多ノ單行論文ハ公權ニ關スル幾多ノ論争中ヨリ一二ノ特殊問題ヲ執ヘテ論究ヲ試ムルモノアリ^四、此等ノ論著ハ何レモ多少新ナル研究ヲ開キタルモノナリト雖其仍テ立ツ所ノ根本問題ノ根本的多面的研究ノ必要ヲ益證明スルモノト云フヘシ。

事情斯ノ如クナルヲ以テ今日ニ當リ此根本問題ニ就テ學理的論究ヲナムハ頗ル切要ナルヲ見ル。予ハ本書ニ於テ此問題ヲ凡テノ方面ニ亘リテ解決セントス。管ニ個人ノ公權ノミナラス國家ノ内外ニ對スル權利及私法上竝ニ公法上ノ組合團體ノ權利ヲモ併論セン一言以テ之ヲ蔽ヘハ權利ノ側ヨリ觀察シタル公法全體ヲ論セントスルナリ。之ヲ譬フレハ權利ナル一組織ヲ公法ノ部ニ於テ橫斷シテ其綱目ノ各點ノ構造ヲ一目瞭然タラシメ其組織ノ性質ノ私法上ノ性質ト全ク異レル所以ヲ示スニアリ。

此種ノ研究ノ學理上ノ價值ハ上來述フル所ニヨリテモ明ナリ。然レトモ其實際上ノ價值モ亦等閑ニ附スヘキニアラス。公權ノ法律上ノ保障已ニ備ハリ又將ニ備ハラントスル時ニ當リテ其觀念其性質其現在及ビ將來ノ限界ヲ知ルハ極メテ重要ナルコトナリトス。

(一四) 後節ニ於テ之ヲ引用スベキモ就中ザイデル「一般國法學大綱」三十八頁以下リルブリッヒ「公權及行政訴訟ニ就テ」ダンツェル、フオン、コルン、スベルヒ、臣民ノ參政權「未完」フオン、ステンゲル「獨逸行政法字典」第二卷百七十七頁以下公法上ノ權利及義務」

第二節 公法ノ問題

凡テノ權利ハ法ノ存在ヲ前提トス。權利ハ法ニ依リテ始メテ設定承認セラレ多少ノ差コソアレ皆之ニヨリテ保護セラル、モノナリ。人間ノ「欲スルコト」「能フコト」「有スルコト」ハ之ニヨリテ自然ノ生活事實ヨリ進ンテ法律上ノ作用タリ状態タルニ至ルナリ。若シ權利ヲ以テ原始的ノモノトシ、權利アツテ茲ニ其適用及決定ノ法規發生スト考フルハ之レ事實ト法トヲ混同セル本末顛倒ノ論ニ過キサルヘシ。然レトモ權利アツテ而ル後之ヲ設定シ且之ヲ支配スル法規ノ存在ヲ認め得ルト

ナスノ論ハ歷史上或ハ可能ナリシナランモ、權利ヲ法ノ前提トシテ而モ此法規ニヨリテ權利ハ規定セラレタルモノナリトスルハ考ヘ得ラレサルナリ。

隨テ公權ノ存在ハ公法ヲ以テ根據トナサ、ルヘカラス。故ニ公權ノ研究ニ入ルニ先チ公法トハ何ヲイフカノ問題ヲ決セサルヘカラス。

此問題ニ對スル解答ハ甚タ容易ナルモノ、如ク常ニ人ノ稱スル所ニシテ又常ニ耳ニスル所ナル「公法トハ國家ノ組織及國家ノ人民ニ對スル關係ヲ定ムル法ナリ」トイフ定義ニヨリテ此問題ハ夙ニ解決シ終リタルモノ、如シ。

然レトモ此答ニ對シテ直ニ批評的疑問ヲ生スヘシ。曰ハク、果シテ然ラハ公法ハ全然之ヲ思考スルコトヲ得ヘキヤ。

私法ハ、國家ノ命令ニ、等シク服從スル對等ナル私人相互間ノ生活範圍ノ秩序ナリ。相互ニ權利ヲ有シ義務ヲ負フコトハ私法全部ニ通スルノ基礎タルモノナリ。

然レトモ國家ノ如キ團體的人格者即チ全部カ其分子タル個人ニ對シテ此ノ如キ相互的義務關係ニ立ツコトハ果シテ可能ナルカ。

此問題ハ國家内ノ團體人格ニ付テハ無條件ニ之ヲ肯定シ得、國家内ニ生存スル團

體カ命令ヲ爲シ又ハ時トシテハ權力ヲ以テ之ヲ強制スルコトヲ得ルハ皆國家ノ法規ニ依リテ認メラル、モノニシテ國家ハ唯相對的權力トシテ之ヲ承認スルノミ、從テ此團體ト其分子タル個人トカ相互的請求權ヲ有シ得ヘキコトハ國家法規ノ保障スル所ナリ。

之ニ反シテ國家自身ハ公法ノ制定者ナリ、最高主權國ニ在テハ國家ハ實ニ凡テノ法規ノ創造者ナリ、國家ハ自ラ自己ヲ制限シ自由ニ其法規ヲ定ムルモノニシテ自己以上ニ權力ノ存在ヲ認メサルナリ、從テ治者(國家)ノ請求權ト被治者(個人)ノ請求權トノ對等價值ヲ保障スヘキ力ナルモノ存スルコトナシ、若シ國家ノミ獨リ公法ノ制定者ナリトセハ臣民ノ國家ニ對スル請求權ハ當然存在スルコトヲ得サルヘク、個人ニシテ公權ヲ有スルコトヲ得トセハ個人モ亦公法ノ制定者タリトイフヲ得ヘクコ、ニ矛盾ノ感ナキ能ハサルヘシ、學者往々公權ノ存在ヲ否認スルハ明白ニ或ハ暗然ニ此根本思想ニ基クモノナリ。

然レトモ臣民ノ公權ヲ否認スルモノハ明ニ其結果ヲ自覺セサルモノナリ、ソモ凡テノ權利ハ權利主體相互ノ關係ナリ、從テ他ト關係ナク孤立セル權利主體ハ考ヘ得ヘカラサル概念ナリ、國家ト雖唯之ト相對スル權利主體アリテ初メテ自ラ權利ヲ有シ得、統治者ト被治者ノ二要素カ相互ニ權利義務ノ主體トシテ相對スルニヨリテコ、ニ事實上ノ權力關係カ法律上ノ關係タリ得ルナリ、彼奴隸制度ノ存セル時代ニ於ケル主人ト奴隸トノ關係ノ如キハ第三者ニ對シテ始メテ法律關係タルモノニシテ恰モ物ニ就テノ各人格者ノ關係ノ如シ、奴隸ニ對スル主人ノ權力ハ純然タル事實上ノ權力ニシテ、法律上人格者間ノ關係ニアラス從テ法律上ノ權力ノ存在スル理由ナシ。

此故ニ若シ個人ニシテ公權ヲ有スルコト無シトセハ公法モ亦全ク存在スルコトヲ得サルナリ、法カ一方ノ人格者ノミニ權利ヲ附與ストイフハ全ク無意味ナリ、統治者ト被治者トカ法律關係ノ當事者トシテ相對スルノ事實ニヨリテ始メテ一方ニ公法アリ他方ニ國家ノ權利アリ得ルナリ。

然レトモ公權ノ概念ノ重要ナルハ獨リ之ニ止マラス、若シ公權ニシテ存スルナクンハ私權モ亦存在スルコトヲ得ス、之レ尙後ニ詳論スヘキモ、凡テノ權利ノ承認、制定、保護及執行ハ法規ニ從テ行動スヘキ公法的組織ニ依ラスンハ爲シ得サルニ依

リテモ直ニ之ヲ知ルコトヲ得ヘシ。
加之若シ國家ニシテ權利ヲ有セスンハ國家ハ人格者ニ非ラス、外部ニ對シテモ權利主體タル能ハス、唯純然タル權力ノ主體ニ止マリ、從テ國際法ハ全然無意義ニ歸スヘシ。

此ノ故ニ公權ノ問題ハ即チ公法ノ存在如何ノ問題ナリ、從テ人類共同生活ノ學術上ノ最深遠ナル最困難ナル問題ノ一ニ屬ス。以下此著ノ研究ノ目的ハ即チ此問題ニ對スル積極的解答ヲ與ヘントスルニアリ。

以上ノ如ク余カ理由ノ説明ニ先チテ先ツ結論ヲ擧ケタルコトニハ多少ノ辨明ヲ要ス。凡テ科學的研究ハ純然タル認識以上ニ或ル事ヲ要求シ得ヘキカ。凡テノ傳來思想ハ全ク之ヲ否認シ去ルヲ敢テシ得ヘキカ。蓋シ「否定ハ肯定ヨリ強シ」ノ格言カ若シ適用セララルヘキ所アリトセハ其ハ形而上學ノ範圍内ニ於テナリ。否定論ヲナスモノハ肯定論者ニ比シテ常ニ利益ナル地位ニアリ何トナレハ肯定論者ノ根據トスル所ハ或程度以上ニ於テハ常ニ深ク推理シ得サル確信ノ事實タル無形上ノ根本智識ヲ存シ之ヲ學理的ニ適切ニ證明シ得サルヲ常トスレハナリ。國家學、法學

ニ於テモ亦此ノ如ク或ハ國際法、或ハ國法ノ全部或ハ少クモ公權ノ存在カ此ノ如クシテ單純ニ否認シ去ラル、ヲ見ルナリ。此種ノ否認說モ亦時ニハ眞面目ナル學理的研究ノ結果ニ出ツルコトアルヘシト雖モ世ニハ突然ナル破壞論者ノアリテ數代ノ經營ニナレル思想ノ建設ヲ獨斷的ニ破壞シ去ルヲ悦ブモノアリ。吾人ハ常ニ過去ノ大思想家ノ經營ニ懸ル智識ニ寂滅ヲ宣シテ揚々平凡ト無智ノ凱歌ヲ掲ケタルハ幾多ノ學者ノ名何レモ眞ニ忘却シ易キ名ヲ回想スルヲ得ヘシ。

此ノ如キ虛無的ノ思想ニ對シテハ人間界ノ事一トシテ絶對ニ前提ニ基カサルモノハ存在シ得サルコトヲ注意セサル可カラス。研究者自身ノ教育ノ内容已ニ自ラ自覺シ得サル其事業ノ前提ニアラヌヤ。凡テノ認識ハ認識者ノ異ルニヨリテ皆其方法ヲ異ニスルモノナリ。例ヘハ認識自體ハ鏡ニ生スル映像ニシテ認識者ハ其鏡ノ如シ。此映像ハ鏡ノ性質ニヨリテ變スヘク、鏡ナクンハ映像モ亦存セス。道德上社會上及法律上ノ問題ノ否認シ去ラル、モ亦多クノ場合ニ於テ人類ノ共同生存ニ對シテ適當ナル認識ヲ缺ケルニ基クモノアルナリ。

凡テ人事ニ關スル學問ハ宜シク建設的ナルコトヲ要ス。此學ハ否ムヘカラサル前

提ニ基イテ、全ク説明シ盡シ得サル人生ノ豐富ナル現象ノ認識ヲ其材料トス。ヨシ一旦此構成セラル、學的知識カ破滅シ去ラル、モ尙此知識ハ新ナル學說ノ爲ニ一層優レタル深ク且廣キ基礎ヲ立ツルノ地面タルヲ得ヘク、古クトモ尙ホ用ユルニ足ル建設材料タルヘク、始メヨリ凡テニ就テ絕對的創造ヲ企ツルハ痴人ノ夢ニ過キスト確信シテ可ナランカ。破壊ハ易ク建設ハ難シ、數世紀ヲ經來レル思想ヲ一舉ニシテ抹削シ去ラントスルハ自ラ其思想ヲ理解シ能ハサル者ノ事ナリ。

第三節 國家ノ法律上ノ性質

國家ノ觀念ノ正當ナル理會ハ實ニ凡テノ他ノ國法上ノ認識ノ依テ繋カル所ナリ而シテ此ノ國家ノ觀念ニ就テノ爭ハ近時ニ至リテモ尙其激シサヲ減セス。但シ此問題ニ對スル解答ハ始メヨリ其種類限ラレタルモノニシテ同一ノ見解同一ノ思想カ此爭論中繰返シ相對時シテ發表セラル、ヲ見ル、即チ或ハ之ヲ有機體ナリトシ、或ハ人格ナリトシ、或ハ統治ノ主體君主又ハ國民ナリトシ、或ハ統治ノ目的國民及領土ナリトシ、或ハ事實上又ハ法律上ノ狀態ナリトシ、或ハ法律關係ナリ

トシテ文明國民ノ通俗的又ハ學理的思想中ニ多少明瞭ニ印象セラル、ナリ(一)

註一 仔細ニ歴史的觀察ヲ遂ケレバ、政治的法律的其ノ他凡テノ形而上學ニ於ケル根本問題ハ此カ標型的ナル解答ノ數自ラ一定セルヲ見ン。學說ノ發達構成ハ此具象的標型ノ内部ニ於テナシ得ルコトニシテ標型ノ種類ヲ新ニ作ルガ如キ解決ハ認識發達ノ歴史中ニハ見ルコト少ク、唯極メテ稀ニ新標型ノ發現ズルコトアリ。之レ今日ノ聯邦國家ノ如キ歴史上特種ノ新形式ヲ構成スルモノタルノミ、而レトモ其標型ノ實體ハ種々ナリ。一方ニ於テハ觀察ノ目的物ノ位置ニヨリ、他方ニ於テハ研究者ノ素養ニヨリテ異ル。此問題ニ對シテハフツツテ意味深長ナル語ハ最モ適切ナルヘシ、曰ク、如何ナル哲學ヲ採用スルカハ其人ノ何人ナリヤニヨリテ異ルト。

既ニ久シクシテシカモ永ヘニ新ナル此論爭ハ其問題ノ範圍ヲ正解スルニアラスンハ止ムコトナカルヘシ。蓋シ國家ノ法律上ノ性質ヲ認識スルニ論理上及認識學上ノ條件カ明晰ニ認識セラレズ、法學ノ範圍ヲ他ノ學術ノ範圍ト混合セス、國法ノ基礎ノ研究終ニ不能ニ終レハナリ。凡テノ法學上ノ爭論ノ大部分カ止ム時ナキハ畢竟法學界ニ一ノカントナク法學上ノ判斷力ノ批判缺如スルカ故ナリ。法學ノ範圍内ニ於テハ問題ハ唯法律上如何ニ國家ヲ考フヘキカトイフニ外ナラス。從テ此解答ハ國家ノ凡テノ側ヨリ見タル觀念ヲ一定スヘキモノニアラス、又一定シ得ルモノニモアラス。蓋シ同一ノ物體ハ各種ノ認識ノ對象トナルヘク、其ノ得

タル結果ハ如何ニ異ナレリトモ必スシモ相矛盾セルニハ非ラス。此ヲ觀察スル見地ノ異ルニ從テ物體ノ認識ハ異ルヘク從テ一ノ側ヨリ觀察シ得タル結果ヲ以テ他ノ側ヨリスル觀察ノ基礎ト爲サハ已ニ大ナル誤リナリ。

一例ヲ舉ケテ之ヲ詳説セン。生理學者心理學者ハ樂曲ヲ永續的實在物トシテ認メス。誠ニ自然科學ノ見地ヨリセハ是唯外界ニ存スル空氣ノ振動ナリ、人類ノ内部ニ生スル音響ノ感覺ニ過キササルナリ、素ヨリ一個人ノ精神上ニ發生シタル音ノ結合ヲ樂譜ノ媒介ニヨリテ樂器上ニ他人之ヲ再現スヘク而シテ多數ノ樂手カ同時ニ斷續シテ奏スル音響ノ全體ハ複雜ナル心理作用ニヨリ聽者ノ聽覺上ニ統一セル一體トシテ覺得セラレ。而カモ此統一體ハ聽者ノ異ルニヨリ其才能ニヨリ其趣好ニヨリ各人皆異ルヘシ。此ノ如ク一樂曲ノ奏演ニヨリテ生シタル聽覺上ノ心理現象ヲ執ヘテ自然科學者、心理學者ハ各此ヲ説明セントス。而レトモ之レ樂曲ト稱セラル、感覺上眞實ナル、マタ學問的研究法ニヨリテ捕捉スヘキ無形物ノ存在ヲ説明スルモノニアラス。故ニ樂器及樂譜ニヨリテノ演奏以外ニ即チ「エーテル」又ハ空氣分子及其波動以外ニ此樂曲、(Symphonie)ナル名稱ヲ擔荷スルモノ、實在ヲ主張

スルモノハ之ヲ證明解答セサルヘカラス。審美的觀察ニ於テハ全ク之ト異ナリ、樂曲ナルモノハ享樂ノ目的物トシテ、否音樂的認識ノ目的物トシテ存スルナリ。一個人ニ發生シ數千人ニ同時ニ又ハ異時ニ反映スル心理的現象ヲ其觀察ノ實體トス。而カモンノ觀察ハ眞ナリ。何トナレハ美感ノ世界ノ眞理ハ科學認識ノ世界ノソレト全ク種類ヲ異ニスレハナリ。

g-moll 調ノ曲ハ樂的感得、樂的觀察ニ於テハ深遠強勢ナル實在ノ一物ナレト、凡テノ自然科學及心理學ハ之ヲ認識シ得サルナリ。此意味ニ於テラフ「エル、チチアン」ノ畫上ノ人物、セキスピア、ゲーテノ劇的人格ノ如キモ審美的認識ノ實在ノ目的物ナレトモ自然科學ノ見地ニ在テハ其物個々ノ實在ナク唯複雜ナル心理現象タリ。斯ノ如ク科學的認識界ト審美的感覺界トハ其範圍嚴然區別セラル、カ故ニ一ノ認識ノ結果ヲ以テ他ヲ推スハ大ナル誤謬ナリ。此ノ認識ノ二面ハ異レル見地ニ立チ異レル目的ノ爲ニ、同一ノ客觀的事實ヲ觀察シ知得スルモノナレハ其結果ハ時ニ矛盾アリ、マタ相同シキエトアルハ自然ノ結果ナリ。實驗科學者ヨリ見レハ美術家ノ作物ハ擬制 (Fictionen) ナリ。客觀界ニ一ノハムレットナク、フアウストナク、ミローノ

グ非スモナク、ラフアエルノアドンナモナク、ドン、ジュアンモエロイカモアラザルナリ。唯活字ト紙トアルノミ。彫塑セラレタル大理石ト色彩ヲ施シタル布片アルノミ。奇ナル符調ニ充チタル樂調表アルノミ。此等カ種々ナル事情ノ下ニ一定ノ心理現象ヲ引起スノミ。而カモ美術家ヨリ見レハ、美ノ世界ハ其心理的、物理的、根本感覺上ニ存スレトモ、自然科学ノ對象トシテハ存在シ得サルモノナルコトヲ知ラサル自然科学者ノ愚ナルヲ笑ハン。

法學ノ世界モ亦カ、ル實驗科學ノ認識ノヨク構成シ得ルモノニ非ス。法學ノ論スル所ハ人類ノ行爲ナリ其ノ實際生活ナリ、客觀的存在ヲ有スル物體ニアラスシテ、法學上固有ノ存在ヲ有スルモノナリ。實驗科學ヨリ見レハ法ハ一物體トシテモ物ノ性質トシテモ存在セス。唯個人ノ複雜ナル物的集合作用及相互ノ作用アルノミ。此等ノ結果トシテ一定ノ關係存スルノミ。而シテ此關係カ權利及法律上ノ各種ノ觀念ニ導クナリ。所有權トイヒ、占有トイヒ、地役トイヒ、質權トイヒ、賣買、貸借、又ハ婚姻、相續トイフハ皆把持シ得ヘク又ハ見ルコトヲ得ヘキ物又ハ性質ニ非スシテ容易ニ完全ニ認識シ難キ複雜ナル心理現象ノ關係ナルノミ。而シテ此心理的事實ハ

法學ノ基礎ニハ相違ナキモ此ヲ學問的ニ研究スルコトハ法學範圍ニ屬セス。法學ハ敢テ自然ノ存在ヲ認識セントセス、自然ノ法則ヲ證明セントセス、之レ亦其ナシ能ハサル所ナリ。唯人類ノ生活ヲ支配スル「何々スヘシ」トイフハ、人定ノ法則ヲ研究スルニアリ、「何々ナラサルヘカラス」トイフハ、必然ノ法則ハ其關スル所ニアラサルナリ。其研究ノ目的物ハ實在 (Concreta) ニアラスシテ、抽象 (Abstracta) ナリ、其ノ研究ニ屬スル觀念及ヒ法則ハ唯人類ノ實際生活ヲ知ルニ依リテノミ理解スルヲ得ヘシ。法學ノ世界ハ人間ノ目的及價值ノ世界ナリ、之レ唯人ノ主觀ニ於テノミ存在ヲ有スル區域ナリ。此主觀的區域ニ於ケル自然實在ノ現象ハ或ハ生物的及心理的研究ノ目的物タルヲ得ヘク、或ハ占斷的豫言ノ材料タルヲ得ヘク、而シテ此等凡テノ學ハ又各特異ナル研究ノ方法ヲ有ス、然レトモ此等ノ認識モ方法モ法學ノ採ラサル所ナリ。例ヘハ所有權ナル法系ヲ生スルニ至リシ自然の心理的經過ヲ説明スルハ法學ノ範圍ニアラス、法學ハ唯所有權ニ關スル凡テノ法則ヲ合セテ矛盾ナキ一體タラシムルカ爲ニハ如何ニ所有權ヲ思考スヘキカノ問題ニ答フルニアルノミ。從テ何カ所有權ナルカノ問題ニ非スシテ如何ニ之ヲ思考スヘキカノ問題カ法學上研究

ノ對象ナリ。此法系ニヨリテ規律セラレシ生活現象ノ經過ハ全ク歷史的、社會學的
 研究ノ對象ニシテ、自然ノ實在ノ事實ニシテ、抽象的思想ニヨリテ生スル法規ノ最
 早變更シ得サルモノニ屬ス。此ノ故ニ法學上ノ觀念ハ凡テ實在ヲ以テ目的トスル
 モノニ非ス。法學ノ區域ハ純然タル抽象界ナリ。其實在ノ現象ニ對スル關係ハ恰モ
 審美的感得ノ區域カ實驗科學的認識ノ範圍ニ對スル關係ノ如シ。法學ノ世界ハ
 抽象ノ世界ナリ。然レトモ擬制(空想)ノ世界ニアラス。抽象ハ外界内界ノ實在ノ現象
 ヲ基礎トナシ、擬制ハ之ニ反シテ自然ノ事實ニ基カスシテ空想ノ事實ニ基キ空想
 ヲ自然ト同一ナラシメントスルモノナリ。畧言スレハ抽象ハ事實ノ上ニ立チ、擬制
 ハ想像ノ上ニ立ツ。此二者ノ大ナル差別ノ不認知ハ國法上ノ基本觀念ヲ正解スル
 コト能ハサラシメタル一主因ナリ。(二)

(一) 此關係ヲ認メサルコトハ、近世國法ニ關スル著書中ノ無益ナル爭論ノ一大原因ニシテ、國家ノ
 自然的存在ヲ以テ其法的構成ノ基礎トナシ、國家ノ法的觀念ヲ其自然科學的認識ト一致セシメ
 ントスルカ如キ無益ノ企圖モ、亦皆之ニ原因ス。

(二) 法學ハ自然科學中數學ニ類ス。彼ハ抽象的ノ「大サ」ヲ以テ其目的トシ、此ハ抽象的意思關係ヲ以
 テ目的トス。シカモ點及線ハ實際ニ把持シ得サルニ係ラズ之ヲ否認スルモノナク、 $\sqrt{2}$ ハ實際ニ之
 ニ當ルモノナシト雖モ、之ヲ擬制ナリト云フモノナシ。

已ニ法學ノ抽象的世界ト實驗科學ノ客觀的世界トノ差異ヲ知ラハ、後者ノ研究法
 ヲ以テ前者ニ用フルノ不當ナルハ知ルヘキナリ。各學ノ研究法ノ混合ハ近時ノ學
 界ニ於ケル不徳ノ一ニシテ法學ノ上ニ自然科學的、實驗的、生物學的研究ヲ試ミ以
 テ破天荒ナル新發見ヲ爲スモノアリ、一方ニ於テハ國家ハ頭ヲ有セス、足ヲ有セサ
 ルカ故ニ人ニアラストシ、他方ニ於テハ國家ハ微菌、草木、禽獸、組合、會社ト等シク有
 機體ナル一大種族ニ屬スルモノナリトセラル。

然レトモ、此ノ如キ研究方法ノ混合ハ之ニ導クヘキ大ナル理由存ス、而シテ之レア
 ルカ爲ニ此混同ヲ避クルニ一層ノ注意ヲ要スルナリ。蓋シ法ハ人類ノ社會的作用
 トシテソノ法學的構成ノ研究ニ屬スル外、尙數多ノ學術ノ研究ノ下ニ屬ス。即チ社
 會學及史學ハ法ノ起原、法ノ社會的現象トシテノ發達、法ノ具體的構成ノ進化、法ノ
 經濟的、道德的國民的作用、其ノ國民生活ニ於ケル影響ヲ研究シ、法制史、比較法學、政
 治學、經濟學等ニ於テハ人類社會ノ客觀的歷史的存在ノ研究ニ要スル方法ヲ用キ
 テ此ヲ研究ス。然レトモ此等ノ學術ノ研究ハ(學說史的研究ナキ限り)法ノ理論的方
 面ニアラスシテ專ラソノ道德的、宗教的、政治的、經濟的原因及結果ニ在リ。固ヨリ法

學ハ唯純然タル理論ノミニヨリテ法ノ法學的性質ヲ完全ニ研究シ得ヘキニアラ
 ス如何ナル學ト雖モ他ノ學ノ助ヲ假ラスシテ完全ナルヲ得ヘキモノハアラス。研
 究者ノ見聞愈廣ク其智識愈多キニ從テ其專門ノ智識ノ愈々深遠確實ヲ來スハ明
 ナリ。故ニ法學者ノ研究ノ方法及結果ニ對シテモ法ニ關スル他ノ學術ノ智識ト思
 考トハ大ナル價值ヲ有ス。然レトモ他ノ學術ノ智識ヲ綜合シテ利用スルカ爲メニ
 研究範圍其ノモノマテモ混同スルコトナキヲ要ス。法學ハ法制史、經濟史、文化史及
 社會學ニ依テ助ケヲ受クルヲ要スルモ、之ニヨリテ其範圍ヲ侵サル、コトアルベ
 カラサルナリ(三)。

(三) 法學ノ獨立ニ就テハラバンド氏ノ著「獨乙帝國國法第二版第一卷」講義集十一頁十二頁ニ痛論
 セリ。然レドモ氏ハ法學者ノ研究ニ對スル他ノ學術ノ價值ヲ忘却シ去リタルガ如シ。法ノ歷史的
 原因及其各方面ニ對スル關係ヲ知ルハ法學構成上重要ナルコトニシテ法理學カ空論ニ終ラサ
 ルヲ得ルハ金ク之ニ仍ルナリ。

國家ノ法律上ノ性質ノ研究カ他ノ學術ニヨリテ助ヲ得ルコトノ多キハ一ノ重要
 ナル點ニ於テ其例證ヲ見ルコトヲ得ヘシ。歷史的研究ハ吾人ニ教フルニ國家ハ世
 界歷史上ノ一現象タルコトヲ以テス。國家モ亦社會的現象中ノ一普汎觀念ニ屬シ

特殊ノ國家ハ他ノ國家ト全ク異リタル特殊ノ性質ヲ有スルモノトシテ相對立ス
 ルモノニアラスシテ普通一般ノ觀念ニ屬スヘキ社會現象タリ。蓋シ人性自ラ普汎
 ノ性質アリ。人的關係ハ自ラ普汎ノ標型アリ此標型内ニ於テ特殊ノ異レル個體存
 スルノミ。凡テノ社會現象—經濟、法律、道德、宗教、言語等ニ就テ其内容ノ千態万様ナ
 ルニ係ラス自ラ一定ノ標型存スル如ク國家ニ就テモ亦然リ。國家ナル普汎觀念中
 ニ包含スル個々ノ特殊現象ハ自ラ一定ノ共通ノ要素ヲ有ス。故ニステルクノ如ク
 公法上ノ法律關係ハ私法上ノ關係ト異リテ各國皆特殊ナリトスルハ誤リナリ(三)。
 蓋シ各國民ノ生活異ナルアルニ尙私法關係ヲ支配スル共通ナル法制ノ存スル所
 以ハ各文明國民ノ根本思想相同シク各國家ノ組織ニモ亦相同シキモノアルカ故
 ナリ。故ニ國家學ニ於ケルカ如ク法學ニ於テモ亦其研究ノ基礎ヲ歷史的、具體的各
 國家ノ比較研究ヨリ得タル一般普汎觀念ニ置カサルヘカラサルナリ。アリストテ
 レスカ後人ノ希圖シ得サル巧妙ヲ以テ古代ノ國家ヲ研究スルニ當リ執リシ所ノ
 方法即チ國家的生活ノ全體ノ概括ヲ以テ研究ノ基礎トセシハ國家ニ關スル諸學
 ノ常ニ傲ハサルヘカラサル所ナリトス。プロイスカ「獨逸的國家組織」ヲ定メント欲

シタル獨特ノ企テモ亦同様ノ誤ニ出ツルモノナリ(四)此ノ如キハ猶佛國の倫理學、英國的解剖學ヲ作ラントスルト同一ナリ而ルニ氏ハ先ツ有機體ノ觀念ヲ以テ其論述ヲ初メ特ニ獨逸帝國ノ説明ニ重要ナリトセリ。然レトモ獨逸ノ國家ヲ以テ恰モ Real Ismen 等ノ如ク獨逸特有ノ法系トナサントシタル氏ノ謬見ハ却テ國家學ノ研究ノ功ニヨリテ理論的國法學ノ極端ナル誤謬ヲ防カサルヘカラサルコトヲ例證スルモノト云フヘシ。

(三)「公法ノ研究法ニ就テ」七十六頁

(四) 氏ノ著領土の結合トシテノ市町村團體、國家帝國中ニ組合法理ニ基キ獨逸國家組織ノ研究ヲ試ミタリ(九十九頁)而シテ獨逸法ニ基キテ獨逸國家ヲ認識スヘシトナシ、此歸納的研究法ノ結果ハ四百十八頁ニ於テ獨逸國家ヲ以テ國際法的組織ナリトスルニ至レリ。

予ハ是ヨリ進ンテ法律上如何ニ國家ヲ思考スヘキカノ問題ニ答ヘン。此解答ハ唯國家ノ觀念ノ一面ヲ觀察スルニ止マリ、凡テノ法律上ノ觀念ノ如ク人類ノ行爲ノ世界ニ固有ナル真理ニ達スルニアリ。國家其物ヲ認識シ實際界ヲ超越スル國家ノ本體ヲ研究スルカ如キハ法學ノ範圍ニアラスシテ、人類ノ共同生活ノ有形無形ノ根本ヲ研究スル國家學ノ範圍ニ屬ス。然レトモ法學上ノ觀念ニ於テモ其理論ノ根

據タルヘキモノハ學術上ノ用語ニ於テ國家ト稱セラル、人類團體ノ形體即チ一定ノ領土ニ定住シ統一ノ權力ニ依リテ支配セラル、國民ナラサルヘカラス。之レ歷史上爭フヘカラサル自然ノ事實タリ、此基礎ニ基キテ法學上ノ國家ノ研究ノ結果ハ次ノ如シ。

(一) 國家ハ領土ヲ基礎トセル人類ノ單一體ナリ。

單一體 (Einheit) ナル觀念ハ未タ之ヲ各方面ヨリ觀察詳論シタルモノナシト雖モ、此單一體ナル觀念中ニ綜合セラル、各種ノ個々ノ思想ヲ意識シ如何ニシテ此等カ綜合的一概念ヲ發生スルカヲ了知スルハ頗ル重要ナリ。

客觀的ニ之ヲ云ヘハ單一體トハ外界ニ於テハ空間ヲ占メ且不可分ナルモノ、ミヲ云フ。從テ科學的認識上嚴格ナル意味ニ於テ唯原子ノミ空間的單一體タリ。内界ニ於テハ單純ナル心理作用即チ一個ノ表象(知覺)一個ノ意思、一個ノ感情ノミカ意識上ノ不可分ノ作用トシテ單一體タルノミ。反之主觀的ノ單一體ニ至リテハ殆ント無數ナリ。即チ吾人ノ思想上ニ於テノミ思考セラル、單一體之ナリ。之ニ適應スル物體又ハ動作カ外界ニ實在スルコトナキモ可ナリ。場所ニ於テ時ニ於テ及ビ心裡

ニ於テ互ニ分離シタル數多ノ物ヲ吾人ノ意識上ニ綜合シテ一體トシテ思考スルナリ。就中絶エス經過スル所ノ時間ニ在テハ、唯吾人カ任意ニ之ヲ分割シテ一時間トイヒ、一ケ年ト云フカ如キ單一體ヲ思考スルノミ。即チ唯主觀的單一體存在シ得ルノミ。之ト同シク繼續スル同種ノ動作又ハ現象ノ一定時間相連續シ、他ト劃然區別セラル、モノヲ吾人ノ主觀ニ於テ單一體トシテ思考ス。例ヘハ演說散步、遊獵電光驟雨トイフカ如シ、連續セル空間ニ於テハ他ト區劃セラレテ見ユルモノヲモ、吾人ノ空間的見地ヨリ單一體トシテ思考ス、房室、二階住屋、道路、市府ノ如キ是ナリ。此ノ如ク吾人カ單一體トシテノ觀念ハ、アリストテレスノ所謂時間、空間動作ナル三單一體ヲ基礎トス。連續セサルモノモ一定ノ時ヲ隔テ、繰返シ發生スルモノ例ヘハ日曜春、急行列車トイフカ如キモ實際生活ニ於テ吾人之ヲ一體トシテ思考ス。凡テ全部ナル範疇ハ之ヲ概括シテ單一體ナル範疇ニヨリテ言ヒ表ハシ得ヘキナリ。此ノ如ク共通ノ標準ニヨリテ多數ヲ主觀的ニ綜合シテ一體トスルノ觀念即チ論理的單一體ヨリ一步ヲ進ムレハ茲ニ形式的單一體ナル一大區域ニ來ルナリ。形式ハ實ニ其内容ノ常ニ交替スルニモ係ラス單一體トシテ思考セシムルナリ。ライン

ノ水ハ滔々トシテ逝キ今ノ水昨ノ水ニアラス、ソノ淵瀬亦變リテ常ナシ、シカモ尙同一河川ト思考セラル。聯隊ハ一人タモ其創立時期ヨリ殘存セルモノナキニ拘ハラス、其百年祭ヲ舉行ス。是レ其内容タル個人ノ交替ニ拘ハラズ、或ル形式的標準カ不變ニシテ存續スレハナリ。此形式の單一體中ノ最著シキモノハ目的ナル範疇ヲ當倅ムルニヨリテ單一體トシテ思考セラル、モノナリ、就中有機體ハ(カント)カ最モ痛切ニ論シタルカ如ク(五)内部ノ目的ノ同一ナルニヨリテ時ヲ異ニセル各個體ヲ綜合シテ思考セラル、單一體ナリ。故ニ吾人ハ假令形態ト材料トハ變化スルトモ、空間的、時間的ニ存續スル自然物ガ同一ノ目的ニヨリテ支配セラル、限リハ單一體ト思考ス。例ヘバ萌芽ト喬木、毛蟲ト蝶、小兒ト老人トハ其間ニ存スル自然ノ目的ノ一ナルニヨリ其一生ノ變化ヲ通ジテ一個體ト見做サル、ニアラズヤ。病ノ爲ニ其意識ノ連續ヲ欠グル狂者ト雖モ尙其自然ニ存在セル目的ノ要素ノ前後同シキニヨツテ同一人ト見做サル、ニアラズヤ。

(五)「理性ノ批判」六十四、六十五項

此ノ如ク物及人ガ其ノ人類ノ目的ニ對スル關係ニ因リテ綜合シテ思考セラル、

コトハ實際生活ニ於テ隨テ法律上ニ於テ最大ナル影響ヲ有スルモノナリ、固ヨリ之ト同時ニ尙或ハ場所ノ區別ニ依リ或ハ性質ノ差異ニ依ル分類主義ノ影響ヲモ認ムルヲ得ヘシト雖モ是ハ從タルモノニ過キズ。此故ニ例ヘバ外界ノ物體ニシテ一個ノ目的ノ爲ニ又ハ連續シ若クハ類似セル一團ノ目的ノ爲ニ用キラル、時ハ實際上一物トシテ思考セラル。法學上ノ物ノ觀念ハ外界ト人類ノ目的トヲ結附クルニヨリテ始メテ生ジ(七)隨テ同一ノ物體モ種々ノ目的ニ用キラル、ニヨリテ種々ノ物トシテ思考セラル(七)之ニ反シテ人類ノ目的ニ直接ニ任意ニ供シ得サルモノハ法學上ノ物ニアラサルナリ、天體ノ如キ之レナリ(八)故ニ目的ハ實體上分離セル物體ヲ一物ニ綜合ス之レ即チ *Unitas rerum distantium* 場所ヲ異ニセル物(九)的單一體ナリ。實ニ此性質ノ物ハ目的ニ依テ始メテ知得シ得ベク、目的ニ依テ始メテ定義シ得ヘキナリ。自然科學ヨリ見レバ世ニ机モナク、椅子モナク、家モナク、唯木材、石材、金屬アルノミ。此等ノ材料ヲ一定ノ形體ニ綜合セル目的ヲ知ルニ及ンデ始メテ實際世界ニ於ケル此等ノ机、椅子、家屋ノ性質明ナルナリ。獨リ勞力ノ生産物即チ其目的ガ始メヨリ定マレルモノノミナラズ自然ノ供給スル物モ亦人類ニ對シテハ、其目的

的ニヨリテノミ其意味アルナリ。人類ノ目的ニ對スル關係ニヨリテノミコ、ニ價值存シ且法的生活ニ於テ物ノ價值ノ高下存シ得ルナリ。自然物タル馬其物が法律上ノ取引ノ目的物タルニ非ズシテ乗用又ハ荷車用ノ動物トシテ其目的物タルナリ。人類ノ目的ニ全ク適セサル自然物ハ終ニ物ノ中ニ列シ得サルナリ。即チ毒菌、蠅、蟻ノ如キハ物ニアラス、唯他ノ自然物ト配合シ或ハ特ニ變化ヲ加ヘテ人類ノ目的ニ連結セラル、ニ及ンテ始メテ物タルヲ得ルナリ。人類ノ行爲ニ至リテモ亦其目的ニヨリテノミ始メテ法律上ニ一體ト見做サル。法律行爲又ハ不法行爲ノ單一體ト思考セラレ、又ハ法律上之ヲ單一體ト看做シ之ヲ裁判スルハ唯其ノ目的ノ單一ナルニヨルモノニシテ之カ爲ニ時間ニ於テ相隔リタル多數ノ行爲カ一體トシテ綜合セラル、ナリ。極言スレハ、目的ノ範疇ノ適用ナク、ハ人類ノ意志發動ニ意義ヲ附シ秩序ヲ立ツルコトハ到底不可能ナリ。

(六) 此關係ヲ明白ニ論シタル法學上ノ著書存セス。フイッテンクハ「私法雜誌」四十八卷三頁ニ於テ論シテ曰ク「物ノ發生消滅ノ觀念ハ、自然科學上ノ觀念ニアラス。純然タル心理學上ノ觀念ナリ、カクノ如ク謂ハハ人ハ或ハ其音ノ奇ナルニ驚カンモ實際物ニ關スル凡テノ觀念ハ純粹ナル心理學上ノ觀念ニ過キサルナリ。」ト

(七) 自然物ヨリ物ニ轉換スルコトニ就テハ爭論アリ予カ法律命令論百九十三頁ニ物ノ觀念就ニテノ觀察ニ對シテセリグマン氏ハ「國家ノ法律及契約ノ原理」第二卷百五十二頁ニ於テ駁論ヲ試ミタリ。然レドモ種々ナル關係ニヨリテ同一物體カ數多ノ物トナルハ日常ノ法律ノ適用上ニ起ル所ノ事實ニシテ小刀ハ時ニ手道具トナリ時ニ武器トナリ山毛櫨ハ其實質ヲ變スルコトナク單ニ目的ノ變更ノミニヨリテ建築材タリ薪タリ金剛石ハ裝飾品タリ道具タリ。ブランデー酒ハ飲料タリ藥品タリ。シカノミナス、目的ノ變更ト共ニ物體ノ法律上ノ適用ノ形式ヲモ變ズ。即チ同一物ノ貿易ニシテ唯目的ノ變更ノ爲ニ或ハ從物トナリ或ハ質權ノ目的トナリ得サル物トナリ或ハ關稅免除物トナリ或ハ戰時禁制品トナル。

(八) ベツカ「近時羅馬普通法論」第一卷二百八十七頁參照。

多數人類モ亦目的ノ之ヲ連結スルニヨリテ一體トシテ思考セラル。一定ノ目的ニヨリテ働ク作用ノ其性質ヲ同ウシテ且連續セルコトカ其作用ヲナス者ヲ單一體トシテ思考セシムルナリ。コヽニ於テカ場所ヲ異ニセル物の單一體ト相對シテ時ヲ異ニセル人の單一體 (Unitas personarum succedentium) ノ存在ヲ見ルナリ。例ヘハ商店ハ其持主ヲ變スルモ尙第三者ニ對シテハ單一體タリ、裁判所、大臣、君主ハ其任ニ當ル人ハ死スルトモ尙國家ノ作用ニ關シテハ不死ノ機關ナリ、是レ毫モ擬制ニアラスシテ猶ホ司令官ノ門前ノ守衛兵カ其任ニ當レル人ハ二時間毎ニ交代スルモ、尙間斷ナク立テリト看做スコトノ擬制ニアラサルカ如シ。

之ト同ジク又時ヲ同ウシテ存在セル多數ノ個人モ亦共同ノ目的ニ依リテ結合スルニ依リ一體ト看做サル。集會、家族、組合、及會社ハ此種ノ目的ニ基ク法學上ノ單一體ナリ。其ノ之ヲ結合スル目的ノ愈々密ニシテ愈々永續的ナルニ從ヒテ其單一體タル觀念愈々固シ。然レトモ自然科學ノ見地ヨリセバ唯多數ノ個人アルノミ、唯此等カ相互ニ種々ナル關係ニヨリテ種々ノ状態ヲ引起スアルノミ、此ノ如キ認識ハ實際生活ニ於テモ又徹頭徹尾實際的ナル法律ニ於テモ何等ノ實際的價值ナク、人類ノ目的ノ意識カ之ヲ單一體ナリトスルコトハ此ノ如キ意識ニ依リテ寸毫モ妨ケラル、コトナキナリ。予ガ疑ニ吾人ハ目的及價值ノ世界ニ生活スルモノニシテ此世界ニ於テハ絶對的ノ認識ハ不可能ニシテ又其必要モナシト言ヘルハ即チ此意義ヲ表ハセルナリ。

(九) 「法律及命令論」百九十四頁

國家モ亦法學上ノ觀念ニ於テ單一體タルコトハ以上論スル所ニヨリ明ナルベシ之ヲシテ單一體タラシムルノ根據ハ第一ニ物質的ナリ。即チ國家ハ地球表面ノ限キラレタル一部ノ上ニ存ス。此限キラレタル領土上ニ生活スル人類ハ相互ニ繋聯

シ唯永續的ノ制度ニヨリテノミ處理シ得ヘキ共同永續且單一ナル目的ニ隨フ。此永續的目的ノアルカ故ニ己ニ吾人ノ實際的思想ニ於テハ、國家ハ其ノ之ヲ組成スル人類ノ變換ニ係ラス、目的上ノ單一體トシテ現ハル、ナリ。茲ニ於テカ此目的ヲ行フ所ノ國權モ亦此ノ思想ニ基キ單一永續的ノモノト看做サレ、此ノ作用ヲ行フ人ハ時ヲ追フテ變替スルモ尙單一體ト思考セラル。此ク國權ヲ以テ單一體ト看做スコトハ凡テノ法學上ノ擬制ヲ排除シ得タリトシテ自ラ誇稱セル實驗法學派ノ國法學者モ尙爲ス所ニシテ、彼等ノ以テ、統治者ト爲ス所ハ現實ニ統治セル人ヲ云フニ非スシテ實ハ抽象的ナル統治人格 (Herrscher persöhnlichkeit) ニ外ナラス。統治ノ狀態ノ單一ナルコトモ亦彼等ノ認メサル能ハサル所ナリト雖モ是レ又思想ノ働ノ結果ニ外ナラス而シテ此ノ如キハ純然ナル容觀的ノ認識ニ依リテ得ラル可キモノニ非ラサルハ明瞭ナリ(一〇)

(一〇) 最モ新シキ形式ヲ執リテ統治者說(國家無人格說ヲ首唱セルザイデルハ其著一般國家學大綱)一頁以下及「巴國國法」二卷三百五十二頁以下ニ於テ、國家ノ意思ナルモノハ實在セズ、唯具體的統治者意思アルノミト主張セリ。然レドモ如何ニシテ統治者ノ意思ナルモノカ個人ヨリ個人ニ繼承シテ連續シ得ルカ、常ニ交替スル人類ニヨリテ成立スル國家ノ永久同一ナルコトハ何ニヨ

リテ説明シ得ルカ、此ノ疑問ニ對シテザイデルハ答フルコトヲ得サルヘシ、而カモ此問題ヲ放棄スルヲ得サルナリ。

蓋シ實際ノ結果如何ヲ考慮セスシテ純然タル客觀的觀察ノミニ從ハンカ。是レ吾人ノ實際世界ヲ離レテ多數ノ生存者ヲノミ認識スルモノナレバ、終ニ國家ナル單一體ノ存スヘキ筈ナシ。國家トハ唯單一多數心理ノ現象ノ集合ニ過キス。此大數心理現象タルヤ其間相連續シ相互ニ因果關係ヲ保ツト雖モ、單一體トシテノ繼續ナク、絶エズ交迭スル人類ノ多數ノ間ニ起ルモノニシテ、此ノ如キハ國家ヲ其ノ原素ニ分析シタル研究ニ過キササルナリ(一一)己ニ國家ノ本質ヲ統治ノ狀態又ハ關係ナリトスルコトハ實驗國家學說ニ於テハ許スヘカラサルコトナリ。何トナレバ統治者モ被治者モ常ニ交迭スルモノナルガ故ニ二者ノ關係ヲ單一ナリトスルハ唯主觀ニ於テノミ存シ得ヘク、既ニ實驗ノ範圍ヲ超越スルモノナレハナリ(一二)故ニ國家ノ性質ニ關スル實驗學派ノ研究ヲ若シ完全ニ論理的ニ推理スレハ國家トハ數多ノ狀態ノ集合ニシテ言ヒ換フレハ人類相互ノ關係ニ付テ起レル分析シ難キ幾多ノ事實ヲ主觀的ニ縮少シタル概念ニ外ナラサルニ至ルヘシ然レドモ法學者ニ

シテ若シ自ラ其研究ノ範圍ヲ知ラハ、此ノ如ク深ク推究シテ自ラ苦ムノ要ナク、ヒ
タスラ主觀界即チ法律的生活ノ存スル所、科學的認識ノ支配ニ屬セスシテ實際的
行爲ノ支配スル所ニ其研究ヲ止ムヘシ。單一體ハ唯此ノ主觀界ニ於テ創造セラレ
認識セラル、斯ニシテ實驗科學的推論ニ對シテ其ノ單一體タル性質ヲ證明スル
ヲ要セザルナリ。

(一) リンダ氏ハ其著「一般國家學ノ實驗的研究」ニ於テ此事實ヲ其國家論ノ根據トシテ論述セル
カ、カ、ル出發點ヨリ國法上ノ問題ヲ解決セシカハ勢ヒ曲解、暴論、矛盾ニ陥リ終ニ法學上ノ法則
ヲ實驗科學ニヨリテ發見スルコトノ不可能ナルヲ知ルニ至レリ。唯其中ニ存スル批評ハ頗ル深
刻ニシテ適切、永ク其弊價ヲ維持スルニ足ル。然レド終ニ吾人ハココニ其スビノザノ有名ナル語
("Verm. Index sui et falsi")ヲ繰返サ、ルヲ得サルナリ。尙氏ノ所說ニ就テハ「公法雜誌」四卷百六十三
頁以下プロイス氏ノ駁論、及グリュンフーフトノ「公私法雜誌」第十八卷五百三十頁以下テツテル氏
ノ論文參照。

(二) リンダ氏ハ前掲書百十六頁ニ於テ各時代ヲ通シテ國家ノ同一且單一ナルコトヲ否認シ且
永續的國家制度ナルモノヲ法學上ニ認ムルコトヲモ否認セリ。猶プロイスノ前掲論文百六十六
頁六十七頁參照。

(二) 國家ハ人格ヲ有ス。人格 (Personlichkeit) 又ハ人トハ權利ノ主體タリ得ルノ能力
即チ權利能力 (Rechtsfähigkeit) ヲ云フ。人格ハ物質界ニ屬セス、從テ客觀的存在ヲ有ス

ルモノニアラスシテ、一ノ主體カ他ノ主體及法ノ秩序ニ對スル關係ナリ。常ニ法ニ
ヨリテ與ヘラル、モノニシテ自然ニ存スルモノニアラス。凡テノ人類ヲ權利主體
ト認ムルコトハ數千年來ノ沿革ニ依リテ認メラレタル道德上ノ要求ナルカ、歴史
ハ此要求ニ從ハサル法序ノ存在モ亦可能ナルコトノ悲ムヘキ教訓ヲ與ヘタリ。奴
隸ハ自然ノ意思能力ヲ存スルモ、權利能力ヲ有セザリキ。權利能力トハ個人ヲ保護
スル、法規ヲ自己ノ利益ノ爲ニ發動セシメ、得ヘキ力ナリ。此力タルヤ其性質上自然
的有機的作用ニヨリテ生セス、人爲ヲ以テ與ヘラレタル能力ナリ。故ニ自然ノ人格
ナク法律上ノ人格アルノミニ。自然ノ人ナル名稱ハ其レ自身ニ於テ既ニ矛盾ヲ包
含ス、自然ニ存スルモノハ唯實體及其作用ノミ。而シテ人 (Person) トハ既ニ述ヘタル
カ如ク唯心裡ニ於テ思考シ得ヘキ抽象的ノ關係ナレハナリ。此ノ故ニ人格ハ繼續
的關係ニ立ツ多數ノ人類アルコトヲ前提トス。而シテ此ノ關係ノ繼續的ナルコト
ハ其人類ヲ共同羈束スヘキ確定セル法序ニヨリテ保障セラレサルヘカラス。而シ
テ此法序ニ依リテ多數ノ人類カ合シテ單一體タルコト前ニ述ヘタルカ如シ、從テ
各個ノ人格ハ共同體ノ基礎ニアラスシテ其結果ナリ。プリストーテレスカ國家ト

人類トノ關係ニ就テ「國家ハ人ヨリ以前ニ存ス」(一四)トイヒシカ之レ直ニ探テ以テ共同團體ト權利主體トノ關係ニ適用シ得ヘシ。共同體ヲ一ノ假想トシ個人ヲ以テ原始的ナル權利主體ト認ムルハ是レ一體ノ間ニ存スル精神的連鎖ヲ滅シテ後部分ヲ探ラントスルモノナリ。

(一三) 此久シク認メラレタル思想ハ近時ノ著書ニ於テ益々明白トナレリ。ギルケノ「組合法論」プロイスノ市町村國家及帝國「百三十七頁モイラー」ノ「神聖物ノ觀念及其所有權者」第一卷七十四頁アルンブルヒノ「パンテクテン」第二版第一卷百三十六頁ラバンド「國法學」第一卷七十八頁公法雜誌第五卷二百三十六頁以下ベルナチンクノ「法人ノ觀念ニ就テノ批評的研究」グリエンノ「トノ雜誌」十八卷七頁以下、ブルグハートノ論文「法人論參照」。

(一四) 「政治論」第一卷千二百三十五頁。

凡テノ權利主體ハ其法益ヲ主張シ得ヘキ意思ヲ有セサルヘカラス。果シテ然ラハ國家ハ權利主體タルヲ得サルカ。何處ヨリ國家ハ之ニ必要ナル意思ヲ有シ得ルカ。凡テ意思ハ人間ノ意思ナルカ故ニ國家ハ意思能力ヲ有セサルカ如シ。唯國家ハ恰モ無能力者カ他ノ意思能力者ニヨリテ其權利ヲ行使シ得ルト同シク唯代理ニヨリテ其意思ヲ主張シ得ルノミ。故ニ國家ノ意思ハ其實個人ノ意思ニシテ、個人ノ意思ハ法ノ規定ニヨリテ此意思者ノ背後ニ立ツ一個ノ存在物即チ國家ナルモノ、

意思トセラル、ナリ。必然ニ國家ノ意思タルニアラサルナリ。サレハ國家ハ自己固有ノ力ヲ以テ何レノ方面ニモ意思ヲ主張シ得サルカ故ニ一ノ假想タリ擬制タルカ如シ。

然レトモ事實ハ此ノ如クナラス。國家ノ意思ハ決シテ擬制ニアラス。永續的統一の共同目的ヲ共同ノ力ニヨリテ遂行スル人類ノ多數ヲ單一體ト思考スルト同一ノ思想ハ其必然ノ結果トシテ又國家ノ意思アルトヲ認メサルヲ得サルナリ。此ノ點ニ於テハ國家ハ唯集合的人格ノ一例ニ過キス。苟モ實際的思想ニ於テ多數人類ノ單一體ノ存在ヲ認ムル以上ハ其單一體ハ其目的ニシテ永續統一且共同的ナル限リ、此ノ目的ヲ遂行スル所ノ意思ヲ以テ直ニ自己ノ固有ノ意思トナスヘキナリ。即チ多數ヲ綜合シテ一體トナスト同一ノ思想ハ其必然ノ結果トシテ其目的ヲ遂行セントスル永續的意思ヲ以テ管ニ心理上此ノ意志ヲ發表スル者ノ意思タルノミナラス又其單一體ノ意思ト思考セシムルナリ。

此故ニ團體ナル單一體ノ目的ヲ遂行スル團體員ノ意思ハ此團體ヲ觀察スル方面ノ異ルニ依リテ二重ノ性質ヲ有ス。即チ物質的自然界ニ於テハ其意思ハ此ヲ發動

スル個人ノ意思ナリ、抽象的法學界ニ於テハ團體ノ意思ナリ。法學上ヨリ之ヲ見レハ其意思ヲ發動スル個人ハ其團體ノ意思機關ナリ。而シテ意思機關ハ無能力者カ他ノ能力者ニヨリテ代理セラル、如キ意義ニ於テ團體ヲ代理スルモノニアラス、寧ロ團體ノ各員ノ能力ハ團體ノ能力ナルカ如ク意思機關ハ團體其物ナリ、代理者ト被代理者トハ常ニ二個ノ別々ノ人格者ナリ。團體ト機關トハ之ニ反シテ互ニ獨立ナルモノニアラス、機關ハ團體ノ不可缺ノ要素ナリ、代理者ノ背後ニハ常ニ他ノ人格アリ、機關ノ背後ニハ何者モ存セス。

個人ノ意思ヲ以テ共同體ノ意思トナスコトハ苟モ人類ノ多數カ共同ノ目的ニヨリテ一體トナル場合ニハ吾人ノ實際的ノ思想ニ於テモ常ニ之アラサルナク、隨テ其ノ根據ニ據テハ法カ之ヲ承認スルコト、ハ全ク無關係ナリ。サレハ盜賊隊、禁犯組合モ亦適法ノ組合ノ如ク意思能力ヲ有シ、潛位者ト雖亦適法ノ君主ノ如ク國家ノ意思機關ナリ。然レトモ此事實上ノ意思機關カ法律上ノ機關トナルハ法ノ規定ニヨルナリ、即チ法ト關係ナク、既ニ人的團體ノ内部ノ生活ノ秩序ノ中心トシテ存シタル機關カ法ニ依リ、法律上ノ機關トシテ承認セラル、ナリ。

加之法ノ規定ハ又同様ナル機關ヲ新ニ作成シ又ハ指定スルコトヲ得、就中團體カ個人ノ意思ヲ直接ニ其意思トセスシテ人類ノ多數ノ意思ヲ統一シテ其意思トナス場合ニハ必ス法ノ規定ヲ要ス(一五)。

(一五) 法人ハ假想ナリトシテ其存在ヲ否認スル論者ハ多數決ノ意思代理ニヨル意思ノ可能ヲ許ス時已ニ其根本ニ於テ一ノ擬制アルコトヲ知ラサルモノナリ。物質的實在界ニ於テハ多數ノ意思ヲ綜合シテ一意思トナシ得サルノミナラス、多數ノ意思ヲ合セ加フルコトモ能ハサルナリ。一人ノ意思ハ決シテ他人ノ爲メニ欲スルコトヲ得サルナリ。多數ノ意思ノ關係及之ヲ支配スル法規ハ全ク人類ノ實際界ニ屬スル事ナリ。然ルニ反對論者ハ物ノ關係ナラデソノ實在ノ上ニ代理ノ理論ヲ適用セント試ムルモノナリ。

此ノ如ク法ノ規定カ個人ノ意思ニ就テナシ得ル轉換ハ其研究日淺シト雖實ニ法學上ノ根本觀念ヲ確定スル爲ニ必要ナル研究ノ題目ナリ。法ノ規定ハ個人ノ意思カ物質的ニ消滅セル後猶反對ノ意思ノ之ヲ廢罷セサル限り其力ヲ存續セシム。甚シキハ個人ハ已ニ死セルニ或ハ遺言ニヨリ、或ハ寄附行爲ニヨリ客觀ノ世界ニ於テハ既ニ消滅セル意思ヲ存續セシム。法ノ規定ハ又多數ノ意思ヨリ單一ノ意思ヲ發生セシメ且此單一意思ヲ其意思ノ構成ニ與リタル各個人ノ多數意思ノ上ニ立タシムルヲ得。凡テノ選舉及多數決ハ皆此ノ特質ヲ有スルモノナリ。實驗法學者ハ

論理上凡テノ多數決ヲ擬制ナリトナザ、ル可カラス、何トナレハ多數ノ各個人ノ意思ハ内容ニ於テ一致スル所アルモ全ク別々ノモノナレハ之ヲ融合シテ一體トナスハ彼等ニトリテハ空想的ナラサルヲ得サレハナリ。コハニ於テカ今日ノ瑞西及其各州ノ如ク統治權カ全ク合議體ノ手ニ存スル共和國ニ於テハ統治者モ亦擬制ナラサルヘカラス。然ラハ此ノ如キ國ニ就テハ此派ノ學者ハ之ヲ説明スヘキ道ナキナリ(二六)。

(二六) リンケハ前掲書百九十三頁ニ於テ多數決ノ場合ニハ大統領ノ如キ一個人ガ眞ノ意思機關ナリト説明セントセリ。或ハ此目的ノ爲ニ法律上ノ事實ヲ曲解セリ。公法雜誌プロイス論文百六十七頁以下テツチルノ前掲書五百三十四頁以下參照。

加之法ノ規定ハマタ之ト反對ナル結果ヲ來サシムルヲ得多數決ノ決議ノ承認ノ場合ニ却テ少數者ノ意思ニ其決定力ヲ與フルコトヲ得即チ多數ノ意思ハ一個人ノ反對ノ意思ノ爲ニ廢罷セラル。例ヘハ羅馬ノ元老院ノ意思モ一護民官ノ否認權(Veto)ニヨリ、北米代議院ノ立法ノ意思モ聯邦國家ノ大統領ノ絕對否認權ニヨリテ廢罷セラル、カ如シ法ノ規定ハマタ其本來同様ナル各個人ノ自然意思ニ種々ナル力ヲ附與スルヲ得從テ機關意思ヲ支配スル法則ハ心理上ノ法則ニアラスト

イハサルヘガラス。蓋シ心理學上ノ法則ニ從ヘハ一人ノ發動スル意思ハ他人ノ意思ニヨリテ之ヲ變更シ之ヲ消滅スルヲ得サレハナリ。彼ノ否定ハ肯定ヨリ強シノ格言モ、上級官廳ニヨリ下級官廳ノ判決裁決ヲ取消スノ制度モ、實驗的心理學的見地ヨリセハ全ク解シ得サル事ナリ。然レドモ之レ擬制ニアラス、其根據タル事實ハ實際生活界ノ事實ニシテ實際日常觀ル所ナリ。之レヲ絕對的認識ヨリ判斷セハ此等ノ事實ハ粉碎シテ無トナランノミ。

以上論スル所ヲ約言スレハ國家トハ限キラレタル領土ハ上ニ存スル、人類ノ目的上ハ單一體ニシテ實際的觀察ノ下ニ於テハ其團體員ノ意思ニ於テ自己ノ意思ノ機關ヲ有ス、而シテ法ハ此事實即チ法トハ關係ナク與ヘラレタル事實ニ基キテ國家ノ意思構成ヲ規定ス、之ニ依リテ自己ノ法序ヲ自ラ作ル、國家モ亦權利主體ナリ、實ニ國家ヲ構成スル個人ノ意思ト異リタル單一體ノ意思カ國家ニ存スルコト承認セラル、ト同時ニ、マタ國家カ人格ヲ有スルコトハ學問上明瞭ニ認識セラレタル所ナリ。此觀念ハ既ニ古ヘヨリ多少存在シタルモノニシテホップスハ最も明晰ニ之ヲ論述シタリ。此ノ如ク假定的概念ハ氏ノ唯物的世界觀ト相容レサルカ如キ

モ必要ハ氏ヲシテ個人ノ集合體ヲ以テ國家トナスノ說ヨリ國家ヲ以テ人格トナス說ニ進マシメタリ(二七)爾後ノ學說モ氏ノ此ノ推論ニ何等新說明ヲ加フルヲ得サリキ。

(二七) 此故ニ有機體說ヨリ人格說ヲ抽出スルコト後代屢々試ミラレシモ正當ニアラス或ハ此說ノ根源ヲベーゲルノ哲學ニ匿クモ亦誤レリ。此人格說ハ十七世紀末以來法學界ノ通說ニシテ「イフエンドルフ」自然法ト萬民法第七卷第二章十三節ルーツーノ「民約論」第一章第六節參照。獨逸ニ在テハセルリング出テ自然有機體說ヲ唱フルニヨリ此說ノ明瞭ヲ缺キタリシモアルブンヒトガゲンゲン大學ニ於ケルマツレンプレヘルノ國法學講演ノ批評中ニ於テ再ビ此說ヲ提唱シ法學上ノ國家ノ觀念ヲ認識スルニ必要ナル不可動ノ出發點ナリト論シタリ。フオンゲルベルハ其著「獨逸國法學大綱」第二版ニ於テ氏ノ說ヲ採用セリ。猶此人格說ノ沿革ニ就テハ「公法雜誌」五卷百八十六頁以下ベルナチツク氏ノ論文ヲ參照スベシ。

國家人格說ノ正當ナルコトハ唯之ニヨリテノミ凡テノ公法上ノ現象ニ満足ナル法學上ノ說明ヲ加ヘ得ルコトニヨリテモ亦明ナリ。例ヘハ國際法ノ如キ唯此人格說ニヨリテノミ認め得ヘシ。國際法ノ主體ハ常ニ國家ナルガ若シ國家ヲ以テ統治ノ目的物トセハ目的物カ如何ニシテ權利ノ主體タリ得ルカ。國家ハ其統治者人格ニ變更アルモ常ニ同一ノ權利主體タリ。故ニ佛國第二共和政府ハ其國體ノ變更ノ故ニ從來佛國カ負擔セル條約上ノ義務ヲ免ルヘシトノラマルチンノ企圖ハ國際

法ニ反セルモノトシテ列國ノ拒否セル所トナリシハ正當ナリ(二八)マタリングノ如ク國家ヲ以テ統治ノ狀態トセハ一層國際法ヲ考フルコト能ハサルヘシ。何トナレハ狀態ハ契約ヲ締結シ戰爭ヲ行フコトヲ得サレハナリ。サレハ條約ノ締結ノ複雜ナル本質ヲ統治者說、狀態說ヲ以テ満足ニ解決セントスルモ終ニ徒勞ニ屬センノミ。カクノ如ク權利關係ヲ構成スルコト能ハサル學說ハ此關係ヲ認ムルコトヲモ得サルモノニシテ法學上價值ナキモノナリ。マタガンブウツチノ如ク法學上ノ問題ハ完全ニ理解スルコト能ハサルモノナルカ故ニ此等ノ問題ヲ全ク存在セサルモノトナス說アリ(二九)コレ却テ法學上ノ思想ヲ勞シ全ク實用ナキ說ヲ基トシテ獨斷ヲ企ツルモノヨリ見識高シトイハサルヘカラス。

(二八) エフ、フオン、アルテンス國際法第一卷二百三十四頁參照

(二九) カルガ故ニ氏ハ夙ニ「埃帝國國法學」ヲ發見スルニ力メシモ其研究ニ妨ゲナカリキ。マタ此ノ如キ一國特獨ノ國法學ヲ否認スル反對論者ニ對シテ氏ハ易ク之ヲ辯駁シ得タルナリ。

法學上ノ學說ハ法律生活ノ現象ヲ說明シ得ルモノナラサルヘカラス。從テ心理的ニモ、自然科學的ニモ非ス。從テ實驗的ニモ實在的ニモ非ス。全ク法學的ナラサルヘカラス。サイデル一派ノ統治者說ノ如キハ此要求ヲ悉ク満足シ得サルモノナリ。當

ニ統治者ノ法ニヨル制限ノミナラス(三〇)統治者ノ存在ヲモ説明シ得サルヘク、唯
 僭位者アルノミトイハサルヘカラス。此說ニヨレハ皇位繼承ノ順位ハ如何ニシテ
 思考シ得ルカ。六百年前既ニブラックトンノ認メシ如ク「王ハ法ノ下ニ立ツモノナリ」
 (quia lex facit regem) トハ全ク理解シ得サル所トナルヘク、尙是ヨリ以下本著ニ於テ
 論セントスル服従者ノ公權ナル大問題ハ全ク之ヲ理解スルニ由ナカルヘシ。此觀
 察點ヨリセハ彼等ハ公權ノ存在ヲ否認スル方却テ之ヲ説明スルヨリ單簡ニシテ
 且結果多シ。此點ニ於テ彼等ハ統治者說ノ立脚點ヨリ斷乎トシテ個人ノ公權ヲ否
 認シ(三一)大膽ニモ公法系ノ破壊ヲ宣告シタルボルンハツクニ感謝スヘキナリ。

(三〇)「條約ノ法律上ノ性質」二十二頁以下參照

(三一)七頁註十參照

終リニ臨ンテ統治者說及狀態說ニ直接ニ反對スル「有機體說」ノ法律上ノ價值ヲ檢
 セントス。

國家ノ本質ニ關スル學說中有機體トノ比較論ハ最モ古ク且廣ク行ハレタル說ニ
 シテ、既ニメネニウス、アグリッパノ寓言中ニ其源ヲ發シ、始メテ此ヲ國家ニ應用シテ哲

學的系統トシテ學說ヲ構成セシハプラト―學派ナリトス。而シテ國家ヲ自然人ナ
 ル有機體ト比較スルコト何レノ時代ノ著作ニモ散見スル所ナリ。然レトモ此等何
 レノ國家說ヲ採用スルモ心理上ノ必要ニ基キ自然ノ有機體ト國家トノ類推論ハ
 何處マテモ之ヲ貫徹スルコト甚難シ。

此ニ於テカ先ツ明白ナルシカモ未タ多ク世ニ知ラレサル事實即チ有機體ナル觀
 念ハ人類ノ關係トノ比較類推ヨリ歴史的ニ發達シタルモノナルコトヲ了知セサ
 ルヘカラス。之レ「法」ナル觀念ハ元來人定ノ法規ヲ意味セシニ終ニ自然ノ上ニモ之
 ヲ轉用スルニ至リシト相似タリ。既ニ有機體ナル語ハ其語源ニ於テ希臘語ノ *organon*
 ニハ道具ヲ意味シ、人類ノ目的及事業ニ役立つモノ、義ナリ故ニアリストテレ
 スハ道具ヲ *doxion dionon* トイヒ奴隸ニ對シテ之ヲ *organon dionon* トイヘリ。從テ今
 日ノ Organismus ナル語ノ起源タル後代希臘語 *organon* ハ元來「必要ナル道具ヲ具
 フル適當ナル裝置」ノ義ニシテ羅馬人ハ機械的ノ義ニ Organicus ナル語ヲ以テセリ。
 既ニシテ此道具ナル觀念ハ人間ノ五體ノ上ニ轉用セラレ、精神カ依テ以テ感覺シ
 得ル五官ハ之ヲ「感覺ノ道具」(Sinneswerkzeuge) ト稱セラル、ニ至レリ。プラト―モ此

意味ノ語ヲ用キアリストラレスモ亦此語ヲ人類及ビ動物ノ五體ニ適用セリ更ニ進ンテ自然ハ此ノ人類ナル天賦ノ道具ノ創造者ト認ラレ此自然カ同シ方法ニテ内部ノ目的ニ適スル様ニ構造セシ動物ハ人間トノ類推ヨリ Organismen (機械ヲ有スルモノ)ト名ケラレタリ故ニ國家ヲ自然有機體ニ比スルハ元ト實際世界ニ起リシ觀念ヲ更ニ其上ニ逆用スルモノトイフヘシコハニ於テカ有機體類推説ハ非科學的認識ヲ要スルコト多ク必竟萬有同體説ニ其基因ヲ發スルモノトイフヘシ以上ノ事實ヲ常ニ念頭ニ置カハ國家ヲ論スルニ當リ機關(Organ)又組織ス(Organismen)ナル語ヲ用フレバ直ニ之ヲ以テ國家有機體説ヲ採用スルモノナリト速斷スルノ甚理由ナキヲ知ラン(三三)國家機關トハ國家ノ道具ノ義ナリ組織ストハ目的ニ適合スル様作用ヲ分配スルノ義ニ過キス有機體ノ構成要素タル自然の成長物即細胞ナルモノハ人爲的組織ニシテ且複雑ナル法學上ノ作用ニヨリテ人爲的ニ安排セラル、國家機關ニ於テハ全ク此ヲ存セサルナリ(三三)。

有機體ノ本質ノ認識ハ自然科學ノ古ヨリノ進歩ニ伴フテ明白トナリシモ未タ解決セラレサル又解決スルヲ得サル陰秘尙其中ニ存スルナリ固有ナル目的ニ適合

スル性質] immanente Zweckmäßigkeit) ハ(カント)ノ語ヲ籍リテ云ハ、(純粹ナル判斷力) (reine Urtheilskraft) ニヨレハ認メ得ルモ(三四)目的論的、自然現象ヲモ機械的ニ分析セントス[純粹ナル理性] (reine Vernunft)ノ要求ニ對シテハ不可解ノ矛盾思想ナリ何トナレハ有機體ヲ以テ固有ナル目的ニ適合スル組織物トシテ客觀的存在ヲ有スト主張スルハ積極的研究ノ根底ヲ抛ツテ神秘的形而上學ニ入ルモノニシテ眞理ニ代フルニ想像ヲ以テスルモノナレハナリ終ニ吾人ハ目的ヲ適レテ純粹ニ有機體ナル實在ヲ考ヘ得サルナリ。

(譯者註) 目的論自然現象 teleologischen Naturvorgänge トハ目的ヨリ觀察シテ一體ト考ラレ得ル物ヲ云フ机ハ其說書用タルが故ニ机ト考ヘラレ得ルナリ然レトモ之ヲ分析的ニ考フレハ木及鐵ノ集合ノミ故ニ机ナル概念ハ吾人ノ悟性及感覺ヲ判斷スル力ニヨリテ一應考ヘ得ルモ理性ニ訴フレバコトニ目的ナルモノナク本體ト現象ノミニシテ即チ唯木材鐵ニ分析シ得ルノミ。

(二二) 法學上ノ組織ト自然ノ組織トノ混合ハ國家ノ自然ト存在ト法學上ノ觀念トヲ混淆スルモノニシテエ、マエヤリノ如キ然リ。一千八百八十八年四季詳論 (Kritik, vierter Jahresheft) 五百七十八頁

參照

(二三) 法律上ノ組織ト自然ノ組織トノ區別ヲ忘却スルモノブロイスモ亦然リ。其著「市町村國家帝國百五十七頁」法律上ノ現象ハ自然的必要ノ爲ニスル無意ノ衝動ヲ意味スル自然の現象ニアラズ。凡テノ人爲ノ物事ノ如ク人類ノ能力 (Können)ノ範圍即チ技術 (Kunst)ニ屬ス。技術ナル語ヲ用井ルハ或ハ有機對論者ヲ驚該セシメン。

(二四) プロイスマ有機體ヲ目的ノ上ヨリ認識スルモノニ反對シセルリಂಗー一流ノ自然哲學ノ不明瞭ナル觀察ニ據リテ從來行ハレシ國家ノ無目的論ヲ尊崇セリ。シカモ氏ハ近世ノ認識論ヲ用井テ却テ甚シキ矛盾ニ陥レリ。而シテ氏ハ有機體ノ觀念ヲ定ムルニ當リ管ニル(Roux)及ビヒルト(Hyrtl)ノミナラズ近世ノ論理學者ノ研究ノ結果ヲ參照セサルヲ得サリキ。然レドモ苟モ有機體ノ本質ヲ研究スルモノハ必スヤカントノ說其他トレンテレンブルグノ論理的的研究三版第二卷百四十三頁ガヒヨルトノ論理學二百十六頁ヅントノ論理學第二卷四百三十五頁以下ヲ參照セザルベカラス。

ソモ有機體ノ自己以外ノ目的如何ヲ問フハ無意味ナリ。然レトモ其内部ノ目的如何ヲ問ハスシテ有機體ノ觀念ヲ定メントスルハ尙大洋ノ定義ヲ定ムルニ流動性ナル要素ヲ除クガ如ク到底不明不可能ナリ。國家有機體論ノ立脚點ヨリシテ目的論ヲ排スルハ正ニ國家的生活ヲ否認スルコト、ナルナリ。豈此ノ理アラシヤ。若シ全體ガ其部分ニ對シテ一ノ目的ヲモ有セストセバ國家ニヨリテ一定ノ目的ヲ達セントスル政黨ナルモノハ考ヘ得ラレサルベク、國家ノ政治及行政モ亦思考シ得サルコト、ナルベシ。若シ國家ハ觀念上目的ナキモノトセハ露國ノ内政モ英國ノ内政モ同一價值ヲ有シ否ナ寧ロ共ニ無價值ナルヘシ。何ントナレハ價值ノ觀念ハ亦全ク目的上ノ觀念ナレハナリ。茲ニ於テ國法學ヨリ全ク目的論ヲ排斥スレハ即チ凡テノ法ノ創造業者(原因)ヲ消滅スルモノモニシテ理解シ得サルコトニ屬ス。ハシユルチエガ其獨逸國法論ノ緒言ニ於テ目的ナキ國家ハ喪神者ノ如シト喝破セシハ我意ヲ得タリ。プロイスマノ如キ形式的法學ハカクノ如ク法律生活ノ現象ヲ支配スル目的ヲ認メサルヘク從テ有機體ノ觀念ガ法學上ノ定義ノ基礎タルヲ得サルハ明ナリトス。

サレハ國家有機體說ハ價值ハ國家ノ法學上ノ觀念ヲ與フル點ニ存セスシテ國家ハ自然存在ヲ明カニスルニアリ。即人類ノ思想及目的ヲ離レテ別ニ國家ナルモノ

自然力ノ綜合ニヨリ存在スルモノナルコトヲ明ニスルカ其目的ナリ。既ニアリストテレスモ國家ハ人性ニ基ク無意識ナル力ニヨリテ生シ、固有ノ内部ノ目的ヲ具フル天然ノ一體ナリト認メタリ。カクテ後代ノ國家有機體說ハ國家ヲ以テ人定ノ性質及目的ヨリ獨立セル一個ノ存在物トシテ之ヲ思考セント試ミタリ。殊ニ國家ノ秩序ハ人類多數ノ自由意思ノ生産物ナリトシテ自然法說ニ對スル駁論ノ盛ナルヤ有機體說ハ政治上ノ保守的運動ト相結ンテ人爲ヲ離レタル國家ノ自然法ヲ發見セント企テタリ。コ、ニ於テ有機體說ハ一種ノ超法理論(Metajuristische Theorien)トナレリ。有機體ノ觀念ヲ法學上ニ齎スハ法律ノ世界ト自然界ノ如キ實在界トヲ混淆スルモノニシテ認識上ノ缺點ニ陷レルモノナリ。此ニ於テカ有機體說ハ統治者說又ハ狀態說ト等シク否ナ寧ロ一層甚シク法學上殆ント無用ノモノナリ。何ントナハレ有機體ノ觀念ヲ圍繞スル神秘論ハ觀念上明瞭ヲ切望セル法律上ノ思考トハ甚シク相容レサモノナレハナリ。

然レトモ有機體說モ若シ價值アリトスレハ國法ノ根本ノ國家學研究ノ一トシテ價值アリトイフヲ得ヘシ。此ノ如キ有機體說ハ自然有機體ト國家トノ比喩論トシ

テ一定ノ範圍内ニ於テ、正當ニ利用シ得ヘシ。即チ國家ノ制度ハ人類ノ自然ノ物質的及精神的性質ニ基カサルヘカラス。全く不規律ナル人ノ任意ノ意思ト獨立セル地位ヲ保タサルヘカラス。從テ此ノ制度ニ基ク必要ナル内部ノ組織ハ自ラ國家ト有機體ト相類似スルノ感アラシムルナリ。加之確定セル法序ニ從ツテ發動スル國家ノ作用ハ其構成分子タル人類ノ交迭ニ係ラス一定永續ノ形式ヲ顯ハシ、國家自體モ亦其構成分子タル個人ノ急速ニ變更スルニ拘ハラス全體トシテ緩徐ナル變化ヲナスカ如キ皆有機體ニ於テ吾人ノ見ル所ト頗ル相似タリ、然レトモ之ヲ以テ直ニ國家ト有機體ト同一ナリトスルハ學問的認識ニ於テハ全く不可ナリ。國家ト有機體トノ差異點甚多キニ有機體論者ハ之ヲ看過スルナリ。生長、蕃殖及死滅ハ國家ニ必然ナル作用ニアラス、而カモ蕃殖作用ハ有機體ノ本質ナリ。十九世紀ニ於テ幾多ノ國家構成アリシモ生物ノ繁殖及胚胎的發達トハ何等類似ノ點ナキナリ。之ヲシモ同シトスルハ尙古代ノ冊諾二尊ノ八洲分娩ヲ以テ單純ナル神話ニアラスト思惟スルノ愚ナルカ如キノミ。

加之國家ニ於テハ其構成分子タル人類ニ空間的連續及限界ナシ。反之有機體ハ其構成分子タル細胞相連絡シテ一體トナリ自ラ限ラレタル一團ヲ成ス。若シ國家ヲ人類ナル有機體ニ比スレハ一層差異ノ甚シキヲ見ル。彼ハ意識ヲ有シ此ハ有セサルナリ三五。唯法學上ノ認識ヨリセハ國家ハ外界ニ對シテ完全ニ發動スル機關ノ意思ヲ自己ノ意思トシテ有シ得ルノミニシテ凡テノ自然的精神作用ニ至リテハ全く國家ノ有シ得サル所ナリ。即チ知識、感覺、願望、悲哀、希望、信仰等ハ個人ノミ有シ得ル作用ナリ。此點ニ就テハ學術ハ唯大數現象ヲ觀察シ之ニヨリテ全國民ノ精神上ノ趨向及能力ヲ研究シ得ルノミ。社會心理學ハ此ノ如キ大數心理作用ノ單一ナル歸屬者アルヲ主張シ、無數ノ人類ノ生活ヲ自己固有ノ一生活トセル本體ヲ構成スルニカム。

此比喻論ニヨリテ法學上得ル所ハ下ノ如シ。
有機體ニ於ケルカ如ク國家モ亦自己ノ目的ヲ遂行スル確定ノ能力 (Tätigkeit) ヲ備フ。此能力ニヨリ二者共ニ單一體タリ即チ兩者ハ目的ニヨル單一體 (Zweckeinheit) ナリ三六。然レトモ兩者ハ差異アリ即チ國家ニ在テハ意思ノ單一ナルハ自然ニ然ルニアラス法學上ノ有意作用ニヨリテシカルナリ。マタ國家ノ意思ハ多クハ強制、

ニヨリテ遂行セラル、然ルニ有機體ニ在ツテハ多數ノ意思ヨリ一意思ヲ構成スル
 コトナク他ノ意思力ニヨリテ一ノ意思ヲ強制セラル、コトナシ、

(三五) ホルチエンドルフ氏法學辭彙五版三十五頁メルケルノ説参照。二者ノ區別ニ就テ尙委シク

知ラント欲セハス、パンサーノ、社會學原理ノ、エッゲルノ譯書二卷二百二十項乃至二百二十二項。

(二六) ベルナチシク前掲書二百七十六頁

第四節 個人ノ公權

ヘーゲルガ權利ハ意思ナリト爲シタル學說即チ疑モナクルトソウノ影響ノ下ニ
 於テ法ハ人民ノ總意(Allgemeine Willen)ナリトシ、而シテ權利ハ自由意思ノ存在ヲ明ニ
 スル爲ニスル個人ノ意思ノ力ノ主張(Bethätigung)ナリトセル學說ノ影響ノ下ニ權
 利ハ或ハ法ニヨリテ與ヘラレタル意思能力(Wollendurften)ナリトシ、或ハ意思ノ支
 配(Willensherrschaft)ナリトシ、或ハ意力(Willensmacht)ナリトシ又ハ此ト類似ノ定義
 ヲ下スニ至レリ。予輩ハ先ツ此意思説ノ心理學上及法學上維持シ得ヘキモノナリ
 ヤ否ヤヲ驗セントス。

凡テ人ノ意思ハ特定ノ内容ヲ有セサルヘカラス。人ハ唯欲スルコト能ハス、必ス
 ヤ或ル事ヲ欲セサルヘカラス。猶人ハ唯單ニ見聞キ、感シ、考フルコト能ハス、必スヤ
 此等ノ知覺又ハ思考ハ其内容トシテ或ルモノヲ有セサルヘカラスカ如シ。從テ
 法ハ唯單ニ欲スルコトヲ認メ又ハ附與スルコトヲ得ス。凡テノ權利ヲ附與スル法
 規ハ此或ル事ヲ欲スルコト(Ein Etwas Wollen)ヲ内容トシ、權利ヲ設定スル法規ハ
 個人ノ此或ル事ニ對スル關係ヲ内容トス。換言スレハ或ル事ヲ個人ニ許容シ或ル
 事ヲ個人ニ保障シ或ル事ノ利益享受ヲ個人ニ可能ナラシムルハ即チ個人ノ權利
 ヲ設定スル法規ノ目的ナリ。

然ルニ此或ル事ヲ個人ニ對シテ斯ル關係ニ置ク所以ノモノハ斯クスルコトカ個
 人ノ目的ニ適スレハナリ。實ニ個人ニ必要ナル目的又ハシカク認メラレタル目的
 ヲ達シ或ハ増進スルモノハ即チ此或ル事ナレハナリ。換言スレハ此或ル事ハ即チ
 貨物(Gut)ナリ。而シテ客觀的ニ貨物ト云フモノハ主觀的ニ利益(Interesse)ナリ。而シ
 テ利益トハ人類ノ目的ニヨリテ主觀的ニ貨物ヲ評價(Veranschätzung)シタル觀念
 ナリ。サレハ凡テノ權利ノ目的ハ貨物又ハ利益ヲ保護スルニアリ。但シ貨物カ利益
 トナルハ個人的ノ價值ノ算定ニヨルニアラス平均價值ノ算定(Durchschnittsverth-

schätzung)ニ因ルモノニシテ此平均價值コソ法規自身ノ認ムル所ナリ。
 權利ヲ利益ナリトスル見解ハ人ノ知ル如クイェリングニ依テ極メテ明瞭ニ論述セ
 ラレタリ。單純ナル意思說ノ維持スヘカラサルコトヲ明ニシタルハ氏ノ効勞ニ歸
 セサルヘカラス。權利ヲ貨物ナリトスル此見解ハ既ニクラウゼノ「法律學」ニ痛論セ
 ラレタル所ナレトモ(二)此見解ハ直接ニ彼ノ說ニ基キテ起リタルモノニアラス。此
 等トハ獨立ニゲルンブルヒハ權利トハ社會上ノ生活貨物(生活資料)(Lebensgüter)ニ
 對スル個人ノ持分(Anteil)ナリト論シタリ(三)。

註(一) 權利ノ明瞭ナル定義ヲグラウゼノ門徒ニ求ムルモ得ス、アーレンスハ其著「自然法第六版第
 一卷二百二十八頁ニ法ヲ定義シ三百三十一頁以下ニハ權利主體ヲ定義セルモ權利ニ就テハ何
 等明晰ニ說明セルモノナシ、レーデル「自然法大綱」第二版第一卷百六十三頁ニ法ハ之ヲ實行シ又
 ハ實行セシムルヲ得ル主體ニ對スル關係ニ於テ之ヲ權利ト云フト說明セリ。
 (二) Pandekten 第二版第一卷八十六頁

然レトモ此ニ定義ハ共ニ權利ノ中ヨリ意思ノ要素ヲ抽キ去ルコト餘リニ極端ニ
 過キタリ。惟フニ法ニヨリテ保護セラル、貨物又ハ利益ハ人ノ意思ト關聯スルカ
 故ニ始メテ權利タルヲ得ルナリ。外界ノ物質又ハ人ト人トノ關係ハ意思ノ内容ト
 ナリ得ヘキニヨリテコ、ニ貨物又ハ利益タリ得ルノミ、人ハ或ル事ヲ欲シ得、然レ

トモ一方ニ於テ此或ル事カ法律上ノ保護ノ目的物トナリ得ルニハ必ス欲セラレ
 サルヘカラス、少クトモ欲シ得ラレサルヘカラス。即チ意思ハ或ル事カ貨物又ハ利
 益トナルニ不可缺ノ手段ナリ。從テ貨物又ハ利益ヲ保護スル爲ニハ法ハ先ツ意思
 ノ力ヲ認メ之ヲ保護セサルヘカラス。然リト雖モベールノ權利論ハ意思カ其物
 ヲ目的トナシタリ。若シ權利ノ性質ヲ一層深ク研究スルニ於テハ權利ハ抽象的ナ
 ルニ欲スルコト即チ意思ニハアラス、特定ノ目的ノ爲ノ意思ニシテ法ニヨリテ承認
 セラレ且保護セラル、モノナリ、從テ全ク意思ノ要素ヲ取り去ルコトハ不可能ナ
 リト雖、意思ハ目的ニアラスシテ法ト等シク個人ノ目的ノ手段ナリ。此故ニ權利ト
 ハ人ノ意思カヲ承認スルニヨリテ保護セラル、貨物又ハ利益ナリ、此貨物又ハ利
 益ヲ欲スル意思ヲ承認スルニヨリテ始メテ權利ハ個人的トナリ、特定ノ人ト連結
 セラル。此連結コソ權利ノ本質ノ中樞タルナリ。然レトモ個人ノ意思カヲ承認セス
 トモ利益ハ法ニヨリテ保護セラル。彼ノ共同利益ノ保護ノ如キハ必ス無數ノ個人
 ノ利益ヲ保護スレトモ權利ヲ作成セス、三唯個人ノ意思カ利益ノ存在及ビ範圍ノ
 目標トシテ認メラル、ニ及ンテ始メテ其利益カ權利トナルナリ。

(三) フォン、イエリッングハ其著羅馬法ノ精神第三版第三卷三百三十九頁ニ之ヲ痛論セリ

故ニ意思、及貨物又ハ利益ハ共ニ權利ノ觀念ノ要素ナリト雖モ利益ヲ欲スル意思ノ主體ト利益ノ享受者(Destinatär)トハ必スシモ同一人ナルヲ要セス。利益ノ存在及作用ノ爲ニ必ス意思ヲ要ス、シカレトモ此意思ハ必スシモ利益者ノ意思タルヲ要セサルナリ。コレベルナチックノ明瞭ニ論證セシ所ニシテコ、ニ用キラレタルト異ナル論點ヨリ出テ、全ク異リタル論決ニ達シタレトモ純然タル意思說及ビ利益說ハ共ニ一方ニ偏セルコトハ氏ノ等シク承認セル所ナリ(四)。

(四) 前掲同氏ノ著二百三十二頁以下

意思ノ力ハ權利ノ形式的要素ニシテ貨物又ハ利益ハ實質的要素ナリ(五)。故ニ公權ニ關スル研究ハ第一ニ私權ト公權ノ區別ハ形式的要素ニ存スルカ將タ實質的要素ニ存スルカ。又ハ形式的及實質的ノ二者ニ存スルカノ問題ニ答ヘサルヘカラス。

(五) イエリッングハ前掲書三百二十七頁以下ニ利益ヲ權利ノ實質的要素トシテ論テ其形式的要素トセリ。但三百二十八頁ニ於テ私權ニ就テノミ明ニ之ヲ詳述セリ。然レトモ已ニ意思力カ權利ノ觀念ノ要素タルヲ知ラハ之ヲ形式的要素トスヘシ。訴權ハ常ニ意思力ト一致セサルナリ。

而シテ此問題ニ答フル爲ニハ尙一層深ク一般ノ權利ノ性質ヲ論究セサルヘカラ

ス。

法ト個人ノ意思トノ關係ハ種々アリ得ヘシ。法ハ或ハ個人ニ特定ノ行爲ヲ命シ即チ個人ノ自然ノ自由ヲ制限スルコトアル可シ、或ハ又自然ノ自由ヲ承認スルコトアルヘシ、或ハ其意思能力ニ加フルニ個人カ自然ニ有セサル或ルモノヲ以テスルコトアルヘク、最後ニ此或ル物ヲ加フルコトヲ拒ミ又ハ再ヒ之ヲ剝奪スルコトアルヘシ。即チ命令(Gebieten)禁止(Verbieten)許可(Erlauben)附與(Gewähren)拒絶(Ver-sagen)剝奪(Entziehen)ハ法カ個人ニ對スル活働ノ形式タリ。此ノ最後ノ二對ノモノハ爰ニ詳論スルヲ要ス。

私法ハ經濟上ノ交通關係ヲ規定スルモノナレハ個人ノ自由ノ行動ニ何等新要素ヲ加フルモノニアラス。其法律關係ハ法ノ規定ニヨリテ支配セラル、以前已ニ生活關係トシテ久シク存在セシモノナリ。法規ハ唯此ノ個人ノ行爲ヲ許サレタル行爲トシテ承認スルノミ。換言スレハ法ハ個人ノ意思カ一定ノ方向ニ向テ其自然ノ自由ヲ利用スルヲ許可スルノミ。但此許可ハ唯自然ノ自由カ他人ノ範圍ニ接觸シ得ヘキ限度ニノミ及フヘキモノニシテ、若シ或ル行爲カ(絶對又ハ相對)他人ニ法律

上ノ影響アル效果ヲ引起シ得サル時ハ此ノ行爲ハ許サレタル行爲ト云フヲ得ス。此ノ如ク他人ニ影響ヲ及ホスヘキ範圍ニ於テ其制限カ解除セラレ、トキハ其解除行爲ハ許可ト云フヲ得ヘシ。然レトモ此ノ許可ハ純然タル消極的ニシテ其ノ凡テノ效果ハ禁止ヲ解クトイフニ過キス。法ハ唯人類相互ノ關係ヲ規定スルソミ。故ニ或ル行爲ニシテ法カ此人類相互關係ヲ有スト思量セサルトキハ法ノ關スル所ニアラサルナリ。隨テ散歩スルコト、睡眠スルコトノ如キ他人ノ法律上ノ義務ト相關繫セサル限リハ散歩ノ權利睡眠ノ權利トイフモノナシ。此ノ點ニ於テ人ノ行爲ハ法律上ノ關係アルモノ。(rechlicher relevant) ト法律上無關係 (rechliche irrelevant) ナルモノトニ區別セラル。法律上關係アル行爲ニシテ法ニヨリテ許サレタルモノハ全體ヲ以テ法律上爲スコトヲ得ル行爲 (rechliche Dürfen) トナス。

此爲スコトヲ得ル行爲ノ特質ハ禁止ノ效果ヲ觀察スレハ自ラ明ナリ。凡テノ禁止ハ「何々スルコトヲ得ス」(Du darfst nicht) トイフ定式ニ於テ顯ハル。然レトモ其效果ハ決シテ禁セラレタル行爲ヲ不可能トナスノ義ニアラスシテ唯此行爲ヲ違法 (rechtswidrig) トナスノミ。禁止アリテコ、ニ個人ノ自然ノ自由ハ法規ノ支配ノ下

ニ立ツシカレトモ之ニヨリテ其自由カ消滅スルモノニアラス。絶對的強制ノ此ノ自由ヲ不可能ナラシムル場合ノ外ハ禁止ノ法規アルモ尙其行爲ヲナシ此自由ヲ實現シ得ヘシ。サレハ爲スコトヲ得ス」(Nichttun) トイフコトハ爲シ能ハス」(nicht können) トイフコトヲ意味セサルナリ。

之ニ反シテ法規ハ又個人ノ行爲能力ニソノ自然ニハ有セサル或ルモノヲ附加スルコトヲ得ヘシ。殊ニ法規ハ個人ニ與フルニソノ行爲ヲ權利トシテ承認セラレ、從テ國家ノ保護ヲ受クヘキ請求權 (Anspruch) ヲ以テスルヲ得ヘシ。此ノ如キハ個人ノ行爲ニシテ從來法律上無關係ナリシモノヲ法律上ノ關係アル行爲ト宣告スルコトヲ國家ニ要求スルモノニシテ本來個人ノ自然ノ自由中ニ存スルモノニアラス。何ントナレハ其性質上個人ノ意思ノ左右シ得サル國家ノ決定ニ屬スレハナリ。例ヘハ人ハ如何ナル男女ノ結合ヲナシ得ルモ、ソカ婚姻トナルハ法ニヨリ定マレル條件ノ下ニ立ツニヨルノミ。個人ハ又死ニ際シテ如何ナル處分ヲナスモ、ソカ遺言トナルハ唯法規ノ根據ニヨリテ起ルノミ。然ラハ自然ノ自由ハコ、ニ一定ノ限界ヲ有ストイフヘシ。凡テ法律上ノ行爲及法律行爲ノ效力 (Geltendheit) ヲ定ムル條規ハ

法規ニヨリテ明カニ附與セラル、法律上ノ爲シ能フ」(rechtliche können)カヲ規定スルモノナリ。而シテ此爲シ能フトイフコトハ爲スコトヲ得トイフコト、ハ全ク相反對スルモノナリ。故ニ無能力者ハ契約ヲナスコトヲ得サルニアラス爲シ能ハルナリ。ヨシ之ヲナストモ契約ハ發生セサルナリ。彼ハ行爲ヲナスモ法律行爲トシテハ存在セス。法律上何等ノ意義ナキ行爲アルノミ。之ト同シク遺言ハ二人以上同一ノ證書ヲ以テ爲スコトヲ得ストイヒ。遺言者ノ配偶者ハ遺言ノ立會人タルヲ得ストイヒ。贈與契約ハ證書ヲ以テスルヲ要ストイフカ如キ規定ハ毫モ之ヲ爲スコトヲ得ス。トイフコトニアラス。即チ法規ハ此等ノ規定ニ反スル行爲ヲ全ク禁止スルモノニアラス。唯之ニ法律上ノ效果ヲ生スルコトヲ拒絕シ裁判官ハ之カ保護ヲ要求セラル、コトナキノミ。爲スコトヲ得ストイフニ牴觸スル行爲ハ法律上關係アル行爲ナレトモ爲シ能ハス。トイフコトニ牴觸スル行爲ハ法律上ノ意味ニ於テ存在セサルモノニシテ法律上無關係ナル行爲ナリ。故ニ一ノ行爲カ法律上關係アル行爲タル爲ニハ自然ニナシ能フ事ノ外ニ法律ノ承認ナカルヘカラス。之レ個人ノ行爲能力ヲ擴張スルカ或ハ自己ノ利益ノ爲ニ國家ノ承認又ハ行動ヲ要求シ得ル

能力ヲ新ニ與フル事ニヨリテ、ナシ得ヘキコトナリ。而シテ此能力ハ許可ノ結果ニアラスシテ附與ノ結果タリ。カクノ如ク法律上ノ關係アル能力ニシテ法規ニヨリテ附與セラレタルモノハ全體ヲ法律上ナシ能フ行爲(Rechtliche Können)トイフ(六)

(六)「爲スコトヲ得」ト爲シ能フトノ根本的反對ノ認識ハ從來ノ著書ニ明ニ在スルモノナシ。却テ二者混合セラレタリ。ヨシ二者ヲ相對スルモノトスルモ此ヲ區別スル目標ヲ正確ニ立テタルモノナカリキ。ザリントンノパンデクテン教科書第二版第二卷六十五節ベツカアノ前掲書第一卷四十七頁四十九頁以下參照。始メテ「ナシ能フコト」ヲ正當ニ認識セシハトーンノ「法規ト權利」三百三十五頁以下「ビールリಂಗ」(法學上ノ根本觀念ノ批評ニ就テ)第二卷六十五頁ナルモ彼等ハ尙爲スコトヲ得トイフコトヲ法律上ノ非禁止ト同一ナリト考ヘ其本質ヲ明ニセサリシカハ終ニ此兩者ノ關係ヲ明白ニスルヲ得サリシナリ。

法律上ノ爲スコトヲ得スト云フニ對シテハ違犯アリ得ヘシ。法律上ノ爲スコト能ハストイフニ對シテハ之レアルヲ得ス。前者即禁止セラレタル行爲ノ結果トシテハ處罰ト賠償義務アリ。後者即チ禁止セラレス又法律上無關係ナル行爲ノ結果トシテハ無効アルノミ。爲シ能フト爲スコトヲ得トハ相對シテ獨立ナリ。即チ爲シ能フコトハ存在シテシカモ爲スコトヲ得ト云フコトハ缺クル場合アリ。一行爲ニ對シテ其能力ハ附與セラル、ニ其行使ハ禁セラル、コトアリ。爲シ能フコトハ爲ス

コトヲ得ルコトナクトモ存在シ得ヘキノミナラス爲スコトヲ得スト兩立スルコトヲ得然レトモ爲スコトヲ得トイフコトハ爲シ能フニアラサレハ決シテ之アルコトヲ得ス(七)。

(七) 誤解ヲ避クル爲ニ一言注意ス以下爲シ能フトハ法律上爲シ能フノ義ナリト知ルヘシ。

爲スコトヲ得ト爲シ能フト許可ト附與トノ相互ノ關係ハ次ノ如シ許可ト爲スコトヲ得トハ直接ニ一人カ他人ニ對スル關係ニ關スルモノニシテ附與ト爲シ能フトハ直接ニ法ノ制定者タル團體全部ト之ヲ構成スル團體員トノ關係即チ第一ニ國家ト個人トノ關係ニ屬ス換言スレハ對等者ニ對シテ爲スコトヲ得國家ニ對シテ爲シ能フナリ之ニ反シテ一方ニ爲スコトヲ得ストイフコトハ爲シ能ハストイフコトハ他方ニ禁止ト拒絕トノ相互ノ關係ハ全ク此トハ異レリ禁止セラレタル行爲ハ國家ニ對シテナスコトヲ得サルノ意ナリ換言スレハ個人ハ自己ヲ害スル他人ノ禁止行爲ニ對シテ自己ノ力ヲ以テ何等法律上ノ效果ヲ加フルコトヲ得ス即チ個人カ自ラ之ヲ禁止スルニアラスシテ唯法規カ命令シ禁止シ且此ニ基キテ特定ノ作爲不作爲ヲ要求スルナリ國家カ一人ニハ爲スコトヲ得セシメス(禁止)一人

ニハ爲シ能ハシメ(能力附與)此二者ヲ結ヒ附クルナリサレハ爲スコトヲ得ストハ直接ニ國家ニ對シテノ事ナリ唯間接ニ法規ニヨリテ他人ニ對シテモ其結果ヲ生スルノミ之ト同シク爲シ能フトハ直接ニ國家ニ對スル關係ニシテ爲スコトヲ得ト結附ケラル、限り間接ニ亦對等ナル個人ニ對シテ結果ヲ生シ得ナシ能フトコトハ同時ニ爲スコトヲ得ルコトナルコト有リ得ヘク從テ一面ニハ以テ國家ニ對シ一面ニハ以テ對等ナル個人ニ對スルモノナルコトアリ得ヘシト雖モ爲シ能ハサルコトハ同時ニ爲スヲ得サルコトニ非ラス隨テ當然凡テノ方面ニ對シテナシ能ハサルコトナリ法規ニヨリテナシ能ハサルコトハ何人ニ對シテモ全クナシ能ハサルナリナシ能フトコトハ特定ノ内容ノ附與ノ結果ナリト雖モナシ能ハサルコトハ單純ナル拒絕ノ結果ナリ。

不對等者ニモ又ハ對等者ニモ(國家ト國民間又ハ私人相互間)無關係ナル行爲ハ爲スコトヲ得ルニモアラス能フトニモアラスマタ得サルニモアラス能ハサルニモアラス而シテ權利ハ權利主體間ノ關係ナリ故ニ或ル原因ニ基キ此關係存セサル所ニハ權利ハアリ得ス故ニ此行爲ハ權利ニ關セス此ノ如ク嚴格ニ個人限リノ行爲

區域ハ之ヲ法律上無關係ノ行爲トイフ。

既ニ論シタルカ如ク爲スコトヲ得トイフコト、爲シ能フトイフコト、ハ互ニ相
 關係シ爲スコトヲ得ルハ常ニ爲シ能フコトヲ前提トス。吾人ノ自然ノ自由ハ唯法
 規カ吾人ニ之ヲ實行スヘキ手段ヲ認メタル限度ニ於テノミ法律上承認セラル、
 ナリ。此ノ自由ヲ他人ニ對スル關係上ニ行使スルコトノ許可ハ國家カ其許可シタ
 ル範圍内ニ於テ自由ノ行使ヲ承認シ且之ヲ保護スヘキコトヲ前提トス(八)故ニ附
 與ヲ伴ハサル許可ハ無意味ナリ。此ノ如キ許可ハ單ニ形式上ニ於テ法律上關係ア
 ル行爲ナリト宣明セラル、ニ過キスシテ此ノ關係ヲ實效アラシムルノ力ハ全ク
 拒否セラル、ナリ。

(八) 保護ハ裁判上ノ強制ト同一ニアラス却テ各種ノ法律上ノ保障ノ總體ト同一ナリ本書最終ノ
 節參照。

之ニ反シテ爲スコトヲ得ルコトナクトモナシ能フコトハ之レアリ得ヘシ。法規カ
 單ニ附與スルニ止ル場合即チ法ト獨立シテ既ニ個人ニ存スル自然ノ自由ヲ何レ
 カノ方面ニ於テ承認スルコトナクシテ(約言スレハ許可ナクシテ)新ニ行爲能力ヲ

作成スルコト屢之レアルナリ。例ヘハ國家カ公民ニ選舉權ヲ附與スルトキハ是レ
 其自然ニハ有セサル爲シ能フ方ヲ與フルナリ。國家ノ選舉ニ關スル行爲ヲ爲シ得
 ル能力ハ全ク法規ノ意思ニヨリテ始メテ作ラル、モノナリ。選舉ニ關スル個人ノ
 凡テノ行動ハ爲スコトヲ得(許可)トイフ分子ヲ含ムコトナク、行爲其レ自身ニ於テ
 ハ即チ選舉ナル國家的行爲ニ對スル關係ヲ外ニシ、國家ヨリ附與セラレタル能力
 ヲ取除キテ考フレハ單純ナル法律上無關係ナル行爲ナリ。選舉場ニ行キ投票用紙
 ニ記名スルコトハ許サレタル行爲ニモ非ス禁止セラレタル行爲ニモ非ス。唯法律
 ニヨリテ權能ヲ附與セラレタルモノカ選舉人タル資格ヲ有シ選舉ニ參與スルナ
 リ。サレハ此ノ場合ニハ法律上ナシ能フコトカ爲スコトヲ得ルコト、關係ナクシ
 テ存スルナリ。殊ニ個人ト國家ノ間ニ公法上ノ性質ヲ有スル法律關係ニ於テハ常
 ニ然リ。尙仔細ニ觀察スレハ私權ハ常ニ承認ト保護ヲ要求スル公法上ノ請求權ト
 相關聯シ從テ私權ハ常ニナスコトヲ得ルコト、ナシ能フコト、カ相結合スルヲ
 見シ。而シテ私權ハ常ニ個人ト個人トノ關係ヲ前提トス、故ニ私權ハ必ス爲スコト
 ヲ得ルコトヲ含ミ從テ爲シ能フコトヲ含ムヲ要ス。

然レトモ公法ノ區域ニ於ケル個人ノ權利ハ全ク法規ヲ個人ノ利益ノ爲ニ活動セシムル能力ニヨリテ成ルモノナリ。故ニ個人ノ國家ニ對スル關係ニ於テ生シ直接ニ他ノ個人ニ對スル關係ヲ引起スヘキ要素ヲ包含セサルナリ。而シテ私法上ノ關係ハ實ニ公法ヲ基礎トシテ成立シ得ルモノナレトモ此私法關係ハ一旦成立スルヤ常ニ其公法上ノ基礎ヲ離レテ私人間ノ爲スコトヲ得ル關係トシテ存ス。之ニ反シテ個人ノ公權ハ常ニ「ナシ能フ」コトノミヲ内容トシ從テ法ニヨリテ認めラレタル自然ノ自由ノ一部ニアラスシテ全ク此ノ自由ノ擴張ニヨリテ作ラレタルモノナリ。

以上論スル所ノ法規ノ作用ヲ見レハ凡テノ獨立ノ法規ハ一方ニハ命令スルモノ及許可スルモノト他方ニハ力ヲ附與スルモノ及ヒ力ヲ拒絕スルモノトノ二種ニ區別スルヲ得。公權ハ許可スルモノニ基クニアラスシテ専ラ力ヲ附與スル法規ニ基クモノナリ。

然レトモ法律上爲シ能フコトハ權利能力トイフニ同シク爲シ能フコトハ權利能力ノ發動スル個々ノ方向ヲ現ハスノミ爲シ能フコトハ全體ハ即チ人格ナリ。故ニ公權ノ實質的ノ方面ニ於テハ形式的ノ側ニ於ケルカ如ク明確ニ其標準ヲ求ムルコトヲ得ス。蓋シ其標準ハ利益ソノモノ、性質ニ存セス、何ントナレハ個人ノ權利ハ常ニ個人ノ利益ヲ内容トスレハナリ。サレハ法規カ個人ノ利益ヲ認ムルニ至リタル原因中ニ之ヲ求メサルヘカラス。既ニ私法ト公法トヲ區別セントシタル最古ノ學說ハ此ノ觀察點ヨリ出タルモノナリ。即チ公益ト私益トニヨリテ之カ區別ノ標準トスルニアリ。

然レトモ個人ノ利益カ法律上認めラル、ハ之ヲ承認スルコトカ公共ノ利益ニ適合スルカ故ナリ。法律上ノ個人ノ利益ニシテ公共ノ利益ト相關係セサルモノナシ唯此ノ關係ノ程度ハ甚々種々ナリ。此ノ程度ニヨリテ個人ノ利益ハ主トシテ個人ノ目的ノ爲ニスルモノト、主トシテ公共ノ目的ノ爲ニスルモノトヨリ成リ。主トシテ公共ノ利益ノ爲ニ承認セラレ、ハ所ハ個人ノ利益カ公權ハ内容ナリ。然レトモ主トシテ公共ノ利益ノ爲ニ個人ノ利益カ承認セラレ、ハ孤獨ノ人格ト

シテニ非ラスシテ公共團體ノ一員トシテナリ。故ニ公權ハ其實質的方面ニ於テハ、國家ハ一員タルカ爲ニ個人ニ歸屬スル權利ナリ。

此ノ實質的區別點ハ其レノミヲ以テハ常ニ正確ニアラス。然レトモ公權ノ形式的ノ標準ト相合シテ法學上ノ觀念ヲ定ムルカ故ニ價值アリトス。即チ形式的要素ニヨリテ區別スルコト能ハサル疑シキ場合ニハ殊ニ形式的標準ト實質的標準トヲ合シテ以テ其區別ヲ明ニスルヲ得ヘシ。

以上ノ根本的認識ヲ敷衍シ且ツ詳説スルコトハ次節ニ論スヘキ問題ナリ。

第五節 公權ト私權トノ區別

以上論述シタル所ヨリ公權及ヒ私權ヲ區別スル一般の標準ヲ知ルコトヲ得ヘシ。利益ヲ主張スル法的意力ハ常ニ直接又ハ間接ニ他人ニ對スル威力ナリ、權利者カ權利者タル所以ハ他人ニ對シテ自己ノ利益ヲ所分シ得ルコトニアリ、即チ此他人ノ法律狀態ヲ擴張シ若クハ其行爲ニ特定ノ内容及ヒ限界ヲ與フルコトヲ得ルニアリ、換言スレハ他人ニ對スル權利ノ作用ハ要求及ヒ許容トシテ表ハル此

故ニ權利カ人ト人トノ關係ヨリ成ル限度ニ於テハ法ニ依リテ認識セラレタル意カソ本質ハ内容上原則トシテ豫メ其數量ヲ特定スルヲ得サル要求及ヒ許容ヲナシ得ヘキコトニ在リ、而シテ權利ニ基キテ特定ノ人ニ對シテ主張シ得ヘキ現實具體ノ要求ハ即チ請求權(Anspruch)ナリ(一)

(一) 茲ニ説明スル意味ニ於ケル請求權ノ概念ニ就テハウラウケル「奧太利普通私法論」第二卷三百二十四頁、メルケル「學術辭典」第六十三節ウインドシヤイド「獨逸普通法教科書」第六版第四十三節、プリンツ前掲第一卷二百五十一頁以上、ツッハ前掲十五頁十六頁、デルンブルグ前掲第一卷八十七頁參照トシ、前掲二百二十三頁以下ハ請求權ニ就テ異レル解釋ヲ採川ス、猶此點ニ關シ不足ヲ補フニ足ルヘキ者ハクルト「公法雜誌」第三卷五百九十頁註解ナリ。

而シテ、權利者カ個々又ハ一般ニ特定シタル多數ノ人ニ對シテ與フル現實ノ許容ハ常ニ法ニヨリテ認メラレタル潛勢的威力ニ制限ヲ加フルコト即チ意力ノ自制(Enförsierung von Willensmacht)ニシテ最廣義ニ於ケル讓渡(Veräußerung)ナリ、其讓渡ハ權利自體カ全ク權利者ヨリ失ハル、ニ非ラサル限リハ單ニ特定ノ請求權ニノミ關スル者ナリ、若シ余カ他人ニ余ノ所有物ヲ賃貸シ又ハ質入シタルトキハ所有權者トシテ理論上余ニ屬スル請求權ノ一部分ヲ讓渡シタルナリ、茲ヲ以テ

シテ此法律上無關係ナル利益ノ享受カ公共ノ利益ノ爲メニ國家ニヨリ命令及ヒ禁令ヲ以テ制限セラル、コトアルヘシ、然ル時ハ當該行爲ハ法律上無關係ナル範圍ヨリ脱シ自然的自由カ國家ニ對スル義務關係ニ置カル、ナリ、換言スレハ此自由ハ制限ヲ蒙ルニ至ル、此ノ如キニ至ラハ從來法律上無關係ナリシ利益ノ享受ハ法律上ノ關係アル不法行爲ト變スルナリ、
 此故ニ私權ハ常ニ他ノ對等ナル人格ニ對スル關係ニシテ新ナル私權ノ發生及ヒ消滅ハ人格ヲ増加スルコトナク又減少スルコトナシ、人格ハ其占有スル爲スコトヲ得ノ分量ト何等ノ關係ナクシテ存在ス、
 然レトモ力ヲ附與スル規定ニ基キ各個ノ私權ト結合シ且公權ノ特徵ヲ作セル爲シ能フ〔Können〕ニ至ツテハ之レト異ナリ、此ナシ能フハ人格ヲ減損スルニ非サルハ之レヨリ分離スルコトヲ得ス、且私權ノ具體的ノ持分トハ獨立シテ存在スルモノナリ、具體的ノ權利ノ持分ハ絶エス變更スルモ法ニ依リテ與ヘラレタル凡テノ法律上ノ能力ハ變スルコト無シ、此ノ能力アルニヨリ始メテ各個ノ權利ヲ取得スルコトヲ得ヘク、又取得者カ保護ヲ受クルコトヲ得ルナリ、是レ此能力カ個人ノ

國家ニ對スル繼續的關係ニ基クコト、國家ハ原則的ニ個人ノ權利ヲ保護スルモノニシテ私法法規ハ唯個人カ國家ノ保護義務ヲ喚起セシムルノ緣由及ヒ條件タルニ止マルコトニ依テ明ナリ而シテ此能力ノ全體カ己ニ述ヘタル如ク個人ノ權利能力即チ人格ヲ構成ス、人格トハ法規ニヨリテ承諾セラレ及ヒ付與セラレタル種々ノ能力ノ結合ニ外ナラス、而シテ此等ノ能力トハ總ヘテ國家及ヒ國家ノ法規ヲ個人ノ利益ノ爲メニ發動セシムヘキ可能ニ外ナラス
 此ノ如ク人格即チ公法上ノ狀態ハ法カ個人ニ付與スル繼續的ノ資格及ヒ能力ニヨリテ構成セラル、ガ故ニ人格ハ尙私權ノ如ク本來潛勢的ノ者ナリ、其作用モ亦第一ニハ請求權ヲ構成ス、然レトモ此請求權ハ國家ナル威力主體ニ對スル者ナリ、從テ其目的物ハ常ニ個人ノ所爲ニ依テハ作成スル能ハサル者ニシテ國家ノ付與ニヨル者ナリ、從テ個人ノ公法上ノ資格ハ個人ト國家トノ間ノ嚴格ナル人的關係ナルヲ以テ其内容ハ私ニ處分スルコトヲ得ヘキニ非ス、但シアル程度迄ハ個人ノ意思ニヨリテ人格ノ變更ヲナスコトヲ得ヘント雖トモ、國家ト個人トノ間ノ嚴格ナル人的關係ナルノ結果トシテ其身分(status)ヲ處分スルコトハ

場合ニ依リ之ヲ拋棄シ得ヘキ外ニハ全ク爲スコトヲ得サルモノナリ、請求權及ヒ請求權ノ拋棄及ヒ法カ許ス範圍ニ於ケル身分ノ拋棄ハ公法上ノ狀態ノ徵證ナリ、然レトモ棄權ハ法的生活ニ於ケル普通ノ現象ナリト雖モ身分ノ拋棄ハ唯例外的ニ存スル現象ノミ、個人ノ身分ハ個人ト相密着シ其人格ノ範圍ヲ構成スルモノナルヲ以テ唯法カ明ニ之ヲ許容シタル場合ニノミ之ヲ拋棄スルコトヲ得、從ツテ身分ノ拋棄ノ可能ハ個人ノ法律上ノ爲シ能フコトノ範圍ヲ擴張スル者ナリ、

〔欲シ能フ〕ハ公法上ノ請求權ノ形式的標準ニシテ欲スルコトヲ得ハ私法上ノ請求權ノ形式的標準ナリ、此兩請求權ノ實質的標準ハ同シク利益ナリ、然レトモ形式的ノ差異ノ爲メニ利益ニモ亦差異ヲ生ス、即チ公權ハ爲シ能フニヨリテ保護セラル、利益ニシテ私權ハ其利益ノ實現ハ爲メニ爲スコトヲ得カ付與セラル、利益ナリ、與ヘラレタル意思ノ力ト許サレタル意思ノ力トハ人カ自己ノ利益ヲ満足セシメ得ル二個ノ法律上ノ方法ナリ、

私法上ノ請求權ハ權利又ハ私法上ノ身分ヨリ發生スルニ反シテ公法上ノ請求權

ハ常ニ直接ニ人格ノ存在ニ基クナリ、即チ私法上ノ關係ニ於ケル權利及ヒ請求權ニ對スヘキ者ハ公法上ノ關係ニアツテハ身分及ヒ請求權ナリ、私法上ノ身分及ヒ請求權カアル團體例ヘハ家族組合ニ屬スルコトニヨリテ發生スル關係ハ頗ル公法上ノ關係ニ酷似ス、公權ト云フ語ハ此ノ廣義即チ請求權ノミナラス請求權ヲ發生スル基礎タル法律關係ヲモ包有スル意義ニ解スヘキナリ、然レトモ嚴格ニ云ヘハ權利トハ請求權ノミヲ指スヲ正當トス、公法上ノ請求權ヲ發生スヘキ法律上ノ身分ハ法律關係ニシテ權利ニ非ス、

我法學上ノ用語ハ常ニ此ノ如キ微妙ナル區別ヲ正確ニ云ヒ表ハシ得ヘキ程度ニ發達セスサレト、此區別ヲ認識スルモ之ヲ以テ公法上ノ請求權カ個人權ノ性質ヲ有スルコトヲ否認スル理由トナス可ラス、吾人ハ後ニ更ニ之ヲ明ニセン、是レ管ニ私法上ノ身分關係ヨリ發生セル請求權カ疑モナク權利ニシテ公法上ノ請求權ト相類似セルコトノミナラス私權ノ效果ハ必竟請求權ニ過サルノ事實ヲ以テシテモ私權ト公權トハ論理上同一物ノ分類タルコトヲ證明スル者ナリ、

〔爲シ能フ〕カ常ニ公法ノ特質ナルト同シク爲シ能フコト並ニ爲シ得ルコトノ制限

モ亦公法上ノ性質ヲ有ス、能力附與ノ法規ハ個人ノ請求權ヲ設定スル者ナレトモ禁止ノ法規及ヒ能力拒絶ノ法規ハ假令其結果カ個人ノ利益ニ歸スルコトアルモ專ラ公共ノ利益ノ爲メニノミ存スルモノニシテ個人ノ請求權ヲ設定スルモノニ非ラス、何トナレバ國家ノ行爲ハ一トシテ國民ノ利益ヲ保護スルカ爲ニスルニ非ラサルモノナク個人ノ意思ノ力ヲ承認スルモ個人ノ爲ニ法ノ保護ヲ保障スルモ或ハ命令、禁令、制限法、刑罰、警察上ノ強制ノ如キ又ハ全ク公益ノ爲メニスル行爲ト雖モ常ニ人類ノ利益ヲ保持スルモノニ外ナラサレハナリ。

以上論スル所ヲ以テ私權ト公權トノ區別カ疑ハシキ場合ニ之レヲ決定スルノ限界トナスコトヲ得ヘシ、勿論吾人ハ此區別ニ關シテ只現行ノ法ヲ論スルノミ、如何ナル時代ニモ有效ナル絶對的ノ區別ハ爰ニ論スル所ニ非ス、公權私權ノ區別モ亦總テノ法ト同シク歴史の沿革ノ結果タリ、其カ微細ナル説述ハ獨立ナル法史ノ研究ニ俟タサル可ラサルナリ(四)

(四) ロイトホールド「公權ト公ノ私權」ヒルト年報千八百八十四年三百五十六頁以下及ヒ三百五十七頁第一ニカ、ゲラル、參考書參照

親族法上ノ身分關係ハ其關係ヨリ直接ニ生スル所ノモノカ爲スコトヲ得ノ部ニ屬スルカ故ニ私法上ノ關係タル性質ヲ有スルモノナリ唯其關係ハ他ノ私法上ノ關係ニ比スレハ制限法及ヒ禁止法ニヨリテ著シク其所分能力ヲ制限セラル、ノ

私權ト公權トノ限界ヲ定ムルニツキ殊ニ困難ナルハ國家ニ對スル物又ハ金錢給付ノ請求權ニアリ、此問題ヲ解決センカ爲メニゾームハ總ヘテノ法ヲ權力法(Gewaltrecht)ト財産法(Vermögensrecht)トニ分類シ(五)前者ヲ公法トシ後者ヲ私法ナリト爲セリ、

(五) インスチテューチヤン第四版十四頁十五頁之レニ對シテツツハ前掲八十八頁ノ註參照公ノ財産權ニ關シテハ猶ザルゾイ、公權論二百九十七頁以下及ヒ四百九十九頁以下參照

此區別ニ説ヘハ數多ノ法律關係ハ其何レニモ屬セサル者ヲ生スルノミナラス、法律上ノ實際トモ相一致スルコトナシ、一方ニ於テハ親族法ハ權力法ニシテ又私法ノ他ノ範圍ニ於ケルヨリモ公共ノ利益ニ關スルコト大ナリト雖モ其公法上ノ性質ヲ有セサルコトハ既ニ説明セル如シ、其他數多ノ法律關係ハ人ト人トノ

權力ノ關係ナレトモ毫モ公法上ノ性質ヲ有セサル者アリ、他方ニ於テハ財產法上ノ請求權ニシテ國家ノ統治權ニ其基礎ヲ有シ、アル特別ナル權力關係ノ内容ヲ構成スル者アリ。國家ノ租稅徵收權ハ權力法ノ性質ヲ有スルト同時ニ財產法ノ性質ヲ有ス、之レヲ二個ノ分類ノ何レカニ數ヘントスルハ不可能ナリ、然リ而シテ公權ト私權トヲ區別スル此標準ハ國家自身カ個人ト同シク二重ノ資格ヲ有スルコトニヨリテ更ニ一層ノ困難ヲ加フ、即チ國家ハ一方ニ於テ威力主體即チ「爲シ能フ」ノ主體タルト共ニ一方ニ於テハ權利主體即チ「爲スコトヲ得」ノ主體タリ、換言スレハ國家ノ總ヘテノ行爲ハ公共ノ利益ノ爲メニ表ハル、モ猶個人カ其利益ヲ遂行センカ爲メニ有スル手段ヲモ利用スルコトヲ得ヘク又爰ニハ詳論セサル種々ノ理由ヨリシテ自己ノ目的ヲ一層能ク達センカ爲メニ自ラ私法上ノ權利主體ノ地位ニ立チ從ツテ個人ト同様ナル私權ノ主體トシテ個人ト相對立スルコトヲ得ル者ナレハナリ、

國家ハ財產法上ノ權利及ヒ義務ノ主體トシテハ國庫(Fiscus)ト稱セラル、爰ニ於テカ如何ナル場合ニ國庫カ私法上ノ權利義務ノ主體ニシテ如何ナル場合ニ公法上ノ權利義務ノ主體ナルカハ問題ニ答ヘサル可ラス、此問題ト關連シテ如何ナル場合ニ國家ニ對スル個人ノ請求權カ服從者ノ請求權ニシテ如何ナル場合ニ對等ナル私人ノ權利ナルカ換言スレバ何レノ場合ニ其請求權カ個人ノ爲シ能フ方即チ公權ニシテ何レノ場合ニ個人ノ爲スコトヲ得ルコト即チ私權ナルカノ問題ヲ生ス、

(六) 財產權ノ主體トシテ國家ハ單ニ國庫ナリトノ意見ハ始メテハ「ア、ツア、ハリ、ア」獨逸國法及ヒ聯邦法第三版第二卷四百〇二頁及ヒ四百〇三頁ニ於テ表ハレタリ、近頃ザルプ「公權論」五百七十二頁及ヒ特ニ詳細ニツツハ前掲九十二頁ニ於テ説明セラル曰ハク「國庫トハ私法及ヒ公法ヲ通シテ財產法上ノ關係ニ於ケル國家ヲ云フ」ト、最近獨逸國法學ノ著書ハ只私法上ノ關係ニ於ケル國家ノミヲ以テ國庫ト稱スルノ誤謬ニ陷レリ、ラバ「獨逸國法學」第二卷八百三十九頁、ツ「獨逸帝國國法學」第二卷二百二十頁、ハ、シ、ニ、ル、チ、エ「獨逸國法學教科書」第一卷五百七十六頁、ザイ「巴威倫國法學」第四卷一頁以下參照、只「ゲ、マ、イ、ヤ」獨逸國法學教科書六百〇五頁、ハ、ツ、ア、ハ、リ、ア、ノ見解ニ從フ者ノ如シ、同氏「獨逸行政法教科書」第二卷百六十八頁二百八十七頁ハ之レニ反ス、佛蘭西法ニ關シテハ「オ、マ、イ、ヤ」佛國行政法理論三百七十六頁以下ハ正當ナル學說ヲ採用ス、

此問題ハ勿論外形上ノ標準ニヨリテ解決シ得ヘキニ非ス、殊ニ實際ノ場合ニ於テ民事裁判所カ決定スヘキ職權ヲ有スルヤ否ヤニヨリテ決スルコトヲ得スモ、民

事裁判所及ヒ行政裁判所ノ權限ノ分配ハ決シテ當該訴訟事件ノ内部的性質ニ對スル標準タルコト能ハサルハ豫決問題 (Form des Präjudicialurtheils) トシテハ民事裁判所モ必ラス公權ヲ決定スルコトヲ要シ、行政裁判所モ必ラス私權ニ關シテ決定セサル可ラサルコトヲ見ルモ明ナリ、加之私權ト公權トハ同一事件中ニ極メテ密接シ、訴訟手續ニ於テモ此二要素ヲ全ク分離スルコトハ不可能ナリトス、且民事裁判官ハ其訴訟手續ニヨリテ當然公權ニ關シテ裁判ス、其ハ既ニ述ヘタル所ヨリシテモ明ニシテ又後ニ詳論スルカ如ク權利保護ニ關スル總テノ種類ノ請求權ハ純然タル公法上ノ性質ヲ有スレハナリ、此故ニ權利ノ公權ナルヤ私權ナルヤヲ決センニハ權利其物ノ性質ニ依ルノ外ナキナリ、

(七) 例ヘハトーン前掲百三十一頁ノナスカ如シ、之レニ對シテピールリング前掲第二卷百五十三頁及ヒテルンブルヒ第一卷四十六頁四十七頁參照

第一ニ總テハ國家ノ請求權ニシテ專ラ其統治權ニ基礎ヲ有スル者ハ公法的性質ヲ有ス、故ニ如何ナル裁判所カ之レヲ裁判スヘキ權限ヲ有スルモ常ニ公法的觀察點ニヨリテ判決スルコトヲ要ス、然レトモ此點ニ關シテハ國家ハ勿論公法上

ノ關係ヲ私法上ノ要素ニヨリテ變更スルノ完全ナル自由ヲ有スルコト猶他方ニ於テ國家カ國庫特權 (Privilegia fisco) ニヨリテ自己ノ私權ニ特ニ大ナル保護ヲ與フルノ自由ヲ有スルカ如シ、茲ヲ以テ國家ハ納稅期ニアル租稅ヲ行政處分ニヨラヌシテ民事裁判ノ手續ニヨリテ徵收スルコトヲ得ヘク、破産ノ場合ニハ優先權ヲ有スト雖モ他ノ債權者ト共ニ破産財團ニ加入シテ其辨濟ヲ求ムルコトヲ得ルノミナラス又遺產債權者トシテ裁判官ヲシテ強制執行ヲナサシムルコトヲ得ルナリ、公ノ納付金ニ對スル國家ノ抵當權ハ公共ノ目的ノ爲メニスル時ト雖モ私法上ノ性質ヲ有ス、國家ハ亦租稅(關稅、間接稅)ヲ抵當トナスコトヲ得ヘク即チ國家ニ屬スル高權ヲ私法上ノ融通ノ目的物トナスコトヲ得ヘシ、此ノ如キ行爲ハ甚シク近世的國家觀念及ヒ公法ノ思想ト矛盾スルカ如キモ往時屢々行ハレタルノミナラス今日ト雖モ猶存在スル所ナリ、之レ蓋經濟上ノ需要ニ對スル權利ハ私法的ノ者ナリト見做サレタルノミナラス、殊ニ財政上ニ於ケル國家ノ高權ハ原則トシテ國家ノ私權ナリト解釋シタル時代ノ最後ノ遺物ナリ、然レトモ他方ニ於テハタトヒ公共ノ爲メニ設ケラレタル制度ト雖モ此制度自身

ヲ目的トセス又少クトモ之レヲ主タル目的トスルニ非スシテ此者以外ニ存スル
 財政上ノ目的ヲ其全部又ハ一部ノ目的トスル場合ノ如キハ純然タル私法の性質
 ヲ有ス、例ヘハ國家カ煙草專賣權ニ基キテ締結スル法律行為ハ純然タル私法上
 ノ行為ナリ、何トナレハ國家カ煙草專賣權ヲ設ケタルハ個人ニ煙草ヲ供給セン
 カ爲メニ非スシテ金錢ヲ取得センカ爲メナレハナリ、國家ノ交通營造物ニ付テ
 モ亦其制度其物ノ運轉ハ公共ノ利益ノ爲メニスル國家ノ事務ナリト雖モ專ラ公
 共ノ利益ノ爲メニ之レヲ行フニ非ラス、從ツテ公衆ト締結スル法律行為ハ
 假令之ヨリ生スル請求權ニ付テハ民事訴訟カ許サレサル場合ト雖モ尙理論上ハ
 私法の性質ヲ有スルモノナリ、然レトモ此種ノ行政ノ區域ニ在リテハ公法ト私法
 トノ限界ハ常ニ明確ナルコト能ハス隨テ國家ハ性質上ハ私法的ナル請求權ヲ形
 式的ニ變シテ公法上ノ請求權ト爲スコトヲ得ヘシ、此種ノ最著シキ實例ハ佛國
 ニ於テ公ノ行政ノ目的ノ爲メニ締結シタル法律行為ヲ形式的ニ公法上ノ契約ナ
 リト宣言シ之レヨリ生スル相手方ノ請求權ヲ民法ニヨリテ判決セスシテ行政裁
 判手續ニヨリテノミ求ムルヲ得ヘキコトヲ定メタルコト之レナリ、此ノ如クナ

ルカ故ニ成法ニアツテハ形式的ノ公法上ノ請求權ト實質的ノ公法上ノ請求權ト
 ノ種別ヲ生ス、前者ハ成法ノ規定ニ從ヒ公法ニヨリテ判斷セララル、者ニシテ其
 性質上公權タルヤ否ヤヲ問ハサルナリ、後者ハ其性質上公權タルモノニシテ成
 法ノ規定如何ヲ問ハサル者ナリ、凡ソ法律生活ハ互ニ相繼續シ觀念ニヨリテ分
 離スルコト能ハサルカ故ニ多クノ場合ニ於テ立法者ノ意思ニヨル形式的區別ノ
 必要アリ、從テ事ノ性質上既ニ多少ハ當然各國家ノ個々ノ裁量ニ從テ異ナルコ
 アルヲ免レサルモノナリ、何レニシテモ一ノ權利カ公權ナルヤ私權ナルヤハ常ニ
 其權利カ私法又ハ公法ノ下ニ屬セシメラル、ヤ否ヤニヨリテ定マルヘキモノニ
 シテ、裁判所ノ管轄如何ニ依リテ定マル者ニ非ス、是レ其侵害ノ場合ニ於テ時ト
 シテ全然訴訟ヲ提起スルコトヲ許ルサス唯公權ノ不完全ナル保護手段カ被害者
 ニ與ヘラル、コトアルヲ見ルモ明ナリ、
 個人ノ國家ニ對スル請求權ニシテ財產權ノ性質ヲ有スル者ハ若シ一方ニ於テ公
 法上ノ關係國家ノ一員トシテハ地位ニ基キ、他方ニ於テ主トシテ公共ノ利益ハ爲
 マニ付與セラル、者ナルトキハ公權ナリ、
 過納租税ノ返還請求權ハ公法上ノ關

係ニ基礎ヲ有スト雖モ主トシテ公共ノ利益ノ爲メニ付與セラレタル者ニ非スシテ單純ナル不當利得 (Conditio indebiti) ナリ(八)之レニ反シテ皇室經費ノ支拂ニ關スル君主ノ請求權、俸給其他ノ給付ニ關スル官吏ノ請求權、歲費ニ關スル代議士ノ請求權等ハ雷ニ公法上ノ法律關係ニ基クノミナラス、公共ノ利益ノ爲メニ付與セラレ、者ナリ、他方ニ於テ被公用徵收者ノ公用徵收ヲナス國家ニ對スル關係ハ當該個人カ國家ノ一員タル地位ヨリ生スト雖モ公用徵收ノ賠償請求權ハ主トシテ個人ノ利益ノ爲メニ付與セラレ、者ナリ、然レトモ此點ニ於テモ亦實際ノ場合ニ當リテ其限界ヲ定ムルコトハ屢、困難ニシテ國家ハ亦此請求權ヲ形式的ニ私權ナリ若クハ公權ナリト宣言スルノカヲ有ス、從ツテ實際上此等ニ關スル規定ハ國ニヨリテ異ナルコトアリテ公權トシテ取扱フ者アリ、或ハ私權トシテ取扱フ者アルナリ、

(八) フォン、ザル、プロイ、公權論五百六十二頁

公法上ノ團體ニ對スル請求權及ヒ間接ニ公法的ナル請求權即チ公ノ權力ヲ與ヘラレタル國家以外ノ人格ニ對スル請求權又ハ此ノ人格ヨリ或ハ國家ニ對シ或ハ

其團體員ニ對スル請求權ノ性質ヲ判斷スルニ於テモ亦タ以上述ヘ來リタル理論ニ從フヘキモノナリ、就中其場合ニ於テハ其請求權カ其團體ノ國家ヨリ離レタル獨立ノ人格トシテノ資格ヨリ生セルカ、又ハ國家意思ノ執行者トシテカ、又ハ法律ニ準據シテ自由ニ國家的權力ヲ行使スル公法的人格トシテノ資格ヨリ生セルカヲ判斷シ、一方ニ於テハ又其團體カ如何ナル資格ニ於テ其請求權ヲ滿タスヘキ義務ヲ負フカヲ判斷セサル可カラズ、其詳細ナル説明ハ後章ニ論スル所ヲ見ルヘシ。

(九) 第十六節參照

此ノ如ク公權ト私權ト相接觸セル限界區域ノ甚タ大ナルニヨリテモ、法律生活ニ於テ兩者ノ相互的影響アルコトヲ豫見スルヲ得ヘシ、然レトモ猶深キ研究ヲ重クシテ兩者ノ相互ノ影響及ヒ相互ノ關係ハ全法律生活ヲ貫通セル現象ナルヲ知ルヲ得ン、私權ハ屢、公權ハ不可缺前提タルコトアリ、公權モ亦私權ハ必要前提タルコトアリ、就中純粹ナル公法上ノ起訴權ハ其具體的ニ發動スルカ爲メニ屢、私權ノ存在ヲ條件トシ、此私權ハマタ起訴權ノ完全ニ存在スルヲ俟ツテ始メテ其

效用ヲ全ウスル者ナリ、公ノ納付金ニ對スル總テノ權利ハ私法上ノ關係ト結合シ、兵役義務履行ニ關スル國家ノ請求權ハ親族法上ノ關係ニヨリテ變更セラレ、國會、市町村會等ノ選舉權及ヒ被選舉權ハ人口代表又ハ利益代表ノ主義ヲ採レル國ニアツテハ私法上ノ前提ニ其基礎ヲ有ス、皇位ノ繼承順位ハ親族法上ノ事實ニ根據シ貴族院議員タルノ權ハ特定ノ家族ノ系統ニ屬スルコト又ハ特權ヲ有セルコトニ基ク者ナリ、而シテ性質上可能ニシテ且明ニ禁止セラレサル限りハ公法上ノ請求權ノ上ニ私權ヲ設定スルコトヲ得ヘシ、即チ請求權ハ其上ニ質權ヲ設定スルコトヲ得ヘク、讓渡ノ目的物タルコトヲ得ヘク、質貸借(官舎)ノ目的物タルコトヲ得ヘシ、此ノ如ク公權ト私權トカ互ニ相影響スル總テノ場合ヲ列舉スルコトハ到底不可能ナリ、タトヒ之レヲ列舉シ得タリトスルモ學問上ノ價值ハ甚タ僅少ナリ

公法上ノ請求權ハ又私法上ノ請求權ニ變スルコトヲ得ヘシ、例ヘハ法ニヨリテ認メラレタル罰金^{グルドストライフネー}ノ支拂ヲ犯罪者ノ相續人ニ對シテ請求スルハ只國家ノ私法上ノ請求權トノミ解スルコトヲ得ヘシ、何トナレハ刑罰ハ只犯罪者ニノミ科スル

コトヲ得ヘク、其私法上ノ相續人ニ及フヘキ者ニ非サレハナリ、之レト同シク官吏ノ役務關係(Dienstverhältnis)ニ基キ其遺族ノ扶助科請求權モ亦私權ナリ、何トナレハ公權ハ相續ノ目的タリ得ヘキ者ニ非サレハナリ、

(十) 獨逸帝國刑法典第三十條同刑事訴訟法第四百九十七條

若シ公法上ノ請求權カ經濟的給付ニヨリテ履行セラルヘキモノナルトキハ其給付ハ私權ノ場合ト同様ニシテ等シク辨濟、代物辨濟ナリ、他方ニ於テ人的役務ヲ以テ給付トナス形式ハマタ私法上ノ雇傭其他之ニ類スル契約ニ於ケル給付ト何等ノ差異アルヲ見ス、其履行手段ノ性質ハ全ク私法的ナリトモ又公法的ナリトモ特定スルモノニ非スシテ法律上ノ普汎觀念ニ屬ス。

財産權ハ公權又ハ私權タルコトアルノ結果トシテ一見私權ニ關シテノミ適用セラルトカ如キ總テノ法規モ其實公權ニモ適用サル、者アリ、錯誤故意及ヒ過失期間條件等ノ規定ハ明ニ其適用ノ除外セラレサル限り均シク公權私權ノ兩者ニ適用セラルヘキ者ナリ、相殺連帶責任保證寄托消滅時効ニ關スル原則モ亦多少ノ變更ヲ加ヘテ公法上ノ給付ニ適用セラルヘキナリ、

私法上ノ資格カ屢、公法上ノ裁判宣告ノ前提トシテ豫メ決定セラレサル可ラサル
 コトアリ、例ヘハ所有權者商號所有者、公共組合員ノ資格ノ如キ之レナリ尤モ此點
 ニ付テハ私法上ノ定ト公法上ノ定ノ間ニハ著シキ相違アルコトヲ得ヘシ例ヘハ
 相續稅ノ支拂義務ノ前提要件トシテノ相續人又ハ遺產取得者ノ觀念ハ法律ニ依
 リ私法上ノ一般承繼人又ハ遺產相續人ノ觀念ト異ナリテ定メラル、コトアルカ
 如キ是ナリ、然レトモ又一方ニ於テハ、公法上ノ請求權ノ前提要件ヲ民法ニヨリテ
 嚴確ニ決定スルコトカカ、ル請求權ノ法的條件タルコトアリ之ニ因リテ如何ナ
 ル裁判所カ其最終ノ決定ヲ與フベキカ其個々ノ場合ニヨリテ異ルナリ
 請求權ノ發生原因ハ、公法上ノ行為ニ基クモ其請求權自身カ私益ノ爲メニ設
 定セラレタルトキハ全然私法ノ區域ニ屬スル者ナリ、故ニ特許 (Concession) 專賣
 特許 (Patenten) 其他權利ヲ設定スル行政行為ニ基ク所ノ權利ハ公權ニ非ス(十一)公
 法ノ適用ニヨリテ個人ノ私ノ權利範圍ヲ侵害シ、之レニヨリテ求償權ヲ生シタル
 トキ、例ヘハ官吏ノ故意又ハ過失ニヨリテ不法ニ私益ヲ侵害シタル權限外ノ職務
 行為ノ場合ノ如キ又同シ、故ニ之レニヨリテ成立シタル賠償義務ハ純然タル私

法上ノ性質ヲ有ス、

(十二) 第八節參照特權ニ關シテハフガンザルプワイ公權論三百三十五頁フツハ前掲九十九頁參照

第六節 權利ト法ノ反射

公權ノ特徵ノ一ハ權利保護ノ保障者ト直接又ハ間接ノ義務者トカ國家ナル同一
 ノ人格者タルコトニアリ、國家カ其義務ヲ履行スルハ唯被治者ノ利益ノ爲メニ
 自己ノ所爲ヲ制限スルニヨリテノミ爲スコトヲ得、然ルニ此國家ノナス制限ハ
 一私人カ他人ノ利益ノ爲メニ作爲又ハ不作爲ヲナスカ如キ方法ヲ以テナスコト
 能ハス、私人ハ其自然能力ニヨリテ直接ニ作爲又ハ不作爲スルモノナレトモ國
 家ハ必ス法ニ依リテ其作爲又ハ不作爲ヲ規律セサル可カラス、換言スレハ法規
 カ國家機關ニ對シ特定ノ方向ヲ有スル特定ノ作爲又ハ不作爲ヲ命スルコトヲ要
 スルナリ、一私人カ自己ノ直接ノ所爲ニヨリテ爲ス所ノ者ヲ國家ハ法ノ設定即
 チ實質的立法ニヨリテ之レヲナスナリ斯クノ如クシテ、一私人ノ公權ハ實ニ法規
 ニヨリテ構成保護セラル、ノミナラス又實ニ法規ニヨリテ實行セラル、ナリ、故

ニ國家ヨリ付與セラレタル請求權ハ唯國家ニヨリテノミ履行セラル、モノト云フヘシ。

此ノ如クナルカ故ニ公權ハ一見恰モ迷想ニシテ世人カ權利ナリト信スル者ハ只法規カ存在スルニ止マリ、其實ハ法ノ反射 (Reflex objektiven Rechtes) ニ過キサカ如シ、フオンゲルバーハ始メテ自由權並ニ訴權ニ關シテ此見解ヲ採リ(二)其他公權ノ範圍ヲ多少制限セントシ若クハ全ク之レヲ否認セントスルノ論者ハ皆同一ノ見解ニ基ク者ナリ、

(一)「公權論」七八頁七十九頁 *Grundzüge* 三十四頁ゲルバーハ總テノ公權ノ根本的否認ヲササス、
ロ彼レハ深ク國家及ビ私人ノ權利義務ノ相互關係ヲ認識ス、殊ニ大綱五十頁以下二百二十七頁以下参照

此疑問ノ解決ニ就テハ權利ト法ノ反射トノ區別ヲ明ニスルヲ要ス、是レ一方ニ於テハ一般法學ノ重要ナル根本問題ニ接觸シ、他方ニ於テハ公法ノ範域ニ於ケル總テノ判決ハ此問題ノ正當ナル解釋ニヨリテ左右セラル、ヲ以テ理論上ニ於テモ實際上ニ於テモ重要ナル問題ナリトス、
之レヲ正當ニ解釋セント欲セハ須ラク公法法規ノ人類ノ利益ニ對スル目的關係

ヲ明ニスルヲ要ス、凡テ公法ハ公共ノ利益ノ爲メニ存シ、公共ノ利益ハ即チ國家ノ利益ナリ、然レトモ公共ノ利益ハ個人ノ利益ノ總額ト均シキモノニアラス(二)殊ニ公共ノ利益ハ現在國家ヲ組成セル人民ノ利益ノミニ關スルモノニアラスシテ未タ生レサル人民ノ利益ニ關シ、遙ニ遠キ將來ニモ及フモノナリ、此ノ故ニ公共ノ利益ハ屢々個人ノ給付ヲ要求スルモ其結果カ提供者ヲ利セス、又必スシモ其ノ時代ノ國民一般ヲモ利セサルカ如キコトアリ、例ヘハ生命ヲモ犧牲ニ供セサル可ラサル兵役義務ノ如キ開業以來數十年ヲ經過セル鐵道企業ニ對スル國家ノ回收權ノ如キ、事實上并ニ法律上ニモ只少數個人ノミ使用スルコトヲ得ヘキ數多ノ國家營造物ノ如キ、若クハ個人ノ自由ニ對スル警察上ノ制限ノ如キ皆公共ノ利益カ個人ノ利益ノ總額ト同一ニ非サルコトヲ證シテ餘リアリ、加之公共ノ利益ハ何タルヤハ寧ロ其當時ニ於ケル有力ナル時代觀及ヒ各國家ノ特種關係ニ依リテ決定スヘク屢々個人ノ利益ハ衝突ノ爲メニ生ジ個人ニ對シテハ全ク關係ナク却テ之ニ反對シ又ハ反對セサル可ラナル所謂平均利益 (Durchschnittsinteresse) ニ依ルモノナリ。

二 個人ノ利益ト公共ノ利益トノ合致及ヒ反對ニ就テハロイトホールド(ヒルト年報千八百八十四年三百三十二頁以下)フリードリッヒ、ゼ、ノイマン(同千八百八十六年三百五十六頁以下)參照此二人ニヨリ種々ナル意味ヲ有スル語トシテ指示サレタル『公ノ利益』(offentliches Interesse)ハ法學上ノ術語トシテハ『公共ノ利益』(Gemeininteresse)ナル文字ヲ用フルノ優レルヲ覺ス。

總テノ公法ハ國家ノ目的ヲ達センカ爲メニ存スルモノナルコト言フ俟タス、即チ公共ノ利益ノ爲メニ存スル者ナリ、然レトモ總テノ公法法規カ同時ニ個人ノ目的ヲ達セサル可ラサルコトヲ必要トセス、公法法規ハ時ニ個人ノ利益ノ爲メニ存在スルコトアルモ、個人ノ利益ノ進歩カ同時ニ公共ノ利益ヲ進歩スル所以ナル場合ニ限ル、

公法法規カ只公共ノ利益ノ爲メニ國家機關ニ對シ特定ノ作爲又ハ不作爲ヲ命シタル場合ニ於テモ法規自身ハ特定ノ個人ノ權利範圍ヲ擴張スルハ意思ナクシテ然カモ此作爲又ハ不作爲ノ結果カ特定ノ個人ノ利益トナルコトアルヘシ、此場合ニ於テ之レヲ法ノ反射ト稱スルコトヲ得(三)

(三) 法ノ反射作用ノ概念ハ初メテイエリング、ローマ法精神論第一版千八百六十五年第三卷三百二十七頁三百二十八頁ニ於テ明ニセラレタリ猶 (Joenatic) 年報第十卷二百四十五頁以下參照此ノ如ク單ニ法規ヲ定ムルニ過キササルモノト個人ノ權利ヲ創設スル法規トヲ區

別スルノ標準何レニ存スルカ、

此問題ハ形式上ヨリハ容易ニ解釋スルコトヲ得ヘシ、則チ若シ個人ノ請求權カ事ノ性質ニヨリ又ハ法ノ保護ノ拒否ニヨリテ否認セラル、場合ニハ只單ニ法規カ存在スルノミ、形式的積極的ノ請求權ハ個人ト國家トノ間ノ特定ノ關係ニ就テ個人ニ法ノ保護ヲ要求シ得ルコトヲ承認スルニヨリテ成立ス、

然リト雖モ此ノ如キ形式的標準ヲ以テハ決シテ完全無缺ニ問題ヲ解決スルコトヲ得ス、疑アル場合ニ於テハ裁判官ハ個人ニ訴訟カ許サレタルヤ否ヤヲ決定セサル可ラス、而シテ之レカ決定ハ成文法ヲ欠ク場合ニアツテハ實質上ノ標準ヲ基礎トスルノ外ナシ、加之法ハ往々保護ヲ必要トスル個人的利益ニ對シ不完全ナル保護ヲ與フルニ留マリ爲メニ形式上法益ト認め難キ者アリ、此ノ如キ形式上保護ヲ欠ケル如何ナル利益カ保護セララルニ至ルヘク又ハ至リ得ルカハ立法政策上ノ重要ナル問題タリ、

成法上ノ問題トシテハ實質上ノ標準ハ常ニ法ニヨリ明示若クハ默示ヲ以テ個人的利益ヲ承認セルコトニ存ス、而シテ其明示ヲ以テ承認セル場合ハ形式上ノ標

準ト相合致ス、從ツテ實質上ノ標準ヲ基礎トスル公權ノ範圍ハ形式上ノ標準ヲ基礎トスル公權ノ範圍ヨリモ廣汎ナリ、余輩ハ後者ノ範圍ヲ形式上ノ公權トイヒ前者ノ範圍ヲ實質上ノ公權ト呼ハント欲ス、實質上ノ公權ト法ノ反射即チ通常所謂反射權 (Reflexrecht) トノ限界ハ裁判官カ形式上ノ標準ヲ安全ニ捕捉シ得サル場合ニアツテハ非常ニ困難ナリ

形式上ノ利益ノ範圍ハ成法ヲ以テ任意ニ之ヲ縮少シ又ハ擴張スルコトヲ得ヘシ、其之レヲ擴張スル場合ニアツテハ實質的主觀的利益ハ最早擴張セラレタル利益ノ範圍ヲ決スル正當ナル限界ヲ構成スルコトヲ得ス、時トシテハ個人ノ利益カ全ク存在シ能ハサル場合ニ於テスラモ尙保護セラレタル請求權ノ與ヘヨル、コトアルヘシ、勿論是レ例外ノ場合ニシテ後ニ二三ノ例ヲ以テ指示スヘキカ如ク實際ニハ不都合ナル結果ニ導クノ恐アリ、

立法上ノ問題トシテハ其困難ハ更ニ大ナリ、何ントナレハ實質的ノ公共ノ利益ト實質的ノ個人ノ利益トノ間ニ絶對的ノ限界線ヲ劃スルコトハ到底不可能ニシテ之ヲ如何ナル範圍ニ於テ定ムヘキカハ多クノ場合ニ於テ全ク立法者ノ任意ナレ

ハナリ、唯近世諸國ニ於ケル立法ノ趨勢ハ絶エス形式的權利ノ範圍ヲ擴張スルニ在リ行政裁判制度ノ實施ハ此ノ點ニ於テ最モ大ナル進歩タリシコトハ疑ナシト雖モ此制度モ尙未タ凡テノ實質上ノ個人的利益ニ及ハサルコト遠ク個人的利益ニシテ尙未タ其ノ形式的ノ承認ヲ得サルモノ餘リニ多キニ堪ヘサルナリ、矛盾多キ近代ノ著ルシキ一ノ特徴ハ社會ニ於テハ個人主義ヲ排斥シ然カモ國家ヨリハ個人主義ノ保護セラレシコトヲ要求シ斯クシテ深キ國民的ノ思潮ニ基キテ絶エス新ナル個人的利益カ益多ク保障セラレ承認セラレ、コトニ在リ、

實質上ノ公權ト形式上ノ公權トヲ分ツノ結果トシテ又形式上ノ法ノ反射ト實質上ノ法ノ反射トヲ分ツノ必要ヲ生ス、

余ハ是ヨリ以下二三ノ實例ニ付テ形式的ノ公權ト形式的ノ法ノ反射トノ區別ヲ説明スヘシ是レ當ニ法學上最モ明瞭ナラザル問題ナルノミナラス裁判官ノ實際問題トシテハ茲ニ論スル中ニモ最モ重要ナル者ナレハナリ、將來ノ立法ノ主義ヲ定メ若クハ既ニ成立セル法律ハ解釋ヲ定ムル法規ニヨリテハ原則トシテ權利カ設定セラルハコトナシ、故ニ國民カ平等ノ權利ヲ有スルコ

トヲ宣言シ特別裁判所ノ禁止ヲ規定シ、民法的ノ結婚又ハ教育法ノ發布ヲ約シ、裁判ノ公開及ヒ口頭辯論ノ主義ヲ認ムルカ如キハ只法ヲ定ムルニ留マリ、權利ヲ設定スルコトナシ。然レトモ若シ此ノ如キ場合ニ於テ國家ノ成法ニヨリ個人ニ此ノ如キ憲法ノ規定ニ違反スル法律又ハ命令ノ無効ナルコトヲ主張スヘキ法的手段カ與ヘラレタル時ハ其ハ根本的ニ公衆訴訟(即チ公衆ノ何人ニテモ提起シ得ヘキ訴訟)ノ性質ヲ有ス、是レ近世的國家ニ於テハ通常ハ法規ノ保持ヲ職トセル國家機關ノ職權ニ屬スル能方ヲ特ニ個人ニ付與スルモノニシテ、之レカ唯一ノ例ハ瑞西ノ聯邦裁判所ニ於テ取レル判決例ナリ即チ此ノ判決例ニ依レハ聯邦憲法ニヨリ宗教裁判所設置ノ禁止及ヒ各洲官廳ノ組織ニ關スル洲憲法ノ規定ヨリ歸納シテ一般瑞西國民カ此等ノ法規ニ違反セル法律ノ無効ヲ主張スヘキ訴權カ付與セラル、モノナルコトヲ認ムルナリ(五)

(四) 總テノ憲法中ニアツテ普國憲法ハ權利トスル見解ヲ最も多ク採レリ、結婚及ヒ身分法(第九條)及ニ完全ナル教育ニ關スル法律(第二十六條)ノ發布ノ約束ノ外寺院ノ保護ニ關スル未來ノ法律(第十七條)學校ニ對スル國家ノ監督(第二十三條)小學校教員ノ地方ニ適應セル確定の收入ノ保證(第二十五條)カ普國民ノ權利ニ就テナル題目ノ下ニ列舉セラル、之レト比較スヘキハ之カ

模範タリシ自耳義憲法ノ相當條文第二章自耳義人及ヒ其權利ニ就テ第四條乃至第二十四條ニシテ前者ヨリモ多ク適當ニシテ法律上正當ニシテ實際的ナリ、

(五) プルーメル、モレル、瑞西聯邦法叢書第三卷百七十四頁百八十五頁

専ラ公共ノ利益ノ爲メニ個人ニ對シ官廳ノ行爲ヲ喚起スルハ能力カ與ヘラル、場合ハ亦常ニ單純ナル法ノ反射ナリ、例ヘハ犯罪行爲ヲ告訴告發スルノ「權利」ナル者ナシ、此所謂權利ナル者ハ檢事カ犯罪行爲ノ存在ヲ職權ニ由テ搜索セサル可ラストスル刑事訴訟法ノ規定ノ反射ニ外ナラサルナリ、此場合ニ於テ告訴告發ハ官廳ノ審理ノ起因タルニ止マリ、權利ノ行使ニ非ス、又公共ノ利益ノミノ爲メニ個人カ國家ノ保護ノ目的物タル場合ニアツテモ單純ナル法ノ反射ノ存スルノミ、例ヘハ窮民救助ノ請求ハ多數國家ノ立法ニヨレハ單ニ國家又ハ公共團體ノ當該法律上ノ救助義務ノ反射タルニ止マリ、被救助者ニ請求權カ發生スルニ非サルナリ(六)、兵士ノ日給ノ請求權モ亦之レト相似タル性質ヲ有ス(七)、此等ノ場合ニアツテモ立法者ハ其規定ニヨリテ任意ニ個人ノ請求權ヲ設定スルコトヲ得ルカ故ニ此等ノ實例ハ以テ權利ト權利ニ非サル者トカ如何ニ立法者ノ裁量ニ繋カルカヲ示スニ足ベキ者ナリ、

(六) 帝國刑事訴訟法第五十八條、奧地利刑事訴訟法第八十六條參照。
 (七) 千八百七十年六月六日ノ救助院ニ關スル帝國法第六十一條、千八百七十一年五月八日ノ普國法第二百六條、ゲマイヤー行政法第一卷百十四頁、レーニン行政法六百九十九頁以下、ザルプ、ライ、公權論五百三十三頁、巴威倫ニ關シテハ、ザイデル、巴國國法學第五卷二百十三頁參照、之レニ反シテ、奧地利ニ於テハ、千八百六十三年十二月三日ノ出生地法 (Heimatsgesetz) 第二十五條ニヨリテ、窮貧者ニ扶助ノ特定ノ種類ヲ請求スルノ權利ヲ付與セス、然レトモ、同法第一條ニヨリテ、窮貧者ハ、明ニ其出生地ノ地方團體ニ對シテ、窮民救助ノ請求ヲナスコトヲ得テ、行政裁判ノ手續ニヨリテ有效ニ之レヲ主張スルコトヲ得。

(八) ラバント第二卷六百四十九頁參照。
 (九) 形式上ノ法ノ反射カ形式上ノ請求權ニ變スルコトハ、勞動者保護ニ關スル新法律カ明カニ之レヲ示ス、勞動能力ヲ欠缺セシ、勞動者ヲ扶助スル義務ハ、既ニ早ク、窮民法ニヨリテ成立ス、扶助ノ請求權ハ、獨逸帝國ニアツテハ、當該社會政策的法律ニヨリテ始メテ設定セラレタリ、

單純ナル法ノ反射ハ、又國家ノ行爲ヲ、公開スルコトヲ、許容スルニヨリテ成立ス、若シ國會ノ會議又ハ裁判ノ如キ國家ノアル行爲ノ公開カ法律ニヨリテ規定セラレタルトキハ、此規定ハ專ラ公共ノ利益ノ爲メニスル者ナルコト更ニ説明ヲ要セス、故ニ此規定ニヨリテ、公衆ヲシテ、議事堂又ハ裁判所ニ入場セシムヘキ官吏又ハ吏員ノ義務ヲ生スト雖モ、之レニヨリテ各個人カ當該場所ニ入ルコトヲ得ル請求權ヲ有スルニ非ス、(十)又公衆ニ給セラレタル席ニ法律上許サレタル定員ヨリ以

上ノ數ヲ入ル、ルコトヲ得ス、然シテ若シ此席カ定員ヲ以テ滿タサレタルトキハ、法規ノ目的ハ其レニヨリテ充分達セラレタルナリ、故ニ總ヘテ其以上ノ人民ハ事實上ニモ法律上ニモ傍聽ヲ拒絕セラレヘキ者ナリ、此場合ニ於テモ亦決シテ個人ニ入場ノ拒否ニ對スル法的手段カ與ヘラル、者ニ非ス、故ニ公開ヲ禁シ又ハ特定人ノ入場ヲ拒ムカ如キハ、權利侵害ニ非スシテ、唯法規ノ侵害ニ止マル、而シテ公開ヲ不法ニ制限スルヲ妨碍シ若ハ破棄スル手段ハ專ラ法規ヲ侵スヲ妨ケンカ爲メニ法ニヨリテ規定セラレ、ナリ、

(十一) 千八百八十二年五月二十一日ノ帝國裁判所判決、帝國辯護士會發刊ノ刑事ニ關スル帝國裁判所判例集第二卷三百六十一頁。
 公物 (öffentliche Sachen) 及ヒ營造物 (Anstalten) 使用ノ「權利」ト云フモ亦權利ニ非スシテ原則トシテハ單純ナル法ノ反射作用ナリ、此ノ如キ物ノ供公ハ國家カ公衆ニ其使用ヲ許容スル法規ニヨル者ナリ、(十二) チロール又ハ瑞西ヨリアルプスヲ越ユル道路カ開鑿セラレタリトスルモ、英國人カ利用スヘキ權利ヲ生スルニ非ラス、唯國際法又ハ警察法ニテ別ニ定ムル所ナケレハ、旅行者ヲシテ自由ニ之レヲ通行セシムヘキ義務カ此公物ノ所有者ニ生スルノミ、之レト同シク總テノ人ハベルリンノ

博物館パリーノループルヲ觀覽スルノ權利ヲ有セズ、各個人ガ此等ノ營造物ヲ利用スルコトヲ得ルハ唯國家カ公共ノ利益ノ爲メニ一定ノ日時ニ於テ此等ノ營造物ニ入り込ミ陳列セル美觀品ヲ觀覽スルヲ拒マサルカ故ナリ。

(十二) フォンザルブライ「公權論四百二十九頁此ノ如キ場合ニ人格權ノ侵害アレトモ決シテ個人ノ請求權ノ侵害ナルモノナシトス、同五百〇一頁ニ於テ彼ハ恐ラクハ個人ノ公ノ財產權ナルモノ存在シ得ヘキコトヲ主張セリ然レトモ此要求ヲ常ニ個人ノ權利範圍内ニ容ル、コトヲ得ス此要求ノ可能ハ決シテ公物使用ノ保障上ニ存スルモノニアラスシテ之レカ使用ヲ妨礙スル所分ノ廢棄ニ就テ存スルナリ。不法ナル自由制限ノ廢棄ノ要求ト同種ナリ、然リト雖トモ其要求ニヨリテ法律上ノ自由ヲ行フコトハ決シテ法律上關係アルモノニ非ラサルコトハ後ニ述フヘシ。

之レニ反シテ契約強制(Contractungszwang)ノ規定ニヨリテ各個人ニ使用ヲ許サル、公物及ヒ營造物ニアリテハ事之レト異ナリ、此等ノ目的物ニアツテハ其カ國家公共團體ニ屬スルト私人ニ屬スルトヲ問ハサルナリ、例ヘハ郵便、電信、電話、鐵道、劇場、公ノ渡シ場ノ如キ然リ、此等ノ物ノ公物タル所以ハアル特定ノ條件ノ下ニ其物ノ内容ニ從ヒ豫メ定メラレタル契約ヲ何人トニテモ締結スヘキ義務ヲ負ヘルコト、アリ、此契約ノ締結ニヨリテ生スル個人ノ使用權ハ私法的性質ヲ有

ス、然レトモ此契約強制ノ存スルニヨリテ個人カ契約ヲ締結スル公法上ノ權利ヲ有ストスルハ誤レリ、契約ヲナスノ義務ハ公法上ノ義務ナリ法律ニ基ク義務ナリ、從ツテ唯國家ニ對シテノミ存スル者ナリ、故ニ之ヲ侵害スルトキハ法規ヲ犯スコトトナリ、侵害者ハ其行爲カ故意又ハ過失ニ基ク限リ、懲戒罰、警察罰、又ハ刑罰ヲ蒙リ不法行爲ノ責ニ任セサル可ラス、マタ若シ契約ノ不法ナル拒絶カ個人ニ財產上ノ不利益ヲ來シタルトキハ個人ハ損害賠償ノ請求權ヲ取得ス、然レトモ賠償義務ハ必スシモ私法上ノ關係ヲ前提スルモノニアラス、公法ノ違反ニヨリテモ亦私法上ノ請求權ノ成立スルコトアリ得ルナリ、

公ノ營造物ノ使用ニ關スル個人ノ公法上ノ請求權ハ唯國家カ其利用ニ關シ個人的條件ヲ確定シタル場合ノミニ限ル、例ヘハ大學ノ入學試験ヲ經タル者ノミ入學ヲ許スガ如キ場合ナリ、此等ニ關シテハ後ニ他ノ關係ニ於テ論スヘシ、一般國際法又ハ特別ナル合同行爲ニヨリテアル物ヲ國際間ノ自由使用ニ供スヘキコトヲ定メタルトキニハ決シテ國家又ハ其臣民ノ使用ノ權利ヲ設定スルモノニ非スシテ唯他ノ國家カ其使用ヲ妨害セサルノ義務ヲ負フノミ、此故ニ公海航

行ノ權利アルニ非スシテ唯各國家ニ航具ノ何タルヲ問ハス、互ニ他ノ國家ノ航行ヲ妨害セサル國際法上ノ義務ヲ負フノミ(十二)國際河川ニ關スル協商ハ敢テ積極的國際地役ヲ設ケ以テ沿岸國及ヒ第三國ニ他國ノ領土ヲ自由航行スルノ權利ヲ與フル者ニ非スシテ唯此自由航行ヲ妨害ス可ラサル一般ノ禁止ヲ定ムルノミ(十三)若シ此規定ニ違反スルトキハ一般又ハ特別國際法ノ違反アルニ止マリ、權利ノ侵害アルニ非ス

(十二)

公海ノ自由航行ヨリ國家ノ公權ヲ生セサルコトハホルチエンドルフ國際法叢書第二卷四百八十六頁ニ於テステルクノ詳論スル所ナリ、ツォルン國法學第二卷五百三十四頁五百三十五頁ハ國際法ヲ拒否セルニ拘ラス、總テノ國家ノ公海ニ關スル權利ヲ認ムルハ驚クニ堪ヘタリ、(十三) ヴィンナ會議決議案ハ此點ニ關シ法律上正當ナル見解ヲ持ス、即チ第百〇九條ニ曰ハク航海ハ全ク自由タルヘシ、而シテ商業ニ關シテ何人ニモ禁セラル、コトナカルヘシト、

以上述フル所ニヨリ公ノ物權 (öffentlichen Sachenrecht) ナル觀念ノ維持ス可ラサルコトヲ知ルニ足ルヘシ(十四) 故ニ若シアル物カ公法上ノ性質ヲ有スルヤ否ヤカ裁判上爭ハル、場合ニハ如何ナル時ニ於テモ個人ノ公權ノ存在スルヤ否ヤノ問題ニ非スシテ常ニ唯先決問題即チ公法上ノ事實ノ存在スルヤ否ヤノ問題ナリ、物ノ所有者カ何人ニ對スルニモセヨ其物ノ公共的性質ヲ有スルコトヲ爭フ場合ニア

ツテモ其ハ決シテ權利ノ問題ニ非スシテ常ニ唯義務ノ問題ナリ、國家カ各個人ニ公ノ義務ヲ要求スヘキ權利ヲ有スル限りニ於テノミ權利ノ問題ヲ生スルナリ、領土ニ關スル國家ノ權カスラモ少クトモ其國法上ノ側ニ於テハ毫モ所有權ト相類スル所ナシ、國法上本質ヨリ云ヘハ領土權ハ其領土内ニ存在スル人民ヲ法律ニ從テ統治スル權ニ外ナラス(十四) 即チ何レノ國籍ニ屬スルヲ問ハス總テ其領土ニヨリテ結合セル人民ニ作爲不作爲ヲ要求スル權利ヲ包含スルニ過キス、唯其結果トシテ間接ニ領土ノ變更ヲ起スコトアルノミ、國際法上ヨリ云フモ領土高權 (Göbietshoheit) トハ第一ニ自己ノ領土内ニ於テ他ノ國家ノ威力及ヒ外國人ヲ排除シ得ヘキ純然タル公法上ノ威力ニ外ナラス、唯領土ノ割讓及ヒ國家地役 (Staatsverpflichtung) トシテ領土ノ負擔ノ可能ナルコトニ於テ物權ト多少類似セルノミ(十五)

(十四)

ローレン公ノ組合法四十六頁ゲマイヤ「國法學百七十九頁

(十五)

プロイス「地方團體云々論四百〇六頁ニヨレハ領土高權ハ領土變更ニ關スル法律上ノ能力中ニ存セサル可カラズ、此能力ハ國家ノ一般能力ノ特別ナル場合ニ外ナラス、換言スレハ國家高權又ハ最高權ノ特別ノ場合ナリ、プロイスハ最高權ナル觀念ヲ嚴ニ否定ス、爲メニ「高權 (Hoheit) ト至高權 (supremitas) トハ同一語ニシテ然モ本來同一物ヲ意味スルコトヲ看過ス、惟フニ最高權ノ觀念ハ封建時代ノ領土主權及ヒ其レニ基ケル裁判權ヨリ發達シタル者ニシテ佛國ニ於テ

有名ニシテ獨逸ニ於テ比較的名ノ知ラレサルボーマノア¹、ボーホア²ノ慣習第二卷二十二頁ハ曰ハク『本書中ニ最高權者ハ王ナルカ故ニ余ハ之レヲ稱スルニ侯又ハ伯ヲ以テセス、然レトモ總テノ場合ヲ通シテ王ト稱セス即チ各諸侯ハ其領土内ニ於テノミ最高權者ナリ、王ハ總テノ上ニ最高權者ニシテ當然全王國ヲ統轄シ、自己ノ欲スル所ニ從ヒ、一般利益ノ爲メニ制度ヲ立ツルコトヲ得而シテ其制定セラレタル所ノ者ハ遵守セラレサル可ラス、若シ諸侯ニシテ權利ナク又不當ニ裁判ヲナセル時ハ王ノ裁判所之レヲ裁定スル者ニシテ王ノ上ニ立ツ者更ニナシ』ト、最高權ノ歴史ノ最初ノ説明者ハボグナンナリトスルヲ常トス、ギールケ³『獨逸組合法』第三卷第二節ニ於テ根本的方法ヲ以テ一方ニ於テハ古代ノ國家思想ト中世ノ團體理論トノ關係ヲ述ヘ他方ニ於テハ近世ノ最高權說トノ關係ヲ説明セリ、然レトモ此說ノ歴史の終局ハ英國及ヒ佛國ニ於ケル國家思想ノ成立ニマテ進マサル可ラサルナリ、之レ政治上無能力ナル以太利及ヒ獨逸ト反對ニ近世的國家トシテ絶エス進歩シ且專ラ模範トシテ發達シタル此等ノ諸國ニ於テハ國王ノ領土主權カ漸次其領土ニ住セル人民ニ對スル主權ヲ包含スルニ至リ、遂ニ領土ハ主權ノ及フ範圍タルニ至リタルカ如キ歴史ヲ有スレハナリ、領土變更ニ關スル能力ノ如キ從タル要素ヲ以テ國家觀念⁴ノ本質トナシ或ハ國家ノ領土ニ對スル關係ニ於ケル種々ノ性質ヲ論究スルカ如キハ國家ノ觀念⁵ヲ明ニセスシテ却テ退歩セシメタリ、此ノ如キ說明ノ實際上ノ價值頗ル僅少ナルカハ塊太利地方團體法ニヨリテ見ルモ明ナリ、即チ多クノ市町村條例ニヨリテ市町村組合ヲナシ且其境界ヲ變更スルニハ郡團體ノ同意ヲ必要トスレトモ國家ノ官廳ハ其行ハレタル變更ニ對シテ抗議ヲナスノ權利ヲ有スルノミナリ、マンツ⁶與太利法律全書第九卷第四版十一頁及十三頁參照

單純ナル法ノ反射ニアラサル形式的公權ノ存在スルコトハ(更ニ操返シテ説明セ
ンニ)總テノ法規カ專ラ公共ノ利益ノ爲メノミニ存スル者ニ非サルコトノ一般的

見地ヨリ之ヲ證明シ得ヘシ、法規ノ大部分ハ個人ノ利益ノ爲メニスルヲ主タル目的トスルモノナリ、然レトモ總テノ法規ノ創設ニ際シテハ必スヤ亦公共ノ利益ヲ顧慮スルハ勿論ナリ、私法法規ノ如キ本來個人ノ利益ノ爲メニ存スレトモ其アル種類ニアツテハ公共ノ利益カ大ニ顧ミラル、ニアラスヤ

成法上ノ問題トシテ法規カ單ニ公共ノ利益ヲ目的トスルヤ又同時ニ個人ノ利益ヲ目的トスルヤヲ定ムル形式的標準ハ公法法規ヲ自己ノ利益ノ爲メニ活動セシムヘキ能力カ個人ニ與ヘラル、ヤ否ヤニアリ、法ノ反射作用ノ理論ヲ以テハ此能力ヲ説明スルコトヲ得ス、蓋シ私法及ヒ公法ノ下ニ於ケル國家ノ數多ノ行爲中ニハ唯其行爲ニ利益ヲ有スル個人ノ請求ニヨリ且其請求ノ限度ニ於テノミ爲スコトヲ得ヘキ者甚タ多シ、國家ノ作用ノ一大部分ハ多少ノ度ニ於テ個人ノ意思ヲ以テ其前提條件トナスモノナリ、此ノ如キ場合ニアツテハ告訴發ノ場合ノ如ク單ニ個人ノ意思ニヨリ國權ノ發動ヲ喚起スルニ止マルモノニ非ラス國家作用ノ全部カ其最後ニ至ル迄個人ノ意思ニ繫カレルナリ、(十六)此現象ヲ説明スルニ唯當該官廳ノ作用ハ單ニ法規ヲ執行スルニ過キスト、スルハ權利ナル觀念ヲ全

ク法律上ノ觀念ノ範圍ヨリ排除セントスル者ナリ、此ノ如キ説明ハ徒ラニ言ヲ弄スル者ニシテ科學上何等ノ價值ヲ有スル者ニ非ス、何トナレハ此ノ如キハ法ノ個人ノ利益ニ對スル目的關係ヲ全ク度外視スル者ニシテ極端ナル形式的觀察ノ弊害ヲ暴露セルモノナリ、法ノ目的ハ法ヲ作ラシメタル動機トシテ即創作者トシテ法ノ外ニ立ツモノナリト雖モ凡テノ法學的説明ニ對シテ其缺クヘカラサル規律者タルヘク若シ目的ヲ顧ミスンバ法學上ノ説明ハ終ニ何等效果ナキ空論タルニ過キサレヘシ、

(十六) メルケル「エンチクロペザ」第五百十三節權利ノ構成要素トシテノ個人、的、法、力、ヲ舉ケタルハ特ニ注意スルノ價アリ、

以上掲ケタル區別ハ疑モナク形式的ニノ且法學的ナリ、故ニ法學上ノ觀念ヲ構成スル各見解ニ於テ此區別カ是認セラレサルヘカラス、若シ此區別ヲ否認シ總テノ公權ヲ以テ單純ナル法ノ反射ニ過キストナサハ何故ニ此所謂法ノ反射カ此ノ如ク個人ニ附着セシメラレ只特定實在ノ個人ノミカ請求ヲナスコトヲ得ルヤヲ解スルコト能ハス、又何故ニ請求權ヲ侵害セラレタル者ノミカ行政訴訟ヲ提起スルコトヲ得ルカ、何故ニ告訴ノミニテハ不充分ナルカ、何故ニ第三者ノ提起スル

公衆訴訟ヲ許スヘカラサルカ、個人ト法トノ結合ハ那邊ニ存スルヤ、行政訴訟ヲ提起スル者ハ自己ノ權利ノ保護ヲ欲スルカ將タ國家ノ權利ノ保護ヲ欲スルカ、健全ナル法學上ノ認識ハ只自己ノ權利ノ保護ノ爲メニノミ行政訴訟ヲ提起スル者ナルコトヲ是認ス、而シテ個人ニ法的手段ヲ付與スルニヨリテ公權ハ個人ノ利益ノ爲メニ用ヲナスナリ、其結果トシテ個人ノ權利範圍ハ益々擴大セラレ豊富トナルナリ。

故ニ若シ個人ノ請求權ヲ單純ナル法ノ反射ト嚴ニ區別センカ、茲ニ請求權ノ相手方ニ關スル問題ヲ生ス、即チ個人ノ請求ニヨリテ義務ヲ負擔スルノ主體ハ誰レナルカ、此ノ問題ニ對スル答ハ國家ナリト云フヘシ、是レ一見頗ル單簡ナルカ如キモ複雑ナル説明ヲ要ス。

後ニ説明スルカ如ク國家ハ個人ニ對シテハ常ニ權限ヲ有スル機關ノ形ニ於テ表ハル、只專ラ公共ノ利益ノ爲メニ存シ公共ノ利益ノ爲メニ活動スヘキコトヲ定メラレタル機關及ヒ其作用アルノミ、而シテ此機關中ニハ個人ノ請求權ニヨリテ義務ヲ負擔セサル者アリ、茲ニ第一ニ數フベキモノハ立法府ナリ(十七)、但シ立法機

關カ立法的性質ヲ有セサル作用ヲナスノ權限ヲ有スル場合ニ於テハ然ラス之レニ反シテ他ノ機關ハ個人ノ利益ニ關シ其請求權ヲ満足セシムルカ爲メニ活動スルノ義務ヲ負擔ス。

(十七) 立法府ニ對シテ個人ノ請求權ノ存在スルコトカ不可能ナルハ輿論ノ認ムル所ナリ例ヘバスタール前掲第二卷第二章六百二十九頁ゲルバ「大綱」二百〇七頁參照、最近ベルナチツクハカリユンフート雜誌第十八卷百五十七頁ニ於テ立法府ニ對スル權利ノ存在ヲ主張セリ、然レトモ從來存在セル國法学ノ理論ヲ傾倒スルノ論タル能ハス。

殊ニ命令權及ヒ裁決權ヲ有スル官即チ官廳(Behörden)ニ於テ其然ルヲ見ル官廳ハ多クノ場合ニ請求權ノ直接ノ相手方トシテ表ハル君主及ビ議會カ此地位ニ立ツコトヲ得ル場合ト雖モ亦同シ、然レトモ原則トシテ個人ノ請求權ハ官廳トシテ表ハレタル特定ハ國家ノ權限主體ニ對ス、國家カ機關ノ媒介ニヨリテノミ活動スルコトヲ得ルト同シク國家ハ又機關ノ媒介ニヨリテノミ義務ヲ負擔ス、故ニ個人ノ請求權ハ只機關ニ對シテノミ存スルコトヲ得、從ツテ機關ハ各場合ノ法規ニ從ヒ自己ノ權限ノ爲ニ其請求ヲ満足セシムヘキ義務ヲ負擔スルナリ。然レトモ以上ノ如キ場合ニ於テ國家機關ヲ構成セル個人カ之ニ就テ個人ニ對シ

テ義務ヲ負擔スル者ナリト解釋スルハ大ナル誤ナリ、國家機關ヲ構成セル個人ハ寧ロ專ラ公法上ノ義務關係ニ於テ國家ニ對スルナリ、例ヘバ裁判官ハ只其職務ノ爲ニ活動スルノミ、唯裁判所詳言スレハ裁判所ニヨリテ意思シ活動スル國家ハ個人ノ法ノ保護請求權ヲ満足セシムルノ義務ヲ負擔スルナリ、
レヒツニツツンツルツツ

第七節 個人ノ公權ノ系統

各個ノ私權ハ其權利者ヨリ離ル、モ權利者ノ人格ハ之レカ爲メニ害セラル、コトナシ、人ノ權利能力(Beschäftigkeit)ハ權利ノ實在ノ分量ニヨリテ決セラル、者ニ非ス。
ベルゲンリツヒカイト
フロンツツン

之レニ反シテ公法上ノ資格(Qualifikation)ハ人格自身ヲ減少スルコトナクシテ權利者ヨリ分離スルコトヲ得ス、皇位ヲ退キタル君主憲法變更ニヨリテ選舉權ヲ奪ハレタル公民ハ權利能力其物ニ於テ變更セラレタルナリ、之ニ依リテ此等ノ人ハ法律上ノ效力ヲ以テ幾多ノ行爲ヲ爲ス能ハサルニ至ル、換言スレハ其法律上「ナシ能フ」方ノ範圍カ制限セラル、モノニシテ即チ人格ノ縮小(capitis deminutio)ヲ

生ス、各個人カ享有セル私權ハ如何ニ増加シ又ハ減少スルモ明ニ公法上ノ效果ト結付カサル限り人格ヲ擴張シ、又ハ制限スルコト能ハスト雖國家ノ一員トシテノ個人ノ地位ニ至ツテハ事之レト異ナリ

サレハ人格其者ハ公法上ノ者(Juris Publici)ナリ唯國家ノ一員(近世ノ國家ハ其主權ノ範圍内ニアル各個人ニ廣ク此性質ヲ認ム)トシテノミ人ハ一般ニ權利主體タルコトヲ得權利主體トハ即チ法ノ保護ニ關與スルヲ得ルコトニ外ナラサレハナリ

國家カ之レニ法ノ保護ヲ求ムヘキ能力ヲ與ルコトニヨリテ人ハ始メテ人格者トナリ、權個主體トナル、故ニ國家カ人格ヲ作成スルナリ、奴隸ハ國家カ之レヲ解放シ又ハ制限セラレタル範圍ニ於テ自己ノ私有物ノ所分權ヲ有スル者トシテ承認シタルマテハ未タ人格ナラサリキ、未タ承認セラレサリシ資格トシテ此所分能力カ本來奴隸ニ存セシト云フノミニテハ猶人格タルヲ得サルナリ、奴隸ハ人間トシテハ自然ニ認メラレタリト云フハ唯奴隸ハ權利主體ニ非スシテ義務主體ナリシコトヲ表ハスノミニ(二)人間ノ本質ヨリ生スル歴史上及ヒ論理上ノ必然ノ結果ハ唯義務ノミニシテ國家ニ對スル權利ニ非ス。

ヒストリツシユ
ローザンシュ

(一) 此理論ハ近世ノ私法ニ關スル著書ニ於テ多少明ニ認メラル、ウシゲル System 第一卷第二十五節第二十九節ブリント前掲第五十二節デルンブルヒ前掲第四十九節參照同一〇九頁註五ハ適切ニ權利能力ハ公法上ノ者ナリト云ヘリ。

(二) ビールリッゲン前掲百二十四頁ハルニース、エム、ブントラバオ第一卷百二十七頁

人格ハ公法上ノ者ナルカ故ニ前章ニ述ヘタルカ如ク總テノ私權ハ公權ヲ以テ其基礎トナス、然リ而シテ法律ノ系統ハ全部互ニ繋聯セル一體タリ、公法ト云ヒ私法ト云フモ學理上理解シ易カラシメンカ爲メニ之カ分類ヲナスモノニシテ法律生活ノ實際ニアツテハ決シテ互ニ分離スヘキモノニアラサルナリ、總テノ私權ハ皆人ノ特定ノ公法上ノ資格ヲ以テ其前提トナサ、ルナシ、所有權能力ナクシテ所有權ナク、義務能力ナクシテ契約ナク、結婚能力ナクシテ結婚ナク、遺言能力ナクシテ遺言ナシ、私法上ノ行爲ノ基礎ヲナス此能力トハ個體ノ利益ノ爲メニ法ノ作用ニヨリ特定ノ方向ニ向ツテ國家ノ保護ヲ與ヘラル、コトニシテ國家カ當該個體ノ私的利益ノ爲メニアル行爲ヲナシ、又ハ爲サ、ルヘキ義務ヲ負擔スルニ至ル資格カ個體ニ承認セラル、コトヲ云フニ外ナラス。

之レニヨリテ又屢々爭ハレ且言語上ノ爭ナラサル重要ナル問題タル人格ハ權利

ナリヤ否ヤヲモ決スルコトヲ得ヘシ。三、人格カ權利ナルコトヲ主張スル者ハ全キ法ノ系統ノ基礎ヲ認識セサル者ナリ。人格トハ理論上個人ノ國家ニ對スル關係ニ付テハ個人ノ資格ナリ。從ツテ人格ハ狀態(Zustand)ナリ。身分(Statue)ナリ。四、個々ノ權利ハ之レニ繋カルコトヲ得レトモ其自身權利ニ非ス。權利ハ人ノ有スルモノニシテ人格ハ人ナリ。權利ハ有(Savoir)ヲ以テ其内容トシ、人格ハ存在(Sein)ヲ以テ其内容トス。

(三) 固有人格ニツキテノ權利ナル觀念ニ反對シテ特ニ明了ニ論述セルハリッンゲル第一卷第六十節ナリ。此種ノ權利ヲ固守シテ主張スルハ其根底ニ於テ人類ノ存在及ヒ性質ハ直接奪取ノ目的物タリ得ルコトヲ以テス。然レトモ生命、健康、自由、名譽等ハ人類カ有スル目的物ナラスシテ人ノ具體的本質ヲ形成スル要素ナリ。故ニ此等ノ物ハ有ノ種類ニ屬セスシテ在ノ種類ニ屬ス。決シテ個體自身ハ目的物タルヲ得ス。サレハ此場合ニ不法ナル奪取ノ對象ハ權利ニ非スシテ權利主體自身ナリ。法規カ權利ヲ保護スル第二ノコトニシテ第一ニハ總テノ權利ノ前提タル所ノ者即チ個體ノ本質ヲ形成スル各方面ニ於テ權利主體ヲ保護スルナリ。

(四) 近世ノ羅馬法學カ Status hominis ヲ「アル特定ノ人又ハ特定ノ人的階級ニ屬スル法的地位」トシテ解釋シタルカ如キ意味ヲ帶フ。ベルニス、ラベチ第一卷九十六頁

此故ニ個人ノ人格ハ決シテ一定ノ大サアル者ニ非スシテ變化スル者ナリ。人格ハ法律又ハ權利ヲ變更スヘキ其他ノ國家行爲ニヨリテ擴大セラレ又ハ縮少セラレ

、モノナリ。サレハ近世ノ憲法ニ於ケルカ如ク人カ平等ノ權利ヲ有ストスル原則ハ實在ノ權利ノ平等ヲ保障スルニモ非ス又權利能力ノ平等ナルコトヲ保證スルニモ非スシテ唯同一ノ客觀的及ヒ主觀的關係ノ下ニ於テハ一ノ個人ニ他ノ個人ヨリモ大ナル人格ヲ與フルコトナキヲ保障セルノミ。近世ノ總テノ社會上及ヒ政治上ノ争ハ皆人格ノ増大ヲ以テ其内容トナシタリキ。之ニヨリテ臣民トナリタル奴隸及ヒ農奴ニ從來欠缺シタル數多ノ能力ヲ具備セシメテ以テ人格カ付與セラレタリ。選舉權ヲ有シ妨害ナキ取得能力及ヒ占有能力ヲ享有スル近世國家ノ公民ハ國務ニ參與スルヲ得スシテ土地ト共ニ移轉讓渡セラレタル封建制及專制國ノ臣民ヨリモ遙ニ大ナル人格ヲ有スルナリ。

個人カ國家ニ服従スル限度ニ於テハ個人ハ全ク人格ヲ有セス。國家ノ命令權及ヒ強制權ノ及フ範圍内ニ於テハ個人ハ自己ノ利益ニ於テ自己ノ自由ニ選ヒタル目的ニ用ヒンカ爲メ國家ノ行爲ヲ要求スヘキ能力ヲ有セス。此狀態ノ及フ範圍ニアツテハ個人ハ唯義務主體タルノミ。換言スレハ全ク自己ヨリ高キ全部ノ分子タリ其用具タルノミ。獨リ統治者ノミ唯一ノ例外ニシテ他ハ皆服従者ノミヲ以テナレ

ル國家ハ實際ニハ存在セサルモ論理上ニハ想像シ得ヘシ此ノ如キ國家ハ奴隸國ニシテ其首長トシテ唯一人ノ權利者アリ國民ハ絶對ノ無權利者無人格トシテ相對スル者ナリ、ヘーゲルハ之レヲ以テ東洋諸國ノ特質トナシ唯一人ノミカ自由ナリト云ヘリト雖モ(五)此自由トハ國政ニ主働的ニ參與スルヲ云フノミ、裁判ヲ要求スヘキ法律上ノ能力ハ最モ甚シキ專制國ニ於テモ國民ニ認メラレサルナク、隨ツテ少クトモアル限度ノ人格ハ認メラレタルモノナリ、

(五) 歴史哲學講義二十三頁

近世ノ國家ハ全ク之レト異リタル基礎ノ上ニ立テリ。國家ニ於テ治者ハ被治者ノ利益ノ爲メニ存在スル者ニシテ具體的國家現象ニヨリテ此國家理想ヲ實行スルコトハ一ニ治者一人カ治者タルト多數カ治者タルトヲ問ハスカ被治者ノ利益ニ着眼スルニ繫カル者ナリト論シ、以テ國家ノ眞正ナル性質ヲ詳論シタルアリストーテレスノ意見ハ近世的國家制度ニ於テ始メテ實現セラレタルモノニシテ近世ニ於ケル立法及ヒ行政カ常ニ全社會ノ要求又ハ社會各階級ノ要求ニ由リテ定メラルルコトニ於テ絶エス此ノ思想ノ新ナル出現ヲ見ルナリ、

此ノ如クナルカ故ニ近世國家ハ統治ハ自由者即チ人格者ハ上ニ行ハル、統治ナリ、國家カ人格ヲ承認スルニヨリテ國家自身モ亦制限ヲ受ク、而シテ其制限ハ二様ナリ、第一ニハ國家ハ國家自身ト被治者トノ間ニ限界線ヲ畫シ國家ヨリ自由ナル範圍詳言スレハ國家ノ支配ノ外ニ置カル、個人働作ノ範圍ヲ認ム、此範圍ノ認識及ヒ承認ハ實ニ近世文化ノ產物ナリ、古代ノ國家ニアツテハ事實上存在シタリト雖モ一般ニ承認セラル、コトナカリキ、然レトモ國家ハ其支配範圍ヲ消極的ニ制限スルニ止マラスシテ又個人ノ利益ノ爲メニ積極的行爲ヲナスコトヲ定メ、個人ニ與フルニ自己ノ活動ヲ請求スルコトヲ得ヘキ法律上ノ能力ヲ以テセリ、即チ國家ハ法規ニヨリ自ラ個人ノ法律上ノ要求ニヨリ特定ノ作爲ヲナスヘキ義務ヲ負擔セリ、最後ニ國家ノ意思ハ個人ノ意思ノ合成ヲ實質トスルモノナルカ故ニ國家ハアル範圍ノ個人ニ附與スルニ自己ノ(國家ノ)利益ノ爲メニ活動スヘキ能力ヲ以テシ以テ此等個人ノ意思ニヨリテ國家ノ意思ヲ作成シ、又ハ個人ノ意思ニ一般ニ作用ヲ爲スヘキ能力ヲ與ヘ而シテ其作用ヲ國家カ自己ノ法規ニヨリテ自己ニ歸屬スル者ナリト宣言スルナリ、

此ノ如ク個人ハ國家ニ從屬シ、國家ノ一員タルニヨリテ種々ノ方面ニ於ケル資格ヲ享受ス、個人カ國家ニ對シテ有シ得ヘキ種々ナル關係ニ依リテ個人ハ種々ノ法律上ノ狀態ニ置カル、ナリ。此等ノ狀態ヨリ生スル請求權ハ即チ公權ナリ、此故ニ公權ハ前述シタルカ如ク專ラ請求權ヨリ成リ其請求權ハ直接ニ法律上ノ狀態ヨリ發生スル者ナリ、

此ノ如クシテ個人ハ其國家ニ從屬スルニヨリテ種々ナル身分關係ヲ有ス、個人カ國家ニ從從スルコトハ總テノ國家作用ノ基礎ヲ構成スルモノニシテ之ニヨリテ個人ハ服從ノ狀態(status subjectionis)即チ受働的身分(passive Status)ニアリ、此身分ニ於テハ個人ハ自由意思ヲ有セス、從ツテ人格ナシ、個人カ絶對完全ノ人格ヲ有シ、如何ナル點ニ於テモ國家意思ニ服從スヘキ義務ナシトスルハ國家ノ本質ト相容レサル概念ニシテ唯神秘的ニ國家以前ニ人格存在ストナス自然法の冥想ニ於テ之ヲ見ルヘキノミ、サレハ總テノ人格ハ相對的制限的ナリ、國家ノ人格ト雖モ亦然リ、實ニ國家ハ特定ノ目的ヲ實行センカ爲メニ被治者ノ人格ヲ承認スルニヨリテ亦自己ノ行爲能力ヲ制限サル、ナリ、即チ國家ハ自己ノ法規ニヨリテ自ラ法

律上義務ヲ負擔スルニ至ルナリ。

國家ノ人格ト個人ノ人格トハ其ノ大小互ニ相反比例スルモノナリ即チ個人ノ人格ノ増大ハ其レ丈個人ノ受働ノ身分ヲ除キ、從ツテ國家ノ威力範圍ヲ減少ス、近世ノ政治歴史ハ少クトモ個々ノ人格ノ絶エサル増大及ヒ國家ノ自制ヲ以テ其内容トス。若シ今日國家ノ行爲能力カ昔時ニ於ケルヨリモ非常ニ増大シタル者アリトセンカ、其ハ現在ノ國家カ一方ニ於テ其行爲ノ範圍ノ制限セラレタル代ハリニ他方ニ於テ之レヲ償ヒシ者アルニヨルナリ、即チ被治者ノ新ナル義務ノ發生ニヨリ會テ其支配力ヨリ法律上除外セラレタル他ノ範圍ヲ以テ行政ノ目的トナシタルニヨル。

國家ノ統治ハ其内容ニ於テ制限セラレ且公共ノ利益ノ爲メニセラル、者ナリ、其統治ハ總テノ方面ニ於テ服從セル者ノ上ニ行ハル、ニ非スシテ自由民ノ上ニ行ハル、統治ナリ、此故ニ國家ノ各員ハ自ラ自己ノ主人(Herr)タルノ身分ヲ有シ、國家ヨリ自由ニシテ其命令權ニ從ハサル範圍ヲ有ス、之レ即チ個人ノ自由狀態(Status libertatis)ニシテ稱シテ消極的身分(negativen Status)ト云フ。此身分ニ於テ個人ハ自己ノ

自由ナル働作ニヨリテ自己ノ目的ヲ満足セシムルコトヲ得ルナリ。
 國家ノ總テノ行爲ハ被治者ノ利益ノ爲メニ行ハル。國家カ其目的ヲ遂行スルニ際シ個人ニ與フルニ自己ノ爲メニ國家ノ活動ヲ要求シ、國家ノ設備ヲ利用スル法律上ノ能力ヲ以テスルニヨリ換言スレハ、個人ニ積極的請求權ヲ與フルニヨリ個人ハ公民狀態(status civitatis)即チ積極的身分(positiver Status)ヲ得。此身分ハ個人ノ利益ノ爲メニスル總テノ國家ノ作爲義務ノ基礎ヲナス者ナリ。
 國家ノ行爲ハ唯個人ノ行爲ニヨリテノミ行ハル、ヲ得、國家カ個人ニ認ムルニ國家ノ爲メニ活動スル能力ヲ以テスルニヨリ高メラレタル資格ヲ付與サレタル主動的公民ノ狀態ニヨカル。之レヲ稱シテ主動的公民狀態(Status aktiver Civitit)即チ主動的身分(active Status)ト云フ。此身分ヲ有スル者ハ狹義ノ參政權(politischen Rechte)ヲ行フノ權ヲ有ス、
 個人カ國家ノ一員トシテ有スル地位ハ此四種ノ身分即チ受働消極、積極、及ヒ主動ノ身分ニテ盡キタリ。國家ニ對スル給付、國家ヨリ自由ナルコト、國家ニ對スル要求、國家ノ爲メニスル行爲ハ個人ノ公法上ノ地位カ概念セララルヘキ觀察點ナリ。此等

四種ノ身分ハ逐次昇騰スル者ニシテ第一ニハ個人ハ國家ニ服從シテ人格ヲ有セス、次ニ獨立自由ノ範圍カ認メラレ、更ニ進ンテハ國家自身カ個人ニ對スル行爲ノ義務ヲ負擔シ、最後ニ個人ノ意思カ國家ノ統治權ノ活動ニ參與シ、最モ甚シキ場合ニ於テハ國權ノ總攬者タルノ地位ヲ認メラル、ニ至ルナリ。
 個人カ此ノ如ク種々ナル資格ヲ有スルコトハ單ニ國家ニ對スル關係ニ於テノミ之ヲ見ルニ非ラス、凡テ個人カ團體ノ一員トシテ共同ノ目的ノ爲メニ存スル大ナル全部ニ結合セラル、場合ニ於テハ個人ハ其團體ノ一員タルコトノ必然的効果トシテ常ニ此ノ如キ種々ノ資格ヲ享有スルナリ。是レ管ニ組織的ノ團體ニ付テノミナラス組織ヲ有セサル團體ニ於テモ亦然リ。組織ナク又法律上ノ人格ナキ團體ハ就中婚姻及ヒ家族ニ於テ其ノ適例ヲ見ルヘシ」
 婚姻ハ夫婦相互ノ關係ニ於テ及ヒ狹キ範圍ニ於テハ又第三者ニ對スル關係ニ於テ夫婦ノ個體トシテノ資格ヲ定ム、婚姻ハ其關係ノ繼續スル間ハ配偶者ニ對シテ其人格ト離スヘカラサル法律上ノ能力ヲ連結スルナリ。親子ノ關係ニ於テモ亦之ト同シ。夫、妻、父、母、子ト云フハ人格ノ關係ニシテ此ノ關係ハ是等ノ人格ヲ特定ノ方向

ニ於テ拘束シ、其關係ノ繼續スル間ハ拋棄スルコト能ハス又讓渡スコト能ハサル資格ヲ附與ス。此關係モ亦存在ヲ以テ其内容トシ有ヲ以テ其内容トセス、例ヘハ人ハ一般私權ノ如ク任意ニ人格ヨリ分離シ得ヘキ權利トシテ親權ヲ有スモノニアラスシテ唯父タルノミ、此資格ニ於テハ常ニ其權利所分ヲ許サレサルナリ。彼ノ親族法ハ財産法タラサル限リ公法ナリトノ主張ハ(根據ナクシテ屢々稱ヘラルモ)全ク茲ニ基クナリ。此主張ハ親族法ハ自由ニ所分スルコトヲ得ヘキ個人的利益ナル意義ニテ云フ私權ニ關スルモノニアラスシテ原則トシテ任意ニ變更シ又ハ消滅セシムル能ハサル法律上ノ狀態即チ親族的身分(status families)ニ關スルモノナリトスル限リニ於テハ眞ナリ、此ノ如キ制限ヲ以テ親族法ハ其法規ノ大部分カ強行法ナリトノ意味ニテ公法的ナリ、

家族ハ勿論アル特定ノ觀察點ヨリスレハ國家ノ統治權ニ基ク制度ナル意味ニテ云フ公法上ノ制度ナリト解シ得ラレサルニ非ス。國家ハ相次テ生スル國民ノ出生並ニ子女ノ監督及ヒ青年ノ教育ノ一部ヲプラトールノ理想ノ如キ方法ニ依リテ、國家行政ノ目的トナセルニ非ラス、法ノ制限ノ範圍内ニ於テ人類自然ノ心身構造ニ

基ク個人ノ自由行為ニ一任セル者ナリト雖モ然カモ殊ニ子孫ノ教育ハ國家全體ノ活動ノ根源ナルカ故ニ之ニ關スル權利義務ノ實行ハ尙常ニ個人カ國家全體ノ代表者トシテ爲ス者ナリト觀察セラル、コトヲ得ヘク國家カ之ニ他ノ者ニ對シテ權力ヲ行フヲ認メタルハ敢テ其個人的利益ノ爲ノミニテスルモノニ非サルハ爭ナキ所ナリ。親權ノ作用カ國家事務ト相類スルモノアルハ今日ハ普ク公ノ行政ノ一部トシテ承認セラル、孤兒ノ保護ノ制ニ依テモ之ヲ證明スルヲ得ヘシ。子女ノ養育カ其性質上公ノ行政ニシテ後見人又ハ養育者ハ其被後見人又ハ被養育者トノ間ニ生スル關係ノ全ク私法的ナルニ拘ハラヌ無能力者ニ對スル公ノ保護ノ代表者タルノ性質ヲ有スルモノナルコトハ行政法ヲ知ル者ニ對シテハ貧民救助、労働者保護及ヒ教育事務ニ關スル法規ト同シク特ニ之ヲ證明スルヲ待タサルヘシ。凡テノ文明國民ノ歴史ニ於テ嘗テ一タヒハ家族カ統治的ノ組織ヲ爲シ多クノ場合ニ於テ之ニ依リテ以テ當時未タ發達セサリシ國家權力ヲ補充シタルノ時代アリキ。國家ノ發達ト共ニ家族又ハ寧ろ家長ニ屬シタリシ支配權ヲ剝奪スルコト續イテ行ハレタリ、之レ恰モ近世國家ノ支配權ハ其始メ非國家的團體ノ獨立權力ト

シテ發達シ、後國權ノ確立ト共ニ國家ニ吸收セラレタルト相同シ、然リト雖モ今日ノ家族ニアツテモ曾テ有シタリシ支配權ノ遺形ヲ其後國家ヨリ承認セラレ、又ハ付與セラレテ親權ノ形ニ於テ保有セラレ、^{ルビント}ナリ、唯此親權ハ時ニ於テ限ラレ、且狹小ナル範圍内ニテノミ行使スルヲ得ル者ニシテ其權力の性質ハ唯痕跡トシテ存スルノミ、其他ノ重要ナル親族法上ノ關係ニアツテハ支配權ノ委任又ハ放任ト認ムキモノハ今日ニ於テハ最早發見スルコトヲ得ス、就中婚姻關係ニ於テ然リ、スバルタニ存セシカ如キ婚姻ニ對スル公法上ノ制限又ハイスラムノ國民ニ見シカ如キ夫ノ支配權ニ妻ノ絶對服從スルコト等ノ如キハ近世ノ道德心及ヒ法的感想ト矛盾スル者タリ。

家族ノ一員タルノ地位ヨリ恰モ國家ニ於ケルカ如ク個人ハ數多ノ法律上ノ状態ヲ亨ク、即チ親權ニ對スル服從状態、權力ヨリ自由ナル範圍、權力者ニ對スル請求權、親權行使ニ參與シ又ハ親權ノ主體タリ得ルノ能力等皆存ス、

家族其他ノ非人格的團體ニ於テノミナラス、法人格ヲ付與セラレタル團體ニアツテモ前者ト同様ニ否寧ロヨリ高キ程度ニ於テ其團體ニ於ケル個人ノ一員タル地

位ヨリ生スル幾多ノ資格存在ス、各團體殊ニ永久的統一的意思ニヨリ其欲スル目的ヲ遂行セシムル爲メニ人格ヲ認メラレタル團體ハ必ス其團體員ニ資格ヲ與フ、即此等ノ團體ニハ團體權力存シ各團體員ハ團體ノ權限ノ範圍内ニ於テ之レニ服從セサルヘカラス、マタ團體員ハ默示的ニ團體ヨリ自由ナル範圍ヲ有シ其範圍ハ團體ノ目的カ有限狹小ナルニヨリ從ツテ國家ノ一員ノ自由範圍ヨリモ廣大ナリ、且團體員タル地位ニ基キ團體カ實行保護セサル可ラサル個々ノ目的ニ關シ團體ニ對シテ請求スルコトヲ得ル法律上ノ能力ヲ生ス、此能力ハ實ニ此能力者ノ爲メニ組合員タルコトノ主タル内容ヲ成ス者ナリ、最後ニ組合(verein)ハ組合員ニ其意思構成ノ參與者又ハ單獨ナル構成者タルノ資格ヲ與フ、此社員權ハ恰モ國家ノ一員ノ公法上ノ状態ト同シク其組合員タルノ地位ヲ變スルコトナクシテ變更サレ又ハ社員ヨリ剝奪スルコトヲ得サルモノタリ、此ノ如キハ純然タル私法上ノ性質ヲ有スル團體ニ於テモ然リ、例ヘハ株主ハ株主總會ニ於ケル自己ノ投票權又ハ凡テ株主タル範圍ヲ全ク拋棄スルコトヲ得ス、株式ヲ讓渡シ從ツテ其社員タル地位ノ變更ニヨリテノミ社員權ノ要素ニ於ケル變更ヲナシ得ルナリ。

單純ナル組合ニ於テ適用セラレタルコトハ寺院市町村其他上級地方團體等ニアツテモ固ヨリ確實ニ適用セラレヘキガ故ニ以上述ヘタル所ハ以テ此等ニ應用スルコトヲ得ヘク更ニ詳説ノ要ヲ見サルヘシ。此等ノ團體員ノ有スル四個ノ法律上ノ状態ハ其制度ノ性質ヨリ必然發生スル者ニシテ此等ノ團體ト此等ノ状態トノ關係ハ只制限セラレタル目的ノ遂行ノ爲メニ許サレタル團體ニ於ケルヨリモ一層國家ニ於ケル者ト類似セルナリ、

然レトモ茲ニ公權ノ系統ノ一般ノ認識ニ關シ根本的ノ價值ヲ有スル問題アリ、即チ公權トハ國家ノ一員タル地位ヨリ發生スル者ノミヲ云フカ又ハ他ノ團體ノ一員タルコトヨリモ生スルヲ得ルカノ問題之レナリ。若シ國家以外ニ於テ尙公法上ノ團體ノ存在スルコトヲ證明シ得レハ此團體ノ一員タルコトニヨリテモ亦公權カ發生スルモノナルコト明ナリ、何トナレハ公法上ノ團體ハ必ラス又其一員ニ公法上資格ヲ與フル者ナレハナリ、

此ノ如キ資格ヲ發生セシムルコトハ各團體皆然ルニ非スシテ獨リ公法上ノ團體ノミナシ得ルナリ。國家ノ一員タルノ地位ト其他凡テノ種類ノ團體ニ一員タルノ

地位トハ自ラ相類似セルノ點アルハ争フ可ラサル所ナルカ故ニ此等團體人格ニ於ケル個人ノ法律上ノ地位ヲ統一的ナル法律上ノ概念トシテ解釋セントスル思想ヲ生スルハ怪ムニ足ラス。此點ニ於テ社會法(Socialrecht)ヲ以テ私法ト相對立セシメントスル思想ハ一應ノ理由ヲ有スルモノナリ、(六)蓋シ個人カヨリ高キ全部ニ從屬セル者トシテ觀察セラレサル個人相互間ニ成立スル法律關係ト團體ニ從屬スルニヨリ發生スル所メ人格ニ連結セル法律上ノ資格トノ間ニハ大ナル差異アルコトハ争フヘカラサル所ナリ。然レトモ若シ私法ノ本質ヲ如何ナル團體トモ離レタル經濟上ノ事項ニ關スル個人直接ノ關係ニ限ルカ如キコトアラハ其ハ餘リニ私法ノ範圍ヲ狹隘ニ解釋スルニ過キタル者ナリ。組合ノ方法ニヨル共同の行爲モ亦單ニ個人ノ利益ノ爲メニスル自由行爲ノ範疇ニ入ルヘキナリ。個人カ其孤立セル力及ヒ行爲ヲ補充センカ爲メニ又ハ自己ノ利益ヲ一層善ク一層安全ニ一層廣ク満足セシメンカ爲メニ設ケタル團結ノ種々ノ態樣即チ共同事業並ニ會社ノ如キモ私法ノ範圍ヲ脱セサルモノナリ。私法ハ個人ノ單獨ナル利益ニ關スル總テノ行爲ヲ包含スル者ナリ、若シ凡テノ組合ヲ以テ既ニ私法的種類ニアラストシ一層

高キ法序ニ屬スル者ナリトスルハ私的活動ノ本質ヲ見ルコト低キニ過キタル者ト云フヘシ加之組合的行動ニ非ラサル人格間ノ法律關係ニアツテモ私法ハ公法的基础ニ立ツモノナルカ故ニ必スヤ公法上ノ要素ヲ存スルナリ各種ノ私權ハ唯國家カ廣義ニ於ケル臣民トシテ認メタル個人間ニノミ成立スルコトヲ得詳言スレハ國家ノ主權範圍ニ入りタル以上ハ少クトモアル法律上ノ資格カ歸セシメラルヘキ個人間ニ於テノミ成立スル者ナリ故ニ外國ノ遊歷者ニ商業カ許サレザリシ時代ニハ其者ト市民トノ間ニ決シテ私法上ノ關係ナカリキ私法ハ孤立セル人ノ間ノ法ニ非スシテ主權ヲ以テ統轄セラル、共同體ニ從屬セル者ノ間ノ法ナリ、故ニ此理由ヨリシテ私法ト社會法トヲ絶對的ニ對立セシメントスルハ不可能ナリ、總テノ私法ハ亦社會法ナリトス

(六) 殊ニギールケハ其著書ノ多クノ據所ニテ此ノ如キ思想ヲ表セリ彼レニ和スル者ハプロイス、
「地方團體論」二百三十六頁以下、及ヒベルナチツク公法雜誌二百十一頁以下、二百三十三頁以下、
リ、猶ギールケハ私法上及ヒ公法上ノ團體ノ區別ヲ認メ「組合論」百五十五頁以下ニ於テ更ニ詳論
セリ、之レニ對シテイエリンケ「法ノ目的」第一卷三百〇二頁、外ニ「チエル」前掲四十頁以下、ハ團體ノ
内部的の法ヲ公法ノ一部ト解釋ス、猶エル、ブカン、スタイン、執行權ニ就テ「第二卷」第三版六頁、百〇五
頁以下、其他社會法ノ思想ニ就テハ「ゲマイヤ」國法學「三十七頁參照

故ニ若シ團體法カ原則トシテ私法ヨリ除外セラレストスレハ茲ニ總テノ團體ヨリ公法上ノ團體ヲ除外スヘキ標準ヲ發見スヘキ問題ヲ生ス此問題ノ研究竝ニ此等ノ團體ニ屬スル公權及ヒ此等ノ團體カ其團體員ニ付與スル公權ノ性質ハ別章ニ於テ論スベシ茲ニハ唯公法上ノ團體員タルコトヨリ間接ナル公法上ノ資格及ヒ間接ナル公法上ノ請求權ヲ生スル者ナルコトノ論決ヲ豫記スルヲ以テ足レリトスヘシ

各論

第一章 個人ノ權利

第八節 消極的身分 (Der negative Status) 即チ自由狀態

(status libertatis)

英國ノ權利章典殊ニ米國ノ獨立ノ宣言及ビ其ノ聯邦憲法ニ制定以來所謂人權及國民權(即チ基本權又ハ自由權)ノ宣言及ビ保障ハ制定憲法ノ最重要ナル項目トセラレタリ。

佛國憲法ニヨリテ始メテ此ノ人權及國民權ノ宣明セラル、ヤ、相繼テ制定セラレシ歐洲各國ノ成文憲法ハ皆此種ノ權利ヲ其中ニ列記セサルハナシ。カクノ如キ現象ノ沿革上ノ起因ハ之ヲ釋スルニ難カラス。自然法學說ノ起ルヤ、先ツ國家ノ存在ハ果シテ如何ニシテ道德上及法律上可能ナリヤ、將タ何ニヨリテ國家ハ其存

在ノ理由ヲ有スルカノ問題ヲ提ケテ、古代及中世ノ思想ニ激シキ反對ヲ試ミ、個人ノ人格ヲ以テ原來的ノモノトナシ此個人ニ對シテ國家ハ其存在ノ理由ヲ有ストシ、個人ノ目的ニ從テ個人自ラ己ヲ制限スルニヨリテ國家ノ秩序生ストナセリ。必竟國家ハ他ノ人間ノ事業ト等シク個人ニヨリテ成リ個人ノ目的ノ爲ニ存スルナリ。個人ノ自然ノ自由ヲ制限スルハ唯個人ノ目的ニ適合スル限度ニ於テノミ許サル可キモノニシテ而カモ此ノ制限自身ハ唯個人ノ自由ノ殘餘即チ共同生活ノ爲ニ必要ナル強制ヲ除キタル殘餘ノ自由ヲ保障スルカ爲ニノミ存スルモノナリト。ベツカリアハ此根本思想ヲ最明白ニ説イテ曰ク「人類カ國家ニ於テ其自由ノ一部ヲ犠牲ト爲スハ其他ノ部分ヲ一層安全ニ享受センカ爲ナリ」ト、故ニ成文憲法ハ第一ニ國家ノ團體員ノ留保セル原始的自由ト國權トノ間ニ嚴格ナル境界ヲ劃セサルヘカラス。是レ多ノ憲法カ皆基本權ノ確定ヲ前ニシ國家組織ノ規定ヲ後ニスル所以ナリ

(註一) 且同時ニ北米合衆國各洲ノ憲法モ亦此基本權ノ列記ヲナセリ。就中一千七百七十六年メア
 ナニアノ憲法ヲ以テ最トナス。ブー氏ノ「米國憲法」第二卷四百三十二頁以下バンククロフトノ「米國
 革命史」參照。獨文ニテハクレツシユマー第五卷三百九頁以下、佛文翻譯原文ハ一千七百七十八

年瑞西ニ顯ハレテ英國殖民地ノ憲法類聚二百六十五頁以下參照。此等ノ自由權ノ列記ハ佛國憲法ニ大ナル影響ヲ及ボシタルハ疑モナキコトニシテ政治史的批評ニハ甚ダ大ナル價值アルモノトイフベシ。

然レトモ此等個々ノ基本權ハ一見シテ明カナルカ如ク決シテ一定ノ系統ニヨリテ配列規定セラレタルニハアラスシテ寧ロ從來ノ國家法序ニ反對シテ起リシモノナリ。即チ此等ノ權利ハ人類及國家ニ關スル一般の學理ノ論理上ノ結果トシテ存スルカ如キモ實ハ立法者ノ精神ハ唯歷史的ニノミ了解シ得ラルヘキモノニシテ其主タル目的トスル所ハ從來存シタル國權ノ羈束ヲ除却スルカ爲ニ在リシナリ。例ヘハ舊時代ニ出版檢閲アリシカ故ニコレニ對シテ出版ノ自由起リ信教ノ強制アリシカ故ニ信仰ノ自由カ宣言セラレシナリ。憲法實施ニ至ルマテ個人ノ自由ハ特殊制限ノ隨意ニ行ハレシ國ノ憲法ニ於テハ此ノ現象ハ殊ニ著シクシテカ、ル自由ノ特別ナル制限ノ撤去ノ爲ニ本來列擧シテ數フベキモノニアラサル基本權ヲ列記スルニ至ラシメタリ。例ヘハ埃太利ニ於テハ領地的臣從關係及之ト連結セル農奴 Feudal 之制ノ廢止セラレタル直接ノ影響ニ基キ千八百四十九年三月四日ノ憲法ニ於テ各種ノ個人的服從關係及ヒ土地隸屬關係ノ束縛ニ對ス

ル自由ヲ宣言シ及ヒ臣民ノ或ル階級ニ對スル不動産取得ノ制限撤去セラレタル結果トシテ無制限ナル不動産取得ノ能力カ基本權ノ一トセラレタリ(二)

(三) 同憲法三十二條三十條及ビ國民ノ一般權ニツキテノ現行國家基本法第六條第七條ハ其規定之レト一致ス。巴國憲法第四章第六條ツルテンプルカ憲法第二十五條ヘツセン憲法第二十五條第二十六條之レニ類ス尙普國憲法第四十二條(既ニ廢止セラレル參照)。

カクノ如ク基本權ヲ列記スルハ立法上ニ重ノ目的ヲ有ス。即チ之ニヨリテ個人ノ自由ハ管ニ國家ノ行政上裁判上及殊ニ警察上ノ強制ニ對シテノミナラス、マタ立法ニ對シテモ保護セラル。換言スレハ國家官廳ノミナラス國家ノ立法ノ意思モ亦之ニヨリテ制限セラル、ナリ。此二ノ目的ヲ達スルガ爲ニ憲法ハ又二様ノ方法ヲ取りタリ。即チ憲法ハ或ハ禁止的規定ヲ設ケテ此ノ自由ニ對シテ新ナル制限的規定ヲ設クルコトヲ禁シ、或ハ命令的規定ヲ設ケテ將來ノ立法ハ一定ノ主義ニ基クヘキコトヲ命シタリ。此ノ如キ禁止カ絶對ノ效力アルモノニ非ラス、之ニ牴觸スル法律ト雖モ唯法律ノ違憲ナラサルヤ否ヤヲ審查スヘキ職權アル裁判所アル國ニ於テノミ之ヲ無効ト爲スヲ得ルニ止リ其他ノ國ニ於テハ憲法違反ノ法律ト雖モ完全ナル形式的及ヒ實

質的效力ヲ有スルコトハ爰ニ詳論スルヲ要セス。四之ト同シク又立法者ニ對シテ定メラレタル一定ノ主義カ實際ニ採用セラルヘキコトニ對シテモ原則トシテ何等ノ保障ノ存セサルコトニ付テモ爰ニ詳論セス。凡テ此等ノ憲法規定ノ解釋權ハ全ク立法者ニアリ、即チ憲法法規ニヨリ支配セラルヘキ法律カ同時ニ憲法自體ノ解釋ヲナスモノナレハナリ。

(三) 合衆國大審院ノ合衆國法律ニ對スルガ如キ瑞西大審院ノ各洲法ニ對スルカ如シ

(四) 原著者ノ「法律命令論」二百六十三頁參照。

然レトモ既ニ述ヘタルカ如ク如何ナル場合ニ於テモ個人ハ如何ナル内容ノ法律ニテモ之カ發布ヲ要求スル權利ヲ有スルコトナシ。蓋シ法規ハ或ハ個人ノ利益ノ爲ニスルモノアル可シト雖モ尙常ニ公益ノ爲ニ制定セラル、モノニ非ラサルモノナケレハナリ。故ニ憲法カ自由權ニ付テ立法ノ主義ヲ命スルカ如キ凡テノ規定ハ決シテ個人ノ權利ヲ設定スルモノニアラス。カクノ如キ憲法規定ニ基キテ發布セラレタル法律カ個人ノ利益ニ適合スルコトアルモ是レ法ノ反射作用ニシテ請求權ヲ付與シタルモノニサルナリ。同様ニ斯ノ如キ規定ヨリ裁判所及行政廳ニ對スル個人ノ直接請求權ヲモ發生スルモノニアラサルナリ。此ノ如キ規

定ハ單純ノ廢止的ノ效果ヲ有スルモノニ非ラサル限リハ尙精細ナル立法ヲ俟テ始テ現實ノ意義ヲ有スルモノナリ。若シ單ニ廢止的規定ナルトキ即チ例ヘハ出版檢閲ヲ禁シ信仰ノ自由ヲ承認ストイフカ如キ規定ナルトキハ直ニ具體的形態ヲ生スヘシ、何トナレハ唯、從來ノ制限的規定ヲ廢止スルニヨリテ空虛ヲ作ルコトカ、即チ憲法ノ欲スル所ノ状態ナレハナリ。

然レトモ若シ之ニ反シテ例ヘハ各人ハ平等ノ權利ヲ有ストイフカ如キ積極的原則ヲ定ムルモノナルトキハ立法者ニ依リテ始メテ其空虛ヲ滿タサルヘキモノニシテ立法ノ規定ヲ待ツニ非ラサレハ何等ノ現實ノ效果ヲモ生スルコトヲ得ス。若シカ、ル場合ニ於テ尙行政又ハ裁判上ノ慣例ニヨリ既ニ具體的ナル個人ノ請求權ノ存在スルコトヲ承認スル時ハ是レ行政廳又ハ裁判官カ自ら立法者ノ地位ニ代リテ專斷的ニ法規ノ存在セサル空虛ヲ充足セルモノナリ。何トナレハ裁判及ヒ判決例ハ全然此ノ如キ空虛ニ對シテ一般的ノ拘束力ヲ有スヘキ内容ヲ與フルコトヲ得ルモノニ非ラサレハナリ。蓋シ立法者カ憲法ノ規定ニ準據シテ其規定セラレタル事項ヲ個々ノ法律トシテ確定スル時ハ是レ單ニ法ノ適用ニアラスシ

テ新ニ法ヲ作成スルモノナリ、新ニ法ヲ作成スルハ立法者ニ對シテハ自由ナリト雖モ裁判官カ之ヲ爲スハ違憲ナル專斷ナリ。近世ノ裁判官ハ古羅馬ノ *Prætor* 官ノ如キ法ヲ補充シ更正シ追加スルノ權限ヲ有スルモノニ非ラス、法ノ作成者ニアラスシテ既ニ作成セラレタル法ノ保護者ナリ。此故ニ若シ裁判官ニシテカクノ如キ場合ニ起ル個人ノ訴訟ヲ判決センカ是レ裁判官カ自ラ立法者トナルモノナリ。瑞西聯邦裁判所カ「法律ノ前ニ瑞西國民ハ平等ナリ」トイヘル聯邦憲法ノ規定(五)ニ依リ既ニ個人ノ請求權ノ成立セルモノナリト見做シタル判決例ハ其ノ如何ニ專斷ナルカノ著ルシキ例證ヲ供セルモノナリ。一定ノ主義ハ勿論、一定ノ法則ノ矛盾ナキ適用ハ全ク此等ノ判決例中ニ見ルコトヲ得ス(六)

(五) 同憲法第四條

(六) 辯護士エフギー事件ニ就テノ矛盾セル二判決ハ殊ニ著シキ例トス。エフギーハソロトレンノ刑法ニヨレバ罰金ニ處セラレベキモ破産者ナルガ故ニ禁錮ノ刑ヲ課セラレタリ。之レ明ニ聯邦裁判所ハ法律上ノ對等ヲ無視スルモノナリ。然ルニ同モナク同人ハソロトレン刑事訴訟法第六十條ニヨリ公民權ヲ剝奪セラレタルモノトシテ法廷ニ於ケル代理人タルヲ許サレザリキ。此處分ニ對シテ訴ヲ起スニ大審院ハ次ノ理由ノ下ニ之ヲ却下シタリ。即チ公民ノ階級ノ異ルニヨリ法律上取扱ヲ異ニスルハ決シテ法律ノ前ニ臣民ノ不對等ヲ來スモノニアラズ。法律ニヨリテ法律上ノ不同ト事實上ノ不同トヲ連續スル時始メテコトニ法律ノ前ニ臣民ノ不對等生

ズルモノニシテ、シカモ之レ違憲ニアラズ云々瑞西聯邦裁判所判決錄第四卷三三二頁及四七七頁。尙同錄八卷第二十項百〇四頁以下シエツテル事件ノ判決ハマタ斬新ニシテ且興味アル判決タリ。内ロード州參事會ハ日曜及大祭日ニ舞踏スルコトヲ禁シタリ。然ルニベルヒ館ノ演奏會ニ所謂アルプストペーランナル踊ヲ許シタリコトニ於テ他ノ會館ハ之ヲ不當トシテ訴ヲ提起セシニ之ヲ却下シタリ。其理由ニ曰ク、聯邦憲法モ各州憲法モ舞踏シ又ハ舞踏ヲ自ラ制スルノ權利ナル自由權ヲ設定セズ。故ニ此ニ關シテ相當ト思惟スル如何ナル制限ヲ加フルモ法ハ自由ナリ。故ニマタ或ル祝祭日ノ爲ニ此制限ノ除外例ヲ造ルヲ得ベク敢テ法律上ノ對等ノ原則ヲ破ルモノニアラザルナリト。

此種ノ不都合ナル他ノ一例ハ埃帝國裁判所ノ判決例及ビ行政廳ノ慣例之レナリ。千八百六十七年十二月二十一日ノ臣民ノ一般ノ權利ニ關スル國家基本法第九條ニ曰ク「國內ノ各民族ハ皆同等ノ權利ヲ有シ各其族籍及國語ヲ保持スル不可侵權ヲ有ス。各國語ハ學校、官廳及公生活ニ於テ同等ナルコトヲ國家ニヨリテ承認セラル、モノトス」ト。此規定カ第一ニハ其用語極メテ不適當ナリ何トナレハ民族ハ人格ヲ有スルモノニ非ラス國語ハ決シテ權利主體タリ得サルモノナルニ拘ラス之ニ權利ヲ歸屬セシムルモノナレハナリ。然レトモ之レノミナラス、第二ニハ法律上對等ノ原則ノ如キ漠然タル法則ニヨリテハ決シテ具體的ノ内容ヲ求ムルコトヲ得ス。之ヲ有效ナラシムル爲ニハ別ニ具體的ノ内容ヲ定ムルコトヲ要

ス。故ニ此ノ請求權ノ歸屬スル權利主體ヲ定メ、又之ニ關シテ裁判上及ビ行政上ノ裁量ニヨリテ左右スヘカラサル特立ノ性質ヲ供フル國家組織ノ規定ヲ定ムル爲ニ、別ニ執行法規アルヲ要スルモノトス。然ルニ埃帝國裁判所ハ第十九條ヲ以テ直ニ國民ノ請求權ヲ設定スルモノト爲シ、裁判權ニヨリテ該憲法規定ニ内容ヲ與ヘタリ。此ノ如キ判決例ハ成法ノ問題トシテモ同一ノ權利ニ關スル他ノ解釋ニ依リテ翻ヘサル、ヲ得ヘキモノナリ。(七)第十九條ニ基キテ發セラレタル政府ノ命令モ多クノ點ニ於テ判決例ノ取リタル見地ト異レリ。(八)ト雖モ此等命令モ亦判決ト等シク空漠ナル憲法ノ規定ニ適法満足ナル解釋ヲ與ヘタルモノトイフヲ得ス。公平ナル法學上ノ觀察點ヨリセハ第十九條ハ全ク將來ノ立法ヲ指揮スルモノニ過キス、專ラ立法者ニ對スル命令ニシテ他ノ民刑事事件ノ公判ハ口頭ニシテ且公開ナルヘシト云ヒ或ハ司法ト行政トハ凡テノ場合ニ於テ分離セラルベシト云フカ如キ憲法ノ規定ト同一ノ地位ニ立ツモノニシテ而シテ此等ノ規定ニ付テハ全ク個人ノ權利ヲ設定スルモノニアラサルコトハ何人モ疑ハサル所ナリ。(九)蓋シ此等ノ場合ニハ個人ノ請求權ノ前提タル純粹ナル個人ノ利益ヲ缺クモノナレ

ハナリ。加之該條項カ實質上目的トスル所モ亦決シテ單ニ埃國臣民ノ消極的身分ヲ規定スルノ趣旨ニ止マルモノニアラス、明ニ國權ニ積極的行動ノ義務ヲ負ハシムルモノニシテ其ノ積極的行動ハ憲法ノ他ノ規定ニ基キ唯立法ニ依リテノミ之ヲ定ムルヲ得ヘキモノナリ。條文ニ所謂「保持」ハ國家ノ積極的ノ任務ナリ。然レトモ國家ニ對シテ其ノ任務ノ遂行ヲ求ムヘキ個人ノ權利カ之ニ依リテ設定セラル、ニハアラス。唯國民代表者タル議會カ憲法上ノ直接機關トシテ其權限ニヨリカ、ル要求ヲ政府ニ對シテナスヲ得ルノミ。

(七) ヘー、ブ、オン、ゲル、テ、ツ、ク、埃國帝國裁判所公法の處分ニ關スル判決集第三集百二十九號第五集二百〇三號第六集二百五十七號及二百六十九號參照。
 (八) 殊ニ內務大臣司法大臣ノ省令千八百八十年四月十九日公布「ベームン、メー、レン」官廳公文ノ地方語ノ使用ニ關スル件。

(九) 埃國帝國裁判所判決集第一集十三號第八集三百七十三號參照。

此ノ故ニ訴權カ裁判上ニ承認セララル、ト否トハ必スシモ個人ノ請求權ノ存在ノ絶對ノ標準ト爲スコトヲ得スト雖モ然カモ若シ裁判上ノ保護ノ認メラル、ニ非ラサレハ國家ニ對スル個人ノ權利ト法ノ反射トヲ區別センコトハ殆ト不可能ナリ。而シテ憲法裁判所及ビ行政裁判所ヲ設置以前ニ於テハ此等ノ所謂權利ノ多

數ハ全ク裁判上ノ保護ヲ有セザリシナリ。故ニゲルバーカ所謂自由權トハ權利ニ非ラス單ニ客觀的ノ法ノ規定アルノミ國家ニ對スル禁止ニシテ個人ニ對スル保障ニアラスト言ヘルハ(十)氏ノ時代ニアツテハ理由アル正當ナル主張タリシナリ。然レトモ瑞西聯邦裁判所、埃國帝國裁判所、獨逸各邦、及ビ埃國ニ於ケル行政裁判所ノ創設セラレタルニ因リ從來ハ基本權ニ關スル法ノ規定中ニ潜在シタル個人ノ利益カ明ニ承認セラレ且保護セラレ、ニ至レリ。固ヨリ普通裁判所ニ依リテハ之ヨリ先既ニ刑法及ビ刑事訴訟法ノ規定ニヨリ個人ノ自由ノ身分ガ有效ナル法律上ノ保護ヲ受ケタリト雖モ憲法ノ規定ニ於テ身體ノ自由、住所ノ不可侵、信書ノ秘密ヲ承認セルハ第一ニハ行政權ノ專斷ニ對スル保護ヲ目的ト爲セルモノニシテ行政權ノ專斷ニ對シテハ從來ハ僅ニ行政訴訟ニヨリテ保障セラレ、ニ止マリシナリ。而シテ行政訴訟願ノ保護ハ未タ個人ノ法律上ノ利益ト事實上ノ利益トヲ確實ニ區別スルヲ得ヘキモノニ非ラズ

(十) 前掲十四頁註一又ラバンド第一卷一百四十一頁以下及ツイデルノ國法學第一卷五百七十一頁以下。

然リト雖個人ノ消極的身分ハ獨リ個人的利益トシテ法律上ニ承認セラレタル自由ノミヲ以テ盡キタルモノニ非ス唯歷史上ノ沿革ニヨリテ特ニ個人ノ自由活動ノ著シキ方面カ承認セラレシニ止マリ尙細カニ觀察スル時ハ其法學上ノ性質ニ於テ憲法上規定セラレタル自由ニ等シキ幾多ノ消極的身分ノ成素アルヲ見ン。例ヘハ法律ノ規定以上ニ租稅ヲ拂ハサルヲ得ルノ權利[○]一定年齡以外兵役義務ヲ負ハサルノ權利[○]特定ノ關係以外ニ後見人陪審員タラサルヲ得ルノ權利[○]猶進ンテ凡テノ私法上ノ法律行為ヲ他人ニ妨ケラル、コトナク自由ニナシ得ルノ權利[○]ノ如キハ皆基本權トシテ列記セラレサルモ尙基本權ノ性質ヲ具フルモノタリ(一一)加之凡テノ基本權ハ皆之カ行使ヲ制限スルノ法規ナカル可カラス。如何ナル方面ニ於テモ若シ絶對ノ自由ヲ承認スルコトアラハ其結果ハ國家ノ破滅ヲ來スヘシ、而シテ各國家特殊ノ事情ニ應シテ基本權ニ關スル規定ニ具體的內容ヲ與フルコトハ復タ立法者ノ任務ニ屬シ、各國ニ通シテ理論上一般的形式ヲ以テ之ヲ一定シ得ヘキモノニ非ラス。此故ニ憲法ノ條項ハ同一ニシテ然カモ國ニヨリテ立法又ハ司法ニ依リテ全ク内容ヲ異ニスルモノアルハ怪シムニ足ラス。殊ニ瑞西ノ如キ民主國ト普埃ノ如キ君主國トカ同様ナル憲法ノ規定ニ關シテ如何ニ其執行

ノ法律及ビ行政裁判所ノ判決ヲ異ニスルカヲ比較研究スルハ興味多カルヘシ。

(一) ラバンド第一卷百四十二頁註一及ザイアル前掲書ニ論スル所之ニ符節ヲ合ス。唯權利存
セス從テ何等ノ結果ヲ生セサルナリ。此種ノ自由權ヲ規定スルニ當リテ立法者ノ目的トセシ
積極的結果ヲ知ルハ法學的解釋論ノ範圍ニ屬スルモノトス。ゲ、マイヤー「國法學」百十七項ニヨ
リテ代表セラル、反對ノ見解即チ所謂自由權中ニハ已ニ傳來的ナル個々ノ權利存ストスル説
ハ人格ノ性質ハ同時ニ權利ノ目的タリ得トスル誤レル説ヨリ發出スルモノナリ。

此ノ如ク此等ノ自由ハ唯法律ノ制限内ニ於テノミ承認セラルヘキモノニシテ而
シテ此法律ハ國ニヨリテ異リ一般の原則ヲ定ムルヲ得ストセハ其ノ論理ノ必然
ノ結果ハ下ノ如キ一般的形式ニ歸セサルヘカラス、曰ク個人ハ國家ヨリ違法ノ給
付ヲ命セラレサルノ自由ヲ有ス、從テ此自由ノ承認ニ基キテ個人ハ官廳カ違法ノ
命令ヲナサ、ルコトヲ要求シ且カ、ル命令ノ廢罷ヲ要求シ得ト。

凡テノ自由ハ皆違法ノ強制ヨリ自由ナルコトニ外ナラス。個人ノ服從即チ受働ノ
身分ハ法律ニヨリテ限定セラレタル状態ナリ。故ニ諸種ノ自由權アリトスルハ
法學上不當ニシテ自由ハ唯一ノミ之ヲ諸種ノ自由アリトスルハ法學上ノ見地ヨ
リスルニアラスシテ寧ロ政治上ノ見地ヨリ從來ノ特定ノ諸種ノ制限ニ反對シテ
自由ヲ唱導セシ結果トシテ殘リシ痕跡ノ種々ナルニヨルノミ。然レトモ自由ヲ

承認シ規定スル此種ノ法律ヨリ生スル状態ニ至テハ凡テノ場合ニ通シテ實質上
單一ナルモノナリ。自由權ト相對スヘキ個人ノ國家ニ對スル義務モ亦必竟スル
所皆服從義務ナル一大綱目ニ歸セサルモノナシ。國家ハ如何ナル命令ヲ個人ニ
下スモ唯國民ノ服從ヲ要求シ得ルニ過キス、兵役義務、納稅義務、證人義務其他法律
ニヨリ幾多ノ義務ヲ生スルモ其基礎ハ皆服從ニシテ法學上全ク同一ナル實質ヲ
有スルモノトス。服從義務ノ單一ナルカ如クニ自由權モ亦單一ナリ、國家ハ如何
ニ其ノ被治者タル臣民ニ對スル關係ヲ規定スルモ常ニ此ノ二様ノ範圍ヲ出テス、
臣民ハ一定ノ範圍ニ於テ國家ニ服從シ一定ノ範圍ニ於テ服從ヨリ自由ナリ。國
家ト被治者トノ關係ハ唯此ニアルノミ。

更ニ一步ヲ進メテ自由ノ法學上ノ性質ヲ觀察スルトキハ自由ハ必竟國家ニ對シ
テ法律上無關係ナル臣民ノ行動ト同一ナルヲ見ルヘシ。例ヘハ出版ノ自由ニヨ
リ一印刷物ヲ發刊スルコトハ之ニ關シテ締結セル契約ヲ除ケハ何等他人殊ニ國
家ノ權利ニ關係ナキ行爲ニシテ自己ノ酒ヲ飲ミ自己ノ所有地ヲ散步スル行爲ト
異ル所ナシ。同様ニ營業自由選擇ノ權、信教ノ自由ノ權等モ亦他人ノ權利ノ範圍

ニ影響ヲ及ホスコトナシ。素ヨリ此自由ノ範圍内ニ於ケル行爲自體ハ法律上ノ關係アル行爲タルコトアルモ是レ全ク異レル他ノ觀察點ヨリスルモノニシテ殊ニ國家ニ對シテハ如何ナル場合ニ於テモ何等ノ關係アルコトナシ。例ヘハ出版契約ノ締結ハ出版自由權ノ行使ニアラス、プレスビテリアン教會ノ投票權ハ信教自由權ノ行使ニアラサルカ如シ且自由權ハ法律ニヨリテ制限セラル、モ之カ爲ニ當該行爲ヲ『法律上關係アル行爲』タラシムルモノニアラス。何ントナレハ國家ノ利害關係ヲ有スル點ハ此行爲ノナサル、トナサレサルトニアラスシテ此行爲カ法律上ノ制限ヲ超ユルヤ否ヤニアレハナリ。例ヘハ國家ハ飲食物ノ取締ヲナスモ之ニヨリテ肉又ハ酒ノ所有者カ此等ヲ飲食スル行爲ヲ法律上關係アル行爲タラシムルモノニアラス。國法學上ノ觀察點ヨリスレハ自由ノ法律上ノ性質ハ或ル事ヲ爲スヘキコトヲ命スル規定ニモ或ル事ヲ爲シ得ヘキコトヲ許ルス規定ニモ全ク關係アルモノニ非ラス、唯或ル事ヲ爲スコトカ全ク國家ト法律上ノ關係ヲ有セサルコトヲ意味スルニ外ナラス。例ヘハ改宗ノ自由ノ認許ハ新教徒カ舊教徒トナルノ權利ヲ有シ又ハ之ヲナスノ特別ナル能力ヲ有スルコトヲ意味セス、

唯國家ハ此ノ改宗行爲ヲ自己ニ無關係ナル行爲ナリト宣言スルニ過キス。

消極的身分ハ國家ノ承認(Anerkennung)請求權ノ個人ニ存スルコト及ビ之カ侵害即チ法律ニ據ラスシテナシタル官廳ノ命令及ビ強制ノ禁止セラル、コトニヨリテ保護セラル、モノトス。之レ猶物權カ其權利者ト接觸スル他人ニ之ヲ侵害セサル消極的義務ヲ生セシムルト同シク消極的身分ハ個人ト接觸スル國家官廳ニ同様ナル義務ヲ課スルモノナリ。其他ノ身分ハ唯特定ノ官廳ニ對スル個人ノ特別ノ關係ニ於テ存スルニ反シテ此身分ハ絕對的ニシテ凡テノ官廳ニヨリ尊重セラレヘキ身分ナリ。即チ常ニ法律ニ從テ行動スヘシトノ命令ハ凡テノ官廳ノ遵守スキモノニシテ從テ人格者ノ自由行動ハ凡テノ官廳ニ對シテ保護セラル、モノト云フヘシ。而シテ個人ノ消極的身分ノ承認及ビ之カ侵害ノ禁止ヲ國家ニ要求シ得ル個人ノ請求權ニヨリ此身分ハ終ニ法律上ノ身分トナル。猶物權カ他人ニ對シテ權利者カソノ不侵害ヲ請求シ得ルニヨリテ法律上ノ權利トナルト同シ。然レトモ此ノ請求權ハ凡テ國家ノ特定ノ行動ヲ要求シ得ル權利ト同シク積極的身分ニ屬スルモノナレハ積極的身分及ビ之ヨリ生スル請求權(次節ニ於テ詳論ス

ヘキニヨリ消極的身分ハ法學的性質ヲ有スルニ至ルモノト云フヘシ。此ノ如ク法律のニシテ且個人的ナル請求權ヲ發生シ得ルニヨリテ消極的身分ハ單純ナル法ノ反射ト區別セラレ。何シトナレハ訴權ニヨリテ行使シ得ル請求權ハ決シテ單純ナル法ノ反射作用タルヲ得サレハナリ。從テ特定ノ方面ニ付テノ消極的身分ニ關シテ爭議又ハ侵害ヲ生スル時ハ行政訴訟ニヨリテ自由ノ承認及ビ國家ノ侵害行為ノ廢罷ヲ請求シ得ヘク從テ個人ハ自己ノ利益ノ爲ニ法規ヲ適用セシメ官廳ノ活動ヲ引起シ得ル能力ヲ有スルナリ。若シ此場合ニ唯法ノ規定ノ存スルノミナリトセハ上級官廳ニ對スル請願又ハ行政請願ヲ爲スノ途アルノミニシテ而カモ此場合ノ官廳ノ行動ハ唯職權行動ニシテ訴願ノ撤回ノ場合ニ於テスラ個人ノ意思ハ行政行為ノ進行ニ何等ノ影響ヲ與フルヲ得サルナリ。固ヨリ同一ノ事件ニ關シテモ職權的行動カ訴訟ト並ヒ行ハル、コトヲ妨ケサルヲ以テ、行政訴訟ノ許サレタル事件ニ付テモ若シ官廳カ自ラ其行為ノ違法ナルコトヲ認メタルトキハ職權ニ依リ之ヲ取消スヘキ義務アリト雖モ、訴權ニ依リテ保護セラレ、請求權ハ職權的行動ニ反シテ官廳ノ行動ヲ喚起スルコトカ全ク個人ノ意思ニ繫カ

レルコトニ於テ其ノ個人的ノ權利タル性質ヲ見ルヘシ。訴權ノ認メラレサル所常ニ權利ナシトスルハ必スシモ正當ナラスト雖モ之カ反對ニ訴權ノ認メラレタル所ハ必ス個人ノ權利ノ存在ヲ證明スルモノナラサル可カラス。行政裁判ノ何タルヤヲ一瞥セハ直ニ其大部分ハ全ク起訴者ハ受働的身分ニアリヤ消極的身分ニアリヤ、換言スレハ此場合ニ於テ國家ハ統治權ヲ行使シ得ルヤ否ヤノ問題ノ解決ニアルヲ知ルヘシ。刑法上ノ判決モ亦第一ニ國家ハ處罰ノ權アリヤ之ニヨリテ被告ハ特別服從ノ身分ニ陷ルヤ否ヤノ國法上ノ問題ヲ解決セサルヘカラス。如何トナレハ凡テノ處罰ハ個人ニ對スル國家ノ命令及ビ強制權ノ擴張ニシテ從テ個人ノ消極的身分ノ縮小ナレハナリ。民事上ノ判決ニ於テモ亦被告ノ自由及ビ服從ニ就テノ宣告アルモノトス。然レトモ尙被告ノ第三者ニ對スル給付ヲ決定シ刑事判決ハ犯罪ニヨリテ生シタル特別服從ノ結果タル刑ノ種類及ビ輕重ヲ決定ス。之ニ反シテ行政訴訟ノ判決ハ唯服從義務ノ存否ヲ決定シ得ルニ止マレリ。從テ民事判決ニ在ツテハ前提タルヘキモノカ行政訴訟ノ判決ニ在テハ其ノ内容タルモノトス。

此ノ故ニ行政法上ノ判決ノ大部分ハ他ノ判決殊ニ民事上ノ判決ニ比シテ頗ル簡單ニシテ單一形式タルヲ知ルヘシ。民事裁判所ノ審査スヘキ法律行為ノ頗ル多様ナルニ反シテコ、ニ論スル行政裁判所ノ審査ハ唯個人ノ國家ニ對スル服從關係及其限界」ナル單一ナル法式ニ止マルヲ見ル。

特典的(Privileged)消極身分

國家ハ種々ナル原因ニヨリテ公益上消極的身分ヲ制限ス。或ハ主トシテ一行爲又ハ一團ノ行為ヲ禁止スルコトヲ得ヘク、或ハ能力ヲ拒否スル法規ニヨリテ人格其モノヲ制限スルコトヲ得ヘク、或ハ進ンテ一定ノ條件ノ下ニ他人ニハ全ク許サレサル力ヲ特定ノ人ニ附與スルコトヲ得。コ、ニ於テカ特種ノ關係ヲ生ス。以下少シク之ヲ詳論セン。

(一) 或ル物ヲ不融通物ナリトシ、營造物ノ公共使用ヲ廢止スルカ如キ場合ハ唯特定ノ行為及ビ個々ノ法律行為ヲ禁止スルニ止マリ個人ノ消極的身分ヲ減縮スルモノニ非ラス。何トナレハ唯特定ノ物件ニ關シテ行為ヲ爲スコトカ制限セラレタルニ止マリ行為ノ能力カ制限セラレタルモノニ非ラサレハナリ。

(二) 一階級ノ人ノ全體カ或ル種ノ法律行為ヲナスコトヲ禁セラレタル場合ハ之ニ反シテ人格ノ中ニ階級ヲ作リタルモノナリ、何トナレハ此ニヨリテ法律上ノ行為ヲナス能力自體カ此階級ノ人民ニハ制限セラル、モノナレハナリ。カ、ル法規ハ二様ノ效果ヲ有ス、即チ一方ヨリ見レハ能力拒否ノ效果ヲ有スルモノニシテ該法規ニヨリテ不利益ヲ蒙ル人民ハ之ニ依リテ其ノ公法上ノ地位ヲ降下ス。一方ヨリ見レハ能力附與ノ效果ヲ有スルモノニシテ此點ヨリ見レハ該法規ニヨリテ利益ヲ享クル人民ノ特權ヲ設定ス。即チ後者ノ消極的身分ハ制限セラレタル個人ト比較スレハ擴張セラル、ナリ。實在ノ場合ニ於テ此種ノ法規ノ法律上ノ結果カ人格ノ縮少ヲ意味スルヤ將タ特權ノ附與ヲ意味スルヤハ立法者ノ意思ニヨリテ決スル外ナシ。若シ其ノ拒否カ普通法ノ例外規定タル場合ニハ其原因ノ如何ヲ問ハス常ニ人格ノ縮少ヲ目的トスルモノナリ。故ニ例ヘハ猶太人ニ土地所有權ノ取得能力ヲ禁ズルハ該人民ノ人格ノ縮少ニシテ耶教人民ニ特典ヲ附與スルモノニアラス。如何ントナレハ此禁止ハ既ニ承認セラレタル所有權能力ノ平等ノ原則ノ例外タレハナリ(二)妻及軍人(三)ノ行為能力ノ制限モ亦男子及

非軍人ニ特典ヲ附與スルモノニアラス。僧徒ノ遺言ノ自由ノ制限モ亦宗教上ノ誓約ヲナサ、ル他ノ俗人ノ特典ニアラス。如何ントナレハ此等ノ禁止ハ法規ニヨリテ原則トシテ凡テノ個人ニ屬スル消極的身分ヲ縮少スルモノニ外ナラサレバナリ。之ニ反シテ階級の權利ノ高下アリシ時代ニ於テハ非貴族ノ封土取得ノ禁止ハ貴族ニ特典ヲ附與スルモノニシテ該法規ノ目的ハ非貴族ノ能力ノ拒否ニアラスシテ貴族ニ能力ヲ附スルニアリシヤ明ナリ。

此種ノ最著シキ例ハ一國民カ外國人ニ對シテ優先ノ利益ヲ有スル場合ナリトス。此法規ノ目的ハ外人ヲ劣等ナル地位ニ置クニアラスシテ自國民ニ特典ヲ與フルニアリ。外國人ハ内國臣民ト同一ノ法律上ノ地位ヲ有セス、其身分ハ内國臣民ニ比シテ縮少セラル、モ特ニ外國人ノ不利益ノ爲メニ普通法ノ權利ヲ拒ムモノニアラスシテ自國臣民ニ特典ヲ附與スルナリ。故ニ例ヘハ或ル種ノ職業ヲナシ一定ノ團體ニ加入シ特定ノ私權ヲ取得スル能力カ自國臣民タル資格ヲ要件トスル時ハ之ニヨリテ内國臣民ハ外國人ニ比シテ特典の消極的身分ヲ有スルナリ。然レトモ此特典的身分ヲ内國臣民ニ特別ナル權利ト認ムルハ誤レリ。何ントナレハ

外國人ニ拒否セラレタルカ故ニ内國臣民ノ人格カ決シテ其法學上ノ性質ニ於テ變更ヲ來スモノニアラサレハナリ。特典ハ附與ハ單純ナル法ノ反射ニシテ權利ニアラサルナリ。(二四)故ニ内國人民ハ此種ノ法規ニヨリテ自己ニ許容サレタル行爲ヲ外國人ニ禁止スルコトヲ要求スルノ權利ヲ取得スルモノニアラサルナリ。何ントナレハ此特典ノ附與ハ個人ノ利益ノ爲メニアラスシテ公益ノ爲ニ生シタルモノナレハナリ。

(二二) 獨逸民法千二百七十七條及ビ商法第七條ノ禁止

(二三) 例ヘハ千八百十四年五月二日ノ帝國軍法第四十條第四十三條第四十九條第二項

(二四) ラバント第一卷百四十一頁參照。

(三) 眞ニ個人ニ特典ヲ附與シ、即チ個人ノ消極的身分ヲ擴張スルモノハ行政上ノ權利設定行爲ナリ。權利設定行爲ハ或ハ許可ナルコトアリ、或ハ特許ナルコトアリ。許可ニ依リテハ爲シ得ル力カ與ヘラレ、特許ニ依リテハ爲シ能フ力カ與ヘラル。此等ノ行爲ニ依リテ個人ノ自由ニ對スル一般ノ制限カ解除セラレ、或ハ其ノ行爲能力其物カ擴張セラレ、或ハ理論上ハ既ニ存在スル自由ニシテ唯警察上ノ理由ニ依リ禁止セラレタルモノカ其行爲ヲ適法ナリト認メラル、ニ至ル。行爲能

力其物ノ擴張ニ屬スルモノハ例ヘハ從來無効ナリシ行爲ヲ有效ナリトスル凡テノ處分辯護士ノ業務ノ如ク自然ノ能力ニハ存セスシテ國家ノ附與スル能力ニヨリテ實行スルヲ得ベキ特定ノ職業ノ認許ノ如キ其著シキモノナリ。特典的身分ヲ設定スル許可ニ屬スルモノハ人又ハ場所ニ關スル營業ノ許可其ノ著ルシキモノナリ(一五)即チ或ル種ノ營業ハ警察上ノ利益ノ爲ニ官廳ノ許可ヲ受クルニ非ラサレバ之ヲ爲スヲ許サ、ルモノアルナリ。其目的ハ或ハ國家カ該營業ヲ出來得ヘキ丈無害ナラシメントスルニ依ルコトアリ、或ハ出來得ヘキ丈有益ナラシメントスルニ依ルコトアリ。其他鐵道事業ノ特許、鑛業權ノ特許、狩獵ノ許可、武器携帯ノ許可、建築ノ許可ノ如キ皆此一種ノ行爲ナリ。

(一五) 特許ニ關スル各種ノ學說ハ「營業特許ノ法律上ノ性質」九頁以下ニ詳ナリ。本文ニ論スル所ト大體ニ於テ一致セルモノハザイテ「帝國營業法ニ於ケル營業警察權」六十九頁ヲパン「第一卷百四十一頁及ヒ百五十三頁ナリ。レーム前掲十七頁以下ハ營業ノ自由ヲ以テ個人ノ權利ナリト主張セント欲ス。其說ニ曰ク單ニ自然ノ自由ヲ承認スルハ唯自然意思ノ發動ヲ認ムルニ止マル例ヘバ手紙ヲ書ク權、叫テ權ト云フモ必スシモ手紙ヲ書キ歌ヲ謳フニ當リ行政機關ニヨリテ妨ケラレザルコトヲ要求スル請求權ガ保障セラル、ニアラサルナリト。此ノ說ノ不當ナルコトハ一見明瞭ナリ、其ハ警察ニ押留セラレタル者ノ手紙ヲ書クコトノ制限又ハ特定ノ猥歌或ハ夜間街頭ニ於テ放歌スルコトノ禁止ノ如キカ訴願及ヒ訴訟ノ目的トナルコトヲ

得ルニ依リテモ明瞭ナリ。如何ナル行爲ト雖モ違法ニ之ヲ要求シ得ヘキモノ無シ、法律上無關係ナル行爲トハ唯相對的ノミ。又曰ク營業ノ許可ハ自然ノ意思能力ナキ者ニ對シテモ能力ヲ附與スルコトヲ得ト。然レトモ是亦誤ナリ。無能力者ニ對スル許可ハ唯私法上ノ代理ヲ承認スルノ條件タルノミ、代理其物ノ承認ニアラス。許可ハ唯私法上ノ法律行爲ヲナスニ當リ國家カ何等ノ妨害ヲ加ヘサルヘシト宣言スルニ過サルナリ。

官廳ノ此種ノ許可ハ決シテ自然ノ行爲ノ自由ヲ擴張シ得ルモノニアラス、唯其自由ヲ實行スルコトノ禁止ヲ特定ノ人ニ解除スルナリ(一六)許可ハ又身上ノ資格(例ヘハ臣民籍)ノ存在ヲ條件トスルコトアリ。或ハ物ノ所持ヲ條件トスルコトアリ、(所有權者、占有者、賃借人)其他職業ヲ實行スルニハ公法上ノ免許狀ヲ必要トスル場合、即チ上ハ醫師、僧侶、教師ヨリ下ハ蹄鐵師、水先案内者、產婆ニ至ル迄皆此種類ニ屬ス。凡テ此等ノ場合ニ於テハ全ク一般ノ自由權ト同シク一般ニ官廳ニ對シテ其行爲ヲ妨ケラレサルコトノ請求權ヲ個人ニ與ヘ、若シ此ノ請求權ヲ侵害シタル場合ニ於テハ行政訴訟提起ノ理由カ備ハルナリ。

(一六) オットー、マエヤーハ前掲書百六十八頁ニ於テ之ヲ許可ノ留保ノ形ニ於ケル警察禁止ト名ケタリ。尚レームノ前掲書二十八頁參照

然レトモ此種ノ許可ハ私法上ノ權利能力ヲ擴張スルモノニアラス、從テ許可ナク

シテナシタル法律行為ハ一般ニ少クトモ無効ニハアラス唯處罰スヘキ行為タルノミ。但シ許可ナクシテナシタル行為カ公法ノ規定ニ反スルカ爲ニ無効トセラ
 ル、コトアルモ敢テ之レト矛盾スルモノニアラス。許可ヲ受ケタル營業者カ契約ヲ締結スルハ許可ノ力ニ因リテ之ヲ爲スニ非ラスシテ許可トハ獨立ナル行為ノ自由ニヨリテ之ヲ爲スナリ。其自由ハ許可ニ因リテ始メテ承認セラル、モ許可ニ依リテ始メテ發生スルニ非ラスニセ。時トシテハ許可ト繋聯シテ一層大ナル權利ノ附與セラル、場合アリ、例ヘハ營業ノ獨占權及ビ土地收用權ノ如シ。然レトモ此等ノ權利ハ許可ノ結果ニハアラスシテ他ノ行政行為ノ結果ナリ、唯其行為カ思想ノ上ニ於テ許可行為ト連結セラレ得ヘキノミ。

(二七) レーム六十五頁以下

消極的身分ノ縮少 (Minderung)

消極的身分ノ縮少ハ種々ナル原因ヨリ起ル。(第一)ニ警察上ノ理由ニヨリ或ハ其身分ヲ縮少セラレタル者ノ保護ノ爲メ或ハ他ノ者ノ保護ノ爲メニ生ス。女子、未成年者ノ行為能力ノ制限ハ前者ニ屬シ、處刑其ノモノニアラスシテ其結果トシ

テ生スル自由ノ制限ハ後者ニ屬ス。彼ノ許可及ヒ特權ノ附與ノ結果トシテ獨占ノ爲メニ他ノ一般人民ノ營業ノ自由カ制限セラル、場合モ亦後者ニ屬ス。然レトモ實體法ニ基ク一般ノ義務ハ固ヨリ之レニ屬セサルハ明ニシテ唯特定ノ事實ニ繋カリテ發生スル義務及ヒ權利ヲ剝奪スル行政行為、又ハ判決ニヨリテ發生シタル一般ノ義務ノミ之ニ屬ス。

(第二)ニ身分縮少ノ主タル形式ハ刑罰ナリ。刑罰ハ或ハ行為能力其物ニハ關係ナク唯給付ノ義務ヲ負ハシムルニ止マルコトアリ、罰金刑之レナリ。然レトモ一般ニハ刑罰ハ人格ノ縮少時ニ或ハソノ全滅トシテ現出スルモノニシテ人格ノ縮少ハ原則トシテ消極的身分ノ減少ナリ。即チ刑罰ノ最普通形式タル自由刑ハ國法學上ノ方面ヨリ見レハ消極的身分ノ保護ノ公法規定ヲ自己ノ爲ニ適用セシムルノ能力ヲ除斥シ、及ヒ自由ヲ侵害スヘカラサル國家ノ義務ヲ解除スルモノニシテ一言ニシテ謂ハ、服從關係ハ擴張即チ受動的、身分ハ擴張ニ外ナラス。

(第三)ニ消極的身分ノ縮少ハ個人カ法律、法律行為又ハ不法行為ニヨリテ特別ノ服從關係ニ立ツヨリテ生ス。其不法行為ヨリ生スル關係ニ付テハ既ニ上ニ説キタ、

リ。尙刑事訴訟法ニヨリ刑事被告人ノ受クヘキ自由ノ制限モ亦之ニ屬ス。法律ニヨリ自由ノ縮少ヲ受クルモノハ兵役義務者、陪審員、副陪審員(Schöffen, Geschworenen)ナリ。之レ獨リ自己ノ勞役ヲ給付スヘキ義務ノ爲メノミナラス、國家作用ヲ行フモノカ品位ヲ保ツノ義務及ヒ自己ノ義務ノ履行ヲ一層保證スル義務ノ爲メニ制限ヲ受クルナリ(二八)。契約ニ基キテ特別ノ服從關係ニ立ツ場合、殊ニ國家ノ官吏ニ在テモ亦全ク同様ナル制限ヲ受ク。就中官吏ニ在テハ特別服從關係ハ其職務及ヒ地位ノ爲メニ其ノ法律上爲スコトヲ得ヘキ事ノ制限セラレ、コトニ於テ其效力ヲ發現スルモノトス。例ヘハ婚姻ノ制限、餘業トシテ他ノ營業ノ禁止ノ如キ之レナリ。且ツ國家ハ此等ノ特別權力關係ヨリ二重ノ所罰權ヲ有ス。即チ凡テノ犯罪ノ構成要素ノ一タル一般服從關係ノ違犯及ヒ特別ノ權原ニ基ク權力關係ノ違犯ハ共ニ國家カ所罰ヲ加フル所以トナルナリ。而シテ此二所罰權ハ相併行ス。何ントナレハ二者異レル權原ヨリ發スレハナリ。故ニ未決在監人、囚人、其他學生、辯護士、兵士、官吏ハ一般刑罰權ノミナラス懲戒罰權ニモ服セサルヘカラス。而シテ特別服從關係カ犯罪事實ニ基キテ發セサル場合ニハ懲戒罰ハ此特別關係ノ

解除即チ此特別ナル羈絆ヲ脱出セシムルヲ最終トス。此特別服從關係ノ解除ハ最モ重キ懲戒ニシテ刑法上ノ死刑ニ該當ス、而カモ同時ニ單純ナル服從關係ニ復歸スルコトヲ意味スルモノトス

(二八) 陪審員及副陪審員ニ就テハ獨刑法百三十八條及三百三十四條參照

以上論スル所ニヨリ消極的身分ハ單一的ニシテ種々ナル權利ノ集合ニアラサルコトハソノ第三者殊ニ不法ナル官吏ニ對シテ保護セラル、方法手段ニヨリテ明ナルヘシ。即第三者ハ常ニ不法行爲ニヨリテ唯他人ノ自由ニ接觸シ得ルノミ。他人ノ新聞ノ記事ヲ書クコトヲ妨クルハ其人ノ出版ノ自由ナル權利ヲ侵スニアラスシテ唯單ニ其人ノ自由ヲ侵害スルニ過キス。同様ニ集會參列ノ妨害、不法ナル強制的洗禮、營業ノ強迫ノ如キハ集會權信仰ノ自由、營業ノ自由ノ侵害ニアラスシテ單ニ個人ノ自由ノ侵害タリ(二九)。唯個人ノ自由ノ侵害カ個人ノ外部ニ存スル法益ノ侵奪ニヨリテ行ハル、場合ニハ特別ナル刑罰規定ヲ要ス。何ントナレハカ、ル侵奪ハ一般ノ刑法ノ個人ノ自由ノ保護規定ニテハ適當ナラサレハナリ。故ニ宗教上ノ禮拜ノ妨害、家内平和ノ破壞、信書秘密ノ侵害ニ對シテハ特別ナル刑罰ヲ

設ケテ之ヲ警ムルナリ。

(一九) 此種ノ犯行ハ刑法二百三十九條二百四十條ノ如キ一般的规定ニ該當シ若シ其犯行者官吏ナルトキハ三百四十一條ヲ適用ス。伊太利ニ於テハ千八百八十九年ノ刑法百三十九條乃至百六十七條ノ規定ヲ設ケテ個々ノ自由權ヲ犯罪ノ目的トナルトセリ。此ノ考ヘヨリ或ハ神物ノ凌辱及ヒ死屍發掘ヲ以テ信仰ノ自由ノ侵害トナスモノアリ。

第九節 積極的身分 Der positive status(公民狀態)

(status civitatis)

國家ノ總テノ行爲ハ公共ノ利益ノ爲メニスル行爲ナリ、公共ノ利益ハ必スシモ常ニ個人ノ利益ト相一致スルヲ要スルモノニ非スト雖モ相一致スルコトヲ得ヘキモノナリ、公共ノ利益カ個人ノ利益ト相一致シ且國家カ其相一致スルコトヲ認メタルトキハ國家ハ個人ニ國家ノ行爲ヲ要求スヘキ請求權ヲ付與シ且其請求權ヲ實現スルカ爲メ法律上ノ手段ヲ與フ、之レニ依リテ國家ハ各個人ヲ積極的權能ヲ有スル國家ノ一員トナシ、公民狀態ヲ付與スルモノニシテ此積極ノ身分ハ以テ國家ニ對シテ法律上無關係ナル行爲ノミヲ包括セル單純ナル消極的身分ヨリ明ニ區別スヘキ者ナリトス。

法ノ反射ト權利トハ國家カ公共ノ利益ヲ保護スルカ爲メニスル區域ニ於テ殊ニ明瞭ニ之ヲ區別スルコトヲ要ス。公共ノ利益ノ爲メニスル總テノ行爲ハ畢竟無數ナル個人ノ利益ヲ保護スルコトニ歸ス。サレハ國家ノ保護ノ結果ハ常ニ各個人ノ利益トナリ、個人ノ幸福ヲ保持シ、又ハ増進スルノ結果ヲ生セサルモノ無シ。例ヘハ公ノ衛生事務ハ無數ノ人類ノ健康ヲ保持シ、又ハ之ヲ増進セシメ、保安警察ノ設備ハ國民ヲ形成セル各個人ノ財産及ヒ生命ヲ保護ス、然レトモ此等ノ場合ニ法律上保護セラル、者ハ唯公共ノ利益ノミ、公共ノ利益カ法規ニ依リ、及ヒ此ノ法規ノ實行ヲ擔保スルカ爲メニスル總テノ法的手段ニヨリテ保護セラル、ノミ。之レニ反シテ個人ノ利益ハ此種ノ總テノ場合ニハ單ニ事實タル性質ヲ有スルニ止マリ、法律上ノ保護ヲ欠キ、從ツテ國家ノ活動ヲ請求スヘキ權利ヲ存セサルナリ、個人ハ唯此事實タル利益ノ考慮セラレンコトヲ希望スルコトヲ得ルノミ、實在ノ場合ニ於テ個人ノ利益ヲ考慮スルコトカ果シテ公共ノ利益ヲ保護スルニ必要ナルカ又ハ少クトモ個人ノ利益ト公共ノ利益トカ一致スルヲ得ルカハ一ニ國家機關ノ裁量ニ俟タサル可ラス。

今茲ニ個人ノ利益其者ハ全ク認めラル、コトナク、唯公共ノ利益ノ要素トシテノミ保護セラレ進捗セラル、カ如キ國家アリト想像セヨ。此ノ如キ國家ニアツテハ團體員トシテ國家ノ積極的行爲ヲ要求スル個人ノ請求權ナル者ナシ。國家ハ個人ニ對シテ行爲スレトモ個人ノ爲メニ行爲セス。從テ個人ノ利益ノ總テノ保護、及ヒ増進ハ單ニ法ノ反射ニ過キサレヘシ、此ノ如キ國家ニアツテハ全ク個人ノ權利範圍ナク、個人ハ私權ヲモ有スルコトナク、唯公共ノ利益ニ從ヒ、官廳ノ裁量ニ基キテ保護セラレヘキ個人ノ利益存スルノミ、從テ總テノ法域ハ皆刑法ト同一摸型ニ屬スルモノトナルヘシ。何トナレハ刑法ハ個人ノ權利ヲ保護スルコト甚ク強シト雖モ刑法法規ノ實行ニ對シテハ個人ノ權利ナルモノナク、殊ニ個人ノ訴ヲ俟ツテ始メテ刑法ヲ適用スル親告罪、及ヒ私犯ノ場合スラ尙個人ノ權利ヲ存セサルモノナレハナリ。前世紀ニ存シタリシ警察國ハ行政ノ範圍ニ於テモ亦此狀態ニ類似シタリキ。即チ此ノ國家ハ一方ニ於テハ公共ノ安寧ヲ實現スルニ必要ナル行政ヲ要求シ得ル請求權ヲ個人ニ付與セサルナリ。

然リト雖モ此ノ如キ狀態ハ如何ナル國ニ於テモ極端迄ハ實現セラレタルモノナク、假令僅少ノ限度トハイヘ尙公共ノ利益ヲ保護シ、進捗スル爲メニ個人ノ利益カ權利ニ高メラレル範圍アリキ。殊ニ司法ノ範圍ニ於テ夙クヨリ表ハレ如何ナル國家モ司法ニ關スル個人ノ請求權ヲ全ク認めサル者ナシ、即チ不偏公正ニシテ細密ニ事實ヲ探究スヘキ司法ノ爲メニ被告人ニ刑事訴訟法上ノ法的手段ヲ付與シ、且又今日ノ社會的及ヒ經濟的秩序ノ基礎ヲ支持スルカ爲メニ民事訴訟ニ於テ裁判官及ヒ判決執行者ノ行爲ヲ常ニ自己ノ利益ノ爲メニ拘束シ得ル能力ヲ個人ニ付與ス。此ノ如クニシテ近世ノ國家ハ種々ナル方法ヲ以テ其積極的行爲ニ對スル個人ノ請求權ヲ認め、以テ公共ノ利益ト結合セル個人ノ利益ヲ其行政ノ目的トナスニ至レリ、

上ニ述ヘタル第一種ノ國家ニアツテハ個人ハ唯一ノ身分、即チ受働的身分ヲ有スルノミ。何トナレハ國家ノ強制ヨリ自由ナルコト、及ヒ國家ノ行爲ニ參與スルコトハ此國ニ在テハ請求權及ヒ法ノ保護ヲ欠缺セルカ故ニ事實的性質ノ者ニシテ法律的性質ヲ有スル者ニ非サレハナリ。之レニ反シテ第二種ノ國家ニアツテハ

權利ヲ伴フ多數ノ身分關係カ存スルコトヲ得。而シテ國家ニ對スル積極的請求權カ附與セラレ、ニヨリテ、始メテ、國家ノ一員ハ單純ナル義務關係ヨリ進ンテ權利ト義務トヲ併セ有スル二重ノ状態ニ至ルナリ。所謂臣民分限トイヒ國籍トイフハ即チ此状態ヲ指スニ外ナラサルナリ。

臣民分限ヲ論スルニ於テ第一ニ注意スヘキハ臣民ナル觀念ニハ廣狹二義ヲ區別スルヲ要スルコト之レナリ。即チ單ニ領土高權ニヨリテ國家ニ對シテ義務ヲ負擔セル者ト雖モ近世國家ニ於テハ單純ナル一時的滯在者(subditus temporarius)ニ非スシテ狹小ナル範圍ニ於テナレトモ臣民ト見做サレ國家ニ對スル一團ノ請求權カ付與セラレ、ナリ。故ニ彼レハ亦一時的臣民(civis temporarius)ナリ。加之現ニ外國ニ在ル外人モ内外國人間(inter cives et peregrino)ノ係爭事件及ヒ其他ノ場合ニ於テアル法律ニ規定セラレタル請求權ヲ有ス。之レ近世國家ハ其統治權ノ及フ範圍内ニ進ミ來リタル各個人ニ常ニ國家ノ一員タルノ地位ヲ認ムルニヨル。カクテ曾テ『人權及ヒ國民權』ヲ形成スルニ當リ立法ノ理由タリシ自然法ノ思想ハ近世ノ國家秩序ノ基礎ニ對シテ猶幾分ノ價值ヲ有スルナリ。

臣民タル分限ノ法律的内容如何ヲ定義スルコトハ從來屢試ミラレタル所ニシテ然カモ常ニ失敗ニ終レリ。殊ニ比較法學ノ立脚點ヨリ總テノ國家ニ通スル絶對的標準ヲ發見セントセシハ徒勞ニ過キサリキ。從來ノ普通ノ學說ニ依レハ内國ニ於ケル住居權カ臣民分限ノ法學上ノ眞髓タリト爲セリト雖モ多クノ國家ニ於テ法律上追放シ得ヘキコトハ即チ其明ナル反對ノ事例ニアラスヤ。(一)或ハ兵役義務及ヒ外國ニ於ケル國際法上ノ保護請求權ヲ以テ臣民タルコトノ決定的標準トナサント試ミルモノアリシカ終ニ前者ヨリモ好結果ヲ得ル能ハサリキ。(二)臣民タルコトノ特徵ヲ舉ケサル普通ノ定義ニ從ヘル者ハ一般ニ臣民トハ國家ニ從屬セル者ナリト云フ事實ノ單純ナル記載ヨリ以上ニ出ツルコト能ハズ。遂ニザイデアルハ其炯眼ヲ以テ此ノ如キ計畫ノ到底不可能ナルヲ看破シ、臣民タルコトノ法律的内容ヲ悉ク確定セント欲セハ有ユル國法ニ通曉スルコトヲ前提トセサルヘカラスト云ヘリ。(三)元來臣民ノ法律的内容ハ個人カ法律ニ基キテ國家ニ對シテ有セル義務及ヒ請求權ノ總額ヲ以テ成立シ常ニ不變ナルモノニ非ス。何トナレハ新法律ト共ニ絶エス變化スヘキ者ナレハナリ。

(一) フォン、マルチツツ、刑事ニ關スル國際的權利補助第一卷十四頁以下參照、滯留外國人ニモ亦住居權が屬スルコトヲ得ルハステルク、國際法第二卷六百四十五頁以下參照、

(二) フォン、マルチツツ、國際交通ニ於ケル國民ノ權利、ヒルト年報千八百七十五年七百九十八頁以下彼レ自ラモ亦八百〇五頁ニ臣民ノ模範的の内容ヲ確定セリ、

(三) 巴威倫國法第一卷五百五十八頁、

其故如何トナレハ權利ノ内容ハ觀念上明ニ之ヲ確定スルコトヲ得ヘキニ反シテ法律上ノ狀態ハ其ノ内容ヲ定ムルコト能ハサルニ因ル。是レ未タ一般ニ學者ノ認識スルニ至タラサル所ナリト雖モ、抑、狀態ハ存在ナリ、法學上ノ觀察ニ依リ思考セラル、所ノ繼續的ノ關係ナリ、行爲ハ不定數ノ動作ヨリ成ルモノトシテ之ヲ完全ニ定義スルコトヲ得ヘシト雖モ、存在ハ決シテ此ノ如キ定義ヲ爲シ得ヘキニ非ラス。個人ノ國家ニ對スル關係ハ存在ナリ、之ニ如何ナル具體的ノ内容ヲ附ストモ其ノ關係自體ハ常ニ變スルコト無シ、例ヘハ獨逸帝國臣民ノ帝國ニ對スル請求權カ如何ニ縮少セラレ又如何ニ擴張セラル、コトアルモ「獨逸人」ナル關係ハ依然トシテ變セス、變更ヲ受クル者ハ唯其内容ノミ。此ノ如クナルカ故ニ身分ハ決シテ其ノ内容ヲ定義スルコトヲ得ス。何トナレハ

身分ハ之レヨリ生スル個々ノ權利及ヒ義務トハ全ク獨立セル不動的關係ナレハナリ。個々ノ法律行爲ハ唯一定ノ限度内ニ於テ其内容ヲ變スルヲ得ヘキニ止マリ其限界ヲ越ユレハ法律行爲ノ性質ヲ變ス。例ヘハアル限界ヲ越ユレハ雇傭契約ハ賣買ニ變化シ、寄託ハ貸借ニ轉化スルカ如シ。之ニ反シテ例ヘハ家父ノ親族法上ノ身分ハ其内容上非常ナル擴大性ヲ有シ、或ハ其身分ノ内ニ生殺與奪ノ權カ包含セラル、コトアリ、或ハ成年者ニ對シテハ全ク法律上ノ價值ナキコトアリ、シカモ身分ハ決シテ之カ爲ニ變スルコトナシ。

以上ノ如クナルカ故ニ臣民トハ唯領土ニ滯留スル事實ト關係ナク國家ニ對シテ繼續的ニ從屬スル者ナリト云フコトヲ得ルニ止リ、其ノ内容ヲ定義スルコトヲ得ス、而シテ其從屬關係ハ二重ノ關係ヲ意味ス。即チ繼續的權利關係及ヒ繼續的義務關係之レナリ。換言スレハ服從ト公民權トハ國家ニ從屬スルコトニ必然結ヒ付ケラル、者ニシテシカモ服從ノ關係カ其第一要件タリ、^{ガンチエン}全部カ個人ヲ繼續的ニ拘束スルニヨリテ個人ハ始メテ全部ノ一員タルコトヲ得ルナリ。彼ノ佛國憲法ノ制定者カ臣民タルコトハ生レナカラ個人ニ權利トシテ存セル關係ナリト

規定セント試ミタルハ國家ノ本質ヲ誤認セル者ナリ。

(四) フォンゲルバー¹⁾大綱四十三頁及ヒ二百二十一頁以下參照。

臣民分限ノ内容ニシテ個人ノ利益ニ歸スヘキ者ハ分テテ法ノ反射及ヒ請求權トス。全ク公共ノ利益ノ爲メニナサル、國家ノ活働ニシテ個人ニ利益ヲ與フル限リハ之レヲ法ノ反射ト云ハサルヘカラス。(五) 法ノ反射ト請求權トヲ區別スヘキ實質的限界ハ前ニモ述ヘタル如ク立法上ヨリ探究スヘキコトニシテ實質上認メラルヘキ請求權ヲ形式上存在セル請求權タラシムルコトモ亦立法ノ事ニ屬ス。然レトモ兩者ノ間ノ嚴確ナル形式的區別ハ國家ニ對スル個人ノ要求ノ充タサル、カ爲メニ個人ニ法的手段カ與ヘラル、ヤ否ヤノ標準ヲ基礎トス。サレハ其法的手段ヲ欠ケル場合ニハ常ニ實質的請求アリテ請求權ナシ。

(五) 故ニ國家ノ行フ慈善ニ與ルベキ一般の權利ヲ「第一卷百四十四頁」ナル者ナシ、此有名無實ノ權利ハ專ラ國家ノ義務ノ反射ニ過キズシテ唯個人ノ利益ノ爲メニスル者ニシテ慈善ノ性質ヲ示サ、ル國家ノ給付ニ對スル個人ノ積極的請求權アルノミ、而シテ「住居權」モ亦決シテ權利ニ非ズシテ消極的身分ノ作用ニ外ナラズシテ單ニ追放サレズ、且領土ニ再ビ入ルニ際シ妨ケラレサルベキ請求權アルノミ。故ニ若シ「第一卷百四十四頁」ガ此ノ如キ權利アルヲ主張シ、且之レニ「百四十五頁」犯罪人トシテ他國ニ引渡サレザル權利ヲ附加スルナラバ自由權ナ

駁セシ彼レノ議論ハ亦以テ彼レ自身ニ向ケラレサル可ラス。

形式上ハ唯法ノ反射トシテ表ハル、實質的請求權ノ重要ナル實例ハ「外國ニ於テ國際法ニヨリテ保護セラルヘキ權利」ナリ。²⁾外國ニアル内國人ハ本國ヨリ保護セラレサル可ラス、且保護セラル、コトヲ得ルナリ。然レトモ内國人ニ其保護ヲ實現セシムヘキ法的手段カ付與セラレサル限リハ如何ナル法律上ノ保障アリト雖モ形式上ノ請求權存スト云フヲ得ス。サレハ國際法上ノ保護ヲ與フルコトハ本國ヲ代表セル機關ノ義務ニシテ、保護ヲ要求シ、之レヲ實現セシムヘキ請求權ナク、被害臣民ノ同意ハ此種ノ國家行政行為ニ必要ナル前提ニ非ラサルナリ、コハ條約ニヨリテ外國人ニ許容セラル、「權利」ト酷似シ、要求ヲナスヲ得ル權利主體ハ個人ニ非スシテ個人ノ本國タル國家ナリ、唯瑞西國法³⁾七ノ如ク條約ノ侵害ノ爲メニ明ニ個人ノ訴權ヲ認ムル場合ニハ國法トシテ公布セラレタル條約ヨリ生スル法ノ反射カ形式上ノ請求權ニ轉換セララル、ナリ。⁴⁾

(六) 此ノ如キ權利アルコトハ殊ニ帝國憲法第三條ヲ基礎トシテ非常ニ多クノ國法學者ニヨリテ唱ヘラレタリ、之レニ反對セル者ハザイデル⁵⁾巴威倫國法學⁶⁾第一卷五百七十頁註二ナリ、ラバン⁷⁾第一卷百四十三頁註二ハザイデルニ反對シ保護ニ關スル權利ハ實ハ帝國臣民ヲ保護スベキ

帝國ノ國家的義務ノ反射ヲリトシ、他方ニ於テ保護ノ付與ハ個人ニ與フルニ恩惠又ハ親切ヲ以テスル者ニ非スシテ實ニ個人ニ權利ヲ作ル者ナリトセリ、此ノ如キハ此ノ問題ノ解決ニ當リ徒ラニ世人ヲ迷ハシムヘキ矛盾ナリ、

(七) 千八百七十四年五月二十九日ノ聯邦憲法第百十三條第三號、

(八) プルメメル、モレル合著前掲百七十五頁以下參照、行政裁判所ヲ有スル國家ニアツテハ個人ノ請求權カ行政訴訟ヲナシ得ル場合ニハ條約ニヨリ完全ナル個人ノ請求權カ成立セシメラレ唯行政訴訟願ニヨリテノミ保護セラル、場合ニハ不完全ナル個人ノ請求權カ成立セシメラレ、而シテ兩種ノ法的手段ノ何レモカ拒否セラル、場合ニハ個人ノ形式上ノ請求權ナシ、故ニ若シラバンド第一卷百四十四頁註一カ帝國法律全書千八百七十七年三頁ニ記載セラレタル千八百七十六年四月二十七日ノ瑞西ト締結シタル居住條約ニヨリ其第七條カ明ニ示スカ如キ相互的ニ一致セル臣民ノ住居權アルコトヲ歸納スルハ誤レリ、何ントナレハ第七條ト關連シテ考フレハ第一條ニ示シタル「權利」ハ個人權の性質ヲ欠ケハナリ、猶千八百九十年五月三十一日ノ新條約第四條(帝國法律全書百三十一頁)ハ明ニ之レヲ示ス。又ラングハルト政治上下外國人追放權百〇四頁以下參照、追放命令ニ對シテ唯請願アルノミニシテ如何ナル種類ノ訴願權モナシ、

積極的身分ヨリ生スル個人ノ請求權トシテ形式的ニ認メラレタル凡テノ權利ヲ共通ノ定式ニ概括シテ云フトキハ即チ個人ノ側ニ於テハ法律ニヨリ保護セラレタル國家ノ積極的行爲ヲ要求スヘキ能力ト國家ノ側ニ於テハ個人ノ利益ノ爲メニ活動スヘキ法律上ノ義務トニ歸スヘシ、即チ積極的身分ハ消極的身分トハ正反對ナルモノナリ、消極的身分ノ問題ハ常ニ個人カ國家ニ服從スルノ義務アリヤ

否ヤノ問題ニシテ積極的身分ノ問題ハ常ニ國家カ個人ニ對シテ義務ヲ負フヤ否ヤノ問題ナリ、從ツテ國家ノ方面ヨリ見レバ積極的身分ノ有無ノ訴訟ニ關スル最後ノ決定ハ恰モ個人ノ消極的身分ノ有無ニ對スル決定ト同シク其内容ノ變化ヲ欲スルモノナリ、即チ國家ニ取リテハ其判決ハ後ノ場合ニハ唯國家ハ其統治權ヲ活動セシムヘキ權利ヲ有シ、又ハ有セスト宣言スルコトヲ得ルニ止リ前ノ場合ニハ國家ハ個人ノ請願ヲ聽許スベキ義務ヲ有シ、又ハ有セスト宣言スルコトヲ得ルノミナリ、

勿論個人ニ取リテハ消極的身分ニ於ケルヨリモ積極的身分ニ於テ、ヨリ多クノ權利ノ内容ヲ有ス、積極的身分ヨリ生スル請求權ノ内容ハ國家ノ積極的行爲ナルカ故ニ國家ノ給付、作爲及ヒ不作爲ノ目的タル總テノ者ハ皆個人ノ要求シ得ル目的物タリ得ヘキモノナリ、恰モ私法上ノ債務カ其形式及ヒ内容ニ從ツテ分類セラル、カ如ク國家ノ公法上ノ義務モ亦同様ニ其種類ヲ區別スルヲ得ヘシ、然レトモ國家ノ義務ハ決シテ私法上ノ法律行爲ノ内容ノ千種萬様ナルニ比較シ得ヘキニアラス、個人ノ利益ノ爲メニスル國家ノ作爲ハ單ニ司法行爲及ヒ行政行爲

ノ分類ト相符合スルモノナリ。從ツテ國家ノ作爲ニ對スル權利ハ之レヲ裁判所ノ行爲ニ關スル請求權ト行政行爲ニ關スル請求權トニ分ツテ得ヘシ。箇々ノ司法行爲、即チ確認、公證、判決、命令等ハ總テ特定ノ個人ノ請求權ノ目的物タリ得。之レト同シク、法律上ノ狀態及ヒ關係ノ確定及ヒ公證ヲナスヘキ行政行爲、權利ヲ設定スル行政處分タル許可及ヒ特許、及ヒ不法ニ人格ヲ侵ス處分ノ廢止又ハ變更等モ亦個人ノ請求權ノ目的物タリ得ルナリ。之レニ反シテ積極的身分ヨリ生スル請求權ヲ國家ノ處分ノ内容ニ從ツテ分類スルハ法律上何等ノ利益ナシ、若シ公ノ營造物又ハ公物利用ノ請求權、公ノ財産權、精神上ノ利益ヲ満足セシムヘキ請求權等ノ區別ヲナサンカ、是レ此等總テノ請求權ハ法律上全ク國家ノ具體的行爲ニ對スル者ニシテ從ツテ此種ノ請求權ノ法律上ノ區別ハ一ニ形式ニヨリテナサルヘカラサルコトヲ忘レタルモノナリ。實際上重大ナル價值ヲ有シ、第一、ニ個人ノ請求權ノ内容タリ得ル、國家ノ意思表示ノ固有ナル形式ハ承認(Anerkennung)ナリ、此承認自體ハ未タ國法学ノ著書ニ於テ研究セルモノアルヲ見スト雖頗ル重要ナリ。承認トハ爭ハレタル又ハ爭ハルヘ

キ關係又ハ事實ニ對シテ其爭ノ相手方タル人格カ其ノ權利トシテ存在スルコトヲ宣言スル意思表示ナリ。故ニ承認ハ認定ト異ナリ認定ハ雷ニ其爭ノ當事者ニ依リテ行ハル、ノミナラス第三者ニ依リテモ行ハル、ヲ得ヘケレハナリ。フエクトンデルン

承認ハ私法、訴訟法及ヒ國際法中ニモ認めラル、一般的法系ノ一ナリ、茲ニハ專ラ其國法学上ノ價值ヲ研究スヘシ、

公法上ノ請求權ノ大半ハ專ラ國家ノ側ヨリスル承認ニ對スル者ナリ、

個人ノ總テノ公法上ノ請求權ハ人格者ノ資格、法律上ノ狀態ヲ基礎トナスモノナリ、然レトモ狀態ハ給付セラレ得ヘキ者ニ非ス、故ニ作爲不作爲ノ内容タルヲ得ベキモノニ非ス、唯承認ノ内容タルノミ。服從義務ノ範圍ナリヤ自由範圍ナリヤカ争ハル、場合ハ其實際上ノ限界ニ於ケル消極的身分カ承認セラル、カ又ハ承認セラレサルカ、問題ナリ、臣民分限、選舉權、被選資格等約言セハ國家ニ對スル個人ノ請求權カ成立スル總テノ根本的資格ニ關スル場合ハ皆然ラサルナシ。サレハ人格ノ公法上ノ地位ヨリ生スル直接請求權ハ正ニ承認ニ對スル者ナリト云フヘシ、否國家ニ對スル如何ナル請求權ト雖モ其中ニハ必然暗黙ニ此承認ニ對スル

請求權ヲ包含スルモノナリ。何トナレハ判決ヲナス主體モ請求權ノ對手タル主體モ共ニ此ノ場合ニハ常ニ同一ナル國家ニシテ從ツテ國家カ個人ニ對シテ給付作爲、又ハ不作爲ヲ爲スヘキ義務アルコトヲ認ムルトキハ必ラス又同時ニ此行爲ヲ目的トスル個人ノ請求權ヲ國家カ承認シタルコトヲ意味スルモノナレハナリ。理論上ハ唯判決ニ依リテ國家カ其請求權ヲ承認スルトヲ確定スルヲ以テ足レリトスヘシ。何トナレハ行政裁判所ノ判決ノ實質的效力ハ理論上總テノ國家機關ヲ拘束シ、從ツテ各機關ハ問題トナレル事件ニ就テ係争ノ處分ヲ此判決ニ從ツテ變更スヘキ義務ヲ負フヘケレハナリ。即チ適法ナル處分ハ請求權ヲ承認スルコトノ必然ノ結果トシテ換言スレハ法ニ依リテ必然的ニ發生スル反射作用トシテ表ハレサル可ラサルナリ。然レトモ單純ナル法規ハ實在ノ處分ノ適法ナルコトニ對スル充分ナル保證ニ非サルカ故ニ、行政裁判所ハ自ら直接ニ其ノ處分ヲ廢止及ヒ變更スヘキ力ヲ與ヘラル、ナリ。何トナレハ國家ノ意思ト官吏タル個人ノ意思トハ容易ニ相背反シ得ヘキ者ナルコトハ日常經驗ノ示ス所ナレハナリ、之レニ好箇ノ例證タル者ハ奧太利帝國裁判所ノ裁判ナリ、即チ此帝國裁判所ハ公民

カ「其憲法ニヨリテ付與セラレタル參政權」ヲ侵害セラレタルコトヲ主張スルニ就テ裁判スル場合ニハ^(九)單ニ争トナレル官廳ノ決定カ果シテ權利ヲ侵害シタルモノナルヤ否ヤヲ確定スルノミ^(一〇)帝國裁判所ニヨル訴願モ亦此ノ如キ場合ニ於テハ純粹ナル承認ニ關スル訴願ナリ。然レトモ實際ニ於テハ行政官廳ハ帝國裁判所ノ判決ニ從テ其處分變更ヲ爲サル場合少カラス。

(九) 奧太利帝國裁判所設置ノ法律第三條

(一〇) 千八百六十九年四月十八日ノ法律第四十四條(帝國法律全書三十九頁)

積極的身分ノ中心點ヨリ生スルモノトイフヘキ最モ著ルシキ請求權ハ^{レヒツンエツツ}法ノ保護ニ對スル請求權ニシテ正ニ人格ノ根本的特徵ト稱スルヲ得ヘキモノナリ。此請求權カ公法上ノ性質ヲ有スルコトハ既ニ述ヘタルカ如シ、羅馬法ノ思想ノ影響ニ因リ近時ニ至ル迄、私權ニ關スル訴權ハ私權ノ本來ノ作用トシテ解釋セラレタリト雖モ凡テノ法規ニ通スル眞理ハ亦羅馬ノ法律ニモ適用スヘク從テ權利ト訴權トハ別個ノ者タリ、後者ハ常ニ公法上ノ者タルナリ、吾人ハ私法ニ於テ「法律上爲スコトヲ得」ト「法律上爲シ能フ」事トヲ區別セリ、前者

ヨリ他人ニ對シテ履行、給付默認、不作爲ヲ要求スル私法上ノ請求權ヲ發生シ、後者ハ民事裁判ニ於ケル國家ニ對シテ法ノ保護ノ付與ヲ要求スル請求權トナリテ發現ス、

(一) 公法上ノ法ノ保護請求權ノ存在スルコトハランゲム以來國法學者ノ主張スル所ナリ(例ヘバ、アツアハリエ前掲第一卷第九十節) 其說ケル所ハ彼ノ何人ト雖モ普通裁判官ニヨリテ裁判セラルヘシト云フ一般根本的規定ト關連セルナリ、此ノ請求權ノ性質ニ關シテハビエロー「訴訟ノ抗辯及ヒ訴訟ノ豫定條件」于八百六十八年以來深ク訴訟ノ公法的方面ヲ研究シ來リタル民事訴訟法ノ新學說ニヨリテ始メテ明ニ說明セラル、ニ至レリ、其後此請求權ハデーゲンコル「承諾強制ト判決文」二十六頁ニヨリテ法律上ノ形體ヲ得「プロース」訴權理論「百〇三頁ハ之レニ同意セリ、進ンテゾーム債權ノ觀念」グリコンフ「ト雜誌」第四卷四百六十八頁ハ「訴權ハ實質的權利ノ發展ニ非ス、即チ私權ニ含マルヘキニ非スト述ヘタリ、ソツハ確定請求權」二十二頁ハ其從來ノ見解ニ反シテ法ノ保護請求權ノ公法的性質ヲ詳ニ指示シ、遂ニ「ラバンド」第二卷三百三十八頁以下ハ此等ノ學說ヲ一括シ、以テ巧妙確實ナル方法ニテ此請求權ノ本質ヲ說明セリ、ヨ「ラ」前掲十三頁及ビ「フイツシャー」ノソツハ「確定請求權」ニ反對セル論文「民事訴訟法雜誌」第十卷四百二十八頁以下及ビ「ヘルマン」(Donath)年報三十一卷七十九頁以下「カ論スル矛盾ハ實ニ此等ノ論者カ公法上ノ請求權ノ本質ニ關シテ詳細ナル研究ヲナサ、ルニ基ス、カクテ此等ノ論者ニ由テ此請求權ノ存在カ單ニ否定セラレ又ハ猶疑問トセラル、ナリ、勿論ソツハモ權利ト請求權トテ充分ニ區別セスシテ請求權ハ訴訟被告入ニ向ケラル、者ナリトセリ、猶「フガン」シ「ルト」カ「權利ノ系統」グリコンフ「ト雜誌」十六卷六百七十七頁及ヒ「エトカ」「破産法原論」第一卷四十二頁參照、

此公法上ノ法ノ保護請求權ハ私法上ノ權利ヨリ生スルニ非スシテ其淵源ハ人格自體ナリ。法律上認メラレタル『爲スコトヲ得』ノ存在ハ國家カ其保護義務ヲ履行スルノ原因タルニ過キス。保護義務自體ハ服從者ノ人格ヲ承認スルニヨリテ生スルナリ。訴訟手續ハ國法ノ方面ヨリ論スレハ國家カ法ノ保護ヲ請求スル者ノ申告ニ就キ、果シテ國家ノ保護義務ヲ行使スヘキ原因カ存スルヤ否ヤ、從ツテ此場合ニ國家ニ對スル請求權ハ正當ノ者ナルヤ否ヤヲ確定スルノ手續ナリ。而シテ判決ハ國家カ一方ニ於テハ法律上ノ關係又ハ事實ヲ確認シ、一方ニ於テ此確認ニ基テ、實在ノ場合ニ於ケル保護義務ノ存在及ヒ程度ヲ定メ、最後ニ此義務ヲ履行スルカ爲メ相當ノ命令ヲ爲スノ行爲ナリ。然レトモ法ノ保護請求權即チ訴權ハ決シテ獨リ私法上ノ請求權ハ保護ニ止マルモノニ非ス、第一ニハ全ク權利ノ内容タル能ハサル法律上ノ狀態及ヒ關係ニ付テモ(一)亦訴權ノ目的タルコトヲ得、確認ノ訴ハ以テ民事訴訟ノ訴權カ必スシモ權利ノ存在ヲ要件トセサルコトヲ證明スルモノナリ。消極的ノ確認ノ訴ハ單ニ私法ノ區域ニ於ケル消極的ノ身分ノ保護ヲ要求スルモノニ過キス。訴權ハ又刑

法及ヒ行政法ニ於テ公ノ身分關係ヨリ生スル公法上ノ請求權ノ保護ノ爲ニモ存ス。犯罪嫌疑者、被告人、被宣告者ニ屬スル法的手段及ヒ行政訴訟ハ公法ノ範圍ニ於ケル法ノ保護請求權ノ形式ナリ、

(二二) 根據ナキ訴訟ヲ提起シ得ルコトハ亦司法ニ關スル請求權カ權利ノ存在ト獨立シテ存スルコトヲ證ス、ラバ^二第^二卷^三百^三十九^九頁註^一ノ如ク此提起ノ可能ヲ法ノ保護請求權ニ對スル者ナリトスルハ不正ナリ、此可能ハ寧ロ此請求權ヨリ生シ且個人ハ此請求權ヲ唯利用シ得ルノミナラス濫用スルヲ得ルコトヲ證スルナリ、

此故ニ私法上ノ『爲スコトヲ得』私法上及ヒ公法上ノ種々ナル狀態及ヒ事實ハ決シテ法ノ保護請求權ヲ設定スルモノニ非スシテ寧ロ此請求權ニヨリテ其保障ヲ得以テ完全ナル存在ヲ享有スルナリ。此請求權ハ他種ノ請求權並ニ法律上ノ狀態及ヒ事實ト最モ密接ナル目的關係ニ立ツモノニシテ決シテ此等ト合シテ一トナルコトナシ。此請求權ハ實ニ國家ニ對スル公法上ノ請求權ノ最極小限度ニシテ之ヲ付與スルニアラスンハ人格ハ形成セラル、コトナキナリ。此事ハ法人ノ場合ニ最モ明ナリ、即チ權利主體タル法人ハ先ツ第一ニ其訴訟能力ノ承認ニヨリテ表ハル、モノナレハナリ。

法ノ保護請求權ハ常ニ國家ヲシテ公法法規ヲ個人ノ利益ノ爲メニ運用セシムベキ法律上付與セラレタル能力ヨリ成ル。且裁判官ハ國家機關トシテ一ニ國家ノ命令ニ從ハサル可ラサルモノナレハ此請求權ハ決シテ裁判官ニ對スル者ニ非スシテ國家ニ對スル者ニシテ個人ノ申告ト裁判官ノ爲スヘキ行爲トヲ結合セシムルモノナリ從ツテ裁判官ハ個人ノ申告ニ基キ訴訟法ニ從ツテ活動スヘキコトヲ法規ニヨリテ命セラル、ナリ、(二三)

(二三) 既述第六節ノ終參照、

裁判官ノ行爲ニ着手スヘキコトヲ請求スル權利ハ訴訟ノ個々ノ行程ニ應シテ之ヲ區別スレハ事態權利又ハ法律ノ適用アル關係ノ確定ニ關スル^ニ請求權、裁判官ノ決定ニ關スル請求權、及ヒ履行又ハ承認ニ關スル國家ノ命令ヲ請求スル權利トナル、之レト同シク法ノ保護請求權ハ上級裁判所ニ下級裁判所ノ判決ノ再審變更又ハ廢止ノ請求ニ及フ、(二四)

(二四) 實際上ノ各請求權ハ個々ノ行爲ニ關セサル可ラス、從ツテマ、個々ノ司法行爲カ請求權ノ内容ヲ爲スコトアリ、

而シテ法ノ保護ノ特別ナル狀態及ヒ法ノ保護カ個人ノ請求權ノ内容タリ得ル限

界ハ國家カ訴訟事件ニ關與セル程度ニ從ツテ常ニ變ス。是レ此處ニ公益ヲ顧慮スルヲ要スレハナリ。即チ私益カ顧慮セラル、限リ訴訟ノ目的ハ個人ノ法ノ保護請求權ノ履行ナレトモ公ノ利益カ顧慮セラルコト私ノ利益ニ比シテ遙カニ大ナル時ハ訴訟ハ本來國法ノ確定及ヒ實現ヲ目的トスルナリ。故ニ公共ノ利益ヲ立脚點トシテ觀察スレハ個人ハ官廳ノ行爲ヲ要求スルコトヲ得レトモ此ノ如キ行爲ヲ以テ自己ノ請求權ノ履行トシテ認ムルヲ得ス。檢事カ被告人又ハ被宣告者ノ爲メニ起訴スルコトハ法ノ反射ノ好例證ナリ。何トナレハ檢事ハ唯刑法ヲ正當ニ適用スヘキ公共ノ利益ヲ代表セルノミナレハナリ。從ツテ刑事訴訟ハ個人ノ法律上ノ利益カ問題トナレル場合ニ於テノミ、亦個人ノ請求權ヲ認ムルナリ。カクテ被告人又ハ被宣告者カ行使スル法的手段ハ法ノ保護請求權ノ特種ノ者ニシテ、絶對的ナラスト雖モ特ニ制限セラレタル範圍ニテ個人ノ利益ノ爲メニ刑法ノ適用ヲ要求スル請求權カ此等ノ個人ニ附與セラル、ナリ。法ノ保護請求權ハ第二ノ根本的作用ハ其消極的身分ニ對スル、關係ニアリ、此請求權ハ人格ヨリ生スレトモ其目的ニ於テ復人格ニ歸着ス。是レ實ニ消極的確定

請求權ノ目的トスル所ニシテ亦絶對的判決ノ確定セントスル所ナリ。民事刑事行政訴訟ノ法的手段ノ大部分モ亦之カ爲ニ存スルナリ、即チ抗告、控訴、再審請求等ハ皆被告及ヒ原告ニ執リテ國家ノ具體的命令ヨリ免ル、自由ノ承認ヲ要求スヘキ手段ナリ。公ノ請求權ヲ否定スル者ト雖行政訴訟ニ於テモ亦訴訟當事者ヲ此私法上ニ於ケル當事者ト同様ノ地位ニ置カントス。故ニ法ノ保護請求權ハ一方ニ於テ積極的身分ヲ生スレトモ、他方ニ於テ國家ノ權力ヨリ自由ナル個人ノ範圍及ヒ其私權ノ承認ヲ保障スルノミニシテ之ヲ作成スルモノニアラサルナリ。積極的身分ヨリ生スル第二ノ主タル請求權ハ國家ノ行政行爲ニヨリテ利益ヲ満足セシメラルヘキコトヲ要求スル權利ナリ、行政ハ其多クノ場合ニ於テ個人ノ利益ノ爲メニ行爲スヘキ義務ヲ負ヒ從テ其行爲ヲ要求シ得ル請求權カ國家ニヨリテ個人ニ許與セラル、ナリ。殊ニ行政行爲ノ發動カ請求權ノ提起ト關連セル場合ニタトヒ絶對的ナラストモ此請求權カ設定セラル、ヲ見ル。此ノ如キ場合ニハ個人ノ請求ニヨリテ始メテ行政行爲カ行ハル、ナリ。公文書公示ノ請求權、兵役義務ヲ履行シタルニヨリテ國家ノ束縛ノ免除ヲ受クヘキ請求權、高等ナル學

校ニ入學スルノ許可請求權、試驗廢止ノ請求權、法律ニ定メラレタル條件ヲ履行スルニヨリテ許可及ヒ特許授與ノ請求權等ハ其例ナリ。此請求權ハ當該行政行為ヲ請求スルヲ以テ其全キ法律上ノ内容トナスナリ。而シテ此請求權モ亦他ノ公法上ノ請求權ト同シク國家ニ對スル者ナレトモ形式上ハ請求權ヲ保障スル義務ヲ有スル官廳ニ向ケラル。而シテ此官廳カ却下シタルトキハ其ノ上級官廳ニ向ケラレ、上級官廳ハ其監督權ニヨリテ其請求權ヲ履行セシム。而シテカ、ル場合ニ於ケル該行政官廳ノ活動ハ常ニ確定行為ナリ、故ニ若シ實際上法律ノ要求スル條件タニ存セハ行政官廳ハ之ニヨリテ個人ノ請求權ヲ承認セサル可ラス。サレハ下級官廳ノ否定的決定ニ對スル訴願ハ承認訴願ナリ。
エルケンツクセスニヨルベシ
 行政訴願ハ監督官廳ニ個人權的利益ニ關スル處分ヲ探究審査スヘキ義務ヲ負ハシムル時ニ法ノ保護請求權ト同一ノ作用ヲ爲シ、又ハ少クトモ之レヲ補充スルモノナリ。サレハ行政訴願ハ不完全ナレトモ亦法ノ保護ノ手段タリ。二五行政行為ニ關スル個人ノ請求權ニ完全ナル法ノ保護ヲ與フル者ハ行政訴訟ナリ。行政訴訟ナクハ唯行政官廳カ法律ノ規定セル正常ノ意思ヲ發動スルコトヲ以テ當該

請求權ノ唯一ノ保障ト頼ムノ外ナキナリ、二六而シテ申告ト法的手段ノ二重性質ヲ有シ得ル行政訴願ニ對スル裁決ハ實質上司法ノ範圍ニ屬ス、
アインツアイゲンレヒツミツタル

(一五) フォンゲルバ、大綱二百〇八頁、レーニンゲ、行政法七百九十四頁、ベルナチツク、司法及ヒ實質的法力六十三頁以下、ツェルテン、ベルヒ憲法第三十六條第三十八條、サキソン憲法第三十六條、參照、此法的手段ハ、バ、テンニ於テ行政事件ノ手續ヲ規定セルド、八百八十四年八月三十一日ノ勅令第二十八條乃至四十二條ニヨリテ、微細ナル發達ヲナセリ。
 (一六) 此法律上ノ正常ノ規定カ保護タルノ制度ハ例ヘハ、サキソンニ於テ議會ニ對スル特別請願權ノ付與(同憲法第三十六條第二項)ノ如シ、

實質請求の權ト形式的請求權トノ區別、即チ立法上認メラルヘキ請求權ト既定法ニテ認メラレタル請求權トノ區別ハ行政裁判所ノ發達ヲ回顧スレハ最モ明ナルヘシ。法律問題カ未タ行政ノ内部ニテ決定セラレシ時代ニハ個人ノ請求權ハ法律上充分ナル保障ヲ得スシテ、牴觸ヲ生スル時ハ常ニ個人ノ利益ハ公共ノ利益ノ爲メニ讓ラサルヲ得サリシナリ。官廳ノ處分ニ對スル形式上ノ法的手段カ認メラル、ニ至リテ始メテ個人ノ利益ハ原則トシテ行政ニヨリテ保護セラルヘキ公共ノ利益ト相對シテ法律上保護セラル、ニ至リシナリ。從ツテ牴觸ヲ生シタル時ハ利益ノ強弱ニヨリテ決セラレシテ請求權ノ強弱ニヨリテ決セラル、ニ至

レリ。

實質的行政ハ雷ニ行政官應ノミニヨリテ行使セラル、ニ非サルコトハ茲ニ詳論スルノ要ナカルヘシ。二七故ニ行政行為ヲ要求スル個人ノ請求權ハ亦裁判所ニ對シテモ存シ得。此請求權ハ通常法ノ保護請求權ト同一機關ニヨリテ保護セラルレトモ其本質ニ至リテハ全ク相異ナリ。即チ此請求權ハ確定、裁判、執行命令等ニ關セシテ裁判所ノ他ノ行為、即チ公證、保管、確保等ヲ目的トス。

(一七) 著者法律命令論二百二十二頁以下參照

抑法律上ノ利益ノミカ國家ノ顧慮ヲ要スル利益ニ非シテ無數ノ事實上ノ利益モ亦國家ノ顧慮スル所ナリ。此事實上ノ利益ハ一人又ハ數人ノ爲メニ國家カ行政行為ヲ爲シ、又ハ爲サ、ルコト、現存セル制度ヲ變更シ、又ハ新制度ヲ設クルコト等ニ存ス、此事實上ノ利益ヲ實現セシムルカ爲メニ直接ニ人格ヨリ生スル請求權カ付與セラル、サレハ請願權(Recht der Bitte)或ハ寧ロ請願ノ商量ヲ要求スル請求權ハ各國家機關カ其權限ニ屬スル臣民ノ請願ヲ受領スヘキ義務ヲ負ヘルコトニヨリテ存ス。多クノ場合ニ於テ請願ハ君主ニ對シテハ請恩(Gründungsgesuch)ト云ヒ、議

會ニ對シテハ普通請願(Petition)ト云ヒ、二八官應ニ對シテハ狹義ノ請願(Gesuch)又ハ訴願(Beschwerde)ト云フ。便宜ナラサル状態ノ廢止、利益ヲ侵害スル處分ノ廢止ヲ請求スル場合ニハ請願ハ訴願ノ性質ヲ有ス、此訴願ハ一方ニ於テハ權利訴願ト區別セラレ、他方ニ於テハ請求權ヲ満足セシムルヲ目的トスル行政訴願ト區別セラ^レルヘクシテ利益訴願(Interessenbeschwerde)ト稱スルコト最モ適當ナルヘシ。如何ナル形式ニテ請願ノ受領カ爲サル、ヤハ常ニ法律上規定スル所ナク、果シテ受領及ビ答辯ヲ求ムル請求權ヲ生スルヤ否ヤハ事件ノ性質ニヨリテ定ル。若シ此ノ如キ^エ請求權アルニ行政官應カ之ヲ満足セシメサルトキハ此官應ノ不作爲ハ即チ個人ノ侵害ヲ生ス、故ニ裁判官ハ假令訴訟ヲ受理セサルカ如キコトアルトモ常ニ當事者ニ答辯セサル可ラサルコトハ理論上總テノ行政官應ニモ適用セラルヘキモノト云フヘシ。(一九)

(一八) 國王ニ對スル請願及ヒ議會ニ對スル請願モ亦不規則ナル訴願ノ性質ヲ有スルコトナ得、
(一九) 答辯ノ義務ハ行政訴願ニ關スル法規ノ明示スル所ナリ、

請願ノ保障ヲ要求スル請求權ハ素ヨリ單純ナル事實上ノ利害關係人ニ付與セラ

レス。而カモ此請願ノ裁決ハ當該國家機關ノ自由ニ委セラル、モノニモ非ス。何ントナレハ國家機關ヲ構成セル個人ハ常ニ命令ニ從ヒ公共ノ利益ノ爲メニ義務的行爲ヲナスヘキモノナレハナリ。三〇而シテ公共ノ利益カ特ニ個人ノ利益ヲ計ルヘキコトヲ要求シ又ハ之ヲナシ得ル範圍ニアツテハ個人ノ事實上ノ利益ヲ計ルヘキ義務ハ法律的ナラスシテ道義的ナリ。他方ニ於テハ公共ノ利益カ許ス範圍内ニテ國家行爲ノ援助ヲ得テ満足セシメラルヘキ個人ノ利益ノ保護及ヒ進捗ニ關スル請求權カ個人ニ存スルコトヲ得。此形式ニヨリテ始メテ近世國家ノ臣民ノ主要ナル内容ヲ理解スルヲ得ルナリ。

二一〇) バルナチツク司法及ヒ實質的法力四十六頁及ヒグリュンフト雜誌第十八卷百五十六頁、参照、

此主要ナル内容ヲ實現セシメンカ爲メニ其根底ニ於テハ相合セル三個ノ請求權カ付與セラル。法ノ保護請求權、利益満足請求權、利益、願、慮、請求權之レナリ、而シテ法ノ保護請求權ハ人格許與ノ抽象的最小限ナリトスレハ近世國家ニ於テハ殊ニ至ル所他ノ二個ノ請求權ト共ニ常ニ個人ニ附與ヘラル、ヲ見ル。唯此等ノ

請求權ハ其數及ヒ量ニ關セスシテ其内容ニ關シテ今日モ尙個人間ニ差異アルノミ、而シテ此等ノ請求權ハ積極的身分ノ具體的最小限トシテ當然各個人ニ歸屬スヘク、從テ各個人ノ死即チ人格ノ消滅ト同時ニ喪失スヘキモノナリ。サレハ此等ノ請求權ニヨリテ生スル各個人ノ人格ノ實現即チ範圍ノ種類及ヒ方法ニ就テコソ各國家間又ハ一國家ノ發達ノ段階ノ間ニ差異ヲ存スレ此ノ人格實現スル理論上ノ組織ニ至テハ古今東西常ニ相同シ。實ニ此組織ハ總テノ歴史的及ヒ地方的差異アルニ拘ハラズ人類關係ノ模範的要素トシテ國家ノ制度ニハ必ス存セサル可ラサル摸型ナリ。國家ハ如何ナル時代ニアツテモ必スシモ人類ニ人格ヲ付與セサリシト雖一旦各個人ニ人格ヲ認ムルニ至ルヤ、直チニ以上ノ三個ノ請求權後ノ二請求權ハ猶發達セサル形ニテカ個人ニ與ヘラレタルナリ。上ニ述ヘタル形式上絶對的ニ相同シキ積極的身分ノ要素ノ外ニ、猶一團ノ變化シ易キ要素ヲ區別スルコトヲ得。此ノ種ノ要素ニヨリテ成ル身分ノ内容ハ一方ニ於テハ立法ノ變更ニヨリテ變シ、他方ニ於テハ既存ノ法規ニ基キテ尙個人ノ間ニ甚タシキ差異ヲ生スルナリ。特別ナル取得行爲ニヨリ、國家ノ特許ニヨリ、權利ヲ

設定スル各種ノ行政行為ニヨリ、特定セル職務ニ就クコト等ニヨリテ國家ノ具體的承認及ヒ給付ヲ要求スル許多ノ請求權カ個人ニ歸屬セシメラル。例ヘハ國家ノ試験ニ及第シタルニヨリテ取得スル總テノ主働的資格、豫科卒業證書ニ基キ大學ニ入學スルノ許可又ハ國家ノ試験ニ基キ醫術開業ノ許可、主働的身分ヨリ生スル國家ノ作為ヲ要求スル請求權ノ如キ之ニ屬シ、尙間接ニ國法的性質ヲ有スル所ノ公法上ノ團體ニ對スル積極的請求權モ亦之レニ屬ス。此等總テノ請求權ヲ系統的ニ列舉スルコトハ到底不可能ニシテ且科學上多大ナル價值ヲ有セサルコトハ賣買又ハ寄托ノ目的物トナリ得ル物ヲ列舉シ盡サントスルノ徒勞ニ歸スルト均シ。故ニ唯裁判セラル、場合ニ其公法的性質ヲ認識スルニ必要ナル原則ヲ確定シ置ケハ足レリ。

以上ノ如クナルカ故ニ積極的身分ハ其内容ヨリセハ甚タ多樣ニシテ人格自體ニ屬スル請求權ノ分量ヨリ始マリテ更ニ多クノ請求權ノ前提ヲ形成スル一層包括的ナル臣民ノ服從關係、及ヒ此關係内ニテ特別ノ請求權ノ基礎ヲ成ス特典的資格ニ至ル迄種々ノ階梯アリ、三二他方ニ於テハ人格自體ニ屬スル最小限ノ請求權カ

刑罰ニヨリテ減少セラレ又主働的身分昂進ノ對價トシテ個人ノ積極的請求權ノ減少ヲ生ス。カクテ人格ノ自由活働ニ對スル制限ハ如何ナル理由ニ基クトモ常ニ請求權及ヒ請求可能ヲ減殺シ、其保護セラレタル範圍ヲ縮少セシム、

(二) 此節ニ於テ述ヘタル請求權ハ一般ニ認メラレタル請求權ト異ナル意義ニテ用ヒラル、佛國ノ用例ニヨレハ請求權トハ「公權」ナリ(例ヘハハ、シユルチエ、普國國法學第二卷第一版三百六十六頁、ツルプリヒ、埃太利國法學第三十一節ノ如シ、此用例ハ誤レリ、何トナレハ此用例ハ(二) *bürgerliche Recht*ト *Civilrecht*トハ同一物ヲ指示スルカ爲メニシテ(三)公民狀態 (*Staatsbürgerschaft*)ハ此請求權ノ大部分ノ前提ニ非サルカ故ナリ、又佛國ニ用ヒラル、市民權 (*droits civils*)ナル觀念ハ甚タ不明瞭ナリ、元來此文字ハ唯「參政權」(*droits politiques*)ト對立スル意義ヲ有スルニ過キサリナリ、アロツク前掲書參照。

形式的請求權モ亦實際ノ場合ニハ種々ノ變更ヲ受ク、即特別裁判所カ設置セララル、トキハ個人及ヒ一階級ノ法ノ保護請求權カ之ニヨリテ一般ト異リテ規定セララル、コトアリ。特別ナル關係ノ爲メニアル種類ノ個人ハ其利益滿足請求權及ヒ利益顧慮請求權ニ特ニ廣汎ナル内容ヲ付與セラル、コトアルナリ、(三)

(三) 就中特定ノ職業ニアル者ニ新社會政策的法律ニヨリテ設定セラルヘキ許多ノ請求權ヲ思考スルコトヲ得、以上研究シタル所ニヨリテ現行法上權利平等ノ主義ハ如何ナル積極的内容ヲ有