

數の諸侯を滅亡せしめて王者の敵手を減少し、以て王の憂患を減したり。此等の諸侯は東方の出師に従軍して再び歸り來らざるもの甚だ多かりき。是に於てノルマンデー公爵(Duke of Normandy)の有したる諸領地の没收及ツールヌ伯爵(Count of Toulouse)の有したる領地の没收は大に王者の權力を増加したり。斯くて王は市民と結んで諸侯に反對するの政略を執れり。平民は漸く此時よりして自覺し始め、先づ首として王者を中心とし其最初の組織を形造らんとを要めたり。十四世紀の始め數十年間に在りては王と人民との一致は成熟せるが如き觀ありき。然りと雖も王は餘り急激に而かも無思慮に其歩を進めたり。蓋し當時人民は尙は幾多の訓練を要したるものにして而かも又一層秩序的の發達を要したるものなりき。是に於てフィリップ、ゼ、フェリアの未だ崩ぜざる以前に其反動は始れり。蓋しフィリップ王が人民に與みして節操なき事、其家族の不運なりし事及び一千三百二十八年に於てカペー系統のヴァロア家に王位の傳はりし事等は王を政府の唯一の機關として民主的國家を組織するを妨害したり。換言すれば公法學者の所謂君主專制政治なるものの發達を妨害したり(余が既に説明したる如く彼

の王政的政府を有する民主的社會を以て君主專制政府と稱す。然り而して斯かる妨害の結果は佛蘭西に貴族政治的國家の再發を來たしたり。ヴァロア家の諸王は一朝にして市民を棄て嘗て前王か千辛萬苦を嘗めて貴族より剝奪したる所の獨立自治權をは何の惜氣も無く容易に貴族に返還したり。是に於て政治上に於ける地方分權は其必然の結果として現はれ來れり。斯かる薄弱なる國狀の下に佛蘭西は英國と一百年間の闘争を爲すへき時機に臨み來たり。斯くて佛蘭西の民主政治か救済の爲めに世に顯はれ來りたるの時に當りては同國の貴族政治的國家は將さに瓦解の時に迫りたるものなりき。是に於て一千四百二十九年に於てジャンガクとなる處女の出顯を見るに至れり。

王チャールス第七世は當時の事情を領解せざりしかどもルイ十一世は能く之れを覺悟したり。斯くてルイ十一世は非常なる勞力を以て民主政治を開拓し、王者を以て其權力の掌握者となし以て貴族に反對せり。蓋しルイ十一世よりルイ十六世に到る三百年間は佛蘭西の政治制度は未だ組織せられざる民主國家たりしなり。換言すれば君主專制政府を有したる民主的社會なりしなり。更らに換言すれば

君主制機關を有せる民主社會なりしなり。是れ即ち佛蘭西の民主政治が國家の觀念を覺知し、而して國家の民主的組織に必要な能力を發達するが爲め豫備しつゝありたるの期間にして佛國をして獨乙の如く分裂に陥るを避けしめたる所以のものなり。

終に一千七百八十九年に至り民主的國家を組織すべき時期到來したり。此時に當り一般會議(États Généraux)の名義を以て王の召集したる所の集合體は一變して國民的會議となりたり。換言すれば民主政治的國家は其組織に於ける自然的形跡を具ふるに至れり。民主政治的佛蘭西の最初の成文憲法即ち一千七百九十一年の成文憲法は此集合體に依りて編製發布せられたり。故に此集合體は取りも直さず國家の主權機關たりしものにして國王が此憲法を承諾したるは唯た外觀上に於ける形式たりしのみ。王權論者は之を以て王は眞の命令即ち主權的行爲をなしたるものにして會議は單に此憲法を編製したるに止まる者なりとの説を唱ふれども斯る説は適以て彼の民主政治的國家の主權が十分確立せらるゝ以前に必ず國王を廢黜すべしとの觀念と感情を惹起すに鮮少ならざる刺激を與ふる

ものと謂はざるへからず。而して實際國王が位を退けられ斬首せられたる事實の學術上の説明は他に之れを求むべきにあらざるなり。第二の會議即ち一千七百七十二年の會議は早くもジャコピン黨の意見を表彰したり。換言すれば國家の極端なる民主政治的の見解を表はしたり。此會議は自から單に起草的の集合體と看做し、其の起草したる所の憲法を人民の直接普通投票に一任したり。此事たる選舉地方に在りて彼等自身を組織せる人民を認めて主權者となし國家と化したるものなり。是れ則ち純粹簡單なる普通投票主義なりとす。左れば佛蘭西に於て實際上に此主義を紹介したるの罪は之をボナパルト(Bonaparte)に歸すべきものに非ず。彼れボナパルトは既に従前より佛國政治社會に該主義の存在したることを知れり。此主義たる前にジャコピン黨の遺物なりしなり。ボナパルトか之を利用して其目的を奏したるは極端なる民主政治主義は眞正なるシーザル主義(帝國)に相接近せるものたるを説き明かすに足るものなりとす。斯くて一千七百九十三年の憲法は此會議に依りて編製せられ、且つ普通投票に依りて効力を發したるものなりしが決して實行せられざりき。何となれば當時の國家の必

要は此憲法が創造したる政府よりは一層強大なる政府を要したればなり。故に  
此同一會議は其後二年を経て一層強大なる政府を組織するに足る他の憲法を編  
制し、再ひ之を普通投票に一任したり。然るに其憲法はまた大多數に依りて賛成せ  
られ、且ツローンの若年なる砲兵士官ポナバルトに依りて指揮せられたる軍兵の  
助力に依りて運用せらるゝに至れり。然るに新政府は尙ほ國家の必要に應ずる  
に充分強大なるの事實を示さざりき。こゝに於て一千七百九十九年に至りポナ  
バルトは其の指揮せる兵を以て此政府を壓倒し、其の公明正大なることを表彰せ  
んか爲に普通投票に訴へたり。左れば彼れポナバルトの主義も亦主權者たり、國  
家たる所の者は彼等人民の選舉會若くは選舉地方に於て組成せられたる人民な  
りと云ふに在りしものなり。ポナバルトが提出したる所の憲法は之に反對する者  
一千五百六十二票に對する三百十一萬七票の大多數に依りて批准せられたり。  
一千八百一年に於ける此憲法の改正及一千八百四年に於ける帝國憲法の制定も亦  
普通投票に依りて決定せられたり。故に帝國制度に於ても其選舉區に於て組織  
せられたる人民は即ち國家なりとの「シャボン主義は保存せられたるなり。」

次てポナバルトの失敗以後、ボルボン家が再ひ王位を恢復せるの後に於ける彼の  
一千八百十四年の新憲法は全く王者より出てたるものなり。故に此憲法の根底  
に横はる所の主義は國家は王に於て組織せられたるものなりと云ふに在りしな  
り。蓋し當時の王は人民の意見に一致せんか爲に或點に於て該憲法を修正する  
に當り、特に學理的の宣言を爲さず、暗に此主義を應用したり。然るにルイ十八世  
の相續者は斯の如く聰明ならざりき。チャールス十世は王者の主權なる者は憲  
法の上に位するものたる旨を要求し、人民に有害なる方案を提出するに當りても  
尙ほ此主義を行はんことを企圖せり。一千八百三十年の革命は即ち此結果と云  
ふべきなり。  
ボルボン憲法に依りて創造せられたる立法部は人民に先んじて民主政治の樹立  
に力を致したり。該立法部は首として憲法を訂正し、立法部の選舉に依りて王位  
を踐みたる其條件としてルイ、フィリップに憲法の承諾を要求したり。フィリッ  
プは已むを得ずして憲法に承諾を表したりしが、之に由てフィリップは立法部に  
於て組織せる人民の主權を承諾したるものなり。

然りと雖も國家組織の問題に關する此解釋は總てに對して満足せらる可きものにあらず。先づ第一に選舉資格甚だ高くして立法部は單に三十萬人の投票者を代表せしに止まれり。次に王は立法部の總ての行爲に就て不認可權を有せり。即ち憲法若くは法律に對して不認可權を有せり。終に選舉權の擴張に對する王の抵抗——此擴張は立法部をして國家の一層真正なる機關たらしめんとしたるものなり——は一千八百四十八年の革命を惹起せり。王の追放の後一時權力を掌握したる所の假政府は普通選舉に依りて議會を選舉せんことを人民に命ぜり。この事は四月中に於て完成せられ。議會は五月の四日に組織せられたり。此議會は則ち國家の主權機關にして一千八百四十八年の憲法を編制發布しルイ、ナポレオンを共和政治の大統領に選舉せり。

然れどもナポレオンは普通投票に關する佛蘭西民主政治の弱點を洞見し其の立法部と衝突を來たしたるときに當り遂に法律改正に關する憲法上の手續を蔑視し、自己の憲法を實施することを直接投票に依りて己れに許可せんことを人民に訴へたり。而して人民は之を許可したり。換言すれば國家は即ち選舉區に於て

組織せる人民なりとの主義は再興せられたるなり。是に於て普通投票主義は再び憲法上に確定せられ。遂に一千八百五十二年の帝國憲法は此投票に依りて確定せられたり。

一千八百七十年に於ける佛蘭西帝國の顛覆及びナポレオン帝の擒にせられたる事實は假政府の必要を來たしたり。是に於て巴里市の選舉區を代表する所の帝國立法部の議員は政權を執り、九月八日普通選舉に依りて主權的會議の議員を選舉すへき旨を布告し、十月十一日を以て開會日と確定し、巴里を以て其會場と指定せり。然るに獨軍の近きたるが爲め假政府は巴里と諸州との間に交通遮斷の變に備へんか爲にクレムニー(Cremier)なる者を使者としてツールに遣はしたり。加之假政府は亦議會の議員選舉を急ぎ、十月十六日を以て選舉の期日と定めたりしを更めて同月二日を以て選舉日と爲したり。然れども九月廿日以前に於て獨軍は首府巴里を圍み總て地方との交通を遮斷したり。是に於てカッパルに於ける假政府の委員會は巴里市以外に於て政事を執らざるへからざる事とはなれり。斯くて該委員會は主權的會議の議員選舉の命令を取消し、以て敵兵を

驅逐する爲に指揮權を其掌中に掌握せんとするの決心を發表したりき。然りと雖も南部及び北部の諸州は直ちにツール政府の運動と舉動とを憤りて彼等自家の責任を以て活動せんと脅かしたり。斯くの如き勢なりしかはツール政府は選舉命令取消しの決意を繰して元來指定せられたる期日即十月十六日を以て選舉を行ふべき旨を布告したり。巴里政府は輕氣球の通信に依りて此報告に接せしが彼の有名なるガムベッタ(Gambetta)の勢力によりて此二度目の命令は取消されたり。氏は十月八日輕氣球に乗り巴里より逃れてツールに赴きたり。氏は直ちに巴里の救援の爲めに諸州を組織せんか爲めに軍部の管理權と全部の指揮權とを執りたり。然れども南部は其命に服せずツールに於て南部同盟を組織しエスキロー其指揮權を握り、ツール及び巴里より全く獨立して運動を試みたり。然りと雖もガムベッタは此等の運動を壓倒して十一月の二日に於てツール政府は寇敵驅逐の爲めに軍用金募集の命を發布したり。然るに獨乙兵の進軍はツール政府をして已むなくポルドーに退かしめたり。此の時よりツール政府は巴里應援の師を起したりしが遂に失敗に終りしなり。而して一千八百七十一年一月

二十八日に於て巴里は既に獨乙に降服したり。斯くて獨乙は巴里假政府に主權的會議の議員選舉を直ちに布告すべきことを要求したり。此會議は平和條約を締結せんか爲めの準備を議せんか爲めに向ふ十四日以内に於てポルドーに開會せらるべき筈なりしなり。勿論獨乙は佛國人民か假政府の行爲に依りて檢束せらるゝを拒むことあるへしとの理由に由り假政府と條約を締結すること嫌惡したりき。斯くて侵入者に壓せられて巴里政府は選舉に關する布告を出して來二月八日に於て選舉を執行すべき旨を布告したり。然りと雖も巴里政府は此の命令を施行するに當りては是非共ポルドー政府に依頼せざるべからず。ガムベッタは之に對して抵抗したりしも遂に一月三十一日に其當局の官吏に必要なる命令を送達し、且つポナバルト派一味の者の選舉權を剝奪すべき旨を命令したり。獨乙は選舉權剝奪に對して故障を入れたり。何となれば純然たる共和主義者の集會か締結する國際條約は若し選舉權を剝奪せられたる者にして再び國家の權力を掌握する場合に於て彼等を檢束するものと看做さざること之あるべければなり。故にビスマークは其處置を攻撃したり。而して巴里政府は其

命令を取り消し、且つポルドー政府の諸權力を悉く取り戻したる旨を布告したり。斯くて選舉は一月の八日に實行せられ、十三日に至り會議はポルドーに於て開會せられたり。此會議は普通選舉に依りて選舉せられたり。故に全縣の人民を代表したるものなり。會議は自から政治上の權利義務を負擔し、六箇年間この資格に於て存続したる後佛蘭西共和政體現在の憲法を制定したり。由是觀之現行憲法に依りて存立する所の佛蘭西國家なる者は國民的組織會議に於て組織せられたる人民なりとす。

以上説明したる事實に徴して余輩は佛蘭西民主政治か普通選舉 (Plenitude) は即ち國家組織の正當なる基礎なりとの誤見を脱したらんことを望む。思ふに普通選舉の制度たる往々にして政治上に於ける奸計詐偽の制たるを免れず。第一に其の危險なる點は選舉會に於ける人民の組織は甚だ散漫雜駁なるに在り。則ち孰れを中心點より觀察を下たすも不規律不順序を去ること甚だ遠からざるなり。蓋し此制度の自然の目的は單に或る人數を選舉するにあり。而して斯く選舉せられたる所の人々は其意見の交換に依りて法律及國家政略に關して能く消化し

たる意見を建つるを得ん。然れども法律及政略の主義に關し直接に思考し、且つ直接に決定を下さんとするには適當せるものにあらざるなり。第二に斯る問題に普通投票制度を使用するは甚だ危險なり、何となれば普通投票を以て憲法若くは法律を批准する以上其の憲法若くは法律を起草し提出するものは何人なるかを問ふを要せずとの俗見を惹起せしむるの怖あればなり。吾人か既に目撃したるか如くこれシーザル (Caesar) の爲めに其途を披くものにして、一たびシーザルにして政權を掌握せんか彼は人民に強ふるに自己の設けたる憲法を許諾せよ、然らずんば革命の苦痛を忍べといふに至らん。憲法を起草して之を提出し若くは又憲法改正を提議するの集合體は民主政治的國家の真正の組織に従へば全國人民の真正なる代表體たらずばあるへからず。而して斯かる集合體の行爲を批准するに普通投票を用ゆると用ゐざるとは實に瑣々たる關係の事柄なりとす。否其の之を用ゆるは寧ろ有害にして毫も利益なきを見るなり。

余か次編に於て其憲法を分拆評論せんとする四個の國家は業に既に其發達上に於て民主政體の時期に到達したる事は以上述べたる所によりて明白ならん。然

るに四個の國家中の二者は通例君主政治國として記載せらるゝを常とす。然れども此等の國家は單に外形上に於てのみ君主政治にして其實然からざるものなり。今少しく學理的の觀察を執るあらんか吾人は新規なる實力を以て充たされたる舊形式を此等の場合に發見するなる可し。英吉利及び獨逸に在りては其舊形式は頗る新事物に適應せるを以て之を破壊するも多くの益する所なきなり。蓋し此等舊形式たる稍々學者の眼孔を暗ますものなり或は又新事物の實在に對して反對を表するに有益なる理由を供するものなり或は又國家組織を多少混同するものなるべし。之を要するに此等の舊形式にして餘り強く執着するに於ては遂に現在の事狀に一層自然に伴ふべき所の形式に降服するの已むを得ざるに至るへし。然れども若し此等舊形式にして充分に其伸縮力あることを證するに於ては今より數十年若くは數百年の後に於て來るべき新權力に對して尙ほ其名目と稱號とを供するを得べきなり。

## 第二編 比較憲法論

### 第一卷 憲法上に於ける國家の機關

完全なる憲法は三大部より成立すと云ふを得へし。第一部は將來に於て憲法變更を完成するを得る國家機關に關するもの是なり。通常此部分を稱して修正部と云ひ其權力を修正權力と云ひ憲法中に於て最も緊要なる部分なり。國家が永遠に平和を保ちて其發達を繼續するを得るや否若し又然からずして停滯退歩及革命の弊を受けるや否やは獨り此部分の存否虛實に依て決するものとす。故に此肝要なる部分以外の不備不整なるにもせよ憲法上に於ける此國家機關にして眞正確實なる以上は之を訂正し之を補充するは固より容易の業なり。若し修正權にして存在せざる時は憲法の過謬は益多きを加へて遂には國家の生命を救済するに足るべき者は獨り革命あるのみに至るべし。故に余か此問題を考究する爲めに第二編第一卷全部を委するは徒らに事を過大にするものと認むる莫れ。次に余は完全なる憲法の第二の部分を稱して自由に關する憲法と云ひ第三の部分を稱して政府に關する憲法と云ひ本編第二卷及第三卷に於て之を論述せんとす。

## 第一章 英吉利憲法上に於ける國家の機關

抑、英吉利には通常立法部と異なりたる議會に依て議決せられ、一法典中に記載せられたる憲法則ち尋常法律と判然區別せられたる憲法なる者之なきなり。是に於てか吾人は已むを得ず英吉利制度の總ての他の部分を審査する場合と等しく憲法を攻究するに當りても主として先例を看察するの外なきなり。英國に於ては尋常法律と憲法とを制定するの議會は全く同一なるを以て尋常法律と憲法とを精密に區別するは酷た困難なり。則ち余は法理學上より之を觀察する能はざるを以て政治學及比較憲法に據りて之を區別せんとす。而して余は思ふ憲法上に於ける主權自由に關する一般の原則政府の形跡及其構造選舉權の性質區域等は其性質上憲法の範圍内に屬すべき問題なるを。英國に於て此等の諸問題を處理するは恰も尋常法律の問題を處理するに等しき方法に據る。換言すれば此の如き憲法の問題を處理するの法律を制定するものは則ち國會なり。故に兩院の意見一致するときは各院に於ける議員の單純多數を以て之を制定するを得べし。又之に反して兩院の議一致せずして下院又た其主張する所を固く取つて動

かざるときは王をして之に賛成する新貴族を適宜増加せしむるを得べし。此場合に於て王が此増加に同意せざるときは其内閣諸大臣は辭職し下院に於ける其黨派の議員亦た内閣を組織するを拒むに至るべし。是に於て王は反對黨より大臣を擧ぐるの已むを得ざるに至れども下院の贊助を有せざる黨派は決して國政を爲すこと能はざるへし。此場合に於ては王は再び多數を占むる黨派中より大臣を擧ぐるか然からされは國會を解散するの外なし。而して王か國會を解散するも各選舉區に於て尙ほ先きに多數を占めたる同一黨派を選舉するときは王と上院とは茲に一步を譲らざるを得ざるなり。是れ實に憲法を制定變更する方法にして憲法外の他の問題に關する立法の方法と全く同一なるのみならず、現行憲法の全部か由て以て制定せられたる所の方法と毫末の差違あるなし。語を換て言へば憲法上に於ける國家の機關は憲法外に於ける國家の機關と同一なりと云ふに在り。乃ち憲法上に於ける國家の機關は新たに選舉せられたる庶民院是れなり。再言せば格段なる主義若くは政策に關し選舉せられたる庶民院に於ける人民の代表者に依りて組織せられたる政治的人民是れなり。但し此選舉は佛



蘭西流の意義に於ける普通投票にはあらず。此場合に於ける投票は直接に法案に關係するものにあらずして法案の維持若くは反對を公言する所の人に關す。而して此等の人々は其選舉に際し發表したる選舉區民の意見に依りて檢束せらるゝものにあらず。斯くの如くにして英吉利に於ける普通投票は人民と其代表者との間に實際上の合意を保たしむると同時に佛蘭西主義の蒙むる危険を避くるを得るなり。

憲法外に於ける國家の革命的機關と憲法上に於ける國家の永續的機關との合致は甚だ廣大なる利益ある者とす。此兩機關の相合致せざる者は自然の結果にあらずして人爲に出てたる者なりと謂はざるを得ず。夫れ憲法外に於ける國家機關は政治社會に於ける自由發達の結果なり故に憲法外の國家機關は直ちに以て權力の實質と相合致するものと斷定するを得へし。而して國家が憲法の内に自身の機關を規定する時は之か爲に國家固有の活動の自由を制限するの形式に依りて自家を束縛するものとす。之に反し不時の變に對して國家を保護し來れる形式を排除するときは國家は之が爲めに其の真正なる發達を妨害せらるゝか若

くは急激危険なる經驗中に驅逐せらるべきは明白なり。

憲法の内外に於ける國家機關の合致に甚だ利益あること上陳の如しと雖も該機關は必ずしも政府の全部若くは一部たらざる可らずと云ふにあらず。否な斯くの如きは却て不利益なると多し。先づ第一に甚だ混雜を來たすの患あり。即ち何れの立法を以て根本的の且比較的固定の性質を有するものと看做し何れを尋常の法律と看做すべきやを決定するに頗る困難を感するなり。例へばグラッドストーンの愛爾蘭自治案中に在る愛爾蘭國會を稱して世人は之を法律上の國會と云ふを常とすれども獨り愛爾蘭といはす苟くもウエストミンスター國會の司配下に在る國土の何れを問はず能く法律上の國會に非ざる國會を適法に創設するを得べきや。蓋し此語の意義は愛爾蘭國會はウエストミンスター國會に依て廢止せらるゝを得る者なりといふに在らんも英國の領土内に在る制度にしてウエストミンスター國會の爲めに廢止せられざる者何くにか之れあらんや。第二に國家機關と政府若くは政府の一部が同一なる事は憲法上に於ける個人的自由の獨立を傷害し爲に社會の幸福に緊要なる獨立地位を毀損するの恐あり。則ち

政府をして擅まに個人自治権の域内に侵入せしむるの途を開き、個人をして斯る侵害を防禦するの道なきに至らしむるものとす。最後に國家機關と政府との同一なる場合には聯邦制度は到底成立する能はざるなり。蓋し此制度の要義は中央政府が地方政府を破壊し若くは變更し得ざるを要し、又地方政府が中央政府を破壊し若くは變更し得ざるに在り。而して兩者の間に斯かる關係を保たんとせば兩者は必ず同一基礎の上に立たざるを得ず。即ち此等獨立政府を整然たる政治制度の各部として協同せしむるには此等政府と離れて、而かも其上に位する主權者即ち國家機關の存立を要するものなり。

斯くの如く論し來れば英吉利憲法に於ける國家機關は利害の二點を併有するものと明なり。更らに言へば英國憲法上の國家機關は終始一貫の性質と絶對的の權力と活動の精密なると運用の圓滑なるとは則ち之れあり、一方に在りては憲法以外の國家機關と合致し、他の一方に在りては政府と合致し、之によりて下よりは變化を促す刺激を受け上よりは保守の傾向を受くるものなりと雖も、庶民院に於て多數を制する黨派の智徳並に愛國心に依頼し百事を賭するの危険を免かれず。

故に若し庶民院にして此等の資質を有せざるに於ては個人の自由と社會の幸福とは勢ひ侵害を蒙り若くは破壊を免かるゝこと能はざるへし。

## 第二章 合衆國憲法上に於ける國家の機關

合衆國憲法第五條に規定して曰く「聯邦議會は其兩院の三分の二の多數が憲法修正を必要と認むる時又は聯邦中の三分の二の立法部の請求ある時は憲法修正案を提出する爲めに兩院合議會を召集すべきものとす、孰れの場合に在りても其修正にして聯邦中の四分の三の立法部又は聯邦中の四分の三の立法部の合同會議に於て批准せらるゝ時は憲法の一部として有効なりとす。而して右二箇の批准法中孰れに依るべきやは元老院の定むる所に從ふ。但し一千八百〇八年前に行ふの修正を以て憲法第一條の九項中に於ける第一句と第四句とを變更す可からざるものとす、又聯邦各州は各州自己の承諾なくして元老院に於ける投票權を剝奪せらるゝことなし」と。而して右但書の第一項は無用に歸したるか故に之を考究するの必要なく、第二項は憲法の他の部分と等しく永遠に亘りて効力を有するが故に少しく研究する所なかるべからず。余が既に指示せる如く憲法上に於

ける國家機關を改定するに正當なる起點は一方に於ては國家機關と憲法外に於ける國家の革命的機關との關係と他の一方に於ては之と憲法の中に創造せられたる政府との關係なりとす。前章に於て余は我國の現行制度に於て主權者たり國家たる合衆國の眞實なる機關は憲法修正會議なるを表明するに方めたり。此憲法修正會議は彼の大陸議會と均く合衆國全人民を代表する單一集合體にして其決議は單純多數に依て之を決定す。當時合衆國人民は全體として此集合體の背後に立ち此集合體に與ふるに聯邦議會及各州の立法部を實際上度外に措くの權力を以てしたり。而して形式に於ては此集合體の運爲は其目的を以て選出せられたる諸州人民の直接代表者の批准を受くべきものなりしが眞實は即ち憲法制定の權を與へられたるものなりき。余が既に説ける如く修正會議の性質と位置に關する此理論は其の運爲に學理的の説明を與ふる唯一の理論にして而かも又吾人が呼て亞米利加政治社會と稱する所の者の自然の事狀と關係とに恰當する唯一の理論なりとす。然りと雖も憲法上に於ける國家機關は二重否な恐くは三重若くは四重の性質を有する者なり。第一合衆國憲法第五條は憲法外に

於ける原機關と外形上殆んど合致せる或機關を規定したり即ち修正會議及同修正を批准する諸州人民の會議是れなり。然れども法文の字句に従へば此修正會議は單に起草團體に過ぎずして之が裁決權を有するものは諸州會議の四分の三の多數なりとす。是れ即ち一千七百八十七年の原會議と諸州會議との間に存する外形上の關係なりしなり。去り乍ら余が説明せし如く此原會議は新憲法を構成し之を批准すべき諸集合體を指定し又批准をなすに必要な多數を規定したる時は即ち眞に裁決權を行用したるものなり。然り而して共和諸州の四分の三以上の會議が其局部の利害に左右せられざる時は代表の眞理に基き合衆國民全體を單一集合體に於て代表する他の會議も此修正會議と同じく其議決を變化せられず諸州會議を通過せしむるの德義上の權力を有するならん。斯の如き場合に於て此國民會議は彼の一千七百八十七年の會議の所爲に倣ひて現行憲法中に規定したる所と全く異なりたる他の批准法を提出し之か採用を期するを得へし。然れども是れ千七百八十七年に於けるか如く革命たるを免れずして現行法に遵據したるものにはあらざるなり。

抑も我國憲法は上陳の如き國家機關の細目を精密に規定せず此等の事項に就ては暗に聯邦議會に委任したるを見る。然れども聯邦議會は決して此問題に干渉したることなく憲法はかゝる組織に於ける主權者に依りて未だ曾て變更を加へられたることなきなり。是れ理論上の起點より按すれば大に憂ふべき者なれども吾人は紙上に在りては政府機關と全然相違せる主權機關を有す。而して是れ實に憲法上に於ける一大進歩と云ふべく其事にして實際に適用せられんには政府と國家とを混同するより生ずる數多の困難を解釋するに有益なる論據となるべし。

次に又憲法上に於ける國家機關の第二の形式は主權を以て聯邦議會と共和諸州の立法部とに歸するを是れなり。即ち聯邦議會は憲法の變更を起案し諸州立法部は之れか批准を爲す者なり。彼の一千七百八十一年の聯邦憲法は此等の集合體に修正權を賦與したりと雖該憲法は修正案を提出する集合體に於て代表せられたる共和諸州の單純多數と批准をなす所の諸集合體の滿場一致とを要したり。然るに現行憲法は修正案を提出する集合體の兩院の三分の二の多數と批准を爲

す諸集合體の四分の三の多數とを要す。是れ新舊兩憲法の上に於ける根本上の差違にして舊制度の聯邦主義に比し現行制度をして一層統一的ならしむる所の者なり。蓋し聯邦諸州の何れかにして其意思に戻りて檢束せられ得るものなりとせば即ち聯邦主義は壓制せられたるものと謂はざるべからず。

憲法上に於ける國家機關の此形式に附隨する困難は政府機關と國家機關とを混同せしむるを及び之れか爲めに公法上の問題を論ずるに當り政府と國家とを充分明白に區別する能はざるより生ずる思想の混雜を増加するの點にあり。然れども雖も此場合に於ける困難は彼英國に在りて感せらるゝ困難とは自ら異なりたる方法に於て感せらるゝなり。是を以て吾人亞米利加人は彼英吉利人の如く憲法を判する法理上の標準を失はざるなり。我合衆國に在りては聯邦議會と共和諸州の立法部とを通過する所の者のみ單り憲法にして尋常法律は此等諸集合體に依りて各別に制定せらるゝ者なり。此點に於ては劃然たる區別存すれども主權は合衆國家にあるか將た各州にあるかの點に至りては甚だ混雜したるを覺ふ。是に至りて吾人共和諸州の眞性質を誤解し此等諸州を目するに單に政府を以て

せずして實に國家と思考するに至る。此事は彼の批准躰なる諸集合躰が共和諸州内に住する人民の會議なる場合に於ても亦た免かるゝ能はず。併ながら吾人は合衆國の憲法に依りて直接に創造せられ、且合衆國の目的の爲めにのみ創造せられたる此等諸集合躰を以て合衆國の國家機關と見做すの容易にして諸共和國の立法部が此資格を以て活動するの時に於ても吾人は之を以て合衆國の國家機關と見做すの寧ろ困難なるを知るなり。

然るに又他の一方より觀察すれば主權機關の此形式は其便宜なる點に於て利益の存するを見る。即ち活動せんか爲めに召集せらるゝ諸集合躰は常に存在するを以て平生成立せざる議會を召集するために費す時日、勞力、費用を節するを得べし。且此等立法事業に熟達せる集合躰は組織的法律、根本的法律、即ち憲法の如きものか何れの時、何れの點に於て變更せられ若くは補充せらるべきものなるやを最も善く了知するものと推測するを得べし。而して此第一の利益は疑ひも無く吾人の制度に於ける慣例を決定したるものにして、我合衆國の憲法變更は總て此機關の形式の下にある主權に依りて成就せられたるものとす。

第三に此の問題に關する憲法の條文を討究すれば聯邦議會は就れの批准方法を實行すべきやを決定し得るの權を有することを知る得べし。故に聯邦議會は共和諸州内に住する人民會議と其自身を結合することを得べく、或は又共和諸州の立法部と國民會議とを合同するを得べし。而して此二者は既に論述したる第一形式に比すれば何れも一層便宜なる機關の形式なるを知るべきなり。然りと雖も共和諸州の立法部と國民會議とを結合するは吾人の制度中最も肝要なる題目の上に混雜を及ぼすを免れず。反之共和諸州内に於ける人民會議と聯邦議會との結合は誤解の憂一層少く而かも同時に甚た便宜なる機關の形式を吾人に與ふるものなり。

然るに余が既に説示せし如く聯邦議會は未だ會て斯る結合を形作りたることなく、且つ從來實行の方法を見るに聯邦議會は其手續に關し未だ會て完全なる規定を爲したることなきなり。左れば吾人今此問題を明かにせんと欲せば、須らく先の左の諸問題を決定せざるへからず。即ち憲法修正の提議は大統領の不裁可權に従ふべきものなるや、此修正を共和諸州の立法部の議事に附するには如何なる

方法に由るものなるや、共和諸州の立法部の兩院は連合會を開くものなるや、聯邦議會の提出せる議案に對する各州立法部の決議は各州行政部の通常不裁可權に従ふべき者なるや、聯邦議會の提出せる修正案を諸州立法部が討議するは何れの時期を以てすべきものなるや、如何にして各州立法部の行爲を聯邦議會に通報すべきや、各州立法部は聯邦議會に同案を廻送する前若くは廻送したる後に於て其決議を再議することを得るや、協賛を経たる議案は何れの時より憲法の一部として効力を有するものと認むべきやの問題是れなり。此問題に關し吾人が聯邦議會より知る一切の事項は議案の批准に關する決議の法文に包含せらるゝものとす。其文に曰く「亞米利加合衆國憲法に對する修正案として本條を諸州の立法部に提出すると、又此修正案にして諸州立法部の四分の三に依りて批准せられたるときは憲法の一部として有効なるを聯邦議會に集會せる亞米利加合衆國の元老院と代議院との兩院の三分の二の一致を以て決議す」と。又其頒布に關する規定をなして曰く「合衆國憲法に對して提出せられたる修正案にして憲法の規定に據り採用せられたりとの公報國務省に達する時は國務大臣は直ちに該修正を採

用したる共和諸州を特記し、且該修正か合衆國憲法の一部として確然有効となりたる旨を特記せる證明を添へ豫て法律公布の特許を有する新聞紙上に該修正を公けにすべきものなり」と。上記規定中の前者を審査するに於ては聯邦議會は修正案を起草するに當り大統領の裁可權の支配を受けず全く自由なるものたる事を了解すべし。斯る性質の決議は大統領に依りて認許せられたるものとして條例中には記載しあらず、止だ代議院の議長及元老院議長によりて署名せられ代議院の書記官と元老院の書記官とに依りて保證せらるゝを見るのみ。然りと雖も合衆國憲法の宣言する所に依れば左の如し「各命令決議若くは投票にして元老院と代議院の一致を要する者は悉く延會問題を除くの外大統領の不裁可權に服従すべきものとす」と。因是觀之此場合に於ては法律と實際の間に矛盾あるに似たり。然るに説を爲す者あり曰く此疑問は決して實際の結果を生ずる者にあらず、何となれば最初原案を通過するに必要な所謂三分の二の多數は大統領の不裁可權を無効たらしむるを得ればなりと。余の考ふる所に依れば是れ皮相の見たるを免れず。夫れ我大統領は聯邦議會の議決が設令如何なる大多數に依りて通

過せられたるにもせよ能く之れを否認するを得るものなり。而して此否認の場合には其決議は再議に附せらるべく又再び投票に附せらるべし。其場合に於て大統領の反対は或は原案を打破し若くは原案に変更を生ずるに足る投票上の變化を來すこと取て之れなきにあらざるなり。

且夫れ一の修正案若くは修正諸案は各州人民の會議に下附せらるべきものなるや若くは又各州の立法部に下附せらるべきものなるやの疑問を決する事及一の修正案若くは修正諸案を憲法と成す事の二事を結合して大統領の不裁可權を避くるは聯邦議會の慣例なり。孰れの集合體に修正案の下附を爲すべきやを決する所の疑問は議案の内包に關する疑問とは自ら別問題なり。孰れの集合體に議案を下附すべきやの問題は聯邦議會に依りて最後に決定せらるる疑問にして議案の内包に關する問題の如く批准の有無に依て効力を決する者にあらず。蓋し議案の内包は獨り聯邦議會に依りて確定せらる可き者なりとするも其議案を下附するの行爲は法律の形式に依る可き者なり換言すれば大統領の不裁可權に屬すべき者なりとの説は得て主張し難きに非ず。若し此事にして然からずとせば、

余は此疑問を決定するに當り聯邦議會の兩院に於て單純なる多數よりは一層多くの多數を要せずと信ず何となれば我憲法は單に聯邦議會が二箇の批准方法中孰れに依るべきやを決定するの權あるを規定するに止まり其之れを行ふに當り如何なる多數を必要とするやを規定せされはなり。而して此肝要なる問題に關する憲法の字句は明瞭ならず而かも聯邦議會の慣例は憲法に矛盾するか如き外形を多少有するに似たり。唯た幸に法廷の判決は聯邦議會に依りて執行されたる手續は憲法と全然合致するものなりと宣告せるを見る。

議案下附の後には該議案をして憲法の有効なる一部と爲すに足る可き充分なる批准の數が合衆國々務大臣の手許に集まる迄聯邦議會は百事を共和諸州の立法部に放任す。然るに此の手續中實際に於て感せられたる一疑問あり之れか解釋も冥々の内に指示せられたるを見る。即ち或州は其の一旦爲せる批准拒絶を再考し得べきも一度ひ投票に依りて決定せる批准は撤回する能はざるなりそは其議案を憲法の一部と成すに足るべき多數に依り批准したる後の公布以前に於ても又批准をなすに足るべき充分の數に未だ達せざる以前に在りても共に然りと

す。此事は單に指示せられたる迄にて未だ確定に至らざるものなれども余は之を以て本問題に關する唯一の確實なる見解なりと信す。又諸州より發する批准の通告一度び合衆國國務大臣の掌裡に入るときは該州は爾後該問題に關する一切の權力を失ふものとす。茲に又先例中に包含せらるゝ一の論點あり、則ち各州は孰れも聯邦議會の提出せる議案に變更を加ふるを得ず、又條件附帶の批准を爲すを得ざることをこれなり。諸州が聯邦議會の提出せる議案に變更を加ふるは則ち合衆國の憲法が斯の同題に關し諸州の立法部に賦與したる諸權力の範圍外に屬するものなり。合衆國憲法は此等諸州の立法部に賦與するに單に批准權を以てしたるに過ぎずして起草權を與ふるものにあらざるなり。然りと雖も各州の立法部が其批准に條件を附する能はずと云ふは、起草權を有する者に非すと云ふか如く爾かく判然たるものにあらず。例へば或州の立法部にして批准を爲すに當り之に期日を附し諸州の四分の三の立法部にして其期日以前若くは其期日に同一議案に對し批准を爲すに非されば其批准は無効なりと決定したりとせんか、果して是れ諸州立法部が有する權力内のものとして有効なる能はざるや否や未

た遽かに断定す可らず。蓋し合衆國家の憲法は何日以内に必らず批准を爲すべしと規定せさればなり。聯邦議會も亦此事を規定するをなし。只夫れ廻附の議案を殆んど廢滅に至らしむるまで久しき時日の間不確定に置くは到底學理上の非難を免るべきにあらず。然れども政治學の原理に照し此問題の正解を求むるに諸州立法部は其批准に何等の條件をも附する能はずと云ふを至當とす。又た合衆國の憲法に關し健全なる釋義を下す場合にも亦た必らず之と同様の結果を得べきは余の信して疑はざる所なり。元來諸州立法部が此批准問題に關して有する唯一の權力は合衆國憲法を以て明白に與へられたる認許より發生し來る者なり。而して我憲法上の認許は單に批准のみを云ふものなれば自然の結論は須らく左の如くならざる可らず。即ち原案の形式を變更するの批准を爲すを得るものとせば其は其批准を爲すに先立ち豫しめ聯邦議會より認許を得たる者ならざる可らず何となれば批准を爲すに當り之れに或條件を附するか如きは固と起草權の運用にして、我合衆國の憲法は斯の問題に關する全牒の起草權を獨り聯邦議會に賦與するを以てなり。



余は、ジャスチス・ストーリー (Mr. Justice Story) 及び其他の註釋家が下したる合衆國憲法第五條の解釋に同感を表する能はざるなり。抑も吾人の自然の事情と關係とは常に中央政府諸權力の漸次に伸張するを要しつゝあるに、内亂の結果としての外は本條に規定の修正法に依り一步たも此方向に進みたることなし、思ふてこゝに至れば余は我憲法上の主權機關は其の創造の目的を誤りたりと斷定せざるを得ざるなり。余は未だ世界に於ける戰爭か既に爲したりたりと信する者にあらず。世界の文明なる者多くは尙ほ其の外形破壊的の勢力即ち戰爭に依りて博取し得らるへきものなるを信するものなり。去りなから余は左の斷言を爲して憚らず、他なし若し一國家にして其自身の政治に關する内部の疑問を解釋するに戰爭に依頼するの必要ありとせば、這は即ち憲法上に於ける其組織法の不完全なる明證なり又一國家にして政治上の疑問に關し眞に其自身の意向を表彰せん爲に時に應じて其憲法を變更若くは修正する能はず、自ら起つて憲法の羈絆を破壊し若くは之か爲め空しく滅亡に歸するまで其羈絆の下に煩悶せざるへからずとせば、是れ亦憲法上に於ける國家の組織法が不完全にして誤謬あるの確證なりとす。

余の考ふる所に依れば、缺典は全く憲法の變更を爲すに餘り多くの人數を要するの點に在り。去る一千八百八十年の人口調に依れば、憲法改正を希望する四千萬百萬人に對し三百萬人に滿たざる少數を以て之を阻碍するを得たるものなり、其の論旨とする所は民主政治の國家に於ては、動輒改革の繁に堪へざらんとす、故に之れを整理せざるへからず、即國家の機關法は忍耐、實驗、熟慮の上充分變更の必要を證明したる後に於て始めて變更を加ふべきものなり、機關法の不變に過ぐるは寧ろ變更に過ぐるよりは可なりと云ふに在りとす。此の論旨は吾人其理あるを認む、併ながら他の一方に於て發達進歩は存立と等しく國家生存の一法則なることを忘る可からず。若し前者即ち發達を抑制せんか後者即ち存立は取りも直さず精神の離脱せる死躰と異なるなし。若し民主政治の社會に於て、其機關法の修正を爲すに當り久しく熟考し且能く成熟せる國民大多數の意向が常に少數の抗拒に依り制せらるゝ時に在りては、彼の單純なる多數が主權と認めらるゝ所に生ずる無謀無策の危険と等しく、此場合に於て革命及暴力より生ずる危険は國家に取りて一樣に危険なりとす。要するに過激の變更に備ふる防禦は、純正の主權者を廢

棄するの甚しきに至らざるを要す。

吾人を以て見れば一方に於て民主政治の國家に於ける權力の實際的源泉に抵抗することなく而かも一方に於て深慮熟考精察を保し得る他の一法ありと信ず此の方法たる我現行の法に比すれば一層良好にして而かも又一層自然の方なり他なし複行投票 レベティンメン、オラ、フキート Repetition of vote) 則ち是れなり。例へば聯邦議會が修正案を議するに當り連合會議に於て先づ單純なる多數に依りて採決するとせよ、而る後次期議會の代議員選舉の前に當り豫しめ選舉人に其修正案を示して注意を促すとせよ次期の聯邦議會は連合會議に於て單純の多數に依り其修正案を再び通過したりとせよ、而して其修正案は批准を得るが爲め此事に關して連合會を開らざ且つ單純なる多數投票に依りて議決を舉行する諸州の上下兩院に交付されたりとせよ、而して更らに諸州立法部の投票は大統領選舉の投票と計算上同一の價値を有するとなし、且此修正案を批准するに諸州總投票の絶對的多數を必要且つ充分なりとせよ、斯る場合に於て是れ何故に主權者の機關にあらざる、何故に憲法上に於ける國家の機關にあらざる斯かる機關は實に吾が民主政治的社會の事情と吾が

聯邦政体とに最も能く適合する者にあらざや。斯る機關は深慮熟考精察を決議の上に保し得べき者にあらすや、斯る機關は我國家及社會の自然の事狀と關係とが憲法の變更を要する場合に於て直ちに其變更を許す所の者にあらすや、又斯る機關は實際上便宜なる國家機關を吾人に供すると同時に、其範圍并に權力に於て政府機關と混合の恐なき明白なる國家機關を吾人に與ふるものにあらすや。勿論適法に斯る國家機關を憲法内に得るには修正に關する憲法上の規定を修正するを要す。而して此修正たる憲法上に通常修正を加ふる場合と同一の方法により合法的に之を行ふとを得べし、何となれば憲法中の何れの部分も斯る方法に依り修正を施す能はざる者無ければなり、但し元老院の代表上に於ける共和諸州の平等に關しては則ち例外とす。此場合に臨み攻究すべき唯一の問題は此例外は之を新修正法にも適用せざる可らざるやといふに在り、余を以て見れば憲法上の文面と憲法制定者の意思は此新法律にして各州の立法部に依り批准せらるゝにあらざるよりは之を適用するを至當とするか如し。若し然からずとせば諸州は承諾なしに元老院に於ける平等の代表權を間接に剝奪せらるへければなり、然

るに現行法に依れば共和各州は決して其代表權を剝奪せらるべきものにあらざるなり。之に反し政治學上より立論すれば余は或る一州の立法部が主權者の意思に抗抵するを得る此適法の權力を不自然にして而かも誤れるものと看做すものなり。斯る權力は憲法外の諸權力を誘導して革命的組織を爲し其實力に依りて該疑問を解釋せしむるの危険あり此の如きは則ち法律證據の解釋を蔑視するの最も甚しきものなり。孰近我か公法學者及法律家の間には憲法の解釋をなすに當りては其制定者の意思に依り嚴密に束縛せらるべきの限りにあらず、特に我國家全躰の構造は内亂の爲め大に變化を受たればなりといふの意見漸く行はれ、今日専ら觀察を要するは制定者の意思にあらずして寧ろ現在の事狀關係及必用如何に在りて、苟くも憲法上の字句の許す限りは此三者は則ち其解釋を決定す可きものなりとするの論者漸く多きを見る。斯る觀察點より論下すれば政治學上并に法理學上の道理は除外例に關係なく現行修正の方法に基き新修正法を確定するを正當とす。總じて公法上の大問題に關しては吾人は佛人ミラボーの至言に倣ひ預末なる道義に拘泥し重大なる道義を遺忘せざらんことを要す。

### 第三章 獨逸憲法上に於ける國家の機關

獨逸帝國憲法七十八條に曰く「憲法の變更は立法に依りて行はるべきものなり。故に聯邦參議院又聯邦議會と譯すに於て十四の反對者あるに於ては修正案は破棄せられたるものなり、聯邦中の一邦に對し特權を保證する所の帝國憲法の條規は其特權を賦與せられたる邦の承諾を経て始めて變更せらるべきものなり」と。吾人は本條を講論するに先ち本文の語句を充分に説明せざるべからず。

第一憲法變更は立法上の普通手段に従ふべきものなりとの規定は如何なる意義を有するものなりや。勿論此質問に對する答案中の第一の原素は取りも直さず帝國政府の立法部は憲法を制定するものなりと言ふに在り、即ち憲法を制定する所の集合體と通常法律を制定する所の集合體との間に人若くは機關に關する區別は存立せずと云ふにあり。次に此の質問に對する答案の第二の原素は立法の通常手續は如何なるものなるやを説明するに在り。獨逸帝國の立法部は聯邦參議院(英語 *Federal Council* 獨逸語 *Bundesrat* にして又聯邦議會と譯す)と代議院(英語 *Diet* 獨逸語 *Reichstag* にして又國會と譯す)との兩院より成立す。然り而して

第二編 比較憲法論 第一章 憲法上に於ける國家の機關 第三章 獨逸憲法上に於ける國家の機關 二一七

議案起草權は兩院共に之を有するものなり。此議案は定員の出席あるに當り單純なる多數者の投票を得て兩院を通過するときは直ちに法律となるものなり。代議院に於ける出席定員は議員總數の過半数なり。參議院に於ける定員は合法的に招集せられたる其集會に出席せる現員より成立するものとす。而して帝國大宰相若くは其代理者は此等出席員中に加はるべきものなり。帝國憲法は通常の立法手續を経て法律と成り得る所の議案に對して皇帝の裁可を要せざるものとす。故に憲法上の修正は皇帝の不裁可權に屬するものにあらざ、如何となれば此等の修正案たる憲法の規定に依りて通常の立法手續に従ふものなればなり。

(第二)然りと雖も立法に關する一般の規定にして之を憲法變更に應用せんとする時は、二箇の制限あり、一は一般制限にして他は特別制限なり。先づ第一の一般制限に關し一言せん、則ち憲法を修正するには參議院に於て非常の多數を要すること之れなり。則ち修正案を通過せしむるには參議院に於ける反對者の十四票以下なるを要す、換言すれば十四票以上の反對あるに於ては修正案は否決せらるゝものとす。參議院は獨逸帝國二十五邦の各行政部に依りて選出せられたる議員

より組成せらるゝ者にして議員の總數五十八名を以て數ふへく、從て其投票の數は五十八票なりとす。其の代表の割合はプロシヤ十七票、バイリヤ六票、サクソニ及ウルテンベルヒ各四票、バーデン及ヘッセ各三票、ブランズウィック及びメクレンベルヒ、シュウエーリン各二票、其他の各邦は各一票を有す。各邦の議員は各自の行政部より來る訓令に従ひ連帶に投票すべきものとす。之に反して代議院は公民權を有する年齢廿五歳以上の獨逸國民の男子に依り普通選舉を以て選出せられたる議員より組成するものにして其代表の割合は人口の多少に由る者なり。然り而して代議院の議員たる者は各々全帝國を代表するものにして其投票を爲すに方りても他人の指導を待つべきものにあらざ。其議員の四分の三強は普魯西より選出せらる。憲法に變更を加ふるは代議院に於ける出席定員の單純多數を以て之を決するものとす。

此等兩集合躰に於ける代表に關し審査するときは直ちに左の事實を發見するを得へし。即ち普魯西王若くは代議院に於ける普國議員は憲法變更を欲せざる時は容易に之れを制止するを得ると共に二者共に彼等のみにては憲法上の變更を

完成するを得ざるなり。又ババリヤ、ウルテンベルヒ及サクソニー等の諸王は同じく憲法變更を全く制止するを得べしと雖も普王の同意なきときは此等諸國王と代議院の全會一致あるも未だ以て普王の上に憲法變更を強行すること能はざるものなり。最後に左の如き事實を發見するを得べし、則ち憲法に變更を加ふるには少くとも最も廣大なる聯邦十二箇の行政部か代議院の多數と一致せざるべからざること是れなり。

憲法上の變更をなすに方り立法の通常方法に附せられたる第二の制限は特別制限にして左の如し。乃ち帝國と各邦との關係上に於て各邦に對して特權を保證したる所の憲法上の規定は此特權を有する各邦の承諾を経るにあらざれば變更するを得ずと言ふに在り。

一般の規定に對する制限と例外とは勿論之を嚴格に解釋せざるべからず。故に憲法修正の一般手續に對する此例外は、苟くも其事にして憲法上明白に保證せらるゝにあらざれば、苟くも其事にして或一邦の帝國に對する關係を變更するにあらざれば之を適用するを得ず。例へば帝國憲法に依り各邦より奪取するを得ざ

る權利なりと雖も該憲法に依りて明白に各邦に對して擔保せられざる地方自治の權利と權力の如きは憲法修正に關する一般の法則に對し此例外に依りて保證せらるべきにあらざるなり。

抑も各邦の有する特權にして帝國憲法に依りて保證せられたる者其數甚多し。或は特別なる邦に賦與せる特別權力の形式を具するものあり、或は又帝國政府の一般權力より特別なる邦に許容せる特許の形式を具するものあり。彼の普魯西國の權利たる聯邦の盟主權、バウヤの有する議院外交常置員會の議長權及議院軍務常置員會に於ける常席權、外交事務及軍務常置員會に於けるウルテンベルヒの常席權及外交常置員會に於けるサクソニーの常席權等首として此特別權力の部類に屬する者とす。此等の諸權利は特別の邦に對し憲法上の明文に依りて擔保せられたる者にして、一邦の聯法全体に對する關係に於ける明白の特權なりとす。此等の特權たる之を賦與せられたる邦の承諾に依りてのみ左右せらるべき權利の種類中に入るべきものなるは諸註釋家の間に異論あるを見ず。然れども此等の註釋家は更らに一步を進めて帝國憲法に依り擔保せられざる權力をも

亦此部類に算入するを見る。則ち北獨逸聯邦とプロシヤとの間に締結せられたる國際條約に依りて擔保せられたる權力の如き是なり。此條約に依りてプロシヤに對して擔保せられたる諸權力は左の如し。普魯西カ參議院の議長職を行ふこと能はざる場合に於てはプロシヤ之に代り其權利を有すへし又プロシヤの全權公使が公使の資格を以て派遣せられ得る外國の朝廷に於て帝國の全權公使事故の爲め獨逸帝國を代表する能はざる場合に於ては之れに代りて其權利を掌握すへし。是等の規定は一千八百七十一年四月十六日を以て帝國立法部の可決したる法律中に記載しある者にして、獨逸皇帝に與ふるに、此の修正憲法を執行する旨を公布するの權を以てし、且つ條約上の規定は新憲法に依りて變更せられざる旨を其法律を以て公布したるものとす。換言すれば此等の規定は北獨逸聯邦とプロシヤとの代りに帝國とプロシヤとの間に於ける國際條約として其の本質を維持すへきものと布告せらるゝものにして、プロシヤの承諾を経るに非らざれば所謂通常の憲法修正法に依りて變更するを得ざるものとす。勿論獨逸の法律學者政治家及び公法學者は皆之を法律と看做すものなり、併ながら是れ實に不當な

る政治學と謂はざるを得ず。蓋し憲法上に於て明白に且つ特別に除外されたる臣民に對しては一國の主權者は主權者に非らずと承認するは頗る不當の論なればなり。然るに吾人又更に一步を進めんか則ち途方に迷はざるを得ず。憲法註釋者の中或は尙ほ數歩を進めて憲法の一般原則より或邦の爲めに特權を製造し、斯る特權を以て其邦の承諾を経るにあらざれば變更するを能はざる權利の部類中に列する者あり。例へば或論者は參議院に於ける現在の投票配分は此部類に屬する者なりと主張するが如し。又斯る意見を普通に抱持せざる論者と雖も四票此數たる他の邦に適用せられたる所の同一主義にしてプロシヤに適用せられたりしならんには恐くはプロシヤの有したりし者なるへし<sup>II</sup>の代りに六票を投ずるを得るプロシヤの權利を以て此部類中に加ふる者あり。ラバント氏は更らに數歩を進めて權利義務の上に於ける各邦の法律上の平等は則ち各邦の權利として要求せらるべきものにして、此權利たる其邦の承諾を経るに非らざれば強ひて變更するを得ざるものなりと論せり。此説たる政治學上の論據よりは到底辯護し能はざるのみならず、帝國憲法の上より論するも亦辯護する能はずと信

帝國憲法は唯た或特別なる邦に對し其特權を擔保する憲法上の規定は、此特別變更方法に遵據すべきものなりと公言するに止まるのみ。故に其他の事は悉く此部類より除外せらるゝものとす。若し吾人にして獨逸帝國の主權に對する此例外の嚴格なる解釋を舍つる時は、則ち確固たる論據を失ふものなり。要するに此例外を徒らに寛大に解釋するに於ては國家全體の機關は實在的の者にあらざりして前後撞着左支右吾の空説と化し去るに至るべきなり。蓋し徒らに憲法に對して牽強附會の解釋を下たし之をして蜂巢の如きに至らしむるは學問上若くは獨逸帝國の事情の必要上已むを得ざるに出づるものに非ずして、事を論ずるの餘り微細に失するの弊より來るものに外ならざるなり。

憲法に依り特殊の邦に對して保證せられたる特權の他の種類は特別の邦をして帝國政府の一般權力の司配を免れしむる則ち是れなり。此等の特權は第一類の特權に比すれば其數遙かに多しとなす。

就中パリヤは尤も多くの特權を賦與せらる。憲法の規定する所に依ればパリヤは左の事項に關し帝國政府の立法及監督を免るゝものなり、第一住居及移住

に關する法律、第二内國釀造の飲料及麥酒の課税、第三鐵道制度、但たし帝國の防禦上齊一を要すものは格別なりとす。第四内地郵便電信制度の規定及び境域を接せる外國との間に於ける郵便電信の交通、第五軍制、但し獨逸帝國に於て二國の合同を規定せるパリヤと北獨逸聯邦間の條約に依り軍制上帝國の監督を認容せる場合は例外なりとす。

然るに世の註譯者流は憲法中に明白に記載せられたる特免に加ふるに前掲條約中に包含する特免を以てする者あり、即ち婚姻上の關係に就ての管理及不動産の保險に關する管理是なり。更に又ラバント氏は度量衡の標準を一定する事及帝國立法に依りて創設せられたる銀行紙幣發行の事に關する特免を之に算入せり。然れども是れ牽強附會の感なき能はず。既に陳べし如く余は北獨逸聯邦と南部諸州との間に締結したる合同條約以外には此種の特免を見る能はざる者と信ず、且つ此等條約を悉く然りと云ふに非ず、唯條約中の或規定にして帝國の修正憲法を有効なりと布告したる法律中に尙有効として記載せられたる部分而已に限るものなりとす。蓋し論者の説は疑もなく混雜をして一層酷たしきに至らしむる

のみ。要するに以上余の指定せる特免以外に尙多くの特免ありと主張するか如きは科學上に在りても法律上に在りても共に論據なきものとす。ババリアに次て特免の範圍の廣き者はウルテンベルヒとなり。帝國憲法の規定する所に依ればウルテンベルヒが帝國政府の立法と監督とを免るゝ事項は第一内國釀造の飲料及麥酒の課税に關し、第二は内地の郵便電信制度の規定並に接近外國人との間に於ける郵便電信の交通に關し、第三軍制上の規定に關す、但し第三は例外ありてウルテンベルヒと北部獨逸聯邦との間に締結せられたる一千八百七十年十一月二十一日乃至二十五日の條約に依り、帝國の監督の認許せらるゝ場合は格別なりとす。又世の註譯者流は此第三箇の特免の外此條約中に尙ほ一の特免ありとなせり、他なし、其境内の鐵道に對し一定の運賃税を賦課す可きウルテンベルヒの特許即ち是なり。而して此條約は獨逸皇帝に與ふるに修正憲法を効力あるものと告示する權を以てせる法律中に記載しあるものにて、該特許は此憲法に依り變更を受けずと布告せらるゝものなり。最後にバーデンは憲法に依り内國釀造の飲料及び麥酒の課税に關して帝國政府

の立法と監督とを受けざる特許を有す。

ヘーデル(Hadel)及びボンネ(Bonne)等の註釋者は一千八百二十八年の普魯西の稅率に於て帝國一般に課せらるゝ通行税(Chaussee-toll)を保持すべき帝國政府の權力と義務とを免るゝはオルデンブルヒの特權なりと云へり。蓋し彼等は帝國政府の有する此義務と此義務の實行より特免せられたるオルデンブルヒの特權とは彼一千八百六十七年六月八日の關稅聯合條約第二十二條の規定に徴して之れを云ふならん。帝國憲法第四十條に據れば一千八百六十七年六月八日關稅同盟條約の規定は特別の必要より法律若くは憲法の修正に依り變更を加へられざる限りは其効力を有するものとす。故に若し此條約にして或邦に對し特許を擔保するものなりとせば取りも直さず彼等の論議する所は其條約は單に其例外の形式に於ける憲法修正の方法に依りてのみ廢止せられ得るものなりと云ふに過ぎず、換言すれば斯く特權を賦與せられたる邦の承諾に依りてのみ廢止せらるべきものなりと主張するに外ならざるなり。

茲に又他の二箇の論點あり、此等は余が此の紛雜なる問題を終るの前に必ず説明



せざる可らざる所とす。第一は特權を賦與せられたる邦が其特に擔保せられたる權利の變更に關し承諾若くは不承諾を發表せんとする機關に關するものはなり。余は思へらく參議院に於ける代表者こそ之に最も適當なる憲法機關にして各聯邦は此點に於て此代表者の行爲に依て羈束せらるものなりと是れ單り余の私見に非ず今日普通の見解は實に此の如しとなす。而して若し此代表者にして其選出したる行政部の訓令に反するの行動を爲すか若くは或邦の立法部にして其行政部の訓令を承認せざるあらんか之か爲めに起る所の疑問は其特殊なる邦の内事とせざるべからず。帝國政府は其特別なる邦の内部に起りたる是等の事項に關し敢て究問の勞を採るを要せず止た參議院に於ける代表者の言行を以て終局的のものとなし又動かすべからざるものとなして取扱ふべきなり。

第二の論點は憲法上の特權の變更に對し特權を有する邦の承諾は未だ以て其變更を否認する十四箇の投票權を廢棄する能はずと云ふに在り。則ち此特權を有する邦が變更を贊すると同時に之を否とする參議院の投票も十四票以下ならざるべからず。

以上獨逸憲法上に於ける國家機關に關する余の評論は三箇の觀察に基因す。第一は憲法上に於ける國家機關と憲法外に於ける實力との間に合致の缺如是なり。第二は憲法上に於ける此國家機關は全然主權にあらすと云ふの事實是なり。第三は政府と國家機關とを混同することはなり。

第一 吾人か既に觀察せし如く憲法以外の實力なる者は取りも直さず普魯西機關の教導の下に立つ獨逸人民是れなり。普魯西軍の權力は實に獨逸帝國を建立したりき。此一大事業を建設するに當りては種々の法律的形式を用ゐたりと雖も吾人は之か爲めに實力の在りし所又た現に在る所に眩惑せざるを要す。獨逸人は曰く (Preussen ist Deutschland im werden begriffen) と。而して *Prussia is Germany in the making* と云ふべし。去れば獨逸人全般及普魯西機關が憲法修正を行はんとするに對し之を制止する憲法上の主權機關は孰れも多少人工的なるを免れず。則ち是れ獨逸國家自然の發達を抑遏するものなり。是れ法律をして事實の反對に立たしむるものなり。而して其結果たる遂には停滯の時期を來たし此の停滯の時

期は常に暴力的變革の時期と相伴ふを例とす。

獨逸全國民の代表者の多數若くは普魯西の行政部に憲法修正を制止するの權力と與ふる憲法上の規定は事實を法律に化成したるものなるや明かなり。然れども這は單に此肝要なる疑問の一面たるに過ぎず、單に制止の權ありと云ふは未だ以て主權と爲すを得ず。主權者は實に此制止力に超越するの權を有せざるべからざる者なればなり。故に吾人にして憲法上に於ける主權機關に従へば獨逸全國民及び普魯西、バイリヤ、サクソン、ウルテンベルク、バイデン、ヘッセ、ブランズウキック、メクレンブルク、シユウエリン、ルーベック、ブレメン、ハムブルク等の諸行政部を合すと雖も、苟くもワルデック、ロイス、リッペン等十四の小諸邦にして之に反對を爲す場合に於ては一點たりとも憲法を合法的に改正する能はずと一考するときは、吾人は此問題の此方面に就ては憲法上に於ける主權機關は憲法以外の實狀を去ること酷た遠きことを覺悟せずんばあらざるなり。

第二 獨逸全体に係る數多の問題に關し一邦の君主が法律上憲法の發達を制止するの規定は取りも直さず臣民の意思を主權者の意思の上に置き爲めに主權者

を廢却せしむるものにして苟くも喪神者にあらざるよりは單にかゝる國家組織の不完全を認むるのみならず又積極的誤認の存するを認むべきなり。而して此誤認の由て來る所以を知るには決して多くの學理的思想を要せず。則ち誤認の原因は全く聯邦主義に在りて存するなり。余は元來政治學上に所謂聯邦國の如き者あるを認めず、斯る政治上の形容詞は單に政府に對して適用すべき者にして法律上に聯邦國なる者を製造せんとするは畢竟國家と政府とを混同するの過に坐するなり。斯る政治上の現象は國家の歴史中國家の膨脹に依り主權機關が新法律の形式に於て直接に變化を顯はさず、所謂自然的变化を受くるの時に之を見るを常とす。然れども斯る變化は凡庸なる立法者の眼には容易に入る者にあらず、此等立法者は單に其の片塊を認め得るに過ぎず、從て之を法律の形体と爲すも同じく其片塊は過ぎず、而して其の全軀に至ては茫として之を捕捉するは由なきなり。

獨逸憲法上の國家機關に關する第三の難點は國家と政府機關との混同なり。夫れ帝國の主權者は通常の立法機關に依り立法の普通形式に従ふて活動する者な

り。而して此主權者の行爲と通常の立法行爲との差別はたゞ前者を有効とするには參議院に於ける特別の多數を必要とするに在り。故に帝國立法部の各院に於ける總ての議案に就て第一に思考すべきは其議案たる果して通常法律の議案なるや若くは憲法修正の議案なるや若し憲法修正の議案なりとせば或邦の特に保證せられたる權利に關するや否やの點に在りとす。然るに此等の疑問は何人の裁決すべき者なるやに關しては憲法に明白なる規定を設けざるなり。去れば若し憲法上此事に關し規定ありとせば其は必ず含蓄的の規定ならずばならず。或る註釋家の主張する所に曰く這是議案通過に先きたち決定すべき憲法の解釋問題にして帝國憲法は暗に立法部に與ふるに此の裁決權を以てせり其理他なし立法部は總ての法案を通過せんとするには毎に此權力を運用せざるを得ず而して此裁決權を運用するには普通の立法手段に據らざるへからず則ち參議院と代議院に於て單純多數の投票に依りて之を運用すべき者なりと。果して然りとせば參議院に於ける十四票以上の投票に依り憲法變更の發案を否認すべき普魯西國王の最も肝要なる權力を如何にせんとする乎。若し參議院に於ける單純多數

と代議院に於ける單純多數を以て憲法變更の法案を單に通常法律に關する一法案なりと裁決するを得とせば其の實憲法を變更するの發案も唯た兩院の多數が之れを通常法律の一法案なりと議決せば實際憲法の變更を爲すを得べく普魯西國王の否認權は有名無實の空權と化し去り普魯西政府は是れに至つて無力のものとなるに至らん。加之或邦の有する憲法上の特權及び此特權を有する邦は其承諾なしに其特權を變更せられざるへしとの要件は兩院の此先決的解釋權に依り何等の効力無きものと爲るべし。

是に於て他の註釋家は皇帝の法律公布權中に左の如き權力ありと主張するに至れり即ち皇帝が法律の内包を調査して法律の性質を斷定し若し皇帝の意見に於て此等の法律は憲法に規定せる方法と憲法に規定せる立法定數を以て通過せられたる者にあらすと認むるときは此等の法律を布告せずして其儘手許に留保するの權力是れなり。然れども這は實に恐るべき權力を皇帝の掌中に置かんとするものなり。若し皇帝にして斯かる權力を有するものとせば其の嫌惡するすべての發案を普魯西の投票に依り參議院に於て之れを否認せしめん爲め悉く憲法

上の修正なりと布告するに至らん。加之皇帝にして斯る權力を有すとせば帝國立法部か其解釋權を濫用し普魯西以外の邦か有する諸權利を奪はんとする行爲あるに際しても皇帝の此權力を合法的に他の邦を保護せざるへし。要するに皇帝の此權力は單に普魯西のみを保護するに過ぎざらん。勿論説を爲す者あらん一方に於て參議院と代議院との單純多數あり一方に於て皇帝ある以上は上陳の如き結果を生ずるまでに解釋權の濫用を酷たしからしむるに至らざるへしと。或は然らん然れども吾人が今こゝに論ずる所は法律の上において人間の性質に關せざるなり則ち稀に有り得るの事物を云ふに非ずして常に有り得るの事物に就て云ふ者なり。

以上國家機關と政府とを殆んど混同する密接の關係は憲法と普通法律の區別を不明瞭ならしめたり。例へば憲法を修正して立法部に其權利を生じたる後始りて之に依りて可決するを得へかりし法律案も憲法修正に必要な多數者に依り可決せられたるものたるに於ては現行憲法に斯る形式上の修正を施さるも其儘有効と思惟せられたることあり。此の場合に於て此の法律は果して憲法の一

部なるや。先例に依りて主張する者は曰く是れ形式上の論に非ずして事實の上の議論なり故に其の事實を視て後日尋常法律の一部として之を變更するを得るものなりと。然れども是れ全く學理に適合せず且つ混亂の最も甚しき者となす。憲法修正の問題たる斯る修正に依りて認許せらるゝ法律の通過とは別々に又其通過に先立ちて之を決定せざるべからず。而して憲法の制定力なる國家機關と政府と截然區別あるに於ては斯る混雜の根原は決して存在せざるべきなり。勿論獨逸國家は其憲法内に於て自から改造するを得べし。然れども是れ唯た現今の組織の爲めに憲法上に規定せられたる手續きを履むてのみ適法に改造し得べきのみ。故に獨逸國家が事實上改造し得る範圍は其實外見の如くなるものにあらず。且つ夫れ憲法以外に於ける實際的權力設令組織されざるもの再顯は憲法の根本上の主義の發達よりも一層速かなるに似たり。果して然りとせば憲法上に於ける國家機關は其當初の目的を誤りたるものと謂はざる可らざるべし。

#### 第四章 佛蘭西憲法上に於ける國家の機關

一千八百七十五年の二月に制定したる佛蘭西憲法の第八條の規定に曰く兩議院

は其院の動議若くは佛蘭西共和國大統領の動議に基き憲法の修正を行ふべきや否やを各自に而かも各院共に絶對的多數に依りて決定す可き權力を有するものとす。兩議院各々肯定的に此決議を通過したる後に於て、兩院は其合同會なる國民議會を開きて修正を行ふ可きものとす。修正案にして國民議會を組成する議員の絶對的多數の投票を得たるときは憲法中の有効なる一部たる可しとす。此の規定たる甚だ明晰にして簡單なるものなり。故に二三の説明を爲せば足るべく必ずしも多言の批評を要せざるなり。

第一兩院の組織に關し吾人は左の如く言ふを得へし則ち兩院共に普通選舉より成り、一院は直接選舉に依りて選出せられ、他の一院は間接選舉に依りて選出せらるるものなり。左れば憲法の修正を起案議決し得る兩院の權力は純粹に而かも簡單なる平民的主權なりとす。

第二兩院各別に活動するに當り、兩院に於ける手續きに關し吾人は左の如く言ふを得べし。即ち憲法は修正動議に關する問題は總て各院に依りて決定すべきを規定し只議案の議決を爲すに方り兩院の絶對的多數即ち其院に於ける議席の過

半數を必要とするの一條件あるのみと。

憲法は又た兩院合同會の集會期日を決定する權を以て之を兩院に附與せり。故に合同會なる國民議會の集會を急速ならしめ延引せしめ若くは又阻止する權力は兩院外に之を有するものなきなり。

且つ又憲法は國民議會の議員組織と修正票決に必要な議員數とを除くの外修正を行ふの手續は總て之を國民議會に放任せり。而して憲法は此の職員を大統領副大統領及元老院書記官を以て組織すべきを命す。又憲法修正の投票は絶對的多數を要せり、即ち國民議會に於ける議員の過半數の一致を要するものとせり。

第三此等憲法上の規定にして不確定の點は兩院が各別會議に於て豫め議事に附すべき事を決定せざりし所の憲法修正問題を國民議會が議決し得べきや否やの點是れなり。若し夫れ疑さの兩院各別の議決にして一般的無制限のものたらんか勿論如何なる問題をも國民議會に於て討議決定するを得べきなり。之に反して兩院が憲法に修正を加ふるを必要なりと一定したる所の問題を特定し單に此

等の問題に關してのみ連合會即國民議會を開くへしと議決したるものなりとせんか、こゝに本問題を解釋するの必要を感ずるものなり。ルボン氏は本問題の肝要なるは重みに理論の上に在りと主張せり。其論に曰く兩院を組織する人と國民議會を組織する人とは本來同一なるか故に兩院に於ける多數は則ち連合會に於ける多數を形造るものなり。故に若し國民議會にして豫じめ各院の特定せざりし問題を討議せんと決心するに至れりとせば各院は之に對して承諾を表したるものと假定せざる可からずと。

然りと雖も余を以て之れを視ればルボン氏の説たる到底皮相の見たるを免れざるなり。第一に此説は各議院に於ける議員の數の同一ならざる事實を等閑に看過するものなり。夫れ元老院議員の數は三百名なるも代議院議員の數は五百七十三名なり。此差異は能く代議院議員をして國民議會に於ける元老院議員を壓倒せしむるに足るものなるが故に元老院議員が其院の會議に於て合同會議に提出するを承諾せざるべき問題に關しても元老院を強制して憲法の修正を承諾せしむるに足るものなり。此實例は憲法議會 (Constituent Assembly) か一千八百七十

五六年の憲法を制定したるの時に於て正統派 (Legitimists) ヲルレマン派 (Orleanists) ポナパルト派 (Bonapartists) の三者相合して該會に於ける多數を占めたる事是なり。

是等の三派は共和主義に反對する王黨の代表者たらしむべく元老院を組織し代議院の企つる憲法改正を制止す可き權力を元老院に附與せんとしたり。今日に於ては共和黨の元老院に於て多數を占むるは事實なり。然れども其の執る所の共和主義は代議院より數層保守的のものなるが故に根本上の主義に關して兩院の間に衝突の起ることなきを保せず。第二に若し夫れ兩院にして同數の議員より組成せらるゝものとするも國民議會に於ける多數は兩院各別に分離せられたる時の多數を代表するものと見做す能はざるものあり。若し元老院は固く一致して而して代議院の一部之を補助するに於ては國民議會に於ける代議士の多數を壓倒し代議士が各別會議に於ては承諾せざるべからざりし問題に關して憲法の改正を強行するを得可きなり。故に余を以て之れを視れば此問題たる單に若くは重みに理論上に止まるものにあらずして何時に於ても非常に實際的のものと成り得べきことは未だ明白なりとす。

左れば此問題を解釋する方法を發見するが爲めに憲法を精査するは決して無益に非ず而して之が解釋としては元老院の承諾を以て大統領が代議院を解散するより他に良法なきに似たり。ルボン氏は以爲らく兩院の通常會期は國民議會の開會中繼續するものと看做さるべからず。故に兩院は此時期の間各別并に合同に活動すべく繼續するを得るものなり。若し代議院にして國民議會に於て元老院を壓倒せんとを企圖するに於ては這は最も起り易き出來事なり。元老院は各別會議を開きて代議院の解散を大統領に要求するを得べし。大統領にして此要求を容るゝ時は國民議會の會期は其議員多數者の合法的の任期滿了に依りて附鎖せらるべきなりと。

余は大統領が國民議會に對して斯る權力を有するものなるや否を疑ふものなり。余を以て之を視れば國民議會は大統領の權力の直接に使用せらるゝと間接に使用せらるゝとを問はず全く其權力の支配を受くべきものにあらざと信ず。蓋し佛蘭西大統領は單に政府の一部たるに止まる者なり然るに國民議會は國家の機關なり。故に吾人は政府中の一部をして國家の主權者たらしむるに非らざるべし。

りはルボン氏の意見は到底維持すべからざる者として排斥せざる可からず。加之茲に憲法に定められ且慣例に依りて發達したる一手段の有るありて前段に指示せるが如き大統領の處置は代議院に依りて實際上之を打破せらるべき者とす。例へば憲法は大統領の各行爲は諸大臣に依り副署せらる可きものなりと規定せり而して諸大臣は自家の政治上の行爲に就き兩院に對して連帶及單獨責任を有するものなり。而して代議院は豫算議定權に依り大臣をして單に其の院にのみ對して實際上責任を負はしむるなり。故に新選舉にして現在の多數黨と異なりたる多數者が代議院を占むへしとの事にして實際確固たるに非らざれば大臣は代議院を解散する所の大統領の命令書に署名せざるならん。而して實際に於て今日大臣は斯る大膽の冒險をなすものなかる可し。故に吾人は左の結論をなさざる可からず。曰く憲法は兩院の各別會が國民議會の上に加へんとするの制限を國民議會に於ける多數者の意思に反對して實行すべき方法を供給せず而して實際の慣例も未だ會て斯る方法を造作するに及ばずと。蓋し此結論たる確固不拔の理論と符合するものなり。抑も國民議會は國家の機關なり故に政府中の一部

なる大統領は非常手段を實行するにあらざるよりは國民議會を強制する能はざるなり、換言すれば主權者を排除するにあらざるよりは決して之をなす能はざるなり。

左れば國民議會が一千八百八十四年八月に於て憲法上の修正を可決し共和政體は爾後決して修正に附せらる可きものに非ざる旨を布告したるは自から其手足を束縛したるものなり。但し此規定に依て國民議會を拘束すべき權力は國民議會を除きては他に之あらざるなり。因是看之單に自己が自己に附したる制限即ち自制たるに止まるものなり。故に國民議會は此規定を設けたると同一の權力を運用して何時たりとも之を撤去するを得るものなれば尚に無用の勞を費したるものと謂ふべし。

因て今前に論述したる英米獨の制度と佛國の制度とを比較するに、佛蘭西憲法は政府機關と混同の弊なく而かも學理上並に實際上共に他の三者中の孰れよりも一層完全に總て主權要素を保有する國家の獨立機關の發達上に於て三者よりも遙かに進歩したるものなるを知る。但國民議會と立法議會とを組織する人の同

一なるは該憲法が論理的完滿を欠くの一弊なりとす。然りと雖も此點に在りても亦た實際上の利益の有るあり。即ち別に國民議會の選舉を行ふより生ずる勞苦と代價とを節するを得て而して兩院は常に準國民議會たるものなり。但し他の一方に在りて之が爲め或困難の生ずるは余の既に説く所の如きなり。政治學者及政治家は如何にして政府機關と異なりたる又個人及び政府の上に完全なる主權を保有する永存の國家機關を構造すべきやの問題を論理上及實際上尙は十分に解釋せんことを要す。是れ實に政學上憲法上に於て最も緊要なる問題なり。此問題を充分明白に了解する能はざるときは自由と政府とに關する思想に言ふべからざるの混雜を生ず。若し夫れ之に對して正確なる解釋を得るに於ては自由法律及政府に關する諸問題は快刀亂麻を絶つが如きものあらん。



## 第二卷 個人の自由

## 第一章 個人の自由の理想、泉源、内包及擔保

理想 個人の自由なる者は表面と裏面とを有す、換言すれば個人の自由には積極的と消極的との別あり。消極的の方面より觀察すれば個人の自由は不羈を包含し、積極的の方面より觀察すれば權利を包含する者とす、詳言すれば公法上より觀察を下す時は個人的自由は不羈を包含し、私法上より觀察を下すときは權利を包含するものとす。要するに個人的自由の全躰の理想は個人の領地をいふものにして、此領地内に在りて一個人は自家の自由意思に依りて行動し、政府は決して自から之に侵入せざるのみならず、他より來る所の侵犯を防止す可きものとす。今少しく此定義中の後部を細密に論述せん。余は個人的自由なる理想は即ち一個の領地にして、此區域内には政府は侵入す可からざる旨を言へり。然れども個人の自由なる者は國家の權力より脱するを得るものにあらす、此理は余か曩に論じたる所に注意したる者は容易に了解するを得べく、又た吾人が此自由の泉源を講究するに從て一層明白に了解せらる可きものなり。

凡そ政府は個人の自由の境界以内に侵入す可からず、又其他の方面より來る所の侵入を防止せざる可からずとする一個の領分を認定したるは、近世國家の特性にして、古代及中世國家と最も異なるの點なるへし。其の然る所以は左の數點を一考せば容易に了解するを得む。則ち彼の神權政治(Theocracy)なる者か神意に依りて一個人の自由を破碎せる事、君主專制か國家と政府とを混同せる事、及國家の權力の全躰を政府に委任したる事、及封建的國家か土地所有權と其土地に住居する住民の管轄權とを混同し、斯の如くして大專制に代ふるに小專制を以てしたるを一考せば自ら明かならむ。封建制度亡滅の舊趾に近世的王政を治の興起するに至る迄は、吾人は新奇なる憲法主義か當時人民の意識中に立脚地を發見せるを見る能はず。此時代以前に於ては個人的自由は只た政府か許容したる點に留まりたるのみ故に、個人的自由は政府に對しては未だ防禦の方法を有せざりしなり。此時代に至りて王と人民との間に於て意思の交解あり、則ち一方に在りて人民は貴族をして王法に服従せしむるが爲め、王に其力を假す可し、然る上は王は封建的壓制より人民を救ふ可し、換言すれば總ての政權は王の掌中に握らるへし、之と同

時に人民は單に貴族に對して而已ならず、王の政府に對しても自治權を有す可しと云ふの默契成りしなり。但此制度の弱點は王の政府に對して此人民の自治權の區域を説明し保護すべき機關は王の政府以外に於て別に存立せざりし事なり。則ち當時法律上に在りては王者の良心は終局の決定をなすべきものなりし。是に於てか人民の自由を保護するには王以外に於ける國家機關の必要を生じたり。是を即ち政治歴史家が立憲君主制の創始と稱する所の者の中に在りて重要な點なりとす。此の所謂憲法國家なる者に於て細言すれば政府以外に別に組織せられ、政府の權力を制限し、此制限を侵す能はざらしむる所の國家に於て、茲に始めて個人的自由は其の眞の説明者と保護者とを有したるものなり。泉源。故に吾人は斷言す國家は則ち個人的自由の本源なることを。彼の十八世紀の革命論者は曰く個人的自由なる者は自然權にして國家若くは社會若くは政府に關係すること無くして人間として個人其者に當然附屬したるものなりと。是れ全然實際に協はず荒唐無稽の妄説たるは容易に看破するを得べきなり。何となれば若し國家或は社會若くは政府にして個人的自治權の區域を説明し且の

其境界を劃定せずとせば、個人は自ら立て此等の事柄を行ふより外なかるべし、而して此の如きは則ち純粹なる無政府にあらざや。彼の佛蘭西革命は則ち此天賦人權説を實行せし者なり、而して果せるかな其結果は則ち無政府なりき。而して此等の實驗は更に當時の信神的精神を驅りて個人の自由の泉源は天帝に在りとの説を信ぜしむるに至りたり。則ち天帝と我權利は同一なりとの中世紀の格言は再生したり。併ながら個人の自由に關して天帝の意思を解釋する者は何人なるか。若し個人自から之れを解釋するものなりとせば先きと同様無政府の結果を得るの外なかるべし。若し又國家若くは教會若くは政府か之に解釋を與ふるものどせば個人は此場合に於て彼の自由は天帝に出づとの説を實際に棄るものと云はざる可らず何となれば個人の權利及個人の不羈に關する解釋并に合法的解式の問題は本問中に在りて實際上價值を有する唯一の部分なればなり。要するに此等二億の學説は革命以前の制度に反對して自然に起りたるものにして蓋し必然の反動たりしなり何となれば革命以前に於ける實際制度の下に在りて個人は許容したる自由は單に政府が時々隨意に之を許容したるものに過ぎざりし

を以てなり。然れども此等の學説は皆其標的を誤り却て之が爲め反動を起すに至れり。

今日は此等の諸關係に就き精密にして且つ學理に副へる講究を爲すに甚だ都合よき時機なり。吾人は左に最近最新の原則を掲げんとす。夫れ個人は自身の最高の發達及其生活する社會と國家との最大幸福との爲に、或一定の區域内に於て自由に活動すべきものなり。斯る活動を爲さんとする感念は實に人の普通性なり。併ながら國家即ち終局の主權者こそ獨り個人の自由の元素を説明し其區域を制限し之が享有を保護し得るものとす。個人は此の如くにして政府に對し彼の政府を構造し保持し且破壊し得る所の權力に依り防護せられ、又此同一權力に依り政府の手を経て他方より來る侵害に對しても防護せらるゝなり。然れども此權力其者に對しては個人は敢て防衛の術を有せざるなり。此權力たる個人的自由を賦與し得ると同時に又之を廢滅するを得るものなり。而して個人は此權力が未だ許可せざる所の自由を請求し得るのみならず亦此等の自由を有すべき者なりとの普通意識の充實を證明し得るものとす。然れども此權力にして苟く

も此等の自由を許容するに至る迄は個人が自由を有せざるは確然たるものとす。國家即ち終局主權者は個人的自由若くは政府の權力に依りて制限せらるゝものに非ず、然るに若し個人的自由にして其源を國家以外に酌むものとせば此事は得て望むべからず。以上の理論は則ち法律と自由とを調理し且つ此等兩者をして適當なる平均を保持せしむる唯一の見解なりとす。之に反するの見解は則ち法律と自由との二者其一を以て他の犠牲に供するものとす。

内包 個人的自由の原素は總ての國家總ての時に於て一般に論ずるを得ず。夫れ總ての人類は文明進歩の程度上に於て同一の段階に立つべきものにあらざ、又た未だ會て同一段階の上に立ちたるをなし。試みに見よ魯西亞人の有する個人的自由は英吉利人に取りて未だ足れりとすべからず。同じく英吉利國に在りても彼のチエードル時代の英人が有せる個人的自由は今日の英人には未だ以て足れりとすべからず。夫れ人は其智識の發達するに隨ひ自由活動の區域を漸次に擴張するの必要を知覺するものなり。之と共に國家は此自由を許可して其安寧幸福を得るに至る。然れども他の一方に於て個人的若くは法律上の自由の原素

は政治上の権利の原素よりは幾層一様に且つ普通に認可せらるゝことを記せざる可からず。蓋し人類の同胞たり兄弟たるは後者に依りてよりは寧ろ前者に依りて判然表示せらるればなり。故に吾人は現今に於て政治的自由の普通制度よりは個人的自由の普通制度に早く近くを得るものとす。尙に近世國家に於て其政府の行政部が選舉に出づると、製世權に出づるとを問はず個人的自由の範圍は殆んど同一なるを見る。英佛獨米の諸邦に在りて個人の自由を組成する權利と不羈との實質は殆んど相符合し其符合せざるの點は眞に僅々たるに過ぎず。たゞ其の異なる所は專ら此等の權利と不羈との享有を擔保する機關の性質上に在りて存するものと知るべし。

吾人は是等四國に於ける個人的自由は概して身軀の自由、法廷に於ける平等、私有財産の安固、言論の自由、信教の自由等より成立するものなりと斷言するを得べきなり。是等種々の事項に關する個人の權利は則ち國家が一個人に賦與したる或種の特權を運用すべき權力及び國家が規定したる區域に於て是等の特權を現實にする爲めに充分の實力を行使せんことを政府若くは政府の或部分に對して要

求すべき權力なりとす。又是等の事項に關する個人の不羈なる者は國家に依りて規定せられたる方法に於ける外及び國家に依りて規定せられたる區域に於けるの外、政府若くは政府の一部の權力の此範圍に干渉するを免るゝに在りとす。擔保之に反して個人の自由を保護する方法は余が既に説示したるか如く英米獨佛の四箇國に於て甚しき差違あるを見る。蓋し此の差違たる余の所謂不羈と稱する個人的自由の部分に於て最著しきものあり。我亞米利加合衆國の制度に於ては單に政府以外の諸實力に對する而已ならず、政府其者の專横なる侵害に對して個人の自由を説明し及び防衛する者は政府以外の主權なり。此政府外の主權は中央政府の法廷に與ふるに個人の權利及不羈の爲めに憲法上の規定を解釋し立法部及行政部の擅横なる行爲に對し是等の權利と不羈とを保護すべき權力を以てす、私人の權利と不羈とに關し合衆國裁判所の終審判決に服従し且是等の判決に遵據して法律を施行すべきことは行政部が負擔する憲法上の義務なりとす。然りと雖も若し行政部に於て法廷の判決に従はず、法廷の拒否したる權力を強行せんとし若くは斯る判決に依りて禁制せられたる方法に於て自己の權力を

運用せんと主張するに於ては、彈劾の外他に憲法上の救済法なきなり。若し此場合に於て立法行政の二部相一致して法廷に反對を表するか、若くは立法部は彈劾の手段に訴ふるも尙ほ行政部をして其義務を全ふせしむる能はざることあらんか、則ち憲法上の主權に訴へて憲法を改正し以て政府の當路者をして憲法の企圖を無効に歸せしめざる防禦を爲すの外なきなり。蓋し政府其者に對する個人的自由の保證は如何にせは尙一層完全なるを得るものなるや、未だ之を知るを得ず。要するに我合衆國に在りては、個人の自由の保證に關する根本上の原理は憲法上に於ける國家に依りて規定せられたるものなり。而して國家は此等の原理に對し終局且有力なる解釋を施すへき權力を、法律家の集合體則ち裁判所に賦與するものにして、是等の法律家は政府の各部より全然獨立して其の官職を保持する終身官なり。而して以上の方法に依りて尙ほ個人の自由を保護するに足らざる時は最後に主權者其者に訴ふるの道の存するあり、是れを我亞米利加合衆國憲法が歐洲諸邦の憲法に比して遙かに進歩せる所の特點なりとす。吾人が現に研究しつゝある歐羅巴三箇國の憲法中に於ては、獨り獨り乙憲法のみ、我合衆國憲法か與

ふる如き個人的自由の擔保を多少包含するを覺ふ。但し帝國憲法は此の方針に於て僅かに其の端緒を開きしに過ぎず。獨乙に在りては、個人的自由の範圍に屬する極めて小部分の權利と不羈とが主權者たる國家の行爲に依り憲法中に規定せらるゝに過ぎず。故に獨乙帝國政府の各省は取て合法的に是等の權利と不羈とを侵犯するを得ずと雖も、此等の權利と不羈とを解釋する終局の權力は憲法に依り帝國裁判所に委任せらるゝものに非ず、則ち其の實を叫けは帝國裁判所は全く憲法に依りて創造せらるゝにあらざるなり。則ち帝國裁判所の存立は帝國立法部の制定せる條令に基くものなり。是を以て帝國裁判所は立法部と一個人との間に立ちて憲法の解釋を爲し得へきにあらす、却つて立法部其者の解釋を一層終局的のものと言はざるへからず。吾人が最も信を置く獨乙憲法の註釋者ラパント氏は憲法の終局解釋權を以て皇帝に歸せり。切て又帝國立法部は行政部が憲法に依り擔保せられたる個人の自由の領分を犯すに當り之れを彈劾するの權力を有せざるものとす。最後に帝國立法部其者の外帝國憲法の改正を發案すへきものは一も憲法中に規定せられざるなり。果して然りとせば獨乙帝國の憲

法中には立法行政兩部の權力に對する個人の不羈は皆無と云はざるを得ず、立法行政二部の行爲に對する個人の不羈は即ち是等二箇の集合體が認めて其存立を許容する所に過ぎざるなり。勿論斯く言へばとて獨乙國に於て個人は毫末の自由を有せずと言ふにはあらず。立法部と行政部とは個人の爲めに自由の範圍を創設したり、而かも其範圍は我合衆國家に於ける個人の自由の領地と殆んど一樣なる區域を有するものなりとす。要するに余の所説の本旨たる獨乙國家に在りては政府に對する個人の自由の擔保は今尙缺如すと云ふに外ならず。更らに言へば獨乙に在りて、一個人は今尙立法行政兩權の無定見と暴戾より生ずる危険を冒しつゝありと云ふの意なり、個人の上に行はるゝ國家の全權力は今尙行政部に專任せらるゝと云ふの意なり。國家と政府との間に存する區別は此制度に在りては今尙幼稚なるものなりと云ふの意なり。

佛蘭西制度に於ては、個人的自由の擔保は憲法の上に纖微の痕跡だも見るへからず。佛國制度の下に在りては、立法權は取も直さず憲法を解釋すへき最終の註釋者にして憲法修正機關は獨り立法に依りてのみ運行を見る。又行政權は法律の

施行上に於て個人と政府との間に生ずる爭議を裁斷する準法官行政裁判官を選任し任意に是等の官吏を免黜するを得るなり。佛蘭西に於ける正當の司法權は立法部に依りて創造せらるゝものにして此權力を運用する裁判官は一定の報酬を受け立法部より指定せられたる期限の間其職に居るものなり。故に立法部は自由に此司法部を廢止するを得るのみならず裁判官の給料と任期をも自由に變更するを得るなり。且つ余か上段に説示せる如く、通常司法部は行政廳か一方の對手たる爭議に於ては普通管轄權を有するものにあらざるを以て行政部の爲め個人か其自由を侵害せられたるときは立法部に依頼するの外なし。然るに立法部は元來個人の不羈を侵害する行政行爲にして大統領か國事犯を犯したる場合と同一に論せらるゝ程度に達せざれば個人の不羈を保護せん爲め大統領其人を彈劾する能はざる者なり。勿論立法部は欲するがまゝに大臣の更迭を行ふを得べし又個人の不羈を侵害する大臣の行爲は縱令以國事犯とまでに至らずとも苟くも刑法上の犯罪を構成するに足るの所業あるに於ては大臣を彈劾するを得べし。然りと雖も個人は立法部其者に對して防衛の術を有するものにあらざる也。

勿論斯く論すればとて佛蘭西に在りては箇人は絶へて自由を有せずとの意にはあらず。實を叩けば佛蘭西に於ける個人は亞米利加人と幾んど同一の自由を享有するものなり。要するに余か云ふ所は佛蘭西に在りては政府其者の權力に對する個人の自由の擔保は全然缺如すと云ふに在り。佛蘭西に在りて此問題に關する國家の全權力は擧げて政府の掌中に屬すと云ふにあり。政府と國家との間に存する區別は此點に於て全く缺如すと云ふに在り。

英吉利の制度に在りては國會は憲法會議として動作するの時に於ても或は單に立法部として活動する時に於ても憲法上國會に對する個人の自由の保證なきも個人は自由を侵害する行政部に對して常設法廷則ち獨立なる裁判所の保護を有す。元來國會は個人の自由の泉源なると共に又法廷の泉源なり故に國會は兩者孰れよりも制限せらる可きものにあらず。國會は法律を以て個人に廣大なる自由の領地を認許し裁判官の報酬を行政權力の干渉外に置き以て法廷を此自由の領地の保護者たらしめたり。併ながら國會にして若し欲せば法律を以て此自由を掃蕩するを得べく又法廷を廢止するを得べし。去れば余か既に説きたる如く

單に立法部として活動する國會は國家たる資格を以て行動する國會とは其組織に於て稍々異なる所ありとは實に輕言にあらず。則ち庶民院が國家たるの資格を以て活動する場合に在りては貴族院と君主との上に最上權を有するものなるも單に立法部として活動するの時に於ては是等三者の間に於ける權力は同等なりとす。但し此の差違たる個人に與ふるに國家に對し立法部を訴ふるの獨立方  
法を以てせざるなり。即ち此訴は訴へらるゝ被告と訴を受理し裁決するものと同一跡たる場合にして學理上實際上共に不都合なき能はざるなり。要するに此の混雜たる國家の全權力が政府の掌中に賦與せらるゝの致す所にして之れか爲めに國家と政府との間に充分なる區別無きに至る斯く論し來れば獨り我合衆國の制度に於てのみ個人の自由は實に憲法の一部たるの事實を容易に看破するを得へし。他の諸制度の下に在りては個人の自由は憲法上の一部に非らずして只た通常法律中の者たるに過ぎず獨り獨逸は此點に於て政府專制の舊跡を脱却して多少の進歩を爲したる者と見做して可なり。余は此點に關し特に讀者の注意を乞はんとす。蓋し憲法の發達上我亞米利加人の理想の廣大なる進歩か屹然歐

人の上に其頭角を顯し居るの事實は最も此點に於て歴然たればなり。更らに又余が此點に關し深く意を留むる所以は爾後本問題を討究するに於て專ら合衆國憲法を主とするを以て豫じめ其理由をこゝに説明し置かんとすればなり。

### 第二章 合衆國憲法上に於ける個人の自由

一千七百八十七年の憲法起草會が始めて合衆國憲法を起草したる時に於て既に個人的自由に關係する數個の規定を包含したりしが本案を確定せんか爲めに各州の立法部の審議に附するに迫りて各州立法部及び其當時の新聞紙は個人の自由を一層完全ならしめんとする所謂權利法案（権利法案）に關し大に議論を戦はしたりき。而して之に贊成者の論旨は合衆國政府は合衆國憲法に依り積極的に個人主義の保護者となるべしと云ふに非らずして寧ろ政府自身をして個人主義の領分を蠶食せざらしむるため一層明確に之を約束す可しと云ふに在りき。去れば此法案は權利法案といふよりは寧ろ一種の自由法案といふべきものなりし。思ふに當時の論者は所謂聯邦各州を以て大體上個人的權利の正當なる解釋者にして又保護者たりと見做したるや疑なきなり。

本案反對者の論旨は極めて薄弱にしてこゝに擧る程の價值を有せざれども簡單に其の要を摘めば合衆國政府は制限せられたる所の權力なるが故に其權力を解釋すべき憲法解釋の主義は法文上若くは暗々裡に附與せられざる權力は之を有せざるものと見做すべし。故に特種の權力を明記して之を除外せんとする本案は不必要なりと云ふにありき。然れども政府に附與したる權力にして濫用せられれば則ち可なり。若し政府之を濫用して壓制を施すあらんか其權力は憲法上一層明確に保證せられたる個人的自由と種々の點に於て撞着するに至るへしとの駁論勝を制して本案は成立し憲法の修正を爲りて第一期聯邦國會を通過し後ち各州立法部の批准を経て憲法の一部と爲りたり。

然るに一千七百九十年より一千八百六十年に至る七年間の經驗に依り聯邦各州の以て個人的自由の保護を全ふするに足らず從て中央政府は從來の如く個人的自由を侵害せずといふの地位より一轉して諸州の暴逆に對し積極的に個人的自由を保護するの必要は明白と爲れり。是に於てか十三條及十四條の修正を憲法上に見るに至れり。



今や吾人は合衆國憲法が個人に對して擔保したる自由不羈の細目に關し分拆評論する所あらんとす。

(甲) 中央政府に對する不羈 既に前に説ける如く不羈とは政府の有する權力に對し個人の爲に憲法に依りて設定せられたる保護なりとす。政府の掌中に在る個人的自由の侵害方法は一にして足らずと雖も就中重要なる手段三あり一に曰く刑法定權二に曰く課稅權三に曰く公用徵收權これなり。政府の有する是等諸權力の運用に於ける憲法上の制限は之に由て保護せらるゝ個人より見れば即ち不羈なりとす。

(イ) 身躰上の不羈 合衆國中央政府は聯邦各州に對し一般に刑法上の立法權を有せず。但し合衆國の證券及通貨變造の犯罪並に國事犯罪は例外にして中央政府は之が立法權を有す。又中央政府の司法部は憲法及憲法に遵據して制定せられたる中央議會の法律に依りて之れを賦與せられたる點のみに關し刑事管轄權を有せるものなり。其行政權も亦同一の境界内に制限せらるゝものとす。之れに反して公海及聯邦組織の中に入らざる合衆國の領地に對しては中央政府は憲

法上刑事に關する立法及行政の一般權力を有す。要するに各州内に行はれたる犯罪並に公海に於て行はれたる犯罪及未だ州の中に編入せられざる合衆國の領域内に於て行はれたる犯罪に關する中央政府の權力は數多の制限を附せらるゝものなり。而して是等一切の制限は即ち個人の不羈の性質を有するものなれば今其種類を左に掲ぐべし。

一、中央議會は人民の既得權を剝奪する法律(Bill of Attainder)若くは事後法律(*ex post facto law*)を制定するを得ざるものとす。換言すれば立法部は法廷として活動すべからず隨て其の判定に依りて通常犯罪の有無を決定すべきものにあらざ。中央議會は又之れを行ふの當時に於て犯罪を構成せざる所爲をして事後に至り有罪たらしむるの法律を制定すること能はず。又其行爲にして既に一犯罪を構成するものなりとするも事後之れに科すへき刑罰を重くし若くは犯罪の申渡を爲すに必要な證據を減少し又は被告の地位に變更を加へ之に不利益を與ふるの結果を生すへき法律を制定すること能はざるものとす。

二、合衆國政府は妄りに搜索若くは逮捕に關する令狀を發し若くは發せしむる

ことを得ず。苟くも犯罪の嫌疑あるに方り搜索逮捕の令状を發するに於ては、必ず正當の原因なる可からず、或る信任するに足るべき人の宣誓若くは陳述に依りて支持せられざるへからず。其令状中には特に搜索すべき場所及逮捕若くは差押を受くべき人又は物体を記載せざるへからず。其令状は更に嫌疑者の姓名を記載し、且つ犯罪を行ひたる時、場所及犯罪の性質等を成るべく明確に記入すべきものとす。

三、合衆國政府は戰時を除き人身保護律を停止すること能はず、詳言すれば政府は犯罪の嫌疑者をして法廷の裁決を受けしむる爲め直ちに裁判官の前に來らしめ、徒らに抑留するを許さざるなり。

四、合衆國政府は未決囚の保釋料を過當ならしむへからず。則ち保釋料の額は實際に保釋の特權を拒絶するか如き過分の者たる可らず。

五、合衆國政府は合法的に繋囚せられたる個人の審問を爲すに當り不當なる遷延を許すこと能はざるものとす。

六、合衆國政府は陪審官の口頭若くは書面の告發に依るの外、其体刑が身跡上の

自由を剝奪するに到るか如き重大の求刑は如何なる犯罪に對するも之れを許す能はざるものとす。換言すれば、少くとも被告と同一州に同居する十二名の告發あるにあらざれば、斯る重大の求刑を允許する能はざるなり。而して是等の告發人は被告人が刑罰を受くるに付政事上の利益を享る者たるへからず、又其反對政黨の勢力を殺滅するが爲め告發する黨派的關係ある可からず。但し軍人は此種の不羈を享有すること能はざるものとす。

七、合衆國政府は陪審法に依るに非らざれば、人身の自由を剝奪するに到るか如き重大なる審問を重罪若くは輕罪の犯罪者に對して施さしむる能はず。換言すれば、かかる審判には被告の爲めに其平和を侵害せられたりとする所の州が其審問に參與し、且其州の代表者間の一致の意見に依りて犯罪の宣告を爲すを必要とす。

八、合衆國政府は裁判官をして審問中に壓制の所爲を爲さしむるを得ず。又被告を審問するか爲に其犯罪の行はれたる州若くは地方より被告を他に拘引するを得ず。又聯邦諸州外に犯罪の行はれたる場合に於て被告を審問に附するか爲

に中央議會の立法手續を以て既に其場所を指定したる時は他に之を移すを得ず。被告を秘密審問に附せしむることを得ず。狀師の辯護を受くべき被告の權利を剝奪することを得ず。召喚の性質及其原因を被告に示すを拒むを得ず。被告に反對する證據の駁撃を被告に對して拒むことを得ず。被告が自己の利益とする證據人を要するに方り之れを拒むを得ず。被告に迫りて口供若くは私署證書を作らしめ被告に不利益なる證據を強ひて提供せしむるを得ず。有罪又は無罪の宣告が合法的の陪審官に依りて一度被告に申し渡されたる後に至り同一犯罪に向つて再び訴追するを得ず。法律手續きの要件を悉く充たすを無くして被告の生命若くは自由を剝奪するを得ず。即ち合衆國憲法の規定に遵據せる法律上の手續を経由せず又是等の規定外に涉りたるものは今日も尙我國に行はるゝ英國の普通法及成文法の原則に遵據せる合法的手續を経由せざれば被告の生命又は自由を剝奪すること能はざるものとす。

九、最も濫用せられ易き傾きある刑事即ち國事犯は政府恣に之れを定むるを得ず。是れ憲法の自ら規定せる所なり曰く國事犯とは合衆國に對して戦を起し若

くは合衆國の敵に通して之に幫助若くは便宜を與ふるを云ふと。加之政府は國事犯を審問するに方り容易に伏罪せしむるが如くに證據規則を準用するを得ず。合衆國憲法は國事犯者を有罪とするには犯人が公判廷に於て自白するか或は二人以上の證據人あるを必要とす又國事犯より來る權利若くは資格の剝奪は其人の一身に止り子孫に及ぶことなし不動産の沒收も亦然りとす。

十、合衆國政府は過重の罰金若くは過酷の刑罰を科せしむるを得ず。換言すれば憲法に依りて委任を受けたる事項に關する議會の刑事上の立法は總て普通法上の先例に遵由せざるへからず。

十一、若夫れ合衆國憲法が言論の自由に關して政府の權力に對する個人の不羈を明白に規定することなかりしとするも此種の不羈は聯邦各州の人民之を享有するものと推測せざる可らず。則ち憲法は個人の自由言論を以て重罪、輕罪若くは私犯を構成するものとなすの權力を政府に與へざるの事實より考ふれば言論の自由は憲法が明白に認むると否とを問はず各州中悉く當然存在するものと推測するを得べし。況んや憲法は明白なる規定を爲し以て此の原理を重ねて確實

ならしむるに於てをや。憲法の規定に曰く中央議會は言論出版の自由を制限する法律を制定すべからず又平和に集會するの權利及び請願の權利を制限するの法律及び宗教の建立を制限し若くは之れが自由行動を禁止するの法律を制定すべからずと。然り而して是等の制限たる少しく細密なる論評を要す。何となれば此等の制限は或點に於て普通法上に公認せらるゝ原理外に出づるものあればなり。

(第一) 言論及出版の自由 合衆國憲法は言論及出版の自由を監督すべき權力を明白にも暗々裡にも共に中央政府に賦與することなきを視れば言論出版の自由は各州内に在りて完全なるものなりと論結せざる可からず。換言すれば中央政府は檢閲若くは停止若くは刑罰の方法に依るも共に此自由を侵害すること能はざるものとす。然るに中央議會は一千七百九十八年合衆國全條に向つて一個の條例を制定し中央政府に對する文書出版物言論にして事實無根若くは惡意に出で中央政府を誹謗侮辱する者たるに於ては之を犯罪と爲し罰金若くは拘留に處すべきことを規定し其結果として幾多の人民は該條例に據りて審理を受け刑罰に

處せられたり。されば此法規は中央議會が從來制定したる諸條例中に在りて最も不人望なる條例の一として數へられ其の條例が果して合衆國憲法に合するや否やは國民多數者の大に疑ふ所なりき。是に於てか遂に彼の有名なるケンダツキ州及ボルヂニヤ州議會の決議と爲り次て此法律は一千八百〇一年に至り自然に廢止せられたり。蓋し中央議會が斯る法律を制定し政府が之れを施行するか如きは政府の非常權利も戰爭權よりするに非らざれば到底之を辯護する能はざるものなり。而して當時中央議會をして斯る舉動に出でしめたるは我國と佛蘭西との間に戰爭將に起らんとしたるの情況は大に與て力ありしなり。併ながら當時の情況は未だ戰爭權を實行するまでに危急なるものありしにあらざり。但し我國に於ては獨り中央議會のみ此等の事件に關して最終の決定をなすの權力を有するものなるが故に他より之を如何ともなす能はざるなり。

コロムビヤ地方と他の屬領地及聯邦諸州内の地方にして其管轄權を中央政府に委任したる所に在りては此種の不羈は聯邦諸州に於けるよりも遙かに狹隘なり。即ち中央政府は此等の地方に對しては憲法上廣汎の權力を有し特に制限せられ

ざるもの、外は之か管轄權を有す。故に中央政府は此等の地方に於て憲法の規定に依り制限せられざる限りは言論を制限するを得るものとす。勿論憲法修正第一條中の制限は概括的なり。されば此制限の及ぶべき範圍は聯邦各州のみに限らるべきにあらず。故に中央政府の權力上に於ける此の制限は獨り各州内のみ其の効力を及ぼすべきものにあらずして他の聯邦組織に入らざる地方屬領地等にも其効力を及ぼすべきものなり。是に於てか左の疑問を生ず、曰く是等の地方に在りて言論出版の自由は聯邦諸州と同じく完滿なりや否やといふを即ちこれなり。而して此疑問に答ふる前に吾人は先づ左の事實を知らざる可からず。即ち該制限たる中央政府をして是等の地方に居住する個人の名譽を保護する爲に誹謗譏謗に關する法律を公布し且つ施行する能はざらしむるか爲めに之を設けたるに非ざること是なり。且つ夫れ普通法は此謗謗律に依り毫末も言論出版の自由を侵害するを允さざるものにして而して此普通法は實に個人の自由及び私權に關する我憲法中の總ての規定を解釋する原理の因て出づる所なりとす。若し夫れ是等の地方の人民の名譽を保護せんか爲めに謗謗律を制定施行する所

の權力にして中央政府に賦與せらるゝをなきに於ては誹謗譏謗に關する法律は此等の地方に絶無に至るべく此の如きは自ら法治國と稱する社會の到底忍ぶ能はざる所たらん。則ち此の如くんば勢ひ人身の名譽と品性とを保持せんか爲に決闘の習慣を再顯するの外なかるべし。されば憲法第一條に規定したる此制限は中央政府が此等の地方に對して誹謗譏謗に關する不當の法律を制定するを禁止政府にして是等の法律を制定せんと欲せば普通法より來る一般の法理に遵據せざる可からざる事を示したるものと解せざるべからず。例へば中央政府は政府自身に對する批評又は政府の官吏の公資格の上に加へられたる批評を以て誹謗譏謗を構成する者とす可からず又妄りに檢閲若くは禁止の方法を以て言論出版の自由を束縛すべからずと言ふか如きは是なり。而して中央政府に對する此等の制限は則ち聯邦組織に入らざる地方人民が憲法上有する言論出版の自由の區域なりと推定すべきものなり。因是觀之是等の地方に於ける個人の不羈は諸州内に於けるか如く完滿なるものにあらず則ち各州に在りては誹謗譏謗に關する法律は各州自から之を制定施行するに反し是等の地方に於ては中央政府之か制

定施行の任に當るものなればなり。

(第二)集會及請願の自由 此事に關しても亦た聯邦組織を有する地方と然からざる部分との間に區分を立てざる可からず。而して聯邦系内の諸州に在りては此種の自由は殆んど完全なり。則ち中央政府は國事犯を目的とするものを除きては各州内に於ける人民の集會に關し何等の權利をも行使するを能はざるなり。而して其理由は單に合衆國憲法は斯る權力を中央政府に賦與せずといふに外ならず。則ち此事に關し中央政府が諸州の上には有する權力の範圍を決定する憲法解釋の主義は憲法の明文に依り中央政府に賦與せざる權力は凡て之を行ふを得ずと云ふに在り。即ち憲法上中央政府に委任せざる權力は各州若くは各州人民の掌中に保存せらるゝものとす。

之に反し聯邦系外の地方に關しては憲法上明白に禁止せられざる權力は即ち中央政府之を有するものなりとの主義に據り解釋するを至當とす。而して斯の主義は中央政府をして平和的集會と一揆的集會とを區別し後者を禁止して單に前者のみを許可するの法律を設け以て此等の地方に於ける本問の不羈を制限する

ことを得せしむるものとす。左れば斯る地方に在りては中央政府に對する此種の不羈は聯邦各州に於けるか如く爾く完全なるものにあらざ。而して其理由は言論出版の自由に於けると全く同一なりとす。但し人民の請願は其の孰れより來るを問はず之を受理し其意の在る所を聞き且請願者に指令を與ふべき中央政府の義務は同一なりとす。

(第三) 信教及禮拜の自由 本項に關しても亦聯邦系内の諸州と中央政府の專管に屬する地方との間に前段と同一の區別を立てざる可からず。

聯邦諸州に於ては此種の不羈は中央政府に對して完全なり。則ち諸州内に在りては中央政府は此問題に干觸すべき何等の權力を有せず。我制度に在りて本問題に關する管轄權は専ら諸州に屬するものなり。故に中央政府は毫も此範圍内に侵入す可き權力を有せざるなり。

之れに反して聯邦系外の地方に在りては憲法上特に中央政府に對し拒否せざる限りは總て他の問題に關するに等しく本問題に關しても亦中央政府は一般管轄權を有す。但し本問題に關し中央政府の權力に對する唯一の制限在り即ち修正

憲法第一條の最初の二行中に包含せらるゝ者は是れなり。其規定に曰く「中央議會は宗教の建立に關する法律を制定す可からず、或は又建立したる宗教の自由信仰を禁止する法律を制定す可からず」と、而して中央政府の一般權力に斯る制限を附したるは其故あり。抑、中央政府の專管に屬する或地方に在りては一種の禮拜組織存立し自ら之れを稱して宗教と呼び此宗教は一夫多妻の實行を許容す、而して此の事實の存在は則ち中央政府の權力に此類の制限を附加したる所以にして之れが結果として吾人は該制限に關する有力なる解釋法を得たり。即ち彼有名なる大訴件レノルツ對合衆國事件(Reynolds v. United States)に依り宗教及禮拜の自由に關し個人の憲法上の不羈は詳細に説明せられ且確定せられたること是れなり。合衆國裁判所は該訴件を審理し之れに判決を下すに方り宣言して曰く「合衆國憲法が中央議會の上に附加したる該制限は單に意見の上に及ばすへき立法權を剝奪したるに止まるものにして議會は人の意見を檢束するの法律を制定する能はず、去りながら議會にして其の意見を認めて社會上の義務を破壊し若くは善良なる秩序を亂たすものとなすときは其動作行爲に關し立法權を運用するは固

より自由なり」と。因是觀之中央政府の有する權力に對し憲法に依り一個人に保證せられたる宗教上の自由行動なる者は純然たる精神的禮拜の區域内に制限せらるゝものとする、換言すれば宗教上の自由行動とは其區域至つて狹隘にして單に一個人と現世外の靈物との關係に止まるものとす。故に苟くも宗教にして二人若くは三人の個人的關係を處理せんと欲するに於ては直ちに政府の權力と法律の至高權とに服従せざる可からず。即ち個人は此場合に在りては政府の干渉に對して憲法上の不羈を有せざるものとす。

(ロ) 私有財産に關する不羈 以上論述したる所は中央政府に對する個人の不羈中に於ける身軀上の不羈に關せり。是より論歩を轉し中央政府に對して個人の有する不羈中の一部たる私有財産の不羈に關し更らに論述する所あらんとす。併て中央政府が個人の自治權の範圍に干渉するを得べき他の重要なる方面は課税權及公用徵收權なりとす。左れば今憲法上政府に對して個人の爲めに規定せられたる私有財産保護の事を左に講究せん。

合衆國憲法上より之を觀る時は所謂私有財産なる者は人類を除くの外一切の事

物を包含し唯た人類のみ私有財産の題目中に入らざるものなり。故に中央政府は現行憲法に従へば聯邦系内の諸州に於て私有財産の範圍を狭ばむることを得ず換言すれば法律を以て各州に於ける私有財産の區域を狹隘に制限するを得ざるなり。而して人類は私有財産の題目となるべきものに非らざれば當然此場合に包含せられざるものとす。但し余か己に再三説明せし如く中央政府の專管に屬する聯邦系外の地方に在りては稍々趣を異にするものあり。是等の地方に在りては人をして財産権の目的たらしむる能はずとの制限の外に於て中央政府は私有財産は如何なる者より構成せらるゝやを自由に決定するを得るなり。要するに合衆國憲法は是等特別なる地方に在りては單に人を以て所有權の目的と爲す能はずと制限を爲せる外他に此點に關し何等の個人的不羈を創定せざるなり。然りと雖も政府の課稅權及公用徵收權に對する憲法上の保護は聯邦諸州も聯邦系外の地方も同一なりとす則ち左に説く所の如し。

一、合衆國憲法は歳入徵收の爲に發する總ての議案は悉く中央議會の下院に於て起草せらる可きことを命ず又金錢の支途は總て法律に依りて決すへき事及び

私有財産は正當なる報酬無しに公用の爲め徵收せられざる事及何人たりとも法律上正當なる手續に依るに非らざれば其私有財産を剝奪せられざる事を規定す。而して此等の制限は總べて政府の權力上に附加せられたる一般のものなるが余は先づ是等を簡單に説明し而る後進んで一層特別なる制限に論及せんとす。(第一)さて合衆國立法部の下院に租稅發案權を賦與するは敢て政府に對する防衛にあらざ故に嚴格に言へば這是決して不羈にあらざるなり。而して租稅案起草權を下院に賦與するの結果として私有財産の保護に及ぶ利益は政府の有する課稅權の區域に關し憲法と政府の上に附加したる制限より發生するよりは寧ろ人民即ち選舉權の所有者が政府中の他の部分の上に於けるよりは一層直接の勢力を政府中の此部分(下院)の上に有すとの事實より發生し來るものなり。眞個の不羈はこれに在らずして彼れに在り換言すれば課稅法は憲法上に規定せられたる方法に據るの外他の方法を以ては全く運用するを得すと云ふに在り。蓋し代議院たる下院其自身は自己の決議に依るも若くは又元老院及大統領との協議に依るも共に元老院若くは政府中の或他の部分に收入徵收に向つて議案を起草す



ることを允許す可き權力を有せざるものとす。ことに於てか一の疑問を生ず、則ち元老院若くは大統領か此課税起草權を掠奪し而して代議院其押領に甘んじ之れに黙從する場合に於ては個人は其賦課せられたる或租税の徴收に對し合衆國の法廷に於て其違憲を理由とし彼自身を防衛するを能はざる乎と云ふに在り。余を以て之れを視れば此場合に於て裁判所は這は政治問題なりとの口實を以て巧みに之れを裁判を避け得べきものたるに似たり。想ふに一般の原理としては憲法に依り政府中の各部に諸權力を分配するは政治問題なり。去りながら今こゝに論題たる特殊の場合に於ては直接に私有財産を包含せり。而して合衆國法廷は私有財産か直接に侵害せられたる場合に方り之れを政治問題となし裁判を謝絶したる例は未だ曾てあらざるなり。

(第二) 次の制限は金錢の支途に關し憲法を以て政府の權力に附加したる者なり。則ち金錢の支途は行政部の命令に依て爲し得べきにあらず、唯法律に依りてのみ之れを定むるを得へしと云ふにあらず、然れども這は敢て個人に向つて直接なる不羈を創設するものにあらずして、單に金錢の濫費を防ぎ因て以て大藏省の請求を

掣肘せんとするに過ぎず。若し大統領金錢の支出を爲し而して國庫を司する出納官、大統領の命令を可とせる曉に至つては個人か依て以て其支出を制限する方法は憲法中に規定あることなし。斯る場合に際しては救済の道唯一あるのみ而して其法は政治上の者なりとす、則ち議會が大統領及當局の出納官を彈劾するの外他に道なきなり。若し又政府は法律に依り濫費を爲したりとせんか此場合に於ても個人は憲法上之を制止するの規定を有せざるなり。斯る場合は全然政治上の問題に屬し我制度に於て之れか決定を爲す可き終局の裁決者は則ち中央議會なりとす。故に憲法上の此規定は私有財産の防衛と云ふを得べきも之れを以て確實なる不羈となす可きにあらず。而して余が今此所に於て此規定を論述する所以は同一分類の下に於ける私有財産の確實及不確實なる一切の防衛に關し完備せる提を擧げんとするの希望に外ならざる也。

第三 前段に陳述せる種類の不羈は己に前述せる如く至つて薄弱なるものにして眞の不羈にあらず、然れども政府の有する公用財産徴收權の上に附加せられたる憲法上の制限は眞の不羈なりとす。凡そ政府は相當なる報酬を與ふるにあら

されは徒らに公用の爲め個人より財産を徴収する能はず、而して政府が個人より財産を徴収するに當りては其財産の種類を問はず、常に法律上相當の手續きを履まざる可からず。

公用財産徴収権を行使するに方り法律上適當の方法とは他なし、其徴収たる公用の爲めならざる可からず、政府の立法部が制定せる法律に依りて徴収せられざる可からず。而して立法部の制定せる該法律は徴収せらるべき財産を評價するに明白且正當なる方法を設け、其財産の所有者をして財産の價值を説明せしめ、其陳述の聽聞せらるべき機會を與へ、且つ之に正當の報酬を給與すべきものたらざる可からず。然るに茲に又公用財産徴収権の運用に基かざる財産の徴収あり、而して政府が此變則法に依り私有財産を徴収せんとするに方り遵守すべき法律上正當の手續きを決するは首として憲法其自身の上より觀察を下し、次に吾人祖先の移住前に於ける英國の普通法と成文法中の私有財産徴収を規定する者にして、現時我國の習慣並に政治上の事狀に背馳せざる者に就て觀察を下す可きものとす。個人が其の私有財産に對し憲法によりて政府の侵害より保護せらるべきは當然に

上來述べたる者のみに止まらず、尙他に憲法上種々の法式に依りて保護せらるべきものなり。

二、我合衆國憲法は政府が課税權の行使を爲すに方り遵守すべき手續に關し以上の外更に詳細の規定を爲せり。則ち次に説く所の如し。

(第一) 政府は各州より輸出する物件に對し何等の租税をも賦課するを得ず、換言すれば合衆國中聯邦系内の一州より他州に輸出せらるる物件に對しては一切課税すること能はざるものとす。而して此輸出品とは如何なるものなりやと云ふに合衆國裁判所は之を解釋して或州より他の州に向つて送くる運搬中の物品若しくは運搬せんが爲めに通常運送者に交附せられたる物品なりとせり。

之れに反し憲法は聯邦系外の地方則ち中央政府の專管に屬する地方より發送せらるる輸出品に對しては政府が之に税を課することを禁せず。故に是等の地方に在りては此種の不羈は個人に向つて存立せるなり。

(第二) 憲法は凡て直接税は人口に比例して之を賦課し其以外に賦課す可らざるを規定す。而して憲法は人頭税を以て直接税なりと宣言せり。而して合衆國法

廷は入頭税の外地租を以て他の唯一の直接税なりと指示するを見れば合衆國中直接税と稱すべき者は入頭税にして地租は之に準じ他に直税と見做す可きものあらざるなり。

(第三) 合衆國憲法は總ての租税則ち輸入税と國産税とを問はず租税は凡て合衆國を通して等一なる可しとの規定をなせり。即ち個人の方より觀察すれば何等の租税と雖も等一を欠きて偏頗に課せらるゝことなし。合衆國法廷は此課税上の等一を解釋して曰く等一とは課税せらるゝ各處に於て同一の勢力と同一の結果とを以て行はるべき課税の實行なりと。即ち換言すれば到る所同一物品の上に同一の税率を以て課税すへしといふに在り。

(第四) 合衆國法廷は此憲法の一般精神と一般原理に關し義解を下して曰く中央政府は諸州の適法なる行爲と動作に必要な手段及文書類に一切課税するを得ずと。故に余は例へば諸州の契約證書の如き斯る必要なる手段及書類に在りては個人の財産は中央政府の課税權を免るゝものと信ず。

三、余は曩きに憲法を以て擔保せられたる個人の財産權に干渉する政府の重要

手段は課税權及公用財産徵收權なりと述べたり。然れども政府が個人の財産權に干渉する手段は單に是等の手段に止まるにあらず。則ち政府は立法手續に依り個人の財産權を侵犯するの制度を制定するを得るものなり。是に於てか我憲法は此點に關する政府の諸權力に對し個人の爲めに或不羈を創設したり。

(第一) 合衆國憲法は財産の差押へに關する搜索狀の使用を制限す。則ち憲法は總ての搜索狀は宣誓若くは保證に基く可く且其文中には搜索を受くべき場處及差押ゆべき物件を特に記載すへしとの事を規定す。換言すれば個人は自己の家宅搜索に際し書類及其書類より生ずる結果の差押を受くるに方り政府か他の令狀の書式を使用する事に對し憲法上の不羈を有するものとす。

(第二) 中央政府の法廷に提起せられたる訴訟にして其の争の物件の價值か二十弗に超ゆる場合に在りては陪審制に依らずして他の形式に依り審理を受くる事に對し合衆國憲法は個人に向て一個の不羈を保證す。

(第三) 憲法は個人に對し平時戰時の別なく法律に依りて規定せらるべき方法に據るに非らざれば其の住宅に兵士の寓居する事に對し一個の不羈を保證す。

要するに上來述へ來りたる諸項は中央政府が有する諸權力に對し憲法を以て個人の爲めに明白に劃定し且つ明亮に擔保せる不羈の範圍の大要なりとす。然れども個人の有する不羈は決して上陳諸項に止まるに非ず。此外憲法を以て明に中央政府の權力内に歸せられざる他の事項に關しては個人は全く中央政府權力の拘束を暗々裡に免るゝ者とす。斯の如くして個人の不羈は憲法に依り専ら諸州に放任せられたる諸種の權力と并行する迄中央政府に對して増殖せらるゝなり。此の區域内には中央政府一步も立入る能はず且是等の權力内に包含せられたる事項に關し中央政府は其の管轄權の下に個人を持ち來たすを能はざるなり。合衆國裁判所は自治權の此區域に向つて中央政府が加ふる總ての侵害に對し個人を防衛す可き義務を有す。而して茲に所謂自治權の範圍とは憲法上一般の原則より直接の默許に依り創設せられたる自治權の區域を指すと知る可し。

(乙) 諸州に對する不羈 以上陳たる所は個人の有する不羈中單に中央政府に對するものゝみを觀察したるに過ぎず是より論歩を轉し個人が諸州に對して有する憲法上の不羈に論及せん。抑も聯邦制度に在りては個人の自由は二方面より

強壓を受くるものなり。一は中央より一は聯邦各州より來るもの則ち是なり。而して或事情と或點とに於て諸州より來る危険は中央政府より來る危険に比すれば一層怖るべきものあり。故に此種の危険は個人の不羈の爲め憲法上一層嚴重に保護せられざるへからず。

予は前きに中央政府に對する不羈を論述したると同一の順序に従ひ此場合に於ても始めに人身の不羈を論述し然る後私有財産に關する個人の不羈に論及せんとす。

#### (イ) 人身上の不羈

一、合衆國憲法は聯邦諸州何れも人民の既得權を剝奪する法律則ち事後法を制定す可からざるを規定す。而して是に所謂州とは一州内に住居する人民并に同州の立法部をも併せ意味するは明白なり。惟ふに憲法上の此規定は明かに制止的のものなり。然れども現行憲法は諸州が斯る暴横の法律を制定するに方り中央政府をして之を抑止せしむるの方法を規定せず。故に是等諸州は憲法の規定を無視して斯る性質の法律を制定するを得べく中央政府は此等違憲の法律に依

り或者か損害を蒙り之か救済を仰かん爲め其司法部に出訴する迄は手を束ねて之れを奈何ともする能はざるなり。勿論合衆國法廷は被害者の起訴を待ち其伴に關して此違憲の法律を無効と宣告するを得べし。然れども諸州は他の場合に於て再び斯かる法律を施行するを得べく其の之を再びせざるは被害者が之を中央政府に起訴すべく中央政府亦々之を保護すべきを知りたる場合なるべし。抑も一千七百八十七年の憲法起草會か合衆國現行憲法編製の業を開始せる時に於て舊制を維持せんとする者の意見と起草會當初の意見とを調和するの已むを得ざるに至りたるの前に於ては起草會は斯かる禁制を實施するに足るべき充分の方法を與へたりしなり。則ちランドルフ決議ランドルフ氏は憲法起草會の議長なりし故に本會の決議を稱してランドルフ決議と稱す(ピンクネー草案及びブルハム氏の提出したる全院委員會の報告は諸州の制定したる法律にして苟くも合衆國立法部か認めて以て憲法及び合衆國の法律に矛盾すと認むるものは合衆國立法部に於て之を非認することを得へしとの規定を包含したりしなり。然るに事理に通せざる反對者多數なりし爲め此れ等の規定は脆くも刪除せられ之れ

に代ふるに始めは危害の起るに任せ然る後一事件毎に幾多の時日と多くの費用を投し別々に之を救済するの迂遠の策を以てするに至れり。

二、合衆國憲法は規定して曰く適法の判決に依り犯罪の刑罰として科せらるゝものを除くの外奴隸其他の枉屈は合衆國又は其の管轄に屬する場處に存するを得ず。而して憲法は合衆國の專管に屬する場處と言はずして唯た單に合衆國の管轄に屬する場處と言ふを見れば憲法は正當なる立法により人身の自由の爲めに各州到處に此規定を強行するの權を中央議會に與ふる者なり。從て其場合の性質により諸州若くは諸州内に住居する數人又は多人數の集合躰に依りて行はるゝ人身の自由に關する侵害行爲に對しては憲法上の此規定を強行することを中心議會に允許するものとす。因是觀之人を奴隸とし若くは法律の結果人を奴隸の苦役に服さしめんとする總ての行爲に對しては一個人は之か保護を合衆國政府に要求するの權利を有すること明らかなり。此場合に於て個人は司法上の手段に依らず他の方法に依りて保護せらるゝを得る者なり。則ち中央政府は個人の損害を蒙るを傍觀し然る後に之れか救済の策を講ずるの迂途に出るを要

せず。一千八百六十六年四月九日の權利條例(The Civil Rights Act)第九節は憲法上に於ける此規定の施行方法を定めたるものなり。其規定に據れば合衆國大統領若しくは大統領より其權利を委任せられたる者は本條例を正當に施行する爲め若しくは本條例の侵犯を制止する爲めに必要なる度に應じて合衆國陸海軍若しくは國民軍の一部を使用するを得るものとす。

倍て奴隸若しくは狂屈とは如何なる者なるや之に關する明白の定義は憲法上にも法律若しくは裁判所の判決にも之を發見するを得ざるなり。余の思惟する所に依れば憲法か奴隸若しくは狂屈なる二語を使用したる所以は意義相異なる語を複用したるにあらすして意義相通する語を疊用したる者なるに似たり。余は一千八百六十六年の權利條例及一千八百八十三年の權利訴訟に關する裁判所の判決文より推測を下たして此等二語の意味は左の如き者なりと斷定す。即ち憲法上に使用せられたる此等二語の意義は之を詳説すれば勞役時間を一生涯とし若しくは一定の期間内に限るとするも苟くも不任意なる身躰上の服役たるに於ては合衆國中の各部に於て之か存立を允許せざる者なりとす。換言すれば合衆國の管轄

に屬する處に於ては孰れの場合に於ても之か存立を許可せざる者とす。是と等しく法律上の出來事若しくは私法上の出來事何れにもせよ苟くも其事にして不任意なる身躰上の服役たるに於ては合衆國中到る處に其存立を允許せざるものとす。茲に一の注意を要する事あり他なし余か法律上の出來事と云ひしと是なり。蓋し余か此場合に於て殊に法律上の出來事なる語を用ひたる所以は一方に在りては此種の出來事と社會上の出來事とを判然區別せんが爲めなり。但し憲法の此規定は縦令間接には之れを賦與したりと想察し得らるゝにせよ何人にも政治上の權利を直接に賦與するものにあらす。例へば合衆國憲法中の或他の規定若しくは一州の憲法法律中の或他の規定にして總ての自由人は投票權を有すと布告すとせば修正憲法第十三條の施行の結果は總て自由人民に撰擧權を賦與することゝなるべし。之に反し社會上に於ける狂屈は直接にも間接にも此規定に依り合法的に廢止せられたるものと看做す能はざるなり。蓋し社會上に於ける狂屈の出來事は法律上に於ける狂屈の出來事を廢止せるの結果として漸次に廢滅に歸すへきも此事

たる本來法律の範圍外則ち社會自然の趨向に従て成就すべき者とす。抑も法律は其區域を擴張して社會交際の全般を支配するに至るを得べき者ならん。然れども今茲に論ずる憲法上の此規定は此事項に關し合衆國の法律を然かく擴張することを合衆國立法部に允したるにあらす。而して諸州の立法部も亦々法律を以て徹頭徹尾社會上の交際關係を規定するか如き暴戾なる手段を施すか如きとは恐くは無る可し。吾人か前に引用したる權利訟件 (The Civil Rights Case) に於て我制度上私權に關し憲法の最高解釋者たる合衆國上等裁判所は修正憲法第十三條の所謂社會上に於ける奴隸的の出來事を禁止せざる旨を明白に宣告する者なり。則ち此等の訴件に關し上等裁判所の下したる判決は旅店の主人演劇場の管理人及運送業者が華客に便宜を與ふるが爲めに或人々を使役し若くは箝束するの行爲は憲法に所謂奴隸及枉屈を禁する規定の意義内に入るべきものに非ずと決定すると共に從來の關係を顧みずして法律の制限の外は以上の事項に關し絶對の自由を與へんとしたる彼の一千八百七十五年三月一日の中央議會の議定法律を憲法の保障せざる無効の法律と判決したり。去れば以上の事項

より一層明かに社會的の性質を有する諸關係は修正憲法第十三條の規定の範圍外に在るものと見做すを得可し。

借て余の思惟する所に依れば彼の一千八百六十六年四月九日の權利條例は修正憲法第十三條に所謂不任意枉屈の何たるやを正當に指示せるものゝ如し。則ち之に據れば枉屈とは第一契約の締結及履行に於ける權利の不平等第二訴訟を起し及證據を提出する場合に於ける權利の不平等第三動産及不動産の相續買受貸附賣却所持及讓渡等の場合に於ける權利の不平等第四白哲人民の享有する身躰及財産の保護に關する法律及總ての手續に於ける利益の不平等第五白哲人民以外の者は同一犯罪につき白哲人民の上に科せらるゝ刑罰より一層大なる刑罰を受くる事是なり。而して合衆國上等裁判所も此種の權利の不平等は憲法第十三條の修正に依り廢止せられたることを明白に承認せり。是れ蓋し正當の見解なり。

借て諸州をして此人身の自由を侵害せしむるの方法二あり。其一は年期奉公に關する法律にして我か聯邦制度に於ては此事たる諸州の管轄に屬するものとす。

今年期奉公に關する一般の慣例を擧ぐれば第一單に未成年者に限り年期奉公を爲さしむるを得る事(第二)年期奉公は未成年者か成年に到達せる時を以て終了し其以外に出つ可らざる事(第三)未成年者に年期奉公をなさしむるには必らず其父母若くは後見人の承諾を要する事(第四)未成年者が自から年期奉公を承諾すること又貧民救助を受け居る未成年者なる時は救貧院の吏員之に代りて年期契約を締結す可き事(第五)年期奉公は不流通的約定書を以て約束せらる可き事(第六)主人は奉公人に相當なる手當教育其他疾病の場合には特別なる注意を與ふ可き事等是なり。然れども我が國の制度に在りては年期奉公に關する法律は各州の立法部に依り隨意に變更し得らるべきものとす。去れは一種の奴隸制度を施行せんとするの州あらば其立法部は之れが方法を發見するに苦まざるべし。例へば或州立法部の制定せる法律にして年期奉公の契約には當人の承諾を要せずとするか若しくは年期契約の流通を許すか或は又奉公人の教育を不必要として彼等子女を無知ならしめ其權利の何たるを知覺するを無からしめんか之れか結果として枉屈を見るに至るべし。而して此問題は彼の權利條例發布以後程なく實際に

試験せらるゝととなれり。則ちマリーランド州の法律は白色人種の奉公人と黑色人種の奉公人との間に甚しき區別を立て黑色人種の年期契約證書は之れを一種の流通證書と看做し同州内に於ては之れを何人にも讓與するを許し黑色奉公人の教育に關しては何等の規定をも設けざりしがタルチルの訴件(The Case of Turner)起るに及び裁判長チェース氏(Chase)は本法を以て枉屈を創設する法律にして修正憲法第十三條の規定及び之に基きて制定せられたる權利條例に矛盾するものと爲し全然之を無効なりと宣告したり。

第二の方法は各州にして憲法の條規を濫用せんとするに於ては直ちに枉屈を生すべきこと是なり。憲法に所謂適法の判決により犯罪の處罰として科せらるゝものを除くの外奴隸其他の枉屈は存在すべからずとの語を推演する時は合衆國內の諸州は犯罪に對する刑罰として奴隸及枉屈の存在を許され従て斯る刑罰を受けたる人々は中央政府の救済を仰ぐこと能はざることゝ爲るべし。我聯邦制度の下に在りては諸州立法部は諸州各自の憲法に依りて各別に禁制若くは制限せらるゝにあらざれば自ら犯罪を解釋し且つ自ら犯罪に科すべき刑罰を定むる



の權を有するものなり。是に於てか立法部は些小の犯罪を認めて重大の犯罪と解釋するを得べく、隨て之れか刑罰として終生の苦役を科することを得べし。修正憲法第十三條の規定中に於ける除外例は唯た被告が適法に刑の宣告を受くるを必要とするのみ。左れば苟くも刑の宣告にして法律上適當の手續に遵據したる以上は中央政府は最早之に干渉の權なきものとす。是に於てか諸州は先づ監獄署を充たすに瑣細なる犯罪に重刑を宣告されたる服罪者を以てし、而る後數年若くは終身間の不任意なる身軀上の苦役に從事せんか爲め之を他人使役者に交附するなり。而して諸州が是等の服罪者を個人に交附するに方りては或は流通證書を以てし或は又諸州が任意に選定する或他の方法を以てす。是れ決して余の空想にあらざるなり。試みに見よ某州に於ける實際上の手續きの如きは余か稀有の事實として説ける状態に今や幾んど到達したるにあらすや。要するに斯る弊事の起るは其原刑法を以て地方律と看做すに在り。蓋し刑法の施行は地方的たるへきも法律上の根本的主義、犯罪の定義、刑罰及び審判に關する手續上の原則は國民的則ち國家一般に普通統一のものたらざる可からず。何となれば是等

の者たる本來其性質に於て國民的のものなればなり。

三 南北戦争後再び合衆國聯邦に編入せられたる諸州より再び中央議會に議員を出すの必要を見るに至りたる時にあたり奴隸廢止を成就せる黨派は其反對黨か議會の兩院及び大統領の選舉に於て或は多數を制すると有んを慮り之に對するの策を講せざるべからざるに至れり。當時合衆國憲法は彼の一大内亂より産出したる利益を言ひ彰はすに僅々二行の文字を以てせるに過ぎず。即ち奴隸及狂屈の廢止を言明せると是なり。左れば彼の一千八百六十六年四月九日の權利條例も若し議會に一人の反對多數者ありて大統領亦之に反對の意見を有するに於て直ちに之を廢止するを得べし。是れ奴隸廢止黨の最も畏るゝ所たり。是に於てか憲法其自身の中に就て今一步を進め修正憲法第十三條の主義を敷衍し新たに奴隸の苦役より解放せられたる者に對し憲法を以て公民の資格を賦與するの得策なるを信するものあるに至れり。其理由蓋し二あり。第一に中央議會は立法手段に依りて憲法上の規定を廢止すること能はざるべし。第二總令中央議會は是等憲法上の規定を實施する爲めに適當の施行規則を制定すると無し

とするも一旦憲法上に是等の規定を設けたる以上は各裁判所は各件に於て此規定を適用するを得べきなり。修正憲法第十四條は則ち此等の事由に依りて之を採定したるものならずんばならず。然るに此修正を施したる後に發顯せる出來事に徴するに此策は當局者の賢明を證明したると同時に更に大に其淺見をも證明したり。

偕て修正憲法第十四條の第一項は本條全條に於ける個人自由の事に關する總てを包含す。即ち第一には公民の資格を説明し第二には公民權の何たるを言明し第三に人權を説明せり。而して三者の中最後の者は其關する所最も廣きか故に余は先づこれを第一に觀察せんとす。

(第一) 憲法修正第十四條第一節の規定に曰く何れの州と雖も法律上の正當なる手續を経ずして人の生命自由及び財産を剝奪すべからず又其管轄内の人に對して法律の平等なる保護を拒むべからずと。故に若し或州にして之に違反せる所業を爲すに於ては之れか被害者は司法上の判決及其執行に依りて保護せられんことを合衆國政府に要求するを得べし。但し此に注意すべきとあり他なし若し

中央議會にして憲法上に於ける該規定を強行すへき法律を制定すること無からんには中央議會は憲法修正第十四條第五項に依り此規定を強行するの法律を制定するの權利を賦與せらる該規定たる單に諸州の徳義上の義務を言明するに過すと言ふを得べきと是なり。而して此見解の如くせば合衆國法廷の爲し得る所は單に個人をして州權の壓抑を免れしむるに過ぎざるべし。則ち法廷は個人の爲めに諸州を強制するを得ざりしなるへし。然りと雖も之を一方より觀れば中央議會は憲法上に規定せられたる個人の不羈を保護するが爲めに法廷以外の他の機關を設定するを得べし。是れ中央議會が憲法修正第十三條の施行に關し現に實行したる所なり。

左れば中央議會は右第十四條の規定を強行せんか爲めに二三の法律を制定したり。然れども是れ果して諸州の違憲行爲を制止せん爲め法廷以外の方法を創定したるものなるや否頗る疑ふべき者あり。此等の法律の中一千八百七十年五月三十一日の法律第十三條中には左の如き規定あり。曰く此法律に従ひ爲せる法廷の判決を施行するに方り大統領は必要に應じて合衆國の陸海軍又は民兵の一

部を使用するの權を有すと。然れども是れ單に斯る場合に於ける大統領の憲法上の權力を言明したるに過ぎずして別に新權力を大統領に賦與したるものにあらず。同法律は亦彼の一千八百六十六年四月九日の權利條例を蘇生せしめて再び法律となせり(余か前きに説ける如く此條例は司法的の強制法にあらざる別種の強制法を規定せるものなり)而して其の復活の條項に於て同法十六條及十七條は一千八百六十六年の權利條例の規定に依りて強行すべきものなるを規定せり然るに此等の諸條は僅かに一千八百六十六年の權利條例中の第一條及第二條を重複して規定したるに過ぎずして其後一千八百七十五年の法律も憲法修正第十四條の規定を強行するに就き單に司法的方法を供するに止まり其他の強行法に關しては規定する所なきなり。

合衆國上等裁判所は憲法修正第十四條第一節に在る言辭に詳細の解釋を與へたり。即ちヴァルデニヤが其對手たる一訴件に於て合衆國上等裁判所はステート即ち州なる語は州の諸權力に依りて行使せらるる官吏若しくは代理者を指すものなりとなせり。今左に本件に就き上等裁判所がなしたる宣告を擧げん。曰く

何人を問はず州政府の下に於ける官吏の資格に依り法律上適當の手續を経ず他人の生命財産自由を剝奪し若しくは法律上平等なる保護を與ふることを拒絶し又は既に與へたる保護を撤却する者は即ち憲法の禁制を被ふるものなり。而して是れ州の名義と權力とを以て州の爲めにするものなるか故に其者の行爲は即ち其州の行爲なり。是れ勿論の事にして若し否らすとせば憲法上の禁制は無意味のものとなるべし。則ち之を以て州の行爲に非すとせば州は其代理者中の一人に憲法の規定を無効とし若しくは之を回避すべき權力を賦與したるものと云はざる可らずと。換言すれば憲法の此規定を以て保障せられたる二個人の不羈が州の代理人若しくは官吏に依りて侵害せられたるに方り州は其當局の代理人若しくは官吏が權限外の事を行ひたりとの口實を以て被害者の爲めにする中央政府の干渉を避くること能はずと言ふに在り。左れば州の官吏が越權の行爲を爲せるや否は裁判所の問ふ所に非ずして唯だ州が其代理者に官權を委任し代理者は之れを使用して憲法上の規定に依りて保障せられたる個人の不羈を侵害せりとの事實明かなれば足れりとす。然るに本訴以後に起りたる彼のアラウスムス對ハ

モニングの訴件 (Arrowsmith v. Harmoning) に於ては較々此主義を變更したるに似たり。本件の事實は或州の一法廷か其州の法律を適用するに方り錯誤の判決を下したるに在りて若し該法律にして正當に解釋せらるゝに於ては則ち原告は必要なる憲法上の保護を得べかりしなり。合衆國上等裁判所は之を判決して或る州の法廷にして州法律の解釋を誤り錯誤の判決を爲すに於て該州は之に對して責任を負ふ可きものに非らずとなせり。因是見之一州にして官吏に委任するに無制限の權力を以てし而して委任を受けたる官吏其權力を運用するに方り法律の適當なる手續きを破りたりとせば斯る無限の權力を賦與せる州其自身を以て有罪となすに似たり。勿論州立法部にして法律を制定するに方り正當なる手續きを破りたる時は其責州に在り。請ふ此點に關し左に少しく説明せん。イツクウラー對ホツプキンスの訴訟事件 (Vick Wo. v. Hopkins) に於て合衆國上等裁判所は人なる語を説明して曰く人とは内外人を問はず又人種膚色若くは國性の何たるを論せず總ての人類を指すなりと。又ペンビナ鑛山會社對ベンシルヅアニヤ州の訴件に於て該裁判所の宣告したる所に依れば人なる名詞の内には適法に同

州内に存立する私立會社をも包含せしめたり。左れば人なる名詞は政府の或行為若くは政府の代理人又は官吏の行爲に依りて影響を蒙る總ての對手を指示するに於て私法上最も廣義の名詞なりと謂ふべし。茲に又生命及自由なる名詞は政府若くは政府の代理人又は官吏に依りて加へらるゝ暴力及制限を免るべき身躰上の自由に關係するものなり。其中生命なる名詞は其自らに於て意義判明なり。又自由なる名詞は前きに奴隸及枉屈なる語義を研究するに方り既に説明を経たり。又財産なる語の意義に至ては第二篇に於て考究せんとす。

借法律上の正當なる手續と云へる語は茲に始めて諸州に對し使用せられたる語なるが此語たる憲法の他の部分に於ては中央政府に對する個人の不羈を言ひあらはす詞にして其如何なる意味を有するやは憲法其自身によりて精密に之を知るを得へし。則ち第一逮捕の令狀を發する事(第二)被告は人身保護律上の特權及保釋特權を有する事(第三)陪審官の告發を要する事(第四)公開の法廷に於ては陪審官の審問を受くる事(第五)被告に告發事項を充分に承知せしむる事(第六)告發を支持する爲めに提出せらるゝ證據に對し被告に抗辯の機會を與ふる事(第七)告發

に抗拒する證據人の参加を強要するの權利を被告に與ふる事等は皆法律上の正當なる手續と云へる語句の内に包含せらるゝものとす。以上は中央政府に對して使用せられたる場合の意義なるかこゝに決すべき一疑問は諸州に對して使用せらるゝの時も矢張り同一意義なるや否と言ふに在り。而して此語が諸州に對して使用せられたる場合に關し上等裁判所が最初に下したる定義はペンノール對テップ事件に就て見るを得べし。上等裁判所の解釋に曰く憲法修正第十四條に規定せる法律上の正當なる手續を司法上の手續に適用するに方りては我法律制度上に於て私權の保護及私權の強行に關して設定せられたる規則及原理に違據せる合法的手續の經由を意味するものなりと。吾人は此定義に依りて中央政府に對する不羈内に包含せられたる法律上の正當なる手續に關する總ての個條が州の法廷の手續きに於ても必要なるや否やを決するに能はざる也。然るに合衆國上等裁判所はハルタド對カウナルニヤ州の訴件(Hurtado v. California)に於て終に此疑問を決定せり。其裁定に依れば憲法が諸州に對して要する法律上の正當なる手續は大陪審官の告發を待たず犯罪者の求刑を開始するを其州の法廷

に允許して妨げなしと云ふに在り。果して然りとせば諸州に對する所謂法律上の正當なる手續は合衆國憲法中に於て若くは又此憲法に遵據して制定せる合衆國の法律中に於て説明せられたる通りの者とは思考する能はず寧ろ諸州の憲法法律及慣習中に於て説明せられたる通りのものと見做すべきものにして但だ各件毎に合衆國裁判所が之を訂正するの權を有すと云ふに過ぎず。因是看之諸州に對する法律上の正當なる手續は其の意に任せて活動する諸法廷か之れを以て個人の諸州に對する不羈と爲さんと欲する程度に應し能く個人的自由の防障たるを得べきものなりとす。左れば諸法廷の權力たる極めて重大にして其權力を委託せらるゝ者の選任は最も之を慎重にせざるべからず。苟くも偏僻狹隘の精神を有するものは一日も其任に居るべきにあらざるなり。蓋し人文の自由なる者は最も狭きものより之を言ふも其性質國民的のものなり。而して政治組織の擴張と共に人類的に進化せんとするの傾向を顯はすものとす。左れば我政治上の實狀と公法と相適合せしめんと欲せば人文の自由を地方的管理に歸せしむるに於て最も強剛なる制限を立てざる可からず。

扱て又上等裁判所かパーピール對コンノリーの訴件に於て判決したる所に依れば憲法修正第十四條の規定は諸州の有する警察權に干渉せんと企圖に出でたるにあらすとせり。而して此の判決は直ちに左の如き疑問を惹き起し來る。即ち所謂警察權とは何ぞや何人か此の警察權の上に最後の制限を加ふる權利を有するや。所謂法律上の正當なる手續の保護を警察權に對して喚起する前に於て警察權は何れの點まで個人の權利を侵害すると許容せらる可きものか之れを裁決する者は誰ぞや。余は未だ上等裁判所の判決に依り所謂警察權なる語に就て満足なる定義を發見する能はざるなり。今既往の判決を按ずるに警察權を以て州に於ける全躰の内治權と同一なるものとせり。即ち彼の紐育府對ミルソンの訴件に於て合衆國上等裁判所の判決に據れば一州の全人民の幸福若くは其州内に住する個人の幸福に係はる各法律は悉く警察權内に入るべきものなり。而して其法律の人民の權利若くは義務に關するものなるも又其の人間としての人民に關係するものなると州の公民としての人民に關係するものなるもは問ふ所に非ず。又其法律にして全州民の人權又は財産權に關するも其州内に住する個人

の人權又は財産權に關するものなるとを問はず苟くも一州の全人民若くは其州内に於ける個人の幸福に係はる法律たる以上は皆盡く警察權の範圍内に包括せらるゝ者なり。而して前に引用せるパーピール對コンノリーの近來の訴件を案するに此の問題を解釋するに於て著しき進歩を見ざるなり。則ち上等裁判所が本件に於て州の警察權を説明するや曰く警察權とは人民の健康、平和、道徳、教育及善良なる秩序を増進すへき諸規則を制定し、且州の産業を増殖し其財源を發達せしめて其州の富と繁榮とを増加せん爲めに立法を爲すの權力なりと。要するに前の定義と本件に於て宣告せられたる定義との間に存する區別は左の如し。則ち前の定義に於ては州の内治權と警察權とを全く同一視するに反し、後の定義は私權に關する法律を制定施行するの權を警察權より除去したり。後者は州の内治に關する全權力を司法權及警察權の二部に區別し。司法權の下に普通法一層適當なる語を用ゆれば私法の發達及び之れか施行を配置するものにして警察權の下には其以外の一切の事項を包含せしむるものとす。蓋し是れ本問に關する思想の頗ぶる進歩したるものなるや疑ふべきにあらず。則ち是れ實に

歐洲有名の公法學者が主張したる所なり。然れども今日の學説は是より遙かに進歩して内治權には尙ほ種々の區別を立つるものとす。然れども之れを詳かに了解せんと欲せば先づ警察權の實想に關する歴史上の發達を觀察せざるべからず。

今警察權なる語の起原を釋ねるに *Polizei* なる希臘語より來り希臘に在りては外交より之を區別して内治全權を表示したるの語なりき。而して此語が歐羅巴近世の政治學に採用せらるゝに至りたるは絶對的君主政体の封建的君主權を脱して漸次發達せし當時に在りとす。蓋し當時希臘羅甸等古文學の復興は此絶體的君主國の興隆に與りて大いに力ありしや明かなり。是等古文學の復興は中世時代及封建制度の下に於ける國家の分裂無政府及貧困に對して彼の燦爛として且有力なる文明の著しく異なる所以を會得せしめたり。而して此相異を大に顯著ならしめたる者は政權の凝結即ち中央集權なりとす。蓋し當時王權は漸やく其範圍を擴張し其勢力と活動とは前きに封建的契約に於て認了せられたる君主權即ち特權の制限以外に發展し來れり。是に於てか王權は更に一步を進め其臣民

の爲めに貴族の領土僧侶の管轄地及自由首府等の地方事務に干涉するに至れり。斯くて王と貴族僧侶等の間に於ける鬭争は慘酷にして久しきに彌りしか王は公衆と結托して遂に其翼賛を仰ぐに至れり。是等民衆の多數は貴族或は僧寺の小作人として或は市府組合の僕隸として數多の暴主を其頭上に戴き居りたる者なり。扱て鬭争の結果は王の勝利に歸し各地方の總ての政權は王の掌裡に歸し各地方の行政は王の選任せる代理者に依りて管理せらるゝに至れり。當時普通人民は小諸侯を嫌惡し乍らも未だ自ら進て主權を押領し以て政府を組織するの力を有せざりき。是に於て王に奉仕する文官等は好個の主義を提唱して曰く人民の安寧幸福を増進するの道を最も善く知り其手段方法を發明し且應用するの權力及義務を有するものは王を措て他に求むべからずと。而して此主義は煥然として忽ち四方に發展し國王の警察權は絶對的無限と爲り吾人が現時言ふ所の内治權と其範圍を同ふするに至れり。之を歴史に徴するに此主義の發達は西歐羅巴の諸國中佛蘭西及日耳曼に於て最も完全の域に達したり。特に佛蘭西に於て最も然りとす。則ち所謂佛國大王フランス、モントペの治世に於ては此主義の發達其絶頂に達し、

人民を以て政府の犠牲に供するに至れり。語を換へて云へば王の政府は專制的政府となれり。而して斯の主義の極端なる發達の結果は遂に彼の大革命を見るに至れり。此の革命の重なる目的は人民各自の幸福を其好む所の方法を以て求め得べき憲法上の權力を人民の掌裡に握り且つ此幸福を得るに必要な自由行動の權利を保障する憲法上の承認を得んとするに在りき。

以上開陳せる新思想と新目的とを以て現世紀の政治學は警察權の範圍を講究し其の結果として警察權に關し四個の根本的區別を得るに至れり。則ち第一の區別は警察權は其性質上行政的のものにして立法的のものに非らず又司法的のものにも非らずと云ふに在り。第二の區別は警察權は外交行政と區別せる内務行政と其範圍を同一にする者に非らずして單に内務行政の一部に過ぎずと云ふに在り。第三の區別は警察權の運用に就き行政官の取捨は憲法若しくは立法部に依りて定められたる一般原則の範圍内に於てすへしと云ふに在り。而して第四の區別は市町村の如き地方自治の社會は出來得るだけ警察權の運用に參與す可しと云ふに在り。蓋し是等の區別を設くる目的は政府の暴虐に對し個人を保護

せんとすると同時に個人の私慾に對し公益を保護せんとするに外ならず。則ち是等の區別より來る警察權の職分は個人が自己の權利を運用するに方り漫りに其制限を超越して社會に危害を及ぼさんとするまでに進みたるとき其個人を制限するに在りとす。蓋し國家の承認したる個人の各權利は之を濫用して國家に損害を及ぼすこと往々にして之れあり。故に國家は斯る濫用を監察し且つ之れを制止すへき權力を政府に賦與するものとす。是れ則ち警察權にして其範圍は個人の自由の區域と符合して之か防障となる者なり。左れば國家か個人の自由の濫用に備ふる上より言へは實に番兵の職務を掌る者なり。要するに警察權は個人の自由か據りて以て享有せらる可き方法を指定するものに非ずして個人の自由か超ゆ可からざる畛域を確定するものなり。則ち個人の自由の濫用を防制する政府の權力を一括したるものとす。

前段に論述せる所に依りて案するに警察權の範圍を漸次縮少するは此權に關する學說の沿革上に於ける一般の傾向なるに似たり。然れとも此上尙公安を害することなくして更に該權の範圍を狹隘ならしむるを得べきや、是れ大に注意を要



する問題にして余は社會に危険を及ぼすことなくして該權を更らに縮少し得へしと信せざる者なり。我合衆國上等裁判所も亦た警察權に關する最近の理論を採用するに至らず。換言すれば上等裁判所は實際上諸州の有する警察權に與ふるに頗ぶる廣大なる領域を以てせり。是れ最近の學說が承認する所の區域よりは幾層廣濶なるものにして我上等裁判所か警察權の區域に關して取る所の理論は今日の政治學に照せば到頭陳腐の説たるを免れず。然れども上等裁判所は一方に於て又警察權の廣濶を制限するの慣行を取れり則ち一方に於て諸州の憲法と法律とを以て其州の警察權の區域を定むるは我國公法の主義なるを認むると共に一方に於て州の憲法若くは法律が一個人に與へたる侵害に對し法律上正當の手續に依らすとの理由に基き個人より提起せられたる訴件ある時は合衆國裁判所をして州の憲法若くは法律に基き處置を訂正せしむることと是なり。而して斯の如きは實に合衆國裁判所か有する權力の廣大なるを示すに足るものなり。余の思考する所に依れば斯る修正權を合衆國裁判所に委任するは最も事の當を得たるものとす。然れども之れか運用の局に當る者は最も其人を擇まざる可

らず。即ち其人は智徳兼ね備はり最も愛國心に富むものならざるべからず。次に合衆國上等裁判所は法律の平等なる保護と云へる一句を解釋して人種体色の異同に由りて法律上の差別を立つ可らすとの義なりとせり。左れば此規定は其他の理由に於ける法律上の差別を認むるものと見做さるへからず。例へば年齢男女能力若くは財産に基き資格の差別の如き是なり。故に上等裁判所は該規定の其始め單に人種体色の相違より起る不自然的の差別を除く爲めに制定せられたるものなるを言明せり。左れば以前の隸役の事由より起る差別は之を認むへからず必ずや裁判所は此の如き人を以て法律上平等の保護を受くるの權利あるものと見做すべきなり。

合衆國上等裁判所は又此解釋を實地に適用するに方り頗る寛大の舉に出たり。則ち其の宣告したる所に據れば陪審制度の行はるゝ處に於ては人種体色若くは以前の隸役の事由に基き其人を陪審の職務より除外するは則ち憲法の禁する所なりと云ふに在り。左れば各州が人種体色若くは以前の隸役の事由に基き其人の司法上の公務に就くを妨ぐるは憲法の禁する所と見做さるを得ず。換言

すれは人種体色若くは以前の隸役の事由如何を問はず合衆國民は總て陪審官の如き司法上の公務に就くことを得るの資格あるものとす。蓋し該宣告たる余の思考する所に據れば法律上の資格に於ける總ての差別即ち人種体色若くは以前の隸役の事由より發生する司法行政上に於ける一切の差別を否認するものにして各州か此點に於て個人の自由平等權を妨ぐるの行爲あるに於ては則ち各個人は中央政府の司法部の干渉を要求するの權利を有するものと見做すべきなり。

(第二) 修正憲法第十四條には又左の規定あり曰く何れの州と雖も合衆國々民の特權又は自由を滅殺すべき法律を制定し又は施行す可らずと。今此規定に就き首として注意を要するは其中の字句と吾人が今ま論評せる規定中に於ける字句と較々差違ある事是なり。則ち本規定に於ては直ちに何れの州と雖も云々の特權又は自由を滅殺す可からずと言はずして其特權又は自由を滅殺する法律を制定し又は施行す可からずと言ひ又合衆國の憲法及法律に依りて設定せられたる人民の特權又は自由を滅殺する法律を制定又は施行す可からずと言はずして止た合衆國民の特權又は自由を滅殺すべき法律を制定又は施行す可からずと言

へり。

以上字句上の差違は畢竟何事を意味するや。合衆國の管轄に屬する人民と合衆國民とは果して如何なる差あるや。合衆國民としての權利は諸州の何れの機關何れの權力將た何れの處置に對して保護せらるゝものなるや。又合衆國民の特權及自由とは果して何物なるや。是れ吾人の茲に研究せざるべからざる所なり。我合衆國憲法に曰く凡そ合衆國に出生し又は歸化し其管轄權に従ふ者は合衆國及び其住居する州の國民なり。偕て修正憲法第十四條の確定以前に於ては憲法中に合衆國及び諸州の國民分限に關する定義なく只だ兩院議員及大統領たるの資格としての國民分限を定めたるに過ぎざりき。而して此修正憲法の採用以前に在りては州權派の首領等は合衆國の國民分限は州に於ける國民分限の結果に過ぎすと主張したりき。合衆國上等裁判所も亦た憲法修正以前に於て其有名なる判決に於て此等の首領と同一意見に傾きたりし事實を現はせり。則ち此判決に於て上等裁判所は亞弗利加人の子孫は州の國民若くは合衆國の國民たるを能はずとの宣告を下したり換言すれば合衆國政府は亞弗利加人の子孫をして合

衆國又は州公民たらしむるの權力を有せずと云ふに在り。

因是看之修正憲法第十四條は從來の主義を逆轉したるものなり。則ち此修正の主義に據れば國民分限は第一原を合衆國より發し其結果として其人の住居する地方即州の國民分限を生ずるものとす。斯くの如くして合衆國及諸州の國民分限は合衆國憲法及之れに遵據して聯邦議會が制定せる諸法律に依りて賦與せらるゝものにして諸州は合衆國の國民分限を與奪するを得ざるなり。左れば合衆國公民は當然其の現住する州の公民なり。故に或州にして其州内に於ける住所の取得に關し反對の法律を制定し此規定の精神を打破せんとするものあるに於ては之か爲め損害を蒙むる人民は合衆國裁判所に對し住處と云へる語の解釋を求むるを得べく又該法廷の下たせる解釋の下に其自由を保護せんか爲めに中央政府の救助を請求するを得べし。但し此の修正の規定中には或州が他州に關係なき限りに於て其州内に於ける公民の權を外國人に許すことを禁ずるか如き字句を包含せず否寧ろ該規定は是等特權享有の範圍を狹縮せんとするものにあらずして却て之れを擴張せんとしたる者なり。從て諸州は合衆國人民の損害を

顧みずして此權力を濫用し得るの危険あり例へば外國人に巨大の量と條件とを以て不動産の所有を許し之れか爲め我土地所有制度を攪亂すべき分子を輸入し來るが如き其の一例とす。但し州が選舉權の運用を外國人に允許して此權力を濫用する事に關しては余は敢て一言の辯を費さざるへし。何となれば選舉權は法律上私權の部に入る可らざるものなればなり。

思ふに聯合制度の國に於て國民分限に關し以上の如き疑惑を生ずるは主として國家と聯邦政府及州政府とを判然區別せざるに由る。抑も一個人は聯邦政府の公民にも非らず又州政府の公民にも非ずして國家の公民なり。其公民分限は其自由及權利と共に之を國家より得るものとす。故に中央政府と州政府とは各自が國家より委任せられたる範圍内に於て是等の自由と權利とを監視保護するの權利義務を有するのみ。此理は合衆國公民の自由及特權の何たるを考究するの時に於て更に詳説すべきなり。

尙ほ國民分限の取得に關し修正憲法第十四條は悉くさゝる所あり。例へば外國に於て産れたる小兒あり其兩親は合衆國民なりとせよ是等の小兒が其後別に歸

化せること無く單に合衆國の管理權に從屬するに至りたる時に於て何れの分限を有するや是れ本條の明白に決定せざる所なり。次に合衆國に於て生れ若くは合衆國に歸化せる人にして一時合衆國の管轄權外に在る場合は如何。又合衆國民と結婚せる外國婦人は如何。是等三個の場合中其第一第三は憲法修正前に於て既に聯邦議會の議定せる法律を以て規定せられたり。即ち第一の場合に於ては其父が現に合衆國內に住居するときは其小兒に合衆國民たるの分限を賦與するものなり。第三の場合に於ては其婦人が歸化の資格あるものならんには之に國民分限を賦與するものとす。第二の場合に於ては我合衆國の慣習は一時の不在を以て國民分限に影響を及ぼすものとなさず則ち其の不在中と雖も國民分限は依然繼續するものと爲すなり。而して茲に所謂一時の不在とは合衆國に於て再び永遠の住居を爲すの意思ある者を云ふなり。故に其人が外交上の治外法權を有せずして一時全く外國の管轄權に從屬するに至り隨て之れか結果として我政府か其人に與ふるの保護は外交の形式に據らざる可からざるの場合と雖も尙且我國の慣習は之に對して國民分限の享有を認定するなり。

茲に又一事の注意を要する者あり他なし我合衆國上等裁判所か右憲法上の規定を始め釋義するに方り合衆國內に産れたる小兒と雖も其兩親が外國の臣民たるときは合衆國民たるを得すと宣告せること是なり。而して此の件に就き上等裁判所の意見を發表したる者は則ち判事ミラー氏なりとす。今氏の言を擧ぐれば左の如し曰く合衆國の管轄權に從ふと云ふの一句は合衆國に於て出生したる外國の公使領事及一般外國人の子を除外したるものなりと。然れども領事及外國の臣民は全權公使若くは公使の家族若くは從者に非らざるよりは其の合衆國內に居るの間は合衆國及其の現に住居する州の管轄權に從ふものなり。從て其子も合衆國及州の管轄權に從ふべきは勿論とす。願ふに博學なる同判事は其管轄權に從ふと云ふ一句を以て普通の意義より異りたる意味を含有せりと信したるに似たり。修正憲法第十四條該句の普通の解釋は左の如きに過ず則ち現に合衆國の境界内に在りて國際上の習慣たる治外法權を有せざるものなりと云ふに外ならず。而して此定義に據れば縱令其兩親は外國の臣民若くは領事なりとするも其の公使若くは外國の外交長官の家族又は從者にあらざるよりは合衆國內

に於て産れたる子は修正憲法第十四條の文言に依り合衆國の國民分限を享有する者の中に包含せらるべき者とす。但し一千八百六十六年四年九日の法律は我合衆國內に産れたる總ての人にして外國の權力に從屬せざるに於ては免稅の印度人(亞米利加印度人)を除くの外一切合衆國の國民たる可しと規定せるを以てミラー氏の解釋は之に基きたりとせば正當なり。然れども憲法の規定と通常法律の規定と矛盾する場合に於ては憲法の規定を主とすること勿論にして氏の解釋も亦憲法に基くものなれば吾人は其見解の進歩したる思想なるを知ると雖も之を以て憲法の法理なりとは信する能はざるなり。

其後の訴件に於て判事グレイ氏は上等裁判所の意見を陳述するに當り更に判事ミラー氏の所説を支持し、且つ合衆國の管轄權に從ふと云ふ一句に一の定義を與へたり。即ちグレイ氏は曰く、本句中に使用せられたる最後の言語の眞義は單に或關係若くは或程度に於て合衆國の管轄權に從ふ而已ならず全然合衆國の政治上の管轄權に從屬し且つ合衆國に對して直接服從義務を負荷するものを云ふと。左ればグレイ氏の定義に從へば憲法は當さに左の如くならざる可からず、曰

く合衆國に出生し又は歸化し且合衆國に對し直接服從の義務を負荷する總ての者は合衆國の國民なり云々と。併なから或る一國に於て産れたる者は果して何人に對し直接服從の義務を負荷すべきものなるや、蓋し之を決するは各國其者に外ならず。而して現今の法學界は此問題に對し二個の主要なる答案を有す、即ち法律學上の語に於て單行法(*ius soli*)及血族法(*ius sanguinis*)と稱するもの是なり。

吾國が英國と分離せる時に於て英國の普通法は所謂單行法を包含したり。故に此普通法が苟くも我國の憲法若くは法律の規定に依りて變更せられざる限りは即ち合衆國の法律なるを論を待たず。而して此の變更は我國に於て起らざるなり。果して然らば此單行法の主義は果して如何なるものぞ。曰く一國の領地に産れたる子あり而して其領地に於て其國が政府を有するに於ては其子は即ち其地を支配する國家に對し直接服從の義務更らに適當なる語を用ゆれば自然の服從義務を有し其者の兩親が其國の臣民たると將た外國人たるを問はざるなりと。是れ單行法の一般原則なるが此原則に對して一の例外あり。即ち治外法權を有する者の産みたる子女是なり、治外法權を有する者とは外國の外交長官若くは其

他の外交官を云ふ。以上説く所の如くなるを以て判事グレイ氏の見解は論理上判事ミラー氏の主義を支持するものと思考する能はざるなり。此問題に關しエルク對ウイルクソの訴件に於て實際上判決せられたる要點は合衆國政府に依りて認められたる種族の團體に屬する印度人は唯歸化に依りてのみ修正憲法第十四條の下に合衆國の公民となるを得べしと云ふに在りき。是れ實に修正憲法第十四條の正當なる解釋なり。然れども其の正當なる所以は彼の合衆國內に産れたる子女にして其兩親が外國の臣民たるに於ては合衆國の公民たる能はずとする上等裁判所の意見に基て然るにあらず。因是看之合衆國內に産れたる子女と雖も其兩親にして外國臣民たるに於ては即ち合衆國の公民たる能はずとする上等裁判所の意見は唯た一時的のものにして憲法上に於ける本規定の意義を確然一定したるものと言ふを得ざるなり。

抑又州か之を滅殺するか爲めに如何なる法律をも制定又は施行するを得ざる所謂合衆國々民の特權及び自由とは如何なる者なるや。蓋し此問題に關しては二個の主要なる意見を取るを得べし。則ち其第一説は是等の特權と自由とは我憲

法制度に於て認了せられたる人文の自由の全部を包括すと云ふに在り、再言せば中央政府若くは諸州より來る行政上の侵害に對し憲法に依りて保護せられたる個人の自治權の全部を包括すと云ふに在り。第二説は是等の自由と特權とは單に個人自由の一部分と此自治權の一部とを包括するに過ぎずして他の殘部の自由と自治權とは全然諸州に依りて決定せらるのみならず諸州に依りて而已保護せらるゝものなりといふに在り。以上兩説の中第二説は合衆國憲法に未だ第十三條及第十四條の修正を加へざりし前に於ては合法の意見たりしこと毫も疑を容るへきに非ず。案するに彼の一千七百八十一年憲法制定の時より降つて一千八百六十一年の内亂に至るまで都合八十年間は我制度の上に於て諸州は個人の自由の重なる解釋者及保護者たるの地位を保ち中央政府は此自由の領地を侵すことを禁せられたると同時に唯た僅々たる點に於て諸州に對する自由の保護を委任せられたりしに相違なし。然るに此八十年間の經驗は此の如き權力分配の不得策にして且つ危険なるを明かにしたり。若し歴史にして何事をか吾人に教へたりとせばそは人文の自由なる者は其の起原に於ても内包に於ても制裁に

於ても共に國民的の者なりと云ふの一事に外ならずとす。勿論人類は人文の自由を同一程度に享有し得べき者にあらず、一國家にして數多の領地并に異種の民族より組織せらるゝに於ては各民族が既に到達し得たる文明の程度と自由の程度とを併行せしむるは洵とに嘉すべき政略とす。然れとも詮し來れば是れ亦國家が異種の民族より成立せる一塊たる場合に於ては人文の自由は國民的なりと言ふに外ならずるなり。之に反して一國の人民にして眞に國民的たる處即ち國民にして同一言語を用ひ正邪曲直の觀念も同一程度に達したる所に在りては人文の自由は事實に於て完全に國民的と爲りしものとす。故に此の場合に於て實際法律に於て之を爾か認めざるに於ては實質と形式とを合致せしめんとするの活動起り遂に國家の法律と其國の政治學とを適合し了るまでは決して止まざるべし。

余は既に云へり若し歴史にして政治學上吾人に何事をか教へたりとせばそは人文の自由は起原に於ても内包に於ても制裁に於ても國民的の者なりとの事に外ならずと。今や更らに數歩を進めて云はんとす若し合衆國の歴史に就て吾人の特に學知し得べき唯一の科目之ありとせば其は他事にあらず則ち爭議紛々止むなきの七十年及大激戰の四年都合七十四ヶ年の歲月は人文の自由の國民的なるを報告するに外ならずと。而して此國民が大に干戈に訴へて勝利を博し更らに進むて法律の形式に此の確固たる事實上の事狀を適合せんとするに當り首として注意したる所の者は憲法を以て人文の自由の範圍を國民的に成さんとするの一事にてありき。去れば修正憲法第十三條及第十四條を起草したる人々も之に由て人文の自由の全跡を蔽はんとし且つ實際爾かせりと思惟したるや疑を容れず。是に於て反對論者は是等の修正は畢竟人文の自由の全部を國民的と成すものなりと咎めたるも多數は遂に起草員の見解を是認し爾後聯邦議會の立法は第十三條及第十四條の修正の精神を法律に形はし且之れを施行するに於ても矢張り同一の見解に基きて進行したり。當時斯く明白なる事實の前に在りては他日若し此疑問を包括する一訴件にして直接に個人の自由に關係する總ての事件を解釋すべき憲法上の最終機關たる合衆國上等裁判所に提出せらるゝ時に於ては該裁判所は個人的自由の全範圍は中央政府に對するも又諸州に對するも共に

該法廷の保護の下に在るものなりとの判定をなすならんとは吾れ人共に疑はざる所なりき。故に一千八百七十二年十二月屠殺場訴件の判決が他の論據に基きて宣告せられたるときは我が政治史學者の驚愕は實に一方ならざりき。則ち該宣告の要旨は人文の自由の國民的となりたるは今尙は僅かに一部分に過ぎずして是よりも一層廣大緊要なる部分は今尙は當然諸州の管轄に屬すと言ふに在りき。然れども當時此意見は同法廷に於ける僅かの多數に依りて同意を表せられたるに過ぎざりし。則ち宣告前本件を法廷の評議に附せし時には議論沸騰して中にも多數の意見に反對せる有力者の中には裁判長あり又平素州權の熱心なる回護者として知られたる判事フィンド氏の如きは多數者と大に見る所を異にしたり。フィンド氏は一篇の論文を草して其反對説を公にせしか裁判長チエーズ判事ヌウエイチ判事ブラッドレー等諸氏は之に同意を表したり。フィンド氏曰く憲法第十四條の修正は合衆國々民に新奇なる特權又は自由を賦與し若くは其既存の特權若くは自由を條擧し又は説明せんとしたるものにあらず。該修正は國民に當然屬する特權と自由の存在を確認し且是等の兩者は州の立法に依り侵害せら

る可らずと命したるに過ぎず。若し憲法上の此禁制を以て此種の特權と自由とに無干係のものとして法廷内の多數が主張せる如く單に修正以前に於て特に憲法中に指定せられ若くは亦必然合衆國々民に附屬せるものとして包含せられたる特權及自由のみに干渉するものとせば此禁制は何等の効なき無用の律令にして唯た之れか通過の際徒らに議會と人民とを激動せしめたるものと謂ふべし。則ち斯くの如く憲法の中に明白に指定せられ若くは暗々裡に包含せられたる特權及自由に干し州が法律を以て干渉する能はざるは當然の事にして斯る干渉を禁制せんか爲めに故ら憲法上に新規定を設くるを要せざるなり。抑も合衆國憲法及法律の至高權は諸州に對して常に憲法上明白若くは暗黙に認定せられたる特權及自由を障害する如き立法を爲すことを禁制するものなり……果して然らば州の立法より來る侵害に對して擔保せらるゝ特權及自由とは果して如何なる者ぞ是れ須からく吾人の研究を要する問題とす。民權條例 (The Civil Rights Act) 第一條に於て聯邦議會は是等の字義を解釋したり。則ち聯邦議會は此二語中に包含する所の者を左の如く列記したり。曰く契約を締結し且強行するの權訴訟



を起すの權訴訟の當事者となるの權證據を提出するの權動産不動産の相續買受  
 貸附所有及讓渡の權并に身体財産の安固の爲めに總ての法律規則より充分且公  
 平なる利益を享有すへき權是なり。此條例は修正憲法第十四條の採定前に制定  
 せられたるは明かなりと雖も此修正は余が既に説ける如く本條例に違反する事  
 物を排除せん爲めに確定採用せられたるものなり。更らに精密に言へば此修正  
 たる中央政府の保護を全合衆國民の普通權利の上に波及せしめ此條例と同性質  
 の立法に對する障害を排除せんと企圖に出たりと斷言するを得べし。是故  
 に第十四條修正の批准濟となりたる曉に於て聯邦議會は鄭重にも同條例効力の  
 有無に干し既往に於て如何の疑惑存在したりとするもそは全く此の修正に依り  
 て一掃されたりとの確信に基き改めて此條例を發布したり……之を要するに  
 憲法に指定せられたる特權と自由とは總て自由政府の公民に當然屬する所の者  
 なりとす」云。

以上説く所の如くなれば判事フィールド氏及他の三人の博學なる同僚の意見は則  
 ち憲法第十四條の修正は人文の自由に干して普通法を國民的に化成したると共

に此自由の保護と發達とを合衆國裁判所の管轄の下に置きたりといふに在り。  
 惟ふに上等裁判所の多數意見を宣告せる判事ミルラー氏も此の見解に對しては  
 反對を唱ふる能はざるべし。左れば彼のワートン對ジョンズの訴件に於ても  
 ミルラー氏及び上等裁判所多數の意見は此見解に本つきて立論したるものなる  
 べし。本件は屠殺場訴件以前に判決せられたる者にして氏は同件に於て合衆國  
 巡廻裁判所の判決命令を是認したり。此判決命令は則ちケンタッキー州の上等  
 裁判所か下せる判決を破棄したるものにして其理由は從來の解釋法及古來の慣  
 例に據り争訟の當事者が異州の住民たるに於ては之を合衆國の法廷に起訴すべ  
 きものなるを以て本件は當然合衆國法廷に依りて判決せらる可きものなりと云  
 ふに在り。故に本件を裁判せるミルラー氏の意見にして余が贊成と表する判事  
 フィールド氏等の主義に基かずとせば其他何等の主義に據れるものなるや之を知  
 るに苦まざるを得ず。但た此外ミルラーの證據するを得べき主義は唯一ある而  
 已即ち個人自由の原理に關する普通法は修正憲法第十三條及第十四條の採定前  
 後を問はず常に國民的なりしと云ふの主義是なり。然れども這は疑も無く判事

ミルラー氏が我普通法は修正憲法第十三條及第十四條に依りて始めて國民的と成されたりと言ふを拒むより一層太たく峻拒する所ならん。

要するに屠殺場事件に下たされたる上等裁判所の判決は之を歴史上より考察するも政治上より考察するも將又法理上より考察するも余を以て之れを看れば全然誤謬たるを免れず。余の見る所に據れば該判決は我國民が干戈に訴へて漸やくに獲得せる個人自由の領地上に於ける一大利得を拋棄したるに等しき感あるを免れず。惟ふに他日之れに對する反動起りて斯る判決を顛覆し去るべきや必せりと雖も其顛覆を見るまでは即ち我國法なるが故に余は姑く之を細論せざるを得ざるなり。抑も屠殺場事件に關し我合衆國上等裁判所の宣告せる判決は左の如し。

「公民分權に二種あり一は合衆國民の公民分限にして他は州の公民分限なり此二種の公民分限は各別のものにして其差違の因て來る所は個人か二種の異りたる資格と事情とを有するに基ひするものなり。是に於てか合衆國公民に屬する特權及び自由と州の公民に屬する特權及び自由との間に自ら差違あり。州の公民

に屬する特權及び自由は是等の特權及び自由が存立し來りたる其州の保證と保護とに専ら依頼せざる可からず。合衆國の公民に屬する特權及び自由は則ち獨り聯邦憲法の保護の下に置かるゝものなり。而して合衆國公民に屬する特權及び自由を列擧すれば左の如し曰く合衆國公民は合衆國政府に對し總ての要求を開陳するを妨げらるゝ事なし曰く自己と政府との間に於ける總ての用務を處理する爲め合衆國政府と交通するを妨げらるゝ事無し曰く合衆國政府の保護を受くることを妨げらるゝことなし曰く合衆國政府の官吏たるを妨げらるゝ事無し曰く政府の行政事務に參與するを妨げらるゝことなし曰く諸州の海港附屬出納所 (Sole Treasuries) 土地事務局 (Land offices) 及法廷に出頭することを妨げらるゝ事なし曰く外海若くは外國政府の管轄内に在るの時と雖も生命自由及財産上の保護を本國政府より享受するを得へし曰く平和的の集會を爲し及び政府の不法行爲の爲めに蒙りたる損害救済の請願を爲すの權利を享有す曰く人身保護律の特權を享有す曰く合衆國の河海を交通するの權利を享有す曰く外國との國際條約に依り合衆國公民に擔保せられたる權利を享有す曰く聯邦中孰れの州に於ても自己の實

住所を定め其州の他の公民と同一の諸權を有しつゝ其州の公民となるの權利を享有し此外修正憲法第十三條及十五條に依りて擔保せられたる權利并ひに修正憲法第十四條中の他の規定に依りて擔保せられたる權利を享有すと。以上は即ち屠殺場訴件の判決に於て合衆國公民が享有する權利として列擧せられたる所なるが余は此等諸目の中に合衆國憲法第四條第二項第一段に依りて創設せられたる合衆國公民分限の特權を洩したるを認む曰く各州の公民は當然諸州公民の享有する總ての特權と自由とを享有すといふもの即ち是なり。要するに本件の判決は過る十年間の國民主義に對する反動として人文の自由の區域に干する特別主義の回復を促かしたるに外ならず。而して此特別主義は吾人か一千八百六十一一年前に於て酷たしき痛楚を感したる所のものにして今日に至り再び之か爲めに苦みつゝあるなり。

借て以上論じたる修正憲法第十四條に於て合衆國民の特權又は自由を滅殺すべき法律を制定し又は施行すべからすといふは抑も何れの權力に對して爾かく之を制限するものなるや此點に關し前段既に論じたる如く同條中に又其管轄區域

内の人に法律の平等なる保護を拒むべからずとの規定ありて前後其用語に差異あるが如しと雖ども其意に至りては則ち一なり。蓋し州は法律を制定し又は施行する事に依てのみ活動し得るものにして實際州が個々の上に活動を爲すは單に法律施行の手續に限るものとす。故に何れの州も云々の法律を制定し又は施行す可からずと云ふの句は實際上左の意味に外ならずと知るべし。則ち州は行政上何等の機關を以てするを問はず合衆國公民が享有する特權及自由を侵害すべし何事をも爲すべからずと云ふに外ならず。左れば本問の制限は政權の運用を委任せられたる州の代理官若しくは官吏に對して制定せられたるものなるを明かなり。余は既に合衆國上等裁判所の近時の判決が稍々此健全なる原則を不正に變更したる事實を指摘したり。蓋し此判決の如くんば州裁判所が州の法律を適用するに方り之か解釋を誤りて誤謬の判決を下し一個人に損害を蒙らしむることあるも其州は法律上の手續きを侵害せる罪を逃かれ且つ同一理由に依り合衆國公民の特權及自由を滅殺せる罪を免かれ得るに至るべし。以上司法上の場合に就て説きたる道理は直ちに之を行政上に適用するを得べし。則ち一州の

行政官が斯る法律を施行するに當り誤謬の解釋を爲したる場合に於ても法律上の手續を侵せる罪を免れ得べきなり。然れども行政上の場合に於ては個人の自由を危険を及ぼすと甚た大ならず如何となれば行政官の斯る不都合に對しては州の法廷より保護を得べきを以てなり。然るに司法上の場合に在りては危険頗る大なり若し不幸にして誤謬の解釋が州の至高裁判所に依りて爲され而かも被害者は之を合衆國法廷に上訴する能はずとせんか彼は州の立法部其ものに請願するの外他に救済を得るの方法無かるべく且又假りに之を州の立法部に訴ふるとするも更らに別個の困難に遭遇すべし。何となれば我國制度に於ては裁判所の下たせる法律の解釋を以て立法部の解釋より重しとするの主義を執ればなり。故に法廷にして固く自己の解釋を確執して動かさるに於ては立法部か之れを打破する方法は唯た當局の裁判官を彈劾するの一途あるのみ。要するに斯かる誤謬の解釋に對しては被害者が合衆國法廷に上訴し得るに非らざれば州の至高裁判所の下たせる誤謬の解釋に對し合衆國公民として個人の有する特權及自由の保護を實際に於て擔保せらるゝ能はざるなり。

以上の弊ありと雖とも是れ實に我國現行の法律なり。今前段論述せる所を約言すれば修正憲法第十四條の制限は州の立法權及其司法官と行政官とに對するものなれども此等の諸官司は其權力を運用して合衆國公民の享有する特權及自職を滅殺するに至るものなり。而して此等の諸官司は憲法十四條に所謂州の機關にして是等機關の行爲は取りも直さず州の行爲と看做さるべきものなり。故に是等以外の或る他の機關の行爲か時に或は合衆國公民の特權及自由と衝突することありとするも所謂權限外の者にして州は之が責任を負ふとなし。換言すれば其訂正は合衆國法廷のなし得べきものにあらすして其州の隨意に放任せざる可らず。

(四) 終りに臨み尙一言すべき事あり他なし合衆國上等裁判所は外國との通商及諸州間に行はるゝ通商及印度種族との通商を處理するの權力を聯邦議會に賦與する憲法上の規定は個人の利益の爲に州に對して設けたる制限にして諸州が人民の出入を禁制するの行爲若くは警察上の必要以外に涉りて人民の出入を管轄する行爲を無効と爲す者なりとの判決を與へたる是なり。而して此判決中所

謂州の警察上の必要とは果して如何なるものを云ふか之を決するは則ち上等裁判所の権限にして該法廷は未だ詳細の種目を明定せざるなり。余は既に警察権に關する一般の性質を論述したれば今茲に反覆するを欲せず讀者須らく前説を再讀せよ。

ロ、私有財産に關する自由

合衆國人民は我國制度上諸州に委任せられたる一般の財産管理權に對し或場合に限り合衆國中央政府の扶助を要求するの權を憲法上に有す。是より少しく是等の場合を分析評論すべし。

一、諸州は合衆國立法部の承諾を経るに非されは外國に直輸出を爲し又は外國より直輸入を爲す者の所有にかゝる貨物に課税するを得ず。但し州が輸出入の物品を調査し且物品の性質若くは其用に適するの證明をなすが爲め必要の費用を徴収するは敢て妨げなし。次に州は港灣に出入する船舶若くは合衆國の公共に屬する水面を航通する船舶に對し噸税を課するを得ず。第三に州は中央政府の財産及び公文書に課税することを得ず而して是等の財産文書等にして何人の

掌中に存するも問ふ所にあらず。又國會より與へられたる特權又は公用電信の受領證に對しても課税することを得ず。最後に諸州の立法部は其の課税若くは公用徴収に關する一般立法權を運用して公共の目的に由らずして所有者の承諾無きに切りに私有財産を取り上げ若くは取り上ることを他人に允許するを得ざるものとす。但し州の立法部にして其州の憲法に依り特に允許せらるゝ場合には以上の諸事を爲すも妨げなし。

二、諸州は債主の財産の價格を減少するの目的を以て若くは負債主を救助する目的を以て金銀貨以外の貨幣を法貨に充て其債主の財産の價格を減少するを得ず。

三、諸州は合衆國內の人より外國の人に向け若くは一州内の人より他州内の人に宛てて發送する財産又は通信の送達を制限するを得ず。

四、諸州は契約上の義務を毀損すべき法律を制定す可らず但し此一項は尙ほ二層綿密なる研究と説明とを要するを以て左に之れを説くべし。

(第一) 該規定の制限を受くる權力は曩きに本題の第一分類の末段に於て説明し

たる州なる語の下の権力と同一にはあらず。則ち本項に於ける憲法の語句は何れの州と雖も………を毀損する法律を通過す可からずと云ひ前の制定と言ふと少しく其用語を異にせり。而して合衆國上等裁判所の説明に依れば此制限は主として州の立法権を目的とする者にして州の法廷の判決若くは州の行政廳又は行政官吏の行爲を目的とせる者にあらずと云へり。左れば義務の毀損より合衆國法廷の干渉を請求するには其州の憲法の規定若くは州の立法部の可決せる法律に由て生じたる場合ならざるべからず。

(第二) 茲に所謂契約なる語は法廷に由て周到に解釋せられたり。曰く契約とは財産に關する法律上の羈束力ある合意にして或は明示の者あり或は默示の者あり又既行のものあり未行のものあり其當事者は双方私人なるあり或は又一州と一私人若くは一州と數個の私人なるあり或は又一の對手より他の對手に對する財産讓與あり或は又一州より一の私人若くは數個の私人に對する財産下渡若くは特權特免の授與等の別ありと。

(第三) 義務なる語も亦同じく法廷より精密周到の釋義を得たり。曰く義務とは

契約を説明し整理し保證し且契約に制裁を賦與する現存法律の一跡なりと。實に義務中に存する重要な原素は其義務強行の爲めに法律が與ふる一の救済に外ならず。去れば義務と救済との間に區別を立つる者少なからずと雖も此場合に於ては當を得たりと云ふ可らず。

(第四) 本句中に在りて最緊要なるは毀損の二字に在りとす。普通の説明に據れば契約の實質を變更し若くは締約の當時其契約を支配せる法律を變更するは取りも直さず毀損なるべきなり。然れども之れを法律上の定義となすときは種々の困難を生ずるを免れず。譬へば州が單に契約の強行に關する司法上の手續きを變更し又は契約に必然伴ひ來る有害の影響若くは結果に對し公共の安寧若くは道徳を保持するを以て契約上の義務を毀損するものと見做すべきものなるや。他語以て言へば司法上及び警察上の管理に屬する事項に於て隨意に其政略を決定すべき州の権力は或時期に存立する契約に依りて制限せらるゝものなりやと云ふの疑問は直ちに起り來るべし。

此疑問の中最初の部分は既に古き一訴件に於て解釋せられ我上等裁判所は今日

に至るも依然當時の論據を維持するか如し。則ち同法廷の主張する所に依れば州は過去未來の契約の間に區別を立つることなく新規の形式を應用して司法上の手續を變更し得るものとす。但し當事者中の一方の權利及利息を毀損する程までに現存する救済の特質及區域を變更せざるを要すと。其後二十年を経て上等裁判所は尙ほ昔日の判決の原則を固執すること舊の如し。斯くて同法廷は州が其司法手續きを決定すべき權力の下に於て爲すべからざる重要な事項を指定したり。今之を列舉せんに第一州は過去の契約に適用すべき破産法を制定すること能はず、第二州は過去の契約に關する救済を妨ぐるること能はず、第三州は出訴時期の開始に向つて相當なる猶豫なき程までに法律上の出訴期限を短縮することを得ず、第四州は契約中に明示若くは暗示せられたる方法以外の支拂方法を以て代物辨濟を爲さしめ若くは指定外の貨幣を以て代償を爲さしむることを得ず。第五に州は契約締結の當時に於て其の根據とせる一般擔保を薄弱ならしむることを得ず、換言すれば契約上の負債償還に向て行はるゝ判決執行の場合に臨み新に賣却に附すべからざる財産の例外を設くるを得ず。第六に州は判決執行の時

に至り既に其判決に依りて籍束せられたる財産をは財産差押より除却するを得ず。第七に州は契約上の負債償還の執行後に於て債務者の財産を評價額以下に賣却するを禁ずるを得ず。第八に州は裁判執行の結果として債務者の財産を既に賣却したるの後に至り質入主若くは其債主に財産の買戻を允許すること能はず。又主たる契約にして従たる買戻の約束を附帶するものなるに於ては主契約締結の當時に合法的たりし買戻しの期間を爾後延長すること能はざるなり。次に第二の疑問に對する上等裁判所の解答は一層明確なり。同法廷の主張する所に據れば一州の警察權は管に或時に於ける諸契約に依りて制限せられざる而已ならず州は或契約を以て其の有する警察權を撤去し若くは自己の意に任せて警察權の運用を制限すること能はざる者なり。余が既に他の場合に於て説明したる如く上等裁判所は州の警察權の範圍及内包に就て未だ精確なる説明を施さざるなり。既に前段に於て説ける如く我上等裁判所は警察權に法外なる廣濶の區域を與へ警察權を以て州の全躰の内治權と殆んど同一の者と看做したり。而して余が疊々に斷言したる如く是れ實に無稽の甚しきものと謂はざるを得ず。

但し上等裁判所は現存の契約と警察權と衝突する場合に方りては或る二三の權力を警察權中より除却したるを見る。例へば上等裁判所が州は自ら締結せる契約則ち課稅權の運用を爲さすといふか如き若くは或一定せる制限内に於て而已課稅權を運用すへしといふか如き契約を自から廢棄する能はずと宣告せるか如きは是なり。換言せば州の憲法に依りて禁制せられざるに於ては州の立法部は其州の課稅權を放棄するの約束を爲し得るは是れ我國の法律にして若し斯かる場合に於て州が斯る行爲を行ふに於ては合衆國中央政府は該契約に依りて設定せられたる個人の權利を保護すへしと云ふに在りとす。更に他語を以て之を言へば州が政權の行用より個人を特免して個人の財産權を創設し得るは即ち我制度上の法律なりと云ふに在りとす。果して然らば是れ我聯邦制度に於ける不詳の部面にあらざるなき乎。余の視る所に依れば合衆國憲法の健全なる解釋は契約に依り課稅權を撤去するの權力を諸州に賦與する者にはあらざるへし、蓋し其の理由二あり。第一我合衆國制度の眞正の歴史と精神に據れば所謂諸州なる者は單に地方政府たるに過ぎざるなり、是等地方政府と中央政府との背後には嚴然たる

主權者のある在りて此主權者は是等の地方政府に賦與するに單に内治上の權力のみを以てせり。而して是等の政權を運用する場合に於ける諸州の自治權は或人若くは或人の集合體に對して政權の運用を免除し得るまでには爾かく廣大ならざるなり。蓋し如斯の事を行ふの權力は是れ即ち政治制度を變更するの權力にして取りも直さず一國の主權なりとす。勿論州は或る一定せる人若くは財産に課稅の免除を允許することを得べし。去ながら其は州の課稅權の行使を免かる、彼の特許とは全然相違せる別箇の事柄なり。則ち一は權力の行使を一時若くは永遠に停止するものにして一は權力を使用すへき資格を没するものなれば二者全く其性質を異にす。故に斯る事を爲し得る者は獨り主權者のみに止まり而して我制度上に於て所謂主權者は州其者にはあらざるなり。第二の理由は我憲法が合衆國の各州に對して共和政體を擔保すべきを規定せること是なり。今夫れ共和政體の何たるを説明せんとは容易の業にあらざるも余を以て之を視れば所謂共和政體の顯著なる特質の一は總ての政權を悉く政府の掌中に保持して是等諸權力の剝奪は獨り主權者の行爲に依りて之



を行ふを得るの點に在りて存す。惟ふに共和政治に對し極反對の位地に居る者は蓋し封建制度なるへし如何となれば共和政治は他の諸政治に比するに最も多く代表政治なればなり。則ち共和政治は政治を以て純然たる公務と見做すものにして政權内に於ける總ての財産權若くは政權運用の特免を絶對的に非難する者なればなり。封建政治か共和政治に正反對なる如斯なれども彼の絶對的王政々治に至りては之を封建政治に比するに共和政體に反對すること遙かに薄弱なり。蓋し近代に於ける最も純粹なる專政君主は其身を以て單に國家の至高巨候なりと言明せり。換言すれば近代の專政君主は自己を以て國家の至高代表者なりと公言したるなり。然るに封建制度に至りては其消極的の方面に於ても又積極的の方面に於ても全く不代表的にして國家の公權を私有權として取扱ふものなりとす。

以上我上等裁判所の所説を約するに州は自己の有する課稅權の行使を個人と結約して制限するを得ると云ふに在り。然るに同法廷は一方に於て州は自己の有する公用財産徵收權を課稅權のごとく個人と約して之が行使を制限する能はず

と判決せり。是に於て余は其の推理の甚た奇なるに驚かずんばあらず。何となれば同法廷は州に對して其政權中の一に關しては特免權を創設するを認了し同權中の他の權に關しては特免權を創設するを認了せざればなり。余を以て之を視れば茲に疑問たる二種の權力即ち課稅權と公用財産徵收權との間に斯る太たしき差別を立るの道理を發見する能はざるなり。夫れ政權は總ての場合に於て公けなる信託なりとす。然り而して政府は其の權力の運用を避くることを個人に特免し并に權力の運用を個人に委任し得へきは固より言を俟たざる所なれども其特免及委任は何時たりとも政府の意思に依り隨意に撤回せられずんばある可からず。縱令我公法にして未だ此主義に符合するの運に到らすとするも這は少くとも健全なる政治學上の定説なり。要するに我合衆國の公法は此點に於て私權の擴張に過ぎたるの嫌あるを免れず。

然れども若し合衆國は諸州以内に所謂普通法なる者を有せずとの主義を固守するに於ては州の法律に基因する契約上の義務の侵害を防衛すべき合衆國政府の權力は數多の場合に於て無効に歸せらるゝに至るへし。則ち此主義を嚴格に適

用する時は州の獨專管轄權に屬する事項に關係ある契約に對して合衆國法廷が義務及侵害の疑問を解釋するに方りては州の高等裁判所の裁決に従はざる可からざるの必要を來たすべき也。然れども斯くの如きは實際に於て合衆國上等裁判所か既に絶對的に又明白に拒絶したる所なり。則ち同法廷は契約に關する州の法律を解釋し且侵害問題を判定するの獨立權を有する旨を斷言したり。是れ蓋し正當の法理と謂ふべし。只吾人の望む所は該主義を應用するに方り合衆國は諸州以内に於て普通法を有せしむるが如き陳腐の主義を破壊するまでに大いに擴張せられんこと則ち是れなり。

然りと雖も個人と州との間に締結せる契約より發生せる義務に依り個人か州を窺束せんとするには憲法の明文上支障あるを免れず。彼の有名なる修正憲法第十一條の規定に曰く合衆國の司法權は他州の住民若くは外國の臣民に依りて合衆國中の一州に對して提起せられ若くは求刑せられたる普通法若くは衡平法上の訴訟に及ぶものと解釋すべからず。而して此規定は常に原告か他州若くは他國の臣民たる場合のみに限らず州内の一住民か其州に對して起訴する場合に

も亦等しく適用せらるゝものと解釋されたり。

然れども我合衆國上等裁判所は個人の上に附せられたる此制限を解釋するに方りては最も適正の精神を發表したり。則ち個人と州との訴訟にして州を直接の被告と爲さずして之を審判するを得るの場合に於ては則ち同法廷は常に個人の爲めに其裁判權を運用するものとす。例へば合衆國上等裁判所は從來左の如き判決を下せり曰く若し州か訴訟を提起するに於ては之れか對手たる個人は原告と看做さるゝと無くして合衆國法廷に上告するを得べし曰く州有財産若くは州に利害の關係ある財産に關する訴件にして司法上正當の手續を経由し合衆國法廷の管轄の下に來る場合に於ては同法廷は個人の爲めに之が裁判權を行ふべし。曰く個人は州の官吏に對し私犯の訴を提起するを得べし此場合に於て被告たる官吏は單に其の官吏たる事を證明し若くは訴の原因となりたる行爲を執行するは其職權たる旨を主張して上等裁判所の審判を避くる能はず則ち該官吏にして其無責任を主張せんと欲せば其職權は法律上彼を保護するに充分なる事を證明せざる可らず。曰く個人は特別なる事項に關し法律上明白に州官吏の負

荷に屬する義務にして之か履行の爲め個人か利益を受くる場合に於ては該官吏をして義務を履行せしむる爲め之に對し訴訟を提起するを得べし。曰く個人は事後に至り被告より充分の賠償を法律に依りて得難き場合に於ては官職を濫用して原告に危害を及ぼす事を制止せんか爲めに州の官吏に對して訴訟を提起するを得べしと。現に合衆國上等裁判所は近來の一訴件たるポインデキスター對グリーンハウ (Poindexter v. Greenhow) の訴訟に於て個人の權利の爲めに殆ど空想と思はるゝ程の精細なる區別を立てたり。抑も本件は物件差押に關する訴訟にして租税上納の際バルヂニヤ州の一官吏に依りて差押へられたる財産を回復せんが爲め該官吏に對し納税者たる一個人より合衆國上等裁判所に起訴したる者なり。其の事實を云へば原告は租税の上納を爲すに方りバルヂニヤ州發行の公債證書を納めたり而して此種の公債證書は同州制定の條令に依り租税の支拂を爲し得べきものと規定せられたるものなり。然るに該條令を發布せる後に到りバルヂニヤ州は更らに條令を發して租税の上納は總て金貨銀貨合衆國大藏省の發行に係る證券及國立銀行紙幣を以てすべく其他の物を以て上納すべからずと

命じたり。是を以て被告たる該官吏は對審の場合に臨み本訴をして州其自身に對向せられたる如き外觀を呈せしめ巧みに法廷の管轄を脱せんことを需めたり。然るに合衆國上等裁判所は曰くバルヂニヤ州は一個の政治的法人團體にして單に代理人に頼りてのみ活動し得るものにして又法律に頼りてのみ命令を降たし得るものなり故に此種の被告にして抗辯を全ふせんとらば須らく州の代理者として彼の職務を規定し其行爲を擔保する州の法律を引用せざる可らず。而して被告は實際本件に於て之を試み一千八百八十二年一月二十六日の條令に基て其職務を執行したりと主張すれども元來該條令はバルヂニヤ政府の立法部が制定せる條令に相違なきもバルヂニヤ州の法律とは見做すべからず。何となれば該州は元來斯る法律を制定するを能はざるものなればなり。從て該州は本來如斯法律を制定したるものと見做すべからず。則ち法律上より解釋すれば該州は素と自己が爲し能はざる事柄を爲したるものと見做すべきのみ。抑もバルヂニヤ州の法律は合衆國憲法及び之に基く契約に外ならずして此二者はバルヂニヤ州の制定する條令に依りて廢滅し得べきものにあらざ。而して此法律が租税上

納に公債證書を用ゆるを許す以上は之れを受納するは即ち被告の義務なり。之れを是れ爲さず州の定めたる條令に本つき公債證書を拒絶するは即ち法律上の保障なき不正の處置と云はざる可らず。是れ上等裁判所が下したる判決の要旨なり。然れとも此議論たる數多の點に於て巧言詭辯たるの嫌を免れず。例へば國家としての州及政府としての州との間に區別を立つるは到底能はざる所なり。何となれば州は本來國家即ち主權に非ずして單に政府たるに止まるものなればなり。又バルヂニヤ州立法部の制定せる一條令にして同州の憲法に違背せざるも合衆國憲法中の規定に矛盾するに於ては是れバルヂニヤ州の法律に非らず合衆國憲法中の其規定こそ即ち該州の法律なれと云へる斷案も亦た奇怪と謂はざるべからず。蓋し此場合に於て合衆國憲法は當該州内に於ける合衆國の法律にして其州の法律にはあらず。而して當州の一官吏は法廷より當州の法律か其州内に於ける合衆國の法律に依りて廢棄せられたりとの判決を受くる迄は本州の法律に服從し且之れを施せざる可からず。因是觀之バルヂニヤ州の該官吏は斯る場合に於て非行者として身躬ら責に當たるべき者にあらず。何となれば

ば其の行爲は即ち州の行爲なればなり。但し余は右上等裁判所の議論を認見なりと思惟するにも拘はらず斯る擬制を發明したる精神に至りては大に稱賛せざるを得ず。即ち是れ從來諸州が數々個人の財産權を侵害したる非行を匡正せんとしたるものなればなり。然れとも余は寧ろ修正憲法第十一條の廢棄を希望するものなり。若し此事にして行はれずんば以上説ける上等裁判所の處置も亦た已むを得ざるものとして取て之を悲まざるべし。

五、諸州は法律の正當なる手續を経由せずして個人の財産を剝奪するを得ず、又合衆國民の財産上の自由若くは特權を減殺すへき法律を制定若くは施行するを得ず。細説すれば諸州は課稅權及公用財産徵收權に依り或は又州法廷の司法手續に依り個人の財産を取扱ふに方りては必ず法律上相當の手續きを履まざる可からず、又合衆國民の財産上の特權及自由は毫も侵害せられ得へきものに非らずと云ふに在り。余は變に人身上の自由を論するの部に於て是等の語句を説明し既に餘蘊なしと信ず。余は又既に合衆國憲法を以て擔保せられたる個人の自由を諸州が侵害せんとする場合に於て之を護衛する手段を明細に指示したり。

故に今再び此關係に就て同一の事柄を説くの要なきを信す。

六、最後に諸州は合衆國憲法上中央政府の專管に屬する事項に關し其權力を個人の上に運用するを得ず。例へば攻戰オツクシヤクワを開始し外交條約及外國との同盟を締結する事外國との通商及聯邦諸州間に於ける通商を管理する事貨幣制度軍制及版權制度及歸化法を定むるが如き是なり。左れば個人は以上中央政府の專管に屬する事項に關しては諸州の管轄を免るゝこと憲法の保障する所なれば此範圍に侵入する諸州の總ての行爲より起る損害に對し個人は合衆國政府に救済を要求し得るものとす。

以上説明論評したる所は則ち我亞米利加合衆國憲法上に於ける人文自由の範圍内包及擔保なりとす。吾人は説て茲に到り我人文自由の範圍太だ曖昧にして其保護は多くの點に於て不完全なりと白狀するの外なきも然かも世界が從來計畫案出したる所の者の中に在りては最善最美の者にして又其内容には將來完全なる進歩發達を遂ぐべき主義と方法とを包含するを知るなり。

(丙) 個人自由の停止

余は前段に於て個人自由の内包及制裁を詳説し個人自由の系統を頗ぶる明にしたるを信す。然れども今此大問題を辭するに先たち復び研究を要する一の緊切問題在り。他なし中央政府は一時個人の自由に關する憲法上の擔保を停止し無制限に司配するを得るの時機ありや否やの問題これなり。換言すれば中央政府は國家の全權則ち主權を專掌するの時機ありや如何の疑問これなりとす。之れを政治學の上より論ずるときは吾人は此疑問に對し肯定的の答を與へざるを得ず。則ち國家の生存を迫害せらるゝ戰時若くは公安危殆の時に在りては政府たる者勢ひ國家を防衛するか爲めに權力の各原素を把握せざる可からず。是れ管たに我國に於て然かるのみにあらず實に各國の實驗し來たれる所なり。余は今羅馬の實例を援用せざる可し如何となれば羅馬は非チュートンのなりとの反對を受けるの虞あればなり。余は又チュートンの并ひに羅馬的理想の混合より成りたるチュートンの諸國家の實驗に全然倚賴せざる可し如何となれば是等諸國の制度の要素は其の源を羅馬の泉源に酌みたりとの駁論を蒙むる可ればなり。余は唯たシーザルに依て説かれたる純粹の日耳曼國家を援用し來るべし。シ

ザルの言に曰く此純粹なる國家に在りては戰時に際し一人の主長(Chief)を選舉し生殺の全權を委任したりと。但し史家タシタス(Thucydides)は此事を記するに爾く確言せず。彼は言く主長(Chief)等は其權力に依りてよりは寧ろ其權威と先例とに依りて支配したりと。其の言ふ所同からざるも昔時自由を愛せる日耳曼民族が戰時及移住のときに在りては自由民の會議に依りてする政治を中止し一人の主長の指揮の下に立つ舊慣習に遵ひし事實は疑ふべからざるが如し。之を要するに違きは日耳曼民族の古き時代より近きは合衆國制度の構成時代に至るまで戰爭及び公安危殆の場合に於て一時絶對的號令權を有する首長を認容したるは明か也。然り而して今日我合衆國憲法は斯る規定を包含するや否や。將又吾人の祖先は危急存亡の時機に臨み國家防衛の爲め上陳の如き方法より個人的自由に一層危険の虞少なき或他の好手段を案出せしや如何。

本問題に關する憲法上の規定は憲法第一條の八九節及第二條の二節中に在り。曰く聯邦議會は民兵の編成武裝軍律の事を定め及其の合衆國の兵役に充つべき兵員を定むるの權聯邦の諸法律を施行し内亂を鎮定し外寇を斥くるか爲めに民

兵を徵募する事を定むるの權陸軍を徵募し且扶持し及び海軍を具備し且つ扶持するの權陸海軍の法制を定むるの權を有す。又人身保護律の特權は内亂外寇あるに際し公安上之を必要とするに非らざれば停止すべからず。大統領は合衆國の陸海軍及合衆國の現役に徵募せられたる各州民兵の總督たるへしと。

由是觀之我聯邦議會か合衆國に於て一般兵役の義務を命ずるの權を有するは勿論全國民をして合衆國の兵役に就かしむるの規定を爲すの權利を有する事も亦明瞭なりとす。而して一旦斯る命令の發せられたる後に於ては全國民は聯邦議會か人文の自由に關することなく隨意に制定せる軍律に服従せざるを得ず。是れ勿論非常の事に相違なきも其の違憲の處置にあらざるをも亦た毫も疑ふべからず。要するに我合衆國憲法は軍制の編成及施行に關しては議會の權力に何等の制限を附せざるなり。去れば此點に關しては國家の全權は委ねて政府に在ると云はざる可らず。

併ながら吾人か前きに提出したる疑問は是より一層困難なる問題なりとす。則ち疑問の要點左の如し。聯邦議會か合衆國全人民を兵役に編入するの法令を發

したる場合は兎もあれ其の之なき場合に於て中央政府は未だ兵役に就かざる人民の個人的自由の擔保を停止することを得る時機ありや否や則ち是れなり。此問題に對しては吾國の歴史上實例上の解釋と司法上の解釋と二種あり。而して此の二種の解釋は或點に於て互ひに矛盾するを免れず。余は今此の二種の答案を研究するに方り遠く南北戦争前に溯りて吾人の經驗を叙するとなかるべし。何となれば此内亂以前に於ける先例は不完全にして而かも不明瞭なればなり。余は又此點に就て戦争の非常權を行政各部によりて區別するを無かるへし。何となれば此場合に於ける問題は個人の自由に對する政府全体の權力に關するものなればなり。

一、實例上の解釋 一千八百六十一年四月十九日合衆國大統領は南カロライナ、ジョージア、アラバマ、フロリダ、ミシシッピ、ルイジアナ及びテキサスの諸州を封鎖する旨を布告せり。是れ則ち大統領が此等の諸州に内亂の起りたる旨を布告したるものなり。合衆國政府が戦争を布告し若くは戦争の存在せる旨を布告し得る事に就ては何等の疑問あるなし。唯た一の疑問は聯邦議會若くは大

統領は果して宣戰權を委任せらるゝものなるやの一點にあれども既に述べたる如くは今考究せんとする問題外なりとす。

一千八百六十一年五月十日合衆國大統領はフロリダ沿海の諸島に於て人身保護律の停止を爲す旨を布告したり。次て同年七月四日を以て大統領は區域に制限を附せずして人身保護律を停止するの權を軍將に與へたる旨を聯邦議會に通告したり。夫れ中央政府が公安維持に必要と認むる場合に於て人身保護律を停止するを得るは毫も疑を容れず。唯こゝに疑ふべきは聯邦議會若くは大統領は果して斯る權力を委任せられたるものなるや又人身保護律の停止は直ちに軍律の發動を惹起し來る者なるや但しは單に救済なしの停止を一時認許するに過ぎざるやに在り。而して第一の疑問は既に陳へし如く本問題の下に屬するものにあらず。故に余は單に此點に關して一言せんとす曰く聯邦議會は一千八百六十三年三月三日の法律に依り大統領に合衆國全部若くは一部に人身保護律の特權を停止するの權を與へたれば前述大統領の行爲は議會の是認する所となりたるや明かなりと。

第二の疑問に就ては余は唯左の如く言はんとす、乃ち中央政府は人身保護律の停止を以て直ちに軍律の發動即ち憲法上に於ける個人自由の總ての擔保の停止なりと解釋するの意向を表したるも軍律政治の布告を爲すに方りては政府の戰爭權及戰爭の結果を處理するの權力にも亦依頼したるなり。果して然りとせば政府は合衆國全体則ち戰地に於ても戰地より遙かに離隔せる地方に於ても共に軍律を施行するの權力を有するものと斷定し之を運用したるものとす。

二、司法上の解釋 此解釋は南北戰爭終結後に起りたる有名なるミリガン事件 (Milligan case) に於て始めて之を見るを得たり。本事件に於て合衆國上等裁判所は裁決して曰く「人身保護律の停止は當該官吏に何人をも逮捕するの權を允すと云ふにあらず、唯既に逮捕せられたる者の人身保護律によりて有する自由の特權を一時排拒するに過ぎず」と。則ち法廷の主張する所は人身保護律の停止は一般に軍律の發動を惹起するにあらず、從て個人の自由の憲法上に於ける一切の擔保を停止する者にあらず、唯單に會て合法的に逮捕せられたる者の拘禁を是認する而已、再言すれば單に彼を尙ほ引續き拘禁すべきや否やを決せん爲め被逮捕人を裁

判官の前に送ることを停止するに過ぎず。則ち人身保護律を停止するも逮捕及審問に關する憲法上の法式は依然保存せらるゝものなりと云ふに在り。次に又同法廷は政府が軍律を施行し得るの場合則ち憲法上に於ける個人自由の擔保を悉く停止するを得るの時機を説明して曰く「若し外寇若くは内亂に際し事實法廷を開く能はず從て法律に遵據して刑事の裁判を爲す能はざる場合に於ては其臨戰地に於ては軍隊及社會の安寧を維持せんが爲に戰亂によりて廢止せられたる法權に代用すべきものを建設するの必要あり。此場合に於ては兵權の外何等の權力も存せざるか故に法律の常の如く實行され得るまでは軍律の支配を是認せざるへからず。如此く必要によりて軍律を施行するに至りたるものなれば其施行期限も亦必要に依りて定めざるへからず。若し軍律政治にして法廷の再び開かれたる曉に及むても尙繼續せらるゝに於ては則ち國權の僭奪なり。軍律は決して法廷の開設しありて裁判權の妨害なく行はるゝ所に存立し得べきものにあらず。去れば彼大内亂の際に於て國權行はれず法廷の官吏は追逐せられたりしウアルジニヤ州に軍律を強行したればとて之が爲めに彼の國權儼存して裁判事



務平生の如く進行したるインデヤナ州に在りても亦軍律を強行せざるべからずとの理あるへからず。愚と等しく外敵襲來の場合に在りても或る一州に於ては軍律の實施を必要とするも他州に於ては全く不法の暴擧となるをあるべしと。略言すれば法廷の主張する所は戰時に於て政府は自己の有する戰爭權運用の結果として軍律を執行するの權力を有するは明白なり然れども政府は現に法廷を開き支障なく其職務を行ひつゝある地方に軍律を及ぼすを得ず。又一旦軍律を施行したる地方と雖も一たび閉たる法廷の再開せらるゝ場合に於ては其時より直ちに軍律の施行を停廢せざるを得すと云ふに在り。余を以て之を看るに這は裁判所が戰爭の存在する時期及地域を決定するの權を有すとの要求なるに似たり。否其實更らに大に求むる所あるものなり。詳説すれば這は是れ單に上等裁判所が此權を有すと言ふにあらすして各裁判官少くとも合衆國の各裁判官は何れも此權を有するものなりとの要求なり。然れども余は我憲法中何れの處に於ても斯る主張の保障あるを發見する能はざると共に其の明かに邪惡なる政理なることを斷言せんとす。要するに此説たる國家危急存亡の時に方り生殺の大權

を比較的小官吏に歸するものなり。抑も戰爭は兵力を以て事局を決する最後の手段たり。以上の所説は則ち區々法治的手段を以て此大手段に代へんとするものにして學理上よりすれば偏狹たるを免れず實際上よりすれば到底實行し能はざる所なり。斯かる場合に於て軍務總督は法廷を閉鎖し其門前に衛兵を置くを得べし。然れとも和戰の決は必ず國家大權の裁定に遵據せざる可からざるなり。蓋し之を政治學上より觀れば戰時及臨戰地を定むるの權力は之を合衆國全部を代表し合衆國々權を管理し憲法上外寇内亂を防衛するの責任を有する聯邦議會に賦與すべき者にして又我が憲法は現に然かするものなり。之と反對の見解を取れる上等裁判所の意見は判事ダビス氏に依りて宣告せられたるが道は單に多數決に依り賛成を表せられたるに過ぎず。之に反して裁判長チエース氏(Chief)は法廷の意見と大に其見る所を異にし判事ウエーン。スウエーン及びミルラー等の諸氏は孰れも之れに同意を表したり。裁判長は曰く「國民が戰爭に入りて國中の或部分が襲撃せられ且國の全部が攻撃を蒙ふるの虞あるに當りて何れの州若くは何れの地方に軍律の施行を必要とするの危険存在するやを決するは聯邦

議會の權限に屬す。次に内亂外寇に際し尋常法律を以て充分に公安及人民の權利を確保する能はざるの地方に於て聯邦議會は軍律の發動を命ずるを得べく危険迫りて議會の召集を待つ能はざる場合に於ては大統領代りて之を命ずるを得べし。斯かる場合に於ては聯邦の諸法廷再び開かれたりとの事由は以て軍律の實施權を議會より剝奪するに足らざるなり。蓋し是等の諸法廷は既に開かれ且つ其の權能の運用を妨げられずとするも未だ以て刻下の危難を排除するに足らず又機敏と確實とを以て賊徒を處罰するに足らざればなり……謀叛及内亂の時に際しては判事及士官等が往々にして反徒に同情を表し却て法廷は反徒の強大なる應援者たるをあり……吾人は縱令其意なきにもせよ現に政府の有する憲法上の諸權力を減殺し且外寇内亂の時に方り公衆の危難を増加するの傾向ある意見の發表に對し緘黙して同意を表することを厭ふ者なり」と。

右チエーゾ氏の意見は疑もなく健全なる見解なり。吾人は之を以て本問題に關し政治學と法理とを調和し法律と政略とを融和し得る比類なき唯一の見解なりと信す。

吾人は以上々等裁判所の下せる判決の當否を實戰に徴する場合なからんことを望む。然れども若し不幸にして今後斯る場合の生ずるとあらんか該判決は必然等閑に看過せらるべきは吾人か今より豫言し得る所なり。之を要するに戰亂及公安危殆の場合に於ては國家の全權力は之を中央政府に專任せざる可からず。而して憲法上に於ける個人の自由は中央政府か國家の生存と安全との保護の爲めに之を必要と認むる限りは犠牲に供せざる可からず。是れ實に政治歴史の實験に徴して然るのみならず又政治學上確固不拔の一大主義なりとす。

### 第三章 日耳曼帝國憲法上に於ける個人の自由

(甲) 日耳曼政府の權力に對する個人の自由

日耳曼憲法には中央政府の諸權力に對する個人の自由を明かに規定したる所なし。去りながら中央政府は所謂列舉的權力より成れる政府なりとの主義は吾人をして左の論結を爲さしむるに至る。乃ち個人は憲法上中央政府に賦與せられざるを以て憲法は暗に此權を中央政府に與ふるを拒みたりと推定するを得べき諸權に對しては之を拒否するを得べし。又憲法を以て暗に諸州の專管に屬せし

めたる諸權力を中央政府か個人の上に運用する場合にも之れを拒否するを得べし。今左に其實例を擧げん。

一、憲法が兵士の現役期間を確定し該期間を変更するの權力を中央政府に委任せざるの事實は通常の場合に於て政府は個人に對し確定期限外の軍役を命ずる能はざることを確定せるものにして個人の爲め一種の特權を創設せるものと解釋するを得べし。

二、帝國憲法か中央政府に輸出入品及内國産の食鹽煙草蒸溜飲用品麥酒砂糖糖密等に課税するの權力を賦與し他に課税の物品を記載せざるの事實は取りも直さず記載外の財産に對して個人は中央政府の課税を免るゝの特權を有するものと解釋するを得べし。バワリヤ。ウルテンベルヒ。バーデンの三地方に於ては此種の自由は一層廣大なるものあり。是等の地方に在りては蒸溜飲用品及麥酒の如きも中央政府の課税を受けざるなり。亦是等課税權を政府中の立法部に賦與するの事實は立法外の手段を以て個人に課税すへき政府の權力を免かれ得る個人の特權を包含するものなり。

三、帝國憲法か信教の自由を制限すへき權力を中央政府に賦與せざる事實は此自由の範圍内に於て個人に向つて一個の特權を創設するものと解釋せざる可からず。

以上擧ぐる所の三例は事實上中央政府に對する個人自由の區域を組成するものなり。左れば其他の點に於ては立法行政二部にして若し其意あらば殆ど何れの點に於ても個人の自由を侵害するを得へし。且つ帝國憲法は帝國の立法行政二部に對し此狹隘なる自由の區域を防衛すへき司法權を創設せざるなり。抑も帝國憲法は帝國立法部を以て個人的自由の主要なる創設者保護者として之に與ふるに最も廣き權力と最も重き責任とを以てするに拘らず畢竟之より生ずる個人の自由は單に法律上の自由に過ぎざれば法律と共に何時と雖とも立法部の行爲に依りて變更若くは打破せらるへきものなり。若し夫れアルサスロレーンに至りては憲法上明暗共に中央政府の諸權力に對する個人の自由は毫末も存立せざるなり。

## (乙) 諸州に對する個人の自由

此點に就ては帝國憲法は政府の諸權力に對し個人に自由を與ふる稍々寛大なるものあり。

一、帝國憲法は左の意義を以て普通臣民分限を制定す、曰く日耳曼帝國中の何れの州の臣民たるを問はず他の各州内に在りても同じく其の臣民として取扱はるべきものなりと。換言すれば帝國の臣民は聯邦中何れの州に行住すと雖も法律の平等なる保護を享有し法廷の前に平等の權利を有し住所を定め營業を爲し不動産を賣買するに於て平等權を有し其の行住する所の州の臣民と等しく總ての法律上の權利を享有し住民分限を獲得するの權利を有し特に法律を以て定めたる其州の住民分限に關する制限に遵ふの外其の住居する州若くは他の州に於て以上の權利及特權の行用を無法に制限せらるゝこと無る可しと。

上陳の帝國臣民分限を以て州の臣民分限に先きたち且つ州の臣民分限と區別して創設されたるものとするは不可なり。蓋し日耳曼憲法に於て果して如此帝國臣民分限なる者存立するや否やは疑なき能はず。憲法註釋諸家は寧ろ此の臣民分限の無き旨を主張せり。余は竊かに其の存在を認むる者なれども今茲に議題

となり居る憲法の條項より啓發せられ得べき者とは思はず。こは憲法全條の精神及性質より演繹せらるべきものなりと信ず。抑も本條は單に一州の臣民と他州の臣民との間に法律上の權利及特權に關して毫厘の差別を立つ可からずと言ふに外ならず。則ち本條の規定は斯種の性質を有する一切の差別を廢止するものにして將來斯る差別を立るときは之を以て憲法違反と爲すに在り。更らに言へば該規定は日耳曼帝國の臣民に向つて各州内に於ける個人的自由の平等を建設確定するものなり。然れども敢て此自由の範圍を帝國的即ち國民的と成すにはあらず。去れば本條のみを以て之を論すれば諸州は我が州内の住民と他州の住民との間に偏重偏輕の處置を施さざるに於ては他州より來る臣民に對して個人的自由を禁制するを得へし。

要するに此規定は合衆國舊憲法第四條第二節に所謂各州の公民は他諸州に至るも其州の公民と同様の特權及自由を享有すへしといへるものと同一物たるに過ず、否日耳曼憲法中の此の規定は我憲法の此舊規定に法とりたるものなり。然るに一千八百六十七年の憲法會議に於て該規定は未だ以て本會が建設せんと企

圖したる帝國普通の個人的自由を擔保するに足らざることを發見したり。是に於てか此缺を補はんか爲めに憲法上に國民分限の自由及特權を設定せず單に法律の規定を以て是等一切の事項を處理すべき權力と中央政府の立法部に委任する事としたり。日耳曼憲法第四條の一節乃至六節同十三十五及十六節は則ち帝國立法部に委任するに殆んど各點に於て個人的自由を國民的に化成するの權力を以てしたるものなり。而して實際に於て立法部は既に此權力を大に使用して憲法第三條の精神を殆んど不必要たらしむるに至れり。

二、帝國憲法は聯邦諸州間に行はるゝ通商貿易の爲めに個人に課税せんとする諸州の權力に對し個人を保護す。換言すれば諸州間に行はるゝ通商貿易の爲めに州は何種の租税をも人民に賦課する能はざるは帝國憲法の明白に規定する所なり。

三、日耳曼帝國憲法は中央政府の專管に屬する一切の事項に關して諸州の權力に對し暗示的個人の自由を創造す。聯邦諸州は此範圍に於て中央政府か自から之を占有すると否とに關せず全然干渉する能はざるものとす。是れ個人の自由

を法律的たらしむるに引代へ憲法的たらしむる者なり。若し夫れ中央政府か自から活動せざる場合に諸州をして代りて活動せしむるは是れ個人の自由をして單に法律的たらしむるものなり。然り而して余は憲法中に於て此點に關し中央政府の專管權を明白に言明するもの唯一條あるを見る、則憲法第三十五條是なり。該條に曰く關稅制度即ち外國通商に關する立法、內國製造の食鹽、煙草、火酒、麥酒、砂糖及糖蜜の課稅に關する立法、諸州をして以上の諸稅を正確に徵收して之を帝國々庫に回納せしむるをに關する立法及帝國の關稅區劃を安固ならしむるに必要なる手段に關する立法は帝國の專管たる可しと。然れども中央政府の專管權は冥々裡に稍々是より廣濶の區域を占むるを覺ふ。蓋し諸州は如何なる場合と雖も帝國憲法及帝國官制を干犯する能はず。又陸海軍及外國商船に干渉する能はるなり。故に若し此等の諸權力を行用するに當り個人の有する自治權に接觸する場合には州が此等の事項に關し個人の上に制限を置き若くは束縛を爲さんとするに對し個人は憲法上の自由を有する者となすを得へし。蓋中央政府は其の權能を以て此等專管權の一部行用を止むるを得べし、然れとも諸州は中央政府の

此不行爲を補充するの口實を以て若くは又他の口實を設け以て此專管權の範圍に侵入するの權力を毫も有せざるなり。

四、諸州に對する個人の自由は中央政府に對する個人の自由に比すれば一層完全に擔保せらる。帝國憲法は中央政府の立法部及び行政部に對し個人的自由の範圍に關する憲法上の規定を解釋すべき權力を有する獨立司法部を創設せず。即ち憲法上の司法權は立法部に依りて創設せらるゝものなり。換言すれば司法權は法律上の創造物にして憲法の創造物にあらず。故に司法權は立法部の制定せる法律を解釋するを得るも其法律の果して憲法に適合するや否やを裁定宣言すると能はず。故に日耳曼の制度に在りては政府の立法部が自ら中央政府に對する憲法上の個人的自由を蔑視するに於ては之れを保護すべき合法的手段は絶へてこれ無きなり。蓋し行政部が此自由を蹂躪するは或は之を防ぐを得べし。何となれば憲法は日耳曼皇帝の各行爲に對して之が責任を大宰相に歸すればなり。然りと雖も憲法は大宰相は果して何人に對して責を負ふ者なるやを言明せず又大宰相の責任を強行するの手段を明示せざるなり。然りと雖も諸州が個人

の自由を侵害したる場合は之と異なり則ち人民は州を相手取りて中央政府の各省に訴願を提出するを得べし。勿論此の事も左の事實より推測するの結果に外ならず則ち個人の自由が或る州に依りて侵害せらるゝ場合は取りも直さず中央政府が支持せざる可からざる帝國憲法及帝國法律が侵害せらるゝ場合なりとの事實これなりとす。然れども吾人の此論を主張するは強ち推測のみに依頼するにわらず。帝國憲法の規定に曰く「一州内に於ける或個人が其州の内に於て又は其州に依りて裁判を受くるを拒絶せられ且通常の法律手續に依り救濟を得る能はざる場合に於ては之が被害者たる個人は聯邦參議院に訴願するを得べし。此訴願を受理するは聯邦參議院の義務たるへし。若し其訴願にして正當の理由あるに於ては違法の州をして其義務を強行せしむ可しと。」左れば諸州に對する個人の自由にして苟くも帝國裁判所が諸州の裁判所の上に有する通常法律上の監督により之を保護する能はざる時に於ては此非常救濟の手段に依頼すべきものとす。

### (丙) 個人的自由の停止

余は前章に於て國家社會の危機に際し中央政府は個人的自由を一時停止し國家の全權力を掌握するの必要を充分に説明したり。凡そ憲法にして斯る危機に處するの規定を設けず、右自由停止の方法及結末を規定せず、又此停止の解除を規定せざるものは決して完全なるものと云ふを得ざるなり。

日耳曼憲法は宣戰權を皇帝に委任す、但たし皇帝か此權利に據りて宣戰の布告を爲すに方りては聯邦參議院の協賛を経ざる可らず。憲法は又敵軍の攻撃に對して帝國を防禦するの權戰に臨み兵を動かすの權、帝國諸法律の施行を監督するの權、及び聯邦參議院の協賛を経て聯邦各州を制壓するの權を皇帝に委任す。

吾人は前段に掲けたる憲法上の諸規定より左の推論を爲すを得べし、乃ち帝國政府は戰時若くは公安危殆の場合に於ては一時軍事上の指揮權を掌握し、且つ該指揮權の行使を要する危機は何れの時に發し、且何れの時に終はるやを決定すへき憲法上の權利を有するものなりと。吾人は亦殊に是等の諸規定より日耳曼帝は聯邦參議院の協賛を経て攻戰并に州の制壓を要する場合に於て以上の非常權を

行ふの危機を指定し、又防戰の場合及法律の實施を爲すに際し軍權の行使を必要とするの危機を指定し、且又總ての場合に於て軍律政治を要する危機の終了を認定するの權を有すとの推斷を爲すを得べし。然れども憲法は單に吾人をして以上の如き推斷をなさしむるに止まらず、進んで明白なる宣告をなせり。則ち憲法の規定に曰く、皇帝は公安危急の機に蒞み帝國の孰れの部分を臨戰地と認むるやを布告(戒嚴令を布告に)するを得と。斯の如くして皇帝は軍律政治を開始するを得ると共に之を罷むるの時機を決定し得るなり。蓋し此の政理は明晰精確にして而かも又強健なり。則ち健全なる政治學と經驗とが教ゆる所に軍事上の指揮權を配置するものなり。

然れども上陳最後の議論は余か目的とする論題外に涉るものなれば今茲に議論せず。

余が今茲に論議しつゝある議論の本旨は單に全政府と個人的自由との關係に止まるものとす。乃ち若し全政府にして軍律を發動し得るものとせば、則ち余の提出せる議題は已に確定せられたりと云ふべし。則ち余の議題をこゝに略提すれ

は國家には往々危機の迫來するありて之れに對して政府は須らく個人的自由の全部を停止し且國家の全權を政府自身に取得するを得べく從て政府は斯る危機か何時に來り又何時に結了するやの疑問を裁定す可き單獨唯一の判定者なりと云ふに在り。

以上余が引用したる憲法の規定より觀察すれば日耳曼帝國政府が此等の權力を有することは毫も疑を容れず。而して明白に此權力を皇帝に委任せる憲法第六十八條は規定して曰く帝國法律を以て戒嚴の要件公布式及効力を定むる迄は一千八百五十一年六月四日の普國法律を帝國の法律と看做すべしと。而して此普國法律は今日に於ても日耳曼帝國の法律なり。其の首として規定する所に據れば戒嚴令は戰爭及内亂の場合に之を布告すべく之を布告するを得る者は第一元帥若くは戰地の軍司令官にして次は内閣則政府なるを指示せり。又同法は更に進んで戒發令の布告より來る第一の結果は憲法上に於ける個人的自由の停止なるを指示せり。而して此普國法律は中央政府の機關と爲るに於て帝國政府に代ふるに大宰相を以てす蓋し普魯西に在りては大宰相の外に所謂帝國の大臣なる

者あらざればなり。去れば陸海軍の元帥として皇帝は公安を害する戰爭の存立を認むる場合には直接又は其武將をして何時たりとも帝國中孰れの部分に於ても戒嚴令を布告するを得る者なり。又皇帝は内務行政の主長として内國に起れる擾亂を以て公安を害する者と認むるに於ては何時たりとも大宰相に命じて同様の布告を爲さしむるを得るなり。要するに何れの點より觀察するも帝國憲法は憲法上に於ける個人的自由の全權を一時停止して國家の全權を掌握し且政府自ら其掌握期を決定し又其時機の終了期を決定するの權利を中央政府に賦與せるとは疑を容れず。蓋し帝國憲法が採用せる彼の千八百五十一年の法律は憲法上に於ける個人的自由の停止は單に戰爭及内亂の時に限ることを規定すと雖も帝國憲法にして苟くも戰爭ありと布告するに於ては法律上何時と雖も戰爭を現存するものと見做さざる可らず之と同じく帝國政府にして苟くも認て内亂起れりと布告するに於ては乃ち法律上内亂存在するものと認めざる可らず左れば之に關する政府の權力は憲法上無制限と謂はざるべからざるなり。

#### 第四章 憲法上に於ける個人的自由の學理上の地位



## 及其真正の關係

余は英吉利及佛蘭西の憲法上に於ける個人的自由に関する題目を不問に附し去らんとす。何となれば是等兩國の憲法は孰れも個人的自由を含蓄すればなり。英吉利憲法の然る所以は主として其性質の不文なるに依れり。佛蘭西憲法は一個の成文法なりと雖も吾人は個人的自由の片痕たも認むる能はざるなり。勿論斯く言ふと雖も吾人は英佛兩國に於て個人的自由は絶無なりと言ふに非らず。否現に是等二國に於ても個人的自由の廣濶なる領域は存在しあるなり。實を言へば英佛兩國に於ける個人的自由の領域は二者殆んど同一にして又合衆國及日耳曼の二制度以上に於ける其領域と殆んど全く相符合するものとす。去りながら英佛兩國に於ける個人的自由の範圍は政府と劃然分立せる國家に依りて創造せられたるものに非らず又政府に對し國家に依りて創立せられたる者にあらざるなり。抑も英國貴族か昔時國家として國會を組織し彼の大憲章を制定し王即政府に對して此の憲典を擁護せん爲めに委員を設けたる時に當りては英國に憲法上の個人的自由存在せしや明かなり。

然るに爾來半世紀を経て此貴族的國會は政府の一部となりしより主權即ち國家は政府と混合し(個人的自由の見地よりすれば)從て人文の自由は超政府的の根源及び保護を失ふに至れり。

佛蘭西に在りても吾人か曩に陳述せし如く彼の一千七百八十九年の革命の最初の事業は王即政府外に別に國家機關を構成し次に憲法を創造したるに在りき。而して此憲法に於ては個人的自由は政府に對して明かに其範圍を定められ且保護せられたり。爾後と雖ども彼のナポレオン法典を除くの外は個人的自由の憲法的性質は佛蘭西制度の總ての變化を通じて常に保存せられたり。唯現制度に至りて憲法上個人的自由の擔保を痕跡たも存せざるに至れり。實に佛國の如き民主的憲法内に於て個人的自由か立脚地を有せずと言ふは驚愕するに堪へたり。今其然る所以を按ずるに第一佛國憲法か斷簡片章の羅織的にして不完全の性質を有するの一事に依りて自ら説明を得べきも未だこれのみを以て充分の説明と爲すに足らざるなり。惟ふに佛蘭西共和政體か其憲法の修正を要するは疑ひを容るべきにあらず。蓋し佛國共和政體は勿論憲法上に於ける個人的自由を要す

ると全時に現時の行政権よりは尙一層獨立なる行政権を必要とするなり。然れども惜哉憲法修正論者は敢て之を切要なりと思惟せざるなり。是等は余か前きに指示したる如く佛蘭西憲法が個人的自由の規定を脱漏する所以の一理由たるべし。而して他の一大理由はゴール人の心性上に於ける理想是なりとす。蓋しゴール民族は常に政治上の平等權と個人的自由とを混同するものにして是か爲めに普通選舉より發生する政府に万事を委任せんと欲するの傾向あり。然りと雖も這は理論上實際上共に非理不完全なるを免れざるなり。

余は本章の首めに於て英佛二國の制度上に於ける個人的自由の題目を不問に附す可しと言へり何となれば是等二制度の下に在りては個人的自由は憲法の一部にあらざればなり。余は此二國制度の下に在りて立法手段若くは又立法に屬する習慣に依り個人自由の原理の發動する状態を説明する能ざるに非ず。然れども此の如き事に筆舌を弄するは却て予か讀者の注意を喚起せんとする有益の事實を隠蔽するの傾向なきにあらず。有益の事實とは他なし大西洋の此の側面に於て憲法は大西洋の他の側面に於けるより數層の進歩を爲したること則ち是な

り。余か既に説きたる如く健全なる政治學上より之を觀れば憲法は先づ左の要件を具へざるべからず。

第一 國家機關即ち憲法以外に於ける主權機關

第二 憲法以内に於ける主權の繼續機關

第三 主權則國家に依りて憲法以内に於ける個人的自由の範圍を劃定する事

第四 憲法内に組織せられたる主權を除くの外各權力に對して常に個人的自由を擔保する事

第五 戰時若くは公安危殆の場合に於て政府か一時人文の自由を停止するの規定

第六 主權即ち國家に依りて組織せられたる憲法内に於ける政府機關

第七 憲法内に組織せられたる主權に依りて政府を變更するの外他に政府を變更せざる可しとの擔保

以上の七件は健全なる政治學か憲法に求むる所の要件なり。而して余か從來分拆したる諸憲法中獨り我亞米利加合衆國の憲法のみ是等の要件の總目を幾分の

完全を以て包含するを見る。吾人は政府の構造及行政の細目に干し歐州の諸憲法より學ぶべきもの多きを知る。然れども其範圍其擔保の明確堅實なる個人的自由……此の自由たる政府を蔑視し得るも國家には則ち隸屬するものなり此の自由たる從來世界に於ける最も善き政府よりは幾層多く數多の方面に於て文明に貢獻し得るものにして而かも特に善美の方面に於て多く文明に貢獻するものなりとす……に至りては歐洲人は我合衆國に來りて吾人の實驗に學はざる可からず。吾人は今日の所にては未だ我か制度を以て完備せりと信せず。個人的自由に關する吾人の實想は今尙ほ聯邦制度國民分限及個人的自由の要件等に關する疎漏なる見解に依りて蔽遮せられ頗る曖昧なるを免れず然りと雖も吾人は此方向に於て人類か未だ成功せざりし處の最も善美なる事を大に成就したるなり。左れば吾人は一方に於て歐洲の實例に従つて政府の諸權力を擴張すべき必要を感じる甚だ切なりと雖も一方に於て吾人は憲法上に於ける個人的自由は吾人の政治的才能の特産なる旨を決して忘却すべからず。従て吾人は個人の自治權か一般人民の幸福若くは安寧に危険を及ぼすの證據爭ふ可からざるに至

るまでは此自由の一部たりとも之を失はざらんことを勉めざるべからず。

## 比較憲法論上卷終

著者 米國 ジョン・ダブリュー・バルジエス

# 比較憲法論下巻

米國

ジョン・ダブリュー・バルジエス

原著

法學博士

高田早苗

共譯

吉田巳之助

## 第三卷 政府の組織

### 第一部 政府の形體

#### 第一章 政體の標準

余は國家を論したる卷に於て國家の形體といふ實想は國家の理想と政府の理想との混淆に依りて攪亂せられ且此實想を言ひ顯はす爲めに使用さるる尋常の學語は殆んど其用をなさざることを證明したり。茲に又政府の形體に關する普通にして所謂る正派と目されたる見解に對しても同一の批評を下さざる可からず。國家と政府との間に明亮正確なる區別をなさざるときは國家を論ずる場合に不可なる如く政府の形體を論ずるにも其正しきを得へからざるなり。此の問題に

第二編 比較憲法論 第三卷 政府の組織 第一部 政府の形體 第一章 政體の標準 一