



MG
D911.01
24

憲法講義

日本法
學博士

美濃部達吉講述

王運嘉
劉蕃合譯

鐵公署檢



3 2173 8207 0

+10756

張序

廣廈之成衆木所支滄海之深百川所匯國家之大必有其存在之基礎非一二人之力所能組織成立搏掙而光大之也日本學者以人民爲國家之要素即中國民爲邦本之說也然則國家與人民有不可離之關係即人民之對於國家負當然之責任矣雖然與野老農夫譚國是說當世之務聞者必瞠目相視何則限於其所不知也以今日中國人民之程度與之言立憲與之言地方自治以組成國家立憲之基礎其不瞠目而視者幾人哉中國人民夙以四百兆計然中人以上財產之足以自給者足跡或不出里閭寡所見也下焉者日營營於生計寡所聞也又復以個人主意爲唯一之目的人自爲計家自爲謀戶庭而外視同秦越不知有社會安知有國家其於個人對於國家應享之權利與其對於

國家應盡之義務，焉不知成敗利鈍，委之於上與人民？若不相涉也者，此大謬也。英吉利爲憲法之母，許人民有參與政事之權。日本法學家筧克彥之言，憲法也曰國家者，由普遍我組織而成。普遍我由個人組織而成，然則人民之於國家，蓋可知矣。雖然，以中國今日之情狀，度之教育界之幼稚，公德心之薄弱，人民程度之不齊，遽欲其參與政事，以組成立憲之國家，見卵而求時夜，見彈而求鷄，此必不得之事也。日本自明治維新，百廢更張，而頒布憲法，始於明治廿二年，彼豈不知立憲之善，願遲之又久者，養成人民之程度，構成國家立憲之資格也。然則中國言立憲，必自養成人民程度始，欲養成人民程度，自使人民知有國家始。人人知有國家，斯有愛國心；人人有愛國心，則人民之對於國家，必不忍放棄其義務。國家之對於人民，必不至剝奪其權利。上下一心。

以謀國家之發達欲不富強不可得也然而今日中國之變法有不可與日本相提並論者強隣逼處世變方殷各國眈眈環而相伺中國之沃饒日饜飫於西人之心而黃禍之說日騰於西人之口誠以中國地大物博天然優勝甲於全球所惜者人民智識之不發達耳一旦改良進化變通盡利則足以凌駕西歐雄視東亞否則其患有不可言者是故今日者立憲爲國家之必要欲實行立憲則養成人民程度與開通民智又爲今日之必要此其責任上之則在國家下之則在士庶歐人歷史家之言曰歐洲文明進化之速由於印刷器械之發明蓋以出版爲文明之先導也然則欲開通中國之民智也亦必自出版始矣鄂省王君韜庵劉君季衍留東有年喜中國立憲之有其始基而慮人民程度之不足以語此也取日本法學大家美濃部達吉所著憲法譯之謀所以餉

中國之人民而發達其文明高尚其程度以組成國家立憲之基礎而增進其幸福也書既成索序於余余綿力薄材不足以闡發是書之精蘊與譯者之主旨謹撥其匡略以告吾國之人民

光緒三十二年歲次丙午嘉平月既望皖泗張啓後序

李序

嘗聞政治家之言曰國民之文明程度愈高則其負擔責任也亦愈重旨哉言乎今使執一人而語之曰今日之政體必以專制爲善不必其人之有如何知識也乍聞之未有不怫然而不悅又試更一人而語之曰今將改專制而爲立憲亦不必其人之有如何知識也乍聞之又未有不欣然而色喜其喜其不悅者乃一般社會之恒情何足爲怪所疑問者希求立憲之人果能知責任與否耳夫人民之愛自由乃爲其天性然必兼有服從之性質乃能維繫團體之秩序以成國家夫所謂服從者非如服從專制之性質也乃合公共團體以服從於法律之下者也即所謂自由者亦自由於法律之中而非自由於法律之外苟其服從而不在于法律之下是自棄其權利也自由而不在于法律之中是自忘其義務也權

利義務之間既不獲收平等之效而君民之間遂生衝突綜覽世界立憲之國家當其初人民與政府之間其競爭之劇烈流血之慘酷冒白刃出死力以持之者遠徵諸法近察諸俄可爲殷鑒日本寬克彥博士有言曰人民之責任心爲自由活働之義務自由活働爲責任心之報酬責任心者即權利義務之主體也惟人人知有責任心則立憲之制度以立是以近代國家人民有選舉參政之權即有兵役納稅之責任此立憲國之人民之所應爾也然而當國民權利思想未發達之際往往舉一切之權利悉奉之於在上之一人而一己惟餘義務及權利思想稍形發達之際則又舉一切之權利歸之一己而將義務悉責之於在上之一人是權利義務之間終無平等之一日如此而欲組織一立憲國家豈可得乎非惟不能組織立憲國家已也即組織一自治團體亦不可

得蓋自治團體者基於國家之意思爲國家行政之機關自治之制度能行即憲法之基礎以立試觀北美憲法之成立也先有十三州之聯合普魯士國會之未設也先有州會之設立日本亦先開府縣會爲國會之先導然則預備立憲之先必預籌有地方自治之資格之人民爲急務矣吾國方競言預備立憲亦知預備之先必籌地方自治然試問吾國之人民國家之思想何若公德之養成何若有能知公民之資格吏員之職務與機關之組織者乎此之不明遑論其權利義務之平均又遑論其有責任心也耶由是言之其遂坐視而絕無救之之道乎曰亦惟有灌輸人民以法律思想而已子輿氏之言曰以先知覺後知以先覺覺後覺此亦預備立憲國民之責任也同學王君韜庵劉君季衍好學深思孳孳不倦嘗慨吾國人民權利思想之未發達也爰取日本法學博

士美濃部先生憲法講義審慎而詳譯之期以刊行以餉吾國民
意至深法至善矣且美濃部先生爲東邦之泰斗盡人而知之現
方就法政講席之聘邦人士之來就學者羣幸得親其言論今更
得君書以爲先導是不啻懸夜光於暗室渡寶筏於巨津也鄙人
知疏讖淺愧對於君然喜君書之成有裨於吾國立憲之前途也
因君諄囑爲序義不獲辭乃舉現今世界立憲之公例略疏之以
質於二君合肥李國棟序

彭序

置我於國中我將與國爲緣乎置我於世界中我將與世界爲緣乎自我觀我則我爲我自我觀我則我爲他自我觀他則他爲他自我觀他則他爲我我亦一他也他亦一我也積多數之我而成一國積多數又多數之我而成一世界等我耳若者爲專制國之我若者爲立憲國之我若者爲君主立憲國之我若者爲民主立憲國之我是我我不能儕於他之我我之我果劣乎他之我果優乎固將舍我之所以爲我者而求他之所以爲我者於是乎有學我之我與他之我不可儕者其體段因不可儕而求其可儕者其精神學問者精神上事也法學者精神上學也憲法者精神上法也且優云者劣云者非體段上之區別而精神上之區別也抑非一方上精神之區別而實公理上精神之區別也舍體段上之

我求精神上之我而後可以治憲法舍一方上之我求公理上之我而後可與讀美濃部博士之憲法

且夫公理者隨國民之信念爲演進者也上古之民智未開其爲信念也僻則趨屬於神權中古之民智半開其爲信念也弱則趨屬於帝權近世之民信念以演而愈進反僻爲真躋弱爲強則趨屬於人權一徵之生理有人即有人格再徵之法理有人格即有人權人對於非人爲權利之主體即人對於人不得反主體而爲客體人權張公理出由是而可以下國家之定義國家有定義而後國法有真諦故民者構成國家之原素也法者國民之總意也土地者國民之所享用而行使也主權者法律所委任即國民總意之所委任也夫是之謂國民主義遠自希臘之梭非斯託而茁其萌更中世紀之自然法學而沃其光近則人權天賦說國家契

約說乃相將隨宗教改革之思潮而茂其實因果互證彼是相陳以臻此大徹大悟之候故夫以一人之斷制利天下者賊天下者也守一先生之言暖暖姝姝而私自說者賊學者也糠粃眯目四方易位而後國民主義可抹也

憲法之發生實導源於國民主義國民由極不平等而趨於平等歷史與自然乃有極端之抵觸君主立憲者趨之以漸調和之制度也民主立憲者趨之以驟圓滿之制度也且漸云者以肇端言而非以止境言也驟云者由事實上據之則爲驟由心理上衡之則非驟而實漸也學云者心理上之作用非事實上之作用將研究其肇端乎抑並及其止境乎日本爲我亞東之單獨立憲國實採用君主立憲制者也自頒布憲法以來歷十有餘載彼中學者類皆以其本國之憲法條文爲標準學說之合於己者主之其不

合於己者奴之固已離公而趨於曲矣美濃部博士感焉乃引天下之公道而伸之順乎人心之所同然者而導之博士固彼中法學泰斗而夙膺憲法講席者也其爲說也不以體段奴精神不以一方蔽公理以爲我所研究者非日本所特有之觀念而爲今日世界國際團體之國家所共同之普通觀念也彼持國家客體說者謂國家爲統治者之目的物即土地人民爲君主之私有物持國家狀態說者謂國家當分爲主體客體相對立之二部即不能爲統一之全體前者有非而無是博士之所痛斥也後者似是而實非博士之所力剖也不寧惟是即近世盛稱之國家有機體說博士亦否認之蓋謂國家者受支配於心理法則非受支配於物理法則不得爲有機體推有機體說之弊必至以國家支配社會始謂國家萬能繼謂政府萬能去專制不遠矣故博士因比較差

異之結果爲國家下一定義曰國家爲集合人格又爲法人也法人者何民法上所謂會社是也國家之組合既同於會社之組合則主權者不過如會社之理事國民乃會社之組織員社員之對於理事可規定其權限國民之對於主權者即可約束其行爲故憲法者規定主權者直接或間接及於人民之關係換言之即國民對於主權者約束之法規是博士以法人解釋國家之微旨也然則博士固已脫離體段界而入於精神界且脫離一方上之精神界而入於公理上之精神界博士之說苟行則彼日本者又將脫離調和制度而入於圓滿制度吾輩所敢斷言也抑天演家之說曰法者所以支配社會而維持其共同之生活也不問其善不善但問其適不適蓋人羣之存在猶生物之存在必與其所遭值之境象宜然後可競爭以求勝而所謂宜者固非據

拾世之良法善政而強附之必滋養培植以俟其羣之自蒸故夫不顧民演之深淺而曰吾一變以至於道天演家所不取也吾輩試一測中國之前途將終於專制政體乎抑將勉儕於立憲政體乎曰今後之中國必變專制爲立憲可知也 詔旨具在豈容收回將採用君主立憲制乎抑採用民主立憲制乎曰中國之憲法必採用君主立憲制且採用日本之君主立憲制可知也 朝意所在無難預測雖然一國之政體必與一國人民之程度爲正比例二者孰適用於吾國曰就事實上觀之君主制適用民主制否夫以不適用之憲法而播入祖國其母乃反乎生存之公例而致悔徒焦乎嗚乎謂有一定之限度者事實上之觀念謂無一定之限度者心理上之觀念學說者所以起其限域而大進之直接及於心理間接乃及於事實 朝廷方將予吾民以事實上之自由

又何忍重誣吾民以心理上之自由也不有佳因安收美果吾誦
譯者之意吾不能不厚望於我預備立憲之國民丙午歲暮漢陽
彭守正序於日本東京

叙言

夫政體者國家之基礎也民智者國家之精神也民智不完國家之精神弱政體不善國家之基礎搖我國家自有家天下政體以來即西人所謂父母政府東儒譯爲長老國家之制度也國家爲君主之國家君主自認之國民亦公認之國家之權利享之國家之責任亦負之國民認君主爲國家蓋自視已脫離國家之關係當夫治世不識不知順帝之則一遇變亂惟知責難於有國家者而有國家者一日二日萬幾亦若責無旁貸焉不憂憂乎其難哉爲君難之言其信然與迨至負責任者知負責任者之難也欲舉其責任分負之而不知國家之責任之國民其不能遺勝其責任有斷然者夫至於負責任之無人勝責任之無人此種之國家將何以存立於今日國際團體之間乎其終不至籍他國家保護而

監督之誰其信之

然而古今社會之現象隨世運所趨而差異焉天人演繹之公理亦因時勢所迫而著明焉現象之差異不能強之使同也公理之著明不能遏之使晦也我十年前之國家朝野上下聞所謂立憲政體之論者鮮不以離經畔道犯上作亂之說詬訾之至今日乃憬然大悟毅然公認知立憲有利於國家且知非立憲無以爲國者競然以改政體開民智爲當今之預備此殆世運所趨時勢所迫有不得不然者與母亦天誘其衷爲吾國家存亡治亂一大轉機之時乎

雖然我國家今日於立憲實行與否之問題誠爲現在存亡治亂之問題也抑知立憲之解決制定憲法之內容更於將來有存亡治亂之關繫在乎夫憲法者國家之基礎法也亦國家之精神法

也立憲國之法無不本基礎法而成立亦無不隨精神法而活動其成立也以政體變更成立之其活動也以民智貫徹活動之基礎法之成立即所以成立國家之基礎也精神法之活動即所以活動國家之精神也然而欲鞏固國家之基礎當制定完全之基礎法欲振起國家之精神當制定圓滿之精神法而非然者或因缺陷而致毀裂或因束縛而致決張其不幸者則顛覆喪失隨之其幸者亦必幾經蹉跌而後能彌缺陷解束縛以保存其基礎回復其精神然必至幾經蹉跌始彌補之回復之其忍乎其危乎不觀夫世界立憲國家之歷史乎聯邦國家無論已第就單一國家之顯著者觀之英君主立憲國也法民主立憲國也當其初皆爭執遷就無完全圓滿之法或經數百年或經百數十年一變再變而數變之始舉昔日爭執遷就者一一完全圓滿而無憾焉西

儒至今回顧之未嘗不嘆恨前人政策之至危且忍也俄則今日已解決立憲之問題矣近以憲法制定之內容紛爭擾攘流血未已倘固執而不變我知其禍有不可勝言者若日本者非東亞強盛之君主立憲國乎欽定憲法雖收近効而不知其國民尙有重大之希望於其後也其他國家之不幸者如波蘭以立憲而滅亡朝鮮印度欲立憲不可得則尤可慘已

我國家不幸後各國而立憲以致頹弱貧陋至於此極也然愚以爲後各國立憲而後各國而猶得立憲也實不幸中之幸焉且以爲後各國立憲而得失損益有所殷鑒也尤不幸中之大幸我國家當此預備之時代我可以完全圓滿自由而立憲他國家不得干預阻撓之固已况凡先乎我國家之憲法其完全也如此其破壞也如彼其缺陷卒得圓滿也且如此其破壞竟致喪失也又如彼遠矚高瞻前

覆後鑒勿拘泥於古昔勿狃習於目前捐愛戀之私燭倚伏之兆避過去之慘禍消未來之患萌如此預備而制定焉則他日國權之組織權利之宣言彼區區自由大憲章恐不足以比數之也我國民何幸一躍而爲完全圓滿之立憲國民哉

然亦思我國民今日有立憲國民之資格否乎假使無之而不預籌之也他日決行之際視蠢蠢者如昔欲舉國家之責任分負之而不能則姑以具文成法因時制宜不知所謂缺陷焉或故嚴其束縛焉毫無法律思想之國民亦惟有引受之而已世運所趨時勢所迫社會之現象益變公理之演繹益明國民思想有發達之一日而知其缺陷束縛之不可勢必至今日貿然受之他日囂然爭之豈非民智不足無法律思想階之厲乎此吾儕所深懼也而尤有懼者今日以法律學說灌輸於國內者比比矣或拘於國

體異同民智穉弱摭拾破碎割裂之說輸入而散播之以爲由漸而進此種制度爲過渡時代不可不歷之階級其臻於完全圓滿之地位者乃隨社會自然之發達無俟前人鯁鯁過慮之則是爲灌輸國民法律思想計者非以覺吾民實以愚吾民非以福吾民實以禍吾民撼搖國家之基礎斷喪國家之精神啓吾國家將來以不可測之禍皆比比者作之俑也譯者尤兢兢滋懼於是取日本美濃部博士講演之憲法而譯述之

美濃部博士東儒之泰斗也任東京帝國大學法科教授今兼任法政大學講席譯者從肄業焉其所講憲法主國家人格說於論國家之觀念謂非僅日本所特有之觀念而爲今日世界國際團體之國家所共通之普通觀念也又謂近世國家觀念乃由根本而爲變遷有不能與古代同日而論者觀於此可知其精義之所

在矣吾國上下能悟徹此種觀念預備以立憲焉而民智完政體善人格立國體尊國家之基礎固國家之精神強庶幾爲一成不敗之業乎丙午冬季楚北王運嘉序

例言

一 憲法爲定國家基礎之法國異其體內容遂各有不同而學說亦因而歧異然法律之學乃以論理爲基礎本法理以立言則不致因國體之異而受拘束

一 美濃部博士爲日本公法學大家其於早稻田大學所講憲法主張學說皆置重於法理不似他學者拘於國體故枉其說爲人詬病誠憲法著述中之特出者故譯之以供吾國參考而爲立憲之預備

一 是書雖論日本憲法然於論法理處乃就世界國際團體共通之現象研究之於論事實時又參攷各國憲法比較同異評定是非多爲日本學者所不能道

之言願讀者勿以專論日本憲法視之

一是書雖本法理以解釋日本憲法然日本憲法乃以日本國體爲基礎制定之內容終不能易苟讀者誤以日本憲法爲模範則失是編之精義尤非譯者之厚望也

一是書法律名詞多本原著譯者學淺時促未敢率爾改易讀者幸諒之

一是書譯者恐背原著真意不敢舞弄詞藻故直譯之處居多若以文字求之則知不免貽譏大雅

譯者識

憲法講義目次

緒論

第一章 國家

第一節 國家觀念之要素

第二節 國家法律上之觀念

第三節 國家之發生及消滅

第二章 國法

第一節 公法上之觀念

第二節 公法統系

第三章 國法之淵源

第四章 國法之結合

目次

第一編 總論

第一章 憲法

第一節 憲法制定之由來

第二節 憲法之改正

第三節 憲法之効力

第一款 憲法之暗默變更

第二款 於新領土憲法之効力

第一章 統治權

第一節 統治權之性質

第二節 統治權之不可分

第一款 三權分立說

第二款 於聯邦國之主權分割說

第三節 主權

第一款 主權之觀念沿革

第二款 主權之觀念

第三款 主權非國家之要素

第四節 統治權之原始性(非主權國

與地方團體之區別)

第三章 國家之機關

第一節 國家機關之法律上性質

第二節 國家機關之種類

第三節 國家之最高機關

第四章 國體

第二編 國家之自然的基礎

目次

第一章 領土

第一節 領土之法律上性質

第二節 領土變更

第二章 國民

第一節 國民之法律性質

第二節 國籍之取得

第三節 國民之公權

第一款 權利之觀念

第二款 公權與私權之區別

第三款 公權之種類

第四章 國民之特別階級

第三編 國家之機關

第一章 君主及君主之代表機關並輔弼

第一節 君主國法之地位

第二節 皇位繼承

第三節 君主之權利

第四節 攝政

第一款 攝政之國法地位

第二款 置攝政之時

第三款 可任攝政之資格及順位

第四款 攝之終了及交迭

第五節 國務大臣

第一款 國務大臣國法上之地位

第二款 國務大臣之責任

第二章 帝國議會

第一節 議會國法上之地位

第二節 議會之組織

第一款 二院制度

第二款 上院之組織

第三款 下院之組織

第三節 議會之會議

第一款 會期之開始及終了

第二款 會期

第三款 議事規定

第四節 議會之權限

第五節 議員法律上之地位

第四編 國家之作用

第一章 立法

第一節 法律之觀念

第二節 憲法上之立法事項

第三節 法律之効力

第四節 法律之成立

第五節 法律之消

第二章 司法

第一節 司法之觀念

第二節 司法之機關

第三節 司法權之行使

第三章 行政

目次

第四章 命令

第一節 命令之觀念

第二節 命令之種類

第三節 緊急命令

第四節 委任命令

第五節 獨立命令及執行命令

第六節 命令權之委任

第七節 命令之成立及消滅

第五章 豫算

第一節 豫算之性質

第二節 議會之豫算改定權

第三節 豫算之編制

第四節 豫算之効力

第五節 豫算之不成立

第六章 國際條約

憲法講義目次終

目次

憲法講義

日本法學博士 美濃部達吉講述

湖北

王運嘉
劉蕃 合譯

緒論

第一章 國家

第一節 國家觀念之要素

憲法者。國家之基礎法也。憲法學者。爲研究國家基礎法之學也。而其研究之目的。則常專注於國家。故於研究憲法時。宜先明國家之觀念也。

於論國家之觀念時。所最宜注意者。須知今所論之國家觀念。非僅日本所特有之觀念。而爲今日世界國際團體之國家所共通。

之普通觀念也。夫在世界之人類社會。分而爲多數之團體。而此等團體。則又相對立。相交通。而成今日之國際團體。皆有共通之要素。可下以共通之定義。質言之。則所謂國家之現象。決非單指某一國家特有之現象。而爲今日一切之文明國家。所共同之普遍的現象也。茲所論之國家觀念。即對於此普遍的現象。而欲定共通之觀念者也。此爲最宜注意之點。然學者每祇就日本之國家。而定特殊之國家觀念。此誠偏狹之論。不足取也。

雖然。余輩亦非欲網羅古來歷史上之所有國家。而定其共通之觀念也。夫古今之社會現象。因時各異。國家亦然。而欲以唯一之觀念。貫通古今一切。乃至難之事。余輩不取焉。例如中世日耳曼諸國。以領土與臣民。爲屬於君主一身之私有物。君位之承繼。與財產之承繼相等。有子數人。則均分其領土而與之。又例如中世

歐洲諸國及日本封建時代。一國之中。寺院與政府。將軍與皇室。其權力皆爲獨立相對者。全不能行統一之制。其種種現象。皆不能與近世之國家觀念相容。若強之以屬於近世國家觀念之下。則不但徒生思想之複雜。亦於說明今日之國法。實無裨益也。蓋國家之觀念。至於近世。乃由根本而爲變遷者。其根本既有變遷。勢不能與古代同日而論也。明矣。吾輩所論者。僅爲近世國家之觀念。而爲其觀念之基礎者。亦僅爲今日具普遍現象之國家焉。今日具普遍現象之各國家。皆具有普通之要素。故皆可屬於今日國家普通觀念之下而論之也。

若就近世國家審察之時。則可知近世國家共通之要素有三。此三要素。即爲國家觀念之基礎。列舉於下。

第一要素乃國民也。無國民則無國家。國民乃國家之人的要

素也。國民云者，謂爲共同生活多數人類之集合也。而其爲生活也。於其人類及其血統，則已脫盡單純之家族團體。又血族團體之狀態者也。除此之外，就國民性質言，則於法學上不能決以如何之定義。蓋國民者，若除脫國家之觀念，則於本身已非法學上之觀念故也。

第二要素乃領土也。國民乃國家之人的要素，而領土則爲國家之物的要素也。國民集合而成國家時，必要定著於一定土地之上集合之也。於無定著之地，隨地而爲轉移之民族，縱令其上有一定之酋長，且有類似於國家之政治組織，然未可即謂爲已成國家也。

第三要素乃國民要於唯一最高權力之下而爲結合也。此最高之權力曰統治權。統治權者，乃國家之最後要素也。非於權力

之下以爲集合。而僅多數人類所爲之形式的集合者。固不得稱爲國家也。蓋必於唯一之權力之下。因其統一。國民相合。而成爲單一之體格。此單一之體格。即爲國家焉。

國家乃合以上之三要素而成。此人皆所不疑者也。綜言之。國家者。即於唯一最高權力之下。定着於一定土地之上。所結合之多數人類者也。

第二節 國家法律上之觀念

前節雖已說明國家爲如何之物。然此不過以國家爲一事實。爲一社會現象。而明其由如何之要素所成而已。未定其法律上之觀念也。法律上之觀念。固不可不常本事實爲基礎。不本於事實之觀念。則爲無根據之說耳。雖然。實在之現象。亦未得直爲法律上之觀念也。法律之學。乃主觀之學。非如物理的生理學。專以研

究客觀的事物爲其目的也。夫曰法。曰權利。係於吾人之主觀而爲審定者。非有客觀的存在焉。凡法律上之觀念。皆爲吾人自身對於法律上應如何審定之問題。而非事實上爲如何之問題。徵之國家之觀念亦然。國家法律上之觀念。係爲吾人自身就法律上以研究國家。即以說明關於國家適當之法律現象。應如何審定之問題。而非論國家之社會現象。於事實上爲如何之物也。故事實上之性質。與法律上之觀念。要區別之。不可有所混同也。

國家爲事實上之社會現象。而爲定着於一定土地之國民。結合於最高權力之下者。乃盡人皆不疑者也。至其法律上之觀念如何。其結合應相當於法律上之如何觀念。其最高權力。法律上應屬何人爲主體等之問題。則學說未嘗一致也。

舊時之學者。論國家之性質。往往稱國家爲有機體之說。國家有機體說

古代固明認之。至近世則更盛行。而反對性理學派之歷史學派。尤竭力主張之焉。性理學派以國家爲依人類之自由意思所成之機械的製作物。而歷史學派則謂國家乃自然生長發達衰滅者。非可依人意而得製造破壞者也。例如伯倫智理之言曰。國家爲有機體者。乃與一切之自然的有機體相同。(一)國家具有物質的要素與精神的力之結合。略言之。則爲依軀體與精神之結合而成。(二)國家雖自爲一全體。然於其各部分各具機關。其機關各有特別之作用與能力。以資其全部之生活。(三)國家由內部發達。而生長於外部。成特殊之全部。國家蓋備此三種之性質也。

此說由一面觀之。具有真理。似無疑義。而且可證明性理派機械製作說之謬。雖然由法學上論之。則機械說之見解。亦不見其適當焉。蓋法學以人爲權利之主體。動物植物。爲權利之目的物。其

他屬於無生物之種類。係與人相對而爲客體者。以物類之有機體。爲同於人類之機體。並謂國家之機體。亦與之相同。此乃純然自然科學之見解。而非法學上之見解。故國家有機體之說。爲單純之比較。雖無誤謬。然於說明法學上之性質。則不能圓其說矣。就法律上審定國家時。則可推三種之見解以度之。夫國家乃於統治權之下。集合國民而成者。前曾述之。故國家法律上之觀念。有以國家爲統治權之私有物者。有以之爲統治之關係者。有以之爲統治權之主體者。此三種之見解。則各有其學說。列述於下。

(一) 國家爲統治之目的物說。(即國家客體說) 此說乃以封建時代之國家爲根據也。當中世封建時代之日耳曼諸國。皆以一切公有之權力。爲私法上之權利。領土人民。猶如君主子孫家傳之私物。而視與財產繼承相等。此時代之國家。學者稱之曰家長

國家。(Patrin-Orialsoto) 此種思想。其不容於今日國家之觀念者。乃不待智者而知也。今日領土與人民。非君主之私有物。公有之權力。應與私法上之權利。宣嚴爲區別。而不容稍事含混者。固世界公理所承認者也。

但有與前項相似之學說。近時學者。尙有二三輩維持之。故至今日猶存其說焉。近時主其說者。德國則有查蝶爾林克。而波龍哈克。則又稍事更張。其說亦大略相同。

查蝶爾曰。服從於統治權者。乃土地與人民也。若以此土地人民。從稱說之慣語。目而稱之曰國家。則統治者。離國家而獨立。卽爲一權利之主體。其他之一面。所謂土地及人民者。則其爲目的物也。又曰。余輩稱服從於統治權之狀態之土地人民。而曰爲家。此猶如民法所稱物屬於個人所有。而受人支配使用之狀態。稱

爲人之所有物也。

綜觀以上之說，則可知其說爲由中世之家長國思想所出矣。其不同者，家長國則以國家統治之關係爲純然私法上之關係，君主以領土及人民爲自己之所有物。查氏則變其說爲公法上之關係而已。就所說觀之，則君主爲在國家以外而立於其上爲其支配者，猶如個人所有物之關係也。

此說之見解，與近世之國家觀念不相容者。乃今日一般學者所公認也。其理由如左。

第一，查氏稱領土及人民而曰國家，君主爲在國家之外立於其上而爲支配者，然就近世之思想，審定國家之觀念，則謂國家爲結合於統治權之下之全體。而國家則爲統一的之一體。領土及人民雖爲國家要素之一部分，不得即謂之爲國家。君主爲在國

家之中者。不得謂爲立於國家以外者也。故其分割曰君主之統治者。與曰領土及曰臣民之統治目的物。而爲二部分。稱其一部分爲國家。乃明反於近世之國家思想者也。

第二、如查氏以領土及人民。稱爲國家之說。則是視領土人民如物。直與個人所有權之目的物。意義相同。然土地及臣民。不得謂爲統治權之目的物也。有二說以辨之。(一)統治權乃命令權。唯得對於人而爲之。不得對於物而行也。統治權常爲人與人之關係。而非人與物之關係。故以領土爲統治權之目的物者。誤也。其詳見領土章。(二)人民爲服從於統治權者。推此意義。雖謂臣民爲統治權之客體。亦無不可焉。至謂人民如物。亦如個人支配其所有物之意義。而君主決不能支配其人民。如個人支配其所有之物也。蓋近世之國家。人民非奴隸。而自爲權利之主體。爲人格者。統治者

雖得依其統治權而制限臣民之權利。使負義務。然不得如人之對私有之物可以自由處分之也。即以民法上之關係比較之。亦僅爲債權而非物權。故謂人民爲統治權之客體。亦如物爲個人所有權者客體之意義。非正當之論也。

日本學者。往々有以憲法第一條之明文。爲維持國家客體說之根據者。憲法第一條曰。大日本帝國乃萬世一系之天皇統治之。論者乃以此明文爲唯一之論據。夫以天皇爲統治權之主體。而國家爲其客體者。在日本國固無可議之處。雖然。一國之憲法。非可爲法學家之教科書。法學上觀念。非依據一國憲法之文字。所可解釋者。凡成文法之所以有其効力者。特因有法規耳。法規以外。則法律無何等之効力。縱使有依法律而規定法規以外者。決不能生何等之効力也。關於學術上之觀念。即令法律設有規定。

而學者依法理之研究可依法理改正之。國家之觀念，乃專依學者之研究而審定者。決不可依法之文字而誤會之也。憲法第一條，乃係規定日本國家之最高機關爲天皇，而最高機關之天皇，爲萬世一系者。法學上其視天皇爲一人格歟。抑視天皇爲自己之權利。而有統治權歟。此等問題，則與第一條文意義，並無所涉也。故欲以此條文而定國家法律上之觀念者，乃全誤解法之性質者也。波龍哈克之說，外雖稍有變更，然其實質，則與查氏相同焉。波氏亦以君主爲統治權之主體，以國家爲其客體者也。其與查氏相異者，查氏係以爲統治權客體之土地及臣民爲國家，而波氏則以爲統治權主體之君主爲國家。其所異者，僅名稱不同而已。而其所本之思想，則固與查氏同出一轍。故可斷波氏之說，與查氏之說，同非確當之論也。而至如君主之更迭，不使國家消

滅之理由。此說更不能說明之。是其最不完全者也。

(二) 國家狀態說 國家者。統治之狀態也。係爲統治機關之見解。乃混同法律上之觀念。與事實上之性質。而直以事實上之觀念。爲法律上之觀念。此實驗法學派所極意主張者也。夫國家乃人類之集合。爲依唯一之權力而被結合者。前曾述之。而統治狀態說。則稱人類依唯一之權利。被統治之狀態爲國家。此說乍見之。似甚愜意。無可訾議之處。然其實則與客體說之思想。仍是同出一轍者。彼亦謂統治權之主體爲君主。領土及臣民爲其客體也。唯客體說。或以爲統治主體之君主爲國家。或以爲客體之領土臣民爲國家者。而此說則以被統治之狀態爲國家。是二者所不同也。其不以國家之一要素爲國家。是此說可免訾議之處。然不以國家爲統一之全體。而分爲主體客體相對立之二部分。則

爲此說大可訾議者也。且依此說則國家將全無自由活動之體矣。近世之國家思想則謂國家爲自有意思。自爲活動之主體。戰爭乃國家與國家之戰爭。條約乃國家與國家之條約。若操國家狀態說則此法律觀念全無所依據。其何以明之。何則。狀態係空洞之境象。不得爲戰爭。不得締結條約也。

(三) 國家人格說 以國家自爲統治權之主體。自成一具體之人格也。國家客體說及國家狀態說於審定國家法律上之觀念。皆不得完全維持之。則唯國家人格說見解精當。爲近世學者一般所承認之定說也。

以國家爲一人格。爲一權利主體之思想。昔時希臘學者已明認之。然至中世。國家之觀念。流於曖昧。混同公法與私法之區別。此思想漸將淪於寂滅。迄近世乃隨國家觀念之勃興。復爲一般所

承認。而於此說之思想，能推演發明，厥功最偉者，以德國國法學者爲最。如亞爾普列西、格爾伯，及最近之拉龐托、格俄西瑪亞、幾爾格、耶林克等，皆主張其說焉。

國家人格說所以爲正當者，以此說於國家種種之法律現象，既可以貫徹說明之，且得精確證明之也。而其中有四現象，尤爲君主主體說所全不能貫徹者，今舉之於下。

(甲) 國家爲永續的團體，非由爲其分子之君主與臣民之更迭，而可中斷其繼續者也。若操君主主體說，則如何貫徹此繼續之性質歟？夫統治主權之消滅，即爲統治關係之消滅，且統治權之主體消滅，而他之主體代之，則舊國家必亡，而不可不代之以新國家矣。此種議論，雖主張君主主體說之學者，亦不承認之。於是主張此說者，乃謂於君主之外，有一無形體之君位存，君主雖更

迭而君位爲繼續者。故不妨國家之繼續也。然於君主自然人之外。而復認一無形體之君位者。全爲憑虛之想像。而置事實上之現象於不顧矣。是未免陷於抽象之說也。

(乙) 國家爲不可分之統一的全體。若從客體狀態二說。則國家分而爲統治權主體之君主。與爲其客體之領土與人民。成爲二部矣。何能說明其統一之性質。

(丙) 國家爲活動能力之主體。得爲有意思之行爲。此亦客體狀態二說。所不能貫徹說明者也。

(丁) 定着於土地之人民。於權力之下被結合者爲國家。國家。非能離此軀殼之外。而有體格也。於國家之內部。尚有與國家具體同形之種種團體。如府縣郡及地方團體是也。地方團體與國家同爲有一定之領土。又由人民之集合所成。而於統一權力之下。

被結合者也。故於法律上之觀念，地方團體與國家爲同種類，而地方團體又各成爲法人者，此不僅諸國之法律已明認之，即主張君主主體說之學者，亦承認之也。蓋非認國家爲人格之說，則不能說明國家與地方團體爲屬於同一之種類也。

以君主爲統治權之主體之思想，乃因混合事實上之性質，與法律上之觀念所致。事實上現象，在君主國，則國家之統治權，乃發源於君主，是不待言。彼等見此事實上之現象，而直以君主爲統治權之主體，爲自然之事理。其以君主爲統治權之主體云者，殆謂君主於君主之地位，爲一人格，而爲權利主體之意。即是謂君主非國家之機關，乃爲自己固有之權利，而有統治權者也。夫權利之觀念，必以利益爲其要素。權利之主體云者，即爲利益所歸屬之主體之意也。君主爲統治權之主體云者，即爲國家統治之

利益。專歸屬於君主之一身之意也。然近世之國家思想。君主之行統治權。非爲自己一身之利益。乃爲全國之利益也。此雖唱君主主體說者。亦無異議也。統治權利益之所歸。既非屬君主之一身。而爲屬於全國家者。則論理上之結果。統治權之主體。必非君主而定爲屬於全國家者。是不疑也。君主僅爲國家之機關。本國家之名而行統治權。統治權之利益所歸屬之處。既不認爲君主。而尙謂君主爲統治權之主體者。是猶之謂未成年者之財產。不屬於未成年者之權利。而爲後見人之權利者無異也。

要之國家乃由多數之人類集合而成者也。其本體原爲一人格者。由多數之人格集成團體時。於其全體亦爲一人格者。是稱之曰集合人格。(Gesamt Persönlichkeit) 又通常法律之用語。自然人乃爲自然人格。自然人以外之集合人格。乃依法之擬制而爲人

格是稱之曰法人。就法律上論定之。國家乃爲集合人格。又爲法人者也。集合人格而以領土爲基礎者。謂之曰領土團體。(Censur korperschaft) 國家即爲領土團體。而且爲領土團體之最高者。國家以外屬於領土團體者。尙有府縣及其他之地方團體。關於區別國家與國家以外之領土團體之標準。學說甚多。頗爲難問。俟於後章詳述之。於此止說明國家於法律上之觀念爲領土團體。爲集合人格性質而已。

第三節 國家之發生及消滅

國家如何而發生。此自然法學者所快論之問題也。據其所言。則國家爲一法律現象之結果。於其起源必爲基於一法律行爲者。以國家之起源。本於契約。此民約說之所由興也。此說至十八世止。爲廣支配人心之學說。其論旨。以人應天然享有絕對之自由。

爲前提。此等有絕對自由之人類。因爲共同生活之必要。互以契約組織國家。割捨其天然自由之一部。而承諾服從於國權之下云云。

民約說乃基於誤謬之前提者。以歷史上之事實。與論理上之推論而言之。國家之起源。實不能歸於契約。此今日一般學者所不疑者也。夫人生之天性。非有絕對之自由者。而共同之生活。乃人生天然之願望也。國家團體。乃依此天然之願望。依其自然之發達所發生者。而無須乎契約也。

不第於此而已。國家之起源。乃屬於歷史及國家學之問題。而全不屬於法學之範圍也。國家之現象。本爲一法律現象。而此法律現象。如何而發生。要非可就法律而解釋者。法律乃其後起者也。國家之成立。爲一自然之事實。恰如自然人。因造物生育之一自

然事實而發生也。人爲權利之主體。固爲法律現象。然發生此現象者。則爲自然生理上之事實。而非發生于法律行爲者。國家亦然。其三要素之領土國民及統一之權力。集合於事實上。則固自然發生國家之法律現象。而至於發生之事實。果基於如何之原因者。則非法學所論也。

然而依法律行爲以成立國家者。非必無之。徵之於歷史上之事實。則國家由法律行爲之契約而成立者。實不乏其例也。如北美合衆國。德意志帝國之多數國家。相聯合而更成一大國家時。皆係以條約而成。聯合國家者也。其聯合契約。原爲一法律行爲。其關係恰與多數個人。相合而設立會社(公司)相類。故於實際觀之。北美合衆國及德意志帝國之成立。皆爲從此順序者也。

國家消滅之原因。與發生無異。亦非法律學之所關。國家三要素

之中有一要素消滅時。則國家即失其存在焉。最通常者。乃失權力之統一也。現在之政府。既被顛覆。而又無可代之新政府。以統一之時。則國家於其事實上。爲失其存在也。

第二章 國 法

第一節 國法之觀念

法得以之區別爲公法與私法之二種。以公法私法之性質。有不可混同者也。而法質之區別。乃隨國家之觀念而爲變遷焉。羅馬時代。國家觀念極發達時。公法與私法之區別極嚴。降至中世。國家之觀念不振。全混同公法與私法之性質。其區別亦歸於烏有。迄於近世。國家之觀念復興。而其區別。亦遂彰明較著矣。

關於公法與私法之標準。人多謂公法爲定國家之組織。及國家

與他之國家。又國家與臣民間關係之法。私法爲定個人關係之法。此說本非謬誤。夫關於公法與私法之區別以國家爲其中樞。而謂公法爲關於國家之法。私法爲關於私人之法者。固毫無疑義也。雖然。國家與私人之關係。非必常因公法而支配管理之。國家與私人之關係。法律上爲不平等之關係。國家對於人民。爲優勢。權力之主體。而有時亦不利用其權力。與私人立於平等之地位。爲同等之活動者。若於此時。定國家與私人間之法律。則非公法而爲私法也。

國家有二方面之活動者。昔時德國國法學者。已明認之。謂國家具有二種人格者。統一之國家。爲則權力之主體。以支配人民。而一面又爲私人格。與私人立於對等之地位。稱私人格之國家。而曰國庫。但近時之國法學者。則不認國家有二種人格。而謂國家

爲其權力之主體而爲活動之時。與在私人對等之地位。而爲活動之時。皆爲唯一之人格。至其所謂國庫亦不過爲同一人格之一方面而已。然在近世國家與臣民之關係。時有依公法而被支配者。則爲不可爭之公理焉。故謂公法爲定國家與臣民之法者。乃因不辨法質區別之誤也。

學者欲補此說之缺點。乃謂公法爲定權力關係之法。私法爲定平等關係之法。此說雖亦具一面之真理。然統全體論之。則又誤矣。夫公法之觀念。雖以權力之觀念爲其要素。然一切之權力關係。非皆爲公法關係也。蓋權力關係。不僅存在於國家與臣民之間。即於私人相互之間。亦存在之。其範圍頗廣泛也。如親族間之關係。會社及組合（聯合）之社員。苟爲人類永續之結合。則不僅爲經濟上之給付關係。無不有權力關係以維持之也。是則規定

私人相互間之權力關係之法。非公法而爲私法也。明矣。若謂公法爲定權力關係之法。則國際法亦出於公法範圍之外矣。

公法之觀念。乃以國家爲其中樞。前說定義。所以不完全者。僅採國家之觀念。而以權力之要素置於度外也。後說之差誤。僅重權力之觀念。而以國家之要素置於度外也。均非愜當之論也。

公法云者。關於國家權力發動之法也。夫國家之統治權。原有無制限之實力。除國家自行制限之外。不受何等之制限。國家以無制限之實力。而爲活動之時。不得有可以支配國家之法。即無所謂公法焉。蓋於專制政治之下。而言法。則常爲私法。而公法則全不存在也。專制君主時代。國家從其所欲。每恣其實力。任意以命令人民。而近世法治國。則不如是也。國家豫以法自制限其權力之發動。非確循法規。不能命令臣民。不能與他之國家而爲活動。

此所謂國家自制限其統治權之發動之法。即爲公法。

公法爲制限國權發動之法。前已述之矣。爲定國權之發動。不可不先定行使國權之機關。而公法即爲定國家機關之組織者。此即公法之第一任務也。近世文明國家。皆區別立法司法行政爲三機關。使此三機關。各以獨立權執行其事務。而此三機關。固爲同一國家之機關。故不可無互相連絡統一之組織。而公法即爲定此三機關相互之關係者。此即公法之第二任務也。國家非可獨立而存在者。其他與國家相交通。有種種法律上之關係。而公法即爲定對於其他國家之權利義務者。此即公法之第三任務也。國家與人民之關係。非無制限服從之權力關係。國家亦認人民之人格。認人民對於國家可以對抗之權利範圍。及定國家對於人民可以要求之義務。而公法即爲定臣民對於國家之權利

義務者。此即公法之第四任務也。近世國家認於國家內。可以成立種種之團體。使行公家政務之一部。而公法即爲定此等團體之組織與權限能力。國家與團體之關係。又團體與個人之關係者。此即公法之第五任務也。

第二節 公法之系統

公法之全體。先宜區別爲國際公法。國內公法。國際公法者。乃定對於他國家之權利義務之法也。國內公法者。亦可稱爲最廣義之國法。羅馬時代。國法與公法全部之範圍皆同。於公法中無分科之區別。至於近世。隨法之發達。公法中定國家刑罰權之法。別而爲一獨立之分科。即刑法是也。其次關於國家裁判權發動之手續法。更別爲一分科。遂成訴訟法之學。於刑法訴訟法之內。又加以定司法裁判所組織之裁判所構成法。則可併合之而稱爲

司法法。由最廣義之國法中。除去司法法之一部者。即爲廣義國法也。至近時於廣義之國法中。將關於行政機關之組織。及國家行政權發動之法規。復別爲行政法之分科。廣義國法中。又除去行政法者。即爲狹義國法。茲所論者。即此狹義之國法也。

狹義國法與行政法之間。非必有判然區別之標準。學者爲研究之區別。而求種種之標準者。不過徒爲論理之說而已。蓋其區別單爲程度之差異。而非性質之差異也。夫行政法。雖爲論行政機關之組織及行動之法。然於國法學上。非可以此等行政事項。全置於度外而不顧也。假令國法學。不論行政機關組織之大綱目。及行政之對於立法司法之關係。並行政性質等之事項。則無論以如何之方法。亦不能完全國法之統系矣。故行政法與國法學。於論說時。必不能免雷同重複之事。蓋行政法學者。不外就國法

學之一部分。而更專精詳密以爲研究者也。

第三章 國法之淵源

國法發生之淵源。大別之爲二。或由國家及國家內之團體所制定。而生爲法之力者。即所謂制定法。又爲成文法。或由慣習而生爲法之力者。則爲慣習法焉。

第一 制定法

法之發生第一淵源。在國家之意思。國家所制定之法。其爲主者。即爲法律及命令也。法律中最重要。而爲國家根本之組織。所不可輕易更變者。稱曰憲法。近世文明諸國。爲與通常法律相區別。乃特以憲法爲一憲典。至於憲法。法律。及命令之性質。則俟於後段詳論之。

法之發生第二淵源。爲國家內團體之意思。國家內之團體。每於其團體區域之內。有自治立法權。團體基於自治立法。而制定者。稱曰條例。條例亦有拘束人民之力。故與法律命令無異也。

第二 慣習法

由慣習而生爲法之力者。慣習法也。慣習法。不啻於民法之區域。爲法之淵源。於公法之區域。亦爲法之淵源焉。慣習法生爲法之力之原因。爲法理學上困難之問題。學說極多。未有定論。茲摘其論說於下。以備研究焉。

慣習法如何而生爲法之力歟。學者對於慣習法見解。因對於法之本質之見解不同。故論說亦隨之而異。以法之本質。爲主權者之命令。又爲國家之意思表示者。則以法之發生淵源。在

國家之意思。故慣習法之効力。亦必爲由國家之意思而生者也。於是學者至有謂慣習法乃由國家之默示承認而生者。或有謂爲由裁判所判決而生者。然所謂國家承認慣習法云者。全爲虛擬想像之說。而於實在之現象。則毫無根據也。試於實際觀之。則慣習法不俟國家之承認。固獨立而有其効力。故謂由裁判所之判決。而生習慣法之効力者。亦誤也。近世之裁判所。無作法之權。單爲行法者而已。裁判所僅認存在之法。以之適用於實在之時。判決例雖可認慣習法爲存在材料。然非由判決而始生慣習法也。謂法爲主權者之命令。又爲國家之意思表示之學者。若欲貫徹其理論焉。則不如不認慣習法存在之爲愈也。

學者又有以法之本質。爲國民之總意。其說蓋謂法。非由立法

者任意所創作者。本爲社會之產物。而於社會內發生成長者也。各社會基於社會之各種事由。自生社會全體所共通之法律的信念。即法之淵源所從出也。立法者制定法律。非創作法律。不過以國民之法律的信念。以之制定現於文字已耳。而國民之信念。則不俟立法者之制定。而有直接生爲法之力者。此即慣習法是也。此說比於第一說。大有進步。於明法之本質。固具一面之真理者。殊不知法之所以爲法者。以其能行也。申言之。即社會各人。能隨其法則。以規律自己之行爲也。若爲法而不行時。人皆不遵其法。縱令爲國家所制定者。然早已不爲法矣。而各人其所以遵守法則者。則因各人自覺法律上。必如斯爲之而後可也。非國民生此自覺心。則法不得行。即無爲法之力。故國民之法律自覺心。其爲法之有効力之根據者。乃毫不

容疑者也。然法之効力之根據，與法之發生之原因，宜區別之。若謂法之發生原因，在國民之法律的信念，是明誤矣。國民之信念，非能先直接發生法，至使立法者隨其後，以之爲成文法而表現之。或爲實際之慣習而認定之者也。法也者，或爲立法者之制定，或依慣習而生。因立法者之制定，或爲長久之慣習而行使。其結果乃生國民之法律的信念者也。國民的信念，非爲其原因，而爲其結果也。若不然，則立法與慣習爲法之二大淵源云者，將至全無其意義矣。

慣習法生爲法之力之原因，專在事實上之永久習慣。凡人無不於自身附近見聞之事實，視爲正當之天性。此不僅關於法律上道德上之法則。如此而已。關於一切之事實，皆有此相同之感念也。譬如人覺自己所居地位之風俗習慣，比於他之風

俗習慣爲正當，覺自己所習學派之繪畫。比他派爲精工。自國之食物。比他國爲甘美者。是皆不外以存於自身附近習常之事實。視爲正當天性之表現也。基於如此性情習常之慣態。不問其所生之原因如何。僅由其已習常之事實。而以其慣行爲法。於是自身亦不可不確信矣。至於其慣習。是爲基於法律之誤解而生歟。抑由偶然之事由所生歟。非所問也。苟一次已成爲慣習時。則自生以之爲法之確信。至可以規律各人之行爲。而慣習法。遂亦因之而發生也。

關於慣習法與成文法之關係。學者多謂慣習法在制定法之下。僅於其範圍可以存在。無論何時。不得以慣習法變更廢止成文法。若成文法禁止慣習法之發生。則慣習法全然不能發生矣。其說之根據。乃以國家爲有最高權力之主體。除以自己

之意思。自爲制限之外。不受何等之制限。若以慣習法爲有關於國家意思以上之効力。依慣習法而得廢止變更成文法時。則是與國家最高權力性質相矛盾也。雖然。國家有最高權力云者。乃謂國家權力最高。不認有優勝力者之意思主體。加於其上也。國家除自爲制限之外。不受其他意思主體之制限於國家已制定之法律。若因國家以外之團體。又個人之意思。而能廢止變更。則是爲明反於國家之性質者也。然而國家有最高權力云者。非國家有強不能以爲能之權力也。雖爲國家。於事實上所不能者。亦莫如之何耳。例如國家不能以男子爲女子。是即依自然事實上之力。國家之權力。不免爲事實所制限。焉。慣習法若係爲國家內之團體。又其他意思主體所制定者。則其効力。不能優勝於國家之制定法者固已。而究之慣習法。

實爲由事實上之慣習生其効力者。對於如此事實上之力。雖國家亦不能強制之。故其能廢止變更成文法者。決非與國家最高權之性質相矛盾也。是以概言不能以慣習法而廢止成文法。則未免誤矣。假令明以成文法禁止慣習法之時。而慣習法之發生。決不因此而被妨害焉。就實際觀之。各國之實例。多生反對成文法之慣習。因其慣習繼續而長行。使成文法有名無實。至生廢止變更之結果者。其例實夥也。但因近世立法例日漸發達。國家之制定法遂占法之淵源大部分。而愈減少慣習法之價值。國家所制定法。即爲法之信念。至行於一般國民之間。故於今日之實際。生違反於成文法慣習極少。而慣習法可爲法之力。亦隨之而薄弱也。遂至不能以慣習廢止變更成文法矣。

第四章 國家之結合

國家體制之最通常者。爲單一之國家。論通常國家觀念之時。常以此單一國家。置於心目中。前於第一章所論之國家觀念。亦專以單一國家爲審定之基礎也。然而國家常有與他國家相合。以多數之國家。更相集而爲共同一大團體者。此則謂國家之結合焉。

國家之結合云者。二個以上之國家。以永續之目的。依特別之法律原因。而爲組織的結合之謂也。國家與他之國家。有種種之關係。而於永續法律組織結合之外。尚有相爲結合之時。蓋國家非可孤立而生存。故必常與他國家相交通。相共同。而爲國際的團體。茲所論國家之結合云者。非謂此一般國際團體之關係而爲

因特別之法律原因所結合者也。

國家之結合。依其結合之原因。屬於國際法之範圍。與國法之範圍。而區別爲國際上之國家結合。與國法上之國家結合。國際法上之結合。乃二國以上之國家。互相基於自己之意思。而相結合者也。其互相被拘束之限度及方法。則專依其條約上之義務而定之。而其支配之法。則專依國際法焉。國法上之結合。則異之。二國之國家相結合。而服從於一國家之權力。其服從國服從於最高之權力者。非契約上之義務。而謂爲基於最高國之統治權者也。

第一 國際法上之結合

國際法上之結合。更可區別爲二種。第一、一國又數國對於他之國家。而立於一方的從屬關係者。其最著之例。保護國是也。

第二相結合之各國。各保對等之地位。爲對等之權利主體。而相結合者也。其實例復有二種。今舉之於左。

(一) 同君國 同君國云者。一國以上之君主國。共同一君主之謂也。然尙有二種之區別。第一。乃君主之偶然合同。稱之曰偶然的同君國(Personal Union)即君主之共同。非基於法律之原因。而爲基於偶然之事由者。例如依君主繼承之順序。他國之君主。適當繼承自國君位之時也。例如舊時之英國。與匈奴巴之關係。荷蘭與陸克森堡之關係。是皆因此原因而生者也。然有時或有依選舉。又依列國會議之國際行爲。以一國之君主。更爲他國之君主者。例如今日之比利時與孔哥斯的。即依此原因而生者也。偶然的同君國之存於今日者。比利時與孔哥。乃其最切之例。然之偶然的同君國。非

真正之國家結合。不過因偶然之事由。而共同君主耳。第二乃法律的同君國 (Boalunion) 即一國以上戴同一之君主者。非基於偶然之事由。而基於合同各國意思。以契約永久戴同一君主之時也。至於是否定以條約之明文。抑或基於向來慣習而定之。則不必問之也。其必要者。唯在各合同國。有可永久戴同一君主之意思耳。法律的同君國之存於今日者。奧大利。與匈牙利。及瑞典與挪威是也。

同君國所必要之要素。唯在君主之同一。其他機關之共同。非其觀念所必要也。然同君國亦有組織共同之政府。與共同之國會。於一定之範圍。共同而處理其政務者焉。

二 國家聯合 (Staatenbund) 國家聯合者。一國或數國。各自保有各國完全之獨立。而爲達其共同之目的。組織一種聯合

之謂也。國家聯合其於法律上之性質，與町村聯合相同，而被聯合之各國不因聯合有妨本國之獨立，仍有完全之主權。且聯合之本體，非變爲單一之國家也。國家聯合，不過爲結成完全國家結合之聯邦耳。所經過之現象而存在者，徵之歷史，其實例皆如此也。在今日雖未有其實例。然於歷史上曾有者，則如由千七百七十八年起，至一千七百八十七年止之北美合衆國。由千八百十五年起，至千八百四十八年止之瑞西聯邦。由千八百十五年起，至千八百六十六年止之德意志是也。

國家聯合於其全體非爲國家之組織者，故無直接對於國民爲命令之權。於國家聯合所決定者，依聯合各國，更以各本國之名號，命令國民，始生其權力也。對於外國，其全體非

爲一國家而表顯者。假令有共同之公使。其公使非代表國家聯合之權利者。而爲代表聯合各國之權利。以行使其權利者也。

第二 國法上之國家結合

國法上之國家結合。其最著者爲聯邦國 (Bundesstaat) 而又爲國家結合之最完全者也。聯邦國云者。多數之國家相結合而組織一大國家。各國家服從於此大國家之權力之謂也。聯邦國之存於今日而最著者。如德意志帝國。北美合衆國。及瑞西聯邦是也。聯邦國與國家聯合不同。以其全體爲一國家。而有對其國民直接之統治權。聯邦國所製定之法。定可直接拘束人民。於國際法上。聯邦國亦以其全體爲一人格。爲一國家。而完全行使自己之權利焉。拉龐德曰。國家聯合爲權利關係。聯

邦國爲權利主體。斯言也。誠能明二者之區別者也。

第一編 總論

第一章 憲法

憲法之語。有廣狹二種之意義焉。就廣泛用之。則謂憲法云者。爲一國之根本法。即定國權之組織。及行動大原則之法也。如此意義。則無論何國。既成立存在而爲國家。則無不有憲法焉。然於今日普通所用之意義。則謂憲法云者。非有如此廣泛之意義。唯稱認代議制度。使代議會參預國權立國之根本法。爲憲法而已耳。此種國家。即爲立憲國。立憲國之憲法。或有由成文法典所成者。即爲於一定之時期。由立法者所制定之一法律。或數法典而成者。此之謂成文憲法國。或有由久遠時代所行之種種單行法律。又由慣習之結果而成者。此則稱曰不文憲法國。然成文憲法國

者。非謂全擺脫關於憲法之慣習也。即不文憲法國。亦非謂全無關於憲法之成文法規也。不過成文者。於憲法之全體法則。以有秩序之形式。而明示於法典。不文者。則不有此法典而已耳。

於有成文憲法之國。其憲法所規定之內容。亦決非有一定範圍。其規定。或有涉於極細密之事項。或有將皇位繼承之順序。國會之組織。各極重要之事項。不規定於憲法中者。其詳細繁簡之程度。各國不同。而無一定可從之原則。憲法之內容。既如此。故於憲法。宜區別其形式上之意義。與實質上之意義焉。

實質上意義之憲法云者。與前述最狹義之國法相當。而為定國權之組織。及其行動大原則之法也。形式上意義之憲法云者。謂形式上所指定為憲法之特別法典也。形式上之憲法所規定者。非必與實質上之憲法相合。而本章所論者。則專為形式上意義

之憲法也。

第一節 憲法制定之由來

今日世界之立憲國。有成文憲法者居大多數焉。歐洲立憲國。雖於今日而仍存不文憲法之狀態者。獨英吉利與匈牙利而已。然而成文憲法之發達。乃近世之事。試觀諸國制定成文憲法之沿革。則皆爲近百三十年間所制定者也。而其最初之成文憲法。則爲千七百七十六年以後北美各洲所制定之憲法焉。其次則爲依北美十三州新獨立國之合同。而成之千七百八十七年之合衆國憲法也。因此影響。法國遂由千七百八十九年開始討論制定憲法之事。千七百八十九年。有有名之人權及公民權之宣言。至千七百九十一年。法國乃制定第一次之憲法。此實爲歐洲近世成文憲法之嚆矢也。法國第一次之憲法。於歐洲近世之憲法

史上。爲有最偉大之影響者。法國之武力。與法國之思想。乃風靡於全歐大陸。歐洲各王國。以國民主權思想爲基礎者。皆以此憲法爲模範。而制定之。千八百十二年西班牙之憲法。千八百二十二年葡萄牙之憲法。及千八百十四年所制定。而於今日尙有效力者之諾威憲法。皆爲依此模範而制定者也。而千八百三十一年之比利時憲法。其制定重要之處。亦被其影響焉。

千八百十四年拿破崙之覆敗。及千八百十五年維也納之會議。歐洲之國民主權思想。大破頓挫。中世之君主神權思想。至復支配歐洲之政治。因此新思想之發現。更與其他諸國之憲法。以巨大著影響者。皆由於千八百十四年法國之王政回復。所作之路易十八世之憲法作之備也。此憲法乃以君主主權思想爲基礎。與舊來之憲法。爲國民直接又間接所自定者不同。所謂民定憲

法而變爲君主之欽定憲法。謂一切之國權。本來專屬於王國。憲法爲由國王以其自由意思。而與臣民者也。

依此新主義所成之憲法。致爲歐洲大陸諸國之影響。決不讓於千七百九十一年法國制定之憲法。由千八百十四年起至千八百四十八年間。所制定之德意志諸國憲法。皆爲蒙此影響之下而成立者也。其他千八百十五年之荷蘭憲法。千八百五十四年之西班牙憲法。及後於意大利王國憲法所制定之薩爾尼亞王國之憲法。皆根本於此思想。而受其影響者也。

於法國憲法之外。尙於歐洲諸國。而爲模範憲法者。則爲千八百三十一年之比利時憲法焉。此憲法雖係蒙千七百九十一年之法國憲法。及千八百三十年之同國憲法影響所成者。然在當時諸國憲法中。則爲最完全者也。故其後對於諸國。殆視爲理想的

憲法焉。現行之普魯士（千八百五十年）憲法。及千八百四十九年之奧大利憲法。暨現行之奧大利憲法（千八百六十七年）並於千八百十八年以後所制定之德意志諸國憲法。皆爲蒙此影響而成者。即德意志帝國憲法。亦可認其有受此影響之迹象焉。

如以上所論。成文憲法之主義。乃發端於北美。依法國之革命。始傳播於歐洲。延而及於日本。而日本之憲法。則爲模範普魯士者。乃盡人所知者也。

第二節 憲法之改正

有成文憲法之諸國。除一二變格條例之外。皆認憲法比通常之法律。有優勝之効力。即憲法之變更。比於通常法律之變更。其手續非常鄭重也。

憲法之變更。其手續所以要鄭重者。乃區別成文憲法國與不文

憲法國。最主要之點也。於不文憲法國。全缺形式上意義憲法之觀念。故其變更之手續。無須乎如是之鄭重也。雖成文憲法國中。亦有一二國未嘗認憲法與法律。有如何差異之効力。其變更之手續。全無所異。如意大利、西班牙、及德意志中之一二小國是也。然此乃極占少數之例外。此數國視憲法與法律。不過名稱之區別。而不有實際區別之意義。可謂爲全欠缺法律上區別之原因也。其所以不異變更之手續者。固由於始即不認憲法與法律有區別也。故其論理尙能爲一貫焉。

因憲法之變更。特要鄭重之手續與否。學者乃區別固定憲法。及制宜憲法之二種。制宜憲法云者。於憲法與法律之間。不認改正手續之差異。而視憲法與通常法律。同可爲因時制宜之變更者。也不文憲法國。及雖有成文憲法。而其改正不要鄭重手續之各

國。即爲具制宜性質者焉。固定憲法云者。謂憲法之變更。不能如通常法律變更之易。大多數之成文憲法國。皆爲有固定之性質者也。

特固定憲法最極端之論。乃以憲法爲永久不變者。無論有如何事由。概不許其改正焉。然而法也者。爲社會成立存在者也。社會之變化無窮。其生活之條件。隨時而爲變更。故無論如何之法律。決非可永世固定不變者也。憲法亦然。決非有其他之例外。故不許憲法之變更者。乃使國家自取其禍者也。徵之諸國憲法之歷史。當發布之初。常期其永久不變。故不規定改正之手續。然而至其結果。每招革命之禍。以破壞憲法焉。故由初即豫期永久不變之憲法。於實際則仍爲可變之憲法也。

今日諸國憲法。皆豫爲改正之計。關於其改正。而定以一定手續。

改正手續可區爲四種。今列舉之於下。

一 第一種之方法，以通常之立法機關爲可議決憲法改正之機關，唯使其議決之方法，比通常法律爲鄭重耳。

因使鄭重議決之方法，乃有如左之制限焉。

(甲) 定足數之制限。定足數云者，謂開議事時，必要出席者之占最多數也。議決憲法改正時，其出席之議員，非有比議決通常法律之人數多時，則不能爲之。比利時之定足數，必要各院出席者三分之二。巴威倫必要出席者四分之三。日本憲法，則以三分之二爲定足數焉。

(乙) 議決投票數之制限。通常法律議決，以過半數爲足。憲法變更之議決，則投票必要過半數以上之多數焉。現今諸國用此法者不尠。其數或有爲四分之三者。如希臘、撒克遜、

是也。或有爲三分之二者。如美洲合衆國、諾威、比利時、羅馬尼、塞維亞、普爾加利亞等是也。日本憲法亦與美、諾諸國相同。

(丙) 必要二次以上相同之決議。隔一定之期間。而要爲數次之議決者。亦廣行之制度也。其中或有爲經一次之議決。即解散議會。而行總選舉。聽選舉人之輿論後。於次之議會。更要爲相同之決議者。荷蘭、諾威、羅馬尼、葡萄牙、窩顛普耳等。即取此方法者也。或有不行此總選舉。僅要於二次之會期。而爲相同之決議者。瑞典、撒克遜。指國會之發案時是也。或有不必要二次之會期。唯要隔一定之期間。而爲數次之決議者。例如普魯士於各院必要隔二十一日。爲二次之決議。又如巴威倫。爲國會之發案時。則必要隔八日。而爲三次

之決議是也。日本憲法不採此方法以一次之議決爲足。

(丁) 發案權之制限。巴威倫憲法中之一定條項國王專有其發案權。日本憲法則以關於憲法一切條項之改正發案權歸屬於君主之大權焉。

(戊) 置攝政之間。禁止改正憲法。日本憲法規定置攝政之間。全不能改正憲法。

(己) 兩院議員合併。先爲議決應行改正憲法之集會。由嚴格言之。此與通常之立法機關不得謂爲相同也。然仍爲組織其會議之議員。則其機關爲相同也。故可列入第一種方法之內。法國之憲法。即採用此方法。於法國各院以其通常之議決方法。而議決憲法改正時。則兩院要會同更組織國民會。而議決之也。

二 第二種之方法，因變更憲法，而組織特別議會。美國之諸州，乃採此方法者也。美國諸州，於憲法之改正，單爲或特別條項之變更，則於通常之立法機關會議先議決之，後依總國民之直接投票，而爲最後之決定。然若欲改正憲法之全體時，則最初之議決，亦不於通常立法會議行之，而組織特別之立法會議以議決之，且更付於國民之直接投票，以爲最後之決定。於北美合衆國，關於變更憲法之手續，設二種之方法。無論用何方法，皆得變更之。其第一之方法，由各州三分之二立法會議之請求，組織特別議會。於此議會，而議決憲法改正法律案。其最後之決定，付於各州之特別議會。若得其四分之三之同意，則以之爲議決焉。雖然，由此特別議會議決之方法，於合衆國未嘗實行之。而嘗採於通常之立法會議議決之方法。此即

其第二之方法也。

三 第三種之方法，僅得行於聯邦各國，即以改正憲法之法案。付於聯邦所立各州立法會議決之。北美合衆國，不用前述之方法，又常採用此方法焉。其從來所專行者，先以議會各院三分之二之多數議決改正案，而後以之付於各州之立法議會之議決，以總立法議會四分之三之同意，爲確定議決。瑞西墨西哥及濠洲聯邦，亦採此方法。但此等各國，則以單純之過半數爲足，而瑞西及濠洲，則又不僅要各州過半數之同意，且要國民多數之同意焉。即下所述者是也。

四 第四種之方法，乃待國民之直接投票。北美合衆國之多數州，及瑞西濠洲，並瑞西國中之某州，皆採用此方法。於通常雖祇要單純之過半數。然美國中之某州，則有要四分之三之

多數者，或有要總選舉人之過半數者。

第三節 憲法之効力

第一款 憲法之暗默變更

憲法爲有最強力之國家法規。當變更之時，必要有改正憲法之法律，而不得以通常之法律變更憲法焉。改正憲法之法律，比通常法律之手續爲鄭重者，前曾述之也。

此原則，乃極明瞭而無容疑者也。以形式的變更憲法之明文，除以改正憲法之法律外，無可以變更之之方法。然而謂此原則之外，無論何時，憲法無變更者，則不得其當也。憲法之明文，雖非形式的變更，然事實上，憲法有變更者，則非爲必無之事也。稱此曰憲法之暗默變更，而此等之變更，有爲依慣習法者，有爲依單行法律者，今於左詳論之。

一 慣習法。有可以廢止變更國家所制定之成文法之力。前曾述之矣。故若憲法之條文簡約。而可容種種之解釋。且不得容易改正之。則其明文雖存在。而實際則生反於明文之習慣。至有爲法之力者。在憲法中乃嘗有之例也。今舉其實例如下。

德意志帝國憲法。於聯邦參事會。有提出議案之權者。唯聯邦各國之代表者而已。即德意志皇帝。於爲普魯士國王之資格。雖有發案權。然於爲德意志皇帝之資格。則無發案權也。但因實際之必要上。議案之多數。常爲以皇帝之名。帝國宰相以之提出者。乃慣例也。故於今日學者。多認因慣習法。雖皇帝亦有發案權焉。查蝶爾。則主張皇帝無發案權。此議論雖云適合於憲法之明文。然全不認於其間所發達之慣習法。故不能謂爲正當之見解。即於憲法之明文。雖無何等之變更。然實際可謂

已有重大之變更也。

美國憲法。其於明文上。亦極端畫定立法議會。與政府之界限。大臣於議會。無臨場發言之權。使政府全然不能與議會爲交涉。然由實際上觀之。若果眞使政府當局之秉鈞軸者。無提出議案之權。及於議會無發言之權。其爲不便者。乃不待言可知者也。故於實際之慣習。則於議會中。設以常任委員。議會之實力歸於委員會。而大臣則常與委員會爲交涉。使提出其欲發言之議案。又爲辯明之。即禁政府與議會交涉之憲法精神。全因常任委員會而被廢棄。可謂爲極重大之憲法變更也。

二 不啻依慣習法變更憲法而已。因通常之法律。憲法於事實上亦有被變更者。關於憲法之解釋權。於美國則認裁判所之法律審查權。裁判所可以拒絕適用與憲法相違反之法律。而

有宣言其法律爲無効之職權。然其餘之國。不認如此之裁判。上法律審查權。而以關於解釋權。屬之於立法部。凡立法機關。所認不違反憲法而制定之法律。假令於實際違反憲法。而仍有完全之効力。臣民即負應服從之義務。裁判所不得拒其適用。無論何人。皆無宣言其爲無効之職權焉。蓋法律既被制定時。則於其法律中。當然包含適合於憲法公定之解釋也。其結果。於形式上。雖不經憲法改正之制定手續。然於實際。則生與以通常之法律而變更憲法之同一結果矣。

第二款 於新領土憲法之効力

當論憲法實質的効力時。先宜區別對於其人之効力。與關於地之効力。對於人之効力云者。憲法有拘束何人之力之問題也。關於地之効力云者。憲法行於何區域之問題也。憲法對於人之効

力與一般法律無所異。故不必特論之。憲法關於地之効力。於此所要論之問題。乃於新領土取得之時。憲法之効力。可否及於新領土問題也。

此問題。在日本爲最重要之實際問題。當中日之戰。日本取臺灣爲新領土。於是憲法之効力。可否及於臺灣之問題。遂爲一大疑問。至於今日。尙未見有確說。或學者解此問題曰。憲法就其施行區域。不設何等之例外。故憲法當然爲應行於國家領土之全部者也。雖爲新領土。然一旦已編入日本之領土時。則於其編入之同時。憲法當然生可及之之効力焉。夫憲法者。乃規定君主之統治權行動者也。行於新領土之權力。亦爲統治權。故亦必須從此憲法之規定而行也。

此論乍見之。雖似明瞭。然若貫徹此理論時。則他日若日本取得

亞弗利加。或南洋之野蠻地。而統治之。是憲法亦不可不行於新領土。雖無知朦昧之蠻民。亦當然取得憲法上之權利保障矣。夫一切之法。乃隨社會之事情而存在者也。社會之事情不同。則法亦隨之而異。故當立法之時。必要以其時之事情。社會之狀態。爲立法之前提焉。於取得新領土時。其地之社會狀態。若全與領土之其他部分不同。則不得推定法律。爲當然及於新領土者。蓋法律起源。未嘗有以其効力。及於事情不同之新社會之意思也。雖憲法無何等之例外。然其保護人民權利。而規定非依法律則不得侵害其權利者。乃以社會之程度已進步。至於必要保障如此之權利也。若社會之狀態。未達於如此進步之程度。而謂憲法爲當然行於領土者。非眞能知憲法之精神者也。

凡法之施行區域。乃由國家而定。關於憲法之施行區域。國家亦

可得而定之。雖僅施行於領土之一部。而不施行於領土之他部。毫不反於憲法之性質。謂憲法性質上必行於領土之全部者。乃無根據之臆斷也。憲法中之某條項。其性質上有必應行於領土之全部者。如定國家最高權之條項是也。就日本憲法而言。憲法第一條曰。日本帝國乃天皇統治之。此條由性質上論。必應行於領土之全部。蓋國家之最高機關。乃通於全國。應唯一無二。故苟爲領土之一部。則必需服從於君主之統治也。不然則國家將失其統一矣。使不有如此特別性質之條項。則無必要行於領土全部之理由焉。

憲法就其施行區域。雖不設何等之規定。然憲法不定施行區域者。乃憲法僅就當時之領土制定之。而未嘗豫想取得新領土之事。僅豫想於當時之領土全部施行之耳。其後可於取得之新領

土內施行與否。則全非其豫想也。故於新領土內。憲法行使與否。憲法之規定。其本體不得而知之。國家依其所有自定。或於領土取得時直施行之。或定一定之時期。滿期而後施行之。或全不施行皆可也。是以於新領土。憲法之効力如何。必依國家是否有施行之意思而決之也。

然而決定施行與否之權限。應屬於何人。是一問題也。且施行之新憲法。必須以憲法改正之法律。始得爲之。或得以君主之大權自由決定之。又一問題也。此問題不可與於既施行憲法之區域。而停止其施行之問題同論。於已一次施行憲法之區。而停止其施行。乃變更憲法之効力者。非以憲法改正之法律。則不得行之焉。於未施行憲法之區域。而施行新憲法。不僅不要憲法改正之法律。且無須乎議會之協贊。以君主之大權。得自由定之者也。何

則於憲法未施行之區域。君主之統治權。與在憲法制定以前相同。全無制限。君主得自由而爲規定也。

第二章 統治權

第一節 統治權之性質

統治權云者。謂得爲命令。及以自己之力。而強制其命令之權力也。近世之國家統治權。爲國家所統一。國家以外之團體有統治權時。則皆爲由國家所與者也。不由國家所與。而獨立有統治權者。於近世之國家。不得而存在者也。

雖然。因此說明。而謂一切之權力。爲僅專屬於國家者。則爲誤解矣。夫權力云者。謂得以自己之力。而束縛他人之意思之力也。如此權力。國家以外之一切團體。一切組合。聯合。亦存在焉。苟爲由

多數人類所集合而成達共同目的之團體。必要有可爲指導之意思。處理組合共同之目的。定組合之法則。及執行其法則之意思。即爲組合之權力。一切之組合。不問其爲公組合。爲私組合。其團結是否鞏固。然若爲一團體時。則必有權力焉。故以權力僅爲國家所特有者。是大謬也。

因此之故。權力乃區別而爲二種。一爲統治權。一非統治權之權力。國家所專有之權利。唯統治權。非統治權之權力。存在於國家以外。然二者果如何區別之。是又必須論定者也。

非統治權之權力。僅得爲命令。不得由自己之力。以自己之手段。而強制其命令。各組合員(聯合員)無論何時。得退出其組合。而不得以組合之權力。反組合員之意。拒絕其退出焉。此即非統治權之特徵也。非統治權之權力。雖得爲命令。然若組合員無復從

其權力之意思。而欲脫其權力時。則是早已不得對之而爲強制矣。

非統治權之權力。對於違反其所自定法則者。雖得定罰則。科處罰。然其處罰爲單純之懲戒權。而非爲統治權也。如此之懲戒權。雖於個人相互間之純然私法關係中。亦可認其存在也。學校與生徒之關係。社長與社員之關係。工場與徒弟之關係。即此例也。總而言之。苟爲繼續的關係。所建設。其目的不僅爲單純之經濟上給付者。則常得認此懲戒權之存在也。乍見之。雖似爲權力者。享有之固有命令權。然無論於何等之場合。其懲戒權之最重者。常只解釋爲其人的關係。而不能使不脫退之。故雖有此懲戒權。然其服從者。可隨時自脫退其團體。而得免其懲戒處分也。統治權則反之。統治權爲不可抵抗之權力。統治權可由自己之

力強制服從於命令。故對於統治權以外之權力，服從者雖得自脫退之，而對於統治權，則不得以自己之意思而脫退之也。非統治權之權力，不僅可使其組合員脫退之，且不能反於組合員之意思，而抑留之於組合焉。統治權則不然，得用自己之力，反於團體員之意思，而抑留於團體也。今日之國家，雖通常許其臣民歸化於他國，然僅於一定條件之下許之而已，不得僅以單純脫退國家之意思表示，而脫服從之關係也。許歸化與否，全爲國家之任意，且臣民若在對於國家負擔義務之時，則非履行其義務，不能脫服從關係。例如未終兵役之義務者，又因犯罪而受處罰者，則非兵役義務之已竣，又受刑罰執行已竣之後，不得歸化於他國者也。

有如此力之權力，即爲統治權。而統治權獨屬於國家。國家以外

之團體。而有如此權力者。皆爲由國家所授與者也。原來之統治權。僅國家有之。他之團體所有之統治權。假令爲自己之力。爲自己之權力而有之。然常爲傳來之統治權。而非原來之統治權也。然而原來統治權。僅國家有者。唯就近世之國家而言耳。於中世之國家。不得適用之。在中世非國家的團體。於許多之範圍。爲自己之原權利。而有統治權者不少。其中有最大之權利者。則爲基督教會。有時與國家之權力相對抗。有如此之強盛權利者。不啻教會而已。世俗亦皆以封建之諸侯。爲非國家所與。而爲有自己獨立之權力者也。故於中世國家。與非國家團體之嚴格區別。頗難明也。至於近世。隨國家之發達。乃以一切非國家團體之統治權。統一於國家。使一切之獨立團體。服從於國家之權力。是以在今日國家。於國家以外。由國家之權力。而獨立之統治權。遂全不

存在矣。

第二節 統治權之不可分

統治權之大體觀念。已於前節述之矣。於此大體觀念之外。爲統治權之屬性。而尙須說明者。其數有三。一、統治權者不可分者也。二、統治權與最高主權之關係。三、統治權之原來性。今先論統治權不可分性於左。

國家爲統治的一體。故爲國家權力之統治權。亦必要爲不可分之一體焉。蓋統治權之不可分。乃由國家不可分所生之當然結果。若統治權爲可分者。則是使國家分立而爲數個之人格矣。然此爲單純之抽象的理論。乃依他之多數國法學上之原則。與政治上長久之經驗結果。而始證明者。其理論則基於歷史上演繹現象之指導。至於近世始得確定者也。

統治權之不可分。於今日雖皆不疑之。然於舊時則有主張反對之說者。其學說極有勢力。至一時支配一般人之心思焉。而統治權可分之學說。則有二派。一、三權分立說。乃爲立憲制度之根本而論之者。一、爲聯邦主權分割說。乃爲說明聯邦之法理而唱之者也。

第一款 三權分立說

三權分立說云者。乃欲分割統治權爲三種權力之謂也。而其說則爲法國哲學者孟德斯鳩氏。於十八世紀之末所主唱。今舉其說之大要於下

於各國家有三種之權力。立法權。屬於國際法事件之執行權。及屬於國內法事件之執行權是也。因第一之權力。而作一時又永久之法律。及廢止變更之。因第二之權力。而開戰。講和。派

遣使者。接受使者。保全安寧。防禦攻擊。因第三之權力。而處罰犯罪。裁判各個人間之爭訟。此第三之權力。可稱之爲司法權。而第二種之權力。則單可稱爲執行權焉。此三種之權力。必要分屬於別種人之手。蓋自古來之經驗。凡有權力者。必不免有濫用之傾向也。欲求不濫用權力時。則不外因權力之分配。而以權力制權力而已。若同一之人。又同一之議會。而並有立法權與執行權。則自由不能存在矣。何則。慮有爲專橫之執行。與作專橫之法律故也。司法權。非亦由立法權及執行權分離。則自由亦不得存在。若以之併合於立法權時。則對於人民之生命。及自由之權力。將流於專橫矣。如裁判官。於同時又爲立法者。是也。若以之屬於執行權。則裁判官。又將行壓制矣。蓋三種之權力。若屬於同一之人。或同一之議會。則自由必至於全行

滅亡。即同一之人。或同一之法律。若有作法律之權。有執行公之決定之權。有處罰罪人。裁判人民爭私訟之權時。則一切之自由。應滅亡而無餘矣。

基於如此之理由。孟德斯鳩乃謂立法權。應屬於由民選議員與貴族院兩院所組織之議會。執行權。應屬於君主。司法權。應屬於由國民選舉臨時集會之裁判所。而此等之三種權力。互有獨立平等之地位。執行權全不得參與立法權。立法權全不得干預司法權。其唯一之例外。則爲君主對於法律有不認可權。議會由豫算而參與財政已耳。

三權分立說。非全爲孟德斯鳩所創設。分國權之作用。而爲三種者。在希臘之時。亞里斯多德曾論之也。因此影響。中世學者。乃常以種種之作用。而分國權之類別焉。此等各種之作用。必使屬於

別種之機關云者。亦非孟氏所首唱。於孟氏之前。英國之陸克已論之也。孟氏之學說。乃受陸克所說之影響者。固無容疑。而於其三種權力之分類。亦可明認其所受影響之痕跡也。陸克分國權之作用。而爲立法權。外交權。執行權。及君主大權之四種。孟氏分類之執行權。乃明爲由陸克之所謂外交權所出者。而非今日執行權之意義也。孟氏之說。既爲前人所唱道。則所受其說之影響亦甚大。雖然。使孟氏之說。所以與其他前人之說不同。而有爲獨立新說之地位者。則因孟氏謂此三種之權力。必分爲獨立別種之機關也。孟氏以前之說。無以同一之人。參與數種之權力。又行使一切之權力爲非者。雖陸克亦謂執行權。外交權。及君主大權爲應屬於君主之手者。且並認立法權。亦應使君主參與之焉。孟氏則獨反之。而謂別種之權力。宜屬於別種之機關。不許同一之

人而有二種以上之權力。詳言之。則立法權唯屬於議會。君主不得與之。而執行權則應爲屬於君主。司法權則應屬於裁判所者也。

孟氏之說。於近世之憲法歷史。有最偉大之影響。而世界之立憲國。亦皆蒙其影響不少也。其法律精神論。第十一卷第六章。所述之思想。於今日尙爲立憲制度之基礎焉。

但由今日而觀其說。則不免有許多之缺點。故多數學者。極力批難之。其第一受批難之點。則在誤解英國之憲法焉。夫三權分立之說者。乃專以英國憲法爲模範者也。其論英國憲法之文中。已明示其意矣。然英國憲法之實際。決非如其所信。立法權與執行權。非有絕對的區別。君主不僅有參與立法之權。且因爲其輔弼之國務大臣。乃爲由議會之多數黨所選任者。在當時雖不完全。

然已略有樹立政黨內閣之組織，已生國務大臣，乃由於議會多數黨任之之慣習，故得保立法權與執行權之調和，其第二受批難之點，則在其分類不完全，蓋其分類之執行權，乃外交權之意義，依其分類，則於今日行政之意義，至全逸於其分類之外，行政之名稱，及其觀念，乃後代始生者也。

雖然，此等之缺點，尚非爲其最大者，其最受批難之處，則在若實行其說，必至破壞國家之統一也，其以國家之權力，分割爲三種之權力，而謂此等三種之權力，爲互有獨立之地位，各以獨立之意思而行權力者，至於應以何法統一其意思，則未嘗論之也，若果如其說，如此三種之權力，爲各有獨立地位者，則國家爲無統一之意思者矣，是國家爲有三種之意思而成者，因而國家非爲統一的人格，而被分割爲三個之不同人格者也。

是以諸國之憲法。其於實行之處。決非如孟氏之所說。其極端實行權力分立說者。爲北美合衆國之憲法。及法國第一次一千七百九十七年並第二次共一千七百九十五年之憲法。然此三種之憲法。決非實行其說者也。若實行之。國家統一。不可得而保持矣。此三種之憲法。雖皆於其明文。明言保持權力之分立。然其三種之權力。尙非爲對等獨立之權力。如法國第一次之憲法。以立法權爲最高權力。執行權及司法權。爲屬於其下之權力。美國之憲法。最高之權力屬於國民自身。三種之權力。爲由爲此最高權力之國民。所委任之下級權力。憲法之制定。及憲法之變更。唯爲此最高權力之國民自身。可以爲之。以保統治權之統一。

其以後之憲法。皆不如以上三種之憲法。採極端之權力分立主義。爲執行權之長之君主。又大統領。無不於一定之分限。以參與

立法權焉。

各國既不實行孟氏之權力分立法說。是於事實上已證明統治權之不可分矣。世界之立憲國。雖皆因孟氏之影響。而分立司法及行政之三種機關。是非爲分割權力者。而爲於行使唯一之權力時。分立其機關也。機關雖分。權力之統一。則不因之而被妨害焉。以有可保持其統一之唯一最高意思存在故也。

第二款 於聯邦國之主權分割說

國權之分割。又爲因說明聯邦國之法律所主張。其說乃於托克瓦爾影響之下。由瓦慈所論述者。故通常稱之爲瓦慈之說也。其說之大要曰。於聯邦國。則主權乃爲分割於聯邦國。與聯邦內各國之間者。而聯邦國及聯邦內各國。不過共有主權之一部而已。即一部主權國也。合聯邦國之主權。與聯邦內各國之主權。而始

構成一完全之主權云々。

此說第一之點。乃混同主權之觀念。與統治權者。其意義乃爲非主權分割說。而爲統治權分割說者。因後說明主權之觀念而得明瞭者也。此點今姑措而不論。然統治權若爲被分割於二國間者。則是全反國家之性質矣。一切之人格。不問其爲法人爲自然人。必常爲一體。而非可得分割者。因而爲人格之單一體。其意思之力。亦必須爲單一焉。國家亦爲統一的人格。若以之分割爲二個之國家。合二國之權力。而始成一完全之權力。則是明與國家之性質反背也。

蓋基於此說。以審察通常國家之權限。則一切之國家。皆不可不爲有此通常之權限者。聯邦國與聯邦內各國之間。仍各分配其權限者。例如德意志帝國。關於軍事。外交。郵便。電信等事務。則帝

國有其權限。其他之一般行政事務。則屬於聯邦內各國之權限焉。合其兩者。始與通常國家之權限同其範圍也。雖然其分配者。爲國家之事務。僅其行事務之權限被分配而已。權力之本身。未嘗被分割也。統治權之觀念。決非必要一定範圍之事務。依統治權所行事務之範圍。因國而有廣狹之分。決無一定之範圍。而其事務之廣狹。亦於統治權之觀念無所影響也。聯邦國及聯邦內各國。於其事務所行之範圍。有一定之界限。其範圍雖比通常國家之事務狹。然尙不得以之爲僅有國權之一部者。猶如囚徒。其可得行之權利範圍。雖比於普通人甚狹。然尙爲一個之人格。而非一部分之人格。其意思之力。爲一個意思之力。而非部分的意思之力也。

是以於聯邦國及聯邦內各國之間。主權實未嘗被分割。又統治

權亦未被分割。其分割者。不過爲可爲統治權發動之事項種類而已。非權力之本身。而爲權力應活動之目的物。因而聯邦內各國。非爲有一部之主權。又非爲有一部之統治權者。關於主權。則如後所述。聯邦內各國。全然不有之。謂爲主權國。雖非爲正當。然謂爲一部主權國。則亦非正當。今日國際法學者。常用一部主權國之名稱者。亦爲基於舊時謬誤思想之所至也。

第三節 主權

主權之語。乃由法語之斯瓦蘭之語而出者也。譯爲主權之語。實不正當。蓋謂曰主權。則似與國權及統治權同意。然其本義。則爲獨立最高之意。故不如譯爲最高權之適當。今先論其觀念之如何發生於左。

第一款 主權之觀念沿革

主權之觀念。古代希臘羅馬。皆未嘗存在。中世乃始發生於法國焉。然則因何故。在古代無之。而當中世之時始發生於法國者。今欲說明此理由時。宜先述當時法國之狀態。

歐洲中世之國家。決不如近世之國家。爲單一之國家。前曾言之矣。中世之歐洲。其第一則有神聖羅馬帝國。此爲繼續古代之羅馬帝國者。由理論上言。可看爲統一屬於基督教之全世界的帝國。而其實際之權力。則德意志耳。如英、法、意。於實際雖全爲獨立之國家。然名義上則在皇帝之下。幾如爲其領土之一部。加之基督教會。亦於極大之範圍。而有由國家獨立之權力。有時至對抗國家而壓迫之。不啻外部如此而已。即國內法國之國王。亦非爲統一法國全部之君主。其下尙有許多之封建諸侯。及有特權之自由市府。於其領域內。殆皆爲獨立之小國家。皆有完全之主權。

是以中世之法國。於外則依皇帝之權力。及基督教之權力。而被制限。於內則有封建諸侯。及自由市府之權力。與之相對抗也。然而至十六世紀之頃。其狀態乃大變更。皇帝之權力。至有名無實。封建諸侯之權力亦大衰。教會亦至服於國王權力之下。國王之權力。殆將有爲專制權力之傾向矣。主權之觀念。乃隨法國之狀態而爲變遷。此因說明新國王之權力。而略敘述其大概也。在古代希臘羅馬。皆無由始即爲完全之統一的國家。與他之獨立權力相爲對抗者。因而國家之權力。亦無依他之權力。而被抑制之事。故不生最高獨立之權力。必不可少之覺悟。中世之國家。則反之。被各種他之獨立權力所抑制。爲欲脫其抑制。而始覺國家之權力。被他之權力抑制之不可。主權之觀念。於是乎發生焉。而國家至欲脫他之權力之抑制者。以法國爲始。故主權觀念之發生。

亦始於法國也。

最初明瞭敘述其觀念者爲法國之波丹。當此之先。瑣普南之語。爲廣有權力者之意。而非限於有最高權力者。其時國王雖爲封建諸侯。亦稱爲瑣普南焉。然至波丹。則精嚴制限其觀念之界焉。謂僅國王而有主權。封建諸侯。非爲有主權者。依其說明。則主權云者爲最高之權力。不受法律之束縛。不被何人之制限之權力也。此最高權力。專屬於君主。君主以外。不有何等之權力。無制限而可得行自己之所欲者也。而主權之作用。則以立法權。宣戰媾和。權官吏任命權。最高裁判權。特赦權。租稅徵收權。貨幣鑄造權等。爲主權之觀念所不可缺之作用焉。

波丹之說明。乃在於皇帝之權力。及諸侯寺院之權力。已衰滅之後。對於國王之專制權。而與以理論上之說明者也。其及於政治

歷史之實際影響甚偉大。法國主權之發達。基於此影響者。尤大於理論亦然。後世之主權說。大抵多受波丹之影響焉。

然而於他方。則又生主權不可不屬於國民之思想。此思想乃於古代日耳曼。固有觀念之國家。一切之權力。乃發源於國民思想影響之下。依第十七世紀及第十八世紀之自然法學者。所唱道者也。此派乃對於波丹及其派之極端君主。權說而唱道極端之國民主權說者。而以法國之盧騷爲其代表。法國之大革命。即實際舉行此思想者也。

君主主權說。及國民主權說。所及於政治歷史實際之影響者。右曾述之。故論主權觀念之沿革時。不可置歷史上之事實於度外。雖然。所謂主權之語。於其本義。則爲表示國家之權力。不被國家以外其他權力所抑制之性質之語。即國家之權力。爲屬於其物

之一屬性也。君主主權說及民主主權說則反之。乃於國家內何人應有最高權力之問題。一爲國家權力性質之問題。一爲於國家內權力所在之問題。此二者全爲無關係之別個問題。不幸而爲波丹所混同。遂通行於第十七世紀及第十八世紀。所及於歷史上之影響亦頗偉大焉。

至十九世紀之學者始正此混同之誤解。明真正之主權觀念。而德國之國法學者亞耳普西及格耳巴於公法學上他之諸問題亦於此點爲創見之功勳者也。曰君主主權說曰國民主權說皆爲政治上之主義問題。而於主權本來之觀念無何等之關係焉。雖爲政治上之主義。然君主主權及國民主權皆絕對之真理。而爲因各國特殊之歷史與國民之政治事情所解決之問題。於其本來之觀念則主權云者不外乎爲國家權力之屬性也。

第二款 主權之觀念

第一 主權之三種意義

主權之語用於三種之意義。前已簡單述之矣。此三種之意義常有相混同之事。爲國家權力之屬性。主權觀念與爲於國家內最高機關地位問題之主權。被混同爲一之事。亦既述之。其外則主權之語。又與國家之權力。即統治權相混同焉。第一意義之主權。爲國權力之一屬性。後當詳論之。是即本來之觀念也。

第二意義之主權。爲最高機關之地位之義。蓋於主權觀念始發生之時代。抽象之國家觀念。尙未至於理解明瞭。於論國家之權力。必爲不被他之權力所抑制之獨立最高權力時。亦未嘗思及此權力之主體。爲屬於抽象之國家者。而直以君主爲

其權力之主體也。

第三之意義。則主權又與統治權同義。此爲波丹所誤用。彼謂主權爲有一定內容之權力。如立法權、條約權、宣戰媾和權之特定作用。必爲應包含於主權者。此與第一意義全然不同。其本來之意義。僅爲不被制限之消極的意義。非有一定之內容。有一定之內容者。爲統治權而非主權。爲立法結條約。爲宣戰媾和。乃統治權之作用而非主權之作用。主權云者。非可得爲活動之權力之意義也。即此第二意義。主權與統治權全被混同者也。

主權之語。被用於此全不相同之三種意義者。乃歷史上之事實也。今日諸國公文書所用主權之語。常爲此種種之意義。而英法國語。於主權之語外。又別無可相當於統治權之語。故於

統治權之意義，常用主權之語焉。諸國之憲法及法律之用語，亦普用主權爲屬於國民，或君主，爲主權者之語。故如此之歷史上事實，非能依學術之力，即時排斥之。然如以學術上之觀念論主權時，則當精密區別此三種之意義，以避其混同而於真正之學術上觀念，則主權應解釋爲第一之意義也。

第二 真正意義之主權觀念

主權云者，謂國家權力之最高，且獨立之性質也。最高云者，於國家之內部，存在於國家領土內之一切個人及團體，皆要服從於國家之權力之謂。獨立云者，對於外部，國家不依他之權力而被制限之謂也。

最高云者，謂對於內部之關係獨立云者，其爲主，乃謂對於外部之關係。因此之故，學者乃有分主權而爲對內主權，或爲國

法上之主權與對外主權。或爲國際法上之主權。之二種。然此不過謂同一之最高權力。爲二種方面之義。非謂有二個不同之權力存在焉。蓋二者乃互相不可離之一體也。

主權之性質。此二者可以盡矣。然而舊來之主權說。則於此外。有爲主權之第三性質者。即主權之萬能性是也。即主權不被法律所制限。全爲無制限之絕對權力。從自己之所欲。無論如何之事。皆可爲之之力也。即令受制限。亦不過爲事實上之制限。決不能爲法律上之制限也。但若以主權爲得爲法律上無論何事之力。則國家可得廢止一切之法律矣。然全不有法律之國家。乃無政府國。而爲破壞國家自身之生存者也。故若謂使有憲法與否。亦爲國家之任意時。則大誤矣。國家之有憲法與否。全非可任意者。既爲國家。則必不可不有憲法。全不有憲

法之國家不得想像而擬議之也。若然則國家之權力爲絕對無制限之事亦不能承認矣。

主權無制限云者。除自己以外。則不爲他之權力所制限之謂也。有主權之國家。於自己國家以上。不有何等之權力。非基於自己之意思。依他之權力而受法律之制限者。乃與主權之性質不相容者也。假令有受不基於自己意思之制限時。亦不過單爲事實上之制限。而非法律上之制限。但依自己之意思而自加制限者。則毫不與主權相矛盾。而其制限不僅單爲事實上之制限。且爲法律上之制限也。夫國家不啻受國際法之制限而已。於國內亦因所自定之法律而被制限焉。一切之國法。乃羈束臣民者。而同時又爲拘束國家者。國權之活動。僅於其法律之不。可爲活動而已。國家一面爲定對於臣民之法則者。

一面又對於國家之機關而命遵此法則。以行統治權焉。是以一切之國法。皆爲有此雙面之拘束力者也。

故主權非絕對無制限之權力。主權云者。僅謂國權於自加制限之外。不因他之力而被制限之性質也。詳言之。則主權之特質。乃由二方面而表現之。於其消極之方面。則國家除基於自己意思之外。不因他力而受法律上之制限。事實上之制限。雖可得存在。然使爲法律上之制限時。則必要爲基於自己之意思者也。於其積極之方面。則國家得因自己之任意。而制限自己及國內一切人民也。

國家雖受國際法之拘束。然亦非妨國家之主權者。近世之文明國。相共同而爲國際團體。國家既入國際團體時。則要遵由國際法之規定。不得以自己之意思而脫其束縛。然此亦非國

家於自己以外。而服從他之權力也。國際法之性質如何。雖非此編所應論。然國際法。非因立於國家以上之世界的權力。而被制定之法律。則明瞭而不容欸者也。國家雖爲要遵國際法者。然求非因國家以上之權力。而束縛國家也。夫一切之法。皆爲共同生活之法。則故國際法亦以共同生活爲其前提焉。而此共同生活。則決非構成立於國家以上之世界權力團體者也。凡國際法。皆因國家自身之任意承諾。而成立。於基於國家自身之意思以外。而求國際法之淵源。必不可得從。可知國家要遵由國際法。亦不外國家因自己之意思。而自加制限者也。

第三款 主權非國家之要素

國家最普通之形態。爲單一國。而一切之單一國。則又皆爲主權國。單一國在近世之狀態。必要爲無加於自己以上之權力。而其

權力於內部則爲最高者。於外部則爲獨立者也。主權既爲屬於國家之普通性。故舊時之自然法學者。以主權爲國家之必要性。不有主權者。則不爲國家。此思想雖在今日。尙存其影響。今日之學者。亦有以主權爲國家之要素者也。雖然若以主權爲國家之要素。則於今日政治上之實際。全不能說明矣。其中最難說明者。則爲近世之聯邦國家。若以主權爲國家之要素。則其結果將不認聯邦國之存在矣。除以聯邦國爲獨立主權之國際上同盟及以聯邦國單爲一國家內之地方團體二途之外。則別無他法。然此等之解答皆於政治上之實際相矛盾。而漠視歷史上之沿革者。故今日之多數學者。皆一律認主權非爲國家之要素也。主權非國家之要素。就主權說始發生時之中世國家狀態。而觀察之。即可明瞭。歐洲中世之國家。決非有最高之獨立權力者。於

外部則因寺院及羅馬皇帝之權力而被制抑。於內部則有諸侯及市府之權力而爲抵抗。故中世之國家。非爲有主權者也。然而等之國家。皆具國家之性質。則盡人而不疑也。中世之歷史已如此。即近世之國家現象。亦有不有主權。而尙視爲國家者。故爲社會現象之法學。亦不能以此現象置於度外也。

主權既非國家之要素。故國家可區別爲二種。一爲主權國。一非主權國。非主權國云者。不有最高之權力。依自己以上之權力。而被支配之國家也。如聯邦國中之各支分國。即爲非主權國之最著者也。

然而因此乃復生左之問題焉。即非主權國與通常之地方團體。應以何者爲其標準之問題也。關於此問題。於次節詳論之。

第四節 統治權之原始性非主權國與地方

團體之區別

非主權國與地方團體之區別。正確之標準如何。學者之說明。紛不一。或學者曰。國家有自己之統治權。地方團體。不有統治權。地方團體所行者。非自己之權利。而爲國家之權利。此即其區別也。然此說不能爲正確之區別。夫地方團體之統治權。雖爲由國家所授與者。然既授之時。則爲地方團體自身之權利。而非國家之權利。地方團體。非單爲國家之機關而行統治權者。乃爲獨立之人格。以自己之名。而行自己之統治權者也。又有學者依其目的。而說明國家與地方團體之區別者。其言曰。國家之目的。廣泛。無所不及。地方團體之目的。惟限於地方的利害之範圍云云。然聯邦國內之各國。於其目的。乃被制限者。決非廣泛無所不及者也。復有一二學者。又欲依是否爲國際法上被認爲人格者而區

別之。然國際法上人格。乃伴於爲國家性質之結果。而非爲國家之原因。故於國際上之被認爲人格者。非有國際上之人格。始爲國家也。

非主權國與地方團體之區別。唯在統治權之爲原始的。與傳來的之一點而已。國家與統治權。爲原始的權力。非由人所授與者。乃爲自己固有之權力而有之也。地方團體之統治權。乃由國家所授與者。僅於國家特許之下。享有之者也。此即爲二者。唯一之差別焉。但統治權爲原始的。與爲傳來的云者。於其外形上。依如何標準而得區別之。其可區別之標準在於何處。是即下所論之問題也。

格瑪亞關於此問題之論。於大體似得其當。葉林克於其大體亦相同。據其說。則統治權之爲原始的。依左之二特徵而區別之。

(一) 得以自己之法律。定自己之組織。

(二) 得以自己之法律。任意執行於某範圍之政務。

一 有定自己之組織之權云者。乃區別國家與地方團體之第一特徵也。若爲團體。而依他之權力。定其組織。因而其組織法。非自己之法律。基於他之權力之法律時。則其團體非國家。而爲國家分子之地方團體也。

蓋地方團體。因國家認之。而始得存在。地方團體之存在。乃繫於國家之意思者也。故其構成組織。亦必爲國家之所定焉。蓋構成法。乃所以使團體成立者也。國家則反之。非於他之權力特許之下。享有其存在。其權力爲原始的權力。其生存爲原始的生存。自己之意思以外。無有繫於其外而存立者。雖由國家發生之原因言。則亦有基於他之意思而成立者。如聯邦國。皆

依組織其聯邦各國間之契約而成立之。德意志帝國、美洲合衆國。無不皆然。但如此等國家。其一次成立時。則早已非於他之意思之下。保持其存在者。專依自己之意思而存立也。依自己之意思而存立者。又不可不依自己之意思。而定其組織構成。故國家必有憲法。不有自己之憲法者。非國家也。

非國家團體之組織法。常依國家之法律而定之。於普通之地方團體。其尤著者也。如市町村制。縣制。乃定地方自治團體之構成法。則其爲國家之法律。自不待言。然不啻地方自治團體而已。例如英國於加奈大。濠太利亞。雖於最廣泛之範圍。認其自主權。然定其構成之法規。則非加奈大。濠洲之法律。而爲英國政府之法律。英國之國會。無論何時。亦得改廢之也。反之德意志帝國內之各支分國。則得專基於自己之意思。而

定自己之組織。其憲法爲各支分國之法律。而非帝國之法律。故支分國爲國家焉。美洲合衆國內之各州。及瑞西聯邦內之各州。亦與之相同。專因自己之法律。而定其構成。非因中央權力之意思。而定其存在者。故亦同爲國家也。有時聯邦國之憲法。對於聯邦內之各國憲法。而加以多少之制限。例如瑞西聯邦之憲法中。規定聯邦之憲法。必宜取共和政體是也。雖然。於有如此制限之際。其憲法尙爲各支分國之法律。而非聯邦之法律也。

二 於一定之範圍。得任意執行自己之政務者。乃國家之第二特徵也。雖地方團體。亦於頗廣泛之範圍。而有自治權。於其範圍內。得自定條例。雖不得以其範圍之廣狹。區別國家與非國家之團體。然地方團體之自治權。僅爲於國家之下而存在者。

非爲原始的權利。故國家無論何時，得以自己之法律，侵入其範圍。國家之監督權，於地方團體之自治權，乃應聯屬相隨之原素也。反之國家之統治權，則爲原始的，於一定之範圍，全不受他之干涉。自有執行之權，於其範圍內，雖聯邦之中央權力對之，亦不有監督權。又非，可得以自己之單獨意思，而伸縮其範圍也。

第三章 國家之機關

第一章 國家機關之法律上性質

國家爲無形之團體。非有心理上之意思能力者。有意思能力者，唯自然人耳。是以國家爲有意思能力，必要有自然人。以國家之名，爲國家而表示其意思者，國家之意思，即爲此自然人的意思。稱

爲自然人。或自然人之聚合。其一人意思。或其聚合的意思。於法律視爲國家之意思者。曰國家之機關。

機關之觀念。乃與人格之觀念相反對者也。機關雖由人而成。然此等之人爲機關。則不爲有人格者。凡曰人格時。必有以自已之生存目的爲前提。人格爲獨立生存目的之主體。爲自己之生存目的。而主張自己之權利。即人格云者爲權利之主體之謂也。機關則反之。無自己之生存目的。從而無自己權利。國家之機關。乃爲國家存在。而行國家之權利者也。國家機關之意思。即爲國家之意思也。

因此之故。必宜嚴重區別。當國家地位之個人。與機關之本體而觀察之。當機關地位之個人。對於國家亦爲人格。爲有權利義務之主體。官吏有受俸給之權利。認有爲官吏之地位之權利者。乃

官吏爲個人。對於國家所有之權利也。議員有列於議場之權。有受歲俸之權者。乃議員爲個人。對於國家之權利也。然而官吏代表國家。命令人民。徵收租稅。課兵役義務者。則非官吏自身之權利。而爲國家之權利。議員議決法律案。協贊豫算。亦非議員自身之權利。而爲行國家之權利者也。君主亦同此理由。君主爲個人。則固爲人格。然爲國家之機關。則非行自己之權利。而爲國家行統治權者也。受皇室經費之權利。關於君主地位之權利。雖爲君主爲人格而有之權利。然統治權。則非屬於君主之一身者也。國家與機關之關係。非與民法上之代理關係相同。代理人與本人。常爲二個之人格。國家與機關則反之。非爲二個之人格也。國家之人格。與機關之人格。非爲二個。而其間又不有委任暨代理之法律上關係。國家與機關相共爲一體。有機關。而後國家始爲

團體的人格存在。離機關。而想像國家爲團體者，乃不可得者也。君主爲國家之機關。乃由國家爲統一的團體。所生之論理上當然結果。國家有爲統一的團體之性質者。非必通合於古今一切時代之眞理。中世之國家實際。則不有統一的性質。蓋此時代。君主非國家之機關。自爲權利之主體。而領有土地人民。國民又爲階級的團結。而與君主則爲相對的權利義務之主體。君主與國民之團結云者。互相戰爭。締結條約。法律非爲君主與國民之共同行爲。而爲相對之權利主體之契約也。近世國家則全與之異。國家非君主與國民相對立之關係。君主議會。皆爲爲達國家之共同目的而存在者也。非如中世之國家。君主有自己獨立之目的。議會又有與之相反之獨立目的者。法律非君主與議會之約束。而爲爲作成國家之意思。向共同之目的。以發表其意思者也。

若於近世之國家，君主亦非爲國家之機關，而自爲權利主體，則爲破壞爲國家之統一的團體之性質者矣。

國家之統治繼續，亦得依機關與人格相分離，而說明之焉。若以機關之權限，爲屬於其人之固有權利者，則因其人之死亡，而其權利亦必當然消滅矣。因而其所定之法律，亦當隨其人當然消滅也。而其實則不然。人雖死亡更迭，然尙繼續者，則因法律非其人格之意思，而爲國家之意思。其一切之行爲，非其人格之行爲，而爲國家之行爲也。爲國家之行爲，故以國家之永續爲限。永久而有其効力也。若以君主爲統治權之主體，君主爲個人而有統治權，則因君主之更迭，前之權利消滅，新權利乃遂發生。從而後之君主，如何而使遵依前之君主所發之憲法，及被法律所拘束，前之君主所任命之官吏，如何而於後之君主之下，乃繼續而

爲官吏之理由。不能說明之矣。

第二節 國家機關之種類

國家之機關。上自君主。下至最下之地方官廳。無不皆然。但其於法律上之地位。則國家之機關。要區別爲全不相同之二大種類。一曰直接機關。一曰間接機關。直接機關云者。其爲機關之地位。直接由國家之構成法。即憲法所定。非依人而授與其權限者。又無論對於何人。亦不負服從之義務也。直接機關爲定國家之組織者。故直接機關之消滅。或可使國家滅亡。即不然。亦可變更國體。致來國家之革命也。反之間接機關云者。間接依憲法而定。其爲機關之地位。乃因直接機關之委任。而授與以權限者也。直接機關。雖無論何時。不服於他之機關監督命令之下。然間接機關。則常服於直接機關監督命令之下。而負擔服從之義務者也。

第一 直機關之種類

直接機關又得爲種種之類別。其重要者如左。

(一) 獨任機關及合議機關 直接機關或有以一人組織之者。君主國之君主是也。於此之際。其一人之意思。即爲國家之意思。或有由多數之自然人。而構成合議體之直接機關者。於認代議制度國之議會。乃其最顯著者也。合議機關。則要爲結合多數之意思。而爲統一的意思。法律上之手續。經此法律上之手續。國家之意思。始爲合議機關之意思。法律上之手續者。即通常之決議也。

(二) 作成機關與被作成機關 直接機關。或有非由他人之行爲。而取得其爲機關之地位者。或有由法律事實之發生。從法之所定。而直接得爲機關之地位者。例如世襲主君國。

因前君主之駕崩。合於王位承繼之順序者。當然即新君主之地位是也。於此之際。則不有作成機關焉。或有非由法律上之規定。直接得爲機關之地位。而由他人之法律行爲。始取得其地位者。因選舉而就職之合議機關。皆爲屬於此後之種類者也。如此之直接機關。於由選舉及其他之作成行爲。而取得其地位時。則作成其地位之自然人又自然人之集合。其本體又爲國家之機關。稱此機關曰作成機關。稱由其作成行爲。而取得其地位之機關。曰被作成機關。作成直接機關之機關。其本體又爲直接機關。故選舉議會議員之選舉人。乃以其全體爲議會之作成機關者也。而且又爲國家之直接機關焉。作成機關與被作成機關之關係。其原則僅止於作成行爲。故作成行爲已畢時。則二種之機關。全不

有何等之關係。然而因時之不同，作成機關與被作成機關更有代表機關之關係也。

(三) 代表機關 代表機關云者。於爲國家機關之時，更爲有代表他機關之關係者之謂也。凡國家之機關，皆爲代表者。代表機關云者，代表國家及代表他機關之謂也。即爲國家之機關，且又爲機關之機關也。代表機關之意思，乃國家之意思，而又視爲其所代表之第一機關之意思者也。代表機關最著明之例，則爲君主國之攝政焉。攝政乃於君主有故障之間，代君主以行大權者。而值攝政之間，則君主不得親行大權，僅攝政有其權而已。故若實際行大權者爲君主，則於法律上之意義，攝政即必爲君主矣。其所以不然者，因攝政乃君主之代表機關，以君主之名而行大權。攝政之行爲。

於法律上視爲君主之行爲故也。不啻攝政如此而已。於認
代議制度國之議會。亦爲國民之代表機關也。然而議會於
法律上之意義。爲國民之代表者。乃今日普通學說所不認。
俟於議會章再詳述之。

(四) 獨立機關及非獨立機關 獨立機關云者。自己直接可
以發動拘束國家及國民之意思之機關也。非獨立機關云
者。不有如此之力者也。非獨立機關。雖不可以自發動命令
權。然有制限獨立機關之意思之力。即獨立機關。非得非獨
立機關之同意。則不得行命令權。又已行命令權之後。於事
後必要非獨立機關之承諾也。非獨立機關之最著者。立憲
君主國之議會是也。議會對於國民。非有發動命令權。其權
限僅能制限他之機關而已。

(五) 正常機關及非常機關 正常機關云者。於國家之普通狀態。當直接機關之位位者之謂也。非常機關云者。於例外之際。當機關之地位者之謂也。非常機關之例。如君主國之攝政是也。

第二 間接機關之種類

間接機關。亦得認與直接機關相同之種類。而其中獨任機關。與合議機關之區別。又獨立機關。與非獨立機關之區別。於間接機關。亦爲其中最要者也。

此外於間接機關。尚有一特殊之重要區別。即必要機關。與任意機關是也。必要機關云者。依憲法及法律必要設置者之謂也。任意機關云者。設置與否。係於最高機關之任意者之謂也。必要機關。於日本則爲大臣、裁判所、行政裁判所、樞

密顧問、及會計檢查院焉。

第三節 國家之最高機關

國家之直接機關。或有爲唯一者。或有二個以上之機關。同時爲直接之機關者。於君主專制國。則直接機關。僅有君主一人。其他之一切機關。皆爲間接機關焉。於此之際。國家之組織極爲單純。君主以一身總攬統治權。其他之機關。皆由君主而授以權限。爲隸屬於君主之命令之下。而行使國家之統治權者也。於二個機關存在之際。其一機關爲他機關之代表機關之時。則代表機關之行爲。即視爲其所代表第一機關之行爲。故尙可視爲與直接機關。爲唯一之時相同也。例如攝政代君主而行使統治權之時。即是焉。

立憲國則反之。常有二個以上之直接機關。例如君主與議會。皆

爲國家之直接機關也。二個以上之直接機關。非互有代表之關係。於同時並存之際。則國家之機關組織。不如前者之單純。君主非爲無制限。而總攬國家統治權者也。因舊日自然法之影響。雖今日之學者。亦有謂凡國家必要有可總攬統治權全部之唯一機關。蓋此等之論。據乃基於國家之權力。爲唯一不可分者。權力既不可分。故不可不於唯一之機關統一之。若國家之權力。被分割於二個以上之獨立機關。則爲破壞國家之統一者也。是以國家機關之數雖多。然一切機關之權限。必皆要發源於唯一之機關焉。云云。然而國家權力之爲統一的者。不必要此權力之全部屬於唯一之機關也。假令有二個以上之機關。而行統治權。然有合一此多數機關之意思。而爲唯一意思之方法。則固不妨國家之統一也。統治權之全部。若必要屬於唯一之機關。則極端論之。

必要爲屬於一人之意思者。果如此。則於合議體而總攬統治權。是亦可謂爲妨國家之統一矣。何則。一切之合議體。乃合多數之意思。而作成統一的意思想者也。故若謂唯一之機關。必總攬統治權。則一切之國家。必爲專制國。共和國總國民及議會。總攬統治權。則可視爲反國家之性質者也。雖主張統治權之全部。必要屬於唯一之國家。而又承認共和政體。是明々自相矛盾矣。

立憲君主國。君主非有議會之同意。則不得行立法權。議會之同意。乃立法不可缺之要素。而議會之權限。則非因君主而授與者。乃直接因國家之構成法而定之。其於權限之行使。亦非立於君主命令之下。乃以完全之獨立意思而行使之者也。是以於立憲君主國。則不得謂君主乃以一身而總攬統治權之全部也。近世之諸國憲法。皆基於自然法之影響。以明文而規定統治權之全

部。或應歸屬於君主。或應歸屬於國民。日本之憲法。雖亦做此例。而規定君主總攬統治權。然如此規定。乃有學理性質之規定。而非有法規之性質者。學理之規定。假令爲以法律之形而定者。而學者亦得依自由之研究。而檢定其真否焉。夫法律有拘束力者。單限於法規的規定耳。學理上之觀念。則毫不得依法律而生公定力也。

君主與議會。雖共爲國家之直接機關。然此二者決非有對等之地位者也。於君主國。則君主獨爲國家之最高機關。最高機關云者。非謂政治上之勢力大小。及基於歷史上之根據之尊嚴如何。專謂於法律上之意義也。於法律上之意義。最高機關云者。謂使國家始得爲活動能力之機關。非基於最高機關之意思。則國家全不能發動統治權也。於一切之國家。必有唯一之最高機關。此

最高機關於君主國則爲君主。於共和國則爲民主。或爲爲國民代表機關之議會焉。

君主爲最高機關。證之以日本之現狀。即可知之。日本乃以國會爲對於內部之制限機關者也。即如以國會爲所謂非獨立機關之國。則更可證明君主爲國家之最高機關也。日本及德國。則皆以國會單制限君主之權限。君主當行立法權。必要議會之同意而已。議會對於國民及外部。非有發動統治權之能力者也。議會之權限。單止於內部之關係。關於外部。則統治權之全部。皆爲以君主之名而行之者也。法律雖由君主與議會之共同行爲而成。然關於外部。僅爲以君主之名而行者。非爲君主與議會之共同命令所表現者也。國民亦唯服從君主之命令。而非服從君主與議會之共同命令者也。

反之於英國。則議會不僅單爲內部之機關而已。且爲與君主對於外部。而發動統治權之機關焉。法律非僅以君主之名發布之。而爲以君主與議會之共同之名所發布者也。於如此之際。君主之爲國家最高機關。則不如前者之明瞭。然雖於此之際。而國家開始其活動。則仍爲專基於君主之意思者。君主無爲。則國家之活動。不可不全停止也。非君主召集議會。則議會不得成立。非君主命開會。則議會不得開會議事。非基於君主之意思。則議會全不得開始其活動也。至於君主。則可以其單獨之意思。無停滯而行使統治權。議會雖有停止之事。而國家之活動則不停止之。故英國君主。亦爲國家最高之機關。而英國亦爲純然之君主國也。若議會不俟君主之召集。而有自行成立之權。不要君主之裁可。而法律可以成立。無君主之同意。而得改正憲法。則其國縱令名

義上稱爲君主國。然其實則純然爲共和國。君主已早非國家之機關矣。

第四章 國體

國體云者。謂基於國家機關組織。而定國家之種類者也。關於國家之種類。自希臘之亞里斯多德以來。通常皆分爲君主政治國。貴族政治國。及民主政治國之三種。然近時則基於瑪卡比利之影響。而區別爲君主國與共和國之二種焉。蓋貴族政治。與民主政治之區別。乃由總國民爲國家之最高機關。與國民中有特權之少數者。爲其最高機關之區別。然於民主政治之國。其實際參預政治者。亦止國民之一部。女子小兒。其他之無能力者。則不得干與之也。故其間之區別。不能非常判明之。是以國體二分說至壓三分說也。

於此三種國體之外。從來學者。尙有加以種々之國體者。例如孟德斯鳩。則加君主政治。一變而爲壓制政治者。然此單爲因君主行統治權之方法如何者。亦不外君主國之一種。而非爲成一別種之國體者也。近世之學者。又常有加以神主政體者。然此不過爲表明屬於君主之權力。淵源國民之信仰而已。即不外以君主爲神聖之代表。而視爲由神授與以權力者。實則亦爲君主政體之一種者也。

君主國與共和國之區別。非似舊時學者之思想。依統治權之主體如何所爲之區別。統治權之主體。常爲國家。乃無論如何之國體。皆然者也。君主國非君主爲統治權之主體。而共和國亦非以國民爲統治權之主體者也。再君主國與共和國之區別。亦非基於統治權總攬者之區別。雖今日之學者。亦有以君主國爲一人

總攬統治權之國。共和國爲多數人總攬統治權之國者。然於立憲君主國。則君主一人不能總攬統治權焉。此曾述之者也。故國體之區別。專爲依於國家最高機關之區別。最高機關。爲由自然人之一人傳來之時。則爲君主國。其一人是總攬統治權之全部。或爲他之機關所制限。或與他之機關共行統治權。皆不必問之也。最高機關。乃由多數之自然人所成時。則爲共和國焉。

君主國與共和國云者。乃國體之根本的區別。而此二區別之中。則又有種種之細別焉。

第一 君主國之種類

(一) 世襲君主國與選舉君主國 最通常之君主國。乃世襲君主國。世襲君主國云者。應即君位之人。限屬於同一王統者。從由王統中所豫定之王位繼承順序。不待特別之選定。

當然應即王位者之謂也。今日之一切君主國。皆爲世襲君主國。然於歷史上之事實。則選舉君主國亦曾有之。選舉君主國云者。有可選舉君主之特定機關。因其機關之選舉。而始即君主之位者之謂也。歷史上最著之例。則爲中世之德意志帝國。德意志帝國。乃因選舉侯之選舉。而即帝位者。非因一定之繼承順序。而當然應就其位者也。然選舉君主國。乃屬於君主國異例。若由僅統一王統中選舉之。則或遂呈爲世襲君主之傾向。如其不然。則有爲純然共和國之傾向者矣。

(二) 君主專制國與限制的君主國 君主專制國云者。君主不啻爲國家之最高機關。且爲唯一之機關。而毫不受他機關之制限。以自己之任意。而行統治權之全部者之謂也。君

主專制國。乃國家組織之最單純者也。制限君主國云者。君主於行使其統治權時。而受不立於君主命令下。其他機關之制限者也。

制限君主國。復有二種之區別。一種爲中世所謂之等族國家。一種即近世所謂之立憲國家也。

中世之所謂等族國家。缺統一的性質。與近世之國家異。中世之國家。君主非爲統一的國家之機關。而存在者。自爲獨立之權利主體。而領有土地及人民。人民中有特權之階級。即所謂等族。乃與君主相對立。而爲獨立之團結。此等族的團體。乃與君主相對之獨立權利主體。由等族團體中。出其代表者。組織等族會。君主非得此會之承諾。則不得徵收租稅。不得制定法律。然其徵收租稅。制定法律。則與近世之議

會。協贊君主之行爲。全異其趣旨。非君主與等族會議。共同而爲其行爲。乃君主與等族會議。互爲相對立之權利主體。而於其間締結契約者也。租稅之承諾。乃等族會議對於君主之承諾。法律不外爲君主與等族會議之契約而已。此等之國家。爲君主與等族相對立之國家。與近世之統一的國家相反。可以謂之曰兩立國家者也。

近世之立憲國家。雖爲由中世之等族國家所發達而成者。然其於法律上之性質。則全不相同焉。於君主與議會並存。君主非得議會之同意。則不得徵收租稅。不得制定法律之點。雖似與中世之國家相同。然近世之國家。則爲統一的團體之國家也。君主與議會。非爲相對立之權利主體。均爲統一的團體之國家機關。法律非君主與議會之契約。而爲君

主與議會共同向其同一之目的。以表示其意思者。二種之意思相合致。而作成統一的國家之意思者也。近世之立憲國。以英國爲早發達者。而於英國。則爲由中世之等族會議。漸次發達。以得近世的議會之性質者也。他國則由中世之國家機關。或變爲君主專制國。或瓦解而分爲許多之諸侯國。獨英國則因發達不絕。以至於得完成立憲制度者也。故英國以外之國家。至採用立憲制度者。皆直接又間接以英國爲其模範焉。最初模倣其制度。則爲北美合衆國。其次則爲法國。今則已播傳於歐洲大陸諸國矣。

近世立憲君主國之特色在左之三點

(甲) 代議制度之存在 於爲最高機關君主之下。而有與之相並爲直接機關之議會存在。議會之全部或一部。乃

由國民中所選舉者組織之。有參與立法之權。即非經議會之決議。則不得制定法律。議會於立法之外。尚有監督行政之權。而於財政則更特有監督權也。因而國務大臣對於議會。必負責任焉。

(乙) 大臣副署 君主國務上之行爲。必需國務大臣之副署。因有副署君主之行爲。始得生法律上之効力。

(丙) 司法權之獨立 裁判權。於有獨立地位之裁判所行之。裁判所不立於他之指揮命令之下。而以獨立之職權行之。

第二 共和國之種類

共和國更得區別爲寡人的共和國。貴族的共和國。民主的共和國之三種。

(一) 寡人的共和國 寡人的共和國云者。憲法上所限之少數人。行其家之最高權力者之謂也。例如今日之德意志帝國是也。在德意志帝國之最高機關。爲聯邦參事會。而聯邦參事會。則以爲聯邦各國之君主。或元老院之代表者。所組織之者也。

(二) 貴族的共和國 貴族的共和國云者。於國民中有階級之區別。治者與被治者之階級。各不相同。屬於治者之階級者。爲總攬統治權者之謂也。近世之國家。不有此種之共和國矣。

(三) 民主的共和國 民主的共和國云者。一切之國民。皆有爲國家最高機關之地位之謂也。所謂一切之國民云者。非謂國民之全部。如精神喪失者。小兒之無能力者。又女子及

因其他之原因。而失去資格者。皆不包含於其中也。除此之外。則一切之國民。皆有參與國權行使之權焉。一切國民之意思。即爲統治權之源泉也。

民主的共和國。乃近世之最普通者也。更可分之爲三種。

(甲) 有國民總會之民主國。於此種之民主國。乃有參政權之國民全體。組織一合議體。而此國民總會。即爲國家之最高機關也。國民總會。唯得於地域極狹之國家存在之。今日有此種之總會者。僅瑞士之二三小州耳。此種國家。於國民總會之外。別有代議會之組織。代議會行通常之立法權。及他之權力。國民總會。則僅就重大事件。而有最高之立法權焉。

(乙) 純然之代議的民主國。代議的民主國云者。於代議

會行國家統治權之全部之謂也。代議會爲國民之代表機關。而行統治權。國民雖不失爲國家之機關。然國民非自行統治權者。國民之行爲。僅限於選舉之行爲。代議會以國民之名。而行實際之統治權焉。北美合衆國及法國。即其例也。

(丙) 有直接民主組織之代議的民主國 此種之民主國。爲在前二種之中間者。以代議的組織爲原則。而又加以直接民主的組織者也。其與第一種民主國不同之處。於此種之國家。總國民非集合於一處。而爲一合議體。惟有國民之總投票而已。國民之總投票。謂之曰 (Referendum) 採用國民總投票制度之國。例如瑞西聯邦。及聯邦內之各州。並北米合衆國內之各州是也。此等之國。通常之立

法亦僅於代議會行之。唯重大之事項（如憲法之改正）則有代議會決議之後，更要民國之總投票也。

第二編 國家之自然的基礎

第一章 領土

第一節 領土之法律上性質

領土云者。乃地球表面之一部。而爲國家統治權。可完全發動之區域也。領土爲統治權之發動區域云者。非謂國家之統治權。於領土以外。全不得發動之意。臣民於在自國領土以外之際。尙不可不服從統治也。然於領土以外。而行統治權時。除戰爭之外。則必要他國之承諾。非得其承諾。則實際不得發動其權力焉。故國家之統治權。可以完全發動者。僅限於領土內而已。

領土之法律上效果。通常分之爲二。其消極的效果。乃於自己之領土內。不許他國之統治權行使是也。其積極的效果。則凡在自

已領土內之一切個人。不問其是爲本國人。與爲外國人。皆要服從國家之權力是也。自國領土內既不許他國統治權之行使。故領土必要屬於唯一之國家。既爲一國之領土時。則不得於同時又爲他國之領土焉。法律上之現象。雖似常有爲例外者。然其實則非真正之例外。今請舉之於左。

(一) 共同領地 共同領云者同一之土地。於同時爲二國又數國之領土之謂也。共同領乃極異例現象之例。於今日則僅有波斯尼亞。及比爾茄果維拿。共同屬於奧大利亞與匈牙利。之一例而已。但雖爲共同領。然亦非一國之領土。同時又爲他國之領土也。亦不爲專屬於何國之領土者。乃因與各國之權力不相同。別種第三之權力。而支配之之領土也。

(二) 戰時占領 於戰時占領。則占領國之權力。殆可完全行使。

故占領地呈爲被占領國之領土。同時又爲占領國領土之外觀也。然於此時。被占領國之權力。乃因占領國軍隊之實力所壓迫。統治權爲一時停止者。於屬於其占領之間。僅專行占領軍之權力而已。故戰時占領。亦非爲同一之土地。同時屬於二個權力之支配者也。

(三) 聯邦國 聯邦國之領土。同時雖爲各聯邦國之領土。然聯邦國乃由聯邦內之各國而組織之者。故其領土。非與必專屬於一國之原則相抵觸。猶之乎地方團體之領土。同時又爲之領土也。

(四) 租借地 近世支那帝國之租借地。亦非於支那之領土內。同時而行租借國之統治權者也。租借之名稱。雖爲由舊時思想以領土爲國家所有地之意義所生者。然其法律上之性質。

固不能適用與賃貸借相同之法理而論之也。於租借地之區域內。支那之統治權。則全被停止。專行租借國之統治權。故由真正之法律上語論之。則不外爲付期限之領土割讓。於租借之期限內。則純然爲租借國之領土。而非貸地國之領土也。

(五) 國際地役 國家常有許他國利用自國領土之事。例如許他國軍隊通過自國是也。名此曰國際地役。國際地役。乃因自國之承認。自制限自己之力。外國之權力。僅於自己許認之下而行之。故於領土內。於自國之完全行使。毫無妨害也。

領土之法律上性質。既於上述之矣。領土不過爲國權可及之區域。而非於領土之上。以行國家之權力。領土非直接爲統治權之客體。爲統治權之客體者。人也。統治權常向人而發動。故領土爲屬於人之權力發動之原因。不過爲其條件而已。

然而領土如如此法律上性質。非必古今皆相同者也。雖在今日亦非普認之通說焉。在中世之封建時代。領土視爲君主之世襲財產。所有權與統治權之觀念。全被混同。視領土爲所有權之目的物。但領土之全部。亦非直接視爲君主之所有地。所有權之觀念分爲二種。一曰最高所有權。一爲收益所有權。君主對於領土之全部。有最高所有權。收益所有權。乃依國王之分配。實際屬於占有土地之各人者也。

最高所有權之觀念。近世已無之。領土非君主之所有地。無收益所有權。而亦不有最高所有權。是不待言也。故近世所認者。君主不過於其領土上有統治權而已。

統治權與所有權。既明白區別之。此實爲近世國法學之一大進步。至於今日。則領土非爲所有權。又非爲與所有權相類之權利。

目的物。乃盡人所不疑也。但學者尙有以領土爲統治權之目的物者。而認領土最高權之存在。其言曰。統治權乃對於人及對土地而行者。國家於土地之上所有權利。即爲領土權。雖爲與民法上之所有權。全異其性質者。然尙爲一種之物權。即爲公法上之物權也云云。

然而統治權。爲命令及強制之權。命令及強制。唯得對於人而行之。對於土地。非得爲命令者也。行於土地上之權利。常爲所有權。其他私法上之物權。而非統治權。故以領土爲統治權之目的物者。非正當之見解也。

論者主張領土權存在之論據。其第一則在國家之統治權。雖以僅及於臣民爲原則。然滯留於領土內之外國人。雖非臣民。而尙要服從於統治權焉。此即固有領土權故也云云。然於此之際。非

因國家於土地之上所有權之結果。以權力及於土地上滯留之外國人。蓋國家統治權。決非僅限於有自由國國籍之臣民。凡滯留於領土內之一切人。皆爲服從於統治權者。而爲統治權之客體。故同爲人也。外國人僅直接爲權力之客體。而非爲對於土地之權力之間接結果。是以此點亦不足證明領土權之存在也。主張領土權存在之第二論據。在無人地亦不妨領土之存在云。其言曰。於全無住民之土地。則對人之統治權不得存在。故非認對於土地之權利。則不得說明其爲領土之性質。然而無人地爲領土之效果。全與有住民之土地之時相同。於此之際。其爲領土之效果。亦僅在於其區域內。不許他國之統治權發動。若將來有人來此區域內時。則其人要服從其國家之權力而已。故於此之際。該土地亦不爲權力之目的物也。

因此之故領土決非爲統治權之客體。所謂領土權者。不過爲對於人之統治一方面耳。而非所云領土權爲一種之物權存在也。

第二節 領土之變更

國家爲不可分者。故國家之領土。亦以不可分爲原則。然國家或因戰爭之結果。或因經畫境界。及任意之條約。而有割讓領土之一部。或由他國受領土割讓之事焉。

領土變更。法律上之意義。非土地所有權之移轉。是不待言。且亦非對於土地權利之移轉也。雖在今日。尙有許多國際法學者。視領土之割讓。爲對於土地權利之割讓。以爲領土權。爲物權之一種。最有力之論證。但領土之割讓。其於法律上之意義。則不外乎單縮小統治權之範圍而已。質言之。則爲統治權之割讓也。於割讓國。則減少統治權所可及之範圍。於已受割讓之國。則增大其

統治權可發動之區域也。

領土變更之定章。諸國之法律不一。或有必要憲法之改正者。或有必要以法律者。在如此之國。非由改正憲法及制定法律。以之編入自國之領土。則雖因條約而取得新領土。然非國法上當然之意義也。在無此特別規定之國。則領土之變更。其性質上爲一行政行爲。無須乎法律。因條約之完成。即當然於國法上爲領土也。日本之憲法。即屬於此種。領土之變更。無須乎改正憲法。是不待言。且法律亦不必要。而爲因君主之大權而行之者也。領土變更所及於法律上之效果。於已割讓領土之際。則統治權爲己不能行於其已割讓之區域者。故法律當然失其効力也。於取得新領土之際。其原則除可推測有反對意思時之外。自國之法律。當然應以其効力及於新領土。但於新領土之社會狀態。多爲必

要特別規定之法規秩序者。故常可推測國家爲當然無以自國之法律。及於新領土之意思者也。

第二章 國民

第一節 國民法律上之性質

國民云者。廣汎之意義。則謂屬於國家之一切人民也。於此意義不啻於普通意義之臣民爲國民。即君主亦爲國民之一人也。又不僅有本國國籍者爲國民。即滯留於領土內之外國人。亦爲國民焉。於法律上正當意義之國民云者。即此意義也。

國民在國家有二種之資格。於一面則爲組織國家之一人。依國家之所定。有參與國家行使統治權之權。在此資格之國民。通常稱爲公民。於一面則爲服從於國家統治權之客體。於此資格之

國民稱之曰臣民。

國民於廣泛之意義。則不僅爲本國人。且又包含滯留於領土內之外國人焉。然外國人之服從於統治權者。僅止於滯留於領土內之間而已。一旦去其領土。則全然爲與領土之關係斷絕者也。若國家僅依此。不過有一時的關係之人民而組織之。則國家之基礎甚薄弱。爲求國家基礎之鞏固。乃於一時的國民之外。不可不有永遠爲國家組織之人。以服從於國家之權力者。稱如此有永遠的從屬關係之國民。曰狹義之國民。對於狹義國民之身分。則稱爲國籍云。

狹義國民。所以與外國人異者。非在其服從統治權與否。蓋外國人若滯留於領土內者。亦要服從統治權。因與國民無所異焉。然而外國人若去其領土。則全爲脫其服從關係者也。國民則反之。

對於國家爲有永遠的從屬關係者。雖滯留於外國。猶不可不服從自國之統治權。例如國家爲課兵役義務。可以召還在外國之自國臣民。臣民若遇本國有召還時。則不得拒絕不還國也。

國民與外國人所負擔之義務範圍亦異。滯留於領土內之外國人。雖以要服從滯留國之統治權爲原則。然外國人同時又爲其本國之人民。對於其本國爲有從屬之關係者。故不得奉一身而爲二國家盡力焉。例如兵役義務。不得對於外國人而課之者。乃國際法上所普認之原則也。使盡一身而爲國家供犧牲之義務者。唯得對於自國之臣民而課之耳。

國民與外國人對於國家之權利範圍亦異也。於近世之國家。則以雖爲外國人。亦當與自國民享有同等之權利爲原則。不啻私權如此而已。雖公權亦以均應享有爲原則焉。然而公權之最重

要者。例如參政權。固無論何國。則以不使外國人得享有之爲原則也。

第二節 國籍取得

國籍取得之原因。乃國籍法所規定。其大要如左。

第一 國籍取得原因

(一) 出生 出生與國籍之關係。有二主義。一爲血統主義。一爲出生地主義。血統主義者。不問其出生地爲何處。隨父母之國籍而定。子之國籍也。若父母異國籍時。則從父之國籍。不知父籍。則從母之國籍焉。出生地主義云者。不問父母之國籍如何。因子自身出生之地。而定國籍之主義也。日本之國籍法主義。原則取血統主義。唯父母皆不知時。又父母皆爲無籍人時。則取出出地主義耳。

(二) 婚姻 外國之女子已爲日本人之妻時。又外國之男子已爲日本之入夫(入贅)時。則該外國人取得日本之國籍。但招贅外國人。需得內務大臣之許可。

(三) 認知 私生子之母爲外國人。而父爲本國人時。父若爲認知。則其子當然取得父之國籍。因不知父母之爲誰。已取得外國國籍之子。而爲本國人之母所認知時。亦同也。

(四) 養子緣組 以外國人爲養子。亦要內務大臣之許可。外國人許可爲養子時。則取得日本之國籍。養子緣組。爲國籍取得之原因。乃基於日本之特殊親族法主義者。於外國尙無其例。

(五) 歸化 歸化云者。因國家與之以國籍。從而取得國籍之謂也。外國人既備一定之條件。得呈請於國家。求與之以國

籍。國家因此呈請。乃與之以國籍也。

付與國籍之行爲。爲一行政行爲。此行政行爲有二種之學說。或謂爲基於合意之行爲。乃公法上之契約。或謂爲國家一面之處分。夫國家付與國籍時。原以當事者之呈請爲要件。非有呈請。則不得因一面的強制。編入國籍者。乃不待言。然因此而遂以爲契約者。亦非正當之見解。所謂契約者。係當事者雙方之意思。有對等之價值。爲前提。於因雙方意思之合致。生其行爲之効力時。方得爲契約之觀念。國籍之付與。非爲因外國人之意思。與國家之意思合致。而生効力者。其所以生効力之故。則專在國家之意思。外國人之呈請。僅爲國家權力發動之原因。不過爲其條件而已耳。其關係猶之乎裁判權。待原告之出訴。始得發動之事無異。訴訟之受

理。既非契約，故國籍之付與，亦非契約，而爲以當事者之呈請爲要件，是一方的權力行爲也。

凡付與國籍，必要數種之條件。此無論何國皆然者也。在美國於備此條件之時，則法律上必要許其歸化，故於此之際已具備此條件之外國人，有應受付與國籍之權利也。其餘諸國，則以此等之條件，單爲許歸化之必要條件，而不有應許歸化之義務，許之與否，全爲國家之任意也。

據日本之國籍法，則歸化條件如左。

(甲) 住居 一定之期間，繼續於國內有住所者。各國皆以之爲歸化之條件者也。日本以五年以上繼續有住所，爲其要件焉。

(乙) 年齡及能力 歸化要爲基於本人之意思者，故得爲

歸化者。必要爲有意思能力者。即要已成年。且非禁治產者。日本之付與國籍。必要滿二十歲以上。且要爲依本國法而有能力者。

(丙) 品行端正。

(丁) 有足營獨立生計之資產或技能。

(戊) 國籍不重複。若於許歸化時。歸化人尙保有原國籍。則是歸化人。同時而有二國籍矣。因防如此國籍之衝突。國籍法乃規定除無籍人之外。非證明已喪失本國之國籍。則不許歸化焉。

付與國籍之定章。或有如美國使之屬於司法裁判所之權限者。此乃於具備一定之條件。認外國人有歸化權國所應用之適當制度也。或有關於各歸化時必要單行法律者。然

多數之國家，則皆使之屬於行政機關之權限焉。日本以付與國籍爲屬於內務大臣之權限者，因給付歸化證。而許之歸化時，則宜於官報上告示之。蓋歸化之効力，乃因內務大臣之許可所生。由許可之時，即生爲日本人之効果。然若欲以之對抗善意第三者，則尙要有官報焉。

歸化之効力，不僅對於本人生之。對於前妻及其未成年之子，亦生其効力焉。但限於本國法無反對規定之際。

(六) 國籍回復(再歸化) 國籍回復云者，已一次喪失國籍者，因再付與國籍，而回復其國籍之謂也。國籍回復，於法律上之性質，全與歸化相同。其所異者，唯其條件較歸化爲少耳。即不必備通常之歸化條件。僅因於日本有住所，而得付與國籍是也。得受如此之利益者如左。

(甲) 因婚姻已失日本之國籍者。其婚姻已被解除時。

(乙) 生來爲日本人者。已歸化於外國之人。

(丙) 爲已歸化外國人之妻或子。從其人已取得外國之國籍者。但限生來爲日本人者。

(七) 領土併合 於以上原因之外。尙有因領土併合。而新取得國籍者。領土併合。及於國籍之效果。通常皆以割讓領土之條約規定之。於尋常之際。多因非本國人則不能享有之權利。於一定之期間內處分之條件。而與新領土住民以選擇之權。或願還舊國國籍。或願編入併合國之國籍。皆聽其自由焉。

第二 國籍喪失之原因

國籍喪失之原因。與其取得原因。大略相同。今列之於左。

(一) 女子因外國之婚姻而失國籍。

(二) 私生子因爲外國人父所認知。而失國籍。但要爲因認知而取得外國之國籍時。因父母皆不知之故。而取得日本之國籍者。因母之認知時亦同。

(三) 任意歸化於外國者失國籍。

(四) 離婚及離緣則非爲國籍喪失之原因。因婚姻又養子緣組。而爲取得日本之國籍者。雖於離婚又離緣之際。尙以繼續爲日本人爲原則。然若因離婚離緣。而應爲取得外國之國籍時。則失日本國籍。

養子緣組。爲國籍取得之原因。反之於因爲外國人之養子時。則不失日本國籍焉。

國籍喪失之結果。於本人之外。尙爲應及於其妻及子者。但必

限於妻及子取得外國之國籍時。

屬於以上各種原因。其唯一之制限。即未服陸海軍之現役。滿十七歲以上之男子。及在日本現任文武官之職者是也。如以上滿十七歲以上之男子。雖有國籍喪失原因之場合。然除已服海陸軍現役。又被免其義務者。外則不得失日本之國籍。現任文武官職。非於其失官職後。不得失日本之國籍。

第三節 國民之公權

國民因負服從於國家統治權之義務。故對於國家。又爲有權利之主體。國民對於國家所負之義務。謂之曰公義務。其對於國家所有之權利。謂之曰公權。國民對於國家而負義務。人皆未嘗疑之。然國民同時對於國家而爲權利之主體者。則爲學者所論者也。全不認公權之人曰。權利者。僅得存於有對等地位主體之間。

國家與臣民之關係。爲不平等之關係。爲權利服從之關係。國家對於臣民。而有絕對之權力。臣民對於國家。而有絕對服從之義務。於有權力服從關係主體之間。豈能有權利存在哉。假令臣民對於國家。而有權利。然國家得隨時以自己之單意。而剝奪其權利焉。故不得爲權利之觀念也。國民所享有之利益。單爲國家賜與之恩惠。而非權利云云。此論乍觀之。雖似正當。然不認公權之存在者。其爲不認公法之存在者。是不待言也。夫國民雖爲服從於國家之統治權者。然此服從非絕對之服從。於近世之國家。國民非爲奴隸。對於國家亦爲一人格。因國家法規之所定。自制限其統治權。僅於其制限之內。得行之。國家自制限其統治權者。卽爲公法法規。臣民唯於此法規範圍之內。服從國家之權力。國家雖得變更其法規。然法規若存在時。則雖國家亦不能出於法規。

之範圍。對於臣民而行統治權也。因國家自加制限。故國民對於國家亦有不可侵之人格。隨而爲權利之主體也。

第一款 權利之觀念

關於權利本質之如何。學說甚多。然一一評論之。非此時講學之目的。於此僅於明公權之必要限度。而論一般之權利耳。

權利者。因法所認爲自己之利益。可得主張意思之力也。

(一) 權利者意思之力也。凡法之存在。以人類自由意思之主體爲其前提。意思之力。乃法律之中心。於無意思者之間。不存法律關係。法、制限人類之自由意思。而認於一定範圍意思之力爲法律上可得正當主張意思之力。權力者。即不外乎此力也。

權利爲意思之力。乃自黑格兒以來。一般所認之通說。而又爲

不可疑之眞理也。近世學者雖多批評之。然皆不足動意思說之根據焉。

對於權利爲意思之力。最大之批評。則在若以權利爲意思之力。則不能說明無意思能力者之權利云。其言曰。若意思之主體。即爲權利之主體。則法人之機關。乃獨立之權力主體。而法人本身。反非權利主體。未成年者之財產權。未成年者非其權利主體。而將爲後見人之權利矣。然此批評。乃因誤混同法學上之觀念。與心理上物質上之觀念而出者。夫權利爲意思之力。非必謂心理上之意思。而法以之爲意思之力而認之者也。法當認之時。固係以心理上之意思爲其基礎者。然必非常要權利者本身之心理上之意思也。於心理上無意思能力者。法乃認爲有意思能力者。爲其代表。由心理上言。則意思要爲所

欲者之意思。代表者之意思。爲代表之意思。而非被代表者之意思。然由法學上言。則代表者之意思。即爲被代表者之意思。無能力者於心理上雖無意思之力。於法學上則有^{法律上}意思之力焉。此所以後見人之意思。法律上認爲被後見人之意思。法人機關之意思。法律上認爲法人之意思也。

此等之論者。於是乎乃謂權利爲力。又謂權利爲勢力。而欲免以上之批評。然而以實在的客觀現象而觀之。則法人及無能力者。實非有力。又有勢力者。其所以得認其有力。又有勢者。則因有法律上之代表者。得主張其利益故也。換言之。則因認代表者之意思。爲權利者之意思故也。是以權利爲力之說。並不優於意思之說也。

批評意思說者。又以權利之本質爲利益。謂意思雖爲權利觀

念之要素。然非權利之實質。權利者。非爲得主張意思之力。而爲依意思可主張之利益也。利益所歸屬之處。即爲權利之主體。有意思之力之處。不得爲權利也。意思之主體。非必要與利益之主體一致。意思不論其屬於何人。依意思之力。而有主張應得之利益者。即爲權利主體也。云云。據此說。則法人之機關。雖爲意思之主體。然非權利之主體。法人雖爲權利主體。然爲無意思者。但余之所信。則意思之主體。與利益之主體。非可如此相分離者。利益爲目的。意思爲手段。目的之所在。必不可不有可達目的之手段。而手段之所施。又不可不有爲其目的者。故目的與手段。常爲不可分離者也。認利益之主體。而不有主張其利益之意思。僅有意思。而不有因其意思可達之目的者。乃不能想像者也。是以利益之主體。常爲意思之主體。唯不得

爲心理上之意思主體而已也。

而況若謂權利主體。必非意思主體。則凡一切之法人。皆無意思。僅法人之機關。爲意思之主體。至其結果。國家是無意思。隨而一切之法律。亦爲非國家所制定。而國法學之根據。將從其本源破壞焉。

(二) 權利者主張自己利益意思之力也。權利之實質爲意思。其目的爲利益。權利之觀念。不僅爲意思之力。又以其目的爲觀念之要素也。單以權利爲意思之力。而以其目的置於度外者。乃意思說之缺點。雖有法律上意思之力。然其意思。非爲自己之利益。而主張者。不得謂之權利也。

權利雖以利益爲要素。然利益非即權利。權利雖爲達利益之目的而認之者。然權利乃手段。而非目的焉。以利益直爲權利

之本質者。乃利益說之缺點也。

權利以利益爲要素云者。又非謂於利益者之主觀利益也。乃法認爲利益者。稱此曰法律利益。法律利益爲權利之目的。權利者是否自以之爲利益。則不必問之也。

(二) 權利乃因法認之而始生也。權利之存在。以法之存在爲前提。非有法則權利不得存在也。以權利爲人生之天賦者。乃以自然之事實。爲權利之思想也。

然而若以權利盡爲因法而始付與者。則又誤矣。人類由始。卽爲自由之意思之主體。其意思之力。事實上之力。則不待法之認定。而早已存在。然其力於尙未被法承認之際。則不過爲自然之事實。此自然事實。因法承認之。始爲法律上之權利也。雖然。一切之權利。非盡爲人類自然所有之力也。於權利之中

有爲自然所有之意思。法不過承認之。保護之而已者。又有非自然所有之意力。因法付與之者。其外復得區別權利。爲人類由始所有之意力。法不過容許之者。與因法而得新付與之意力者。德國學者稱前種之權利爲 *Darfrecht* (*Wollenduren*) 欲得之力。稱後種之權利爲 *Konurrecht* (*Wollenkonnen*) 欲能之力。

第二款 公權與私權之區別

於權利之中。有公權與私權之區別。此乃相當於法之中。有公法與私法之區別者也。因公法所認之權利。即爲公權。而公法云者。則謂制限國家統治權發動之法規也。故公權云者。乃謂因加制限於國家之統治權。而認之權利也。

(二) 公權與私權之區別。非是否爲財產權之區別。私權不僅不皆爲財產權。且有爲財產權而非私權者。例如官吏受俸給之

權利。雖爲財產權。然爲公權者則甚多也。

(二) 公權與私權之區別。非以認公益爲主。與認私益爲主之區別。權利常爲爲保護權利者之利益所認者。而保護權利者之利益時。同時又所以適合於國家之利益也。故公權與私權。於此點實無所異焉。

(三) 公權與私權之區別。非依法所認之權利。與依法所與之權利之區別。公權乃以欲能之力爲內容。私權乃以欲得之力爲內容云者。非正當之見解。據余之所見。則公權常爲依法付與始有其權者。常以欲能之力爲其內容焉。何則。公權乃依國家自於其統治權加制限而生。而統治權之制限。非爲天然即存在者。乃俟法之規定而始生者也。如自由權。則不過認人類天然之自由而已。然而自由權之內容。非自由得爲某事意思之

力。乃要求國家不侵害其自由之力也。自由得爲之力。雖人之天然所有者。然要求不被國家侵害之力。則依法之付與而始生焉。公權常爲欲能之力。雖甚真正。然反之私權。則常爲人之天然所有之意力。謂爲不過爲法容認之者。則非真正也。於私權之中。有爲法付與之者。與爲法所容認之者之二種。例如爲買賣。爲婚姻。則皆爲人之天然所有之意力。而非爲法所付與之者。法不過容認之耳。然而於私權中。亦有爲法所付與之者。例如特許權。意匠專用權。則明々爲法所付與之權利也。

(四) 公權私權。不得依對於其侵害之救濟手段之如何而區別之。私權之侵害。雖常得於民事裁判所。求其救濟。然可得訴於民事裁判所之權利。非必常爲私權也。於今日之法律。則有雖爲公權亦許出訴於民事裁判所者。例如凡有財產權之性質

之公權皆然也。

公權與私權區別之問題。總而言之。則爲公法與私法之間題。於此之外。則未嘗見有可爲公權與私權區別之標準者。公法與私法之區別已明。則公權與私權區別之標準亦自明也。然而基於此性質上之區別。所得之結果。於是公權與私權之間。遂有種種之差異焉。

(二) 於私法之法規。則私權爲最重要之觀念。凡私法規定。皆以私權爲中心。而私法云者。即可得謂爲規定關於私權之主體客體。及得喪之法也。反之公權於公法之地位。則不爲如此之重要者。若以私法之意義而論。公法。謂公法爲規定關於公權之主體客體。及得喪之法。則是大謬矣。夫公法者。第一則以公共之利益爲目的。個人之利益。不過爲其附帶之目的而已。認

公權乃認個人之利益。然必於同時適合一般公益者之際。始見之也。故公法規定之大部分。僅爲一般公益者定之。而非認個人之公權者。關於公權之規定。僅爲公法之一小部分耳。故公法之學。不得以公權爲研究之中心也。

(二) 公權與私權。於其保護之手段。大有差異。私權爲私人互相

間之權利。

私權雖存於國家與私人間之際。然當此時。則國家在法律上。爲立於與私人同等之位置者。故其時可以同一之理論論之也。

其法律關係之當事者。互居對等之地位。國家爲無關係之第三者。而立於當事者之上。以保護之。其保護之形式。則常爲訴訟也。對於私權。則有民事訴訟法。因有訴訟權。而私權始有法律上之効力。故訴訟爲私法不可缺之保護手段也。反之於公權。則爲於存於國家又公共團體與私人間之權利。國家自爲其法律直接之當事者。隨而因公權之存在。國家乃當然當其

保護之任。故訴訟不爲公權保護之必要手段也。近世之國家。認行政裁判之制度。因其制度之發達。公權之保護。乃更至於完全。然此非於公權保護必要不可缺之手段焉。又雖在近世之國家。除二三國之外。亦非對於一切公權之侵害。皆許行政訴訟。雖無行政訴訟制度。然因國家使其官廳負遵守法令之義務。復於官廳。設上下之階級。使下級官吏。服從上級官廳訓令之義務。因使國務大臣。負輔弼之責。以保護公權。故行政訴訟。單爲其保護之一部。而非其全部也。

第三款 公權之種類

國民之公權。通常區別爲自由權。要求國家行爲之權。及參政權之三種。

第一 參政權 國家之意思。不可不爲自然人之意思。國家非

因自然人爲其代表。則不得有其意思能力。代表國家之自然人。即爲國家之機關。國家於得其機關時。或由於國民課其義務而得之。或由於國民認其權利而得之。因課義務而使爲國家之機關者。例如兵役義務是也。因認權利而使爲國家之機關者。則如個人因此而得參政權之時也。參政權與爲機關之行動。宜明白區別之。機關之行動。爲國家之行動。而非個人之權利。參政權。僅爲承認爲國家機關地位之權利也。參政權例如君主即皇位之權利。議員當選者。即議員地位之權利之權。官吏對於其地位之權利。選舉人之權利皆是也。

第二 要求國家行爲之權 國家之一切行爲。無非直接又間接爲國民之利益者。國家於爲國民謀利益之時。或有非直接爲個人之利益。而爲爲一般公共之利益。個人不過間接享受

其利益者。於此之際。國民之利益爲反射的。即不過爲爲一般公共所定法規之間接結果。而非享有權利者。反之國家爲公共之利益。於同時又認個人直接之利益。使個人得主張其利益。而又認爲適合於公益之時。則個人於其上爲取得權利者。是即第二種之公權也。

此種公權之最重者。爲裁判請求權。因此權利。國家不得拒絕其所要求之裁判。一切之私權。因之而始受確實之保護。雖然。不僅有訴權而已。於行政之區域。亦有如此之權利者。其種類頗多也。

權利與法之反射之區別。於此種之權利。要特區別之。外形上則恰如權利。而其實則不外國家爲公共之利益。一般制度之結果也。例如告訴發權。非真正之權利。不過爲喚起檢事公

訴之行爲刑罰及警察制度。常爲爲一般之公益而存在者。非無論何時。個人皆有請求刑罰之權利。又如個人對於道路。非有使用之權利。國家僅爲一般公益。開設道路。個人不過享受間接之利益。因道路之開設。世界中之個人。非盡於其上取得通行權。國家唯不妨其通行而已。

第三 自由權 自由權云者。個人於法定制限之外。不受國家侵害自己之權利之謂也。自由之語。原有二義。或有爲政治上自由之意者。政治上之自由云者。謂個人有參與國家政務之權也。即不外乎參政權焉。於古代之國家之所謂自由者。則爲希臘及羅馬。對於東洋之專制國。而自爲自由國之稱。於此意義。乃國民有政治上自由之意也。於近世意義。自由云者。非政治上自由之意。而爲不受國家侵害之自由。即不受國家權力

所支配之範圍也。

近世諸國之憲法。基於北美合衆國之獨立宣言。美洲諸國之權利典章。及法蘭西之人權宣言。與公民權宣言之影響。各國皆於其憲法之明文中。列舉臣民多數之權利。日本亦做其範圍於憲法之第二章。列舉諸權利。即所謂居住及移轉之自由。身體自由。書信秘密自由。所有權不可侵。住所不可侵。集會結社自由。言論出版自由是也。雖然此諸權利。皆不過爲包括的唯一自由之權利。種種之方面。而非有如此之各權利存在也。自由權云者。除依法規豫定之外。要求國家無侵害臣民之自由之權利也。自由權利。有此消極之意義。而爲唯一不可分之權利。僅有唯一之自由權。而無各種之自由權。集會結社之自由云者。非爲集會爲結社之權利。居住移轉之自由云者。非爲

居住爲移轉之權利。爲集會結社。爲居住移轉。猶之乎爲睡眠。爲談話。天然之自由。而非權利。凡人皆非有睡眠飲食之權利。故爲集會。爲結社。亦非權利之目的物。集會結社之自由云者。畢竟不外乎於法規所定制限之外。不因國家而妨集會結社之意也。僅集會結社。非爲特別者。而爲個人基於法規之外。不受國家之制限也。不過爲概括的權利之一方面而已。因此之故。以自由權爲全非權利之誤。是不待言。然以自由權爲由多數之權利而成者。亦誤也。

第四節 國民之特別階級

近世國家。凡一切國民。於法律之前。以平等爲原則。封建制度。士農工商之階級差異。近世國家。已全廢去。而此原則。憲法中亦會明言之。日本憲法。規定日本臣民。依法律之所定。皆得就文武官

職及其他之公務。然此四民平等之原則。雖今日亦尙有多少之例外。此例外依歷史的根據。而得說明其爲正當者也。國民中屬於有特權之階級者。一爲皇族。而其次則爲華族是也。

第一 皇族 皇族乃與皇室有特別之關係者。故各國之皇族。皆有與普通臣民不相同之法律上特權焉。日本因其國體之故。皇族乃於極廣之範圍。而有法律上之特權。

皇族之法律上特權。乃以法律及命令之明文。而規定之者也。其以明文規定之重要者。則爲訴訟法上之特權。租稅法上之特權焉。此有明文者。原無容疑。然於其明文以外。則是否與普通臣民相同。均爲服從於國法之規定者。又於無明文之際。是否爲有法律上之特權者。則爲可疑之問題也。

皇族亦爲臣民之一人。故有服從於國家統治權之義務。乃不

待言者也。是以若從事之性質上論。則僅於特有明文之際。有與普通臣民不相同之特權而已。其於明文以外。則固與普通臣民同。要服從於國法之規定。於各國國法之下。則皆認此一般原則。日本學者。亦有謂於日本國法之下。宜適用此原則。皇族之特權。爲僅限於有法律命令之時者。然據余之所信。則日本皇族。在歷史上。有全與普通臣民不同之地位。故他國之法律。不得爲解釋日本皇族地位之標準也。

據余之所信。則日本之皇族。於有法律又命令之明文外。尙於左之二點。有最大之特權焉。

(一) 關於皇族地位之特別法。不要議會之協贊。無須大臣之副署。得因純然君主之獨裁。而定之。凡一切之法律。以非依法律則不得變更之爲原則。關於皇族地位以外之事項。則

此爲絕對之原則。蓋一次既以法律制定之時。則除緊急勅令之外。非以法律不得變更之。唯關於皇族之地位。則因不經議會協贊。以君主單獨之意思。而可以規定對於法律之例外法也。不僅如此而已。而亦不要國務大臣之副署焉。凡君主之一切國務上行爲。其原則非有大臣之副署。則不生効力。然而關於皇族地位之法律。則獨不要大臣之副署。此等特別法。其所以有法律上之効力者。僅得依歷史之根據而說明之。皇族之地位。在日本由上古之時代。即委之於君主獨裁權。雖政權移於武門。國務上之權力。悉歸於幕府之時代。然關於皇族之地位。則留保於宮廷。不許幕府之干預。此習慣雖於憲法制定之後。亦未嘗稍改之。君主之權力。雖因議會之協贊。大臣之副署。而被制限。然獨關於皇族之地

位。則君主尙保留無制限之獨裁權。全不許臣下之干預。申言之。則關於皇族地位之法規。於憲法第五十五條之意義。不視爲國務之行爲也。

定此特別法之權。學者通常稱之曰皇室自主權。其性質爲與自治團體之自主權相同者。然於國家內團體之自主權。非於如何場合。皆得以牴觸於國家之意思者。蓋基於自主權之規定。僅爲於國家之法規範圍內。有其効力耳。而以基於自主權之規定。得對於國家法規之例外。而設法者。是與國家最高權之性質。相矛盾者也。

皇族特別法之最重者。爲皇室典範。皇室典範之性質。學者多以之爲皇室自主權之規定。爲皇室內部之家法。然若以皇室典範爲皇室之家法。則如前述。基於自主權之規定。不

得違反國家之法規。是於皇室典範所規定之多數皇族特權。皆不得不謂爲無効之規定。按學者以皇室典範爲皇室家法之根據。唯在其無國務大臣副署之故。然其無大臣之副署。爲基於皇族之特權者。關於皇族之地位。則不外乎君主有無制限之獨裁權焉。故以無大臣副署之故。直爲非國家之法律者。乃不得其當者也。據余之所信。則皇室典範與法律命令相同。亦爲國家之一法規。就皇族地位之事項。有法律上之効力者也。其所規定之皇族特權。則決非無効之規定。而可爲完全之法規。直接有効力者也。

皇室典範。非關於皇族特別法之唯一例。皇室典範之外。尙有制定如此之特別法者。若皇室婚嫁令。皇室誕生令等法。皆爲有同其性質之皇族特別法。而得定對於法律之例外

法焉。

(二) 皇族除由有以上之特別法。而被支配之特權外。尚有免適用某種法之特權。就特別法。則無論如何之事項。苟爲關於皇族之地位者。皆得設對於法律之例外法。然皇族於此之外。尙有不待如此特別法之規定。而有當然免適用某種法律之事。

然則何種之法律。當然免其適用歟。何種之法律。非有明文。則亦應適用歟。是宜區別皇族公法上之地位。與民法上之地位而論之者也。皇族關於民法上之地位。原則乃與普通臣民受相同之法則。此乃由民法之性質。所生之當然結果。雖爲君主亦應適用於民法者也。蓋民法爲定個人關係之規定。皇族亦爲社會之一個人。既個人與個人相接之間。則

當然不能免其適用也。就公法之規定。刑法及訴訟法。其原則雖皇族亦被適用。夫刑事上之無責任。唯君主可適用爲原則。皇族不得享受其利益。因民法及刑法適用於皇族之結果。故民事訴訟法。及刑事訴訟法。亦需適用於皇族也。反之行政法之規定。以不適用於皇族爲原則。蓋行政法乃規定個人爲國家之一員。則與普通臣民。非爲有對等之位置者故也。故於徵兵令。關於皇族。雖不設何等之例外。然當然不適用於皇族。是以皇族不負與普通臣民相等之兵役義務。又不受市町村之住民。及市町村公民之辨理。且不干與市町村會之選舉焉。再衆議員選舉法。關於皇族。雖不設何等之規定。然皇族亦無干與衆議院選舉之事也。行政法之規定。被適用於皇族者。唯限於有明文之條。或雖無明文。然

可以推測其意思者是也。

第二 華族 華族所有與普通臣民不同之特權。與皇族異。其僅限於有法律又命令之際者。是不待言也。華族特權之重者。如爲貴族院議員之權。貴族院之選舉權。訴訟法之若干特權。設世襲財產及維持之權是也。

第三編 國家之機關

第一章 君主及君主之代表並輔弼機關

第一節 君主國法上之地位

君主爲國家之最高機關。在日本則爲對於外部發動統治權之唯一源泉也。

關於君主國法上之地位。於國家機關章。曾略言之矣。然關於此尙有二種之誤解。故尙須一言之。二種之誤解云者。一爲君主乃統治權之主体之見解。一爲統治權之全体。歸屬於君主之一身之見解。

(一) 君主爲統治權之主体見解。其不能透徹論理。前曾言之。而日本君主爲統治權主体之見解。所以盛行者。則因於謂君主

爲國家之機關。有害於君主之尊嚴也。夫謂君主爲國家之機關。乃因認國家爲永續的。又爲統一的團體之性質。所生之論理上之結果。與皇族之尊嚴。毫無關係。學者或有區別爲統治權主体之君主。與爲個人之君主。而謂爲統治權主体之君主。非爲一個人之君主。權利。爲一個人之君主。雖崩。然爲統治權主体之君主。則爲永續者也。云云。欲藉此言以匡救其論理上之失。但既以君主爲自己之權利。而有統治權之主体時。則不得認如此之區別。君主爲統治權之主体。則統治權。卽爲君主一身之權利。卽統治權。亦爲君主爲一個人而有之權利也。認君主爲國家之機關。則得區別其爲國家機關之資格。與爲一個人之資格。認君主爲一人格。爲一權利主体。而有統治權時。則於同爲人格之君主。不得區別爲統治權主体之人格。

與非統治權主体之人格也。有曰國家之一獨立人格。爲代表此人格。故始可認爲人格之君主。與爲機關之君主之區別。然學者欲區別爲統治權主体之君主。與爲一個人之君主者。實自證明其論理之矛盾也。

君主爲國家之機關時。則往往有誤解爲君主乃依國家之委任。於國家命令之下。而行使統治權之意者也。夫雖謂君主爲國家之機關。然君主與國家之間。決非有委任及命令關係之意義。君主爲國家之直接機關。且爲最高機關也。因他之委任。而得爲機關之地位者。僅間接機關耳。直接機關。乃憲法上當然有爲機關之地位者。非國家先成立。後依委任而選任自己之機關。乃因有機關。而始有國家。既有國家。則不可不有機關。無機關。則國家原始已不能成立也。

(二) 以君主爲統治權之主体之思想。於論理上不得維持之者。乃近世德國之國法學者。一致之定說也。然而關於君主爲國家之機關。則有如何之地位問題。雖於今日。尙有多數之學說。謂統治權之全部。爲歸屬之於一身者。此見解。第一雖於憲法之明文。有其根據。然此憲法之明文。則非可決定學理者也。其第二之論據。在統治權爲唯一不可分者。故必需歸屬於唯一之機關焉。此論據不得正鵠之理由。亦曾述之。於立憲君主國。則君主於各種之點。受統治權之制限。君主之國務上行爲。要大臣之副署者。即其一也。裁判權。乃依有獨立地位之裁判所行之。是其二也。但此二制限。尙不妨君主爲總攬統治權之全部之事。蓋國務大臣及裁判所。皆爲由君主與之以權限者。因君主任命之。委任以權限。而始得爲國家機關之地位故也。然

而君主於此二制限之外。尙受第三之制限焉。即其立法權。要議會之協贊是也。非經議會之議決。則法律不能成立。而議會則非由君主之委任。與其權限之機關。乃依憲法而當然有權限也。非變更憲法。則不得變更其權限。而變更憲法時。亦要議會之議決。不得以君主之單意行之也。君主之立法權。既必要如此獨立機關之同意。則統治權之全部。不得謂爲屬於君主者明矣。

立法權必要議會之協贊。乃主張君主總攬統治權之學者。所最苦於解釋者也。學者爲救此困難。乃爲種種之解釋。然皆不免爲曲解焉。其解釋之最妙者。爲拉龐德區別法律之命令。與法律之內容說。據其所說。則法律乃由二種之要素而成。一爲法律所定之實質。二爲法律之拘束力。第一爲法律之內容。第

二爲法律之命令。立法行爲中。國法上最重要之點。非定法律之內容。而在於其內容。付以拘束力之行爲。議會單定法律之內容。以拘束力付與法律者。則專在君主之裁可。而統治權之發動。亦唯君主之裁可而已。故立法權亦爲君主所獨行者也。此誤謬之處。俟於法律裁可章論之。夫議會之議決。非單爲定法律之內容之行爲。而在協贊付與以拘束力。法律非由君主之單獨意思而成立。乃於議會之議決。加以君主之裁可。二意思相一致時。法律始成立者也。故此說不足爲統治權之全部歸屬於君主之一身之論據也。

君主雖非總攬統治權之全部者。然在日本。對於外部而發動統治權者。則僅君主爲發其源泉者也。議會之協贊。單協贊國家意思之決定。以既被決定之意思。表示於外部時。則議會毫不得與

之。乃專以君主之名而行之者也。故以總攬統治權。爲以統治權發動於外部之意。則君主爲總攬統治權之言。是爲正當。而憲法第四條。亦僅可以此意義解釋之者也。

於日本君主之國法上地位。若以之與他國之君主。又大統領之地位相比較。則更可明矣。

一 共和國之大統領。與君主國之君主不同。其不同者。不但由國民及議會之選舉。其位不能世襲而已。即其權限之範圍。亦大異也。而其中之最不同者。即大統領無論於如何之際。皆非國家最高之機關。決定國家最高之意思。不屬於大統領。而存於總國民。又代議會是也。例如美洲合衆國之大統領。就憲法之改正。不有裁可權。是不待言。就通常之法。亦無發案權。及裁可權。唯有停止的不認可權而已。召集議會之權。亦僅限於例

外之際。至於其解散權。則絕對無有焉。法國亦然。憲法之改正。爲屬於議會之專權。大統領全不能干與之。大統領雖有召集議會之權。然議會則不俟召集。而於每年一定期日。自有集會之權焉。關於法律裁可權。大統領亦無之。唯有要求再議之權而已耳。

二 日本國君主之大權。不啻與大統領不同。即與他國之君主相比較。其範圍亦甚廣大也。英國之法律。乃以國會之名。即以君主及上下兩院所組織之國會之名而發布者。非僅以君主之名也。其不足與日本君主之大權相比較者。僅此亦可以明其不同之點矣。君主之地位。最與日本相似者。則爲普魯士及德意志聯邦之諸君主國。而日本之憲法。則又爲直接模倣德意志諸君主國之憲法。所制定者也。然而日本君主之大權。比

於諸國則尚爲廣大。普魯士及其他諸國之君主所無之權。日本之君主。則獨有之。今舉其重者於下。

(甲) 獨立命令權 普魯士諸國。凡定法律時。其原則常要爲法律之形。君主除爲執行法律之外。非有法律之委任。則無獨立定法規之權焉。雖或有二三學者。主張君主有獨立命令權。然此非通說。至於日本之憲法。則於其第九條。規定非法律之委任。而君主得獨立發定法規之命令焉。

(乙) 議會豫算議定權之制限 議會之豫算議定權。在日本則於憲法第六十七條。大受制限。因有此制限。故基於君主之大權所定之歲出。議會不得依其豫算議定權而動之。此制限。各國皆未嘗存在。是以君主之大權。在日本爲特大也。

(丙) 憲法改正之發案權 君主之大權。在日本之所以最強

大者。則在以憲法改正之發案權。屬於君主之大權也。日本於憲法之改正。議會全無發案權。非依勅命。則將來全無改正憲法之途焉。

第二節 皇位繼承

第一 皇位繼承之性質 國家若一日無最高機關。則不得存在。在最高機關之欠缺。即為國家活動之停止。故君主去其位時。則不可不有繼續其位之方法也。皇位繼承云者。因前之君主去其位。後之君主繼續。接充其地位之方法也。

皇位繼承。與民法上之相續不同。相續為權利之轉移。皇位繼承則非之。而為國家機關地位之繼承也。相續又依相續人之承認。而生其效力。故相續人得拋棄其權利。皇位繼承。不要繼承者之承認。而繼承者亦不得拋棄之也。

第二 皇位繼承之資格 大日本國皇位。乃祖宗之皇統。以男

系之男子繼承之。

皇室典範一條

故爲皇位繼承。必具左之條件。

(一) 要屬於祖宗之皇統 日本帝國之皇位。萬世一系。連綿而不絕者。乃日本國體之所致也。皇統不問其爲嫡出爲庶出。於他國之法。則限於嫡子。又於德意志聯邦諸國之法。則要爲對等婚姻之所出。然日本則不採其法焉。但於養子。則無皇位繼承之資格。凡皇統必要爲實系也。

(二) 要爲男系之男子 皇統限於男系。不及於女系者。乃日本有史以來皇室之成法也。或有偶戴女帝之事。然爲歷史之變例。不過幼帝尙未成年之間。一時攝行其政之意耳。歐洲或有二三之國。若女系之所出。乃嗣於男系之所出。則當然有繼承權。然日本則不採焉。

第三 皇位繼承之順序 皇位繼承之順序。乃依皇室典範之所定。皇位繼承。非皇室之家督相續。而爲國家機關地位之承繼。故定皇位繼承順序之法。非皇室內部之家法。而爲定國家機關組織之法規也。以皇室典範爲皇室之家法。於此點既足明其誤謬矣。德意志諸國之法。因混同舊時王位繼承與相續時思想之遺意。雖今日亦間有以王室家法爲定王位繼承之順序者。然爲家法而關於皇位繼承之順序者。乃成國家法規之一部。非依憲法變更之手續。或議會之協贊。則不得變更之。爲純然之家法。而屬於皇室之自主權者。則爲僅關於皇室內部之私事者也。日本之皇室典範。無須議會之協贊。其制定及改正之形式。亦與德意志諸國之純然王室家法相似。然至其性質則全不得與之比較也。

皇位繼承之順序。乃依長系繼承法。(Primogeniture)長系繼承法。爲對於近親繼承法者。近親繼承法。乃於親等相異者之間。先其近者也。反之長系繼承法。則長系之子孫。先於次系而有繼承權。即皇長子不在時。則皇長孫及其子孫。先於皇次子而有繼承權也。今舉皇位繼承之順序如左。

(一) 皇長子及其子孫

(二) 皇次子及其子孫

(三) 皇子孫皆不在時則皇兄弟及其子孫

(四) 皇兄及其子孫皆不在時則皇叔伯叔父及其子孫

(五) 以上者皆不在時則於以上之最近親

但皇子孫中。嫡出子。先於庶出子而有繼承權。繼承權移於皇兄弟。乃限於皇子孫全不在時。雖庶出之子孫。然先於皇兄弟

而有繼承權也。皇兄弟以上。在同等內。則嫡出先於庶出。長系先於幼系。同等云者。謂同等之親也。於皇兄弟中。雖嫡先於庶。然庶出之皇兄。則先於嫡出之皇伯叔。而有繼承權焉。子孫繼承父之繼承權。乃與皇子孫之例相同者也。

嫡出云者。出於適法婚姻之謂也。是以當區別嫡出與庶出時。先宜論如何之婚姻。是爲適法之婚姻也。據民法之規定。則婚姻爲因呈請於戶籍吏。而生其効力者。然日本之戶籍法。則全不適用於皇族。故此規定。不得適用於大婚及皇族之婚姻也。依皇室婚嫁令。則大婚及皇族之婚姻。爲以圖書登錄之於皇統譜者。然限無特別之明文。則不得認爲依登錄而生其効力者。從而大婚及皇族之婚姻。其實際之已行其禮。而生其効力者也。皇族之婚姻。限於同族。又因勅旨特認許之華族。且要豫

先受勅許。否則其婚姻爲無効也。

皇位繼承之順序。乃依皇室典範豫定之。於特定之時。以不得變更之爲原則。但有一例外。當皇位繼承之順序者。有精神病又身體有不治之重患。及有重大之事故時。則諮詢於皇族會議。及樞密顧問。得代其順序。於此特定之時外。變更皇位繼承之順序。除依皇室典範改正之外。不得行之也。代順位云者。以當於次之順位者代之之謂也。非許任意選擇之也。代順位又非剝奪繼承權之謂。依順位之變更而得繼承權者。或因薨去。或因其他事由。而失繼承權時。則當然爲再回復繼承權者。而爲更立在次皇嗣之順位者。則必要相同之手續。然一次已代皇位時。則爲永久有其効力者。不得以爲其原因之事故已止。而更回復其順序也。

當皇位繼承順位之皇子又皇孫。稱爲皇太子又皇太孫。定皇太子皇太孫。乃依勅書之所定。皇太子皇太孫之稱號。乃對於當皇位繼承之順序者。而付以特別之稱號。非新付與以皇位繼承之權利也。其法律上之効力。僅於何人可爲繼嗣之時。得爲受法律上之推測之根據而已。是以非定皇位繼承之權利也。

第四 皇位繼承之時期 生皇位繼承効力之時期。在前君主駕崩俄頃之間。於其俄頃之間。當法律上之皇位繼承者。乃當然即皇位焉。皇室典範所載。天皇崩時。則皇嗣即踐祚云者。乃明此意義者也。中世之歐洲。王位繼承之後。更行即位式。因即位式而始生國法上君主之効力。然於近世。則即位式不過爲單純之儀式。非有法律上之効力者也。於日本亦然。

各國之國法。於駕崩之外。尙有以讓位爲君位喪失之原因。從而依讓位而生君位之繼承者。於日本古來雖不乏讓位之例。然皇室典範全不認之。故君主無在世去其位之事也。日本以駕崩爲皇位繼承之唯一原因。故於未即皇位之間。有不治之疾病。又重大之事故時。則可以變更繼承之順位。既即皇位時。若生如此之故障。則僅得置攝政而已。不得移轉皇位也。皇位繼承。乃因於君主駕崩之事實。法律上當然生効力者。並不要他人之意思。故亦不要繼承者知之。反於本人之意思。又於本人不知之間。亦當然生其効力者也。因此之故。其結果於君主駕崩之時。誰人應有繼承權。不能明白之際。若已一次確定爲繼承者。則遡於由君主駕崩之時。視爲已在君主之地位者也。

於君主駕崩之時。皇子尙在母胎之內。則究誰人有繼承權。是一疑問也。皇室典範。關於此點。雖未設明文。然由通常之條理言。則皇位之統系。以傳於天皇之正系爲本旨。傳之於支系者。僅限於直系子孫全無之時也。故於此時。必待皇子之誕生。若爲男子時。則當然即皇位。遡於駕崩之時。而有其効力。若爲女子時。則有最近之繼承權者。即在攝政之地位者。爲可即皇位。遡於駕崩之時。而有其効力者也。

第三節 君主之權力

君主爲國家之機關。非爲行自己之權利者。爲國家之機關所行者。非君主之權利。而爲國家之權利。學者雖常有認君主爲國家之機關者。然當論君主之權利時。則又以政治權。加屬於君主爲其權利焉。此乃明明前後矛盾而不自覺也。夫政治權。非屬於君

主一身之權利。然君主爲人格。則有與臣民不相同之各種權利。於一切國民中。有唯一無二之法律上地位。隨伴於君主一身之權利。得分別之爲三種。(一)不可侵權。(二)榮譽權。(三)財產權是也。

一 君主之不可侵權 君主神聖不可侵之原則。各君主國之憲法。殆皆明言也。神聖不可侵云者。非有各各獨立之意義焉。乃二者相合而表明一思想者。即君主無責任之意也。

學者論君主不可侵之原則。多專以之爲法律上無責任者。法律上之無責任。原爲由不可侵之原則。所生之最重結果。是不待言。然據余之所信。則非僅爲法律上無責任者而已。且又爲含道德上之無責任者也。

法律上之無責任云者。君主就自己之行。爲不自負其法律上之結果之謂也。法律上之無責任。不僅就君主國務上之行爲

而已。且又可及於私行爲也。第一君主於其國務上之行爲。雖有過失。然不自任其責。雖有如何之失政。君主不因之而退其位也。第二君主於其私行爲。雖有不法。然不負刑法上之責任。刑法之規定。爲全不得適用於君主者也。

對於無責任之原則。學者皆除去民法上之責任。即就民法上之責任。君主亦與私人同。均應受之者也。然就此點。余輩非以之爲正當焉。宜區別而論之。若謂民事裁判所。泛對於君主得爲判決。則其誤謬實甚。民事裁判所之判決。對於君主得有効者。唯限於確認財產權之裁判耳。君主既亦爲財產權之主體。則於權利範圍。應有一定之限界。而確認其權利界限之判決。則並非使君主負責任者。因而此種之判決。對於君主爲有効者。毫不牴觸於君主不可侵之原則也。反之對於君主之民法

上不法行爲。而使負損害賠償之判決。依余之所信。則爲不得與君主無責任之原則相調和者。因而對於君主。不得爲有效者也。

君主不可侵之原則。不僅法律上無責任而已。又爲德義上之無責任之意也。德義上之無責任云者。君主就其國務上之行爲。又其法行爲。全立於世論批評之外之謂也。由德義上之無責任所生之結果。則在議會就君主之行爲。不得爲非議焉。議會非難國務大臣之行爲。又對之而爲不信任之決議。固爲議會行使正當之權限。然爲非難君主之行爲之決議。則非議會之權限。而爲不法之決議也。不僅議會而已。一切之臣民。亦不得私議君主之行爲。若有非難之者。則應構成不敬矣。

君主不可侵之理由。舊時代之學者。則謂君主在法律之上。故

君主無論爲如何之行爲，不得謂爲不法焉。云云。然此說誤也。夫雖爲君主，然要遵由憲法及法律，乃不待論者也。而英國之法諺謂君主不得爲惡事云者，則決不得如前說之意義，而解釋之焉。

學者又多以君主之不可侵，爲法律上之當然事理。君主因爲國家最高機關之性質，當然爲不可服從於裁判者。即君主爲國家之最高機關，君主以上，不有如何之權力。若君主而不可服從於他機關之意思，則君主爲反於最高機關之性質者也。云云。然而欲貫徹此理論時，則君主服民事裁判所之判決，亦不可不謂爲反於君主爲最高機關之地位者矣。夫君主雖原非有自己以上之權力者，然君主可以自加制限焉。其自加之制限，則毫不爲反於君主爲最高機關之地位者也。君主因

自己所加之制限。或服裁判所之判決。或受議會之彈劾。然與君主之爲最高機關之地位。則必非不相容者。於今日之法律規定。國家自服於國家之勢力。國家服從於公用徵收。國家服從於裁判所之判決。國家被賦課租稅等事者。其例決不少也。君主之無責任。非法理上之當然結果。而爲基於政治上之必要。歷史傳來的成果也。君主之尊嚴。爲鞏固國家之團結。忠君之至情。爲發揚國家威力之原因。若爲君主。而其地位不固。因其失政。因其私行。而有必退君位之事。則國家之安全發達。不可期矣。君主之無責任。各國皆至於普認者。則爲基於此政治上之理由者也。

二 君主之榮譽權 君主之榮譽權云者。爲維持君主一身之尊嚴。伴於君主之地位。公法上之權利也。君主之榮譽權。包含

有特別敬稱之權。有尊榮徽章之權。於日本則並包含保持三種神器之權。組織宮廷之權焉。學者常有以授與爵位勳章之權。加於君主之榮譽權者。然此爲君主政治上之大權。而非榮譽權之結果。榮譽權。僅可謂爲自己受特別榮譽權而已。

三 君主之財產權 在統治權與所有權混同之時代。王室財產。與國有財產之間。毫無區別。然於近世之國家。則君主之財產。明與國家之財產爲區別矣。但君主爲國家之最高機關。故爲保其尊嚴。不可不有必要之收入。從而君主乃有由國庫支款。充其宮廷費用。受皇室一定經費之權。焉。受皇室經費之權。爲君主公法上之權利。皇室經費。乃從憲法制定時之定數。每年由國庫支出之。除將來要增數時之外。則不要帝國議會之協贊。皇室經費。雖與一般之國家支出相同。要載之於豫算及

決算。然此不過爲爲明收入支出之關係者。對於其支出則議會全不得參議也。

於皇室經費之外。屬於君主之財產權者。尙有世傳財產。世傳財產云者。乃不得分割之讓與之財產也。於此點與普通之私有財產不同。爲有不融通之性質者。然與皇室經費亦異。非公法上之權利。而爲私法上之財產權。可編入於世傳財產者。乃諮詢於樞密顧問。以勅書定之。宮內大臣報告之。世傳財產之外。尙有可得分割讓與。純然之私有財產。

第四節 攝政

第一款 攝政國法上之地位

攝政乃於君主之名。而行大權之機關。申言之。則爲君主之代表機關。而其代表權之範圍。則爲同於君主一切之權限者也。國家

之政務。乃一日亦不可休止者。故君主若因幼年。或疾病及其他之故障。不能自行大權時。則不可無代之之機關焉。但於有如此故障之時。而動君主之地位。則爲與君主之性質相反者。故君主雖有故障。然尙不失其爲君主之地位。僅於君主之名。以攝政而行大權而已。

攝政非後見人。於國家思想未開之時代。則往往混同攝政與後見人焉。然今日則人皆認攝政爲國家之機關。攝政與後見人之區別至明瞭。置攝政。乃爲國家之利益。而非如後見人爲被後見人之利益。國家需攝政之時。非必需後見人之時。攝政與後見人之性質不同。既如此。故依日本之皇室典範。則攝政與後見人不得以一人兼之也。當後見之任者。即爲大傅。天皇未達成年時。則置大傅。大傅乃掌天皇之保育者。然不得干與大政焉。攝政爲

行大權之機關。然不干涉天皇之私事。而攝政及其子孫。則又不得爲大傅也。

攝政非後見人。而爲國家之機關。旣如此明瞭。然攝政爲國家之機關。而有如何之地位。則學者之說明。未嘗一致。代表機關之觀念。因未爲學者所普認。故君主與攝政之關係。頗有難於說明者。夫置攝政之間。行大權者。乃爲攝政而非君主。然攝政非即君主也。此時君主雖不有如何之權力。而尙不失其爲君主之地位。其理由實難於說明之。若以現在總攬統治權之機關爲君主。則置攝政之間之攝政。是不可不爲君主矣。

因說明此問題。舊時學者。乃區別統治權之體與用。置攝政之間。君主有統治權之體。而攝政則爲有其用者也。云云。然區別統治權之體與用。乃不正當者。蓋君主無論何時。非爲統治權之主體。

者。故區別統治權之體與用者。爲純然假定之設想。而爲毫無理論上之根據者也。置攝政之間。君主爲全不能行統治權者。不僅不有其用。雖其體亦不有之。全爲不關係於統治權者也。

君主與攝政之關係。又不得以民法上之代理關係說明之。代理乃存於一權利主體。與他權利主體間之關係。君主乃國家之機關。而非獨立之主體。攝政亦與之相同。故說明攝政之地位時。以代理之比較而爲說明者。乃不可謂得當者也。

攝政與君主之關係。僅得依代表機關之觀念說明之。攝政乃於君主之名。而行大權者也。攝政之意思。同時視爲君主之意思。行攝政之大權者。法律上視爲君主行大權者。於法律上之意義。君主雖不自行統治權。然尙不失爲君主之地位之原因。則僅有此理由故耳。

攝政乃行君主之一切大權者。故其原則。君主可得行之統治權。攝政皆得行之者也。是以於憲法無特別之規定時。則攝政僅於對君主之大權。受相同之制限耳。憲法關於君主之規定。以均適用於攝政爲原則。然憲法第十五條。則規定憲法及皇室典範。於置攝政之間。不得變更之。此乃於對於君主大權制限。對於攝政特加之唯一制限也。置攝政之間。則變更憲法及皇室典範之權。全被停止。無論何人。皆不得爲之也。

攝政乃代君主而行大權者也。從而於統治權之執行。無直接關係之榮譽權。財產權。雖置攝政之間。然尙依然屬於君主。而不屬於攝政焉。攝政於依特別規定之外。則僅有與他之皇族相同之權利而已。對於攝政之權利。獨可疑之一問題。則爲君主之不可侵權。是否適用於攝政之問題也。攝政於其攝政之間。就其行爲。

不負責任。乃學者所一般承認者。至其理由。則多數學者。皆以君主無責任之理由說明之。即歸於君主爲國家之機關。故人皆不可有裁判其責任之權之理由。攝政亦爲代君主而總攬統治權者。非爲有自己以上權力之機關。故無裁判其責任之途也。然此理由之不正當。已於論君主無責任時說明之。攝政亦非無負法律上責任之途。其無責任。非法律上之當然事理。而爲出於政治上之理由者也。攝政代君主而爲國家之最高機關。故君主之無責任。既爲出於政治上之必要。則攝政亦得適用其理由也。攝政於其爲攝政之間。就其行爲不負責任者。唯有此理由而已。

攝政在任之間。就其行爲不負責任者。學者雖無異論。然其無責任。是僅止於在任中歟。抑可及於解任後歟。則議論歧出焉。多數學者。謂攝政於其解任後。則就在任中所行之行爲。不可不任其

責。然對於爲行爲之當時而無責任者。至後又遡於當時而生其責任。則必於有特別明文之際而始可也。若無明文。於行爲之當時爲無責任者。則不可不永久爲無責任之行爲焉。無責任之性質。乃與統治權之執行爲不可離者。而攝政則與君主同。亦認爲有其權利者也。

第二款 置攝政之時

置攝政之時。乃依皇室典範之所定。其時有二。

一 君主未達於成年之時 君主以滿十八歲爲成年。君主未達成年之時。置攝政。爲最普通者。於此時無須決定是否要置攝政。攝政之當然就其任者也。前君主之遺腹子。尙未出生時。準於未成年之時。亦需置攝政焉。

二 君主有亘久不能親大政之故障時 此時與未成年之時

相同。非法律上之當然故障。而爲事實上之故障。必要現在有不能親政之事實。其故障或有因精神上。又身體上之疾患者。或有因君主滯在外國而生存者。而其故障。則有於皇位繼承之當時即已存在者。或有於繼承後始生者。其故障之原因如何。其故障之時期如何。於法律上毫無關係焉。如何程度之故障。則可認爲亘久之故障歟。雖不能設一定之標準。然總而言之。則爲不得豫計故障可止之時期。又雖得豫期。然其期限永久。若於其間。君主不親自執行政務。則害國家之利益之時也。於因君主未成年而置攝政之時。則無須決定是否宜置之。有應爲攝政資格之皇族。當然爲就其任者。然於因其他之故障而置攝政時。則不可無決定是否應置攝政之關係。而於此之時。爲君主不能親大政之時。故君主不得自決定之。必於他機

關決定之。於日本決定此必要之機關。則爲皇族會議。及樞密顧問焉。

第三款 可任攝政之資格及順位

攝政乃皇太子又皇太孫任之。無皇太子又皇太孫。或又未達成年時。則皇族男子。從皇位繼承之順位。而任攝政。無皇族男子。時則以皇后。皇太后。太皇太后之順位任之。無太皇太后時。則依他之皇族女子。及依長系繼承法之順位。而任攝政焉。

爲攝政者。必要爲達於已成年者。此乃由攝政之性質所生之當然事理。且又依皇室典範第二十四條。所云最近親之皇族。因未達成年。他之皇族。有任爲攝政之時而著也。成年。於一般之皇族。則從民法之規定。以滿二十歲爲成年。而皇太子及皇太孫。則以滿十八歲爲成年焉。其成年所以特早者。則限於皇

太子及皇太孫得早爲任攝政之理由也。皇族之女子任攝政時。要爲無配偶者。即限於未爲婚嫁。或已爲婚嫁。而喪其夫者也。

在可任攝政之順位者。有精神又身體之重患。或重大之事故時。則由皇族及樞密顧問之議決。得變更其順位。此規定。與變更皇位繼承之順位時不同。皇位繼承之順位。非有不治之重患。則不能變更。若攝政之順位。雖非不治。然可變更之。又變更皇位繼承之順位。乃依天皇諮詢於皇族會議。及樞密顧問而爲之者。反之變更攝政之順位。乃天皇不能親大政之時。故不待其諮詢。而直議決之也。

當可任攝政之順位者。依未成年及其他事故。他皇族已爲攝政之後。而前之當順位者。已達成年。或事故已止時。則攝政是

否應讓其任歟。皇室典範以不必讓之爲原則。但對於皇太子及皇太孫。則宜讓之焉。

第四款 攝政終了及交迭

置攝政之必要。全終了之原因如左。

- 一 君主駕崩時。則爲君主所設之攝政。當然解除。
- 二 未成年之君主。達於成年時。則當然終了。
- 三 君主不能親大政之故障。已除時。則攝政終了爲當然者。然此際。非如君主已達成年之時。爲法律上應當如此者。而爲事實之問題。故要決定其故障是否已除也。然則何人有決定之權歟。皇室典範未有明文。故爲可疑之問題。然其故障既除。則君主自應爲總攬統治權者。是以應認君主爲自有決定權者也。

攝政交迭之時。即非攝政之必要全終了時。而爲一攝政去其地位。他人代之之時也。

一 攝政已薨時。

二 攝政生不能親大政之故障時。則依皇族會議。及樞密顧問之議決變更之。

三 皇太子及皇太孫依未成年及其他事故。他皇族任攝政時。則因皇太子皇太孫之達於成年。及其他事故已止時。

四 女子爲攝政之際。其已爲婚嫁時。

攝政得辭其位歟。皇室典範未有明文。然可任攝政之順位。乃從法之所定。不得以一人之意思動之。故攝政不得辭其位也。

第五節 國務大臣

第一款 國務大臣國法上之地位

國務大臣。乃輔弼君主之國務上行爲。而任其責之機關也。

君主於行其國政時。而使大臣輔佐之者。非僅爲立憲君主國所特有者也。君主專制國。君主亦爲輔佐大政。而設數多之大臣。於國務上詔勅使副署之。然國務大臣之國法上地位。於立憲國。則特有重大之意義焉。

立憲國國務大臣之地位。與君主專制國之輔佐機關地位不同。君主專制國大臣之輔弼。非憲法上所必要。君主雖或以大臣之輔弼而行政務。然不俟其輔弼。以自已之獨裁而行政務者。則全爲君主之任意。使大臣輔弼之者。單爲事實上之必要耳。而非法律上之必要焉。反之立憲君主國。則君主之一切國務上行爲。除特別之例外。非依國務大臣之輔弼。則不得行之。而國務大臣之國法上地位。於立憲國。始得確定之意義也。

於立憲國君主之行爲。依憲法及法律而被制限。君主當行統治權時。要遵由是等之憲法。及法律之規定。然君主之神聖而不可侵。非自負其責任者。故若以一切之國務。任於君主之獨裁。則憲法及法律。易被蹂躪。而無可糾其責任之途矣。因此之故。於立憲國。凡君主之行爲。不得僅以君主之意思而有効力。必得國務大臣之輔弼。始使有國法上之効力焉。而對於其責任。則使國務大臣自負擔之也。

國務大臣之輔弼。乃以副署證明之。大臣之副署。乃大臣以已輔弼其行爲之事。證明於公衆之確徵也。憲法第十五條。明言君主國務上之詔勅。要大臣之副署。其所謂詔勅者。乃君主之一切國務上之行爲之意也。故。如法律、勅令、條約、豫算等。是不待言。其他一切訓諭。凡事之關於國家之政務者。皆以要有大臣之副署。

爲原則。非有大臣之副署。則君主之行爲。不得生國法上之効力。於此點。即立憲國之國務大臣。與專制國之輔佐官。所不同之處也。

副署乃以國務大臣之輔弼。證明於公衆者也。然已爲輔弼之大臣。非必皆要副署之。君主國務上之行爲。爲生國法上之効力時。雖少亦需國務大臣一人之副署。既有一人之副署。則完全生其効力矣。法律常有特就重要之詔勅。而必要總國務大臣之副署者。或有必要特定大臣之副署者。於有如此特別規定之際。則從其規定。以要有所定大臣之副署。爲可生其効力之要件。然於無如此特別規定之時。則僅以有一大臣之副署爲足焉。

大臣爲輔弼君主。任其責之機關。就大臣之責任。俟於他款說明之。大臣之負責任。在爲輔弼君主之行爲。而輔弼則爲依副署表

現於外部者。故己副署於君主行爲之大臣。就其行爲而任其責。是不待言。然未爲副署之大臣。非當然爲不任其責者。雖未爲副署。然若於實際證明有輔弼其行爲之時。雖無副署。尙不可不任其責焉。副署與責任。雖有密切之關係。然非必常爲一致者。有副署則必任其責固己。雖無副署。若有己爲輔弼之事實。則亦要任其責也。

國務大臣。是否得拒絕對於君主行爲之副署歟。關於此問題。由法理上論。則解爲可得拒絕之者。似甚困難。君主之行爲。非有大臣之副署。則不得生其効力。故若大臣拒絕其副署。則君主無由自行其行爲。而致生實際權力之結果。將不在君主而在大臣矣。然若大臣知君主之行爲。違反憲法又法律。或阻害國家之利益。而尙要從君主之命。負不可不爲副署之義務。則大臣之輔弼。是

全無意義矣。而大臣對之定負責任之理由亦不能說明之也。國務大臣於認明君主之行爲。爲違反憲法又法律。或阻害國家之利益時。則有拒絕其副署之權利義務。此乃由大臣爲輔弼機關之性質。所生之當然結果。各國憲法。常有以明文定之者。如巴耶隆之大臣責任法第七條。則規定國務大臣。具認定君主之行爲。違反法律。又害國家之利益之理由時。則有應拒副署之義務是也。

大臣雖有拒絕副署之權。然毫無生事實上之權力。不在君主而移於大臣之結果。若國務大臣。有其地位之保障。雖君主亦不得罷免之。則實際之權力。可移於大臣矣。然君主無論何時。可得罷免不適於自己意思之大臣。故若大臣拒絕副署時。則君主得自由罷免之。而代之以他大臣焉。是以實際之權力。不在大臣。而尙

存於君主之大權。並無因此事而失之之道理也。

因君主之國務上行爲。要有大臣副署之結果。於是乎君主一切國務上之詔勅。必要以文書爲之焉。不由文書之詔勅。於國法上之意義。不得視之爲君主之國務上之行爲者也。

君主之行爲。以必要副署之爲原則。然有左之例外。

(一) 軍事上之命令。爲關於軍事上之立法。及軍事行政者。無需乎大臣之副署。此學說及慣例所普認者也。蓋基於軍隊統率權之命令。乃基於爲大元帥之君主之資格之行爲。而於普通之意義。則不視爲國務上之行爲焉。

(二) 授與爵位勳章。諸國之慣例。雖皆爲不要大臣之副署者。然多數學者。則常以之爲榮譽權之作用。而非國務上之行爲。但此說甚誤。夫榮譽權。乃保持自己一身之榮譽權利。以榮譽之

稱號。授與於他人者。其榮譽爲國家所公認時。則同爲國務上之行爲。是不待論。授與爵位勳章。其所以不要大臣之副署者。僅得依歷史之慣習說明之。歷史上之慣習。於普通之意義。不視爲國務上之行爲。故日本於授與勳爵及位記。皆不要國務大臣之副署。唯宮內大臣副署之而已。

(三) 任命大臣。亦爲國務上之行爲。故於普通之際。大臣之任命。亦要大臣之副署。然於一切之國務大臣。皆爲辭職之時。則於任命新大臣之際。無可爲副署之大臣。從而依事實上之必要。認爲無副署而可行之者也。

(四) 以上乃各國所認之例外。此外於日本。則尙有一例外存焉。即關於皇族之特別法規是也。皇室典範。及關於皇族之特別法。向來之慣例。不需大臣之副署。是亦非國務上之行爲也。

於立憲國之國務大臣。通常皆擔任行政事務之一部。而爲行政各部之長。即國務大臣。同時又爲各省大臣也。然而有時則有不擔任行政事務。無定職之國務大臣焉。日本之國務大臣。通常爲外務、內務、大藏、司法、陸軍、海軍、農商務、文部、遞信之九大。及內閣總理大臣。於此外尙有君主特以勅命。而使列於國務大臣者。國務大臣。於同時爲各省大臣之際。其爲國務大臣之職務。與爲各省大臣之職務。要明白區別之。爲各省大臣。而擔任行政之一部。於其範圍內。以自己之權限。得對於人民爲命令之行動。爲國務大臣則反之。專爲輔弼君主之行爲者。而無對於外部爲發動之權焉。

第二款 國務大臣之責任

國務大臣之責任。區別爲左之二問題而論之。

第一 國務大臣對於如何之所爲而任責歟。

國務大臣。第一要對於自己之所爲。而任其責。即對於其爲一私人之行爲。及其爲各省大臣職權上所爲之行爲。宜自任其責也。此非大臣之特別責任。無論何人。又無論何官吏。皆應受之責任也。

大臣特別之責任。大臣就君主之行爲。要任其責是也。於君主國。則君主不自任其責。然關於國務之執行。若無人任其責時。則立憲國政之目的。全不能達矣。故於立憲國君主之行爲。則使國務大臣任其責也。

就君主之行爲。國務大臣要任其責之理由。從來有許多之學說。其說明之最簡單者。則謂君主縱令有過。君主不自負其責。故國務大臣。乃以其身代之而任責也。云云。(身代說)據此說。則

大臣雖毫無過失。然不可不負責任。是全不能說明應生責任之理由者也。他之一說明。則謂君主不能爲惡事。於君主而有過失。則爲國務大臣之過失。故臣大要任其責焉。云云。然君主無過失云者。乃純然假定之論。其反於真理。不待言也。

大臣就君主之行爲。要任其責之真正理由。則如左之舉者。於立憲國。君主之國務上行爲。非國務大臣之參與。則不生其効力。國務大臣乃輔弼君主。關於君主之行爲。而陳述自己之意見。若思維君主之行爲。違反憲法之規定。又有害於國家之公益時。則有不同意之義務。使其逢迎唯諾。而亦附於同意之時。則大臣要自任其責也。故大臣非就自己無關係之他人行爲。而任其責。又非爲代君主之身而任其責。僅就自己已爲參與行爲之故。而任其責者也。

國務大臣。就君主之行爲而任責者。不啻就違反憲法之行爲而已。就反於公益之行爲亦同焉。

就君主之行爲而任責者。乃大臣責任之最重要者也。然大臣就自己職權上之行爲。亦任其責。而於此點。大臣之責任。乃與普通官吏之責任不相同也。

普通之官吏。則爲負服從於上官命令之義務者。故雖爲自己之行爲。若爲從上官之命令而爲之者。則對之不負責任焉。國務大臣則反之。若思維君主之命令。爲違反憲法法律。又害國家之公益時。則有不服從之義務。故國務大臣。就基於君主之命令而爲之行爲。雖爲君主之命令。而仍不能免其責。要自負其責任焉。

第二 國務大臣負如何之責任歟。

責任云者。對於自己之過失。而自受其結果之謂也。其所受之結果。因有爲法律上之強制者。與不有法律上之強制者之區別。故大臣之責任。要區別爲法律上之責任。與政治上之責任焉。

(一) 法律上之責任 法律上之責任云者。有法律上之強制力之制裁也。法律上之責任。更要區別之爲刑法上之責任。民法上之責任。官吏法上之責任。及憲法上之責任之四種。大臣對於刑法上及民法上之責任。與一般人民。及一切官吏之責任無異。大臣與一般人民及普通官吏相同。對於刑法之不法行爲。要服從刑事裁判所之判決。對於民法上之不法行爲。則要服從民事裁判所之判決也。

官吏法上之責任云者。官吏對於其違反職務上之義務。而

服從懲戒處分之謂也。國務大臣與一般之官吏異。對於其職務上之過失。不受懲戒處分。官吏法上之責任。乃不得適用於於大臣者也。然君主則隨時可罷免大臣。此罷免權。可謂代懲戒處分者也。

僅國務大臣而有特別法律上之責任。所謂憲法之責任是也。各國之憲法。對於大臣之特種不法行爲。皆認議會之一院及各院。有彈劾大臣之權。有議會之彈劾時。則大臣被移於特別之政治裁判所。於該裁判所而審查之。認處罰大臣之制度。稱此曰憲法上之責任。憲法上之責任。初發達於英國。隨立憲制度之傳播。至爲各國所公認。而歐洲各國之憲法。則皆設如此之規定焉。但因近世政治上之責任發達。而憲法上之責任。乃漸次失其實際之意義。議會乃不用彈劾

大臣之複雜手續。單依決議大臣之不信任。又奏請罷免大臣之手續。更有勁力而得達其目的焉。因而至近時。無論何國。已久無實行彈劾之事矣。

日本全不認識會之彈劾權。又不認可審判大臣政治裁判所之制度。所謂憲法上之責任。日本國法全不認之。故於日本大臣之法律上責任。僅止於普通之民法上。及刑法上之責任耳。別無特別法律上之責任焉。

(二) 政治上之責任 於立憲國大臣責任之最重者。為政治上之責任。大臣之政治上之責任云者。大臣對於其職務上之過失。輔弼之過失及自己職權行為之過失。而受世論之批評。自受其結果之謂也。其由議會批評時。則謂之曰對於議會之責任。對於議會之責任。乃大臣責任之最要者也。

政治上之責任。與法律上之責任異。非有法律上強制力之制裁。其效果單事實上之効力。法律上不得限定之。然不得因此而至謂政治上之責任。全非法律所關也。政治上之責任。乃對於議會之責任。對於議會之責任云者。對於議會之責問。大臣自負其結果之意也。至於應如何之結果。全爲事實之問題。而非法律之問題。然議會可有質問其責任之權能者。則爲法律上之問題也。議會對於君主不得問其責。若議會而有質問君主之責時。則是爲法律上之不法也。對於國務大臣則反之。議會法律上得正當質問其責任。於此意義。則政治上之責任。亦明爲法律上之問題也。政治上之責任。所以與法律上不同者。僅在其問責之結果。爲屬於事實之問題。而不屬於法律之範圍而已。

政治上之責任。於所謂議院政治之國。最完全發達。議院政治云者。國務大臣。以由議會。特占下院之多數政黨選任之。爲習慣上之要件者之謂也。於此等之國。議會對於大臣。得爲不信任之決議。其他大臣。已喪議會之信用時。則大臣解散議會而聽輿論。若不然。則必要辭職。依慣習而確定之。然於此等諸國。要大臣辭其職者。非法律上之義務。單爲事實上之慣習。因而不得謂之爲法律上之責任也。於不認議院政治上之君主國。則政治上之責任。非爲有如此重大之效果者。於大臣已失議會信任之時。大臣無必要辭其職之習慣。但雖於是等之諸國。大臣對於議會之政治上責任。亦存在者。乃不可疑者也。國務大臣對於議會之質問。負答辯之義務。議會對於大臣之過失。得上奏於君主。而乞求罷免議會。

又得決議大臣之信任焉。此等之決議又上奏。非直接生法律上之效果者。大臣亦不因此而受法律上如何之結果。其效果全爲事實之問題。然而事實上之效果。比於法律上之效果。則反有重大之結果也。

第三 憲法第五十五條之意義

日本憲法第五十五條云。國務大臣輔弼君主。而可任其責。即明日本憲法。亦採用立憲國。普通大臣責任之原則者也。但日本憲法。不如諸國之憲法。表明大臣對於議會責任。單云。任其責。故是爲對於何人而可任其責者。則有疑義存焉。或有解之爲單對於天皇帝任責者。依予之所信。則此說誤也。當解此條時。不可不先以此條。爲規定於大臣之地位特別之責任者。爲前提焉。若不然。則憲法就他之官吏。未設責任之規

定特規定大臣責任之理由，不能解矣。而對於君主任責者，非僅大臣爲特別者，一切之官吏，皆爲君主之官吏。對於君主而任職務之責，故對於君主而任責者，決非大臣之特別任責也。加之大臣責任之重要者，則就君主之行爲而任責，就君主之行爲而任責之人，對於君主而負責云者，是全爲無意義者也。又有解釋此條之規定，單爲規定就如何之所爲，而任責，非規定其負如何之責任，只規定責任之主觀的方面，而非規定客觀的方面者，然予亦不贊同此說。蓋苟爲責任，則不可無可受其責任之結果，凡責任云者，對於自己之過失，受他人之批評判斷，而折服受其結果之謂也。若無批評判斷之者，則不得謂有責任，故責任併主觀的方面（責任能力）與客觀的方面（裁判）也。從而憲法既規定任責時，則不可無客觀的方面也。

據余之所信則憲法第五十五條爲專對於議會政治上之責任之意也。日本憲法不認大臣特別之法律責任。前會述之憲法所認大臣之特別責任。唯有對於議會之責任耳。憲法第五十五條即爲此意也。

對於議會之責任云者。非謂因議會之決議而得左右大臣之進退之謂也。責任之任免權。專屬於君主。對於議會之責任云者。僅謂議會。有可問法律上大臣之責任之權耳。其責問可生如何之效果。乃政治上之事實問題。或有因此。而大臣至不得已而辭其職者。或有爲議會之解散又停止者。或有因互相之讓步。而歸結於無事者。爲法律上之問題。則全不得論之也。或有難余者曰。若憲法之規定單爲政治上責任之意。則是非法律上之問題。隨而憲法中規定之者。乃無意味者也。然此說

亦非。夫政治上之責任。雖非有法律上之效果。然又非與法律上無關係之問題。議會是。否有問大臣之責任之權能。乃法律上之重要問題。憲法認此法律上之權能。故以之規定於憲法中者。決非爲無意味者也。

議會可得質問大臣責任之手段。以質問、上奏、決議等爲其重者。而此等之手段。則皆爲憲法及議院法所明認者也。

大臣對於議會之責任。日本已認之者。依議會之豫算議定權。議會事後之承諾權。即可明也。關於此。俟於論豫算及議會之權限時。再詳論之。

第二章 帝國議會

第一節 議會國法上之地位

一 議會者國家之機關也。近世之國會制度。雖爲由歐洲中世之等族會議所發達者。然其於國法上之性質。則近世之國會。與中世之等族會議。全不同焉。

在中世等族會議之時代。爲統一的團體。國家之觀念未發達。國王與國民。爲互相對立之權利主體。國家即爲此二權利主體相對立之關係也。等族會議。乃代表爲權利主體之國民。權利者。爲與爲權利主體之國王相對抗者。而近世之國會。則非爲與君主相對抗之權利主體焉。近世之國家。爲統一的團體。君主國會。皆爲此統一團體之機關。君主非爲權利主體。國會亦非權利主體也。

中世之等族會議。非爲代表全國民者。而爲代表國民中之各階級者也。等族會議。乃由貴族僧侶及第三階級(市民農民)之

各代表者所組織。各代表者。乃各代表其選舉人之權利者。依選舉人之委任。而得其代表權。其於議會之發表意見也。亦從選舉人之指揮焉。近世之國會議員。非國民中特種階級之代表者。而各議員。是各爲全國民之代表者也。雖議員或有由各選舉區所選出者。或有由納多額稅租者所選出者。或有由華族之同爵者所選出者。然議員與選舉人之間。不有何等之法律上關係。議員非因各選舉人之委任。而得其權限者。乃憲法上當然有其權限者也。議員又非從選舉人之指揮。發表其意見。乃依自己之獨立意見。而加於其議事者也。各國之憲法。常有明文規定之者。其例如左。

比利時憲法三二條 兩院之議員。乃代表全國民者。非代表選出議員之一州。或代表州之一部者也。

普魯西憲法八三條 兩院之議員。爲全國民之代表者。議員乃因自己之信念而投票。非因委任及訓令而被拘束者也。

二 議會者。國家之直接機關也。議會之權限。乃直接依憲法而定之。非由人所授與者。又非服於君主命令之下者。乃與君主相等。同爲國家直接機關之一者也。君主與議會之二直接機關並存者。乃立憲國與專制國所不同之點也。

三 議會非獨立機關也。議會雖與君主相等。同爲直接機關之一。然決非爲有與君主平等之地位者。議會之權限。專在參與作成於內部之國家意思。及監督行政而已。直接對於國民則毫不能發動統治權也。

四 議會者。國民之代表機關也。以上所述者。毫無可容異論之處。故學說亦一致焉。然就議會爲國民之代表機關云者。則

近時之學者。多否認之。而此又爲關於議會性質之最重要問題。故須詳論之也。

關於議會國法上之性質。從來之學說。可分爲二種。第一說。以議會爲由國民委任其參政之權利者也。此說在舊時盛行。雖在今日。尙爲英法派學者所主張焉。此說乃以全國民爲一人。而爲參政權之主體。於國民與議會之間。有委任關係。參政權之主體。屬於國民。其行政則爲委任於議會者也。此爲本說之前提。但此前提誤謬之處甚多。是不待言。國民乃國民。而非法人。選舉。非委任。故此說於德國之國法學者。則全不認之也。第二說爲德國派學者之通說。謂議會與國民之間。全無代表關係。拉龐德即爲此說之代表者。其言曰。國民非權利主體。法律上全無意思。因而又無可發表委之權利。使代表者而行使

權利之意思之能力焉。故謂議會之議員。爲全國民之代表者。則非有法律上之意義者也。於法律上之意義。則議員非人之代表者。其權限。非由他之權利主體所與之者。而爲直接基於憲法者也。就議員一切法律上之地位。無論於何處。皆不能發見依代理又委任之法律。而被支配之理也。

此第二說乍見之。似甚得當。毫無可議之處。然若從此說。則代議制度本來之性質。將至於全行失却矣。

國民乃國民。而非法人。國民選舉議員。非委任權利。議員非爲從國民之指揮者。又非爲對之而任責者。國民與議會議員之關係。原不得以委任又法人與機關之關係。而論之者。乃甚明顯者也。雖然。二代表之關係。不但可存於法人與機關之間。又機關與機關之間。亦得存在也。代表機關之關係。余輩既於君

主與攝政之間可以見之。代表機關云者。不外一機關之意思。法律上視爲他機關之意思。議會爲國民之代表關係云者。乃以全國民爲一國家機關。而議會之意思。視爲爲此國家機關之國民意思之意也。其關係與攝政之意思。視爲君主之意思相同焉。國民雖非法人。雖非權利主體。然尙不爲妨議會與國民之間。有代表之關係之理由也。(三)代表之觀念。與委任之觀念不同。代表關係。雖有由委任而生者。然非必常要之。有不依委任。而法律上當然發生其關係之事。於此點。君主與攝政之關係。乃其適例也。攝政非依君主之委任而就任者。又非服於君主之指揮。對之而任其責者。其權限乃依憲法直接定之者也。國民與議會之間亦同之。議會非依國民之委任。而得其權限。又非服從國民之指揮者。然而尙不能以此爲否認。

其代表關係之理也。

夫法律之學。乃實際生活之學。法律上之觀念。乃以於實際生活之人類信念爲其基礎。議會爲國民之代表云者。乃人類之實際生活上不可疑之信念。此信念於民主國之議會。可以極明瞭認之者也。於民主國（直接民主國之外）其實際總攬統治權者。爲議會而非國民。故若單由表面之形觀之。則民主國其實爲寡人政治之國。其所以不然者。則因議會爲國民之代表機關。議會之意思。即視爲國民之意思之故也。民主國之觀念。僅得依此而說明之耳。於君主國。國民雖非最高之機關。然議會對於國民之關係。則全與民主國相同焉。君主國議會制度之目的。亦在欲使國民參與政權。是不待言。但集全國民於一堂。而使組織合議體者。乃實際所不能得。故選拔其一小部分。使代國

民而行政權。議會乃以國民之名。而參與政權。議會乃爲國民思想反映之處也。

議會爲國民之代表者。既爲吾人不可疑之信念。然則法律上之觀念。與實際生活上之普通信念。全相背馳者。則爲誤法律上之本質者也。依余之所信則如次。

於立憲國。則依議會之組織。國民之全體。得爲國家機關之一地位。唯此國家機關。不得自行使其權限。僅得使議會而行之。議會乃國民之代表機關。以國民之名。而行使其權限。議會之決議於法律上之意義。則爲國民之意思也。

此非法律上之擬制。擬制云者。全爲不基於實際生活顯象之假設思想之謂也。議會爲國民機關云者。乃實際生活上之普通信念。非假設之思想也。

雖然於法律上之意義。爲國民之代表云者。非今日之通說。故尙爲一疑意也。

第二節 議會之組織

第一款 二院制度

帝國議會。乃以貴族院及衆議院兩院組織之。議會乃由兩院組織之者。殆爲近世一切立憲國所共通之原則。採一院制度者。於近日則僅希臘、陸克森堡、瑞西各州。及德意志帝國內之小國等而已。於國家之稍大者。則不問其爲君主國。爲民主國。皆採用二院制度。其爲唯一之例外者。則爲德意志帝國。然德意志帝國。乃於其帝國會議之外。別有聯邦參事會。聯邦參事會。非爲議會之一院者。而爲與其他諸國政府之地位相當者。然其組織。則由聯邦各國之代表者所成。故恰爲可與他聯邦國之上院相當者。是

以可云爲類似於二院制之組織者也。

近世於立憲國之二院制度。乃由英國制度所出者。於中世之歐洲大陸諸國。則有等族會議。各階級之代表者。各爲一合議體。獨立而爲決議。等族會議。乃由三種之階級所成。因而又爲三院制度之形焉。獨英國則因歷史上之偶然事實。合僧侶與諸侯而爲院。各州之騎士。及市府之代表者。別成一院。而反於其他諸國之三院制度。以成二院制度之慣例。此慣例。乃起於第十四世紀。相延以至於近世。於近世之諸立憲國。二院制度。皆爲模範。此英國歷史之成果者。美洲諸國憲法。亦採用之。經法國革命後。該國之千七百九十五年憲法。始採用二院制度。遂至於傳播歐洲各國焉。

二院制度。至於行各國者。決非抽象之論理的結果。出於英國制

度之影響者。乃其爲主之原因也。然於此歷史上沿革之外。二院制度。於其本身。又有理論上之根據焉。

二院制度可採之第一理由。則在使於社會上層之階級者。得爲特別之代表者。云云。夫議會乃國民之代表者。故爲代表之人。必爲相當於國民中之種種勢力者。但由單數云。則社會之下層人民。比於上層之人民甚多。故若使社會之上層與下層。各應其數。而出代表時。則上層之階級。雖於社會有大勢力。然於其數。則不免常被制於下級之結果。因此之故。若使其實際之勢力。得爲相當之代表者時。則不可不使上層之階級。有特別之代表者。此即上院所以由貴族之代表者。富豪之代表者。組織之之理由也。然僅此理由。尙不足說明二院制度。若謂是欲使在社會之上流者。得爲特別之代表者。則於一院制度。於上層之階級。與以特別選

舉權即可，無須乎以之區別爲二院也。

二院制度之理由，在因之而補立憲制度之缺點，防多數決議之專橫。元來立憲制度，爲多數決議制度。多數之所欲，少數須從之。此爲立憲制度根本之觀念。然二院制度，則爲多數決議主義之反對者。於二院制度之國，兩院之決議，非相一致，則不得爲議會之議決。以多數制少數之主義，全不行之，必須二院相一致，而後可。若二院互相衝突時，則議會之決議，不能爲之矣。然而若從多數主義，則與其一院制，尙不如採三院制之爲愈。有兩院之決議，則雖有一院之反對，然議會之決議，爲可成立者。且亦能貫透其理論也。但近世諸國，其所以皆採此反對之二院制度者，則因多數決議制度，決非絕對的善良制度。於爲補其缺點時，別需適當之設備也。

一 二院制度之第一目的。在制壓議會過重之權力。立憲國議會之權力。於民主國其爲重大。是不待言。即於君主國亦頗重大也。其協贊於法律之權。議定豫算之權。使濫用之。則定以阻害行政之進步。議會之壓制。其害惡決不讓於暴君之專制。若以一院而組織議會。則一院之決議。直爲議會之議決。稍有不愜。則可招權力之濫用矣。二院制度者。即防此弊害者也。雖於一院有過激之決議。然他院可制之。故濫用不當權力之事。亦可少也。

二 二院制度之第二目的。在緩和政府與議會之衝突。在立憲國政府與議會。各以獨立之權限。相對立。於以獨立之權限二種機關相對立之時。則其間之衝突。乃不可免者也。而此衝突之危險。若議會爲由一院所成者。則其衝突益甚。反之議會若

由二院而成時。則雖一院與政府相衝突。然其餘一院。尙可爲其調和機關焉。

三 二院制度之第三目的。在使慎重立法之手續。法律與日常之行政事務不同。乃爲永遠有其効力者。故忌敏速而貴鄭重。於一院制。則不免有因一時之感情。而爲忽卒決議之弊。二院制度。乃補此弊害。二者各由殊別之觀察點。獨立審查之。以期無誤。

第二款 上院之組織

第一 關於上院組織諸國制度之比較 關於上院組織諸國之制度。第一則因聯邦國與單一國而不同。聯邦國之上院。常以聯邦各國之代表者組織之。德意志帝國之聯邦參事會。美國議會之元老院。瑞西聯邦會議之等族會。皆如此焉。

單一國上院之組織。更區別爲二種之制度。(一)上下二院皆爲
以由國民中所公選之議員組織之者。稱此曰民選上院制度。
(二)上院之全部。或其大部分。非國民所選舉者。而爲以世襲之
貴族。又勅任之議員組織之者。稱此曰貴族院制度。凡君主國。
則皆採貴族院制度。如英、德、意志諸國。澳、匈、意、西、葡、及日本。皆
是也。凡民主國。及傾向於民主主義之君主國。則皆採民選上
院之制度。如美國之諸州。法、荷、比、丁、抹、瑞典、挪威、等國。皆是也。
雖採民選上院制之諸國。然上院之組織。與下院之組織。亦有
許多不同之處焉。

- (一) 議員人數 上院之議員。其數概少於下院之議員焉。
- (二) 年齡 上院之被選資格。所必要之年齡要件。比於下院
則常高。

(三) 選舉之方法 選舉之方法。如諾威則上院下院皆同焉。然其餘各國。則皆異之。多數之國家。於下院則用國民之直接選舉焉。於上院則雖採直接選舉。然上院之選舉區。則比下院之選舉區廣大。

(四) 任期 上院議員之任期。常比下院議員之任期長。

(五) 一部改選 下院議員。同時改選全部。而上院議員。皆採一部改選制。或改選二分之一。或改選三分之一焉。

(六) 財產資格 於某國。則下院採普通選舉。然上院則於其選舉權。及被選資格。以財產資格爲其要件焉。

採貴族院制度之諸國。則概爲由依身分而當然爲議員者。依官職而當然爲議員者。及由君主之勅任議員組織之焉。

第二 日本上院之組織 日本之上院。採類似於英德諸君主

國之貴族院制度。以皇族華族及勅任議員組織之。爲憲法上之要件。其細綱則貴族院令定之。

(一) 已成年之皇族男子。

(二) 已達二十五歲之公侯爵。

此二種乃由身分當然爲議員者也。

(三) 伯子男爵各由其同爵之中所舉者。有伯子男爵之成年以上者。除特別之例外。皆有選舉權。其已滿二十五歲以上者。有被選舉權。而無財產資格之要件。應被選舉之議員數。乃於行選舉前以勅令指定之。但伯子男爵各不得超過總數五分之一。

選舉乃依直接選舉。採記名投票法。但以投票委於代理人之事。不妨爲之。

(四) 於國家有勳勞又有學識滿三十歲以上之男子。勅選爲終身議員。

(五) 依各府縣之多額納稅者之互選。而被勅任之議員。最後之二種。乃依君主之任命。有爲議員之權利者。其數不得超過有爵議員之數焉。有多額納稅者之互選權者。爲在各府縣。就七地又工商業。納多額之直接國稅。已滿三十歲以上之男子。其數爲十五人。選舉乃依記名投票。許委託代理人之事。有互選權者。由其中互選一人。其已當選者。被勅任爲議員。非依當選而爲議員者。乃依任命而得爲議員之權利者也。但其任命權於法律上被制限。非當選者則不得任命之。又當選者必要任命之。若任命非當選者時。則其任命爲無効者也。

第三款 下院之組織

上院之組織。有以世襲貴族。及勅選議員組織者。與以民選議員組織者之區別。而下院之組織。則各國皆爲以由國民中。所公選之議員組織之焉。然關於選舉之制度。則各國大不相同。

第一 選舉權 選舉權者。乃爲國民參政權之一種。而行選舉之權利也。關於選舉權之諸國制度。得大別之爲三種。(一)普通選舉。(二)制限選舉。(三)等級選舉。

(一) 普通選舉。乃除精神喪失者。未達一定之年齡者。女子。被剝奪公權者。又被停止公權者。禁治產者。受破產宣告。尙未還清債務者。受官之貧民救助。未經過一定之年限者。諸特別例外之外。所與一切之國民。以平等選舉權之制度也。此外有多數之國。常以於一定年限間。定住於其選舉區爲要件焉。但此等之例外及要件。於普通選舉無妨害。綜而言之。

普通選舉之特色。在不以財產資格爲選舉之要件。不論其財產資格如何。皆平等付以選舉權也。始採用普通選舉者爲法國。蓋原因於千八百四十八年之革命也。自此之後。因勞動者之社會上及經濟上之勢力增加。乃至漸次行於各國。於近日採用普通選舉制度者。則爲法、德意志帝國、德意志聯邦各國之一部。瑞西、西班牙、諾威、希臘、及美洲合衆國之大部分焉。

(二) 制限選舉云者。於以上特別理由例外之外。以有某資格爲選舉權之要件之謂也。其特別資格爲要件之最重者。則爲財產、納稅資格、教育資格焉。但其資格之要件。因國勢之異。而傾向各有不同。匈牙利、陸克森堡、瑞典、塞耳維等。則以財產資格爲要件。德意志諸國之一部分。則皆以納直接國

(一) 稅爲要件。英國之選舉法。雖甚複雜。然概言之。則重在以必構一戶。爲選舉權之要件焉。荷蘭亦稍類之。葡萄牙及意國。則以普通教育爲要件。但意國則又以有一定之財產資格者。不要教育之要件。而葡國則限於戶主有選舉權也。

(二) 等級選舉。乃在前二種之中間者。雖與普通選舉同。除特別例外之外。於全國民與以選舉權。然其選舉權。非如普通選舉。各人平等。乃選舉人中之一部分。比於他之選舉人。有廣大選舉權之謂也。等級選舉。亦有種種之方法。(一)比例納稅額。而區別選舉人爲數級。普魯士其餘德意志聯邦中之數國。及羅馬尼亞行之。(二)依身分等之階級。而區別選舉人。奧大利。今日於大體則依此主義。(三)選舉人。通常以有一票之投票權爲原則。一部選舉人。則特與以二個以上之複雜

投票權。比利時即行此主義。

日本之選舉法。取制限選舉制。依現行法。則選舉權之要件如左。

(一)財產資格 要納直接國稅年額十圓以上者。直接國稅。不問其爲地租。爲其他之直接國稅。(所得稅及營業稅)然若爲地租。則要爲於選舉人名簿造冊之前。納稅已滿一年以上者。其他之國稅。又地租。與其他之國稅。於滿十圓之時。則要爲滿二年以上仍繼續完納者。

(二)年齡 滿二十五歲以上。

(三)性 男子

(四)國籍 爲日本臣民。

(五)住所 於選舉人名簿造冊之期日前。滿一年以上。於其

選舉區有住所而且尙繼續有之者。

備以上之要件。其原則爲有選舉權者。但有以下之例外。

(一) 華族之戶主 此乃爲避與貴族院之選舉權相重複者。多額納稅則反之。併有貴族院之互選權。與衆議院之選舉權焉。

(二) 在現役中。又值戰時事變召集中之陸海軍軍人。

(三) 官立公立私立學校之學生。

(四) 禁治產者與準禁治產者。

(五) 受被產宣告未復權者。

(六) 剝奪公權及停止公權者。

(七) 由已受禁錮以上之刑之宣告時起。至其裁判之確定止者。

(八) 依關於選舉之犯罪被處刑。因裁判所之宣告被禁止選舉權者。

第二 被選資格 被選資格云者。法律上有効得爲當選者之資格之謂也。法律雖稱之爲被選舉權。然非權利。

被選舉權亦與選舉權同。有以財產又教育資格爲要件。或有不要之者。近時諸國所行之一般原則。有選舉權者。於同時又有被選舉資格者。獨葡萄牙選舉權。雖似同於普通選舉。然被選舉資格。則必有一定之財產焉。陸克森堡、瑞典、於選舉權。雖必要財產資格。然被選舉資格。則又全不要財產焉。

日本之選舉法。於選舉權。亦必要財產之資格。且較他國多。然被選舉資格。則全不要此要件焉。蓋既於選舉權。已加一定之制限。則無須乎更加被選人。以法律上之制限。全放任於選舉

人之意思即可也。

但於被選舉資格。選舉權所不存之特別要件。又有定爲例外者。

(一) 年齡 奧、荷、意、法等國。爲被選舉人時。必要比選舉人之年齡高。其用意蓋以爲議員而參與國政。必要有較選舉人之經驗廣大爲宜也。於日本亦然。選舉權以滿二十五爲要件。然被選資格。則爲滿三十歲以上焉。

(二) 對於歸化人之制限 對於外國人依歸化所得國籍者。則非經過取得國籍後之一定年限。又非於一定期間內。於國內有住居。則不得爲被選人。此等之立法例甚多。於日本則凡爲歸化人。歸化人之子。而取得國籍者。及爲日本人之養子。又入夫者。除由取得國籍之時起。過一定之年限後。經

勅裁而除其制限者之外。皆爲全不能有被選舉資格者也。以上之一般制限之外。尙有因特種之身分。及有職業者。其被選舉資格受制限者。亦不少也。

基於此理由。而制限被選舉資格時。則須要區別當選之禁止。Ineligibility 與兼職之禁止 Incompatibility 焉。當選禁止云者。其當選。應爲全無効者之謂也。兼職之禁止云者。其當選非當然無効。當選人可選擇。是保持其從來之地位。而辭其當選。抑或辭從來之地位。而承諾其當選。有決定之自由者之謂也。屬於當選之禁止者。日本國有左之數種。

(一) 宮內官判事、檢事、行政裁判官、會計檢查官、收稅官吏、及警察官吏、

(二) 神官、神職、僧侶、其他諸宗教師。及已罷其職後。未經過三

個月者。

(三) 小學校教員及已罷之後。尙未經過三個月者。

(四) 爲政府之包辦者。又爲包辦法人之職員。

(五) 於選舉事務有關係之官吏。吏員。於其選舉區內。無被選舉資格。

以上之外。如就選舉權缺格之華族戶主。學校生徒。軍人等。皆無被選舉權者。是不待言者也。

屬於兼職之禁止者。日本國則有左之數種。

(一) 貴族院議員 二院制度之目的。其第一則在使兩院由各別之觀察點。爲獨立之決議。故兩院必須異其議員焉。若兩院而以同一之議員組織之時。則二院制度之目的將全沒矣。故無論何國皆禁止一人同時而爲兩院議員之事也。

爲一院之議員。而被選爲他方之議員時。則必須辭却其一方而後可。

(二) 府縣會議員 衆議院之議員。乃代表全國之利害者。府縣會議員。乃代表一地方之利益者。故非使不兼其職。則不能免混同地方利害。與全國利害之弊也。

第三 直接選舉與間接選舉 直接選舉云者。或曰直選。各選舉人。直接選舉議員之方法也。間接選舉云者。或曰複選。或曰二重選舉。各選舉人。非直接選舉議員。乃各選舉人爲所謂原選人。先選舉可爲選舉議員之中間選舉機關。於此中間機關。而選舉議員之制度也。國民直接無選舉權。而於府縣會及其他地方議會。選舉議員之制度。亦可謂爲間接選舉之一方法者也。間接選舉。勝於直接選舉之點。在多數之選舉人。無政治

上之完全智識。從而鑑識何人可適當爲議員之能力。亦不能完全有之。若以議員之選舉。放任於多數之選舉人。則不可期得適當之議員矣。反之若使由選舉人中。選出少數之選舉機關。使此機關當選舉人之任時。則此等之少數者。自己既富於獨立之見識。而且又不爲他人所動。故公平之選舉。可得而期也。此乃主張間接選舉。勝直接選舉者之所稱道者也。然若欲達間接選舉之目的。則一般國民。因不能直接干預選舉。於是對於選舉而不熱心。拋棄選舉權者必多。不能得實際允孚衆望之議員之弊。則不能免矣。反之若國民熱心於選舉。則當選舉中間之選舉機關時。既已豫決定議員候補者。是選舉機關遂爲宣言已決定之候補者之機關也。美洲合衆國選舉大統領。乃最能證明此間接機關之弊者也。若果爲此。則間接選舉。

不過徒使選舉手續複雜。其實際則與直接選舉毫無所異。故近來多數之國。皆傾向於直接選舉。而不取間接選舉之制度也。其尚採用間接選舉之制度者。則唯德意志聯邦中之數國。與諾威、丁麥而已。其餘混用直接選舉與間接選舉者。則有奧大利、瑞典、羅馬尼亞諸國也。

日本之選舉法。於衆議院。則開始即採直接選舉法。

第四 選舉之公開及秘密 於選舉之方法。有公開選舉。與秘密選舉之別。公開選舉云者。某人乃投票於某人。可以公知之方法也。公開選舉。或用口說。於選舉人立會之前。公言之。而以之登錄於投票簿者。或有以文書明記選舉人。及被選舉人之氏名者。秘密選舉則反之。常爲以文書行之者。而最簡單之方法。則爲無記名投票。即僅記被選舉人之氏名於投票用紙上。

而不記載選舉人之氏名之方法也。但單純無記名投票。至後
尙得依其筆蹟。而可知其爲何人。故不得謂可完全達秘密之
目的者。近時採用秘密投票之各國。以此單純無記名投票之
不完全。於是製造公定之投票用紙。而以豫定候補者之氏名
印於其上。使於此紙之上。付以單純之符號而行之。且更有不
要此單純之符號。而僅依使貼用先交付之印紙(印花)以行之
者。因此以嚴守投票之秘密也。

公開選舉。與秘密選舉之利害。於諸國之實際及理論。爲極激
烈論爭之問題。於立憲制度最始之時代。各國之選舉法。皆傾
於公開選舉。然近時各國之傾向。則皆在秘密選舉。主張採用
公開選舉者之理由。則謂選舉爲選舉人之公職務。一切之公
職務。皆宜公然行之。例如裁判所之裁判。國家之議事等公職

務無不公開之。而所以公開之之目的。則爲使立於公衆批評之下。而保障其不於隱密之間。以行惡事也。一切之公職務既如此。獨選舉秘密行之。是有理由乎。夫秘密者。皆爲惡事之源也。國民當行其公職務時。宜公明正大而無所隱。於秘密間行之者。是導選舉人於腐敗也。云云。此理由其包含一面之真理。是不待言。若國民之公德既進。政治上之見識漸高時。則公開選舉。恐將爲理想的方法矣。然社會上之實際。非必與理想相合也。於公德不進。識見不高之社會。選舉動則不免爲賄賂。強迫。社會上之市恩。政府之壓力。種種不正之勢力所左右。爲防避不正之勢力。則秘密選舉。不可不謂爲最適當之方法也。關於此點。其效果之最彰著者。則爲英國千八百七十二年之秘密選舉法焉。當 (Ballot Act) 此之時。英國之議會。常用公開選舉

法。然因不堪於賄賂及其他不當之勢力弊害。故至秘密選舉法律之發布。嗣後遂全絕賄賂公行之跡。此其效果最彰明較著者也。英國外尚有採用秘密選舉法者。如法國、德意志帝國、德國聯邦中之大多數諸國、奧大利、瑞西、比利時、荷蘭、陸克森堡、意大利、西班牙、葡萄牙、美國、希臘、羅馬尼亞、塞爾維亞、普爾加利亞、瑞典、挪威等國是也。於今日尙採用公開選舉法者。在歐洲則僅有匈牙利及丁麥而已。

日本之選舉法。於最初亦採用記名投票。即公開選舉法。至明治二十二年之改正選舉法。則取秘密選舉法。即爲無記名投票也。

第五 選舉區及議員之配當 爲行選舉之便宜。乃於全國設選舉區之區劃。蓋議會爲全國民之代表者。而非代表地方的

利益者也。故選舉之理想方法。宜通全國爲一選舉區。而不宜別設選舉區劃。然選舉乃國民行之。故要爲適於國民之實行者。通全國而爲一選舉區。於地域極狹之國。雖得實行。然在稍廣泛之國家。則不便於實行焉。是以各國未有不定選舉區者也。

選舉區與議員之關係。毫無代表之關係。議員不問其爲由何選舉區所選出者。均爲全國之代表。而非代表其被選出之選舉區者也。選舉區與議員之關係。隨選舉之終了。而全行斷絕。其間毫無關係。故議員既被選出之後。雖有變更其選舉區劃。又合併其選舉區之事。然除有特別明文之時外。議員資格。不因之而受何種之影響也。

選舉區。有大選舉區。與小選舉區之別。小選舉區云者。由一選

舉區。各選出議員一名之謂也。太選舉區云者。由一選舉區。選出二名以上議員之謂也。

小選舉區。各選舉人。僅得投一名被選人之票。故又名曰單名投票法。

大選舉區。有連名投票法。與有限投票法之分。連名投票法云者。各選出人。所投票之被選人人數。乃與應由其選舉區所選出之議員人數。爲相等者之謂也。有限投票法云者。先減少其應出議員數之人。或數人。使從已減之數。而爲投票之謂也。小選舉區單名投票制。與大選舉區連名投票制。其利害如何。在法國爲極激烈之論爭問題。法國依千七百九十年之憲法。始採用單名投票制。其後或取連名投票。或取單名投票。屢有變更。至千八百八十九年。乃以法律定單名投票制焉。

法國以外之諸國。其選舉制度。複雜不一致。德意志帝國之選舉法。則採單名投票。即取由各選舉區各選出一人之制。其聯邦各國之大多數。亦同以一人一區制爲原則焉。其餘在現時取一人一區制者。則爲匈牙利、丁麥、荷蘭、意大利、英吉利、美洲合衆國等國。反之取連名投票制者。則有比利時、陸克森堡、瑞典、西諾威、瑞典等國。此等之國。亦非一切之選舉。皆一區出數人也。選舉區中。有由一區出一人者。與由一區出數人者之二種。僅後種之選舉區。取連名投票制而已。

各國選舉區。雖複雜不一致。然近來皆傾向於一人一區之單名投票制焉。蓋因大選區連名投票之制。有極大之缺點故也。

(一) 連名投票。有與政黨以過大之利益。而使政黨以外者。不

能當選之弊。連名投票。各選舉人就各候補者。不能獨立自判斷其人格材能。單從因政黨所指定之連名候補者。而爲投票。因而政黨之首領。關於選舉而得大振其勢力。反之無所屬之候補者。則全無當選之望。欲望當選者。必須屬於政黨。而藉其勢力焉。

(二) 連名投票。有使多數代表者。有更甚之弊。凡當決一選舉區內之當選者時。若取如普通制度。以得多數之投票者。爲當選之制時。則得代表者。僅止於其選舉區內之多數者。少數者遂全不能有代表者矣。然在連名投票制。則由一選舉區。而選出多數之議員。而此等之多數當選者。則皆爲依投票之比較多數而決者也。故其選舉區內之多數黨。乃占選舉議員多數之全部。少數黨。則雖一名之議員。亦不能得也。

例如選舉人總數十萬人。選出議員數十人。十萬人之中。五萬人爲甲黨。三萬人爲乙黨。二萬人屬於丙黨。若欲出比例於各政黨之勢力之代表者。則由甲黨出五人。由乙黨出三人。由丙黨出二人。是爲極正當者。然若用連名投票。則其結果。必至於爲多數黨之甲黨。占盡十名議員而無所遺。乙丙兩黨。雖欲出一人亦不能得。此不公平。因選區之寬大。而其不公平亦益甚。

日本之選舉區。於明治二十二年之選舉法。則由各選舉區應選出之議員數。通常爲一人。其有一區選二人者。則爲例外。於可選出二人之區。則用連名投票。然明治三十三年之改正選舉法。則改此制度。而採用極特異之選舉區制度焉。

現行選舉法。區別市部與郡部。郡部乃通全府縣而爲一區。市

部則凡三萬以上人口之市。皆爲獨立選舉區。郡部之中。若爲交通不便之島地。則亦特以之爲獨立區。故於市部及島嶼地。除大市外。皆爲一選舉區。選出一人者。反之於郡部。則概爲一選舉區。選出二人以上。且無論府縣區域之大小。皆通一府縣而爲選舉區。故最多者。至有由選舉區選出十數人者也。

現行之選舉法。雖以如此之大選舉區爲原則。然不似他國取連名投票制。而反取單名投票制。即由選舉區所選出之議員數雖多。然尙限於一人一票也。此爲出於避連名投票之弊害者。然其結果。則尙有非常之缺點。故現行法。實爲極不完善之制度也。

(二) 現行法使選舉不確定。由一選舉區。可選出議員數名。而選舉人則僅得投一票。故選舉人應投票於何人。不能知之。

若欲投票於名譽最高之人。則又恐其人已得足數之投票。自己之投票。歸於無益。爲求其票之有益。則不如投票於名望較低。得票較少之人之爲愈。若果如此。則名望隆高。已所仰望之人。反有不幸落選之時矣。倘不如此。有時投票之大多數。將盡歸於名望最高之一人。他之候補者。則得以僅少之得票。而僥倖當選焉。選舉之結果。不因衆望之如何而定。至依時運之次第而決之。則是爲反於選舉之第一目的者也。

(二) 現行法使選舉不公平。現行法。乃出於避連名投票之弊。而欲使雖少數者。亦得爲代表者起見也。但其結果。決不能望可得相當於實際勢力之代表者。而反因驅引之巧拙。多數黨出少數議員。少數黨出多數議員。致有不公平之結果。

焉。例如於選舉人總數十萬人。選出議員數十人之區內。假定甲黨之選舉人五萬。乙黨三萬。丙黨二萬。依現行法。凡得以議員定數。除選舉人商數五分之一。則定爲當選者。故於此之時。因得二千票而應當選。若甲黨一名之候補者。集有四萬票。於其餘九名之候補者。則平均分配殘餘之一萬票。即人各得一千餘票。然乙黨三名之候補者。則平分其全投票。即人各得一萬票。丙黨乃以其二萬票。平分於六名之候補者。即人各得三千餘票。如此。則其當選之結果。甲黨一人。乙黨三人。丙黨六人。最少數之黨。反出最多數之當選者。最多數黨。反出最少數之當選者矣。此固爲想像極端之時者。然於實際。因驅引之巧拙。不免生極不公平之結果者。乃無所疑者也。

蓋現行選舉法。爲其缺點之根本原因。則在雖取大選舉制。而又採用單名投票也。因其單名投票所生之結果。乃於當選者。必須定要得最少之票數焉。現行法。爲以選出議員定數。除選舉人總數商數五分之一。故雖得如此少數之票。然依此場合。亦得當選。是以其生不公平之結果者。亦爲當然者也。依於大選舉制度。取單名投票之場合。一候補者。可得有極多數之票。但雖得有多數之票。然若已得成規所必要之投票以上時。則所得全爲無益之票。是以若採用大選舉單名投票之制度時。則必須用意。使不有無益投票焉。然現行制度。則缺此用意也。夫各種之選舉法。雖皆有多少之缺點。然未有如現行法不完全之甚者也。

於各選舉區配當議員之標準。現時各國。殆皆以人口爲其標

準焉。日本亦以每人口十三萬。則爲一名之比例。而配當議員。其端數。則爲依四拾五人之法者。但於市部。則凡人口三萬以上之市。皆爲獨立之選舉區。雖少亦選出議員一名。故議員之配當。市部與郡部爲極不公平者。於郡部十三萬人。而出一人。反之市部。則僅三萬人。而得選出一人。其爲不平均者。雖不言亦可知也。

第六 少數代表 少數代表云者。雖少數之政黨。亦使出相當於其勢力之代表者之制度也。

於今日大多數之國家。不僅於小選舉制度。依投票之多數。而決定當選者耳。即大選舉區制度。亦如是也。例於在一區選舉一人之區內。有有效投票一千票。其中五百一票。歸於甲候補者。四百九十九票。歸於乙候補者。則甲即當選。乙之四百九十

九票。全爲無益者矣。更進而在選出十人之區內。有效投票一萬票之中。五千一票。歸於甲黨候補者之十人。四千九百九十九票。歸於乙黨之候補者十人。則甲黨之十人當選。而乙黨則雖一人之代表者。亦不能出也。

其結果於國會議員之員數。與全國各政黨之勢力。比較必不相侔。有時通全國比較的有力之政黨。而出少數之議員。比較的無力之政黨。反出多數之議員焉。

少數代表。乃以欲救此弊害爲目的者。而爲達其目的。從來所主張及已實行之制度。種數極多。然至今日。其最完全而且能適於實行者。則未嘗見焉。爲少數代表之方法。向來所主張者。

(一)有限投票法。(二)集積投票法。(三)單名副記投票法。(四)名簿投票法。今請述之於左。

於少數代表制度。最有經驗之國。爲比利時。故於此畧述比利時現行制度之大要。俾研究少數代表制度者。知爲如何之材料焉。比利時之現行法。乃以千八百九十九年十二月之法律所定者。而取所謂名簿投票法焉。其大要。各選舉區。皆選出議員數名。(十八人乃至三十八人)於選舉之前。選舉人要以得定數之贊成者。(十人以上)註明於候補者名簿。各選舉人非直接投票於候補者。乃對於此名簿而投票也。然於對名簿投票時。又記明其名簿中所最希望之某候補者焉。選舉既終。則計算各名簿之得票數。應其得票數。而由各名簿以若干之議員爲當選者焉。其定數之方法。乃先以一除各名簿之票數。次以二除之。更以三除之。順次除至選出議員數之數止。由其商數之最大者。順次列記。而以等於其中選出議員數。當於順號之數。定爲得票最少

限。以此最少限。除各名簿之得票數。而以已得之數。定由各名簿應選出之議員數焉。例如於選出議員數四名之區。其名簿之數有三。其得票甲爲千二百票。乙爲千票。丙爲四百票。則

以一除 以二除 以三除 以四除

甲 一二〇〇 六〇〇 四〇〇 三〇〇

乙 一〇〇〇 五〇〇 三三三 二五〇

丙 四〇〇 二〇〇 一三三 一〇〇

以此等之商數。由其大者順次列記。則爲一二〇〇、一〇〇〇、六〇〇、五〇〇等。而以五爲當其第四號者。故定爲得票最少限焉。於是乃定由甲名簿選出二人。由乙名簿選出二人。丙名簿則一人亦不能選出焉。如此所定之員數。應取候補者名簿中之某。則依名簿中各員。得票數之多少而定之也。

此制度。有使議員員數。比例於各政黨之勢力之利益。乃不可爭者也。然此乃以各選舉人。皆分屬於政黨爲前提者。政黨以外之候補者。政黨以外之選舉人。則未嘗置於心目中焉。政黨爲立憲制度之中所必要。是不待疑。然舉選舉人及議員。而使盡屬於政黨。決不可謂爲良善之選舉法也。

日本之大選舉區單名投票制度。亦爲以少數代表爲目的者。然其實際。則爲甚不公平者。前曾論之也。

第七 選舉人名簿 選舉人名簿云者。以選舉之存在。證明於公衆之手段也。投票非有選舉權者。則不得行之。是不待言。雖然。選舉果已具備選舉權之要件否。則非可於投票之時。即時審查之也。故當使其行選舉時。必於選舉以前。審查確定選舉人之資格焉。選舉人名簿。乃爲此目的。而備者。若非已記入於

選舉人名簿。假令實際有選舉權。然尙爲不能干與選舉者也。選舉人名簿。於一定期日之前調製之。而以供公衆之縱覽。於人名簿發見有脫漏又誤載之時。則得呈請訂正。此之呈請。不僅爲保護選舉權之行使而已。且其目的。又爲欲得適法名簿者也。故若於法律無別段之規定時。則人皆爲有可爲呈請之權者也。日本之選舉法。得爲呈請者。限於選舉人。故非有選舉權者。則不得爲呈請也。但非必限於名簿中所脫漏之人。雖爲正當記載於名簿者。而對於他之誤載又脫漏。亦得爲呈請訂正焉。縱覽期限已終。及必要之修正已了之後。選舉人名簿。遂確定。確定之後。則雖有脫誤。雖有變更。然除裁判判決之外。則不許其修正也。

選舉人名簿。僅爲公證選舉權者。非爲付與選舉權者。故雖因

錯誤而被記載於選舉人名簿中。然實際爲不有選舉權者。不可得行選舉權也。名簿確定之後。失選舉權者亦同之。

選舉人之名簿。爲選舉權公證之手段。故由其本來之性質。言則每度選舉必新製之。限於其時爲有其効力者。則爲正當。然臨時選舉之時。特爲調製。則頗煩難。故諸國之法律。常以選舉人名簿。於一定之期間。爲繼續有其効力者。日本之選舉法。選舉名簿。亦取一年間繼續之制。至次年度確定之時期止。前年度之名簿。爲繼續効力者也。

第三節 議會之會議

第一款 議會之開始及終了

第一 召集

議會非常時集會之機關。故於開始其會議時。必要於一定之

期日自爲集會。若不如此。則要有召集之者。諸國之立法例。如美法之民主國。議會有自集會之權。是不待言。雖爲君主國。亦有認之者。然日本則不認之。議會非有召集。則不得開始其會議焉。無召集而爲集會者。假令同一之議員。集於同一之場所。然非議會。不過爲通常之集會而已。

召集乃對於各議員。而命爲集會之行爲。故其性質上。乃一種之處分。而非法規也。以之公布於官報者。爲告知於各議員之形式。而又爲有公示之目的者也。

爲召集乃屬於君主之大權。然此大權。有法律上之制限焉。

(一) 議會要每年召集一次。

(二) 衆議院被命解散時。則要從解散之日起。於五個月內召集之。

(三) 召集之詔勅。至少亦要於集會期日之四十日以前發布之。

第二 開會

開會。乃使開始議會活動之行為。議會雖依召集而集會。然未命開會。則不得開始其議事。因開會而始開始也。

開會爲開始議事者。故命開會。必爲不可不於議會已得開議事時。形體具備適當之後焉。是以命開會。必要在議會既集會。兩議員已各選舉其議長副議長。而經勅任。已定議員部屬之後也。

議長副議長。及議員之部屬已定時。則法律謂之曰兩院之成立。兩議院已具備其議事之機關。則謂之曰已得開議事時適當之形體也。

命開會乃屬於君主之大權。由開會之時起。爲會期開始焉。

第三 停會

停會。爲停止會期中議會活動之行爲。命停會乃屬於君主之大權。要於十五日以內。定一定之期間而命之。停會之效果。不僅及於本會而已。且爲及於一切之委員會者也。故停會中雖委員會亦不能開也。停會乃以十五日爲其一次之最長期。但同一會期中。無妨行數次之停會焉。其合數次之總日數。法律上無制限。停會要兩院同時行之。停會中之日數。可算入於時期中。停會之日數已終時。則不俟召集而當然開會。再就前之議事繼續之焉。

停會中同其名而全異其性質者。乃於衆議院被解散之時。對於貴族院之停會也。於此際貴族院之停會。其實全與閉會同。

爲終止貴族院活動之行爲。而停會之後爲再開會。要新召集之。其次回之會議。則非如通常停會。爲繼續前之議事者。而爲適用會期不繼續之原則者也。

第四 休會

休會。乃議會自於會期中。休止其活動之行爲。休會與停會全異。停會中。議會於法律上不能開會。反之休會。則不過爲議會各院。任意休止其活動而已。故休會無須乎兩院同時行之。各院得獨立行之也。又休會僅爲於本會有關係者。雖休會中無妨開委員會焉。至休會中之日限。應算入於會期中。是不待言者也。

第五 閉會

閉會。爲終止議會活動之行爲。行閉會雖屬於君主之大權。然

何時可行閉會。則非爲屬於君主之任意者也。於會期終了之時。君主必要舉行閉會。若欲延長會期。則必要別以勅令定其延長之期焉。但議會非依會期之終了。而當然終止其活動者。乃因閉會而終止之者也。故於會期已經過之後。若不命閉會時。則尙爲繼續其會議者也。

第六 解散

解散。僅可對於衆議院行之耳。爲使衆議院消滅之行爲。因解散。衆議院乃失其存在。從而議員依解散。遂於其任期滿了之前。而喪失其資格也。

解散與閉會異。閉會單使議會終了。非爲使失其存在者也。雖閉會後。衆議院尙存在。唯不能有開會議活動之狀態耳。故雖在閉會中。議長副議長尙繼續其任務焉。僅依會期不繼續之

原則。至下次會期止。不繼續其議事耳。反之解散。則全爲失衆議院之存在者也。因而至下次之總選舉已終之間。凡所謂衆議院議長。及衆議院議員。皆消滅而歸於無有也。

議會解散。政治上之目的。乃當政府與議會有衝突時。爲改造議會之組織。而聽輿論之判斷也。由此目的言。則可行解散之時期。必以議會已開始會議。其與政府之衝突已顯然之時。爲最適當者也。而實際亦爲以在會期中行之爲通常焉。然由法律言。則解散之目的。爲使衆議院失其存在之行為。而非單終止會議之行為。故於閉會中行之。亦非必爲反其性質者也。是以法律於此點無所制限也。但已爲一次解散時。則要以勅令命選舉新議員。由解散之日起。五個月以內。必須召集之。故於解散後。已爲總選舉之後。至少亦須召集一次。一次亦不召集。

選舉後直解散者。是可認爲違法者也。

議會之兩院。其議會之開始及終了。必爲同時者。故已命衆議院解散時。則貴族院之會議要閉止焉。憲法謂之曰停會。然其實則與閉會同其效果也。不曰閉會而曰停會者。因閉會爲行於會期終了後者。反之於貴族院停會之際。則爲行於會期終了之前者也。

第二款 會期

會期云者。由議會開會起。至閉會止之期間也。會期有通常會與臨時會之別。通常會。乃每年召集一次之議會。其會期爲三個月。臨時會。乃於通常會以外。因臨時之必要。所召集之議會。其會期乃臨時以勅令定之。解散後所召集之議會。亦爲臨時會之一種也。

於一會期與次會期之間。不繼續其議案。名之曰會期不繼續之原則。一會期中。所未議決之議案。全消滅之。已經一院之議決。而未通過他院之議案亦同焉。故於下次會期。而議同一之議案時。則要再由開始核議焉。但於此有一例外。所謂繼續委員是也。各議院依政府之要求。又得政府之同意。得於議會之閉會中。使委員繼續審查議案。於此之時。其委員之審查報告。雖在下次之會期。亦爲有其効力者也。

第三款 議事規定

關於議會之議事法則。於憲法中定其大原則。其細網。則歸議院法。及各議院所自定之議事規則定之也。

(二) 議長 貴族院之議長及副議長。乃由議員中勅任之。衆議院之議長副議長。乃由議院選出候補者三名。於此三人中勅

任之。其未勅任之間。則歸書記官長。行議長之職務焉。

議長有保持議院之秩序。整理議事對於院外。而代表議院之任務。議長有故障時。則副議長代理之。議長副議長均有故障時。則選舉假議長。使行議長之職務焉。

(二) 書記官 爲掌理議院之事務。於各院置書記官長。及書記官。議院之書記官。多數之國。皆爲議院本身由議員中及議員外選舉之。然日本則爲純然之官吏。書記長官爲勅任。書記官爲奏任。書記官作議事錄。及其餘之文書案。掌理事務。書記官長。則依議長之指揮。提理書記官之事務。署名於公文。以書記官長及書記官。組織議院事務局。

(三) 議事之公開 兩議院之會議。乃公開之。公開乃各國之普通原則也。但因政府之要求。又議院之決議。得停其公開焉。

(四) 定足數 兩議院。非有一定之數以上之議員出席。則不得開議事務。及爲議決焉。開議事務及爲議決時。所必要之定足數。於日本則爲總員之三分之一焉。

(五) 議事日程 議事日程云者。一日之議事順序也。議事日程。乃議長造之。以之報告於議院。議事日程。要先列政府提出之議案。若欲變更之。而以政府之提出案。列於後議時。則要有政府之同意。

(六) 委員會 委員會。乃於本會以前爲豫審查議案。以議員之全部又一部。所組織之者也。

委員會有三種。全院委員會。常任委員會。及特別委員會是也。全院委員會。乃以議員之全部所組織之者。其與本會不同之處。唯議長不同。與不能爲法律上有效力之決議耳。常任委員

會與特別委員會皆爲以議員中之一部組織者。其不同之處則在一爲會期之始。豫選舉之。於一會期之中。繼續其任務。一爲因調察特定之法案。隨時被選舉者也。由政府所提出之議案。除特要緊急有政府要求之外。非經委員之審查。則不得議決之。其他之議案。經議員之審查。與直爲本會議之議決者。乃各院之任意也。

(七) 國務大臣及政府委員 國務大臣及政府委員。無論何時。得出席於本會議。及委員會。且得發言焉。但不得因此而中止議員之演說也。大臣及政府委員。爲議員以外者。不得加於表決之數。大臣及政府委員。不立於議長之警察權及議院之懲罰權之下。而大臣及政府委員。則不能如普通議員。爲發言表決。於議院外。有不使負責任之特權焉。

(八) 讀會及議決 法律之議案。經三讀會之順序而議決之。但
以出席議員三分之二以上之多數。而爲可決時。則得省略三
讀會之順序焉。一讀會。乃就議案之全部。議其是否可移於二
讀會。二讀會。乃逐條審議。於三讀會。則爲再決全體之可否者
也。

議決以依過半數爲原則。於可否之間相同時。則從議長之所
決。但於憲法變更之法律。讀會省略之決議等。特定之場合。則
必要有三分之二之多數焉。

(九) 兩院協議會 於一院已議決之議案。若於他院否決時。則
其議乃當然消滅。是不待言也。然而於一院已可決之議案。於
他院修正之而爲可決時。則調和兩院之決議。設特別之辦法
焉。於此之際。最初之院。於他院修正爲同意時。則議案即確定

成立。若最初之院不同意於他院之修正時。則開兩院協議會。此會乃由兩院各選出十人以下同數之委員而組織之。委員之協議案成立時。則更以之移於兩院而議決之。但對於協議案不得更爲修正之發議。要就其全體而決可否也。

第四節 議會之權限

議會乃以參與制定法規。同意於政府之重要行爲。(特豫算)及監督行政。爲其主要之任務。爲達此等之任務。議會所有之權限。由其形式分之。則如左。

第一 協贊權 議會對於或種之國家行爲。而有於事前與以同意之權。非有議會之同意。則此種之國家行爲。全不能成立。稱此曰議會之協贊權。

議會有協贊權者。(一)法律。(二)豫算。(三)起國債及豫算外。可爲

庫負擔之契約是也。

第二 事後承諾權 或種之國家行爲。要得議會之事後承諾。事後承諾權。與協贊權不同。於要議會協贊之國家行爲。則非豫得議會之協贊。其行爲全不成立。反之於要議會之事後承諾行爲。則雖不得議會之同意。而其行爲得有効焉。唯於事後要求議會對於其行爲承諾之而已。

要議會承諾之國家行爲。(一)緊急命令。(二)超過豫算款項之支出。又於豫算之外所生之支出。(三)財產上之緊急處分是也。承諾。乃於國家行爲。既有効成立之後。議會承諾其行爲。爲正當之行爲也。必要承諾之行爲。其本來之性質上。常爲必要於事前經議會協贊之行爲。唯議會非長爲開會之機關。故於議會之閉會中。因緊急之必要。不能待議會協贊之時。若尙須待

協贊。則徒誤時機。非所以保持國家之利益也。是以乃認不經議會之協贊。政府得有單獨行之之權。而使於其事後求議會之承諾也。

事後承諾。既爲可代事前之協贊者。故議會若不與承諾時。由其本來之性質言。則與對於要協贊之國家行爲。議會不與以協贊相同焉。故緊急命令。本爲將來繼續有效力者。然若議會不與以承諾。則因此所生之效果。應爲對於將來失其効力者也。但爲生其効力。乃以其行爲爲將來繼續可有効力之性質者。既完成効力。則於將來不繼續効力之行爲。仍無失其効力之事焉。故於如豫算超過。及豫算外支出。並財政上之緊急處分。以一回之行爲。即時完成其効力者。則不因議會之不承諾。而失其効力也。又不得溯於既往而取消之也。於如此之際。則

議會之承諾。不過爲確認其行爲之爲正當而已。故議會已爲承諾時。則固對於其行爲。不得詰問大臣之責任矣。然若不與承諾時。於認上奏彈劾大臣制度之國。則得利用憲法上所有彈劾之手段。而詰問大臣之責任也。

承諾及協贊。皆因兩院之決議一致。而始成立。雖有一院之議決。然他院不議決時。則不得曰有協贊有承諾也。關於協贊。此乃毫無可疑之處。然關於承諾之時。則常有唱反對說者。謂有議會不承諾之時。至少亦必要一院爲不承諾之議決。於一院已爲承諾之決議。於他院尙未爲決議而閉會時。又兩院皆未爲決議而閉會時。則皆不得謂之不承諾也。然而其說誤矣。不承諾云者。非謂積極要不承諾決議之成立。而僅謂承諾決議未成立之時也。故除兩院皆爲承諾之決議外。餘皆爲議會之

不承諾也。

第三 上奏權

上奏權。屬於議會之各院。無須乎兩院決議之一致。而各院得獨立爲之者也。上奏之內容。法律上無所制限。議會無論何事。皆可爲上奏。或有爲奉答開會勅語。關於單純之儀式者。或有爲關於立法又行政之將來希望者。或有爲非難於既往之大臣失政者。但無論於何時上奏。止開陳議會之希望及意見耳。毫無法律上之拘束力也。君主不必定從其意見。是不待言。而亦不有批答之義務焉。但憲法上既認上奏權。則有受理之義務也。

第四 建議

建議與上奏異。非直接對於君主者。而爲對於爲君主輔弼機

關之國務大臣。陳述議會之意見者也。建議非以摘發既往之失政。爲其內容。乃爲關於將來之希望者也。建議乃對於國務大臣。陳述議會之希望。故可爲建議之事。必要爲限於屬於政府之權限內者。隨而建議之內容。乃以關於行政者爲主。然此亦非所拘也。雖關於立法。亦得爲建議焉。其關於立法之際。則議會非自爲發案者。而爲以使政府發案爲其目的者也。議會雖原有關於法律發案之權。然立案則歸政府自爲之。因便於調察之故也。關於立法之建議。乃備此目的者也。憲法亦云。兩議院就法律其他事件。得以其意見建議於政府焉。

議會之建議。未得政府之採納者。於同會期中。不得再爲建議。

- 第五 受請願及以之轉送於政府之權
（憲法第五十條議院法六十條乃至七十一條）
- 第六 受報告之權

歲出歲入之決算。會計檢查院確定之後。政府要同其檢查報告。以之報告於議會。

兩議院之議員。又得以三十人之贊成。對於國務大臣。質問一切之事項。對於議員之質問。國務大臣有答辯之義務。若不爲答辯時。則要明示其理由。且答辯要於質問之後即時爲之。若不即時爲之。則要定答辯之期日。通知於議院。

各議院得向國務大臣。請求爲審查所必要之報告。及文書。政府對於此。除秘密者之外。有應其請求之義務焉。但議會唯對於國務大臣。及政府委員。有交涉之權耳。對於以外之官廳。及人民。則不得爲直接之交涉。亦不得爲審查而徵意見也。議院法。曾規定各議院。不得向人民而爲告示。爲調查而召喚人民。及派遣議員。向國務大臣。政府委員之外。及其他官廳。照會往

復焉。

第七 爲告訴之權

議會有告訴對於議會。而爲公然誹謗侮辱者之權。

第八 對於議員之逮捕與以許諾之權

第九 關於議院內部事項之權限

(一) 定議事規則。及決定關於其解釋之疑義。

(二) 行議院內部之警察及懲罰權 議院內部之警察權。議

長施行之。會議中有紊亂議場之秩序者時。則議長得警戒之。又制止之。或取消其發言。若不從命時。則議長可以禁止其在當日會議不許發言。或使退出場外。各議院對於其議員。得課左之懲罰權焉。

(甲) 於公開場譴責之

(乙) 於公開場表適當之謝辭

(丙) 於一定之時期停止去席

(丁) 除名

(三) 選任議院內部之職員又參與選任 關於議長副議長
委員選任之方法。前曾述之矣。

(四) 審查議員之資格。於日本貴族院。有審查其議員之資格
及審判其選舉爭訟之權。然衆議院則止有審查資格之權
耳。而無決定選舉爭訟之權焉。選舉爭訟。與審查資格。不同
之處。選舉爭訟。乃關於選舉効力之爭。審查資格。單爲關於
已決定當選者之人。審查是否有被選資格之爭也。關於衆
議院議員之選舉爭訟。則屬於司法裁判所之管轄。於裁判
所已爲當選訴訟之手續者。衆議院就該事件。則不得陳查

之。然而於衆議院。雖已爲資格審查之手續者。就該事件於裁判所。雖起當選訴訟。亦不妨焉。

(五) 許可議員之請假(請假)及辭職。

第五節 議員法律上之地位

第一 議員之權利

(一) 發言表決之自由 議員在議會。有毫不受人之指揮。而依自己獨立之意見。自由發言。及加於表決之權。就在議會之發言及表決。除於議院之內部。有受懲之事外。於議院外。則不負責任焉。

此原則。乃以保護議員之發言。可完全獨立爲目的者。非僅止於避政府干涉之目的而已。就其無責任之範圍。要注意左之數點焉。

(甲) 於議院之發言自由。不僅陳述爲思想結果之意見而已。且要爲可陳述之事實也。日本之憲法。雖云「已發言之意見」。然不得偏置重於其文字。蓋一切之意思。乃以事實爲前提。事實不明。則非爲可生一定之意見者。僅有陳述意見之自由。而無陳述事實之自由者。不得認爲法文正當之解釋也。

(乙) 發言之目的。僅指基於爲議員職務之發言自由耳。故雖爲於議院內之發言。然其發言。若於職務毫無關係。則要負其責也。

(丙) 爲實行職務之發言。則不問其爲於本會者。與於委員會者。皆無責任也。

(丁) 在院外無責任。則不啻使免裁判上之一切制裁而已。

懲戒上之制裁亦免之也。故爲官吏，而同時又爲議員者，不因其爲議員之發言，而受懲戒處分也。

(戊) 議員之發言自由。唯使之對於國家不負責任耳。若對於其所屬之政黨，或選舉人，而負事實上之責任者，非憲法第五十三條所關也。但治安警察法第七條，則規定結社就議員之發言表決，不得設於議會外使負責任之規定焉。

(二) 身體之自由 議員除現行犯，又關於內亂外患之罪外，在會期中，無其本院之許諾，則不受逮捕焉。

議員於會期中，無其本院之承諾，則不受逮捕之特權。以英國爲首，其餘各國皆認之。其目的則在防政府爲制壓反對黨之勢力，以犯罪爲名，恣意逮捕反對黨議員之弊焉。在司

法權之獨立。尙未臻於鞏固。依政府之意思。而得自由爲逮捕之時代。此爲必要之保護手段。是不待論。然至於今日。則司法權已有完全獨立之地位。非可依政府之意向而動之。故於今日。政府無論於如何之時。不得因爲不當之干涉。而逮捕議員也。諸國之憲法。所以設如此之規定者。實爲基於舊時代之風習。於今日則爲毫無理由者矣。而反有使司法權之行動。繫於議員意思之弊也。

議員之身體自由。於日本則限於在會期逮捕之時。於會期之開始前。既已逮捕之。而於會期中尙繼續其拘留者。則不在要其本院許諾之限也。

(三) 受給費之權 議員因其爲議員。乃不免積極的及消極的損失若干之費用。其積極之費用。爲應召集之旅費。會期

中滯留於國會所在地之費用等是也。其消極之費用，則爲因會期中妨自己之本業，所生之損害也。此等之失費，將爲議員自己之負擔乎。抑議員得以請求償還乎。各國之制度不同。雖然若不爲償還，而使議員負擔之時，則非自己之資財，足以供爲議員失費之用，必不能爲議員矣。於是議員遂不免有爲富裕者專占之弊。故多數之國，皆認議員受給費之權利焉。但於認受給費權之國，其所採之制度，亦各不同。或有採日給主義者。或有採歲費主義者。日本採歲費主義。除官吏而爲議員者，及皇族並公侯爵爲議員之外，一切之議員皆有受歲費之權利也。

議員之給費，不問其取日給主義，與歲費主義，皆爲以償還因爲議員所生之失費爲其目的者，而非以對於議員之勞

務。與以報酬爲目的者也。故其金額亦必以議員之失費爲其標準也。若此額過高。至歲費有類似於俸給之性質。則不免生以議員爲職業。成政事家職業之弊焉。日本定議員之歲額費爲二千圓者。似未免太多也。

歲費之外。議員於應召集時。尙受所必要之往復旅費。於議會之閉會中。繼續而當委員之任時。則每日可給五圓以內之零用費。

第二 議員之義務

議員有應召集。而負集會列席於議院之義務。若不應召集。則失受歲費之權利。因事故不能出席時。則要受議院請假之許

可。對於不應召集。又擅便闕席者。則有制裁焉。(議院法第九十九條)

第三 議員資格之消滅

議員之資格。除因死亡之外。尚因左之原因而消滅。

(一) 任期滿了。議員除因身分當然爲議員者。及勅選議員之外。皆有一定之任期。此任期在貴族院議員則爲七年。在衆議院議員則爲四年。但於議會開會中至閉會止。其間雖任期已滿。仍爲在任者。此規定僅存於衆議院。貴族院則無之。然貴族院。則亦爲可適用此相同之原則者也。

(二) 解散。僅用於衆議院。

(三) 辭職。

(四) 衆議院議員。被任爲貴族院議員。又因法律被任。不得爲議員之職務時。

(五) 已失選舉資格時。

(六) 依議院之決議除名時。

第四編 國家之作用

第一章 立法

第一節 法律之觀念

法律之觀念。要區別之爲形式上意義之法律。與實質上意義之法律焉。

實質上意義之法律云者。定法規之國家意思表示也。法規云者。定國家與私人間。又私人與私人間之意思界限。而有一般的拘束力之法則也。形式上意義之法律云者。經議會之協贊。以法律之名所公布之國家意思表示也。

近世之立憲國。凡定法規之命令。以要經議會之協贊爲原則。即實質上意義之法律。亦要形式上以之爲法律而定之。爲其原則

也。但以之行於實際之時，則不能嚴格適用此原則焉。議會非常設機關，其議事尙有不能應其需用之時者。若一切之法規，盡經議會之協贊，乃實際所不能，且非所以適合於國民之利益也。故於一方有雖爲不有法規之性質。然於國家之利害，特有重大之關係者，則必要經議會之協贊，因此之故。各國乃定之爲法規。而形式上則不以法規之形規定之。於一方爲不有法規之性質者。而形式上則有以法規規定之者。於是遂生實質上意義之法律。與形式上意義之法律之區別也。

於法律之觀念，認此二區別，乃本於德國學者之研究。在今日除二三學者有異論之外，德國學者殆全認之焉。

日本之憲法，亦認此區別。憲法第三十七條所規定，凡法律要經議會之協贊者之法律，則爲實質上意義之法律。即爲法規也。於

其餘各條所規定。或曰爲日本臣民之要件。依法律之所定。或曰日本臣民。從法律之所定。負服兵役之義務者之法律。則爲形式上意義之法律也。

憲法第三十七條之法律。可解釋爲實質上意義之法律。其理由如左。

(一) 凡定法規之命令。要經議會協贊之原則。乃近世立憲國共通之原則。近世之立憲國。依所謂三權分立主義。以定法規屬於立法機關之權限。實際之行政。屬於行政機關之權限。司法裁判。屬於司法機關之權限。日本憲法亦然。

(二) 第三十七條之憲法。不能解釋爲形式上意義之法律。若以之爲形式上之法律。則凡經議會協贊之命令。乃與要經議會之協贊無異。是全爲無意味之規定矣。

因以上之理由。余乃信日本於定一切之法規時。除特別例外之外。要以法律定之爲原則焉。雖然。對於此原則。則有種種之例外。而其例外。於日本憲法之下。則比諸國不同。俟後論之。

第二節 憲法上之立法事項

憲法上之立法事項云者。憲法上要以法律定之之事項之謂也。凡定法規。其原則係要以法律定之。故若得極端實行此原則。則一切之法規。不可不皆爲憲法上之立法事項矣。雖然。日本憲法。對於此原則。則設許多之例外。其重者爲定行政各部之官制及文武官之俸給。陸海軍之編成。及定常備兵額等項焉。而其中最重者。則爲爲保持公共之安寧秩序。及增進臣民之幸福。而定法規是也。於爲此等之目的時。不採法律之形。而君主有依其大權單獨定之之權。故其性質上雖爲法規。形式上則爲不要用法

律之形者也。

但對於此例外。又更有憲法上之特別例外。即關於或事項。憲法上特必要以法律定之者是也。就憲法上特必要以法律定之之事項。雖有前之例外。然君主不得以其單獨之權定之也。憲法上特要以法律之事項如左

- (一) 戒嚴之要件及効力
- (二) 爲日本臣民之要件
- (三) 課兵役義務之命令
- (四) 新課租稅及變更稅率之命令
- (五) 制限居住移轉之自由者
- (六) 關於逮捕監禁審問處罰之法則
- (七) 制限住所之自由者

(八) 制限信書秘密之自由者

(九) 侵害財產權之自由者

(十) 制限言論著作出版集會結社之自由者

(十一) 議院法及衆議院議員選舉法

(十二) 定裁判所之構成及裁判官之資格及懲戒處分之法

(十三) 特別裁判所之組織權限

(十四) 行政裁判所之組織權限

(十五) 會計檢查院之組織及權限

憲法上依其明文而要法律定之者。如上所舉者是也。雖然。此等事項以外者。亦不得謂悉可以君主之大權定之也。依君主之大權可得定之者。僅限於前記例外之時。其不屬於例外之法規。雖無憲法之明文。當然要以法律定之焉。

第三節 法律之効力

法律之効力。要區別之爲形式的効力。與實質的効力之二種。

第一 法律之形式的効力

法律除特別例外之外。比於他之國家意思表示。有强大之効力焉。稱此曰法律之形式的効力。又曰法律之最強力。

由法律最強力所生之第一結果。法律。非依法律。則不得變更之廢止之是也。

第二結果。以法律。則得變更廢止一切之他之國家意思表示是也。

然而對於此原則。宜認二三之例外。

第一之例外。則爲憲法。憲法原在法律之上。不得以法律變更之廢止之。

第二之例外。則爲皇室典範。皇室典範。乃關於皇位繼承順序。應置攝政之時。及攝政順位。並關於皇族之法律上地位。故此較有法律以上之効力。於關此等之事項限度。法律不得變更皇室典範。而皇室典範。則得以變更法律也。

第三之例外。則爲貴族院令。就貴族院之組織。憲法乃以定貴族院令爲要件。從而不得以法律變更之廢止之也。

第四之例外。則爲條約。關於條約與法律之關係。俟後論之。

第五之例外。則爲緊急命令。俟於命令章論之。

以上五種之外。其餘一切之國家意思表示。得依法律而廢止變更。而法律則不因之而失其効力也。法律之最強。法律可自以之委任於他人。而使有強力焉。法律之委任云者。法律以可得廢止變更法律之力。委任而付與於命令之謂也。法律自

定得以命令廢止變更之時。則得以命令廢止變更之者。乃不待言者也。

第二 實質的効力

法律之實質的効力者。法律可拘束國民之力也。故又曰法律之拘束力焉。

法律之拘束力。有二面之効果。於一面則法律有拘束國民之力。謂此曰法律之外面的効果。於一面則法律有拘束官廳之力。行政官廳及司法官廳。要從法律之所定。而行其職務。謂此効果。曰法律之內面的効果。

第四節 法律之成立

第一 法律案之提出

提出法律案之權。屬於國務大臣及議會之兩院。有提出權者。

爲議會之各院而非議員。議員在其院所提出議案。非法律上意義之法律案。提出議案通過其院之時。始有法律案之提出也。

法律案之提出要注意左之諸點

- (一) 國務大臣提出議案時。其應先提出於何院。乃政府之隨意。但不得於兩院同時提出同一之法律案焉。
- (二) 改正憲法之法律。非依勅令則不得提出之。
- (三) 於一院已否決之法律。於同會期中。不得再提出之。此限制乃僅爲關於法律案。已一次提出後。所被否決之法律案也。議員提出之議案。於其院直被否決之者。乃未至於爲法律案之提出而消滅者也。故於此之時。他之一院。固不妨爲提出同一之議案焉。

(四) 未得裁可之法律。亦不得於同一會期中提出之。關於此。憲法上雖無明文。然未裁可之法律案。乃仍爲法律案而繼續存在者也。故既有一法律案時。則不得更提出同一之案。乃不待言者也。

(五) 政府所提出之法律案。政府得修正之。又可撤回之。修正及撤回之權。於一院已爲議決之時。亦得行之。於此之際。其一院之議決。則歸於無効。其已爲修正之時。則更要爲議決焉。但於兩院之議決既終之時。則議會之議決爲已確定者。是即無修正撤回之道也。

由議院所提出之法律。則反之。其已通過一院時。則不得修正之。或撤回之矣。

第二 議決

有法律案提出時。則兩院各要議決之。但於由一院所提出之法律案。則其提出。是已爲協贊者。僅要他院之議決可耳。故無須爲提出者之一院之議決也。

議決權。又包含修正權。修正權就一切之法律。兩院皆有之。改正憲法之法律案。亦以認有修正權爲正當焉。

第三 裁可

可爲法律之國家意思。乃依君主之裁可而確定之。就裁可之性質。從來學者。多以之與不可認權相混同。而謂非依裁可付與法律以効力。裁可者。不過消極的意義。爲有不妨法律之効力。法律乃依議會之議決而成立。唯因君主得行其不認可權。妨其成立而已。云云。然近世之學者。則謂裁可不僅有如此之消極的効力也。爲有積極的使法律成立之力者。法律非僅依

議會之議決而成立者。乃依於議會之議決。加以君主之裁可。而後始得成立者也。

裁可有積極的使法律成立之力者。乃無容疑者也。但近世之學者。則多主張極端論。謂法律乃僅依裁可而成立。裁可爲法律權之全部。其論之大要曰。凡法律要區別之爲二原素。法律之內容與法律之命令是也。法律之內容云者。法律所定之法則也。法律之命令云者。法律有可拘束國民之効力之謂也。議會協贊法律。單爲定法律之內容者。付之以拘束力。則專在君主之裁可焉。云云。然而法律之內容與法律之拘束力者。非能如此爲區別者也。法律者。乃有拘束力之法則也。議會協贊法律案。乃參與採此法則。而與之以拘束力也。議會之議決。與學會之決議。法律起草委員之草案不同。非經議會之議決。則不

生法律。從而不生有拘束力之法則焉。議會之議決。乃生拘束力之必要條件。故以裁可爲立法權之全部者。乃謬誤之論也。法律非單依裁可而成立。乃依於議會之議決。加以君主之裁可。而始成立者也。

與裁可之形式。乃依親署後加以御璽。國務大臣副署之而生者。因經此形式。而後可爲法律之國家意思。乃確定之焉。

裁可非君主之心裏作用。而爲現於外形上之形式。法律上手續。故已經一次裁可時。則不得取消之。然而裁可乃專行於內部之形式。非發表於外部者。故雖取消之。不得由外面窺而知之也。從而可取得取消與否。全爲無實益之問題也。

裁可之時期。憲法未特設制限。然議院法第三十二條。則規定已經兩議院議決之議案。至次之會期止。可公布之。故可認爲

次之會期止。宜公布之者也。

第四 公布

可爲法律之國家意思。雖依裁可而成立。然裁可止使於內部成立國家之意思耳。非以之發表於外部者也。法律爲國家之意思表示。然未示於外部者。尙不得謂爲法律。以之表示於外部者爲公布。因公布而法律始完成也。

公布乃依印刷於官報行之。

第五 施行期限

法律雖依公布而完成。然於普通之時。則非依公布直發生法律之拘束力焉。凡法律之發生拘束力時。必需到達於施行期限。施行期限。除特以法律定之外。以自公布之日起。滿二十日爲施行期。因施行期之到達。而法律始完全發現其拘束力也。

因此之故。就法律之拘束力。要區別爲三段。法律經議會之議決。與君主之裁可時。則其拘束力既完成。但於此段之拘束力。尙爲潛伏的拘束力。而不生實働的力焉。公布乃變潛伏的拘束力。而爲實働的拘束力。然實働的拘束力。乃爲有期限者。實際尙不生其効力。因期限之到達。始生完全之實働拘束力也。

第五節 法律之消滅

法律乃由左之原因而消滅。

- (一) 以法律爲廢止之時。
- (二) 後定之法律。有與之爲抵觸之規定時。
- (三) 法律中已自有効期限時。則因其期限之到達而消滅。
於法律中定解除條件之項。其條件若已成就時亦同。
- (四) 法律於命令委任其廢止之場合。依命令而致被廢止之

時。

(五) 法律所規定之目的已消滅時。

(六) 反對之慣習已成立時。

以上之外。緊急命令及條約。亦有廢止變更法律之力。可參照後章。

第二章 司法

第一節 司法之觀念

(一) 性質上之司法觀念

國家之作用。通常區別爲立法司法及行政之三種。

由本來之性質言。則立法云者。謂定法規之作用也。司法者。乃就各事件宣言某法規所定之作用也。行政云者。於法規之範

圍內。而達國家目的之作用也。

行政與司法。皆爲於法規之下。處置各事件者。此其相同之點也。於此點。司法及行政。乃爲與定一般抽象的法則作用之立法。相對者也。

行政與司法不相同之處。司法以適用法規。爲其最終之目的。而行政則以得特定之結果爲目的也。雖爲行政。然當處理各事件時。常必要先就其事件。而決法規之所定者如何。例如當徵收租稅。行政官廳。要先依租稅法。而決定租稅金額。納稅時期等。於此點。行政與司法似毫無所異。然在行政決定法規之所定。是爲爲得特定結果之手段。而非其目的。行政官廳解釋決定租稅法。僅爲徵收租稅金額之手段。其目的則在欲得金錢收納之結果焉。法規之適用。僅爲其手段。在司法則反之。僅

就法以宣言。從法規之所定。而下判決者。乃其唯一之目的也。其因此所生之結果何如。非其所問。法規乃司法之最終目的也。

司法之目的。在宣言法規。確定法規之適用者。於民事裁判。最易明認之者也。民事裁判者。乃決定個人相互間權利之爭訟。從法規之所定。而確定宣言權利之所在者也。於民事裁判決定之目的。決非奪甲之權利。而承認乙之權利。其權利之誰屬。非民事裁判之所關。民事裁判唯照法規而確定權利之所在爲目的耳。依其結果。而何人可得權利者。非所問也。

於公法之區域。司法之目的。雖不能如此明瞭。然其關係。則相同焉。於刑事裁判而宣告刑罰者。非以處罰犯罪者爲目的。唯以視其行爲照刑法之規定。而確定宣言應處如何之罰。爲其

目的耳。夫國家設刑罰制度之最終目的。其在處罰犯罪者。是不待言。然若爲僅爲達此目的。則每有犯罪者。國家直逮捕之。以執行刑罰即足矣。然而僅此不能滿足也。於執行刑法之前。必行裁判手續。因之其犯罪乃從法規之所定。而宣告應相當於如何之刑罰。於是則可以保障刑罰之執行。乃爲嚴重準據於法規者矣。而裁判即爲因此目的而設者也。

民事及刑事之裁判。其在司法中。爲最早發達者。乃各國皆然者也。然而於近世之國家。則不啻民法及刑法之區域而已。就刑罰以外他之國家行爲。亦爲保障其嚴重適合於法規。而有就其行爲。設可確定宣言法規適用之特別手續焉。行政裁判。及權限裁判。皆爲爲此目的所設者。而其性質。又爲可屬司法中者也。

(二) 於憲法用語司法之意義

如上所述。由本來之性質言。則司法。不啻民事刑事之裁判而已。雖行政裁判。權限裁判。亦包含之焉。但民事及刑事之裁判。在各國不特發達最早。而且於今日。行他之種類。司法行爲之機關。如行政裁判。權限裁判。與掌民事刑事裁判之機關。亦常不相同也。故在今日而言司法。則僅限於民事刑事之裁判。其餘之裁判。則使屬於行政之中焉。

日本憲法第七十五條。曰司法權乃於天皇之名。依法律裁判所行之。此司法權云者。亦爲限於民事刑事者。而不包含行政裁判焉。依憲法第六十一條。行行政裁判之機關。稱爲行政裁判所。使之對於司法裁判所。觀於此。即可明瞭矣。

第二節 司法之機關

(一) 通常裁判所

司法權。乃於天皇之名。裁判所行之。即民事及刑事之裁判。非裁判所則不得行之爲原則也。稱爲行民事刑事之裁判。所設之機關。爲通常裁判所。

通常裁判所。分爲大審院。控訴院。地方裁判所。及區裁判所之四段。此等裁判所之構成。乃依法律定之。於定其構成必要以法律者。乃憲法上之要件。不得以勅令定之也。此即爲對於官制權。爲屬於君主大權之原則之一例外焉。

裁判所。以裁判官組織之。組織通常裁判所之裁判官。非具法律所定之資格。則不得任之。而除因刑法之宣告。又依法律之懲戒處分外。不能免其職也。

裁判官不僅有如此地位之保障而已。其於行使職權之時。有

完全之獨立。除服從法律之外。無受人指揮命令之事焉。憲法「依法律行之云者。即爲表明此意味者。有地位之保障。又有完全之獨立。於是乎裁判之獨立與公平。可得而確保之矣。

凡民事及刑事裁判。非裁判所則不得行之。此其原則也。然而非謂民事刑事之裁判以外。裁判所無其他權限之意也。於此以外。雖使裁判所行其餘之權限。亦非爲違反憲法焉。

(二) 特別裁判所

司法權。雖爲以於裁判所行之爲其原則。然得以法律別置特別裁判所。使管理民事刑事中之特別事項焉。

可屬於特別裁判所管轄之範圍。必要以法律定之。不從法律之所定。而於通常裁判所以外之機關。行民事又刑事之裁判者。乃爲違反憲法也。

特別裁判所之最重者。爲陸海軍軍法會議。領事裁判。及臺灣法院焉。

憲法第五十七條以下。至第五十九條之規定。爲專適用於通常裁判之規定。而非適用於特別裁判所者也。

(三) 司法裁判所與行政裁判所之關係

通常裁判所與特別裁判所。皆爲司法裁判所。即皆以掌民事刑事之裁判。爲其本來之權限也。但性質上可屬於司法之範圍者。於民事刑事裁判之外。尙有行政裁判焉。行政裁判。爲對於民事刑事裁判以確定民法及刑法適用爲目的。而以確定行政法之適用。爲其目的之行爲也。

行政裁判。其原則非司法裁判所之管掌。爲管掌之故。乃別置行政裁判所。行政裁判所之構成。亦要以法律定之也。

凡屬於行政裁判所管轄之事項。司法裁判所不得管轄之。所以期彼此權限之無衝突也。但憲法之趣意。決非爲一切行政裁判皆不許屬於司法裁判所之趣意。憲法唯禁止行政裁判所與司法裁判所。有共通之權限耳。雖性質上可爲行政裁判之事項。然依法律而以之屬於司法裁判所之權限。亦無妨也。

第三節 司法權之行使

(一) 司法權與法規之關係

司法乃以法規適用於實在事件之行爲。故司法權之行使。常以法律爲其準繩焉。而裁判官則必需從法規之所定。毫無依自己之意見。而爲自由裁量之餘地。唯以論理的解釋法規之精神如何耳。

法規之所定。原非網羅一切之細目而定之者。雖在刑法。亦僅

其最高限度與最少限度而已。於其範圍內則常依裁判官之認定而決之焉。然於此之際。裁判官亦非惟依自己之意見。應實際之便宜。而自由決定之者。唯依論理之力。而判斷此特定犯罪。於法律之精神。應相當於如何之刑罰耳。較之行政權。於許多之日時。得於法規範圍之內。依自己之意見而為決定者。全不相同也。

法規之淵源。或為法律。或為命令。或為條約。或為慣習法。無論於何如之際。裁判官皆要適用之。然裁判官對於法律之關係。則與其對於命令之關係不同焉。

(二) 司法權與法律之關係

司法權對於法律之關係。在絕對服從之地位。苟為法律而有効存在時。則裁判所必要適用之也。

故裁判所假令知法律之內容。爲違反憲法者。然裁判所不得拒絕其適用焉。決定法律有無違反憲法之最高的解釋權。存於立法權之本身。裁判所不得以自己之解釋。而對抗之也。然而裁判所適用法律者。唯限於爲有效成立之法律存在時耳。法律有效存在之時。則要（一）經議會之協贊。（二）以適法之形式爲公布之二要件焉。非備此二要件。則不得爲有效之法律。裁判所適用法律時。有審查是否果備此等要件之權力。又負其義務也。

然裁判所有審查法律果否已經議會協贊之權。唯審查已現於外部之事實耳。非及於議會內部之事項者也。議會之內部。於開議事時。必要之定員。是否出席。其議決是否已備必要之多數等。此議會本身。爲有最高之認定權者。而非爲裁判所可

得審查之範圍也。

三 司法權與命令之關係

對於命令則反之。非如法律。爲有絕對之服從地位者也。對於命令裁判所不止有審查是否有効成立之權而已。且有審查其內容。是否有違反憲法及法律之權。並要負其義務也。裁判所爲「依法律」行司法權者。依法律云者。非單謂适用法律之意。於法律之外。尙要適用命令及慣習法。乃不待言者也。依法律云者。又非謂訴訟手續要從法律之所定之意。憲法本意之所在。爲保障裁判所職權之獨立。裁判所除服從於法律之外。不立於其他權力之下之意也。申言之。則裁判官對於法律。雖在絕對服從之地位。對於法律之規定。不得以自己之意思。主張其違憲。然對於行政機關。裁判所則有獨立之地位。不服

從其權力。因而對於行政機關之行爲。裁判所就其內容。乃有
審查權者也。

第三章 行政

行政云者。由其本質言。則於法規之範圍內。就實在之事件。而達
國家目的之作用也。於此意義。則定法規之作用。不問其形式如
何。常爲立法而非行政矣。

然而行政。爲對於立法之觀念。而於立法。則要區別形式上之意
義。與實質上之意義。故行政之觀念。亦自要區別爲形式上之意
義。與實質上之意義也。

於實質上之意義。則立法云者。專謂依立法機關所制定之國家
意思表示也。即在君主國。則立法云者。君主依議會之協贊。而制

定法律之作用也。

故性質上雖爲制定法規之作用。然不屬於立法機關者。則不屬於立法範圍。而爲屬於行政之範圍者也。

行政又爲對於司法之觀念。而司法之觀念。於今日之法律上用語之慣例。則不爲包含一切之性質上之司法行爲者。而爲僅指民事及刑事之裁判者也。民事刑事裁判之外。性質上雖爲屬於司法之範圍者。然於形式上之意義。則尙屬於行政之觀念焉。故行政云者。謂除法律之制定。及民事刑事之裁判。而爲其他之一切國家作用也。

於此意義。則行政不僅謂屬於行政機關之權限一切作用而已。有雖爲屬於議會權限之事項。然非法律之制定者。則仍屬於行政之範圍焉。議會亦參與行政。議會爲議決豫算。承諾國債之募

集者。豫算及募集國債。非被限以法律之形定之。則非爲協贊於立法。而爲參與行政也。於一方又有雖爲屬於司法裁判所之權限者。然非民事刑事之裁判。則非司法而爲行政。如裁判所行登記事務。掌管非訟事件者。乃裁判所行行政者也。

論行政機關之組織。及行政之作用者。在國法學中。別爲一獨立分科。名曰行政。故其細論。應推於分科行政法部分論之。於此所要論者。僅命令豫算條約而已。

第四章 命令

第一節 命令之觀念

於專制國。則一切之權力。皆專屬於君主之一身。定法規之作用。於法規之範圍內。處置實在事件之作用。亦皆爲基於君主大權

之作用於此專制時代則無從區別法律命令焉。

法律與命令之區別。乃於立憲國始發達其觀念焉。立憲國於定法規時。則以要經議會之協贊爲原則。然就一切之法規而悉使經議會之協贊者。乃不可能者也。故有必要就或種之法律。乃使不經議會之協贊而亦得定之者焉。於是雖同爲定法規者。然因此遂生有經議會之議決。與不經議會議決者之區別。法律與命令之區別。即爲因此制定手續之差異所生之結果也。

法律乃依立法機關所成之國家意思表示。反之命令。則爲依於行政機關之國家意思表示也。

然行政機關之意思表示。非皆爲命令於行政機關要區別命令與處分。命令於一面係對於法律。於一面則爲對於處分之觀念也。

命令與處分所生區別之根本思想。乃在其所定之內容如何者。此無容疑者也。命令以定法規爲目的。處分則爲以處理單獨之事件爲目的者也。

然而此內容之區別。亦非得嚴重行之也。就法律而言。本來爲不拘以定法規爲目的者。與不定法規之法律。不妨其存在者相同。命令亦非僅常爲定法規者。雖非法規。然以命令定之。亦不妨也。故於命令有爲定法規之命令。與非定法規之命令之二種焉。就非定法規之命令。則不得依內容而與處分爲區別也。

命令與處分之區別。專爲形式上之區別。命令云者。明示其爲命令所公布之國家意思表示也。處分則爲不以命令之形式。所爲之行政機關之意思表示也。

命令因其制定之機關如何。而有勅令、律令、閣令、省令、府縣令、等

之名稱。於命令必付以是等之名稱。要明示其爲勅令、爲律令、爲閣令等、而公布之。以此形式所公布之意思表示不問其內容如何。皆爲命令。不具此形式者。非命令也。

第二節 命令之種類

(一) 命令。因其內容之爲定法規者。與不爲定法規者。而區別之。爲法規命令。與行政命令。行政命令云者。謂不定法規之命令也。即由其形式言。則爲命令。由其內容言。則爲處分也。雖其名稱不甚適當。難免有招誤解之虞。然沿用既久。唯有暫從之耳。法規與非法規之區別。在其有一般的拘束力與否。法規乃抽象的規定。某某之場合。應有某某之事。苟適合於其場合之時。則無論何人。皆爲應受其適用者之謂也。處分則反之。僅其指示特定之人。爲應及其効力者。而非爲有無論何人。皆應受其

適用一般之拘束力者也。

此區別。一見似甚明瞭。然於實際之時。則有不明瞭者。屬於行政命令之重要種類。爲官廳內部之庶務規程訓令。及營造物規則焉。於此等之際。乍觀之。則似爲有一般的拘束力之法則。即似可認爲法規。然官廳內部之庶務規程及訓令。唯服於官廳特別權力關係之官吏。爲及其効力者。而非爲適用於一般人民者也。營造物規則。亦與此相同。僅服於營造物之特別權力關係者。爲及其効力者也。故非法規命令。而爲行政命令也。

(二) 發命令之權。雖屬於君主之大權。然君主又得委任於他之行政機關。而使發之。依其制定機關之種類。而有勅令。閣令以下之區別。

(三) 命令之最要種類。乃因其對於法律之關係。而爲區別者。由

此點乃區別命令而爲緊急命令。委任命令。執行命令。及獨立命令之四種。

第三節 緊急命令

第一 緊急命令之性質

緊急命令爲代法律之命令。就憲法上之立法事項。非依法律則不得定之。此其原則也。然於議會之閉會中可制定法律者。乃生臨時緊急必要之時。若守待議會之開會。則於國家多有不利。故設以一時命令。得代法律之規定也。

第二 緊急命令發布之要件

得發布緊急命令之時。要備左之要件。

(一) 議會之閉會中 在議會之開會中。則凡法律。必要經議會之協贊。無可許發布緊急命令之理由。

(二) 爲保公共之安全又爲避其災厄 即要爲豫防又除却對於公共之危害也。爲積極增進公共之利益。則不得發緊急命令焉。

(三) 有必要用緊急命令之事 若於既成之法律範圍內。而得依行政通常之權限。以充其必要時。則不得發緊急命令焉。

(四) 其必要之爲緊急 緊急云者。不能待次期議會之時之謂也。

第三 緊急命令。可得規定之範圍

緊急命令。爲可以代法律之命令。故緊急命令可得規定之範圍。乃爲與法律可得規定之範圍。爲相同者也。法律不得違反憲法。命令亦不得違反憲法也。

第四 對於緊急命令之議會承諾

已發緊急命令時。則要提出於次期之議會。而得其承諾焉。求承諾之目的有二。第一爲使緊急命令之効力。將來繼續之。第二求承諾緊急命令之發布。爲正當行爲。緊急命令。非以確定之効力。而被發布者。乃以至次期議會開會止之假効力。而發布者。待次期之議會。付於議會之審議。以確定其効力者也。緊急命令。本來爲規定必要議會協贊之事項者。故使緊急命令。而爲有確定之効力。則爲立憲國最主要原則之所謂法律與命令之區別者。將被破壞矣。緊急之命令。原爲繫於解除條件者。以議會之不承諾。爲其解除之事實。因議會承諾。此解除條件。始被除却。緊急命令。至此始有確定之効力也。然而求議會承諾之目的。非僅爲因繼續其効力者。其另外之一目的。則

在得追認政府之行爲爲正當。而解除政府之責任也。發布緊急命令。要有必需發布之緊急。無緊急之必要而發布之者。乃蹂躪議會之權限者也。故憲法乃認於其發布之後。議會有審查是否有必要之權也。

若緊急命令發布之後。而於議會開會之前廢止之時。則是否尙要求議會之承諾。此異論之所存也。然承諾之目的。非僅爲繼續其効力者。故於此時尙要認提出於議會也。但從來之慣習。則採反對之見解焉。

已提出於議會。尙未至於否諾而議會已閉會時。則應生如何之結果。此亦爲異論之點也。然承諾乃因議會兩院之決議。而始成立者。非兩院皆已爲決議。則不得曰有承諾焉。故未至否決而會期已了時。即爲不承諾也。於議會之一院。已爲承諾之

決議。他之一院爲不承諾之決議。又未議了時。亦同。

議會不承諾之結果。政府乃要公布對於將來爲失其効力者。然則緊急命令。乃依議會之不承諾。而直失其効力歟。抑依政府之公布。而失其効力歟。學說雖分。然緊急命令。原爲以議會之不承諾。爲解除條件者。故謂爲依議會之不承諾。當然解除其効力者。乃最正當者也。政府公布其失効力者。非爲廢止之者。不過公示不得議會之承諾。隨而失其効力之事實耳。憲法不曰廢止之。而曰公布失其効力者。亦爲表明此意義者也。政府公布之與廢止之不同。故不必要以勅令之形式爲之。然要以公布緊急命令相同之手續。公布之焉。議會不承諾之時期。於一院已爲不承諾之決議時。又兩院皆尙未爲決議。已至會期終了之時。於此時期。緊急命令爲失其効力者也。

以緊急命令廢止法律。變更法律時。其命令若不得議會之承諾。則從前被廢止之法律。被變更之法律。當然回復其効力焉。議會已爲承諾之議決時。則緊急命令。由有解除條件之命令。變而爲有確定効力之命令。與完全法律相同。而繼續其効力焉。

第五 緊急命令之廢止。

緊急命令。爲代法律之勅令。代法律云者。不僅謂於其規定事項。與法律相同而已。於其効力。亦與法律相同之意也。故於廢止變更緊急命令時。要以法律又緊急命令廢止變更之也。

第四節 委任命令

凡憲法上之立法事項。命令者。除緊急命令之外。以不得定之爲原則。然依法律之規定。而以此等事項之規定。讓之於命令時。則

可以用命令規定之也。普通稱此曰法律之委任。稱基於法律委任之命令曰委任命令焉。

法律之委任。憲法上爲正當者。殆爲學說及慣例所普認者也。但常有二三學者。反對之焉。其說曰。協贊法律。不僅爲議會之權利。又爲義務。人既皆不能拋棄其憲法上之權限。則議會亦不能拋棄協贊權矣。對於憲法上必要以法律之事項。法律不自規定之。而以其規定委任於命令者。乃爲議會拋棄憲法上之協贊權者。是爲違反憲法之規定者也。若以法律之委任爲適法。則一切之立法事項。皆得以命令定之。雖全消滅議會之權限。是亦不得謂爲違反憲法已。

此理論若以其文字解釋憲法之規定。則可謂爲正當之見解。憲法定某某事項。必以法律規定之。而又使以命令規定之者。是爲

直接矛盾於憲法之正文者。故斷之爲違憲之法律。非必不當也。而爲辯解法律委任爲正當者。謂法律雖至細目止。設以規定。亦爲以法律定之之一方法。於一定之範圍內。而以其規定讓於命令。亦爲以法律定之之一方法。無論採何方法。皆不違反於憲法。云云。然此不免爲牽強附會之說。以命令規定之者。明與法律自規定者不同。憲法云爲應以法律自規定之。而今乃謂以命令規定之。尙爲以法律規定之一方法者。不可不謂假想之甚者也。

然而凡法律之解釋。非必定依其文字而爲解釋也。以法律之正文。爲法律解釋之唯一根源者。乃最淺陋之見解也。爲解釋法律時。常要溯於立法之精神。因推測立法者之意思而定之焉。法律之文字。不過爲推測立法者之一材料。而如憲法之法律。其條文簡約意義廣泛者。則其必要爲更大也。憲法雖規定某某之事項。

要以法律。然不得僅依其文字之意義。而明憲法之趣旨也。

蓋法律爲其制定手續之困難。而不能應急速之需要。又爲通於全國之法則。故不適於應地方之特種情況。而設特別之規定。是以使法律至於細目止。而自設規定者。實際爲不可能。而又非所以達公共利益也。若解釋憲法之規定。爲有如此不當之結果者。則決不得謂爲穩當之解釋也。

憲法就某種之事項。必要法律者。僅爲防行政機關之專斷濫制。限臣民之自由也。其目的則在爲臣民之利益。而保障其自由。決非至以臣民之利益爲犧牲止。而尙非有法律則不許規定之之趣意也。然若謂至一切之細目止。亦非以法律則不得規定之。是法律不能應臨機之必要。又不能應各地方特殊之事項。而設適當之規定矣。如此則保障臣民自由之規定。轉不免生害臣民利

益之結果也。若以命令得無制限而規定此等事項。則其違背憲法之趣意。是不待言。然命令得規定之者。僅爲止於法律委任之範圍內者。即雖法律自以之讓於命令之規定。然爲限於無依行政機關之專斷。而制限臣民自由之踰其範圍者。故憲法保障臣民之精神。毫不因此而受防害也。

綜言之。則反對說爲拘泥憲法文字之說。憲法之趣意。決不得解爲極端至於細目止。尙必要法律規定之趣意。憲法之趣意。僅規定就此等之事項。其大體之原則。必以法律定之耳。於其原則之範圍內。則雖讓之於命令之規定。亦不妨也。故可解釋爲非有法律之授權。則不得以命令規定一切之意也。強拘泥其文字。而反於普認之慣例。以法律之委任爲違憲法之理由。實不存在也。然法律之委任爲適法者。僅限於就特種之事項。自定其大原則。

而以其細目讓於命令之規定時耳。若爲可變更憲法上之權限者。則法律之委任。早已不正當矣。

法律之委任。或有不指定可發命令之機關。而泛委任於命令者。或有指定特種之機關。而委任之者。於已指定特種機關而委任之時。則僅該機關爲可定命令者。乃不待言者也。學者或有謂於法律。已委任於勅命時。則君主不妨更以之委任於行政官廳之命令者。然旣以法律規定委任於勅命時。則以勅令規定之。爲法律委任之要件。不得再以之委任於行政官廳也。法律可以憲法上之立法事項。委任於命令云者。其理論不得適用於此時也。何則。以法律委任爲正當者。可得解釋爲憲法之規定。非命至細項目止。亦應以法律規定之之趣意也。然而與此相同之趣意。於法律委任於勅令之場合。則不得而認之也。

法律委任於持種官廳之命令。則不得以上級官廳之命令。又勅令定之者。乃與以上所述之理由相同者也。然於君主又上級官廳。對之而發訓令。指揮應如何定其命令者。則毫無妨害也。

法律不指定特種之機關。而委任於一般之命令時。則何人有定其命令之權限歟。此爲依官制而定之問題。於此之時。則從官制之規定。當該官廳定其命令之大原則。其細綱目。則可委任之於下級官廳之命令焉。若官制無有如此權限之官廳時。則不可不解釋爲依勅令之外。不得定之者也。

第五節 獨立命令及執行命令

緊急命令。乃於有臨時緊急必要之時。而代法律。委任命令。乃依法律之委任。而規定立法事項。於此二種命令之外。尚有非有臨時緊急之必要。又非依法律之委任。而有當然得以命令規定之

範圍。稱此曰獨立命令及執行命令。

執行命令云者。爲執行法律之命令也。獨立命令云者。非依法律之委任。非爲執行法律。又非因臨時緊急之必要。依君主之大權。而當然可以發布之命令也。

第一 獨立命令可得規定之範圍

獨立命令。可得規定之範圍。決不能如可以法律規定之範圍廣泛。非包含國家之一切目的者也。

(一) 憲法就許多之事項。規定要以法律者。就此等之事項。則雖以命令亦不得定之也。

(二) 命令所不得變更之事項。故以法律已規定之事項。則固已不得以命令定之也。

(三) 此二制限之外。命令尙存有可得規定之積極的限界。

可得。以命令規定之事項。第一要爲保持公共之安寧秩序。及增進臣民幸福。所必要之事項。爲保持公共之安寧秩序云者。即爲警察之目的也。爲增進臣民之幸福云者。即爲助長之目的也。警長及助長之目的相合。而爲民政。又爲內政之目的。僅爲此目的之必要事項。屬於命令之範圍也。國家之目的。通常區別之爲外政、軍政、財政、法政、及民政之五大種。外政、軍政、財政、乃以發達國家之自身爲目的。法政、乃以作法及維持法爲目的。民政、乃以保護國民之利益爲目的。命令權之範圍。唯限於爲此最後目的之時也。爲外政、軍政、財政者。則假令憲法中。未特指明要法律規定。又法律中亦未規定之。然不得以命令定之也。

以上之外。尙得以命令規定之事項如左。

(甲) 定行政各部官制之命令。

(乙) 定海陸軍之編制及常備兵額之命令。

(丙) 宣告戒嚴之命令。

(丁) 授與爵位勳章其他榮典之命令。

(戊) 關於大赦特赦減刑復權之命令。

第二 執行命令可得規定之命令。

可否以執行命令而定法規歟。雖有多少之異論。然解釋日本之憲法時。於既爲爲執行法律之目的。則於其範圍內而可定法規者。乃不容疑者也。

第六節 命令權之委任

發命令之權。除法律直接以之委任於行政官廳之外。凡屬於君主之行政官廳。而有命令權者。則常爲基於君主之委任者也。

君主於如何之程度。得以其命令權委任於行政官廳歟。乃因命令之種類而不同。

(一) 緊急命令。爲規定可代法律之事項者。專屬於君主之大權。以君主定之爲憲法上之要件。故不得以之委任於官廳也。

(二) 雖委任命令。然若已明示特委任於勅令時。則不得更以之委任於下級之命令焉。

(三) 執行命令。及獨立命令。當然得以之委任於官廳。憲法亦明言之。然雖無此明文。亦當然爲可得委任者也。

第七節 命令之成立及消滅

第一 命令之成立 命令爲國家之意思表示。故與一切之國家意思表示相同。以意思之決定。與意思之表示二手續。而成立焉。意思之決定。依審署而行之。意思之表示。則依公布而行。

之也。

(二) 審署 依審署而決定可爲命令之國家意思。意思決定云者。非謂心裏之決定。心裏之作用。於法律全無關係。若自然人則意思之決定。於法律上之意義。乃與通常表示行之。至表示止。法律上不得謂爲意思確定者。反之國家之意思。則以區爲意思之決定。與其表示爲原則。審署者。乃變發命令機關之心裏決定。而爲國家意思之形式也。於未經此形式之間。則其意思。僅爲其人心裏意思。而於法律上意義之國家意思。不爲存在。乃因經此形式而始確定之也。審署之方法。乃署御名。鈐御璽。記入年月日。關於一般行政之勅令。則內閣總理大臣。主任大臣。皆副署之。關於各省專任事務之勅令。則僅主任大臣副署之。

(二) 公布 命令爲有一般之拘束力者。故要公布之焉。公布之方式。乃印刷於官報。

(三) 施行期限 命令雖依公布而表示之。然未即時而發現其拘束力者。乃其原則也。公布僅爲於其有期限內。可發現其拘束力者。爲實際發生拘束力時。尙要待至施行之期限也。命令之施行期。與法律之施行期異。法律之施行期。其原則爲公布之後二十日。然命令則以官報到達後七日爲施行期焉。而地方官廳之命令。則以由公布之日起算。以七日爲其施行期限。但以命令定特定施行期限者。不在此限。

第二 命令之消滅 命令乃因左之諸種原因而消滅。

(一) 廢止 命令乃於發此之機關發之。故以同一之方式。無論何時得廢止之也。廢止爲消滅命令最普通之原因。

(二) 取消 命令廢止之外。日本之官制。尙認上級官廳。得取消下級官廳命令之權。取消。爲上級官廳。直接以下級官廳之命令。爲無効之行爲。而非對於下級官廳。命其廢止之行爲。其効力爲可直接及於外部者。非如訓令僅爲內部之關係也。故要以公布命令相同之方式。公布之焉。

取消之効力。與廢止異。廢止僅爲於將來失其効力者。取消則或有僅以於將來失其効力爲目的者。或有以遡於既往。而以其命令無効爲目的者。或有於因超越權限。或違法律。及上級命令。而被取消之時。則其命令爲由始即不存在者。故不可不遡於既往而失其効力也。反之於單爲害公益而取消之時。則依官廳之意思。或僅將來失其効力。或遡於既往而使無効。若其意思之爲如何。不能明瞭時。則可解釋爲

僅使將來爲無効之意思也。蓋非違反於法律命令。又超過權限之命令。縱令有害公益。然法律上爲有完全之効力者。若使以之遡於既往無効時。則要特言明其意思也。

使命令溯於既往而無効之時。則務必要回復於未發命令以前之原狀。從而依命令所生之結果。亦要除却之。對於其結果之已發生者。則依法律之所定。而生損害賠償之問題。例如定罰則之命令。已被取消時。則依其罰則而爲處分之處罰爲無効。其未執行之處罰。則當然免除之。其既執行者。若爲財產刑時。則要還付其金額。若爲自由刑時。雖無可回復之手段。然而可視爲全未受罰者。以後雖再犯罪。不得以再犯論之。

(三) 命令因法律又上級命令之反對規定而消滅。凡命令

其効力爲不及於法律者。若反對命令之法律，已規定之時，即與之相抵觸之命令，當然消滅。上級命令與下級命令之關係亦相同焉。閣令、省令，乃依有反對之勅令而消滅。府縣令乃因勅令而消滅也。

(四) 委任命令，乃因爲委任之法律之消滅而消滅。委任命令之所以適法者，因有法律之委任耳。其委任已除時，則委任命令，失其可爲適法之根據，從而當然爲應失其効力者也。

(五) 執行命令，亦依原法律之消滅，當然消滅。執行命令爲執行法律者，故其法律已被消滅，則命令亦當然消滅也。

第五章 豫算

第一節 豫算之性質

豫算由其內容言。則爲國家收入支出之估計表。凡運轉稍大之會計者。不問其爲公團體。爲私團體。又爲個人。必要豫計量其收支。從其設計以爲運轉會計也。而在國家之大經濟團體。其尤必要如此之財政設計者。乃更不待言者也。豫算乃由國家爲大經濟團體之性質。所生之必然結果。而非立憲制度之特殊現象。然在立憲國之豫算性質。則有與專制國之豫算。大不相同之特色。即議會協贊豫算是也。

立憲國之豫算性質如何。在德國爲爭論最激之一問題焉。而爲其爭論之主要點。則在次之二點。即第一爲豫算是否有法律力之問題。第二於豫算不成立時。政府是否全不得爲收入支出歟。或引爲自己之責任。而可徑爲之歟之問題也。

普魯士及德意志中之數國。並德意志帝國憲法。皆規定豫算要以法律定之。於是學者乃謂豫算不僅於其形式爲法律。於其實力。亦與通常之法律無異。而主張得以豫算變更法律焉。反之其他之學者。則謂豫算爲法律者。唯其形式耳。於其實質上。則不爲法律。而爲單純之行政焉。主張前說之學甚少。而大多數之學者。則皆認豫算於實質上之意義。不爲法律也。關於此點。於日本憲法之下。亦無可疑之問題。蓋日本憲法。於德國之爭論。不特於憲法定之。而其規定。每年之歲入歲出。乃以豫算而應議會之協贊也。且實際之慣例。亦未嘗以法律之形。而發布豫算。因而在日本憲法之下。豫算於其形式於其實質。皆非法律也。而其不能廢止變更法律者。更不待言矣。

第二之問題。於日本憲法之下。亦無可疑之處。在德意志諸國。於

豫算不成立時。則政府爲全不有豫算者。豫算乃全然爲不存在者也。因而於此時政府應如何處分之問題。遂有許多之異論焉。或有謂必需辭其職者。或有謂以推測可得後日議會承諾之數日。而爲收入支出者。或有謂雖不必辭職。然爲無有行財政之途者。若日本憲法則規定於豫算不成立之時。可施行前年度之豫算焉。是以無豫算全不存在之事也。豫算既存在時。則政府爲必要準據而行財政者。故如此之問題。全不至於發生也。

以上在日本憲法之下。雖無爭論之處。然日本憲法關於豫算之性質。則尙有一可疑之點存焉。即豫算若不得君主之裁可。是否可成立之問題也。

爲答此問題時。先不可不論立憲國之豫算性質如何。在日本當憲法未制定之前。豫算性質。爲君主對於行政官廳所下之財政

上訓令者。乃不容疑者也。豫算乃於君主之名發布之。而行政官廳於其會計之收支。要準據其豫算爲之。如此豫算之性質。雖於後經君主裁可。爲以君主之名公布之者。而依此公布。行政官廳爲受其拘束者也。以此之故。雖於憲法之下。豫算尙於一面有君主對於行政官廳爲訓令之性質。而生其訓令之効力時。則要經君主之裁可。且要公布之也。

然而於憲法之下。則此非盡豫算之一切性質者。且亦非其主要之性質也。在憲法豫算要議會之議決。故於其性質。乃大生變更。豫算之主要性質。可視爲政府與議會之關係者也。

於立憲豫算之性質。第一乃議會於一年度之收入及支出。豫證明其爲適當。即若從豫算而行收入支出時。則爲承認國務大臣。對於議會之責任。已豫爲解除之手段也。由此豫算之實質言之。

則謂爲單純之會計估計。如此估計。雖政府亦得單獨爲之。議會爲協贊之而表同意者。乃議會證明其會計估計爲適當者也。豫算之法律上要點。在此議會之證明。非得此證明。則政府不得爲支出。若不得其證明而爲支出時。則議會得以適當之手段。而問政府之責任矣。從已得其證明之豫算而行會計。則議會即不得對之而問責任焉。蓋政府之對於議會責任。乃已依豫算豫被解除也。

豫算之第一性質。爲解除國務大臣對於議會之責任之手段者。徵之於豫算超過。及豫算外之支出。並憲法第七十條之緊急財政處分等。更可知瞭者也。於已行豫算外之支出。又財政上之緊急處分時。憲法以要於事後得議會之承諾。爲其要件。豫算外支出。又憲法第七十條之處分。與緊急勅令異。爲以一回之處分。而

完成其効力者。非爲將來繼續其効力者也。因而議會對於此不承諾之効果。不得如緊急勅令。而使對於將來失効力焉。又雖邇於既往。然無取消其効力之途也。議會之與承諾與否。於其効力。毫無所影響。故於此際。若非認國務大臣對於議會之責任。則議會之承諾。全爲無意味之行爲。是以於此時之議會承諾。專爲於事後解除國務大臣責任之手段也。豫算乃於事前解除責任。其不據豫算之財政上處分。則要於事後而求責任之解除也。

由是觀之。則於日本憲法下之豫算。有二面之性質。第一豫算之爲主性質。豫算乃議會對於政府之歲入歲出。而豫證明其爲適當之手段。第二豫算。乃爲有君主對於行政官廳會計上之訓令性質者也。於第一性質之豫算。專以議會之議決。而成立者。乃因其性質所生之當然結果也。法律乃君主與議會之共同行爲。君

主於行其立法權時。而使議會參與之焉。豫算則反之。乃政府與議會於相對之關係而行之者。非政府與議會之共同行爲。如立法則爲政府與議會向同一之目的。而共同發表其意思者也。在豫算則政府與議會爲相對立者。議會向政府而發表承諾之意思。因而於此性質之豫算。乃不要君主之裁可。僅以議會之議決而成立者。乃極明瞭者也。

於第一性質之豫算。不要君主之裁可而成立。乃因與憲法第六十七條相比較而明者。憲法第六十七條。規定就或種之歲出。非得政府之同意。則議會不得廢除減削之者。若豫算爲非得君主之裁可。全然爲不得成立者。則六十七條。所定僅就或種之歲出。必要政府同意之明文。不可不謂爲無意味者也。

然而如此成立之豫算。唯於政府與議會之內部關係。有其効力。

耳。對於行政官廳，不得有其効力也。蓋議會對於行政官廳，非爲有訓令權者故也。爲使之對於官廳而生拘束力之時，尙要經君主之裁可，因經裁可而始生爲豫算第二性質之訓令性質也。綜言之，就豫算是否要裁可之問題，要區別豫算之二種性質焉。於第一性質之豫算，僅由議會之議決而成立。至使之得爲訓令之性質，則必要君主之裁可也。

第二節 議會之豫算議定權

議會議決豫算之權，非如法律之議決權，爲無制限者也。

(一) 對於豫算，議會不有發案權。豫算之發案，專屬之於政府。議會因不有發案權之結果，故對於豫算議會之修正權，亦受制限焉。即議會之修正權，僅能廢除削減政府提案之豫算金額。若於政府原案之外，而增加豫算金額，又設新欸項時，則爲

侵發案權者。而爲超越議會之權限者也。

(二) 基於憲法上大權之既定歲出。由法律結果之歲出。及法律上屬於政府義務之歲出。議會無政府之同意。則不得廢除削減之。此爲疑問最多之規定。故更於左逐次說明之焉。

(甲) 何謂基於憲法上大權之既定歲出。議論雖多。然大權云者。乃泛謂君主之一切大權之意。而立法權亦爲屬於大權者。徵之於憲法第十七條第二項之規定。即可明也。然於此所謂大權云者。爲與由法律結果之歲出相對者。故其爲除去法律者。乃不待言者也。即本條所謂基於大權之歲出云者。於法律之外。由君主之大權作用。而於議豫算之前。既定費用支出之途者之謂也。於議豫算之前。既定費用支出之時。非一次之行爲。而完成効力之時。必爲將來可繼續其効

力者也。將來可繼續効力之大權作用。於法律以外。則爲命令及條約。故基於大權之既定歲出云者。畢竟爲因命令及條約之結果。既定之歲出也。

既定之歲出云者。依普通之解釋。則爲依前年度豫算。已定之歲額之意也。此解釋可爲穩當之見解。既定云者。單解爲於議其年度之豫算前費用支出之必要。既已定之者。不得謂正當也。何則。若如此解釋時。則憲法區別由法律結果之歲出。與由大權結果之歲出時。就基於法律之歲出。不曰既定。而僅就基於大權之歲出。用「既定」文字之理由。不能明解之也。

即勅令之結果。所必要之歲出。就雖爲超過前年度豫算定額之部分。又就前年度豫算所無之費用。議會無政府之同

意。則不能廢除削減之也。

然而不可因此遂謂爲依豫算而廢止更變勅令者。勅令依然而有効力。唯豫算不通過時。則其勅令不得行之耳。是以勅令乃以豫算之通過。爲其實行之條件也。

(乙) 因法律結果之歲出。及法律上屬於政府義務之歲出。則不問其存於前年度之豫算與否。當然爲束縛豫算議定權者也。

法律上屬於政府義務之歲出。云者如恩給。乃議豫算前之國庫。爲負法律上之債務者也。因條約。國家對於他國而負擔債務時。亦爲可屬於此中者也。

(丙) 就以上之歲出。無政府之同意。則不能廢除削減之。然而若解爲有政府之同意。則可自由廢除削減之。是大誤矣。政

府爲有實行法律命令條約等之義務者如非動法律勅令條約等則不得實行豫算者。政府乃不得爲同意者也。唯於法律勅令等之範圍內。就實行可得爲修正耳。故若得政府之同意則可以修正之也。

(三) 就皇室經費。乃從憲法施行前之定額。每年支出之。除將來要增加之外。無須乎經議會之協贊焉。已一次經議會之協贊。而增加其額時。則就其增加之分。以後亦爲不要議會之協贊者也。

(四) 繼續費。乃已豫定年限者。於其最初年度已經一次議會之協贊時。則其後亦爲不要議會之協贊者也。

第三節 豫算之編制

關於豫算之編成。所宜注意之點如左。

(一) 編成乃每年編成之。要記載一年度間之收入支出。會計上之年度。與年曆之年度不同。以每年四月一日始。翌年三月三十一日止。爲一會計年度。會計年度乃依法律所定。故於將來而以法律變更會計年度時。於其經過年度。則生編成不滿一年度端數豫算之必要。豫算原爲一年度之會計估計。如此行之。則似與其性質相矛盾。然此爲因會計年度變更。所生之當然結果。故憲法亦不得絕對的禁會計年度之變更也。

(二) 豫算以不分割爲原則。一年間之總收入及總支出。皆要以之記載於單一之豫算不得。對於特別之事項。又特別之期間。設別個之豫算也。但於此有二例外。一爲追加豫算。於豫算編成後。生不可避之必要。又豫算金額之不足時。則政府得提出追加豫算。一爲特別會計。設特別會計。乃依法律所定者也。

(三) 豫算以之分爲收入支出。而收入支出更分之爲經常及臨時之收入支出焉。經常臨時皆區別之爲款項。款項之區別。乃從大藏大臣之所定。款項之外。雖或有細別爲目節者。然此不過僅爲參考而示之耳。議會非就此細目而爲決議也。

(四) 於豫算中要設豫備費。算備費乃豫算中之一部。然非爲可支出之者。僅於生不可避之必要。又於豫算金額之不足時。因特別之手續而得爲支出耳。

第四節 豫算之効力

模倣英國及英國法之諸國豫算法。其豫算皆爲由租稅承諾權所發達者。而國王當徵收租稅時。先必要國民之承諾。國民乃因豫算所定之每年特定之費額。而承諾租稅也。租稅承諾之効果。僅限於一年。每年度要以新豫算。而求租稅之承諾。於如此時代。

之豫算効力。以置重收入爲主眼。非有豫算。則國王不得徵收租稅焉。至租稅由每年之承諾。而變爲以法律定爲有永久之効力時。則如此之豫算効力。乃大變更。租稅不據豫算。而依法律徵收之。就收入之豫算。不過爲單純之收入金額估計而已。而豫算之効力。遂專置重於支出也。

日本之豫算。由初即未受租稅承諾權思想之影響。故日本之豫算効力。專在於支出關於收入。則豫算單爲單純之估計。全不有法律上之効力。從而生以下之結果。

第一 關於收入之豫算。縱令超過豫算。或有不足。或生豫算所記載款項以外之收入。然法律上毫無妨礙。政府得專依法律命令之規定。而徵收租稅手數料。取得官業之收入。及其他之豫算。但募集國債。則另要議會之協贊焉。

第二 支出豫算則反之。而爲拘束國務大臣及行政官廳者也。

(一) 官廳不得於豫算記載目的以外爲支出。縱令於豫算總額。不超過豫算金額。然就特定款項超過豫算金額時。則爲違法。雖於一欸項有剩餘。他之欸生不足時。然亦不得流用之。於豫算之外。雖有臨時之收入。然該項收入。亦不得於豫算記載目的之外利用之也。

(二) 於記載豫算目的之外。生支出之必要。又於豫算金額而已生不足時。則得由豫備費中支出之。豫備費。有第一豫備金。第二豫備金之區別。第一豫備金。乃充豫算超過之支出。第二豫備金。乃充豫算外之支出。當支出豫備費時。要爲特別之手續。且要議會之事後承諾焉。

(三) 於以豫備費不足。補足豫算以外之支出。及豫算超過支

出之時。則除提出追加豫算。又依憲法第七十條緊急處分之外。則全無支出之途也。

(四) 於爲豫算外。又豫算超過之支出時。雖有以上之制限。然不支出已記載於豫算之支出金額。又有剩餘。則毫不爲違法也。豫算爲決定費用金額之適當與否。非決定其事業之是否爲必要者。故於豫算縱令爲支出金額之估計。然政府則非因此。而負必執行其事務之義務也。

第五節 豫算之不成立

豫算之不成立者。謂至會計年度開始之間止。豫算尙不能決議之時也。

豫算不成立。乃於議會不應召集時。又議會尙未議了豫算而已完了其會期時。又衆議院被解散之時。兩院之決議不一致時。所

生者也。就憲法第六十七條之支出。對於議會之廢除削減之決議。不得政府之同意。而議會亦不改其決議時。同爲議會之議決不成立之時也。反之第六十七條以外之支出。則不要政府之同意。僅以議會之議決。豫算爲成立時。故對於此種支出之廢除削減。政府之不同意。非豫算不成立之原因也。

於豫算不成立之時。日本憲法。則規定可依前年度之豫算。若二年以上繼續不成立時。則爲依二年前之年度。又其前年度之豫算者。乃不待言者也。

第六章 國際條約

國際條約者。乃依國家與國家間之合意。而設定國際間之法律上關係之行爲也。

國際法之効力。要區別爲國際法上者。與國法上者。

因締結條約。國家乃對於其條約。而生法律上之關係。此即爲條約之國際法上効力也。

然條約之內容。或有拘束國內之官廳動行。又規定國民之利益者。於此之際。欲條約爲行之有効時。則國內之官廳。及國民不可不被羈束。服從其條約之內容焉。稱此曰條約之國法上効力。締結條約之權。在君主國則屬於君主。在共和國則屬於大統領。然於國內而發可拘束國民之命令之權。於立憲國。則不專屬於君主。與大統領。而於某範圍之內。議會有協贊之權。是以若條約之內容。爲關於憲法上之立法事項者。則議會對於其條約。有如何之職權之問題生焉。此問題從來議論極多。今述之如左。

(二) 第一說。乃賴士德及拉龐德所主張者。其說之大要曰。條約

之國際法上之効力。要與國法上之効力爲區別。於國際法上有效所締結之條約。然於國法上。或有不得執行之者。條約於國際法上有效成立時。不要議會之協贊。僅以君主之批准。無條件而成立。於國法上之關係則反之。法律非依法律。則不得變更之原則。不因國家依條約對於外國負義務之事而消滅。故若要以條約執行於國內時。則要依普通之立法手續。而有議會之協贊也。

依此說則君主有完全締結條約之權。其所締結之條約。在國際法上有效成立。然若其條約之內容。爲關於立法事項時。則行於國內。尙要議會之協贊也。若議會不協贊。在國際法上雖爲有效成立之條約。然於國家則生不能實行之結果也。

夫國家其所以負遵守條約之義務者。乃今日國際法上所不

可疑之法規也。此國際法規。乃因國家既爲國際團體中之一。故不可視爲有違之意思者也。換言之。則遵守條約之義務云者。不僅爲國際法上之法則而已。而又爲國法上之法則也。然憲法上之認國家有守條約之義務。故條約若於國際法上。已爲有效成立者。則於國法上。又不可不有執行之方法也。於一方而條約有效成立。於他方面無執行之道者。乃明明自相衝突者也。

(二) 第二說。就憲法上要議會協贊之事項。非豫經其協贊之後。則不得締結有如此內容之條約也。

此說論理上。雖爲極正當者。然在以締結條約之權。無條件屬於君主大權上國。則此說不能行也。

(三) 第三說。乃認君主有無條件締結條約之權。然於執行其條

約所必要之法律。則議會應協贊之爲有憲法上之義務者也。然既曰協贊。則不可不有自由。強制的同意。非同意的協贊。非協贊若政府提出之法案。議會有必爲協贊之義務。則是早已不必經議會之協贊者。而爲僅以政府之意思成立者也。且即令議會有法律上協贊義務。然憲法全不設可強制其協贊之方法。故於實際議會若拒其協贊時。則政府亦不能如之何矣。條約違反之結果。亦不能免也。

(四) 第四說與第二說相同。君主非無條件。有締結條約權者。其與第二說相異之點。則在非絕對必要於締結之時。經議會之協贊焉。就必要議會協贊內容之條約。則非因締結而直生效力。其効力爲付條件者。以經議會之協贊。而爲法定條件者也。此說爲與第二說異其形而同其理者。在日本憲法之下爲不

可容者也

日本之憲法。乃以條約締結權爲無條件。而屬於君主之大權者。而就議會對於條約之職權。亦不設何等之規定。然而就制限臣民之自由。及財產權等之或種事項。則又以依於法律爲必要焉。此兩種之規定。若照其文字之意義解釋之時。則爲相抵觸者。雙方似皆爲不之讓之原則也。然據予之所信。則以條約締結爲屬於君主之大權者之原則。爲更強也。

締結條約之權。既爲屬於君主之大權。則君主所締結之條約。不問其爲如何內容之條約。皆爲完全有效之條約。而不必要經議會之協贊也。假令爲關於憲法上之立法事項者。然以條約締結時。則僅因此。而國家之意思。已爲有效成立矣。當執行之時。無須乎更發布法律。依條約之公布。而直有拘束官廳之及國民之力。

也。綜而言之。條約若其內容爲關於國民之權利義務者。則爲有二面之性質。於一面條約爲對於他國家之拘束。而設定國際法上之權利義務。於他面則條約爲獨立法律命令以外。爲法規之淵源。而有拘束國民之力焉。

條約之內容。僅爲規定國家之權利義務者時。則不必要公布之。雖爲秘密條約。然尙爲完全拘束國家者。若公布之。則不過爲有公布其事實於國民之目的而已。然條約之內容。若爲規定國民之權利義務者時。必要公布之。非有公布。則不得爲法規。而發表其拘束力焉。但條約非由公布而始生拘束力者。條約由初即有拘束力。唯非有公布。則不能實働之耳。

爲國內法規淵源之條約効力。則以其在法律命令之上。可得廢止變更法律命令。然不得以法律命令廢止變更條約也。蓋條

約非國家之單獨意思。而爲基於他國之合意者。故其効力。勝於國家之單獨意思也。

憲法講義終

光緒三十三年正月十五日
 光緒三十三年正月十五日
 光緒三十三年正月十五日
 再版發行



發行所
 發行所

著者 譯者 譯者 發行者 印刷者 印刷所

定價一元五角

日本美濃部達吉

湖北王運嘉

湖北劉鐵公

湖北王鐵公

日本東京麻布區筭町七十一番地
 藤田正知

日本東京麴町區內幸町一丁目二番地
 大江印刷所活版部

電話新橋四百〇六番

憲學社

中日各國各書房
 日本各書房

