

スルヤハ明ナルヘシ。此主義ハ私法上ニテハ積極的權利狀態ノ平等ナルコトヲ意味スルニ非スシテ總テノ人ニ對シテ私權取得ノ能力ノ平等ノ承認ヲ意味スルノミ。勿論實際上ノ法律系統ニ於テ二三ノ例外規定カ事ノ性質上認めラル、コトアルナリ。而シテ此能力ノ平等トハ總テノ人ニ對スル公法上ノ法ノ保護請求權ノ平等ノ承認ニ外ナラス。サレト之ニヨリテ直ニ公法上ノ實質的請求權ノ數量相同シキコトカ法ノ承認セル權利平等ノ内容ナリト云フヘカラサルハ既述ノ如シ、是レ請求權殊ニ行政ニ關スル請求權ノ數量及ヒ範圍ニ種々ノ階段アルコトヲ瞥見スレハ猶一層明ナルヘシ。而シテ茲ニ平等トハ權利保護及ヒ利益保護請求權ノ平等ノ承認、並ニ個人ノ利益顧慮請求權ノ平等ノ承認ナリ。此請求權平等ニ於テヨシ多少ノ例外アルニセヨ權利平等ノ唯一ノ法律上ノ積極的作用カ存スルナリ。

サレハ權利平等トハ少クトモ本來積極的身分ノ理論上ノ平等ヲ意味ス。此外權利平等ハ立法司法及ヒ行政上同一狀態ニアツテハ同一ノ數量ノ義務ヲ國家カ負フヘキコトヲ意味ス。而シテ總テ此等ノ形式ノ平等ハ決シテ個人ノ請求權ノ內容タリ得ス、此平等ハ法ナリ、且其個人ノ權利範圍ニ及ホス效果ハ純粹ナル反射作用ナリ、

第十節 主動的身分 Der aktive Status (主動的公民狀態)
(Status der aktiven Civilität.)

第一、一般的解説

國家ノ意思ハ自然人ノ意思ナリ、國家ノ意思ヲ構成スルモノハ事實上ニモ亦法律上ニモ國家機關トシテノ特定ノ個人ナリ。此ノ如キ國家意思構成ノ方法ハ最モ正當ナル且唯一ノ方法ニシテ法律上ノ觀察點ヨリ解説ヲ要ス。
如何ナル人カ如何ナル條件ノ下ニ國家ノ意思構成ヲ行ヒ、又ハ之レニ參與スヘキカラ規定スルモノハ法規ナリ。此法規ハ專ラ國家ノ利益ノ爲メニ存シ、個人ノ利益ニ何等ノ關係ヲ存セサルナリ、即チ國王、大統領、議會アリテ、國家作用ヲ處理スル事ハ決シテ各個人ノ利益ニ關セス。若シ各個人ノ利益ニ關ストスレハ機關ハ國家ノ爲メニ存スト云フ目的ノ事實ヲ其反對ニ轉換セサル可ラサルニ至ラン。
果シテ然ラハ國家ニ參與スルノ請求權、國家機關構成請求權ハ全ク個人ニ存セサ

ルヘク、常ニ之レヨリ一層狭キ意味ニ用キラル、参政權(politische Rechte)(一)モ亦法理上存スルコトヲ得サルヘク、又通俗思想ニ於テ此範圍ニ就テ個人權ト稱セラル、者モ權利ニ非スシテ法ノ反射ニ過キサルヘシ。ラバンドノ如キハ明ニ選舉權ニ關シテ何等論證スル所ナクシテ此結果ノミヲ引用セリ。二而レトモ此ノ如ク氏カ選舉權ノ個人權的性質ヲ否認スルニ用キシ論法ハ疑モナク私權タルモノニ對シテモ之ヲ適用シテ否認スルヲ得ン。例ヘハ一二ノ道路行政ニ對シテ取消ス可ラサル要求權ヲ有セル通行切符ノ所持人ニ對シテモ亦此鋒ヲ向クルコトヲ得ン。(三)選舉權ハ決シテ既得權(jus quæsitum)ニ非スシテ立法ノ總テノ變化ニ伴フ者ナリトハラバンドノ主張スル所ナルカ此ノ如キ性質ハ國家機關ノ地位ニ對スル總テノ請求權モ亦一般ニ之ヲ有ス。四然ルニ唯選舉權ニ或障害ヲ加フルモ不法ナラサルノ故ヲ以テ選舉權中ニ存スル請求權否認ノ理由トナサントスルハ否ナリ。其障害ハ少クトモ理想上ノ目的トシテ凡テノ選舉權者ノ選舉參與ヲ要求スル公共ノ利益ニ反スル者ナリ。

(一) 術語ハ此點ニ於テモ他ノ部分ト同シク一定セス、参政權ヲ既ト單ニ公權ノ意ニ用フルアリ

其ハ文字上正當ナリ、『憲法ニヨリテ付與セラレタル参政權』ノ侵害ノ爲メニ國民ノ訴願ヲ判決スル澳太判帝國裁判所ハ帝國議會ノ議員選舉權及ヒ市町村ノ選舉權ト共ニ二三ノ憲法ニヨル請求權例ヘハ合法ナル裁判官ニ關スル請求權ヲ參政權ナル觀念ノ下ニ排列セリ。

(二) 第一卷三百〇八頁三百〇九頁ハ其百四十二頁百四十七頁ニ述ヘタル所ト調和ス可ラサル矛盾ニシテ彼自身モ認ムルカ如ク頗ル粗雑ナル議論ナリ、(Hinweis 百四十七頁註ニ參照) 氏カ自己ノ獨斷論ニ利スル爲ニ選舉權ノ有スル法ノ反射的性質ヨリ生スル必然ノ結論ナルカ如ク論セル所ハ下ノ如シ曰ク選舉權ハ決シテ既得權ニ非スシテ私ノ所分ノ目的物タルコト能ハス、從ツテ移轉讓渡相續スルコトヲ得サル者ナリ、投票ノ妨害ヲ除去スル請求權ナル者決シテ成立セスト加之ラバンド自ラモ正當ニ主張セル法ノ保護請求權モ權利ノ性質ヲ有セサルコト、ナラン又同様ニ行政ニ對スル各個人ノ請求權モ單純ナル反射タルニ至ラン。

(四) フオン、ゲルバー大綱四十一頁
(五) ラバンドハ選舉權ノ反射的性質ヨリシテ僕婢勞働者、營業補助人、官吏ハ選舉センカ爲メニ休暇ヲ要求スヘキ權利ヲ與ヘラレス、又審問ノ爲メニ拘留セラル、人若クハ刑事被告人ハ選舉區ニ送ラル、コトヲ請求スル能ハサルノ結果ヲ生ストセリ(第一卷三百〇九頁、然レトモ此ノ如キハ上述モル人々ノ私權ノ大多數ニ就テモ亦同シ、耕作地ノ所有者タル農僕ニモ猶國家ヨリ彼レノ所有權ヲ行使センカ爲メニ任意ニ其服役ヲ離ル、コトノ權利與ヘラレサルナリ、

然リト雖モ此ノ如ク國家ニ參與スル權利ヲ以テ全ク法ノ反射ナリトスル此尤ラシキ思想ハ若シ事物ヲ一層深ク根本的ニ探究スルトキハ直チニ消失セン。何トナレハ之ヲ反射權(Reflexrechte)ナリトスルモ特殊ナル方法ヲ以テ個人ニ資格ヲ與フルニ非サレハ全ク不可能ニ屬スヘク、個人ニ其自然的自由以外ニ存スル能力ガ

付與セラル、ニ依テ此反射權アリ、此能力ヲ基礎トシテ始メテ參政權ノ行使モアリ得ヘケレハナリ。

個人ハ國家作用ヲ行フニヨリテ國家機關タリ、而シテ機關トシテハ決シテ獨立セル權利ヲ有セスシテ國家ノ權限(Competenzen)ヲ有スルノミ。故ニ法律上ノ意義ニ於テ統治スル者ハ君主ノ個人的人格ニ非スシテ國王(König)ナリ。之レト同シク選舉會ノ一員トシテ國家作用ヲ行ヒ、衆議院組織ニ參與スル選舉者ニアツテモ亦獨立セル個人トシテニハ非スシテ國家機關トシテ行爲スルナリ。(六)選舉ハ國家作用ナリ。其主體ハ決シテ個人自體タリ得ス。選舉事務ハ專ラ法ニヨリテ規定セラル、者ニシテ此法ニヨリテハ何人ニモ權利カ付與セラル、者ニ非ス、又合議裁判所(Richtercollegium)ニ於ケル裁判官カ其投票ヲ爲シタル時ト雖モ權利ノ行使ナル者ナシ。

(六)メルケル「エンチクロマザ」第四百三十八節ハ正當ニ之レヲ認ム、猶ギールケ「組合理論」七百〇七頁以下、ベルナチツク「彙集」三百十頁註三百十九參照。

然リト雖モ此點ニ關シテ一疑問ヲ生ス、即チ國家ハ自己ハ意思構成ノ要素タル

自然意思ヲ如何ニシテ得ルカハ問題之レナリ。之レニ對シテ二個ノ答案アリ得ヘシ。即チ義務ニヨルカ又ハ權利ニヨルカノ二ニシテ換言スレハ法律若クハ特別ナル義務の事由ニヨリテ生シタル役務義務(Dienstpflicht)ニヨリテ個人ノ意思ヲ國家ノ爲メニ用キ得ルカ又ハ國家カ個人ニ特定ノ能力ヲ分與シ之レニヨリテ公ノ利益ノ爲メニ活動スルヲ得セシムルカノ二方法ニヨルナリ、

第一ノ場合ハ茲ニ多ク説クノ要ヲ見ス。之カ例ヲ舉クレハ兵役義務(Wehrpflicht)陪審員、補助陪審員(Geschworenen-, Schöffenpflicht)タルノ義務ハ國家ニ對スル役務給付ヲ作成シ國家ハ之レヲ自己固有ノ活動トナス。當番役務(Reinendienst)及ヒ被選吏員ノ承諾義務ニヨリテ國家作用ヲ行フ地方團體ノ組織カ存在シ得、其他役務契約(dienstvertrag)ニヨリテ國家ノ特別權力關係ヲ生シ其效力トシテ國家ノ意思ノ爲メニスヘキ法律上ノ役務義務ヲ生スルコトアリ。總テ以上ノ場合ニアツテハ個人ノ國家機關トシテ活動スヘキ義務カ發生存續ス。

然レトモ第二ノ場合ニアツテハ國家ハ個人ニ國家機關トシテ活動スルコトヲ得ヘキ能力ヲ付與シ之ヲ其人格ニ附加連結スルモノニシテ之カ爲メニ個人ノ範圍

ハ義務ニヨリテ制限セラルコトナク、寧ロ法律上ノ行爲能力ニヨリテ擴張セラル、モノトス。換言スレハ個人ニ一ノ新ナル身分ヲ増加スルナリ。是レ即チ主動的公民狀態ニシテ畧言スレハ主動的身分ナリ。此身分カ單純ナル公民狀態ト明ニ區別セラル、點ハ國家ニ對スル請求權ヲ以テ其直接ノ内容トナサシテ寧ロ個人其者カ國家活動ノ目的物タリ得ヘク、此ニヨリテ個人ハ國家機關組織ノ一部トシテ其組織中ニ包含セラル、コトニアリ。且消極的身分トハ全ク正反對ヲナスニシテ個人ハ消極的身分ニヨリテ國家ヨリ自由ナルモ此身分ニヨリテ國家ノ爲メニ活動スルナリ。此ノ國家ノ爲ニ活動スヘキ點ニ於テハ受働的身分ト甚相似タリト雖彼ノ如ク最高意思ニ服從スルニ非スシテ、此最高意思自體ヲ構成スルコトヲ終局目的トスルカ故ニ明ニ之ヲ區別セサルヘカラス。加之受働的身分ヨリハ國家ニ對スル請求權ヲ發生スルコトナキニ反シテ此身分ハ個人ノ國家ニ對スル重要ナル請求權ノ法律的基础ヲ成ス者ナリ。然リ而シテ此ノ如キ個人ノ資格ハ法ノ單純ナル反射タルヲ得サルハ次ノ事ニヨリテ明ナリ。若シ國家カ其統治權ニヨリテ個人ヲ使役スルトキハ服從者ノ意思

ハ全クコ、ニ何等ノ要ナシト雖、公ノ作用ノ行使カ個人ニ委任セラル、場合ニ於テハ全ク之レト異ナリ。是レ即チ公益ノ爲ニスル活動カ同時ニ個人ノ利益ヲ満足セシムル場合ニシテコ、ニ始メテ個人ノ意思ニヨリテ共同體ノ必要作用ヲ行使スルコトカ保障セラル、ナリ。而シテ國家カ此個人利益ヲ一層著シク認ムル時ノ外、此作用ノ行使ヲ強制セサルナリ。(七)

(七) 議會ノ選舉モ亦選舉權ノ不行使ニ對スル刑罰規定ニヨリテ保護セラル、コトアルハ千八百八十一年三月二十一日ノ巴威倫選舉法第二十一條及ヒ千八百七十六年八月二十五日ノバーテン選舉法第五十七條ノ示ス所ナリ(ステルク獨逸憲法集九十五頁及ヒ二百三十四頁)。

此個人ノ利益ハ最モ明白ニ且最モ適切ニ君主權(Monarchenrecht)ニ於テ表ハル。君主ハ其地位ニ對スル請求權ヲ有シ、此權利ハ國家機關トシテニハ非スシテ個人トシテノ君主ニ屬スルコトハ國法学ノ著書ノ皆認ムル所ナリ。此理ハ亦自ラ民主國ノ統治機關(souveräne Organ)ニ就テモ正當ニシテ國民ナル一體ヲ構成スル個人ハ最高權力ヲ有スル機關組織ニ參與スルノ請求權ヲ有ス。而シテ上述シタル所ハ又代表組織(Repräsentativverfassungen)ノ國家ニ於ケル選舉權ニモ適用セラル。抑々歐洲大陸ニ議會ノ起リシ所以ハ相反スル無數ノ個人ノ利益ノ爲ニ此レヲ一ノ理想

的統一ノ下ニ調和シテ所謂公益トナシ之ヲ法律上ニ代表スヘキ機關ヲ設ケントセシカ故ニシテ其衆議院議員ヲ任命スルモノハモール、スタイン、及ビグナイストノ所謂『社會』(Gesellschaft)換言スレハ衝突スル無數ノ利益ニヨリテ或ハ互ニ結合シ或ハ互ニ相對立セル個人ノ總體即チ國民ナリ。若シ個人ノ有力ナル利益カ選舉權ノ背後ニ存在セサラシニハ普通選舉權ヲ認メサル國家ニ於テ何カ故ニ從來選舉ヨリ除外セラレタル國民階級カ激烈ナル運動ヲナセルカヲ理解スル能ハサラシ。猶人權及ヒ國民權ノ第一宣言カ選舉權及ヒ投票權ヲ其必要ナル要素トシテ布告シタルモ亦、共同意思ノ構成ハ個人ノ利益ノ繋カル所ナリトノ正當ナル認識ヨリ來レル者ナリ。又自由ハ國家ノ一員タルカ故ニ存スル者ナリトスル古キ觀念モ個人ノ利益ハ公益ヲ構成スルカ爲メニ主働的ニ活動シ以テ兩者ハ永續的ニ結合スル者ナリトノ思想ヨリ發シタルナリ。ルーソーカ其著民約論ニ於テ總意(Volonté générale)ノ説ヲ立テ之レヲ以テ總體ノ個人ノ意思ノ調和シタル内部的統一ナリトシ、此總意ノ支配ノ下ニ立テタル個人意思ニシテ始メテ自由ナル者ナルヘク、此ノ總意中ニ個人ノ意思ハ共働要素トシテ存スル者ナリト論セシカ如キハ實ニ

古キ思想ヲ近世ノ形式ヲ以テ言明シタル者ナリ。此故ニ國家ノ一員トハ自己ノ個人的意思ヲ公益ノ評價ニ委スル者ヲ指セルナリキ。

(八) 第六條

(九) 民約論第一卷第六章

法律上公ノ生活ニ參與スル各個人カ共同意思ノ構成ニ就テ有スル勢力ハ暫ク措クモ個人ノ利益ハ尙著シク其力ヲ逞クスルモノニシテ上ハ君主ヨリ漸次下リテ『參政權』ヲ有スル個人ニ至ルマテ苟モ國家ノ事ニ參與スル者ノ有スル社會的名譽及ヒ尊敬等皆個人ノ利益タラサルナシ。故ニ種々ナル根據ニヨリ一原則トシテ少クトモ一公共ノ利益ノ爲メニ活動スルニ當ツテハ多大ナル個人的利益カ存在スル者ナリ。

個人ノ請求權ヨリ須ラク區別セサル可ラサルハ個人ニ屬スル受働的資格ナリ。此資格ヨリ直接ニ國家ニ對スル請求權カ各個人ニ附與セラル、ニ非スシテ請求權ノ主體タリ得ルニ必要ナル能力カ付與セラル、ノミ。故ニ進ンテ主働的資格タル爲メニハ此抽象的能力ニ加フルニ此能力ヨリ生スル請求權ノ特別ナル取得

行為ヲ必要トス。然ラハ即チ受働的資格ハ法ノ反射ニ過キスシテ其性質上之レ
 ノミニテハ如何ナル種類ノ行為ヲナスノ權利モ存セサルナリ。此種ニ屬スル者
 ハ被選舉資格(Wahlbarkeit)及ヒ官吏資格(Amterfähigkeit)ナリ。此等ニヨリテ法律ノ保
 護ヲ受クルニ相當ナル請求權ハ發生セズ。此等ハ個人ノ權利範圍トナル者ニ非
 スシテ國家機關タリ得ル爲メニ各個人カ有セサル可ラサル性質ヲ定ムル法規ノ
 反射ナリ、^(二〇)之レ未タ選舉セラレサル者及ヒ未タ官吏タラサル者ニ就テハ爭ナ
 キ所ナレトモ受働的資格ヲ欠缺セル被選舉者又ハ被任命者ハ其主働的性質ニ就
 テ爭ヲ生シタル場合ニ其レニヨリテ惹起サレタル手續ニ於テ訴訟主體ノ地位ヲ
 要求スルコトヲ得ス。此場合ハ寧ロ國法ノ問題ニシテ國家ハ職權ニヨリテ法^{プロセッコ、スズプレクト}
 要求スル個人ノ資格ヲ審査スヘキモノニシテ、此資格ハ即チ個人カ爲セル國家ノ
 行為ノ有效ナル法律上ノ條件タリ。此受働的資格ハ根本ニ於テ消極的性質ヲ帶
 ヒ、此資格ノ存在スルコトハ國家ニ對スル請求權ノ付與セラレタルヲ意味スルニ
 非スシテ國家ヨリ解放セラレタル者ナルコトヲ示シ任命セラレタル者ナルコト
 ヲ認メラレタルニ非ス。嚴格ナル個人ノ任命請求權(Anspruch auf Berufung)カ存在

スル場合ニハ常ニ主働的資格存在ス。寺院法カ受働ノ資格アル者ヲ *Personne*

idoneae (能力者)ト稱スルハ其當ヲ得タルモノト云フヘシ^(二一)

^(二〇) 多クノ憲法ニ宣言セラル、國民ノ官吏タリ得ル能力ハ決シテ何等積極的ノ請求權ヲ與フ
 ル者ニ非ス、現太利帝國裁判所ノ第六十五號事件ノ決定理由ハ好模範ナリ、^(ヘイ)判決集^{第四}
 卷七百六十八頁

^(二一) C. 29X. de dnoh. et dign. (食録ノ附帶セル官職及ヒ位階ノ附帶セル官職) ^ヒ 猶亦ヒンシユス
 憲教及ヒ新教ノ寺院法第二卷四百七十六頁參照

主働的資格、即チアル格段ナル身分ハ機關組織ニ就キテノ個人的請求權カ附與セ
 ラレタルトキニ存スルモノニシテ、皇族、^{エルブリッセル}「世襲」議員タリ得ヘキ貴族、獨立私領區
 ノ領主ハ皆王位請求權、議員タルヘキ請求權、警察作用ノ行使請求權ノ如キ個人的
 請求權ヲ有ス。ベルソナ、イドニア(能力者)カ取得スベキ寺院機關ニアツテモ亦タ
 同様ナリ。官吏及ヒ議員モ皆カ、ル資格ノ存スルノ故ヲ以テ個人ノ利益ヲ法カ
 承認スルニヨリテ生スル個人的請求權ヲ有スルナリ。例ヘハ被選舉者ハ選舉者
 ヨリモ猶ホ一層公共ノ利益ノ爲メニ活動シ得ル個人的利益ヲ有シ、君主ト同シク
 機關組織ニ就テ個人的請求權ヲ有スルナリ。然レトモ官吏ニハ決シテ斯クノ如
 キ權利ナク官職(Amt)ヲ要求スルノ權利、即チ一種ノ *ius ad rem* (物ニ關スル權利)ハ其

有セサル所ナリ。官吏ハ其官吏タル身分ヲ任意ニ剝奪セラレ又ハ同等官以下ニ轉任セラル、コトナキヲ保障スル分限令(*gesetzliche Dienstpragmatik*)存スル場合ニ於テハ少クトモ官吏タル身分關係ニ就テノ請求權ヲ有スル者ト云ハサルヘカラス、(一三)例ヘハ帝國官吏法第六一條以下參照

國家機關タルノ請求權ヲ分析研究スルキハ此請求權ハ理論上常ニ同一内容ヲ有スルコトヲ發見ス、即チ國家機關トシテ當該個人ヲ承認スル、コト、(*Anerkennung*)及法規ニ規定セル作用ヲナスノ許容(*Zulassung*)之レナリ。此承認ヨリ當然許容ノ義務カ國家ニ生スルカ故ニ機關組織ニ就テノ請求權ハ根本ニ於テ承認請求權、詳言スレハ身分ノ承認ニ關スル請求權ナリ。此請求權ハ決シテ特定ナル國家ノ作用ノ行使ヲ以テ其目的トナスヲ得ス。何トナレハ此作用ハ唯國家ノ利益ノ爲ニ行使セラルヘキモノニシテ國家ノ利益ノ主體ハ常ニ國家ニシテ個人ニアラサルコト明ナレハナリ。故ニ此請求權ノ目的ハ個人ノ利益ヲ以テ内容トセサル機關組織其ノモノニアラスシテ此組織ニ對スル個人ノ關係ナリ。從テ國家ノ權限ハ君主ノ個人權ノ内容ニ非ス、議會ノ權限ハ議員ノ個人權ノ内容ニ非サルナリ、個人

ヲシテ機關トシテノ活動ヲ故障ナク行使セシメンカ爲メニ個人ニ法力(*Rechtsmacht*)カ與ヘラレタル時始メテ其法力ハ個人ノ請求權ヲ爲ス者ニシテ假令同時ニ公共ノ利益ノ爲メニ定メラレタルトキト雖モ亦然リ。カクテ其請求權ハ總テ之レヲ承認シタル國家ニ對シテ行ハル、ナリ。

參政權ニ於テ存スル個人ノ利益ト公共ノ利益トノ容易ニ分離ス可ラサル特種ノ結合ニ就テベルナツクハ特獨ノ解決ヲ與ヘ、先ツ王權ニ關シテ之ヲ試ミ、次ニ(他ノ所ニテ説明スヘキ)地方團體ノ權利(一三)ニ及ビ終ニ凡テノ他ノ參政權ニ論及シテ正當ナル認識ヲ得タリ。此レ獨逸法學界ニ於ケル分割的所有權說(*getheilten Eigenschaftum*)ニシテ國家ト國家以外ノ人格トノ關係ヲ説明スルニ二人格者カ同一權ヲ分有スルモノナリトスル論法ヲ此問題ニ於テモ用キントスルモノナリ。

(一三) 公法雜誌第五卷二百七十七頁以下參照

然リト雖モ是レ一方ニ於テ王權ヲ制限シ、他方ニ於テ總テノ國家直接機關ノ權利ヲ擴張スル場合ニハベルナツクカ前述ノ問題ニ就テ與ヘタル解決ハ以テ此レヲ説明シ得サルナリ。蓋シ分割的所有權ニアツテハ二個ノ權利カ同一物(*idem*)ノ上

ニ存スル者ナレトモ國家ト其機關ヲ構成セル個人トノ場合ニアツテハ權利ハ相互ニ異レル目的ノ上ニ存ス。故ニ君主ハベルナチツクノ云ヘルカ如ク機關ノ地位ニ對スル權利ヲ有シ(一四)君主ノ請求權ハ唯此ノ地位其者ニ對シテ存スルモ機關ノ權能ノ内容即チ國家ノ權限ハ決シテ君主ノ「固有權」ニ有ラサルナリ。然ルニ君主ハ機關ノ地位ニアツテモ猶個人的人格ヲ保有セル者ナリトシ、君主ヲ機關ノ地位ニ於ケル人格及ヒ非人格ノ雜種トシテ思惟シタルハ實ニ氏ノ理論ノ誤謬ノ存スル所ナリ。而カモ尙之ニ基キテ固有權及ヒ他人權ノ觀念ニヨリテ機關意思及ヒ國家意思ノ關係ヲ解決セントシタルハ愈不當ナリト云ハサルヲ得ス。(一五)即チ氏ハ此前提ニ基キテ機關ノ地位ニ對スル君主ノ權利ハ「固有」ナリトシ、決シテ國家ヨリ導キ出サレ得サル者ナリトセリ。此ノ如クシテ非難多キニ拘ラス、尙科學上既ニ廢滅シタル此ノ觀念ヲ借リテ自己ノ謬說ヲ固持シ、終ニ君主權ヲ私權ノ一種ナリト極論スルニ至レリ。然レトモ此論據ノ那邊ニアリヤヲ了解スルコト能ハサルナリ。(一六)且氏ノ議論中ニハ國家及國家ノ秩序ハ唯國家團體ノ爲メニノミ存スルモノニ非スシテ亦國家ノ最高部ニ位セル個人、即チ君主ノ爲メニモ存スル

者ナリトノ前提ヲ有スル者ノ如シニセ此說ハ十九世紀ニ至リルードウイツヒ、フオン、ハルレルノミ尙熱心ニ之ヲ主張シタリト雖、激シキ論争ニヨリテ漸ク承認セラル、ニ至リシ近世國家觀念ト全ク一致セサル所ナリ。

(一四) 前掲二百九十九頁

(一五) 第十三節參照

(一六) 前掲三百〇一頁

(一七) 之レヨリシテベルナチツクカ確定セント試ミタル利益ノ一致ナル觀念ヲ生シタリ。然レトモ此ノ如キハ既ニ根本ニ於テ不可能ニ屬ス。何トナレハ、國家團體ノ利益ハ個人ノ利益ト全ク相一致スルコト能ハサルハナリ。個人ノ利益ハ如何ニ擴張セラル、トモ常ニ時ニヨリ内容ニヨリテ制限セラル、ニ反シ、不滅ノ共同體ハ其本分ニ從ヒ、人類ノ共同目的ノ總體ノ爲メニ活動スヘキ内容上制限セラレサル利益ヲ有スレハナリ。此場合ニハ個人ノ利益及ヒ公共ノ利益ハ一致スルヨリモ寧ろ差異アリト云フヘシ。君主タルヘキ特定人ノ法律上ノ利益ハ決シテ亦國家ノ法律上ノ利益タルコト能ハス。從テ國家ハ或ル特定ノ主權者ニ對シテ權利ヲ有セサルナリ。然ラサレハ君主ノ一方的意思ニヨリテ君位ヲ拋棄スルコト不可能ナルニ至ラン。猶憲法ニ從ツテ國家權力ヲ行使スルニ就テ國家ノ有スル利益ハ同時ニ君主ノ法律上ノ利益ナラス寧ろ其國家ノ利益ハ君主ノ義務ヲ設定スルモノナリ。故ニ君主ノ憲法上ノ制限ハ君主ノ利益ニシテ從ツテ其ノ權利ナリト眞面目ニ主張スルコト能ハサルナリ。

既ニ四十年前以前ニ於テフオン、ゲルバーハ其著公權論ニ於テ正當ナル認識ニ達スルノ途ニ入レリ。(一八)當時獨逸國法ノ理論ハ猶古キ帝國時代ノ領土國(Territorial-

Staat)ノ觀念ニ支配セラレ、國權ハ領土高權ノ從物ト見傲シタリ、而シテ國權ヲ領主タル個人ノ有スル物權ノ一種ナリトスル思想ハ帝國ノ分裂後國家關係ノ頗ル錯雜不明ナリシ當時ニ在ツテハ帝國公法學者ノ幼稚ナル國法上ノ思想ニヨリテハ未タ根本的ニ廢棄セラル、ニ至ラサリシナリ。(一九)王權ハ全ク私法上ノ者ナリトシタルマウレンブレツヘルノ説ハ明ニ矛盾セル者ニシテ、アルブレヒト(二〇)及ビスタール(二一)ノ説明ニヨリテ王權ハ純然タル公法的性質ノ者ナルコト漸ク會得サル、ニ至レリ。然レトモフオンゲルバーニ至リテ始メテ明白ニ君主ノ權限ト君主トシテノ地位ニ對スル請求權トヲ區別シ、後者ヲ以テ國家ノ一員トシテ君主ナル人格ノ地位ニ立ツ場合ニ設定セラレタル個人權ナリトシ、且本質上公權ナラサル可ラストセリ。(二二)此認識ハ猶益發達セシメサル可ラスシテ退步セシムヘキニ非ス。

(一八) 五十一頁以下

(一九) 然レトモベルナチツクカ公法雜誌二百四十六頁ニ示ス如ク當時既ニ君主ノ國家ノ一員タル地位(Gliedlichen Stellung)ニ關スル思想ハ表ハレ始メタリ。アルブレヒトノ先驅者ニ關シテハマウレンブレツヘルノ著獨逸ノ統治諸侯ト統治權(四頁以下及ビ五十九頁以下ニ掲グル參考書目)ノ示ス所ヲ參照スベシ(殊ニマールエール及ヒポツセチ參照セヨ)

(二〇) 前掲ゲツチンゲン演習報告殊ニベルナチツク雜誌二百四十六頁註二百二十四ニ遺憾ナク轉載セラレタル章句ハ國家ノ法人格ト國家機關ヲ構成セル個人ノ非人格トヲ最モ明瞭ニ指示セリ。ベルナチツクハ共同體及ヒ國家ノ性質ニ就テハ之レヨリモ完全ニ記述シ能ハスト云ヘリ。余輩モ亦全ク此陳述ニ同意ス。但シベルナチツク自身ノ獨立セル論文ハ此證辭ト一致セサルカ如ク見ユ。

(二一) リヒテルノ法學批評年報第五卷百八十頁ニ於ケル獨逸諸侯ニ關スル論文ニ於テマウレンブレツヘルハ國權ノ總攬者ノ觀念ヲ說明シテ曰ハク、總攬者トハ敢テ諸侯カ國家ヨリ離レテ自己ニ屬スル威力又ハ最上權ヲ行使スル事ヲ意味スルニ非スシテ唯諸侯ハ神ノ定メタル制度ノ一部分ニシテ他ノモノノ影響ニヨラス其自體已ニ完全及ヒ最上權ノ地位ナルコトヲ意味ス、ト、猶法理哲學第二卷第二章第七十一節ニ曰ハク、諸侯ハ自然人格者トシテ國家ノ上ニ立チテ支配スル者ナリト見ル能ハス、君主ヲ有スル國家自身カ人格者ナリト曰ハサル可ラス、ト、

(二二) 公權論六十三頁以下

若シ國權ニ對スル權利ナル支持ス可ラサル觀念ヲ拋棄スルトキハ主動的公民狀態ヨリ直接ニ發生シ他ヨリ導キ出サレタルニ非サル請求權ノ内容ハ容易ニ認識スルコトヲ得ヘシ、抑個人ハ主動的身分ニヨリテ機關組織ニ就テノ請求權即チ個人ヲ國家權限ノ主體トシテノ承認ヲ要求スル請求權ヲ有ス。而シテ個人ノ請求權ハ唯承認ヲ以テ目的トシ得ルノミ。吾人ハ茲ニ再言ス、國家作用ノ行使自體ハ個人ノ權利ノ内容ニ非ス、且内容タリ能ハサルナリ。何トナレハ國家機關トシ

テ自然人ハ人格ヲ欠缺スレハナリ。本來個人ハ己レヨリ高キ全部ノ分子タルモノニシテ此分子タル個人格ハ唯全部ノ分子タルコトニ就テ請求權ヲ有スルノミ。例ヘハ君主ナル個人ハ唯君主ナル身分ノ承認ニ就テノ請求權、換言スレハ個人カ最高機關タリ得ルコトニ就テノ請求權ヲ有ス。二三 之レニ反シテ國權自體ハ國家ニヨリ、從ツテ國家ノ一部ヲ構成セル個人ニヨリテノミ行使セラル。此ノ如キ君主ノ意思權 (Willensrechte) ハ個人的人格者ノ權利ニ非ス、制度的性質ニヨリテ君主ナル國家機關ニ結合セラレタル者ナリ。二四 此ノ理ハ總テノ他ノ主働的資格ニ關シテモ亦同様ナリ。

(二三) 故ニ此請求權ハ在ニ關シ有ニ關セス、換言スレハ人ノ資格ニ關シ目的物ニ關セス、
 (二四) フォン、ゲルバー大綱七十九頁

第二、個人ノ主働的資格(參政權)

其一 君主權

君主權ニアツテハ二個ノ分離セル請求權ヲ區別セサル可ラス。即チ其一ハ君位取得ノ請求權ニシテ其二ハ取得者ノ請求權ナリ。此兩者ハ世襲王國ニ於テハ唯

一ノ例外トシテブルガリアヲ除キ憲法ニヨツテ家族團體トシテ結合セル個人ノ狭小ナル範圍ニ屬スル個人ノ資格ニ基ク者ナリ。王朝ヲ繼承スルコトヲ得ヘキ能力アル皇族ノ一員ハ最高ノ特典アル特種身分ヲ有ス。而シテ君位取得ノ請求權ハ主働的資格ヨリ發出スル者ナリ。何トナレハ潛勢的請求權ヲ實現スル爲メニ格段ナル創造的行爲ヲ必要トセスシテ寧ロ當然ニ此請求權ハ發現スルモノナレハナリ。而シテ此請求權ハ純然タル公法上ノ性質ヲ有ス。此故ニ彼ノ君主候補者 (Anwärter) ノ王位ニ對スル權利ヲ以テ采邑相續權ノ一種トナスカ如キハ、近世ノ國家思想ト全ク矛盾セル者ニシテスタール(一)ツエツフル(二)ツアハリエ(三)ニヨリテ代表セラレゲルバー(四)スラ尙主張シタリシ此見解カ近代ノ學者ニヨリテ全ク顧ミラレサルニ至リシハ國家觀念ノ認識ノ發達ノ徵證トイフヘシ。此ノ事實ヨリ重要ナル結果ヲ生ス、即チ所謂「候補者」ノ既得權ナルモノナク、從ツテ皇位繼承順位ノ變更ハ單ニ憲法ニ從ツテ適法ナル形式ニヨリテ行フヲ得ヘク、明ニ憲法ニ反對ノ規定ナキ限り一族ノ同意ハ法律上不必要ナルノミナラス、全ク無意味ナルコト之レナリ。(五)

(一) 「法律哲學」第二卷第二章二百四十頁
 (二) 「普通獨逸國法原論」第五版第一卷五百九十一頁
 (三) 前掲第一卷三百四十二頁
 (四) 「大綱」九十二頁註七
 (五) 此結論ハ英國法ニ於テ始メテ表ハレフイッセル英國憲法第二版百十九頁參照、獨逸ニ於テハ最初モールカ其著ヅエルテンベルヒ國法學第一卷四百三十四頁以下ニ於テ君位承繼法ノ純然タル公法的性質ヲ認識セリ。今日ニ於テハ此思想ハ知名ノ學者ニヨリテ主張セララル、グー、マ、イヤ「國法學」二百十二頁及ヒ其註三ニ掲ケタル著者ヲ參照スヘシ、

君位繼承法ニヨリテ君位ニ昇ルヘキ者トシテ指定セラレタル者ハ第一ニ自然人タル自己ヲ國家ノ最高機關構成者トシテ承認サルヘキ基本的請求權ヲ有スルモノニシテ(六)總テノ君位ニ關スル爭ハ常ニ此國家ノ承認ニ關スル爭ナリ。爭ナクシテ君位ニ即ケル君主ト雖モ亦絶エス君主トシテ認メラルヘキ此ノ請求權ヲ有スルナリ。而シテ君位ニ關スル權利ハ全ク此請求權ヲ以テ盡キタルナリ。假令特別ナル方法ニヨリ君主ノ個人性カ總テノ統治行爲ニ表ハレ來ルコトアリトスルモ之レ人格ノ歴史的價值ニシテ權利ノ觀念ニ包括セララルヘキモノニアラサルナリ。君主ハ國家ノ機關ニシテ如何ナル點ニ於テモ國家的權利ノ主體ニ非ス。故ニ君主ノ統治權利(Regierungsrechte)ナル者ハ統治機關ニ屬スル國家的權利ニ外ナ

ラス、其範圍ニ關スル爭議ハ唯權限ノ爭議トシテ考フルコトヲ得ヘク、權利ノ爭議トシテ考フルコトヲ得サルナリ。

(六) 王權ノ性質カ理論上認識セララル、ニ拘ハラズ、機關組織ノ構成者タル個人ト機關權限トノ間ノ區別ハ未タ明ニセラレズ。終ニ君主ヲ以テ國家權力ノ主體トスル論ニ復歸スルヲ見ル。カクテハ、シユルチエ「獨逸國法學」第一卷第八十二節プロイス「國法學」第二版第一卷四十七節、ゲマイヤ「國法學」二百〇六頁及ヒ同帝國機關ノ立法參典「十六頁ノ如キ國家權力ノ主體ト國家機關トノ間ニ區別チナシ、主體ヲ以テ特種ノ機關即チ自己ノ權力ヲ委任又ハ代表ニヨラスシテ行使スル機關トナセリ。統治者說ヲ採ル者ハ此見地ニ立ツ事案ヨリ當然ナリ。而シテ彼等ハ國家ノ人格ヲ拒否スルカ故ニ少クトモ同一權利ヲ二個ノ異レル主體ニ屬セシムルカ如キ矛盾ニ陥ラサルコトヲ得ルナリ。然レトモフガン、ゲルバーニ至リテ始メテ正當ナル解決ヲ得タリ。彼レハ曰ハク「組織トシテノ王權ノ内容ト王權ヲ所持スルノ權利トハ區別セサル可ラス、而シテ後者ノミ直接ニ人格ト接觸スル權利ナリ」ト「大綱」七十九頁註四。猶彼レハ王權ヲ君主タル權利ナリトセリ、法律論文集「第二卷四百五十五頁參照。又ガ「ライニスハマルクワレーゼン」普通國法學「三十六頁ニ於テ元首タルヘキ資格」ニ就テ論ス。ギールケハ「ラバント」國法學ト獨逸法學「シユモラ」年報第七卷ニ於テ元首ノ地位ニ對スル君主ノ權利ト機關自體トハ區別シ、且前者ヲ以テ權力ヲ有スル公民權ナリト解釋セリ。然レトモ彼レカ四十七頁ニ論スル不明ニシテ矛盾多キ機關人格ノ觀念ニヨレハ彼レノ解釋ハ明ニ「ガルバ」ノ解釋ヨリ退化シタル者ナリ。ザイドレルハ「埃太利法」ニ於ケル代表機關ノ一員ノ特免「七十一頁ニ於テギールケ」ノ說ニ與ス、然レトモ其六十九頁ハ機關人格ノ觀念ヲ却ケタリ。

(七) 茲ニ法律上ノ認識ノ制限及ヒ自覺ヲ明白ナラシムル一點アリ。國家ノ生活ハ法律上ノ觀察ニヨリテノミ觀念ヲ得ル能ハサルコト之レナリ。總テノ生活ハ個人ノ具體的動力ノ直接效果

ニシテ法理ノ一道具ニ過ギサル抽象的觀念ヲ以テ之レヲ充分ニ解釋シ得ヘキモノニアラス。故ニ君主ノ個々ノ政治上ノ作用モ、議會、大臣、官吏等ノ作用モ皆法律上ノ模形ニヨリテ觀念ヲ得ルコト能ハサルモノナリトス。

統治者ノ權利トシテノ君主權ハ一見他ト異ル特質ヲ有スルノ觀アリ。即チ此權利ハ公權ニシテ權利者ノ意思ニヨラスシテ變更ヲナスコト能ハサルノ觀アルコト是ナリ。(八)議會ノ地位ノ變更モ亦實ニ議會ノ同意ナクシテ行フ能ハスト雖、唯議會全體トシテノ地位ニ關シテノミ此同意ヲ要スルモノニシテ、其議員ノ權利ニ至テハ少數者ノ不同意ニ拘ラス、多數決ノ原則(Majoritätsprinzip)ニ由テ之ヲ變更スルコトヲ得ヘシ。且君主及ヒ議會ノ機關地位ニ關スル範圍ニ在テハ一般權利ノ變更トシテ論セラルヘキモノニ非ス。是レ權利ノ變更ニ非スシテ法ヲ變更スル新權限ノ配分ニ關スル事項ニ過キサレハナリ。之ニ反シテ君主ノ個人權ノ變更カ問題トナレルトキハ、勿論君主ナル機關ト君主ナル個人ト事實上同一ナルカ故ニ、常ニ君主ノ機關意思カ其意思ヲ發動スル個人ノ未來ノ地位ヲ決定スルコト、ナルナリ。即チ統治者タル個人ノ意思ト國家ノ統治機關ノ意思ト事實上同一ナルカ故ニ、君主ノ權利ハ君主自ラ決スルノ觀アルナリ。然レトモ之レカ爲メニ主權

ハ決シテ既得ノ私權トナルコトナシ。此權利ハ他ノ總テノ公權ト同シク國家ヨリ付與セラレ、且他ノ總テノ公權ト同シク法ヲ變更スル國家ノ意思ニ從ハサルヘカラス。故ニ統治者タル個人ノ同意ニヨラスシテ國家機關トシテノ權限ヲ有スル君主ノ一方的意思ニヨツテ憲法ノ定ムル形式ニ從ヒ、統治者タル個人ノ法律上ノ地位ヲ變更スルコトヲ得ルナリ。

(八)之レガ君主權ノ標準トシテ掲ケラル、例ヘバツアハリエー前掲第一卷八十五頁、

統治者ノ主働的資格ノ承認ニ基キテ發生スル此統治者個人ノ法律上ノ地位ハ一國ノ請求權トナリテ外部ニ發現シ、之レニヨリ統治者ノ特別ナル全身分ヲ表明スルナリ。其第一ニ來ル者ハ君主ノ不當責(Untrenantvorhlichkeit)ナリ。是レ其消極的身分ノ想像シ得ヘキ最高ノ擴張ニシテ君主ハ此身分ヨリシテ自己ニ對シテ何等ノ國家機關(裁判所、議會)ノ行爲ヲモ及ホサ、ラシムル不行爲ノ請求權ヲ發生ス、此ノ請求權ノ主觀的利用即チ權利トシテノ實現ハ法理上可能ナレトモ、普通ニハ法自身ニヨリテ實現セシメラル。第二ハ君主ノ名譽權(Ehrenrechte)ナリ。此權利ハ一般ニ個人權ノ性質ヲ有スル場合ニハ最高ノ特典的消極身分ヲ構成ス。

之レニヨリテ君主ノミ或ル行爲ヲ爲シ得ルナリ。宮廷ノ保持、^九特種ノ稱號及ヒ徽章ノ使用ハ即チ此權利ニ屬ス。然リト雖モ他ノ觀察點ヨリスレハ、此權利ハ同時ニ統治者タル個人ニ對スル國家ノ義務タルノ觀アリ。何ントナレハ國家ノ利益ハ、本來王位ノ外部ニ對スル品格、及ヒ君主ノ適當ナル稱號ノ使用ト關連シ、君主ノ稱號ノ國際法上ニ於ケル價值ニヨツテ増進スル者ナレハナリ。之レカ爲メニ茲ニ論スル請求權ハ法ノ反射ニ非サルヤノ疑問ヲ生スヘシ。然レトモ君主ノ本來ノ個人的利益ハ、疑モナク付與セラレタル^六權能ノ行使ニ存スルコトハ明ニ法ノ反射ノ性質相容レス、唯個人ノ權利ト國家ノ義務トハ茲ニ特別ナル方法ヲ以テ互ニ結合セルモノニシテ、君主ハ一方ニ於テハ至尊稱號ヲ使用スヘキ權利ヲ有シ、他方ニ於テハ其王位ニ在ル間ハ此稱號ヲ拋棄スルコト能ハサルナリ。

(五) 然レトモ宮廷ノ保持ハ家法ニヨリ又ハ君主ノ許可ニヨリテ亦皇室ノ他ノ一員ニモ屬スルコトアリ。ザイデルガ「巴威倫國法學第一卷三百六十頁ニ於テ宮廷ノ名譽ノ爲メニ君主ニヨリテナサレタル制度ニ對スル國家ノ保護ノミカ公法的性質ヲ有ストナセルハ全ク正當ナル見解ナリ。

從來名譽權ノ種類ニ屬スル者トシテ數ヘラレタルモノ、大部分ハ、臣民ノ特定セ

ル^七由義務ノ單純ナル反射ナリ。例ヘハ祈禱ノ代拜ヲナス「權利」、國喪ノ「權利」、及ヒ最高ノ軍事的名譽表彰ノ「權利」^八如キ之レニ屬ス。(二〇)而シテ君主及皇族ノ特別法ノ保護請求權(二一)モ亦權利トシテ主張サル、コトヲ得ス。寧^九口之レニ屬スル法規ハ刑法ノ規定ノ如ク一般ノ善良ナル風俗ヲ維持センカ爲メニ、嚴重ナル制裁ニヨテリ保障セラレタル臣民ノ義務ヲ指示スルモノナリ。(二二)

(一〇) 此等ノ「權利」ハ國法ノ系統ヨリハ他ノ系統ニ屬スル者ナリ。殊ニ國葬ノ「權利」ハ行使スヘキ法律上ノ特例ナリ。何トナレバ其行使ハ死ト共ニ生スヘキ者ナレバナリ。

(一一) プルンテユリ「普通國法學第五版百八十九頁ガ「ライニス」前掲四十八頁ウ「ブリヒ」^{一〇}、^{一〇}國法學教科書第五十二節ハ「至尊權ナル表題」ノ下ニ其不當^{一〇}及ヒ不可侵ト共ニ君主ノ法ノ保護ナル者ガ合セ掲ゲラル。

(一二) 從來個人ノ至尊權ノ下ニ數ヘラレタル所謂名譽高權^{一一} Ehrenhoheitナル者ハ、其本質ニ從ヘバ一ノ統治權ナルコトハザイデル「巴威倫國法學第一卷三百五十七頁註一及ビホルンバツク前掲四百六十八頁ノ論破セシ所ナリ。而シテ總ヘテ君主ヨリ付與セラル、^{一二}徽章(Auszeichnungen)ハ個人的ノ者ニ非スシテ國家的ノ者ナルコト數多ノ憲法ニ於テ明示サル、ナリ。例ヘハ「統治權及ヒ執行權ノ行使ニ關スル奧太利國家基礎法」第四條ニ曰ハク「君主ハ稱號勳位其他ノ國家的徵表ヲ付與ス」^{一三}ト世人カ名譽高權ヲ統治權トシテ認メサル所以ハ、多數ノ國家ニ於テ慣習法上徵表ヲ與フル行爲ハ副署セラレサルニ基クナリ。然レトモ法律上副署ノ必要アリトスルモノナキニアラス。匈牙利ノ千八百四十七年ヨリ千八百四十八年ニ亘ル法律條目第三卷第七條ノ如シ「ゲート、スタインバツクハ、匈牙利憲法」十一頁。

之レニ反シテ個人權トシテ且同時ニ勿論國家ノ利益ヲ基礎トシテ君主ニ付與セラル、者ハ國家ニ對スル金錢上ノ請求權ナリ。公益ノ爲メニ威嚴ヲ維持シ、且君位ノ外觀ヲ支持スルカ爲メニ皇室費、宮廷役員費、及ヒ儀式費ニ關シ國家ニ對スル公法上ノ請求權カ權利者ニ付與セラル。然レトモ公益ニヨリテ確定セラル、ハ唯「與ヘラル、コト」ノミニシテ「如何ニシテ」及ヒ「如何ニ多ク」ト云フコトハ其間フ所ニアラス。此レカ細密ナル規定ハ寧ロ君位ニ在ル人ノ個人的利益ニ屬スルナリ。而シテ此請求權ノ性質ニ關スル問題ハ實際上價值アル者ニシテ、法律上確定セル皇室費ヲ議會カ任意ニ豫算投票ニヨリ削除スル場合ニハ國家ニ對シテ公法的又ハ私法的ナル財產權ノ侵害ニ伴フ各種ノ請求權君主ノ爲メニ發生スヘシ。

其二、攝政ノ權利

攝政 (Regenten) トハ憲法上ノ代表者 (Repräsentant) ナリ。(一三) 國法上重要ナル代表者ノ概念ハ從來猶充分ニ認めラレサル所ニシテ、之レニ關スル研究ハ主トシテ議會ノ代表ニ關スル者ニ限ラレタリキ。代表者トハ其者ノ意思カ憲法ニヨツテ國家ハ意思又ハ個々ノ機關ハ意思トシテ直接ニ有效ナル人ヲ云フナリ。サレハ國家

全體ハ臣民ニヨリ代表セラレ、意思能力ナキ機關構成者ノ機關組織ハ、意思能力アル者ニヨリテ代表セラル。代表ハ其自身機關關係ニシテ決シテ代理 (Selbvertretung) ニ非ス。何ントナレハ代理ハ主體間ノ關係ニシテ代理者ノ意思ト被代理者ノ意思トハ常ニ獨立セル別異ノ意思ナルモ、代表者ノ意思ハ被代表者自身ノ意思ナレハナリ。故ニ國民代表トハ統一的ノ者トシテ考ヘラレタル國民力、議會ノ意思ニヨツテ自己ノ意思ヲ有スル者ナリトノ思想ニ基キテ生ス。即チ此代表セラレタル國民ハ代表ニヨルニ非スンハ、何等ノ意思ヲモ有シ得サルナリ。

(一三) 普通ニ攝政トハ他人ノ名ニ於テ國權ヲ行使スル者トシテ定義セラル。就中ゲー、マイヤー「國法學」二百二十九頁プロイセン憲法第五十八條參照。此見解ハ君主ハ其機關トシテノ活動ニ於テモ亦個人トシテ行為スル者ナリト思惟スル陳腐ノ思想ト密接ノ關係アリ。然レトモ攝政ハ故障アル統治者個人ノ權利ヲ行使スルニ非スシテ、君主ノ國家的權限ヲ行使ス。其主體ハ常ニ單一ニシテ獨リ國家ナリ。フオン、ゲルバーカ攝政タルコトハ不完全ナル君位承繼ナリト云ヒ、天網百〇五頁シユルチエ、プロイセン國法學第一卷二百十三頁カ攝政トハ臨時ノ元首ナリト云ヘルハ其内部ニ矛盾カ伏在セルニ拘ハラス眞理ニ近シ。

攝政ハ何等カノ事情ニヨリテ意思能力ナキ君主ヲ代表ス。故ニ彼レノ意思ハ憲法ニ從ヒアル法律上ノ制限内ニ於テ君主ノ意思トシテ觀察セラルヘキ者ナルコト恰モ議會ノ意思カ國民ノ意思ナルカ如シ。攝政ノ活動ハ國家ノ活動ナリ。從テ

其活動自體ハ個人權ノ目的タルヲ得サルモノナリ。然レトモ法律上攝政タルヘク指定セラル、者ハ攝政トシテ承認セラルヘキ請求權ヲ有スルコト君主ノ請求權ト同シ。猶又攝政タルコトヨリ發生スル他ノ請求權モ全ク君主ノ請求權ト類似ス。

第三、共和國ノ元首及ヒ裁判官ノ權利

共和國ノ元首ノ法律上ノ性質ニ關スル研究ハ未タ充分ニ盡サレズ。普通ニハ古代ノ觀念ノ影響及ヒ國民主權ノ自然法學說ノ影響ノ下ニ、之レヲ以テ長官(Magistrat)受任者(Mandatäre)又ハ官吏(Beamtete)トナス(二四)カ爲メニ、不條理ナル觀念固着シテ離レサルナリ。官吏ハ決シテ憲法ニヨリテ直接ニ其機關ノ地位ニ導カル、ニ非スシテ常ニ使役者(Diensther)ノ委任ニ基ク者ナリ。然ルニ此ノ如ク獨立ノ意思ヲ有シテ委任ヲナシ得ル使役者ナルモノハ、古代國家ノ如キ直接民主國ニ於テノミ存シ、今日ニ於テハ瑞西ノ諸洲ニ於テスラ既ニ存在セサルナリ。(二五)而シテ今日ノ民主國即チ代表民主國ノ普通ノ形式ニアツテハ、國民自身ハ意思能力ヲ欠缺スルカ故ニ使役者タル能ハス。從テ此ノ如キ國家形相ヲ有スル共和國ニ在テハ其元

首ハ代表者ナリ。今日ノ代表民主國ニ於テ國民代表トハ、國民ニ屬スト思惟セラ
ル、凡テノ潛勢的權力ノ代表ニ非ス。『執行權』即チ行政的活動カ共和國ノ大統領、
瑞西ノ聯邦參事院ニヨリテ代表セラル、ナリ。北米合衆國憲法ハ明ニ議會及ヒ
大統領ノ亞米利加國民ニ對スル關係モ亦此ノ如キヲ示シ、(二六)瑞西聯邦憲法ニ於
テモ亦聯邦參事院ハ聯邦(Eridgenossenschaft)ノ最上執行指揮官廳ナルコトヲ明ニセ
リ。(二七)此ノ故ニ佛蘭西及ヒ北米合衆國ノ大統領並ニ瑞西ノ聯邦參事院ハ、皆之
ヲ選舉シタル者ノ委任ニヨリテ其作用ヲ行フ者ニ非ス、(二八)寧ロ被選舉者カ選舉
者總體ニ對スルト同シ關係ニ於テ彼等ハ國民議會、選舉者、聯邦議會ニ對スルモノ
ナリ。(二九)彼等ハ其作用ヲ委任ニヨリテ實行スルニ非スシテ憲法ニヨリテ行使
ス。而シテ此憲法ハ其規定ニ據リテ設定セラレタル此等ノ機關ノ權利及ヒ義務
ノ範圍ヲ直接ニ規定ス。此ノ故ニ此等ハ元首ハ直接機關ナリ。詳言スレハ彼等
ハ其機關ノ地位ヲ他ノ機關ニヨリテ導キ出サレタルニ非サルナリ。然レトモ彼
等ハ君主ト異ナリ國家ノ最高機關ニ非ス。何ントナレハ代表民主國ノ立法機關
ハ其權限ノ範圍廣大ナルカ故ニ、此等元首ヨリ一層高キ機關ナルコトハ既ニ一般

ニ認メラル、所ナレハナリ。(二〇)

(二四) 殊ニ國際法ノ著書ニ於テハ元首ヲ受任者トス。例ヘバフオン、ハルトマン「實用平時國際法組織論」第三十節、リビエール「國際法教科書」二百四十二頁、瑞西聯邦及ヒ各洲ノ憲法ニ於テハ最上執行合議體ヲ官廳ト名ツク。プロツク「一般政治學辭書」第五卷ハ大統領ヲ以テ最上長官(Chief of the Executive)ナリト定義セリ。

(二五) 地方議會ヲ有スル洲ニ於テスラ其議會ハ選舉機關及ヒ立法機關トシテ活動スルノミ。

(二六) 合衆國憲法第一章第一款「茲ニ許サル、總テノ立法權ハ合衆國ノ議會之ヲ有ス……」第二章第一款「執行權ハ合衆國ノ大統領之レヲ有ス」ボメロー「合衆國憲法論」第七版第六百三十一頁「大統領ハ獨立對等ノ政府ノ一部ナリ」リエツチマン「北米聯邦國法」第一卷二百五十六頁「大統領ハ執行權ヲ行使シ、之ニ就テハ議會ニ從屬セス。又責任ヲ帶ヒス」。又フオン、ホルンスト、マルク「ラーゼン字典中ノ亞米利加聯合國家法」四十六頁以下參照

(二七) 聯邦憲法第九十五條

(二八) 佛國ニ於テハルフェーブル「千八百七十五年憲法論」六十七頁ニ大統領ヲ論シテ曰ハク「兩院ニヨリ一度選舉セラレタル時ハ、其者ハ最早獨立セル取消スコト能ハサル位置ヲ取得ス。其權力ハ王ノ權力ノ如ク又ハ議會ニヨリテ選出セラレタルニ非サル千八百四十八年ノ大統領ノ如ク分離獨立セル者ナリ」ト。

(二九) 彼等ノ當該選舉合議體ニ對スル關係ハ、中世ノ獨逸皇帝ノ選舉候ニ對スル關係、法王ノ大僧正ニ對スル關係、俯正ノ本山會館ニ對スル關係ト法律上相同シ。

(三〇) エリチツク「法律命令論」二百〇九頁參照

共和國ノ元首ノ責任ヲ以テ直ニ此解釋ノ反證トナスヘカラス。此責任ハ決シテ直接機關タル性質ト一致セサル者ニ非スシテ、却ツテ其最高機關ノ性質ヲ有スト

ナス説ニ反對スヘキ理由タルモノナリ。最高機關ニ適用セラルヘキ所ハ直ニ執ツテ以テ他ノ直接機關ニ適用セラルヘキモノニ非ス。此理ハ議會ノ場合ニ最明ナリ。凡ソ責任ナルモノハ國家機關自體ニハ存シ得サルモノナルカ故ニ、議會ハ全體トシテ何等ノ責任ナシ、唯代表民主國ニ於テハ個々ノ議員ハ責任ヲ有スト雖、是レ議會ノ責ニアラスシテ其個人ノ責任ナリ。(三) 而シテ議會カ共和國ノ元首ニ對シテ訴權ヲ有スルモ、之ニヨリテ元首ガ議會ニ服從セルモノト云フヲ得ス。(三) 君主國ニ於テモ大臣ハ議會ニ服從スルコトナクシテ議會ニ對シテ責ニ任スルコトアルナリ。從ツテ代表民主國ニ於ケル議會ハ元首ニ對シテ優越ナル權力(Major Potestas)ヲ有スレトモ決シテ命令權ヲ有セス。

(二二) 千八百五十年十二月九日ノ瑞西聯邦ノ官廳及ヒ官吏ノ責任ニ關スル聯邦法第一條、第十七條第二十條乃至二十五條ハ聯邦議會ノ議員カ其職ニアツテ犯シタル重罪及ヒ輕罪ノ刑ニ就テノ規定ヲ有ス。ツホルフ「瑞西聯邦立法府」第一卷二十九頁以下、亞米利加聯合ニアツテハ憲法第一條第四項第二號ニヨリテ議會ノ各院ニ於テ「不秩序ナル行爲」ヲ爲メニ三分ノ二ノ多數ヲ以テ其議員ヲ除名スルコトヲ得

(二三) 常ニ議會ニ對スル責任ノミナリ。現時ノ佛國國法ニヨレハ、大統領ハ一般ニ原則トシテ責任ヲ負ヘス。國事犯ニ關スル場合ヲ除キ然レトモ大臣ハ總テノ行政行爲ニ就テ責任ヲ負ヘス。國家權力ノ組織ニ關スル千八百四十五年二月二十五日ノ憲法第五條、又ルフェーブル前掲六十八頁レ

ボンプ前掲四十五頁參照。亞米利加議會スラ大統領ヨリ辯明ヲ要求スルコトヲ得ス。其報告書ハ決シテ其行政爲ニ關スル辯明書ノ性質ヲ有セス。議會ハ權力分立主義ニ從ヒ決シテ大統領ニ對シテ拘束力ヲ有スル決定ヲ爲スコトヲ得ス。唯彈劾ニヨリテノミ裁判所トシテノ元老院ノ前ニ大統領ハ責任ヲ有スルコトアルナリ。ボメローイ前掲第六百四十一節リユツチマン前掲第一卷百七十七頁參照

共和國ノ元首ハ就任 (Bestellung) ニヨリテ主働的資格ヲ得。此資格ニヨリテ君主國ノ元首ト同シク憲法ニ規定セル國權ノ一部分ノ代表者トシテノ資格承認ニ關スル請求權ヲ取得ス。(二五) 且就任ニヨリテ得タル承認請求權ト共ニ一團ノ特權即チ國家ニ對スル個人的請求權ヲ生ス。是レ元首個人ノ消極的身分ノ擴張ニシテ其主ナル者ハ刑法上及ヒ刑事訴訟法上ノ特權ナリ。(二六) 加之國家機關トシテ元首ハ法ニヨリテ其身體及ヒ精神上ニ特別ノ保護ヲ享ク、其結果トシテ君主ノ心身ニ關スル特種ノ法律上ノ效果ト類似セル特種ノ效果ヲ生ス。此外金錢其他ノ經濟的性質ヲ有スル給付ニ關スル個人的請求權モ亦之ニ屬ス。而シテ最後ノ請求權ハ此種ノ總テノ請求權ト共ニ當該個人ノ機關活働ノ爲メニ國家ヨリ供スル反對給付ニアラスシテ一身ヲ國家ニ貢獻セル個人ノ生活ヲ維持シ當該機關ノ品位ニ相應スル法定ノ扶養料ニ對スル請求權ナリ。

- (二三) 大統領ノ法律上ノ地位ノ君主ト異ナル所ハ(一)大統領ハ國權ノ最高機關ニ非スシテ最高機關タル國民ノ代表者ナリ、國民ハ代表セラレスシテ全ク活働スルコトヲ得ス。唯例外トシテ發案權、投票權及ヒ決議權ニヨリテ活働スルコトアルノミ、(二)大統領ハ總テノ方面ニ於テ此最高機關ヲ代表スルニ非スシテ本來行政ニ關シテ「執行權」代表スルノミ、即チ理論上制限セラレタル權限ヲ以テ代表スルナリ、(三)形式的立法ヲ爲スニ當ツテ大統領ハ積極的協贊ヲナスノ權ナシ、(四)大統領ニハ絕對的不當責ヲ欠缺ス。五天統領ハ選舉ニヨリテ短期間行政ヲ委託セラル、コトニアリ。大統領ヨリ君主主義國ノ君主ニ至ル迄數個ノ段階アルコトハ説明ヲ要セス。即チ國民ヲ最高權者ナリトスル國ノ憲法ハ例ヘハベルギー、スペイン、ギリキ、君主ヲ以テ代表者ノ性質ヲ有スル者ナリトスルアリ、或ハ其權限立法ニ關シテハ制限セラル、モノアリ、(ノルウエー)加之責任スヘキ者トシテ宣言セラル、モノアリ(佛國第二帝國)
- (二四) 例ヘハ既ニ掲ケタル佛國憲法ノ規定ニテハ大統領ハ唯國事犯ノ爲メニノミ且代議院ノ彈劾ニヨリテノミ元老院ニテ裁決セラル、ナリ。故ニ普通裁判所ノ各刑事裁判權ハ大統領ニ及ハス。猶瑞西千八百五十一年十二月二十三日ノ聯邦法律第一條千八百五十年十二月九日ノ聯邦法律第十八條參照。

代表民主國ニ於ケル裁判官モ亦元首ト全ク相同シ。形式的權力分立主義ニ從ツテ裁判官ハ國民ニ屬スル司法權ヲ代表セサル可ラス。(二五) 故ニ彼等モ亦其就任ニヨリテ君主國ニ於ケルト反對シテ裁判機關トシテノ承認請求權ヲ有ス。(二六)

- (二五) 此事ハ聯合國家ニ於テ明ニ宣言セラル。米國憲法第三條第一項第四號、終身公務ヲ忠實ニ取扱フ間任命セラレタル裁判官ハ大統領及ヒ議會ヨリ全ク獨立シ、且元老院ノ判決ニヨリテ彈劾スルコトカ許サル、ノミ。リユツチマン前掲第一卷二百六十頁以下、三百二十九頁以下、參

照、瑞西ニ於テハ聯邦裁判所ノ事務執行ハ聯邦議會ノ監督ノ下ニ立ツ。聯邦憲法第八十五條第十一行^レ之レニ拘ハラス聯邦裁判官ハ聯邦議會ニ從屬セス。議會ハ聯邦參事院カ其任命シタル官吏ノ使役者ナルカ如ク裁判官ノ使役者ニ非ス。官吏ハ千八百五十年十二月九日ノ法律第三十七條ニヨリテ怠慢及ヒ職務不履行ノ場合ニハ聯邦參事院ノ懲戒權ノ下ニ服セサル可ラス。同法第二十三條ニヨリ聯邦議會ハ過失アル裁判官ニ懲戒ヲ行フコトヲ得。然レトモコハ唯職務犯罪カ存スル場合ノミ、如何ナル場合ニ於テモ議會ハ訴權ヲ有ス。單純ナル不法行為ニ關シテハ否ラス。

(二六) 君主國ニ於テハ君主ハ裁判官ノ使役者ナルカ故ニ、官職請求權ヲ缺ク。然レトモ他ノ官吏ト異ナル所ハ裁判官ハ職務ノ範圍内ニ於テ(司法ノ範圍内ニテ)同時ニ君主ノ代表者ナリ。君主ハ司法ノ範圍ニ於テハ法律上關係アル國家ノ意思ヲ適法ニ表示スルコト能ハサルニヨリ原則トシテ全能ナル君主ノ權限ハ之レニテ制限セラル、ナリ。故ニ君主ノ名ニ於テ法カ宣告セラレトモ君主ノ指示ニヨルニ非ス。法律上司法裁判官ノ君主ニ對スル關係ハ、攝政カ故障アル君主ニ對シテ代議士カ選舉者ニ對スル關係ト同シ。然レトモ司法ト云フコトヲ顧ミサルトキハ裁判官モ亦官吏トシテ君主ニ從屬スル者ナリ。從ツテ裁判官ハ本來純然タル代表機關ト異ナルナリ。

其四、選舉權

國法學上ノ意義ニ於テ選舉トハ國家機關ノ任命(Ernennung)ナリ。最廣義ニ於テハ法規ニヨリ合シテ單一意思トナルヘキ自然人ノ意思ノ多數ニヨリテアル共同體ノ機關ノ任命セラル、コトヲ云フ。故ニ合議制官廳ノナス任命ハ選舉ナリト云

フコトヲ得。(瑞西ニ於テ實際上存スル所ナリ)。而シテ國家機關ノ指定、從ツテ國家ノ選舉ニ參與スルコトモ亦國家作用ノ行使ナリ、即チ其レ自身機關活動ナリ。茲ヲ以テ選舉行為自身ハ決シテ個人權ノ内容タリ得スシテ選舉者自身ハ寧ろ選舉行為ニ於テ選舉區又タハ選舉團體ノ總テノ選舉者ヨリ組織セラル、選舉合議體(Vahlcollegium)ノ部分機關、即チ一員トシテ觀察セラルヘキナリ。故ニ選舉權者ハ選舉ノ瞬間ニ於テ國家ノ作用ノ行使者トナリ、此選舉ナル國家作用ヲ行使シ終レハ再ヒ私人ノ地位ニ復歸スルモノトス。(二七) 選舉ノ結果ヨリ見レバ個人ノ參與ハ異ナルコトアルモ個人ノ意思ハ國家ノ意思行為ノ構成要素ナリ。代表憲法ヲ有スル國家ニ於テハ議會ノ選舉ハ國民カ統一シタル者トシテニハ非スシテ唯選舉合議體ノ總額トシテ其意思ヲ發動シ得ル唯一ノ行為ナリ。

(二七) コハルツツ前掲第三卷第十五節カ始メテ銳利ナル眼光ヲ以テ認メタル所ナリ。

故ニ甚タ奇怪ナルカ如シト雖モ選舉權ハ選舉ノ權利トシテ存在セス。カ、ル權利ノ主體ハ國家ノ任命ノ主體ト等シク常ニ國家ニシテ個人自體カ此ノ如キ權利ヲ有スル如ク見ユルハ法ノ反射ニ過キササルナリ。然レトモ選舉ニ關スル法規ヲ

以テ全ク個人的請求權ヲ設定スルモノニアラストスルハ誤レリ。或ハ選舉權ノ回復、選舉權侵害ノ爲メニ行政裁判所ニヨル訴願ノ途ナキコトアルヘク、或ハ唯法ノ侵害ヲ癒スルカ爲メニ國家ノ官廳カ職權ニヨリ選舉事件ニ就テナサレタル決定及ヒ處分ノ修正及ヒ破棄ヲ爲スコトモアルヘシ、或ハ選舉權ニ關シテ個人ノ利益ヲ法律上顧慮セサル國家モアラン。然レトモ今日ノ國家ニアツテハ何處ニモ此ノ如キ者存セスシテ茲ニ問題トナレル個人ノ利益ニ一般ニ多少完全ナル保護ヲ與フ(二八)

(二八) 例ヘハ埃太利ニ於テハ選舉名簿ニ登録セラレサルコトニ關スル訴願ニ就テ帝國裁判所ハ行政上ノ手段ノ盡キタル後裁判ヲナス(一)蒐集第八卷五十三頁ニ引用セル判決參照バーデンニ於テハ千八百八十四年六月十四日ノ法律ニヨリテ行政裁判所ハ下院議員選舉者ノ任命ニ關スル行政官廳ノ決定ニ對シテ爲サレタル訴訟並ニ上院ノ選舉ニ際シテ投票權ノ正當ナルヤ否ヤニ就キテ始審ニシテ且終審ノ判決ヲ與フ。

此利益ハ個人カ選舉者トシテ、即チ主動的身分アル者トシテハ資格ノ承認ニ關ス。此承認ハ第一ニ選舉名簿ニ登録セラレ、コト及ヒ選舉行爲ヲ許サルヘキコトノ請求ニ關シ、第二ニ機關構成ニ就テ個人ノ法律ニ依リテ許サレタル程度ノ參與ヲ爲スノ可能ヲ妨害スル總テノ國家ノ行爲ヲ爲サシメサルコトニ關ス。故ニ殊ニ

選舉權者ノ選舉名簿ニ登録セラレサルコト(又抹消ニ關ス)及ヒ此者ニ選舉行爲カ許サレサルコトニ關ス。三九何トナレハアル人カ選舉行爲其者ヨリ不法ニ排除セラレタルト其人カ權利者ナラサル他人ニヨリ選舉者トシテ自己ノ意思ヲ活動セシムヘキ可能ヲ妨害セラレ、トハ全ク異ナル所ナケレハナリ。第三ニ承認ハ不正ナル投票計算及ヒ資格ナキ個人ニ被選舉者タル資格ヲ認定スルコトニ關ス。然レトモ個人ノ請求權ハ特定ノ人ヲ被選舉者トシテ目スヘキコトヲ要求スルヲ得ス。(三〇)何トナレハ或ル個人カ他人ノ代議士タリ得ヘキ性質ニ就テ請求權ヲ有ストハ法律上全ク考フルコト能ハサレハナリ。被選舉者ハ決シテ常ニ選舉者ト如何ナル法鎖ニヨリテモ連結セラレス又個々ノ選舉者ヲ代表セス。被選舉者ハ國家機關ナリ、且機關トシテノ資格ハ常ニ唯指定セラレタル個人自身カ請求スルコトヲ得ルノミニシテ決シテ他人ノ爲シ得ル所ニ非サルナリ。

(二九) 千八百八十一年四月二十一日ノ埃太利帝國裁判所ノ判決參照(一)蒐集第二百三十四款、千八百七十三年四月二日ノ埃太利帝國參議院選舉法第二十六條ニ曰ハク「選舉人名簿ニ對スル回復ノ請求ハ當該選舉團體ノ選舉權者ヨリ選舉權者ナラサル者ノ登録又ハ選舉權者ノ脱漏ノ爲メニ……申出ツルコトヲ得」バイエルン選舉法第七條ザイタル「國法學」第二卷百四十四頁、千八百六十八年十二月三日ノサキソン選舉法第二十六條參照。猶又ラドニツキ「公權ニ關

(三〇) フオンザルアワ^イ公權論四百八十五頁ノ說述スルカ如シ、

選舉權ノ承認ニ關スル規定ヲ嚴守スルコトハタトヘ其目的トスル所異ナリト雖モ個人ノ利益ト同一程度ニ於テ又公共ノ利益ノ爲メニスル者ナリ。即チ個人ハ選舉權者トシテノ性質ヲ認メラル、^トヲ欲シ、國家ハ選舉權者ノ規則正シキ選舉ヲ求ムル法規ニ從ツテ選舉ノ完成セラルヘキコトヲ欲ス。個人ノ請求權ハ自己カ選舉機關トシテ認メラル、コトヲ其内容トシ、國家ノ請求權ハ選舉機關ノ遵法の活動ヲ其内容トス。故ニ同一ノ事件カ異レル見地ヨリ觀察スルニヨリテ異レル判決ニ達スルコトヲ得ヘシ。蓋シ請求權ノ侵害トシテ表ハル、違法ノ選舉ハ同時ニ必然的ニ法ノ侵害タリ、強行法ノ侵害タリ。而シテ個人カ權利ヲ有スルコトハ選舉者ノ機關的行爲ノ前提ナルカ故ニ選舉國家ノ權利ノ效力ニ就テ下シタル判決ハ其先決條件タル選舉者ノ權利ニ就テノ判決ト關連スレトモ之レカ爲メニ亂サ、ルコトナシ。(三一)且此兩決定ハ各異レルモノニ關スルカ故ニ内部的關連ヲ有スル者ニモ非サルナリ。即チ個人ノ選舉權カ侵害セラル、モ選舉ハ確定シタル限りハ尙有效ニシテ個人的請求權ノ侵害ハ選舉ノ結果ノ上ニ何等影響ヲ與

フル能ハサルモノナリ。(三二)

(三一) 故ニ例ヘバ奧太利ニ於テ帝國裁判所ノ決定ニ對スル帝國顧問官ノ代表委員會及ヒ國會ノ關係ノ如シ。ベルサチツクノ之ニ關スル意見ハ其司法及ヒ實質的法力二百六十三頁以下ニ見ルヘシ。

(三二) ザイタル、ヒルト年報千八百八十年三百九十三頁「國法學」第二卷百六十九頁以下參照

選舉、審査 (Wahlprüfung) カ專ラ議會其者ニ屬スル國家ニアツテハ其決定ハ屢個人ノ權利ノ承認及ヒ國家ノ權利ノ承認ナル二様ノ性質ヲ有ス。(三三) 從ツテ選舉ノ取消ノ申請ハ亦屢^{コグニチテ}訴訟願及ヒ^{ベシユエラテ}告訴ノ二性質ヲ有ス。(三四) 然レトモ之カ明瞭ナル區別ハ甚タ困難ニシテ理論上並ニ立法政策上此重要ナル區別ヲナサントセハ、從來多數ノ國家ニ於テ政治上ノ理由ヨリシテ、國會ノ選舉權ニ與ヘタル保護ヨリモ一層多大ノ司法的保護ヲ受クル公法の性質ヲ有スル他ノ選舉ニ於ケル選舉權其者ノ性質ヲ研究セサル可ラス。地方團體代表ニ關スル選舉權及ヒ其他ノ公法上ノ團體ノ選舉權モ國會ノ選舉權ト法律上同一ノ性質ヲ有ス。然レトモ多クノ國家ニアツテハ此レ皆行政裁判所ノ管轄ニ屬シ法律上重大ナル保護ヲ受ケ、此等ノ選舉權ニ關スル判決ハ個人カ依テ以テ法律ノ欲スル方法ニヨリ選舉ニ參與シ得

ルノ條件即個人權ノ保障ヲ以テ其内容トス。三五 之レニ反シテ公法團體ノ機關トシテノ選舉者ノ行為カ適法ニ行使セラレタルヤ否ヤ、且他方ニ於テ被選舉者ニ新ナル身分カ増加シタルヤ否ヤニ就テハ國家ノ監督官廳ハ多ク選舉ノ確定又ハ不確定ノ形式ニヨリテ之ヲ決定ス。此ノ決定ハ猶他ノ目的ニ役立ツハ勿論ナリ。

(三三) 議會ノ決定ガ前決定ヲ偏頗ナル者ト解釋タルトキハ選舉ガ取消サレタル人カ被選舉者トシテノ資格ヲ得タルヤ否ヤヲ確定スルコトヲ得ルノミニテ他人ヲ指命スルコトヲ得サルナリ。
(三四) 選舉權行使ノ妨害ガ存シタル場合ニハ訴訟ニ依ル。勿論選舉資格ノ審査ハ唯選舉ノ合法ナルコトノ要素トシテノミ問題トナル。ザイデル「國法學第一卷百七十三頁、而シテ此決定ハ明ニ官廳ヲ拘束ス。

(三五) フォンザルプワイ「公權論中バイエルン及ヒプロイセンノ立法ニ關スル規定參照。奧太利行政裁判所構成法千八百七十五年十月二十二日發布第二條ニヨレハ地方團體及ビ私領區ノ代表ニ關スル選舉權ニ裁判所ノ保護ガ與ヘラル。パレ「普國高等行政裁判所法ノ原則ハ州縣及ビ市町村代表ニ關スル選舉權ニ就テ許多ノ決定ヲ掲載ス。二頁以下、十二頁以下、百五十九頁以下等。

以上ト異ナリテ個人ノ請求權ハ唯選舉ノ法律的可能ノ作成及附與ヲ以テ目的トシ得ヘク、事實上ノ可能ニ及フモノアラサルナリ。若シ國家ニ關係ナキ義務ノ爲メニ選舉ニ參與スルコトヲ妨害セラレ、又ハ不可抗力カ其參與ヲ不可能ナラシメタル場合ニハ、選舉者ノ國家的義務ト何等ノ關係ナキ者ニシテ、此國家的義務自體カ選舉行為ニ參與スルコトヲ妨害シタル場合ニ於テ、始メテ選舉權ニ關スル問題

カ其義務者ニ起リ來ルナリ。故ニ例ヘハ官吏カ選舉ニ參與センカ爲メニ休暇ヲ請求シ得ルカカ問題トナルカ如シ。此ノ問題ハ義務カ權利ニ先ツト云フ一般ノ原則ニ依テ決定サル可ラス。即チ選舉カ權利者ノ出來得ル丈多數ニヨリテ實行セラル、コトハ明ニ國家ノ利益ナレトモ選舉權ノ行使ハ一般ニ權利トシテ觀察セラル、カ故ニ他ニ何等規定スル所ナケレハ國家ニ對スル義務ニ從ハサル可ラス。(三六)

(三六) 選舉義務カ存スル場合ニハ要セス。
選舉能力ヨリ生スル請求權ハ種々ノ基礎ニヨリ一時存在スルコトヲ得ル者ニシテ、常ニ殘存スルモノハ純粹ナル潛勢力ノミ、故ニザイデルハ明確ニ選舉能力ト選舉權利(三七)即チアル特定ノ選舉ニ參與スヘキ權利(又ハヨリ精密ニ云ヘハ能力ト)ヲ區別セリ。抽象的ナル選舉能力ハ受働的資格、換言スレハ法ニヨリテ得タル性質ノ總體ニシテ主働的性質ヲ有スル個人權的選舉權ハ之ニ基キテ承認セラル、ヲ得ルナリ。

國家ノ機關組織ニ指定セラレタル人格者ト等シク選舉權利者 (Wahlberechtigten) (普通不充分ニ云ヒ表ハサル、所ニヨレハ選舉者 (Wähler) ニモ亦厚キ刑法上ノ保護カ與ヘラル。然レトモ其保護タルヤ總テノ刑法ノ如ク個人ニ權利ヲ附與セスシテ却ツテ公共ノ利益ノ爲メニ選舉ノ自由ヲ安全ナラシメン爲ニ定メラレタル者ナリ。(三八) 加之選舉ニ伴フテ消極的身分ノ擴張ヲ生スルコトアリ。例ヘハ結社及ヒ集會ニ就テ平常個人ヲ制限スル規定カ選舉權利者ノ爲メニ停止セラル、カ如シ。(三九)

(三八) 帝國刑法典第百〇七條

(三九) 千八百六十九年五月三十一日ノ帝國選舉法第十七條千八百六十七年十一月十五日ノ奧太利法第四條ハ集會權ニ就テ規定ス。

個人ノ選舉權ノ保護ノ爲メニ非スシテ選舉ニ關スル國家ノ利益ノ保護ノ爲メニ二三ノ選舉法規存ス。即チ選舉名簿ニ違法ニ登錄ヲナシタルコト又ハ登錄ヲナサ、リシコトニ對シテ『各個人』ニ抗辯權カ與ヘラル。(四〇) 此ノ如キ權利ハ法ノ侵害ノ爲メニスル告訴權 (Anzeigerecht) ニ外ナラス。故ニ其自身請求權ニ非スシテ反射權ナリ。(四一) 『參與者』 (Beihilfigen) 即チ當該選舉合議體ニ屬スル者ニ回復權 (Reklamation)

nationsrecht) カ付與セラル、國家ニアツテハ事之レト異ナリ。タトヘ總テノ公權ニ於ケルカ如ク此請求權ノ確立ハ、國家ノ利益ノ爲ナリト雖トモ個人ノ請求權ニ法ノ保護ヲ與フルコトモ亦有力ナル立法上ノ理由ナリ。(四二) 且前述セル選舉法ニ於テ個人ノ抗辯權ハ普通ノ告訴權中ニ潛伏セルナリ。カクテ若シ獨逸帝國及ヒ普魯西ニテ奧太利及ヒバーデンニ於ケルカ如ク裁判所カ回復權ニ就テ最終判決ヲ爲サ、ル可ラサルトキハ、疑モナク『參與者』ノミカ合法ナル訴願ヲナスヲ得ヘクシテ單純ナル告訴ハ職權行爲ニヨリテ排除セラルヘキナリ。

(四〇) 帝國選舉法第七條猶ラバンド第一卷二百九十九頁三百頁千八百四十九年五月三十日ノ下院議員選舉施行ニ關スル普國命令第十五條千八百六十八年三月二十六日ノビュルテンベルク選舉法第八條バーデン選舉法第四十四條參照

(四一) カクテ選舉セサル者ニヨリテ此抗辯權カ行使セラル、コト及ヒ猶喪失者ノ意思ニ反シテモ行使セラル、コトヲ得。バンド第一卷三百頁

(四二) 勿論單純ナル行政手續ハ決シテ何等固有ノ意義ニ於ケル法ノ保護ヲ與ヘサルコトハザイタル。國法學第二卷百四十一頁カ述フルカ如シ。然レトモ地方團體ノ官廳選舉委員會等ノ之ニ關スル該行爲ハザイタルカ主張スル如ク行政處分ニ非スシテ決定ナリ。從ツテ實質的司法ナリ。

立法上内部的ニ異レル者ハ外部的ニモ區別セサルヘカラサルハ言ヲ俟タス。最近時ニ於テ數多ノ重要ナラサル個人ノ請求權カ裁判所ノ保護ヲ受クルニ至レル

ニ拘ハラス、何故ニ國會ノ選舉權ニ至テハ其例外トシテ此保護ナキカハ看過スヘキニ非ス。若シ他ノ選舉權カ行政裁判所ノ裁判ニ服セシメラル、トキハ裁判官ハ永ク選舉者ノ權利ニ關スル爭議ノ判決ニ就テ政治上ニ注意スルノ止ムヲ得サルニ至ルヘシ。(四三)

(四三) 余ノ論文、埃太利ノ憲法裁判所論十頁以下及ヒ第十九回獨逸法曹會ノ討論ニ於ケル余ノ意見、見第二卷百二十一頁以下、猶同書第一卷百三十頁以下ニ掲ケラレタルザイデルノ意見、及ヒヤクエス、近世國家ニ於ケル選舉審查十七頁以下參照

國會ノ選舉權ニ就テ述ヘタル所ハ適當ナル程度ニ於テ亦公法團體ノ代表ニ關スル選舉、並ニ個人ノ參與カ許サル、國家機關ニ關スル選舉(種々ナル上級及ヒ下級地方團體ニ於ケル選舉、寺院、學校ニ於ケル選舉、救貧團體、道路組合、堤防組合ノ代表ニ關スル選舉、藥劑師組合、公證人組合、商業組合等ノ選舉)ニモ適用セラル。故ニ其一々ニ就テ詳細ナル説明ヲナスノ要ナク、且國會ノ選舉權ニ比シテ一層厚キ法ノ保護カ與ヘラレ、明ニ個人的請求權トシテ保護ヲ要求スルコトヲ得セシメタル所以モ已ニ述ヘタル所ナリトス。

其五、被選舉者ノ權利

選舉者ハ法律ニヨリテ直接ニ其總テノ請求權ヲ取得ス。即チ法律ハ特定セル個人ニ直接ニ選舉能力及ヒ選舉權ヲ付與シ、又ハ個人ノアル資格又ハ權利ノ結果トシテ之レヲ確定ス。之レニ反シテ被選舉者ハ直接ニ法ニヨリテ其權利ヲ取得セシテ其個人ニ向ケラレタル國家的行爲、即チ選舉ニヨリテ取得ス。此選舉ハ任命トシテ表ハル、處分ニ類似セルコトハ既ニ述ヘタリ。コハ間接選舉ニ於ケル選舉者(Wahlmannern)ノ場合ニ就テモ亦同シ。此選舉者ハ選舉者ト被選舉者トノ間ニ中間ノ階級ヲナセル者ニシテ兩者ノ性質ヲ併有ス。而シテ最初ニ選舉者トシテ選舉セラレタル者ハ國家機關即チ國家ノ合議體ノ一員タルコト疑ヲ入レズ。(四四)從ツテ其人々ハ合議體ノ作用ヲ自己ノ權利トシテ行使スルニ非スシテ國家ノ機關活動トシテ之ヲ行フニ過キス。然レトモ既ニ述ヘタルカ如ク此人々ニ機關組織ニ關スル請求權、即チ當該合議體ノ一員タルヘキ請求權カ確定セラル。此權利ハ選舉ニヨリテ取得シタル主動的資格ニ基キテ生シ、國家機關ノ構成者トシテ承認セラルヘキ請求權ナリ。而シテ此請求權カ正當ナルヤ否ヤヲ審査スル爲メニ概ネ特種ノ組織(Borhm)ヲ存ス。即チ從來二三ノ國家ニアツテハ之レカ爲メ

ニ特種ノ裁判所カ組織セラレタリシモ多數ノ國家ニ於テハ其合議體其者カ其議員ノ資格ヲ判決ス。之レカ爲メニ如何ナル不便カ存スルカニ就テハ余輩ハ他ノ場所ニテ詳論セリ。(四五)

(四四) 此合議體カ國家機關ナルコトノ觀察ハゲルベル大綱第二十四節第三十九節カ熱心ニ唱ヘタル以來一般學說トナレリ。然レドモ壓々充分ナル結果ニ達セザリキ。而シテ主權說論者スヲ猶ホ此說ヲ採ル。ザイデル國法學第二卷三百〇五頁、ホールンハツク前掲第一卷三百六十頁以下參照。勿論彼等ノ根本觀念ヨリシテ合議體ハ王ノ機關ナリトノ必然的結果ヲ生スベクシホールンハツクノ明ニ主張シタル所ナリ。カク彼レハ機關ナリトセルニ拘ハラヌ官用語ニテ普魯西王國議會ノ觀念ヲ認メサルコトヲ非難セス。

(四五) 憲法裁判所十頁以下
選舉審査ハ今日多クノ國家ニ存スルカ如ク二重ニ行ハル。先ツ第一ニ選舉カ適法ニ遂行セラレタルコトノ承認及ヒ證明、第二ニ被選舉者カ議員タルヘキ資格ヲ有スルコトノ承認ナリ。選舉審査裁判所カ設置セラレ、場合ニアツテハ此審査ノ權限ハ外部ニ於テモ亦分離セラレ、即チ選舉カ適法ニ行ハレタルヤ否ヤニ就テハ議會ノ決スル所ニシテ被選舉者ノ權利ニ就テハ選舉裁判所ノ決スル所ナリ。故ニ議會ハ直接ニ法ノ侵害ニ就テ決定シ、裁判所ハ之レニ反シテ直接ニ權利

ニ就テ決定ス。若シ選舉カ法ノ侵害ノ爲メニ破棄セラレレハ自ラ其ノ中ニ權利ニ關スル決定モ亦存在ス。然レトモ此決定ハ選舉行爲及ヒ選舉ノ結果ノ審査ノ反射トシテ間接ニ亦法規ノ問題ニ屬ス。故ニ例ヘハ英國ニテハ選舉ノ當時ニ被選舉者カ未タ選舉セラルヘキ資格ヲ有セサルコトカ證明セラレタルトキハ下院ハ選舉ヲ破棄スルコトヲ得ヘクシテ、之レニ對シテ何等ノ抗議ヲ選舉裁判所ニ提出シ得サルカ如シ。(四六) 選舉裁判所モ亦間接ニ選舉能力者ノ權利及ヒ選舉者ノ資格ヲ裁判スルコトアレトモ唯其權利及ヒ資格カ被選舉者ノ權利ニ關スル決定ノ爲メニ先決條件タル場合ノミナリ。

(四六) ヤクエス前掲三十一頁三十二頁

然レトモ當事者手續 (parteiverfahren) ハ選舉裁判所ノ判決ニ對スル無條件的前提ニ非ス。選舉抗議ノ形式ニヨル告訴ニ對シテハ選舉裁判所ハ審査ノ方法ニヨリ職權ヲ以テ事實ヲ探究スルノミ。固ヨリ此場合ニ請求權ノ判決ヲ除外セサル者ナルコトハ刑事訴訟ニ於テ裁判所カ唯刑罰ニ關スル國家ノ請求權ニ就テノミナラス刑法ノ適用ヲ受クヘキモノニアラスト主張スル個人ノ反對請求權ニ就テモ判

決ヲ下スト同シク從タルモノ、ミ。若シ政府カ被選舉者ノ資格ヲ裁判所ニテ爭フコトヲ得ルナラハ、其ハ檢事カ提起スル婚姻無效ノ訴ト同一ノ法律上ノ性質ヲ有スヘクシテ此場合ニハ權利ハ公ノ利益ノ爲メニ取消サルナリ。然リ而シテ承認請求權ハ唯一ノ個人權ニシテ被選舉者ニ直接ニ其資格ヨリ生スル者ナリ。代議士ノ所謂議員權 (Mitgliedrechte) ナル者ハ個人的請求權ニ非スシテ國家機關ノ權限ナリ。投票會議參與動議及ヒ發言議長及委員ノ選任、議員ノ部別等ニ關スル條項ハ皆國家機關ノ組織法ニ屬スルモノトス。此等ハ裁判所ノ公ノ討論ヲ指揮スル裁判長ノ權限又ハ判決ヲ協定スル手續ヲ規定セル訴訟手續法ノ規定ト同一ノ性質ヲ有ス。故ニ此等ノ規定ノ侵害ハ權利侵害ニ非スシテ法規違反ナリ。即チ國家ノ規則ヲ國家カ侵害シタルニテ個人ノ侵害ニ非ス。然レトモ議會ノ事務整理ニ關スル規定ノ大部分ハ一般ニ法律的性質ヲ欠缺シ動議ノ形式辯士ノ順序、議事録、投票ノ方法(出席者ノ起立 *iso in partes* 舉手ノ多數 *Hindemehr*) ニ關スル規定ハ權限ヲ相互ニ限定スルヲ目的トセスシテ、議會ノ事務ヲ適當ニ整理スルコトヲ目的トス。此等ノ規定ハ公布ヲ必要トセサル行政官廳ノ事務細則 (Reglement) ニ類似シ、行政命令ノ性質ヲ有ス。此等ノ規定ハ亦議員間ニ身分上ノ權利 (statuarisches Recht) ヲ生セス。四七何トナレハ議會ハ決シテ法人ニ非サレハナリ。

(四七) ラバント第一卷三百二十頁

議員ハ國家ノ各機關ト同シク其職務ノ爲メニ刑法ニヨリテ普通以上ノ保護ヲ受ク。然レトモ此保護自體ハ個人的請求權ノ内容タリ得ザルモノナリトス。四八其他國會議員ニハ他ノ國家機關ト異ナル例外的地位カ與ヘラル。即チ議員ニハ一方ニ於テハ或ル行爲ヲ爲スモ無罪ニシテ他方ニ於テハ監視、審問、刑罰、罰金等ヲ科スルニ嚴重ナル條件ヲ要スルノ特權ヲ有ス。四九此所謂特免權 (Immunität) ハ議員ノ個人的權利ナリヤ、將タ唯法ノ規定、即チ刑法及ヒ訴訟法ノ一部タルニ過ギサルヤニ就テハ議論アリ。後ノ見解ニ依レハ此等ノ規定ノ主意ハ議員ニ法律上ノ恩典ヲ致スコトヲ目的トスルモノニ非スシテ議會ノ如キ國家ノ憲法生活ニ必要ナル機關カ秩序正シク活動スルコトヲ其目的トスル者ナリト云フニアリ。(五〇)

(四八) 帝國刑法々典第百〇五條第百〇六條

(四九) 獨逸及ヒ奧太利ニ就テハシユライテン「國會議員ニ對スル國會ノ懲戒權及ヒ刑罰權」第一卷四十七頁以下、第二卷十頁以下、ザイデル前掲五十三頁以下參照

(五〇) 後ノ見解ハ殊ニラバンド第一卷三百三十頁ニヨリテ代表セラル。之レニ反對スル者ハポ
 ルンハック前掲三百九十六頁註二及ヒザイドレル前掲八十七頁註二ナリ。

然レトモ此等ノ規定ハ亦同時ニ被選舉者タル個人ニ國家機關トシテ自由ニ活動
 シ得ルコトヲ保障スルヲ目的トスルモノニシテ即チ逮捕セラレ所罰セラレサル
 者ハ決シテ國家機關ニ非スシテ常ニ個人ナリ。故ニ此ノ如キ規定ハ必ス個人ノ
 利益ニ關ス、猶君主ノ不當責カ國家ノ利益ノ爲メニ確定セラレタル個人的請求
 權トシテ表ハル、カ如シ。此故ニ茲ニ爭トナレル問題ノ法律上ノ解決ハ既ニ述
 ヘタル原則ノ適用ニヨリテ直チニ明ナリ。即チ不逮捕不所罰等ニ關スル『權利』ナ
 シト、雖モ之レニ關スル法規ハ特定ノ個人ノ爲メニ國家ノ意力ヲ必ス制限スルカ
 故ニ此等ノ個人ノ自由活動シ得ヘキ範圍カ擴張セラル。換言スレハ其個人ノ消
 極的身分カ擴張セラル、ナリ。從ツテ此身分擴張ノ承認請求權及ヒ個人ヲ侵害
 スル國家ノ處分ノ廢棄請求權カ個人ニ發生スト云フヘシ。實ニ正當ナル解決點
 ハ全ク此請求權ノ承認ノ内ニ存スルナリ。然ルニ若シ刑法上ノ特典カ專ラ法ニ
 過キサル者ナリトスレハ其特典ヲ有效ナラシムル各個人ノ法的手段ナル者ナカ

ルヘシ。(五二) 又其個人ノ自由ノ侵害ハ法ノ侵害トシテ直接ノ被害者タル個人ノ知
 覺及ヒ意思ヲ俟タスシテ總テノ法律上ノ結果ヲ發生セサルヘカラスシテ其ハ權
 限違反ノ機關活動ナリト云ハサル可ラス。

(五一) 奧本利ニテ此請求權カ裁判所ニテ有效ニ認めラル、コトハザイドレル前掲八十七頁以下
 ナ参照セハ明ナリ。

國會議員ハ亦其積極的身分ヲモ擴張セラル、コトアリ。議員カ歳費及ヒ旅費ノ
 賠償ヲ請求スル場合ノ如キ殊ニ然リ。此ノ如キ規定ハ公共ノ利益ノ爲メニ設ケ
 ラレタル者ナルニ拘ハラズ、多クノ國家ニアツテ他ノ觀察點ヨリシテ反對ノ規
 定ヲナスニ至レリ(個人ノ關係ヲ考察シ、從ツテ個人的請求權ヲ確立スル者ナルコ
 ト疑ヲ容レズ。而シテ此種ノ請求權ハ通俗權利ニ固有ナル特徴ト稱セラル、性
 質即拋棄ノ自由ヲ有セサルナリ。即チ法ニヨリテ設定セラレ、從テ何等ノ賠償ヲ
 要セスシテ法ニヨリ廢止變更シ得ルモノナリト雖此關係ハ權利タルト同時ニ義
 務トシテ表ハル、カ故ニ多數ノ立法ニ從ヘハ拋棄シ得サルモノタリ。(五三) 然レト
 モ此關係ヲ郵便電信ノ如キ公ノ營造物ノ契約強制ト類似スルモノトシテ私法的

ノ權利ナリトスルハ誤レリ。歳費ノ支拂ハ法律上代議士ノ公法上ノ扶養ナリ。旅費ノ支拂ハ法律ニ規定セル賠償ノ給付ナリ。而シテ拋棄ス可ラサルコトハ請求權ノ法律上ノ性質ト何等關係スル所ナクシテ唯政治上ノ理由ニ基クナリ。即チ選舉候補者カ其棄權ヲナスヘキコトヲ約シテ以テ選舉ニ影響ヲ及ホサントスルカ如キヲ避クルカ爲メナリ。又他方ニ於テハ富裕ナル代議士ノ棄權ニヨリテ貧困ナル代議士ヲシテ同シク棄權セサルヲ得サラシムルカ如キ社會的抑壓ヲ避ケンカ爲メナリ。

(五二) 例ハ普魯西憲法第八十五條與太利ニテハ千八百六十一年六月七日ノ法律帝國法律全書

第六十三、第四條)

代議士ハ一般臣民ヨリモ強キ權利ヲ與ヘラル、ノミニ非スシテ他方ニ於テハ亦一層強キ義務ヲ負ハシメラレ、從ツテ特別ナル權力ノ下ニ服從セサルヘカラス。即チ代議士ハ自己所屬ノ議院ノ懲戒罰權 (disziplinarischen Strafgewalt) ニ服從ス。此懲戒權ハ一方ニ於テハ代議士カ普通裁判所ノ刑罰權ヨリ特免セラル、コトノ代償トシテ存シ、他方ニ於テハ主權者ヲ除クノ例各機關ヲ構成セル個人ハ皆服從セサ

ルヘカラサル權力ノ獨立發現ニ外ナラサルナリ。此權力ハ各國家ニテ種々ナル形式ヲ有スレトモ專ラ違法ノ行爲ヲナセル者ヲ議院ヨリ排除スルコトヲ以テ極度トス。是レ同時ニ代議士ハ法律上國家ニ何等ノ義務ヲモ負フ者ニ非ストノ主張ニ對スル適切ナル辯駁ナリ。五三各個人ハ代議士ノ資格ヲ取得スヘキ義務ヲ負擔セサルト同時ニ亦國務ニ參加スルノ義務ヲ負擔セス、又被選舉者タルヘキ資格ヲ保有スルノ義務ヲ負ハザルハ猶何人モ國務ヲ辭スルヲ妨害セラル、コトナキト同一ナリ。然レトモ當選ノ受諾ニヨリテ各個人ハ同時ニ官吏ノ如ク職務ヲ負擔ス。五四此ノ如クニシテ唯權利ノミヲ有スル機關構成者ナル者ナク、國家作用ヲ行フ個人ハ此行爲ニヨリテ必ス國家ニ義務ヲ負フ者ナリ。若シ此事實ヲ否定スルアラハ其ハ「君主ハ法ノ支配外ニアリ」princeps legibus solutusトスル非國家的學說ニ陥レルナリ。而シテ國家直接機關ノ權限ハ權利規定ノ形式ヲ以テ示サル、ヲ常トス。然レトモ此規定ハ國家機關ヲ構成セル個人ニ對シテハ權利タルト同時ニ義務ヲ帶ハシムル者ナリ。議場ニ出席スヘキ義務、投票ヲ爲スノ義務ハ多數ノ憲法及ヒ議院ノ事務規定ニヨレハ亦此ノ如キ形ヲ以テ表ハサル。五五若シ議員カ權

利ノミヲ有スル者ナリトスレハ、憲法ヲ遵守スヘキ誓約 (Verfassungsgelöbniss) ハ何等ノ意義ヲモ有セサルコト、ナルヘシ、(五六)

(五三) ラバント第一卷二百二十一頁二百二十二頁彼レハ其主張ノ根據トシテ代議士タル個人ハ國家ノ機關ニ非スシテ唯帝國議會ノミカ機關ナリト論ス。然レトモ帝國議會ノ意思ハ法律上個人タル代議士ノ意思ヨリ構成セラル、ナリ、故ニ議員ハ帝國議會ノ部分機關ナリ。元來國家機關トハ法規ニヨリテ國家意思ノ構成ニ參與スヘキ意思ヲ有スル個人ナリ。然レトモ世人ハラバントト共ニ此重要ナル國法上ノ根本觀念ヲ適當ニ確定スルコトヲ忘却ス。

(五四) ザイデル「國法學」第二卷百八十七頁、ラドニツキ「前掲二十八頁

(五五) 故ニ欠席セントスルトキハ休暇ヲ請求セサル可ラサルカ如キモ亦義務ナリ、ゲ「マイヤ」國法學二百七十四頁、三百七十六頁。獨逸帝國議會ノ議員ニ對シテハ此義務ハ帝國議會事務規則第六十一條勿論法律上不完全ニ認メラル。然レトモ之レニ關シ、嚴重ナル制裁ヲ加ヘ得ルコトハ千八百七十三年五月十二日ノ奧太利帝國參事院事務規則第四條ノ證明スル所ナリ。即チ同條ニ曰ハク規定ノ宣誓ヲ爲サス、又ハ八日間續イテ出席チナサス又ハ休暇ナクシテ若クハ休暇ノ時ヲ經過スルモ猶議場ニ出席セス、及ヒ十四日以内ニ出席スルカ若クハ其欠席ノ正當ナル理由ヲ示スヘキカヲ請求スル議長ノ督促ニ應セサル下院議員ハ辭職シタル者ト見做サルト。

(五六) 此普通規定セラル、誓約ハ獨逸帝國議會ノ議員ニ對シテ存セス。從ツテ之レニヨリテ僅少ナル義務ヲモ負ハス。之レ帝國議會ハ獨逸國會ニ於ケルト同シキ法律思想ニヨリテ建設セラル、カ故ナリ。

國會議員ハ決シテ國家ニ對シテ役務關係(狹義ノ) (Dienstverhältnis) ニ立ツニ非スシテ機關ヲ組織スヘキ義務關係 (Pflichtverhältnis) ニ立ツ者ナリ。懲戒權ハ決シテ役

務要求權 (Dienstgehalt) ヨリ發生スルニ非スシテ權力關係ヨリ發生シ、獨リ國家ノ一般統治權ニ基ク權力關係ノミナラス各種ノ權力關係ニ皆之ヲ存ス。役務關係ナクシテ義務ヲ負擔スル國家機關カ存シ得ルコトハ既ニ近世的意義ニ於ケル官吏タルコトナクシテ官職ヲ有シタリシ羅馬ノ行政長官ニテ之ヲ見ルヘク、今日ニテハ直接共和國ノ執行權ノ代表者モ亦其地位役務關係ニ基クモノアラスシテ尙官職ヲ有スル一例タリ。就中瑞西ノ諸洲ニ於テ此代表者ニヨリテ任用セラレタル官ト吏ノ場合ニ最モ明白ニ之ヲ實現セリ。即チ此等ノ諸洲ニ於テハ憲法上原則シテ終身官ナル者ヲ禁シ、官吏ハ國家ノ役務者タル關係ニ立チ入ラスシテ直接ニ又屢國民選舉ニヨリテ特定ノ官職ヲ命セラル、モ尙懲戒權ニ服セサル可ラサルナリ、(五七)

(五七) 例ヘハソロツルン洲ニ於テハ千八百七十五年十二月十二日ノ憲法ニヨリテ國民カ一國ノ官吏ヲ選舉ス。此等ノ官吏ハ參政官及ヒ洲參事會ノ懲戒權ニ服セサル可ラス。

此ノ如ク選舉ニヨル議員ノ服從スル義務關係及ヒ權力關係ハ假令總テノ國會及ヒ總テノ國會ノ各院ニ通シテ同一ノ方法ニヨリテ現ハレスト雖其關係ノ常ニ存

在スルコトハ疑ナク、法律上ノ分析ニヨリテ明ニ認識スヘキ者ナリトス。

其六 選舉ニ依ラサル國會ノ權利

議員ニハ選舉ニヨル者ノ外亦法律及ヒ任命ニヨル者アリ、即チ法律ニ由テ特定ノ人ハ他ノ方面ニ於ケル一定ノ資格存スル結果トシテ議員タルモノアリ、或ハ任命ニヨリテ特定ノ個人ヲ議員トスルアリ、或ハ其任命ノ方法稍之ト異リ將來議員タルコトヲ全ク親族法上ノ事實ニ繫カラシメ此事實ノ發生ト共ニ當然議員タラシムルモノアリ。最後ノ場合ヲ俗ニ世襲議員 (erblichen Kammermitgliedern) ト稱スルモ君位ノ場合ト等シク議員タルコト其自體カ世襲ニ非ス。寧ロ私法的規定ニヨリテ定メラレタル方法ニ從ヒ機關ヲ組織ノ義務他ノ自然人ニ移轉スルナリ。故ニ世襲議員タリ得ルコトハ家族ノ權利ニ非スシテ常ニ該家族ニ屬スルカ爲メニ受働的資格及ヒ主働的資格ヲ有スル特定ノ個人ノ權利ナリ。其法律上ノ關係ハ其他ノ財産ノ所有、特定ノ職業ノ從事並ニ其他ノ私法上ノ前提ト選舉權ノ取得ト關連セル場合ニ同シ。

法律、任命又ハ家族ノ一員タルニヨリテ議員トナレル者ノ請求權ハ明ニ憲法上反對ノ規定ナキ限り被選舉ノ請求權ト異ナル所ナシ。(五八)故ニ彼等モ亦選舉ニヨル議員ト同シク國民ノ代表者トシテ請求權ヲ有效ニ保有シ得ルモノナラサル可ラス。從テ被任命者ト之レヲ選ヒタル君主トノ間ニハ被選舉者ト選舉者トノ間ニ於ケルカ如ク其他何等ノ法律上ノ連鎖ナク、換言スレハ被任命者ハ君主ヨリ全ク獨立シテ活動ス。故ニ明ニ法律上反對ノ規定ナキ限り君主ノ承諾ニヨリテノミ議院ヨリ自由ニ離ル、コトヲ得ル者ナリトスル見解ハ誤謬ナリ。(五九)自己ノ代議士タル資格ヲ拋棄セントスル被選舉者カ其拋棄ニ際シテ選舉者ノ同意ヲ必要トセサルカ如ク、任命ニヨル議員モ亦辭職セントスルニ當ツテ任命者ノ同意ヲ必要トセサルナリ。若シ「世襲」議員タル個人カ辭職スルトキハ(例ヘハ下院ヨリ選出セラレンカ爲メニ)當該家族中ニ新ナル能力者 (neue persona idonea) カ存スルニヨリ新ニ世襲議員ヲ生スルモノトス。(六〇)

(五八) フォン・ゲルバ「大綱」百三十頁、註九、ハ、シユルチエ「獨逸國法學第一卷四百五十八頁

(五九) 普魯西ノ貴族院ノ入會委員カ發シタル千八百六十年二月六日ノ報告中ニ存スル該委員會ノ所置ハ此謬說ニ基ケル者ナリ、之レニ同意セルハグ、マイヤ「國法學」二百五十二頁、ヅユルテンベルグニ關シテハモール「同國國法學第一卷五百四十六頁、埃太利ニ關シテハツルブリヒ、埃國國法學」三百六十九頁ナリ。此等ノ論者ノ主タル論點ハ之ニ關スル法律ハ辭職ノ權利ナル者

ヲ認メトス云フニアリト雖甚タ不確實ナリ。同一ナル論法ヲ以テスレハ君主ノ單純ナル意思ニヨリテ君位ヲ拋棄スルコトヲ得ヘキヤモ爭ハルニ至ルヘシ。何トナレハ之ニ就テモ亦憲法ニ何等ノ明文ヲ存セザレハナリ。正當ナル見解ハハ、シユルチエー「獨逸國法學第一卷四百六十五頁、ボールンハツク」普魯西國法學第一卷三百七十七頁、以下サイデル「巴威倫國法學第二卷百十四頁、フガンザルブライツ」ツェルテンベルグ「國法學第二卷百六十五頁」ニ示サル。

(六〇) 若シ此ノ如キ議員カ棄權ス可ラサル者ナリトスレハ此等ノ議員ハ機關ノ地位ヲ支持スヘキ絕對的義務ヲ有スル個人タルニ至ルヘシ、豈此ノ理アラシキヤ。君主、代議士、官吏ハ皆法律上ノ條件ヲ具備スルトキハ自ラ其機關資格ヲ脱シ得ヘク、前註ニカ、ケタル論者ト雖個人トシテ命セラレタル上院議員ニ就テモ一方的ノ棄權ヲ否認スルニ止マリ絕對的ニ之ヲ否認セザルナリ、獨リ世襲議員ノミ此ノ如キ變則アリトハ法學上何等ノ根據ヲ有セザルモノト云フヘシ。唯特別ナル解釋カウシガルニ於テ示サレタルノミ。即チ下院ヨリ選出セラレタル上院議員ノ議員タルコトハ下院ノ委任ノ繼續スル間ニ止マリ、終身議員ハ法律上有效ニシテ完全ナル棄權ヲナスニハ國王ノ許可ヲ必要トストセリ、千八百八十五年ノ法律第七條第十、第十二。カクテ少クトモ實際上重要ナル場合カ立法上満足ニ規定セラレ、ナリ。

其七 直接民主國ニ於ケル投票權及ヒ選舉權

今日ノ歐洲國家ニ於テ直接民主國ノ制度ハ瑞西憲法ニ存スル發案權 (Initiative) 及所謂特權的投票權 (Aktivieren Referendum) (六一) 及ヒ憲法變更ノ決定ニ際シテ瑞西公民ノ參與ニ於テ之ヲ存ス。(六二) 猶殆ント總テノ瑞西諸洲ニ於テモ此制度ハ地方議會ノ制度ニヨリ發案權及ヒ投票權ニヨリ並ニ官廳ノ任命ニ多少參與スルコト

ヨリテ存ス。(六三) 此場合ニ於テハ個人ハ國家權力ノ部分機關トシテノ請求權ヲ有シ之ヲ實行スルナリ。此請求權ハ多數ノ代表憲法ニ於ケル選舉權及ヒ被選舉權者ノ權利ト類似シ、裁判所ノ保護ノ下ニヲカレ、此保護ノ爲ニ聯邦裁判所ハ聯邦ノ選舉ヲ除キ其他ノ場合ノ請求權ニ關シテ判決ヲ下スノ權限ヲ有ス。然レトモ多クノ場合ニ於テハ唯外觀上個人ノ請求權ニ關スルノミニシテ實際ニ於テハ寧ロ判決ノ形式ニヨリテ洲機關ヲ監督スルコト、(六四) 及ヒ二個ノ國家機關ノ權限爭議ニ關スルモノナリトス。例ヘハ一方ニ於テ國民他方ニ於テ洲參事會カ各官吏ノ任命又ハ事件ノ決定ヲ自己ノ權限ナリト請求スル場合ニ於ケル裁判所ノ判決ノ如シ。而シテ各個人ニ訴訟ヲナスヘキ主動的ノ資格カ與ヘラレタル如ク見ユルハ各個人ニ暗ニ總體ノ代表權能カ屬スルコトヲ證明スル者ニシテ絕對的民主國ニ於テハ其制度ノ性質ヨリ自ラ然ルナリ。

(六一) 聯邦憲法第八十九條

(六二) 千八百九十一年七月二十一日ニ確定シタル聯邦憲法第二百十條、第二百十一條、

オレルリマ、マルクツ、セーセンノ瑞西聯邦國法學ニ就テ百〇一頁以下參照、多數ノ洲ニ於テハ新ラシキ憲法變更ニヨリテ此等ノ權利ヲ擴張セリ、憲法變更ニ關スル投票權ノ制度ハ北米合衆國ノ洲ニ於テモ存ス、例ヘハニュージーランド洲憲法第十三條ノ如シ、

(六四) 聯邦憲法第五條第百十三條アルーメル、モーレル合著前掲第三卷百七十四頁、聯邦裁判所ハ鍛冶匠女對聯邦事件ニ關シ千八百八十四年十月二十五日ノ決定ヲ以テ各洲ノ公民ハ憲法上洲官廳組織ニ關スル權利ヲ有スルコトヲ宣言セリ、決定第五卷五百十頁、

其八、國家ノ官職授與ヨリ生スル請求權

(甲) 官吏 (Staatsdiener) ノ請求權

國家ノ官職ナル觀念ハ最廣義ニ於テハ區分セラレタル國家ノ權限ヲ意味シ、之レヲ主觀的方面ヨリスレハ國家機關ノ觀念ト相一致スル者ナリ。然レトモ官職ナル語ヲカク廣義ニ用フルコトハ甚々稀ナリ。普通此用語ハ形式的立法ニ屬セスシテ行政的及ヒ司法的性質ヲ有スル國家ノ事務ノ範圍ヲ指ス。此意義ニ於ケル官職ヲ負フ者ハ個人ナリ。此個人ハ自己ニ對スル個々ノ國家行為ニヨリテ職務上他ノ機關ニ從屬シテ機關ヲ組織スルコトヲ命セラル、ナリ。此指命行為 (Befehlensakt) ノ基礎タル法律上ノ事由ノ異ナルニ從ツテ官職授與ノ方法モ亦種々ニ區別セラルヘシ先ツ茲ニハ公法上ノ服從契約 (Subjektionsvertrag) ニヨリテ國家ノ爲メニ役務ニ服スルノ義務ヲ負ヘル各個人即チ官吏ノ公法上ノ請求權ヲ論セントス、
スターツディナー

官職授與ヲ要求スル請求權ハ近世ノ國家ニアツテハ何人ニモ附與セラル、コトナシ。憲法法典カ總テノ公民ノ平等ナル官職能力 (Aemterfähigkeit) ヲ認メタルノ故ヲ以テ公民ハ主働的資格ヲ得タル者ニ非スシテ唯受働的資格ヲ確定シタルノミナリ。六五之レニ基キテ個人ハ國家ト役務契約 (Dienstvertrag) ヲ締結スルコトヲ得。然レトモ國家ニ對シテハ如何ナル種類ノ契約強制ヲモ存セス。法律ニヨツテアル官職カ特別ノ資格アル個人ニ留保セラル、場合ニ於テモ尙然リ。故ニ法律カ多クノ官職ニ就テ國家ノ爲ス試験ニ合格シタルノ證明ヲ欲スル場合ニ於テモ其合格者ハ之レニヨリテ官職ニ對スル如何ナル種類ノ請求權ヲモ取得セス。又特定ノ官職カ明ニ特定セル個人ノ爲メニ留保セラル、場合ニアツテモ其個人カ當該法規ニヨツテ其官職ニ對スル請求權ヲ有スルニ至ラス。六六此ノ如キ場合ニアツテハ寧ろ單ニ官吏タルヘキ受働的資格カ個人ノ狭小ナル範圍ニノミ制限セラ
ル、ニ過キス。

(六五) 此原則ハ單ニ各個人カ官職授與ニ就テノ法律上取得シ得ル資格アル事ヲ宣言スルニ止ルカ故ニ純然タル消極的原則ト云ハサルヘカラス。

(六六) 此有名無實ノ個人權ニ關シテハ普魯西ニ於テハフオン、レン子普魯國法學第四版第三卷四百五十一頁以下、帝國ニ於テハ軍人ノ恩給及ヒ扶助ニ關スル千八百七十一年六月二十七日ノ帝國法律第七十七條、帝國法典二百七十五頁、及ヒ千八百七十四年四月四日ノ帝國法律、帝國法典二百十五頁參照。猶千八百八十二年五月七日及ヒ二十一日ノ帝國參事院決定、帝國中央報告、百二十三頁、及ヒ奧太利ニ就テハ千八百七十二年四月十九日ノ法律、帝國法典第六十參照。

然レトモ官吏ハ役務契約ニ由テ主動的ノ資格ヲ附與セラル。此資格ハ上來述ヘ來リタル者ト理論上區別セサルヘカラス。而シテ官吏カ決シテ官職ニ關スル請求權ヲ有セサルコトハ恰モ被選舉者カ議員トシテ國家作用ヲ爲スヘキ許可請求權ヲ有セサルト相同シ。六七官吏カ職務作用ヲ爲スニ至ルハ常ニ官吏ニ義務ヲ課シテ權利ヲ附與セサル一方的ナル行政行為ニ俟タサル可ラス。是レ總テノ官吏ニ就テ皆然ルヘクシテ裁判官ト雖モ其數ニ洩レズ。裁判官ノ免職セラレサルコト及ヒ轉職セラレサルコトハ專ラ政府ノ不當ナル干涉ヨリ司法ヲ獨立セシメンカ爲メニ規定セラレタルナリ。若シ之レニ拘ハラズ裁判官カ免職セラレタルトキハ彼レハ其官職ノ後繼者ヲ免職シテ自己ヲ再ヒ其職ニ就カシムルコトヲ訴フルヲ得ス。此場合ニ違法ヲ救治スルノ任ニアル者ハ當該憲法違反ノ行為ノ廢棄

又ハ其他ノ回復手段ヲ要求シ、且惹起スコトヲ得レトモ裁判官ハ之ヲナスコト能ハサルナリ。又自己ノ見解ニ從ツテ充分ニ活動スルコトヲ得サル合議裁判所ノ裁判官ハ議決及ヒ審査ニ關與スヘキ請求權ヲ有セス、又既ニ官職ニアル個人カ實際上職務ヲ行フニ當ツテ有スルカ如ク見ニル法律上認めラレタル利益モ存セサルナリ、唯封建的國家及ヒ賣官制度ノ存スル國家ニ於テハ此種ノ利益成立スルコトヲ得ヘク、又公權ノ觀念ト背馳シテ國家ノ高權ヲ私法上ノ權利ト同シク相續スルヲ得ル國家組織ニ於テモ見ルコトヲ得ン。然レトモ今日ノ國家ニテハ甲ニ於ケル參政官又ハ乙ニ於ケル區裁判所判事タルヘキ單ニ事實ニ止マラサル個人的利益カ法律上ノ利益トシテ確定セララルヘキ事ハ想像スル能ハサルナリ。

(六七) 職務作用ヲ行フノ權利ノ存スルコトハ學者ノ屢述フル所ナリ、ラバント第一卷四百七十三頁註一ニ於ケル引證參照。ラバント「國法學前掲四十五頁四十六頁ニコレハギールクハ此權利ヲ(四十)六頁註一選舉權及ヒ君主ノ統治權ト平等ノ地位ニ置キ以テ此ノ如キ權利アリトナス、爲メニ官吏ノ地位ト直接國家機關トノ間ニ法律上ノ基礎ニツキ非常ノ差異アルヲ看過ス、ゲマイヤ」國法學四百三十八頁註二ハ同意ナクシテ免職セシメ得ラレサル官吏ニハ官職ニ關スル權利アリト論ス。チ、マイヤー「公法雜誌第三卷八十五頁ハ官職ニ關スル官吏ノ請求權ヲ俸給及ヒ等級ニ關スル權利ト同列ニ置キ以テ職務實行ニ關スル名譽及ヒ勢力ノ利益ヲ指示ス、然レト

モ此等ノ利益ハ法律的ノ者トシテ確定ラルヘキニ非ス。此等ノ利益ノ保護ハ純粹ナル法ノ反
射作用ナリ。

然レトモラバンドノ研究ノ結果トシテ官吏關係ハ全ク分離セラルヘキ二個ノ要
素ニ區別セラレタリ。即チ國家役務關係ノ設定及ヒ國家役務者ニ官職ヲ授與ス
ルコト之レナリ。六八後者ハ一方的ナル國家ノ高權行為ニシテ官吏ニ義務ヲ負擔
セシメ、唯間接ニ權利取得ノ前提トナルノミナリ。之レニ反シテ國家役務者契約
ハ此ノ如キ高權行為ニ先チテ個人ニ高キ受働的資格ヲ付與スルモノニシテ此資
格ニヨリテ其個人ハ具體的官職授與ノ國家行為ノ目的物トナル者ナリ。

譯者註、官吏ト國家役務者トノ用語ノ區別ハ官職ヲ帶ヒタルト否トニアリ。然レトモ我邦用語例ニ
ヨレハ官職ナキ官吏亦官吏ナリトスルニ故ニ此區別ヲ必要トセサル場合ニハ以下常ニ普通ノ
用例ニ從フ(Statistiker)ヲ官吏ト譯ス、變者之ヲ諒セヨ。

(六八) 第一卷四百〇四頁以下、獨逸ニ於ケル國家役務ノ法律上ノ性質ハラバンド以前ニ於テレ
ームカヒルト年報千八百八十四年六百五十二頁以下ニ論シタルトモ此理論ヲ法律上深ク研究
シタル者ハ實ニラバンドナリ、

而シテ役務契約ニ基ク主働的資格ハ官吏カ役務者トナルヘキ請求權、換言スレハ

役務者トシテ國家ヨリ認めラルヘキ請求權ヲ取得スルコトヲ以テ其内容トス、
官吏ニ非スシテ國家役務者タルコトハ最高價值アル個人的利益ナリ。而シテ此
請求權ハ國家役務者カ帶フヘキ官職トハ全ク獨立シ、官職ヲ有セス又待命中ノ者
(*der zur Disposition gestellt ist*)ニモ亦存在ス。故ニ其ハ任用ニヨリテ取得シタル國家
役務者トシテノ資格ノ承認請求權ニシテ官吏法ニヨリテ保護セラレ、裁判官ハ尙
其上ニ憲法ニヨリテ保護セラル、ナリ。國家直接機關ニアツテハ機關組織ノ請
求權自體カ存スト雖モ國家役務者ニアツテハ其取得シタル高キ受働的資格ニヨ
リテ機關ヲ組織スルニ適スル者トシテ認めラルヘキ請求權ヲ存スルノミ。但シ
之レカ爲メニ他ノ多數ノ請求權カ亦個人ニ與ヘラル。而シテ官職ニ關スル權利
ニ非スシテ役務關係ノ支持ニ關スル權利ハ國家ニ對シテ、國家役務者ノ有スル請
求權ノ内容ナリ。

此國家役務者ノ國家ニ對スル關係ハ僧侶ノ寺院ニ對スル關係ト相似タリ。即チ
其叙任ハ牧師ニ牧師トシテ認めラルヘキ確實ナル請求權ヲ與フル者ナレトモ之
カ爲メニ教會ノ職(*missio*)ニ關スル請求權ハ發生セサルナリ。然レトモ此叙任ハ

職ヲ授ケラル、ニ必要ナル受働的資格ヲ生セシム。カクテ官職ヲ帶ヒサル國家
 役務者ハ寺院法ニ於テ權限ヲ有セサル僧侶ト同位置ニアル者ナリト云フコトヲ
 得ヘシ。

國家役務者關係ハ權利者ノ消極的身分及ヒ積極的身分ヲ變更スルコト國家機關
 ノ組織ニ對スル各個人ノ關係ノ場合ト相同シ。既ニ述ヘタルカ如ク此二個ノ身
 分ハアル方向ニ擴張セラル、ト同時ニ他ノ方向ニ於テ制限セラル。斯テ官吏ハ
 法ノ反射ノ形ニテ普通以上ノ刑法上ノ保護ヲ受ク。六九官吏ハ亦其官職ノ等級及
 ヒ稱號ニ關スル公ハ請求權ヲ有スルコト疑ヲ入レス。而シテ特ニ注意スヘキハ
 官吏カ國家ニ對シテ主張スルコトヲ得ヘキ經濟上ノ請求權ナリ。此權利ノ性質
 ニ就テハ見解多岐ニ亘リ、アル著名ナル學者ハ之レヲ私法上ノ請求權ノ種類ノ下
 ニ置ケリ。七〇獨逸帝國及ヒ帝國ノ各支分國ニアツテハ此種ノ請求權カ民事裁判
 所ノ裁判ニ服セシメラル、カ故ニ七二此說ヲ採ル者ハ之ヲ其好論證トナセリ。
 然レトモ之レ決シテ常ニ然ラサル可ラサル者ニ非スシテ正當ナル解決トシテハ
 此請求權ハ公法上ノ種類ニ屬スヘキ者ナリト云ハサル可ラス、何トナレハ此請

求權ハ公法ニ基キテ存シ、且第一ニ公法上ノ目的ノ爲ニ供セラル、者ナレハナリ。
 カクテ國家ノ利益ノ爲メニ存スル官吏ノ身分相應ノ生活支持ハ國家ニ對スル官
 吏ノ俸給及ヒ恩給請求權ノ確定ニ必要ナル觀察點ナリ。故ニ此等ノ權利ハ身分
 相應ノ扶養請求權(Anspruch auf Lebensgenüsse Alimentation)ト稱スラル。七三而シテ一方
 ニ於テ俸給ノ要求ハ公法上ノ性質ヲ有スルコトヲ認ムルニ拘ラス、他方ニ於テ官
 吏ニ對スル國家ノ給付ヲ其役務ニ對スル反對給付ナリト解スル見解モ亦維持ス
 可ラス。七三何トナレハ一方ニ於テ反對給付ヲ受ケサル官吏ニシテ其給付スル勞
 務及ヒ献身カ有給ノ官吏ヨリ少ナカラサルコトアルヘク、他方ニ於テハ官職ヲ帶
 ヒサル國家服務者ト雖モ亦屢俸給請求權ヲ有スレハナリ。且テ其給付スル役務
 ノ性質及ヒ分量ハ俸給額確定ニ際シ全ク其計量ノ具トナル者ニ非サルナリ。而
 シテ又高等地方裁判所ノ評定官ハ區裁判所ノ判事ノ受クヘキ反對給付ヨリモヨ
 リ大ナル反對給付ヲ受クルノ價值アル役務ヲ行フ者ナリトシ、又ハ官廳ノ長官ハ
 其評定官ヨリモヨリ重要ナル役務ヲ國家ニ給付スル者ナリト眞面目ニ主張スル
 コト能ハス。然レトモ一般ニ官吏ノ俸給ノ階級ヲ確定スルニ當テハ他ノ純然タ

ル公法上ノ見地ヨリ反對給付ノ思想カ遙ニ偏重セラル、ナリ。勿論俸給ノ付與ニハ私法上ノ要素モ與ツテカアリ。サレト其總體ノ性質ヲ確定セントスレハ既ニ述ヘタルカ如ク其最モ秀テタル要素ニ基キテ決セサル可ラサルナリ。

(六九) 從來此刑法上ノ保護ハ官吏ノ權利トシテ數ヘラルラバ第一卷四百七十三頁スラ此法學的ナラサル傳説ニ從フ。

(七〇) レーム蒐集ヒルト年報千八百八十五年、百四十三頁以下、及ヒレーム著百九十四頁以下、猶ゲマイヤ「國法學」四百十六頁、參照、之レニ對シラバ第一卷四百九十頁以下、ザイデル「國法學」第三卷三百二十七頁、四百十六頁、ソツハ「民事訴訟法」第一卷九十五頁以下、メウエス「俸給請求權」(ホルムエンドルフ法律辭書第二卷三十二頁以下、レ、ニシテ「行政法」百三十一頁參照、ポールンハツク論文前掲第二卷七十二頁ニ從ヘハ官吏ハ一般ニ國家ニ對シテ財產法上ノ請求權ヲ有セスシテ唯國家ヨリ施物ヲ受領スル者ナリト云ヘリ。眞而ナル辯駁ニ似セズ。然レドモ此等ハ公法上ノ請求權ヲ理論上拒否セントシテ如何ニ苦メルカヲ見ルニ足ルヘシ。

(七一) 之レ此請求權ノ性質ニ照ラシテ不當ナルコトハワツハ「民事訴訟法」第一卷九十六頁、九十七頁ノ論スル所ナリ。

(七二) リバンド第一卷四百七十八頁、フオン、イェリシグ「法」ノ目的第一卷二百頁以下等

(七三) ザイデル「國法學」第三卷四百十五頁以下、
公法上ノ請求權タル俸給請求權ハ之レカ爲メニ設ケラレタル公法上ノ特別法規ノ下ニ立ツ。即チ此請求權ハ特別固有ノ請求權ナリ。官吏カ國家ニ對シテ有スル其他ノ經濟上ノ請求權モ亦公法ノ性質ヲ有ス。出張費、日給、車馬費、職務臨時手

請求權ノ如キハ其例ナリ。此等ノ請求權モ亦公法上ノ特別法規ニヨリテ規定セラル。而シテ此等ノ規定ハ公ノ利益ニ基ケルカ故ニ私法上ノ類似規定ト其趣ヲ異ニス。此等ノ請求權モ亦アル程度ニ於テ扶養請求權ノ性質ヲ有ス。之レニ反シテ反對給付ナル見解ニ基キテ存スル官吏ニ對スル國家ノ特別給付、例ヘハ慰勞金ノ如キハ國家カ一方的ニ付與スル者ニシテ請求スルコト能ハサルナリ。
俸給請求權ニ就テ契約ニ類スル約束ヲ締結シ、之レニ基キテ法規ト異レル確定ヲ成ス時ニアツテモ亦此請求權ハ公法上ノ性質ヲ失ハス。此場合ニアツテハ實際上國家ニ特ニ必要ナル個人ヲ國家役務ニ收容シ又ハ支持スルコトヲ以テ公共上必要ナリトスルカ故ニシテ、勿論個人ノ利益モ亦コ、ニ其要因タルヲ失ハスト雖モ要スルニ國家カ法規ト異リタル定ヲ爲スコトアルモ國家ノ利益カ常ニ主タル者トシテ認ラレサルヲ得ス。

(乙) 國家ノ名譽職吏員(Ehrenbeamten)ノ請求權
官職授與ノ前提タル特別ノ繼續的役務關係ニヨラスシテ、國家ノ官職ヲ行フ個人ヲ名譽職吏員ト云フ。七四名譽職吏員モ亦國家ニ對シテ役務關係ニ立ツモ此關係

ハ國家役務契約ト異レル他ノ法律的事由ニ基クナリ。普通彼等ハ選舉ニヨリテ
 指命セラル、即チ地方團體ノ機關ニ由テ選舉セラル、コトアリ、又ハ他ノ公法上
 ノ團體ニヨリテ行ハル、アリ。帝國保險官及ヒ職業裁判所ノ選舉ニカ、ル吏員
 ハ職業組合ヨリ選舉セラル、此ノ如キ場合ニ國家ノ官職授與ノ權ハ法律ニヨリ
 此方面ニ於テ國家機關トシテ活動スヘキ個人即チ選舉者ニ移轉セラル、而シテ
 此選舉ニヨル吏員ハ特別ナル權力關係ニ基キ任意ノ官職ヲ付與セラル、ニ非ス
 シテ直接ニ特定ノ官職ニ任セラル、ナリ。カクテ此種ノ吏員ハ主働的資格ヲ得、
 換言スレハ選舉ニヨリ、從ツテ國家ノ確認ニヨリテ機關ノ地位ニ關スル請求權ヲ
 有ス。此請求權ハ國會議員ノ請求權ニ類似ス、普魯西ノ縣ノ委員會ノ選出ニカ
 、ル縣又ハ洲ノ參事會員ハ上級長官又ハ政府ノ長官ニ屬セサル此參事會ナル官
 廳ノ吏員ト認メラルヘキ請求權ヲ國家ニ對シテ有ス。然レトモ此等ノ請求權モ
 亦前述ノ理由ニヨリ決シテ個人ノ請求權ノ内容タリ能ハサルカ故ニ何等官職ニ
 就テ權利ヲ有セス。其請求權ノ實際ノ價值ハ該吏員ハ爲メニ選ハレタル官廳ノ
 内部ニ於テノミ轉任セラレ又セラレサルヲ得サルモ國家ノ自由ニ爲シ得ル隨意

ノ轉任及ヒ昇進ハ許サレサルコトニ存ス。以上選舉ニヨル名譽職吏員ニ就テ述
 ヘタル所ハ任命ニヨル名譽職吏員ニ就テモ全ク相同シ。(七五)

(七四) レー、年報千八百八十五年八十頁、八十一頁ニ於テ國家役務者ト國家ノ官吏トノ間ニ設ケ
 タル用語上ノ區別ハ當テ得タルモノナリ、國家役務者トハ公法上ノ役務契約ヲ締結セル個人ナ
 リ。國家ノ官吏トハ國家ノ官職ヲ帶ブル個人ナリ。名譽職吏員ハ國家ノ官吏ナレトモ國家役
 務者ニ非ス。名譽職吏員ノ觀念ハ帝國法律カ展用フル名譽職吏員ナル文字ヨリモ嚴密ナル意義
 ナ有スルカ故ニ國法上ノ用語トシテ採用スルヲ可トス。(七五)

(七五) 名譽吏員ノ特別權ニ就テハ、レー、年報百三十九頁以下參照
 名譽議吏員ハ自由意思ニヨリテ又ハ役務義務ニヨリテ其官職ニ任セラル、コト
 ヲ得。然レトモ此場合ニハ國家役務關係ニ存スル二個ノ行爲、即チ役務關係ノ確
 定及ヒ官職ヲ授クルコトカ全ク相一致ス。

(丙) 役務義務者(Dienstpflichtigen)ノ請求權
 國家ハ名譽職員ノ任用ノ爲メニスル役務義務ノミナラス、亦兵役義務カ示スカ如
 キ役務強制(Dienstzwang)ヲ規定ス。(七六)而シテ法律上ノ役務義務ニ關スル總テノ場
 合ハ茲ニ論セラルヘキ共通特徴ヲ有ス。即チ此場合ニハ個人ハ國家ノ行爲ノ目
 的物タリ得ル受働的資格個人ハ個々ノ任命ニ由テ國家ニ對シテ特別ナル義務

關係ニ立ツヘキ主働ノ資格トカ區別セラハルモセ受働ノ資格即チ此種ノ役務ニ任命セラレ得ル能力ハ其性質上決シテ個人ニ請求權ヲ付與スルモノニ非スシテ、**(七)**單純ナル反射作用ナリ。之レニ反シテ假令國家ハ單ニ個人ノ義務ノ履行ニヨリテ満足スルモ主働ノ資格ヨリシテ國家ニ對スル請求權發生シ得ヘシ。此ノ如キ請求權ハ兵士ノ扶助請求權、陪審員及ヒ補助陪審員ノ旅費ノ賠償請求權等ナリ。**(七九)**役務義務ニヨリテ(選舉又ハ任命ニヨリテ)名譽職ヲ命セラレタル者ハ任意ニ此ノ如キ官職ヲ授ケラレタル者ノ有スル請求權ト同一ノ請求權ヲ有ス。

(七九) 役務強制ヲ有スル役務義務ト之レヲ有セサル役務義務トノ區別ハ前者ハ (lex plus quam perfecta) ニ基キ後者ハ (lex minus quam perfecta) ニ基クコトニ存ス。役務義務ニヨル名譽職ニ在テハ判奪セラル、コトアルモ(刑罰ニヨリ)役務強制ニヨル官職ハ然ラス。又レニシテ前掲百二十八頁註一參照。

(七七) 軍役 (militärdienst) ニ就テハラバ第二卷六百二十三頁ハ明ニ兵役義務 (volpflicht) 軍事義務 (militärflicht) 及ヒ役務義務 (Dienstpflicht) トヲ區別セリ。

(七八) 補助陪審員及ヒ陪審員ノ役務ニ關スル受働ノ資格ヲ參政權ナリトスル誤説アリ。例ヘハシユルチエ獨逸國法學第一卷第三百六十四頁ウリヒ埃太利國法學八十七頁ノ如シ。帝國刑法第三十一條第三十四條ハ此能力ヲ減刑ヲ受クヘキ名譽職ニ數ニ以テ此誤説ニ與ス。

(七九) 兵士ノ請求權ノ反射性ニ就テハ上述第六節ヲ參照セヨ。兵役義務ニ對スル兵士ノ關係ニ就テハ特ニラバ第二卷六百四十八頁又裁判所ノ役務ハ原則トシテ無償ナルコトハ同第二

卷四百四十四頁ヲ見レハ明ナリ、

法律上ノ役務義務ハ猶積極的規定ニヨリテ此義務ヲ履行スル者ノ消極的及ヒ積極的身分ヲ變更セシムルヲ得ルナリ。**(八〇)**

(八〇) 軍人ニ關スル特別法規ハマンドリ「帝國法律ノ民法的内容八十頁以下、及ヒラバ第二卷七百十七頁以下參照、現役陸海軍人ニハ主働的身分ノ減少アリ、即チ國會議員ヲ選舉スル權利ナシ

(丁) 私法上ノ役務關係ニ立テル個人ノ請求權

國家ハ雇傭契約ナル法的形式ニテ個人ノ勞務ヲ供給セシムルコトヲ得。此個人モ亦契約ニヨリテ國家ノ懲戒權ノ下ニ服セシメラル。而シテ他方ニ於テハ此個人ニ一方的國家行爲ニヨリテ公法上ノ請求權カ付與セラル、コトアリ、即チ例ヘハ稱號使用ノ請求權及ヒ公法的國家役務ニ轉スルニ尙ホ私法上ノ役務關係ニ於テ從來使役セラレシ年限ヲ服務年限中ニ算入スルコトノ請求權等ノ如シ。

其九、公法上ノ團體ノ代表者及ヒ吏員ノ請求權

公法上ノ團體ハ國家ノ統治權ヲ行使シ、且國家ノ機關タルノ性質ヲ有スルニヨリ其固有ノ機關ヲシテ公ノ機關タル資格ヲ得セシム。此機關ハ代表者及ヒ吏員

ニ分タル。ハ二其直接團體機關(例ハ地方團體代表機關、參事會、市長)ハ代表民主國ノ國民代表機關及ヒ執行機關ト同地位ヲ有ス。之レニ反シテ公法上ノ團體ニ於ケル役務關係ハ自由意思者又ハ法定ノ役務義務者カ名譽職員トシテ其職務ヲ行ハサル限リハ國家ニ於ケル任命、官吏ノ役務關係ト相類似ス。

(八二) 地方團體ノ直接機關ト地方團體吏員トヲ分ツコトハ多クノ學者ニ由テ正當ニ論セラル。例ヘハフオン、ギールケ、組合法第一卷七百三十二頁以下、レーニン、前掲、百六十四頁以下、ステンゲル、行政法辭典「中ニ存スルヨリ」地方團體機關第一卷五百十八頁以下ノ如シ。然レモ此區別ヲナサス、又明瞭ニ之レヲナサ、ル學者アリ、何トナレハ地方團體ノ行政機關及ヒ執行機關ハ間接國家官吏ノ性質ヲ有シ、爲メニ官吏ナル觀念ニ列セシメラルレハナリ。コハ例ヘハゲマイヤ「國法學」三百十八頁ノ如シ。

獨逸ニ於テハ國家行政ト地方行政トカ特種ノ關連ヲ有スルヲ以テ、地方團體ノ直接機關ハ國家ノ統治權ヲ行使シ、又ハ一般ニ直接國家事務ヲ實行スルノ義務ヲ負フ範圍内ニ於テハ國家ノ懲戒權ノ下ニ服スル間接國家官吏ノ性質ヲ有シ、國家ニ對シテ法定ノ義務ヲナスノ義務ヲ負フ。此役務義務ハ此場合ニ該機關ハ團體ノ直接機關タルノ意思ト獨立セル國家ノ地方機關タルヨリ生スル法律上ノ結果ナリ。

第三、主動的身分ノ第三者ニ及ボス法律的反應

或個人カ主動的身分ヲ有スルニヨリ、特有ナル效果カ法律ニヨリ第三者ニ生スルコトアリ。即チ第三者ニ一ノ地位カ與ヘラレ、此地位ニヨリテ第三者ハ原則トシテ國家機關ノミニ屬スル高キ名譽ニ與ルコトヲ得。他方ニ於テハ一般法規ト異レル消極及ヒ積極ノ身分ヲ有シ得ルナリ。殊ニ統治者ノ家族ノ場合ニ最著シトス。而シテ此高キ名譽ハ決シテ彼等カ君位ニ對スル權利ヲ有スルヨリ生スルニ非ス。何トナレハ君位繼承ノ資格ナキ家族モ之レニ與リ、且皇后ハ君位繼承スル能力アル者ヨリモヨリ高キ程度ノ名譽ニ與ルヲ得レハナリ。サレハ之レ寧ロ君主ト一團ノ個人トノ親族法上ノ關係ニ基ク者ニシテ此關係アルニヨリ本來國家ノ機關ニ與ヘラルヘキ名譽カ此等個人ニモ與ヘラル、ナリ。從テ一層厚キ法律上ノ保護モ亦國家機關ノ構成者ニ與ヘラル、ト同シク此等ノ個人ニ與ヘラル、ナリ。然レトモ此機關構成者タル資格ハ此等ノ個人ニ屬セサルコト勿論ナリ。而シテ勿論家族ノ一員タル成年男子ニハ此レトハ全ク別ニ上院議員タルコト及攝政タリ得ヘキ請求權ノ形ニテ特典アル主動ノ身分カ許容セラレ、其他家法ノ作

成ニ親族ノ同意ヲ必要トスル國家ニテハ此作成ニ與ル皇族ハ私人トシテ權利ヲ行フニ非スシテ國家ノ特別立法機關トシテ行フモノナリ。此ノ如キ親族權ハ其本質ニヨレハ私權ニ非スシテ機關活動ナリ。此活動ト其機關ヲ構成スル個人トノ關係ハ世襲議員タル個人ト此議員ニ屬スル立法的作用トノ關係ノ如シ。終リニ此等ノ個人ハ又屢國家ニ對シテ經濟上ノ請求權ヲ有ス。此請求權ハ今日ノ有様ニ於テハ主權者ノ歳費ノ確定ノ場合ト相類スル理由ニヨリテ存スルナリ。即チ之カ設定ニ當リテ私益ヲ顧慮スルモ主トシテ公法上ノ利益ノ爲ニスルモノナリトス。故ニ此請求權ハ公法的ナリト云ハサルヘカラス。他方ニ於テハ君位ニ對スル關係ノ爲メニ王朝ノ各員ノ消極的身分カ制限セラル。對等結婚、不當結婚、普通ニハ個人ノ自由處分ニ委セラル、行爲ニ君主ノ同意ノ必要ナルコト等ニ關スル家法ノ規定、即チ之レナリ。

上述セル關係ニ類似セル法律上ノ性質ヲ有スル者ハ國際法ニ基キ外國ノ機關ニ屬スル治外法權ニ公使ノ家族及ヒ從者ノ與リ得ルコト之レナリ。^(一)

^(一) エッキンスブリットリアリテ
(二) 帝國裁判所構成法第十九條

第三者ニ主働的身分カ影響ヲ及ホス他ノ例ハ國家役務關係ニ基キ國家ノ經濟的給付ニ就テ官吏ノ遺族ノ有スル請求權ナリ。此種ノ請求權ハ今日既ニ國家カ公ノ義務ノ履行ノ爲メニ扶養ヲ欠ケル個人ヲ保護セントシテ設クル規定ニ明記セラル。災害保險組合ニ對スル寡婦ノ請求權千八百八十八年二月二十八日ノ帝國法律ニヨツテ役務ヲナシタル者ノ家族ノ有スル扶助料請求權ノ認めラレタルコトハ扶助ヲ要スレトモ扶養者ナキ家族即チ寡婦及ヒ孤兒ノ公法上ノ保護ノ大目的ニ一進歩ヲ示シタル者ナリ。カクテ此等ノ保護ハ獨逸帝國其他ノ文明各國ニ發達シ來リタルナリ。」

第四、主働的身分ノ遺形 (Rudimente)

歐洲諸國殊ニ往時ノ獨逸聯邦ニ屬セシ國家ニアツテハ歷史上ノ關係ニヨリテ往時存在シ今後消滅スヘキ機關關係ヨリ導カレタル個人的權利カ國民ノ特定階級ニ屬セシメラル。コハ原則トシテ既ニ機關ノ地位ニ對スル請求權ハ存セスシテ唯機關地位ヨリ生スル高キ名譽並ニ法律上給付義務ノ特免ノ承認請求權トシテ

存ス。特典的積極身分及ヒ消極身分ハ此種ノ關係ノ結果ナリ。即チ次ノ如シ、
 (一) 先ツ第一ニ舉クヘキハ獨逸聯邦議定書第十四條ニヨリテ貴族ノ戶主及ヒ其
 家族ニ屬スル權利ナリ。此權利ハ此ノ如キ家族ノ往時ノ帝國法上ノ地位殊ニ其
 戶主ノ機關資格ニ基クモノニシテ今日ニテハ屢上院列席請求權ヲ之ニ附與ス。
 而シテ此請求權ハ今日ニテハ特典的主働身分ヲ授クル唯一ノ法タル憲法ニ基キ
 テ存スルヲ得ヘク其他ノ機關ノ地位ニ對スル請求權ハ近時ノ帝國立法ニ於テハ
 原則トシテ除外セラル、ナリ。唯此等ノ家族ニ屬スル自治ニ於テノミ主働的身
 分ニ屬スル權利カ尙存在ス。即チ原則トシテ立法者ノミニ屬スル一般法ノ例外
 ヲ規定スル權能ハ高キ貴族ノ一門ニ屬シ之レニヨリテ公法上ノ權力ヲ有スル團
 體トナルナリ。自治規定ノ内容ハ本來私法上ノ性質ヲ有シ對等結婚、不當結婚ノ
 權モ亦諸族ノ私法上ノ權利ニシテ少クトモ現今ノ國法ニ從ヘハ唯タ間接ニ公法
 的ナルノミ。此ノ如クニシテ現今ノ國法ニヨレハ前世紀ニ存セシ多クノ公法上
 ノ請求權ハ唯私法上ノ者トシテ解釋セラレ得ルナリ。消極的身分ニ存スル特典
 ハ尙二三ノ國民的義務ノ免除トシテ表ハル。(二) 而シテ貴族ノ各員ニ對シテハ公法

上ノ請求權トシテハ今日ニテハ唯有名無實ノ徽號ニ關スル請求權カ生レナカラ
 ニシテ存スルノミ。此權利ハ先ツ第一ニ家長ニ屬ス、猶家族ノ特別權ノ承認ニ關
 スル請求權アリ。此等ノ請求權ハ相集リテ消極的身分ノ特典ヲ成スナリ、換言ス
 レハ他人ニ禁止セラル、者ヲ此等ノ個人ニ許容セラル、場合ニ此特典ヲ存スル
 ナリ。而シテ他方ニ於テハ此等ノ請求權ハ又其積極的身分ヲ高ム。即チ此等ノ個
 人ハ自己ニ屬スル徽號及ヒ特別權ヲ國家ヨリ請求スルコトヲ得ルコト是レナリ。

(一) 軍事義務ノ免除租稅ニ關スル特典、*ザ・マイヤー*「國法學」六百八十頁以下參照。

(二) 第一種ト類似シ一層制限セラレタルモノハ有名無實ノ貴族タル身分ヨリ生
 スル請求權ナリ。此等貴族ノ特典的主働身分ノ歷史的紀念ヨリ生スル社會上ノ
 名譽ハ元來官職又ハ特別ナル國家的資格ヲ表ハス高貴ノ稱號タリシモノニシテ、
 今日猶社會上ノ風習ニ止マラサル英國貴族ノ稱號ノ如キハ即チ之レナリ。今日
 ニ在テハ貴族トハ普通法律上「有名無實ノ世襲的徽號」ニ過キス。(三) 然レトモマ、
 尙特定ナル法律上ノ資格ヲ付與ス。(三) 且貴族ナルモノハ法史上、往時ノ官職又ハ
 門閥ト關連スル權利ノ遺物ヲ意味シ、其社會上ノ價值ハ法律上ノ價值ヨリ遙ニ重

シ。中世ノ終リニ至テ此等ノ公法上ノ權利ハ改造セラレテ私法上ノ權利トナリ、世襲貴族ハ世嗣ニ相續シ得ヘク正妻ニ移轉シ得ヘキ私法的性質ヲ帶フルニ至レリ。不法ニ貴族ノ稱號ヲ使用スル者ニ對シテ行ハル、私ノ禁止權ノ如キ其著シキモノナリ。

(三) シユルチエ「獨逸國法學」第一卷三百九十七頁。

(三) 上院列席普魯西「ジュニルテンベルヒ」ハツセン「世襲議員トシテ上院列席セシメラルヘキ資格、奧太利」上院又ハ國會ニ關スル選舉權「バーテン」ハツセン「ザロー」ル其他。

(三) 近世ノ國家制度ト關連シテ國家ノ官名又ハ之ニ類スル稱號ヲ私人ニ付與セラル、コトアリ。カクテ國家機關タル個人ニ屬スル高キ名譽ノ一部分カ稱號トシテ國家役務關係ニ立タサル人ニ付與セラル。官吏自身モ亦稱號トシテ官名ヲ要求スルコトヲ得。休職ヲ命セラレタルトキ若クハ多數法律ノ規定スル名譽的免官ノトキニモ最後ノ官名ヲ存スルコトヲ得。主働的公民狀態ノ此ノ如キ遺形ノ法律的内容ハ貴族ノ場合ト同シク唯純粹ナル公法上ノ性質タルコトカ一層強ク、從ツテ常ニ特定ノ人格ニ固着セシメラル、ノ差アルノミ。(四)

(四) 擬制的官名モ亦付與セラル、而シテ官職ニ關スル社會的名譽モ保證セラレサル可ラス。

(四) 全ク特種ノ者ハ國家的徽章ノ付與ナリ。最初兵士ノ爲メニ後又他ノ者ノ爲メニ設ケラレタル勳章ハ歷史上騎士ノ徽章及ヒ之レヨリ發シタル宮中ニ於ケル名譽ノ徽章ト關連シテ出シタル制度ナリ。其理想トスル所ハ常ニ公共ノ利益ノ爲メニ國家ニ對シテ盡シタル功績ニ報ユルナリ。即チ勳章授與ノ場合ニハ之レニヨリテ表彰セラル、個人ニ國家ノ利益ノ爲メニナセル行爲アルコトヲ前提トス。換言スレハ機關活動ニ類スル者若シクハ國家ノ准機關若シカ云ヒ得ヘクンハトシテノ作用ヲ前提トス。從ツテ徽章ヲ帶フル者ニ屬スル名譽ノ請求權ハ機關ヲ組織セル個人ノ權利ノ遺形ニシテ第一ニ國家ノ承認ニ對スル請求權ナリ、而カモ一方ニ於テ勳章ヲ帶フルコトハ消極的身分ニ屬スル行爲タリ。(五)

(五) 帝國刑法典第三百六十條

勳章ノ付與ヨリシテ尙貴族稱號ノ付與又ハ承認請求權ノ如キ他ノ積極的請求權ヲ生スルコトアリ。此請求權ノ履行サル、ト否トハ君主ノ自由ニ屬シ、裁判上ノ保護ヲ欠缺ス。之レニ反シテアル種ノ勳章ノ授與ニヨリテ年金請求權ヲ生スルコトアリ。此ノ場合ニハ公ノ給付ニ對スル名譽俸給ノ性質ヲ帶ヒ公法的ナリト

ス、此年金ハ其成立及ヒ目的ニ從ヘハ亦公法上ノ性質ヲ有スル官吏ノ恩給ニ類ス

此種ノ遺形的身分關係ハ國家ノ一方の行爲ニヨリテ設定セラル、モノニシテシカモ叙勳者ノ拒絕ニヨリテ其法律的效力ヲ廢罷スルコト得ヘキモノナリ。而シテ此關係ハ個人ニ何等ノ義務ヲ負ハシムルモノニ非サルカ故ニ其成立ニ何等ノ契約ヲモ必要トセス。何トナレハ國家カ個人ノ同意ヲ必要トセルハ只個人ノ自由ヲ制限スル場合ノミニシテ其擴張ニハ之レヲ必要トセサレハナリ。從ツテ勳符授與ヲ知ル以前ニ叙勳者死亡シタルトキヌラ、其者ノ勳功ノ爲メニ遺族ニ同様ナル請求權カ生シ得ル場合ヲ考フルヲ得ルナリ。(六)

(六) 敵前ニテ勇敢ナル防禦ヲナシタル者ニ與ヘラル、勳章ノ如キ然リ

第五、主働的身分ト臣民分限

消極的身分及ヒ積極的身分カアル範圍ニ於テ臣民分限ト獨立セルモノナルニ反シ主働的身分ハ原則トシテ受働的資格ノ第一要件タル國家ニ從屬スルコトヲ前

提トス。勿論此原則ニモ亦例外アリ、他方ニ於テハ屢臣民分限ノ關係ヲ以テ足レリトセスシテ此身分ヲアル期間把持スルコトヲ必要トシ、尙其出生ニヨル取得ヲ必要トスルコトアリ、(一)此外一ノ國家ニ於テハ歸化シタル者ニ對シテ主働的公民タル身分カ特別ナル付與行爲ニヨリテ設定セラル、コトアリ、(二)主働的身分ノ遺形ノ取得ニ就テハ普通臣民分限ヲ必要トセサルニ他方ニ於テハ社會上價値ナキニ非サル外國ノ徽章佩用ヲ允許シ、又ハ其受領ヲ禁止シ得ル本國ノ權利存ス、(三)

(一) 後ノ場合ハ聯合國家ニ於ケル大統領及ヒ副大統領タリ得ル資格ノ場合ノ如シ、合衆國憲法第一章第一款第五號、

(二) ベルギー及ヒ以太利、ホルチエンドルフ、國際法中ステルク第二卷六百十八頁以下參照

(三) 後ノ場合ハ瑞西聯邦ノ代表者官吏及ヒ兵士ノ如シ、聯邦憲法第十二條、

第二章 國家及團體ノ權利

第十一節 國家ノ公權

若シ國家ヲ他ノ國家又ハ自己ニ從屬スル人格者ト關係ナク孤獨ニ存スルモノトシテ觀察センカ。國家ノ活動ニハ何等權利又ハ非權利ナルモノアルコトナカラン。凡テノ權利ハ人格者間ノ關係ナリ。此人格關係ヲ除キテ考フレハ、國家ハ唯自己ノ目的ノ遂行ノ爲ニ備ハレル力ニシテ道德上又ハ政治上其性質ヲ定メ得ルモ法律上ニ於テ思考シ得ラレサルモノタリ。從テ國家カ自己ノ機關ニ對スル關係ハ國家内部ノ關係ニシテ權利關係ニアラス此關係カ引イテ其組織以外ニ立ツ人格者即チ機關構成ノ任ニ當ル自然人トノ關係ニ及フ時ハ始メテ此ノ關係ハ法律的ニシテ法規ニヨリテ支配セラルヘキモノタリ。故ニ一官廳ノ新設モ之ニヨリテ新權限ヲ發セス、マタ臣民ノ財政上ノ給付義務ヲモ生セストセハ、孤獨ニ考ヘラルヘキ單純ナル行爲ニシテ他人ノ權利範圍ニ何等ノ影響ヲ及ホサ、ル個人ノ行爲ノ如ク法律上無關係ナル行爲タルニ過キストス。之ニ反シテ國家カ直接

間接ニ其臣民ノ權利範圍ニ就テ許可シ、命令シ、保障シ、拒絕スル場合ニハ此等ノ凡テノ關係ハ權利關係 (Rechtsverhältnis) タリ。

若シ國家ヲ以テ權利ノ外ニ超然トシテ立ツモノトセハ國家及個人ナル二ツノ權利主體ノ關係ニヨリ始メテ生スヘキ個人ノ公權ハ存スルコトナキノミナラス既ニ説明セシカ如ク公權ニ基キテ始メテ存在シ得ヘキ私權モ亦存在シ得サルヘク、此基礎ヲ離レテハ各私權ハ其ノ法的性質ヲ失フヤ必セリ。國家ハ之ヲ力トシテ觀察スレハ臣民ノ人格ヲ承認スルカ故ニ法ニヨリテ制限セラレタル力トナルヘク從テソノ力ハ法カトナリ、ソノ利益ハ法益トナルナリ。此利益中ニ算スヘキモノハ第一ニ法ノ保持及制定ナリ。カクノ如クシテ國家ハ自己ノ利益ヲ實現シ依テ以テ自己ノ目的ヲ遂行スルニヨリテ自ラ法律上制限セラレタル人格者トナルナリ。法ハ實ニ個人的人格ニ對シテハ本來其ノ創作者タル關係ニアルカ國家的人格者ニ對シテハ制限者タル關係ニ立ツモノナリ。國家ハ其性質上自己ノ力ニ適スルコトハ凡テナシ得サルコトナシト雖、法アルカ爲ニ法カ國家ニ附與セルモノ、ミ法ニ從テナシ能フヘク、ソノ法トシテ表ハレタル意思カ許容スルコトノ

ミ爲シ得ルナリ。此ノ如ク自己ノ法ニヨル制限アルカ故ニ國家ハ法律上ノ意味ニ於テ臣民ニ對シテ權利ヲ有シ義務ヲ負フナリ。國家ハ自ラ法律上制限セラレタルモノト考フルニヨリテハミ權利主體タリ得何ントナレハ義務ヲ負フコトナキ行爲者ハ力ノ主體タルモ權利ノ主體ニアラス權利ノ概念中ニハ既ニ制限ノ概念ヲ包含スルモノナレハナリ。國家カ自己ノ義務ヲ承認スルニヨリテノミ國家ノ公權モ臣民ノ公權モ存在シ得ヘク國家ノ義務アリコヽニ始メテ個人ノ請求權存シ得ルナリ。實ニ此ノ請求權ハ國家ノ一方の行爲即チ法律命令處分ニヨリテ發生ス。私法上ニ於テハ權利者カ一方的義務ヲ負フハ特ニ自ラ法律上ノ意思表示ヲナスニヨリテ稀ニ起ルコトナレトモ國家ニ於テハ此一方の義務負擔即チ自ラ進ンテ義務ヲ負擔スルコトハ常ニ起ル所ナリトス(二)。

註(二)次節参照

カク國家カ自ラ進ンテ義務ヲ負擔スルコト(Staatlicher Selbstverpflichtung)ハ國家ノ拘束(Gebundenheit)ノ基礎ナリトハ予ノ屢々論述セシ所ナリ(三)。反對論者ハ未タ何故

ニ國家ハ法律上ノ形式ニ從ツテナセシ自己ノ一方的意思表示ニヨリテ拘束セラレカノ問題ヲ解決スルニ充分ナル理由ヲ説明セサルナリ。否ナ此問題ニ答フルヲ得サルモノハ法律上ノ權利(Gesetzrecht)ノ存在ヲ認ムルノ權利ナキモノナリ。此故ニ反對論者ハ近世法學上ノ著書ニ義務ノ概念ノ詳密ナル研究ノ缺如セルヲ特ニ利用シテ自己義務負擔ノ思想ヲ法律上ノ概念ニアラストスルモ義務ノ觀念ハ必スシモ法學上ノ範圍ニ限ラレタルモノニアラス、倫理學ニ於テモ社會學ニ於テモ等シク必要ナル概念ニシテ寧ろ第一ニ道德上ノ觀念ナルコトヲ忘却セルニアラサルカ。道德的自主(Sittliche anthonomie)ノ思想ヲ深ク吟味セハ彼ノ法律上ノ義務トハ優超ナル力ノ命令ナリトノ説ノ平凡採ルニ足ラサルヲ知ラン。義務ノ概念ヲ各面ヨリ觀察スル時ハ權利ト義務ハ常ニ相對立スルモノニシテ義務アレハ常ニ權利ヲ發生ストノ自然法學者ノ説ノ維持シ難キヲ見ン。トマシウスヨリカントニ至ルマテ獨逸自然法學者ハ道德ト法律トノ區別ハ博愛ニヨル義務ト強制ニヨル義務トノ區別ニ存ストシ、法律上ノ義務ハ強制ニヨリテ行使シ得ル要求權ヲ生スルモ、博愛ニヨル義務ハ之ニ對シテ何等ノ權利ヲ生スルコトナシ

ト主張スレトモ、義務ノタメニ義務存スルモノニアラス。私益及公益ノ要求スル所ノ一般ノ貨物ノ保護又ハ利用ノ爲ニ存ス。而シテ法律上ノ義務モ、法律上ノ貨物ヲ保護スル爲ニ存シ、且其貨物ノ有スル主觀的價値即利益ヲモ保護ス。然レトモ義務ニヨリテ保護セラル、利益ハ必スシモ個人的利益ニアラス。團體自身ノ義務ニヨリテ保護セラル、公益タルコトアリ。コヽニ至リテ利益ノ保護ハ何人カノ法律上ノ要求ノ爲ニシ之ニヨリテ權利ヲ發生スルモノナリトノ論ハ徹頭徹尾主張シ得サルナリ。最高ノ國家機關カ國家ニ對スル義務ハ或ル人ノ權利ヲ發生スルモノナリトハ論理上ニモ實際上ニモ不可能ナリ。例ヘハ憲法ハ君主ノ義務ヲ規定スルモ之ニヨリテ何人モ權利ヲ有シ得サルナリ。何トナレハ此義務ハ臣民ニ對シテ負フモノニアラサルカ故ニ臣民ハ權利者ニアラス、又國家ハ其機關ナクシテ法律上ノ存在ナキモノナレハ此場合ニ國家カ此權利主體トシテ存在スル爲ニハ國家ニ代リテ權利ヲ有スヘキ他ノ機關ナカルヘカラス。然レトモ之レナキカ故ニ國家モ亦權利者ニアラサレハナリ。其他ノ直接機關就中議會ノ義務ノ如キ公益ノ爲ニ規定セラル、ニカヽハラス何人ニ對シテモ之カ爲ニ權利ヲ附與セサ

ルナリ此故ニ國家ノ直接機關ノ義務ハ皆 *Legibus imperfectis* ニ規定セラルルモノト云フヘシ。サレハ君主ハ憲法上ニ定マレル期間内ニ議會ヲ召集セズ、マダ國費ヲ拒否スル議會ヲ不法ニ處分スルコトアルモ爲ニ國家ナル獨立ノ人格者ノ權利ヲ侵害セリト云フヘカラス。唯其權限ヲ超エテ亂用スル結果他ノ機關ニ障害ヲ及ホシタルノミ。故ニ之ヲ起訴スル者モ之ヲ判決スル裁判官モ此場合ニ考ヘ得ヘカラサルナリ。從テ國家法規ハ亦何人ノ權利ヲモ發生セサル義務ノ上ニ存立スルモノト云フヘシ。

然レトモ國家カ義務ヲ負擔セル個人(國家機關タルノ義務アル人格者)ト相對立スル場合ニハ此義務ヨリ國家ノ請求權ヲ生ス。此請求權ニヨリテ第一ニ服從ヲ要求ス(三)。カクノ如ク個人カ國家權力ノ下ニ服從シ、國家ノ權力ハ法律上特定ノ要求ニ限ラル、コトニヨリテ個人ハ國家ニ對シテ法的服從ヲナスモノタルナリ。各方面ニ於ケル服從關係(*Subjectionsverhältnis*)ハ常ニ法律上制限セラレタル服從ニシテ臣民ノ給付、忍容、不作爲ニ就テノ限定セラレタル請求權ヲ以テ内容トス(三)。カクノ如キ受働的身分ニ於テハ臣民ハ義務ノ主體ニシテ權利主體ニアラス。而

シテ[○]遵[○]由[○]義[○]務[○](Gehorsamspflicht)トハ既ニ述ヘタルカ如ク一般的名稱ニシテ國家ニ對スル凡テノ義務ヲ包括スル總稱ナリ。時ニ或ハ國家ニ對スル忠實義務(Treuepflicht)ナル別種ノ義務ヲ説クモノアレトモ此義務モ何等獨立ナル内容ヲ有セス。若シ忠實ノ爲ニ或ル事ヲナスヘシ或ハナスヘカラスト命令セラル、モノトセハ之レ遵由義務中ニ包含セラルヘク、マタ國法ニヨリテ命令セラレタルモノニアラストセハ其ハ道徳上ノ見地ヨリ思考シ得ヘキコトニシテ國法上ノ見地ニ於テ了解シ得ヘカラサルナリ^(四)。固ヨリ單ニ遵由ノミヲ以テ個人ノ國家ニ對スル凡テノ關係ヲ網羅セリトイフヘカラス、此關係ヲ悉ク知ルコトハ法學ノヨクセサル所ナリ愛國心ハ凡テノ健全ナル國家ノ生活ノ要件ナリ然レトモ之ヲ冷靜ナル法學上ノ形式中ニ壓縮セントスルモ豈得ヘケンヤ。

(二) レーニシテ前掲書三十四頁ビテンク法規及其違犯第二版第一卷四百二十三頁以下

(三) 故ニ法規ノ大部ハ同時ニ被治者ニ對スル國家ノ請求權ヲ設定ス。而シテ此請求權ハ國家ノ性質上法ノ制力トシテ發現ス。サレハ法ト權利トハ絶對ニ相對立スルモノニアラスシテ互ニ相轉換スルモノナルコト之ニヨリテ明ナリ。

(四) 遵由義務ハ法學上測定シ得ヘキ唯一義務ナルコトヲ始メテ唱導セシハエーレンベルヒナリ『佛法ニ於ケル委任及誓忠』百三十二頁以下。其他 *Deutsche Rundschau* 第十卷七號五十一頁同氏論文

「法律上ノ義務トシテノ忠實、^{グマエヤ}「國法學」六百六十六頁、ザイデル「國法學」第三卷三百八十七頁參照。忠實義務ヲ特別義務トスル論者ハ此義務ノ法學上ノ結果トシテ遵由義務ノ結果中ニナキモノヲ擧ケルコトヲ得ス。

國家ノ遵由請求權ノ特別ナル形ハ國家、官、廳、ノ、行、動、ノ、承、認、ヲ、要、求、ス、ル、權、ナ、リ。此請求權ハ特殊ノ遵由義務ノ實在ノ基礎ニシテ、服從スル個人ニ對シテニハアラス自由ニ判斷シ得ル個人ニ對スル獨立ナル請求權トシテ現ハル、モノナリ。特ニ國家カ個人ニ直接ニ命令セサル場合ニ於テモ個人ハ尙國家ノ特定ノ活動ヲ承認スル義務ヲ負フモノナリ。國家組織ニ關スル事項ニ於テ殊ニ然リ。皇位繼承法ニ基キ王位ニ登レル君主ハ何人モ其君主タルコトヲ承認ス。同様ニ新ニ選舉セラレタル大統領、法律ニ從テ成立セル國會、法律上ノ權限内ニ於ケル官廳モ亦承認セラル。加之國家ノ意思發動即法律、命令、判決、處分皆斯様ナルモノトシテ承認セラルヘシ。此承認ニ基キテ始メテ臣民ハ國家機關ニ其權限内ニ於テ服從シ之ヲ尊重シ、國家ノ意思表示ヲ實行セサルヘカラサルノ義務ヲ生スルナリ。故ニ無權限ノ官廳カ發シタル命令ニハカ、ル事情ノ下ニ於テ服從スルコトヲ拒ムヘク。此ヲ發スル權限ヲ缺ケルカ爲ニ又ハ憲法上及法律上ノ形式ニ依ラサルカ爲

ニ國家ノ行動ヲ否認スルコトヲ得ヘシ。

此請求權カ獨立シテ國家ノ法的活動ノ基礎トシテ發現スル場合ニニアリ。即チ國內ニ於テハ國家ノ革命後新政府ノ承認ハソノ統治的活動ノ必須要件ナリ。國外ニアツテハ國家自身並ニ其國家ヲ代表スル權利アル機關ノ承認ハ國際法上ノ交通ニ參與スルニ必要ナル條件ナリ。凡ソ法規ハ單ニ強制ニヨリテ實行シ得ヘキモノニアラス必スヤ。依テ以テ各關係者ノ任意ノ承認ノ上ニ存立シ得ル他ノ點ナカルヘカラス。故ニ法規ノ具體的存在ノ根本的基礎ハ承認ナリトイハサルヘカラス(五)。一度承認セラレ從テ法律上成立セル法規ハ直ニ各人ニ承認ヲ要求シ且此承認ニ基キテ個々ノ義務ヲ發生セシム。此ノ點ハ實ニ國家ノ成立ヲ個人ノ意思ニヨリテ解釋セントスル自然法學的國家論ノ眞髓ナリ。唯此ノ學說ハ其出立點ヲ誤レルカ爲ニ此ノ目標ヲ超エテ法規其物ヲ以テ個人ノ意思ノ創造ニ係ルトナスカ故ニ誤レリ。法規ハ個々ノ意思トハ全ク獨立シテ存スルモノニシテ法規トシテ個人ニヨリテ承認セラル、コトカ個人ノ意思ト團體ノ意思ノ關係ナリ(六)。

(五) 此ノ種ノ承認ハ其國民ノ性質其國家ノ性質ニ從ヒ種々ナル形ニ於テ顯ハル。即チ不熱心ナル法儒ナル盲從ヨリ國民ノ投票ニヨル自働的同意ニ至ルマテ其種類多シ。法規ノ理由ノ根源トシテノ承認ニ就テハビールリンガ前掲書百三十四頁以下參照。

(六) 自然法學的國家論ノ有力ナル反對論者スタールスラ尙其著前掲第二章百〇七項ニ於テ國家ハ國民ノ道德的并ニ理性的意識ノ上ニ成立シ而シテ國家ハ國民ノ自由行動(die freie That der Volks)タルヘント云々ナリ。

此臣民ノ承認及理由ヨリ國家ノ凡テノ權力ハ發生スルモノナレトモ國家ノ公權ハ此ノ承認及理由ノ請求權ヲ以テ盡セリトナスヘカラス。蓋シ國家ハ命令及禁止ニヨリテ個人ヲ制限スルノミナラス。許可及附與ニヨリテ個人ノ權利ヲ擴張シ得。即チ法ノ制定ト同シク權利ノ設定モ國家ノ法律上ナシ能フコトナリ國家ハ立法ニヨリテ個人ノ一般的又ハ個々の新權利ヲ設定スルコトヲ得ヘク權利設定ノ行政爲ニヨリテ個人ノ權利及ヒ公法上ノ請求權ヲ定ムルヲ得ヘク、また團體ヲ人格者トシテ承認スルコトヲ得ヘク、加之自己ノ有セル權利ヲ放棄スルコトヲモ得ヘシ。以上何レノ場合ニ於テモ命令ト附與ト結合スル爲ニ理由ヲ要求スル命令的權力發現ス、即チ權利設定ノ行爲ハ自ラ他人ニ對シテ其行爲ノ承認ノ命令ヲモ含ムヲ見ルナリ。

國家ノ權利ノ行使ハ本來私人ノ權利行使ト異リ私權及個人ノ公法的請求權ハ全ク其權利者タル個人ノ任意ニ行使シ得ルモ國家ノ公權ハ其種類ノ何タルヲ問ハス全ク公益ノ爲ニ存スルカ故ニ臣民ノ服從ヲ特定ノ場合ニ利用スルトセザルトハ理論上國家ノ自由ナル場合ニ於テモ又ハ權利ヲ設定シ得ル法律上ノ權利ヲ有スル場合ニ於テモ決シテ國家カ隨意ニ此權利ト力トヲ行使シ得サルナリ。何ントナレハ國家ハ公益ハタメニ其存在ノ理由ヲ有スルモノナレハ其行動ハ最上ノ法則ヲ自己ノ凡テハ行爲ハ公益ニ最モ好ク適合スル機カメサルヘカラストハ法律及道德ハ命令ト一致セシメサルヘカラスレハナリ。此ノ最高ノ義務ノ爲ニ國家ハ凡テノ權利ヲ有スルナリ(七)。其法律上ノ請求權ノ基礎タル道德上ノ要求モ亦此義務ニ基クナリ。コ、ニ於テカ「公權ハ公ノ義務(Offenbliche Pflicht)ナリ」トハ屢々人ノ口ニスル所ニシテ實ハ眞理ナリ。此ノ格言ハ國家及其機關ニ對シテ其權限ニ就テノ道德上及法學上ノ規範(Norm)トシテ適切ナリトイフヘクマタ權利ヲ設定スル國家行爲ニ對シテモ適切ナルモノト云フヘシ。個人ノ利益ノ爲ニスル國家ノ行爲ト雖公益ノ之ヲ許ス場合又ハ公益カ之ヲ命スル場合ニ於テ始メテナ

シ得ヘシ。從テ既存ノ私益ノ要求ヲ容レ新シキ利益ヲ確立スルモ同様ニ此最上ノ法則ニヨリテ義務トシテナスヘキナリ。個人ノ利益ヲ最公共ノ幸福ニ適合スル様構成シ且保障スルコトハ重大ナル公共目的ニ屬スルコトニシテ之カ爲ニ發動セル國家ノ行爲ハ同時ニ公益ヲ行フモノナリ(八)。

(七) 此ノ義務ノ認識ノ爲國家ノ自己制限モ權力主體ヨリ權利主體ニ變スルコトモ起ルナリ。

(八) 本書 頁註 及テツル「行政裁判所ノ不完全ナル原因トシテノ行政官廳ノ自由裁量論ニ就テ」千八百八十八年十一頁以下參照。

此ノ故ニ國家ノ自由活動カ其機關ニ關シテ法律ノ明文ニヨリ又其行爲ノ性質上自ラ一定セラル、コトアルモ其活動ノ内容カ之ヲ拘束スル法文ニヨリテ規定セラル、ノ謂ニアラスシテ各場合ニ就テ其活動ノ目的ニ適合ストノ國家機關ノ自認ニヨリテ其内容ヲ定ムヘキモノナリトノ謂ニ過キス。若シマタ此ノ目的ヲ達スル爲ニ法規ヲ定ムルコトヲ得ヘシトセハ此ノ法規ハ國家ノ適目的行爲ヲ規定スルニ當リ目的ノ商量ニ至テハ之ヲ省略シテ全ク國家機關ニ委ヌル様ニ其内容ヲ定メサルヘカラス何ントナレハ常ニ變更スル一時的目的ト變轉常ナキ活動ノ條件トヲ一定ノ法則ニヨリテ定ムルハ不能ナル事ニシテ各場合ニ適切ナル法則

ヲ發見シテ之ヲ適用スル自由裁量 (Freie Ermessen) ノ活動ノ餘地ヲ存セサルヘカラサレハナリ。故ニ國家ノ研究ノ始ニ當リテ學者既ニ法律ハ全ク之ヲ廢スヘク統治者ヲシテ自由ニ各場合ニ適切ナル法則ヲ見出シ之ヲ實現セシメサルヘカラスト要求スルモノアリ(九)。而シテ統治者ノ最高義務ハ公益ノ爲ニ行動スルニアリトノ此真理ハ已ニアリストテレスノ認メタル所ニシテ氏ハ如何ナル政體ノ國家ニ於テモ或ル程度マテ自由ニ行使シ得ル統治權ハ被治者ノ利益即チ公益ノ爲ニ行使セラル、時始メテ其宜シキヲ得タルモノナリトイヘリ(一〇)。

(九) プラト—Politicus 三十三卷二百九十四項

(一〇) 『政治論』第三卷九項

佛國ニ所謂 administration discrétionaire、獨及奧ニ所謂官廳ノ自由裁量 (Freie Ermessen) ニシテ就中公共目的ノ最高原則ニヨリテ支配セラル、義務的行動即チ其行動ニシテ各場合ニ應シテ國家ノ採ルヘキ目的ヲ適切ニ遂行スルコトニヨリテ其個人權トノ抵觸スルコトアルモ尙承認ヲ得ヘキ行動ナリ然レトモ國家ハ此ノ如ク公益ヲ主トスルカ爲ニ個人ノ請求權ノ滿足ヲ抑止スルモノニアラス、唯公益ト抵

觸スル場合ニハ該請求權ノ實現ノ法律上ノ要求カ減縮セラル、ノミ。此ノ故ニ個人ノ請求權ヲ要約スル法規モ亦他ノ法規ノ如ク例外ヲ存スル規定タリ。唯個人ノ請求權モ亦幾多ノ保障ヲ有スルモノナレハ此ノ例外ノ限界ハ出來得ル限り明晰ニシ且此ノ限界其ノモノニ就テノ公平ナル裁決ヲ保障セサルヘカラス。

上ニ述ヘタル適目的行動ノ義務ニ對シテ之ヲ道德上ノ義務ニシテ法學上ノ義務ニアラスト論駁スルモノアリ。然レトモ國家ハ此義務ヲ其役務義務者 (Dienstpflichtige) 官吏ノ如シニ命令スルコトヲ得ルカ故ニ其法律上ノ義務タルヤ明カナリ。

凡テノ官廳的行動ヲナスニ當リテ國家ノ最善トスル所ヲ盡スヘキハ國家ノ官廳ノ一般ノ義務ニシテ(一)一般ニ懲戒法ニヨリテ維持セラル、モノトス。此義務ノ最モ著シク發現スルハ戰爭ニシテ兵士ニシテ之ヲ怠ルトキハ最モ重キ刑ニ當ル犯罪トセラル、ナリ。英米ノ慣例ニ於テ官廳カ唯其職務ヲ行フニ效益 (Utility) ヲ顧ミサリシノ故ヲ以テ彈劾セラレ巴丁ノ憲法ハ國家ノ安寧幸福ヲ危フスルノ故ニ大臣彈劾ヲ許セルハ皆此ノ故ナリ(二)獨リ國家ノ元首ハ法學上責任ヲ負フモ有益ニ行動スルノ義務ニツキテハ何等ノ懲戒ノ途ナク不完全法 (Lex Imperfecta)

免タルヲ免レストス。

(一) 此義務ヲ法學上ノ性質ヲ有スル官廳ノ忠實義務ニ屬スルモノトスルハ認見ナリ例ヘハ引
バント第一卷四百三十八頁、ハーシユルチエ「獨逸國法論第一卷三百二十三頁ノ如シ。此官廳ノ
義務ハ法律上明ニ規定ヲ有スル所ニシテ獨逸帝國官吏法第十條及千八百八十八年七月二十四
日巴丁官吏法第八條ノ如ク職務ヲ盡スニ誠意ヲ以テスヘシトイフモノ是レナリ

(二) 千八百六十八年二月廿日ノ法律第二章第六十七條(參照) 此種ノ規定ヲ舉クルノ可否ハ
コ、ニ論スル限ニアラスト雖トニカク之ニヨリテ保障セラル、義務其モノ、存在及其存在ノ
可能ヲ證明スルニ足ル。

個人ノ利益トナル國家ノ行動ハ個人ニ請求權ヲ附與スルト否トヲ問ハス個人ノ
法益ノ範圍ヲ擴張スルモノニシテ請求權ノ保障ナキ場合ニハ此擴張ヲ目的トス
ルト否トニ拘ラス個人ハ單ニ國家ノ行動ノ反射作用ヲ受クルノミナリ。此ノ如
キ場合ニ於テ國家ハ自己ノ權利ヲ行フモノナルカ又ハ個人ノ權利ヲ行フモノナ
ルカヲ決スル形式の標準ハ個人ノ請求權ノ存否ニヨリテ決ス。然レトモ其實質
的標準ハ法律上承認セラル、ト否トヲ問ハス公益ト私益カ並ヒ存スルヤ否ヤノ
事情ニヨリテ定マル。而シテ此問題ハ多クノ問題ノ如ク形式的法ノ立脚地ヲ離
ル、モノニシテ解決シ難キモノニ屬ス然レトモ國家ノ權利個人ノ權利ノ區別ノ

爲ニ將來ノ立法上重要ナルモノナレハ論究ヲ忽ニスヘカラサルナリ。

第十二節 國家ノ權利設定行爲

公法上ノ請求權ハ第一ニ實體法ニヨリテ設定セラル。此ノ如キ國家ノ意思表示
示ノ形式ノ詳細ナル研究ハコ、ニ必要ニアラス。之ニ反シテ權利ヲ設定スル國
家ノ他ノ行爲ハ詳細ニ説明スルヲ要ス。

凡ソ法的形式ハ私法及公法ニ於テ全ク異レル特別ナル範疇ヲ存スルモノニアラ
ス惟フニ法ノ全般ニ通シテ法的作用ハ同一種ノ原因ニヨリテ支配セル、モノナ
リ。就中二ツノ包括的形式ヲ舉クルヲ得。即チ法的作用ハ一方的意思表示(einseitige
Willenserklärung)及共同的意思表示(über einstimmende Willenserklärung)ニヨリテ引起サル、
ヲ見ル。一ヲ處分(Verfügung)トシテ他ヲ合同行爲(Verhandlung)又ハ契約(Vertrag)トナス
處分ハ公法上ノ行爲ノ大部ヲ占ム。蓋シ權力ノ發現ハ此形式ヲ採ルモノナレハ
ナリ。然レトモ私法上ニ於テモ亦之レナキニアラス即チ死亡ノ際ニ於ケル遺言
所有權者ノ禁止的及附與的、雇主ノ雇傭契約ニ基ク命令、ノ如キ之レナリ。共同的

意思表示ハ私法上ノ行爲ノ大部分ヲ占ムルモノナレトモ亦公法上ニ於テモ重要ナル働キヲナスモノトス此ニ屬スルモノヲ第一ニ合同トナス。合同トハ多數ノ個人ノ意思發動ヨリ單一ナル法律上關係アル意思表示ヲ作ルコトニシテ獨立ナル多數人格者及團體ハ多數機關ノ意思表示ノ如キ之レナリ。之ニ反シテ契約ハ多數人格者カ給付ノ履行及受領ニ就テノ約束ナリ (Verbreitung)。合同ハ共同利益ノ満足ノ爲ニスル意思ノ合致ニシテ契約ハ相對スル又ハ一致セサル利益ノ満足ノ爲ニスル意思ノ合致ナリ。

多數ノ意思カ特定ノ法律上關係アル一行爲ヲ作出スル法的力ヲ有スル場合ニハ一般ニ此合同行爲カ行ハル、モノナリ。從テ單獨ニハ國家ノ特定ノ意カヲ作成シ得サル多數ノ國家機關カ共同作用ニヨリ確定的國家的行爲ヲ引起ス場合ノ形式モ亦合同行爲ナリ。凡テノ一致 (Zustimmung) 協同 (Mitwirkung) 及國家ノ意思作成ノ最多クノ場合タル他ノモノトノ合意 (Einvernehmen) ニヨル行爲ハ皆合同行爲ニ外ナラサルナリ。カルカ故ニ法律ハ君主ト國會トノ合同ニヨリテ成リ、國家ノ合議體 (collegien) (議會、合議制裁判所等) ノ決議ハ合同行爲ナリ。多數ノ大臣ノ發ス

ル命令又ハ處分ハ此ノ合同ニヨリテナシ、同様ニ一官廳ノ行爲ニシテ其完全ナルカ爲ニハ他ノ官廳ノ一致ヲ要スルモノハ亦合同行爲ナリ。凡テ此等ノ場合ニ於テ契約ノ範疇ヲ當儀メ得サルハ智者ヲ俟タスシテ明ナリ。蓋シ契約ハ前提ニ於テ異レリ。即チ互ニ相離ル、獨立ノ多數ノ人格者アルヲ要スルニ國家機關ハ此資格ヲ缺クカ故ニ契約ヲナシ得サルナリ。加之ニ列記セル場合ハ其結果ニ於テモ亦契約ト異レリ。即チ契約ハ決シテ契約者ノ意思ト異レル單一意思ヲ作ルコトナク寧ロ各契約者自身ノ意思ノ單純ナル合致ニ外ナラスト雖モ、國家ノ合同的行爲ハ一ノ機關ニヨル獨立ノ確定的意思表示ト等シク單一ナル國家ノ意思ニシテ之カ作成ニ與レル多數ノ機關ニ對シテ彼等ヲ拘束スル一行爲トシテ發現ス。此合同行爲ハ國家組織變更シテ他ノ種類ノ機關カ此意思作成ニ與リシ機關ニ代ル場合ニ於テモ依然トシテ國家意思トシテ存留ス。

此合同行爲ノ行ハル、場合尙甚多ク、法律ニ基ケル公法上ノ團體ニ於テモ重キヲナセリ。即チ市町村ノ合併ノ基礎ヲ作り、或ハ道路組合、學校組合、其他ノ行政的組合ヲ作ル爲ノ町村ノ連合ノ要件タリ、其他産業裁判所 (Gewerbegerichten) ノ説立、又ハ

共同疾病保險ノ實行ノ爲ニスル數町村ノ行爲、保險組合 (Kassenverbande) ヲ作ル爲ニスル地方疾病保險財團 (Ortskrankenlassen) ノ行爲、組合連合ノ爲ニスル産業組合ノ行爲、皆此合同行爲ナラサルナシ。加之國家カ一般的ニ公法上ノ團體ノ義務ヲ確定スル場合ニハ或ル程度マテ其義務ノ履行ノ方法ヲ其團體ノ自由ニ委スルヲ常トシ、此ノ自由ノ範圍内ノ事ハ共同ノ法的作用ノ爲ニスル多數ノ團體ノ合同意思表示ニヨリテ決定スルモノトス。獨リ團體ノミナラス、個人モ亦其公法上ノ義務ヲ行フニ合同行爲ニヨルヲ得。例ヘバ災害保險ノ目的ヲ以テ職業組合 (Berufsgenossenschaft) ヲ自由ニ設定スル場合ノ如キ之レナリ。

國際法上ニ於テ合同行爲ハ遙ニ重要ナル地位ヲ占ム。蓋シ國際法ニ於テハ各國家ノ上ニ立ツ立法者存スルナク從テ國際慣例ニ基カサル限りハ國際團體ヲ拘束スル法ハ同一ノ意思表示ノ爲ニセル共同的約束ニヨリテ成立シ得ルノミ。而シテ國際團體ナルモノモ機關ヲ具ブル組織ニアラサレハ合同行爲ニヨリテ國家ノ如ク單一ナル意思ヲ生シ得サルモ尙共同ノ意思 (Gemeinsamer Wille) ヲ作成スルコトヲ得ヘク其内容ハ各國家ヲ拘束スル法則トシテ各國家ニ對抗シ得ヘシ。故ニ掠

奪禁止ノ法則ハ契約ニヨリテナルニアラス合同行爲ニヨリテナルナリ。換言スレハ反對給付ニ基キ一ノ國家カ他國家ニ對シテナス個々ノ交換的利益ノ爲ニ約束スルニハアラスシテ國際團體ノ永久ノ利益ノ爲ニスルナリ。故ニ嚴格ナル意味ニ於テノ契約規定ニヨリテ主張シ得サルモノニシテ國際法規ノ一ナリ。之カ廢罷ハ契約ノ解除ニアラスシテ國際法上ノ拘束ノ破棄ナリ野蠻ノ復歸ナリ。コ、ヲ以テ合同行爲ハ國際法ノ範圍ニ於テ法ノ淵源ナリ(一)。然レトモ合同行爲ノ用ハ管ニ之ニ止マラス國際法的國家聯合ハ亦契約ニアラスシテ合同ナリ。其間ニ最高權ナシト雖聯合國間ノ法ハ其分子タル國家ニ對シテ一種ノ法トシテ存スルノ現象ハ之ニヨリテ始メテ説明シ得ヘシ(三)。

(註一) 獨立ナル國家ノ意思ノ合致ニヨリテ法カ創成セラル、トハ國際法理ニ就テ古ヨリ主張セラル。然レトモ合同ト契約ト同一視スルカ故ニ當事者ノ上ニ存スル法 *ius suprapartes* ト當事者内ノ法 *ius infer partes* ノ作成ト異ル所以ノ要點ヲ滅却シ去ルノ欠點アリ、メルケルノ「法學字彙」百二十一頁ノ如キ契約ヲ意味スルモノトシテ合同チ一法源トナセリ。

(註二) 本書十九節參照之レマタ國際的行政同盟 (Verwaltungsverein) ニ於テモ見ル所ナリ。

私法ニ於テモ亦合同行爲ハ其地位ヲ有ス。彼ノ共同意思ノ作成ノ爲ニスル意思表示ノ際ニ其作用ヲ見ルヘシ。例ヘハ會社ノ定款ノ作成モ(三)會社ノ決議モ、會社

機關ノ共同作用モ、契約ニアラスシテ合同ナリ。而シテ國家ニ於テ機關ノ一致ニ
 ヨル意思表示カ契約ノ性質ヲ有セサルト同一ノ理由ニ基クモノトス。株式會社
 ノ總會ノ決議組合ノ業務執行員(Vorstande)ノ合同決議等皆其議決ニ與ル人々ノ意
 思トハ別個ノ意思ヲ作成スルモノニシテ合同行為ナリ。亦何等人格ヲ有セサル
 多數者ノ決議^(四)ノ如キモ合同ニシテ契約ニアラス。故ニ合同行為ハ或ル關係ニ
 ヨリテ總括セラル、ハ、モ、ハ、共同意思表示ヲ外部ニ發現セシムル一形式ナリト云
 フ、ハ、ク、合名會社ノ社員共有權者共同後見人兩親親戚會議ノ共同行為ハ皆合同
 行為ノ結果ナリ。而シテ之ニヨリテ相對立スル權利義務ヲ作成スルモノニアラ
 ス。一ノ物、一ノ行為、一ノ關係ニ就テ共同的規定ヲ生スルノミ。此規定タルヤ敢
 テ之カ作成者ニ或ル關係ヲ生セシムルモノニアラス(例ヘハ共同後見人ノ行為又
 ハ私生兒ノ兩親ノ認知)マタ合同行為自體ヲ拘束スルモノニモアラス唯此ノ共同
 關係ニ基ク他ノ行為ヲ拘束スルノミ。

(三) ギルケハ「組合論」百三十三頁以下ニ於テ會社ノ設立行為ハ契約ナリトノ説ヲ痛駁シ之ナ一方
 的共同行為ナリト説ケリ。尙グリシフト「雜誌」第十五卷四百〇六頁以下カルロワノ論文「公法
 雜誌」第五卷二百五十頁、ベルナチツクノ論文參照

(四) ベツカ「商法雜誌」十七卷三百九十四頁ニ於ケル論文「同雜誌」三十五卷三百六十四頁以下エ
 ルドシニミットノ論文「公法雜誌」二百二十六頁、ベルナチツク前掲論文參照

契約ト合同トハ共ニ意思ノ合致(Willenseignung)ナル總念中ニ屬スルコトニ於テ共
 通ナル點アレトモ其法學上ノ範疇ヲ異ニセルコトハ近時既ニ明ニセラレタリ^(五)。
 就中此ノ兩者ノ對立ヲ始メテ公法ニ就テ痛切ニ論明セシハピンデンゲンナリト
 ス^(六)。氏ノ論ス重要ナル法學上ノ範疇ニ明瞭ナル認識ヲ與ヘタル點ニ於テ大ナ
 ル價值アリ。法理學上其ノ價值ニ就テハ本書ニ於テ既ニ説明シタリ。之ヲ一層
 詳細ニ論究スルコトハ法學上ノ基本觀念ヲ明瞭ニスルニ必要ナル研究ニシテ其
 實際上ノ效用モ亦大ナリ。何ントナレハ一方ニ於テハ今日尙合同行為ノ多數カ
 契約ニ屬スルモノトセラレ從テ判決ノ不當ナルモノ多ク、他方ニ於テハ從來満足
 ナル認識ニ達セザリシ法的的ノ重要ナル現象ノ發現ニ確定ノ型式(Typus)ヲ與
 ヘタレハナリ。

(五) 予モ亦拙著「國家聯合論」百〇七頁以下ニ於テ此ヲ辯明セリ
 (六) 北獨逸聯邦ノ建設「六十九頁及七十頁參照

處分ハ公法上ニ有勢ナル形式ニシテ合同行為ハ公私法上ニ同勢力ヲ占ムルモノ

トセハ契約ハ私法上ニ有勢ナル法的形式 (Rechtsform) ナリトイフヘシ。然レトモ契約ハ一般ノ法的形式トシテ公法上ニモ之ヲ見ルコトヲ得ヘシ。契約ハ常ニ二ツハ互ニ獨立ナル意思アルコトヲ前提トシ此相互的表示カ法規ニヨリ法律上連結セラル、モノトス。此意思タル人格ノ如何ニシテ作ラレシカ(個人タルト法人タルトヲ問ハス)マタ如何ナル目的ノタメニ此意思カ相連結セラル、カハ問フ所ニアラス。故ニ契約ハ國家カ其主權ニ服從セサル對等ノ國家的人格者ト相對スル場合即チ國際法上ニ普通ノ形式トシテ發現ス。國法上ニ於テモ亦全ク之レナキニアラス。國家ハ主權ヲ有ス故ニ一般ニ自己ノ爲ニ給付ヲ供セシムルヲ得ルモ、主權ニハ自ラ制限アリ即チ臣民ノ消極的身分ヲ承認スルニヨリ必スヤ國家ト個人ト一定ノ法規ニ基キ互ニ獨立ニ相對スル範圍アルヘシ。從テ國家ハ法規ヲ變更スルコトナクシテ消極的身分アル個人ヲ自己ノ爲ニ役務ニ服セシメンニハ契約ニヨルノ外ナシ。

此ノ如キ場合ニ之ヲ私法的ナリトスルハ一般ノ見解ナリ。然レトモ國家ト國庫 (Fiskus) トヲ二ツノ異レル人格トスルハ甚シキ謬見ニシテ財産ノ主體トシテノ國家カ國庫ニシテ私法上ニ於テモ國法上ニ於テモ同一ナリ(七)。個々ノ場合ニ於テ國庫ニ對スル行爲ノ果シテ公法的行爲ナリヤ私法上ノ法律行爲ナリヤハ公法ノ實質的要素ノ存否ニヨリテ知ルヲ得。然レトモ凡テノ人格ハ常ニ單一ニシテ公法的 iuris publici (イ) ナリトイフコトハ國家ノ人格ニ就テモ亦然リ、常ニ一アリテ二ナシ。

(七) ゲアエヤ「國法學四百十五頁及註(一七)ニ引用セラレタル既ハラバンドノ見解ニ反對シテ一見解ヲ立テタリ。

(イ) 譯者曰ク人格ハ法律上ノ能力ノ總稱ナリ而シテ能力カ Können 即チ國家ノ能力ノ附與ニヨリテナルモノナルカ此附與ハ常ニ公法的行爲ナリ私法上ノ權利ト雖之ノ Können 即チ人格アリテコトニ Dürfen 即チ私權アリ得ルナリ故ニ公法上ニモ私法上ニモ人格ハ常ニ公法的ニシテアリテ二ナシト云フナリ。

公法上ニ於テハ現在ノ法規ノ下ニ國家ノ一方的行爲ニヨリテ生シ得サル關係ヲ發生セシムル必須ノ形式ハ國家ト個人間ノ契約ナリ。歸化 (naturalization) 及官吏關係 (Staatsdienstverhältnis) ノ成立ノ場合ニ於テ殊ニ然リ。其他ノ機關々係ノ成立即チ議會ノ議員タルコト、共和國ノ大統領タルコト、新王朝ノ設立皆之レナリ。之ト同時ニ常ニ權利ノミナラス義務モ亦移轉ス。但吾人ノ既ニ説明セシカ如ク權

利ノミヲ取得シ又ハ既得權ヲ有スル國家ノ議員或ハ機關アリトスルハ誤ナリ。然レトモ國家ニ對シテ個人カ新ニ義務ヲ負フハ特別ノ一層廣キ服從關係ニ立ツカ故ナリ。而シテ此種ノ服從關係ハ法律ニヨリテ發生シ得ルモ一般的ノ役務(Dienstpflicht)ヲ課シ得ルニ止ルカ故ニ此種ノ特別法ナキ場合ニハ此服從關係ヲ發生セシムル唯一ノ可能ナル方法ハ契約ナリ。蓋シ國家ハ自由ノ身分ヲ承認セルニヨリ國家ト個人ハ互ニ全ク獨立シ從テ對等ニ相立ツカ故ナリ。二者不對等ナリトノ反對論ハコ、ニ其基礎ヲ誤レルモノナリ。若シ個人ノ服從ハ現行法上絕對的ニシテ凡テノ方面ニ於テ存シ此服從ヨリ脱シテ自由ナルコトハ唯國法上ノ一種ノ隨意行動(Præcarium)ニ等シキ國家ノ任意ノ取消ニヨリテ始メテ許サル、モノナリセハ此論或ハ固執シ得ヘケン。然レトモ此ニ論セントスル關係ハ此說ニヨリテ終ニ維持シ得サルモノナリ。論者謂ラク歸化及官吏任用ノ際ニ於ケル歸化者又ハ被任用者ノ同意ハ本來一方のナル國家ノ許可行為ノ有效條件タルニ過キス、從テ(八)此要件ヲ滿タスコトハ國家行為ノ法律上ノ效力ヲ發生スルモノニアラスシテ唯之カ發生ヲ妨ケサルモノナリ。故ニ役務關係ハ國家ノ一方行為ニヨ

リテ成立スルモノナリト。然レトモ此一方的ニシテ且消極的身分ヲ制限スル國家ノ行為ハ主權ノ發動ニシテ個人カ既ニ之ニ從テ義務ヲ負擔スルコトヲ前提トセサルヘカラス。其關係ヤ恰モ後見執行ノ義務力之ヲ拒絕スル權利ヲ有スルモノニ對シテ成立スルニハ其承認ヲ前提トスルカ如シ(九)。故ニ官吏ニ任命セラレタルモノカ之ヲ受諾セサルトキハ獨立有效ナルヘキ主權ハ行動カ條件ヲ缺如シテ無効トナルニアラスシテ始メヨリ成立セサルノミ(一〇)。二三ノ國家ニ於テ官吏任命カ其辭令ヲ交付セル日ヨリ有效ナルニアラスシテ其作成ノ日ヨリ有效ナルカ如キ種々ノ現象ハ契約說ノ見地ヨリセハ易ク説明シ得ヘシ。何ントナレハ法律行為ノ效力ヲ其契約ノ訂結ノ日以前ニ遡求セシムルカ如キコトハ法律的生活ニ於テハ稀ナラサルコトナレハナリ。

(八)「公法雜誌」第三卷四十二頁オ、マエヤーノ論文參照

(九)「獨逸民法」千六百三十九條ニ曰ク「獨逸臣民ハ後見裁判所ニヨリ選任セラレタル時ハ後見人タルノ義務ヲ負フ無能力者ニシテ後見人タル能ハサル場合又ハ拒絕ノ權ヲ有セル場合ハ此ノ限リニアラス尙同千六百四十四條參照

(一〇)「歸化ニ關シテ之ニ反對ナル說」ハオ、マエヤーノ「公法雜誌」前掲論文四十七頁註六十六ニアリ但詳細ナル説明ナシ。

上來説明シ來リシ場合ニ於ケル法律關係ヲ主權ニヨラスシテ契約ニヨリテ設定セラレタルモノトスル法律政策上ノ重ナル理由ハ、此カル義務ハ道德上ノ基礎ニ立チテ始メテ確定シ得ヘキモノニシテ、國家力之ヲ強制シ得サルモノナリ。即チ專ラ個人カ義務ノ存在ヲ確信スルニヨリテ保障セラル、モノナルコトニ存ス。忠實及獻身ハ凡テノ公法上ノ契約ニヨリテ發生セル關係ニ不可缺ノ基礎ナルカ決シテ他人ヨリ強ヒ得ルモノニアラス。換言スレハ之ヲ約シ得ルモ命シ得ルモノニアラサルナリ。殊ニ多クノ憲法ハ職業選擇ノ自由ヲ消極的身分ノ一要項トシテ承認スルカ故ニ此等ノ國ニ於テハ國家ノ一方行為ニヨリテ官吏關係ヲ設定スルハ此自由ハ抵觸シ不可能ノ事タルヤ明ナリ。故ニ官吏關係ノ發生、繼續消滅ハ無論官吏ノ意思ニ從フヲ常トス、(二)

(一) ラバント第一卷五百一頁以下、セルト年報一千八百八十五年二百〇四頁、レームノ論文、イデルノ國法學三卷三百三十二頁、オーアエヤー前掲公法雜誌論文七十二頁以下。而ルニレームニシテ前掲書百三十四頁註(一)ニ於テ解職ノ要求權ヲ否認セリ。此說ノ不當ナルハ既ニ官吏ヲ強制シテ役務關係中ニ抑留スルコト能ハサルニヨリテ明ナリ。故ニ職務ヲ拒ム官吏ニ對シテハ最終ノ罰トシテ懲戒免官ヲ課シ得ルノミ。名譽職ト雖一般ニ職務義務ヲ課スルノミニシテ職務強制ナシ得サルナリ。本書 參照

然レトモ此ノ種ノ契約ハ純然タル服從契約(subjectionsvertrag)タル時ハ(一)個人カ任意ニ法規ニ服スルニヨリテ實現セララル、モノナリ。故ニ歸化人ノ服從義務ハ全ク出產ニヨル臣民ノ義務ト同一ナリ。任官契約(Staatsdienungsvertrag)ニ在テハ國家ハ之ニヨリテ個人ヲ機關行動ノ爲ニ利用スルノ權利ヲ取得ス。故ニ官吏ニ官職ヲ課スルハ常ニ國家ノ一方的行為ニヨルナリ。任用(Anstellung)ハ普通單一ナル行為ト認めラル、ヲ常トスレトモ此任用ニハ必スニツノ異レル要素ヲ含ム。任官契約及官職ノ賦與(übertragung eines Amtes)之レナリ。從テ任用(Anstellung)ト任命(Einsetzung)トハ之ヲ區別セサルヘカラス、(三)此區別ハ常ニ國家ノ一方的行為タル官等ノ陞進(Beförderung)ノ際ニ最著シカルヘシ。即チ反對ノ規定ナキ限り國家ハ被昇級者ノ意思ニ反シテモ之ヲナシ得ヘシ。所謂第二ノ要素トハ後者ヲ指スモノニシテ、即獨立シテ發現スル高權ノ一方行為之レナリ。然レトモ歸化人及官吏ノ國家ニ對シテ有スル請求權ハ擴張セラレタル特別服從ニヨリテ履行セラル、契約ニ基クモノニアラスシテ凡テノ公法上ノ請求權ト等シク國家ノ一方的意思ニ基クモノトス、(四)故ニ服從契約ハ嚴格ナル片務契約(Einseitiger Vertrag)ニシテ、國家

ハ反對給付ヲ必要トセ、(一五) 茲ニ於テカ官吏ハ其國家ニ對スル財産的要求權ヲ法ニヨリテ(ex lege)得ルカ、或ハ約束ニヨリテ(ex pacto)取得スルカノ問題ハ其解決ヲ得タリ。即チ此ノ請求權ハ國家ノ一方的意思ニヨリテ附與セラル、モノナリ。就中俸給又ハ俸給ノ増額ト連關セル官吏ノ昇級ノ際ニ一層明瞭ナル可シ。俸給額ノ變更カ官吏ノ同意ナクシテ法律ニヨリテ行ハル、モ亦此ノ理ニヨル。故ニ官吏ノ財産的請求權及基礎トシテ別ニ契約存スルコトナシ即チ上ノ理由ニヨリ公法上ノ契約モナク亦既ニ述ヘタルカ如ク此請求權ハ私法的性質ヲ有セサルカ故ニ私法上ノ契約存セサルナリ。官吏遺族扶助料請求權モ亦法ニヨリテ設定セラレタルモノニシテ決シテ第三者ノ爲ニスル契約ノ結果ニアラサルナリ。

(一三) シュミットヘンナー「一般的又ハ理想的國法學ノ原理五百〇九頁及ラバンド第一卷四百十二頁以下オームエヤー公法雜誌四十三頁ハ個人ノ意思ハ此契約ニヨリテ設定セラレタル關係ノ法律上ノ效力ノ共同作成者タルヲ得サルカ故ニ此契約ハ法律上ノ契約ニアラスト主張セリ。然レトモ此ノ服從ハ受許者ノ意思ト共同シテ始メテ確實ニ設定シ得ルモノニシテ此服從ノ結果ニ至テハ國家カ一方的ニ確定シ得ルナリ何ントナレハ此契約ハ國家ニ臣從スルニヨリテ其履行ヲ終了スルモノナレハナリ。

(一四) 本書 頁參照

(一四) 之ニ反シテラバンド第一卷四百七十二頁ハ官吏ノ請求權ノ保障ノ國家ノ義務ハ契約ニ基

クトセリ

(一五) ラバンド第一卷四百〇八頁以下參照

服從關係ノ發生ノミカ唯契約ニ基クモノニシテ此關係ノ解除ハ全ク然ラス(一六)。例ヘハ兵役義務ヲ終ヘ其他ノ拘束ヲ免除セラレタルモノニハ外國ニ往クヲ許シ、法律上ノ要件ヲ充タセハ官吏ノ願ニヨリテ其官職ヲ免スル國家ノ義務存スルモ臣民又ハ官吏カ此許容ヲ要求スルハ官廳ノ行爲ニ對スル請求權ヲ有スルモノト等シク己レノ積極的身分ヲ利用スルニ外ナラスシテ契約ニアラサルナリ。國籍喪失ニ於テモ亦國家カ其喪失ヲ許スノ義務アル場合ノ外ハ許容ノ保障ハ自由裁量ニヨル行政行爲ニシテ決シテ契約ノ解除ニ非ルナリ。

(一六) ラバンド第一卷百六十四頁ノ如キハ國家連合ヨリ脱出スルコトニ就テハ契約ノ解除說ヲ主張セリ。

或ハ官吏任命ノ形式ヨリ任用ヲ以テ嚴格ナル一方的行爲ナリトノ證據ヲ見出サントスルモノアルモ之レ鐵道會社、信用組織、貴族等モ亦國家カ其官吏ヲ任命スルト全ク同様ナル形式ニヨリテ役員ヲ任命スルコトヲ看過セルモノナリ。此役員關係ハ其效力ニ就テモ亦大ナル經濟的及交通上ノ會社ニ於テハ國家ノ官吏ノ關

係ト全ク同様ナルヲ見ル。即チ此等ノ會社ハ一般ニ精密ニ定メラレタル役員準則俸給(Gehalt)年金(Pension)實費辨賞(Ersatz von Dienstanlage)等ニ關スル役員ノ財産的請求權ハ皆定款又ハ規程(Statute)アリテ之ヲ規定ス。マタ或ル名譽權例ヘバ特定ノ稱號ノ使用ヲモ會社ノ規定ニヨリテ役員ニ許與セラル。故ニ此ニ關係ノ差異ハ唯其目的ニ存シ從テ國家カ其官吏ニ附與スル特權ニアリトイフノ外ナシ。私ノ役員ハ公ノ官吏ト等シク亦其職務ヲ行フ權利ヲ有セス。職務自體ハ決シテ權利ニアラスシテ唯勞務給付ノ義務ナルコトハ凡テノ職務關係(服務關係 (Dienstverhältnis))ニ通スル法學上ノ事實ナリ。既ニ單純ナル雇傭(Dienstverhältnis)ニ於テスルモ雇人ハ決シテ特定ノ勞務ニ就テ何等ノ權利ヲ有セサルナリ。

官吏ニ對スル國家ノ懲戒權(Disciplinargewalt)モ亦全ク國法ニ特有ナル現象ニアラス。何ントナレハ懲戒權ハ統治權ニアラス。假令役務關係カ主權ニヨリテ設定セラル、時ト雖モ懲戒權ハ決シテ主權ノ行使ニアラス(二七)。官吏ノ遵由義務(Gehorsampflicht)ナルモノハ全ク臣民ノ義務ト異レル基礎ニヨリテ生スルモノナレハナリ。凡ソ個人ハ法律上自己ニ服從ノ義務アル他人ニ命令ヲ發スルコトヲ

得ルハ疑ナク。婢僕ハ主人ニ對シ婢僕規則ニヨリテ、勞働者ハ雇主ニ對シ營業法ニヨリ(二八)、商業使用人ハ營業主ニ對シ商法ニヨリテ(二九)、各遵由ノ義務アリ。若シ賃銀奴隸制アリトシ之ヲ主張スルトセハ此ノ賃銀契約ハ眞ニ服從契約ナルヘシ。ソハ兎ニ角予ハ予ノ奴婢、勞働者、商業使用人ニ對シ命令スル權アリ、彼等ハマタ此命令ニ從フノ義務アルナリ。此等ノ場合ハ一見恰モ命令者カ固有ノ威力(Nacht)ニヨリテ實現スル一種ノ統治關係存スルノ觀アリ、何ントナレハ命令者ハ他ノ債務關係ニ於ケルトハ全ク異リテ債務者ニ命令スルノ訴權ヲ有ス、即チ一般ニ此等ノ場合ニハ懲戒權存スレハナリ。規律ヲ維持スル爲ニ使役者(Dienstherr)ハ譴責其他ノ罰ヲ定ムルヲ得ヘク(例ヘハ勞働規則ノ違犯ノ場合ノ如シ(三〇)、引續キ不從順ニシテ義務ヲ怠ルトキハ雇主ハ雇傭關係ノ解除ヲ宣告シ義務違犯者ヲ其家、工場、商店ヨリ退去セシムルヲ得ルモノ皆是レナリ。

(二七) 懲戒權ハラバントノ研究國法學第一版四百四十七頁以下ニ至ルマテ其ノ本質ノ認識ニ就テ幾多ノ材料アルニカ、ハラス國家刑罰權ノ特別ナル場合ノ一トシテ説明セラレタリ。ラバントニ至リ始メテ役務要求權(Dienstgevoel)ノ結果ナリトシテ其本質明ニセリ。然レトモ懲戒權ヲ以テ給付不履行ノ場合ニナス契約訴訟(Contractualage)ノ代リニ存スルモノナリトスル氏ノ説明

ハ國家カ其主權ニヨリテ設定セル權力關係ニ於テモ亦此ノ懲戒權存スルカ故ニ支持スヘカラサル説タルヤ明ナリ。ラバントノ説ノ影響ノ下ニ幾多ノ學者ハ一般刑罰權下懲戒權トノ差異ヲ研究シテ僅々ナル結果ヲ發表セリ。ビンテンガ "Normen" 第二版第一卷五百一頁及獨逸刑法論第一卷七百九十六頁以下、フオンリスト、ホルチエンドルフ法律辭書論四版百五十六頁二百五十三頁、メルケル獨逸刑法論四十六頁參照。舊説ヲ固執セル論者ハラバント第一卷四百六十二頁以下ニ説述セラレタル懲戒罰法ノ現象ヲ説明スルヲ得サルナリ。

(一八) 帝國營業法百三十一條百三十四條

(一九) 商法六十四條第三項

(二〇) 帝國營業法百三十四條

然レトモ此等ノ場合ニ於テ統治タルニハ一ノ重要ナル要素ヲ缺如セリ。使役者ハ唯役務者カ之ヲ忍ンテ其下ニ立ツ間ノミ譴責シ又ハ懲罰シ得ヘキモ、一旦役務者ニシテ何等法律上ノ事由ノ有無ニ拘ハラス此役務關係ヲ脱セント欲スルトキハ使役者ハ之ヲ抑留スヘキ何等固有ノ威力ヲ有セス。國家ハミ獨リ自己ノ請求權(Spruch)及權力(Gewalt)ヲ以テ之ヲヨクスルハミ。例ヘハ徒弟及海員ノ場合ノ如キ之レナリ(二)使役者ハ役務關係ヨリ脱スルコトヲ得ルモ之ヲ固持(Festhalten)スルコトヲ得ス。國家ハミ獨リ此關係ヲ固持スルコトヲ得ルナリ。

(二一) 帝國營業法百三十條及游良規則五十四條五十五條

此ニ於テ統治權力ハ他ノ權力關係ト異レル特有ノ要素ヲ有スルコト明ナリ。統治權力ニアラサル凡テノ權力ハ條件附時トシテ制限セラレタル權力ナリ。即チ或ハ統治權ニヨリテ生シタルカ或ハ服從者ノ意思ヲ條件トシテ存スルナリ。故ニ役務者ハ現今甚稀ナル國家カ契約履行ヲ強制スル場合ヲ除ケバ何時ニテモ其負擔セル義務ノ違犯タルト否トニ拘ハラス自己ノ決意ニヨリ自由ヲ恢復スルヲ得ヘシ。之カタメニ種々ノ事情ニヨリ使役者トノ間ニ他ノ義務關係ヲ發生スルコトアリ得ルモ、役務關係自體ハ使役者ノ意思ニ反シテ解除スルヲ得ヘシ。然ルニ國家ハ統治者トシテ無條件ノ權力ヲ有シ從テ其主權ノ爲ニ無條件ニシテ且自己ニヨリテノミ制限シ得ル權利ヲ有シ當ニ其實行ヲ要求シ得ルノミナラス、マタ其實行ヲ強制スルコトヲ得ヘシ。此權利ニ基キテ臣民ハ實行ノ義務ヲ負ヒ國家ノ意思ニヨリテ束縛セラレ、唯國權ニヨリテ之ヲ解除セラル、ノミ。此處ニ主權カ其完全ナル最高勢力ヲ現ハスモノニシテ吾人ハ如何ナル權力ヲモ脱却シ得ルモ統治權ノミハ脱シ得サルナリ。故ニ權力關係ト統治關係トハ明晰ニ區別スヘク、凡テノ權力ハ皆統治權ニアラス

統治權ハ特殊ノ權力ナリ。

サレハ各種ノ權力關係ヲ普通行ハル、如ク個々ニ就テ觀察ヲ加フルニ止メスシテ全體ヲ通觀シテ研究スルコトハ甚タ必要ナリ。既ニ列舉説明セシ場合ノミナラス其他辯護士、公證人、鐵道列車中ノ旅客、取引所仲買人、公會ノ會員、大學ニ籍ヲ置ク學生等皆互ニ相異ルモ亦共通ナル點ヲ有スルモノニシテ上ニ述ヘタル種類ノ權力關係ニ立ツモノナリ。此等ノ何レノ場合ニモ此種ノ關係ノ下ニ立ツ者ニ對シテ懲戒權存在シ、此ノ關係ヨリ排除セラル、コトカ最も重キ懲罰タリ。然レモ何レノ場合ニモ此關係ヲ持續スル爲ニ個人ニ對シテ何等ノ強制ヲ加フルヲ得スシテ個人ハ凡テノ請求權ヲ無視シ或ハ新シキ債務ヲ負フテ以テ此ノ束縛ヨリ脱スルコトヲ得ヘシ。

茲ニ於テカ懲戒權ノ特質ハ明ナリ即チ統治ニアラサル權力關係ヨリ生スルモハナリ(三三)。故ニ公共團體、教會、組合、社團及個人ハ皆懲戒權ヲ有スルヲ得ヘク而シテ此ノ關係ヨリ排除スルコト。(Ausstossung)カ最高ノ懲戒手段ナルカ故ニ懲戒權ハ決シテ統治權ニアラサルナリ(三三)。

(三二) 刑罰權ハ其目的ニヨリ正確ニ其ノ種類ヲ分ツコトヲ得ス。蓋シ刑ノ目的ハ決シテ統一セラルモノニアラザレハナリ。ハ、ソ、イ、フ、エ、ル、ト、ハ、ス、テ、ン、ゲ、ル、ノ、獨、逸、行、政、法、字、典、第、一、卷、四、十、八、頁、ニ於テ論スル所頗ル當ヲ得タリ。曰ク。懲戒刑權ヲ以テ一般刑罰權ノ一種トスルカ或ハ獨立ノ一種トスルカハ刑罰權ノ絕對說ヲトルカ相對說ヲトルカニヨリテ定マルト。惟フニ法學的分類ハ國家刑罰權ノ法律上ノ根據ニヨリテナシ得ヘシ。之ニヨレハ國家ノ主權ヨリ發出スル刑罰權ト單純ナル權力關係ヨリ生スル刑罰權トアルヘシ。後者ハ私法上ノ契約ニモ又ハ公法上ノ契約ニモヨリテ得タル特別關係ニモ存スヘク加之國家ハ其主權ニヨリテ單純ナル權力關係ヲ作り得ルカ故ニ法律上ノ義務ニモ之レアリ得ヘシ。從テ此種ノ刑罰權ハ在スルヤ否ヤハ區別ノ標準ハ實行強制(Durchsetzung)缺如セルヤ否ニアリ。市町村ニ於ケル法律上ノ義務ハ皆此種ニ屬ス。之レニ反シテ擴張セル服從關係カ統治關係トシテ現ハル、場合ニハ實行強制スルモノニシテ幾多ノ類似點アルニ係ハラシ懲戒權ニアラサルナリ。兵士、囚徒、證人ハソノ國家ニ對スル關係ニヨリテ生スル秩序罰(Ordnungstrafe)ニ服セサルヘカラス此罰ハ一般刑罰權ニヨル警察罰ニ類シ其義務ノ完成ノ爲ニ規定セラル。コ、ニ於テカ國家ノ刑罰ハ(一)國家ノ一般ノ主權ヨリ生スルモノ、(二)特別統治關係ニヨリ發生スルモノ、(三)單純ナル權力關係ヨリ發生スルモノ、三種ヲ數フルコトヲ得ヘシ。之ニ反シテ家父、教師、職人、親方ノ監督權ハ刑罰的ニアラスシテ教育的性質ヲ有スルコトハ一般ニ刑罰責任無能力者又ハ責任制限能力者ニ對シテ實行セラル、ヲ見レバ既ニ明ナルベシ。而シテ此監督權ハ自ラ刑罰ニアラサル實行強制權ヲ有ス尙此ト統治權及單純ナル權力ニ基ク刑罰權トノ關係及差異ヲ詳論スルハ本書ノ範圍ヲ超ユルモノナレハコ、ニ述ヘス。

(三三) 然レトモ國家ノ懲戒權ハ常に公法上ノ權力ニシテ公法及公益ノためニ用非ラル、モノナレハヘフテルカ刑法新誌千八百三十二年分百七十七頁ニ於テ論セシカ如キ私法的權力ニアラサルナリ。ヨシ凡テノ單純權力關係カ内部ニ於テ性質ヲ同ウスルニモヨ國家力之ヲ私法上ノ

範圍ヨリ抽出シテ公法上ニ確立スルニ妨ケナキナリ猶官吏法ハ私法的淵源ヲ有スルモ之ヲ公法上ニ輸入シテ確立セルト同シキコトナリ。

故ニ國家ハ其統治關係ト相並ンテ權力關係ヲ設定スルコトヲ得ヘシ。官吏關係ハ即チ此ノ種ノ單純ナル權力關係ナリ。國家ハ其官吏ニ對シテ權力ヲ行使スレトモ之ヲ嚴格ノ意味ニ於テ統治セス(Herrschen)之ヲ統治スルコトアラハ其職務實行ノ強制權存セサルヘカラス。

今ヤ公法上ノ契約ハ國家カ其主權ニヨリテ設定セサル權力關係ヲ設定スル場合ニ存スルモノナルコト明ナルヘシ。故ニ例ヘハ高等ナル學校即チ學生ニ一定ノ懲戒ヲ課スル學校ニ入學スルコトハ契約ニ基クヘク同様ニ個人ノ自由ニ特別ノ制限ヲ加フル公立病院ニ入ルコトモ亦契約ニ基クヘキモノナリ。之ニ反シテ國家カ個人ニ對シテ權利ヲ設定シ又ハ剝奪スル行為ヲ法律上ナシ得ル權利ヲ有スル場合ニハ此權利ノ行使カ個人ノ希望又ハ同意ト連結セラルモ契約ニアラスシテ唯國家高權ハ一方的の行為タリ。私法上ニ於テモ家父、後見人、監督者ノ同意ハ亦子弟無能力者被監督トノ契約ニアラス、相續ノ承認モ亦遺言者ト

ノ契約ニアラス。公法上ニ於ケル外觀上ノ意思ノ合致モ亦必スシモ契約ニアラス。請願ノ許容官廳ノ保障又ハ許可(特許、認許)個人ノ身分ノ擴張又ハ昇進ノ如キ皆契約ニアラス。國家カ稱號徽章(Auszeichnungen)ヲ附與スル時ハ此カ受領者之ヲ拒ムノ自由ヲ有スルモ其附與ノ行為ハ國家ノ一方的の行為ナリ。何トナレハ之ニヨリテ決シテ何等ノ權力關係又ハ服從關係ヲモ設定セサルハナリ。マタ國家ノ側ヨリ隨意ニ權利設定スル行為並ニ個人ノ申請ニ基ク裁判所及行政廳ノ凡テノ行動ハ契約ニアラス。何ントナレハ之ニヨリテマタ新ナル權力關係ヲ設定スルモノニアラサレハナリ。此等ノ場合ニ於テハ國家ノ主權其モノハ其個々ノ發現ノ方面ニ於テ既ニ承認セラレタルモノニシテ唯此發動ハ一定ノ條件ノ下ニ存セシムヘキコトカ問題タルハミ。且國家ノ特定ノ行動ノ發現ニ動機ヲ與ヘ又ハ之カ發現ヲ妨ケサルコトハ契約ノ訂結ニアラサルナリ。亦裁判官ノ如キ其轉官轉職ニ法律上官吏ノ同意ヲ要スル場合ニモ契約ノ豫メ存セサルコトハ疑ナシ何ントナレハ此場合ノ裁判官ノ地位ノ獨立ハ一個人ノ權利取得ノ爲ニアラスシテ法ノ保護ノ爲ニ存スルモノナレハナリ。之ニ反シテ外國法廷ニ證人トシテ出頭スル

ノ同意ハ全ク之ト異リ此場合ニハ外國國家ニ義務ヲ負フモノニアラサレハ主權ニヨリテ之ヲ課シ得サルカ故ニ任意ノ同意ヲ前提トスルヲ要スルナリ(二四)

(二四) 此種ノ場合ニ就テハラムマツシユノ犯罪人引渡義務及庇蔭權八百六十二頁參照。

國家高權行為ト契約ノ區別ノ標準の原則ハ下ノ如シ。即チ行政行為ニシテ國家ニ何等ノ新權利ヲモ附加セサル時ハ其行為ハ國家ノ普通ノ權限ニ基クモノニシテ其本質上處分タリ。之ニ反シテ國家カ新ニ權利ヲ取得スル時ハ單純ナル權力ニヨルニセヨ統治權ニヨルニセヨ常ニ公法上ノ契約存在スルモノナリ。此區別ハ實ニ學理上ノ興味深キ點ニシテ國家ノアラユル現象ノ總括的觀察ト相關聯スルモノトス。

中世ニアリテハ彼ノ封建的權利ノ契約的起源ヲ措イテ間ハストスルモ尙契約ハ公法上ニ於テ今日ヨリ一層重要ナルモノナリキ。

國家高權ノ行使スラ尙個人ト國家間ノ私法的臭味ヲ帶ヒタル契約ヲ條件トセシコトアリ。近代ノ法中ニモ形ハ變スレトモ此等ノ時代ニ其起源ヲ尋ヌヘキモノ多シ……手数料(Gebühr)ハソノ著シキ一例ナリ。此種ノ賦課ハ給付及反對給付ノ

私法的思想ニ基クモノニシテ此二ツノ給付ノ不同、愈甚シキニ從ヒ個人ノ給付ハ愈著シク公法的性質ヲ帶フルニ至ル。然レトモ今日尙手数料ハ公法上ノモノト私法上ノモノト對立シテ存スルナリ。此ノ二者ノ區別ノ標準ハ國家ノ此手数料ニ伴フ行為カ全ク公益ノ爲ニナサレシカ又ハ收入ノ目的ヲ以テナサレシカニアリ(二五)。

(二五) ゲ、マエヤーハ其行政法第二卷百八十六頁ニ於テ國家的手数料ト私法的手數料トノ區別ノ標準ヲ手数料ノ支拂カ法律ニ基クヤ契約ニ基クヤノ事情ニ置ケリ。從テ營造物ノ使用カ強制的ナル時ハソノ手数料ハ常ニ國家的性質ヲ有スヘク從テ小學校ノ月謝ハ國家的手數料ナリ。然レトモ之レヨリ高等ナル月謝ハ果シテ如何。レエーニンガハ前掲書七百六十頁註(六)ニ於テ之ヲ實際私法的給付ナリト説明セリ。然レトモ高等學校ト國有鐵道トノ間ニ法學上ノ明確ナル區別存シ、此ニ營造物ノ使用ノ性質上ニ影響スルヲ如何セン。高尙ナル教育ハ經濟上此月謝ト同價ナリトハ眞面目ニ主張シ得サル所ナルヘシ。

國家ハ優先性愈明ニ認識セラレ、ニ從ヒ行政行為ハ契約的性質ハ愈減退ス。即チ行政行為ハ之ヲ受クルモノハ、同意ニヨリテ條件附處分トナルナリ。此變遷ハ法制史上大ナル價值アル事實ニシテ之ニヨリテ始メテ個人ノ裁判所及行政廳ニ

對スル要求ノ法律上ノ性質ヲ知ルヲ得ヘシ。近世ノ建設ニカ、リ契約的ニ成立セシ國家ニ於テハ初メ個人ハ國家ニ對シテ交換ニ似タル私法の請求權ヲ有シタリシカ故ニ現代ノ國家ニ於テ此等ノ請求權ハ積極的身分ノ完全ナル作用トシテ承認セラレタリ。此發達ヲ知ラバ何故ニ私法ト公法トノ區別ノ困難ニシテ從テ何故ニ法規ノ分類上二者何レノ範圍ニ配列スヘキカ疑ハシク、何レニモ屬スヘキ理由同等ナルコトアル所以自ラ明ナラン。故ニカ、ル場合ニ立法者ハ實際ニ當リテ二者何レノ見解ヲ重シトスルカヲ形式的ニ現ハシ手續法ニヨリ選擇ヲナスノ外ナキナリ。此方法ノ如何ナル點マテ利用セラレ得ルカハ佛國行政官廳ノ訂結スル所謂行政的契約(Contrats administratifs)ノ示ス所ニヨリテ明ナリ。即チ此契約ハ公益ノ爲ニ約束セラル、モノトシテ普通裁判所ノ判決ヨリ取り去リテ行政裁判所ノ管轄ニ屬セシメラル(三六)。國有ノ交通事業ノ範圍内ニ於テ公衆ト結ハル、法律行爲ハ尙一般ニ私法上ノ契約ト見做サル。然レトモ此種ノ行爲ノ實行ニ就テ國家ハ郵便組織ノ所有者トシテ商人ナルカ或ハ公益ノ管理者トシテ從テ公權ノ主體トシテ行動スルカハ疑ハシニ七。故ニ此範圍内ニ於テ特別法ヲ設クルニ

至リシハ疑モナク此雙方的法律行爲ヲ一方的條件付行政行爲ニ變換スルノ傾向ヲ有スルモノト云フヘシ。故ニ若シ官吏トシテ勞務給付ノ一般義務法律ニヨリテ規定セラレンカ拒絕權利承認セラル、モ尙任用ハ純粹ナル行政行爲トセラルルコト疑ナカルヘシ。若シ多數ノ國家ニ於ケルカ如ク歸化ハ唯法律ニヨリテ定マリ、從テ一方的國家行爲(單行法) Lex specialis) タリトスル法規カ採用セラレンカ亦上ノ場合ト同様ナル結果ヲ來スナルヘシ

(二六) 本書

カ、マエヤ、公法雜誌論文二十頁以下參照

(二六) 此ニ就テハゴールドシュニツト「商法第二版第一卷四百八十八頁以下ツオルン前掲書第二卷十四頁ホルチエンドルフ「法律字彙」第三卷第一章百十九頁以下キルヘンハイムノ說等ハ皆郵便行政行爲ノ公法的ナルチ主張シラバントハ第二卷五十一頁以下ニ於テ個々郵便行爲ノ私法的ナルチ熱心ニ辯明セリ。然レトモ此反對說ノ實際上ノ價值ハ郵便事務ニ關スル大部ノ特別法制定セラレンシ以來著シク減少セリ。但ラバント第二卷五十四頁註ニ於ケル主張ニ基キテ此法制定セラレタルカ如シ。

此ノ如ク雙方的契約ヨリ轉シテ義務ヲ負擔シ、又ハ權利ヲ取得スヘキ者ノ同意ト結付ケラレタル一方的行爲トナルノ經過ハ、唯國家ニ於テノミ起リ得ヘキコトナリトス。而シテ特定ノ重要ナル社會的事件ノ處理ヲ目的トセル法人カ經濟上愈

強大ナルニ從ヒ、個人ノ自由ハ之ニ對シテ愈制限セラレ、鐵道會社トノ運輸契約、保險會社トノ保險契約、其他入社契約皆契約ニ基クト雖、約束ニ就テノ個人ノ自由ハ甚タ少ク、該契約ノ内容ハ略定款又ハ會社内規ニヨリテ既ニ確定セラレ、主要ナル點ニ就テノ商議ハ全ク決定セラレ居ルモノトス。此等ノ場合ニ於テ社團的人格者ト個人的人格者ノ不對等ハ未タ著シカラスシテ契約ノ觀念ヲ適用スルヲ妨ケストスルモ、若シ一タヒ無數ノ私益ノ全體就中公益ノタメニ設ケラレタル社團又ハ財團ニ注目センカ事情大ニ異ルモノアルヲ見ン。上下級ノ地方團體カ國家ト同シク個人ニ對立スルコトハ素ヨリ説明ヲ要セサルヘシ。然レトモ教會其他宗教的團體モ亦個人ニ臨ムニ同様ナル關係ヲ以テセリ。故ニ教會ニ入會スルコトハ契約ニ基キ洗禮ハ其ノ契約カ受禮者ノ兩親ト結ハル、カ該受禮者其人ト結ハル、カヲ問ハス少クモ契約ヲ前提トシ舊教々會ニ於テハ聖晚餐式ヲ受クルハ一般ニ契約ヲ基トシ僧位ヲ受クルモノハ先ツ教會ト特別契約ヲ結フモノナリトイフカ如キハ皆法學上ノ感念ニ反スルモノナリ。何ントナレハ假令拒ムモノニ配與セラレサルニセヨ、宗教上ノ神聖手段ハ皆之ヲ受クルモノ、同意ヲ要スルニ

セヨ、恩惠ノ附與ヲ意味スルニ過キサレハナリ。官吏關係ノ發生ハ嚴格ナル一方的行政行爲ナリトスル說ハ明ニ此請願者ノ同意ト併存スル寺院ノ一方的恩惠行爲ニヨリ宗教上ノ地位ノ設定セラル場合トノ類推ニヨリテ其好箇ノ論據ヲ見出シタリ。然レトモ此點コソ正ニ國家ト教會ノ差異存スル所ナレ。國家ト官吏トヲ結付クル關係ハ此ノ如キ不可解的性質ヲ有スル恩惠ニアラスシテ可解ノ法律關係ナリ。

公法的契約ノ研究ニ當リ尙一ノ至難ナル問題起ル。即チ依テ以テ此等ノ同種ノ法律行爲ヲ規定シ得ヘキ契約法(Objektive Vertragsrechte)ナルモノ果シテ何處ヨリ發生スルヤノ問題之レナリ。法律ハ此ノ規定ニ就テ明示セス法學上ノ著者モ亦此問題ヲ唯僅ニ餘論トシテ論及スルノミ(二八)故ニ唯契約ハ一般ノ法的形式(Allgemeine Rechtsform)ナルカ故ニ立法者ノ明示ノ承認ヲ俟タスシテ客觀的ニ契約法ナルモノヲ形成スルニ足ルヘキ契約ノ特定ノ一般要素存ストイフコトノ認識ニヨリテノミ此問題ハ解決シ得ラルヘシ。此契約ノ一般的性質ヨリシテ國際法上ノ契約法ニモ亦演繹シ得ヘシ然カモ決シテ國際間ニ合同意思表示アリテ之ヲ明ニ規

定セシエトナキナリ。

- (二八) オマエヤ一公法雜誌論文四十九頁以下、ザイデル國法學三卷三百四十頁參照。
 (二九) ウンガーノ System 第二卷百六十九頁ニ於テ始メテ唱導セラレタリ。

第十三節 國家機關ノ權利

國家ノ意思ハ法ニヨリテ自然意思ヲ以テ構成セラル。此國家ノ意思ヲ構成スル人類ハ此意思構成ノ範圍内ニ於テ國家機關ナリ。カク國家機關ニ當ル人ハ或ハ一定ノ法的事實ニヨリ當然 (ipso iure) 機關ノ地位ニ上リ憲法ニヨリ直接ニ機關トナルモノアリ或ハ直接機關ヨリ受クル國法上ノ委任ニヨリテ機關トナルモノアリ。ヨ、ニ於テカ直接機關 (unmittelbare Staatsorgan) ト間接機關 (mittelbare Staatsorgan) ノ別ヲ生ス。但此區別タル唯個人ノ國家機關タル地位 (Organstellung) ニ就テ存スルモノニシテ國家機關ノ性質 (Organschaft) ソノモノ、區別ニアラサルナリ。如何トナレハ凡テノ國家意思發動ハ皆直接ニシテ其意思終決的ナル限リハ之ヲ表示セル機關ノ何タルヲ問ハス皆同効力ナレハナリ。裁判所ノ終審的判決モ大臣ノ

不再審的裁決モ皆法律命令ト等シク其ノ性質上意思發動トシテ成立スルモノナリ。
インフレンツラブルメントシヤエドレン

國家ノ事務ハ行政ト法ノ宣言 (Regierung und Rechtsprechung) ノ範圍ニ區別セラレシモ一體トシテ考ヘラル、モノナリ。此ニ於テ客觀的ナル事務ノ範圍ト此ヲ行フ機關トヲ併セ意味スル官廳 (Behörden) ナルモノ起リ、個々ノ特定ノ行政目的ニ供セラル、行政手段即チ國家的營造物 (staatliche Anstalt) 生スルナリ。此營造物ハマタ之ヲ管理スル機關ヲ現ハスカ故ニ主觀的意義ヲモ有シ得ルニ至レリ。

- 註一 國家的營造物ノ本質ニ就テ明瞭ナル決定ハ今日ニ至ル迄我獨逸國法學ノ著書ニ缺如セル所ナルカ佛國法ニ於テ service public ナル觀念中ニ含マル、モノ、如シオマエヤ「佛國行政法論」二百二十五頁參照此國家的營造物ハ之ヲ公法上ノ營造物 (öffentliche Anstalt) ト混合スヘカラス後者ハ獨立ノ權利主體ニシテ佛法ニ所謂 établissement public ニ當ルモノナリ。獨逸ノ法律語ニハ此内部的ニ差別アルモノヲ區別スルニ適切ナル用語ナシ爲ニギルケ「組合法」第二卷九百五十八頁以下ニヨリテ發達セシ營造物ノ觀念モ國家的營造物即チ Amt sine imperio ニハ及ハサリキ。

而シテ此等ノ官廳及營造物ニ於ケル命令的、規律的、管理的行爲 (Thätigkeit) ノミカ國家ノ行爲ニシテ學術的技術的動作 (Verrichtung) ニ至テハ國家之ヲ規律シ得ルモ自ラ行ヒ得サルモノニシテ依然トシテ個人的行動ナリ。此動作ノ如何ニシテ起ルカ

ハ茲ニ問フ所ニアラス。唯國家的事業 (staatisches Werk) タルヤ否ヤカ問題ナリ。要スルニカ、ル動作ハ一般ニ其國家ニ關係アル限リ國家意思ノ實行 (Vollziehung) タリ。シカモ國家意思自體ニハアラサルナリ。

國家機關其ノモノハ既ニ述ヘタルカ如ク決シテ人格者ニアラスシテ、自然人ナリ。唯之ニ歸屬スル權限内ニ於テハ國家自身ヲ現ハスモノトス。從テマタ代理者ニモアラス何ントナレハ代理關係ハ代理者ト被代理者トノ二人格ヲ前提トスレハナリ。國家機關ノ任ニ當ルモノハ、意思ハ之ニ加ヘラレタル制限内ニ於テハ憲法又ハ法律ノ規定ニヨリ、國家意思トシテ顯ハル、モノニシテ機關ノ背後ニハ他ノ人格者ナク、機關ハ即チ此意思スル、國家自身タルナリ。實ニ國家ハ機關ニヨリテ統治シ得ルノミニシテ機關ヲ思考ヨリ除ケハ國家觀念其ノモノモ亦消滅セン。然レトモ多數ニヨリテ認メラル、此單純ナル事實モ學理及慣例ニ於テハ未タ確定セラレスシテ殊ニ國家機關ノ獨立權利トイフカ如キ觀念ノ心ナラスモ學界ニ闖入セルヲ見ルナリ。君主、議會、大臣、裁判所、行政官廳ハ俗ノ思想ニ於テ皆權利者トシテ思考セラレ、學者モ亦機關ノ獨立權ヲ否認シナカラ尙日常ノ談話ニ見ルカ

如ク個々ノ機關ヲ主體トセル權利ニ就テ説クモノナシトセス。中ニハ此明白ナル矛盾ヲ解決センカ爲ニ假説ヲ立ツルモノ少カラス。或ハ機關ト人格トヲ結付ケテ相對的、不完全人格即チ機關人格 (Organpersönlichkeit) ナル一範疇ヲ設クルニ至レリ。然レトモ此等ノ説ハ皆誤レリ。既ニベルナチックハ此等ノ説ノ前後一貫シカタキコト及其内部ニ存スル矛盾ヲ痛切ニ論證シタリ (三) 氏カ此問題殊ニ國家ニ對スル官廳ノ關係ノ制限ニ就テ與ヘタル解決ハ必竟官廳ハ自己固有ノ權利ノ主體ニアラスシテ寧ロ他人殊ニ國家ノ權利ノ主體タリトイフニ歸スルカ如シ (三)。

(二) 公法雜誌二百〇四頁以下

(三) 公法雜誌二百三十頁以下

然レトモ此解決モ亦誤レリ。讀者若シベルナチックト共ニ國家有機體說ノ基礎ニ立ツモ尙直ニ其誤ヲ發見スルヲ得ヘシ。國家ハ其機關ニ對シテ、第三者タル人格者ニアラス、寧ロ機關カ直ニ國家自身タルナリ。他人ノ權利ノ觀念ハ代理ノ觀念ノ如ク二ツノ人格者ヲ前提トス。從テ自己ノ權利、他人ノ權利ト相對立スル觀念ハ單一ナル國家有機體說中ニ其立場ヲ有シ得サルモノトイフヘシ。何ントナレ

ハ國家機關ヲ以テ他人ノ權利ヲ實行スルモノト眞實ニ思考スルハ即チ機關ヲ以テ人格者トナスモノナレハナリ。素ヨリ機關ニ當レル自然人ハ他人ノ權利ヲ行フコトヲ得ヘシト雖此自然人自身ハ既ニ國家機關ニアラス。而シテコ、ニ論スル所ハ個人ノ意思ト機關ノ意思トノ關係ノ問題ニアラスシテ機關ノ意思ト國家ノ意思ノ關係ノ問題ナリ。前者即チ個人ノ意思ト機關ノ意思ノ關係ニ就テハ殆ント誤解ノ生スヘキ餘地ナシ。然ルニベルナチックハ機關意思中ニ個人ノ意思尙依然トシテ存スルモノト考ヘ之ヲ特ニ機關ノ任ニ當ルモノ、意思ナリトスルカ故ニ國家機關ハ他人ノ權利ノ主體 (Träger fremden Rechtes) ナリトノ謬見ニ陥リシナリ(四)。

(四) ベルナチックハ官廳ノ地位ニ關シテ謬説ヲ立ツルヤ終ニ權利ニ就テノ意思説ニ復歸セリ。然レトモ意思説ニヨレハ國家ノ種々ナル意思發動間ニ如何ニシテ矛盾ヲ生シ得ルヤハ永ク不明ニ終ラン。權利主體ト意思主體トハ區別スレハコソ官廳ノ法律上ノ性質ニ關スル問題中ニ起ルヘキ凡テノ謎語ハ消滅スレ。然ルニ國家ナル權利主體ノ目的ヲ遂行スル意思ノ獨立多數ナルコトヲ認ムルハ此問題ヲ解決スルコトナク却テ一層錯雜セシムルノミ何ントナレハ國家的目的ノ爲ニスル意思ノ單一性ハ各國家説ノ是認スル所ニシテ否ラズンハ國家機關ノ調和的共同作用ハ不可能ナルヘク、國家ハ終ニ無政府ニ終ルヘケレハナリ。コ、ニ至テベルナチックハ一

ノ從タル現象即チ機關意思ノ衝突ノ可能ナルコトヲ擧ケテ之ヲ駁セリ。然レトモ氏ハ此等機關意思ヲ相連結シ其共同作用ヲ保障スル主たる要素ヲ指示スルコトヲ闕却セリ。氏カ意思説ノ主張者ニ對シテ與ヘタル反問即チ此等ノ明ニ衝突シ得ヘキ種々ナル意思ヲ綜合スル統一の連鎖ハ果シテ何處ニ求ムヘキカノ問題ハ今ヤ彼自身ニ對シテモ亦一層正當ニ加ヘ得ヘキ反問ナリ。然レトモ機關意思ハ法規ニヨリテ個人ノ意思ヨリ作出セラル、モノナレハ此等法學上ノ事實トシテ國家ノ意思トナルヘキ幾多ノ自然意思ノ絕對的調和ハ到底保障シ得サルモノナレハ自明ノ事實ナリ。從テ所謂機關意思ノ衝突ハ是非モナキコト、イハサルヘカラス。且ツ國法モ亦必竟人爲ノ事ナリ、絕對的完全ヲ望ムヘカラサルハ固ヨリ明ナリ。理想上ノ國家ニ於テハ或ハ此權限ノ衝突及之ニ類スル現象ハ許スヘカラサルモノトシテ凡テノ組織制度ハ此種ノ爭議矛盾ノ範圍ヲ可成減縮スル様ニ構成セラル、ナラン。

若シベルナチックノ説ヲ終局マテ考察センカ法人ハ權利主體ナリ其機關モ亦機關トシテ權利主體ナリトノ結論ニ達セン。而シテ氏ハ意思説ヲ非難シテ曰ク法人ハ意思無能力ナル主體ニシテ他人ノ自然意思ニヨリテ代理セラル、モノナリト。之レベルナチック氏ノ説ヨリ必然生スヘキ論結ナルカカクノ如クンハ氏ハソノ辯護セル有機體説ニ反對スル結果トナリ却テ此等ノ結果ヨリセハ氏ノ説ニ量モ近キモノハ氏カ非難セル擬制説ソノモノナルヘシ。

故ニ機關意思ノ不獨立ナルコトヲ認識スルモ猶有意又ハ無意ニ機關ヲ人格者ニ擬スルコトヲ妨クル能ハサルカノ疑問ノ解決モ國家機關ノ獨立權利ヲ有スルカ如キ外觀ノ説明及其外觀ノ基礎タル事實ノ認識モ皆次ノ研究ヲ俟ツテ明ナルヲ得ヘシ。

國家ハ單一ノ機關ニヨリテ行動スルヲ得ス必スヤ多數ノ機關ヲ俟ツテヨク行動シ得ヘク。國家ノ作用ハ一定ノ計劃ニ基キ此等ノ機關ノ間ニ分配セラル、モノナリ。カクノ如ク國家機關ノ義務的ニ處理スヘキ一團ノ國家作用ハ即チ其機關ノ權限(Competenz)ヲ作ル。此權限外ニ於テハ少トモ機關意思ハ最早國家ノ意思ト看做サレサルモノトス。

機關ハ單純ニ直ニ國家タルニアラスシテ其權限内ニ於テ國家タリ。故ニ一ノ機關ノ權限外ノコトニシテ他ノ機關ニヨリテ發現セラレタル國家ノ意思ハ假令凡テノ機關ヲ維持スル主體ハ國家ニシテ常ニ同一ニシテ唯一ナリト雖此機關ニ對シテハ他人ノ意思タリ。而シテ實ニ此關係ヨリシテ恰モ機關ハ獨立ノ人格者タルカ如キ觀アルモ實ハ決シテ多數ノ人格者相對立スルニハアラスシテ唯權限ノ相對峙スルアルノミ。コ、ニ於テ二ツノ機關ノ間ノ權利ノ限界ノ凡テノ爭議ハ皆權限ノ爭議(competenz Streitigkeit)タリ。而シテ權限ハ決シテ權利ニアラスシテ常ニ法ナリ。實ニ國家ハ法ニヨリテツノ機關ノ權限ヲ規定スルモノニシテ此權限ヲ實行スルカ故ニ人格ナキ機關ニ權利ノ歸屬スヘキ理ナク權利ハ唯國家ナル人

格者自身ニ歸屬スルノミ。故ニ權限ノ衝突ニ當リテハ此機關ノ權利ナリヤ彼ノ機關ノ權利ナリヤノ問題ニアラスシテ國家ノ一行爲ニ就テ此ノ機關カ之ヲナスヘキヤ將タ彼ノ機關カ之ヲナスヘキヤニ就テノ法ノ解釋ノ問題タリ。而シテ權利ノ判決アラサル法ノ判定ハ權限裁判所(conflictgerichtshof)ノ判決ノ目的物タリ。國家自身モ亦ソノ作用ノ全體ノ主體トシテ現ハル、コト能ハス却テ常ニ權限ヲ分配セラレ從テ制限セラレタル機關トシテ表現シ得。此ノ故ニ國家ハ自己ノ幾多ノ機關ニヨリテ一(個)ノ(外觀上ハ多様ナル)人格者トシテ對立シ得ルモノナリ。即チ裁判所トシテノ國家ハ行政者トシテノ國家ト相對立スルヲ得ヘク、大臣トシテノ國家ハ議會トシテノ國家ト相對峙スルヲ得ヘシ。コ、ニ於テ國家ハ機關ノ間ニ分配セラレタル權限ニ權利ノ觀アラシメ、同時ニ機關其モノハ血肉ヨリ成ル自然ノ人類タルノ觀アラシムルヲ得ヘシ。通俗ノ思想ハ此ノ外觀ヲ事實ト見做シ國法学ノ著書モ亦此ノ通俗思想ノ羈絆ヲ脱スル能ハサリシナリ。此ノ如ク國家ハ其單一ナル人格ヲ種々ノ機關ニ同様ニ分割シテ現ハシ且ソレソレ種々ノ性質ヲ有スルモノトシテ自己ヲ對立セシメ得ルコト換言スレハ自己ノ

性質ヲ其ノ各種ノ機關ニ於テ特定ニシテ且異レル種々ノ發現アラシムルヲ得ルニヨリテ國家ハ其機關ニ上下主從ノ關係ナラシメ其機關ノ權限ノ範圍ニ就テハ裁判所ニ訴訟ヲ提起セシメ得ルナリ。而シテ裁判所トシテノ國家ハ議會トシテノ國家又ハ大臣トシテノ國家ノ何レカ此ノ場合ニ於テ其權限ヲ有スルカヲ決シ君主トシテノ國家ハ大臣トシテノ國家又ハ議會トシテノ國家ノ何レカ自己ノ意思ヲ解釋スルニ於テ正シキカヲ決ス。此ノ説明ニヨリテ國家機關ノ内部ニ起ル事實ヲ明ニスルヲ得ハ官廳ノ事務ノ多樣ナルコト、國家ノ單一的ナルコト、ヲ調和セシムルコトヲ得ヘシ。從テ何故ニ一官廳カ他ノ官廳ノ報告ヲ受ケ、マタ自ラ他ニ報告シ、他ニ或ル事ヲ要求シ或ハ他ノ同意ヲ俟ツテ行動シ、或ハ多數ノ國家機關ノ一致ニヨリテ國家意思發現シ得ルカヲ了解シ得ヘシ。マタ國家人格ノ單一ナルニ拘ハラズ終決的國家意思カ互ニ矛盾スルコト(消極的權限爭議及同様な現象)モ亦解決シ得ルナリ。然レトモ之カ爲ニ凡テ此等ノ權限ノ主體ノ單一性(Einheitlichkeit)ヲ傷クルモノニアラス。蓋シ國家ノ意思自體ハ決シテ分割シ得ルモノニアラス。從テ國家ソノ

者ノ觀察點ヨリセハ權限ノ多樣ナル狀態ハ自ラ消滅シ去ルヘク國家ノ機關ノ個々ノ意思表示ハ必竟國家ナル人格者ノ内部ノ事ニシテ外部ニ對シテハ常ニ國家ノ終決的一行爲トシテ表示セラル、ニ過キサレハナリ。サレハ凡テノ國家ノ機關ノ組織ハ國家意思ノ單一性ヲ保ツ様ニ定ムヘキモノニシテ此等ノ機關ノ上ニ立チテ最終決定ヲ與フル形式的及實質的法力ヲ存セシメ此法力ニ對シテハ凡テ他ノ意思發動ハ非終結的ナル國家ノ行爲タラシメサルヘカラス。此クノ如クシテ此最高權限者ノ最終的決定カ同一事ニツキテ互ニ異レル方面ニ於テ相關係スル他ノ凡テノ機關ヲ拘束スルモノト云フヘシ(五)。此ノ故ニ終結的國家意思ハ之カ構成ニ關與セル凡テノ機關ニ對シテモ單一ニシテ不變ナル支配的意カトシテ存スルモノトス。

(五) ベルナチック法ノ宣言及實質的法力二百四十一頁以下

此ノ如キ思想ハ英國國法ニ於テ頗ル明瞭ニ實現セラル、ヲ見ル。即チ君主ニ隸屬シ又ハ之ト對立スル凡テノ官廳ハ君主ノ種々ノ異レル發現ノ形式ニ外ナラズトセラレ。議會ニ於テモ樞密院ニ於テモ裁判所ニ於テモ君主ハ現存スル決定力

ト假想セラル。即チ議會ニ於ケル王ハ内閣ニ於ケル王及裁判所ニ於ケル王カ之ニ據ツテ行動スヘキ法律ヲ裁可シ、殊ニ裁判所ニ於テハ今日尙「假令王ハ親ラ事件ヲ判決セストモ法律ノ眼ヨリ見レハ常ニ法廷ニ臨席セルモノナリ」(六)トノ格言ハ明瞭ニ實現セラル。凡テノ裁判權ハ王ニヨリテ行ハル、ノミナラス、個々ノ裁判所ノ命令モ王ヨリ發セラル、モノト看做サス。而シテ今日尙高等法院(High Court)ト合併セラレタルウエストミンスタトノ帝國裁判所ノ公文ニハ幾多ノ法式上女皇自ラ口頭ヲ以テ宣シ給フカ如キ語調ヲ用キラル、ヲ見ル。故ニ王ハ法ノ淵源(Origin)トシテ凡テノ裁判ノ眞ノ主體タリ。然レトモ公法上ノ事件ニ關シテ法廷ニ起訴スル原告ハ又王ヲ代表スルモノナリ。何ントナレハ「王ハ法律ノ眼中ニ於テハ被害ノ當事者ニシテ」(七)且凡テノ公法上ノ事件ハ王ノ安寧又ハ王位王冠ヲ侵害スルモノトセラレ從テ各訴訟ハ王ニヨリテ提起セラル、(八)モノナレハナリ

(六) プラックストン「英法註釋」第一卷第七章ニ七十頁

(七) 全上二百六十八頁ニ曰ク、He is therefore the proper person to prosecute for all public offences and breaches of the peace, being the person injured in the eye of the law.

(八) 全書第一卷〇參照

權限ノ本質ヲ明瞭ニ了知セハ國家機關組織カ法律ニヨリテ制定セラル、モ國家ヲ相離ル、數多ノ人格者ニ分割スルコトナクシテ行ヒ得ヘキコトヲ知ルヘシ。即チ一ノ機關ノ權限ハ國家ノ統治權ヲ其内ニ包含スル限りハ國權カ之ニ服從スル個人ニ對スルト同様ニ他ノ機關ニ對テ支配的意力トシテ對抗シ得ヘク、從テ立法者ハ官應ト其實質(substance)ニ於テ等シク國家機關ナルニ係ラス其發スル法律ハ官應ニ對シテ猶臣民ニ對スルト等シク拘束力ヲ有シ國家組織ノ内部ニ於テモ命令ト服從、請願ト附與又ハ拒絕ノ關係ヲ存シ得ルモノトス。國家ハ、マ、タ、常、ニ、一、定、ノ、限、界、アル、權、限、ヲ、有、ス、ル、特、定、ノ、機、關、ヲ、通、シ、テ、個、人、ニ、臨、ム、モ、ト、ス、故、ニ、個、人、ハ、一、定、ノ、機、關、ヲ、通、シ、テ、國、家、ト、交、渉、ス、ル、モ、ハ、ナ、リ、即、チ、臣、民、ハ、單、ニ、國、家、ニ、對、シ、テ、義務ヲ負擔スルモノニアラスシテ法律上定マレル官應ニ對シテ之ヲ負ヒ、同様ニ國家ニ對スル請求權モ亦其場合ニ於テ資格アル官應ニ對シテ主張スヘキモノナリ。カク國家ハ其機關ニヨリテ個人ト觸接スルモノナルカ故ニ機關其モノ即チ官應ニ對スル不法行為ナルモノ存シ得ヘク此ノ犯行ノ目的ハ常ニ國家ナレトモ單純ナル國家ニアラスシテ特定ノ權限ノ形ニ於テ顯ハル、國家ニ對スルモノタ

是ニ於テ臣民ハ單ニ國家ニ對シテニハアラス。財務官廳ニ對シテ租稅ヲ負擔スヘク。マタ其任意ニ何レノ官廳ニ對シテモ法ノ保護ヲ請求スルヲ得スシテ有權限ノ裁判所ニ對シテノミ之ヲナシ得ヘク。國家ニ對スル侮辱モ一ノ具體的官廳ヲ介シテ行ハルヘク從テ國家ハ當該機關ニ於テ侵害セラレタル如キ觀アルナリ。此等ノ凡テノ事實ヨリ重要ナル法理上ノ結論ニ達ス。(第一)ニ上來論シ來リシ如ク國家機關ハ變轉常ナキ作用ニ權利ハ觀念ヲ適用スヘカラストイフコトノ正當ナルハ之ニヨリテ一層明晰ナルヲ得ン。君主ハ法律裁可(Gesetzesanktion)ノ權利ヲ有セスシテ唯其ノ權限ヲ有シ同様ニ議會ハ大臣彈劾ノ權利ヲ有セスシテ唯ソノ權限ヲ有スルノミ。此權限ハ基礎タル權利ハ唯國家之ヲ有スルハミ。此ノ區別ハ假令用語上ニ嚴格ナル區別ヲ立テ得スト雖讀者ノ常ニ深ク念頭ニ刻セサル可ラサルモノタリ。而シテ權限ノ内容ハ純粹ナル公法的性質ヲ有シ爲スコトヲ得ルニアラスシテ常ニ「ナシ能フ」コトナリ。何ントナレハ之レ法律上制限セラレタル國家ノガナレハナリ。

(第二)ノ結果ハ國家機關自體ノ權能(Befugnis)ト機關ヲ構成スルカ故ニソノ個人ニ歸屬スル權能トヲ嚴格ニ區別セサルヘカラサルコトナリ。前者ハ恰モ權利ハ如キ外觀ヲ具フルモ決シテ眞ニシカルニアラス。之ニ關スル法規ハ決シテ機關ニ當レル個人ノ實際ノ利益ノ爲ニ存スルモノニアラスシテ常ニ全ク國家ノ利益ノ爲ニ存ス。故ニ權利ノ要素タル個人ノ利益ヲ目的トスル關係ハ全ク此ノ場合ニ缺如スルモノトス。況ンヤ國家機關其自身ハ固有ノ主體タル性質ヲ全然欠缺セルカ故ニカ、ル目的關係ハ全ク國家機關ニ存シ得サルモノナルニ於テヤヤ。若シ否ラストセハ終ニ再ヒ不完全人格說ニ陥ラサルヲ得サルヘシ。從テ國會議員ニ演說ノ自由權、投票權、質問權、請願權ナルモノナク唯法規アリテ議員ノ權限ヲ確定シ、其所定ノ條件ノ下ニ權限内ニ於テ議員ノナセル意思發動ハ公法的關係アル行爲ト看做サル、ノミ。合議制ノ官廳ニ於ケル官吏ノ議長タル權第一投票ノ權等ノ如キモ亦然リ。此等ノ場合ニ於テ或ハ機關組織ニ參スル個人ノ利益存スルコトアルモ單ニ實際上ノ利益ニ止マリ法的性質ヲ有セサルナリ。實ニ此種ノ法規ハ公益ノ爲ニ制定セラレタルモノニシテ之ニヨリテ制定セラレタル權限ヲ個

人ノ權利範圍内ニ分配スルコト(Lokalisierung)ヲ得サルナリ。

機關關係ヨリ生スル個人ノ權利ニ至ツテハ固ヨリ其關係ヲ異ニス。カ、ル權利ハ國家カ主トシテ個人ノ利益ノ爲ニ機關ニ當レル人ニ請求權ヲ附與スル場合ニ設定セラル、モノナリ、特ニ予カ主トシテトイフ所以ハ全ク國家ノ利益ヲ離レテ機關組織ノ支配者從屬者ノ私益ナルモノハ國家内ニ於テ考ヘラレサルカ故ナリ。其詳細ニ至リテハ積極的身分ノ節ニ於テ説明シタル所ナリ。

(第三)權限ノ性質ヨリシテマタ幾多ノ直接實際ノ結果ヲ生ス。例ヘハ行政裁判上ニ於テ官廳自身カ訴訟ノ主體(Process subjekt)ニアラス。假令他ノ權限ヲ措イテ一ノ權限カ訴訟ニ參加シ得ト雖其主體ハ常ニ國家ナルコトノ如キ之レナリ。故ニ此ノ場合ニ官廳自身カ其財産上ノ給付ノ義務ヲ自ラ裁決スルモノナリト思考スルモノアレト判決ノ執行ハ官廳ニ對シテニアラス官廳ニ化體セラレタル(Verkörpert)國家ニ對シテ行ハル、モノナルカ故ニ誤謬タルヤ明ナリ(九)更ニ著シキ權限爭議ニ於テ國家ハ規定ノ手續ノ必要上官廳ヲ當事者ニ指定スルカ故ニ形ニ於テ訴訟タルコト之レナリ。

(九)

英國ノ帝國裁判所ニ於テハ個々ノ大臣ハ展ト官吏ノ財産的請求權ノ爲ニ訴ヘラル。然レトモ宣言ハ常ニ訴ヘラレタル官廳ノ代表セル國庫(Schatzamt)ニ對シテ與ヘラル、ハ正當ト云フヘシビ、ヘーノ判決集八十七號參照。

以上ノ研究ニ附加シテ茲ニ國家意思構成ニ關スル規定ノ性質ヲ説明セントス。此等ノ規定(norm)ハ一部ハ權利法規(Rechtsätze)ニシテ一部行政行為就中行政命令(Verwaltungsverordnung)ナリトス。若シ國家カ專ラ其ノ機關ニ對スル關係ヲ規定スルニ止マラハ此規定ハ法タル性質ヲ缺ク内規(Anordnung)ニヨリテナシ得ヘシ。何ントナレハ全ク人格ノ内部ニ止マリ他人ニ對シテ何等ノ影響ヲ及ホサル事實ハ法規ニヨリテ支配シ得ヘキモノニアラサレハナリ。然レトモ多クノ場合ニ於テ就中重要ナル場合ニ於テハ國家ハ其機關ハ權限ハ規定ト同時ニ臣民ハ義務及請求權ヲ設定ス。而シテ一方ニハ其機關ヲ組織スル個人他方ニハ臣民ノ全般ニ對シテ之ヲ設定ス。何人カ王位ニ即キ法律ヲ裁可シ大臣ヲ任免シ戰ヲ宣シ和ヲ媾スルカハ法規ニヨリテ規定セラル、何ントナレハ一般ニ法規ニヨリテ定メラレタル國家意思ノ構成者ニシテ始メテ之ニ對シテ遵守ノ義務アルヘク其定ムル規則又其名ニ於テ公布セラレタル國家行為ニシテ始メテ一般ノ承認ヲ要求シ得ヘキ

モノナレハナリ。國會ノ會議及權限モ亦法規ニヨリテ規定セラル。蓋シ議員ノ國家ニ對スル請求權ヲ保障シ且適法ニ開カレタル國會ハ立法ニ協賛シ行政ヲ監督シソノ議決ニ基キ發布セラレタル法律カ一般臣民ヲ拘束シ大臣ハ其違憲行爲ニ就テ彈劾ヲ受クルノ責任ヲ有スルカ如キハ皆法規ニヨリテ定メ得ル事ニ屬スレハナリ。裁判所ノ權限及手續裁判官ノ地位モ亦法規ニヨリテ規定セラル。蓋シ法律ノ保護ノ安固ト獨立トハ之ニヨリテ始メテ保障シ得ヘケレハナリ。實ニ此等ノ内部的國家法序ハ皆抽象的ナル國家ノ爲ニアラスシテ國家ヲ構成スル具體的ノ人類團體ノ爲ニ存スルカ故ニ法規タルナリ。故ニ法定ノ形式ニヨリ法定ノ權限ニ基キテ國家意思ノ發動スルハ皆公益ニ屬スルモノナリ。カクノ如ク國家ハ法規ヲ制定シ權限ヲ保持ヲ監督シ此法規ニ就テ實際ニ生スル疑ハ裁判ニヨリテ決スルニヨリテ公益ノ擁護者タリ。蓋シ國家ノ權限ノ存在乃保持ニ就テ法律上利益ヲ有スルモノハ個人ニアラスシテ一體ニ綜合セラル、人類ノ總體ナルヘケレハナリ。

以上ノ事實ヲ認識セハ予カ主唱スル所ノ國家法序ノ不變確固ナルヲ得ル法律上

ノ基礎ハ國家自ラ義務ヲ負擔スルコトニアリトノ說ハ爭フヘカラサル根據ヲ有スルモノトイハサルヘカラス。孤獨ニ考ヘラレタル人格ノ自己義務負擔ハ全ク有リ得ヘカラサルコトニ屬ス。然ルニ予カ說ニ對スル凡テノ反對論ノ基礎ハ孤獨即チ臣民トノ法的關係ヲ離レタル國家ノ人格ナル觀念ニアルモノ、如シ然レトモ予ノ此說ヲ排セハ法規ノ基礎ヲ法學的ニ認識スルコトハ到底不能ニ屬スヘシ。

國家ノ法序ノ存在及實行ニ就テ法律上利益ヲ有スルモノハ國民團體(Volks gemein schaft)ナリ。然レトモ此國民團體ハ國家ト同一物ニシテソノ獨リ此ノ利益ノミナラス、凡テノ他ノ彼等ノ法律上ノ利益ノ主體ハ即チ國家ナリ。之ニ於テカ國家ハ國權ノ主體トシテ並ニ公益ノ管理者トシテ二重ノ性質ヲ有ス。故ニ國家カ自ラ負擔スル義務トハ詳シク言ヘハ權利ヲ設定シ權カヲ行フ主體トシテハ國家カ公益ノ代表者タル國家ニ對シテ負フ義務ナリ。之ニヨリテ國家法序ノ法律的存在ニ就テノ請求權又ハ個々ノ權限ハ特定ノ機關ニヨリテ保持スルコトニ就テノ請求權ナルモノ起リ得ルモノニシテ意カトシテノ國家ニ對スル此等ノ請求權ノ歸

屬スル所ハ即チ公益ノ代表者トシテノ國家ナリ(一〇)。從テ君主ト議會又ハ裁判所ト行政官廳トノ間ニ生スル權限爭議ノ判決中ニハ自ラ法規ノ維持ナル公益ノ實現ニ就テノ判決潛在スルモノトイフヘシ。此ノ意味ニ於テ法ノ存在及適用ニ就テノ判決ハ同時ニ權利ノ判決ヲ含ムモノニシテ此ノ權利ノ主體ハ即チ法規ノ主體ト同シク共ニ國家ナリ。權限爭議ノ判決ノ外憲法裁判所(Verfassungsgerichtshof)及裁判官ノ法令ノ審査權ノ如キ國ニヨリテ其組織ヲ異ニスト雖此等ノ制度ハ皆公益ノ擁護ノ爲ニ存スルモノナリ然レトモ公益ノ代表ト國家意思ノ代表トハ前者ノ爲ニ固有ノ機關ヲ定ムルニ由テ外部ニ於テモ互ニ相對立シテ表ハル、ヲ得ヘシ。此機關ハ一時的臨時ノ設立ニ係ルモノ多シ。例ヘハ瑞西諸邦ニ於ケルカ如ク各邦ノ臣民ハ聯邦及各州ノ憲法ニ牴觸スル法律ノ無効宣告ヲ請求スル爲ニ聯邦裁判所ニ起訴スル權ヲ有ス。此訴訟ハ公訴(Popular Klage)ノ性質ヲ備ヘ裁判所ハ起訴者ノ個人的請求權ヲ判決スルモノニ非スシテ法規ノ實施ニ就テ有スル國民全體ノ請求權カ此請求セラレタル國家ニヨリテ實行セラルヘキヤ否ヤヲ判決スルモノトス。

(一〇) カク國家人格ヲ内部ニ於テ區別シ其一人格カ他ニ對シテ義務ヲ負擔ストノ觀念ハ國家ノ義務自己負擔說ニ反對ナル學者ト雖認メサルヘカラサルハラバノ第一卷六百七十九頁及六百八十頁ノ示ス所ナリ。此反對說ノ内部ノ矛盾ハヘーデルノ形式的及實質的意義ニ於テ法律二百三十頁以下ニ見ルヲ得ヘク實ニ此書ハ國家ノ明瞭ナル觀念ヲ缺ケルノミナラス其說ヲ固持スルコトモ不可能ナリ。ピンテルグ其著法規論第一卷十八頁ニ於テ國家義務自己負擔說ヲ承認セルニ對シテグレッベルハ法律及官廳百〇六頁ニ於テ之ヲ駁シテ曰ク此說ハ自然法學的ニ義務ト拘束トヲ混合セルモノナリト。惜イ哉氏ハ此宣言ニ止メテ其論歩ヲ進メサリキ。若シ氏ノ如ク義務ト拘束トノ對立ヲ脫キ義務ナラサル拘束ヲ見セントスルハ疑モナク法學ヲ根本ヨリ覆スモノナルヘシ。

公益擁護ノ常設機關ノ一例ハ檢事制度(Staatsanwaltschaft)之レナリ。固ヨリ其他ノ官廳ニ在ツテモ亦公益保護ノ作用ヲ有スト雖モ他ノ作用ト獨立シテ純粹ニ擁護機關タルコトハ頗ル稀ナリ。唯君主國ノ議會ノ權限中ニハ明ニ此ヲ存ス。即チ此ノ如キ國ニ於テハ議會ハ主トシテ國家ノ意思構成ニ際シ公益ヲ顧慮スル目的ヲ以テ存在スルモノニシテソノ公益ニ從テ承認セシ規定ノミ法律トシテノ效力ヲ有シ得ルナリ。殊ニ議會ハ法律ニ基キテナス國家ノ適目的行爲ニ對シテ公益ノ擁護者タリ。國家ニ於ケル議會ノ此地位ハ明ニ認識セラレサルコト久シクソノ國家機關タル性質ヲ有ストノ說ノ學界ヲ支配スルニ拘ラス今尙之ヲ以テ社團

ノ性質ヲ具フトナスモノアリ。(素ヨリ國家ハ單一體ナリトノ思想ト甚シク矛盾セル思想ナリ)甚シキニ至ツテハモールノ如キ議會ヲ以テ國際法ノ擁護者ナリトスルアリ。是等ハ皆國家ヲ以テ屢々通俗ニ用キラル、ヨリ一層廣キ性質ヲ有ストナス不明ナル感想ニ基クモノナリ。而カモ亦國家ヲ以テ意思シ且行動スル國家換言スレハ最廣義ノ政治(Regierung)ト同一視スルモノアリ。然レトモ國家ハ實ニ政治ヲ行ヒ自由ニ決行スル國家タルノミナラス公益ノ代表者タリ。實ニ國家ハ法律上ニ於テモ其他凡テノ目的ニ於テモ皆此公益ニヨリテ制限セラレ。從テ政治ハ實ニ權利タルノミナラスマタ義務タリ。此ノ思想ハ今日ニ至ルマテノ國家學說ニヨリテ矛盾ナク且明瞭ニ了解シ得ラレサリシ所ナリ。此ノ故ニ一方ニ於テハ國家ノ絕對無制限說ト他方ニ於テハ公權トハ公義務ニ外ナラストスル反對說トハ最近ノ國家研究ニ於テハ互ニ相併立セリ。

然レトモ公益ノ擁護者トシテ及個人(其總體ノ間ニ公益發現スル)ノ支配者トシテ國家ノ二重資格ヲ認識スルニヨリテ初メテ議會ノ法律上性質ヲ明ニスルヲ得タリ。即チ議會ハ國家ノ意思構成ニ參與スル機關ニシテシカモ公益ヲ擁護スル國家ノ機關ナリ。此ノ第二ノ性質ハ全ク既ニ述ヘタルカ如ク凡テノ國家作用ノ内部的結合ニ際シ、何レノ機關ニ於テモ欠缺セサル所ノモノタリ。即チ君主モ亦確ニ公益ノ爲ニ存ス、シカモ彼及之ニ從屬スル官廳ニ於テハ政治機關トシテノ性質著シク發現シ且專制國家ニ於テハ政治ハ常ニ公益ニヨリテ指導セラレヘントノ保障タモ存セサルナリ。サレハ前世紀ノ末葉以來專ラ政治スル機關ノミヲ具フル國家ハ公益ノ實現ニ就テ何等ノ保障ヲ與ヘサルカ故ニ、此ノ如キ國家ノ組織ニ反抗スル運動盛ニ起リ、此ノ如キ行政ノ機關ハ君主ノ個人ヨリ獨立シ最良ノ意思ニ基キテ政治スト雖終ニ安固ヲ得サルモノト認メタリ。此ニ於テ終ニ現今ノ如キ國家組織ヲ誘出セシ憲法運動ハ專ラ政府ニ對シテ公益ヲ代表スル國家機關ヲ作成スルニ力メタリ。彼ノ司法及行政上ニ俗人的要素ヲ混スルノ制度モ亦同シ目的ニ出テタリ。此等ノ沿革ヲ了解スルニ至ツテ初メテ國民代表(Volksvertretung)ノ觀念ハ了解シ得ヘキ意味ヲ有スルニ至レリ。實ニ此觀念ハ今日ニ至ルマテ法學上了解セラレサリシ所ニシテ成ハ法學上國民代表ノ觀念ヲ採用シ且暗ニ個人ノ總體トシテノ國民(Volk)ニ人格ヲ附シテ論理上不可能ナル論決ヲ作り、或ハ國民

代表ヲ正當ニ代表ト解スルモ尙議會ノ意思ヲ國民ノ意思ソノモノト認メ終ニ國家ノ統一の構成ノ中ニ此ノ代表ノ觀念ヲ挿入スルノ途ヲ知ラサリキ。此ノ故ニ此ノ點ヲ等閑視セル凡テノ學說ハ皆多少國民ノ意思ヲ以テ國家ノ意思ト相駢シテ獨立ノ作用ヲナスモノトセリ。從テ國民代表ヲ以テ團體的性質トスルノ思想(二)ハ絶エス繰返サレ終ニ國家ノ外ニ立ツモノトセラル、ニ至レリ。然レトモ國家組織ハ公益ノ爲ニ存シ。公益ハ全體ノ利益ト同一ニシテ、國家ヲ或ハ公益ノ代表者、及管理者トシ或ハ國權ノ主體ト認ムルモ矛盾ニアラサルコトヲ知ラバ議會ヲ以テ公益ノ代表者トシテ國權ノ機關組織中ニ挿入スルコトヲ得ヘキヤ明ナリ。此ニ於テ君主國ニ於ケル議會ノ地位モ亦ソノ國ノ法學上ノ特性ニヨリテ了解シ得ヘシ。即チ統治ノ總攬權(Gesamte Imperium)ハ君主ニ留保スヘク、公益ノ新機關ハ此國家ノ總攬機關ノ地位ヲ犯スヘカラサルモノトセハ可ナリ。

(二) 議會ノ機關地位ヲ了解セル學說スラ尙此誤謬ニ陷レリ。最近ノ著書中ニモザイドレルノ前掲書六十三頁以下ハ其說正シキニ尙其節目中ニ「代表體」ナル題目ヲ掲ケ本文中ニモ例ハハ九十六頁ノ如キ「立法團體」ト稱セリ。アンシユツツモ亦「法規及形式的法律」ニ關スル學說ノ批評ハ十頁ニ於テ國家人格ノ單一性ヲ承認シ之ニ「國民權ノ擬入」トシテ國民代表觀念ヲ附合シタリ。

然レトモ國家ハ自己義務負擔ノ爲ノミナラス又第二要素ノ爲ニ國家機關ノ組織ニ關スル規定(Anordnung über Organisation)ノ大部分及國家機關ニ就テノ規定中ニ權利法規ヲ存ス。蓋シ國家ノ意思及行動ハ自然ニ作用スル無意ノ力ニヨリテ起ルモノニアラスシテ必スヤ有意ノ個人的作用ニ俟タサルヘカラス。從テ國家ハ法的ニシテ且目的ニ適合スル意思及行動ヲ引起ス爲ニ、機關ニ當ル者ニ對スル規定ヲ發布シ、一部ハ其意思ヲ内容上ヨリ限定シ、一部ハ個人ノ義務的行動カ國家ノ行爲トナルヘキ範圍ヲ確定セサル可ラサレハナリ。カク國家ノ意思ハ常ニ人類ノ意思ナルカ故ニ此ノ個人ノ意思發動ヲ國家ノ意思發動ニ轉換スルコトヲ定メ且制限スル爲ニ複雑ナル法系ヲ要ス。此故ニ國家機關ニ對スル規定ハ同時ニ機關ノ背後ニ立ツ自然人ニ對スル規定タリ。大臣責任ノ規定、議會召集ノ規定、副署、訴訟手續裁判官ノ訴訟取扱ノ規定ハ皆機關的作用ニ關シテ機關ニ當ルモノ、權利義務ヲ定ムルモノナレハ法規ナリ。從テ此等ノ規定ハ一方ニ於テハ國家ノ法ニシテ他方ニハ機關ニ當レル個人ニ適法ノ行動ヲ要求スル國家ノ權利ヲ設定スルモノナリ。而シテ此ノ法規ニ服スルノ義務ハ個人ノ一般服從ノ義務ニ基ク。何ト

ナレハ一般服従關係トハ異レル基礎ヨリ生スル特別ノ義務關係ニ立ツモノト雖
 此場合ニハ國家ノ一方の高權ノ爲ニ法規ニ服従スル義務存スレハナリ。此ノ服
 従ハ此關係自體ヨリ生スルモノニアラスシテ此關係ヲ前提條件トスルニ過キサ
 ルナリ。今此ノ法系ニ於ケル類例ニヨリテ此關係ヲ明ニスルヲ得ン。例ヘハ二
 重結婚ハ實ニ既婚ヲ前提トスルモ此既婚ソノモノヨリ何等ノ犯行ヲ生セサルカ
 如シ。同様ニ官金私消官權ノ濫用等モ亦國家ニ對スル官吏關係ノ結果ニアラス
 シテ刑法々規ノ一般服従ノ下ニ法定ノ要件ニ該當スル個人ニ就テ生スルモノナ
 リ。此差別ハ機關ニ對スル國家ノ關係ニ於ケル權利法規 (Rechtsnorm) ト行政法規
 (Verwaltungsnorm) トヲ分ツニ必要ナルモノナリ。就中國家ノ其官吏ニ對スル關係
 ニ於テ然リ役務契約ニヨリテ官吏ハ特別ナル要務權(又ハ役務要求權 (Dienstgewalt))
 ニ服ス。此權力ハ他ノ法的權力ト等シク其範圍及效力ニ就テハ法規ニヨリテ規
 定セラル、モ之ヨリ發スル命令ハ法ノ直接ノ適用ニアラスシテ役務契約ノ履行
 ニヨリテ取得シタル權利ノ行使ナリ。故ニ國家ノ役務命令 (Dienstbefehl) ハ法ヲ作
 ルモノニアラスシテ國家ハ權利ノ實行ナリ。統治者ノ權力ヲ惹起スモノニアラ

スシテ使役者 (Dienstbar) ノ單純ナル權力ヲ發動スルニ過キササルナリ。彼ノ兵役義
 務ニ基ケル軍事上ノ役務義務 (Dienstpflicht) ノ如ク法律上ノ役務義務ニ基ク關係ニ
 於テモ亦然リ。從テ官廳及軍事上ノ役務命令及命令 (Verordnung) ハ國家ト個人ノ
 間ニ何等ノ新シキ權利關係ヲ設定スルモノニアラス(二)。從テ役務義務ノ單純ナ
 ル違反ハ刑法上ノ結果ヲ惹起サスシテ唯懲戒的處罰ヲ蒙ルノミナルコトハ既ニ
 説明シタル所ナリ。

(二) 拙著法律命令論三百八十四頁以下參照ヘルテ前掲書二百四十六頁ニ所謂法律ノ利ヲ備
 フル行政規定ハ權利法規ナリトノ矛盾說ニ對スル駁論ニ就テハアンシツ前掲書五十七頁以
 下參照

以上ノ所論ヲ概括スレハ次ノ如ク略言スルヲ得ヘシ。國家機關ハ其直接タルト
 間接タルトヲ問ハス決シテ權利主體ニアラス其權限ノ範圍内ニ於テハ國家ヲ表
 現スルモノニシテ臣民タルト他ノ機關ニヨリテ表ハル、權限タルトヲ問ハス何
 レニ對シテモ人格者トシテ即チ國家自體トシテ對立スルモノナリ。從テ此ノ點
 ヨリ機關ニ數多ノ人格アルカ如キ觀ヲ呈スルモノナリ。國家ノ組織ニ關スル凡
 テノ法ハ臣民ノ權利義務ヲ設定スル限リハ法規ニシテ唯既存ノ義務ヲ利用スル

ニ過キサルモノナル時ハ法規ニアラス。然レトモ國家カ全ク外部ニ何等ノ影響ヲ惹起サ、ル(一三)。組織規定ヲ定ムル場合ニハ常ニ唯行政命令(役務命令 Dienstverfügungニ相對シテ全ク組織的ナル)存スルノミ。例ヘハ一官廳ノ參事官(Referentenノ合議ノ規定、一官廳ノ諮詢案票決其票決ヲ要求シ及商量スルノ自由カ其諮詢セル官廳ニ存スル限り)ニ就テノ規定、一官廳ノ事務ノ局課分配ノ規定等ノ如キ皆之ニ屬ス。一般ニ此種ノ組織ニ關スル行政命令ハ同時ニ役務命令ノ性質ヲ有スレトモ必スシモ常ニ然ラス。例ヘハ命令(Befehle)セスシテ唯附與(Gewähren)スル命令例ヘハ一長官ヲシテ從來一官吏ニヨリテ代理セラレシモノヲ今後數官吏ニヨリテ代理セラレシムルコトヲ定ムル命令ノ如キ即チ之ナリ。

(一三) 反對ナル場合ニハ法規命令タリ。拙著法律命令論三百八十七頁。

權限說ニ附隨シテ解決スヘキ困難問題アリ國家機關ノ權限ヲ超エテハシタル行爲ハ法律上ノ價值如何ノ問題之レナリ。權限ニ違反セル行爲カ國家ノ法律上ノ行動範圍内ニ屬スルモノナル時ハ不相當ナル機關ニヨリテナサレタル行爲ト雖法力ヲ有ス。權限ノ保護ノ爲ニ發セラレタル法規ハ *legibus minus quam perfectis*ノ

性質ヲ有スルモノナリ(一四)。然レトモ一般ニ國家ハ權限ニ反セル行爲ヲ無効ト宣言スルヲ利益トスルモノナリ。蓋シ本來各機關ハ皆國家ノ行爲ヲナスモノナリト認めラル、カ故ニ常ニ機關ノ權限ニ就テ己レ之ヲ有ストノ争ヲ生スレハナリ。故ニ國家組織ニ於テモ亦權限ヲ超エタル機關意思發動ヲ取消ス爲ニ(シカラスンハ其有效ナルコトヲ主張セン)設備ヲ要ス。何ントナレハ權限ヲ超エタル行爲ノ無効ナルハ理論上明ニ承認シ得ヘキコトニシテ殊ニ官廳ノ行爲ニシテ本來其職務範圍内ニ屬セサルモノナルトキ即チ不當(Unzuständigkeit)ノ場合ニ於テハ其無効ナルヤ明ナレハナリ。一般ニ機關ニ上下ノ階級ヲ立ツルニヨリテ權限維持ノ保障ヲナスヲ常トスレトモ此種ノ保障ナキ場合ニ在テハ權限ヲ超越スル機關意思モ亦國家意思ヲ構成スト云ハサルヘカラス。最著シキ例ハ裁判所ノ法律審査權承認セラレサル國家ニ於テ憲法所定ノ形式ヲ踏マスシテ憲法變更ノ法律ノ議決及裁可ヲナス場合ナリ。同様ニ下級官廳ノ超權處分ニ對シテ被害者ノ申請アリテ初メテ上級官廳カ之ヲ取消シ得ル場合ニ此申請カナサレサリシ時マタ然リ。此ノ故ニ將來ノ立法ニヨリ此カル場合ニ當該權限ノ固持ニ就テ保障ヲ増サンコ

トテ國家ニ要求スルコト必要ナルヘシ。蓋シ完全ナル國家ニ於テハ越權ノ機關意思ハ最早國家意思ト見做スヘキモノニアラスシテ。理想的國家ニ於テハ王ハ惡ヲ爲ス能ハストノ英國國法ノ格言ハ敷衍セラレテ國家ハ不法ヲナシ能ハストハ不朽ノ眞理タレハナリ。

(一四) 人或ハ無資格ナル階級官吏ノ執行セル結婚式ニ就テ裁判所ノ下セル判決ノ法力ニ積極的權限爭議ノ發生セシテ不可能ト考フルナラン(千八百七十五年二月六日ノR.G.四十二S)

然レトモ此ノ如キ保障ノ與ヘラレサル限リハ國家ノ行爲ハ學理上ノ批判ノ下ニ立タサルヲ得ス。從テ國家ハソノ機關ニヨリ不法行爲ヲ行フコトハ可能ナリト云ハサルヘカラス。而シテ此ノ不法行爲ハ國家法序自體ヲ問題ニ上ラシムル程度ニ達スルコトアリ。即革命「クーデター」ハ實ニ從來行ハレタル憲法法規ノ見地ヨリ最早批判スルコトヲ得スマタ規定スルヲ得サル状態ヲ生スルモノニシテ新シキ秩序ヲ形造ルニ至ルモノナリ。

國際法上ニ於テハ權限ヲ超エタル機關意思ノ責任ハ國家自ラ負ハサルヘカラスアルモノニシテ頗ル實際的價值アル問題ナリ。國家ノ内部ニ在テハソノ機關ニヨ

リテ不法ヲ行フコトヲ得ヘキモノニ對シテ唯財產的賠償ノ外制裁ヲ受クルコトナシ。之ニ反シテ國際法ニ違反セル國家ハ刑法上ノ制裁ト同一ナラサルモノト相似タル責任ヲ負ハサルヘカラス。實ニ國際法上ニ於テハ一國臣民ハ國家ノ一員タル地位ヲ有スルカ故ニ國家機關組織ニ當ラサル臣民ノ行爲ト雖國家ノ責任ヲ負ハサルヘカラスモノトス。例ヘハ中立國臣民ノ團體的援助、交戰國公使ノ輸送又ハ交戰國々旗ヲ掲クルコト等ハ皆之ヲ中立違反トセラレ國家ハ最上ノ注意ヲ以テ之ヲ妨ケサリシ場合ニハ被害國ハ事情ニ應シテ多大ノ損害要償ヲナシ得ヘク。文明ノ程度低キ處ニモ家族、宗族、種類、部落、軍隊ノ如キ社會的團體ハ其ノ凡テノ部員ノ行爲ノ爲メニ國際法上共同責任ヲ負擔スルモノトス。權限ヲ超エタル作爲ノ如ク權限ニ違ヘル不作爲(competenzwidrige Unterlassung) (I.H.)ニ就テモ他ノ機關意思ニヨリテ主働的ニ此不作爲ノ結果ヲ打消サ、ル限リハ國家ハ亦責任ヲ負ハサルヘカラス。而シテ此ノ場合ニ於テモ國際法上ノ國家ノ負擔ハ國內法上ノソレト種類ヲ異ニシ且多大ナルモノトス。

(一五) 權限ノ觀念ハ茲ニ最廣義ニ於テ義務トシテ處理スヘキ凡テノ官廳事務ノ範圍ヲ包含スル

モノニシテ機關ニ當レルモノ、義務違反ノ行爲ハ皆權限違犯ト見做サル。

然レトモ權限ニ反シテ作爲不作爲セル機關ト國家トノ關係如何ハ問題ナリ。予ハ權限違反ニ就テ善意(Bona fide)ニシテ起ルモノト過失ニヨリテ生スルモノトヲ區別セサルヘカラスト信ス。而シテ前者ハ國家ト機關ニ當ル者トノ間ニ何等ノ權利關係ヲ發生スルモノニハアラス蓋シ國家機關ハ人類ニヨリテ成ルカ故ニ國家モ亦人性ノ避クヘカラサル弱點ヲ免ルヘカラサレハナリ。之ニ反シテ間接機關ノ權力濫用ハ懲戒法上ノ結果時ニ或ハ刑法及民法上ノ結果ヲ發生ス。但直接機關ニハ一般ニ此種ノ制裁ヲ欠キ唯今日ノ共和國ニ於テ此種ノ制裁尙行政及司法權ノ代表者ニ加ヘラル、ノミ。

嚴格ナル法律思想ヨリセハ權限ニ反キテ行動セル機關ハ權限違反ノ範圍ニ於テハ機關トシテ思考スヘキモノニアラス。ヨシ此理論ヲ飽クマテ主張セストスルモ外見上過失ニヨル違權限ノ行動ハ同時ニ個人ノ有責行爲タリ。茲ニ於テ義務ニ違反セル行動ニヨリテ個人ノ權利ヲ侵害セル官吏ニ對シテ被害者ハ請求權ヲ有スルコトヲ得ヘシ。而シテ此種ノ請求權ハ決シテ國家機關其ノモノニ對スル

モノニ非スシテ故意又ハ過失ニヨリテ行動セル機關組織者ニ對シテ存スルモノトス。故ニ此權利ハ公法的ニアラスシテ私法的ナリ。然レトモ如何ナル程度マテ國家カ其ノ官吏過失ニ對シテ責ヲ負フカハ法學上ノ問題ニアラスシテ立法政策上ノ問題タリ。實ニ是レ國家ノ負擔義務(Erfüllungsgehalt)ナルカ恩惠(Gunst)ナルカノ區別ハ其性質上先天的ニ存スルモノニアラス。(二六)カクノ如ク其ノ機關ノ權力濫用ニ就テ責任ヲ負フモノハ常ニ高權ノ主體トシテノ國家ナリ。而シテ國ノ自ラ私法ニ服スル場合ニ於テノミ統治權ノ主體タル國家ハ私法ノ下ニ立ツニ至ルモノナリ(二七)。然レトモ損害賠償ニ就テ第三者カ義務ヲ負擔スル私法上ノ理論ヲ以テ之ヲ類推スルハ明ニ許スヘカラサルコトナリ。何トナレハ此責任ノ法ハ種々ナル時ニ於テ種々ナル現象ヨリ發生セルモノニシテ一定ノ原則ヲ以テ推スヘカラサレハナリ。即チ一方ニ於テハ嚴格ナル共同責任(Gesamthaftung)ノ原則ヨリ純粹ナル個人責任ニ變シ、他方ニ於テハ再ヒ無責任ノ原則ヨリ他ノ範圍ニ入り有責任ノ原則ハ次第ニ規定セラレシカモ益其範圍ヲ擴張シ、今日ニ於テハ國家責任ノ範圍ヲ法規ヲ以テ大ニ擴張シ認識スルニ至リシモノニシテ國家ノ負擔義務カ何時

如何ナル程度マテ存スルカハ全ク個々ノ國法ニ就テ確定スルノ外ナケレハナリ。

(二六) レーニン官吏ノ不法行為ニ對スル國家ノ責任九十三頁以下及ビロテイノ「ピルト」年報千八百八十八年分二百四十五頁以下ハ其理由ニ於テハ異レトモ其結果ニ於テハ一致セリ。而シテ共ニ其説ク所法律行為ヨリ生スル責任ニアラスシテ唯國家高權ニヨル責任ナリトイフニアルハ説明ヲ要セスシテ明カリ。

(二七) 故ニ國家カ高權ノ適法ノ行使ニヨリテ侵害セラル、モノニ保障スル請求權ハ理論上公法的ナリ。此ノ種ノ根本的請求權ハ一般法規ノ爲ニ個人ニ歸屬スルモノニアラスシテ全ク國家ノ任意ニ附與スル權利ニシテ從テ純粹ナル爲シ能フコトナリ。之レ疑モナク公益ノ爲ニスルモノナリトノ認識ヨリ生スル所ニシテ國權ノ行使ハ不法ナラサレトモ缺點アル行使ノ爲ニ生シタル損害ヲ個人ニ賠償スルニアリ。此種ノ權利ハ殊ニ無罪ニシテ處罰セラレタルモノニ與ヘシレタル請求權ヲ以テ著シトナス。ソノ公法的性質ハ不法處罰ニ對スル賠償法案ニ就テ塊國上院ノ司法部委員會ノ報告書中ニ著シク發揮セラレタリ(第十一期議事錄九十四號二頁參照)。

官吏ノ義務違反的作爲不作爲ノ爲ニ個人ノ國家ニ對スル財産的請求權方法ニヨリテ保障セラル、時ハ此ノ請求權ハ同時ニ民法上ノ權利タリ。何トナレハ國家ハ自己ノ行為タル其機關ノ行為ノ爲ニアラスシテ却テ國家機關ノ組織ニ當レルモノ、過失即チ此場合ニハ獨立ノ人格者トシテノ官吏ノ犯行ノ爲ニ責任ヲ負フモノナレハナリ。此種ノ國家ノ責任ハ第三者ノ不法行為ノ爲ニ負フ責任ノ一特例ニシテ或ハ直接ノ責任者以外ノ第三者ニ財産上ノ損害ヲ分擔(Vertheilung)又ハ轉

嫁(überwälzung)スル場合ト解スルモノ多シ(一八)。

(一八) メルケルノ「字典」二百八十三頁以下、スタインバッハノ「近世損害賠償法大綱」六十六頁以下、ビンテン「法規論」第一卷四百三十三頁以下、マタヤ「經濟學」上ヨリ見タル損害賠償法十九頁以下、ウシガ「學說年報」三十卷三百六十三頁以下、ニ載セタル論文「危險ノ行為」參照。

第十四節 私人ノ國家高權行使

一般ニ國家ハ其機關即チ人類ニヨリテ始メテ行動シ得。而シテ此個人ハ或ハ法律ニヨリテ或ハ種々ナル法律的理由ニ基ク特別役務ニヨリテ國家ト繼續的關係ニ立ツモノトス。然レトモ此ノ一般通則ハ幾多ノ例外ヲ存ス。即チ國家ハ固有ノ機關ヲ構成スルコトナク特別服從關係ニ立タサル私人ニ國家ノ權限ヲ行フハ義務ヲ課シ或ハ權利ヲ與ヘ以テ其統治權ヲ行使スル場合鮮シトセス。

此種ノ義務ハ特定ノ非國家的職業又ハ事業ト連結セラレ、ヲ常トス。例ヘバ私設鐵道ノ役員ハ鐵道警察ヲ行使シ、船長ハ船舶警察ヲ行使スルカ如シ。殊ニ洋海船舶(seeschiffer)ニ在ツテハ廣キ警察權ヲ有ス(二)其他患者ノ個人的自由ヲ制限シ、治

療ノ爲ニ人體ヲ毀傷シ甚シキハ母體ノ救濟ノ爲ニ胎兒ヲ殺スカ如キ醫師ノ權能ハ皆之ニ屬ス。而シテ此等ノ權能ハ國家ノ主權ニ基クモノト云ハサルヘカラス。蓋シ患者ノ身體ノ自由ヲ制限シ肉體ノ完全ヨリハ人命及幸福ヲ尊トシニツノ人命中一ヲ尊トシテ他ヲ犧牲ニ供スルカ如キコトハ唯國家ニシテ始メテ公益ノ爲ニ之ヲ決定シ得ヘケレハナリ。故ニ醫師ハ此等ノ成文又ハ不文ノ法規ニ從テ其權利ヲ行フニアラス其義務ヲ實行スルモノナリ。而シテ此義務タル明ニ刑法上ノ之ニ該當スル條規ニ其源ヲ發スト云フヘシニ。

註(一) 船長ノ海員ニ對スル權力ハ單ニ懲戒權タルニ止マラスシテ同時ニ警察權タリ。千八百七十二年十二月二十七日ノ法律帝國海員規則第七十九條第二項第三項ノ如キ之レナリ。唯ニ役務ノ履行ノ保障ノ爲ノミナラス不法行為ニヨル侵害ニ對スル保護手段トシテ適切ナル保安方策トシテ船長ハ其海員ヲ拘禁スルコトヲ得。

(二) *Hand bu ch* 第一卷八百〇二頁以下、*Lehr buch* 百五十六頁、*Prinzipien* ノホルチエンドルフ法律字典中ノ第三卷第一章三十三頁以下參照。其他職業權(*Berufswahl*)ハ官吏又ハ公吏或ハ軍吏ニ屬スル權限内ノ行動ニ屬シ之ト異ル。

管ニ非國家的事業ノ爲ノミナラス實ニカ、ハ、ル前提條件ナクシテ私人ハ國家ノ權利ハ歸屬者タルヲ得。正當防衛(*Nothwehr*)ノ如キハ違法ノ侵害ニ對シテ自己ヲ防

衛スル場合ニ限ラレタル時ハ假令此不法ノ侵害ノ防衛ニヨリテマタ公共ノ安寧ヲ保ツヲ得ルモ尙個人權ノ行使ト思考スルヲ得ン。然レトモ不法ナル目前侵害ニ對スル防衛ニシテ其目的他人ナル時ハ最早之ヲ個人權利ト考フルヲ得ス。何ントナレハ正當防衛ヲ行フ個人ノ利益ハ全ク此防衛上ニ關係ヲ有セサレハナリ。實ニ防衛者ハ法ノ保護ヲ行フヘキ國家ノ代理者トシテ之ヲ行フモノナリ。此種ノ他ノ著シキ例ハ裁判所ノ命令ナクシテ現行犯者ヲ逮捕シ得ル私人ノ權利是レナリ(三)。上ノ二場合ニ於テハ實ハ個人ノ權利行使ニ非スシテ一時的國家機關(*legenhches staatsorgan*)ニヨリテノ警察行使ナリトス。今始メノ諸例ヲ以テ法律ニヨリテ定マル義務ナリトセハ後ノ二例ハ任意ニ負擔セル義務ナリト云フヲ得ヘシ。

(三) 帝國刑事警察法百二十七條

此ノ故ニ該個人ハ法ノ反射作用ニヨリテ唯權利ヲ取得スルノ觀ヲ呈スルニ過キス。コ、ニ於テ次ノ結果ヲ生ス。即チ國家ハ個人ノ此國家作用ノ行使ヲ或ル理由ニヨリテ妨クル場合ニハ何等ノ訴權モ個人ニ附與セラレサルモノトス。故ニ鐵道官吏カ一切ノ警察行為ヲナスモ私設鐵道會社ハ之ヲ權利侵害トシテ何等ノ

行政的訴訟ヲナスヲ得ス。國家ニヨリテ船舶警察權剝奪セラル、時ハ船長モ亦然リ。手術ヲ行フニ當リ患者逮捕ニヨリテ妨ケラル、時ハ醫師モ亦然リ。

此等ノ場合ト趣ヲ異ニスルハ公權カ個人權トシテ個人ニ附與セラルル場合ナリトス。其多數ノ例ハ封建國家ニ於テ見ルヲ得ヘク所謂固有權(erblichen Besrechtigung)ノ附與ノ場合皆然リ。現代ニ於テモ亦個人ノ權能内ニ公權ヲ編入スルコトナキニアラス。就中親族法ニ於テ殊ニ多シトス。後見人トシテ裁判所ニ於テ選任セラルル權、兩親及後見人(四)ノ懲戒權ハ皆公法ニヨリテ附與セラル、モノトス從テ此等ノ權利ハ其權利者ノ個人的利益以上ニ設定セラル、ナリ。

(四) 教育的監督權(Nichtingangsrecht)ハ本來懲戒權ト異リ後者ハ懲戒ノ下ニ立ツモノ利益ノ爲ニ附與セラレサルニ前者ハ主トシテ被教育者ノ爲ニ規定セララル、ナリ。此重要ナル區別ハビンデン^{Handbuch}第一卷七百九十七頁以下ニ於テハ懲戒間ト教育的監督權ト同一視スルニヨリテ看過セラレタリ。

私人ノ國家高權行使ノ固有ノ形式ハ官吏ノ有スル料金(Sporteln)懲收權ナリトス。此料金ハ本來國家高權ノ行使ニ基キ國家ニ對シテ負擔スヘキ給付ニシテ從テ公法的性質ヲ有ス。故ニ此ノ官廳ノ收入ヲ官吏カ受取ルノ制度ハ即チ國家ノ債權

ノ行使ヲ該官吏ノ利益ノ爲ニソノ個人的人格決シテ國家機關ニアラス)ニ移轉セラル、モノト云フヘシ。此官廳料金ノ近世ニ行ハル、形式ハ大學ノ聽講料(Collegiengeld)及國家ノ試験委員ニ分配サルヘキ試験料(Printungsgeld)ナリトス。試験料カ公法的手數料ノ性質ヲ有スルハ夙ニ認めラルル所ニシテ特定ノ職務ニ従事スルモノ、資格ノ審査ノ爲ニ納付スヘキモノナリ。而シテ試験ハ公法的行政行爲ニシテ實ニ權利設定ノ行政行爲ナリ。合格者ノ資格ヲ昂ムル行爲ナリ。聽講料ニ至ツテモ亦全ク同様ナル關係ニ立ツモノトス。即チ大學入學ノ許可ハ公法上ノ行政行爲ナリ殊ニ一大學ニ入ルコトハ國家ノ試験ヲ受クルモノ、法律上ノ條件ニシテ從テ公ノ職務ニ就ク資格ノ要件タルカ故ニ此行爲ハ入學ヲ許可セラレタル者ニ公法上ノ結果ヲ結付クルモノト云ハサルヘカラス。講座ノ聽講及之ニ伴フ名譽上ノ義務(Honorarypflicht)ハ學生ノ大學内ニ引續キ殘存シ或ハ受験許可ヲ請求スル權ノ法律上ノ要件タリ。此ノ故ニ聽講料ハ公法上ノ手數料タルヤ明ニシテ唯法規ニヨリテ國家ニ屬セス却テ講座擔當者(Dozent)ニ歸スルモノナルニ過キス。其正教授トシテ國家ト役務關係ニ立ツト私教授トシテ單ニ許可セラレタル教

師タルトヲ問ハス聽講料ノ請求權ノ性質ハ全ク同一ナリトス(五)。

(五) 千八百九十年三月二十八日ノ奧國行政裁判所判決、ブドウイ、スキーク、行政裁判所判決批評、五千二百二十七號參照。予トウ井、ナ市トノ意見ノ差ヲ見ルヘシ。尙フオン、ステンゲル、獨逸行政法、三百三十七頁註ニ參照。

近世ノ料金制度ハ尙佛國ニ起リ諸國ニ於テ盛ニ摸倣セラレシ公證人 (notare) 制度ノ規定中ニモ存ス。公證人ハ公吏ナリ國家ニ固有ナル所謂自由ノ裁判所 (Freimilige Gerichtsbarkeit)ノ職務ヲ行フモノニシテ公正證書役人 (Beurkundungsbeamte)トシテ行動スルモノトス。而シテ彼等ノ職務ニ對シテ定メラレタル手数料ハ國家高權行動ノ報償 (Entgelt)トシテ公法的性質ヲ有スルモ國家ノ收入ニアラスシテ公證人自身ノ收入タリ。然レトモ此手数料ハ猶形式上司法的手數料タル性質ヲ有シ之ト同シク課徵 (Beitreibung)ノ手續ニヨリテ收納セラル、モノトス。

私人ノ國家作用行使ヲ個人ノ權利トスルノ制度ニシテ今日ノ法制上ニ行ハル、モノハ猶此外ニ辯護士制度 (Rechtsanwaltschaft)アリ。辯護士ハ國家機關ニアラスト雖其職務ハ公務ニシテ國家ノ法序ノ維持ノ爲ニ定メラレタルモノナリ。此職務行爲ハ一部ハ私人ノ訴訟法上ノ權利行使ノ前置條件タリ。サレト辯護士ハ「個々

ノ權利主體トシテノ國家ノ職務ヲ行フモノニアラスシテ國家ノ法序ニ於テ國家ノ事務ノ進行上必要ナル條件トシテ設定セラル、職務ヲ行フモノトス(六)。辯護士ハ實ニ職務ヲ有シ法ニヨリテ定マレル國家事務ノ一部ヲ行フモノナリ。然レトモ官吏ト異リ國家ノ爲ニ之ヲ行フノミナラス、マタ訴訟ノ當事者及自己ノ爲ニ之ヲ行フモノトス。彼等ハ國家ノ任命スル所ニアラス從テ國家機關ノ一部タルコトナクシテ其職務ノ爲ニ公法上ノ義務ヲ實行セサルヘカラサルナリ。而シテ其職務ニ就テ官吏ノ有セサル權利ヲ有ス即チ法定條件タニ満たセハ此職務ヲナスコトヲ得、自由辯護士制度ノ存スル所ニ於テ且何等法律上ノ消滅原因ナクシテ其職ヲ奪ハレサル獨立保持ノ請求權之レナリ。辯護士ハ私人ニ對シテハ其職務ヲ以テ營業トナスモノナリ。從テ辯護士法ハ憲法上ノ司法權規定ノ補則ニシテ、同時ニ營業法ナリ(七)。而シテ公權ヲ附與セラル、カ故ニ此權ノ行使ハ國家ニ對シテハ公權ノ行使ニシテ私人ニ對シテハ私權ノ行使ナリ。

(六) ラバンド、第二卷四百十八頁

(七) 同書四百二十一頁

此ノ如ク國家ノ權利ヲ個人ニ移轉(Übertragung)スルコトハ一法制(normalen Institution)トシテ訴訟法上殊ニ強制執行ニ於テ重要ナル價值ヲ有ス。此ニ對シテ二個ノ見解對立ス。一方ノ見解ニヨレハ國家カ執行者ニシテ強制執行ハ國家ノ職務ノ範圍内ニ於テ執達吏(Gerichtsvorzeichen)之ヲ行フモノトス。唯執行請求ノ當事者ノ意思ヲ條件トスルノミド。他方ノ見解ニヨレハ當事者カ執行者ニシテ執達吏ノ職務ハ個人ノ力ニヨリテ生スルモノニシテ執達吏ハ受任者トシテ之ヲ行フ從テ私法上ノ代理人トシテ立ツモノナリト(八)。此二見解ハ未タ事ノ真相ヲ顯ハセリト云フヲ得ス。第一說ニ從ヘハ債權者ト執達吏ノ關係ハ其私法上ノ方面ニ於テ不可解ニシテ執達吏ノ過怠ニ基ク債權者ノ損害賠償ノ訴ハ執達吏ニ對スルモノニアラスシテ唯國家ニ對シテナシ得ルニ止マリ國家カ強制執行ノ主體ナリトスルカ故ニ執達吏ハ當事者ニ對シテ官吏ノ如キ責任ヲ有スルノミナラン。而シテ第二說ニヨレハ國家ヲシテ執行裁判所及執達吏ナル機關ニヨリテ個人ノ職務者トシテ働カシムルコト、ナルヘク從テ此見解モ亦國家ノ本質ソノ司法的保護(Unterschied)ト明ニ矛盾スルモノナリ此故ニ此問題ノ解決點ハ債權者ハ唯國家カコレニ

其權力ヨリ發生スル權利ヲ移轉セルニヨリテ強制執行ノ主體トナルトイフ事ニ在ルモノハ、如シ。故ニ其實質ヨリ見レハ強制執行ハ個人ノ一請求權トナルモシカモ私權ニアラス、實ニ統治權ノ發現トシテ其性質ヲ保有スルモノトイフヘシ。個人ハ斯ノ如クシテ *Procurator in rem suam* トシテ行動スル官吏ト等シキニ至リ國家ハ其場合ニ於テ如何ナル程度マテ公益判決執行ノ利益ニ留意スヘキカヲ全ク個人ノ意思ノ判斷ニ一任セリ。故ニ執達吏ハ官吏カ私人ニ對スル關係ニ於テ責任ヲ負フニ非スシテ其國家ニ對スル場合ト全ク同様ナル關係ニ於テ債權者ニ對シテ責任ヲ負フモノトス而シテ官吏ノ義務違反ノ場合ノ如ク執達吏ノ義務違反ヨリ國家ノ民法上ノ請求權生シ此權利ハ同様ナル理由ニヨリ債權者ノ執達吏ニ對スル請求權ニ變ス(九)。之レ實ニ本來ノ個人ノ自助權(SELBSTHILFE)一旦國家ニ糾合セラレ國家ノ統治權ノ現實ノ一要素トシテ個人ニ更ニ強制執行權ノ形ニ由テ再ヒ贈還セラレ、モノト云フヘシ。個人ハ歴史的經過ノ間ニ其權利實行ノ權ヲ國家ニ委任シ再ヒ之ヲ國家ノ附與物トシテ自己ニ保有スルニ至リシナリ。

(八) 第二說ノ主タル代表者ハアエス、シユルツエニシテ其著私權及ソノ發達ノ過程第一卷六十四

頁以下ニ之ヲ詳論シ第一説ハ就中フォンブランク民事訴訟法第一卷百三十六頁ニ見ルヘク殊ニ其根本的説明ハフオン、シムルカノ論文「權利ノ根源」クルンフト雜誌第十三卷五百六十七頁以下及第十六卷六百七十三頁以下ニ於テ代表セラル。且後ノ論文ニハ廣汎ナル引用書目掲ゲラル

(九) 帝國民事訴訟法六百七十四條ニ曰ク「強制執行ハ……執達吏之ヲ行フ而シテ執達吏ハ債權者ノ委任ニヨリテ之ヲ行使スルモノトス」ト千八百八十六年六月十日ノ大審院民事部ノ合議判決(民事判決録十六卷三百九十九頁)ハ執達吏ハ其過怠ノ爲ニ債權者ニ對シ民法上委任ノ原則ニヨリ責任ヲ負フモノニシテ官吏ノ如キ責任ヲ負フモノニアラストセリ。之レ固ヨリ債權者カ執達吏ニ對スル關係ハ私人カ官吏ニ對スルカ如キモノニアラストノ意義ニ於テハ正當ナリト雖、之ヲ民法上ノ意義ニ於ケル委任ト解シ之ニ反對ナル説ハフォンシムルトカ前掲書十六卷六百八十頁以下從テ債權者ト執達吏トノ契約的關係ヲ説クハ誤レリ。

執達吏ハ債權者ニ對シテ契約ヲ實行スルモノニアラスシテ其職務ヲ行フモノナリ。其責任ハ官吏ノ國家ニ對スルカ如ク契約以外ナルモノトス。

刑法上ノ範圍ニ於テモ亦同様ナル事實私訴ノ際ニ起ルモノトス。刑事起訴權(Anklagenrecht)ハ理論上唯國家ニノミ存ス。然ルニ公法規ノ違反カソノ侵害ニ就テ被害者又ハ親族法上之ト關聯セル人ノ認知ヲ要件トシ或ハ國家ハ其被害者カ權利侵害ノ存在ヲ認知スル場合ニ初メテ法規ニ違反セルモノト推定スル場合ニハ國家ハ被害者ニ公法上ノ起訴者タル地位ヲ附與スルモノニシテ疑モナク私訴者及從訴者(Mehrklaeger)ハ私人トシテ彼ニ移轉セラレタル國家ノ權利ヲ行使ス(一〇)

(一〇) 此權利ハ先ツ公法上ノ罰金カ個人ニ非スシテ國家ニ拂ハル、モノナルコトヨリ明ナリ。カ、ル私訴者ノ地位ハ奧國刑事訴訟法ニ於テ最モ明白ニ現ハル即チ該法四十六條ニヨレハ檢事ハ私訴者ノ希望ニヨリ其代理ヲナスコトヲ得。

奧國刑事訴訟法上ノ *subsidiaria nklage* ハ其關係頗ル私訴ニ類ス(一一)ト雖全ク之ト異リ國家權利ニアラスシテ單純ナル積極身分及權利保護ノ請求權ヨリ發スル權能ニシテ獨逸國法六十二條ノ意義ニ於ケル告訴(*Strafanzeige*)ノ地位ニ當ルノ權ナリ。從テ告訴者ハ檢事ノ棄却ニ對シテ判決ヲ要求スルノ權利ヲ保有スルナリ(一二)個人ハ私訴ノ場合ニ於テハ刑事裁判所ノ機關タル地位ヲ存スルニ告訴ノ場合ニハ唯國家機關ノ訴訟行爲ヲ要求スル權アルノミ。

(一一) 奧國刑事訴訟法四十八條
 (一二) 帝國刑事訴訟法百十條乃至百七十五條

以上ノ如ク私人ニ國家權利ノ移轉セラル、場合中最特殊ニシテ、シカモ最後ノ場例ニ類スルモノハ公用徵收(Enteignung)ニ於テ之ヲ見ルヘシ。夫レ公用徵收權ハ全ク公益ニ關スルモノトシテ理論上公權トシテ國家ニ專屬スルモノトス。唯個人及團體ハ之ヲ國家ヨリ附與セラル、ニヨリテ公用徵收權ノ主體タリ得ヘク、公

用徴收者ハ其何人タルヲ問ハス國家ノ高權ヲ行フモノナリ。然レトモ此權ノ徴收者ニ移轉セラル、ヤ國家機關ノ如ク唯義務トシテ行使シ得ルニ止マラス國家自體ニモ對抗シ得ル請求權トシテ之ニ歸屬セシメラル、モノトス(二三)。何ントナレハ公用徴收權ハ公益ノ爲ニ存スルモ之カ行使ハ又屢々公益ノ密着セル私益ノ要求ノ爲ニ存スルモノナレハナリ。故ニ法律又ハ行政行爲ニヨリテ此權ヲ有スル者ハ國家ノ側ヨリ其公用徴收權ノ承認ヲ要求シ及之カ實行ノ爲ニ盡スヘキ國家ノ行動ヲ要求スル請求權ヲ有スルモノトス。

(二三) グリンフット「公用徴收法」七十八頁以下及「國家學字典」第三卷二百五十八頁ハ國權ヲ以テ公用徴收權ノ唯一ノ主體トセリ。ケ、マエヤ「公用徴收法」二百六十頁以下ザイデル「國法学」第三卷六百二十八頁以下、ラングノ論文、グリンフット「雜誌」第十卷六百三十三頁等ノ意見ハ各國ノ立法例ニ其根據ヲ有スルモノニシテ國家ハ又其高權ヲ個人ノ權利範圍ニ分配スルヲ得ヘントノ認識ニ其論據ヲ置ケリ而シテ今日最有力ナル説ナリ。然レトモ國家ニ對シテ個人カ公用徴收ヲ要求スル請求權ヲ説明スルコトヲ得ス。惟フニ國家ハ常ニ公用徴收ノ主體ナリトセハ個人ハ右場合ニ於テ國家ニ對シテ官吏ト同シ關係ニ立ツモノナルヘシ然ルニ官吏ハ決シテ官廳ノ職務ノ行使ヲ要求スル權ヲ有セサルナリ。

最新社會政策的法律ヨリ國家的作用ハ又國家ト役務關係ニ立タサル特定ノ職業ノ從事者ニ其權利トシテ移轉セラル、モノ多シ。職工疾病救濟財團ヲ設ケ其定

款ヲ定ムル企業者ノ權利(二四)、勞働者ノ意見ヲ聽イテ勞働規程ヲ定ムル雇主ノ權利(二五)、災害救濟ノ目的ノ規程ニ就テ商議及決議ニ參與スル勞働者ノ權利(二六)ハ皆之カ適例タリ。

(二四) 勞働者ノ疾病保險ニ關スル帝國法律第六十條第六十四條第二項、國疾病保險法四十二條四十七條第一項、グリンフット「雜誌」十八卷三百〇二頁メンチエル論文「勞働保險法」參照
 (二五) 帝國營業法百三十四條A、
 (二六) 帝國災害保險法四十一條、七十八條、七十九條、八十一條

凡テ此等ノ權利ハ其法學上ノ性質ニ於テ前世紀ノ國法上ノ現象ト頗ル相類スルモノアリ。即チ封建的等族的國家ニ於テモ國家高權ハ幾多ニ分裂シ無數ノ個人及團體ニツノ固有ノ權利トシテ歸屬セリ。然レトモ個人ノ國權行使ノ新舊ニ形式ノ間ニハ劃然タル區別其根底ニ存ス。即チ昔時ニ在テハ公益ハ特殊ナル私益ノ下ニ立チシカ近世ノ國家ニ於ケル同様ナル現象ハ上述ノ如ク公益ハ私益ノ承認ニヨリテ最ヨク保障セララル、モノナリトノ原則ニヨリテ説明セララル、ヘキモノナリ。從テ其實質的方面ヨリセハ此法律的現象ハ國家ノ高權ヲ其權限トシテ行フ近世ノ自治團體ト著シク相類似セルモノト云フヘシ。然レトモ亦自治團體ノ

官廳的權力ハコ、ニ論スル場合トハ主タル點ニ於テ區別セラル、モノトイフヘシ(二七)。家族及臣僕ニ對スル支配權ヲ實行スル家長權(Recht des patrimonialherrn)ハ少クトモ等族國家ニ於テハ原始的固有權トシテ存スルニ近世國家ニ於ケル國家以外ノ人格者ノ高權ハ常ニ傳來的性質(Derivative Character)ヲ有ス。故ニ前者ハ私法的ト考ヘラレ、後者ハ次第ニ公法的ト認メラル。

(一七) 本書第十七節參照

以上説明シ來リシ如ク其本質トシテ國家ニ屬スヘキ此等ノ權利(一八)ハ委任(Delation)ニヨリテ唯個人ノ權利範圍内ニ編入セラル、モノニシテ法律命令及處分ニヨリテ生スルヲ得ヘシ。唯之カ附與ヲ要求スルノ權個人ニ存スルト否トノ二場合アリ。前ノ場合ニ於テハ國家ノ承認ノ請求權又ハ私益ノ爲ニ國家行爲ヲ要求スル請求權トシテ其性質上積極身分ニ屬スヘキモノニシテ他ノ見地ヨリセハ此等ノ請求權ハ其權利ヲ有スル個人カ同時ニ國家ノ間接機關トシテ現ハル、限リ一部ハ主働ノ身分ニ屬セシムルヲ得ヘシ。

(一八) 之ニ屬スル場合ヲ列擧スルハ本書ノ企及フ所ニアラス行政法ノ詳細ナル研究ニ於テ始メテヨクスヘキ所ナリ。

第十五節 私法上ノ團體ノ公權

法學上ノ思想ニ於テハ國家ノ場合ト同シク永續的ニシテ特定ノ個人ニ屬セサル獨立ノ目的ノ存スル所ニハ必スヤ此ノ目的ノ屬スル主體ヲ認メサルヘカラス。而シテ更ニ之ヲ法規ニヨリテ承認スルニ至リテ終ニ權利主體トナル。法ニヨリテ承認セラレサル目的主體ト雖亦其内部ノ規程ヲ存シ之ニヨリテ其意思ヲ構成シ、其部員ノ地位ヲ定メ、其權力ノ下ニ立ツ目的物ヲ規定ス。故ニ外部ノ承認ト關係ナク此規程内ニ於テハ目的主體モ亦權利主體タリ。且此團體員カ承認セル彼等相互ノ行爲ハ法則ハ此團體ノ内部ノ法トナリ、恰モ法ヲ定ムル國家ノ規則及命令カ其臣民ニ對スルカ如ク此法則ハ其個人ニ對シテ規則及命令トシテ對抗スルヲ得ヘシ。故ニ此目的主體ハ又相對的法規(Relative Rechtsordnung)ノ主體タリ。カク謂ヘハトテ必スシモ直ニ社團ニ想到スルヲ要セス。大家ノ家法、治療所ノ規則、溫泉場ノ規則等ハ皆此例證ナリ。此規則カ國家ニヨリテ承認セラレタル法的事由ニ基クヤ否ヤ例ヘハ契約條件ノ存スルヤ否ヤニヨリテ其相對的法規タルノ性

質ニ何等ノ變更ヲ生セス唯事實上之ニヨリテ拘束セラル、人々ノ範圍内ニ於テ行動ノ規則トシテ承認セラル、限リハ同様ニ相對的法規タルナリ。其國家ノ法ニ對スル關係ニ於テハ或ハ法律上無關係ノモノタルヘク或ハ當事者間ニ存スル法 (ius inter partes) タルヘシ。而シテ此ノ相對的法ハ或程度マテハ固有ノ懲戒的手段ニヨリテ維持セラル。唯此手段ハ決シテ實行強制ハ性質ヲ有スルヲ得サルハミ、然レトモ此種ノ目的一體カ國家ノ法規ニヨリ即チ一般ニ法律ニヨリ時ニ特別處分ニヨリ單一體トシテ承認セラル、時ハコ、ニ法人 (Juris tisch Person) 生ス(一)。而シテ其公共目的カ其外部ニ存スル意思ニヨリテ定メラル、時ハ營造物 (Anstalten) トナリ(二)。其共同意思カ其内部ニ存シ自己ノ手段ニヨリテ發現セラル、時ハ社團 (Corporation) タリカクノ如ク國家意思ト獨立シテ存スル共同體ハ承認ニヨリテ法人トナルナリ。素ヨリ國家意思ニヨリテ營造物及社團ヲ作り又ハ之カ構成ヲ助クルヲ得ヘク國家ハ或ハ自己ノ機關ニヨリテ營造物目的ヲ實行シ之ニヨリテ營造物カ構成セラル、コトアリ(三)。或ハ自由ニ構成セラレタル團體ノ組織ヲ規定シ或ハ團體ノ構成ヲ強制スルコトアリ。或ハ任命又ハ加入強制 (Beirittzwang)

ニヨリテ社團ノ意思構成者ヲ作り又ハ作ルコトヲ助クルコトアリ(四)。此等ノ諸場合ハ後ニ詳説スヘシ。

- 註(一) 此ノ承認ノ範圍ハ其程度種々アリ蓋シ人格ハ(七十九頁參照) 的大サヲ示スモノナレハナリ。其端緒ハ既ニ團體ニ當事者能力 (Parteilichkeit) ナ附與シタルニ初マレリ。(帝國民事訴訟法十九條)ニヨリテ此團體ハ人格的團體トナレリ。リッグスカ其著民事訴訟法第一卷五百二十頁以下ニ用非シ意義ニ於ケル形式的當事者能力存スルノミナラス不完全ナル法的形體ヲモ有ストイフヘシ。唯不完全ナルノ故ヲ以テ其存在能力 (Existenzberechtigung) ナ否認シ得サルナリ尙ベカク System 第一卷六十三項並ニギルケノ組合論七百三十三頁參照
- (二) 今日マテ不定ナリシ營造物ノ觀念ニ其寄附行爲 (Stiftung) 以上ノ廣キ意義ヲ有セシメ以テ確定セル内容ヲ與ヘタルハギルケノ功ニシテ其大著二十五頁以下ニ見ルヘシ。猶プロイスノ市町村及國家論二百四十九頁以下、ベルナチツク公法雜誌二百五十頁以下論文參照スヘシ。
- 營造物ノ性質ヲ説明スルニ一方ニハ國家的行政手段ヲ示シ他方ニハ個人的企業ヲ示ス Anstalt 此ナル名稱ヲ用フルハ甚タ不可ニシテ二者共ニ人格ヲ缺クモノナレハナリ。
- (三) 大學國立銀行、國立保險會社、病院ノ如キ是レナリ。
- (四) ギルケノ組合論第一卷九百六十頁以下及ベルナチツク公法雜誌二百五十三頁社團的及營造物的標型ニ就テト題スル論文參照。

凡テ人格ハ公法的ナリ故ニ法人ノ人格モ亦然リ。然レトモ之カ爲ニ個人的人格ト同一ナリヤ。若シ同シカラストセハ此二者ノ差ハ何處ニ存スルカ。法律上對等ノ原則ハ通則トシテマタ幾多ノ例外ヲ存スルモノナレハ此原則ニ據

リテ法人ノ權利範圍ヲ嚴格ニ論定スルハ不可ナリ。營造物及社團ノ權利能力ハ已ニ其性質上一定ノ限界ヲ有ス。即チ自然ノ個人性ヲ前提トスル凡テノ能力ハ彼等ニ具ハルモノニアラス。マタ嚴格ナル個人的行為及個人的精神ヲ基礎トスル能力ハ立法者ノ規定ヲ俟タスシテ彼等ニ欠缺スル所ノモノタリ。例ヘハ親族法上ノ關係ハ個人ノ關係ニシテ信教上ノ承認モ亦同様ニ嚴格ナル個人的ノモノタリ。假令營造物又ハ社團カ專ラ宗教上ノ目的ニ從事スル時ト雖モ此營造物又ハ社團自體ハ信仰ヲ有セサルモノナリ(五)。之ニ反シテ其目的ヲ達スル爲ニ自然ノ個人性ヲ前提トセサル生活々動ヲ要スル限リ其人格ノ爲ニ個人ト等シク自由ナル範圍ヲ承認セラレサルヘカラス。故ニ其本質ニ基ク理由ヨリ生スル例外又ハ明ニ法律ニヨリテ定メラレタル例外ノ存セサル限リ此等ノ法人モ亦個人ノ如ク消極的身分ヲ有シ且自然人ト等シク唯法律ニヨリテ之ヲ制限セラレ、ノミ。之レ法人ハ唯法律ニヨリテノミ其存在ヲ奪フコトヲ得トイフ事ニ於テ第一ニ發現スル所ナリ。

(五) 埃國行政裁判所判決錄千八百〇六號千九百三十號及千八百八十四年十二月十四日ノOHG

Kielノ判決ゾイフェルト雜誌十五卷二百十九頁參照。ギルケハ其組合論九百十二頁ニ於テ教會ノ支部ハ其固有ノ人格ヲ以テ教會ノ部員タル能力ヲ有スルモノトナシテ此等ノ判決ニ反對セリ。然レトモ法人ハ洗禮ヲ受クルコト能ハスマタ洗禮ヲ受ケサレハ其教會ノ精神的生活ニ與ルコトヲ得サルナリ。固ヨリ此等ノ團體ハ僧職授與權及代表權等ニヨリテ教會ノ行政ニ參與スルヲ得ルモ宗教的營造物トシテ其固有ノ性質ニヨリテ教會ニ加入スルコトヲ得サルナリ。

法人ノ受動的身分モ亦消極的身分ノ如ク法人ノ本質上一定ノ限界アリ。殊ニ社團ノ不法行為能力ニ於テ然リ。近來ノ研究ノ結果ニヨレハ社團モ亦不法行為ヲナシ得ヘシトセラレ且之ヲ認ムル立法例多シ(六)。然レトモ嚴格ナル個人ノ行為ヲ前提トスル凡テノ不法行為ハ社團ノナシ得サル所ニシテ凡テノ故意又ハ過失ニヨル財産的侵害ニ就テモ亦同様ナル關係ヲ有ス。竊盜故殺不忠叛逆ハ全ク個人的行為ニ屬シ。叛亂的目的ノ爲ニスル團體ノ行為ハ刑法上ノ見解ヨリスレハ全ク當該行為ニ與レル個人ノ叛亂ニシテ機關ニヨリテ初メテ行為能力アル團體自體ノ行為ニアラサルナリ。故ニ社團ハ不法行為能力ハ純粹ナル不遵由(ungewöhnlich)ニ限ラル、此不遵由ハ凡テノ不法行為ニ通スル一般要素ナルカ法人ノ場合ニ於テハ他ノ要素ト混スルコトナクシテ純粹ニ此ノミニテ不法行為ヲ構成ス。從

テ社團ニ可能ナル刑罰ハ不遵由刑ニシテ財産刑、特權剝奪、社團ノ解散、時トシテハ其活動ノ停止是レナリ。尙第三者ノ犯セル損害又ハ之ヨリ生スル罰金ニ就テノ法人ノ責任ハ幾多立法例ノ定ムル所ナルカ是刑法的ニアラスシテ民法的性質ヲ有ス^(七)。此責任ハ營業ニヨリ又ハ其役員ノ犯シタル損害ニ對スル鐵道會社ノ責任ト法學上其性質ニ於テ何等異ル所ナク市町村ノ凡テノ責任ヨリ却テ一層嚴格ニシテシカモ疑ナク民法的性質ヲ有スルモノトス。社團ノ刑法的責任ハ主トシテ警察的性質ヲ有シ、抑制ヨリハ寧ロ防止ヲ目的トシ、從テ犯罪行為ノ程度ニヨリテ其法律上ノ結果ニ影響ヲ及ホスコトナク寧ロ當該刑法ニ違反スル事實タニ存スレハ直ニ刑ニ當ルモノトス。故意ト過失ノ區別ノ如キハ法人ニ欠缺スル人間ノ精神ヲ前提トスルモノナルカ故ニ亦コ、ニ問フ所ニアラス必竟法人ニ歸屬スルモノハ既ニ成立セル機關ノ意思發動其ノモノニシテ此意思ヲ作成スルマテノ個人心裡ノ作用ノ過程ハ全ク法人ノコトニアラサルナリ。之ヲ以テ假令機關ニ當ル者ノ錯誤、強迫、ハンノ社團ノ爲ニナセル法律行為ノ民法上ノ效力ニ影響スト雖、社團ノ行為範圍内ニ於テ行動スル機關構成者ノ故意及過失ニ就テ社團カ民法

上責任ヲ有スルモノナリト斷定スルハ素ヨリ不可ナリ。

(六) ギルケ「組合論」七百四十三頁以下メルケル「刑法論」十八項參照。社團ノ不法行為ノ沿革ニ就テハギルケ「組合法論」第三卷二百三十四頁以下、三百四十二頁以下、四百二頁以下、四百九十一頁以下參照。

(七) メルケル「刑法論」五十頁

團體員又ハ機關ノ不法行為ニ對スル團體ノ刑事責任ハ法ノ發達ノ始期ニ於テハ明ニ大ナル役目ヲナシシカ^(八)、不法行為ノ本質ヲ以テ有責行為^(Verschuldeter Handlung)トナスノ見解漸ク行ハル、ヤ不法行為能力ヲ制限シテ次第ニ個人ノ上ニ限局シ終ニ今日ニ至ツテハ團體ノ不法行為ヲ以テ唯警察上ノ不法行為ノミトナスニ至レリ。市町村カ其警察權ヲ以テ妨止セサリシ爲ニ生シタル身體的及物的侵害ニ就テ有スル責任^(九)モ亦法學上官吏ノ侵害ニ就テノ國家ノ責任ト同一ニシテ決シテ刑法上ノ責任ニアラサルナリ。獨リ國際法上ニ於テハ尙其團體員ノナセル不法ニ對シテ國家的團體ハ公法上ノ責任ヲ負フ然レトモ之レ國際法ノ未タ發達セスシテ尙自助ノ性質ヲ有スル國際的行為ニヨルノ外ナキ不秩序ナルカ爲ニ此ノ如キノミ。

(八) ホストノ法ノ起源七十四頁コーラ「文明ノ現象トシテノ法」二十二頁マクヤ前掲書四十七頁註(三)參照。

(九) 之ニ該當スル獨逸ノ法律ハグマイヤー「行政法第一卷百四十八頁以下ニ載セラルル尙埃國ホヘミヤ市町村制三十七條ガリミヤ市町村制三十四條參照。

團體ノ不法行爲能力ニ關スル法ノ發達ノ趨勢ハ次第ニ之ヲ法規中ヨリ省略スルニアルカ如シ。蓋シ團體ノ單純ナル不遵由ト雖精神の行動ヲ前提トスルモノニシテソノ法學上ノ結果ハ全ク個人ノ行動ト看做サレ決シテ團體自身ニ責任ヲ負ハシムヘキモノニアラサレハナリ。或ハカクノ如キ理想ハ團體ニ對スル幾多ノ警察規則ノ存在並ニ性質上犯罪者ノ從刑タル團體ニ對スル訴訟ノ存在ト一致セスト論スルモノアリ。誠ニ新聞業ニ對シテ出版法ニ基キ團體ニ對スル訴訟起サル、ユト多ク而シテ保證金沒收、戒告、發行停止、發行禁止ノ如キ形式ニ於テ財産罰ヲ加フト雖モ之カ爲ニ新聞ヲ以テ刑事能力アル本體ト考フル學者ナカルヘシ。人格ヲ有スル私法上ノ團體ニ積極的身分アルコトハ素ヨリ明ニシテ此身分ノ承認ハ同時ニ人格ノ承認ヲモ含ムモノトス。殊ニ自然人ト等シク法ノ保護ノ請求權ハ附與セラル(一〇)。然レトモ其他ノ國家行爲ニ對スル請求權ハ如何ナル程度マ

テ法人ニ屬シ得ルカハ先ツ具體的法規ニヨリテ定マリ更ニ請求權ノ性質ニヨリテ制限セラル、即チ自然ノ個人性ト連結セラレサルモノニシテ始メテ法人ニ屬スルコトヲ得ルナリ。法人ハ亦特定ノ國家ニ從屬スルニヨリテ積極的身分ヲ擴張セラル、ヲ得。カクノ如ク未タ承認セラレサリシ團體ニ法人トシテノ種々ノ資格ヲ承認スルハ同時ニ其本據(Grund)ノ内地ニ存スルコトヲ條件トシテ内國法人タルノ資格ヲ附與スルモノナリ。之ニ反シテ外國ニヨリテ承認セラレタル團體ハ何等内國ノ承認ヲ要セス、其權利能力ニ至テハ反對ノ規定ナキ限り(殊ニ内國ニ於テ支店設立ノ權ノミヲ規定セル法規ナキ限り)住所主義又ハ國籍主義ニヨリテ決定セラル。マタ外國法人ノ承認ヲ拒絕スルコトアリ例ヘハ教會ニ團體權ヲ認サル國家ニ於テハソノ結果トシテ其國家内ニ於テハ他ノ人格トシテ承認セラレ異種ノ性質ニテ存立シ得ルノミナルカ如シ(一一)。内國法人トシテノ團體ノ資格ハ國家ニ對スル服從關係ニ於テ個人ノ人格ト同シク從テ個人ト等シク國家ノ一員タル點ヨリ消極積極二種ノ請求權ヲ保有スルモノトス(一二)。

(一〇) コ、ニ所謂人格ハ本書ニ於テ説明セル範圍ヲ有ス尙百二十頁ニ述ヘタル所ヲ參照

スヘシ(意味甚々錯綜セル訴訟能力(Proceßfähigkeit)ハ素ヨリ當事者能力ニ訂正スヘシ)

(一一) ベルナチック公法雜誌論文二百五十頁

(一二) 例ヘハ千八百六十七年十月二十五日ノ法律。商船ノ國籍ニ關スル帝國法律第二條第二項

主働的身分ニ基ク權利モ亦此種ノ請求權ニ屬ス(一四)。即チ法人モ亦個人ノ如ク選舉權ヲ有シ(一五)。マタ公法上ノ契約ニ基キ國家機關タルコトヲ得ヘク其契約モ亦官吏ノ任用契約ニ類ス。例ヘハ宗教上ノ一協會ニ監獄ノ管理又ハ學校ノ管理ヲ委託スル時ノ如シ。カ、ル場合ニハ國家ト役務關係ニ立ツモノハ協會ノ各員ニアラスシテ協會ナル團體ソノモノナリ。團體ハマタ法律ニヨリテ機關タル作用ヲナシ得ル場合アリ、又ハナサ、ルヘカラサル場合アリ此ノ如キ團體ハ私法ノ範圍ヲ脫シテ公法ニ屬スルモノニシテ次節ニ説明スヘキコトニ屬ス。

(一四) 法人ノ參政權ニ就テハエ、マエヤーノ説ステンゲルノ字彙第一卷六百九十八頁以下ニアリ就テ見ルヘシ

(一五) 英國議員選舉法千八百七十三年四月二日ノ法律(H. G. B. 四十號十三條千八百六十一年二月二十六日國會議員選舉法十一條尙關係條文ハ同十條又ハ十二條)

團體ハ行爲ハ法的限界ノ規定ニ關スル主要ナル原則ハ該團體ノ目的ニ存ス。法律上無關係ナル行爲ハソノ團體的人格者ニヨリテナサル、時ト雖其無關係ナル

性質ヲ失フコトナシ。之ニ反シテ法規ニヨリテ團體カ其定款ノ目的ヲ制限セラ、ル、時ハ此定款ノ行動範圍ヲ超エテ行動スルハ禁止セラレタルモノトイフヘシ。但該行動ニシテ理論上團體目的ノ擴張ヲ含ムモノナル時ハカ、ル行動モ承認セラ、ルヘシ。一社交團體ニシテ其定款ニ何等明言スル所ナキニ祝賀ノ贈物ヲナス時ハ之レ法律の無關係ノ行爲ヲナスモノナリ。之ニ反シテ若シ此團體ニシテソノ手段ニヨリテ政治運動ヲ企ツルトキハ即チ自ラ其目的ヲ擴張スルモノナリ。

第十六節 公法的團體ノ公權

前節ニ述ヘタル所ヨリ團體ノ權利ハ必スシモ私權ニ限ラス寧ロ私法ノ範圍内ニ於テモ各種ノ私團體ハ特殊ノ地位ヲ有スルモノナルコトヲ明ニセリ。此ノ如キ非國家的團體ノ現象ハ公法上ニ於テモ亦特殊ノ地位ヲ有ス。故ニ團體ハ何ニ依テ公法團體(Oeffentlich-rechtlich Verband)トナルカノ問題ハコ、ニ起ラサルヲ得サルナリ。

此問題ハロージニ依リテ詳細ニ且痛切ニ論究セラレタリ。氏ハ痛快ナル批評

ヲ加ヘテ公法團體ノ本質ニ關スル在來ノ見解ヲ駁シ(二)而シテ公法團體ハ其目的ノ遂行ヲ國家ニ對スル義務トスルコトヲ以テソノ積極的要素トナセリ。氏ノ此價值アル研究ハ公法團體ノ性質ノ認識ノ必要ヲ明ニシタルノ效大ナリト雖未タ國家内ニ存スル公法團體ノ通有性ハ氏ニヨリテ完全ニ説明セラレタリトイフヲ得ス。

註(一)「公共組合ノ權利」一頁以下

惟フニ公法團體ノ觀念ヲ定ムルノ困難ハ國家ト團體トノ關係ノ甚錯雜多種ナルニアリ。從テ何時私法團體消滅シテ公法團體發生スルヤハ確實ニ之ヲ定メ難シトス(三)。一ノ見地ヨリ觀察セハ疑モナク公法團體トシテ現ハル、同一ノ團體ニシテ他ノ見地ヨリセハ私法ニ屬スヘキモノタルコトアリ得ヘシ。故ニ人類ノ生活ニ於ケル公法的團體ハ私法的團體ノ變遷中ニ二者ヲ區別スヘキ分界線ヲ定ムルハ屢各人ノ推定ニヨルノ外ナシト云ハサルヘカラス。

(二)ギルケノ組合論百五十八頁

凡テノ團體ハソノ法律ニヨリテ創設セラル、ト任意ニ作成セラル、トヲ問ハス

ソノ人格ヲ有スルト否トヲ問ハス、公法ニ關係ヲ有スルモノナルコトハ第一ニ定メ置カサルヘカラス、根本的事實ナリ。近世ノ國家ハ團體設立ノ自由ヲ以テ臣民ノ消極的身分ノ必然ノ結果ナリトシ從テ一般ニ團體ノ設立ニ國家ノ特許ヲ要セスト雖法律ニヨリ之カ組織ノ一般規定ヲ設ケ其能力ノ範圍ヲ限定シ以テ其範圍内ニ於テハ決シテ其行動及目的ノ妨碍又ハ侵害セラル、コトナキヲ保障シ、唯國家ノ警察及監督ノ理由ニヨリ公法的義務ヲ負ハシムルアルノミ。然レトモ此種ノ義務アルカ爲ニ直ニ團體自身ヲ以テ公法的ナリト云フヲ得ス。何ントナレハ此義務ノ履行ハ必竟其存在及活動ノ條件タルニ過サレハナリ。殊ニ人格ヲ有スル團體ハ皆個人ト同シク其人格者タル點ニ於テ國家ニ對シテ公法的關係ニ立ツモノナレハ(三)、團體ハ私法ノ範圍ヲ脱スルコトナクシテ主體ノ身分ヲ有シ得ヘシ(四)故ニソノ積極及主體ノ身分ヲ有スルヲ理由トシテ此ノ團體ヲ公法的ナリトセハ私法的及公法的の團體ノ間ニ存スル凡テノ區別ハ消滅セン。

(三)ギルケノ組合論百六十三頁。凡ソ團體ノ人格ナルモノハ本來動的性質ヲ有スルカ故ニ此國家ニ對スル關係ニ於テ體様種々ナルヲ得。即チ財產能力ヲ缺キテ唯行政法の當事者能力ノミ

有スルモノアルヘク、而カモ之カ爲ニ私法ヨリ排斥セラレ、コトナシ。

(四) エ、マエヤーカ四季評論二十八卷四百五十五頁以下ノ論文及フオン、ステンゲル字典第一卷六百九十四頁ニ於テ論レル所ハ言ヒ過キタルモノトイフヘシ。即チ氏ハ一般國法及普通法ノ原則ニヨリテ作成セラレタル凡テノ法人ハ公法的ナリト宣言セリ。此ニ反對ナルハギルケ組合論九百十二頁以下ナリ。

然レトモロージント共ニ吾人ハ團體中ニ國家法規ニヨリ國家ニ對シテソノ目的遂行ヲ義務トシテ負フ一種類アルコトヲ認ムルモノナリ。唯此標準ヲ以テ公法團體ノ特徴トナサントスルハ餘リニ空漠トシテ爲ニ重要ナル區別ヲ看過スルノ恐アルカ故ニ氏ニ贊スルヲ得サルノミ。蓋シ此ノ如ク團體カ單ニ國家ニ對シテ義務ヲ負フコトハ其ノ團體員カ團體ニ對シテ有スル法律上ノ地位ニ何等ヲ影響ヲ及ホスモノニアラスシテ二者ノ關係ハ依然トシテ私法的タリ。必竟國家ニ對スル一團體ノ此ノ如キ法律上ノ關係ハ唯程度ノ差ニシテ性質ノ差ニアラス、從テ私法的團體ヨリ區別スル理由ヲ認メサルナリ。何ンナレハ團體ノ國家ニ對スル義務關係ハ團體ニヨリテ大小ノ差コソアレ其關係ハ同一ニシテ依然トシテ義務關係タルニ止マリ從テ假令如何ナル種類ニセヨ單ニ義務ヲ課スルコトニヨリテ

公權ノ主體ヲ發生スルモノニアラサレハナリ。時ニ國家ハ團體目的ノ遂行ヲ必要ナリトシテ規定スルコトアリ此場合ニハ此ノ目的ヲ自ラ保護監督スルモノトシテ間接ニ承認スト雖之カ爲ニ此目的ニ供セラル、團體ノ行動ハ公法的性質ヲ有スト云フヲ得ス(五)。唯公共利益ノ意義ニ於テ公共團體タルノミ。一般ニ行動ハ公法的ナリヤ否ヤハソノ從事スル目的ニヨルニアラス、ソノ探ル所ノ手段ノ如何ニヨリテ安全ニ決定シ得ヘキモノナリ。故ニ如何ニ廣シト雖義務ノ賦課ノミニヨリテ人格者ハ唯公權ノ目的タルコトヲ得ルモ主體タルコトナシ。加之凡テ國家ニ對スル義務ハ自己ノ行爲能力ノ制限ヲ意味スルモノナレハ說者ノ如クンハ公法團體ノ特徴ハ私法團體ニ比シテヨリ多ク制限セラレタル行爲能力ニアリト云ハサルヘカラス。豈此理アランヤ。實ニ一團體カソノ目的ノ遂行ヲ以テ義務トナスコト云フコトハ決シテ之ヲ公法的ナリトスルノ標準ニアラサルナリ。

(五) ギルケ組合論六頁五十七頁註(一)參照

此區別ノ標準ハ唯一團體ハ公權ノ主體ナリヤ否ヤ、換言スレハ國家ノ統治範圍ニ屬スル權利カ果シテ此團體ニ歸屬スルヤ否ヤニ在リ。國家自體ニ於ケルト等シ

ク公法團體ニ於テモ亦公權ノ主體タルニハ之ニ所屬スル統治權力ナカルヘカラ
ス。即一團體カ公法團體トナルニハ個人人格者ト等シク享有スル權利能力ノ外
ニ他ノ權利能力之ニ歸屬セサルヘカラス。而シテ此異種ノ權能ハ統治權ヨリ外
アラズ。何ントナレハ此權利ハ國家ノ分子タルノ地位ニ伴フヲ凡テノ人格者ニ
必ス附與セラルヘキモノニアラサレハナリ。

此統治權 (Herrschaftsrechte) ハ二様ニ發現ス。即チ一方ニ於テハ法律ニヨリテ統治
權ノ行使カ該團體ノ範圍内ニ分配セラレ從テ團體ハ國家ニ對シテ統治ヲ行フ請
求權ヲ有ス。實ニ國家カ此ノ團體ニ統治權ヲ移轉スルニヨリテ團體ハ之ヲ行使
レテ以テ其義務ヲ履行スルノミナラス、其權利ヲ行使スルモノナリ。故ニ國家ハ
法律ノ與ヘタル此團體ノ統治權ヲ行政爲ニヨリテ取戻スヲ得サルモノニシテ
團體ニ屬スル統治ニ關スル請求權ハ法ニヨリテ保護セラル、モノナリ。
他方ニ於テ此團體ハ必スヤ其團體員ニ對シテ此統治權ヲ行使ス、即チ彼等ヲ支
配シ其權力ヲ彼等ノ上ニ實行シ自己ノ威力ニヨリ自己ノ手段ヲ以テ自己ノ命令
ノ實行ヲ強制スルコトヲ得ルナリ(六)。

(六) 此說ニ對スルローレンノ駁論ハ前掲書六頁以下事ノ真髓ニ中ラス即チ此說ノ主張者ノ互ニ
矛盾スルコトヲ駁シ得タルモ其根本思想ニ接セザリシナリ。

然レトモ此種ノ團體ハ自己ノ存在及其行動範圍ヲ任意ニ變更スルコトヲ得ス。
カ、ル團體ニ公法的威力ヲ附與スル時ハ國家ハ之カ目的ヲ遂行スルノ義務ヲ負
ハシメ此目的ヲ達スル爲ニハ其統治權ニ由テ指揮スルコトアリ。故ニ此團體ハ
實際國家ニ對シテ少クトモ其固有ノ目的ヲ遂行スルノ義務アリトセラル、ナリ。
然レトモ此義務タルヤ其權利範圍ノ擴張ニ對スル反對給付ニ等シキモノトイ
フヘシ(七)。

(七) ローレンハ此ニ反對シ國家ニ對シテ目的遂行ノ義務ナキ團體ノ例トシテ寺院教會ヲ舉ケ之
カ爲ニ教會ヲ以テ公法的性質ヲ有セルモノト判定セリ(前掲書十九頁)。之ニ反對スルハギルケ
ノ組合論六百五十七頁ナリ。

此ノ如キハ公法團體ノ最モ發達シタルモノニシテ其他之ニ近似セル種類アリ。
即チ統治權ニアラサル一層狹キ權利ノ附與ニヨリテ猶國家ハ一團體ヲ普通法ノ
範圍ヨリ超越セシムルヲ得。國家ハ其團體員ノ加入ヲ強制シ命令ヲ以テ團體員
ヲシテ團體ニ對スル給附ヲ負擔セシメ、マタ種々ナル方法ニヨリ團體員及第三者
ニ對スル團體ノ債權 (Forderungen) ヲ特ニ附與シ、團體ト團體員又ハ第三者ト爭議ヲ

行政又ハ行政裁判ノ途ニヨリテ決定スルコトヲ得ル場合ノ如キ即チ是レナリ、此等ノ場合ニ於テ必スシモ團體ハ特定ノ特權ノ主體タルニアラス或ハ此等ノ特權ハ單純ナル法ノ反射タルニ過キサレモノアリ。カ、ル特權ハ第一ニ統治權ヲ附與セラレタル團體ニ存ス。此等ノ團體ノ外尙全ク何等ノ方法ニテモ統治權行使ヲ許サレズト雖國家事務ニ重要ナル價值ヲ有スル他種ノ團體甚タ多シ。而シテ此種ノ團體ノ國家目的ニ對スル特別關係、國家ノ保護ヲ加フルニ私法上ト異レル特別注意 (erhöhte Aufmerksamkeit) ヲ以テスルコト、及此團體トソノ團體員トノ關係カ他ノ團體ト著シク異ルコト等ヲ精細ニ觀察センカ終ニ此種ノ團體モ公法的ナリト云ハサルヲ得サルヘシ。唯此等ノ事情ヨリ直ニ私法上ノ人格者ニ優レル權利及資格ヲ有スルモノトシテ公權ノ主體タリト即斷スヘカラス。コ、ニ於テカ吾人ハ公法團體ノ觀念中ニ於ケルニ様ノ特色ヲ明スル爲ニ受働的公法團體 (passive öffentliche Verband) 及主動的公法團體 (Aktive öffentliche Verband) ナル用語上ノ區別ヲ採用セサルヘカラス。

團體ニ對シテ實行ノ義務ヲ負フ。而シテ其團體員ニ對シテ負擔スヘキ義務ノ中ニハ理論上國家カ自己ノ義務ト認ムヘキモノニシテ唯自己ノ機關ニヨラス獨立ナル團體人格者ニヨリテ履行スル所ノ義務多少存ス。故ニ此ノ如クシテ設定セラレタル團體員ノ請求權ハ同時ニ公法的性質ヲ有ス。就中勞働者保護法ニ基キテ設立セラレタル團體ニ於テ然リトス。即チ疾病救濟財團、産業組合、保險局ニ於ケル保險義務者ノ法律上ノ請求權ハ公法的性質ヲ有ス。何ントナレハ國家ハ勞働者ヲ或ル危險ヨリ保護シ、不慮ノ災害ヲ一般ニ平均分擔セシメ、勞働不能トナリシモノ、生存ヲ保障スル等ハ皆自己ノ職務ト認メ(八)。唯此權利者ニ對スル義務ノ負擔者トシテ自己以外ノモノヲ指定シタルノミナレハナリ。而シテ任意ニ此團體ニ加入セルモノ、請求權ト雖亦公法的性質ヲ有スルモノニシテソノ直接ニ法律ニヨリ加入スルト權利者ノ委任ニ基キテ加入スルトハンノ請求權ノ性質上何等ノ差異ヲ生スルコトナシ(九)。加之此種ノ給付ノ拒絕又ハ其限度ニ就テノ爭議アル時ハ最上ノ監督者トシテ救濟者トシテ國家ハ其機關ニヨリ裁決ヲ下ス點ニ於テ國家ハ終ニ最後ノ義務者ナルコト自ラ明ナリ。故ニ此ノ請求權ハ間接ニ

公法的ナル權利トシテ、國家ニ對スル直接ノ權利ハ、次ニ位スルモノトイフヘシ。

(八) 此種ノ請求權ノ公法的特質ハラメント二卷二百四十一頁以下ニ感服スヘキ方法ニ於テ説明セラレ進ンテレームノ論文公法雜誌五卷五百二十九頁以下及ヒロチイノ「帝國災害保險法」百六十八頁以下ニ於テ痛切ニ論セラレ。マタローシンハ此問題ニ就テ特ニ論究セルモノヲ見スト雖其著「勞働保險法」第一卷四百十八頁ニ論セル監督權(Inspektion)ノ觀念ニヨレハ全ク公法的性質ヲ有スルコトヲ承認セルカ如シ。但シメンチエル(民法雜誌第一卷三百二十七頁以下及カリュンフート雜誌十八卷三百〇七頁以下)及ギルケ(私法ノ社會的職業四十五頁ハソノ管理權Verwaltungsrecht)ヲ私法的ナリト思惟セリ。然レトモコ、ニ法學的推量ニヨリテ正當ナル判斷ヲ下スチ得ス。却テ私法ト公法ノ區別ノ際ノ如ク問題タル法系(Geichtsinstitute)ノ實質的要素ヨリ斷定スルナ可トス。然レトモ此新法系ノ興味アル詳論ハ本書ノ範圍ヲ越ユヘケレハコ、ニ論セス。

(九) ラメントハ其著第二卷二百四十九頁ニ於テホルンバックモ「商法雜誌」三十九卷二百二十二頁及二百四十三頁ニ於テ此請求權ヲ私法的ナリト云ヘリ。

國家ハ一團體ニ統治權ヲ附與スルニヨリテ二重ノ公法關係ヲ作ル。即チ一方ニ於テハ國家ハカ、ル團體人格者ノ身分ヲ主働的身分ニ高メ、他方ニ於テハ其團體員カ團體ノ給付ニ對スル請求權並ニ團體ノ意思構成、行政、及裁判ニ參與スル請求權(一〇)ヲ國家ノ團體員ノ有スル權利ト同様ナルモノタラシム。蓋シ凡テノ公權ハ統治權カ服從者ニ對スル關係ヲ條件トスルモノナレハ法律上統治權ヲ附與セ

ラレタル團體ノ國家ニ對スル關係モ、團體員ノ團體權力ニ對スル關係モ共ニ公法上ノ權利關係タリ。故ニ公權ニ關シテ説ヲ立ツルモノハ主働的公法團體ノ權利關係ヲ其觀察ノ範圍内ニ容レサルヘカラス。

(一〇) 時トシテ第三者モ亦之ヲ存ス疾病保險法三十八條

此團體中ニハ幾多ノ種類段階アリ。蓋シ統治權ノ附與ハ其程度範圍大小アリ之ニヨリテソノ主働的公法的性質ニモ多少ノ差ヲ生スヘケレハナリ(一一)。此性質最モ廣ク且ソ深キモノハ上下級ノ地方團體(Gemeinden)ナリトス。其説明ハ別ニ節ヲ設ケテ説カン。

コ、ニ尙二三ノ難問ノ解決ヲ試ミントス。第一ニ來ルハ間接ノ公法的請求權ト私法的請求權トノ區別ノ問題ナリ。之レ當該請求權ノ公益又ハ私益ノ何レノ爲ニ保障セラル、カノ一般的見地ヨリ解決セラルヘシ。素ヨリ實際ニ當リテハ之ヲ推定スルコト困難ナルコト屢々之レアリ且既ニ述ヘタル公權及私權ノ區別ハコ、ニ於テ其範圍擴張セラレ一層區別ヲ困難ニスト雖之ニヨル外ナカルヘシ。茲ニ亦立法者カ當該請求權ヲ私法又ハ單行

法公ノ下ニ置クカニヨリテ實質的公請求權ト形式的公請求權(Materiellen und formellen publicistischen Ansprüchen)ノ區別ヲ生シ。國家ノ個人ニ對スル關係ニ於テ起ル所ノ公權私權ノ錯綜紛亂相互制限等此場合ニモ亦生スヘシ。若シ立法者カ形式的區別ヲ採ラサリシ場合ニ於テ公私法ノ實質的區別カ裁判所ノ權限ニ影響スル時ハ實質的要素ニ基キ個々ノ場合ニ此權限問題ヲ解決スヘキ困難ナル職務ハ裁判官ニ屬スヘシ。而シテ此場合ニハ其事ノ如何ヲ問ハス主觀的推定ノ餘地甚ク廣キモノトス。

(一一) 種々ナル程度ハローシシノ公共組合百八十一頁以下ニ詳論セリ。

第二ノ問題ハ對等ナル公法團體間ニ公法的請求ノ存在如何ニ關スルモノナリ。カ、ル請求權ノ存在ノ可能ナルコトハ各國ノ行政慣例及判例ヲ一見セハ明ナリ。地方團體救貧組合、疾病救濟財團等カ法律上他ノ者ノ負擔ニ歸スル費用ヲ支出センカ之ニヨリテ生スル後者ニ對スル前者ノ請求權ハ其負擔自身カ公法的性質ナル時ハマタ同時ニ公法的ナリ。然レトモ此種ノ請求權ハ治者ト被治者ノ間ノ權利タル公權ノ本質ニ根本ヨリ矛盾スルカ如シ。何ントナレハ此場合ニ於テハ

理論上對等權者タル人格者カ其請求權ヲ以テ相對立スレハナリ(一二)。

(一二) 此ノ種ノ請求權ハ固ヨリ個人カ當事者トシテ相對立スル所ノ行政法上ノ爭議ニ於テ生スルモノトハ自ラ異レリ。何ントナレハ此カの場合ニハ最後ニ常ニ官廳ノ處分カ訴訟ノ目的ヲナセハナリ。

此矛盾ハ此種ノ團體ノ國家的行政事務ニ於ケル地位ヲ認ムレハ自ラ解決セラレシ。蓋シ國家ハ此等團體ニ公益ノ爲ニ存スル目的ヲ行フ義務ヲ負ハシムルニヨリテ彼等ヲ自己ノ目的ニ供スルヲ得ヘシ。故ニ國家ハ自己ノ直接機關ノ共同ニヨリテノミナラス、自己ニ義務ヲ負フ公法團體ニヨリテ亦自己ノ目的ヲ達ス。カクハ如クシテ此團體ハ人格者ト非人格的機關トハ二重ノ性質ヲ有スルモノナリ。然ルニ此ニ問題トナレル負擔ハ今ヤ該團體ノ自由行動ニ基キテ生スルニアラスシテ法律上ノ負擔義務ノ爲ニ生ス。故ニ此場合ニハ該團體ハ間接國家機關トシテ行動スルモノナリ。サレハ此種ノ請求權ニ就テノ法律上ノ爭ハ結果ニ於テ他ノ公權ニ就テノ爭ト異ルコトナシ。從テ一地方團體カ他ノ團體ニ對シテ救貧負擔ノ賠償義務ニ就テ爭フトキハ裁決ヲ申請セル團體ハ個人的人格トシテ原告タリ。何ントナレハ原告タル團體ハ實際義務ナキ市町村ナル財產主體トシテ財

産ノ減損ヲ受ケタルモノナレハナリ。之ニ反シテ被告タル團體ハ機關義務者タル資格ニ於テ此争トナレル負擔ヲ荷フモノナルカ故ニ此場合ニ於テ國家ハ亦個々ノ請求權ノ間接ノ對手方タリ。然レトモ國家ハ本來自己ニ屬スル特定ノ權利義務ヲ或ル團體ノ範圍内ニ分配スルカ故ニ此種ノ請求權ノ直接ノ對手方(Direktor Adressat)ハ國家ニアラスシテ公法團體タリ。唯國家ニ當該事件ノ處理ノ義務アルハ其統治權ニヨリテ此義務ヲ當該團體ニ移轉シタルコトニヨリテ證明スルヲ得。國家ノ承認セル教會(Kirche)ハ公法團體中ニアリテ特殊ノ地位ヲ有ス。實ニ教會ハ國家ト全ク分離セル自己特有ノ生活範圍ヲ有スレトモ國家ハ之ニ種々ナル方法ヲ以テ干涉ス。即チ國家ハ自己ノ目的ニ餘リニ觸接セサル此範圍ヲ非國家的行動ト見做シ大ニ之ヲ制限シ或ハ其實行ヲ特定ノ條件ニ懸ラシム。カ、ル有様ニ於テ教會的行動ハ國家ニ對シテ法律上無關係ナル行爲ニ屬ス、但國家教會分離主義(system der Trennung des states von der Kirche)ノ國ニ於テハ法的關係ニ立ツモノトス。即チ教會ニ特別ナル價值及組織ヲ有スト雖國家ニ對シテハ唯私法上ノ組合(Privatrein)トシテ觀察セラルヘク組合法規ノ支配ノ下ニ立タサルヘカラス。

然レトモ國家カ教會ヲ以テ統治的團體トシ、國家ノ教會ト宣スル場合ニ於テハ其關係全ク之ト異レリ。ヨ、ニ國家的及教會的職務範圍ノ區別ハ確實ニ之ヲ定ムルヲ得スシテ教會ハ國家ノ統治秩序自體ノ一部ヲナスモノナリ。國家教會主義(System des Staatskirchenbunns)ノ制度ノ下ニ一方ニ於テ教會ハ種々ナル種々ナル事情ノ下ニ國家ヲ支配スル地位ニ達シ得ルモノアレハ他方ニ於テハ國家ノ統治意思ノ下ニ屈服シ古羅馬時代ノ國家ノ教會ヨリセヨセフ主義ニ至ルマテノ沿革ノ示ス如ク終ニ一種ノ警察組織(Polizeiliche Institut)ニ變形スルモノアリ。然レトモ假令國家教育主義カ實際ニ形成セラレ得ルニセヨ其法學上ノ性質ハ教會規則カ俗的統治權ニヨリテ實現セラル、限リ、國家ヨリ之ヲ受領スルモノニシテ從テ外部ノ威力手段ニヨリテ實行シ得ル教會法規ハ間接ニ國家法規ノ性質ヲ有シ終ニ教會ノ事務ハ此部分ハ國家ノ權限ニ變形ストイフ書ニ存ス。然レトモ尙國家ト教會ノ關係ニ第三ノ場合アリ得、即チ國家ハ教會ノ存在及作用ハ國家及其職務ニ對シテ有用ナルモノナリト認メ、從テ國家ノ法規ト教會ノ法規トヲ區別シシカモ教會ハ存在及作用ヲ保障スル制度之レナリ。此制度ハ國家