

I  
157

日本大學  
昭和四年

法律學部  
第一學年  
講義錄

憲法

立花俊吉

法學士 立花俊吉君講述

憲

法

完

2. 0. 18

日本大學發行

# 憲法

## 目次

### 第一編 憲法ノ基礎觀念

#### 第一章 國家

第一節 國家ノ社會上ノ觀念

第二節 國家ノ法律上ノ觀念

第一款 有機體ノ說

第二款 正確ナル意義ニ於ケル國家ノ法律上ノ觀念

第一項 國家ハ統治ノ目的物ナリトノ說

第二項 國家ハ統治關係ナリトノ說

第三項 國家ハ統治權ノ主體ナリトノ說

#### 第二章 國家ノ結合

憲法目次

一 一丁  
同 二丁  
同 二丁  
一 二丁  
一 四丁  
一 六丁

第一節	國際法上ノ國家ノ結合	一九丁
第一款	一國ノ他國ニ對スル從屬關係	同丁
第二款	下級國家ノ上級國家ニ對スル關係	二一丁
第三款	君合國	二二丁
第四款	國家聯合	二六丁
第二節	國法上ノ國家ノ結合	二八丁
第三章	國體及政體	三二丁
第一節	國體	同丁
第二節	政體	三八丁
第四章	法及權利	四一丁
第一節	法ノ觀念	同丁
第二節	公法及ヒ私法	四五丁
第三節	公法ノ系統	五〇丁
第四節	權利ノ觀念	五三丁

第五節	公權及私權	五八丁
第六節	公權ノ系統	六四丁
第七節	公權ノ發生消滅及變更	七一丁
第五章	憲法	七六丁
第一節	憲法ノ意義	同丁
第二節	歐米ニ於ケル憲法制定ノ由來	七八丁
第三節	帝國憲法制定ノ由來	八二丁
第四節	憲法ノ改正	八四丁
第五節	憲法ノ效力	九二丁
第二編	統治權	一一二丁
第一章	統治權ノ觀念	同丁
第二章	主權	一二四丁
第一節	主權ノ觀念ノ沿革	同丁
第二節	主權ノ本質	一一八丁

第三節	主權ハ國家ノ權力ノ特徴ニ非ス	一二二丁
第三章	統治權ノ不可分	一二三丁
第一節	三權分立說	一二四丁
第二節	聯邦ト支分國トノ間ニ於ケル主權分割說	一二八丁
第四章	統治權ノ種別	一三〇丁
第三編	國家ノ自然的基礎	一三五丁
第一章	領土	同 丁
第一節	領土ノ法律上ノ性質	同 丁
第二節	領土ノ變更	一四〇丁
第二章	臣民	一四四丁
第一節	臣民ノ法律上ノ性質	同 丁
第二節	國籍ノ得喪及變更	一四七丁
第一款	國籍ノ取得	同 丁
第二款	國籍ノ回復	一五四丁

第三款	國籍ノ選擇	一五五丁
第四款	國籍ノ喪失	同 丁
第三節	臣民ノ權利	一五七丁
第一款	總論	同 丁
第二款	自由權	一五九丁
第三款	國家ノ行爲ヲ要求スル權利	一八五丁
第四款	參政權	一八八丁
第四節	臣民ノ義務	一八九丁
第五節	臣民ノ權利義務ノ制限	一九三丁
第六節	臣民ノ特別ノ階級	一九六丁
第一款	皇族	一九七丁
第二款	華族	二〇〇丁
第四編	國家ノ機關	二〇三丁
第一章	總論	同 丁

第一節 國家機關ノ法律上ノ性質 二〇三丁

第二節 國家機關ノ種類 二〇六丁

第三節 國家ノ最高機關及總攬機關 二一〇丁

第二章 君主 二一五丁

第一節 君主ノ國法上ノ地位 同 丁

第二節 君主ノ權限 二一八丁

第三節 君主ノ權利 二一九丁

第一款 不可侵權 同 丁

第二款 榮譽權 二二三丁

第三款 財產權 二二四丁

第四節 皇位ノ繼承 二二六丁

第三章 攝政 二二六丁

第一節 攝政制度ノ沿革 同 丁

第二節 攝政ノ國法上ノ地位 二三八丁

第三節 攝政ノ權限 二四一丁

第四節 攝政ノ權利 二四二丁

第五節 攝政就職ノ場合 二四五丁

第六節 攝政タルヘキ資格及順位 二四八丁

第七節 攝政ノ終了及交迭 二四九丁

第四章 國務大臣 二五一丁

第一節 國務大臣ノ國法上ノ地位 同 丁

第一款 責任ノ根據 二五四丁

第二款 如何ナル責任ヲ負フカ 二五八丁

第二節 責任ニ關スル立法例 二六三丁

第五章 帝國議會 二六八丁

第一節 帝國議會ノ國法上ノ地位 同 丁

第二節 議會ノ組織 二七二丁

第一款 二院制 同 丁

憲法目次畢

第二款 上院ノ組織 二七五丁

第一項 上院ノ組織ニ關スル立法例 同 丁

第二項 我カ貴族院ノ組織 二七七丁

第三款 下院ノ組織 二七九丁

第一項 直接選舉及間接選舉 同 丁

第二項 普通選舉制限選舉及等級選舉 二八〇丁

第三項 大選舉區小選舉區ニ連名投票及ヒ單名投票 二八四丁

第四項 少數代表制 二八八丁

第一目 有限投票法 同 丁

第二目 集積投票法 二八九丁

第三目 一人一票連記讓渡法 二九〇丁

第四目 名簿投票法 同 丁

第五項 選舉法改正案ニ對スル意見 二九二丁

憲法

法學士 立花 俊 吉 講述

第一篇 憲法ノ基礎觀念

第一章 國家 *Staat*

國家ノ性質如何ヲ研究スル方法凡ソニアリ其一ハ社會上ノ現象タル國家ヲ研究ノ目的物トスルモノニシテ其二ハ國家カ人類行爲ノ法則ニ對シテ如何ナル關係ヲ有スルヤヲ研究スルニ在リサレハ前者ハ國家ノ存在セル現象ヲ實質的ニ研究セントスルモノニシテ後者ハ國家ヲ法律上如何ニ思考スヘキヤノ問題ニ答ヘントスルニアリ社會上ノ現象トシテノ國家ノ研究ハ法律上ヨリスル國家ノ研究ニ必要ナル基礎ヲ與ヘ後者ヲシテ無稽ナル空理空論ニ陥ラサラシムルニ多大ノ力アリ。

## 第一節 國家ノ社會上ノ觀念

國家ハ人類ノ永續的單一の團體即チ共同體(Gemeinwesen)ナリトノ思想ハ古クヨリ存スル所ナリ然レトモ古代ニ於テハ其團體ノ本質論ニ付テハ深ク研究スル者ナク中世ノ團體說論者ハ之レヲ以テ法上ノ觀念ナリトシ敢テ國家ノ歷史的社會的性質ヲ基礎トシテ法上ノ意義ヲ研究セサリキ(例ヘハアルセシウス、グロチウス、ベームー等)近世ニ至リ國家ノ社會上ノ觀念ヲ研究シ集合的單一體ナル思想ヲ進シテ説明セルハギールケナリトス彼ハ國家ヲ以テ確定セル組織及繼續的目的ヲ有スル團體即チ多數ノ個人ヨリ成立シ然モ個人ト異ナレル單一體(Einheit)ナリト爲セリベルナチツクハ一層明瞭ニ之ヲ論述シ共同體ト法人トヲ斷然區別シ以テ後者ノ本質ナリトシ共同體說ニ於テハ有機體說ノ如キ誤謬ヲ包含セスト云ヘリヘーネルモ亦團體トシテノ國家及法人トシテノ國家ヲ區別シ團體トシテノ國家ハ個人ノ集合カ精神上共同ノ目的ニ應スルコト及此目的ニ應スルコトハ參與者ノ意思ノ内容ノ相符合セルコトニ基キ之カ意カヲ指導スル機關及實行スル機關ニ依リテ實際ニ表ハルルコトヲ以テ成立スト云ヘリ

抑國家カ集合的團體トシテ統一セララルモノナルコトハ吾人人類ノ智識ニ於テ直接ニ之ヲ證明スルコト難ク唯間接ニ其活動ニ依リテ之ヲ推定シ得ルノミニシテ吾人ノ外部及内部ニ依リテ一ノ觀念ヲ組成シ得ルニ過キス。

第一 吾人ハ國家ナル社會カ場所ト時トニ亘リテ統一セララル單一體タルコトヲ知覺ス吾人ハ過去ノ歷史ニ徵シテ場所ヲ限り時ニ於テ繼續シテ相一致セル人民カーノ從屬關係ノ世界ヲ構成シテ以テ物質的並ニ精神的文明ノ發達ヲ致クセルコトヲ知ル。

第二 吾人ハ國家ナル社會カ因果關係ヲ有スル單一體タルコトヲ知ル凡ソ共同ノ原因ヲ有スルモノハ合シテ單一體トシテ觀念セラル國家ナル社會ノ意思關係モ亦共同ノ原因ヲ有シ分子ノ社會ニ對スル關係ハ此共同ノ原因ニ依リテ統一セラレ此社會カ單一體トシテ認識セラルルナリ。

第三 國家ナル社會ハ形式的單一體ナリ吾人ハ此ノ如キ社會ノ分子カ死亡出生ニ依リテ相交代スト雖社會ハ決シテ何等ノ變更ヲ受ケサルコトヲ認識ス恰モ大學ニ於テ生徒カ卒業及入學ニ依リテ交代シ聯隊ニ於テ兵士カ除隊及入營ニ依リ



テ交代スルモ大學聯隊其モノハ何等ノ變更ヲ受クルコトナク單一體トシテ觀念セラルルカ如シ。

第四 國家ナル社會ハ合理的單一體ナリ。抑多數分子ノ集合セル社會ハ其社會ノ存在繼續發達ノ目的ヲ以テ常ニ社會ノ内外ニ對シテ活動ス。此活動ハ其目的カ終始一貫セルニ依リ吾人ハ之レヲ目的ノ上ヨリ觀念シテ單一體ナリト爲ス。此ノ如ク目的ニ依リテ結合セル多數分子ニ依リテ爲ル單一體ヲ稱シテ團體Verbandト云フ。

以上述ヘタルカ如ク吾人ハ自己ノ總テノ方向ニ於ケル經驗ニ基キ國家ヲ團體トシテ觀念ス。然レトモ此種ノ舉證ニ信賴スルノ程度ハギールケノ言ノ如ク各人必スシモ同一ナラサルコト勿論ニシテ即チ世界觀ノ如何ニ依リテ其憑ル所ヲ異ニスルモノトス。

國家ヲ以テ集合的單一體ナリト觀念スルモ國家ハ其唯一ナルモノニ非スシテ吾人ハ更ニ其内部ニ於テ幾多ノ團體ヲ認識スルヲ得ヘシ。然レトモ國家ハ地域ヲ有スル團體ナルコトニ依リテ他ノ然ラサル團體ト區別セラレ、國家ノ有スル權力ハ

他ノ團體ノ有スル權力カ國家ニ依リテ認メラレ又ハ付與セラレタルニ反シ原始的タル點ニ於テ他ノ地域團體ヨリ區別セラル。其土地ヲ稱シテ領土ト云ヒ其權力ヲ稱シテ統治權ト云ヒ、統治權ニ絶對的服從ヲ爲セルモノヲ稱シテ國民ト云フ。之レヲ要スルニ國家ヲ社會上ノ現象トシテ觀念スルトキハ國家トハ一定ノ地域ニ定着セル多數ノ人類ヨリ成リ自己ニ固有ナル統治權ヲ有スル團體ナリト云フコトヲ得ヘシ。カクテ國家ハ單純ナル客觀ニ依リテ認識シ得ヘキニ非スシテ客觀的ノ事實ヲ人類ノ經驗ニ基キ統一シタル觀念ニシテ想像虛無ソモノニ非サルナリ。

### 第一節 國家ノ法律上ノ觀念

凡ソ法律上ヨリスル國家ノ觀念ハ擬制ニ非スシテ抽象ナリ。擬制ハ想像ヲ基礎トシ、抽象ハ事實ヲ基礎トス。事實ヲ基礎トセスシテ國家ノ法律上ノ觀念ヲ論セントスルハ恰モ木ニ倚リテ魚ヲ求ムルカ如シ。然リ而シテ事實ヲ基礎トスル國家ノ抽象的觀察ハ實在ノ本質ヲ理解セントスルニ非スシテ國家ノ法ニ對スル關係ヲ明ニシ法律上國家ヲ如何ニ思考スヘキヤノ問題ニ答ヘントスルニ在リ。詳言スレハ

國家ノ法的現象ヲ矛盾ナク説明スルニ必要ナル觀念ヲ得ントスルニ在リ。

六

### 第一款 有機體ノ說

舊時ノ學者ハ國家ヲ以テ有機體ナリト説明シ、以テ國家ノ法律上ノ觀念ヲ研究シ終レリト爲セリ。抑國家有機體說ハ之レヲ二種ニ分ツコトヲ得ヘシ。其一ハ國家ハ人類ト相類似セル有機體ナリトスルニ在リ。此說ハプラトールカ國家ヲ以テ人類ト同一生理上ノ要素ヲ具備セル大人ナリト論シ中世ニ於テヨハン・ンオンザリス  
プリーカ之レヲ祖述シタル以來漸ク學者ノ唱フル所トナリ遂ニ或ハ國家ヲ以テ男トシ寺院ヲ以テ女ナリトスル者ヲサヘ生スルニ至レリ其二ハ國家ヲ以テ有機體ノ特別ナル種類ニ屬スルモノナリトシ精神上道德上ノ集合有機體ナリトスル說ニシテ自然科學ニ關スル學者ハ多ク此說ヲ主張ス。ブルンチユリハ國家有機體說ノ主張者トシテ皆人ノ知ル所ナリ。其說ニ曰ハク國家カ機體ナリトハ自然的有機體ト同シク物質的ノ要素ト精神的ノカトノ結合ニ依リテ爲リ以テ一體ヲ爲セトモ其各部分ハ別々ニ機關ヲ備ヘ其機關ハ各特別ノ作用ト能力トヲ有シ以テ其全部ノ種々ナル生活上ノ需要ヲ満足セシメ内部ヨリ發達シテ外部ニ生長スルモノナリト。

ノナリト。

國家有機體說カ法學上多クノ價值ヲ有セサルコトハ既ニゲルバー、ラーバンド等ノ論述セル所ナリ。

第一 有機體ト無機體トノ間ニハ未タ判然タル區別ノ存スルモノニ非ス從ツテ國家ヲ以テ有機體ナリトスルモ未タ國家ノ特徵ヲ指示セルモノト云フ可ラス。  
第二 第一說ノ如ク國家ヲ純然タル有機體ナリトシ人類ト同一生理上ノ要素ヲ具備セルモノナリトスルハ類推ノ範圍ヲ異常ニ擴張セルモノニシテ滑稽タルヲ免レス。

第三 國家ヲ以テ第二說ノ如キ有機體ナリトスルモ亦當ラス何トナレハ生長蕃殖及死滅ハ有機體ノ本質ナルモ國家ニ必要ナル作用ニ非スシテ第十九世紀ニ於テ幾多國家ノ創立アリシモ決シテ自然的生長蕃殖ニ基クニ非スシテ突然ノ成立ニ基キシモノ多ケレハナリ。尙又有機體蕃殖作用ニ依リテ他ノ有機體ヲ作出シ得ヘシトスルモ國家ハ蕃殖作用ニ依リテ他ノ國家ヲ作出スルコト能ハサルナリ。之レヲ要スルニ國家有機體說ハ自然的有機體ト國家トノ比喩論トシテ一定ノ範圍

ニ於テ之レヲ正當ニ利用シ得ルノミ。即チ國家ノ制度ハ人類ノ自然ノ物質的及精神的性質ニ基クヘク、全ク不規律ナル人ノ任意ノ意思ト獨立セル地位ヲ保タサル可ラカサルヘク從ツテ此制度ニ基ク必要ナル内部ノ組織ハ自ラ國家ト有機體ト相類似スルノ感アラシムルナリ、尙又確定セル法上ノ秩序ニ從ツテ發動スル國家ノ作用ハ其構成分子タル人類ノ交迭ニ拘ハラヌ一定永續ノ形式ヲ表ハシ國家自身モ亦構成分子タル人類ノ變更ニ拘ハラヌ全體トシテ徐々ニ推移スルモノナルカ如キ皆有機體ト相似タルヲ表ハスノミ。

## 第二款 正確ナル意義ニ於ケル國家ノ法律

### 上ノ觀念

正確ナル意義ニ於ケル國家ノ法律上ノ觀念トシテハ三種ノ説ヲ想像スルヲ得ベシ。即チ(一)國家ハ統治ノ目的物ナリヤ、(二)國家ハ統治關係ナリヤ、(三)國家ハ統治ノ主體ナリヤノ三種之レナリ。

### 第一項 國家ハ統治ノ目的物ナリトノ説

此説ハ歐洲中世封建時代ノ國家組織即チ族長的國家組織ノ思想詳言スレハ諸侯

カ領土及臣民ヲ以テ自己ノ私有物ナリト看做シタリシ時代ノ思想ニ胚胎セルモノニシテ國家タル目的物ト此ノ目的物ヲ支配スル意思主體トヲ對立セシメントスルモノナリ。現今ニ於テ此説ヲ主張スル者ハリング、マックス、フオン、ザイデル等ナリ。ザイデルハ統治權ニ服從セル状態ニ於ケル土地及人民ヲ稱シテ國家ナリトシ、統治者ト國家トハ相分離シテ存シ、一ハ權利主體ニシテ他ハ其目的物ナリトシ此ノ兩者ノ關係ハ物カ人ノ支配ニ屬スル關係ト相同シキモノナリト爲セリ。此ノ如キ見解ハ近世ノ國家觀念ト相容レサルモノナルコトハ學者ノ一般ニ認ムル所ナリ。

第一 近世ノ思想ニ於テ國家ト云フハ國民カ統治權ノ下ニ統一セラレタル單一體ヲ指稱ス。然ルニ此單一體ヲ構成セル要素ヲ以テ國家ナリトシ以テ統治權ト相對セシメタルハ明ニ近世ノ國家思想ト相反スルモノト云ハサル可ラス。

第二 人ノ物ニ對スルト同一ノ關係ニ於テ統治者カ人民ニ對スルモノナリトセハ近世國家ニ於テ人民ヲ以テ權利主體ナリトスル思想ト相容レサルニ至ルヘクシテ人民ハ遂ニ昔時ノ奴隸ト選フ所ナキニ終ルヘシ。

第三 人ノ物ニ對スルト同一ノ關係ニ於テ領土カ統治權ノ目的物ナリトスルモ亦誤ナリ。凡ソ統治權ハ命令シ之ヲ強制シ得ルノ權ナリ。此命令強制權ハ常ニ人ト人トノ關係ニシテ人ノ物ニ對スル關係ニ非ス。故ニ領土ヲ以テ統治權ノ目的物ナリトスルモ亦誤ナルコトヲ知ルヲ得ヘシ。

族長的國家ノ思想ニ支配セラレ然モ上述シタル説ト多少ノ變更ヲ有スルモノハボルンハツクノ所説ナリトス。曰ハク『君主國ニ於ケル總テノ統治ノ主體及淵源ハ君主ナリ。國家ニ於ケル總テノ權力ハ皆君主ヨリ付與セラレタルモノニシテ總テノ國家意力。國家ノ權利ハ君主ノ威力。君主ノ權利ナリ。カクテ國家ト統治者トハ相合致セル觀念ナリ。ルイ十四世カ朕ハ國家ナリ』ト云ヒシハ至言ニシテ君主ハ獨立ニシテ原始的ナル統治者ニシテ國家タリ。君主ハ其統治ノ權力ヲ他ヨリ附與サレタルニ非ス。法文ニ「神ノ惠ニ依リ」ト書スルハ君主カ他ノ意思主體ヨリ其統治ノ權力ヲ付セラレタルニ非サル消極的觀念ヲ明示スルニ過キサルナリ』ト(普國國法學第六十四頁以下)カクテ彼ハ君主ヲ以テ國家ナリトシ領土及臣民ヲ以テ統治ノ目的物ナリト觀念ス。

此説カ誤謬ナルコトハ更ハ多言ヲ要セス。若シ君主ニシテ國家ナランニハ君主ノ死亡ハ國家ノ滅亡トナリ。君主ノ即位ハ國家ノ創立トナリ。國家ハ君主ノ交代ト共ニ常ニ興廢スルニ至ルヘクシテ遂ニ君主ノ交代ニ拘ハラズ。國家ハ獨立ノ運命ヲ有スル事實ヲ否定セサル可ラサルニ終ルヘシ。サレハ獨國第二共和政府ニ於テ其國體ノ變更ノ故ヲ以テ從來佛國カ負擔セル條約上ノ義務ヲ免ルヘシトセルラマルチンノ企圖カ國際法ニ反スルモノトシテ列國ノ容ルル所トナラサリシハ元ヨリ其所ニシテ君主國家説ノ採ルニ足ラサル又知ルヘキナリ。

我帝國憲法ヲ論スルニ當リ其第一條ヲ以テ帝國カ統治ノ目的物ナルヲ明示スルモノナリトスル者アレトモ誤ナリ。抑法學上ヨリスル國家ノ觀念ハ何レノ國家ニモ通シテ國家ノ現象ヲ矛盾ナク説明シ得ルモノナラサル可ラス。帝國ヲ以テ統治ノ目的物ナリトスルトキハ帝國カ天皇ニ依リ條約ヲ締結シ或ハ他國ト戰爭スルカ如キハ目的物ト目的物トノ關係タルニ至ルヘク又統治關係ハ人ト人トノ關係ニ非スシテ人ト物トノ關係ヲモ併セ稱スルモノナリトセサル可ラサルニ終ルヘシ。更ニ又帝國ヲ法學上特種ナルモノナリトシ天皇ヲ以テ國家ナリトスル者アル

モ其當ラサル前述シタルカ如シ此種ノ學者ハ更ニ多少ノ變更ヲ以テ皇位ハ國家ナリト論シ自然人タル天皇ノ交代ハ國家ノ興廢ト何等ノ關係ナシト辯ス然レトモ權利主體ニ非サル單純ナル天皇ノ地位カ條約ヲ締結シ戰爭ヲ爲スカ如キコトハ想像シ得可ラサルヘシ更ニ又皇位ヲ以テ天皇タル自然人ノ過去現在及未來ニ於ケル血統的繼續ノ一體ナリトシ非難ヲ免レントスルモ此ノ如キハ現實ナル事實ヲ基礎トシテハ抽象シ得ラレサルヘク全然想像ヲ基礎トスル擬制タルニ至ルヘシ。

## 第二項 國家ハ統治關係ナリトノ說

國家ヲ以テ全部一部ノ間ノ法律關係ナリトシ(ハ、ア、ツアハリエ)又ハ一定ノ領土ノ内ニ於ケル國民ノ統治關係ナリトシ(エリソグ)法律上ノ觀念トシテハ國家ハ統治關係ナリトスルノ說ハ一見甚タ穩當ナルカ如シ蓋國家ニ統治者アリ被治者アリテ其間幾多ノ法律關係ヲ惹起スルハ吾人ノ日常生活ニ於テ目睹シ易キ所ナレハナリ。然レトモ國家ヲ以テ統治關係ナリトスルトキハ總テノ國家現象ヲ矛盾ナク説明

シ盡スコトヲ得ス若シ國家ニシテ統治關係ナランニハ被治者ノ増加ハ更ニ其關係ノ増加ヲ來シ統治者ノ交迭ハ統治關係ノ更改ヲ生シカクテ統治關係ノ發生變更毎ニ國家ハ絶エス成立シ消滅スルモノトナリ其單一體トシテ永續的ノモノナルコトヲ説明シ能ハサルヘシ或ハ現在過去未來ニ於ケル幾多ノ統治關係ハ常ニ一個ノ關係トシテ觀念セラルヘキモノナリトスルモ關係ハ人ト人トノ連絡ニシテ關係自體ニハ何等ノ活動ナク力ナシ故ニ國家カ他ノ國家ト諸種ノ關係ヲ惹起スルカ如キ近世國家ノ現象ハ遂ニ説明シ得サルニ終ルヘシ。

國家ヲ以テ状態ナリトスル說ハ古ク自然法學者ニ依リテ唱ヘラレ其思想ニ於テ統治關係說ニ相類似ス此論者ハ國家ヲ人類ノ自然状態ニ對シテ公民状態ナリトシ又個人ノ集合ナリトシ又統治セラレタル人類ノ集合ナリト説ク(ピ、カント、ツエフル、ハ、ビシヨーフ等)然レトモタトヒ國家ニ於ケル多數ノ意思關係カ一個ノ状態トシテ抽象シ得ラルヘシトスルモ活動力ナキ状態カ他ノ状態ト關係ヲ惹起シ又ハ人民トノ意思關係ヲ生スルカ如キハ又統治關係說ト同シク説明シ能ハサル所ナルヘシ。

國家ヲ以テ事實ナリトスル説モ亦前説ト相類似ス。此論者ハ國家ハ與ヘラレタル一個ノ事實ニシテ抽象的ノモノニ非ス又單ニ思想上ノモノニ非スト説明ス。ヨルダン、カ、エス、ツアハリエ、ロテツク等此説ハ真理ナリトスルモ未タ世人ノ國家ト稱スル事實ハ如何ナル種類ノ事實ナリヤ、物理上ノ事實ナリヤ心理上ノ事實ナリヤ將又其兩者ナリヤ、實體ナリヤ出來事ナリヤヲ明ニシタルモノト云フヲ得ス。更ニ之レニ多少ノ形容詞ヲ付シ國家ハ自然的存在ヲ有スルモノナリト説ク者アレトモ(シユライエルマツヘル、チエフランツ等)法學上ノ觀念トシテハ重要ナル價值ヲ有スルモノト云フコトヲ得ス。

### 第三項 國家ハ統治權ノ主體ナリトノ説

國家ヲ統治權ノ主體即チ一ノ人格者ナリトスルノ説ハ近時一般ニ承認セララルル學說ニシテ國家ノ法學上ノ觀念トシテハ唯一ノ正當ナルモノナリ。此思想ハ近時ニ於テアルブレヒト、ゲルバーニ依リテ唱道セラレラーバン、ド、ゲ、マイヤー、イエリネツク等ニ依リテ愈其意義ノ明確トナリタルヲ見ル。

抑權利主體ナル觀念ハ純然タル法律上ノ觀念ニシテ人類ヲ以テ權利主體ナリト

云フモ決シテ人類ヲ組成セル物質ヲ意味スルニ非スシテ總テノ法的觀念ノ如ク其本質ニ從ヒ其モノト法トノ關係ヲ意味スルニ外ナラス。サレハ主體ト云フトキハ其本質ニ非スシテ法ニ依リテ付與セラレタル能力ヲ云フ。而シテ人類カ法ニ依リ權利能力ヲ付與セララルルハ單純ナル想像ニ基ク擬制ニ非スシテ人類ノ物質上及精神上ノ自然ノ事實ニ其基礎ヲ有ス。國家ヲ以テ法律上人格者ナリトシ、權利主體ナリトスルモ其關係人類ト相同シ。何トナレハ國家カ集合的單一體ナルコトハ近世學者ノ否認セサル所ナレハナリ。或ハ又人類ハ客觀的ニモ一個ノ單一體ナルカ故ニ其關係國家ト同シカラストスルモノアランモ抑人類ヲ以テ單一體ナリトスルハ決シテ單純ナル客觀ニ非スシテ純然タル主觀ニ基ク客觀的ニ觀察スルトキハ某ナル一個ノ人類ヲ其幼時ニ於テ組織セシ細胞ハ其老年ニ於ケル細胞ト全然相異ナルカ故ニ此點ノミニテモ決シテ單一體ナリト稱スルコトヲ得サルナリ。然モ此肉體ニ於ケル變遷ニ拘ハラス之レヲ單一體ナリトスルハ全部ノ組織カ一個ノ意思ニ依リテ統一セラルルコトヲ認識シ得ヘケレハナリ。國家ヲ以テ單一體ナリトスルモ亦主觀的觀察ニ基クモノニシテ之レヲ組織スル人民ハ常ニ交代シ

從ツテ機關ノ交代アルニ拘ハラヌ一個ノ意思目的ニ依リテ統一セラルルコトヲ認識シ得ルカ故ナリ、若シ國家ヲ以テ人格者ニ非ストスレハ(一)統治者タル自然人ノ更迭ニ拘ハラヌ同一國家カ依然存在スル理由ヲ説明シ能ハサルヘク(二)國家カ單一體ナルコトヲ説明シ能ハサルヘク(三)國家カ活動ノ主體タルコトヲ説明シ能ハサルヘシ。

之レヲ要スルニ法律上ノ觀念トシテハ國家ハ多數ノ人格者ヨリ成レルモノニシテ其レ自身又一個人ノ人格即チ集合人格 (Gesamt personlichkeit) ヲ有スルモノナリ、更ニ他語ヲ以テセハ國家トハ統治權ヲ有スル領土人格者 (Gebietskörperschaft) ナリト云フコトヲ得ヘシ。

### 第二章 國家ノ結合 (Staatenverbindungen)

國家ハ自己ノ生存ヲ全クシ其繼續發達ヲ圖ランカ爲メニ進ンテアル形式ノ下ニ他ノ國家トノ關係ヲ惹起ス。之レ學者ノ國家ノ結合トシテ論述スル所ナリ。

國家ノ結合ハ之ヲ廣狹二義ニ分ツコトヲ得、廣義ニ於テ國家ノ結合トハ二個以上ノ國家ノ法ニ基ク永續的關係ヲ云フ、故ニ單ニ同一種類ノ文明ヲ有スル各國家カ

一ノ大ナル社會ヲ形成セルカ如キハ其關係法ニ基カサルノ故ヲ以テ國家ノ結合ニ非ス、又種々ノ同盟例<sup>アライアンス</sup>ヘハ攻守同盟武裝中立同盟ノ如キモ亦其關係永續的ニ非サルノ故ヲ以テ國家ノ結合ニ非ス、然レトモ國家カ條約ニ依リ自己ノ利益ノ爲メニ相互ニ給付ヲ約束スルカ如キ例ヘハ犯罪人引渡條約領事職務條約等ニ基ク關係ノ如キ合同行爲<sup>フィライエンバールク</sup>ニ依リテ各國家カ一般的共同利益ノ爲メニ關係ヲ惹起スルカ如キ例ヘハ萬國郵便條約國際電信條約國際鐵道貨物條約等ノ如キニ依ル關係ノ如キハ皆此内ニ包含セラル。

狹義ニ於ケル國家ノ結合トハ三個以上ノ國家ノ法ニ基ク永續的聯結 (Vereinigung) ナリ、廣義ニ於ケル國家ノ結合カ單ニ各國家ノ利益便義ヲ目的トシ個々ノ關係カ一定ノ事務ノ範圍ニ限ラレタルモノヲモ包含スルニ反シ此意義ニ於ケル國家ノ結合カ政治的性質ヲ有シ一個ノ共同的團結ヲ形成スルニ依リテ兩者ヲ區別スルコトヲ得。

狹義ニ於ケル國家ノ結合ニ似テ非ナルモノハ一ハ國家ニ類似セル土地カ國家ニ對シテ有スル關係ニシテ他ハ偶然的君合國<sup>ベルボンニエニキ</sup>ナリトス、前者ハ例ヘハカナダ、アウス

トラリヤ等カ英國ニ對スル關係ノ如キモノニシテ其本國ニ對スル自由ナル服從ニシテ一旦除去セラルルトキハ直チニ其憲法的規定即チ組織法ハ當該土地ノ憲法トナリ各洲相合シテ聯邦ヲ組織スルニ至ルヘシ後者ハ二個以上ノ國家カ偶然ノ事實ニ依リ其君主ヲ同シクセルモノニシテ二國カ如何ナル點ニ於テモ政治的聯結ヲナセルモノニ非サルヲ以テ之ヲ國家ノ結合ト稱スルコトヲ得ス。多クノ學者カ國家ノ結合ノ一種トシテ掲クルモ蓋誤ナリ。便義ノ爲メ後ニ詳論スヘシ。抑國家ノ結合ハ古代ニ於テモ之ヲ見ルヲ得ヘクシテ希臘ニ於テモアゼン、スパルタカ稱ヲ稱シテ聯邦關係ヲ形成シローマカ他國ヲ征服シテローマ同盟ヲ發生セシメタルカ如キ皆然ラサルナシ。然モ當時ノ學者未タ此現象ヲ等閑ニ付シタルヲ見ル。國家ノ結合ニ關シテハ研究日未タ淺シ。故ニ吾人ハ既存ノ歷史的事實ヨリ歸納シテ之ニ系統ヲ與フルニ止マリ更ニ之ヲ演繹シテ論定スルノ域ニ達セサルナリ。

國家ノ結合ハ其結合ニ必要ナル組織ノ存スルト否トニ依リ組織的結合ト非組織的結合トニ分ツヲ得ヘク、更ニ又結合ノ基礎タル法カ國際法ナルト國法ナルトニ依リ之ヲ國際法上ノ國家ノ結合ト國法上ノ國家ノ結合トニ區別スルコトヲ得ヘシ。國際法上ノ國家ノ結合ニアリテハ條約又ハ合同行爲ニ基クモノニシテ或ハ各國家ハ原則トシテ平等ノ位置ヲ有シ、ヨリ高キ權力ニ服從セサルモノナルカ或ハ又一國家カ他ノ國家ノ制限ヲ受ケ政治上從屬關係ニアルモノニシテ國法上ノ國家ノ結合ニアリテハ各國家ノ上ニ最高權ヲ有スル國家アリテ各國家ハ之ニ服從スルヲ見ルナリ。便宜上國際法上及國法上ノ國家ノ結合ノ二ニ分チテ研究スヘシ。

## 第一節 國際法上ノ國家ノ結合

### 第一款 一國ノ他國ニ對スル從屬關係

政治上一國カ他國ニ對シテ從屬ノ關係ヲ有スルモ其ハ毫モ從屬セル國ノ法律上ノ獨立ヲ害スルモノニ非ス。此從屬關係ノ主ナルモノハ保護國ノ被保護國ニ對スル關係ナリトス。Protectorate 保護關係トハ一國カ他國ノ爲メニ第三國ヨリノ攻撃ニ對シテ保護スルノ義務ヲ有シ其獨立ヲ保障スル關係ヲ云フ故ニ原則トシテ被保護國ノ外交ノ全部カ保護國ニ依リテ行使セラレ又保護國ニ依リテ制限セラル。更ニ又進ンテ被保護國ノ内政ニ迄モ干涉スルコトアリ而シテ被保護國ノ外交カ



保護國ニ依リテ行使セラルルハ對外關係ニ於テ被保護國ノ消滅セシニ非スシテ保護國カ自國ノ外交ト共ニ之ヲ共同處理セルニ止マル換言スレハ保護國ノ外交機關ハ被保護國ノ機關トシテ被保護國ノ名ニ於テ外交ヲ行フニ過キス其内政ニ干涉スル場合ニ於テモ其關係相同シ此故ニ若シ保護國カ第三國ト戰端ヲ開クコトアルモ被保護國ハ純然タル中立ノ地位ニ在リ此種ノ關係ハ現今佛國トチニニストノ間ニ於テ見ルヲ得ヘシ

保護關係ト似テ非ナルモノハ政務ノ委托ナリトス蓋政務ノ委托トハ一國家カ其統治權ノ行ハルヘキ目的物タル政務ノアル範圍ヲ他國ニ委托シ委托セラレタル國家ハ自己ノ名ニ於テ自己ノ統治權ヲ以テ其政務ヲ自國ノ利益ノ爲メニ行使スルヲ謂フ明治三十八年十一月日韓協約ヲ以テ日本國政府ハ在東京外務省ニ由リ今後韓國ノ外國ニ對スル關係及事務ヲ監理指揮スヘキコトヲ約定セリ之レ一見保護關係ノ設定ノ如シト雖然ラス此協約ニ依リ日本國政府ノ行フヘキ韓國ニ關スル外交事務ハ總テ日本帝國ノ外交事務ト爲リ日本國政府ハ總テ自己ノ名ニ於テ自國ノ爲メニ外國ニ對シ韓國ノ外交事務ヲ行フニ至リシナリ從ツテ韓國ノ名

ニ於テスル外交事務ハ此協約ニ於テ終リヲ告ケタリ換言スレハ韓國ハ對外關係ニ於テハ此時ヨリ其存立ノ意義ヲ失ヒ日本帝國ノ一地方タル關係ニ於テノミ存スルナリ明治三十八年四月一日ノ取極書ヲ以テ韓國内ニ於ケル郵便及電話事業(宮内府專屬ノ電話ヲ除ク)ノ管理ヲ日本政府ニ委托スルコトヲ協定シタルカ如キ更ニ又明治四十二年七月十二日覺書ヲ以テ司法及監獄事務ヲ日本國政府ニ委托スルコトヲ取極メタルカ如キ皆政務ノ委托ニシテ内政ニ關スル保護關係ノ設定ニ非ス

## 第二款 下級國家ノ上級國家ニ對スル關係

此關係ハ所謂 (Protectorate) トシテ知ラルル所ナリ即チ一國カ其權力ヲ他國ノ上ニ行使シ他國ハ一國ノ指示スル法律上ノ制限ノ範圍内ニ於テ自由ニ統治權ヲ行使スルモノナリカクシテ下級國家ハ上級國家ニ對シテ或ハ軍隊ヲ派遣シ或ハ貢物ヲ獻納スルノ義務ヲ負擔ス而シテ下級國家ノ臣民及領土ハ上級國家ノ權力ノ下ニ存スルニ非スシテ原則トシテハ間接ノ地位ニ在リ換言スレハ直接ニ上級國家ノ權力ニ服スルモノハ下級國家ノ權力ナリ此ノ如キ國家ノ結合ノ種類ハ古代ニ

於テ多ク之ヲ見ル。ローマカ他國ヲ征服シテローマ聯合ヲ組織シ所謂屬國ヨリ貢物ヲ徵シタルカ如キ歐洲封建時代ノ諸侯國ノ關係ノ如キウエストリア條約後ノ獨逸國民ノローマ帝國ノ如キ近クハ土耳其帝國ノ耶蘇教國マホメツト教國タル臣隸國ニ對スル關係ノ如キ英領印度ニ接スル印度人種ノ諸國ノ英國ニ對スル關係ノ如キ皆然リ。而シテ余輩ノ信スル所ニシテ誤ラスンハ日韓兩國ノ如キ亦此關係ニ外ナラス蓋明治四十年七月ノ日韓協約ハ第一條ニ於テ韓國政府ハ施政改善ニ關シ統監ノ指揮ヲ受クヘク、第四條乃至第六條ニ於テ韓國高等官吏ノ任免外國人ノ僱聘ハ統監ノ同意ヲ要シ統監ノ推薦スル日本人ヲ韓國官吏ニ任命スヘキ義務ヲ規定ス。總テ此等ノ規定ハ日本國カ統監ナル機關ヲ以テ韓國統治權ノ行使ヲ制限シ其制限ノ範圍内ニ於テ韓國政府ハ政務ヲ執行シ得ヘク、日本國ハ上級國家トシテ一定ノ範圍ニ於テ韓國ヲ監督シ韓國ハ下級國家トシテ日本國ノ權力ニ服ス。其間單純ナル保護關係ニ非ス之レヲ本款ノ國家關係トシテ論スル寧ろ當然ナリ。

第三款 君合國 (Monarchischen unionen)

君合國トハ二個以上ノ國家カ共同ニ一人ノ君主ヲ戴ケルモノヲ云フ。而シテ之レカ偶然ノ事實ニ基ケルモノヲ偶然的君合國 (Personal union) ト云ヒ法ニ基ケルモノヲ法律的君合 (Real union) 國ト云フ。

偶然的君合國カ真正ナル意義ニ於テ國家ノ結合ニ在サルコトハ既ニ述ヘタリ。此種ノ君合國ノ發生スヘキ普通ノ原因ハ君位繼承法ニ基キ一國ノ君主カ他國ノ君主タルヘキ順位ニ在ル場合ナリ。又選舉、列國會議ノ決議ニ基クコトアルヲ想像スルヲ得ヘシ。偶然的君合國トシテ普通通知ラルルモノハ過去ニ於ケル英國トハノバ

一(千八百三十七年以來和蘭トルクザンブルグ(千八百九十三年以來)白耳義トコンゴ一(千八百八十五年以來)トノ關係ノ如シ。而シテ此種ノ君合國ハ當該君主ノ死亡君位繼承法ノ變更等ニ依リテ解消スルコトアルヘク。君主ニ故障アル爲メニ相異ナレハ攝政カ襲職シタル場合ニ於テモ亦解消スルコトアルヘキナリ。

偶然的君合國ハ法律上更ニ研究スヘキ處ナキモ政治上多クノ重要ナル關係ヲ有ス。(二)此種ノ君合國ハ往々他ノ強固ナル組織ニ發達スルノ階梯ト爲ル。例ヘハイソグランドトスコットランドトカ合シテ一國ト爲リ、埃太利ト匈牙利トカ法律的君

合國ト爲リタルカ如シ(二)各國家ハ其間ニ於テ返報復仇ノ如キ非戰爭的手段ヲ以テ爭フコトアラシムモ相互ニ戰爭ヲ爲スコトハタトヒ法律上可能ナルモ實際上有リ得ヘカラサル所ナルヘシ。

法律的君合國トハ合同行爲ニ基ク二個以上ノ國家ノ繼續的聯結ニシテ統治者タル自然人ヲ共通ニスルヲ聯結ノ内容ト爲スモノナリ。或ハ聯結スル各國家ノ憲法ニ基キテ此種ノ君合國ヲ成立セシメ得ルコトヲ説ク者アレトモ(ハ、ア、ツ、ア、ハリニ合同行爲自體ヲ恰モ各條約ヲ法律又ハ勅令ノ形式ヲ以テ國內ニ公布スルノ事實ヨリ國法ナリト誤解シテ生シタル謬見ナルヘシ。或ハ未來ノ國家トナルハキ獨逸帝國ノ一部ト普通トノ間ニ獨逸帝國ノ意思ニ依リテ聯結カ設定セラレ得可キコトヲ説ク者アルモ(フリー)誤レリ。何トナレハ此場合ニ偶然的君合國ノ設定セラルルコトアリトスルモ二國ノ合意ニ依ラスシテ相互ニ結合セシムルコトハ獨逸帝國ノ權限ニ屬セサレハナリ。或ハ又自然人タル君主以外ニ國家ノ成立要素ヲ以テ聯結ニ必要ナル内容トナサントスル者アルモ(フオン、ユラセツク)事實ニ基礎ヲ有セサル空論タリ。

法律的君合國ニ於ケル各國家ハ全ク獨立シ其主權ハ合同行爲ニ依リテ毫モ毀損セラレサルナリ。換言スレハ合同行爲ハ各國ノ上ニ上級國家ヲ組織シ其權力ニ服從セシムルモノニ非サルナリ。法律的君合國カ國際法上ノモノナルコトハ之ニ依リテ明ナリ。然モ又此種ノ聯結カ國法ノ上ニモ基礎ヲ有スルモノナリトスル者(テツナー)アレトモ誤ナリ。聯結カ強固ナルニ從ヒ其内部ノ組織ニ於テ或ハ財政ヲ共通ニシ其他ノ行政ヲ共通ニスルコトアルモンハ君主ノ共通ナル結果トシテ組合的ニ事務ヲ處理スルニ止マル然レトモ外部ニ對シテハ之レト異ナリ同一君主ノ名ニ於テ繼續的ニ國際交通ヲ營ムノ故ヲ以テ此聯結ハ普通單一體ト看做サレ各國家ノ臣民及領土ハ聯結ノ臣民及領土ト看做サルルノ風アリ。而シテ此種ノ結合ニ於テモ偶然的君主國ノ場合ニ於ケルカ如ク各國間ニ於テ國際法上ノ非戰爭的手段ハ可能ナルモ相戰爭ヲナスカ如キハ政治上不能ナルヘシ。此種ノ結合ノ最初ノモノトシテ知ラルルハハブスブルク家ノ諸領ノ聯結ニシテ最近迄ノスエデンノルウエーノ聯結、現時ノ埃太利、匈牙利ノ聯結ノ如キ其著例ナリトス。

法律的君合國ハ各國家カ單一的國家トナリ各國憲法ノ變更又ハ君位篡奪等ニ基

ク合同行爲ノ破壊ニ依リ解消セラル、而シテ此種ノ聯結ハ偶然的君合國ノ如ク故障アル君主ノ爲メニスル攝政ノ襲職ニ依リテ解消セラルルコトナシ、何トナレハ此聯結ニアリテハ君主ノ共通ト共ニ必ス攝政モ亦共通ナラサル可ラサレハナリ。

#### 第四款 國家聯合 (Staten bund)

國家聯合トハ合同行爲ニ基キ外部ニ對シテハ聯合ノ領土ノ保障保護、内部ニ對シテハ聯合各國ノ平和ノ保障又ハ之レト共ニ他ノ目的ノ遂行ノ爲メニ設定セラレタル獨立セル二個以上ノ國家ノ聯結ヲ云フ。聯合各國家ハ聯結ニ依リテ毫モ既存ノ統治權ヲ損スルニ非スシテ聯結ニ必要ナル組織ニ依リ主權維持ノ目的ノ爲メニアル作用ヲ共同ニ處理スルコトアルノミ、サレハ之レヲ以テ聯結自體カ國家ヲ爲スモノナリトスルコト能ハス。グマイヤーハ聯合ヲ以テ單純ナル條約關係ニ非スシテ公法上ノ權利主體ナリトシ公法人ナリト論スレトモ徒ラニ次ニ述フル聯邦トノ區別ヲ曖昧ナラシムルニ止マルノミ。若シ聯合ヲ以テ公法人ナリトスルトキハ聯合ハ其團體員タル各國家ニ對シ自己ノ命令ヲ強制スルノ力ヲ有セサル可ラス、然モ聯合ノ有スル權力ハ此ノ如キモノニ非スシテ各國家ヲ強制スル能ハ

サルコト恰モ國際團體カ團體員タル一國家ノ不法ヲ他團體員タル國家ノ示威的運動ニ依リ壓迫スルカ如キコトノ外強制スルノ途ナキト其關係相同シ。故ニ聯合ハ民法上ノ組合ト相類似スルヲ見ル、組合自體ハ法人ニ非サレトモ組合ノ決議ハ組合員之レニ服從セサル可ラス、服從セサル組合員ニ對シテハ之ヲ除名スルコトアルノミナルト同時ニ他方ニ於テハ組合ノ事業ハ各組合員ノ事業ニシテ組合ノ債權債務ハ各組合員ノ債權債務ナルカ如ク聯合ハ各國家ノ一定ノ事務ノ共同施行ノ組織ニ過キサルナリ。

聯合ノ權力(決議其他事務ノ執行)ハ聯合セル各國家ノ上ニ行ハレ各國家ノ臣民ハ各自國ノ統治權ニ服スルノミ、換言スレハ聯合ニハ聯合自體ノ領土ナル臣民ナシ、故ニ外部ニ對シテ共同ニ宣戰媾和ヲ爲シ、條約ヲ締結シ、公使ヲ派遣スルモ、内部ニ於テ行政組織ヲ共同ニシ、共同ノ官廳ヲ有シ、共同ノ議會ヲ有スルコトアルモ、其ハ聯合ノ名ニ於テスルモノニ非スシテ各國家個々ノ事務行爲ニ外ナラサルナリ。而シテ聯合權限ノ擴張及縮少ニ關シテハ各國家ノ全一致ヲ必要トシ、個々ノ事務ニ付テハ其多數決ニ依リテ之ヲ行フ。

國家聯合ハ歴史上更ニ一層強固ナル組織ニ進ムノ階梯トシテ組織セラルルヲ常トス千七百七十六年ヨリ千七百八十七年迄ノ北米合衆國千八百十五年ヨリ千八百四十八年迄ノ瑞西千八百十五年ヨリ千八百六十六年迄ノ獨逸ノ如キ皆然リ尙過去ニ於ケルライン同盟和蘭同盟ノ如キ皆此種ノ聯合ニ屬ス而シテ此ノ如キ國家聯合カ聯邦ト變シ合同行爲ノ決議ノ結果トシテ解消スルコトアルハ更ニ説明ヲ要セサル可シ。

### 第二節 國法上ノ國家ノ結合

國法上ノ國家ノ結合トシテハ唯聯邦(邦聯)或ハ聯合國家(Bundesstaat)ノ存在スルヲ見ルノミ聯邦トハ多數ノ國家ノ結合ニ依リテ構成セラレタル主權ヲ有スル國家ヲ云フ故ニ聯邦ノ國家權力ハ政治上ヨリ云ハハ支分國タル各國家ヨリ集中セラレタルモノナリト云フヲ得ヘシ而シテ聯邦ヲ組織スル各支分國ハ聯邦ノ出立ニ拘ハラス依然國家トシテ當該國民ヲ統治ス元來聯邦カ支分國タル各國家ト共ニ國家トシテ存在シ得ルコトノ可能ハ主權ハ本來國家ノ觀念ニ必要ナル要素ニ非スシテ國家ニ主權國ト非主權國トノ二アルコトヲ以テ前提トスサレハ若シ主權ハ國

家ノ觀念ニ必要ナル要素ナリトセンニハ聯邦ノミ國家ニシテ支分國タル各國家ハ國家内ノ地方團體ニ過キササルモノナリト爲スカ或ハ又支分國タル各國家ハ依然國家ニシテ聯邦ト稱スルモ亦一ノ國家聯合ニ過キササルモノナリト爲ササル可ラサルナリ此ノ如キ見解ヲ以テ聯邦ヲ國家聯合ノ一種ナリトスル者ハカルホー  
ン、フオン、ザイデル等ナリトス然レトモ主權ヲ以テ國家ノ觀念ニ必要ナル要素ナリト爲スハ過去及現在ニ於ケル社會現象ヲ度外視シ外寺院及羅馬皇帝ノ權力ニ依リテ制セラレ内諸侯及市府ノ權力ニ抗セラレタル歐洲中世ノ諸國家ヲ國家ナラストシ被保護國永世局外中立國ノ如キヲモ亦國家ナラストセサル可ラスシテ著シク現時ノ普通思想ニ反スルヲ以テ多クノ學者ハ之レヲ顧ミス更ニ又主權ハ國家ノ觀念ニ必要ナル要素ニ非ストスル學者ノ中ニモ主權ハ獨リ聯邦ノミニ存ストスル者アリ(ヘーネル、ギールケ、ホルンバツク、オマイヤー)主權ハ聯邦ト支分國トノ兩者ニ共有ノ狀態ニ於テ歸屬スルモノナリト説ク者アリ(ラーバンド、レーム)然レトモ主權トハ國家權力ノ最高且獨立ナル性質ヲ云フモノニシテ二國ノ統治權カ共同ニ主權ノ性質ヲ有スルモノナリトスルハ矛盾ノ觀念タルヲ免レス故ニ

論理ノ結果トシテハ聯邦ヲ以テ主權國ナリト爲スカ各支分國ヲ以テ主權國ナリト爲ササル可ラス、而シテ各支分國ヲ以テ主權國ナリト爲スハ聯邦ノ性質ト相容ルルモノニ非ス、何トナレハ聯邦ハ元各國家ノ結合ニ依リテ構成ラレタルモノニシテ構成分子タル各國家ノ權力カ最高且獨立ナランニハ、聯邦ノ組織得テ望ム可ラサレハナリ。

抑聯邦ハ國家聯合ト異ナリ自己ノ憲法法律ヲ以テ其權力行使ノ範圍ヲ確定シ其權力ヲ強制スルヲ得ヘク、支分國タル各國家ハ之レニ服從セサル可ラス、換言スレハ聯邦ハ主權國ニシテ各支分國ハ非主權國タリ、而シテ聯邦ノ權力ニ直接服從セサル可ラサルモノハ各支分國ノミナリヤ、各支分國ノ領土内ニ於ケル人民ナリヤ將又此兩者ナリヤニ付テハ說岐ル、ラーバンドハ聯邦ハ各支分國ヲ團體員トスル國家(Staatskörper)ニシテ聯邦ノ權力ハ各支分國ノ權力ヲ制限スルノミナリト説クモ聯邦ノ法令カ直接聯邦内ノ人民ニ效力ヲ有スルノ事實ヲ無視スル空論タリ、イニリネツクハ聯邦ノ權力ニ服從スル者ハ聯邦内ノ人民ナリトシ、ブリーハ各支分國及人民ナリト説クモ既ニ聯邦カ各支分國ノ權力制限ヲ前提トシテ成立スルモ

ノナル以上聯邦ノ憲法ノ指示スル處ニ從ヒ各支分國ハ其範圍内ノ服從ヲ爲ササル可ラサルコト勿論ナルカ故ニイニエリネツクノ說直チニ排斥シ去ルヘキニ非ス、ブリーノ說自明ノ理ヲ明ニシタルニ過キサレヘシ。

聯邦ノ權力ハ直接各支分國ノ領土ノ上ニ行ハレ各支分國ノ人民之レニ拘束セラレ故ニ聯邦ノ權力ノ行ハルル範圍ニ於テハ各支分國ノ領土ハ同時ニ聯邦ノ領土タリ各支分國ノ臣民ハ同時ニ聯邦ノ臣民タルナリ、而シテアル事務ノ範圍ニ於テ(例ヘハ獨逸帝國北米合衆國瑞西ノ郵便行政ノ如シ)聯邦カ其權力ヲ行使スル場合ニハ其範圍内ニ於テハ各支分國ハ國家タル資格ヲ消失シ聯邦ノ活動ノ獨立的地方區劃タルニ過キサレニ至ル、故ニ此關係ニ於テハ各支分國ハ聯邦ノ給付ヲ請求スルノ權、其統治ニ參與スルノ請求權ヲ有シ國家トシテニハ非スシテ聯邦ノ機關トシテ其事務ヲ掌理ス、然レトモ此關係ヲ外ニシテハ各支分國ハ其固有ノ權力ヲ自由ニ行使シ得ルモノトス、サレハ各支分國ハ二個ノ性質ヲ有ス一ハ聯邦ノ權力ヨリ自由ナル共同體タル資格ニシテ他ハ聯邦ノ憲法ニ從ヒ聯邦ニ對シ公法上ノ請求權ヲ有スル主體タル資格之レナリ。

聯邦ハ主權國ナルカ故ニ自己ノ意思ヲ以テ自由ニ其權力行使ノ範圍ヲ擴張シ縮少シ得ヘク全然其權力ヲ拋棄シ又ハ聯邦ヲ變シテ單純ナル國家ト爲スコトヲ得ヘシ、而シテ現時聯邦トシテ著シキモノハ獨逸帝國北米合衆國及瑞西國タルコトハ皆人ノ知ル處ナリ。

### 第三章 國體及政體

#### 第一節 國體 (Staatsformen)

國家ハ其成立要素ノ一タル土地或ハ人民ノ種類ニ從ヒ種々ノ分類ヲ爲スコトヲ得例ヘハ土地ノ形狀氣候ノ如何ニ依リ、人民ノ氣風宗教教育ノ如何ニ依リテ區別スルコトヲ得、然レトモ此ノ如キ要素ノ相違ヲ基礎トセル國家ノ區別ハ法學上何等ノ價值アルモノニ非ス、法學上重要ナル價值ヲ有スルモノハ實ニ國家ノ他ノ成立要素タル統治權ヲ行使スル最高機關ノ組織如何ニ依ル區別ナリトス。抑國家ハ統治權ノ主體タルコトハ何レノ國家ニ於テモ然ラサルナシ、故ニ統治權ノ所在如何ニ依リテ國家ヲ區別セントスルハ一ニシテ二ナキモノヲ區別セントスルモノナリ、統治權カ國民ニ存スルト一人ノ自然人ニ存スルト少數ノ自然人ノ

間ニ存スルトニ依リテ區別セントスルカ如キ專ラ此誤ニ出ツ、サレハ國家ノ根本的組織ニ依リ國家ヲ區別セントスルニハ必スヤ此統治權ヲ行使スル最高機關カ如何ナル組織ヲ有スルヤニ依ラサル可ラス、此區別標準ニ依リ國家ヲ分類スルトキニトナル、君主國體及共和國體之レナリ。

君主國體 (Monarchie) トハ國家ノ最高機關カ一人ノ自然人タル國體ヲ云ヒ、共和國體 (Republic) トハ國家ノ最高機關カ多數ノ自然人ヨリ成ル國體ヲ云フ、或ハ自己ノ固有ノ權利トシテ最高機關ヲ組織スルコトヲ得ルモノト否トニ依リテ兩者ヲ區別セントスル者アリ、然レトモ吾人ハ國家ヨリ付與セラレタル權利以外ニ於テアル人カ固有ニアル權利ヲ有スルコトヲ想像スル能ハス、國家ヲ物ト同一視シ、統治權ヲ所有權トナリ解シタル族長的國家ニ於テハ或ハ此區別ヲ認ムルコトヲ得ルモ少クトモ近世ノ國家組織ニ於テハ之レヲ標準トシテ區別スルコト能ハス、假リニ「固有ナル權利」ノ意義ヲ解シテ國家ヨリ付與セラレ世襲的ニ有スル權利ノ意義ニ解ストスルモ一方ニ於テハアル少數ノ貴族カ世襲的ニ最高機關タル權利ヲ有スル國又ハ國民カ最高機關タル權利ヲ有スル國ノ如キハ君主國ト爲ルト同時ニ他

方ニ於テハ最高機關タル地位ニ無條件ノ權利ヲ有セサル君主アル國ハ共和國タルニ至ルヘク遂ニ普通思想ニ反スルニ至ルヘシ。

元來國體ノ分類ニ付テハ種々ノ學說アリテ古來希臘時代ニ於ケル學說ハアリス  
トートルヲ始メトシテ之ヲ三分類シ君主國體、貴族國體及民主國體トセリ、貴族國  
體ト云ヒ民主國體ト云フモ共ニ國家ノ最高機關ノ衝ニ當ルモノハ少數ノ人民ナ  
ルニ於テ同シク之レヲ二個ニ分類スルノ必要ナキヲ以テマキヤベリー以來上述  
シタルカ如キニ分類ヲ生スルニ至レリ、或ハ又專制國、神意國、法治國ノ分類ヲ爲ス  
者(ウエルケル)アリ、然レトモ專制國ト云ヒ法治國ト云ヒ共ニ國家ノ統治權運用ノ  
形式ニ關スル分類ニシテ神意國ト云フハ統治權ノ淵源ニ關スル國民ノ信念ヲ表  
ハスニ止マリ以テ國家ノ根本的組織ノ區別トナス能ハサルナリ、或ハ又君主國ト  
共ニ<sup>チラニス</sup>壓制國ヲ舉クル者アリト雖モ(モンテスキュー)コハ單ニ君主國ニ於ケル不公  
平ナル政治ヲ指稱スルニ止マリ依然君主國タルヲ失ハス。

君主國及共和國ハ共ニ更ニ左ノ細別ヲ爲スコトヲ得

其一 君主國ハ之ヲ選舉君主國 (Wahlmonarchie) ト世襲君主國 (Erbmonarchie) トニ區

別スルコトヲ得

選舉吾主國トハ選舉スヘキ特定機關ノ選舉ニ依リ君主ノ確定スル國家ヲ云ヒ、世  
襲君主國トハ君主タルヘキ人カ同一家族同一王朝ニ限リ豫メ確定セラレタル君  
位繼承ノ順位ニ從ヒ即位スル國家ヲ云フ、或ハ選舉君主國ハ共和國ノ大統領カ期  
間ヲ限リテ襲職スルニ對シ君主カ其生存期間君位ニ在ル國家ナリトスル者アリ  
ト雖モ決シテ正當ナル見解ナリト云フヲ得ス、何トナレハ之レニ從ヘハ普通吾人  
ノ共和國トシテ知レル英國ノロイドプロテクター、和蘭ノエルプ、スタットハルタ  
ノ如キハ君主ニシテ其國家ハ君主國タルニ至ルヘケレハナリ、選舉君主國ハ現  
今ニ於テ之レヲ見ルコトヲ得スト雖モ歷史上ニ於テハ多ク中世ノ獨逸帝國ニ於  
テ之ヲ發見スヘシ、然モ此種ノ君主國ハ其君主ノ勢力其他ノ事情ニ依リ或ハ世襲  
君主國ト變シ或ハ共和國ト變スルヲ常トス、世襲君主國ハ現代ニ於テ多ク見ルコ  
トヲ得ヘクシテ其最高機關ノ一員トシテ世襲的ニ權判ヲ有スル家族アル國家ト  
ノ區別ハ一ハ機關ノ衝ニ當ル個人ノ一人トナルト他ハ數人ナルトニ依リ容易ニ  
前者ヲ君主國トシ後者ヲ共和國トシテ理解スルコトヲ得ヘシ。



其二 共和國ハ之ヲ四種ニ分類スルコトヲ得

イ 法人ヲ統治者トスル共和國 (Republiken mit korporativen Herscher)

此種ノ共和國ノ特徴トスル所ハ法人カ其法人タル性質ヲ失フコトナクシテ未開ノ土地又ハ既ニ成立セル國家ヲ統治スルニ在リ例ヘハ印度カ英國ノ國權ニ屬セサル以前ニ於テ東印度會社カ之ヲ統治シタル場合ノ如シ此ノ如キ共和國ニ於ケル統治者カ一個ノ法人ナルヲ以テ頗ル君主國ニ類スト雖モ君主國ハ最高機關ノ衝ニ當ル者カ一人ノ自然人ナル點ニ於テ之レト異ナリ此法人カ國家ヲ統治スル状態ハ頗ル族長的國家ノ場合ト相類似シ土地及人民ヲ以テ法人タル會社ノ所有物ノ如ク看做シ以テ統治ス此ノ如キハ頗ル近世國家思想ニ反スルモ又共和國ノ一種類タルヲ失ハス

ロ 寡頭の共和國 (Oligokratische Republiken)

此種ノ共和國ハ法規ノ定ムル所ニ從ヒ少數ノ人民カ最高機關ヲ組織スルヲ云フ獨逸帝國ノ如キハ此種類ニ屬ス獨逸ニ於テハ各支分國ノ代表者ハ聯邦參議院ナル一ノ合議體ヲ以テ帝國ノ最高機關ヲ組成ス

ハ 貴族的共和國 (Aristokratische Republiken)

貴族的共和國トハ國內ニ二個以上ノ階級アリ最上位ノ階級ニアルモノハ法律上ノ特權トシテ統治權ヲ總攬スルヲ云フ故ニ法律上ノ特權ニ依ルニ非スシテ自己ノ勢力ノ結果アル種類ノ人民カ最高機關ト爲ルカ如キハ此意義ニ於ケル貴族的共和國ニ非ス國民ノ一部分ニ此ノ如キ特權ヲ認ムルノ制ハ自由平等ノ精神ニ反スルノ結果今日ニ於テハ此種ノ共和國ヲ見ス

ニ 民主的共和國 (Demokratische Republiken)

民主的共和國トハ原則トシテ國民ノ總體カ最高機關タル國家ヲ云フ換言スレハ國民ノ總體ヨリ統治ノ意思ノ發出スル國家ヲ云フ然レトモ女性ハ勿論未成年者其他ノ行爲無能力者カ之レニ與ラサルヲ妨ケス元來民主的共和國ハ普ク一般的ニ參政權ヲ得セシムルニ在リ故ニ婦人ノ參政權ノ問題ハ漸ク喧シクナリ現ニ北米合衆國ローニン<sup>ロウニン</sup>州コロラド州等ニ於テ之ヲ實行セルヲ見ル然レトモ參政權ヲ擴張シテ普ク國內ニ於ケル住民ニ及ホスヘキハ民主的共和國ノ概念ニ合スルモノニ非スシテ必スヤ當該國民ヲ限界トセサル可ラス

第二節 政體 (Regierungsformen.)

政體トハ國家ノ統治權ノ運用セラルヘキ形式如何ニ依ル區別ナリトス。凡ソ國家ハ其最高機關ノ組織如何ニ依リ之ヲ君主國ト共和國トニ區別スルコトヲ得ルモ國家ハ此最高機關及其他ノ機關ニ依リ如何ナル形式ヲ以テ其統治權ヲ運用スルヤハ次ニ生スヘキ必然ノ問題ナリトス。此ノ如ク政體ハ統治權ノ運用ノ形式如何ニ依ル區別ナルヲ以テ國體トモ相矛盾スル所ナシ。サレハ其形式ハ君主國ト共和國トニ於テ相同シキコトアリ相異ナルコトアリ得ヘキモノトス。茲ニ所謂國家統治權ノ運用セラルヘキ形式如何ノ區別ハ國家カ憲法ヲ有スルヤ否ヤニ依ル區別ト其意義ヲ同シクス。憲法ノ意義ニ付テハ後ニ詳論スヘキモ凡ソ憲法ナル語ハ廣狹二意義ヲ有シ廣義ニ於テハ如何ナル國家ニ於テモ存セサル可ラサル一國ノ組織ニ關スル根本法規ヲ指稱シ狹義ニ於テハ三權分立ノ思想ヲ認メ立法司法行政ノ各作用ニ關シ各異ナリタル機關ヲ參與セシムル國ノ根本法ノミヲ指稱ス。茲ニ所謂憲法ハ此狹義ノモノニ外ナラス。サレト其憲法ニシテ成文法タルト不文法タルト將又法典タルト否トハ問フ所ニ非ササルナリ。

憲法ヲ有スルト否トニ依リ國家ハ二種ニ區別スルコトヲ得。專制政體ノ國家 (absolutistische Staat) 及立憲政體ノ國家 (Constitutionelle Staat) 之レナリ。

專制政體トハ憲法ヲ有セス從ツテ當該國家ノ行動ハ最高機關ノ專斷ニ出ツルモノヲ云フ。專制政體ノ國家ニアリテハ最高機關ハ代議機關ノ意思ノ拘束ヲ受クルコトナクシテ自由ニ立法シ獨立ノ權限ヲ有スル裁判所ニ依ラスシテ隨意ニ人民ノ自由ヲ制限スルコトヲ得テ臣民ハ毫モ憲法的保障ヲ有スルモノニ非ス。此故ニ或ハ專制政體ヲ以テ暴政ナリトスルモノアレトモ當ラス。專制政體ニアリテモ當該國家ノ官吏法ノ存スルヲ常トシ内部ノ規定ヲ以テ放縱ナル行政ヲ制限シ職務權限ノ任意ノ變更ヲ得サラシメ以テ臣民ニ對スル不規律ナル行動抑壓ヲ加フルコトナカラシムレハナリ。

立憲政體トハ憲法ヲ有シ從ツテ當該國家ノ最高機關ハ代議機關裁判所等ノ一定ノ權限ヲ有スル機關ヲ通シテ行動セサル可ラサルモノヲ云フ。立憲政體ニ似テ非ナルモノハ等族的國家ニ於ケル機關相互ノ關係ナリトス。等族的國家ニ於テハ土地及人民ヲ所有スル君主ハ人民中ノ特權アル階級即チ等族ト相對立シ君主カ一

個ノ權利主體タルト同時ニ等族モ亦一個ノ權利主體タリ、カクテ君主ハ等族ヨリ選舉セラレタル等族會議ノ承諾ヲ得ルニ非ザレハ法律ヲ制定スルコトヲ得ス、租稅ヲ徵收スルコトヲ得サリキ立憲政體ニ於テ最高機關カ代議機關ノ協贊ヲ經或ハ又代議機關ト共ニ立法スルハ此ノ如ク二個ノ權利主體カ相對立シテ契約ヲ締結スルト其關係大ニ異ナリ、共ニ統一の國家ノ機關トシテ活動スルニ過キサレヲ以テ假令今日ノ立憲政體カ等族的國家ノ思想ヨリ發達シタリトスルモ其性質相異ナル知ルヘキナリ。

現今見ル所ノ立憲政體ハ其基ヲ英國ニ發ス之ヲ理論的ニ説明シテ大成シタルモノハモンテスキューナリトス。立憲政體ノ基ク所謂三權分立ノ思想カ如何ナルモノナルカニ付テハ之ヲ後ニ論スヘシ、今ハ只立法作用ハ代議機關ノ協贊ヲ必要トシ、行政作用ハ國務大臣ノ輔弼ヲ必要トシ、司法作用ハ裁判所ノ獨立ノ權限ニ依リテ行ハルルヲ立憲政體ノ本質ナリト云フニ止メントス。

立憲政體ニアツテハ國民ノ選舉ニカカル代議機關ヲ以テ立法ニ參與セシムルヲ常トス。代議機關ノ外更ニ他ノ機關ヲ以テ立法時トシテハ之ト共ニ他ノ國家作用

ニモニ參與セシムルコトアリ、其一ハ國民總會ヲ有スル國家ニシテ其二ハ直接民主デモクラチスム的組織ヲ有スル代議的國家ナリトス。前者ニアツナハ通常ノ立法作用ニ付テハ代議機關之ニ參與スルモ其重要ナルモノニ付テハ國民ノ全體カ一ノ合議體ヲ組織シ以テ之ヲ決定ス。此ノ如キ形式ハ其國家ノ區域狹小ナルニ於テ始メテ望ミ得ヘクシテ現今ニ於テハ瑞西ノウリー、オブワルデン、アツペンツエル、グラールス、ニトワルデン等ノ諸州アルノミ、後者ニアツテハ代議機關ヲ有スルト共ニ特ニ重要ナル事項殊ニ憲法ノ改正ノ如キニ至ツテハ前者ノ如ク合議體ニ依ラス、之ヲ國民ノ總投票レフェレンダム (Referendum)ニ依リテ決定ス。此ノ如キハ現今瑞西及瑞西ノ各州其他北米合衆國ノ各州ニ於テ見ル所ナリトス。此等二種ノ制度ハ從來共和國ニ於テノミ行ハレタル所ナリト雖モ其國法上ニ於ケル最終決定ノ權タル點ヲ除去スレハ之ヲ君主國ニ應用シ得ヘカラサル絶對的理由ナク、君主國ニ於テモ之ヲ採用スルノ頗ル適切ナルコトヲ主張スル學者ナキニ非サルナリ。

第四章 法及權利 (Objektives Recht und subjektives Recht)  
 第一節 法ノ觀念

人類ハ相共同シテ生活スルニ非サレハ自己ノ生存ヲ維持シ其發達ヲ企圖スル能ハ。共同ハ其始メ血族の團體ニ起リ更ニ數族相合同シテ以テ一ノ單一體ヲ組織ス。此ノ如キ人類ノ共同生活ニ在ツテハ必スヤ之レカ秩序ヲ維持スヘキ一定ノ規則ナカル可ラス。若シ此規則ニシテ遵奉セラレサルトキハ共同生活ハ忽チ破壊セラレ、單一體ハ其存在ヲ失フニ至ルヘシ。此ノ如キハ人類ノ共同生活状態ノ原始ニ遡リテ思考スルトキハ容易ニ了解スルコトヲ得ヘシ。例ヘハ一ノ血族團體ニ於テ若シ子カ親ヲ敬愛シ、之レニ服従スルノ關係ナク、父母カ子ヲ愛育シ、之ヲ保護スルノ關係ナカランニ其種族ハ忽チ滅亡スルニ至ルヘシ。親ヲ敬愛シ、之レニ服従シ、子ヲ愛育シ、之レヲ保護スルハ團體ノ秩序ヲ維持スルニ必要ナル一定ノ規則タリ。此ノ如キ規則ハ共同生活状態ノ愈複雑トナルニ從ヒ益細密トナル。カクテ團體ノ存在ニ必要ナル規則ハ更ニ其繼續ニ必要ナル規則ヲ生シ、更ニ又其發達ニ必要ナル規則ヲ生ス。總テ此等ノ規則ハ廣義ニ於ケル法トシテ知ラルル所ナリ。

廣義ニ於ケル法ハ社會ノ進歩ト共ニ分化發達シ、茲ニ宗教ノ規則トナリ、道德ノ規則トナリ、禮義ノ規則トナリ、法律トナル。而シテ狹義ニ於ケル法即チ本節ニ所謂法

カ他ノ宗教道德等ノ規則ト異ナルハ宗教カ信仰ヲ基礎トシ道德カ良心ヲ基礎トスルニ對シ、專ラ權力ヲ以テ維持セラルル點ニ存ス。權力ヲ以テ維持セラルル秩序モ亦社會力ノ一タルヲ失ハスシテ人類ノ共同生活ニ必要ナル事物ノ必然的關係ヲ表示シ人類行爲ノ準則ヲ形ル。之ヲ要スルニ法トハ權力ヲ以テ維持セラルル社會ノ秩序ナリ。

法トハ何ソヤノ問題ハ古來幾多ノ學者ニ依リテ研究セラレタル所ナリ。其一ヲ自然法説トス。此説ハ法ハ自然ニ存在スル一ノ現象ナリト爲スモノニシテ或ハ自然律ノ一部ナリトシ、(マキシミラー等)或ハ動物ノ性質ニ存スルモノナリトシ、(ウルピアヌス等)或ハ又物ノ本性ニ基クモノナリト説ク(モンテスキュー等)。然レトモ法ハ人類ノ共同生活ノ必要ニ依リ生シタルモノニシテ時ト處トノ差異ニ依リ其規則ヲ異ニシ、物理上ノ諸原則ノ如ク決シテ一定不易ナル能ハス。近時自然法説ヲ稱フル者少ナキハ全ク此不理ナルコトヲ覺知シタルニ依ル。

其二ヲ民約説トス。此説ハ法ハ人類ノ意思ノ合致ニ基ク約束條件ナリトスルモノナリ。此思想ハ原始状態ニ於ケル人類ハ何等ノ羈絆ヲ受ケサル者ナルコトヲ前提

トス而シテ此原則狀態ハ或ハ戰爭狀態ナリト説ク者アリ(テ、ホツプス等)或ハ平和狀態ナリト説ク者アレトモ(ゼ、ロツク、ルーソー等)法カ契約ニ基クモノナリト説クニ於テハ一ナリ。

民約説ハ歷史上ノ事實ニ反スルノミナラス、原始社會ニ於テ存セサル契約ナル觀念ヲ以テ説明セントスルニ依リ其謬見ナルヲ知ルニ足ル。況ンヤ其契約カ何カ故ニ當事者ナラサル契約者ノ子孫ヲ拘束スルヤヲ説明スル能ハサルニ於テヲヤ。其三ヲ民意説トス、此説ハ法ハ民族ノ意思ノ發現シタルモノナリトスルナリ。即チ法ハ民族ノ間ニ於テ自然ニ發生スルモノニシテ民族ノ權利確信カ法ナルコトヲ説クモノタリ(ザビニ一等)然レトモ此説ハ更ニ法ノ實質ヲ明ニセサルト同時ニ法ニ人類の共通性アルコトヲ忘却シタルノ非難ヲ免レサルヘク、更ニ又法ハ常ニ必スシモ民族ノ意思ヨリ生スルニ非スシテ新ニ民族ノ意思タラントスルモノアルヲ説明スル能ハサルニ至ルヘシ。

其四ヲ命令説トス、此説ハ法ハ統治者ノ意思ノ發表ナリトスルモノナリ。即チ統治者カ臣民ニ對シテ發スル命令ニシテ之レニ服從セサルモノハ一定ノ制裁ヲ受ク

ヘキモノナリト説ク(オースチン等)然レトモ此説ニ依ルトキハ(一)國際法ハ法ニ非スシテ一ノ道德的規則タルニ至ルヘク、(二)慣習法ハ其存在ヲ失フニ至ルヘク、(三)普通法トシテ知ラレタル命令ナラサル部分ノ法例ヘハ憲法ノ主權ニ關スル規定其他解釋法等ハ法ナラサルニ至ルヘクシテ到底非難ヲ免レサルヘシ。

## 第二節 公法及ヒ私法

法ヲ分チテ公私ノ二ト爲スコトハ普ク學者ノ稱フル所ナリ。然レトモ何ヲ以テ公法トシ何ヲ以テ私法ト爲スカニ付テハ見解幾多ニ岐ル。

其一ハ法ノ目的ニ依リ分類セントスル學説ニシテ公法トハ公益ヲ目的トスル法則ニシテ私法トハ私益ヲ目的トスル法則ナリト云フニ在リ。此説ハ羅馬法時代以來行ハルル處ナレトモ未タ以テ兩者ノ區別ヲ明ニシタルモノト云フヲ得ス。何トナレハ如何ナル利益ヲ以テ公益ナリトシ私益ナリトスルカハ各人ノ思考ニ依リテ相異ルヘケレハナリ。更ニ若シ公益私益ノ區別ノ認定ヲ國家ニ俟ツモノナランニハ法ノ區別ハ時ト處トニ依リ相違シ遂ニ學問上ノ價值ナキニ至ルヘシ。然レトモ假リニ公益ト私益トヲ法學上區別シ得ルトスルモ吾人ノ普通思想ニ於テ私法

ナリトスル民法ノ規定ニ準據シテ慈善宗教學術ノ如キ普通所謂公益ヲ目的トスル法人ノ設立シ得ラルヘキコトヲ説明スル能ハサルニ至ルヘシ。

其二ハ法律關係ニ依リテ區別セントスル學說ニシテ公法トハ權力關係ノ規定ニシテ私法トハ平等關係ノ規定ナリトスルニ在リ。此說ハ人類ノ生活關係ニ二方面アルコトヲ基礎トシ、從ツテ之レヲ規律スル秩序モ亦二方面ニ分類シテ思考スルコトヲ得ルモノナリトスルモノナルカ故ニ立論ノ基礎ノ確實ニシテ最モ有力ナル學說タルヲ失ハス。或ハ總テノ權力關係ハ公法關係ニ非ス權力關係ナルモノハ單ニ國家ト臣民トノ間ニ於テ存スルノミナラス私人相互ノ間ニ於テモ亦存シ荷モ其關係カ單純ナル經濟上ノ給付ニ止マラサルモノハ例ヘハ船長ト船舶ノ乘組員トノ關係、學校ト生徒、工場ト徒弟トノ間ニ於テモ亦權力關係存在シ然モ此關係ハ私法關係ナルカ故ニ總テノ權力關係ノ規定ヲ以テ公法ナリトスルハ誤ナリト駁スル者アルニ對シ此說ノ論者ハ民法典商法典ノ如キ法典其物ハ公法私法ノ混淆ニシテ之レヲ純然タル私法ナリトスルハ駁者ノ獨斷ニ出ツルモノニシテ此種ノ法典中ニモ權力關係ノ規定アルコトヲ妨スト主張ス。カクテ此說ハ終始一貫セ

ル論理ヲ以テ其主張ヲ貫カントスルノ點ニ於テ大ニ多トスヘキモ少クトモ普通思想ニ反スルノ議ヲ免レサルヘシ。尙又此說ヲ以テハ近時學者ノ所謂國際公法ノ存在ヲ説明スル能ハサルヘク或ハ國際公法ハ法ノ未タ幼稚ナルモノナリト爲スカ或ハ其規定カ對等者間ノ關係ナルヲ以テ私法ナリトスルノ止ムナキニ至ルヘシ。

其三ハ法律關係ノ主體ニ依リテ區別セントスル學說ニシテ公法ハ團體法ニシテ私法ハ個人法ナリトスルニ在リ。

即チ團體ノ組織、團體相互間ノ關係、團體ト其分子トノ關係ヲ規定スルモノハ公法ニシテ團體ヨリ獨立ナル個人相互ニ關スル規定ハ私法ナリトスルナリ。或ハ此說ニ對シ同一法律關係カ時ニ公法關係タリ時ニ私法關係タルコトノ結果ヲ生スルヲ以テ適切ナル區別ナリト云フコト能ハストシ之レカ例示トシテ雇傭關係ニ於テ國家ト人民トノ間ノ雇傭關係ハ公法關係トナリ個人間ニ於テハ私法關係トナルト論ス。然モ此非難ハ當ラサルヘシ。何トナレハ國家ノ如キ團體モ亦私人ト平等ノ地位ニ立チテ私法ノ適用ヲ受クルコトアルヘク此適用ヲ受クルノ故ヲ以テ直

チニ原則トシテハ個人間ノ秩序ヲ維持スル規則ヲ以テ時ニ公法トナルモノナリト論スルハ不當ナレハナリ。然レトモ此說ノ如ク廣ク團體ニ關スル法ヲ以テ公法ナリトスルハ普通思想ニ反スヘク、吾人ノ日常生活ニ於テ自然ノ人格者ト多クノ點ニ於テ同一ノ取扱ヲ受クル所謂私法人タル會社ノ如キ團體ニ關スル法ヲ以テ公法ナリトセサル可ラサルニ至ツテハ遂ニ公私法ノ區別標準ノ那邊ニアルヤヲ知ラサラシムルニ終ルヘシ。

法律關係ノ主體ニ依リテ法ヲ公私ニ區別セントスルノ學說ハ其根柢ニ於テ誤謬ニ非ス。蓋國家自體ノ生活關係ト國家ヨリ自由ナル個人ノ生活關係トハ其性質相異ナルヘク主トシナ之ヲ律スル法規カ從ツテ其性質ヲ異ニスルハ疑ナキ所ナレハナリ。

抑近世國家ハ自ラ法ヲ以テ其統治權行使ノ範圍ヲ確定スルヲ常トス。故ニ確定セザレタル範圍内ニ於ケル統治權ハ事實上ノ統治權ニ非スシテ法上ノモノタリ。換言スレハ統治權ハ法上制限セラレタル意カタリ。此ノ如ク事實上ノ統治權ヲ制限シ以テ統治權ヲ享有セル共同體ヲ拘束スル法ヲ公法ト云フ。而シテ統治權ノ享有

スル共同體ニ關係ナク社會ニ於ケル個人相互ノ關係ヲ規定セルモノハ私法ナリ  
 (イェリネツク近世普通國家法第十二章第三百四十八頁グマイヤー國法學第十五項第四十四頁)

國家ハ固有ニ統治權ヲ享有ス。國家以外ニ統治權ヲ享有スルモノハ皆國家ヨリ付與セラレタルモノナリ。近世國家ニ於テハ國家内ノ團體ノ存在ヲ認ムルコトカ國家ヲ發達セシムル所以ナルコトヲ覺知シ以テ一定ノ範圍内ニ於テ統治權ヲ行使スルノ自由ヲ認ム。此ノ如キ團體ハ即チ自治團體ナリ自治團體ノ組織其相互ノ關係、自治團體ノ國家ニ對スル權利義務、自治團體ノ團體員ニ對スル權利義務等ニ關スル法ハ國家ヨリ付與セラレタル統治權ノ限界ヲ確定スル法規ニシテ公法ナルコト更ニ疑ヲ容レズ。

國際交通ノ盛ナル現今ニ於テハ文明各國ハ相團結シテ各自ヲ其統治權行使ノ範圍ヲ制限シ平時及戰時ニ於ケル行動ノ準則ヲ確定ス。國際法ハ即チ文明各國ノ協定又ハ容認ニ基ク法規ニシテ組合規約ト其性質ヲ同シクシ他ノ權利主體ニ依リテ自己ノ統治權ヲ制限セラルルニ非スシテ各自ヲ其行動ノ範圍ヲ確定スルモノ

ナリ。國際法ノ公法ナルコト更ニ又疑ヲ容レサル所ナリ。  
 國家カ其統治權行使ノ範圍ヲ確定スル結果トシテ其行使ニ必要ナル機關ヲ確定シ其權限ヲ明ニシ其機關相互ノ關係ヲ明ニスル法即チ機關法ノ公法ナルコトハ言ヲ俟タサルヘク統治權制限ノ結果トシテ生スル臣民ノ國家ニ對スル權利義務ニ關スル法規國家ノ臣民ニ對スル權利義務ニ關スル法規カ又公法ナルコト説明ヲ要セサルヘシ。

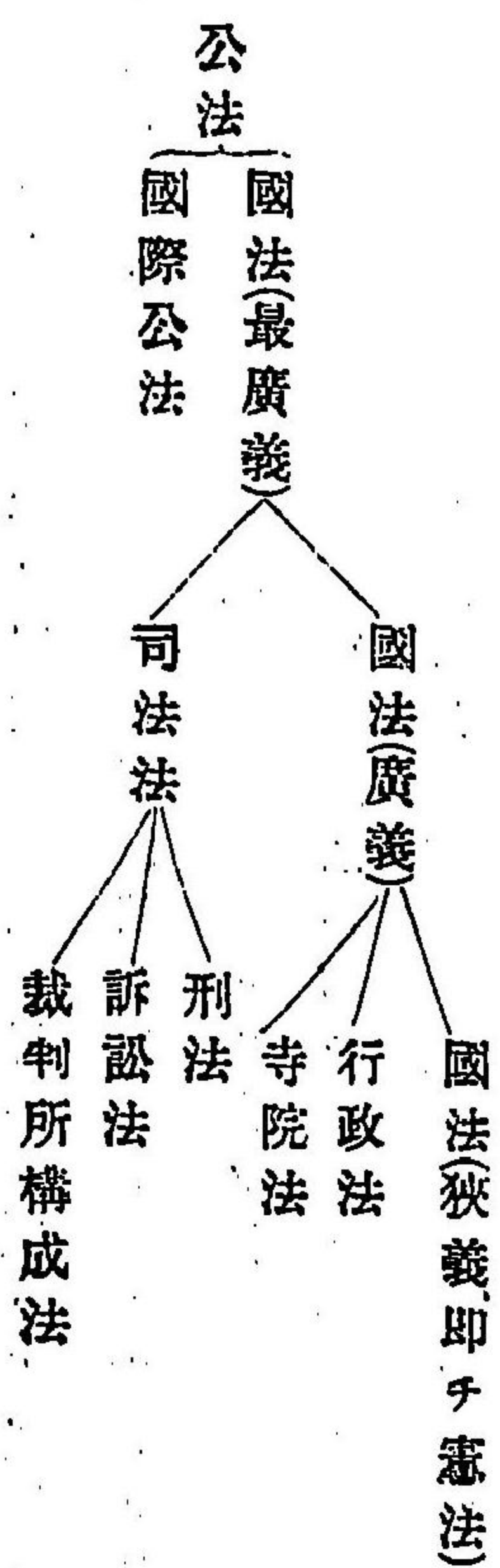
### 第三節 公法ノ系統

公法ハ之ヲ國際公法ト國內公法トニ分ツ。國際公法トハ文明各國ノ合同行爲(明示又ハ慣行ニ依ル)ニ依リ各國家ノ他ノ國家ニ對スル權利義務ヲ規定スル法規ニシテ國內公法トハ各國家カ他國家ト協定スルコトナク自國統治權ノ行使ヲ制限スル法規ナリ。故ニ國內公法ハ之ヲ最廣義ノ國法ト云フ。始メテ法ヲ公私ニ分類シタル羅馬時代ニ於テハ一團タル國法ヲ以テ公法ノ全部ナリトセシモ近世國家法ノ發達ニ從ヒ公法中更ニ多數ノ分科アルコト認メラルルニ至レリ。カクテ國家ノ刑罰權、處罰セラレタル者ノ義務等ニ關スル規定即チ刑法及國家ヲ代表スル司法官

訴訟當事者ノ權利義務ヲ規定スル刑事訴訟法、民事訴訟法ハ更ニ一分科ヲ構成スルニ至レリ。此刑法及訴訟法ニ司法裁判所ノ組織ヲ定ムル法即チ裁判所構成法ヲ加ヘテ所謂司法法ヲ形成ス。司法法ハ最廣義ノ國法中公法系統ニ於テ更ニ一個ノ格段ナル位置ヲ占ム。其殘餘ノ國法ハ即チ廣義ノ國法タリ。  
 近世ニ至ル迄國家ノ行政行爲ハ唯單ニ隨時適應ノ主義ニ依リテ支配セラレ、從ツテ法學上ニ多クノ趣味ヲ與ヘス之レカ研究ノ等閑視セラレタルヲ見ル。近時ニ至リ文明各國ニ於テ所謂狹義ノ憲法制定セラレ行政ノ區域ニ於テ立法ノ分科發達スルト共ニ他方ニ於テハ行政ニ對スル法規ニ基ク監督ノ制確立セラレタル以來國家ノ行政行爲ニ對スル法的觀察ハ其發達ニ於テ大ニ見ルヘキ者アリテ佛國ニ於ケル行政法ノ發達ヲ始メトシテ獨逸ニ於テモロバートフオン、モール以來行政法ノ理論ハ大ニ研究セラレ茲ニ行政行爲ニ關スル法ハ一分科ヲ形成スルニ至レリ。尙歐洲諸國ニ於テハ古來ノ沿革ニ基キ國家以外ノ權力者タル寺院ニ關スル法即チ寺院法ノ一分科トシテ存スルヲ見ルカクテ廣義ノ國法ヨリ寺院法及行政法ヲ除キタルモノハ即チ狹義ノ國法又ハ憲法タリ。



狹義ノ國法ト行政法トハ廣義ノ國法ト司法法トノ間ノ如ク其間明確ナル區別ヲ存スルモノニ非ス。兩者ノ區別ハ性質ノ差ニ非スシテ程度ノ差ナリ。或ハ狹義ノ國法ハ國家根本ノ組織及行動ヲ論スルモノニシテ行政法ハ行政機關ノ組織及行動ヲ研究スル學ナリト稱スルモノアリ。此區別ハ全然誤謬ニ非スト雖モ國法學ニ於テモ亦行政機關ノ組織、行政官吏ノ意義、法律及命令ノ行政ニ對スル關係乃至行政行為ノ法律上ノ性質等ノ概梗ヲ論究セサレハ以テ完全ナリト云フヲ得ス。サレハ行政法ハ國法學ノアル部分ニ付キ更ニ精密ナル研究叙述ヲ爲ス學ナリトスルヲ穩當トスヘシ。尙國家内ノ公法上ノ團體タル自治團體ニ關スル法ハ更ニ行政法中ニ於ケル一分科ヲ形成ス。



#### 第四節 權利ノ觀念

權利ノ本質如何ニ付テハ古來幾多ノ學說ノ存スルヲ見ル。其主ナルモノヲ二トス。曰ハク意思說(Willensstheorie)曰ハク利益說(Interesstheorie)之レナリ。權利ノ本質ヲ以テ意思ナリトスルノ學說ハヘーゲルノ主唱以來廣ク認メラルル所ニシテ此影響ノ下ニ權利ハ意思ノ支配(Willensherrschaft)ナリトシ(例ヘハウンゲルノ如キ)意思ノ内容(Willensinhalt)ナリトシ(例ヘハウンゲルノ如キ)意思ノ力(Willensmacht)ナリトシ(例ヘハウンゲルノ如キ)意思ノ欲シ得ヲ力(Wollendürfen)ナリトシ(例ヘハウンゲルノ如キ)意思ノ欲シ能ヲ力ナリトスル等意思ノ態容ニ付キテハ見解又分歧ス。意思主義ノ權利說ヲ駁撃シテ最モ有名ナル者ハイエリングナリトス。彼レハ意思說ハ權利ノ本質ヲ論スル者ニ非スシテ權利ノ形體ヲ説クモノナリトシ。權利ノ主格ハ意思ノ主體ニ非スシテ受益ノ主體ナリト論シ。權利ヲ意思ナリトセハ兒童又ハ狂者ノ如キハ權利ノ主體タルコトヲ得サルヘシト云ヘリ。(羅馬法精神論第三卷二十七頁以下)意思說ヲ辯護スル者ハ之レニ對シテ意思ハ必スシモ常ニ受益ノ主體ノ意思タルコトヲ必要トセス。兒童又ハ狂者ノ如キ場合ニ於テハ後見人ノ意思

ハ法上ニ於テハ兒童又ハ狂者ノ意思ト看做サルルヲ以テ此等ノ者カ權利ノ主體  
 タリ得サルコトナキヲ以テス。然レトモ此辯護ヲ以テシテハ少クトモ後見人ノ缺  
 欠セル場合ニ於ケル兒童又ハ狂者ノ權利ヲ説明スル能ハサルニ終ルヘシ。  
 權利ノ本質ヲ以テ意思ナリトスル説カ眞理ナリトスルモ單ニ法ニ依リ認メラレ  
 タル意思カ權利ナリト説明スルハ未タ其要ヲ得タルモノニ非ス。抑意思ハ特定ノ  
 内容ヲ有セサル可ラス人ハ唯欲スル能ハスシテ必スヤ或ル事ヲ欲セサル可ラス。  
 凡テノ權利ヲ付與スル法規ハ或ル事ヲ欲スルコトヲ内容トス。換言スレハ法規ノ  
 認ムル所ハ常ニ特定ノ目的ヲ有スル意思ナラサル可ラス。單純ナル意思説カ此觀  
 念ヲ閑却シタルハ少クトモ其缺點タルヘシ。

權利ノ本質ヲ以テ利益ナリトスル學說ハイエリングニ依リテ極メテ明瞭ニ論述  
 セラレタリ。彼レカ羅馬法精神論ニ於テ權利ハ法ノ保護スル利益ナリト論セシ以  
 來獨逸ニ於テハ多クノ反對者ヲ出セシニ拘ハラヌ今尙大ナル勢力ヲ有ス。

利益主義ノ權利説ヲ駁撃スル者ノ一ハ權利ヲ利益ナリトスレハ利益ヲ受ケサル  
 者ハ權利ナシト云ハサル可カラス然モ法上權利ト認メラルルモノモ主觀的ニハ

不利益ナルモノアリ。又客觀的ニモ不利益ナルモノアリテ此ノ如キモノヲ取得ス  
 ルハ權利ノ取得ニ非スト云ハサル可ラサルニ至ラント論ス。然レトモアル關係カ  
 利益ナリヤ否ヤハ個人的ノ價值ノ算定ニ依ルニ非スシテ平均價值ノ算定ニ依ル  
 モノニシテ此平均價值ハ法規ノ認ムル所ナルヲ知ラサル特定ノ場合ニ於テ特定  
 人ノ關係ニ於テ不利益ナリトスルモ毫モ利益説ヲ取スルノ理由トナルモノニ非  
 サルナリ。又他ノ駁者ハ法ノ保護ニ依リテ利益ヲ受クル場合ニモ權利ナキコトア  
 ルヲ以テシ其定義ノ廣キヲ責ム。然レトモイエリングハ既ニ此種ノ駁撃ヲ豫想シ  
 法ノ反射ニ依ル利益ハ法ノ直接ノ結果ニ依ル利益ニ非スト爲シ反射作用ヨリ生  
 スルニ非サル利益ハ即チ權利ハ訴訟ヲ以テ強制シ得ヘキモノナリトセルカ故ニ  
 攻撃トシテハ寧ロ當ラサルヘシ。

抑法カ權利ヲ認ムルハ之レニ依リテ主體ニ利益ヲ得セシメントノ目的ニ出ツ。換  
 言スレハ權利ヲ享有セシムルハ或ル事ヲ欲スルコトヲ満足セシメントスルカ爲  
 メナリ。サレハ權利ハ目的自體ニ非スシテ目的ヲ得ントスル爲メノ手段タリ。目的  
 ハ利益ナリ。權利ハ手段ナリ。サレハ權利ノ本質ヲ以テ利益ナリトスル一説ハ目的

ト手段トヲ混同セル誤ヲ有スルコトハ掩フ可カラサル所ナリ。

吾人ハ權利ノ本質ヲ以テ次ノ如ク定義セントス。

權利トハ法ニ依リテ認めラレタル自己ノ利益ノ爲メニ主張シ得ヘキ能力ナリ。

一 權利ナル觀念ハ法ノ創造物ニシテ人類天賦ノ權利ナルモノ存ストスルハ事實上人類ノ具有セル實力ヲ以テ權利ナリトスル誤謬ニ基ク然レトモ權利ニハ法カ事實上ノ實力ヲ認めタルヲ以テ權利ト爲リタルモノト法カ始メテ付與スルニ依リテ生スル權利トアルヲ知ラサル可ラス。

二 從來權利ノ本質ヲ以テ意思ナリトスル者ハ常ニ權利ノ動態ヲノミ觀察シテ其靜態ニ思ヒ至ラサルカ如シ抑權利ハ抽象的潛勢的ノモノニシテ具體的現實的ノモノニ非ス法ハ或ル人ノ人又ハ物ニ對スル關係ヲ保護センカ爲メニ之レニ必要ナル能力ヲ認め。狂者又ハ兒童カ自然ノ意思ヲ有セストスルモ法ハ是等ノ者ニモ亦其有スルアル關係ヲ保護シ又アル關係ヲ有セシムルコトカ國家ノ利益ニ合致スルモノナリトシテ之レニ必要ナル能力ヲ付與ス。故ニ後見人ヲ欠缺セル場合ニ於テモ狂者又ハ兒童ハアル權利ヲ享有スルコトヲ得ヘシ或ハ行使シ得ラレサ

ル權利ナキノ理由ヲ以テ此主張ヲ否定セントスル者アレトモ當ラス。何トナレハ此場合ニ於テモ權利ハ本人ノミニテハ行使シ得ラレサル狀態ニアルニ止マリ其權利カ本質上絶對ニ行使シ得ラレサルモノニ非サレハナリ。權利自體ハ權利ノ行使ト其觀念ヲ異ニス權利自體ハ法ノ認めル能力タリ。此能力ハ更ニ自然ノ意思ヲ基礎トセル發動的意思ヲ俟ツテ現實ニ特定ノ利益ヲ獲得スルコトヲ得而シテ此發動的意思ハ事實上自己ノ力タルト他人ノ力タルトヲ問ハス法上ニ於テハ常ニ自己ノ意思ト看做サルナリ。サレハ權利ハ直チニ自己ノ利益ニ非スヘシ其行使ニ依リテ利益ヲ獲得シ得ヘキ基礎タルニ過キササルナリ。近時獨逸ニ於テ請求權ノ觀念漸ク發達シ來リタルハ權利ヲ靜態ノモノナリトシ特種ノ處分力ヲ流出セシムル田地ナルコト認識セラレタルニ依ル。

本來事實上ノ意思ヲ有セサルモノニ對シ能力ヲ認めルコトヲ不可能ナリトシテ吾人ノ論定ヲ非難スルモノアリ法ハ元ヨリ事實上ノ意思ナキ者ニ對シ事實上ノ意思ヲ與フル能ハスト雖モ或能力アルモノトシアル狀態ニ之レヲ置クコトハ決シテ不能ニ非サルナリ。自然ノ意思ナキ者ノ權利ニ對スル關係ハ赤子ニ小判ハ何

等ノ價值アルモノニ非スト雖モ小判ヲ付與シ得可ラサルノ理ナク小判ハ唯此狀  
態ニ於テ單獨ニテハ利用シ得ラレサルノミナルト其關係相同シ。

三 能力ハ必スアル内容ヲ有セサル可ラス權利ハ自己ノ利益ノ爲メニ主張シ得  
ヘキ能力ナラサル可ラス利益ハ目的ナリ能力ハ手段ナリ權利ハ此目的ヲ達セン  
カ爲メノ手段ヲ指稱スルニ外ナラサルナリ。

### 第五節 公權及私權

法ヲ公私ニ區別スルト同シク權利モ亦之レヲ公權及私權ニ區別セラル。而シテ何  
ヲ以テ公權トシ私權トスルカニ付テハ公法私法ノ區別ニ付テ諸說アルカ如ク之  
レニ相照應シテ幾多ノ說ノ存スルヲ見ル。

法ノ目的タル利益ノ公私ニ依リ法ヲ區別セントスル論者ハ又公權トハ公益ノ爲  
メニ認メラレタル權利ニシテ私權トハ私益ノ爲メニ認メラレタル權利ナリト主  
張ス。然レトモ公益私益ノ區別ノ難キコト既ニ述ヘタルカ如キモノアルノミナラ  
ス國家カ權利ヲ認ムルハ其公私ニ別ナク常ニ同時ニ公共ノ利益ニ合致セルカ爲  
メナルヲ知ラハ此區別ノ要ヲ得サルコトヲ知ルニ足ラン。

公法ヲ權力法ナリトシ私法ヲ財產法ナリトスル者(ゾームノ如キ)ハ私權ヲ以テ財  
產權ナリトシ公權ヲ以テ然ラサル權利ナリト解ス。然レトモ普通私法ナリトスル  
親族關係ノ法ハ權力法ヲ含ミ之レニ依リテ生スル權利ハ財產權ナラサルモノア  
ルヲ以テシテモ財產權ノミヲ私權ナリト云フ能ハサルヘク、權力關係ヨリ生スル  
權利ニシテ財產ニ關スルモノ多クアルヲ以テ(例ヘハ官吏ノ俸給權)總テノ財產權  
カ私權ナリトモ云フ能ハサルナリ。

公法ヲ權力關係ノ規定ナリトシ私法ヲ對等關係ノ規定ナリトスル者ハ公權ト私  
權トノ區別ヲ外形上ノ標準ニ依リテ解決セントシ實際ノ場合ニ於テ民事裁判所  
カ決定スヘキ職權ヲ有スルヤ否ヤノ點ニ其標準ヲ置カントス。然レトモ民事裁判  
所及行政裁判所ノ權限ノ分配ハ決シテ當該訴訟事件ノ内部ノ性質ニ對スル標準  
タリ得ヘキモノニ非ス。何トナンハ事件ノ先決問題トシテハ民事裁判所モ亦必ス  
公權ヲ決定スルヲ要シ行政裁判所モ必ラス私權ニ關シテ決定セサル可ラサレハ  
ナリ。加之私權ト公權トハ同一事件中ニ極メテ密接シテ存在シ訴訟手續ニ於テモ  
此二要素ヲ全ク分離スルコト不可能ナルモノアルヲ知ルニ於テ此說ノ採用ス可

ラサルヲ覺知セン。

公權ト私權トヲ其本質ニ依リテ分類セントシテ有名ナル者ハイエリネツクナリトス。彼レハ其著公權論ニ於テ(木村氏及余ノ譯本第五十四頁以下)曰ハク、『私法ハ經濟上ノ交通關係ヲ規定スルモノナレハ個人ノ自由ノ行動ニ何等新要素ヲ加フルモノニ非ス。其法律關係ハ法ノ規定ニ依リテ支配セラルル以前已ニ生活關係トシテ久シク存在セシモノナリ。法規ハ唯此個人ノ行爲ヲ許サレタル行爲トシテ承認スルノミ。換言スレハ法ハ個人ノ意思カ一定ノ方向ニ向ツテ其自然ノ自由ヲ利用スルヲ許容スルノミ。此法ニ依リテ許サレタルモノノ全體ヲ以テ法律上爲スコトヲ得ル行爲(Rechtliche Dürfen)トス。此爲スコトヲ得ル行爲ノ特質ハ禁止ノ效果ヲ觀察スレハ自ラ明ナリ。總テノ禁止ハ何々スルコトヲ得スト云フ定式ニ於テ表ハル。然レトモ其效果ハ決シテ禁セラレタル行爲ヲ不可能トナスノ義ニ非スシテ唯其行爲ヲ違法ト爲スノミ。禁止アリテココニ個人ノ自然ノ自由ハ法規ノ支配ノ下ニ立ツ。然レトモ之ニ依リテ其自由カ消滅スルモノニ非ス。絶對的強制ノ此自由ヲ不可能ナラシムル場合ノ外ハ禁止ノ法規アルモ尙其行爲ヲナシ此自由ヲ實現シ

得ヘシ、サレハ爲スコトヲ得スト云フコトハ爲シ能ハスト云フコトヲ意味セザルナリ。之レニ反シテ法規ハ又個人ノ行爲能力ニ其自然ニハ有セサル或ルモノヲ附加スルコトヲ得ヘシ、殊ニ法規ハ個人ニ與フルニ其行爲ヲ權利トシテ承認セラレ從ツテ國家ノ保護ヲ受クヘキ請求權ヲ以テスルヲ得ヘシ。此ノ如キハ個人ノ行爲ニシテ從來法律上無關係ナリシモノヲ法律上ノ關係アル行爲ト宣告スルコトヲ國家ニ要求スルモノニシテ本來個人ノ自然ノ自由中ニ存スルモノニ非ス。何トナレハ其性質上個人ノ意思ノ左右シ得サル國家ノ決定ニ屬スレハナリ。此ノ如ク法規ニ依リ附加セラレタルモノハ法律上ノ爲シ能フ(Rechtliche Können)力ナリ。爲シ能フハ爲スコトヲ得ト全ク相反對スルモノナリ。故ニ無能力者ハ契約ヲ爲スコトヲ得サルニ非ス。爲シ能ハサルナリ。ヨシ之レヲ爲ストモ契約ハ發生セサルナリ。彼ハ行爲ヲ爲スモ法律行爲トシテハ存在セス。法律上何等ノ意義ナキ行爲アルノミ。カクテ法律上關係アル能力ニシテ法規ニ依リテ附與セラレタルモノノ全體ヲ法律上爲シ能フ行爲(Rechtliche Können)ト云フ。』ト論シ進ンテ『爲シ能フト爲スコトヲ得トハ相對シテ獨立ナリ。即チ爲シ能フコトハ存在シテ然モ爲スコトヲ得ト云

フコトハ缺クル場合アリ、一行爲ニ對シテ其能力ハ附與セラルルモ其行使ハ禁セラルルコトアリ、爲シ能フコトハ爲スコトヲ得ルコトナクトモ存在シ得ヘキノミナラス、爲スコトヲ得スト兩立スルコトヲ得然レトモ爲スコトヲ得ト云フコトハ「爲シ能フニ非サレハ決シテ之レアルヲ得ス」ト説キ法律上爲シ能フコトカ爲スコトヲ得ト關係ナクシテ存在スルモノヲ公權ナリトシ、爲スコトヲ得ト同時ニ爲シ能フヲ包含スルモノヲ私權ナリト説明ス、多數ノ私權ノ基礎ハ法ノ規定ニ依リ支配セラルル以前ニ於テ既ニ生活關係トシテ久シク存セシ所タルハ疑ヲ容レスト雖モ總テノ私權ノ基礎カ皆然リトスルハ獨斷ニ過クルノ嫌ナシトセス、統治權行使ノ範圍ヲ確定スル法規ノ關係ニ於テ發生スル個人ノ權利ハ皆爲シ能フヲ以テ其内容ト爲スコト更ニ疑ヲ容レスト雖モ換言スレハ公法ノ規定ニ依リテ認めラルル個人ノ權利ハ皆爲シ能フヲ本質トスルモ私人相互ノ關係ヲ確定スル法規ニ依リ認めラルル權利ト雖モ亦爲シ得ルヲ内容トセシテ法ノ規定以前ニ於ケル生活關係ニ於テハ存在セサルアルモノヲ附與スルニ依リテ生スル權利ノ存在スルヲ得ルナリ、特許權、著作權ノ如キハ普通人ノ私權ナリトスル所ニシテ法ノ規

定以前ニ於テハ絶エテ其基礎アルコトナシ、或ハ特許權、著作權ノ如キモ法ノ規定以前ニ於テ最新ノ發明又ハ著作物ヲ複製スルコトヲ得ル事實ノ存在ハ物ノ所有者カ他人ヲ排除シテ之レヲ專用シ賣買ニ於テ買主カ物ノ引渡ヲ請求スルヲ得賣主カ代價ヲ請求スルヲ得ル事實ノ存在ト毫モ異ナル所ナシトナシ、此等ノ權利モ亦爲スコトヲ得ルヲ内容トスル權利ナリト主張スル者アランモ蓋シ強辯ナルヘシ、何トナレハ最新ノ發明又ハ著作物ヲ複製シ得ルノ事實アランモ他人ヲ排除シテ自己ノミ發明ノ特典ヲ擅ニシ、著作物ノ複製ヲ專用スルコトヲ得ルカ如キ事實ハ法ノ規定以前ニ於テ存セサル所ナレハナリ、要スルニイエクネツクノ説ハ其大部分ニ於テ眞理ニシテ個人ノ公權ノ本質ニ付テハ異論ヲ挾ム餘地ヲ存セサレトモ其ノ私權ニ付テハ疑ヲ容ルルコトヲ得ヘシト信スレトモ尙研究ノ餘地多カルヘシ。

公權ヲ私權ヨリ區別スルハ公法ト私法トノ區別ヲ基礎トスルヨリ以外ニ之レヲ求ム可ラス、即チ私權ヲ以テ個人相互ノ關係ヲ確定スル法規ニ依リテ認めラレタル權利ナリトスルニ對シ公權ハ統治權ノ範圍ヲ確定スル法規ニ依リテ認めラル

ル權利ヲ指稱ス而シテ統治權ハ命令シ自ラ強制シ得ル權力ナルカ故ニ此範圍ノ制限ニ關スル法規ハ或ハ命令強制ヲ規定スルモノアリ然ラサルモノアリ其ノ命令強制ヲ規定スル法規ニ依リテ認メラルル權利ハ直チニ公權ナルコトヲ認識シ得ヘキモ命令強制ナラサル法規例ヘハ國家カ臣民ニ權利ヲ附與シ義務ヲ負擔スルカ如キ法規ニ依リテ認メラルル權利ハ私權ト區別スルコト頗ル難シ之レヲ概言スレハ國家カ臣民ノ服從義務ニ基クニ非スシテ單ニ財產上ノ收入ヲ得ンカ爲メニスル法規ノ關係ニ於テ權利ハ多クノ場合ニ於テ私權ナリト云フヲ得ヘシ然レトモ國家カ其法規ノ關係ヲ以テ主トシテ公共ノ利益ノタメニスルコトヲ明定セル場合ニ於テハ之レニ依リ生スル權利ハ公權ナリ要スルニ統治權ヲ有スル團體以外ノ法人又ハ自然人相互ノ關係ヲ規定スル法規ニ基キ生スル權利及統治權ヲ有スル團體カ自ラ公共ノ利益ノ爲メニスルコトヲ明示セスシテ財產上ノ關係ニ於テ約束ノ豫定條件ヲ規定セル法規ニ基キ生スル權利ハ私權ニシテ其以外ノ權利ハ多クノ場合ニ於テ公權ナリト云フヲ得ヘシ

### 第六節 公權ノ系統

公權ハ國家カ統治權發動ノ範圍ヲ確定スル法規ニ依リテ認メラルル權利ナルヲ以テ此權利ノ主體ハ必スヤ國家國家内ノ自治團體又ハ個人ニシテ國家ノ公權ハ他ノ國家自治團體又ハ個人ニ對シ自治團體ノ公權ハ國家他ノ自治團體又ハ個人ニ對シ個人ノ公權ハ國家又ハ自治團體ニ對シテ存在シ個人カ他國人ニ對シテ公權ヲ主張スルコトアリ能ハサルナリ或ハ國家カ他ノ人格者ニ對シテ有スル公權ノ存在ヲ否認スル者アリ(オットマイヤー)或ハ又個人ノ國家ニ對スル公權ノ存在ヲ否定スル者アリ(ホルンハック) オットマイヤーハ公權ハ公ノ權力自體ニ對スル法律上ノ力トシテノミ成立スルコトヲ得ルモノニシテ此力ハ權利トシテ成立スルニハ更ニ權利タル性質ヲ以テ一定ノ限界ヲ限ラレ而シテ其主體ト相連絡セラレタルコトヲ要ストシ國家ノ權力發動カ法規ニ依リテ確定セララルルモ其ハ外部ヨリ與ヘラレ國家ト連絡セシメラレタルモノニ非ス公ノ權力ヲ權利ノ目的トシテ特ニ附與シ限界ヲ限ルモノニ非スシテ所謂國家ノ公權ト稱スルハ何レモ國家ノ大ナル一般的統治ノ權力ノ個々ノ發現ニ外ナラズ從テ其權力ノ上ニ行ハルル特別ノ權利ニ非スト爲ス然レトモ國家カ自ラ法規ニ依リ事實上ノ統治權ノ發動

ノ範圍ヲ確定スルハ一面ニ於テハ臣民ノ人格ヲ承認スルコトトナルト同時ニ統治權ハ法ニ依リテ制限セラレタル法カトナリ其利益ハ法益トナル。若シ國家ノ公權ヲ否認シ國家ヲ以テ權利ノ外ニ超然タルモノナリトセンニハ遂ニ個人ノ公權ヲモ否定セサル可ラサルニ至ルヘシ。何トナレハ個人ノ公權モ亦國家及個人ナル二個ノ權利主體ノ關係ニ依リ始メテ思考シ得ヘキモノナレハナリ。ボルンハックハ又之レト反對ニ個人カ國家ニ對シテ公權ヲ有スルコトハ觀念上思考シ得ヘカラサル所ナリト爲シ、本來權利ハ二個ノ權利主體カ法規ノ下ニ相對立スルニ依リテ生スヘキモノナルニ此場合ニ於テハ國家ニ對シテ絕對服從ノ狀態ニ在リ、國家ハ法規ノ淵源トシテ法ノ上ニ在ルカ故ニ到底個人ノ國家ニ對スル公權ヲ想像シ得ストシ、更ニ之レヲ權利ト假定スルモ國家ハ何時ニテモ此權利ヲ破棄シ得ヘキ地位ニアリテ國家ハ個人ノ要求ヲ満足セシムルト否トヲ決定スヘキ專權ヲ有シ、兩者ノ間ニハ拘束力アル法律關係ノ生セサルヲ以テ遂ニ權利ト稱スル能ハサルニ至ルヘシト論ス。國家ハ法規ヲ制定シ之ヲ改廢シ得ルノ自由ヲ有スルコト氏ノ說ノ如シト雖モ法規ヲ以テ國家カ全然統治權發動ノ範圍ヲ制限シタル場合ニ於テ

其範圍ニ於テ臣民ハ國家ニ對シテ與ヘラレタル法規ニ基キ自己ノ利益ヲ主張シ得ヘキ狀態ニ在ルコトハ到底否定ス可ラス。故ニ此法規ノ變更ハ廢止ニ基キテ既存權利ノ消滅スルコトアルモ消滅スルコトアルノ故ヲ以テ權利ナシト稱スル能ハサルナリ

國家ハ本來事實上統治ノ權力ヲ有ス。法規ニ依リテ其範圍確立セラレ制限セララルモ個々ノ場合ニ於ケル公權ノ種類ハ舉ケテ數フ可ラス。換言スレハ國家ノ方面ニアツテハ其公權ノ種類ヲ知ラント欲スルヨリモ寧ロ其義務ノ方面ヨリ觀察スルヲ至當ナリト信ス。之レニ反シテ臣民ニアリテハ國家又ハ自治團體ニ對スル義務ノ方面ハ多種多様ナルヲ以テ其權利ノ方面ヨリ觀察シ其種類ヲ確定スルコトヲ至當トス。

個人ノ公權ハ之レヲ三種ニ區別スルコトヲ得

(一) 國家ヨリ自由ヲ侵害セラレサル權利

國家ハ統治權發動ノ範圍ヲ確定シ臣民ノ國家ニ對シテ服從スヘキ限界ヲ確定ス。故ニ此範圍以外ニ於テハ臣民ハ自ら自己ノ主人タルノ身分ヲ有シ、國家ヨリ自由



ニシテ其命令權ニ從ハサルノ範圍ヲ有ス。此ノ範圍ハイエリネックノ所謂消極的身分<sup>パス</sup>ニシテ此身分ニ於テ臣民ハ自己ノ自由ナル動作ニ依リテ自己ノ目的ヲ満足セシメ得ヘシ。カクテ臣民ハ己ノ範圍ニ於テ國家ニ對シ其自由ヲ侵害セラレサルコトヲ請求スルノ權利ヲ有ス。此權利ハ自由權トシテ一般ニ稱ヘラルル所ニシテ所謂住居及移轉ノ自由、身體ノ自由、信書ノ秘密、所有權ノ不可侵、住所ノ不可侵、集合結社ノ自由及言論出版ノ自由ノ如キ皆此權利ノ種類ニ屬ス。

所謂自由權カ權利ナルヤ否ヤニ付テハ從來論爭セラレタル所ニシテゲ、マイヤーノ如キハ其權利ナルコトニ付テ殆ント自明ノ所ナリトシテ疑ハス。(國法學第三十頁)ゲルバー(公權論第十四頁註二)ラーバンド(國法學第一卷第四百一頁以下)ザイデル(國法學第一卷第五百七十一頁)ハ之レヲ權利ニ非スシテ單ニ客觀的ノ法ノ規定タルニ止マリ國家ニ對スル禁止ニシテ個人ニ對スル保障ニ非スト主張ス。蓋居住移轉ヲ爲シ、集會ヲ爲シ、結社ヲ爲スコトハ飲食シ、睡眠シ、喫煙スルコトト何等ノ區別ナク天然ニ存スル自由ニ外ナラス。所謂自由權ニシテ此自由ヲ主張シ得ル權利ナリト爲スモノナランニハ之レカ權利タルコトヲ否認シテ可ナリ。然レトモ所

謂自由權ハ違法ニ其自由ヲ制限シ強制セラレサル權利ニシテ國家ノ不行爲ヲ要求シ得ルノ點ニ於テ其權利ノ性質ヲ有ス。或ハ又訴訟法、行政裁判法ニ依リ臣民ノ自由ニ對スル國家ノ侵害ヲ救済シ得ラレサル範圍ニ於テハ其自由權ハ法ノ反射ト何等ノ區別ナク單純ナル法ノ規定ニ止マルト主張スル者アリ。自由權ニシテ訴訟又ハ訴訟ニ依リ其救済ヲ請求シ得ヘキモノト然ラサルモノトハ其權利タルノ效果ニ於テ多大ノ差アルヤ勿論ナリ。然レトモ訴訟又ハ訴訟ニ依リ國家ノ侵害ノ取消又ハ其他ノ處分ヲ請求シ得ラレサルノ故ヲ以テ直チニ此ノ如キ自由權ハ權利ニ非スト稱スルヲ得ス。此ノ如キ自由權ト雖モ亦國家ノ侵害ニ對シテハ之レカ救済ヲ請求シ得ヘク、唯國家ノ側ニアツテハ訴訟權又ハ訴訟權ノ認めラルル場合ノ如ク侵害アリト確定シタルトキハ直チニ之レニ對シテ救済セサル可ラサルト異ナリ任意ニ之ヲ救済スルト否トヲ決定シ得ルノ差異アルノミ。サレハ此ノ如キ自由權ハ法律上ノ保護甚タ不完全ナルモ尙思想上權利ト稱シテ毫モ誤ナキヲ信セントス。

## (二) 國家ノ行爲ヲ要求スル權利

國家ノ總テノ行爲ハ公共ノ利益ノ爲ニ行ハル。然レトモ國家ハ其目的ヲ遂行スルニ際シ臣民ヲシテ自己ノ爲メニ國家ノ活動ヲ要求シ國家ノ設備ヲ利用セシムルコトカ却ツテ公共ノ利益ヲ増進スト認ムルコトアリ。此ノ如キ場合ニ於テ認メラレタル國家ノ活動ヲ要求シ又ハ其設備ヲ利用スル權利ハ即チ第二種ノ權利ニシテ此權利ノ存在スル範圍ハイエリネックノ所謂積極的身分ナリ。國家ノ行爲ヲ要求スル權利ハ之レヲ司法作用ニ對スル權利ト行政作用ニ對スル權利トニ區別スルコトヲ得ヘシ。前者ハ司法機關(裁判所)ノ行爲ヲ要求スル權利ニシテ訴訟權ヲ主要ナルモノトシ後者ハ行政機關ノ行爲ヲ要求スル權利ニシテ訴願權及訴訟權其主要ナルモノナリ。

(三) 參政權

國家ハ自然ノ意思ヲ有スルモノニ非ス。國家ノ意思ハ必ス自然人ノ意思ニ埃タサル可ラサルヘク。國家ノ行爲ハ唯自然人ノ行爲ニ依リテノミ行ハルルコトヲ得。カクテ國家カ個人ニ對シ國家ノ機關トシテ活動スルコトヲ得ヘカラシムル權利ハ即チ參政權ニシテ此權利ヲ有スル狀態ハイエリネックノ所謂主動的身分ナリ。

參政權ハ國家ニ對シ國家機關タル地位ニ關スル承認請求權ナリ。此權利ハ分ツテ二トス。一ハ國家機關タル地位取得ノ請求權ニシテ他ハ取得者ノ請求權ナリ。アル事實ノ發生ニ依リ當然國家機關タル地位ヲ取得シ得ヘキ狀態ニアル個人ノ其地位ニ對スル請求權例ヘハ君位繼承ノ順位ニ在ル者ノ君位ヲ繼承スヘキ權利、皇族男子ノ貴族院議員タルヘキ權利ノ如キハ前者ニ屬シ、既ニ國家機關ノ地位ニアル者カ機關トシテ認メラルヘキ請求權例ヘハ官吏ノ權利(官吏カ官吏トシテ認メラルヘキ請求權)選舉權(選舉資格アル者カ選舉者トシテ認メラルヘキ請求權)等ノ如シ。

第七節 公權ノ發生消滅及變更

(一) 公權ノ發生

イ 國家及自治團體ノ公權ノ發生 國家及自治團體ノ公權ハ直接法規ニ依リ又ハ法律上ノ行爲ニ依リテ發生ス。前者ハ國家カ其統治權發動ノ範圍ヲ制限スル法規ニ依リ又ハ自治團體ニ權利ヲ付與スル法規ニ依リテ直接ニ權利ノ發生スル場合ナリ。後者ノ法規ハ單ニ公權ノ發生シ得ヘキ場合ヲ規定セルニ止マリ現實ニ公

權ノ發生スルハ特定ノ法律上ノ行爲ノ存在ニ基ク場合ニシテ分チテ二トス。其一ハ適法ナル行爲ニ基キ發生スル場合ニシテ國家若クハ自治團體ノ行政行爲又ハ國家ノ裁判行爲ノ結果トシテ發生スル公權、公法上ノ契約ニ基キ發生スル公權、臣民ノ特定ノ行爲(例ヘハ義務ノ履行)ニ基キ發生スル公權ノ如キ之レニ屬ス。其二ハ臣民ノ不法行爲ニ依リテ發生スル場合ニシテ刑罰法ノ定ムル所ニ從ヒ、處罰スルノ公權ノ如キ之レニ屬ス。而シテ一國家ノ他國家ニ對スル國際法上ノ性質ヲ有スル公權ハ直接總テノ國際法規ニ依リ又ハ合同行爲ソラインパイルンク契約不法行爲等ニ依リテ發生スヘク、支分國ニ對スル聯邦ノ公權及聯邦ニ對スル支分國ノ公權ハ原則トシテ聯邦法上ニ其發生ノ基礎ヲ有シ、即チ聯邦ノ憲法、法律及命令、支分國ノ不法行爲ニ依リテ發生シ、例外トシテ支分國ノ聯邦權力ヨリ自由ナル範圍ニ於テハ支分國ト聯邦トノ契約ニ依リテ發生スルコトアルヲ見ル。

□ 個人ノ公權ノ發生 個人ノ公權モ亦直接法規ニ依リテ發生シ又ハ法律上ノ行爲ニ依リテ發生ス。法律上ノ行爲トシテハ行政行爲(例ヘハ營業免許)公法上ノ契約ニ基キテ發生スルモノアルコト説明ヲ要セサルヘシ。占有ハ公權發生ノ原因ニ

非ス。時効モ亦法規カ特ニ之レヲ規定セサル限り原因トナルモノニ非ス。

## (二) 公權ノ消滅

イ 國家及自治團體ノ公權ノ消滅 國家及自治團體ノ公權ハ其發生ト同シク又直接法規ニ依リテ消滅ス。國際上ノ關係ニ於テハ合同行爲又ハ契約ニ依リテ消滅スルコト亦其發生ニ相同シ。此等ノ團體ノ公權ハ更ニ又其拋棄ニ依リテ消滅ス。元來法規ノ認ムル所ニ從ヒ公權ヲ行使スルハ國家又ハ自治團體ノ義務ニ屬ス。故ニ之レヲ拋棄スルハ法規カ明ニ之レヲ許容セル場合ニ限ルヘク法規ニ反シテ拋棄スルハ明白ナル當該官廳ノ職務違反ナリ。納稅義務ノ免除、刑ノ執行ノ免除ノ如キ之レニ屬ス。時効ハ又公權消滅ノ原因タリ。殊ニ財產上ノ公權例ヘハ租稅徵收權ノ如キニ於テ特ニ規定ノ存スルヲ見ル。

□ 個人ノ公權ノ消滅 個人ノ公權モ亦第一ニ直接法規ニ依リテ消滅ス。第二ニ法規ニ基ク行政行爲(例ヘハ營業免許)ノ取消、裁判行爲(例ヘハ處罰)ニ基ク自由權ノ喪失又ハ法律上ノ豫期シタル事實ノ到來(例ヘハ資格ノ喪失)ニ依リテ消滅ス。國家ノ一方的ノ意思ニ基キ公權ノ消滅ヲ論スルニ當リ常ニ問題トナルハ所謂既

得權ノ概念ナリトス。此觀念ハ自然法ノ思想ニ發シ本來天賦ノ權利ニ反對ノ觀念タルノ外他ニ意義ナシ。從ツテ既得權ノ保障トハ唯個人ニ屬スル權利カ國家ノ政策ノ爲メニ其個人ノ意志ニ反シテ消滅シ得サルコトヲ漠然意味スルノミ。國家ハ如何ナル權利ト雖法律ヲ以テ之レヲ隨意ニ消滅セシムルコトヲ得。故ニ此觀念ハ畢竟ハ立法問題トシテ勉メテ個人ノ既存セル權利ヲ侵害セス必要ナル侵害ニ付テハ之レニ適當ナル賠償ヲ與フルヲ可トスルコトヲ教フルニ止マリ法理上ノ問題ニ非ス(イェリネック公權論)

個人ノ公權ハ又個人ノ自由意志即チ拋棄ニ依リテ消滅ス。元來公權ハ原則トシテ拋棄ス可ラサルモノナリ。何トナレハ公共ノタメニ設定セラレ且規定セラルル關係ハ唯特別ナル原因アルノ外個人ノ利益ニ從ハシムルヲ得サルモノナレハナリ。然レトモ公權カ同時ニ義務ノ性質ヲ有スルトキ換言スレハ特ニ國家ノ利益ノタメニスル繼續的活動カ直接又ハ間接ノ條件トナレル場合ニアリテハ個人ノ利益ヲ重ニスル衡平ノ點ヨリ又國家ノ事務ヲ行フニ當リテハ献身ヲ要スル點ヨリ見テ拋棄シ得ヘキモノナラサルヘカラス。官吏又ハ國會議員ノ如キ其地位ヲ辭スル

コトヲ得ルカ如キ專ラ此理ニ基ク而シテ拋棄シ得ラレサル公權ト雖之レヨリ生スル個々ノ請求權ハ原則トシテ拋棄スルコトヲ得ルモノトス。故ニ選舉權ハ拋棄シ得サルモ特定ノ選舉ニ關シ選舉名簿ニ登錄セラルル請求權ヲ確定ノ期間内ニ行使セサルニヨリテ之レヲ拋棄シ、俸給權ハ拋棄シ得サルモ現實ノ場合ニ於テ俸給ノ支拂ヲ受クル請求權ヲ拋棄スルヲ得ルモノトス。其他公權ハ權利者ノ死亡、時効等ニ依リテ消滅スルコトヲ説明ヲ要セス。

(三) 公權ノ變更

公權ハ其主體ニ依リ又其權利ノ内容ニ依リテ變更ス。元來公權ハ原則トシテハ權利者ノ一身ニ專屬セシメラレタル權利ナルヲ以テ之レヲ讓渡シ又ハ相續ノ目的ヲラシムルコトヲ得ス。然レトモ法ハ例外トシテ讓渡又ハ相續ヲ認ム營業免許起業特許例ヘハ電氣事業ノ特許ノ讓渡又ハ相續ノ如キ然リ公權ノ内容ノ變更モ亦行政處分ニ基クヲ常トシ、原則トシテハ個人ノ意志ニ依リ變更スルコトヲ得ス。公權ハ又代理人ニ依リテ行使スルヲ得サルヲ以テ原則トス。國家ノ公權ニ付テモ當該機關ノ地位ニ在ル者ノ自ラ之レヲ行使スルヲ必要トシ、他ノ機關ノ之レヲ代

理スルハ法ノ規定ニ俟タサル可ラス。個人ノ公權ニシテ此原則ニ對シ例外ヲ爲スモノハ訴訟權ノ行使ニシテ一般ニ訴訟代理人ノ制度ノ認めラルルモノアルヲ見ル。

## 第五章 憲法

### 第一節 憲法ノ意氣

憲法ナル語ハ廣狹二義ヲ有ス。廣義ニ於ケル憲法トハ一國ノ根本法規即チ一國ノ組織及活動ニ關スル原則ノ規定ヲ云ヒ、其成文法タルト慣習法タルトヲ問ハサルナリ。此意義ニ於ケル憲法ハ苟モ一國カ存在スル限り必ス有セサル可ラサル所ナリ。狹義ニ於ケル憲法トハ此ノ如キ廣汎ナル意義ヲ有スルモノニ非スシテ代議制度ヲ認め代議會ヲシテ國政ニ參與セシムル國家ノ根本法規ヲ云フ。而シテ此ノ如キ國家ノ根本法規ノミヲ憲法ト稱スルノ思想ハ英國ノ實際ニ基キテ發達セル近世ノ三權分立ノ思想ト相提携シ全ク沿革上ノ理由ニ出ツ。千七百八十九年ノ佛國人權宣言第十六條カ「權利ノ保障ノ鞏固ナラス且權力ノ分立ノ確定セサル社會ハ憲法ヲ有スルモノニ非ス」ト云ヘルカ如キ專ラ此沿革上ノ理由ニ基ク。

狹義ノ憲法ハ或ハ一個ノ成文法典ナルアリ、數個ノ成文法典ナルアリ、或ハ又數個ノ單行法規ナルアリ、慣習法ナルアリ。前者ハ之ヲ成文憲法ト云ヒ、後者ハ之ヲ不文憲法ト云フ。歐米諸國及我國ノ憲法ハ前者ニ屬シ、英國及匈牙利ノ憲法ハ後者ニ屬ス。成文憲法ノ國ニ在リテモ亦全ク憲法上ノ慣習ノ存在ヲ認めサルノ謂ニ非ス。之ヲ全然認めサルト如何ナル程度ニ於テ認めルトハ專ラ其國ノ法規ノ規定如何ニ依ルモノトス。

狹義ノ憲法ハ之レヲ欽定憲法ト協定憲法トニ分ツヲ例トス。欽定憲法トハ當該國家ノ君主ノ制定ニ基ク憲法ヲ云ヒ、協定憲法トハ國民若クハ國民議會又ハ國民議會ト君主トノ協定ニ依リテ成立セル憲法ヲ云フ。欽定憲法ト云ヒ協定憲法ト云フ專ラ其制定當時ノ形式ヲ區別セルノミニシテ國法上ヨリ見ルトキハ共ニ國家ノ意思表示タルニ外ナラス。平和ノ内ニ憲法ノ成立ヲ見タル國民ハ誠ニ幸福ナリ。戰爭ノ結果ニ依リテ憲法ヲ得タル國民ハ誠ニ哀悼スヘキモ成立ノ動機ハ國法學上ノ問題トシテハ何等ノ價值ヲ有セサルナリ。

狹義ノ憲法ハ又之レヲ形式上ノ意義ニ於ケル憲法ト實質上ノ意義ニ於ケル憲法

トニ區別シテ思考スルコトヲ得形式上ノ意義ニ於ケル憲法トハ憲法々典トシテ公布セラレタル成文法典ヲ稱シ實質上ノ意義ニ於ケル憲法トハ廣ク其國ノ根本法規ヲ指稱スルモノナルカ故ニ必スシモ形式上ノ意義ニ於ケル憲法ト相一致セス我國ニ於ケル皇室典範ノ規定中皇位繼承ノ順位ニ關スル規定ノ如キハ實質上ノ意義ニ於ケル憲法ナリトス。

形式上ノ意義ニ於ケル憲法ノ内容如何ハ各國家ニ依リテ精粗一ナラス或ハ根本法規ト看做サルヘキ國會ノ組織君位承繼ノ順位ノ如キヲスラ規定セララルアリ或ハ根本法規ノ施行規定トモ看做サルヘキモノ又ハ沿革上ノ理由ニ基キ全ク憲法ト交渉ナキ事項ヲ規定セルモアリ之レヲ概言スレハ憲法變更ノ手續複雜ニシテ容易ニ之レヲ改廢セシメサル趣旨ニ出テタル憲法ニアリテハ其規定簡單ナリト云フコトヲ得ヘシ。

### 第二節 歐米ニ於ケル憲法制定ノ由來

近世ノ憲法々典ハ歴史ノ產物ナリ遡リテ其由來ヲ尋ヌレハ遠ク其源ヲ英國ニ發ス。千二百年ノ初頭ニ於ケル英國王ジョンノ收歛ハ遂ニ千二百十五年大憲章租稅

ハ人民ノ同意アルニ非サレハ之ヲ徵收スルコトヲ得ス總テ人民ハ同等人民ヲ以テ組織スル裁判ニ依ルニ非サレハ禁錮罰金ニ處セラルルコトナシノ成立ヲ見ルニ至リ次テ千六百二十八年チャールス一世ノ國會ニ對スル抑壓ハ佛國ニ對スル軍費支出ノ條件トシテ權利請願國會ノ承諾ナクシテ租稅ヲ徵收セサルコト理由ナクシテ人民ヲ逮捕監禁セサルコト財產ヲ妄リニ徵發セサルコト等ヲ承認セサル可ラサルニ至リス。斯テオチバー、クロムウエルニ依リテ爲サレタル共和政治ノ後ニ於ケル君主政治ノ最初ノ國王タルチャールス二世ノ時ニ當リ人身保護律出テ(千六百七十九年)更ニ有名ナル榮譽革命ヲ經テ國王ウイリアムハ千六百八十九年一月所謂權利宣言ヲ公布スルニ至レリ。此宣言ハ大憲章以來ノ各種ノ憲法的規定及慣習ヲ統一シタルモノニテ英國立憲ノ基礎ヲ確立セシメタルモノナリ。宣言ハ前後十三條ヨリ成リ議會ノ承諾ナクシテ法律ヲ廢止變更セサルコト、議會ノ同意ナクシテ租稅ヲ賦課徵收セサルコト、人民ノ請願ノ自由ナルコト、議員選舉ノ自由ナルコト、議會ニ於ケル議員ノ言論ハ自由ナルコト、議會ハ定期ニ開會セララルヘキコト、議會ノ承諾ナクシテ平時ニ軍隊ヲ備フルコトヲ得サルコト、陪審制度ヲ設

ケサル可ラサルコト等ヲ以テ其内容トス。

千七百七十六年英國ヨリ獨立シタル北米十三州ノ殖民地ニ居住セシ英國民ハ主トシテ英本國ヨリ迫害ヲ蒙レル新教徒ニシテ數百年來養成セラレタル自由平等ノ思想ハ深ク其腦裏ニ染潤シタリキ。彼等ハ北米ニ移住スルヤ先ツ移住者ノ間ニ所謂殖民契約ヲ締結セリ。此契約ハ十三州獨立ト共ニ各州ノ憲法タルニ至レリ。而シテ其最初ニ之レヲ宣言セシモノヲバージニア州憲法トス。此等ノ憲法ハ皆許多ノ自由權利ヲ宣言シ、主權在民ノ原則、權力分立ノ原則、大臣責任ノ原則及國會ノ組織等ヲ定メシモノニシテ、大憲章以來ノ臣民ノ權利ニ關スル規定ハ悉ク採用セラレ之レニ加フルニ天賦人權ノ思想ヲ以テセリ。千七百八十九年更ニ十三州ノ聯合ノ條款成立シ次テ千七百八十七年聯合國家ノ憲法起草サレ、聯合議會及各州議會ノ同意ヲ得テ茲ニ北米合衆國ノ成立ト共ニ其憲法ノ制定ヲ見ルニ至レリ。

佛國ニ於テハ當時既ニ久シク養成セラレタル自由平等ノ思想ハ眼前北米ニ於ケル光輝アル革新ニ眩惑セラレ、遂ニ千七百八十九年ニ於テ有名ナル人權及公民權宣言アリテ國王ノ權利ヲ制限シ、佛國民ハ本來自由ノ權利ヲ有スル者ナルコトヲ

表明セリ。カクテ千七百九十一年路易十六世ノ末世ニ於テ佛國第一回ノ憲法ヲ制定セリ。此憲法ハ歐洲ニ於ケル憲法々典ノ嚆矢トシテ各國ニ多大ノ影響ヲ與ヘ、千八百十二年ノ西班牙憲法、千八百二十二年ノ葡萄牙憲法、千八百十四年ノノルウェー憲法及千八百三十一年ノ白耳義憲法ノ如キ皆佛國憲法ヲ母法トシ模倣シタルモノナリ。而シテ佛國ニ於テハ其後共和政治ノ現出ト共ニ千七百九十三年協定憲法ヲ制定シ、次テ翌年又新憲法制定セラレ、ナポレオンノ勢力ノ下ニ更ニ九十九年其改正ヲ見、尙更ニ又千八百二年其改正ヲ見ルニ至レリ。

那翁一度敗ルルヤ、路易第十八世即位シ、千八百十四年新ニ憲法ヲ制定セリ。此憲法ハ先ノ憲法ノ協定ナルニ反シ、君主ノ制定ニカカル所謂欽定憲法ニシテ、主權在民ノ思想ヲ破リ、國權ハ總テ國王ニ存スルモノニシテ、憲法ハ國王ノ自由ノ意思ヲ以テアル自由ヲ國民ニ許與シタルモノナリト爲セリ。此憲法モ千八百十四年ヨリ千八百四十八年迄ニ制定セラレタル君主國ニ於ケル多クノ憲法ノ模範トナルニ至リ。千八百十五年ノ和蘭憲法、千八百四十五年ノ西班牙憲法及サルジニア憲法、其他南獨逸諸國ノ憲法ハ之レヲ母法トセリ。尙現行佛國憲法ハ千八百七十五年ニ改正

セラレシモノニシテ公權ノ組織ニ關スル憲法、元老院ノ組織ニ關スル憲法及公權相互ノ關係ニ關スル憲法ノ三者ヨリ成ル。

普國ニ於テハ千八百四十八年ノ佛國革命ニ依リ多大ノ刺激ヲ受ケ憲法制定ノ弊喧シク遂ニ千八百五十年現行ノ普國憲法ノ制定ヲ見ルニ至レリ。此憲法ノ直接母法タリシモノハ白耳義憲法ニシテ其憲法中民主的思想ノ存在セル又之レカ爲メナリ。尙白耳義憲法ヲ模倣セシモノハ千八百四十九年及千八百六十七年(現行)ノ奧太利憲法ナリ。

獨逸帝國ニ於テハ其統一ト共ニ千八百六十七年ノ北獨逸聯合憲法ヲ基礎トシ南北獨逸各邦ノ條約ニ依リ千八百七十一年其憲法ノ制定ヲ見ルニ至リシナリ。

我憲法ハ我國固有ノ憲法の慣習ト白耳義及普國ノ憲法ヲ參照シテ制定セラレタルモノナルコト人ノ知ル所ナリ。

### 第三節 帝國憲法制定ノ由來

王政復古大政一ニ天皇ニ歸スルニ至リ明治元年三月十四日五ヶ條ノ誓文發セラレヌ。其一ニ曰ハク「廣ク會議ヲ起シ萬機公論ニ決スヘシ」ト之レ實ニ明治二十二年

ニ於ケル憲法發布ヲ生セシ萌芽ニシテ代議制度ノ基ク所遠ク茲ニ在リ而シテ同月二十七日ノ政體書頒布セラレ太政官ノ權力ヲ分チテ立法、司法、行政ノ三權トシ以テ偏重ノ患ナカラシメ、立法官ハ行政官ヲ兼ムルヲ得ス、行政官ハ立法官ヲ兼ムルヲ得サラシメ、以テ壓制ノ憂ナカラシメタルコトアリ。同月立憲制度調査ノ爲東京ニ議事取調局ヲ置カレ二年之レヲ制度寮ト改稱シ尙調査ヲ繼續セリ。四年七月太政官三院ノ制ヲ設ケ、正院左院右院ヲ置キ、左院ヲシテ立法ヲ掌ラシム。五年四月左院ニ命シ憲法及會議規則ヲ草シ國會ヲ開カントセシム。議合セスシテ果サヌ。七年五月府縣長官ヲ召集シテ議院憲法及規則ヲ議サントセシモ偶臺灣事件アリテ果サヌ。八年四月左院廢止セララルト同時ニ元老院及大審院設置セララル。之レ我國ニ於テ劃然立法權ト司法權トノ分タレシ始ニシテ法律ハ總テ元老院ノ議決ヲ經民刑事ノ裁判ハ特設ノ司法機關ニ依リテ行ハルルニ至レリ。カクテ立憲政體ノ基礎少シク形成セララルニ至レリ。九年九月元老院ヲシテ憲法ヲ起草セシム。十一年府縣會ヲ設置シテ以テ國會開設ノ階梯ヲ作ル。十四年十月明治廿三年ヲ期シ國會ヲ開クノ勅下ル。十五年三月參議伊藤博文勅ヲ奉シ各國憲法ヲ調査ス。十六年九月



歸朝シテ憲法取調所制度取調局ノ名ノ下ニ專ラ憲法及關係法規ヲ起草シ、十八年十二月内閣ヲ組織シ、二十一年樞密院ヲ置キ憲法ノ草案ヲ其議ニ附セシム。此ノ如クニシテ翌二十二年二月十一日現憲法ノ發布ヲ見ルニ至リシナリ。

#### 第四節 憲法ノ改正

憲法ハ國家ノ組織及活動ノ大原則ヲ規定スル法ナリ。故ニ之レカ改正ハ法律ニ比シテ更ニ鄭重ナル審議ヲ經ヘキモノトスルコト蓋至當ナルヘシ。然レトモ一國ニ於テハ憲法ト法律トノ間ニ何等ノ效力ノ差異ヲ認メスシテ憲法モ亦普通法律ト同一手續ニ依リテ改正スルヲ見ル例ヘハ以太利、西班牙、ザキセン、マイニンゲン、ザキゼン、アルテンブルグ、アンハルト、ロイス、ユンゲレルリニエ等ノ如シ。故ニ此等ノ諸國ニ於テハ憲法ト法律トハ唯單ニ名稱ノ差異ヲ有スルニ止マル。之レニ反シテ他ノ多クノ國家ニ於テハ憲法改正ニ付特ニ鄭重ナル手續ヲ採用ス。我憲法又其第七十三條ニ於テ之レヲ規定ス。

憲法改正ノ手續ノ難易ニ依リテ學者ハ之レヲ スタレル、フエル、ワッス、ヒン、ゲル、フエル、ワッス、ヒン 固定憲法ト スタレル、フエル、ワッス、ヒン、ゲル、フエル、ワッス、ヒン 可動憲法トニ分ツヲ例トス。可動憲法トハ憲法改正ノ手續カ法律改正ノ手續ト毫モ異ナラサル憲法ヲ云

ヒ、不文憲法即チ英國、匈牙利ノ如キ國ノ憲法及前述シタル二三國ノ憲法ハ之レニ屬ス。固定憲法トハ憲法改正ノ手續カ法律改正ノ手續ニ比シテ鄭重ナル憲法ヲ云フ。固定憲法ノ最モ極端ナルモノハ如何ナル手續ヲ以テシテモ其變更ヲ許ササルモノニシテ名ツケテ不變憲法ト云フ。現今ニ於テハ此種ノ憲法ヲ發見シ得スト雖固定ノ度最モ強固ナルハ北米合衆國憲法ナリトス。同國ニ於テハ千七百八十九年（議會創立ノ時）ヨリ千八百八十九年ニ至ル迄百年間ニ千七百三十六個ノ改正案提出サレシト雖内實際上改正セラレシハ十六個ニ過キスシテ然モ其内十個ハ第一期ノ議會ノ改正ニ繋リ十九世紀ニ於テハ唯四個ノ改正アリシノミニシテ最近三十年間ニハ一モ改正セラレタルヲ見ス。此ノ如キハ畢竟其改正手續ノ頗ル煩雜ナルニ基ク。

可動憲法ト固定憲法トノ得失如何ハ既ニ明瞭ナル問題ニ屬ス。法律ト同一改正手續ヲ以テ國家ノ根本法規ヲ改正シ根本的組織ヲ變更シ得ヘシトナスハ一時ノ氣勢ヲ以テ國家百年ノ基礎ヲ危クスルノ虞ナシトセス。問題ハ唯如何ナル程度ニ於テ憲法ヲ固定セシムヘキヤニ在リ。不變憲法ハ全然其變更ヲ許ササルモノナルカ

故ニ時勢ノ進歩ニ伴フ新ナル氣運需要ニ應スル能ハス故ニ憲法ノ解釋ノ許ス限  
 リニ於テノミ之レヲ時勢ニ適應セシムルヲ得ンモ時勢ハ遂ニ憲法ト全然相反對  
 スル状態ニ國家ヲ置クコトアルヘクシテ憲法ノ存在ハソノ意義ヲ失フニ至リ國  
 民ノ氣運需要ハ此憲法ノ破壊ヲ生スルニ至ルコトナキヲ保セスサレハ不變憲法  
 モマタ善良ナル憲法ト稱スルコトヲ得ス之レヲ以外ニシテ固定憲法ノ固定ノ程  
 度ノ可否ハ各其國情ニ依リ君主國ト共和國トニ於テ異ナルヘク抽象的ニ其是非  
 ヲ辨別スルコト能ハサルヘシ今諸國ニ於ケル憲法改正ノ手續ヲ舉クレハ左ノ如  
 シ。

憲法改正案ノ發案權ハ君主國ニ於テハ君主ニノミ屬スルヲ常トシ例外トシテ議  
 會ニ屬スル場合ト雖發案スヘキ事項ニ於テ限定セラレタルヲ見ル例ヘハバイエ  
 ルンニ於テハ臣民ノ權利義務議會ノ權限及司法權ノ行使ニ關スル事項ノミニ限  
 定スルカ如シ共和國ニ於テハ發案權ハ原則トシテ議會ニ屬スルモ其發案ニ關ス  
 ル制限一致セス或ハ上下兩院ノ一致ヲ必要トスルアリ(佛國、瑞西特別議會ニ於テ  
 發案スルアリ、北米合衆國)

憲法改正ノ機關及手續ハ各國ニ於テ多種多樣ナリ即チ左ノ如シ

一 通常ノ立法機關ノ議決ヲ以テスルモノアリ此等ノ國ニ於テハ其議決ニ付特  
 別ナル手續制限ヲ定ム

(イ) 定員數ニ付テ、議事ヲ開クニ必要ナル最少限度ノ議員數ハ法律ヲ議スル場  
 合ヨリモ多數ナルコトヲ必要トセルモノアリテ其數ハ各院ノ或ハ四分ノ三以上  
 ヲ必要トスルアリ(バーデン、ザキセン、バイエルン、ザキセン、ワイマール、ルクゼンブ  
 ルグ等)或ハ三分ノ二以上ヲ必要トスルアリ(我國、白耳義、ヴェルテンベルヒ等)

(ロ) 議決ニ必要ナル投票數ニ付テ、或ハ四分ノ三以上ヲ必要トスルアリ(希臘、ハ  
 ンブルヒ、ブレームン等)或ハ三分ノ二以上ヲ必要トスルアリ(我國、ザキセン、バイエ  
 ルン、白耳義、埃太利等)

(ハ) 議決ノ回數ニ付テ、二回ノ會期ニ於テ同一ノ議決ヲ爲スアリ(サキセン、瑞典  
 一定ノ期間ヲ隔テテ議決スルアリ、普國ニテハ第一回ノ議決後二十一日ヲ隔タテ  
 テ第二回ノ議決ヲ爲ス、バイエルンニテハ各八日ヲ隔テテ二回ノ議決ヲ爲ス)議決  
 シタル議會ヲ解散シテ更ニ新議會ニテ議決スルアリ(白耳義、和蘭、丁抹、葡萄牙等我

憲法ハ一回ヲ以テ足レリトス。

二 通常ノ立法機關ノ議決ヲ經タル後更ニ他ノ機關ノ議決ヲ經ヘシトスルモノアリ。

(イ) 各院ニ於テ通常ノ議決方法ヲ以テ議決シ更ニ兩院合同ノ國民議會ノ議決ヲ要スルアリ。(佛國)

(ロ) 憲法一部ノ改正ニ付テハ議會ニ於テ議決シ更ニ國民ノ總投票ヲ要スルアリ。(米國諸州)全部ノ改正ト雖各院ノ議決ヲ經テ更ニ支分國ノ各立法議會ノ議決ヲ要スルアリ。(北米合衆國等)尙更ニ國民ノ總投票ヲ要スルアリ。(瑞西及其諸州)

三 全然特別議會ニ於テ議決スルアリ。

(イ) 憲法全部ノ改正ニ就テハ特別議會ノ議決ヲ經更ニ國民ノ總投票ヲ要スルアリ。(米國諸州)

(ロ) 各支分國ノ三分ノ二ノ立法議會ノ請求ニ依リ組織サレタル特別議會ニ於テ議決シ更ニ各支分國ノ特別議會ノ議決ヲ要スルアリ。(曾テ行ハレタルコトナキモ制度トシテ北米合衆國ニ尙存在ス)

憲法第七十三條ハ憲法改正ノ手續ヲ規定シ各議院ノ定員數ハ總員ノ三分ノ二ニシテ議決ニ必要ナル投票數ハ出席議員ノ三分ノ二ナリ而シテ本條ニ關シ常ニ問題トナルハ憲法改正案ハ法律案ナルヤ否ヤ議ニ付スノ意義如何及議會ニ於テ之レヲ否決シタル場合ニ於テモ尙天皇ハ改正ヲ行フコトヲ得ルヤ否ヤナリ。

或ハ憲法第五條ハ天皇ノ立法權ノ外憲法改正ノ權ヲ認メス同第六條ハ法律ノ裁可トアリテ憲法改正案ノ裁可ノ規定ナク同第三十七條ハ議會ノ法律協贊ノ權限ヲ認ムルモ別ニ憲法改正案ニ協贊スルノ規定ナク然モ憲法改正案ハ勅令ニ依リ帝國議會ノ議ニ付スルコトヲ規定スルカ故ニ其改正權ハ天皇ニ屬シ議會ノ協贊ヲ要スヘクシテ憲法改正案ハ法律案ナラサル可ラスト論スル者アリ然レトモ憲法改正案ハ法律案ニ非ストスルヲ以テ正當ナル解釋ナリ憲法ハ其範圍内ニ於ケル統治權ノ行動ニ關スル規定ヲ爲スモ總テノ統治權ノ作用ニ關スル規定ヲ盡ク包含スルニ非ス從ツテ憲法其レ自身ノ改正ニ關スル規定ハ此中ニ包含スルコトナシト爲シ從ツテ憲法改正案ハ法律案ニ非スト爲スハ適當ナル解釋ト云フヲ得ス。憲法第七十三條ハ總テノ憲法改正ノ手續ヲ規定ス。憲法第五條第六條及第三十

七條ノ法律案ノ法律タルニ至ルヘキ手續權限ヲ規定セルニ止マリ憲法改正ノ手續及之レニ必要ナル權限ノ所屬ヲ規定シタルモノニ非ス其之レヲ規定セルハ實ニ憲法第七十三條ナリ換言スレハ憲法第五條第六條及第三十七條ハ憲法第七十三條ト何等ノ關係ヲ有スルモノニ非スシテ後者ハ前者ノ一部分トシテ特ニ手續ヲ鄭重ニシタルモノニモ非ス憲法改正案ノ改正權ハ立法權ニ非ス其裁可ハ法律ノ裁可ニ非ス議會ノ議ニ付スルハ協賛ニ非サルナリ憲法改正ノ發案權ハ天皇ニ屬シ議會ハ之レヲ議決シ之レヲ裁可スルモ亦天皇ノ專權ニ屬スルハ第七十三條ノ規定ニ依リテ確定シ其改正權ノ歸屬スル規定ヲ欠缺セルカ如シ否勅命ヲ以テ議案ヲ帝國議會ノ議ニ付スヘシノ語ノ内自ラ其意義ヲ包含セルコトヲ知り得ヘシ憲法カ其レ自身ニ關スル規定ヲ規定セスト云フハ蓋過ナルヘシ

帝國議會ノ議ニ付ストハ帝國議會ノ協賛ヲ經ルノ謂ニ非ス議ニ付スルハ協賛ヲ經ルトハ全ク別個ノ觀念ニ屬ス協賛ハ後ニモ述フルカ如ク修正ノ權ヲ包含スルモ議ニ付スハ唯之レヲ可トスルカ否トスルカヲ決スルノ外更ニ修正スルノ權ヲ含ムモノニ非ス

天皇ハ改正案ノ否決セラレタルニ拘ハラス尙其改正ヲ行フコトヲ得ルヤ否ヤニ付テハ議岐ルアル學者ハ法律ハ議會ノ協賛ヲ經ルヲ要ストアルモ憲法改正案ニ付テハ唯議會ノ議ニ付スヘシトアルノミナラス若シ議會ノ議決ニ依リ束縛セラレルモノナリトスルトキハ天皇ノ統治權ノ主體タルコトト抵觸スルカ故ニ積極的ニ答フヘシト爲ス然レトモ否決セラレタル場合ト雖尙改正シ得ヘシト爲スハ改正案ヲ議會ノ議ニ付スルコトヲ認メ其定足數其投票數等ニ付テ制限ヲ設ケタルノ趣旨ヲ全然無意義ナラシムヘク唯單ニ議會ノ意見ヲ問フモノナランニハ單ニ之レヲ諮詢スル旨ノミヲ規定シ置キテ可ナリ何ヲ苦ンテ無用ノ條文ヲ存置スルノ必要ナラムヤ

憲法ノ條項ハ變更サルルコトアラシクモ憲法全體ノ改正ハ存ス可ラス憲法第七十三條ハ此ノ憲法ノ條項トアリテ憲法總テノ條項ノ改正ヲモ包含スルカ如シト雖憲法發布ノ勅語ハ或ル條項ト規定セルヲ以テ全部ノ改定ヲ爲スコトハ憲法ノ豫見セサル所ナレハナリ

憲法ヲ廢止シ得ルヤ否ヤハ法律論ニ非スシテ事實論ナリ憲法學ノ干與スル所ニ

非サルナリ。

### 第五節 憲法ノ效力

憲法ノ效力ハ之レヲ形式的效力ト實質的效力トニ區別シテ思考スルコトヲ得ヘシ。形式的效力トハ憲法ノ他ノ法規ニ對スル效力如何ノ問題ニシテ實質的效力トハ憲法ノ行ハルヘキ場所及人ニ關スル問題ナリトス。

#### 一 形式的效力

(イ) 憲法ト法律 憲法ハ最強ノ效力ヲ有スル國家ノ法規ナリ。故ニ憲法ハ法律ヲ以テ之レヲ變更スルコトヲ得サルモ法律ハ憲法ヲ以テ之レヲ更變廢止スルコトヲ得。憲法カ法律ニ非スシテ形式上ヨリ以上ノ效力ヲ有スル國家ノ法規ナリトスルニ付テハ異論アリ。曰ハク憲法改正案ハ法律案ナリ。法律ヲ以テ變更セラレ得ヘキモノモ亦法律ナラサル可ラスト。歐洲諸國ニ於ケル憲法カ概ネ法律ナルコトハ其改正案カ法律案ナルコトニ於テ認ムルコトヲ得ルモ我憲法改正案ハ法律案ナラサルコト既ニ述ヘタルカ如シ。サレハ此點ニ於テハ少クトモ憲法カ法律ト同一範中ニ屬スヘキモノニ非サルコトヲ知ルヲ得。而シテ憲法ノ變更ハ其法律事項ヲモ

變更スルコトヲ得ヘク。從ツテ之レニ基キテ發セラレタル法律ハ自然消滅ニ歸シ又ハ一部ノ變更ヲ受クヘキコトヲ思考シ得ルヲ以テ憲法ヲ以テ法律ヲ廢止又ハ變更シ得ヘキコトハ條文ヲ存セスト雖當然生スヘキ必然ノ論理ナリ。種類ヲ異ニセル法規ニ依リ改正シ得ラルヘキ種類ノ法規ハ其形式的效力ニ於テ其下ニ位スルモノナリト云フコトヲ得ルト同時ニ法規ノ上ニ於テモ憲法ハ法律ヲ以テ變更シ得ヘカラサルコトヲ認メ得ルヲ以テ憲法ハ途ニ法律ヨリ以上ノ效力ヲ有スル國法ナリト結論スルコトヲ得ヘシ。

(ロ) 憲法ト皇室典範 歐洲諸國ニ於ケル君主ハ其自主權ヲ以テ單純ナル君家ノ内部ノ家法ヲ定ムルコトヲ得然レトモ其家法ノ古クヨリ存在セルモノニシテ國家ノ根本法規ヲ規定セシモノニアリテハ憲法ノ明文ヲ以テ當該部分カ憲法ノ一部ヲ爲シ(バーデンヘツセン)又ハ議會ノ協贊ヲ經ヘキコトヲ規定ス(ブラウンシュエフイヒ)我カ皇室典範ハ皇室ノ單純ナル内事ヲ規定セルニ止マラスシテ其皇室繼承ニ關スル規定ノ如キハ少クトモ純然タル國家ノ根本法タル性質ヲ有シ然モ此部分ニ關スル規定カ憲法ノ一部ヲ爲ストスルカ如キ規定ナシ。茲ニ於テカ兩者ノ效

力如何ノ問題ヲ生ス。或ハ憲法ト典範トハ其規定スル事項ヲ異ニセルヲ以テ相抵觸スルコトナシト論スルモノアレトモ其誤レルコトハ憲法第二條ト皇室典範第一條トヲ對比スレハ直ニ知ルコトヲ得ヘシ。憲法第七十四條第一項ハ皇室典範ノ改正ハ帝國議會ノ議ヲ經ルヲ要セサル旨ヲ規定スルカ故ニ議會ハ典範ノ改正ヲ議決スルノ權限ナシ。議決スルノ權限ナキヲ以テ典範ハ典範ノミノ改正ニ依リテ其内容ノ變更セラルヘキモノナリトスルハ速斷ニ過ク。第七十四條第一項ハ典範自體ノ變更ハ議會ノ議決ヲ要セサル旨ヲ定ムルニ過キス。同第二項ハ更ニ皇室典範ヲ以テ憲法ノ條項ヲ變更シ得サル旨ヲ規定ス。茲ニ於テカ典範ハ其形式的效力ニ於テ憲法ノ下位ニ存スルコトヲ知ルヲ得ルト同時ニ憲法ヲ以テハ典範ヲ變更シ得ルコトヲ推知シ得。蓋之レニ關スル明文ノ存セサルハ此規定ニ依リテ當然生スヘキ論理ナルカ故ナルノミ。尙又此規定ニ依リ典範ハ憲法ヲ變更シ得サルモ皇族ニ關スル事項ニ付テハ法律ヲ變更スルカヲ有スルコトヲ推知シ得ヘシ。典範増補第八條カ「法律命令中皇族ニ適用スヘキモノトシタル規定ハ此ノ典範又ハ之ニ基ツキ發スル規則ニ別段ノ條規ナキトキニ限り之ヲ適用スト云ヘルハ畢竟此趣

旨ヲ明ニシタルニ外ナラサルナリ。

#### (ハ) 憲法ト慣習法

慣習カ慣習法トシテ法カヲ有スルニ至ルハ必スヤ國家ノ認定ニ俟タサル可ラス。故ニ一國ノ法規ヲ以テ總テノ慣習ヲ法トシテ認メサルコトヲ得ヘク又アル程度ニ於テ之レヲ認ムルコトヲ得ヘシ。此ノ如キハ單ニ私法上ニ於テノミナラス又公法上ニ於テモ亦動カス可ラサル所ナリトス。故ニ立憲國ニテハ君主ハ憲法ニ依リ統治シ然モ此憲法ノ條項ノ改正ハ一定ノ手續ヲ要スルモノナルニ依リ憲法上ノ慣習法ハ存在スルノ餘地ナシトスルハ誤ナリ。我憲法上ニ於テモ亦全然公法上ノ慣習ノ存在ノ否認シタルモノニ非ス。然レトモアル學者ノ稱フルカ如ク慣習法ヲ以テ憲法ノ條項ヲ變更シ得ヘシト爲スハ極端ナル誤論ナリ。憲法第七十三條ノ規定ハ憲法ノ條項ヲ正當ナル手續ニ依リ明白ナル國家ノ意思ヲ以テ變更スル場合ノ規定ニシテ慣習法ヲ以テ變更シ得ルヤ否ヤハ本條ノ關知スル所ニ非ストスルハ正論ナルヘシ。サレト之レカ爲メニ如何ナル規定ニ對シテモ慣習法ハ廢止變更ノカヲ及ホスコトヲ得ヘシト爲ス可ラス。獨逸憲法第七條第二項ハ聯邦參議院ニ

於ケル議案ノ提出權ハ各支分國ノ代表者ノミナルコトヲ規定セルニ拘ハラヌ獨逸皇帝ハ普國王ノ名ニ於テニ非スシテ皇帝ノ名ヲ以テ議案ヲ提出スルノ慣行ヲ生シ今日ニ於テハ學者モ一般ニ憲法ノ此部分ニ關シテハ慣習法ニ依リテ變更ヲ受ケタルコトヲ認ムルニ至リタルコト等ヲ例證ト爲ス者アレトモ習慣ヲ法トシテ認ムルト否ト及其程度ハ專ラ其國權ノ認定如何ノ問題ト相關スルヲ以テ他ノ法規ノ關係ヲ顧ミスシテ濫リニ我國法ニ論及スヘキニ非ス。法例第二條ハ我國ニ於ケル慣習ノ效力如何ノ問題ヲ決定ス。曰ハク公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セサル慣習ハ法令ノ規定ニ依リテ認メタルモノ及法令ノ規定ナキ事項ニ關スルモノニ限リ法律ト同一ノ效力ヲ有スト或ハ法例ノ規定スル所ハ主トシテ國際私法ニ關ス故ニ此規定モ亦私法上ノ慣習ニ關スル規定ナリトスル者アレトモ當ラス何トナレハ若シ此ノ如クスルトキハ同第一條ノ法律施行ニ關スル期日ノ如キモ亦單ニ私法律ノミニ關ストセサル可ラサルニ至ルノミナラス。法令ノ文字ヲ私法律命令ト解スルコトノ理由更ニ存セサレハナリ。故ニ同第二條ハ公法上ノ慣習ニモ亦適用アリトスルヲ正當トスヘシ。而シテ我憲法ニ於テハ如何ナル場合ニ於テ

習慣ヲ法トシテ認ムルコトヲ規定セス故ニ法例第二條前段ノ規定ニ依ル憲法上ノ慣習ノ存在ハ之レヲ認ムルコトヲ得スト雖其後段ノ規定ニ依ル慣習ハ存在シ得ヘシ。例ヘハ勅令ノ上諭文ニ於テ何々ノ件ヲ裁可シ茲ニ之レヲ公布セシムト書スルカ如キ然リ之レヲ要スルニ我憲法上ニ於テハ慣習法ヲ以テ憲法ノ條項ヲ變更廢止スルコトヲ得ス憲法ノ條項ハ同第七十三條ノ規定ニ依ルノ外改正スル能ハサルナリ。

憲法ノ解釋ノ問題ハ憲法ト慣習法トノ關係ノ問題ヨリ嚴ニ區別シテ考察スルヲ要ス。盡未來ニ生スヘキ總テノ法律關係ヲ豫想シテ立法スルハ神ニ非サレハ爲シ能ハサル所ナリ。國家ノ法ヲ制定スルヤ既ニ生シタル事件又ハ生シ得ヘシト豫想シ得ヘキ問題ニ付テ考慮ス。然レトモ人類生活ノ需要ノ增加文化ノ發達ハ一日モ休止スルモノニ非サルカ故ニ國家ハ立法當時ニ豫想セサリシ事實ニ對シテモ許シ得ヘクシハ其規定ノ解釋ヲ變更セサル可ラス。而シテ國家カ有權解釋ヲ變更スルノ動機ニ至リテハ或ハ國家自體ノ創意ニ基クコトアリ國民ノ確信ニ基クコトアリ得ヘシ。國民ノ確信ニ基ク解釋ノ變更ハ其外見ニ於テ恰モ慣習法カ憲法ヲ變

更シタルカ如キ觀ヲ呈ス之レ誤解ノ生スル源ナリ憲法ノ條項ハ變更セラレタルニ非ス條項ノ解釋ノ變更セラレタルナリ兩者相混同シテ誤解ナカランコトヲ要ス。

## 二、實質的效力

### (イ) 時ニ關スル效力

明治二十二年二月十一日ヲ以テ公布セラレタル憲法自體ニハ施行ノ期日ニ關スル規定ナシ然レトモ憲法發布ノ勅語ニハ「帝國議會ハ明治二十三年ヲ以テ之ヲ召集シ議會開會ノ時ヲ以テ此ノ憲法ヲシテ有效ナラシムルノ期トスヘシ」トアルヲ以テ其施行時期ノ明治二十三年十一月廿九日ナルコト自ラ明白ナリトス故ニ此時期以後ニ於テ法律ヲ以テ規定スヘキ事項ヲ命令ヲ以テシタルトキハ憲法違反ナルコト明ナリ而シテ此時間以前ニ於テハ法律規則命令又ハ何等ノ名稱ヲ用ヒタルニ拘ラス總テノ法規ハ議會ノ協賛ナキ君主ノ專權ニ屬スル命令ニシテ立法事項ヲ規定スルモノアリ然ラサルモノアルナリ若シ憲法第七十六條ノ規定ナクンハ其立法事項ヲ規定セルモノ例ヘハ違警罪即決例(一八) 布告三十一號) 地租條例

(一七) 布告七號) 等ノ如キハ憲法施行ニ依リ當然其效力ヲ失ハサル可ラサリシナリ而シテ憲法第七十六條ニ依リ現今尙遑由ノ效力ヲ有スル法令ハ其内容ニ照シテ或ハ之レヲ法律ナリトシ或ハ之レヲ命令ナリト論スルヲ正當トスルヤ否ヤハ一箇ノ疑問ナルカ如シト雖モ憲法施行以前ニ於テハ名ハ法律ト稱シ命令ト稱ストモ其實憲法ニ所謂法律命令ニ非サルカ故ニ憲法施行ニ依リテ直チニ法律ノ或ルモノカ法律トナリ或ルモノカ命令トナルト解スルハ當ラス第七十六條ハ唯憲法施行後ト雖モ尙效力ヲ有スルコトヲ規定セルニ止マリ之レニ依ツテ其立法事項ヲ規定セルモノニ付キ施行後廢止變更スル場合ニ於テハ法律ノ手續ヲ必要トシ然ラサルモノハ勅令又ハ省令ヲ以テスルヲ得ルノ結論ニ達シ得ヘキモ法規ハ法律又ハ命令トナルニ非サルナリ尙同條ニ所謂「現行ナル文字ニ付テハ學者ノ間ニ議論ヲ存シ」現行「トハ憲法發布當時現ニ行ハルル」ノ意義ニシテ從ツテ發布後施行前ニ公布施行セラレタル立法事項ニ關スル法規(例ヘハ監獄則)ハ其名稱ノ如何ニ拘ハラズ憲法施行ニ依リ廢止セラレタルナリトスル學者アリ或ハ「現行」ノ文字ヲ以テ憲法施行期ト解スルハ字義ニ於テ不穩當ナリト否憲法ノ精神ヲ酌ミテカク



解セサル可ラストスル者アリ。余輩ハ學者カ此ノ如キ文字ノ解釋ニ付テ相論議セ  
ル所以ヲ解スルニ苦ム。憲法ハ明治二十二年二月十一日ニ發布セラレタルモ同日  
ニ於テ施行セラレタルニ非ス其施行セラレタルハ明治二十三年十一月廿九日ニ  
在リ。從ツテ憲法カ法トシテ實動的効力ヲ有スルニ至リシハ二十二年ニ非スシテ  
二十三年ニ在リ。憲法第七十六條カ効力ヲ有スルニ至リシモ二十三年ナリ。現行ノ  
法令ノ文字カ効力ヲ有スルニ至リシモ二十三年ナリ。然ラハ現行ノ法令トハ憲法  
施行期ニ効力ヲ有セシ法令ノ意義ニ解スヘキコト明白ニシテ論議ノ餘地更ニナ  
キナリ。故ニ發布前ノ法令ニシテ發布後ニ廢止セラレタルモノノ如キハ現行ノ法  
令中ニ包含セサルコト又勿論ナリトス。此ノ如キ解釋ハ憲法ノ精神ニ酌ミテ生ス  
ルニ非ス憲法ノ効力ヲ生スヘキ時期ニ鑑ミ當然生セサル可ラサル論結ナリ。

(四) 人ニ關スル効力

憲法ハ何人ニ對シテ其効力ヲ有スルモノナルカ。アル學者ハ憲法カ直接ニ効力ヲ  
及ホス人ハ天皇及統治ノ機關ナリト爲ス。憲法ノ規定ハ國家活動ノ大原則ニ關ス  
ル規定ナルカ故ニ天皇及其他ノ機關カ當然之レニ依リテ制限セラレ其規定ノ形

式ニ從ツテ活動セサル可ラサルコト論ヲ俟タヌ。然リト雖モ此故ヲ以テ直チニ臣  
民ハ憲法ニ服従スルノ義務ナシトス可ラス。

憲法ハ最強ノ効力ヲ有スル國法タリ。臣民ハ自由ニ其變更ヲ試ムルヲ得サルハ勿  
論憲法ニ依ル國家ノ活動ニハ必スヤ常ニ服従セサル可ラス。然ラサレハ國家ノ立  
憲的生活ハ破壞セララルルニ終ルヘシ。憲法發布ノ勅語カ「朕カ現在及將來ノ臣民ハ  
此ノ憲法ニ對シ永遠ニ從順ノ義務ヲ負フヘシ」ト規定セルハ寧ロ當然ノ事理ヲ表  
明シタルニ過キス。要スルニ憲法ニハ臣民モ亦服従セサル可ラス。然レトモ憲法ニ  
基キテ活動スルハ國家ナリ。國家活動ノ形式ヲ確定スル法規タルノ故ヲ以テ臣民  
ニ服従ノ義務ナシトスルハ遂ニ論理ノ矛盾ヲ免ル能ハサルナリ。

憲法ハ領土外ニ住居セル臣民ニ効力ヲ及ホスモノナリヤ否ヤニ付テハ說岐ル。領  
土ノ内ニアリテモ亦憲法ノ施行セラレサル地域アリヤ否ヤハ次項ニ於テ之レヲ  
述フ。或ハ憲法發布ノ勅語カ「現在及將來ノ臣民ニ對シ此ノ不磨ノ大典ヲ宣布ス」朕  
カ後嗣及臣民ノ子孫タル者ヲシテ永遠ニ循行スル所ヲ知ラシム」ト規定スルヲ以  
テ領土外ニ住居セル臣民ニモ憲法ハ適用セララルヘキナリトスル者アリ。若シ此說

ニシテ眞ナリトセハ關東州又ハ朝鮮ニ在ル臣民カ法律ニ依リテ定メラレタルニ非サル裁判官ニ依リテ裁判セラレ法律ニ依ルニ非スシテ逮捕監禁密問處罰セラルルカ如キハ明白ナル憲法違反ナラサル可ラス。然レトモ其然ラサル所以ノモノハ勅語ハ廣ク現在及將來ノ臣民ト規定スルモ他方ニ於テ國家ノ活動ノ根本的原則ハ當該國家ノ版圖内ニ於テノミ效力ヲ有スルノ故ヲ以テ制限ヲ受クヘク從ツテ領土内ニ在ル自國臣民ノミニ限定スルノ結果ヲ生スルニ基クサレハ領土外ニ在ル臣民ハ其權利義務ニ關シテモ毫モ憲法ノ保障スルモノニ非サルナリ。

(ハ) 場所ニ關スル憲法ノ效力

帝國憲法ハ帝國ノ全領土ニ當然其效力ヲ有スヘキモノナリヤ、效力ヲ有セシメントスル意思表示ニ依リテ始メテ效力ヲ有スルモノナリヤ、將又領土ノアル部分ニハ當然效力ヲ有スヘク他ノ部分ニハ當然效力ヲ有セサルモノナリヤニ付テハ諸說紛々トシテ決セス。今此等ノ諸說ヲ三種ニ大別シ其主張及理由ヲ明ニシ終リニ余輩ノ見解ヲ明ニセント欲ス。

(一) 當然帝國ノ全領土ニ效力ヲ有ストスル說

其說ニ曰ク帝國憲法第一條及第四條ヲ對照スルトキハ萬世一系ノ天皇カ此憲法ノ條規ニ依リテ統治セラルル範圍ハ所謂大日本帝國ナルコト明ナリ。茲ニ所謂大日本帝國トハ讀テ字ノ如ク憲法制定當時ノ日本ノ領土ハ勿論其以後ニ於テ獲得セル新附ノ領土ヲモ包含ス。其理由ハ分ツテ二ト爲スヲ得ヘシ。其一ハ帝國憲法制定ノ由來之レナリ。帝國憲法ハ前ニ白耳義憲法ヲ參酌シ後ニ普國憲法ヲ參酌セリ。普國憲法ノ第一條ハ現今ノ範圍ニ於ケル王國ノ總テノ土地ハ普國領土ヲ形成スト規定セルカ故ニ千八百五十年一月三十一日現在ノ普國領土ハ憲法ノ效力ヲ有スヘキ地タルト、同時ニ其以後ニ於テ獲得シタル領土ニハ法律ニ依リテ變更セラレサル限リ當然ニハ憲法ハ效力ヲ有スヘキニ非ス。同憲法第二條帝國憲法ハ此ノ如キ憲法ノ效力ヲ有スル地域ヲ明確ニ規定シタル憲法ニ模範ヲ採レルニ拘ハラズ。現在ノ範圍ニ於ケル帝國ノ土地ト謂ハスシテ大日本帝國ト謂ヘルハ蓋其意將來獲得セラルヘキ領土ニモ當然憲法ノ效力ヲ有セシムヘキモノタルヤ明ナリ。其二ハ明治三十九年法律第三十一條ノ存在之レナリ。明治二十九年三月法律第六十三號ハ前後三回其施行期限ノ延長ヲ爲シ三十九年ニ於テ更ニ法律第三十一號ナ

ル新法ヲ制定セリ實際上六十三號ト其内容ヲ同シクセルモノナリ同法第一條ハ臺灣ニ於テハ法律ヲ要スル事項ハ臺灣總督ノ命令ヲ以テ規定スルコトヲ得ルコトヲ規定シ第四條ハ法律ノ全部又ハ一部ヲ臺灣ニ施行スルヲ要スルモノハ勅令ヲ以テ之ヲ定ムルコト第五條ハ第一條ノ命令ハ第四條ニ依リ臺灣ニ施行シタル法律及特ニ臺灣ニ施行スル目的ヲ以テ制定シタル法律及勅令ニ違反スルコトヲ得サル旨ヲ規定ス若シ憲法カ臺灣ニ當然効力ヲ有セストスレハ臺灣總督ノ律令權ヲ特ニ法律ヲ以テ認ムルノ必要ナク法律ト律令トノ効力ノ差等モ亦特ニ法律ヲ以テ規定スルノ要ナキニ終ルヘク總テ勅令ヲ以テ規定シテ毫モ差閤ナカルヘシ然モ事茲ニ出テスシテ法律ヲ以テ此等ノ規定ヲ設クルハ憲法ノ當然臺灣ニ効力ヲ有スルコト從ツテ大日本帝國ハ新附ノ領土ヲモ包含スルコトノ意ナルコトヲ反證スルモノナリト。

帝國憲法カ普國憲法ヲ參酌シテ制定セラレシコト誠ニ此說ノ如シ然レトモ參酌シテ現在ノ範圍ニ於ケル帝國ノ土地ト規定セサリシノ故ヲ以テ直チニ將來ノ領土ヲモ考見シテ立法セラレタリト稱スルヲ得ス帝國カ常ニ膨脹的運命ヲ有シ世

界ニ躍飛スヘキ國柄タルヘキコトハ既ニ神國ノ詔ニ依リテ明ナルヘク憲法制定ノ當時ニ於テモ帝國ノ此運命ハ起草者ハ勿論一般人民ニモ覺知セラレタルナルヘシ從ツテ他日北ニ延ヒ南ニ展キ風俗人情乃至習慣ニ於テ内地人民ト異レル者ヲモ帝國ニ包含セサル可ラサル必要ヲ認識セルナルヘシ此認識覺知ヲ抱キツツ立法者ハ内地人民ニ與ヘタル權利義務ノ保障ト同一ノ保障ヲ新附ノ人民ニモ與ヘ當該領土ノ統治ヲ容易ナラシメサルノ途ヲ講シタルモノナリト云フヲ得ヘキカ若シ帝國憲法ハ他日亞弗利加ヲ征服シ弊惡ナル黑人ヲ帝國人民ト爲シタル時ニ當ツテモ尙且内地人民ト同一ノ保障ヲ與フル趣旨ニ依リ立法セラレタルナルコトヲ明ニセサリシハ之レヲ明定セストモ凡ソ法規ハ其制定當時ノ土地ニ於ケル人民ヲ標準トシテ立法セラルヘキモノナリトスル原則ニ依リ疑ヲ挾ムノ餘地ナシト信セシニ依ル明治三十九年法律第三十一號存在カ毫モ憲法施行ノ理由トナラサルコトニ付テハ之レヲ(三)ニ於テ述ヘン。

(二) 憲法ヲアル領土ノ部分ニ施行スルノ意思表示ニ依リテ効力ヲ有ストスル說

此說ハ分テ二ト爲スコトヲ得ヘシ。其一ハ帝國憲法第一條ニ所謂「大日本帝國」トハ憲法制定當時ノ帝國ノ領土及天皇ノ自由意思ニ依リ憲法ヲ施行セントスル將來ノ帝國ノ領土ヲ指稱ス。故ニ制定當時ノ領土以外ノ領土ニ憲法ヲ施行スルニハ憲法改正ノ手續ヲ必要トセス。單ニ天皇ノ意思ニ依リ（明示又ハ默示）之レヲ施行スルコトヲ表示スルヲ以テ足レリトスル說ナリ。單ニ「大日本帝國」ト規定セルモノヲ以テ天皇カ其自由ノ意思ニ依リ憲法ヲ施行セントスル將來ノ帝國ノ領土ヲモ包含スト爲スハ甚シク解釋ノ範圍ヲ擴張セルモノニシテ正當ナル解釋方法ニ非ナルヘシ。其二ハ憲法ニ所謂「大日本帝國」ハ制定當時ノ帝國ノ領土ナルモ「本法ハ本島四國九州琉球及千島諸島ニ之レヲ施行ス」ト規定セス。若シ此種ノ規定アルニ當リ之レヲ臺灣ニ施行セント欲セバ憲法改正案ヲ必要トスヘキモ帝國憲法ニハ此規定ナキヲ以テ換言スレハ臺灣ニ之レヲ施行スルトセサルトハ憲法ノ豫見セザル所ナルカ故ニ天皇ハ其ノ自由意思ニ依リ即チ勅令ニ依リ之レヲ臺灣ニ施行スルコトヲ得ヘシ。何トナレハ憲法施行ト憲法改正トハ全然別個ノ概念ナレハナリトノ說ナリ。此說ハ一見論理貫徹セルカ如シト雖實ハ然ラス。法規ハ特ニ一定ノ土地

ニ之レヲ施行シ又ハセザルコトヲ規定セルモノアリ。或ハ又當然ナリトシテ施行セラルヘキ地域ヲ規定セザルモノアリ。憲法ニ所謂「大日本帝國」カ制定當時ノ領土ノ範圍ナルコトヲ是認シツツ其施行地域ヲ明記セザルノ故ヲ以テ他ノ領土ノ部分ニ施行スルハ改正ニ非ストスルハ明白ナル矛盾ナリ。大日本帝國「カ制定當時ノ領土ナランニハ其然ラサル新附ノ領土ニ之レヲ施行スルハ憲法ノ規定セル領土ノ範圍ヲ擴張セルモノニシテ確實ナル憲法改正ナリ。其之レヲ明記セルト趣旨ニ依リ範圍ノ明白ナルトニ依リテ解釋ヲ異ニシ一ハ改正ニシテ他ハ改正ニ非ス施行ナリト爲ハ餘リニ強辨ナルヘシ。從ツテ天皇ノ自由意思ニ依リ臺灣ニハ憲法施行セラレタルモノニシテ他日新附ノ領土アル場合ニ於テ之レヲ施行セザルモ又天皇ノ自由意思ナリト說ク能ハサルヘシ。

(三) 憲法ハ當然新附ノ領土ニ效力ヲ有セストスル說

此說ハ憲法其制定當時ノ領土ノ範圍ニ效力ヲ有スルモノニシテ新附ノ土地ニ施行セント欲セハ憲法ノ改正ヲ要ストスルモノナリ。余輩モ亦此說ヲ採用ス。今英國及獨逸ノ實際ノ例ニ依リテ考フルニ英國憲法ハ英蘭愛蘭及蘇蘭ノ本土ニ於テノ

ミ行ハレ其總テノ殖民地タル印度加奈陀及濠洲等ハ之レカ支配ヲ受ケスシテ其大ナルモノニアリテハ殖民地自體ノ組織法ヲ有スルヲ見ル。獨逸ニ於テモ其憲法ハ獨逸本土ノミニ於テ行ハレ所謂保護領ニ及フコトナシ。此ノ如キハ前ニモ述ヘタルカ如ク凡ソ法規ハ其制定當時ノ領土ニ於ケル人民ノ人情風俗乃至習慣ヲ參酌考慮シテ制定セラレタルモノニシテ更ニ他ノ領土ノ部分ニ於ケル人民ノ狀況カ現時施行セラレツツアル領土ニ於ケル人民ノ狀況ト同シキ故ヲ以テ施行セラレ施行區域ノ變更ノ行ハレサル限り何等ノ理由ナクシテ領土ノ擴張ト同時ニ當然ニ施行範圍ノ擴張セララルヘキニ非サルナリ。

然ラハ所謂法律第六十三號ハ如何ニ之レヲ解釋スヘキヤ。余輩ハ臺灣乃至樺太ニ於テハ憲法施行セラレサルモ統治者ノ憲法施行セラレタルト同様ナル觀念ヲ以テ之レヲ統治シツツアリト解ス。換言スレハ憲法ハ新附ノ領土ニ施行セラレタルニ非サルモ原則トシテ憲法ニ依リテ統治セルモノナリト思考ス。施行ト依ルトハ現在法規ノ適用セララルル狀態ニ於テハ何等ノ差等ナシト雖、依ルニ在ツテハ國家ハ所謂法律第六十三號又ハ第三十一號ノ如キヲ廢止シテ憲法ニ依ラスシテ統治

スルコトヲ得ヘキモ、施行ニアツテハ憲法自體ノ不施行ヲ目的トスル改正ヲ爲スニ非サレハ依然憲法ハ當該領土ニ施行セラル。國家カ臺灣統治ニ關シ所謂六十三號ヲ以テ法律ノ形式ヲ以テ其統治ノ基礎ヲ確定セルハ憲法當然ノ施行ノ結果ニ非スシテ「憲法ニ依ル」コトノ意思表示ナリトスルヲ正當トス。從ツテ同第一條カ律令ヲ認メ第四條カ法律ノ施行ハ勅令ヲ以テ定ムルコトヲ規定シタルモ何等憲法施行ノ結果ナリト論スルノ必要ナカルヘシ。或ハ憲法ハ新附ノ領土ニ當然ニハ施行サレズ從ツテ憲法ニ基キテ存スル法律カ憲法施行ノ地域外ニ效力ヲ有ストスルハ不當ナルヘク、所謂六十三號カ臺灣ニ效力ヲ有スルハ却ツテ憲法施行ノ反證ナリトスル學者アレトモ當ラス。憲法第三十七條ハ凡テ法律ハ帝國議會ノ協贊ヲ經ルヲ要スルコトヲ規定スルニ止マリ法律ハ憲法施行ノ地域ト同一施行地域ナラサル可ラサルコトヲ規定セサルノミナラス同一施行地域ナラサル可ラサルノ理由ナシ。法律モ亦國家ノ意思表示ナリ。唯帝國議會ノ協贊ヲ經タル國家ノ意思表示ナルノミ。帝國議會ハ憲法ニ依リテ設ケラレタル國家機關ナリト雖、憲法ハ帝國議會ハ必ス憲法施行地域ニ於テノミ效力ヲ有スル法律ニノミ協贊スヘキコトヲ

規定セズ帝國議會ハ如何ナル施行地域ヲ有スル法規ニモ協賛スルコトヲ得ヘシ  
若シ論者ノ説ノ如クンハ現今韓國ニ施行セラルル居留民團法ノ如キハ何如ニ之  
ヲ解セントスルカ要スルニ法律ハ憲法不施行ノ地ニモ法律トシテ效力ヲ有スヘ  
シ所謂六十三號カ法律ノ形式ヲ有スルコトハ毫モ臺灣ニ憲法カ施行セラルルコ  
トノ反證トナルモノニ非ス。

第一篇 統治權 *Herrschaft, Staatsgewalt*

第一章 統治權ノ觀念

凡ソ人類カ一定ノ目的ノ爲メニ團體ヲ組織シタルトキハ其組織ノ強固ナルト薄  
弱ナルトヲ問ハス公法的團體タルト私法的團體タルトヲ問ハス其人格ヲ有スル  
ト否トヲ問ハス必スヤ一個ノ力ニ依リテ其目的ノ遂行セラルヘキコトヲ必要ト  
ス此目的ヲ遂行センカ爲メニ法則ヲ制定シ之レカ執行ヲ爲スハ即チ團體自體ノ  
權力ナリ此ノ如キ權力ハ之レヲ二種ニ分ツコトヲ得統治權及統治權ナラサル權  
力之レナリ  
統治權ナラサル團體權力ハ唯其團體員ニ對シテ命令スルコトヲ得ルノミ其固有  
ノ威力ニ依リ固有ノ手段ニ依テ其命令ヲ強制スルコトヲ得ス團體員ハ隨時其團  
體ヨリ脱退スルコトヲ得ヘク團體ハ團體員ノ意思ニ反シテ之レヲ團體ニ抑留ス  
ルコトヲ得ス故ニ團體員ノ意思ニ反シテ之レヲ團體ニ抑留シ又ハ團體規則ノ定  
ムル所ニ依リ團體員ノ脱退ニ拘ハラヌ團體ニ對スル義務ヲ履行セシメントセハ

必ス特定ノ授權又ハ當該團體ヲ統治スル威力ノ命令アルコトヲ必要トス。然レトモ此種ノ團體權力ニアツテモ其規則ヲ執行シ得ルカ爲メニ必要ナル手段ヲ全然欠缺スルニ非スシテ其ノ規則ニ對スル制裁ヲ規定シ之レニ違反スルモノニ對シテ罰ヲ科スルコトヲ得ヘシ。此種ノ制裁方法ハ單純ナル懲戒ノ性質ヲ有スルモノニシテ其權力ハ懲戒權ニシテ統治權ニ非ス。而シテ此ノ如キ懲戒權ハ已ニ個人相互ノ間ニ於ケル純然タル私法上ノ關係ニ於テモ發見スルコトヲ得ヘク、苟モ繼續的法律關係ニシテ單純ナル經濟上ノ給付ノミヲ内容トセサルモノニアリテハ常ニ存スル所ニシテ生徒ト教師、奴婢ト主人、船員ト船長等ノ間ニ於テ見ルコトヲ得ヘシ。此等ノ關係ニ於テ行使サルヘキ權力ハ一見命令者ノ固有ノ命令權ノ如シト雖モ然ラス。何トナレハ此權力ヲ以テシテハ其極端ナル懲戒方法トシテモ唯其人的關係ヲ解除シ團體ヨリ脫退セシムルニ過キサレハナリ。然カノミナラス此懲戒權ノ存在ニ拘ハラヌ服從者ハ隨時ニ其團體ヨリ脫退スルコトヲ得ヘク以テ其懲戒ヲ免ルルコトヲ得ヘシ。

之レニ反シテ統治權ハ反抗シ得ヘカラサル權力ナリ。統治トハ無條件ニ命令シ及

其履行ヲ強制スルコトヲ得ルヲ云フ。故ニ他ノ團體權力ノ服從者ハ自由ニ其團體ヨリ脫退スルコトヲ得ルモ統治權ノ服從者ニアツテハ然ルヲ得ス。統治權ノ服從者ハ其意思ヲ以テ自由ニ脫退スルコトヲ得サルト同時ニ統治權團體ノ服從者ノ意思ニ反シテ之レヲ團體ニ抑留スルコトヲ得ヘシ。サレハ近世ノ國家ニアツテハ法規ヲ以テ服從者ノ脫退ニ關スル規定ヲ設ケアル條件ヲ具備セサルモノニ付テハ其自由ノ意思ニ依リ脫退スルコトヲ得サラシム。例ヘハ國籍法第二十四條ヲ滿十七年以上ノ男子ハ既ニ陸海軍ノ現役ニ服シタルトキ又ハ之レニ服スルノ義務ナキトキニ非サレハ日本ノ國籍ヲ失ハサルコトヲ規定セルカ如シ。

此ノ如キ威力ヲ有スル權力ハ統治權ナリ。統治ハ實ニ國家ノ權力ト他ノ總テノ權力トヲ區別スヘキ特徴ナリ。故ニ國家ノ内部ニ有スル團體又ハ個人ニシテ統治權ヲ有スルモノアラシニハ其ハ皆國家ノ權力ニ根源ヲ有シ其權力ハ原始的權力ニ非スシテ傳來的權力ナリ。然レトモ此ノ如キハ唯近世ノ國家ニ於テ云ヒ得ルノミ歐洲中世ニ於テハ國家以外ノ團體ト雖國家ヨリ傳來セルニ非スシテ一定ノ範圍ニ於テ統治權ヲ有シタリキ。國家内ニ於ケル諸侯自由都市國家外ニ於ケル耶蘇教

會ノ如キ皆然ラサルハナカリキ。而シテ此國家ノミ原始的統治權ヲ有ストスルノ思想ハ第十六世紀ヨリ第十八世紀ニ亘ル歐洲大陸ノ專制政治ノ發達ニ基クコト大ナリト雖國家内ノ自治體ノ權力ヲ以テ國家ノ權力ヲ代理スルモノナリトスル英國ノ思想ノ影響ヲ蒙レルコト又尠少ナラス。歐洲諸國ニ於ケル自治團體ハ本來命令強制ノ權ヲ有ストスルノ思想ハ今日ニ於テハ不當ニシテ此ノ如キ權力ヲ有シタリシ團體ヲシテ自治セシムルコトカ國家ノ發達ヲ企圖スル所以ナリトシテ一定ノ範圍ノ統治權ヲ國家ヨリ付與シタルモノナリト説明スルヲ正當トスヘシ之レヲ要スルニ統治權ハ無條件ニ命令シ及其履行ヲ強制スルコトヲ得ル權力ナリ。然レトモ近世ノ國家ニ於テハ多ク憲法ヲ以テ其行動ニ形式原則ヲ確定ス。此形式原則ニ從ツテ行動スル統治權ハ事實上ノ權力ニ非スシテ法上ノ權力タリ。法上ノ權力ハ即チ統治ノ權利ナリ。統治權カ法上ノ觀念トナリタルトテ茲ニ毫モ統治權力本來ノ性質ヲ滅失スルモノニ非サルナリ。

## 第二章 主權 Souveraineté

### 第一節 主權ノ觀念ノ沿革

主權ノ觀念ハ今日ニ於テハ既ニ法律上ノ觀念タルモ其始メテ發生シタルハ專テ政治上ノ理由ニ基キ政治上ノ觀念タルニ止マリシナリ。遠ク希臘ヲ見ルニ當時ニ於テ未タ此觀念ノ存在ヲ見ス。之レ舊世界ニ於テハ主權ナル觀念ヲ認識スルニ必要ナル對照ノ存在セザリシニ依ル。詳言スレハ國家ノ權力ト他ノ威力トノ對立ヲ見サリシニ基ク。主權ノ觀念ヲ生スルニ至リシハ實ニ歐洲ノ中世ニ於ケル社會狀態殊ニ佛國ノ事情ニ基ク。

中世ニ於ケル歐洲ノ國家組織ハ今日ノ如ク單純ナルモノニ非サリキ。當時佛國ハ其權力ノ下ニ存セサル三個ノ威力ト對シ互ニ相拮抗セリ。即チ寺院ハ佛國ヲ其服從者トシテ強制セントシ。神聖羅馬帝國ハ之レヲ單純ナル國內ノ一州トシテ認メントシ。佛國內ニ於ケル諸侯及自由都市ハ其固有ノ威力ヲ以テ佛國ト對立スルモノトシテ立テリ。然レトモ此狀態ハ佛國自體ノ權力ノ確立ニ伴ヒ永續スルコト能ハスシテ帝國皇帝ノ權力ハ有名無實トナリ。法王ノ權力モ佛國ノ政治ニ干涉スル能ハス諸侯都市ハ佛國國王ノ權力ノ下ニ存セサル可ラサルニ至レリ。茲ニ於テカ佛國ノ權力ハ羅馬帝國寺院乃至諸侯都市ノ權力ト異ナリ他ヨリ抑制セラルヘキ



ニ非ストスルノ思想ヲ生シ茲ニ主權ナル概念ノ發生ヲ見ルニ至リシナリ。而シテ此概念ヲ明細ニ論述セシモノハジャン、ポードンナリ。彼レハ主權ヲ以テ最高無制限ノ權力ニシテ法律ニ依リテ拘束セラレサル權力ナリトシ國王ノミ此最高權力ヲ有スト爲セリ。彼レ以前ノ學者カ主權ヲ以テ統治權ヲ總攬スル人ヲ指稱シ諸侯モ亦主權ナリトセシニ比スレハ明ニ其說ノ進歩ヲ示ス。

此ノ如ク主權ナル概念ハ他ノ權力ヨリ國王ノ權力ヲ區別シ他ヨリ獨立ニシテ制限セラレサルコトヲ指示スルノ意味ニ於テ生シタルモノナルヲ以テ本來消極的性質ヲ有ス。然レトモ歴史上ノ發達ノ狀態ニ於テハ此消極的性質ヲ變シテ積極的ノ内容ヲ有スルモノナリトスルモノアルニ至レリ。即チ其一ハ主權ヲ以テ統治權ト同一概念トスル說ナリ。ポードンノ如キモ主權ヲ以テ一定ノ内容ヲ有スル權力ニシテ立法權、宣戰媾和ノ權等ハ主權ニ缺ク可ラサル作用ナリトセリ。今日ニ於テモ亦主權ヲ以テ統治權ト同一意義ニ用フル立法例及ヒ學者ナキニ非ス。サレト一定ノ内容ヲ有スルハ統治權ナリ。立法シ宣戰媾和スルハ統治權ノ作用ニシテ主權ノ作用ニ非ス。其二ハ主權ヲ以テ國家ノ權力ヲ總攬スル者ナリトスル說ナリ。此ノ

如キハ國家ノ機關トシテ國家ヲ活動セシムル者カ卑近ナル觀察ニ於テ國家ノ本體ナリト解セラレ易キノ故ヲ以テ國家ト其最高機關トヲ同一視シ國家ノ權力ヲ主權ナリトスル說ト合シテ國家ノ最高機關ノ主權ナリト觀念スルニ至リタルナリ。而シテ第十六世紀ニアツテハ君主ノ權力盛ニシテ國權ハ恰モ君權ノ觀ヲ呈セシカ故ニ茲ニ君主ハ主權ナリトスルノ說ヲ生シ降ツテ第十七世紀第十八世紀ニ於テハ自然法說ノ優勢ナルト共ニ國民ハ主權ナリトノ觀念ヲ生スルニ至レリ。然レトモ君主又ハ國民ハ其ノ國體ノ異ナルニ從ヒ各最高機關トシテ統治權ヲ總攬シ其權限ヲ行使スト雖モ其權限ハ主權ニ非ス。主權ハ前ニモ述ヘタル如ク消極的性質ヲ有シ國家ノ權力ノ屬性ニシテ君主又ハ國民ノ權限ナル一定ノ内容ヲ有スルモノニ非ス。

以上述ヘタルカ如キ沿革ノ下ニ主權ナル語ハ三種ノ異ナリタル意義(即チ(一)正當ナル用語トシテ統治權ノ屬性トシテ(二)統治權ト同一意義トシテ(三)國家ノ最高機關ト同一意義トシテ)ニ用ヒラレタリ。而シテ此等ノ用語ノ混同ヲ匡シ以テ主權ナル概念ヲ明瞭ナラシメタルハ主トシテ第十九世紀ニ於ケル獨逸國法學ノ發達ナ

リ。即チアルブレヒトハ始メテマウレンブレフヘルノ國家學ノ批評ニ於テ之レヲ明ニシ次テゲルバーハ主權ハ統治權自體ニ非ストシ諸侯ノ主權國民ノ主權ト云フハ畢竟諸種ノ政治的運動ノ合言葉ニシテ君主ノ權利ハ主權ナル觀念ト毫末ノ關係ヲモ有スルモノニ非ストセリ。要スルニ主權ナル觀念ハ其沿革的發生ノ理由ヲ度外視シテ學理上之レヲ確定スルヲ得ス。而シ佛國又ハ英國ニ於テ主權ナル文字カ常ニ統治權ヲ表示スルモノトシテ用ヒラルルコトハ用語ノ欠缺上止ムヲ得サル所ニシテ之レアルカ爲メニ主權ハ統治權ナリトスルノ誤ナルコト又言ヲ俟タサルナリ。

## 第二節 主權ノ本質

主權トハ國家ノ權力ノ最高ニシテ且獨立ナル性質ヲ云フ。蓋最高トハ國家ノ領土内ニ於ケル人民又ハ團體カ其國家ノ權力ニ服從セサル可ラサル關係ヲ云ヒ獨立トハ國家ノ外部ニ對シ當該國家以外ノ他ノ權力ニ依リテ制限セラレサル關係ヲ云フ。

而シテ此二個ノ特徴ハ相互ニ分離シテ存在スルコトヲ得サルモノニシテ對内主

權ト對外主權トヲ區別シテ説明スルモ亦二個ノ主權ノ存在ノ意義ニ非スシテ單ニ主權ノ二個ノ方面トシテノミ解セサル可ラサルナリ。

主權ノ性質トシテ第三ノ特徴ヲ附加シ主權ハ無制限ノモノナリトスル學者アリ其所謂無制限トハ制限カ事實上ノ力ニ依リテセラルルノ以外ニ於テハ法律ヲ以テモ之レヲ制限シ得スト爲スナリ。然レトモ吾人ハ主權ナル觀念ノ發生ノ沿革ト此觀念モ亦法律上ノ觀念タルコトヲ忘ル可ラス。既ニ國家ハ自己ノ意志ニ基キ自由ニ其意志發動ノ形式原則ヲ確定ス。此ノ如キハ近世ノ立憲國家ニ於テ必ス目撃スル所ナリ。若シ事實上ノ制限以外ノ制限ヲ受クルハ主權ノ觀念ト相反ストセシニハ總テノ立憲諸國ノ權力ハ主權ノ性質ヲ有セストセサル可ラサルニ至ルト同時ニ其沿革上ノ存在ノ理由ヲモ全ク滅却セシムルニ至ルヘシ。然ノミナラス主權ヲ以テ法律ニ依リテモ尙制限セラレザルモノナリトセンニハ所謂主權國ハ其憲法ノ如何ニ拘ハラズ自由ニ總テノ法規ヲ廢止シテ以テ非國家ノ狀態ヲ現出セシムルコトヲ得ヘシ。此ノ如キハ豈ニ主權ノ特徴ナランヤ。若シ又無制限ト云フハ自國以外ノ法規ニ依リテ制限セラレストスルノ意味ナランニハ其獨立ナル特徴

以外更ニ第三特徵トシテ掲クルノ要ナキナリ。  
 主權ハ法律上ノ觀念ナリ。凡テノ國家ノ法規ハ一方ニ於テ臣民ヲ拘束スルト同時ニ他方ニ於テハ國家自體ヲモ拘束ス。自己ノ法規ニ依リテ國家自體カ其行動ヲ制限スルハ毫モ主權ノ性質ニ撞着スルモノニ非ス。國家ノ存在ハ必ズ法規ノ存在ヲ意味シ法規ノ存在ヲ前提トシテ尙主權ノ觀念ノ存在ヲ認ムル以上法規ニ依ル國家ノ自制ハ主權ト相容ルル能ハサルモノニ非サルコトヲ認メサル可ラス。  
 サレハ主權ハ事實上無制限ナラサルノミナラス又國家自體ノ認ムル法規ニ依リテ自ら制限ヲ加フルコトアルナリ。然レトモ此以外ニアツテハ主權ハ他ノ何等ノ權力ニ依リテモ制限ヲ加ヘラルルモノニ非ス。即チ自己ノ自由ノ意思ニ依リ自己及人民團體ヲ任意ニ拘束シ得ルト同時ニ他ヨリ自己ノ意思ノ自由ヲ制限セラレ拘束セラルルコトナシ。或ハ近世ノ國家カ國際團體ヲ組織シ所謂國際公法ノ適用ヲ受クルノ故ヲ以テ主權ノ觀念ト相矛盾ストスル者アレトモ當ラス。國際團體ハ統治團體ニ非ス。國際團體ノ有スル權力ハ統治權ニ非ス。故ニ其權力ニ基ケル國際法規ハ各國家ニ於テ遵奉スヘキ義務ヲ負擔スト雖モ其遵奉ヲ強制セラルルコト

ナシ。國家ノ之レヲ遵奉スルハ専ラ自己ノ任意ノ意思ニ繫カルコト恰モ國家カ自ラ國內法規ヲ制定シテ之レニ則ルカ如シ。國家カ國際法規ヲ遵奉スルハ國家以外ノ權力ニ依リテ服從ヲ強制セラルルニ非サルカ故ニ主權ノ獨立ナル性質ト毫モ相反スルコトナキ知ルヘキナリ。  
 之レヲ要スルニ主權ハ國家ノ權力ノ性質ニシテ其レ自體指定ノ内容ヲ有スルモノニ非ス。國家ノ權力ハ時代ノ推移ニ依リ其内容ヲ異ニシ殊ニ第十九世紀ニ於テハ非常ナル程度ニ於テ其内容ノ擴張ヲ來シ。總テノ裁判所ハ國家ノ裁判所トナリ封建諸侯ノ警察權ハ國家ノ警察權トナリ。總テノ教育ハ國家ノ指導又ハ監督ノ下ニ立チ。寺院ノ行政モ亦國家ノ行フ所トナリ。其他特許鐵道等ノ事業ニ至ル迄國家ノ事業又ハ其監督ノ下ニ立ツニ至レリ。此ノ如キ國家權力ノ内容ノ膨脹アリシト雖主權ハ爲メニ何等ノ變更ヲ受ケタルモノニ非サルナリ。

### 第三節 主權ハ國家ノ權力ノ特徵ニ非ス

總テノ國家ハ統治權ヲ有セサル可ラス。然レトモ總テノ統治權ハ常ニ必ズ主權ノ性質ヲ有スルコトヲ必要トセス。換言スレハ總テノ單一國家ノ統治權ハ主權ナレ

トモ結合セル國家ノ統治權ハ必スシモ主權ニ非サルナリ。舊時自然法學者ハ多クノ國家カ主權ヲ有スルヲ見テ國家ハ必ス主權ヲ有セサル可ラスト論シタリシノミナラス今日ニ於テモ亦此說ヲ支持スル學者ナキニ非ス(サイデル、ツオルン、ヘーネル、ポールン、ハツク等)此說ヲ貫徹セント欲セハ勢ヒ近世ノ國家現象ヲ無視シ普通思想ニ反スルノ譏ヲ甘受セサル可ラス近世ノ國家ニ於テハ一國家カ他ノ國家ニ從屬スルヲ見ルコト屢ナリ。故ニ此種ノ現象ヲ説明スルニハ此等ノ學者ハ其聯邦ヲ組織セル國家ニ付テハ主權ハ聯邦ト各支分國トノ間ニ分割シテ存在スト説明スルカ、聯邦ハ各支分國ノ事務ヲ共同ニ處理スル機關ニシテ國家ニ非ストスルカ、或ハ又聯邦ハ國家ニシテ其支分國ハ國家内ノ自治團體タルニ過キスト爲ササル可ラサルヘク、其保護關係ヲ存スル國家ノ關係ニ付テハ被保護國ハ保護國ノ一部ニシテ國家ニ非ストスルカ、保護國ノ干涉ヲ受クルハ其範圍ニ於テ保護國自體カ被保護國ノ機關トナレルモノナリト解セサル可ラサルニ至ルヘシ。而シテ總テ此等ノ理論ハ歷史上ノ事實ヲ無視シ政治ノ實際ヲ閑却セル空論ニシテ非難ヲ免レサル所ナリ。然ノミナラス此說ヲ以テシテハ更ニ主權ナル觀念ノ發生ヲ必要ト

シタル當時ノ中世ノ國家ヲモ亦國家ナラストセサル可ラサルニ至ルヘシ。佛國ノ如キ其權力ノ確立セサリシ以前ニアツテハ前ニモ述ヘタル如ク外ハ羅馬帝國耶蘇教會ノ權力ノ制限ヲ受ケ内ハ諸侯自由都市ノ反抗ニ逢ヒ若クハ其權力ノ制限セラレタルヲ見ル。然レトモ佛國ハ當時ニ在テモ尙國家トシテ人ノ認識セシムル所ニシテ寺院法學者カ羅馬帝國ノ一例ニ過キスト爲セシハ詭辯ニ過キサルナリ。要スルニ近世ノ國家現象ヲ矛盾ナク説明セントスレハ主權ハ必スシモ常ニ國家ノ權力ニ必要ナル特徴ニ非サルコトヲ認メサル可ラス。茲ニ於テカ國家ニ二個ノ種類ヲ生ス。主權國及非主權國之レナリ。例セハ聯邦ハ主權國ニシテ各支分國ハ非主權國ナリ。

### 第三章 統治權ノ不可分

國家ハ統一的團體ニシテ其意思ハ一アリテ二ナシ。故ニ其意思ノ根源タル統治權ハ一ニシテ二ナク之レヲ數箇ニ分割シ得ヘカラスト爲スハ必然ノ論理ナリ。若シ統治權ヲ分割シ得ヘント爲スハ尙國家ヲ存置シテ其國家ヲ數箇ニ分割セントスルト同シク矛盾ノ思想タルヲ免レス。而シテ此原則モ亦他ノ國法學上ノ原則ト同

シク長キ政治上ノ經驗ニ基キテ始メテ今日確定セラレタル所ナリ。國家ノ權力ヲ分割シ得ヘシトスル學說ハ政治上ノ目的ノ爲メニ再度試ミラレタル所ナリ。其一ハ立憲國家ノ根本思想トシテ論セヨレタル所ニシテ三權分立說之レナリ。其二ハ聯邦ヲ説明センカ爲メニ説カレタル所ニシテ聯邦及支分國間ニ於ケル主權分割說之レナリ。而シテ此兩者ハ共ニ國家權力ト主權トヲ混同セルニ基キ前者ハ統治權ヲ主權ナリトシ主權ハ統治權ヲ行使スル機關ナリトスル思想ヲ前提トシテ存シ後者ハ全然主權ヲ統治權ト同一物ナリト誤解シタルニ依ル。

### 第一節 三權分立說

三權分立說トハ統治權ヲ三箇ノ權力ニ分割シ各異リタル機關ヲシテ之レヲ行使セシメントスル思想ヲ云フ。此思想ハ佛國モンテスキューニ依リテ最モ明白ニ論述セラレタルヲ見ル然レトモ國家ノ權力ヲ分立セシムルノ思想ハ氏ノ創設ニ係ルモノニ非スシテ其ノ源ヲ遠ク希臘ニ發シ碩學アリストートルハ既ニ國權ヲ三分スルノ說ヲ稱ヘタリ英國ノジョン・ロックモ亦國權ノ作用ヲ分テテ立法權、外交權、執行權及君主ノ大權ノ四種ニ分類シ各別個ノ機關ヲシテ之レニ當ラシメサル可

ラサルコトヲ説ケリモンテスキューノ説ク所英國政治ノ實際ヲ觀察シタル結果ナリト雖亦ロックノ説ノ影響ヲ蒙ルコト疑ナキ所ナリ。彼ハ國家ノ權力ヲ三種ニ分テテ立法權、國際法上ノ事件ノ執行權及國內法上ノ事件ノ執行權ニ區別シ、立法權ハ法律ノ制定廢止變更ノ權、第一ノ執行權ハ宣戰媾和等專ラ外交ニ關スル權、執行權、第二ノ執行權ハ刑罰權、裁判權、司法權ヲ其内容ト爲ストシ、此三權ハ其本質ニ於テ獨立平等ノモノニシテ濫用ヲ防止センカ爲ニ各異ナリタル機關ヲシテ之レニ當ラシムルヲ要スト説ケリ。而シテ立法權ハ議會ニ、執行權ハ君主ニ、司法權ハ國民ノ選舉ニ係ル裁判所ニ屬セシメ、例外トシテ君主ハ法律ニ對スル不裁可權ヲ有シ、議會ハ豫算ニ依リテ財政ヲ監督シ各機關相牽制シテ壓制ヲ避ケンメントセリ。モンテスキューノ三權分立說カ近世ノ立憲制度ニ與ヘタル影響ハ蓋少ナラス。然リト雖純粹ナル法理論トシテハ到底非難ヲ免ルル能ハサル所ナリ。

第一 氏ノ説ハ英國ノ實際ヲ誤解シテ立論セリ。蓋當時ノ英國ニ於テハ君主ハ絶對ニ立法ニ參與セサリシニ非ス。執行權ト立法權トハ實際ニ於テハ相調和セラルヘキ組織(國務大臣ハ議會ノ多數黨ノ出ニ係ル)ヲ有シタレハナリ。

第二 假リニ國家ノ權力ヲ分割シ得ルトスルモ氏ノ説ケル三權ノミヲ以テハ未  
 タ足ラス蓋氏ノ所謂執行權ハ外務行政權ニ外ナラスシテ内務行政ヲ始メ國內行  
 政ハ總テ此内ニ包含セラレサレハナリ。

第三 氏ハ絶對的ニ國權ヲ分割スルノ思想ヲ有シタリシヤ否ヲ疑フ者アリ。ウエ  
 リネツクハモンテスサユハ英國政治ヲ觀察シテ三箇ノ分割セラレタル對等ニシ  
 テ相牽制スヘキ權力ヨリ成リ三權ハ相觸接スル點アルモ其本質ニ於テハ獨立ナ  
 リトセリ然レトモ彼ハ之レニ付キ詳細ナル説明ヲ爲サズ國家ノ統一及此統一ト  
 權力トノ關係ノ如キハ彼レノ説明ヲ試ミサリシ所ナリト云ヒ(普通國家學第四百  
 五十三頁)マデソンモ亦モンテスキューノ用語事例ヨリ見ルトキハ氏ハ一部ノ全  
 權カ他ノ部ノ全權ヲ有スル機關ニ依テ行ハルルコトハ自由憲法ノ根本主義ヲ破  
 壞スルモノナリトセシニ過キササルナリト説ク(前掲同第四百五十六頁註)然レトモ  
 前述シタル例外ノ場合ヲ除キ原則トシテハ三權ハ各異ナリタル機關ニ依リテ行  
 使セラルヘキモノナリト爲シ其間調和統一ノ手續方法ヲ論セサリシコトハ掩フ  
 可ラス從ツテ吾人ハ紙面ニ表ハレサル又推論シ得ラレサル意思ヲ忖度シテ之レ

ヲ辯護スルノ必要ナク唯其表ハレタル限りニ依テ之レヲ論シテ可ナリ此見解ヲ  
 以テスルトキハ氏ノ説ハ遂ニ國家ノ統一ヲ破ルニ至ルヘシ何トナレハ統一セラ  
 ルヘキ方法ナキ三種獨立平等ノ權力ノ存在ハ三箇ノ意思ヲ生シ從ツテ國家ノ内  
 部ニ三箇ノ人格ノ存在ヲ生スルニ至ルヘケレハナリ。

諸國ノ憲法ハ皆此ノ絶對ナル三權分立ノ思想ヲ採用セス葡萄牙ニ於テモベンチ  
 ヤミンコンスタンノ説ニ基キ立法權ハ議會ニ司法權ハ裁判所ニ行政權ハ大臣ニ  
 屬スルモ調和權ハ君主ニ屬ストナシ以テ其統一ヲ企圖シ權力分立説ヲ極端ニ採  
 用セリト稱セラルル北米合衆國ニ於テモ最高ノ權力ハ國民ニ屬シ三種ノ權力ハ  
 此最高ノ權力ヨリ生シ國民ノ委任ニ依リテ各機關ノ行フヘキモノトシ殊ニ憲法  
 變更ニ關シテハ國民自體ニ依リテ之レヲ行ヒ以テ其統一ヲ計ル其他ノ諸國ニ於  
 テ或ハ立法權ト云ヒ司法權ト云フト雖モ權力分割ノ謂ニ非スシテ唯統一ノ國權  
 ヲ行使スヘキ機關ノ分立國權ノ作用ノ分立ヲ意味スルニ過キササルナリ。  
 之レヲ要スルニ剴然タル三權分立ノ思想ハ單ニ思想(國家ノ統一的人格ト調和ス  
 可ラサル)タルニ止マリ諸國ノ憲法ハ此思想ノ影響ヲ受クト雖統一セル國權ノ作

用ヲ原則トシテ異ナリタル機關ニ依リテ行使セシムト云フニ過キサルナリ。

## 第二節 聯邦ト支分國トノ間ニ於ケル 主權分割說

聯邦ト支分國トノ關係ヲ説明センカ爲メニ兩者ノ間ニハ主權ハ分割セラレテ存在ストスルノ說ハトクビールノ說ニ基キ獨逸ニ於テハ主トシテツイツニ依リテ唱道セラレタル所ニシテ學者ノ有力ナル反對アルニ拘ハラズ今尙之レニ左祖スル者ナシトセス(ヘーネル、ポルンハツク等)

此說ハ前ニモ述ヘタルカ如ク主權ト統治權トヲ混同セルモノニシテ其外所謂主權ハ統治權ノ意義ニ解セサル可ラス。即チ此說ヲ主張スル學者ハ統治權ハ聯邦及聯邦ヲ組織セル各支分國ノ間ニ分割ノ狀態ニ於テ存在スト爲スナリ。此ノ如キハ近世ノ單一國家ノ統治權ノ普通行ハルヘキ事務ノ範圍ヲ基本トシ統治權ハ常ニ其範圍ノ事務ヲ内容トセサル可ラストセルニ基ク。然レトモ二箇以上ノ國家ノ間ニ統治權分割シテ存在スルヲ得ト爲スハ明ニ國家ノ性質ト相反ス。國家カ意思ヲ有スルハ尙自然人又ハ法人カ一箇ノ意思ヲ有スルト相同シ。而シテ二箇ノ自然人

又ハ法人ノ意思ヲ合シテ一ノ意思アリ各個ノ自然人又ハ法人ノ意思ハ半分ノ意思ナリトスルハ自然人又ハ法人ハ單一體トシテ獨立ノ存在ヲ有シ獨立ノ力ヲ有ストスルハ明ナル矛盾ナルカ如ク二個以上ノ國家ノ意思ヲ合シテ始メテ完全ナル意思アリ各國家ノ意思ハ不完全ナル意思ニシテ從ツテ其統治權ハ不完全ナル統治權ナリトスルハ國家ハ單一體トシテ獨立ノ存在ヲ有ストスルト相容レサルヤ明ナリ。寧ロ此種ノ說ハ進ンテ聯邦國又ハ支分國ノ統治權ヲ有シ國家トシテ存在スト主張スルノ優レルニ若カサルナリ。此說ハ獨逸聯邦ニ於テ軍事外交郵便及電信等ノ事務ニ付テハ聯邦タル獨逸帝國ノミ之レヲ行ヒ各支分國ハ其他ノ事務範圍ニ於テノミ行フコトヲ得支分國ノ統治權ハ及フヘキ事務ノ範圍ノ限局セラレタルニ基キ發生シタルモノナリト雖之レカ爲メニ各支分國ノ統治權ハ不完全ナリト云フコトヲ得ス各支分國ノ統治權モ亦其限局セラレタル事務ノ範圍ニ於テハ自由ニ命令強制ヲ行フコトヲ得ヘク統治權自體ハ毫モ限局セラレタルニ非ス。不完全トナリタルニ非ス。統治權ノ行ハルヘキ事務ノ範圍ハ時及場所ニ依リテモ亦大ニ異レリ。

中世ニ於テハ國家ハ裁判權ノ寺院ノ監督等ヲモ有セザリシニ抱ハラヌ現今ニ於テハ多數ノ國家ハ之レヲ國家ノ事務ノ範圍ト爲ス更ニ又同一時代ニ於テモ一國家ハ煙草ノ製造專賣鐵道經營ヲ以テ其行フヘキ事務ノ範圍ト爲スニ拘ハラヌ他ノ國家ハ之レヲ以テ總テ民業ニ委シテ願ミサルアリ然モ其事務ノ範圍廣キ國家ノ統治權ハ完全ニシテ然ラサルモノハ不完全ナリト爲スハ何人ト雖首肯シ罷ハサル所ナルヘシ事務ノ範圍ノ分割ハ統治權ノ分割ニ非ス國家ニ於テ統治權ノ行ハルヘキ事務ノ範圍カ縮少セラレタルノミ此ノ如キハ尙公權ヲ剝奪セラレタルモノハ諸種ノ權利ヲ行フコトヲ得サル状態ニアルニ拘ハラヌ尙人格者トシテ存在シ其有スル意思カ不完全ナル意思ナラサルト相同シ之レヲ要スルニ聯邦及各支分國ハ共ニ完全ナル統治權ヲ有シ各其有スル權力ハ一個ノ統治權ノ分割セラレタル部分ニ非ス而シテ其有スル統治權カ主權ノ性質ヲ有スルヤ否ヤハ自ラ別個ノ問題ナルヤ勿論ナリトス。

#### 第四章 統治權ノ種別

統治權ハ無條件ニ命令シ及其履行ヲ強制シ得ル權力ニシテ必スシモ其最高ニシ

テ且獨立ナル性質ヲ有スルコトヲ必要トセザルコト前述ノ如シ茲ニ於テカ非主權國ト國家内部ノ所謂自治團體トノ區別ノ標準ハ果シテ那邊ニ設クヘキヤ詳言スレハ非主權國ノ有スル權力ハ最高且獨立ナラサルコト自治團體ト相同シク自治團體モ亦一定ノ範圍ニ於テ命令強制シ得ル權力ヲ有スルコト非主權國ト相同シキカ故ニ遂ニ兩者ヲ區別スルコト能ハサルニ終ルナキヤノ疑問ヲ生スヘシ此疑問ヲ解決センカ爲メニ説ヲ爲ス者頗ル多シ或ハ地方的需要ノ満足ヲ目的トスルモノハ自治團體ニシテ國民的利益ヲ企圖スルモノハ國家ナリトスル學説アレトモ(ロージン)需要又ハ利益カ地方的ナルヤ國民的ナルヤノ標準ハ如何ナル點ニ求ムヘキカ不明ナルヘク單ニ其地域ノ小ナルモノヲ以テ地方的需要ナリトセシニハ吾人ノ普通思想ニ於テ國家ナリトスル瑞西ノ各州乃至獨逸ノ三自由都市ノ如キハ自治團體タルニ至ルヘク到底適切ナル標準ナリト認ムル能ハス或ハ又國際法上人格ヲ認メラレタルモノト否トニ依リ國家ト自治團體トヲ區別セシトスル學者アレトモ(ステール)國家ナルカ故ニ國際團體ノ一員タリ得ルモノニシテ國際團體ノ一員タルコトハ國家タルノ性質ヲ決定スル理由ニ非サルカ故ニ亦



適當ナル所説ト爲ス能ハス。或ハ又國家ハ自己ノ統治權ヲ有スルモ自治團體ノ行  
フ權力ハ自己ノ權力ニ非スシテ國家ノ權力ナリトシ一見明瞭ナルカ如ク説明ス  
ル者アレトモ自治團體ト雖一定ノ範圍ノ權力ヲ國家ヨリ附與セラレタル以上其  
ハ既ニ自治團體自體ノ權力ニシテ自治團體ハ人格者トシテ國家ノ機關ナラサル  
カ故ニ又此説ニ贊同スル能ハス。

國家ト自治團體トヲ區別スル標準ハ其權力カ原始的ナルヤ傳來的ナルヤノ點ニ  
求ムルノ外ナシ苟モ共同體ニシテ原始的の威力ヲ有シ命令強制シ得ルコトカ何等  
他ヨリ讓受ケタルモノニ非サルトキハ其ハ國家ニシテ自治團體ニ非ス共同體ニ  
シテ其命令強制シ得ル力カ他ヨリ附與セラシタルモノナルトキハ其ノ自治團體  
ナリ。略言スレハ統治權ハ之レヲ二種ニ區別スルコトヲ得ヘク原始的の統治權ヲ有  
スルモノハ國家ニシテ傳來的の統治權ヲ有スルモノハ自治團體ナリ。然レトモアル  
共同體ノ有スル一統治權カ果シテ原始的のナリヤ傳來的のナルヤヲ決定スルハ頗ル  
困難ナル問題ニ屬ス。余輩ハ之レヲ決定スル外形上ノ標準トシテハ共同體カ(イ)一  
定ノ政務ノ範圍ニ於テハ他ノ監督ヲ受ケサルヤ否ヤ及(ロ)自己ノ法律ニ依リ自己

ノ組織ヲ確定シ得ルヤ否ヲ以テスルヲ穩當ナリト信ス。大體ニ於テゲマイヤーノ  
所説ニ從フ(或ハ自治團體ト雖モアル範圍ニ於テ隨意ニ條例ヲ發スルコトヲ得ル  
ノ故ヲ以テ市制町村制各第十條(イ)ハ國家ト自治團體トヲ區別シ得ル標準ノ一タ  
ル能ハスト爲スモノアレトモ當ラス。何トナレハ條例ハ法律命令ニ抵觸スルコト  
ヲ得サルヘク、抵觸セサル範圍ニ於テモ國家ノ監督權ノ下ニ立テ之レカ設定改正  
ハ必ス國家ノ許容ヲ必要トスレハナリ。市制第二百二十一條町村制第二百五條(或  
ハ(ロ)モ亦兩者ヲ區別スル標準ノ一タリ能ハスト爲シ之レニ從フトキハ各支分國  
ノ聯合セントスル條約ニ依リテ設定セラレタル獨逸帝國ノ如キハ國家ナラサル  
ニ至ルト同時ニ聯邦カ其法律ヲ以テ各支分國ノ團體ヲ限定セル場合(例ヘハ瑞西  
ノ如キ)ニハ其支分國モ亦國家ナラサルニ至リ普通思想ニ反スヘシトスル者アレ  
トモ又誤ナルヘシ。獨逸帝國憲法ハ各支分國ノ協約ニ依リテ成立セリト雖憲法ハ  
單純ナル支分國ノ間ニ締結セル條約ニ非スシテ獨逸帝國ノ組織法タルコト尙日  
本帝國憲法カ天皇ニ依リテ確定セラレタルモ憲法ハ日本帝國ノ組織法タルト異  
ナルナシ。唯前者ハ後者ト異ナリテ憲法ヲ制定スルト同時ニ國家カ成立シタルノ

故ヲ以テ恰モ他ノ多數國家ヨリ統治權ヲ繼承セルノ外顯ヲ呈シ實ハ協定セル各國家ハ其憲法ノ效力ヲ生シタル時ニ於テ獨逸帝國ノ機關トシテ憲法ヲ確定シタルニ過キスシテ余輩ノ所說ハ毫モ普通思想ニ反シテ獨逸帝國ヲ國家ナラヌトスルモノニ非ス更ニ聯邦ノ法律ヲ以テ各支分國カ其政體ニ付制限ヲ受クルコトアルモコハ毫モ各支分國ノ獨立ナル組織權ニ影響ヲ與フルモノニ非スシテ各支分國ノ憲法ノ如何ナル部分モ聯邦自體ノ法律ニ非サルヘク其國家タルコト疑ヲ容レサル所ナリ。

之レヲ要スルニ統治權ハ常ニ必スシモ主權ノ性質ヲ有スルモノニ非ストスルモ國家ト自治團體トノ區別明瞭ニ觀念スルコトヲ得ルナリ。

第二篇 國家ノ自然的基礎 *Die natürlichen Grundlage des Staates*

第一章 領土 *Staatsgebiet*

第一節 領土ノ法律上ノ性質

近世國家ハ皆一定ノ土地ニ定着セル人民ヲ統治ス此ノ如キ一定ノ土地ニシテ國家ノ統治權ノ當然ニ行ハルヘキ範圍ヲ稱シテ領土ト云フ故ニ當然ニ行ハルルニ非スシテ國家ノ統治權ノ及フヘキ地域ハ領土ニ非ス租借地ニ租借國ノ統治權カ行ハレ國際地役ノ設定ニ依リ承諾地ニ要役地ノ統治權カ行ハレ被保護國ニ保護國ノ統治權カ行ハレ領事裁判權ヲ有スル國ノ統治權カ之レヲ許容スル國ニ行ハルルハ常ニ當然國家ノ承認ニ基キ當該ノ結果ニ非サルヲ以テ租借地被保護國等ハ其土地ニ於テ統治權ヲ行フ國家ノ領土ニ非サルナリ。

領土カ統治權ノ當然ニ行ハルヘキ範圍ナリトスルハ二個ノ意義ヲ有ス積極的意義及消極的意義之レナリ消極的意義トハ其土地ノ範圍内ニ於テハ他ノ國家ノ統治權ノ行使カ排除セラルルコトヲ指稱ス故ニ一國ノ領土ニ他國ノ統治權ノ行使カ行ハルハ前述ノ如ク其國家ノ承認ニ基ク積極的意義トハ其土地ニ存在スル人

民ハ勿論總テノ團體カ當該國家ノ統治權ニ服従スヘキコトヲ指稱ス故ニ承認ニ基キ他國ノ統治權カ行ハルヘキ場合ヲ除キテハ(例ヘハ領事裁判權其土地ニ存スル者ハ自國人民團體タルト他國人民團體タルトヲ問ハス必ス其國家ノ統治權ニ服セサル可ラス。

領土カ統治權ノ當然ニ行ハルヘキ範圍ナリトスルノ思想ハ何レノ時代ノ國家ニモ通スルモノニ非ス。中世封建時代ニ於テハ私法上ノ所有權ト統治權ノ觀念ハ混同セラレ領土ハ諸侯ノ最高所有權ノ目的物ト觀念セラレタリ之レニ相對シテ自然法學者ハ國家ヲ以テ全ク人的團體ナリトシ國家ト領土トハ何等ノ關係ナキモノナリトシタリ。此思想ハ佛國革命以前ニ於テ英國及佛國ニ於テ存シタリシ所ナリ而シテ領土ヲ以テ最高所有權ノ目的物ナリトシ又國家トハ何等ノ關係ナク領土ヲ以テ單ニ土地ナリトスル二個ノ思想ノ影響ハ其後ノ時代ニ於テモ領土高權ノ思想ヲ以テ表ハレ國家ノ統治權ノ特別ナル種類トシテ領土ニ對スル權利ノ存在ヲ主張スル者ツエフフル國法學二卷四四三章及多少ノ進歩ヲ以テ領土ニ對スル權利ハ統治權ノ一種ニ過キスト雖モ領土モ亦人民ト同シク統治權ノ目的物ナリ

トスル者ヲ生スルニ至レリ(ライバント一卷百七十二頁以下ゲルバー國家學六十  
五頁以下)國家ノ統治權ノ特別ナル種類トシテ領土ニ對スル權利ヲ認メ道路ヲ設  
定スルノ權公有水面ノ處分權等ヲ以テ其物的内容ト爲サントスルノ思想ハ既ニ  
ゲルバー(獨逸國法原論二十二章)カ唱道セシ如ク誤ニシテ此等ノ權利ハ國家統治  
權ノ行使ノ一方面ニ過キスシテ其意義ニ於ケル所謂領土高權ハ統治權ニ過キサ  
ルナリ。ライバントゲルバーノ如キハ領土高權ハ統治權ニ外ナラザルコトヲ認メ  
ツツ尙統治權ハ土地ヲモ其目的物トスルヲ得ルヲ以テ土地ニ對スル關係ノ方面  
ニ於テ統治權ヲ領土高權ト稱スヘク國法的物權ト稱シ得ヘキヲ主張シ領土ノ法  
律上ノ性質ヲ以テ統治權ノ當然行ハルヘキ範圍ニ非スシテ統治權ノ目的物ナリ  
ト主張ス。然レトモ此ノ如キハ前述ノ如ク明ニ中世ノ思想ニ支配セラレタルモノ  
ナリ。元來統治權ハ命令強制ノ權ナリ命令強制ハ唯人民ニ對シテ行ハルルコトヲ  
得ルノミニシテ物ニ對シテ行ハレ得ヘキモノニ非ス。統治權ハ當然ニハ領土内ノ  
人民ニ行ハレ人民ハ統治權ニ服従シテ其ノ領土内ニ於テ又ハ領土ノ上ニ種々ノ  
作用ヲ行フヲ以テ一見領土ニ對シテ統治權カ行使セラレ領土ハ客體ノ如シト雖

モ實ハ人民ニ對スル統治權ノ反射作用ニ過キサルナリ。行政法上公法上ノ物權ノ存在ヲ主張スル學說カ支持ス可ラサルコト又之レニ依リテ明ナリ。(オットマイヤ) 行政法二卷六十頁以下) 領土ヲ以テ統治權ノ客體ナリトスル學者ハ斯ク解スルニ非サレハ一方ニ於テハ自國內ニ在ル外國人カ自國臣民ナラサルニ拘ハラズ自國ノ統治權ニ服従スヘキコト及他方ニ於テハ在住人民ナキ土地モ尙領土タリ得ヘキコトヲ說明シ能ハスト爲ス。(ラーバンド) 國法學一卷百七十三頁然レトモ統治權ハ必スシモ自國臣民ヲノミ命令強制シ得ル權ニ非スシテ外國人モ又之レニ服従セサル可ラサル狀態ニ在ルトキハ之レニ及フヘキコト當然ナリ。領土内ニ在ル外國人カ統治權ニ服スルハ領土カ統治權ノ目的物ナルカ爲メニ非スシテ統治權ノ當然行ハルヘキ範圍内ニ外國人ノ存在スルニ依ル。存在人民ナキ土地カ領土タリ得ヘキコトハ領土ヲ以テ統治權ノ當然行ハルヘキ範圍ナリトスルト毫モ牴觸スル所ナシ。此ノ如キ土地ニハ統治權ノ目的物ナシト雖モ其領土タルノ效果ハ將來若シ住民アルトキハ之レニ統治權ヲ行使スルコトヲ得ルト同時ニ現在ニ於テモ他國ノ統治權ノ行使ヲ許ササルコトニ依リテ知ルヲ得ヘシ。

以上述ヘタルカ如ク領土ハ國家ノ成立要素トシテ其上ニハ當然ニハ他國ノ統治權ノ行使ヲ許ササルモノナリ。故ニ領土ハ常ニ一國ニ屬スルコトヲ必要トス而シテ自國ノ自制ニ基キ其領土ノ上ニ他國ノ統治權ノ行使ヲ許容スルハ領土ハ常ニ一國ニ屬スルヲ要ストスルト牴觸スルモノニ非ス。何トナレハ他國ヲシテ其統治權ヲ行使セシムルノ許容ハ毫モ其領土ヲ共有スルコトノ意思表示ナラザレハナリ。此理由ヲ以テ所謂租借地ハ租借國ノ領土ニ非ス。關東州ハ依然トシテ支那ノ領土タリ。關東州ハ支那ノ當然ニ統治權ヲ行ヒ得ヘキ範圍タリシモ支那ハ日清協約ニ基キ一定ノ期間其統治權ノ行使ヲ停止シ日本ノ統治權ノ行使ヲ承認セシナリ或ハ期限附ノ領土ハ割讓ナリト云フト雖實質ヲ形容スルノ語トシテハ可ナルモ國法學上正當ナル見解ニ非サルヘシ。所謂共同領地ニ於テモ二國ノ統治權カ共同ニ行使セラルル共同ノ領土ニ非スシテ當然土地ノ上ニ行使セラルヘキ權力ハ二國ノ合成的權力ニ外ナラサルナリ。此ノ如キ土地ハ千八百六十四年ヨリ千八百六十六年ニ至ルシユレスウイツヒ、ホルスタインカ普塊二國ニ依リテ支配セラレ現今ニ於テボスニア及ヘルチエゴビーナカ埃甸二國ニ依リテ支配セララルカ如シ

保護國カ被保護國ノ内政ニ干與スル場合ニ於テモ被保護國ノ領土ハ同時ニ保護國ノ領土ニ非ス。有權解釋トシテ司法權ノ委任ニ依リ韓國ニ於ケル總テノ司法事務ハ日本ノ事務トナリタリト雖コハ日韓協約ニ基ク韓國ノ承認ニ依リ韓國自體其統治權行使ノ事務ヲ縮少シ日本ノ統治權カ其事務ニ付テ行ハルルニ至リシモノニシテ我統治權ノ行ハルルハ當然ノ結果ニ非サルカ故ニ韓國ハ日本ノ領土ニ非ス。所謂國際地役ニ付テモ亦同様ノ説明ヲ爲スコトヲ得ヘシ。最後ニ戰時占領ニ依リ戰勝國ノ統治權カ戰敗國ノ領土ニ行ハルルモ爲メニ領土カ共有トナリタルニ非ス。戰勝國ノ優勢ナル實力ハ一時戰敗國ノ統治權ヲシテ行使シ得サル状態ニ置カシメタルニ外ナラサルナリ。

之レヲ要スルニ領土ハ統治權ノ當然行ハレ得ヘキ範圍ニシテ獨立シテ統治權ノ目的物タリ得ルモノニ非サルト同時ニ常ニ一國ニ屬スルコトヲ必要トスルモノナリ。

### 第二節 領土ノ變更

諸國ノ憲法中特ニ領土ノ不可分ナルコトヲ規定セシモノアリ(バイエルン、ザキセン

バーデン、ヴュルテンベルヒ等然レトモ此ノ如キ憲法ノ規定ハ單ニ中世封建時代ニ於テ當時ノ所謂最高所有權ヲ其子孫ニ分割スルコトカ國力ヲ減殺シ君主ノ威嚴ヲ失墜スト認メタル思想ノ沿革ニ支配セラレタルニ基キ存在スルモノニシテ法理上不動ノ原則ニ非ス。戰敗ノ結果土地ヲ割讓シ或ハ領土ノ位置ノ宜シキヲ得サル爲他國ノ領土ト交換シ又ハ賣買スルカ如キハ過去ニ於テ吾人ノ多ク目撃シタル所ナリトス。

此ノ如キ領土ノ變更ハ法律上如何ナル意義ヲ有スルモノナルヤ統治權ハ所有權ニ非サルカ故ニ領土ノ變更ハ所有權ノ移轉ニモ非ス。統治權ハ不可分ナルカ故ニ領土ノ變更ハ又統治權ノ移轉ニモ非ス。多クノ國際法學者カ領土ノ割讓ヲ以テ統治權ノ移轉ナリトシ現ニ多クノ條約文ニ於テモ主權ノ割讓ナル文字ヲ用フト雖モ此ノ如キハ畢竟統治權ヲ以テ最高所有權ト觀念シタル時代ノ用語ヲ襲踏シタルニ過キスシテ此等ノ學者ノ主張ハ統治權ノ不可分統治權ノ單ニ對人的ノモノナルコトヲ覺知セサルニ非ス。領土ノ變更ハ單ニ統治權ノ及フヘキ範圍ノ擴張又ハ縮少ニ外ナラス。割讓シタル國ノ統治權ハ其及フヘキ範圍ヲ縮少セラレタルト

憲法

憲法國家ノ自然的基礎 領土ノ變更

同時ニ割讓ヲ受ケタル國ノ統治權ハ其及フヘキ範圍ヲ擴張ス之レカ爲メニ統治權ノ命令強制ノ權タル性質ハ毫モ増減スル所ナキナリ。領土ノ變更ニ付テハ憲法上特別ナル手續ヲ必要トスルモノアリ。然ラサルモノアリ。其特別ナル手續ヲ必要トスルモノハ分ツテ三トス。其一ハ憲法改正ヲ必要トスルモノニシテ、瑞西ノ如キ之レニ屬ス。其二ハ法律ノ公布ヲ必要トスルモノニシテ、普國等之レニ屬ス。其三ハ議會ノ協賛ヲ必要トスルモノニシテ、英國ノ如キ之レニ屬ス。而シテ此等ノ國ニ於テハ他國ト領土變更ノ條約ヲ締結シタルノミヲ以テハ未タ國法上當然其國ノ領土トナリ又ハナラサルモノニ非スシテ其確定的効力ハ必スヤ憲法上必要ナル變更ノ手續ノ終決ナラサル可ラス。然レドモ憲法上特別ナル手續ヲ必要トセサル國ニ於テハ條約ノ批准交換ト同時ニ國法上ニ於テモ領土タルモノトス。獨逸憲法ハ獨逸聯邦ニ屬スル支分國ノ稱名ヲ掲クト雖之レ以外ニ於テ獨逸ノ領土ナキノ謂ニ非ス。亞弗利加西南部ノ保護領カルリーネン、バラウ等ノ如キハ憲法ニ記載セラレサルモ獨逸領土タルコト疑ナク、其憲法ヲ變更シテ此等ヲ追加スルト否トハ獨逸憲法ヲ此等ノ地ニ施行スルヤ否ヤノ問題ニシテ獨逸領土トナルハ條約ノ完成

ト同時ナリ。我憲法ハ天皇ノ條約締結權以外ニ於テ更ニ領土變更ノ場合ヲ規定セサルヨリ見ルトキハ條約ノ完成ニ依リ當然領土ノ變更ヲ來スモノナルコト疑ナキ所ナリ。

領土ノ變更ハ當然ニ變更ヲ受クル土地ニ住スル人民ノ國籍ノ變更ヲ來スモノニ非ス。近時ノ條約ニ於テハ多ク一定ノ期間ヲ設ケテ國籍ノ選擇權ヲ當然人民ニ許與シ其期間ノ經過ニ拘ハラス尙選擇權ヲ行使セサルトキハ或ハ之レヲ自國臣民トシ或ハ之レヲ他國臣民ト看做スヲ例トス。

領土ノ變更カ法令ニ及ホス效果如何。自國ノ領土ヲ他國ニ割讓シタル場合ニ於テハ該土地ハ既ニ自國ノ領土ナラサルカ故ニ憲法ヲ始メトシテ總テノ法令カ當然ニハ其効力ヲ及ホササルコト言フ俟タス。或ハ此場合ニモ或法律ニ規定シタル施行區域ニ偶割讓地カ該當シタルトキハ條約以外ニ於テ更ニ法律ノ改正ヲ爲スニ非サレハ法律ハ尙其効力ヲ該土地ニ及ホスモノナリト說ク學者アレトモ條約ノ批准ハ同時ニ國內關係ニ於テハ法規ヲ制定スルノ行爲ニシテ條約ハ法律ヲ變更スルノ力アルモノナルカ故ニ(條約ノ章參照)條約ノ完全ニ依リテ此ノ如キ法律モ

亦該土地ニ施行セラルルモノニ非サルヤ勿論ナリ。新ニ領土ヲ取得シタル場合ニ於テハ各國ノ憲法ノ規定ニ依ツテ之レヲ決定セサル可ラス。我憲法ハ第一條ニ於テ「大日本帝國」ト規定スルモ制定當時ノ帝國ノ領土ト解スルヲ以テ正當トスルコト前ニ述ヘタルカ如クナルヲ以テ憲法改正ノ手續ヲ採ラサル以上領土ノ取得ニ依リ當然日本憲法ハ新附ノ土地ニ行ハレサルコト勿論ナリ。法律命令ニ至リテハ之レヲ其制定ノ趣旨ニ鑑ミテ決定セサル可ラス。然レトモ其趣旨ヲ識別スルコト頗ル困難ナル場合アルトキヲ以テ卅九年法律第卅一號及四十年法律第二十五號等ハ臺灣權太ニ於テ法律ノ全部又ハ一部ヲ施行スルヲ要スルモノハ勅令以下ニ付テ此規定ヲ欠缺スルモ該土地ニ施行セラレタル法律ノ施行勅令委任命令ノ如キハ當然之ニ附隨シテ施行セラルヘキコト又明ナリ。

## 第二章 臣 民

### 第一節 臣民ノ法律上ノ性質

國家ノ構成ニハ必ス人民ヲ必要トス。國家ノ構成ニ必要ナル人民ヲ稱シテ國民ト云フ。國民ハ又國家ノ統治權ニ服従スル方面ヨリ觀察シテ之レヲ臣民ト云ヒ。國家

ノ統治權ノ行使ニ參與スルノ資格ヨリ觀察シテ之ヲ公民ト云フ。

國民タルト否トハ國家ノ統治權ニ服従スルト否トニ依ル區別ニ非ス。外國人ト雖モ國家ノ領土内ニ在留スル時ハ當該國家ノ統治權ニ服従セサル可ラサルノミナラス國家ノ領土外ニ在ル外國人ト雖モ亦或特定ノ場合ニハ當該國家ノ統治權ニ服従セサル可ラサレハナリ。(刑法第二條及第三條第二項參照)

國民タルト否トハ又國家ノ領土内ニ居住スルト否トニ依ル區別ニ非ス。アル人民ハ國家ノ領土内ニ居住スルモ國民ニ非サルト同時ニアル人民ハ國家ノ領土外ニ在ル場合ト雖モ國民タルノ資格ヲ失フモノニ非サレハナリ。

國民タルト否トハ統治權ニ服従スル狀態カ絕對的ナルヤ否ヤノ點ニ存ス。絕對的服従トハ法規ニ據ラサル國家ノ行爲ニモ亦常ニ服従スルノ意味ニ非ス。國法ハ國民ノ服従スヘキ一定ノ限度ヲ規定スルカ故ニ此方面ヨリ觀ルトキハ或ハ其服従ハ制限的タルヘシト雖モ國家ハ適法ニ既存國法ヲ變更廢止シ服従ノ限度ヲ擴張伸縮セシムルコトヲ得ヘク國民ハ何等ノ異議ナク之レニ服従セサル可ラス。更ニ又國民ハ國家ノ領土外ニアル場合ト雖モ尙包括的ニ當該國家ニ對シテ服従スル

ヲ要シ就中兵役義務ニ付テハ國家ハ在外國ノ自國臣民ヲ召還スルヲ得ヘク臣民ハ此召還ヲ拒否スル能ハサルト同時ニ外國人ハ國家ノ領土内ニ居住スル間ハ當該國家ノ統治權ニ服従スルヲ要スルモ其服従ヲ欲セザレハ領土ヲ去レハ可ナルノミナラス領土内ニ居住スル場合ト雖モ當該國家ノ兵役ニ服スルノ義務ヲ負ハサルヲ常トスサレハ絶對的服従トハ適法ナル國家ノ行爲ニ對シテ無條件ニ服従シ且其關係永續的タルヲ指稱スルニ止マリ物理上絶對ノ謂ニ非サルナリ臣民ハ此ノ如ク國家ニ對シテ絶對的服従ノ義務ヲ有シ當該國家ニ對シ忠實ヲ盡スヘキ資格アルモノト推定セララルカ故ニ近世ノ文明國家ニ於テハ公權中特ニ重要ナルモノ就中參政權ノ如キハ之ヲ當該國臣民ノミニ享有セシムルヲ原則トス。

臣民ノ統治權ニ絶對的服従スル身分關係ヲ稱シテ之レヲ臣民分限ト云ヒ或ハ又國籍ト云フ國籍ハ權利ニ非ス義務ニ非スシテ權利義務ノ發生スヘキ資格タリ而シテ如何ナル者カ我カ國籍ヲ取得シ我カ統治權ニ絶對的ノ服従ヲ爲スヘキカハ國籍法ノ定ムル所ニ依ル。

### 第二節 國籍ノ得喪及變更

日本臣民タルノ要件ハ法律ノ定ムル所ニ依ル(憲法第十八條)國籍法(明治三十二年法律第六十六號)ハ此規定ニ基キ發セラレタル國籍ノ得喪及變更ノ原因ヲ確定スル法規ナリ。國籍法ハ其施行以前ヨリ存在スル日本人ノ範圍如何ヲ決定スルモノニ非ス其日本人タルト否トハ全ク學理ノ決定ニ一任シタルモノナルコトヲ忘ル可ラス

#### 第一款 國籍ノ取得

(一) 出生 出生ヲ以テ國籍取得ノ原因トナスコトハ諸國ノ立法例ノ一致スル所ナレトモ之レヲ認ムル主義ニ至ツテハ必スシモ一ナラス分ツテ二トス其一ヲ血統主義トシ其二ヲ出生地主義トス。血統主義トハ其出生地ノ如何ニ拘ハラヌ父母ノ國籍ニ從ツテ其子ノ國籍ヲ決定スル主義ヲ云ヒ。出生地主義トハ父母ノ國籍如何ニ拘ハラヌ出生地ニ依リテ其子ノ國籍ヲ決定スル主義ヲ云フ。獨逸、奧、太、利、匈、牙、利、其他二三ノ國ニ於テハ前ノ主義ヲ採リ南米ノ諸國ハ後ノ主義ヲ採ル。然レトモ多クノ諸國ハ血統主義ヲ以テ原則ト爲シ例外トシテ出生地主義ヲ認ムルヲ見ル。此



ノ如キハ畢竟同一血統ニ屬スルモノヲ以テ國家ヲ構成スルコトカ強固ナル團結ヲ形ル所以ニシテ從ツテ國家ヲ發達セシムルニ適ストノ思想ニ基ケルナリ。我國モ亦此折衷主義ニ從フ即チ

(イ) 出生ノ時其父カ日本人ナルトキハ其子ハ之ヲ日本人トス其子ノ出生前ニ死亡シタル父カ其ノ死亡ノ當時日本人ナリシトキ又同シ

(ロ) 父カ子ノ出生前ニ離婚又ハ離縁ニ依リテ日本ノ國籍ヲ失ヒタルキハ懷胎ノ始メニ遡リテ其子ノ國籍ヲ決定スヘク若シ懷胎ノ始メニ於テ父カ日本人ナレ

ハ其子ハ日本人ナルヘク既ニ國籍ヲ失ヒタル者ナルキハ其子ハ日本人ニ非ス  
(ハ) 父カ知レサル場合又ハ國籍ヲ有セサル場合ニ於テ母カ日本人ナルトキハ其子ハ之ヲ日本人トス

(ニ) 日本ニ於テ生マレタル子ノ父母カ共ニ知レサルトキ又ハ何レノ國籍ヲモ有セサルトキハ其子ハ之ヲ日本人トス之レ主トシテ無國籍人ヲ生セサラシメントスルニ基ク

(二) 婚姻及入夫婚姻外國ノ女子カ日本人ノ妻ト爲リタルトキ又ハ外國ノ男子カ日

本女子ノ入夫ト爲リタルトキハ其女子又ハ男子ハ之ヲ日本人トス但シ後ノ場合ニ於テハ入夫ト爲ルヘキ外國人カ品行方正ナルコト引續キ一年以上日本ニ住所又ハ居所ヲ有スルコト及内務大臣ノ許可ヲ經ルコトヲ必要トス

(三) 認知 私生兒ノ母外國人ニシテ日本人タル父之ヲ認知シタルトキハ其私生兒ハ之ヲ日本人トス父知レスシテ日本人タル母ニ依リテ認知セラレタルトキ其私生子ハ又之ヲ日本人トス但シ認知ニ依リ外國人カ我國籍ヲ取得スルニハ

(イ) 私生子ハ其本國法ニ依リ未成年者タルコト(ロ) 私生子カ外國人ノ妻ニ非サルコト(ハ) 父母ノ中先ツ認知シタル者カ日本人ナルコト(ニ) 父母カ同時ニ認知ヲ爲シタルトキハ父カ日本人ナルコト等ノ要件ヲ具備スルヲ必要トス

(四) 養子縁組 外國人カ日本人ノ養子トナリタルトキ又日本ノ國籍ヲ取得ス而シテ養子ニ付テモ亦入夫婚姻ノ場合ト同一要件ヲ必要トス

(五) 歸化 歸化トハ國家ヨリ國籍ヲ付與スル行爲ニ依ル國籍ノ取得ヲ云フ歸化ニ依ル國籍ノ取得ニ付テハ外國人ハ次ノ要件ヲ具備セサル可ラス

(イ) 引續キ五年以上日本ニ住所ヲ有スルコト

- (四) 滿二十年以上ニシテ本國法ニ依リ能力ヲ有スルコト  
 (ハ) 品行端正ナルコト  
 (ニ) 獨立ノ生計ヲ營ムニ足ルヘキ資産又ハ技能アルコト  
 (ホ) 何レノ國籍ノモ有セス又ハ日本ノ國籍ノ取得ニ依リテ其現在ノ國籍ヲ失フヘキコト

以上ノ要件ハ普通ノ外國人ニ付キ必要トスル所ナルモ日本ト特殊ノ關係ヲ有スル外國人ニ付テハ幾多ノ例外アリ。即チ(一) 現ニ日本ニ住所ヲ有スル者ニシテ其父又ハ母カ日本人タリシ者、妻ノ日本人タリシ者、日本ニ於テ生マレタル者、又ハ引續キ十年以上日本ニ居所ヲ有スル者ナルトキハ前掲(イ)ノ要件ヲ具備スルヲ要セス。此内ニ於テモ父又ハ母ノ日本人タリシ者、妻ノ日本人タリシ者、日本ニ於テ生マレタル者ハ引續キ三年以上日本ニ居所ヲ有スルニ非サレハ歸化ヲ爲スコトヲ得ス。但シ日本ニ於テ生マレタル者ノ父又ハ母カ日本ニ於テ生マレタル者ナルトキハ此限ニ在ラス。(二) 外國人ノ父又ハ母カ日本人ナル場合ニ於テ其外國人カ現ニ日本ニ住所ヲ有スルトキハ前掲(イ)(ロ)及(ニ)ノ要件ヲ具備スルヲ要セス。(三) 日本ニ特別ノ

功勞アル外國人ハ前掲各要件ヲ具備セスト雖モ内務大臣ノ勅裁ヲ經テ其歸化ヲ許可スルコトヲ得。

外國人ノ妻ハ其夫ト共ニスルニ非サレハ歸化ヲ爲スコトヲ得ス。而シテ日本ノ國籍ヲ取得スル者ノ妻ハ其本國法ニ反對ノ規定ナキ場合ニ於テハ夫ト共ニ日本ノ國籍ヲ取得ス。反對ノ規定アル爲日本ノ國籍ヲ取得セザリシ妻カ更ニ歸化ヲ爲サントスルトキハ前掲各號ノ要件ヲ具備セスト雖歸化ヲ爲スコトヲ得。日本ノ國籍ヲ取得スル者ノ子カ其本國法ニ依リテ未成年者ナルトキハ子ノ本國法ニ反對ノ規定ナキ場合ニ於テ父又ハ母ト共ニ日本ノ國籍ヲ取得ス。尙歸化ハ之ヲ官報ニ告示スルヲ要ス。其告示アリタル後ニ非サレハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス。

歸化ノ國法上ノ性質如何ニ付テハ議論岐ル。或ハ之ヲ以テ國家ノ一方的行爲ナリトシ(ゲ、マイヤー、オットマイヤー等)或ハ之ヲ以テ公法上ノ契約ナリト爲ス(イエリネック、ラーバンドステンゲル等)前説ヲ主張スル學者ハ歸化ハ他ノ權利ヲ付與スル許可又ハ認可ノ行爲ト同シク一方的行爲ニシテ單ニ出願者ノ意思ヲ條件トスル

モノナリ從ツテ出願者カ不同意ヲ唱フルトキハ當該一方的行爲ハ效力ノ發生ヲ妨ケラレタルニ止マリ一方的行爲爲自身カ始メヨリ無効ナルニ非スト論ス。後説ヲ主張スル學者ハ歸化ノ出願ハ即チ私法上契約ノ申込ノ形ヲ存シ許可ハ之ニ對スル承諾ノ意思表示ナリト説明ス。抑未タ歸化セサル外國人ハ歸化セントスル國家ノ權力ニ服從セルモノニ非ス。當該國家ニ對スル當該外國人ノ關係ハ全ク平等ナル關係ニ在リ。換言スレハ當該外國人ハ其國家ヨリ自己ノ意思ニ基カスシテ何等ノ義務ヲ負擔セシメラルヘキニ非ス。若シ歸化カ一方的行爲ニシテ當該外國人ノ出願カ單ニ其行爲ノ結果ヲ完全ナラシムルモノナルト同時ニ其不同意カ其行爲ヲシテ瑕疵アラシムルニ止マルモノナリトセンニハ國家ハ何等服從ノ義務ナキ外國人ニ對シテモ自由ニ其權力ヲ發動スルコトヲ得ト云ハサル可ラス。兵役ノ義務ノ如キ明ニ法規カ國民ノ服從セサル可ラサル所トシテ規定セルモノニ付テハ國家ハ其任意ノ一方的行爲ヲシテ始メヨリ有效ニ成立セシムルコトヲ得ヘシ。然レトモ法規ノ規定セル服從義務以外ノ關係ニ於テモ國家ハ尙一方的ニ權力ヲ行使シ得ヘシト爲スハ(其結果ハ有效ニ生スルト否トニ拘ハラズ)明ニ法治國ノ原則

ニ反ス蓋契約トハ當事者ノ意思カ平等ノ關係ニ於テ存スルコトヲ前提トシ其意思ノ合致アルコトヲ意味ス未タ歸化セサル外國人ハ歸化セントスル國家ニ對シテハ平等ノ關係ニ在リ。國家ノ意思ハ其外國人ノ意思ヨリ優越セルモノニ非ス。歸化セントスルノ出願ハ此平等ナル意思關係ニ於テ自己ノ希望ノ表明ナリ。國家ノ之ヲ許可スルハ其希望ヲ満足セシムル承諾ニシテ其間、毫モ權力ノ關係ヲ見ルヲ得ス。若シ外國人カ不同意ナルトキハ國家ノ許可ハ始メヨリ成立セス單ニ其結果ヲ得サリシノミニ非ス。許可行爲カ瑕疵アリシノミニ非ス。之ヲ要スルニ國家ハ法規ノ規定以外ニ於テ自由ニ外國人ハ勿論臣民ニ對シテモ義務ヲ負擔セシメ得ヘキニ非ス。義務ヲ負擔セシムルハ必ス平等ナル意思關係ニ於ケル合致ノ形式ニ依ラサル可ラス。此等ノ理由ヲ以テ余輩ハ歸化ヲ以テ一方的行爲ナリトスルノ說ニ從フ能ハス

國籍ヲ付與スルニハ二個ノ主義アリ。其一ハ一定ノ要件ヲ具備スルトキハ必ス歸化ヲ許スモノ之レナリ(北米合衆國)其二ハ要件ヲ具備スルモ尙許否ノ權ヲ國家ニ留保スルモノ之ナリ。多數ノ國家ハ之ニ依ル而シテ許否ノ權ヲ國家ニ留保スルコ

トハ歸化ヲ一方的行爲ナリトスル説ニ何等ノ論據ヲ與フルモノニ非ス。國家ハ契約關係ニ於テモ申込ニ對シ承諾ヲ與フルト否トハ全然自由ナルヘク、蓋シ契約ハ必ス承諾ヲ與フヘキ性質ノモノナラサレハナリ

### 第二款 國籍ノ回復

國籍ノ回復トハ一度日本ノ國籍ヲ喪失シタルモノカ再ヒ國籍ヲ付與セラレ日本ノ國籍ヲ取得スルヲ云フ。其法律上ノ性質ニ於テハ毫モ歸化ト異ナル所ナシ。唯其要件ノ簡易ナルノミ、即チ

(一) 婚姻ニ依リテ日本ノ國籍ヲ失ヒタル者ハ其婚姻解消ノ後ナルコト及日本ニ住所ヲ有スルコトノ二要件ヲ具備スレハ内務大臣ノ許可ヲ得テ日本ノ國籍ヲ回復スルコトヲ得

(二) 自己ノ志望ニ依リテ外國ノ國籍ヲ取得シタル者又ハ夫又ハ父カ日本ノ國籍ヲ失ヒタル妻又ハ子ハ日本ニ住所ヲ有スル場合ニ限り内務大臣ノ許可ヲ得テ日本ノ國籍ヲ回復スルコトヲ得。但シ歸化人、歸化人ノ子ニシテ日本ノ國籍ヲ取得シタル者、日本人ノ養子又ハ入夫ト爲リタル者ハ此簡易ノ手續ニ依リ回復スルコトヲ

得スシテ更ニ又前掲ノ歸化ノ要件ヲ具備スルニ非サレハ再歸化スルコトヲ得ス

### 第三款 國籍ノ選擇

領土ノ併合ノ場合ニ於テハ併合セラルヘキ領土内ニ住スル人民ニ對シ併合國又ハ被併合國ノ國籍ヲ取得スルヤ否ヤノ選擇權ヲ與フルヲ常トス。而シテ其選擇權行使ノ方法效果如何等ニ付テハ通常之ヲ領土割讓條約中ニ於テ規定スルヲ常トス。即チ併合國ノ國籍ヲ取得スルヲ欲セサルモノニ付テハ併合國人ニ非サレハ有スルコトヲ得サル權利ヲ一定ノ期間内ニ處分スルヲ得セシメ、處分セサルトキハ之レヲ併合國ノ國籍ヲ取得シタルモノト看做スカ如キ或ハ又一定期間内ニ併合國ノ國籍取得ノ意思ヲ表示スルヲ得セシメ、期間内ニ表示セサルトキハ之ヲ外國人ト看做ストスルカ如シ

### 第四款 國籍ノ喪失

(一) 婚姻 日本ノ女カ外國人ト婚姻シタルトキハ日本ノ國籍ヲ失フ  
(二) 離婚又ハ離縁 婚姻又ハ養子縁組ニ依リテ日本ノ國籍ヲ取得シタル者ハ離婚又ハ離縁ニ依リテ外國ノ國籍ヲ有スヘキ時ニ限り日本ノ國籍ヲ失フ

(三) 外國ニ歸化スル場合 自己ノ志望ニ依リテ外國ノ國籍ヲ取得シタル者ハ日本ノ國籍ヲ失フ。

(四) 認知 日本人タル子カ認知ニ依リテ外國ノ國籍ヲ取得シタルトキハ日本ノ國籍ヲ失フ。但シ日本人ノ妻入夫又ハ養子ト爲リタルモノハ既ニ日本ノ國籍ヲ取得シ日本人ト一家ヲ形成セルモノナルヲ以テ外國人ノ認知アルモ日本ノ國籍ヲ喪失セス。

(五) 夫又ハ父母カ外國ノ國籍ヲ取得シタル場合、此場合ニ於テ妻又ハ子カ夫又ハ父母ノ國籍ヲ取得シタルトキハ日本ノ國籍ヲ失フ。然レトモ入夫離婚又ハ養子離縁ニ依リテ日本ノ國籍ヲ失ヒタル者ノ妻及子ハ依然日本ノ國籍ヲ有スルモノトス。但シ妻カ夫ノ離縁ノ場合ニ於テモ尙離婚ヲ爲サス又ハ子カ父ニ隨ヒテ其家ヲ去リタルトキハ此限ニ在ラス。

國籍法ハ國籍喪失ノ原因ニ對シ制限ヲ設ケ。即チ(一)滿十七歲以上ノ男子ニシテ未タ陸海軍ノ現役ニ服セサル者及服スル義務ナキニ至ラサル者ハ日本ノ國籍ヲ失フコトヲ得ス。(二)現ニ文武ノ官職ヲ帶フル者ハ其官職ヲ失ヒタル後ニ非サレハ日

本ノ國籍ヲ失ハス

### 第三節 臣民ノ權利

#### 第一款 總論

臣民ハ國家ニ對シテ權利ヲ有スルコトヲ得ストスルハ誤ナリ(緒論第四章第五節參照)臣民ノ國家ニ對スル權利即チ公權ハ之ヲ三種ニ區別スルコトヲ得ヘシ即チ

一 國家ヨリ自由ヲ侵害セラレサル權利即チ所謂自由權

二 國家ノ行爲ヲ要求スル權利

三 參政權

之レナリ第一ハ憲法ニ法律ヲ以テ規定スルヲ要スト爲シタル事項ニ付テ臣民カ法律ニ定メタル制限ノ外國家ニ依リテ自己ノ自由ヲ侵害セラレサル權利ヲ云フ而シテ此權利カ果シテ權利ノ性質ヲ有スルヤ否ヤニ付テハ議岐ルト雖權利ナリト解スルヲ正當トス第二ハ國家ノ活動ヲ要求シ又ハ國家ノ設備ヲ利用スルコトノ權利ニシテ第三ハ國家ノ機關トシテ活動スル權利ナリ(詳細ハ緒論第四章第五節參照)

憲法カ所謂自由權トシテ掲クルモノハ居住移轉ノ自由、身體ノ自由、法律ニ定メタル裁判官ノ裁判ヲ受クルノ權ヲ奪ハレサルノ自由、住所不可侵ノ自由、信書ノ秘密ヲ侵サレサルノ自由、所有權不可侵ノ自由、信教ノ自由、言論著作印行集會結社ノ自由、兵役ニ服セサルノ自由、納稅セサルノ自由等ナリ(第二十條乃至第二十九條)國家ノ行爲ヲ要求スル權利トシテ憲法ノ掲クル所ハ法律ニ定メタル裁判官ノ裁判ヲ受クルノ權及請願權ノ二種ニ過キス(第二十四條及第三十條)然レトモ此種ノ公權ハ此二個ヲ以テ盡クルモノニ非ス而シテ此種ノ權利ハ要求ニ從ツテ活動スル國家機關ノ種類ニ依リテ二分シ得ヘク一ハ司法機關ノ行爲ヲ要求スル權利ニシテ民事上ノ起訴權登記ノ請求權等之レニ屬シ(民事訴訟法不動産登記法參照)他ハ行政機關ノ行爲ヲ要求スル權利ニシテ行政訴訟ノ權、請願權、登錄ノ請求權、官吏國會議員ノ俸給又ハ歳費ノ請求權、特許又ハ許可ヲ求ムル權、特許權等ノ審判請求權、營造物利用ノ權ノ如キ之レニ屬ス(明治二十三年法律第六號訴願法、特許登錄令、高等官官等俸給令等參照)參政權モ亦憲法ニ掲クル所ハ文武官ニ任セラレ及其他ノ公務ニ就クノ權ノミナレトモ(第十九條)攝政ノ權利、官吏ノ權利、國會議員ノ權利、國

會議員ノ選舉權、市町村ノ公民權ノ如キ皆此種ニ屬ス(衆議院議員選舉法、市制町村制等參照)

尙此等ノ權利ノ發生變更消滅ノ原因等ニ關シテハ緒論第四章第七節ヲ參照スルヲ要ス

## 第二款 自由權

### 第一 居住及移轉ノ自由

日本臣民ハ法律ノ範圍内ニ於テ居住及移轉ノ自由ヲ有ス(憲法第二十二條)居住ノ自由トハ帝國領土内ノミニ於テ自由ニ自己ノ居所住所ヲ確定スルヲ得ルコトヲ意味ス移轉ノ自由トハ單ニ帝國領土内ニ止マラスシテ海外ニ移轉スル場合ヲモ包含ス或ハ更ニ帝國ノ國籍ヲ拋棄シテ外國ノ國籍ヲ取得スルカ如キ場合ヲモ包含スト論スル者アレトモ誤レリ蓋移轉ハ日本臣民カ臣民タル分限ニ於テ場所ヲ移轉スルヲ意味シ臣民タル分限其モノノ移轉ナリトスルハ正當ニ非サレハナリ居住及移轉ノ自由ハ法律ノ範圍内ニ於テ存ス故ニ法律ヲ以テ制限スルコトヲ得ルノ外命令ヲ以テハ假令其制限カ間接ナリトモ(例ヘハ移轉スルニ一定ノ金額ヲ

納付スヘシト命シ住居スルニ對シテ或義務ヲ負擔セシムルカ如シ(違憲ナリトス  
外國旅券規則(外務省令)カ旅券下付ノ手数料ヲ徵收スルハ海外旅行ヲ制限スルモ  
ノナリト云フヲ得ス手数料ハ單ニ官廳ノ個人ノ爲メニナシタル事務ニ對スル報  
償ニ過キサレハナリ或學者ハ又警察ノ目的ノ爲メニハ命令ヲ以テモ此自由ヲ制  
限スルコトヲ得ト主張ス法律ノ委任ニ依ル命令(委任命令)ニ依リ此種ノ自由ヲ制  
限スルハ(例ヘハ行政執行法ナル法律第三條ノ委任ニ依ル命令ヲ以テスルカ如シ)  
違憲ナラサルコト明ナルモ委任ナキ單純ノ命令ヲ以テ制限スルコトヲ得ト爲ス  
ハ法令上根據ナキ空論タリ

居住及移轉ノ自由ハ營業ノ自由ヲ包含セス憲法義解ハ營業ノ自由ヲモ包含スト  
論スレトモ誤ナリ命令ヲ以テモ自由ニ之ヲ制限スルヲ得ルハ多數ノ現行法令ニ  
依リテモ知ラルヘシ

居住及移轉ノ自由ハ一般ノ臣民タル身分ニ於テノミ存シ官吏及軍人ハ之レカ適  
用ヲ受クヘキモノニ非ス蓋官吏ハ自己ノ任意ノ意思ヲ以テ官吏タル身分ヲ取得  
シ進ンテ國家ノ服務要求權ニ服從セルモノニシテ(官吏服務規律勅令第六條參照)

軍人ハ憲法第三十二條ノ規定ニ依リ命令ヲ以テ制限スルモ毫モ違憲ナラザレハ  
ナリ(陸軍服務條例海軍下士卒條例等參照)

國際法學者ノ多數ハ自國民ヲ海外ニ追放スルコトヲ得スト論スルヲ常ト  
ス然レトモ憲法ニ此ノ如キ規定ノ存セサル限り法律ヲ以テ追放ニ關スル規定ヲ  
設クルコト毫モ違憲ニ非ス

## 第二 身體ノ自由

日本臣民ハ法律ニ依ルニ非スシテ逮捕、監禁、審問、處罰ヲ受クルコトナシ(憲法第二  
十三條)蓋逮捕トハ國家機關カ臣民ノ意思如何ニ拘ハラス實力ヲ以テ其身體ノ自  
由ヲ拘束スルヲ謂ヒ監禁トハ一定ノ場所ヲ限リテ臣民ノ自由ヲ拘束スルヲ謂ヒ  
審問トハ國家機關カ臣民ノ欲スルト否トヲ問ハス進ンテ自ラ必要トスル事實ヲ  
審査シ訊問スルヲ謂ヒ處罰トハ臣民ノ行爲ニ對シ惡報ヲ課スルヲ謂フ

逮捕、監禁、審問、處罰ノ範圍如何ニ付テハ學者ノ見解岐ル或ハ之レヲ刑事上ノ目的  
ニ出ツルモノノミニ限ルト爲ス者アリ或ハ又廣ク如何ナル目的ニ出ツルヲ問ハ  
スト爲ス學者アリ前說ニ從ントキハ行政ノ目的ヲ達スルカ爲メニスル審問ノ如

キハ法律ノ根據ヲ必要トセサルヘク行政執行罰ノ如キモ亦命令ヲ以テ規定シ得ルニ至ルヘシ。後説ニ從フトキハ上級官吏ノ下級官吏ニ對スル審問懲戒罰ノ如キモ亦法律ノ規定ヲ必要トセサル可ラサルニ至ルヘシ。

抑憲法カ身體ノ自由ヲ保障セルハ國家機關ノ活動ニ依リ濫リニ臣民ノ身體ノ自由ヲ拘束スルコトナク臣民ヲシテ安ンシテ其職ヲ盡サシメントスルノ趣旨ニ基ク。若シ行政ノ目的ノ爲メニスルトキハ法律ニ基カスシテ審問シ得ヘク處罰シ得ヘシト爲サハ臣民ノ自由ヲシテ安固ノ途徹ニ入ラシメタル趣旨ノ一半ハ沒却セラルルニ終ルヘシ。余蓋ハ此故ヲ以テ保障ノ範圍ヲ單ニ刑事上ノ目的ノ爲メニスル場合ノミニ限局スル説ニ從フ能ハス。翻ツテ又憲法ノ保障スル所ハ單純ナル臣民タル身分ヲ有スル者ニ關スルカ故ニ官吏關係ノ秩序ヲ維持スル上ニ於テモ尙此保障アリトスル説ニモ贊スル能ハス即チ左ノ如シ。

(一) 憲法ノ保障セル身體ノ自由ハ國家機關ニ對スルモノナルカ故ニ平等關係ニ於ケル個人間ノ審問處罰ニ付テハ憲法ノ干與スル所ニ非ス從ツテ親カ子ヲ審問シ監禁シ或ハ處罰スルカ如キハ此規定ニ包含セラレズ。(二) 身體ノ自由ノ保障ハ單純

ナル臣民タル身分ヲ有スル者ニ限ルヘク官吏ハ自己ノ任意ノ意思ヲ以テ國家ノ服務要求權ニ服從スルモノナルカ故ニ官吏關係ノ秩序維持ノ爲メニスル行爲ニ付テハ保障ナク從ツテ官吏懲戒令カ勅令ノ形式ニ依リ規定セラルルハ毫モ違憲ニ非ス(附言尙陸遊又ハ勅令ニ依リ陸軍及海軍懲罰令ノ規定アルハ憲法第三十二條ニ依リ違憲ニ非ス)(三) 行政執行ノ必要上科スル處罰ハ行政ノ目的ヲ達スル爲メニスルモノニシテ罰自體カ最終ノ目的ニ非スト雖モ之ヲ除外スル理由ナキコト前述ノ如クナルカ故ニ執行罰モ亦法律ノ根據ヲ必要トスヘク從ツテ行政執行罰カ法律ノ形式ヲ以テ規定セラルルハ適當ナル處置ナリ(四) 命令ノ規定ニ違反シタル者ヲ命令ノ規定ニ依リ處罰スルコトヲ得ルハ法律ノ概括的委任ニ依リ(明治二十三年法律第八十四號)毫モ違憲ニ非ス

### 第三 裁判官ノ裁判ヲ受クルノ自由

憲法第二十四條ハ日本臣民ハ法律ニ定メタル裁判官ノ裁判ヲ受クルノ權ヲ奪ハルルコトナキヲ規定ス。此權利モ亦所謂自由權ノ一ニ數フルコトヲ得ヘシ。此ノ如キ自由權ヲ認ムル所以ハ威權ノ牽制ヲ受ケス衡平ヲ保持スヘキモノト推定セラ



ルヘキ裁判官ニ依リ以テ孤弱貧賤ノ權利ヲモ保護セントスルノ趣旨ニ基ク故ニ臨時ノ委員行政官廳ノ裁判ニ依リ權利義務ヲ確定シ終ルカ如キヲ許サス  
 「法律ニ定メタル裁判官」トハ法律ヲ以テ裁判スヘキ權限ヲ與ヘラレタル裁判官ノ謂ニ非ス其資格要件ノ必ス法律ヲ以テ定メラレタル裁判官ノ意義ニ解スルコト蓋至當ナルヘシ而シテ本條ハ其事件ニ付テ何等ノ範圍ヲ限局セサルカ故ニ民事タルト刑事タルト將又行政訴訟タルトヲ問ハス總テ法律ニ定メタル裁判官ノ裁判ヲ受タルコトヲ主張シ得ヘキモノト解スヘキヤ或ハ又之レヲ民事及刑事ノミニ限局スヘキヤニ付テハ說岐ルト雖モ何等ノ根據ナクシテ行政裁判ヲ除外スルコト能ハサルカ故ニ總テノ裁判ヲ包含ストスルヲ以テ至當ト信ス然レトモ日本臣民ハ單純ナル臣民ノ身分ニ在ル者ヲ指稱シ官吏ノ如キ特別服務義務ヲ有スルモノハ合マレサルヲ以テ從ツテ此點ニ於テ懲戒裁判ハ本條ノ適用ヲ受ケサルモノトス

如何ナル權利問題ニ關シテモ日本臣民ハ總テ法律ニ定メタル裁判官ノ裁判ヲ奪ハルルコトナシトセハ領事裁判警察犯ノ即決處分間接國稅犯則者ノ處分特許局ニ於ケル審判抗告審判及軍法會議ノ裁判ハ如何ニ之ヲ解セントスルヤノ問題ヲ生スヘシ余輩ノ信スル所ニ依レハ總テ以上ノ裁判ハ皆毫モ憲法ニ違反スルモノニ非ス領事裁判ハ外國ニ於ケル日本臣民ノ裁判ナリ而シテ外國ニ於ケル日本臣民ハ毫モ憲法ノ保障ヲ有スルモノニ非ス憲法ノ日本臣民ニ對シテ與フル保障ハ其國內ニ住居セル場合ニ於テノミ存ス若シ然ラストスレハ關東洲裁判事務取扱令(勅令)ノ如キ舊統監府裁判所事務取扱令(勅令)ノ如キ總テ皆違憲ノ法規ナリトセサル可ラサルニ至ルヘク普通思想ニ反スルノ議ヲ免レサルヘシ故ニ勅令ヲ以テ資格ヲ定メラレタル領事カ(明治二十六年勅令第百八十七號及同百八十八號領事官ノ任用令參照)在外國ノ日本臣民ヲ裁判スルモ毫モ違憲ニ非ス警察官署又ハ稅務署ニ依リ即決處分又ハ通告ヲ受ケタルコトハ之レニ服從スルモ可ナリ之レニ服從セサルモ可ナリ之レニ服從シタル日本臣民ハ自ラ本條ノ自由權ヲ主張セサルモノナリ警察官署ノ處分ニ不服ナルモノハ更ニ進ンテ正式裁判即チ法律ニ定メタル裁判官ノ裁判ヲ受クルコトヲ得ヘシ(違警罪即決例第三條)稅務署長ノ通告ニ不服ナルモノハ通告ノ旨ヲ履行セス署長ノ告發ニ放棄スレハ可ナリ(間接國稅

規則處分法第十四條及第十七條前者ハ進ンテ正式裁判ヲ受クルヲ得ヘク後者ハ退イテ正式ナラサル裁判ヲ受ケサルコトヲ得ヘシ。特許局ニ於ケル審判抗告審判モ亦之レト同シク其審決ニ不服ナル者ハ進ンテ大審院ニ出訴スルコトヲ得ヘシ。蓋シ日本臣民ハ權利ノ關係ニ關シ始メヨリ終ニ至ル迄常ニ法律ニ定メラレタル裁判官ノ裁判ヲ受クルノ權ヲ奪ハルルコトナキヲ規定スルニ非スシテ當事者ノ意思ニ反シテ法律ニ定メラレタルニ非サル裁判官ノ裁判ヲ受クルコトナキヲ保障セルノミ。軍法會議ハ軍人ノ犯罪ニ付裁判ヲ爲シ軍人ナラサル日本臣民ノ犯罪ヲ裁判セス(陸海軍各治罪法第一條)軍人ノ犯罪カ法律ニ定メラレタルニ非サル裁判官即チ判士長判士ニ依リテ裁判セラルルハ一見本條ニ違反セルカ如シ。然リト雖モ憲法第三十二條ハ陸海軍ノ法令又ハ法律ニ牴觸セサルモノニ限り憲法第二節ノ規定ハ準行セラルヘキコトヲ規定セルヲ以テ本條ハ治罪法ノ定ムル所ニ牴觸セルヲ以テ軍人ニ對シ適用ナキヲ以テ又毫モ憲法ニ違反スルモノニ非サルナリ。

#### 第四 住所ノ不可侵

日本臣民ハ法律ニ定メタル場合ヲ除クノ外其ノ許諾ナクシテ住所ニ侵入セラル及搜索セラルルコトナシ(憲法第二十五條)日本臣民ハ此ノ如クニシテ其住所ノ安全ヲ保障セラル。蓋シ住所トハ民法ニ所謂住所ノ意義ニ非スシテ常住ノ事實及常住ノ意思ナキ居所又ハ一時ノ滞在在所ハ勿論軍艦船舶ノ如キ苟モ適法ニ人ノ居住セル場所ヲ指稱スルモノトス。然レトモ客ノ參集ヲ目的トセル場屋例ヘハ料理店劇場ノ如キハ其營業時間内ハ其目的ノ上ヨリ本條ノ適用ヲ受クヘキ限リニ非ス。許諾ナクシテ侵入シ又ハ搜索スルハ法律ニ定メタル場合ニ限ル。故ニ其目的行政警察ノ爲メナルト司法警察ノ爲メナルト否トヲ問ハス總テ法律ノ根據ヲ必要トス。

搜索ニハ必ス侵入ヲ必要トス。故ニ本規定ハ搜索ノ爲メ侵入スル場合ノミノ規定ナリト説明スル者アリト雖モ當ラズ。憲法カ「及」ト規定セルハ「何々又ハ何々及其兩者」ノ意義ニ解スヘク住所ノ安全ヲ保護スル上ヨリ論スルモ漫然目的ナクシテ侵入スルモノモ亦此規定ヲ受クルモノナリトスルヲ正當トス。故ニ許諾ヲ受ケテ侵入スルモノ更ニ又搜索ニ付テノ許諾ナケレハ搜索ニ從事スルコトヲ得ス。但シ法律

ニ定メアル場合ハ例外ナルコト勿論ナリトス  
第五 信書ノ秘密

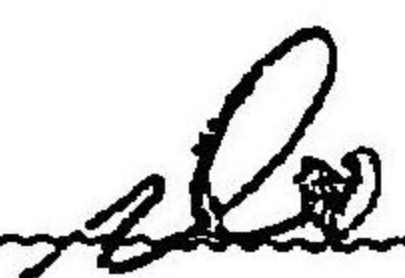
憲法第二十六條ハ日本臣民ハ法律ニ定メタル場合ヲ除クノ外信書ノ秘密ヲ侵サルルコトナキヲ規定ス。普國憲法第三十三條モ亦信書ノ秘密ニ不可侵ニシテ刑事裁判所ノ訴追及戰時ニ於テ必要ナル制限ハ法律ノ定ムル所ニ依ルヘキヲ規定ス。憲法ニ保障セル信書ノ秘密ハ他ノ憲法第二章ノ規定ト同シク國家機關ニ對スルモノニシテ其臣民間ニ於ケル信書ノ秘密ニ付テ規定セルモノニ非サルコトニ付テハ何人モ否定セザル所ナリ。然レトモ信書ノ秘密ノ範圍如何ニ付テハ廣狹二種ノ説アリ。之レヲ廣義ニ解スル學者ハ單ニ發信者ニ於テ秘密ニスルノ意ヲ以テシタル書面即チ封書ノミナラス郵便官吏カ職務トシテ取扱フヘキ總テノ事實ニ對スル秘密ヲ包含スト爲ス(エルザイドーラーバンド、グマイヤト等)故ニ此意義ニ於テハ苟モ物件ノ上ニ書セラレタル總テノ文字ノ秘密ハ信書ノ秘密ニシテ葉書及小包ノ内容ハ勿論發信人受信人ノ宿所姓名年月日等總テヲ含ム。之レヲ狹義ニ解スル學者ハ發信人ニ於テ秘密ニスル意思アリト推測スルコトヲ得ヘキ書面即チ

封書ノ内容ノミニ限局ス。レーウエ、ヨーン、ステン、グライン、レンネ等

臣民カ國家機關ニ依リテ信書ノ秘密ヲ侵サルルコトナキ自由ヨリ生スル國家機關ノ秘密ノ義務ハ官吏カ其職務ニ關スル官ノ機密ヲ漏洩スルコト能ハサル所謂官吏ノ秘密ヲ守ルヘキ義務ト裁然區別スルヲ要ス。余輩ノ見ル所ニ依レハ前説ハ此二個ノ義務ヲ混同セルニ似タリ郵便官吏カ職務上知悉シタルコトヲ漏洩スルヲ得サルハ一般官吏ノ秘密ヲ守ルノ義務ト何等異ナルナク官吏服務規律(第四條)ニ基キテ存スル所ナリ憲法カ特ニ信書ノ秘密ヲ保障セルハ此ノ如キ一般的服务規律上ノ秘密ノ義務ト異ナル關係ニ於テナリト爲スハ蓋當然ノ事理ナリ。服務規律上ノ秘密ノ義務ハ職務ニ依リテ知悉シタルコトヲ漏洩ス可ラサル義務ナリ。憲法ノ保障セル所ハ郵便官吏ノ職務執行ニ依リテモ尙信書ノ事項ヲ知悉セシメザラントスルニ在リ。葉書ノ表面又ハ小包ノ表包ニ記載スル受信人發信人ノ住所姓名年月日等ハ郵便官吏員ニ於テ之レヲ送致スルニ付必ス知悉セサルヘカラサル所ニ屬ス。故ニ此ノ如キモノニ付キテハ信書ノ秘密ナルモノナシ或ハ發信人受信人ノ住所姓名ノ如キモ郵便官吏以外ニ對シテハ秘密ナルカ故ニ之レヲ漏洩セザ

ルコトハ仍信書ノ秘密中ニ包含セラルヘシト解ク者アレトモ此ノ如キハ服務規  
 律ニ基ク義務ノ結果ニシテ憲法ノ保障スル所ニ非ス。然レトモ余輩ハ更ニ又後説  
 ニモ全然從フコト能ハス封書ハ發信人ニ於テ秘密ニスル意思アルカ故ニ之レノ  
 ミ信書ノ秘密中ニ包含セラルヘシトナスハ非ナリ封書ハ多クノ場合ニ於テ秘密  
 ノ報道ノ爲メニ使用セララルモ常ニ必スシモ然ラス。葉書ニ依ル報道ニアツテモ  
 全然發信人ニ於テ秘密ノ意思ヲ以テシタルモノナシト云フコトヲ得ス。封書ハ其  
 ノ秘密ニスルノ意思ヲ推定シ得ヘキモノナルカ故ニ憲法ノ保障セル秘密ノ範圍  
 ニ屬シ葉書ハ然ラスト爲スハ濫リニ發信人ノ意思ヲ推測セル空論ナリ。此ノ如キ  
 論者ハ如何ナル理由ヲ以テ秘密ニスルノ意思ナキコトノ反證明ナル封書ノ所謂  
 秘密ノ保障ヲ論セントスルモノナルヤ解スルニ苦マサルヲ得ス。余輩ハ郵便官吏  
 ノ郵便物發受ニ關シ知悉スルヲ要セサル事項ニ付信書ノ秘密ノ存ストスルノ正  
 當ナルヲ信ス。此見解ヲ以テスレハ封書小包ノ内容ハ勿論葉書ノ裏面ノ文字ス如  
 キモ亦其範圍内ニ包含セラル

電信及電話ノ如キハ其ノ發送接受ニ於テ吏員交換手ノ如キハ知悉スルヲ要シ又



ハ知悉セサラントスルモ爲ス能ハサルコト存スヘキモノナルヲ以テ信書ノ秘密  
 ノ範圍ニ屬セス(他人ニ漏洩スルヲ得サルハ服務義務ノ結果ナリ)。  
 信書ノ秘密ハ法律ニ依リテ制限セラルコトヲ得(刑事訴訟法、戒嚴令、郵便法等參  
 照)尙信書ノ秘密ヲ侵シタル者ニ對スル罰ノ規定トシテハ郵便法第五十二條ヲ參  
 照スヘシ。法律ヲ以テ罰ヲ科スルト否トハ(例ヘハ電信法第三十一條、憲法ニ保障セ  
 ル信書ノ秘密中ニ包含セラルト否トノ限界ヲ決定スルモノニ非ス法律ハ憲法ニ  
 保障ナキ事項ニ付テモ罰則ヲ設ケ得レハナリ)

第六 所有權ノ不可侵

帝國憲法第二十七條ハ所有權ノ不可侵ニ付テ規定ス。曰ハク「日本臣民ハ其ノ所有  
 權ヲ侵サルルコトナシ公益ノ爲必要ナル處分ハ法律ノ定ムル所ニ依ル」ト。本規定  
 ハ他ノ臣民ノ自由ヲ保障セル規定ト異ナリ。法律ニ定メタル場合ヲ除ク外「法律  
 ニ依ルニ非スシテ」等ノ留保ノ規定ナキトキ外國憲法ト比較參照シテ其成文ノ異  
 ナル所多キトニ依リ從來幾多ノ學者ニ依リテ種々ノ論議セラレタル所ナリ。

一 本條ニ所謂所有權ノ意義如何アル學者ハ之ヲ總テノ財產權ト解スルヲ至

當ナルヲ主張ス而シテ其根據トスル所ハ我カ憲法ノ母法タル普國憲法第九條白耳義憲法第十一條カ同シク「所有權」(Propriété Eigenum)ト規定シ然モ學者ハ其財產權ヲ指稱スルモノナルコトニ付テ一致スト云フニ在リ然レトモ彼ニアツテハ其沿革ニ從ヒ「所有權」ナル文字ノ從來ノ用例ニ從ヒ或ハ財產權ト解スルノ至當ナルモノアルヤヲ知ラスト雖モ(ゲマイヤー)國法學第二百二十三項第七百三十六頁參照我國ノ用例トシテハ之ヲ財產權ト解スルコトナク又財產權ト解シ得ヘキ根據ナシ。所有權ハ財產權中最モ重要ナルヲ以テ特ニ憲法ニ之レカ保障ヲ與ヘタルモノナリト解スルヲ寧ロ正當トスヘシ。所有權ノ何タルカニ付テハ民法第二百六條ニ之レヲ規定ス。曰ハク「所有者ハ法令ノ制限内ニ於テ自由ニ其所有物ノ使用收益及處分ヲ爲ス權利ヲ見ス」ト故ニ所有權トハ所有者カ法令ノ制限内ニ於テ自由ニ其所有物ヲ使用收益及處分シ得ル權利ニシテ所有者ナラサル者カ物ヲ使用シ又ハ收益シ得ル權利ノ如キハ之ヲ包含セス或ハ所有權ハ所有物ノ使用收益及處分ヲ爲シ得ルノ權利ナルカ故ニ此等ノ作用ノ一ヲ侵害スルモ亦所有權ノ侵害ニシテ從テ地上權、永小作權ノ如キモ亦憲法ニ所謂「所有權」内ニ包含スルモノトシ

テ解スヘキナリトスル學者アレトモ不當ナルヘシ。何トナレハ所有者ノ所有物ノ使用收益又ハ處分ヲ侵害スルハ所有權ノ侵害ナランモ所有者ナラザハ者地上權者、永小作權者ノ物(土地)ノ使用又ハ收益ヲ侵害スルハ地上權、永小作權ノ侵害ニシテ所有權ノ侵害ナラサルト同時ニ憲法ニ所謂「所有權」カ特ニ此等ノ權利ヲ包含セルモノナルコトヲ推定シ得ヘカラサレハナリ

二 日本臣民ハ所有權ヲ侵サルルコトナキヲ規定シテ「法律ニ依ルニ非スシテ侵サルルコトナシ」ト規定セス。故ニ日本臣民ハ如何ナル場合ニ於テモ不法ニ之ヲ侵サルルコトナク命令ハ勿論法律ヲ以テモ個々ノ所有權ヲ侵害シ得ヘカラサルモノトス或ハ反對解釋ヲ爲ス者アリト雖モ憲法ノ他ノ規定カ特ニ「法律ニ依ルニ非スシテ」等ノ留保文字ヲ規定セルト對照シ其誤ナルコトヲ知ルヲ得ン

三 所有權ノ制限ハ其侵害ト意義ヲ異ニス蓋制限トハ一般的ニ所有權ノ限界ヲ確定スルノ謂ニシテ侵害トハ個々のニ所有權ノ作用ヲ破壊スルヲ云フ。各個人ノ有スル所有權トハ畢竟法律又ハ命令ヲ以テ其外圍ヲ確定セラレタル以內ノ作用ヲ指稱ス。故ニ法律又ハ命令ノ制限ノ範圍内ニ於テ各個人ノ所有權アリ此所有權

ハ個々ノ行爲ニ依リテ破壊セラレ得ヘキナリ故ニ省令、府縣令等ヲ以テ所有權ヲ制限スルモ其ハ侵害ニ非ス從ツテ毫モ違憲ニ非サルナリ。或ハ民法第二百六條ニ所謂「法令」ハ法律又ハ其委任命令ノミヲ指稱スヘキモノナリトシ暗ニ所有權ノ制限ハ原則トシテ法律ニ依ルヘキコトヲ主張スル學者アルモ何カ故ニ「法令」ヲカク狹義ニ解釋セサルヘカラサルカヲ知ルニ苦ム或ハ所有權ヲ財產權ト解スル學者ハ憲法第九條カ第二十七條等憲法第二章ノ規定ノ例外規定ナリト説明シ警察命令ヲ以テモ亦所有權ヲ侵害シ得ヘキ事ヲ主張ス若シ果シテ其說如クンハ憲法第二章ノ規定スル臣民ノ自由ノ保障殆ント有名無實ニ終ルヘシ何トナレハ憲法第二章ニ規定セル臣民ノ自由ヲ制限スルハ主トシテ警察ノ目的ヲ爲メニスルモノナレハナリ

四 各個人ノ所有權ハ法令ノ制限内ニ於テ存シ不法ニ之レヲ侵害セラルルコトナシ。然レトモ國家ハ時ニ公益ノ爲メ各個人ノ特定ノ所有權ヲ徵收シテ之レヲ他ニ移轉セシメ或ハ又之レヲ消滅セシムル必要アリ必要ナル處分ト云フ特定ノ場合ニ所有者ヨリ所有權ヲ消滅セシムルヲ謂フ故ニ處分ハ制限ニ非ス制限ハ所有

權ノ内容ノ縮少ノ問題ニシテ處分ハ所有權存否ノ問題タリ或ハ所有權ハ法令ノ制限内ニ於テ存スルモノナランニハ憲法第二十七條第二項ノ規定ハ無用ナリト論スルモノアルモ以上ノ理由ノ下ニ其誤謬ナルヲ知ル或ハ憲法第二十七條第二項ノ規定カ公用徵收ノ場合ヲ規定セルモノナリトシ我カ母法タル普國憲法、白耳義憲法ヲ例示スル者アリト雖モ我カ憲法ハ「公益」ノ爲メ必要ナル處分ト云フニ止マリ公用徵收ヲ明言セス又外國憲法ノ如ク之レニ對スル補償ノ規定ヲモ存セサルヲ以テ單ニ之レヲ公用徵收ノミニ限定スルハ頗ル不當ナルヲ信ス或ハ之レヲ公用徵收ノミニ限定スルノ結果警察ノ目的ノ爲メニ個人ノ所有權ヲ消滅セシムルコトモ亦所有權ノ制限ナリトシ警察命令ヲ以テ規定シ得ヘシト爲ス學者アルト同時ニ他方ニ於テハ又同一前提ノ下ニ警察權ハ國家ノ成立上固有ニ存シ法律ノ根據ヲ俟チテ存スルニ非サルカ故ニ警察ノ目的ノ爲メニスル場合ハ法律ニ據ルノ限ニ非スト論スル學者アリ前者ハ一面外國立法例ニ惑ハサレ他面制限ハ所有權ノ存在ヲ前提トスルヲ覺知セサル誤ニ基クト同時ニ後者ハ我カ憲法ノ趣旨ヲ理解セス法律ヲ必要トスル事項ノ列舉及命令ヲ以テ法律ヲ變更スルヲ得サル

原則ヲ等閑視セルニ基キ共ニ採ルニ足ラサルナリ。要スルニ公用徵收タルト警察ノ目的ノ爲メニスルトヲ問ハス苟モ國家カ公共ノ利益ノ爲メナリトシテ所有權ヲ消滅セシムルニハ(他方ニ之レヲ移轉スルト否トヲ問ハス)必ス法律ノ根據タルヲ必要トシ利益ノ爲メニハ當事者相互ノ協定ニ基クノ外法律ニ依ルモ又之レヲ消滅セシメ得ヘカラサルモノトス

所有權ナラサル他ノ財產權ハ事既ニ法律事項トナラサル範圍ニ於テハ公益ノ爲メナルト私益ノ爲メナルトヲ問ハス命令ヲ以テモ隨意ニ之レヲ消滅セシメ得ルモノトス

### 第七 信教ノ自由

日本臣民ハ安寧秩序ヲ妨ケス及臣民タルノ義務ニ背カサル限りニ於テ信教ノ自由ヲ有ス(憲法第二十八條)信教ノ自由トハ宗教ヲ信スルノ自由タリ。故ニ佛教耶蘇教タルト神道タルトヲ問ハス信仰ヲ主トシ其威靈ニ信賴スルモノハ皆宗教トシテ臣民ハ之レヲ信仰スルノ自由ヲ有ス。然レトモ神社ハ宗教ニ非ス神社ハ本來報本反始即チ祭神ノ崇敬祭神ニ對スル感謝及記念ヲ旨トスルモノナレハナリ。而シ

テ憲法ニ於テ之レカ自由ヲ保障セサルハ如何ナル制限ヲモ附シ得ヘシトスルカ爲メニ非スシテ我帝國カ血團團體ヨリ發達シ祖先崇拜ノ思想ハ國民ノ腦裡ニ深ク染侵シ更ニ此自由ヲ保障スルノ必要ヲ認メサルカ故ナリトス

蓋信教ノ自由ハ近世文明ノ一大美果ナリ。歐洲中古ニ於テハ宗教ハ政治ト混同セラレ幾多流血ノ禍ヲ致シ或ハ嚴法峻刑ヲ以テ此自由ヲ防壓セシコト少ナカラザリキ千八百五十八年以來漸ク信教ノ自由ヲ認ルノ傾向ヲ生シ佛國革命以來ノ獨立ニ至リ公然ノ自由ヲ宣告シ遂ニ各國憲法ノ規定ヲ見ルニ至リシナリ

元來信仰ハ人類内部ノ心理作用ニシテ此範圍ニ於テハ國法ノ毫モ干涉シ得ルモノニ非ス國法上論シ得ヘキハ唯其外部ニ表ハレタル關係ニ於テノミ存ス。國家ハ此關係ニ於テ直接間接ニ其自由ヲ制限スル能ハス故ニ一定ノ宗教ヲ信ス可ラスト爲ス能ハサルハ勿論アル宗教ヲ信スル者ニハ選舉權ヲ付セス又之レヲ國外ニ追放スヘキ等法律上ノ權利ニ制限ヲ加フヘキコトヲモ規定スル能ハス。而シテ信教ノ自由ハ自由ニ他教ニ改宗シ得ル自由ヲ包含スルコト勿論ニシテ又如何ナル宗教ヲモ信セサルノ自由ヲモ包含スト解セサル可ラス

信教ノ自由ハ教派ノ組織住職教師ノ任免等ニ關スル自由ヲ包含セス(明治十七年太政官布達第十九號參照)更ニ又信教ノ爲メニ必要ナル團體ヲ組織シ或ハ集會ヲ開クカ如キハ憲法第二十九條ノ適用ヲ受ケ法律ヲ以テハ自由ニ之レニ制限ヲ加フルコトヲ得ルモノトス

信教ノ自由ハ安寧秩序ヲ妨ケス又ハ臣民タルノ義務ニ違背セサル限度ニ於テノミ存ス此以外ニ於テハ命令ハ勿論法律ヲ以テモ制限スル能ハサルト同時ニ苟モ安寧秩序ヲ妨ケ又ハ臣民ノ義務ニ違背スルモノト認定セラレタルトキハ法律又ハ命令ヲ以テ隨意ニ之レヲ制限スルヲ得ヘシ故ニ例ヘハ教義ニ基キ兵役ノ義務ニ服セス有夫ノ婦更ニ結婚スルカ如キハ之レヲ制限シ得ルコト勿論ナリトス

#### 第八 言論ノ自由

帝國憲法第二十九條ハ日本臣民カ法律ノ範圍内ニ於テ言論ノ自由ヲ有スルコトヲ規定ス言論ノ自由トハ言語ヲ以テ思想ヲ表明スルノ義ナリ故ニ特定ノ個人ト共ニ相談話スルト公衆ニ對シテ演說スルト否トヲ問ハス又自己ノ眞意ニ非サルコトヲ表明スルモ亦自己ノ思想ノ表明ニ外ナラス蓋專制君主國ニ於テハ濫リニ

o. l.

個人ノ言論ヲ壓迫シ其政府ニ不利益ナル言論ヲ爲ス者ハ之レニ加フルニ嚴刑ヲ以テシタルコト稀ナラスシテ爲メニ文明ノ發達國家ノ發展進歩ヲ阻害シタルコト少ナカラスサレハ千七百七十六年九月二十八日ニ公布セラレタル北米合衆國ペンシルバニア州憲法第十二條千七百八十九年八月二十六日公布ノ佛國憲法即チ人權及公民權宣言トシテ知ラレタル規定中第十一條ノ如キヲ始メトシテ諸國ノ憲法多クハ此自由ヲ認メ普國憲法モ亦其第二十七條ヲ以テ之レヲ認ム

言論ノ自由ハ尊重セサル可ラス然レトモ之レヲ無制限ノ状態ニ放棄スルコトハ又却ツテ此自由ヲ認ムルノ趣旨ヲ沒却スルコトアルヘク他人ノ名譽ヲ毀損シ罪惡ヲ教唆シ秩序ヲ紊リ風俗ヲ害シ又ハ國家ノ存在ヲ否認シ其發達ヲ阻害セシムル虞アルヘキ等ノ言論ハ須ラク制限セサル可ラスサレト如何ナル形式ヲ以テシテモ制限シ得ルト爲スハ又昔時ノ專制状態ヲ再現セシムルカ如キコトナキヲ保セス之レ法律ノ範圍内ニ於テノ規定ヲ見ル所以ナリ而シテ法律ヲ以テ言論ノ自由ヲ制限シタル規定頗ル多シ治安警察法カ街頭其他公衆ノ自由ニ交通スルコトヲ得ル場合ニ於テ朗讀放吟又ハ言語ヲ爲シ其狀況安寧秩序ヲ紊シ若ハ風俗ヲ害



スル虞アリト認ムルトキハ警察官ニ於テ禁止ヲ命スルコトヲ得セシメ(第十六條同盟解雇又ハ同端罷業ノ遂行ノ爲メ使用者若クハ勞務者ヲ教唆シ特定ノ團體ニ加入セシメ又ハ之レヲ妨クルカ爲メ他人ニ對シ公然誹毀ヲ爲スコトヲ得サラシメ(第十七條)犯ス者ハ之レヲ罰シ刑法カ證人鑑定人通事等ノ僞罪ヲ處罰シ(第一百六十九條乃至第一百七十一條)誣告ヲ爲シタル者ヲ處罰シ軍機保護法カ偶然ノ事實ニ依リ軍事上ノ秘密ヲ知得スルモ之レヲ他人ニ傳説スル者ヲ處罰スルカ如キ皆然リ委任命令ハ法律ト同一ノ效力ヲ有ス命令ナルカ故ニ之レヲ以テ此自由ヲ制限シ得ルコト勿論ナルモ其他ノ命令ニアツテハタトヒ警察ノ目的ノ爲メニスルモノナリトモ之レヲ制限スルコトヲ得ス

### 第九 著作及印行ノ自由

憲法第二十九條ニ日本臣民ハ法律ノ範圍内ニ於テ著作及印行ノ自由ヲ有スルコトヲ規定ス蓋著作トハ文書符號又ハ圖書ニ依リ思想ヲ表明スルヲ云ヒ印行トハ機械的方法ヲ以テスルト化學的方法ヲ以テスルトヲ問ハス文書圖書等ヲ製作シテ之ヲ發賣シ又ハ頒布スルヲ云フ故ニ著作ハ文書等ニ依リテ思想ヲ表明スル點

ニ於テ言論ト異ナリ印行ハ製作シテ發賣又ハ頒布スル點ニ於テ著作ト異ナリ或ハ演劇ノ如キハ動作ニ依リ思想ヲ發表スルモノナルカ故ニ其脚本ハ著作ノ範圍ニ屬セストスル學者アレトモ誤レリ演劇自體ハ著作ニ非スト雖モ動作言語ノ方法等ヲ記述シタルモノ即チ脚本若シ記述ナキ脚本アリトスレハ格別ハ著作ナラサル可ラス故ニ脚本ニ對スル制限禁止モ亦他ノ著作ト均シク法律ニ基カサル可ラス著作ノ自由ハ之ヲ絕對ニ認メスシテ著作ニ對シ相當ノ期間保護ヲ與フルコトヲ必要トスヘク又安寧秩序ヲ害シ風俗ヲ紊ルカ如キ著作ヲ禁止スルノ必要アルヘシ之レ法律ノ範圍内ニ於テノ規定ヲ存スル所以ナリ(著作權法出版法等參照)

印行ノ自由モ亦絕對タラシムル可ラス從來之レニ對スル取締方法トシテ二個ノ主義ノ存在ヲ見ル檢閱主義及届出主義之レナリ檢閱主義トハ出版物ヲ發賣又ハ頒布スル以前ニ於テ行政官廳ノ檢閱ヲ受ケ其許可ヲ受ケタル場合ニ限り發賣頒布セシムル主義ヲ云ヒ届出主義トハ發賣頒布前ニ届出ヲ爲サシムルノミニシテ官廳ノ許可ヲ必要トセサル主義ヲ云フ檢閱主義ハ甚シク印行ノ自由ヲ制限シ文

明ノ進歩ヲ阻害スルノ虞アルト又屢専制政府ノ防壓手段ノ用ニ供セラレタル歴史アルトニ鑑ミ現今立憲國家ニ於テハ此主義ヲ採用スルモノ殆ントナシ我國モ亦會テ檢閱主義ヲ採用セシモ現今ハ届出主義ニ依ル然レトモ秩序ヲ害シ風俗ヲ紊ルノ印行ハ之ヲ禁止セサル可ラス即チ法律ヲ以テ該種ノ制限禁止ノ規定存在スル所以ナリ(治安警察法第十六條新聞紙法出版法等參照)

第十 集會結社ノ自由

憲法第二十九條ハ日本臣民ハ法律ノ範圍内ニ於テ集會及結社ノ自由ヲ有スルコトヲ規定ス蓋集會トハ共同ノ目的ヲ以テ一時限リ公衆ノ會合スルモノヲ云フ故ニ一時限リノ會合ニシテ共同ノ目的ヲ有スルモノナルトキハ其目的カ談話ノ爲メニスルモノナルト將又辯論演說選舉決議等ノ爲メニスルモノナルトヲ問ハサルナリ或ハ集會トハ專ラ政事ニ關スルモノノミヲ指ストスル者アレトモ規定ノ沿革ニ於テハ知ラス現行憲法ニ通セサル所ナリ集會ハ法律ヲ以テ制限スルコトヲ得ヘシ(憲法第三十一條及第三十二條ノ場合ハ他ノ自由權ト同シク例外トシテ制限セラレ然レトモ命令ヲ以テ之レヲ制限スルコトヲ得ス集會ハ之レヲ屋内集

會ト屋外集會トニ區別ス普國憲法ニ於テハ屋内集會ハ公共ノ安全ヲ保持スル爲法律ヲ以テ制限セラレ屋外集會ハ法律ノ規定ニ依リ認可ヲ受ケサル可ラス(普國憲法第二十九條及第三十條第一項)我憲法ハ其屋外ナルト否トヲ問ハス何等ノ條件ナクシテ法律ヲ以テ制限ヲ設クルコトヲ得而シテ治安警察法ハ政事ニ關スル屋内集會ニ付テハ届出主義ヲ認メ其他ノ屋内集會ニ付テハ原則トシテ之レヲ任意ニ放抛シ公事ニ關スル集會ハ政事ニ關セサルモノト雖安寧秩序ヲ保持スル爲届出ヲ必要トスルトキハ命令ヲ以テ届出ノ義務ヲ負ハシムルヲ得ルコトヲ規定ス(同法第二條第三條)屋外集會ハ祭葬講社學生生徒ノ體育運動其他慣例ノ許ス所ニ係ルモノヲ除キ政事ニ關スルモノノミニ限ラス苟モ公衆ヲ會合シ又ハ多衆運動セントスルトキハ其旨ヲ届出セシム蓋屋内集會ヨリモ社會ニ危害ヲ及ホスヘキ虞多ケレハナリ尙集會ニ關シ警察官ニ於テ安寧秩序ヲ保持スル爲必要ナリト認メタルトキハ屋外集會ニ付テハ之レヲ制限禁止解散セシメ屋内集會ニ付テハ之レヲ解散セシムルコトヲ得ヘク集會ニ於ケル講談論議ニ付テモ亦幾多ノ警察上ノ制限ヲ存ス(同第十條乃至第十三條)

結社トハ共同ノ目的ノ爲メニスル多數人ノ團結ニシテ多少永續的ノ性質ヲ有スルモノヲ云フアル學者ハ結社モ亦集會ト同シク政事上ノ結社ニ限リ憲法ノ保障ヲ有ストスレトモ正論ニ非ス。普國憲法ハ總テノ普國民ハ刑法ニ抵觸セサル目的ヲ以テ結社スルノ權ヲ有スヘク、法律ハ公共ノ安全ノ保持ノ爲メニ之ヲ制限シ得ヘキ以外ニ於テ政事上ノ結社ニ付テハ法律ニ依リ隨意ニ規定ヲ設クルコトヲ得ル旨ヲ規定シ、我憲法ノ如ク廣汎ニ法律ヲ以テハ如何ナル結社ヲモ禁止又ハ制限スルヲ得ルモノニ非ス。治安警察法ハ政事上ノ結社ニ付テハ普國ト同シク届出主義ヲ採リ、他ノ結社ニ付テハ原則トシテ自由主義ヲ採リ例外トシテ公事ニ關スル結社ハ(政事ニ關セサルモノト雖)安寧秩序ヲ保持スル爲命令ヲ以テ届出ノ義務ヲ負ハシムルコトヲ得ル旨ヲ規定ス。同第一條第三條尙政事上ノ結社ニ加入シ得ヘキモノニ付テハ一定ノ制限ヲ設ケ、其他ノ結社ト雖モ安寧秩序ヲ保持スル爲必要ナル場合ニ於テハ政社ト同シク禁止セラルルコトヲ得。同第五條及第八條而シテ結社中其目的及規約ヲ秘密ニシタルモノヲ秘密結社ト云フ。秘密結社ハ社會ニ及ホスヘキ危害計ル可ラサルモノアリ。故ニ治安警察法ハ英佛獨ト同シク之ヲ絶

對ニ禁止ス。

命令ヲ以テ結社スヘキコトヲ強制スルハ明白ナル憲法違反ナリ何トナレハ結社ハ單ニ政社ニ限ラサルト同時ニ結社スルトセサルトハ法律ヲ以テ強制セラルル以外ニ於テハ臣民ノ自由ナレハナリ。故ニ命令ヲ以テ強制スル目的カ産業獎勵ノ爲メニスルモノナリト雖(例ヘハ鹽水選共同苗代ノ爲メニスル組合ノ如キ)又違憲タルヲ失ハサルナリ。

### 第二款 國家ノ行爲ヲ要求スル權利

國家ノ行爲ヲ要求スル權利トシテ憲法ノ保障スル所ハ唯請願權ニ關スル第三十條ノ規定ノミ。

廣義ニ解スレハ請願權トハ私益又ハ公益ノ何レヲ問ハス國家ノ作爲又ハ不作爲ヲ國家ニ對シ請求スルヲ謂フ。故ニ之ヲ受理スヘキ國家機關ノ側ヨリ觀察スルニ基キテ生スル區別ノ種類即チ君主ニ對スル請恩議會ニ對スル請願官廳ニ對スル狹義ノ請願モ皆請願ノ一タルヲ失ハサルヘク更ニ請求ノ内容ニ基キテ生スル區別ノ種類即チ過去ニ於テ蒙リタル不利益ヲ救済サレンカ爲メニスル請求即チ訴

願及未來ニ於テ國家ノ施設ヲ要求スルカ如キ狹義ノ請願モ共ニ請願ノ一タルヲ失ハス。而シテ我憲法第三十條ニ所謂請願ハ此廣義ノモノナルヤ將又狹義ノモノナルヤニ付テハ議論岐ルト雖モ多クノ學者ハ之ヲ狹義ニ解シ請願ヲ除キタル請願ノ意ナリトスルモノノ如シ。而シテ其理由トスル所ハ同第三十條ハ普國憲法第三十二條ヲ模倣シタルモノニシテ同條ニ所謂 Petition ナル文字ハ哀願ノ意義ヲ有シ行政監督ノ一方法タル請願ノ意義ヲ含マストスルニ在リ。余輩ハ同條カ普國憲法ヲ則リテ規定セラレタルコトヲ認ムルニ於テ論者ト説ヲ同ウスト雖モ之レカ爲メニ同條ニ所謂請願ハ請願ヲ除外シタルモノナリト解スルニ贊同スル能ハス。普國憲法ニ所謂請願權カ哀願ノ意義ヲ有シ從ツテ請願ヲ除外セルモノナリトスルハ論者ノ獨斷ナリ。 Petitionsrecht ヲ以テ請願及請願ナラサル請願即チ狹義ノ請願ノ二種ヲ包含ストスルハ既ニ普國普通法(第五十六條)ニ於テ認メラルル所ニシテ憲法ハ單ニ此意義ヲ明ニシタルニ過キス。シユワルツ、普國憲法註釋第一百頁參照此理由ヲ以テ余輩ハ我憲法ニ所謂請願モ亦請願ヲ除外スヘキ他ノ何等ノ理由ノ存セサル限り、請願ヲモ包含トス解スルノ正當ナルヲ信ス。

請願ハ(一)相當ノ敬禮ヲ守リテ之ヲ爲ササル可ラサルヘク、(二)別ニ定ムル所ノ規程ニ準據セサル可ラス。而シテ別ニ定ムル所トハ現行法トシテハ請願ニ付テハ明治二十三年法律第五號請願法ヲ指稱シ狹義ノ請願ニ付テハ議院法第十三章ヲ指稱ス。

狹義ノ請願ハ議院法ノ規定スル所ニ從ヒ議會ニ對スルモノアルノミ政府ニ對スル請願ハ現行法規ノ認ムル所ニ非ス。或ハ內閣官制第五條カ閣議ヲ經ヘキ事項中「天皇ヨリ下附セラレ又ハ帝國議會ヨリ送致スル人民ノ請願トアルノ故ヲ以テ天皇ニ對スル請願ハ現行法規ノ認ムル所ナリト解スル者アルモ誤レリ。何トナレハ請願ノ手續ハ別ニ定ムル規程ニ準據セラル可ラサルヘク天皇ニ對スル請願ノ手續トシテ別ニ準據スヘキ規程カ制定セラレサル今日天皇ニ對シテ請願ヲ爲スヲ得トスルハ頗ル不當ナレハナリ。」

狹義ノ請願ハ貴族院又ハ衆議院議員ノ紹介ニ依リ各議院之ヲ受取り、請願委員ヲシテ之ヲ審査セシメ、請願事件ヲ會議ニ付シ、各議院ニ於テ採擇スヘキコトヲ議決シタルトキハ意見書ヲ付シ請願書ヲ政府ニ送付シ事宜ニ依リテハ其報告ヲ求ム