負債の爲め獄中に呻吟せし者百を以て數へたり。然るに尙ほ英國を擧て非常なる熱心を以て佛蘭西民軍の勝利を賀したるは十九世紀の英人には殆んと了解に苦む程なり。然れ共少しく考慮すれば容易に當時文明世界の全部に普及せし感情の原因を明知するを得べし。蓋し彼のバスティールは不法威力の目標たりしを以て其沒落は是より先き既に英國に存在せし法律の支配を歐洲の他の各部に豫告するものなりとの感情を深く一般國民の腦裏に惹起したるなり。

「吾人か法律の支配は我英國の特性なりと云ふときは第二に吾人の意は英國に於ては皆に法律の上に超絶するの人なきのみならず、人は其品位境遇の如何を問はず總て國家の尋常法律を遵守し、尋常裁判所の裁判權に服從せざるへからずと云ふに在るなり。」

英國に於ては法律上の平等即ち各種族の人民悉く一樣に尋常裁判所の施行する同一法律に服從すへきものたりとの觀念は之を推して其の極に及ぼせり。英國にては上總理大臣より下警察吏收稅吏に至るまで、各種の官吏か法律上の條理に依らすして爲したる行爲に就き責任を有するは毫も一般公民に異なることなく

訴件報告を見れば官吏か職權を越へ、而かも官吏たるの資格を以て爲したる行爲の爲めに法廷に訴へられ個人の資格に於て刑罰を受け、又は損害を賠償せしめられたるの例決して尠からさるを知るべし。殖民地の知事國務大臣武官及ひ其隷屬の諸官吏等凡て法律の許さゝる行爲あれは其上長の命令に出つるときと雖も彼等之か責に任せさるを得さるは無官無職の一私人に異ならさるなり。但し英國に於ても他の諸國と同しく軍人又は國立敎會（エスタブリッシドチャーチ）の僧官の如き或種類の官吏は他一般人民に關係なき法律に服從し、或場合に於ては一般人民の上に裁判權を及ぼさゝる特種の裁判所の管轄に屬せり。換言すれは官吏は幾分か官吏法とも稱すへき者の管理を受くへきものなり。然れども是れ決して夫の英國に於ては人は凡て國家の法律に服從すへきものたりとの原則と矛盾することなし。何となれは軍人又は僧官は其の位地の上より他の人民か免かるゝ法律上の義務に服すと雖も概して言へは彼等は特種の法に服從するの故を以て尋常公民の義務を免かるゝものにあらされはなり。

英人は自然法律の支配（吾人か爰に此語に附する意義にて）てふ事は凡ての開明社

會に普通なる事相なりと想像するの傾きありと雖も斯く想像するは誤謬なり、歐洲諸國も十八世紀の終りに於ては其多數は世態進化の經過中彼の貴族僧侶其の他の種族か法律を蔑視することを得るの階級時代(英國は未た十六世紀の終らさる前既に此階級を脫せり)を經過したるに相違なしと雖然れとも各人皆同一の法律に服從し裁判所か國家に於て最高の位地を保つの事實は大陸諸國に於ては今日と雖尙ほ一般に存在すと謂ふを得さるなり。今佛國を以て在大陸一國家の模範と爲せは左の如く斷言して誤まらさるへし、曰く『官吏(此語中には凡て國家の役務に服する者を含ましむ)は官吏たる資格に於て國の尋常法律の保護を受け而かも尋常裁判所の裁判權を免かれ多くは單に官吏の團躰か施行する官吏の法律に服從するのみ』と。『法律の支配即ち主宰が二樣の意義に於て英國制度の特性たることは前既に論したるが尙ほ別に第三義あり、此の義に於ても亦英國制度の特性を顯はすものたり。即ち法律の支配は左の意義に依て憲法の全部を貫通するものと謂ふを得べし、曰く英國憲法の概括的主義原則(例へは人身の自由公會の自由の如き是れなり)は法廷に提出されたる個々の訴訟に於て各個人の權利を判定したる裁判所の判決の結果なり。之に反して外國の憲法に在ては各個人の權利に附したる保證は其國憲法の概括的原則より生し來り若くは生し來るの觀あるもの多しとす。』

是れ世間に流布し人を誤まらしむる夫の『憲法は之を製作せしにあらす成長せしなり』との語が暗示する事相の一部なり。此言は之を文字の如く解釋したらんには背理の甚きものなり。「國政の諸制度は人爲の製作に係り其起元存立一も人意に出てざることなく其發生の模樣は夏期一朝夢覺めて俄然其出現し居るを發見するか如きものにあらす又彼の樹木の一度ひ之を植れは人の手を借らす其睡眠中に發育するか如きものにもあらずして其經過は終始人爲の作用に依て其の像を現はすものなり」。

夫れ然り、然りと雖政體は一種の自生的發育に成り其發育は其國民の發育と甚た密接に連絡するものにして之を目して人爲人力の製作物なりと論すへからすとの言は不明なから左の事柄を指示するに足れり。即ち或種の政體殊に英國の憲法は一朝にして作られたるものにあらす又決して通常の意義に於ける立法事務

の結果にあらすして各個人の權利を防かんか爲めに法廷に提出されたる爭訟の結果なり。之を要するに英國憲法は法官作爲の憲法にして法官作爲の法律に普通なる諸形狀は眞となく不眞となく悉く之を備へ居れり。

是れ英國憲法と他國憲法との間に重要なる區別の起る所以なりとす。

英國憲法には外國の憲法か極めて尊重する所の彼の權利の公告定義等を見ることなし、且つ吾人か英國憲法中に見る諸原則は司法的立法に基ける諸般の格言と同しく裁判官の判決若くは個々の禍害を防く爲めに特に發布したる法令即ち國會高等法廷の判定したる法令通常裁判判決に甚た相似たる性質を有するものより概括し來りたる通則に過きさるなり。語を換へて云へは各個人の權利か憲法の原則に對する關係は白耳義國の如く憲法か立法作用の結果たるの國と英國の如く憲法其者か裁判の判決に基くの國とは全く相同しからさるなり。立法作用を以て製作せる憲法を有する國を代表すとも謂つへき白耳義に於ては實に各個人の人身自由權は憲法に淵源し憲法に依て保明せらるゝ者と謂ふへしと雖、英國に於ては抑も各個人自由の權利を以て憲法の一部と爲すは人身保護律（ヘビアスコーパスアクト）を以て擴張せられ若くは益々確定せられたる裁判所の判決が之を保明するか故なり。今若し論理學上の語式を法律上の問題に適用し得へしとせば白英兩國に於ける憲法上の異同を敘するに左の言を以てするを得へし。曰く『白耳義に於ては個人の權利は憲法の原則より演繹し來れる結果なり。之に反し英國に於ては所謂憲法の原則なるものは個人の權利に就て裁判所の下せる個々の判決に基ける歸納推理の結果なり』と。

右は素より形體上の差異のみ白耳義に於ても自由の保全せらるゝことは敢て英國に讓らず、而して此の事態の續く間は憲法が各人の自由を保明するか故に個人は不法の逮捕を受くるの危險を免かるゝと云ふも又人身の自由即ち不法逮捕に對する保護を受くへき權利か憲法の一部を成すは國の尋常法律の之を保全するか故なりと云ふも敢て意に介すへき程の事にあらず。然れとも此の單に形體上に於ける區別は個人の權利にして實際能く安全なるときは毫も必要なき差別なりと雖人身自由の權利信敎自由の權利等諸權利の安全なるへきの望みは如何なる場合に最も多かるへきかとの問題は其の國の憲法建設者か其故意に之を作る

と不知不識との間に之を建つるとを問はず權利の定義公告を以て着手したるか又は據て以て權利を施行し若くは保護するの救治法を設くるを以て先としたるかに關係することなく甚た大なりとす。而して外國の憲法制定者の多數は權利の公告を以て着手したり、但し之が爲め彼輩を非難すべからざる場合多し、蓋し彼等の處置此に出しは時の事情に迫まられたると法律の原則を掲示するは立法家の當然爲すべき自然の業務なりとの觀念に依りしものなり。然れども少しく歴史を知る者は外國の憲法家は權利を明定するに汲々として其公告したる權利の據て以て行はるる處の救治手段を設くるの必要欠くへからさることに充分注意せさりしを見るべし。佛國千七百九十一年の憲法は信教の自由出版の自由公會の權利政府官吏の責任等を公告したり。然るに人類の歴史中此等諸權利の不確實否な寧ろ全く亡滅したること佛國革命極點の時代に於けるか如く甚しき時期は未嘗て有らさりしなり。而して兩國を觀察する者は今日と雖佛國共和國が此等の自由權利を保護するは英國君主政に如かさるやの感を起すなり。之に反して英國にては司法的立法の强所たる彼の權利を實行するの手段と實行さるへき權利

との間に離るへからさる連結の存する在りて憲法の全局に貫通せり。此點より見れは法律の存する處には救治ありとの格言は冗長なる言辭より遙かに緊要なるを覺ゆるなり。此の格言は年を逐ひ勞を積て英國憲法と稱する複雜なる法律制度を作りたる人々は人類若くは英人の權利を公告するか如き事よりは寧ろ各種各類の權利を實行するの方法手段を明定し各種の不正を豫防するの方法手段を講究することに最も深く注意せりとの事を示すものなり。人身保護律は原則をも公告せず又權利の定義をも附することなしと雖其實際の効用は百條の憲法を以て個人の自由を保明するに優れり。然れとも英國制度に普及する遵法の精神に基く處の夫の權利と救治との連結は成文憲法若くは權利の公告を載するの憲法と相幷行せさるものと思惟する勿れ。例へは米國の憲法を見よ。合衆國憲法及ひ其各州の憲法は純然たる成文憲法にして且つ權利の公告を載せたり。然れとも米國の政治家は無比の老手を以て米國憲法の公告する諸權利に法律上の保護を與ふるの方法手段を設定せり。故に法律の支配は英國の特狀たるか如く亦た實に合衆國の一特狀たり。

英國に於ては憲法律は裁判所が各個人に保護する權利より推理概括したるものに過ぎさるに外國に於ては各個人の權利例へは人身自由の權利の如き其源を憲法に資ると云へるとは左の緊要なる結果を生するなり。憲法を以て保證したるの權利は之を中止するも得べく且外國に於て實際其の中止せらるゝことは常に吾人の見る所なり。斯る權利は尋常法律の作用の外に立ちて獨立する者なり、白耳義憲法中にある個人の自由を保證するとの公告は暗に白耳義國に於て個人の權利を視るとは大に其の趣きを異にすることを露はせり。英國にては一種の權利を他の權利よりも一層固く保證するの言を爲すこと能はさるなり。不法逮捕を免かるるの自由、誹謗に渉れは賠償の責あり內亂を煽動し若くは瀆神の言を爲せは刑を受くる外總ての事項に就き各自の意見を發露するの權利、自個の財產を享有するの權利等英人の權利は皆な同一の基礎即ち國土の法律に基けり。憲法か或る權利を他の權利よりも一層固く保證するとの言は英人には理會し難く若くは無稽に聞ゆへしと雖白耳義に於ては一定の意見を有するなり。其意蓋し凡そ人身自由を侵害するの法律は憲法を適法に改正するの特別の手續きに依て先づ憲法を變更するに非らずんば之を發布することを得すと云ふに在るなり。併しなから是れ特に爰に注意を要するの點にあらす、吾人か爰に最も注意すへきは個人自由の權利を憲法の主義原則より演繹し來れる結果なるの國に於ては此權利は之を中止し若くは剝奪し得へきものなりとの觀念甚た起り易きこと是れなり。之に反して個人自由の權利か國土の尋常法律に固着するの故を以て此の權利を認めて憲法の一部となすの國に於ては國家の諸制度國民の習慣等を全く變更する一大革命を經るにあらされは此權利は之を破却すへからさるなり。尤も英國に於ける所謂「人身保護律の中止」なるものは外國に於ける「憲法上の保證中止」と稱するものと幾分か相似たるの觀なきにあらず、然れとも人身保護律を中止するの制定法は畢竟其通俗の名稱か示す如く見ゆるものとは大に趣きを異にし一の危險處分には相違なきも其實人身自由保護の一救治法の中止に過きさるなり。人身保護律中止せらるゝも英國人は尙ほ公民に屬する殆んと悉皆の權利を享受し得るなり。憲法既に其基を法律の支配に立つるか故に英國に於て憲法中止なる語は万一斯の如き事の出來得へしとすれは

純然たる一革命に下らさる有樣を示すものならん。

然らば則ち夫の憲法の根本原則を成す所の『法律の支配』には三個の意義あり。即ち之を三つの殊別なる點より視ることを得るなり。

其第一義は專制力の勢力に對して行はるゝ規律正しき法律の至高主宰を指すものにして專制力若くは特權は勿論該博なる裁量權をも政府に許さゝるの謂なり。

英國人は法に依り支配せられ且つ之を支配するは獨り法律あるのみ英國に在ては法律を犯すものは罰せらるべし。然れども何人も此外決して罰せらるゝことなし。

其第二義は法律に對する平等即ち諸等族の人民は悉く一樣に尋常裁判所か施行する國土の尋常法律に服從するの謂にして此の意義に於ける『法律の支配』は官吏又は之に類する種族か他の公民一般を管理する法律を遵守するの義務及ひ尋常裁判所の裁判權に服從するの義務に就き特免を有すとの觀念を許さゝるなり。

英國には佛國に行わるゝ所の「行政裁判所」トリビユノー、アドミニストラティフ(ドロア、アドミニストラティフ)若くは「行政裁判所」トリビユノー、アドミニストラティフ)に正しく相當するもの在るとなし、彼の外國に行はるゝ行政律なるものの根底を爲す思想は政府若くは其吏員が關係ある一の事件爭訟は通常裁判所の權外に屬し、多少行政吏員の性質を帶ふる機關をして之を處理せしめざるへからずと云ふに在り。此觀念たる英國法律の全く認めさる所にして亦た實に其の根底より英人の遺風習慣と相幷行せざるものなり。

第三に『法律の支配』なる語は左の事實を言顯はすの約言にして用ゆることあり。英國の憲法律は外國に於ては正に憲法典の一部を成すべき性質の規則なるも英國に在ては個人權利の源泉にあらすして其結果なり。之を要するに英國に在ては裁判所の國會の處分に依り私法の諸原則を擴充して國王及ひ其吏員の地位を規定するに至れり。故に英國憲法は國の尋常法律の結果なりとす。

然りと雖も以上の如く法律の支配に就き其性質を概論するのみにては吾人を益することと甚た勘なし、吾人若し夫の原則は其種々の狀貌に於て如何なる意義を有するかを了解せんと欲すれは憲法の主要なる條項に就き此原則の及ほす効力を追究せさるへからず。之を爲すの最良法は英國法律か左の問題を處するの方如何を講究するに在りとす。即ち人身自由の權利、言論自由の權利、公會の權利、戒嚴

律の用、陸軍の權利義務、歳入の徴收費消、大臣の責任是れなり。今や予は適當の順序を逐ひ此等の諸項目を論せんとす。然れ共本論の目的は讀者の記臆する如く人身保護律其他臣民の自由を保護する諸法令其者に就き詳細なる説明を與へんとするにあらすして單に已上列記したる憲法の主要問題即ち憲法の條項とも稱すへき事項か英國制度の全躰に普及せる法律の至高力に依て統治せられ且つ其至高力の適例として見るべきものたるを説明せんとするに在るなり。他日若し憲法を編纂して一法典となすとあらんか予か前に示したる各項目は其法典中に記載すへき事柄なり。此の事項中の多くは現に外國の成文憲法殊に彼の英國憲法の重要なる格言を巧に約説したる白耳義國憲法中に之を掲く。故に此等の問題を説明するには白耳義其他の憲法中例へは人身自由の權利の如き吾人の研究せんとする事項に關する條項を引用して其條項中に抱括する原則は果して英國法律の認る所なるや否若し之を認むれは英國裁判所か之を支持し實行するの手段如何を考究すること便利なる場合多し。世人か英國憲法を了解すること甚た充分ならさるの一理由は之を他國の憲法規定と幷列比較することを怠るにあり。

此問題に就ても比較の認識に必要欠くへからされは決して他の場合に異ならざるなり。

第五章　人身自由の權利

白耳義國憲法第七條は古來英國に行はるゝ數個の原則を白國に於て設定したるものにして其行文は之に對照すれば以て能く英國憲法の著しき特視數個を闡明するに足るか故に、今左に之を掲けん。

『第七條　人身の自由を保障す、

何人を問はず法律に明示したる場合に於て其規定したる程式に依るに非されは糾治を受くることなし。何人を問はず現行犯罪の場合を除くの外理由を記したる法官の令狀に依るに非されば逮捕を受くることなし、但し此令狀は逮捕を行はんとする時に示すか、又は遲くとも廿四時内に示すへきものとす』

英國人か享有する人身自由に對する保明は文書に掲げたる文字通則等に基くにあらず、又其の源を此等に發するにあらさるなり。但し英國の制定律全書中白耳義國憲法第七條の行文に最も近く似たるものは大憲章（マグナカーダ）の夫の有名なる三十九條にして其の文は『自由民は何人を問はず其同列の適法なる裁判に依るか、又は國の法律に依るに非されば逮捕、監禁を受け若くは財產を沒收せらるゝことなく、法律保護外に放棄せられ若くは外國に追放せらるゝことなく又朕之に罪を宣告せさるへし』とありて權利請願狀（ペティションオブライト）（譯註、法典の名）に載せたる權利の公告と併せ見るへきなり。然るに此等の法令（若し斯る名稱を下すを得ば）は一個の權利を創定する制定法と云はんより寧ろ既に存立する權利に載錄したる文書と云ふへきなり。又た彼の白國憲法の所謂る「保障す」と云へる語は予か前に示したるか如く極めて意義あることにて人身の自由は國土の尋常法律以外に超絶する一種の權力か白耳義人に保明する一特權なりとの思想を暗示するなり。然るに是れ英國流の思想には全く新奇なる觀念なり。何となれば英國人には人身の自由は一の特權にあらすして裁判所か施行する國土の尋常法律の結果なればなり。之を要するに爰に吾人は夫の英國に於ては個人の權利は憲法律の基礎にして結果にあらずとの概則適用の一例を見るなり。

人身自由の權利其他何種の權利にても之を憲法典、法典等に載せて之を公告するも夫れのみにては其權利の實際を保障するの力極めて微弱なり。故に學者若し人身の權利が如何の程度迄實際憲法中の一部を成せる哉を知らんと欲せは此權

利の意義如何、殊に其實行をして安固ならしむる法律上の方法手段如何を講究せさるへからさるなり。

人身自由の權利は英國に於ける解釋に從へは何人も法律上の條理なくして監禁逮捕其他身體の抑制を受ることなきの權利を謂ふなり。何人と雖、身體の羈束を蒙ることありとせば英國に於ては先つ以て不合法の處置と見做すべく、纔て以て之を辨解(廣漠たる言語を以てすれば)し得るの事由唯だ二あるのみ。即ち其在監人其他身體の羈束を受け居る者が或る犯罪の被告にして審問の爲め之を法庭に引致せさるへからさるに由るか、若くは已に正當の有罪に決し刑に處せさるへからさるに由るかの一に居らさるへからさるなり。而して此意義に於ける人身の自由が英國に於て安固に保障せらるゝは夫の何人も法律上正當の手續き即ち(是又甚た廣漠たる言語なれとも)適法の令狀若くは權書に依るに非らされは之を逮捕又は監禁することを得すとの原則を嚴正に遵守するに依るなり。且つ更に緊要なるは此權利の安固なるは右の原則を實行するに充分なる法律上の手段の設けあるに依れり。此方法に二樣あり、則ち告訴又は訴訟に由て不法の逮捕若くは

監禁に對する賠償を得ること及ひ身體擧來狀に依て不法監禁より解放を得ることと是れなり。今左に此等の救治方に就き夫々其の梗概を考査すへし。

第一逮捕監禁に對する賠償—此語を該博なる意義に用れば凡そ他人の不正に由り一の損害を受けたるの人が其賠償を得るの途二樣あり。一は其不正者をして罰を蒙むらしむると、一は彼の不正行爲の爲めに蒙りたる損害に對して賠還を得るとにあり。

英國に於て人身の自由を不法に侵害されたる者は何人と雖も總て此二途の賠償方に賴ることを得るなり。例へは乙某か適法の事由なくして甲某を毆打し若くは長時間又は只數分間たりとも其自由を束縛(法律上の語を以てすれは之を監禁)することあらんか甲は其賠償を得るの法二途を有するなり。彼は乙をして毆打の罪に問はれ其刑を受けしむることを得へく、又は乙に對して權利掠奪の訴訟を起し乙の行爲の爲めに蒙むりたる損害に對し陪審員の認めて相當となす賠償金を得へきなり。今夫のヴオルテアーが千七百二十五年に英國に於て英國貴族の敎唆に依り當時彼が佛國に於て實際蒙りたると同し暴虐を蒙むりたりと假定せ

よ。然るときは彼は其救治を得んか爲め朋友の好意を恃み政府の恩惠に賴るの迂路を取るを要せず彼の二途の一に依りて處するを得へかりしなり。卽ち彼は適當なる手續を以て加害者を悉く罪人として審問を受けしむるを得べく、又た氏の意志に依りては加害者の各自に對し私訴を起し彼を毆打せしめたる貴族をも訴へ、彼を獄に投したる從僕を訴へ、彼を獄に投したる警官をも訴へ、彼を拘留したる司獄官をも訴ふることを得へかりしなり。爰に特に注意すへきはヴオルテアーが起すことを得へかりし權利侵掠の訴訟は加害者の何人たるを問はす之を提起し得へきものなりとの一事なり。卽ち此種の訴訟は殖民地太守國務大臣軍法を格守するの義務なき者を軍法會議に於て審問したる官吏其他上下各種の官吏に對し之を提出することを得へく、又た實際之を提出したるの例鮮しとせす、是に於て更に吾人は『法律の支配』の他の一特貌に接するなり。若し夫れヴオルテアーが暴虐を加へられたるの地か英國なりしならんには彼の敵手は官吏たる資格に於て爲したり又は上長官の命に依て爲したりとの辨解を以て自己の責任を免るることを得さりしなり。ヴオルテアーをして若し英國に在らしめは彼を拘留した

る司獄官吏に至るまで其加害者の各自及ひ全數に對し尋常裁判所に訴ふることを得へかりしなり。且つ其訴ふる所尋常裁判所なるか故に其訴訟を審理する判官及ひ陪審官か被告の所爲は職務上の熱心に出てたり又は上長の命令に依りたりとの口實を認めて法律違反に對する法律上若くは道德上正當の辨解なりと爲すか如きことは萬々あり得べからさりしなり。

人身自由權侵掠より生する損害に就き裁判所が保護する賠償に關する說明を終るに先立て此に注意し置くへきことあり、そは此の場合に於ても他の場合に於けるか如く裁判官が憲法全部の基礎を成し法律の至高力をして安固ならしめ結局國王の專制を牽束するに効用ありたる二大格言卽ち原則を能く格守すること是れなり。其格言卽ち原則の第一は凡そ不正の所爲に就き各自に責任あり、卽ち他の點より之を言へは其所爲にして果して不法ならは主長若くは上官の命令に依り之を爲したりとの理由を以て抗辨することを得すと云ふに在り。例へはヴオルテアーの逮捕にして若し英國に於て起りたらんには暴行に與りたる者をして氏に加へたる不正行爲に就き各自

個々に其の責を負はしむることを得へかりしなり。偖て此の各自責任なる教義は國王の命令なりと雖も、決して不正若しくは不法行爲を抗辨するの理由と爲すことを得ずと云へる法律上の主義の基礎を爲すなり。則ち不正を行ふ者は其不正に就き各自に責ありとの尋常規則は實に夫の國務大臣の責任なる憲法上の一大主義の據て立つ所の基礎なりとす。爰に記すへき格言の第二は凡そ一の權利を侵害されたる者あれは裁判所は其損害の大小に拘はらず之をして救治の途を得せしむと云ふにあり。彼のヴオルテアーを襲撃し監禁したるは不正の最も甚しきものなり、然れとも裁判所の慣例に全く經驗なき人か動もすれは憶測するか如く權利侵掠若くは不法監禁の訴訟を起すことを得るは甚しく身躰の自由を害されたる場合に限ると想像するは大に誤れり。百中九十九迄て此の類の訴訟は被害輕微なる場合なり、一個の暴漢他の暴漢を毆打し又は巡査か法律上權利を具へすして人を逮捕し、又は學校教員か生徒を其歸宅時刻后半時間校舍内に閉込めるも加害者は裁判所の處分に附せらるゝの虞あり、又被害者は陪審員の同憐を博すれは彼か實際被りたる又は被りたると認定されたる損害に對し充分なる賠償を得へきなり。英國の法律か人身自由の權利を保護するや爾他各種の權利の場合と同しく侵害の種類大小を問はずして最も輕微なる侵掠に對すると同一種の賠償(勿論同等なる刑罰若くは過料と云ふの意にあらす)之を課するなり。是れ英人の眼には誠に尋常當然の事柄にして注意を惹くに足らざるが如しと雖も、英國の法律系體中の現象にして能く法律の權力を支持するに効力ありしもの夫の加害犯罪は其大小を論せず同一の原則に依り同一裁判所之を處斷するの一事に優るもの蓋し鮮からん。例外の犯罪は特別裁判所に於て之を罰すると云へる如き事は英國現行法律の決して認知せさる所なり。

不正に收監されたる者が身躰の自由を回復したる後に至りて虐待者を被告として告訴し、又は訴訟を提起して其蒙むりたる損害に對し賠償金を得るの權利は身躰自由の權利に對する極めて不充分なる保障に過きさるなり。今若し乙某甲某を現に幽閉し居るとせんか、甲若し自由を得ば乙を罰し若くは彼より賠償金を得るの權ありと知るも甲に於て何の益する所かある、甲の要する所は畢竟自由を回

復するに在り。之を得るに非らすんば其自由を奪ひたる仇敵を罰せんことを望むへからさるなり。例へはヴオルテアーにして若し能くバステール獄を出ることを得ば其敵より賠償を求むることを得へしと知るも自己の意を慰むる所甚た少かりしならん。加之彼れ若し自由の身とならば彼に加へたる損害の賠償を得へしとの豫想は彼れの爲めに毫も利益とならすして、却て彼をして終身幽閉の苦痛を蒙むらしめたるやも未た知るへからさるなり。人身自由をして安固ならしめんには獨り法律が各人の自由に對する名稱の侵害を罰するのみならす、凡そ適法の理由なくして幽閉さるゝ如き者が據て以て先つ其身體の自由を回復し得へき有効なる保障なかるへからす。英國に於て此保障を與ふるものは則ち有名なる身體挈來狀(リット、ナフ、ヘビアス、コルパス)及ひ人身保護律是なり。

第二身體挈來狀(リット、ナフ、ヘビアス、コルパス)(譯者曰以下畧して單に挈來狀と云ふことある(し)——此の講義中には身體挈來狀の歷史を說き又は之に關する法律の成立せし順序等微細の事項を論せんことを期するにあらす。挈來狀及ひ人身保護律に就き尙ほ其詳細を知らんと欲せは讀者宜しく之を通常の法律書に求むへし、本章に於ける予の目的は英國法律が據て以て人身自由の權利をして安固ならしむるの方法の概極を說明するに在り。故に左の三點に就き讀者の注意を請はん、第一挈來狀の性質、第二所謂る人身保護律なるものゝ効用、第三人身保護律中止(正當無難の稱にあらされとも)と稱する事相の正確なる結果、第四人身保護律の作用を中止するの法令が救(アクト、インデムニティ)免令に對する關係即ち是なり。蓋し此等の事項は皆な憲法に密接の關係を有するなり。

挈來狀の性質——抑も法理を頁く說明註解するものは法律文書其者に如かさるを常とす。今挈來狀の性質を講するにも亦た挈來狀の謄寫に就きて之を覈查せは益する所蓋し尠からさるへし。故に其一を左に揭く。

天佑に依て大武列顚及愛蘭合衆王國の女皇たり眞教の保護者たる朕ヴイクトリア玆に

在ヲヤーセイ島朕が獄司ヲエー、ケエー及ヒ該島の島司ヲエー、シーに告く、朕が獄中に汝が看守拘禁するシーシー、ダブルユーと稱する者の身體を來る一月十八日を期しウエストミニスターに於ける朕が法庭に挈來し

併せて彼を逮捕拘禁したる日時と其原因とを具申し、彼をして該法庭が本件に關し彼に就き正當なりと思量するの處分を受けしむへし。且つ其際此令狀を該法庭に提出すへし

右命令す

殁即位第八年十二月廿三日　ウェストミンスターに於て

立會人　トーマス、ロードデンマン

左記の者の申請に依り當法廷之を發す　ロビンソン

シイ、シイ、ダブルユー

*アー、ユム、アー

右シイ、シイ、ダブユルーの辯護士

倫敦ゲレイス、イン、スクユアー第七號

ダブルユー、エー、ユル

*（譯者按するに蓋しシイ、シイ、ダブルユーの爲めに法廷に請ふ者の姓名なり）

此の文はクイインス、ベンチ法庭の發したる令狀にして人を幽閉し居れりと申立てられたるものに命令して幽閉の理由に就き審理を受くる爲め其在監人を該法廷に擊致せしめ（即ち其身體を擊來せしむるなり故に此の稱あり）以て該法廷をして若し法律上必要あらは其處分を施すの機會を得せしむるものなり。而して其骨子は該法廷か身體擊來狀を以て現に拘禁中の者を法廷に差出さしめ收監の事由を知悉し、其如何に由り或は該法廷に於て直ちに之を解放し或は在監人をして急速に審問を受けしむる等法律の命する保護處分を施すに在るなり。

擊來狀は拘禁中の本人又は代理人の申請に依り若くは（本人自から又は代人を以て此申請を爲す能はさるときは）何人にても其拘禁を不法なりと信する者の申請に依り之を發することを得へきなり。該狀は高等法院（ハイ、コート）之を發し、其閉院中は該院の判事之を發す、該院又は其判事は申請人の陳述書を審査し爰に不法に其自由を掠奪されたるもののありと思惟するに足るの事由ありと認定するときは則ち此令狀を發するなり。嚴正に言へは擊來狀は之か發布を申請するものあれは當然の事柄として之を發すへきものと謂ふを得す。何となれは其申請は不法の監禁を被り居る被害者ありと思惟するの理由を幾分か備ふることを要すればなり。然

れとも其の令狀を得るは申請人の權利なりとして裁判所之を發するなり。換言すれは高等法院は苟くも當該在監人が不法に其自由を奪はれ居るものならんとの推定を下し得へき根據あれは該狀を發することを拒まさるなり。法院の此令狀即ち命令は苟も人を恣に監禁する者又は監禁すとの推定を下し得へき者あれは其加害者の官吏たると一私人たるとを問はす、何人に對しても之を發し得へし。而して其命令に違背する者は法庭に對する不敬罪を以て論せられ、速決刑に處せられ、且つ被害者に拂はるへき重き科料に處せらるゝ場合尠からす、今上來述ふる所を敘するに最も概括なる言辭を以てすれは即ち左の如し、曰く、高等法院は該院を組成せし諸裁判所が嘗て爲せし如く身體挈來狀の手段に依り何人たりとも不法の監禁幽閉に苦み居れりと申告されたる者を其法廷に挈來せしむるの權力を有し其者既に挈來さるゝときは該法廷は拘禁の理由を糺問し必要と認むるときは其際該法廷に於て直ちに之を解放することを得るなり。且つ此權力たる苟くも申請者が英國に於て不法に其自由を奪はれ居る者ありと思量するに足るの理由を具へて申出つるに於ては法庭の之を施行することを怠らさる權利なりとす。」

人身保護律(The habeas Corpus Acts)——身體挈來狀を請求するの權利を普通法の認めたるは千六百七十九年即ちチャールス二世三十一年法令第二號なる夫の有名なる人身保護律の發布已前に在ること遠し。故に讀者或は怪まん此法令及其後の發布に係るヲョージ三世五十六年法令第百號を以て世人か英國に於て人身自由の安固を保障するの基礎と爲すは何か爲めに然るやを。去れとも此等の法令は實に人身自由の基礎を成すものなり。何となれは千六百七十九年已前既に挈來狀を得るの權利を認めたるに相違なしと雖も、當時此權利は種々の口實を以て動もすは實際全く其効用を妨けられたれはなり。抑も人身保護律の目的は挈來狀を發するの義務及ひ必要あらす、在監人を直ちに解放すへき職務ある裁判官及ひ在監者を拘禁する司獄官其他の者に於て該狀の効用を避けんか爲めに工夫する種々の奸策を豫防せんとするに在りてチャールス二世の法令は犯罪人として拘禁されたる者に適用し、ヲョージ三世の法令は犯罪にあらさる他の事故を以て其自由を奪はれたる者に適用するものとす。

今右二種類の在監人に就き各別に之を論せん。

爰に或る刑事の被告人として監禁されたるものあらんか、若し其監禁にして適法の令狀に據らさりせは彼は直ちに解放さるへき權利を有するや勿論なり。之に反し若し其收監が適法の令狀に據りたるものなるときは彼を拘禁するの目的は何時も差支なく之を法廷に召喚して審問せんか爲めなり。此場合に於ては被告事件の性質に依り在監人の位地權利に異同あるなり。輕罪（ミスデミーナー）と稱する輕微なる犯罪の場合には在監人保證金を納め證人を立て規定を守りて再ひ監禁を受くへきことを誓ふに於ては其身體の自由を得るの權あり即ち（法律上の語を以て云へは）保釋を許さるへき權利を有するなり。之に反して重罪又は反逆（トリーソン）罪の如き重大なる犯罪の場合に於ては一旦收監されたる者は保釋を以て出獄するの權なし。此場合に於ける在監人は單に急速に其審問を受くるの權利を有するのみ、在監人に是等の權利の存するは皆挈來狀の効用にして法廷か在監人等の申請あるに拘はらす其監禁令狀の効力を審査せす又は其令狀の事由正當ならさるにも拘はらす之を解放せさるとき、若くは法廷か其收監の適法なるを確認したる場合にて其事件の性質に應し保釋を許し出獄せしめす、又は其審問をして急速ならしめさるときは共に挈來狀の効用を避くるものなり。

チヤーレス二世三十一年法令第二號は右の如き諸弊害を豫防するの規定に關する法令にして實に刑事被告の故を以て拘禁中の者に關する法律上の規程は普通（コンモン）法の規則と此制定法の條項とより成れるものにして其歸する所左の如し。曰く此種の人を現に拘禁する司獄官に於て若し挈來狀を受くるときは其收監の理由を具して其在監人を法庭に差出すの義務あり。而して若し其理由不充分ならは在監人は勿論之を解放せさるを得す。若し其理由充分ならは在監人は輕罪の場合には通例審問の時期までの間保釋を請求することを得へく、又た其事件反逆罪若くは重罪なる場合には其收監後第一期に開く法庭に於て審問を受けんことを主張し、若し犯罪の證據人出庭し能はさる場合を除くの外他の事故の爲めに其期に於て審問を受くるに至らさるときは保釋を主張することを得へく、又た在監人若し其收監後第二期を終るも尚は審問を受くるに至らさるときは保釋に依らすして解放を請求することを得へきなり。之を要するに人身保護律施行中は刑事

被告の故を以て永く人を幽閉することを得さるなり。何となれは被告人は法律上保釋に附せらるか若くは急速に審問を受けんことを請求し得るの途を有すればなり。

次に刑事被告にあらさる他の事故を以て拘禁され居る者も亦其拘禁の適法なるや否やに就き迅速に法庭の判決を得て法律上身躰自由の權を有するときは直ちに解放さるゝの途ありて之を保護せさるへからず。而して此保護を與ふるものは則ち人身挈來狀なり。英人たると外國人たるとを問はす苟くも不正に其自由を奪はれ居る者ありとの訴告あるときは法庭は必らす夫の令狀を發し被害者を法庭に致さしめ若し自由の權利を有する者なるときは之を解放すへきなり。例へは一兒童が其父母の手許より强奪抑留さるゝときは發狂人なりとして不法に拘束さるゝ男子あるとき又は女僧が不法に尼院内に抑留さるゝとき等。之を要するに男女老幼を問はす實際其自由を奪はれたる者又は奪はれたりと證言さるゝ者あるときは法庭は必らず被害者を拘禁する者に對して挈來狀を發して被害者を法庭に致さしめ、且つ若し彼の被害者適法の原因なくして拘禁され居るものなるときは之を解放するを怠らさるなり。然れとも千八百十六年（ジョージ三世五十六年）までは挈來狀を得るの機關刑事被告人の場合に比すれは遙かに不完全なりしものにてジョージ三世五十六年法令第百號の結果は實にチャーレス二世三十一年法令第二號なる夫の人身保護律を非刑事件に適用せしむるに在りしなり。

已上論する如くなるか故に現今英國に於ける人身自由の保障は法律の作用を以て達し得へき最高完全の域にありて人身自由を享有するの權利は絶對的に之を認め居るなり。此權利を侵害すれは其加害者は必らす收監され又は科料に處せられ刑事の被告たりとの故を以てすると否とを論ぜず不正に監禁されたる者は勿論單に其疑ある者にても若し被害者の爲めに勞を取るもののあらば監禁の正否を適法に審理さるゝの保障を有し、且つ若し異して不正に害を被りたるものなれは其自由を回復するの保障を有するなり。今復た前に揭けたる事例に戻りてヴォルテアーが實際巴里に於て被ふりたると同一の虐待を倫敦に於て受けたりとの假想せよ。然らば彼れは必らす極めて迅速に其自由を回復したるならん。但し

千七百二十五年の當時に於ては其自由を回復するの手續は恐らくはジョージ三世の法令の治下に在る今日の如く容易からさりしなるへし。然れとも其の當時に於てすら尚ほ彼の友人は法律の作用に依りて之を救ふことを得たるなるへし。少くとも千七百二十五年にヴヲルテアーを救ひ出すことは千七百七十三年にジヤマイカに向て發錨の準備を爲してテームス河に碇泊中の船舶中に鐵鎖を以て拘禁され居りたるジエームス、ソマーセットなる奴隷を挈來狀の手段を以て救ひたると其難を異にせさりしならん。

挈來狀の沿革は英國憲法が法律上の權利に對する救濟法即ち依て以て權利を尊重せしめ虚名の權利をして有効ならしむへき方法手段に注意すること特に著しきを説明するに足るなり。夫の所謂人身保護律と稱する諸法令は畢竟訴訟手續を規定するの法令にして其目的は單に人身自由の權利をして實力を有せしむへき法律上の機關を改良するに在りて其期する所は法律家の指導に起因する諸法令の一般の場合に於けるか如く單に實際經驗したる難問に應するに在るのみ。此故にチヤーレス二世の人身保護律は不完全なる法令にして英人は其後殆んと百五十年(自千六百七十九年至千八百十六年)の星霜を經て始めて不法監禁より解放さるゝの權利を保障するの完全なる機關手續を得るに至りたるものと謂ふへし。然り而して人身自由の權利の如き一の根本的權利を處するに法律家流の方法を以てするは種々の欠點ありと雖も、立法事業をして正鵠を得せしむるの一大利益あるなり。人身自由の權利の存在を法文に公告するは難事にあらざると同時に其利益又た極めて尠し。眞個の難事は之か實行を保障するにあり人身保護律は此の目的を達せり。故に英人の自由に對しては徒に權利を公告する法文などの企て及はさる功績ありしなり。實に此等諸法令の貫重なることは獨り外國に於て往々尊重さるゝ所の夫の人類諸權利を概括的に公告したる文書に優るのみならす、權利請願、權利條欵等の如き人身保護律と同しく英國憲法は結局法官作爲の法律なることを證するに足るへき法令にして且つ其躰裁も亦頗ふる法律的なる文書にも遙かに優れりと謂ふも敢て誣言にあらさるへし。

人身保護律が各個臣民の自由を鞏固にするの効能は英國憲法を論する者の曾知る所なりと雖も、之れと同樣に注意を要すへき事柄にして而かも世人の注意を惹

かさりしは挙來狀を發するの權利は制定法の力に藉て司法部か行政部に對する監督權の基礎を成すの一事なり。該狀を遵奉せしむるの權力は即ち凡そ裁判所か認めて以て不法に身體の自由を侵害されたりと爲すものを救ひ出すの權力にして、結局國王又は其屬僚が裁判官の法律違背と審定する所の刑罰を施さんとするか如きことを禁止し又は豫防するの權能たるなり。故に裁判官は名義に於て然らさるも實際政府の行政行爲の全部を箝制し監視し及ひ法律の明文の許さゝる凡ての處分を禁止するの手段を有するなり。又た此權力たる決して久しく實行せさりしか爲めに有名無實となりたるか如きものにあらすして時々實行され、且つ之を實行したるは最も重大なる事件の場合多きに居れり。加之此權力の裁判官の手に存在すとの知覺は以て行政官の行爲を管理するに足るなり。今一二の例を示せは司法部か挙來狀の手段に依り行政部の行爲を監督するの權力を有することと及ひ之を實行するの方法順序を說明する爲めに最も便利ならん。千八百三十九年に加奈陀に於て叛逆の罪を以て流罪に處せられたる囚徒等ウァン、デイーメンス、ランドに至るの途中官の押送に依りリヴァープールに着したること

あり。其時彼の罪人の友人等は移流刑に處したる宣告の効力に就き異議を申立てたり。依て彼の囚人等は挙來狀に據て監獄より出されエキスチエックワー法庭に挙來され該法庭は此事件の全部を審理し終に彼等を收監し拘擊したる處置は適法の處分たるを裁決したり。然れとも該法庭にして若し彼の囚人等を拘擊したる處分は不法なりとの見解を抱きたらんには彼等加奈陀人は直ちに解放されたることとなるへし。又た千八百五十九年に印度に於て公務に服し居りたる英國の一官吏殺人罪を犯せるものと正當に決せられ禁獄四ケ年の宣告を受け其刑を施行する爲め軍隊の押送を以て英國に護送されたり。然るに英國に之を押送するの命令形式上反則に係れり。故に挙來狀を發し罪人をクィンスベンチ法庭に致さしめ此の純粹なる形式上の論據に依り之を解放したり。又た司法部が行政部に最も密接なる關係を有する事項に就き強大なる權力を有するの著明なる一例を示さんに裁判所は挙來狀を以て其法庭に挙來せしめたる者に就き海上課役權の適法なるや否や及び海上課役權の區域に關する問題を審議せしこと數回あり。而して此特殊なる場合に於て裁判官は國王の特權に屬する此專制權を有

効なりとして保持したりと雖とも亦た同時に此特權の施行を嚴重に制限して習慣又は制定法の之に與へたる區域を超へさらしめたり。加之前既に示せるか如く裁判所に此類の權力あることは假令實際之を施行せさるも尙ほ能く政府の行爲を管理するに足るなり。其一例を示さんに千八百五十四年に露國水夫の一團生命を支持すへき準備も無くギルトフテートの市街を徘徊し居りしが露國海軍の士官は之を曝きに英國の一港に入港したる露國軍艦を脫したる水夫と認めたり。依て彼の水夫等は其士官の命令に依り警吏長の扶助を以て之を露國軍艦に還送する爲めポーツマウス港に護送されたり。然るに此處置の適法なるや否やに就き疑問を生し法官の意見を問ふに至れり。而して法官は露國水夫を海軍尉官に引渡すこと及ひ露國軍艦に還送する爲めに警察の其處分を補助せしは共に法律に違背するものなりとの意見を以て此問に答へたり。故に此事件を裁判所に提せす直ちに前定的に彼の水夫等を解放したり　此時若し挈來狀を請求せしものありたらんには裁判所は必らす彼等を解放せしならん。是れ裁判官が他國に於ては司法部の全く干涉すへからさる純然たる行政若くは警察事務に屬する事項に就き行政部の行爲を實際に箝制するの力を有することを知るに足るへき一例なり。然れとも行政處分に對する司法部干涉の最好例は外國犯罪者引渡條令に關する事件に就き下したる諸判決中に有るなり。抑も國王及び其屬僚は共に外國の犯罪者を英國より放逐し又は審問を受けしむる爲めに之を其本國政府に引渡すの權利を有することなし。例へば佛國に於て僞造、强竊盜、殺害等の罪を犯し英國に逃走し來りたるものありとせんに制定法に據るにあらされば審問又は處刑の爲め之を其本國に還送することを得さるなり。國王の掌中に外國の犯罪者を其本國政府に引渡すの權利の存せさるは頗ふる不便なるの感ありしか爲め近時犯罪者引渡條令を以て國王に與ふるに外國と相互に其國犯罪者及び被告人引渡の條約を締結するの權力を以てしたり。然れとも此權利の施行は其權利の唯一淵源たる制定法に依て設けたる制限を以て痛く之を牽束しあるなり。故に國務大臣の令狀に依り捕縛され將さに其本國政府に引渡されんとする犯罪人か何れかの事由に依り自己の場合は犯罪者引渡條令の正條に當らさるものと思考するか如き事往々起るなり。斯る場合には其犯罪者は挈來狀の發布を申請し

高等法院に挙來され其提出する法律的の辨解は充分なる審理を受くへく而して如何なる理由に據りてなりとも犯罪者か引渡條令の正條に背きたる處分を受けたり、又は該條令の正條か其の逮捕若くは引渡を許さゝることを證明することを得るときは彼犯人は直ちに解放さるへきなり。裁判官の此權力は嚴正に法律の規程を擁護せんか爲め之を施行するを以て國王の專裁權を減殺すること甚た明かなり。此權力は又英國政府か大陸各國政府の通常一般の事として利用するか如き預防的方便を以て公共の危險を處することを禁することを往々これあり。例へは外國人にして内亂を企つるもの數人英國に來り警察に於て彼等は國會兩院を爆散するの隱謀を爲しつゝありとの嫌疑を信據すへき基礎に依て起したりとの假定せよ。又た此隱謀の存在に就きては絶對の證據を得さりしと假定せよ。斯る場合に於て英國大臣たる者彼の密謀者を裁判所の審問に附するの準備あるにあらすんば彼等を逮捕し若くは之を國外に驅逐するの手段を有することなし、萬一之を逮捕し又は收監するが如き場合に於ては密謀者は直に挙來狀に據りて高等法院に挙來せらるへく、且つ其拘禁に就き格段なる法律上の理由立たされば直ちに解放さるへきなり。外國より來る脫走人の逮捕又は驅逐をして甚た容易ならしむへき所の政治的若くは外國に所謂る行政的理由に至りては裁判官の全く耳を傾けさる所にして政府の命令に依りて彼を逮捕したり。其の收監は單に行政上の處分なりと論するも又は總理大臣若くは内務大臣に於て其逮捕は公共安寧を維持する爲めの緊急必要に出たるの證明書を作るへし若くは其事件は全然高等政治的の性質を帶ひ國民の大利害に關係することを裁判所に保證すへしと辨するも挙來狀に據る人身自由の請求に對しては毫も價値なき答辯なり。裁判官の問ふ所は唯た普通法若くは制定法中に外人の身躰自由を拘束するの處分を認許するの規程あるや否やの一點に在るなり。若し夫れ斯る規程存せされは申請者は必らす其自由を回復し得へきなり。率直に實相を叙すれは英國の裁判官が行政部の行政的行爲を管理するの威力は其施行の結果として大陸諸國に行はるゝ夫の所謂「行政律」なるものに相當すへき制度の英國に於て發達するを豫防し來れり。此權力は外國に於ける droit administratif (行政律)が據て立つ所の「行政處分」の性質及ひ「權力分立」に關する主義を其根底より排斥し、國王(此語は今日に在り

ては時の政府を意味す)の專裁權を一切剝奪するなり。之を要するに主として擧來の狀の手段に依り裁判所か行政事務に實際干渉し若くは干渉するの權力を有する事は政府の行爲をして嚴正法律の明文の許す範圍を守りて之を超へさらしむるに足る。故に英國に在りては國家は犯罪を罰することを得るも之を豫防するは殆んと能はさる所なり。

今や吾人は何故に十七世紀中裁判官の位地に就き政論喧噪たりしこと頻々たりしか又た何故に其爭論が擧來狀に對する正當なる復報は如何と云へる如き專業的の爭點に集りしかを知るを得へし。當時英國制度の特色作用とはクインスベンチ法庭に認許さるへき權力及獨立の程度如何に依りて定まるへかりしなり。

一方に於てベーコンの如く往々改革改良を主張せる國王特權の擁護者は謂らく『司法部の獨立は行政部の柔弱を示しコークの主張する保守的尊法主義をして全國に卓絕ならしむるものなり』と。之に反し國會の主領等はベンチ法庭の獨立は國會の法令を以てするにあらされは變更すへからさる固定の慣例より成れる規定に外ならさる普通法を支持するの唯一保障なること、及ひ裁判官の權力を保護してコークの論する所は即ち國民の諸權利を主張するものなることを多少明白に達觀したり。彼輩は又或は嚴正なる尊法主義を擁護することは縱令時に不便なき能はすと雖も、畢竟國會主權の制に達するの確實なる路途なりしことをも達觀せしならん。

人身保護律の中止——政治上の爭鬪騷擾たる時に當ては擧來狀を發布し之に依りて刑事被告者の急速なる審問又は解放を強ゆるの權力又は義務を裁判所に附し以て政府の行政權を痛く制限するの不便且危險なること甚られたり。是に於て乎夫の世俗に所謂る人身保護律中止令 Habers Corpus Suspension Acts なる制定法令數回發布されたり。予は『世俗に所謂る』と曰へり。何となれは此等の法令は皆殆んと名實相稱はされはなり。例へは其種の法令の一標品たるジョージ三世三十四年法令第五十四號を見よ。此法令は其文中に人身保護律なる語を記載することさへ無く、其効力は反逆罪の被告として又は反逆罪の嫌疑に依り國務大臣の署名したる令狀に據りて收監されたる者をして直ちに解放され、若くは審問に附せられんことを要求することを得さらしむるに在り。是れ素より人身保護律

の規定する人身自由に對する保障を大に減殺するものなるに相違なしと雖も然れとも孰來狀を求むるの權利を全部中止するとは遙かに輕重ありと謂はさるを得す。蓋し該法令は反逆罪の被告として收監されたるに非らさる者の權利を害せす、該令發布以前適法ならさりし逮捕收監刑罰をして合法たらしむることなく、犯罪に依らす他の事故を以て拘束さるゝ者の有する孰來狀請求權を毫も害することあらさるなり。此制定法は他の人身保護律中止令と同しく一年法なり。故に其効力を數年間繼續せんとするときは年々之を再新せさるへからす。然れは人身保護律中止の唯一にして直接なる結果は左の如し。曰く、政府は中止令の効力を有する期限間反逆罪の被告として收監されたる者の審問を延引することを得るなり。斯く行政部の權力を增長することは輕事にあらす。然れとも某外國に行はるゝ「憲法保障の中止」或は「佛國に於ける合圍地境の布告」などに比すれは大に輕重ありて政府の專制權を擴充すること彼の所謂る强制法令と稱する許多の法令に比して其程度遙に低しとす。今之を證するには近來の法令に依て愛蘭行政廳に附與されたる非常權の主たるものを列擧するを以て足るへし。千八百八

十一年(ヴィクトリヤ四十四年法令第四號)の法令(一の强制法令なり)に依り愛蘭行政廳は專斷的且つ豫防的逮捕の專制力を附與せられ嫌疑を以て逮捕されたる者を該法令施行中獄中に拘禁する事を得たり。愛蘭太守(ロードレフテナント)が逮捕することを得たるは反逆罪若しくは法律及ひ秩序の保持を妨害するの傾向ある所爲の嫌疑あるものに限れりと雖も然れとも該法令に依れは太守の發すへき令狀は即ち其記載の事項を證明し且つ逮捕すへき者の嫌疑は正當の理由に出て彼の正に逮捕すへき者たることを終決的に證明するものと認められたり。故に太守及び其屬僚は何程不條理に又惡意を以て人を逮捕するも法令の規定する形式に據る.已上は決して法律上刑罰に處せらるゝことあらさりしなり。左れば愛蘭政廳は法令の規定する形式を具へ其要求する事由を具する令狀を以てせは何人と雖も苟も太守に於て之を收監して可なりと認むるときは之を逮捕することを得たり。又た千八百八十二年ウィクトリヤ三十五年法令第二十五號(愛蘭)犯罪豫防條令に依りて愛蘭行政廳は左の如き非常權を授けられたり。則ち政府は陪席員の審問を受くへき一個人の權利を廢滅し夜間戶外に於て怪しき擧動あるものを逮捕し、太守

の政廳に於て反逆動搖を煽動する事項を記せりと認むる新聞紙を差押へ又は太守に於て公共の治安に妨害ありと信する爾種の公會を禁止する等の權力を有せり。且つ此千八百八十二年の犯罪豫防條令は千八百四十八年の外人條令(Alien Act)を復活せしめ以て該條令發布前英國に住居せること三年に滿たさる外國人を合衆王國より驅逐するの權力を英國政府に與へたり。然るに單に人身保護律中止のみの結果としては斯の如き非常權を生することあらさるなり。彼の所謂る人身保護律中止なるものの効力甚だ薄弱なるの最も明白なる證據は中止令を布くときは必らす之に次て全く該令と性質を異にする法令即ち赦免令なるものを發布し以て之を補足することと殆んと常例なるに在り。

赦免令——赦免令の國會主權の性質を顯はす最好例なることは既に概論せしが此の赦免令は皆な事後の法令にして法律を犯せし者に對し、其責罰を解除し犯したる當時に在りて不法なりし行爲を溯りて適法と爲すものなり。偖て人身保護律中止令と赦免令との間に如何なる關聯の存するかを知るは決して難事にあらさるなり。中止令は前にも示せし如く法律を犯せるものに對し私法上若くは刑法上の責罰を解除することなし。例へは國務大臣又は其隷屬官吏が或る格段なる危機に於て或る一個人(例へはウィルクス、フォックス又はオーコンネルの如き有力なる政黨主領たる如き人物)を獄に繫き其勢力を殺くを以て治安上有益なりと信し、此認定の外他に一の理由なくして全く無罪なる人を逮捕收監したりと假定せよ。又政府の命令に依り人を逮捕するに當り、家宅侵入私有財產破壞等の不法處分之に伴へりと假定せよ。此等の場合に於ては其逮捕を命したる大臣も其命令を執行したる官吏も共に法律を破りたるなり。而して此等の人々は或は秩序を維持する爲めに此處分を必要なりと確信し、其必要以て此所爲を辯解するに足るへしと信したるも亦知るへからす。然れとも此事は人身保護律の中止中なると否とを問はす、逮捕を施行したる者か其不正行爲の爲めに負ふへき刑法上及私法上の責罰を解除することなし。但し人身保護律の中止中は逮捕されたる者か其當時直ちに國務大臣若くは其命令を執行したる官吏に對して曲を訴ふるの途を得さるの不便あり。何となれは被害者は勿論反逆罪の被告として又は其の嫌疑を以て收監され居るか故に中止の續く間は囹圄より解放さるゝの途なけれ

ばなり。然れとも中止令滿期に至るや即時に被害者は挈來狀を請求し之に依りて直ちに審問を受け若くは直ちに不法監禁を免かるゝことを得へきなり。吾人が爰に假定したる場合に於ては在監者は法律を犯せしとなきことを假定したるものにして犯罪は實に國務大臣及ひ其屬隷官吏の方にあるなり。故に其結果中止令滿期に至れは此等の官吏は其不法行爲の爲めに公訴幷に私訴を受くるの責任を負ふものにして其訴訟に對しては逮捕を爲せし當時人身保護律の一部が効力を有せさりしとの單純なる事實に基き何等の抗辯をも爲すこと能はさるなり。然りと雖とも人身保護律の中止か政府をして嫌疑ある人を審問に附せすして久しく監禁することを得せしむるときは不法處分の多少行はるへきは免かれさる所なり。假令ひ內閣員之を行はすとするも其屬僚の之を行ふへきは殆んと必然の勢なりとす。否更に一步を進みて吾人は人身保護律中止令の暗に目的とする所は政府をして政畧上緊要なるも嚴正に適法ならさる行爲を爲すことを得せしむるに在りと云ふことを得へきなり。國會にして個人自由の貴重なる保障の一を破壞するときは其得失は兎に角く國家利害の爲めに個人の權利を犧牲にするを要する危機の到れることを主張せさるを得さるなり。實際を見るに行政官かゝ其誠實好意を以て事を處し惡意又は腐敗心を挾ますして中止令の示す政畧を實行するに止まる間は其行爲は專門的に云へは法律違反と謂ふへきも其實人身保護律中止に依りて行政官に與へられたる專裁權を公利の爲めに施行するに過きされは其行爲に就きては總ての刑罰を免かるへしと行政官に於て確信するにあらされは中止令は其主たる目的を達することを能はさるなり。此確信の擔保は中止令の効力を失ふ前には國會に於て必らす該令の政府に與へたる諸權力を實行し若くは實行せんとしたる者を保護する赦免令を發布するの期望より生するなり。此期望は未だ曾て滿たされさることなく人身保護律を或る時期の間中止するの法令出るときは必らす次て赦免令の發布を見るなり。例へは前に擧けたるジョージ三世三十四年第五十四號の法令は千七百九十四年より千八百一年に至るまて每年新に發布され七年間其効力を持續せしか其末年に於てジョージ三世四十一年第六十六號を以て千七百九十三年已後反逆罪の嫌疑ある者を逮捕し收監し又は監禁したる人々を赦免するの一法令を發布したるの類是なり。人身保

證律の中止は單に法律上の見解よりすれは反逆罪の被告人か急速に審問を受けんことを要求するの權利を停止するに過ぎされは其人身自由の上に及す影響左までにあらさるか如く見ゆれとも、中止令にして赦免令發布の期望充分なるときは其人身自由を箝制すること皮相より遙かに重大なること爭ふへからさるなり。中止令にして赦免令發布の期望之に伴ふときは實に行政官に專制力を與ふるに足るなり。然れとも爰に一二の赦免令發布の期望の力を殺くに足るの事情あり。抑も赦免令の與ふる解除は將來に屬し且つ不確實なり。若し夫れ國民に於て官吏か其權力を甚たしく濫用したりとの疑念あらんか人身保護律中止中に爲したる行爲に對し國會の赦免を與へさることあるへし。又中止令施行中專制不法壓制殘酷なる所爲を爲せし者か赦免令に依て得へき保護は一に該令の明文を待て定まるなり。而して其明文の示す範圍或は狹隘なることあるへく、或は廣濶なることあるへきなり。例へは千八百一年の赦免令か不正處分者に與へたる保護は其範圍甚た狹隘なりき。該令は反逆又は謀反罪の被告人を逮捕收監又は監禁するか爲め大武列顚に於て爲し又は爲さんとを命令指揮し又は敎唆したる所爲に關する公訴及ひ私訴に對する抗辯を規定せり。且つ此の抗辯は凡ての不法行爲即ち單純なる法律違反を含むや勿論なり。然れとも中止令施行中行はるゝ行爲の中には惡意を含み或は强奪に涉りて赦免令の明文に依り辯解し得さるか如きものあるへきことは吾人の想像し得へき所なり。千七百九十三年より千八百一年に至るの間に於て若し政治的在監者に對し甚だしく殘忍なる取扱を爲し、又は專斷に之を罰し若くは死刑に處する如きことありたらんには之に關係せる者は赦免令の發布に拘はらす皆刑罰を免かるゝことを得さりしや疑なし。英國國會の發布する通常の赦免令なるものゝ人身自由を制限することの甚だ寬なることを知らんと欲せはジョージ三世四十一年第六十六號の如き法令を夫のヲヤマイカの國會が千八百六十六年中太守ニールが內亂を鎭壓する爲めに行ひたる不法行爲に就き太守をして凡ての責を免かれしめんとして發布したる法令に比較せは蓋し思半に過くるものあらん。又た殊に注目すべきは赦免令は不法行爲を適法と爲す處分なれとも、赦免令其者は一個の法律たるの一事なり。故に該令は其本性に於て既に夫の軍法布告合圍地隄の設定其他何等の名稱を以てするも行

政府か自己の意思に依り國土の法律を悉く中止する處分とは全く其趣を異にするものなり。該令は專制主權の一作用たるに相違なきも國會が法律上の主權者たるの國に於ては國家の行爲に至るまで亦合法立法に成れる法律の體を具ふるなり。而して此事實復た實に外觀上及實際上法律の最高力を支持すること少からさるなり。

第六章　言論自由の權利

佛國革命の時に示されたる人類權利の公告及ひ千七百九十一年の佛國憲法は言論の自由並に出版の自由を布告し、其文は今尙ほ往々敎科書中に佛國法律の格言を包括するものとして揭載しあるを見る。其要左の如し。

『思想及び意見を自由に交通するは人類の最も貴重なる權利の一なり。故に凡ての人民は法律を以て定められたる此自由の濫用に涉る塲合の外口頭筆記若くは印行を以て自由に其思想を通することを得』。

『憲法は口頭筆記若くは印行を以て思想を通し及び豫め檢閱を受けすして之を發行するの自由を性法上國法上の權利として凡ての人に對して之を保障す』。

白耳義國亦憲法の一大根本的條項として出版の自由を揭けり。曰く、

『第十八條　出版は自由なり。閱法は決して設くへからす。記者出版人及び發行人より保證金を徵するを得ず。記者自國內に住居して分明なるときは發行人印刷人若くは配達人を糺治することなし』

佛國革命の政治家及ひ白國憲法の制定者は共に意見の自由出版の自由に就ては其觀念を英國に資れるなり。故に世間此事に關し英國法律に就き甚た漠然たる觀想を懷く人甚尠なからす。則ち「意見發表の自由殊に出版自由の權利」と云へる事は其の佛國千七百九十年の炬命憲法の一部を成し又現今白國憲法の條項中に揭けあると同樣の意義に於て英國法律の緊要なる敎義にして、且つ英國裁判所は凡そ人は社會政治若くは宗敎的の問題に就き毫も法律上の刑罰を受くるの恐なく、自由に其の欲する所を口述し又は筆記するの權利あることを認め居れりとは、英國に於てすらも廣く懷かるゝ思想なり。然れとも此思想は英國近時の習慣に徵すれは幾分か其理なきにあらざるが如しと雖も、素と一個の誤想にして學者を

して所謂る「思想の自由」即ち(更に明かに云へは)「意見の自由發表」と稱するものに對する英國法律の眞個の位置を誤まらしむるものたり。「言論の自由」若くは「出版の自由」と云へる語の英國制定律全書中にも又普通法の格言中にも曾て之を見ること となきは法律家の皆知る所なり。此等の語は術語としては實に英國裁判所の全く認知せざる所なり。英國に於ては思想の自由又は言論自由の權利を公告したることと未だ曾てこれあらさるなり。英國に於ける此事の眞想を寫すには誹毀に關する法律を論したる卓越なる一著書中より左の數語を引用するに如かさるなり。曰く、

『英國現行法は何人にも其欲する所を口述、筆記及ひ發行することを許す。然れとも彼若し此自由を濫用すれは罰されさるを得す。若し夫れ言語を以て一個人を不正に攻擊すれは誹毀されたる者は損害要償の訴を起すことを得へく、若し又其言辭を筆記し又は印行するとき又は之を以て內亂惡德を敎唆するときは告訴又た公訴に依り輕罪犯として其犯人を審問することを得へし』と。

故に英國に於ては何人も意思を口述し又は筆記するを得べしと雖とも、若し法律上爲すを許さゝる敘述(口頭を以てすると筆記若くは印行を以てするとを問はす)を發行するときは嚴罰に處せらるへきなり。又た英國の法律は法律上表白を許すへき敘述の種類に關する規則に於て自由言論又は自由記述に對し特に寬大なりと云ふへからす。加之若し出版なる語を普通の語法に隨ひ概して定期刊行の文學殊に新聞紙を義とするものと解すれば英國法律は出版物に對して何等の特惠をも認めさるなり。實に制定律全書中出版法と稱するを得へき者は全く又は殆んと有ることなし。英國に存する出版物に關する法律は單に誹毀律の一部たるに過きさるなり。故に爰に誹毀法か「出版の自由」即ち吾人か書冊若くは新聞紙を以て己か欲する敘述を爲すの權利の上に加ふる制限を講究するは無益の業にあらさるなり。各個人に關し筆記若くは印行に依り公にするを許さゝる敘述勘からす他人の利益品位又は名譽を害せんことを計る虛構の敘述を流布するは(概して云へは)一の誹毀なり斯る敘述を直接又は間接に世に知らしむるもの即ち(術語を以て之を云へは)之を發行する者は誹毀を流布するものにして損害要償の訴に對して責を免かれさるなり。讒謗の敘述を作り其の發行を許すもの、之を記す

るもの、之を販賣する發行者之を刊行する印刷者、又之を配附する配附者等皆各別に發行の罪あるものにして各自別個に訴へらるへきなり。此犯罪の主點は世に公にするにありて誹謗を記敘するに在らさるを以て一の誹毀文書を讀みて之を朋友に回送して讀ましむる者も亦誹毀者なるへく、且つ其誹毀の文書たるを知りて之を高聲に讀む者も亦訴へらるへし。斯く一の不正行爲に就き關係の人々各自別個に責任を有するの一事は既に示したる如く英國法律の頗る著明なる一特性なり。且つ誹毀者に於て眞實に記敘の事柄を信するも又之を公にするの意思は全く善良なるも之を以て法律上其行爲を辯解するを得す又た誹毀者か其の爲せし虚妄の敘述を之を作りたる當時事實なりと思惟すへき充分の理由を有したりとも是亦誹毀者を利するとなし。故らに虚搆したるにあらすして其眞實なるへきを正當に信したる敘述を傳播したるか爲めに巨額の賠償を拂はさるを得さる場合甚多し。例へは重罪犯と決したる者にても其重罪犯たるの宣告を滅却したるとき其犯罪の事を公にすれは誹毀となり甲某なる者ありて乙某か之に告けて丙某の銀行は支拂を停止したりと云へりとの事を公にしたりとするに假令乙は實際甲に此事を告け甲は報を確實なりと信したりとも、若し其報道虚僞なるときは甲は誹毀の罪を免かれさるなり。又評論を發表することも若し他人に害を及ほすときは其發表者は決して訴訟を受くるの危險なきを保すへからさるなり。「公平」なる批評は誹毀に非らすとは往々人の云ふ所なり。然れとも批評家は其の眞正なりと思考する評論は悉く之を發行するの權利ありと想像するは大なる誤なり。何人も公明潔白なる批評を世に發行するの權利ありと雖とも批評家は單に批評に止め之れを假面として人身上の非難に陷り又は非議するの力を弄せんことを好むか爲めに疎漏不公平なる攻撃に陷るか如きことあるへからさるなり。出版物の記者と自己の技藝を評されたる技術家俳優などゝは「公明なる批評」と「人身攻撃」との限界に就きて往々意見を異にし、容き傾きあり。斯く批評家と被評者との間に意見を異にする場合に於ては、公明とは如何なるものを指すやの精細なる問題は陪審員之を決定せさるを得す。而して其結果批評的判斷を公示するの自由を大に減殺することあるへきなり。且夫れ敘述の事柄は全く事實なるも單に之れのみにて其發行者を保護するに充分なりと思惟すへからす。何となれは

記事の事實たることは誹毀の私訴に對する一個の答辯とはなれども全く事實に相違なき記事にても公益の爲めにするにあらすして一個人を損害すへき記事を發行する者は刑法上の罰を受けさるを得されはなり。例へは今甲某は數年前或る不德の行爲を爲せりと記し、且つ其事實ありたりとせよ。此の場合に於て乙なる記者は刑事の審問を受くるの危險あるへし。而して若し審問を受くるに至らは乙は獨り甲は實際記事の如き惡德ありたることを證明するのみならす、併せて甲の非行を知ることは公衆の利益なりしことをも併せて證明するの責あり。若し乙にして之を證明すること能はざるときは夫の所謂言論自由の權利も出版自由の權利も英國裁判官の前には以て彼の輕罪犯として收監せらるゝを救ふの力あることなし。

已上誹毀法に依りて一個人の名譽に關する言論自由に加へられたる制限の大要を述へたれは此より誹毀法か少くとも理論上政府の行爲を批評するの權利を制限するの方法を觀察せん。凡そ內亂煽動の意思を以て言語又は文書を(口述又は其他の方法に依り)世に發行する者は輕罪犯を以て論せらるへきなり。偖て其內

亂煽動の意思とは故意に女皇又は合衆王國政府及び憲法又は國會の各院又は司法部に對し憎惡輕侮若くは不忠の念を鼓舞し、又は英國臣民を煽動して適法ならさる手段を以て法律に依て定められたる敎會又は國家に關する變動を企圖せしめ又は人民種族間の惡感情若くは敵意を喚起奬勵するを謂ふなり。而して若し之を發行するに筆記若くは印行を以てするときは發行者は煽動的誹毀文書發行の罪に當るなり。單に國王の誘惑されたること或は政府の過失を示し又は政治若くは憲法の欠點を顯はし以て適法の改正を望み又は適法の手段に依り敎會又は國家の改善を勸誘するに止まる文書、即ち署言すれは適法の方法を以て現在の制度を改良せんことを忠言するを目的とする公共事件に關する好意の批評を世に發行するは法律の許す所なるに相違なし。然れとも煽動誹毀なる語の法律上の定義解釋は之を擴めて通常許容さるへき言論の多數を抑止するに至らしむることと容易にして、若し之を嚴正に施行したらんには政論嘖閙たる現時の事態とは兩立すへからさるへきは甚た見容かるへし。

宗敎又は道德上の問題に就きても亦酷た右に似たるものあり、近世の事態は久く

世人の忘れたる瀆神に關する法律に再ひ注意を促すに至りたり。然れとも多數の人が知て始めて大に驚くへきことあり。そは該法の一の見解に依れは一般に耶蘇敎の眞正及ひ天帝の存在を否拒する言論を發行する者は其言辭の温和なると否とに拘はらす瀆神誹毀罪を以て論せられ禁監せらるへきことを又た他の一見解に依れは人間の感情を害し又は法律に依りて設けられたる敎會に對し輕侮の念を煽動し又は不道德を勸誘する意思を以て天帝耶蘇若くは普通所禱書に關する事柄を發行するものは瀆神誹毀罪を免かれさること、及ひ斯の如く人間の感情を害する發行物は好し其發行者に於て眞理なりと信する說を好意に傳布するの意思を以てするも其故を以て如何なる度合迄斯る發行物か瀆神性にあらすと認めらるへきやは少くとも大疑問に屬することと則ち是なり。且つ英國に於て耶蘇敎の敎を受け其門に入りたる者にして筆記印行敎授若くは忠告的說話を以て耶蘇敎及び聖書の眞正を否拒するは制定法に依り甚た嚴酷なる刑罰の伴ふへき罪を搆成することを知らは始めて驚く人甚た多からん。然れとも一度び普通法の原理と制定律全書中に今尙ほ存在する法令の效力とを充分に了得したるときは

何人も英國の法律が夫の殆んと百年前佛國に於て人類の最重權利の一として公告したる思想通信の天賦權利の如きものを認めりとは決して主張することを得さるなり。且又英國法律の作用は其の一個人に就きて爲したる敘述に係ると又は公共事件又は學理的との事柄に關する意見の發表に係るとを問はす、凡て其發行物か果して誹毀に陷るや否やを決すへき人は何人なるやの問に對する答に依りて定まるへきこと明白なりとす。而して其答は(何人も知る如く)之を決するは陪審員なりと云はさるへからす。如何なる場合に於ても格段なる一個人の果して誹毀罪と決せらるへきや否やは陪審員等の判定に在りて彼等は實に發行したる言語の法律上の性質に關係する所の敘事の眞否正否意思等に屬する諸問題を決定すへきなり。

左れは英國に於ける言論の自由は普通商人十二名より成れる陪審員の述へられ又は書せられたるを便利なりと思量する事を述へ又は書するの權利に外ならさるなり。斯る自由は或は無限の放任に流れ或は嚴酷なる箝束に傾き、時に隨て其寬嚴を異にすへきなり。而して最近二百年間の英國歷史の實驗に徵するに誹毀

法の下に在て言論自由に與へられたる區域は、實際國民思想の狀態に隨て大に變更したり。且つ極めて近時に至るまて法律は出版の爲めに何等の特惠をも認ることなく誹謗又は瀆神に陟る叙述は之を信書に書するも冊子又は新聞紙に掲くるも其性質に於ては毫も異なることなし。夫の白耳義憲法が新聞紙の記者印刷人又は販賣人に與ふる所の保護は其出版に關係ある者に對して特別なる權利を認むるものなるが、斯かることは英國法律の一般の原理と全く相兩立せさるなり。此點より見ときは出版の自由は英國の認めさる所なりと云ふも敢て誣言に非さるなり。

然らは則ち出版の自由と云へる事の英國制度の一特狀として久しく世に稱通さるゝは何故ぞや。

此問に對しては左の如く答へん。曰く『最近殆んと二百年間英國に於ける政府と出版業との關係は吾人か「法律の支配即最高力」と稱したるものを構成する諸特性を具備せり。且つ之を具有するの故を以て(法律か言論出版殊に新聞紙出版の自由に對して何等特惠を與へたる故にあらす)英國の出版は大陸に於ては近年に至るまて全く知られさりし一種の自由を實際に享有せり』と。何人も英國に於ける出版の現狀を精密に審査し、之を佛國の出版法若くは第十六七世紀に於ける英國の出版に關する法律の狀態に對照するときは此言の妄ならさるを發見すへきなり。

英國出版の現狀には二個の特狀を具へりて第一、ロード、マンスフイールド曰く『出版の自由は法律上の結果に從ふのみにして豫め何等の許可を要せすして印行するに在り』と。又ロード、エレンバラー曰く『英國の法律は自由の法律なり。故に此自由と併行して彼の所謂出版許可なるものなく出版を爲すに豫め斯る許可を要せさるなり。然れとも一の新紙を發行する者は凡て他の行爲の場合に於けるか如く若し其行爲不法に渉るときは形罰的の結果を免れさるなり』と。

此等の斷案は彼の所謂る『出版の自由なるものは畢竟何人か明かに法律を犯したるにあらされば固せらるゝことなしと』の大原則を格段なる場合に適用するものに外ならさることを吾人に示すなり。此原則は吾人をして其正當なりと思惟する

事柄を隨意に著述し又は印行することを得さらしむる所の夫の出版物に對し前以て許可又は檢閲を要する方法とは全然相兩立せす、且つ又發行者か誹毀文書を發行したること正當に判決せらるゝまて之が頒布を禁する裁判所の權利とも統合し難し。此原則は復た夫の新聞發行の業をして有力者の手にのみ歸せしめんか爲め又は新聞紙か誹毀書を掲くるに當りて其所有者より損害賠償を得るの途を確實ならしむるか爲めに、新聞紙を發行せんとする者より豫め若干の保證金を徴する所の制規定とも精神に於て全く相反對せり。新聞紙の所有者より保證金を徴すること又は其他の制限を定期刊行物を發行するの權利に加ふることは必しも不利なり不正なりとは思慮するものゝ主持せさる所なり。只た爰に吾人の主持する所は斯かる豫防的處分は英國法律の一貫の大原則たる人國家より干渉せられ又は罰せらるゝは其の將來に於て或は法律を犯すことあるへきか故にあらすして曾既に或る明定すへき法律上の罪を犯したる場合に限るとの主義と兩立せすと云ふにあり。故に英國に於ては外國制度の遺物たる一の場合(譯者曰く演劇の許可)を除くの外、印行に對する許可若くは出版物又は政治新聞紙の檢閲の如きは嘗て知られさる所なり。政府の煽動又は誹毀に渉る事項と認むるものと書冊雜誌又は新聞紙を以て發行するものありとも政府及ひ其他官廳は決して發行者の財産を差押へ又は却するの權利を有せさるなり。且裁判所と雖も一個人を保護する爲にすら如何なる程度に迄誹毀の發行若くは再發行を禁し、又は其事件陪審委員の審理を經其制定に依り問題となれる言語の果して誹毀なりと決定するまて其發行物の販賣を禁するやは實に疑問に屬するなり。之を要するに出版物の記者は總て他の種類に屬する人と同しく國の法律の治を受くるのみにして他に服從すへきものあらざるなり。汎言すれば政府も裁判所も新聞紙の發行に對しては一の信書に對するより大なる權力を以て之を禁止若くは監視するを得さるなり。實に出版物の記者の位地を簡單に述へんと欲せは彼等は信書の記者と全く同一位に在るものなりと云ふに如かさるなり。門扉に瀆神の文字を亂書する者と新聞紙若くは書冊中に瀆神の言論を刊行するものとは正に同一の罪を犯すものにして英國に於ては全く同一の主義を以て處分せらるゝなり。故に新聞記者亦同樣の實ありて之を保護するの特惠を有することなく若くは甚た近

時に至るまて之を有せさりき。如何なる見解よりするも英國に於ける解釋に從へは出版自由の主なる狀態は出版ものに(勿論其記者を云ふ)亦國土の尋常法律にのみ服從するに在るなり。

第二、英國法律に依れは出版に關する犯罪は尋常裁判所即ち一の判事及ひ陪審員より成れる法庭に於て之を審問處刑するなり。

復舊已來(レストーション)新聞紙を以てする誹毀文字を發行するの犯罪は特別構成の裁判所之を審理したること未た曾てあらさるなり。之れ英國人には當然にして毫も怪むに足らざることなりと雖も、實際定期出版業にして各種の干渉を免かれしむるに於て此事程有力なりしものはあらざるなり。一の出版物か誹毀の罪あるや否やを決することに陪審員の意見に據り何人も同國人十二名か罰すへからすと思惟する事項を出版することを得るときは國王又は政府は通常國民の多數が政府攻擊に全く反對する場合(時に或は有り得へき場合なり)に際するにあらされは出版物に對し何等苛酷なる監督を施行すること能はさるなり。在朝の人か政治記者の激論を抑制せんと欲するの時期は世人の意見若くは感情の政府に反對なるもの多き時に在り。然るに斯る時勢に際しては煽動的誹毀事件を審理する爲めに召集さるへき陪審員に於て政府の官吏か罰するの價値ありと認むる言論に同情を表し誹毀なりとして論告されたる非議を目して政府の失政を公平正當に論したる評論なりと認定するの機會は少くとも半に居ると謂はさるを得ず。尋常英國人拾二名より成れる陪審員の判決に附するの方法に依り意見の表出に加ふる間接なる監理法か現時に於て政治上の事項に至るまて各自の意見を自由に表出するの權利を保護するの確實なること百年前に於て治者の思想と陪審員を出すへき種族の間に普通なる感情と相合はさりし時代に於けるか如くなるや否やは研究するに趣味ある問題なり。然れとも今爰に此問題を講究するの要を見さるなり。兎に角英國に於て出版自由の實際に發達したるは主として「出版に關する犯罪」を他の各種の誹毀罪と同しく陪審員の審理に附するの制の行はるゝに由ることは確實なり。

然らば則ち英國に於ける出版の自由は諸般の事に普通なる夫の法律有力なることの結果に外ならさるなり。英國法律家か「出版自由」「出版に關する犯罪」「出版物檢

閲等の名稱を知らさるは出版に依りて犯かすの罪は常に誹毀の或る種類に歸着するを以て之を管理するに通常の讒謗に關する法令を以てするか故なるのみ。此等の事は今日英人には全く當然の事にして殆んと論するにも及はさるか如しと雖も前に示し置きたるか如く是より英國現今の出版に關する制度を佛國に於ける革命前及び已後の出版法幷に第十七世紀の終り頃までに係る英國の出版制度に比較して觀察せんとす。此の觀察に依り吾人は新聞紙を以てする犯罪に對する英國に於ける現時の處置は英國憲法の各部に瀰漫する法律の精神の一例たることを了解すへし。

此の問題に關する佛國大家の書を讀む英國人は二の事實に於て喫驚すへし。其一は出版法の從來長く佛國法律中一種特別なる部門を成し今尚ほ成し居ること、其二は佛國に行はれたる各政躰の下に於ては常に出版上の犯罪を以て犯罪中の多少特種のものとして處理したると是なり。英國に於てエリザベス女皇已來出版の事に關して發布したる法令は其數佛國に於て同種の事項に就き同時期間に發布したる法律の十分の一若くは二十分の一にも及はさるなり。而して吾人若し第十八世紀の始め已後に於て二國の事態を比較し佛國に於て第十八世紀已後に發布せられ千八百十一年まで施行されたる諸法令を取りて之を千七百年已後英國に於て發布されたる各法令(其存廢を問はす)に對照するときは二國の差異益甚しきを見ん。又佛國の出版法は今の共和國設立後久しきに至るまて三十餘の法令より成りたるに前世紀の始め已後發布したる出版に關する英國の法令は十一二を超へす、且つ記者の自由に干渉せること甚た少きを見るへし。

此の異同の起るは國家か文學則ち(一層嚴正に云へは)印行を以てする意見の發表に對する適當なる關係に就き二國の抱ける見解の全く反對するに依るなり。英國に於ては千七百年已後政府なるものは人民の意見を指導せんとして干係すへきものに非らず國家の實務は筆記したるとを問はず諸種の誹毀を罰するに在りとの敎義行はれたり。故に政府は(汎言すれは)文學に對し特種の監督を施行することなく出版法は單に誹毀法の一支部若くは其一適用たるに過きざるなり。

佛國に於ては數世紀間文學は國家の特に關係すへき事柄と思考されたり。佛國

法律中に顯はるゝ如く左の如き敎義從來行はれ且つ今尙ほ幾分か行はるゝなり。曰く、政府は其職分として獨り譏謗誹毀又は瀆神を罰するのみならず、國民の意見を指導し若くは不正又は危險なる說を流布することを防く爲め豫防的處分を爲さゝるべからずと。是に於てか佛國には出版に關する巨多の法令を生し且つ其性質特種にして壓服的なるの結果を見るに至れり。

革命の時に至るまで佛國に於ける凡ての文學は國家公然之を管理して憚からさりしなり。今其一二を擧けんに、書冊を出版し又は書冊又は其他の出版物を販賣するの權利は或る圖書館の特權又は專有として取扱はれ千七百二十三年の法規（其一部は極めて近き頃まで効力を有せり）及ひ千七百六十七年の法規は販賣並に印刷の權を正當に免許されたる圖書館員の專領に歸したり。復た出版の權は一部は大學一個の全く宗敎的團躰）一部は國會一部は國王の施行する最も嚴重なる檢閱に附せられたり。又死刑、揖漕刑、頭手架刑等の重刑を禁制の文書を出版したる者に課したることあり。此等の刑は往々犯罪者の爲めに避けられたりと雖も、尙革命の時まて實際其効力を有したり。佛國の有名なる著書は多く外國に於て出版されたり。モンテスキユーの『萬法精理』はヂエテヴァに顯はれヴヲルテアーの『ヘンリユード』（書名）は英國に出てたり。ヴヲルテアー及ひルーソーの著書中の最も較著なるものは倫敦、ジエチヴァ若くはアムスターダムに於て出版されたり。千七百七十五年に『天理哲論』（フヒロソフヒーデユ、ラ、チユール）と題せる書巴里國會の命令に依りて破却され其著者は天神及ひ人類に對する反逆罪を犯したるものなりとの宣告を受け若し捕獲されたらんには燒殺されしならん。國民總會に先立つこと八年即ち千七百八十一年にはレイナル其著書印土史の爲めに國會より瀆神罪の宣告を受けたり。此等の例は尙ほ甚た多し。然れとも注意を要すへき點は往時異敎若くは迷信を遏止するの目的を以て用ひたる刑罪の苛酷なることに在らすして千七百八十九年に至るまて國家が文學を指導するの權利及ひ義務を嚴正に維持したる事に在るなり。而して更らに此時代迄で佛國政府は政治上の出版物と他の文學との間に區別を爲さゝりしことを知らざるへからず。容易く『哲學信書』（レツタース、フヒロソフヒック）（書名）を燒棄することを得たる時代『ヘンリユード』『百科全書』（エンサイクロピデイー）等の出版を許否すること國王の意思如何に依りたる時代に在りては新聞紙に對して特別なる制を設くるの必要あ

らさりしなり。且つ國民總會の開會前には日刊若くは週刊の出版物とては殆んと絶無なりしなり。

革命は出版物の制限を廢棄したり。人類權利の公告を以て各臣民が其意見を發表し印行するの權利を公告し千七百九十一年の憲法は前既に引用したる行文を以て各臣民に對して發行前に檢閱を受くるを要せすして其思想を口述し、印行し、發行するの權利を保障せり。然りと雖も權利公告及ひ此の保障は實際其用を爲さゝりしなり。其の宣言したる原則は佛國の各種政體の實行と全く相反したるものなり。

聚集議政（コンヴァンション）は檢閱の制を設けさりしと雖も、內亂敎唆に渉る有害なる出版物の傳播を豫防する爲めなりとの口實を以て千七百九十三年三月二十九日の法律を發したり。其結果は意志の自由通信を總て閉塞したり。總督政（ディレクトリコンヴァンション）亦集議政（コンヴァンション）に倣へり。又第一帝國の下に在りては新聞紙業は政府の所有と成り書籍の販賣印刷並に發行は全然帝政の管理及檢閱に附せられたり。千七百八十九年より千八百十五年に至るの間は一の革命的時期にして出版事業に關し國家の臨機例外の干涉を要したりとも若し政府なる者は何かの手段を以て國民の文學に干涉せさるへからすとの思想の古來佛國法律及ひ佛國習慣を永遠に指導せる觀念と相協和するとを知らんと欲せば復舊（レストレーション）後今日に至る迄の立法の經過に留意觀察せさるへからす。書籍出版の干涉は遲緩なから漸次之を廢したれとも相繼きて起りし各政府は怪しき迄其跡を一にして新聞紙出版の自由を公告しなから次て之を嚴重なる統督の下に屈服せしめたり。試に看よ千八百十四年十二月二十一日には檢閱法を設け、次て一部之を廢し（千八百十七年）、再ひ之を擴充し（千八百十九年）、再ひ之を廢し（千八百二十年）、再ひ之を設け且つ擴張し（千八百二十八年）、再ひ之を廢せり。千八百三十年の法章は草稿檢閱廢止を以て憲法の一部分と爲し爾來草稿檢閱法は其名を以て明かに設定されたるを見す。然れとも新聞紙に就ては千八百五十二年二月十七日の有名なる布告を以てナポレオン一世滅亡已來の政府が檢閱なる名稱の下に加へたる箝束より遙かに嚴重なる制限を規定せり。此法律に依れは政府は種々の專裁權を有する中に犯罪の證明を待

たす又た犯則者の所有者たると記者若くは投書家たるとを問はず新聞紙を禁止するの權を握れり。且つ何人も官許を經すして新聞を發行することを得さりき。加之佛國に於て出版自由に加ふる制限は獨り各種の檢閲に止まらさるなり。千八百四十八年の共和政治の存在中及ひ帝政の間に發布されたる諸法規は相合して新聞記載の事項には其記者の署名を要し新聞紙を發行せんとする者より巨額の保證金を徴し出版に關する諸犯則を陪審員の裁判權より引離し官の許可なくして書籍業若くは印刷業を營むことを禁したる千七百二十三年の規定を復活固定するの成果を生したり。左れは千八百五十二年より千八百七十年に至るの間に於て佛國の新聞紙は千七百八十九年前に各種の文學か受けたると同樣なる政府の干渉を受けたり。又第二帝國は古國の專制主義に向て退歩の觀を呈したりと云ふも決して當時の眞相に背かさるなり。現時の共和政は近年に至り帝政中及其已前に發生したる出版自由の制限を廢したるは事實なり。然れとも佛國の政權を握れる人々は最近數年間に於て出版の自由を重したれとも極めて近年に至るまて佛國各派の政治家か出版上の犯罪は特殊の犯罪にして特殊の處分を要し特殊の裁判所之を罪すへきものなりとの觀念を抱きしことは明白にして毫も疑ひを容れさるなり。是れ理論上極めて緊要なる一事にして法律違反は凡て國土の尋常法律に依て處分せさるへからすとの觀念は佛國流の思想には新規なることを示すに足るなり。以上は文學に關するもの、なるか亦以て出版事業の發起せし時代より殆んと現時に至るまて行政部を以て代表さるる國家は國民の意見表明を指導し管理せさるへからすとの觀念は深く佛人の腦裏に固着せること、及ひ此の管理は官の檢閲により書冊印刷又は販賣權の制限に依り及ひ出版上の犯罪を以て一種特別の裁判所の施行する特殊の法律に附すること、に依りて行はれたることを證するに足らん。時に此等諸制限の弛緩ありしは緊要なる事實なり。然れとも再三之を復活したることは一時之を廢したることより遙かに重大の事項にして、吾人の注意を要するなり。是れより第十六世紀及第十七世紀間に於ける英國出版業の狀況を述へんとす。

往昔は國王諸種の出版を其掌中に握り特許を得たる者の外印刷業を爲すことを許さす、凡ての出版をして國王の特權に基きて星(スター・チェンバー)廳(譯者曰く往事の專制裁判所

にして其判官は國王の重臣より成り重罪の外殆んと各種の事件に付裁判權を有したるもの)の發布したる法規に從はしめたり。而して印刷の專有特權を倫敦に在る九十七名の文具商及ひ其子孫に與へ(彼の商人等へ文具商會(スタショナース、カンパヂー)なる名稱を以て門外人の發行したる諸種の出版物を押收するの權力を有する一商社を組織せり。又た諸大學に許されたる出版業は只星廳の布告に依りて其存在を保てり。印刷業の制限と相幷せて出版免許の制起り以て眞の檢閱法を成すに至れり。出版上の犯罪は諸犯罪中の一特種を成し陪審員を具せす嚴刑を施せる一種特別の裁判所(星廳)の所管に屬せり。星廳は千六百四十一年に廢され爾來復活したるとなし。然れとも檢閱法は共和政(コンモンウエルス)の後まて存在し復辟(千六百六十二年)の時チヤールス二世十三、十四年第三十三號の製定法に依りて嚴正に法律的の基礎を得たり。而して該制定法は其後の法令に依りて千六百九十五年まて其の効力を持續せり。

要するに第十六及第十七世紀間には當時佛國に行はれ且つ殆と今日迄行はるゝ出版制限法は凡て英國にも行はれたり。英國に於ても大陸に於けるか如く書籍

業は一の特許業に屬し檢閱の制充分に行はれ記者印刷人の犯罪は特種の犯罪と認められ特種の裁判所に於て苛刻に之を罰したり。文學の取扱に關し當初英佛兩政府の抱きたる主義の相似たること又は全く同しなりしことは吾人をして驚かしむるものあり。而して此の驚愕は二國が其立法の沿革を異にするを以て益甚きを覺ゆるなり。佛國に於ては(既に述べたるか如く)檢閱法は數回廢されたれとも又殆んと毎回復活されたり。英國に於ては出版免許の制即ち別名の檢閱法は千六百九十五年を以て永遠に廢されたり。而して免許條令の繼續を拒みたる衆議院は決して思想の自由に對する熱望を懷けるにあらざるなり。千六百九十五年の英國政治家は思想及ひ意見自由通信は人類の最も重大なる權利の一なりとの意見を公言せす、又實際斯る思想を抱かさりき。彼等は單に免許條令の再新を拒み以て其事業の大切なるを知らすして出版の自由を設定せるなり。此の事たる信して確言することを得へし、何となれば衆議院は免許條令再新を拒むの理由を認めたる文書を貴族院に送附せり。

「此の文書は衆議院議決の理由を示して餘奥なし。然れとも同時に亦該院は實際

其の爲す所如何なる革命を遂けつゝありしか、如何なる勢力を世に生しつゝありしかを知らさりしことを證するなり。該院は其の廢止を望む所の制定法の不正當不道理なることを簡明に明瞭に烈しく時に或は適當なる反語法を用ゐて論破せり。然れとも其爭點は凡て細目の事項に關するを見るなり。抑も免許を要せすして出版するの自由なるものは社會の爲めに幸福なるへきや災害なるへきやの問題即ち主義の大問題に就きては一言の之に及ふものなし。免許條令は之を非議せり、然れとも之を非議するは之を以て本性有害の物なりと爲すにあらすして之に偶伴する聚斂、商業上の制限家宅捜索等の小害あるか爲めなり。該條令を有害なりと論したるは其文具商會をして出版發行者より金員を强收するを得せしむるか故なり。亦其の政府の官吏に概濶的令狀を以て家宅を捜索するの權利を與ふるか故なり。又其舶來書籍業を倫敦港に限れるか故なり。又其書籍入の貨重なる荷物を稅關に全部徹を生するまて抑留するか故なり。衆議院は免許料額の不定なることを論難せり、又檢閲者の目前に於てするにあらされば外國より來れる書籍入の函を開くことを以て稅關吏の犯罪となすことを非難し、稅關吏未だ函を開かさる前に於て何そ能く書冊の其中に在るを知らんやと有理の問を起せり。ミルトンが其著書『アレチパジチカ』を以て爲し遂くることを得さりし事業を爲し遂げたる議論は實に右の如きものに過きさりき。

檢閲法を磨したる政治家の出版自由の主義を確守せさりしことは二ケ年後に於て彼等が免許を經すして新聞紙を發行することを禁するの案（但此案は終に通過せさりき）を容れたるにより明かなり。然りと雖も千七百八十九年の國民會か爲せる思想自由通信の權利の莊嚴なる公告は死文に屬し又たは佛國法理論上の一格言たるに過きすして全く其影響なきにあらさるも斷へず實際の佛國法律に依りて破られたるに千六百九十五年に英國々會が免許條令再新を拒みたるの決議は英國に於て出版の自由を永遠に設定したるものなり。之に次くの五十年は佛國の復舊時代に讓らさる革命的不穩の時期なり、然るに英國に於ては一度ひ廢されたる檢閲法は再ひ復活せすして誹毀法中に掲くる事項の外出版自由に係る諸種の制限は長く英國人の知らさる所なり。故に國家は國内の文學を管理せさるを得すとの思想の稀れに英國法律中に餘生を保つは多數の人には解すへから

ざるの不條理と思はれ其今日まで捨て置かるゝは其害を生すること尠くして殆んと其存在を忘るゝ程なればなり。

英佛二國に於ける出版自由の沿革を對照考査する學生は二個の疑問の腦裏に生ずるを覺へん。即ち第十七世紀の終りに至るまて二國の國王が抱ける主義の實際同一なりし所以は如何、又た第十八世紀初期已來今日まで二國の出版法が基く所の主義の全く相異れるは如何に之を解說すべきや。相同じきも相異なるも等しく一見怪しむへきに似たり、然れとも二者共に之を解說するを得へく、且つ爰に其解說を與ふるは無益の業にあらざるなり。何となれば此事たる本編の論題即ち憲法律の一特性たる尊法精神の勢力に密接の關係を有すればなり。

第十六世紀の初期より第十八世紀に至るまて英佛二國が其出版法を同ふしたるは此の時代に於ては二國の人民若し然らされば其政府が行政に關し彼此相同しき思想に左右せられ。又た國家と各個人との關係に就きても彼此同む思想を有したるに由るなり。又英國に於ても他の歐洲各國に於けるか如く國王は其臣民の宗教上の信仰に就きて責任あるものなりとの思想一般に信せられたり。此の責任には意見の搆成及ひ表明を管理するの必要伴へり。而して此管理を行はんとせは必らず出版の自由即ち各人か其言論にして若し明定し得へき法律上の原則に違ふときは刑罰に處せらるへきの責あるのみにして其他自由に自己の世に廣めんと欲する說を印行するの權利に對し政府の干涉するを要すへきなり。之を要するに第十六十七兩世紀間には國王は英國に於ても佛國に於けるか如く其行政權を擴充し居れり。又當時英國に於ても佛國に於けるか如く國王は文學の管理を國家の一事務として處理するの權を有せしのみならず、寧ろ公衆の輿論之を要求したり、同し事情は同し結果を生し、同し主義二國に行はれたるか故に出版に對する處理法亦二國其趣きを同ふせしのみ。

最近殆んと二世紀間佛國と英國と出版に對する取扱を全く異にしたる所以亦二國の習慣法律を指導したる精神の相異なるに依てなり。

佛國に於ては政府なるものは其王政なると帝政なると又共和政なるとを問はず、國家を代表する上に於て各個人に對しては國の尋常法律に超越し且之に屬せさる權力を有すへきものなりとの觀念常に行はれたり。是れ實に英人が充分に了

解するに苦む所の矣の行政律（トロハーアドミニストラチフ）なるものの基礎なり。且つ革命前及其已後多くの時期に於て中央政府の權力多きは民衆を壓制する弊害を除去するの手段たり、若くは大數の佛人には然か思はれたり。概して佛國民は今日まで國家の權力を見るには尙ほ英國人か第十六世紀間に於て國王の特權を見るか如く之を尊重せり。故に行政府か文學の上に施行する種々の管理干渉は佛國の他の諸制度と全く調和するなり。且つ精工なる政治機關ありて其行爲は全く尋常裁判所の管理を受けさるか故に文學の監司を實行するの手段は佛國に於ては至高權を掌握する者の手に委せらるゝなり。故に檢閱法の如き（出版に關する他の制限は晉く掴き）概して佛國政府の一般處置及ひ國民多數の思想と調和し且つ之を實行するの有力機關に乏しからざるなり。

第十八世紀中並に已來今日に至るまて他の專制に對する如く檢閱法に對して劇しき非難の聲聞へ且つ大革命の時及ひ已來其他の時期に於て言論自由の爲めに盡力したることあるは疑はす是れ檢閱の廢止ありし所以なり。然れとも政府の權力を一方面に於て制限せんとする此企圖は大躰に於て國家の威權を尊重する精神と毫も調和せさりしなり。且つ佛國行政の全躰か其の勢力を保てる間は如何なる種類の人か政權を握るも政府は常に苟も國民の感情か自由言論の制限に對して好意を表するときは直ちに出版の管理を再興するの手段を支持せり、是に於てか一旦廢したる檢閱法を數々實際に復活し其制限は人心に合はさる檢閱なる名稱を以てせさるも其實英國の免許條令より遙かに苛刻なりき。之を要するに英國人か解して以て出版の自由と爲す所のものに對する制限は佛國に於ては從來存在し今も亦殆んと廢せられさるなり。何となれば行政部か豫防的專裁的權利を有するは佛蘭西法律の一般の精神と相調和すれはなり、又た此の精神より起れる行政機關は常に行政官の掌裏に委するに專裁力を實行するに格合なる手段を以てすればなり。

之に反し英國に於ては第十六十七兩世紀間に國王の彈壓なる中央行政を組織せんとしたるの企圖は幾分か其時の必要に應したるか爲め一時は成功したるも根底より國の習慣遺風に反せり。而して國民は其國王の威力强盛ならんことを欲する時にたも尙ほ國王か其威力を施行するの手段は之を好まさりき。

吾人は其言論取締の寛裕なるを好ます、言論の自由に就き冷淡なる者と雖も甚しく專制權を忌むの念を抱き、又國土の法律に從て治められんとするの決心固かりしなり。此の感情は終に千六百四十一年に星廳を廢して千六百六十年の國王に對する忠義心殆んと狂するの時すら尙ほ此の嫌惡されたる裁判所を再興すると を得さらしめたり。然れとも星廳の破壞は單に人心に合はざる裁判所を廢したるのみならずチユードル家及びスチユーアート家の諸王の設定したる行政組織を其根底より滅却したるものと謂ふべし。斯く英國人の法律上の習慣に反したる行政組織を滅却したるは言論自由を得んとするの欲望と直接の關係を有せさりしなり。星廳又は高等法院委員の再興を好まさる國會にして免許條令を通過せり。而して此の制定法は前に述へたる如く實際檢閱法を設定したる者なるが革命後尙ほ數年間實行されたり。然れとも彼の制定法の發布は言論自由の勝利にはあらされとも尊法主義の勝利たるや疑ひを容れす。免許の權利政府の手に委せられたり。然れとも其權力は制定法の明文に依りて統轄せられ、且つ一層緊要なる點は此法令の違反は尋常裁判所のみの管理に屬せしに在り星廳の滅亡は

行政部の手中より專制權施行の手段を奪去れり。然らは則ち千六百九十五年に英國衆議院か免許條令の繼續を拒みたることは佛國に於ける權利の公告又は佛國の檢閱法を廢したる諸法律とは大に其趣きを異にするを見るべし。出版を管理する政府の權利を廢せしは英國にては單に法律の一般の精神傾向に反する例外的の機能を廢せしのみ。而して出版管理權の廢止は終結たりしなり。何となれば行政部は既に國民の意見を管理するの權を充分に實行するに必要なる手段を失ひたればなり。

已上論する所を要するに佛國に於て檢閱法は數々廢されたれとも又數々復活したる所以のものは政府か專制權を施行することは佛國の法律及制度に好く從來調和し今尙ほ調和するか故なり。英國に於て檢閱の一朝廢されて復た與らさる所以は國王が專制力を施行するは英國行政の組織及ひ英國法律の理想と相幷行せさるに依るなり。佛國に於て異に意見の自由を公告せんと爲せし政治家は出版の自由を設定するの功を奏せさりしに英國にて免許條令の發布を拒み以て出版の自由を强固ならしめたる政治家は無制限なる言論自由を起さんとするの說

を持せさりし奇なる事實あるを見れば英佛二國の差異益較著なり。此差異は獨り其較著なるに止まらすして法律の支配てふ事に關する英國流の思想の最好例の一なりとす。

第七章　公會の權利

公會に關する白耳義國の法規は載せて其憲法第十九條にありて、其大躰は英國の法を取らんことを期したるものゝ如し。其文に曰く

第十九條　白耳義人は集會權の行用を規定する所の法律に從ひ兵器を携帶せすして平穩に集會するの權を有す、但し法律は豫め許可を受けしむるを得す、此の條規は警察の法に從ふへき家屋外の集會に適用すへからす

公會に關する制限は白國の方英國より嚴重なるやの觀あり。何となれば英國の警察は屋外集會を管理する特殊の權能を有せさればなり。然りと雖も恰も極めて嚴正に云へは英國法律は出版の自由を認むと謂ふへからざるか如く、英國憲法は又公會の權利と云ふか如き特殊の權利を認むるものと謂ふを得ず。實は公會に關する規定程英國憲法が個人の權利より成立するの模樣を示す好例は他に之を見ざるなり。集會の權利と云ふは其實個人的人身の自由及個人的言論の自由に關し裁判所が抱く見解の結果に外ならず。合法の目的を以て屋外其他の場所に於て甲乙及丙の集會する自由を規定する處の特殊の法律あるとなく、甲が法律に違背するとなくんば其欲する場處に行き得るの權利及其言語誹毀若くは敎唆に渉らさる以上は己の信する所を乙に談するの權利あり、乙に同樣の權利あり、倘丙丁戊己及ひ以下無限の人々に同一の權利存するか故に、甲乙丙丁及其他千萬の人々は合法の目的を以て合法の方法に依り各自が至り得るの權利を有する場所に相集合するとを得るの成果を生するなり。例へは甲は國道（ハイストリート）を往き共有地に至るの權あり、乙亦同一の權利を有す、丙丁及總て其朋友知人亦同し場所に至るの權利を有す。換言すれば甲乙丙丁及ひ千萬の人相集まりて公會を開くの權利を有するなり。而して甲は乙に說き貴族院を廢するの法令を發せざるべからすと信す、又は貴族院は該院の組織を變更するの案は凡て之を排斥せざるべからすと論することを得、又乙は其朋友知人に信する處を述へ得るか故に其結果甲及ひ其他千萬の人々は政府を助くる爲めにすると又貴族院の反對を勵ます爲めにすると

を問はす公會を開き得るなり。然らば則ち英國に於ては夫の外國に於て常に特殊の權利とせらるゝ所の政治其他に關する公會の權利の實躰具りて其行用は綿密に設けたる制限に從ふのみ。然れとも甲乙丙丁以下數百數千の人は各其欲する場所に行き欲する處を言ひ得るか故に政治其他の問題を論議する爲めに集會を開くの權利を有すと云ふも集會の權を行用するに際し此等の人々が法律に違背するか如きことは決して有り得へからずとの意にあらさるは勿論なり。例へは集會の目的の不適法なることあるへし、即ち集會の目的とする所公然の强逼を以て犯罪を行はんとするに在ることあるべし。此場合に於ては集會其の物が直ちに違法集合となるなり。又集會を爲すの方法の治安を害するの虞あり、平穩なる人民をして有理的に恐怖せしむるとあり。此の場合に於ても亦其集會は不適法たらん。此等の場合に於て孰れも集會は合法的に解散せしめられ、會員は逮捕公訴處罰等不法行爲即ち犯罪に隨伴する處の諸後件を招くなり。

公會に關する法規は論理上其法規より演釋し得へきも尙ほ治安裁判官其他多數の人か見て以て稍や驚くへきものと爲し且必しも國家の利益とならざる實際上の後件を含めり。會員の行爲に依り例へは會員か皆武裝を爲して行進するか如き行爲に依りて治安を害するの虞あり隨て平穩なる臣民をして恐懼の念を懷かしむるか如き公會は不適法なる集合なり。然れとも他の點に於て不法ならざる集會は假令不適法なる反對を喚起し間接に治安を妨害するに至るの虞あるも之れが爲めに不適法とはならざるなり。例へは救世軍（サルウエーションアーミー）（譯者按するに宗教に關する擬軍隊組織の集合なり）の會員がチックスフチードに集會を催さんことを申出で同時に骸骨軍（スケレトンアーミー）（譯者按するにサルウエーションアーミーと同しく宗教に關する集合なり）の者共が救世軍會員を襲擊し腕力を以て之を追ひ散さんとする旨を公言し、尙ほ之れか爲めに都府の治安を害さるゝことを好ます、騷亂を恐るゝ平穩なる住民が救世軍の集會を禁止せんこと又は若し紛亂あらば兩軍の會員を捕縛せんことを治安裁判官に要求せしことありとせんか、市民の請求は一見理由あるか如しと雖とも治安裁判官は法律上其要求に應するを得さるなり。少しく省慮すれは法律の現狀に從へば斯くあるへきこと明瞭なり。甲の國道（ハイストリート）を步行するの權利は辛某か若し甲か言ひ出せる步行を爲すに於ては之に打擊を加へんと威嚇するも之れか爲めに褫奪さるゝことなし。甲の國道を行くこと

は治安妨害の緣たるに相違なきも甲の治安妨害の原因たらさるは恰も時計を懷中して擾徒に搶掠せられたる者が竊盜罪の原因たらさるが如し。甲は法律違犯の被害者にして其作爲者にあらさるなり。而して甲が國道（ハイストリート）を行くの權利か果して辛の威嚇に依りて害さるゝことなくんば甲乙丙丁等相共に國道を行進するの權利亦辛壬癸等の甲等をして其進行を遂けしめずとの威嚇に依りて滅するとなきは勿論なり。且つ甲乙丙等は救世軍と稱し辛壬癸等亦骸骨軍と稱するも之れか爲め事態に何等の差別を生することなし。原則は之を簡明に述ふれは甲の適法なる行爲を爲すの權利即ち國道（ハイストリート）を行く權利は辛の不法なる行爲を爲さんとするの威嚇に依りて害さるゝの理なしと云ふに在り。是れ近年起れるビーテイー對ギルバンクス事件に依りて確定否寧ろ闡明されたる原則なり。今其要を示さん救世軍會員嘗て其骸骨軍の反對運動に遭はんことを知りながらウエストン、スーパーメールに於て會合したることあり。治安裁判官は豫め其集會を禁するの告示を發したれとも救世軍會員は尙ほ參集したりければ警官出張して之に告示に從はんことを命したり。然るに會員の一名甲なる者其命を拒み終に捕縛されたり。次て彼は他の數人と共に治安裁判官より不法集會を開きたるものなりとの判決を受けたり。救世軍の集會は常に骸骨軍の反動攻擊を喚起し爲めに治安を破ふるの虞あるは爭ふへからさる事實なり。然れとも右甲に對する判決はクインスベンチ部法庭に控訴され終に破棄されたり。其破棄の理由に曰く『爰に起りたる事實は一個の不法團體（骸骨軍）は控訴者及ひ其他の者の適法に集合するを妨くるの權利を不當に占めたるものにして審判吏の下せる判決は人あり其爲せる行爲は適法なるも彼れ若し其行爲の或は他の人をして不法行爲を爲さしむへきを知るときは之を有罪と決するを得と云ふに歸するなり豈斯る斷定を下すの根據あらんや』と。又公會は若し他の理由により不法ならさるときは國務大臣治安裁判官其他官吏の布告令達（國會の法令に依るは此の限りにあらず）に因りて不適法となることなし。例へは救世軍會員がヲックスフヲード近傍に借り入れたる廣野に於て集會を催さんとする旨幷に先つセンガイルスに於て集合し其れより旌旗を飜へし樂隊奏樂しつゝ豫定の禮拜場に進行せんとする旨を全都に廣告すると假定せよ。而して內務大臣に於て或る理由

のありて此集會の開くるを好ましからずと思惟し各會員又はヲックスフチードに於ける所謂る陣營を指揮せんとする役員に向て集會を開くべからずとの正式なる令達を發すと假定せよ。此令達は以て集會の性質を變するに足らさるなり。但若し其集會か初めより不適法のものならんには彼の令達は之を讀む者をして集會の性質を知らしめ其出席の責罰を重くするの効力あるのみ。若し此令達の發布なくんば集會は全く適法のものと假定するときは其集會は內務大臣か之を禁したるの故を以て決して不合法とはならさるなり。此等の場合に於て該令達の効力なきは恰かも內務省の令達か一個人の國道を行ふことを禁するの効力なきが如し。故に外觀上總て適法なる集會は假令ひ實際集合したる上にて其運動の模樣に依り事實不適法たるやも計られさるも政府は豫め之を禁止するの力を殆んと又は全く有せすと謂はざるへからず。之れ實に國家の正當なる職務は犯罪の處罰にありて其豫防に在らすとの原則を確守するの結果行政官をして專裁權を有せさらしむるの方法を示す一好例たるや明なり。

終りに臨みて尙一言を要するものあり。そは識者若くは公共心に富む者のみを招集するに躊躇するか如き集會にして全然適法なるものあり得べし。何となれば甲乙丙等は假令其集會が事實上必らず他の者を激さしめ暴行に陷らしめ或は流血の慘狀を呈出すへき恐あるも尙ほ其集會を催すの權利を有すればなり。爰に熱心なる新敎徒あり懺悔の弊害を攻擊するを目的として一の集會を招集せんとし、且つ舊敎徒の貧民の充滿する大都府の中央に其會場を定めたりと假定せよ。此の集會は適法なれとも何人も其騷擾を惹起すへきことを疑ふを得さるなり。然れとも政府も治安裁判官も之を禁することを能はず識者は排斥せん。然れとも法律は他の歐洲各國に於て恐くは許されさるか如き公會の權利の極端なる行用を許すなり。國家の最高なる機能に法律上の權利を思慮なく行用するより起る弊害に對して豫防的處分を施すの權力を與へさることの利害得失に就きては爰に何等の論評を下すの必要なし。唯吾人の注意を要するは公會の權利に關する法規が英國制度の法律的精神と及ひ個人の權利に關する裁判所の判決が公會の權利を以て憲法律の一部と爲せし順序とを闡明するの光景に在るなり。

第八章　戒嚴律

前數章に論したる諸權利例へは人身自由の權利又は言論自由の權利の如きは皆當然憲法の部門に屬せすして却て嚴正に私法と稱すべきもの若くは尋常刑法の一部を爲すものと謂ふを得べし。例へは甲なるものは人身自由の權利は其乙の爲めに身躰を害され又は監禁されさるの權利に過きす、即ち他の點より之れを見れば若し乙の爲めに侵襲されたるときは乙に對し訴訟を起し又は侵襲罪の爲めに乙をして罰を受けしむる所の甲の權利に過きすと言ふを得べしと。此言たる緊要なる眞理の一分を含むなり。然れとも之れと同時に人身自由の權利言論自由の權利等は多くの成文憲法の首編に顯はれ且つ實際に於ては國民が專制政躰の立憲政躰に變する結果として得んことを希望する利益中の主たるものたるや亦疑ひを容れさるなり。

事の實際を言へは此等の諸權利は二個の點より之を見るを得べきなり。此等の權利は單に私法若くは刑法上の權利とも見らるべし。即ち既に示せる如く人身自由の權利は甲か其身躰の管理に就き乙の干涉を受けさるの權利とも見らるべし。然れとも此等の權利か國家の主權者に對して行はるゝ點即ち其行政官に對する個人臣民の關係を定むる點より見れは此等の權利は憲法律の一部にして而かも最も重要なる部分に屬せり。

偖て此に注意すべきは英國に於ては臣民の相互に對する權利は臣民か國王の隸屬に對する權利と全く同一なるの一事なり。之れ余が英國に於ては憲法は國土の尋常法律の一部なりと確言するの意義なり。國務大臣が外人條令又は罪人引渡(エキストラダイション)條令の如き制定法を以て特別權を交附されたる場合を除くの外自己の裁量を以て國家に關する理由に依り何人をも逮捕監禁又は處罰することを得ざるの事實は凡そ國務大臣は其職務上の行爲に就きても其一私人たるの行爲に於けるか如く國の尋常法律の統治に屬すとの原則より生する結果に過きさるなり。若夫れ內務大臣か激怒の爲めバーチル氏を襲擊し或は自治黨の主領の自由を有するは國家の爲めに危險なりと認めたるの故を以てバーチル氏を英蘭土に於て逮捕したることあらんか孰れの場合に於ても內務大臣は訴訟を受くるの責あり、其他侵襲罪を犯せし者の受くべき處罰を破らざるを得す。バーチル氏の逮捕は嚴正に行政上の處分なりとの事實は何等の辯解理由をも大臣及ひ其命令を奉したる

警官に與ふることなかるへきなり。

本章幷に次の三章に於て論せんとする事項は明かに憲法の部門に屬し、何人も憲法を論する書中に之を論することに就き此等の事項は私法の部分なりとの異論を唱へんとは思はさるへし。然れとも綿密に事相を觀察すれば一見私法の本領に屬すへきか如く見ゆる所の條規にして其實憲法的原則の基礎たるか如く、明かに憲法に屬すへきの觀ある事項亦英國に於ては結局私法又は刑法の原則に基けり。例へは英國に於ける兵卒の位置は余が下に論する如く、兵は其軍職の資格に於ては特殊の責務を負ふと雖も、尚ほ其隊中に在ると否とを問はず普通臣民の負ふへき一切の責務に服すへきものなりとの原則に從ふて管理せらるゝなり。又法律上の一見解に依れは大臣の責任と云へる事は單に英國法律の全部に波及する所の何人も法律上他の辯解の途なき行爲を辯解する爲めに假令ひ國王の命令なりとも上長の命令を口實とすること能はずとの主義の一適用に過きさるなり。」何れの點より見るも結局既に詳論したる極めて緊要なる論旨に歸着するなり。即ち外國の憲法に從へは個人の諸權利憲法の條項より生し又生するの觀を爲すもの多しと雖とも、英國に於ては憲法は個人諸權利の結果にして其淵源にあらざるなり。又た考究を重するに隨て益々明白となるの一事あり。そは諸裁判所が能く憲法を保持したるは二個の原則を嚴重に固守したるに依ること是れなり。其第一は『凡て人は法律の前には平等なり』との主義にして何人も普通臣民の責務又は尋常裁判所の管轄より免かるゝを許さゝるものなり。其第二は『不正者の各自責任』と云へる主義にして下班の者の法律違犯は其上長の命を奉したるなりとの理由に依りて辯解し得べしとの思想を全く排除するものなり。其古きこと少くもエドワード四世時代に起れる彼の凡そ合法の令狀を具せすして人を逮捕するものは國王の命に出ると云とも免かるゝことなく不法收監の訴訟を受くるの實ありと云へる法律上の格言は國王の特權に加へたる特殊の制限にあらずして私犯法の全部に普及する各個責任なる原則を國王の命令に依りて行ひたる所爲に適用したるなり。

戒嚴律なるものは其名稱の正當なる意義に從へは尋常の法律を中止し一國又は其若干部を舉けて一時軍法裁判所の統治に委するの謂なるが、此意義に於ける戒

嚴律は英國法律の全く知らざる所なり。佛國には所謂る合圍地境の布告なるものありて之を發するときは秩序及ひ保安を維持する爲め通常は文官に委任さるゝ權能全く武官に移ることとなるか英國に於ては之に等しきもの一もあることなし。是れ英國憲法の下に於ける永遠なる法律至尊の確實なる證據なり。

然りと雖とも英國政躰の下には戒嚴律（マーシャルロー）の如きもの存せすとの言は全く眞を得たるものなれとも、英國の著者が用ゆる戒嚴（マーシャルロー）律なる名稱の全く殊別なる二樣の意義の差別に留意せされは此言の爲めに誤まらるべし。

戒嚴律なる語は國王及ひ其隷屬が暴動一揆其他概して暴力を以て法律に反抗するものある場合に於て強制力を以て其暴力を鎭壓する普通法上の權利を指すの名稱として用ゆらるゝことあり。此權利若くは勢力は實に秩序ある政府の存立に必要缺くべからざるものにして英國法律の充分に認むる所なり。此勢力は軍隊の存在と格段なる關係を有することとなし。國王は治安の妨害を鎭制するの權利あり各臣民は其軍人となると普通民となると又例へは巡査の如く政府の隷屬中に在ると行政に全く關係なき者なるとを問はず、治安の紛亂を鎭壓することを扶助するの權利あるのみならず、又實に法律上其義務あるなり。巡査若くは兵卒は時々治安維持の爲めに使用さるゝ者なれば騷亂を鎭壓する爲めには此等の者を使役することと最も通例なるに相違なしと雖も凡ての王臣は騷亂鎭壓に協力するの義務あることと明かなり。

軍人と雖も治安恢復上の行爲に就きては法律上他の人民と同一の責務を有することと亦明かなり。文官も、武官も、兵卒も、巡査も、普通臣民も皆法律の眼中には同一の位置を占め彼等は各自皆一揆騷動の如き治安の破綻に抵抗し之を鎭壓するの義務を有し、各自皆其鎭壓の爲めに必要なる强制力を用るの權ありて殺戮をも許せり。然れとも彼等は孰れも必要外の强制力を振ふことを得す。彼等は各自皆過度即ち不必要なる强制力を用ゐたるときは陪審員の前に於て辯解するの責あり。且つ秩序維持の爲めに各自が盡すへき勢力の度合並に種類は其士官、治安裁判官、兵卒若くは普通民たる位置に依りて相違あるは勿論なれとも、彼等は若し騷亂鎭壓の爲め臣民たる資格を以て其義務を盡さゝるときは各自皆裁判所の糺問を受けざるを得さるなり。此等の言を信せさるものは須く國王對ピンチー事件

を研究すべし。此事件中には千八百三十一年の改革期成暴動（リフォーム・リオット）に就きブリストル市長の責務を充分に講究して餘蘊なし。

世人治安の維持は單に兵卒又は巡査のみの責務なりと想像する習慣を成せるか故に學者多くは國王對ピンテー事件に載せられたる教義に依り騒擾の時に於ける治安裁判官の責務の甚た嚴重なること及ひ法律保護の爲めに治安裁判官の行用せざるべからざる強制力の量に殆んと制限なきを見て恐くは瞠目すべし。且つ學者宜しく自ら警めて暴動條令の行文の爲めに誤まられさらんことを期せさるべからず。該制定法の大意に曰く『暴動あるとき治安裁判官が此法律に依りて令達を發し以て暴徒の解散を命したる（此の令達を發したることを不道理にも暴動條令を朗讀すと稱す）後ち若し十二名の暴徒一時間集合し居るときは治安裁判官は兵隊に命して暴徒に向けて發砲せしめ又は抜刀して之を襲撃せしむることを得』と。是素とより該條令の行文にあらさるも其意義は是に歸着するなり。而して初學者の誤まり易く且つ治安裁判官又は士官等の往々（殊に千七百八十年ゴルトン暴動中）實際誤りたる點は暴動條令の旨趣を消積兩極のものと思惟し隨て該條令の規定する要件の成立するにあらされば兵力を用ゐることを得さるものと誤解するに在り。今日は斯の如き思想の誤解たるは皆人の知る所なり。強制力を用ゆへき機會と暴動鎮壓の爲め法律上用ゐ得へき強制力の種類及程度とは一に其實際の必要如何に依つて定まるなり。

然らば則ち戒嚴律なる語を以て政府又は臣民が必要あらば血を流し財産を害するも以て公共の秩序を維持するの勢力を義とするものと爲すへきは戒嚴律は英國法律の一部たること毫も疑ひを容れす。然れとも此種類の戒嚴律に就ても尚ほ吾人は記憶せさるへからす。暴動鎮制の爲めに用ひたる強制力の必要なりしや又は過度なりしやの問題は結局裁判官及ひ陪審員に依て決せらるゝことを、又た暴動鎮壓後平穏安全に坐ずる所の裁判官及ひ陪審員の必要強制力の如何に就て下す判決は武裝したる暴徒に圍繞され何時暴動の進みて恐るへき内亂と變するも圖られす又之を鎮壓せされば其内亂終に成功して革命を生するも計られさるを知るの將官又は治安裁判官か與ふる判定とは大に其趣を異にする所あるへきことを。

然れとも戒嚴律なる語は一國若くは一地方の統治を夫の多少通常裁判所の管轄權に代る所の軍法裁判所に委する有樣を指すの名稱として用ゐる場合多し。既に說明したる如く此の意義に於ける戒嚴律の布告は殆んと夫の佛國其他外國に於て合圍地境の布告と稱するものに同しくして其効果は一國を一時武力を以て統治するものなり。此の種の戒嚴律の存立を認むる諸國に於て戒嚴律の布告ありたるときの法律上の事躰を示さんと欲すれは今日佛國の合圍地境に關する法律中より數條を引用するに如くなきなり。

『第七條　合圍地境の布告あるときは直ちに秩序及ひ治安を維持するか爲め常時文衙に委任せられある職權は總て直ちに軍衙に移るものとす。但し軍衙の收攬せさる職權は尙ほ文衙續て之を執行すへし。

第八條　共和國の平和、憲法、公共の秩序安寧に關する重輕罪は其主犯從犯の身分資格の如何を問はす總て軍法裁判所の裁判權に屬す。

第九條　軍衙は左の權利を有す。

第一、晝夜の別なく臣民の家宅中に立入り檢察すること

第二、處刑を受けたるもの及ひ合圍地境內に籍を有せさるものを退却せしむること

第三、兵器及ひ軍用器の沒收を命し及ひ之れか檢索押收を爲すこと

第四、出版物若くは集會の騷亂を煽動し又は援助すと認むる者を禁止すること

』

然れとも此等法律又は騷擾又は暴働の爲め巴里其他佛國の一部を以て合圍地境とするの布告を發したる場合即ち二三の大陸國に知られたる校著なる語を以て之を云へは憲法上の保障の中止されたる場合に於ける實況に就ては僅かに不充分なる觀念を與ふるに過きすと推測するも決して事理に背がさるへし。斯く尋常法律の中止さるゝ間は內訌に伴ふ感情に依りて激され居る少數の官吏より成る所の軍事裁判所の意見に依り何人も逮繫され收監され又は死刑に處せらるゝを免かれすと假斷するも蓋し大過なかるへし。そは兎も角も佛國に於ては今日の共和政に於てすら合圍地境の布告に伴ふ法律の中止と云へる事は憲法の充分認むる處にして且つ(甚た奇怪の觀あれとも)合圍中に軍法裁判所の有する權力の

大なることルイ、フィリップの君主國時代よりも現時の共和政に於て甚しきを加へたることは明白なり。

抑も此類の戒嚴律は英國に於ては全く憲法の認知せさる所なり。軍隊は外冠の侵擊に抗するを得るか如く暴動を鎭壓することを得へく、又外敵と戰ひ得るか如く謀反人等と戰ふことを得へし。然れとも法律上暴動又は謀反の爲めに刑罰を課するの權利を有することなし。內亂を鎭定するに當りては法律上賊徒を殺戮するを得るは恰も外敵を戰場に殺すの令法なるか如く又逃走を防かん爲めに捕虜を銃殺し得るか如し。然れとも軍事裁判所か課したる死刑は不法にして法律上殺人罪を構成するなり。革命的騷亂の時期に於ても尙ほ尋常法律の統治力を保持せしか爲めに裁判官か高尙にも孜々として力を盡せるの狀を顯はすものウルストーンの事件に如くものなし。今其要を擧けんに、千七百九十八年愛蘭土の反賊ウルストーンなるもの愛蘭土を侵擾したる佛軍に與みしたり。其乘込みたる軍艦捕獲せられウルフ、トーンはダブリンに於ける軍事裁判所に於て審問され、終に絞刑に處するの宣告を受けたり。然るに彼は英國官吏たるの任命を有せす、

其任命は單に佛國共和國より受けたる者のみ故に其死刑執行の當日、の朝挈來狀下附の申請愛蘭土キングスベンチ法廷に出されたり。其理由はウルフ、トーンは軍人にあらさるか故に軍事裁判所の刑を受くる筈なし即ち彼を審問し裁判せし官吏は不法に軍律を執行せんとしたりと云ふに在りキングスベンチ法廷直に挈來狀を許したり。偖てウルフトーンの實際犯罪ありしは一般に認められたること、當時キングスベンチ法廷は愛蘭土反賊を惡みたる裁判官の充滿したること、又千七百九十年には愛蘭土は革命的危機の最中なりしことを記憶せは當時愛蘭キングスベンチ法廷か法律の尊嚴を維持したる程立派に之を維持したるものなきは何人も許す所ならん。

第九章　陸軍

英國の陸軍は常備即常設軍及び民兵軍（ミリシヤー）より成立す。此兩軍は共に從來國土の法律に從屬せしめられたり。而して余が此章に於ける目的は陸軍に關する諸法令の概要だも之を示さんとするにあらずして單に法律の尊嚴の依て以て陸軍全部の上に確立するに至りたる所の法律上の原理を說明せんとするにあるなり。此問題を論ずるには通常の敎科書中に用ゐらるゝ順序を顚倒する方便利ならん。敎科書類には民兵軍に關する事項を多く掲けて常設軍即ち今日の所謂る「陸軍」と稱するものに就ては論ずる所比較的に少きこと通例なり。是れ蓋し歷史上民兵軍は常備軍より其制古くして常備軍の存在は歷史よりするも憲法上の理論よりするも一の例外破格の事項に屬するに由るなり。是を以て大家も往々常備軍を以て例外輕易の事項と爲し民兵軍と稱する憲法に依れる國家の軍隊に添えられたる一種の贅物と爲して之を論せり。然るに事の實際に於ては今日は常備軍こそ眞正なる國家の軍隊にして民兵軍の比較的に重要ならざるは勿論なり。

常備軍に就きて――常備軍は有給兵より成りて其の主たる義務は絕對的に上長の命令に服從するに在るなり。されは常備軍は一見彼の庶民政治即ち國會政治に關くべからざる所の法律の支配即ち文官殊に裁判官に對する服從と云へることゝ相兩立せざる制度なるやの觀あり。而して又實に常設有給軍隊の存在は往々多數の外國に於て又時に英國に於てし殊に共和時代（コンモンウエルス）に於てし彼の所謂自由政治なるものと兩立せざるの經驗ありたり。且つ千六百八十九年の革命後に至るも久しく英國の政治家は常備軍は英國民の自由に有害なりと信したり。然れとも革命後早く既に有給兵の國家安固の爲めに必要缺くへからさることを明白となれり。故に第十七世紀の終及び第十八紀世の始に於て英國人は左の如き兩難中に徘徊せり。即ち彼等以爲らく常備軍を置かは國虐政を免かれさらん、常備軍無くんば國外寇を防んこと能はじと、國民の自由を保持せんとすれは國家の獨立を犧牲に供さゝるを得さるやの思を爲せり。

然れとも英國政治家は殆んと偶然に此の理論上の兩難より實際に免かるゝことを得たり。而して軍人規律令は目下の急に應する爲め遽かに發したる法令なれとも實に此皮相上解すへからさる難問に對する解說を與へたり。

此の場合に於ても亦他の所謂英國人の實際的智慧政治の才又は政治家の手練を以て効績を收めたる場合に於けるか如く、吾人は二個の誤謬に陷らさらんことに注意せさるへからさるなり。

先つ右の場合に英國の政治家が彼等に特有にして他國の政治家に備はらさる一種靈妙なる智慧先見を以て事を處したりと思惟すへからず。又た次に英國人が他國人の抗すへからさる困難より免かれたるは天運の助に依ると推測すへからさるなり。政治上の常識若くは政治上の才と云へる事は國事處辨上の習熟に外ならず。學識ある英人か此公共の事務處辨に關する實際の知識を有せしは佛人若くは獨人より疾きこと二個世紀なり。是れ英國に於ては他の諸國に於て近世まて行はれたるより一層健全なる政治上の主義の行はれたる所以なり。英國革命時代の政治家の彼の難問を處して能く成効したるは新奇なる妙案を得たるか爲めにあらす、唯英國に於て發達したる法律の政治に關する思想の數多の點に於て正確健全なりしか爲め、又千六百八十九年の政治家か時の難事を處するに當り當時の思慮ある英人の間に行はれたる思想を應

用したるか爲めのみ其事實を擧くれは第一回の規律令制定者の軍隊の位地を確定したるや軍人は僧侶の如く其職務上の資格に於ては特殊の責務を負ふことあるへきも爲めに一般臣民の通常の義務を免かるゝことと爲したる英國法律の根本的原則を確守したるなり。

千六百八十九年の第一回規律令は現今の英國陸軍が據て立つ所の千八百八十一年の陸軍條令と全く其主義目的を同ふせり。此の二個の制定法を對照すれは一見して軍事的規律の維持と人民自由の維持即ち尚ほ一層明言せは國土の法律の尊嚴とを相調和するの手段の何たるを知るに足らん。

第一回規律令の前提文は爾後發せられたる各規律令にも少しく改正を加へて之れを附したり。其文に曰く『何人も其同班の裁判に依り此國に認知確定されたる法律に據るの外軍法其他の方法に依り之れに體罰其他一切の刑罰を課するを得すと雖も、然れとも此の危機の時に際し目下募る所及び將來募る所の軍隊をして其責務を守らしむ爲には嚴正なる規律を要し、且つ背反を企て又は騷亂を煽動し又は兵役を逃避する軍人は通常法律の手續より一層便利にして且つ敏捷なる刑

を以て之を罰するの必要あるなり』と。

此の文は彼の千六百八十九年の政治家を苦しめたる難問の實相を寫し出せり。今左に此難問を處したる方法を說かん。

凡そ常備軍の軍人として編入さるゝ者即ち(近代の法令中に用らゝ一層廣濶なる言辭を以て之れを言へは)軍法に服從する者は二重の關係を有するなり。一は軍隊已外の同胞臣民に對する關係一は軍隊員殊に其の上長に對する關係にして要するに軍法の支配を受くる者は凡て其軍人としての義務權利を有すると同時に普通國民としての義務權利を有するなり。而して其位地は總ての關係に於て確定したる原則に基ける英國法律の下に立つものたり。

一個臣民としての軍人の地位——軍人は常備軍の一員たりとも英國に於ては凡て普通臣民の義務を有する者たることに英國法律の確立せる原則なり。第一回規律令に曰く『此條令中に含める諸規定は將校下士卒等凡ての軍人が通常法律に據りて負ふへき義務を解徐することと無く又は解除するものと解釋すへからす』と。此數言は合衆王國に在る常備軍に關する諸法令を證するの指導線を含めるものと云ふを得へし。軍人は入兵籍の契約に依りて普通民の義務以外に幾多の責務を負ふものなれとも之か爲め尋常の英國臣民の一責務をも免かれざるなり。此主義の結果は爾後發せられたる凡ての規律令に瀰漫し居れり。

軍人も普通民と同樣なる刑法上の義務を有するものにて其が若し軍法の支配を受けさる場合に通常裁判所の審問すへき性質の犯罪の爲めには普通の場合に裁判權を有する通常即ち非軍法裁所の審問に附せらるることあるへく且つ或る種類の犯罪例へは殺人罪の如きに至りては必らす通常裁判所の審理を受けさるへからす。夫れは若し夫れ一軍人にして英國又はウワン、ディーメンス、ラント島に滯營中同列を殺害し若くは旅人の金錢物品を盜奪することあらんか其軍人たるの資格は殺人罪其人は强竊盜罪の被告をして通常裁判所に出廷するの義務を免かれしむることあらさるなり。

又た軍人は民事上の責務例へは負債の義務の如きを免かることなく其唯一の特權は參拾磅を越へさる負債の爲めに今日强力を以て之を法廷に出頭せしむることと能はず、又負債の爲めに人を捕縛し得たる時代に之を捕縛し得さりし一事ある

のみ。

斯くの如く一個私人の權利が公務に在る者の權力に超越するの甚を許すか如き事の大陸(例へは佛國若くは普國)に行はるへしとは大陸法律の精神に通曉する者の信すること能はさる所なり。

凡そ軍法裁判所及び通常裁判所間に起る裁判の衝突に於ては常に通常裁判所の權能を重しとす。例へは今若し一軍人通常裁判所に於て無罪として放免せられ又は有罪の宣告を受くることあらんか、軍法裁判所は同一の犯罪の爲めに之れを審問すること能はす。然るに之れに反して軍法裁判所の爲したる無罪若くは有罪の宣告(例へは殺人若くは强盜の如き)は同一の犯罪の爲めに逃曲裁判所(アツサイセス)に於て爲す求刑に對する抗辯の理由となさるなり。

軍人が刑事の被告として審問に附せられたる場合に於て單に上長に對する服從は以て抗辯の理由に爲すに足らさるなり。左に少しく之を說明せん。

軍人は軍務上長官の合法命令には總て服從するの義務あり。然れとも軍人も法律を破りたるとき長官例へは總督司令長官等の命令に服從したるが爲めに法律を破りたりと抗辯して法律違犯の責を免ぬかるへからさるは毫も通常臣民に異なることなし。故に軍人は理論に於ても實際に於ても頗る困難の位置に立てり。前にも述へたるか如く軍人は若し其上長の命令に背かんか軍法裁判所の爲めに銃殺され若し其命令に從はんか通常裁判官及ひ陪審員の爲めに絞刑に處せらるるか如き場合あらんなり。軍人たる者の位地並に其責務の性質は左の數個の場合に於て軍人等が如何に處すへきかを考量せは之を知ることを得ん。

暴動の時に當りて一將校其兵卒に亂民に向て發砲せよと命令したりとせよ。其發砲の命令は此强力を以てするにあらざれは騷亂を鎭靜するに足らすとの事實に依りて辯解せられんとなり。斯る場合に於ては兵卒は通常の法律上視點より見るも又其上官の命令に對する服從の視點より見るも等しく命令に施行するの責務を有するや明らかなり。則ち此命令は合法にして之を施行するは軍人たり及ひ通常民たるの義務を盡くすものなり。

反之政治上人民の激昂したる時に際し其場處に於て一將校が未だ何等犯罪の證明なく單に反逆罪の企ありとの嫌疑あるの巨魁を逮捕し銃殺するの命令を其部

下に下したるとせんに、斯る場合に於ては命令に從ひたる軍人も之を下したる將校と等しく殺人罪を免かれさるものにして法律上相當の手續に據り有罪と決するときは絞刑に處せらるべきなり。斯の如き極端の場合に於ては軍人たるものの義務は其上長官に背くの危險あるも寧ろ國の法律に服從するに在るなり。

又一將校の銃器を用るにあらざれば解散することを得すと思惟する群民に對して發火せよとの命令を其部下に下たすとせよ。而て實際斯る强制力を要せすして秩序を維持するには單に愈々解散せさるときは兵力を用ゆべしとの威嚇を以て充分なりと假想せよ。然らば此の發砲すべしとの命令は合法の命令にあらさるなり。即ち大佐其他の將校なく此の命令を下たすものは此の銃砲發射の爲めに死亡を生するときは之か爲め刑法上の責任を免かれさるなり。然らば法律上の現點より見るときは軍人等の責務は如何なるものぞ。是れ未だ曾て絶對的に決定せられざる問題に屬し古來信據すへきの說乏しくして判事ステーフン氏の附したる左記の答說の如きは蓋し最も正鵠なるものに近からん。氏は曰く、

『然れとも予は上長命令は如何なる程度まで兵卒若くは水夫の民人を襲擊するを

庇護すべきやの問題は從來曾て法廷に於て充分に審議決定さるゝの機會ありたりとは思はさるなり。此立論に依れば上長武官の命令は部下が其の長官は充分眞好なる理由に基きて發したりと合理的に想像し得る命令を施行するの行爲を辯解するに足ることを知るべし。猥藉なる群衆を射擊せよとの命令を受けたる兵卒は假令當時彼等の眼には危險なる暴行を爲すものと見へさるも其長官は眞好なる理由を有して此命令を發したりと思量すると無理ならす。然れとも現に全く擾亂の景狀なく又た其恐なき時に人民群集の街衢に向て一齊射擊すへしとの命令に至りては兵卒は其士官か眞好なる理由に依りて發したりと思惟するの道理を有せさるなり。彼の軍人如何なる場合に於て如何なる事情あるも其長官の命に服せさるへからすとの議論は軍隊の規律其物に對しても甚だ有害なりと言はさるを得ず。何となれば此說は兵卒か尉官の命に依り佐官を射擊し又は其直接の長官の命に依りて戰場に於て敵に降るか如き行爲を辯護すべければなり。是れと等しく怖るへきは上官の命令が平時に於て無辜の人民を殺害し又は反亂の時に際し婦人小兒を殺戮するか如き殘忍刻薄の擧動を爲すの兵卒を辯護する

の慘狀を現出するに在りと予は思惟するなり。予が心裏に浮ぶ唯一の路は兵士は其長官が良好なる理由を有して發したりと合理的に信し得る如き命令に依りて保護さるべきあるのみ。動もすれば意向感情の相反對し易き二個の裁判權に屬するの不便は一市に於ては法律の尊嚴を維持し他市に對ては軍隊の規律を保持する二樣の必要より生する避くべからさる結果の一なり』と。

此不便より來る所の軍人の位地に關する困難は特赦の方法に依り不正判決の効力を無にする國王の大權に依りて大に其度を減するなり。然れとも兵士は常議を備ふる人の法律違犯の分子を含むことなしと正當に信し得る命令を尊奉するが爲めに刑罰を蒙むるの危險なしと雖とも、同時に又如何なる事情塲合に於ても兵士は其軍務上の行爲に就き通常裁判所の審理を受くるの危險を免かるゝことを得ず。且つ常議ある者が一の罪科と知らさるを得さる如き行爲に就きては長官の命を奉したるを理由として自己の責務を免かることを得さるなり。

軍隊の一員としての軍人の位地――通常臣民の軍隊に入籍する時は爾後軍法に隷屬するの人として特殊の義務を負ふ者となるなり。故に通常人民の所爲に出つれば毫も犯罪となさず若くは唯極めて輕微の罪たるに止まるの行爲も軍人の之を爲すときは重大の罪を構成し犯罪者をして重刑を被らしむることあり。且つ軍人の犯罪は軍法裁判所に於て之を審理し處罰することを得るなり。故に軍人は軍人たるの資格に於ては通常人民と全く異りたる位地に立ち居りて通常人民と同一の自由を有せすして、而かも通常臣民が負ふ諸種の義務に加へて軍法に依りて課せられたる總ての責務を負ひ居るなり。軍人の位地たる夫れ斯の如しと雖とも其然るか故に軍人たるの資格に於ける軍人其人の位地に就きても平時に於ては尋常法律の規程は軍隊より除去さるものと思料すへからさるなり。此問題に關する概濶的なる原則は通常法律の裁判所は如何なる人が軍法に隷屬するや及ひ軍法に屬すと主張さるゝ事件に就き其果して軍隊を管理する法律の規程に依りて正當に軍法に屬すへきや否を決定するの裁判權を有すと云ふに在り。故に左の(他にもあれとも)後係を生するなり。

通常裁判所は當事者の「軍法に隷屬すへき」人なるや否やを決定す。

一個の人をして軍法に隷屬のものと成らしむるの契約を組成する所の兵籍一の

民事手續にして裁判所が其入隊手續の正當なりしや否や、又た其人が解放さるべき權利あるや否やを審理すへき場合あるへきなり。

若し夫れ軍法裁判所が其裁判權に超越し又は軍法裁判所の一員として爲すと否とを問はず一士官が法律の許さゝる行爲を爲すことあらんか、此軍法裁判所又は士官の處置行爲は通常裁判所の監督の下に在るなり。通常法律の裁判所が軍法裁判所又は士官等の行爲を監督するの手續は刑事的若くは民事的たるべし。其刑事的手續は歐打私專監禁故殺若くは謀殺に係る求刑の形狀を備ふるなり、又其民事的手續は或は損害の現行又は繼續を停止するか如く防遏性なることあるへく、或は現實被りたる損害に對する賠償を給するか如く補理性なることあるへきなり。之を概言すれば通常法廷の裁判權は軍法裁判所に對しては禁止若くは破棄令に依りて行はれ個人の士官に對しては損害賠償の訴訟に依て行はるゝなり。又軍法に依ると云へる日實の下に不正に拘禁され居るものが論爭されたる者を拘束する武官監獄長其他の者に對しては身體掣來狀を發することあるべし。最後に常備軍の存立幷に規律は少くとも平和の時に於ては毎年發布さるゝ軍人

規律令の發布に因て全然其命脈を維持するなり。若し軍人規律令行はれざれば軍人は軍法の拘束を受けさるべく脫逃は重くも一の違約に過きさるへく士官を打つの行爲は通常の歐打罪に止まるへきなり。

民兵軍に就て——民兵軍は國家防禦の爲に國の法律の下に存立し憲法に基く所の軍隊にして往時の民兵條令殊にチャールス二世第十四年第三號の法令は第十七世紀に於て國會は英國の防禦に就ては各洲より募集し、地方紳士の指揮の上に成立せる此の國民軍に依頼せんと欲したることを表白せり。今日に於ても民兵軍は尙ほ抽籤に依て之を徵募することを得へく、理論上徵兵の方に依て募集する一個の地方軍隊なり。然れとも抽籤に依て徵兵するの權力は久しく中止され今日の實際に於ては民兵軍も常備軍と同しく任意應募の方法に依て募集す。民兵軍は其性質上殆んと國會政治を顚復する爲めに用ひらるへき團隊にはあらさるなり。然れとも此民兵軍に就ても尙立法部は之を法律の支配の下に置くことに注意したり。地方軍隊員は(概言すれば)其訓練中及び隊伍編成したる時に於てのみ軍法に隷屬せり。隊伍の編成は實に其當時民兵軍を一の常備軍に變するなり

唯之を外國に用ゆるを得さるのみ。然れとも此の編成の合法に行はるへきは唯國家危急又は重大事變の起れる時のみに限れり。民兵軍編成の機に際し若し國會會中なれば編成の布告を發する前に國會に之を通報せざるへからず、若し又國會開會中にあらざれば國王が民兵軍編成を命したる後ち十日間に國會開會の布告を發せざるべからず。加之民兵軍を編成したる時其隊員間の規律又全く軍人規律令の繩綴に依て行はるるなり。亦以て如何に國會が軍隊をして法律の治下に立しむるに留意せしやを見るに足るべし。

第十章　歳入

予が陸軍を論するの目的の單に此の國の諸軍隊が國土の法律に對する關係を定むる原則を示すに在りたるか如く爰に歳入の事を論するに就ても予の期する處は國庫收入の賦課徵收及ひ支拂に關する事項に至りては是れか大綱をも擧けんとするに在らすして單に歳入の徵收支拂及ひ之に隨伴する諸事項の嚴正なる法律の規程に依りて管理せらるゝことを示さんとするに在り。爰に注意の要するもの三點あり。曰く國庫歳入の淵源、曰く國庫歳入を使用するの權能、曰く國庫歳入の正當なる充用に對する擔保即ち其の法律の命する方法を格守して使用さることとを確かむる爲めに法律の設けたる擔保是れなり。

國庫歳入の淵源―ブラックストーン其の他の大家は說けり『歳入は國王の世襲即ち常規歳入及ひ國會の課する諸稅に基く所の特別歳入より成る』と。歷史に於ては此區別は趣味あるものなり。然れとも爰には國王地海軍雜收入 (Droits of Admiralty) 等より生する國王の世襲歳入に就ては殆んと全く吾人の介心を要せさるなり。此の種の歳入は國庫財源の一小部分に過ぎずして一ヶ年五十万磅を超過

すること多からず、且つ現在は特に皇室に屬せさるなり。蓋し世襲歲入は當今女皇治世の初めに於てウイリアム四世治世の初めに於けるか如く、不動皇室經費即ち皇室の尊嚴を維持する爲めに毎年支拂はるへき經費と交換されたれはなり。左れは今日に於ては世襲歲入は全部國庫に拂込まれて國家收入の一部を成すなり。故に吾人は世襲歲入を度外に置き專ら夫の奇異にも特別と稱され、而かも其實國家の常規歲入即ち國會的歲入を講求して可なり。

英國歲入の總額は毎年大數凡そ八千九百萬磅內外に登れり。此の歲入は(國王の世襲歲入を度外視すれば)全部法律に依りて課せられたる諸稅よく徵收するなり。故に國家歲入は全然法律殊に制定法に起因し國會法令の創設に係るなり。

現今の世に國會の法令に據らすして租稅を徵收し得ることありと想像するものは決してあらされとも、歲入の徵收と國會開會との間の關係に就ては頗ふる錯亂したる思想を抱けるもの恐らくは尠からさらん。若し國會開會せさるときは租稅は法律上正當に徵收すへからず。去れは國會の召集は國軍を充たすの必要に依りて擔保せらるるなりとは吾人の屢々聞く所なり此の思想はチャーレス一世の治世の如く國王が絕えず國會の參議を待つにあらされは合法的に必須の供給を得ること能はさりし時代の歷史講究に依りて養成せられたり。然れとも今日に在て若し國會開會することなくんば貨幣は一も合法的に之を賦課徵收するを得すとの思想は誤れり。例令國會は全く開會せさるも幾百万の貨幣は國庫に入るべし。蓋し租稅は總て國會の法令に起因すと雖も現今諸種の租稅は悉く一年又は一時法令に起因すと思ふは遙に實際と異なれはなり。

租稅納附の義務を付するに二方あり。即ち之を課するに永久の法令を以てするとと、一年間有効の法令を以てするとなり。

永久の法令を以て課する種類の諸稅其額全歲入の殆んと五分の四を占めたり。地租國產稅印紙稅等の如き是れなり。此等の諸稅は國會は假令數年間開會せさるも人民依然之を拂ふへき義務あり。何人にも解し易き例を以て言んに曩し國會紀元後即ち九百年まて再ひ會することなしとするも吾人は吾人の信書の爲めに合法的に印紙稅を負擔せしめらるへきなり。

國庫歲入の殘五分の一を補給する所の他の諸稅殊に收入稅は一年有効の法令に

依て課せらる故に若し或る事情の爲めに一年間國會の召集されざることあるときは何人も收入稅を拂ふべき法律上の義務を有せさるべし。

永久の法令に因る歲入と有期の法令に由る歲入との間の此の區別は宜しく注意すべき事項なり。然れとも爰に吾人の記臆すべき點は稅は總て制定法に依て之を課せられ國會の法令に依り之を拂ふの義務ありと裁判官の認むる迄て證明さるるにあらされば一シルリングと雖も租稅として拂ふの義務は何人も之を有することなしとの一事なり。

歲入を使用するの權能——一時は一旦租稅を以て徵收したる歲入は事實に於て國會兩院か國王に贈れる給與若くは惠與たりしなり。チヤールス一世又はジエームス一世に與へられたるか如き贈與は實に國王に贈呈したる金なりき。而て國王は道德上世襲歲入よりすると同じく其受けたる贈與中より政費を支拂ふの義務を負ひ居りて國會の國王に贈りたる惠與は其の財囊に收むへき金と見做されたることは決して之れあらざりしなり。然とも實際は國王又は其宰相は此の金の分配を左右するの權力を有し又實際之を左右したり。英國憲法の特徵たる奇觀の一として英國に於ては國王の財產と國家の歲入とを多少混同せる中世紀の思想が斯かる觀念の自然に存したる世態の經過したる後にも尙ほ生存せり。ジヨルジ三世の時代には多くの國費例へは裁判官の俸給の如きを皇室經費中より支拂ひたるなど國費と國王の私費とを混同せり。然れとも現今に於ては一切の國庫歲入は國王の財產と混せす、國家公共の收入として取扱はるゝなり。而して此事に關し特に觀察すへき事項二あり。

第一、國家歲入は重に內地歲入局（インランドレヴエニューオフイス）を經て『女皇陛下出納院の分』として全部英蘭銀行に拂込まる該局は單に諸稅金收受を取扱ふ所にして日々租稅として納附されたる金錢を入れ、又日々此金錢を英蘭銀行に出し還る一大金庫なり。其實況を聞くに每日內地歲入局に巨額の金を領收し每日午后に英蘭銀行より馬車にて二紳士彼の局に至り相當なる官吏と其日の計算を檢し、各科目共完く明瞭となるまては其場を去らす、之を結了したるのち收納したる金員を悉く取去りて之を英蘭銀行に拂込むとぞ。

第二、國會法令の許容する權能に依るにあらすんは歲入中の一片たも之を合法的

に使用するを得さるなり。

此權能は或はウヰクトリヤ一二年第二號皇室經費條令又は千八百八十七年の國債及ひ地方債條例の如き永久の法令に依て與へらるゝことあり、或は國費充用金即ち國會か國債の支拂の如く永久の法令に依て費用の出途の定まらさる數個の事業目的(其主なるものは陸海軍の維持なり)に向て歳入を充用即ち歳入中之に充つへき額を定むる爲めに年々發する所の法令に依て與へらるゝことあるなり。

此事の全躰を概闊なる言辭を以て敘すれは左の如し。

諸種の租稅を以て徴收され年々凡そ八千九百万磅に登るの國家歳入は英蘭銀行(コンソリデーテッド、ファント)に拂込まれ此八千九百万磅に歳入即ち國費資金を組成するなり。

此資金は毎片法律を破ぶるにあらされは必す國會の法令に依て支拂はさるを得す、之を支拂ふの權能は多く永久の法令に依て附與せらる。例へは國債の利子は千八百八十七年の國債及ひ地方債條例に據て國費資金より之を支辨するを得か如し。或は種類に就ては國費資金中より支拂を爲すの命令又は許容は一年有効の法令即ち國會の許したる(而かも永久法令に依て其用に充てられさる)金員の使用方を定むる所の國費充用令に據て與へらるゝことあり。 就れの場合に於ても國庫歳入より爲す所の支拂は必す法律の許容に依り即ち國會の特に設けたる法令の規定に從て之を爲さゝるへからす。 是れ最も吾人の忘るへからさる要點なりとす。

毎年國會か國費を議し其費途を定むる方法の詳細に至りては國會の實況を論するの書中充分之を論ず。 特に吾人の注意を要するは歳出の各科目(例へは陸海軍の俸給の如き)にして或る永久の法令に依て命せられ、若くは許容されさるものは結局國費充用令を以て其年の出途を定め、又は便宜の爲め充用令に先立て通過され該令中に引用さるゝ特殊の法令に依て許容さるゝの事實なりとす。 故に歳出の費消も亦租稅の賦課と等しく全く且つ唯一に國會の法令に起因するなり。

歳入の正當なる充用に對する擔保——納稅者の納めたる金を政府か必す國會の意思に從て使用することを確實に擔保するは果して何ものなるやとの疑問起るへし。

之に對しては此擔保は會計監査及ひ檢査の精密なる方法に依て設けられたりと

答ふへし。此の組織の下に在て政府は內閣とは全く獨立して一錢たりとも合法の權能に依るにあらされは出納院より支出されさらんことを監視するを以て其の任務とする官吏の許容承認なくして國庫の一片たも之を得ることを能はさるなり。而して此同し官吏は斯くして得たる金員を政府か實際使用するの方法を知得するの途を有し且つ若し法律の許さゝる支拂あり、又はありと認むるときは之を國會に報告するの責務を負へり。

此國會か會計を監督するの中心と成り居るものは監査及ひ檢查長官とす。是れ內閣とは全く獨立なる高等官にして政治には全く參與することを得す。何となれは衆議院及ひ貴族院の議員たることを得されはなり。該長官は其次官——監査及ひ檢查次長——と共に王の國璽を鈐せる辭令を以て任官せられ、任期なくして之を免するは唯國會兩院より申請ある時に限れり。而して該官は出納院及ひ檢查院の長たり。故に一人にして往時別個の人に屬せし二個の資格を併有するなり。即ち國庫金支出の監査官にして國庫會計の檢查官たり。故に該官は讀者か其腦裏に於ては明かに區別し置くへき二個別殊の職掌を有するなり

監査の任務として監査長官は其屬僚の補助に依り彼の出納院の分として英蘭銀行に保管する國家歲入の支出の全部を監視して適法の根據なき、即ち國會法令の規定に依らさるの支拂なからしむるの責あり。

此監督は容易に行はるゝなり。何となれは大藏省(英蘭銀行より引出す金員は總て此省を經)政費支拂の爲めに金員を引出さんとするには該省は定まりたる所要の金額を英蘭銀行の官金中より拂出すを許可せんことを監査長官に向て請求せさるを得されはなり。

大藏省の爲す支拂は前既に示したるか如く、例へは國債の利子を支拂ふ如き術語的に「國費資金支辨(コンソリデーテッド・ファンド・サービセス)」と稱するものに屬して永久法令に據るものと、又例へは陸海軍費を支拂ふか如き術語的に「充備金支辨(サップライ・サービセス)」と稱するものに屬して年々の國費充用令に據るものとの二途とす。

右孰れの場合に於ても監査長官は必要なる債權を許す前に其請求の基く所の法令の明文に據て之を許可するを得へきを確めさるを得す。且つ又該官は英蘭銀行より官金を取出すに必要なる一切の形式手續の充分に盡されたるを確めさる

べからす。之を惜む迄は請求金額に對する債權を許すを得す、又實際之を許さゝるべし。而して此債權の得られさる間は所要の金員を英蘭銀行より取出すことを得さるなり。

讀者多くは監査長官より債權の許可を得るの手續は單に一の形式に過きさるやの感を起すへく、且つ吾人は此許可は常例容易く與へらるゝものと思惟して可ならん。然れとも形式は法律に違ふことに於て毫も利益を有せさる官吏に金員の引出に關する政府の最も微細なる犯則をも豫防するの機會を與ふるなり。政費に拘制を加ふる監査長官の權力は奇異にも比較的近代に於て極端に達せられたり。千八百十一年に英國は佛國と交戰中にて國王は發狂し攝政設置案は尚ほ未た通過せさるに際し、海軍費として一百万磅を要し政府は之を要求したるに現今の監査及ひ撿査長官の職務に稍々相當したる官職なる當時の出納院撿査長ロードグレンヴィルは英蘭銀行に必要の命令を發することを拒み、隨て彼の百万磅は國會か既に承認したるにも拘はらす之を引出すことを妨けられたり。公か拒絕の理由は公は國璽若くは玉璽を鈐したる令書を得さりしと云ふに在り。而して玉璽を鈐せる令書の發布なかりし事由は國王は親署し能はす、親署なきか故に玉璽書記官は彼等は其宣誓を守もれは玉璽令書を製するを得すと認めたりと云ふに在りたり。實際の狀況は世に知れ亘り居れり。金員は國會既に之を承認し且つ國王の令書を發するに就ての違則は單に形式的に止まれり。然れとも法律を重ずるの官人——自身內閣に列し居れる人——はロード、グレンヴィル及ひ玉璽書記官の正當なりしとを唱道したり。此不便且つ今日の讀者の目には不道理なる法律的小心の斯く現出したるは疑ふらくは其裏に政略を掩蔽したることは少からさるか如し。ロード、グレンヴィル及ひ其同志にして若し內閣か攝政設置案を急くことに熱心ならさりせは出納院は恐くは侵し難く見へたる彼の形式上の困難を切拔けるの手段を得たるなるへく、當時ロード、グレンヴィルは出納院撿査長としてよりは寧ろ一個の政黨の主領として動作せりと云ふも強ち不道理なる疑にあらさるなり。併し此事は兎まれ角まれ千八百十一年の討議は監査長官は其意見に依り何時も官金に關する違則處分を禁遏することを證明するに足るなり。

監査及檢査長官は檢査官たるの任務として一切の國費精算を檢査し毎年國會に向て前年の會計に就き報告を爲すことを掌れり。充用令に依る諸費の精算は毎開期の初に於て監査長官豫て國會か國費に配當したる額を示して之を衆議院國費精算委員――精算調査の爲めに設けたる委員――に提出す此委員の調査は決して單に形式的又は等閑なる檢閲にあらす。讀者若し委員の報告を一見すれは二磅の少額に當る些細の支拂にても不正の觀あるものは委員會に於て充分に審議さるゝとて知るへし。委員討議の結果は國會への報告中に刊行さるゝなり。會計に關する此監査及ひ檢査組織の結果を概括するに英國に於ては國費の明瞭なること他國會計の到底企て及はさる所にして、國庫歳入は一片たりとも悉く國會法令の規定に據るにあらされは之を支出することなし。

外國の批評家或は問はん、監査長官の權能は如何にして通常の政務運轉と兩立するや、要するに彼の千八百十一年に起りたるか如き困難の斷へす再演されさるは何に由るやと。

概括して之に答ふれは英國の高等官吏殊に政治の範圍を脫し居る官吏は政務の運轉を妨くるの希望若くは其誘引を持たす、彼の千八百十一年に於ける出納院檢査長は貴族にして政治家なりしことを記臆せよと云はんのみ。之を更に專門的に答へんに監査長官か其偏癖心より又は黨派心より正當の理由なく金員引出の承認を拒むか如き弊を防く爲め法律上二個の防遏手段あるなり。第一に監査長官は國會兩院の申請に依りて其職を免せらるゝことあり、第二に高等法院の命令を以て監査長官をして其職務を正當に盡さしむることを得るの場合あるへし。有力なる法律家の提出に係る此第二の手段は未た曾て實際に之を試みたることなく、又多分將來も其機會なかるへし。然れとも行政官か國會の承認したる金員を得る爲めに法廷の助力を求むる場合もあるへしとの事は適ま法律が嚴密に國庫金の支出を管理することを證明す。即ち他語を以て之を言へは國庫金支出の正否は結局國會法令の意義に對する裁判官の判決に依ることあり得へきことを證するなり。

第十一章　大臣の責任

大臣の責任なる語は二個の全く殊別なる意義を有するなり。

通常の言語文章に於て大臣の責任と云へは其國會に對する責任、即ち若し大臣等衆議院の信用を繋く能はされは其職を失ふの謂なり。是れ法律と直接の關係を有せさる憲法的假法に屬する事項なり。

大臣の責任なる語を嚴正なる意義に用ゐるときは各大臣か其參與したる國王の行爲に就て負ふ所の法律上の責任を指すなり。

此責任は法律上の事項にして左の根據に基けり。英國の法律中には他國の憲法中に多く有るか如き、凡そ國王の行爲は必す大臣を經て行はるへく且つ國王の命令は其通例の如く文書を以て發せらるゝときは必す主任大臣の副署を要すとの明文あることなし。然れとも實際此規則は存するなり。

國王の行爲は其國王の行爲として認められ、法律上の効力を得るには通常大臣を經て行はれ、又は國璽若くは玉璽の如く大臣の倘藏する印璽を以て行はれさるへからさるなり。是を以て國務大臣は國王の意志を內外諸部に輸するの通路なり。

國王の親署に効力を生するには少くとも國務大臣の一人は之に副署せさるを得す。宗教界及ひ國會に於ける國王の天職は此守衞の下に辨理せらるゝなり。國王の親署せる公文書には必す一國務大臣の署名を添附し、其大臣は國王の所爲に就て責任を負はさるへからす。

又署名を要せす單に御璽玉璽國璽等の如き印璽を鈐して發せらるゝ命令少からす。賜與を爲す場合其他多くの場合に於ては此等の印璽を數個鈐することあり。而して此等の印璽は皆其保管の有司を異にし之を保管する大臣の裁可あるに非されは之を鈐することを能はす。其結果例へは諸般の賜與を爲し命令を與へ條約に調印する等の如き法律上効力を有する行爲には少くも一大臣往々數大臣參與する也斯く國王の意志を表白することに參與したる大臣は其關係したる行爲に就て法律上責任を有し、國王の命に據て動作したりとの口實を以て其責を免かるゝことを能はさるなり。今國王の行爲不法なりとせよ。之に關係したる大臣は直に裁判所に於て刑事又は民事訴訟に附せらるゝの責あり。或る場合に於ては其不法を懲す法律上の方法唯彈劾に依るの外なきことあるは事實なり。然れとも彈劾其

ものも亦唯稀なりと云ふのみにて一の認められたる法庭即ち國會の高等法庭に於ける正則なる訴訟の一方法に外ならず。彈劾は近く千八百五年に行はれたれも、先つ今日は廢滅したりと云ふを得ん。然れとも彈劾に依り大臣の責任を強制する方法の今日に廢されたる原因は一には今日の大臣は彈劾を以て適當なる救治策となすか如き種類の罪惡に就ては之を犯さんとするの誘引物をさへ有せさる位置に居ること、一は今日は彈劾の期する所の目的は多くの場合に於て通常裁判所に於ける訴訟に依て更に好く之を達するを得るに在るなり。そは兎に角吾人の忘るへからざるは左の一點なりの。今日に於ては國王の行爲は總て大臣を經且つ國務大臣又は大法官の如き大臣の參與を要する所の定まりたる刑式に據らさるへからす。而して之に參與したる大臣は其參與したる行爲の合法なるへきことに就きては獨り德義上のみならす法律上其責に任せさるへからすとは確定不動の法律なり。故に間接に併し確實に國王の各隷屬及ひ隨て國王其人の行爲は國土の法律の管理中に置かるゝなり。國會的責任の外別に法律上の責任ありて大臣の行爲は下班諸官吏の行爲と等しく法律の支配を受け居るなり。

第十二章　法律の支配と Droit Admnistratif の對照

多くの國殊に佛國に於ては國家の臣民も官職を奉するときは其資格に就ては國の通常法律の軌範を脫し通常裁判所の管轄より離れて官吏の施行する特別なる法律に服すること少からさるは前既に之を述へたり。此所謂行政律の組織は總ての英國風の觀念と反對にして對照的に英國憲法の根本的特色たる彼の法律の支配と云へる事の意義を充分に說明するに足るなり。故に學者彼の國に依り其名稱を異にするも大陸諸國の多數に於て行はるゝ所の行政律の性質の概要を了得せんことを勉めて可なり。而して此目的を最も容易に達せんと欲せは佛國人の所謂 Droit Administratif(今假りに行政律と譯す)と稱する者の性質及其原理を觀察(爰には極めて概略に過きす)するに如かさるなり。

英語には Droit Administratif なる語に對する適當なる同義の言辭なし。最も無理なるへきも、是れ亦英國の裁判官其他法律家の知らさる所にして之に說明を添へるにあらされは殆んと解し難き語なり。

斯く行政律なる同義語の英語中に無き事は大に吾人の注意

を要するなり。名稱の欠乏は畢竟物其物を認めさるに起因せすんはあらす。英國及ひ合衆國の如く其支物の泉源を英國に取る國に於ては行政律の制度並に其基く所の原理すら實際全く認知せられさるなり。合衆國の制度中に行政律に相當すへきもの無かりし事はデユ、トークウィーユが米國共和政の諸特性を研究したる初めに當て大に彼を驚かせり。千八百三十一年に氏は書を佛國の老練なる判官モッシユル、トーウブロスウィーユに送りて佛米兩國の制度に於ける相違を說明せんとを請ひ、且彼か生國に行はるゝ行政律の根據とする概括的觀念に就き信據すへき說明を與へられんとを請へり。而してトークウィーユ氏は其敎を請ふは佛國法律中此特殊の部門に就きては自身知識の足らさるに由れりと云ひ、且此知識の欠乏は佛國法律家間に決して珍らしからすとの意をも明かに含めたり。デユ、トークヴィーユの伎倆ある法律家にして行政律の概括的觀念に就き敎を請ふの必要ありしを見れは此問題は佛國法律家の服にすら異常の性質を有する者なりと安然に臆斷するを得へく、英國人か其制度の精神及ひ傳說と全く異なりたる諸規則の性質を理會する能はさるは決して怪むに足らさるなり。然れとも斯く佛國に行はるる行政律と英國に於て今日は確定して動すへからさる法律の前には各人平等なりとの觀念との間に著しき差異あるか故に吾人爰に(勿論詳細に渉らさるも)デユ、トークウィーユの所謂佛國行政律の概括的觀念を講究するの價値を見るなり。吾人の目的は行政律の概性及ひ行政律制度の基く所の原理を知り、該制度の著しき特性を觀察し結局行政律の行はるゝか爲めに佛國官吏の位置英國官吏の位置と全く相違あるに至り且つ此制度の爲め佛國には英國人か國の尋常法律の正當なる最上權として尊重する所のものと根本的に兩立せさる現象を設定したる所以を了解せんとするに在り。

佛國官吏の位置

佛國の大家等行政律なる語に廣濶なる言辭を以て『個人臣民に對する行政部即ち行政官の關係を規定する諸規則の集合躰なり』との定義を附し來れり。チーコッヅは其行政律を論したる書中に左の如き廣漠なる語を用て之を論したり。曰く『行政律は(第一)行政の目的たる社會諸利益の守護を以て任する社會機關の組織及ひ關係を定む、而して此に社會機關と稱するは種々の社會代表者の謂にして其中國家を最も緊要なりとす、(第二)行政官の國家臣民に對する關係を定む』と。

此等の定義は明瞭を欠くこと明にして其明瞭ならざるは又偶然にあらざるなり。然れとも英國人か外國の書籍報告等より行政律の意義を演釋し得る所に依て之を叙せは行政律なるものは佛國法律の一部にして(一)總て國家官吏の位置及ひ義務(二)個人臣民か國家の代表者として働く官吏との交渉に就て有する權理義務及ひ(三)此等の權利義務をして行はれしむるの手續を定むるものなりと云はゝ最も眞に近かるへし。

英國の學生をして右の説明を最も容易に了解せしめんには行政律上の規則を適用すへき事項の類例を示すを以て便なりとす。

今假りに大臣、縣知事、巡査其他何等の官吏にても其合法の權能を超へたる行爲を犯せりとせよ。例へは警察官か內務大臣の命令に依り不正に一私人を逮捕したるか如き事起れりとせよ。此場合に於て被害者一私人の權利及ひ此權利を定むる方法は行政律上の問題なり。若し一の契約人行政の一枝部と例へは政府に物品を供給し又は官の拂下くる物品を購入する等一の契約を結ひて其契約の履行に就て又は違約の爲め政府より契約人に拂ふへき損害の賠償に就て爭論起ること

とあらは契約當事者の權利は行政律に據て定められ該法の規定する訴訟手續に依て實行(若し實行と云ふへき程のことあらば)せらるゝなり。之を要するに國家又は國家を代表する官吏に對して一私人の權利に關する問題を生する事件は總て行政律の範圍內に入るなり。

注意して佛國行政律の性質又は之を適用すへき事柄を講究する人は直に行政律なるものは畢竟現時の英國の認めさる二個の主たる觀念に基くことを發見すへし。

此觀念の第一は政府及ひ政府の各吏員は國家の代表者として個人臣民に對しては特殊の權利特權又は特典を有し、此等權利特權特典の範圍は臣民間相互の權理義務を定むるとは異なりたる原理に依て之を決定するなり。佛國の觀念に依れは一私人は國家との交涉に於ては決して其隣人に對すると同一なる位地に立つものにあらさるなり。

例へは甲なる一私人か乙なる一私人と一の契約を結ひ、乙其契約を破れば甲は乙に對し若し乙か契約を履行したるとき甲の得へきものに等しき賠償を求むるの

權利を有するなり。然るに今若し甲が政府の或省を代表する官吏丙と同樣なる契約を結ひ丙即ち事實其省か契約を破りたりとせんに、甲か政府に向て求むるの權利あるは乙に對する訴訟の場合の如く若し契約の履行されたるとき甲か得へかりし利益と等しき賠償にはあらすして單に契約不履行の爲め甲か實際破りたる損失に等しき賠償に過きす。換言すれは佛國の觀念に依れは國は契約を破るも個人不正者より痛苦を被ふること少かるへきものなり。爰に擧けたる例は百中一を取れるに過きさるか行政律の骨髓たる性質は其中に照々たり——行政律は國家の特權を保持するを目的とする法律の一集團なり。

行政律の據て立つ所の概括的觀念の第二は所謂權力か分立を維持するの必要、換言すれは政府立法部及ひ司法部の相互に他の權限を侵すことを豫防するの必要と云へることと是れなり。

吾人か此に專ら意を用る所は行政部と司法部との關係なるか佛人か此關係に就て用ある場合の權力分立なる語は動もすれは吾人を誤るへし。此語は佛國の政治家又は法律家の口に登るときは英國に於て裁判官の獨立なと云ふ語の有する意義とは全く違ひたることを意味するものと知るへし。佛國の歷史佛國の立法佛國裁判所の判決の解釋する所に依れは彼の語は通常裁判官は其職動かすへからすして行政部と全く獨立の位置に置かさるへからさると同時に、政府及ひ其吏員は(職務上の行爲に就ては)通常裁判所と獨立し或る程度まて其管轄を免かるゝものたらさるへからすとの原則を保持するの謂に外ならさるなり。「權力分立」に就き其理論の發達の沿革を追究すれは頗る趣味を感せん。此主義は明かにモンテスキユーの『萬法精理』第十一編第六章に基くものなるか二重の誤解より生し來れるか如し。モンテスキユーは此點に於ては英國憲法の原理及ひ實際を誤解せり。而して氏の說も亦行政の事柄に國會の干涉せるより起れる諸種の不便を感じたる爲め、又中央政府の權力を增さんとする獨特なる且つ傳來の希望の爲め偏見に陷りたる革命時代の佛國政治家の爲めに誤解されたるにあらされは誤用されたり。倘ほ其沿革を調ふるは趣味ある業なり。されど大西洋の兩岸に於て其發達の狀況を異にする教義の盛衰沿革を研究するか如きは吾人をして遠く目前の問題外に走せしむるなり。吾人は爰にモンテスキユーの此教義は佛國及ひ佛

國の例に倣へる諸國に非常なる影響を與へたること及び其佛國共和國の政治法律の基礎と成り居る所少からさることを注意し置くを以て充分なりとす。佛國行政律の諸特性は右二觀念の結合より來ること知り得べし。

此等特性の第一は(讀者既に知りたらんが如く)個人臣民に對する政府及ひ其吏員の關係は特別なる規則の集合躰に依て支配せられ規則は實に法律に相違なしと雖ども一私人間の關係を支配する法律とは全く異なれるものなること是なり。

又行政律の原則は法典に編纂されたることなく英國に於て吾人の訴訟例法(譯者曰く訴訟の判決に依り法律となれるもの)と稱するものに相當し隨て其欠點なると又効能なるとを論せず訴訟例法に附着する所の彼の伸縮性の分子を有するなり。而して又此等の原則は裁判官の造りたる訴訟例法にあらすして政府吏員の造れるものなり。此二點亦爰に述へ置くこと緊要なり。

特性の第二は概して言へは通常裁判所は行政律の事項には全く關係せさること是れなり。一私人たる臣民間の私權利に關する問題及ひ凡て犯罪の刑罰は文事(シヤイルト)裁判所(リビユーナル)即ち通例の裁判所の管轄内に在り。然れとも通常の裁判官は行政上の行爲即ち上下官吏か其官吏たる資格を以て爲したる行爲に就ては判決を下すを得す、裁判官は共和國大統領の發したる諸布令例へは「許可されさる敎會」に關する布令等の効力に就ても亦此等の布令を政府か施行する方法に就ても之を判決することを得す、又裁判官は爭論の起る塲合に於て公文書例へは大臣より其下僚に又將官より其部下に發したる文書の如き諸公文の意義効力をも決する能はす。裁判官は又概して一私人と政府の一部との間に結はれたる契約に就て起る問題に就き裁判權を有せす、又一私人か官吏其職務を行ふに依て爲したる不正に就き其官吏に對して提出したる訴訟に干與するの權を有せす。例へは若し乙なる騎兵士官か其長官の命令下に觀兵式塲に於て諸所を乘り廻り不注意に甲なる傍觀人を蹴倒すことあるも甲は乙に對して通常裁判所に出訴することを得さるなり。然れとも官吏職務を行ふに依り一私人に損害を與へたる塲合に被害者は通常裁判官より救濟を求むるを得すと云ふも此文は然く害されたる者例へは命令に依て處分を爲したる巡査の爲めに不正に逮捕され若くは市長の發したる公文書を以て讒誣されたる者の如き救濟の途なしと云ふの意義にあらす、又斯る意義を含

むものにあらす。通常裁判所の權力欠乏と云へることは唯公務を行ふに就て不正を爲すものありたる場合に其救濟は之を正當なる官廳即ち行政裁判所と稱する官衙に向て之を求めさるへからすとの謂に過きさるなり。

佛國行政律の第三特性は參事院を最高班とする行政裁判所之を司ること是れなり。此等の所謂裁判所は比較的近代幾分か類似司法的の性質を得類似訴訟手續を用ゆ。然れとも吾人は名稱の爲めに欺かれさらんことを要す。行政律上の事項に關する爭訟を決する公衙は裁判所と稱せられ純然たる裁判所の訴訟手續に摸擬したる手續形式を用ゆるにもせよ、此等公衙は縣參事令より參事院に至るまて總て多少官廳的即ち行政的性質を具へ皆官吏的の人を以て組織せられ行政法に關する爭訟を通常裁判所より引離すの理由として論する所既に其意を含むか如く此等の所謂裁制所は之に提出されたる爭訟を觀るに政府的見解を以てし之を決するに通常裁判官とは全く異りたる精神を以てするなり。千七百八十九年已後佛國に於ても政府に對する權利も一私人に對する權利と同樣通常裁判官の決定に附すること英國に於けるか如く爲さゝるへからすと主張されたること一回にして足らす。然れとも佛國諸派の政治家は皆國家の利害を誠實正當に考量することは行政裁判所に依頼せすんは能はすとの論據に依り斯る說を斥けたり。約言すれは官吏的裁判所は官吏的偏見あるか故に保護されたり。

司法行政二權の分立と通常行政兩裁判所の併立とは其必然の結果として裁判權限の爭議を生するなり。上長の命に依り職務を施行する巡查か僧察に侵入し察員の財產を押收し察員を屋外に驅逐したりとせんか、彼の巡查は被害者の爲めに英國法律家の侵入及ひ侵襲罪と稱するものを以て責められん。而して彼は或種の宗教上の集會を解散する布告を施行する政府の命に依て處分したるなりと抗辨せりとせよ。原告は之を通常裁判官に訴へん。斯る場合に此事件は行政裁判所に訴へさるへからさるものにあらすやとの疑問は直ちに起らん。通常裁判所は本件に對して裁判權を有せすとの異論生せん。爰に吾人は權限の爭議を見るなり。英國人の天性なるの觀念に依れは此爭議は通常裁判官之を決せさるへからす。蓋し裁判官は彼等自己の裁判權限を決定する適等の機關なれはなり。此の英人に最も天性なる見解は「權力の正等分立」なる佛國流の思想には根本的に反

對せり。何となれは此觀念は正しく布衍すれは裁判所をして行政部の本領を蹂躙せしむへく、又此觀念は革命の初めに定められ今も尙ほ他國法律の是認する彼の『行政諸部は其職務を行ふに於て決して司法權作用の爲めに煩はさゝるへからす』と云へる主義と予盾すれはなり。且つ英國人と雖も通用逮捕狀の例を記憶するものは裁判官か屢々實際行政部の處分に干渉したることを爭ふこと能はさるなり。モンテスキユーの主義の眞否は疑問に屬すと雖も若し彼の說にして正理なれは裁判官か自己の權限に就き最終の裁判を下すか如きことは決して許すへからさるや明かなり。

是に於て乎行政律の第四にして且つ本論の爲めには最も緊要なる特狀現はるゝなり。

佛國には權限裁判所即ち裁判權限の爭議を決するの裁判所有り。其專門の職務は一事件例へは侵襲罪の爲めに巡查に對して提起されたる訴訟の如き通常裁判所の權限に屬すへきや將た行政裁判所に屬すへきやを終審的に決するに在り。此事件の如き裁判官と行政裁判の評定官とは其權限に就て意見を異にすへきは必然なり。且つ讀者若しタロッア著『法律聚覽』中行政權限と題する部を一見せは司法行政二權の限界を決定するの必要斷へす起ることを知り得へし。

故に行政律の實性は佛國に於ては權限裁判所の組織如何に依て決するなり。此の裁判所は司法的團躰なるや將た行政的團躰なるや英國の批評家は此問に向て答を附するに稍や躊躇するならん。英人は佛人か英國制度の運轉を誤解し易く例へは大法官の內閣に於ける開係を見て內閣は高等法院チャンセレー部の判決を制するの力ありと誤解するか如きことあり易きことを記憶して斷定を下すに遲疑するならん。此れ外國制度を論する者には格好なる躊躇なから佛國制度の觀察者は稍や自信して權限裁判所は少くとも其司法的なる又は行政的の團躰なりと言ふを得へし。故に官吏に關係する事件に就て通常裁判所の權限を決定する其人は現實行政部の一部ならすとするも行政官的感情に制せられ國家即ち政府の利害を視ること個人の法律的權利を視るより遙かに重きを置くの人なりと謂はさるを得す。

此見解の誤まらさるは種々の點より推論し得へし。明かに多少行政的團躰なる

參事院は近代に至るまで權限爭論の最終の官衙たりしなり。且つ佛國法律家が行政權保護に偏するの强き千八百七十年に至るまで政府の吏員は總て法律に對しては各人平等なりとの英國風の思想とは全く併行せさる特典を有し通常裁判所の裁判權に對し一種の免除を享有したり。

ディユートークウィーユは左の確論と稱し得へき一節を以て佛國行政官に對して施されたる保護の狀況を述へたり。曰く、

『佛蘭西共和國第八年に當り一の憲法編纂せられ其中に左の一條設けられたり。「第七十五條凡そ大臣より下に列する政府の諸吏員か其主任職務に關する犯罪の爲めに告訴せらるゝは參事院の判決に據るの場合に限る、但し此場合に於ては通常裁判所に告訴するものとす」。此條は共和第八年の憲法廢止後に存命し國民の正當なる苦情あるに拘はらす今尚ほ之を維持す。予は其意義を英人又は米人に說明するに常に極めて困難を感したり。彼英米人は直に佛國の參事院は王國の中央に設けられ總て行政的訴訟に就き豫備的且つ稍や專制的の裁判權を施す一大法廷なりと速斷するの傾ありたり。然れとも予か彼等に設きて參事院は通例の意義に於ける司法的團躰にあらすして國王に隷屬する人々を以て組成したる行政的集會なり。されは國王は其縣知事と云へる隷屬吏員の一人に命して不正を爲さしめたる後參事員と稱する他の隷屬員に命して前者を罰することを止めしむる權力あることを示したるとき、又予か彼等に君主の命令に據て害を被ふれる臣民か救濟を得るには君主の許可を請はさるを得さることを說明したりき。彼等英米人は斯る著しき不正を信するを欲せす果ては予を以て好んて妄誕を爲すものの若くは此の事を知らさるものと爲すに傾けり。革命前には國會か或る犯罪を爲したる官吏に對して逮捕狀を發したること屢々なりしか時に其處分は國王の專制無限の意志に服從せしめんことを强制する國王の權力の爲めに停止せられたることとあり。痛しひ哉吾人は吾人の祖先に及はさること遠し。何となれは吾人は暴力を以てするにあらされは祖先に被らしむること能はさりし程の不正不法の正義と合法の假面の下に行はるゝを忍へはなり』。

ディユー、トークウィーユ氏か其後研究したる所に依り共和第八年の憲法第七十五條は古來因襲せる主義を更に嚴正なる形躰を以て再出したるに過きさるやの疑

問を生せり。兎に角該條は官吏保護に關する佛國政府の永遠の思想を表白せり。是れ廢滅憲法の一ヶ條に奇異なる講究上の趣味を添ふる所以なり。個人と國家との關係に就き英佛の觀念根本的に其趣を最にするの證を得んとならは英國憲法の摸造なりと思はれたるルイ、アイリップの君主國に於て既に佛國官吏は英國には曾て見さる又英國人民の感情一革命を經るにあらされば決して英國に設定することと能はさる特典を有したることと即ち彼等は皆通常の訴訟法に對して一種の免除を有せりとの事實充分之を證せん。

英國人には共和第八年憲法第七十五條の嘗て存在せしことより尚ほ一層驚くへきは其廢止の時期と其廢止の情況とに在り該條は執政時代、那波來翁帝國時代、復舊時代テーリヤン君主政時代、千八百四十八年の共和國及ひ第二帝國時代を經て其命脈を保ち千八百七十年九月十九日を以て反逆に依り權勢を得外冠に對して國を防禦する目下の必要あるか爲め一時政權を握れる政府之を廢したり。專ら巴里の防禦に從ひたる假設政府の佛國法律の一根本的原則を廢却するとは頗る奇なり、且つ後世此廢止處分を正當なりと認めたるも亦奇なり。革命の趨勢の爲め偶然一時政權を握るに至りたる人々か如何なる動機に驅られて斯くも少くとも外見上佛國官吏の位地を變動を生するか如き法律上の變革を遂けたるやに至りては外國觀察家の明解に苦しむ所なり。然れとも第七十五條廢止案の手輕く通過し容易く容れられたるは其改革たる實躰上の變更と云はんより寧ろ皮相上の變革に止まり、畢竟佛國官吏の位地又は佛國行政の上に左まて著しき影響を來たさゝりしに職由すと云ふものの蓋し温當なる解說なり。

是に至て吾人は行政律の存在力何程佛國官吏の法律上の位地に影響し之をして英國官吏の位地と全く異ならしむるかを了得し得へきなり。

英國官吏に比して遙かに社會の大部を占め且つ一層社會の有力なる部分を成す所の佛國官吏は英國に於ける軍人の位地に稍や類似する位地を占め居るなり。服務上の規律を犯すときは二者同しく忽ち罰せらるへしと云ふも誤まらさるを信す。然れとも佛國官吏は職務上の規律を守るへき義務を負ふこと英國軍人に同じとするも彼等は英國の軍人すら尚ほ有せさる特待即ち個人臣民に對して爲せる不正に對する法律上の處分に就て逃からさる保護を受け居れり。官吏の爲

めに害を被ふりたるもの其救濟を求めんとすれは裁判官に訴ふること能はすして行政裁判所に求めさるへからす。而して行政裁判所に於ては其主として着目すへき所は原告の被害にあらすして寧ろ被告例へは一巡査が其職務を行ひ誠實に其上長の命令を施行したるや否やに在るの傾あり。されは若し被告にして單に職務を行ひ上長の命令を遵守したりとせんか其行爲は法律違犯に渉るも必す放免せらるゝものと臆斷して可ならん。此臆斷に基くにあらされは吾人は千八百八十年三月二十九日の有名なる布告を以て解散されたり「許可されざる敎會」の會員が官吏に對して提出したる數多の訴訟を通常裁判所の權內より取り去らんことを勉め、且つ之を遂けたることを了解し能はさるなり。吾人は尙ほ概括的に結論して佛國の法制に在りては惡意を混へすして長官の命令を施行する政府吏員は之をして其行爲に就き通常法律の責務を負はしむること能はすと云ふを得へし。官吏は行政事務に從事するの故を以て通常裁判所の裁判を免かれ又た訴へられたる事柄が其職務執行の爲めに起りたるの故を以て服務上の責罰を被ふるの憂なきなり。

已上述へたる外尙ほ是れまて混雜を避けて述へさりし一項を加へさるへからす。そは佛國の法制は一種不明なる國家の行爲と稱するもの即ち國事保安高等政治國家安固等の事項として政府の行ふ行爲を認むるか如し。而して此種の行爲は行政裁判所の管轄にも亦他の各種の裁判所權限にも屬せさるなり。例之犯罪者相互引渡の問題に於て佛國臣民にあらさる人に對しては佛國政府は其意志に任せ自由に之を處することを得へく、又佛蘭西國境外に放逐すへきことを以て威赫され若くは驅逐されたる他國人は佛國中に保護又は救濟を求むへき法廷を得さるへし。佛國行政部は憲法に依り國の法律に反對なると云はんより寧ろ之れに超越したる「特權」――他に此思想を良く表はすの語なし――を有するなり。

佛國に於ける行政律か國事に就て行政部に附せられたる權能と共に通常裁判所の權能に加ふる制限の確實なる度合に至ては到底外國人の碓言し能はさる所なりと雖も、兎に角此等の制限は既に論したる如く多くの塲合に於て甚た峻嚴にして裁判官をして官吏の一私人に對して爲したる不正にして現實犯罪に至らさるものは之に對して裁判を下すことを得さらしむるに足れること疑ふへからす。

斯く裁判所の權限を狹はむることは英人の考には司法部全躰の道德上の勢力を減殺し佛國司法部をして英國の法院か國事に間接なから有力に干渉するの爭ふべからさる權力に依て得たる程の威嚴を保持することを得さらしむるの結果を生せさるへからす。通用逮捕狀を斥けたる判決——是れ逮捕に關する佛國の法律か如何なる狀態なるも今日決して佛國の裁判所か下すことを得さる判決なり——は臣民の自由を保護すると同時に高等法院の名譽を非常に高めたり、英國の裁判官も若し國王の特權又は政府の處分權に干涉したりと訴へらるゝ時は必す或る行政的團躰の爲めに貴族院の判決と雖も無効に歸せらるゝか如き虞あらんには今日彼等受くる所の畏敬を持續することと困難ならん。權力分立なる敎義は佛國の解釋に依れは行政部との衝突に於て裁判所の權力皆無を義とするか如く英人には見ゆるならん。之れ或は然らすとするも通常臣民の義務に對して官吏を保護するの旨意なることは確實なり。

今試に行政律制度の下に立つ佛國官吏の位地と英國吏員の位地とを對照せん。近世の英國人間には佛國に於て行政律制度を造出したるか如き政治上の敎義は全く知られさるなり。英國の法律には國家又は寧ろ國王若くは其吏員と個人との間に爭議の起りたる時に政府の利益を特に重すへしとか又は其吏員の職務上の行爲は幾分か特別の保護を要すとか云ふ如き觀念は殆と其形迹を留めす。英國法律は又佛國の解釋するか如き意味の「權力分立」なる敎義の保護することなく通常の裁判所は常に行政部の行爲を拘束し且つ身躰拿束狀を發し或は其他の方法に依り實際國王及ひ吏員の處分に對し嚴正なる監督を行へり。

去れは近時の英國に於ける官吏は其職務上の資格に就ても特殊の法律に從ひ特種なる裁判所の管轄に屬することなく、官吏は政府の爲めに使用され其の業務に對する俸給を受くるに過きすして外國人の所謂官吏的執政體の如きものを組織することあらさるなり。

官吏を特別裁判所の裁判に附せさることは全く不便なきにあらす。官吏甚しく其責務を破りたるときに之を罰することを得さる場合尠からす。一官廳の寫字生にして重大なる外交上の秘密に涉る文書を新聞社に賣ることあらんか、之れより甚しき責務を破ふるの行爲は殆んと想像し能はさるなり。然れとも此場合に

於て犯罪者を罰するの方法あらさるなり。或は秘密通信を書したる用紙を竊取したる廉に依り竊盜罪を以て訴へらるゝことあるへし。然れとも被告は實際行はさる犯罪の爲めに審問さるゝなり。何となれは彼か實に爲したる惡行は一個の刑法上の罪を構成せされはなり。而して斯の如き被告は充分に放免を期することを得へきなり。斯く英國の官吏は其職務上の義務を破りて法律上の罰を免かるゝことあるも一私人に對する不正の爲めに起る訴訟に就ては國王に使ふるものたるとの事實は毫も官吏を保護することなし。誠實に上長の命令を遵守したるなりとの事實は其の職務を行ふに當り最も下賤なる一個人の權利を害したる屬僚をも保護せさるなり。官吏と雖も他の諸人の如く其行爲に就ては裁判所に向て自己其の責に任せさるへからす、而して讀者記臆せよ其裁判所の判決は陪審員の下すものたることを。

此の點に就て吾人を益することは將に出帆せんとする船舶を抑留したる爲め農商務局の官吏に對して提出されたる訴訟を考査するに過くるもの盖し稀なり。千八百七十六年の商船條例に據り該局は船舶の航海に堪へさる狀態にて人命に甚しき危險を冒すにあらされは航海することを能はさるものを抑留すへきことゝなれり。多數の人は該局の吏員は惡意を混へすして誠實に法令の規定を施行する間は決して船舶の所有主より訴訟を受くるの掛念なしと思ふならんが是れ決して然らす。該局及ひ其吏員は訴訟を起され且つ其訴訟の成効したること屢なり該局及ひ局員の惡意若くは懈怠なりとの非難を受けたることあり、然れとも該局は行政機關たる資格を以て處分したりとの事實は以て該局を保護するに足らす、又局の命令に依て施行したりとの事實は其局員に對する訴訟の抗辯とは成らさるなり。且つ些少なりとも條例の明文に違ふこと——最も些細なる形式の不履行等——あらは其船舶抑留に關係したる大小の官吏は皆不正者と爲さるゝの危險あるなり。

此の訴訟に於て結局判決の基礎となる問題は其の船舶の抑留を要する有理の原因ありしや否やに在り。而して此の問題を決する者は職務を行ひ人命を保護するに熱心なる檢査官の熱心に對するより寧ろ或は不正に留められたるやも計られさる船舶所有主の損失に對して同情を表する傾向ある陪審員なり。其結果商

船條例の規定は航海力なき船舶抑留に就きては無効となれり。裁判所及ひ陪審員は政府に反對なる偏見を有せり。抑留船舶に關する訴訟に於ては一の專門的問題が其事柄に就き多少の知識ありり且つ偏頗ならさる人々より其事柄に就き無識にして偏見ある人々の決斷に委せらるゝ姿なり。且つ政府は公共の利害の外に目的なきか故に自己の利益の爲めに訴訟の對手となるは素と眞正の位地にあらさるなり。此等の點は注目を要するなり。何となれは此等の事柄はディユードクウ井ーユの如き政治上の事に就ては英國風の思想に傾きたる政治家も尙ほ行政上の爭議問題は行政裁判所に附せさるへからすとの念慮に執着する所以を說明すへけれはなり。英佛兩國の法律が各其國の官吏に附したる位地の異同より生する實際の結果及ひ兩國制度の得失如何に就ては吾人爰に深く意を留むるを要せす、各學生の特に記臆すへきは佛國の行政律は英國現在の憲法中に含める觀念とは相容れさる政治上の主義に基き法律の正當なる至高權即ち支配と云へる事に關する近來の英國思想と矛盾すとの一點に在り。

大陸諸國に現今行はるゝ觀念と對照して反對の思想を示すものは、近來の英國思想なり。何故に近來の英國思想と對照するやの理由は爰に一言を要するなり。歷史上左まて古からさる時代に英國に於ても佛國の行政律の泉源となりたる敎義に酷た相似たる思想の一般の人心を支配するまてにあらさるも慨に廣く行はれたることあり。

且つ等しき思想は勢ひ等しき結果を生し一時は今日吾人か行政律と稱するか如き制度の永久に英國法制の一部と成るへきやの趨勢ありたり。蓋しチユードル家の即位よりスチユーァート家最後の排斥に迄るまての間國王及ひ其吏員は佛國人民が種々の形に於て採用し來りたる主義と本性相似たる政治上の意見を維持し、且つ之を實行し、多少其目的を達し又多少人民の嘉納を繫きたるか如き以て其證と爲すへし。スチユーァート家諸王の個人的失敗と政治宗敎の混同より生したる錯雜とは十七世紀の政治上の爭論に依りて生したる法律及ひ憲法上の問題の性質を掩藏するの傾きあり、單に法律上の見解のみに着目して觀察する法律家は一方に於てベーコン及ひウエントウヲース他方に於てコーク若くはエリヲットの如き政治家の間に起りたる爭議の論點は大陸流の强硬なる行政部を永

久英國に設定すべきや否やにありたりと論せんとするの傾きあり。ベーコン及其派の人々は國王の權力を增加せらるゝことは專制政治を生ずる危險あることを等閑に附したるや疑なし。然れども國王特權の辨護論者は臣民の自由を犧牲にし若くは通常の私權利を縮めんことを期したるにあらさるべし。彼等はコークの保守的尊法主義より起る弊害と及ひ國家の主長として有力なる個人及ひ種族の利己心を制するの權力を國王に與ふるの必要を感したれは行政律の主義が外國の行政部に附したるか如き權力を政府に與へんことを欲せり、去れは十七世紀の王權論者が主張したる議論又は其辨護したる制度中には佛國行政律の各形狀に相當する奇なる類似の現像あるを見るべし。

ベーコンか種々の譬喩躰を以て論述したる國王の特權は通常法律を超越し其の以外に立つへきものなりとの主義は、彼の高等政治に就ては行政部は裁判所の管理する能はさる裁量權を有すと云へる外國の教義に類似す。『裁判官は「獅子」なるへきも王位の下に立ち王權を妨止し又は之に反對することなきに注意するの「獅子」ならさるへからす』と云へる有名なる格言は奇異にも佛國革命時代の政治家か

構成したる裁判官は如何なる事情あるも行政部の處分に干涉すへからすとの原則を豫言したるものにして、若し之を論理的に敷演するは各行政處分即ち英國の名稱を用ゆれは國王の特權に基きて行ひたりと稱する處分を通常裁判所の權限外に置きたるならん。星廳及ひ參議院の權力漸々增進して國王の特權に關して一般に唱へられたる主義を實地に行ふことゝなれり。然るに此等の法廷は實に行政府の一部にして之を佛國の參事院若くは他の行政裁判所に比するも妄想にはあらさるなり。且つ彼の有名なる共和八年憲法第七十五條に對する比類も亦なきにあらす。即ちベーコンか一種の令狀の方法に依り國王の利益に關する訴訟は裁判官をして裁判せしめさるの法を設けんと主張したる論文中に此の比類を見るなり。ガーディナー氏曰く『若しベーコンをして其目的を達するを得せしめたらんには此の令狀の作用は佛國の數時代の憲法中にある政府の吏員は豫め參事院の承認あるにあらされは其職務施行上爲したる行爲の爲め之を通常裁判所に召喚することを得すとの規定に幾分か類似する結果となりたらん。英國の制は國王親から害されんと假定せらるゝ場合に止まりたれは佛國の如く其適用の

區域は廣からさりしならんと雖も其基く所の主義は等しく不眞なりしならん』と。且つ此の主義は無限にして之れを擴張し得へかりしなり。而してベーコンは既に之を覩破せり。彼れ國王に書を呈して曰く『此の令狀は利益又は權力上陛下に關係を及ほすへき訴訟を通常裁判所の權限より移し、英國大法官をして其通常の司法的職權を以て之を審問裁判せしむる爲め英國古來の法律の設けたる一手段なり。而して陛下の大法官は君主國の主たる顧問及ひ機關にして直接に國王に隷屬す。故に主權の安然にして親愛なる守護者たらんと』と。ベーコンの改革にして若し實行されたらんには行政上の爭議は行政的團躰之を決せさるへからずとの行政律の根本原則を英國に確定實行したるならん。

今尙ほ大陸に行はれ居る行政的觀念と十七世紀に於て英國國王の保持したる特權の思想と相似たる所あるは講究上頗る趣味あり。多くの佛國人の大革命若くは第一帝政時代の政治の創意に成れりと想像する行政的觀念は多く佛蘭西君主國の傳說習俗より發育し來りたるものなること殆と疑を容れす。又チユードルスチユアート諸王の强硬なる政府を設けんと企てたるは何程外國の事例に起因するやを講究するは趣味ある問題なり。然れとも是れ歷史家の問題に屬す、法律家は單に佛國の歷史は英國の堂固なる行政府を設立せんとしたる事業の一部は成就したるも終に失敗に歸したる原因を明かにするの料となることを述へ置くを以て滿足して可なり。此の事業の幾分の成效を見たるは佛國の君主をして終に專制的君主たらしめたる事情と同樣の事情が十六世紀より十七世紀の一部に至るの間英國に於て國王の勢力を增進するの傾ありたるに因れり。又此の事業の失敗に終はりしは幾分はスチユアート家の個人的不能力に歸すへしと雖も主として行政律の制は之より已前永く英國諸制度の根本的特性たりし法律の前には各人平等なりとの習慣に全然反對なりしに由るなり。

第十三章　國會主權と法律の支配

國會主權と法律の至高權――英國憲法の全部に瀰蔓する二主義――とは互に反對の地位に立つか若くは互に相對稱する二個の勢力なるやの觀あるべし。然れども是れ外觀のみ、其實決して然らず。一方には國會主權は他の形狀の主權に對比すれば法律の至高力を助け他方には英國の諸制度の全部に普及する嚴正なる法律の尊嚴は國會主權の施行を促かし隨て其權力を增進す。國會主權は國土の法律の至高權を助く。其然る所以は主として英國國會と他の主權とを區別する英國國會の二個の特性に在りとす。

其第一は國會(國王、貴族院及ひ衆議院より成る)の諸命令は其三要素共同の作用を經るにあらされは之を發表すること、を得す、隨て正式討議的立法の形躰を具へさるへからさるに在り。即ち國會の意志は國會の法令に依てのみ之を表白することを得るなり。

此事たる決して單に形式上の事柄にあらす實際上最も大切なる効果を有するなり。此事はルイ十四世那波來翁一世若くは那波來翁二世の如き專制君主か勅令若くは布告等を以て法律の本領を侵し又佛國の諸種の民會殊に有名なる聚議會か急劇なる決議を以て法律を蹂躙したるか如き事を豫防せり。國會は國會の法令を以てのみ其意志を表はすとの原則は大に裁判官の權力を增加す。法案一度通過して制定法となるときは直ちに司法的解釋を受くるの塲合を生す。而して英國の裁判所は常に少くも理論上國會法令を解釋するは必す其明文に從へり。英國裁判官は各院の決議又は討議中に起りたる出來事(裁判官の職務上知らさる事柄)又法案か其始めて國會に提出されたる時より國王の承認を得るに至るまての間に經たる修正に至るまて一切之を見ることなし。總て此等は英國法律家には當然に見ゆる事柄なれども大に外國の法律家を驚かすへく制定法の司法的解釋をして稍や狹からしむるや疑なし。然れとも其(既に前に示したる如く)裁判官の權力と法律の固定とを助くることと勘なしとせす。

前に陳へたる特性の第二は英國國會は革命の時を除くの外未た曾て國會たるの資格に於て直接の行政權を施行したることなく、又行政府の官吏を任命したるこ

ともあらさることと是れなり。

近代衆議院の實際主相及ひ他の内閣員を指名推薦するの權利を得たるや疑なし。然れとも衆議院の此權利を得たるは歷史上甚た近代のことにて且つ其權利は極めて間接に行はるゝなり、去れは此權利の存することは國會兩院は直接に國家の官吏を任免せすと言ふを妨けさるなり。又現今と雖も貴族院も衆議院も亦兩議合同するも武官、警官收稅官等に直接の命令を發するを得す。國家の諸官吏は今も尙ほ名義に於ては彼の「國王の吏員」なり。而して爰に深く注意すへきは國會か政府吏員に對する位地は元來「國王の隷屬吏員」の全く國王の權力即ち自然國會の猜忌と警戒とを惹起せし權力に隷屬したりし時代の思慮感情に依て定められ今尙ほ此思慮感情に依て制せらる。

是れか爲め皆間接に法律の至高力を保持する傾向あるの結果を生す。英國の國會は主權を有すと雖も彼の窗に立法者たるのみならす又同時に統治者即ち行政府の主長たる有主權君主とは其趣を異にし、法律の正道を擾亂するの手段として行政府の權勢を用ゆるか如きことを爲し得さるなり。且つ英國國會は官吏をして通常臣民の義務又は通常裁判所の管轄より免かれしむることを忌み嫌へり。要するに國會主權は行政律の發育には大害ありしなり。終後に他の主權者か自然行政官の行爲を保護するに傾く如く國會は裁判官の獨立を保護するに傾けり。併しなから司法の獨立に關する國會の顧慮は原理より推究して當に止まるへしと豫期し得へき點に於て止まれり。嚴正に云ふときは裁判官は免官し得へからさるものにあらす、彼等は兩院の申請に依りては其職を免せらるへし。國會は裁判官の位地をして國家兩院を除くの外國家の諸權力に對して獨立ならしめたるなり。

今予か說きたる英國國會の特性たる今や歐洲大陸に在る代議會も多くは亦固より之を有すへしとの思想或は讀者の腦裡に起らん。例へは佛國の國民會の如き皮相上頗る英國國會に似たるものあり。然れとも該會は異なりたる精神に依て制せられ多くの點に於てボルボン家君主政又は那波來翁帝政の相續者なり。該會は明かに行政の細事に干涉するの傾あり。通常裁判官の獨立又は權力に對して特に保護することなく佛國人か其國には適當したる——蓋し眞ならん——制

度なりと思へる行政律の制に對し嫌惡の情を表することなく英國國會の古來曾て國王若くは其吏員に與へし程の廣濶なる行政權及ひ立法權をさへ政府の手中に委し置くこと明かなり。佛國に就て論する所眞なるを得ば其形躰を變すれは多くの他の大陸國例へは瑞西普魯士等の如き諸國にも之を適用して眞なるを得へし。英國に發育したるか如き國會主權は法律の至高力を助く、然れとも是れ現今代議即ち國會政躰を有する國に於て悉く然りと謂ふへからさるや明かなり。法律の至高權は國會主權の施行を促かす。

法律強硬不撓なるか爲め行政府の行爲を拘束(時に或は公共の不利勘からさることとあり)すること屢々あり。而して政府か裁判官の解釋に依る嚴正なる法律上の窮屈なる規定を避けんとすれは法律か國王に與へさる裁斷權を國會に請ふて得るの外地に途あらさるなり。謂者注意して斯る裁斷權の必要あるか爲め例外特殊の立法處分の行はるゝ摸樣を觀察せよ。今日の如く人生繁雜なる時に於ては時々專斷權を用ゆるにあらされは如何なる政府も騷亂又は交戰に際し國內の平和を維持し又は外國に抗して其責務を盡すこと能はさるなり。例へは國內に騷擾あるに際しては獨り反徒を罰するのみならすして內亂に關係ありとの嫌疑あるものをも逮捕せさるへからす。又若し外國の革命黨廣く國內に敎唆することあり。斯る場合に行政官か外國人を放逐し能はされは治安を維持すること殆と難し。又二個の外國互に交戰するか又は內亂の爲め一方國二部に分かれて相敵對するか如き場合に國王に英國內の同情者か交戰者の一方を助けんとする企圖を敏捷に防遏する合法の權能あるにあらされは英國は中立國たるの義務を全ふするを得さるへし。又如何なる惡人も英國に逃去するときは其犯罪に對して免除を得るの故を以て若し外國か其國の盜賊又は殺人者を罰することを妨けらるゝか如きことあらは英國は大に外國の感情を損せん。然れとも若し英國行政部にして佛國若くは獨國の犯罪者を其本國政府に引渡すの權力を有せされは右の結果を生せさらんとするも得へからさるなり。故に英國行政部は裁斷力を施行するの權理を要するなり。然れとも裁判所は苟くも人身の自由に關係ある場合には政府か裁斷權を施行することを一切防遏せさるへからす、又實際之を防遏するなり。國王は制定法に依るの外假令ボーロー ンに於て一家族を殺害し、且つ其

日直ちに鮮血淋漓たる佛海峽を横切りドーヴァーに着したる殺人者なりとも一切外國人を英國外に追放すること能はず。故に行政府は必す國會の助力を仰かさるへからす、而して此助力は必す與へらるゝなり。外人條例は騒擾の時に外國人を國外に驅逐するの權を行政部に與へ外國入兵籍條例は政府をして外國に於ける爭鬪に關係し又は外國の交戰者に武器を供給するを止むることを得せしむ。犯罪者引渡條例は政府に與ふるに英國をして外國罪人の逃避所たらしめさると同時に開明世界全躰の利益たる犯罪撲滅の爲め外國と共動するの力を以てす。且つ法律の強硬なるが爲め國會の干渉を促すの事例は尚ほ此に盡きさるなり。內亂又は外寇の時に當ては法律の尊嚴其者の爲めにも時としては法律上の規定を破らさるを得さるとあり。此場合に政府の取るへき處分は明かなり即ち政府は法律を破りて赦免令の保護に依頼せさる可らす。此類の制定法は(既に說きたるか如く)國會主權の最後最高の作用なり此法令は不法を合法と爲し第十六及ひ十七世紀の政治家を苦しめたる難問、即ち如何にして法律の保持及ひ國會兩院の權力と危機に際しては、孰れかの形狀に於て各開明國の行政府か施行せさる可ら

さる所の裁判權とを兩立并行せしむへきやの問題に實際の解釋を附するなり。」

此の解說は或は單に形式的の解說なり、又は單に國王の特權に代るに國會の專制權を以てするに過きすと評せられんか之れ大に誤れり。英國行政部の專制權は必す國會の法令に從て行はさるへからすとの事實は政府をして其最も廣大なる權能を有する時に於ても尙ほ且つ裁判所の監視の下に立たしむ。凡そ制定法に依て與へられ若くは許されたる權力は何程異常なりとも決して實際無限なることなし。何となれは先つ法令其物の行文の爲めに限られ又更に裁判官の附する制定法の解釋の爲めに限らるればなり。國會は最高の立法者なりと雖國會か既に立法者として其意志を發表したる其瞬間より其意志即ち法令は裁判官の解釋に從ふものとなるなり。而して裁判官は通常法律の一般の精神に制せらるゝと同樣に又文官の思念をも有するか故に通常の法律原則に例外なる法令を解釋するや官吏の團躰又は國會兩院か之を解釋するや其趣を異にするの傾向あるなり。外國殊に佛國に於ては行政的觀念——古の專制君主國より傳來したる思想——の爲めに裁判官の權力制限せられ之か爲め幾分か其思想を制せられたり。英國

に於ては司法的觀念却て行政府の行爲を變改し其思想を制したり。孰れの道よりするも吾人は國會主權は法律の支配を助長し、法律の至高權は國會主權の活動を促し國會主權の施行をして尊法的精神に據らしむとの結論に達するなり。

第三編　憲法的法律と憲法的假法の關係

第十四章　憲法的假法の性質

此書の緒言中に憲法的法律と憲法的假法との別を詳說し、「憲法的法律」は裁判所の強行し又は承認する所の規定より成るものにして正當なる意義に於ける法律の集團を組成し、「憲法的假法」は裁判所の強行又は承認せさる習慣慣例格言敎戒等より成るものにして法律の集團を組成せす、寧ろ憲法的又は政治的倫敎の集團を組成するものなることを示し、且つ法律學の正當に目的として研究すへき所は憲法的法律にして憲法的道義にあらさることをも論したり。此見解に從て之れまて專ら讀者の注意を促したるは英國憲法に溺蔓し居る二個の原則即ち國會の主權と法律の支配なる二原則の意義幷に應用に在りたり。

然れとも法律家たる者歷史家若くは政治家の心を占領する所の憲法的合意の性質に就き幾分か注意せすんは英國憲法の法律的部分をも充分に了解し能はさるなり。少くも吾人は憲法的法律と憲法的假法の關係を知悉せんことを勉めさるへからす。而して此の研究を爲す人は直ちに發見するならん。彼は吾人か是れ

まて既に入れる道を一歩進むに過きすして英國政治に其特色の全部を與ふる所の彼の法律の至高權なる現象の最終にして最も著しき場合を發見するの途に在ることを。故に是より已下本書の目的とする所は憲法中の法律的元素と假法的元素との關係聯續を明瞭ならしめ此關係を知れは憲法律に屬する種々の小問題自から知了さるへきことを示さんとするに在り。

左の二問題に對する答說を得は此目的は達せられん、曰く憲法的假法即ち合意の性質は如何憲法的假法に對する服從を强制する力即ち(法學上の語にて)「制裁」は如何、此等に對する答說は自から予か既に述へたる小問題に向て光を放たん。

英國近時の憲法的道義を組成する假法の著しき特性外觀に就てはフリーマン氏最も能く之を叙せり。曰く、

『今や吾人は政治的道義の一躰系即ち公人を指導する敎戒の一經典を有す。此等敎戒は制定法又は普通法中に決して之を見ることなしと雖も實際に於ては大法典又は權利請願中に顯はれたる諸原則と殆んと同樣に尊重せらるゝなり。要するに吾か成文律の傍に不文即ち假法的憲法發生したるなり。英人か一公人の行爲に就き合憲又は違憲なりと云ふときは或る行爲を合法又は違法なりと云ふときとは全く其意味を異にす。衆議院嘗て時の內閣諸大臣は該院の信任を有せす。故に其職に留まるは憲法の精神に違ふと宣言したる案を一大政治家の動議に依り通過したることあり。數代の間公人の據り來りたる因襲的原則に依れは彼の決議の正當なるや爭ふへからさるなり。然れとも斯の如き敎義を英國成文律中に索むるも決して得へからす。彼の動議の提出者は違法行爲即ち下級裁判所に於ける訴訟問題となり又は國會其物の高等法院に於ける彈劾の問題となるへき行爲ありたりとして時の政府を責めんとしたるにあらす。彼の提出者の意は國王の歡心ある期間に任せられたる大臣等か國王の之を免せんと欲する時の至るまて其職に居ることを以て一の法律違反なりと云ふには在らさりしなり。其意は大躰大臣施政の方針か衆議院多數の見て以て策の得たるもの又は國家の利益なりと爲さゝる所なり。故に成文律と同樣に世に知られ且つ同樣に有効なる假法的經典に從ひ大臣等は宜しく衆議院か最早彼等に適任ならすと認むる職を辭すへしと云ふにありしなり。

右假法的憲法の畫表に對して唱ふることを得へき唯一の異論は成文律と不文憲法とを相對して論したるの一點なり。眞に相對せしむへきは既に論したるか如く其成文なると不成文なるとを問はす、正當に法律と稱すへきものと通常世に遵奉せらるゝも正當なる意義に於て決して法律と稱すへからさる合意慣例との間にあるなり。併しなから此欠點は殆んと言語上の精密を欠くに過きされは吾人は喜んてフリーマン氏の言を以て憲法的道義の集圖を組成する諸格言の性質即ち普通性を講究するの起點と爲して可なり。

左に揭くるはフリーマン氏か謂ふ所の憲法的道義の敎戒格言の例にして英國に於ける公共的生活を支配(又は支配すと假定されたる)する經典に屬するなり。「政府は衆議に於て投票上敗を取るときは多くの場合に於て其職を退かさるを得す」。「內閣最重要なる問題に就て多數票を得さるときは一回國會を解散して廣く國民に訴ふることを得」。「選擧人に訴へたる結果尙ほ敗を取るときは政府大臣は其職を退かさるを得すして再ひ國會を解散するの權利なし」。「內閣は國務の執行に就き國會に對し一躰として責任を負ふものとす」。「內閣員は或る程度迄其同僚の爲したる任命即ち更に明瞭に云へは一閣僚の忠言に依り國王の爲したる任命に就き責任を負ふ、但し其責任の程度は明確に定まり居らす」。「其當時衆議院に於て多數を制する政黨は(概して)其主領等を在朝せしむるの權利を有す」。「此等主領中最も勢力ある者通例首相即ち內閣長となる」。已上は內閣の位地幷に組織に關する敎戒なるか他の事柄に關する憲法上の格言も亦尠からす。「外交條約を締結するには國會の法令を待たすと雖も國王即ち實際に於ては國王を代表する政府は他日國會の承認を博することを得さるか如き條約を締結するを得す」。「外交政畧宣戰の布告及ひ好和條約は國王即ち實際國王の大臣の手中に委せさるへからす。然れとも外交上の事に就ても內治に於けるか如く國會兩院若くは(兩院意見を異にするとき)衆議院の希望に從はさるへからす」。「若し夫れ內閣の處分衆議院の希望に反して宣戰を布告し好和條約を締ふか如きことあらは內閣の處分は甚しき違憲たるへし」。「若し貴衆兩院所見を異にするときは貴族院は或る點に於て讓らさるを得す、而して若し貴族院讓ることを肯せす衆議院亦國民の信用を持續して自說を主張するときは國王即ち其補弼は貴族院の反對に打ち勝つに足る丈け新

貴族を創設し或は創設する勢を示し以て立法部兩院間の調和を回復せさるへからす」。「國會は少くとも毎年一回必す其事務所辨の爲め之を招集せさるへからす」。「內患外寇等緊急事件起り內閣若し通常以外に權能を要するときは直ちに國會の招集を奏請し以て國家の防備の爲め必要なる權力を得さるへからす、然れとも之れと同時に內閣諸大臣は法律を破ふるの危險を冒しても治安回復若くは外寇擊退の爲めに必要なる臨機の處分を怠るへからす(而して若し法律を破りたるときは)赦免令を發して國會の之を保護するを恃まさるへからす」。

已上述へたる規則(予故ら疎雜通俗躰に之を述へたり)及ひ數多の同種類の規則相集て今日の憲法的道義を組成す。是等は常に人の遵奉する所なり。然れとも裁判所に於て之を强行すへき性質のものにあらさるか故に之を法律と目すへき事由存せさるなり。彼等は一見したる所にては互に其價値のみならす、其性質範圍をも異にするか如く見へて頗る多種多樣なるか如し。然とも巨細に之を鑑査すれは其間自から一の普通性ありて存するを發見せん。即ち此等の格言は皆或は少くも其多數は國王(即ち國王の吏員たる諸大臣)の裁判權施行の方法を定むる規則なり。而して尙ほ細かに鑑査すれは此特性は既に擧けたる總ての規則は勿論憲法的假法の(全部にはあらされとも)最多數には普通なる狀態なり。然れとも此事は正當に之を會得せしめんとするには尙ほ一層の說明を要するなり。

政府の裁斷權とは國王又は其吏員が新に制定法に基く權能を國會に請求せすして法律上自己の意見に依り施行することを得る各種の處分を謂ふ。例へは國會の招集、解散、宣戰、媾和、貴族新設、大臣免官若くは其後任者任命の如き、國王は新に國會の法令を待たすして之を專行し得るなり。此等の處分は少くも法律上國王の裁量中に在りて政府の裁斷權即ち專裁權に屬す。此權能は國會の法令に起因するとあるへく、二三の場合に於ては實際國會の法令に依りて生したり。則ち千八百七十年の歸化條例か或る場合に於て外國人を歸化せしむるの權利を國務大臣に與へ、千八百七十年の犯罪其引渡條例か(該條例の定めたる要件の下に)國の通常の法律に拘はらす外國人を其本國政府に引渡すの權利を國務大臣に與へたる如き是れなり。然れとも國會法令か國王又は其吏員に與ふるか如き裁斷權施行の方法に就ては吾人之を度外に置きて可なり。斯くの如き裁斷權を施行する方法

は多少明瞭に法令其物に依りて定められ得へく、して往々法令の爲めに嚴しく限られ實際法律の制裁を受け、憲法的道義の範圍を脫して正當に所謂法律の範圍に入ることあり。國王の裁斷權は概して國會の法令に起因するにあらすして「特權」

═══憲法に關する語にして此語程學者を煩はしたるものなし═══より生するなり。「特權」は沿革に就ても其當時法律上國王の掌中に遺されたる裁斷若くは專制權の殘餘に外ならさるか如し。元と國王は今日名義上有する所の權を實際に享有したり。即ち國王は元と王權者或は法律家の所謂主權者にあらすとするも兎に角主權力の最も有力なる部分を占め居りしなり。千七百九十一年に衆議院か大臣等の反對なりしに拘はらす、時の政府に迫りて衆議院の權能を貶し大に國王の特權を高めんとしたる說を發表したることに就き英國法律史の著者リーヴ氏を審問に附せしめたることあり。リーヴ氏の訴へられたる記事中に國王を大木の幹に憲法の他の部分を其枝葉に比したる冗長の比較論あり。此比較は國王は凡ての法律的權力の泉源にして國王の權力を打破するは英國人か其庇護に依りヲヤコビン主義の暴風雨を避けたる大樹を伐斷するものなり。衆議院其他の機關は枝葉に過きすして之を截るも該樹に大害を及ほすことなけんとの結論を生せしむの目的を以て之を掲けたるなり。人心激昂の時期に當てリーヴ氏の說の如きものを出版するは不注意なりしの感を免かれす。然れとも幸にも陪審員は其內亂煽動にあらさるを發見したり。何となれは氏の意見は歷史上の事實の確實なる根據に基きしこと疑なければなり。

國王の權力は實に衆議院の權力より古く發生し、ノルマン侵略の時より千六百八十八年の革命に至るまては實際國王は主權の大部を占めたり。特權は國王元來有したる權能の殘部に附したる名稱なり。故に既に述へたる如く其女皇親から施行せらるゝと其大臣か施行するとを問はす、當時國王の掌中に遺されたる專斷權の遺留部に附したる名稱なり。行政府か國會法令の許容命令を待たす合法的に施行し得へき行爲は凡て此の特權に基くなり。故に若し外人條例の一例の如く國會法令の國王若くは其吏員に與ふる權力を度外視すれは吾人は「特權」なる語を行政府の裁斷權と同義に使用し憲法的假法は重もに特權施行の方法幷に精神を定むるの敎戒若くは(實は同しことなれとも)國王の特權に據り合法的に擧行し

得へき處分(例へは宣戰媾和の如き)を擧行するの方法を定むる敕戒なりと言ふを得へきなり。此言は制定法に基く權力を除くの外行政部か施行する凡ての裁斷權に適合するなり。女皇か實際其の一個の意好に從ひ親から爲されたる行爲にも女皇及ひ其大臣の實際共同して施行(此の場合現時の憲法學者の思ふ所より實際其の附會多し)する處分にも又其數既に多く、且つ常に增加しつゝある所の女皇の名に於てするも其實全く內閣の行爲に外ならさる諸般の措置にも適合す。之を要するに憲法的假法は國王に殘り居る專斷權の施行を律せんことを期する規則なり。而して其權は女皇親から施行するとを問はさるなり。其の然る所以は此等の假法は容易に且つ術語的正確に特權施行に關する規則躰に言ひ表はすことを得るを以て知るへきなり。例へは內閣若し重要なる問題に就て投票上敗を取るときは通例其職を退かさるを得すと言ふは國王か其意志に依り大臣を免するの特權は國會兩院の意志に從ひて之を施行せさるへからすと云ふに同しく國務大臣は他日國會兩院の承認を博せさるか如き條約を締結することを得すとの語は條約の締結に關する國王の特權——米國人の所謂「條約締結權」なるもの——は國會の意志に反對して之を施行すへからずと云ふの意なり。又國會は少くとも一年一回必す開會せさるへからすとの規則は其實國王が其意志を以て國會を招集するの特權は國會か一年一回開會する樣に施行せさるを得すとの規則なり。

此の憲法的假法の解說に對しては其の含める意義丈けに就て見れは眞理なれとも其不充分なること明かなりとの正しき異論あるへし。何となれは王權の施行に全く關係なき憲法的習慣慣例の一二存するものあれはなり。例へは貴衆兩院永く其意見を異にして相爭ふ場合には或る點に於て貴族院は衆議院に讓らさるへからすと云へる假法——甚た漠然たる假法なり——の如きは此類に屬し又貴族の司法的職務は法律貴族のみ之を扱ふと云へる慣例の如き又離婚に關する事務を目して司法的手續となさゝる慣行の如き、亦此類の假法に屬し若くは少くとも曾て之に屬したり。此類の慣行は畢竟國會の各院別々に若くは兩院合同して其裁斷力即ち歷史的の名稱を用て之を云へは其「特有權」なる語を用ゆるを見ても諸般の憲法的假法を概括して之を數語の內に收むるの方法明

かならん。「特權」(プレロガチーフ)と「特有權」(プロパテレツク)とは其間酷た相似たり。特權の國王の裁斷權に附したる歷史的名稱なるか如く特有權は國會各院の裁斷權に附したる歷史的名稱なり。去れは特權施行を管理する假法は有主權躰の一員即ち國王か其裁斷權を施行するの方法を定め若くは定めんと期し、又特有權の施行を管理する假法は有主權躰の他の要部等か其裁斷權を施行するの方法を定め若くは定めんと期するものなりと言ふを得へし。故に結局憲法的假法は之を一括すれは在國會國王たる有主權立法躰の三要部か國王の特權と稱すると國會の特有權と稱するとを論せす、各其裁斷權を施行する方法に關する慣例合意なりと定めて可なり。然れとも憲法的假法(國民の斯く使用さるへしと豫期するものは畢竟特權の施行に關する慣行なれは憲法的假法を以て行政部の裁斷權即ち術語的に特權と稱するものを正當に使用するの方法を定むる規則若くは慣例と爲して說かは寧ろ簡短にして而かも明瞭なるを得へし。

吾人既に憲法的假法(概して)は國王の特權の施行を律する規則なることを慥めたれは是より其性質の解說を一步進むることを得へし。彼等は皆同一なる究極の目的を有す、其目的は國會若くは間接に國會の任命する內閣か結局彼の今日の英國に於ける眞正なる政治的主權者即ち選擧人の多數即ち(全く明確ならさるも通俗の語を用ふれは)國民の意志を實行することを確實ならしむるに在るなり。是に於て吾人は既に論したる「法律的主權」と「政治的主權」との區別の益緊要なるを見る。單に法律上の見解より見れは國會は英帝國の無限主權者なり。何となれは國會の各法令は武列頓領土內を通して各裁判所の遵奉せさるを得さる所にして國會の法令に反する規則は其道德的なると法律的なるとを問はす、全國を通して一裁判所をも檢束せされはなり。併しなから國會は法律の眼に於て最高立法部なるも代議政躰の骨子は立法部か政治的主權者即ち選擧人即ち國民の意志を代表即ち之に實際の效用活動を與ふるに在り。立法部各部の行爲は立法的主權者の行爲と政治的主權者の意志との間の調和を保つを目的とする規則を以て之を定めさるへからさることは概括的考案より演繹し得へき理なり。若し英國の眞正なる統治者即ち政治的主權者をして昔日の如く國王ならしめは立法は左の二方法の一に依り國王の意志に從ひて行はれん。即ち或は國王親から敕令若く

は布告を以て制法すへく或は參議院又は國會其物の如き他の國躰に許して其の國躰か國王の意志に稱ふ間立法の事を扱はしめん。若し其第一方行はるゝときは憲法的假法を容れ若くは要するの場合なけん。若又第二方を取るときは立法躰の行爲か國王の志に反せさることを確實ならしむる所の規則を以て立法部の行爲を管理するの必要を見ん。然るに今や英國に於ては選擧者は實際の主權者なり。而して選擧者は親から立法せす、又其性質上立法し能はす、且つ重に歷史上の原因より理論的至高の立法部を存せしめたる一躰なり。事態斯くの如くなるか故に元來法律を以て管理するを得さる立法部の行爲を律するに國會か國民の意志に從順なるへきを保する假法的慣例を以てすへきは自然の結果なるへし。是れ吾人の推理し得へき所にして又實際此の結果を生せしなり。今や憲法的假法は(歷史上の起元を問はす)現時に於て衆議院及ひ結局民選なる衆議院を經て國民の至高力を保全する爲めに維持する慣例より成立するなり。英國今日の憲法的道義の經典は間接なから外國に所謂「人民の主權」なるものを保全するなり。其然る所以は彼の經典の主たる一二箇條を考査せは明かなり。國王の權力は國

會の兩院議員中より出て衆議院の信任を博する所の大臣を經て之を行はさるへからすとの規則は實に立法部は間接の手續を以てなれとも實際行政府を任命するの意にして且つ國王又は內閣は結局衆議院の意志を實行し、或は少くとも之に反すへからすとの意なり。然るに代議の制は畢竟代議躰即ち衆議院の意志をして國民の意志と合せしむるの一方便に外ならさるを以て政府の任命及ひ監督を主として衆議院の掌中に置くの規則は即ち結局行政部の選任及ひ終局の監督を國民に與ふるの規則なり。重大なる政治上の論爭に於ては貴族院は或る點に於て國民の熟慮したる意志を代表するものとして衆議院の意志に讓るへきものとす。慣例又は比較的近來發達したる慣行なから現今の憲法的倫理の一大箇條たる貴族若し終に下院の決議に同意するを拒む場合には國王は當に新貴族を造りて貴族の抵抗を無效ならしむへきものなりとの慣行の如き皆同し精神なり。或は問ふものあらん、兩院相爭ふ場合に於て最早貴族か讓り又は國王か新貴族增設の特權を用ゐさるを得さる其點は如何に之を定むへきやと。此問は無益にあらす、何となれは之に對する答は英國の憲法經典を組成する條項の性質目的を明か

にすれはなり。其答は貴族か讓り又は國王か干渉すへき點は衆議院か論爭中の事件に就き國民の熟慮したる決意を代表することを終結的に表はすものに依て之を定むるを正當とす。此答の眞なることは殆んと疑ふへからさるなり。然るに選擧者の熟慮したる決意を以て最終決定と爲すに實際貴族院及ひ國王の行爲に關する假法慣行は正眞なる政治的主權者若くは他語以て之を言へは選擧者の終局の無上權を擔保するを目的とする規則なりと言ふに異ならさるなり。凡て憲法的假法に普通に具はれる眞意の最も著しき例は一見憲法的道義の原則の一大例外なるか如き觀ある事項に於て之を見るなり。國會解散の場合是れなり。衆議院に於て少數に陷りたる內閣は現今一般に許されたる敎義に依り國會の解散を請求するの權を有す。之に反し或る場合に於ては國王は國會の多數を制する內閣を免黜し其內閣を保持する國會を解散するの權を有す。之を要するに解散の特權は代議躰即ち世俗國會の民院と稱する者の意志を蹂躙する樣に使用さるゝことあり。是れ初見には或る場合に於ては特權は國民の意志を無にする樣に用ひらるゝことありと言ふか如く觀ゆ。然れとも其實決して然らす。國

王の裁斷權は時に現在の衆議院の權能を剝奪する爲めに之を用ゆることを得へく又憲法的の前例に依り時として之を然かく用ゐさるを得さることあり。然れとも該院か憲法に依り其權力を奪はれ若くは解散せらるゝに至るの理由は該院の意見は選擧者の眞意にあらさることを假定すへき正當なる事由あるに因るなり。立法部の意見實際國民の輿望と異なり又は異なるへしと假想する充分の理由あるとき解散は單に許すへきのみならす實に其必要あるなり。

是れ千七百八十四年及ひ千八百三十四年の有名なる意見衝突に依り確定された主義なり。此の二回の場合に於て孰れも國王は衆議院の信任ある內閣を免黜し衆議院を解散し以て國民に訴へたり。千七百八十四年には訴告の結果國王かピット及ひ其閣僚の勝利に歸せり。千八百三十四年には之も亦國王か下院の意志に反對して職に就けたるピール及ひウェルリングトンに不利なる裁決を來たせり。吾人の注目すへき要點は此二回の爭議は共に內閣の權利即ち(政治上殆んと之と同一なる)權力を終結的に決定するものは政治的主權者即ち國民なりとの原則を實際に認めたるに在り。

千七百八十四年の解散若くは千八百三十四年の解散の合憲なりや否やの問題に就ては演説に文章に之を論したる者頗る多し。此等の論爭は或る度までは單に言語上の爭に止まり「合憲」なる語の意義に依て決するなり。若し吾人之を「合法」と解すれは何人と雖もジオルジ三世及ひ其子か法律を破らすして國會を解散し得たることに反論するを得へし。若し之を「通常」と解すれは何人と雖も二君主か衆議院に於て多數の望を負へる内閣を免黜したるは甚た異常なる處置に出たることを肯せさるを得さらん。若し又「合憲」は「憲法の根本的原理に從ふ」の意なりと解せはジオルジ三世の行爲に就ては吾人躊躇なく之を合憲即ち今日の世に解せらるゝ憲法の原理に從へるものなりと斷言せさるを得す。彼は國民の衆議院が經營する政策を賞讃せさるを保せり。而して其考案は誤まらさりしなり。現今の憲法學者は何人と雖も衆議院の權能は其國民の意志を代表するより生することと及ひ解散の主たる目的は國會の意志と國民の意志との符合するや否やを慥かむるに在ることに異論を唱ふるものあらさるへし。然らは則ちジオルジ三世の解散特權を用ゐたるは其存在の目的に適合したるなり。故に現今の憲法上の理論に從へは彼の行爲は解散に關する丈けは嚴正なる意義に於て合憲的なり。然れとも千七百八十四年に於ける王の行爲は當時世に行はれたる主義に對しては有益なから實際一の變革には非さりしかの問題に至りては疑なきにあらす。ジョン、ウイルクスの名と共に知られたる諸問題又は英米殖民間の爭議に就きて講究したるものは皆ジオルジ三世及ひ時の政治家の多數は千七百八十四年に至るまて國會主權に就き國會を以て嚴正なる意義の主權的勢力と爲す意見を抱きたり。フヲックスの如きは其壯年にしてトーリー黨に屬したるときも晩年に至りホヰッグ黨に在りしときも常に此主義を持したりチヤサム及ひ其子の英傑なる所は其國王の背後否國會其物の背後にチヤサムの所謂「大公衆」即ち吾人の國民と稱する者の存すると及ひ國會の權力は結局國民の意志に因ることを觀破したるに在り。千七百八十四年にジオルジ三世は時の危急に促かされチヤサム及ひピットの意向を採用せり。王は(奇異にも)其常に熱心に辯護したりし國會の主權より其平素惡みたる人民の主權に訴へたり。此訴告の憲法的と稱すへきや又革命的と稱すへきやは今日左まて緊要ならされとも此訴告は英國現行憲法の根本的原理

たる政治上より言へは國内の最高無上權を有するは國家にあらすして國民なりとの主義を確定したり。常に民主的變革に反對したるパークが條理正しく又た常に無限國會主權說及ひ本性此說と兩立せさる人民主權說とを混同したるフヲックスが條理乏しく彼の所謂「懲罰的」解散を非難したるは實に此論據に基けるなり。

ウイリアム四世の行爲に就ては斷言するに苦むなり。千八百三十四年の解散は憲法上より觀れは一の失策なり之を辯解するの口實は(若し有りたりとせは)衆議院か國民の意志を代表せさりしことを王の信したりと言ふに在りき。此意見は誤なりしこと表はれたり。然れともピールか得たる投票の少數なから多かりしとホヰッグ黨の勢力の傾くことの速かりしは王は公衆の思想を忖度するに誤まりたるも國會は既に國民の意見を代表し居らすと信する根據を有せさりしにあらさることを證せり。偖て今若し衆議院か實際其選擧者を代表せさるに至りたる場合に國王か之を選擧者に訴ふるは正當なりとせは其訴を受けたる選擧者か其代議士の意見を助くるの故を以て其解散は違憲なりと主張するは頗る困難なり。既に選擧者は國會の政治的主權者たることを許せは自然の結果として國會解散の手段に依り彼等に爲されたる訴告は苟も其代議士か既に其意志を實際代表せすと信するに足るへき正當有理の根據あるときは凡て合憲なりと言はさるへからす。故に千八百三十四年に於ける解散の合憲なりしや否やは結局一層疑はしき王及ひ其補弼者は果して時の衆議院は國民の信任を失ひたりと思考するに足るへき有理の根據を有したりしや否やの問題に依て決するなり。此の問題に就き歷史家の答ふる所如何に係はらす、兎に角千七百八十四年及ひ千八百三十四年の前例は確定して動かすへからすして解散の特權の基く原則を定め近時に於ける國會解散に關する規則は他の憲法的假法の如く國家の眞正なる政治的主權者たるへき選擧者の終局の無上權を確實ならしむるを目的とすること、即ち要言すれは憲法的格言の正否は人民主權なる根本的原則に從屬し之に依て決すへきものなることを示すなり。

解散の必要は國會主權の存在と密接の關係を有す。合衆國に於けるか如く立法部に主權の存せさる國に於ては解散の權利は或は之を廢するも可なり。斯る國

にては憲法中に國民に訴告せすして重大なる變更を爲し遂くることなきを擔保する個條を設けあり、且つ何所にても規定の時期に於て立法部の全部若くは一部の改選に依り斯る立法躰の性質を變換するか故に立法部の意見の早晩國民の思想と調和すへきことを確實なり。然るに英國の如く國會に無上權ある國に於ては此調和を確實ならしむる爲めに尚ほ他に之か擔保を設くるの必要あり。此擔保を與ふるものは則ち國王又は內閣をして立法部より國民に控訴するを得せしむる所の解散權なり。此の擔保は絕對的に完全にはあらさるなり。國王、內閣又は國會か選擧者の意に適せさる憲法上變革を助成するか如きことは想像し得さることにあらす。英蘭土に於ける每七年選擧法愛蘭土國會に於ける愛蘭聯合令の如きは若し之に先立て選擧人に訴告したらんには盖し之を通過し得さりしならん。此點に於ても他の點に於けるか如く米國憲法は英國憲法より一層硬性なるを見るなり。然れとも現今の政治上の狀況に在ては英國に存する解散權に關する假法は立法部の行爲と人民の意志との間の調和に對し米國憲法か其立法權に加へたる制限と殆んと若くは全く同樣なる擔保を與ふるなり。此場合に於ても他の場合に於けるか如く米國各州の數憲法及ひ聯邦憲法の明文に揭くる原則は英國制度の運用中に含蓄せられ居るなり。國會解散權は人民に對する訴告權なり。隨て法律的主權と政治的主權とを調和するを以て目的とする諸憲法的假法の基礎たり。

第十五章　憲法的假法の執行に關する制裁

憲法的假法を強行する結局の制裁は如何。

是れ憲法律を講究するに當て遭遇する理論的問題中最も人を惱ます問題なり。吾人は人をして一の難點の存在を認知せしむるは一旦之を認めたる上にて其說明を會得せしむるより遙かに困難なりと云へるベレイの格言を服膺し先つ多數の學生か僅かに暗昧に其存在を認むる所の難問の實性を了解せんことを勉めん。」

憲法的假法の法律に非るは皆人の許す所なり。そは裁判所の強行する規則に非るの謂なり、若し夫れ主相にして衆議院に於て譴責投票通過後尙ほ在職し且つ(同樣なる事態の下にロード、バルマーストンの爲せし如く)國會を解散即ち正しく言へは國王をして之を解散せしめたる後ロード、バルマーストンに似ず新選の衆議

院の爲めに再ひ譴責せられ、而して凡て此等の事の起りたる後尙ほ依然政府の首位に留まることあらんか、斯る主相の行爲を以て違憲なりと爲さゝるものなけん。然れとも裁判所は其行爲を問はさるなり。又重要なる一法案兩院通過後國王之か裁可を拒む即ち(通俗語にて)之に對して不認可したることありと假定せよ。是れ大に慣例を破却するものなり。然れとも英國法律の認むる手續に依り之を裁判官に提出するの途なし。更に他の例を擧けん。滿一ヶ年を過きて尙ほ事務處辨の爲めに國會を招集せさるの故を以て之を訴ふるの法廷なし。ならん。然れとも一年已上國會を招集せさることありと假定せよ。是れ違憲の最も甚しき措置然りと雖も憲法の假法的規則は世人の常に稱する如く殆んと或は全く法律と同樣の强制力を有し多數の制定法と全く同等に且つ他の多くの制定法より一層重く尊重せられ若くは尊重せらるゝの觀あり。難點は其背後に裁判所の强制力を有せさる規則をして習慣的に行はれしむる其力如何を觀るに在り。

吾人の講究する問題の難點は憲法的假法の格段なる箇條に對して表せらるへきものと前定さるゝ遵奉其者既に多少空想的なることを觀察せは全く之を脫すること能はさるも之を變し且つ大に其度を減するを得へし。假法的經典の箇條の違背せらるゝこと屢あり。國務大臣時としては其反對黨の主張する所に依れは憲法上其職を辭すへき場合に尙ほ之を退くことを拒むことあり。今の反對黨か內閣は權利請願中に顯はるゝ規定に背きたることを世人をして首肯せしむるに足らすとするも尙ほ甚た巧みに論したるは近年の出來事なり。千七百八十四年衆議院はピットが故意に憲法上の原則を無視したること一にして足らさることを單に議論を以て主張したるのみならす、屢〻投票を以て之を責め、千八百三十四年のホイグ黨はウエルリングトン及ひピールに向て同樣の攻擊を加へたり。且つ若しハンサードの著書に就き搜索せは此の他に尙ほ由來久しく且つ有名なる憲法的格言の蹂躙せられたる例を發見すへきや疑なし。憲法的假法に對する遵奉の不確實なる實性は憲法的規則違反の遂けたるものに遭へは之を以て其格言の眞正に憲法の一部にあらさりし證として論する常套語の爲めに掩匿せらるゝならさるの證とせは、自然眞正なる憲法的規則は曾て背かるゝことなしと云ふの結

果を來すなり。

斯く格段なる憲法的格言假法に對して表せらるゝものと假想されたる服從は或る程度まで虛妄空想に屬すと雖も、然れとも憲法的假法は法律の力を有すとの敘述は決して意味なきにあらさるなり。憲法的假法と或る一二は嚴密に遵奉せらるゝなり。例へは國會が年々招集せらるゝの確實なることは恰かも天然法を以て其規定を設けたるか如し。且つ(此より一層緊要なること)格段なる假法即ち個々の格言は其効力不確實たるを免かれされとも既に吾人の學へる如く憲法の假法的諸格言の根本たる大原則即ち彼の政治は衆議院の意志即ち結局該院を經て發表されたる國民の意志に從て之を行はさるべからすと云へる原則に至りては國王も又國王の吏員も来た曾て之に對する服從を拒みたることなし。此原則は一の法律にあらす制定法全書中に之を掲けす、又普通法の一格言にもあらす、通常裁判所之を強行せさるなり。然らは此原則其者か之と密接の關係ある某種の假法も有するか如く法律の力を有するは何故そや。是れ實に吾人の究尋せんとする難問の最も簡短なる形躰にして大に解說を要するなり。然るに多くの大家憲法を講究するに其法律的現象より入らさるか故に此の講究を要する難問の全力を殆んと認め得す。彼等は或は之を看過するか、然らされは共に眞理の一分を含めとも孰れも單に言語上の操縱を以て瞞着せられさらんことを期する學者の疑惑を解き盡すに足らさる二個の解說の一に甘んするものゝ如し。

世間に往々提出さるゝ第一の解說は『憲法的假法に對する服從は結局彈劾に依て強行さるゝ』と云ふに在り。

若し此意見正しくんは此等假法は假法にあらすして正當に稱する法律たるへく、唯其異なる所は其違反の獨り一の非常裁判所即ち國會の高等法廷に於てのみ之を罰し得るの一點にあらん。憲法に服從するの習慣は元と彈劾の爲めに發生しを確定したることは吾人之を許す——是れ大切なる事實なり——と雖も然れとも塔獄又は斬首臺を恐るゝ心の現今の政治家の行爲に著しき勢力を振ふへしとは到底信すへからさるなり。憲法違反の爲めに彈劾を行ひたることは(此問題に就てはロード、マックルスフィールド。ウヱーレン、ヘースチングス及ひロード、メルヴイルに對する彈劾は度外に置きて可なるか故に)最近百五十年已上の間曾て之を見