第二編　本論

第一部　統治ノ主體

第一章　天皇ノ國法上ノ地位

第一節　天皇ノ主體

大日本帝國ハ萬世一系ノ天皇之レヲ統治ス天皇ハ統治ノ主體タリ天皇ハ皇位ニ在ル自然人ナリ無形ノ地位ヲ指スニアラス學者或ハ皇位ヲ以テ統治權ノ主體トナス固ヨリ我國法上ノ原則トシテ皇位ヲ繼承スル者ニアラサレハ天皇ニアラス天皇ニアラサレハ統治權ノ主體タルコトヲ得サルカ故ニ皇位ト統治權トハ極メテ密接ノ關係ヲ有スト雖モ皇位其モノヲ以テ統治主體トナスハ誤レリ若シ皇位カ統治權ノ主體ナリトシ又一方ニ於テ天皇カ統治權ノ主體ナリト解スル時ハ（穗積博士講述憲法講義第二編第二章皇位）論理上ノ斷案トシテハ天皇ハ之レ皇位ナリト謂ハサルヲ得サルニ至ル可シ而シテ天皇ト皇位トカ同一物

ニアラサルハ明白ナル事實ナリ此明白ナル事實ニ牴觸スル斷案ヲ生スヘキ前提ハ論理學上ノ推理トシテ勢イ誤ナラサルヘカラス換言スレハ皇位ト天皇トヲ同時ニ統治權ノ主體ナリトスルハ誤マレリ

皇位カ天皇ノ地位ヲ指スコトハ憲法發布ノ勅語ニ朕祖宗ノ遺烈ヲ承ケ萬世一系ノ帝位ヲ踐ミ」ト云ヒ憲法第二條ハ「皇位ハ皇男子孫之ヲ繼承ス」ト規定シ皇室典範第一章モ亦皇位ノ繼承ヲ定ムルヲ見テモ明ナリ而シテ天皇カ統治ノ主體タル自然人ヲ指スコトハ憲法及ヒ皇室典範ノ規定上自カラ明カナル所ナリ(崩御未成年其他ノ規定ハ自然人ヲ前提トセサレハ適用セラレサル規定ナリ)故ニ皇位ト天皇トハ別物ナリ近來說ヲナスモノ穗積氏カ皇位ヲ以テ統治權ノ主體ナリト說明セルヲ速斷シ氏カ皇位ト天皇トヲ同一視スル論者ナルカ如ク攻擊ス固ヨリ穗積氏ノ說明ヲ論理的ニ追窮スレハ皇位ト天皇トヲ同一ニ視サルヲ得サルニ至ルヘシト雖モ氏ハ決シテ表面上皇位ト天皇トヲ同一視セサルナリ博士カ皇位ハ我帝國ヲ開キ給ヒシ天祖ハ御位ナリト謂ヒ又皇位ニ在ルハ人ヲ天皇トスト謂ハルヽハ兩者ヲ同一視セサルノ證左タリ茲ニ博士ノ爲メ論者ノ妄ヲ辯ス

穗積氏ハ皇位ヲ以テ統治權ナリト解シテ曰ク「主權カ皇位ニ存スト云フト雖モ之レヲ誤解シテ例ヘハ或ル物ノ上ニ他ノ物ヲ置クト云フカ如ク又ハ人カ土地ヲ有スト云フカ如ク二ノ異ナリタル物カ法律關係ニテ結ヒ付ケラレタルカノ如ク機械的ニ解釋スヘカラス正確ニ謂ヘハ皇位即チ統治權ナリ」ト吾人ハ反對ノ意見ヲ有ス我國法上皇位ハ當然ニ統治權ノ主體タルヘキ地位ヲ指スカ故ニ兩者ノ關係ハ分離シテ說明スヘカラスト雖モ皇位其モノカ統治權ナリトハ說明スル能ハス統治權カ意思ノ强制力ニシテ一方ノ意思ヲ以テ一方ノ意思ヲ强制スル優者ノ力ナルコトハ博士カ他ノ部分ニ於テ說明スル所ナリ統治權ハ權力ナリ皇位ハ祖宗ノ御位ナリ此御位ニ在ル人ハ統治權ヲ有スレトモ權力ト御位トハ同一物ニハアラサルナリ故ニ天皇ノ說明ハ勢イ筆ヲ皇位ニ及ホサヽ天皇トハ皇位ニ在ル自然人ナリ故ニ天皇ノ說明ハ勢イ筆ヲ皇位ニ及ホサヽ

ルヘカラス皇位ハ我カ帝國ヲ肇造シ玉ヒシ祖宗ノ御位ナリ吾人ハ我建國ノ大體ヲ述ヘテ以テ國法上ノ說明ニ資セントス

神代ハ漠トシテ測度スヘカラス吾人ハ歷史ヲ專攻スル者ニアラス只一般ニ傳ヘラレタル歷史上ノ事實ヲ述フルノミ我カ大八州國ハ實ニ伊邪那岐、伊邪那美ノ二神ノ始メテ啓キ玉ヒシ所ナリト傳ヘラル二神ノ長子ヲ天照大神トシテ次ヲ月ノ神トシ季ヲ素盞嗚尊トス素盞嗚尊幼ヨリ勇悍ニシテ八民ヲ天折シ青山ヲ變枯シタリシカハ二神告ケテ曰ク汝ハ甚タ無道ナリ以テ宇宙ニ君タルヘカラスト之レヲ根國ニ遠謫ス途ニ大八州國ニ寄リ出雲簸之川上ニ八岐大蛇ヲ夷ラケテ寶劍ヲ得出雲ノ國神ノ女ヲ娶リテ大己貴神(オホアナムチ)ヲ生ム大國主神之レナリ大國主神天下ヲ經營シ療病ノ法ヲ定メ禁厭ノ法ヲ定ム百姓咸

ナ其恩ヲ蒙ムリ山陰山陽ノ諸州皆之レニ歸ス然レトモ正當ニ統治權ヲ得タルニアラス

大八州國ノ統治權ハ天照大神之レヲ父母ノ兩神ニ承ケテ天忍穗耳命(アマノオシホミミノミコト)ニ傳フ大神其ノ孫瓊々杵尊(ニニキノミコト)ヲ以テ之レニ君臨セシメントス當時會中州擾亂多シ是ニ於テ先ツ經津主神(フツヌシノカミ)ト武甕槌神(タケミカツチノカミ)トヲ遣ハシテ討伐セシム二神出雲國ニ至リ大國主神ニ問ヒテ曰ク汝カ領有スル國ハ天照大神ノ將ニ天孫ヲ降シテ君臨セシメントスルノ地ナリ汝當サニ避(サ)ルヘキヤ否ヤト大國主其子事代主神(コトシロヌシノカミ)ニ諸ル事代主答ヘテ曰ク大神此借問ノ勅アリ我父宜シク避クヘシト先自カラ避ク大國主神二神ニ白シテ曰ク我カ怙ム所ノ子タニ避ケタリ我レモ亦當サニ避クヘシト大國主ノ季子建御名方神(タケミナカタノカミ)アリ膂力群ヲ拔ク大神ノ命ヲ聞キテ之レニ從ハス大國主之レヲ諭シテ曰ク天孫ハ天日繼ニシテ大八州國ノ統治者タリ僕及ヒ僕子皆之レニ奉仕スヘキモノナリト天祖ノ宗嫡ヲ天日嗣ト稱スルコト此ニ始マル

當時運草昧ニ屬シ交通開ケス比隣相識ラス各武力ヲ以テ一部ノ土地ヲ割取ス王侯ノ貴ハ人ノ欲スル所數國ノ領ハ棄ツルニ忍ヒサル所常道トシテハ刀折レ矢盡クルニ至ル迄相戰フヘキニアラスヤ而カモ天孫ハ既ニ天日嗣タリト稱シテ干戈ヲ拋ツテ歸順シタル所以ノモノ之レ實ニ我祖先ノ直系タル皇位ヲ尊崇シ之レニ服從シタルニ因ラズンバアラズ皇位ノ基礎是ニ至テ既ニ固シ

出雲既ニ平定ス天照大神神誥ヲ垂レ皇孫瓊々杵尊ニ勅シテ曰ク葦原之瑞穗國ハ是レ吾子孫ノ王タルヘキ地ナリ爾皇孫就キテ治セ寶祚ノ隆ヘマサンコト當サニ天壤ト共ニ窮ナカルヘシト八坂瓊曲玉(ヤサカニノマカタマ)、八咫鏡(ヤタノカガミ)、天叢雲劍(アメノムラクモノツルギ)ヲ以テ天孫ニ授ケ玉ヒテ曰ク我カ兒此鏡ヲ以テ我御魂トナシ吾前ニ拜スルカ如クセヨト天孫ニ陪從シテ九州ニ降臨セヨ以テ朝廷ニ仕ヘ奉レリ

瓊々杵尊天位ヲ皇子彥火々出見尊(ヒコホホデミノミコト)ニ傳ヘ彥火々出見尊ハ之レヲ鸕鷀草葺不合尊(ウガヤフキアヘズノミコト)ニ傳ヘ草葺不合尊ハ之ヲ磐余彥尊(イワレヒコノミコト)ニ傳フ天皇生レナカラニシテ明達ナリ年十五立チテ太子トナリ玉フ年四十五ニ及ヒ諸兄及子等ニ謂テ曰ク昔我天神此豐葦原ノ瑞穗國ヲ擧ケテ我天祖瓊々杵尊ニ授ケ玉ヘリ當時運鴻荒ニ屬シ時草昧ニ鐘(アタ)レリ故ニ蒙クシテ以テ正ヲ養ヒ此西偏ヲ治(シ)ラス皇祖皇考乃神乃聖

慶ヲ積ミ暉ヲ重ネ多ク年所ヲ歴タリ而シテ遼邈ノ地猶未タ王澤ニ霑ハス遂ニ邑ニ君有リ村ニ長有リ各自カラ彊ヲ分チテ用テ相凌轢セシム抑又鹽土老翁（シホツチノオキナ）ニ聞クニ曰ク東ニ美地アリ青山四周其中ニ亦降臨セル神アリト謂フニ之レ饒速日尊（ニギハヤヒ）ハ瓊々杵尊ノ第三子ニシテ彦火々出見尊ノ弟ナリ故ニ神武天皇ヨリ見レハ祖父ノ弟ニ當ル）何ソ就テ之レニ都セサランヤ諸皇子對ヘテ曰ク理實ニ炳然我亦恒ニ以テ念トナサン宜ヘ早カニ行ヒ玉ヘ天皇親ラ諸皇子舟師ヲ帥キテ東征シ年ヲ閱スル六歳ニシテ諸所ノ國神八十梟師及ヒ土蜘蛛ヲ平ラク饒速日命、長髓彦（ナガスネヒコ）ヲ殺シテ歸順ス中國是ニ至テ皆皇化ニ浴ス

建國ノ時ニ當リテ我國民ヲ形成セルモノハ所謂日本民族梟帥（タケル）民族及ヒ土蜘蛛ナリ日本民族ハ我國民ノ基礎ヲ成セルモノニシテ同一ノ祖先ヨリ出テ其祖宗ノ御位ヲ承クル一人ニ服從シテ所謂血族團體ヲナセルモノナリ梟帥ノ由來ハ日本民族ト同シカラス神武天皇東征ニ當リ諸所ニ據リテ皇軍ニ抗シ後ニ至リテモ尚ホ西陲ニ割據シテ長ク皇化ニ浴セサリキ彼ノ熊襲ノ如キ此一部族ナリ土蜘蛛ハ「土コモリ」ノ意ナリ當時ニ於テ中州ノ諸所ニ穴居セシモノニシテ三種民族中ノ最野蠻ナルモノナリ蝦夷ノ種屬之レニ屬シ多ク本土ノ東北ニ割據セリ此中ノ或モノハ既ニ絶滅ニ歸シ「アイノ」ノ移族ハ僅カニ北海道ノ內地ニ其餘喘ヲ保ツ獨リ日本民族ハ年ヲ追ウテ益繁殖發達シ其確信タル祖先崇拜ノ念ハ今ニ及ンテ更ニ固キヲ加ヘカクテ單純ナル服從關係ノ外ニ共同祖先ノ御位ヲ承クルノ稜威ニ對スルカ如キ民族ノ確信ヲ形成シ皇運ヲシテ天壤ト窮ナカラシムルノ基ヲ立ツルニ至レリ

君主ヲ以テ國家ノ機關トナス說ノ非ナルハ既ニ之レヲ國家理論ノ條ニ論セリ吾人ハ國家ハ統治權ノ主體トナル能ハスト解ス統治權ノ主體ハ國家構成ノ一要素ナリ我帝國ハ天皇ト臣民ト一定ノ領土トヨリ成ルモノニシテ天皇ハ主權ノ主體トシテ國家構成ノ分子タリ而シテ統治權ノ主體トハ如何ナル者ヲ謂フカ吾人ハ今之レヲ說明セン

統治權ノ主體トハ自己ノ權限ヲ無限ニ伸縮スル權ヲ有スル者ヲ謂フ現ニ自カラ一切ノ統治權ヲ行ハストモ其必要ト認ムル塲合ニ於テハ何時ニテモ他

（評）獨乙帝國ニ於テハ聯邦會議及帝國議會ヲ以テ統治權ノ主體トナスヘキヤ貴説ニ依レハ國家ニ統治權ノ主體ヲ認ムル國家制度ハ絶對ニ生スルコトナキニ至ラン余輩ノ考フル所ニヨレハ憲法變更ノ權ハ民主國ニ於テハ元老院及國會ニ與フルコトヲ得人格的國家ニ於テハ一定ノ國家機關ニ與フルコトヲ得ルカ故ニ此權ノ所在ヲ以テ統治權ノ所在ヲ處スヘキ標準トナスコト能ハサルカ如シ殊ニ憲法變更權ノ在ル所ニハ何故ニ統治權存在スト認ムヘキヤ法理上正確ナル理由ナキカ如シ

ノ機關ノ權限ヲ奪ヒテ之レヲ己レニ集ムルコトヲ得ル者カ主權者ナリ而シテ立憲國ニ於テハ國家統治權ノ作用ハ大體憲法ニ於テ定マリ居ルカ故ニ憲法ヲ變更スルノ權限ヲ有スルモノハ即チ統治權ノ主體ナリ吾人ハ此標準ヲ以テ如何ナル國ノ統治主體ヲモ發見スルコトヲ得ト信ス國民カ憲法改正變更ノ權ヲ有スル所ニアリテハ國民カ即チ統治ノ主體ナリ假令憲法ノ變更カ議會ノ協贊ヲ要ストスルモ尙ホ君主ノ積極行爲ニ依ルニアラサレハ法ノ成立セサル主義ヲ採ル所ニ於テハ君主ハ憲法變更ノ權ヲ有スト謂フコトヲ得ヘク從テ統治ノ主體タルヘシ我憲法變更ハ一ニ天皇ノ手中ニ存ス故ニ天皇ハ統治權ノ主體タルナリ

天皇カ統治權ノ主體タルハ憲法第一條ノ規定ニ依リテ明カナリ然レトモ日本帝國ノ統治權カ天皇ニ屬スルコトハ憲法ニ依リテ定マリタルニアラス幾千年來ノ國體ノ大本ヲ明治二十二年ノ憲法ニテ宣言シタルニ過キス或ハ日ク國家ハ目的ニアラスシテ手段ナリ君主カ國家ヲ統治スルハ自己ノ利益ノ爲メニスルニアラスシテ集合體ノ利益ノ爲メナリ集合體ノ利益ノ爲メ意思ヲ定メ其意思ヲ發表スル統治者ハ即チ集合體ノ機關ナリ國家ノ機關ナリト之レ一理ナキニアラス素盞嗚尊ハ甚タ無道ナリキ故ニ父母ノ二神ハ之レヲシテ宇宙ニ君臨セシムヘカラストシテ根ノ國ニ遠謫セリ仁德天皇ハ炊烟ヲ遠望シテ皇后ニ語リ玉ウテ曰ク天ノ君ヲ立ツルコトハ是レ百姓ノ爲メナリ然レハ則チ君ハ百姓ヲ以テ本ト爲ス是ヲ以テ古ノ聖王ハ一人モ飢寒スレハ顧ミテ身ヲ責ム今百姓貧キハ則チ朕カ貧キナリ百姓富マハ則チ朕富ミタルナリト祖宗ノ直系ヲ承クル天皇カ末族ノ子孫タル百姓ニ臨ムノ心ハ即チ親カ子孫ニ對スル仁慈ノ心ナリ故ニ其生殺與奪ノ權ヲ恣ニセサルハ之レ統治ノ理想ナリ然レトモ國法上之レヲ論スレハ天皇ハ統治ノ機關ニアラスト云ハサルヘカラス統治ノ機關トハ統治主體即チ憲法ノ變更權ヲ有スル者カ其權力ヲ行使スル爲メニ設クルモノナリ故ニ憲法ノ變更ニ依リテ自由ニ改廢セラレ得可キモノナリ天皇ハ憲法ノ制定者ニシテ又其變更ノ力ヲ有ス憲法ヲ以テ天皇ヲ廢スルコト能ハス天皇ハ憲法ノ上ニアリ論者ノ所謂機關ナル文字カ單ニ他ノ利益ノ爲メニ存スト云フ意味ニアラハ可ナリ國法上ノ統治

機關ノ意味ニ於テ天皇ヲ機關ナリト云フハ我國法上採用スヘカラサル誤論ナリ

我憲法ハ第四條ニ於テ天皇カ統治權ヲ總攬セラルヽコトヲ定ム統治權ヲ總攬スト云フ文字ハ統治權ヲ所有ストノ意ナリヤ又ハ其行用ヲ總フルノ意ナリヤニ付テハ學者間ニ爭アル所ナリ一木博士ハ統治權ノ總攬者トハ統治權ノ行用ヲ總フル國家機關ノ意味ナリト說明シ井上博士ハ文字ノ意味ヨリ解說シ總トハ總括ノ意ナリ攬トハ掌握保持ノ意ナリ即チ統治權ヲ總攬ストハ之レヲ總括シテ掌握保持スト云フ意味ナリ天皇カ統治權ヲ總括シテ之レヲ有スト云フ意味ナリ即チ天皇カ統治權ノ主體ナリト謂フ意ナリト說明ス吾人ハ後說ニ贊同スルモノナリ元來我憲法第四條ハ其根據ヲ獨逸各支分國ノ憲法條文ニ有ス（バイエルン憲第二章一、ザクセン憲三、四、バーデン憲四、五、ウルテムベルヒ憲四、五、ブラウンシユワイヒ憲第一章二、ヘツセン憲四、五、ザクセンマイニンゲン憲三、ザクセンアルテンブルヒ憲第二章四、シユワルツブルヒ、ルードルスタツト憲一、ワルデツク憲三、舊統ロイス憲三、新統ロイス憲五、）獨逸各國憲法ノ原文ハ皆同一ノ文章ナリ今バイエルン憲法第二章第一條ヲ揭クレハ左ノ如シ

„Der König ist das Oberhaupt des Staates, vereinigt in sich alle Rechte der Staatsgewalt, und übt sie unter den von Ihm gegebenen in der gegenwärtigen Verfassungsurkunde festgesetzten Bestimmungen aus"

之レヲ我憲法ト對照スレハ原文國權ノ文字ヲ統治權ト改メタル外行文ノ體裁彼我符節ヲ合スルカ如シ而シテ獨逸各國ノ憲法ニハ我憲法第一條ニ相當スルカ如キ規定ヲ揭クルコト殆ント無シ而シテ文章ノ構成上ヨリ見ルモ「國權ヲ總攬シ而シテ此國權ヲ憲法ノ規定ニ從ウテ行使ス」トアルカ故ニ先ツ國權其モノヲ保持シ而シテ後此保持シタル國權ヲ行使スルノ意ナリト解スヘシ從テ之レカ反譯タル我憲法第四條モ亦統治權ヲ所持スルノ意味ナリト信ス此ノ如ク論シ來レハ第四條ノ總攬云々ハ第一條ト對照上冗文ナルカ如シ吾人モ亦强チ其必要ナキヲ見ル唯規定ヲ鄭重ニシテ疑ヲ避ケタルト文章ノ體裁上後段ノ「此憲法ノ條規」云々ニ接續スル豫文ト見テ可ナリ

天皇ハ國家ノ元首ナリ此文字モ亦歐洲諸國ニ用ヰラルヽモノニシテ我國ニ輸入セラレタルモノナリ元首ト云フ文字ハ必スシモ統治主體ト一致セス別

個ノ意義ヲ有ス元來國家ノ生活ハ永遠ニ存續スヘク其間ニ一日ノ休止ヲ許サズ故ニ此間斷ナキ國家ノ生活ヲ代表スル機關ナカルヘカラス國家ノ行政ヲ總括スル機關カ此代表機關ナリ之レヲ稱シテ國家ノ元首又ハ國長ト謂フ之レ歐州諸國ニ於ケル國長又ハ元首ノ意義ナリ國家ノ元首ナル文字ハ外國憲法ノ多數ニ於テ用ヰラレタルモノニシテ我國ノ憲法モ亦之レヲ襲用セルモノナリ君主國ニ於テハ其獨裁タルト立憲タルトヲ問ハス君主ハ常ニ國ノ元首ナリ民主國ニ於テハ大統領元老院(獨逸三自由市ニ於ケルセナート)等カ國長ナリ換言スレハ一國ノ行政ヲ總括スル機關ハ即チ其國ノ元首ナリト解シテ可ナリ

吾人カ國家ノ生活ト云ヒ國ノ行政ト云フモ解シテ國家ヲ人格視スルノ誤ニ陷ルモノトナスヘカラス國家カ統治ノ狀態タルハ前ニ述ヘタリ國家ノ生活ト云フハ國家ト稱スル狀態カ間斷ナク存續スル有樣ヲ形容シタルモノ國ノ行政トハ國家統治權ノ一分派タル行政權ノ義ナリト知ルヘシ

憲法第四條ニ此憲法ノ條規ニ依リ之レヲ行フト規定セリ天皇ハ統治權ノ主體タルト同時ニ又其行用ヲ掌トル之レ統治權ノ性質ヨリ來ル當然ノ結果ナリ然レトモ其之ヲ規定スル所以ノモノハ特ニ國法上錯誤ヲ防クカ爲メナリ歐洲近世ノ學說ニテハ統治ノ主體ハ無形ノ國家ナリト觀念ス故ニ國家ハ統治ノ主體ニシテ行用ノ主體ニアラス行用ヲ掌トルハ自然人ヨリ成ル國家統治機關ナリ從テ彼ニ在リテハ主體ト行用トヲ區別スルヲ常トスチエールハ立憲ノ君主ハ統シテ治セスト說ケリ此意味ハ君主ハ統治ノ主體ナレトモ行用ノ權ヲ有セスト謂フニ在リ然レトモ權力ハ活動力ナルカ故ニ行用權ヲ有セサル主權者ハアリ得サルナリ我憲法カ特ニ天皇カ統治權ヲ行ハセラルヽ事ヲ規定セルハ第一次ニ於テ憲法ノ條規ニ從ツテ之レヲ行使スヘキコトヲ規定スルノ意ニ在リシト雖モ又一面ニハ徒ラニ西洋ノ學說ニ眩惑セラレテ我國法上天皇ノ統治權ヲ誤解スル者ナカラシメントノ意ニ在リシモノト信ス

第二節　天皇ノ大權ト憲法上ノ大權

我憲法上天皇ノ大權ト憲法上ノ大權トハ之レヲ區別セサルヘカラス憲法第

十七條ニハ攝政ハ天皇ノ名ニ於テ大權ヲ行フト規定シ第三十一條ニハ本章ニ掲ケタル條規ハ戰時又ハ國家事變ノ場合ニ於テ天皇大權ノ施行ヲ妨クルコトナシト規定セリ第十七條ノ大權ト第三十一條ノ大權トモ亦其範圍ヲ同シクセス蓋シ第三十一條ニ所謂大權トハ歐洲學者ノ所謂君主ノ緊急權ヲ指シタルモノナリ獨逸學者(ゲー、マイエル國法學二五頁、ビショーフ立法及施政ニ於ケル國家ノ緊急權ガライス一般國法學五六、五七)ハ曰ク「司法ハ如何ナル塲合ニ於テモ現行法規ト矛盾スルコトヲ得ス蓋シ法規ノ維持ヲ以テ其任務トスルカ故ナリ之レニ反シテ他ノ國家機能ノ行使ニアタリテハ國權ハ國家ノ存在又ハ保安ニ必要ト認ムル時ハ法律上ノ制限ヲ破ルコトヲ得此ノ如キ塲合ニ行政行爲ハ法律ニ違反シ立法行爲ハ憲法ニ違反スルコトヲ得此機能ヲ稱シテ超脫權(エス、エミチンス又ハ國家ノ緊急權(ノートレヒト)トイフ國家緊急權ハ適當ノ用語ニアラス何トナレハ此行爲ハ法ノ結果ニアラスシテ却ツテ現行法ニ違反シテ行ハル而シテ法ニ反スルモノハ權利ニアラサレハナリ」ト我憲法第三十一條ノ所謂大權ナルモノモ亦之レニ類似ス固ヨリマイエルノ論スルカ如ク立法カ憲法ニ違反スルコトヲ得トハ我國法上解スヘキニアラサルモ第二章ニ掲ケタル規定ニ牴觸スルコトモ戰時又ハ國家事變ノ場合ニハ天皇カ統治權ノ主體タル地位ヲ以テ之レヲ敢行シ得ヘキノ意ナリ換言スレハ憲法第三十一條ハ憲法第二章ヲ超脫スル天皇ノ緊急權ニ豫メ適法行爲ノ效力ヲ附與スルモノナリ若シ第三十一條ナカリセハ事實ニ於テ天皇ハ超脫權ヲ行フ能ハサルニハアラサルモ其權ハ所謂事實上ノ力ニシテ適法行爲ト謂フヘカラス第三十一條ハ此塲合ヲ豫見シ以テ非常ノ塲合ニ超脫權ヲ用キルコトモ亦憲法違反ニ非サルコトヲ宣言セルモノナリ故ニ第三十一條ニ所謂大權トハ天皇カ所有セラルヽ統治ノ實力ナリト解スヘシ有賀博士カ本條ノ大權ヲ解シテ憲法第八條ノ緊急勅令第十四條ノ戒嚴宣告ノ權及ヒ第十一條ノ陸海軍統帥權ノ三者トセルハ誤レリ(憲法講義二頁)蓋シ緊急勅令ハ法律ニ代ルノ勅令ナルカ故ニ之レヲ發シテ臣民カ法律上保障セラレタル地位ヲ動カスコトハ第三十一條ヲ待タスシテ爲シ得ヘク又戒嚴ノ要件ハ法律ノ定メタル所ナルカ故ニ戒嚴ヲ宣告シテ臣民カ法律上有スル地位ヲ動カスハ又第三十一條ヲ要セサル適法行爲タリ若シ夫レ兵馬統帥ノ權ニ至リテハ文字ノ示

ス如ク一切臣民ノ法律上ノ地位ニ接觸スヘキ性質ノモノニアラサレハナリ』

憲法第十七條ニ所謂大權トハ憲法上天皇カ爲シ得ヘキ所爲ヲ謂フ換言スレハ一定ノ機關ニ委任シテ行ハシムルコトヲ憲法上ノ要件トセサル政務ノ範圍ナラハ假令機關ノ參與ヲ待チテ行フヘキナルモ之レヲ大權ト稱ス司法權ハ法律ニ依リ裁判所ニ委任シテ司法權ヲ行ハシムルハ憲法上ノ要件ナリ故ニ第十七條ニ所謂大權ニアラス立法權ハ帝國議會ノ協贊ヲ以テ之レヲ行フ裁判所ニ委任シテ司法權ヲ行ハシムルハ憲法上ノ要件トセサル政務ノ範ニ第十七條ノ所謂大權ノ中ニアリ或論者ハ「天皇ノ大權トハ憲法條規ノ範圍內ニ活動スル統治權ヲ謂フ憲法第十七條ニ依リ攝政ノ行フ大權トハ所謂此意味ニ於ケルモノナリ何トナレハ若シ大權ヲ天皇親裁ノ事項ナリト解スル時ハ攝政ハ其在職間立法行爲ヲナス能ハストト謂ハサルヘカラス何トナレハ立法權ハ憲法第五條ニ依テ必ス帝國議會ノ協贊ヲ要スヘク而シテ第十七條ハ大權ヲ行フノ外ニ攝政ノ權限ヲ認メサレハナリ」ト曰ヘリ固ヨリ攝政カ天皇ニ代テ立法權ヲ行フ塲合ハ論者ノ說ニテ辯說シ得ヘシ然レトモ若シ論者

ノ如ク廣ク第十七條ノ大權ヲ解シテ憲法ノ範圍內ニ働ラク統治權トナス時ハ司法權モ亦勿論此中ニ入ルヘシ然ルニ憲法第五十七條ハ司法權ハ天皇ノ名ニ於テ裁判所之レヲ行フト規定ス故ニ假令天皇カ未成年ナルモ又ハ親政能力ナキモ裁判所カ司法權ヲ行フニハ何等ノ差支ナシヨシ攝政ヲ置ケハトテ攝政カ天皇ノ名ニ於テ司法權ヲ行フニアラス裁判所ハ攝政ノ有無ヲ眼中ニ置カスシテ常ニ天皇ノ名ニ於テ司法權ヲ行フナリ故ニ第十七條ノ大權ヲ而カク廣ク解スルハ誤レリ要之第十七條ノ大權トハ機關ニ委任スルコトヲ憲法上ノ要件トセサル政務ニシテ第三十一條ニ所謂天皇ノ非常權ヲモ包含スルモノト解スヘキナリ

所謂憲法上ノ大權ナル文字ハ憲法第六十七條ニ出ツル所ニシテ憲法ノ規定上天皇ノ親裁シ得ヘキ政務ノ範圍ヲ謂フモノナリ故ニ大權ニ比シテ其範圍更ニ狹シ憲法第一章ニ天皇ハ云々スト列擧セル事項中ヨリ立法權ヲ除外シタルモノカ憲法上ノ大權ナリ（立法行爲全體トシテハ大權ニアラス然レトモ其一部タル裁可ノ如キハ又天皇ノ憲法上ノ大權ナリ何トナレハ天皇ノ獨占スル所ナレハナリ）天皇ノ憲法上ノ大權ヲ以テ天皇ノ親裁ヲ要スル政

務ナリトシ之レヲ以テ一切他ニ委任スルコトヲ得サルモノト論スル學者多シ然リト雖モ憲法第一章ニ揭ケタル所ヲ見レハ現ニ天皇カ他ニ委任シテ行ハシメツヽアルモノ鮮カラス若シ憲法上ノ大權カ一切天皇ノ親裁ニ出ツヘキモノトスレハ文武官ノ任免ノ如キ大權事項ニシテ現ニ他ニ委任シタルモノハ憲法違反ナリト謂ハサルヘカラス此ノ如キハ啻ニ解釋ノ當ヲ得サルノミナラス天皇ニ對シテ事實上ノ不能ヲ強ユルモノナリ天皇モ人ナリ憲法ニ列擧シテ大權事項トセル繁雜ナル事項ヲ一切親ラスルコトハ事實ナス能ハサル所ナリ故ニ吾人ハ憲法上ノ大權ヲ以テ憲法上天皇ノ親裁シ得ヘキ政務ナレトモ必スシモ親裁スルコトヲ要セス他ノ統治機關ニ委任シ得ヘキモノナリ但シ委任ヲ受ケタル機關カ大權事項ヲ行フニ付テ常ニ天皇ノ名ニ於スヘキモノナリト解ス憲法上ノ大憲ハ後ニ統治權ノ作用ノ篇ニ詳論スヘシ茲ニ留ム

第三節　天皇ノ地位ニ隨伴スル權

爰ニ一言スヘキハ天皇ノ有セラルヽ諸種ノ權カ權利ナリヤ否ヤノ點ニアリ余ハ前ニ權利ノ條ニ於テ權力ト權利トヲ區別シ統治權ハ權力ナルカ故ニ權利ニアラスト說明セリ統治權ハ其本質上命令ノ權力ナリ意思ノ强制力ナリ故ニ權利ニアラサルハ前ニ述ヘタルカ如シ然リト雖モ統治者タル天皇ノ有スル權ハ常ニ强制力即チ命令權トシテ現ハルヽモノニアラス本節ニ所謂神聖不可侵權、榮譽權、財產權ノ如キハ寧ロ命令ノ力ニハアラスシテ法カ認メタル利益チ主張シ得ヘキ可能狀態タリ法ハ凡テ天皇ノ制定シ又ハ認定スル所タリ故ニ此等權利ノ根本タル法其モノハ權利ノ主體タル天皇其人ニ出テタルモノナリ然レトモ法ガ權利者ノ意思ニ出テタルト他ヨリ附與セラレタルトヲ問ハス法カ一定ノ利益チ認メ之レチ充實スルノ可能性チ與フル時ハ形式上ニ於テ之レチ權力ナリトシ權利ト區別スレトモ本節ノ權利ノ如キハ寧ロ權利ノ觀念チ以テ說明スルノ便ナルチ認ム蓋シ之レ余ノ權利觀念ニ適合スル所ナレハナリ

天皇ノ地位ニ隨伴スル權ハ神聖不可侵權、榮譽權及ヒ財產權ナリ

(一)　神聖不可侵權

神聖トハ人力ヲ以テ侵スヘカラサルノ義ナリ往昔羅馬ニ於テ貴族（パトリチー）ト平民（プレベイー）トノ兩者非常ニ軋轢シ平民ハ常ニ貴族ノ抑壓スル所トナリシ結果平民ハ斷然分離シテ別ニ一國ヲ建テントセリ此分離策ハ貴族ニ對シテ非常ナル恐慌ヲ來タシ遂ニ平民ノ意ヲ納レテ平民保護官（ツリブニー、プレビス）タル民官ヲ置ケリ此時貴族ハ之

神聖不可侵權

（評）侵スト云フコトノ意義及其程度チ明說スル必要アラン

レヲ退ケントセシモ國法上ノ名義ヲ得ルニ苦シミ普通法上種々ノ擬律ヲ以テ「ツリブニー」ヲ退ケントセシカハ平民大ニ激昂シ遂ニ貴族ニ迫リテ「ツリブニー」職ノ神聖ナルコトヲ定メ法律上之レヲ責問スルコトヲ得サルモノトセリ國家重要ノ機關ニ神聖權ヲ歸スルハ實ニ此ニ始マル後世ノ歐洲各國ノ憲法モ亦多ク神聖不可侵權ノ規定ヲ設クルニ至レリ

以太利憲四、西班牙憲四八、葡萄牙憲七二、墺太利憲第四編一、バイエルン憲第一章一、ザクセン憲四、ヴルテムベルヒ憲四、ザクセンアルテンベルヒ憲四、ブラウンシュワイヒ憲三、オルデンブルヒ憲四、シュワルツブルヒ、ゾンデルスハウゼン憲九、シュワルツブルヒ、ルードルスタット憲二、新統ロイス憲五、ヴルデック憲四、シヤウムブルヒリツペ憲五

神聖ナル文字ニハ法律上何等ノ意味ナシト論スル者アリ(ゲー、マイエル三二七頁)固ヨリ君主ハ臣民ト異ナリテ神ナリト謂フカ如キ意味ニ於テ神聖ナル文字ヲ解スレハ國法上何等ノ意味ナシ然レトモ法律上ノ用語トシテハ神聖ナル文字ハ人力ヲ以テ加フヘカラサルコトヲ意味ス故ニ不可侵ト同意義ナリ天皇以外ニ對スル關係ニ於テ謂ヘハ天皇ハ不可侵ナリ天皇ノ方面ヨリ謂ヘハ即チ無答責ナリ無答責トハ何人ニ對シテモ責任ヲ負ハサルノ義ナリ國法上ノ責任トハ自己ノ行爲ニ對シ主權ノ作用ニ依リテ不利益ヲ受クルヲ謂フ天皇ハ既ニ主權者ナリ故ニ天皇ニ責任アリトスレハ自己ニ對シテ責ヲ問フコトヽナリ意味ヲナサス

君主ノ行爲ニハ施政行爲ト私人トシテノ行爲ニモ亦民事上ノモノト刑事上ノモノトアリ君主ノ行爲ニシテ無答責ナルハ施政行爲ト刑事上ノ行爲トナリ此兩者ニ付テハ天皇ハ一切法ノ前ニ其責任ヲ負ハス法理上何人モ天皇ノ責任ヲ問フ能ハサルナリ只民事ニ付テハ權利義務ノ所在ヲ明ニスルニ止マリ之レカ爲メ君主カ不利益ヲ受クルト謂フ能ハス吾人ハ民事ニ付テハ天皇モ亦法ノ前ニ立ツテ責任ヲ免ルヽ能ハストノ解ス外國ノ公法學者モ亦例外ナク君主ノ無答責ハ其民事行爲ニ及ハスト論セリ但シ民事ノ訴訟ハ普通君主ニ對セスシテ國庫又ハ王室經費ニ對シテ提出スヘキモノトス

若シ憲法ノ規定カ民事訴訟ニ付キテモ天皇カ責ヲ負ハストスル趣旨ナラハ民事訴訟ニ付キ國ヲ代表スル機關ヲ云々スル民事訴訟法第十四條ノ規定及ヒ其規定ニ基キ國家代表機關ヲ

(評)一般ニ無答責ト云ヒ後ニ民事上ノ責任ヲ負フハ前後牴觸ノ嫌アリ殊ニ民事モ強制執行ハ天皇ニ對シテ之ヲ要スルニ如何ノ程度範圍ヲ以テ無答責ノ範圍ヲ定メ之ヲ論定スルカ至當ナラン

(評)義務ナシト天皇カ主張スルトキニ當リ義務アリトノ判決ハ不利益ナル受クルモノニアラス

(許)財産權ノ關係ニ於テハ外國法ハ國ニ其主體タル人格ヲ認メ天皇ノ財産ト國家ノ財産トヲ區別セリト考フ

定ムル勅令ハ違憲ナルガ如シ國家ヲ人格ト見ザル我國ノ如キ所ニ於テ國家カ民事ニ付キ通常裁判所ノ管轄ヲ受クルト謂フコトハ主權者カ國家ノ目的ヲ達スル爲メニ個人ト民事ノ關係ニ立ツ場合ニハ又法ノ前ニ責任ヲ負フト謂フノ意味ナリ而シテ民事訴訟法ノ規定カ違憲ニアラスシテ現在行ハレツヽアル所以ノモノハ憲法第三條ノ不可侵カ民事ニ及ハサルカ故ナリ而シテ民事上ノ關係ニ付テハ天皇ハ國家的財産ノ所有者トシテモ又其私有財産ノ所有者トシテモ何レモ責任ヲ有ス

君主ニ對スル犯罪ヲ以テ普通人民ニ對スル犯罪ヨリモ嚴重ニ罰スル刑法ノ規定アルヲ見テ以テ君主ノ不可侵權ノ一部トナス學者多シグー、マイエルモ亦其國法論二二七頁ニ於テ獨逸帝國刑法ノ條文(八〇、八一、九四、九五、九八、九九條)ヲ引用シテ之レヲ論セリ然レトモ之レ誤レリ身體名譽ニ對シテ他人ヨリ侵サレサル權利ハ刑法上一私人モ亦之ヲ有ス故ニ單ニ他人ヨリ侵サレサル點ヨリ云ヘハ私人ノ身體モ亦不可侵ナリ若シ一私人ノ保護ヨリ一層强キ保護ヲ受クルヲ以テ不可侵ト解スレハ刑法第二編第一章ハ皇族ニ關シテモ亦特別ノ規定ヲ設ク然ラハ皇族亦不可侵權ヲ有スルカ國法上然ラサルヘシ故ニ刑法上ノ特別規定ヲ以テ君主ノ不可侵ヲ表示スルモノトナスハ誤レリ

天皇カ神聖ニシテ侵スヘカラサルノ結果トシテ起リシ國法上ノ制度ヲ國務大臣ノ責任トス君主モ等シク人ナレハ時ニ憲法ノ條規ニ反スル行爲ヲナスコトヲ得サルニアラス英國ノ國法ニ「王ハ不正ヲ爲ス能ハス」(The King can do no wrong)ト謂フ原則アルハ爲ス能ハサルニアラスシテ何人モ王ノ行爲ニ不法ノ義テリ已ニ君主カ不正ヲナスコトヲ得ルモノニシテ且ツ不可侵ノモノタル以上ハ何者カ之レカ弊害ヲ防止スルノ制度ナカルヘカラス之レ即チ國務大臣ノ制度ヲ設ケ天皇ノ行爲ハ國務大臣ノ副署ヲ待ツニアラサレハ國法上ノ效力ヲ生セサルコトヽシ一面國務大臣ニ天皇補弼ノ職權ヲ與ヘ若シ補弼ノ責ヲ盡サヽル時ハ之レカ責任ヲ問ヒテ大臣ニ逸セサラシムルコトヲ力ムルノ方法ニ依リテ以テ天皇ノ施政ヲシテ憲法ノ條規ノ外ヲ後ニ論セントス爰ニハ只國務大臣ノ責任ニ付テハ吾人之レサル關係アルコトヲ知レハ足レリ

(二) 榮譽權

天皇ノ榮譽ハ國家ニ於テ最高ノモノタリ此權ハ多ク天皇ニ專屬スル榮譽ノ表章トシテ現ハルヽモ又一面ニ於テハ內廷組織ノ權モ亦此中ニ加フルコトヲ得ヘシ

（イ）特別ノ稱號敬稱ヲ用ヰ尊榮ノ表章ヲ用ヰルノ權

「天祐ヲ享有シタマル」ト云フ語ハ天皇ノ專有セラルヽ所ナリ祭祀ニ於テ天子ト稱シ詔書ニ於テ天皇ト云ヒ外國ニ對シテ大日本帝國皇帝陛下ト稱スルカ如キ亦然リ「朕」ト稱スルハ天皇ノ外ニ無ク陛下ノ稱ハ至尊ニ對スル敬稱ニシテ延テ太皇太后、皇太后ニ及ベルモノナリ外國ノ學說ニ於テ誕生日ノ祝祭寺院ニ於ケル祈禱並ヒニ國喪ヲ受クルカ如キコトヲ以テ榮譽權ノ中ニ入ルヽモノアリイエリネツクハ其公權論一四四頁ニ於テ誕辰ノ祝祭寺院ノ祈禱等ハ法カ他人ニ命令シタル結果ナルカ故ニ反射作用ニ過キスト論シゲーマイエルハ其國法論二二七頁註九ニ於テ之レ等ハ假令臣民ノ或ル義務ヲ規定シタルニモセヨ其第一次ニ目的トスル所ハ王ノ卓越セル地位ヲ表章スルカ爲メナレハ王ノ權ハ第一ニシテ臣民ノ義務ハ第二ノモノナリ乃チ君主ノ榮譽權ト云フコトヲ得ト論セリ余ハイエリネツクノ說ニ贊同ス國裏ヲ受クルノ權ニ至リテハザイデルハ其著バイエルン國法第一卷一七四頁ニ於テ之レヲ榮譽權ノ中ニ加フルモコハゲー、マイエルモ既ニ論スル如ク（國法學二二七頁註九）死亡セル王ニ對シテ行ハルヽモノナレハ王ノ榮譽權トハ言ヒ難シ何トナレハ權利ノ主體存セザレハナリ」榮譽ノ表章御璽御紋章及ヒ三種ノ神器等ヲ有スルコトモ亦天皇ノ榮譽權ノ一部タリ

（評）陛下ノ二字允當ナラサルカ如シ

（評）陛下ハ至尊及太皇太后、皇太后及皇后ニ對スル敬稱ナリトシテハ如何下文ノ如クンハ何カ至尊特有ノ敬稱ナルカ如ク見ユ

（評）御璽及神器ヲ受クルハ榮譽權外ノモノト愚考ス

（ロ）宮廷組織ノ權

天皇ハ其周圍ニ多數ノ宮內官ヲ有ス宮廷ハ皇族及ヒ宮內官吏ヲ以テ組織シ國務ノ外ニ於テ君主私務ノ府タリ宮中ニ出入スルノ資格ヲ定メ宮內官吏ヲ任命スル等皆內廷組織權ニ屬スル所ハ王ノ卓越セル地位ヲ表章スルカ爲メナレハ王ノ權ハ第一ニシテ臣民ノ義務ハ第二ノモノナリ乃チ君主ノ榮譽權ト云フコトヲ得ト論セリ余ハイエリネツクノ說ニ贊同ス國記官、等ノ制ハ一般官吏ニ同シ爵位、勳章、其他ノ榮典例ヘハ從軍記章、榮位、金杯、褒詞等ヲ授與スルノ權ハ天皇ノ榮譽權ニ屬スルヤ否ヤイエリネツク公權論一四五頁註一ボルンハツク普國々法論第一卷四六八頁ザイデルバイエルン國法第一卷一七三頁註一、等ハ之レヲ以テ君主ノ施政權ナリト解シゲー、マイエルハ之レヲ榮譽權ナリト解シテ曰ク如上ノ反對論者ガ此見解ヲ採ル所以ノ理由蓋シ少カラザラム然レドモ事實上ニ於テハ此權能ハ施政權トシテ取扱ハルヽ事無シ何トナレハ其行使ハ副署ヲ必要トスルコトナケレバナリト吾人ハ後說ヲ可トス我憲法第十五條ハ爵位、勳章其他ノ榮典ノ授與ヲ以テ君主ノ憲法上ノ大權中ニ加ヘタリ故ニ或論者ハ之ヲ施政權トナシ從テ國務ニ關スル詔勅トシテ國務大臣ノ副署ヲ要スト論スルモ君主ノ大權ナラハ何故ニ施政權ナルヘキカノ根據ナシ余ハ天皇ノ榮譽權トシテ國務ニ關スルモノニアラサルカ故ニ副署ヲ要セスト信ス

（ハ）財產權

爰ニ論スル財產權ハ天皇ノ地位ニ隨伴スルモノナリ我國法上天皇ハ統治ノ主體ナルカ故ニ一切ノ國家的財產ハ法理上主權者タル天皇ニ屬ス然リト雖

（評）國有ノ土地物件其他ノ所謂國家財產ハ國家ニ屬シ天皇ニ屬セスト考

モ天皇カ國家經營ノ目的ヲ以テ定メタル財産ハ一個ノ目的財産（Zweckvermö-gen）トシテ一定ノ條件ノ下ニ處分スヘク假令其形體ヲ變スルモ常ニ國家ノ目的ノ外ニ使用スルコトヲ許サス之レヲ國家財産（スターツフエルメーゲン）トナス之レ吾人カ爰ニ述ヘントスル所ニ非ス天皇ハ又一方ニ於テ私人ト同樣ノ財産權能ヲ有ス天皇カ天皇タル地位ヲ以テ有スルニアラスシテ私人トシテ所有スル財産ハ私人ノ所有權ト同一物ニシテ之レ又茲ニ論スルノ限リニアラス吾人カ茲ニ述ヘントスル所ハ天皇タル地位ニ隨伴スル財産權ナリ

フ天皇ハ統治權ノ主體ナリト云フコトヨリ國有財産ハ當然天皇ニ屬スト斷定シ能ハサルカ如シ

王室經費

一　王室經費

王室經費ノ制度ハ英國ニ發生セシモノナリ王室財産及其收入ハ國王ノ惡政ニ依リテ著シク減少シ爲ニ第十八世紀ニ至リテハ屢々財政ノ困難ヲ極ムルニ至レリ故ニゲヨーゲ第三世ガ即位スルニ當リテハ議會ト約シテ所謂財政整理ノ方法ヲ定メ國王ノ重大ナル收入ハ議會ノ適宜ナリトスル所ニ從ヒテ之レヲ處分スヘク國王ハ其賠償トシテ內廷ノ費用及ヒ國王ノ尊榮ヲ維持スル費用トシテ國庫ヨリ一定額ノ支給ヲ得ルコトヽセリ彼レノ繼承者ノ時代ニ於テハ稍變更ヲ加ヘ王室財産ノ重要ナル收入ハ全ク之レヲ議會ノ處分權下ニ置クコトヽナリ國王ハ其代リニ確定額ヲ得ルニ至リヌ之レチシヴイルリストト謂フ佛國ニ於テハ革命ノ結果王室ノ財産ヲ擧ケテ一切之ヲ國民領ト合併セシ後始メテ王室經費ノ支辨ヲ必要トスルニ至レリ既ニ一七九一年九月三日ノ佛國憲法第三章第二節第一款九——一一ハ之レニツキ詳景ノ規定ヲ包含ス一八一四年六月四日憲章二三モ亦然リ

皇室經費ノ實ハ我國ニ於テハ既ニ古クヨリ行ハレタリ武家カ政ヲ專ニシ天下ヲ橫領セルノ時代ニアリテハ朝廷ハ其私有地ヨリスル收入ヲ以テスルト忠誠者ノ貢獻ニ依ルノ外內廷ノ費用ヲ得ルノ途ナク財政ノ困難ニ陷ラレシハ歷史ノ證スル所ナリ德川氏ニ依リ一定ノ費用ヲ以テ皇室ノ費用ニ充ツルコト今日ノ如クナリシト雖モ其朝廷ニ對スル政策ハ禁裏ノ費用ヲ最低限度ニ切リ詰メシムルニ至レリ王政維新ト共ニ天下ノ大權天皇ニ歸シ明治二年各藩奏シテ封土ヲ奉還スルニ及ヒ財政ノ權モ亦全ク天皇ニ歸スルニ至レリ憲法發布ニ至リ更ニ制ヲ立テヽ皇室經費ノコトヲ定ム

皇室經費ハ皇室ノ費用ニ充ツルカ爲メ國庫ノ支出スベキ負擔ニシテ憲法第六十六條ノ規定スル所タリ同條ハ現在ノ定額ニ依リ毎年國庫ヨリ之ヲ支出スト規定ス憲法制定ノ時ニ於ケル定額ハ三百萬圓ナリ故ニ爾來之レカ增額ヲ要スル場合ノ外ハ帝國議會ノ協贊ヲ要セスシテ之レヲ支出セサルヘカラス議會ハ此額ニ對シテ拒ム能ハス又其以上ノ支出ニ同意スル義務モ無シ其費途決算ニ至リテモ亦皇室經費ハ天皇ノ自由ニ屬シ議會又ハ會計檢查院ノ干涉ヲ受ケス皇室典範ニハ皇室諸般ノ經費ハ特ニ常額ヲ定メ國庫ヨリ支出

セシム其豫算決算檢査及其他ノ規則ハ皇室會計法ノ定ムル所ニ依ルト規定セリ(第四七條第四八條)

二、世傳御料

皇室ノ私有財産中君位ノ繼承ト共ニ當然後ノ天皇ノ占有ニ歸スルモノニシテ分割讓與スヘカラサル性質ヲ有スルモノヲ世傳御料トス(皇室典範第四五條)世傳御料ハ君主ノ地位ニ隨伴スルモノニアラス皇族ノ族長タルノ地位ニ隨伴スルモノナリト說ク學者アリ(一木氏國法學講義)世傳御料カ皇族ノ世襲財産ニシテ分割讓與スヘカラサル點ヨリ見レバ天皇タル地位ニ隨伴セスシテ皇族族長タル資格ヲ以テノ天皇ニ屬スルモノトスルハ一理ナキニアラス然レトモ假令分割讓與スルヲ許サヽル世襲財産ナリトモ之レカ收益ノ權ハ當時ノ天皇ニ在ルヲ見レハ一種ノ財産權タルハ疑フヘカラス且ツ今日ノ制度ニ於テハ皇族ノ族長ハ常ニ現在ノ天皇ナリ天皇トナル以上ハ必ス世傳御料ノ收益權ヲ獲得ス然ラハ之レヲ天皇ノ地位ニ伴フ財産權ナリトスルモ強チ不當ノ解釋ニハアラサルナリ

(許)世傳御料ハ皇族ノ世襲財産ニアラスシテ天皇ノ世襲スヘキ財産ト思考ス

世傳御料

統治ノ大權ハ万世一系ノ天皇ニ在リ天皇ハ皇位ヲ繼承スル自然人ナリ皇位トハ祖宗ノ御位ナリ系統ナリ國家統治ノ大權ハ天皇カ之レヲ祖宗ニ承ケテ之レヲ子孫ニ傳フル所ナリ人ニ不死ノ壽ナシ之レ爰ニ皇位ノ繼承ヲ說ク必要アル所以ナリ

領土ヲ以テ君主ノ所有地トナセル古代ノ觀念ニ於テハ王位ノ相續ハ即チ前王ノ財産相續タリシナリ前王ノ財産タル土地ヲ相續セシムルハ以テ其上ニ行使スル主權ヲ分與スルコトヲ意味セシナリ故ニ領土ヲ數子ノ間ニ分割シテ數多ノ獨立國家ヲ生シ兄弟相鬩キ骨肉相食ムノ慘狀ヲ現出シタルコト鮮ナカラス此觀念ハ特ニ歐洲中世ノ封建時代ニ至リテ固ク、王位ノ繼承ヲ解スルニ私法的遺產相續ノ觀念ヲ以テシ初メハ諸侯ガ有シタル私有財產(アローヂュム allodium)ヲ分割スルコトニ始マリ後幾クモナクシテ封建封土マテモ分割スルニ至リ其結果ハ王家ノ權威ヲ減殺スルコト甚ダシカリシカハ第十四世紀ニ至リ王

(許)茲ニ大權ナルノ文字ヲ用ヰルハ前ニ天皇ノ大權ト混同ノ恐アルカ如シ單ニ統治權トシテハ如何

皇位ハ系統ナリト云フハ少シク允當ナラサルカ如シ

第四節　皇位ノ繼承

家ノ利益ヲ計ランカ爲メニ諸侯家族内ニ反動ヲ生シ家法遺言及ヒ契約等ニ依リテ領土ノ分割ヲ禁シ以テ此弊害ヲ豫防セントセリ而シテ分割ハ領地人民ノ利益ニ反シタルカ故ニ地方議會モ亦君主ト協力シテ領土不可分ノ主義ヲ貫カンコトヲ勉メタリカクテ當時ニ於ケル國家思想ノ發達ハ此等ノ原動力ト相合シテ領土ノ分割ハ益〻行ハレサルニ至リヌ而シテ當時行ハレタルモノハ單獨直系相續法ナリキ此單獨直系相續法ハ直系ノ長子ノミ繼承權ヲ有スルノ制度ニシテ其初メハ千三百五十六年チヤールレス四世ノ金詔(goldene Bulle)ニ依リ撰擧侯ノ家系ニ限リテ用キラレタリシカ他ノ獨逸諸國ノ君主モ亦家法ニ依リ全然之レヲ採用スルニ至レリ此ノ如クシテ成リタル單獨長子相續法ノ結果ト統治權ハ領土所有權ノ如キ私法的ノモノニアラストスル近世ノ國家思想ト相合シテ今日ノ王位繼承ハ統一的不可分ノ國權ノ繼承ナリトノ觀念確定セラルヽニ至リシナリ

我國法上ノ觀念トシテハ皇位ヲ繼クハ天祖ノ位ヲ承クルモノナリ而シテ天ツ日嗣ハ一アリテ二無キハ神代以來ノ確信ニシテ爾來傳ヘテ今ニ至リ未タ嘗テ國土ヲ分割シテ數子ニ分チシコトナク又皇位ヲ分チテ二トセル例ナシ之レ統治權ノ性質トシテ當然ナリト雖モ又實ニ祖宗ノ位テフ不可分ノ地位ヲ繼承スルノ觀念カ偶然統治權不可分ノ觀念ト一致シテ一矢亂レサリシニ因ラスンハアラス

皇位ノ繼承ハ即チ統治權ノ繼承ナリ前天皇ノ有シタル統治權ヲ新天皇カ繼承スルモノナリ吾人カ斯ク說明スル結果トシテ必ス起ルヘキ疑問ハ何故ニ新天皇ハ前天皇ノ發シタル法規ニ拘束セラルヽカ何故ニ前天皇ノ發シタル命令カ後ノ天皇ノ御世ニ於テ其效力ヲ有スルカノ點ニアリ元來統治權ハ其最初ノ形體ニ於テハ無制限無拘束ノモノナリシナリ然レトモ其當時ノ主權者カ之レヲ行使スルニ當リテハ法ヲ以テ之レカ行動ノ制限ヲナスコト多シ前天皇カ或法規ヲ出シタル塲合ニ於テハ彼レノ有スル統治權ハ此法規ニ依リテ制限セラレタルモノナリ換言スレハ後ノ天皇ノ繼承スル塲合ニ於ケル統治權ハ前天皇カ其崩御ノ時ニ至ル迄發シタル巨多ノ法令ニ依リテ條件付ケラレタルモノナリ從テ此等ノ條件ハ後ノ天皇カ正當ナル形式ヲ以テ之レ

ヲ改廢スルニ至ル迄ハ新天皇ニ對シテモ亦拘束力ヲ有ス其臣民ヲ拘束スヘキハ固ヨリ論ヲ待タサルナリ蓋シ後天皇ハ前天皇ヨリ此ノ如キ條件狀態ヲ有スル統治權ヲ繼承シタルモノナレハナリ(井上博士所說ニ據ル)

穗積氏ハ萬世一系ノ皇位ヲ以テ統治權ノ主體トナス皇位ハ永遠ニ存續スヘキ無形ノ地位タリ故ニ氏ノ說ニ從ヘハ先帝ノ法令カ代ヲ替ヘテ尙ホ有效ナルハ深ク說明ヲ要セサル所ナリ一木氏ハ國家ヲ以テ人格ナリトシ一切ノ法令ハ國家ノ意思トナス而シテ國家ハ永續性ヲ有スル統治主體ナルカ故ニ君主ノ更替ハ國家ノ意思タル法令ノ效力ニ何等ノ關係ナシト論セリ惟フニ國家ヲ人格ナリト解スル說ノ如キハ往昔行ハレタル君主主權說ヲ以テハ法令又ハ條約等ノ永續的效力ヲ說明スル能ハサルカ爲ニ生シタル學者ノ觀念ニシテ一方ヨリ云ヘハ進步シタル國家思想ト云フヘキカ如シ吾人モ亦說明ノ便宜トシテハ此等ノ說ヲ採ルコトヲ知ラサルニアラス然レトモ吾人カ好ンテ君主主權說ノ舊思想ヲ喋々スル所以ノモノハ吾國法上ノ解釋トシテ已ムヲ得サルニ出ツルモノアレハナリ此點ハ前ニ述ヘタル國家理論ト對照セハ

皇位繼承ノ開始

自カラ明カナラン

皇位ノ繼承ハ之レヲ左ノ諸項ニ分チテ說明セン

一　皇位繼承ノ開始

皇位ノ繼承ハ天皇ノ崩御ニ因ルノ外他ノ事由ニ依リテ開始セズ之レ皇室典範第十條ノ明カニ定ムル所ナリ此主義ハ皇室典範ニ至リテ宣言セラレタルモ而カモ我國古來ノ慣例ノ認メタル所ナリ之レヲ歷史ニ徵スレハ天皇在世ノ間ニ位ヲ讓ラレタル例稀ナラズト雖モ之レ種々ノ事情ノ然ラシメタルモノニシテ我民族ノ確信トシテハ天皇崩御ノ外ニ踐祚ノ事無シ典範ハ此原則ヲ宣言シタルニ過ギズ但シ憲法ニハ皇位ノ繼承ハ皇室典範ノ定ムル所ニ依ルト規定スルガ故ニ將來典範ヲ改正シテ生前ノ讓位ヲ許ス時ハ其規定ノ效力アルハ謂フ迄モナシ蓋シ讓位ノ制ハ皇位ノ繼承ト矛盾スルモノニアラサレバナリ

(評)我民族云々ノ說明ハナクモガナト愚考ス我典範ニ於テハ一旦天皇トナリタル者崩御ノ外ニ於テ其位ヲ去ラサルコトヲ前提トナスカ如キ方面ヨリ說明シテハ如何

按スルニ上古ニハ先帝崩後皇太子直チニ皇位ヲ繼承シ玉フヲ法トセラレタリキ神武天皇以下武烈天皇ニ至ルマデ廿五代ノ間嘗テ讓位ノ事ナキハ此故ナリ繼體天皇位ヲ安閑天皇ニ讓

リテ即日崩御セラレシ以來受禪讓位ノ端ヲ啓キ聖武天皇未タ壯年ニテ位ヲ皇太子ニ讓リ自カラハ太上天皇ニテ政務ニ關カリ玉ハサリシコト起リテヨリハ遂ニ後世迄ノ流例トナリ歷代讓位ノ儀アリシモノ凡テ五十八帝ノ多キニ及ベリ之レ素ヨリ已ムヲ得サル事故アルニ因レリト雖モ佛法ノ流行外戚ノ專横等之レカ重大ノ原因ヲ爲セシニ因ラスンハアラス(萩野小中村合著日本制度通二頁)

二　皇位ノ繼承者タルベキ資格

(イ)　祖宗ノ皇統(憲法第一條第二條 皇室典範第一條)

我國ガ血族團體ノ觀念ニ依リテ建設セラレタル事ハ前ニ述ベタリ皇位トハ祖宗ノ御位ノ義ナリ故ニ其繼承ハ當然ニ祖宗ノ血統ヲ相續スル觀念ヲ含ム若シ單純ニ主權者タル地位又ハ財產相續ノ觀念ヲ以テスレバ必スシモ先代天皇ノ血族ニ傳ヘザルベカラザルノ理無シ然レドモ我皇位ノ繼承ハ主權者タル地位ヲ相續スルノミニアラズ建國ノ基礎タル「祖宗ノ御位ヲ繼グ」テフ觀念ハ祖宗ノ血統ニアラザルモノヽ踐祚ヲ許サス之レ祖宗ノ皇統タルベキコトヲ明言セル所以ナリ

天皇ノ養子若クハ猶子ノ事ハ古來我國ニ行ハレタル所ニシテ之レニ位ヲ讓リシ例モ亦ナキニアラス但シ其皇族ニ限ラレタルコトハ國史上ノ事實ナリ然ラハ爾後皇族ヲ養子トシテ之レニ位ヲ繼ガシムルコトヲ得ルカ蓋シ皇室典範第四十二條ニハ皇族ハ養子ヲナスコトヲ得ズトアリ而シテ同第三十條ニ依レバ天皇ハ皇族以外ニ立ツガ故ニ第四十二條ノ適用ヲ受ケス從テ養子ヲナス能ハザルニアラズト解スルコトヲ得ベシ典範第五十八條ニモ亦「現在皇養子皇猶子又ハ他ノ繼嗣タルノ故ヲ以テ之ヲ混スルコトナシ」ト規定シ其事實ヲ認ム只同條ニハ「皇位繼承ノ順序ハ總テ實系ニ依ル」トアルヲ以テ皇養子タル皇族ガ典範第一章ノ規定ニ從ウテ皇位繼承ノ順ニ該當スル塲合ハ格別然ラザレハ單ニ養子タルノ故ヲ以テ皇位ヲ繼承スルノ權利ナシ獨逸各君主國ノ家法モ亦養子ニ繼承權ヲ認メス

(ロ)　男系ノ男子タルコト

憲法第二條ニ皇男子孫ト云ヒ典範第一條ニ男系ノ男子ト云フ我建國以來ノ慣習トスル所ナリ

獨逸諸國ニ於ケル君位繼承ハ宗族男系主義ナリ即チ男系ノ子孫ハ女系ノ子孫ニ先タツ或王

(評)天皇ハ尙更養子ヲナスコトヲ得スト解釋スルコト至當ナラン五十八條ハ典範制定ノ當時ニ關スル規定ニシテ其制定以前ニ養子猶子ヲナシタルモノアルモ是等ハ繼承ノ資格ナシトセシモノナラン此條ヨリ天皇ハ養子猶子ヲナシ得ト解スヘキニアラサルカ如シ

家ニ於テハ男系ノ繼承權ハ絕對ニシテ一切女系ノ相續ヲ認メスプロイセン憲法五三條ニ曰ク「王位ハ王室典範ニ從ヒ嫡長ノ序ニヨリ男統ヲ以テ實系ノモノ之レヲ繼承スト此規定ハ女系繼承ヲ容サヽルモノナリザクセン、アルテンブルヒ憲三、新統ロイス一八五六年六月十日法一〇、メツクレンブルヒ家法六、亦然リ又他ノ王家ニ於テハ凡テノ男系ノ王統ガ絕滅セルノ後始メテ繼承ヲ許スバイエルン憲第二章四五、ザクセン憲六、七、ウルテンベルヒ憲七、バーデン家法三、ヘツセン憲五、シユワルツブルヒ、ゾンデルスハウゼン根本法一〇、アルデツク憲一五、シヤウムブルヒ、リツペ憲三、等之レナリ立法ノ主義トシテハ我國ノ典範ハ此主義ニ依ルヲ可トセシナラン

(許)男系ノ者トハ皇族男子ノ子ナリト說明シテハ如何下文ノ如クンハ入ノ誤解ヲ來スノ恐アラン

男子娶ツテ生ム所之レヲ男系トシ女子嫁シテ生ム所之レヲ女系トナス父ヲ本トスレハ其男子ノ子ハ男系ニシテ女子ノ子ハ女系ナリ史ヲ按スルニ女系ヲ以テ皇位ヲ繼承セシ事實ナシ只男系ノ女子ニシテ時ノ必要ニ應シテ踐祚セラレシモノナキニアラスト雖モ其例甚タ鮮ナシ僅カニ第三十三代推古帝ヲ初トシ皇極、持統、元明、元正、孝謙、明正、後櫻町ノ八帝ノミ(重祚ハ算セス)神武天皇ヨリ今ニ及ヒテ百二十餘代殆ント皆男子ヲ以テ皇位ヲ繼承セリ故ニ女帝ノ踐祚ハ時勢ノ已ムヲ得サルニ出テサルヨリハ以テ常例トナスヘカラス現行國法上女帝ノ立ツハ皇位ノ繼承ニアラス故ニ若シ皇裔ノ男系男子一人モ

津キ塲合ニ於テ尙ホ憲法及ヒ皇室典範ノ改正無キ時ハ皇位ノ存續ヲ欠ク ノ虞レアリト謂ハサルヘカラス然レトモ之レ法理上ノ假定觀念ニシテ事實ニ於テハ杞人ノ憂ニ過キサルナリ

皇位ハ主權者タル天皇ノ地位ナリ故ニ主權ニ二無キカ如ク皇位ニ二無シ或ハ曰ク南北朝時代ニ在リテハ南北二皇位アリタルニアラスヤ故ニ皇位ニ二無シト云ヒ難シト然レトモ當時外形上二朝アリシカ如キハ皇室ノ中ニ於テ互ニ唯一ナル祖宗ノ御位ニ對スル權利ヲ爭ヒタルモノニシテ日本國ノ主權ヲ握レル皇位カ二個相對峙シテ存在シタルニアラス而シテ主權ハ實際ノ占有ニ依リテ之レヲ獲得スルモノニシテ其適法ナリヤ不適法ナリヤノ問題ハ主權ノ成立ニ關セサルカ故ニ苟モ祖宗ノ血統ヲ受クル以上ハ事實ニ於テ日本ノ主權ヲ握ラレシ皇位ヲ以テ主權ノ所在トセサルヘカラス故ニ外形上ノ二朝ハ國法上ノ二朝ニアラサルナリ

私生子ノ繼承權ヲ有セサルハ獨逸ノ學說ノ一致スル所ナリ我國法モ亦此原則ニ依ルハ言ヲ俟タス父ニ依リテ認知セラレタル私生子ヲ庶子ト謂フ認知ノ制度ハ古代ノ獨逸法ニ於テハ

全ク存セザリシ所ニシテ高級貴族ニ付キテハ未タ嘗テ行ハレタルコト無シ所謂外套兒（Mantelkind）即チ後日ノ結婚ニ依リテ認知セラレタル私生兒カ繼承資格ヲ有スルヤ否ヤニ關スル從前ノ爭議ハ近來ノ學者ニ依リテ例外無ク否定セラレタリツアハリエー獨國法第一卷三五一頁ロエンヂ子普國國法第一卷一六六頁、シュルツエ普國國法五七節、ポエツル、バイエルン國法一四七頁、モール、ウルテンベルヒ國法二五節、ゲルベル獨逸私法二七四節註四、ベゼレル獨逸私法一六九節ストツベー獨逸私法第一卷四四節等ノ諸氏皆然リ獨リツエプル獨乙國法原論第一卷六五五頁ハ反對說ヲ採ル我國ニハ庶子ノ繼承權ニ關スル典範第四條ノ明文アルカ故ニ皇庶子ノ繼承權アルハ疑ナキ所ナリ

對等婚姻ノ出ナルコトヲ以テ繼承資格ノ一ニ數フルニ付キテハ獨逸學者間ニモ說ヲ異ニスル所ナリ對等婚姻トハ現在又ハ過去ニ於テ一國ヲ統治セル獨逸又ハ外國ノ貴族又ハ嘗テ獨逸貴族タリ者ノ血統ヲ踐ミ且ツ對等ト認メラルヽ者ト婚姻スル場合ヲ云フ之レカ效力ニ付キテハ三說アリ第一說ハ婚姻ノ對等ナルヘキコトハ普通法ノ原則ニシテ補充的效力ヲ有スルニ過キス各王家ノ家法ニ反對ノ規定アルトキハ之レニ依ラサルヘカラズト論スルモノニシテゲー、マイエル、ピュツター、ゲールルーム、アイヒホルン、ツアハリエー、ゲルベル、ベゼレル、ストツベー、シュルツエ、ブロツクハウス、エー、マイヤー、キルヘンハイム、テーバンド、コーザクツ、ザイドラー等ノ諸氏之レヲ唱ヘ第二ハ貴族タル身分ヲ有スルモノト結婚スルモ亦對等婚ナリト論スルモノニシテモーゼル、ヘフテル等之レヲ唱ヘ大審院ノ判決（民事部判例三二卷一四七頁以下）モ亦此說ヲ採ル第三ハ王侯諸公ノ對等婚ノ要件ハ普通法ノ原則トシテ存スルモノニア

ラズ家法ノ特別條規アル場合ニ限リテ認メラルベキモノナリトスル說ニシテツエプル、ヘルド、グローテフエンドノ三氏之レヲ唱フ獨乙國法ノ解釋トシテハ余ハ第一說ヲ可トスルモノナリ之レニ反シ我國法上對等婚ハ之レヲ必要トセズ皇后ヲ立ツルハ一定ノ貴族中ヨリスルヲ古來ノ例トスル所ナレドモ既ニ皇庶子孫ノ繼承權ヲ認ムル以上ハ對等婚姻ヲ云々スル必要無シ

君主カ一定ノ宗教ヲ奉ズベキコトハ二三外國ノ憲法ノ規定スル所ナリ（ウルテムベルヒ憲法第五條瑞典憲法第二條ノ如シ）然レトモ此等ノ規定ハ其文面ヨリ見ルモ宗教ヲ奉ゼザレハ繼承ノ權ナキコトヲ規定スルニアラズシテ君主トナリタルモノハ宗教ヲ奉ズルノ義務アルコトヲ定メタルモノト信スゲー、マイエルモ亦此要件ヲ缺ケバトテ繼承ノ順位ニアル者ナラバ其繼承能力ヲ失フト解釋スベキモノニアラズト辯ゼリ（獨國法八九號魯西亞ノ如キモ亦皇帝ハ當然ギリシヤ教ノ法王トナルガ故ニ皇帝ニ信教ノ義務アルハ疑ナシ我國法上皇位ノ繼承ハ一切宗教上ノ條件ヲ帶フルコト無シ

三　皇位繼承ノ順位

皇位ハ一ニシテ二無ク天皇ノ男系ノ男子ハ常例トシテ數多アルヘシ數人ノ資格者中ニテ一人ノ踐祚者ヲ定ム必スヤ一定ノ順序ナカルヘカラス之レヲ皇位繼承ノ順位トス皇室典範ノ定ムル所タリ

一　皇位ハ皇長子ニ傳フ

二　皇長子在ラサル時ハ皇長孫ニ傳フ

三　皇長子及其子孫皆在ラサル時ハ皇次子及ヒ其子孫ニ傳フ以下皆之レニ例ス

四　皇子孫皆在ラサル時ハ皇兄弟及其子孫ニ傳フ

五　皇兄弟及其子孫皆在ラサル時ハ皇伯叔父及其子孫ニ傳フ

六　皇伯叔父及其子孫皆在ラサル時ハ其以上ノ最近親ノ皇族ニ傳フ

皇子孫ノ皇位ヲ繼承スルハ嫡出ヲ先ニシ庶出ヲ後ニス皇庶子孫ノ皇位ヲ繼承スルハ皇嫡子孫皆在ラサル時ニ限ル

皇位繼承ノ資格アリテ其順位ニ在ル者ヲ皇嗣トス天皇崩スル時ハ皇嗣即チ踐祚シ祖宗ノ神器ヲ承ク皇嗣ノ位ニ即クハ典範ノ規定上當然ニ生ズル結果ニシテ天皇豫メ之レヲ變更スルコトヲ得ス又皇嗣之レヲ辭スルコトヲ得ス

唯皇嗣精神若クハ身體ニ不治ノ重患アリ又ハ重大ナル事故アル時ニ限リ皇族會議及ヒ樞密顧問ニ諮詢シ前ニ擧ゲタル資格及ヒ制限ノ範圍內ニ於テ繼承ノ順位ヲ換フルコトヲ得ルノミ（皇室典範九）

唯一ノ皇子カ胎兒ナル塲合ニ天皇ガ崩御セラルヽ時ハ皇位ハ皇室典範第五條ノ規定ニ依リ皇子孫皆在ラザル時トシテ皇兄弟及其子孫ニ傳フベキカ又ハ胎兒ノ出生ノ後之レニ登祚セシムベキカ胎兒ハ家督相續ニ付テハ既ニ生レタルモノト看做スト謂フ民法第九百六十八條ノ規定カ皇位ノ繼承ニ適用セラルベキモノニアラザルハ疑ナキノミナラズ皇位ハ一日モ空ウスベカラズ天皇崩御アレハ皇嗣直チニ即位スルハ典範ノ規定スル所ニシテ又別ニ未ダ人格ヲ有セサル胎兒ノ繼承權ニ付キ何等ノ規定スル所無キヲ以テ見レバ胎兒ノ有無ニ拘ラズシテ繼承ノ順位ヲ定ムベキモノナリト解スルヲ適當トス從テ皇兄弟ニシテ踐祚セバ假令後日ニ至リ胎兒ガ出生セラルヽモ之レニ對シテ位ヲ讓ル必要ナク皇位繼承ハ常ニ現在ノ天皇ヲ標準トシテ其順位ヲ定メサルベカラズ

ゲー、マイエルハ此塲合ニ於テ皇子ノ出生迄攝政ヲ置クヘシト論ス然レトモ何等法律上ノ根據ヲ援用セサルヲ見レバ氏ノ假想ニ過キサルヘシ元來攝政ハ天皇ノ名ニ於テ大權ヲ行フモノナリ攝政ノ存在ハ天皇ノ存在ヲ前提トスルハ我憲法ノ原則ナリ故ニ未タ天皇タラス又人格アラサル胎兒ニ付テ攝政ヲ置クト云フハ何等ノ根據ナキ空論ナリ

三種ノ神器ハ天祖ノ皇子孫ニ傳ヘラレタル所ナリ古來之レヲ以テ踐祚ノ要件トナシ神器ヲ有セザル時ハ正當ノ天皇ニアラズト觀念セリ南北朝時代北朝カ如何ニ神器ヲ得ンコトシテ苦心セシカヲ見テモ明カナラン德川光圀ノ日本史ノ如キ亦此點ヨリ推シテ正朔ヲ南朝ニ繫ケ神器京師ニ入ルニ及ビ始メテ統ヲ後小松天皇ニ歸セリ固ヨリ神器ノ有無ハ登祚權ノ適法不適法タル證左トナルコトハ明白ナル事實ナリ然レドモ神器ヲ有セザレバ天皇ニアラスト迄解スルハ誤マレリ皇室典範第十條ニハ天皇崩ズル時ハ皇嗣即チ踐祚シ祖宗ノ神器ヲ承ク即時ナリ崩御ト同時ニ天皇トナルノ義ナリ天皇トナリタル後ニ於テ神器ヲ承ク神器ヲ承ケテ初メテ天皇トナルニハアラザルナリ

即位ノ禮及ヒ大嘗祭

即位ノ禮及ヒ大嘗祭ハ京都ニ於テ之レヲ行フ踐祚ノ後元號ヲ建テ一世ノ間ニ再ビ改メザルコト明治元年ノ定制ニ從フ元ヲ建ツルハ孝德天皇紀元千三百〇五年ニ始マル天皇ノ御宇己ニ大化白雉ノ二元アリ爾後歷代ノ天皇ノ多クハ在位中ニ元ヲ改ムルコトヲ例トシ特ニ後花園天皇ノ御宇ニハ永享ニ初マリ寬正ニ至ツテ之ヲ改ムルコト前後八回ニ及ヘリ王政維レ新ナルニ及ヒ制ヲ立テヽ一世ノ間之ヲ改メサルコトヲ定ム

大嘗祭ハ天皇位ニ即キ玉ヒテ天祖ヲ始メ奉リ天神地祇ヲ祭ラセ玉フ大禮ニシテ其由來最モ久シ古ハ大嘗又ハ新嘗トモ云ヒテ其區別アラサリシカ天武天皇紀元千三百三十三年以來代毎ニ行フヲ大嘗トシ年毎ニ行フヲ新嘗トス大寶ノ制七月以前ニ即位スレハ當年事ヲ行ヒ八月以後ハ明年事ヲ行フ其日ハ十一月下卯ヲ用フ凡散齋一月致齋三日其供神ノ大幣ハ九月ヨリ始メテ三月ノ內ニ造リ了ラシメ其祭儀ハ悠紀主基ノ國司專ラ之ヲ行フ悠紀ハ天神ヲ祀リ主基ハ地祇ヲ祭ル者ナリ延喜以來古風漸ク變シ武家政ヲ恣ニスルニ至リテハ空シク虛禮ヲ守ルニ過キス、サレト後花園天皇永享二年迄ハ其形計リモ行ハレシモ後土御門院ノ御宇ノ初メ兵亂ニ依リテ行ハレス爾來中絕シテ二百二十二年ヲ經東山院貞享四年ニ至リ德川氏ノ奏ニ因リテ再興セラレタルヲ中御門院即位ノ初マタ故アリテ行ハレス櫻町天皇元文三年貞享ヲ降ル凡五十餘年ニシテ復再興セラレタリ維新後明治四年詔アリテ舉行セラル其儀古ニ比シテ甚タ簡ナリ（萩野小中村日本制度通第一卷一一—一二）

儲嗣タル皇子ヲ皇太子トス皇太子在ラザル時ハ儲嗣タル皇孫ヲ皇太孫トス皇太子皇太孫ヲ立ツル時ハ詔書ヲ以テ之ヲ公布ス立太子式、立太孫式之レナリ

歐洲諸國ノ例ヲ見レハ君主カ其位ニ即クニ當リテハ憲法ヲ遵守スヘキコトヲ誓フノ制アリ我國ノ制度トシテハ即位ハ之レヲ天神地祇ニ誥クルノ外憲法遵守ノ宣誓式ヲ必要トセス

獨逸諸國ノ憲法モ亦多ク此宣誓ノ制度ヲ定ム而シテ此宣誓ハ普國憲法五四條ニ依レハ議會ノ面前ニ於テ、バイエルン憲第十章一ザクセン憲一三八、舊統ロイス憲八七、ニ依レハ國務大臣、樞密顧問及ヒ兩議院ノ議長及ヒ代表者ノ會合ノ上ニ於テ、ヴルテムベルヒ憲一〇、ヘツセン憲一〇六、ザクセン、ワイマール憲六七、六八、ザクセン、マイニンゲン憲一〇七、ザクセン、コブルヒ、ゴータ憲一五七、一五八、ブラウンシュワイヒ憲四、オルデンブルヒ憲一九七、一九八、シュワルツブルヒ、ルードルスタット憲四七、新統ロイス憲一〇三、ワルデック憲一七、一八ニ依レハ文書ヲ以テ行ハル此等諸國ノ規定中ニ在リテザクセン、コブルヒ、ゴータ憲一五九、ガルデンブルヒ憲一九七等ハ君主ハ憲法遵守ノ誓約ヲナサヽル間ハ何等ノ政治行爲ニ與カルコトヲ得ス其間ハ内閣ヲ以テ施政ヲ指揮セシム蓋シ一八三一年二月七日ノ白耳義憲法七九、ノ類ニ倣ヘルモノナリ舊統ロイス憲八八、モ亦類似ノ規定ヲ包含スヘキ規定アル國ニ於テハ宣誓ハ統治權行使ニ必要ナル條件ニアラス宣誓前ト雖モ尚ホ施政行爲ヲナスコトヲ得ヘシモールカワルテムベルヒ國法第二七節ニ論シテワ國ニ於テハ憲法遵守ノ保障アル迄ハ事實上ノ施政行爲アルノミニシテ律法上ノ統治權行使ナルモノナシ君主カ宣誓ヲ拒ムハ即チ君位ヲ拋棄スルモノナリト論ズルハ同國國法ノ文義ニモ合ハズ其條項ノ成立沿革ニモ適セズ又ワ國古來ノ法制ニ依リテモ說明スベカラザル所ナリロエン子ハ普國々法一五六號ニ於テ此說ヲ普國ニ援用セリ然レドモ他ノ學者ハ悉ク之レニ反對ス

第二章　攝政

第一節　攝政ノ國法上ノ地位

沿革――獨逸古代ノ法律ニ依レバ身體上及ヒ精神上ノ故障アルモノハ君位繼承ノ資格ヲ有セザリキ之レニ反シテ君主カ未成年ニシテ即位セル場合ニ於テハ後見即チ大傅ノ制度ヲ設ケ最近ノ宗族（アグナート）ヲ以テ其職ニ任ゼリ攝政ノ制度ハ當時ニ在リテハ私法上ノ後見制度ト混同セラレシカ故ニ遂ニ攝政ニ關シテモ亦後見ニ關スル羅馬法ノ原則ヲ適用スルニ至レリ而シテ宗族ノ外未成年ノ君主ノ母及ヒ祖母モ亦後見ニ任ズルコトヲ得タリ以上二種ノ法定後見ノ外更ニ遺言ニヨル後見又ハ帝國裁判所ノ定ムル後見人ヲモ認メタリ後ニ至リテハ攝政ノ制ヲ擴張シ曾ニ君主未成年ノ場合ニ之レヲ設クルノミナラズ身體上精神上ノ故障アル場合ニモ亦之レヲ置クコトヽナリ從テ身體上及ヒ精神上ノ缺損ハ繼承能力ヲ奪フト云フ古來ノ法制ハ行ハレザルニ至レリ而シテ國法上ノ攝政ト私法上ノ後見トカ明カニ區別セラレシハ寧ニ近世諸國ノ憲法ニ始マレリ（グナイスト、マイエル國法二四八頁）

我國ニモ亦古來攝政ノ制アリ上古仲哀天皇崩御後神功皇后三韓征討ノ後應神天皇幼冲ニマ

シマシトカバ母后攝政シ玉フ之レ本邦攝政ノ始メナリ推古天皇ノ時皇太子中大兄皇子(後ニ天智天皇)攝政ス此ノ如ク古ヘハ母后及ヒ皇太子ヲ以テ攝政セラレシカ文德天皇崩御後淸和天皇九歲ニシテ卽位アリシニ依リ外祖太政大臣藤原良房ヲ以テ天下ノ政ヲ攝行セシム之レ人臣攝政ノ始ナリ淸和天皇貞觀十八年ヲ以テ位ヲ陽成天皇ニ讓ル又幼冲ニマシマスヲ以テ攝政トス爾來自カラ職名ノ如クナリテ幼冲ノ天皇卽位ノ始ニハ先ツ攝政ヲ置カレ御元服アリテヨリハ攝政ヲ罷メテ關白トナスヲ以テ例トシ以テ近代ニ至レリ憲法ノ發布ト共ニ攝政ノ地位ヲ宣言シ皇室典範ニ於テ之レカ詳細ナル規定ヲ設クルニ至レリ(小中村淸矩官制沿革略史八五頁)

攝政ハ統治ノ機關ナリ

攝政ハ統治ノ主體ニアラス天皇ノ名ニ於テ其大權ヲ行フ憲法上ノ機關タリ故ニ嚴格ニ論スレハ後ニ統治ノ機關編ニ論スルヲ適當トス只其性質上天皇ト極メテ密接ノ關係ニ立ツカ故ニ玆ニ說明ノ便トシテ是ニ之レヲ論スルノミ

攝政ノ統治主體ニアラサルハ憲法第十七條第二項ニ於テ「攝政ハ天皇ノ名ニ於テ大權ヲ行フ」ト規定スルニ依リテ明カナリ天皇ノ名ニ於テトハ天皇ニ代リテノ義ナリ故ニ天皇以外ニアリ而シテ統治ノ主體ハ我國法上天皇ノ外ニ無キヲ見レハ其以外ニ立ツ攝政カ統治ノ主體ニアラサルハ明白ナル事實ナリ只其權限ノ極メテ廣クシテ憲法及皇室典範ノ政正ヲ除クノ外ハ天皇カ有スル一切ノ大權ヲ行使スル權限ヲ有スルノ點ハ他ノ統治機關ト異ナル所ナリ攝政ト他ノ統治機關トノ區別カ後者ハ天皇ノ意思ニ參賛スルニ過キサルニ反シ前者ハ天皇ニ代ツテ統治權ヲ行フノ點ニアリトナスヘカラス蓋シ司法裁判所ノ如キハ亦天皇ニ代リテ司法權ヲ行使スルモノニシテ單ニ天皇ノ意思ニ參賛スルモノニ過キスト謂フ能ハサレハナリ

穗積博士ハ攝政ノ地位ヲ次ノ如ク說明セラレタリ曰ク「攝政ハ天皇ノ名ニ於テ天皇ノ權力ヲ行使スルモノナリ統治權ノ主體ト其行使トハ法理上ノ觀念トシテハ之ヲ分ツコトヲ得ス一ニ皆皇位ニ存ス然カシ事實トシテ皇位ニ在ル特定ノ人カ此能力ナキ時ハ攝政ヲ置キテ其事實上ノ働キヲ完ウスルナリ攝政ハ皇位ト密着シ之レヨリ離レテ存在スルコトヲ得ス皇位ハ特定ノ一人ニテ之レニ在ルコトカ本則ナレトモ事實上已ムヲ得サル場合ニハ攝政ト合體シテ統治ノ主體ヲ爲スナリ之レヲ極言スレハ外部ニ對シテ國法上皇位ノ外ニ攝政アルコトナシ統治ノ主體ハ一ニシテ二アラス攝政ハ內部ニ於テ皇

位ヲ事實的ニ補フモノト見ルモ外部ニ於ケル法律關係ハ皇位ノ外ニ統治權ノ行使ヲナスモノ無シ攝政ノ行爲ハ即チ天皇ノ行爲ナリ攝政ノ行爲ト天皇ノ行爲トヲ區別シ得可カラス攝政ト謂ヒ特定ノ君主ト云フハ事實ヲ謂フモノニシテ稀レニ起ル例外トシテ或場合ニハ皇位カ幼年ノ君主及ヒ攝政ニ依リテ充タサルヽト形容シテ云フモ可ナリ我輩ノ說明ノ趣意ハ皇位ト攝政トノ間ニ代理代表トカ又ハ主體ト機關トカ又ハ主タル者ト從タル者トカ謂フカ如キ凡テ法律關係ナシ事實上ノ關係アルノミ未成年若クハ故障アル君主ト攝政トカ合シテ統治ノ主體ヲナスモノナリト解スルナリ」ト蓋シ攝政ノ權限カ天皇ノ大權ヲ行使スルニ在ルノ結果ハ他ノ統治機關ト其趣ヲ異ニスルカ故ニ博士ノ說明モ亦決シテ其理ナキニアラス然レトモ吾人ハ聊カ反對ノ見解ヲ有ス今統治權ノ主體性ヲAトシ其全體ノ總括的行用ヲBトスレハ次ノ項式ヲ生スヘシ

A＋B＝統治ノ主體

而シテBハ前ノ場合ニ於テ攝政タリ故ニ攝政ハAト合シテ統治主體ノ搆成分タリト云フニアリ然レトモ若シBヲ總括的ノ行用トスレハ之レハ又更ニ立法、司法、行政（假リニa、b、cトス）ノ作用ニ分ツコトヲ得ルガ故ニ

A＋B＝統治ノ主體

B＝a＋b＋c

A＋B＝A＋a＋b＋c＝統治ノ主體

ノ方程式ヲ生スヘシ然ラハ司法裁判所、帝國議會及ヒ行政大臣ノ如キ統治作用ヲ行フモノモ亦天皇タル統治主體ノ一部ヲナスト謂ハサルヘカラス然レトモ之レ何人モ疑ハサル不當ノ斷案タルヘシ蓋シ統治ノ主體ハ天皇ノ外ニ無シ天皇ハ主權ノ本體ナレトモ一人ノ力ヲ以テ萬機ヲ親ラスル能ハス故ニ諸種ノ機關ヲ設ケテ以テ國家統治ノ實ヲ擧ク而シテ此等機關中攝政ノ權限ニ至リテハ最モ廣キモノニシテ天皇ノ大權ノ全部ヲ包含スルカ故ニ他ノ統治機關ニ比シテ一種ノ說明ヲ要スヘキカ如キモ憲法上ノ統治ノ機關ヲ君主カ憲法ヲ以テ定メタル統治權行使ノ機關ト解スレハ攝政モ亦統治ノ機關タルヲ失ハス何トナレハ攝政ハ憲法第十七條ノ定ムル所ニシテ又天皇ノ大權

ヲ行フ權限ヲ有スルモノナレハナリ

統治權ノ作用ヲ行フカ故ニ攝政カ天皇ト合體シテ統治主體ノ一部ヲナスト云フ穗積博士ノ說ハ天皇カ常ニ統治權ノ體ト用トヲ親カラ有セサルヘカラサルモノナルコトヲ前提トスルヨリ生スル誤ナリト信ス若シ此ノ如ク解スレハ裁判所ハ天皇ノ名ニ於テ司法權ヲ行フト謂フカ故ニ又天皇ノ一部ヲナストト謂ハサルヘカラス

攝政ハ官廳ニアラス

攝政ハ官廳(ベヘルデ Behörde)ニアラス官廳トハ主權者又ハ自治體ニ依リテ設ケラレタル公務執行ノ機關ニシテ範圍ノ限定セラレタル職權ヲ有シ且ツ他ノ機關(語弊アリ天皇ヲ包含ス)ニ對シ從屬ノ關係ニ立ツモノヲ謂フ元首及ヒ帝國議會ノ地位カ此定義ニ照ラシテ官廳ニ非サルコトハ自カラ明カナラン攝政ノ地位モ亦然リ

一、官廳ハ天皇又ハ自治體ノ任命設置スル所ナラサルヘカラス攝政ハ法律ノ規定ニ依リ當然其職ニ就クモノニシテ元首ノ特別ノ行爲ヲ必要トセス法令ハ官廳ニ對シテハ間接ニ其成立原因タリト雖モ實際官廳ヲシテ就任セシメ職務執行ノ地位ニアラシムルニハ任命ノ行爲ヲ要ス之レ法律ノ規定ニ依リ當然就職スル攝政ト官廳トガ異ナル第一點ナリ攝政ノ必要ハ天皇カ大權ヲ親ラスル能ハサル時ニ起ルヲ以テ其任命ヲ天皇ノ意思ニ繫クル能ハサルノミナラス攝政ハ實ニ天皇ニ代リテ任命權其モノヲ行使スル者タルナリ

二、官廳ノ權限ハ一定ノ範圍ヲ有ス天皇ノ大權ハ廣クシテ及ハサル所ナシ攝政ハ天皇ニ代リテ大權ヲ行フ故ニ其權限ハ一定ノ範圍ニ限定セラレタルモノニアラス之レ攝政ガ官廳ト異ナル第二點ナリ

三、官廳ハ天皇及ヒ他ノ國家機關ニ對シ從屬ノ關係ニ立ツモノナリ天皇ニ對スルカ然ラサレハ他ノ國家機關ニ對シテ服從ノ關係ニ立タス、天皇カ意思能力ナキ時ニ之レニ代リテ大權ヲ行フモノナルカ故ニ天皇ノ意思ニ服從スルコト無キハ自明ノ理ナリ彼レハ全然自己ノ決意ヲ以テ大權ヲ行使シ天皇及ヒ他ノ國家機關ハ凡テ其行爲ヲ箝制スルコトヲ得ス之レ攝政カ官廳ト異ナル第三點ナリ

攝政ハ後見人ニアラス

攝政ハ後見人ニアラス中世獨乙ニ於ケル羅馬法ノ繼受ハ攝政ノ地位ヲ說明

スルニ私法的後見人ノ觀念ヲ以テセシメタリ獨リ攝政ノ地位ノミナラス一切ノ公法的制度ヲ以テ私法的ノモノト混同セルハ獨逸中世ノ封建時代ニ於ケル一般ノ思潮ナリキグリブナー、チチウス、コッセジーノ如キハ公法上ノ後見(tutela publica)ト私法上ノ後見(tutela privata)トノ區別ヲナシ多少攝政ノ地位ヲ明瞭ニ說明セシト雖モ當時學說ノ大部分ハ私法的ノ說明ヲ脫却スル能ハザリキ太皇太后、太后カ最近親ノ男子ニ先タチテ攝政ニ任セラルヽカ如キ制度ハ明カニ後見ニ關スル羅馬法ノ影響ヲ受ケタル結果ナリ攝政ノ說明ヲナスニ當リ此等私法的ノ立脚點ヲ棄テヽ純粹ナル公法上ノ見解ヲ採リシモノヲライテマイヤーノ攝政原論トナス近世ノ學者中ニモルードルフ、クラウト、ツアハリエー、ツオエプル等ノ如キハ未ダ全ク私法的觀念ヨリ脫化スル能ハサル者ナリ近世國法學ノ發達ト共ニ公法上ノ制度ハ明カニ私法的ノモノヨリ區別セラレ特ニ憲法ヲ以テ攝政ノ制度ヲ規定スルニ至リ學說ニ於テモ實際ニ於テモ攝政ト後見トハ明瞭ニ區別セラルヽニ至レリ

私法上ノ後見ト攝政トノ異ナル主要ノ點ハ前者カ特定人ノ權利及ヒ利益ヲ保護スルニ在リ後見ノ制度ハ個人ノ保護ニアリ攝政ノ制度ハ統治權ノ行使ニアリ故ニ偶然ノ結果トシテ後見ト攝政トカ同一人ニ歸シ(我國法ハ之ヲ許サズ)又ハ攝政ト後見トカ同一原因ヨリ開始セラルヽモ法理論トシテハ兩者ハ明カニ區別セサルヘカラス我皇室典範第二十八條カ攝政及ヒ其子孫ハ太傅タルコトヲ得ズト規定シ一千八百七十二年九月一日ノオルデムブルグ憲法六十二條ヲルデック憲法二十五條千八百五十七年四月二十二日ノヲルデック家法十三條カ大后及ヒ太皇大后ニ對スルノ外攝政ニ對シ同時ニ後見タルコトヲ禁シタルハ正當ニシテ千八百五十五年三月一日ノザクセンアルテムベルヒ、ゴータノ家法十三條及ヒザクセンアルテムベルヒ憲法十六條カ攝政ト後見トハ同一ノ人タルヲ要スト規定セルハ其當ヲ得サルモノト謂ハサルヘカラス

攝政ハ中繼君主ニアラス

攝政ハ中繼君主(又ハ攝位)ニアラス(史ヲ按スルニ仲哀天皇ノ熊襲ヲ討シ利アラスシテ流矢ニ崩シ王フヤ其后氣長足姫先帝ノ喪ヲ秘シ三軍ヲ統ヘテ新羅ヲ討チ歸ヲテ筑紫ニ至リテ皇子ヲ生ム譽田別皇子後ニ應神天皇之レナリ故

ニ仲哀天皇崩御後譽田別皇子登祚ニ至ル迄ノ間ノ神功皇后ノ地位ハ中繼君主ニシテ攝政ニアラス攝政ノ地位ハ皇子即位ノ後ニ發生セリ)中繼君主トハ君主ノ地位ヲ繼クヘキモノカ一時曠缺セル塲合ニ統治權ヲ行使スル者ヲ謂フ故ニ其條件トシテ天皇ノ曠缺ヲ必要トス攝政ハ天皇ニ代リテ大權ヲ行フ故ニ代ラルヘキ天皇ノ存在ヲ要件トス之レ兩者ノ異ナル重要ノ點ナリ但シ我國法上此ノ如キハ歷史上ノ事實ニ屬シ將來ニ起リ得ルモノニアラスシユルツエ普國々法第一卷二百十三頁カ攝政ヲ以テ中繼元首ナリトセシハ誤ナリ

攝政ハ不完全ナル王位繼承(unvollkommene Thronfolge)ニアラスグルベルハ攝政ヲ以テ不完全ナル王位繼承ノ一種トセリ(グルベル獨逸國法原論一〇五頁)然レトモ攝政ヲ置クノ必要ハ君位ノ曠缺ナキ時ニ限ラルヽカ故ニ君位繼承ノ語ヲ用キルハ非ナリザイデル氏バイエルン國法第一卷二二六頁モ亦此名稱ヲ非難セリ攝政ハ統治ノ主體ニアラス故ニ統治ノ主體タル天皇ノ地位ニ伴フ權利ハ彼レノ享有スル所ニアラス神聖不可侵權、榮譽權及ヒ財產權之レナリ

一　神聖不可侵權

天皇ハ神聖ニシテ侵スヘカラス攝政ハ天皇ニアラス故ニ侵スベカラサルニアラス穗積博士カ攝政ヲ神聖不可侵ノモノトセルハ博士カ攝政ヲ以テ天皇ト合シテ一體ヲナスト解シタルニ因ル吾人ノ如ク天皇ト攝政トヲ區別スル主義ヲ採ル者ハ攝政ノ不可侵ヲ論スヘキ根據無シ

攝政ノ行爲モ亦君主ノ夫レト同シク私人トシテノ行爲ト施政行爲トノ二アリ而シテ私法上ノ行爲ニ付テハ前ニ述ヘタルカ如ク君主モ亦責任ヲ負フノ原則ヨリ視レハ臣民タル攝政カ私法的行爲ニ付キ責ニ任セサルノ理由無シ故ニ疑問トナルハ其施政行爲トナリ攝政カ此ノ如キ行爲ニ付キ責任ヲ負フ能ハサルノ地位ニ在リトハ原則上主張スル能ハス攝政モ亦臣民タリ故ニ彼レカ攝政タルト私人タルトヲ問ハス苟モ明示的ニ普通法ノ前ニ責ヲ負ハサルコトヲ宣言セラレタルニアラスンハ尙ホ一般ノ法規ニ從ハサルヘカラス且ツ攝政ハ他人ノ名ニ於テ他人ノ權利ヲ行フモノナリ故ニ此關係ハ法律ノ例外無キ限リハ當然ニ攝政カ天皇ニ對スル責任ノ觀念

ヲ生ス然リト雖モ此責任ヲ負ヒ得ヘキ原則ハ立法者カ何等ノ規定ヲ掲ケサル塲合ニモ當然實行セラレ得ヘキコトヲ意味スルニアラス攝政ノ施政行爲及ヒ刑事上ノ犯罪ニ付テハ攝政ノ繼續スル間ハ如何ナル塲合ニモ其責任ヲ問フ能ハス何トナレハ彼レカ攝政タル間ハ何人モ其責ヲ問ヒ得可キ地位ニアラサレハナリ假令攝政カ終了シタル後ト雖モ法律ノ規定無キ限リハ攝政タリシ人ニ對シテ此責任ヲ問フコトハ不能ニ屬ス先ツ吾人ヲシテ其施政行爲ニ付テ論セシメヨ然ラハ吾人ハ一目ニシテ其責任ヲ問フ能ハサルコトヲ知ルヲ得ン何トナレハ攝政ハ官廳ニアラス故ニ一般ノ服務規律ヲ以テ其行爲ヲ律スヘカラス又國務大臣ノ責任ノ制ハ移シテ直チニ彼レノ行爲ニ擬スル能ハサルヘシ此他ニ於テ攝政ノ行爲ニ付キ其責任ヲ問フノ根據タル法規ハ何レニモ存在セザレバナリ攝政ノ間ニ犯シタル刑事上ノ犯罪ニ付テハ全ク之レト異ナリ攝政終了後之レガ責任ヲ負フヘキコトニ付テハ何等ノ特例ヲ見ズ故ニ法律ノ特別規定ナキ限リハ彼レハ臣民トシテ當然刑法ノ制裁ニ服スヘキナリ

攝政在任中其責任ヲ糺スコトヲ得サルノ原則ハ多數學者之ヲ認ム施政行爲タルト他ノ行爲トノ別ナク依然トシテ無責任ナリトスルノ說ヲ採ルモノハゲルベル、國法原論一〇九頁、ツオエプル第一卷二四三、六七九頁シュルツエ普國々法七〇號獨逸國法第一卷一一三號モール、ウルテムベルヒ國法六三號キルヘンハイム獨逸國法二〇二頁プロツクハウス三二三頁ピンゲツヘル、ツアハリエー、ヘルドゲローテフエンド、ザルヴアイハ其責任ヲ認ムザクセン、コブルヒ、ゴータ憲二一ハ明文ヲ以テ攝政ノ無責任ヲ認ム曰ク「國公ノ身體ハ神聖ニシテ侵スヘカラス施政行爲ニ付キ彼レハ何人ニ對シテモ責任ヲ負フコト無シ此ノ原則ハ攝政ニモ亦之レヲ適用ス」ト

攝政在職中ノ犯罪ニ對シテハ裁判所ハ攝政在職中ニ之レヲ起訴スルコトヲ得ルヤ否ヤ、起訴スルコトヲ得スト論スル者ハ曰ク司法權ハ裁判所カ獨立シテ行フカ如キモ法理上ハ亦タ天皇ニ屬スル所ナリ而シテ攝政ハ天皇ノ大權ヲ行使スル者ナレバ天皇ノ權内ニ在ル司法權其モノモ亦理論上攝政ノ行フ所ナリ故ニ攝政自カラヲ起訴スルハ自己ノ責ヲ問フト同一ニ歸シ意味ナキコトナリト然レトモ若シ攝政在職中之レヲ起訴スルコトヲ得ストスレハ刑訴第十一條ノ時效中斷ノ效力ヲ生スル原因ナキカ故ニ攝政ノ犯罪ニ對スル公訴權ハ刑訴第八條ニ依リ遂警罪ハ六月輕罪ハ三年重罪ハ十年ノ割合ヲ以テ時效ニ因リテ消滅スト謂ハサルヘカラス故ニ攝政カ四年在位シタル塲合ニ第一年ノ初メニ犯シタル輕罪ニ付テハ其終了後ト雖モ刑ヲ科スルヲ得サルモ最後ノ六ケ月内ニ犯シタル遂警罪ハ訴追スルコトヲ得ト云フ不

道理ナル結果ヲ生スヘシ余ハ攝政カ在職中ノ犯罪ニ付テハ同時ニ起訴ヲナスコトヲ得ヘク從ツテ公訴ノ消滅時效ハ中斷セラルヽカ故ニ其退職後之レカ責任ヲ問フコトヲ得ヘシト信ス

論者或ハ吾人カ在職中ノ犯罪ニ付キ其ノ職ヲ去リタル後ニ於テ責ヲ問ハルヘシト謂フニ反對シテ「憲法ニハ攝政ノ責任ヲ救治スルノ制度ヲ設ケサルノミナラス行爲ヲ爲シタル當時ニ責任ナキ行爲カ攝政ヲ止メタル後ニ至リ之レカ爲メニ處罰セラレ又ハ懲戒セラルヽトハ全ク解スヘカラス」ト謂フモ攝政カ臣民タル限リハ例外規定ナキ限リハ刑法上ノ責任アルハ言ヲ俟タス而シテ攝政終了後責任ヲ問フハ在職中ノ無責任ナル行爲ニ對スルニアラスシテ責任アル行爲ニ對シ一時其責ヲ問フコト能ハサルカ故ニ之レヲ終了後ニ待ツモノナレハ論者ノ言ハ何レノ點ニ於テモ攻擊ノ點ヲ誤レリ

二　榮譽權及ヒ財産權

此等ノ權ニ付テハ不可侵權ニ對スルヨリモ尙ホ一層明瞭ニシテ攝政ハ無論之レヲ享有スルコト能ハス唯財産權ニ付テハ從來天皇カ行使シ來リシモノニシテ別ニ之レカ管理ノ機關ヲ設ケサルモノハ攝政ハ天皇ニ代リテ之レヲ管理セサルヘカラス蓋シ大權ヲ行使ステフ攝政ノ職分ハ其ノ他ノ點ニ於テ彼カ天皇ノ無能力ヲ補充スルコトヲ得ザラシムルモノニアラザレバナリ但シ單ニ管理ニ止マルカ故ニ天皇ノ財産權ヲ自カラ享有スルニハアラザルナリ

要之攝政ハ天皇ノ名ニ於テ大權ヲ行フ憲法上ノ機關ナリ從テ憲法第七十五條ニ依リ憲法及皇室典範ヲ變更スルコト能ハサル外ハ天皇ノ大權全體ハ總テ彼レノ行使スル所ナリ

終リニ臨ミ我國法上攝政ト太傅トノ區別ヲ述ヘンニ(一)攝政ノ權限ハ大權ノ行使ニ在リ太傅ノ權限ハ天皇ノ保育ニ在リ(二)攝政ハ憲法上ノ機關ナリ太傅ハ皇室典範上ノ機關ナリ(三)太傅ヲ置クハ天皇未成年ノ時ニ限ル攝政ハ未成年ノ外太政ヲ親ラスル場合ニモ亦之レヲ開始ス(四)太傅ハ皇族タルヲ要セス又攝政及其子孫タラサルコトヲ要ス(五)兩者ハ就職及ヒ退職ノ手續ヲ異ニス(皇室典範一九―二九)

第二節　攝政ノ開始

天皇未タ成年ニ達セサルトキハ攝政ヲ置ク天皇久キニ亘ルノ故障ニ由リ大政ヲ親ラスルコト能ハサルトキハ皇族會議及ヒ樞密顧問ノ議ヲ經テ攝政ヲ置ク(皇室典範十九條)

一　天皇未成年ノ塲合

天皇及皇太子皇太孫ハ滿十八年ヲ以テ成年トス未成年ナリヤ否ヤハ事實明白ナルカ故ニ特ニ之ヲ確定スルコトヲ要セスプロイセン憲法第五十六條ハ國王未成年ノ塲合ニモ亦攝政ヲ置クノ必要ノ有無ハ議會ニ於テ議決セサルヘカラス蓋シ君主ノ成年期カ目前ニ迫レル塲合ノ如キ特別ノ理由アル時ニハ攝政ヲ置クノ必要ナシトスルモノナラン（ゲー、マイエル國法學二五〇頁註一四）我國法上ノ解釋トシテハ未成年ノ期カ極メテ短カキモ尚ホ攝政ヲ置クヘキモノトセサルヘカラス

君主ノ成年期ハ國ニ依リ十八歳トシ或ハ滿二十一歳トス皇太子又ハ皇太孫ニ對シテナサレタル成年ノ宣告（ヴエニア、エターチース）ハ私法上之ヲシテ成年ナラシムルコトヲ得ヘシト雖モ憲法上ノ施政能力ヲ得ルモノト解スヘカラス但シザクセン、マイニンゲシ憲四、一八九六年三月九日法五、ザクセン、アルテムベルヒ憲一五、舊ロイス憲六、シヤウムブルヒリツペ憲一一等ハ成年宣告ノ制度ニ國法上ノ效力ヲ認ム我國ニハ此等ニ關スル何等ノ規定無シ

二　天皇久シキニ亘ルノ故障ニ由リ太政ヲ親フスルコト能ハサルトキ

典範第十九條ニ久シキニ亘ルトアルヲ根據トシテ天皇ニ永續的且ツ絶對的ノ妨害アルコトヲ要シ一時ノ疾病又ハ旅行等ノ故ヲ以テ攝政ヲ置クコトヲ得ズト論ズルモノアレドモ吾人ハ其說ヲ採ラズ吾人ハ後チニモ論ズル如ク天皇ガ能力ヲ有セラルヽ間ニ政務代理人ヲ置クコトヲ得ルモノト解ス而シテ天皇カ能力ヲ有セザル間ニハ此代理人スラ置クコトヲ得ザルガ故ニ若シ「久シキニ亘ルノ故障」ヲ條件トスレハ短日月間ノ故障ノ塲合ハ政務ヲ廢スルノ外無カルベシ而カモ此ノ如キハ法理並ヒニ事實ノ許サヾル所ナルヲ以テ此塲合ニ於テハ攝政ヲ置クノ外無シ典範第十九條第一項ノ規定カ短日月ノ未成年期ニモ尚ホ攝政ヲ置クノ精神アルヨリ比較スレハ故障ニ因リテ太政ヲ親ラスル能ハザル時ニ時ノ長短ニ依リテ攝政ノ置否ヲ定ムル理由ナシト信ズ故ニ吾人ハ久シキニ亘ルノ文字ニ重キヲ置カズシテ太政ヲ親ラスル能ハザルコトヲ唯一ノ要件トセント欲ス穗積博士モ亦夙ニ此說ヲ唱ヘラレタリ

皇室典範一九ハ天皇未成年ノ場合ニハ常ニ攝政ヲ置クヘキモノトセリ然レトモ其他ノ故障ニ因リ太政ヲ親ラスル能ハサル場合ニハ皇族會議及ヒ樞密顧問ノ議ヲ經テ之レヲ置ク此議

（評）余ハ法文ニ久シキニ亘ルトアルカ故ニ故障ノ久シキニ亘ルコトヲ要スト答フ實例ニ依リテ云ハンニ精神上若クハ身體上ノ障害トシテ五分十分乃至一時間位ノ絶對的故障アルモ久シキニ亘ルニアラサレバ攝政ヲ設クヘキニアラスト考フ但シ久シキニ亘ルトハ事實問題ナルカ故ニ法理上其ノ時間ヲ示スヘキ要ナシ未成年ノ時ハ法文ニ基キ時間ノ長短ヲ問ハサルナリ本問ノ場合トハ自ラ異ナルモノナリ

ハ單ニ故障ノ有無ヲ確定スルノミナラス又攝政ヲ設置スル必要アリヤ否ヤヲ定ム假令太政ヲ親ラスル能ハサル狀態ニアリト認ムルモ短時間ノ故障ニシテ別ニ攝政ノ必要ナシト議決セハ攝政ヲ置クコトヲ要セサルナリ

太政ヲ親ラスル能ハサル故障ノ有無及ヒ攝政ヲ置クベキヤ否ヤハ皇族會議及ヒ樞密顧問ノ議ヲ經テ之レヲ定ム此故障アルコト及ヒ攝政ノ必要カ確定スレハ攝政ハ皇室典範ノ規定上當然ニ就職スルカ故ニ皇族會議及ヒ樞密顧問ハ事實ノ認定ヲナスノミニシテ攝政其人ヲ定ムル權限ナシ而シテ故障ノ有無ヲ定ムル議案ハ何人カ之レヲ發議スルカ我典範ハ之レニ關スル規定ヲ欠クカ故ニ各人其解釋ヲ異ニセリ吾人ハ之レニ關シテハ場合ヲ別チテ論ゼサルベカラズト信ズ元來故障トハ其現在ニ存スルト又將來ニ起ルコトノ確定セルモノナルトノ區別ナシ若シ天皇ニシテ久シク海外ニ旅行セラレントスル時ハ先ツ天皇ヨリ發議シテ之レヲ皇族會議及ヒ樞密顧問ニ諮ルコトヲ得ベク又天皇身體上又ハ精神上ノ重大ナル故障アルモ尚ホ此發議ヲナシ得ル地位ニアリテ現ニ發議セラルヽ時ハ又之レ有效ノ發議タルヘシ或論者カ天皇カ發議シ得ヘクンハ彼レハ無能力ニアラザルガ故ニ攝政ヲ置ク必要ナキ場合ナリト謂フハ之レ等ノ場合ヲ見ザルガ爲メナリ只事實故障アリテ天皇カ攝政ノ開始ヲ發議スル能ハザル地位ニアル時カ疑問トナルナリ此場合ニ於テハ皇族會議及ヒ樞密顧問ノ議ヲ經ヘキハ典範ノ規定上明白ナレトモ其何レニ發議ノ權アリヤハ疑問ナリ吾人ハ樞府カ諮詢ヲ待チテ重要ノ國務ヲ審議スル所タルヨリ推シ此場合ニハ寧ロ皇族會議ニ發議權ヲ認ムルヲ穩當ナリト信ス

（評）實際ハ明文ノ欠點ナリ之ヲ欠點トナシ強テ附會ノ說明ヲナスノカラン實行上ノ問題トシテハ政治上ノ便宜ニ基キ處分スヘキコトナリ

第三節　攝政ノ資格

一、皇太子、皇太孫、親王、王、皇后、皇太后、太皇太后、內親王、及女王タルコト　但シ女子ニアリテハ配偶者アラサルモノニ限ル皇后ハ例外ナリ蓋シ皇后ノ名ハ天皇ノ存在ヲ條件トシテ存在スルモノナレハナリ

二、成年以上ナルコト　皇太子皇太孫ハ滿十八歲ヲ以テ成年トシ其他ノ皇族ハ滿二十年ヲ以テ成年トス

三、太政ヲ親カラスル能力ヲ有スルコト　攝政又ハ攝政タルヘキ者精神若

クハ身體ノ重患アリ又ハ重大ノ事故アル時ハ皇族會議及ヒ樞密顧問ノ議ヲ經テ其順序ヲ換フルコトヲ得

以上ノ資格ヲ有スル者ニ就キテ一人ノ攝政ヲ定ム必スヤ皇位ノ繼承ニ於ケルカ如ク一定ノ順位ナカルヘカラス皇室典範第二十一條ノ規定スル順序ハ左ノ如シ

第一、皇太子
第二、皇太孫
第三、親王及王
第四、皇后
第五、皇太后
第六、太皇太后
第七、內親王及女王

皇族男子ノ攝政ニ任スルハ皇位繼承ノ順序ニ從フ其女子ニ於ケルモ亦之ニ準ス最近親ノ皇族未タ成年ニ達セサルカ又ハ其他ノ事故ニ由リ他ノ皇族攝政ニ任シタルトキハ後來最近親ノ皇族成年ニ達シ又ハ其事故既ニ除クト雖モ皇太子及皇太孫ニ對スルノ外其任ヲ讓ルコトナシ

第四節　攝政ノ終了

攝政ハ其設置ノ事故止ミタル時ニ終了ス即チ左ノ如シ

一、天皇成年ニ達シタル時
二、天皇カ大政ヲ親ラスルコトヲ得ルニ至リタル時
三、天皇カ崩御セル時

未成年ノ爲メニ置カレタル攝政ハ天皇ノ成年ニ依リテ當然消滅ス成年期ニ達セルコトハ明白ナル事實ナルカ故ニ別ニ疑問無シ之レニ反シ天皇カ大政ヲ親ラスル能力ヲ回復セシヤ否ヤハ其事故ノ發生セル事實ノ確定スルト同シク重要ノ問題ナルカ故ニ皇族會議及ヒ樞密顧問ノ議ヲ經ヘキカ如キモ我典範ハ此場合ニ處スル何等ノ規定ヲモ設ケス之レ典範ノ欠點ナリ吾人ハ便宜上此場合ニモ亦皇族會議及ヒ樞密顧問ノ議ヲ經ヘキモノト解ス天皇ノ崩

（評）解スヘキモノ

御カ攝政ノ終了原因タルハ明カナリ何トナレハ攝政ハ天皇ノ存在ヲ前提トスレハナリ天皇崩御スル時ハ成年ニシテ親政能力アル天皇即位セラルヽコトアルヘク又若シ新天皇ニシテ未成年ナルカ又ハ親政能力ナキ場合ニ於テハ新タナル攝政起ルカ故ニ先帝時代ノ攝政トハ全ク別物ナリ

ニアラサラン此ノ如キ立法ノ方針チ採ルヘキモノト考フト云フコト至當ナラン

攝政ノ消滅ト區別スヘキハ特定人カ有スル攝政地位ノ消滅ナリ攝政ヲ置ク可キ事故ノ存續スル限リハ攝政其モノハ終了セス人ヲ代フルモ尚ホ攝政ハ其原因ノ存スル限リ存在ス但シ攝政ノ文字ヲ攝政タル人ト解スレハ以下掲クル原因モ亦終了ノ中ニ入ル只攝政ノ終了ト謂ヒ消滅ト謂フ文字ヲ用キル時ハ自然攝政ノ職ヲ指スニ在ルヲ以テ特ニ茲ニ區別スルノミ歸スル所言語ノ用法ニ過キサルナリ

特定人カ有スル攝政地位ノ消滅

一、攝政タル特定人ノ死去

二、攝政タル特定人カ親政能力ヲ失ヒタル時又ハ大權ヲ行フ能ハサルニ至リタル時

三、皇太子及皇太孫ニアラサル者カ攝政トナリタル時ハ其地位ハ皇太子皇太孫カ成年ニ達シ且ツ攝政ノ能力アル場合ニ於テ消滅ス

四　皇族女子ニシテ攝政タル者カ配偶者ヲ生セシ時

第四ノ理由ニ付テハ疑問アリ典範第四十條ニ依レハ皇族ノ婚嫁ハ勅許ニ由ル而シテ攝政タル女子カ婚嫁スルハ自カラ自己ノ所爲ヲ勅許スルモノナリ且ツ典範第二十四條ハ攝政ノ讓位ヲ認メス攝政タル女子ノ婚嫁ハ間接ニ讓位ノ結果ヲ生ス此等ノ點ハ反對論者カ唱フル議論ノ根據ナリ然レトモ我國法上ノ解釋トシテ別ニ女攝政ノ婚嫁ヲ禁スル明文モ無ク又攝政タル女子カ自カラ婚嫁スルハ事實可能ノコトニシテ何人モ相手方ノ代理人タルコトヲ得ステフ民法的原則ハ此勅許ノ場合ニ適用セラルヘキニアラサルヲ見レハ余ハ第四ノ事由モ亦攝政ノ地位ヲ喪失セシムル原因ノ中ニ數フルノ可ナルヲ信ス

第五節　政務代理人又ハ監國

政務代理人トハ天皇ノ委任ニ依リテ天皇ノ有スル政務ヲ施行スル者ヲ謂フ

監國ノ名ハ大寶令ヨリ出ツ當時天子巡行ノ際皇太子留守スル場合ヲ稱シテ監國ト謂ヘリ（監國ノ文字ハ古クヨリ支那ニ於テ用井ラレタルモノ大寶令ノ親定ハ無論彼レノ用語ヲ襲踏セルモノナリ）我國法上監國ノ制度ヲ認ムヘキヤ否ヤニ付テハ多少議論ナキニアラサレトモ吾人ハ之ヲ置クコトヲ得ヘキモノト解ス蓋シ憲法上ノ大權カ親裁シ得ル政務ナレトモ親裁ヲ要スルモノニアラスト云フ主張ヨリ生スル必然ノ結果ナリ

吾人ハ本問ニ入ルニ先タチ監國ニ委任スルコトヲ得ヘキ事務ヲ限定スルノ必要アリ監國ノ事務ハ憲法上君主ノ大權事項ニ限ルモノニシテ其外ニ出ツル能ハス何トナレハ其以外ノ事項ニ付キテハ必ス他ノ機關ニ委任スルヲ要スルカ又ハ必ス他ノ機關ノ參與ヲ待ツヘキハ憲法ノ明言スル所ナリ故ニ裁判所ニ委任スルコトヲ憲法上ノ要件トスル司法ニ付テハ天皇ハ憲法變更ノ手續ヲ踐ムニアラスンハ之ヲ他ノ任意ノ人ニ委任スルコト能ハス又立法ハ帝國議會ノ協賛ヲ要ス故ニ天皇カ立法權ノ主體ナレハトテ立法權ヲ他ノ任意ノ人ニ委任シテ議會ノ協賛ヲ要セシメサルハ憲法上不能ナリ歸スル所監國ニ委任シ得ヘキ政務ハ天皇ノ親裁スルコトヲ得可キ政務ノ範圍ニノミ限ラルヽモノナリ然レトモ天皇ノ親裁事務中ニ在リテモ憲法ノ明文上天皇ニアラサレハ行フ能ハサルコトヲ定ムルモノアリ固ヨリ如何ナル事務ハ天皇ニ專屬シテ委任ヲ許サヽルモノナリヤ否ヤヲ定ムルハ極メテ困難ノ事ニ屬ス余ハ我憲法ノ規定上裁可ト勅令トヲ以テ委任ヲ許サヽルモノト解ス蓋シ裁可ト云フ文字ハ天皇ノ行爲ニアラサレハ用ヰ得ヘカラサル行爲ナリ上奏シテ勅裁ヲ請フト謂ヒ又ハ裁可ヲ得ヘシト謂フ皆是レ天皇ノ行爲タルコトヲ豫期シテ用キタル名ナリ天皇ニアラサルモノヽ行爲ニ裁可無シ勅令モ亦然リ天皇ノ命之ヲ勅ト謂フ天皇ニアラサル者ノ命ハ勅令ニアラス從テ裁可ト謂ヒ勅令ト謂フ中ニハ當然天皇カ親裁セラルヘキモノタルコトヲ意味ス故ニ此等ノ行爲ニ付キテハ攝政ノ如ク特別ノ規定ナキ限リハ之ヲ他人ニ委任スル能ハス此以外ノ行爲ニ付キテハ必スシモ天皇ノ親裁ニ專屬スルモノニアラサルカ故ニ又他ノ機關ニ委任シテ之ヲ行ハシムルコトヲ得ヘシ

天皇ノ憲法上ノ大權ハ他ノ機關ニ委任スル事ヲ許スモノナレトモ本來天皇ノ親裁シ得ヘキコトヲ憲法ニ於テ認メタルモノナレハ君主カ自カラ其權限

ヲ行ハントセハ何時ニテモ之ヲ自己ニ收メ得可キ組織ニ依リテノミ之ヲ委任スルコトヲ得可キモノナリ換言スレハ君主ハ法ヲ定メテ一定ノ機關ヲ設ケ此機關ニ依ルノ外ハ文武官ノ任免ヲナスヘカラス又ハ榮典ヲ授與スヘカラス兵馬ヲ統帥スヘカラスト云フカ如キハ憲法違反ナリ何トナレハ斯カル規定アル時ハ天皇ハ機關ヲシテ大權ヲ行ハシムルノ外自カラ之ヲ行フ能ハサルニ至ルヲ以テナリ之レニ反シ其機關ニシテ君主ノ意思ニ服從シ其訓令ヲ受ケ又タ必要ナル時ハ君主ハ何時ニテモ其委任シタル事務ヲ自己ニ收ムルコトヲ得ル以上ハ其機關ハ全ク君主ノ手足ノ如キモノニシテ君主ヲ離レタル獨立ノ存在ナク從テ此ノ如キ機關ニ依リテ君主カ大權ヲ行使スルハ恰カモ憲法制定前ニ於テ君主カ全然自己ニ對シテ從屬補助ヲ有スル百官有司ヲ設ケテ國家ヲ統治セルカ如ク又現今一定ノ官廳カ其補助官ヲシテ官制上自己ノ權限ニ屬スル事務ノ一部ヲ行使セシムルカ如ク決シテ違法ノモノニアラス憲法ニ違反セサルモノナリ

監國ノ制度ヲ否認スル論者ノ理論ノ中點ハ我憲法第十七條及ヒ之ニ關スル

皇室典範第十九條ノ規定ニ在リ我憲法ハ天皇ノ讓位ヲ認メス而シテ天皇故障アリテ大政ヲ親ラスル能ハサル時ハ攝政ヲ置ク故ニ原則トシテハ天皇カ大政ヲ親裁セラルヘク例外トシテハ唯故障アリテ大政ヲ親ラスル能ハサル時ニ限リ攝政ヲ置ク故ニ攝政ノ外ニ君主ニ代リ大權ヲ行フモノヲ認メストノナリ（穗積博士憲法講義）然レトモ攝政ノ制度ハ親政能力無キ時ニ必要ナルモノナリ即チ天皇カ大政ヲ親ラスル能ハサル時ニ法律ノ規定上當然就職スルモノナリ天皇ニ親政能力ナキ時ハ攝政ヲ置クノ外他ノ方法無シ故ニ攝政ノ制度ハ必スシモ天皇ノ大權ヲ代理スル唯一ノ制度ナリト解スヘキニアラス吾人ハ天皇カ絕對的ニ大政ヲ親ラスル能ハサル地位ニ在ル時ハ其故障ノ長短ヲ問ハス攝政ヲ置クヘキモノト解スルモ大政ヲ親ラスルコトヲ得サルニアラス即チ親政能力アルモ猶ホ病氣其他旅行等ノ事故ニ因リテ或一部ノ權限ヲ行フニ困難ナル時ハ天皇ノ意思ニ依リ之ヲ特定ノ人ニ委任シテ行ハシムルハ事實ノ已ムヲ得サルニ出ツルモノニシテ又違憲ニアラスト信ス之カ濫用ヲナサザルハ憲法制定ノ理由ヨリ生スル政治上ノ理想タリ但シ前ニモ述

フルカ如ク一定ノ事務ニハ委任ヲ許サザルモノアリ其他ノ事務ハ既存ノ統治機關ニ委任シテ行ハシメツヽアルカ故ニ特ニ政務代理人ナル者ヲ設クル必要ハナキナリ唯必要ナシト謂フコトヽ不能ト謂フコトヽハ別物ナリ余ハ政務代理人ヲ不要ト信スレトモ其不能ヲ主張セス

監國ノ制度ヲ認メザル普魯西ニ於テハ國王ニ故障アル場合ニ若シ内閣ノ委任ニ依リ施政事務ノ連續ヲ圖ルニ非サル以上ハ必ス攝政ヲ置クベシト論ズル者ハラスケル普國憲法史七六頁以下ロエン子普國々法第一卷五一號ヘー子ル帝國憲法ノ組織的發達五八頁註一ゲー、マイエル九三號等ナリバイエルン憲第二章九オルデムブルヒ憲一六ザクセン憲九新ロイス一八九三年十一月九日法律ハ君主カ其故障短カキ場合殊ニ大政ヲ親ラスルコトヲ得ル場合ニ政務代理人ヲ任命スルコトヲ得ト定ム故ニ此等諸國ニ於テハ議論ノ餘地無シ憲法上ノ明文ナクシテ尚ホ監國ヲ置クコトヲ得ヘシト論スル者ハミツトナツハト二二八頁以下、ゲルベル三三號一〇四頁註七、シユルツエ普國々法二一八頁キルヘンハイム獨逸國法論一九九頁、ザルヴアイ、ヴルテムベルヒ國法第一卷六八頁、ボルンハツク第一卷二一四頁、ザイデル、バイエルン國法第一卷二五九頁シユリルツ普國憲法一六〇頁等ナリ普魯西ニ於テハ一八五七年十月二三日、一八五八年一月六日、四月九日、六月二五日、一八七八年六月四日、一八八七年十一月一七日、一八八八年三月二一日ノ七回監國ヲ置ケリ最初ノ五回ハ君主カ有スル一切ノ政務ニ及ヒ後ノ二回ハ一部分ノ政務ヲ代理セリ但シ此慣習ハ未タ確定セル慣習法トナラス

獨逸學者ノ說明ニ從カヘハ監國ト攝政トノ差異ハ左ノ如シ(大體ハシユツルツ普國憲法註釋一六一頁ニ據ル我國ノ先輩カ揭ケタル差異モ亦源ヲ氏ノ著ニ發スルカ如シ近來ノ著書ハ一木氏ノ國法學ニ揭ケタル所ヲ轉載セルカ如キ觀アリ)

一　監國ノ任命ハ君主ノ勅命ニ依ル而シテ其勅ハ國務ニ關スル詔勅ナルカ故ニ國務大臣ノ副者ヲ要ス攝政ハ君主無能力ノ場合ニ法律ノ規定上當然就攝ス君主ノ任命スル所ニ非ス

二　監國ノ人撰ハ君主ノ自由ナリ但シ行爲ノ能力アル者タルコトヲ要ス最近親ノ宗族ヲ先ニスヘキ義務モ無ク又王族ニ限ル必要モナシ又其一人タルト合議體ノ機關タルトヲ問ハス之レニ反シ攝政ハ王族タルヘク又一定ノ順位ニ從フヘシ其一人タルヘキハ家法上言ヲ俟タス

三　監國ハ委任ニ因ル故ニ君主ノ行爲能力ヲ前提トス此委任ハ何時ニテモ解除スルコトヲ得ヘシ君主ノ委任解除ノ外監國ハ君主ノ更替及ヒ攝政ノ開始ニ因リテ消滅ス攝政ハ君主ノ行爲無能力ヲ前提トス其終了ハ法定原因ノ外君主ノ解除ニ因ル能ハサルナリ

四　監國ハ必スシモ其委任ヲ引キ受ケル義務無シ監國ハ何時ニテモ其任ヲ辭スルコトヲ得攝政ハ之レヲ辭スルコトヲ得ス

五　監國ノ權限ハ君主ノ委任ニ依リテ定マルカ故ニ一個ノ行爲タルコトアリ又ハ種々ノ行爲タルコトアリ或ハ其大權全部ニ及フコトアリ之レニ反シ攝政ノ行爲ハ憲法又ハ家法ノ定マル所ニシテ常ニ君主ノ大權全部ニ及フ

六　監國ト君主トノ間ニハ代理ノ關係アルカ故ニ監國ハ君主ニ對シ代理ニ基ク責任ヲ負ソ

攝政ハ其行爲ニ付キ君主ニ對シテ全然責任ヲ負フコト無シ

七　攝政ヲ置クノ間ハ假令君主其能力ヲ回復スルモ成年ニ達シタル場合ヲ除クノ外ハ特定ノ議事機關例ヘハ宗族會議ノ議ヲ經テ攝政ヲ廢シタル後ニアラサレハ政務ヲ親ラスル能ハス監國ノ事務ハ君主何時ニテモ取リテ自カラ行フコトヲ得ヘク又其事務執行ニ付キ命令ヲ下スコトヲ得ヘシ

シユヲルツハ女子ヲ以テ監國ニ任スル能ハスト謂ヘリ然レトモ一方ニ於テハ各國ノ規定ニ依リ女子カ攝政ニ就クコトヲ許シタルト又一方ニ於テハ監國ノ人撰ハ君主ノ自由ニ在ルトヲ綜合シテ考フル時ハ女子ニ監國資格ナシト論スル根據ヲ發見スルニ苦シム吾人ハ女子モ亦行爲能力アル以上ハ監國タルコトヲ得ト解スルモノナリ但シ政治上ノ弊害アルハ言ヲ俟タス

第二部　統治ノ範圍

場所及ヒ人ニ關シテ統治權ハ一定ノ限界ヲ有ス此兩方面ニ於テ統治權ノ限界ノ基礎タルモノヲ稱シテ統治ノ範圍ト云フ故ニ統治ノ範圍ナル文字ハ領土ト臣民トノ二原素ヲ包含ス以下章ヲ別チテ論スル所ナリ

第一章　領土

第一節　領土ノ性質

領土ハ國家ノ要素トシテ統治權カ當然行ハレ得ヘキ地域的範圍ナリ領土ハ一定ノ地面ヲ指スト雖モ亦時ニ其以外ニ及フコトナキニアラス例ヘハ今日國際法上ニ所謂領海ハ又領土ノ一部ト看做サレ領土所屬國ノ統治權ノ及フ範圍内ニアリ湖水、河川ノ如キモ亦領土ニ依リテ圍繞セラルヽ場合ハ其領土ノ一部トナリ數國間ニ介在スルモノハ國際法上ノ原則ニ依リ一部分領土所有國ノ主權ノ下ニ立ツ故ニ領土ハ水域タルト地域タルトヲ問ハス一國統治

(評) Staatsgebiet 國土ト國土以外ニシテ尙統治權ノ行ハルヽ土地即チ殖民地保護領地ノ如キモノヲ區別シテ說明スルノ方針ヲ立テヽハ如何

權カ當然行ハルヘキ地球表面上ノ一定區域ナリト謂フヘシ但シ土地ノ領有ニ伴ウテ發生スル統治權ノ範圍例ヘハ水領ノ如キハ土地ノ上ニ行ハルヽ統治權ニ從タルモノニシテ從物ハ主物ノ處分ニ從フノ原則ニ依ヲ土地ノ處分ト共ニ必然他ニ移轉スルモノナレハ陸領ノ如ク分離シテ處分シ得ヘキモノニアラス

一國領土ハ其國統治權カ當然行ハレ得ヘキ範圍ナリゲルベル獨逸國法原論六五頁、ラーバンド國法學第一卷二一號、ザイデル、バイエルン國法第一卷五一七頁註三、ハイムブルゲル、領土高權取得論第一卷二六頁、ブリー國家聯法論一三頁、ボルンハック普國々法第一卷二二四頁、クラウス、國際地役論一七三頁レオニ、エルザス、ロトリングン公法一二頁等ハ領土ヲ以テ統治ノ客體ナリトセリ統治ノ客體トハ統治セラルヽ者即チ被治者ノ意ナリ而シテ統治關係ハ意思ノ主體ノ間ニアラサレハ行ハレサルヲ以テ土地其モノハ客體タルコトヲ得ス只人及ヒ人ノ集合體(啻ニ組合及ヒ會社ノミナラス國家ノ組成分子タル下級政治團體ヲモ含ム)ノミカ統治ノ客體タリ穗積博士ハ文字上領土ヲ以テ統治ノ客體ナリト說明スルモ其眞意ハ吾人ト同說ナリフリツケル領土及ヒ領土高權論五頁、イエリネック公權論七二頁、ローヂン公共團體法四六頁、グムプロヴイツツ塙國國法四五頁、アツフオルター一般國法學一四頁、ゲー、マイエル七四號モ亦吾人ト說ヲ同ウス

領土ノ性質ヨリ生スル積極的ノ效果トシテ一國領土內ニ在ル凡テノ人及ヒ人ノ團體ハ其國ノ統治權ニ服從スヘキモノタリ但國際法上治外法權ヲ有スル外國人ハ此限リニアラス、又其消極的ノ作用トシテハ一國ノ領土內ニ於テハ他國ノ權力ノ行ハルヽコトヲ排斥ス但國際法上國際地役ノ形式ヲ以テ他國ノ統治權カ自國內ニ行ハルヽ場合ハ此限リニアラス領土高權(領土主權)トハ領土內ニ於テ一般ニ諸種ノ高權ヲ行使シ得ヘキ國家ノ權利ニシテツエプル、ヘルド、ロエンネ、ポエツル、ガーライス等カ唱フル如ク實質的權能ノ總合ニハアラス或ハ領土主權ヲ以テ單ニ領土ノ上ニ他國ノ權力ノ行ハルヽコトヲ排斥スルノ力ナリト論スルモノアリ(穗積博士然レトモ之レ領土主權ノ半面ナリ內國在留ノ外國人ニ對シテ國權ヲ行使スルコトヲ得ルハ之レ亦領土高

權ノ結果ナリ但シ特ニ消極的ノ方面ニノミ領土主權ノ文字ヲ用ヰルト云ハハ可ナリ

ツエプル國法原論第二卷四四三號カ(一)國家ノ領土及ヒ領土内ノ臣民及ヒ財産ニ對スル外國國權ノ干渉ヲ排斥スル權利及義務(二)國家内ニ居住スルニ必要ナル條件ヲ定ムルノ權(三)理由ヲ説明セスシテ外國人ノ内地滯留ヲ禁スルノ權(四)外國人及ヒ自國人ヲ保護シ假令本國ノ要求アルモ之レカ引渡ヲナサヽル權(五)動産及ヒ不動産ニ對スル所有及ヒ其他ノ權利ノ取得及ヒ行使ニ關シ條件ヲ設クル權及ヒ不融通物ノ種類ヲ定ムルノ權ノ五種ヲ以テ領土高權ナリトセルハ陳腐ノ説ナリ

領土高權

(評)所説ノ如クナレハ國土モ亦統治ノ作ヽヲ受クルモノ即客體ニアラサルカ

所有權及物權ナル觀念ハ私法上ニ存在ス我國法上公法的所有權及物權ナル觀念ナシ領土高權ナル文字等ニテ此等ノ觀念ヲ表スコト適當ナラン

余輩ハ臣民及國土ヲ以テ統治ノ客體ナシ統治權カ臣民ニ對シテ表ハルヽトキハ之ヲ對人高權トナシ國土ニ對シテ表ハルヽトキハ之ヲ領土高權ト解スル者ナリ

領土高權ナル文字ハ對人高權ニ對スルノ語ナリ統治者カ臣民ニ對シテ有スル司配ノ權力ヲ對人高權ト謂フ所謂領土高權トハ領土ニ關シテ行ハルヽ主權ノ作用ニシテ其消極的方面ハ他國ノ權力カ領土上ニ行ハルヽコトヲ排斥スルノ力トナリ其積極的方面ハ領土其モノヲ司配シ(領土ニ對スル司配ト謂フコトヽ統治ト云フコトヽヲ混スヘカラス主權ノ作用ハ土地ヲ司配スレトモ之レヲ統治セス)又其上ニ來ル外國人ヲ司配スルノ力トナル故ニ外國人ヲ司配スルノ力ハ對人高權ノ結果ニアラスシテ領土高權ノ作用ナリ右ニ述フルカ如ク領土高權ハ領土其モノニ對スル主權者ノ司配權ヲ包含ス主權者ハ土地其モノヲ統治セスト雖モ其領土ヲ自己ノ處分權内ニ置クモノナリ無人ノ領土ニ對シテモ亦領土高權カ存在スル以上ハ領土ハ單ニ統治權ノ行ハルヽ地域的範圍タルニ止マラスシテ又國家ノ司配ノ目的(司配ノ目的ト統治ノ目的トヲ混スヘカラス)トナルコトヲ認メサルヘカラス此ノ如ク領土其モノニ對スル國家ノ權利ハ統治權ト同一物ニアラスシテ其結果ナリト雖モ常ニ統治權其モノニ包含セラルヘキモノニシテ所謂公法的所有權ノ性質ヲ有スルモノナリラーバンド國法第一卷一六五頁、ゲルベル獨逸國法原論六六頁等カ此公法的物權ナル文字ヲ用ヰルハ不當ニアラス或論者ハ現在各國ノ領土ハ殆ント私人ノ所有ニ歸シツヽアルモ國家ハ領土權ヲ有ス故ニ領土權ト所有權トハ全ク別物ナリト稱シラーバンド及ヒゲルベルヲ攻擊ス若シ他人ヲ攻擊スルニ相手方カ主張スル理論ノ根本タル文字ヲ脱漏シテ之レヲ曲解スルヲ許サハ即チ可ナリ吾人ハ兩氏カ公法的物權ト云ヘル文字ニ照ラシテ考フル時ハ領土主權カ又此領土其モノニ對スル權利ヲ包含スト解スルヲ正當ト信スルモノナリ現ニゲルベルノ如キハ統治ノ客體ニ對

公法的物權

スル國權ヲ三分シ第一ヲ臣民ニ對スル權利トシ第二ヲ地方團體ニ對スル權利(Das Recht des Staates *am* Staatsgebiet)ヲ掲ケテ以テ公法上ノ物權ト稱セリ吾人ハ氏ノ用語ニ付テ其不當ナルヲ發見スルニ苦シム

私法上ヨリ物權ヲ定義スレハ人カ物ニ對スル司配ノ權利ニシテ一般ノ人ニ對抗シ得ヘキモノヲ謂フ國家カ領土ニ付テ有スル權利ハ如何固ヨリ此權利カ私法上ノ物權ト同一ナラサルハ已ニゲルベルカ其六六頁註二ニ於テ辯解スルカ如シ然レトモ主權者ハ領土ニ對シテ他人ニ對抗シ得ヘキ權利ヲ有スル彼レハ自己ノ認メタル他物權例ヘハ國際地役ノ如キモノヲ除クノ外領土ニ關シテ一切他人ノ司配權ノ行ハルヽコトヲ排斥スル權利ヲ有シ又其領土ヲ他ノ對等人格タル外國主權ニ對シテ賣買交換讓與スルノ權利ヲ有ス之レ實ニ領土權カ領土其モノニ對スル權利即チ公法上ノ物權ヲ包含スル結果ナリ內ニ對シテモ亦然リ主權ハ萬能ノモノナルカ故ニ個人ノ所有權ト雖モ必要ナル塲合ニ於テハ之レヲ收用スルノ權利アリ或者ハ此塲合ヲ論シテ權利ハ人ト物トノ間ニ存在シ得ヘカラス必スヤ他ノ人格ニ對シテ存在スルモノナリ領土カ物權ノ目的ナラハ領土ニ對シテ統治者ト同一ノ權利ヲ有シ得ルモノナカルヘカラス然ルニ臣民又ハ臣民ノ團體ハ統治者ニ服從スルモノニシテ領土ニ對シ統治者ト同等ノ權利ヲ有シ得ヘキ地位ニアラサルカ故ニ領土ニ對スル物權ナシト言ヘリ一見理アルカ如クシテ其實誤レリ國家カ領土ニ關シ私人ト同資格ニ立ツトキハ即チ私法上ノ所有權ナリ國家カ個人ト不平等ノ關係ニ立チ權力服從ノ關係ヲ以テ其土地ニ對スル權利ヲ行使スレハコソ其物權的働作カ公法的ノモノトナルナレゲルベル等カ特ニ公法上ノ文字ヲ附記スルハ其意蓋シ茲ニ在リ之レ他說ノ攻撃ニ付キ相手方ノ用ヰタル文字ニ注意スヘキ所以ナリ

例ヘハゲルベルカ獨逸國法原論二一頁ニ於テ統治權ヲ定義シテ「國家的結合ノ職司ヲ達スル爲メニ人民ヲ拘束スル意思ヲ表示スルノ權利ナリ」ト謂ヒシヲ引用シ其定義ノ骨髓タル「國家的結合ノ職司ヲ達スル爲メ」ト云フ文字ヲ除去シテ立論シ「統治權ヲ以テ人ヲ拘束スル意思ノ發表ナリトセハ契約遺言等ノ如キ私法上ノ行爲モ亦統治權ト謂ハサルヘカラス」ト論スルカ如キ筆鉾ニテ他人ノ說ヲ批評セハ如何ナル大家ノ說ト雖モ反對シ得サルニ非サルヘシ

領土ハ國民分限ヲ定ムル根本ノ標準ナリ

領土ハ國民分限ヲ定ムル根本ノ標準タリ國籍ノ取得ニハ生來ノモノト國籍ノ變更ニ由ル新國籍ノ取得トアリ而シテ生來ノ取得ニ付テモ亦(一)血統主義(獨逸、墺太利、匈牙利、瑞西、那威、ルーメニヤ)(二)血統主義ヲ原則トシ出生地主義ヲ以テ之レヲ補足スルモノ(我國籍法、佛蘭西、白耳義、和蘭、丁抹、瑞典、伊太利、西班牙魯西亞)(三)專ラ出生地主義ヲ採ルモノ(南米諸國)(四)出生地主義ト血統主義トヲ折衷スルモノ(英吉利、米國、葡萄牙)ノ四主義アリ此四主義ノ何レヲ見ルモ其構成分子ハ血統主義ト出生地主義トノ二種ヲ出テス出生地主義カ領土ヲ以テ國籍取得ノ標準トスルハ多辯ヲ要セサル所ナリ血統主義ニ至リテハ稍出生地主義ト異ニシテ父母ノ國籍ニ依リテ子ノ國籍ヲ定ムルモノナレトモ此場合ニハ其父又ハ母ノ國籍カ既定ノモノナルコトヲ豫定シタルヲ以テ更ニ進ンテ其父母ノ國籍ハ何ニ依リテ定マリタルカヲ追窮セサルヘカラス父母ノ國籍モ亦出生地主義ト血統主義トニ依リテ定マリタリトスレハ更ニ其祖先ノ血統ニ遡ラサルヘカラスカクノ如ク既往ニ遡リテ血統ノ本源ヲ探究スル時ハ所謂血統主義ナルモノモ亦其初メハ一定ノ領土ニ永住シタルノ事實ニ

(評)血統主義ハ其本源ニ溯ルモ其所出ニ由リテ定マリ所出地ニ由リテ定マルモノニアラサルヘシ古代永草ナ

追テ轉移セル時代ニ於テ或ハ落ニ屬スルヤ否ヤハ其所出ニ由リテ定マリシナラン

(評)血族及出生地主義ノ二ヲ折衷シタル我國ニ於テ國民分限唯一ノ標準チ領土ニ認ムルノ必要ナカラン(ツマリ唯一ノ標準ナレハナリ)ノミ方ノ其一ノ標準チ求メサルカ故ニ之ヲ折衷主義ト云フナラン

依リテ定マリタルモノタルコトハ疑ナシ故ニ曰ク國籍ヲ定ムル根本ノ標準ハ領土ナリト

國籍ノ變更ニ付テモ亦同シ諸國ノ法律ハ一定ノ年限間外國ニ在リタルモノニ其自國ニ於ケル國籍ヲ喪失セシムルコトヲ定ムルモノアリ(獨逸帝國々籍法第二十一條ハ十年間引續キ外國ニ在留スル者ニ依リテ國籍ヲ喪失スルコトヲ定ム但シ旅行免狀又ハ本籍證書ヲ有スル者、帝國領事官名簿ニ登錄セル者、政府ノ許可ヲ得テ外國ノ國務ニ服スル者(二三條及ヒ(二)ハ例外トス)又自國ニ歸化スル條件トシテ一定ノ年限間自國内ニ住居セルコトヲ要件トスルモノアリ又領土ヲ割讓スル場合ニ於テハ大抵撰擇約款ヲ設ケ特ニ立退ヲナサヽルモノハ當然割讓ヲ受ケタル國ノ國籍ヲ取得スルコトヲ定ムルノ例ナリ直接間接ニ國民分限ヲ定ムルノ關係ヲ綜合シテ考フル時ハ領土ハ最モ重要ナルモノニシテ之レ等ノ關係ヲ綜合シテ考フル時ハ領土ハ外國ニアルモ本國々籍ヲ失ハサルト同シク一方ニ於テハ又外國人ト雖モ一時自國内ニ於テ住居ヲ有スレハトテ當然自國々籍ヲ取得スルニアラサルカ故ニクルチユスカ論スル如ク(一八九四年公法雜誌第九卷一二二頁特ニ九頁)國家ハ一定ノ領土内

ニ住居スル人民ノ集合體ニシテ國民分限ハ領土内ニ住居ヲ有スルヤ否ヤニ依リテ得喪スルモノナリ」ト云フハ稍狹キニ失スルノ弊アルノミ

第二節　領土ノ得喪變更

領土ハ之レヲ他國ニ割讓スルコトヲ得ヘク他國ト賣買交換スルコトヲ得ヘシ一國領土全體ヲ他國領土全體ト交換スルカ如キハ事實ニ於テ行ハレタル事ナシト雖モ論理上自國ノ國權カ絶對ニ活動シ得ヘキ地域サヘ存スル以上ハ領土ニ關シテ種々ノ變更ヲ加フルモ亦法理上不能ノコトニアラス歐洲諸國ノ憲法カ領土不可分ノ規定ヲ設ケタルハ中古時代領土カ王家ノ私有財産ナリト觀念セラレシ結果領土ヲ分割シテ王家ノ威嚴ヲ失墜セシコトヲ防止セントシテ王室家法ニ國土不可分ノ原則ヲ定メタルニ胚胎スルモノアルヘク又單純ナル政治上ノ理由ヨリシテ國土ノ不分割ヲ明言セルモノモアルヘシ共ニ政策ノ問題ニシテ法理上ノ不能ヲ意味スルニアラサルナリ

獨逸憲法前文ハ獨逸カ一個ノ永久同盟ヲ組織スルコトヲ言明シ而シテ其一條ニ於テ聯邦ニ屬スル廿五國ヲ揭ク故ニ聯邦領土ハ不可分ナリ、プロイセン憲一、二、ハ現在ノ領土ヲ以テプロイセン領土トシ之レカ變更ハ法律ニ依ルト定ム、バイエルン憲三章一ハ王國領土ノ不可分ヲ宣言シザクセン憲一、バーデン憲三、ヴルテムベルヒ憲一、ガルデムブルヒ憲第一條二節ブラウンシュワイヒ憲一、ザクセンアルテムベルヒ憲二、コブルヒ、ゴータ憲一、ゾンデルハウゼン憲一舊統ロイス憲一、新統ロイス憲一、リッペー憲一、等亦同樣ノ規定アリ

領土ノ範圍カ憲法ニ於テ一定セラレ居ル國ニ於テハ之レカ變更ヲナスニアラサレハ其領土ノ一部ヲ他國ニ割讓スルコトヲ得サルハ明カナリ然レトモ其領土ノ變更ニ付テハ特ニ法律ヲ以テ之レヲ規定シ得ルコトヲ定メタルモノナキニアラスカヽル國ニ於テハ單ニ法律ヲ以テ之レカ變更ヲナスコトヲ得ヘク然ラサルモノハ憲法ヲ變更スルノ外無シ我憲法ハ領土ノ變更ヲ許ササル規定ナキノミナラス又其範圍ヲ限定セス故ニ領土ノ割讓ハ憲法ノ變更ヲ要セス宣戰媾和ニ關スル天皇ノ大權ノ結果トシテ之レヲ爲スヲ得ヘク法律ヲ以テスル必要スラ無シ

領土變更ニ關スル外國憲法ノ規定ハ必スシモ同一ナラス前ニ述ヘタルカ如ク憲法ヲ改正セサレハ變更シ能ハサルモノアリ又法律ヲ以テナシ得ルモノアリ其變更ノ範圍ニ付テモ一般

新領土ニ於ケル法律ノ施行

（評）法律ノ施行ニハ其國土ノ存在ヲ條件トセルカ故ニ其條件ヲ失ヒタルトキハ其法律施行セラレサルコト當然ナリ然レトモ施行セラレサル法律ハ當然消滅セリト云フヘカラスト信ス施行セラレサル法律ニシテ存在スルモノ少カラス不施行ト消滅トハ自ラ異ナルカ故ニ消滅ニハ法律廢止ノ手續ヲナスヘキモノト考フ

ニ領土ノ變更ニ關スルモノアリ又特別ノ變更例ヘハ割讓ノミニ付テ適用セラルヽモノアリ故ニ此等ハ當該各國ノ成法ニ依リテ定ムルノ外無シ

新タニ取得セル領土ニ對シテハ法律ハ當然行ハルヘキヤ否ヤハ多少疑問アル所ナレトモ法律其モノヽ精神ヨリ見テ新領土ニ行ハルヘキヤ否ヤヲ決セサルヘカラス若シ其精神カ舊領土ノミニ對シ行ハルベキ塲合ニハ新領土ニ對シテ行ハレサルハ當然ノ理ニシテ新領土ノ增加ハ其法律ヲ變更セス又其精神カ新領土ニモ行ハルヘキモノナラハ領土ノ取得ト共ニ當然其上ニ行ハルヽハ其法律本來ノ豫見スル所ニシテ之レ又タ法律ノ變更ニアラス

新タニ領土ヲ割讓セル時ハ其上ニ行ハレタル法律ハ當然消滅ニ歸スヘシ蓋シ法律カ一定ノ土地ノ上ニ行ハルヽハ其領土カ其國ノ統治權ノ下ニ在ルコトヲ條件トス若シ一國領土カ割讓セラレテ他國ノ統治權內ニ置カルヽ時ハ法律ハ其存在ノ條件ヲ失フカ故ニ消滅ニ歸スルハ當然ノ理ナリ故ニ此塲合ニモ亦別ニ立法ノ手續ヲ要スルニアラス

憲法カ新領土ノ上ニ行ハルヘキヤ否ヤニ付テハ緒論第三章第四節ニ述ベタ

（評）我國駐在外國公使館內ニハ外國統治權行ハルヽニアラスヤ

レハ茲ニ再論セス

數多ノ國家カ合同シテ同一領地ノ上ニ權利ヲ行使スル塲合ヲ共同領域（コドミナーテ）ト稱ス以前ノ獨逸國ニ於テハ多數ノ共同領域アリシカ現世紀ニ於テハ僅少ノ例外ヲ除クノ外殆ント其跡ヲ絕テリ共同領域ハ一國領土ノ一部ニアラス蓋シ一定ノ土地ヲ數國カ分割シテ互ニ絕對ノ統治權ヲ行フナラハ此土地ハ最早共同領ニアラス共同領地ト云ヘハ必ス數國カ合同シテ統治權ヲ行フコトヲ意味ス然レトモ國家ノ領土ハ一國主權カ絕對ニ行ハルヘキ範圍ニシテ他國ノ主權ト合同シテ之レヲ司配スルカ如キコトハアリ得ヘカラサルモノナレハナリ故ニ共同領土ハ一國領土ノ一部ニアラサルナリ

第二章　臣民

第一節　臣民ノ性質

統治ノ關係ハ優者カ劣者ニ對スル意思ノ强制力タリ命令服從ノ關係ナリ統治權ノ主體ハ天皇ニシテ統治權ノ客體換言スレハ統治セラルヽ者ハ人及ヒ

人ノ集合體ナリ人ノ集合體ハ啻ニ組合及會社ノミナラス上級政治團體ノ構成分子タル下級政治團體モ亦之レニ屬ス所謂臣民トハ此等統治ノ客體中ニテ統治權ニ對シ特別ノ關係ニ立ツ自然人ヲ謂ヒ其臣民タル身分ヲ臣民分限又ハ國籍ト謂フ

臣民ト統治ノ客體トハ同一ニアラス

臣民ト統治ノ客體トハ同一ニアラス統治ノ客體ハ一國主權ノ統治ヲ受クルノ地位ニアルモノヲ總稱スルカ故ニ內國法人及ヒ外國法人ヲ包含シ又外國人ヲモ包含セル場合アリ外國人ト雖モ國家ノ領土內ニ在留スル者ハ其統治權ニ服ス加之國家ノ領土ニ在ラサル外國人ト雖モ或特定ノ關係ニ於テハ其統治權ニ服從スル場合アリ國家カ刑法ヲ以テ外國ニ在ル外國人ノ特定ノ犯罪ヲ罰スルカ如キ即チ之レナリ(刑法草案四一五)故ニ個々ノ統治作用ニ服スルハ統治ノ客體ト云フヲ得ヘキモ以テ臣民ノ本質トスルニ足ラス臣民トハ絕對的ニ當該國ノ統治權ニ服從スヘキ自然人ヲ謂フ臣民ノ本質ハ其國權ニ服從スルコトカ一般的ナルニ在リ此服從關係カ即チ臣民分限ナリ臣民分限ノ法律上ノ內容ハ此服從關係ノ外ニ無シ此關係ノ結果トシテ臣民

臣民ノ性質

ハ縱令外國ニ在ル時ト雖モ亦本國ノ統治權ニ服從スル義務ヲ負フ服從ノ義務ハ啻ニ國權ノ命令ニ從フヲ以テ足レリトセス國家ノ爲メニ不利益ナル行爲ヲ爲サヽルノ義務即チ忠誠ノ義務モ亦其中ニ包含セラルヽモノナリ統治權ノ作用ハ物的無限ナリ故ニ個々ノ作用ヲ列擧シテ以テ統治權ノ內容ヲ盡ス能ハス之レカ結果トシテ臣民ノ服從義務モ亦物的無限ニシテ之レヲ列擧スル能ハサルナリ臣民ノ服從ハ一般的ナリト雖モ絕對ナリト云フノ外吾人ハ特殊ノ權利又ハ義務ヲ擧ケテ以テ臣民ノ本質ヲ說明スルコトヲ得ス

臣民ノ服從カ無限ナリト云フハ主權者ノ意思カ何等ノ形式ヲモ踐マスシテ現ハルヽ場合ニモ亦之レニ從フヘシト云フノ義ニアラス主權者ハ法ヲ立テテ一定ノ形式ヲ設ケ之レニ準據シテ表示シタル意思ノミヲ以テ有效ニシテ拘束力アルコトヲ定ム從テ既存ノ法律ハ臣民ノ服從限度ヲ示スモノナリ換言スレハ臣民ノ服從義務ハ法律上ノモノナリ此服從カ法律的ナルコトヲ形容シテ臣民ハ法律ニ依ルノ外國權ニ服從セス從テ其義務ハ無限ニアラストノ論スルハ言語上不當ニアラス然レトモ主權者ハ何時タリトモ法律ヲ改廢ス

ルコトヲ得ヘク又憲法ヲモ廢止スルコトヲ得サルニアラス而シテ統治主體ノ新意思ハ常ニ臣民ヲ拘束スルカ故ニ此點ヨリ論スレハ臣民ノ服從ハ絕對無限ナリ之レ統治權ノ作用カ物的無限ナルヨリ生スル當然ノ結果ナリ

臣民カ享有スル個々ノ權利又ハ義務ヲ擧ケテ以テ臣民ト然ラサルモノトヲ區別スル標準トナサントスルハ強チ排斥スヘキニアラス然レトモ之レ寧ロ臣民タル分限ヨリ生スル結果ニシテ臣民分限ヲ定ムヘキ標準ニハアラス兵役ノ義務ノ如キハ義勇奉公ノ忠誠ヲ以テ國家ノ戰鬪力ヲ組織スル義務ナリ故ニ外國人ノ地位ト相容レス然レトモ之レ寧ロ臣民カ國家ニ對シテ忠誠ノ義務アル結果ニシテ兵役ノ義務アルカ爲メニ臣民ナリト云フ能ハス況ンヤ臣民中ニモ婦女ノ如キハ兵役ノ義務ナキニ於テヤ參政權ノ如キモ通常之レヲ外國人ニ與ヘサレトモ之レヲ與フレハトテ外國人カ變シテ日本人トナリ之レヲ與ヘサレハトテ日本人カ直チニ外國人トナルニアラス現ニ國籍法第十六條ハ歸化人ノ子ニシテ日本ノ國籍ヲ取得セル者及ヒ日本人ノ養子又ハ入夫ト爲リタルモノニハ日本人タルニ拘ラス國務大臣、樞密院議長、副議長又ハ顧問官、宮內勅任官、特命全權公使、陸海軍ノ將官、大審院長、會計檢査院長又ハ行政裁判所長官及帝國議會ノ議員タルコトヲ禁止セリ純粹ノ日本人中ニモ亦參政權ヲ有セサルモノ少ナカラス之レヲ以テ見レハ參政權カ臣民分限ノ特徵ナリトスルハ誤ナリ畢竟スルニ臣民ニ參政權ヲ附與シテ外國人ニ與ヘサルハ政治上ノ理由タルニ過キス領土內ニ居住スル權利ノ有無外國ニ在リテ本國ノ保護ヲ受クル權利ノ有無ノ如キ大體ニ於テ臣民ト臣民ニアラサルモノトヲ區別スル標準トナラサルニアラサルモ國家カ法律ヲ立ツル上ニ於テハ之レカ例外ヲ設ケ得サルニアラサルヲ以テ臣民分限ノ性質ヲ說明スルニ足ラスマルチツ氏著國際關係ニ於ケル國籍法(一八七五年帝國年報七九八頁)カ國家所屬ノ效果ハ領土內ニ住居スルノ權ヲ有シ國外ニ於テ本國ノ保護ヲ請求シ及國家ニ對シテ忠誠義務殊ニ兵役義務ヲ負フニ在リト云ヘルハ大體ノ標準ニ於テ誤無シトスルモ以テ根本ノ標準トスルニ足ラス但シ國際法ヲ離レテ國法上ニ於テハ他ノ觀察點ヲ採ルヘキハ氏モ亦知ル所ナリ(ゲーマイヤー國法學七五號一木博士國法學講義近來博士ノ說ヲ大々的剽竊セル者アリ本條ト外見上同一ナルカ如キ感アルヘケレハ玆ニ余カ一木博士ニ據レルコトヲ辯明ス)

第二節　臣民分限(國籍)ノ得喪變更

日本臣民タルノ要件ハ法律ノ定ムル所ニ依ル(憲法一八)臣民分限ニ關スル法規ハ各國多ク法律ヲ以テ之レヲ定ム或ハ憲法中ニ多少ノ規定ヲ設クルモノアリ又我舊民法ノ如ク民法ノ中ニ之レカ規定ヲ設クルモノアリ近世ノ立法例ニテ最モ多ク且ツ進步シタルモノハ國籍ニ關スル特別法ヲ設クルノ主義ナリ我憲法モ亦此主義ヲ明言シ爾後十年ヲ經テ明治三十二年三月十五日ニ至リ國籍法ヲ公布ス現行ノ國籍法之レナリ

現行國籍法ハ國籍ノ得喪ヲ規定スト雖モ其根本タル日本人ノ何タルカニ至リテハ之レヲ確定的ノモノトシテ何等主義ヲ與ヘス然ラハ國籍法ニ所謂日本人トハ何ソヤ從來戸籍ハ國籍ヲ表示シタルモノナリヤノ觀アリシト雖モ無籍ノ日本人モ亦甚タ多カリシヲ見レハ戸籍ノ有無未タ以テ日本人ト然ラサルモノトヲ區別スルノ標準トナス能ハス吾人ハ國籍法以前ノ所謂日本人トハ從來日本人ナリトシテ認メラレタルモノナリト謂フノ外理論的ニ之レカ定義ヲ立ツル能ハサルナリ

(註)從來ノ日本人ハ單行法又ハ行政上ノ習慣法ニ依リテ認メラレタルモノナラン

第一項　國籍ノ取得

國籍ノ取得ニハ生來ノモノト然ラサルモノトアリ

(一)　生來ノ國籍取得

生來ノ國籍トハ人カ出生ニ因リテ取得スル國籍ノ義ナリ人ハ出生ニ因リテ父母ト親子ノ關係ヲ生スレトモ又一方ニ於テハ其出生國ト何等ノ關係ヲ生セサルニアラス茲ニ於テカ子ノ國籍ヲ定ムルニ付キ親子ノ關係ニ依ルヘキカ又ハ出生地トノ關係ニ依ルヘキカノ問題ヲ生ス國際私法上ニ所謂血統主義及ヒ出生地主義之レナリ我國ノ國籍法ハ血統主義ヲ原則トシ出生地主義ヲ以テ之レヲ補充ス我國法上子カ生來ノ國籍取得ヲナスハ左ノ四場合ナリ

(イ)　父カ生來ノ日本人タル時但シ子ノ出生前ニ死亡シタル父カ死亡ノ時日本人タリシ時亦同シ(國籍法一)

(ロ)　父カ生來ノ日本人ニアラスシテ入夫婚姻又ハ養子緣組ニ因リテ日本人トナリタルモノナル時

此場合ニハ其父カ離緣ニ因リ日本ノ國籍ヲ失ヒタル後ニ生レタル子ハ(イ)ノ規定ニ依リ子ノ出生當時ノ父ノ國籍ニ依リテ定ムル時ハ外國人ノ子即チ外國人トナルニ至ルノ恐レアリ故ニ此場合ニハ其子カ懷胎シタル當時ニ父カ有シタル國籍ニテ子ノ國籍ヲ定ム換言スレハ姙娠當時父カ日本人ナレハ子ハ日本人ナリ(國二)

(ハ)　私生子又ハ無國籍者ノ子

父カ知レサル塲合又ハ國籍ヲ有セサル塲合ニ於テ母カ日本人ナル時ハ其子ハ之ヲ日本人トス(國三)

(ニ) 父母ノ知レサル子(棄子)又ハ父母共ニ國籍ヲ有セサル塲合ニ於テハ其棄兒カ我國ニテ生レタルモノナル時及父母共ニ國籍ヲ有セサル者カ我國ニテ子ヲ生ミタル時ハ其子ハ我國籍ヲ取得ス

(二) 生來ニアラサル國籍取得(狹義ノ國籍取得)

狹義ノ國籍取得トハ出生ニ因リ既ニ國籍ヲ取得シタル者カ更ニ他國ノ國籍ヲ取得スル塲合ヲ謂フ之レニ三種アリ親族法上ノ原因ニ基クモノ、歸化ニ基クモノ、及ヒ領土割讓ノ結果ニ基クモノ之レナリ

(以) 親族法上ノ原因ニシテ國籍法ニ規定スルモノハ婚姻、養子、入夫婚姻、及ヒ私生子ノ認知ノ四者ナリ

(い) 婚姻 外國婦人ニシテ日本人ノ妻トナリタル時ハ日本ノ國籍ヲ取得ス(國五)

(ろ) 入夫婚姻 外國男子カ日本人ノ入夫トナリタル時ハ日本ノ國籍ヲ取得ス(國五)

(は) 養子 外國人カ日本人ノ養子トナリタル時ハ日本ノ國籍ヲ取得ス(國五)

(に) 認知 日本人タル父又ハ母ニ依リテ認知セラレタル子ハ日本ノ國籍ヲ取得ス但シ認知セラルヽ子ハ左ノ條件ヲ具備スルコトヲ要ス(國五、六)

(一)本國法ニ依リテ未成年者タルコト、(二)外國人ノ妻ニアラサルコト、(三)父母ノ中先ツ認知ヲ爲シタル者カ日本人ナルコト、(四)父母カ同時ニ認知ヲ爲シタルトキハ父カ日本人ナルコト(國六)

(呂) 歸化

歸化ハ本人ノ願出ニ基キ行政處分ヲ以テ附與セラルヽ國籍ノ取得ナリ外國人ハ內務大臣ノ許可ヲ得テ歸化ヲ爲スコトヲ得但シ左ノ條件ヲ具備スルコトヲ要ス

(1) 引續キ五年以上日本ニ住所ヲ有スルコト

歸化條件ニ對スル例外規定

(2) 滿二十年以上ニシテ本國法ニ依リ能力ヲ有スルコト
(3) 品行端正ナルコト
(4) 獨立ノ生計ヲ營ムニ足ルヘキ資產又ハ技能アルコト
(5) 國籍ヲ有セス又ハ日本ノ國籍ノ取得ニ因リテ其國籍ヲ失フヘキトキ

(國、七、)

外國人ノ妻ハ其夫ト共ニスルニ非サレハ歸化ヲ爲スコトヲ得ス(國、八、)(一)又ハ母カ日本人タリシ者(二)日本ニ於テ生レタルモノ(四)引キ續キ十年以上日本ニ居所ヲ有スル者等ハ前揭條件中(五)年以上日本ニ住所ヲ有スルコト」ナクトモ歸化ヲ請求スルコトヲ得、最モ「父又ハ母カ日本人タリシ者」「妻カ日本人タリシ者」「日本ニ於テ生レタルモノ」ハ引續キ三年以上日本ニ居所ヲ有スルニ非サレハ歸化ヲ請求スルコトヲ得ス但シ「日本ニ於テ生マレタル者」ニ付テハ其父又ハ母カ日本ニ於テ生マレタル者ナルトキハ此限ニ在ラス(九、一)外國人ノ父又ハ母カ日本人ナル場合ニ於テ其外國人カ現ニ日本ニ住所ヲ有スルトキハ歸化ノ條件中(1)(2)及ヒ(4)ノ條件ヲ具備セサルトキト雖モ歸化ヲ爲スニ特別ノ功勞アル外國人ハ何等ノ條件ヲ具備セストモ內務大臣勅裁ヲ經テ其歸化ヲ許可スルコトヲ得(國、一、)歸化ハ之ヲ官報ニ告示スルコトヲ要ス其告示アリタル後ニ非サレハ之レヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

夫ノ歸化ガ妻及ヒ子ニ及ホス

歸化ハ個人的ノ效力ヲ生スルノミナラス又一般的效力ヲ生ス日本ノ國籍ヲ取得スル者ノ妻ハ夫ト共ニ日本ノ國籍ヲ取得ス但シ妻ノ本國法ニ反對ノ規定アルトキハ此限リニアラス(國、三、一)此場合ニ於テ妻カ日本ノ國籍ヲ取得セサリシ時ハ國籍法第七條ノ歸化條件ヲ具備セサルトキト雖モ歸化ヲ爲スコトヲ得(國、四、一)日本ノ國籍ヲ取得スル者ノ子カ其本國法ニ依リテ未成年者ナルトキハ父又ハ母ト共ニ日本ノ國籍ヲ取得ス但シ子ノ本國法ニ反對ノ規定アルトキハ此限リニアラス(國、五、一)

領土割讓ノ結果ニ因ル國籍取得

(波) 領土割讓ノ結果ニ因ル國籍取得

領土割讓ニ因ル國籍ノ取得ニ付キテハ我憲法ニ何等ノ規定ナク又國籍法ニモ之レニ關スル條文ナシ何レノ國ノ歸化法ニモカヽル規定ヲ設クルモノナ

シ本問題ハ天皇カ有セラルヽ宣戰媾和ノ大權ト國際上ノ原則トニ依リテ說明セラルヘキモノナリ

一國領土ヲ他國ニ割讓シタル塲合ニ於テ割讓地ノ住民ハ當然ニ新國ノ國籍ヲ取得スルヤ又ハ特別ノ形式ヲ要スルヤハ一般ニ論スルコトヲ得ス蓋シ領土ノ割讓ハ一國領土ノ一部ヲ割キテ自己ノ統治範圍ヨリ他國ノ統治範圍ニ移スモノナリ故ニ特別ノ意思表示ナキ限リハ割讓地ハ一切取得國ノ統治權ノ下ニ立チ其住民モ亦絕對ニ新國ノ主權ニ服從スヘキモノナリ然レトモ割讓地ノ住民ハ多ク其舊本國ヲ愛シテ新政府ニ反抗スルノ傾キアルヲ以テ統治ノ困難ヲ生スルノミナラス住民モ亦新政府ノ下ニ附屬シテ其壓政ヲ受クルヲ潔シトセサルモノアリ故ニ割讓ノ當時一定ノ約款ヲ定メ新政府ノ下ニ立ツヲ欲セサルモノニハ相當ノ期間內ニ財產ヲ處分シテ立チ退カシムルコトハ雙方ノ國家ニ取リテ利益アリ故ニ近來ハ領土割讓ニ際シ所謂國籍ノ撰擇約款ナルモノヲ定メ新政府ノ下ニ立ツヲ欲セサル割讓地ノ住民ニ一定ノ期間內ニ財產ヲ所分シテ割讓地ヲ立退クノ權利ト義務トヲ與フ此塲合ニ於

（評）我憲法ハ國籍得喪ノ條件ハ法律ノ定ムル所ニ依ルヘキコトヲ規定スルカ故ニ國籍法又ハ新ニ法律ノ制定ニ依リテ割讓地住民ノ國籍得喪ヲ決シ條約其物ニ依リテ決スヘキモノニアラスト云フ

テ撰擇權ヲ行使セサル割讓地ノ住民ハ其期間ノ滿了ニ依リテ新國籍ヲ得ルカ又ハ領土ノ割讓ト共ニ直チニ新國籍ヲ得撰擇權ノ行使ニ因リテ更ニ之レヲ失フカハ多少疑問アル所ニシテ條約ノ內容ニ依リ一樣ニ論斷スルコトヲ得ス普通ノ塲合ニ於テハ割讓地ノ臣民ハ撰擇權行使ヲ解除條件トシテ割讓ノ日ヨリ新國ノ國籍ヲ取得スト解シテ可ナリ但シ明治二十八年五月ノ馬關條約ハ稍々之レト趣ヲ異ニスルモノアリ

日清兩國媾和條約第五條ニ曰ク「日本國ヘ割讓セラレタル地方ノ住民ニシテ右割與セラレタル地方ノ外ニ住居セムト欲スル者ハ自由ニ其所有不動產ヲ賣却シテ退去スルコトヲ得ヘシ其ノ爲メ本約批准交換ノ日ヨリ二箇年間ヲ猶豫スヘシ但シ右年限ノ滿チタルトキハ未タ該地方ヲ去ラサル住民ヲ日本國ノ都合ニ因リ日本國臣民ト看做スコトアルヘシ」ト而シテ臺灣總督府ハ此條約文ニ基キ旋臺須知ト稱スル公文ヲ以テ同樣ノ趣旨ヲ布達セリ此約款ヨリ見レハ期間經過後尙ホ臺灣ヲ去ラサル支那人ハ當然我國籍ヲ取得シタルニハアラスシテ日本國ノ都合ニ依リ日本國臣民ト看做サルヽ迄ハ無國籍人

（評）此條約ハ憲法制定以後ニ於ケルモノナルヲ以テ之ヲ法律トナサスシテ直ニ之ニ依リ國籍ヲ與ヘタルハ憲法違反ナリキト考フ

臺灣人ハ日本ノ國籍ヲ取得セシヤ

ノ狀態ニアリト謂ハサルヘカラス蓋シ異狀ノ現象ナリ

割讓地ノ住民ハ第三國ノ人民ヲ包含セス蓋シ條約ハ兩國間ノ契約ニシテ契約カ第三者ニ對シテ效力ヲ有セサルハ國際法上ニ於テモ亦認メラレタル原則ナレハナリ

第二項　國籍ノ喪失

國籍取得ノ裏面ハ即チ國籍ノ喪失ナリ我國籍法ノ定ムル所ニ依レハ左ノ四種ノ原因ヲ認ム

(一) 婚姻　外國人ト婚姻ヲナシタル日本ノ女ハ日本ノ國籍ヲ失フ(國八一)

(二) 離婚又ハ離緣　婚姻又ハ養子緣組ニ因リテ日本ノ國籍ヲ取得シタル者ハ離婚又ハ離緣ノ場合ニ於テ其外國ノ國籍ヲ有スヘキトキニ限リ日本ノ國籍ヲ失フ(同九一)

(三) 外國ニ歸化　自己ノ志望ニ因リテ外國ノ國籍ヲ取得シタル者ハ日本ノ國籍ヲ失フ(國一、二)

(四) 認知　日本人タル子カ認知ニ因リテ外國ノ國籍ヲ取得シタルトキハ日本ノ國籍ヲ失フ但シ日本人ノ妻、入夫又ハ養子ト爲リタルモノハ此限リニ在ラス(國三、二)本條ニ所謂日本人タル子トハ國籍法第三條ニアル私生子又ハ棄子ナリ

此他尚ホ領土割讓ニ基ク國籍喪失アルハ前ニ述フルカ如シ

國籍喪失ノ效力ハ喪失者ノ一身ニ止マラスシテ又其妻子ニ及フ日本ノ國籍ヲ失ヒタル者ノ妻子カ其者ノ國籍ヲ取得シタル時ハ日本ノ國籍ヲ失フ(國一、二)此規定ハ離婚又ハ離緣ニ因リテ日本ノ國籍ヲ失ヒタル者ノ妻及ヒ子ニ適用セス但シ妻カ夫ノ離緣ノ場合ニ於テ離婚ヲ爲サス又ハ子カ父ニ隨ヒテ其家ヲ去リタルトキハ此限ニアラス國籍法第二十一條カ廣ク子ト云ヒテ未成年ノ子ニ限ラサリシハ國籍法第六條トノ對照上極メテ不都合ノ規定ナリ

國籍喪失ニハ多少ノ制限アリ滿十七年以上ノ男子ハ國籍法第十九條乃至第二十三條ノ規定ニ拘ラス既ニ陸海軍ノ現役ニ服シタルトキ又ハ之ニ服スル義務ナキ時ニアラサレハ日本ノ國籍ヲ失ハス又現ニ文武ノ官職ヲ帶フル者

夫ノ國籍喪失カ妻子ノ國籍ニ及ホス效力

國籍喪失ノ制限

ハ其官職ヲ失ヒタル後ニ非サレハ日本ノ國籍ヲ失ハサルナリ(國、四、二)

第三項　國籍ノ回復

英國ニ在リテハ一旦國籍ヲ喪失シタルモノハ更ニ歸化ノ方法ヲ以テスルニアラサレハ再ヒ英國々籍ヲ取得スル能ハス之レ極メテ稀レナル立法例ニシテ近世ノ國家ハ多ク國籍ノ回復ヲ認ム我國籍法第二十五條乃至第二十七條モ亦之レカ規定ヲ設ケタリ

(一)　外國人ノ妻トナリシ者カ國籍ヲ回復スル塲合

此塲合ニハ(イ)婚姻カ解消シタルコト(ロ)現ニ日本ニ住所ヲ有スルコトノ二條件ヲ具備スル時ハ內務大臣ノ許可ヲ得テ日本ノ國籍ヲ回復スルコトヲ得

(二)　自己ノ志望ニ依リテ外國ノ國籍ヲ取得シタル者及ヒ國籍喪失者ノ妻子ニシテ夫又ノ國籍ヲ取得スルニ因リ日本ノ國籍ヲ失ヒタル者カ國籍ヲ回復スル塲合

此塲合ニ於テハ其國籍喪失者カ歸化人、歸化人ノ子ニシテ日本ノ國籍ヲ取得シタル者、及ヒ日本人ノ養子又ハ入夫ト爲リタル者ニアラサル限リハ內務大臣ノ許可ヲ得テ日本ノ國籍ヲ回復スルコトヲ得但シ日本ニ住所ヲ有スルコトヲ要ス(國、六、二)

第四項　法人ト國籍トノ關係

前ニ臣民トハ自然人ナリト定義セリ故ニ法人ハ國籍ヲ有セス從テ日本臣民ニアラスト謂ハサルヘカラス此結果憲法第二章ニ規定セル臣民ノ權利及義務ニ關スル事項ニシテ法人ニ適用セラレ得ヘキ範圍ノモノモ當然ニ法人ノ上ニ適用セラルヘキニアラスシテ必ス特別ノ規定ヲ要ス近來國際關係ノ頻繁ナルニ從ヒテ所謂外國法人ト內國法人トヲ區別スルニ至リシ結果內國法人ハ日本ノ國籍ヲ有スル法人ナルカノ如ク觀念セラレ從テ內國自然人ノ特權ハ當然內國法人ニ及フカ如ク考フルモノアルモ其然ル所以ハ他ノ理由ニ基クモノニシテ決シテ法人カ我國籍ヲ有スルカ爲メ換言スレハ日本臣民タルカ爲メニハアラサルナリ

獨逸帝國憲法第三條ハ「獨逸全國ニツキテ共同ノ國民籍アリ聯合各國ノ所屬臣民ハ聯邦內ノ他ノ諸國ニ於テ內國人トシテ取扱ハルヘク從テ內國人ト同一ノ條件ノ下ニ住所ヲ定メ營業ヲ執行シ公ノ職務ヲ擔任シ土地ヲ取得シ且公民權ヲ獲得シ其他凡テノ國民權ヲ享有スルコトヲ認メラル云々」ノ規定アリ而シテ此第三條ニ所謂臣民中ニ法人ヲ包含スルヤ否ヤニ付テハ彼レノ國法學者中ニモ亦議論ノ岐ルヽ所ナリブリユタナーハ其著「北獨逸聯邦ノ範圍內ニ於ケル共同國民權第六頁ニ於テ此見解ヲ採リ國內ニ住所ヲ有スル者ハ法人タルト自然人タルトヲ問ハス國ノ臣民ナリト論セリ若シ法人カ臣民ナラハ法人ハ臣民ノ有スル權利義務ノ凡テヲ有セサルヘカラサルハ當然ノ理ナリ然レトモ何人モ之レヲ首肯スル能ハサルヘシ法人ハ其性質上一般ニ公權及ヒ公務ヲ負擔スル能力ナキコトヲ原則トス固ヨリ立法上法人ニ租稅ノ如キ公ケノ負擔ヲ課シ又或場合ニハ自治團體ニ於ケル選擧權ヲ與フルコトアリト雖モ之レ寧ロ例外ノ規定ニ屬ス吾人ハ常ニ國家カ人類ノ團體ナルコトヲ記憶セサルヘカラス法人ハ無形ノ觀念ナリ公權ハ原則トシテ人類ニ屬

（評）國籍及臣民ナル觀念ハ自然人ニ付テノミ之ヲ云フモノナリ國籍法中出生婚姻歸化ノミヲ以テ國籍得喪ノ原因トナシタルコトニ由リテ明ナリ

ス法人ハ之ヲ「團體立法」ニ於テ論スル如ク財產權上ノ關係ニ於ケル現象ナルコトハ爭フヘカラス故ニ財產權上ノ關係ニシテ休止スレハ此現象モ亦權利ノ主體性ヲ失フモノナリ一國中ノ三十人カ財產上ノ關係ニ於テ一法人ヲ組織スレハトテ國家ハ三十一人ノ臣民ヲ得ルニアラス臣民ノ分限ニ一部分ノモノト然ラサルモノトノ二ツハ無シ換言スレハ人ハ臣民ナルカ臣民ナラサルカノ二途ニ出テス法人カ一部ノ權利ヲ享有シテ臣民タル自然人ノ享有スル權利義務ノ大部分ヲ享有負擔シ能ハサルハ國籍ノ絕對性ニ反スルモノナリ正當ナル國法上ノ原則ヨリ論シテ法人カ臣民ニアラサルハ右ノ如シ從テ獨逸ノ憲法第三條カ法人ニ適用セラレサルハ自明ノ理ナリ況ンヤ我國籍法ノ規定ハ悉ク自然人ニノミ適用セラレ得ヘキモノニ過キサルニ於テヲヤ

法人カ臣民ニアラサルコトハ右ニ述フル所ニテ明カナリ而シテ法人中ニアリテモ單ニ夫レカ內國法人ト認メラルヽノミヲ以テ我國ノ臣民ヲ以テ組織セラレタル法人ト同一ノ權利ヲ享有スルモノト早斷スヘカラス一定ノ權利

ハ又自然人タル臣民資格ト重大ノ關係ヲ有スルコトハ立法例ノ證スル所ナリ商法第二百五十八條ニ依レハ日本ニ本店ヲ設ケ又ハ日本ニ於テ商業ヲ營ムヲ以テ主タル目的トスル會社ハ日本ニ於テ設立スル會社ト同一ノ規定ニ從フコトヲ要スルモノニシテ所謂內國會社ナリ然ルニ船舶法第一條ニ依レハ本店ヲ有スル商事會社ニシテ合名會社ニ在リテハ社員ノ全員、合資會社及ヒ株式合資會社ニ在リテハ無限責任社員ノ全員、株式會社ニ在リテハ取締役ノ全員カ日本臣民ナルモノ又ハ日本ニ主タル事務所ヲ有スル法人ニシテ其代表者ノ全員カ日本臣民ナルモノヽ所有ニ屬スル船舶ニアラサレハ日本船舶トシテ日本ノ國旗ヲ揭クルコトヲ得ス日本船舶タル特別ノ利益ヲ享有スル能ハサルナリ

要之法人ハ臣民ニアラサルカ故ニ臣民ノ權利ハ當然之レヲ法人ニ移シテ論スル能ハス同シク內國法人タル資格アルモノヽ中ニモ亦之レカ組成員タル自然人ノ國籍ニ依リテ法人其モノヽ權利享有ニ差等アルナリ

本項所說ト同一意見ヲ採ルハザイデル　逸帝國憲法註釋第三條註四、ツオルン國法第一卷三四九頁、ラーバンド、マルカルドゼン參考書三四頁註二、國法第一卷一六一頁註二、キルヘンハム獨逸國法論一三八頁註一、アルントト帝國憲法註釋第三條第三、エンデマン民法攷究入門第三版第二卷第一部二六八頁註三、——反對意見獨逸大審院民事裁判例第六卷一四二頁、マンドリー帝國法律ノ私法的內容四一頁註二、ポツクスハンマー獨逸帝國憲法第三條ノ國民權七三頁以下

第三節　臣民ノ權利及義務

第一項　所謂人權宣告

近世歐州大陸諸國ノ憲法々典カ皆直接間接ニ佛國憲法ニ摸倣シテ制定セラレタルコトハ吾人之レヲ前ニ論ゼリ而シテ各國ノ憲法カ所謂臣民ノ根本權ヲ宣言スル章ヲ設ケタルニ於テ殆ト例外ナキモ亦タ學者ノ等シク認ムル所ナリ此等臣民ノ權利宣言ハ實ニ其ノ源ヲ佛國憲法ノ人權宣布ニ發ス而シテ佛國憲法ノ人權宣告ノ基ク所ニ至リテハ從來學者間ニ論爭セラレタル所ナリ

佛國ノ人權宣言ノ基源ニ付テハ歐洲學者ノ論ズル所二ツニ岐ル一ハルーソ

ノ所說ニ其ノ淵源ヲ求ムルモノ他ハ米國各洲ノ憲法特ニヴアージニアノ憲法ヲ以テ其淵源トナスモノナリ一般ニ佛國ノ學者ハ其國民的偏見ニ司配セラレタルモノニヤ前說ヲ採ルモノ多シポール、ギヤーネーノ政治學史及ヒブートミーカ政治學校ノ機關雜誌政治學年報ニ於テ論スル所ヲ見ルニ等シク人權ノ宣布カルーソーノ民約論及ヒ當時ノ政治思想ニ淵源スルコトヲ主張セリジヤーネー曰ク人權宣布其モノハ即チルーソーノ思想ニ基ク國家契約ノ實行ニシテ個々ノ權利ハ即チ其契約々款及ヒ條件ニアラズシテ何ソヤト之レニ反對スル學者中最モ有力ナル者ヲ獨逸ノイエリネツクトナス彼レハ一千八百九十五年ニ於テ人權及ヒ市民權ノ宣言ト題スル小著ヲ公ニシテ以テ佛國學者ノ誤解ヲ辯セリゲー、マイエルノ如キハ之レヲ參照シテ以テ自說ノ根據トナシ(國法學二一七號註四)佛ノラルノードノ如キ亦フアルヅイ氏譯イエリネツク人權宣布ノ序文ニ於テ口ヲ極メテイエ氏ノ學殖深遠ナルコトヲ賞揚セリ

ジヤネーハルーソーノ研究者トシテ有名ノ人ナリ然ルニ彼レカ此說ヲナスハ學者ノ認メテ異トスル所ナリ元來ルー氏ノ民約論カ主張セル所ハ唯一アルノミ曰ク「個人ノ一切ノ權利ハ全然之レヲ社會ニ讓與スルコトヲ要ス個人カ國家ノ中ニアルヤ孤立シテハ權利ノ一分子ヲモ有セス其權利ハ全然之レヲ人民ノ總意(volonté général)ヨリ享ク此總意ハ如何ナル力ニ依リテモ法律上ノ制限ヲ受クルコトヲ得ス所有權ノ如キモ唯國家ノ許容ニ依リテノミ個人ニ屬ス社會契約ハ國家ヲシテ國民ノ一切財產ノ主體タラシム」云々トカクノ如ク人類カ國家ニ於テ原來ノ權利ヲ有シ其權利カ主權ニ對スル制限タルヘシトノ思想ハルーソー自カラモ亦タ明カニ排斥セル所ナリ然ルニ人權宣布ナルモノハ國家ト個人トノ間ニ永久ノ限界ヲ劃シ立法者ヲシテ常ニ此限界ヲ遵守セシメ人類ノ讓リ渡スヘカラサル權利トシテ之レヲ束縛セント欲スルモノナリ故ニ民約論ノ主義ト人權宣布トハ正反對ノ地位ニ立ツ民約論ノ結果ハ個人ノ權利ヲ否定シテ法律上無制限ナル總意ヲ認ムルニ在リ

イエリネツクハ佛國學者ノ說ニ反對シ人權宣布カ世人一般ノ信スル如ク民約論ヨリ發生シタルニアラスシテ其摸範ハ一千七百七十六年ヨリ一千七百

八十九年ニ至ルマテノ米國諸州ノ憲法特ニ一千七百七十六年六月十二日ノヴアーヂニア憲法ニアリト論シ而シテ米國諸州ノ憲法ハ英國ノ權利法典ニ胚胎スルカ故ニ要スルニ人權宣布ノ起源ハ權利法典ニ存スト主張セリ

ヴアーヂニア憲法發布ノ後一七八九年以前ニ權利ノ宣言ヲナセル憲法ハペンシルヴエニア、一七七六年九月二八日憲、メリーランド一七七六年一一月一一日憲、ノースキヤロライナ、一七七六年一二月八日憲、ヴアーモント一七七七年七月八日憲、マサチユセツツ一七八〇年三月二日憲、ニユーハムプシヤイア一七八三年一一月三一日憲等ナリ

ブートミー氏ハイエリネツク氏ニ對スル駁論トシテ主トシテ次ノ理由ヲ掲ケタリ曰ク(一)米國諸州ノ憲法ト人權宣布トカ其規定ニ於テ相近接スル所アルモ當時諸州ノ憲法ハ未タ充分ニ佛國ニ了知セラレサリシモノナリ故ニ此等ノ憲法カ佛國人權宣言ノ摸範トナリシコトハ想像スヘカラス(二)イエリネツクハ條文ノ酷似セルヲ以テ證左トスルノ外ラ、フアイエツトノ記錄ヲ引用スルモ一千七百八十九年七月十一日ニ始マレル討議ニ於テラ、フアイエツトハ人權宣布ノ必要ヲ論スルニ方リ一言モ米國諸州ノ憲法ニ論及セス若シ彼レカ當時ヴアーヂニアノ憲法ヲ知悉セシナラハ之レニ論及セサル道理ナシ(三)英國ノ權利法典ニ起因スル觀念カ大西洋ヲ往返シテ佛國ニ入ルハ不可能ノ事ナリト第一ノ點ニ付テハ其後ノ研究ニ依リラ、フアイエツト自身ノ記錄ニ依リテ彼レカヴアーヂニアノ憲法ヲ知了セシコトカ證明セラルヽニ至レリ(オーラル氏佛國革命政史モ亦佛國革命ヨリ二十年以前ニ於テ有識ノ士ハ皆米國諸州ノ憲法ヲ原文又ハ譯文ニテ知了セシコトヲ明カニセリ)第二ノ點ニ付テモ亦ブ氏ノ攻撃ハ其當ヲ得ス若シ果シテ然ラハ一千八百六十七年ノ塊國憲法ハ佛白兩國ノ憲法ヲ模範トシタレトモ其討議ニ際シテハ一言モ母法ニ論及シタルコトナキヲ以テ其間ニ何等ノ關係ナシト謂ハサルヲ得サルヘシ第三ノ點ノ如キニ至リテハ地圖ニ線ヲ劃スル扒上ノ想像ノミ英國ノ思想カ二十八哩ノドーバー海峽ヲ越エスシテ遠ク大西洋ヲ渡リテ先ツ其血ヲ同ウスル米國ニ入リ更ニ機會ヲ得テ佛國ニ入ルハ敢テ怪ムヘキ事實ニアラス要之近世諸國憲法ノ人權規定カ佛國ノ人權宣布カ北米諸州ノ憲法ニ基キ米國各州ノ人權宣布カ英母國ノ權利法典ニ基クコトハ人權宣告ノ沿革上疑フ可カラサル事實ナリ(イエリネツク人權及ヒ國民權ノ宣告、近代憲法史參考書萊因)

府一八九五年織田博士人權宣布ノ由源ニ關スル二大家ノ論爭內外論叢第二卷第三號一三五頁）

ヴアーゲニヤ憲法ノ權利章典(Bills of rights)ハ其第一條ニ於テ「凡テノ人ハ自然ニ於テ平等自由且ツ獨立ニシテ或ル先天的ノ權利ヲ有ス此等ノ權利ハ其社會狀態ニ入ルニ於テハ如何ナル約束ヲ以テモ其子孫ヨリ奪フコトヲ得ス生命及ヒ自由ノ享有、財產ノ取得及ヒ所有ノ手段及ヒ幸福安全ノ求得之レナリ」ト規定セリ當時ノ思想ハ臣民ノ權利ト謂フヨリモ寧ロ廣ク人類トシテノ權利ト觀念セリ佛國ニ於テハ人權及ヒ公民權ノ宣言(Déclaration des droits de l'homme et du citoyen)ト題セシモ尙其第一條ニ於テ「人ハ出生及ヒ生存ニ於テ自由及ヒ平等ノ權利ヲ有ス社會的ノ不平等ハ公共ノ利益ノ爲メニスルノ外設クルコトヲ得ス」ト規定シ第二條ニ於テ「凡テノ政治社會ノ目的ハ人ノ自然ニシテ且讓ルヘカラサル權利ヲ保持スルニ在リ此等ノ權利ハ自由所有權安全權及ヒ壓制ニ對スル反抗之レナリ」ト規定セリ當時自然法學ノ旺盛ナルニ當リ明文上ニ人權ト題シテ臣民ノ權利ト云フニ及ハサリシハ怪ムニ足ラス佛國ノ憲法モ後ニ至リテハ國民ノ權又ハ佛蘭西人ノ權利ナル文字ヲ用井ルニ至リ佛ノ憲法ニ倣ヒタル白耳義其他ノ憲法モ亦皆臣民ノ權利(白耳義人ノ權利プロイセン人ノ權利ト謂フカ如シ)ト云フ穩當ナル文字ヲ用井ルニ至レリ

第二項　臣民ノ權利義務ノ性質

憲法ハ主權者カ其統治權ヲ行使スルニ際シ一定ノ形式ヲ踐ムヘキコトヲ定

ムル法規ナリ憲法ハ直接ニ主權者及ヒ統治機關ヲ拘束スルノ效力ヲ有ス臣民ハ主權者ニアラス又統治ノ機關ニモアラス故ニ主權行使ノ形式ヲ定ムル憲法カ直接ニ臣民ヲ拘束セサルハ當然ノ理ナリ(緒論第四章第四節參照)

憲法第二章ニ揭ケタル臣民ノ權利ハ之レヲ換言スレハ云々ノ事項ニ付テハ法律ヲ以テ規定スヘシト謂フノ意ニ外ナラス故ニ憲法ノ條文ノミヲ以テハ吾人ハ何等ノ權利ヲ獲得スルコトヲ得ヘキ法律上ノ可能狀態ナリ憲法カ一般ニ立法ノ方針ヲ規定スレハトテ若シ主權者カ之レニ違反セル場合ニ於ケル法律上ノ救濟力ヲ吾人ニ附與スルニアラスンハ吾人ハ何等ノ權利ヲ有セス蓋シ法益ヲ充實シ得ル狀態ヲ付與セラレサレハナリ之レヲ要スルニ憲法第二章ハ或種ノ事項ニ付キテハ法律ヲ以テスヘシト云フノ外臣民ノ權利ヲ設定スルモノニアラス之レ余カ後ニ所謂臣民ノ權ト謂ヒ又臣民ノ有スル立法上ノ利益ト謂フ所以ナリ只此一般的ノ宣言ニ基キ特別ノ法規ヲ以テ臣民ノ權利ヲ充實セシムルニ至リテ初メテ公權ヲ生スルナリ(ザイデル國法第一卷三〇一頁)但シ憲法ニ權利ナル文字ヲ用キルカ

憲法ニ所謂臣民ノ義務トハ何ソヤ

故ニ假リニ之レヲ權利トシテ說明スト云ハヽ別ニ非難スヘキ所ナシツアハリエー獨逸國法及聯邦法第一卷四四三頁註一ノ如キ即チ之レナリ

憲法第二十條及ヒ第二十一條ハ兵役納稅ノ義務ヲ揭ク吾人ハ又之レヲ義ス

ト解セス蓋シ臣民タル本質ハ絕對ノ服從ナリ如何ナル事項ニ付テモ國家カ

命令禁令スル所ハ悉ク之ニ服從セサルヘカラス國權ノ作用ハ總括的ニシテ

一々之レカ列擧ヲナス能ハス從テ臣民タル服從ノ義務モ亦之レヲ列記スル

能ハサルナリゲー、マイエルカ國法學二二四號ニ於テ服從ノ義務トシテ法律

ニ服從スルノ義務官廳ノ處分ニ對スル服從等ヲ擧ケタルハ理論的ノモノニ

アラサルナリ若シ此ノ如ク說明スレハ日本臣民ハ法律ニ依リテ逮捕、監禁、審

問、所罰ヲ受クルノ義務アリ法律ニ依リテ其住所ニ侵入セラルヽノ義務アリ

信書ノ秘密ヲ侵サルヽ義務アリ所有權ヲ收用セラルヽノ義務アリト謂ヒテ

臣民ノ權利ハ一變シテ悉ク義務ト化スルニ至ルヘシ故ニ余ハ憲法第二十條

第二十一條ヲ以テ法律ニ依ルニアラスシテ兵役及ヒ納稅ノ義務ヲ負ハスト

云フ立法上ノ方針ヲ示シタルモノナリト解ス蓋シ兵役ハ身ヲ以テ國ニ奉務

マイエルノ說ニ基ク公權ノ三區別

ルモノ租稅ハ又絕對ニ臣民ノ資產ヲ强制徵收スルモノナルカ故ニ此等ニ關スル國權ノ發動ハ法律ニ依ルヘキコトヲ定メテ以テ臣民ノ利益ヲ保護シタルモノナリ但シ之レニ對シテモ亦憲法ニ義務ノ文字ヲ用サルカ故ニ義務ナリト云ハヽ可ナリ唯其眞義ハ前ニ述フルカ如キノミ

第一目　所謂臣民ノ權利

公權ハ統治者、國家內ノ公共團體竝ヒニ各個人ニ屬スル茲ニ述フル所ハ自然人タル臣民ノ權利ナリ個人ノ公權ハ或ハ全國民ノ權利ナルコトアリ又ハ一階級ノ權利ナルコトアリ又ハ特定人ノ權利ナルコトアリ茲ニ所謂臣民ノ權利ハ全國民カ平等ニ享受スル立法上ノ利益ナリゲー、マイエル國法學第一一號ハ公權ヲ分チテ次ノ三種トナス

一、特定ノ個人ノ權利範圍カ國家ノ干涉ヲ受ケサル自由權

二、國家ノ積極的所爲ヲ要求スルノ權利

三、國家ノ機關トシテ行動シ若クハ國家機關ノ編成ニ參與スルノ權利所

イエリネック公權論八二、八九頁以下亦之レヲ認ムル余モ亦之レニ倣ハント欲ス

第一號　自由權

第一　居住移轉ノ自由

憲法第二十二條ハ法律ノ範圍內ニ於テ居住及移轉ノ自由ヲ有スルコトヲ定ム我國ノ主權ハ外國領土ニ行ハレサルカ故ニ本條所謂居住ノ自由ハ帝國領土內ノミヲ意味ス國家ノ領域內ニ居住スルハ國民ノ獨占的權利ナリ近世國際法ノ原則ニ從ヘハ國家ハ一般ニ外國人ノ其國土內ニ入ルコトヲ禁スルヲ得スト雖モ或種ノ外國人カ國ノ公安ヲ害スルトキ又ハ救助ヲ要スルモノナルトキハ之レヲ國外ニ退去セシメ又ハ犯罪ノ爲メニ外國政府ニ引キ渡スノ權利ヲ有ス之レニ反シ自國臣民ハ如何ナル場合ト雖モ之レヲ外國政府ニ引キ渡スコトナク又自國版圖ヲ追放セラルヽコトナキヲ原則トス然レトモ之レ一般ノ原則ニシテ憲法ニハ法律ノ範圍內ニ於テトアルカ故ニ法律ノ規定ニ依リテ之レカ例外ヲ設ケ得サルニアラス

居住移轉ノ自由

（評）外國人ニ居住ヲ許スカ故ニ之ヲ國民ノ獨占的トイフハ允當ナラサルカ如シ

居住

獨逸帝國刑法九ハ帝國臣民ヲ外國政府ニ引キ渡サヽルノ原則ヲ定メ獨米引渡條約三、獨伊條約二、獨英條約三、獨瑞典諾威條約二、獨白條約三、獨伯條約二、ヴルグエー條約三、コンゴー條約三等亦此原則ヲ認ム內國人ヲ國外ニ追放セサルノ原則モ亦獨刑三九、二八四、三六二ノ認ムル所ナリ我國ニハ明治二十年ノ逃亡犯罪人引渡條例アリ第一條ニ於テ相互主義ニ依リ自國人ト雖モ亦外國ニ引渡ヲナスコトアルヘキヲ定ム同條例ハ勅令ナレトモ憲七六ノ結果法律トシテ遵由セラル故ニ憲法二二條ニ抵觸スル所無シ

移轉

移轉トハ單ニ帝國領土內ニ於ケル住居所ノ變更ノミニ止マラス住所ヲ外國ニ置クノ權ヲモ包含ス但シ法律ヲ以テ之レカ制限ヲ設クルコトハ自由ナリ日本ノ國籍ヲ拋棄シテ外國ノ國籍ヲ取得スルコトハ移轉權ノ中ニ包含スルヤ否ヤゲー、マイエル國法學二百十九號ハ移轉ノ自由中ニハ國籍ヲ拋棄スルノ權ヲ包含スト論スレトモ移轉ハ場所ノ移轉ニシテ國籍ノ移轉ニアラス故ニ氏ノ說ハ誤レリ（國籍法二、二〇、二一、二三、二四、二一）

居住及ヒ移轉ノ自由ハ中世獨逸諸國ニ於テハ著シク制限セラレタリ彼ノ農（ライブアイゲナー）僕ノ如キハ全ク土地ニ附着シタル奴隷ニシテ先ツ解放ヲ得ルニアラサレハ其土地ヲ去ル能ハス又貧民救助ノ負擔ヲ市町村ニ移シタル以來ハ市町村ノ負擔ヲシテ重キニ過クルノ弊ナカラシメム爲メニ之レニ與フルニ救助ノ必要アル虞アル者ニ對シテ定住拒絶ノ權ヲ以テセリ第十八世紀ノ中葉以來農僕ノ制度廢セラレ北獨逸聯邦及獨逸帝國法律ハ始メテ團體的經濟的自由動作ノ原則ヲ獨逸諸國一般ニ實行セリ我國ニ於テモ藩政時代ニ於テハ絕對的ニ藩外移住ヲ許サヽルモノアリキ

營業ノ自由ヲ保障スルノ外憲法ニ其規定ナシ我國ニ於テモ理論上ハ營業法ト稱スル特別法律ヲ以テ之レカ自由ヲ認ムルヲ可トスレドモ現在其規定ヲ欠ク故ニ命令ヲ以テスルモ猶ホ營業權ヲ制限スルコトヲ得ヘシ

營業ノ自由ハ居住及ヒ移轉ノ自由ヲ含ムトセルハ誤ナリ獨逸帝國ノ如キハ一千八百六十九年六月二十一日帝國營業法及ヒ千八百八十三年七月一月改正同法ニ依リテ

二八八

居住及ヒ移轉ノ自由ヲ以テ之レカ自由ヲ認ムルヲ可トスレドモ現在其規定ヲ欠ク故ニ命令ヲ以テスルモ猶ホ營業權ヲ制限スルコトヲ得ヘシ

營業ノ自由ハ居住及ヒ移轉ノ自由ヲ含ムトセルハ誤ナリ獨逸帝國ノ如キハ一千八百六十九年六月二十一日帝國營業法及ヒ千八百八十三年七月一月改正同法ニ依リテ營業ノ自由ヲ保障スルノ外憲法ニ其規定ナシ我國ニ於テモ理論上ハ營業法ト稱スル特別法律ヲ以テ之レカ自由ヲ認ムルヲ可トスレドモ現在其規定ヲ欠ク故ニ命令ヲ以テスルモ猶ホ營業權ヲ制限スルコトヲ得ヘシ

居住及ヒ移轉ノ制限ハ何等ノ目的ノ爲メニスルニ拘ラス法律ノ規定ニ依ルコトヲ要ス直接ニ居住及ヒ移轉ノ自由ヲ制限スルコトヲ目的トスルニアラスシテ他ノ目的例ヘハ家屋ノ危險ナルカ爲メニ居住ヲ禁シ傳染病豫防ノ爲メニ移轉交通ノ自由ヲ拘束スルハ法律ヲ要セズトスルカ如キハ法令上ノ根據ヲ有セサル空論ナリ

三三年法八四號行政執行法、二九年法七〇號移民保護法、二九年法八〇號清國及朝鮮國在留帝國民取締法、三三年法三六號傳染病豫防法三二年法一九號海港檢疫法等居住移轉ノ自由ニ關スルモノハ現行立法例上多ク法律ヲ以テス之レニ反シ營業ニ關スル取締ハ命令ヲ以テ定ムルコトヲ得可キハ前ニ云フカ如シ何トナレハ法律ヲ要セサレハナリ然レトモ營業ニ關シテ入ノ居住移轉ノ自由ヲ拘束スルハ法律ヲ要ス何トナレハ此兩者ハ法律ヲ以テスルニアラサレハ制限スルコトヲ許サヽレハナリ行政執行法（法律）ハ第三條ニ於テ「風俗上ノ取締ヲ要スル營業ヲ爲ス者ノ居住其他ノ制限ハ命令ヲ以テ之レヲ定ム」ト委任シ以テ暗ニ營業取締ヨリスル居住移轉ノ自由モ亦タ法律ヲ要スルコトヲ表示セリ故ニ此行政執行法ニ基キ三三年內務省令ヲ以テ娼妓ノ住居ヲ制限セルハ違法ニアラス

營業ノ何タルカハ大ニ疑アル所ナリ余ハ之レヲ定義シテ財產ヲ取得センカ爲メニ一般ノ經濟交通ニ參加スル永續的ノ獨立働作ニシテ法令ニ依リテ認許セラレタルモノヲ謂フト解ス偶然ニ起ル個々ノ法律行爲ハ營業ニアラス何トナレハ永續的ノ働作ニアラサレハナリ徒弟職工日傭ノ働モ亦營業ニアラス蓋シ此等ハ他人ノ業務ヲ行フモノニシテ獨立ノ働ヲ有セサレハナリ禁制ノ行爲ヲナスハ營業ニアラス法ハ之レヲ認メサレハナリ無償ノ行爲ハ營業ニアラス何トナレハ財產ヲ取得スル目的ヲ有セサレハナリ奴隸、法人ノ役員、公吏、官吏ハ營業ニアラス何トナレハ其目的ハ財產ヲ取得スルニアルモ其働ラキハ特定人又ハ特定團體ニ對シ

ヲ給付セラルヽモノニシテ一般ノ經濟交通ニ參與スルニアラサレハナリ之レニ依リテ之レヲ見レハ原始產業、工業、商業及ヒ精神的身體的勞働ニ依ル營業（車夫、辯護士、醫師、畫工等）ハ皆營業ナリ之レヲ稱シテ廣義ノ營業ト謂フ此ノ中ニ就テ工業商業及ヒ高等教育ヲ要セサル人的營業ノミヲ狹義ノ營業ト稱ス諸國營業法ノ目的タルモノハ多ク此狹義ノモノニ限ル吾人ハ廣義ノ營業ニ付テモ亦法律ノ保障ヲ必要ト認ム（獨逸一八六九年六月二一日帝國營業法參照ゲー、マイエル行政法一卷三七一頁以下）

第三、身體ノ自由

逮捕、監禁、審問、處罰ハ法律ニ依ラサレハ爲スコトヲ得ス（憲二）逮捕トハ國家機關ノ前ニ犯人ヲ引キ出スノ目的ヲ以テ腕力ニ因リ其自由働作ヲ拘束スルヲ謂ヒ監禁トハ一定ノ場所ヲ限リテ人ノ自由ヲ束縛スルヲ謂ヒ審問トハ被嫌疑者ヲ審理訊問スルヲ謂ヒ處罰トハ犯人ニ課スル刑ト稱スル惡果ヲ以テスルヲ謂フ之レ等ハ主トシテ刑事裁判上ノモノナル故ニ諸國ノ立法例ハ概ネ刑事訴訟法ヲ以テ之レ規定ヲ設ケタリ一千七百九十一年九月三日佛國人權宣布第七條ニハ「何人モ法律ニ定メタル場合ニ於テ法律ノ定メタル形式ニ從フニ非ザレハ公訴、逮捕又ハ拘留セラルヽコトナシ云々」ト規定シ其他近世ノ憲法亦多ク此規定ヲ掲ク（白、憲七、プロイス憲五、バイエルン憲第四章八、ザクセン憲二七、ヴルテムベルヒ憲二六、バーデン憲一五、ヘッセン憲三二、ザクセン、アルテンブルヒ憲五一コ、ブルヒゴータ憲三二、ヲルデッキ憲二九、ブレーメン憲九七）我憲法ノ規定上吾人ハ之レヲ刑事裁判ニ限ルノ根據ヲ見ス其行爲カ行政官廳ノ行爲ナルト司法官廳ノ行爲ナルトヲ問ハス、被處罰ナラハ必ス法律ヲ以テスヘキモノト信ス只憲法ハ統治機關ノ行爲ニ對シ臣民ノ利益ヲ保護スル爲メニ第二章ノ規定ヲ設ケタルモノナレハ狂者ノ幽閉子ニ對スル親權者ノ徵戒權等私人カ私人ニ對スル權力行爲ハ本條ノ關知スル所ニアラス統治權ハ私人ヲ强制シ得ル法的權力ナレハコソ之レカ行使ヲ制限スル必要アルナレ私人ト私人トノ間ハ平等ニシテ其間ニ權力ヲ行フコトハ法理上アリ得ヘカラス故ニ憲法ハ其場合ヲ豫想スル必要ナシ若シ特定ノ私人ヲシテ特定ノ私人ニ對シ權力ヲ行ハシムル必要アラハ法律ナリ又ハ命令アリヲ以テ之レヲ許スヨリ外無シ憲法ノ關知スル所ニアラサルナリ

官吏ニ對スル懲戒ハ第二十三條ノ含ム所ニアラス蓋シ懲戒罰ハ主權者カ公權力ノ所有者トシテ

シテ科スルモノニアラスシテ服務ノ利益テ保護スル爲メニ上長官トシテノ地位ニ依リテ科スルモノナリ加之此懲戒的ノ關係テ有スル官吏ノ地位テ得ルヤ否ヤハ本人ノ自由ニ屬スル本人ノ意思ニ反シ絕對的ニ國家ノ一方意思ニテ科スル惡果ニアラス故ニ法律テ以テ規定スル必要ナキナリ

刑法ハ一面ニ於テ官吏ノ人民ニ對スル罪テ設ケテ消極ニ臣民ノ自由テ保護シ(刑法二七五乃至二八二、二八六、二八七)一面ニハ個人ニ與フルニ正當防衛ノ權テ以テシ(刑法三一四)又擅ニ人テ逮捕監禁スルノ罪テ設ケ(刑法三二二ー三二五)以テ此憲法上ノ自由テ侵スコトテ禁スル明治二十三年法律第八十四號ハ命令ノ條項ニ違犯スル者ニ對シ各其命令ヲ以テ二百圓以內ノ罰金若クハ一年以下ノ禁錮ヲ科スルコトヲ命令ニ委任シ刑法第四百三十條亦違警罪ノ規定處罰ヲ命令ニ委任セリ之レ處罰カ法律ニ其根據ヲ有スヘキコトヲ定メタル憲法第二十三條ニ適合セシメン爲メナリ

二三年九月法八四號、命令ノ條項違犯ニ關スル罰則ノ權、同年同月勅二〇八號省令廳令府縣令警察令ニ關スル罰則ノ件、二九年法六三號臺灣ニ施行スヘキ法令ニ關スル件、刑法四三〇條

第三、住所不可侵ノ自由

日本臣民ハ法律ニ定メタル場合ヲ除ク外其ノ許諾ナクシテ住所ニ侵入セラレ及捜索セラルヽコトナシ(憲二)故ニ若シ居住者カ豫メ許諾ヲ與フルニアラ

(評)官吏ノ懲戒ハ刑法上ノ刑罰トハ異ナルカ故ニ官吏ハ刑法上ノ刑罰ノ外ニ尙懲戒ニ附セラルヽコトハ差支ナキモ憲法ノ處罰ノ內ニ包含セラルヽカ如シ從テ懲戒ト法律ヲ以テ憲法ノ精神ニ協フモノト思考ス

サレハ住所ニ入ルコトヲ得ス若シ入ルコトヲ諾シタルモ捜索ニ付キテ承諾セサレハ捜索ニ着手スル能ハズ但シ法律ニ規定セル以上ハ如何ナル侵入捜索モナスコトヲ得ベシ

家宅ノ侵入ニ付テハ刑法ニ之レカ制裁ヲ設ケ刑法一七一、一七二、現行刑法ノ明文上ニテハ既ニ許諾ヲ受ケテ家宅ニ入リタルモノカ退去ノ請求ヲ受ケテ去ラサル時モ侵入罪ヲ構成セス又船舶及ヒ旅宿ノ客室ニ付キテ保護ノ規定ナシ晝間ノ家宅侵入ヲ防止スル爲メ殺傷セルモノハ宥恕ノ原因トナリ夜間ノ侵入ニ係ル時ハ不論罪トナル刑法三一二、三一五、家宅侵入ヲナシ得ヘキ法律ノ根據ハ刑訴四六、五六、五七、五八、七八、一〇二、一〇四、行執二四、

第四　信書ノ秘密ヲ侵サレサルノ自由

信書トハ書狀(Brief)ノ義ナリ故ニ他人ニ委托スルモノト自カラ持參スルモノトヲ問ハス又傳送中ノモノタルコトヲ要セス從テ發信人ノ手ニアル中ノモノモ又ハ既ニ受信人ノ手ニ歸シタルモノモ共ニ書狀タルヲ失ハス憲法ハ法律ニ定メタル場合ヲ除ク外信書ノ秘密ヲ侵サルヽコトナシト規定スルモ之レニ關スル制裁カ極メテ狹キ結果ハ信書ノ秘密モ十分ニ保障セラレサルノ感アリ現在ノ法律ニシテ信書ノ秘密ヲ侵シタルモノニ制裁ヲ與フル規定

アルモノハ只郵便法、電信法アルノミ信書ノ秘密ヲ侵シ得ヘキ場合ハ法律ニテ規定シタル時ニ限ルト云ヒナカラ之レヲ侵シタル場合ノ制裁カクノ如ク狹キヲ以テ今日信書ノ秘密ニ關スル保障ハ極メテ薄弱ナリ

信書ノ秘密ヲ犯サレサルコトモ亦統治ノ機關ニ對シテ臣民ノ利益ヲ保護シタル規定ナリ故ニ法律ヲ以テ信書ノ秘密ヲ侵シ得ヘキ場合及ヒ之レニ對スル制裁ヲ定ムレハ表面上ハ憲法第二十六條ニ適合スヘシ然レトモ既ニ國家ノ機關スラ信書ノ秘密ヲ侵スコトヲ得サルニ私人カ私人ノ信書ノ秘密ヲ侵シタル場合ヲ處罰スル規定カ不充分ナリトスレハ何ヲ以テ憲法第二十六條ノ精神ヲ達スルコトヲ得ンヤ郵便法五二ニ依レハ郵便官署ノ取扱中ニ係ル郵便物ヲ正當ノ事由ナクシテ開披毀損隱匿若クハ拋棄シタル者又ハ受取人ニ非サル者ニ交付シ若ハ情ヲ知リテ之ヲ受取リタル者ハ一月以上二年以下ノ重禁錮ニ處シ二十圓以下ノ罰金ヲ附加ス郵便事務ニ從事スル者前項ノ所爲アリタルトキハ本刑ニ一等ヲ加フ又電信法三一ニ依レハ電信官署ノ取扱中ニ係ル通信ノ秘密ヲ侵シタル者ハ一月以上一年以下ノ重禁錮ニ處シ二十圓以下ノ罰金ヲ附加ス電信又ハ電話ノ事務ニ從事スル者前項ノ所爲アリタル時ハ本刑ニ一等ヲ加フ但電信電話ニ關スル罪ハ被害者ノ告訴ヲ待テ其罪ヲ論ス此等ノ規定ニ依レハ郵便電信官署ノ取扱中ニ係ルモノニアラサレハ書狀不可侵ノ利益ヲ受ケス然ルニ實際ニ於テハ郵便ニ付スルノ前及ヒ配達ノ後ニ於テ信書ノ祕密ヲ侵害セラルヽコト頗ル多シ特ニ男女工ヲ使役スル工場等ニ於テ其甚タシキヲ見ル故ニ郵便法電信法ノ規定ハ之レ等ヲ保護スルニ充分ナラス主權者ハ宜シク刑法ノ規定ヲ改正シテ之レ等ノ秘密侵害ヲ嚴罰スヘシ

信書ノ中ニ電信ヲ包含スルヤ否ヤハ多少疑問ノ存スル所ナリ然レトモ文書ニ依リテ音信ヲ通スルモノナル以上ハ其文書トシテ存スル間ハ之レヲ信書ナリト解スヘシ信書ノ秘密トハ信書ノ文字(宛名及ヒ「ハガキ」ノ內容ヲ包ム)カ正當ノ權利ヲ有スル人以外ニ漏レサルノ利益ナリ故ニ配達人其モノニ對シテハ宛名ノ秘密ナケレトモ配達人以外ノ者ニ對シテハ配達夫ハ之レヲ漏ラス能ハス何トナレハ第三者ニ對シテハ宛名モ亦秘密ナレハナリ但シ受取人

不在ノ塲合ニ之レヲ家族ニ交付スルカ如キ又ハ配達ノ目的ヲ達スル爲メニ相當ノ手段ヲ取ルハ此限リニアラス蓋シ郵便ハ配達ニ因リテ目的ヲ達ス故ニ宛名人不明ノ時ニ於テ之レヲ隣人ニ示シテ質スカ如キハ配達手段トシテ法律ノ許ス所ナレハナリ郵便法第十四條ニハ宛所ニ配達シ又ハ受取人ニ交付スルコト能ハサル郵便物ハ差出人ニ還付ス其還付スルコト能ハサルモノハ主務大臣ノ指定シタル郵便官署ニ於テ之ヲ開披スルコトヲ得ト定ム

第五　所有權不可侵ノ自由

日本臣民ハ其所有權ヲ侵サルヽコト無シ所有權ノ何タルカハ茲ニ詳論スル所ニアラサレトモ權利カ法律ノ下ニ發生スル以上ハ所有權モ亦法律ヲ離レテ存在シ得サルハ自然ノ理ナリ然レトモ權利カ法ノ下ニ於テ初メテ發生スルコトヲ早解シ民法ニ法令ノ範圍内ニ於テトアルカ故ニ所有權ハ法令ヲ以テ自由ニ其範圍ヲ定ムヘク法令ノ定メタル範圍ニ於テノミ所有權ナリト云フハ非ナリ若シ眞ニ法令ノ範圍内ニ於テノミ所有權アリ法令ハ所有權ヲ制限セス單ニ其範圍ヲ定ムト云ハヽ所有權不可侵ニ關スル憲法ノ規定ハ無用ノ冗文ナリ元來所有權トハ其主要ノ點ニ於テハ人ト物トノ關係ナリ固ヨリ權利ト云ヘハ他ノ人格ニ對スル語ナリト雖モ所有權其モノハ他人ノ積極的行爲ヲ待タサレハ充實シ得ヘカラサル性質ノモノニアラス人カ物ニ對シテ行フ司配ナリ從テ其性質上本來無限ノモノナリ故ニ特別ノ制限ナキ以上ハ凡テノ想像シ得可キ又出來得可キ司配ハ所有者カ物ニ對シテ爲シ得ヘキコトヲ原則トス憲法カ所謂所有權ト謂ヒシハ此完全ナル司配ノ狀態ヲ指シタルモノナリ(所有權ノ内容ハ既ニ法律ヲ俟タスシテ存在スル法ハ只之レヲ充實スルニ過キス吾人ハ權利ハ法ノ結果ナリト說明スレトモ權利ノ内容迄モ法律カ定ムヘシトハ云ハスデルンブルヒ「パンデクテン」モ亦此說明ヲ採ル憲法ニ所謂所有權ヲ侵ストハ此法以前ニ定マリ居ル所有權ノ内容ヲ指スノ義ナリ若シ然ラスシテ法令カ自由ニ所有權ノ内容ヲ定ムルコトヲ得從テ命令ヲ以テ所有權者ノ有スル物件利用ノ方法ヲ制限スルモ所有權ノ制限ニ非スト云ハヽ憲法第二十七條ハ無意味ノ條文トナリ了ルナリ)若シ然ラスシテ普通人カ解釋スル如ク「所有權トハ法律ニ依テ始メテ生シタルモノナリ故ニ法令ノ範圍内ニ於テノミ初メテ所有權タリ民法ハ所有權者カ法令ノ範圍内ニ於テ自由ニ物ヲ使用收益處分スルノ權利ヲ有スト規定ス法令ハ所有權ヲ制限スルニ非スシテ法令ノ許ス範圍ニ於テノミ所有權タルナリ」ト謂ハヽ憲法ニ公益ノ爲メニ必要

ナル所分ハ法律ノ定ムル所ニ依ルト規定スルハ何等ノ意味ナシ故ニ所有權カ命令ノ規定ニ依リテ之ヲ制限セラレ得ルモノナラハ法律ヲ以テ必要ナル處分ヲナスハ當然所有權ノ限界ヲ劃スルモノニシテ所有權ノ侵害ニアラス故ニ憲法第二十七條第二項ハ無用ノ文字ナリ若シ又民法第二百六條ニ所謂法令ノ文字ハ法律カ命令ニ其規定ヲ委任セルモノトセハ所有權ノ制限ハ常ニ法律ヲ以テスルコトヲ原則トスルノ趣旨ニ歸着ス然レトモ前ニ論者ノ云フ如ク所有權ハ法律ノ許ス範圍内ニ於テノミ所有權タリト云ハヽ何ヲ苦ンテカ特ニ法律ヲ以テ必要ナル處分ヲナス云々ト規定スルノ必要アランヤ此例外ヲ許サストモ法律ハ自由ニ所有權ヲ制限シ得ヘク此制限ニ依リテ所有權カ所有權タルヘシ之レヲ要スルニ法律以前ニ所有權ノ内容アリ憲法ニ所謂所有權トハ此完全ナル司配ヲサスモノナリ故ニ初メテ之レヲ制限スル塲合ヲ規定スルノ必要ヲ生ス一般論者ノ唱フル如ク所有權カ法律ノ範圍内ニ於テノミ所有權タリト云ハヽ法律ヲ以テ所有權ヲ侵害スルト云フコトハアリ得ヘカラサルナリ今參考ノ爲メ所有權ニ關スルプロイセン憲法第九條ノ規定ヲ擧クレハ左ノ如シ

所有權ハ不可侵ナリ只公益ノ理由アル時ニ限リ法律ニ據リ豫メ賠償シテ之レヲ剝奪若クハ制限スルコトヲ得但シ急迫ノ塲合ニ於テハ假リニ相當ノ賠償額ヲ定ムルコトヲ得

我憲法第二十七條ハ文字ニ於テ多小ノ差異アルモ趣意ニ於テハプロイセン憲法ト同一ナリト信ス從テ所有ノ制限ハ決シテ私益ノ爲メニ之レヲナスコトヲ得ス必ス公益ニ基クヘク又必ス法律ヲ以テ之レカ制限ヲナスヘキノ意ナリ或論者カ憲法第二十七條第二項ハ公益ノ爲メニ法律ヲ以テ所有權ヲ制限シ得ヘキ塲合ヲ規定セルモノニシテ所有權侵害ノ唯一ノ例外ニアラスト說クカ如キハ意味ヲナサス公益ノ爲メニシテスラ法律ニアラサレハナス能ハサルモノヲ私益ノ爲メニ當然命令ニテモ制限シ得ル道理アランヤ吾人ハ所有權ヲ剝奪制限スルハ公益ノ爲メニスル塲合ニ限ルヘク又常ニ法律ニ依ルヘシト解ス只プロイセン憲法ノ如ク賠償ノコトヲ規定セサルカ故ニ當然ニ賠償ノ義務ヲ生セスト雖モ其他ノ點ニ於テハ我憲法ニ所謂「公益ノ爲メニ必

要ナル所分ハ法律ノ定ムル所ニ依ル」トアルハ公益ノ爲メニスル場合ノミ法律ヲ以テ剝奪制限スルコトヲ得ト云フノ意ナリ彼ノ民法カ法令云々ト謂ヘルハ憲法ニ矛盾セサランカ爲メニ法律ノ規定ヲ命令ニ委任シタルモノナリ而シテ此委任カ違法ナリヤ否ヤハ又自カラ別問題ニ屬ス獸疫豫防法ニ依リ病獸ヲ撲殺シ河川法、行政執行法ニ依リ天災事變ノ場合ニ於テ物件ヲ破壞シ又ハ其使用ヲ制限スルカ如キ又ハ馬匹去勢法ニ依リ牡馬ノ去勢ヲ行フカ如キ皆之レ公益ノ爲メニスル所有權ノ侵害ニシテ凡テ法律ヲ以テ之レヲ定ムルコトヲ要ス現在ノ立法例モ亦法律ヲ以テスルコトニ一致セリ

第六、信教ノ自由

日本臣民ハ安寧秩序ヲ妨ケス及臣民タルノ義務ニ背カサル限ニ於テ信教ノ自由ヲ有ス(憲法二八條)法ハ人類外部行爲ノ秩序ノ規定ナリ個人ノ宗教上ノ確信ハ純然タル心裡ノ作用ナリ故ニ此宗教思想ニ對シテハ法ハ之レニ干渉スル余地無シ法律上論スルコトヲ得ヘキハ唯其外部ニ現ハレタル關係ニ止マル信教ノ自由ニ對スル制限ハ或ハ直接ナルコトアリ又ハ間接ナルコトア

リ前者ハ或宗教又ハ或教派ヲ信スルコトヲ禁スル場合ニシテ後者ハ直接ニ之レヲ禁セサレトモ唯其信徒ニ對シ民事上政治上ノ關係ニ於テ法律上劣等ノ地位ヲ附與スルニ在リ

ヴイルダ、良心ノ自由ニ關スル說明及ヒ觀察(獨逸法律雜誌一一卷一六〇頁同氏著信教及宗教ノ自由ニ關スル普國ノ法律同上雜誌二六六頁以下)リツシュ信教ノ自由(國家字彙一卷七六七頁)ヒンシュウス良心ノ自由(ステンゲル獨逸行政法字彙第一卷六〇三頁)フュルステナウ、宗教自由ノ基本權(ライプチツヒ千八百九十一年刊行)ゼリス、宗教自由ノ實例(ベルン千八百九十二年)

古來宗教ノ自由カ認メラレサル時代ニ於テ禁止教ヲ奉スル者カ一ノ犯罪トシテ嘗ニ教會ノ懲戒ヲ加フルノミナラス通常ノ刑罰ヲ以テ威嚇セラレ異教者ヲ迫害スルハ自己ノ信スル神ニ對スル義務トシテ種々ノ手段ヲ以テ異論ヲ排斥シタルコトハ宗教史ノ證明スル所ナリ近世ノ文明國ハ例外無ク宗教ノ自由ヲ認ムル只基督教ニアラサレハ眞正ノ宗教ニアラストナシ其以外ノ信者ヲヒーズント蔑視シ左手ニ聖書ノ博愛主義ヲ唱ヘ右手ニ暴戾無道ノ業ヲ恣ニスル者今ニ及ンテ尙ホ其跡ヲ絕タサルハ痛歎ニ堪ヘサル所ナリ

日本臣民ハ法律上信教ノ自由ヲ有ス如何ナル宗教ヲ奉シ如何ナル宗教團體ニ屬スルモ全ク其自由ナリ其宗教上ノ信仰ノ爲メニ追放處罰セラルヽコトナク又之レカ爲メ其民事上政治上ノ權利ヲ制限セラルヽコトナシ信仰及ヒ信教自由ノ大原則ノ結果トシテ個人ハ何レノ宗教ヲモ奉セサルノ權利アリ又何レノ宗教團體ニモ屬セサルヘカラス從來屬シタル宗教團體ヲ脫退シテ何レノ教派ニ加入セサルモ又何レノ教派ニ加入スルモ自由ナリ外國人モ亦同一ノ原則ヲ採ルモ憲法ノ保障ナキカ故ニ政府ハ之レヲ國外ニ追放スルノ權利ヲ有ス但シ國際條約ニ特別ノ規定アルモノハ此限ニ在ラス

宗教ノ自由ハ安寧秩序ヲ妨ケス及日本臣民タルノ義務ニ背カサル限リニ於テノミ存在ス而シテ之レカ制限ハ法律ヲ以テスル必要ナキカ故ニ他ノ自由ニ比シテ憲法上ノ保障甚タ薄弱ナリ或宗教ヲ奉スルコトカ安寧ヲ害シ秩序ヲ紊リ又臣民タルノ義務ニ背クト認ムル時ハ行政權ヲ以テ之レヲ禁止スルコトヲ得ルナリ

（評）立法論トシテハ信教ノ自由ノ制限ハ法律ヲ以テ定ムヘシト憲法ニ規定スルコトカ正當ナラン

安寧秩序ヲ害スルコトハ行政權ノ認定ニ依ル臣民タルノ義務ハ啻ニ消極的ニ我國權ノ作用ニ服從スルノミナラス國家ノ不利益トナルヘキコトヲナササル義務即チ忠誠ノ義務ヲ包含ス故ニ若シ或宗教ニシテ此忠誠義務ト相容レサルモノハ之レヲ禁シテ可ナリ國際上ノ關係ニ於テ貪欲無道ナル强盜的世俗君主カ同時ニ宗教ノ法王ヲ兼ヌル宗旨ニ於テハ此宗教ヲ奉スルハ即チ同一人格タル他國ノ君主ノ前ニ屈從スルモノニシテ臣民義務ニ違反スルノ最モ甚タシキモノナリ

第七、言論、著作、印行、集會、結社ノ自由

言論トハ口頭ヲ以テ思想ヲ外部ニ發表スルヲ謂ヒ著作トハ文書圖書記號ヲ以テ思想ヲ發表スルヲ謂ヒ印行トハ文書圖書等ヲ印刷シテ發賣シ又ハ頒布スルヲ謂ヒ集會トハ多數ノ人カ一定ノ事項ヲ講談、論議、決定スル爲メ一時限リ會合スルモノヲ謂ヒ結社トハ或目的ヲ達スル爲メニ特定人ノ團結シタルモノニシテ多少永續的ノ性質アルモノヲ謂フ此等ハ一人ノ力ヲ以テ多數ヲ動カシ又ハ多數ノ力ヲ以テ一人ノナス能ハサル所ヲナサントスルモノナレ

言論、著作、印行、集會、結社ノ自由

ハ善良ノ目的ノ爲メニ存スルモノハ社會ノ發達ニ貢獻スルコト極メテ大ナリト雖モ其濫用ノ弊ハ又計ルヘカラス之レ憲法カ特ニ法律ノ範圍内ニ於テノミ之レ等ノ自由ヲ許シタル所以ナリ

三三年法三六治安警察法、二〇年勅七五、新聞紙條例(其後法律ニテ多少ノ改正アリ)二六年法一五、出版法、三二年法三九著作權法、民法、商法、等參照

第八、法律ニ定メタル裁判官ノ裁判ヲ受クル權ヲ奪ハレサル權

此權ハ雷ニ法律ノ定メタル裁判官ニ依ラスシテ審判セラルヽコト無キ消極的ノモノヽミナラス又積極的ニ法律ノ定メタル裁判官ノ裁判ヲ仰ク訴權ヲ包含ス然レトモ憲法ノ規定上ヨリ見レハ寧ロ國權ノ爲メニ侵サレサル自由權トシテ說明スルヲ可トス

シュルツエー普國々法第一卷三七〇頁ニモ亦「身體ノ自由及ヒ保障」ト題シテ此中ニ普國憲法第七條ノ規定即チ何人モ法律ニ定メタル裁判官ノ裁判ヲ受クルコトヲ奪ハルヽコトナシ」ト云フ自由ヲ揭ケタリ

如何ナル場合ニ如何ナル裁判所カ如何ナル人ニ對シテ管轄權ヲ有スルヤ否ヤノ問題ハ各民事訴訟法、刑事訴訟法、裁判所構成法、民法、商法等ノ規定ニ讓ルヘシ

只爰ニ一言スヘキハ法律ニ定メタル裁判官トハ必スシモ帝國議會ノ議ヲ經タル法律トシテ發布セラレタルモノヲ指スニアラサルコトナリ憲法實施後ハ必ス法律ヲ以テ定ムヘキハ言ヲ俟タサレドモ從來命令ニテ定メラレタル裁判官モ亦憲法第七十六條ノ結果法律ノ定メタル裁判官タルヲ失ハズ

二一年法律二、陸軍治罪法、二二年法律五、海軍治罪法、一五年布告一六號樺戸集治監囚人輕罪以下治罪手續、一五年布告四一號空知集治監囚人輕罪以下治罪手續、一八年布告四二號釧路集治監囚人輕罪以下治罪手續、一八年布告三一號違警罪即決例、一九年勅四四陸軍々人軍屬違警罪處分例、二二年法律二五海軍々人軍屬違警罪處分例、一八年布告一二號普通治罪法陸海軍治罪法交涉處分法等ニ定メタルモノモ亦法律ニ定メタル裁判官ト謂フコトヲ得前揭法令中法律トアルハ公文式(二九年勅一)ニ所謂法律ニシテ憲法ニ所謂法律ニハアラズ

第一號　主權者ノ行爲ヲ要求スル權

統治權ハ國民ノ利益ヲ增進シ秩序ヲ維持スルカ爲メニ廣大ナル活動ノ範圍ヲ有ス此等國權ノ行使ハ單ニ法令ノ規定ニシテ主權ノ行爲ニ對スル臣民ノ權利ヲ認メサルモノ其多キニ居ル此場合ニ於テハ個人ハ唯法ノ反射作用ト

他國ニアリテ本國ノ保護ヲ仰ク權

法律ノ保護ヲ求ムルノ權

シテ其恩澤ニ浴スルノミ主權ニ對スル權利トシテ之レヲ享有スルモノニアラス我憲法ノ規定ハ廣ク國權行使ニ對スル臣民ノ要求權ヲ認メス只第三十條ニ於テ相當ノ敬禮ヲ守リ別ニ定ムル所ノ規定ニ從ヒ請願ヲ爲スコトヲ得ト規定スルヲ以テ請願ノ權利ノ外ニハ其保障ヲ欠ク今一般ノ學說ニテ第二號ニ揭クル要求權ニ屬ストナスモノヲ擧クレハ左ノ如シ

(一) 他國ニ對シ本國ノ保護ヲ仰クノ權

此權ヲ以テ權利ノ性質ヲ有ストナスモノハゲー、マイエル國法學二一六號、ラーバンド國法第一卷一三五頁註二、ストエルク國際法參考書第二卷六三三、六三五頁(ホルツエンドルフ國際法參考書第二卷六三三頁六三五頁ダンチエル、フオン、コレスベルヒ臣民ノ政治上ノ權利第二卷五〇頁註一ニシテ其權利ニアラサルコトヲ主張スル者ハザイデル國法第一卷三〇〇頁四三ナリイエリ子ツク公權論一一四頁註一、ハ實質上權利ノ性質ヲ有スルコトヲ認ムレトモ訴追ノ方法ヲ缺クカ故ニ形式上法規ノ反對作用トシテ現ハルヽニ過ギズスト謂ヘリ吾人モ亦其權利ニアラサルコトヲ信ス

(二) 法律ノ保護ヲ求ムルノ權

此權利ハ訴權トシテ各裁判所ノ權限ノ及フ範圍內ニ於テ臣民之レヲ享有ス此權利カ侵サレサルノ自由ハ我憲法第二十四條ニテ保障セラレタリ其最モ著シキハ民事訴訟法第九十一條以下ノ規定ニテ訴訟上ノ救助ヲ認メタルノ點ニアリ

內務行政ニ屬スル國權ノ保護干涉ヲ求ムル權

請願

(三) 內務行政ノ觀念ノ下ニ總括セラルヽ國權ノ保護干涉作用ヲ要求スルノ權

此權モ亦憲法ノ保障スル所ニアラス各法令ノ認ムル所ニ依ル之レヲ列擧スルハ行政法等ノ範圍ニ屬ス例ヘハ國家ノ營造物又ハ地方團體ノ營造物ヲ或條件ノ下ニ使用スル權利ノ如キ之レナリ

(四) 請願

請願トハ各種ノ懇願ヲ君主又ハ國家統治機關ニ呈出スルノ權ヲイフ憲法第三十條ハ此權ヲ認メ而シテ其條件トシテ(一)相當ノ敬禮ヲ守ルコト(二)別ニ定ムル所ノ規程ニ從フコトノ二ツヲ揭ゲタリ故ニ相當ノ敬禮ヲ守ラサレハ請願ヲナスコトヲ得ス又別ニ定ムル所ノ規定ニ從フニアラサレハ請願ノ權ナシ現在請願ニ關スルモノハ議院法第六十二條以下ニ於テ各議院ニ呈出スル人民ノ請願ヲ定ムル外別段ノ規定ナキカ故ニ單ニ議院ノ行爲ニ對スル要求

ナルガ如ク解セラルヽモ内閣ノ官制第五條ニハ閣議ヲ經ベキ事項中ニ「天皇ヨリ下附セラレ又ハ帝國議會ヨリ送致スル人民ノ請願」トアルヲ以テ天皇ニ對シ又ハ政府ニ對スル請願ヲ許スト解スヘキノミナラス議院法第六十一條以下ノ規定ヲ見レハ請願ハ議員ノ紹介ニ依リ議院之レヲ受取リタル後請願委員ニ付シ之レヲ審査セシメ各議院ニ於テ其採擇スヘキモノナルコトヲ議決シタルモノハ意見書ヲ附シテ其請願書ヲ政府ニ送附シ報告ヲ受クルコトヲ得ト規定スルノミナラス第七十條ニ於テ各議院ハ司法及行政裁判ニ干與スルノ請願ヲ受クルコトヲ得スト規定スルヲ見レハ立法及ヒ一般行政ニ關シ議院ヲ通シテ唯天皇及ヒ政府ニ對シ或ル行爲不行爲ヲ要求スルコトヲ得ヘシ反之各議院ハ單ニ議事ノ機關ニシテ請願ニ從ツテ行動スヘキ性質ノモノニアラサルカ故ニ議院法ハ議院ニ與フルニ自カラ請願ヲ受ケ之レヲ裁定スルノ權ヲ以テセス(議院法六一―七一)議院法ノ結果ト一般請願ニ關スル規程ナキトノ二ツヨリシテ臣民ハ天皇及ヒ政府ニ對スルノ外他ノ國家機關ニ對シ請願ヲ呈出スル權ヲ有セス請願カ一定ノ敬禮ヲ守ルヘキハ議院法第六十八條及ヒ第六十九條ニ於テモ亦タ規定スル所ナリ

請願ト訴願トノ理論上ノ區別

請願ト似テ非ナルモノハ訴願ナリ訴願權トハ個人カ官廳ノ處分ニ依リ其權利又ハ利益ヲ傷害セラレタリトスル塲合ニ於テ上級官廳ニ對シ其救濟ヲ求ムルノ權能ナリ訴願ハ國家機關ニ付テ存スル上級下級關係ノ必要的結果ナリ我憲法ニハ訴願ノ權ヲ保障セサレトモ獨逸諸國ノ憲法ニハ之レヲ認メタルモノアリ

ザクセン、憲三六、ウルテムベルヒ、憲三六―三八ザクセン、アルテムベルヒ、憲六五、六六、ザクセン、コブルヒ、憲四八、ブラウンシユワイヒ、憲三八、オルデムブルヒ憲四七、新ロイス、一八五六年六月二十日法律二二、舊ロイス憲二七、ワルデツク、憲三三、プレーメン憲一四

理論上請願ト訴願トノ異ナル點ヲ擧クレハ左ノ如シ

(イ) 請願ハ主權者ハ勿論凡テノ國家機關ニ對シテ其行爲不行爲ヲ要求スルモノナリ(我現行規定ハ前ニ述フルカ如シ)

訴願ハ官廳ノ處分ニ依リテ不利益ヲ被ムリタル場合ニ上級官廳ニ對シテナス救濟要求權ナリ故ニ官廳ニアラサルモノヽ行爲不行爲ニ對シテ

ナス能ハサルノミナラス最上ノ官廳ノ處分ニ對シテハ訴願ナシ

(ロ) 請願ハ將來ノ事件ニ關シ將來ノ行爲不行爲ヲ求ムルコトヲ得其法規ヲ定ムル行爲タルト處分タルトハ問フ所ニアラス

訴願ハ既ニ受ケタル不利益ナル處分ニ對スル救濟ナリ故ニ將來ニ關スル希望ニアラサルノミナラス又處分ニ對シテノミ之レヲナスコトヲ得法規カ如何ニ不當ナリトモ之レニ對シテ訴願ヲ許サス

(ハ) 請願ハ請願人ノ利益ニ關スルコトヲ必要トセス一般ノ利益ニ付テモ之レヲナスコトヲ得ヘシ

訴願ハ處分ニ代リテ不利益ヲ受ケタル者ニ限リ之レヲ提起スルコトヲ得

(ニ) 請願ハ處分ヲ爲シタル官廳ニ對シテ之レヲナスコトヲ得

訴願ハ監督權ノ作用ヲ喚起シテ處分ノ救濟ヲ求ムルニ在ルカ故ニ上級ノ官廳ニ對シテノミ之レヲナスヘシ

以上ハ原則トシテ兩者ノ區別ヲ揭ケタリ若シ夫レ現行法規ニ付キテ之レカ區別ヲナサハ尙幾多ノ差異ヲ擧クルコトヲ得ン爰ニハ繁ヲ避ケテ之レヲ省ク

二三年法一〇五訴願法、府縣制一一、二項、郡制一一、四項、二三、四項、二六四、五項、六九、二三、五項、七二、三項、八三、二項、九三、四、五項、一〇九、一項、市制八、四項、二八、一項、三五、一項、一〇四、一〇五、一一六、一二四、町村制八、四項、二九、一項、三七、一項、一〇四、一〇五、一一〇、一二八

第三號　參政權

日本臣民ハ法律命令ノ定ムル所ノ資格ニ應シ均シク文武官ニ任セラレ及其ノ他ノ公務ニ就クコトヲ得ルハ憲法第十九條ノ保障スル所ナリ文武官及ヒ他ノ公務ニ就クハ臣民ノ權利ニアラス蓋シ其意義ハ若シ任命ヲ受ケ又ハ公選セラレタル時ニハ官吏トナリ又公務ニ就キ得ルニ過キスシテ權利トシテ之レヲ主張スル能ハサレハナリ官吏トハ任命ノ形式ニ依リ特別服從ノ關係ニ立チテ國家ノ事務ヲ行フ義務ヲ負擔スルモノヲ謂ヒ公務ニ就クトハ國家ノ目的ヲ達スル爲メニ設ケラレタル各種機關ノ組織ノ一部ヲナスヲ謂フ古

來臣民ノ階級ニ依リテ參政權ニ差等ヲ設ケ又ハ全然參政ノ權ヲ有スル能ハサルモノアリシモ立憲政治トナリテヨリハ國民ノ階級ニ依リテ參政權ニ差等ヲ設ケサル主義ヲ宣言セリ但シ文武官トナリ又ハ公務ニ就クノ資格ハ各法律又ハ命令ノ定ムル所ニ從フ

官吏ノ任免ハ天皇ノ大權ニ屬ス公務ニ就クハ或ハ國家機關又ハ天皇ノ任命ニ依ルコトアリ或ハ人民ノ公選ニ依ルコトアリ公務ニ就クト云フ以上ハ就職者ノ資格ヲ定メタルモノニシテ選擧人ノ選擧權ヲ規定シタルニアラス故ニ選擧權ハ憲法ノ保障スル所ニアラスト謂フヘシ只現在ノ事實トシテ被選資格アルモノハ又同時ニ選擧資格アルモノトスルヲ原則トスルカ故ニ法令ノ規定上選擧權モ亦タ間接ニ憲法ノ故障ヲ受ケタルモノニ過キス選擧權ハ其實投票權ノ義ナリ故ニ之レヲ權利ト稱スルコトヲ得之レニ反シ被選權ハ單ニ資格タルニ止マリ權利ノ性質無シ

ラーバンドハ其獨逸國法第一卷二九二頁ニ於テ選擧權カ權利ニ非サルコトヲ論シテ曰ク「選擧權ハ決シテ個人ノ利益ノ爲メニ設ケラレタル權利ニアラスシテ憲法ノ反射ニ基クモノナリ立憲國ノ憲法ニ於テハ國民中ニ存スル意見及ヒ必要ヲ表彰スル機關ヲ設ク此機關ヲ設クル目的ヲ達スル爲メニハ其組織ヲ法律ニ依リテ定メラレタル人民ノ選擧權ニ繫ケサルヲ得ス」ラスシュヴール裁判所法ニ依リ陪席官トシテ人民カ參與スルノ權利カ裁判公開ノ原則ノ結果ニシテ決シテ特別ノ權利ニアラサルト同シク又控訴權カ訴訟法ニ認メラレタル上訴規定ノ結果ニシテ特別ノ權利ニアラサルト同シク選擧權モ亦國會又ハ帝國議會ノ組織ニ關スル憲法的規定ノ反射作用ニ過キスシテ權利ノ性質ナシ」ト然レトモ此ノ說ハ誤レリ之レニ反シゲー、マイエル國法二七八頁ラドニツキー、公法上ニ於ケル黨派心三〇頁以下、イエリネク公權論一五一頁、ステンゲル行政雜誌三卷一九九頁ハ選擧權ヲ以テ權利トナセリ被選擧權カ資格ニ過キスシテ權利ニアラサルコトハゲー、マイエル前揭ザイデルバイエルン國法一卷四一五頁、ダンチエル、ブオン、コルレスベルヒ臣民ノ參政權九七頁、ラドニツキー前揭皆之レヲ唱フ

（評）國法上選擧權及被選權ト併記シタル場合ニシテハ一ハ權利ニアラスト云フハ少シク允當ナラサルノ感アリ

參政權ニ關スル憲法第十九條ノ規定ハ日本臣民ハ當然此保障ノ利益ヲ受クルコトヲ意味ス然レトモ必スシモ外國人ノ參政權ヲ否認スルニアラス故ニ特別ノ規定ヲ設クレハ外國人モ日本ノ官吏トナリ得サルニアラス憲法義解ニ「日本臣民ハ均シク文武官ニ任セラレ及其ノ他ノ公務ニ就クコトヲ得ト謂フトキハ特別ノ規定アルニ依ルノ外外國臣民ニ此ノ權利ヲ及ホサヽルコトヲ知ルヘキナリ」ト謂ヒシハ當ヲ得タリ此說明ヲ以テ伊藤侯カ憲法第十九條

ハ外國人ノ參政權ヲ否認スルモノト誤解シタル結果ナリトシ攻撃ヲ加フルハ例ノ我田引水的曲解ナリ日本臣民トアル規定カ當然ニ外國人ニ適用セラレサルハ文理上自明ノ理タリ

第二目　所謂臣民ノ義務

憲法第二十條及ヒ第二十一條ハ兵役及ヒ納稅ノ義務ヲ規定ス此兩者カ義務ト謂フヨリモ寧ロ自由權ノ性質アルハ吾人前ニ之レヲ論セリ然レトモ憲法ハ明カニ義務ト規定スルカ故ニ茲ニ第二目トシテ揭ケタリ所謂臣民ノ義務ト題スルハ之レカ爲メナリ

マイエルハ臣民ノ義務トシテ法律ニ服從スルノ義務官廳ノ處分ニ對スル服從等ヲ揭ケ又勤務ノ給付及ヒ物ノ給付ノ義務ヲモ列擧セリラバンド國法學第一卷一二五頁註二ハ之レヲ揶揄シテ興味アル說明ノ方法ナリトセリ蓋シ國權ノ作用ハ之レヲ列擧スル能ハサルカ故ニ之レニ對スル臣民ノ義務モ亦列擧スル能ハス憲法ハ只其重大ナルモノニ付キ法律ヲ以テ之レヲ課スルノ目的ヲ以テ兵役納稅ノ二者ヲ擧ケタルニ過キス兵役ハ勤勞ノ給付中最モ重キモノニシテ納稅ハ物ノ給付中最モ大ナルモノナリ

一　兵役ノ義務

兵役ノ義務

古代ノ制度ハ國民皆兵ノ制ナリキ武門政ヲ擅ニスルニ及ヒテ兵役ノ權利及ヒ義務ハ凡テ武士ノ階級ニ屬シ將軍政治ノ時代ニ於テモ士族ノミ此義務ヲ負擔セリ明治八年十一月ニ至リ徵兵ノ詔書出ツ曰ク「朕惟ルニ古昔郡縣ノ制全國ノ壯丁ヲ募リ軍團ヲ設ケ以テ國家ヲ保護ス固ヨリ兵農ノ分ナシ中世以降兵權武門ニ歸シ兵農始メテ分レ遂ニ封建ノ治ヲ成ス成辰ノ一新ハ實ニ千有餘年來ノ一大變革ナリ此際ニ當リ海陸兵制モ亦時ニ從ヒ宜ヲ制セサルヘカラス今本邦古昔ノ制ニ基キ海外各國ノ式ヲ斟酌シ全國募兵ノ法ヲ設ケ國家保護ノ基ヲ立ント欲ス汝百官有司厚ク朕ノ意ヲ體シ普ク之ヲ全國ニ告諭セヨ」ト

兵役ノ意義

兵役ハ義勇公ニ奉スルノ精神ヲ以テスル人事身體上ノ負擔ナリ國ノ戰鬪力ヲ組織スル爲メニ軍隊ニ入リテ服役スヘキ義務ナリ兵役カ身體上ノ負擔ナ

ルコトハ多辯ヲ要セスト雖モ其忠誠奉公ノ精神ヲ以テス可キ點ニ於テハ多少疑問アリ或ハ之レヲ以テ單ニ道德上ノ義務ニ過キストナスモノアリ或ハ法律上ノ義務トナスモノアリ吾人ハ兵役其モノヽ性質上當然ニ此忠誠奉公ノ義務ヲ包含スト解ス國ノ戰鬪力ハ內亂外患ニ對シテ國ノ存在ヲ保護スル腕力ナリ此腕力ヲ行使スルニ當リテハ兵士ハ啻ニ其勞務健康ノミナラス當然其生命ヲモ犧牲ニ供セサルヘカラス生命ヲ棄ツルハ人間最大ノ苦痛ニシテ又國家ニ對スル忠誠ノ最極點タリ吾人ハ法律ノ文字ニ於テ此義務ヲ强制スル規定ヲ發見セスト雖モ身ヲ以テ國ニ殉スルノ精神ハ兵役其モノニ伴フ當然ノ結果ナリト信ス

獨逸諸國ニ於テハ軍隊ニ服役スルニ方リ其國ノ君主ニ對シテ軍隊誓詞(Fahneneid)ヲ述フルヲ例トス士官モ亦然リ此他取換證書(Handgelöbnis)又ハ嚴約(Revers)ニ依ル忠誠ノ誓詞アリ

兵役ノ義務カ代理ヲ許サヽルハ其性質ヨリ生スル結果ナリ貧者ニ取リテモ富者ニ取リテモ其生命ハ一ナリ故ニ之レヲ貧者ニ命シテ富者ニ免スル理由ナシ只外國人ニ至リテハ自國ノ兵役ヲ負擔セシメサルヲ國際法上ノ原則ト

ス蓋シ身ヲ以テ國ニ奉スルノ義務ハ一アリテ二無シ二國ノ爲メニ兵役ヲ負擔スルハ到底不能ノコトニ屬ス是ヲ以テ兵役ノ義務ハ之レヲ自國臣民ニ限リテ負擔セシムルハ今日國際法ノミナラス文明諸國ノ國法ヲ以テモ等シク之レヲ認ムル所ナリ但シ自國臣民ニアラストモ一方ニ於テ外國人ニモアラサル者ニ對シテハ此義務ヲ課スルコトヲ得サル理由ナシ我徵兵令ニハ日本臣民ト規定シテ例外ヲ揭ケサレトモ外國ニ於テハ此等ヲシテ兵役ニ服セシムル法律ヲ設クルモノアリ

獨逸帝國ノ立法例ニ依レハ獨逸帝國領ヲ去リテ帝國々籍ヲ失ヒタルモ未タ他ノ國籍ヲ取得セサルカ又ハ一旦他國ノ國籍ヲ得テ更ニ之レヲ失ヒタル者カ獨逸國ニ對シテ永ク在留セル時其他外國ニ移住シ後再ヒ獨逸國ニ歸來セル者ノ子孫ニシテ他國ノ國籍ヲ得サリシ者等ニ對シテハ一八七四年五月二日帝國軍事法一一ニ依リテ兵役義務ヲ課スルコトヲ妨ケス

兵役ハ軍隊ニ入リテ服役スヘキ義務ナリ故ニ服役トハ同シカラス日本臣民ニシテ滿十七歲ヨリ滿四十歲迄ノ男子ハ總テ兵役ニ服スルノ義務アリ兵役ハ分テ常備兵役、後備兵役、補充兵役、及國民兵役トス常備兵役ヲ分テ更ニ現役及豫備役トス所謂服役トハ現役ニ服スルノ義ナリ現役ハ啻ニ常ニ備ヘテ國

家急速ノ需要ニ備フルノミナラス又軍隊教育ヲ施ス學校タルノ性質ヲ有ス服役、免役、延期及猶豫徴兵事務等ノコトニ至リテハ軍事行政ノ研究科目ニシテ茲ニ說明スル限ニアラス

軍事ニ關スル法規ヲ按スルニ徴兵令ハ法律ヲ以テ之レヲ定メタレトモ其他ノ法令例ヘハ徴兵事務條例、六週間現役兵條例、一年志願兵條例、屯田兵條例、服役條例等ハ皆勅令ヲ以テ之レヲ定メ細則ニ至リテハ省令ヲ以テ定メタルモノスラアリ論者或ハ曰ク憲法ニハ單ニ兵役トアリテ其他ニ及ハサルカ故ニ命令ヲ以テ規定スルモ違法ニアラスト然レトモ吾人ハ其當否ヲ疑フモノナリ兵役ハ服役スヘキ義務ヲ規定スルモノナルカ故ニ兵役ニ關スル第二十條ノ規定ハ當然服役ノ事迄モ法律ニテ規定セシムル效力ヲ有セス然レトモ服役其モノハ人民ノ居住移轉ノ自由ヲ制限スルコトノ甚タシキモノナリ現ニ陸軍服役條例第九十四條ニハ現役兵ハ營內ニ居住セシムルヲ例トスト規定シタリ故ニ此自由ノ制限ハ憲法第二十二條ノ結果トシテ又法律ヲ以テスヘキモノト信ス但シ徴兵令ハ規定ヨリシテ既ニ當然其自由ヲ拘束セラルヘキコトノ確定セル範圍內ニ於テハ勅令其他ノ命令ヲ以テ細則ヲ定ムルハ自由ナリ我立法ノ趣意ハ是ニ存スルナラン若シ然ラハ即チ可ナリ然ラスシテ單ニ兵役ト服役ト異ナルカ故ニ服役ハ命令ヲ以テモ規定スルコトヲ得ト云フカ如キハ採ルニ足ラサル說明ナリ

二、納稅ノ義務

納稅ノ義務

日本臣民ハ法律ノ定ムル所ニ從ヒ納稅ノ義務ヲ有ス租稅トハ國家又ハ他ノ政治團體ノ公費ニ充ツル目的ヲ以テ統治權ノ作用ニ依リテ無償ニテ個人ノ資產ヲ强制徴收スルモノナリ

租稅ノ意義

租稅ハ公費ヲ支辨スル爲メニ徴收スルモノナレハ罰金過料又ハ科料等ノ如ク其徴收ノ目的カ他ニ存シテ公費ノ支辨ニ供スル爲メニアサルモノハ租稅ニアラス又彼ノ徴發及ヒ土地收用ノ如キ一見國家ノ收入ナルカ如キモ此等ハ物ヲ其有形ノ儘ニテ軍隊ノ用ニ供シ又ハ他ノ公用ニ供スルカ爲メニ强制徴收スルモノニシテ收入ヲ得ルカ爲メニセサルコトハ徴發品並ヒニ收用地ニ對シ相當代價ヲ賠償スルヲ見テモ明カナルヘシ故ニ又租稅ニアラス租稅

ハ無償ニシテ絶對ノ徴收ナリ既ニ收入ヲ目的トスルカ故ニ之レニ賠償ヲ與フヘキ立法上ノ理由無シ賠償スル以上ハ初メヨリ徴收セサルニ如カス絶對トハ納稅者カ受クル利益ノ大小ニ關セサルヲ謂フ租稅ヲ解シテ國家ノ保護ニ對スル對價ナリトスルハ誤ナリ對價ナラハ其保護ノ程度ニ應シテ之レヲ增減スヘク又國家カ保護ヲ與ヘサレハ之レヲ支拂フ義務無シト謂ハサルヘカラス然レトモ個人カ國家ヨリ受クル保護ノ輕重ヲ各人ニ就キテ測定スルハ不能ノコトナルノミナラス戰時非常ノ際公安ノ動搖スル場合ニ於テ却テ重稅ヲ課スル必要アルヲ見レハ國家ノ保護ノ分量ニ對スル對價ニアラサルヤ論ヲ俟タス終リニ租稅ヲ徴收スルハ統治權ノ作用ニ依ルモノナリ個人ノ資產ヲ其意思ニ反シテ徴收スルハ統治權ノ外爲ス能ハサル所ナリ國稅ハ勿論市町村府縣ノ如キ自由團體ノ租稅徴收權モ亦皆統治權ノ一部ヲ行使スル權能ヲ有スル結果ナリ故ニ如何ナル場合ニモ租稅徴收權ハ國權ノ作用ナリト謂ハサルヘカラス

前ニ統治權ノ作用ニ對人高權ト領土高權トノ區別アルコトヲ論セリ租稅ノ徴收カ統治權ノ作用タル結果ハ課稅ノ働ラキモ亦對人的ト領土的トニ區別セラルヽコトヲ得臣民ニ對スル統治權ノ作用ハ對人高權ナリ故ニ臣民カ領土內ニ在ル時ハ勿論假令外國ニ於テ物件ヲ所有スル場合ニ於テモ之レニ課稅スルコトヲ得ヘシ飜テ又一方ニ於テハ國家ノ領土內ニ居住滯在スルモノハ其領土高權ニ服スルノ結果トシテ統治權者カ命スル租稅ヲ納付スルノ義務ヲ負フ其外國人タルト否トハ問フ所ニアラサルナリ自國ニ對スル納稅ノ義務ヲ命スルハ其外國人カ有スル外國ノ臣民分限ト牴觸スヘキモノニアラス蓋シ租稅ハ兵役ノ義務ト異ナリテ代替物ノ給付ヲ目的トシ且ツ義勇奉公ノ精神ヲ必要トセサルモノナレハナリ故ニ自國ニ對スル納稅義務ト他國ニ對スル納稅義務トハ時ヲ同ウシテ存在シ得ヘク毫モ牴觸スヘキ性質ヲ有スルモノニアラサルナリ

租稅ハ啻ニ直接國家ノ目的ニ供スル爲メニ徴收スルモノニ限ラサルノミナラス自治體カ徴收スル所モ亦租稅タル性質ヲ有ス現行地方自治體ノ組織法律等ニハ租稅及ヒ賦役現品ト特書シ後者トハ別物ナルカノ如ク規定

セリ之レ實地ノ取扱上ニ於テ兩者ヲ區別スルノ便アルカ爲メニ設ケタルモノニシテ學問上ノ定義トシテハ租稅ト謂ヘハ又賦役現品ノ賦課ヲモ含ムト解セサルヘカラスノイマンカ其著「租稅及ヒ公益」三百九十五頁ニ於テ「租稅トハ公ノ收入ヲ得ル爲メニ財政權ニ依リテ命令セラレタル給付ナリ」ト云ヘルハ當ヲ得タリシエーンベルヒ叢書第二卷一三頁、一二頁、フオン、マイル行政辭彙第一卷三頁、ゲー、マイヤー獨逸行政法第二卷百九十七頁等モ租稅ヲ以テ廣ク貢 Abgabe（公權力ニ依リテ徵收セラルヘキ貢納物）ノ意義ニ解釋セリ獨リオツトー、マイヤーハ之レニ反對ノ意見ヲ唱フ

オー、マイヤーハ租稅トハ「一般ノ標準ヲ以テ財政權ニ依リ賦課セラルヽ金錢ノ支拂ナリ」ト定義セリ（獨逸行政法第一卷三八六頁）故ニ一般ノ標準ニ依ラスシテ特別地方、特別ノ人民ニ課スルモノハ租稅ニアラス又金錢ノ支拂ナルカ故ニ金錢以外ノモノヲ以テスル公課ハ租稅ニアラストノ論結ヲ生ス然レトモ租稅カ一般ノ標準ニ依ルト否トハ政治上ノ問題ニシテ法律上ノ問題ニアラス又租稅カ金錢ノ支拂ナリト云フコトハ今日文明國ニ於テ一般ニ經濟カ貨幣ニ依ルコトヽナリシヨリ生シタル結果ナレトモ古來物品ヲ以テ租稅トセシ時代アリシノミナラス現今ニ於テモ特別ノ規定ヲ設ケ得サルニアラス例ヘハ明治二十二年十二月勅令一四一號沖繩縣小笠原島伊豆七島國稅徵收法ニ依レハ國稅品ハ納稅人ヨリ直サニ收入官吏ニ納付スヘシト規定シ物品ヲ以テスル國稅納付アルコトヲ認メタリ故ニ金錢ヲ以テスルコトカ租稅ノ要素ナリトスルハ狹隘ニ失ス吾人ハ租稅ト云ヘハ常ニ公費ニ充ツル爲メ無償ニテ強制徵收スル公課ト解シ其賦役タルト現品タルト金錢タルトヲ問ハサル趣意ナリ蓋シ賦役現品共ニ臣民ノ資產ニ外ナラサレハナリ

故ニ賦役現品ノ賦課タリトモ必ス法律上ノ根據ヲ有セサルヘカラス只實際ノ取扱上租稅トシテ其他ノモノハ名稱ヲ異ニスルノミ憲法第二十一條ノ納稅義務ハ此廣義ノ租稅ヲ意味スルモノト解スヘキモノナリ

租稅ニ似テ非ナルモノニ手數料アリ廣キ意味ニ於テ手數料トハ國家機關ノ行爲ニ對シ其行爲ヲ請求スル者ヨリスル支拂ト國家ノ營造物又ハ地方自治體ノ營造物ノ使用ニ對シ之レカ使用ヲナス者ヨリスル支拂トノ二者ヲ包含ス然レトモ今日ノ法律ハ手數料ナル文字ヲ狹ク解シ只統治機關ノ行爲ニ對シテ支拂フモノヽミヲ手數料トシ營造物ノ使用ニ對シテ支拂フモノハ之レヲ使用料ト稱シタリ此兩者ノ中手數料ハ常ニ權力ヲ以テ之レヲ強制徵收スル使用料ニ至リテハ公法的ノモノトアリ私法的ノモノトアリ私法上ノ使用料トハ營造物ノ使用カ個人ト統治主體トノ間ノ私法的契約ニ因ルモノヲ謂ヒ公法上ノ使用料トハ此ノ如キ契約ヲ必要トセス統治者ノ一方的ノ命令ニ基タモ

ノヲ謂フ郵便、電信、官設鐵道ノ使用ノ如キハ私法上ノ使用料ニシテ國家ノ營造物タル各種高等學校及ヒ自治體ノ設立スル中小學校ノ授業料ノ如キハ公法上ノ使用料ナリ

郵便電信ニ對スル料金ヲ以テ私法的ノ契約ニ基クモノトスルノ意思ハ郵便法(三三年三月法五四)一〇及ヒ電信法(三三年三月法五九)一二ニ於テ郵便又ハ電信電話ノ取扱ニ關シ郵便官署又ハ電信電話官署ニ對シ無能力者ノ爲シタル行爲ハ能力者ノ爲シタルモノト看做スト規定スルヲ見テモ明カナリ

租稅ト手數料トノ區別

租稅ハ公費ニ充ツル目的ヲ以テ無償ニ個人ノ資產ヲ强制徵收スルモノナリ手數料モ亦公費ニ充ツル目的ヲ以テ徵收スル點ニ於テハ租稅ト相似タリ然レトモ兩者ノ間ニハ左ノ區別アリ

一、租稅ハ一般ノ負擔ナリ手數料ハ特別ノ負擔ナリ

租稅ハ無償ニテ徵收スルモノナルカ故ニ原則トシテ均一ニシテ一般的ノモノナリ手數料ハ之レニ反シ統治機關ノ行爲ニ對シ其行爲ヲ求ムル者ニ於テ支拂フヘキモノナルカ故ニ特定ノ人ノ特別負擔ナリ

二、租稅ハ納稅者ノ意思ノ如何ニ拘ラス國權ノ絕對的命令ニ依リテ賦課スルモノナリ手數料ハ絕對ノ命令ニ基クモノニアラス統治機關ノ行爲ヲ要求スル者ニ對シテノミ課シ得ヘキモノニシテ此行爲ヲ要求セサルモノニ對シテ其支拂ヲ命スヘキニアラス

三、租稅ノ賦課ハ法律ヲ以テ定ムルコトヲ要ス手數料ハ司法上ノモノヲ除クノ外法律ヲ以テスル必要無シ

手數料ハ統治機關ノ行爲ヲ要求スル者ヨリ支拂フモノナリト云フ點ハ或公課カ租稅ナルカ手數料ナルカ其性質ノ曖昧ナル塲合ニ兩者ヲ區別スル唯一ノ標準ナリ元來手數料ハ報償ノ性質ヲ有ス然レトモ此報償ハ常ニ統治機關ノ手數料ト權衡ヲ保チ得ヘキモノニアラス純然タル手數料ノ中ニモ官廳ノ手數少ナクシテ手數料多キモノアリ又手數多クシテ手數料少キモノアリ故ニ機關ノ行爲ノ難易輕重ニ對スル報償性ヨリシテ兩者ヲ區別スルハ極メテ困難ナリ現行ノ登錄稅ナルモノヲ見ルニ其形式ハ即チ登錄ト稱スル官廳ノ行爲ヲ請求スル者ニ課スル支拂義務ナルカ故ニ純然タル手數料ナリ然レトモ登錄稅法ヲ見レハ手數ノ觀念ヲ離レ登記物件ノ價格ニ從テ其登錄額ヲ增

減セリ從テ登錄稅ハ實際ニ於テハ手數料ノ形チニ於テスル租稅ナリ立法者カ手數料ト謂ハスシテ稅ト云ヒシハ其意蓋シ茲ニ在ルカ狩獵免許ノ如キモ亦形式上免許手數料タルヘキモノナレトモ尙ホ名ヲ免許ニ借リテ稅ヲ徵收スル趣意ナルカ故ニ免許稅ト云ヘリ然リト雖モ吾人ノ斷案ハ二途ヲ出ツルヲ能ハス手數料ノ性質アル租稅ナリトカ租稅ノ性質アル手數料ナリトカ云フカ如キハ兩者ヲ區別スル上ニ於テ採用シ得ヘキ斷案ニアラス或論者ハ登錄稅免許稅共ニ法律ニ稅トアルカ故ニ租稅ナリト云フモ一顧ノ價ナキ議論ナリ余ハ前ニ擧ケタル第二ノ區別ニ基キ機關ノ行爲ニ對シテ支拂フヘキモノナラハ其賦課カ如何ニ不當ナルモ其名稱カ如何ナルモノタルモ之レヲ手數料ナリト斷言スルノ勝レルヲ信ス從テ免許稅登錄稅ハ稅ニアラスシテ手數料ナリ

狩獵稅登錄稅ハ稅ナリヤ手數料ナリヤ

手數料ノ徵收ニ對スル統治機關ノ行爲カ私人ニ利益ヲ與ヘス又其必要モナク單ニ收入ヲ得ルコトヲ目的トシテ特更ニ一ノ手續ヲ設ケ此手續ヲナスニ際シテ徵收スルモノヽ如キハ手數料ニアラスシテ一種ノ租稅ナリト說明スル人アリ一見巧妙ナルカ如ク見エテ實ハ何等ノ價値ナシ法律カ手數料ヲ定ムルヤ必ス其根據タルヘキ統治機關ノ行爲ニ附スルニ法律上ノ必要又ハ利益ヲ以テス若シ統治機關ノ行爲カ何等ノ利益モ與ヘス又必要モナキ者ナラハ何人カ手數料ヲ支拂ヒテ其行爲ヲ請求スルノ愚ヲ學ハンヤ況ンヤ此官廳ノ行爲ヲ受クルコトニ附與セラレタル必要又ハ利益カ單ニ法律ノ創設セルモノナルカ又ハ法ヲ離レテ存在スルモノナルカノ區別ハ個々ノ場合ニ於テ極メテ困難ナル問題ナルニ於テヲヤ

手數料支拂ノ根據タル行爲ヲナス統治機關ニ司法機關ト行政機關トアルヲ以テ手數料ニモ亦司法上ノモノトノ區別ヲ生ス司法上ノ手數料ハ法律ヲ以テ規定スヘシ固ヨリ我國法上司法上ノ手數料カ法律ヲ要ストノ明文アルニアラサレトモ日本臣民ハ法律ニ依ルニアラスシテ逮捕、監禁、審問、處罰ヲ受クルコト無ク又法律ニ定メタル裁判官ノ裁判ヲ受クル權ヲ奪ハルヽコトナキ憲法上ノ保障アル以上ハ司法機關ノ行爲ヲ要求スルカ爲メニ支拂フ手數料ヲ命令ノ自由規定ニ委スル能ハサルヘク又司法制度ハ一般ニ

法律ニ依リテ規定セラルヽ結果ハ其手數料モ亦法律ニ依リテ規定セラルヘキモノト解スヘシ況ンヤ憲法第六十二條第二項ハ行政上ノ手數料其他ノ收納金ト云ヒテ司法上ノ手數料カ法律ヲ要セサルコトヲ言明セサルニ於テヲヤ

非訟事件ノ手數料ハ行政上ノ手數料ナリヤ司法上ノモノナリヤ元來形式上司法ト云ヘハ通常裁判所ノ行動ノ全體ヲ謂フモノニシテ一方ニ於テハ裁判行爲ノ全體ヲ包括セサルト共ニ他ノ一方ニ於テハ司法ノ觀念ニ屬セサル行動ヲ含蓄ス非訟事件ノ如キ之レナリ非訟事件ハ個人ノ私法的關係ニ付キ國家ノ干渉作用(Fürsorge)ノ發動セルモノニシテ實質上裁判ノ機能ニアラス寧ロ行政行爲ノ性質ヲ有ス現ニ獨逸ニ於テハ訴訟事件ノ手數料ハ帝國法律ヲ以テスルニ拘ラス(一八七八年六月一八日帝國訴訟費用法)非訟事件ニ關シテハ各國ノ立法ニ委任セリ此點ハ我國ニテハ多少疑問トナルヘキモ司法トハ民刑事裁判所ノ行動ノ全體ナリト解シ從テ非訟事件手數料モ亦法律ヲ以テ定ムルコトヲ要スト解スヘシ

租稅ニ直接稅間接稅ノ區別アリ前者ハ納稅者之ヲ負擔シ後者ハ納稅者カ負擔スルニアラスシテ他ニ實際ノ負擔ヲナスモノアルモノヲ謂フト論スル者アレトモ之レ寧ロ財政上又ハ經濟上ノ觀察ニシテ行政上ノ區別ニアラス財務行政上國家ニ對シテ租稅ヲ納ムルハ常ニ納稅ノ主體タル人ニシテ此點ヨリ云ヘハ稅ハ皆直接稅タルナリ只茲ニ注意スヘキハ各種選擧資格ノ中ニ直接國稅ノ納額ヲ數ヘタルコトナリ此點ヨリシテ何カ直接ニシテ何カ間接ナルカヲ區別スルノ必要ヲ見ルナリ

財政學上ニ於テモ直間接稅ノ區別ニ付テハ學說一定セス又精確ナラス單ニ負擔ノ主體ニ依リテ區別スル時ハ直接國稅トテモ他ニ轉嫁セシムルコトヲ得可ク間接國稅トテモ納稅者自カラ負擔スヘキ塲合アリ然レトモ今一般ノ學說上各種ノ稅ヲ區別スレハ地租、所得稅、登錄稅、營業稅、船舶噸稅、北海道水產稅等ハ皆直接國稅ニ屬シ酒造稅、煙草稅、證券印紙稅、醬油稅、賣藥稅ノ如キハ間接國稅ナリ然ルニ市制一三一條町村制一三六條ニ基ケル明治二二年七月大藏省告示「市制町村制中直接稅間接稅ノ區別及ヒ二二年三月勅令「衆議院議員選擧法貴族院令ニ稱スル直接國稅種目」等ニハ地租所得稅營業稅ノ三者ノミヲ以テ直接國稅トシ他ハ皆間接稅トセリ之レ全ク公民權附與ノ政策ヨリ出テタルモノニシテ財政上又ハ財務行政上ノ區別ト一致セサルコトニ注意スヘシ三二年六月內務省告示府縣制郡制ノ直接稅種目モ亦右ノ三者ヲ出テス」

新ニ租稅ヲ課シ及稅率ヲ變更スルニハ法律ヲ以テ之レヲ定ムト云フノ外何等ノ意味ナシ英國及ヒ歐洲大陸諸國ニ於テハ租稅ニ對スル國會ノ同意權カ先ツ發達シタルカ故ニ今ニ及ンテ尙ホ法律ト云ハスシテ單ニ國會ノ承諾ヲ要スト規定スルモノ甚タ多シ單ニ國會ノ承諾ト云フ以上ハ其意思表示ニ制限ナキカ故ニ豫算ノ形ニテ協賛スルコトモ亦不當ニアラス例ヘハプロイセン憲法第百條ニ於テハ歲計豫算中ニ揭ケタルモノ又ハ特別ノ法律ヲ以テ規定シタルモノニアラサレハ租稅ヲ課スルコトヲ得スト規定シ明カニ豫算ノ規定ヲ以テ課稅ヲナシ得ヘキコトヲ定ムルモ我憲法ハ議會ノ承諾ト云ハスシテ法律ヲ以テ之レヲ定ムトアルカ故ニ常ニ法律ノ規定ニ依ルヘク豫算ヲ以テ課稅スルコトヲ許サス

プロイセン憲法九九ニ依レハ歲計豫算ハ年々法律ヲ以テ之レヲ確定スト規定セリ故ニ豫算課稅ハ形式上ハ法律ノ課稅ト云フコトヲ得只後ニモ論スル如ク豫算ハ法規ニアラス事實ノ見積リニ過キサルカ故ニ假令法律トシテ發布スルモ之レニ基キテ課稅スルハ議會ノ承諾ノ發表ニ過キスシテ特別法律ヲ以テ課稅スルトハ全ク其趣ヲ異ニスルモノナリ

自治團體ニ於テハ其團體員ニ對シテ又課稅ノ權ヲ有ス自治體ノ組織ヲ法律ニテ規定セルハ全ク此課稅權ヲ自治體ニ委任シタルモノナリ

新ニ租稅ヲ課シ及稅率ヲ變更スルハ法律ヲ要スレトモ報償ニ屬スル行政上ノ手數料及其ノ他ノ收納金ハ憲法第六十二條二項ノ規定ニ依リ法律ヲ以テ規定スルコトヲ要セス憲法實施ノ當時ニ行ハレタル租稅ハ更ニ法律ヲ以テ之レヲ改メサル限リハ舊ニ依リ之レヲ徵收ス外國人ニ對シテモ亦法律ニ依ラサル課稅ヲナス能ハス單ニ憲法第二十一條ノ規定ノミナラハ或ハ外國人ニ對シテハ命令ニテモ課稅シ得ル如ク解セラレ得サルニアラサルモ憲法第六十二條及ヒ第六十三條ノ規定ハ此解釋ヲ許サヽレハナリ

租稅ノ免除モ亦タ法律ノ規定ヲ以テスルコトヲ要ス憲法ニ納稅ノ義務ハ法律ニ依ルヘキ規定アルヲ解シテ免稅ハ命令ヲ以テモ猶ホ之レヲ定ムルコトヲ得ト云フハ非ナリ免稅ハ法律ニ基ク義務ヲ免スルモノナレハ法律ノ變更ナリ故ニ又法律ヲ以テセサルヘカラス現行法規上租稅ノ免除ハ課稅ノ物體ニ關シテ之レヲ定ムル而シテ法律ハ一般ニ或種ノ物體ニ對シテ課稅セスト定ムルコトアリ又或特別ノ原因ニ因リ一定ノ時期ヲ限リテ或物體ニ課稅セス

ト定ムルコトアリ明治七年布告一二〇號地所名稱區別ニ官有地ニ屬スルモノハ地租地方稅ヲ免除スト定メ十七年布告七號地租條例第四條ニ揭ケタル土地ニ地租ヲ免除スト定メ三十二年法律一七號所得稅法第五條ニ揭ケタル所得ニ所得稅ヲ課セサルコトヲ定メタルハ時期ヲ限定セス當該法律ノ變更アル迄ハ其物體ニ課稅セストモ定メタルモノナリ三十四年水害地方田畑地租免除ニ關スル法律ニ一府縣又ハ數府縣ノ全部又ハ一部ニ亘レル水害ニ因リ收獲皆無ニ歸シタル田畑ノ地租ハ其年分ニ限リテ之ヲ免除スト定メタルハ特定ノ原因ニ基キ一定ノ期間課稅セサルモノナリ前者ハ寧ロ或物件ヲ課稅ノ物體トセサルコトヲ定ムルモノナルカ故ニ眞正ニ免除ト稱スヘキハ後者ノ如キ塲合ニ限ルト解スルヲ可トス

國家ヲ統治主體ト解スル學者カ國有財產ハ課稅ノ目的トナラストト說明スルハ當然ノ理ナリ只彼等ハ君主ヲ統治機關ト解スルカ故ニ君主ノ私有財產ニ課稅スルコトヲ妨ケスト論ス之レ國家統治主體說ヨリ生スル斷案トシテハ理ノ當サニ然ルヘキ所ナリ我國法上ニ於テハ即チ然ラス天皇ハ主權者ナルカ故ニ他人ノ所有權ニ屬セサル一切ノ物體ハ凡テ天皇ニ屬ス此財產中天皇カ國家ヲ經營維持スルノ目的ニ供シタル目的財產（ツウエツクスフエルメーゲン）即チ所謂國有財產カ課稅ノ目的トナラサルハ言フ迄モ無シ君主ノ私有財產モ亦主權者ノ所有物ナルカ故ニ之レニ課稅スルハ主權者カ自己ノ所有物ニ課稅スルコトヽナリ法律上其意味ヲナサス故ニ何等ノ規定ナクトモ王室財產ハ當然ニ租稅ヲ負擔スル義務無シ但シ會計上便宜ノ爲メ特別ノ規定アルモノハ此限ニアラス

第三項　所謂臣民ノ權利義務ノ制限

憲法第二章ノ條規ハ陸海軍ノ法令又ハ紀律ニ牴觸セサルモノニ限リ軍人ニ準用ス軍人トハ陸海軍ノ刑法ニ依レハ將官及ヒ同等官、上長官、士官、下士卒トアリ然レトモ陸海軍兵籍規則ニ依レハ兵籍ヲ一種二種ニ分チ第二種兵籍ニハ士官候補生見習中ノ各種官士卒補充兵及ヒ諸生徒ヲ包含セシメタリ吾人

憲法第十六條ニ所謂大赦特赦ノ權ハ犯罪行爲ニ對スル刑法上ノ效果ヲ免除スルノ謂ニシテ租稅ノ如キ財產上ノ負擔ニ對スル恩赦權ヲ包含セス

軍人ノ意義

ハ廣ク軍人ト云ヘハ寧ロ兵籍規則ニ依リ兵籍ニアル者ト解ス只陸海軍ノ刑法ノ如キハ軍人ノ意味ヲ右ニ掲クル如ク限定シ且ツ豫備後備ノ軍籍ニ在ルモノハ召集中ノ外此刑法ニ依リテ處斷スルコト無シ但シ此刑法ニ特例アルモノハ此限ニアラスト附記セリ(海軍刑法三一〇、陸軍刑法五一條)故ニ如何ナル軍人カ如何ナル場合ニ軍人トシテ陸海軍ノ法規ノ司配ヲ受クルカハ各法令ノ定ムル處ニ據ルノ外無シ憲法第二章カ軍人ニ對シテ制定セラレタル所以ノモノハ軍人ハ普通臣民ト異ナリ特別ノ義務ヲ負擔シ且ツ特別ノ服從關係ニアルヲ以テナリ故ニ此義務ニ負カサル範圍内ニ於テノミ憲法第二章ノ利益ヲ受ク

憲法第三十一條ハ本章ニ揭ケタル條規ハ戰時又ハ國家事變ノ場合ニ於テ天皇大權ノ施行ヲ妨クルコト無シト規定セリ前ニ大權トハ機關ニ委任シテ行ハシムルコトヲ憲法上ノ要件トセサル統治權ノ作用ナリト論セリ天皇ノ大權ハ戰時又ハ國家ノ事變ノ場合ニ於テ臣民ノ權利義務ノ保障ヲ破ル必要アルハ言ヲ俟タサル所ニシテ外國ノ學者カ超脫權又ハ緊急權ト唱ヘ之レヲ辯護スル所ナリ我憲法ハ此場合ヲ豫想シ第三十一條ヲ以テ豫メ大權ノ發動シ得ルコトヲ規定セルカ故ニ非常大權ハ適法ノ行爲ニシテ違憲ニアラス但シ憲法ノ豫メ免責スル所ハ第二章ニノミ限ルカ故ニ第二章以外ノ規定ニシテ大權ノ干渉ヲ許サヽルモノハ戰時又ハ事變ニ際シテモ之レヲ變更スル能ハサルヤ明カナリ戰時トハ外患又ハ内亂アルニ際シ布告ヲ以テ之レヲ定ム(明治一五年八月第三七號布告)故ニ此布告アル迄ハ戰時トシテ大權ノ發動ヲ許サヽルモノト解スヘシ或ハ戰時トハ國際法上ノ戰時法規ヲ適用スヘキ場合ヲ謂フト論スルモノアレトモ戰時法規ヲ適用スヘキ場合ナルカ故ニ戰時ニアラス戰時ナルカ故ニ戰時國際法ヲ適用スルナリ特ニ國法上戰時タルヤ否ヤハ布告ヲ以テ定ムト規定セル以上ハ此規定ヲ有效ノモノトスヘカラサル理由無シ事變トハ戰時ニアラサル緊急ノ場合ニシテ警察力ヲ以テ鎭壓スル能ハサル程度ニ達シタル時ヲ謂フ此事ハ憲法ノ明文ニハ載セサレトモ事物ノ性質上然ラサルヲ得サル所ナリ

戰時トハ何ソヤ

獨逸ノ學者ハ國家ノ機能ヲ論シテ曰ク司法ハ如何ナル場合ニ於テモ現行法規ト予盾スルコトヲ得ス蓋シ法規ノ維持ヲ以テ其任務トスルカ故ナリ之レニ反シ他ノ國家機能ハ國家ノ存(註)如何ナル場合ヲ戰時又ハ事變ト認ムヘキヤニ付キ法律ニ於テ其條件ヲ規定セサルトキハ天皇ノ認定シテ戰時又ハ事變トナシタルトキト云フヘキカ如シ事變トハ警察力ヲ以テ鎭壓シ能ハサルトキト限ルヘキ理由ナシ

キカ如シ一部ノ軍隊ナ動ストキニテモ事變トセサルコトアルヘシ又警察力ノ及フヘキトキ雖トモ事變トナスコトアルヘシ

在又ハ保安ニ必要ト認ムル時ハ法律上ノ制限ヲ破ルコトヲ得此ノ如キ場合ニ行政行爲ハ法律ニ違反シ立法行爲ハ憲法ニ違反スルコトヲ得此權能ヲ稱シテ超脫權（ユスエミネンス、スターツ、ノートレヒト）又ハ國家ノ緊急權ト云フ（ゲーマイエル國法七節ビショーフ立法施政ニ於ケル國家ノ緊急權獨逸聯合公法雜誌第三卷第二集一頁以下ニ在リ）ガーライス一般國法學（マルカルドゼン公法參考書第一卷五六五七頁）然レトモ我憲法ハ立法行爲カ議會ノ協贊ヲ待ツ能ハサル場合ヲ豫見シテ緊急命令ノ規定ヲ定メ行政行爲カ法律ニ違反スル場合ヲ豫見シテ第三十一條ノ非常大權ヲ認メタル結果緊急勅令非常大權共ニ適法行爲ニシテ違憲ノ超脫權ニアラス獨逸學者ノ云フカ如キ緊急權ハ法ノ結果ニアラス却テ現行法ニ違反シテ行ハルヽカ故ニ權利トハ云ヒ難シ特ニガーライス及ヒビショーフ二氏カ法律上ノ根據ヲ有スル國家機關ノ權能例ヘハ公用徵收及戒嚴ノ公布等ヲモ亦國家緊急權ノ作用ト解セシハマイエルスラ之レヲ誤ナリト非難セシ所ナリ

第四項　臣民ノ特別階級

臣民中ニハ主權者ニ對スル親族上ノ關係、外界ノ財產ニ對スル分配額ノ數量政治ニ參與スル權利ノ分量等ニ依リテ他ノ臣民ヨリ優等ノ階級ヲ生スルハ古今何レノ國ニモ行ハレタル事例ナリ此事例カ或ハ慣習法ニ依リ又ハ成文法ニ依リテ認メラルヽニ至リテ茲ニ臣民ノ特別階級ヲ生ス此等ノ階級ハ一面他ノ臣民ニ比シテ特別ノ權利ヲ享有スル傍ラ他方ニ於テハ又一般臣民ノ負ハサル義務ヲ負擔ス之レ余カ特別階級ト謂ヒテ特權階級ト謂ハサル所以ナリ（シエルツエー普國々法第一卷四〇六頁、ボルンハツク普國々法第一卷（二八〇頁等皆特別階級 besondere Klasse ト謂ヒテ特權階級 privilegierte Klasse ト謂ハス）

我國法上此種ノ階級ハ皇族ト華族トナリ或ハ軍人官吏等ヲモ特別ノ階級中ニ加フル學者アレトモ（有賀長雄憲法講義四一二頁）コハ軍人タル地位又ハ官吏タル身分ニ伴フ權利義務ニシテ臣民中ノ階級ニアラス所謂臣民階級ハ互ニ全ク別個ノ匈域ヲ有シ相交叉スルヲ許サス皇族ニアラサレハ即チ華族カ又ハ士族平民ナルヘシ華族ニモ皇族ニモ屬スルコトヲ許サス軍人官吏ヲ以テ臣民ノ階級トスレハ軍人官吏タルモノハ必ス二個ノ階級ニ跨カルモノト謂ハサルヘカラス之レ理論ノ許サヽル所ナリ故ニ曰ク特別ノ階級ハ皇族ト華族ノ二ナリト

或ハ士族ヲ以テ特別階級ナルカノ如ク考フル者アルモ士族ハ平民ト同等ノ地位ニ立チ權利ノ享有上何等ノ差等ナシ刑法第二百十四條ニ屬籍氏名身分ノ詐稱ヲ罰スル規定アルカ故ニ同條ハ士族ヲ保護スルモノナリトナスハ非

ナリ單ニ士族ノ身分ヲ詐稱スルモ刑法ハ之レヲ罰セス之レヲ詐稱シテ免狀鑑札ヲ受ケテ後初メテ罪アリ而シテ今日ハ士族モ平民モ權利ニ差等ナシ然ラハ何ヲ苦シンテカ單ニ士族ノ身分ノミヲ詐稱センヤ又假令詐稱セリトスルモ反對ニ士族カ平民ト稱スル時モ亦詐稱タルヲ免レサルカ故ニ刑法第二百十四條ハ廣ク皇華士族及ヒ平民ヲ保護スルモノニ過キス決シテ士族ノ爲メノミニ設ケラレタル規定ニアラサルナリ

第一目　皇族

皇族タル資格

一、皇族タル資格

皇族ト稱フルハ太皇太后、皇后、皇太子、皇太子妃、皇太孫、皇太孫妃、親王、親王妃、內親王、王、王妃、女王ヲ謂フ天皇ハ皇族ニアラス天皇ノ尊屬男子ヲ擧ケサル所以ノモノハ踐祚カ天皇崩御ノ外ニ無キ必然ノ結果ナリ皇子ヨリ皇玄孫ニ至ル迄ハ男ヲ親王、女ヲ內親王トシ五世以下ハ男ヲ王、女ヲ女王トス皇族女子ノ出テ、皇族以下ノ男子ニ嫁シタル者ハ皇族ノ列ニアラス又

皇族ノ特種

二、皇族ノ特權

茲ニ特權ト謂フハ嚴格ナル意義ニ於ケル權利ノミナラス一定ノ資格又ハ利益アル地位ヲモ包含ス又皇族一般ノ權利タルト其中ノ或部分ノ權利タルトヲ問ハス

イ、皇位繼承權ハ皇族ニアラサレハ之レヲ有セス（皇室典範第一章）

ロ、皇族ニアラサレハ攝政タルコト能ハス（典範第五章）

ハ、敬稱ヲ受クルノ權、紋章使用權、旗幟使用權

太皇太后、皇太后、皇后ノ敬稱ハ陛下トシ他ハ殿下トス（典範第四章明治四年御紋ヲ禁止シ紛敷品ハ改メシム明治二二年九月宮內省達一七）

ニ、一定ノ歲費ヲ受クルノ權（典範第六一條）

ホ、裁判上ノ特權、皇族相互ノ民事ノ訴訟ハ勅旨ニ依リ宮內省ニ於テ裁判員ヲ命シ裁判セシメ勅裁ヲ經テ執行ス人民ヨリ皇族ニ對スル民事ノ訴訟ハ東京控訴院ニ於テ之ヲ裁判スル但シ皇族ハ代人ヲ以テシ自カラ出廷スルヲ要

セス皇族ハ勅許ヲ得ルニアラサレハ拘引シ又ハ裁判所ニ召喚スルコト能ハス其證人トナリシトキハ刑事ニ係ルモノハ豫審判事民事ニ係ルモノハ受命判事又ハ受託判事其所在ニ就キテ訊問ヲナス（典範四九、五〇、五一、裁構法三八、刑訴一三〇、民訴二九六）

ヘ、貴族院議員タルコトヲ得ル權（貴族令一、二）

ト、皇族會議々員トナルヲ得ル權（典範五五）

チ、其邸宅ニ對シテ地租ヲ課セラレス（明治七年十一月一二〇號布告地所名稱區別）又其所有ノ馬車ニハ十六年度以降地方稅ヲ賦課セラレサル權（明治一六年六月內務省達九三〇號）

リ、其邸宅及ヒ車馬ニ對シ徵發ノ免除ヲ受クル權（徵發令一四、一五）

ヌ、一般臣民ト異ナリ皇室典範ノ規定ニ據ルノ權利（憲法二、七、七四）

ル、皇族ニ對スル犯罪ニ付テハ通常人ヨリ大ナル保護ヲ受クルノ權（刑法第二編第一章）

三、皇族ノ特別義務

イ、同族又ハ勅旨ニ由リ特ニ認許セラレタル華族トノ外ハ婚嫁スル能ハサル義務（典範三八）

ロ、婚姻ニ付キ勅許ヲ受クルノ義務（典範三九）

ハ、養子ヲナスコト能ハサル義務（典範四二）

ニ、其品位ヲ辱メサル義務及ヒ皇室ニ對シ忠順ヲ缺カサルノ義務、若シ此義務ヲ缺ク時ハ勅旨ヲ以テ之レヲ懲戒シ其重キモノハ皇族特權ノ一部又ハ全部ヲ停止シ又ハ剝奪ス（典範五二）

ホ、諒闇中及皇族直系尊屬ノ喪中婚嫁ヲナスヘカラサル義務（皇室婚嫁令二三）

第二目　華族

一、華族タル資格

爵ヲ受ケタルモノヲ華族トス爵ニ公侯伯子男ノ五等アリ華族戶主ノ戶籍ニ屬スル祖父母、父母、妻及ヒ嫡長子孫ハ倶ニ華族ノ禮遇ヲ受ク爵ハ男子嫡長ノ順序ニ依リ之ヲ襲カシム女子ハ襲爵スルコトヲ得ス有爵者死亡ノ後男子ノ相續スヘキ者無キトキハ華族ノ榮典ヲ失フ

二、華族ノ特權

イ、貴族院議員タルノ權

公侯爵ヲ有スル者ニシテ滿二十五歳ニ達シタルトキハ當然議員トナル伯子男爵ヲ有スル者ニシテ滿二十五歳ニ達シタル者ハ各々其同族ノ選舉ヲ條件トシテ議員トナル（貴族院令三、四）

ロ、世襲財產ヲ設クルノ權

華族戶主滿二十年以上ノ者ハ世襲財產ヲ創設スルコトヲ得、世襲財產タルヘキモノハ田畑、山林、宅地、鹽田、牧場、地沼等及ヒ政府發行ノ公債證書又ハ政府ノ保證若クハ特別ノ監督ニ屬スル銀行若クハ會社ノ株券並ヒニ第十五國立銀行株券ニ限ル其總額ハ每年五百圓ヲ下ラサル純益ヲ生スル財產タルヘシ世襲財產及附屬物ハ賣却讓與質入書入スルコトヲ得ス又負債ノ抵當トシテ差押フルコトヲ得ス（明治一九年四月勅三四號華族世襲財產法一、三、四、一三、一四）

ハ、家範ヲ定ムルノ權

華族ハ相續及家政上ノ關係ヲ定ムル爲メニ法律命令及華族ニ關スル規定ノ範圍內ニ於テ宮內大臣ノ認可ヲ經テ家範ヲ定ムルコトヲ得（華族令一、二）

ニ、皇族以外ノ臣民ニシテ皇族ト婚嫁スルハ勅許ヲ得タル華族ニ限ル（皇九）

二、華族ニ特別ナル義務

イ、華族及華族ノ子弟ノ婚姻又ハ養子緣組ハ宮內大臣ノ許可ヲ要スルコト（華族令九）

ロ、子弟ヲシテ相當ノ敎育ヲ受ケシムル義務（華族令一〇、明治二五年八月宮內省甲五號達華族就學規則）

ハ、華族タル體面ヲ維持スルノ義務

刑事上民事上ノ失行ハ勿論其子弟ニ對シ相當ノ敎育ヲナサス又單ニ華族ノ體面ヲ汚辱スル場合ニ於テモ相當ノ制裁アリ（華族令一三乃至一六）

二、世襲財產ヲ維持スルノ義務（世襲財產法一三—一六）

第三部　統治ノ機關

第一章　總論

統治權ノ主體ハ萬世一系ノ天皇ナリ然レトモ天皇モ亦人ナリ故ニ一人ノ力以テ萬機ヲ親ラスル能ハス是ニ於テカ自然人又ハ合議體ノ組織ヲ有スル人ノ集合體又ハ特別ノ團體ヲ設ケ以テ主權者ノ有スル權力又ハ權利ノ行使ヲ掌ラシム之レヲ國家機關又ハ統治ノ機關ト謂フ

統治權ノ特徴ハ命令權ノ行使ニアリト雖モ統治者カ國家ノ目的ヲ達スル爲メニ働ラク行爲ハ常ニ命令服從ノ關係ニノミ止マルニアラス主權者カ平等ナル人格トシテ他ノ人格ニ對シテ行動スルコトモ亦甚タ多シ統治主體ノ平等人格乃チ私人格ヲ代表シテ外部ニ對スル法律關係ニ立ツモノモ亦統治ノ機關タルヲ失ハス故ニ統治ノ機關トハ權力ノ行使ヲ掌トルモノナリト定義スルハ非ナリ國家ノ私產ヲ管理スルモノモ亦統治ノ機關ナリ

國家機關ニ人格アリヤ否ヤハ從來多ク論爭セラルヽ所ナリ人格ハ權利ヲ有

シ得ル資格ナリ權利トハ法律カ認メタル利益ノ歸屬者ナリ各種統治機關ノ施行スル事務ノ範圍ハ機關其モノヽ利益トシテ法カ認メタルモノニアラスシテ國家ノ利益ノ爲メニ統治主體ノ有スル權力及ヒ權利ヲ行使スルモノナリ然リト雖モ利益ノ主體タルヤ否ヤハ法ノ認ムル所ナルカ故ニ若シ法令カ機關ナリトモ亦同時ニ人格ヲ有シ得サルニアラス其最モ著シキモノハ自治團體ナリ自治團體トハ團體ノ目的トカ一致スル場合ニ於テ統治者カ自カラ官府ヲ設ケテ行政スル代リニ公共團體ニ委ネテ國ノ事務ヲ行ハシムルモノナリ國務ノ一部ヲ行フ點ヨリ見レハ自治體ノ利益ニアラサレトモ其區內ノ事務ヲ自己ノ定メタル機關ニ依リテ行使スル點ヨリ云ヘハ自治ハ其團體ノ利益ナリ此利益ヲ法律カ認メテ市町村等ヲ以テ自治ニ關スル法律利益ノ主體トナスカ故ニ自治體ハ一面國家ノ統治機關ナルト同時ニ又一個ノ人格ナリ他ノ機關ニ至リテハ即チ然ラス其統治權ノ一部ヲ行使スルハ統治者ヲ補助シテ事實上ノ統治作用ヲナスニ

過キス法ハ機關其モノヽ利益トシテ統治權ヲ行使セシメス只統治主體ノ爲メニ之レヲ行ハシム從テ他ノ利益ノ爲メニ統治權ヲ行フ機關ハ人格トナル能ハサルナリ

吾人ノ此說明ニ對シテ起ルヘキ疑問ハ法カ機關ニ與フルニ統治權ヲ行使スル利益ヲ以テスルヤ否ヤハ如何ナル標準ヲ以テ定ルヤノ問題ナリ議會カ行使スル權能ハ其權限ナルカ如キモ亦一方ヨリ見レハ權利ナルカ如シ官吏ノ職權モ亦然リ然ラハ官吏ハ其職權ヲ行フコトニ付テハ自己固有ノ利益ヲ有シ帝國議會モ亦然リト謂ハサルヘカラス之レ權利ニアラスヤ余ハ答ヘテ曰ハン凡ソ統治ノ機關ハ他ノ利益ヲ其利益ノ主體ニ代リテ行フ機械ナリ故ニ利益ノ主體ニアラサルコトヲ原則トス從テ人格ニアラサルノ推定ヲ受ク法カ明示的ニ之レニ附與スルニ人格ヲ以テスルニアラスンハ人格タル能ハス從テ自治團體ノ如ク法文ヲ以テ人格アルコトヲ認メラレタルモノハ人格トナリ然ラサルモノハ人格ヲ有スルコトナシト故ニ議會ノ如キハ人格ニアラス各種官廳モ亦然リ獨リ自治體ノミ統治ノ機關タルト同時ニ又人格タリ之レヲ要スルニ機關ニ人格ナシト斷言スル說明ハ非ナリ何トナレハ人格アル自治體モ亦統治ノ機關ナレハナリ機關ハ凡テ人格ナリト云フモ非ナリ何トナレハ機關ニ人格ナキハ原則上ノ推定ニシテ特ニ之レニ人格ヲ認ムルニアラサレハ當然人格トナルニアラサレハナリ

ベルナチツク法人ノ觀念特ニ官廳ノ人格ニ關スル批評的研究公法雜誌第五卷一六九頁以下アンシュツツ法規又ハ形式的法律ニ關スル批評的研究二八頁、

ザイドラー責任免除六九頁イエリ子ツク公權二一五頁以下

國家ノ統治機關ハ自然人ヲ以テ組織ス假令法令上或團體又ハ合議體ヲ以テ機關トスルコトアルモ其意思ノ發表ハ常ニ之レヲ自然人ニ待ツテ要ス而シテ自然人ハ必ス人格者ナリ然レトモ吾人カ機關ノ人格ヲ云々スルハ此人格者タルノ自然人カ國家ノ事務ヲ行フ範圍ニ付テ人格ナリヤ否ヤノ義ナリ

統治ノ機關ハ必ス主權者タル天皇ノ定ムル所ナリ從テ主權者自身ハ統治ノ機關ニアラス統治機關ハ一個ニ止ラサルカ故ニ法令ハ其權限ヲ限定スルノ機關ノ行爲カ主權者ノ行爲タル效力ヲ生スルハ常ニ其權限ノ範圍內ニ於テセサルヘカラス此權限ノ外ニ於テナシタル行爲ハ臣民ニ對シテハ其效力ヲ生セス又他ノ機關ノ權限ヲ犯セル場合ニハ權限爭議ヲ生スル權限爭議ハ權利

ノ爭ニアラスシテ何レノ機關カ有效ニ主權者ノ行爲ヲ生シ得ヘキ意思表示ヲナシ得ルカノ法ノ問題ナリ(イエリネク公權論二一六頁)

統治ノ機關ハ千差萬別ナリト雖モ憲法上ノ研究トシテハ先ツ其憲法ニテ定メラレタルモノナリヤ否ヤヲ區別セサルヘカラス憲法ノ規定ニ依リテ設ケラレタルモノハ憲法ノ改正ヲ行フニアラサレハ之レヲ廢止スルコトヲ得ス其然ラサルモノハ或ハ法律ヲ以テ又ハ他ノ命令ヲ以テシテ自由ニ改廢スルヲ得ヘシ以下吾人ハ憲法上ノ統治機關ニ就キ順ヲ追ウテ之レカ說明ヲ試ミントス只攝政ニ至リテハ前ニ統治主體ノ條ニ之レヲ說明セシカ故ニ茲ニ再論セス

第二章　帝國議會

第一節　議會制度ノ沿革

第一項　英國ニ於ケル國會署史

英國ニ於テ最初ノ國會トモ看做サルヘキモノハアングロサクソン時代ニ於ケル賢人會議(Witena-gemot)ナリ之レハ當時國中ノ高官ノ會議ニシテ國王カ其所在地ニ之レヲ召集シ國政ニ關シテ王ニ助言ヲ爲スヲ以テ其目的ト爲セリ當時賢人會ノ有シタル權利ノ中尤モ重大ナリシモノハ皇嗣ヲ選擧スルノ權利ナリキノルマン戰勝ノ後ニ至リテハ賢人會ノ權利ハ全ク儀式上ノモノニ過キサルニ至レリ之レノルマン諸王カ立法行政ノ事ニ關シ專制ノ治ヲ恣ニセシニ因ル然レトモ當時ニアリテモサクソン公法ノ形式ハ尙存在シ賢人會議ハウイリアム勝王(一〇二七年生—一〇八七死)ノ朝ニ於テ每年殆ント三回ノ會議ヲ開キタルハ事實ナリ但シ其事業ニ付テハ別ニ見ルヘキモノ無ク國務ニ關スルコトヲ議スルヨリハ寧ロ參朝ノ虛禮ヲ行ヒシニ過ギスウイリアム勝王ノ崩後賢人會議カ每年開會スルノ制ハ一時中絕セリ其以後ノ經過ハ如何ナリシカハ明カニ知ルコトヲ得サレトモヘンリー二世(一一三三年生—一一八九年死)ノ時ニ至リ賢人會議ハ屢召集セラレ各種ノ事務ヲ評議セリ然レトモ立法ニ付テハ王ノ意思ハ常ニ決定力ヲ有シ立法ニ關スル賢人會ノ勢力ハ尙薄弱タルヲ免レサ

リシナリ獨リ租稅ノ賦課ニ至リテハ大ニ國會ノ權利ヲ認メ人民ハ其承諾セサル租稅ヲ負擔セストメ原因ハ隱然當時已ニ形成セラレタル原則タリシナリ固ヨリ當時王ハ尙新租稅法ヲ發布スルノ權ヲ有セシハ事實ニシテリチヤード一世(一一五七年生—一一九九年死)ノ朝ニ至ルマテハ財政ニ關スル記錄ナキモ事實ナリ然レトモ當時ノ高官カ新稅ヲ贊成スル能ハサルヲ理由トシテ納稅ヲ拒ミタルコトモナキニアラスカクノ如クシテ第十二世紀ノ終ニ於テモ尙ホ英國ノ政體ハ君主ノ專制タリシカ專制政府ニ對スル國民ノ反抗心ハ此間ニ於テ非常ニ其熱度ヲ高メジョン王(一一六六年生—一二一六年死)ノ暴政カ其導火線ヲナスニ至リテ國民ハ相一致シテ王權ニ大制限ヲ加ヘントスルノ大決心ヲ以テ遂ニ一千二百十五年王ニ迫リ有名ナル大憲章(マグナカルタ)ニ調印セシムルニ至レリ大憲章ハ英國憲法史上極メテ重大ナル關係ヲ有スレトモ其中國會ノ事ニ關スル規定ハ甚タ多カラス其一ニ曰ク大會議(Great Council)ハ凡テ國中ノ直隸受領者(Tenants-in-Chief)ヲ以テ之ヲ組織ス其召集ノ方法ハ直隸受領者ニハ各人特別ニ召集狀ヲ發シ小身ノ者ニハ州宰(シェリフ)ヲ通シテ召集セシム其二ニ曰ク總テ補助金ハ國會ノ同意ナクシテ之ヲ徵收スルコトヲ得スト之レニ依リテ見レハ當時既ニ課稅ノ爲メニ人ヲ召集シ且貴族及ヒ庶民ノ區別已ニ其萠芽ヲ現ハセシモ當時ノ會議ハ之レヲ後ノ國會ニ比シテ大ニ異ナルモノアリ即チ當時ノ召集法ハ代議制度ニアラス又單ニ課稅ノ爲メニ召集スルモノニシテ政治ニ關シ王ニ意見ヲ述フルカ爲メニ召集セラレタルニ非ス蓋シ大憲章發布ノ年貴族カ王ニ抵抗スル爲メニ會議ヲ開キタルニ當リ各州ヲシテ四人ノ代議士ヲ出シテ之レニ參列セシメシノミナラス州ノ會議ニ於テハ是ヨリ以前既ニ代議制度行ハレタリシト雖モ大憲章ノ定メタル召集法ハ封建制度ノ下ニ於ケル直隸受領者ヲ集ムルカ爲メニ召集セルニ外ナラス其後有名ナルシモン、ド、モントフオルトハ更ニ各都府ヨリシテ二名ノ市民ヲ召集シ議員タルノ資格ヲ與ヘシト雖モ而カモ國會召集方法ノ完成セルハ實ニ千二百九十五年エドワード一世カ彼ノ後世所謂摸範國會ヲ召集シタル時ニ在リ元來エドワードハ其初メ立憲政體ヲ建設セント企圖セシニハアラス却テ秩序アル專制政體ヲ建テント欲シタルナリ之レニモ拘ラス其企圖ハ實際ト相違ヒ彼レノ意

思ニ反シタル立憲君主政體カ建設セラルヽニ至リシハ彼レニ取リテハ意想外ノ感ナキニアラサルヘキモ之レカ爲メニ彼レハ英國國會史上ニ沒スヘカラサルノ名譽ヲ博シ得タルハ事實ナリ彼レハ法律的ノ精神ニ富メルカ故ニ當時ノ國會カ一千二百十五年ノ憲法ト一千二百六十五年ノ憲法トノ間ニ彷徨シテ其準據スル所ヲ一ニセス漠然トシテ曖昧ノ狀態ニアルヲ歎シ他ノ制度文物ヲ整理シタルカ如ク國會ノ組織ヲ確定シテ整然タル躰裁ヲナセリ今日英國ノ國會ハ實ニ此體裁ヲ保存セル者ニシテ多少ノ改正ノ結果稍當時ト其趣ヲ異ニスルノミ千二百八十二年エドワードハ代議士ヲ召集シ國民ノ名ニ於テ言議ヲ盡シ國費ヲ供給セシメタリ是レ蓋シ當時ウエールス戰爭ノ爲メ巨額ノ戰費ヲ要セシニ因ル爾後一千二百九十四年ニ至ル迄屢國會ヲ召集シ一千二百九十五年ニ至リテハ頗フル完全ナル國會ヲ組織セリ之レ即チ模範國會ナリ

國會即チパーリアメント(Parliament)ナル文字ハ一千二百四十六年マシユーパリスカ國民會(National Council)ヲ云ヒ表ハス爲メニ用井タルヲ以テ始メトス爾後一般ニ用井ラルヽニ至レリ

國會カ分レテ二院トナリシハエドワード三世ノ治世(千三百二十七年―千三百七十七年)中ニシテ其確定セルハ千三百三十三年ナリ上院ハ所謂貴族ノ部ニシテ下院ハ市府並ヒニ諸州代表者ノ部タリ前者ニ對シテ後者ヲ庶民院(コンモンスハウス)ト稱スカクテ爾來議院ノ權利ハ漸ヲ追ウテ擴張セラレ議會ハ啻ニ立法及ヒ財政上ニ於テ最上ノ權力ヲ有スルノミナラス司法及ヒ行政ノ上ニ於テモ亦最上ノ實權ヲ掌握スルニ至レリ然レトモ議會ノ實際上ノ權力ハ憲法ノ明文ニ依リテ認メラレタルモノ少ナク多クハ數十百年來ノ慣行默契(Political understandings or Conventions)ニ基クモノニシテダイシーノ語ヲ假リテ云ハヽ憲法的默契又ハ政治上ノ德義ニ屬シ裁判所ニ於テ勵行セラレ得ヘキ憲法的法律ニアラスブラツキストーンカ其著英國憲法註釋ニ於テ王ノ大權ヲ論シテ「英國憲法ハ君主ニ委スルニ許多ノ權勢及ヒ威力ヲ以テシ此レカ實行セラルヽ所即チ政府ノ行政權ヲナス英國憲法カ此大權ヲ王一人ノ手中ニ置キ以テ統一、强固、敏活ヲ圖リシハ極メテ巧妙ナリト謂ハサルヘカラス英國王ハ啻ニ主裁的治民官タルノミナラス實ニ唯一ノ治民官ナリ他ノ人々ハ國王ノ委任ニ代リ國王ノ命ヲ遵

奉シテ働クニ過キス換言スレハローマ大革命ノ後舊共和政府執政官ノ全權カ凡テ新帝王ニ歸シタルト同シ」ト云ヘルハ英國憲法ヲ其文字ニ從ウテ解釋シタルモノニシテ事實ヲ顧ミサルノ論ナリ英國憲法ノ理論上ノ結果ハ立憲君主政體ニ外ナラスト雖モ其政治ノ實際ハ即チ議會專制ノ政體ナリ英國ノ憲法程其理論ト實際トノ相背馳セルモノハ吾人未タ之レヲ發見セス吾人ハ法理上英國ヲ以テ立憲君主政體トナシ實際上ハ議會專制ノ政體トナシ以テ此困難ヲ避ケントス苟モ英國憲法ヲ研究スル者ハ亦吾人ト同意ナルヘキヲ信スルナリ（ダイシー英國憲法一乃至三四頁、フェールデン英國憲法略史九二頁、フリーマン英國憲法發達史、高田早苗譯英國々會史本著緒論第二章第七節註參照）

今フェールデン英國憲法略史一三九頁ノ示ス所ニ從ヒ英國々會ノ沿革一覽ヲ略述スレハ左ノ如シ

Witenagemot { Archbishops / Bishops / Abbots

Ealdormen
Theegns

Commune Concilium (Great council, Magnum Concilium) { Archbishops / Bishops / Abbots / Earls / Barons / Knights

Parliament of the 13th Century { Archbishops / Bishops / Abbots, & Master of Orders / Greater Barons / Lesser Barons / Tenants in capite / Representatives of the lower Clergy / Knights of the Shire (時トシテ) / Burgesses (時トシテ)

- House of Commons
  - Knights of the Shire
  - Burgesses
  - 士族(ナイト)及ヒ市民ハ一三三二年初メテ同席シ同シク投票セリ
- House of Lords
  - Dukes, 1337.（數字ハ創設ノ年ナリ）
  - Marquises, 1385,
  - Earls.（始ヨリ）
  - Viscounts. 1440.
  - Barons.（始メヨリ）
  - 16 Scotch Representative Peers, 1707.
  - 28 Irish Representative Peers, 1801.
  - 2 Life Peers, 1876.
  - Spiritual Peers,（即チ Abbots, Priors, Archbishops 等）

第二項　獨逸ニ於ケル國會畧史

國會ノ制度ハ必スシモアリアン人種固有ノモノニアラサリキ何レノ種族ニ在リテモ重要ナル事件ニ付テハ或階級ノ一體又ハ人民全體ノ會議ニ訴ヘテ之レヲ決定スルノ方法ハ古代ノ國家ニ於ケル一般的現象ナリシコトハ吾人ノ信シテ疑ハサル所ナリ我國ノ歷史ニ於テモ既ニ神代ニ於テ忍穗耳ノ命カ天ノ安河原ニ八百萬神ヲ集メテ葦原ノ中ツ國平定ノ策ヲ立テシコトアリ原始社會ニ於ケル同族ノ會議又ハ單純ナル平和團體ニ於ケル民會ノ制度ハ多クハ其後ニ於テ消滅シ近世ノ進步セル代議制度ニ直接ノ關係ヲ及ホサヽリシト雖モ亦社會ノ始メニ於テ此ノ如キ制度ノ一般ニ行ハレタル事實ハ以テ代議制度辯護ノ有力ナル根據トナラサルナキヲ得ンヤ吾人ハ今茲ニ獨逸ニ於ケル沿革ヲ論スルニ先タチ歐洲アリヤン人種一般ノ制度ヲ略述セン中央亞細亞ニ於テ其初メ一種族ヲナシタル印度ゲルマン民族カ或ハ東シテ印度種族トナリ或ハ西シテギリシヤ、ローマ並ヒニ今日大陸諸國及ヒ英國ノ建設ヲナセシハ歷史家ノ證明スル所ナリ而シテ王、貴族、庶民等ノ階級ヲ生シテ所謂國會ナルモノカ此等階級ノ關係ヨリ生シタルノ事實ハ多少ノ異同ヲ以テ多クノチユートン種族ニ行ハレタル所ナリホーマーノ詩ニ現ハレタル制度ハタシツスカ記載セルゲルマン種族ノ民會ト重要ノ點ニ於テ相一致ス

ゼウスハ諸王ノ王ナリ諸神ノ神ナリ彼レハ其周圍ニ諸神ノ會議ヲ有シ必要ナル塲合ニ於テハ一切ノ神族ノ會議ヲ開ケリ地上ニ於テモ亦然リアガメノンハ天ニ於ケルゼウスノ如ク地上ニ於テ諸皇子弟及ヒ將校ノ會議ヲ有シ必要ナル塲合ニ於テハ普通兵士モ亦凡テ會議ニ參與スルノ權ヲ有セリ此ノ如キ會議ハ雷ニトロヤノ戰爭ニ於ケルイリオスノ城壁ノ下ニノミ起リタル光景ニハアラズイリヤドカアケイア軍隊ノ組織トシテ吾人ニ說明スル制度ハオヂセーカ希臘共和國ノ平時組織ニ於テ記載スル所ニ異ナラサルナリ王又ハ統帥者、其周圍ニ在ル一種ノ階級ノ會議及ヒ最後ノ決定力ヲ有スル民會ノ制度此三者ハ吾人之レヲローマノ共和國竝ヒニ他ノ以太利古代ノ共和國ニ於テモ亦タ發見スル所ナリ

タシツスノ記錄ハ古代ゲルマン民族ノ集會及ヒ風俗ヲシテ近世ニ明カナラシメタル點ニ於テ最モ有名ノモノナリ羅馬人カ日耳曼ニ攻メ入リタル當時ニ於テハ日耳曼ハ數多ノ部族ニ分レ此等ノ部族ハ或ハ君主ヲ載クモノアリ又共和制度ナルモノモアリキ只後ニ至リ共和制度ノ部族モ漸ク變シテ君主

政體ニ遷ルノ傾向ヨリ察スルト時ハ古代ノ有樣ハ恐ラク皆共和團體ナリシナラント推測セラル共和種族ニハ君主モ無ク政府モ無ク國中ノ武器能力アル男子ハ皆相合シテ民會ヲ組織スルノ權ヲ有セリ曆日ナキ野蠻ノ種族ハ日ニ依リテ會合ヲナスコトヲ知ラス只春來リテ花開キ秋酣ニシテ月清キ時ヲ選ヒ所謂月ノ盈缺ニ依リテ時ヲ定メ新月滿月ノ頃ニ或ハ森ニ會シ或ハ野ニ集マリテ以テ國事ヲ議セリ然レトモ此議會ハ戰爭ニ關スルコトヨリ外ニハサシタル權限ヲ行ハス形容シテ云ヘハ定期擧行セラルヽ軍隊ノ觀兵式ニ過キス若シ其會議ニ於テ他種族トノ戰爭ヲ議決スレハ直チニ隊ヲ調ヘテ出戰セルノ有樣ナリキ此ノ如ク古代ノ民會ハ兵士ノ會合ニシテ又國民ノ會合タリ平時ニアリテハ王モ無ク又將帥モナキ有樣ナリシカ斯クテハ戰時軍ノ統一ヲナス能ハサルノ結果遂ニ戰爭ニ際シテ臨時ニ將帥ヲ選ヒテ之レカ指揮ヲ受ケ役終リテ歸レハ更ニ通常ノ兵士ニ復スルノ制ヲ採レリ後ニ至リテ戰爭カ頻繁ニナリシト將帥カ次第ニ勢力ヲ得タルトノ結果將軍タル職ハ常置ノモノトナリ終ニ世襲ノ地位トナリカクテ王ヲ生

シ此王ハ其威權ヲ擅ニシテ專制ノ治ヲ行ヒシ結果後ニ至リテハ民會ハ其實ヲ失フニ至レリ而シテ古代民會ノ制度カ多少其跡ヲ存シタルカ又ハフランケン諸王ノ專制ニ依リテ絕滅ニ歸シタルカハ歷史家ノ論爭スル所ナレトモライン河ノ東方ニ於テハ多少其制度ヲ存シタルカ如シチユートン人種カ後ニ北方獨逸ヨリ移轉シテスカンヂナビア半島及ヒ英國ニ移住シタルノ際ニハ此民會ノ制度ヲ伴ヒシモノナリ(英國ノ古代賢人會議ハタシツスカ記載シタル古代ゲルマン民族ノ國民會ニ胚胎スルコトハフエールデン英國憲法略史九二頁ニ於テモ亦之レヲ主張スル所ナリ)

歐洲中世ノ封建時代ニ於テハ中央君主ノ權力衰ヘテ土地ノ領主ハ其廣大ナル領地ニ據リテ封建ノ治ヲ擅ニセリ而シテ領主僧侶等ハ其土地ヲ所有スルノ點ヨリシテ社會上重要ナル地位ヲ有シ君主モ亦或事件ヲ擧行セント欲セハ自カラ此等階級ノ承諾ヲ得サルヘカラサルニ至リ又一面ニハ此等階級ハ自己ノ權利ト利益トヲ君主ニ對シテ保護スルノ必要起リカクシテ封建時代ノ階級團體組織ニ基ク國會(ゴルポラ)ヲ成セリ此國會ニ代表者ヲ出スモノハ其初メ貴族及ヒ僧侶ニ止マリシカトモ後ニ至リテハ盛ナル都市カ商業ノ中心トシテ大ニ勢力ヲ得ルニ至リ遂ニ自由都市トシテ自治ノ權ヲ得國會ニ代表者ヲ出スノ特權ヲ獲取シカクテ貴族、僧侶及ヒ自由都市ノ代表者カ相合シテ國會ヲ組織セリ此國會ト君主トノ關係ハ單ニ對人的關係ニ過キス議會ニ參列スル議員ハ或ハ自己ノ權利ニ基キ一定ノ財產所有者トシテ或ハ又團體ノ代表者トシテ議員タル地位ヲ取得セリ而シテ此等ノ議員ハ其表決權ヲ行フニ際シテハ其團體ノ訓示ニ依リテ拘束セラレタリシナリ

古代ノ階級的國會ノ制度ハライン同盟時代ニ多クノ地方ニ於テハ廢止セラレ唯自余ノ地方ニノミ存續セリ而シテライン同盟內ノ數國カナポレオンノ憲法ニ倣ヒテ作リタル憲法ハ立憲政治ノ望ヲ飽カシムルニハ足ラサリシトハ雖モ其先ツ全國民代表ノ思想ヲ明示シタルノ點ニ於テハ一步ヲ進メタリトモ謂ハサルヘカラス當時立憲ノ學說ハ獨逸國ヲ振蕩セシカ故ニ國民代表會ヲ設ケ之レニ適當ノ權限ヲ委スルノ議ハ千八百十五年以來獨逸國民ノ熱望セシ所ナリ此レカ實行ニ付テハ舊來ノ議員制ヲ存スル國ニ於テハ必ス先ツ之

ヲ廢止スルヲ要ス然レトモ法制ノ中斷ヲ欲セサルトキハ新制々度ノ創設ニ付キ從來ノ議員ノ協贊ヲ要シタルハ明白ニシテ又此同意ハ多數ノ獨逸諸國ニ於テハ實際ニ與ヘラレタル所ナリキ其他國民代表會ヲ組織スルニ方リ動モスレハ舊制度ヲ援用セルモノアリシヲ以テ往時ノ議員制度ハ新制度ノ構成ニ其影響ヲ及ホシタルハ事實ナリ而シテ高僧等ハ殆ント議會ニ列スルコト無キニ至リシニ反シ從來多クハ代表セラレサリシ農民ノ階級ハ同シク代表者ヲ出スコトヲ認メラレ此ノ如クシテ國民代表議會ハ通常騎士ノ身分ヲ有スル貴族、市民竝ニ農民ノ代表者ヲ以テ成ルニ至レリ獨乙諸國カ千八百年代ノ初期以來相尋テ憲法ヲ制定スルニ及ヒ代議制ニ依ル議會モ亦到ル所ニ設立セラルヽコトヽナリシナリ

ゲー、マイエル國法五五號、九六號、プリーマン英國憲法發達史一四頁以下、獨逸古代ノ種族會議又ハ民會ニ付テハヘルマン、ポースト「原始時代ニ於ケル血族團體」一五頁、氏「法ノ起源」一一七頁、同氏「國家生活及ヒ法律生活ノ始期」一一三頁、同氏「比較人類學ニ基ク一般法律學要石第二卷一三〇頁

帝國議會ノ性質ハ我國法上ノ解釋ヲ揭クルヲ以テ足レリト信ス然レドモ我憲法カ外國ニ倣ヒタル結果ハ彼レニ行ハルヽ解釋ヲ以テ直チニ之レヲ我ニ應用セントスル者無キニアラス今之レニ關スル學說ヲ略述セン

第二節　帝國議會ノ國法上ノ地位

第一項　議會ハ主權ノ主體ナリトノ說

英國ノ議會ハ萬能ノ權ヲ有スルコトハ英國憲法ヲ研究スルモノヽ等シク首肯スル所ナリ然レトモ英國法律家ノ所謂國會（Parliament）ナル語ハ我憲法上ノ議會ナル文字カ示ス如ク貴衆兩院ヨリ成ル國會ノミヲ意味スルモノニアラズシテ國王、貴族院及ヒ庶民院ノ三者ヲ意味スルコトヲ記憶セサルヘカラス此三者カ相合シテ働ラク塲合ニハ之レヲ稱シテ「國會ニ於ケル國王」（King in Parliament）ト謂ヒ又國會トモ謂フ（ブラックストーン英國憲法註釋一五三頁（Blackstone, Commentaries E. p. 153. ダイシー英國憲法三七頁）故ニ英國ノ「パーリアメント」カ主權ヲ行スルコトハ寧ロ正當ノ議論ニシ

テ敢テ奇トスルニ足ラサルナリ只長年月ノ慣行ニ依リテ國會ニ於ケル國王ノ權力漸ク衰ヘ千六百八十八年ステユワルド王家カ英國ヨリ放逐セラレタル後權利ノ宣言ニ依リ國王ノ過大ナル權力總テ廢棄セラレ狹義ノ國會ノ權利カ更ニ確認セラルヽニ及ヒテ議院(王ヲ除キタル兩院)最上權ノ趨勢ヲ生シ國會ハ自カラ國政上ノ主タル要素タランコトニ力メタル結果政治上ノ慣例ニ依リテ次第ニ其目的ヲ達スルニ及ヒテハ國王ハ所謂「パーリアメント」ノ一部ヲ成スト雖モ事實ニ於テハ上下兩院ヨリ成ル議會其モノカ主權ヲ掌握シ十八世紀以來行政ノ首腦タル內閣モ亦タ下院ニ多數ヲ占ムル政黨ノ者ヲ以テ之レヲ組織スルコトヽナリ法律案ニ對スル拒否(ヴエトー)ノ權モ亦十八世紀ノ初期以來實際行ハレサルニ至リシカ故ニ議會ハ遂ニ王ヲ待タズシテ事實上最上權ヲ行使スルノ實力ヲ收ムルニ至レリ故ニ英國ノ學者カ所謂「國會ニ於ケル國王」即チ「パーリヤメント」ノ有スル主權ハ其實貴族院及ヒ庶民院ヨリ成ル議ノ議會其モノヽ所有ナリト謂フコトヲ妨ケサルコトヽナリシナリ

サア、エドワード、コーク(Sir Edward Coke 一五五〇年生一六三四年死、有名ナル裁判官ニシテ國王ノ專制ニ對シ其地位ニ據リテ以テ英國憲法ノ精神ヲ擁護セル者)ハ「國會ノ權力及ヒ裁判權ハ卓絕絕對ニシテ制限セラルヽコトナク高等法廷トシテノ國會ハ時代ヨリ云ヘハ最モ古ク品位ヨリ云ヘハ最モ尊重スヘキモノ裁判權ヨリ云ヘハ最モ宏大ナルモノナリ」"Si antiquitatem spectetur, est vetustissima; si dignitatem, est honoratissima; si jurisdictionem, est capacissima"トノ謂ヒデウ、ローム(De Lolme)ハ「女子ヲ變シテ男子ト爲シ男子ヲ變シテ女子トナスノ外英國々會ノ爲ス能ハサルコト無シ」ト謂ヒブラツキストーンモ亦タ「國會ハ宗教、內治、軍事、海事又ハ刑事其他一切ノ事項ニ付キ法律ヲ制定シ增加シ制限シ停止シ廢止シ復治シ又ハ解釋スル最高無限ノ權力ヲ有スルモノニシテ英國ノ憲法ハ無制限ノ專制權ヲ以テ國會ニ委任セルモノナリ」ト謂ヘリ彼等カ英國國會ノ主權ヲ說明スルニ方リテハ徒ラニ主權ノ作用ヲ列記シテ冗辯ヲ弄スルノ弊アルモ其曰ヲ一ニシテ國會カ主權ヲ有スルコトヲ主張スルハ事實ナリ英國ニ於テ國會カ主權ヲ有スルハ吾人モ亦之レヲ信ス獨リ英國ノミナラス民主國ニ於ケル議會ハ又事實上統治權ノ主體ナルカ如キ現象アルモ亦常ニ吾人ノ目擊スル所ナリ然レトモ之レヲ移シテ以テ直チニ我憲法

ニ於ケル議會ノ地位ヲ說明シ得ヘキモノトナスハ非ナリ我憲法ノ規定上議會ハ立法ニ協賛シ豫算ニ干與スル等ノ事ヲ除クノ外英國國會カ有スル諸種ノ權利ヲ有セス法律ノ制定ニ付キテモ單ニ法律カ議會ノ協賛ヲ經サルヘカラサルノ原則ヲ認ムルノミニシテ之レヲ法律トナスヤ否ヤハ全ク天皇ノ自由ニ在リ議會ハ其議決ヲ以テ天皇ニ迫ルノ力モナク又權利モ無シ故ニ議會ヲ以テ主權者ナリトナスカ如キハ我國法上一顧ノ價値ナキ議論ナリ民主國ノ議會カ主權者タル國民ノ代表者トシテ又主權ノ主體ナリト論スル說ハ一見正當ノ解釋ナルカ如キモ其ノ不當ナルハ議會カ國民ノ代表機關ニアラサル當然ノ結果ナリ議會カ國民ノ代表者ニアラサルコトハ後ニ說明スル所ニ讓ル

第二項　議會ハ統治ノ客體ナリトノ說

議會ヲ以テ統治ノ客體ナリトスル說ハボルンハックノ唱フル所ナリ曰ク「國會ハ臣民ノ代表者ナリ此代表タルヤ私法上ノ委任又ハ代理ノ法則ニ從フモノニアラスシテ公法的ノ性質ヲ有ス爰ニ代表ト謂フハ代理人タル國會カ委任者タル國民ノ意思ニ拘束セラルヽノ義ニアラス代表者タル地位ハ必スシモ人民ノ意思ニ基カス何トナレハ上院ノ議院中ニハ其職ヲ世襲シ又ハ終身其職ニ在ル者モアリ代議士迚モ亦選擧權者ノ多數ヲ得タル者ニ過キサルヲ以テナリ此ノ如キ地位ニモ拘ラス何故ニ國會ヲ以テ人民ノ代表ナリト云フカソハ實ニ憲法ノ規定ニ基クナリ」プロイセン憲法第八十三條ニ曰ク兩院議員ハ人民全體ノ代表者ナリ彼等ハ自己ノ確信ニ基キテ可否ヲ表スルモノニシテ人民ノ委任又ハ訓令ニ拘束セラルヽ事無シト蓋シ公法上ノ代表ハ自己ノ爲メニ公法上ノ行爲ヲナス能ハサル人民ノ集合體ニ代リテ意思ヲ發表スルノ義ナリ若シ强テ私法上ノ法律關係ニ比附シテ說明セントセハ委任ニモアラス代理ニモアラサルモノニシテ行爲無能力者ノ爲メニ存スル法定代理人ト云フヘキモノナリ國會ト上院下院ノ各議員トハ共ニ國民全體ノ代表者ナリ既ニ國會ハ人民ヲ代表スル而シテ人民ハ統治ノ客體ナリ當ニ客體タルノミナラスプロイセン憲法ハ統治權ノ行使ニ關シ種々ノ關係ニ於テ人民ニ參

與ヲ許セリ人民カ政治ニ參與スル權ヲ有スル範圍内ニ於テハ人民ハ最早統治ノ客體ニアラスシテ統治ノ機關ナリ國會ハ實ニ人民ノ統治機關性ト統治客體性トヲ代表ス國會カ人民ニ代リテ統治權行使ノ方法ニ對スル請願ヲナスハ其客體性ヲ代表スルモノナリ人民ニ對スル法規ノ制定ニ參與スルハ人民ノ統治機關性ヲ代表スルモノナリ云々（普國々法第一卷三六〇頁以下）トボルンハツクノ議論ノ中心ハ國會カ人民ノ代表機關ナリト云フニアリ彼ハプロイセン憲法カ代表ナル文字ヲ用ヰタルカ故ニ國會ハ人民ノ代表機關ナリト云フ然レトモ普國憲法ノ代表ナル文字ハ沿革的並ニ政治的ノ意味ニ於テ用ヰラレタルモノニシテ法律上ノ意味ヲ有セス假令法律上ノ意味ヲ有セシムルノ考ヲ以テ立法セラレタルニモセヨ法理上國會ハ人民ノ代表機關ニアラス不完全ナル法文ヲ金科玉條トスルノ結果ハ思ハサルノ誤謬ニ陷ルヘシ我現行市町村制中市町村會ノ職務權限ヲ規定シテ市町村會ハ其市町村ヲ代表シ此法律ニ準據シテ市町村ニ關スル一切ノ事件並ヒニ從前特ニ委任セラレ又ハ將來法律勅令ニ依リテ委任セラルヽ事件ヲ議決スルモノトス（市制三十條町村制三十二條）ト謂ヘリ誰レカ之レヲ見テ市町村會カ市町村ノ代表機關ナリトナスモノアランヤ市町村會ハ議事ノ機關ニシテ其議決ニ依リ市町村ヲ代表シテ外部ト法律關係ヲ維持スルモノハ市參事會又ハ町村長ナリ之レ市町村制カ法律關係ヲ轉倒セルノ誤ナリ故ニ法理ノ解釋トシテハ必スシモ法律ノ條文ニ拘束セラルヘキニアラス普國憲法カ代理ノ文字ヲ用ヰタル所以ノモノハ獨逸中世ニ於ケル階級代表制度ノ思想ノ影響ヲ受ケタルモノト政治上ノ意味ヨリ之レヲ採用シタルニ過キスシテ而カモ之レカ爲メニ學者間ノ爭論ヲ惹起セシコト少カラス若シ他日彼國ノ憲法ニシテ改正セラルヽノ時期アランカ余ハ其文字ノ必ス改正セラルヘキヲ信シテ疑ハサルナリ

第三項　議會ハ國民ノ代表ナリトノ說

議會カ國民ノ代表ナリトノ說ハ必スシモ第一第二ノ說ト相容レサル別個ノモノニアラス議會ノ性質ニ關スル各種ノ說明ニ誤謬アルハ寧ロ議會ヲ以テ國民ノ代表ナリト解シタル結果ニ出ッ只茲ニ便宜ノ爲メ項ヲ分チテ之レヲ