



352-83木
76W11137



始



21
251
1

書物は
大切に

5.1216

法學博士市村光惠著

帝國憲法論 全

東京有斐



第十一版序

大正十二年九月一日午前十一時五十八分關東ニ未曾有ノ大
震災アリ火災之二件フテ起リ帝都ハ殆ント焦土ト化シ五十
有餘年ヲ費ヤシテ建設セル物質的ノ文化ハ一朝ニシテ烏有
ニ歸セリ余當時公務ヲ帶ヒテ東京ニ在リ上野公園ノ高臺ニ
登リテ帝都荒廢ノ跡ヲ望ンテ感慨量無シ會々謂ヘラク數万
ノ生靈幾十億ノ財貨其喪失ヤ實ニ悲シムヘク惜ムヘシ唯精
神的ノ創作物タル著書ニ至リテハ紙型燒ケ製本燒クモ著者
ノ生存スル限り地震モ犯スヘカラス火災モ奪フヘカラスト
即チ書肆有斐閣ニ就テ問ヘハ紙型ハ全部燒失シ唯製本ノ一
部ヲ餘スノミ余慰メテ曰ク余ノ在ル限り著書ノ出版何ソ憂
ヘンヤ曩ニ同勞舎ノ失火ニ因リテ紙型ヲ失ヒ今ヤ再ヒ紙型

ノ燒失ニ逢ヒテ又改訂ノ自由ヲ得タリ余ハ寧ロ之ヲ喜フ發行者モ亦夫レ努力セヨト爾來改訂ト校正ニ力ヲ注クト雖モ公私ノ事務殺到シテ意ノ如クナラス今ヤ印刷漸ク成ル市井夙ニ一本ナシ研學ノ士ニ對シテ謝スル所ヲ知ラス爰ニ新版刊行遲延ノ理由ヲ述ヘテ江湖ニ告ク

大正十三年七月

著 者 識

第十版序

大正五年本著第二版ヲ發行シテヨリ以來法令ニ改廢アリシモ改訂ヲ加フルニ至ラスシテ版ヲ重ネタルハ深ク讀者ニ謝スル所ナリ今第九版盡キ卒然トシテ改訂ヲ加ヘ第十版ヲ發行ス訂正ニ漏レタル箇所ナキヲ保セス發見ニ伴ヒテ次版ニ之レカ改訂ヲ完カラシメントス

歐洲大戰ノ結果ハ露獨奧ノ三帝國ヲ瓦解セシメテ悉ク民主共和ノ憲法ヲ布クニ至ラシメ獨逸國內ノ舊君主國ハ皆國體ヲ變シテ自由國トナリ新タニ作ラレタル諸國モ亦共和制ヲ採リ爲メニ比較憲法學ハ著シク民主的ノ色采ヲ加フルニ至レリ立法例ヲ舉クルニ當リ戰後歐洲諸國ノ新憲法ヲ參照スルハ妥當ナルヘシト信スルモ我カ憲法ノ母法ハ帝政時代ノ

獨逸各君主國ノ憲法ニシテ面目ヲ一新セル共和國ノ憲法ハ
我カ憲法ト殆ント没交渉ナリ故ニ獨逸諸國ノ憲法ヲ引用ス
ルニ當リテハ帝政時代ノ舊法ニ依レリ

大正十二年初夏

著 者 識

序

憲法ニ關スル余カ最初ノ著書ハ明治三十七年四月ニ發行シ
タル憲法要論ナリ當時研究未タ積マス思索深ク至ラス徒ラ
ニ少壯ノ氣ニ驅ラレテ未熟ノ著ヲ公ニスルニ急ナリシハ今
ニシテ其大膽ヲ想ハスンハアラス爾來公法ノ研究ニ從事ス
ルコト十有餘年而カモ菲才効舉ラス碌々トシテ歲月ヲ舊都
ノ一隅ニ送ル今此著ヲ公ニスルモ新ヲ加フルコトノ甚タ尠
ナキヲ恥チスンハアラス

憲法學ノ研究ハ歐洲ニ於テハ既ニ落日ノ境ニ在リ大小ノ問
題ハ爬羅剔抉シテ餘ス所甚タ少ナシ此時ニ當リ泰西百家ノ
書ヲ讀破シ先哲未言ノ新說ヲ樹テントスルハ實ニ至難ノ業
ナリ邦人徃徃我カ學者ヲ罵ツテ白人ノ糟粕ヲ嘗ムルニ急ニ

シテ獨創ノ見ナシト謂フ然レトモ我國現行ノ法律ハ其大部
分ハ繼受法ニ屬スルカ故ニ學理ノ蘊奧ヲ極メトンセハ先ツ
母法ノ規定ト母法國ノ學說トヲ研究スル必要アリ憲法ニ於
ケルモ亦同シ歐洲ノ學說ヲ溫ヌルハ我カ法學獨立ノ基礎ヲ
爲ス所以ニシテ之ヲ階段トシテ更ニ其上ニ出ツルコトヲ期
セサルヘカラス獨人イーエリングカ羅馬法ニ依リテ而カモ
其上ニ出テヨト叫ヒシハ此道理ヲ喝破セルモノナリ羅馬法
ノ研究ハ羅馬法ノ上ニ出ツルニ必要ナル階段ナリ若シ獨人
ニシテ徒ラニ自カラ尊クシ以人ノ糟粕ヲ嘗メスト豪語シテ
羅馬法ノ研究ヲ等閑ニ附セシナランニハ同國民法ノ今日ノ
發達ハ到底夢想スル能ハサルナリ憲法ノ研究モ亦同シ憲法
ノ實質ハ英國ニ發達シ米國ヲ經由シテ佛國ニ入り更ニ歐洲

大陸諸國ニ傳ハリシモノナリ然ラハ英米獨佛諸家ノ著述ヲ
涉獵スルニアラスンハ何ソ徹底セル憲法ノ法理ヲ闡明スル
ヲ得ンヤ吾人カ歐米ノ學說特ニ我カ憲法ニ直接ノ範ヲ垂レ
タル獨逸諸國ノ學說ヲ研究スルハ之レカ爲メナリ唯憾ム吾
人ノ菲才ナル今尙ホ歐米諸家ノ說ヲ探ルニ急ニシテ之ヲ踏
ンテ其上ニ出ツルノ機會ニ到達セサルコトヲ
余ハ永ク國法學ヲ講シテ憲法ノ比較研究ニ從事スルカ故ニ
廣ク外國ノ制度ヲ紹介スル材料ヲ有セサルニ非スト雖モ而
カモ帝國憲法ノ講義ニ於テ餘リニ比較研究ニ力ヲ注カハ却
テ帝國國法ノ説明ニ對スル讀者ノ注意ヲ稀薄ナラシムル嫌
アルヲ思ヒ且ツ近ク刊行ヲ期スル國法原論ニ讓ルヲ便ト信
スルカ故ニ外國ノ制度若クハ憲法學ノ基礎觀念ニ關スル說

明ハ出來得ル限り簡短ナル程度ニ止メタリ然レトモ一方ヨリ謂ヘハ學生ノ參考書トスル以上必要ナル程度ニ於テ外國ノ制度ト學說トヲ援用セサルヲ得ス是ヲ以テ繁ニ流レス簡ニ失セサルコトヲ標準トシテ本著ヲ編述セリ憲法ノ研究カ上下ヲ通シテ必要ナル時ニ當リ此著若シ時代要求ノ幾分ヲ滿タスコトヲ得ハ著者カ望外ノ幸トスル所ナリ

大正四年大典舉行ノ月

市村光惠

四

帝國憲法論目次

緒論

第一章 國家

第一節 國家ノ性質	一
第一款 社會現象トシテノ國家ノ性質	一
第二款 國家ノ法律上ノ性質	八
第三款 國家ニ關スル其他ノ學說	五二
第二節 統治權	六六
第三節 國家ト地方自治體トノ區別	七七
X第四節 國家ノ聯結	八九
第五節 國體及政體	九七
第一款 國體	九七

目次

一

第二款	政體……………	一〇八
第二章	公法及公權 ……………	一二六
第一節	公法……………	一二六
第一款	公私法無差別說……………	一二八
第二款	公私法差別說……………	一三一
第二節	公權……………	一四一
第一款	公權ノ性質……………	一四一
第二款	個人ニ屬スル公權ノ種類……………	一五七
第三款	公權ノ得喪……………	一六三
第三章	憲法 ……………	一七〇
第一節	憲法ノ意義……………	一七〇
第二節	近代ニ於ケル成文憲法ノ沿革……………	一九四
第三節	日本憲法制定沿革……………	二〇二

第四節	憲法ノ改正……………	二一八
第五節	憲法ノ效力……………	二二六
第六節	憲法ト皇室典範トノ關係……………	二五三
第七節	憲法ト慣習トノ關係……………	二六六
第八節	憲法ノ解釋……………	二七〇
第四章	憲法學ノ篇別 ……………	二七七
本論		
第一篇	天皇及攝政 ……………	二八一
第一章	天皇……………	二八一
第一節	天皇ノ國法上ノ地位……………	二八一
第二節	天皇ノ地位ニ隨伴スル權……………	二九〇
第三節	皇位ノ繼承……………	三一〇

第二章 攝政……………三二六

第一節 攝政ノ國法上ノ地位……………三二六

第二節 攝政ノ開始……………三三七

第三節 攝政ノ資格及順位……………三四二

第四節 攝政ノ終了……………三四四

第五節 政務代理人又ハ監國……………三四六

第二篇 統治ノ範圍……………三五一

第一章 國家ノ領土……………三五一

第一節 領土ノ法律上ノ性質……………三五一

第二節 領土ノ得喪變更……………三七三

第二章 臣民……………三七九

第一節 臣民ノ性質……………三七九

第二節 國籍ノ得喪變更……………三八三

第一款 國籍ノ取得……………三八三

第二款 國籍ノ喪失……………三九二

第三款 國籍ノ回復……………三九四

第三節 臣民ノ權利義務……………三九五

第一款 臣民ノ權利……………三九六

第一項 自由權……………三九六

第一目 居住移轉ノ自由……………四〇二

第二目 身體ノ自由……………四〇六

第三目 住所不可侵ノ自由……………四〇九

第四目 信書ノ祕密ヲ侵サレサルノ自由……………四一〇

第五目 所有權不可侵ノ自由……………四一四

第六目 信教ノ自由……………四二二

第七目 言論、著作、印行、集會、結社ノ自由……………四二四

第八目 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……………四二五

第二項 要求權……………四三二

第三項 參政權……………四三八

第二款 所謂臣民ノ義務……………四四七

第三款 臣民ノ權利義務ノ制限……………四五七

第四節 臣民ノ特別階級……………四六一

第一款 皇族……………四六二

第二款 華族……………四六八

第三篇 統治ノ機關……………四七三

第一章 統治機關ノ意義……………四七三

第二章 帝國議會……………四七七

第一節 議會制度ノ沿革……………四七七

第一款 英國ニ於ケル國會略史……………四七七

第二款 獨逸ニ於ケル國會略史……………四八二

第二節 帝國議會ノ國法上ノ地位……………四八八

第一款 統治主體說……………四八九

第二款 統治客體說……………四九二

第三款 國民代表說……………四九四

第四款 議會ノ法律上ノ性質……………四九六

第三節 帝國議會ノ組織……………四九七

第一款 貴族院ノ組織……………四九八

第二款 衆議院ノ組織……………五〇五

第三款 議員ノ特別法律關係……………五三二

第四節 帝國議會ノ權限……………五四八

第一款 議會ノ權限……………五四九

第二款 議院ノ權限……………五五四

第五節	帝國議會ノ召集、開會、閉會、停會、議事方法及衆議院ノ解散	五七四
第一款	召集	五七五
第二款	開會	五八〇
第三款	閉會	五八三
第四款	停會	五八四
第五款	議事方法	五八七
第六款	衆議院ノ解散	五九六
第三章	政府	六〇二
第四章	國務大臣	六一二
第一節	國務大臣ノ國法上ノ地位	六一二
第二節	國務大臣ノ副署	六一六
第三節	國務大臣ノ責任	六三〇

第四節	大臣責任ニ關スル外國ノ立法例	六四五
第五章	樞密顧問	六五六
第六章	裁判所	六六一
第一節	裁判所ノ意義	六六一
第二節	裁判所ノ種類	六六八
第一款	司法裁判所	六六八
第二款	行政裁判所	六七九
第三款	權限爭議裁判所	六八二
第三節	裁判所ノ法令審查權	六八八
第七章	會計検査院	七〇〇
第四篇	統治ノ作用	七〇六
第一章	總論	七〇六

一〇

第二章 立法……………七二八

 第一節 立法ノ意義……………七二八

 第二節 法律ノ制定公布及執行……………七五〇

 第三節 法律ノ效力及其變更廢止……………七七五

第三章 司法……………七八三

 第一節 司法ノ意義及種類……………七八三

 第二節 裁判所ト行政權トノ關係……………七八五

第四章 行政……………七八九

 第一節 天皇ノ親裁ニ依ル行政……………七九〇

 第一款 緊急勅令……………七九一

 第二款 執行命令……………八一五

 第三款 獨立命令……………八二一

第四款 委任命令……………八三一

第五款 官制大權……………八四二

第六款 兵馬大權……………八五六

第七款 外交大權……………八六六

第八款 戒嚴大權……………八八二

第九款 榮典ノ授與……………八八六

第十款 恩赦大權……………八九三

第二節 財務行政(會計)……………八九六

 第一款 國家ノ資産……………八九七

 第一項 國有財産ト皇室財産……………八九七

 第二項 行政財産(公有財産又ハ公用財産)ト財政上ノ財産(私有財産又ハ收益財産)……………九〇四

 第二款 國家ノ收入……………九〇九

 第一項 租稅……………九〇九

第二項	手數料及使用料	九二〇
第三款	國家ノ支出	九二七
第一項	歲計豫算	九二七
第一目	歲計豫算ノ本質	九二七
第二目	歲計豫算ノ議定	九四四
第三目	歲計豫算ノ拘束力	九六三
第二項	支出ノ事務	九九七
第四款	國家ノ債務	一〇〇一

帝國憲法論

法學博士 市村光惠 著

緒論

第一章 國家

第一節 國家ノ性質

第一款 社會現象トシテノ國家ノ性質

國家ハ一ノ社會現象ナリ吾人ヲ圍繞スル實在ノ一部ナリ彼ハ時間ト空間トノ關係ニ於テ存在スル一定ノ現象ノ集合ナリ而シテ社會現象トシテノ國家ハ獨リ法律學ノ研究ノ對象ヲ爲スノミナラス廣ク社會學政治學歷史學地理學倫理學等ノ研究ノ對象ヲ爲スモノナリ然レトモ法律學カ國家ヲ取扱フ方法ハ他ノ

法律學カ國
家ヲ取扱フ
立場

緒論 第一章 國家 第一節 國家ノ性質 第一款 社會現象トシテノ國家ノ性質

學問カ國家ヲ取扱フ方法トハ大ニ趣ヲ異ニス特ニ社會學上ヨリ觀タル國家ト法律學上ヨリ觀タル國家トハ其觀察ノ立場ヲ異ニス社會學ハ國家ヲ實在トシテ研究スルモノナリ客觀的ノ現象トシテ研究スルモノナリ此點ニ於テ社會學カ國家ヲ研究スルハ化學者カ物質ノ化學的現象ヲ研究シ動物學者カ動物ヲ研究シ天文學者カ天體及其現象ヲ研究スルト異ナル所ナシ唯自然科學ニ在リテハ現象ハ常ニ必至ノ關係ニ立ツカ故ニ化學ノ方程式力學ノ原則動植物ノ分類等一定ノ原則ヲ發見スルトキハ他ノ現象ニ對シテモ亦此原則ヲ適用シ得ルニ反シ社會現象ハ人類ヲ基礎トスルモノニシテ而カモ人類ノ行爲ハ同一人ニ就キテ見ルモ千差萬別ナルカ故ニ自然科學ノ如キ單純ナル方法ニ依ルコト能ハス然レトモ其研究ノ方法ハ別問題トシテ社會學カ社會現象ヲ事實トシテ取リ扱フ點ニ於テハ自然科學カ自然現象ヲ事實トシテ取扱フト異ナル所ナシ之ニ反シ法律學ハ客觀的ニ存在スル事物若クハ現象ヲ其有ルカ儘ニ認ムルモノニ非ス法律學ハ法規ノ何タルカヲ研究ス法規トハ人ト人トノ關係ヲ規定スルモノナリ權利ト謂ヒ法律制度ト謂フカ如キハ人格者ト人格者トノ關係ニ過キス

事物ノ法律
的觀察

社會現象ト
シテノ國家
ノ定義
國家ハ一定
ノ領土ヲ要
ス

去レハ不可抗カトシテ吾人ニ臨ム自然力ハ法律學ノ研究スヘキモノニ非ス又法律制度ノ基礎トナルヘキ自然的個人的群衆的ノ出來事モ亦法律學ノ研究ノ外ニ在リ法律學ノ研究スル所ハ或現象又ハ事物ヲ採リ來リ如何ニ認識スレハ此現象又ハ事物ニ關スル法律カ矛盾ナク説明セラレ得ルカヲ決定スルニ在リ從來國家ノ法律上ノ性質ニ就キ不完全ナル定義ノ立テラレタルコト多キハ學者カ國家ノ社會的觀察ト法律的觀察トヲ混同セル罪ニ坐スルモノ多シ此點特ニ注意ヲ要ス

社會現象トシテ國家ヲ定義スレハ一定ノ領土ノ上ニ於テ多數ノ人類カ獨立ノ權力ニ依リテ統治セラルル團體ナリ今此定義ヲ分析説明スレハ左ノ如シ

一 國家ハ一定ノ領土ヲ必要トス

人ハ地上ノ動物ナリ土地ナケレハ人類ナシ故ニ土地ハ單純ナル事實上ノ觀察ヨリスルモ國家ノ成立存續ニ缺クヘカラサルハ恰カモ光線空氣カ人類團體ニ缺クヘカラサルカ如シ然レトモ事實上ノ必要物タルノミニテハ未タ以テ法律上ノ要素トスルニ足ラス國家カ一定ノ領土ヲ必要トスルハ國土カ統治ト稱ス

國家ハ領土
團體ナリ

國家ハ一定
ノ人民ヲ必
要トス

ル法律現象ト雖ルヘカラサル關係ニ立ツヲ以テナリ蓋シ統治權ハ排他的ノモ
ノナルカ故ニ一定ノ地域ヲ領有シテ他國ノ權力カ其上ニ行ハルコトヲ排斥
スルニ非サレハ統治權ノ行使ハ不能ニ了ルヲ以テナリ古代ニ於テ遊牧民カ國
家ヲ成スニ當リテハ水草ヲ趁フテ移轉セルカ故ニ今日ノ如ク特定ノ地域ヲ限
リテ自國永久ノ領土トスル觀念モナク又其必要モナカリシト雖モ而カモ此ノ
如キ國家ハ唯一定ノ領土ヲ有セザリシニ止マリ特定ノ時ニ於テ他國ノ權力ヲ
排斥スヘキ特定ノ地域ニ據リタルコトハ明白ナル事實ナリ地球上ノ土地カ各
國領有ノ目的トナリ特ニ確定ノ領土ヲ有スルニ非サレハ統治權ヲ行使スル能
ハサルニ至リテハ一定ノ領土ハ實ニ國家成立存立ノ必要條件ヲ爲スニ至レリ

イェリネツク國家論三八二頁ニ曰フカ如クハ一定ノ領土ヲ國家存在ノ要件トスルノ觀念ハ
漸ク近代ニ於テ認メラレタルモノノ如ク古代ノ國家論ハ一般ニ國家ヲ人民ノ共同團體トナシ
國土ヲ其必要條件トセス古代ヨリ今日ニ傳ハリシ國家ノ定義ヲ見ルニ一モ領土ニ就テ述フル
所ナシ第十六世紀ヨリ第十九世紀ノ初メニ亘ル間ニ出テタル國家論スラ未タ領土ヲ國家ノ要
素トスルニ至ラス唯グリユーバーカ千八百十七年ニ出版セル「獨逸聯合ノ公法」Klüber, *Öffentl. R. des*
Teutschen Bundes, §1)ニ於テ初メテ領土ヲ國家ノ要素トシテ說明セルヲ見ルノミ

領土ヲ成立ノ要件トスル團體ヲ領土團體 (Territorialgesellschaft) ト謂フ領土團體ハ
獨リ國家ノミニ限ラス國家内ニ於ケル地方自治體モ亦領土團體ナリ然レトモ
國家カ領土團體タル點ヨリシテ之ヲ他ノ團體例ヘハ寺院公共組合等ノ如キ公
法上ノ團體ヨリ區別スルコトヲ得ヘシ

國家ノ基礎タル一定ノ領土ハ必スシモ一定ノ廣袤ヲ有スルヲ要セス苟モ他國
統治權ノ侵入スル能ハサル範圍タル以上ハ以テ國家ノ基礎タルニ妨クル所ナ
シ古代ギリシヤノ市府國家ハ勿論今日ニ於テモリヒテンスタイン公國(面積
六十五方哩)モナコ公國(八方哩)アンドラ(百七十五方哩)等カ國家トシテ存在スル
ヲ見テモ領土ノ大小カ國家ノ成立存立ニ關係ナキヲ知ルニ足ラン

二 國家ハ一定ノ人民ヲ必要トス
國家ハ統治權ヲ有ス統治權ハ唯人ニ對シテノミ行ハル故ニ法律上國家ノ要件
トシテ其支配權ニ服従スヘキ一定ノ人民ヲ必要トスルハ勿論ナリ然レトモ國
家タルニ要スル人民ノ定員數ナキハ尙ホ領土ノ大小ヲ問ハサルト同シ右ニ舉
ケタルリヒテンスタイン公國ノ人口ハ一萬七百十六人(千九百十二年調査)モ

國家ノ權力
ハ獨立ナル
コトヲ要ス

獨立ノ意義

ナコ公國ノ人口ハ二萬二千九百五十六人千九百十三年調査)アンドラノ人口ハ
五千人ナルニモ拘ラス尙ホ相合シテ獨立國ヲ成シツツアルナリ
三 國家ノ權力ハ獨立ナルコトヲ要ス
獨立トハ上級團體ノ權力ヨリ獨立ナルコトヲ意味ス單一國家ニ於ケル統治權
ハ國內ニ於テハ最高ニシテ又他ノ上級團體ヲ載クコトナク且ツ其活動範圍ハ
物的無制限ナリ聯邦組織ノ國ニ在リテハ聯邦ト各支分國トハ各自ノ統治權ヲ
以テ支配スヘキ事物ノ管轄ヲ分配スルコトヲ常トスルモ而カモ兩者各他ノ團
體ヨリ制限セラレサル獨立ノ權限ヲ留保スルヲ以テ共ニ國家タルコトヲ失ハ
ス茲ニ所謂獨立トハ自己ノ意思ニ依ラスシテ他ノ團體ヨリ制限セラレサルコ
トヲ意味ス故ニ一國カ自己ノ意思ニ依リテ他國ノ制限ヲ受クルコトアルモ之
レカ爲メニ其國カ獨立ノ權力ヲ有セサルモノト解スル能ハス甲國カ乙國トノ
條約ニ依リ其國務全體ニ涉リテ乙國ノ制限ヲ受クルコトアルモ夫レカ甲國ノ
意思ニ基ク以上甲國ハ國家タル性質ヲ失フモノニ非ス國權カ獨立ナルコトハ
多クノ場合ニ於テ夫レカ固有ノ國權ナルコトヲ意味ス即チ他ノ團體ヨリ繼受

國家ハ統治
ニ立ツ治
ナリ

團體ノ
主義

シタル權力ニ非サルコトヲ意味ス然レトモ獨立ト固有トハ必スシモ一致スル
モノニ非ス例ヘハ甲國カ其領土ノ一部ヲ割キテ新國ヲ作り以後一切新國ノ政
治ニ關係セサル程度ニ於テ其獨立ヲ認ムルトキハ新國ノ統治權ハ甲國ヨリ繼
受セルモノナレトモ尙ホ法律上獨立ナルカ故ニ新國ハ國家タル性質ヲ具備ス
ルニ至ルヘシ是レ余カ獨立ノ權力ト謂ヒテ固有ノ權力ト謂ハサル所以ナリ
四 國家ハ統治關係ニ立ツ人類ノ團體ナリ
國家ヲ組織スル人類ハ群衆ニ非ス統治ノ關係ニ於テ結合セル團體ナリ統治ノ
關係ハ獨リ國家ニ於テノミ存スルニ非ス凡テ寺院ノ如キ又ハ國家内ノ公法人
ノ如キ皆其組成員ニ對シテ支配權ヲ行フモノナリ即チ廣キ意味ニ於テ統治關
係ニ結合セル人ノ團體ナリ然レトモ國家ハ領土團體タル點ニ於テ寺院ト區別
セラレ國家ノ統治權ハ其獨立ナル點ヨリシテ他ノ統治團體ノ權力ト區別セラ
レ又國家カ一ノ團體ナル點ヨリシテ殖民地保護領ノ如キモノト區別セラル團
體トハ多數ノ人類カ共同生活ノ目的ヲ以テ單位ニ結合シ且ツ各個人ヨリ離レ
テ團體自身ノ目的アリ生活アルモノヲ謂フ殖民地若クハ保護領ノ如キハ國家

ノ統治權ニ依リテ統治セラルト雖モソハ唯支配ノ目的物トシテ取扱ハルルニ過キスシテ殖民地保護領ノ住民カ共同ノ目的ヲ達スル爲メニ團體トシテ結合セルモノニ非ス故ニ殖民地保護領ハ國家ニ非サルナリ

以上ハ社會現象トシテノ國家ノ定義ナリ從來普通ニ行ハルル著書ヲ見ルニ多クハ右ニ擧ケタル國家ノ定義ヲ以テ既ニ國家ノ法律上ノ定義ヲ盡シタルモノトナシ其以上ニ説明ヲ加ヘサルモノアリ(上杉博士モ亦其著「帝國憲法述義」四二頁ニ於テ此種ノ定義ニ満足スルカ如ク記述セ)然レトモ右ノ定義ハ唯社會現象トシテノ國家ノ定義ニ過キスシテ其法律上ノ定義ニ論及シタルモノニ非ス然ラハ法律上ヨリ觀タル國家ノ定義如何是レ次款ノ説明ヲ要スル所以ナリ

第二款 國家ノ法律上ノ性質

國家ヲ法律的ニ認識スルコトハ單ニ其實在的の方面ヲ觀ルノ義ニ非ス國家ヲ法律上如何ニ考フルカト謂フコトナリ換言スレハ如何ニ考フレハ國家ニ關スル法律現象ヲ矛盾ナク説明シ得ヘキカト謂フ問題ニ對スル答案ナリ此答案ニハ

國家ヲ法律
的ニ觀タル
定義ニ三ア
リ

三種アリ得ヘシ一ハ國家ヲ統治ノ客體トナスモノニハ國家ヲ統治關係トナスモノ三ハ國家ヲ統治ノ主體トナスモノナリ國家ノ法律的認識カ此三種ノ外ニ出テストセハ第一說及第二說ノ維持スヘカラサル場合ニ於テハ當然ニ第三說ヲ採ラサルヘカラサル結果ヲ生ス固ヨリ第三說ヲ辯護スヘキ積極的理由カ數多存スルコトハ後ニ述フルカ如シ今順ヲ追フテ此三說ヲ說述セン

統治客體說

一 國家ハ統治ノ目的ナリトスル說(統治客體說)

國家ヲ統治ノ客體ナリトスルハ君主國ニ於テ初メテ起ル説明ナリ中世ニ於テハ國家ト君主トノ關係ヲ所有權者ト所有權ノ物體トノ關係ノ如ク解セルモノニシテ歐洲大陸ニ於ケル中世ノ封建制度ハ實ニ此觀念ニ基クモノナリ此私法的見解ハ今日ニ於テハ最早行ハレサルニ至リシト雖モ國家ヲ統治ノ客體ナリト解シ之ヲ統治主體タル君主ト相對セシメ君主ハ國家ノ上ニ立チテ國家ヲ統治スルモノトナス見解ハ二三ノ學者ニ於テ之ヲ見ルコトヲ得ヘシザイデル(一エールン國法第一卷一七〇頁)ハ曰ク「國家ハ一定ノ土地ノ上ニ於ケル人類カ高キ意思即チ統治者ノ意思ノ下ニ團結シタルモノナリ若シ言語ノ用法ニ從ヒ國家ヲ以テ統治ノ

下ニ在ル土地及ヒ人民ト解スルナラハ國家ト統治主體トハ主體ト客體トノ如ク分離スヘシト而シテ此說ハ從來多數ノ學者ニ依リテ非難セラレタリ第一ノ非難ハ此說カ國家ノ構成分子ノ一ヲ捉ヘテ之ヲ國家以外ニ置クカ故ニ國家ヲ破壊スル結果ヲ生スト云フニ在リ蓋シ主體ナキ國家ハ想像スル能ハサレハナリ但シ氏ニシテ單ニ土地人民ヲ國家ト名クト謂ハハ其用語ノ誤リハ兎ニ角理論ハ尙ホ立ツヘシ之ヲ我カ憲法ニ徵スルニ其第一條ニ於テ「大日本帝國ハ萬世一系ノ天皇之ヲ統治ス」トアリ文理解釋ニ拘泥スルトキハ我憲法モ亦國家ヲ以テ統治ノ客體ナリト解シタルモノト主張シ得サルニ非ス然レトモ國家ノ本質ハ憲法第一條ノ文字ノミニテ定メ得ヘキモノニ非ス且ツ憲法第四條ニハ「天皇ハ國ノ元首ニシテ統治權ヲ總攬シ此憲法ノ條規ニ依リテ之ヲ行フ」トアリテ明カニ天皇カ國ノ中ニ在リ即チ國家ノ構成分子タルコトヲ認メタリ余ヲ以テ觀レハ憲法第一條ハ國家ヲ統治ノ客體トスル意思ニテ規定セル條文ニ非ス唯帝國ノ統治權ハ萬世一系ノ天皇之ヲ行フコトヲ規定セルモノナリ條文ノ中心ハ「萬世一系ノ天皇」ト謂フコトニ在リ此意味ヲ明カニスル爲メ行文ノ體裁上大日

本帝國ハ萬世一系ノ天皇之ヲ統治スト謂ヒタルノミ之ヲ以テ直チニ我國法上ノ解釋トシテ國家カ統治ノ客體ナリトスルハ否ナリ況ンヤ國家客體說ニハ維持スヘカラサル不道理ヲ包含スルオヤ第二ノ非難ハ此說ニテハ國家ノ統一性ヲ説明スル能ハスト謂フ點ナリ蓋シ單ニ統治ノ目的物タル點ノミニテハ土地人民ヲ數個ニ分割シテ考ヘ得ヘク毫モ其間ニ統一ノ觀念ヲ要セサルヲ以テナリ或ハ統一性ヲ君主ノ側ニ求メ君主カ一人ニテ一ノ客體ヲ統治スルカ故ニ統一體ナリト説明シ得ルカ如キモ君主カ一人ニシテ同時ニ二個ノ國家ニ君臨シ得ル場合アルヲ想ハハ「君合國」國家ノ統一性ハ之ヲ君主ノ一身ニ求ムル能ハス第三ノ非難ハ統治ノ關係ハ「人ト人ト」ノ關係ニシテ人ト物トノ關係ニ非ス領土ハ統治權ノ行ハルル地域の範圍ナレトモ統治關係ノ目的物トナラスト謂フ點ナリ此非難ニ對シテモ國家客體說ニハ充分ナル辯解ノ辭ナシ之ヲ要スルニ國家ヲ統治ノ客體ナリトスル說ハ以テ國家ノ法律上ノ性質ヲ説明スルニ足ラス

二 國家ハ統治ノ關係ナリトスル說

國家特ニ君主國ニ於テハ治者ト被治者トアリ而シテ此ノ兩者相互ノ關係ヲ國

國家統治主體ハ現存ノ文明國ナリトスルニシテ基礎ナリ

家ト名クルコトハ一見正當ナルカ如シ然レトモ仔細ニ觀察スレハ此說モ亦維持スル能ハサルモノアリ第一此說ニテハ國家ノ活動力ヲ説明スル能ハス蓋シ法律關係ハ權利義務宣戰ノ主體條約締結ノ主體タルコト能ハサレハナリ第二ニ法律關係ノ要素ハ主體ト客體ト法律關係ノ内容トナリ若シ此三要素ニ變更アラハ法律關係ニモ亦變更アリ然ラハ統治關係說ニ從ヘハ君主ノ更替ハ同時ニ國家ノ更替トナリ政體ノ變更モ臣民ノ死亡モ共ニ國家ノ存在ヲ破壞スルニ至ラン

以上二說共ニ採ルニ足ラストセハ殘ル所ハ唯第三說アルノミ

三 國家ヲ統治ノ主體トスル說即チ國家人格說

國家ノ法律上ノ定義ハ如何ニ考フレハ國家ニ關スル法律現象ヲ矛盾ナク説明シ得ルカノ點ヲ考察シテ定ムヘキコトハ既ニ前ニ述ヘタルカ如シ此方法ヲ以テ國家ヲ法律的ニ定義スレハ國家ハ人格ナリ法人ナリ即チ統治權ノ主體ナリト謂フ定義ニ歸著セサルヲ得ス
本論ニ入ルニ先タチ一言スヘキハ國家ヲ統治權ノ主體タル法人ト解スルコト

ハ近世ノ文明諸國ニ於ケル法律現象ヲ本トスルモノニシテ決シテ時ノ古今洋ノ東西ヲ問ハス苟モ國家ナラハ皆斯ク解スヘキモノト謂フ能ハサルコトナリ國家ニ關スル法律現象ハ國ニ依リ又時ニ依リテ甚タシク異ナル古代ニ於テハ君主カ統治權ノ主體ニシテ國家ヲ所有シ統治セル時代アリキ此時代ノ現象ハ國家法人說ヲ以テハ説明スル能ハス然レトモ今日ニ於テハ法律現象ニ變化ヲ來シ君主國ニ於テ君主ハ國家ト謂フ人格ノ機關トシテ働ラクコト恰モ頭腦カ人ト謂フ人格ノ最高機關トシテ働ラクト同一ニシテ決シテ國家ト雖レ其上位ニ在リ國家ヲ自己ノ權利ノ物體トシテ取扱フニアラス此現象ヲ説明スルカ爲メニハ最早舊來ノ神主國主義若クハ家產國主義ヲ以テスル能ハサルニ至リ爰ニ學者カ國家法人說ヲ考出スルニ至レリ抑社會ハ絶エス進化シツツアリ自然界ノ現象スラ進化ス況ンヤ人類社會ノ現象ニ至リテハ刻一刻ニ進化シテ停止スル所ヲ知ラス去レハ昨日ノ現象ヲ説明スルニ適當ナリシ說モ今日ノ現象ヲ説明シ得サルモノヲ生ス此場合ニ於テハ在來ノ定義ヲ改造セサルヘカラス彼ノ家產國主義ノ如キ君主統治主體說ノ如キハ封建制度ノ下ニ於ケル國家又ハ

之ニ尋テ起レル中央集權的專制君主國ヲ説明シ得タリシナランモ今日ノ國家現象ヲ説明スルニ適セス今日ノ國家ハ是非共之ヲ人格ト解シ從テ之ヲ法人トシ統治權ハ此法人タル國家自身カ有スルモノト解セサレハ法律現象ヲ説明スル能ハサルナリ今其理由ヲ左ニ説明セム

第一今日ノ國際關係ハ國家ヲ人格ト觀サレハ説明スルヲ得ス國際法ノ主體ハ國家ナリ國際條約ハ國家ト國家トノ約束ニシテ決シテ一國ヲ代表スル機關ノ間ノ約束ニ非ス此點ハ何人ト雖モ爭フ能ハサル所ナリ既ニ他國ニ對スル關係ニ於テ國家其モノカ權利義務ノ主體ナラハ國家ハ人格タラサルヘカラス何トナレハ人格ハ權利義務ノ主體ト謂フコトト同一義ナレハナリ若シ國家カ人格ニアラスシテ統治權ノ總攬者即チ普通ニ所謂主權者カ人格ナリ從テ國際法上ノ權利義務モ亦此主權者ノ權利義務ニ過キサルモノトセハ支那ノ如ク君家カ滅ヒタル後ニ於テハ今日ノ民國ハ清朝カ外國ト結ヒタル條約ニ依リテ何等ノ權利ヲ得ス義務ヲ負ハス清朝滅亡ヲ期トシテ外國トノ關係ハ全ク一新スルモノト謂ハサルヲ得サルヘシ此ノ如キ議論ノ誤レルコトハ法律學ノ初步ヲ學ヒ

タル者タリトモ之ヲ知ラン何トナレハ清朝カ外國ト締結セル條約ノ主體ハ清國ト稱スル國家其モノニシテ清朝ニ非ス從テ清朝亡フルモ清國存スル限りハ從來清國ノ有シタル權利義務ハ今モ尙ホ民國ノ權利義務タルヲ以テナリ此ノ如ク今日ノ國際關係ハ國家其モノヲ權利義務ノ主體即チ人格ト解セサレハ説明スル能ハサルモノナリ現ニ我カ領事官職務規則第三條ニモ「領事官ハ駐在國カ條約又ハ國際法ニ依リ帝國ニ對シテ負フ所ノ義務ノ遵守ヲ視察シ」云々ト規定シ明カニ帝國其モノハ條約及ヒ國際法ニ基ク權利義務ノ主體ナリト看做シツツアルナリ

(第二)帝國憲法第六十二條ニハ國債ノ文字アリ國債トハ國家ノ債務ノ義ナリ國家ニ債務アル以上國家ハ必ス人格タラサルヘカラス何トナレハ人格ニ非スシテ義務ノ主體タリ得ルモノアラサレハナリ又帝國憲法第六十四條ニハ「國家ノ歳入歳出」ト謂フ文字アリ國家ニ人格ナクハ之ニ歳入歳出アル道理ナシ此ノ如ク帝國憲法ノ規定ヨリ觀ルモ國家カ人格ヲ有スルモノタルコトヲ知ルニ足ル(第三)我民法第三十六條ニハ「外國法人ハ國及國ノ行政區劃及ヒ商事會社ヲ除ク

外其成立ヲ認許セスト規定ス既ニ外國ヲ法人ト認ムル以上國家トシテ同一性質ナルヘキ帝國其モノヲ法人ト認メサル理由アリヤ又民法第二百三十九條ニハ無主ノ不動産ハ國庫ニ歸屬スト規定シ又同第一千五十九條ニハ權利ヲ主張スル者無キ相續財產ハ國庫ニ歸屬スル旨ヲ規定ス國庫トハ國家ノ私法人格性ヲ指ス語ナリ然ラハ國家ニ人格ナクハ國庫カ財產ノ主體トナルコトハ不可能ノコトニアラスヤ

(第四)我國ノ法律命令ヲ見ルニ屢國有ノ文字アリ國有財產國有林野國有鐵道ト謂フカ如キ文字ハ吾人カ日常見ル所ナリ國有トハ國家ノ所有ノ意ナリ國家ニ人格ナクシテ其所有物アリ得ルカ國有ト皇室ノ所有トハ別物ニシテ皇室ノ債權ハ國家其モノノ債權ニ非ス又國家ノ債務ハ皇室ノ債務ニ非スコハ明白ナル事實ニシテ現ニ皇室カ國債ヲ所有セラルルヲ見テモ明明白白タラン知ルヘシ國家ノ人格ト君主トハ全然別個ノモノタルコトヲ

國家カ人格タラサルヘカラサルハ僅々右ニ擧ケタル四ノ理由ヲ以テスルモ明カナラン然ルニ國家ヲ人格トシテ之ヲ統治權ノ主體ト解スルヲ欲セサル論者

ハ吾人ノ所說ニ對シテ大約三個ノ理由ヲ擧ケテ反對ス其^一ニ曰ク「國家ヲ人格ト看做スヘキ法文ノ存在スルハ之ヲ認メン然レトモ此ノ如キ法規ハ唯私法上ノ人格タル資格ニ於テ國家ヲ法人ト看做スニ過キス敢テ統治權ノ主體タル資格ニ於テ國家ヲ法人格ト看做シタルニ非ス換言スレハ主權者タル天皇ハ法律命令ヲ以テ國家ト稱スル私法人ヲ認メタルニ過キス統治權ノ關係ニ於テハ國家ハ依然人格ニ非スシテ主權者タル君主カ統治權ノ主體ナリ」其^二ニ曰ク「法人ハ法律ノ製作物ナリ故ニ國家カ法人タルカ爲メニハ國家ノ前ニ法律ナカルヘカラス然ルニ法ハ國家ト同時ニ生スルカ又ハ國家アリテ初メテ法ヲ生スルモ國家以前ニ法律ナルモノナシ故ニ國家カ法律上ノ人格ナリト謂フハ本末ヲ顛倒シタル議論ナリ」其^三ニ曰ク「我國ニ於テハ天皇ハ統治權ノ主體ナリ若シ國家カ人格ニシテ又統治權ノ主體ナラハ天皇ハ國家ノ機關タルニ過キササルヘシ是レ我カ國體ノ許ササル解釋ナリ」ト以下此三說ヲ批判セム

第一說カ國家ヲ唯私法上ノ人格ト看做スハ極メテ窮シタル説明ナリ此ノ如キ解釋ハ吾人之ヲ歐洲ノ警察國時代ノ觀念ニ於テ見ル當時統治權ノ主體タル君

主ハ全ク法ノ上ニ超脱シテ如何ナルコトヲモ爲シ能ハサルコトナキモノト觀念セラレシカ一方ニ於テハ私法ノ關係ニ於テハ君主モ亦之ニ服從シ通常裁判所ノ管轄ノ下ニ立タサルヘカラサリシヲ以テ若シ國家ヲ人格ト解スレハ君權萬能ノ主義ニ反スルニ至ル是ニ於テカ人ハ私法上ニ於ケル君主ノ働ラキヲ國家ヨリ離シ獨立ノ法人即チ國庫ト稱スル私法人ナリト解シテ以テ法理ヲ糊塗セリオー、マイヤーカ其著獨逸行政法第一卷五〇頁ニ於テ「國權カ最高無限ナルトキハ國民ハ保護ヲ受クル能ハサルカ故ニ幸ニモ一ノ擬制ヲ設ケ其避難所トセリ即チ一ノ法人トシテ國庫ナルモノヲ作リ此法人ハ國家ノ爲メニ資本ヲ作リ又ハ之ヲ管理スル職務ヲ有スルモノトセリ國庫ハ主權者ニ非スシテ國家ノ下ニ服スルコト全ク他ノ自然人又ハ法人ト同シク其事務ハ現行法規ニ遵據スヘキナリ」ト曰ヘルハ善ク當時ニ於ケル國庫ノ觀念ヲ明カニスルモノト謂フヘシ抑々人格ハ前ニ述ヘタルカ如ク權利義務ノ主體ト謂フコトナリ而シテ權利ト謂ヒ義務ト謂フハ皆是レ法規ノ下ニ一定ノ形式ヲ以テ行ハルヘキモノニシテ法規ノ下ニ立タサル者ニハ權利モナク義務モナシ或複數ノ主體カ同時ニ同

一ノ法規ニ依リテ支配セラルルニ至リテ初メテ權利義務ノ觀念ヲ生シ又人格ヲ生ス人格發生ノ第一步ハ個人相互ノ間ニ在リ國家ハ個人ノ上位ニ立チ個人ヲ平等ニ壓シ其定メタル法規ニ服從セシム故ニ甲カ乙ニ對スル要求ハ法ノ與ヘタル力ニシテ又其法ノ範圍内ニ於テノミ此力ヲ有シ乙カ甲ニ對スル服從ノ限度モ亦此法ノ範圍ニ於テス茲ニ於テカ甲乙ノ關係ハ權利義務ノ關係トナリ又互ニ他ニ對シテ主張シ得ヘキ人格ヲ取得ス更ニ一步ヲ進ムルニ及ヒテ國家ハ從來一切法ノ支配ヲ受ケサリシニ反シ少ナクトモ私法關係ニ於テハ個人ト同一ノ法規ノ下ニ立ツコトヲ自認シ其權力ヲ制限スルニ至リテハ私法ノ範圍ニ於テハ國家ハ權利義務ノ主體トナリ臣民モ亦國家ニ對シ私權ヲ有スルコトヲ得ルニ至ル是ニ於テカ從來人格ナラサリシ國家ハ私法ノ上ニ於テ人格即チ法人ト看做サレ從來對等ノ個人間ニ於テノミ認メラレタル個人ノ人格ハ又國家トノ私法上ノ關係ニ迄擴張セラルルニ至ル更ニ一步ヲ進メテ國家カ其權力ノ行使ニ際シテモ亦法規ノ下ニ立ツニ及ヒ特ニ憲法ヲ制定シテ最高ノ國法トシ國家ノ機關ハ皆此憲法ノ拘束ヲ受クルニ及ヒテ權力服從ノ關係即チ公法上

ノ關係ニ於テモ私人ハ一定ノ範圍ニ於テ國家ニ對抗シ得ヘキ公權ヲ有シ國家ハ又反對ニ公法上ノ義務ヲ負擔スルコトトナリ遂ニ統治權ノ主體タル國家モ亦一個ノ人格又ハ法人ト觀念セララルルニ至ル是ニ於テカ個人カ國家ニ對シテ主張シ得ヘキ人格ノ範圍ハ私法ヨリ公法ニ及フコトトナリ國庫ヲ國家以外ニ存スル法人ナリト思惟スル從來ノ說明ハ其必要ヲ見サルニ至リ國庫モ國家モ共ニ同一人格ニシテ唯其私法上ノ關係ニ立ツ場合ヲ國庫ト名クルニ過キサレコトトナリタルモノナリ然ラハ國庫ヲ獨立ノ私法人トスル觀念ハ警察國ニ於テハ大ナル效果ヲ奏シ國家萬能主義ト國家カ私人トシテ民法ニ服從スヘキモノナリテフ主義トノ間ノ矛盾ヲ調和セシメタルモノナルモ今日ニ於テハ此ノ如キ思想ヲ鼓吹スルノ必要ナシ否ナ此ノ如キ議論ハ三百年前ノ法的現象ヲ説明スルニ適セル觀念ヲ以テ今日ノ進歩セル國家ヲ解説セムトスルモノナリ其採ルニ足ラサルハ多辯ヲ要セス

第二說即チ「法人ハ法ノ作りタル人ト謂フ義ナリ然ルニ國家ハ法ヲ作ルモ法ハ國家ノ以前ニ存セス故ニ國家ヲ法ノ作りタル人ト謂フハ誤ナリ」ト謂フ說ニ對

シテ一言セム此說ハ二ツノ誤マレル基礎ノ上ニ立ツモノナリ其一ハ「人類ハ當然ニ權利ノ主體タルニ反シ法人ハ全ク法ニ依リテ作ラレタル權利ノ主體タルニ過キス」ト謂フ議論ニシテ其二ハ「國家カ法人ナラハ其法人性ハ又之ヲ國家内ニ於ケル他ノ公私法人ノ法人性ヲ決定スルト同様ノ方法ニ於テスヘシ然ルニ此方法ニ依レハ國家ハ他ノ國內ノ法人ト異ナリ決シテ法ノ創設セルモノニ非ス」ト謂フ議論ナリ前者ハ所謂法人擬制說ニシテ後者ハ國家ノ法人格ヲ説明スルニ當リ之ヲ他ノ國內法人ト同一視セントスル說ナリ今此兩者ノ誤謬ヲ指摘セム

法人ノ本質ニ關シテハ從來學說岐ル余ハ今茲ニ廣ク法人ニ關スル學說ヲ排列シテ批判スル紙面ヲ有セサルカ故ニ唯擬制說ニ付テ一言セム

中世ノ自然法學カ社會契約說ヲ唱ヘ一切ノ團體ハ無限ノ權威ヲ有スル個人間ノ契約ニ依リテ成立セルモノナルコトヲ主張スルニ當リテハローマ法ノ法人觀ハ少ナカラス打擊ヲ受ケタリ此時ニ當リ自然法學者カ唱ヘタル共同的道德人(Kollektive moralische Person)ノ觀念ニ反對シテ「人工的個性(Künstliches Individuum)ト

シテ法人(Juristische Person)ノ文字ヲ用キ法人ハ法ニ依リテ作成セラレタル個人ナリト唱ヘシモノヲザヴキニー(Savigny, System des römischen Rechts II 1840 S. 325 ff.)トナス彼ノ前ニ於テモ多少此ノ如キ説ヲ唱ヘタル者ナキニ非サルモ(Ott, A. Glinzer, Principia juris Romani privati Grundriss, Heft 1, 1877, § 92 ff. Wening-Ingenheim, Lehrb. I 298 ff. Müllersbuch, Doctoria iur. ol. IV 1818 § 98 ff. Kerniff, Theoria des gem. Civilr. 1819 S. 129ff.)所謂法人擬制説ハザヴキニーヲ以テ其本鐸トシテ永ク學界ヲ支配シ今モ尙ホ之レニ賛同スルモノ多シ然レトモ彼ノ説ハ爾來種種ノ學者ニ依リテ非難セラリタリ其一ハブリントツノ唱ヘタル法人否定論ナリ(Brunz, Lehrb. der Pand. I Aufl. 1857 S. XIV. 979ff.)彼ハザヴキニーノ唱ヘタル法人ヲ以テ案山子ナリトシ之ニ代フルニ主體ヲ有セサル目的財産(Vockvermögen)ノ觀念ヲ以テセリ然レトモ此説ハ餘リニ在來ノ法律觀念ト相容レサルカ故ニ多ク採用セラルルニ至ラスベラウ、ランダ、シフナー、カローロヴァ、イーエリンド、セルマン(瑞西人)ノ如キ大體ニ於テブリントツノ説ヲ採リシト雖モ多少之ヲ緩和セリ其二ハベゼラー(Beseler, Volkrecht II)ノ首唱セル法人實在説ナリ法人實在説トハ「法人ハ思想上ノモノニ非ス事實上存在スル實在ニシテ法律上實在人ナリ」ト主張スル學説ヲ謂フ彼レノ説出テテヨリ獨リ「ゲルマニスト」ノミナラス「ローマニスト」

寺院法學者、公法學者及ヒ法律哲學者ハ風ヲ望ンテ此説ニ趣ケリ固ヨリ其説タ所必スシモ同一ニ非スト雖モ今日法人ノ觀念ニ付テ此學説カ標準ヲ與ヘツツアルハ爭フヘカラスオットー、ギールケ、ゲー、マイヤー、キルヘンハイム、プロイス、ベルナチーク、ヘーネル、イエリネツクノ如キ皆此説ヲ採ル公法學者ナリ而シテ吾人モ亦此説ニ依リテ法人擬制説ニ反對ヲ試ミント欲ス
法人擬制説ハ曰ク「人ハ當然ニ權利能力ヲ有スルモ法人ハ自然人ニ非サルカ故ニ當然權利能力ヲ有スルモノニ非ス其之ヲ有スルハ全ク法ノ創作ニ出ツ」ト然レトモ此ノ如キ議論ハ人格カ凡テ法ニ依リテ認めラルルニ至リテ初メテ存在スル事實ヲ忘レタルモノナリ固ヨリ今日ノ國家ニ於テハ人類ハ當然ニ權利能力ヲ有スルモノト看做サル然レトモ人カ當然ニ權利能力者ト看做サルルコトハ人ハ法ヲ離レテ當然ニ權利ノ主體タリト謂フ意味ニ非ス人類ヲ權利ノ主體ト認ムヘキヤ否ヤハ立法政策ノ問題ニシテ近世ノ國家ハ人類ニ權利能力ヲ拒否スル法律ヲ制定セサルヘキ拘束ヲ受クルノミ現實ニ人類カ權利ノ主體ト看做サルルハ必ス法律力之ヲ認メタルモノナルコトヲ要ス此點ヨリ謂ヘハ人類

モ亦法律上ノ人タリ即チ法人タルナリ決シテ所謂法人ノミカ法律上人ト認メ
ラレタルモノト謂フ能ハス凡^V法律學ハ認識ノ學問ナリ實在若クハ現象ヲ本
トシテ之ヲ如何ニ考フレハ其實在若クハ現象ニ關スル法規ノ關係ヲ矛盾ナク
解釋シ得ルカヲ研究スルモノナリ人格ト謂ヒ權利ト謂ヒ婚姻ト謂ヒ遺言ト謂
フハ皆一定ノ實在又ハ現象ヲ本トシテ構成セラレタル法律上ノ觀念ナリ法律
上ノ觀念ハ實在又ハ現象ヲ本トスレトモ實在又ハ現象其モノニ非ス法人擬制
說カ人類ハ當然權利ノ主體ナレトモ法人ハ法ノ擬制ナリト謂フハ法律觀念ノ
基礎トナル實在又ハ現象ト法律觀念其モノトヲ混同スルモノナリ抽象ト擬制
トノ混同ナリ擬制ハ發明ヲ本トシ抽象ハ既存ノ事實ヲ本トス擬制ノ背後ニハ
何等ノ實在ナキニ反シ抽象ノ背後ニハ實在アリ抽象ハ或ル事實ヲ本トシテ之
ヲ別個ノモノト認識スレトモ擬制ハ自然界ニ存在セサル事實ヲ唯人ノ腦中ニ
案出スルニ過キス乞フ之ヲ法人ノ觀念ニ就キテ見ヨ法人ノ背後ニ何等ノ實在
ナキカ法ハ何等ノ組織ナク何等ノ現象ナキ所ニ漠然ト法人ノ觀念ヲ認ムルコ
トヲ得ルカ斷シテ然ラサルヘシ假令法律ハ時ニ既存ノ事實ヲ本トセス新タニ

法人ヲ認ムルコトアリトスルモ其場合ニハ法律上一定ノ條件ヲ規定シ其規定
ニ基キテ人ノ團體アリ又ハ財産ノ集團アルニ至リテ初メテ之ヲ法人格ト認ム
ルニ非スヤ此點ヨリ謂ヘハ法人擬制說カ法人ヲ無形ノ觀念ナリトシ唯法律カ
創作シタルモノト看做シテ自然人ニ對セシムルハ誤マリタル見解ナリト謂ハ
サルヘカラス此ノ如ク自然人モ法人モ共ニ實在ヲ本トスルモノニシテ此實在
ニ法カ權利能力ヲ歸スルニ至リテ初メテ夫レカ法律上ノ人格トナルモノトセ
ハ國家ノ如キ既ニ一定ノ組織ヲ有シ一定ノ目的ヲ有シ一定ノ機關意思ヲ有シ
テ存在スル實在ヲ法カ認メテ人格トナスハ寧ロ當然ノコトニ非スヤ法人ハ法
ノ創作セルモノナレハ必ス法律ノ後ニ存セサルヘカラスト謂ヒテ國家ノ法人
格ヲ否認セムトスルカ如キハ既ニ陳套ニ屬スル擬制說ヲ以テ國家ノ人格ヲ解
セムトスルモノナリ

次ニ論者カ「國家カ法人ナラハ其法人性ハ又之ヲ國家内ニ於ケル他ノ公私法人
ノ法人性ヲ決定スルト同様ノ方法ニ於テスヘシ然ルニ此方法ニ依レハ國家ハ
他ノ法人ト異ナリ決シテ法ノ創設セルモノニ非スト謂ヘルニ對シテモ亦一言

セサルヘカラス國家ノ内部ニ於ケル公私法人ハ法律ノ明確ナル規定ニ依リテ其法人性ヲ認メラルルニ反シ國家自身ハ別ニ法律ノ明文ヲ以テ之ヲ公法人トスト規定セルモノアルヲ見ス然レトモ之レカ爲メニ國家ヲ法人ニ非スト謂フハ非ナリ論者ノ説ハ「國家カ法人タルニハ國家内ノ公私法人ト同様ノ形式ニ依ラサルヘカラス」テフ前提ノ上ニ立チテ國家ノ法人性ヲ否定セントスルモノナレトモ此前提ノ眞偽ハ更ニ別ノ方面ヨリ決定セラルヘキモノナリ民法ニ法人ハ本法其他ノ法律ニ依ルニ非サレハ成立スルヲ得ストアル規定ヲ援用シ國家モ亦法律ニ依ルニ非サレハ成立スルヲ得スト謂フカ如キハ全ク國家ト國家内ノ法人トヲ區別セサル誤ニ坐スルモノナリ國家カ最大ナル實在トシテ一定ノ組織ヲ有シ細大ノ機關ヲ有シ他國ニ對シ内ニ對シテ各種ノ行爲ヲ爲シ其名ニ於テ權利ヲ有シ義務ヲ有スルコトハ假令法律學ヲ知ラサル者モ亦明カニ之ヲ認識シ得ル所ナリ此實在ヲ本トシ之ニ關スル法律關係ヲ見テ其間ニ矛盾ナキ說明ヲ立テんカ爲メニ法律學者ハ爰ニ國家法人説ヲ抽象シタルモノナリ法律學ハ「某ハ之ヲ法人トス」ト明記シアラサレハ「某ヲ法人ト解セサル」程迂遠ナルモ

ノニ非ス又國家其モノヨリ謂ヘハ自己ノ定メタル法律ヲ以テ自己ヲ法人ナリト宣言スル必要ハナシ事物ノ法律上ノ性質ノ認識ハ法律學者ノ爲スヘキ職分ニシテ法律其モノノ職分ニ非ス法律ノ明確ナル規定ナクハ事物ノ法律上ノ性質ヲ認識シ得サルカ如キ者ハ法律學者タル資格ヲ缺クモノナリ人類ノ特質ハ個々ノ現象ヲ検査シ之ヲ綜合シテ一個ノ法規ヲ發見スルニ存ス是レ實ニ法ノ發生スル根原ナリ個々ノ現象ヨリ綜合シテ一ノ規範ヲ發見スルハ實ニ人類ノ特性ニシテカントノ所謂範疇命令ノ要求ナリ此特性ハ既ニ兒童ニ於テモ之ヲ發見スルヲ得ヘシ殺人ヲ犯罪ト定義シ貸借ヲ契約ト定義シ後者ヲハ更ニ意思表示ノ範疇ニ入レ更ニ此等ヲ行爲ノ觀念ニ綜合スルハ人類ノ思想ノ特質ニ非スヤ若シ同様ノ特質ヲ有スル個々ノ現象ヲ綜合シテ之ヲ一個ノ觀念ノ下ニ排列スル能力ナクハ法規ナルモノハ一切成立セス又存在スル能ハサルヘシ人ニ非スシテ權利義務ノ主體タルモノ之ヲ法人ト謂フ吾人ハ先ツ私人ト同一ノ地位ニ立ツ法人ヲ綜合シテ之ヲ私法人ノ觀念ノ下ニ綜括ス更ニ私法人ト竝ヒテ公法上ノ法人アリ是ニ於テカ公法人ト私法人トヲ併セテ之ヲ法人ナル上級

觀念ノ下ニ綜括ス茲ニ國家ナルモノアリ人類制度ノ最大實在トシテ一定ノ組織ヲ有シ權利ヲ有シ義務ヲ負フ此事實ヨリ抽象シテ吾人ハ之ヲモ法人ノ觀念中ニ採取スルナリ國家ヲ法人ト解スルコトハ斯クノ如クシテ人類思想ノ法則ノ必然ノ要求ニ出ツルモノナリ

論者或ハ曰ク「國家ノ人格ハ其對外關係ニ於テ存スルコトハ之ヲ否定スル能ハス恰カモ人カ他人ニ對スル關係ニ於テ人格タルト同シ然レトモ國家内部ノ關係ニ於テハ多少趣ヲ異ニス人類ノ内部組織ニ於テハ頭腦カ全身ヲ支配ス之ト同シク國家モ亦其内部ノ關係ニ於テハ國家ノ最高機關即チ君主國ニ於テ謂ヘハ君主カ之ヲ支配スルモノニシテ從テ統治權ハ國家ニ在ラス君主自身ニ在リ」ト此說ハ國家ヲ以テ全然人類ニ比スルモノニシテ又對内關係ニ於テハ全ク國家ノ人格ヲ否認セントスルモノナリ然レトモ國家ハ人類ト同一ノ有機體ニ非ス且ツ國家カ内ニ對スル關係ニ於テ人格タラスト謂フハ現在ノ國家生活ヲ度外視シタルモノナリ憲法第二章ハ明カニ臣民ノ權利ヲ規定ス國家カ臣民ニ對シテ統治權ヲ行フ場合ニ於テモ尙ホ臣民ニ權利アリト曰ハハ統治關係ニ於テ

モ國家ハ義務ノ主體タルヘク從テ國家ト臣民トノ關係ハ人格者間ノ關係タルヘシ此ノ如キ關係ハ其他ノ場合ニモ尙ホ甚タ多シ故ニ論者ノ比喻ハ之ヲ採用スル能ハス

國家ハ法律上無制限ノ活動力ヲ有ス夫レ故ニ自カラ制限スルノ力アリ爲スノ力ハ爲ササル力ヲ包含ス國家カ其權力ヲ制限シ自カラ定メタル法規ニ依リテ拘束セラルルコトヲ認メ個人ト同シク法規ノ下ニ支配セラルルコトヲ承認スル以上ハ彼ト臣民トノ關係ハ權利義務ノ關係トナリ人格者間ノ關係トナリ從テ國家ハ法律上ノ人格ト看做サルヘシ此コトハ獨リ私法ノ上ニ於テノミナラス憲法政治ノ主要ノ目的ハ此ノ如キ國家ノ自制ニ在リ統治權ノ行使ニ際シテモ國家ハ又人格トシテ個人ニ對スルコトカ法治國ノ目的ナリ斯クテ公法ノ上ニ於テモ亦國家カ人格ト看做サルニ至ルヘシ其關係ハ既ニ前ニ述ヘタルカ如シ

第三說即チ「我國ニ於テハ天皇カ統治權ノ主體ナリ若シ國家カ人格ニシテ又統治權ノ主體ナラハ天皇ハ國家ノ機關タルニ過キササルヘシ是レ我カ國體ノ許サ

君主統治主
體說ノ根柢

憲法第一條
ノ規定

サル解釋ナリト謂フ説明ハ從來我國ニ於テモ二三學者ノ間ニ行ハルル所ニシテ特ニ其理由トスル所カ國體云々ノ文字ニ在ルカ故ニ頗フル俗人ノ注意ヲ惹クニ至レリ吾人ハ最後ニ此說ノ當否ヲ批判セラルヘカラス

「國家ハ法人ニ非ス統治ノ主體ニ非ス統治ノ主體ハ君主ナリト唱フル說ノ理由トスル所ハ約四アルカ如シ即チ左ノ如シ

其一ハ帝國憲法第一條ノ規定ナリ同條ニハ「大日本帝國ハ萬世一系ノ天皇之ヲ統治ス」ト規定セリ日本ヲ統治スル者ハ天皇ナリ既ニ天皇カ帝國ヲ統治セラルル以上天皇カ統治權ノ主體タルハ一點疑ナキ所ナリト謂フナリ

吾人ハ之ニ對シテ次ノ如ク説明セン、我カ憲法第一條ニ「大日本帝國ハ萬世一系ノ天皇之ヲ統治ス」トアルハ何人モ之ヲ認ム然レトモ我カ憲法第一條ノ重點ハ「萬世一系ノ天皇」ト謂フ文字ニ在リ即チ我日本帝國ノ統治權ハ萬世一系ノ天皇之ヲ行フヘキモノニシテ神武天皇ヨリ一系相承ケタル天皇ノ外ニハ帝國ヲ統治スル君主ナキコトヲ言明シ又此萬世一系ノ天皇以外ノ者ノ介入ヲ許ササルコトヲ明ニシタルモノナリ然レトモ憲法第一條ニ「統治ス」トアルノ故ヲ以テ當

然天皇カ統治權ノ主體ナリト謂フ議論ヲ抽出スル必要ナシト信ス何トナレハ「統治」ストアルハ果シテ主體トシテ統治スルヤ機關トシテ統治スルヤノ問題ヲ決定スルニ足ラサレハナリ若シ憲法第一條ノミカ國家並ヒニ君主ノ國法上ノ性質ヲ明カニスル唯一ノ條文ナリトセハ同條ニ所謂國家ハ統治ノ客體トナリ了ラン即チ國土及臣民ノミヲ指ス語ニ過キササルカ故ニ君主ハ國家以外ニ立チテ國家ノ構成分子タラサルニ至ラン此非難ハ既ニ前ニ「國家ハ統治ノ客體ナリト謂フ說ヲ批判セル際ニ述ヘ置キタルヲ以テ今茲ニ細說スル必要ナシ若シ君主カ國家以外ニ在リ國家ノ上ニ在リト謂ハハ其君主カ統治ノ物體タル國家ニ對シテ有スト稱セラルル統治權ナルモノハ國家ヲ超越セル法規即チ國家ノ上ニ存スル超國家的法規ニ基カサルヘカラス而カモ此ノ如キ超國家的法規ナルモノハ帝王神權說又ハ家產國家主義ノ下ニ於テ初メテ其存在ヲ是認セラレ得ヘキモノニシテ今日ノ法學ニ採用スル能ハサルモノナリ憲法ハ超國家的ノ神法ニ非ス自然法ニ非ス又中世ノ封建法ニモアラス國家ノ法タリ國家ノ憲法タリ憲法自身モ亦大日本帝國憲法ト規定セリ教育勅語ニモ國憲ト謂ヘリ既ニ憲

法カ國家ノ法ニシテ國家以外ニ存在セサルモノトセハ其憲法ノ規定スル所ノ君主カ國家以外ニ立チ國家ヲ超越セル地位ヲ有スルモノニ非サルヤ明カナリ特ニ憲法第四條ニハ天皇カ國ノ元首タルコトヲ明カニシ國家ノ中ニ在ルコトヲ規定セル以上ハ國家ト君主トノ分立即チ統治ノ客體トシテノ國家ト統治ノ主體トシテノ君主トノ分立ハ之ヲ認ムルコトヲ得ス

其二ハ帝國憲法第四條ノ規定ナリ同條ニハ「天皇ハ國ノ元首ニシテ統治權ヲ總攬シ此憲法ノ條規ニ依テ之ヲ行フ」ト規定セリ論者ハ此條文ヲ楯トシ統治權ヲ總攬スルト謂フハ單ニ統治權ノ行用ヲ總フルノ意味ニアラス統治權其モノヲ所持セラルルノ意ナリ總攬トハ總括攝持ト謂フコトナリ即チ統治權ヲ所有セラルルコトヲ言ヒ表ハス文字ナリ憲法第四條ノ前半ハ天皇カ統治權ノ所持者タルヲ明カニシ後半ハ天皇カ此統治權ヲ憲法ノ條規ニ依テ行ハルルコトヲ明カニセルモノナリ即チ同條ハ統治權ノ所在ト其行用ノ形式ヲ定メタルモノナリ然ラハ憲法第四條ヨリ觀ルモ天皇カ統治權ノ主體タルハ明カナリト謂フナリ

此點ハ論者ノ議論ノ根據トシテハ頗フル有力ナルモノナリ我憲法第四條ト同様ノ規定ハ帝政時代ノ獨逸各支分國ノ憲法ニハ多ク存在セリ(バイエルン舊憲法第二章一條、ザクセン舊憲法四、ザクセン、プロシヤ舊憲法三、プロシヤ舊憲法三、ザクセン、アムステルダム舊憲法五、ヘッセン舊憲法四、ザクセン、コールブルック舊憲法一、第統ロイス一八五六年六月十日憲法五、シユヴルツブルグ舊憲法四、ザクセン、シユヴルツブルグ舊憲法四、ザクセン、シユヴルツブルグ舊憲法三、シヤウムブルヒ、リッペ舊憲法五)其條文ハ大同小異皆君主ハ統治權ヲ總攬ス(vereinigt in sich alle Rechte der Staatsgewalt)ト規定セラレタリ此條文ノ結果トシテ獨逸ノ公法學者中ニハ特ニ君主ノ地位ヲ他ノ機關ト區別シ統治權ノ總攬者(Träger der Staatsgewalt)ノ名ノ下ニ説明スル者少ナカラス曰ク「統治權ノ總攬者ハ自己固有ノ權即チ何人ヨリモ繼承セスシテ自己固有ノ權トシテ統治權ヲ有スル者ヲ謂フ君主國ニ於ケル君主ハ其一切ノ權限ヲ固有ス彼ハ國家ヲ代表スレトモ民主主義ニ基ク國家ノ君主又ハ攝政ノ如ク他人ノ名ニ於テ統治權ヲ行フモノニ非ス彼ハ一切ノ國權ヲ其一身ニ集ム此結果彼ハ廣キ權限ノ推定ヲ受ク即チ法ノ禁セサル限リ一切ノ統治權能ヲ行フコトヲ得ヘシ之ニ反シ他ノ機關ハ法カ明示的ニ與ヘタル權能ノ外ニハ何物ヲモ有セス」ト

之ニ依レハ獨逸ノ支分國ニ於ケル君主ノ地位ハ其實質ニ於テハ我カ天皇ノ地位ト同一ナリト謂フコトヲ得ヘシ之レカ爲メニ獨逸學者ノ中ニハ君主ノ機關性ヲ説明スルニ少ナカラス苦心スルモノアルヲ見ルハ恰モ我カ國ニ於テ君主ヲ機關ト解スルヲ難スルモノアルカ如シ今ゲー、マイヤーノ說ヲ引用センカ氏ハ其著獨逸國法學五號ニ「國家機關及統治權ノ總攬者」ト題シテ説明スラク「國家ハ抽象的觀念ナリ去レハ國家ハ自己ニ屬スル權利ノ行使ニ付キ自然人ヲ要ス國權ノ行使ハ或ハ一個人ニ委任セララルコトヲ得ヘク或ハ又合議的ニ組織セラレタル人ノ多數ニ委任セラレ得ヘシ此ノ如キ委任ヲ受ケタル人又ハ人ノ多數ノ意思及ヒ行爲カ國家ノ意思又ハ行爲ト看做サルトキハ之ヲ國家機關ト謂フ(中略)機關ノ觀念ノ外ニ統治權ノ總攬者ノ觀念ヲ生セリ國權ヲ固有ノ權トシテ有スル一人又ハ人ノ多數ヲ統治權ノ總攬者ト謂フ(中略)統治權ノ總攬者ノ觀念ヲ立ツルハ統治權ノ統一及不可分性ノ要求ニ基クニ非ス蓋シ國權カ觀念上統一のタルヘキコトハ決シテ夫レカ多數ノ機關ニ依リテ行使セララルコトヲ妨クルモノニアラサレハナリ例ヘハ古代獨逸帝國ニ於テハ皇帝ト帝國換言

スレハ皇帝ト帝國議會カ帝國ノ國權ノ所有者 (Inhaber) ト看做サレ自由市ニ於テハ國權ハ「セナート」ト議會トニ屬シ英國ニ於テハ國權ハ兩院ト結合セル國王ニ屬ス云々ト之ニ由テ之ヲ觀ルニマイヤーカ統治權ノ總攬者ヲ他ノ機關ト區別シ且ツ之ヲ統治權ノ所有者 (Inhaber) ト説明セルハ知ラス識ラス國權ノ總攬者ヲ國權ノ主體ト看做ス斷案ニ陥リタルモノナリザイデル、ポールンハツクノ如キニ至リテハ明白ニ君主ヲ統治權ノ主體ナリト説明ス以テ如何ニ彼國ニ於テモ統治權ヲ總攬スレフ條文カ君主ニ特別ノ地位ヲ附與スルモノタルコトヲ知ルニ足ラン然レトモ我カ憲法第四條ノ規定アルニ拘ラス吾人カ尙ホ君主ヲ國家ノ機關ト解セサルヲ得サルハ實ニ國家ノ本質ヨリ生スル法理ノ要求ナリ余ハ今左ノ命題ヲ擧ケテ其然ラサルヘカラサル所以ヲ論セム

(イ) 國家ハ公法私法ノ上ニ於テ人格ナリ

(ロ) 君主ハ國家ノ元首ナリ

(ハ) 權利ノ内容ハ法律利益ナリ法律利益トハ法カ認メタル利益ナリ從テ「權利カ或主體ニ歸スル」ト謂フコトハ二ツノ條件ヲ必要トス(一)ハ其權利カ主體

自身ノ利益ノ爲メニ法ニ依リテ認與セラレタルモノナルコト(二)ハ其權利
主體カ表示シタル意思ハ其主體ノ意思トシテ效力ヲ生スルモノニシテ他
ノ人格ノ意思トシテ效力ヲ有スルモノニ非サルコト

右(イ)ノ點ニ付テハ前ニ詳説セリ既ニ述ヘタルカ如ク國家ヲ人格ト看做シ統治
權ノ主體ト看做ササレハ今日ノ法的現象ヲ解釋スル能ハサルモノトセハ國家
ト竝ヒテ更ニ君主ヲ統治主體トスルコト能ハス然ラハ天皇ハ統治權ノ總攬者
ト謂フ國家最高ノ機關ナリト説明スルノ外ナシ吾人カ君主ヲ機關ナリト謂フ
ハ之ヲ他ノ國家機關ト同一ナリト謂フニ非ス君主ト他ノ國家機關トノ間ニハ
重大ナル區別アリ然レトモ國家ヲ統治權ノ主體タル法人ト解スル結果説明ノ
必要上已ムヲ得ス統治權ノ總攬者ト謂フ名ヲ設クルニ過キス此コトハ我國ニ
於テモ一木博士ニ依リテ既ニ久シキ以前ヨリ唱ヘラレタル所ニシテ敢テ新規
ノ説ニ非ス博士ハ其國法學講義ニ於テ統治權ノ總攬者ト謂フハ統治權ノ主體
ト謂フ意味ニ非ス統治權ノ主體ハ國家自身ナリ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説明セラレタリ是レ蓋シ國家ヲ統治權ノ

主體トスル以上必然生スヘキ斷案ニシテ論理ノ要求ニ出ツルモノナリ若シ然
ラスシテ國家ヲ統治權ノ主體トスル傍ラ君主ヲモ統治權ノ主體ト解スルナラ
ハ甚タシキ論理ノ矛盾ニ陥ラン今此種ノ論者ノ説ニ就テ批判ヲ試ミン

故穂積博士ハ國家ノ性質ニ付キテ次ノ如ク説明セリ曰ク

「獨逸ノ學者ノ一般ニ定義スル所ハ國家ハ法人ナリト謂フ定義ナリ此説ハゲ
ルベル及ヒラーバンド等ニ依リテ専ラ主張セラルル法人説ノコトハ前ニモ略
述ヘタリ別ニ深キ意味アルニ非ス人間ニ非スシテ權利ノ主體タルモノヲ法
人ト稱ス國家モ權利ノ主體ナルカ故ニ法人ナリト謂フニ過キス別ニ當然ノ
コトニシテ深ク非難スヘキ所モナシ唯從來ノ國法學ハ私法的ノ觀念ヲ以テ
説明シタル弊アルカ故ニ故ラニ法人ト謂フ民法ニ發達シタル言葉ヲ用キタ
ルノミ吾輩ハ此説ハ唯國家ハ人格ヲ有スト謂フ説明ナリト見テ之ニ同意ヲ
表スル所ナリ而カシ或ハ此法人説ヲ誤解シテ國家ハ法人ナリト謂フハ主權
ハ君主ニ在ルニ非スシテ人民ニ在ルコトヲ意味スルモノナリトナス學者モ
アリ而カシ法人ト謂フ觀念ハ權利ノ主體タルコトヲ意味スルニ止マリテ主

權者ノ何人ニ在ルカハ別問題タルヘシ故ニ君主國ニテモ共和國ニテモ國家ハ人格ヲ有スト謂ヒテ差岡ナシ唯吾輩ハ故ラニ民法ニ用キ來レル法人ト謂フ言葉ヲ以テ之ニ當テ適メルコトハ不必要ニシテ單ニ國家ハ人格者ナリト謂フヲ正確ナリトス(中略)國家ハ法律關係テアルカ法ハ目的テアルカ法ハ主體テアルカ吾人ハ主體說ヲ採ル者ナリト

博士又曰ク

「吾輩カ國家ハ主權即チ統治權ノ主體ナリト説明スルコトニ反對シテ國家ハ主權者ノミナラス人民モアリト謂フカ如キ駁論ハ恰カモ人身窮理ノ說ヲ以テ法學上人ト謂フ定義ヲ攻撃スルカ如シト」(憲法講義筆)

此ノ如ク穗積博士ハ國家ヲ法人格トシ又統治權ノ主體ト解セリ蓋シ斯ク解セサレハ國家ノ法律上ノ性質ヲ説明スル能ハサルニ因ル然レトモ博士ハ又一方ニ於テハ君主カ統治權ノ主體ナルコトヲ極論セリ而カモ此國家法人說ト君主主權說トノ調和ハ到底不能ナリ茲ニ於テカ博士ハ「國家即君主說」ヲ唱ヘ「國家カ統治權ノ主體テアリ又君主カ統治權ノ主體テアル以上或學者カ君主ハ國家ナ

博士ノ二元論

ボールンハツクノ說

リト唱ヘタリトテ敢テ不當ノコトニ非スト説明シ暗ニ普國公法學者ボールンハツクノ「君主即國家說」ニ裏書セリ

ボールンハツクモ亦國家ヲ統治權ノ主體ナリト認ム而カモ彼ハ君主ヲ以テ尙ホ統治權ノ主體ナリト爲スカ故ニ其論旨全ク穗積博士ノ夫レト同シ氏ハ其著普西國法第一卷六十四頁ニ於テ説明スラク

「國家ハ統治權ノ主體ナリ君主國ニ於ケル統治權ノ主體及淵源ハ君主ナリ故ニ國家ト君主トハ統治權ノ主體タル點ニ於テ同一ナリト」

近來我國ニ於テ清水博士カ其憲法篇ニ於テ說ク所モ亦以上二說ト同一ナリ國家ヲ統治權ノ主體ト解シナカラ又一方ニ君主ヲ統治權ノ主體ト觀ル說ヲ稱シテ二元論ト謂フ然レトモ此議論ハ明白ナル論理上ノ錯誤ヲ伴フモノナリ穗積博士モボールンハツクモ「國家ハ統治ノ主體ナリ」君主ハ統治ノ主體ナリ「夫レ故ニ君主ハ國家ナリ」テフ三段論法ヲ以テ問題ヲ解決セントセリ此三段論法ハ a = c b = c ∴ a = b ト同一ニ見ラルルモ實ハ全ク異ナリ此項式ハ正確ナリト雖モ前ノ兩氏ノ說ハ此三段論法ト符合スルモノニ非ス第一ニ國家カ統治ノ主體タ

ルコトト君主カ統治ノ主體タルコトトハ決シテ兩立セサル二個ノ命題ナリ國家カ統治ノ主體ナラハ君主ハ其最高機關タラサルヘカラス又反對ニ君主カ統治ノ主體ナラハ國家ハ統治ノ客體タルヘク決シテ統治ノ主體タルヲ得ス此兩立セサル二個ノ命題ヲ前提トシテ三段論法ヲ構成セルカ故ニ「君主ハ國家ナリ」テ矛盾極マル斷案ヲ生シタルナリ君主ハ國家構成ノ一分子ニ過キサル以上夫レカ全體タル國家ト同一タル理由アルヘキ善ナシ右ノ論理ノ誤マリハ恰カモ「兄ハ滿十歳ト六ヶ月ナリ」弟ハ滿十歳ト六ヶ月ナリ「夫レ故ニ兄ト弟トハ同年ナリ」ト謂フ三段論法ト同一ナリ雙兒ノ場合ヲ除キ兄カ滿十年六月ナルニ弟モ亦滿十年六月ナルヘキ理由ナシ此兩立セサル二個ノ命題ヲ前提トスルカ故ニ「兄ト弟トハ同年ナリ」テフ斷案ヲ生スルナリ國家ト君主トノ雙方ニ對シ同時ニ統治ノ主體性ヲ歸スルコトハ不可能ナリ而シテ國家ト君主トノ孰レヲ統治ノ主體ト觀ルヘキカト問ハハ如何ニ考フルモ國家ヲ統治主體タル人格ト觀サレハ今日ノ國家的法律現象ヲ解決スルコト能ハス穂積博士ノ如キポールンハツクノ如キ君主主權說ヲ固持スル學者ニシテ尙ホ一方ニ國家ヲ統治主體ト觀ル

ノ已ヲ得サルモノアルハ全ク之レカ爲メナリ既ニ國家カ統治主體ナリトセハ論理ノ矛盾ヲ避クルカ爲メニハ君主ハ統治權ノ總攬者ト謂フ最高ノ國家機關ト解スル外ナカルヘシ

右(ロ)ニ所謂君主ハ國家ノ元首ナリト謂フ點ハ既ニ憲法第四條ノ明文アルカ故ニ之ヲ爭フノ餘地ナカルヘシ元首ノ文字ハ獨逸語ノ Oberhaupt ニ基ク即チ頭ト謂フ義ナリ此文字ハ國家有機體說ヨリ出テタル用語ニシテ人ニ首アルカ如ク國家ニモ亦其首腦アルコトヲ示シタルモノナリ而カモ人體ニ於ケル首又ハ頭腦ハ人ト謂フ人格者ノ中ニ在リ其構成分子タリ又機關タリ而シテ甲ト謂フ人ノ有スル權利ノ主體ハ甲ト謂フ人ニシテ甲ノ首又ハ頭腦ニ非サルコトハ何人モ疑フモノナカルヘシ然ラハ人體ノ首ニ相當スル國家ノ首又ハ頭腦タル君主カ國家ト稱スル人格ノ有スル權利ノ主體ナリト解スルコトハ又不可能ナルヘシ此ノ如ク憲法第四條ノ明文中ニモ君主ヲ國家ノ機關トスル文字アル以上ハ吾人カ君主ヲ國家最高ノ機關ナリト解スルコトハ當然ニシテ何ノ不可モナキナリ

最後ニ右(ハ)ニ擧ケタル理由ニ付テハ多少ノ反對アラン特ニ「權利ハ主體自身ノ利益ノ爲メニ法ニ依リテ認與セラレタルモノナルコトヲ要ス統治權ハ國家ノ利益ノ爲メニ存スルモノニシテ君主一身ノ利益ノ爲メニ存スルモノニアラス故ニ君主ヲ統治權ノ主體トナスハ非ナリ」ト謂フ點ニ就テハ二三學者ノ非難アリ曰ク「權利ハ必スシモ主體ノ利益ノ爲メニノミ認メラルルニ非ス否ナ或場合ニハ全ク他人ノ利益ノ爲メニ認メラルルコトアリ例ヘハ親權戶主權ノ如シ親權ハ子ノ保護ノ爲メニ存シ戶主權ハ家族ノ保護ノ爲メニ存ス然レトモ親權及ヒ戶主權共ニ權利トシテハ親又ハ戶主ニ屬スルモノナリ統治權モ亦之ト同シ夫レカ國家ノ利益ノ爲メニ存スルモ權利トシテハ尙君主ニ屬ス」ト然レトモ此種ノ說ハ法益即チ法ノ認メタル利益ノ歸屬者ト事實上ノ利益ノ歸屬者トヲ混同セルモノナリ凡テ法カ或人ニ權利ヲ認ムルヤ必ス其人ノ利益トシテ之ヲ認ム權利ノ主體ハ法益ノ歸屬者其モノニシテ其以外ニ無シト謂フハ之レカ爲メナリ而シテ其權利行使ノ事實上ノ結果カ何人ノ利益トナルカハ問フ所ニ非ス且ツ親權戶主權ノ如キ一見子又ハ家族ノ利益ノ爲メニノミ存スルカ如ク觀セ

ラルルモ仔細ニ民法ノ條文ヲ見レハ明カニ法律カ之ヲ親又ハ戶主ノ利益ノ爲メニ認メタル趣旨ヲ發見スヘシ假令論者ノ說ヲ是認スルトスルモ權利ノ主體ハ法益ノ歸屬者タルコトハ權利ノ性質上動カスヘカラサル原則ナルカ故ニ若シ此原則ニ反シ法益ノ歸屬者以外ニ權利主體ヲ認メムトセハ法律ニ明白ナル規定ナカルヘカラス親權又ハ戶主權ニ付テハ明白ナル規定アリ統治權ニ付テハ明白ナル規定ナシ故ニ原則ニ依リ國家ノ利益ノ爲メニ存スルカ故ニ國家ノ權利ナリト説明スルハ當然ノコトニ屬ス特ニ君主ヲ統治權ノ主體トスレハ其表示シタル意思ハ權利主體タル君主ノ意思表示トシテ效力ヲ生スルモノニシテ他ノ人格ノ意思トシテ效力ヲ生スルモノニアラス是レ果シテ我國法上是認シ得ヘキ所ナルカ然ラス天皇ノ表示セル意思ハ天皇ノ意思トシテ效力ヲ生スルニアラスシテ國家ノ意思トシテ效力ヲ生スルモノナリ天皇ノ欽定セラレタル憲法ハ國家ノ意思ナリ國家ノ法典ナリ大日本帝國憲法ナリ其他法律勅令皆同一ニシテ國家ノ意思トシテ效力ヲ有スルモノナリ若シ夫レカ天皇御一人ノ意思タルニ止マラハ明治天皇崩御後其欽定セラレタル憲法カ何故ニ今ニ至ル

迄效力ヲ有スルカ獨リ憲法ノミナラス先帝ノ發セラレタル一切ノ法令ハ夫レカ國家意思トシテ效力ヲ有セサルモノトセハ今上陛下ノ踐祚ト共ニ皆消滅シテ其效力ヲ失フヘキ道理ナリ然レトモ何人モ斯カルコトヲハ信セサルヘシ太政官カ廢セラレルモ太政官布告又ハ違ハ今モ尙ホ其效力ヲ有ス何トナレハ太政官ハ國家機關トシテ其發セル法規ハ永遠ニ存續スル日本帝國ト謂フ人格ノ意思表示タルヲ以テナリ天皇カ更替スルモ天皇ノ在世中發セラレタル法令ノ效力ハ寸毫ノ影響ヲ受ケス何トナレハ天皇ハ國家ノ機關ニシテ其發セラレタル法令ハ永遠ニ存續スル日本帝國テフ人格ノ意思表示ナレハナリ若シ斯ク説明セサレハ先代ノ天皇ノ制定セラレタル法令カ後代ノ天皇ノ御代ニ其效力ヲ保有スルコトヲ説明スル能ハサルヘシ

其三ハ我憲法發布ノ前文ナリ此勅語ニハ「國家統治ノ大權ハ朕カ之ヲ祖宗ニ承ケ子孫ニ傳フル所ナリ」ト宣セラレタリ然ラハ天皇カ統治權ノ主體タルコト明カナリト謂フ議論ナリ

此說モ亦一應理由アルカ如キモ此宣言ハ寧ロ「祖宗ニ承ケテ子孫ニ傳フ」ト謂フ

憲法發布ノ勅語

我建國ノ歴史

點ニ重キヲ置キタルモノナリ帝國ヲ統治セラレル天皇ノ地位ハ神武天皇以來歷代相承ケテ一系不變ノ皇統ニ依リ子孫無窮ニ傳ハルコトヲ明カニセシモノナリ必スシモ天皇カ統治權ノ主體ナリテフ法律論ヲ構成スルノ目的ヲ以テ此ノ如キ前文ヲ定メラレタルモノト考フル必要ナシ況ンヤ此統治ノ大權ハ天皇カ自己ノ利益ノ爲メニ之ヲ行ハルルニアラスシテ國家全體ノ爲メニ行使セラレルカ故ニ天皇ハ大權ヲ私有セラレルコトナク國家ト謂フ人格ノ爲メニ之ヲ行使セラレルモノナリ既ニ自己ノ利益ノ爲メニセシテ國家ノ利益ノ爲メニ行ハルル以上法理論トシテハ統治權ハ國家其モノニ存シテ天皇ノ有セラレル統治ノ大權ハ最高機關タル地位ニ伴フ權限ト解スヘキナリ

其四ハ我建國ノ歴史ニ基ク議論ナリ即チ反對論者ハ「我國ニ於テハ神武天皇以來歷代ノ天皇ハ統治權ノ主體タル觀念カ確定セリ國家ハ法人ニシテ統治主體ナリ天皇ハ統治ノ機關ニシテ國家ニ屬スル統治權ヲ行使スルニ過キス」ト謂フカ如キハ近時ニ於テ初メテ發生セル法理的觀念ニシテ我國ニハ古來此ノ如キ觀念存在セス」ト謂フ議論ナリ

此點モ亦一應之ヲ辯セサルヘカラス外國ニ於テハ時代ヲ異ニシテ國家現象カ
變遷セリ例ヘハ或時代ニハ君主ハ領土及臣民ヲ其所有物ト看做シタリ前ニ述
ヘタル家産國家ハ即チ是レナリ又或時代ニハ階級代表ノ會議ヲ設ケ君主ト人
民トハ利害關係ヲ異ニシテ相對峙スル二個ノ主體ノ如ク看做サレタル時代ア
リキ其後警察國時代即中央集權ヲ行ヒ專制政治ヲ斷行セル時代ヲ經テ遂ニ今
日ノ立憲政體ニ移リタルモノナリ然ルニ日本ニ於テハ全然反對ノ現象アリ我
國ニ於テハ建國以來君民ノ間ニ和衷協同ノ實行ハレ歷代ノ天皇皆國民福利福ノ
ミヲ眼中ニ置キテ帝國ヲ統治セラレ建國以來未タ嘗テ其統治ノ大權ヲ私ノモ
ノト考ヘラレタル事實ナシ仁德天皇ノ君ヲ置クハ民ノ爲メナリ民ノ富ハ朕ノ
富ナリト勅リ玉ヒシハ獨リ仁德天皇御一人ノコトニ非ス。歷代ノ天皇皆此思想
ヲ以テ帝國ヲ統治セラレタルモノナリ。歷代ノ天皇ハ統治權ヲハ團體ノモノト
シ自カラハ國家ノ爲メニ此大權ヲ行使セラレタルモノナリ。我國ニ家産國家ノ
思想ハ起ラサリシコトハ實ニ歷世ノ天皇カ帝國領土ノ寸地タリトモ又臣民ノ
一人タリトモ自己ノ所有ト考ヘラレタルコトナキニ因ル換言スレハ帝國ハ既

ニ建國ノ初ヨリシテ團體的國家トシテ今ニ及ヒタルモノナリ抑々家産國家ハ
私法上ノ觀念ニ基クモノニシテ國土人民ヲ私有物トシ從テ私法上ノ財產相續
ノ觀念ヲ以テ國土人民ヲ相續セシメタルカ故ニ時ニ國土ノ分割カ行ハレタル
モ我國ニ於テハ事實ハ全ク異ナリ古來國土人民ヲ天皇ノ私有物ト考ヘタルコ
トナシ天祖ノ勅ニ瑞穗國是吾子孫可王之地宜爾皇孫就而治焉トアルヲ見ヨ王
ト謂ヒ治ムルト謂フコトハ既ニ私法上ノ觀念ニアラス公法上ノ觀念ナリ既ニ
神代ヨリシテ財產相續ト統治ト謂フ公法關係カ區別セラレ居ルニ非スヤ加フ
ルニ我國ハ萬世一系相承クル皇統ヲ戴クカ故ニ國土ハ君主ノ唯一不可分性ヨ
リシテ當然ニ其分割ヲ許スヘカラサルモノトナリ了レリ。獨逸ノ王家カ或ハ家
法ニ依リ或ハ遺言ニ依リ或ハ契約ニ依リテ國土ノ分割ヲ禁シ漸ク領土不可分
ノ主義ヲ建テテ其勢力ヲ維持シタルニ反シ我國ニ於テハ建國以來君主ハ唯一
ニシテ又家産主義ノ發生ナク國土ノ分割ノ如キハ夢想スル能ハサリシナリ此
等ノ事實ニ徴スレハ我國ニ於テハ歷代ノ天皇カ常ニ國家ノ機關トシテ統治權
ヲ行使セラレタルコトヲ知ルニ足ル是レ我建國ノ體制カ西洋諸國ト異ナリ上

下和衷天皇モ人民モ一體トシテ國家ヲ團體ヲ形成シ維持シタルニ因ル歐洲ニ於テハ君主人民ハ相對峙スル二元素トシテ幾多ノ政争ヲ經斯クテ國家ノ隆昌ハ到底君民ノ軋轢ニテ達スル能ハサルコトヲ覺リ人民モ國家ノ目的ヲ達スル必要上君主ニ服從シ君主ハ又國家ノ目的ヲ達スル必要上其權力ヲ自制シ茲ニ始メテ理性ニ依ル國家の生活カ實現セラレ國家ハ君主人民ヲ包容スル一個ノ人格ナリ君主モ亦其機關ニ過キスト謂ク法理カ確定セルニ至リシモノナレトモ我國ニ於テハ建國ノ體制上歐人カ茲四五十年來漸ク實行スルニ至リシ國家の生活ヲハ既ニ建國以來實行シ來リシモノナリ若シ仔細ニ我建國ノ歴史ヲ檢スレハ其結果ハ却テ君主機關說ニ動カスヘカラサル材料ヲ供スルニ至ラン吾人ハ茲ニ國家人格論ニ反對スル君主主權論ヲ論破シ盡セリ國家人格論ハ今日ノ法的現象ヲ解釋スルニ必要缺クヘカラサル議論ニシテ從テ君主ハ國家ノ最高機關タルコトハ右縷述セルカ如シ然ルニ我國ノ學者ニハ國家法人說ヲ以テ民主主義ニ基クモノトナスモノアリ上杉博士是レナリ此ノ如キ議論ハ眞面目ニ辯駁スル必要ヲ見スト雖モ俗論ヲ援イテ法理論ヲ壓迫スルノ材料トスル

虞アルカ故ニ一應其妄ヲ辯セム

上杉博士ハ歐羅巴人カ國家ヲ人格ト解スルハ民主主義ノ結果ナリト曰ヒ又凡テ國家法人說ナルモノハ民主ノ思想ヲ法學ノ範ニカケテ壓搾シタルモノナリ其本義民主共和ニ在ルコトハ余カ夙ニ主張シタル所ナリ是レ余ノ一家言ニ非ス歐羅巴學者國家法人說ヲ唱フル者ノ齊シク認ムル所ナリト曰ヘリ(大鳴第十八號所載同氏論文參照尙ホ氏ノ著憲法述義ノ中ニ)然レトモ國家ヲ法人ト解スルコトハ今日ノ法的現象ヲ解スル上ニ於テ是非共必要ナルコトニシテ民主主義又ハ君主主義ニハ全然無關係ノ議論ナリ此コトハ既ニ前ニモ述ヘタリ特ニ極力君主主權說ヲ主張スル者ニシテ尙ホ國家人格說ヲ探ルヲ見ハ此コトハ分明ナラン例ヘハ我カ穂積博士普國ノポールンハツクノ如キ君主主權說ヲ唱ヘナカラ尙ホ國家法人說ヲ主張スル特ニポールンハツクノ如キ穂積氏ニ一步ヲ進メ「國家ノ人格ハ其憲章カ全ク顛覆セララルモ尙ホ存ス例ヘハ君主國ニ於テ王位繼承ノ制度ニ依リ多數ノ有形人ヲ通シテ法律上唯一ノ人格カ存續スルト同シク國家ノ人格モ亦君主ヨリ臣民ニ移ルコトアリ又國民ヨリ君主ニ移ルコトア

リト雖モ其同一國家ノ人格タルコトヲ妨ケス^ト曰ヘリ氏ハ獨リ國家ヲ人格ト認ムルノミナラス民主國カ君主國トナリ君主國カ民主國トナルモ國家ノ人格ハ前後ヲ通シテ同一ナリト曰ヘリ穂積博士ハ君主國ニ於テハ君主カ缺亡スレハ國ハ亡フト説カレタルモポールンハツクハ君主國カ民主國トナルモ國家ノ人格ハ存續スト曰ヘリ蓋シ斯ク説明セサレハ佛國ノ如ク時々國體ニ變化アリシ國ニ於ケル國家生活ノ存續ヲ説明スル能ハサルニ因ル此ノ如ク此兩氏共ニ國家ヲ人格ナリト説明スル點ハ同一ナリ然ラハ此兩氏ハ民主主義ノ懷抱者ナリヤ舊獨逸帝國內ノ各支分國ハハムブルグブレーメン及リユーベツク三國ヲ除クノ外皆君主國ナリキ而シテ此等君主國ニ於テハ多ク君主カ統治權ヲ總攬ス^ト謂フ條文ヲ其憲法中ニ掲ケタリ其掲ケサルモノモ亦同一ノ主義ノ上ニ立チシハ即チ一ナリ而シテ獨逸ノ學者ハ殆ント例外ナク國家法人説ヲ唱フルモ又一方ニハ此等憲法ノ明文ニ基キ決シテ民主主義ヲ唱フルモノニ非ス獨逸ノ故グー、マイヤーハ極メテ君主主義ノ色彩ヲ帶ヒタル學者ニシテ嘗テ非自由主義ノ豫算論ヲ唱ヘ世人ヨリハ獨逸ト土耳其トヲ同視スルモノト迄非難サレタ

ルコトスラアリ而カモ氏ハ國家法人説ヲ主張シ君主ヲ國家ノ機關トス而シテ此ノ如キ主張ハ獨リ白耳義ノ如キ又ハギリシヤノ如キ民主主義ニ基ク君主國ニ於テノミナラス又我國ト同様ノ主義ノ上ニ立テル舊獨逸帝國內ノ各君主國ニ於テモ同様ニ必要ナリシヲ見ハ國家法人説カ民主主義ニ基クナト云フカ如キハ跡形モナキ誣妄ノ議論ナリ俗人ニ取リテハ君主ハ國家ノ機關ナリト云フコトカ奇異ノ感ヲ惹キ起スコトモアルヘシ然レトモ事物ヲ法律的ニ觀察スル者ニ對シテ俗論ヲ以テ之レカ批判ヲナサムトスルハ誤マレリ水ハ化學物理學農學衛生學等各種科學ノ研究ノ目的物タリ而シテ各科學皆水ニ對スル觀察點ヲ異ニス國家ニ就テモ亦同シ法律學カ之ヲ人ト定義スルニ對シ生理學者カ否ナ國家ニ骨ナク肉ナク血管ナク神經ナシ何ソ人ナランヤト謂ハハ論者其迂愚ヲ嗤ハム天皇ヲ國家機關ナリト謂フハ法律學上ノ必要ニ基ク敢テ倫理學上ノ定義ニアラス又愛國論忠君論ト無關係ナリ此點誤解ナカラントコトヲ要ス之ヲ要スルニ今日ノ法律現象ヲ解釋スル上ニ於テ國家ハ一定ノ體トハ且ニ於ケル多數人ノ團體ニシテ獨立ノ統治權ヲ有スル法人格ナリト定義セサルヘカ

ラサルナリ

第三款 國家ニ關スル其他ノ學說

國家ニ關スル學說ハ獨リ前ニ掲ケタル種類ニ止マラス今參考ノ爲メニ其他ノ學說ヲ列舉セン

國家ヲ一個ノ事實ナリトスル說

(一) 國家ヲ一個ノ事實ナリトスル說
國家ハ事實上ノ現象ナリ抽象的ノ觀念ニアラス又單純ナル思想上ノモノニモアラストスル說ナリ此說ハ今モ尙ホ行ハル然レトモ單ニ國家ハ事實ナリト謂フノミニテハ何等國家ノ性質ヲ説明スル能ハサルヘシ吾人カ國家ノ法律上ノ定義ヲ立テントスルハ一定ノ事實ヲ捉ヘ來リ之ニ關係アル法律現象ヲ如何ニセハ矛盾ナク説明シ得ルカノ問題ニ答ヘンカ爲メナリ固ヨリ學者ハ國家ノ法律上ノ性質ヲ論スルニ先タチ夫レカ一ノ事實ナルコトヲ説明ス然レトモ其意味ハ「國家ハ如何ニシテ生シタルヤ如何ナル有様ニ變遷シタリヤト謂フ問題ハ社會學ノ研究スヘキ問題ニシテ法律學ニ於テ論スヘキモノニアラスト謂フニ

止マル即チ社會現象タリ一個ノ事實ナル國家ノ研究ヲ法律學以外ニ置カンカ爲メニ特ニ國家ハ事實ナリト謂フノミ若シ然ラスシテ法家學者カ「國家ハ一ノ事實ナリ」ト謂フニ依リテ國家ノ法律上ノ性質ヲ盡シタルモノト信スルナラハソハ甚シキ誤解ナリ國家カ事實ナルコトハ國家ヲ研究スル凡テノ學科ニ通シテノ前提ナリ又國家ヲ事實ト認識スルコトハ法律學ニ付キ何等ノ智識ナキ者モ亦爲シ得ル所ナラン去レハ國家カ事實ナリト謂フカ如キハ全然法律學ニ無關係ノ説明ナリト謂フヘシ

イェリネツク國家論一三四頁註ニ引用スルカ如ク「此種ノ說ハ Jordan, Versuchs über das allgemeine Staatsrecht 1893, S. 15 ff.; K. S. Zachariae, Virzig Bücher vom Staatsrechts, 51 (國家ハ多數ノ人類カ一ノ法力ニ服従スル事實上ノ關係ナリ云々) Zögl, Grundsätze des Staatsrechts, I S. 1 (定著セル家族カ一ノ定マリタル土地ノ上ニ國民的ニ結合セルモノヲ國家ト云フ) Seydel, Grundsätze der allgemeinen Staatslehre S. 2 (吾人ノ學問ニ向テハ國家ハ單純ニ一個ノ事實ナリ)ニ依リテ唱ヘラレ又國家ノ自然存在ヲ説ク所ノシユライヤーマツヘルフランツプランタ近クハブルノー、シユミツド等ノ說モ亦之ニ類似ス佛人ゲユギーカ「國家ハ事實上ノ力ナリ其原因ハ如何アルモ彼ハ單純ナル事實ノ上ニ存ス」ト謂ヘルモ亦同シ

(二) 國家ヲ一個ノ狀態ナリトスル說

國家ハ一ノ狀態ナリトスル說

國家ヲ其構
成分子ノ一
ト同視スル
モト國ナリ
又ハ政府主
同ノ一視ス
ルト

國家 (Status, Stato, État, state, Staat) ナル文字カ既ニ示スカ如ク國家ハ一個ノ狀態
ナリトハ從來屢々唱ヘラレタル所ナリ自然法學者中ニモ此說ヲ採リシモノア
リ近代ノ學者ニモ亦此說ヲ採ルモノナキニ非ス國家ヲ以テ統治ノ狀態トナス
モノ此ニ屬ス國家カ統治ノ狀態ナルコトハ國家ハ事實ナリト謂フト同シク眞
理ナリ唯後者カ統治ノ狀態ト謂フ文字ヲ用ユル丈ケ前ノ事實說ニ比シテ一歩
ヲ進メタルモノト謂フヘシ然レトモ此定義モ亦國家ヲ單純ナル客觀的ノ現象
トシテ觀察セルニ止マリ其法律上ノ性質ニハ一ツモ接觸スルコトナシ故ニ吾
人ハ此說ヲ採用スル能ハス

Kant, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* § 43 ニ曰ク「國民中ニ於ケル個人ヲ其相互ノ關係ニ於テ
觀タルモノハ國民狀態 (Status civilis) ニシテ其團體員ニ對スル關係ニ於テ全體ヲ稱シテ國家ト謂
フ」 Zöpfl, a. a. O. I. S. 17: Staat = Zustand der Beherrschung; Risschaf, *Allgemeine Staatslehre* 1930 S. 31: Staat = der
einer Gesamtheit von so'alen, auf einem bestimmten Gebiete ansässigen Elementen eigentümliche Zustand der Unterwerf-
ung aller Willen unter einen Willen;

(三) 國家ヲ其構成分子ノ一ト同一視スル說

(イ) 國家ハ君主又ハ政府ト同一ナリトスル說

路易十四世ハ我ハ國家ナリ (L'état c'est moi) ト曰ヘリ然レトモ是レ寧ロ政治論ニ
シテ法律論ニハアラス然レトモ君主即國家ノ觀念ハ法律學者ニ依リテモ唱ヘ
ラレタリ獨逸ニ於テハ此說ヲ以テ有名トナレルボルンハツク(六四—六五頁)
アリ我國ニ故種積博士(憲法講義)アリ清水博士(憲法講義)アリ然レトモ此種ノ說カ重大
ナル論理上ノ錯誤ニ陷レルコトハ既ニ前款ニ於テ論破シタルカ如シ今之ヲ再
ヒスルノ必要ヲ見ス

イエトネツク國家論一三九頁ニ依レハ國家ヲ君主ト觀ル觀念ハ聖書ニ於テモ現ハレタルカ如
シ蓋シ新約聖書ノ用語ハ國家ヲ指スニ多ク政府ト云フ文字ヲ用ヒタレハナリ(羅馬書十三章一
—七節)彼得前書第二章一三—一七節(但シイエリオンツクカホツブスナリ)以テ此種ノ論者トナセルノ
點ハ余ノ信スル能ハサル所ナリ Haller, *Reconstruction der Staatswissenschaft* von I. 2 Aufl. 1830 S. 511. ハ此學說
ニ一歩ヲ進メ君主ハ國家以前ニ在リテ國民ヲ作りタルモノナリト謂ヘリ我國ニ於テ故種積博
士ノ說カレタル所稱ヤ之ニ類ス兵ノ所謂血族團體ノ觀念ヲ以テスルトキハ王ハ國家以前ニ存
シ又國民以前ニ存シテ國民ヲ作りタルモノナリトノ議論ニ歸著スヘシ

(ロ) 國家ハ人民ナリトスル說

國家ハ之ヲ組織スル人民其モノト同一ナリト謂フハ一見正當ナルカ如ク從テ
古クヨリ唱ヘラレタリ所謂國民主權 (Volksouveränität) ノ主義國民ノ憲法制定權

國家ハ人民
ト同一ナリ
トノ說

ノ理論(Pouvoir constituant)等ハ皆國民ヲ以テ國權ノ宿ル所トシ國權ノ分與ハ唯國民ニ依リテノミ行ハルヘシトスルモノナリ米國各州ノ憲法及合衆國ノ憲法ニハ多ク國民カ國憲ヲ制定スル文句ヲ前文トス(例ヘハ We the people of...do ordain and establish this Constitution for the U.S.A. ト謂フカ如シ)瑞西聯邦憲法ニモ亦同様ノ文句アリ(Die durch gegenwärtigen Bund v. reinigten Völkerschaften der zweiundzwanzig souveränen Kantone.....bilden in ihre Gesamtheit die schweizerische Eidgenossenschaft)共和國ニ於テハ此說ハ一見正當ナルカ如キモ人民モ亦國土ナケレハ其永遠ノ存在ヲ有シ得サルノミナラス又統治關係ニ立ツ能ハサルカ故ニ國土ヨリ分離シテ單ニ人民ノミヲ以テ國家トスルハ當ラス但シイエリネツク(國家論一三八)カ此種ノ說ニ加ヘタル攻撃ハ正鵠ヲ得タルモノニ非ス氏曰ク「人民ハ朝ニ生レタニ死スル個人ノ集合ナリ統一セル永久體ニ非ス國民ヲ主權者ト解スルハ即チ此不統一性ヲ知ラサルノ愚ナリ」ト然レトモ共和國ニ於テ國家ヲ統一セル永久ノ人格ト觀ルノ根據ハ實ニ此人民其モノヲ統一體ト觀念スルコトニ存ス個人ノ生死ニ拘ラス國民ハ國民トシテ一ノ統一體タリ又永久ニ存續スル事實ヲ材料

國家有機體說

トシテ國家人格說ヲ立ツルナリ故ニ氏ノ反對理由ハ當ラス余ヲシテ曰ハシムレハ國家即國民說ハ寧ロ國民ヲ以テ國家ノ要素ノ一トシナカラ此要素ノ一ヲ捉ヘテ全體タル國家ノ觀念ト混スルカ故ニ非ナリト説明スルノ勝レルヲ見ル

(四) 國家有機體說

國家ヲ有機體トスル學說ハ何レノ時代ノ國家學ニモ現ハレタリギリシヤノブラト一ハ國家ヲ人類ト同一ノ精神作用ヲ有スル有機體ナリト唱ヘ且ツ「國家カ其組織ニ於テ人類ニ近ツケハ近ツク程善良ナル國家ナリ」ト曰ヒ又「此點ヨリ論スレハ國家ノ全キ意義ハ自己固有ノ生命ヲ有スル獨立ノ有機體ナリト解セサルヘカラスト曰ヘリアリストテレースモ亦間接ニ國家有機體說ヲ唱ヘ且ツ「全體ハ部分ヨリモ先キニ存在ス夫レ故ニ國家ハ人民ヨリモ先キニ存在ス」ト曰ヘリ中世ニ於テキリスト教ノ盛ナリシ時代ニハ寺院ヲ有機體ト解セリ抑々ギリスト教ノ教義ハ或場合ニハ契約說ノ色彩ヲ帶ヒ或場合ニハ有機體說ノ色彩ヲ帶フ羅馬書第十二章第四節以下ニ「即チ我儕一體ニ多クノ肢アレトモ皆其用ヲ同シクセサルカ如ク各人キリストニ於テ一體タレハ又互ニ其肢タルナリ然ラ

ハ賜ル所ノ恩ニ藉リテ各賜ヲ異ニセリトアルカ如キ又哥林多前書第十二章ニ「體ハ一ニシテ多クノ肢アリ一ノ體ノ凡テノ肢ハ多クレトモ一ノ體ナリキリス」トモ亦此ノ如シトアルカ如キハ基督教ノ教義中ニ有機體説ヲ包含セル證左ナリ此有機體説ト正反對ノ地位ニ立ツモノヲ自然法學者ノ國家論トナス自然法學者ノ學説ハ必スシモ同一ニアラスト雖モ大體ニ於テ個人ニ重キヲ置キ國家ハ個人ト謂フ分子ヨリ成立スルモノナリ個人ヨリ人工的ニ作ラレタル社會ナリト觀念セリ去レハ中ニハホツブスノ如ク多少有機體説ノ色彩ヲ加ヘタルモノアルニモセヨ歸スル所ハ國家ヲ以テ人カ機械的ニ造リタルモノト考ヘタルナリ然レトモ自然法學派ノ衰頽ト共ニ有機體説ハ尙ホ永ク學界ヲ支配セリ獨逸ニ於テハシエリング、ブラント、ウエルケル、ローマー、ワルンケーニヒ、ブルンチエリー、カー、エス、ツアハリエーヲ經テ最近ヴント等迄此學説ノ傳ハレルヲ見ル但シ其説ク所必スシモ同一ニアラス

ヤト問フ者アラハ之ニ答フルハ容易ノ業ニアラサルヘシ抑々有機體ナル言葉カ學術上ノ語トナリシハ哲學カ爲シタルニ非ス法律學カ爲シタルニ非ス國家學カ爲シタルニ非スシテ自然科學カ此語ヲ採用セルナリ既ニ言語ノ根原カ自然科學ニ在リトセハ其意義モ亦之ヲ其根原ニ遡リテ自然科學ノ所謂有機體ノ意義ニ求メサルヘカラス然ラハ自然科學者ハ有機體ニ如何ナル意義ヲ附シタリヤト謂フニ一言ニシテ謂ヘハ彼等ハ生物是レ有機體ト解シタリ而シテ此有機體ト無機體トノ區別カ如何ナル點ニ存スルヤニ付テハ議論岐ル然レトモ有機體ノ有スル驚クヘキ機能ヲ検査スル結果人ハ先ツ有機體ニ高キ造物者のノ精神的作用ヲ認メサルヲ得サリキ此觀念ヨリシテ人ハ有機體即チ生物ヲ次ノ二主義ニ依リテ説明セリ

(a) 生物ハ絶エス生活的精神(Lebenseele)ニ依リテ指導セララルモノナリ(vitalistische Theorie)

(b) 生物ハ自然ヲ超越シタル高大ナル智能即チ人格的造物者ノ製作物ナリ(Idee eines persönlichen Schöpfers)

生物即チ有機體ノ特徴ヲ右ノ二點ニ求ムルコトヲ得ルモノトセハ生物ト無生物即チ無機體トノ區別ハ甚タ簡短明白ナラン然レトモ科學ノ進步ハ此ノ如キ説明ヲ許ササルニ至レリラマルク及ゲーテカ既ニ主唱シダーウキン及其學派カ完成セル科學的研究ノ結果トシテ彼ノ無機體ノ發生カ智能トハ無關係ナル單純ナル機械的ノ原因ニ基クテフ理論ハ又之ヲ有機體ニモ適用スルコトヲ得ルニ至レリヘルムホルツノ語ヲ借リテ謂ヘハ意識的ニ働ラク創造行爲ノ代リニ必至的ノ進化ノ法則カ發見セラレタリ去レハ今日ニ於テハ有機體ト無機體トヲ其質ニ依リテ絕對ニ區別スルコトハ不可能ナリ化學者ハ無機物ヨリ有機物ヲ製出スルニ至リ又或ル條件アラハ有機物カ發生スルコトモ發見セラレタリ茲ニ於テカ從來ノ有機體ノ定義ハ多少之ヲ改造セサルヘカラスアーノルド、ブツヂエ、トロツシエル、ゲーゲンバウエル、ヘルムホルツ、ヴントノ如キ既ニ從來ノ有機體ノ定義ヲ變更シテ用ユルニ至レリ然ラハ今日ノ學問上有機體トハ如何ナルモノナリヤ吾人ハ其特征ヲ次ノ諸點ニ求メントス

一 外界ノ物質ヲ自己ニ收納シテ自カラ養フコト

二 全體ノ物質ヲ收縮シテ自カラ運動スルコト

三 自己ノ物質ノ一部ヲ自體ヨリ分離シテ繁殖スルコト

四 生アルト同時ニ死アルコト

而シテ生物ハ其生活機能ヲ行フカ爲メニ自己ノ體內ニ於テ多少簡短ニ組織セラレタル部分即チ機關ヲ有セサルヘカラス機關ハ全體ノ機能ヲ全カラシムル爲メニ存スル全體ノ一部ニシテ夫レ自身獨立ノ生存ヲ有セサルモノナリ右ノ特徴ヲ國家ニ當テ嵌メヨ一見シテ國家有機體說ハ單純ナル比喩ニ過キサルコトヲ發見セン蓋シ右ニ擧ケタル特徴ノ何レモ適切ニ國家ニ就テハ存在スト謂フ能ハサレハナリ假リニ一步ヲ讓リ國家カ有機體ト假定セヨ此場合ニハ國家ヲ組織スル人類ヲ如何ニ解スルヤ人類ハ夫レ自身一個ノ有機體ナリ然ラハ國家カ有機體ナリト假定セハ有機體カ有機體ヲ機關トスルコトトナラン然レトモ生物學上ヨリ論スレハ機關ハ自己獨立ノ生活ヲ有セス唯全體ノ中ニ在リテ全體ノ爲メニ存在スルモノナリ此コトハ人類自身ニ就テハ謂ヒ得ンモ國家ニ就テ果シテ謂ヒ得ヘキカ若シ機關カ夫レ自身何等ノ存在ヲ有セストセハ

人類ハ國家ノ中ニ在リテハ何等獨立ノ存在ヲ有セサルヘシ是レ實ニ人類ノ人格ヲ破壊スルモノニシテ又實ニ人類ノ獨立ノ生活ヲ否定スルモノナリ有機體ノ意義ヲ生物學上ノ意義ニ解スルコトニ付テハ右ノ如キ非難アリ是ニ於テカ學者ハ有機體ノ性質ヲ改造シテ以テ國家ノ有機體性ヲ説明セムト試ム即チ有機體ノ三種ヲ分チ第一ヲ單細胞體即チ單一ナル細胞ニテ一個ノ有機體ヲ爲スモノ第二ヲ複細胞體即チ數多ノ細胞體カ相集合シテ一個ノ有機體ヲ爲スモノ第三ハ複細胞體即チ複細胞體カ相集合シテ一個ノ有機體ヲ爲スモノトセリフイルヒヨウノ細胞的病理學(Virchow, Cellularpathologia Cap. I. S. 17)ノ如キ此說ヲ唱ヘ我國ニ於テハ加藤弘之博士之ヲ唱フ(自然ト倫理ト國)グントハ其著哲學論六百十六頁ニ於テ各種ノ組織的統一體ニシテ同様ノ性質ヲ有スル單純ナル統一體ノ多數ヨリ成リ而シテ其組織分子ハ自身統一體タルト同時ニ又上級組織的統一體ノ分子機關タルトキハ其組織的統一體ヲ有機體ト謂フト説明セリ此等ノ說ヲ綜合スルトキハ彼等ハ夫レ自身獨立ノ有機體タルモノヲ集メテ成ル上級有機體ノ存在ヲ主張スルニ於テ大體ニ一致スルヲ見ル然ラハ吾人ハ

次ノ如ク反問セン夫レ自身獨立ノ有機體ナルモノカ相合シテ上級ノ有機體ヲ作ルトスレハ上級有機體ト分子タル有機體トハ何レカ先キニ存在スルヤト元來有機體ハ作ラレタルモノニ非ス自然ニ生スルモノナリ此點ハ爭ノ餘地ナシ然ラハ若シ上級有機體カ有機體テアリ組織分子モ亦獨立ノ有機體テアルモノトセハ何レカ先キニ生セルカテフ問題ハ當然起ルヘシ若シ國家カ先キニ存在シ個人人類ハ其後ニ生シタルモノト主張セハ國家ノ有機體性ハ説明シ得ヘケンモ其國家中ヨリ如何ニシテ夫レ自身統一體タル人類カ出來得ルカテフ問題カ起ルナルヘシ此場合ニ於テ最初ニ生シタル國家有機體ノ中ヨリ夫レ自身統一體タル人類カ後トヨリ生スルト謂フ説明ハ到底不能ナルヲ以テ若シ論理ヲ整ヘントセハ必スヤ分子タル個人カ先キニ存シ之レカ集團タル國家其モノハ後トヨリ生シタルモノト謂ハサルヲ得サルヘシ果シテ然ラハ夫レ自身統一體タリ有機體タル人類カ自然ニ上級ノ統一有機體トナルト謂ヒ得ヘキカ人類ハ意思ヲ有スル理性的ノ動物ナリ然ラハ其集團カ目的ニ關係ナク意思ニ關係ナク唯自然ノ法則ニ依テ結ヒ又ハ消ユル泡沫ノ如クニ合同スルコトハ解スヘカ

ラサルコトニ屬ス若シ此點ヲ說明セムカ爲メニ其說ヲ改メ國家ハ人類ノ意思ニ依リテ成立シタルモノナリト謂ハハ彼等ノ主張スル有機體說ハ既ニ破壞シタルモノト謂フヘシ要スルニ有機體ナル語ハ元ト自然科學ノ使用シタル文字ナルカ故ニ其文字ノ眞價ヲ發揮セムトセハ勢ヒ自然科學者ノ使用シタル意味ニ用キサルヘカラス而カモ此意味ニ於テ國家ヲ有機體トスルコトハ前述ノ理由ニ依リ不可能ナリ去レハ勢ヒ有機體ナル語ニ新意義ヲ附シ之ニ依テ國家ヲ有機體ト名クルノ外ナカルヘシ去レト斯クスレハ有機體說ノ古來ノ價值ヲ失フノミナラス結局部分タル個人カ先ツ存シテ全體タル國家ハ後トヨリ生スト說明スルノ已ムヲ得サルニ至リ一面有機體ノ一般觀念ト甚タシキ懸隔ヲ生シ一面ニハ有機體ト機械體トノ區別ヲナス能ハサルニ至ラン

國家有機體說ハ比喻ニ過キス故ニ之ヲ學問的ニ批判スレハ右ノ如キ缺點ヲ暴露スルニ至ル然レトモ此說ハ一面ニ於テ中世ノ自然法學者カ唱ヘタル國家契約說即チ國家ハ人工的ニ製作セルモノナリトノ說ヲ打破スルニ與カヅテ大ナル力アリシノミナラス一面ニハ又近世ノ國家思想即チ國家法人說ニ基礎ヲ與

ヘタルモノナリ今先ツ國家契約說ト國家有機體說ヲ對照スルニ全然反對ノ主義ノ上ニ立ツヲ見ル國家契約說ハ第一ニ個人ニ萬能力ヲ認メ從テ第二ニ國家ノ成立ハ萬能力アル個人ヲ前提スルモノ即チ個人ハ國家以前ニ存在スルモノトシ(第三)ニ國家ハ個人ノ爲メニ存スル道具ニシテ個人ハ國家ノ爲メニ存スルニ非ストシ(第四)ニ極端ナル場合ニハ個人ハ國家契約ノ解除ヲ爲シ得ヘキコトヲ唱ヘタリ之ニ反シ國家有機體說ハ(第一)ニ個人ハ國家有機體ノ一分子ニ過キサルカ故ニ全體タル國家ノ利益ノ爲メニハ個人ハ其利益ヲ犧牲ニ供スヘキモノ從テ萬能力ハ國家ニ在ルモ個人ニ在ラスト謂ヒ(第二)ニ全體ハ分子ヨリモ先キニ在ルカ故ニ個人カ集マリテ國家ヲ作りタルニ非スト謂ヒ(第三)ニ個人ハ國家ノ爲メニ存スル機關ニ過キサルモノナリト謂ヒ(第四)ニ全體タル國家有機體ハ決シテ其構成分子タル個人ノ意思ニ依リテ解體シ得ヘキモノニアラスト謂ヘリ以テ國家契約說ト國家有機體說トカ全然反對ノ主張ノ上ニ立ツコトヲ知ルニ足ラン前者ハ極端ナル個人主義ニシテ後者ハ又極端ナル國家主義ナリ而シテ有機體說ノ主張ハ現實ニ今日ノ國家生活ノ實際ニ適合スルモノアリシヲ

國家有機體
說ヲ法律
ニ云ヘハ
國家法人
說ニ歸
ス

以テ政治家法律家哲學者等ニ依リテ廣ク採用セラレタルナリ

六六

國家有機體說ハ之ヲ法律的ニ説明スレハ國家法人說ニ歸著ス蓋シ有機體ハ自主自存ノ目的ヲ有ス即チ其組成員タル各人ヨリ離レタル獨立ノ目的ト意思トヲ有ス此自主自存ノ目的ヲ法律カ認ムルニ至リテ茲ニ人格ヲ生ス人類カ人格タルハ法カ人類ニ自主自存ノ目的ヲ認ムルニ因ル國家カ既ニ有機體タリ從テ自己固有ノ生存目的アル以上必スヤ法律上ノ人格タラサルヘカラス此ノ如クシテ國家有機體說ヲ煎シ詰ムレハ吾人カ所謂國家法人說ニ歸著スルモノナリ既ニ國家法人說ニ歸著スルモノトセハ吾人ハ何故ニ彼ノ國家有機體ヲ唱フル學者カ君主ヲ國家ノ機關ナリトスル吾人ノ主張ニ反對スルカノ理由ヲ知ルニ苦シム

第二節 統治權

國家ハ統治團體ナリ即チ一定ノ領土ノ上ニ於テ多數ノ人類カ獨立ノ權力ニ依リテ統治セラレル團體ナリ。統治ノ關係ニ立タサル人民ハ群衆ニシテ國民ニア

統治權ノ意
義
統治權ハ支配
ノ權力ナリ

ラス國家ハ何故ニ存在スルヤノ問題ハ國家ノ社會的研究トシテハ最モ興味アル問題ニシテポールンハツクノ如キ學者カ其著國家論ニ於テ比較的冷淡ニ此問題ヲ取扱ヒシニ反シイェリネツクノ如キハ其著國家論ニ於テ「國家存在ノ理由」ト題シ約四十五頁ヲ費ヤシテ之ニ關スル學說ヲ說述批判セリ國家存在ノ理由テフ問題ハ國家ニ於テ如何ニシテ統治權カ存在スルカト謂フ問題ト密接ノ關係ヲ有スルモノニシテ之レカ國家哲學上ノ研究ハ極メテ重要ナリト雖モ「國家存在ノ理由」テフ問題ハ全然國家ノ社會的研究(Sociallehre des Staates)ノ範圍ニ屬シテ國家ノ法學的研究(Allgemeine Rechtslehre des Staates)ニ屬セサルカ故ニ社會學乃至國家哲學ノ研究事項ニシテ法律學ノ研究スヘキ事項ニ非ス法律學ハ此統治權ノ存在スルコトヲ前提トシテ其性質ヲ研究スルモノナリ然ラハ統治權トハ如何ナルモノナリヤ余ハ之ヲ定義シテ

統治權トハ國家ニ固有ナル支配ノ權力ナリ

ト曰ハントス今之ヲ分析シテ説明セム

一 統治權ハ支配ノ權力ナリ

（權力）トハ自己ノ一方的意思ニ依リテ他人ノ意思ヲ拘束スル力ヲ謂フ。故ニ自己ノ意思ニ基キテ他人ノ意思ニ拘束セラルル場合ニハ權力ハ存在セス。私法ノ上ニ於テハ各人ハ平等ニシテ自己ノ一方的意思ニ依リテ他人ノ意思ヲ拘束スルコトヲ許サス。假令個人カ相集マリテ私法人ヲ組織シ其法人ノ意思ニ服従スルコトアルモ此ノ如キ關係ハ本來之ヲ組織スル個人ノ意思ニ基クカ故ニ私法人カ其團體員ニ對シテ有スル拘束力ハ之ヲ權力ト謂フ能ハス。此ノ如クシテ權力ハ所謂公法人ニノミ特有ノモノトナルナリ。

權力ハ獨リ國家ノミ之ヲ有スルニ非ス。國家内ニ於ケル各種公法人ハ皆其團體員ニ對シテ支配ノ權力ヲ有ス然レトモ國家内ニ於ケル公法人ハ元來國家ノ法律ヲ待チテ初メテ成立シ存立スルモノニシテ又國家ノ權力ニ依ルトキハ無制限ニ此團體ヲ拘束スルコトヲ得ヘキカ故ニ國內公法人ノ權力ハ唯法ノ許容ニタル範圍内ニ於テノミ活動スルモノナリ之ニ反シ國家ノ權力ハ一定ノ範圍ニ於テ他ヨリ犯スコト能ハサル獨立性ヲ有ス今先ツ單一國家ノ權力ニ付テ論セ

單一國家トハ上級國家ノ支分國ニ非ス又自己ノ内部ニ國家ヲ包容セス夫レ自身一國ヲ成スニ止マルモノヲ謂フ現在ニ於テハ獨逸瑞西及北米合衆國ヲ除キテハ皆單一國家ナリト解シテ可ナリ（君合國ニ付テハ後ニ述フル所ヲ參照セヨ）而シテ單一國家ニ於ケル統治權ハ最高獨立ナリ。最高トハ國家内ニ於テ最モ高キ力ナルコトヲ意味シ獨立トハ自己ノ意思ニ依ル場合ノ外他ノ人格者ヨリ何等ノ約束ヲ受ケサルコトヲ意味ス單一國家ニ關スル現象ヲ見レハ統治權カ最高獨立ナルヘキハ當然ノコトニシテ別ニ議論ノ餘地ナシ然ルニ歐洲ニ於テハ統治權カ最高獨立ノ權ナルヘキコトハ容易ニ認メラレタル所ニアラス蓋シ當時ノ國家ハ上ニローマ皇帝ヲ戴キ下ニ封建ノ諸侯アリシカ故ニ國家ノ權力最高獨立タルコトヲ要スト謂フカ如キ觀念ハ周圍ノ事情上發生シ得サリシ所ナレハナリ唯第十六世ノ頃ニ及ヒテ佛國カ一面ニハ皇帝ノ權力ヨリ離レ一面ニハ國內ニ於テ國王カ封建ノ制度ヲ打破シテ中央集權ヲ行フコトヲ得ルニ至リシ結果トシテ佛國ノ國權ハ上級者ノ拘束ヲ脱スルト同時ニ國家ニ於テハ最高ノモノトナリ所謂獨立最高ノ實ヲ示スニ至リテ佛國ノ學者ジャン、ボーダンカ

國王ノ權力ハ最高獨立ナリト謂フ學說ヲ唱ヘ茲ニ初メテ主權ノ觀念カ確立スルニ至リシモノナリ獨逸ノ學者カ主權觀念ノ發達ヲ喋々シボーダンノ主權說ヲ以テ斯學ニ新紀元ヲ劃シタルモノノ如ク説明スルハ吾人ヲ以テ觀レハ頗ル迂遠ナルカ如ク感セラレルモ學說特ニ國家ニ關スル學說カ常ニ國家組織ノ實際ニ拘束セラレテ抽象的ノ議論ヲナスニ困難ヲ感スル事實ハ之ヲ認メサルヘカラス學說カ周圍ノ事情ノ爲メニ制肘セラルルノ事實ハ最モ善ク主權ノ觀念ノ發達ニ於テ之ヲ證明スルモノナリ

ボーダンノ主權說出ツルヤ歐洲ノ學者ハ暗夜ニ燈火ヲ得タルカ如クニ感シタリ獨逸ニ於テハハー、アー、ツアハリエー(獨逸國法及ヒ聯邦 法第一卷一節二節)ツエブル(國法學原理 第一卷八節)ゲルベル(獨逸國法 原論八節)ブルンチユリー(一般國家學 卷一頁)グイッ(政治學原 論四四頁)サイデル(獨逸法 註釋 二頁)トライチケ(聯邦及ヒ帝國 卷二六頁)ツオルン(獨逸國法學 第一卷六三頁)ギールケ(國家學雜誌 三 一六八頁)ポールンハツク(國家論 九)ノ如キ皆主權ヲ以テ國家ノ要素ト説明ス然レトモ單一國家ニ對シテ最モ適當ニシテ且ツ自明ノ法理タル主權說ハ一方ニ於テ北米合衆國瑞西及ヒ獨逸ノ如キ聯邦國家ニ對シテハ之ヲ其儘ニ採用ス

單一國家ニ
於ケル最高
獨立性

ル能ハス是ヲ以テ主權ヲ國家ノ要素トスル獨逸ノ學者ハ獨逸國法ノ説明ヲ爲スニ當リ甚タシク惱メリ今暫ク此問題ヲ後ニ譲リテ單一國家ニ於ケル主權ニ就テ説明セム蓋シ單一國家ヲ眼中ニ置キテ主權ノ一般觀念ヲ構成スルコトハ國法學上最モ必要ノコトナレハナリ

單一國家ニ在リテハ國家ノ上ニ國家ナク國家ノ中ニ國家ナキカ故ニ其權力ハ一國中最高ニシテ又他ノ人格者ノ意思ニ依リテ何等ノ拘束ヲ受クルコトナキ獨立性ヲ有ス。此最高獨立性ハ法理上ノ問題ニシテ事實上ノ問題ニ非ス事實上ニ於テハ國家ハ他ノ國家トノ關係ニ於テ實力上外交上種種ノ制限ヲ受クルコトアルハ勿論ナリト雖モ法理上ヨリスレハ一ノ國家ハ決シテ他ノ國家ノ拘束ヲ受クルモノニ非ス唯自己ノ意思ニ基キテ他國ノ拘束ヲ受クルコトハ屢々起ル所ナレトモ此ノ如キハ本來自己ノ意思ニ出ツルカ故ニ之レカ爲メニ國權ノ獨立性ヲ害スルモノニ非ス又國家ノ内部ニ於テ最高ナリト云フコトモ法理論ニシテ事實論ニハアラス事實論トシテハ國家ノ權力ヲ以テスルモ尙ホ如何トモナシ難キ勢力ハ社會ノ中ニ存在ス。去レト法理上ヨリ謂ヘハ國權ハ最高ニシ

テ一國內ニ於テハ如何ナル者モ其權力ニ服從セサルヘカラサル地位ニ在リ
 國權ハ不可分ナリ。元來國家ノ權力ハ國家ト稱スル一個ノ人格者ノ意思ノ力ナ
 リ既ニ國家カ唯一不可分ノ人格者タル以上其意思力タル統治權モ亦唯一不可
 分ノモノタルハ論ヲ俟タス。然レトモ國家ハ自然人ノ如ク自然意思ヲ有セス其
 意思機關トシテ多數ノ自然人ヲ有スルカ故ニ或場合ニ於テハ此機關意思相互
 ノ間ニ抵觸ノ起ルコトアリ然レトモ之レカ爲メニ統治權カ一個ノ人格ノ意思
 カタルコトヲ害スルモノニアラス又統治權ハ可分ナリト謂フ說ヲ生スルコト
 ナシ蓋シ國家組織ノ上ニ於テハ機關意思相互ノ間ニ抵觸ヲ除去スル制度ヲ設
 ケ表面上互ニ矛盾スルカ如キ機關ノ行爲モ窮局スル所其一ニ確定スルヲ以テ
 ナリ。例ヘハ法律モ勅令モ共ニ國家ノ意思ナリ今若シ勅令ノ内容カ法律ニ違反
 スルトキハ國家意思ニ矛盾アルカ如キモ此場合ニ於テハ勅令ハ公式ニ其效力
 ヲ有セサルコトヲ確定セラレ得ヘキカ故ニ唯法律ノミ有效ナル國家意思トシ
 テ其效力ヲ保有スヘシ又地方裁判所ノ判決ト控訴院又ハ大審院ノ判決ト矛盾
 スル場合ニハ外見上國家意思ニ矛盾アルカ如キモ上級裁判所ノ判決ハ同一事

件ニ付キ下級裁判所ノ判決ニ優ル效力アルヲ以テ此場合ニハ上級裁判所ノ裁
 判カ確定スルト共ニ其裁判カ國家意思トシテ效力ヲ有ス。故ニ決シテ國家ノ意
 思ニ矛盾ナシ此ノ如ク國家組織ノ上ニ於テハ機關ノ行爲ノ效力ニ差等ヲ設ケ
 優等機關ノ意思ヲ以テ國家意思トナスカ故ニ決シテ國權ノ統一不可分性ヲ害
 スルコトナシ唯或場合ニ於テハ法律制度ノ不備ナルヨリシテ國家ノ意思ニ矛
 盾ヲ起スカ如キコトアリ例ヘハ權限爭議ノ實行セラレサル我國ニ於テ司法裁
 判所ト行政裁判所トカ同一事件ヲ積極ニ争ヒ又ハ消極ニ争フ場合ニ於テハ之
 ヲ決定スル方法ナキカ故ニ國家ノ意思ニ矛盾アルカ如ク見ユ然レトモ此場合
 ニ於テハ唯制度其モノカ不備ナル結果トシテ國家ノ意思ニ矛盾ヲ來スカ如キ
 結果ヲ生セルモノナリ制度ノ不備ハ言ヲ俟タサレトモ之レカ爲メニ國權カ可
 分ナリテフ斷案ヲ生セス若シ行政權ト立法權トカ互ニ獨立シテ何等ノ連絡ナ
 キカ如キ制度ヲ立ツレハ國家ハ生存スル能ハス官廳間ニ上下ノ關係ナクハ行
 政ハ不可能ニ終ルヘシ國家ノ存スル所ニハ必ス國家ノ生存ニ必要ナル限度ニ
 於テ必ス國家意思ヲ統一スル制度カ存在ス此制度ノ在ル所初メテ國家アリ此

制度ノ無キ所國家ナシ去レハ國家アル以上其意思ハ必ス統一のナリト謂フヲ得ヘシ或部分ニ法ノ不備アルモ之ヲ以テ國家意思カ數多アリト謂フ能ハサルナリ

國家ノ統治權ハ三個ノ活動範圍ヲ有ス地域的對人的及物的範圍是レナリ場所及ヒ人ニ關シテハ統治權ハ國家ノ領土及ヒ國籍ニ依リテ制限セラルルモ其物的範圍ニ付テハ單一國家ノ統治權ハ無制限ナリ即チ國家ハ其爲サムト欲スルコトハ如何ナル事柄ニテモ之ヲ爲スヲ得ヘシ法理上單一國家ハ唯事實上不能ノコトヲ爲シ得サルニ止マル固ヨリ統治權ハ國家統治ノ目的ノ爲メニ存スルモノナレハ此目的以外ニ屬スルコトヲ爲スハ不當ナリト雖モ而カモ此場合ニ國權ヲ統治ノ目的以内ニ拘束シ得ル何等ノ力ナキカ故ニ國家カ爲サムトスル所ノモノニ對シテハ形式上ノ制限存スルコトナシ是レ其活動カ事物の無制限ナリト謂フ所以ナリ

統治權ノ作用カ單一國ニ在リテハ事物的ニ無制限ナル結果ハ其動作ヲ積極的ニ列擧スル能ハス而シテ統治權ノ特徴ハ其權力タリ命令力タル點ニ存スト雖

モ之ヲ以テ國家ヲ統治スル國權全班ヲ盡スモノト謂フ能ハス國家ハ獨リ權力者トシテ他ノ人格ニ對スルノミナラス又對等ノ人格者トシテ他ノ人格ニ對シテ行動スルコト多シ外國ト交通スルハ外部ニ對スル平等ノ行爲ニシテ私法上ノ名義ニテ國民ヨリ物品ヲ買上ケ又ハ土地森林原野ヲ管理處分スルハ内部ニ於ケル平等行爲ナリ。國家カ私法上ノ行爲ヲ爲シ得ルハ其活動カ物的ニ無制限ナル結果ナリ大ハ小ヲ兼ヌ國家ノ權力ノ中ニハ當然夫レカ私人ト同一ノ地位ニ立チテ行動シ得ルカヲ包含スルモノナリ

二 統治權ハ國家ニ固有ナル權力ナリ

國家内ニ於ケル公法人モ亦其組成員ニ對シテ權力ヲ有ス然レトモ此權力ハ之ヲ統治權ト稱セス而シテ如何ナル團體カ國家タル性質ヲ有スルカノ問題ハ聯邦組織ノ國家ノ發生ト共ニ極メテ論議セラレタリ蓋シ聯邦ニ於テハ單一國家ト異ナリ主權ノ有無ヲ以テ其國家タルト否トヲ識別スル能ハス聯邦ハ多數ノ國家カ相集マリテ組織シタル政治團體ニシテ而カモ各支分國ハ一定ノ範圍ヲ限リテ聯邦ノ統治權ニ服スルカ故ニ如何ニ獨逸ノ學者カ巧妙ナル説明ヲ加フ

ルモ各支分國ハ主權ヲ有セス從テ主權ヲ國家ノ要素トスルトキハ此等支分國ハ國家ト謂フ能ハサルニ至ラン若シ主權カ果シテ國家ノ要素ト假定セハ聯邦ニ於テハ問題ニ付テ二個ノ方法アラシ即チ各支分國カ主權ヲ有スルモノトセハ聯邦ノ國家性ハ之ヲ否認スヘク聯邦ハ主權ナキカ故ニ國際法上ノ契約關係ニ過キササルモノナラム又若シ聯邦其モノニ主權アリトスレハ各支分國ハ主權ヲ有セサルカ故ニ聯邦ノミ國家ニシテ支分國ハ地方自治體ニ過キササルヘシ然レトモ此兩解釋共ニ今日ノ聯邦ニ關スル法的現象ニ適合セス國際法上國法上聯邦モ各支分國モ共ニ國家トシテ行動シ支分國ト單一國家内ノ地方自治體トハ其間著シキ區別アリ茲ニ至リテ主權ノ有無ヲ國家ノ特徴ナリト説明スル能ハサルニ至リシ結果一方ニ於テハ更ニ支分國ト地方自治體トノ區別ニ就キ非常ノ難問ヲ醸シ學者間ノ論争ノ中心ヲ爲スニ至レリ故ニ聯邦組織ノ國家ノ研究ハ國家ト地方自治體トノ區別ヲ論シ聯邦内ノ各支分國ハ地方自治體ニ非ストノ斷案ヲ得ルニ至リテ初メテ之ニ國家タル性質ヲ歸スルコトヲ得ヘシ故ニ余ハ次節ニ於テ此問題ヲ論究セント欲ス

第三節 國家ト地方自治體トノ區別

地方自治體モ亦國家ト共通ノ性質ヲ有ス一定ノ領土ヲ有スルコト一定ノ人民ヲ有スルコト其人民カ團體ノ意思ニ服從スル關係ニアルコトノ三點ハ兩者ノ通性タリ是レ實ニ不完全ナル國家カ自治體ト混セラルル場合アル所以ニシテ而カモ兩者ノ區別ヲ他ノ點ニ求ムル必要アル所以ナリ

團體ヲ統治スル公權力ニシテ自己以外ノ團體ヨリ法律上無制限ノ拘束ヲ受クルトキハ其團體ハ國家ニアラス之ニ反シ他ノ團體ヨリ一定ノ程度迄支配セラ
ルルモ猶ホ其拘束ニシテ法律上有限ナルトキハ其團體ハ國家タルニ妨クル所
ナシ換言スレハ國家ニ特有ナル統治權ハ自治體ノ有セサル二種ノ獨立權ヲ有
ス曰ク

(イ)自己ノ法律ニヨリ獨立シテ一定ノ政務ヲ行フ權
(ロ)自己ノ法律ニヨリ獨立シテ自己ノ組織ヲ定ムル權

是レナリ此二種ノ獨立權ヲ有セサレハ統治權ニアラス從テ一個ノ政治的領土

統治權トシ
テ缺クヘカ
ラサル作用

團體ニシテ如上ノ權利ヲ有セサルモノハ名稱ノ如何ニ拘ラス國家ニ非スシテ
地方自治體ナリ(學一節九頁ノ一説ニ據ル)然レトモ此説明ニ付キテ第一ニ起ルヘ
キ疑問ハ地方團體モ亦法律ノ下ニ於テ條例ヲ發スル權ヲ有スルカ故ニ(イ)ニ揭
クル區別ノ特徵ハ其ノ用ヲ爲サスト謂フ說ナリプロイスハ其著「地方自治體國
家及帝國」七十四頁ニ於テマイヤーノ說ヲ攻撃シテ曰ク「地方團體モ亦其自主權
ニ依ル條例ヲ發スルコトヲ得是レ自治團體自身ノ法律ニアラスシテ何ソヤ或
一定ノ政務ヲ獨立シテ施行スルモノ是レ實ニ自治ノ内容ナリ」ト固ヨリ自己ノ
法律ヲ發スルノ權能ハ國家ノ獨占スル處ニアラス苟モ團體組織ヲ有スル凡テ
ノ團結ハ自治體ト否トヲ問ハス一定ノ條例ヲ定ムル權能ヲ有ス吾人カ(イ)ニ揭
ケタル所ノモノハ法規ヲ發スル權能ノ有無ニアラスシテ自己ノ法律ニ依リテ
舉行スルコトヲ得ヘキ政務ノ範圍ヲ留保スルハ義ナリ此獨立性ハ地方團體ノ
有セサル所ニシテ政務ヲ行使スル地方團體ノ行動ハ國家ノ法律ニ依リテ無制
限ニ拘束セラルルナリ

ク「自治團體ノ自主權ノ範圍ハ各國ノ成法ニ從ヒテ異ナルカ故ニ絶對的ニ之ヲ
定ムルコトヲ得ス或ハ所謂國家ノ特徵ヲ具フル程之ヲ擴張スルコトヲ得」ト然
レトモ彼ハ次頁八百一頁ニ於テ直チニ論シテ曰ク「獨逸各國カ自治團體ト異ナ
ル所以ノモノハ其憲法上ノ目的ヲ舉行スルニ付キテ帝國ノ法律上ノ指揮監督
及ヒ強制權ニ拘束セラレサルノ點ニ在リ」ト是レ却テ知ラス識ラスマイヤーノ
說ニ歸順シタルモノニアラスヤ

第二ノ獨立組織權ニ付テモ亦反駁無キニアラスギールケールハシユモーラー「年
報」(三十六頁)ニ於テ論シテ曰ク「此獨立性ハ一方ニ於テハ自主權及組織力ヲ附與セ
ラレタル地方團體ニ屬スヘク他ノ一方ニ於テハ瑞西及合衆國ニ於ケルカ如ク
共和的憲法ノ條規ニ依リテ聯合各國共ニ多少制限セラルルコトアリ」ト蓋シギ
ールケールハ自治團體中最大獨立性ヲ有スル英國殖民地例ヘハ加奈太ノ如キヲ
以テ論點ノ一トセルモノナリ然レトモ加奈太ニ於テスラ此獨立組織權ハ存在
セスシテ其構成ハ英國ノ法律ニ依リテ定マルナリ何トナレハ殖民地ノ立法ハ
殖民地機關ノ參與ニ依リテ生スト雖モ英國ノ機關タル王又ハ總督等ノ裁斷ニ

依リテ確定スルカ故ニ其法律ハ英國ノ法律ニシテ彼ノ戰前ノ埃國(クロト)ラ
ンド又ハエルザス、ロートリッゲン等カ有セシ立法ノ特質ニ外ナラサレハナリ
第二ノ論點ニ付キテハ彼レノ説ハ聊カ根據ナキニ非ス合衆國憲法第四條第四
節ニハ「合衆國ハ聯邦中ノ各州ニ共和政體ヲ維持セシムヘキノ責任アリ」ト規定
シ瑞西憲法第六條ニ於テハ「各州憲法ニ於テハ共和政治代議政治或ハ民主政治
ノ體裁ニ從フテ政權ヲ行フ可キコトヲ保障スヘシ」ト規定セリ此一般の制限ハ
合衆國各「ステート」及ヒ瑞西各「カントン」ヲシテ自由ニ其組織ヲ定ムル能ハサラ
シムルカ故ニ獨立組織權ヲ與ヘサルモノト謂フヘキカ如キモ是レ唯憲法ノ一
般國法的性質ヲ定メタルニ過キス各國組織ノ規定即チ統治機關ノ確定及ヒ其
權限ノ規定ハ一ニ各國ノ司トル所ナリ各國ハ自己ノ法律ヲ以テ獨立シテ之ヲ
定ムルノ權利ヲ有ス市町村又ハ州ノ如キハ全ク之ト異ナル地位ヲ有シ其組織
ハ専ラ國家カ其法律ヲ以テ一定スル所ナリ
以上ヲ以テ吾人ハ自己ノ見解ヲ説明セリ茲ニ加ヘテ本問ニ關スル一二獨逸公
法學者ノ説明ヲ紹介セントス

ラーバンド(獨逸帝國國法第四
版第一卷六頁)

國家ト自治體トノ區別ハ國家カ統治權ヲ有スルニアリ換言スレハ他ヨリ讓リ
受ケサル統治權ヲ有スルニ在リ彼レハ上級團體ノ目的ヲ達シ其意思ヲ實行ス
ル機關ニアラスシテ固有ノ權利範圍固有ノ意思自由及ヒ行爲自由ヲ有スル獨
立ノ權利主體ナリ云々而シテ彼ハ此固有ノ權ノ特徵ノ一トシテ唯國家ノミ其命
令禁令ヲ實際ニ強制スル權ヲ有シ地方團體ハ此ノ如キ權ヲ有セス其命令禁令
ヲ強制スル力ハ常ニ國家ノ附與ニ待ツノ外ナシト云ヘリ(同上頁五六)

クイエリネツ(法律及生命論
二〇一頁以下)

國家ノ國家タル所以ハ固有ノ決定ト固有ノカトニ依リ其臣民ニ對シ無制限ノ
拘束力ヲ有スル法規ヲ定ムルニアリ彼ノ統治權ハ彼ノ固有ノ所ニシテ上級
國家ノ實際ノ權利範圍ヨリ繼承シタルニアラス國家ノ機關ハ獨立ナリ上級國
家ヨリ設ケラレ又ハ認許セラレタルモノニアラス國家内ノ最高機關カ統治ス
ルハ委任又ハ認許ニ因ルニアラスシテ固有ノ權ニ基クモノナリ云々
兩氏ノ説ハ其大體ニ於テ符節ヲ合スルカ如シ吾人ハ國家統治權ノ定義トシテ

此等ノ説ニ對シ反駁スル根據ヲ見スザイデル獨逸憲法註釋八頁ゲー、マイヤー七頁プロイス四十一頁ヘーネル八百頁等ハ之ニ反對スルモ其立論ノ根據ハ未タ肯綮ニ當ラス固有權ノ文字ニ反對スル學者或ハ曰ク自治體モ亦法律ノ範圍内ニ於テハ統治ノ權能ヲ有ス法律ノ範圍内ニ於テ自己生存ノ目的トシテ附與セラレタル自治權限ハ是レ又固有權ト稱スヘシト然レトモラーバンド、イエリネツク共ニ固有權ヲ解シテ他ヨリ繼受セサル權トセリ自治體ノ權能ハ國家ヨリ繼受セルモノナリ法律ニ依リテ附與セラレタルモノナリ故ニ所謂固有權ニハアラサルナリ論者或ハ曰ク固有權ニ反對ナルハ繼受權ナリ獨逸帝國憲法前文ニ曰ク「北獨逸聯邦ノ名ニ於テノプロイセン國王陛下バイエルン國王陛下ウルトムベルヒ國王陛下バーデン大公殿下、ヘツセン及ヒマイン河以南ヘツセン大公領ノ大公殿下ハ聯邦領土及ヒ其領域内ニ行ハルル法制ヲ保護シ且ツ獨逸國民ノ安寧幸福ヲ維持センカ爲メニ永久的聯邦ヲ結フ此聯邦ヲ獨逸帝國ト稱シ下ノ憲法ヲ有スト」從テ獨逸帝國ノ統治權ハ帝國ヲ組織スル各支分カ從來有シタル統治權ノ一部ヲ割キテ中央團體タル帝國ニ委任シタル結果ナリ從テ帝

國ノ國權ハ繼受權ナリト然リ獨逸帝國ノ權力ハ繼受的ナリ然レトモ國權カ必スシモ原始的ナルコトヲ要セス唯獨立タルヲ以テ足ルハ余カ前ニ述ヘタルカ如シ(本著七頁參照)尙ホ千七百八十七年九月十七日ノ合衆國憲法モ亦各州ノ名代人カ相集マリテ定メタルモノニシテ各州カ一致シテ一定ノ權限ヲ合衆國政府ニ移シタルハ獨逸國ノ成立ト類似ス(カルフリン氏著「合衆國ノ憲法」第一卷二七六頁)然リト雖モ獨逸帝國モ合衆國モ共ニ其支分國ニ對シテハ上級ノ位置ニアリラーバンドハ國家ハ上級團體ノ目的ヲ達スル機關ニアラスト謂フカ故ニ假令獨逸帝國カ獨逸各國民ノ幸福ヲ増進スル爲メニ存スルト解スルモ尙ホ彼レノ説明ト抵觸セス何トナレハ帝國ハ上級ニシテ各支分國ハ下級タリ下級ノ團體ヨリ繼受シタル國權ヲ有シ下級國全體ノ福利機關タル帝國ハラーバンドノ國家定義ノ關知スル所ニアラサレハナリイエリネツクノ論モ亦然リ彼ハ國家機關ハ上級團體ヨリ云々ト説明スルカ故ニ獨逸帝國ノ實際ヲ以テ彼ノ説明ヲ攻撃スル餘地ナシ

ロジーン(主權、國家、地方自治體及自治行政、獨逸帝國年報一八八三年三六五頁)

同一地方ノ共同住居及ヒ土地ノ接近セル地位ニ基ク地方的需要ヲ滿足スルハ

地方團體ノ目的トスル所ニシテ民族的乃チ自然的共同體トシテ總括的國民ニ固有ナル利益ヲ現實ニスル職責アルモノハ即チ國家ナリ云々

此說ハ其當然ノ結果トシテレンネ、ヘーネル、ザイデル、ラーバンド、デー、マイヤー等多數學者ノ攻撃スル所トナレリ吾人モ亦此說ノ不當ナルヲ信ス「ナチオナーレン」ナル文字ハ民族的ノ義ナリ然レトモ一定ノ民族ヲ以テ一個ノ國家トナスハ政治論ニシテ法律論ニアラス地方的ト謂ヒ全國民的ト謂フ何ヲ標準トシテ之ヲ定ムルヤ現今獨逸ノ支分國中ニテモブレームン、ハンブルヒ、リユーベツク等ハ昔時ノ市府國家ト大差ナシ此等ハ地方的ノ需要ニアラサルカ而カモ其國家タルハ何人モ疑ハサル所ナリ彼ノ說ニ從カハハ何故ニ來茵州カ國家ニアラスシテ舊統ロイスカ國家ナルカヲ説明スルコトヲ得サルヘシ

ステューベル

ステューベル(エルクザス、ロトリンゲンニ於ケル州委員會議ノ議會的特權「帝國領及ヒ無主權國ノ性質ニ關スル問題」ノ研究「此論文ハ公報雜誌「帝國領及ヒ」頁六三、七) 國際法ノ主體トナリ得ルモノハ唯國家ノミ故ニ國際法上權利義務ノ主體タルコトヲ得ルモノ換言スレハ國際法上ノ人格ヲ認メラレタルモノカ國家ナリ私

法人格ハ私法ノ創設スル所政治團體ノ公法人格ハ國內公法ノ創設スル所ナリ之ト同シク國家ノ法的觀念ハ國際法ノ創造スル所ナリ云々

彼ハ國際法上ノ權利主體トナリ得ルヤ否ヤニ依リテ國家ト然ラサルモノトヲ區別セントセリラーバンドカ氏ノ說ヲ攻撃シテ孤立セル國家モ亦想像シ得サルニアラス故ニ國際關係ノ主體タルト否トハ區別ノ要點ニアラストセルハ聊カ不備ノ感ナクンハアラス蓋シ國家ノ實際ノ本質ハ他ノ國家ト相對峙スルニ在リ從テ國家ノ本色ヲ解釋セントセハ他國ニ對スル法律關係ヲ度外視スル能ハサレハナリ然レトモラーバンドカ氏ノ說ヲ非難シテ論理ノ關係ヲ顛倒セルモノナリト曰ヘルハ肯綮ニ當ルモノアリ氏曰ク「國家ノ性質ハ國際法上ノ承認ニ依リテ生スルニアラス國家ナルカ故ニ之ヲ承認スルナリ國際法ハ實ニ國家ノ存在ヲ前提トシテ初メテ成立スルモノナリ」(「ラ」四版第一卷七〇頁)ト余モ亦氏ノ批評ノ正當ナルヲ信ス

プロイス

プロイス(「地方自治體國家及ヒ」帝國「四」一八頁)

國家ノ特徴ハ其領土高權ヲ有スルニアリ其構成ノ最大要素タル領土換言スレ

ハ彼レ自身ヲ處分スル法律上ノ能力ヲ有スルニアリ此能力ノ結果國家ハ自カ
ラ重要ナル變更ヲ加ヘ自カラ解散シ自カラ改造スルノ力ヲ有ス是レ即チ領土
高權ナリ云々

此說ハヘーネル(國法八〇頁)イエリネツク(公權論七一頁註一)ノ攻撃スルカ如ク其當ヲ得サル
モノナリ蓋シ國家内ノ自治體ニ在リテモ其區域ノ變更及ヒ他ノ自治體トノ合
併ハ其合意ヲ要シ若クハ少ナクトモ其意見ヲ聽クヘキコトハ諸國立法ノ認ム
ル所ナリ特ニ我町村制第二百二十九條二項ノ如キ規定アル處ニ於テハ町村ハ自
己ノ意思ニ依リテ其領土ヲ他ノ團體タル町村組合ノ一部トナスコトヲ得ルナ
リ之ニ反シ聯合國國家ニ於ケル支分國ハ完全ナル領土高權ヲ有セス之ヲ舊獨逸
帝國憲法ニ就テ觀ルニ同法第七十八條ニ依レハ獨逸帝國憲法ノ變更換言スレ
ハ帝國ノ領土ニ變化ヲ來スヘキ支分國領土ノ變更ハ立法ノ手續ニ依リテノミ
行ハルヘク而シテ憲法ヲ變更スル法律案ハ聯邦參議院内ニ十四票ノ反對アル
トキハ否決セラレタルモノト看做スト規定セリ而シテ帝國憲法第六條ノ規定
ニ基キ十四票以上ノ表決權ヲ有セシハ唯普魯西ノ十七票アルノミニシテバイ

エルンハ六ザクセンウルテムベルヒハ各四其他ハ多ク一二票ニ過キス故ニ假
令帝國議會ニ於テ定數ノ贊成ヲ得タリトスルモ尙ホ獨逸各支分國中其領土ヲ
處分シ得ル國ハ唯普魯西一國ノミナリト謂ハサルヘカラス況ンヤ舊獨逸帝國
憲法第二十九條ニ依レハ帝國議會ノ議員ハ全國民ノ代表者タリ訓示ニ依リテ
拘束スルコトヲ得サルヲ以テプロイセン國ヨリ出テタル議員ニ對シテモプロ
イセン國ハ訓示ノ權ヲ有セサリシニ於テオヤ之ヲ要スルニ帝政時代ノ獨逸各
國ハ絶對的ニ領土變更ノ權ヲ有セサリキ之ニ由テ之ヲ觀レハ領土高權ノ有無
ハ遂ニ國家ト地方自治體トヲ區別スル標準トハナラサルナリ

帝政時代ノ獨逸帝國議會議員ノ總數ハ三百九十七人ニシテプロイセン國ヨリ出テシ議員ハ二百
三十六人ナリキ故ニ政治論トシテハプロイセン選出ノ議員ハ自國ノ爲メ同一意見ヲ保持シ常ニ
議會ノ多數ヲ制スヘシ然レトモ法理上ハ憲法二十九條ニ依リ自國ノ利益ノ爲メ訓令ニ支配セラレ
ヘキニアラス

ヘーネル

ヘーネル(獨逸國法第一卷八〇頁)

地方團體カ其事務ヲ執行スルハ國家ニ對スル公法上ノ義務ニシテ國家ハ此義
務ノ履行ヲ監視命令スル力ヲ有シ必要ナル場合ニハ之ヲ強制スルコトヲ得是

レ國家ノ特徴ナリ云々

此說ハ別ニ非難スヘキ所ナシ抑々自治體ハ國家行政組織ノ一部ヲ爲スモノニシテ從テ自治體ノ事務ハ自己ノ事務ナルト同時ニ國家ノ事務ナリ故ニ國家ハ又此義務ノ履行ヲ監視命令シ或場合ニハ之ヲ強制スル力ヲ有ス國家ハ他ノ國家ノ機關ニアラス其事務ハ自己ノ生存目的トシテ專行スル權利ヲ有ス故ニ他ヨリ之レカ履行ヲ監視強制セララルコトナシ氏ノ說ハ要スルニ國家ノ機關トシテ國家ノ事務ノ一部ヲ行フモノハ自治體ニシテ專ラ自己ノ目的ノ爲メニ政務ヲ行フモノハ國家ナリト謂フノ說ニ歸著ス唯言語ノ不備ナルカ爲メ結果ヲ捕ヘテ本ヲ論スルノ嫌アルナリ

吾人ハ茲ニ獨逸學者ノ說明ヲ遺漏ナク紹介説明スル餘白ヲ有セス國家ト地方自治體トノ區別ノ問題ハ日本帝國憲法ノ著書ニ於テ之ヲ詳說スル必要ヲ見サレハナリ此點ニ開スル比較的詳細ノ說明ハ帝政時代ニ發行セラレタル獨逸國法學者ノ著書ニ在リ就テ見ルヘシ

本節ニ關係スル著書トシテハ Laband, Staatsrecht 4 Aufl. Bd. I. S. 51ff. Rosin, Annalen des deutschen Reiches

Jahrg. 1884, S. 291ff. Gierke, Schmollers Jahrbuch S. 1163, Haenel, Staatsrecht, Bd. I. S. 800. Lo Fur, Etat Fédéral 371ff. Frie, Theorie der Staatenverbindung. Prouss, Gemischt, Staat, Religi; Sloosbar, Archiv f. öffentl. R. B. 1 638 ff. 等ヲ参照スヘシ邦文ニテハ宮崎教授記念論文集ニ於ケル野村博士所論「國家ト地方團體トノ區別」アリ但シ氏カギールクノ說ヲ記述シテ之ニ賛成セル點及ヒ氏ノ主權ノ觀念ニハ贊同スル能ハス

×第四節 國家ノ聯結

國家ノ聯結ニハ廣狹二義アリ

(一) 廣義ニ於ケル國家ノ聯結トハ數多ノ國家ノ合同ヲ總稱ス此中ニハ單純ナル國際法上ノ關係ニ過キササルモノ及ヒ君合關係 (Union) 即チ共同ノ君主ヲ戴ク數多ノ君主國ノ聯結ヲ包含ス攻守同盟「メートル」同盟其他各種ノ國際的契約ハ單ニ國際上ノ關係ニ過キササルカ故ニ別ニ述ヘス茲ニハ君合關係ニ付テ一言セン此關係ハ二種ノ形式ニ於テ現ハル

(a) 偶然ノ君合國(從來ハ身上合同ノ文字多ク用キラレタリ Personalunion ノ譯字ナリ)、此關係ハ法律上偶然ノ出來事特ニ數個ノ君主國ニ於ケル王位繼

廣義ノ國家
聯結

偶然ノ君合
國

承ノ順位ノ一致ニ依リテ一人ノ君主カ數國ニ君臨スルニ因テ生スルモノナリ此關係ハ法律上結合ノ意思ニ因テ起ルニ非スシテ偶然ノ出來事(Communitio incidens)ニ因テ生ス偶然ノ君合關係ハ數國ノ獨立性ニ何等ノ影響ヲ及ホサス又數國ノ王位繼承順位カ異ナル君主ニ歸スルトキハ當然ニ消滅ス從來ノ實例ニ依レハ此ノ如キ君合關係ハ唯二國ノ間ニノミ限ラレタリ我國ノ如キ國家ニ在リテハ天皇又ハ皇族ハ外國ノ王家ト婚姻關係ニ立ツコトナキカ故ニ我國ノ天皇カ偶然ノ君合關係ニ於テ外國ニ君臨スルコトハ絶無ナリ唯歐洲ニ在リテハ各國王家ノ間ニ結婚カ行ハレ又王族女子ニ王位繼承權ヲ認ムルコト多キカ故ニ時ニ偶然ノ君合關係ヲ生ス但シ歐洲ニ於テモ現在此種ノ君合關係ノ例ナシ過去ノ例トシテハ千七百十四年乃至千八百三十七年ノ英國トハノーヴー、千八百六十四年迄ノ丁抹トシユレー、スヅキヒ、ホルスタイン、千八百十五年乃至千八百九十年ノ和蘭トリユクサムブル、千七百七年乃至千八百五十七年ノ普魯西トノイシャアテル、千八百八十五年乃至千九百八年ノ白耳義トコンゴ一國カ偶然ノ君合關係ナリ

(b) 制度上ノ君合國從來ハ物上合同ノ文字多ク用キラレタリ *Realunion* ノ譯字ナリ、此關係ハ數國ヲ共同ニ拘束スル法律上ノ原因ニ基クモノニシテ特ニ數國カ此合同關係ヲ欲スルニ基クモノナリ此關係ヲ生スル法律上ノ原因ハ唯數國間ノ合意ナリ或ハ合意ノ外ニ慣習法又ハ上級支配者ノ意思ニ因ル物上合同ヲ認ムル者ナキニアラス(ゲイ、マイヤ一獨)ト雖モ余ハ採ラス國家カ獨立ノ統治權ヲ有スル以上上級支配者ノ意思ニ依リテ君主ヲ戴クカ如キ拘束ヲ受クルハ國家ノ本質ニ反ス慣習法ト謂フモ夫レ因果シテ如何ナル團體ノ慣習法ナルカヲ知ルニ苦シム若シ物上合同ニ屬スル一國中ノ慣習法ナリトセハ其效力ハ其國ノ成文法ニテ或君主ヲ戴クコトヲ定メタル場合ト異ナルコトナカルヘシ然レトモ若シ合同ニ屬スル一國ノ法ニ因ルモノナラハ他國ヨリ拘束セララルコトナキカ故ニ其國ハ自己ノ法律ヲ改正シテ何時ニテモ合同ヨリ脱退スルヲ得ヘシ此ノ如キハ物上合同カ數國ヲ共同ニ拘束スル法律上ノ原因ニ基クモノト謂フ根本義ニ反ス故ニ余ハ國內法ヲ合同ノ原因ト看做サス物上合同ノ唯一ノ原因ヲ數國間ノ

條約又ハ合意ニ求メムトス從來物上合同ノ本質ヲハ「數國カ君主ニ付キ共通ノ憲法的規定ヲ定メタル場合ニ起ルモノナリ」ト説明セル者多カリシモ甲乙兩國ノ憲法ノ規定カ唯偶然ニ一致スルノミナラハ甲モ乙モ憲法ヲ變更シテ何時ニテモ合同ヲ片面的ニ解除スルコトヲ得ルカ故ニ此場合ニハ物上合同存スルコトナシ之ヲ要スルニ物上合同ハ數國間ノ條約又ハ合意ニ因ル外ハ成立セス(イエリネツク國家論 七三五頁以下參照)今日現存スル物上合同ハナシ從前存在セル瑞典諾威ノ物上合同ハ千九百〇五年十月二十六日ノ兩國條約ニ依リ奧匈ノ合同ハ奧國ノ共和化ニ依リテ解除セラレタリ

偶然ノ君合國制度上ノ君合國共ニ其結合ハ唯君主カ數國ヲ通シテ同一人ナリト謂フノ點ニ存ス勿論聯結セル國家ニ共同ノ機關アルコトハ考ヘ得ラレサルニ非ス特ニ制度上ノ君合國ニ於テ其然ルヲ見ル例ヘハ舊奧國ノ共同省奧國國會及ヒ舊匈國議會ノ委員會ノ如シ然レトモ共同機關ハ連合關係ノ要素ニアラス假令之レアリトスルモ共同機關ハ聯合各國ノ上ニ位スル共同團體ノ機關タル性質ヲ有スルコトナク唯聯合セル各國家ノ機關トシテ行動スルノミ

廣義ノ國家ノ聯結ニ屬スヘキ尙一ノ種類ハ國際法上ノ保護關係ナリ保護關係ノ成立ハ能保護國ト被保護國トノ間ノ條約ニノミ基クモノニシテ其保護關係ハ條約ノ内容ニ依リテ異ナルト雖モ大體ニ於テ能保護國ハ被保護國ヲ第三國ニ對スル關係ニ於テ保護スル義務ヲ負ヒ此代リニ被保護國ノ統治權ノ一部ヲ代テ行フノ權利ヲ得又ハ被保護國ト外國トノ國際上ノ行爲ノ全部又ハ一部ヲ能保護國カ代リテ行フ權利ヲ得ルモノナリアナムカムボヂヤチユニスモロツコニ對スル佛國ノ關係ハ國際法上ノ保護關係ナリ但シ此ノ關係ヲ以テ保護領(Schutzgebiet)ニ對スル本國ノ關係ト混スヘカラス

(二) 狹義ニ於ケル國家ノ聯結トハ數國カ永續的ニ組織セラレタル共同體ヲ爲スモノヲ謂フ此共同體ハ或ハ國際法的ナルアリ或ハ國法的ナルアリ前ノ場合ニ於テハ共同ノ關係ハ條約ニ基クモノニシテ從テ數國間ノ法律關係ハ唯國際條約上ノモノニ止マリ之レカ爲メニ共同ニ屬スル各國ノ主權ニハ何等ノ變更ヲ來スモノニアラス所謂國家聯合(Statenbund)之ニ屬ス國法的ノ共同體ハ國際法上ノ共同體ト異ナリ一個ノ政治的團體特ニ國家ヲ形成スルモノナリ所謂聯

合國家即チ聯邦(Bundesstaat)及ヒ宗主關係ノ國家之ニ屬ス聯邦ト宗主關係ノ國家トハ夫レカ數多ノ國家ヨリ成リテ更ニ別個ノ國家ヲ組織スルノ點ニ於テハ同一ナリ然レトモ宗主國ト附庸國トノ關係ハ聯邦ト聯邦内ノ各支分國トノ關係トハ同シカラス。前者ニ在リテハ數國中ノ一國カ他ノ數國ニ對シテ支配者タル地位ヲ有スルニ反シ後者ニ在リテハ各支分國ハ互ニ組合的ノ關係ニ立ツモノニシテ或一國ノ支配ヲ受クルモノニアラス。宗主關係ニ在リテハ宗主國ノミカ他ノ各國ヲ支配スル權力ノ唯一ノ主體ナルニ反シ聯邦ニ在リテハ聯邦ノ權力ハ各支分國カ結合セル別個ノ團體ニ屬ス嘗テ存在セル土耳其ト其附庸國トノ關係ハ國法的ノ國家ノ聯結中宗主關係ニ屬シ獨逸國瑞西聯邦及ヒ北米合衆國ノ如キハ聯邦ニ屬ス

聯邦カ國家ナルコトニ付テハ今日殆ント異論ノ餘地ナシ之ニ反シ國家聯合カ果シテ國家ナリヤ否ヤニ付テハ議論岐ル然レトモ通説ハ之ヲ以テ國際法上ノ條約關係ニ過キスト看做ス(サイバント國法学一卷五五頁、モール獨逸帝國法(一)イエリネツク、國家ノ聯結一七八頁、國家論七六二頁以下、ロウソン一八八三年帝國年報二七六頁注三及三〇二頁、マイヤー、アッシュニツク、獨逸國法一三三頁、キール

ンハツク、國家論二、三六頁以下、ハツチエツク、一般國法学三卷四〇頁以下、フーブリヒ政治學原論一卷八四頁、等是レナリ之ニ反對シテクレーレツヘル、獨逸憲法史ノ三十年、二六以下及アツフ、ホルター、一九〇三年帝國年報八二九頁以下ハ國家聯合ヲ國家ナリト主張ス然レトモ贊成者ナシヘーネル、マルチツツ、ウルプ、ヒ、ステ、ンゲル、ローゼンベルグ等ハ國家ナリトハ謂ハサレトモ尙ホ(公法上ノ人格者即チ國法上ノ國際法上ノ人格者ナリト説明ス)國家聯合ハ單純ナル條約關係ニシテ公法上ノ權利主體ニアラス彼ハ各支分國ニ對シテ支配權ヲ有スルコトナク又各支分國ノ臣民ニ對シテモ支配權ヲ有セス國家聯合ノ組成員ハ各支分國其モノニシテ其臣民ニアラス。國家聯合ハ立法權ヲ有セス固ヨリ彼ハ法律ノ内容ヲ定メ得ヘシ然レトモ之ヲ實施シテ臣民ヲ拘束スルニハ常ニ支分國ノ國權ニ依ラサルヘカラス國家聯合ハ外交ノ範圍ニ於テ權能ヲ有スルコトヲ妨ケス蓋シ外交ノコトハ他國ニ對スル關係ニシテ聯合セル各支分國ノ臣民ニ對スル支配權ノ行使ニアラサレハナリ之レニ反シ聯合其モノハ内政ノ範圍ニ於テ命令權ヲ有セス。何トナレハ之ヲ有スルカ爲メニハ聯合カ直接ニ支分國ノ臣民ニ對シテ支配權ヲ行ヒ得ヘキコトヲ前提トスルモノニシテ而カモ此ノ如キコトハ國家聯合カ國際關係ニ過キササル點ト矛盾スレハナリ司法ノ權能モ支分國相互ノ間ノ爭ナラハ聯合其モノニ屬シ得ルモ決

シテ支分國ノ臣民其モノニ對シテ直接ニ裁判權ヲ行使スルヲ得ス。國家聯合ハ
 契約ニ依リテ定メラレタル制限セラレタル權限ヲ有スルモ此權限ノ變更ハ全
 支分國ノ同意アルニアラサレハ之ヲ擴張スルヲ許サス此ノ如ク國家聯合ハ單
 純ナル國際關係ニ過キス又聯合其モノハ直接ニ臣民ニ對シテ權力ヲ行使シ得
 サルカ故ニ各支分國ハ依然トシテ主權ヲ保有シ又其臣民ニ對シテモ完全ナル
 國家的支配權ヲ有スルモノナリ此等ノ諸點ヨリ考ヘテ國家聯合カ國家ニアラ
 サルハ明白ナルコトニ屬ス

國家聯合ハ今日ノ世界ニハ一モ存在セス過去ノ事實トシテハ千七百七十六年
 ヨリ千七百八十七年迄ノ北米合衆國千八百十五年ヨリ千八百四十八年迄ノ瑞
 西千八百十五年ヨリ千八百六十六年迄ノ獨逸聯合カ其例ナレトモ此等諸國ハ
 何レモ其後其聯合ノ組織ヲ變シテ聯合國家即チ聯邦トナリ國家トシテ存在ス
 ルニ至リシカ故ニ今ハ國家聯合ノ形態ヲ存セサルナリ

聯合國家即チ聯邦ニ在リテハ其特徵ハ三個ノ點ニ於テ現ハル第一ハ聯邦其モ
 ノカ國家タル性質ヲ有スルコト是レナリ彼ハ一定ノ範圍ニ於テ國家的職司ヲ

遂行シ又直接ニ人民其モノニ對シテ命令強制ノ權ヲ有ス第二ハ聯邦ヲ組織ス
 ル各支分國モ亦同時ニ國家タル性質ヲ保有スルコト是レナリ第三ハ各支分國
 ト聯邦トノ關係ハ組合的ノ統一體ヲ成シ其一國カ他國ヲ支配スルコト宗主關
 係ノ國ニ於ケルカ如キコトナキコト是レナリ聯邦ノ國家性ニ付テハ學者ノ間
 ニ通說ノ一致スルモノアリ別ニ辯明ノ必要ヲ認メサルト又其研究ハ獨逸瑞西
 及ヒ北米合衆國ニ於テハ必要アランモ我國ノ如キ單一國家ニ於テハ憲法論ノ
 緒論ニ於テ之ヲ詳説スルノ煩ニ堪エサルカ故ニ今茲ニ之ヲ述ヘス(詳論ハ帝政
 時代ノ獨逸
 國法學者ノ著書
 ニ就テ見ルヘシ)

第五節 國體及政體

第一款 國體

國體トハ國家ノ形態 (Stateform) ヲ謂フ故ニ國體ノ區別ト謂ヘハ國家ノ種類ト
 謂フコトヲ意味ス抑々國家ノ區別ハ標準ヲ異ニスルニ從ヒテ種種ニ之ヲナシ
 得ヘシ例ヘハ領土ノ位地大小其他社會的經濟的人種的宗教的ノ特徵モ亦區別

無意味ナル
國家ノ種類

統治權ノ如
何ナル方面
ヲ標準トシ
テ國體ヲ區
別スルヤ

國體ハ統治
權ノ總攬者
スレバ之ヲ依
スルハシ

ノ標準ト爲シ得サルニアラス然レトモ此ノ如キ標準ニ依リテ國家ヲ區別スレ
ハ其結果ハ極メテ無意味トナラン例ヘハ國家ヲ農業國商業國工業國ニ分ツカ
如キ又ハ大國小國ニ分ツカ如キハ動物ヲ其大小毛色功用等ニ依リテ分ツト同
様何等ノ利益スル所ナシ國體ノ區別ハ國家ト他ノ社會現象トヲ區別スヘキ特
徴即チ國家カ特有スル統治權ヲ基礎トシテ之ヲ爲ササルヘカラス統治權ヲ標
準トセサル國體ノ區別ハ意味ナキモノナリ
既ニ統治權ヲ基礎トシテ國體ノ區別ヲ爲スヘキモノトセハ次ニ起ル問題ハ統
治權ノ如何ナル方面ヲ標準トシテ國體ノ區別ヲ爲スヘキカト謂フコトナリ抑
々或政治團體カ國家トナルカ爲メニハ獨立ノ統治權ヲ有スルコトヲ必要トシ
而カモ此統治權ナルモノハ凡テノ國家ニ通シテ同一ノ作用ヲ有スルモノナリ
(聯邦ニ在リテハ多少異ナルモ暫ク之ヲ措ク)故ニ統治權其モノノ種類ヲ標準ト
シテ國體ノ區別ヲ爲スコトハ不可能ナリ然ラハ統治權ヲ行使スル形式ヲ標準
トシテ國體ヲ分ツヘキカ否ナ統治權行使ノ形式ハ後ニ述フルカ如ク政體ヲ區
別スル標準トナルモノナレハ既ニ吾人ニシテ國體ト政體トヲ區別スル主義ヲ

探ル以上統治權行使ノ形式ノ區別ヲ以テ國體ヲ區別スルコト能ハス然ラハ統
治權ノ主體ノ區別ニ依リテ國體ヲ區別スヘキカ否ナ統治權ノ主體ハ前ニ反覆
説明セルカ如ク國家其モノナリ故ニ統治權ノ主體ノ何人タルカニ依リテ國體
ヲ區別スルコトハ吾人ノ立場ヨリシテハ不可能ノコトニ屬ス然ラハ殘ル所ハ
唯一アルノミ何ソヤ曰ク國體ノ區別ハ統治權ノ總攬者ノ區別ニ依ルト而シテ
此說ハ其實質ニ於テハ通俗ニ行ハルル國體ノ區別即チ何人カ統治權ノ主體ナ
リヤト謂フコトヲ標準トシテ國體ヲ區別スル說ト同一ニ歸著スルモノナリ
我國ニ於テハ從來國體ノ區別ヲ統治權ノ主體ノ區別ニ求メ政體ノ區別ヲ統治
權行使ノ形式ニ求ムルコト一般ノ通說タリ故穂積博士清水博士上杉博士等皆
此說ヲ採ル此說ノ後段即チ政體ノ定義ハ之ヲ正シトスルモ其前段即チ國體ノ
區別ヲ統治主體ノ區別ニ求ムルノ點ニ於テハ余ハ之ニ贊スル能ハス何トナレ
ハ統治權ノ主體ハ國家其モノナレハナリ然レトモ余ハ之レカ爲メニ國體ノ區
別ヲ認メサルモノニ非ス我國ノ通說ニ所謂統治主體ヲ統治權ノ總攬者ト謂フ
國家機關ト看做シ統治權ノ總攬者ノ何人タルカヲ標準トシテ國體ヲ區別スル

ナラハ余ハ其區別ノ可能ヲ信スルノミナラス又最モ適當ナル説明トシテ之ヲ採用セン我國ノ學者中君主ヲ統治ノ機關ナリトシ統治權ノ主體ハ國家自身ナリト謂フコトヲ説明スルニ汲々タル結果遂ニ國體ノ區別ヲ抹殺シテ國體ニ區別ナシ唯政體ノ區別アルノミト謂フ者アルハ曲レルヲ矯メテ直キニ過クルモノト謂ハサルヘカラス

美濃部博士ハ此種ノ論者ナリ氏ハ國體ノ區別ヲ認メス國體ノ區別ハ即チ政體ノ區別ナリト説ク其立論ノ根據ハ立憲政ト專制政トハ單ニ統治權行使ノ形式ヲ異ニスルニ止マルモノニアラズ國權ヲ行フ機關ノ組織ヲ異ニスルモノナリ而シテ君主政ト共和政トハ貴族國ト民主國トヲ併セテ共和政ト謂フトノ區別モ亦國家機關ノ組織ニ因ル區別ナリ去レハ政體的分類ト國體的分類トハ其性質ヲ異ニスル區別ニアラズト謂フニ在ルカ如シ(日本國法學上卷一三)固ヨリ國體ノ區別モ統治權ノ總攬者ト稱スル國家機關ノ區別ニ依ルコトハ氏ノ説ノ如シ然レトモ此一事ヲ以テ直チニ國體ノ區別ナシ唯政體ノ區別アルノミト謂フハ早計ニ過ク氏ノ説ノ誤マレルハ事物ノ區別ニ關スル原則ヲ研究スレハ明カ

ナラン事物ノ區別ハ標準ヲ異ニスルニ從ヒテ種種ニ之ヲ爲スヲ得ヘシ而シテ標準ノ異ナル限リ又別個ノ區別ノ併ヒ存スルコトハ何人モ疑フ能ハス例ヘハ書籍ニ付キ其色ヲ標準トシテ之ヲ區別スレハ青キ本赤キ本黃色本其他ノ區別ヲ爲シ得ヘシ之レト同時ニ本ノ寸方ヲ標準トシテ區別スレハ大本中本小本ノ區別ヲ爲スヲ得ン此場合ニ於テハ色ニ依ル區別ト寸方ニ依ル區別トハ併ヒ存シテ妨クル所ナシ國體政體ノ區別モ亦之ト同シ何レノ國ニモ必ス統治權ノ總攬者ト謂フ最高ノ機關アリ此機關ノ何人タルヤハ其統治權ノ行使ノ形式トハ全然無關係ノ問題ナリ君主カ統治權ヲ總攬スルモ又ハ國民中ノ卓越セル數人カ統治權ヲ總攬スルモ又ハ國民カ全體トシテ統治權ヲ總攬スルモ之ニ依テ未タ其統治權ヲ如何ニ行使スルカノ問題ニハ何等ノ解決ヲ與フルモノニアラス故ニ統治權行使ノ形式ヲ基礎トスル政體ノ區別ニ對シテハ統治權ノ總攬者ノ何タルカハ全ク無關係ノ問題ナリ恰カモ色ニ依リテ書籍ヲ區別スルコトニ對シテ大キサニ依リテ書籍ヲ區別スルコトカ全然無關係ナルカ如シ故ニ統治權ノ總攬者ノ誰ナルカヲ標準トシテ國家ヲ區別シ之ヲ國體ノ區別ト名ケテ政體

ノ區別ト相對セシムルコトハ可能ニシテ。又不當ノコトニアラス抑々國家ハ如何ナル國タルヲ問ハス必ス統治權ノ總攬者ナカルヘカラス。君主カ貴族カ人民全體カ何ニセヨ統治權ヲ總攬シ主タル直接機關トシテ國家意思ヲ決定スル者ナクハ國家ハ成立セス此總攬者ノ誰ナルカハ立憲政體ニ必要ナル機關ノ構成トハ全然無關係ノコトニ屬ス其證據ハ君主國ニ專制立憲ノ兩政體アリ得ルカ如ク民主國貴族國ニモ專制ト立憲トノ兩政體アリ得ルヲ見テモ明カナラン此點ヨリ論スレハ統治權ノ總攬者ノ區別ニ依リテ國體ヲ區別シ統治權ヲ如何ニ行フカノ區別ニ依テ政體ノ區別ヲ爲スハ正當ノ見解ナリト謂ハサルヘカラス然ラハ國體ヲ區別スル標準トナルヘキ統治權ノ總攬者ノ性質ハ如何此特質ハ次ノ二點ニ存ス其一ハ夫レカ國家ノ最高機關タル地位ヲ固有スハコトナリ最高機關トハ國家ニ原動力ヲ與フル機關ヲ意味ス。此機關カ無クハ國家カ活動スル能ハサルカ如キ機關ヲ意味ス例ヘハ君主國ニ於テハ君主カ官吏ヲ任命シ議會ヲ召集シテ始メテ議會モ開會シ官吏モ亦就職シテ其職務ヲ執ルヲ得ルカ故ニ君主ハ國家ニ原動力ヲ與フル機關ナリ若シ君主ニシテ何事ヲモ爲サザラン

カ國家ノ凡テノ活動ニ原動力カ加ハラサルカ故ニ國家ハ活動スルコト能ハサルヘシ。民主國ニ於テハ人民ハ原動機關ナリ人民カ選舉セサレハ議會モナク大統領モ就職スル能ハス從テ國家ノ働ラキハ不能ナラン此ノ如ク國家ノ原動力ヲ爲ス機關カ即チ國家ノ最高機關ナリ次ニ統治權ノ總攬者ハ其最高機關タル地位ヲ固有ス。固有ストハ他人ヨリ繼承セスシテ自己固有ノ權トシテ其機關地位ヲ有スルコトヲ謂フ君主國ニ在リテハ君主ハ其最高機關タル地位ヲ何人ヨリモ繼承セスシテ之ヲ固有ス貴族國ニ於ケル貴族民主國ニ於ケル人民又然リ其二ニ統治權ノ總攬者カ其地位ヲ固有スル結果廣キ權限ノ推定ヲ受クルコトナリ即チ法カ明示的ニ彼ニ奪ヒタル權限ハ別トシ然ラサル限リ統治權ノ總攬者ハ何事ニテモ爲シ得ル推定ヲ受ク例ヘハ君主國ニ於ケル議會裁判所其他ノ機關ハ皆法ニ依リテ明カニ附與セラレタル權限ノ外何物ヲモ有セサルニ反シ君主ハ法ノ禁セサル限リ何事ヲモ爲シ得ル推定ヲ受ク是レ君主カ統治權ノ總攬者タル當然ノ結果ナリ民主國ニ於ケル人民貴族國ニ於ケル貴族皆此ノ如キ廣キ權限ノ推定ヲ受ク

國體ノ區別ハ右述フル如ク統治權ノ總攬者ノ區別ニ基クモノニシテ而カモ統治權ノ總攬者ハ右ニ擧ケタル二個ノ特質ヲ有スヘキモノトセハ名ヲ以テ實ヲ推スコト能ハサル場合アリ例ヘハ同シク君主ヲ戴ク國ニ於テモ法理上君主國ニ非サル國アリ白耳義ハ王國ナレトモ同國ノ憲法ハ國民議會カ白耳義公民ノ名ニ於テ公布シタルモノニシテ又同國憲法第二十五條ニハ「一切ノ權力ハ人民ヨリ出ツ」ト規定スルカ故ニ法理上白耳義ハ民主國ナリ希臘ノ如キモ亦王國ナレトモ同國憲法第二十一條ニハ「一切ノ權力ハ人民ヨリ出ツ」ト規定スルカ故ニ法理上ハ又民主國ナリ故ニ輕輕シク名ヲ以テ其實ヲ推スヘカラス

國體ハ之ヲ如何ニ區別スヘキカ余ハ統治權ノ總攬者カ一人ナルカ數人ナルカ又ハ國民全體ナルカニ從ヒテ君主國貴族國民主國ノ三國體ヲ區別スルモノニシテ又其以上ニ國體ノ區別ヲ認ムル必要ナキヲ信ス統治者ノ區別ニ依リテ國家ヲ分類セシハ既ニギリシヤニ於テ行ハレタル所ニシテアリストテレーヌノ如キハ此標準ニ依リ君主國(Monarchie)貴族國(Aristokratie)及民主國(Republik)ノ三者ヲ區別セリ後世ノ學者モ亦多ク此說ヲ襲踏ス唯或ハ此三種ノ外ニブルンチユ

リー(一)一般國家學(二)政治學原論ノ如ク神主國(Theokratie od. Ideokratie)ナルモノヲ加ヘ或ハツアハリエ(一)獨逸國法及聯邦法(二)法國學原理ノ如ク貴族國民主國ヲ合シテ共和國ノ名稱ノ下ニ説明セントセルモノアルモ大體ニ於テアリストテレーヌノ唱ヘタル三種國體ノ外ニ出テス神主國ノ如キハ法律上ノ問題ニアラス民主國貴族國ヲ同一種トスル者ハ兩者ニ在リテハ統治權ノ總攬者カ數人ナルカ故ニ一人カ統治權ノ總攬者タル君主國ニ對シ兩者ヲ合シテ一種ト看ルノ意ナランモ一ハ國民全體ヲ以テ統治權ノ總攬者トシ一ハ國民中ノ少數階級ヲ以テ統治權ノ總攬者トスルカ故ニ此點ヨリシテ兩者ハ之ヲ區別スルヲ可トス是レ余カ普通ノ分類ニ基キ茲ニ國體ノ區別トシテ君主國貴族國民主國ノ三種ヲ擧クルニ止ムル所以ナリ

君主國ノ例ハ歐洲大陸ニ在リテハ英國(英國ハ憲法ノ正條ヨリスレハ君主國ナレトモ政治ノ實際ヨリスレハ民主國ナリ)西班牙、伊太利、匈牙利、ノールエー(民主的色彩ヲ帶フ)瑞典、丁抹、和蘭、リエ、クサムプール、バルカン諸國等ニシテ亞細亞ニ在リテハ強國トシテ唯日本アルノミ、南米、北米共ニ王國ナシ歐洲中白耳義、ギリシヤカ王國ノ稱アリテ其ノ實民主國ナルコトハ本文述ヘタルカ如シ貴族國ノ例ハ過去ノ事例ニ屬シテ現在スルモノナシ紀元前六十年シーザー、ポンペイウス、

特定ノ國家
ハ就テ見レ
ハ國體ハ而
カク明瞭ニ
區別シ難シ

クラウスマスノ三頭政治カ行ハレタル羅馬國ハ民族國體ノ例ト見ルヲ得ヘシ後ノ三頭政治即チ
シーザーノ死後行ハレタルアントニウス、オクタヴス、及ルヒヅスノ三頭政治モ亦羅馬チ
シテ一時貴族國タラシメタリポーランドノ如キモ亦一種ノ貴族國ナリキ民主國體中ニハ更ニ
直接民主國體ト間接民主國體トアリ前者ハ人民直接ニ統治權ヲ行フモノ後者ハ代表者ヲ選ヒ
此代表者カ統治權ヲ行フモノヲ謂フ但シ此兩者共ニ人民カ統治權ヲ總攬スルモノニシテ直接
民主制間接民主制ノ區別ハ寧ロ統治權行使ノ形式ニ係ルカ故ニ之ヲ國體ノ區別ト看做ス必要
ナク又此區別ヲ爲スハ不當ナリ今日直接民主制ヲ採ルハ瑞西、カントン、中アツペンチエル、グラ
ルス、ウーリ、及ウンターワルデンニ過キス其他ノ共和國ハ皆間接民主制ニ依ル唯時ニレフエ
ンダム方式ヲ採用シテ特定ノ場合ニ直接民主ノ制ヲ實現スルモノナキニアラス

國體ノ區別ハ之ヲ以上述フル所ニ徴スレハ甚タ明瞭ナルカ如キモ之ヲ實際ノ
國家ニ就テ見ルニ果シテ此ノ如キ純粹ノ國體ヲ有スル國家アリヤハ頗フル疑
ハシキ所ニ屬スロツシエル(政治學)ハ全キ國家カ純然タル君主國貴族國又ハ民
主國ノ要素ノミヨリ成リシ事例ハ一モ無シト曰ヒマコーレーモ亦嘗テ存在セ
ル國家カ此理想ニ正確ニ適合セルコトハ疑ハシト曰ヘリポリビオス以來絕對
ニ良好ナル國體ハ此三要素ノ混合セル國體ナリトノ說一般ニ唱ヘラレ中世ノ

理論家トシテ最モ有名ナリシトーマス、ダクキノ(或ハトーマス、アクキヌス)ハ若
シ理想的ノ君主ヲ得ハ君主國ハ最モ善キ國體ナルモ實際ニ於テハ三種ノ國體
ノ混合(Commixtam politiam)カ最モ善キ國體ナリト曰ヘリモンテスキューカ英國
ノ國體ヲ稱揚シテ其美點ハ三種國體ノ混合融和ノ上ニ在リト説ケルモ亦同一
ノ趣意ニ出ツ抑々國家内ニ於ケル社會力ハ決シテ君主トカ貴族トカ人民トカ
謂フカ如キ一個ノ原素ニ專屬スルモノニアラス。君主國ニ在リテモ人民ハ抵抗
スヘカラサル社會力ニシテ又君主ノ周圍ニハ君主モ之ヲ動カシ難キ貴族階級
ヲ生ス。貴族國ニ於テモ一方ニハ人民ノ勢力ハ之ヲ奈何トモナシ難ク又一方ニ
ハ其貴族中ノ一人カ牛耳ヲ執ルニ至リテ殆ント君主ト同一ノ地位ヲ得ルハ歷
史ノ證明スル所ナリ民主國ニ於テモ亦然リ人民全體ハ到底政治ニ關與スル能
ハサルカ故ニ茲ニ代表的民主制ヲ生シ此代表者即チ少數ノ者カ實際ニ統治權
ヲ掌握シ又此少數ノ中ニ於テ更ニ有力ナル首領カ現ハレテ政權ヲ實際ニ掌握
スルカ故ニ民主國ニ於テスラ又貴族國君主國ノ原素カ知ラス識ラス發生ス。此
等ノ事實ヲ政治學上ヨリ觀察スレハ何レノ國家モ君主國貴族國民主國ノ要素

一〇八
ノミヨリ成ル事例ナシト謂フ斷案ニ歸著スルハ敢テ怪ムニ足ラス唯此要素ノ
中何レカ主タルカ何レカ其主タルモノニ對スル制限的ノ勢力タルカヲ觀察シ
其主タルモノカ君主ナラハ之ヲ君主國トシ其主タルモノカ貴族ナラハ貴族國
トシ其主タルモノカ人民ナラハ民主國トスヘキノミ制限的ノ勢力(制限機關ノ
實際上ノ力)ハ時ニ主タル力ニ勝リテ事實上ニハ國政ノ實際ヲ支配スルコトア
ルモ法理上尙ホ主タル力カ他ニ存スル以上ハ其主力ヲ標準トシテ國體ヲ定ム
ルノ外ナキナリ

第二款 政體

政體トハ統治權行使ノ形式(Regierungsform)ヲ謂フ從テ又國體ト同シク種種ノ標
準ニ依リテ之レカ區別ヲ爲スコトヲ得ヘシ然レトモ茲ニハ統治權ノ作用ヲ立
法司法行政ノ三ニ分チ互ニ獨立セル別個ノ機關ノ參與ヲ必要條件トシテ此作
用ヲ行使セシムルカ然ラサルカノ標準ニ依リテ專制政體ト立憲政體トヲ區別
セントス但シ此區別ヲ論スル前ニ吾人ハ先ツ國家ノ作用ヲ論セサルヘカラス

統治ノ作用ノ研究ハ遠クギリシヤ時代ヨリ行ハレタリアリストテレーヌハ統
治ノ機關ノ區別ヨリ遡リテ國權其ノモノノ作用ヲ區別セリ彼ハ當時ギリシヤ
諸國ノ間ニ一般ニ存在セル議會官廳及ヒ國民裁判所ノ權限ヨリ逆推シテ國家
ノ作用ヲ(一)會議的作用(二)行政作用(三)司法作用ノ三ニ區別セリ然レトモ此區別
ハ正鵠ヲ得タルモノニアラス蓋シ當時ノ議會ハ宣戰媾和同盟ノ締結解除法律
ノ制定死刑流刑沒收及ヒ國家ノ會計ニ關スルカ如キ重大ナル國事ヲ議スル所
タリシヲ以テ彼ハ外交ト立法トノ如ク全ク別種ノ行爲ニ屬スルモノヲモ一團
トシテ以テ第一ノ會議作用ノ中ニ包含セシメタリ第二ニ彼ハ所謂官廳ノ權限
ヨリシテ行政權ナルモノヲ歸納シ第三ニ國民裁判所ノ權限ヨリシテ司法權ノ
觀念ヲ歸納セリ此ノ如キ區別ハ今日ヨリ見レハ正當ノモノニアラスト雖モ而
カモ機關ノ權限ヨリ遡テ國家ノ作用ヲ分類セントスルコトハ一應ノ道理アリ
蓋シ内部ニ於テ區別アル國權ノ作用ハ夫レカ外部ニ向テ働ラク場合ニハ別個
ノ機關ニ依リテ行ハルルコトヲ要求スルカ故ニ異種ノ機關ノ權限ヨリ追索シ
テ統治作用ノ區別ヲナサムトセル學說ハ必スシモ凡テ誤マリナリト云フ能ハ

サレハナリ。然レトモ古來何レノ國ニ於テモ先ツ純粹ノ法理ニ依リテ抽象的ニ統治權ノ作用ヲ分類シ此分類ニ應スル爲メニ各別ノ統治機關ヲ作りタルニアラス却テ先ツ隨時別個ノ機關ヲ作り其權限ノ如キモ便宜之ヲ定メタルヲ以テ別個ノ機關ノ權限ハ必スシモ抽象的ノ區別ト一致スルコトナシ去レハ此等機關ノ權限ヨリ抽象スルノミニテハ到底明瞭ナル分類ヲ爲ス能ハス羅馬ノ國法ニ於テモ機關ノ權限ヨリ遡リテハ到底正確ニ國家作用ノ分類ヲ爲スコトヲ得サリキ當時ノ立法院タリシ議會ノ權限ハ元老院又ハ執政官ノ權限トハ區別セラレシト雖モ立法ト同時ニ又重大ナル外交上ノ事件モ議會ノ權限ニ屬シ元老院ノ如キモ亦其本來ノ職司ハ行政權ノ行使ニアリナカラ同時ニ又元老院令ト稱スル一般的法規ヲ定ムル權ヲ有セシカ故ニ立法行爲ヲモ併セ行ヒタルモノナリ執政官モ亦施政權ト司法權トヲ兼ネ有シ又法規命令ヲ出ス權アリシナリ政治ノ實際カ斯克ノ如クナリシヲ以テ學說ニ於テモ統治作用ヲ明瞭ニ分類スルモノハ皆無ナリシト云フモ過言ニアラス

統治權ノ作用ヲ抽象的ニ分類セル最初ノ學者ハ英國ノジョン、ロック(一五〇六年

一五八二年)ナリ彼ハ其著「國政論」ニ於テ國權ノ作用ヲ數種ニ分テ説明セリ彼ハ先ツ國權ヲ立法權(Legislative Power)ト執行權又ハ行政權(Executive Power)トニ分テ更ニ執行權ヲ國內ニ於テ裁判官及ヒ他ノ官廳ニ依リテ行フ所ノ狹義ノ執行權ト外部ニ對スル國權ノ作用(Federative Power)トノ二ツニ分テリ彼ハ國民主權說ヲ採リテ立法權ハ國民ニ在リトシ又立法權ヲ國權ノ作用中最高ノモノトシ他ノ力ハ凡テ立法權ヨリ寄託セラレタルモノナレハ其濫用アル場合ニ於テハ國民ハ何時ニテモ之ヲ取り還スコトヲ得ヘク從テ執行權ハ立法權ノ下ニアルモノナリト説ケリ彼ノ説ニハ二個ノ主義カ言ヒ表ハサレタリ即チ彼ハ一方ニ於テハ權力ノ分立ヲ説キ一方ニ於テハ他ノ權力ニ對スル立法權ノ優越力ヲ説ケリ尙ホ彼ハ附ケ加ヘテ秩序アル國ニ於テハ立法權ト執行權トハ別人ノ手ニ依リテ行ハルコトヲ要スルモ外交權ト狹義ノ執行權トハ假令其性質ニハ區別アルニモセヨ其行使ハ常ニ同一機關ノ手ニ依リテ行ハルモノニシテ之ヲ分離シテ別人ノ手ニ歸セシムルコトハ殆ト不能ナリト曰ヘリロックノ説ハ佛ノ學者モンテスキュー氏ニ依リテ大成セラレタリモンテスキューノ説ハロックニ負

フ所頗フル多シト雖モ而カモ又ロツクノ説明ニ一步ヲ進メタル所アリ今氏ノ著
「萬法精理」(Montesquieu, De l'esprit des lois)中第十一卷第六章ニ於テ彼カ英國ノ憲
法ニ就テト題シテ述ヘタル文字ヲ引用セム此所説ハ英國ノ憲法ヲ基礎トシテ
立憲政體ノ何タルカヲ説明シタルモノニシテ學説トシテ一世ヲ風靡シ各國憲
法政治ニ多大ノ影響ヲ與ヘタルモノナリ

「各國ニハ三種ノ權力アリ立法權國際事件ヲ處理スルノ權及國內事件ヲ處理
スル權是レナリ第一權ニ依リテ君主又ハ政府ハ一時若クハ永久ノ法律ヲ制
定シ或ハ既定ノ法律ヲ改廢ス第二權ニ依リテ彼ハ和ヲ講シ戰ヲ宣シ使節ヲ
授受シ安寧ヲ保護シ外患ヲ防禦ス第三權ニ依リテ彼ハ犯罪ヲ懲罰シ個人間
ノ訴訟ヲ裁判ス以下第三權ヲ司法權トシ第二權ヲ行政權ト名ケテ説明セム」
「人民ノ政治上ノ自由ハ各人其身ノ安全ヲ信スル心神ノ穩泰アル所ニ存在ス
故ニ人民ヲシテ此自由ヲ有セシメントセハ甲ヲシテ乙ヲ怖レシメサル政治
ヲ行ハサルヘカラス若シ立法行政ノ二權カ同一ノ君主又ハ一個ノ政府ニ屬
スルトキハ君主又ハ元老院カ壓制ヲ行フ爲ニ何時壓制的ノ法律ヲ制定スル

英國憲法ニ
關スル彼ノ
説明

ヤモ料リ難キ畏怖心カ人民ノ心中ニ發生スルカ故ニ自由ハ存セス司法權ヲ
立法行政ノ二權ヨリ分離セシメサルトキモ亦同シ同一人又ハ貴族庶民等ノ
一體ニ委スルニ三權ヲ以テシ自カラ定メタル法律ヲ執行シ且ツ人民ノ訴訟
ヲ斷スルコトヲ許サハ萬事休スト

斯クテモンテスキューハ三權ノ分立ヲ唱フルト共ニ此等ノ權力ヲ行使スル機關
ハ互ニ獨立シテ拘束セラレサル別個ノモノタラサルヘカラスト主張セリ彼ハ
更ニ司法機關ニ就テ次ノ如ク言ヘリ

「司法權ハ永久ノ裁判官ニ委ヌヘカラス却テ一年中ノ一定ノ時期ヲ限ツテ任
期ヲ有シ且ツ法律ノ定ムル條件ニ應シテ人民中ヨリ採用セラレタル人々ニ
依リテ裁判所ヲ構成スヘキモノナリ而シテ裁判所ハ其必要ナル間ノミ開廷
スヘキモノナリ」ト

此點ニ於テ彼ハ陪審裁判制度ヲ謳歌セリ此制度ハ當時ノ英國ニ行ハレタルモ
ノニシテ後ニ歐洲大陸諸國カ陪審制度ヲ採用スルニ至リシ原因ハ彼ノ説モ亦
與カツテ力アリ議會制度ニ就テモ彼ハ次ノ如ク曰ヘリ

「各選舉區ニ於ケル一切ノ公民ハ投票權ヲ有セサルヘカラス但シ自己ノ意思ニ依リテ投票スルコトヲ得サルカ如キ貧民ハ此限ニ在ラスト」

斯クテ彼ハ當時英國ニ行ハレタル制限選舉法ニ賛成セリ彼ハ又當時英國ニ行ハレタル團體代表ノ制度ヲモ稱揚セリ英國ノ選舉ハ當時國民代表ノ制度ニアラスシテ「カウンチー」又ハ「ボロー」ノ如キ地方團體ヨリ其代表者ヲ選舉シテ下院ニ出シタリシカモンテスキューカ此制度ヲ是認セル理由ハ代議士ノ人物ハ同一ノ團體ニ屬スル隣人カ最モ善ク之ヲ知ルヲ以テ最モ適當ノ者ヲ選出スルコトヲ得ヘシト信シタルニ因ル貴族院ニ就テモ彼ハ其存在ノ必要ヲ主張セリ曰ク「一國ニハ其出生、財力及ヒ名譽ニ於テ優越シタル一階級アリ此人々ニ對シ庶民ト同シク唯一票ノ權ヲ與フルトキハ庶民ハ貴族ニ不利益ナル議決ヲ爲スナラン斯クテハ庶民ハ自由ヲ得ルニ反シ貴族ハ奴隸ノ状態ニ陥ラサルヘカラス。此弊ヲ防ク爲メニハ貴族ニモ庶民ト同シク他ノ一院ヲ組織スル權ヲ與ヘ人民カ不法ニ其計畫ヲ實行セントスルトキハ之ヲ阻止スル餘地ヲ與ヘサルヘカラス」ト

執行權ニ就テモンテスキューハ次ノ如ク曰ヘリ

「執行權ハ君主ノ手ニ存セサルヘカラス何トナレハ執行權ハ敏活ノ働ヲ要スルモノナルヲ以テ多數ノ人ニ依リテ行ハルルヨリモ一人カ之ヲ行フコトヲ適當トナセハナリ」ト

尙ホ彼ハ其所説ノ終リニ至リテ左ノ如ク曰ヘリ

「若シ行政權カ立法官ノ行爲ヲ抑制スル權ヲ有セスハ立法者ハ(議會ヲ謂フ)其權力ヲ擅ニスルナラン何トナレハ立法權ハ一切ノ權力ヲ自己ニ收獲シテ他ノ二權ヲ破壊スヘキ地位ニ在ルヲ以テナリ然レトモ立法權ハ行政權ヲ抑制スル權利ヲ有スル必要ナシ何トナレハ行政權ハ先天的ノ限界ヲ有スルカ故ニ之ヲ制限スル必要ナケレハナリ(中略)英國ノ政治組織ハ次ノ如シ即チ立法官ハ上院下院ノ二局ヨリ成リ各其獨立ノ權限ヲ有シテ互ニ抑制ス此二院ハ行政權ニ依リテ拘束セラルルコト猶ホ行政權カ立法權ニ依テ拘束セラルルカ如シ立法行政司法ノ三權ハ元來交互相抑制シテ靜止不動ノ結果ヲ生スル傾アレトモ國家ノ事務カ其活動ヲ強制スルニ至リテハ共同一致ノ状態ニ於

テ初メテ進行スルコトヲ得ヘシト

之ヲロツクノ説ニ付テ見ルニ彼ハ先ツ國權ノ作用ヲ立法權ト執行權(行政權)トニ分チ執行權ヲハ更ニ狹義ノ行政權(司法作用及今日吾人ノ所謂行政權)ノ二者ヲ包含スト外交權トノニ分テリ而シテ彼ハ立法權ト執行權トハ別人ノ手ニ依リテ行ハルヘキモノナルコトヲ主張セルニ反シ狹義ノ行政權ト外交權トハ同一機關ノ手ニ依リテ行ハルモノニシテ別人ノ手ニ歸セシムルコトハ不能ナリト云ヘリ之ニ由テ之ヲ觀レハ彼ハ統治作用ノ分類トシテハ立法司法行政及外交ノ四者ヲ認メシト雖モ機關ノ分立ノ點ヨリ云ヘハ立法ト其他ノ三者ヲ對立セシメ機關ノ分立ヲ必要トスルハ唯立法權ト其他ノ三作用即チ執行權トノ間ニ於テノミナリト主張セルモノナリ即チ彼ハ二權分立説ヲ唱ヘタルモノナリ然ルニモンテスキューハロツクニ一步ヲ進メ國權ヲ立法行政司法ノ三者ニ分チ此三作用ハ各別個ノ機關ニ分屬スヘキモノニシテ同一機關カ他ノ權力ヲ併有スヘカラストナセリ是レ實ニ彼ノ三權分立論ノ骨子ナリ此點ヨリ云ヘハ近世ノ立憲政體ニ範ヲ垂レタルモノハ其實質ニ於テハ英國ノ憲法政治其

ロツクノニ
權分立説
イニフキ
ユノ三權
分立説

モンテスキ
ューニ對ス
ル妄評

モノニシテ此英國ノ憲法政治ヲ學理的ニ説明シテ之ヲ世ニ紹介シタルモノハモンテスキュー其人ナリト謂ハサルヘカラス世人或ハモンテスキューヲ攻撃シ權力ハ唯一不可分ノモノナルカ故ニ之ヲ分ツヘカラス之ヲ分チ得ルハ唯權力ノ作用ノミ故ニモンテスキューノ三權分立論ハ誤ナリト説明ス特ニ獨逸ノ學者ハ多ク此種ノ説明ヲ以テモンテスキューヲ非難スルカ如シ然レトモ是レ明カニモンテスキューノ所説ヲ誤解若クハ曲解シタルモノニシテ其非ナルハ少シク研究ヲ積メル學者ノ一般ニ認ムル所ナリイニエリネツク(國家論四八四頁)曰ク「モンテスキューハ英國ノ政治ヲ解シ其權力ハ三個ノ分離セル對當ニシテ而モ互ニ拘制スヘキ權力ヨリ成ルモノニシテ此等三權ハ互ニ觸接スル點ヲ有セサルニアラサルモ其本質ニ於テハ互ニ獨立セルモノナリトセリ然レトモ彼ハ此理論ヲ詳説セス國權ノ不可分ナルコト及ヒ此不可分ニ對スル三權ノ關係ハ彼ノ詳説セザリシ所ナリト吾人モ亦而カク信ス彼ハ立法權ハ一切ノ權力ヲ自己ニ收獲シテ他ノ二權ヲ破壊スヘキ地位ニ在ルモノト曰ヘリ此點ハ彼ノ説カ

ロツクノ所謂「行政權ニ對スル立法權ノ優越」ニ負フ所アリシ當然ノ結果ニシテ

モリススキ
エーハ主ト
ツテ機立相
互ノ獨立ナ
リケリ

此點ヨリ云ヘハ彼ハ三權ヲ全然對等ノ權力ト認メタルニアラス又司法ハ法ノ適用ヲ司トル作用タル以上立法ニ拘束セラルヘキハ當然ノコトニシテ司法カ立法ト同等ノ權ナルカ又ハ其上ニ在ルト云フカ如キ議論ノ誤ナルコトハモンテスキュート雖モ決シテ之ヲ知ラサルニ非ス元來モンテスキューハ今日世人カ考フルカ如ク國家ノ作用ノ客觀的分類ヲ力説シタルニ非ス彼ノ説ノ重點ハ寧ロ機關ノ獨立ト云フコトニ在リキ其證左ハ彼カ國權ヲ分ツニ當リ行政權ヲ「國際事件ヲ處理スル權」ト同一視シタルニ徴シテモ明カナリ抑々外交ノコトハ一國カ外國ト對等ノ關係ニ於テ行動スルモノニシテ彼ノ今日ニ所謂行政(對内作用)ノ如ク權力ヲ以テ人民ニ臨ム作用トハ根本的ニ差異アリ此點ハロツクモ既ニ認メタル所ニシテ彼カ執行權ヲ「狹義ノ執行權」ト「外部ニ對スル國權ノ作用」トニ區別セルヲ見テモ此コトハ明カナリモンテスキューモ亦此區別ヲ知ラサルニ非ス然レトモ彼ノ眼中ニハ機關ノ分立ニ依リテ權力ノ濫用ヲ制セントスル説明ヲ爲スノ急ナルモノアリルカ爲メニ假令其性質ニ於テハ差異アルニモセヨ之ヲ同一機關ニ委任シテ行ハシムルモ何等ノ弊害ナク却テ之ヲ便宜トス

マヤスキ
クモンテス
スキューナ解

ルカ如キ作用ハ之ヲ同一視スルモ敢テ彼ノ所説ニ反スル所ナカリシヲ以テ彼ハ外交ノコトト行政ノコトト同一視シテ之ヲ行政權ト名ケタルノミナラス行政權ノ文字ノ代リニ對外事件ヲ處理スルノ權ト云フ文字ヲ用キテ怪マサリシナリ後世ノ學者多ク此點ヲ觀過シ近來盛ントナレル統治權ノ作用ノ分類論ヲ以テ彼ノ機關分立論ヲ批判シ其ノ所論ヲ曲解シテ彼ヲ非難セムトス是レ寧ロ自家ノ愚ヲ示スモノニアラスヤ此コトハ余ノ一家言ニ非ス米國ニ於テハ既ニ久シキ以前ニ於テ之ヲ認メタル者アリマヂスンハ雜誌「フエドラリスト」(Federalist Nr. XLVII) (北米合衆國ノ未タ成ラサル前ニ於テ各洲ノ利益ト合衆國ノ利益ト合主義實行ノ機關トシテ發行セル雜誌ナリ)ニ於テモンテスキューカ決シテ極端ナル分權論者ニアラサルコトヲ辯明シテ曰ク「彼自身カ用キタル文字ノ意義ヨリ推シ又彼カ引用セル事例ニ徴スルトキハ彼ノ説ハ即チ立法司法行政行政ノ三部ニ就キ其一部ノ全權カ他ノ部ノ全權ヲ有スル同一ノ力ニ依リテ行使セラルルニ至ラハ自由憲法ノ根本主義ハ全ク破壞セラルヘシト謂フニ過キサルナリ」ト蓋シモンテスキューノ所論ノ眞意ヲ解シタルモノト謂フヘシ

立憲政體ト謂フハ沿革上ノ觀念ナル憲法ノ文字ヲ沿革的ノ意義ニ解スヘキカ
如ク(此事後ニ憲法ノ意義)立憲政體ノ文字モ亦之ヲ沿革的ニ解スヘシ此沿革
的ノ意味ニ於テ云ヘハ立法行政司法ノ三作用カ互ニ他ノ機關ノ意思ヨリ獨立
セル意思ヲ有スル別個ノ機關ニ依リテ行ハルルカ少ナクモ立法ニ付テハ君
主ノ意思ニ拘束セラレサル議會ノ協贊ヲ以テ行ハレサルヘカラス而シテ立憲
主義ハ一方ニ於テ最モ重大ナル社會力タル國民ノ力ヲ認メ重要ナル國政特ニ
立法行為及ヒ財政行為ニ對シ人民ヲシテ參與セシムルコト(直接ニカ又ハ人民
ノ公選ニ依ル代議士ヲシテカハ問ハストスルモ)ヲ主タル目的トスルカ故ニ立
憲政體ノ特徴ハ之ヲ左ノ諸點ニ求ムルコトヲ得ヘシ

- 一 立法司法行政ノ三作用ヲ分ツコト
- 二 立法權ハ法律ヲ制定スルモノニシテ又法律ニハ憲法ニ特別ノ例外ナキ
限リ國法中最モ強キ效力ヲ有セシムルコト
- 三 議會ヲシテ立法行為及重要ナル財政行為ニ參與セシムルコト
- 四 議會ハ其全部又ハ一部ヲ必ス人民ノ公選ニ依ル代議士ニテ組織スヘキ

コト

五 行政ノ首長、議會及裁判所ハ其意思ノ決定ニ付キ互ニ獨立シテ相拘束セ
ナルコト

右ノ中第一點ハ既ニ前ニ述ヘタリ第二ノ點即チ法律ニ國法中最上ノ效力ヲ附
與スルコトモ亦立憲政體ノ特質ナリ固ヨリ國法中ニ在リテモ憲法ハ國家ノ根
本法典ナルヲ以テ假令其成立カ君主ノ欽定ニ係リ議會ノ協贊ヲ經サリシモノ
ニセヨ之ニ最上ノ效力ヲ附與シテ普通ノ法律ヲ以テ之ヲ變更セシメサルハ各
國立法例ノ殆ント例外ナク一致スル所ナリト雖モ憲法ヲ除キテハ法律ハ國法
中最モ效力強キモノナラサルヘカラス固ヨリ憲法ニハ或事項ニ付キ法律以外
ノ國法ヲ以テ規定スヘキ條項アリ此場合ニハ其條項ノ規定ハ法律ヲ以テスル
コト能ハス然レトモ此ノ如キ制限ハ憲法ノ正條ニ基クモノニシテ決シテ法律
ノ效力カ他ノ國法ノ以下ニ在ルカ爲メニアラス苟モ憲法上法律ニテ規定スル
コトヲ許セル事項ニ關スル以上ハ法律ノ效力ハ他ノ國法ニ勝ルモノナリ法律
ニ最上ノ效力ヲ認ムルハ歐洲諸國ニ於ケル永年間ノ思想ニ基クモノニシテ又

其思想ノ根柢ハ國民主權ノ觀念ニ在リ假令明瞭ニ國民主權ノ主義ヲ認メサル國ニ於テモ法律ト稱スル國法ヲ設ケ其制定ニ議會ノ協贊ヲ要スルモノトスル以上其法律ノ效力ヲ他ノ國法ヨリモ強クスヘキハ事物當然ノ理論ノ要求ナリ固ヨリ裁判所カ裁判ヲ爲スニ對シ議會ハ斯ク裁判セヨト命スル能ハス然レトモ裁判官タル資格ハ法律ヲ以テスヘク其懲戒モ亦法律ニテ規定スヘク裁判所ノ構成モ訴訟手續モ法律ヲ以テ規定スル以上裁判所ハ常ニ法律ノ拘束ヲ受ケサルヘカラス行政權モ亦然リ議會ハ行政權ニ對シ其職務ニ關シテ命令ヲ下ス能ハス然レトモ行政事項ヲ法律ニテ規定スレハ行政ハ此法律ニ遵據スヘク之ニ違背スル能ハス去レハ法律ノ出ツルコト彌々多ケレハ行政ノ拘束セラルルコト彌々甚タシ所謂法治國トハ法律ノ規定ヲ多クシテ行政權ヲ制限セントスル主義ヲ謂フ。法ヲ以テ國ヲ治ムルノ意ニアラス勅令其他ノ命令モ國法タルニ相違ナシ若シ單ニ法ヲ以テ國ヲ治ムルコトカ法治國ナラハ專制君主國モ亦法治國タラン。然レトモ法治國ノ眞義ハ斯ノ如キモノニアラス議會ノ協贊ヲ經テ制定セル法律ヲ以テ行政ヲ拘束スルノ意ナリ而シテ議會ハ立憲政治ノ下ニ於

第三ノ點

第四ノ點

テノミ存在シ得ルカ故ニ法治主義ハ立憲政體ノ下ニ於テノミ存シ得ヘシ換言スレハ法治主義ハ立憲主義ノ必然ノ結果ナリ。第三ノ點即チ議會ヲ設ケ立法及重要ナル財政行爲ニ參與セシムルコトモ亦立憲政體成立ノ沿革ニ徴シテ其要件タリ議會ナケレハ立憲政體ナシ而シテ第四ノ點即チ議會ハ其全部又ハ一部ヲ人民ノ公選ニ依ル代議士ニテ組織スヘキコトモ亦立憲政體ノ沿革ニ徴シテ其要件タルモノナリ。立憲政治ノ特徴ノ一ハ人民ヲシテ重要ナル國政ニ參與セシムルニ在リ去レハ君主國ニ於ケル上院ノ如ク皇族華族又ハ勅任セラレタル議員ヲ以テ組織スルモノアリトスルモ下院ノ如キハ必ス人民ノ公選ニ依ル代議士ヲ以テ組織セサルヘカラス。君主ノ任命スル議員ノミヲ以テ組織スル議會ハ如何ナル名稱ヲ有スルニ拘ラス立憲國ノ議會タル資格ナシ。立憲主義ハ政治上ノ主義ニ基クモノニシテ又國民ノ代表者ヲシテ主要ナル國政ニ參與セシムルコトヲ主義トス假令國民ノ代表テフコトハ法理論トシテハ採用スヘカラサルモノニモセヨ既ニ立憲政體ノ觀念カ一部分政治上ノ主義ノ上ニ立ツ以上此國民代表テフ政治上ノ主義ヲ以テ立憲政體ノ特徴ノ一ニ數フルコトハ敢テ不

可ナキノミナラス又必要ノコトニ屬ス若シ代議士ハ立法行爲ニ參與スルニ適當ナル者ヲ選フノ方法タルニ過キスシテ人民ノ代表者ヲ選フニ非スト唱へ人民ノ公選ニ依ラスシテ君主カ代議士ヲ選任スル制度ヲ採ラハ立憲政體ハ滅亡スヘシ第五ノ點即チ行政ノ首長議會及裁判所ハ其權限ノ行使ニ付キ互ニ獨立シテ拘束セサル點ハ立憲政體ノ特徵中最モ重要ナルモノノ一ニ屬ス假令法律其モノハ司法及行政ヲ拘束スルモノトスルモ行政機關又ハ司法機關カ其職務ヲ行フニ當リ立法機關カ法律ノ形式ニ依ラスシテ之ニ指揮命令ヲナスコトハ許ササル所ナリ議會カ法律案又ハ豫算案ノ審議ヲ爲スニ當リテハ君主ハ之ニ指揮命令ヲナス能ハス此ノ如ク立法行政司法ノ機關ハ互ニ獨立シ其職務ノ行使ニ付キ他ノ機關ノ命令ヲ受ケサルコトカ所謂權力分立正シク謂へハ機關分立ノ本義ニシテ又立憲政體ノ根柢ヲナスモノナリ

立憲政體ノ意義ハ上來述フルカ如シ此ノ如キ政體ハ夙ニ英國ニ發シテ米國諸州ニ採用セラレ米國諸州ノ成文憲法ヲ通シテ十八世ノ末ニ佛國ニ採用セラレ爾來十九世紀ノ初期ヨリ其半ハニ涉リテ歐洲大陸ニ採用セラレタルモノナリ

專制政體ハ立憲政體ト反對ノ政體ナリ特ニ立法司法行政ノ三作用カ同一機關カ又ハ同一系統ノ機關ノ手ニ掌握セラルルモノヲ謂フ即チ相互ニ獨立性ヲ有セサル機關ニ依リテ行ハルル政體ヲ謂フローマノ共和政ノ時代又ハゲルマン民族ノ部落國ニ於テハ一切ノ國政ハ民會ニ於テ決レラレタリ立法司法行政何レモ此民會ノ權限ニ屬セシカ故ニ此等ノ國家ハ所謂民主專制ノ政體ニシテ立憲ノ政體ニアラス或ハ民主國ニ專制ノ政體アリトハ考ヘ得ヘカラサルコトナリ民主專制ノ語ハ言語自身ノ矛盾ナリト謂フ者アルモ(美漢部博士憲法講義四八頁)余ハ之ニ贊スル能ハス氏自身ハ統治權ノ主體ハ國家自身ナリト認ムルコト吾人ト同説ナリ然ラハ現實ニ統治權ヲ掌握スルモノハ機關ナラン氏ハ一人又ハ數人カ全權ヲ握ル場合ニ非サレハ專制ナキカ故ニ民主國ニ專制ナシト謂フモ民主國中直接民主國ヲ除キテハ皆代議民主國ニシテ代議士ヲ選ヒテ統治權ヲ行使セシメ此代議士ハ一度選舉セラルルヤ選舉民ニ對シテ何等ノ責任ナク自由ニ統治權ヲ行使シ得ルカ故ニ彼等少數者カ國家機關トシテ國家ノ全權ヲ握ル關係ハ一人ノ君主又ハ數人ノ貴族カ國家ノ機關トシテ全權ヲ握ルト果シテ幾干ノ差

アリヤ現ニ之ヲ市政ノ上ニ見ルモ公民ノ選出ニ係ル市會ハ屢々市政ノ全權ヲ握レルヲ奇貨トシ公民全體ノ利益ニ反スルコトヲ斷行スルニ非スヤ凡テ國家ハ一人カ支配スルコト不可能ナリ國民全體カ支配スルコトモ不可能ナル結果常ニ少數者ノ專制ニ終ルコトヲ常トス若シ此場合ニ立憲主義ニ依リテ三權分掌ノ獨立機關ヲ設ケスンハ政治ノ實際ハ常ニ代議士一派少數ノ支配ニ終ラン此點ヨリ云ヘハ瑞西小^(其名ハ前ニ揭ケタリ)カントン^(其名ハ前ニ揭ケタリ)ノ如ク直接民主制ヲ採ラサル限リ立憲政體カ民主國ニモ必要ナルハ君主國又ハ貴族國ニ於ケルト敢テ大ナル差異アルヲ見ス然ラハ民主國ニ於テ專制政體ト立憲政體トヲ區別スルハ管ニ可能ナルノミナラス又其必要アルナリ

第二章 公法及公權

第一節 公法

法ノ本質ヲ論スルハ法學通論又ハ法律哲學ノ研究範圍ニ屬ス憲法論ノ緒論ニ於テ此問題ヲ論究スルハ其所ヲ得タルモノニ非ス然レトモ公法私法ノ區別ニ

至リテハ憲法論及行政法論ニ於テ屢々起ル問題ナルカ故ニ豫メ之レカ説明ヲ爲シ置クヲ便トス

公法私法ノ區別ハ羅馬以來今ニ及ヒテ學者間ニ論議セラルル所ナリ法ハ國家ノ制定シ又ハ認定シタル共同生活ノ秩序ナリト謂フ結果ハ或學者ヲシテ法其モノノ本質ハ一アリテ二ナク法ヲ公私ニ分ツハ法學ノ末事ナリト論セシムルニ至レリ吾人モ亦深く此必要ヲ認メスト雖モ而モ此區別ナシトスルモノニアラス從來私法ト公法トヲ混同シタル時代ニ於テハ法律關係ノ説明ハ頗フル不明瞭ナルモノアリシモ學者カ公法ト私法トヲ區別シ公法ヲ私法ヨリ分離スルニ至リテ公法學ハ今日ノ如キ發達ヲ遂ケタリ故ニ法學研究ノ立場ヨリスレハ吾人ハ此兩者ヲ區別スルノ勝レルヲ信ス唯近來公私兩法ノ區別餘リニ隔絶シ公法ニハ公法ノ法理アリ私法ニハ私法ノ法理アリトシテ風馬牛相關セサルカ如ク考フルニ至リシ結果私法學者ハ公法ノ研究ヲ怠タリ公法學者ハ又私法上ノ原則ヲ排除シ之レカ爲メニ却テ問題ノ解釋ヲ困難ナラシメタル嫌ナキニアラス此弊ハ將來特ニ公法私法ノ接觸點ヲ研究スル學者ノ出ツルニ依リテ始メ

ヲ緩和セラレ得ヘシ

吾人ハ公私兩法ノ區別ヲ認ム然ルニ學者中ニハ全然兩者ノ區別ヲ抹殺シ或ハ法ニ公私ノ別ナシト主張シ或ハ法ハ凡テ私法ナリト説明シ或ハ又法ハ凡テ公法ノミナリト主張ス假令公法私法ノ區別ヲ認ムル學者ニ在リテモ其區別ノ標準ヲ如何ナル點ニ求ムヘキカニ付テハ議論頗フル岐ル今先ツ此等諸學說ヲ說述批判シテ最後ニ自說ニ及ハントス

第一款 公私法無差別說

公法私法ノ區別無シト論スル者、法ハ凡テ公法ナリト論スル者及ヒ法ハ凡テ私法ナリト論スル者ヲ併セテ無差別說ト稱ス單ニ公法私法ノ區別ナシト極論スル學者ハ吾人ノ淺學ナル未タ其著ニ接スル能ハス或ハオースチン、イーエリン、グ等ヲ以テ此種ノ學者トナス者アレトモオースチンカ此論者ニアラサルハ彼カ法ヲ分類シテ人ノ法及ヒ物ノ法(Law of Persons, Law of Things)トシ人ノ法中ニ更ニ公法、私法、例外法(Political Conditions, Private G. and Anomalous G.)ノ區別ヲナシ

タルヲ見ルモ明カナリ唯氏ハ公法私法ヲ以テ法ノ最大分類トナス寧ロ人ノ法中ノ一區別トナシタルナリイーエリン、グノ無差別說ハ法律精神論第六十一節ニ掲ケラレタルカ如ク聞クモ未タ其斷論ヲ發見セス故ニ吾人ハ寧ロ單純ナル無差別說ヲ研究スル餘地ナシ第二ノ法ハ凡テ公法ナリト論スル學說ニ至リテハ參考書中發見シ能ハサルニアラス此種ノ說ヲ唱フル者ノ中最モ有名ナルヲヨセフ、シャイン及ヒピンゲン、グトナスシャイン曰ク「法ノ成立ハ事實ノ反復ノ結果ナリ多少利益ノ關係ヲ有スル或事件カ時ニ從フテ反復發生スルニ際シテハ此事實ニ對シ一種ノ處置(Verhalten)ヲ定ムル必要ヲ生ス是レ即チ法ノ起點ナリ此事實ノ爲メ國家ニ於テ自覺的又ハ不覺的換言スレハ立法的又ハ慣習的ニ其處置又ハ手續ノ法ヲ生セリ法ハ凡テ手續法ナリ私法中ノ主法ハ之レカ助法タル民事訴訟法ノ補充タルニ過キス、サレハ法ノ分類ハ其手續ノ區別ニ存スルカ故ニ私法的ノ手續(Privatrechtliches Verfahren)ト他ノ手續例ヘハ刑事手續(Strafverfahren)トノ區別ハアリ得ヘシ然レトモ必スシモ私法的手續ト公法的手續トノ二者ノ區別ヲナスヘキニアラス要スルニ一切ノ法ハ國法ナリ故ニ國法獨逸

語ニテハ國法ハ公法ヲ意味スナル文字、法ノ一部分ノ名稱ニ用ユルハ誤マレ
 リ尙一步ヲ進メテ云ヘハ一切ノ法ハ公法ナリ又行政法ナリ即チ國家ノ施政法
 ナリ國家的ノ手續ヲ定ムルモノナリ故ニ何レノ法モ私法ニアラス(ヨセフ、シヤ
 法六、一、七三頁)ト故ニ氏ハ一切ノ法ヲ以テ公法ト解スル者ナリト(イン、吾人ノ
 學六、一、七三頁)ト辯護シテ曰ク各法規ハ其法
 律ニ依リテ定メタルト自然ニ發達シタルト問ハス法律共同體ノ意思表示ナ
 リ而シテ此法規ハ之ニ服從スル各人ノ各部行為ヲ規律ス故ニ法規ハ凡テ命令
 的ノモノナリ其成立及一般ノ内容ヨリ云ヘハ法規ハ總テ同一ナリビンヂング
 カ一切ノ法規ハ公法的ノ性質ヲ有ス法規ノ違反ハ總テ公法違反ナリト謂ヒシ
 ハ正當ナリト(權利一〇九頁)ビンヂングモ亦曰ク法規ハ其發現ノ凡テノ場合ニ
 於テ公法ニ屬シ公法上ノ義務ヲ定ムルモノナリト(法九七頁)法ハ凡テ私法ナ
 リトスル說ハ全然前說ニ反對スルモノナリ此說ハ十五世紀ノ頃ヨリ漸時發達
 シ十八世紀ノ後半ヨリ十九世紀ノ前半ニ於テ廣ク政治家及ヒ法律學者ノ間ニ
 行ハレタリ即チ法ハ凡テ個人ノ爲メニ存シ個人ノ利益ヲ増進スル爲メニ設ケ

タルモノナリトシ公法ハ皆私法ノ助法ニ過キストセリ此說ハ佛ノ革命時代ニ
 於テ最モ勢力ヲ得之レカ結果トシテ佛國民法ノ制定ヲ見ルニ至レリ佛國民法
 ハ私法ヲ制定スル觀念ニ因リテ生シタルモノニアラスシテ人民ノ權利ヲ定ム
 ルモノト觀念セルカ故ニ民法ヲ以テ一切ノ他ノ法律ノ根本トシ私法的規定ノ
 外ニ多ク公法規定ヲ掲ケタリ
 法ノ外面ハ一アリテ二ナキハ尙ホ人類以外ノ動物ト比較セル一個ノ種族トシ
 テ唯一種ノ人アルカ如シ然レトモ社會ノ現象ハ極メテ複雑ナリ此中ニ於テ其
 性質上互ニ區別シテ別個ノ系統中ニ入レ得ヘキモノ無キニアラス吾人ハ寧ロ
 無差別說ヲ排シテ差別說ヲ採リ而シテ如何ナル標準ニ依ル區別カ最モ其當ヲ
 得タルカヲ論セントス

第二款 公私法差別說

公法私法ノ區別ヲナセルハウルピアヌスニ始マルホルランドハ此種ノ論者ニ
 反對シテ曰ク法ヲ公私ニ別ツハ羅馬ノウルピアヌスヨリハ遙ニ以前ノ事ニ屬

スアリストテレーヌハ既ニ兩者ノ區別ヲ明瞭ニ説明シ犯罪ノ客體ノ區別ヲ立
 テテ曰ク或犯罪ハ國家ニ對シテ行ハレ或犯罪ハ個人ニ對シテ行ハル毆打ハ個
 人ニ對スル侵害ニシテ兵役ヲ脱スルハ國家ニ對スル侵害ナリト曰ヘリ（ホ
 ン
 ド）
（九）然レトモ犯罪ノ區別ハ未タ以テ公法私法ノ區別ト同視スヘカラス
 吾人未タアリストテレーヌノ著書ヲ詳細ニ研究スル機ヲ得スト雖モホルラン
 ドノ引照スルカ如クンハ氏ハ未タ公法私法ノ區別ヲ説キタルニアラサルヘシ
 ト信ス是レ吾人カウルピアヌスヲ以テ區別ノ始祖トスル所以ナリ

目的説

(甲) 目的説

法規ノ目的ニ依リテ公法私法ヲ區別スルノ説ナリ此説ハウルピアヌスノ唱ヘ
 タル處ニシテユスチニアン帝ノ法典中法學階梯第一編第一章及ヒ學說彙纂第
 一章ニ於テ採用セル所ナリ曰ク公法ハ羅馬ノ國家ニ關スル法ニシテ私法ハ個
 人ノ利益ニ關スル法ナリト(Publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat, Pri-
 vatum, quod ad singulorum utilitatem)近世ノ學者カ利益ノ區別ニ依リテ公法私法ヲ
 分チ公法ハ公益ヲ保護スルモノナリ私法ハ私益ヲ保護スルモノナリト論スル

法律關係説

(乙) 法律關係説

法ノ規定スル關係ノ差異ニ依リテ區別ヲ立テントスル説ナリ此中ニモ亦數説
 アリ

(一) 權力服従ノ關係ヲ規定スルモノハ公法ニシテ平等ノ關係ヲ規定スルモノ
 ハ私法ナリトスル説（放應積氏憲法講義オットイ、マイ
 十）此説ハ一切ノ法律關係

ハ亦ウルピアヌスノ影響ヲ受ケタルモノナリ（ブー
 ライ
 ス）一般國法學（マルカ
 ルド）

ハ亦ウルピアヌスノ影響ヲ受ケタルモノナリ（ブー
 ライ
 ス）一般國法學（マルカ
 ルド）
 頁ノイマン租稅及（三）然レトモ利益ヲ標準トシテ公法私法ヲ分ツハ極メテ困難ナ
 リ蓋シ一方ヨリ觀レハ法カ社會的共同生存ノ條件タル以上ハ法ハ凡テ公益ヲ
 保護スル性質ヲ有スト謂フヘク從テ一切ノ法ハ公法タルヘシ之ニ反シテ他方
 ヨリ觀レハ法ハ人ヲ離レテ存在セス法ハ凡テ人類ノ利益ヲ保護スルモノナレ
 ハ法ハ凡テ私益ノ保護ヲ目的トスルモノ從テ又皆私法ノ性質ヲ有スト謂フヲ
 得サルニアラサルヘシ吾人ノ知ラントスル所ハ公ト私トノ何タルカニ在リ公
 法私法ノ區別ニ答ヘテ公益私益ノ區別ヲ以テスルハ循環論法ニ陥リタルモノ
 ト謂ハサルヘカラス

カ平等關係ト權力關係トノ外ニ出テサルコトヲ前提トスルニアラサレハ維持スル能ハサルナリ權力關係トハ一方ノ意思ヲ以テ他ノ意思ヲ強制スルモノナリ平等關係トハ對等ナル意思主體ノ關係ナリ故ニ法律ナルモノカ如何ナル場合ニモ權力服從ノ關係若クハ平等ノ關係ヨリ外ハ規定セサルモノナラハ此說ハ尙主張ノ餘地アラザレトモ法ハ國家ノ事情ニ依リテ隨時制定スルモノニシテ其内容カ單ニ事實ヲ定ムルニ過キサルモノモ亦多キニ居ル故ニ此說ハ前提ニ於テ既ニ維持ノ困難ヲ見ル假リニ一步ヲ讓リテ法律關係ハ凡テ權力關係ト平等關係トニ外ナラズトスルモ今日人々カ認メテ以テ其公法タルコトヲ疑ハサル法規中ニモ平等關係ノ規定アリ又私法ト認メラレタルモノノ中ニモ權力關係アルヲ奈何セン何人モ獨逸帝國憲法カ私法ナリトハ信セサルヘシ然レトモ其規定中ニハ各支分國カ平等ノ權能ヲ有スルコトヲ規定スルコト多カリシニアラスヤ遠ク外國ノ例ヲ引用セストモ我市制町村制ニ市町村間ノ關係ヲ規定セル條文アルヲ見ハ公法カ必スシモ權力關係ノミヲ規定セスシテ時ニ平等的關係ヲ規定スルコトアルヲ知ルニ足ラン

不法行為ハ民法ノ規定ナリ契約違反モ亦然リ契約違反及ヒ不法行為ニ科スルニ損害賠償ノ責任ヲ以テスルト犯罪ニ向ツテ刑罰ヲ科スルト如何程ノ差違カアル或ハトーンカ唱ヘタル如ク法規ノ執行ヲ侵害セラレタル個人ニ委スト否トニ依リテ公法私法ノ區別ヲナスヘシト云フ議論ヲ以テ本說ヲ辯護セントスルモ而カモ刑法中ニモ尙ホ親告罪アルヲ見レハ論者ノ說ハ完全ニ辯解シ悉クス能ハサルヘシ此故ニ故穗積氏ノ如キ憲法ノ講義ニ於テ權力關係ヲ以テ公法ノ標準トセルニ拘ラス行政法ノ講義ニ於テハ個人相互ノ關係ヲ國家カ權力ヲ以テ定ムル場合モ亦行政ナリ公法關係ナリト謂ヘリ蓋シカク説明セサレハ行政法上説明シ能ハサル點ヲ生スヘケレハナリ然レトモ氏カ行政トハ國家カ個人ニ對シテ働キカクル權力ノ作用ナリト定義シナカラ任官ノ關係ニ付キ又ハ町村間ノ關係ヲ國家カ定ムル場合ニ付キテ一方カ權力者ナラハ假令任意ノ合意ニ依ル行為ナリトモ又ハ平等ノ町村間ノ關係ナリトモ共ニ公法關係ナリト云ヘルハ知ラス識ラス自己ノ定義ヲ破壞セラレタルモノニアラザルカヲ疑フ親子夫妻ノ關係ノ如ク從來何人モ之レカ私法

上ノモノタルヲ疑ハサルモノ迄モ公法ノ中ニ入レサルヲ得サルニ至ルハ寧
ロ論理ノ結果ヲ整フル爲メノ強辯ニハアラサルカ吾人ト雖モ民法商法々典
中ノ規定カ悉ク私法ナリトハ説明セス特ニ罰則規定ノ如キハ明カニ公法的
ノモノナルコトヲ認ム然レトモ何人モ疑ハサル規定ヲ捕ヘ來リテ強テ自己
ノ定義ノ犠牲ニ供スルハ吾人ノ敢テスル能ハサル所ナリ

(二) ゾームハ曰ク「公法ハ公權ヲ規定スルモノナリ公法的ノ權利ハ一般ノ利益
ノ爲メニ存ス公權ハ王カ統治權ヲ有スルカ如ク公民カ選舉權ヲ有スルカ如
ク全體ノ爲メニ存在スルモノナリ國法、國際法、寺院法、刑法、訴訟法、等ハ全體ノ
利益ノ爲メニ對等ノ人ニ對スル一人ノ公權力ヲ定ムルモノナリ私法上ノ權
能ハ其本質トシテ公利的ノモノニアラスシテ私利的ノモノナリ私法モ亦一
面公ケノ利益ノ爲メニ存セサルニアラサルモ其主タル目的ハ個人ノ私利ニ
アリ故ニ私法ハ財産法ナリ財産權ノ目的ハ第一位ニ於テハ物及ヒ物ノ價格
ナリ私法ハ有形貨物ニ對スル私利的司配ノ規定ナリ(ゾーム 羅馬法 教科書 二五頁)ト氏ノ說
明ハ一面眞理ヲ包含ス公法ハ公利ノ爲メニ存シ私法ハ私利ノ爲メニ存スル

ハ事實ナリ然レトモ其法ヲ分ツテ人ニ對スル力ヲ定ムルモノト物ニ對スル
力ヲ定ムルモノトノ二者トナシ前者ヲ公法トナシ後者ヲ私法トナスニ至リ
テハ誤レリ故ニ或者ハ氏ノ說ニ對シ親族關係及ヒ債權關係ハ人ト人トノ關
係ヲ定ムルモノナレトモ私法ナリト稱シテ駁撃ヲ加フルニ至ル固ヨリ債權
ノ目的ハ人其モノニアラスシテ人ノ作爲不作爲ニアリ故ニゾームノ說ヲ以
テシテモ尙ホ債權關係ハ財貨ニ對スルモノナリト説明シ得サルニアラス何
トナレハ作爲不作爲ハ又財貨ト云フヲ得ヘケレハナリ特ニ親族關係ニ至リ
テハ彼レ自カラモ亦其ノ私法ニ屬スルコトヲ説明セリ然レトモ彼レカ「家父
ノ家族ニ對スル關係ハ古代ハ物ニ對スル關係ナリシモ近世ハ家族モ亦人格
ヲ認メラルルニ至レリ即チ人格者ト人格者トノ關係ナリ」ト云フニ至リテハ
自家撞著ニ陥リタルモノト謂ハサルヘカラス之ヲ要スルニ物ニ對スル關係
ニテモ例ヘハ領土ニ對スル國家ノ關係ヲ規定スルモノノ如キハ私法ニアラ
スシテ公法ナルヘク又人ニ對スル關係ニテモ親族法並ヒニ債權法ノ規定ハ
公法ニアラスシテ私法ナルヲ以テ見レハゾーム氏ノ説明ハ區別ノ標準トナ

法律主體說

ラサルナリ

(丙) 法律主體說

法律關係ノ主體ノ區別ニ依リテ公法私法ヲ分ツモノナリ。マイヤーハ個人相互ノ關係ヲ規定スルモノハ私法ニシテ政治的共同團體ニ關スル法規ハ公法ナリ(國法学六版五頁五二頁)ト云ヒ。戸水氏法律學綱要及ヒ岡氏行政法ハ公法ハ直接ニ主權者ト私人トノ關係ヲ規定スル法ニシテ私法ハ直接ニ私人相互ノ關係ヲ規定スルモノナリト曰フ。共ニ主體說ナリ。或ハ之ニ反對シテ國家カ個人ト賣買ノ關係ニ立ツトキハ私法ノ規定ニ從フカ故ニ國家ト個人トノ關係ヲ定ムルハ悉ク公法ニアラスト論スル者アリ。然レトモ此駁論ハ誤レリ。私法ハ國家ト人民トノ關係ヲ定ムルモノニハアラスシテ個人ト個人トノ間ノ關係ヲ定ムルモノナリ。國家カ權力ヲ行使セスシテ他人ト賣買ヲナス場合ニハ曲ケテ此私法ニ從フナリ。換言スレハ私法ハ國家ト個人トノ關係ヲ定ムルニアラスシテ個人相互ノ關係ヲ定ム故ニ國家カ此私法ニ從フテ取引ヲナスハ法理上私人ノ資格ニテ行動スルモノナリ。私人間ノ關係ヲ定ムル法律中ニ入り込ムナリ故ニ國家カ或場合

自說

ニ私法ノ規定ニ從フコトアルヲ解シテ私法カ國家ト個人トノ關係ヲ規定ストナス反對論ハ多辯ヲ要セサル誤解ナリ。然レトモ主體說ハ他ノ點ニ於テ維持シ得サル所アリ。蓋シ前ニモ論セシ如ク法ノ中ニハ單ニ事實ヲ宣告スルモノ又ハ物ニ對スル關係ノミヲ定ムルモノアルカ故ニ主體說ヲ採ルトキハ公法ニモアラズ又私法ニモアラサルモノヲ生スヘク又刑法ノ如キ公法モ私人相侵スヘカラサル關係ヲ定ムルモノナルカ故ニ亦私法ナリト云ハサルヲ得サルノ弊ニ陷ルヘケレハナリ。唯マイヤーノ如ク政治的共同團體ニ關スルモノカ公法ナリト謂ハハ説明ノ餘地ナキニアラサルモ其私法ヲ解シテ個人相互ノ關係ヲ規定スルモノトナス以上ハ氏ハ主體說ヲ脱化スル能ハサルモノト云フヘシ

(丁) 自說

國家アリテ初メテ起リ得ル關係ヲ規定スルモノハ公法ニシテ然ラサルモノハ私法ナリ。此說ハ吾人ノ私說ニアラスヘルドハ國家ヲ國家トシテ規定スルモノ又ハ國家ノ存在ノ法律上ノ結果ヲ規定スルモノカ公法ナリ(ヘルド憲法論八頁)ト謂ヒ一木博士ハ私法トハ私人間ニ存在スルコトヲ得ル關係ヲ規定スルモノカ公法トハ

國家若クハ其機關相互ノ間若クハ其機關ト私人トノ間ニ限リテ存在スルコトヲ得ル關係ヲ規定スルモノナリト謂ヒ（政一木氏行）種積博士カ公法ハ人類ノ國家的行爲ノ規則ニシテ私法ハ人類ノ社會的行爲ノ規則ナリ（理學講義法）ト謂フ皆此說ヲ採用セシモノナリ

國家アリテ初メテ起リ得ヘキ關係ヲ公法トシ然ラサルモノヲ私法トスル結果ハ人ヲシテ吾人カ國家以前ニ尙ホ人類社會ノ永キ時代アルコトヲ認ムルモノナリト疑ハシム吾人ハ決シテ此ノ如キ議論ヲ主張スルモノニアラス然レトモ人類ノ社會關係ヲ觀察スルトキハ國家ナケレハ如何ニスルモ發生シ得サル關係アリ憲法、行政法、刑法、訴訟法、各種官制、自治體組織法ノ如キ國家ヲ前提トシテ初メテ生シ得ヘキ關係ヲ規律スルモノニアラスヤ夫婦相合シテ子孫ヲ生シ親カ子ニ對シテ命令ヲ行ヒ甲乙有無相通ス是レ既ニ人類社會アラハ成立シ得ヘキ關係ニシテ國家ノ存在ヲ豫定セサレハ想像シ得ヘカラサル關係ニハアラス吾人人類カ國家生活ニ馴ルル事ノ久シキヨリシテ人事ノ種種ノ方面ニ於テ國家的ノ制度カ補助協力シタルコト鮮ナカラスト雖モ而カモ此等關係中ニ於テ

國家ノ觀念ヲ取り除キテハ考ヘ得ヘカラサル關係ト然ラサルモノトアルハ吾人ノ信シテ疑ハサル所ナリヘルドカ國家存在ノ法律上ノ結果ヲ規定スルモノト謂ヒ一木博士カ政治團體間又ハ政治團體ト個人間ニ限リテ起リ得ヘキ關係ト謂フ皆茲ニ歸著スルナリ余ハ此說ノ最モ適當ナルヘキヲ信シテ茲ニ之ヲ採用ス但シ或特定ノ場合ニ於テ法ノ公私ヲ此標準ノミニ依リテ決スル能ハサル場合ニ於テハ前ニ述ヘタル數說ニ照ラシテ其性質ヲ決定スル必要アルヘシ蓋シ公法私法ノ區別ヲ唯一ノ標準ニ依リテ決スルコトハ多クノ場合ニ於テ困難ナルヘケレハナリ

第二節 公 權

第一款 公權ノ性質

公權ハ權利ノ一種ナリ故ニ公權ヲ説明セント欲セハ先ツ權利ノ何タルカヲ説明セサルヘカラス

權利トハ特定ノ法律利益ヲ主張シ得ル法律上ノ狀態ナリ

此結果トシテ次ノ斷案ヲ生ス

(一) 權利ハ法ヲ待テ初メテ發生ス

此點ニ付テハ別ニ疑問ナシト雖モ仍ホ學者ニ依リテハ權利カ法以前ニ存在スルコトヲ説クモノナキニアラス曰ク「權利ハ人類社會ニ屬スル人ニ歸屬スル生活貨物ノ分ケ前ナリ權利ハ國家ノ自覺的法規カ發達セサル以前永ク存在セリ從テ人ハ權利ノ觀念ヨリ抽象シテ法規ノ意義ヲ定メサルヲ得サリキ故ニ權利ヲ以テ法ノ製造物トナスハ歴史ニ反ス法規ハ權利ヲ保護シ之ヲ制限スレトモ其創造者ニハアラス」(アレンブルグ「第一卷」八八頁)ト此種ノ說明ハ私權ノ性質ニ付テハ一般ニ行ハレタルカ如シ特ニ所有權ニ付テハ既ニ國家ヲ待タスシテ存在スルモノトスル學者多キカ如シ私法學者カ此種ノ見解ヲナスハ理由ナキニアラス何トナレハ私權ノ内容タル利益其モノハ既ニ法以前ニ存在スルカ故ニ此ノ利益ハ即チ權利ニシテ法ハ唯之ヲ認ムルニ過キサルモノトスルハ起リ得ヘキ觀念ナレハナリ然レトモ此利益其モノハ直チニ權利トナルニアラスシテ必ス法ノ力ヲ要ス故ニ權利ノ内容タル利益カ人生上自然ニ發生シタルモノナレハト

テ權利其モノカ法ヲ待タスシテ存在スルハ非ナリ(カント「法學哲學」八五頁以下、ベント「法學哲學」八五頁以下、馬法學階梯五九、六四、八四、八五頁、キール「現今ノ羅馬法第一卷」三六、七頁、グライア「法學」二四、三六、三九、四一、四二、四三、四四、四五、四六、四七、四八、四九、五〇頁、其他多數ノ學者モ皆法律カ權利ヲ作ルト説明ス)

(二) 權利ノ内容ハ法律利益ナリ

利益トハ人類ノ生存發達ニ適合スル事物又ハ狀態ナリ而シテ法カ或ル特定ノ利益ヲ認ムルニ依リテ利益トナル元來利益トハ我レカ外界ノ一部ヲ我レノ生活狀態ニ適合スト主觀スルニヨリテ生スルモノナリ然レトモ法ハ客觀的ノ存在ヲ有スルモノナルカ故ニ法ノ認メタル利益ハ必ス又客觀的ノ利益ナリ換言スレハ法カ此ノ如キハ人類ノ利益ナリト認メタルモノニ外ナラス法カ所有權ヲ認ムルハ所有ト云フ利益ヲ客觀的ニ認メタルモノナリ而シテ個々ノ場合ニ於テ所有者カ却テ其所有ノ不利益タルコトヲ自覺スルモ其所有權ハ依然トシテ權利タルヲ妨ケス(不具ニシテ大食ナル奴隸又シテ法カ人ニ利益ヲ認ムルヤ固ヨリ人生ノ實際ヲ觀察シ主觀的ニ利益トナルヘキモノヲ認メテ法益トスルコトニカムト雖モ主觀ト客觀トハ一致セサルハ數ハ免レサル所ナルカ故ニ法ノ認

債權多キ相
續權ヲ以テ
對法益ニ反
ナリ

メタル利益カ主觀的ニ利益ト觀念セラレサルカ又ハ或特定ノ場合ニ權利者ニ
不利益ナル結果アルコトモ亦起リ得サルニアラス然レトモ假令此ノ如キ場合
アレハトテ權利ノ内容ヲ法益ナリト解スルハ非ナリトノ議論ハ成立セサルナ
リ何トナレハ法カ利益ナリト認ムルモノカ或場合ニハ不利益ナリトモ法ノ目
ヨリ見レハ常ニ利益ナレハナリ反對論者カ債務多キ相續權ヲ引用シテ吾人ニ
反對スルハ利益カ法益ナルコトヲ知ラサルノ結果ナリ要スルニ法カ認メタル
利益ハ權利ノ内容ニシテ此法益ノ歸屬者ノミカ權利者ナリ(イ)エリング馬
二五頁ニ曰ク權利ノ主體トハ法カ權利ノ享有者ト認メタルモノナリ(Sutjekt des Rechts ist der, dem der Nutzen desselben vom Gesetz zugehört ist (der Rechtsinhaber))

權利ノ本質カ法ノ保護スル利益其モノナリトハ數多ノ學者(ベール)法治國論一九頁以下、(イ)エ
リング馬法精神第三卷六〇節三一七頁以下、(イ)エ法學通論一五節、(イ)エパンデ
クテン第一卷八八頁ノ唱フル所ナリ然レトモ單ニ法ノ保護スル利益ヲ以テ權利ノ本質トナス
ハ不當ナリ何トナレハ此ノ如ク論スレハ法ノ反射作用ニ依ル個人ノ利益ヲ亦權利ト謂ハサ
ルヲ得サルニ至ルヘケレハナリ(イ)エリングハ此攻撃ヲ避ケンカ爲メニ權利トハ法ノ保護ス
ル利益換言スレハ訴權ニ依リテ保護セラレタル利益ナリト曰ヘリ(羅馬法ノ精神第三卷六一節)
此說明ニコレハ反射權ヲ說明シ得ルト同時ニ訴權ナキ權利ヲ說明スル能ハサルニ至ル訴權ハ

權利ヲ保護スル爲メニ國家カ權利者ニ與フル所ノモノニシテ權利アリテ初メテ訴權アリ故ニ
訴權アルカ故ニ權利ナリト云フハ狹キニ失ス實際權利ニシテ訴權ノ伴ハサルモノ少ナカラス
イ)エリングノ說ハ曲レルヲ矯メテ直キニ過クルモノナリ

權利ハ法益
ヲ主張シ得
ヘキ法律上
ノ状態ナリ

(三) 權利ハ法律利益ヲ主張シ得ヘキ法律上ノ状態ナリ

法律カ個人ニ利益ヲ認ムルニ當リテハ個人ヲシテ此法益ヲ主張セシムル程度
ニ於テスルモノト然ラサルモノトアリ法益カ權利ト化スルハ實ニ法カ主張シ
得ヘキ利益トシテ之ヲ個人ニ認ムル場合ニ限ル余ハ從來權利ヲ定義シテ法律
利益ヲ充實シ得ヘキ法律上ノ状態ナリト云ヘリ(行政法原第一版第二版五二
頁以下憲法要論八七頁以下)
余カ法律利益ヲ充實シ得ルト謂ヘルハ訴權自助其他法律上ノ方法ニ依リテ法
益ヲ實際ニ充實スルノ義ナリキ從テ從來ノ自說ニテハ何等法律上ノ救濟方法
ナキ權利ハ勢ヒ之ヲ權利ニ非スト主張スルノ外ナカリシナリ然レトモ是レ獨
リ通說ニ反スルノミナラス又甚タシク權利ノ範圍ヲ縮少シ其保護ヲ薄弱ナラ
シムルモノナリ訴權自助其他ノ法律上ノ救濟方法ヲ伴ハサル權利ハ其數甚々
多シ然レトモ猶權利タルヲ妨ケス法カ個人ノ利益ヲ保護スルニ當リ個人カ法

一四六
カヲ援用シテ其法益ヲ他人ニ對シテ主張シ得ル程度ニアラシムルトキハ其個人ノ爲メニハ權利ヲ設定スルモノナリ固ヨリ法カ人ニ權利ヲ認ムルニ當リテハ別ニ法律上ノ手段ヲ設ケテ其權利ヲ保護スルコトヲ常トスレトモ其手段ハ權利ノ存在ヲ前提トスルモノニシテ權利自體ノ要素ヲナスニアラス是レ余カ從來採リ來リタル權利ノ定義即チ充實力ヲ與ヘラレタル法益ヲ主張シ得ル状態ナリト謂ヘルヲ改メテ單ニ法律利益ヲ主張シ得ヘキ法律上ノ状態ナリト謂フ所以ナリ

權利ヲ法律上ノ状態ナリト謂フ說ニ對シテハ間々次ノ非難アルヲ聞ク曰ク「權利ハ力ナリ状態ハ力ニアラス故ニ權利ヲ状態ナリト謂フハ非ナリ」ト然リ既ニ法カ力ナル以上ハ主觀的ノ法タル權利モ亦タ力タルコトハ疑ナシ然レトモ「力」ノ文字ハ其用法ニ依リテ誤解ヲ招ク虞レアリ靜止セルモノヲ動カシ動クモノヲ止ム是レ即チ力ナリ故ニ力ハ多クノ場合ニ於テ「動」ノ義ニ用キラル然レトモ權利カ力トナリ動トナリテ顯ハルルハ現ニ其權利ヲ實行スル場合ニ於テ初メテ起ルモノナリ此意味ニ於テ謂ヘハ力ハ權利ノ結果ニシテ其本質ニアラス吾

人カ一反ノ土地ヲ有ストセヨ之ヲ利用スルトセサルト耕作スルト荒廢ニ委スルトハ吾人ノ自由ナリ吾人カ其土地ニ付キ何等ノ法益ヲ主張セサルモ所有權ハ猶ホ存ス何トナレハ若シ吾人カ其土地ヲ使用收益處分セムトセハ何時ニテモナシ得ル状態ニ在ルヲ以テナリ此ノ如ク權利ヲ力ナリトスル結果ハ人ヲシテ靜止セル權利即チ主張シ得ヘキモ現ニ主張セラレサル權利状態ヲ説明スルニ困難ヲ感セシムルモノアリ是レ余カ法益ヲ主張シ得ル状態ト云ヒテ力ナル文字ヲ用ユルコトヲ避クル所以ナリ

利益ヲ事實上充實スルヤ又ハ主張スルヤ否ヤハ權利ノ内容ニ關係ナシ苟モ法律利益ヲ主張シ得ヘキ状態ニアラハ權利ハ存在ス所有權ハ物ヲ使用收益處分シ得ル状態ナリ然レトモ此状態カ存スル以上ハ前ニ述フルカ如ク所有者カ物ニ付キ何等ノ利用ヲナササルモ所有權タルニ妨クル所ナシ或人カ物ヲ使用收益處分スルハ所有權ノ實行ニシテ權利其モノニハアラス而シテ利益ノ充實又ハ主張ハ必ス意思ニ基カサルヘカラス何トナレハ人類ノ活動ハ意思ノ作用ヲ離レテ存在セサレハナリ意思ハ實ニ利益ヲ充實シ主張スル要具ナリ古來幾

法益ヲ主張シ得ル状態ニ在ス

意思ハ權利ノ要具ナリ
實行ノ要具ナリ
體ニテ權利ヲ具ス

多ノ學者カ意思其モノヲ以テ權利ノ本質ト誤解セル所以ノモノモ亦タ實ニ此理由ニ基ク然レトモ意思ハ利益主張ノ要具タルノミニシテ權利ノ本質ニアラス若シ權利ヲ意思ノ力ナリトセハ意思能力ナキ精神病者幼者ハ權利ヲ有スル能ハザルヘシ假リニ一步ヲ譲リ權利ノ本質タル意思ハ必スシモ權利者ノ意思タルコトヲ要セス法律上ノ制度ニ依リテ他ヨリ供給セラレタル意思ヲ以テ法律上自己ノ意思トナシ得ルモノナル以上ハ其者ハ又權利ノ主體ナリトスルモ然ラハ意思能力ナキ者カ法律上ノ代表者又ハ代理人ヲ缺ク場合ニ於テハ其者ハ權利能力ハ果シテ何ニ依リテカ之ヲ説明スル之ヲ要スルニ意思ハ權利ヲ主張シ充實スル要具タルニ過キス從テ苟モ主張セラレタル利益ノ歸屬者ナラハ其者ハ常ニ權利者ニシテ其權利ヲ實行スル意思カ自己ノ自然意思ナルカ又ハ他人カ意思ヲ表示スルモ無能者ハ常ニ權利者ナリ何トナレハ法益ノ歸屬スル所ハ彼レ無能力者自身ナレハナリ

意思ヲ以テ權利ノ本質トスルハヘーゲル法律哲學一八二一年二九節三四頁ニ始マリ近世ノ學

者中ニモアルンツ(パンテケテシ)ニ一節(マフ)テクテシ(二九節)ソインドシナイド(パンテケテシ)三七節(ギールケ)團體法論六三二頁等之ヲ唱フ然レトモ此說ハ三個ノ缺點ヲ有ス意思機關缺除ノ場合ニ於ケル無能力者ノ權利ヲ説明スル能ハサルコト其一ナリ單ニ漠然ト意思ノ力ナリト云フカ故ニ或目的(目的)ニ向ケラレタル意思ナリト説カサルコト其二ナリ意思ハ權利ヲ充實スル方法ナルニモ拘ラス之ヲ其本質ト説明スルカ故ニ手段ト目的トヲ混シタルコト其三ナリ近來意思説ヲ採ルモノ中ニハ利益説ト意思説トヲ折衷シテ權利ノ定義ヲ定メントスルモノアリイェリネツク公權論四二頁公法雜誌第五卷二六三頁以下ニ於ケルベルナチツク所論カ權利ハ意思力ヲ認ムルニ因リテ保護セラレタル利益ナリト云ヒベツカイ(パンテケテシ)第一卷一頁カ權利ハ利益保護ノ爲メニ法律カ作りタル意思力ナリト云フカ如キ是レナリ美濃部博士日本行政法第一卷二三一頁カ權利トハ特定ノ法律利益ヲ主張スルカ爲メニ法ニ依リテ認メラレタル意思ノ力ナリト云ヒ佐々木博士日本行政法原論一三〇頁カ權利トハ法律利益ヲ自占スル爲メニ法ニ依リテ承認セラレタル意思ノ力ナリト云フハ其用語ニ於テ多少ノ異同コトヲアレ余ヲ以テ見レハベツカイノ所説ト同一ナリト信ス彼等カ權利ノ本質ヲ意思ニ求メ而カモ其意思ヲ法ニ依リテ認メラレタル意思トスルハ可シ蓋シテ斯ク解セザレハ自然意思ヲ有セザル法人又ハ法定代理人ニ依リテ其意思ヲ補充セラレタル無能力者ノ權利ヲ説明スル能ハサレハナリ然レトモ假令斯ク解スルモ問題ハ猶ホ殘ルナリ即チ前ニ本文ニ於テ述ヘタルカ如ク無能力者中ニハ時ニ法定代理人ヲ缺ク者アリ此ノ如キ場合ニハ假令法律意思ヲ權利ノ本質トスルモ其者ノ權利能力ヲ説明シ得サルヘシ故ニ余ハ意思説ヲ採ラス若シ論者ニシテ強テ意思ヲ以

テ權利ノ本質トナサントセハ須ラク次ノ如ク云フヘシ、法ハ意思ノ力ナリ故ニ法ニ依リテ與ヘラレタル權利モ亦タ意思ノ力ナリト然ラスシテ意思ヲ權利者タル個人ノ意思ニ求メムトセハ意思説ハ遂ニ維持スルニ由ナシ

權利ト似テ非ナルモノアリ之ヲ左ニ掲ク

權利ト似テ非ナルモノ
(一) 權限

他ノ權利主體ノ爲メニ其利益充實ノ力ヲ行使スル場合ニ於テハ行使者ノ行爲ノ範圍ハ之ヲ權限ト稱シテ權利ト謂ハス蓋シ法律利益ノ歸屬スル所ニアラサレハ權利者ト云フ能ハス他ノ人格ノ利益ヲ充實スル機關トシテ動作スルモノハ自己ニ固有ナル利益範圍ヲ有セス故ニ彼ハ權限ヲ有シテ權利ヲ有セサルナリ官廳カ權限ヲ有シテ權利ノ主體ニアラサルハ之レカ爲ナリ

(二) 法律上ノ資格

人タルノ權利、契約ヲナスノ權利、婚姻ヲナスノ權利、遺言ヲナスノ權利ト謂フカ如キハ人ノ法律上ノ資格又ハ能力ヲ指シタルモノニシテ眞ノ權利ニアラス權利ノ取得移轉ノ基礎トナルヘキ人ノ資格、身分又ハ分限ナリ國籍及ヒ市

反射權

町村住民籍モ亦資格ニシテ權利ニアラスザイデル曰ク「國籍ハ權利ニアラスシテ國權ニ服從スルノ關係ナリ國籍(臣民分限)ノ結果トシテ直接ニ服從ノ義務ヲ生ス此服從義務ハ國權ノ作用ニ依リ種種ノ形式ニ於テ現ハル國籍ニ伴フテ又一定ノ權利アリ此權利ハ國籍ノ所有ヲ前提トスレトモ國籍其モノヨリ生スルニアラス故ニ國籍ノ内容ヲ説明スルハ臣民タル權利ニ關係セスシテナシ得ル所ナリ」ト(パインエルン國法第一卷三〇一―三〇二頁)

(三) 法ノ反射作用ニ因ル特定人又ハ一般ノ利益

國法カ國家機關ニ或特定ノ行爲ヲ命シ又ハ之ヲ禁シ或ハ特定人又ハ一般人ニ或行爲ヲ命令シ又ハ禁止スルコトヨリシテ他ノ特定人又ハ一般人ニ生スル利益的地位ヲ稱シテ法ノ反射作用ニ基ク權ト謂フ例ヘハ道路ニ關スル警察ノ取締規則アルトキハ一般人民ハ通行ヲ妨害セラレサル利益ヲ受クルモ是レ茲ニ所謂反射權ニシテ眞正ノ權利ニアラス保護税法ノ結果内地ノ製造業者ノ受クル利益ノ如キ亦此第三種ニ屬スルモノナリ

此他尙ホ「權力」及「個人カ憲法上享有スル自由權」カ權利ナリヤ否ヤノ問題アリ余

公權私權ノ區別

法ノ區別ニ求ムルモノ

ハ嘗テ憲法要論ニ於テ此兩者ヲ權利ニ非サルモノノ中ニ加ヘテ説明セルモ今ハ前説ヲ捨ツ國家ノ權力ノ權利ナルカ否ヤニ付テハ本款ノ末ニ於テ註ノ中ニ説明シ置ケリ自由權ノ權利ナリヤ否ヤニ付テハ次款ニ於テ不可侵ノ狀態即チ自由權ニ付テ説明スル所ヲ見ヨ

權利ノ意義ハ上來説明スルカ如シ而シテ其中ニ於テ公權ト私權トヲ區別スルノ標準ハ如何余ハ權利ノ要素トシテ(一)法(二)利益(三)權利主體ノ三者ヲ得更ニ其實行ノ要具トシテ意思ヲ舉ケタリ然ラハ從來學者カ論シタル區別ノ標準モ亦此四要素ノ區別ニ基クモノノ外ハ無シ以下其區別ノ標準ノ適否ヲ論評セン

(一) 區別ノ標準ヲ法ニ求メ公法ニ因リテ生スル權利ハ公權ニシテ私法ニ因リテ生スルモノハ私權ナリトスル説(行政法論綱六六頁、拙著憲法要論一〇四頁以下)

公法私法ノ區別ニ付テハ古來幾多ノ學說アリ然レトモ既ニ其區別ヲ立テ得ヘシトセハ公法ニ因ル權利ハ公權ニシテ私法ニ因ル權利ハ私權ナリト云フハ適當ノ説明ナリ然レトモ此種ノ説明ハ稍ヤ迂遠ニ失ス何トナレハ或權利カ公權

利益ノ區別ニ求ムルモノ

ナリヤ私權ナリヤノ問題起ルニ際シ常ニ公法私法ノ問題ニ過ルトキハ更ニ難問ヲ釀スノ虞レアリ故ニ若シ公法私法ノ區別ニ依ラスシテ直接ニ公權私權其モノノ區別ヲナシ得ヘキモノアラハ寧ロ其勝レルヲ信ス故ニ余ハ嘗テ權利ノ區別ヲ公法私法ノ區別ニ求メタルニ拘ラス本著ニ於テハ同一ノ結果ヲ來スヘキ斷案ヲ一層簡單ナル方法ニ求メント欲ス後ニ述フル所是レナリ

(二) 區別ノ標準ヲ公益ト私益トノ區別ニ求ムル説(ゼーライス法學通論一五節、氏ハ猶他ノ點ヨリ兩者ヲ區別セリ美濃部博士日本行政法第一卷二三頁ハ公法上ノ權利ハ其利益の要素ニ於テハ主トシテ公益ノ爲メニ認メラルノ權利ト區別セラルト云ヘリ)

此説明ハ多少ノ眞理ヲ包含ス然レトモ公益ト私益トハ水ト油ノ如ク區別セララルモノニアラス公益ヲ保護スル傍ラ私益ヲ保護スル場合甚タ多キヲ見レハ此説ハ遂ニ區別ノ標準トナシ難シ但シ他ノ點ヨリシテ權利ノ公私ヲ別チ難キ場合ニ於テ此ノ標準ニ依リテ權利ノ公私ヲ決スト云ハハ吾人敢テ其ノ不可ナルヲ見ス

(三) 意思ノ區別ニ依リテ公權私權ヲ區別セントスル説(イェリネツク公權論四〇頁以下ヲ以テ本條ト

意思ノ區別ニ依ルモノ

スプリングツ「パンテクテン」第二卷六五節、マツカ「パンテクテン」第一卷四七頁以下、トリン法規及權利三三五頁、ピアリシテ法學原理第二卷五六頁等ニ多
前此主義ノ見ル

イエリネツク曰ク「欲シ得ルノ力(Wollendürfen)ト欲シ能フノ力(Wollenkönnen)トノ
兩者ヲ包含スルモノハ私權ニシテ欲シ能フノ力ノミヲ有スルモノハ公權ナリ、
換言スレハ人カ法ヲ待タスシテ仍ホ爲シ能フ力(即チ欲シ得ル力)ヲ法カ認メテ
適法ノモノ(即チ法律上ノ欲シ能フ力)トスルモノハ私權ナリ人カ法ヲ待タサレ
ハナシ能ハサルコトヲ法ニ依リテナシ能フモノトスルモノハ公權ナリ(例ハハ
買貸借ハ人カ自然ニ有スル爲シ得ル力ナリ法カ之レヲ認ムルニ依リテ同時ニ
爲シ能フ力トナリ私權ナリ公職ニ就クハ人カ自然ニ爲シ得ル力トナリアラヌ
爲シ能フ力ト初メテ爲シ能フ力トナル故ニ公權ニハト氏ノ説明ニ對シテハテツナ
爲シ能フ力ト初メテ爲シ能フ力トナル故ニ公權ニハト氏ノ説明ニ對シテハテツナ
1(第一卷一〇七頁以下)及一木博士(行政法)ノ駁論アリ兩氏ノ駁點ハ法律上欲
シ得ルトハ天然ノ自由ニアラスシテ法律上ノ自由ナリ即チ國家カ自然ノ能力
ニ加フルニ其ノ自然ニ有セサル能力ヲ以テシタルモノナリ故ニ欲シ得ルト云
フモ欲シ能フト云フモ等シク國家ノ與フル能力ナリト云フニ歸著ス然レトモ
是レ酷評ノミ兩氏ハイエリネツクノ所謂「欲シ得ル」ハ法律上ノ自由ナリト解シ

テ其所論ヲ攻撃スレトモ法律上ノ自由ハ即チ適法行爲ニシテイエリネツク氏
ノ所謂「法律上ノ欲シ能フ」ナリイエリネツク氏ノ所謂「欲シ得ル」ハ此ノ法律上ノ
自由ニアラスシテ其以前ニ存スル所ナリ人ヲ殺スモ欺クモ欲シ得ル所ナリ然
レトモ法ハ此ノ如キ「欲シ得ル」ヲ以テ「欲シ能フ力」トナス所有又ハ貸金ノ請求
ノ如キモノヲ以テ「欲シ能フ」ト認ム人カ自然ニ有スル一切ノ「欲シ得ル」コトノ中
ニテ法カ之ヲ認メテ適法ナリトセルモノノミカ「欲シ能フ」コトトナリ私權トナ
ルナリテツナノ議論ハ全クイエリネツクノ説明ヲ攻撃ニ便ナル如ク曲解セ
ルモノニシテ妄評ナリ一木博士ハ一方ニイエリネツクヲ攻撃シタレトモ同時
ニ又イエ氏ノ説カ眞理ヲ包含スルコトヲ説明セリイエリネツクノ説明ハ大體
ニ於テ吾人ノ説明ト一致ス(余ハ公法ヲ以テ國家ナケレハ起リ得サル關係ヲ規
ラハ起リ得ル關係ヲ規定スルモノハ私權ナリトシ而シテ公法ニ因リテ生スルモノハ
公權私法ニ因リテ生スルモノハ私權ナリトシ而シテ公法ニ因リテ生スルモノハ
シ能フ力トナセル氏ノ所謂「欲シ得ル」ハ保護シテ「然レトモ此區別モ亦實際問題ヲ
解決スルニ適當ナラス且ツ或場合ニ於テハ欲シ得ルト欲シ能フトノ兩者ハ錯
雜シテ之ヲ分析スルニ由ナキ場合アリ故ニ若シ此ノ以外ニ實際上便利ナル區

奴隸狀態

(一) 所謂奴隸的臣屬ノ狀態(Passiver Status, status subjectionis)タリシナリ此時代ニハ個人ニ人格ナキト同時ニ國家モ未タ人格ト認メラレサリシナリ人格ハ相對的ノ觀念ナリ、換言スレハ制限ノ觀念ナリ國家カ個人トノ關係ニ於テ自カラ定メタル法ニ從フ義務ヲ負フニ至リテ個人ニ人格ヲ生スルト同時ニ國家ノ權力モ法的ノモノトナリ法律上ノ義務ヲ負フコトトナリテ一個ノ法人格ヲ獲得ス然レトモ國家ト個人トノ人格ハ相對シタル觀念ニシテ一ノ増加ハ一ノ減少ナリ個人ニ人格カ生スルトキハ奴隸的臣屬ノ狀態ハ止ムト同時ニ國家ハ又一

消極狀態

定ノ範圍ニ於テ臣民ノ自由ヲ侵スヘカラサルノ義務ヲ負擔ス是ニ於テカ
 (二) 不可侵ノ消極狀態(Negativer Status, status libertatis)ヲ生ス此一定ノ範圍ニ於テハ個人ハ自己ノ主人ニシテ國權ノ命令ヲ否定スヘキ地位ヲ取得ス然レトモ國家ノ進歩ハ此ノ消極的状態ヲ以テ満足セス猶ホ進テ個人ニ與フルニ積極的ニ國家ノ行爲(Dare, facere, Praestare)ヲ要求スルノ權ヲ以テセリ是レ即チ
 (三) 積極的状態(Positiver Status, status civitatis)ナリ然レトモ國家ハ其權力ヲ行フカ爲メニ數多ノ自然人ヲ必要トス是ニ於テカ第四ノ種類トシテ國家ハ個人

積極狀態

自由權ハ權利ナト

ニ與フルニ國家ノ意思ノ構成ニ參與スルノ能力ヲ以テスルニ至リ爰ニ
 (四) 參政狀態(Activer Status, active civitas)ヲ生ス是レ即チ參政ノ權利ナリ
 以上ノ説明ハイエリネツク公權論七十六頁以下ニ説ク所ニシテ一木博士モ亦行政法講義ニ於テ夙ニ之ヲ引用セリゲー、マイヤー(一)法學ハ公權ヲ分チテ(イ)特定ノ個人ノ權利範圍カ國家ノ干涉ヲ受ケサル自由(ロ)國家ノ積極的行爲ヲ要求スル權利(ハ)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權即チ參政權ノ三者トセリ此區別ハイエリネツクカ論シタル消極的状態以下ノ三者ニ該當ス

自由權ハ權利ナト

(一) 不可侵ノ状態即チ自由權ハ權利ナリヤ否ヤハ學者ノ間ニ於テモ議論ノ岐ルル所ナリ若シ之ヲ以テ單ニ憲法カ一定ノ事項ハ法律ヲ以テスヘシト定メタル立法ノ方針ナリト云ハハ此憲法ノ規定ニ基キテ發セラルル法律カ人民ニ利益ヲ與フルモノハ法ノ反射作用ニシテ權利ヲ設定スルモノニアラス余ハ此ノ意味ニ於テ嘗テ自由權ハ權利ニ非スト主張セルコトアリ(拙著憲法要論一〇〇頁以下及二八三頁行政法原理一版乃至三版六四頁)然レトモ竊テ惟フニ憲法カ特ニ第二章ニ於テ臣民ノ權利義務ト

題シテ臣民ノ自由權ヲ保障スル所以ノモノハ自由權カ而カク無意味ナルモノニアラサルカ爲メナリ十九世紀ノ初期以來各國憲法カ特ニ臣民ノ自由權ヲ保障スル規定ヲ設クルハ其基ツク所皆直接間接ニ佛國ノ「人權及公民權ノ宣言」ニ在リ而カモ佛國ノ人權及公民權ノ宣言ハ既ニ千七百七十六年ヨリ千七百八十九年ノ間ニ於テ發セラレタル米國諸州ノ憲法特ニツアージニアノ憲法ノ規定ニ倣ヒタルモノニシテ此等米國諸州ノ憲法カ臣民ノ權利ヲ保障スルハ更ニ迦ツテ英本國ノ Magna Charta, Petition of Rights, Habeas-Corpus-Act, Bill of Rights 等ニ倣ヒタルモノナリ臣民ニ一定ノ權利範圍ヲ劃シ國家ノ行政權ヲシテ之ヲ侵スコトナカラシムルノ保障ヲ立ツルコトハ實ニ憲法其モノノ根本ノ趣意ノ宿ル所ニシテ此保障ヲ除カハ憲法ハ其骨子ヲ失フモノナリ憲法ハ一定ノ事項ヲ列舉シ法律ニ依ルニアラサレハ臣民ノ權利範圍ニ干涉セサルコトヲ定ム單ニ行文ノ體裁ヨリ見レハ立法ノ方針ヲ規定シタルニ過キサカ如キモ其半面ニ於テハ法律ニ依ルニアラサレハ云々セラルル事ナキ最モ重大ナル權利ヲ設定スルモノナリ臣民ニ對シテ利害ノ及フ所甚タ大ナル事項ニ付テハ行政權ハ議會ノ

協賛ヲ經タル法律ノ定ムル形式ニ依ルノ外之レニ干涉スル能ハス臣民ノ側ヨリ云ヘハ法律ニ依ルニ非スシテ云々セラルルコトナシト云フ保障ハ國家ノ行政機關ニ對シテ主張シ得ヘキ利益トシテ與ヘラレタルモノナリ彼ノ行政訴訟ノ如キモノハ全ク此自由權ノ保障ヲ全カラシムルカ爲メニ發生シタル制度ナリ此故ニ余ハ從來ノ持説ヲ棄テテ自由權ヲ公權ナリトシ且ツ臣民カ有スル公權中最モ重要ナルモノト看做サントス余カ嘗テ採リ來レル意見即チ自由權ハ權利ニ非ス唯此自由ヲ充實シ得ル法律上ノ手段例ヘハ行政訴訟ノ如キ制度ヲ設クルニ至リテ初メテ臣民ノ公權ヲ生スト云ヘルハ權利ヲ極メテ狭ク解シタル結果ヲ調ヘンカ爲メノ議論ニシテ維持シ難シ

イエリネツク公權論九二頁ハ自由權ヲ以テ反射權ニ過キスト論セリ同意見ヲ採ルモノハオ、マイヤー獨逸行政法第一卷第一〇頁、ラーバンド獨逸國法第一卷一三三頁、ザイデル、バイエルン國法第一卷三〇一頁、サルグイ、エルテム、ケ國法第一卷一七六頁等ナリ、グー、マイヤーハ獨逸國法二一七號ニ於テハ自由權(基本權)カ權利ナルコトヲ説ケルニモ拘ラス同著一一號ニ於テ公權ト題シテ説明シタル中ニハ「凡テノ公法ノ規定カ權利ヲ生スルニ非ス而シテ公法ノ法規カ個人ニ利ナルモノアルハ蓋シテ法ノ反射作用タルニ過キス憲法ニ宣言セル一般立法ノ主義ノ如キ

要求權ハ權
利ナリ

ハ公權ヲ設定セスト論シ自己ノ所説ヲ確カムル爲メニイェリネツク公權論六三頁以下ヲ引用セリ之ニ由リテ之ヲ觀レハマイヤーハ自家擅著ニ陥リタルモノナリ何トナレハ其所謂憲法ニ宣言セル一般立法ノ主義トハ自由權ヲ指スニ外ナラザレハナリ

(二) 積極狀態即チ要求權カ權利ナルコトハ困難ナル疑問ノ存セサル所ナリ然レトモ又反對論者ナキニアラス

イェリネツク公權論一九頁、ラーバンド國法學第二卷三三二頁、ハー、アーツアハリエー獨逸國法第一卷九〇頁、グー、マイヤー國法學一號、ブレッツス、モ、訴權論一〇三頁、グリュンフー、ト、論第四卷四六八頁以下ニ於ケルゾームノ債權論等其他ノ多數ノ學者モ亦其權利ナルコトヲ認ムツアツハノ如キハ反對ノ意見ヲ抱持セルモ後ニ至リテハ其公權ナルコトヲ認メタリイェリネツクハ消極狀態モ訴權ヲ附與セラルレハ積極狀態即チ要求權トナリ公權トナルト説明ス(公權論一〇頁)故ニグー、マイヤー國法論二一七號註三カイェリネツクノ説ヲ評シテ「行爲ニ對スル要求權ハ權利ノ内容ヲ有スルニ何カ故ニ不行爲ニ對スル要求權ハ權利ノ内容ヲナスニ足ラサルカ解スヘカラスト論セシハ余ノ目ヨリ見レハ酷評ナリ

參政權
悉ク權利ト
スナラフ

(三) 參政權ハ廣狹二義ヲ有ス廣ク參政權ト謂ヘハ官吏トナルノ資格其他公職ニ就クコトヲ得ル資格及ヒ選舉權ヲ總稱ス然レトモ此等ハ悉ク固有ノ意義ニ於ケル權利トナルニハアラス官吏トナル資格カ權利ニアラサルハ一般ニ認メ

選舉權ハ權
利ナリ

收
格選權ハ資
利ニシテア
ラフ

ラルル所ナリ(木博士行政法講義一)選舉權ニ付テハ疑問アリラーバンド(國法學二頁)及同(ハ)之ヲ權利ニアラストシイェリネツク(公權論一)グー、マイヤー(國法學)ス、テ、ン、ゲ、ル(行政法講義三)等ハ之ヲ以テ權利ナリト主張ス余モ亦其權利ナルヲ信ス(憲法要論三)然レトモ被選舉權ハ一ノ資格ニシテ、權利ノ性質ヲ有セス(憲法講義)憲法要論三一、二頁、グー、マイヤー國法學九九頁、ザイデル、マイエルン、國法第二卷一三〇頁、グン、チ、エ、ル、フ、オ、ン、ヨ、ル、レ、ス、ベ、ル、ヒ、臣、民、ノ、參、政、權、九、九、頁、等

イェリネツクハ個人ノ參政權ト題シテ公權論一四〇頁以下ニ(一)王權即チ(イ)王位繼承權及ヒ(ロ)王タル者ノ權利(二)攝政ノ權(三)共和國ノ國長等及ヒ裁判官ノ權利(四)選舉權(五)當選者ノ權利(六)選舉ニ依ラサル議員ノ權利(七)直接民主國民ノ表決權及ヒ選舉權(八)國家ノ官吏タル地位ヨリ生スル權利即チ(イ)官吏其者ノ權利(ロ)國家ノ名譽官吏ノ權利(ハ)職務ヲ要求スル國家ノ權利(ニ)國家ト履備關係ニ立ツ者ノ權利(例ヘハ雇ノ期間中在官ノ期間ニ通算スル場合ノ如キ是レナリ)(九)公法上ノ團體ノ理事機關及ヒ議事機關ノ一員カ有スル權利等ヲ掲ケタリ此列記ハ個人ノ參政權ノ全體ヲ盡シタルモノト謂ヒテ可ナリ然レトモ參政權附與ノ形式ハ時々ノ立法ニ從ヒテ變化スルカ故ニ或ル時代ニ於ケル實際ノ參政權ヲ列舉シテ不動ノ標準トナス能ハサルハ明カナリ

第三款 公權ノ得喪

(一) 公權取得ノ原因

權利ハ法ヲ待テ後生ス故ニ公權ノ取得モ亦法ノ規定ヲ待タサルヘカラス然レトモ法カ公權ヲ附與スル方法ハ必スシモ一樣ナラス其形式ハ次ニ述フルカ如シ

(イ) 直接ニ法ノ規定ニ因ルモノ 全國民又ハ國民中ノ一階級ニ屬スル權利ノ如キ多ク此原因ニ因ル個人ノ權利トテモ亦直接ニ法ノ規定ニ因リテ生スルモノアリ王位繼承攝政就任ノ權ノ如キ是レナリ

(ロ) 元首又ハ國家機關ノ處分ニ因ルモノ 此場合ニ於テハ法ノ規定ハ公權發生ノ間接ノ原因ヲナスニ過キス然レトモ國家機關ノ處分ニ因リテ公權ヲ附與スト云フコトハ又法ノ規定ナルカ故ニ此場合ニモ公權發生ノ原因ハ法ニ基クヘキコトハ明カナリ官吏ノ任命、免許等ハ此種ノモノニ屬ス

(ハ) 選舉權ヲ有スル者ノ選舉ニ因ルモノ 衆議院議員タルノ權利其他地方自治體ノ議事機關ノ一員タル權ハ此種ニ屬ス 公權カ契約ニ因リテ生スルヤ否ヤハ學者間ニ議論ノ岐ルル所ナリ美濃部博士

(日本行政法第一卷九七頁) 一木博士(行政法) ラーバンド(九法第一卷三) レーニング(四選行政法二)

スタンゲル(四選行政法四〇) キルヘンハイム(一選國法) 等ハ公法上ノ契約カ公

權發生ノ原因タルコトヲ認メグー、マイヤー(一選國法) ゲルベル(七法原論一) ツォ

ルン(一選國法第一) グローテフエンド(法第一卷五三頁) ギールケー、ヒンシツス等

ハ之レニ反對ス吾人ヲ以テ見レハ此等ノ學者ノ間ノ論争ハ合意ニ因ル行政處

分カ契約ト稱スヘキヤ否ヤハ點ニ歸著スルモノナリ契約カ公權發生ノ原因ト

ナラスト論スル學者ハ曰ク「契約ハ對等ノ人格間ニアラサレハ發生セサルモノ

ナリ國家ハ權力者ニシテ人民ハ服從者ナリ兩者ハ對等ニアラサルカ故ニ其間

ニ契約ノ成立シ得ル道理ナシ」ト積極論者ハ曰ク「消極論者カ公法上ノ契約ヲ否

認スルハ彼等カ契約ヲ以テ私法上ノ名稱ナリト曲解スルガ爲メナリ國家ハ何

人ニモ國務ノ施行ノ義務ヲ課スルコト無シ若シ此必要アラハ必ス相手方タル

個人ノ同意ヲ以テ之ヲ行フ故ニ官吏關係ノ發生ノ如キハ國家ノ一方的意思ニ

依リテ定マラス必ス相手方ノ引キ受ケヲ要ス此合意ニ依リテ官吏モ國家モ共

ニ一定ノ義務ヲ負擔スルヲ見ハ何カ故ニ契約ニアラサルカト若シ契約ノ意義

ヲ此ノ如ク解シ合意ニ依リテ效力ヲ生スル國家ノ行爲ハ即チ公法上ノ契約ナリト解スルナラハレーニング、ラーバンド一派ノ學者ノ説明必スシモ誤リニアラス蓋シ單純ナル言語上ノ争ニ過キサレハナリ然レトモ吾人ハ合意ニ基ク處分ヲ以テ仍ホ處分ナリト解シ前ニ掲ケタル(ロ)ノ一種トシテ之ヲ説明シ公法上ノ契約ナル別名ヲ附スルノ主義ヲ採ラス何トナレハ若シ契約論者ノ說ニ從ヘハ本人ノ意思ヲ條件トスル一切ノ處分ハ凡テ之ヲ契約ト稱セサルヲ得サルニ至ルヘケレハナリ此コトハ任官ノ關係ニ付キテハ猶ホ適當ノ如ク見ユルト雖モ認可許可特許歸化等ニ至ル迄モ悉ク契約ナリト論定セサルヲ得サルニ至ルヨリ見レハ蓋シ結果ヲ見サルノ説明ナリ

認可許可等ハ皆願出ニ依リテナス處分ナリ而シテ免許ニ依リテ得タル個人ノ權利ハ公權ニシテ私人カ之ヲ侵害シ得サル地位ニアルト同時ニ國家自身之ヲ侵害スル能ハス(免許權ハ唯國家ニ依リテノミ侵害セラルルコトヲ得然ラハ免許モ亦願出ノ形式ヲ以テ表示セラレタル本人ノ同意ニ依リ公權ヲ附與スルモノナルカ故ニ契約トナルヘキカ若シ任官カ契約ナラハ免許モ亦契約ナルヘシ然レトモ任官カ契約ナリト主張スル論者モ免許カ處分ナルコトヲ唱フルニ至リテハ皆其口ナリニス余ハ其何ノ理由ニ基クカテ知ラス

占有ハ公權占
取得ノ原因
ナリヤ

占有(取得時効)ハ公權取得ノ原因ヲナスヤ否ヤニ付テモ亦議論ノ存スル所ナリ公權ノ發生ハ法ノ存在ヲ前提トス法ノ淵源ハ必ス法規ナラサルヘカラス(Bö Geln. ius in sensu objective)占有及時効ノ如キハ一ノ事實ニシテ法源ニアラス從テ若シ此等カ或公權取得ノ原因タル效力ヲ有スルカ爲メニハ法カ其效力ヲ認めサルヘカラス法ノ認めサル範圍ニ於テハ占有及時効ハ決シテ公權取得ノ原因トナルコトナシ(ゲイ、マイヤー國法第一一號二九頁、レーニング行政法一六一一以テ公權取得ノ)但シ最高權ヲ行使スルノ權利ハ占有ノ事實ニ依リテ之ヲ獲得一般原四ト認ムス其占有カ適法ナリヤ不適法ナリヤハ問フ所ニアラス

我國ニ於テハ公法上ニ於テ取得時効ヲ認ムル規定ヲ缺ケレーニングノ引照スルカ如クンハ普魯西ニハ此ノ如キ二三ノ規定アリ例ヘハ四十四年間貴族ノ實位ヲ維持シタル者ハ貴族ノ身分ヲ獲得ス(Allgemeines Landrecht II. 14 § 79)五十年間ノ取得時効ニ依リテ租稅免除ノ權ヲ獲得(A. L. R. II. 14 § 79 Verordn., v. 26 Dec. 1808, § 37)スルカ如シ

或論者ハ事實ヲ以テ公權取得ノ原因トナス(政一木博士行)然レトモ仔細ニ觀察スレハ事實カ公權取得ノ原因トナルハ必ス法ノ認定ニ基クモノニシテ歸スル所其事實ノ發生ヲ條件トスル法規其モノカ此公權發生ノ原因ヲナスモノナリ(例

ハ一定ノ年限ニ達シタル者故ニ余カ前ニ掲ケタル(イ)以外ニ於テ別ニ事實ニ基ク公權發生ノ原因ヲ掲クル必要無シ

公權ノ喪失

法規

處分

主體ノ死亡

棄權

法ノ規定ナ
ケレハ公權
ハ喪失ス
ナリ

- (イ) 直接ニ法規ニ因ルモノ
- (ロ) 元首又ハ國家機關ノ處分ニ因ルモノ 公權ヲ剝奪スルハ或ハ司法官廳ノ裁判ヲ以テスルコトアリ或ハ行政官廳ノ處分ニ依ルコトアリ
- (ハ) 權利者ノ死亡 此原因ハ法ヲ以テ之ヲ明言セスト雖モ理論上權利主體ノ消滅ハ又權利ノ消滅ヲ來スヤ明カナリ

(三) 棄權 公權ハ之ヲ處分スルコトヲ得スト論スルハ誤ナリ(フオン、ザル、グイ、
裁判四二〇頁、ブ、フ、イ、ツ、エ、ル、以下、行政、然レトモ亦權利ナルカ故ニ凡テ權利者カ處分
 シ得ト謂フモ誤レリ而シテ公權ノ中如何ナルモノカ處分スルヲ得サルヤハ
 困難ナル問題ノ存スル所ナリ

一般ニ權利ノ處分ト云ヘハ其讓渡ト包含ス而シテ公權ハ讓渡又ハ相續スル能ハサル
 モノナリ但シ特別ニ法律ヲ以テ之ヲ許可セルモノハ此限ニアラス(レ、イ、ニ、ン、ク、行政法一七頁、同
 註二、イ、エ、リ、ネ、ク、ク、公權論三二四頁、モ、亦、同、説、ナ、リ、例、ハ、獨、逸、營、業、法、ハ、個、々、ノ、營、業、ニ、付、キ、免、許、ヲ

公權ニハ
棄權トシ
ルモノト
スルハ必
ズ法ハ必
ズ之ヲサ
ラサレハ
カ

權利ノ不行
使ハ棄權ニ
アラス

必要トスルモノヲ定ム免許ニテ得タル權利ハ公權ニシテ被免許者ノ死亡ト共ニ消滅スルモノ
 ナリ然レトモ同法ハ又特別ノ規定ヲ設ケ死亡者ノ寡婦及ヒ未成年ノ相續者ハ前主ノ免許權ヲ
 相續シ別ニ免許ヲ要セスト定ム此ノ如キ規定アラハ可ナリ若シは無クハ公權ハ決シテ相續ス
 ルコトヲ得ス

公權ハ前ニ説明セル如ク國家、國家内ノ公法人及ヒ一個人ニ屬ス此等ノ公權
 中國家ノ公權及ヒ國家内ノ公法人ノ公權ハ之ヲ拋棄スルコトヲ得ス(特別ノ
 定アラハ勿論之レニ依)個人ノ公權ニ付テハ拋棄シ得ヘキモノト然ラサルモ
 ノトアリ然レトモ其範圍内ニ於テモ亦法ノ規定アルノ外ハ拋棄スル能ハス
 ト論斷セサルヘカラス、或、人、カ、法、ノ、規、定、ニ、拘、ラ、ス、其、權、利、ヲ、拋、棄、ス、ル、カ、如、ク、見
 ヲルハ實ハ權利ノ不行使ニシテ拋棄ニアラス、拋棄ハ權利ノ消滅ヲ來スカ故
 ニ一度拋棄シタル權利ハ復活セス不行使ハ權利ヲ消滅セシメサルカ故ニ何
 時ニテモ更ニ其權利ヲ行使スルコトヲ得ヘシ、營業ノ許可ハ拋棄ノ意思ニ拘
 ラス官廳カ之ヲ取消ス迄ハ仍ホ有效ニ存在ス之ヲ要スルニ公權ニハ拋棄シ
 得ルモノ(法ノ規定ニ依リテ)ト得サルモノトアリ、拋棄シ得ルモノハ權利者カ
 之ヲ實行スル義務ナク又拋棄ニ依リテ全然消滅ス、拋棄シ得サルモノノ中ニ

資格ノ喪失
時期ノ經過
消滅時效

一七〇
ハ更ニ法律カ其實行ノ義務ヲ負ハシムルモノト負ハシメサルモノトアリ行
使ノ義務ヲ課シタルモノハ之ヲ實行スルヲ要ス實行セサレハ責任アリ行使
ノ義務ヲ課セサルモノハ之ヲ實行スル必要ナシ行ハサルモ責任ハナキナリ
衆議院議員當選者タルハ公權ハ拋棄シ得ヘキモノニ屬シ(衆議院議員選舉法
七二條) 官吏タルハ權利ハ拋棄シ得ヘカラサルモノハ中實行ノ義務アルモノニ屬シ
衆議院議員選舉權ハ拋棄シ得ヘカラスシテ又實行ノ義務ナキモノニ屬ス
(ホ) 權利ノ條件タル資格ノ喪失
(ヘ) 時期ノ經過 任期滿了ニ因ル議員權ノ消滅ノ如シ
(ト) 消滅時效 取得時效ヲ以テ公權取得ノ原因トナササルニ反シ法ハ公權ノ
消滅時效ヲ定ムルコトアリ(公訴ノ時効ニ關スル刑事訴訟法第二十八條
舊刑法第五十九條新刑法第三十二條會計法第三十一
十二條第三等) 此等ノ規定アル場合ニ於テハ時効モ亦公權消滅ノ原因トナル

第三章 憲法

第一節 憲法ノ意義

憲法トハ何ソヤ此問題ノ解決ハ頗フル困難ニシテ學者各々自己ノ獨斷ヲ以テ
之レカ答案ヲ作り從テ今日ニ於テモ未タ意見ノ一致セサル所ナリ余ハ問題ヲ
減殺スル爲メニ先ツ成文ノ憲法ヲ有スル國ト成文憲法ヲ有セサル國トヲ區別
シテ憲法ノ意義ヲ定メントス

(一) 成文憲法ヲ有スル國ニ於ケル憲法ノ意義

成文憲法ヲ有スル國ニ於テハ憲法ノ何タルカハ極メテ明瞭ニ之ヲ決定シ得ヘ
シ其成文カ數個ノ法規ヨリ成ルカ又ハ一部ノ法典ヲ成スカハ敢テ之ヲ問ハス
苟モ憲法トシテ定メラレタル成文法アル以上ハ其成文法カ憲法タルコトハ明
白ナル事實ニシテ敢テ多辯ヲ要セス然レトモ憲法ナルモノハ立憲政體ヲ採レ
ル國家ノ組織法ヲ意味スルカ故ニ假令其名ハ憲法ナリトスルモ此政體ニ基ツ
カサル國家ノ組織法ハ之ヲ固有ノ意義ニ謂フ憲法ト名クル能ハス換言スレハ
成文ノ憲法カ固有ノ意味ニ所謂憲法タルカ爲メニハ其實質カ立憲政體ニ基ク
モノナラサルヘカラス若シ立憲政體ニ則トラサル憲法ナラハ名ハ憲法ト云フ
モ決シテ固有ノ憲法ニアラス憲法ト云フ語カ立憲政體ノ確立ニ伴フテ初メテ

成文憲法ヲ
有スル國ニ
於ケル憲法
ノ意義

立憲政體ニ
對シテハ
憲法ニ
アルモ
憲法ニ
アルモ

憲法ノ條章
改正シテ
專制政體
トナスコト
得ス

其意味ヲ爲スニ至リシハ全ク之レカ爲メナリ

憲法カ憲法タルカ爲メニハ其實質カ前ニ述ヘタル立憲政體ト合致スヘシト云フ斷案ノ結果トシテ成文憲法ヲ有スル國家ニ於ケル憲法改正權ハ重大ナル制限ヲ受ク例ヘハ我國ニ於テ明治天皇カ欽定セラレタル現行憲法ハ立憲政體ノ實質ヲ有スル成文憲法ノ義ナリ此コトハ憲法ノ告文ニ於テ「内ハ以テ子孫ノ率由スル所ト爲シ外ハ以テ臣民翼贊ノ道ヲ廣メ」ト告白セラレ又憲法發布ノ勅語ニ「不磨ノ大典」ト宣シ「大憲」ト宣シ又「臣民ノ翼贊ニ依リ與ニ俱ニ國家ノ進運ヲ扶持セムコトヲ望ミ」云々ト宣セラレタルヲ見テモ明カナリ即チ我憲法ハ沿革上ノ立憲政體ニ則トル不磨ノ大典トシテ定メラレタルモノニシテ其實質ニハ無關係ナル一部ノ成典トシテ制定セラレタルニハアラス此結果トシテ憲法ノ條章ノ改正ノ結果立憲政體ヲ變シテ專制政體トナスコトハ我憲法論トシテハ全然不可能ノコトニ屬ス一木博士ハ嘗テ其國法學講義ニ於テ之レニ由テ之ヲ觀レハ憲法ハ憲法ノ規定ニ依リ或條章ハ改正セラレルコトアルモ憲法夫レ自身ハ永遠ニ廢止セラレサルコト明カナリ故ニ條章ノ改正ノ結果全ク實質ヲ一變

シ再ヒ專制政治ニ復スルコトアルヤ知レサルモ決シテ形式上之ヲ廢スルヲ得ス「ト曰ヘリ吾人嘗テ思索未タ至ラス漫ニ博士ノ說ニ盲從シテ此說ヲ是認セシト雖モ（憲法要論一三九頁）今ニ至リテ其甚タ誤マレルヲ知ル之ヲ我カ憲法成立ノ沿革ニ徴シ之ヲ欽定者タル天皇ノ意思ニ考フルトキハ不磨ノ大典トシテ永遠ニ廢止スヘカラサルモノハ憲法其モノノ形體ニ止マラス又其骨子タル立憲政體其モノナリ論者或ハ曰ハシ議會カ君主ノ憲法改正案ニ全然同意スルモノトセハ現行憲法ヲ變シテ專制政體トスルカ如キ改正モ亦之ヲ行ヒ得サルニ非ス此場合ニハ天皇及ヒ議會ノ行動ヲ拘束シ得ヘキ何等外部的ノ制限ナキニアラスヤト然レトモ既ニ現代ノ天皇ニシテ憲法告文並ヒニ發布ノ勅語ノ精神ニ依リ專制政體ニ移ルカ如キ憲法改正案ヲ提出スル能ハサルモノトセハ議會モ亦之レカ議決ヲ爲ス機會ナカラン蓋シ議會自身ニハ憲法改正案ヲ提出スル權限ナケレハナリ若シ此場合ニ天皇御自身カ專制主義ヲ採用スル憲法改正案ヲ提出スルコトニ對シテハ何等外部ノ拘束ナキカ故ニ之ヲ防ク餘地ナシト云フ者アラハソハ法理論ト事實論トヲ混スルモノニシテ既ニ法理ノ範圍ヲ超越セルモ