

微ニ入ル能ハス之カ爲ニ國家トシテノ不分ノ生體ノ真相ヲ誤解スルコト勿レ。』

按スルニ、統治ノ主體ト其ノ客體トハ、之ヲ分ツヘクシテ、亦之ヲ分ツヘカラス。之ヲ思想ノ上ニ分ツニ非サレハ法理ノ細微ニ入ルコト能ハス、之ヲ事實ノ上ニ混和スルニ非サレハ具體的ノ國家ヲ觀念スル能ハサルハ、猶人ノ生命ノ其ノ身體ニ於ケルカ如キナリ。論者或ハ此ノ機微ニ通セス、予ノ解説ヲ以テ特ニ君主國體ノ辯護ノ爲ニ立論スル者ノ如ク謬ヒ、民主國體ニ於テハ所謂主體客體ノ別ナキコトヲ云フ、謬レルノ甚シキナリ。抑、國權ハ國民ニ在リト觀念スルモ、猶生命ハ身體ニ在リト謂フカ如クニシテ、二者ヲ思想ノ上ニ分ツコトヲ當然ニ否認スルモノニハ非サルナリ。況ヤ其ノ所謂民主國體ナル者ノ觀念ニ於テモ、人民ヨリ出ツルノ主權ハ亦反射シテ人民ヲ統治ス、權力服従ノ關係ト

シテ主客ノ別アルコトハ、頗ル明白ナルニ於テオヤ。主體、客體ノ別ヲ否認スルハ即チ統治關係ヲ否認スル者ナリ。統治關係ヲ否認スルハ即チ國家ノ存立ヲ否認スル者ナリ。或者ノ論固ヨリ謬レリ敢テ一言ヲ附記シテ世ノ惑ヲ解ク。』

第二章 領土

領土

領土ハ絶對ニ無限ニ統治權ノ下ニ在ルノ土地ナリ。土地ノ國ニ從屬スル關係ヲ指シテ領土ト謂フ。領土ハ此ノ統治ノ客體タルノ資格ヲ具備スルコトニ由リテ國ヲ成スノ要素タル者ナリ。領土ト謂フ語ハ國家ノ領有スルノ土地ノ義ニ出テタルナラン。然レトモ國家カ土地ヲ領有スト謂フハ實ハ形容ノ言語ニシテ或ハ誤解ヲ招キ易シ。人カ土地ヲ所有スト謂ハハ人ト所有地トハ別物ニシテ土地ノ有無ハ人ノ人タルニ關セサルナリ。國家カ土地ヲ領有スルハ此ノ意義ト同シカラス。領土ナケレハ國家ナシ。領土ハ國家ノ體軀ナリ、人ハ身體ヲ有スト謂フト同シ意義ニ於テ國家ハ土地ヲ領有スルモノナリ。領土ハ國家ノ構成要素ナルカ故ニ統治權ハ絶對ニ無限ニ之ニ及フナリ、國ノ權カハ國ニ充滿スルノ

義ニ外ナラサルナリ。此ノ關係ヲ説明スルカ爲ニ假リニ主客ヲ分チ、土地ノ主權ニ對シ客位ニ在ルヲ視テ之ヲ領土ト稱スルナリ。』

按スルニ領土ト謂フ語ハ君主其ノ國土ヲ私有スルノ語氣アリテ穩當ナラス、今暫ク慣用ノ語ヲ襲フ、實ハ統治ノ土地ト解スヘキナリ。古典ニ天祖ノ勅ヲ擧ケテ、瑞穂國是吾子孫可王之、地宜爾皇孫就而治焉ト云ヘリ。我カ國古來、天皇ノ國ニ臨ムヲ指稱シテ國ヲ「シロシメス」ト謂フ、所謂「シロシメス」トハ蓋公事ヲ聞知スルノ意ニ出テ、即チ統治ノ義ニ外ナラス、一人一家ニ享奉スルノ私事ニ非サルヲ示スナリ。是レ國土ハ天皇ノ主權者トシテ「シロシメス」所ニシテ、主權ニ對シ之ヲ領土ト稱スルト雖、君主一人ノ私有ニ非サルノ大義ハ我カ國體千古既ニ定マレリ、方今立憲ノ制ニ則ルノ故ニ然ルニハアラス。此ノ義、近世歐洲ノ君主建國ノ跡ト同シカラサルモノアルナリ。』

統治權ノ
絕對無限
ノ普及

統治權ノ領土ニ及フハ絕對ナリ、亦無限ナリ。絕對ナリトハ國家本來ノ固有ノ力ノ、當然ニ、直接ニ、之ニ及フモノニシテ、特別ノ名義ノ下ニ之ニ及フニ非サルヲ謂フナリ。無限ナリトハ其ノ之ニ及フハ當然ノ制限ナク、性質上萬能ナルヲ謂フナリ。是レ領土ハ國ノ體軀ニシテ、國權ノ之ニ及フハ、即チ自己ノ勢力ノ自己ノ體軀ニ充滿スルノ義ニ外ナラサレハナリ。統治權ノ其ノ領土ヲ支配スルノ、時時ノ態様ハ、時時ノ法令ニ依ルトスルモ、其ノ能ク法令ヲ以テ之ヲ支配シ得ルモノハ、本來絕對無限ノ權力タルニ由ルナリ。』

權力範圍
及領土

統治權ノ及フ土地必シモ其ノ領土ニ非ス、國ノ權力ハ國外ニ及フコトアルヘキナリ。唯、絕對ニ、無限ニ、之ニ及フニ於テ始テ之ヲ領土ト謂フヘキノミ。一國ノ權力カ他國ノ領土ノ上ニ及フコトアルハ其ノ事例少シトセス。是レ不法ノ侵害ヲ指スニ非ス、對手國ノ認諾ニ由リ(條約)又ハ其ノ意思ニ反シテモ(戰時占領)適法ニ其ノ事ノ行ハルル場合アルヲ謂ヘルナリ。然レトモ、此レ等ノ場合ニ於テハ、絕對ニ、無限ニ、永遠ニ亘リテ其ノ權力ノ行ハルルコトヲ期スルモノニ非ス、特別ノ名義ニ因リ、或條件及期間ニ於テ、之ヲ認容スルヲ越旨トスルモノナリ。若、然ラスシテ絕對、永遠、無限ニ、之ヲ委付スルトキハ是レ領土ノ割讓タラン。故ニ國ノ權力ハ時トシテハ領土以外ニ波及スルコトアルヲ認メサルヘカラサルト同時ニ、其ノ一時ノ干渉ヲ以テ當然ニ領土ノ伸縮ナリト解スヘカラサル知ルヘキナリ。國權ノ勢力範圍ト、國ノ構成要素タル領土トハ、常ニ必シモ相合一スルコトヲ期セサルナリ。』

按スルニ、一派ノ公法家ハ國土ヲ以テ統治ノ客體ト爲スコトニ反對シ、之ヲ解シテ單純冷淡ニ、事實上國權ノ人ニ對シテ行ハルル場所ナリト

○説ク。其ノ意ハ國權ハ人ニ對スルモノニシテ土地ニ對スルモノニ非ス、故ニ國權ノ土地ノ上ニ動クハ、鳥ノ空ニ翔リ魚ノ水ニ游フカ如クニシテ、是レ事實上ノ舞臺タルニ止リ、法理上ノ要件ニ非スト視ル者ナリ。此ノ見解大差ナキカ如ニシテ其ノ精神ハ甚異ナレリ。此ノ一派ノ論ハ、國土ノ國家構成ノ要素トシテ國家ト同體ヲ爲スノ密接ノ聯關ヲ無視シ、又領土トシテ主權ニ從屬スルノ統治ノ客體タルノ資格ヲ否認スル者ナリ。然ルノミナラス、之ヲ極端ニ推ストキハ、國ニ内外ノ別ナク、隨ヒテ國家ノ觀念ヲ亡失セン。此ノ見解ノ不當ナルハ亦本文ニ云フ國權ノ及フ所必シモ其ノ領土ニ限ラサルノ理ニ照シテモ明白ナリ。念フニ、國權ノ國外ニ及フコトアルハ古今事例頗ル多シ。無主ノ地點ヲ占有シ之ヲ利用スルモ、若之ヲ以テ絕對ニ無限ニ、國權ノ下ニ置クノ意ニ非スシテ、一時航海、貿易、軍事、殖民等ノ便益ニ充ツルニ止リ、他ノ

權力ヲ絕對永遠ニ、此ノ地點ヨリ排斥スルノ趣旨ニ非サル場合アラシメハ、事實ニ於テ本國全權ノ下ニ在ルモ、名義ニ於テ之ヲ本國ノ一部即チ領土ト爲スモノニ非サルハ明カナリ。又他國トノ對等條約ニ因リ、或條件ノ下ニ、彼ノ領土ノ一部ヲ我カ用ニ供スルカ如キ、若ハ彼ノ權力ノ我ノ領土ノ一部ニ行ハルルヲ認諾スルカ如キ、多ク相視ルノ例ニシテ、彼我共ニ之ヲ領土ノ得喪ト爲スノ念ナキナリ。專管居留地、租借地ノ類アリ、治外法權アリ、保護國アリ、勢力範圍アリ、外交ノ事例ハ頗ル錯雜ナリ、然レトモ是レ皆彼我ノ認諾ニ由ルトキハ、ヨシ事實ハ外交ノ威壓ニ根由スルト爲スモ、名義ニ於テ、彼我ノ主權ノ任意ニ出ツルモノト見做サルヲ得ス。故ニ其ノ土地ハ尙、彼我ノ領土タルノ性質ヲ失ハサルナリ。蓋、國土其ノ物ニ於ケル領有ノ本權ト、其ノ地上ニ現ニ行使セラルルノ權力トハ、一時或ハ其ノ歸屬スルノ主體ヲ異ニスルコトアル

ヲ妨ケサルハ、猶、臣民ノ外國ニ在ルトキハ外國ノ權力ニ服従スルモ、尙、本國臣民タルコトヲ失ハサルカ如キナリ。』

領土ノ伸縮

領土ハ國ノ構成要素ナリ、故ニ其ノ喪失ハ即チ國ノ滅亡ナリ。然レトモ、領土ヲ成スノ土地ノ一部ハ國ノ存立ヲ失ハスシテ之ヲ割讓スルコトヲ妨ケス、何トナレハ國ノ國タル性格ハ土地ノ大小ニ拘ハラサレハナリ。所謂領土ノ割讓ハ統治權ノ割讓ニ非ス、領土タル土地其ノ物ノ割讓ナリ。領土ニハ大小アリ、統治權ニハ大小ナシ、固ヨリ大小ナシ、何ソ之ヲ有形ニ分ツコトヲ得ン。統治權ハ圓滿ニシテ彈力性ヲ有ス、同一ノ統治權ハ領土ノ伸縮ニ伴ヒテ常ニ之ニ充滿ス。我嘗テ臺灣ノ地ヲ清國ヨリ得タリ、我カ領土ハ其ノ大ヲ加ヘタリ、我カ主權ハ之ニ由リテ更ニ新ナル權力ヲ加増セルニ非ス、彼ノ主權ハ之ニ由リテ更ニ其ノ圓滿ヲ缺キタルニ非

國境ノ變更

ス、猶人口ノ増減ハ國權ノ消長ニ非ス、亦其ノ個個ノ國籍變更ハ之ヲ主權ノ割讓ト視ルヘキニ非サルカ如キナリ。領土ノ割讓トハ、甲國カ其ノ領有スルノ土地ノ一部ヲ、乙國ニ、絶對永遠ニ、委付スルノ謂ニシテ、其ノ當然ノ結果トシテ乙國ノ在來ノ統治權ノ完全ニ之ニ及フモノナリ。甲國ノ主權其ノ地ヨリ退縮シ、乙國ノ主權其ノ地ニ伸長ス、之ヲ領土ノ割讓ト謂フ、甲國ノ主權ノ一部ヲ移シテ乙國ノ主權ニ添附スルニハ非ス、新領土ニ舊主權ノ及フノ義ニ外ナラサルナリ。』

歐洲ノ國法ニ謂フ所ノ領土不可分ノ原則ナル者ハ、彼ノ特種ノ憲法上ノ法則ニシテ國家タル者ノ性格ノ當然ニ出ツルニ非ス、之ヲ誤解スルコト勿レ。而シテ我カ憲法ニハ領土ハ分割讓與スヘカラスト謂フノ規定ナシ、故ニ之ヲ禁止スルモノニ非ス。或國ニ於テハ、領土タル地域ヲ憲法ノ明文ニ列記ス、故ニ領土ノ境界ノ變更ハ即チ憲法ノ改正タリ。我カ憲法

ニハ此ノ列記ナシ、唯大日本帝國ハ天皇之ヲ統治スト云ヒテ帝國ヲ構成スルノ地域ヲ限定セス。故ニ我ニ在リテハ國ノ境界ノ變更ハ憲法ノ改正ニ非サルナリ。又之ヲ以テ憲法上ノ立法事項ナリトモ明示セス、故ニ大權ノ專斷ニ由リ之ヲ爲スコトヲ妨ケサルモノト解シテ可ナリ。』

按スルニ、或一派ノ學者ハ所謂領土ノ割讓ハ土地ノ割讓ニ非ス、國權ノ割讓ナルコトヲ主張ス、其ノ論解スヘカラス。若國權ヲ數個ニ分タハ各、其ノ圓滿ヲ缺キ國權タルノ性格ヲ失ハン。或ハ之ヲ辯護シテ曰ク、是レ國權ノ幅員ヲ分ツモノニシテ各部小ナリト雖其ノ圓滿ヲ缺カサルヘシト其ノ意更ニ解スヘカラサルナリ。國權ハ無形ナリ大小ノ形體アルコトナシ、國權其ノ物ニ大小ナシ唯領土ニ大小アルノミ。或者ノ謂フ所ノ國權ノ幅員トハ是レ即チ領土ノ義タルニ外ナラス。一國ノ主權ハ一定ノ土地ヨリ退却シ、對手國ノ主權之ニ伸長スルノ状態ヲ

指稱シテ領土ノ割讓ト謂フノミ。領土ハ新ナリト謂フヘシ、主權ハ新ナラス、本國舊來ノ統治權ノ新領土ニ及フナリ。我ニ移シ得タルハ彼ノ土地ナリ、彼ノ權力其ノ者ニ非サルナリ、之ヲ平穩ニシテ常識ニ戻ラサルノ解ト爲ス。或者ノ論、意義深遠ナルカ如キモ其ノ要領ヲ捕捉シ易カラサルナリ。又或學者ハ所謂領土不分割ノ原則ハ國家本來ノ性格ニ伴フ必然ノ法理タルヲ説クアリ。此ノ論亦解スヘカラス、國家主權ノ分割讓與スヘカラサルハ其ノ理明カナリ、領土及臣民ノ一部ヲ、甲國ヨリ乙國ニ移スハ、條理ニ視テモ、事例ニ視テモ、國ノ存立ヲ失ハスシテ之ヲ爲スコトヲ妨ケス。蓋歐洲ニ此ノ原則アルハ政策ノ必要ニ出テタル特種ノ事情ニ歸因スルモノニシテ、國家必然ノ性格ニ出テタルニハ非サルナリ。歐洲中世封建ノ時代、諸侯ノ邦ヲ立ツルノ事態ヨリ考フレハ、或ハ邦土ヲ以テ王家ノ世襲ノ財産ト視テ、之ヲ王家ニ永遠ニ

保全セント欲スルノ政策ニ由リテ之ヲ憲法ノ原則ト爲シタルモノニハ非サルカ。若又然ラストセハ、國家主權ノ分割讓與スヘカラサルノ義ヲ言明セント欲シテ、國ノ領域ト無形ノ國權トヲ混同シ、之ヲ領土ハ分割讓與スヘカラスト爲シタルモノニハ非サルカ。古今ヲ問ハス、國土保全ノ政策トシテ憲法ヲ以テ其ノ分割讓與ヲ禁止スルコトアルハ之ヲ政策トシテ其ノ要ヲ解スルニ苦マヌ。唯之ヲ一般國家ノ性格ニ伴フ必然ノ法理トシ分割讓與アラハ國即チ亡フルモノト解スルヲ非トスルノミ。』

領土ト憲
法トノ關
係

領土ト憲法トノ關係ハ單純ニシテ明白ナリ。我カ憲法ハ其ノ施行地域ヲ限定スルノ規定ヲ有セス、故ニ帝國ノ領土ニハ必ス行ハレ帝國ノ領土以外ニハ當然ニ行ハレサル者ト解スヘシ、其ノ義疑フヘキナシ。帝國ヲ

成スノ領土ノ部分ニ新舊ノ別アルハ何等憲法當然ノ施行ヲ妨クルモノニ非サルハ固ヨリ言ヲ待タサルナリ。又外國ノ領土ハ、ヨシ我之ヲ條約ニ由リテ專管シ租借スルモ、我カ帝國ノ一部即チ領土ヲ成ササル者ハ我カ憲法ノ當然之ニ及フ所ニ非サルノ義モ今明白ナリ。若憲法ヲ帝國ノ或ル一部ニ行ハス、又ハ帝國外ノ土地ニ行ハント欲セハ、憲法ニ追加シ其ノ旨ヲ明言スルコトヲ要ス。此ノ事、憲法ニ付キテノミ謂フニ非ラス、凡ソ國ノ法則ハ領土ニハ必ス行ハレ領土以外ニハ行ハレサルヲ當然ノ本則トス。若之ヲ領土ノ一部ニ行ハス、又ハ之ヲ領土以外ノ地域ニ行ント欲セハ、特ニ其ノ旨ヲ指示スルヲ要スルナリ。法則ノ性質及内容ノ上ヨリ視テ、明文ヲ待タス領土ノ一部ニノミ行ハルヘキ者モアリ、領土以外ニ於テ其ノ用ヲ爲スヘキ者モアリ、又特ニ其ノ法則ニ其ノ施行地ヲ指定スルノ明文ヲ掲クル者モアリ。此レ等ノ場合ヲ除外シテハ、凡ソ法則ハ當

然ニ領土ノ全般ニ行ハルヘク、且ツ領土以外ニハ之ヲ行ハサルモノト解スヘキナリ。國權ハ時ニ帝國ノ領土以外ノ地ニ及フコトアルハ事實ナリ、然レトモ憲法及總テノ法令ハ當然ニ國權ニ追隨シテ國境ヲ踰ユルモノニ非ス。此ノ新ナル帝國ノ勢力範圍ヲ經營スルニハ、特ニ其ノ地ニ向フテ法令ヲ發スルカ、若ハ法令ヲ以テ本國ニ行ハルル法令ヲ更ニ援引シテ之ニ及ホスコトヲ要ス。之ヲ援引スルノ法令ハ即チ新ナル意思ノ表示ナリ、舊來ノ法令ノ當然ノ效果ニハ非サルナリ。』

按スルニ、帝國憲法ハ帝國ノ一部ヲ成スノ新領土ニハ當然及フヘキモノタルハ、憲法上其ノ施行地ヲ限定スルノ明言ナキニ願テ理甚明白ナリトス。然ルニ、事、臺灣ニ關シテハ一時世論紛紛タリキ。蓋、政策ノ議ト法理ノ解釋トヲ混同セルニ出テシモノナリ。此ノ事ニ關シテハ予年來ノ定説アリ、新聞紙ニ雜誌ニ屢之ヲ公ニシ既ニ世人ノ廣ク知ル所

タリ今之ヲ贅セス。事ノ樞太及朝鮮ニ關スルモ法理ハ毫モ之ニ異ナル所ナシ、帝國ノ領土タラハ憲法ハ當然ニ之ニ及フヘク、若領土タリト雖之ニ憲法ヲ施行スルコトヲ欲セサルトキハ、憲法ニ追加シテ其ノ旨ヲ明言スヘキナリ、此ノ義甚明白多言ヲ待タス。又帝國憲法ハ帝國ノ領土外ニ當然行ハルルモノニ非サルハ亦明白ナリ、然レトモ事、遼東租借地ニ關シテハ今尙疑議アルカ如シ。蓋此ノ所謂租借地ハ對等國ノ對等條約ニ由リ、一定ノ期間、當事者ノ一方カ他方ノ領土ノ上ニ權力ヲ行フモノニシテ、固ヨリ領土ノ割讓ニ非ス。彼ノ之ヲ失ヒ、我ノ之ヲ得タル所ノ者ハ、一時ノ權力行使ノ自由ノミ、領土地盤其ノ物ハ依然トシテ移ラス、所謂租借地ハ我カ權力ノ及フ所タリト雖未タ我カ領土タルニハ非サルナリ、帝國憲法ノ當然ニ之ニ及フ能ハサル知ルヘキノミ。但シ之ヲ誤解シテ憲法ノ規定及其ノ他ノ法令ハ所謂租借地ニ之ヲ施

行スルコトヲ不能ナリト謂フモノト爲スコト勿レ。之ヲ援引準用シテ之ニ及ホスハ一ニ國家ノ意思如何ニ在ルノミ、但シ別段ニ其ノ旨ノ意思ノ表明ナキトキハ、凡テ法令ハ其ノ効力ヲ領土以外ノ地ニ及ホスモノニ非サルナリ。我カ帝國ノ齎韓國ニ於ケル併合以前ノ狀態ヲ回顧スレハ亦所謂國際法上ノ保護關係ニ在リシ者トス、而シテ其ノ保護關係ノ成立ハ條約ニ由レルナリ。保護關係ト謂フトキハ一國ノ他國ニ對スルノ勢力關係ヲ意味ス、彼ノ國土ヲ以テ我ノ領土トスルノ義ニ非サルハ其ノ名義ノ上ニ於テ明白ナリトス。故ニ若、我、彼ノ委託ニ依リ其ノ統治ノ事ヲ行フコトアリタリトスルモ、我カ憲法ノ當然ニ彼ニ及フモノニ非サリシハ亦言ヲ待タサルナリ、附記シテ參考ニ充ツ。』

領土權

國ノ統治權力、絕對ニ、無限ニ、土地ノ上ニ行ハルルノ體様ヲ指稱シテ領土

權ト謂フ。國カ或土地ニ付キ、領土權ヲ有スト謂フハ、其ノ土地ノ上ニ完全ナル支配權ヲ有スルノ義ナリ。但シ領土權ト謂ヒ、臣民ニ對スル權力ト謂ヒ、各、特立別個ノ權力アルニハ非ス、固ヨリ圓滿不分ノ國權ノ作用タリ、統治ノ全權カ、土地ニ付、又ハ人ニ付、行動スルノ態様ノ同シカラサルモノアルヲ指摘シテ、各、其ノ効果ヲ辨明スルニ便ナルカ爲ニ此ノ稱謂アルノミ。領土權ハ物上ノ權力ナリ、其ノ目的タル土地ニ付キ、總テ他ノ權力ヲ絕對ニ排斥シ、獨、專ラ之ヲ支配スルコトヲ本質トス。之ヲ單ニ消極的ノ狀態ナリト見ル者アルハ非ナリ、領土權ハ獨、專ラ其ノ目的タル土地ヲ自由ニ支配スルコトヲ積極ノ内容トシ、隨ヒテ此ノ積極ノ内容ヲ保全スルカ爲ニ、總テ他ノ權力ノ之ヲ侵スコトヲ排斥スルノ消極ノ作用アルナリ。之ヲ物上ノ權力ナリト謂フハ、其ノ權力ハ目的タル物上ニ行ハレ、人カ其ノ物ニ接觸スルコトニ由リテ其ノ權力ニ感應スルノ義ヲ指示セン

ト欲スルナリ。固ヨリ國家ト土地トノ間ニ相對的ノ權力關係アリト謂フニハ非ス、既ニ權力ト謂フトキハ意思ノ主體タル者ニ對スルノ關係タルハ論ナキナリ。然レトモ、權力ノ人ニ對シテ行ハルルヤ、其ノ態様一ナラス、或ハ直接相對ニ、何等他物ノ其ノ間ニ介在スルコトナクシテ行ハルルコトアリ。或ハ權方行使ノ目的ハ主トシテ物ノ保有ニ係リ、人ハ其ノ物ニ觸ルルコトニ由リテ其ノ權力ニ感應スルコトアリ。此ノ二様ノ形式アルヲ視テ、一ヲ物上ノ權力ト指稱スルナリ、物上ノ權力ト謂フモ人ニ對スルノ關係ナルコトハ自ラ明カナリ。』

按スルニ、獨逸現今ノ公法家ハ二派ニ分レ、一ハ、國權ノ行動ニ關シ、之ヲ物上ノ權力ト、直接對人ノ權力ト、ニ分チテ解説スルヲ便宜トシ、一ハ、絶對ニ物上ノ權力ト謂フノ觀念ノ非理ナルヲ主張シ、隨ヒテ領土若ハ領土權ト謂フノ法律關係アルコトヲ認容セサルナリ。予カ親シク就キ

テ學ヒタル「ラバント」及「オット、マイエル」ノ國法ノ講説ハ正ニ前者ノ類ニ屬シ、「ゲオルグ、マイエル」及「エリネック」ノ著書ノ如キハ蓋後者ノ説ヲ代表ス。予ハ此ノ論争ノ渦中ニ投スルコトヲ欲スル者ニ非サルナリ、然レトモ予ハ法ノ關係トシテ、權力カ人又ハ物ニ付キテ行ハレ、人ニ對抗スル場合ト、人又ハ物ヲ内容目的トセス、直接單純ニ對手タル人ノ行爲不行爲ヲ制令スル場合ト、ノ二種ノ別アルコトヲ信シテ疑ハス。若、或者ノ論旨ノ如ク、權力ハ總テ直接對人ノ關係ニシテ、人又ハ物ヲ其ノ目的トスルコトナクンハ、何ニ由リテカ土地、人民ニ内外ノ別ヲ爲スコトヲ得ン。領土ト謂ヒ、臣民ト謂フハ、既ニ土地及人民ヲ統治權力ノ内容目的トスルコトヲ意味ス。故ニ領土及臣民ヲ侵スハ即チ我カ國權ヲ侵スモノタルナリ。或者ハ領土ヲ見ルコト空間ヲ視ルカ如クス、法律關係ノ行動スル空間ナリ舞臺ナリト爲スナリ。予ハ領土ハ法律關係

ノ内容ヲ成スコトニ由リテ領土タリト云フ、領土ト謂フ觀念ハ即チ法律關係ノ一態様ナリ、論旨ノ分カルル所蓋明瞭ナラン。』

領土權及
所有權

領土權ハ私法關係ニ謂フ所有權ニ非ス、所有權ハ財産ヲ構成スルノ權利ニシテ領土權ハ國ヲ統治スルノ權力ナリ。所有權ハ法令ニ因リテ生シ、其ノ範圍内ニ於テ、其ノ目的物ヲ自由ニ處分スルノ權利タルニ過キス、領土權ハ絶對ニ、無限ニ、其ノ目的タル土地ノ上ニ行ハルルノ權力ナリ。所有權ト領土權トノ差ハ程度ノ如何ニ非ス、全然其ノ類ヲ異ニスルナリ。一ハ權利ニシテ一ハ權力タリ。領土權ハ土地所有ノ權利ニ非ス、之ヲ最高ノ所有權ト解スルモ非ナリ、之ヲ公法上ノ所有權ト解スルモ亦非ナリ。所有權ノ内容ハ權利ニシテ權力ニ非ス、土地ノ所有權者ハ其ノ土地ノ上ニ總テ他ノ權力ヲ排斥シ、獨、專ラ自己ノ權力ヲ行フコトヲ得ル者ニ非

ス、唯、土地其ノ物ヲ財産トシテ利用スルノ自由アルノミ。若、此ノ利用ヲ妨害スル者アラハ法ニ訴ヘ公力ヲ以テ之ヲ排斥スルコトヲ請求スルヲ得ヘキモ、其ノ侵害ヲ排斥スルノ權力ハ所有權者ノ自己ノ權力ニ非ス、國家ノ公力ナリ。領土權ノ内容ハ權力ニシテ權利ニ非ス、領土權者ハ其ノ土地ヲ財産トシテ利用スルコトヲ目的トスル者ニ非ス、唯、其ノ土地ノ上ニ總テ他ノ權力ヲ排斥シ自己專ラ權力ヲ行フノ自由アルノミ。若、此ノ權力ノ行使ヲ妨害スル者アラハ、自ラ直接ニ力ヲ用ヒテ之ヲ排斥スルハ領土權當然ノ内容タリ。二者ノ性質ノ同シカラサル知ルヘキナリ。二者ハ其ノ内容ヲ異ニシ、其ノ形式ヲ同ウセス、故ニ領土權ハ他人ノ所有地ノ上ニ行ハレ、又所有權ハ他人ノ領土ノ上ニ行ハレ、相反ラス、完全ナル領土權ト、完全ナル所有權トハ、同一ノ土地ニ、其ノ歸屬者ヲ異ニシテ併存シ、而シテ相予盾スルコトナキナリ。』

按スルニ、公法、私法ノ分化ノ未タ明劃ナラサルノ時期ニ當リテハ、所有權ト領土權トヲ混同シ、君主ノ國ヲ統治スルノ義ヲ以テ、大地主ノ其ノ財產タル土地ヲ管理スルノ義ト爲シ、君主ハ大地主タリ、人民ハ借地小作人タリ、國土全般ハ君主ノ所有ニ係ルカ故ニ、人民ニ土地ノ私有ヲ許スハ之ト相容レサルモノト視タルコトアルナリ。或ハ亦領土權ヲ以テ最高ノ所有權ト謂フモ其ノ義二者ノ混同ニ出テタルナリ。此ノ類ノ混同ハ既ニ過去ノ歴史ニ屬ス。然レトモ諸國ノ法制及學說ハ今尙沿革ノ餘勢ヲ免レヌ、新進ノ學者ニシテ公法ト私法トノ分界ヲ明カニセス、國權ノ物ノ上ニ行ハルヲ視テ之ヲ公法上ノ所有權ト解義スル者アルナリ。抑、所有權ハ所有權ナリ、公法ノ上ニモ、私法ノ上ニモ、所有權タリ、之ヲ所有權ト謂フトキハ二者ニ通シ一般ニ所有權タルノ同一ノ性質ノ者ナリト解スヘキヤ明カナリ。予ハ領土權ヲ物上ノ權力ナリ

ト解スルモ之ヲ公法上ノ所有權ト解スル者ト其ノ見ヲ同ウスルニ非ス、故ニ特ニ本文ノ辯明アルナリ。」

領土權ノ
目的及作
用

國民ノ安
宅

領土權ノ目的ハ國土ノ保全ナリ、其ノ作用ハ其ノ土地ニ付キ、凡ソ之ニ觸ルルノ人ニ一般ニ對抗スルコトニ於テ顯著ナリトス。内ニ在リテハ臣民タルト、外國人タルトヲ問ハス、總テ其ノ土地ニ在ル者ハ皆我カ國權ニ服從ス、外ニ對シテハ外國ノ權力ノ之ヲ侵スコトヲ排斥ス。抑、我カ領土ハ我カ國民ノ安宅ナリ、民族永ク之ニ居リ枕ヲ高フシテ安寧ノ生存ヲ全ウス。我カ領土ハ民族ノ田地ナリ、水穂ノ國、豐穰ノ土、民族之ニ依リテ衣食給ス、祖先ノ開拓スル所、子孫ノ繁榮スル所、之ヲ祖先ニ受ケ、之ヲ子孫ニ傳フ、之ヲ愛惜スルハ祖先ノ遺業ヲ愛惜スルナリ、國ノ存立ヲ愛惜スルナリ、亦子孫ノ繁榮ヲ愛惜スルナリ。愛國ノ心ハ此ノ國土ヲ民族世襲ノ安

宅トスルノ觀念ニ由リテ盛ナリ。尺地モ國家ノ躰軀、山川皆祖先ノ遺愛、之ヲ侵ス者アラハ民族ハ生命ヲ賭シテ之ト戰フヲ辭セサルハ、實ニ此ノ祖先ノ墳墓ノ地ヲ愛惜シ、此ノ國家ヲ擁護シ、以テ之ヲ子孫永遠ニ傳ヘント欲スルノ至情ニ出ツルモノナリ。」

按スルニ、國ノ統治權ハ絕對ニ國ノ領土ノ上ニ行ハル、故ニ、人ニ内外ノ別ヲ問ハス領土ニ居ル者ハ皆國權ニ服從スルモノナリ。然レトモ國民ノ之ニ服從スルハ本國ニ從屬スルノ關係ニ根由ス、外國人ノ之ニ服從スルハ足ヲ領土ニ入ルルノ所以ニ由ル、其ノ間自ラ異ナルモノアルナリ。外國人ハ一步國境ヲ出ツレハ國權ハ固ヨリ之ニ及フ能ハス、臣民ハ外國ニ在ルモ尙其ノ本國ニ從屬シテ其ノ國權ニ服從スヘキノ本來ノ性格ヲ失ハス。茲ヲ以テ見レハ、外國人ノ我カ權力ニ服從スルハ領土權ノ作用ニ出ルモノト解スルモ妨ケナキニ似タリ。若、領土ト謂

フノ觀念ナクシハ外國人ノ我カ國權ニ服從スルノ理由アルコトナカラントス。領土主權ノ未タ發達セス主權ハ專ラ民族ニ對スルノ權力ナリト觀念セラレタルノ時世ニ當リテハ、權力服從ハ君臣ノ際間ニ於テノミ當然ノ事ニシテ、外國人ハ國內ニ入ルモ、當然ニ國權ニ服從スヘキ性質ノ者ニ非ス、隨ヒテ當然ニ國權ノ保護ヲ受クヘキ者ニ非スト解セラレタル事例アリ。是レ或ハ亦未開ノ世、外國人ノ國內ニ入ルヲ特ニ危險ナリトシ嚴ニ之ヲ排斥シタル理由ノ一ナランカ。今ハ帝國ノ領土ニ在ル外國人ハ當然ニ我カ國權ニ服從ス、服從スルカ故ニ亦當然ニ其ノ保護ヲ受ク。特ニ其ノ私權ノ享有ニ付テハ民法ニ宣言アリ、法令又ハ條約ニ禁止アル場合ヲ除クノ外、外國人モ亦帝國臣民ト同シク國權ノ保護ヲ受ケ差等アルコトナシ民法第。行政上ノ取扱ニ付テハ法律ニ此ノ原則ノ概括ノ宣言ナシ、然レトモ法令、條約ノ規定、若ハ事物

當然ノ性質ニ基ツクノ場合ノ外ハ、内外人共ニ、同様ニ服從シ、同様ニ保護セラルルコトヲ通義トスルモノト見テ可ナリ。

第三章 臣民

臣民

臣民タル性格ハ、絶對ニ、無限ニ、國家ニ從屬シテ其ノ權力ニ服從スルコトヲ其ノ本質トス。故ニ之ヲ統治ノ客體ト謂フ。

按スルニ、我カ憲法ハ其ノ第一章ニ先ツ天皇ト題シ、統治ノ主體ヲ掲ケ、次ニ其ノ第二章ニ臣民ト題シ、統治ノ客體ヲ掲ケ、以テ治者被治者ノ名分ヲ明白ニス、事固ヨリ當然ニシテ特ニ云フニ足ルモノナシ。然レトモ之ヲ歐洲憲法ノ先例ニ照ストキハ、此ノ事、一種ノ異彩タルヲ覺ユ。

蓋歐洲ノ所謂立憲思想ハ、君臣ノ名分ヲ絶チ、權力服從ノ關係ヲ解キ、各人ヲシテ不羈獨立ナラシムルコトヲ期シタリ、故ニ偶、歴史ノ餘勢トシテ君主ヲ戴クアルモ、是レ國家最高ノ公吏ノ榮稱タルニ過キストシ、之ニ比對シ臣民ト謂フ語ヲ憲法ノ上ニ用ヒルハ立憲國民ヲ侮辱スルモ

ノナリトセリ。佛國大革命ノ主義ヲ宣言セル者ノ語ニ曰ク、吾人ハ立憲ノ制ニ則ルニ由リテ最早臣民タルニ非ス人民ナリト。近時ノ歐洲憲法ハ大概コト更ニ臣民ト謂フ語ヲ用ヒルコトヲ避ケ、國民又ハ人民ト謂フ。民主國ニ於テ然ルノミナラス、君主國體ヲ保守セントスルノ憲法ニ於テモ、尙大勢ニ憚ル所アリ其ノ嫌疑ヲ避ケ、國名ヲ冠シテ某人ト稱シ、臣民ノ語ヲ用ヒルコトヲ敢テセス（普國憲法ノ類）。是レ總テ無用ノ潔癖ナリ。其ノ意蓋、立憲治下ノ人民ハ自主獨立ニシテ服從者タルニ非スト謂フニ在ラン。是レ固ヨリ法理ニ戻リ名分ニ反スルノ認見タリ。國體ノ何タルヲ問ハス、國民タリ人民タル者ハ常ニ必ス絶對ニ、無限ニ、主權ニ服從スル者タラサルヘカラス。臣民ト謂フ語ヲ避ケ、之ヲ憲法ノ文字ノ上ニ國民ト稱スルモ、人民ト稱スルモ、又ハ單ニ某國人ト稱スルモ、此ノ法理ハ之ヲ移スヘカラサルナリ。我カ帝國憲法ハ歐洲憲

法ノ先例ニ倣ハス、國民、人民若ハ日本人ト謂フカ如キ曖昧ノ語ヲ用ヒス、特筆大書シテ臣民ト謂フ、蓋列國憲法中ノ一異彩ナリ。臣民ト謂フカ爲ニ始テ服從ノ性格ヲ生スルニ非サルモ、之ヲ歐洲近時ノ政論沿革ニ照シテ觀ルトキハ、是レ暗ニ我ハ時勢ノ潮流ニ從ハス、權力服從ノ關係ハ國ヲ成スノ基礎タルコトヲ示シ、且ツ之ヲ君臣ノ名分ニ懸ケテ、以テ固有ノ國體ヲ永遠ニ明徹スルノ意ニ出ツルモノナリ。大典ノ文字荷モセス用意ノ周到ナル知ルヘキナリ。』

國家構成ノ分子

國家ハ人ニ依リテ成ル、然ルニ人ヲ以テ國家統治ノ客體ト謂フ如何。曰ク、人ノ國ヲ成ス禽獸ノ群ヲ成スカ如キニハアラサルナリ。若、個個ノ獨立アリテ、而シテ合體シテ唯一ノ權力ニ服從スルコトナケレハ、億ヲ以テ數フルモ之ヲ群衆ト謂フヘク未タ國家ヲ成ササルナリ。故ニ人カ國ヲ

成スハ其ノ分子トシテ之ニ從屬シ其ノ權力ニ服從スルノ義タル知ルヘキナリ。臣民タル性格ハ國家ノ構成分子トシテ絕對ニ從屬スルコトニ存ス。分子タルカ故ニ絕對ニ從屬シ、絕對ニ從屬スルカ故ニ分子タルナリ。

按スルニ、從來ノ通説ハ人カ國家ノ構成分子タルコトト、之ニ從屬シ服從スルコトト、ヲ分離シ、之ヲ別個獨立ノ觀念トシ、又ハ之ヲ氷炭相容レサルノ二様ノ概念トス、謬レルノ甚シキナリ。國家ノ構成ト謂ヘハ即チ權力服從ノ關係ヲ意味ス、權力服從ノ關係ナケレハ國家ノ構成アルコトナシ、二者ハ別様ノ觀念タルニ非サルナリ。然ルニ論者或ハ立憲國ニハ人民アレトモ臣民ナシト謂ヒ、又ハ人民ハ統治ノ客體ニ非ス國家ノ構成分子ナリト謂フカ如キ、概テ此ノ誤解ニ出ツルナリ。人民アリテ服從ナケレハ是レ群衆タリ、國家ニ非ス、人民ヲ統治ノ客體ト爲サ

サルノ國家ノ構成ハ治者アリテ被治者ナキノ國ナリ、各人各、主權者タラハ是レ即チ權力ノ否認ナリ、國家ノ解散ナリ。此ノ理頗明白ナリトス、然ルニ有力ナル一派ノ學說ハ、予カ人民ヲ臣民トシ、之ヲ統治ノ客體トスルノ解ヲ難シ、立憲國ニ臣民ナシ、人ハ國家ノ構成分子タルカ故ニ統治ノ客體タル能ハスト謂フ、事理ヲ顛倒スルノ甚シキモノナリ。蓋歐洲ノ立憲制ハ本、暴君汚吏ノ壓制ニ反抗スルニ出ツ、故ニ權力ヲ忌ミ服從ヲ厭フ、慷慨ノ餘憤逸シテ國家ノ本質ヲ謬ルニ至レルナリ。又或ハ謂ハシ、國家ノ存立ハ本ナリ治者被治者ノ關係ハ其ノ末ニ生スト、其ノ論ハ即チ本末ヲ顛倒スルモノナリ。人類ノ社會的生活ニ治者被治者ノ分界漸ク判明スルニ及ヒテ始テ之ヲ國家ト指稱スルナリ、平等ノ人先ツ國家ヲ構成シ、其ノ結果トシテ、後ニ治者被治者ノ關係ノ生スルモノノ如ク觀ルハ事實ニ反シ法理ニ戾ル。國家トハ治者被治者ノ分

界ノ存立ノ義ニ外ナラス、統治ノ主體、客體ノ別ハ國家ノ國家タル所以ナリ、憲法ニ由リテ生スルノ政治ノ態様タルニハ非ラサルナリ。此ノ義或ハ誤解アラシコトヲ恐ル敢テ附言ス。」

絶對ノ從
屬、無限
ノ服從

臣民ノ國ニ從屬シテ其ノ權力ニ服從スルハ絶對ナリ、無限ナリ、其ノ本來ノ服從ハ合意ヲ條件トセス、法令ヲ限度トセス、何等特別名義ノ其ノ間ニ介在スル者アルコトナク、直接ニシテ普遍ナリ。故ニ法理上之ヲ絶對ニシテ無限ナリト謂フ。吾人ハ臣民タルコトヲ約諾シタルニ非ス、國家ニ服從スルナリ。若然ラストセハ、吾人ハ何ニ由リテ意思ニ反シ朝令暮改ノ政令ニ服從スルコトヲ爲サン。極言スレハ唯命是レ從フ之ヲ臣民タルノ法理上ノ地位トス。」

按スルニ、吾人ハ法令ニ服從スルニ非ス、國家ニ服從スルナリ。法令ハ

既ニ存在スルノ統治權ノ波動タリ、統治關係ハ法令ニ由リテ始テ發生スルニハ非サルナリ。此ノ理明白更ニ論ナシ。然ルニ今尙世上ニ憲法ヲ以テ統治關係ノ由リテ生スルノ根據トスルノ見解アルハ實ニ怪ムヘキナリ。凡ソ法令ハ臣民ノ服從ノ態様ヲ示ス、服從其ノ者ノ限度ヲ絶對ニ示ス者ニ非ス。若然ラストセハ、法令ノ變更ハ臣民タル資格ノ解除タラン。憲法ニ依ルニ非サレハ服從スルコトナシト謂フノ保障ハ憲法自身ノ保障ナリ、憲法ノ變更ヲ絶對ニ否認スルノ完全ナル保障ニハ非サルナリ。此ノ絶對ノ保障ヲ爲スハ法其ノ者ノ本性ニ反ス。故ニ臣民ノ國家ニ從屬スルハ絶對ナリ無限ナリト謂フナリ。絶對無限トハ法理上何等ノ條件ナク限度ナキヲ謂フ、事實上ノ能不能ノ謂ニハ非サルナリ。又歴史ノ事實トシテハ、國ト法トハ或ハ同齡ナラン、論理ノ順序トシテハ、本末ノ差アルナリ、法理論トシテ世上此ノ本末ヲ

顛倒スル者少シトセス故ニ辯疏ス。」

社會進化
ノ要件

抑、人ノ國ヲ成ス社會進化ノ自然ニ出ツ、約束ニ非ス、命令ニ非ス、事實ナリ。人孤立スレハ即チ滅フ、其ノ能ク同化シテ團體ヲ爲ス者僅ニ殘存セルナリ。生存ノ要件ハ團結ニ在リ、團結ノ要件ハ同化ニ在リ、同化ノ要件ハ服従ニ在リ。而シテ分子ノ團體ニ於ケル、絶體無限ノ從屬ヲ爲シ、能ク化シテ同體ヲ成シ、其ノ間自他ノ別ナキ者之ヲ理想トス。蓋今ノ國家ノ制ハ社會進化ノ大勢ニ驅ラレ、自然淘汰ノ成績トシテ、漸ク此ノ域ニ到レル者ナリ。』

按スルニ、所謂民約說ハ人ノ國家ヲ成スノ所由ヲ各人自由ノ約諾ニ歸ス。是レ歴史ニ根據ナク、法理ニ反スルノ空想タリ。若、此ノ事實アリ得タリトスルモ、何ノ故ニ個人一時ノ過去ノ約諾カ、將來永遠多數ノ民

族ヲ束縛スルノ効力ヲ有スルカ、法理トシテ解スヘカラサルナリ。蓋、人ノ國ヲ成ス血族ノ家ヲ成セルカ如ク、社會進化ノ自然ノ成果ニシテ、其ノ本、或ハ無意ニ出テ、後ニ自覺シテ愈、之ヲ鞏固ニシタルモノナラン、始ヨリ意識シテ特種ノ法律關係ヲ訂結セルモノノ如ク見ルハ甚當ラサルナリ。又近時歐洲ノ政論ハ君主無限ノ專制ニ懲リ、民人自由ヲ愛惜スルノ急ナルヨリ、立憲ノ主義ヲ過當ニ鼓吹シ、憲法ノ明文ヲ以テ國家ト臣民トノ權力服従ノ根本唯一ノ原因ナリトシタリ。然レトモ、翻テ問ハン、吾人ハ何ノ故ニ憲法ニ服従セサルヘカラサルカ。憲法ノ後援ナキノ國權ハ吾人之ヲ想像スルコトヲ得ン、國權ノ後援ナキ憲法ハ之ヲ想像スルコトヲ得サルナリ。國家在リテ後憲法アリ、本末豈之ヲ顛倒スヘケンヤ。抑、人ノ國ヲ成セルハ社會進化ノ自然ノ勢ノミ、強テ之ヲ有意故造ニ出ツル者ト附會スルハ全ク事實ニ反ス。民約ノ說、立

憲ノ主義ハ、巧ハ巧ナリト雖、之ヲ解釋スルニ足ラサルナリ。予ハ寧之ヲ社會進化ノ自然ノ勢ニシテ自然淘汰ノ成果ナリト謂ハント欲スルナリ。各人ノ之ヲ欲スルト否トハ拘ハル所ニ非ス、分子ノ能ク化シテ團體ニ同スル者、偶ハ人類進化ノ大勢ニ適シタルノミ、是レ自然ノ淘汰ナリ、是レ適者ノ殘存ナリ、豈各人始ヨリ利害正邪ヲ意識シテ茲ニ到レルモノナランヤ。』

個個人
及統治ノ
客體

個個人ノ人團ヨリ各、國權ニ服從ス、然レトモ國ノ統治權ハ個個人ノ人ニ付、各別ニ獨立シテ成立スル幾千万ノ權力關係ノ平行線タルニハ非ス、圓滿ナル權力ノ概括シテ民族ニ及フナリ。隨ヒテ其ノ下ニ在ルノ國民ハ一體シテ一團トナリ、以テ國ノ構成要素ヲ爲シ、以テ統治ノ客體ヲ爲ス。唯一不分ノ權力ノ、之ヲ聯絡貫通シ、之ヲ概括綜合スルアルニ由リテ、分子個體

ノ新陳代謝スルニ拘ハラヌ、國民ハ永遠統一ノ客體ヲ爲ス者ナリ。個個人ノ人ノ生死出入ハ國家ノ要素ノ得喪ト視ス、統治客體ノ存亡ト視サルナリ、統治權不分ノ觀念ニ照應シ、其ノ下ニ在ル國民ヲ一團ニ綜括シ、之ヲ不分ニ視テ統治ノ客體ト謂ヘルナリ。』

按スルニ、臣民、國民、又ハ人民ト謂フ語ハ、或ハ總括抽象ノ意ヲ以テ用ヒ、或ハ個人各別ノ意ヲ以テ用フ。今茲ニ臣民ヲ領土ト並ヘテ之ヲ統治ノ客體ナリト謂フハ、總括抽象ノ意ヲ以テスルモノナルコト知ルヘキナリ。然レトモ其ノ根底ニ於テハ即チ特定個個人ノ人ノ、絶對ノ從屬ノ義ニ外ナラサルコトハ亦言ヲ待タサル所トス。本文ノ謂フ所ハ、臣民ニ對スル統治ノ權ヲ、特定個個人ノ人ト國家トノ對人的個別ノ關係ト視ルコトヲ否定セント欲スルノミ。統治ノ權力ハ相對的ノ權ニ非ス、絶對的ノ權力ナリ、一定ノ土地及人民ノ上ニ絶對ニ行ハル、而シテ個個人ノ

人ノ之ニ觸ルルハ其ノ餘波タルナリ、大風ノ行ク所一切ノ草木之ニ靡クカ如シ。此ノ事、固ヨリ臣民ノ國家ノ分子タリ客體タルノ本來ノ關係ニ付キテ謂ヘルナリ。個個ノ人ノ服從及權能ノ態樣ト限度トヲ指定スルハ即チ法令ノ用タリ、法制ニ由リテ其ノ間ニ更ニ發生スル第二次ノ傳來ノ關係ハ本來ノ服從關係ト之ヲ混同スヘカラサルナリ。』

國籍

人カ國ニ從屬スル關係ヲ國籍ト謂フ。國籍ハ臣民タル資格ノ證明ナリ。是レ國民全體カ統治ノ客體タルノ關係ニ付キテ謂ヘルニ非ス、個個ノ人ニ付其ノ身分ヲ明確ニスルノ用ヲ爲スモノナリ。憲法第十八條ニ、日本臣民タルノ要件ハ法律ノ定ムル所ニ依ルト謂ヘルハ、個個ノ人ニ付其ノ國籍得喪ノ要件ヲ定ムルハ法律ノ規定ニ依ルヘク、命令ノ自由ニ任スヘキモノニ非サルヲ宣言セルナリ。此レ其ノ精神ヲ謂ヘハ憲法ハ國籍

得喪ノ事ヲ重シトシ、之ヲ立法權ノ範圍ニ留保シ、行政自由ノ干涉ヲ防キ、以テ貴重ノ權利ヲ保障セント欲スルモノナリ。國ノ統治權ハ一般ニ領土ニ行ハレ、當然ニ内外人ニ及フ、然レトモ完全ナル服從ト、完全ナル權能トハ、國ノ分子タリ、臣民タルノ資格ニ隨伴ス。故ニ個個ノ人ニ付内外人ノ區別ヲ明徴ニスルハ事極テ重要ナリトス、憲法ノ國籍ヲ重ニスルノ明條アルハ之カ爲ノミ。』

按スルニ、國籍法律明治三十二年法第六十六號ハ日本民籍ノ取得及喪失ニ付詳細ノ規定ヲ掲ク、是レ憲法第十八條ニ基ツキテ發布セル者ナリ。此ノ國籍法ハ大體ニ於テ左ノ原則ニ依ル。凡ソ國籍ヲ定ムルニ主ラ出生及居住ノ土地ニ依ルアリ、又主ラ血統家族ノ關係ニ依ルアリ。我カ國籍法ハ其ノ後者ニ居ル、而シテ亦我カ固有ノ制ハ、人ハ家ヲ成シ、家ハ國ヲ成ス、近ク西洋ノ思想ノ入リシヨリ、我カ法制漸ク個人國ヲ成スノ主義ニ

傾向ス、今實ハ過渡ノ時期ニ屬シ思想ノ錯雜ヲ免レサルナリ。國籍法ハ外形ニ於テ個人本位ノ如クニシテ、實質ハ尙、主ラ家制、親族制ニ依ル、戶籍ハ即チ國籍ノ基タルヲ失ハサルナリ。』

現行ノ國籍法ハ大體左ノ原則ニ依ル、其ノ詳細ハ茲ニ盡ス所ニ非サルナリ。國籍ノ取得及喪失ハ第一親族法上ノ關係ニ由ル、第二行政ノ處分ニ由ル。』

親族法上ノ關係ニ由ルトハ、出生、婚姻、養子縁組、私生子ノ認知等ノ事由ヲ謂フナリ。日本人ノ子ハ日本人トス、父母國籍ヲ異ニスレハ父ニ從フ、其ノ出生ノ地ヲ問ハサルナリ。父母共ニ知レサル者、又ハ父母共ニ國籍ヲ有セサル者ハ、日本ニ於テ生レタルノ故ヲ以テ日本人トス。外國人ハ日本人ノ妻トナリ、又ハ入夫トナリ、又ハ養子トナリタルトキ、若ハ日本人タル父又ハ母ニ依リテ認知セラレタルトキハ、日本ノ國籍ヲ

取得ス。外國人ノ妻トナル者、又ハ外國人ニ認知セラレ之ニ因リテ外國ノ國籍ニ入ル者ハ、日本ノ國籍ヲ失フ。行政ノ處分ニ由ルトハ主トシテ所謂歸化ノ場合ヲ指ス。内務大臣ハ外國人ニ歸化ヲ許可スルコトヲ得、但シ歸化ヲ請願スル者ハ左ノ條件ヲ具備スルコトヲ要ス、一、引續五年以上日本ニ住所ヲ有スルコト、二、年齢滿二十年以上ニシテ本國法ニ依リ能力ヲ有スルコト、三、品行端正ナルコト、四、獨立ノ生計ヲ營ムニ足ルヘキ資産又ハ技能アルコト、五、國籍ヲ有セス又ハ日本ノ國籍ノ取得ニ因リテ國籍ヲ失フヘキコト。又自己ノ志望ニ依リテ外國ノ國籍ヲ取得シタル者ハ日本ノ國籍ヲ失フ。右、現行國籍法ノ原則ノ大要ナリ詳細ノ規定ハ特ニ其ノ法律ヲ参照スヘシ。』

完全ナル公權及私權ノ享有ハ當然ニ國民籍ノ享有ニ伴フモノトス、故ニ外國人ノ權能ニ付テハ特ニ法令又ハ條約ヲ以テ之ヲ定ムルノ例ヲ

爲セリ。其ノ私權ノ享有ニ關シテハ民法第二條ノ規定アリ、曰ク「外國人ハ法令又ハ條約ニ禁止アル場合ヲ除ク外私權ヲ享有ス」ト。而シテ私權ノ享有ニ付、法令又ハ條約ヲ以テ内外人ノ間ニ區別ヲ爲スハ僅少ノ例外ニ屬シ、大概二者同權ナルコトヲ本則トスルナリ。其ノ公權ノ享有ニ關シテハ、本則トシテ必シモ内外人同權ヲ主義トスルモノニ非ス、特ニ法令又ハ條約ノ明示アル者ノ外ハ其ノ權利ノ性質ニ付キ之ヲ判定スヘキモノトス。所謂參政權ハ國民タルノ資格ヲ前提要件トシテ之ヲ付與スルモノトス、故ニ當然ニ推シテ之ヲ外國人ニ及ホス能ハサルナリ。又憲法第二章ニ之ヲ掲ケテ保障スルノ所謂憲法上ノ自由權ハ特ニ日本臣民ノ爲ニ之ヲ保障スルモノナルコト其ノ明文ノ表示スル所ナリ。所謂憲法上ノ自由權ノ列舉ハ同時ニ行政權ノ自由行動ヲ牽束スルノ規定タルカ故ニ、結果ニ於テ、間接ニ、外國人亦其ノ恩惠ニ

均霑スルノ實ナシトセス。然レトモ外國人ハ其ノ自由ノ侵害ヲ憲法上ノ權利ノ侵害トシ憲法ノ保障ニ訴フルコトヲ得サルヘキナリ。其ノ他ノ一般ノ公法關係ニ於ケルノ權利ハ、法令又ハ條約ニ明示又ハ默示ノ例外ナキ以上ハ之ヲ内外人ニ及ホスモノト見ルヲ妨ケサルナリ

』。

第四章 臣民ノ權能

臣民ノ權能

臣民ハ絶對ニ無限ニ國權ニ服從ス。此ノ完全ナル服從アルカ故ニ亦完全ナル保護ヲ受ケ、完全ナル保護アルニ由リテ權能ノ享有ヲ全ウスルコトヲ得ルナリ。權力ナケレハ服從ナシ、服從ナケレハ保護ナシ、保護ナケレハ權能ナシ。權能トハ人格及權利ノ享有ノ謂ナリ。』

按スルニ、從來ノ通說ハ國家ニ對スル絶對無限ノ服從ト、各人自主ノ人格及權利ノ享有トハ、正ニ相反シテ容レサルノ觀念ナリトシ、立憲制ノ美果ハ人格權利ノ享有ヲ全ウスルカ爲ニ、絶對無限ノ服從ヲ否定シタルコトニ存スルモノトス。是レ全然法理ノ轉倒タリ。蓋學者或ハ權力關係ト權利關係トヲ分析スルコトヲ知ラサルカ爲ニ、完全ナル服從ト、完全ナル權能トハ、兩立シ能ハサルモノトスルノ誤解アルヲ免レサ

ルナリ。故ニ國權一步ノ退却ハ即チ人權一步ノ進路ヲ開クモノトシ、權利ノ名ニ於テ國權ニ反抗シ、其ノ極ハ無政府ノ下、自由ノ樂土ヲ夢ミルニ至ル。是レ人格權利ノ保護ヲ厭ヒテ禽獸野ニ在ルノ自由ヲ羨ム者ナリ。抑、權利ハ權力ノ賜ナリ、權力ナケレハ權利ナシ、公正ナル權利ノ關係ハ、一視同仁ノ絶大ナル權力其ノ背後ニ立テ、之ヲ保護スルアルニ非サレハ何ニ由リテカ存立スルコトヲ得ン。無政府ノ下ニ於ケル權利ハ腕力ナリ、其ノ自由ハ弱者ノ肉ヲ食フノ自由ナリ、人ヲシテ禽獸タラシメンノミ。禽獸ノ世、權力權利本、別ナシ、二者ノ漸ク分立スルニ於テ始テ社會ノ秩序ヲ視ル、家ニ家長權アリ、國ニ主權アルカ如キナリ。權力ト權利トノ分離ハ腕力ト正義トノ分離ヲ意味シ。再ヒ之ヲ正當ニ配合スルハ實ニ社會ニ秩序アルノ所由トス、二者ノ雜然タル混同ト、絶對ナル孤立トハ、共ニ社會ノ解散タリ。權利ハ權力ノ保護ニ由リ

テ存シ、權力ハ權利ヲ保護スルノ名ニ於テ立ツ。權力ノ絶大ナルヲ欲シテ權利ヲ否認シ、權利ノ完全ナルヲ欲シテ權力ヲ否認スルカ如キハ論理ノ矛盾ナリ、國家社會ノ自殺ナリ。此ノ義國家ノ大本ニ關ス、狂暴ノ論ハ深ク之ヲ警戒セサルヘカラサルナリ。』

人ニ自主ノ目的アリ、自由ノ意思アリ、國家カ之ヲ認知シテ保護スルニ由リテ、人ノ法上ノ人格及權利ヲ爲スモノナリ。人ノ自主ノ目的ト、自由ノ意思トハ、天賦固有ナリト謂フコトヲ得ヘシ。此ノ自然ノ生命ト、自然ノ意思トハ、他ノ生物ト共ニ通シテ之ヲ有ス、而シテ法カ人ニ之ヲ認知シ保護スルニ由リテ人格權利ヲ成スモノナリ。故ニ、生命ト意思トハ天賦固有ナリトスルモ、人格ト權利トハ法ノ賜タリ、禽獸ニ生命アリテ人格ナク、意思アリテ權利ナシ、唯、人能ク之ヲ享有スルノ理此ニ存ス。人能ク之

服從及保
護、人格
及權利

ヲ享有スルコトヲ得ルハ、其ノ能ク權力ニ服從スルコトヲ知レハナリ。上ニ保護ノ權力アリ、下ニ絶對ノ服從アリ、權能ノ完全ナル享有ハ其ノ間ニ生ス。完全ナル服從ト、完全ナル權能トハ、相戾ラサルノミナラス因果離ルヘカラサルノ義蓋明白ナリ。』

按スルニ、自主ノ目的ト、自由ノ意思トハ、人格及權利ノ觀念ヲ成スノ素質タリ、人格ト權利トハ、自主ノ目的ト、自由ノ意思トヲ、法ノ上ニ表ハスノ形容タリ。二者離ルヘカラサルノ關聯アルト同時ニ、二者ハ亦別種ノ觀念ニ屬スルモノトス。自然法ニ傾クノ學說ハ二者ヲ混同ス、故ニ人格權利ヲ天賦ナリト謂フ、人格權利ノ天賦ナルニ非ス生命ト意思トノ天賦ナルナリ。成法ニ偏スルノ學說ハ二者ノ關聯ヲ見ス、故ニ人格權利ハ實在ヲ離レタル法上ノ虛構ナリトス、實在ヲ離レタルニ非ス生命、意思ノ實在ヲ法ノ上ニ認知スルナリ。其ノ論共ニ謬レリ。凡ソ法

理ハ之ヲ事實ニ抽キ、再ヒ之ヲ事實ニ充ツルニ於テ其ノ用ヲ爲ス。自主自由ノ目的意思ノ實在ト、人格權利ノ觀念トハ、之ヲ思想ノ上ニ分チ之ヲ事實ノ上ニ合ハス。二者ヲ混同スルハ法理ノ錯誤ナリ、二者ヲ分離スルハ事實ノ晦昧ナリ、要ハ二者ノ同シテ混セス分レテ離レサルノ所ニ存ス、味フヘキナリ。而シテ人格權利ノ享有ハ人ノ能ク權力ニ服從シテ保護ヲ託スルコトヲ知ルニ由ル、公正ナル權能ノ享有ハ絶大ナル權力ノ存在ニ伴フコト前ニ説ケルカ如シ。』

人格及權利

人格ハ法ノ認知シテ保護スル自主ノ目的ナリ、權利ハ法ノ認知シテ保護スル意思ノ効力ナリ。意思ハ自主ノ目的ニ從フ、權利ハ人格ニ隨伴シ其發展ノ用ヲ爲ス。法ノ認知保護ト謂フハ即チ國權ノ作用タリ、國家ハ各人ニ人格權利ヲ認ムルコトニ由リテ之ヲ保護スルナリ。人格權利ハ自

人ノ法上ノ價值

主ノ目的、自由ノ意思ノ、法上ノ武装ナリ、人ニ自衛ノ武器ヲ與フルハ即チ之ヲ保護スルノ所以トス。法ハ自ラ衛ル者ヲ衛ル。』
 人格權利ハ人ノ法上ノ價值ナリ。人ノ自然ノ價值ハ不平等ナリ、人ノ法上ノ價值ハ平等ナリ、智愚強弱ノ差ハ自然事實ニシテ法ハ之ヲ轉覆スルノ力アルコトナシ、唯、社會ニ絶大ノ權力ノ在ルアリ、弱者ノ急ニ趨キ強者ノ暴ヲ抑ユルコトアラハ其ノ地盤ヲ平坦ニスルコトヲ得ヘキノミ。何人モ國權ニ對抗スルノ力ナキコトニ由リテ法上ノ平等アリ、人格權利ノ公正ナル享有ハ此ノ法上ノ平等ノ地盤ニ於テノミ之ヲ視ルモノナリ、權力ノ絶大ナル壓制ハ能ク人ノ法上ノ價值ヲ均一ニスルモノナリ。法ノ格言トシテ各人平等ト謂フハ人格權利ノ平等ノ義ニシテ人間平等ノ意ニハ非ス、人間ノ自然ノ價值ノ均一ナルニ非ス、其ノ法上ノ價值ノ均一ナルヲ謂フナリ。』

按スルニ、人格權利ノ解説ハ法理全般ニ通スルノ深遠ナル論議ヲ要ス、今本章ニ其ノ詳細ヲ述フヘキ所ニ非サルナリ、而モ一言之ニ及フモノハ世論ノ誤謬ヲ正サント欲スレハナリ。世ノ學說動モスレハ人格權利ハ國權ノ賜ニシテ、服従ノ成果タルコトヲ思ハス、人格權利ハ人間のニシテ國家的ノ者ニ非ストシ、又ハ、甚シキニ至リテハ國權ニ絶對ニ服従スルノ義ト相容レサルモノトスルアリ。此ノ如キノ見解ハ、嘗ニ學說ノ誤謬タルノミナラス、實ニ國家ノ秩序ニ關ス、憲法ノ説明トシテ之ヲ警メサルヘカラサルナリ。蓋俗說ハ人格トハ即チ自然人ナリ、權利トハ即チ自然意思ナリト解シ、自然事實ト法上ノ觀念トヲ混スルカ故ニ、人格權利ト國權服従トノ、必然ノ關連ヲ觀ルコトヲ得サルナリ、且ツ權利ト權力トヲ混同スルノ誤解ハ、延テ權利擴張ノ名ニ於テ、國權ヲ否認スルノ狂暴ノ論ニ及フ、恐レサルヘケンヤ。』

人格ハ自然ノ生命、肉體其ノ者ヲ指スノ義ニ非サルハ論ナシ、生命ハ自主ノ目的ヲ意味ス、然レトモ其ノ人格タルト否トハ法ノ認知保護ノ如何ニ懸ルナリ。之ヲ牛馬ニ問ハハ自己ノ爲ニ自ラ生存ヲ欲スルモノト云ハン、而モ、法カ之ヲ認知保護セサルカ故ニ、牛馬ハ人ノ權利ノ客體タルニ止リ、自ラ權利ノ主體(人格)タルコトヲ得サルナリ。自主ノ目的ハ亦個人ヨリ抽象シ、之ヲ團體ノ上ニモ認メラルルコトアリ(法人)、此レ社會復雜ノ組織ニ伴フ法理高尚ノ觀念タルナリ。人格ハ自然事實ノ指稱ニ非ス法上ノ地位ノ義タル蓋明白ナリトス。』

權利ハ權力ニ非サルコト亦論ナシ。權利、權力其ノ本共ニ意思ノ觀念ニ溯及ス。然レトモ、權利ハ單純ニ、意思ノ有効ニ法上ニ動作スルノ可能ナルヲ謂フ、權力ハ意思ノ法上ノ價值ニ優劣強弱ノ差等アルヲ謂フナリ。二者ハ別種ノ觀念ニ屬ス、權力服従ノ關係ト權利義務ノ關係ト

ヲ混同スルモ、亦二者ヲ互ニ排斥シテ相容レサルノ關係ナリトスルモ、共ニ認レリ。各人平等ノ權利ノ享有ハ國權ニ對スル絶對ノ服從ノ下ニ存立ス。權力ト權利トノ分化ハ社會秩序ノ始ナルコト前ニ説ケルカ如シ。』

社會ノ自然ノ狀態ハ不平等ナリ、之ヲ自然ニ委スルトキハ弱肉強食タルコトヲ免レザラントス。故ニ法ハ總テ權力ヲ個人ノ手ヨリ沒收シ、之ヲ社會ノ專占ニ歸屬セシメ、以テ社會ノ平等ヲ支持セントスルナリ。權力ノ私有ヲ禁シ、之ヲ社會ノ公有トス、秩序ノ維持ハ始テ此ニ生ス。國家ハ即チ權力公有ノ組織ナリ。權力ノ國家專有ハ個人ノ權力ノ剝奪ヲ意味ス、個人的ノ權力ノ剝奪ハ個人ヲ一切平等ヲ意味ス、個人ノ平等ハ人格、權利ノ公正ナル享有ヲ意味ス。國家ハ個人的ノ權力ヲ剝奪沒收スルニ由リテ始テ個人的ノ權利ノ享有ヲ公平ニスルコトヲ得ル

ナリ、國家ノ社會的作用ハ正ニ此ノ所ニ存スルナリ。』

公權私權ノ別

人格、權利ノ觀念ハ公法、私法ニ通スル者ナリ、二種別様ノ觀念アルニ非ス、人ハ公法ノ上ニモ、私法ノ上ニモ、同一ノ人格ヲ有シ權利ヲ有ス。但シ權利其ノ者ノ内容カ、專ラ權力關係ニ懸ル者ト、專ラ平等關係ニ懸ル者トヲ分ツラ便トシ、公權、私權ノ別ヲ謂フコトハアリ。是レ權利ノ觀念ニ區別アルニ非ス、權利ノ内容ニ別アリ、隨ヒテ之ニ關スル法則ノ適用ニ異ナル所アルニ由ルノミ。』

按スルニ、公權、私權ノ別ヲ謂フハ權利ノ内容目的ノ別ニシテ權利其ノ者ノ別ニハ非サルナリ。若權利ノ形式ハ意思ノ力ナリ、其ノ實質ハ利益ノ享有ナリ、トスルトキハ、其ノ利益ノ享有カ、權力關係ノ或能様ニ係ル者ヲ指シテ之ヲ公權ト謂フニ過キス。公權、私權ヲ問ハス、權利ハ權

力ニ非サルト同時ニ、亦皆權力ノ後援制裁アルニ非サレハ權利タル能ハサルハ固ヨリ論ナシ。而シテ私權ノ權力ニ關連スルハ之ヲ後援制裁トスルニ止リ、其ノ内容ハ平等關係ヲ以テ之ヲ充實スルモノナリ。公權ノ權力ニ關連スルハ重複ナリ、之ヲ後援制裁トスルノミナラス、其ノ内容モ亦權力關係ヲ以テ之ヲ充實スルモノナリ。物ノ所有權ノ如キ、金錢上ノ債權ノ如キ、其ノ内容ハ權力ノ行動ヲ想像セシテ之ヲ現實ニスルコトヲ得ヘシ、權力ノ後援ヲ要スルハ救済ノ場合ノミ、故ニ之ヲ私權トス。訴權ノ如キ、其ノ内容自身カ既ニ權力ノ行動(裁判)ヲ求ムルニ在リ、參政權ノ如キ亦其ノ内容自身カ既ニ權力行動(政治)ニ參與スルニ在リ、權力ノ之ニ關連スルハ唯、後援救済ノ場合ニノミ止ラサルナリ、故ニ此ノ類ノ權利ヲ公權トス。予カ公權私權ノ別ヲ謂フハ唯此ノ意義ニ於テス。蓋、學說ニ公權私權ノ別ヲ立ツルハ法理説明ノ便宜ニ

出ツルノミ、權利其ノ者ノ本質ニ於テ異同アルニハ非サルナリ。例セハ權利ノ發生、移轉、消滅、效果等ニ付、公權私權各、其ノ通則ヲ異ニス、一ヲ以テ他ニ及ホスヘカラス、故ニ之ヲ類別スルヲ便トスルカ如キナリ。』公權ノ解、學說由來甚多端ナリ、今茲ニ之ヲ掲クルノ暇ナシ。公權ハ公益ノ爲ニ付與スルノ權利ナリト謂フカ如キハ、廣ク行ハルルト雖、何人モ未タ公益私益ノ分界ヲ正確ニ辯明シ得タル者ナシ、此ノ解深ク論スルニ足ラス、予ヲ以テスレハ公益ノ爲ニ私權ヲ與ヘ、私益ノ爲ニ公權ヲ認ムルコトアルヲ怪マサルナリ。或ハ公權ハ權力ナリト謂フ。故ニ或者ハ之ヲ推シテ服從者タル臣民ハ性質上公權ヲ有シ能ハス、唯、國家ノミ能ク之ヲ有スト説ク。此ノ論ハ事實ニ於テ公權ノ否認タリ。又或者ハ之ヲ翻ヘシ、公權ハ國權ニ對抗スルノ權力ナリト謂ヒ、而シテ國家ハ國權ノ主體ナルカ故ニ、其ノ性質上、公權ナル者ヲ有シ能ハス、公權

ハ私人ノミ能ク之ヲ有スト説ク。之ヲ推ストキハ公權ノ付與ハ國權ノ剝奪タリ、臣民ノ之ニ得ル所即チ國家ノ之ニ失フ所トス。此ノ論ハ事實ニ於テ國權ノ自殺タリ。此ノ類ノ論ハ皆權利ト權力トヲ混同スルノ誤解ニ出ツルナリ。予ノ持論ハ法ノ用ハ權利ト權力トノ分化ニ在ルコトヲ確信ス、故ニ根底ニ於テ此ノ類ノ解ヲ容レサルモノトス。』

臣民ノ國家ニ對シテ有スルノ公權ハ其ノ内容ニ視テ三種ノ態様アリ。其ノ内容カ積極的ニ國權ノ或ル動作ヲ要求スルコトニ在ルトキハ之ヲ請求權トス。其ノ内容カ消極的ニ國權ノ或干涉ヲ排斥スルコトニ在ルトキハ之ヲ自由權トス。其ノ内容カ國權ノ或動作ニ參與スルコトニ在ルトキハ之ヲ參政權トス。是レ皆國家カ法ニ依リ之ヲ付與シ之ヲ保護スルノ權利ニシテ、固ヨリ國權、國法ニ反抗スルノ權力タルニ非サルハ論

公權ノ三態様。請求權、自由權、參政權

ナシ。』

按スルニ、臣民ハ國家ニ對シ權利ヲ有スルコトヲ得ヘシ、權力ヲ有スルコトヲ得サルナリ。其ノ請求權ト謂ヒ、自由權ト謂ヒ、參政權ト謂フ、皆權利ニシテ權力ニ非ス、國權、國法ノ賜ニシテ之ニ反抗スルノ權力タルニ非サルハ言説ヲ待タサルナリ。權利ハ法カ認メテ保護スルノ意思ノ力ナリ、權利ノ權利タルハ意思ノ主張ノ許容セララルルコトニ由ル、唯單純ナル他働的ノ利益ノ享有ハ權利ヲ爲ササルナリ。國權カ私人ノ利益ノ爲ニ或ル行動ヲ爲シ、又ハ行動ヲ禁止シ、又ハ行動ノ參加ヲ命シタラハトテ、其ノ事直ニ、其ノ人ノ權利ヲ爲スニハ非ス、之ヲ本人ノ自由意思ノ主張ニ懸クルニ於テ、權利ヲ爲スナリ。國家ノ行爲、不行爲、夫レ自身又ハ行爲不行爲ニ由リテ生スル利益其ノ者カ、權利ノ内容タルニハ非ス、其ノ行爲、不行爲ヲ必然ナラシムル意思ヲ主張即チ權利ノ本質

タルナリ。』

請求權、自由權、參政權ノ別ハ、公權ノ何タルヲ例示スルノ便宜ノ爲ニ之ヲ謂フ、法理必然ノ分析ニ出ツルニ非ス、公權トシテ其ノ間ニ性質ノ差異アルニハ非サルナリ。且ツ公權ノ解、學說紛紛タリ、隨ヒテ請求權、自由權、參政權ト謂フモ其ノ何ヲ意味スルカハ大ニ異ナル所アルナリ。本文掲クル所語簡ナリト雖、予ノ見解ノ他ニ異ナル所アルハ蓋自ラ明カナラン。公法ハ權力關係ヲ規律ス、公權ハ權力關係ヲ内容トス、是レ予ノ持説タリ。故ニ請求權ト謂フモ、廣ク國家ノ作爲又ハ給付ヲ要求シ、國家ノ設備ヲ利用シ得ルヲ以テ其ノ内容トスルノ權利ヲ汎稱スルニハ非ス、唯、國權ノ或積極的動作ノ要求ヲ其ノ内容トスル者ノミヲ指スナリ。其ノ要求ノ目的カ權力ノ動作ニ係ラサル者ハ之ヲ公權ト視ナルナリ。予ヲ以テスレハ公請求權ノ内容ヲ特ニ國家ノ作爲ト給付

トノ要求ニ分析シテ謂フノ用ヲ視ス、國家ノ權力行動ノ要求トノミ謂フヘキナリ。又一私人カ國家ノ設備ヲ利用シ得ルノ權利ノ如キ予ハ必シモ之ヲ公權ナリト視ス。世ノ通説ト異ナル所少ナカラサル此ノ如シ、請フ意ヲ注ケ。又自由權ノ觀念ノ如キニ至リテハ予ノ見解ト、世上ノ通説トハ、其ノ根本タル思想ニ於テ正ニ相反スル所アリ。通説ハ之ヲ私人ノ國家ニ對シテ有スルノ權力ナリトス、國權ト對等ニ峙立スル權力ナリトス、否、寧、國權ヨリモ優勝強勢ニシテ國權ヲ排斥スルノ權カナリトスルナリ。故ニ或者ハ之ヲ定義シテ、個人カ國家ニ對シ命令(權力)ヲ受ケサルコトヲ主張シ得ヘキ權利ナリト謂ヒ、又國家ニ對シテ反抗シ得ヘキ權力ナリト謂フ。其ノ精神ト謂ヒ、語氣ト謂ヒ、恰モ國家ト臣民トヲ對等ノ地位ニ置キ、更ニ第三ノ強制權力アリ、二者ノ權限ヲ平等ニ分割シテ相侵犯スルコトヲ禁壓スルモノナルカノ如ク言説ス

。是レ國家思想ノ根底ニ於テ予ノ説ト合ハサル者ニ屬ス、今茲ニ一言ヲ以テ爭ヲ斷シ得ヘキニ非サルナリ。本文ニ謂フ自由權ノ思想ハ國權ノ或干涉ヲ排斥シ得ルコトヲ其ノ内容トス。之ヲ排斥スルト謂フハ、國權ニ訴ヘ、其ノ保護ニ依リテ、之ヲ排斥シ得ルナリ、國權其ノ者ニ反抗スルニハ非サルナリ、此レ權利ノ權利タル一般ノ通性ニ屬ス、特ニ自由權ニ付キテ謂フニハ非サルナリ。又茲ニ或干涉ト謂ヒテ國權ノ總テノ動作ヲ排斥スルノ意ニ非サルコトヲ表示スルハ、理ニ於テ然ルノミナラス、立憲制度ノ沿革ニ顧ミテ現行ノ法制ヲ説ケルモノナリ。自由權ノ思想ハ、沿革上、國家主權其ノ者ニ反抗スルノ精神ニ出テタルニハ非ス、其ノ意ハ寧、行政府ノ權力濫用ニ對シ、個人自由ノ安全ヲ防護セントスルニ在リキ。國權其ノ者ヲ排斥セントスルニハ非ス、却テ國權ノ保護ニ依リ行政濫權ノ干涉ヲ排除セントセシモノナリ。故ニ之ヲ

憲法ニ掲ケ、立法權ニ攀援シテ其ノ保障ヲ全フセント欲セシナリ。國權ヲ排斥スルニ非ス行政官吏ノ干涉ヲ排斥スルナリ、法律ヲ排斥スルニ非ス法律ニ依リ不法ノ權力ヲ排斥スルナリ。法律以上ニ自由權ナシ、法律以外ニ自由權ナシ、自由權ハ即チ法律ノ保障ノ下ニ存立スル者ナリ。理ヲ以テ謂フトキハ、法律ヲ以テ之ヲ保障スルモ、命令ヲ以テ之ヲ保障スルモ、自由權ハ即チ自由權タルヘキナリ、然レトモ歴史ハ自由權ノ思想ヲ權力分立ノ主義ニ懸ケ、行政權ニ對シ立法權ノ保障アルニ由リテ、始テ存立スルモノトシ、之ヲ尊重スルノ形跡ヲ遺シタリ。今ノ憲法ニ謂フ自由權ハ此ノ思想ノ遺物タリ、此ノ義亦察セサルヘカラス。自由權ヲ國權(立法權)ニ反抗スルノ權力ナリト解シ、若ハ之ヲ唯、漠然法令ニ依リテ許容スルノ自由ナリト解スルカ如キハ、法理ニ反シ、歴史ヲ無視スルノ不當ノ言説ニシテ、其ノ本來ノ憲法上ノ趣味ヲ沒却スル

モノタル蓋明白ナラン。參政權ハ國ノ政權運用ニ參與スルノ權利ナリ、政權運用ニ參與スルトハ政治機關ノ構成及其ノ權限ノ行使ニ參與スルナリ。凡ソ人ノ政事ニ行動スルハ義務ノ履行タルコトアリ、權利ノ主張タルコトアリ、權利義務ノ關係ヲ離レタル自由ノ行動タルコトアリ。而シテ自主ノ目的ノ爲ニ、自由ノ意思ヲ以テ、之ヲ主張シ得ルコトノ、法上ノ保障アルニ由リテ、權利ヲ爲スモノナリ。抑、政權ノ運用ハ即チ國家自身ノ活動タリ、私人ノ權利ノ内容タルニハ非ス、所謂參政ノ權ハ其ノ運用ニ參與スルコトヲ以テ其ノ目的トスルノミ、自然意思カ國家ノ法律意思ヲ構成スルノ特殊ノ態様ヲ指稱スルナリ、其ノ法律意思ノ上ニ有スル權利タルニハ非サルナリ。前ノ請求權及自由權ハ既成ノ法律意思ノ態度ニ係ル、此ノ參政權ハ法律意思カ自然意思ニ由リテ構成セラルルノ特殊ノ態様ニ係ルナリ。自然意思、夫レ自身ノ、自主

ノ方面ヨリ視テ、其ノ國家ノ法律意思ノ構成ニ參加スルヲ自己ノ利益ナリト觀念スルコトアルニ由リテ之ヲ參政ノ權利ト謂フナリ。然レトモ、國家カ私人ヲシテ政權ノ運用ニ參加セシムルハ固ヨリ公ノ目的ノ爲ニス、單純ニ私益ノ爲ニ之ヲ認容スルトキハ所謂參政權ヲ爲サザルナリ。參政ト謂ヘハ公事ノ爲ニ私人ノ活動スルコトヲ意味ス。茲ヲ以テ所謂參政權ナル者ハ之ヲ視ルノ立脚地位ノ如何ニ由リ、同一ノ事實ニシテ或ハ之ヲ權利トシ或ハ之ヲ義務トスルコトアルヲ免レス、是レ觀念ノ曖昧ナルニ非ス、事物本然ノ性質ニ原由スルモノナリ。』

憲法上ノ
自由權

臣民ノ國家ニ對スル自由權ノ主要ナル者ハ特ニ憲法ニ掲ケテ之ヲ保障ス、之ヲ憲法上ノ自由權トス、憲法第二章ニ列記スル所主トシテ之ニ係ルナリ。凡ソ自由權ノ保障ハ法律ニ依ル者アリ、憲法ニ依ル者アリ。法律

ニ依ルノ保障ハ其ノ法律ノ存廢變更ニ由リテ生滅ス、憲法ノ保障ニ係ル者ハ法律ヲ以テ之ヲ動カスコトヲ得ス、故ニ其ノ効力重シ。憲法上ノ自由權トハ此ノ特別ノ保障アル者ノ謂ナリ。』

按スルニ、近世ノ憲法ニ自由權ノ主要ナル者ヲ列舉スルハ、實ハ特種ノ沿革ニ出ツ、今ハ多ク其ノ當初ノ意義ヲ失フナリ。歐洲第十八世紀ニ盛ニ行ハレタル所謂天賦人權ノ理論ハ、其ノ當時ノ君主政府ノ暴政ニ反抗スルノ氣焔ト相投合シ、勢ノ激スル所、狂瀾天ニ漲リ、米國獨立ノ宣言トナリ、佛國大革命ノ布告トナリ、一時歐米全土ヲ風靡シタリ。故ニ當時ノ新憲法ハ争テ天賦ノ人權ヲ其ノ成典ノ上ニ掲明スルコトヲ競ヒタリ。初ハ人權ノ布告タリ、人間トシテノ天賦ノ權利ニシテ、國家タリ國民タルノ境涯ヲ超越セル者ノ義ナリ。後ニハ國民權ノ宣言タリ、國民トシテノ權利タルヲ意味ス、此レ多大ナル思想ノ變動ナリ。然レ

トモ、其ノ所謂國民權ハ國權ト兩兩對峙シ之ニ反抗スルノ權力タルノ概念ニシテ即チ國家國權ノ外ニ立ツノ權ナリキ。今ノ憲法上ノ自由權ノ思想ハ蓋此ノ沿革ノ遺物ナリ。此レ天賦ノ權ニ非ス、國權ニ反抗スルノ權ニ非ス、憲法(國權)ノ保障ニ由リ行政ノ濫權干涉ヲ免ルルノ權タルニ過キス、因襲ノ久シキ、例トシテ之ヲ憲典ニ掲明スルモ實ハ當初ノ重大ナル意義ヲ有セサルナリ。蓋當初之ヲ憲法ニ宣言セルノ意ハ國家ト個人トノ間ニ絶對超ユヘカラサルノ欄柵ヲ設ケントスルニ在リキ。然レトモ憲法ハ國家能ク之ヲ存廢變更ス、憲法ノ文字ヲ以テ國家自身ヲ束縛セントスルハ自己ノ手足ヲ以テ自己ノ身體ヲ束縛スルノ類タリ、之ヲ結フノ力ハ亦能ク之ヲ解カンノミ。且ツ天賦人權ノ理論ノ、時勢ニ投合シタル所以ハ、君主政府ノ專制獨裁ニ反抗シ民權自由ヲ張ラントスルノ氣焔ノ迎フル所トナリタルカ爲ノミ、實ハ根底ヨリ

國家國權其ノ者ヲ否認スルニハ非サリシナリ。故ニ風波定マルノ後、所謂天賦人權ノ觀念ハ漸ク昔日ノ純潔ヲ失ヒ、人權ト謂ハスシテ國民權ト謂ヒ、又國權ニ超越スルノ固有權タルノ觀念ヲ棄テ、國權國法ノ保護ニ依リ君主官吏ノ專制干涉ヲ免ルルノ今ノ自由權ノ觀念トナリタルナリ。天賦人權ノ思想ハ今ノ憲法ノ取ラサル所ナリ、然レトモ此ノ沿革アルカ爲ニ、今尙、特ニ自由權ヲ過當ニ尊重シ、特筆之ヲ憲典ニ掲明シ、聲色ヲ張ルノ遺習アルノミ。』

臣民ノ國家ニ對スル義務ノ主要ナル者ハ亦特ニ憲法ニ掲ケテ之ヲ宣告ス、之ヲ憲法上ノ臣民義務トス、憲法第二章ニ兵役及納稅ノ義務ノ列記アルハ即チ是レナリ。凡ソ臣民義務ハ此ノ列記ニ止マルニ非ス、法令ノ別ニ之ヲ定ムル所アルナリ。而シテ國家ノ獨立ヲ防衛シ、又其ノ存立ノ必

憲法上ノ
臣民義務

要ニ供應スルハ、國家成立ノ分子トシテ、臣民當然ノ義務ニ屬ス。憲法ハ貴重價スヘカラサルノ自由權ヲ保障スルト同時ニ、此ノ臣民當然ノ根本義務ヲ掲明シ以テ忠誠奉公ノ大義ヲ宣言ス其ノ意頗ル深シ。之ヲ憲法上ノ臣民義務ト謂フハ、其ノ義務ハ即チ臣民タル資格ニ隨伴シテ免ルヘカラサル所ニシテ、且ツ憲法直接ノ宣言ニ出テ、他ノ法令ノ規定ノ末ニ存廢スル者ト異ナル所アルカ故ナリ。』

按スルニ、内外憲典ヲ對照スレハ、彼ニ在リテハ主ラ自由權ノミヲ掲ケ臣民義務ニ及ハサル者多シ、二者ヲ併列掲明スルハ亦我カ憲典ノ特色タリ。五十年前歐洲ノ政論ハ仍民權自由ノ主義ニ偏重シ、憲法ヲ視テ以テ國權ノ侵害ニ備フルノ民權ノ城壁ナリト爲シタリ、故ニ彼ノ立憲ノ本旨ハ自由權ノ保護ニ在リキ、臣民義務ノ宣言ノ如キハ寧、其ノ精神ニ副ハサル所アルナリ。我ノ憲法ヲ定ムルヤ之ヲ以テ國家統治ノ大

則ト爲サント欲スルナリ、單ニ民權保障ノ爲ニスルノ宣言タラントスルニハ非サルナリ。故ニ主要ナル自由權ヲ揭明シテ國權ノ濫用ヲ戒シムルト同時ニ、亦臣民義務ノ特ニ重大ナル者ヲ宣言シテ從順ノ大義ヲ明白ニス、實績ニ於テ大差ナキカ如キモ、此ノ一事、彼我立憲ノ精神ノ同シカラサル所アルヲ證シ得テ明カナリ。』

兵役及納稅ノ義務ハ臣民義務ノ特ニ重大ナル者ナリ。國家ノ獨立ヲ防衛シ其ノ存立ノ必要ニ供應スルハ國家成立ノ分子トシテ臣民當然ノ義務ニ屬ス。然レトモ個人自由ノ極端ナル主義ハ、根底ヨリ家國ノ制ニ反抗シ、無政府ノ樂土ヲ夢ミル者ナシトセス。名ヲ人道ニ籍リテ兵役ノ義務ヲ拒マントスル者アリ。承諾ナケレハ納稅ナキヲ立憲ノ本義ナリト誤解シ、國家ノ生存ヲ各人一時ノ自由ノ意嚮ニ懸ケントスル者アリ。是レ實ニ國家ノ安危ノ係ル所、事之ヨリ重大ナルハナシ。

故ニ憲法ハ人身ノ自由ト、財産ノ安全トヲ保障スルコトヲ忘ラサルト同時ニ、亦身體、財産ノ負擔ヲ甘ンシテ以テ國家ノ存立ヲ維持スルハ、臣民タル資格ニ於テ免ルルコトヲ得サルノ根本義務タルコトヲ宣明シ、以テ萬一ヲ警戒スル者ナリ。』

臣民義務ハ臣民タルノ性格ノ内容ヲ以テ其ノ義務ノ態樣トスル者ヲ謂フ。臣民タルノ性格ノ内容ハ、之ヲ消極的ニ謂ヘハ從順ナリ、之ヲ積極的ニ謂ヘハ忠誠奉公ナリ。臣民義務ノ性質ハ忠誠奉公ノ精神ヲ以テ國家ノ命スル所ニ從順ナルニ在リ。此レ唯ニ、德義ノ要求スル所タルノミニ非ス、臣民義務タルノ法律上ノ要素ナリ。國家ノ分子ハ國家ニ同化スルニ於テ分子ナリ、同化ナケレハ分子ナシ、從順ニシテ忠誠奉公ノ節ヲ全ウスルハ即チ臣民ノ絶對ニ國家ニ同化シテ同體ヲ成ス所以タリ。抑、法ハ公同生活ノ要件ヲ示ス、國家ト臣民トノ關係ニ付テハ

法ハ此ノ要件ヲ必須トスル者ナリ。臣民義務ハ必シモ之ヲ憲法ニ掲クル者ニ非ス、法律命令ヲ以テ之ヲ存廢スルナリ。而シテ特ニ其ノ或種ヲ憲法ニ掲ケタルトキハ法律命令ヲ以テ之ヲ否認スルコトヲ得サルモノトス。故ニ之ヲ憲法上ノ臣民義務ト謂フ。』

我カ憲法第二章ニ特ニ題シテ臣民ノ權利義務ト謂フ、蓋其ノ條文ノ規定スル所主ラ憲法上ノ權利義務ニ關スレハナリ。其ノ特ニ權利義務ノ或種ノ者ヲ掲ケ一般概括ニ之ニ通スルノ規定ヲ爲ササルモノハ蓋沿革ノ餘波タリ。抑近ク立憲ノ制度ヲ促シタルノ一因ハ、政府不法ノ濫權ヲ戒メ、人民自由ノ安全ヲ期スルニ在リキ、故ニ憲法ノ成文ハ特ニ臣民ノ自由權ノ主要ナル者ヲ列擧スルノ例ヲ爲シタルナリ。又一方ニ於テハ國家ノ存立ヲ維持スルハ國民當然ノ義務タルコトヲ宣言セント欲ス、故ニ兵

臣民ノ權
利義務及
憲法上ノ
立法事項

役及納稅ノ義務ヲ掲明セリ。是レ皆當時ノ政治上ノ動機ニ出ツルモノニシテ、掲ケテ臣民ノ權利義務ヲ盡スノ意ニハ非サルナリ。而シテ所謂憲法上ノ自由權ナル者ノ本旨ハ絕對ニ國家ニ對抗スルノ權利ヲ認容スルノ意ニ非ス、唯之ヲ立法權ノ行動ニ留保シ、政府行政ノ自由ノ干涉ヲ排斥セントスルニ外ナラサルナリ。又其ノ所謂憲法上ノ義務ナル者モ皆法律ノ規定ヲ待テ始テ其ノ効果ヲ生スヘキモノトス。故ニ憲法第二章ノ規定ハ臣民ノ權利義務ノ掲明タルト同時ニ、之ヲ憲法上ノ立法事項ノ列記ナリト視ルコトヲ得ヘキナリ。』

按スルニ、憲法第一章ハ天皇ノ憲法上ノ大權ヲ列記シ、次テ其ノ第二章ニ臣民ノ憲法上ノ自由權ヲ掲明ス、自ラ照應アリ體裁頗ル整フ。然レトモ、之ヲ實用ニ考フルニ、其ノ所謂憲法上ノ自由權ナル者モ實ハ完全ナル保障ヲ有スルノ權利タルニハ非ス、唯、其ノ規定ヲ大權ノ專斷ニ委

セス、之ヲ立法權ノ行動ニ留保スルノ所、僅ニ保障ノ効アルノミ。法律ニ依ルニ非サレハ制限セラレルコトナキ、此レ所謂自由權ノ意義タリ。故ニ憲法上ノ自由權ノ列記ハ、其ノ實用ニ於テハ、之ヲ憲法上ノ立法事項ノ列記ト視ルコトヲ妨ケサルナリ。又其ノ所謂憲法上ノ臣民義務ナル者モ、實ハ憲法ノ條項ニ依リ直接ニ各人負擔ノ責ヲ生スルニハ非ス、必ス之ヲ法律ノ規定ニ待ツモノナリ。故ニ憲法上ノ臣民義務ノ列記ハ、亦其ノ實用ニ於テハ、之ヲ憲法上ノ立法事項ノ列記ト視ルコトヲ妨ケサルナリ。蓋、憲法第二章ハ、名ニ於テ「臣民權利義務」ト謂フト雖、實ハ憲法上ノ立法事項ノ列記タリ、仍、其ノ第一章ノ大權ノ掲載ハ即チ大權專屬ノ事項ノ列記タルト其ノ義ヲ同フスルナリ。大權必スシモ第一章ノ列舉ヲ以テ之ヲ盡スモノニ非ス、臣民ノ權利義務亦固ヨリ第二章ノ列舉ヲ以テ之ヲ盡スモノニ非ス、然ルニ特ニ其ノ或種ノ者ヲ掲

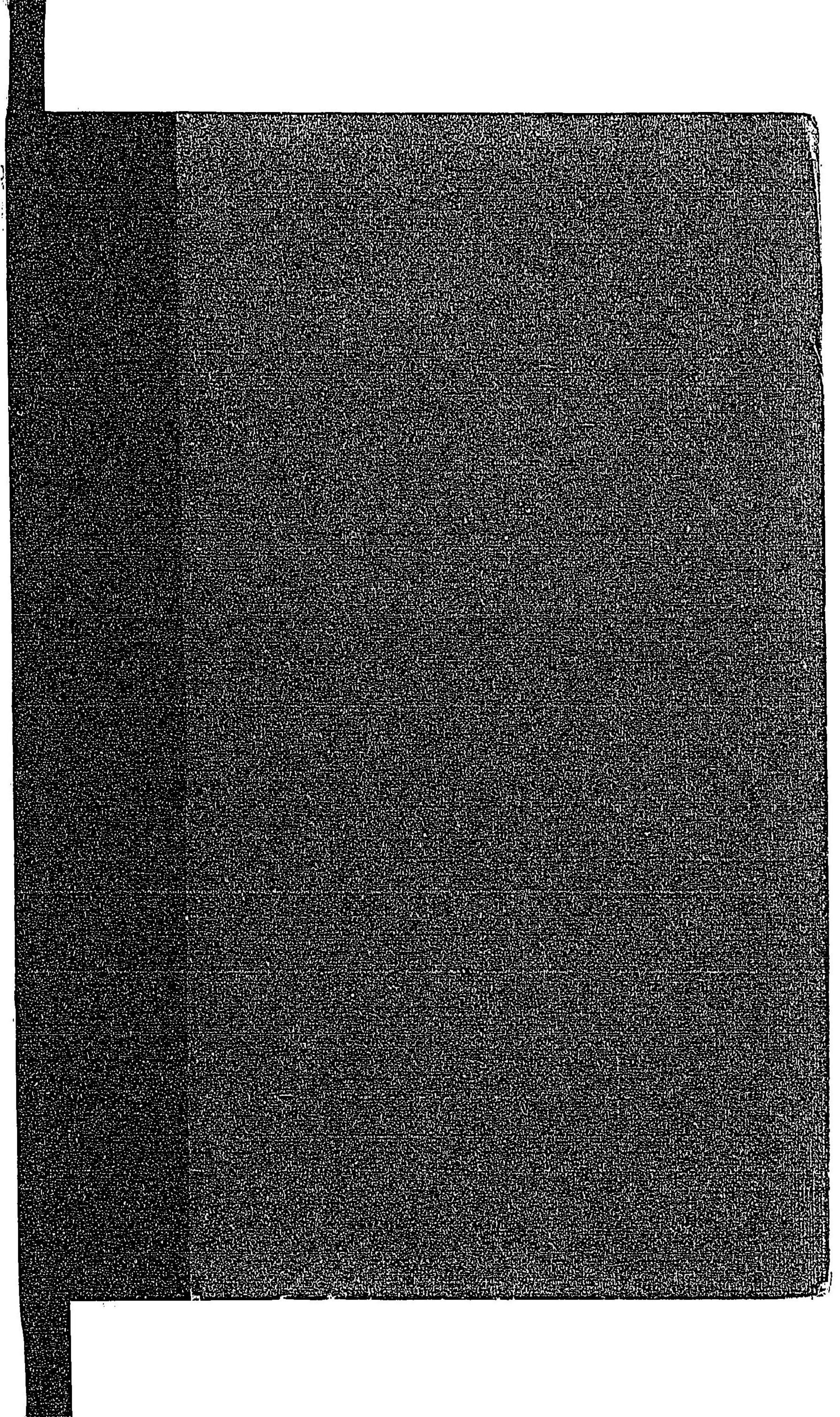
ケテ他ニ及ハサルハ之ヲ大權、及臣民ノ權利義務ノ表示トシテハ甚杜撰ナリト謂ハサルヲ得ス。唯、之ヲ大權、立法權各、其ノ專屬ノ領域ヲ分チ、相侵ササルノ大義ヲ表明スルモノト視ルコトニ於テノミ、其ノ真意ヲ諒スルコトヲ得ヘキナリ。大權、立法權ノ解ハ後ニ之ヲ詳説ス、唯事、臣民ノ權義ノ列記ニ關ス故ニ豫メ茲ニ之ヲ謂フ。」

26-5-13

31-202

* 11

~~326~~ 323.3
~~5~~ H97





031511-001-5

323.3-H97

憲法提要

穂積 八束/著

M43

BBE-0110



25.10.31