

1-546

91-217

法曹閣書院編纂

新法理
式圖解
憲法論綱

東京 法曹閣書院藏版

明治
41年11月
出版

序言

本書ハ専ラ攻法家ノ實務用、研究用及受験用ニ供メンコトヲ目的トス、而シテ其内容ハ新法ノ根本原理及ヒ帝國憲法ノ法理ヲ論理的系統ヲ逐テテ圖解註釋セルモノナリ、即チ内外ニ於ケル國法專門大家ノ所論所說ヲ拾ク涉獵シ(1)其原則ニ異論ナキモノハ其說明ノ斬新且精緻ナルモノヲ採リ其要極ヲ摘示セリ(2)苟モ法理ノ說明ニ異論異說アルモノハ其新舊精粗ヲ問ハス其出所ヲ明示シテ悉ク辨異對照セリ(3)異說ニ非サルモ其說明ノ體裁異ナルモノハ亦之ヲ參考トシテ附揭セリ、夫レ斯ノ如キモ仍ホ斯學研鑽者ノ資便トナラハ即チ學外ノ幸也、其不備不完ノ點ハ他日訂正補修以テ讀者ノ高需ニ報而已。

明治四十二年晚秋十一月

編者識

憲法論綱目次

第一編 緒論

第一章 國家

第一節 國家ノ概念……………二

第一款 國家ノ觀念……………二

第二款 國家ノ起原……………三

第三款 國家ノ目的……………五

第二節 國家ノ意義……………五

第一款 國家ノ定義……………五

第二款 國家ノ地方團體ノ區別……………八

第三節 國家ノ理論……………二

第一款 國家客體說……………二

第二款 國家狀態說……………四

第三款 國家人格說……………五

第四款 國家有機體說……………八

第四節 國家ノ種別……………九

第一款 國家ノ結合……………二〇

第二款 國家ノ政體……………二四

目次

第二章 憲法

第一節 公法ノ概念……………三一

第一款 公法ノ意義……………三一

第二款 公法ノ私法……………三二

第三款 公法ノ範圍……………三七

第四款 公法ノ分科……………三八

第二節 憲法ノ位置……………三九

第一款 憲法ノ意義……………三九

第二款 憲法ノ範圍……………四二

第三節 憲法ノ沿革……………四五

第一款 歐米憲法ノ沿革……………四五

第二款 帝國憲法ノ沿革……………四七

第四節 憲法ノ淵源……………四八

第一款 憲法ノ淵源總說……………四九

第二款 慣習法……………五〇

第三款 皇室典範……………五五

第五節 憲法ノ效力……………五八

第一項 國體ノ意義……………二五

第二項 國體ノ政體ノ區別……………二六

第三項 國體政體ニ依ル國家ノ種別……………三〇

第二編 國家ノ組織

第一章 統治權

第一節 統治權ノ觀念……………七二

第一款 統治權ノ性質……………七二

第二款 主權ノ觀念……………八〇

第二章 領土

第一節 領土ノ法律上ノ觀念……………八八

第二節 領土ノ變更……………九二

第三章 臣民

第一節 臣民ノ法律上ノ觀念……………九五

第二節 國籍(臣民籍)……………九九

第三節 臣民ノ主法上ノ地位……………一〇三

第四節 臣民ノ義務……………一〇五

第五節 臣民ノ權利

第一款 權利ノ觀念……………一一三

第二款 公權ノ私權……………一一九

第一項 公權私權ノ區別標準……………一一九

第二項 公權私權ノ差異……………一二二

第三款 臣民ノ公權……………一二三

第一項 行爲請求權……………一二五

第二項 裁判請求權……………一二七

第三項 請願權……………一三一

第四項 自由權……………一三三

第一目 居住移轉ノ自由……………一三八

第二目 身體安全ノ自由……………一四〇

第三目 住所安全ノ自由……………一四一

第四目 信書秘密ノ自由……………一四三

第五目 所有權ノ自由……………一四五

第六目 信教ノ自由……………一四八

第七目 思想發表ノ自由……………一五〇

第八目 集會及結社ノ自由……………一五一

第一款 臣民義務總論……………一〇五

第二款 兵役ノ義務……………一〇七

第三款 納稅ノ義務……………一〇九

第四章 帝國議會

第一節 議會ノ國法上ノ地位……………一一〇

第二節 議會ノ組織……………一一六

第一款 二院制度……………一一六

第二款 貴族院ノ組織……………一二九

第三款 衆議院ノ組織……………一三三

第一項 選舉方法……………一三三

第二項 選舉資格……………一二四

第三項 被選資格……………一二七

第四項 選舉ノ公秘……………一二三

第五項 選舉區劃制……………一二三

第六項 選舉手續……………一二四

第三款 議會ノ會議……………一二九

第一款 議會ノ開始及終了……………一二九

第二款 議事規定……………一二四

第三編 國家ノ機關

第一章 國家機關ノ總說

第一節 國家機關ノ性質……………一六四

第二節 國家機關ノ分類……………一六五

第二章 天皇

第一節 天皇ノ國法上ノ地位……………一七一

第一款 天皇ノ地位……………一七二

第二款 我國君主ノ特徵……………一七七

第二節 天皇ト議會トノ關係……………一七九

第三節 天皇ノ大權……………一八六

第四節 天皇ノ一身ニ隨伴スル權利……………一八八

第五節 皇位ノ繼承……………一九六

第三章 攝政

第三項 參政權……………一五二

第四款 臣民權利義務總論……………一五四

第六節 臣民ノ特別階級……………一五七

目次

三

第四節	議會ノ權限	二四七
第五節	議員ノ法律上ノ地位	二五四
第一款	議員ノ權利	二五四
第二款	議員ノ義務	二五九
第三款	議員資格ノ消滅	二六一
第六節	議會ト政府トノ關係	二六三
第五章 國務大臣		
第一節	國務大臣ノ國法上ノ地位	二六五
第二節	國務大臣ノ責任	二七〇
第一款	國務大臣ノ責任理由	二七〇
第二款	國務大臣ノ責任種類	二八一
第三款	國務大臣副署ノ性質	二八四
第四節	政府ト內閣	二九二
第一款	政府	二九二
第二款	內閣	二九六
第六章 裁判所		
第一節	裁判所ノ國法上ノ地位	二九九

第二節	裁判所ノ權限	三〇二
第三節	裁判所ノ法令審査權	三〇四
第七章 樞密顧問		
第一節	樞密顧問ノ國法上ノ地位	三一
第二節	樞密顧問ノ權限	三一
第八章 會計検査院		
第一節	會計検査院ノ國法上ノ地位	三一四
第二節	會計検査院ノ權限	三一六
第四編 國家ノ作用		
第一章 國家作用ノ概說		
第一節	國家作用ノ分配	三二〇
第二節	國家ノ政務	三三一
第三節	三權分立說	三二三
第四節	立法ノ觀念	三二六

第五節	司法ノ觀念	三三一
第六節	行政ノ觀念	三三四
第二章 法律		
第一節	法律ノ觀念	三三八
第二節	憲法上法律ノ字義	三三九
第三節	立法事項	三四四
第四節	法律ノ效力	三四七
第五節	法律ノ制定	三四九
第一款	法律案ノ提出	三四九
第二款	法律案ノ議決	三五二
第三款	法律ノ裁可	三五三
第六節	法律ノ公布	三五六
第七節	法律ノ廢止	三五九
第三章 命令		
第一節	命令ノ觀念	三六一
第二節	命令ノ種別	三六三
第一款	大權命令	三六四
第一項	大權命令ノ觀念	三六四

第二項	大權事項	三六八
第一目	官制大權	三六九
第二目	兵馬大權	三七一
第三目	戒嚴大權	三七四
第四目	榮典大權	三七五
第五目	外交大權	三七八
第六目	恩赦大權	三七九
第二款	緊急命令	三八〇
第一項	緊急命令ノ性質及要件	三八〇
第二項	緊急命令ト議會トノ關係	三八四
第三項	緊急命令ノ變更廢止	三八九
第三款	執行命令	三九一
第四款	獨立命令	三九三
第五款	委任命令	三九六
第三節	命令權ノ委任	四〇一
第四節	命令ノ成立及消滅	四〇二
第一款	命令ノ成立	四〇二
第二款	命令ノ消滅	四〇四
第四章 豫算		
第一節	豫算ノ性質	四〇六

第二節	豫算ノ成立時期……………	四一二
第三節	豫算案ノ編制……………	四一五
第四節	豫算案ノ提出……………	四一六
第五節	議會ノ豫算議定權……………	四一八
第六節	豫算ノ效力……………	四二六
第七節	豫算ノ成立……………	四二九
第五章 國際條約		
第一節	條約ノ性質……………	四三二
第二節	條約ト立法トノ關係……………	四三五

法理圖解 **憲法論綱目次畢**

法理圖解 **憲法論綱**

第一編 緒論

上下茫茫幾千年、時ハ星ト共ニ移リ世ハ物ト共ニ變リ、山河草木空シク治亂興敗ノ夢ヲ賦セテ遂ニ今日ニ至リ、文物靈章整然タル一大帝國ノ現出ヲ見ル、夫レ斯ノ如ク人類カ水草ヲ追フテ推移セシ蒙昧ノ時代ヨリ漸次發達シテ國家團體ヲ組織シ文明生活ヲ營ムニ至リシ所以ノモト抑モ如何ナル理由ニ依リテ然ル乎、又國家生存ノ目的トスル所夫レ何處ニアル乎、是等ノ問題ヲ論究センニハ須ク人類發展ノ歴史ニ考察シ生物進化ノ法則ニ依據セサルヘカラス、即チ事、國家哲學、社會哲學ノ範圍ニ屬スルモノニシテ其詳細ナル研究ハ本書ノ許ス所ニ非ク、又法ノ發生起源、法ノ觀念定義等ニ就テモ其詳細ナル研究ハ法理哲學、法學通論ノ範圍ニ屬スルモノニシテ亦本書ノ許ス所ニ非ス、本書ハ即チ憲法ノ法理ヲ釋明スル上ニ於テ必要ナル程度及ヒ方向ヨリ觀察シテ國家及憲法ノ理論ヲ攻究セントスルモノナリ。

緒論

第一章 國家

第一節 國家ノ概念

第一款 國家ノ觀念

(一) 國家トハ一定ノ人民カ一定ノ土地ニ於テ一大權力ノ下ニ統治セラルル社會團體ナリ、

國家ヲ客觀的ニ觀察スレハ一定ノ人民カ一定ノ土地ニ於テ團體ヲ形成シ一大權力ノ下ニ統治セラル、社會狀態ナリト謂フヘシ、夫ノ人類カ水草ヲ追フテ推移セシ意味ノ時代ヨリ幾多ノ治亂盛衰ノ歴史ト人類發展ノ法則トニ支配セラレ漸次發達シテ國家團體ヲ組織シ今其際ク可キ權力大團體ハ地球ノ各處ニ勃興盤踞シ其生存競争益々熾ナルヲ見ル、是レ吾人カ事實上ニ於テ目撃スル國家ノ觀念ナリ。

(二) 事實上ノ國家ハ諸科學研究ノ目的物トナル、

即チ歴史學ニ於テハ國家ノ成立起原發達及ヒ沿革ヲ尋ネ、哲學ニ於テハ國家ノ道德倫理又ハ國性ヲ究メ、政治學ニ於テハ政治上ノ目的責任及ヒ方法ヲ講スルモノナリ而シテ國法學ニ於テハ國家ノ組織機關及ヒ機能ニ關スル法規ヲ論究スルヲ以テ範圍トス。

國家ノ觀念

第二款 國家ノ起原

國家ノ成立ハ生存競争ノ結果ニシテ適種生存ノ法則ニ從ヒ血族團體ノ發達進化セルモノナリ(國家ノ自然的成立)

抑モ生物界ヲ支配スル萬古不易ノ法則アリ、之ヲ「適種生存ノ原理」ト謂フ、即チ「適者存シ不適者亡フ」ト云フ法則ニシテ凡テ宇宙間生存競争ノ行ハル、所一トシテ之カ法則ヲ免カル、コト能ハス、而シテ其結果ハ優者ハ劣者ヲ支配シ強者ハ弱者ヲ壓倒セシムルノ關係ヲ生スルモノナリ、人類ノ發達モ亦之ヲ免カル、コト能ハス、蓋シ人類カ自己及種族ノ生存幸福ヲ保タンニハ必ス優者タリ強者タル地位ト勢力トヲ保全セサルヘカラス、於是乎孤立生活ノ不利ナルコトヲ覺リ結社組織ノ必要ニ促サレ、先ツ血族團體ヲ生シ次テ種族部落起リ、人類愈々繁殖シ交通益々頻繁ナルニ從ヒ生存競争從テ激甚ト爲リ、小部落ハ大部落ノ爲メニ討滅セラレ小團體ハ大團體ノ爲メニ併吞セラレ、漸ク生活ト土地トノ關係離ルヘカラサルニ至リ居住ヲ以テ團體ノ連鎖トスル權力團體ノ發生ヲ見ル、更ニ進ミテ攻伐的闘争ノ風止マテ經濟的商戰ノ術之ニ代リ、文物黨章漸ク備リ各國交通漸ク開ケ遂ニ今日ノ如キ文明國ヲ現出セリ。

國家ノ成立ハ革命掠奪相續殊ニ條約等ノ人爲的ニ起因スルコトアリ
(國家ノ人爲的成立)

(一) 國家ノ自然的成立

國家ノ起源

(一) 國家ノ成立

歷史上ノ事實トシテハ國家カ法律行爲就中契約ニ因リテ成立シタルコトハ其例ニ乏シカラ
ス、彼ノ北米合衆國獨逸帝國ノ如キ數多ノ國家カ相聯合シテ更ニ大ナル一國家ヲ作成スル
場合ニ於テハ其最モ通常ナル形ハ此等ノ相聯合スル各國家カ互ニ條約ヲ以テ聯合國家ヲ作
成スルモノニシテ其聯合契約ハ固ヨリ一ノ法律行爲ナリ、然レトモ彼ノ所謂民約說ノ如ク
國家ノ起源ヲ以テ國民ノ契約ニ在リト爲スカ如キハ全然誤謬ノ前提ニ基クモノニシテ歷史
上ノ事實トシテモ論理上ノ推論トシテモ之ヲ容ル、能ハサル所ナリ、彼等ハ人ハ天然ニ於
テ絕對ノ自由ヲ享有スルコトヲ以テ其前提トナシ此等ノ絕對ニ自由ヲ有スル人知方共同生
活ヲナスノ必要上互ニ契約ヲ以テ國家團體ヲ組織シ其天然ノ自由ノ一部ヲ割テ國權ニ服從
スルコトヲ承諾シタルモノト爲セリ、然レトモ人ハ其天性ニ於テ絕對ノ自由ヲ有スルモノ
ニアラス、人類ノ共同生活ヲナスハ人生自然ノ要求ナリ而シテ國家團體ハ此自然ノ要求ニ
依リ發生シタルモノニシテ契約ハ之ニ必要ナルモノニ非ス。

國家ノ起源如何ハ歷史學又ハ國家學ノ問題ニ屬スヘキモノニシテ全ク法學ノ範圍ニ屬スルモノニ非ス、
國家ノ成立ハ單純ナル一ノ事實ナリ、恰モ自然人カ出生ナル一ノ自然ノ事實ニ由テ發生スルカ如シ、人
ハ權利ノ主體トシテ素ヨリ法律現象ナレトモ其現象ヲ發生スル出生ハ單純ナル生理上ノ事實ニシテ法律
行爲ニハ非ス、之ト同シク國家モ又三種ノ要素タル領土國民及ヒ之ヲ統一スル權力カ事實上ニ集合スレ
ハ茲ニ當然國家ナル法律現象ヲ發生シ、其三種要素ノ何レカ一方消滅スレハ國家ハ即チ存在ヲ失フモ
ノニシテ、之ヲ生スルニ至リタル事實及ヒ之ヲ失フニ至リタル事實方如何カナル原因ニ基クヤハ法學ノ
論スル所ニアラス。

國家ノ目的

第三款 國家ノ目的

(一) 國家ノ目的ハ社會生活ノ秩序ヲ維持シ民人ノ幸福ヲ增進スルニアリ、

國家ノ存在ハ人類ノ社會的共同生活ヲ圓滿ニ完成シ之ヲ進歩發達セシムルニアリ即チ其目的トスル處ハ
善政其治ニアリ、人民ヲ保護シ國力ヲ伸張スルニアリ、社會生活ノ秩序ヲ維持シ民人ノ幸福ヲ增進スル
ニアリ、爰ニ於テ近代ノ國家ハ常ニ世界ノ形勢ニ鑑ミ内ニハ新制ヲ施シテ以テ公安ヲ維持シ人民ヲシテ
其緒ニ安ンセシムルト共ニ之カ發展ヲ計リ、外ニ國防ヲ充實シテ以テ國力ノ膨脹、利權ノ獲得ニ努メサ
ルハナシ、是レ素ヨリ各國家カ世界ノ生存競争トシテ正ニ爲サ、ルヘカラサル所即チ國家當然ノ實務ニ
シテ又自存ノ目的ナリト謂フヘシ(近代國家ノ職責)

(二) 國家ハ以上ノ目的ヲ達スル爲メ種々ナル威力ヲ有ス、

國家ハ外ニ對シテ獨立權アリ自衛權アリ平等權アリ獲得權アリ之ヲ總稱シテ對外主權又ハ國際權ト謂フ
内ニ對シテ立法權アリ行政權アリ司法權アリ之ヲ總稱シテ對内主權又ハ統治權ト謂フ統治權トハ人民ニ
對スル命令強制權ヲ謂フ、即チ對外主權ニ依リテ他ノ國家ニ對シテ權利ヲ主張シ對内主權ニ依リテ自己
ノ組織要素タル人民ヲ支配シ自己存立ノ目的ヲ達ス(國家ノ威力)

第二節 國家ノ意義

第一款 國家ノ定義

國家トハ領地團體ニシテ統治權ノ主格ナリ(國家ノ定義)

(一) 國家ハ領地團體ナリ、「領地團體」トハ人類カ土地ヲ基礎トシテ結合ラオシタル團體ヲ謂フ、

(イ) 領地團體ハ多數人類ノ集合ヨリ成ルモノナリ、人類ノ集合ハ國家成立ノ自然要素ニシテ人類ノ集合ナケレハ國家ノ存在スルコトナシ此點ニ於テハ事實上ノ國家モ異ナルコトナシ、蓋シ國家ノ成立ハ人類ノ共同生活ヲ營ム必要ヨリ生スレハナリ、然レトモ人類ノ數ハ一定スルコトナシ唯統治ノ關係ヲ生シ得ル人數アレハ團體タルコトヲ得。

(ロ) 領地團體ハ一定ノ領域ヲ以テ成立ノ基礎トス、一定ノ領土ハ近世ノ國家ニ於ケル自然要素ニシテ一定ノ領域ナクシテ各國ノ主權同一地域ニ衝突シテ互ニ生存ヲ全フスルコト能ハス、蓋シ古代遊牧時代ニ於テハ人口未タ繁殖セス土地ニ餘裕アリシヲ以テ敢テ一定ノ領域ヲ劃スル必要ナカリシカ今日ノ如ク文化大ニ進ミ交通頻繁ナル就中邊境ニ於テハ各國ノ主權ヲ認ムルト同時ニ一定ノ領土ヲ劃スルノ必要アリ故ニ治者ノ關係アルモ領土ヲ有セザレハ近世ノ國家ト稱スルコトヲ得ス。

(ハ) 領土團體ハ多數人類ノ結合シタル單位ノ共同團體ナリ、一定ノ土地ノ上ニ多數人類カ個々獨立ノ生活ヲナスモ之ヲ共同團體ト謂フヲ得ス、其國家トシテ法律上ノ關係ヲ生スルニハ必ス單位ノ共同團體トシテ結合スルコトヲ要ス、單位ノ共同團體ト謂フハ共同ノ目的ヲ達スルカ爲メ團體ヲ組成シタルモノヲ謂フ、蓋シ多數ノ人類ハ生存競争ノ結果自己及種族ノ幸福生存ヲ全フメン爲メ地球表面ノ一部分ニ限界ヲ越テ茲ニ居住シ永久ノ制度ニ依リテ以テ共同生活ノ目的ヲ達スルモノナリ、此共同生存ノ目的ニ於テ多數人類ノ意思ヲ單位ト理會スルコトヲ得レハナリ。

國家ノ定義

(二) 領地團體ハ人格ヲ有スルモノナリ、人格トハ權利ノ享有者タルヘキ能力ヲ謂フ、而シテ一ノ主體カ他ノ主體トニ對スル法律上ノ關係ニ於テ其生存ヲ理會スルコトヲ得ルモノナリ、領地團體モ他ノ主體ニ對シテ法律上ノ關係ニ立ツモノナリ他ノ主體ニ對シテ權利能力者タリ國際法上ニ於テ條約ノ當事者又ハ權利ノ主體タルモノハ君主若シクハ大統領ノ一個人ニアラスシテ共同團體タル國家ナリ、國內ニ於ケル統治者ニ如何ナル變動アルモ國家ノ權利義務ハ常ニ同一ナリ。

(二) 國家ハ統治權ヲ原始的ニ有スルモノナリ、

「原始的」トハ最高ノ權力者ヨリ傳ヘラレタルモノニアラス即チ自己ノ意思ニ基ケモノニシテ決シテ他ヨリ委任セラレ附與セラレタルモノニ非サルヲ謂フ、是レ國家ト地方團體トノ異ナル所ナリ。

▲一木博士——國家トハ機關ヲ備フル人民ノ集合ニシテ人格ヲ有シ專ラ自己ノ目的ノ爲メニ一定ノ領土内ニ命令強制ヲ行フ權ヲ有スルモノナリ而シテ君主ハ國家ノ機關ナリト(國家人格說)

▲美濃部博士——國家トハ最高權力ノ下ニ一定ノ土地ノ上ニ定著シタル多數人類ヲ結合シタルモノナリ而シテ君主ハ國家ノ最高機關ナリト(國家人格說)

▲副島博士——國家トハ領地團體ニシテ統治權ノ主格ナリ而シテ君主ハ最高機關ナリト(國家人格說)

▲上杉學士——國家トハ一定ノ土地ニ固着シ統治權力ヲ固有スル共同團體ニシテ法律上人格ヲ有スルモノナリ而シテ君主ハ國家ノ最高機關ナリト(國家人格說)

▲井上博士——國家トハ統治權ノ下ニ一定ノ土地及人類ノ複數カ統合セルモノヲ謂

(參考) 本邦國法學ノ定義

フ而シテ我國ニ於テ統治權ノ主體ハ君主ナリト(國家狀態說)
 ▲清永博士——國家トハ一定ノ土地ノ上ニ組織セラレタル人民ノ團體ヲ謂フモノニシテ其組織スル權力ヲ統治權ト稱ス而シテ統治權ノ主體ハ君主ナリト(國家狀態說)

▲市村學士——國家トハ一定ノ領土ノ上ニ於テ人類ノ多數カ最高意思ヲ有スル統治者ニ服従スル狀態ナリ而シテ統治權ノ主體ハ君主ナリト(國家狀態說)

第二款 國家ト地方團體トノ區別

國家ト地方團體トノ區別ハ統治權(命令強制權)ヲ原始的ニ有スルト附與的ニ有スルトノ點ニアリトス、

地方團體モ亦命令強制權ヲ有セリ、例ヘハ市町村條例ヲ發シテ市町村ノ人民ニ對シテ稅ヲ課シ賦役ヲ命シ此等ノ命令ニ從ハサルモノニ對シテ罰ヲ加フルコトヲ得、故ニ地方團體モ命令強制ノ權利ヲ有スルモノナリ、然レトモ市町村ハ原始的ニ命令強制權ヲ有スルモノニ非ス、蓋シ地方團體ハ國家アリテ始メテ生スルモノナリ國家ノ發シタル法律ニ依リ設定セラレタル人格ニシテ地方團體自ラ人格タルコトヲ得ルニアラス即チ地方團體ハ國家ノ存在ヲ必然ノ條件トシテ存在ス故ニ地方團體ハ命令強制權自ラ有スルモノニアラスシテ國家ノ法律ニ因リテ始メテ附與セラレタルモノナリ、其結果トシテ

(イ) 國家ハ原始的ニ統治權ヲ有スルヲ以テ其統治權ヲ行使スルハ其權利トシテ行使スルモノニシテ何處國

家ニ對シテモ之ヲ行使スヘキ義務ヲ有スルモノニアラス、聯邦組織ノ場合ニ於テモ其統治權ヲ行フ範圍内ニ於テハ統治權ヲ唯權利トシテ行使スルコトヲ得、且ツ聯邦國ヨリ受クル監督モ唯消極的ノ監督ヲ受クルニ過キサルナリ反之(ロ)地方團體ハ國家ニ依リテ設定セラレ其政務ノ範圍チ一ニ國家ノ發シタル法律ニ依リ定メラレタルモノナルヲ以テ地方團體政務ノ範圍ハ積極的ニ制限セラル、モノト謂ハサルヲ得ス、亦地方團體ノ命令強制權ハ人民ニ對シテ素ヨリ權利トスルトコロナレトモ國家ニ對シテハ之ヲ行使スルノ義務ヲ有スルモノナリ。

(1) ラーバンド氏ノ所說ニ曰ク「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行爲自由ヲ有スル獨立ノ權利主體ナリ」ト(同氏著獨逸帝國國法)

(2) エリネツク氏ノ所說ニ曰ク「國家ノ國家タル所以ハ固有ノ決定ト固有ノ力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レノ固有スル所ニシテ上級國家ノ實際ノ權利範圍ヨリ繼受シタルニアラス、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非ス、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」ト(同氏著法律及命令論)

(3) ヘーネル氏ノ所說ニ曰ク「地方團體カ其事務ヲ執行スルハ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レヲ強制スルコトヲ得、之レ國家ノ特徵ナリ」ト(同氏著獨逸國法)

國家ト地方
團體トノ區別

學說

- (4) ローション氏ノ所説ニ曰ク「同一地方ノ共同住居及土地ノ接近セル地位ニ基ク地方的需要ヲ満足スルハ地方團體ノ目的トスル所ニ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」ト、(一八八三年獨逸帝國年報)
- (批難)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非サルノミナラス地方的ト謂ヒ全國民的ト謂フモ其標準漠然タルヲ免レス、例ヘハ獨逸聯邦中ノ「アレーメン」ハ「ハンブルヒ」、「リューベック」等ハ昔時ノ市府國家ト大差ナシ隨テ地方的需要ヲ満足セシムルモノト謂ハサル可ラス而モ其國家タルハ何人モ疑ハサル所ノ如シ、
- (5) ステーベル氏ノ所説ニ曰ク「國際法ノ主體トナリ得ルモノハ只國家ノミ故ニ國際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ナリ政治團體ノ公法人格ハ國內公法ノ創設スル所ナリ之レト同シク國家ノ法的觀念ハ國際法ノ創設スル所ナリ」ト、
- (批難)此説ハ論理ノ關係ヲ顛倒セルモノト謂フ可シ蓋シ國家ノ性質ハ國際法上ノ認識ニ依リテ生スルニ非スシテ國家ナルカ故ニ之ヲ認識スルナリ國際法ハ實ニ國家ノ存在ヲ前提トシテ始メテ成立スルモノナレハナリ
- (6) プロイス氏ノ所説ニ曰ク「國家ノ特徵ハ其領土高權ヲ有スルニアリ其構成最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ら重要ナル變更ヲ加ヘ自ら解散シ自ら改造スルノ力ヲ有ス之レ即チ領土高權ナリ」ト、
- (批難)然レトモ自治體ノ區域ノ變更及他ノ自治體トノ合併ハ其合意ヲ要シ若クハ少クトモ

參考

- 其意見ヲ聞クヘキコトハ諸國立法ノ認ムル所ナルノミナラス法律ノ規定アル場合ニ於テハ自己ノ意思ニ依リテ其區域ヲ他ノ自治體團體タル町村組合ノ一部ト成スコトヲ得、然ルニ反之、獨逸聯邦國ニ於テハ獨逸帝國憲法規定上其領土ヲ處分シ得ル國ハ唯「プロイス」ノ一國アルニ過キスシテ其他ノ各支分國ハ領土變更ノ權ヲ有セス、之ニ依リテ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成スニ足ラス、
- (イ) 地方團體ハ國家統治ノ一部タル地方行政ヲ自ら行フコトヲ目的トスル權力團體ナリ故ニ地方團體ハ公法上ノ法人タルト同時ニ統治ノ作用其モノナリ自己ノ生存目的トシテ成立スルモノナリ即チ國家機關タルト同時ニ公法上ノ法人ナリ、
- (ロ) 他ノ公法人ハ國家統治ノ作用ヲ自己ノ生存目的トスルニ非スシテ統治外ナル他ノ目的公益ヲ以テ自己ノ生存目的トナスモノナリ從テ國家ノ機關ニ非ス
- (ハ) 地方團體ハ自己生存ノ目的ヲ有ス即チ人格ヲ有ス國家ハ只地方團體カ其目的ヲ達スルコトヲ國家統治ノ目的ニ利用スルモノナリ換言スレハ國家ハ地方團體ニ人格ヲ與ヘテ自己ノ目的ヲ達セシムルモノナリ
- (ロ) 他ノ機關ハ自己固有ノ目的ヲ有セス即チ人格ヲ有セス其意思ハ國家ノ目的ヲ達センカ爲ナリ故ニ機關ハ國家ノ目的ノ爲ニ存在スルモノナリ換言スレハ國家ハ機關其モノノ生存ノ目的ヲ認メシテ國家自身ノ目的ヲ達セシムルモノナリ、
- (1) 地方團體
ト他ノ公
法人トノ
差別
- (2) 地方團體
ト其他
機關トノ
差別

第三節 國家ノ理論

國家カ事實上ノ社會現象トシテ一定ノ領土ニ定着セル國民ヲ最高權力ノ下ニ結合セルモノナルコトハ何人モ異論ナキ所ナリ、然レトモ其法律上ノ觀念如何、其結合ハ法律上ノ如何ナル觀念ニ相當スヘキカ其最高權力ハ法律上何人カ之カ主體タルカ等ノ問題ニ至リテハ學說未タ一ナラス、然レトモ國家ハ統治權ノ下ニ國民ヲ結合シタルモノナルカ故ニ國民ノ法律上ノ觀念トシテハ或ハ國家ヲ以テ統治權ノ目的ト爲スカ或ハ統治關係ナリト爲スカ或ハ統治權ノ主體ナリト爲スカノ三種ノ見解ノ外ナラズルコトヲ得ス而シテ此ノ三種ノ見解ハ各々其ノ代表者ヲ有セリ。

第一款 國家客體說

國家客體說 國家ヲ以テ統治ノ目的物ナリトス即チ國家ノ上ニ立テル或ル意思主體ノ支配ニ屬スルモノナリトノ說ナリ（マツクス、フオンザイデル、リング氏等ノ所說）

サイデル氏曰ク「統治權ニ服従スルモノハ土地及人民ナリ、若シ其土地及人民ヲ用語ノ慣例ニ從ヒテ國家ト稱スルトキハ統治者ト國家トハ相分離シテ一ノ權利主體アリ一ハ其目的タルモノナリ、予輩ハ統治權ニ服従セル狀態ニ於テ土地及人民ヲ稱シテ國家ト謂フ其ハ恰モ民法ニ於テ物カ人ノ支配ニ屬スル狀態ニ於テ之ヲ人ノ所有物ト謂フカ如シト、

國家客體說

（批難）サイデル氏ハ領土及臣民ヲ稱シテ國家ト云ヒ君主ハ國家ノ外ニ其上ニ立ツモノナリト爲スト雖モ近世ノ思想ニ於テ國家ト云フトキハ國民カ統治權ノ下ニ結合セラルル其全體ヲ謂フモノニシテ國家ハ統一的ノ一體ヲ爲スモノナリ、領土及臣民ハ國家ノ要素ノ一部分ナレトモ國家其者ニハ非ス、君主ハ國家ノ中ニ在ルモノニシテ國家以外ニ立ツモノニ非ス、之ヲ君主ト謂フ統治者ト領土及臣民ト謂フ統治ノ目的トノ部分ニ分割シ其一部ヲ以テ國家ナリト爲スハ明カニ近世ノ國家思想ニ矛盾スルモノナリ、假ニサイデル氏ノ如ク領土及臣民ヲ以テ國家ト稱スルモ領土臣民ハ物カ人ノ所有權ノ目的物タルカ如キ意義ニ於テハ統治權ノ目的物タルモノニ非ス（イ）統治權ハ命令權ナリ命令ハ唯人ニ對シテ爲スコトヲ得ルノミ物ニ對シテ行ハルルコトヲ得ス、統治權ハ常ニ人ト人トノ關係ニシテ人ノ物ニ對スル關係ニアラス故ニ領土ヲ以テ統治權ノ目的物ナリト謂フハ誤ナリ（ロ）臣民ハ統治權ニ服従スルモノナルカ故ニ此ノ意味ニ於テハ臣民ハ統治權ノ客體ト謂フモ必スシモ不可ナラス、然レモ人カ其所有物ヲ支配スルカ如キ意味ニ於テハ君主ハ決シテ其臣民ヲ支配スルモノニ非ス、近世ノ國家ニ於テハ臣民ハ奴隸ニ非ス自ラ權利ノ主體タリ人格タルモノナリ、統治者ハ其統治權ニ依リテ臣民ノ權利ヲ制限シ之ニ義務ヲ負ハシムルヲ得ヘシト雖モ之ヲ物ノ如クニ處分シ得ヘキニ非ス、民法上ノ關係ニシテ之ト比較シ得ヘキモノハ債權ニシテ物權ニ非ス故ニ臣民モ又物カ所有權ノ客體タルカ如キ意義ニ於テ統治權ノ客體ナリト謂フハ正當ニ非ス（美濃部博士憲法講義）

我國ノ學者ノ中ニハ往々憲法第一條ノ明文ヲ以テ國家客體說ヲ維持スルノ根據トナサントスルモノアリ憲法第一條ハ曰ク「大日本帝國ハ萬世一系ノ天皇之ヲ統治ス」ト論者ハ此明文ヲ以テ其唯一ノ根據ト爲シ天皇ヲ統治權ノ主體ニシテ國家カ其客體ナルコトハ少クトモ我ニ有リテハ論議ヲ容ルルノ餘地ナキモノ

トナセリ、然レトモ憲法ハ法學ノ教科書ニ非ス法學上ノ觀念ハ憲法ノ文字ニ依リ之ヲ知ルコトヲ得ス、凡テ成文法カ其效力ヲ有スルハ唯法規トシテニ在リ法規以外ニ於テハ法律ハ何等ノ效力ナク假令法律ニ依リテ法規以外ノモノヲ規定スルコトアルモ其ハ何等ノ效力ヲ生スルモノニ非ス學術上ノ觀念ニ付テハ法律ハ如何ナル規定ヲ設ケルモ各學者ハ自家ノ研究ニ依リ自由ニ之ヲ定ムルコトヲ得ヘシ、國家ノ觀念ノ如キモ亦專ラ學者ノ研究ニヨリテ定ムヘキモノニシテ法ノ文字ニ依リ決セラルヘキモノニ非ス、憲法第一條ハ單ニ我國家ノ最高機關カ天皇ニシテ其天皇ハ萬世一系ナルコトヲ規定スルニ止マリ法學上天皇ナノ人格トシテ見ルヘキカ自己ノ權利トシテ統治權ヲ有スルカノ問題ハ此條ノ關スル所ニ非ス之ヲ以テ國家ノ法律上ノ觀念ヲ定メントスルハ全ク法ノ性質ヲ誤解スルモノナリ、(美濃部博士憲法講義)

第二款 國家狀態說

國家狀態說 國家ハ一定ノ領土ノ上ニ於テ人類ノ多數カ最高意思ヲ有スル統治者ニ服従スル狀態ナリトノ說ナリ

(批難)此見解ハ法律上ノ觀念ト事實上ノ性質トヲ混同シ事實上ノ觀念ヲ見テ直チニ法律上ノ觀念ナリト爲ス所謂實証法學派ノ最モ好ニテ支持スル所ノ思想ナリ、國家ハ人類ノ集合カ唯一ノ權力ニヨリテ結合セラレタルモノナルコト前ニ述ブルカ如シ、而シテ統治狀態說ハ人類カ唯一ノ權力ニ依リ統治セラル、狀態ヲ稱シテ國家ナリト爲スモノナルカ故ニ其說明ハ一見甚タ穩當ニシテ批難ノ餘地アラサルカ如キモ其實此說モ亦前述シタル國家客體說ト其基ク所ノ思想ヲ同ウスルモノニシテ、法學上ノ觀念トシテ均

國家狀態說

シク維持スルコトヲ得サルモノナリ、即チ此說ヲ主張スルモノニアリテモ亦國家客體說ニ於ケルト同シク統治權ノ主體ハ君主ニシテ領土及臣民カ其客體ナリト爲スナリ、唯彼ニ在リテハ或ハ其主體タル君主ヲ以テ或ハ其客體タル領土及臣民ヲ以テ直チニ國家ナリト爲スニ反シテ此說ニ於テハ其統治セラルル狀態ヲ以テ國家ナリト爲スナリ、從テ國家ノ一要素ヲ以テ直チニ全國家ナリト爲スノ批難ハ此說ニ於テハ免カルコトヲ得ヘシト雖モ、國家カ統一的ノ單位ヲ爲サシテ主體ト客體トノ二ツノ相對立スル部分ニ分別セラルト謂フノ批難ハ又均シク此說ニ對シテモ加フルコトヲ得ヘシ、就中此說ニ依レハ國家ハ全ク活動ノ能力ナキモノナルヘシ、近世ノ國家思想ニ於テハ國家ハ自ら意思ヲ有シ自ら活動ヲ爲スノ主體ナリ、戰爭ハ國家ト國家トノ戰爭ナリ、條約ハ國家ト國家トノ條約ナリ、若シ國家狀態說ヲ採ラハ此法律觀念ハ全ク之ヲ説明スルコトヲ得ズ、(美濃部博士憲法講義)

第三款 國家人格說

國家人格說 國家ヲ以テ統治權ノ主體即チ一ノ人格ナリトナスノ說ナリ。

此說ハ希臘ノ國家學者ニ依リテ明瞭ニ認識セラレタル所ナレトモ、中世ノ國家觀念ノ曖昧ニ流レ公法ト私法トノ區別カ全ク混同セラルルニ及ンテ此思想ハ一時久シク擱置ニ歸シタリシカ近時ニ至リテ再ヒ國家觀念ノ勃興ト共ニ一般ニ承認セララルルニ至レリ、近時ニ於テ其思想ヲ明カニシタル功勞ハ主トシテ獨逸ノ國法學者ニ歸セサルヘカラス就中「アルブレヒト」「ケルバー」及最近ニ至リテハ「ラバント」「ゲオルヒマイヤー」「キイルゲール」「エリネツク」等ニ依リテ明瞭ニ論述セラレタル所ナリ、國家人格說ノ正當

ナル所以ハ唯此説ヲ認ムルニ依リテノミ國家ニ關スル種々ノ法律現象ヲ説明シ得ヘキコトニ依リテ之ヲ證明スルコトヲ得ヘシ、就中左ノ四ノ現象ハ君主主體説ノ全ク説明スル能ハサル所ナリ、

(イ) 國家ハ永続的ノ團體ナリ、其分子タル君主又ハ臣民ノ更迭ニ由テ其繼續ヲ中斷スルモノニ非ス、若シ君主主體説ヲ採レバ如何ニシテ此繼續ヲ説明スルヲ得ヘキカ統治權主體ノ消滅ハ則チ統治關係ノ消滅ナラサルヘカラス、一ノ統治權ノ主體カ消滅シテ他ノ統治權ノ主體カ之ニ更ハルトスレハ舊國家カ亡ビテ新ナル國家カ之ニ代ルモノナラサルヘカラス、然レトモ是レ素ヨリ君主主體説ヲ主張スル學者ニテモ承認スル所ニ非ス、爰チ以テ學者ハ君主ノ外ニ君位ト謂フ一ノ無形ノ一體ヲ認メ君主ハ更迭スルモ君位ハ繼續スルモノナルカ故ニ國家ノ繼續ヲ妨ケストセリ、然レトモ君主ナル自然人ノ外ニ君位ナル一ノ無形ノ一體ヲ認ムルハ全ク架空ノ想像ニシテ毫モ事實上ノ現象ニ基カサル純然タル擬制ナリ、學者ハ國家人格説カ抽象的ノ觀念ナルカ爲メニ總テチ事實上ノ現象ニ依リ説明セントシテ却テ彼レ自身最モ甚シキ抽象ニ陥レルモノナリ、

(ロ) 國家ハ亦不可分ナル統一ノ單位ナリ、若シ反對説ニ從ヘバ國家ハ統治權ノ主體タル君主ト其客體タル領土及臣民ノ二ノ部分ニ分割セラレ其統一ノ性質ヲ説明スルコトヲ得ス、

(ハ) 國家ハ亦活動能力ノ主體ナリ、國家ハ意思ヲ有シ行爲ヲ成ス然レトモ是亦客體説又ハ狀態説ノ説明スルコト能ハサル所ナリ、

(ニ) 領土ニ定着セル人民カ權力ノ下ニ結合セラレタルモノハ國家ハ必シモ其唯一ノ例ニ非ス、國家ノ外尙國家内部ニ於テ之ト同一ノ模型ニ屬スル種々ノ團體ナリ、府縣郡其他ノ地方團體是ナリ、地方團體ハ國家ト均シク領土ヲ有シ又人民ノ集合ヨリ成ルモノニシテ唯一ノ權力ノ下ニ統治セラルルモノナリ從テ法律

國家人格説

上ノ觀念ニ於テ地方團體ト同一ノ種類ニ屬スルモノナラサルヘカラス而シテ地方團體カ各々一ノ法人ナルコトハ諸國ノ法律ノ明言スル所タルノミナラス君主主體説ヲ唱フル學者モ亦承認スル所ナリ、國家人格説ヲ認ムルニ非サレバ國家ト地方團體トカ同一ノ類型ニ屬スルモノナルコトヲ説明スルヲ得サルナリ、要之、國家ハ數多ノ人格ヨリ成レルモノニシテ夫レ自身亦一ノ人格タルモノナリ數多ノ人格ヨリ成リテ其全體ニ於テ亦一ノ人格タルモノハ之ヲ稱シテ集合人格(Gesamtpersonlichkeit)ト謂フ、通常ノ法律ノ用語ニ於テハ自然人ハ自然ニ人格タリ自然人以外ノ人格ハ法ノ擬制ニ依リテ人格タリトスルノ思想ニ基キ稱シテ法人ト謂ヘリ、即チ國家ハ集合人格タリ法人タルモノナリ、集合人格ニシテ領土ヲ基礎トスルモノハ之ヲ領土團體(Golietatskörperschaft)ト謂フ國家ハ即チ領土團體ニシテ而モ其最高ナルモノナリ

(美濃部博士憲法講義)

(批難) 此説ニ對スル非難ノ第一ニ曰ク、凡ソ法人ハ法ノ規定ニヨリテ生シ法ハ國家ヲ前提ト爲シ國家ノ前ニ法ナク法ノ前ニ法人ナキカ如シ、今法人ノ觀念ヲ以テ國家本來ノ性質ト爲ス時ハ少ナクトモ論理上法人ハ國家ノ前ニ發生シ國家ノ前ニ於テ既ニ法アリ其法ニ依リテ國家ト謂フ法人作ラレタリト謂ハサルヘカラス之レ法理ヲ顛倒セルモノナリト(井上博士内外論叢所論) (辯明) 然レトモ國家チ一人格者トシテ觀念スルトキハ法人トシテ國家ハ國家ノ權利義務ノ主體タル人格ヲ認ムルノ法ト同時ニ發生スト云フコトヲ得ヘシ且ツ國家狀態説若シクハ客體説ヲ主張スル論旨ト雖モ國家ノ一要素トシテ認ムル所ノ統治權ハ法ナクシテ考フルコトヲ得サルナリ、所謂法トハ固ヨリ信仰又ハ武力ニ依リ維持セラルル慣習法ヲモ包含ス、統治權ノ作用ニ付テハ制限ナキ時代ヲ存スヘキモ統治權ノ所在ニ付キテハ國家アレハ人定法又ハ慣習法ニ依リテ定マル所アラサルヘカラス、若シ法ニ依リ統治權ノ主體定マラストスレハ團體ハ

無政府生存競争ノ時代ニ有リテ所謂統治權ニヨル統合ナキヲ以テ國家ノ要素ヲ缺キ國家トシテ存立スルコト能ハサル如シ故ニ寧ロ國家アレハ此ニ法アリト解スルヲ至當トスヘシ(立博士内外論叢所論)

(第二ノ批難ニ曰ク)國家人格說論者ハ自然人タル君主モ死亡ヲ免レサルニ依リ國家ノ永續ヲ説明スル爲メニハ自然人ニアラサル抽象的ノ君主ヲ想像セサルヲ得ス、然ルニ抽象的ノ君主ヲ以テ統治權ノ主體トナスハ全ク一ノ空想ニ過キストノ非難ナキニ非スト雖モ自人タル君主ノ意思ニヨリテ茲ニ君主國成立ス故ニ其君主ハ統治權ノ主體ナリ而シテ其統治權ノ主體タル君主カ其子孫ノ君位世襲ノ制ヲ立テ前君主ノ意思ト之ヲ繼承スル君主ノ意思トカ繼續的ノモノナルコトヲ定メタリトスレハ毫モ法理上不當ノ點ナキヲ信スルモノナリ、清水博士憲法論所說(辯駁)然レトモ其何カ故ニ統治權ノ主體タル前君主ノ意思カ等シク統治權ノ主體タル前君主ノ意思ヲ繼承スルコトヲ得ルカ其理由ヲ發見スルヲ苦マサルヲ得ス、國家人格說ニ依レハ統治權ノ主體ヲ恒久的ノ人格ト爲ス天皇ハ一代ニ於テ之ヲ代表シ恒久ナル國家ノ意思ヲ發表ストナスカ故ニ諸天皇ノ治世ヲ通シテ存スル人格ノ意思トシテ憲法、皇室典範カ後バノ天皇ヲ繼承スト説明シ得ヘキモ君主主體說ヲ探ル時ハ上述ノ法的現象ノ說明困難ナルヲ免レズ(立博士内外論叢所說)

第四款 國家有機體說

國家有機體說

西時ノ學者ハ好シテ國家ノ性質ヲ説明スルニ國家ハ有機體ナリト謂フヲ以テシタリ此說ハ既ニ古代ニ於テ(殊ニ希臘ノプラトーンノ哲學)明瞭ニ認メラルル所ナリシカ其ノ近代ニ盛行ハルル

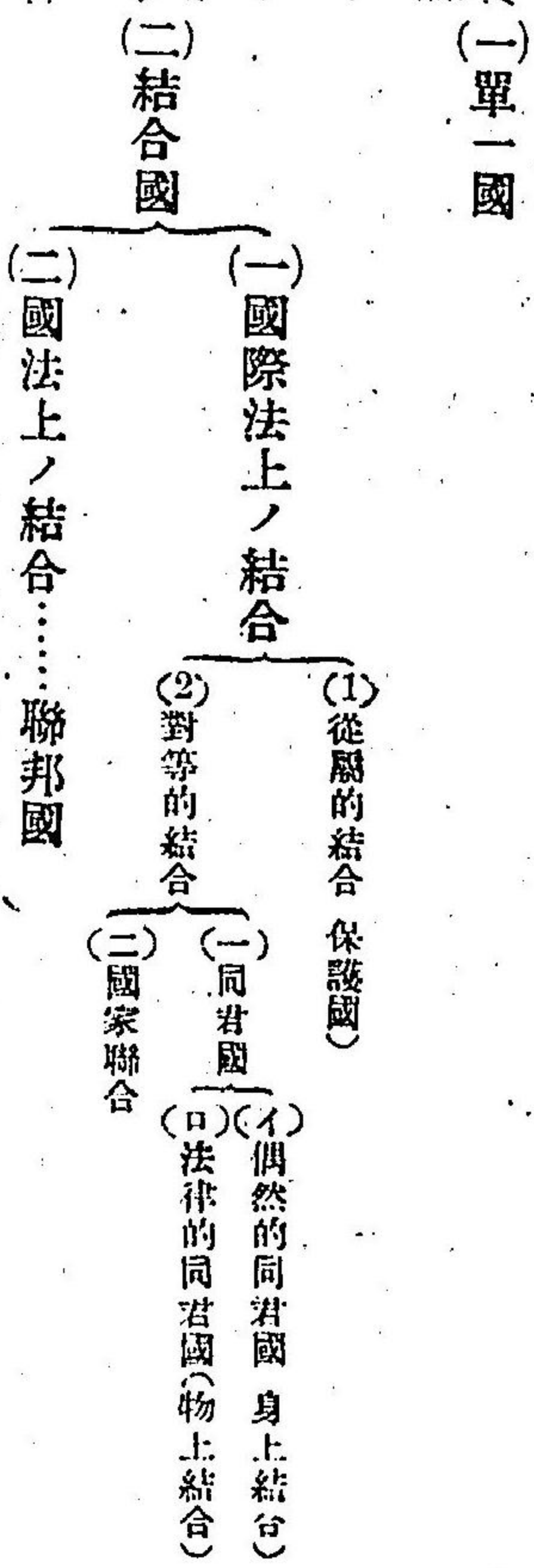
國家有機體說

ニ至リシハ主トシテ第十八世紀ノ性理學派ニ反抗シテ第十九世紀ノ歷史學派(アイヒホルン、ニーブル、プフ、サイプニ)ニ依リテ主張セラレタル所ニ係リ歷史學派カ國家ヲ以テ人類ノ自由意思ニ依リテ作造シタル機關的ノ製作物ナリト爲シタルニ反シテ國家ハ自然ニ成長シ發達シ又衰亡スルコトアルヘキモノニシテ人意ニ依リテ製造シ破壞シ得ヘキモノニ非サルコトヲ表明シタルニ過キス、例ヘハブリュンテュユリハ曰ク國家カ有機體ナリト謂フハ凡テノ自然的有機體ト同シク(イ)物質的ノ要素ト精神的ノ力トノ結合換音スレハ肉體ト精神トノ結合ニ依リテ成ルコト(ロ)自ラ一ノ全體ヲ爲セトモ其ノ各部分ニハ別ニ機關ヲ備ヘ其ノ機關ハ各特別ノ作用ト能力トヲ有シ以テ其全部ノ種々ナル生活ノ需要ヲ満足セシムルコト(ハ)内部ヨリ發達シテ外部ニ生長スルコト(ニ)性質ヲ具有スルコトヲ意味スルナリ、此說カ一面ノ眞理ヲ有スルコトハ疑ナ容レサル所ニシテ、國家ノ機械的見解ノ誤謬ヲ明カニシタルノ功勞ハ溥スヘカラス、然レトモ法學上ヨリ言ヘハ人類以外ノ動物及ヒ植物ヲ人類ト等シク有機體ト謂フ唯一ノ觀念ニ屬セシメ而シテ國家モ亦之ト同一種類ナリト爲スカ如キハ無意味ノ見解ト言ハサルヘカラス、法學上ヨリ謂ヘハ人ハ權利ノ主體ナリ動物植物ハ權利ノ目的物トシテ無生物ト同一種類ニ屬シ始メテ人ト相對スルモノナリ、之ヲ人ト同種類ナル有機體ナリトスルハ純然タル自然科學上ノ見解ニシテ法學上ノ見解ニ非ス、國家有機體說モ亦單純ナル比較トシテハ誤謬ニ非スト雖モ法學上ノ性質ヲ説明スルニ於テハ何等ノ價值ヲ有スルモノニアラサルナリ(美濃部博士憲法講義)

第四節 國家ノ種別

第一款 國家ノ結合

▲國家ノ結合ニ依ル國家ノ種類



單一國トハ最高權ヲ有スル國家ヲ謂フ(例ヘハ日、英、露、佛、白、和、伊、清、西等ノ諸國是ナリ)

▲單一國

國家ノ最モ通常ナル形ハ單一ノ國家ナリ、通常國家ノ觀念ヲ論スルニハ概テ此單一國ノミヲ眼中ニ置クヲ常トス、先キ第一章ニ於テ國家ノ觀念ヲ論スルニモ專ラ單一國家ヲ以テ其觀察ノ基礎トセルモノナリ、然レトモ國家ハ往々他ノ國家ト相結合シテ數多ノ國家カ更ニ相集マリテ一ノ大ナル共同團體ヲ爲セルモノアリ是レ國家ノ結合ト謂フ、

國家ノ結合トハ二個以上ノ國家カ永續ノ目的ヲ以テ特別ノ法律原因ニ依リ組織的ノ結合ヲ爲セルモノ謂フ、

國家カ他ノ國家ト種々ノ關係ヲ有スルハ此ノ如キ國家ノ結合ノ外尙其場合少カラス、國家ハ獨立シテ其生存ヲ全フスルコト能ハサルヲ以テ常ニ他ノ國家ト相交通シ少クトモ凡テノ文明國ハ相共同シテ國際團體ヲ爲セリ、國家ノ結合體ハ此ノ如キ一般國際團體ノ關係ヲ謂フニ非ス、其特別ノ法律原因ニ依リテ結合セルコトニ於テ之ト相異ナリ一般國際團體ノ關係ノ外、國家ハ亦他ノ國家ト或ハ貨幣同盟、關稅同盟、郵便條約ノ如キ又ハ攻守同盟ノ如キ種々ノ條約ヲ締結シ相聯合シテ其ノ共同ノ目的ヲ達スルコトアリ、國家ノ結合トハ又此ノ如キ關係ヲ謂フニ非ス其永續的且ツ組織的ナル點ニ於テ此ノ如キ關係ト異レリ、國家ノ結合ハ其結合ノ原因カ國際法ノ範圍ニ屬スルト同法ノ範圍ニ屬スルトニ依リテ國際法上ノ國家ノ結合ト國法上ノ國家ノ結合トニ區別ス、

國際法上ノ國家結合トハ二個以上ノ國家カ互ニ條約ニ由リ自己ノ意思ニ基キ相結合スルモノニシテ其相互ニ拘束セラルルノ限度及ヒ方法ハ專ラ其ノ條約上ノ義務ニ因リテ定マリ隨テ之ヲ支配スルノ法則ハ專ラ國際法ナルモノヲ謂フ、國際法上ノ國家結合ハ更ニ之ヲ二種ニ區別スルコトヲ得即チ一ハ從屬的關係ニ依リ結合スルモノト他ノ一ハ對等的關係ニ結合スルモノトナリ、

(1) 從屬的結合(保護國) 從屬的結合トハ一國又ハ數國カ他ノ國家ニ對シテ一方國ノ從屬ノ關係ニ立ツモノニシテ其最モ著シキ通例ハ保護國ナリ、

(2) 對等的結合 對等的結合トハ相結合セル各國カ各對等ノ地位ヲ保チ對等ノ權利主體トシテ相結合セルモノニシテ其重ナル實例二種アリ、一ハ同君國ニシテ他ハ所謂國家聯合ナリ、

國家ノ結合

(一) 國際法 上ノ結合

(一) 同君國 同君國トハ二國以上ノ君主國カ共同ニ一人ノ君主ヲ戴ケモルヲ謂フ、同君國ニ必要ナル要素ハ唯其君主ノ同一ナルコトニ在リテ其他ノ機關ノ共同ナルコトハ其觀念ニ必要ナラス然レトモ多クノ場合ニ於テ同君國ハ亦共同ノ政府ヲ有シ共同ノ國會ヲ有シ一定ノ範圍ニ於テハ共同ニ其政務ヲ處理スルニ在リ、同君國ハ尙之ヲ二種ニ區別スルヲ得、即チ偶然的同君國、法律的同君國是ナリ、

(イ) 偶然的同君國 (Personal Union) 偶然的同君國(所謂身上結合)トハ君主ノ共同ナルコトカ法律上ノ原因ニ基クニ非スシテ偶然ノ事情ニ基ケルモノヲ謂フ、其最も普通ナル場合ハ君位繼承法ニ依リテ他國ノ君主カ自國ノ君位ヲ繼承スヘキ順位ニ當レル場合ニ生ス(例ハ舊時ノ英國ト「ハンノーバー」ノ關係、和蘭ト「リクサンブルク」ノ關係ノ如キ皆此原因ニ依リテ生シタルモノナリ) 然レトモ亦場合ニ依リテハ或ハ選舉ニ依リ或ハ列國會議ノ如キ國際行為ニ依リ一國ノ君主ヲ更ニ他國ノ君主ニ奉戴スルニ依リテ生スルコトアリ(例ハ今日ノ白耳義ト「コンゴースタート」ハ此原因ニ依リテ生シタルモノナリ) 偶然的同君國ノ今日ニ存スルモノハ白耳義ト「コンゼール」カ唯一ノ例ナリ 偶然的同君國ハ真正ノ意識ニ於テ國家ノ結合ニ非ス偶然ノ事情ニ因リテ君主ヲ共同スルモノニ過キサレハナリ、

(ロ) 法律的同君國 (Réal Union) 法律的同君國(所謂物上結合)トハ二國以上同一ノ君主ヲ戴ケルコトカ偶然ノ事情ニ基ケルニ非スシテ合同各國ノ意思ニ基キ永久ニ同一ノ君主ヲ戴クヘキコトヲ契約シタル場合ナリ、其條約ノ明文ヲ以テ之ヲ定メタルヤ

又ハ慣習法ヲ以テ定マレルヤハ必スシモ間フ所ニ非ス、唯合同の各國カ永久ニ同一ノ君主ヲ戴クヘキ意思アルコトヲ必要トス、(法律的同君國ノ今日ニ存スルハ奧大利ト匈牙利及ヒ瑞典ト那威ナリ)

(二) 國家聯合 (Staendaul) 國家聯合ハ二個以上又ハ數國カ完全ニ各自國ノ獨立ヲ保有シ而シテ其共同ノ目的ヲ達スルカ爲メ一ノ組合ヲ組織スルモノヲ謂フ、國家聯合ハ其法律上ノ性質ニ於テハ恰モ町村組合ノ如キモノニシテ其聯合セル各國ハ其聯合ニ因リテ毫モ自國ノ獨立ヲ妨ケララルコトナク完全ノ主權ヲ有ス而シテ組合自身ハ全體トシテハ一ノ國家ヲ爲スモノニアラス、國家聯合ハ歷史上ノ實例トシテハ唯一ニ完全ナル國家ノ結合タル聯邦國ヲ組成スルニ至ルマテノ經過的ノ現象トシテ存在シタルニ止マリ今日ニ於テハ其實例ノ一モ存在スルモノナシ(歷史上ニ於ケル其最も主ナル實例ハ一七七八年ヨリ一七八七年ニ至ル北米合衆國、一八一五年ヨリ一八四八年ニ至ニ瑞典聯邦、一八一五年ヨリ一八六六年ニ至ル獨逸是レナリ)

國家聯合ハ其全體ニ於テハ國家組織ヲ爲スモノニアラサルヲ以テ直接ニ國民ニ對シテ命令ヲ爲スノ權ヲ有スルコトナク國家聯合ニ於テ決定シタル所ハ聯合各國カ更ニ自己ノ名ニ於テ自ラ之ヲ國民ニ命令スルニ依リテ初メテ其權力ヲ生スルナリ、外國ニ對シテモ國家聯合ハ其團體カ一個ノ國民トシテ現ハルルモノニ非ス、縱令共同ノ公使ヲ有スル場合ト雖モ其公使ハ國家聯合ノ權利ヲ代表スルモノニ非スシテ聯合各國ノ權利ヲ代表シテ行使スルモノナリ、

(二) 國法上ノ結合

國法上ノ國家結合トハ二個以上ノ國家カ相合シテ一ノ國家ノ權力ニ服從シ其服從國カ最高ノ權力ニ服從スルハ契約上ノ義務ニアラスシテ最高國ノ統治權ニ基クモノナルヲ謂フ、隨テ之ヲ支配スル法則ハ專ラ國法ニ因ルモノトス、國法上ノ國家聯合ノ最モ著シキモノハ聯邦國ニシテ亦國家結合ノ最モ完全ナルモノナリ、

▲聯邦國(Bundesstaat) 聯邦國トハ多數ノ國家カ相聯合シテ一ノ大ナル國家ヲ組織シ各國家ハ此大ナル國家ノ權力ニ服從スルモノヲ謂フ、聯邦國ノ今日ニ存スル最モ著シキモノハ獨逸帝國、北米合衆國及ヒ瑞西聯邦也、聯邦國ハ國家聯合ト異ナリ其全體ヲ以テ一ノ國家ヲ爲スモノニシテ自ラ直接ニ其國民ニ對スル統治權ヲ有シ聯邦國ニ於テ定マル所ノ法律ハ直接ニ人民ヲ拘束ス國際法上ニ於テモ亦聯邦國ハ其全國ヲ以テ一ノ人權トシテ一ノ國家トシテ完全ニ自己ノ權利ヲ行使スルモノ也、ラバントノ語ヲ以テ言ハハ國家聯合ハ權利關係ニシテ聯邦國ハ權利主體ナリ其異ナルハ尙ホ民法上ノ組合ト會社トノ異ナルカ如シ、

第二款 國體ト政體

(一) 君主國

- (1) 世襲君主國ト選舉君主國
 - (2) 君主專制國ト制限的君主國
- (A) 等族君主國
(B) 立憲君主國

▲國體政體ニ依ル國家ノ種別

- (1) 寡人の共和國
- (2) 貴族的共和國
- (3) 民主的共和國

(イ) 國民總會ヲ有スル君主國
(ロ) 純然タル代議的民主國
(ハ) 直接民主的組織ヲ有スル代議的君主國

國體トハ國家機關ニ基ク國家ノ種別ヲ謂フ、

國體ノ種類ニ付テハ希臘ノ「アリストートル」以來君主政治ノ國、貴族政治ノ國及民主政治ノ國ノ三種ニ分ツテ通常トセシモ、近時ニ於テハ主トシテ「マキャベリ」ノ影響ニ基キテ此ノ三種ヲ區別スル代リ君主國ト共和國トノ二種ニ區別スルヲ例トスルニ至レリ、蓋シ貴族政治ト民主政治トノ區別ハ總國民カ國家ノ最高機關タルト國民中ノ特權アル少數者カ其最高機關タルニ依ルノ區別ナレトモ民主政治ノ國ニ於テモ實際ニ政治ニ與カル者ハ國民中ノ一部分ニ止マリ女子、小兒、其他ノ無能力者ハ之ニ與カルコトヲ得サルモノナルカ如シ其間ノ區別ハ君主國ニ屬スル差異程ニハ理論上判明ナラス從テ國家ノ二分說ハ以テ三分說ヲ歷スルニ至レルナリ、

國體ノ區別ハ專ラ國家ノ最高機關ノ如何ニ因ルノ區別ナリ、

君主國ト共和國トノ區別ハ舊時ノ學者ノ思考シタル如ク統治權ノ主體ノ如何ニ因ル區別ニ非ス、統治權ノ主體ハ國體ノ如何ヲ問ハス常ニ國家ナリ、君主國ニ於テ君主ナ統治權ノ主體ナリト思考スルノ非ナルト等シク共和國ニ於テモ國民カ統治權ノ主體タルニ非ス、君主國ト共和國トノ區別ハ又統治權ノ總攬者ニ基クノ區別ニ非ス、今日ニ於テモ學者ハ君主國ハ一人カ統治權ヲ總攬スルノ國タリ共和國ハ多數人ニ

緒論 國家ノ種別 國體ト政體

(一) 國體ノ意義

於テ統治權ヲ總攬スルノ國ナリト謂フナ例トセリト雖モ立憲君主國ニ於テ君主一人ニテ統治權ヲ總攬スルモノナリト認ムヘカラス、國家ノ區別ハ專ラ國家ノ最高機關ノ如何ニ因ルノ區別ナリ、最高機關カ一人ノ自然人ヨリ來ル場合ニ於テハ君主國ナリ其一人カ統治權ノ全部ヲ總攬セルト或ハ他ノ機關ノ爲メニ制限ヲ受クルト或ハ他ノ機關ト共同シテ統治權ヲ行フトハ問フ所ニ非ス、最高機關カ多數ノ自然人ノ集合ヨリ成ル場合ニ於テハ共和國ナリ、(以上美濃部博士憲法講義)

(1) 國體ノ問題ハ即チ統治權ノ總攬者タル機關ノ存在ハ國家觀念ノ要素ナリ、

政體トハ統治權行使ノ形式ヲ謂フ、國體ト政體トハ區別スル憲法ノ法理ニ通曉スルカ爲ニ極メテ必要ナリ、蓋シ國體ハ國家ノ組織ノ問題ナリ抑モ國家ハ統治權カ固有スル共同團體タル法律上ノ人格タリ而シテ共和國體タル人格ハ其意思ヲ發生表示スルトコロノ機關ヲ有スルニ依リ完成ス若シ此機關ナクハ人格ナシ國家アルコトヲ得ス、故ニ國家アレハ玆ニ此ノ如キ機關ノ存在スルハ觀念上ノ要件タリ、此ノ如キ機關ハ國家ノ觀念ノ要素タリ、國家カ組成スル要素ハ土地ト臣民ト統治權カト謂フト雖モ、統治權カ固ヨリ抽象的ノ名義ニシテ之ヲ具體化スル者ナカルヘカラサルカ故ニ之ヲ國家カ組成スル要素ハ土地ト臣民ト統治權ノ總攬者タリト謂フモ亦同一ニシテ更ニ明白ナリ、統治權ノ總攬者ハ國家ノ凡百ノ意思ノ源泉ニシテ之ヲケレハ國家ノ意思活動如スルノ機關タリ、此ノ統治權ノ總攬者ハ國家組成ノ要素タル事ハ又其他ノ機關ト區別スルノ要點ニシテ從テ何人カ統治權ノ總攬者タルヤハ直接ニ國家ノ組織ノ基礎ノ問題ニシテ此ノ基礎定マラサレハ國家ノ政體存スルコトヲ得サルナリ、反之

(2) 政體ノ問題即如何ナル方法形式ニ於テ統治權カ行使セラルルヤハ國家組成ノ根本ト毫モ相關スルコトナシ、

(二) 國體ト政體トノ區別

統治權ノ行使ノ方法形式カ如何ニ定メラルヘキヤハ國家ノ人格タル性質ノ直ニ要求スル所ニ非ス國體存立ノ要件ニ非ス、政體ノ變革スルカ爲メニ國家モ亦更新スルコトナシ國體カ國家組成ノ基礎ノ問題タルトキハ全然問題ノ本位ヲ異ニスルヲ知ルヘシ、統治權ノ行使ノ方法形式ト謂フハ要スルニ統治權ヲ總攬スル者カ其總攬スル所ノ統治權ヲ行使スルニ如何ナル機關ヲ設ケ如何ナル形式的、實質的範圍ニ要務ヲ分配スルカ之ナリ、此ノ如キ機關ハ明白ニ統治權ノ總攬者ト區別スルコトヲ要ス之ヲ國體ト政體トヲ區別スルコト必要ナリト謂フナリ等シク機關ナリ然レトモ彼ハ國家組成ノ基礎ニシテ此ハ國體行動ノ結果タリ此點ヲ明白ニ認メサル者ハ屢々國體ト政體トヲ混同スルヲ免レント、(以上杉本士帝國憲法)

政體ノ區別ハ統治權行使ノ方法形式ニ基ク、故ニ國家ノ最高機關ノ如何ニ依ル國體ノ區別ト矛盾スルモノニ非ス、君主國ニモ共和國ニモ專制政體、立憲政體ハアリ得ヘシ而シテ此區別中更ニ種々ノ細則ヲ認ムルコトヲ得(以下美濃部博士憲法講義)

(一) 君主國ノ種類

(1) 世襲君主國ト選舉君主國

君主國ノ最も通常ナル形ハ世襲君主國也、世襲君主國トハ君主ノ位ニ即ケヘキ者カ同一王統ニ屬スル者ニ限リ其王統中ヨリ豫メ定メタル王位繼承ノ順位ニ從ヒ特別ノ選定行爲ヲ待タス當然ニ王位ニ即ケヘキモノヲ謂フ今日ニ存在スル總テノ君主國ハ皆世襲君主國ナリ、然レトモ歷史上ノ事實ニ於テハ選舉君主國モ其例ナキニ非ス、

(a) 選舉君主國 トハ君主ヲ選舉スヘキ特定ノ機關アリテ其機關ノ選舉ニ因リ君主ノ位ニ即ケモノヲ謂フ、歷史上ニ於ケル其最モ顯著ナル例ハ中世ノ獨逸帝國ナリ、獨逸皇帝ハ選舉侯ノ選舉ニ因リテ帝

位ニ即ケテ得タルモノニシテ一定ノ繼承ノ順位ニ因リテ當然其位ニ就キタルニ非ス、然レトモ選舉君主國ハ君主國ノ異例ニ屬シ或ハ漸次同一王統中ヨリノ選舉セラレ送ニ世襲君主國ト爲ルノ傾向ヲ有スルカ然ラサレハ遂ニ變シテ純然タル共和國ト爲ルノ傾向ヲ有セリ。

(2) 君主專制國ト制限的君主國

(イ) 君主專制國 トハ君主カ管ニ國家ノ最高機關タルノミナラス唯一ノ直接機關ニシテ毫モ他ノ機關ノ制限ヲ受クルコトナク自己ノ任意ニ統治權ノ全部ヲ行使スルモノヲ謂フ、君主專制國ハ國家組織ノ最モ單純ナルモノナリ、

(ロ) 制限君主國 トハ之ニ反シテ君主カ其統治權ヲ行使スルニ當リ君主ノ命令ノ下ニ立タサル他ノ獨立機關ノ制限ヲ受クルモノヲ謂フ、制限君主國ニハ二ツノ重ナル種類ヲ區別スルコトヲ要ス、其第一種ハ中世ニ於ケル所謂等族國家ニシテ他ノ一種ハ近世ノ所謂立憲國也、

(A) 等族君主國

中世ノ所謂等族の國家ハ其統一の性質ヲ缺ケルコトニ於テ近世ノ國家ト異ナレリ、中世ノ國家ニ於テハ、君主ハ統一のナル國家ノ機關トシテ存在スルモノニ非ス自ラ獨立ノ權利主體トシテ土地及人民ヲ領有シ而シテ人民中特權アル階級即チ所謂等族ハ君主ト相對シテ獨立ノ團體ヲ爲シ此等族の團體ハ君主ト相對スル獨立權利主體タルナリ、等族の團體中ヨリ其代表者ヲ出シ等族會議ヲ組織シ君主ハ此等族會議ノ承諾ヲ得ルニ非サレハ租稅ヲ徵收スルコトヲ得ス又法律ヲ作ルコトヲ得サルナリ、然レトモ其租稅ヲ徵收シ法律ヲ制定スルハ近世ノ議會カ君主ノ行爲ニ協贊スルトハ全ク其趣キテ異ニシ君主等族會議ト方共同シテ或ル行爲ヲ爲スニ非ス君主等族會議ト方互ニ相對立スル權利主體トシテ其間ニ契約ヲ締結シタルナリ、租稅ノ承諾ハ等族會議カ君主ニ對スル承諾ナリ、法

律ハ君主ト等族會議トノ契約ニ外ナラス、中世ノ國家ハ此ノ如ク君主ト等族ト方相對立シタル國家ニシテ近世ノ統一の國家ニ反シテ之ヲ獨立の國家ト謂フコトヲ得。

(B) 立憲君主國

近世ノ立憲的國家ハ中世ノ等族の國家ヨリ發達シ來リタル者ナレトモ其法律上ノ性質ニ於テハ全ク之ト異ナリ、君主ト議會ト並存シ君主カ議會ノ同意ヲ得ルニ非サレハ租稅ヲ徵收スルヲ得ス、又法律ヲ制定シ得ナルノ點ニ於テハ中世ニ於ケルト相類似セリト雖モ、近世ノ國家ハ統一の團體タル國家ナリ、君主ト議會トハ相對立スル權利國家ニ非スシテ等シク統一の團體タル國家ノ機關ナリ、法律ハ君主ト議會トノ契約ニ非スシテ君主ト議會ト方、共同ニ同一ノ目的ニ向ツテ其意思ヲ表示スルモノニシテ二ツノ意思カ相合致シ以テ統一の國家ノ意思ヲ作成スルモノナリ、近世的ノ立憲國ハ英國ニ於テ始メテ發達シタルモノニシテ英國ニ於テハ近世ノ等族會議カ漸次ノ發達ニ由リテ近世的ノ議會タル性質ヲ得、他ノ國ニ於テハ中世ノ國家組織ヨリ變シテ君主專制國トナリ、或ハ瓦解シテ數多ノ諸侯國ニ分割シタル間ニ英國ハ獨リ絶エサル發達ニ由リテ立憲制度ヲ採ルニ至リシハ何レモ皆直接ニ英國ヲ以テ其模範トスルモノニシテ初メハ英國ノ殖民地タリシ北米合衆國ニ於テシテ之ニ次キテ佛國革命ニ由リ佛國ヲ經テ漸次ニ歐洲大陸ノ諸國ニ傳播シ以テ今日ニ至レルナリ、

近世立憲君主國ノ最モ重ナル特色ハ左ノ三點ニ在リ、

- (1) 代議制度ノ存在 最高機關タル君主ノ下ニ之ト相對ヒテ直接機關トシテ議會ヲ存ス議會ハ其全部又ハ少クモ一部ハ國民中ヨリ選舉セラレタル者ヲ以テ組織シ立法權ニ參與スルノ權ヲ有ス、即チ議會ノ議決ヲ經タルモノニ非サレハ法律トナルコトヲ得ス、立法權ノ外尙議會ハ重要ナル行政、殊ニ財政ニ付テノ監督權ヲ有シ隨テ國務大臣ハ議會ニ對シテ責任ヲ負フナリ、

▲立憲君主國ノ特色

緒論 國家ノ種別 國體ト政體

(三) 國體政體
家ノ依ル國體
種別國體

(二) 共和國ノ種類

(1) 寡人の共和國 トハ憲法上ニ限ラレタル小數ノ人カ國家ノ最高ノ權力ヲ行フモノヲ謂フ今日ニ於ケル其適例ハ獨逸帝國ナリ、獨逸帝國ニ於ケル最高機關ハ聯邦參事會ニシテ而シテ聯邦參事會ハ聯邦各國ノ君主又ハ元老院ノ代表者ヲ以テ組織スルモノナリ、

(2) 貴族の共和國 トハ國民中ニ階級ノ區別アリ治者タル階級ト被治者タル階級トカ嚴重ニ區別セラレ治者ノ階級ニ屬スル者カ統治權ヲ總攬スルモノヲ謂フナリ、近世ノ國家ニ於テハ此共和國ヲ存セス、シモ國民ノ全體ヲ謂フニ非ス、精神喪失者、小兒ノ如キ無能力者ハ勿論女子モ亦除外セラレルヲ常トシ其他尙種々ノ缺格原因ヲ定メラルルヲ常トス、然レトモ此等特定ノ理由ニ依リ除外セラレルモノ、外ハ總國民カ國權ノ行使ニ參與スルノ權ヲ有シ總國民ノ意思カ統治權ノ源泉トナルモノヲ謂フナリ、民主共和國ハ近來ノ最も普通ナルモノナリ之ニ更ニ三種ノ區別ヲ認ムルコトヲ得、

(3) 民主的の共和國 トハ總國民カ國家ノ最高機關タル地位ヲ有スルモノヲ謂フ、總國民ト謂フモ必スシモ國民ノ全體ヲ謂フニ非ス、精神喪失者、小兒ノ如キ無能力者ハ勿論女子モ亦除外セラレルヲ常トシ其他尙種々ノ缺格原因ヲ定メラルルヲ常トス、然レトモ此等特定ノ理由ニ依リ除外セラレルモノ、外ハ總國民カ國權ノ行使ニ參與スルノ權ヲ有シ總國民ノ意思カ統治權ノ源泉トナルモノヲ謂フナリ、民主共和國ハ近來ノ最も普通ナルモノナリ之ニ更ニ三種ノ區別ヲ認ムルコトヲ得、

(1) 國民總會ヲ有スル民主國 此ノ種ノ民主國ニ於テ參政權ヲ有スル國民ノ全體カ一ノ合議體ヲ組織シ此ノ國民總會ニ於テ國家ノ最高機關タルモノヲ謂フナリ、國民總會ハ唯地域極メテ狹キ國家ニ於テノミ存在スルナ得ヘク今日ニ於テ此種ノ總會ヲ有スルモノハ唯獨四ノ二三ノ小州(カリ、

オフツルデン、アツペンツセル、ニトツルデン、グラルース、ノミ、此種ノ國家ニ於テモ國民總會ノ外別ニ代議會ノ組織ヲ有シ代議會ニ於テ通常ノ立法權其他ノ權力ヲ行フ國民總會ハ唯特ニ重大ナル事件ニ付テ法高ノ立法權ヲ有スルノミ、

(2) 純然タル代議的民主國 代議的民主國トハ代議會ニ於テ國家統治權ノ全部ヲ行フモノヲ謂フ、代議會ハ國家ノ代表機關トシテ統治權ヲ行フナリ國家カ國家ノ最高機關タルコトヲ失ハサレトモ國民カ自ラ統治權ヲ行フニ非スシテ國民ノ行爲ハ唯選舉行爲ノミニ限ラレ代議會カ國民ノ名ニ於テ實際ノ統治權ヲ行フナリ北米合衆國及佛國ハ其法モ重ナル實例ナリ、

(3) 直接民主的組織ヲ有スル代議的民主國 此種ノ民主國ハ前ノ二種ノ中間ニ在ルモノニシテ原則トシテ代表的ノ組織ヲ爲シ交フルニ直接民主的ノ要素ヲ以テシタルモノナリ、其第一種ノ民主國ト異ナル所ハ此種ノ國家ニ於テハ總國民カ一ヶ所ニ集合シテ一合議ヲ爲スコトナク唯國民ノ總投票ニ付スルニ止マルノ點ニ在リ國民ノ總投票ハ之ヲ Referendum、ト謂フ國民總投票ノ制度ヲ存スル國ノ重ナルモノハ瑞西聯邦及聯邦内ノ各洲、米合衆國內ノ殆ト各洲ナリ此等ノ何レノ國ニ於テモ通常ノ立法權ハ代議會ニ於テ之ヲ行フ、唯特ニ重大ナル事項ニ憲法ノ改正ニ付テハ代議會ノ決議ノ後更ニ國民ノ總投票ニ付スルコトヲ要スルナリ、

第二章 憲法

第一節 公法ノ觀念

緒論 憲法 公法ノ觀念 公法ノ意義

第一款 公法ノ意義

憲法ハ法也從テテ法ノ根本觀念、其成立期限、公法私法ノ區別等ニ關シ之カ研究スルノ要アルモ其精細ノ研究ニ至リテハ之ヲ法學通論ノ範圍ニ限リ茲ニハ單ニ公法ノ觀念及公法ニ於ケル憲法ノ地位ヲ圖示スルニ止ム。

公法トハ國家ノ權力ノ發動ニ關スル法ナリ、

國家ノ統治權ハ其初ハ無制限ナル實力ナリ、國家カ制限スル外ハ他ヨリ何等ノ制限ヲ受ケルコトナシ、國家カ無制限ナル實力トシテ活動スル間ハ國家ヲ支配スヘキ法ハ存在スルコトヲ得ス、隨テ公法ハ全ク存在ノ餘地ナシ、專制政治ノ下ニ於テハ法ト云ヘハ常ニ私法ニシテ公法ハ全ク存在セザリシコトハ夙ニ學者ノ證明スル所ナリ、專制政治ノ下ニ於テハ國家ハ自己ノ欲スル儘ニ其實力ニ任セテ何等ヲモ臣民ニ命令スルコトヲ得ルナリ、近世ノ法治國ニ於テハ國家ハ法ヲ以テ豫メ自ラ其權力ノ發動ヲ制限シテ其法規ニ準據スルニ非サレハ臣民ニ對シテモ命令ヲ爲スコトナク他ノ國家ニ對シテモ活動スルコトナシ國家カ自ラ其統治權ノ發動ヲ制限スルノ法ハ則チ公法ナリ(美濃部博士憲法講義)

公法ノ意義

第二款 公法ト私法

(一) 公法私法ノ區別

公法ト私法トノ區別ハ國家觀念ノ發達ト相伴ヘルモノニシテ羅馬法時代國家觀念

ノ盛ナリシ頃ニ於テハ公法ト私法トノ區別モ亦嚴重ニ認メラレシカ中世ノ國家觀念衰フルト共ニ此區別モ亦全ク消滅シ公法ト私法トハ全ク混同セラレタリシモ近世ノ國家觀念ノ起リシト共ニ再ヒ明瞭ニ其區別ヲ認識セラルルニ至リシナリ、公法ト私法トノ區別ノ標準ニ付テ學說アリ其重ナルモノ左ノ如シ、

(1) 利益標準說 公法トハ公ノ利益ヲ認メ之ヲ保護スルモノニシテ、私法トハ私ノ利益ヲ認メ之ヲ保護スルモノナリト、

(批難) 公ノ利益ト私ノ利益トノ區別ノ標準明ナラス、凡テ法律ハ其公法ナルト私法ナルト其規定カ國家ニ關スルト財産ニ關スルトヲ論セス、皆公益ノ爲ニ存在スルニアラサルハナシ、且又公法ノ區域ニ屬スル法律關係ニ於テモ一私人ノ利益ヲ認メ之ヲ保護スルコトアリ法カ國家ニ對スル公法上ノ權利ヲ以テスル場合ニ於テハ法ノ直接ニ保護スルモノハ其認メテ權利トナシ居ル私益ナリト言ハサルヘカラス。

(2) 關係標準說 公法トハ命令服從ノ關係(印チ權力關係)ヲ規定シ、私法トハ對等ノ關係(印チ權利關係)ヲ規定シタルモノナリト、

(批難) 公法ノ區域ニ於テモ國際法ハ權力及服從ノ關係ヲ定ムルモノニアラスシテ對等ナル權利主體ノ關係ヲ定ムルモノナリ、反之親屬法ハ私法ノ區域ニ屬スルトモ命令服從ノ關係ヲ定ムルコトアリ親權ノ如キハ國家ノ機關トシテ行フニ非スシテ今日ノ國家ニ於テハ私人ノ利益ノ範圍ニ屬スルモノト認メサルヘカラス(一木博士行政法講義)

(辯解) 或人ハ民法ト私法トナ同一ノモノト誤解シ亦民法トハ民法典ノ文字ニ編入セラレタ

公法ト私法トノ區別

ル規定ナリト誤解シ、民法法典中ニ權力關係ノ規定アルカ故ニ公法ハ權力關係ノ規定ナリト謂フ説カ誤ナリト誤解シタルカ如シ、民法トハ言フ迄モナク社會民事ノ規定ナリ、公法私法ノ區別トハ何等ノ關係ナシ、況キ立法者カ法律ノ條項ニ編纂スル事項ハ法律ノ公法私法ヲ見ルノ必要ナシ故ニ駁撃スルモ辯解スルモ其根據ナシ(穂積博士憲法講義)

(3) 人格對立説

公法トハ國家ト國家若クハ私人トノ關係ヲ規定シタルモノニシテ、私法トハ私人トノ同等ノ地位ニ立ツモノ、相互間ノ關係ヲ規定シタルモノナリ、即チ公法トハ其法律ノ規定スル關係其對立スル人格ノ一方カ必ス公共團體ナルヲ要スルモノナシ、私法トハ其對立スル人格カ雙方共ニ一私人タル團體タルモノヲ謂フ、又公法トハ國家自ラ意思ヲ制限スルモノナリ、私法ハ國家カ私人トノ間ニ意思ノ限界ヲ定ムルモノナリト言フモ意味ニ於テ異ナルコトナシ、

(批難)此説ハ結果ヲ見テ説明スルモノニシテ、全く機械的ニシテ公法ノ特質ヲ明ニスルニ足ラス且又國家ト一私人トノ關係ニ於テ必シモ公法關係ナラサルモノアリ、例ヘハ國家ト一私人トノ間ニ於テ買賣若クハ請負ノ契約ナシタル如キ場合はナリ、且又一私人相互ノ關係ト雖モ公法上ノ性質ヲ帶フルコトアリ、例ヘハ人ノ身體ヲ毆傷シタルカ如キ場合はナリ、故ニ右ノ定義ハ適合セス(穂積博士憲法講義)

(辯解)國家カ財產ノ主體トシテ私法ノ規定ニ從フコトハ云フ迄モナケレトモ國家ニシテ私人トノ間ニ存在スルコトヲ得ル關係ヲ結ブトキハ國家ハ其行為ニ依リテ自ラ其定メタル所ノ私法ノ規定ニ服スヘキコトヲ認メ居ルモノナリト云フコトヲ得ルハ恰モ國家カ外

(二) 學說

國ト交通ヲナシ居ルト云フ事實ニ由テ其國際法ノ效力ヲ認メ居ルト謂フ事實ヲ推測スルヲ得ルト同理ナリ(一本博士國法講義)且又右ノ身體ヲ毆傷シタル場合ノ如キニ於テハ私人相互ノ關係ニシテ公法上ノ性質アリト云フハ事實上ノ關係ト法律上ノ關係トヲ混同シタルモノナリ、即チ毆傷シタルト云フ事實ハ私人トノ間ニ起リタル事實ナレトモ此ノ事實ニヨリテ一方ニハ公法上ノ法律關係(刑事)ト一方ニハ私法上ノ關係(民事)トヲ生スルモノナリ、法ノ公私ヲ定ムルノ標準ハ法律上ノ關係ヲ觀察スルニアリテ事實上ノ關係ヲ觀察スルニアラス、

(4) 折衷説

公法トハ命令權ノ主體タル國家ト臣民トノ間ニ於ケル命令服從ノ關係ヲ規定セルモノニシテ、私法ハ命令權ナキ臣民相互ノ間ニ於ケル平等對立ノ關係ヲ規定スルモノナリ、學者カ關係説及ヒ人格對立説ヲ以テ其根本ニ於テ兩者氷炭相容レサルモノト爲スハ片面的觀察ヨリ生スル誤謬ナリ、蓋シ命令服從ノ關係ハ本來ノ性質上命令權ノ主體タル國家ト臣民トノ間ニ非サレハ發生スルコト能ハサルモノニシテ、平等關係ヲ規定スル法ハ何レノ場合ニ於テモ臣民相互ノ關係ヲ規定スルモノトセハ此兩説ハ畢竟同一ノ範圍ヲ脱スルコトヲ得サルモノナリ、故ニ公法私法ノ區別ニ關シテ優劣者ノ本來ノ性質ニ準據シ國家ノ構成分子タル命令者ト服從者トノ二原素ノ間ニ存在スル法律關係ヲ其實體ニ付キ觀察スルトキハ次ノ如ク説明スルコトヲ得ルナリ、

即チ國家ト臣民トノ關係ハ本來性質上平等對立ノモノニ非ス國家ノ臣民ニ對スル權力ハ絶對無限ニシテ國家ハ隨時如何ナル行為不行爲ヲモ其臣民ニ對シテ命令スルコトヲ得ヘシ、而

シテ昔時ノ國家ハ姑ク於テ論セストスルモ近世ノ國家ニ在リテハ國家ハ法ヲ設ケテ臣民相互ノ關係ヲ定ムルノミナラス臣民ノ國家ニ對スル服從關係ニ付テモ規定ヲ設クルニ至リ、從テ臣民ハ其服從義務ニ一定ノ限界ヲ與ヘララルト同時ニ國家ハ其命令權ヲ一定ノ條件ノ下ニ節制シ、國家ト臣民トノ關係カ事實上ノ現象ヲ離レテ法ノ上ノ現象トナリ法 規定スル所ニ從ヒテ臣民ニ臨マサルヘカラサルニ至レリ、此關係ヲ規定スル法ヲ名ケテ公法ト云フ約言スレハ「公法トハ國家ト臣民トノ間ニ於テ命令服從ノ關係ヲ規定スルモノナリ」ト斷定スルコトヲ得ルナリ、翻ツテ臣民相互ノ關係ヲ見ルニ臣民ノ間ニハ老幼賢愚又ハ貧富ノ懸隔アルヨリシテ或ハ一人カ他人ニ服從スルノ狀態之アルベシト雖トモ其服從關係タル決シテ國家ニ對スル如キ絕對無限ノモノニアラスシテ若シ無限ニ自由ヲ束縛スルノ契約ヲ爲サンカ私法上無効ノ法律行為タルヲ免カレサルナリ、故ニ原備契約ノ如キ又ハ親子ノ關係ノ如キ一人カ他人ヲ強制セント欲セハ必スヤ國家ノ權力ヲ仰カサルヘカラサルナリ、果シテ然ラハ私人相互ノ間ニハ固有ノ意義ニ於ケル命令服從ノ關係存スヘキ理由ナク其關係ヲ規定スル法ハ即チ「平等對立ノ權利關係ヲ規定スル私法ナリ」ト論セサルヲ得ス（岡學士行政法論）

（評論）(1)公法ノ觀念カ國家ヲ以テ其中心トナスコトハ疑ナ容レズ、利益標準說ノ如キハ言フニ足ラス、(2)權力關係說ノ如キハ權力ノ觀念ニノミ重キヲ置クニ過キ國家ノ要素ヲ度外視セル缺點アリ、(3)人格對立說ノ如キハ國家ノ觀念ノミヲ採リテ權力ノ要素ヲ度外視セル缺點アリ、(4)折衷說ハ稍此點ニ於テ其缺點ヲ免レタリト雖モ寧ロ法ノ公私ハ其規定スル對照カ國家權力ノ發動ニ關スルト否トニ依リ之ヲ區別シ「公法トハ國家ノ權力ノ發動ニ關スル法ニシテ私法トハ然ラサル法ヲ謂フ」ト定義スルヲ以テ簡明ナリト信ス。

第三款 公法ノ範圍

(1) 公法ハ國家機關ノ組織權限及ヒ之ニ必要ナル事項ヲ規定ス、

公法ハ國權ノ發動ヲ制限スル法也、國權ノ發動ヲ定ムルカ爲メニハ先ツ國權カ如何ナル機關ニ依リテ行使セラルルヤヲ定メサルヘカラス、近世ノ國家ハ其機關ニ立法司法及行政ノ三種ノ機關ヲ區別シ認メ此等ノ三種ノ機關ヲシテ各々獨立ノ職權ヲ以テ其事務ヲ行ハシム然レトモ此等各種ノ機關ハ固ヨリ同一ノ國家ノ機關ナルヲ以テ互ニ相連絡シテ統一ノ組織ナカルヘカラス、此等各種ノ機關ノ組織權限及其活動ニ必要ナル事項ヲ定ムルハ公法ノ第一範圍也。

(2) 公法ハ國家ト臣民トノ關係ヲ規定ス、

國家ト臣民トノ關係ハ無制限ナル權力服從ノ關係ニ非ス、國家ハ臣民ノ人格ヲ認メ國家ニ對シテモ對抗シ得ヘキ臣民ノ權利範圍ヲ認メ及臣民ニ對シテ國家ノ要求シ得ヘキ義務ノ範圍ヲ限定シ臣民ノ國家ニ對スル權利及義務ヲ定ムルハ公法ノ第二範圍也。

(3) 公法ハ國家以外ノ公共團體ノ組織權能及其團體ト個人トノ關係ヲ規定ス、

近世ノ國家ハ亦國家内ニ種々ノ團體ノ存在ヲ認メ此等ノ團體ヲシテ公ナル公務ノ一部ヲ行ハシム、此等ノ公共團體ノ組織及權能ヲ定メテ國家ト此等ノ團體トノ關係及此等ノ團體ト個人トノ關係ヲ定ムルハ公法ノ第三範圍也。

(4) 公法ハ國家ト他ノ國家トノ權利義務ヲ規定ス、

緒論 憲法 公法ノ觀念 公法ノ範圍

公法ノ範圍

國家ハ孤立シテ存在スルコトヲ得ス、絶エス他ノ國家ト交通シテ種々ナル法律上ノ關係ヲ有ス、即チ近世ノ國家ハ國際團體ノ一員トシテ其存在ヲ有ス、從テ國家ノ他ノ國家ニ對スル權利義務ヲ定ムルハ公法ノ第四ノ範圍也。

第四款 公法ノ分科

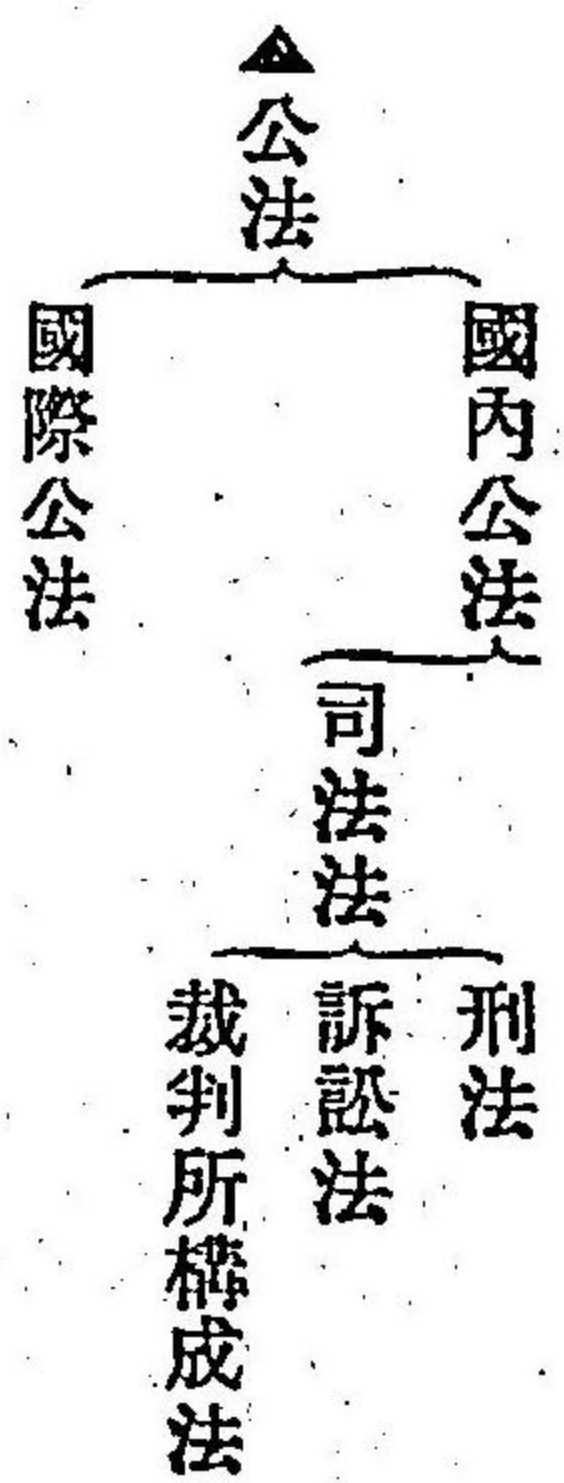
公法ノ全體ハ先ツ之ヲ國際公法ト國內公法トニ區別スルコトヲ要ス、國際公法ハ國家ノ他國家ニ對スル權利義務ヲ定ムルノ法ナリ、國內公法ハ或ハ之ヲ最高義ノ國法又ハ國家法ト謂フコトヲ得ヘシ、羅馬法時代ニ於テハ國法ト公法ノ全部トハ全ク其範圍ヲ同シウシ公法中ニ更ニ數多ノ分科アルコトヲ認メサリキ、然レトモ近世ノ發達ニ伴ヒ公法中國家ノ處罰權ヲ定ムルノ法ハ最早ク岐レテ一ノ獨立ノ分科ヲ爲セリ、刑法即チ是レナリ、之ニ次テ國家裁判權ノ發動ノ手續ニ關スル法ハ更ニ岐レテ別ノ分科ヲ爲シ訴訟法ノ學ヲ爲セリ、刑法及ヒ訴訟法ニ加フルニ司法裁判所ノ組織ヲ定ムル裁判所構成法ヲ以テスルモノハ之ヲ併セテ司法法ト云フコトヲ得ヘシ、最廣義ノ國法中ヨリ司法ノ法ヲ除キタルモノハ廣義ノ國法ト謂フ、廣義ノ國法中最モ近時ニ至リ行政機關ノ組織及ヒ國家ノ行政權ノ發動ニ關スル法規ハ又岐レテ行政法ナル一分科ヲ爲スニ至レリ、廣義ノ國法中行政法ヲ除外シタルモノハ狹義ノ國法吾人ノ所謂憲法ト稱スルモノナリ、

狹義ノ國法(憲法)

廣義ノ國法

行政法

公法ノ分科



第二節 憲法ノ位置

第一款 憲法ノ意義

憲法ナル語ニ實質的ノ意義ト形式的ノ意義トノ二種アリ、
(1) 實質的ノ意義 實質ニ於ケル憲法ハ國家統治ノ大則ヲ總稱スルモノナリ、

即チ國權ノ組織及行動ニ關スル大原則ノ定ムル法ヲ謂フ、而シテ其原則ハ成文法典トシテ現ハルルモノト又ハ不文ノ慣習トニヨリ現ハルルモノト又ハ普通ノ命令トシテ存スルモノトアリ、英國ニハ憲法法典ナルモノナク國法ノ大原則モ普通ノ法律ヲ以テ定ムルコトヲ得、佛國ニテハ憲法ハ一ノ典章トナラス三ツノ法典ヨリ成リ、他國ニテハ憲法ハ六ツノ法律トヨリ成ル、實質的ノ意味ニ於ケル憲法ハ何レノ國ニ於テモ必ス之ヲ有ス凡ソ國アレハ必ス憲

(一) 憲法ノ意義

法アリト言フコトヲ得ヘシ、普通ノ意義ニ於テ憲法トハ此ノ如キ廣汎ナル意義ヲ有スルニ非スシテ唯代議制度ヲ認メ議會ヲシテ國權ニ參與セシムル國ノ根本法ナノミ憲法ト稱シ此ノ如キ國家ヲノミ立憲國ト謂フ、

(2) 形式的ノ意義

ニ於ケル憲法ハ成文憲法ヲ指稱ス、成文憲法ヲ有スル國ニ於テモ其憲法ニ於テ規定スル内容ハ決シテ一定ノ範圍ヲ有スルモノニ非ス、或國ニ於テハ其規定ハ極メテ細密ノ事項ニ涉ルモノアリ、或國ニ於テハ皇位繼承ノ順序、國會ノ組織ノ如キ極メテ重要ナル事項ヲスラモ憲法中ニ規定セサルモノアリ、其詳細繁簡ノ程度ハ各國互ニ相異ナリテ一定ノ原則ヲ定ムヘキモノナシ、

憲法ト普通ノ法律トノ關係ニ付キ憲法ハ法律也トノ説ト法律ニ非ストノ説アリ、

(1) 法律説

憲法ト他ノ法律トノ區別ハ實質ニテハ定ムルコトヲ得ズ、單ニ制定ノ手續ニ關スル區別ニ過キス、斯ノ如ク憲法變更ニ付テハ特別ノ制限ヲ設クルニ係ラス憲法變更ノ法律ハ法律ノ一種ナリ、法律ノ一種ヲ以テ變更スルコトヲ得ル憲法モ亦法律ノ一種ナリ、北米合衆國ノ如ク憲法ト法律トノ間ニ制定ノ機關ヲ有スル國ニ於テハ憲法ト法律トハ別種ノ如ク認メラルルモ其他ノ國ニ於テハ憲法變更ハ憲法モ法律ノ一種ナルコトハ人ノ認ムル所ナリ、吾憲法ニ依ルモ第五條ハ立法權ニ憲法變更ノ權ヲ認メズ、第六條ハ法律ノ裁可ノ件ニ憲法變更ヲ裁可スルノ法ヲ認メズ、第七三條ハ憲法ノ變更カ當然議會ノ議決ヲ經ヘキモノトシテ單ニ其手續ニ付キ規定ヲ設クルノミニシテ別ニ議會ノ憲法變更ニ協賛スル方法

憲法ノ意義

(二) 憲法ノ性質

ヲ定メス、此規定ヨリシテ斷定スレハ憲法ハ憲法及ヒ憲法變更ノ法律ヲ以テ法律ノ一種ト認ムルコトハ疑ヲ容レズ殊更ニ第三七條ニ「此憲法又ハ他ノ法律」ト云フ文字ヲ指稱シテ證明スルヲ要セサルナリト(一木博士國法講義)

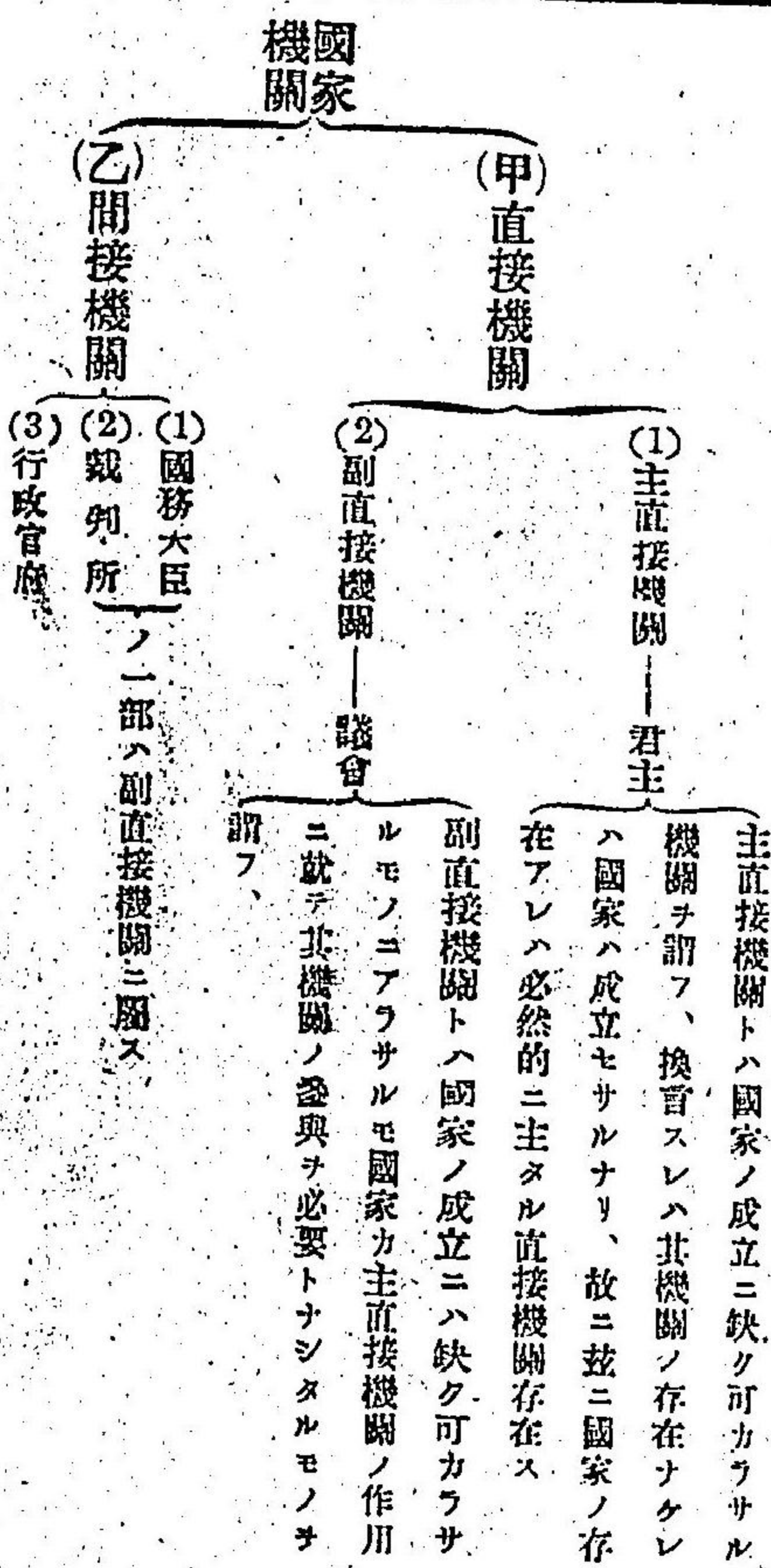
(2) 非法律説

(一) 憲法ハ最高法ニシテ普通ノ法律ニアラス而シテ其理由ハ憲法典前文ニ於テ「此憲法及法律ノ範圍内」云々ト區別シテ記載シアルニ據テ知ラルルナリ(ロ) 憲法ノ實質ハ國體及ヒ政體ノ原則ヲ定ムルモノナリ、憲法ノ形式ハ法律ヲ以テ變更スルコトヲ得サル最高ノ法典ナリ、憲法ハ國家最高ノ意思ニシテ法律ハ憲法ノ下ニ在リテ國家ノ意思ヲ發表スルモノナリ即チ憲法ト法律トハ其實質ヲ異ニスル別種ノ形式ニ屬スルカ故ニ劃然區別セサルヘカラス、議會カ憲法改正ノ案ニ對シ議決スルコトハ天皇ノ諮詢ニ答ヘテ意見ヲ奉ルモノニシテ其議定スル所ヲ採用スルト否トハ固ヨリ大權ノ自由ニ存ス、此解釋ニヨレハ議員ハ憲法改正案ニ修正ヲ加フル權能ナシトス即チ原案ノ儘ニテ可否ノ意見ヲ奉ルヘク普通ノ法律案ニ於ケルカ如ク其餘項ニ修正ヲ加ヘ是ヲ議決スルコトヲ得ス蓋シ議案ヲ修正スル權ハ議案ヲ提出スル權ニ基クモノナリ發議ノ權アルカ故ニ修正ノ權アルナリ(修正ノ一部ノ發議ナリ提出ナリ) 憲法ノ改正ニ付テハ明カニ修正案ヲ發議スルノ權ヲ帝國議會ニ與ヘス從テ議會ハ諮詢ニヨリ議事ニ付セラレタル案ニ對シ可否ヲ議決スルノ外自ラ進ンテ之ヲ修正加減シテ新案トナシ之ヲ議決スルコトヲ得サルナリ又此解釋ニヨレハ法律ニアラス故ニ法律案ヲ議定スルタメニ制定セラレタル議院法ノ條規ハ法律案ノ議事ニ於テノミ採用スヘク憲法改正案ノ議事ニハ適用スヘカラス(櫻井博士ノ憲法講義)

第二款 憲法ノ範圍

四二

國家ハ統治權ノ主體ニシテ機關ニ依リテ其意思ヲ發表スルモノナリ、而シテ國家ノ機關ハ種々アリ、上ハ君主ヨリ下ハ下級ノ官吏ニ至ルマテ皆國家ノ爲ニ作用スルモノナルヲ以テ等シク國家ノ機關ナリ、然レトモ此等ノ機關ハ其地位ヲ同フスルモノニアラス、今此等ノ機關ニ付テ區別ヲ立ツレハ左ノ如シ



(一) 憲法ノ範圍

憲法ハ直接機關ニ關スル法規殊ニ主直接機關ノ法規ナリト謂フコトヲ得、固ヨリ憲法モ國家法ノ一部ナルヲ以テ國家ト國家内ノ人格ニ對スル關係ヲ規定シタルモノナルコトハ明ナリトス、唯國家カ國家内ノ人格ニ對スルニハ如何ナル組織ヲ有ス可キ機關ヲ以テスルヤヲ規定シタルモノ、中ニ於テ主直接機關ニ關スル規定ハ憲法ニ屬スルナリ、乍併主直接機關ニ關スル規定ハ又種々ノ部分アリ即チ主直接機關ハ如何ナル地位ヲ有シ如何ナル組織限ヲ有スルモノナルヤニ關スル規定アリ、又主直接機關カ其作用ヲナスニ當リテハ他ノ副機關參與ヲ要スルコトアリ、故ニ此副機關ノ組織權限等ニ關スルコトモ亦憲法ニ屬スルモノナリ、又主直接機關カ此等ノ副機關參與ヲ受ケテ外部ニ向テ其作用ヲ爲スニ當リテハ如何ナル程度又ハ如何ナル形式ニ依ル可キモノナルヤ、又其外部ニ向ツテ意思表示ヲ爲スニハ如何ナル内部ノ作用ヲ爲スヘキヤ及ヒ其作用相互ノ關係ノ規定モ亦憲法ニ屬スルナリ、且テ憲法ハ國家法ノ一部ニシテ國家ト一個人トノ關係規定ナルヲ以テ一個人ノ國家ニ對スル權利義務ノ規定モ亦憲法中ニ含有セララルモノナリ即チ一個人ニ義務ヲ科シ亦一個人ノ義務ヲ制限スルニハ一定ノ形式ヲ以テ之ヲ爲シ且テ或範圍ヲ超エ可カラサルモノヲ規定シタル中ニ於テ主直接機關ノ行為ノ制限トナルモノナリ、故ニ此等ノ規定ハ主直接機關ノ行為ニ關スル規定ナリト謂フコトヲ得、又主直接機關ノ作用ニ對シテ土地的ノ範圍即領土ハ如何ナル關係ヲ有スルモノナリヤチ說明スルコトモ亦憲法ノ一部ニ屬スルモノナリ。

(1) 憲法ト行政法トノ區別ニ關シ學說アリ

憲法ハ國家法ト全ク同一ノモノナリ、而シテ行政法トハ行政機關

カ其作用ヲ爲スニ當リ違奉ス可キ法規ヲ集メタルモノヲ謂フ、即チ民法訴訟法又ハ國家法ノ一部ヲ總稱シテ假ニ名ツケタル名稱ニシテ行政法ト謂フ一ノ系統ニ基ク法規アラズ種々ノ系統ヲ有スル法規ヲ集メタルモノニシテ特別ノ一ノ學科トシテ存在スルモノニ非スト(批難)行政法ヲ斯ノ如ク解スルトキハ其範圍非常ニ廣大トナリ行政法中ニ民法訴訟法等マテモ説明セサルヘカラサルニ至ル而シテ一方ニハ憲法ニ於テ下級ノ行政機關ノ組織ニ關スルコトモ亦説明セサルヘカラサルニ至ル、故ニ實際上ニ於テ甚々不便利ナル區別法ト言ハサル可カラズ。

(2) 組織作用標準說

憲法トハ國家法中ノ組織ニシテ、行政法トハ國家法ノ作用法ノ一部分ナリ、即チ國家構成ノ諸要素國家機關組織ニ關スル規定ノ全體ハ憲法ニシテ此等諸機關ノ作用ニ關スル規定全體カ作用法ニシテ行政法カ其一部分ナリト(批難)此說ハ論理上敢テ批難ス可キ點ナシ併若シ此說ニ從フトキハ憲法ニ於テハ國家下級ノ機關官吏ニ關スルコトヲモ説明セサル可ラス而シテ行政法ニ於テ唯國家作用ノ一部分ノミ説明スルモノナルヲ以テ其範圍極メテ狭キニ失スルモノナリ故ニ實際上ニ於テ前說ト同シク不便利ノ區別法ナリト言ハサルヘカラズ。

(3) 原則細則標準說

憲法ハ國ノ統治機關ノ組織及作用ニ關スル一般ノ原則ヲ規定シタル法ノ全體ニシテ、行政法トハ唯其強制ニ關スル細則ノ規定全體ヲ云フモノナリト(批難)其所謂原則細則トハ唯程度多少ノコトニシテ性質上ノ區別ヲ爲スコト能ハサルヲ以テ此區別ハ完全ナラス。

(二) 憲法ト行政法トノ區別

(4) 機關標準說

此說ニ二種アリ、(イ)第一說ニ曰ク、憲法トハ統治權ノ主體及作用ニ關スル規定全體ヲ示スモノニシテ行政法ハ國家機關ノ統治權執行ニ關スル法ヲ指スモノナリト(ロ)第二說ニ曰ク、憲法トハ國家機關タルヘキ位置ヲ有スルモノ、組織及作用ニ關スルコト其他國家ノ諸要素ノ關係ヲ規定シタル法ノ全體ナリ行政法トハ此等機關組織作用ニ關スル法ノ全體ナリト。
(評論)憲法即チ狹義ノ國法ト行政法トノ間ニハ必スシモ列然タル區別ノ標準アルニ非ス學者カ之ヲ區別スル爲メ種々ノ標準ヲ求メントスルハ徒ニ論理ヲ弄スルニ止マリ更ニ其實益ナシ其區別ハ單ニ程度ノ差異ニシテ性質ノ差異ニ非ス行政機關ノ組織及行動ヲ論スルモノナリ然レトモ國法学ニ於テモ余ク此等ノ事項ヲ度外視スルコトヲ得ヘキニ非ス如何ナル方法ヲ以テスルモ行政機關ノ組織ノ大綱目行政ノ立法及司法ニ對スル關係、行政ノ性質等ノ事項ヲ論スルコトナクシテ國法学ノ系統ヲ全ウスルコトヲ得ヘキニ非ス故ニ行政法ト國法学トハ或ル部分ニ於テハ必ス相重複スルコトアルヲ免レス行政法學ノ一部分ニ付テ一層精密ニ一層詳細ニ研究スルニ外ナラサルナリ(美濃部博士憲法講義)

第三節 憲法ノ沿革

第一款 歐米憲法ノ沿革

今日ニ於テハ大多數ノ立憲國ハ皆成文憲法ヲ有セサルモノナシ、歐洲ノ立憲國ニシテ今日尙ホ不文憲法ノ狀態ニ在ルモノハ獨リ英國及匈加利アルノミ然レトモ此ノ如キ成文憲法ハ事極メテ近世ノ發達ニ屬シ諸國ニ於テ成文憲法ノ制定ヲ見ルニ至リシハ何レモ皆最近百三十年間ノ出來事ナリ、

(1) 憲法典ノ濫觴 其最初ノ憲法ハ北亞米利加ノ英國殖民力獨立戰爭ニ依リテ英國ヨリ分離シ其ノ十三州カ各完全ナル主權ヲ得タル後一七七六年以後ニ制定シタル各州ノ憲法ナリ、之ニ次テ此等十三州ノ新獨立國ノ合同ニ依リテ成リタル一七八七年ノ合衆國憲法アリ。

(2) 佛蘭西系統ノ憲法典 米國憲法ノ影響ノ下ニ於テ佛國ニ於テモ一七八九年ヨリ又之ト同様ナル憲法制定ノ時議始リ一七八九年ニハ有名ナル人權及公民權宣言アリ之ヲ第一著手トシテ遂ニ一七九一年ノ佛國第一回ノ憲法ノ制定セラルルニ至レリ、是レ實ニ歐洲ニ於ケル近世ノ成文憲法ノ嚆矢ナリ、此ノ佛國第二次ノ憲法ハ歐洲近世ノ憲法史上ニ最モ偉大ナル影響ヲ與ヘタルモノニシテ佛國ノ武力ト共ニ佛國ノ思想ハ忽チニ全歐大陸ヲ風靡シ國民主權ノ思想ヲ以テ基礎トナセル歐洲ノ凡テノ王國ハ皆此憲法ヲ模範トシテ其憲法ヲ制定セリ、一八一二年ノ西班牙ノ憲法、一八二二年ノ葡萄牙ノ憲法及ヒ一八一四年ノ制定ニシテ今日ニモ尙ホ效力ヲ有セル諸國ノ憲法ハ皆此ノ模範ニ依リテ制定セラレタルモノニシテ一八一一年ノ白耳義憲法モ又重要ノ點ニ於テ之カ影響ヲ受ケタルモノナリ、一八一四年ノ拿破崙ノ沒收及ヒ一八一五年ノ維也納會議ハ歐洲ニ於ケル國民主權ノ思想ノ發展ニ大頓挫ヲ來タサシメ中世ノ君主神權ノ思想カ再ヒ歐洲ノ政治ヲ支配スルニ至レリ、此新ナル思想ノ發現トシテ更ニ他ノ諸國ノ憲法ニ大ナル模範ヲ與ヘタルモノヲ佛國ノ王政回復ニ依リテ作ラレタル一八一四年ノ「ルイ」十八世ノ憲法ト爲ス、此憲

(一) 歐米憲法沿革

法ハ舊來ノ國民主權ノ思想ニ對シテ君主主權ノ思想ヲ以テ其ノ基礎ト爲シ隨テ又舊來ノ憲法カ何レモ直接又ハ間接ニ國民ノ自ラ制定シタルモノ(所謂民定憲法)ナリシニ反シテ此ノ憲法ハ(君主ノ欽定憲法)ニシテ凡テノ國權ハ本來國王ニ專屬シ憲法ハ國王ノ側ヨリ其ノ自由意思ヲ以テ臣民ニ許與シタルモノト爲シタルナリ、此新主義ニ依リテ成リタル憲法カ他ノ歐洲大陸諸國ニ與ヘタル影響ハ決シテ一七九二年ノ憲法ニ誤ラス、一八一四年ヨリ一八四八年ニ至ルマテノ間ニ制定セラレタル獨逸諸國ノ憲法ハ皆此ノ憲法ノ影響ノ下ニ成リタルモノナリ、其他尙ホ一八一五年ノ荷蘭ノ憲法一八五四年ノ西班牙ノ憲法及ヒ後ニ以太利七國ノ憲法ト成リタル「サルサニア」王國ノ憲法ハ皆其ノ根本ノ思想ニ於テ此ノ憲法ノ影響ヲ受ケタルモノナリ。

(3) 白耳義系統ノ憲法典 佛國ノ憲法ノ外ニ尙ホ歐洲諸國ニ於テ模範憲法ト成リタルモノハ一八三一年ノ白耳義憲法ナリ、此ノ憲法ハ一八九一年ノ佛國憲法及ヒ一八三〇年ノ同憲法ノ影響ノ下ニ成リタルモノナントモ當時ノ諸國憲法中最モ完備シタシモノナリシテ其以後ノ諸國ニ對シテハ始ント理想的ノ憲法ト看做サレタリ、現行ノ一八五八年以後ニ制定セラレタル獨逸諸國ノ憲法ノ皆多少ノ度ニ於テ此ノ憲法ノ影響ノ下ニ成リタルモノニシテ獨逸帝國ノ憲法ニ於テスラモ其ノ影響ヲ認ムルコトヲ得ヘシ。

第二款 帝國憲法ノ沿革

明治元年三月十四日五箇條ノ誓文發セラレ其一二「廣ク會議ヲ興シ萬機公論ニ決スヘシ」トアリタルハ是レ今日立憲政體ニ至ルノ萌芽ヲ爲シタルモノナリ、次テ明治元年四月立憲制度調査ノ爲メ東京ニ議事取調局ヲ

(二) 帝國憲法沿革

況カレ明治二年變更セラレテ制度察ト爲リシモ其調査ヲ繼續シタリ、明治七年民選議院設立ノ議起ルニ及ヒ更ニ憲法取調委員ヲ置キ以テ各國憲法ノ取調ヲ爲サシメシカ其結果ハ明治八年四月十四日ノ勅諭トシテ顯ハレ元老院及大審院ノ設置ト爲リタリ、是レ我國ニ於テ立法權ト司法權ト特ニ分クセル始ニシテ以後法律ノ名ヲ以テ發布セラルルモノハ必ス元老院ノ議決ヲ經サル可カラスト定メテ大審院ノ設置ニ依リテ民事刑事ノ裁判ハ特設ノ司法機關ニ依リ行ハルルモノトナシタリ、是レ今日立憲政體ニ至ルノ基礎ヲ作りシモノト謂フヘシ、尙ホ明治九年元老院ニ命ジテ憲法ノ調査ヲ爲サシメシカ明治十年ノ戰爭ニ妨ケラレ僅ニ明治十一年府縣會ヲ設置シテ以テ國會開設ノ階梯ヲ作ルニ止メタリ、然ルニ明治十三年國會開設ノ建白類呈セラレシカ爲メ明治十四年國會開設ノ詔勅下リ歐洲各國ノ憲法取調ノ爲メ伊藤參議ヲ歐洲ニ派遣セラレタリ、伊藤參議歸朝ノ後制度取調局設置セラレ該局ハ專ラ立憲制度準備ノ調査ヲ爲セシカ其調査ノ一部ノ結果ハ明治十八年十二月ノ制度改革ト爲リ内閣ナルモノ始メテ組織セラレタリ、次テ明治二十一年樞密院ヲ置キ憲法ノ草案ヲ其議ニ付シ十分審議ノ上翌年ノ紀元節即チ明治二十二年二月十一日ニ現行ノ帝國憲法トシテ發布セラル、ニ至リタルモノナリ。

如斯クニシテ發布セラレタル憲法ノ草案ハ最初白耳義ノ憲法ヲ參照シテ起稿セラレントシタリシモ後主トシテ英國ノ憲法ニ準據シタルモノナリ、初メ白耳義ノ憲法ヲ參照シタリシハ十九世ノ中頃歐洲憲法中最完備シタルモノト認メラレタルモノナリシカ爲ニシテ後ニ普國ノ憲法ニ準據スルニ至リタルハ其國體我ト相類スト認メタルニ依ルモノトス。

第四節 憲法ノ淵源

第一款 憲法ノ淵源總說

實質的ノ意義ニ於ケル憲法即チ狹義ノ國法ハ國家ノ組織及行動ヲ定ムル國家也、故ニ其法源ハ成文法タルト慣習法タルト又法律タルト命令タルトヲ問ハス國家ノ組織又ハ其行動ヲ定ムルモノナレハ皆憲法ノ法源タリ、反之、假令法律ノ形式ヲ有スル國家ノ組織又ハ行動ヲ定メルモノハ憲法ノ法源ニ非ス。

(一) 憲法(形式的ノ意義)

(二) 法律及命令

(甲) 成文法

(三) 皇室典範

(四) 條約

憲法ノ淵源

(乙) 慣習法

條約ヲ以テ憲法ノ淵源中ニ入ルト雖モ、條約ハ國ト國トノ間ニ締結シタル契約ナレハ其契約ノ當事者タル國家相互ハ之ヲ拘束スルノ效力ヲ有スノミニシテ之ニ因テ當然國家ノ機關又ハ人民ヲ拘束スルノ效力ヲ有セス、何トナレハ國家ノ機關又ハ臣民ハ唯國家ノ法則ニ從フヘキ義務ヲ有スルノミナレハナリ、故ニ條約ハ條約

總 憲法ノ淵源 說

附註

憲法ノ淵源 憲法ノ淵源總說

其モノトシテ憲法ノ淵源タルコトヲ得ス、然レトモ之ヲ公布スルトキハ憲法上立
法事項ニ牴觸セサル範圍ニ於テ命令タル效力ヲ生スルモノナルカ故ニ此點ニ於テ
條約モ亦憲法ノ淵源トシテ數フルコトヲ得ヘシ。憲法法律及命令ノ性質ニ付テ
ハ、後載スヘキヲ以テ茲ニハ慣習法ト皇室典範トノ性質ヲ研究セントス

第二款 慣習法

●●●●●
慣習法 慣習法ハ公法ノ範圍ニ於テハ存在セストノ學說アリ、然レトモ私法ノミ
慣習ニヨリテ生スルコトアルモ公法ハ獨リ成文法ニ由ルノ外生スルコトヲ得スト
謂フ理由ナシ、若シ公法ノ區域ニ慣習法ナシトセハ憲法制定前ノ國家ニ於テハ國
法ハ殆ント存在セスト云ハサルヘカラス、又實際ニ於テモ慣習ハ國法ノ範圍内ニ
於テ法規ヲ決定スルノ標準ニシテ行政法ノ明文ナキ場合ニ於テ慣習法ニヨリ決定
スルコト多シ而シテ慣習法カ如何ナル理由ニ本ツキテ效力ヲ有スルモノナルカハ
法學界ノ一難問ナリ。

(1) 國民意思說 慣習法ハ國民ノ意思ニ本ツクモノナリト、(批難)此說ヲ維持セントスルニハ意思ノ主

體カ各國人集召セル國民ニ存在スルト云フ說ヲ採ルモノナラサルヘカラス換言スレハ主權在民既ヲ採ル
ニ非ラサレハ國民ノ意思ニ本ツクモノカ直ニ法律ナリト云フコト能ハス、蓋シ國民ナルモノニ一ノ意思
アリトスルモ此意思ハ各國人ノ行爲ヲ離レテ之ヲ表示スルノ機會ナク從テ其存在ヲ認ムル途ナシ、故ニ
各國人カ慣習ノ實質ナル行爲ヲ行フニ當リテハ其行爲ニ依リテ法規ヲ生スルノ意思ヲ有スルモノト認メ
サルヘカラス、然レトモ法規ヲ生スルノ意思ハ自ラ其意思ニ依リテ法規ヲ生スルノ勢力アルコトヲ確信
セルモノニアラサレハ之ヲ有スルコト能ハス、故ニ此說ハ國家主權亦君主主權ノ主權ニ反ス。

(2) 法律的確信說 慣習法ハ國民ノ法律的確信ナリト說ナリ此說ニ種々アリ。

(イ) 正理確信說 此說ハ國民カ慣習法ノ實質カ正理ニ適セル者ト云フコトヲ確信スルニアリト、(批難)然
レトモ正理ト法トハ同一ノモノニ非ラス正理ニシテ法ナラサルモノアリ、法ニシテ正理ナラサルモノア
リ、然レハ此ノ如ク慣習法ノ實質カ正理ニ反スルモノアリトスレハ此等ノ正理ノ準繩ヲ以テ論スルコト
ヲ得サル事項ハ正理ノ確信ナクモ法トナルコトヲ得ルト云フコトヲ得ヘシ、故ニ正理ノ確信ハ慣習法カ
其效力ヲ有スル原因ナリト云フコトヲ得ス。

(ロ) 法律確信說 此說ハ國民カ慣習法ノ實質ヲ現ニ法ナリト云フコトヲ確信スルニアリ而シテ法律モ亦國
民カ法律的確信ニ依リテ生スルコトヲ主張ス即チ國民ノ法律的確信ヲ直接ニ法ヲ生スルコトアリ間接ニ
法ヲ生スルコトアリ其直接ノ方法ハ慣習ニシテ間接ノ方法立法ナリト、(批難)然レトモ立法ハ必スシモ
國民ノ法律的確信ニ一致スルモノニ非ス數多ノ場合ニ於テ全ク之ト反スルコトアリ、法律ハ國家ノ意思
ナルカ故ニ效力ヲ有スルニ非ラス、假リニ慣習法ハ國民カ其實質ノ現ニ法規ナルコトヲ確信スルノ結果
ナリトスレハ一切錯誤ニ本ツクモノナリト言ハサルヘカラス何トナレハ慣習法ハ國民ノ確信ニ依リ初メ

テ生スルモノナリ、然ルニ國民ハ其既ニ法ナリト云フコトヲ確信ス之レ實ニ大ナル誤ナリ殊ニ慣習ヲ以テ國民ノ確知スルノ方法ニ止マラス慣習法ノ成立スル要件ナリトスレハ未タ慣習ナキニ先テ其既ニ法ト云フコトヲ確信スルハ錯誤ノ愈々大ナルモノト言ハサルヘカラス(一)本博士行政法講義)

(3) 事實的確信說

慣習法ノ法タルカヲ生スル原因ハ專ラ事實上ノ永キ慣習ニ在リ凡テ人ハ自己ノ周圍ニ於テ絶エス見聞スル所ノ事實之ヲ正當ノモノナリト見做スニ至ルノ天性ヲ有ス是レ管ニ法律上又ハ道德上ノ法則ニ付テノミ云フ所ニ非スシテ凡テノ事實ニ付テ又同一ノ感想ヲ認ムルヲ得ヘシ例ヘハ人ハ自己ノ屬スル階級ノ風俗慣習ハ他ノ階級ノ風俗慣習ヨリモ正當ナリト感シ自己ノ屬スル流派ノ繪畫ノ他ノ流派ノ繪畫ヨリモ美ナリト感シ自國ノ食物ハ他ノ食物ヨリモ嗜好ニ適スルカ如キ皆自己ノ周圍ニ存スル事實ヲ以テ正當ノモノナリト見做ス天性ノ現ハレタルモノニ外ナラス此ノ如キ性情ニ基キテ永ク行ハレタル慣習ハ其慣習ノ生レタル原因ノ何レニアラヤヤ問ハス唯其永ク行ハレタル事實ノミニ由リテ其慣習ヲ以テ法ナリト見做シ自ラモ亦之ニ隨ハサルヘカラストスルノ確信ヲ生スルニ至ル其慣習力或ハ法律ノ誤解ニ基テ生シタルヤ或ハ偶然ノ事情ニ由リテ生シタルヤハ問フ所ニ非ス其原因ハ何レニ在リトスルモ一タヒ慣習ト爲リテ永ク行ハレタルトキハ自ラ之ヲ以テ法ナリトスルノ確信ヲ生シ各人ノ行爲ヲ規律スルニ至ル慣習法ハ此ノ如クシテ發生スルモノナリ。

慣習法

慣習法ト成文法トノ關係ニ付テハ多數ノ學者ハ慣習法ヲ以テ制定ノ下ニアリ其範圍ニ於テノミ存在スト爲ス隨テ如何ナル場合ニ於テモ慣習法ヲ以テ成文法ヲ廢止變更スルヲ得ス、成文法ニシテ若シ慣習法ノ發生ヲ禁止スルトキハ慣習法ハ全ク發生スルヲ得サルモノト爲セリ其說ノ根據トスル所ハ國家ハ最高ノ權力ヲ有スルノ主體ナリ、自己ノ意思ヲ以テ自ラ制限スルノ外ハ國家力何者ニ由リテモ其意思ヲ制限セ

ラルルコトナシ、慣習法ヲ以テ國家ノ意思以上ノ效力ヲ有スルモノト爲シ慣習法ニヨリテ成文法ヲ廢止變更スルコトヲ得ヘシトセハ是レ國家最高權ノ性質ニ矛盾スルモノナリト云フニアリ。

然レトモ國家力最高ノ權力ヲ有ストハ國家力自己以上ニ優勝ノ力ヲ有スル意思主體ナルコトヲ認メサルヲ謂フ國家ハ自ラ制限スルノ外如何ナル意思ノ主體ニ由リテモ自己ノ意思ヲ制限セラルルコトナシ、故ニ若シ國家ノ制定シタル法律ニシテ國家以外ノ團體又ハ個人ノ意思ニ由リテ廢止變更モラルルトセハ是レ明方ニ國家ノ性質ニ反スルモノナリ、然レトモ國家力最高權ヲ有ストイフハ必スシモ國家ノ能ク能ク意味スルニ非ス、國家ト雖モ事實上ノ力ハ之ヲ如何トモスルコト能ハス國家ト雖モ男子ヲ女子ト爲スコト能ハサルト同シク自然ニ興ヘラレタル事實ノ力ニ依リテハ國家ノ權力モ亦事實上制限セラルルコトヲ免レンス慣習法ニシテ若シ國家内ノ團體又ハ其他ノ意思主體ノ制限ニ係ルモノトスレハ其效力ニ於テ國家ノ制定法ニ優ル能ハサルハ云フマテモナシト雖モ、慣習法ハ事實上ノ慣習ニ由リテ自ラ其效力ヲ生スルモノナリ、而シテ此ノ如キ事實上ノ力ニ對シテハ國家モ亦之ヲ制スルコト能ハス、之ニ依リテ成文法ヲ廢止變更セラルルトモ必スシモ國家最高權ノ性質ニ矛盾スルモノニ非ス、故ニ一般ニ云ヘハ慣習法ヲ以テ成文法ヲ廢止變更スルコトヲ得スト謂フハ誤ナリ、縱令成文法ヲ以テ明ラカニ慣習法ノ發生ヲ禁止スル場合ト雖モ慣習法ノ發生ハ之ヲ妨ケララルルコトナシ實際ニ於テモ諸國ノ實例ニ於テ成文法ニ反對シタル慣習ヲ生シ其慣習力長ク引續キ行ハレタルニ依リ成文法ノ文字ハ其儘ニ存スルニ抱ハラス事實上ニ廢止又ハ變更ノ結果ヲ生スルニ至リタルハ必スシモ其例ニ乏シカラサル所ナリ、然レトモ近世ノ立法ノ發見ニ伴ヒ法ノ淵源ハ國家ノ制定法カ其大部分ヲ占ムルト共ニ慣習法ハ益益其價值ヲ減シ國家ノ制定スル所カ即チ法ナリトスルノ信念カ一般ニ國民ノ間ニ行ハルルニ至ルヲ以テ今日ノ實際ニ於テハ成文法ニ

違反シタル慣習ヲ生スルコト極メテ少ク其慣習カ法タルノ力ヲ得ルニ至ルハ尙一層稀ナリ隨テ今日ノ實際ニ於テハ慣習法ヲ全ク以テ成文法ヲ廢止變更スル能ハストイフモ必スシモ太過ナルヘシ(美濃部博士憲法講義)(批難)此說ハ何カ故ニ慣習ナル事實ガ慣習法トシテ國家ヲモ纏束シ又裁判官モ適用セサルヘカラサルカヲ説明スルニ足ラス、自己ノ意思ニ反シテ法律上意思ノ制限セラレサルハ國家ノ性質ナリ慣習法トシテ國家ヲモ纏束スルハ國家自己ノ意思ニ本ツカザル可カラス(一木博士行政法講義)

(4) 國家承認說 慣習ハ國家ノ承認ニヨリテ法律タル效力ヲ生スルモノナリ、國家力事實上法律タル效力アル慣習ヲ禁止又ハ制限セザレハ之ヲ默認シタルモノニシテ慣習ハ之ノ默認ニ依リテ法規タル效力ヲ生シ國家ヲ纏束スルモノナリ、此結果トシテ國家ハ既ニ成立スル慣習法ヲ廢止變更スルコトヲ得ヘキモ慣習法ハ如何ナル場合ニ於テモ國家ノ法律命令ヲ變更廢止スルコトヲ得サルナリ、或ハ曰ク法律ハ命令全ク慣習法ノ發生ヲ禁シテモ又ハ成文法ニ反スル慣習法ヲ禁シテモ此ノ如キ法文ハ本來無効ニシテ慣習ノ發生ヲ妨ケル力ナシト、或ハ曰ク法律カ全ク慣習法ヲ禁シ又ハ成文法ニ抵觸スルモノニ限リテ之ヲ禁シタル場合ハ此ノ禁止ノ存在セル限りハ慣習法ニヨリ成文法ヲ廢止スルコトヲ得禁止ノ既ニ解ケタル以上ハ慣習法ハ如何ナル成文法ヲモ廢止變更スルコトヲ得ト(辯駁)然レトモ國家力成文法ニ於テ明ニ其意思ヲ表示セル場合ニハ國家力反對ノ慣習ヲ默認セザルコトヲ推測スル根據ナリ國家力却テ之ヲ禁止シタルモノト認メサルヘカラス成文法ノ存在セル限りハ反對ノ慣習法ハ發生スルノ途ナシ成文法ト雖モ久シキヲ經テ自然ト消滅ニ歸スルコトナキニ非ス其存在スル要件タル階級ノ事情カ全ク一變シタル場合ニ於テハ法律ハ始メヨリ此等ノ變更シタル事情ノ下ニ於テ適用セラル、ノ精神ヲ有セザリシカ故ニ自ラ消滅ニ歸スルニ必竟立法者ノ意思ノ解釋ニ歸スルモノニシテ慣習ニヨリテ成文法ヲ廢止シタルモノニハス非(一木博士行政法講義)

第三款 皇室典範

皇室典範ノ性質ニ付キテ學說種々アリ。

皇室典範ノ性質 我國ノ皇室典範ナルモノハ封建時代ニ於ケル歐洲諸國ノ所謂王室家法ナルモノ、如ク王室ノ財産相續親族ノ關係ノミヲ規定シタルモノニ非スシテ皇位繼承ノ順序攝政ヲ置ク可キ場合攝政ノ順序ニ關スルカ如キ國家機關スル最モ重要ナルコトハ亦皇室典範中ニ規定シアルナリ故ニ歐洲諸國ノ制度ニ據テ直ニ之カ性質ヲ判定スルコトヲ得ス隨テ學說紛々タリ。

(1) 憲法說 憲法ニ於テ君位繼承ヲ皇室典範ニ委任シタルカ故ニ典範中皇位繼承ニ關スル規定ハ憲法ト等シク憲法ノ一部ナリト(批難)慣習ハ直接ニ規定ヲ設ケスシテ或ル規定ヲ法律命令ニ譲ル場合少シトセス例ヘハ憲法第三十四條ハ貴族院ノ組織ヲ敕令ニ同三十五條ハ衆議院ノ組織ヲ法律ニ譲リタルモ貴族院令及選舉法ハ憲法ニ非ス之ガ改正變更ハ慣習變更ノ手續ニ由ルヲ要セス故ニ憲法カ或規定ヲ典範ニ譲リタルナリ理由ニシテ典範ノ一部ヲ以テ憲法ノ一部トナスハ誤謬ナリ(一木博士國法講義)

(2) 特種命令說 皇室典範ハ憲法ノ範圍ニ於テ存在スル國家ノ命令ノ一種ナリ、唯法律命令ハ議會ノ協賛大臣ノ副署等種々規定アルニ反シ典範ハ憲法ノ條規ヲ變更スルコトヲ得サルコト及ヒ攝政ヲ置ク間變更スルヲ得サルコトノ制限アルノミ其性質ハ法律命令ト相同ク憲法ノ法淵ナリ(一木博士國法講義)(批

權(一)國家ノ命令ナルモノカ公文式ニ依ラス乃チ官報ニ掲載セラレシテ公布セラレシ且國務大臣ノ副署ナキモノカ唯天皇ノ裁決ノミニシテ拘束力ナシ得ヘキノ理由ナシ(二)皇ニ典範カ命令ノ一種ナリトスルトキハ他ノ法律命令等ニ對シテ如何ナル効力ヲ有スルモノナルヤ憲法ニハ皇室典範ヲ以テ憲法ノ條規ヲ變更スルコトヲ得ストノ規定アルカ故ニ憲法ノ條規ノミハ皇室典範ニテ變更スルコトヲ得スト言フコトヲ得レトモ他ノ法律命令ハ自由ニ之ヲ變更スルコトヲ得ルヤ又皇室典範中ニハ如何ナル事項ノミニテ規定スト謂フ規定アラサレハ他ノ民法及刑法等ト相抵觸スル規定ヲ設ケルモ總テ有效ナリト加之皇室典範ノ名義ノ下ニ於テハ如何ナル事項ヲモ之ヲ規定スルコトヲ得ルヤ而シテ之等ノ規定ハ他ノ法律命令ノ如ク之ヲ公布セスシテ當然國家ノ命令トシテ拘束力ヲ有スルモノナルカ是等ノ場合ヲ説明スルコトヲ得サルナリ(三)又規定スルコトハ民法訴訟法等ト相抵觸スルトキハ其効力ノ強弱ハ何ニ依テ之ヲ分ツコトヲ得ルヤ之ヲ分ツノ標準ナクハ唯前法後法ノ關係ニ依リ其強弱ヲ分タサル可カラス隨テ皇室典範ニ規定スル皇族ハ特別ノ保護ヲ受ケザルモノト言ハサル可カラス故ニ皇室典範ヲ一種ノ命令ナリト官ヲ設ハ撰認ナリ(副島博士憲法講義)

(3) 自主權說 皇室典範ハ自主權ニ因ル規定ナリ(自主權トハ或團體カ國家ノ認メタル範圍ニ於テ團體員ノコトニ關シテ拘束力アル規定ヲ設ケル權ヲ指稱スルモノナリ)故ニ皇室典範ニ於テ皇室ニ關シテ特別ノ設ケアラサルコトハ元ヨリ一般ノ法ニ從ハサル可カラス又皇室以外ノコトニ付テハ皇室典範ニ於テ之ヲ規定スルコトヲ得ス、何トナレハ皇室ノ自主權ハ皇室ニ關スル事項ノミ支配シ皇室以外ノ事項ニ關シテハ之ヲ支配スルモノニ非サルナリ(副島博士憲法講義)(批難一ノ一)典範ヲ以テ皇室ノ自主權ニ出ツルモノナリトモハ典範ハ法律命令ノ下ニ在ラサル可カラス、從テ典範ノ規定ハ一片ノ命令ヲ以テ廢スルヲ得ヘシト(一本博士國法講義)(辯解)併自主權ニ依ル規定ハ毎ニ國家ノ法令ニ讓ラサル可カラスト官ヲ理由ナシ、唯自主權ノ範圍如何ニ依テ其効力ヲ定メサルヘカラス、而シテ皇室ノ自主權ハ其範圍頗ル廣大ナルモノニシテ皇室ニ關スル事ニ付テハ特別ノ規定ヲ設ケルコトヲ得ルナリ此皇室典範ハ憲法モ亦之ヲ認ムト云フ可シ故ニ憲法第七十四條第二項ノ規定ハ只タ一般ニ皇室典範ハ憲法ノ條規ヲ變更スルコト能ハスト云フコトヲ規定シタルニ非スシテ皇室ニ關スル事ニシテ憲法ニ規定シタル事項ハ皇室典範ニテ變更スルコト能ハサルヲ以テシタルモノナリ、從テ皇室典範ニハ憲法ノ規定ニ對シ特別ノ規定トナルコトモ尙ホ之ヲ規定スルコトアリ憲法第五十七條ニ司法權ハ裁判所之ヲ行フトアリテ民刑事ニ關スル裁判ハ必ス裁判所之ヲ行フヘキノナルニ皇室典範ノ第四十九條ニハ皇族相互ノ民事ノ訴訟ハ宮内省ニテ裁判官ヲ任シ裁判セシムルコトアリ、之レ明ニ憲法ノ規定ニ反スル規定ナリ、併決シテ無効ノ規定ナリト云フコトヲ得ス、故ニ憲法ニ於テハ尙モ自主權ニ特別ノ規定ヲ設ケルコトヲ許シタルモノト官ハサルヘカラス、唯或場合ニハ皇室ニ關スル事モ憲法ニ之ヲ規定シテ皇室典範ニ制限ヲ加フルモノナリ、故ニ皇室典範ニ規定シタル事項ハ他ノ法律命令等ニ對シテモ優先力ヲ有スルモノナリ、而シテ皇室典範カ此優先力ヲ有スル所以ハ憲法第七十四條第二項ニ依リテ皇室典範ハ憲法ノ條規ヲ變更スルコト能ハサルノミニシテ法律命令ハ之ヲ變更スルコト能ハサルニ非スト云フ論理ノ結果ニ依ルニ非スシテ却テ皇室典範ハ皇室固有ノ一種特別ナル自主權ニ依レル規定ナルヲ以テノ故ナリ(副島博士憲法講義)

皇室典範

(批難二)又皇室典範ヲ以テ自主權ニ出ツルモノトセハ憲法七十四條第二項ニ皇室典範ノ條規ヲ以テ此ノ憲法ノ條規ヲ變更スルヲ得ストアル規定ハ空文タルヲ免カレス(一本博士國法講義)(辯解)併此規定アルカ爲メニ却テ皇室典範ヲ自主權ニ因ル規定ト推測スルコトヲ得ルナリ、乃チ皇室典範ハ皇室ノ自主

權ニ因ル規定ナリ故ニ國家機關タル帝國議會ノ議決ヲ經ルヲ要セスト規定セルモノナリ（副島博士憲法講義）

（批註ノ三）此國ノ沿革ヲ觀ルニ元首命令權ノ外皇室自主權アルコトヲ認ムヘキ根據ナク且ツ憲法中典範ノ規定ヲ自主權ニ委任シタルコトヲ徵スヘキ規定ナシ（一木博士國法講義）（辯解）皇室ハ如何ニシテ此自主權ヲ有セシヤト云フニ蓋シ天皇ハ國家機關ノ統治者タルト同時ニ又皇室ノ首長タルコトヲ得ルナリ、統治權ノ總攬者タル乃チ國家機關ノ首長タルコトヲ得ルナリ、其皇室ノ首長タルニハ自ラ皇室ノ首長タル行爲ヲナストキニ其他位ヲ占取シタルモノナリト云フコトヲ得ルモノナリ、天皇カ或團體ノ首長ヲ特別ニ立テル場合ニハ一定ノ宣言ヲ要スレトモ自ラ其團體ノ首長トナルニハ自ラ主長タルノ地位ニ相當スヘキ行爲ヲ爲スヲ以テ足ルナリ、萬機ヲ親裁スル天皇ハ其團體ノ首長タル地位ヲ自ラ占取シ得ヘキコトハ其萬機親裁者タル天皇ノ當然ナル作用ナリト謂フコトヲ得ヘシ、天皇カ自ラ此地位ヲ占有シタルコトハ皇室典範ヲ官報ニ掲載シテ公布セサル所ヨリ是ヲ觀察シテ推測スルコトヲ得ヘシ、蓋シ或團體ノ自主權ノ規定ハ其團體任意ノ形式ニテ之ヲ制定スルコトヲ得レハナリ、且ツ皇室典範ノ前文ニモ皇室典範ハ皇家ノ成典ヲ制定シタルモノニシテ後嗣子孫ヲシテ遵守スル所アラシムルト云ヘルコトヲ見ルモ又之ヲ知ルコトヲ得ヘシ（副島博士憲法講義）

第五節 憲法ノ效力

第一款 形式的效力

一 憲法ノ形式的效力

不文憲法ヲ維持スル國又ハ成文憲法國ナルモ其改正手續ヲ特ニ鄭重ニナサ、ルニ於テハ憲法ノ形式的效力ナルモノ存セスト雖トモ我國ノ如キ憲法改正ノ手續ヲ特ニ鄭重ニナス所ニ於テハ其形式的效力ノ存スルコト當然ノ理ナリ、憲法ノ歷史カ特ニ鄭重ノ手續ヲ要スルト否トニ依リ學者ハ固定憲法及可動憲法ノ區別ヲ認ム、即チ可動憲法トハ憲法ト法律ノ間ニ改正手續ノ差異ヲ認メスシテ憲法ハ又通常法律ト同様ニ變更シ得ルモノヲ謂フ、不文憲法ノ國及成文憲法アルモ其改正手續ヲ鄭重ニセサル國ハ即チ之ニ屬ス、固定憲法トハ之ニ反シテ憲法ノ歷史カ通常ノ法律ノ變更ヨリモ困難ナルモノヲ謂フ大多數ノ成文憲法ハ則チ之ニ屬ス。

二 憲法ノ改正手續

我國ニ於テ憲法ノ改正ハ君主大權ノ發動ニヨルノ外議會若クハ他ノ機關カ決定ノ發議ヲナスコトヲ得ス、又攝政ハ君主ノ名ニ於テ大權ヲ行フモノナレトモ憲法ノ改正ハ國家ノ最重要大ナルモノナルカ故ニ能力者タル天皇御自身政務ヲ取ラレ給フ場合ニアラサレハ之ヲ爲スコトヲ得サルナリ。

憲法改正ノ手續

- 一 勅命ヲ以テ議案ヲ帝國議會ノ議決ニ附スルコト
- 二 兩議院ハ各其議員總員三分ノ二以上ノ列席アルコト
- 三 列席ノ三分ノ二以上ノ多數ヲ得ルニ非サレハ改正ノ議決ヲ爲スコトヲ得ス
- 四 議定ノ採納アルコト

如斯、憲法ノ變更ニハ特別ノ要件ヲ設ケ其目的ハ即チ一時ノ必要ヨリ容易ニ國家ノ大本ヲ動カサ、ルニアリ、乍併一方ニ於テハ此制度ニモ亦一ノ弊アリ即チ憲法カ時勢ノ變遷ニ從ヒ進歩スルコト能ハサルト云フコト也ナリ、若シ憲法變更ノ方法カ一ニ重ニ失スルトキハ却テ革命又ハ憲法破壞ノ場合トナルコト

ナキニアラス、更ニ一步ヲ進テ憲法カ永遠不變ノ規定ヲ設ケレハ憲法ハ自ラ破毀ノ種子ヲ包蔵スルモノト嘗ヘサル可カラズ、今日諸國ノ憲法ハ概テ皆其改正ヲ豫想シ其改正ニ付テノ一定ノ手續ヲ定ム。

北米合衆國ハ憲法修正ノ爲メニ特別ノ機關ト
 手續トヲ設ケ佛國ハ兩院ニ於テ憲法改正ノ必要ヲ議決シタル後國民會ヲ開キテ決ス

憲法變更ヲ通常ノ立法機關ニ任スル
 國ニ在リテハ其決議ノ手續ヲ制限ス

(一)立法機關ニ委任セサルモノ
 (二)立法機關ニ委任スルモノ

形式的效力

- 各國ノ度
- (イ) 出席議員ノ定數及投票數ニ制限ヲ設ケルモノ(獨、奧、利、諸)
 - (ロ) 一定ノ期間ヲ隔テ、數回ノ議決ヲ經ルモノ(普、瑞、西、諸)
 - (ハ) 發案權ヲ制限スルモノ(巴、塞、白、葡、丹)
 - (ニ) 議政ヲ置ク間變更ヲ許サ、ルモノ(英、白)
 - (ホ) 改正議決前議會ヲ改選スルモノ(白、葡、瑞、典、蘭)
 - (ヘ) 一定ノ期間變更ヲ許ササルモノ(葡)

三) 憲法暗黙ノ變更 憲法ハ最強ノ效力ヲ有スル國家ノ法規タリ、之ヲ變更スルカ爲メニハ憲法改正ノ法律ヲ以テスルコトヲ要ス、通常ノ法律又ハ命令ハ以テ憲法ヲ變更スルコトヲ得ス、而シテ憲法改正ノ法律ハ通常ノ法律ヨリモ一層鄭重ノ手續ヲ要ス、此原則ハ極メテ明瞭ニシテモ疑ヲ容ルルノ餘地ナシ、憲法ノ明文ヲ形式的ニ變更スルタメニハ憲法改正ノ法律ヲ以テスルノ外ニハ變更スヘキ何等ノ方法ヲモ存セサルナリ、然レトモ此原則ヲ以テ如何ナル場合ニ於テモ憲法改正ノ法律ヲ以スルノ外憲法カ變更セ

ラルルコト無シト爲スハ當テ得タルモノニ非ス、憲法ノ明文カ形式的ニ變更セララルルニ非スシテ然カモ事實上ニハ憲法カ變更セララルト同一ノ結果ヲ生スルハ必スシモ其ノ場合無シトセス之ヲ稱シテ憲法ノ暗黙ノ變更ト云フヲ得ヘシ、憲法ノ暗黙ノ變更ハ或ハ慣習法ニ依リ或ハ單行法律ニ依ルハ前節慣習法事實的確信說參照)

- (一) 慣習法カ國家ノ制定シタル成文法ヲ廢止變更シ得ヘキ力ヲ有スルコトハ前述ノ如シ、就中憲法ハ其餘文節約ニシテ種々ノ解釋ヲ容ルルコトヲ得ヘク且ツ平易ニ之ヲ改正スルコトヲ得サルカ故ニ明文ハ其儘ニ存シテ而カモ實際ニハ其明文ニ違反シタル慣習ヲ生シ其慣習力遂ニ法タル力ヲ有スルニ至ルハ憲法ニ於テ其例殊ニ多キ所ナリ(實例省略)
- (二) 管ニ慣習法ノミナラス通常ノ法律ニ依リテモ亦憲法カ事實上ニ變更セララルコト之ナシトイフ可カラズ憲法ノ解釋權ニ付テハ或ハ米國ノ如ク裁判所ノ法律審査權ヲ認メ裁判所カ憲法違反ノ認メタル法律ハ其適用ヲ拒ミ其法律ヲ無効ナリト宣言スル職權ヲ有スルモノアリト雖モ多數ノ諸國ニ於テハ此ノ如キ裁判上ノ法律審査權ヲ認メス而シテ此ノ如キ國ニ於テハ憲法解釋權ハ等シク立法部ニ屬シ苟モ立法機關ニ於テ憲法ニ違反セサルコトヲ認メテ制定シタル法律ハ假令實際ニハ憲法ニ違反シタリトスルモ何人モ之カ無効ヲ宣言スヘキ職權ナク適憲ノ法トシテ尙ホ完全ノ效力ヲ有シ臣民ハ之ニ服從スヘキ義務ヲ負ヒ裁判所ハ之カ適用ヲ拒ムコトヲ得ス、法律カ既ニ制定セラレタル以上ハ其法律中ニ當然憲法ニ適合セルコトノ公定解釋ヲ包含スルモノナレハナリ、其結果ハ形式的ニハ憲法改正ノ制規ノ手續ヲ經スシテ而モ實際ニハ通常ノ法律ヲ以テ憲法ヲ變更スルト同一ノ結果ヲ生スヘシ(美渡部博士憲法講義)

第二款 實質的效力

(1) 時ニ關スル憲法ノ效力 我憲法ハ現在及將來ニ向ツテ永遠ニ其效力ヲ有ス特定ノ時期ヲ限り又ハ或條件ニ係リ其效力ヲ失フモノニ非ス。

其現在ト將來トノ標準ハ憲法發布ノ勅語ニヨリ第一回帝國議會開會ノ時ヲ以テ有效ノ期ト爲ス而シテ第一回帝國議會ハ明治廿三年十一月廿九日ヲ以テ開會セリ憲法告文ニ曰ク「皇族レ仰テ皇祖皇宗及ヒ皇考ノ神祐ニ禱リ併セテ朕カ現在及ヒ將來ノ臣民ニ率先シ此ノ憲章ヲ履行シテ憲ヲサレコトヲ誓フ」ト憲法發布勅語ニ曰ク「朕カ在廷大臣ハ朕カ爲メニ此憲法ヲ施行スルノ實ニ任スヘク朕カ現在及ヒ將來ノ臣民ハ永遠ニ服從ノ義務ヲ負ヘシ」ト又曰ク「帝國議會ハ明治廿三年ヲ以テ之ヲ召集シ議會開會ノ時ヲ以テ此憲法ヲシテ有效ナラシムルノ期トスヘシ」トアリ之ヲ以テ憲法ノ時ニ關スル效力ヲ知ルコトヲ得。

(2) 憲法ノ制定 立憲君主國ノ憲法ハ往々欽定憲法ト協約憲法トノ二種ニ區別セラル。

「欽定憲法」トハ君主ノ專ラ定メタルモノヲ云ヒ、「協約憲法」トハ君主ト臣民ノ代表者トノ協賛トニヨリ成立セルモノヲ云フ、乍併國法上ヨリ論スレハ此區別ハ存在セス、蓋シ

主憲君主國ノ憲法ハ國法上凡ソ欽定憲法ナラサルモノナシ假令君主ハ憲法ノ制定ニ參與スルタメニ特別ノ議會ヲ組織スルモ此場合ニハ特別ノ議會ハ國家ノ機關ノ一部ニシテ之ニ參與スルモノニシテ臣民ヲ代表シテ君主ト協約スルモノニ非ス。

(3) 憲法ノ廢止能否 吾邦ノ憲法ハ廢止スルコトヲ得ルヤ否ヤニ付ニ說アリ

(イ) 廢止不可能說 (法理上ノ理由) 國家カ事實的無限ノ力ヲ制限シテ法理上ノ國家トナリタル以上ハ其制限ニ縛束セラレサルヘカラス、故ニ國家カ其事實的ノ權力ヲ永遠ニ制限シタル憲法々典ハ之ヲ廢止スルヲ得サルヲ法理トナス即令實際 於テハ憲法ヲ廢止スルコトアラフモ是レ事實上ノ問題ニシテ理論上ハ法ノコトタルヲ免カラス(解釋上ノ理由) 第七十三條ハ單ニ條項ノ改正ニ關スル規定ヲ設ケルニ止マリ其廢止ニ關シテ別ニ規定スル所ナシモ併廢止ニ關スル規定ヲ設ケサレハ一定ノ手續ニヨラス自由ニ之ヲ廢止シ得ルト云フ趣意ニ非ス、又通常 法律ノ變更ト同シク通常ノ立法手續ニ依リ廢止シ得ルト云フ主意ニアラス、如何トナレハ憲法ハ條項ノ改正スラ丁重ノ手續ヲ設ケカテ廢止カ却テ簡易手續ニ依ルコトヲ許サヌ理由ナケレハナリ、憲法カ廢止ニ付テ規定ヲ設ケサルハ憲法ハ廢止スルコトヲ得サレハナリ、此趣旨ハ憲法發布ノ勅語ニ極メテ明ニ表ハレ居レリ憲法發布ノ勅語ハ一ノ命令ナリ、現ニ憲法施行ノ時期ノ如キモ勅語ノ内ニ定メタリ(一木博士國法講義)

(ロ) 廢止不可能說 主權ハ全能ニシテ無制限ナリ、君主カ統治權ヲ行使スルニ當リ

(一) 時ニ關スル憲法ノ效力

緒論 憲法ノ效力 實質的效力

實質的效力

憲法ヲ制定シテ統治ノ形式ヲ確定スルト否トハ其自由ナリ君主ハ憲法ヲ制定シタルトキハ其憲法ノ條規ニ從ハサル可カラスト雖モ是レ固ヨリ君主ノ意思ニ基クモノニシテ主權無制限ノ觀念ニ反スルモノニ非ス、我憲法ニ於テハ憲法修正ノ手續ヲ定メタルカ故ニ憲法ノ修正ニ關シテハ君主ハ憲法ノ手續ニヨラサル可カラスト雖トモ憲法ノ制定廢止ハ憲法ノ範圍外ニアリテ君主全權ノ主權ニ屬スルカ故ニ君主ハ自由ニ憲法ヲ廢止スルヲ得ヘシ(稱秩博士憲法講義)

人及處ニ關スル憲法ノ效力 我憲法ハ現在及ヒ將來ノ君主及ヒ臣民ノ

遵守スヘキモノニシテ統治權ノ及フヘキ所ニ行ハル。

蓋シ統治權ハ憲法ノ條規ニ依リ行ハルヘキモノナルカ故ニ例外ノ規定ナキ以上ハ統治權ノ範圍ハ憲法ノ效力ノ及フヘキ範圍ニ同シ、統治權ハ明文上大日本帝國ニ行ハル、大日本帝國トハ具體的地理上ノ名稱ヲ指シタルニ非ス抽象的ニ統治權ノ及フヘキ地球ノ一定部分ヲ指シタルモノナリ、故ニ新領地ニ於テモ特別ノ明文ナケレハ當然憲法ノ效力ハ其領地ニ及フモノナリト論斷セサル可カラス(反對說アリ參考說參照)

(二) 人及處ニ關スル憲法ノ效力

憲法本文ニ曰ク「皇族ハ皇祖皇宗ノ遺訓ヲ明徴ニシ典憲ヲ成立シ條章ヲ昭示シ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永遠ニ遵行セシメ益々國家ノ丕基ヲ鞏固ニシ八州民生ノ慶福ヲ増進スヘシ、茲ニ皇室典範及憲法ヲ制定ス」ト
憲法發布勅語ニ曰ク「此ノ憲法ニ定メタル要件ニ依リテ之ヲ議決スルノ外朕カ子孫及臣民ハ敢テ之ヲ變更チ試ミルコトヲ得サルヘシ」ト、憲法第一條ニ曰ク「大日本帝國ハ萬世一系ノ

天皇之ヲ統治スト」同第四條「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、據テ以テ憲法ノ人及ヒ所ニ關スル效力ヲ知ルコトヲ得。

(三) 新領土ニ於ケル憲法ノ效力

憲法ノ實質的效力ヲ論スルニ於テハ先ツ其人ニ對スル效力ト所ニ關スル效力トヲ區別スルコトヲ要ス人ニ對スル效力トハ憲法カ何人ヲ拘束スルノ力ヲ有スルカノ問題ナリ、所ニ關スル效力トハ其何レノ區域ニ於テ行ハルルカノ問題ナリ、人ニ對スル憲法ノ效力ハ一般ノ法律命令ト異ナル所ナク特ニ之ヲ論スル要ナシ、所ニ關スル憲法ノ效力ニ付テモ亦茲ニ論スルヲ要スルノ問題ハ唯新領土取得ノ場合ニ於テ憲法ノ效力カ新領土ニ及フヘキヤ否ヤノ問題也、此問題ハ殊ニ其國ニ於テハ重要ナル實際問題トナレリ、即チ二十七八年戰役ノ結果ニ依リ我國ニ臺灣及ヒ澎湖島ヲ取得シタルニ依リ憲法ノ效力ノ臺灣ニ及フヘキヤ否ヤノ問題ハ一時世論ノ大問題トナリ今日ニ於テモ何等一定ノ確證ナキカ如シ、此問題ニ答フル學者ハ或ハ曰ク「憲法ハ其施行區域ニ付テ何等ノ例外ヲ設ケス隨テ憲法ハ當然國家領土ノ全部ニ行ハルヘキモノナリ、臺灣ハ下ノ關係約ニ由リテ當然我國ノ領土ニ編入セラレ其編入セラレルト同時ニ憲法ハ亦當然其效力ヲ臺灣ニ及ホセルモノナリ、憲法ハ君主ノ統治權ハ此憲法ノ條規ニ依リテ之ヲ行フヘキコトヲ規定セリ、新領土ニ行ハルル權力モ亦同一ノ統治權ナリ、隨テ亦必ス此憲法ノ規定ニ從テ行フモノナラサル可カラス」ト、此論理ハ一見明瞭ナルカ如シト雖トモ、若シ此論理ヲ貫徹スルトキハ他日我國カ亞弗利加又ハ南洋ノ野蠻地ヲ取得シ之ヲ統治スルコトアリトセハ憲法ハ亦當然其新領土ニ行ハル無智障昧ナル蠻民モ亦當然憲法上ノ權利ノ保障ヲ取得スルニ至ルヘシ。

(イ) 新領土ニ於ケル社會狀態カ全ク領土ノ他ノ部分ト異ナルトキハ法律ハ必スシモ其效力ヲ當然新領土ニ及ホスモノト推測スルコトヲ得ス。

總テ法ハ社會ノ事情ニ伴フテ存在スルモノ也、社會ノ事情ニシテ異ナルトキハ法モ亦隨テ異ナラサル可ラス、立法ハ立法當時ノ事情ニ於テ社會ノ狀態カ此ノ如キ立法ヲ必要トスルコトヲ前提トスルモノナリ、若シ新領土ヲ取得セル場合ニ於テ其新領土ニ於ケル社會ノ狀態カ全ク領土ノ他ノ部分ト異ナルトキハ法律ハ必スシモ其效力ヲ當然新領土ニ及ホスモノト推測スルコトヲ得ヘ、法律ハ初ヨリ此ノ如キ事情ヲ異ニシタル新領土ニ其效力ヲ及ホスノ意思ナキモノナリ、憲法ト雖モ亦之カ例外ヲ爲スモノニ非ス、憲法ハ臣民ノ權利ヲ保障シ法律ニ依ルニ非サレハ其ノ權利ヲ侵害スルコトナキコトヲ規定セルハ社會ノ程度カ此ノ如キ權利ノ保障ヲ必要トスル程度ニ進歩セルコトヲ前提トセルナリ、社會ノ狀態カ斯ノ如キ進歩ノ程度ニ達セサルモノニ在リテモ尙ホ憲法カ當然新領土ニ行ハルサル可カラスト爲スハ決シテ憲法ノ精神ヲ得タルモノニ非サル可シ。

(ロ) 憲法ノ施行區域ヲ定ムルハ國家ノ任意ニシテ領土ノ一部ニ之ヲ施行セサルモ憲法ノ性質上ニ關スルモノニ非ス。

總テ法ノ施行區域ハ國家ノ定ムル所ニ由ル、憲法ノ施行區域ニ付テモ亦國家ハ如何ナル決定ヲ爲スコトヲ得ヘク領土ノ一部ニハ之ヲ施行シ他ノ一部ニハ之ヲ施行セストスルモ憲法ノ性質ニ反スルモノニ非ス、憲法ハ其性質上必ス領土ノ全部ニ行ハレサルヘカラストスルハ根據ナキ臆斷ナリ、固ヨリ憲法中ノ或ル條項ハ其ノ性質上必ス領土ノ全部ニ行ハルヘキモノアリ殊ニ國家ノ最高機關ヲ定ムル條項即チ我國ノ憲法ニ付テ言ハハ憲法第一條ノ日本帝國ハ天皇之ヲ統治ストイフ條項ノ如キハ性質上必ス領土ノ全部ニ行ハルヘキモノナルコト言テ俟ス、何トナレハ國家ノ最高機關ハ全國ニ通シテ唯一無二ナルヘク苟モ領土ノ一部タル以上ハ必ス君主ノ統治ニ服スルモノナラサルヲ得ス若

シ然ラスンハ國家ノ統一ハ全ク失ハルヘケレハナリ、然レトモ此ノ條ノ特別ノ性質ニ基クモノニシテ其ノ憲法中ノ規定ナルカ故ニ非ス、此ノ如キ特別ノ性質ヲ有セサル憲法中ノ他ノ條項ニ付テハ毫モ其ノ必ス領土ノ全部ニ行ハレサルヘカラストスルノ理由アラサルナリ、憲法ハ其ノ施行區域ニ付テ何等ノ規定ヲ設ケルコトナシト雖モ、憲法カ其施行區域ヲ定メサルハ唯憲法カ其制定ノ當時ニ於ケル領土ヲノミ眼中ニ置キ新領土ノ取得ハ毫モ之ヲ豫想セザリシニ由ル、憲法ハ唯當時ノ領土ノ全部ニ之ヲ施行スヘキヲ豫想シタルニ止マリ其以後ニ於テ取得スヘキ新領土ニ付テハ之ヲ施行スルト否トハ全ク憲法ノ豫想スル所ニ非サリシナリ、隨テ新領土ニ於テ憲法カ行ハルヤ否ヤハ憲法ノ規定自身ヨリハ之ヲ知ルコトヲ得ス、國家ハ其ノ自ラ定ムル所ニ依リテ或ハ新領土取得ト同時ニ直チニ之ヲ施行スルコトヲ得ヘク、或ハ一定ノ時期ヲ定メテ其時期ヨリ之ヲ施行スルコトヲ得ヘク、或ハ全ク之ヲ施行セサルコトヲ得ヘシ、新領土ニ於ケル憲法ノ效力如何ハ一ニ各個ノ場合ニ於テ國家カ果シテ之ヲ施行スルノ意思アルヤ否ヤニ依リテ決スヘキモノナリ。

(ハ) 未タ憲法ヲ施行セサル地域ニ於テ新ニ憲法ヲ施行スルハ憲法ノ改正ノ手續ヲ要セス即チ君主ノ大權ニ屬ス。

一度憲法ノ施行セラレタル區域ニ於テ其施行ヲ停止スルハ憲法ノ效力ヲ變更スルモノニシテ憲法改正ノ法律ヲ以テスルニ非サレハ之ヲ行フコトヲ得ス、然レトモ未タ憲法ヲ施行セサル地域ニ於テ新ニ憲法ヲ施行スルハ憲法改正ノ法律ヲ要セザルノミナラス議會ノ協賛ヲモ要セス君主ノ大權ヲ以テ自由ニ之ヲ定ムルヲ得ヘキモノナリ、何トナレハ憲法ノ未タ施行セラレタル地域ニ於テハ君主ノ統治權ハ憲法ノ制定以前ニ於ケルト同シク全ク無制限ニシテ君主ハ自由ニ如何ナル定メヲモ爲スコト

ヲ得ヘケレハナリ。

(二) 憲法ハ未タ臺灣ニ施行セラレス

臺灣ニ於テ憲法カ行ハルルヤ否ヤノ問題モ亦以上ノ論理ニ因リテ之レヲ決スルコトヲ得ヘシ、臺灣取得ノ當時ニ於テハ國家カ憲法ヲ臺灣ニ施行スル意思ナカリシコトハ極メテ明瞭ナリ、軍隊ノ統帥權及立法、司法、行政ノ總テノ作用ハ一ニ臺灣總督ニ委任セラレ臣民ノ權利ノ保障ハ一モ行ハルル處ナカリシナリ、明治廿九年三月法律第六三號ニ至リテ始テ憲法上法律ヲ要スル事項ト然ラサルモノト區別シ立法事項ニ付テハ勅裁ヲ經ルニアラサレハ之ヲ定ムルコトヲ得サラシメテ以テ臣民ノ權利ニ對スル憲法上ノ保障ノ幾分ヲ實行スルニ至レルモ之ヲ以テ未タ憲法ヲ臺灣ニ行フノ意思アルモノト推測スルコトヲ得ス、或レ事項ハ總督力之ヲ專行シ或ル事項ハ勅裁ヲ經テ之ヲ行ハシムルト云フカ如キ事項ノ種類ニ依リテ手續ノ輕重ヲ異ニスルコトハ敢テ憲法施行ニ關係ナク之ヲ爲スコトヲ得ヘシ、而シテ如何ナル事項ハ輕易ノ手續ヲ採リ如何ナル事項ハ鄭重ノ手續ヲ採ラシムヘキカノ區別ノ標準ヲ憲法ノ規定ニ採ルモ是レ毫モ憲法ノ效力カ臺灣ニ及ヒタルノ證據トナスニ足ラス、立法事項ト非立法事項トノ事項ノ種類ヲ區別スル單純ノ事實ニシテ法規 非ス、何何ノ事項ハ法律ヲ以テ規定スルヲ要スト謂フカ法規ナリ、二十九年法律第六三號ハ唯此事實ヲ籍リ來テ以テ勅裁ヲ經ヘキモノト爾サラルモノトノ區別ノ標準ト爲シタルノミ、何何ノ事項ハ法律ヲ以テ定ムルヲ要スト云フノ法規ハ未タ臺灣ニハ施行セラルルコトナシ、此故ニ二十九年ノ法律ヲ以テ憲法ヲ臺灣ニ施行スルノ意思ヲ表示シタルモノト爲シタルモノト爲スハ決シテ穩當ナル見解ニ非ス、之ヲ要スルニ憲法ハ今日ニ於テモ臺灣取得ニ於ケルト同シク未タ臺灣ニ施行セラレサルモノニシテ其將來何レノ

時ヨリ施行セラルヘキカハ一ニ君主ノ明示又ハ默示ヲ以テ定ムル所ニ依ルヘキモノナリ(以上美濃部博士憲法講義)

第六節 憲法ノ解釋

憲法ノ解釋ニ付キ何等ノ明文ナキ我國ニ於テハ憲法制定權ヲ有スル君主ハ亦最高ノ解釋權ヲ有スルモノトス

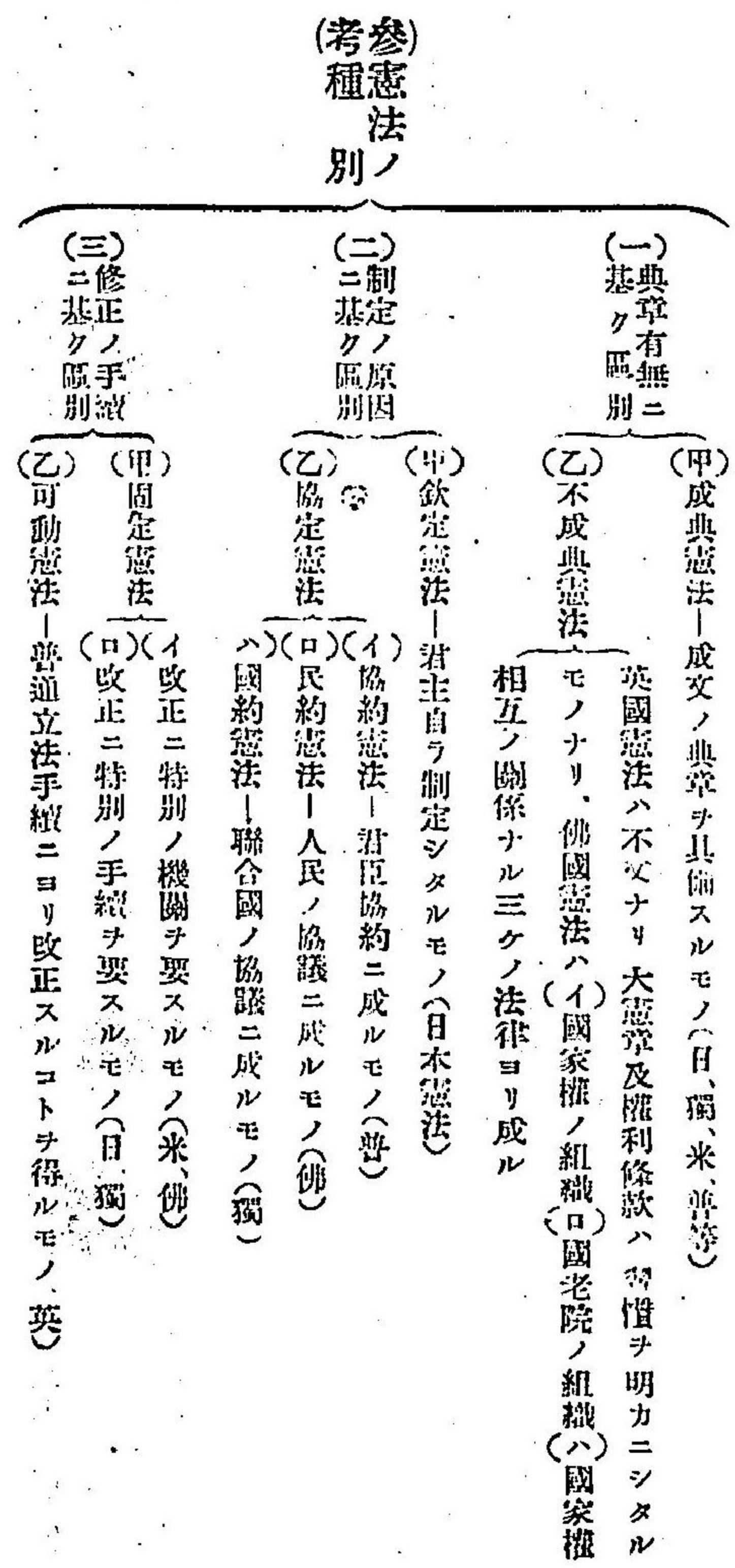
(1) 索羅其他獨逸二三ノ聯邦ニ於テハ憲法解釋ニ關シ特別ノ機關ヲ設ケ之ヲ國法院(Starr. Gerichten)ト云フ(2) 自耳義及ヒ伊太利ニ於テハ特別ノ機關ヲ設ケ又立憲機關專ラ之ヲ解釋スルモノトセリ(3) 獨逸帝國ニ於テハ憲法第七十六條ニ於テ憲法ノ爭議ヲ決スル機關ノ設ケナキ聯邦各國ニ於テ憲法上ノ爭議ヲ生スルトキハ其一方ノ申出ニ因リ聯邦議會之ヲ裁決スヘシ此判決ヲ經ルモ尙ホ其效ナキトキハ獨逸帝國立法ノ方法ニ依リテ之ヲ決スト規定セリ、斯ノ如ク國法上ノ解釋ニ付一定セルモノハ其規定ニ從ハサル可ラサルハ論ナキモ、我國ノ如ク憲法ノ解釋ニ付何等ノ明文ナキニ於テハ憲法制定權ヲ有スル君主ハ亦最高ノ解釋權ヲ有スルモノト解セサル可カラス。

(反對說)或ハ曰ク「憲法ハ天皇ノ行爲ノミナラス機關ノ行爲ヲモ規律ヘルモノナルカ故ニ機關モ亦之ヲ解釋シ以テ其職責ヲ盡スコトヲ得サル可カラス、例ヘハ國務大臣カ天皇ヲ轉達シ違憲ノ行爲ヲカラシムル爲メニハ憲法ヲ解釋スルコトヲ得サル可カラス、裁判所カ其職務ヲ行フニモ憲法ノ解釋亦必要ナリトスルカ如シト又曰ク「法トシテ發表サレタル天皇ノ意思ト天皇實際ノ解釋トカ明ニ一致セサル場合ニハ

憲法ノ解釋

學理上憲法トシテ發表シタル意思コソ至當ナル天皇ノ意思ナリト論斷セサル可カラス、從テ裁判所其他ノ機關モ正當ナル天皇ノ意思ヲ行フヲ以テ其職責トスト云ハサル可カラスト

(批難)然リト雖トモ君主ト裁判所又ハ大臣トノ意見ヲ衝突スル場合ニ於テ何ヲ根據トシテ君主ノ解釋ヲ不當ト認ムルヲ得ルヤ固ヨリ職務上最高ノ解釋權ハ憲法ノ制定者ニアリトセサルヲ得サルニヨリ例ハ裁判官ニシテ違憲ノ判決ヲナシタリト認ムル場合ニハ君主直接ニ其判決ヲ取消スヲ得スト雖モ之ヲ違憲ノ判決ト定メ其罪ヲ以テ裁判官ヲ懲戒處分ニ附スルコトヲ得ト信スルナリ(清水博士憲法論)



第二編 國家ノ組織

國家ハ地球表面ノ一定ノ境域内ニ於テ多數人ノ集合シタル團體ニシテ統治權ニ依リ結合セシメラレタルモノナリ凡ソ權利ハ或主體ニ附屬スルモノニシテ國權統治權ハ一定ノ境域内ニ團結シタル人類ノ共同團體ニ附屬スルモノナリ、故ニ一定ノ領域ト人類ノ團體トハ國家ノ觀念ニ缺ク可カラサル要件ナリ、此地球表面ノ境域ト團結シタル一員タル一個人トハ自然的ニ存在スルモノニシテ國家ノ基礎ヲ形成スルモノナリ、之ヲ國家ノ自然的基礎ト謂フ、而シテ其多數人類ヲシテ一定ノ境域内ニ結合セシメタル力、之ヲ統治權ト謂フ、即チ統治權ハ國家組織ノ結合力ナリ、凡ソ如何ナル國家ト雖トモ一定ノ人類團體ナキモノハアラス、又如何ナル國家ト雖トモ一定ノ領土ヲ有セサルモノナシ又如何ナル國家ト雖トモ統治權ヲ有セサルモノナシ、即チ統治權、領土及臣民ハ實ニ國家組織ノ要素ニシテ國家ハ此三者ノ結合ニヨリテ形成セラレタル社會現象ナリ。

第一章 統治權

第一節 統治權ノ觀念

第一款 統治權ノ性質

(一) 統治權ハ命令強制ノ權力ナリ(統治權ノ實質)

統治權トハ命令ヲ爲シ及ヒ自己ノ力ヲ以テ其命令ヲ強制シ得ルノ權力ヲ云フ、近世ノ國家ニ於テハ統治權ハ國家ノ統一スル所ニシテ國家以外ノ團體ニ於テ統治權ヲ有スルモノアルトキハ皆國家ヨリ與ヘラレタルモノニ外ナラス、國家ヨリ與ヘラレタルニ非スシテ獨立ニ統治權ヲ有スルモノハ近世ノ國家ニ於テハ國家以外ニ存在スルコトヲ得ス、然レトモ此說明ヲ以テ總テノ權力カ國家ニノミ專屬スルモノナリト誤解スルナカラントトテ要ス「權力トハ自己ノ意思ヲ以テ他人ノ意思ヲ束縛シ得ルノ力ナリ」此ノ如キ權力ハ國家以外ニモ總テノ團體總テノ組合ニ存ス、苟モ多數人類ノ集合ヨリ成リテ共同ノ目的ヲ達スル所ノ團體ハ必ス之ヲ指導スヘキ意思アルコトヲ要ス組合ノ共同ノ目的ヲ處理シ組合ノ法則ヲ定メ及ヒ其法則ヲ執行スル所ノ意思ハ則チ組合ノ權力ナリ、總テノ組合ハ其公ノ組合ナルト私ノ組合タルト其團結ノ鞏固ナルト如何ニ薄弱ルトチ同ハス苟モ共同ノ一體ヲ爲ス以上ハ必ス權力ヲ有スルモノナラサル可カラ

ス、權力ヲ以テ國家ノミニ特有ナルモノト爲スハ明カニ誤ナリ。

此ノ故ニ權力ハ二種ニ區別スルコトヲ要ス、一ハ統治權ニシテ一ハ統治權ニ非サル權力ナリ、國家ノ専有スル所ノ權力ハ唯統治權ナリ、統治權ニ非サル權力ハ國家以外ニ於テモ普ク存在ス、然レトモ統治權ト統治權ニ非サル權力トノ區別ハ果シテ何レニアルカ。

(ハ) 統治權ニ非サル權力ハ其團體員ノ意思ニ反シテ其脱退ヲ拒絕スルコトヲ得ス。

統治權ニ非サル權力ハ唯命令ヲ爲スコトヲ得ルノミ、自己ノ力ニ由リ自己ノ手段ヲ以テ其命令ヲ強制スルコトヲ得サルモノナリ、就中各組合員ハ何時ニテモ自ラ其組合ヨリ脱退スルコトヲ得ヘク組合ノ權力ヲ以テ組合員ノ意思ニ反シテ其脱退ヲ拒絕スルコトヲ得ス、是非統治權ノ特徴ナリ、統治權ニ非サル權力ハ如何ニ廣ク命令ヲ爲シ得ヘシトスルモ若シ組合員カ自ラ其權力ニ服従スルノ意思ナクシテ其權力ヲ脱セントスルニ於テハ最早之ニ對シテ之ヲ強制スルコトヲ得サルナリ、統治權ニ非サル權力モ其自ラ定ムル所ノ法則ニ對スル違反ニ對シテ罰則ヲ科スルコトヲ得ヘシ、然レトモ其處罰ハ單純ナル懲戒權ニシテ統治權ニ非ス、此ノ如キ懲戒權ハ個人相互ノ間ニ於ケル純然タル私法關係ニ於テモ廣ク之ヲ認ムルコトヲ得ヘシ例ヘハ學校ト生徒トノ關係、社長ト社員トノ關係、工場ト徒弟トノ關係ノ如キ苟モ繼續的ノ關係ノ設定セラレタルモノニシテ其目的カ單純ナル經濟上ノ給付ニ止

統治權ト
他權力ト
ノ差別

國家ノ組織 統治權 統治權ノ觀念 統治權ノ性質

マラサルニアリテハ常ニ斯ノ如キ懲戒權ヲ認ムルヲ得ヘシ、一見之ヲ見レハ恰モ權力者ガ固有ノ命令權ヲ享有セルモノノ如シ、然レトモ何レノ場合ニ於テモ其懲戒權ノ最も嚴重ナルモノハ常ニ唯其人的ノ關係ヲ解キテ之ヲ脱退セシムルノ以上ニ上ルコトヲ得ス此懲戒權アルニ拘ハラズ其服從ハ何時ニテモ自ラ其團體ヲ脱退シテ以テ其懲戒處分ヲ免ルルコトヲ得ヘシ。

(ロ) 統治權ハ團體員ノ意思ニ反シテ之ヲ團體ニ抑留スルコトヲ得ルナリ

統治權ハ抵抗スヘカラサルノ權力ナリ、統治權ハ自己ノ力ニ由リテ其命令ニ對スル服從ヲ強制スルコトヲ得ヘシ、統治權以外ノ權力ニ對シテハ服從者ハ自ラ之ヲ脱退スルコトヲ得ルモ獨リ統治權ニ對シテハ自己ノ意思ヲ以テ之ヲ脱退スルコトヲ得ス、統治權ニ非サル權力ハ唯其組合員ヲ脱退セシムルヲ得ルニ止マリ組合員ノ意思ニ反シテ之ヲ組合ニ抑留スルコトヲ得ス、獨リ統治權ハ自己ノ力ニ由リテ團體員ノ意思ニ反シテ之ヲ團體ニ抑留スルコトヲ得ルナリ、今日ノ國家ハ通常臣民ノ他國ニ歸化スルコトヲ許セリト雖モ國家ハ唯一定ノ條件ノ下ニ於テ之ヲ歸化ヲ許スニ止マリ單純ニ國家ヲ脱退スルノ意思ヲ表示シタルノミヲ以テ服從關係ヲ脱スルコトヲ得ヘキニ非ス、他國ニ歸化スルヲ許スト否トハ全ク國家ノ任意ナリ加之若シ臣民力既ニ國家ニ對シテ現實ノ義務ヲ負擔セル場合ニ於テハ國家ハ其行為ヲ履行シタル後ニ非サレハ決シテ服從關係ヲ脱スルコトヲ許サズ、例ヘハ未ダ兵役義務ヲ終ラサルモノ又ハ犯罪ニ因リテ處罰ヲ受ケタルモノハ其兵役義務ヲ終リタル後又ハ刑罰ノ執行ヲ終リタル後ニ非サレハ他國ニ歸化スルコトヲ許サズ。

統治權ノ性質

(二) 統治權ハ不可分ナリ(統治權ノ不可分性)

國家ハ統一ノ一體ナルカ故ニ國家ノ權力タル統治權ハ亦必ス不可分ナル一體ナラサル可カラス、統治權ノ不可分ハ國家ノ不可分ヨリ生スル當然ノ結果ナリ、統治權ニ分ツヘシトスルハ國家ヲシテ數個ノ人格ニ分立セシムルモノナリ、然レトモ此單純ナル抽象的ノ理論ハ他ノ多クノ國法学ノ原則ト同シク長キ政治上ノ經驗ノ結果ニ依リテ初メテ證明セラレタルモノニシテ其理論ハ歴史上ノ長キ教訓ニ其基近時ニ至リ初テ確定スルヲ得タルモノナリ、統治權ノ不可分ハ今日ニ於テハ殆ト自明ノ事理ト看做サル所ナレトモ舊時ニ於テハ極メテ有力ナル學說ノ全ク之ト反對ナル思想ヲ唱導シテ一時普ク人心ヲ支配シタルモノアリ、統治權分ツヘシトスルノ學說カ論述セラレタルハ前後二回ニシテ其一ハ立法制度ノ根本トシテ論セラレ他ノ一ハ聯邦國ノ法理ヲ説明スルカ爲メニ論セラレタルモノナリ、即チ一ハ所謂三權分立說ニシテ一ハ聯邦國ニ於ケル主權分割說ナリ。

(三) 統治權ハ原始的ノ權力ナリ(統治權ノ原始性)

國家ノ統治權ハ原始的ノ權力ナリ何人ヨリモ授ケラレタルモノニアラス自己固有ノ權力トシテ之ヲ有スルモノナリ、地方團體ノ統治權ハ唯國家ヨリ授ケラレタルモノニシテ國家ノ特許ノ下ニ於テ之ヲ享有スルモノナリ、是レ二者ノ唯一ノ差異ノ存スル所ナリ、然レトモ統治權カ原始的ナルト傳來的ナルトハ如何ナル外形上ノ標準ニ依リ區別スルヲ得ヘキカ、如何ナル權力ハ原來ノ統治權ニシテ如何ナル權力カ傳來ノ統治權ナルカ之ヲ區別スヘキ標準ハ何所ニ在ルカ、是レ次ニ論スル困難ナル問題ナリ、此問題ニ關シテハコゲ、マイヤーノ論セルトコロ大體ニ於テ其當ナ得タルカ如シ、ユエリネツクニモ大體ニ於テ之ニ同意ス、其說ニ據レハ統治權ノ原始的ナルコトハ左ノ二ノ特徴ニ依リテ之ヲ區別スルヲ得ヘシ

國家ノ組織 統治權ノ觀念 統治權ノ性質

統治權 自己ノ法律ヲ以テ自己ノ組織ヲ定ムルヲ得ルコト、
ノ特徴 自己ノ法律ヲ以テ或範圍ニ於テ政務ヲ任意ニ執行スルヲ得ルコト、

(1) 自ら自己ノ組織ヲ定ムルノ權ヲ有スルコトハ國家ト地方團體トヲ區別スヘキ第一ノ特徴ナリ。

若シ團體ニシテ他ノ效力ニ依リテ其組織ヲ定メラレ隨テ其ノ組織法カ自己ノ法律ニ非スシテ他ノ權力ニ基ク法律ナルトキハ其團體ハ國家ニ非スシテ國家ノ一分子タル地方團體ナリ、蓋シイ地方團體ハ國家カ之ヲ認ムルニ依リテ始メテ其存在ヲ得、地方團體ノ存立ハ國家ノ意思ニ際カレルナリ、其結果トシテ其構成組織モ亦國家ノ定ムル所ナラサルヘカラス、何トナレハ構成法ハ以テ團體ノ成立ヲ得セシムル所以ナレハナリ。國家ハ之ニ反シテ他ノ權力ノ特許ノ下ニ其存在ヲ享有スルモノニ非ス其權力ハ原始的ノ權力ナリ、其生存ハ原始的ノ生存ナリ、自己ノ意思ノ外其ノ存立ノ際カレルモノナシ、固ヨリ國家ト雖トモ其發生ノ原因ヨリ言ハ、他ノ意思ニ基イテ成立スルコトアリ、就中聯邦國ハ概ネ皆其ノ聯邦ヲ組織スル各國間ノ條約ニ依リテ之ヲ成立スルナリ、獨逸帝國米合衆國ノ如キ皆然ラサルナシ、然レトモ此等ノ場合ニ於テモ其ノ一タニ成立シタル上ハ最早ヤ他ノ意思ノ下ニ其ノ存在ヲ保持スルモノニ非スシテ專ラ自己ノ意思ニ依リテ存立スルナリ、自己ノ意思ニ依リテ存立スルモノハ又自己ノ意思ニ依リテ其組織構成ヲ定ムルモノナラサル可カラス、此故 國家ハ必ス自己ノ憲法ヲ有ス自己ノ憲法ヲ有セサルモノハ國家ニ非サルナリ、國家ニ非サル團體ノ組織法カ當ニ國家ノ法律ニ依リテ定マルコトハ普通ニ地方自治團體ニ於テ最モ明ナリ、市町村制縣制ノ如キ地方自治團體ノ構成ヲ定ムル法則ハ常ニ國家ノ法律ナリ、然レトモ當ニ地方自治體ノミナラス例ハ英國ニ於テハ加拿大露太利亞ノ如キ最モ廣キ範圍ニ於テ自主權

ヲ認メラルル屬領地ニ於テモ其ノ構成ヲ定ムル所ノ法規ハ加拿大露太利亞ノ法律ニ非スシテ英國政府ノ法律ナリ、英國ノ國會ハ何時ニテモ之ヲ改廢スルコトヲ得 反之獨逸帝國内ノ各支分國ハ專ラ自己ノ意思ニノミ基キテ自己ノ組織ヲ定ムルヲ得其國ノ憲法ハ各支分國ノ法律ニシテ帝國ノ法律ニ非ス故ニ各支分國ハ國家ナリ、之ト同シク亦米合衆國內ノ各洲及瑞西聯邦國內ノ各洲モ又專ラ自己ノ法律ニ因リテ其構成ヲ定メ中央權力ノ意思ニ依リテ存在スルモノニ非サルカ故ニ又等シク國家ナリ、時トシテハ聯邦國ノ憲法ニ於テ聯邦内各國ノ憲法ニ對シテ多少ノ制限ヲ加フルコトアリ、例ハ瑞西聯邦ノ憲法中聯邦内各邦ノ憲法ハ必ス共和政體ヲ取ルヘキコトヲ規定セルカ如キ其例ナリ、然レトモ斯ノ如キ制限アル場合ニ於テ其ノ憲法ハ尙ホ專ラ各支分國ノ法律ニシテ聯邦國ノ法律ニ非ス。

(2) 少クトモ一定ノ範圍ニ於テハ任意ニ自己ノ政務ヲ執行スルヲ得ルコトハ國家ノ第二ノ特徴ナリ。

地方團體ト雖モ頗ル廣キ範圍ニ於テ自治權ヲ有スルコトアリ、其範圍内ニ於テハ自ら自己ノ條例ヲ定ムルコトヲ得其ノ範圍ノ廣キト狭キトヲ以テハ國家ト國家ニ非サル團體トヲ區別スルコトヲ得ス、然レトモ地方團體ノ自治權ハ唯國家ノ下ニ於テノミ存在スルモノニシテ原始的ノ權利ニ非サルカ故ニ國家ハ何時ニテモ自己ノ法律ヲ以テ其範圍ニ侵入スルヲ得ヘク地方團體ノ條例ハ如何ナル場合ニ於テモ國家ノ法律ニ抵觸スルコトヲ得ス、國家ノ監督權ハ地方團體ノ自治權ニハ必ス伴フヘキ必要ノ原素ナリ、之ニ反シテ國家ノ統治權ハ原始的ナリ、隨テ一定ノ範圍ニ於テハ全ク他ノ干渉ヲ受クルコトナクシテ自ら之ヲ執行スルノ權ヲ有ス其範圍内ニ於テハ聯邦ノ中央權力モ亦之ニ對スル監督權ヲ有セス又自己ノ單獨ノ意思ヲ以テ其範圍ヲ伸縮スルヲ得ヘキニ非ス(以上美濃博士憲法講義)

(參考) 統治權ノ性質ニ付キ之ヲ絕對無限ノ權力也トノ説ト國法ノ範圍内ニアル意思ノ力也トノ説トアリ。

(一) 絕對無限説

(イ) 統治權ハ、純對的權力ナリ、統治權ハ國家ノ生命ナリ、國家ト共ニ存在ス統治權ナキ國家ハ相像スヘカラス、憲法ハ國家主權カ國民ニ對シテ定ムル所ノ法則ナリ、統治權アリテ然後憲法アリ國家カ統治權ヲ行フハ法律ノ力ニアラス、吾人ハ統治權ニ服従スルモノニシテ法律ニ服従スルモノニ非ス法令ハ服従ノ程度ヲ示スモノニシテ服従其物ハ法律以前ニ存在ス、故ニ法律以外權力ニ服従スル義務ナシトスルハ誤謬ナリ、(ロ) 統治權ハ無限ナリ、歐洲ニ於ケル主權ノ意義ハ最高權ノ意義ニシテ無限權力ノ意ニ非ス歐洲封建時代ニ於ケル諸侯ハ各獨立ノ權力ヲ有シ羅馬皇帝カ諸侯ノ上ニ有スル主權ハ最高權タルモ全能ノ權ニ非ス、又現時獨逸帝國ヲ組織スル各國ハ各獨立ノ國權ヲ有シ帝國ノ有スル主權ハ最高權タル其權限ハ極メテ狭シ、(ハ) 統治權ハ權利ニ非ス、統治權ハ法ノ源ニシテ權利ニ非ス、權利ハ法ニヨリテ生ハ、若シ統治權ヲ權利ナリトスレバ君主ト臣民トノ關係ハ權力ノ關係ニ非スシテ合意關係タルヘシ、然レトモ國家ハ當然的ニ統治權力ヲ有シ臣民ハ當然的ニ服従ノ義務ヲ有ス隨意ノ契約ニ依リ國家ヲ成立シ隨意ノ契約ニヨリ國家ヲ脫スルコトヲ得ス、(ニ) 統治權ハ命令強制權ナリ、命令トハ人ノ自由ヲ強制スル謂ナリ、統治トハ權力關係ヲ意味ス、故ニ吾人平等ノ間ニハ統治ナシ列國相對スル間ニモ亦統治ナシ、統治權力者カ無權力者ニ對スル命令服従ノ關係ナリ、國家ノ活動ハ命令ニ止ラス國家ハ命令以外諸他ノ職分ヲ有ス然レトモ國家カ國法上國家トシテ存在スル本質ハ命令ニアリ、統治ハ國家ノ行為ヲ稱スルモノニアラスシテ人ノ自由ヲ強制スルヲ云フナリ、(ホ) 統治權ハ唯一ニシテ不分割ナリ、統治權ノ作用ハ大權立法司法等ノ如ク一定ノ機關一定ノ形式ニ區分セラルレトモ之アルヲ以テ統治權其モノ、分

(二) 國法範圍內説

(イ) 統治權ハ國法ノ範圍内ニアリ、國家ハ事實上絕對無限ノ實力ヲ有ス、此絕對無限ノ實力ヲ制限シテ國法ヲ生シ、茲ニ國法上ノ國家トナル即チ法以前ニ於ケル服従ハ一ノ事實ニシテ國法上ノ問題ニアラス、國法上服従ノ義務ハ國家カ自ラ加ヘタル制限ノ範圍ニ於テノミ存在ス、故ニ國法ヲ超ユル權力ノ實行ハ一ノ事實ニシテ統治權ノ行使ニ非ス、(ロ) 統治權ハ無敵ニアラス、聯合國ニアリテ聯合國ト聯合各國トハ互ニ政務ヲ分掌シ其權域ヲ有スルカ故ニ相互ニ制限ヲ受ケルモ共ニ國家タルコトヲ失ハス即チ最高權ハ聯合國家ニアリテ聯合各國ニ非ス、聯合各國ハ統治權ヲ有スルノミ、統治權ハ國家ノ要素ナレトモ必スシモ最高權即チ無限ノ權力ニ非ス、只我國ノ如キ單一國ニアリテハ國家自ラ其權力ヲ制限スルノ外他ヨリ制限ヲ受ケサルカ故ニ其統治權ハ最高權ナルニ過キス、(ハ) 統治權ハ權利ナリ、權力ト云ヒ權利ト云フハ共ニ法ノ範圍内ニ於ケル法ノ保護シタル意思ノ力ヲ稱スルモノニシテ、只命令服従ノ關係ニ於テ命令者ノ權利ト言ヒタルニ過キス即チ用語ノ區別ニシテ別種ノ觀念ニ非ス、(ニ) 統治權ハ支配權ナリ、統治權ノ特質ハ國家固有ノ命令權ニアリ、然レトモ統治權ノ作用ハ命令ニ止マラス國家ハ私法上及ヒ國際上對等ノ關係ニ於テモ活動ス憲法第四條ニ「天皇ハ統治權ヲ總攬ス」ト規定スルカ故ニ條約締結ノ如キ統治權ノ作用タルハ疑ヲ容レヌ又命令權ハ必スシモ國家ノ獨占ニアラス、私法ノ範圍

内ニ於テハ親權ニ由ル命令權ヲ認メ公法ノ範圍内ニ於テハ公共團體ノ命令權ヲ認ム、(ホ)統治權ハ唯一不分割ナリ、國家ハ一ニシテ不可分ナル如ク一人格ハ同時ニ二三ノ意思ヲ有スルコト能ハサル如ク統治權モ亦一ニシテ不可分ノモノナリ、統治權ノ不可分ナルコトハ數多ノ機關カ統治權ノ行使ニ參與スルヲ妨ケス、苟モ國家ノ意思ハ一ニ歸スルコトアル以上ハ統治權不分割ノ性質ニ反スルモノナラス、反之統治權カ數多ノ權力ニ分カレ之等ノ權力ハ互ニ獨立ノ地位ヲ有スルトモハ國家ハ二三ノ意思ヲ有シ到底其ノ人格ヲ失フニ至ルヘシ(一)木博士國法講義)

第二款 主權ノ觀念

歴史上「主權」ト云フ語ハ三種ノ異ナリタル意義ニ用エラレタリ

- 第一ノ意義——國家ノ最高機關ノ地位ヲ意味ス(例ヘハ君主主權者ト云フカ如シ)
 - 第二ノ意義——統治權ト同一ノ意義ニ用エラル(是レ佛人ボータンノ既ニ誤用セル所ニシテ主權ヲ以テ國權ノ一屬性ト爲サス一定ノ内容アル權力也ト爲スモノナリ)
 - 第三ノ意義——國權即チ最高且獨立ナル性質ヲ意味ス(學術上直正ノ意義)
- 今日ニ於テモ諸國ノ公文書ニ於テ主權ト云フ語ハ常ニ此ノ種々ノ意義ニ用キラレ、殊ニ佛及英國ノ國語ニ於テハ主權ト主フ語ノ外ニ統治權ニ相當スヘキ語ナキヲ以テ統治權ト云フノ意義ニ於テ常ニ主權ノ語ヲ用フ、諸國ノ憲法又ハ法律ノ用語ニ於テモ又或ハ主權ト國民ニ屬サルヘカラス。

主權ノ字義

スト云ヒ或ハ君主カ主權者ナリト云フカ如キ用語ハ極メテ普通ニ用キラルルノ語ナリ、此ノ如キ歴史上ノ事實ハ學術ノ力ニ依リテ俄ニ之ヲ排斥スルコトヲ得ヘキニ非ス、然レトモ學術上ノ觀念トシテ主權ヲ論スルニ於テハ吾人ハ精密ニ此ノ三種ノ意義ヲ區別シ其ノ混同ヲ避ケサルヘカラス。

(二)真正ノ意義ニ於ケル主權ノ觀念

(1)主權トハ國家ノ權力ノ最高且ツ獨立ナル性質ヲ謂フ。

最高トハ國家ノ内部ニ於テ國家ノ領土内ニ存在スル總テノ個人又ハ團體カ皆國家ノ權力ニ服従スルヲ要スルヲ云ヒ、獨立トハ外部ニ對シ國家カ國家以外ノ他ノ權力ニ依リテ制限セラレサルコトヲ云フ、最高トハ内部ニ對スル關係ヲ云ヒ、獨立トハ主トシテ外部ニ對スル關係ヲ云フ、故ニ學者ハ或ハ主權ヲ分チテ對内主權又ハ國法上ノ主權ト對外主權又ハ國際上ノ主權トノ二種トナスモノアリト雖モ、是レ同一ノ最高權力ノ二個ノ方面ヲ意味スルモノニ過キスシテ二個ノ別別ノ權力ノ存在スルニ非ス二ノモノハ互ニ離ル可カラサル一體ヲ爲スモノナリ。

(2)主權ハ無制限ナル絕對ノ權力ニ非ス。

主權ヲ以テ無制限ナリト云フハ唯自己以外ノ他ノ權力ニ依リテ制限セララルコトヲナシト云フノ意味ニ於テ云フノ得ヘキノミ、主權ヲ有スル國家ハ自己以上ニ何等ノ權力ヲモ有セス自己ノ意思ニ基クニ非スシテ他ノ權力ニ依リテ法律上ノ制限ヲ受クルコトハ主權ノ性質ト相容レサルモノナリ、假令自己ノ意思ニ基カサル制限ヲ受クルコトアルモ是レ單ニ事實上ノ制限ニシテ法律上ノ制限ニ非ス、然レトモ自己ノ意思ニ依リテ自ら制限ヲ加フルコトハ恣モ主權ト相矛盾スルコトナク而シテ其ノ制限ハ單ニ事

實上ノ制限ニ止マラスシテ法律上ノ制限タルナリ、國家ハ管ニ國際法ノ制限ヲ受クルノミナラス國內ニ於テモ又其ノ自ラ定ムル所ノ法律ニ依リテ制限セラル、總テ國法ハ臣民ヲ羈束スルト同時ニ又國權ヲ拘束スルモノニシテ國權ハ唯其法律ノ下ニ於テノミ活動スルコトヲ得、國家カ法律ヲ制定スルニハ一面ニハ臣民ニ對スル法則ヲ定ムルモノナルト共ニ一面ニハ國家ノ機關ニ對シテ此ノ法則ニ遵ツテ統治權ヲ行フヘキコトヲ命スルナリ、凡テノ國法ハ皆雙面的ノ拘束力ヲ有スルナリ、此故ニ主權ハ無制限ナル絕對ノ權力ニハ非ス。

(3) 主權ノ特質ハ唯國權カ自ラ自己ニ制限ヲ加フルノ外他ノ力ニ因リテ制限セラレサルノ性質ヲ云ヒ現ハスニ外ナラス。

之ヲ詳言スレハ主權ノ特質ハ二ツノ方面ニ於テ現ハルイ、其消極的ノ方面ニ於テハ國家カ自己ノ意思ニ基クノ外他ノ力ニヨリテ法律上ノ制限ヲ受クルコトヲキコトニ於テ現ハル事實上ノ制限ハ固ヨリ存在スルコトヲ得ヘシ、雖モ之ヲシテ法律上ノ制限タラシムルニハ必ス自己ノ意思ニ基クモノナルコトヲ要ス、其積極方面ニ於テハ國家カ自己ノ任意ニ因リ自巳及ヒ國內ノ凡テノ人民ヲ羈束スヘキ如何ナル制限ヲモ加ヘ得ヘキコトニ於テ現ハル。

主權ノ觀念

(4) 國家カ國際法ノ拘束ヲ受クルコトモ亦國家ノ主權ヲ妨クルモノニ非ス。
近世ノ文明國ハ相共同シテ國際團體ヲ爲シ而シテ國際團體ニ入レル以上ハ國家ハ國際法ノ規定ニ遵由スルコトヲ要シ自己ノ意思ヲ以テ其束縛ヲ脱スルコトヲ得スト雖モ是レ亦國家カ自己以外ノ他ノ權力ニ服従スルモノニ非ス、國際法ハ國家以上ニ立テル世界的權力ニ依リテ制定セラレタル法律ニアラザルコトハ明瞭ナリ、國家ハ固ヨリ國際法ヲ遵奉スルコトヲ要スト雖モ國際法ハ決シテ國家以上ノ權力

ニ依リテ國家ヲ束縛スルモノニ非ス、總テノ法ハ共同生活ノ法則ナルカ故ニ國際法モ多數ノ國家ノ共同生活ヲ其前提トスルモノナルハ勿論ナレトモ此共同生活ハ決シテ國家以上ニ立テル世界的ノ權力團體ヲ構成スルモノニ非ス、凡テノ國際法ハ皆國家自身ノ任意ノ承諾ニ因リテ成立スルモノナリ、國家自身ノ意思ニ基クテ國際法ノ淵源ヲ求ムルコトヲ得ス、從テ國家カ國際法ニ遵依スルコトヲ要スルモ亦國家カ自己ノ意思ニ依リテ自ラ制限ヲ加フルモノニ外ナラサルナリ。

(5) 主權ハ國家ノ要素ニ非ス。

國家ハ其最モ普通ナル形態ニ於テハ單一國ニシテ而シテ凡テノ單一國ハ皆主權國ナリ、單一國ハ少クトモ近世ノ狀態ニ於テハ自己以上ノ權力ヲ有スルコトヲ其權力ハ内部ニ於テハ最高ニシテ外部ニ對シテハ獨立ナルモノナリ、主權ハ斯ノ如ク國家ニ屬スル普通性ナルカ故ニ舊時ノ法學者ハ皆主權ヲ以テ國家ノ必要性トナシ主權ヲ有スルモノニ非サレハ國家タルヲ得サルモノトセリ、此思想ハ今日ニ於テモ尙ホ其影響ヲ存シテ今日ノ學者ノ中ニモ主權ハ國家ノ要素ナリト爲スモノ少ナカラズ、然レトモ若シ主權ヲ以テ國家ノ要素ナリトセハ今日ノ政治上ノ實際ハ全ク之ヲ説明シ能ハサルノ結果ヲ生ス就中近世ノ聯合國ニ於テハ若シ主權ヲ以テ國家ノ要素ト爲ストキハ其結果ハ或ハ聯邦國ノ存在ヲ否認シテ聯邦國ハ單一獨立ナル主權國ノ國際上ノ同盟ナリトスルカ然ラザレハ聯邦國內ノ各支分國ノ國家タル性質ヲ全ク否認シテ聯邦内ノ各國ハ單一國內ノ地方團體ニ過キスト爲スカノ二途ニ出テサル可ラス、然レトモ此何レノ解答ヲ採リテモ其政治上ノ實際ニ矛盾シ歷史上ノ沿革ヲ無視スルモノナルコトハ極メテ明瞭ナルカ故ニ今日ノ多數ノ學者ハ統治權ヲ以テ國家ノ要素トナスモ主權ハ國家ノ要素ニ非スト爲スコトニ於テ相一致セリ、此ノ如ク主權ハ國家ノ要素ニ非サルカ故ニ國家ニハ二ツノ種類

ナ區別スルコトヲ要ス、一ハ主權國ニシテ一ハ非主權國ナリ、非主權國トハ最高獨立ノ權力ヲ有セス自己以上ノ他ノ權力ニ依リテ支配セラレルル國家ヲ云フナリ、就中聯邦國內ノ各支分國ハ非主權國ト最モ顯著ナル實例ナリ、而シテ非主權國ト地方團體トハ區別スル標準ハ前述統治權ヲ原始的ニ有スルト付與的ニ有スルトニ因リテ區別ス然レトモ是ニ依リテ更ニ左ノ問題ヲ生ス曰ク非主權國ト通常ノ地方團體即チ國家ノ權力ニ服從シテ而シテ國家タル性質ヲ有セサル領土團體トハ區別スヘキ標準ハ何所ニアルヤノ問題ナリ(美濃部博士憲法講義)

第二節 統治權ノ主體

統治權主體ノ學說ニ付テハ君主主權說、人民主權說、國家主權說ノ三說アリ。

世ノ始メニ於テハ人民ヲ支配スル權ハ神ヨリ與ヘラレタル者職務トシテ之ヲ行フモノトノ考アリシカ、十二世紀以來君主カ獨立權力ヲ有スルモノナリトノ考生セリ、而シテ中古ノ法學者ハ此獨立ノ權力ハ當時ノ羅馬皇帝ノ有スルモノトセリ、其後羅馬帝國分裂スルニ至リ更ニ起リタル國家ノ支配者カ各權力ヲ有スルコトナリ、此君主主權ニ對シテ一方ニハ又權力ノ淵源ハ人民ニアリト謂フ思想、セルマンニ起レリ、此人民主權說ハ十七世紀十八世紀頃ニ至リテ學者間ニテ盛ニ唱道セラレルニ至リ、終ニ「ルソー」氏ノ筆ヲ驅テ非常ノ勢ヲ逞シ遂ニ其結果トシテ佛蘭西革命ヲ惹起シタリ、近世ニ至リ公法殊ニ國家法ノ發達ニ

學說沿革

件フテ國家ナル共同團體カ國權ノ主體ナリト謂フコトノ明瞭ナルニ從テ國家ナル人格ト支配者ノ人格トヲ明ニ區別スルコトナレリ。

(1) 君主主權說 統治權ノ主體ハ君主ニ存在スルトノ說ナリ。

(批難) 此說ニ依レハ彼ノ身上聯合(君主合國)ノ如キ同一ノ君主ヲ戴ク數國ハ之ヲ數個ノ獨立シタル國家ト理會スルコト難カルヘシ或ハ此場合ニ同一ノ君主ハ甲國ノ統治權ノ主體ト乙國統治權ノ主體トノ二資格ヲ有スルモノナリト辯解スルヤモ知ラサレトモ、一人ニシテ同種類ノ二ツノ人格ヲ有シテ一人ノ發表シタル意思カ或ハ甲ノ人格ノ意思トナリ或ハ乙ノ人格ノ意思トナルコトハ如何ニシテ之ヲ區別スルヤ、反對論者或ハ是レ意思發表自身ノ決定ニ依ルト謂フモ知ラサレトモ、双方ノ人格ノ作用ヲ爲ス意思ハ畢竟同一ノ人ノ意思ナルヲ以テ此兩國ハ一ノ國家トナルモノト云フヨリ外ナシ、若シ此場合ニ君主ノ發表スル意思ハ同一ノ人ノ意思ナレトモ其甲ナル國土人民ノ爲ニ發表スル時ハ甲ナル國家ノ意思作用トナリ、乙ノ國土人民ノ爲ニ發表スル時ハ乙ナル國家ノ作用ナリトセンカ、是レ人民共同團體ノ獨立セル人格ナルコトヲ認ムルニ非サレハ主張スルコトヲ得サルナリ、何トナレハ同一ノ君主ノ發表スル意思作用ノ甲國ノ作用トナリ、又ハ乙國ノ作用トナルハ單ニ君主ノ意思ヲ標準トスルニ非スシテ人民共同團體其モノカ之ヲ決スル目標トナルモノナリ、若シ如斯君主ノ身上ニ依リテ聯合スル數國ハ其同一ノ君主ヲ戴クニモ關ラズ之ヲ各異ナルトスルヲ得レハ即チ其國家ハ土地ヲ基礎トセル人類ノ集合ニシテ共同團體タル人格ヲ形造スルモノニシテ君主カ統治權ノ主體タル人格ヲ有スルニ非ラス、(口) 此說ニ依レハ君主交代ノ際ニ於テ前君主ノ行ヒタル國權ノ作用ハ後君主ノ世ニ於テ當然效力ヲ有スル所以ノ理ヲ説明スルコト能ハス、前君主ノ發表シタル意思ハ後君主ノ世ニアリテハ最早存在セ

統治權ノ體

ス、即チ前君主ノ存在セル間ノミニ於テ效力アルモノニシテ前君主崩御スレハ其發表シタル意思ハ其存在ヲ失フニ至ル可シ、此說明ニ付キテ君主主權說ヲ採ルモノノ頗ル苦ム所ナリ、「サイデル」氏ノ如キハ君主トハ統治ヲ爲ス所ノ一個人ヲ示シテ謂フニ非ス、抽象的ノ統治人格ヲ示シテ謂フモノナリ、君主モ亦之ヲ一ノ制度トシテ觀ルトキハ永久變セサルモノナリ、故ニ實際ノ統治者ハ時々交代スルモ其國權ノ作用ノ效力ハ此交代ニ依リテ影響ヲ受クルモノニアラストセリ、然レトモ此說ハ「サイデル」氏本來ノ說ニ矛盾セルモノト云ハサルヲ得ス、「サイデル」氏ハ「共同團體タル國家チ國權ノ主體トナスハ一ノ擬制ニシテ採ルニ足ラス何トナレハ國家ハ自然人ニ非サルカ故ニ意思ヲ有スルモノニ非ス、凡ソ意思ヲ有スルモノハ自然人ナリ故ニ當時ノ意思ヲ發スルモノハ自然人ニシテ此自然人ハ即チ統治權ノ主體タルヘキナリ」ト、然ラハ即チ其自然人タル統治權ノ主體ノ外ニ尙抽象的ノ主體カ存在シ得ル理由ナキニ非スヤ、然ルニ拘ハラズ君主トハ個々ノ人チ云フニアラスシテ抽象的ノ人格ヲ指稱スルモノナリト說明スルハ矛盾ニ非スシテ何ゾ「サイデル」ノ所謂統治人格タル君主ナルモノモ右說明ニ依レハ是レ亦一ノ擬制ナリ、然ルニ國家タル團體チ以テ統治權ノ主體ナリト云フ場合ニハ之ヲ擬制ナリトノ理由ヲ以テ排斥スルハ何故ナルヤ。

「ホルンハック」氏ハ「國家ト君主トハ全ク同一ニシテ君主ハ即チ國家ナリ、故ニ君主崩御スレハ國家モ亦消滅スルト云ハサル可カラサルカ如キモ法律ニテ定メタル君位繼承法ニ依リテ君主ノ崩御アレハ君主ハ直ニ其地位ヲ充タスヲ以テ自然人タル君主ハ崩御スルモ國家タル君主ハ死亡スルモノニ非ス」ト（批難）然レトモ君位繼承ナルモノハ其崩御後ニ於テモ尙ホ效力ヲ有スル理由ヲ明カニスルニ非サレハ前後君主ノ同一人格ナルコトヲ主張スル能ハス抑モ君位繼承法ハ前後君主ノ同一人格タルコトヲ規定

(2) 人民主權說 統治權ノ主體ハ人民ニ存在スルトノ說ナリ。

スルニ非スシテ唯君位ヲ繼承スヘキ人ノ範圍及ビ順序ヲ定メタルニ過キササルナリ（副島博士憲法講義）
（批難）人格ハ單一ノモノナラサル可カラス、然ルニ人民ハ個々ノ人類カ集合シタルモノナリ、人類ノ集合體ハ其集合ノミニシテ獨立ノ單位ヲ形造ルコト能ハス隨テ獨立單位ヲ形造ルコト能ハサレハ統一セル意思ノ存在スルノ理由ナシ、統一セル意思ノ存在ナクシテハ人格ヲナス能ハス故ニ人民ニ主權アリトノ說ハ政治論トシテハ首ビ得ルモ法理上ニハ根據ナシ。

(3) 國家主權說 統治權ノ主體ハ國家ニ存在スルトノ說ナリ。

國權ノ主體ハ自然人タル君主又ハ機械的ニ集合セル人民ニ存在スルモノニ非ス、單位ノ共同團體タル國家ニ存在スルモノナリ、然ラサレハ國際上ノ關係及ビ國法上ノ關係ヲ說明スルコト能ハス、又君主交代ノ場合ニ國權ノ永續スル所以ヲ理會スル能ハス、君位繼承法ニ從ツテ前後君主方同一體ニシテ前ノ君主ノ發表シタル意思ハ後ノ君主ノ世ニ至ル迄永續シテ效力ヲ有スル所以ハ個々ノ君主ハ共同ノ體タル人格ノ爲メニ作用スルモノニシテ其發表シタル意思ハ即チ團體ノ意思ナルヲ以テ苟モ團體ノ存在スル以上ハ個々ノ君主ノ交代ニ關ハラズ其意思モ永續シテ存在スル所以ニ由ル、蓋シ「マイエル」氏ノ云フ如ク國權ヲ執行スル個々ノ自然人ハ變遷スルモ國家ノ永續ハ決シテ之カ爲メニ妨ケララルモノニ非ス、國家ノ組織ヲ變更又ハ改正シテ或ハ共和國ノ君主トナシ或ハ君主國ヲ共和國トスルモ國權ハ常ニ依然トシテ存在スルモノナリ、例ヘハ支那ノ如キ朝廷常ニ變更スルモ又佛蘭西ノ如キ國體屢々變更スルモ之カ爲メニ決シテ國家消滅セサルナリ（副島博士憲法論義）

第二章 領土

第一節 領土ノ法律上ノ觀念

(1) 領土トハ地球表面ノ一部ニシテ國家ノ統治權ノ完全ニ發動セラルヘキ區域ヲ謂フ。

領土カ統治權ノ發動區域ナリト謂フハ國家ノ統治權ハ領土以外ニ於テハ全ク發動スルコトヲ得スト謂フノ意ニ非ス、臣民ハ自國ノ領土以外ニ在ル場合ニ於テモ猶ホ國家ノ統治權ニ服従スルモノナルコトハ後ニ述フヘキカ如シ、然レトモ領土以外ニ統治權ノ及フハ戰爭行為ニ因ル場合ノ外常ニ他ノ國家ノ承認ヲ必要トスルモノニシテ其承認ヲ得ルニ非サレハ實際ニ其權力ヲ發動スルコトヲ得ス、國家ノ統治權カ完全ニ發動スルコトヲ得ルハ唯領土内ノミニ限ルナリ。

(2) 領土ノ法律上ノ效果ハ通常之ヲ二ツニ分ツ。

其消極的ノ效果ハ自己ノ領土内ニ於テハ他ノ國家ノ統治權ノ行ハルルコトヲ許ササルコト是ナリ、其積極的ノ效果ハ自己ノ領土内ニ存在スル總テノ團體總テノ個人ハ其外國ノ國籍ニ屬スルト自國ノ國籍ニ屬スルトヲ問ハス總テ國家ノ權力ニ服従スルコトヲ要スルコト是ナリ、自國ノ領土内ニ於テハ此ノ如ク他ノ國家ノ統治權ノ行ハルルヲ許ササルカ故ニ領土ハ必ス唯一ノ國家ニ屬スルコトヲ必要トス、

一國ノ領土ニシテ同時ニ他國ノ領土タルコトヲ得ス。

一國ノ領土ニシテ同時ニ他ノ領土タルコトヲ得サルハ法律上ノ現象ニシテ往々之カ例外タルカ如キモノアリト雖モ其實ハ何レモ真正ノ例外タルニ非サルナリ、其例外タルカ如ク見ユルモノハ左ノ數種ナリ。

(イ) 共同領地

共同領地トハ同一ノ土地カ同時ニ二國又ハ數國ノ共同ノ領地タルモノナリ、共同領地ハ極メテ異例ノ現象ニ屬シ今日ニ於テハ唯「ボスニヤ」及「ヘルチエゴヴィナ」カ「オーストリア」ト「ハンガリー」ノ共同ニ屬スルノ一例アルノミ、然レトモ共同領地ニ於テモ一國ノ領土カ同時ニ他國ノ領土タルニハ非ス、何レノ一國ノ領土ニモ屬セサルモノニシテ各國ノ權力トハ異ナリタル別種ノ第三ノ權力ニヨリテ支配セララルルノ領土タルナリ。

(ロ) 戰時占領

戰時ノ占領地ニ於テハ占領國ノ權力カ殆ト完全ニ行ハレ、占領地ハ被占領國ノ領土タルト同時ニ一時占領國ノ領土タルカ如キ外觀ヲ呈スルモ、此場合ニ於テハ被占領國ノ權力カ占領軍隊ノ實力ニ依リテ壓迫セラレ統治權カ一時停止セララルルモノニシテ、其占領ニ屬シ居ル間ハ專ラ占領軍ノ權力ノミカ行ハルルモノナリ、故ニ此場合ニ於テモ同一ノ土地カ同時ニ二個ノ權力ノ支配ニ屬スルニ非ス。

(ハ) 聯邦國

ニ於テハ聯邦内ノ各國ノ領土ハ同時ニ聯邦國ノ領土タリト雖モ、是レ聯邦國カ聯邦内ノ各國ヨリ組織セララルルモノナルカ爲メニシテ其領土ノ必ス一國ニ專屬スト云フ原則ニ抵觸セサルコトハ尙ホ地方團體ノ領土カ同時ニ國家ノ領土ナルト異ナルコトナシ。

(ニ) 租借地

近時ノ支那帝國ニ於ケル租借地モ亦支那ノ領土内ニ於テ同時ニ租借國ノ統治

領土權ノ
競合ニ見
ユル場合

國家ノ組織 領土 領土ノ法律上ノ觀念

領土ノ觀念

權カ行ハルルモノニ非ス、租借ト云フ名稱ハ領土ヲ以テ國家ノ所有ナリトスル當時ノ思想ヨリ生シタルモノナレトモ、其法律上ノ性質ハ固ヨリ貸借ノ如キモノト同一ノ法理ヲ以テ論シ得ヘキニ非ス、租借地ノ區域内ニ於テハ支那ノ統治權ハ全ク停止セラレテ租借國ノ統治權カ行ハルルモノニシテ、租借トハ露骨ナル法律上ノ歸テ以テ云ヒハ期限付ノ領土ノ割讓ニ外ナラス租借ノ期限内ニ於テハ純然タル租借國ノ領土ニ非ス。

(ホ)國際地役 國家ハ又往他ノ國家ニ許スニ自國ノ領土ヲ利用スルコトヲ以テスルコトアリ、例ヘハ他國ノ軍隊ノ自國ヲ通過スルヲ許スカ如キ是ナリ、之ヲ國際地役ト謂フ、實際地役ハ自國ノ承認ニ由リテ自ラ自己ノ權力ヲ制限スルモノニシテ外國ノ權力ハ唯自己ノ許容ノ下ニ行ハルルニ過キス隨テ毫モ領土内ニ於テ自國ノ權力ノミ完全ニ行ハルルモノナレトコトヲ妨クルコトナシ。

(2)領土ハ直接ニ統治權ノ客體ニ非ス。

領土ノ法律上ノ性質ハ以上述フルカ如シ、領土ハ國家ノ統治權ノ及フヘキ區域ニ過キスシテ領土其モノノ上ニ國家ノ權カ行ハルルニ非ス、領土ハ直接ニ統治權ノ客體ニ非スシテ統治權ノ客體ハ常ニ人ナリ、統治權ハ常ニ人ニ向テ發動ス、領土ハ人ニ屬スル權力發動ノ原因タリ條件タル外ナラス、然レトモ領土ノ此法律上ノ性質ハ何レノ時代ニ於テモ等シク認めラレタルモノニ非ス、昔日ニ於テ領土ハ君主ノ世襲財産ト看做サレテ所有權ト統治權トノ觀念ハ全ク混同セラレ、領土ハ所有權ノ目的物ト看做サレタルナリ、固ヨリ領土ノ全部力直接ニ君主ノ所有地ト看做サレタルニ非ス、所有權ノ觀念ハ二ツニ分割セラレテ最高所有權ト云ヒ、一ヲ收益所有權ト爲シ、君主ハ領土ノ全部ニ對シ最高ノ所有權

ヲ有シ、收益所有權ハ國王ヨリノ分配ニ依リテ實際ニ土地ヲ占有スル各人ニ屬シタルナリ、此ノ如キ最高所有權ノ觀念ハ近世ニ於テハ全ク消滅シ、領土ハ君主ノ所有地ニ非ス收益所有權ヲ有セザルハ勿論最高所有權ヲ有セズ、君主ハ唯統治權ヲ其ノ領土ノ上ニ過キサルコトハ治ネク認メラルルニ至レリ。

領土高權ヲ認ムル學說ニ曰クイ統治權ハ人ニ對シテ行ハルルト共ニ又土地ニ對シテモ行ハル、國家ハ土地ノ上ニ有スル權利ハ則チ領土權ニシテ民法上ノ所有權トハ全ク性質ヲ異ニスルモノナリト雖モ猶ホ一種ノ物權ニシテ即チ公法上ノ物權ナリト(批難)然レトモ統治權ハ命令及ヒ強制ノ權ナリ、命令及ヒ強制ハ唯人ニ對シテ行ハルルヲ得ルノミ、土地ニ對シテ命令スルヲ得ヘキニ非ス、土地ノ上ニ行ハルル權利ハ常ニ所有權其他ノ私法上ノ物權ニシテ統治權ニ非ス、領土ヲ以テ統治權ノ目的物ナリトスルハ正當ノ見解ニ非ス。

(イ)領土權ノ存在ヲ主張スル論者ノ論據トスル所ノ一ハ國家ノ統治權ハ唯臣民ニノミ及フチ原則トス、然ルニ領土内ニ滞在スル外國人ハ臣民ナラサルニ拘ハス猶ホ統治權ニ服從スルヲ要スルハ國家カ領土權ヲ有スルカ爲メナリト云フニ在リ(批難)然レトモ此場合ニ於テモ國家カ土地ノ上ニ權力ヲ有スルカ爲メニ其結果トシテ土地ノ上ニ滞在スル外國人ニ權力ノ及フニ非ス、國家ノ統治權ハ決シテ自國ノ國籍ヲ有スル臣民ニノミ限ラレルニ非ス、領土内ニ滞在スル總テノ人民ハ等シク統治權ニ服從スルモノニシテ統治權ノ客體タルモノハ此場合ニ於テモ亦人ナリ、外國人カ直接ニ權力ノ客體タルノミ土地ニ對スル權力ノ間接ノ結果ニ非ス、故ニ此點モ亦領土權ノ存在ヲ證明スルニ足ラス。

(ロ)領土權ノ存在ヲ主張スル他ノ一ノ論據ハ無住地モ亦領土タルヲ妨ケストイフニ在リ、全ク住民ナキ

土地ニ於テハ人ニ對スル統治權ハ存在スルコトヲ得サルカ故ニ土地ニ對スル權利ノ存在ヲ認ムルニ非サレハ其領土タル性質ヲ說明スルコトヲ得スト爲スナリ(批難)然レトモ無住地カ領土タルノ效果ハ全ク住民アル土地カ領土タル場合ト異ナルコトナク此場合ニ於テモ其ノ領土タル效果ハ唯其區域内ニ於テ他國ノ統治權ノ發効ヲ許ササルコト及ヒ將來ニ於テ若シ其區域内ニ來タル人アルノトキハ其人ハ其國家ノ權力ニ服從スルヲ要スルコトニ於テ現ハルルノミナリ、此場合ニ於テモ亦土地其物カ權力ノ目的物タルニ非ス、此故ニ領土ハ決シテ獨立シテ統治權ノ客體タルモノニ非ス、所謂領土權トハ人ニ對スル統治權ノ一ノ方面ニ過キス領土權ト云フ一種ノ物權ノ存在スルモノニ非サルナリ。

第二節 領土ノ變更

(一)領土ノ分割 領土ノ分割ハ主權全能ノ作用ニシテ毫モ主權不分ノ原則ニ抵觸セサルモノナリ、全國ノ版圖カ増減シタルモ主權ノ性質ハ少シモ増減スルモノニアラス、只其主權ノ行ハルル範圍ニ於テ大小ノ増減ヲ見ルノミナリ、或論者ハ曰ク、領土ハ分割譲與スヘカラサルヲ原則トスト(批難)然レトモ此原則ハイ中世時代ニ於テ君主ノ專權ヲ防カン爲メノ政治上ノ必要ニ出タルモノト(口)領土ヲ以テ君主ノ財產ト見做シ世襲財產制度ヲ適用シタルトハ主權不分割ノ法理ヲ領土ノ上ニ混用シタルトノ結果ニシテ政治上ノ意見又ハ立法上ノ利害ニ於テハ或ハ適切ナランモ純然タル法理上ニ於テハ如斯原則ハ根據ナキモノトス。

(二)領土變更ト憲法トノ關係 憲法第一條ニ所謂「大日本帝國」トハ必シモ具體的ノ境域ヲ指シテ云

フモノニ非ス、唯國權ノ及フ場所ノ單位トシテ附シタル名稱ナリ故ニ國權ノ範圍ハ増減スルモ均シク大日本帝國ナリ、此帝國ノ領土ヲ分テテ府縣市町村等ト爲スモ國土内部ノ區劃ニシテ憲法上ヨリ云ヘハ均シク國家ノ領土タリ、然レトモ帝國ノ組織ハ更メテ連邦ノ共領國ト爲スハ憲法上爲シ得ル所ニ非ス反之領土ヲ他國ニ割讓スル如キハ之ヲ爲シ得ヘシ、外國ノ憲法ニ於テハ或ハ領土ノ割讓ヲ禁スルアリ、或ハ憲法ニ於テ領土ノ區域ヲ掲グルアリ、或ハ領土ノ變更ハ法律ヲ以テ定ムトセル所アリ、我憲法ニ於テハ此等ニ付キ何等ノ規定ナキ故ニ國權ノ作用トシテ領土ヲ割讓シ得ルハ明カナリ(副島博士憲法論緒論第二章第十五節、新領土ニ於ケル憲法ノ效力參照)

(三)領土變更ト法律トノ關係

(1)領土ヲ取得シタル場合 新ニ領土ヲ取得シタル場合ニ於テ舊來ノ領土ニ行ハルル法律カ直ニ新版圖ニ行ハル、ヤ否ヤハ一ニ法律ノ精神如何ニヨリテ定マルモノナリ。若シ法律ノ精神カ立法ノ當時ニ於ケル現在ノ版圖ニ限リ行ハル、性質ノモノニアリトスレハ新版圖ヲ加ヘルモ法律ハ當然新版圖ニ行ハルヘキモノニアラサルカ故ニ領土ノ變更ハ少シモ法律ニ影響ヲ及ボスコト無シ、又若シ法律ノ精神カ將來取得スル所ノ版圖ニモ施行セラルル性質ニアリトスレハ此法律ノ新版圖ニ行ハル、當然ニシテ法律ヲ變更スルモノニ非ス、夫故何レノ場合ニモ別段ノ法律ヲ有スル理由ナシ(2)領土割讓ノ場合 此場合ニハ從來全國ニ行ハルタル法律ハ施行ノ區域ヲ縮少スルコト、ナリ、殊ニ割讓セラレタル區域ニ對シテ設ケラレタル法律ハ消滅ニ歸ス、例ヘハ北海道カ他ニ割讓セラレタル場合ニ其地ニ特別ニ行ハレタル法律ハ消滅ニ歸ス、蓋シ一國ノ法令ハ其國家ノ統治權ノ行ハルルコトヲ條件トシテ效力チ有スルモノナリ、今其地方ヲ外國ニ割讓スルトキハ其割讓地ニハ從來ノ國權ハ行ハレサルナリ、國權既ニ行ハレサルハ國權ノ行ハル、コトヲ條件トシテ效力チ有スル法令ハ總テ當然或ハ變更

領土ノ變更

セラレ成ハ消滅スルモノト云ハサル可カラス、故ニ此場合ニハ特ニ法律ヲ以テ其變更ヲ規定スルノ必要ナシ(一木博士國法講義)

(四) 領土變更ト國籍トノ關係 領土變更ト共ニ國籍ハ必ス變更スルモノト考ヘタル時代ハ十八世紀ノ終マテ繼續シタリキ而シテ其思想ノ基ク所ハ土地ト人民トハ相附著シテ離ル可カラサルモノナリトノ封建時代ノ遺想ヨリ來リシモノナリ然ルニ第十九世紀ニ至リ領土變更ノ當然ノ結果トシテ國籍ノ變更ヲ來スハ不當ナルコトヲ認メ領土ノ變更ヲ爲スドキハ其變更ノ領土内ニ在留スル人民ニ國籍ノ選擇權ヲ與フルコト、爲レリ固ヨリ其選擇ノ期限及ヒ選擇ノ效果等ニ至リテハ一ナラザリシモ選擇權ヲ與フルニ至リテハ領土變更ノ各條約殆ト其軌ヲ一ニシタルモノナリシナリ、我千島樺太ノ交換條約及ヒ明治二十八年ノ馬關條約ニ於テモ亦此國籍ノ選擇權ヲ規定セリ故ニ今日ハ領土變更ノ結果トシテ當然其國籍ノ變更ヲ生セサルモノト爲レリ。

(五) 領土變更ノ手續 領土變更ハ原則上天皇ノ大權ニ屬スル行政行爲ナリ、故ニ天皇カ領土變更ノ條約ヲ締結シテ其條約ヲ公布セサル可カラス、蓋シ條約ヲ以テ領土ヲ變更スルモ是唯國際法上ノ行爲タルニ過キスシテ國法上ニ於テハ其效力アリト云フコトヲ得ス、國法上ノ效力ヲ生セシムルニハ特ニ其手續ヲナサ、ル可カラス、其手續ハ領土變更ノ條約ヲ公布スルヲ以テ足ル、其條約ヲ公布スルハ則チ國法上ノ領土變更ヲ裁可シ國法上領土變更シタルコトヲ公布スル目的ノ爲ニ出テタルコトヲ推測スルコトヲ得ヘシ。

(一) 憲法ニ於テ領土ノ區域ヲ明定スルモノ、此ノ場合ハ領土變更ニハ特別手續ノ規定ナクテ、定ナケルハ憲法ノ變更ヲ要ス(獨、瑞、白、葡、ル、メ、ニ、ア、)ノ如シ。

(甲) 各國憲法ノ規定

(六) 各國國制ノ度

(乙) 領土變更ノ特別手續ヲ要スルモノ

- (一) 憲法ニ於テ領土ノ變更ニ關シ明文ナキモノ(英、米合)
- (二) 憲法ニ於テ領土ノ變更ニハ法律ヲ要スルコトヲ規定スルモノ(佛、普、薩、白、蘭、四、ル、メ、ニ、ヤ、希、)ノ如シ。
- (三) 憲法ニ於テ領土ノ變更ニ關シ明文ナキモノ(英、米合)
- (四) 憲法ニ於テ領土ノ變更ニハ法律ヲ要スルコトヲ規定スルモノ(佛、普、薩、白、蘭、四、ル、メ、ニ、ヤ、希、)ノ如シ。
- (五) 憲法ニ於テ領土ノ變更ニ關シ明文ナキモノ(英、米合)
- (六) 憲法ニ於テ領土ノ變更ニハ法律ヲ要スルコトヲ規定スルモノ(ウ、イ、ル、チ、エ、シ、ド、ル、) 澳、伊、葡、(セルビヤ)ノ如シ。

第三章 臣民

第一節 臣民ノ法律上ノ觀念

「國民」トハ其廣キ意義ニ於テハ國家ニ屬スル總テノ人民ヲ謂フ、此意義ニ於テハ當ニ普通ノ意義ニ於ケル臣民ノミナラス君主モ亦國民ノ一人ナリ、又自國ノ國籍ヲ有スルモノノミナラス外國人ト雖モ領土内ニ滞在シ居ルモノハ亦國民ナリ、法律ノ正當ノ意義ニ於テ國民トノ唯此意義ニ解スヘキモノナリ。

國家ノ組織 臣民 臣民ノ法律上ノ觀念

(一) 國民ノ字義

國民ハ國家ニ於テ二重ノ資格ヲ有ス、一方ニ於テハ國民ハ國家ヲ組織スル一員トシテ國家ノ定ムル所ニ依リ國家ノ統治權ノ行使ニ參與スルノ權ヲ有ス此資格ニ於テノ國民ハ通常之ヲ稱シテ「公民」ト云フ、一方ニ於テハ國民ハ國家ノ統治權ニ服從スルノ客體ナリ此資格ニ於テノ國民ハ之ヲ「臣民」ト謂フ。

臣民ト外人トノ區別ニ關シテハ種々ノ標準ヲ立ツルモノアリ。

(1) 服從ノ義務標準說 臣民ハ國家ノ權力ニ服從スヘキ義務ヲ有スントモ外國人ハ此義務ヲナシト(批難)然レトモ外國人ト雖モ國家ノ領土内ニ於テハ其國家權ニ服從セザル可カラス。

(2) 權利享有標準說 臣民ハ權利享有ノ能力ヲ有スントモ外國人ハ此ノ能力ナシト、(批難)此說ハ往古羅馬ニ於テ外國人ヲ奴隸視シタル時代ニ於テ適當ナルヤモ知ラザレトモ近世ノ國家ニ於テハ外國人ト雖モ特ニ制限セラレザル限リハ其臣民ト同シク權利享有ノ能力

臣民ノ觀念

(二) 臣民ト外國人トノ區別

ヲ認ムルナリ。

(3) 特別ノ權利義務標準說

(イ) 兵役義務標準說 兵役ノ義務ハ全身ヲ奉ケテ國家ノ犧牲ニ供スルノ義務ナリ、故ニ此ノ義務ヲ外國人ニ負ハセス、若シ此ノ義務ヲ外國人ニ負ハシムルトスレバ或ハ其自國ニ對スル反逆ノ行爲ヲ強制スルノ結果ヲ生スルモノニシテ國際公法上他ノ國家ノ權利ヲ害スルモノト見做スモノナリト、(批難)然レトモ此原則ハ國際上例外ノ場合ナキニ非ス、且ツ特ニ無籍ノ外人ニ對シテ別ニ兵役ノ義務ヲ負ハシメスト云フ理由ナシ。

(ロ) 參政權標準說 參政權トハ國又ハ公共團體ノ政務ニ參與スルノ權ヲ謂フ臣民ニ此權アルモ外國人ニハ此權利ナシト、(批難)通常之ヲ外國人ニ與ヘザレトモ一方ニ於テ臣民ト雖モ凡テ參政權アリト謂フコトヲ得ス、乃チ臣民籍ハ參政權ヲ有スル一要件タルニ過キス必スシモ外人ハ性質上參政權ヲ有スルコトヲ得ストノ理由ナシ。

(ハ) 住居權標準說 外國人ハ國家ノ領土内ニ住居スル權ヲ有セス、反之、臣民ハ當然住居權ヲ有ス、故ニ外人ノ住居ニハ條件ヲ附スルコトヲ得且ツ領土内ニ居住スル外人カ公然安寧ヲ害スルトキハ之ヲ領土外ニ退去ヲ命スルコトヲ得レトモ、臣民ニアリテハ先ツ其臣民籍ヲ觀察シテ之ヲ退去セシムルヲ例トスト、(批難)然レトモ臣民ノ性質上國家ハ之ヲ國外ニ退去スルコトヲ得スト云フ理由ナシ、或ハ自國臣民ナル間ハ他國ヨリ送り歸サルトキハ之ヲ受ケル國際上ノ義務アル故退去ノ所分ハ往々實効ヲ失フコトハアルモ此ノ事實ナルニ依リ直ニ領土内ニ居住スルノ權利ヲ有スト推定スルコトヲ得ス(一木博士國法講義)。

(4) 臣民籍標準說、臣民ト外國人トノ區別ハ權利享有、服從義務及ヒ前述セル如ク特權ノ權利義務ノ有無ヲ標準トシテハ區別スルコトヲ得ス、依テ他ニ區別標準ヲ求メサルヘカラス、即チ臣民ハ國家ノ構成員ナリ、國家ニ對シテ其領土内ニ在住スルト然ラサルトニ關セス永久附屬ノ關係ニ立ツモノナリ、故ニ臣民ハ其領土内ニ在住セサルモ國權ハ臣民ノ所在ニ追從シテ其働キヲ及ホスモノナリ、國權ハ人民ニ對シテ人身的ノ效力ヲ及ホスモノナリ即チ臣民ハ人身高權ノ支配ヲ受ケ從テ其支配ハ永久的ノモノナリ、反之、外國人ハ國家ノ構成員ニ非ス、唯一國ノ領土内ニ在住シ又ハ其領土ニアル關係ヲ有スル丈ケノ範圍ニ於テ國權ノ作用ヲ受クルニ過キサルナリ、一度其領土ヲ去リ又ハ領土ト關係ヲ有セサルニ至ルトキハ國權ノ追從シテ行ハルルコトナシ、國家ハ原則トシテハ領土内ニノミ行ハルルモノナリ、故ニ外國人ハ此國權ノ場所ノ範圍内ニ進ミ入ルコトアレハ乃チ國權ノ支配ヲ受ケルニ過キス、國權ハ外國人ニ對シテハ領土の效力ヲ有スルモノナリ、乃チ外國人ハ領土ノ高權ノ支配ヲ受ケルモノナリ、從テ其支配ハ一時的ノモノナリ、是レ臣民ト外國人トノ異ナル所ナリ(副島博士憲法講義)

(イ) 臣民ト外國人トハ從屬關係ノ永續的ナルト否トニ於テ異ナル。

狹義ノ國民(臣民)カ外國人ト異ナル所以ハ其統治權ニ服從スルト否トニ非ス、外國人ト雖モ領土内ニ滞在スル間ハ統治權ニ服從スルコト國民ト異ナルコトナシ、然レトモ外國人ハ其領土ヲ去ルト共ニ全ク其服從關係ヲ脫スルモノナリ、國民ハ之ニ反シテ國家ニ對シテ永續的ノ從屬關係ヲ有スルモノニシテ外國ニ滞在スル場合ト雖モ猶ホ包括的ニ自國

(三) 臣民ト外國人トノ效果

(ロ) 臣民ト外國人トハ又其國家ニ對シテ負擔スヘキ義務ノ範圍ニ於テモ異ナル。

統治權ニ服從スルヲ要ス、就中國家ハ兵役義務ヲ課スルカ爲メニ外國ニ在ル自國ノ臣民ヲ召遣スルコトヲ得ヘク、本國ノ召遣アルトキハ臣民ハ本國ニ歸ルコトヲ拒ムヲ得サルモノナリ。

領土ニ滞在スル間ハ外國人ト雖モ原則トシテ其ノ國ノ統治權ニ服從スルヲ要スト雖モ、外國人ハ同時ニ他國ノ臣民トシテ他國ニ對シテ從屬關係ヲ有スルモノナルカ故ニ其一身ヲ奉シテ國家ノ爲メニ盡サシムルコトヲ得ス、就中兵役義務ハ之ヲ外國人ニ對シテ課スルトキハ國際法上ノ原則ノ普ク認ムル所ナリ、一身ヲ盡シテ國家ノ爲メニ犧牲タラシムルノ義務ハ唯自國ノ臣民ニ對シテノミ之ヲ課スルヲ得ルノミ。

(ハ) 臣民ト外國人トハ又國家ニ對スル權利範圍ニ於テモ亦異ナレリ。

近世ノ國家ニ於テハ外國人ト雖モ自國民ト同シク權利ヲ享有スルヲ原則トス、其ハ管ニ私權ノミナラス公權ト雖モ亦原則トシテ均シク之ヲ享有スルナリ、然レトモ公權中ノ特ニ重要ナルモノ殊ニ所謂參政權ハ何レノ國ニ於テモ之ヲ外國人ニ享有セシメサルヲ原則トス。

第二節 國籍(臣民籍)

國籍（臣民籍）トハ臣民カ國家ニ對シテ必要的ニ永久從屬ノ關係ニアル狀態ヲ謂フ、換言スレハ國籍トハ臣民タル身分ヲ謂フナリ故ニ之ヲ臣民籍又ハ臣民分限トモ稱ス、而シテ國籍ノ得喪原因ニ關シテハ國籍法（三十二年法律第六六號）ノ規定スル所ナリ。

(甲) 親族上ノ取得

- (1) 出生
 - イ) 血統主義（屬人主義）（國籍法第一條第二條第三條）
 - ロ) 領土主義（全第四條）
 - ハ) 住居主義
- (2) 認知（同法第五條六條）
- (3) 婚姻（同五條）
- (4) 入夫（同上）
- (5) 養子（同上）

法律上ノ歸化ト謂フ

歸化

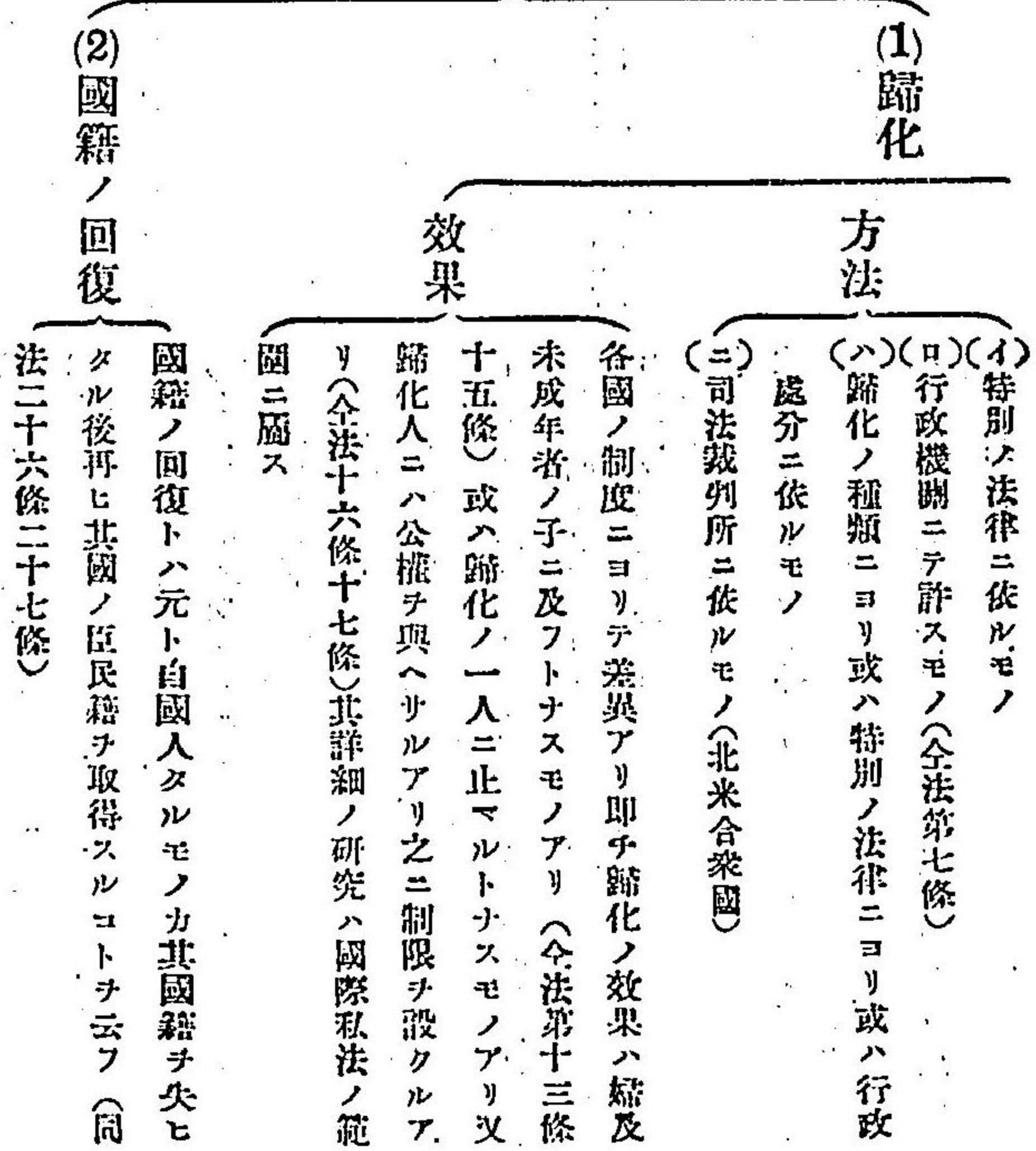
外國人一定ノ要件ヲ具備シ國家ノ認可ヲ得テ臣民籍ヲ取得スルコトヲ云フ（本法第五條七條）

要件

- イ) 住居
 - ロ) 年齡
 - ハ) 履歴
 - ニ) 資力
- 本國籍法ノ衝突ナキコト

(一) 國籍ノ取得

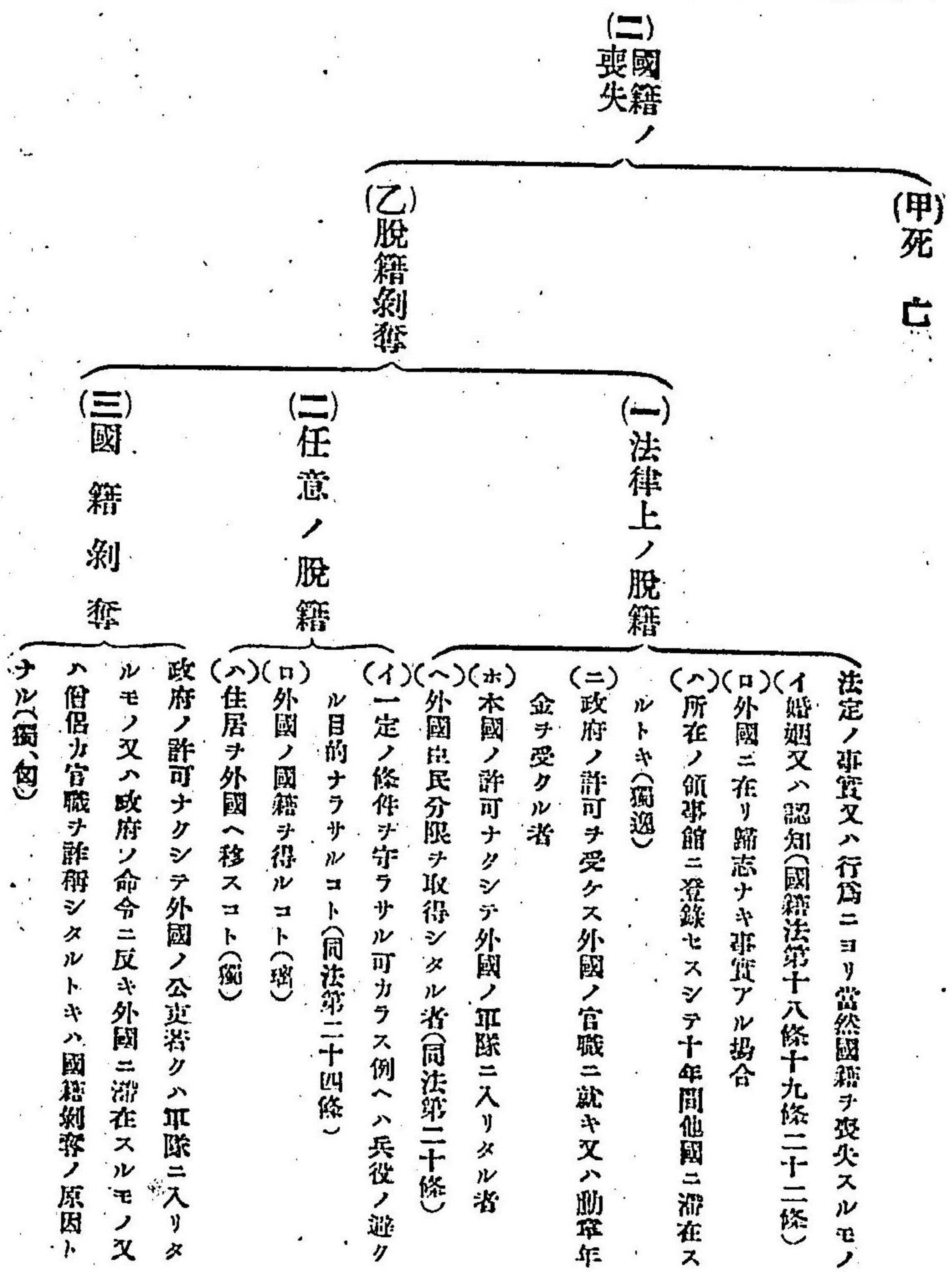
乙) (國籍附與)



丙) 領土ノ併合

國家ノ組織 臣民 國籍（臣民籍）

國籍ノ得喪



三) 國籍附與ノ理論

國籍ヲ附與スルノ行爲ハ一ノ行政行爲ナリ、此行政行爲ニ付テハ二說アリ、或ハ之ヲ以テ合意ニ基ク行爲トシテ之ヲ公法上ノ契約ナリト爲シ、或ハ國家ノ一方的ノ處分ナリト爲ス、國家カ國籍ヲ附與スルニ固ヨリ當事者ノ出願アルヲ要件トス、出願スルニ非スシテ一方的ニ國籍ヲ附與シ強制スルコトヲ得サルハ論ヲ俟タザルナリ、然レトモ之カ爲メニ之ヲ以テ契約ナリト爲スハ正當ノ見解ナリト云フヲ得ス、契約ト云フトキハ當事者ノ意思カ對等ノ價值ヲ有スルコトヲ前提トス、雙方ノ意思ノ合致ニ依リテ始メテ其行爲ノ效力ヲ生スヘキ場合ニ於テノミ契約ノ觀念ヲ爲スコトヲ得ヘシ、國籍ノ附與ハ外國人ノ意思ト國家ノ意思トカ合致スルニ因リテ效力ヲ生スルニ非ス、其效力ヲ生スル所以ハ專ラ國家ノ意思ノミニ在リ外國人ノ出願ハ唯國家權力ノ發動ノ原因タリ其條件タルニ過キス、其關係ハ尙ホ裁判權カ原告ノ出願アルヲ待テ始メテ發動スルヲ得ルト異ナルコトナシ、訴訟ノ受理カ契約ニ非サルト同シク國籍ノ附與モ亦契約ニ非ス當事者ノ出願ヲ要件トスル一方的ノ權力行爲ナリ。

國籍ヲ附與スルニハ何レノ國ニ於テモ數種ノ條件ヲ必要トス或國(米合衆國)ニ於テハ此條件ヲ備フルニ於テハ法律上必ス歸化ヲ許スヲ要スモノナリ、此場合ニ於テハ此條件ヲ具備シタル外國人ハ國籍ヲ附與セラルヘキ權利ヲ有スルナリ、其他ノ諸國ニ於テハ此等ノ條件ハ單ニ歸化ヲ許ルニ付テノ必要條件タルニ止マリ、此條件ヲ具フルモ必スシモ歸化ヲ許スヘキ義務アルニ非ス、之ヲ許スト否トハ全ク國家ノ任意ナリ(美海軍博士憲法講義)

第三節 臣民ノ國法上ノ地位

國家ノ組織 臣民 臣民ノ國法上ノ地位

(一) 臣民ノ服從義務 臣民ハ國家ニ對シテ絕對無限ニ服從ス可キ義務ヲ有スルモノナリトノ説ト法律上ニ於テハ一定ノ法規ノ下ニ服從スルモノナリトノ説アリ。

(1) 絕對無限服從義務説 臣民ハ絕對無限ニ國家主權ニ服從スルモノナリ、完全ナル服從ハ臣民タル性質ナリ、服從アル故ニ保護アリ權力ノ保護アルカ故ニ人ニ權利アリ、絕對無限ノ服從ハ國家ノ完全ナル保護ノ要件ニシテ又完全ナル保護ハ完全ナル權利ノ享有ノ要件ナリ「絕對」ト云フハ尙無條件ト云フカ如ク國家ト一個人トノ合意約束ニヨリ服從ヲナスニ非ス、又國民ノ約束ニテ各人ノ權力ノ一部分ヲ捨テテ全部ノ意思ニ從フニ非ス、國家當然ノ強制力ノ下ニ服從スルコトヲ意味ス、然レトモ權力ノ關係ハ必シモ絕對的ナルノミニ非ス、特ニ服從ヲ約諾シテ成ルコトアリ又法律ノ規定ニヨリ人ト人トノ間ニ服從ノ有様存在スルコトアリ然ルニ國家ト臣民トノ關係ハ此等ノ條件ニ拘ルモノニ非スシテ當然絕對的服從ノ關係ニアルモノナリ、又「無限」トハ分量程度ニ於テ限度ナキコトヲ云フ、國家ハ臣民ニ對シ如何ナルコトヲモ爲シ如何ナルコトヲ命シ得ル權力ヲ有ス、臣民ハ國家ニ對シ無限的服從ノ關係ニアルモノナリ(穩積博士憲法講義)

(2) 法律範圍内服從義務説 臣民ハ始メヨリ國家ニ對シ絕對ノ服從義務ヲ有ス、此義務ハ法規ノ制定シタルヨリ存在スルモノニ非ス、乍併服從義務ノ絕對無限ナル間ハ臣民ト國家トノ關係ハ單ニ事實上ノ關係ニシテ法律上ノ關係ニアラス、法律上ノ義務ハ權利ト同シク法規ニヨリテ定メラレタルモノナリ、法規ニ依ラシテ始メヨリ存在スル所ノ臣民ノ絕對無限ノ服從義務ハ法律上ノ義務ニ非ス、憲法ニ於テ臣民ノ義務ト謂フハ元ト國家ニ對スル服從義務ニ基ケルコトハ疑ヒナキモ絕對無限ノ義務ニ非ス、法規ニヨリ範圍ヲ限ラレタルモノナリ(一木博士國法講義)

臣民ノ地位

一個人ハ國家ナル團體ニ對シテ永久附屬ノ關係ニ立ツ所ヨリ種々ノ地位ヲ有スルモノナリ、左ノ如シ。

- (1) 受働的地位 凡テ一個人ハ國家ニ服從スヘキハ國家力存在ヲ保チテ作用ヲナシ得ル基礎ナリ、一個人ノ服從ナケレハ國家ナル團體モ亦存在スルコト能ハス、此國家ニ服從スル關係ヲ受働的ノ地位ト云フ、此地位ニ於テハ一個人ハ唯國家ノ命令ニ服從スルノミニシテ其自由意思ヲ決定スルコトヲ許サス。
- (2) 積極的地位 國家ハ一個人ニ國家權力ノ救助ヲ請求シ又國家ノ制度ヲ利用スヘキ能力ヲ與フルコトアリ、則チ一個人ニ國家ノ積極的行爲ヲ請求シ得ル地位ヲ與フルコトアリ、之ヲ積極的地位ト謂フ。
- (3) 消極的地位 一個人ハ或ル範圍内ニ於テ自由ノ行動ヲ爲ス地位ヲ有ス、國家ハ其自由ノ範圍内ニ干渉セサル義務ヲ負フコトアリ、則チ一個人ハ全ク國家ヨリ干渉セラレサル地位ヲ有スルコトアリ、之ヲ消極的地位ト謂フ。
- (4) 自働的地位 凡テ國家的作用ハ一個人ノ所爲ニヨリ執行セラルルモノナリ、故ニ國家ハ一個人ニ國家ノ政治ノ爲ニ作用スヘキ地位ヲ與フルコトアリ之ヲ自働的地位ト謂フ(副島博士憲法論)

臣民ノ國 法上ノ地位

第四節 臣民ノ義務

(一) 臣民ノ義務總說

(一) 服從義務ノ範圍 臣民ノ服從義務ハ國家ニ對スル受働的地位ヨリ生ズルモノナリ、國家ハ臣民ニ行爲不行爲ノ義務ヲ負ハシメテ國家ニ屬スル目的ヲ執行スルモノナリ、則チ國家ハ統治スル權利ヲ有シ臣民ハ國家ニ對シテ統治權ニ服從スル義務ヲ負擔ス、而シテ國家ノ統治權ハ單一ノ者ナルヲ以テ臣民ノ服從義務モ亦單一ナリト云ハサル可カラス、國家機關ノ或ル命令ニ服從スルハ單一ニ臣民ノ服從義務ノ發顯スル一ノ形式ナリ、換言スレバ臣民ノ服從義務トハ或ル一定ノ行爲又ハ不行爲ノ義務ノミナラズニ非スシテ一般ニ適法ニ發セラレタル國家ノ命令ヲ遵守スヘキ法律上ノ約束ヲ臣民力受クルコトヲ稱シテ云フモノナリ。

(二) 服從義務ノ限界 臣民ノ服從義務ハ實質上制限ナシ、然レトモ適法ノ權限内ノモノニ對シテ服從スル義務ナリ、臣民ハ唯國家機關ノ行爲カ其權限内ニ作用スルモノニ限り服從スル義務アリ、機關ノ權限内ノ行爲ニ付キテハ臣民ハ其機關ノ上ニ立チテ適法ヲ決定スルコトヲ得ス、其國家機關ノ權限内ノ行爲ニ付テ臣民力利益又ハ權利ヲ害サレタルモノナリト思考スルトキハ臣民ハ唯其法律ノ定メタル方法ニ依リ之カ裁判ヲ求メテ取消サシムルコトヲ得ルモノトス、然レトモ若シモ其取消ヲ請求スルコト能ハサルトキハ其行爲ノ適法ナルコトハ形式上確定セラレタルモノト云ハサル可カラス、反之、其國家機關ノ行爲カ若シ權限外ノ行爲ナルトキ或ハ一定ノ形式ヲ缺キタル場合ニハ之ニ對シテ服從義務ナシ此場合ニ於テハ法律上ノ條件ニ從ヒ正當防衛ヲナスコトヲ得ヘシ(以上副島博士憲法論)

(三) 憲法上臣民ノ義務 臣民ノ義務ハ一般ニ國家ノ命令ニ服從スヘキ義務ナルコトハ前述セルカ如シ、憲法ニハ兵役ノ義務ト納稅ノ義務トヲ規定ス、然レトモ臣民ノ國家ニ對スル義務ハ此ノ二ヶ條ヲ以テ盡セルニ非ス、他ノ法規ヲ以テ幾多ノ義務ヲ命令シ且ツ之ヲ強制スルコトアリト知ルヘシ。

臣民ハ法律ノ定ムル所ニ從ヒ兵役ノ義務ヲ有ス(憲法第二〇條)

(イ) 兵役ハ義勇公ニ奉スルノ精神ヲ以テスル人事身體上ノ負擔ナリ國ノ戰鬥力ヲ組織スル爲メニ軍隊ニ入りテ服役スヘキ義務ナリ。

兵役カ身體上ノ負擔ナルコトハ多辯ヲ要セスト雖モ、其忠誠奉公ノ精神ヲ以テス可キ點ニ於テハ多少疑問アリ、或ハ之レヲ以テ單ニ道徳上ノ義務ニ過キストナスモノアリ、或ハ法律上ノ義務トナスモノアリ、吾人ハ兵役其モノ、性質上當然ニ此忠誠奉公ノ義務ヲ包含スト解ス、國ノ戰鬥力ハ内亂外患ニ對シテ國ノ存在ヲ保護スル腕力ナリ、此腕力ヲ行使スルニ當リテハ兵士ハ昔ニ其勞務健康ノミナラス當然其生命ヲ犧牲ニ供セサル可カラス、生命ヲ棄ツルハ人間最大ノ苦痛ニシテ、又國家ニ對スル忠誠ノ最極點タリ、吾人ハ法律ノ文字ニ於テ此義務ヲ強制スル規定ヲ發見セスト雖モ身ヲ以テ國ニ殉スルノ精神ハ兵役其ノモノニ伴フ當然ノ結果ナリト信ス、兵役ノ義務力代理ヲ許サ、ルハ其性質ヨリ生ズル結果ナリ、貧者ニ取リテモ富者ニ取リテモ其生命ハ一ナリ、故ニ之ヲ貧者ニ命シテ富者ニ免スル理由ナシ。

(ロ) 外國人ハ自國ノ兵役ヲ負擔セシメサルヲ國際法上ノ原則トス。

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

(二) 兵役ノ義務

國家ノ組織 臣民 臣民ノ義務

(ハ) 兵役ノ軍隊ニ入りテ服役スヘキ義務ナリ、故ニ服役トハ同シカラス。

日本臣民ニシテ滿十七歳ヨリ滿四十歳迄ノ男子ハ總テ兵役ニ服スルノ義務アリ、兵役ハ分テ常備兵役、後備兵役、補充兵役、及國民兵役トス、常備兵役ヲ分テ更ニ現役及豫備役トス、所謂服役トハ現役ニ服スルノ義務ナリ、現役ハ常ニ常ニ備ヘテ國家急速ノ需要ニ備フルノミナラス又軍隊教育ヲ施ス學校タル性質ヲ有ス、服役、免役、延期及猶豫、徵兵事務等ノコトニ至リテハ軍事行政ノ研究科目ニシテ茲ニ説明スル限ニアラス。

(ニ) 軍事ニ關スル法規ヲ按スルニ徵兵令ハ法律ヲ以テ之レヲ定メタレトモ其他ノ法令例ヘハ徵兵事務條例、六週間現役兵條例、一年志願兵條例、屯田兵條例、服役等ハ皆勅令ヲ以テ之レヲ定メ細則ニ至リテハ省令ヲ以テ定メタルモノスアリ、此等ノ規定中憲法第二章ノ立法事項ニ就テハ法律ヲ以テ定ム可キモノト信ス、但シ徵兵令ノ規定ヨリシテ既ニ當然其自由ヲ拘束セラルヘキコトノ確定セラル範圍内ニ於テハ勅令其他ノ命令ヲ以テ細則ヲ定ムルハ自由ナリ、然ラスシテ單ニ兵役ト服役ト異ナルカ故ニ服役ハ命令ヲ以テモ規定スルコトヲ得ト謂フカ如キハ採ルニ足ラザル説明ナリ。

(イ) 租税トハ國家又ハ他ノ政治團體ノ公費ニ充ツル目的ヲ以テ統治權ノ作用ニ依リ

臣民ハ法律ノ定ムル所ニ從ヒ納税ノ義務ヲ有ス(憲法第二二條)

テ無償ニテ個人ノ資産ヲ強制徵收スルモノナリ。

租税ハ公費ヲ支辨スル爲メニ徵收スルモノナレハ罰金過料又ハ料料等ノ如ク其徵收ノ目的カ他ニ存シテ公費ノ支辨ニ供スル爲メニアラザルモノハ租税ニアラス、又彼ノ徵發及ヒ土地收用ノ如キ一見國家ノ收入ナルカ如キモ此等ハ物ヲ其有形ノ儘ニテ軍隊ノ用ニ供シ又ハ他ノ公用ニ供スルカ爲メニ強制徵收スルモノニシテ收入ヲ得ルカ爲メニセザルコトハ徵發品並ニ收用地ニ對シ相當代價ヲ賠償スルヲ見テモ明カナルヘシ故ニ又租税ニアラス。

(ロ) 租税ヲ徵收スルハ統治權ノ作用ニ依ルモノナリ。

個人ノ資産ヲ其意思ニ反シテ徵收スルハ統治權ノ外爲ス能ハサル所ナリ、國稅ハ勿論市町村府縣ノ如キ自由團體ノ租稅徵收權モ亦皆統治權ノ一部ヲ行使スル權能ヲ有スル結果ナリ、故ニ如何ナル場合ニモ租稅徵收權ハ國權ノ作用ナリト謂ハサル可カラズ。

(ハ) 租税ハ當ニ直接國家目的ニ供スル爲ニ徵收スルモノニ限ラザルノミナラス自治體カ徵收スル所モ亦租稅タル性質ヲ有ス。

現行地方自治體ノ組織法律等ニハ租稅及ヒ賦役現品ト特言シ後者ト前者トハ別物ナルカノ如ク規定セリ之レ實地ノ取扱上ニ於テ兩者ヲ區別スルノ便アルカ爲メニ設ケタルモノニシテ學問上ノ定義トシテハ租稅ト謂ヘハ又賦役現品ノ賦課ヲモ含ムト解セザル可カラズ。

(ニ) 租税ニ似テ非ナルモノニ手數料アリ。

廣キ意味ニ於テ手數料トハ國家機關ノ行爲ニ對シ其行爲ヲ請求スル者ヨリスル支拂ト國家ノ營造物又

ハ地方自治體ノ營造物ノ使用ニ對シ之レカ使用ヲナス者ヨリスルハ支拂トノ二者ヲ包含ス、然レトモ今日ノ法律ハ手数料ナル文字ヲ狭ク解シ只統治機關ノ行為ニ對シテ支拂フモノヲシテ手数料トシ、營造物ノ使用ニ對シテ支拂フモノハ之レヲ使用料ト稱シタリ、此兩者ノ中手数料ハ常ニ權力ヲ以テ之レヲ強制徴收ス、使用料ニ至リテハ公法的ノモノト私法的ノモノトアリ、私法上ノ使用料トハ營造物ノ使用カ個人ト統治主體トノ間ノ私法的契約ニ因ルモノヲ謂ヒ、公法上ノ使用料トハ此ノ如キ契約ヲ必要トセス統治者ノ一方的ノ命令ニ基クモノヲ謂フ、郵便、電信、官設鐵道ノ使用ノ如キハ私法上ノ使用料ニシテ、國家ノ營造物タル各種高等學校及ヒ自治體ノ設立スル中小學校ノ授業料ノ如キハ公法上ノ使用料ナリ。

租税ハ公費ニ充ツル目的ヲ以テ無償ニ個人ノ資産ヲ強制徴收スルモノナリ、手数料モ亦公費ニ充ツル目的ヲ以テ徴收スル點ニ於テハ租税ト相似タリ然レトモ兩者ノ間ニハ左ノ區別アリ、

- 租税
- (A) 租税ハ一般ノ負擔ナリ、手数料ハ特別ノ負擔ナリ、租税ハ無償ニテ徴收スルモノナルカ故ニ原則トシテ均一ニシテ一般的ノモノナリ、手数料ハ之レニ反シ統治機關ノ行為ニ對シ其行為ヲ求ムル者ニ於テ支拂フ可キモノナルカ故ニ特定ノ人ノ特別負擔ナリ。
 - (B) 租税ハ納税者ノ意思ノ如何ニ拘ラス國權ノ絕對的命令ニ依リテ賦課スルモノナリ、手数料ハ絕對ノ命令ニ基クモノニ非ス、統治機關ノ行為ヲ要求スル者ニ對シテノ賦課シ得可キモノニシテ此行為ヲ要求スルモノニ對シテ其支拂ヲ命スヘキニ非ス。
 - (C) 租税ノ賦課ハ法律ヲ以テ定ムルコトヲ要ス、手数料ハ司法上ノモノヲ除クノ外法律ヲ以テスルノ必要無シ。

(三) 納税務ノ

手数料支拂ノ根據タル行為ヲナス統治機關ニ司法機關ト行政機關トアルヲ以テ手数料ニモ亦司法上ノモノト行政上ノモノトノ區別ヲ生ス。

司法上ノ手数料ハ法律ヲ以テ規定スヘシ、固ヨリ我國法上司法上ノ手数料カ法律ヲ要ストノ明文アルニ非サレトモ、日本臣民ハ法律ニ依ルニアラスシテ逮捕監禁、審問處罰ヲ受クルコト無ク又法律ニ定メタル裁判官ノ裁判ヲ受クル權ヲ奪ハル、コトナキ憲法上ノ保障アル以上ハ司法機關ノ行為ヲ要求スルカ爲メニ支拂フ手数料ヲ命令ノ自由規定ニ委スル能ハサル可ク、又司法制度ハ一般ニ法律ニ依リテ規定セラル、結果ハ其手数料モ亦法律ニ依リテ規定セラル可キモノト解スヘシ、況ンヤ憲法第六十二條第二項ハ行政上ノ手数料其他ノ收納金ト謂ヒテ司法上ノ手数料カ法律ヲ要セサルコトヲ宣明セサルニ於テナキ。

(ホ) 租税ニ直接税間接税ノ區別アリ、前者ハ納税者之ヲ負擔シ後者ハ納税者カ負擔スルニ非スシテ他ニ實際ノ負擔ヲナスモノアルモノヲ謂フト論スル者アレトモ之レ寧ロ財政上又ハ經濟上ノ觀察ニシテ行政上ノ區別ニアラス。

今一般ノ學說上各種ノ税ヲ區別スレハ地租、所得税、登録税、營業税、船舶噸税、北海道水産税等ハ皆直接國稅ニ屬シ酒造税、證券印紙税、醬油税、賣藥税ノ如キハ間接國稅ナリ、然ルニ市制一三二條町村制一三六條ニ基ケル明治二十二年七月大藏省告示「市制町制中直接間接税ノ區別及ヒ二十二年三月勅令、衆議院議員選舉法貴族院令ニ稱スル直接國稅種目、等ニハ地租所得稅營業稅ノ三者ノミヲ以テ直接國稅トシ他ハ皆間接稅トセリ、之レ全ク公民權附與ノ政策ヨリ出テタルモノニシテ財政上又

ハ財務行政上ノ區別ト一致セサルコトニ注意スヘシ三十二年六月内務省告示府縣制郡制ノ直接税種目モ亦右ノ三者ヲ出テス。

(ハ)新ニ租税ヲ課シ及税率ヲ變更スルニハ法律ヲ以テ之ヲ定ム。

我憲法ハ議會ノ承諾ト謂ハスシテ法律ヲ以テ之レヲ定ムトアルカ故ニ常ニ法律ノ規定ニ依ル可ク豫算ヲ以テ課税スルコトヲ許サス、自治團體ニ於テハ其團體員ニ對シテ又課税ノ權ヲ有ス自治體ノ組織ヲ法律ニテ規定セルハ全ク此課税權ヲ自治體ニ委任シタルモノナリ。

(ト)新ニ租税ヲ課シ及税率ヲ變更スルハ法律ヲ要スレトモ報償ニ屬スル行政上ノ手数料及其他ノ收納金ハ憲法第六十二條第二項ノ規定ニ依リ法律ヲ以テ規定スルコトヲ要セス、憲法實施ノ當時ニ行ハレタル租税ハ更ニ法律ヲ以テ之ヲ改メサル限りハ舊ニ依リ之ヲ徵收ス。

(テ)外國人ニ對シテモ亦法律ニ依ラサル課税ヲナス能ハス單ニ憲法第二十一條ノ規定ノミナラス或ハ外國人ニ對シテハ命令ニテモ課税シ得ル如ク解セラレ得サルニ非サルモ憲法第六十二條及ヒ第六十三條ノ規定ハ此解釋ヲ許サレハナリ。

(リ)租税ノ免除モ亦タ法律ノ規定ヲ以テスルコトヲ要ス。

憲法ニ納税ノ義務ハ法律ニ依ルヘキ規定アルヲ解シテ免稅ハ命令ヲ以テモ猶ホ之ヲ定ムルコトヲ得ト謂フハ非ナリ、免稅ハ法律ニ基ク義務ヲ免スルモノナレハ法律ノ變更ナリ、故ニ又法律ヲ以テセサル可カラス。

第五節 臣民ノ權利

第一款 權利ノ觀念

(一)權利ノ觀念 權利ノ本質如何ニ關スル學說ハ甚タ種々ナリト雖モ此等種々ノ學說ヲ論評スルハ本書ノ目的ニ非ス爰ニハ唯公權ノ觀念ヲ明カニスルニ必要ナルノ限度ニ於テ一般權利ノ觀念ヲ論スルノミ。

定義——權利トハ法ニ依リテ認めラレタル自己ノ利益ノ爲メニ主張シ得ヘキ意思ノ力ナリ。

(1)權利ハ意思ノ力ナリ 凡テ法ノ存在ハ人類ノ自由意思ノ主體ナルコトヲ以テ其前提ト爲ス、意思ノ力ハ法律生活ノ中點ナリ、意思ナキモノノ間ニハ法律關係ハ存在スルコトヲ得ス、法ハ人類ノ自由意思ヲ制限シテ一定ノ範圍ニ於テノ意思ノ力ハ之ヲ法律上正當ニ主張シ得ヘキ意思ノ力ナルコトヲ認ム、權利ハ則チ法律上正當ニ主張シ得ヘキコトヲ認メテレタル意思ノ力ニ外ナラス、權利カ意思ノ力ナルコトハ「ヘーゲル」以來一般ニ認メラレタル通說ニシテ又疑フ可カラサル眞理ナリ、近時ニ於テ學者ノ之ニ對スル批難ヲ加フルモノ甚タ少ナカラスト雖モ此ノ種類ノ批難ハ何レモ皆未タ意思說ノ根據ヲ動カスニ足ラサルモノナリ。

(意思說ニ對スル批難)權利ハ意思ノ力ナリト云フニ對スル最モ大ナル批難ハ「權利ヲ以テ意思ノ力ナリ

トストキハ意思能力ナキモノノ權利ヲ説明スルコト能ハス。ト云フニ在リ、曰ク「若シ意思ノ主體カ即チ權利ノ主體ナリトナサハ法人ノ機關ハ獨立ノ權利主體ニシテ法人自身ハ却テ權利主體ニ非ス、未成年者ノ財產權ハ未成年者カ其權利主體ニ非スシテ知テ後見人ノ權利タルニ至ルヘシ」ト、然レトモ此批難ハ法學上ノ觀念ト心理上物質上ノ觀念トヲ混同スルノ誤ニ出ツルモノナリ、權利カ意思ノ力ナリト云フモ必スシモ心理上ノ意思ヲ云フニ非ス、法カ意思ノ力トシテ認メタルモノヲ謂フ、法カ意思ノ力トシテ認ムルハ固ヨリ心理上ノ意思ヲ其基礎トスルモノナリト雖モ必スシモ常ニ權利者自身ノ心理上ノ意思ナルコトヲ要スルニ非ス、心理上ニ意思能力ナキモノハ法ハ意思能力アルモノニ於テ之カ代表ヲ爲スコトヲ認ム。心理上ヨリ云ヒハ意思ハ常ニ欲スルモノノ意思タリ代表者モ意思ハ代表者、意思ニシテ被代表者ノ意思ニ非ス、然レトモ法學上ヨリ云ヒハ代表者ノ意思ハ則チ被代表者ノ意思タルナリ、無能力者ハ心理上ニハ意思ノ力ナキモ法學上ハ意思ノ力アルナリ、後見人ノ意思ハ法律上ハ被後見人ノ意思タリ、法人機關ノ意思ハ法律上ハ法人ノ意思タルナリ、權利ハ意思ナリト謂フノ說ヲ批難シ之ニ依リテハ意思ナキモノノ權利ヲ説明スルコト能ハストスルノ論者ハ「權利ハ力ナリ」ト謂ヒ又ハ「權利ハ勢力ナリ」ト謂フニ依リテ其批難ヲ免カレタリト爲セリ、然レトモ實在的客觀的ノ現象トシテ之ヲ觀ルトキハ法人又ハ無能力者ハ何等ノ「力」ヲモ「勢力」ヲモ有スルモノニ非ス、其「力」又ハ「勢力」アリト認メ得ヘキ所以ハ法律上ノ代表者アリテ其利益ヲ主張スルコトヲ得レハナリ、換言スレハ代表者ノ意思カ權利者ノ意思ト認メラレハナリ、故ニ「權利ハ力ナリ」ト謂フモ毫モ意思說ニ一步ヲモ進メタルモノニ非ス。

(利益說) 意思說ヲ批難スル者ハ又權利ノ本質ヲ以テ利益ナリトシ意思ハ權利ノ觀念ノ要素ナルモ其實質ニ非ス、權利ハ利益ヲ主張シ得ヘキ意思ノ力ニ非スシテ意思ノ力ニ依ツテ主張セラルヘキ利益ナリ、利

權利ノ觀念

益ノ歸屬スル所則チ權利ノ主體ニシテ意思ノ力アル所則チ權利ナルニ非ス、意思ノ主體ハ必スシモ利益ノ主體ト一致スルコトヲ要セス、意思カ何人ニ屬スルニモセヨ意思ノ力ニ依リテ主張シ得ヘキ利益ヲ有スル者ハ則チ權利主體ナリト謂フニ依リテ其困難ヲ避ケントスル者アリ、此說ニ依レハ法人ノ機關ハ意思ノ主體ナレトモ權利主體ニ非ス、法人ハ權利主體ナレトモ意思ヲ有セサルモノナリ、然レトモ予輩ノ信スル所ニ依レハ意思ノ主體ト利益ノ主體トハ此ノ如ク相分離シ得ヘキモノニ非ス、利益ハ目的ニシテ意思ハ其手段ナリ、目的ノ存スル所ハ又必ス其目的ヲ達スヘキ手段ヲカレ可カラス、手段ノ與ヘラレル所ハ必ス又之ニ依リテ達セラルヘキ目的ノ存スルモノアラサル可カラス、目的ト手段トハ常ニ離レ可カラサルモノナリ、利益ノ主體タルコトヲ認メラレ而カモ其利益ヲ主張スヘキ意思ヲ有セス、意思ノミチ有シテ其意思ニ依リテ達スヘキ目的ヲ有セサルコトハ則チ得ヘカラサル所ナリ、故ニ利益ノ主體ハ常ニ意思ノ主體ナリ唯心理上ノ主體タラサルコトアルノミ加之、若シ權利主體ハ必スシテ意思主體ニ非スシテ凡テノ法人ハ意思ヲ有セス法人ノ機關ノミカ意思ノ主體ナリトナサハ、其結果ハ國家ハ意思ヲ有セス隨テ凡テノ法律ハ國家ノ制定スル所ニ非サルニ至リ國法学ハ其根底ヨリ破壊セラルヘシ。

(2) 權利ハ自己ノ利益ヲ主張スル意思ノ力ナリ

權利ノ觀念ハ常ニ意思ノ力タルノミナラス又其目的ヲ以テ觀念ノ要素ト爲ス、單ニ權利カ意思ノ力ナルコトヲ見テ其目的ヲ度外視シタルハ極端ナル所謂意思說ノ缺點ナリ、法律上ノ意思ノ力ヲ有スルモ其意思ニシテ自己ノ利益ヲ主張スルカ爲メニスルモノニ非サルモノハ權利ニ非ス、權利ハ利益ヲ以テ要素ト爲スト雖モ利益カ則チ權利ナルニ非ス、權利ハ利益ヲ達スルカ爲メニ認メラルモノナリト雖モ、權利其モノハ手段ニシテ目的ニ非ス、利益其者ヲ以テ直チニ權利ノ本質ト爲シタルハ所謂利益說ノ缺點ナリ、

權利カ利益ヲ以テ要素ト爲スト謂フハ又必スシモ權利者ノ主觀ニ於ケル利益ヲ云フニ非ス、法カ認メテ以テ利益ト爲スモノヲ云フ、之ヲ稱シテ「法律利益」ト謂フヲ得ヘシ、法律利益ハ以テ權利ノ目的タルモノニシテ權利者ノ各自ニ於テ之ヲ利益トシテ思考スルヤ否ヤハ問フ所ニ非ス。

(3) 權利ハ法ノ之ヲ認ムルニ由リテ生ス 權利ノ存在ハ法ノ存在ヲ以テ前提ト爲ス、法アルニ非サレハ權利ハ存在スルコトヲ得ス、權利ヲ以テ人生ノ天賦ナリトスルハ自然ノ事實ヲ以テ權利ナリト爲シタル謬想ナリ、然レトモ權利ヲ以テ盡ク法ニ依リテ始メテ附與セラレタルモノナリト爲スハ誤ナリ、人類ハ初メヨリ自由意思ノ主體タリ、其意思ノ力ハ事實上ノ力トシテハ法ノ之ヲ認ムルヲ待タズシテ初メヨリ存在ス、然レトモ其力カ法ニ依リテ承認セラレル迄其力ハ單ニ自然ノ事實タルニ過キス、此自然ノ事實カ法ニ依リテ承認セラレ、ニ依リテ初メテ法律上ノ權利ト爲ルナリ。

然レトモ凡テノ權利カ人類ノ自然ニ有スル力ナルニ非ス、權利中ニハ人類ノ自然ニ有スル意思ニシテ法ハ唯之ヲ承認シ保護スルニ過キサルモノアルト共ニ又自然ニ有スル意力ニハ非スシテ法ニ依リテ始メテ附與セラレルモノアリ、此故ニ權利ニハ人類ノ初ヨリ有スル意力ニシテ法ハ唯之ヲ許容スルニ過キサルモノト、法ニ依リテ新ニ附與セラレル力トナリ得、獨逸ノ學者ハ前ノ種類ノ權利ヲ稱シテ *Durchrecht* (*wollendrecht*) 欲シ得ル力ト云ヒ、後ノ種類ノ權利ヲ稱シテ *Kannrecht* (*Wollerkönnen*) 欲シ能フカト謂フ(以上美濃部博士「法論」)

(二) 權利ト反射作用トノ辯別 法律ハ單ニ公益ノ爲ニ國家ノ機關ニ行爲不行爲ヲ命スルコトアリ、而シテ法律ハ臣民ニ此等ノ行爲不行爲ヲ要求スルノ權利ヲ與フル目的ヲ有セストスルモ其行爲不行爲ノ結果ハ自ラ私人ニモ利益ヲ與フルコトアリ(例ヘハ保護稅法ニヨリ資本主カ利益ヲ受ケル場合ノ如キ)此ヲ

稱シテ法律ノ反射作用ト謂フ、而シテ一私人カ法律ニヨリテ受ケル一ノ利益カ單ニ法律ノ反射作用ニ過キサルカ又眞ノ權利ナルカヲ辨別スルハ頗ル困難ナリ(法カ明ニ私人ニ訴權ヲ與ヘ居ルトキハ此ノ事實ヨリ逆リテ權利ノ存在スルコトヲ認ムルコトヲ得ルナリ、然レトモ訴權アリテ權利アルニ非サルコトハ明カナリ、訴權ノ有無ハ一切ノ場合ニ於テ權利ノ有無ヲ認ムル標準トナラス、然レトモ目的ノ存在スルトキニハ又手段モ之レニ伴ハサル可カラズ、故ニ直接ニ法カ意思ノ力ヲ各個人ニ與ヘ居ルヤ否ヤヲ認メ難キ場合ニ於テハ目的タル利益ノ有無ニ依リテ手段タル意思ノ有無ヲ推測スルコトヲ得、利益ハ權利ノ觀念ヲナスモノニ非ラサレトモ間接ニ權利ノ有無ヲ認ムルノ手段トスルコトヲ得ルモノナリ)法カ國家ノ機關ニ命スル行爲不行爲ニシテ一私人ノ利益ニ及ハサルトキハ法ハ元ヨリ私人ノ意思ヲ認ムル道理ナシ、何トナレハ意思ノ目的カ存在セザレハナリ、例ヘハ官ニ應對スル訓令ノ如キモノハ「一私人ニハ假令重要ナル利益ヲ有セントモ其利益カ特定ノ私人ニ屬セラルトキハ法カ特定ノ私人ニ意思ノ力ヲ與フルノ理由ナシ、例ヘハ立法機關カ憲法ノ規定ニ違反セル法律ヲ發シテモ私人ハ其權利ヲ侵スモノトシテ之カ廢止ヲ要求スルコト能ハス、何トナレハ法律ノ廢止及發布ニ關スル利益ハ廣ク公衆ニ及ホスモノニシテ特定ノ私人ニ專屬スルモノニ非サレハナリ」(「貧民救助例」モ亦同一ノ論結ヲ得ヘシ)(木博士「行政法講義」)

第二款 公權ト私權

第一項 公權私權ノ區別標準

權利ヲ公權私權ニ區別スルハ一般ニ行ハルレトモ權利ハ一ニシテ二種類アルニアラス、公權ト私權トハ其實質ヲ異ニスルモノニ非スシテ便宜上ノ區別ニ過キサルナリ、抑モ法ト權利トハ同一事物ノ兩面ナリ、同一事物ヲ客觀的ニ觀察スレハ法ニシテ主觀的ニ觀察スレハ權利ナリ、權利ノ觀念ハ法ノ觀念ニシテ主觀的ニ觀察セルモノナリ、故ニ公權私權ノ區別ハ又公法私法ノ區別ヲ主觀的ニ觀察セルモノナリ、然ルニ公法私法ノ區別ニ付キ數多ノ學說アルト同シク公權私權ノ區別ニ付テモ學說多シ、然レトモ之ヲ詳説スルハ本書ノ範圍ニ非ス。

權利ニ公權ト私權トノ區別アリ、此區別ハ法ニ公法ト私法トノ區別アルニ相當ス、公法ニ依リテ認メラルル所ノ權利ハ則チ公權ナリ、而シテ公法トハ國家ノ統治權ノ發動ヲ制限スル所ノ法規ナルカ故ニ公權ハ國家ノ統治權ニ制限ヲ加フルニ依リテ認メラルル所ノ權利ナリ。

(1) 公權ト私權トノ區別ハ財産權ナルト否トノ區別ニ非ス。

私權ハ必スシモ皆財産權ナラサルノミナラス財産權ニシテ又私權ニ非サルモノアリ、官吏力俸給ヲ受クル權利ノ如キ其他財産權ニシテ而カモ公權ナルモスハ甚々多シ。

(2) 公權ト私權トノ區別ハ又主トシテ公益ノ爲メニ認メラルルト主シテ私益ノ爲メニ認メラルルトノ區別ニ非ス。

公權私權ノ區別標準

權利ハ總テ權利者ノ利益ヲ保護スルカ爲メニ認メラルルモノニシテ權利者ノ利益ヲ保護スルハ同時ニ又國家ノ利益ニ適合スル所以ナリ此點ニ於テハ公權ト私權トニ由リテ異ナルコトナシ。

(3) 公權ト私權トノ區別ハ又法ニ依リテ認メラレタル權利ト法ニ依リテ與ヘラレタル權利トノ區別ニ非ス。

公權ハ欲シ能フカチ内容トシ私權ハ欲シ得ルカチ内容トスト云フハ正當ナル見解ニ非ス、予輩ノ見ル所ニ據レハ公權ハ常ニ法ニ依リテ始メテ附與セラルルモノニシテ常ニ欲シ能フノ力ヲ以テ其内容トスルモノナリ、何トナレハ公權ハ國家カ自ラ其統治權ニ制限ヲ加フルニ依リテ生ス而シテ統治權ノ制限ハ天然ニ於テ既ニ存在スルモノニ非スシテ法ノ規定ヲ俟テ始メテ生スルモノナレハナリ、自由權ノ如キハ人類ノ天然ノ自由ヲ認ムルニ過キサルカ如シト雖モ、自由權ノ内容ハ自由ニ成事ヲ爲シ得ヘキ意思ノ力ニ非スシテ國家ヨリ其自由ヲ侵害セラレサルコトヲ要求スルノ力ナリ、自由ニ之ヲ爲シ得ヘキ力ハ人ノ天然ニ有スルモノナリト雖モ、國家ヨリ侵サレサルコトヲ要求スルノ力ハ法ノ附與スルニ依リテ始メテ生スルナリ、公權カ常ニ欲シ能フカチナリト云フハ此ノ如ク真正ナリト雖モ、之ニ反シテ私權カ常ニ人ノ天然ニ有スル能力ニシテ法ハ唯之ヲ認容スルニ過キスト云フハ真正ナラス、私權中ニハ法ニ依リテ始メテ附與セラルルモノト法ニ依リテ認容セラルルモノトノ二種アリ、買賣ヲ爲シ婚姻ヲ爲スカ如キハ皆人ノ天然ニ有スル能力ニシテ法ニ依リテ始メテ其力ヲ附與セラルルニ非ス、法ハ唯之ヲ認容スルノミ、然レトモ私權中ニモ法ニ依リテ始メテ附與セラルルモノアリ特許權意匠專利權ノ如キハ明カニ法ニ依リテ始メテ附與セラレタル權利ナリ。

(4) 公權ト私權トハ又其侵害ニ對スル救濟手段ノ如何ニ依リテ之ヲ區別スルコトヲ

得ス、

私權ノ侵害ハ常ニ民事裁判所ニ其救済ヲ求ムルコトヲ得ト雖モ、民事裁判ニ訴フルコトヲ得ヘキ權利ハ必スシモ常ニ私權ナルニ非ス、今日ノ法ニ於テハ公權ト雖モ民事裁判所ニ出訴ヲ許セルモノアリ、就中財產權ノ性質ヲ有スル公權ニ於テ然リ。

公權ト私權トノ區別ノ問題ハ要スルニ公法ト私法トノ區別ノ問題ナリ、之ヲ外ニシテ公權ト私權トヲ區別スヘキ模範ノ存スルモノナシ、公法ト私法トノ區別ニシテ明カナラハ公權ト私權トノ區別モ亦自ラ明瞭ナリ、然レトモ此性質上ノ區別ニ基キ其結果トシテ公權ト私權トノ間ニハ種々ノ重要ナル差異アリ。

【參考】▲意ハ働作説(エリネツク氏ノ説) 意思ノ働キニヨリ公權私權ノ區別ヲ認メントスル説ナリ、其大要ニ曰ク「凡ソ意思ノ力ノ活動スル方法ニ二種アリ即チイ)欲スルコトヲ得ルコト(ロ)欲シ能フコト是ナリ、天然ノ自由ニ依ル意思ノ活動ニシテ法律ノ許ス處ハ則チ法律上欲スルヲ得ルモノナリ、然レトモ法律上欲スルヲ得ルハ他人ト交渉スル場合ニ限ル、人ト人トノ關係ナキモノハ法律ノ干渉スル處ニアラス、故ニ法律上欲スルコトヲ得ルハ只對等ノ人ニ對シテ欲スルヲ得ルナリ、法規ハ又人ノ行為ノ能力ニ加フルニ其ノ自然ニ有セル能力ヲ以テスルコトアリテ或ル行為ヲ法律上有效ノ行為ト認メ及ヒ之ヲ保護スルハ即チ其働ナリ、國家チシテ本來效力ナキ行為ヲ法律上有效ノ行為ト認メシムル事實ノ如キハ元ヨリ人ノ自然ノ自由ニ存スルモノニハ非スシテ法規ノ與フル所ナリ、是則チ法律上欲シ能フモノ

ナリ、欲シ能フハ只國家ニ對シテ能フノミナリ、欲スル能ハスシテ欲シ得ルコトハナシ反之欲シ能フト云フコトハ必シモ欲シ得ルコトヲ要スルニ非ス、私權ニ於テハ欲シ得ルコト欲シ能フトハ必ス相伴フナリ、公權ニ於テハ欲シ得ルコトナクシテ只欲シ能フノミナリ、欲シ能フト云フコトハ公權ノ特徵ニシテ欲スルヲ得ルトキハ私權ノ特徵ナリ、而シテ法律上欲シ能フハ即チ法律上能力ナリ、欲シ能フノ力ヲ合シタルモノハ即チ人格ナリ、人格トハ個人ノ國家ニ對シテ有スル關係ニ外ナラサルナリ、故ニ人格ハ狀態ナリ身分ナリ、直接ニ此狀態ヨリ生スル要求權ハ即チ公權ナリ、例ヘハ投票ノ如キハ事實ノ作用ナレトモ法ニヨリテ之ヲ有效ニシテ初メテ私人カ公權ヲ有スルモノナリト、(批難)然レトモ法律上得ルコトハ天然ノ自由ニハ非スシテ國家力ヲ許セルヨリシテ存在スルモノナリ、換言スレハ國家力入 自然ノ能力ニ加フルニ其自然ニ有セル能力ヲ以テスルモノナリ、故ニ欲シ得ルモ欲シ能フモ等シク國家ノ與フル能力ナリ、又一方ニ於テハ所謂自由權ノ如キハ自然ノ自由ニ依ル意思ノ活動ニシテ法ノ認ムル所ナリト謂フコトヲ得、然レトモ何人モ自由權ヲ目スルニ私權ヲ以テスルモノナカルヘシ、要之此説ハ斷新ニシテ巧妙ナル如キモ公權ノ性質ヲ明カニスルニ足ラス然レトモ此説モ亦眞理ヲ包含セサルニアラス、即チ欲シ能フハ只國家ニ對シテ欲シ能フモノニシテ、欲シ能フカ公權ノ特徵ナリトセハ公權ハ個人ト國家トノ間ニ於テモ存在スル關係ナルコトヲ知ルヲ得、人格ハ個人カ國家ニ屬スル爲ニ生スル狀態即チ身分ニシテ公權ナルコトハ自ラ明カナリ、是レ此説ノ眞理ナリトスル所ナリ(一木博士行政法講義)

▲公權不存在説

曰ク國家ハ法規ノ上ニ立テテ自由ニ變更シ得ル故ニ國家ト臣民トノ間ニハ權利關係ナシト(世維)此説ヲ敷衍スレハ獨リ公權ノ存在セサルノミナラス國家ト臣民トノ間ノ私權モ存在セサルニ至ル、何ントナレハ國家ハ法規ヲ變更シテ國家ニ對スル私權ヲ廢スルヲ得レハナリ、國法上ヨリ論ス

レハ國家ハ絕對ニ法規ノ上ニ立ツモノニ非ス、適法ノ方法ヲ以テ法規ヲ變更セサル間ハ國家モ其制限ニ從フモノナリ、故ニ國家カ法規ヲ變更シ得ルノ事ヲ以テ公權ノ存在セサルコトヲ證スルコト能ハス。

第二項 公權私權ノ差異

(1)私法ノ法規ニ在リテハ私權ハ最重要ナル觀念タルニ反シ公權ニ關スル規定ハ唯公法ノ一小部分ナリ。

凡テノ私法規定ハ皆私權ヲ中心トスルモノニシテ、私法トハ即チ私權ノ主體客體及ビ得喪ニ關スル規定ナリト云フコトヲ得ヘシ、之ニ反シテ公權ノ公法ニ於ケル地位ハ此ノ如ク重要ナルモノニ非ス、若シ私法カ私權ニ關スル規定ナリト云フト同一ノ意義ヲ以テ公法ノ公權ノ主體客體及ビ得喪ニ關スル規定ナリト云ハハ大ナル誤ナリ、公法ハ第一ニハ公共ノ利益ヲ目的トス、個人ノ利益ハ其附隨ノ目的タルニ過キス、公權ヲ認ムルハ個人ノ利益ヲ認ムルコトカ同時ニ一般公益ニ適合スルモノナル場合ニ於テ始メテ之ヲ見ルナリ、故ニ公法ノ規定ノ大部分ハ唯一般公益ノ爲メニスル規定ニシテ個人ノ公權ヲ認ムルモノニ非ス、公權ニ關スル規定ハ唯公法ノ一小部分ナリ、隨テ私法ノ學ハ常ニ權利ヲ中心トシテ論スルコトヲ要スルニ反シ、公法ノ學ハ公權ヲ以テ研究ノ中點ト爲スコトヲ得ス。

(2)公權ト私權トハ其保護手段ニ於テ大ナル差異アリ。

私權ハ私人相互ノ間ノ權利ナリ(私權カ國家ト私人トノ間ニ存スル場合ニ於テモ其場合ニハ國家カ法

公權、私權ノ差異

律上私人ト同一ノ地位ニ立テルモノナルカ故ニ其場合モ同一ニ論スルコトヲ得)其法律關係ノ當事者ハ常ニ對等ヲ有スル者ナリ、國家ハ無關係ナル第三者トシテ當事者ノ上ニ立チテ之ヲ保護ス、其保護ノ形式ハ常ニ訴訟ナリ、私權ニ對シテハ常ニ民事訴訟アリ訴訟權アルニ依リテ私權ハ始メテ法律上ノ效力ヲ有ス、訴訟ハ私權ニ缺ク可カラサ、保護手段ナリ、之ニ反シテ公權ハ國家又ハ公共團體ト私人トノ間ニ存スル權利ナリ、國家ハ自ラ其法律關係ノ直接ノ當事者ナリ、隨テ公權ノ存在ニ依リテ國家ハ當然其保護ノ任ニ當ル、故ニ訴訟ハ公權ニ付テハ必要ナル保護手段ニ非ス、近世ノ國家ハ行政裁判ノ制度ヲ認メ其制度ノ發達ニ從ヒテ公權ノ保護ノ一層完全ナルコトヲ得タリト雖モ、是レ公權ノ保護ニ於テ缺ク可カラサル手段タルニ非ス、又近世ノ國家ニ於テモ(二三ノ國ヲ除キテハ)凡テノ公權ノ侵害ニ對シテ普ネテ行政訴訟ヲ許セルニ非ス、行政訴訟ノ制度ナシトスルモ國家ハ其ノ官廳ヲシテ法令ヲ遵由スヘキ義務ヲ負ハシムルニ依リ、官廳ニ上下ノ階級ヲ設ク下級官廳ノ命令ニ遵由スルノ義務ヲ負ハシムルニ依リ、國務大臣ヲシテ輔弼ノ責ヲ負ハシムルニ依リ以テ公權ヲ保護ス、行政訴訟ハ單ニ其ノ保護手段ノ一部ニシテ其ノ全部ニ非ス(以上美濃部博士憲法講義)

第三款 臣民ノ公權

國民ハ國家ノ統治權ニ服從スルノ義務ヲ負フト共ニ一方ニ於テハ又國家ニ對シテ權利ヲ有スルノ主體タリ、國民カ國家ニ對シテ負フ所ノ義務ハ之ヲ公義務ト云ヒ、其國家ニ對シテ有スル權利ハ之ヲ「公權」ト謂フ、國民カ國家ニ對シテ義務ヲ負フ

國家ノ組織 臣民ノ權利 臣民ノ公權

コトハ何人モ疑ハサル所ナレトモ國民カ同時ニ國家ニ對スル權利ノ主體タルコトハ往々學者ノ争フ所ナリ。

▲臣民ノ權利不存在説 「ホルンハック」氏曰ク「私人カ國家ニ對シテ權利ヲ有スルコトハ之ヲ想像スルヲ得ス、權利ノ存在ハ其權利ヲ有スルモノト義務ヲ負フモノトカ等シク法規ニ服スル場合ニ於テノミ存在シ得ルモノナリ、國家ハ法規ノ源ニシテ法規ノ上ニ立ツモノナリ其法規ニ從フト否ト及ヒ何レノ限界マテ從フトハ一ニ國家ノ定ムル所ニヨルナリ、故ニ臣民ハ國家ノ意思ニ反シ國家ニ對シ權利ヲ主張スルコトヲ得ス、假ニ臣民カ國家ニ對スル權利アリトスルモ國家ハ立法權ニ依リ何時ニモ之ヲ廢スルコトヲ得、裁判所ト雖モ國家ノ廢シタル權利ヲ保護スルコトヲ得ス、果シテ斯ノ如ク此臣民ノ要求ニ應ムルト否トハ國家ノ自由アリトセハ之ヲ稱シテ權利ト云フコトヲ得ス」ト(批難)此説ヲ敷衍スレハ獨リ公權ノ存在セサルノミナラス國家ト臣民トノ間ノ私權モ存在セサルニ至ル、何ントナレハ國家ハ法規ヲ變更シテ國家ニ對スル權利ヲ廢スルヲ得レハナリ、公權ノ存在ヲ否認スルハ取り直サス公法ノ存在ヲ否認スルモノナリ、國民ハ固ヨリ國家ノ統治權ニ服従スルモノナレトモ此服従ハ絕對ノ服従ニ非ス、近世ノ國家ニ於テハ國民ハ奴隸ニ非ス、國家ニ對シテモ亦一人格ナリ、國家ノ法規ヲ定ムルニ依リテ自ら其統治權ヲ制限シ其制限内ニ於テノ統治權ヲ行フ、國家カ自ら其力ヲ制限スルモノハ則チ公法規ナリ、臣民ハ唯此法規ノ範圍内ニ於テノミ國家ノ權力ニ服従ス、國家ハ固ヨリ其法規ヲ變更スルコトヲ得ヘシト雖モ、苟モ法規ノ存在セル間ハ國家ト雖モ法規ノ範圍ニ出テ臣民ニ對シテ侵サレサル人格ヲ有シ隨テ權利ノ主體タルナリ。

臣民公權ノ種別 臣民ノ國家ニ對スル權利ハ前述シタル國家ニ對スル地位ニ依リ

臣民ノ公權

生スルモノナリ、第一種ハ國家ニ對シテ或ル行爲ヲ請求シ得ル權利ニシテ其積極的地位ヨリ生ス、之ヲ「行爲請求權」ト稱ス、第二種ハ臣民カ或ル行爲ノ自由又ハ或ル状態ノ自由ヲ國家ニ請求シ得ル權利ニシテ其消極的地位ヨリ生ス、之ヲ「自由權」ト稱ス、第三種ハ臣民カ國家ノ爲ニ或ル行爲ヲ爲スモノト爲リ得ル權利ニシテ其自働的地位ヨリ生スルモノナリ、之ヲ「參政權」ト稱ス(副島博士憲法)

第一項 行爲請求權

總テノ國家ノ行爲ハ直接又ハ間接ニハ國民ノ利益ノ爲メニスルモノニ非サルハナシ、國家カ國民ノ爲メニ利益ヲ保與スル場合ニ於テ或ハ直接ニ個人ノ利益ノ爲メニスルニ非スシテ一般ノ公共ノ利益ノ爲メニシ個人ハ間接ニ之カ利益ヲ享受スルニ過キサルコトアリ、此場合ニ於テハ國民ノ利益ハ所謂法ノ反射即チ一般公共ノタメニ定メラルル法規ノ間接ノ結果ニ過キスシテ權利ヲ享有スルモノニ非ス、之ニ反シテ國家カ公共ノ利益ノ爲メスルト同時ニ直接ニ個人ノ利益ヲ認め個人ヲシテ自ら其利益ヲ主張スルコトヲ得セシムルコトカ同時ニ公益ニ適合スルコトヲ認ムル場合ニ於テハ個人ハ其上ニ權利ヲ取得スルモノニシテ、是即チ第一種ノ公權

國家ノ組織 臣民 臣民ノ權利 臣民ノ公權

即チ臣民ノ國家ニ對スル行爲請求權ナリ、此種ノ公權ニシテ憲法ニ保障セラルルモノハ(一)裁判請求權及(二)請願權ナリ、此外(三)法律ノ保護ヲ求ムル權(即チ此權利ハ訴權トシテ各裁判所ノ權限ノ及フ範圍内ニ於テ臣民之レヲ享有ス此權利カ侵サレサル自由ハ我憲法第二十四條ニテ保障セラレタリ其最モ著シキハ民事訴訟法第九一條以下ノ規定ニテ訴訟上ノ救助ヲ認メタルノ點ニアリ)(四)内務行政ノ範圍ニ於テ國權ノ保護干渉作用ヲ要求スルノ權(此權モ亦憲法ノ保障スル所ニ非ス、各法令ノ認ムル所ニ依ル之ヲ列舉スルハ行政法學ノ範圍ニ屬ス例ヘハ國家ノ營造物又ハ地方團體ノ營造物ヲ或條件ノ下ニ使用スル權利ノ如キ之ナリ)モ亦臣民ノ國家ニ對シ有スル行爲請求權ナレトモ憲法上ノ保障スル所ニ非ス、他ノ法令ニ於テ認ムル所ナリ、尙(五)他國ニ在リテ本國ノ保護ヲ仰ク權アリト主張スル者ゲマイエル、ラーバント氏等一派アリト雖サイデル、イリネック氏等ハ之ヲ權利ニ非ス單ニ形式上法規ノ反對作用ナリトセリ。

權利ト法ノ反射トノ區別ハ此種ノ權利(行爲請求權)ニ於テ特ニ之ヲ區別スル必要アリ、外形上恰モ權利ノ如ク見ユルモノニシテ其實ハ唯國家カ公共ノ利益ノ爲メニスル一般ノ制度ノ結果ニ外ナラサルモノアリ、例ヘハ告訴發權ハ真正ノ權利ニ非ス、唯檢事公訴ヲ喚起スルノ行爲ニ過キス、刑罰及警察ノ制度ハ常ニ一般公共

行爲請求權

ノ爲ニ在スルモノニシテ如何ナル場合ニ於テモ個人ハ刑罰ヲ請求スルモノニ非ス、營造物ノ利用ニ付テモ亦特ニ許可ヲ要スルニ非スシテ一般ノ自由使用ニ供セラルル營造物例ヘハ道路ノ如キモノニ對シテハ個人ハ之ヲ使用スルノ權利ヲ有スルモノニ非ス、國家カ唯公共ノ爲メニ道路ヲ開設シ個人ハ之カ間接ノ利益ヲ享受スルニ過キス、道路ノ開設ニ依リテ世界中ノ個人カ悉ク其上ニ通行ノ權利ヲ取得スルニ非ス國家カ唯通行ヲ妨ケサルノミナリ。

第一目 裁判請求權

(イ)臣民ハ法律ニ定メタル裁判官ノ裁判ヲ受クルノ權ヲ奪ハル、コトナシ(憲法第二四條)國家ハ各人格間ノ權利ノ爭ニ付テ國家カ權力ヲ以テ補助スル責任ヲ有ス、此責任ヲ盡スコトハ自ラ義務トシテ臣民ニ裁判請求權ヲ與ヘタルモノナリ。

(ロ)訴訟ハ國家ノ助力ヲ仰ク所以ノ手段ニシテ訴訟ヲ提起スル法律上ノ諸關係ヲ承認シ其實行ヲ確ニセンコトヲ要求スルモノナリ、判決ハ之カ助力ヲ與フヘキヤ否ヤヲ判斷スルモノニシテ一方ニハ法律上ノ關係ヲ一定シ他ノ一方ニハ其確定ニ其保護ノ程度ヲ一定シ相手方ニ命令ヲ下シテ此義務ヲ履行スル所以ノ行爲ナ

リ。
(ハ) 訴權ハ公法的ノモノナリ、私權ヨリ生スルモノニ非ス、唯私法上ノ關係カ訴權ノ條件トナルニ過キササルナリ。

(ニ) 憲法第二十四條ニ謂フ所ノ「裁判」ハ民事裁判、刑事及行政裁判ヲ包含ス、之等ノ裁判ハ法律ノ規定ニ依ル裁判官ヲ以テ之ヲ執行スルコトヲ必要トセリ(但本條ニ所謂「裁判」トハ司法裁判ノミニシテ行政裁判ヲ含マスト論スル學者アリ)

(ホ) 本條ニ依リ領事裁判、軍法會議、違警罪即決等ハ違憲ナラハヤノ疑問アリ。

領事裁判トハ外國ニ駐在スル領事カ自國ノ臣民ニ關係スル所ノ民事、刑事ノ訴訟ヲ條約ノ認ムル所ニ從ヒ裁判スルヲ謂フ、故ニ領事カ裁判スル目的物カ民事、刑事ニ關スル所ノ司法上ノ訴訟ナルコト明ナリ、而シテ領事ナルモノハ法律ニ定メタル資格ヲ具フル者ヲ以テ之ニ任スルコトナク其任用ニ關スル規定ハ全ク勅令ノ定ムル所ニ係ルモノナリ、隨之ヲ法定ノ裁判官ト稱スルコトヲ得サルナリ、是ヲ以テ此領事裁判ノ制ハ憲法ニ牴觸スルコトヲ疑フヘカラサルモノナリ、但シ是ヲ以テ辯護スル説ナキニ非サルニ由リ參考ノ爲メ其辯護説ヲ二三左ニ掲ケント欲ス。

(1) 憲法ハ領土外ニ其效力ヲ及ボスモノニ非ス、隨テ領土外ニ於テ爲ス所ノ領事ノ裁判ハ憲法ニ牴觸スルノ理由ナキモノナリトス、(批難)然レトモ前ニモ述ヘタル如ク憲法ハ土地ニ關シテ領土全體ニ其效力ヲ及ボシ人民ニ關シテ臣民タルノ身分ヲ有スル者全體ニ對シ其領土内ニ

在ルト領土外ニ在ルトナ間ハス總テ其效力ヲ及ボスモノナルカ故ニ臣民ハ外國ニ居住スルモ憲法第二十四條ヲ採用シテ法定ノ裁判官ノ裁判ヲ受クルノ權利ヲ主張スルコトヲ得ヘク隨テ此説ヲ以テ領事裁判ノ制度ヲ辯護スルコトヲ得サルナリ。

(2) 領事裁判ノ制度ハ憲法發布以前ヨリ存在スルモノニシテ其效力ハ裁判所構成法ニ於テモ認メラルモノナリ、故ニ憲法ニ牴觸スルモノニ非スト(批難)然レトモ憲法第七十六條ニハ「法律規則命令又ハ何等ノ名稱ヲ用キタルニ拘ラス此憲法ニ矛盾セサル現行ノ法令ハ總テ違由ノ效力ヲ有ス」ト規定シ憲法發布前ノモノハ憲法ニ牴觸セサルモノト爲スノ效力ヲ有スルコトヲ認メタルモノナリ、而シテ此領事裁判ノ制度カ憲法ノ條文ニ關ルルコト明カナル以上ハ憲法第七十六條ヲ以テ之ヲ辯護スルノ限ニ在ラス又裁判所構成法ニ於テ此制度ヲ認メタリトスルモ法律ヲ以テ憲法違反ノモノヲ憲法ニ牴觸セサルモノト爲スノ效力ヲ生スヘキモノニ非サルナリ。

(3) 裁判トハ法定ノ裁判官ノ爲ス裁判ヲ名ケルモノニシテ領事裁判ノ如キ法定ノ裁判官ニ非サル者カ爲ス所ノ裁判ハ之ヲ憲法第二十四條ノ裁判ト稱スヘキモノニ非ス、隨テ領事カ民事、刑事ノ裁判ヲ爲スモ憲法ニ牴觸スルモノニ非サルナリト(批難)然レトモ此説ハ裁判ノ意義ヲ有スルモノニ非ス、若シ此ノ如キ形式的ノ意義ニ於テ之ヲ解スルトキハ憲法第五章及ヒ憲法第二十四條ハ無意義ノ規定ト爲ルモノナリ、蓋シ臣民ノ權利ヲ保護スルノ目的ヲ達セザレハナリ。

(4) 法律ニ定メタル裁判官トハ法律ニ由リテ其資格ヲ定メタル裁判官ト云フ意味ニ非ス、又法

裁判請求權

(一) 領事裁判

國家ノ組織 臣民 臣民ノ權利 臣民ノ公權

律ニテ其資格ヲ定メタル裁判官ヲ法定ノ裁判官ナリト解スルモ法律ニテ其資格ヲ定ムルトハ裁判官ト爲ルノ資格要件ヲ法律ニテ悉ク定ムルヲ必要トスルニ非ス、或者ニ對シ法律ヲ以テ裁判ヲ爲スヘキ權限ヲ與ヘラレタルトキハ其者ヲ法定ノ裁判官ト稱シテ誤ナキナリ、然ルニ領事ニ關シテハ法律ヲ以テ裁判ヲ爲スヘキモノナルコトヲ定メタルカ故ニ領事モ亦法定ノ裁判官ト稱セラルヘキモノナリ（明治三十二年法律第七十號領事官ノ職務ニ關スル件參照）故ニ領事裁判ノ制度ハ憲法ニ抵觸スルモノニ非スト（批難）然レトモ此法定裁判官ノ意義ハ法律ニ定メタル資格ヲ有スル裁判官ヲ指スモノナリト云フコトハ憲法第二十四條ト第五十八條ト之ヲ對照スレハ明カナル事ニテ又法律ニ定メタル資格ヲ有スルトハ裁判官ト爲ルヘキ資格要件ヲ法律ヲ以テ定メタルモノナルコトハ普通ノ解釋トシテ當然ノ事ナリ、單ニ法律中ニ其權限ヲ與ヘタルノ故ヲ以テ之ヲ法律ニ定メタル資格ヲ有スル裁判官ト解シ得ルモノニ非サルナリ、故ニ此說ヲ以テモ領事裁判ノ制度ヲ辯護スルニ足ラサルコト疑フ可カラスト雖モ今日ノ現在ニ於テ此制度ヲ辯護スルニハ此說ニ依ルノ外ナキモノナリ。

(二) 違警罪
判即決裁

違警罪ノ即決裁判トハ明治十八年ノ布告違警罪即決例ニ依リ警察官廳方違警罪ニ關スル裁判ヲ爲スヲ謂フ、此違警罪ノ性質ハ刑事事件タルコト明カニシテ而カモ之ヲ裁判スル所ノ警察官ハ現行制度ニ於テ法律ニ定メタル資格ヲ具フルモノニ非サルナリ、是ニ於テ違警罪即決ノ憲法違反ニ非サルヤノ疑問ヲ惹起スルモノナリト雖トモ違警罪ニ付テハ之ニ關シ裁判ノ受クルモノカ正式ノ裁判ヲ仰クコトヲ得ルヲ認メタルカ故ニ、憲法第二十四條ノ法定ノ裁判官ノ裁判ヲ受クルノ權ヲ奪ハルルモノト名クルコトヲ得サルナリ、即チ違警罪ノ裁判ヲ受ケタル

者カ警察官ノ即決ニ依リテ満足セザルトキハ何時ニテモ法定ノ裁判官ノ裁判ヲ受クルコトヲ得ルカ故ニ此制度ハ憲法第二十四條ニ抵觸セザルモノナリ。

(三) 軍法會議

軍法會議ノ制度カ若シ軍人ノミチ裁判スルモノト爲ストキハ憲法第三十二條ノ規定アルカ爲メニ憲法ニ抵觸スルヲ免ルルモノナリ、然ルニ若シ軍法會議ノ權限ニシテ軍事ニ關係アル犯罪ニ付テ普通人民ニ及フコトアルトキハ此制度モ亦憲法ニ違反スルモノニシテ其裁判官ハ所謂法定ノ裁判官ニ非サルナリ（陸海軍治罪法第二章參照）

第二節 請願權

- (イ) 請願權トハ臣民カ一個人ノ利益ノ爲ニ種々ナル願望ヲ國家ニ對シテ請願スルノ權ナリ（但請願人自身ノ利益ノ爲メナルコトヲ必要トセス）
- (ロ) 國家ノ機關ハ其權限内ニ於テ其請願ヲ受領シ及ヒ審查スルノ義務アリ（議院法第一三章）然レトモ其請願ノ旨趣ニ從フヘキ義務及ヒ採否ヲ報告スヘキ義務ナシ。
- (ハ) 請願ハ國家ニ對シ利益ノ顧慮ヲ仰クモノニシテ建白ノ如キ唯既往及ヒ將來ノ事實ノ利害ヲ論述スルカ如キモノニ非ス。

國家ノ組織 臣民ノ權利 臣民ノ公權

請願ト訴別願トノ區別

理論上請願ト訴別トノ異ナル點ヲ舉グレハ左ノ如シ。

- (1) 請願ハ主權者ハ勿論凡テノ國家機關ニ對シテ其行爲不行爲ヲ要求スルモノナリ、訴別ハ官廳ノ處分ニ依リテ不利益ヲ被リタル場合ニ上級官廳ニ對シテナス救濟要求權ナリ、故ニ官廳ニ非サルモノノ行爲不行爲ニ對シテナス能ハサルノミナラス最上ノ官廳ノ處分ニ對シテハ訴別ナシ。
- (2) 請願ハ將來ノ事件ニ關シ將來ノ行爲不行爲ヲ求ムルコトヲ得其法規ヲ定ムル行爲タルト處分タルトハ問フ所ニ非ス、訴別ハ既ニ受ケタル不利益ナル處分ニ對スル救濟ナリ、故ニ將來ニ關スル希望ニ非サルノミナラス又處分ニ對シテノミ之ヲナスコトヲ得、法規カ如何ニ不當ナリトモ之レニ對シテ訴別ヲ許サス。
- (3) 請願ハ請願人ノ利益ニ關スルコトヲ必要トセス一般ノ利益ニ付テモ之レヲ爲スコトヲ得ヘシ、訴別ハ處分ニ依リテ不利益ヲ受ケタル者ニ限り之レヲ提起スルコトヲ得。
- (4) 請願ハ處分ヲ爲シタル官廳ニ對シテ之レヲナスコトヲ得、訴別ハ監督權ノ作用ヲ喚起シテ處分ノ救濟ヲ求ムルニ在ルカ故ニ上級ノ官廳ニ對シテノミ之ヲ爲スモノナリ。

以上ハ原則トシテ兩者ノ區別ヲ掲ケタリ若シ夫レ現行法規ニ付キテ之レカ區別ヲ爲サハ尙幾多ノ差異ヲ舉グルコトヲ得ヘシ。

(ホ) 憲法第三十條ニ曰ク「日本臣民ハ相當ノ敬禮ヲ守リ別ニ定ムル所ノ規程ニ從ヒ請願ヲ爲スコトヲ得」ト規定スルモ、今日ニ至ルマテ臣民ノ請願ニ關スル規定ハ議院法ニ存スルノミニテ兩院以外ニ爲ス所ノ請願ニ付テハ何等ノ規定ヲ存セザ

請願權

ルナリ即チ憲法第三十條ノ別ニ定ムル所ノ法ナルモノ存在セサルニ由リ議院以外ニ對シテハ請願スルコト能ハサルノ狀況ニ在リ、或ハ曰ク「別ニ定ムル所ノ規定アレハ之ニ從フハ勿論ナルモ之レナキトキハ自由ニ請願シ得ルモノナリ」ト説クモノアリト雖モ、條文ノ上ヨリ斯ノ如ク解釋スルヲ得サルノミナラス、如ク解釋スルトキハ議院ニ請願スルニハ實質上形式上種々ノ制限ヲ受クルニ拘ハラス他ニ諸願スルトキハ何等ノ拘束ヲ受ケサルノ不都合ナル結果ヲ生スルナリ、固ヨリ今日ニ於テモ官廳ニ提出セラルル所ノ請願アリテ其請願ハ受理セラルルモ是レ官廳ノ好意ニ依リテ其請願書ヲ返還セサルニ止マリ法ノ定ムル所ニ從ヒテ受理スルニ非サルナリ、隨テ官廳カ之ヲ受理セスシテ却下スルモ如何トモスルヲ得サルナリ、嘗テ請願規則ナルモノ存在シタルコトアリシモ其請願規則ナルモノハ今日ノ所謂請願ニ關スル法規ニシテ現行訴訟法ノ制定ト共ニ消滅ニ歸シタルモノナリ、明治一三年第五三號布告、明治九年第二號第四條、議院法第三章。

第二項 自由權

(一) 自由權トハ個人カ法律ニ定メタル制限ノ外國家ニ依リテ自由ヲ侵害セラレサルノ

國家ノ組織 臣民ノ權利 臣民ノ公權

權利ヲ謂フ、自由ト云フ語従ハ來ニツノ全ク異リタル意義ヲ有セリ、自由ハ或ハ政治上ノ自由ヲ意味スルコトアリ、政治上ノ自由トハ個人カ自ラ國家ノ政務ニ參與スルノ權ヲ有スルヲ謂フ、即チ所謂參政權ニ外ナラサルナリ、古代ノ國家ニ於テ自由ト云フトキハ其意義ニ於テ云フモノニシテ希臘及羅馬カ東洋ノ專制國ニ對シテ自由國タリシト云フハ國民カ此政治上ノ自由ヲ有シタルコトヲ意味ス、近世ノ意義ニ於ケル自由トハ政治上ノ自由ヲ意味スルニ非スシテ國家ヨリ侵サレサルノ自由ナリ、國家ノ權力ニ依リテ支配セラレサルノ範圍ヲ謂フ。

自由權ノ性質 憲法ノ保障セル自由ノ性質ニ付キ之ヲ權利ナリト認ムルモノト否ラサルモノトアリ、前者ニ屬スル者ハギルケ、レーニン、マイエルノ諸氏ニシテ、後者ニ屬スル者ハサイテル、オットマイエル、ケルベル、ラバント諸氏ナリ。

(1) 非權利說

イサイテル氏ノ所說、曰ク「權利上ノ自由ノ規定ハ統治權ノ作用ニ關スル規定ニシテ決シテ臣民ノ權利ヲ規定シタルモノニ非ス、何トナレハ此規定ハ單ニ法律ノ禁セサルコトハ之ヲ爲スコト自由ナリト云フニ過キサレハナリ」ト、(批難)乍併、若シ單ニ自由權ヲ以テ法律ノ禁セサル所ハ之ヲ爲スコト自由ナリト云フニ過キサルノミトセンカ特別ニ之ヲ規定スル必要ナカレハシ、然ルニ之ヲ憲法ニ明規シタル所以ノモノハ乃チ自由權ヲ規定シタルモノト推測セサル可カラス。

ロラバント氏ノ所說ニ曰ク「自由權ハ一ノ目的ヲ有セサルモノナルヲ以テ臣民ノ權利ヲ定メタルモノニ非ス

(一) 自由權ノ性質

憲法ニ人ノ行爲ノ自由ヲ規定シタルハ唯從前ニ於テ國權カ人ノ自由ニ侵入シタリト云フ歴史上ノ紀念ヲ殘スニ過キス、即チ從前ノ侵入ハ之ヲ否認スル、云フ意味ニ過キサルナリ」ト、批難)乍併、自由權ニ目的物ナシト云フコトヲ得ス、人ノ或ル行爲ノ自由ハ其人ノ利益トナルモノナリ、其利益ヲ主張スルコトヲ得ルモノ乃チ之ヲ權利ト謂フコトヲ得ヘシ、又自由權ノ規定ハ從前ノ制限ヲ否認スルニ過キスト云フハ我國ノ憲法成立ノ歴史トハ合致セス故ニ此ノ解釋法ヲ採ルコトヲ得ス。

ハオットマイエル氏ノ所說ニ曰ク「憲法ニ規定セル臣民ノ自由權ハ唯國家支配權ノ行使ノ制限トナルモノナリ、一個人ノ自由ニ侵入スルニハ必ス法律ニ依ラサル可カラス、而シテ法律ニ留保セラレタル一個人ノ利益ヲ自由權ト謂フニ過キス、嚴格ニ云ヘハ眞權利ニ非ス、凡テ權利ニハ臣民ト國家トノ間ニ或ル一定ノ效力カ存在セサル可カラス、然ルニ自由權ニハ或ル一定ノ效力カ附着スルモノニ非ス」ト(批難)乍併、權利ハ必スシモ或行爲ヲ國家ニ要求スルノ效力アルモノニ限ラサルナリ、同氏ノ權利ト認ムル所ノ國家又ハ團體ノ代表者タルヘキ權利ノ如キ或行爲ヲ國家ニ要求スルモノニ非ス、且又自由權ニモ或法律上ノ效力ハ必ス含有スルモノナリ(以上副島博士憲法論)

(2) 權利說

憲法上保障セラルル自由ハ權利ナリ、決シテ自然法學ノ唱導スルカ如キ國家以前ニ於ケル人類天賦ノ自由ヲ云フニ非ス、又生理學上ノ所謂自然人ノ働作ヲ指シテ云フニ非ス、其實質範圍ハ全ク法律ニ依リテ成立シタルモノナリ、憲法ニ於テ臣民ノ行爲ノ或ル範圍ヲ認メ國家自ラ其效力ヲ制限シテ之ヲ侵ササルコトヲ規定シタル以上ハ乃チ臣民ノ權利ヲ制定シタルモノト謂ハサル可カラス、一度憲法ニ於テ臣民ノ或行爲ノ自由ヲ認メタル以上ハ憲法ノ存在スル限りハ國家ハ此自由ヲ全ク消滅スルコトヲ得ス、臣民ハ多少ノ範圍内ニ於テ之ヲ保有スルコトヲ國家ニ對シテ主張スルコトヲ得ルヲ以テ權利ノ要素ヲ具備スル

モノト云フコトヲ得ヘシ(副島博士憲法論)併憲法カ臣民ノ權利トシテ規定スル中ニハ全ク權利ノ性質ヲ有セサルモノアルコトヲ注意スヘシ、例ヘハ臣民ハ等シク文武官ニ任セラルル規定(第一九條)ノ如キハ權利ニ非ス、何ントナレハ臣民ハ假令法令ノ要件ヲ備フルモ國家ニ對シテ到底任官ヲ要求スルコトヲ得サレハナリ、憲法ハ畢竟門閥ヲ以テ任官ノ要件トナスコトヲ得ストノ原則ヲ揭ケ立法ヲ制限シタルニ過キサレノミ(一木博士國法講義)

被選舉ノ資格及官吏トナルトノ資格ハ其實質ニ於テ權利タル資格ヲ有セス、即チ他働的ノ性質ヲ有スルノミニシテ自働的ノ性質ヲ有セス、唯一個人ノ國家ノ機關トナルカ爲ニ有セサルヘカラサル條件タルニ過キス、換言スレハ働作權ノ基礎トナルコトヲ得レトモ働作權其モノニ非サルナリ、憲法第十九條ノ規定ハ唯宗教又ハ族籍等ノ異同ニヨリ其資格ヲ異ニスルコトヲ得ストノ原則ヲ示シタルニ過キス。

憲法ニ於テハ左ノ如キ種々ナル自由權ヲ認ム然レトモ此等種種ノ權利ハ皆包括的ナル唯一ノ自由權ノ種々ノ方面ニ過キスシテ是等ノ數多ノ別個ノ權利ノ存在スルニ非ス、自由權トハ法規ニ依リテ豫メ定メラレタル外ハ國家カ臣民ノ自由ヲ侵害スルコトナキヲ要求スルノ權利ナリ、自由權ハ此消極的ノ意義ヲ有スルモノニ過キスシテ唯一不可分ノ權利ナリ、唯一ノ自由權アルノミニシテ各種ノ自由權アルニ非ス、例ヘハ集會結社ノ自由トハ集會ヲ爲シ結社ヲ爲スノ權利ニ非ス、居住移轉ノ自由トハ居住ヲ爲シ移轉ヲ爲スノ權利ニ非ス、集會結社ヲ爲シ居住移轉ヲ爲スハ睡眠ヲ爲シ談話ヲ爲スカ如ク天然ノ自由ニシテ權利ニ非ス、何人モ睡眠飲食ニ

(二)自由權ノ種別

權利ヲ有スルニ非サルト同シク集會結社ヲ爲スコトカ權利ノ目的物タルニ非ス、集會結社ノ自由トハ畢竟法規ニ定メラレタル制限ノ外國家ニ依リテ集會結社ヲ妨ケラレサルコトヲ意味スルニ外ナラス、是レ集會結社ニノミ特別ナルモノニ非スシテ個人カ法規ニ基クノ外國家ノ制限ヲ受ケスト謂フ概括的權利ノ一方面タルニ過キサレナリ、此故ニ自由權ヲ以テ全ク權利ニ非ストスルノ誤ナルト共ニ自由權ヲ以テ數多ノ個々ノ權利ヨリ成ルモノナリト爲スモ亦等シク誤ナリ。

憲法上ノ自由權

- (1) 居住移轉ノ自由
- (2) 身體安全ノ自由
- (3) 住所安全ノ自由
- (4) 信書秘密ノ自由
- (5) 所有權ノ自由
- (6) 信教ノ自由
- (7) 思想發表ノ自由
- (8) 集會及結社ノ自由

日本臣民ハ法律命令ノ定ムル所ノ資格ニ應シ均ク文武官ニ任セラレ及其ノ他ノ公務ニ就クコトヲ得(憲法第一九條)
イ本條ハ日本臣民一定ノ資格ヲ具ヘル以上ハ同等ニ公務ニ就クコトヲ得ルモノニシテ門閥、

國家ノ組織 臣民 臣民ノ權利 臣民ノ公權

(參) 憲法第九條
之解釋

藩閥、血統人種等ニ依リ等差ヲ附スルコトヲ得サル旨ヲ規定シタルニ過キス、(本條ノ臣民ノ公權ヲ認メタルモノニ非サルハ前掲セシ所ナリ)

(口) 本條ニ所謂「資格」トハ學術年齡其他能力ニ關スルモノニシテ門閥出生地人種等ノ如キニ對シ變更シ得サルモノニ關スルモノニ非ス、然ルニ國籍法(第一六條)ニ於テハ歸化人ハ國務大臣又ハ帝國議會ノ議員等ニ爲ルコトヲ得サルコトヲ規定シ、貴族院令(第三條)ニ於テ公侯爵ハ一定ノ年齡ニ達シタルトキハ當然貴族院議員ノ職務ヲ取得スルコトヲ規定セルハ本條ノ所謂「均ク」ノ文字ニ抵觸スルノ疑アリト論スル學者アリ。

(ハ) 外國憲法ノ多クハ何レモ憲法ニ於テ臣民ノ平等ナルコトヲ規定シ且ツ國族ノ特權ナルモノ將來存在スルコトヲナシト規定シタルニ拘ハラヌ我憲法ニ於テハ廣ク一般臣民ノ平等ナルコトヲ規定シタル條項ナシ是レ我國ニ於テハ本條ノ場合ノ外不平等ナルコトヲ認ムルニ非スシテ維新以後ノ制度ノ上ニ於テ總テ臣民ノ平等ナルコトヲ原則トスル故ニ特ニ之ヲ規定スルノ必要ナケレハナリ。

第一目 居住移轉ノ自由

(イ) 臣民ハ法律ノ範圍内ニ於テ居住及移轉ノ自由ヲ有ス(憲法第二二條)臣民ハ其國ノ領土内ニ於テ至ル所住居ノ場所ヲ自ラ撰擇シテ一定又ハ永久ニ之ヲ定ムルコトヲ得、何人モ現在ノ居住ヲ妨ケラルルコトナキ自由及内地移轉ノ自由又ハ外

居住移轉ノ自由

國ニ移轉スルノ自由ヲ有スルモノナリ。

(口) 臣民ハ臣民當然ノ權利トシテ之ヲ有ス、外國人ハ特別ニ之ヲ許與スルモノナリ、近世ノ國家ハ通常其領土内ニ外國人ノ居住ヲ許與スレトモ若シ外國人カ其公共ノ安寧秩序ヲ妨害シ又ハ生活ヲ營ムコト能ハサルトキハ何時ニテモ之ヲ領土外ニ放逐スルコトヲ得、反之臣民ハ之ヲ放逐スルコトヲ得ス但シ「法律ヲ以テ或種ノ臣民ニ對シ絕對ニ領土内ニ住居スルコトヲ禁スルモ憲法違反ニ非ス、既ニ國家組織ノ團體員タル資格ヲ喪ハシムル死刑ヲ認ムル以上ハ臣民ノ放逐ヲ絕對不可能也トナスコトヲ得スト」ノ反對說(清水博士)アリ。

(ハ) 國際法上ニ於テ放逐サレタル外國人ノ本國ハ之ヲ受領セサルヘカラサルノ義務アリ、又外國人カ他國ニ於テ犯罪ヲナシ日本國ニ來タリタル場合ニ於テ外國ヨリ其引渡ヲ請求シタルトキハ自由ニ之ヲ引渡スコトヲ得(犯罪人引渡條約)反之日本人ハ原則トシテハ外國ニ引渡サルルコトナシ(例外逃亡犯罪引渡條例)。

(ニ) 此住居ヲ制限スルニハ常ニ法律ヲ以テセサル可カラス(行政執行法、傳染病豫防法、官吏服務規律、陸軍服從條例、海軍下士卒服役條例、民法第八〇條等参照)

(ホ) 營業ノ自由ハ居住及移轉ノ自由中ニ包含セス(憲法義解カ本條中ニ營業ノ自由

ヲ合ムトセルハ誤ナリ)立法論トシテ特別法律ヲ以テ營業ノ自由ヲ認ムルヲ可トスレトモ現在其規定ヲ缺ク故ニ命令ヲ以テ尙營業ヲ制限スルモ違憲ニ非ス。

(ハ)居住及移轉ノ制限ハ何等ノ目的ノ爲ニスルニ拘ハラヌ法律ノ規定ニ依ルコトヲ要ス、直接ニ居住及移轉ノ自由ヲ制限スルコトヲ目的トスルニ非スシテ他ノ目的例ヘハ家居ノ危險ナルカ爲ニ居住ヲ禁シ傳染病豫防ノ爲メニ移轉交通ノ自由ヲ拘束スルハ法律ヲ要セストスルカ如キハ法令上ノ根據ヲ有セサル空論ナリ。

第二目 身體安全ノ自由

(イ)臣民ハ法律ニ依ルニ非スシテ逮捕監禁、審問、處罰ヲ受クルコトナシ(憲法第二三條)「逮捕」トハ國家機關ノ前ニ犯人ノ引キ出スノ目的ヲ以テ腕力ニ依リ其自由働作ヲ拘束スルヲ謂ヒ、「監禁」トハ一定ノ場所ヲ限リテ人ノ自由ヲ束縛スルヲ謂ヒ、「審問」トハ被嫌疑者ヲ審理訊問スルヲ謂ヒ、「處罰」トハ犯人ニ課スルニ罰ト稱スル惡果ヲ以テスルヲ謂フ。

(ロ)本條ニ所謂逮捕、監禁、審問、處罰ハ刑事上ニ關スルモノニ限ルトノ説ト否ラサルモノナリトノ二説アリ、而シテ其説ノ異ナル結果トシテ官吏懲戒令、親子

身體ノ自由

ノ懲戒行爲等ノ説明ヲ異ニセリ。

前説ヲ採ル者ハ(清水博士)曰ク、憲法第二三條ノ所謂「逮捕監禁云々」ハ沿革上ノ理由及ヒ刑罰ト其他ノ罰(懲戒罰、執行罰)トハ其性質ヲ異ニスルニ由リ刑事上ノミニ關スルモノナリ、從テ文官懲戒令ヲ法律ヲ以テ定メサルモ不當ニ非ス、又親カ子ヲ懲戒處分ヲ爲スカ如キハ該條ノ關スル所ニ非ス。後説ヲ採ル者(市村學士)曰ク、憲法ハ統治機關ノ行爲ニ對シ臣民ノ利益ヲ保護スル爲メ第二章ノ規定ヲ設ケタルモノナレハ狂者ノ幽閉、子ニ對スル親權者ノ懲戒權等一私人間ニ關スル權力行爲ハ本條ノ關知スル所ニ非ス、亦官吏ニ對スル懲戒ハ第二三條ノ含ム所ニ非ス、蓋シ懲戒罰ハ主權者カ公權カノ所有者トシテ科スルモノニ非スシテ服務ノ利益ヲ保護スル爲メニ上長官トシテノ地位ニ依リテ科スルモノナリ、加之此懲戒的ノ關係ヲ有スル官吏ノ地位ヲ得ルヤ否ヤハ本人ノ自由ニ屬ス本人ノ意思ニ反シ絕對的ニ國家ノ一方意思ニテ科スル惡果ニ非ス、故ニ法律ヲ以テ規定スル必要ナキナリ(井上博士ハ本説ニ對シ「官吏ノ懲戒ハ刑法上ノ刑罰トハ異ナルカ故ニ官吏ハ刑法上ノ刑罰ノ外ニ尙懲戒ニ附セラルルコトハ差支ナキモ憲法ノ處罰ノ内ニ包含セラルルカ如シ從テ懲戒モ官吏懲戒法ト法律ヲ制定スルコトヲ以テ、憲法ノ精神ニ協フモノト愚考スト)

(ハ)逮捕監禁審問處罰等ノ種類程度ニ關スル規定ハ法律ヲ以テ定メサル可カラヌ(刑法、刑事訴訟法、行政執行法其他各税法及警察法規等參照)

第三目 住所安全ノ自由

住所安全ノ自由

(イ) 臣民ハ法律ニ定メタル場合ヲ除クノ外其許諾ナクシテ住所ニ侵入セラレ及搜索セラレ、コトナシ(憲法第二五條)憲法ハ家内ノ安全ヲ保持スル爲メ其侵入及ヒ搜索ヲ濫リニスルコトヲ得サルコトヲ規定セリ。

(ロ) 「住居」トハ民法ノ所謂「住居」ノ意義ニ非ス廣ク人民ノ居住スル場所ヲ指スモノナリ、民法ノ住所ハ生活ノ本據ヲ指スモノナリト雖モ本條ノ所謂住所ハ單ニ一時居住スル場所タル旅宿ノ一室ト雖モ其人カ居住ノ場所ト定メタル間、本條ノ住居ノ中ニ包含スルモノナリ。

(ハ) 「侵入」トハ唯家宅ニ入りタルコトヲ云ヒ「搜索」トハ人又ハ物品ヲ搜索スル行爲ヲ謂フ搜索スルニハ侵入ノ行爲ヲ要スレトモ侵入ト搜索トハ同一ノ實質ノ行爲ニ非ス、本條ハ住所ノ安全ヲ絕對ニ保障スルモノナルカ故ニ如何ナル目的ニ出ツルモ其住所ノ安全ヲ害スルトキハ法律ノ規定ニ基カサルヲ得サルナリ、即チ犯罪搜索、租税ノ徵收、戶籍ノ調査等ノ目的ニ出ツル場合ハ勿論衛生警察其他廣ク警察ノ目的ニ出ツル場合モ亦此規定ノ適用ヲ受クルモノニシテ尙ホ進ミテ其住所内ノ人民ヲ救護スル目的ニ出ツル場合ニ於テモ亦此本條ノ規定ノ結果トシテ法律ノ規定ニ依ラサルヲ得サルナリ、或ハ此規定ニ關シ侵入ノ事實ナクシテ搜索ヲ爲スコトヲ得サルカ故ニ此本條ノ場合ハ搜索ノ目的ノ爲メニ侵入スル

場合ノミヲ指スモノナリト説ク者アリト雖モ此規定ノ目的ハ住所ノ安全ヲ保護スルニ在ルカ故ニ其精神ヨリ推スルトキハ搜索ノ目的ニ出ツル侵入ノミナラス漫然目的ナクシテ侵入シタルトキモ亦此規定ノ範圍ニ屬スヘキモノナリ。

(ニ) 「許諾」ナクシテ「トハ明カニ不承諾ヲ唱ヘタル場合」ノミナラス承諾ヲ與ヘサル場合ノ總テ含ムモノナリ、蓋シ何人モ他人ノ問ニ對シ答ヲ爲スノ義務有セザレハナリ。

(ホ) 本條ノ行爲ハ法律ニ依リ又ハ家人ノ許諾ヲ受ケサレハ之ヲ爲スコトヲ得ス(刑法、刑事訴訟法、行政執行法其他各種ノ税法及警察法規等参照)

第四目 信書秘密ノ自由

(イ) 臣民ハ法律ニ定メタル場合ヲ除ク外信書ノ秘密ヲ侵サルルコトナシ(憲法第二六條) 信書トハ或一定ノ人カ或一定ノ人ニ對シテ意思ヲ通告スル爲ニ送達スル所ノ書狀ヲ謂フ、故ニ一般ノ公衆 告知スル如キハ之ヲ信書ト云フコトヲ得ス。

(ロ) 「信書秘密」ノ範圍ニ對シ廣狹ノ二説アリ。

(1) 廣義説 信書ノ秘密ノ文字ヲ廣ク解釋シテ郵便局ニ於テ取扱フ所ノ總テノ事項ニ關シ信書ノ秘密ナル

國家ノ組織 臣民 臣民ノ權利 臣民ノ公權

モノハ存スルモノト爲セリ故ニ此説ニ從フトキハ管ニ封書端書等ノ内容反ヒ表書ノミナラス小包郵便ノ送達ニ關シ若クハ郵便爲替ノ往復ニ關シ其ハ實ヲ洩ストキハ總テ信書ノ秘密ヲ害スルコトト爲ル、(國法學者ハ概ネ此説ニ從フ)

(2) 狹義説 信書ノ秘密ノ範圍ヲ甚ダ狹ク解シテ信書ノ秘密ヲ侵スコトハ封書ノ内容ニ關スル秘密ヲ侵スコトニ限ルモノト爲シ其他郵便局ニ於テ扱フ事項ニ關シ之ヲ他ニ洩スコトヲ得サルハ官吏方秘密ヲ守ルノ義務ヲ有スルカ爲メニシテ憲法ノ保障シタル信書ノ秘密ヲ侵スカ爲ニ非スト爲スナリ(刑事法學者ハ概ネ此説ニ從フ)

狹義説ヲ以テ當ヲ得タルモノト爲ス、蓋シ「秘密」トハ秘密ニセントスルノ意思アルニ基クモノニシテ信書ニ關スル秘密ハ發信者カ之ヲ公ニスルヲ欲セサルノ意思ヲ有セル場合ニ限リ存スルモノニテ其秘密ニスルノ意思ノ封書ノ場合ニ於テノミ存スルモノナルコトヲ推定シ得サレハナリ、固ヨリ信書ノ内容ニ付テモ之ヲ秘密ニスルノ意思ナキ場合ノ存スルコトナキニ非スト雖トモ、反對ノ證據ナキ限リハ一應秘密ニスルノ意思アルコトヲ推定シ得ルモノナリ、然ルニ之ニ反シテ端書等ヲ用フルハ封書ノ方法アルニ拘ハラス特ニ之ヲ用ユルモノナルヲ以テ秘密ニスルノ意思ナキコトヲ想像スルコトヲ得ヘシ、而シテ「封書」トハ糸護謨等其他如何ナル物ヲ以テスルヲ問ハス之アルカ爲メ特別ノ開封ノ行爲ヲ執ルニ非サレハ其内容ヲ見ル能ハサルニ至リタルモノヲ謂フト解スヘシ。

信書秘密ノ自由

(ハ)「電信」ハ之ヲ發スル人カ其文ヲ認メ郵便局ノ受付ニ差出シ郵便局ノ受附ノ官吏ハ技手ヲシテ其文ヲ發信セシムルモノナルニヨリ通常ノ場合ニ於テハ之ニ關シ秘密ナルモノ存スルコトナシ尤モ發信者カ特ニ暗號ヲ用ヒタル場合ニ於テハ秘密ニスルノ意思存スルコトヲ推定スヘキニ由リ此場合ハ憲法ノ所謂信書ノ秘密ノ範圍ニ屬スルモノト信ス。

(ニ)「電話」ニ關シテハ一見信書ノ文字中ニ入ラサルカ如シト雖モ均シク意思ヲ一方ヨリ他ニ通スルノ用ニ供セラルルモノナルヲ以テ電信郵便ト等シク其秘密ヲ憲法ニ依リテ保障セラルルノ精神ナリト考フヘキナリ、而シテ電話ハ對話的ノモノニテ他人ニ聞カスコトヲ欲セサルヲ常ト爲スニ由リ反證ナキ限リハ之ニ關シ秘密存スルモノト論定スヘキナリ。

(ホ)信書ノ秘密ヲ侵ストキハ必ス法律ノ規定ニ依ラサル可カラス(刑事訴訟法、郵便法、電信法等參照)

第五目 所有權ノ自由

(イ) 臣民ハ所有權ヲ侵サルルコトナシ公益ノ爲メ必要ナル處分ハ法律ノ定ムル所ニ依ル(憲法第二七條)臣民ハ所有權ヲ侵サルルコトナシ然レトモ公益上必要アルトキハ法律ノ定ムル所ニ依リ制限セラレ、公益ノ爲メ必要ナル處分トハ單ニ公用徵收ノ場合ニノミニアラズ憲法第九條ノ命令權ノ場合ニモ亦法律ニヨルニアラサレハ國家ハ一人ノ所有權ヲ侵スコトヲ得ス。

(ロ) (問題) 命令ヲ以テ所有權ヲ制限スルハ憲法ニ牴觸セサルヤ否ヤ、學說アリ。

第一說 所有權ナル觀念ハ民法上ノモノナルニ由リ民法ニ就テ其意義ヲ極ムルニ民法第二百六條ニハ

「所有者ハ法令ノ制限内ニ於テ自由ニ其制限物ノ使用、收益及ヒ處分ヲ爲ス權利ヲ有ス」トアルニ由リ、所有權ナルモノハ法律、命令ノ制限内ニ存在スルモノト云フヘキナリ、是ニ於テ命令ヲ以テ所有權ヲ制限スルモ所有權ヲ侵スモノト爲ラサルナリ、或ハ民法第二百六條ノ法令ナル文字ハ法律及ヒ法律ノ委任ニ因ル委任命令ヲ指スモノニシテ法律ニ根據ナキ命令ハ此中ニ包含スルコトナシト爲ス者アリト雖トモ、法令ナル文字ノ普通ノ意義ハ廣ク法律命令ヲ指スモノニシテ民法第二百六條ノ場合ニ限リ特ニ否ラスト論スルトキハ其反證ヲ必要トスルナリ、此ノ如ク命令ヲ以テ所有權ヲ制限スルハ所有權ノ侵害ニ非トスルトキハ憲法第二十七條ニ牴觸スルコトナク隨テ命令ヲ以テ所有權ヲ制限スルハ自由ニ爲シ得ルモノナリト答フルコトヲ得ルナリ、命令ヲ以テ所有權ヲ制限スルノ例ヲ舉ケルハ埋葬地ニ近ク土地ヲ有スル者ハ埋葬地ノ一定ノ距離内ニ於テ自由ニ井戸ヲ穿ツコトヲ得ス、又ハ一定ノ區域内ニ家屋ヲ有スルモノハ燃焼物ヲ以テ家根ヲ毒クコトヲ得ス等ノ制限ヲ命令ニ依リテ受ケルカ如シ

所有權
自由ノ

(清水博士憲法論)

第二說 權利ノ方法ノ下ニ於テ初メテ發生スルコトヲ早解シ民法(第二〇六條)ニ法令ノ範圍内ニ於テト

アルカ故ニ所有權ハ法令ヲ以テ自由ニ其範圍ヲ定ムヘク法令ノ定メタル範圍ニ於テノミ所有權ナリト云フハ非ナリ、若シ眞ニ法令ノ範圍内ニ於テノミ所有權アリ法令ハ所有權ヲ制シセズ單ニ其範圍ヲ定ムト云ハハ所有權不可侵ニ關スル憲法ノ規定ハ無用冗文ナリ、元來所有權トハ其主要ノ點ニ於テハ人ト物トノ關係ナリ、固ヨリ權利ト云ヘハ他人ノ人格ニ對スル權利ト雖モ所有權其モノハ他人ノ積極的行爲ヲ待タザレハ充實シ得ヘカラサル性質ノモノニアラス人カ物ニ對シテ行フ支配ナリ從テ其性質上本來無限ノモノナリ、故ニ特別ノ制限ナキ以上ハ凡テノ想像シ得キ又出來得キ支配ハ所有者カ物ニ對シテ爲シ得ヘキコトヲ原則トス憲法カ所謂所有權ト謂ヒシハ此完全ナル支配ノ狀態ヲ指シタルモノナリ、彼ノ民法カ法令云々ト謂ヘルハ憲法ニ矛盾セザランカ爲メニ法律ノ規定ヲ命令ニ委任シタルモノナリ、而シテ此委任カ違法ナリヤ否ヤハ又自ラ別問題ニ屬ス歐戰豫防法ニ依リ病獸ヲ撲殺シ河川法、行政執行法ニ依リ天災事變ノ場合ニ於テ物件ヲ破壊シ又ハ其使用ヲ制限スルカ如キ又ハ馬匹去勢法ニ依リ牡馬ノ去勢ヲ行フカ如キ皆之レ公益ノ爲メニスル所有權ノ侵害ニシテ凡テ法律ヲ以テ之ヲ定ムルコトヲ要ス現在ノ立法例モ亦法律ヲ以テスルコトニ一致セリ(市村學士法學講義)

(ハ) 土地收用法、行政執行法、戒嚴令、徵發令、虫害豫防法、傳染病豫防法、獸疫豫防法、墳墓地及埋葬取締規則違背者處分法、墳墓地及埋葬規則施行方法細則標準等(參照)

第六目 信教ノ自由

- (イ) 臣民ハ安寧秩序ヲ妨ケス及ヒ臣民タルノ義務ニ背カサル限りニ於テ信教ノ自由ヲ有ス(憲法第二八條) 法ハ人類外部行為ノ秩序ノ規定ナリ、個人ノ宗教上ノ確信ハ純然タル心裡ノ作用ナリ故ニ此宗教思想ニ對シテハ法ハ之レニ干涉スル餘地ナシ、法律上論スルコトヲ得ヘキハ唯其外部ニ現ハレタル關係ニ止マル。
- (ロ) 信教自由ノ範圍ハ(1)何人ニテノ己レモ信スル所ノ宗教ヲ自由ニ信奉シ得ルコト(宗教選擇ノ自由)(2)己レノ信スル所ニ從ヒ自由ニ他教ニ改宗シ得ルコト(改宗ノ自由)(3)何ノ宗教ヲモ信奉セサルノ自由ヲ有スルコト(無宗教ノ自由)(4)己レノ信スル所ノ宗教ノ禮拜ヲ家内ニ於テ爲スモ又公ノ場所ニ於テ之ヲ爲スモ自由ナルコト(積極的禮拜ノ自由)(5)他宗ノ宗教行為ヲ爲シ又ハ他宗ノ神佛ヲ禮拜スルコトヲ強制セラレサルコト(消極的禮拜ノ自由)ヲ包含スルモノナリ。
- (ハ) 信教ノ自由ヲ制限スルハ憲法ニ規定シタル場合ニ限ルモノニシテ其以外ニ法令ヲ以テ之ヲ制限スルハ其直接タルト間接タルト問ハス憲法違反ナリ、例ヘハ或宗教又ハ或教派ヲ信スルコトヲ禁スル場合ノ如キハ勿論假令直接ニ之ヲ禁セ

信教ノ自由

- サレトモ唯其信徒ニ對シ民事上ノ關係ニ於テ法律上劣等ノ地位ヲ付與スルカ如キモ亦違憲ナリ。
- (ニ) 宗教ノ自由ハ安寧秩序ヲ妨ケス及ヒ日本臣民タルノ義務ニ背カサル限りニ於テノミ存在ス而シテ之レカ制限ハ法律ヲ以テスル必要ナキカ故ニ他ノ自由ニ比シテ憲法上ノ保障甚メ薄弱ナリ、或宗教ヲ奉スルコトカ安寧ヲ害シ秩序ヲ紊リ又臣民タルノ義務ニ背クト認ムル時ハ行政權(命令)ヲ以テ之レヲ禁止スルコトヲ得ルナリ。
 - (ホ) 信教ノ自由ハ安寧秩序ヲ妨ケス及ヒ臣民ノ義務ニ背カサル範圍ニ於テ存ス故ニ例ヘハ宗教上ノ規定ヲ口實トシテ兵役ノ義務ヲ拒ミ或ハ重婚シテ多妻ヲ有シ或ハ離婚ノ裁判ニ服從セス或ハ其他衛生上ノ取締規則ニ違反スルカ如キハ之ヲ臣民ノ自由ニ委スヘキニアラサルナリ、安寧秩序ヲ害スルコトハ行政權ノ認定ニ依ル「臣民タルノ義務」ハ實ニ消極的ニ我國權ノ作用ニ服從スルノミナリス國家ノ不利益トナルヘキコトヲナササル義務、即チ忠誠ノ義務ヲ包含ス、故ニ若シ或宗教ニシテ此忠誠義務ト相容レサルモノハ之レヲ禁シテ可ナリ、(明治十七年太政官布達第十九號參照)

第七目 思想發表ノ自由

(イ) 臣民ハ法律ノ範圍内ニ於テ言論、著作、印行ノ自由ヲ有ス(憲法第二九條)臣民ハ法律ノ制限内ニ於テ意思發表ノ自由ヲ有ス、人心内部ノ作用ハ法律ノ關係スルコト能ハサルハ勿論ナリ、唯其思想カ外部ニ發表セラレテ始メテ法律上ノ目的トナルモノナリ。

(ロ) 「言論」トハ口頭ヲ以テ意思ヲ發表スルヲ稱シ、「著作」トハ文書圖畫ヲ以テ意思ヲ發表スルヲ稱シ「印行」トハ器械的又ハ化學的方法ヲ以テ文書圖畫ヲ複製シ之ヲ頒布スルコトヲ稱ス、即チ此三者ハ共ニ意思發表ノ方法ヲ指スモノニシテ縱令文書圖畫ヲ以テスルモ意思ヲ發表スルノ用ニ供セラレサルトキハ此中ニ合マラルモノニ非サルナリ、例ヘハ文書圖畫ヲ書寫シタル陶器若クハ漆器ノ如シ、ハ憲法ニ保障スル所ノ意思發表ノ自由ハ言論、著作、印行ノミニ關スルモノニシテ其以外ノ方法例ヘハ動作ヲ以テ意思ヲ發表スル場合ノ如キハ憲法ノ保障スル所ニ非サルナリ、此中印行ノ自由ニ關シテハ多クノ憲法ニ於テ「檢閱主義」ヲ用フルヲ得スト定ムルノ例アリト雖モ我憲法ニ於テハ之ニ關シ何等ノ規定ナキニ

思想發表ノ自由

由リ法律ヲ以テスル以上ハ檢閱主義ヲ採ルモ憲法ニ背クモノニ非ナルカ、我現行制度ハ原則トシテ届出主義ニ依リ檢閱主義ヲ採ラス、而シテ元來思想發表ニ關スル制度ノ方法ニハ檢閱法、發賣禁止法、發行停止又ハ禁止法、科罰法等アリ。

(ニ) 新聞紙條例、出版法、著作權法等參照。

第八目 集會及結社ノ自由

(イ) 臣民ハ法律ノ範圍内ニ於テ集會及結社ノ自由ヲ有ス(憲法第二十九條)「單ニ法律ノ範圍内」ト規定シ其取締ノ方法ニ關シ何等ノ明文ヲ憲法ニ存セサルニ由リ法律ハ集會、結社ニ關シ許可主義ヲ執ルモ届出主義ヲ執ルモ全ク其自由ニ任スルモノナリ、我現行ノ制度ハ届出主義ヲ執リ唯タ例外トシテ法律ヲ以テ全ク禁セラルル結社ハ秘密結社ノミナリ。

(ロ) 「集會」トハ或事項ヲ論議若クハ決定スルノ共同ノ目的ヲ有シテ一時的ニ公衆ノ集合シタルモノヲ指シ、共同ノ目的ヲ有セサル集會若クハ親族ノ集合ノ如キハ此中ニ入ラサルナリ、又「結社」トハ憲法上合意的ニ定メタル共同ノ目的ヲ有ス

集會及結社ノ自由

國家ノ組織 臣民ノ權利 臣民ノ公權

ル多數人民ノ團結ニシテ而モ永續的ノ性質ヲ有スルモノヲ指スニ外ナラサルナリ、故ニ市町村團體ノ如キ法律上ノ團體若クハ家族ノ如キ合意的ノ目的ヲ以テ集マラサル團體ノ如キハ此中ニ入ラサルナリ。

ハ) 刑法、治安警察法、行政執行法等參照、

第三款 參政權

一) 參政權ノ性質 國家カ自然人ノ意思ヲ以テ自己ノ意思トナスノ方法ニ二種類アリ、(1) 其一ハ一般ノ法又ハ特別ノ行爲ニ依リテ一個人ニ服從ノ義務ヲ負ハシメ其一個人ノ意思ヲ以テ國家ニ附着セシムルモノナリ、即チ兵役義務者又ハ證人ノ如キハ一般ノ法律ニヨリ服從ノ義務ヲ科セラレ以テ服從義務者トシテ國家ノ爲メニ作用セシメ若クハ意思ヲ發表セシムルモノナリ、又通常ノ官吏ノ如キハ服務契約ニヨリテ特別ノ權利關係ヲ設定シ此關係ニ基テ國家ノ意思ヲ發表セシムルモノナリ、此ノ場合ニ於テハ一個人ハ全ク國家ノ一機關トシテ作用スル義務ヲ盡スモノナリ、(2) 其一ハ國家カ一個人ニ與フルニ一定ノ獨立ノ地位ヲ以テ

參政權

シ其一個人ヲ以テ國家ノ利益ノ爲メニ作用セシムルモノナリ、即チ一個人ノ意思ノ範圍ヲ全ク義務ニ依リテ制限スルニ非スシテ却テ一個人ノ法律上ニ於ケル地位ヲ擴張スルコトアリ、之ヲ自働的地位ト云フ、此地位ヲ承認セシムル請求ハ乃チ參政權又ハ動作權ナリトス而シテ選舉權ハ實ニ其一種ニ屬ス(副島博士憲法講義)

二) 選舉權ノ性質 國法上ニ於テ選舉ト云フハ多クノ一個人ノ意思ノ集合ニ依リテ國家ノ機關ヲ設定スルノ行爲ヲ云フ、而シテ選舉權トハ一個人カ國家機關トシテ作用ヲナシ得ル權利ナリ、國家ハ選舉權利者ノ行爲ニ依リテ其機關ヲ設定スルモノナリ、而シテ選舉權利者タル一個人ハ國家ノ爲ニ機關設定ノ行爲ヲ爲シ得ル權利ヲ國家ニ對シテ有スルモノナリ(副島博士憲法講義)選舉權ノ性質ニ付テ學說數種アリ。

(1) ラーバンド氏ノ所說 曰ク「選舉權ハ權利ニ非ス、何トナレハ選舉權ハ一個人ニ其處分シ得ル目的物ヲ固有セシムルニ非ス即チ之ヲ讓渡スコトモ相續スルコトモ爲シ能ハサルヲ以テ權利ニ非ス」ト、(批難) 乍併ラーバンド氏カ權利ト認ムル所ノ住居權ノ如キモ亦之ヲ讓渡相續スルコトヲ得サレトモ尙權利ニ非スト云フコトヲ得ス。

(2) サイデル氏ノ所說 曰ク「選舉權トハ或ル一定ノ選舉ニ參與シ投票函ニ投票ヲ爲ス

へキ權利ヲ有スルモノナリト(批難)併選舉權トハ投票函へ投票スル權利ニ非ス、唯是等ノ方法ニテ議員ヲ選舉スルニ就キ作用シ得ル權利ヲ謂フ、即チ投票スル權ハ選舉ヲ前提トスルモノナリ。

學 說

(3) エリネツク氏ノ所說 曰ク「一個人ノ選舉權トハ選舉機關タル地位ヲ有シ得へキ權利ナリ、即チ選舉機關タル地位ヲ一個人カ國家ニ對シテ承認セシムル請求權ナリ而シテ國家ノ方ニ於テハ臣民ニ對シテ其選舉者タル地位ヲ承認スル義務ヲ有スルモノニシテ臣民ノ方ニテハ國家ニ對シ己ノ選舉機關タル地位ヲ承認セシムル權利ヲ有スルモノナリト(批難)一個人ノ選舉權ト云へハ唯一個人ノ選舉機關タル地位ヲ承認セシムル請求ノミニ止マルモノト云フハ少シク是ラサル所アリ、之ニ伴フテ選舉機關トシテ行為スル權利モ亦包含セサル可カラス、即チ選舉者タル權利ト云へハ只選舉者トシテ行為ス可キ實質ヲ存セサルヘカラス、故ニ選舉權トハ一個人カ選舉機關トシテ作用ナシ得ル權利ヲ國家ニ對シテ有スルモノナリト謂ハサルヘカラス(副島博士憲法講義)」

第四款 臣民ノ權利義務餘論

(一) 憲法第二章例外ノ場合

戰時又ハ國家事變ノ場合 憲法第三十一條ニ曰ク「本章ニ掲ケタル條規ハ戰時又ハ國家事變ノ場合ニ於テ天皇大權ノ執行ヲ妨クルコトナシト、故ニ憲法第二章ニ於テ保障セラレタル臣民ノ權利モ戰時又ハ國

家事變ノ場合ニハ憲法ノ規定ニ基カスシテ之ヲ侵スコトヲ得ルモノナリ、而シテ「戰時」トハ明治十五年布告第三十七號ノ規定ニ依リ外患又ハ内亂アルニ際シ戰時タルコトヲ布告シタル場合ヲ指スモノナリ、故ニ我制度上戰時ナル文字ノ意義ハ必スシモ國際公法ノ戰時ノ場合ト同一ニ歸スルコトヲ保セスシテ宣戰ノ布告アリタル場合ニ限り之ヲ戰時ト稱スルナリ、又「國家事變」ノ場合トハ内亂タルト外患タルトナ間ハス公共ノ安寧秩序ニ危害アリト認めラレル場合ニ於テ而モ戰時ト認めラレサル時ヲ稱スルモノナリ而シテ憲法第三十一條ト第十四條トノ關係ヲ見ルニ或ル學者ハ第三十一條ヲ解シテ戒嚴宣告ノ場合ナリト爲スト雖モ、第十四條ニハ戒嚴ノ要件及效力ハ法律ヲ以テ定ムト規定シアルヲ以テ重ネテ第三十一條ニ規定スルノ必要ナシ、故ニ此條文ハ注トシテ戰時又ハ事變ノ場合ニ於ケル警察ノ非常處分權ヲ認メタルモノト解セサル可カラス、憲法第九條ノ命令ハ日常ニ於ケル警察大權ノコトヲ規定シタルモノニシテ、第三十一條ハ戰時事變ノ場合ニ於ケル警察大權ノコトヲ規定シタルモノナリ。

(二) 憲法第二章第九條トノ關係

(イ) 或學者ノ解釋ニ依レハ「第二章ノ規定ハ必シモ法律ヲ以テ規定セサル可カラスト云フコトナシ、第九條ノ目的タル警察上ノ必要アラハ命令ヲ以テ臣民ノ權利ヲ制限スルコトヲ得ル」ト云フニ在リ、然レトモ此說ニ依レハ苟モ公共ノ安寧秩序ヲ保持シ及ヒ臣民ノ幸福ヲ増進スル爲ニ必要ナルニ於テハ臣民ノ身體ノ自由ヲ束縛シ又ハ所有權ヲ沒取スル處罰ノ如キモ命令ニテ當然規定シ得ルト云ハサル可カラス、併今日ノ法律ニ於テハ法律ノ委任ニ根據スルコトナクシテ當然命令ヲ以テ強制方法ヲ規定シ得ルノ理ナシ、(ロ) 然ルニ又學者ハ「第二十九條ニ法律ノ範圍内ニ於テ集會ノ自由ヲ有ストアル規定ヲ解釋シテ、其集會ノ性質ニ依リ其集會ヲ禁スルトキ法律ヲ以テシ其集會ヲ爲シタル家屋ノ危険ナルカ爲メ其集會ヲ禁スルトキハ法律ヲ要セス」ト云フ、然トモ其集會ノ性質ノ危険ナ

ルカ爲メ之ヲ禁スルモ其場所ノ危險ナルカ爲メ之ヲ禁スルモ人ノ集合自由ヲ禁スルハ同一ナリ、而シテ第二十九條ニハ法律ノ範圍内ニ於テ集合ノ自由ヲ有スト規定アルカ故ニ其集合ノ自由ヲ制限スル原因ノ何レニアアルモ苟モ集合ノ自由ヲ制限スルニハ法律ノ規定ニヨラサル可カラズ。

要スルニ第九條ハ内務行政殊ニ警察上ノ事ニ關シ一般ニ命令權ノ範圍ヲ與ヘタルモノニシテ此ノ如キ規定アルハ歐洲諸國ノ憲法ト異ナル一點ナリ、而シテ此第九條命令權ノ範圍ハ第二章ノ規定ニ依リテ大ニ制限セラレタルモノナリ、即チ第二章ニ明ニ何々ノ事ハ法律ヲ以テ定ムルト規定シタルコトハ第九條一般ノ原則ニ對スル例外ノ規定ヲ設ケテ臣民ノ權利ヲ自由ニ命令ヲ以テ制限スルコトヲ得セシメサルヲ保障シタルモノナリ、故ニ第九條ノ命令ヲ以テハ個々ノ例外ノ規定ニ觸レサル限度ニ於テ規定シ得ルニ過キサルモノト解釋セサル可カラズ。

(三) 憲法第十九條及第二十八條ノ效力

(1) 憲法第十九條ノ均等能力ノ規定ト第二十八條ノ信教ノ自由權トハ他ノ多クノ自由權ト異ナリ行政權ハ勿論立法權ヲ以テモ之ヲ侵害スルコトヲ得サルナリ、蓋シ憲法ニ保障セララルル自由ノ多クハ立法權(法律)ヲ以テ其範圍ヲ制限スルコトヲ規定スレトモ第十九條及第二十八條ニ於テハ斯ノ如キ制限規定ナキヲ以テナリ、(2) 反之其資格又ハ自由ノ範圍ニ於テハ行政權(命令)ヲ以テモ限界セララルコトヲ得、蓋シ他ノ多クノ自由權ハ法律ヲ以テノミ其範圍ヲ制限セララルニ反シ第十九條ハ明カニ「法律命令ノ定ムル所」ト規定シ又第二十八條ハ安寧秩序ヲ妨ケス臣民ノ職務ニ背カサル範圍ニ於テ信教ノ自由ヲ有スルモノトセリ故ニ苟モ國家力公安事項ヲ規定シタルトキハ縱令其形式方行政命令ナルモ臣民ハ其規定ニ背反シテ信教ノ自由ヲ主張スルコト能ハス必ス其命令規定ニ背反セサル範圍ニ於テ其自由ヲ有スルノミ即チ信教ノ自由ハ命令ヲ以テモ其範圍ヲ限界セララルナリ。

(四) 憲法第二章ト外國人トノ關係

憲法ニハ臣民ノ權利ニ付キ日本臣民ト規定シアレトモ外國人ハ一切此等ノ權利ヲ有スルコトヲ得スト推論スルコトヲ得ス、外人國ト雖モ法令ノ範圍ニ於テ此等權利ヲ有スルコトアリ、然レトモ臣民ノ如ク憲法上ノ保障アラサル故其制限ハ必スシモ法律ヲ以テ規定スルノ必要ナシ、勅令等ヲ以テモ尙能ク之ヲ規定スルコトヲ得ルナリ。

第六節 臣民ノ特別階級

近世ノ國家ハ總テノ國民カ法律ノ前ニ平等ナルコトヲ原則トス、封建制度ノ下ニ於ケル士農工商ノ階級の差異ハ近世ノ國家ニ於テハ全ク之ヲ廢滅シタリ、此原則ハ憲法中ニモ亦之ヲ明言シ日本臣民ハ法律ノ定ムル所ニ依リ均シク文武ノ官職ニ就キ及ヒ其他ノ公務ニ就クヲ得ヘキコトヲ規定セリ、然レトモ此四民平等ノ原則ハ今日ニ於テモ尙ホ多少ノ例外ヲ存セリ、此例外ハ歴史的ノ根據ニ依リテ其正當ナルコトヲ説明スルヲ得ヘキナリ、國民中特權アル階級ニ屬スル者ハ一ハ皇族ニシテ他ハ華族ナリ、(士族ト平民トハ今日ニ於テ同等ノ地位ニ立チ權利ノ享有上何等ノ差等ナシ從ツテ士族ハ特別階級ヲ爲スモノニ非ス)

(一)皇族タル資格

皇族ト稱フルハ太皇太后、皇太后、皇后、皇太子、皇太子妃、皇太孫、皇孫妃、親王、親王妃、内親王、王、王妃、女王ヲ謂フ、天皇ハ皇族ニ非ス、天皇ノ尊屬男子ヲ稱ケサル所以ノモノハ踐祚カ天皇崩御ノ外ニ無キ必然ノ結果ナリ、皇子ヨリ皇玄孫ニ至ル迄ハ男子ニ嫁女ヲ内親王トシ五世以下ハ男ヲ王、女ヲ女王トス、皇族女子ノ出テ、皇族以下ノ男子ニ嫁シタル者ハ皇族ノ列ニ非ス(皇室典範第三〇、三一、四四條)

(二)皇族ノ特權

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

(1)皇位繼承權ハ皇族ニアラサレハ之ヲ有セス(皇室典範第一章)(2)皇族ニアラサレハ攝政タルコト能ハス(典範第五章)(3)敬稱ヲ受クルノ權、紋章使用權、旗幟使用權、太皇太后、皇太后、皇后ノ敬稱ハ陛下トシ他ハ殿下トス(典範第四章明治四年六月布告皇族ノ外菊御紋ヲ禁止シ紛數品ハ改メシム明治二十二年九月宮内省達一七號)(4)一定ノ歳費ヲ受クルノ權(典範第八、九章六一條)(5)裁判上ノ特權、皇族相互ノ民事ノ訴訟ハ勅旨ニ依リ宮内省ニ於テ裁判員ヲ命ジ裁判セシメ勅裁ヲ經テ執行ス人民ヨリ皇族ニ對スル民事ノ訴訟ハ東京控訴院ニ於テ之ヲ裁判ス但シ皇族ハ代人ヲ以テシ白ラ出廷スルヲ要セス皇族ハ勅許ヲ得ルニ非サレハ拘引シ又ハ裁判所ニ召喚スルコト能ハス、其證人トナリシトキハ刑事ニ係ルモノハ豫審判事民事ニ係ルモノハ受命判事又ハ受託判事其所在ニ就キテ訊問ヲナス(典範四九、五

〇五一條裁判法三八條刑訴一三〇條民訴二九六條)(6)貴族院議員タルコトヲ得ル權(貴族院令一、二)(7)皇族會議々員トナルヲ得ル對(典範五五條)(8)其邸宅ニ對シテ地租ヲ課セラレス(明治七年十一月一二〇號布告地所名稱區別)又其所有ノ馬車ニハ十六年度以降地方稅ヲ賦課セラレサル權(明治一六年六月內務省達九三〇號)(9)其邸宅及馬車ニ對シ徵發ノ免除ヲ受クル權(徵發令一四、一五條)(10)一般臣民ト異ナリ皇室典範ノ規定ニ據ルノ權利(憲法二、一七、七四條)(11)皇族ニ權スル犯罪ニ付テハ通常人ヨリ大ナル保護ヲ受クルノ權(刑法第二編第一章)

▲皇族ハ以上法律命令ニ明文アル場合ノ外二ツノ點ニ於テ大ナル特權ヲ有ス。

皇族モ亦臣民ノ一ナルカ故ニ國家ノ統治權ニ服從スル義務ヲ負フモノナルコトハ勿論ナリ、從テ若シ事ノ性質上ヨリ論スレハ特ニ明文アル場合ニ於テ普通臣民ト異ナリタル特權ヲ有スルニ止マリ其明文以外ニ於テハ普通臣民ト均シク國法ノ規定ニ服從スルコトヲ要スルモノト認ムヘキカ如シ、外國ノ國法ノ下ニ於テハ是レ一般ニ認メラルル原則ナリ、然レトモ我國ニ於テハ歷史上全ク普通臣民ト異ナリタル地位ヲ有スルノ結果皇族ハ法律又ハ命令ノ明文アル場合ノ外二ツノ點ニ於テ大ナル特權ヲ有スルモノナリ、其一ハ皇族ニ關シテハ議會ノ協賛ヲ要セス大臣ノ副署ヲ要セス全ク君主ノ獨裁ニ因リテ特別法ヲ定ムルヲ得ヘキコトナリ、他ノ一ハ政權ノ國法ニ付テハ皇族ハ明文ヲ待タズシテ其ノ適用ヲ受ケサルコト是ナリ。

別臣民ノ特級

一、皇族

一六〇

(1) 皇族ノ地位ニ關スル特別法ハ議會ノ協賛ヲ要セス大臣ノ副署ナク純然タル君主ノ獨裁ニ因リテ之ヲ定ムルコトヲ得ヘク此特別法ニ依リテ法律又ハ命令ニ對スル例外法ヲ定ムルコトヲ得、此ノ如キ特別法ノ法律上ノ有效ナル所以ハ唯歴史上ノ根據ニ依リテノミ之ヲ說明スルコトヲ得ルノミナリ(此特別法ヲ定ムルノ權ハ學者ハ通常之ヲ稱シテ皇室ノ自主權ト謂フ)皇室典範ハ皇族ニ關スル特別法ノ一ナリ、然レトモ唯一ノ例ニ非ス、皇室典範ノ外此ノ如キ特別法ノ已ニ制定セラレタルモノ尙ホ皇室婚嫁令、皇室誕生令等ノ數種ノ法アリ何レモ同様ノ性質ヲ有スル皇族特別法ニシテ以テ法律ニ對スル例外法ヲ定ムルヲ得ヘキモノナリ。

(2) 皇族ハ以上述フルカ如キ特別法ニ依リテ支配セララルルノ特權ヲ有スルノ外尙或種ノ法律ハ當然其適用ヲ免カラル特權ヲ有セリ、其如何ナル法律ニ付テハ當然ニ其適用ヲ免カレ如何ナル法律ニ付テハ明文アルニ非サレハ其適用ヲ受クルカニ付テハ皇族ノ公法上ノ地位ト民法上ノ地位トヲ區別スルコトヲ要ス。

(イ) 民法上ノ地位ニ付テハ皇族ハ原則トシテ普通臣民ト同一ノ法則ノ適用ヲ受ク、是民法其モノノ性質ヨリ生スル當然ノ結果ニシテ民法ニ付テハ君主スラモ尙其適用ヲ受クルモノナリ、何トナレハ民法ハ個人相互ノ關係ヲ定ムル規定ニシテ皇族モ亦社會上ノ個人トシテ他ノ個人ト相接觸スル以上ハ又當然其適用ヲ免カラルヲ得サレハナリ。

(ロ) 公法ノ規定ニ付テハ刑法及訴訟法ハ原則トシテ皇族ニモ等シク適用セララル、刑事上ノ無責任ハ唯君主ニノミ適用セララルヘキ原則ニシテ皇族ハ其利益ヲ受クルコトヲ得ス、民

法及刑法カ皇族ニ適用セララルル當然ノ結果トシテ又民事及刑事訴訟法モ均シク皇族ニ適用セララルナリ(但明文ヲ以テ除外スルコトアリ)

(ハ) 之ニ反シテ行政法ノ規定ハ原則トシテ皇族ニ適用セララルコトナシ、蓋シ行政法ハ個人カ國家ノ一員トシテ國家ニ對スル關係ヲ規定スルノ法ニシテ而シテ皇族ハ國家ノ一員トシテハ普通臣民ト對等ノ地位ヲ有スルモノニ非サレハナリ、故ニ徵兵令ハ皇族ニ關スル何等ノ例外ヲ設ケサルニ拘ハラス當然皇族ニ適用セララルコトナク皇族ハ普通臣民ト等シキ兵役ノ義務ヲ負フコトナシ、皇族ハ亦市町村ノ住民及町村公民トシテ取扱ハラルコトナク市町村會ノ選舉ニ與カルコトナシ衆議員選舉法ハ皇族ニ付テ何等ノ規定ヲ存セサルニ拘ハラス皇族ハ衆議員ノ選舉ニ與カルコトアリ、行政法ノ規定ニシテ皇族ニ適用セララルルハ唯其明文アルトキ又ハ明文ナクトモ其意思ヲ推測シ得ヘキ場合ニ限ル(美濃部博士憲法講義)

(三) 皇族ノ義務

(1) 同族又ハ勅旨ニ由リ特ニ認許セラレタル華族トノ外ハ婚嫁スル能ハサル義務(典範三八條)(2) 婚姻ニ付キ勅許ヲ受クルノ義務(典範三九條)(3) 養子ヲナスコト能ハサル義務(典範四二條)(4) 其品位ヲ辱メサル義務及ヒ皇室ニ對シ忠順ヲ缺カサルノ義務、若シ此義務ヲ缺ク時ハ勅旨ヲ以テ之ヲ懲戒シ其重キモノハ皇族特權ノ一部又ハ全部ヲ停止シ又ハ剝奪ス(典範五二條)(5) 源閥中及皇族直系親屬ノ喪中婚嫁ヲナスヘカラサル義務(皇室婚嫁令第二三條)

(一) 華族タル資格

爵ヲ受ケタルモノヲ華族トス、爵ニ公侯伯子男ノ五等アリ、華族戸主ノ戶籍ニ屬スル祖
父母、父母、妻及嫡長子孫ハ俱ニ華族ノ禮遇ヲ受ケ、爵ハ男子嫡長ノ順序ニ依リ之ヲ襲
カシム、女子ハ襲爵スルコトヲ得ス、有爵者死亡ノ後男子ノ相繼スヘキ者無キトキハ華
族ノ榮典ヲ失フ。

(二) 華族ノ特權

(1) 貴族院議員タルノ權(貴族院令第三、四條) (2) 世襲財産ヲ設ケルノ權(明治一九年四月
勅三四號華族世襲財産法) (3) 家範ヲ定ムルノ權(典範第三九條) (4) 訴訟上多少特權アリ
▲華族カ普通臣民ト異ナリタル特權ヲ有スルハ皇族ト異ナリ唯法律又ハ命令ノ明文アル
場合ニ限ルハ勿論ナリ。

(三) 華族ニ特別ナル義務

(1) 華族及華族ノ子弟ノ婚姻又ハ養子縁組ハ宮内大臣ノ許可ヲ要スルコト(華族令九條) (2)
子弟ヲシテ相當ノ教育ヲ受ケシムル義務(華族令一〇、明治二五年八月宮内省甲五號達華
族就學規則) (3) 華族タル體面ヲ維持スルノ義務(華族令第一三條乃至一六條) (4) 世襲財産
ヲ維持スルノ義務(世襲財産法第一三、一六條)

第三編 國家ノ機關

國家ハ多數人類ノ集合體ナレトモ國家ノ意思ハ個人ノ意思ノ集合ニアラス全ク獨立シタル意思ナリ、其意
思ハ即チ國家ノ機關ニ依リテ生シ、國家ノ機關ニヨリ發表セラルルモノナリ、機關ナクハ國家ノ意思ナ
ク國家ノ意思ナクハ國家ノ人格ナシ、蓋シ國家ハ無形ノ團體ナルカ故ニ心理上ノ意思能力ヲ有スルモノ
ニ非ス、心理上ノ意思能力ヲ有スルモノハ唯自然人ノミ、故ニ國家カ意思能力ヲ有スルカ爲メニハ自然人
カ國家ノ名ニ於テ國家ノ爲メニ其ノ意思ヲ表示スルモノ在ラサルヘカラス、國家ノ意思ハ即チ此自然人ノ
意思ナリ、自然人又ハ自然人ノ集合ニシテ其ノ一人ノ意思又ハ其ノ集合的^{集合的}意思カ法律上ニ國家ノ意思ト看
做サルルモノヲ稱シテ國家ノ機關ト謂フ。

第一章 國家機關ノ總說

第一節 國家ノ機關ノ性質

(一) 機關觀念ハ人格觀念トハ相反對スルモノナリ。

機關ハ固ヨリ人ヨリ成レトモ此等ノ人ハ機關トシテハ人格ヲ有スルモノニ非ス、人格ト云フトキハ自己ノ生存目的ヲ有スルコトヲ前提トス、人格ハ獨立ノ生存目的ノ主體ナリ、自己ノ生存目的ノ爲メニ自己ノ權利ヲ主張ス即チ人格トハ權利ノ主體ナリ、機關ハ之ニ反シテ自己ノ生存目的ヲ有セス從テ又自己ノ權利ヲ有セス、國家ノ機關ハ國家ノ爲メニ存シ國家ノ權利ヲ行フモノナリ、國家機關ノ意思ハ即チ國家ノ意思タリ。

(二) 故ニ機關ノ地位ニ當レル個人ト機關其モノトハ嚴重ニ區別シテ思考スルコトヲ要ス。

機關ノ地位ニ當レル個人ハ國家ニ對シテモ人格タリ權利ヲ有シ義務ヲ負フノ主體ナリ、官吏カ係給ヲ受クルノ權利ヲ有シ官吏タルノ地位ヲ認メラルルノ權利ヲ有スルハ官吏カ個人トシテ國家ニ對シテ有スル所ノ權利ナリ、議員カ議場ニ列ルノ權利ヲ有シ歳費ヲ受クルノ權利ヲ有スルハ議員カ個人トシテ國家ニ對シテ有スル所ノ權利ナリ、然レトモ官吏カ國家ヲ代表シテ人民ニ命令シ租稅ヲ徵收シ兵役義務ヲ

國家機關ノ性質

課スルハ官吏カ自身ノ權利ニ非ス國家ノ權利ナリ、議員カ法律案ヲ議決シ豫算ニ協賛スルモ亦議員自身ノ權利ニハ非スシテ國家ノ權利ヲ行ヘルナリ、之ト同シク君主モ又個人トシテハ固ヨリ人格者タリト雖モ國家ノ機關トシテハ自己ノ權利ヲ行フニ非スシテ國家ノ爲メニ統治權ヲ行フナリ、皇室經費ヲ受クルノ權利君主ノ地位ニ就クノ權利ハ君主カ人格トシテ有スル權利ナリト雖モ、統治權ハ君主ノ一身ニ屬スル權利ニ非ス。

(三) 國家ト機關トノ關係ハ民法上ノ代理關係トハ同シカラス。

代理人ト本人トハ常ニ二個ノ人格ナリ、國家ト機關トハ之ニ反シテ二ノ人格ニ非ス、國家ノ人格ト機關ノ人格トハ二個ノ人格アリテ其間ニ委任又ハ代理ノ如キ或ル法律上ノ關係ヲ有スルニ非ス、國家ト機關トハ相共ニ一體ヲ爲セルナリ、機關アリテ國家ハ始メテ團體的人格トシテ存在ス、機關ヲ離レテ國家ヲ團體トシテ思考スルコトヲ得サルナリ(以上美濃部博士憲法講義)

第二節 國家機關ノ分類

君主ヲ以テ國權ノ主體トシテ統治機關ヲ分類シタルモノ

憲法上ノ統治機關トハ憲法ニ依リ設置セラレ憲法ヲ改正スルニ非サレハ其廢止又ハ權限ヲ伸縮スルコト能ハサルモノヲ謂フ。

(甲) 憲法機關 (1) 帝國議會

國家ノ機關 國家機關ノ總說 國家ノ機關ノ性質 國家機關ノ分類

(一) 統治機關

- (2) 政府
- (3) 裁判所
- (4) 會計検査院

(乙) 行政機關

行政法上ノ統治機關トハ法令ニヨリ設置セラレタルモノニシテ獨立シテ憲法上ノ權限ヲ有スルモノニアラス。

君主モ亦國家ノ機關ナリト認メテ之ヲ分類シタルモノナリ。

直接機關トハ憲法ト共ニ存在シ國家機能ノ本源タル機關ヲ謂フ。

- (1) 主タル直接機關—君主—攝政
- (2) 副タル直接機關—(議會)

(甲) 直接機關
(1) 主タル直接機關トハ主タル地位ニテ統治權ヲ行ヒ他ノ機關ノ行爲ニ因ラスシテ直接ニ其存在ヲ有シ且其作用ヲ直接ニナシ得ルモノヲ謂フ君主國ニアリテハ君主ハ即直接機關ナリ副タル直接機關トハ主直接機關ノ命令權ノ作用ニ參與スルモノナリ。

間接機關トハ其存在ト其權限トヲ他ノ任命ニ依リテ有スルモノヲ謂フ。

(二) 國家機關

(甲) 直接機關

分類種別

(乙) 間接機關

- (1) 國務大臣—一部ハ副直接機關ニ屬ス
- (2) 裁判所
- (3) 行政官府

唯國務大臣、裁判所ハ憲法上特別ノ地位ト組織トチ有スルヲ以テ其一部ハ副直接機關ノ地位ヲ有スルモノト云フヘカシテ行政官府ハ全然間接機關ナリ。

學理上ヨリ國家機關ヲ分類スレハ左ノ如クナスコトヲ得。

- (1) 直接機關ト間接機關
- (2) 獨任機關ト合議機關
- (3) 作成機關ト被作成機關
- (4) 代表機關
- (5) 獨立機關ト被獨立機關
- (6) 正常機關ト非常機關
- (7) 必要機關ト任意機關

(三) 國家機關

國家ノ機關ハ上ハ君主ヨリ下ハ最下級ノ地方官廳ニ至ルマテ皆然ラサルモノナシ然レトモ其法律上ノ地位ニ於テ國家ノ機關ニハ全ク異ナリタル二大種類ヲ區別スルコトヲ要ス、一ハ之ヲ直接機關ト云ヒ一ハ之ヲ間接機關ト云フ。(以下美濃部博士憲法學ニ據ル)

國家ノ機關 國家機關ノ總說 國家機關ノ分類

限ヲ授ケラレタルモノニ非ス、又何人ニ對シテモ服務ノ義務ヲ負ハサルモノヲ謂フ、直接機關ハ以テ
國家ノ組織ヲ定ムル所以ニシテ直接機關ノ消滅ハ或ハ國家ヲシテ滅亡セシムルカ然ラサルモ國體ヲ變
更シ國家ノ革命ヲ來スモノナリ、之ニ反シテ

(二) 間接機關

トハ直接ニ憲法ニ依リテ其機關タル地位ヲ定マレルニ非スシテ直接機關ノ委任ニ因リテ其
權限ヲ授ケラルモノヲ謂フ、直接機關ハ如何ナル場合ニ於テモ他ノ機關ノ監督命令ノ下ニ服スルコト
ナキニ反シテ間接機關ハ常ニ直接機關ノ監督ノ下ニ服シテ服務ノ義務ヲ負擔スルモノナリ、

直接機關ハ又種種ノ類別ヲ爲スコトヲ得、其最モ重要ナルモノハ左ノ
數種ナリ。

(1) 獨任機關
ノ合議機

- (イ) 直接機關ハ或ハ一人ヲ以テ之ヲ組織スルコトアリ、君主國ニ於ケル君主
ハ則チ是ナリ、此ノ場合ニ於テハ其一人ノ意思ヲ直チニ國家ノ意思トナル。
- (ロ) 或ハ之ニ反シテ多數ノ自然人ヨリ成レル合議體カ直接機關タルコトアリ、
代議制度ヲ認メタル國ニ於ケル議會ハ其最モ顯著ナルモノナリ、合議機關
ニ於テハ其多數人ノ意思ヲ結合シテ之ヲ統一ノ意思トナスヘキ法律上ノ
手續ヲ存スルヲ要ス、此ノ法律上ノ手續ヲ經ルニ依リテ始メテ國家ノ意思
作成セラル、合議機關ノ意思ヲ統一スル法律上ノ手續ハ通常多數決ナリ。
- (イ) 直接機關ハ或ハ他人ノ行爲ニ依リテ其機關タル地位ヲ取得スルニ非スシ
テ政ル法律事實ノ發生ニ由リテ法ノ定ムル所ニ從テ直接ニ機關タル地位ヲ得
ルモノナルコトアリ、例ヘハ世襲君主國ニ於テ前君主ノ崩御ニ由リ王位繼

(二) 國家機關
ノ分類

(2) 作成機關
ト被作成
機關

承ノ順位ニ當レル者カ當然新ナル君主ノ地位ニ即ケカ如キハ其例ナリ此場
合ニ於テハ作成機關ナルモノヲ存セス。
(ロ) 或ハ之ニ反シテ法律ノ規定ニ依リテ直接ニ機關タル地位ヲ得ルニ非ス、
他人ノ法律上ノ行爲ニ由リテ始メテ其地位ヲ取得スルモノナルコトアリ、
選舉ニ由リテ就職スル合議機關ハ皆此後ノ種類ニ屬スルモノナリ、此ノ如
ク直接機關カ選舉又ハ其他ノ作成行爲ニ由リテ其地位ヲ取得スル場合ニ於
テハ其地位ヲ作成スル自然人又ハ自然人ノ集合ハ其レ自身又一ツノ國家機
關ニシテ此ノ如キ機關ヲ稱シテ作成機關ト云ヒ、其作成行爲ニ依リテ其地
位ヲ取得スル所ノ機關ハ之ヲ被作成機關ト謂フ、直接機關ヲ作成スル機關
ハ其レ自身又一ノ直接機關ナリ、故ニ議會ノ議員ヲ選舉スル選舉人ハ其全
體ヲ以テ議會ノ作成機關タルモノニシテ即チ又國家ノ直接機關ナリ、作成
機關ト被作成機關トノ關係ハ原則トシテ作成行爲ノミニ止マルモノニシテ
作成行爲ニシテ終リタル上ハ二ノ機關ハ全ク何等ノ關係ヲ有セサルヲ原則
トス、然レトモ場合ニ依リ作成機關ト被作成機關トハ更ニ代表機關ノ關係
ヲ伴フコトアリ。

代表機關トハ國家ノ機關タルト同時ニ更ニ他ノ直接機關ヲ代表スルノ關係
ニ在ルモノヲ謂フ、凡テ國家ノ機關ハ國家ヲ代表スルモノナリ、所謂代表
機關ハ國家ヲ代表スルト共ニ他ノ機關ヲ代表スルモノニシテ即チ國家ノ機

(一) 直接
別關ノ類

(3) 代表機關

關タルト共ニ又機關ノ機關タルモノナリ、代表機關ノ意思ハ國家ノ意思タルト共ニ其代表スル所ノ第一機關ノ意思ト看做サルナリ、代表機關ノ最モ著ルシキハ例ハ君主國ニ於ケル攝政ナリ、攝政ハ君主ノ放障アル間君主ニ代リテ大權ヲ行フモノニシテ攝政ヲ置ケノ間ハ君主ハ親ラ大權ヲ行フコトヲ得ス、攝政ノミカ其權ヲ有スルナリ、故ニ若シ實際ニ大權ヲ行フモノカ君主ナリトナサハ法律上ノ意義ニ於テハ攝政カ即チ君主ナラサル可カラズ、其然ラサル所以ハ攝政カ君主ノ代表機關タリ君主ノ名ニ於テ大權ヲ行フモノナルニ因ル、攝政ノ行為ガ法律上ニ君主ノ行為ト看做サルナリ、ナリ、攝政ノモナラス、代議制度ヲ認ムル國ニ於ケル議會ハ又國民ノ代表機關タルモノナリ、然レトモ議會ガ法律上ノ意義ニ於テ國民ノ代表者タリト云フコトハ今日ノ普通ノ學說ノ認メサル所ナルヲ以テ此點ニ付テハ尙ホ議會ノ章ニ於テ詳述スル所アルヘシ。

(イ) 獨立機關トハ自ら直接ニ國家及國民ヲ拘束スヘキ意思ヲ發動シ得ヘキ機關ナリ。

(4) 獨立機關
ト非獨立機關

(ロ) 非獨立機關トハ此ノ如キ力ヲ有セサルモノナリ、非獨立機關ハ自ら命令權ヲ發動シ得ヘキモノニ非サントモ、獨立機關ノ意思ヲ制限スル力ヲ有ス、即チ獨立機關ハ非獨立機關ノ同意ヲ得ルニ非サレハ命令權ヲ行フコトヲ得ス、又ハ既ニ命令權ヲ行ヒタル後、事後ニ於テ非獨立機關ノ承諾ヲ

(5) 正常機關
ト非常機關

必要トスルナリ、非獨立機關ノ最モ著シキモノハ多數ノ立憲君主國ニ於ケル議會是ナリ、議會ハ自ら國民ニ對シテ命令權ヲ發動スルコトヲ得ルモノニ非ス、其權限ハ一ニ他ノ直接機關ヲ制限スルニ止マル。
(イ) 正常機關トハ國家ノ普通狀態ニ於テ直接機關ノ地位ニ當レルモノヲ云ヒ。
(ロ) 非常機關トハ例外ノ場合ニ於テ機關タル地位ニ即ケモノヲ云フ、非常機關ハ例ヘハ君主國ニ於ケル攝政ノ如キ是ナリ。

(二) 間接
別關ノ類

間接機關ニ付テモ亦直接機關ニ於ケルト略ホ同様ノ種類ヲ認ムルコトヲ得、就中獨任機關ト合議機關トノ區別、獨立機關ト非獨立機關トノ區別ハ間接機關ニ付テモ亦重要ノ區別ナリ、此ノ外間接機關ニ特有ナル一ノ重要ナル區別ハ必要機關ト任意機關トノ區別ナリ、(イ) 必要機關トハ憲法又ハ法律ニ依リ必ス之ヲ設クルコトヲ必要トスルモノヲ謂フ、(ロ) 任意機關トハ之ヲ設クルト否トカ最高機關ノ任意ニ係ルモノヲ謂フ、必要機關ハ我國ニ於テハ就中國務大臣、裁判所、行政裁判所、樞密顧問及會計検査院ナリ。

第二章 天皇

第一節 天皇ノ國法上ノ地位

國家ノ機關 天皇 天皇ノ國法上ノ地位 天皇ノ地位

第一款 天皇ノ地位

(一) 天皇ノ地位 吾憲法第四條ニ「天皇ハ國ノ元首ニシテ統治權ヲ總攬シ」トアルハ即チ天皇ノ國家最高ノ機關タル地位ヲ明ニシタル者ナリ、故ニ「サイデル等」ノ云フカ如ク天皇ハ國家以外ニ存スルモノニ非ス、又「ホルン」ハツクノ云フカ如ク天皇ハ直ニ國民ト同一觀念ニモ非ス、天皇ハ即チ國家ノ内ニ在ル所ノ機關中最上ノ機關ナリ、故ニ天皇ノ地位ハ國家ノ元首ト云フノ大々適當ナルヲ見ル、其天皇ハ統治權ヲ總攬スト云フハ即チ國家ノ元首タル所以ノ實質ヲ揭ケタルモノナリ、天皇ハ國家ノ統治權ヲ總攬スルカ故ニ國家ノ統治權ハ皆天皇ヲ經過シテ來ル、天皇ハ自ら統治權ヲ行ヒ或ハ他ノ機關ヲ設定シテ權限ヲ與ヘラレテ行ハシム、吾國ニ於テハ天皇カ唯一ノ統治權總攬者ナリ(副島博士憲法講義)

天皇ノ國法上ノ地位ニ付テハ之ヲ統治權ノ主體ナリト解スルモノト之ヲ國家ノ機關ナリトナスモノト更ニ國家ノ機關ナレトモ統治權ノ全體カ君主ノ一身ニ歸屬スルモノニ非ストノ見解アリ其學說左ノ如シ。

(1) 君主主體說 (イ) 君主カ帝國ヲ統治スルハ法律上ノ名義ニアラスシテ事實的權力ノ實

天皇ノ地位

行ナリ、我國體ニ於テ統治權ノ君主ニ存在スルハ歴史的事實ノ然ラシムル所ニシテ此日本民族ノ一般カ千古ニ亘リ變ラサル信仰ナリ、我國體ノ精華ナリ、法ノ大義ハ此觀念ヲ根本的ノ基礎トシテ解釋セラル可カラス、憲法ノ明文ニ此團體ノ根本ノ規定ヲ揭ケタルハ憲法ニヨリテ新ニ之ヲ認メタルニアラス、只建國ノ基礎ヲ宣言シタルナリ(憲法第一條ニ「大日本帝國ハ萬世一系ノ天皇之ヲ統治ス」トアルハ統治ノ主體ハ君主ニシテ統治權ノ客體ハ國ノ人民タル帝國ヲ明カニシタルモノナリ、即チ我國家ハ國家テフ觀念ノ中ニ天皇ニ依リテ統治セラルルコトヲ含意ス、故ニ君主ナクハ國家ナク國家存スレハ君主又存ス、此觀念ニ於テ君主即チ國家ナリ國家則チ君主ナリ(所謂國君同一說)ハ君主ハ統治權ノ本體ト其作用トナラス、既ニ統治權ノ主體アレハ其行使權アルハ勿論ナリ、憲法第四條ニ「天皇ハ國ノ元首ニシテ統治權ヲ總攬シ此ノ憲法ノ條規ニ依リテ行フ」トアルハ即チ國ノ元首タル地位ト統治權ヲ行使スルカトチ君主ニ存スルコトヲ明言セルモノナリ、故ニ我國ニアリテ君主ハ統治權ノ總攬者ニシテ又元首ナリ、總攬者ト元首トチ別ニ説クヲ要セスト(穗積博士憲法講義) (批難) (イ) 君主カ統治權ノ主體ナリト爲ス見解ノ論理上實徹スヘカラサルコトハ前ニ屢々之ヲ述ヘタリ其論理上ノ誤謬ニ拘ハラズ殊ニ我國ニ於テハ此ノ見解ノ多ク行ハルル所以ハ、唯君主カ國家ノ機關ナリト云フコト方何トナク君主ノ尊嚴ヲ害スルカ如ク思ハルル漫然タル感情ニ外ナラス、然レトモ君主カ國家ノ機關ナリト云フハ國家ノ永続的且ツ統一的團體ナル性質ヲ認ムルヨリ生ズル論理上ノ必然ノ結果ニシテ皇室ノ尊嚴ト何等ノ關係アルニ非ズ、學者ハ或ハ統治權ノ主體トシテノ君主ト一個人トシテノ君主トチ區別シ、統

(二) 學 說

治權ノ主體トシテノ君主ノ權利ハ一個人トシテノ君主ノ權利ニ非ス、一個人トシテノ君主ハ崩御スルコトアルモ統治權ノ主體トシテノ君主ハ永続スト云フニ依リテ論理上ノ困難ヲ救ハントスル者アリト雖モ、君主カ自己ノ權利トシテ統治權ヲ有スルノ主體タリト看做ス以上ハ此ノ如キ區別ヲ認ムルコトヲ得ヘキニ非ス、君主カ統治權ノ主體ナリトセハ統治權ハ即チ君主ノ一身上ノ權利ナリ、即チ統治權モ亦君主カ一個人トシテ有スル所ノ權利ナルコトヲ意味スルナリ、君主カ國家ノ機關ナリト云フコトヲ認メテヨソ國家ノ機關タル資格ト一個人タル資格トヲ區別スルコトヲ得ヘケレ、君主カ一人ノ人格トシテ一人ノ權利主體トシテ統治權ヲ有スト認ムル以上ハ、均シク人格タル所ノ君主ニ統治權ノ主體タル人格ト統治權ノ主體ニ非サル人格トヲ區別スルヲ得ヘキニ非ス、國家ト云フ一ノ獨立ノ人格アリテ此人格ヲ代表スルカ爲メニ存スルカ故ニ始メテ人格タル君主ト機關タル君主トノ區別ヲ認ムルコトヲ得ルナリ、學者カ統治權ノ主體タル君主ト一個人タル君主トヲ區別セントスルハ個々以テ其論理ノ矛盾ヲ證明スルモノナリ、(○)君主カ國家ノ機關ナリト云フトキハ往々君主カ國家ノ委任ニ依リ國家ノ命令ノ下ニ於テ統治權ヲ行使スルコトヲ意味スルカ如クニ誤解スルモノアリ、君主ハ國家ノ機關ナリト云フモ君主ト國家トノ間ニハ決シテ委任又ハ命令ノ如キ關係アルヲ意味スルニ非ス、君主ハ國家ノ直接機關ニシテ且ツ最高機關ナリ、他ノ委任ニ依リテ機關タルノ地位ヲ得ルハ唯間接機關ノミ、直接機關ハ憲法上當然機關タルノ地位ヲ有ス、國家カ先ツ成立シテ後委任ニ依リテ自己ノ機關ヲ選任スルニ非ス、機關アルニ依リテ初メテ國家アリ、國家アルハ必ス機關ナカル可カラズ、機關ナクテハ國家ハ初

メヨリ成立スルコトヲ得サルモノナリ(英博博士憲法講義)

(2) 君主機關說

君主カ國權ノ主體ナリトスルトキハ前述セシ如ク(前節主權ノ主體參照)諸般ノ關係ヲ理解スルコト能ハス、君主ハ國家最高機關ニシテ統治權ノ總攬者ナリ(○)統治權總攬者トハ統治權ノ主體ニモ非ス又統治權ヲ行フ機關ニモアラズ、即チ統治權ノ行使ヲ總フル國家機關ヲ謂フ、統治權ヲ總フルハ自ら自己ノ權限ヲ伸縮スル權ヲ有スルモノナリ、自己ノ權限ヲ伸縮スル權アルモノハ憲法ヲ變更スル權ヲ有スルモノナリ、故ニ統治權ノ總攬者トハ憲法ヲ變更シ得ル權ヲ有スル國家ノ最高ノ機關ナリト謂フヘシ(○)元首トハ國家ノ間斷ナキ生活ヲ代表スル機關ニシテ國家ノ行政ヲ統括スルモノナリ、統治權ノ總攬者ハ必スシモ常ニ間斷ナキ變動ヲ要セス(○)元首ト總攬者トハ必スシモ常ニ同一ナラス、民主國ノ元首ハ統治權ヲ總攬スルモノニ非ス、例ヘハ米佛ノ大統領臨時ノ聯邦參議院ハ憲法變更及立法權ヲ有セサルナリ、然レドモ君主國ニアリテハ統治權ノ總攬者ハ即チ元首ナリ(一本博士國法講義)

(3) 統治權發動機關說

君主ハ統治權ノ全部ヲ總攬スルモノニ非サレトモ少ナクトモ我國ニ於テハ外部ニ對シテ統治權ヲ發動スルハ專ラ君主ニハ其源泉ヲ發スルナリ、議會ノ協賛ハ單ニ國家意思ノ決定ニ協賛スルニ止マリ既ニ決定セラレタル意思ヲ外部ニ表示スルニハ議會ハ毫モ與カルコトヲ得ス、專ラ君主ノ名ニ於テ行ハルモノナリ、從テ若シ統治權ヲ總攬スト云フ官ヲ以テ外部ニ統治權ヲ發動スルコトヲ意味スルモノナリトセハ君主カ統治權ヲ總攬スト云フハ正當ナリ、憲法第四條ハ唯此意義ニ於テノミ解スヘキモノナリト、本說ノ說明ニ曰ク(○)國家ニハ必ス統治權ノ全部ヲ總攬スヘキ唯一ノ機關ノ存スルモノアル

ヲ要スト主張スルヲ例トスト雖モ、是必スシモ必要ナラス、學者カ統治權ノ全部カ必ス唯
 一ノ機關ニ歸屬セサル可カラスト主張スル論據ハ「國家ノ機關ハ如何ニ多數ナリトスルモ
 總テノ機關ノ權限ハ皆唯一ノ機關ニ此源ヲ發セサルヘカラス」ト云フニアリ(批難)然レト
 モ國家ノ權力ノ統一ナルコトハ必スシモ此權力ノ全部カ唯一ノ機關ニ屬スルコトヲ必要
 トスルモノニ非ス、假令二個以上ノ機關カ共同シテ統治權ヲ行フコトアリトモ若シ此多數
 ノ機關ノ意思ヲ合一シテ唯一ノ意思ト爲スノ方法備ラハ以テ國家ノ意思ノ統一ヲ妨ケルコ
 トナシ、若シ統治權ノ全部カ必ス唯一ノ機關ニ屬セサルヘカラストセハ、之ヲ極端ニ推理
 スレハ必ス一人ノ意思ニ屬スルモノナルコトヲ要ス、合議體ニ於テ統治權ヲ總攬スルコト
 モ亦國家ノ統一ヲ妨ケルモノト謂ハサルヘカラス、何トナレハ總テノ合議體ハ多數ノ意思
 ナ合一シテ以テ統一ノ意思ヲ作成スルモノナレハナリ、此故ニ若シ唯一ノ機關カ必ス統
 治權ヲ總攬スト云フハ、其論理上ノ結果ハ總テノ國家ハ必ス君主專制國タラサルヘカラス、
 共和國ニ於テ總國民又ハ議會カ統治權ヲ總攬スルハ國家ノ性質ニ反スルモノト看做ササル
 ヘカラサルニ至ル、統治權ノ全部カ必ス唯一ノ機關ニ屬セサルヘカラスト主張シナカラ
 而モ共和政體ヲ是認スルハ明白ナル論理ノ矛盾ナリ(口)立憲君主國ニ於テハ君主ハ議會ノ同意
 ハ立法ノ缺ク可カラサル要素ナリ、而シテ議會ノ權限ハ君主ニ依リテ授ケタルモノニ非ス、
 直接ニ國家ノ構成法ニ因リテ定マリ其權限ノ行使ニ於テモ亦決シテ君主ノ命令ノ下ニ立タ
 ス完全ナル獨立ノ意思ヲ以テ之ヲ行使スルモノナリ、此故ニ立憲君主國ニ於テハ君主ハ其
 一身ヲ以テ統治權ノ全部ヲ總攬ヘルモノト謂フコトヲ得ス、近世ノ諸國ノ憲法ハ自然法學

ノ影響ニ基キ明文ヲ以テ統治權ノ全部カ或ハ君主ニ或ハ國民ニ歸屬スヘキコトヲ規定スル
 ナ例トス、我國ノ憲法モ亦此模範ニ倣ヒテ君主カ統治權ヲ總攬スルコトヲ規定セリト雖モ、
 此ノ如キ規定ハ學理ノ性質ヲ有スル規定ニシテ法規ノ性質ヲ有スルモノニ非ス、學理ノ規
 定ハ假令法律ノ形ヲ以テ定メラルルコトアリトスルモ學者ハ自由ノ研究ニ依リテ其眞否ヲ
 檢定スルコトヲ得、法律カ拘束力ヲ有スルハ單ニ法規的規定ノミニ限ル、學理上ノ觀念ハ
 法律ニ依リテ毫モ公定力ヲ生スルコトヲ得サルモノナリ(美濃部博士憲法講義)

第二款 我國君主ノ特徴

我國ニ於ケル君主ノ國法上ノ地位ハ之ヲ他ノ諸國ノ君主又ハ大統領ノ地位ト相比
 較スルニ依リテ一層明瞭ナルヲ得ヘシ(以下美濃部博士憲法講義)

(1)共和國ノ大統領ハ昔ニ其世襲ナラスシテ國民又ハ議會ノ選舉ニ依ルモノナルニ於テ君主國ノ君主ト異ナ
 ルノミナラス大統領ハ如何ナル場合ニ於テモ國家ノ最高機關ニ非ス、國家ノ最高ノ意思ノ決定ハ大統領ニ
 非スシテ或ハ總國民或ハ代議會ニ存スルナリ、例ヘハ(イ)米合衆國ノ大統領ハ憲法ノ改正ニ付テ裁可權ヲ有
 セサルハ勿論通常立法ニ付テモ發案權ナク又裁可權ナシ、唯停止的不認可權ヲ有スルノミ、議會ヲ召集ス
 ルノ權ハ唯例外ノ場合ニノミ有スルニ止マリ、其解散權ハ全ク之ヲ有セス、(ロ)佛國ニ於テモ憲法ノ改正ハ
 議會ノ專權ニ屬シ大統領ハ之ニ與カラス、議會ヲ召集スルノ權ハ大統領之ヲ有スレトモ議會ハ召集ヲ俟タ
 スシテ毎年定期ニ自ラ集會スルノ權ヲ有セリ、大統領ハ法律ノ裁可權ヲ有セス唯再議ヲ求ムルコトヲ得ル

國家ノ機關 天皇 天皇ノ國法上ノ地位 我國君主ノ特徴

我國君主之特徵

クミ。

(2) 帝ニ共和國ノ大統領ノミナラス之ヲ他ノ君主國ノ君主ニ比較スルモ我國ノ君主ハ其大權ノ範圍遙ニ廣大ナリ、就中英國ニ於テハ法律ハ國會即チ君主及上下兩院ヲ以テ組織スル國會ノ名ニ於テ發布スルモクニシテ君主ノミノ名ニ於テスルニ非ス、我國ノ君主ト地位ヲ比較スルニ足ラサルハ之ノミニテモ明瞭ナリ、君主ノ地位ノ我國ニ於ケルト最モ相近似セルハ「プロイセン」ヲ始メ獨逸ノ諸君主國ナリ、我國ノ憲法ハ直接ニ是等ノ獨逸ノ君主諸國ノ憲法ヲ模範トシテ制定セラレタルモノナリ、然レトモ君主ノ大權ハ之ヲ是等諸國ニ比較シテモ尙ホ大ニ廣キモノアリ、「プロイセン」其他ノ數國ノ君主ノ有セサル所ニシテ獨リ我國ノ君主ニ屬スル大權ノ重ナルモノハ

- (1) 獨立命令權 「プロイセン」等ノ諸國ニ於テハ法規ヲ定ムルニハ原則トシテ常ニ法律ノ形ヲ以テスルコトヲ要シ、君主ハ法律ノ執行ノ爲メニスル外ハ法律ノ委任アルニ非サレハ獨立ニ法規ヲ定ムルノ權ヲ有セス、一ニノ學者ノ稱ニ君主ノ獨立命令權ヲ主張スルモノアレトモ是通説ノ認メサル所ナリ、獨リ我國ノ憲法ハ其第九條ニ於テ法律ノ委任ニ依ルニ非スシテ君主ノ獨立ニ法規ヲ定ムル命令ヲ發シ得ヘキコトヲ規定セリ。
- (2) 議會ノ豫算議定權ノ制限 議會ノ豫算議定權ハ我國ニ於テハ憲法第六七條ニ於テ特ニ大ナル制限ヲ受ク此制限アルニ依リテ君主ノ大權ニ基ク既定ノ議出ハ議會カ其豫算議定權ニ依リテ之ヲ勅カスコトヲ得ス、此制限ハ何レノ國ノ憲法ニモ存在セサル所ニシテ君主ノ大權ノ我國ニ於テ特ニ大ナル所以ノ一ナリ。
- (3) 憲法改正ノ發案權 君主ノ大權ノ特ニ我國ニ於テ強大ナル所以ノ最モ大ナルモノハ

君主ノ地位ニ於ケル我國憲法ノ特徵

憲法改正ノ發案權ヲ君主ノ大權ニノミ留保シタルコトニ在リ、我國ニ於テハ憲法ノ改正ニ付テハ議會ハ全ク之カ發案權ヲ有セス、勅命ニ依ルニ非サレハ將來全ク憲法ヲ改正スルノ途アラサルナリ。

第三款 天皇ト議會トノ關係

立法權ニ於ケル天皇ト議會トノ關係 天皇カ統治權ヲ總覽スルトノ原則ハ君主カ統治權ヲ行フニ當テ他ノ機關ノ參與ヲ要スルコトト矛盾スルモノニ非ス、若シ果シテ然ラハ立憲君主國ト君民同治國トノ間ニ於テ君主ノ國法上ノ地位如何ニ差異アリヤ、換言スレハ君主カ統治權ヲ行フニ當リテ憲法上他ノ機關カ之ニ參與スルコトヲ必要トスルニ拘ハラヌ君主ヲ以テ統治權總覽者ト認ムル理由ハ何處ニ存スルヤ此問題ハ頗ル國法學者ノ解說スルニ苦ム所ナリ。

- (1) 第一說 曰ク、君主カ其統治權ヲ總覽スルハ其體ナリ、統治權ノ體ハ立憲君主國ニ於テモ專ラ君主ニ屬シテ之ヲ他ノ機關ニ別ツコトナシ、乍併統治權ノ用ニ關シテハ君主ハ憲法ノ條規ニ依リ編束セラレ特ニ議會ノ協贊ニヨリテ制限セラルルナリト(憲法義解所說)ハ批難)然レトモ統治權ノ主體ハ國家ニ屬スルモノニシテ唯議會ニ屬セサルノミナラス又君主ニモ屬スルモノニ非ス、故ニ統治權ハ體ト用トノ區別ヲ以テ此關係ニ於ケル君主ノ地位ヲ

明カニスルコトヲ得ス(一木博士國法學講義)

(2) 第二説 曰ク、君主カ統治權ヲ總攬スルトハ君主ノ權力カ無限ナリト云フ意味ニ非ス、立憲國ニ於テハ君主カ其權力ヲ行フニ付テハ一定ノ形式ヲ要スルコトアリ、或ハ他ノ機關ノ協賛ヲ要スルコトアリ、乍併君主ノ權力ハ常ニ廣キ推測ヲ受ケ明カニ制限セラレザル限ハ一切ノ權力ヲ有スルナリ、他ノ機關ノ權限ハ明カニ附與セラレタル權利ノ外ハ一切ノ權限ヲ有セス其權限ハ常ニ狹キ推測ヲ受ケルモノナリト(マイエル氏等ノ所説(批難)然レトモ現ニ英國ノ如キ君民同治ノ政體ニ屬スルニ拘ラス君主ノ大權ハ廣シト云フ推測ヲ受ケルヲ原則トス、抑モ君主カ統治權ヲ總攬スルト云フハ統治權ノ作用カ其源ヲ君主ニ發セサルコトナシト云フニアリ、若シ憲法又ハ他ノ法律ノ特別ノ規定ニヨリ統治權ノ作用ニシテ君主ノ權ニ屬セサルコトアリ、或ハ君主ト他ノ機關ト共同ノ權ニ屬スルモノアラハ君主ハ統治權ヲ總攬スルト云フコト能ハス、即チ英國ノ如キハ君主ト議會トノ共同ニ於テ統治權ヲ總攬スルモノナリ、而カモ君主ノ大權ハ廣シト云フ推測ヲ受ケルナリ、故ニ單ニ君主ノ總攬權ハ廣キ推測ヲ受ケルコト云フ理由ヲ以テ立憲君主國ト君民同治國トノ差異ヲ説明シテ該問題ヲ解釋スルコトヲ得ス(一木博士國法學講義)

(3) 第三説 立憲君主國ニアリテ君主カ立法スルニ當リ他ノ機關ニ制限セラレントモ其始メ君主ハ無限ノ立法權ニヨリ憲法ヲ發シテ統治權ヲ行フニ當リテ一定ノ形式ニ依ルヘキコトヲ定メテ自己ノ行為ヲ羈束スルモノナリ、此形式ハ即チ同時ニ統治權ヲ行フノ限界ニシテ君主モ之ヲ守ラサル可カラス、而シテ此形式ニ依ラサル意思ノ發表ハ君主自ラ其意思ト

認メラルルコトヲ欲セサルモノナリ、要之立憲國ノ君主ノ權ニ對スル憲法ノ制限ハ本來君主自己ノ意思ニ基クモノナリ、反之君民同治國ノ總攬權ハ始メヨリ君主ト議會トノ意思ナリト(サルデルホルンハツク氏等ノ所説(批難)然レトモ國法上何人カ統治權ヲ總攬者ナリト云フコトハ憲法ノ規定上何人カ憲法變更ノ權限ヲ有スルカト云フコトニヨリテ定ムルモノニシテ(第一編第四章第五節參照)其始ニ逆リテ何人カ憲法ニ定メタルカヲ問フコトナシ故ニ此說ノ如ク憲法カ如何ニシテ定メタルカノ事實ヲ以テ該問題ヲ解決スルコトヲ得ス(一木博士國法學講義)

(4) 第四説 曰ク、凡ソ法律ニハ二ツノ要素ヲ區別スルコトヲ得、法律ノ定ムル所ノ實質ト此實質ニ與フルニ遵守ノ效力ヲ以テスルコトノ二ツナリ、前者ハ法律ノ實質ニシテ後者ハ法律ノ命令ナリ、立法ノ手續中ニ於テ國法上ノ重要ナルモノハ法規ヲ裁可シテ法規ニ違由ノ效力ヲ與フル勅ナリ、裁可セラルヘキ實體ヲ設ケルモ立法ノ勅キナルコトハ首ヲ俟タサレトモ、國家ノ統治權ノ例ハ之ニ非スシテ彼ニアリ、即チ議會ノ議決ニ依ルニ非スシテ天皇ノ裁可ニ依ルナリ、立憲君主國ニ於テ君主ハ不可分ノ統治權ヲ總攬スルヲ以テ君主ノ外ニ法律トシテ命令ヲ與フル權ヲ有スルモノナシ、反之法律ノ實質ハ君主カ議會ト共ニ定ムル所ナリ、法律ノ實體ハ一旦定マリタル上ニテ其法律トナルヘキコトヲ命スルト否トハ一ニ君主ノ自由ナリ、國法學上立法ト稱スルコトヲ得ルハ只君主ノ裁可アルノミト(ラバント氏説)(批難)然レトモ法律ノ實體ト命令トハ此ノ如ク明カニ區別スルコトヲ得ルモノニ非ス、抑モ法律ノ實體ヲ組織スル思想ハ立法者ノ創造シタルモノニ非サルナリ 此思想ハ

始メヨリ存在スルモノニシテ或ハ倫理ノ法則トナリ或ハ政治上ノ輿論トナル、而シテ其實體トナルニハ國家力之ヲ遵奉スヘキコトヲ臣民ニ命令スルニアリ、故ニ立法者ノ事業ハ法律ノ實體ヲ組成スルニ非スシテ既ニ存在スル思想ニ國家ノ命令タル效力ヲ與フルニアリ、又議會ト雖モ立法ニ協賛スルト云フ以上ハ國家ノ命令タル效力ヲ與フルノ行為ニ協賛スルモノト認メサル可カラス、要之法律ノ實體ヲ定ムルノ行為ハ即チ法律ノ命令ヲ生スル行為ニシテ二者互ニ相離ル可カラサルノ關係ヲ有セリ、裁可ハ密ニ法律タル命令ヲ與フルノ行為ナルノミナラス又同時ニ法律ノ實體ヲ確定スルモノナリ、故ニ法律ノ命令トテ區別シテ立憲國ニ於ケル議會ノ權限ハ常ニ法律ノ實體ヲ定ムルニ協賛スルナリトノ説ハ當チ得タルモノニ非ス(一木博士國法講義及美濃博士憲法講義)

▲學說

(5) 第五說 ▲ 凡ソ立憲君主國ニ於ケル議會ノ議決ハ他ノ國家機關ニ效力ヲ及ホスト云フコトニアリテ直接ニ臣民ニ效力ヲ及ホスニアラス、例ヘハ行政官廳力支出ヲ爲スニハ豫算ニ依ラサル可カラサルハ言チ俟タサレトモ豫算ニ依ラスシテ爲シタル支出ノ無効ニ非サルコトハ學者ノ認ムル所ナリ、其他事後承諾ノ如キハ直接ニ臣民ニ對シテ效力ヲ及ホササルコトハ明ナリ、此問題ハ立法ニ付テモ差異アルコトナシ、君主ノ裁可ト議會ノ協賛ハ法律ノ成立ニ對シテ均一ノ力ヲ有スルモノニアラサルハ多數學者ノ認ムル所ナリ、議會ノ協賛ハ直接ニ君主ト共ニ臣民ニ命令スルニ非スシテ君主カ臣民ニ命令スルコトニ協賛スルナリ、臣民ニ對スル命令ハ只裁可ニアリ、議會ノ議決ハ君主ノ意思ヲ定ムルコトニ關シテ力ヲ有スルニ止マリ、臣民ニ對シテハ其ノ君主ノ裁納スル處トナリタル場合ニ君主ノ意思トシテ

天皇ト議會トノ關係

間接ニ效力ヲ生スルニ過キス、故ニ此關係ヨリ生シタル自然ノ結果トシテ法律カ臣民ニ對シテ效力ヲ有スル原因ハ單ニ其君主ノ意思ニアルナリ、故ニ君主カ正式ニ裁可シタル處ノ法律ハ臣民ニ對シテハ議會ノ協賛ノ有無ニ拘ハラズ效力アルモノト解セサル可カラス、若シ然ラストモハ法律カ效力ヲ有スルハ君主ト議會トカ同意アリタルカ爲ニシテ君主ノ意思ナルカ爲メニアラス、議會ハ只ニ立法ニ協賛スルモノニアラスシテ君主ト共ニ立法權ヲ有スルコトトナルナリ(美濃博士ハ此説即チ君主議會同意説ヲ唱フ後揭參照)要之議會ノ協賛ハ直接ニ外ニ對シテ效力ヲ生スルコトナシ、而シテ議會ノ協賛ナクシテ法律ヲ發スルト云フ結果ハ要スルニ國務大臣ヲシテ憲法違反ノ責ヲ負ハシムルニアリ、抑モ統治權ナルモノハ國家カ他ノ人格ニ對シテ行フノ權ナリ、故ニ國家ノ一ノ機關ト他ノ機關トニ止マル働キハ統治權ノ作用ニ非ス、而シテ法律ハ單ニ君主ノ裁可ニ依リテ臣民ニ對シテ效力ヲ有スル以上ハ立法權モ君主ノ統フル所ニシテ議會ノ協賛ハ其統治權ノ總攬者タル地位ヲ變スルモノニ非サルナリ、統治權ノ總攬者タル地位ハ憲法變更ノ權限ニ依リテ定マルコトハ屢々論述シタル處ナリト(一木博士國法講義(批難)此説ニ付テモ疑ナキ能ハス、其協賛ハ機關内部ノ作用ニシテ直接ニ臣民ニ對シテ命令スルモノニ非スト云フハ元ヨリ其當チ得タリ乍併協賛ノ有無ニ拘ラズ苟モ裁可アルトキハ理由ノ效力ヲ生スト云フニ至テハ其意ヲ得ス蓋シ憲法ニ立法權ハ議會ノ協賛ヲ以テ行フト規定シタル以上ハ協賛ナクシテ立法スルコト能ハス即チ立法ノ權限ナキナリ、協賛ハ立法權ノ範圍ヲ限界スルモノニシテ協賛ナキコトニ付テハ立法ノ權限ナシ、天皇カ立法ノ權限ヲ有スルハ其協賛ノ範圍ニ止マルモノナレハ

國家ノ機關 天皇 天皇ノ國法上ノ地位 天皇ト議會トノ關係

ナリ、然レトモ議會ノ協賛シタル事ニ付キ立法スルハ天皇ニ專屬スル所ナリ（副島博士憲法論）

第六説

（一）議會カ天皇ノ立法即チ裁可ニ協賛スルハ唯其裁可ノ範圍ヲ定ムルニ過キス、是故ニ其範圍内ニ在テ天皇ノ宣告シタル意思ハ即チ天皇ノ意思ニシテ些少モ議會ノ意思ヲ混セス凡ソ協賛ト裁可トハ其意思ノ方向ヲ異ニスルモノナリ、裁可ハ直接ニ違由ノ效力ヲ生スルコトニ意思ヲ發表スルモノナリ、協賛ハ裁可ノ範圍ヲ定ムルコトニ意思ヲ發表スルモノナリ、若シ協賛ナクハ法律ノ效力ナシト云フノ說ヲ駁シテ是レ協賛ヲ以テ命令トナスモノナリト云ハハ（即チ協賛ナキモ法律ノ效力アリト言ハ、國務大臣ノ副署ナキ法令モ亦完全ナル效力アリト言ハサル可カラズ、而カモ誰カ副署ナキ法令モ完全ノ效力アリト言ハシヤ、蓋シ國務大臣ノ副署ハ單ニ君主ノ命令ノ確實ナルコトヲ證明スル所以ノ方式ニシテ副署ナクハ法令タル效力ナシト云フノミニシテ副署アルカ爲メニ有效ナルカ故ニ副署ハ即チ國民ニ對シテ命令スルモノト云フコト能ハサルヘシ、何トナレハ其意思ノ方向異ナレハナリ、副署ハ命令ノ有效ナルカ爲メノ原因ニ非スシテ之カ條件ナリ、裁判官ハ訴ノ提起ニ因リ刑罰ヲ科ス、然レトモ訴ノ提起ハ判決ノ原因ニアラズ、判決ヲ下ス爲ノ條件ナリ、判決ノ原因ハ犯罪ノ事實ト刑法ノ規定ナリ、協賛モ亦之ト同一ノ關係ヲ有ス、是故ニ此意味ヲ以テモハ立法權カ天皇ニ屬スト云フコトヲ得ルナリ、隨テ該問ヲ解決スルコトヲ得ルナリト（副島博士憲法論）（二）君主ト議會トハ共ニ國家ノ直接機關ナレトモ、此二ツノ機關ハ決シテ對等ノ地位ヲ有スルモノニアラズ、君主國ニ於テハ君主カ獨リ國家ノ最高機關ナリ、最高機關トハ政治上ノ勢力ノ大小歴史上ノ根據ニ基ク尊嚴ノ如何ヲ云フニ非ス專ラ政治上ノ意義ニ於テ云フモノナリ、法律上ノ意義ニ於テノ最高機關トハ國家ヲシテ始メテ活動能力ヲ得セシムル機關ヲ云フ、最高機關ノ意思ニ基クニ非サレハ國家ハ全ク統治權ヲ發動スルコト能ハサルモノナリ、總テノ國家ニハ必ス唯一ノ最高機關アリ、此最高機關ハ君主國ニ於テハ君主タリ、共和國ニ於テハ國民又ハ國民ノ代表機關タル所ノ議會ナリ、君主カ國家ノ最高機關ナルコトハ殊ニ我國ノ如キ國會ヲ以テ單ニ内部ニ於ケル制限機關即チ所謂非獨立機關トナシタル國ニ於テハ最モ明瞭ナリ、我國ニ於テハ獨逸ノ諸君主國ニ於ケルカ如ク、國會ハ單ニ君主ノ權限ヲ制限シ君主カ立法權ヲ行フニ當リテ議會ノ同意ヲ必要トスルニ止マリ、議會ハ國民ニ對シテ又ハ外國ニ對シテ統治權ヲ發動スルノ能力ヲ有スルモノニ非ス、議會ノ權限ハ單ニ内部ノ關係ニ止マリ、外部ニ對シテハ統治權ノ全部ハ皆君主ノ名ニ於テ行ハルモノナリ、法律ハ君主ト議會ノ共同ノ行爲ニ由リテ成ルモノナレトモ外部ニ關シテハ唯君主ノ名ニ於テノミ行ハルモノニシテ君主ト議會トノ共同ノ命令トシテ現ハルモノニ非ス、國民ハ唯君主ノ命令ニ服従スルモノニシテ君主ト議會トノ共同ノ命令ニ服従スルモノニ非ス（美濃部博士憲法論）

英國ニ於テハ單ニ内部ノ機關ニ止マラスシテ君主ト共同ニ外部ニ對シテ統治權ヲ發動スル機關ナリ、法律ハ君主ノミノ名ヲ以テ發布セラルルモノニ非スシテ君主ト議會トノ共同ノ名ヲ以テ發布セラルルナリ、此ノ如キ場合ニ於テハ君主カ國家ノ最高機關タルコトハ前ノ場合ノ如クニハ明瞭ナラス、然レトモ此場合ニ於テモ國家カ其活動ヲ開始スルハ專ラ君主ノミノ意

(參)英國ノ考制度

思ニ基クモノニシテ君主ニシテ無爲ナラハ國家ノ活動ハ全ク停止セラレサル可カラス、君主カ議會ヲ召集スルニ非サレハ議會ハ成立スルコト能ハス、君主カ開會ヲ命スルニ非サレハ議會ハ其議事ヲ開クコトヲ得ス、君主ノ意思ニ基クニ非サレハ議會ハ全ク其活動ヲ開始スルコトヲ得サルナリ、之ニ反シテ君主ハ其單獨ノ意思ヲ以テ滯ナク其統治權ヲ行使スルヲ得、議會ニシテ其活動ヲ停止スルコトアリトモ國家ノ活動ハ之カ爲メニ停止スルコトナシ、故ニ英國ニ於テハ亦君主ハ國家ノ最高機關ニシテ英國ハ又純然タル君主國ナリ、若シ之ニ反シテ議會カ君主ノ召集ヲ俟タズシテ自ラ成立スルノ權ヲ有シ、君主ノ裁可ヲ要セスシテ法律カ成立シ君主ノ同意ナクシテ憲法ヲ改正スルコトヲ得ヘキ國ニ於テハ縱令名義上ハ君主ト稱スルモ其實純然タル共和國ニシテ君主ハ最早國家ノ最高機關ニ非ス。

第四款 天皇ノ大權

(一)大權ノ性質 天皇ハ國家作用全般ノ掌握者ナリ雖然、天皇ハ國家作用ヲ執行スル機關ナリ、此機關トシテ有スル國家政務ノ全般ヲ指シテ天皇ノ大權ト謂フ、天皇ノ大權ハ統治權ノ全般ニ及フ、併作統治權ト大權トヲ以テ同一ノ觀念トスルコトヲ得ス、統治權ハ國家ノ權ナリ、大權ハ天皇カ國家ノ機關トシテ統治權ヲ行フ權限ナリ、一ハ權利ニシテ國家ニ屬シ一ハ權限ニシテ天皇ニ屬スルモノナリ。

ナリ。

(1)第一說

世間或ハ天皇ノ大權トハ命令權行政組織權ノミヲ指シテ立法權ヲ包含セスト既クモノナリ(批難)然レトモ此說ニ依レハ憲法第十七條ニ攝政ハ天皇ノ名ニ於テ大權ヲ行フトアルモ、攝政ハ立法權ヲ行フコトヲ得スシテ攝政ヲ置ク固ハ法律ヲ發スルコトヲ得スト云ハサルヲ得サルニ至ルヘシ、攝政ハ元來天皇ニ代リテ國政ヲ執行スルモノナルカ故ニ原則上攝政ノ權限ハ天皇ト同一ナリト云ハサルヘカラス、只特別例外ノ規定アルモノニ限リ制限ヲ受クルノミ(憲法第七十五條)故ニ天皇ノ大權中ニハ立法權ヲ包含スト解セサル可カラス。

(2)第二說

若シ天皇ノ大權中ニ立法權ヲ包含ストスレハ憲法第六十七條ニ「憲法上ノ大權ニ基ケル規定ノ裁出及ヒ法律ノ結果ニヨリ又ハ法律上政府ノ義務ニ關ル裁出云々」ト規定シ大權ニ基ケル裁出ト法律ノ結果ニ依ル裁出トヲ區別シテ規定スルノ理由ナシ、然レニ斯ク區別シテ規定スルモノハ大權中ニハ立法權ヲ包含セサル所以ナリト(辯解)然レトモ同條ノ規定ハ其義務ニ依リト云フコトヲ區別ノ主眼ニナシタルモノニシテ同條ノ後段ハ義務ノ支出ニシテ前段ハ義務ニ屬セサル支出ナリ、故ニ斯ク區別シテ規定アルヲ以テ大權中立法權ヲ包含セスト云フノ論據トスルニ足ラス(一本博士國法学講義(參考)該條ハ規定ノ裁出ト否ラサルトヲ以テ區別ノ標準トシタルモノナリ、故ニ該條ノ規定ヲ以テ大權中立法權ヲ包含セストノ論據トナスニ足ラス(副島博士憲法講義))

(3)第三說

大權中ニ立法權ヲ包含ストスレハ憲法第三十一條ノ規定ヲ設クルノ必要

天皇ノ大權

▲異說

國家ノ機關 天皇

天皇ノ國法上ノ地位 天皇ノ大權

ナシ何トナレハ第三十一條ニハ第二章臣民 權利義務ニ關スル條規ハ戰時又ハ國家事變ノ
場合ニ天皇大權ノ施行ヲ妨グルコトナシトアリ、而シテ第二章ノ臣民ノ權利ハ多ハ法律ノ
範圍内ニ在テ有スヘキコトヲ規定スルカ故ニ若シ大權中ニ立法權ヲモ包含スルトキハ大權
ノ施行ハ即チ立法權ノ施行ナルヲ以テ別ニ第三十一條ノ如キ規定ヲ設ケルノ必要ナケレハ
ナリト(辯解)然レトモ大權ノ施行ト云フトキハ獨リ法律ノ作用ノミナラスシテ勅令等ノ作
用ヲモ包含スルコトナレハ此ノ規定ニ由リテ天皇ハ其欲スル所ノ方法ニ隨フテ臣民ノ權利
ノ效力ヲ停止スルコトヲ得即チ此必要ノ爲メニ第三十一條ヲ規定シタルモノトス(制島博
士憲法論)

(二)大權行使 天皇ハ徒ラニ空位ヲ擁スルモノニ非ス、憲法ノ範圍内ニ於テ自由ノ
活動ヲナスモノナリ、然レトモ憲法ノ範圍内ニ於テ種々ノ制限ヲ受ク即チ立法
權ノ行使ニ付キテハ議會ノ制限ヲ受ケ司法權ノ行使ニ付キテハ裁判所ノ制限ヲ
受ケ、法律命令ノ發布ニハ國務大臣ノ副署ヲ要シ、臣民ノ權利義務ノ制限ハ法
律ヲ以テスルヲ原則トシ、貴族院ノ組織ニ關スルコトハ勅令ヲ以テスルコト等、
皆天皇大權ノ行使ニ付キ憲法上ニ規定セル制限ナリ。

第五款 天皇ノ一身ニ隨伴スル權利

天皇ハ國家ノ最上機關ナリ、機關ハ獨立ノ人格ヲ有セス故ニ權利ナシ、然レトモ
天皇ハ自然ノ一個人トシテ獨立ノ人格ヲ有シ權利ヲ有ス、自然人トシテノ天皇ハ
普通ノ人民ト異ナルコトナキモノノ如シト雖モ天皇ハ國家ノ最高機關ニシテ統治
作用ノ原因タル者ナルカ故ニ天皇トシテ尊嚴ヲ維持シ國家最高機關タル地位ヲ全
カラシメンカ爲メニ我制度ニ於テハ自然人タル天皇ニ種々ノ特權ヲ賦與セリ之ヲ
天皇ノ一身ニ附着スル權利ト謂フ分テ神聖保持權、榮譽權及財産權、皇位權トス。

(イ)君主ハ神聖ニシテ侵スヘカラス(憲法第三條)ト云フノ原則ハ各君主
國ノ憲法ノ殆ト洽ナク明言スル所ナリ。

「神聖ニシテ侵スヘカラス」トハ各々獨立ノ意義ヲ有スルモノニ非ス、二者相合シテ一ノ思
想ヲ云ヒ現ハスモノニシテ即チ君主ノ無責任ヲ意味スルモノナリ、君主不可侵ノ原則ヲ論
スルノ學者ハ通常之ヲ以テ法律上ノ無責任ヲ意味スルモノト爲ス固ヨリ法律上ノ無責任ハ
君主不可侵ノ原則ヨリ生スル最モ重ナル結果ナルハ言チ俟タズト雖モ予報ノ信スル所ニ依
レハ單ニ法律上ノ無責任ノミニ止マルモノニ非スシテ又德義上ノ無責任ヲ含ムモノナリ。
**(ロ)「法律上ノ無責任」トハ君主カ自己ノ行爲ニ付テ自ラ其法律上ノ結果
ヲ負ハサルコトヲ謂フ。**

法律上ノ無責任ハ當ニ君主ノ國務上ノ行爲ニ付テノミナラス又私ノ行爲ニモ及フヘキモノ

國家ノ機關 天皇 天皇ノ國法上ノ地位 天皇ノ一身ニ隨伴スル權利