

41-127

美濃部達吉編輯

國法國學資料

第一冊

# 人權宣言論

獨逸 エリネック氏原著  
法學博士 美濃部達吉譯

東京 有斐閣書房





發行ノ趣旨

一本叢書發行ノ目的ハ主トシテ憲法及行政法ニ關スル  
西歐先進諸家ノ研究ヲ邦文ヲ以テ忠實ニ紹介スルニ  
在リ。然レドモ間々交フルニ自家ノ研究ヲ以テスルコト  
アルベシ。

二本叢書ハ不定期刊行トス。毎冊ノ紙數モ亦一定スル所  
ナシ。



## 小引

本書集録する所の三編は何れもエリネツク教授の原著に係るものなり。エリネツク先生は人も知る如く獨逸バーデン國ハイデルベルヒ大學の現任國法學教授にて、國法學に關する著書數多あり、何れも其の創見に富めること、其の研究の該博なることに於て、獨逸の著書中最良なるものの一なり。其の著書の重なるものには條約論(一八八〇年出版)國家結合論(一八八三年出版)法律命令論(一八八七年出版)公權論(一八八九年出版)國家學汎論(一九〇五年出版)等あり。中にも國家學汎論は此の種の著書の從來公にせられたるもの、中疑もなく最も完備したるものなるへし。

「人權宣言論」は原著者カ故ゲオルク、マイヤー教授と共同にて編輯發行したる國法學國際法論叢(Saats- und völkerrechtliche Abhandlungen)中の第一卷第三冊として千八百九十五年に公にしたるものにて、原書名は Die Erklärung der



Menschen- und Bürgerrechte. Ein Beitrag zur modernen Verfassungsgeschichte 云々原  
 著者の序文には「本編は余が數年前より起草に着手せる一層浩瀚なる著述  
 に繋聯して成りたるものなり」とあり、其の一層浩瀚なる著述とは即ち前に  
 言ひし國家學汎論を意味せるものなるは明瞭にて、此の大著述の起草に際  
 して研究し得たる最も得意なる一節を別に小冊子として公にせられたる  
 なるへし、されば原著にて紙數僅に五十三頁の小冊子なれども、其の所論は  
 盡く自家の創見に係り此の近世憲法史上の重要な一文書の起源に就き  
 て前人未發の新たなる解決を下したるものなり、

「少數者ノ權利ヲ論ズ」と題せる一編は原著者が維也納の法學會 (Juristische  
 Gesellschaft) に於てなしたる講話を其の後一小冊子として、千八百九十一年に  
 維也納より公にせられたるものより、其大意を抄譯したるものなり、原著の  
 題名は Das Recht der Minoritäten と云ふ、是も亦嘗て人の研究せざりし問題に  
 付きて始めて秩序的の研究を爲したるものにて、近世立憲制度の根本原則

たる多數決主義に就き其の缺點と之か救済の道とを論して、論鋒銳利を極  
 む。

最後に「歴史上ニ於ケル國家ノ種々相」と題せる一編は前に述べし國家學汎  
 論中の一章より其の大意を抄説したるものにて極めて困難なる題目を能  
 く簡明に説き示し得たるものなり、此の種の文字は唯此の著者にのみ望み  
 得へし。

編輯者識



目 録

人權宣言論

第一節 人權宣言ノ法史上ニ於ケル地位……………一

第二節 「ルーソー」ノ民約論ハ人權宣言ノ淵源ニ非ラズ……………六

第三節 人權宣言ノ模範ハ米國各州ノ權利宣言ニ在リ……………九

第四節 「ヴァージニア」及其他ノ米國諸州ノ權利宣言……………一六

第五節 人權宣言ト米國諸州ノ權利宣言トノ對照……………二〇

第六節 米國諸州ノ權利宣言ト英國ノ同宣言トノ差違……………三三

第七節 一般人權ヲ法律ニ依リテ規定セントスル思想  
ノ根源ハ米國ノ英國殖民地ニ於ケル信教ノ自由ニ在リ……………四七

第八節 米國ニ於テ各種ノ人權ヲ規定スルニ至リシ由……………

目 録

一



來……………六三

第九節 人權ノ思想上「ゲルマン」族固有ノ法律思想トノ

關係……………七四

少數者ノ權利ヲ論ス……………八三

歷史上ニ於ケル國家ノ種々相……………一四五

緒言……………一四五

第一節 古代東洋ノ國家……………一四七

第二節 希臘ノ國家……………一五四

第三節 羅馬ノ國家……………一七八

第四節 中世ノ國家……………一八五

第五節 近世ノ國家……………一九四

エリネック氏原著  
人權宣言論



# 人權宣言論

## 第一節

一七八九年八月二十六日ヲ以テ佛國立憲議會ノ發布スル所タリシ人權及  
ビ公民權宣言ハ佛國革命中ノ最モ重大ナル出來事ノ一ナリ。此ノ宣言タ  
ル從來種々ノ觀察點ヨリ種々ナル判斷ヲ受ケタリ。政治家及ビ歴史家ハ  
之ヲ論ジテ佛國ヲシテ「バステユ」襲撃ノ後幾バクモナク無政府ノ状態ニ陥  
キラシムルニ至リシ一大原因ナリトナシ。惟ヘラク其ノ抽象的ノ用語ハ種  
々ノ意義ニ解スルコトヲ得ベク。隨テ之ヲ政治上ノ實際ニ應用シ政治家ノ  
實際ノ政綱トナスニ於テハ最モ危險ナリ。其ノ高調ハ國民ノ頭腦ヲ攪亂シ、



二  
靜平ナル判斷ヲ破壞シ、熱情ヲ煽動シ、義務的感情ヲ(義務ハ人權宣言ノ關スル所ニ非ラズ)鎮壓シタリト。他ノ論者殊ニ佛國人ハ之ニ反シテ之ヲ以テ世界歷史上ノ一大發明ナリトシ、近世的自由主義ノ聖典トシテ國家的秩序ノ永久ノ基礎タルヘキモノトナシ、佛國ノ人類社會ニ寄與シタル最モ貴重ナル贈物トナス。

獨リ此ノ成典ノ法史上ノ地位ニ至リテハ今日ニ至ル迄尙歷史上及ビ政治上ニ於ケルガ如キ研究ヲ受ケズ。其ノ法文ノ價值ハ如何ナリトスルモ歐洲大陸諸國ノ成法ハ實ニ其ノ影響ノ下ニ個人ノ公權ヲ發達シ得タルナリ。此ノ時ニ至ル迄諸國ノ國法ハ元首ノ權利、等族ノ特權、個人若クハ特定ノ團體ノ特權ヲ認メタリト雖モ、一般ノ臣民ノ權利ハ大體ニ於テ唯國家ノ義務ノ形ニ於テ見ハレタルノミニシテ、個人ノ確ナル法律上ノ請求權トシテ見ハレタルモノナシ。人權宣言アルニ及ンデ始メテ其ノ影響ニ依リ此ノ時マデハ唯自然法ニ於テノミ認ムル所タリシ國民ノ國家ニ對スル權利

ヲ完全ニ成法ノ形ヲ以テ出現セシムルニ至リタルナリ。其ノ影響ノ成典トシテ見ハレタル最初ハ一七九一年九月三日ノ第一佛國憲法ニシテ、此ノ憲法ニ於テ始メテ之ヨリ前ニ出デタル人權及ビ公民權宣言ヲ根據トシテ、數多ノ所謂自然權及ビ民權 (*drois naturels et civis*) ヲ憲法ニ依リテ保障セラレタル權利トシテ列舉シタリ。此等ノ「憲法ニ依リ保障セラレタル權利」 (*droits garantis par la constitution*) ノ最終ノ列舉ハ一八四八年一月四日ノ憲法ニ於テ之ヲ見ルベク、而シテ此等ノ諸ノ權利ハ選舉權ト相合シテ今日ニ至ル迄個人ノ公權ニ關シテハ佛國ノ學理及ビ實際ノ基礎ヲ爲セルモノナリ。然レドモ佛國以外ノ大陸諸國ニ於テモ其ノ殆ド凡テノ憲法ハ、個々ノ條項及ビ形式ニ於テハ多少各自國ノ關係ニ應ジテ之ヲ改メ、隨テ時トシテハ頗ル大ナル差異アルモノアリトハ雖モ、尙何レモ佛國宣言ノ影響ヲ受ケテ類似ノ諸種ノ權利ヲ列舉セリ。

獨逸ニ於テハ一八四八年以前ニ發布セラレタル諸憲法中多數ハ既ニ臣



民ノ權利ヲ定メタル一章ヲ設ケタリ。一八四八年ニフランクフルトノ立憲國民會ハ獨逸國民ノ基礎權ヲ定メ、一八四八年一月二八日ニ之ヲ帝國法律トシテ公布セリ。一八五一年八月二三日ノ同盟條約ハ之ヲ以テ無効ト宣言シタリト雖モ、然カモ其ノ多數ノ條項ハ殆ド其ノ文言ノ儘今日ノ法ニ採用セラレタルガ故ニ、其ノ效果ハ尙今日ニ殘レルモノトイフベシ。一八四八年以後ノ歐洲諸國ノ憲法ハ更ニ一層廣キ權利ノ列擧ヲ爲セリ。就中一八五〇年一月三日ノ字瀟西憲法及ビ一八六七年一月二日ノ奧地利國民ノ一般權利ニ關スル國家基礎法ハ其ノ最モ著ルシキモノナリ。最後ニ巴耳幹半島ノ諸新興國ノ憲法モ亦同様ノ規定ヲ設ケタリ。

獨リ之ガ著ルシキ例外ヲ爲スモノハ一八六七年七月二六日ノ北獨逸同盟憲法及ビ一八七一年四月一六日ノ獨逸帝國憲法ニシテ、此等ノ憲法ニ於テハ全ク基礎權ニ關スル章ヲ闕如スト雖モ、權利ノ列擧ハ之ヨリ先キ既ニ獨逸多數ノ聯邦各國憲法ノ規定中ニ包含セラレタルガ故ニ、帝國憲法中更

ニ之ガ規定ヲ設クルノ要アラザリシナリ。加之既ニ述ベタル如クフランクフルトノ基礎權中最モ重ナル主義ハ諸ノ帝國法律中ニ之ヲ繼受シタリ、之ニ特別ノ憲法上ノ地位ヲ與ヘンコトハ憲法變更ニ關スル帝國憲法ノ規定ニ依リ其ノ必要アラザリシナリ。何トナレバ基礎權ノ維持ニ付テ第一ノ保障者タルベキ帝國議會ハ憲法ノ變更ニ付テモ何等特別ノ鄭重ノ手續ヲ要セザレバナリ。然カモ其ノ實ハ獨逸帝國ニ於テハ個人ノ公權ノ範圍ハ憲法中ニ基礎權ヲ列擧シタル多數ノ諸國ヨリモ遙ニ廣シ。是レ例ヘバ奧地利ニ於ケル立法、裁判及ビ行政ノ實際ヲ一覽セバ容易ニ知ルヲ得ベシ。此ノ如ク抽象的ノ語句ヲ以テ國家ニ於ケル個人ノ地位ヲ定メ、法律ヲ以テ更ニ之ガ精細ノ規定ヲ爲スニ非ラザレバ何等ノ實效ヲモ生ズル能ハザルモノガ、果シテ如何ナル價值ヲ有スベキカハ、今日尙或ハ人ノ非議スル所タリトハ雖モ、然カモ此ノ如キ主義ノ承認ガ歷史上彼ノ最初ノ人權宣言ニ關繫セルモノナルコトノ事實ハ、一七八九年ノ佛國人權宣言ガ如何ニシ



ヲ成立シタルカノ研究ヲシテ憲法史上ノ重要ナル問題タラシメズンバアラズ。其ノ問題ノ解答ハ又近世國家ノ發達及ビ個人ノ國家ニ於ケル地位ヲ理解スルニ於テ重要ノ關係ヲ有スルモノナリ。從來ノ著書ニ於テハ上ハ「マダナカルタ」ヨリ下ハ米國ノ獨立宣言ニ至ルマデ彼ノ人權宣言ノ先驅タリシモノヲ數ヘテ之ヲ列舉シタル者ハ之アリト雖モ、佛國人ガ之ヲ制定スルニ至リシ淵源ヲ深ク探究セルモノニ至リテハ全ク之ヲ缺ケリ。

普通ノ學說ハ「ルソー」ノ「社會民約論」(Contrat social)ノ所說ヲ以テ人權宣言發布ノ動機ヲ與ヘタルモノトナシ、而シテ北亞米利加十三州ノ獨立宣言ヲ以テ之ガ模範ヲ與ヘタルモノトナス。余輩ハ先ヅ此ノ學說ノ當否ヲ檢セント欲ス。

## 第二節

ポール・ジャネー (Paul Janet) ノ「政治學史」(Histoire de la science politique) ハ佛國

ニ於ケル此種ノ著書中ノ最モ浩瀚ナルモノナリ。此ノ書中彼ハ「社會民約論」ノ詳細ナル研究ノ後、其ノ佛國革命ニ及ボシタル影響ヲ論ジ、權利宣言ノ思想ハ「ルソー」ノ所說ニ其ノ淵源ヲ求ムベシト爲セリ。曰ク宣言其物ハ即チ「ルソー」ノ思想ニ基ク國家契約ノ實行ニシテ個個ノ權利ハ即チ其ノ契約ノ約款及ビ條件ニ非ラズシテ何ゾヤト(三版四五七頁四五八頁)。

余輩ハジャネーノ如キ「ルソー」研究者ニシテ、如何ニシテ此ノ如キ世俗ノ見解ニ從ヘル意見ヲ主張シ得タルヤヲ怪シマザルヲ得ズ。

「民約論」ノ主張セル所ハ唯一アルノミ。即チ個人ノ凡テノ權利ハ全然之ヲ社會ニ讓與スルコト是ナリ。曰ク個人ハ其ノ國家ノ中ニ入ルヤ獨立シテハ權利ノ一元子ヲゲモ有セズ。其ノ權利トシテ有スル所ハ全然總意 (Volonté general) ヨリ之ヲ享ク、唯總意ノミガ其ノ限界ヲ定ム。總意ハ如何ナル力ニ依リテモ法律上ノ制限ヲ受クルコトヲ得ズ、又受クルコトヲ許ルサズ。所有權ト雖モ唯國家ノ許容ニ依リテノミ個人ニ屬ス。社會契約ハ國



家ヲシテ國民ノ凡テノ財産ノ主體タラシム、國民ハ唯公産ノ受託者トシテ其ノ占有ヲ持續スルナリ。國民ノ自由ハ單ニ個人ヨリ其ノ國民ノ義務ヲ取り去リタル殘餘ノ部分ニノミ存ス。此ノ義務ハ唯法律ヲ以テノミ之ヲ課スルヲ得、而シテ法律ハ社會契約ニ從ヒ凡テノ國民ニ對シテ均一ナラザルベカラズ、是レ主權ニ對スル唯一ノ制限ナリ。然レドモ是レ主權自身ノ性質ニ基ク結果ニシテ、而シテ其ノ保障ハ自ラ之ヲ行フト(Contrat social I, 6, 7, 9; II, 4.)

人類ガ社會ニ於テモ原來ノ權利ヲ有シ其ノ權利ハ以テ主權ノ法律上ノ制限タル可シトノ思想ハルーンノ明ニ自ラ排斥セル所ナリ。總意ヲ攝束スベキ基礎法ナルモノハ之アルコトヲ得ズ、社會契約スラモ其ノ羈束力ヲ有スルモノニ非ラズ。

然ルニ人權宣言ハ國家ト個人トノ間ニ永久ノ限界線ヲ畫シ、立法者ヲシテ常ニ此ノ限界ヲ遵守セシメ、永久ニ「人類ノ自然的ノ讓ルベカラザル、神聖

ノ權利」トシテ之ヲ束縛セント欲スルモノナリ。

此ノ故ニ民約論ノ主義ハ人權宣言トハ恰モ正反對ナルモノナリ。民約論ノ結果ハ個人ノ權利ニハ非ラズシテ法律上無制限ナル總意ノ萬能力ナリ。テーンハジャネーヨリモ能ク民約論ノ結果ヲ推理スルコトヲ得タリ。

(Paine, L'ancien régime p. 321 ff.)

一七八九年八月二六日ノ宣言ハ民約論トハ反對シテ成立シタルモノナリ。此ノ書ノ思想ハ蓋シ此ノ宣言中ノ二三ノ條項ニハ暗黙ノ間ニ或ル影響ヲ與ヘタル可シト雖モ、宣言其物ノ思想ハ別ニ其ノ淵源ナカル可カラザルナリ。

### 第三節

權利宣言ノ思想ハ佛國ニ於テハ等族會議ノ召集(一七八九年)以前ヨリ既ニ世ニ行ハレ居タリ。等族會議ニ提出セラレタル請願覺書中ニモ之ヲ論



セルモノ少ナカラズ。中ニモ著ルシキハヌムールノ「バイヤージ」(バイヤール)ノ地方行政區ノ覺書ニテ、其ノ中ノ一章ニハ人權及ビ公民權ノ宣言ノ必要ニ就テト題セルモノアリ、且ツ其ノ三十個條ノ草案ヲ掲出セリ(archives parlementaires I. Série, IV, p. 161 ff.)。其外ノ草案ニハ就中巴里市ノ第三階級ノ覺書ガ最モ名高キモノナリ(arch. parl. V, p. 281 ff.)。

サレド國會ニ其ノ議ノ提出セラレタリシハ一七八九年七月十一日ラファエット(Lafayette)ニ依リテニテ、憲法ト共ニ權利ノ宣言ヲ發布スベキコトヲ提議シ、併セテ此ノ宣言ノ草案ヲ提出シタリ(arch. parl. VIII, p. 221, 222)。

ラファエットガ此ノ提議ヲ爲シタルコトニ付テハ、通説ハ北亞米利加ノ獨立宣言ガ其ノ動機トナリタルモノナリト爲ス(例ヘバ、Sybel, Geschichte der Revolutionszeit von 1789 bis 1800, 4. Aufl. I. S. 73)。<sup>1)</sup> 加之議會ニ於テ此ノ如キ宣言ノ決議ヲ爲スニ付キテモ亦常ニ此ノ獨立宣言ヲ以テ模範トナシタリトナセリ。多クノ學者ハ米國ノ獨立宣言ガ短簡ニシテ要ヲ得タルノミナラ

ズ、其ノ現實的ノ性質ニ於テモ、佛國ノ宣言ノ言語不明瞭ニシテ空理ニ流レタルヨリモ、遂ニ優レタリト爲セリ(Häusser, Geschichte der franz. Revolution, 3. Aufl. p. 169; H. Schulze, Lehrb. des deut. Staatsrecht I, p. 368; Stahl, Staatslehre 4. Aufl. p. 523; Taine, La révolution I, p. 274)。<sup>2)</sup> 或ル學者ハ又合衆國憲法ノ最初ノ改正ヲ以テ佛國宣言ヨリモ成熟シタルモノトナシ(Stahl a. a. O. S. 524; Taine, l. c.)。甚シキハ合衆國憲法ノ改正ハ一七八九年八月二十六日以後ニ成リタルモノナルニモ拘ハズ尙此ノ改正カ佛國宣言ニ影響ヲ與ヘタリトナセルモノアリ。此ノ誤ハ、一七八九年ノ宣言ハ其ノ文言ノ儘一七九一年九月三日ノ憲法中ニ採用セラレ、隨テ佛國ノ憲法歴史ニ精シカラザル者ハ唯憲法ノ條文ノミヲ見テ其ノ年月ヲ誤解セルニ出ヅルナリ。<sup>3)</sup>  
然レドモ苟クモ佛國宣言ノ淵源ニ立テ入り穿鑿セントスル學者ハ、例外ナク、皆一七七六年七月四日ノ合衆國ノ獨立宣言ヲ以テ人權ヲ列擧シタル最初ノモノトナセリ。



然ルニ亞米利加ノ獨立宣言中ニハ權利ノ宣言ニ似タルモノハ唯一ノ條  
項アルノミ。其ノ文言ハ左ノ如シ。

『我等ハ左ノ事項ヲ以テ自明ノ真理トナス、曰ク凡テノ人類ハ生レナガ  
ラニシテ平等ナルコト、人類ハ造物主ヨリ或ル讓ル可カラザル權利ヲ  
與ヘラレタルコト、生存、自由及ビ幸福ノ追求ハ此ノ權利ニ屬スルコト、  
此等ノ權利ヲ保障スルガ爲メニ人類中ニ政府ヲ設ケ而シテ政府ノ正  
當ノ權限ハ被治者ノ同意ニ由リ生ズルコト、政體ニシテ此ノ目的ヲ案  
亂スベキトキハ何時ニテモ之ヲ變更シ又ハ之ヲ廢除シテ新ナル政府  
ヲ設ケ而シテ政府ノ組織及ビ權力ハ國民ノ幸福及ビ便宜ニ最モ確實  
ナルベキ方法ヲ以テ之ヲ作ルコトハ國民ノ權利ナルコト』

此ノ條項ハ斯ク概括的ナルガ故ニ、之ヨリ各種ノ人權公民權ヲ分析シ抽  
出センコトハ甚ダ困難ナルベク、是ノミニテモ其ガ佛國宣言ノ模範トナリ  
タリトハ思ハレザルナリ。

此ノ推測ハラフアエット自身ノ記錄ニ依リテ其ノ確證ヲ得。彼ノ日誌中  
從來全ク看過セラレタリシ或ル箇處ニ於テ、彼ハ自ラ其ノ議會ニ於ケル提  
議ニ於テ模範ト爲シタリシモノヲ舉ゲタリ (Mémoires, correspondences et manus-  
cripts du général Lafayette, publiés par sa famille II, p. 46) 彼ハ先ヅ北亞米利加ノ  
自由國ノ新聯邦ノ聯邦議會ガ當時未ダ、既ニ主權國トナリタル各殖民地ニ  
對シ、羈束力ヲ有スル法規ヲ定ムルヲ得ベキノ地位ニ在ラザリシコトヲ論  
ジ、而シテ曰ク、獨立宣言ハ唯主權在民ノ主義ト政體變更權トヲ表明シタ  
ルニ止ル。其ノ他ノ權利ハ唯、母國トノ分離ヲ爲スニ至ラシメタル原因ト  
シテ母國ニ依リテ毀損セラレタル權利ヲ列舉シタルニ依リ暗黙ニ之ヲ示  
シタルノミ。

然レドモ聯邦中ノ各州ハ其ノ憲法ニ先チテ既ニ權利ノ宣言ヲ發布シ、而  
シテ此權利宣言ハ其ノ國ノ代表者ニ對シテ羈束力ヲ有シタリ。此ノ如キ  
權利宣言ヲ其ノ完全ノ意義ニ於テ定メタル最初ノ國ハ、ヴァージニアナリキ。



然レバラフアエットノ提議ノ淵源タリシモノハヴヅジニア及ビ其他ノ米國ノ各單一國ノ宣言ナリシナリ。嘗ニラフアエットノミナラズ凡テ權利ノ宣言ヲ發布センコトヲ欲シタルモノハ皆之ガ影響ヲ受ケタルモノナリ。前ニ述ベタル諸ノ覺書モ既ニ其ガ影響ヲ證明ス。

蓋シ當時亞米利加各州ノ新憲法ハ既ニ佛國ニ於テ廣ク傳播シ居タリ。一七七八年ニ既ニ瑞西ニ於テフランクリンニ捧グルガ爲メニ其ノ佛譯ノ公ニセラレタルモノアリ。一七八三年ニハベンジャミン・フランクリン自身ノ勸誘ニ依リ更ニ他ノ譯文ノ出版セラレタルモノアリ。其ガ佛國革命時期ノ憲法制定ニ及ボシタル影響ハ從來久シク充分ニハ認識セラレザリキ。歐洲ノ學者ハ最近時ニ至ルマデ唯合衆國ノ憲法アルヲ知リテ各州ノ憲法アルヲ知ラザリシナリ。然カモ近世ノ憲法史上ニ於テ亞米利加各州ノ憲法ハ最モ著ルシキ地位ヲ占ムルモノニシテ就中最初ノ成文憲法ヲ有シタ

ルモノハ實ニ此等ノ亞米利加ノ各州ナリシナリ。今日ニ至ル迄著名ノ歴史家及ビ國法學者スラモ此ノ著ルシキ事實ヲ注意スルコトナカリシハヒタスラニ怪シムヘシ。英國及ビ佛國ニ於テハ學者ハ既ニ稍亞米利加各州ノ憲法ノ真正ノ價值ヲ認識スルニ至リタレドモ就中James Bryce, The American Commonwealth vol. I. part II. 及ビ Bourgeaud, Etablissement et revision des constitutions en Amérique et en Europe p. 28 ff.) 獨逸ニ於テハ從來殆ンド全ク之ニ注意スルモノアラザリキ。蓋シ歐洲ニ於テ從來久シク舊時代ノ憲法ノ條文ヲ得ンコト甚ダ困難ナリシ事實ハ其ノ一ノ原因タル可シ。然レドモ一八七七年ニ合衆國元老院ノ命ニヨリ米國最古時代ヨリノ憲法全集(The Federal and State Constitutions, Colonial Charters, and other Organic Laws of the United States. Compiled under an order of the United States Senate by B. P. Poore. Washington 1877)ノ出版セラレタルニ由リ今日ニ於テハ容易ニ此ノ極メテ重要ナル文書ヲ手ニ入ルルヲ得ベシ。



佛國ノ權利宣言ハ大體ニ於テ亞米利加ノ權利章典 *Bills of Rights* 又ハ權利宣言 *Declaration of Rights* ヲ模範トナシタルモノナリ。權利宣言ノ凡テノ草案ハ古ルキハ請願覺書ヲ初メトシテ、國會ニ提出セラレタル二十一種ノ議案ニ至ルマデ、多クカ、少クカ、短クカ、廣クカ、巧ニカ、拙ニカノ差ハアレドモ、何レモ此ノ思想ニ倣ヘルモノナリ。其ノ新ニ之ニ加ヘタルモノハ唯一般ノ空理的ノ説明及ビ政治心理ノ區域ニ屬スル説明ノミ、之ヲ詳述スルハ安ニ其ノ要ナシ。余輩ハ唯其ノ最後ノ果實タル、長キ論戰ノ後八月二十日ヨリ八月二十六日ニ至ル會議ニ於テ決議セラレタル宣言ノミニ其ノ觀察ヲ限ルベシ。

#### 第四節

一七七六年五月十六日ニフィラデルフィアニ集マリ、母國トノ分離ヲ決シタル殖民地ノ聯合議會ハ、其ノ各殖民地、各自國ノ憲法ヲ定ムベシトノ要

求ヲ議決シタリ。最初ニ其ノ聯邦ヲ組成シ居タル十三國中、佛國革命ノ起ル以前ニ此ノ要求ニ從ヒタルモノハ十一國ナリキ。其ノ中二國ハ英國國王ヨリ與ヘラレタル殖民特許狀ヲ其儘ニ留存シ、之ニ其ノ國ノ憲法タルノ性質ヲ與ヘタリ。其ノ二國トハコンネチカット及ビロード、アイランドニシテ、前者ノハ一六六二年ノ特許狀、後者ノハ一六六三年ノ特許狀ナリ。此ノ二ツハ即チ近世ノ意義ニ於ケル成文憲法ノ最モ古ルキモノナリ。

其ノ他ノ諸國中ニハ、ヅジニアガ其ノ最初ノ國ニシテ、一七七六年五月六日ヨリ六月二十六日ニ至ル迄ウイリアムスバラニ集マリタル議會ニ於テ其ノ國ノ憲法ヲ決定セリ。其ノ憲法ハ森嚴ナル權利章典 *Bill of Rights* ヲ以テ初マレリ。此ノ權利章典ハ六月十二日ノ議會ニ議決スル所トナレリ。其ノ起草者ハジョージ・メイソン (*George Mason*) ナリ。而シテ其ノ最終ノ決定ニハマデソン (*Madison*) 重ナル勢力ヲ有シタリ。此ノヅジニアノ宣言ハ凡テ其ノ他ノ模範トナリタルモノニシテ、合衆國議會ノ宣言モ亦之ガ模範ニ則リ



タルモノナリ。合衆國ノ宣言ハヅヅニアノソレヨリ三週間ノ後ニ行ハレタルモノニシテ其ノ起草者ハヅヅニアノ市民デットフーソン (Telferson) ナルコトハ人ノ知ルガ如シ。其他ノ宣言中ニハヅヅニアノ宣言トハ多クノ條項ヲ異ニシ又ハ新ニ追加シタルモノ少ナカラズ。

ヅヅニアノ宣言ノ後一七八九年以前ニ權利ノ宣言ヲ明言シタル憲法ハ尙左ノ數國ナリ。

ペンシルヅニア 一七七六年九月二八日

メーリーランド 一七七六年十一月十一日

ノース、カロリナ 一七七六年十二月十八日

ヅヅーモント 一七七七年七月八日

マサチューセツツ 一七八〇年三月二日

ニュウ、ハンプ、シャイア 一七八三年十一月三十一日(一七八四年七月二日ヨリ

實施セラル)

ニュウ、ジャーシー、サウス、カロリナ、ニューヨーク及ピシヨージアノ最古ノ憲法ニハ特別ノ權利章典ナシ、然レドモ尙之ニ屬スベキ種々ノ規定ヲ包含ス。デラウエアニ付テハ一七七七八年出版ノ佛譯米國憲法ニハ一七七六年九月十一日ニ決議シタル *déclaration expostive des droits* トシテ記載シアレドモ、*ト*アノ全集ニハ缺ケタリ。

余輩ハ是ヨリ先ヅ佛國宣言ノ個々ノ條項ヲ、亞米利加ノ宣言中之ニ相當スベキ條項ト相對照スベシ。但シ余輩ハ其ノ對照ヲ爲スニ於テ勉メテ言葉ノ形ニ於テモ最モ能ク佛國ノ條文ト相似タルモノヲ選出スベシ。重ネテ特ニ注意スベキハ亞米利加ノ諸國ノ宣言ハ其ノ根本ノ思想ニ於テ概ネ全然相一致スルガ故ニ、大多數ノ權利章典ニ於テ全ク同一ノ條項ガ別ノ語ヲ以テ屢、繰リ返ヘサルルコトニ在リ。

權利宣言ノ前文ハ之ヲ措キ直チニ權利ノ列舉ヨリ對照ヲ始ムベシ。然レド此前文自身モ其ノ *en présence et sous les auspices de l'Étre supreme* (最高ノ神



ノ御前ニ其惠護ノ下ニ於テ嚴カニ人類及ビ國民ノ權利ヲ承認シ且ツ之ヲ宣言スルコトヲ言明セルハ亦合衆國並ニ各單一國ガ其ノ母國ヨリ分離スルノ理由トナシタル宣言ヲ以テ模範トナセルモノナリ

### 第五節

人権及ヒ國民權宣言

(Déclaration des droits de l'homme et du citoyen)

第一條 人ハ出生及ビ生存ニ於テ自由及ビ平等ノ權利ヲ有ス、社會的ノ不平等ハ公共ノ利益ノ爲メノ外作ルコトヲ得ズ。  
第二條 凡テノ政治的結合ノ目的ハ人ノ天賦且ツ不可讓ノ權利ヲ保持スルニ在リ。此等ノ權利ハ

米國ノ權利章典

(Bills of rights)

ヴァージニア第一 凡テノ人ハ自然ニ於テ平等ニ自由且ツ獨立ニシテ或ル先天ノ權利ヲ有ス、此等ノ權利ハ其ノ社會狀態ニ入ルニ當リ如何ナル約束ヲ以テスルモ其ノ子孫ヨリ奪ヒ又ハ剝クコトヲ得ズ、其ノ權利トハ即チ生命及ビ自由ヲ享受シ、並ニ財產ヲ取得及ビ

自由、所有權、安全及ビ壓制ニ對スル反抗ナリ。

所有シ及ビ幸福及ビ安全ヲ求得スベキ手段ヲ有スルコト是ナリ。ヴァージニア第四 何人モ又ハ如何ナル人ノ階級モ公共ニ對スル功勞ニ依ルニ非ラザレハ共同社會ヨリ專占的又ハ特殊ノ利益又ハ特權ヲ得ルコトヲ得ズ

マサチューセツツ憲法前文 政府ノ設置、維持及ビ行政ハ政治團體ノ生存ヲ維持シ之ヲ保護シ、以テ之ヲ組織スル個人ニ安全及ビ平和ヲ以テ其ノ自然ノ權利及ビ生活ノ幸福ヲ享受スルノ力ヲ與フルカ爲メニ在リ。

メーリーランド第四 專制ノ權力及ヒ壓制ニ對シテ反抗ヲ爲サザルハ背理的、奴隸的ニシテ且ツ人



第三條 全主權ノ淵源ハ必ラズ國  
民ニ存ス。如何ナル團體モ如何  
ナル個人モ國民ヨリ出テザル權  
カヲ行使スルヲ得ズ。

第四條 自由トハ他ノ者ヲ害セザ  
ル凡テヲ爲シ得ルヲイフ。各人  
ノ自然的權利ノ行使ハ社會ノ他  
ノ各員ヲシテ同一ノ權利ヲ享有  
セシムルコトノ外ニ制限ヲ有セ  
ズ。此ノ制限ハ法律ニ依ルニ非  
ラザレハ之ヲ定ムルヲ得ズ。

第五條 法律ハ社會ニ有害ナル行  
爲ノ外之ヲ禁止スルノ權利ヲ有  
セズ。法律ノ禁止セザル行爲ハ  
之ヲ妨グルコトヲ得ズ。法律ノ命  
セザル行爲ハ何人モ之ヲ爲スコ  
トヲ強制セラルルコトナシ。

生ノ善及ヒ幸福ヲ破壞スルモノ  
ナリ。  
グヅニア第二 凡テノ權力ハ國民  
ニ存シ、隨テ國民ヨリ出ヅ、官府ハ  
國民ノ受任者タリ、僕隸タリ、何時  
ニテモ國民ニ對シテ之ガ責ニ任  
ス。

マサチユーセツ前文 政治團體ハ  
個人ノ任意ノ結合ニ依リテ成ル、  
是レ全國民ガ各公民ト各公民ガ  
全國民ト約定スル所ノ社會契約  
ニシテ、凡テヲ共同ノ福利ノ爲メ  
ニ或ル法則ニ依リテ支配セシム  
ルモノナリ。  
マサチユーセツ第十 社會ノ各個  
人ハ現在ノ法律ニ從ヒ其ノ生命、  
自由及ヒ財產ノ享有ヲ社會ニ依

リ保護セラルベキ權利ヲ有ス。  
マサチユーセツ第十一 共和國ノ  
各臣民ハ其身體、財產、又ハ品質ニ  
受クル所ノ凡テノ損害及ビ不法  
ニ對シ、法律ニ訴フルニ依リ或ル  
救濟ノ手段ヲ有スルヲ要ス。  
ノース、カロリナ第十三 各自由民  
ハ其自由ヲ侵害セラレタルトキ  
ハ其ノ救濟ノ手段ヲ有シ、其ノ適  
法ナルヤ否ヤヲ追究シ、其ノ不法  
ナルニ於テハ之ヲ除却スルヲ得、  
此ノ救濟手段ハ之ヲ拒ミ又ハ猶  
豫スルコトヲ得ズ。  
グヅニア第七 如何ナル職權ヲ以  
テスルモ國民ノ代表者ノ同意ナ  
クシテ法律又ハ法律ノ執行ヲ停  
止スルハ國民ノ權利ノ侵害ニシ



第六條 法律ハ總意ノ發表ナリ。  
凡テノ公民ハ自ラ又ハ其ノ代表者ニ依リテ法律ノ制定ニ參與スルノ權利ヲ有ス。法律ハ其ノ保護ヲ與フルモノト所罰ヲ定ムルモノトヲ問ハズ凡テニ對シテ均一ナルヲ要ス。法律ノ眼中ニハ凡テノ公民ハ均等ナルガ故ニ、公民ハ其能力ニ應ジ自己ノ價值及ビ自己ノ技能ニ依ル外他ノ區別ナク均シク凡テノ尊號公ノ地位及ビ職務ニ任ゼラルルヲ得。

第七條 何人モ法律ノ定メタル場

合ニ於テ、法律ノ定メタル形式ニ從フニ非ラザレバ公訴逮捕又ハ拘留セララルルコトナシ。專恣ノ命令ヲ請願シ、發シ、執行シ、又ハ執行セシムル者ハ之ヲ罰スベシ。然レトモ各公民ニシテ法律ニ基キ召喚セラレ又ハ逮捕セララルトキハ即時ニ之ニ遵フベシ、之ニ抵抗スルハ罪アリ。

テ之ヲ爲スコトヲ得ズ。  
メーリーランド第五 國民ガ立法ニ參與スベキ權利ヲ有スルハ自由ノ最上ノ擔保タリ、凡テノ自由政治ノ基礎タルモノナリ。  
マサチコーセツ第九 凡テノ選舉ハ自由ナルヲ要ス、此ノ共和國ノ凡テノ住民ニシテ其ノ政治組織ニ於テ定ムル所ノ資格ヲ有スルモノハ公共ノ職務ノ爲メニ吏員ヲ選舉シ及ビ選舉セララルベキ平等ノ權利ヲ有ス。  
ニューハンブッシュヤア第十二 此ノ國ノ住民ハ彼等又ハ彼等ノ代表體ガ同意ヲ與ヘタル以外ノ法律ニ依リテ支配セララルコトナシ。  
マサチコーセツ第十二 臣民ハ充

分且ツ明瞭ニ實質的且ツ形式的ニ其ノ自ラ犯シタル犯罪タルコトヲ認識セララルルニ非ラザレハ其ノ犯罪ノ爲メニ責ニ任スルコトナク、又自己ノ犯罪タルコトヲ認メ又ハ其證據ヲ提出スルコトヲ強制セララルルコトナシ、凡テノ臣民ハ自己ニ利益アルベキ凡テノ證據ヲ提出シ、自己ニ不利益ナル證人ト相對論シ、且ツ自己ノ辯護ノ爲メニ自ラ又ハ其ノ選ヘル代言人ニ依リテ充分ニ陳述スルノ權利ヲ有ス。臣民ハ其ノ同等者ノ裁判ニ依リ又ハ國ノ法律ニ依ルニ非ラザレハ逮捕、監禁セラレ、其ノ財産、免租又ハ特權ヲ害セラレ、又ハ奪ハレ、法律ノ保護ノ外



第八條 法律ハ絶對ニ必要ナル刑罰ノ外之ヲ定ムルヲ得ス、何人モ犯罪ノ前ニ制定セラレ且ツ公布セラレ及ビ適法ニ適用セラレタル法律ニ依ルニ非ラザレハ所罰セラルルコトナシ。

ニ置カレ、追放セラレ、又ハ其ノ生命、自由又ハ身分ヲ奪ハルルコトナシ。  
ツジニア第十 犯罪ノ事實アリタル證據ナクシテ疑ハシキ場處ヲ搜索シ又ハ指名セラレザル又ハ其犯罪ノ適當ノ證據ヲ以テ記述セラレザル一人又ハ數人ヲ逮捕スベキコトヲ官吏又ハ使丁ニ命スル一般ノ命令狀ハ有害ニシテ壓制ナリ、之ヲ發スルコトヲ得ズ、ニツハンブシヤイ第十八 刑罰ハ凡テ犯罪ノ性質ニ比例スルコトヲ要ス。  
メーリーランド第十四 體刑法ハ國家ノ安全ヲ害セザル限度ニ於テ避クルコトヲ要ス、殘酷異常ノ

第九條 各人ハ其ノ有罪ヲ宣告セラル迄ハ無罪ヲ推測セララルガ故ニ之ヲ逮捕スルノ必要ヲ裁定セラレタルトキト雖モ、其ノ身體ヲ拘束スルガ爲メニ必要ナラザル凡テノ暴力ハ法律ニ依リテ

苦痛及ヒ刑罰ヲ課スルノ法律ハ將來如何ナル時如何ナル場合ニ於テモ作ルコトヲ得ズ。  
メーリーランド第十五 法律制定ノ以前ニ犯シタル所爲ニシテ其ノ法律ニ依リ始メテ犯罪タルコトヲ定メラレタルモノヲ罰スルノ溯及法ハ壓制ニシテ不正ナリ、自由ト兩立スルコトヲ得ズ、故ニ事後ノ法ハ之ヲ定ムルコトヲ得ズ。  
前出マサチューセツ第十二參看。其他尙  
マサチューセツ第十五 各臣民ハ其ノ身體、家屋、帳簿及ビ凡テノ所有物ノ不合理ナル搜索及ビ沒收ヲ受クルコトナキ權利ヲ有ス。



嚴重ニ之ヲ禁スベシ。

第十條 何人モ其ノ意見ノ發表ガ法律ニ依リテ定メラレタル公共ノ秩序ヲ害セザル範圍内ニ於テハ其ノ意見ノ爲メニ妨害セラレルコトナシ、宗教上ノ意見ニ付テモ亦同ジ。

マサチューセツ 第二十六 如何ナ

ル官府又ハ裁判所ト雖モ過高ノ保釋又ハ擔保ヲ要求シ過高ノ罰金ヲ課スルヲ得ズ……

ニューハンプシャイ 第五 各人ハ自己ノ良心及ビ理性ノ指揮スル所ニ從テ神ヲ敬拜スベキ天賦且ツ不可讓ナル權利ヲ有ス、何人ト雖モ其ノ宗教上ノ敬拜ニ於テ公共ノ安寧ヲ紊リ又ハ他人ヲ害スルニ非ラザレバ、自己ノ良心又ハ宗教上ノ信仰、感情又ハ教義ノ指揮スル所ニ依リ最モ適當ナルベキ方法及ビ時期ニ於テ神ヲ敬拜スルガ爲メニ其ノ身體自由又ハ財產ヲ害セラレ苦ルシメラレ又ハ制限セラレルコトナシ。

第十一條 思想及ビ意見ノ自由ノ交換ハ人ノ最モ貴重ナル權利ノ一ナリ、故ニ各公民ハ法律ノ定メタル場合ニ於ケル此ノ自由ノ濫用ニ對シ責ヲ負フ外自由ニ言論シ著作シ及ビ出版スルコトヲ得。

第十二條 人及ビ公民ノ權利ノ保障ハ公ノ權力ヲ必要トス。此ノ權力ハ凡テノ利益ノ爲メニ存スルモノニシテ其ノ權力ヲ委テラルル者ノ特別ノ利益ノ爲メニ存スルモノニ非ラズ。

第十三條 公ノ權力ノ維持及ビ行政ノ費用ノ爲メニ公共ノ課稅ハ

ヴァージニア 第十二 出版ノ自由ハ自由ノ大保護物ノ一タリ、壓制ノ政府ニ於ケル外決シテ之ヲ制限スルヲ得ズ。

ペンシルヴァニア 第十二 人民ハ言論及ビ著作及ビ其所信ヲ出版スルノ自由ヲ有ス。

ペンシルヴァニア 第五 政府ハ人民ノ國民又ハ共同體ノ共同ノ利益保護及ビ安全ノ爲メニ存スルモノタリ又ハタラサルベカラズ、此ノ共同體ノ一部ニ過ギザル一個人、一家族又ハ一階級ノ人ノ特別ノ利益又ハ便宜ノ爲メニ存スルモノニ非ラズ。

マサチューセツ 第十 社會ノ各個人ハ當時ノ法律ニ從テ其ノ社會



避クベカラズ此ノ課税ハ凡テノ  
公民ノ間ニ其ノ能力ニ從テ平等  
ニ之ヲ分配スベシ。

第十四條 凡テノ公民ハ自ラ又ハ  
自己ノ代表者ニ依リテ公ノ課税  
ノ必要ヲ認定シ自由ニ之ニ同意  
シ其ノ用途ヲ檢シ及ビ其ノ性質  
徴收納付及ビ繼續期間ヲ定ムル  
ノ權利ヲ有ス。  
第十五條 社會ハ其行政ノ公ノ代  
理人ニ對シテ責任ヲ問フノ權利  
ヲ有ス。

第十六條 權利ノ保障ノ安固ナラ  
ズ且ツ權力ノ分立ノ確立セラレ  
ザル社會ハ凡テ憲法ヲ有スルモ  
ノニ非ラズ。

ニ依テ其ノ生命自由及ビ財産ヲ  
保護セラルベキ權利ヲ有ス。此  
ノ故ニ各個人ハ其ノ保護ノ費用  
ノ分前ヲ負擔シ及ビ必要アルニ  
於テハ其ノ身上ノ役務又ハ之ト  
等シキモノヲ供スルコトヲ要ス。  
マサチニューセツ第二十二 如何ナ  
ル理由ヲ以テスルモ人民又ハ立  
法府ニ於ケル人民ノ代表者ノ同  
意ナクシテ補助金、賦課金、租稅、輸  
入稅又ハ關稅ヲ新設シ其ノ率ヲ  
定メ、賦課シ又ハ徴收スルヲ得ズ。  
前出ヴァジニア第二參看。其他尙  
マサチニューセツ第五 凡テノ權力  
ハ元來人民ニ存シ人民ヨリ出デ  
タルモノナルカ故ニ立法執行又  
ハ司法ノ何レヲ問ハス凡テ職權

ヲ有スル政府ノ官府及ビ官吏ハ  
人民ノ代人タリ代理人タリ何レ  
ノ時ニ於テモ常ニ人民ニ對シテ  
責任ヲ有ス。  
ニューハンブッシュヤイア第三 人ガ社  
會狀態ニ入ルニ於テハ他ヨリ保  
護ヲ受ケンガ爲メニ其ノ自然ノ  
權利ノ或ルモノヲ拋棄ス此ノ如  
キ代償アルニ非ラザレハ其ノ拋  
棄ハ無効ナリ。  
マサチニューセツ第三十 此ノ共和  
國ノ政府ニ於テハ立法部ハ決シ  
テ執行權及ビ司法權又ハ其ノ何  
レカーヲ行フコトナク執行部ハ  
立法權及ビ司法權又ハ其ノ何レ  
カーヲ行フコトナク司法部ハ立  
法權及ビ執行權又ハ其ノ何レカ



第十七條 所有權ハ不可侵且ツ神聖ノ權利ナルガ故ニ法律ニ依リ公ノ必要ガ明ニ之ヲ要求スルコトヲ認定シ且ツ豫メ正當ノ賠償ヲ支拂フノ條件ノ下ニ於テスルニ非ラザレハ所有權ヲ奪フコトヲ得ズ。

一ヲ行フコトナカルベシ、要スルニ其ノ政府ハ法律ノ政府タルベクシテ人ノ政府タルベカラズ。マサチューセツ第十(上略)各個人ノ財産ノ一部ト雖モ其ノ同意ナク又ハ人民ノ代表體ノ同意ナクシテ之ヲ奪ヒ又ハ公共ノ用ニ供スルヲ得ズ……若シ公共ノ危急ニ因リ公用ノ爲メニ個人ノ財産ヲ沒收スルノ必要アルニ於テハ必ラズ之カ適當ノ賠償ヲ受クベシ。

グアモント第二 私有財産ハ必要ガ之ヲ要求スルニ於テハ公共ノ用ニ服従スルコトヲ要ス、然レトモ若シ公共ノ用ノ爲メニ特定人ノ財産ヲ取ルトキハ所有者ハ金

### 第六節

以上佛國ノ權利宣言ト米國ノ同ジ宣言トヲ比較スルニ於テ第一ニ著ルシキハ抽象的ノ主義ヲ列記シ隨テ其ノ意義ノ廣汎ナルコトハ兩者共通ニシテ其ノ全體ノ語調ニ於テ亦兩者甚シク相近似セルコトナリ。佛國人ハ管ニ米國ノ思想ヲ採用シタルノミナラズ其ノ形式ニ於テモ亦洋ノ彼岸ニ行ハレタルヲ繼受シタルナリ。唯米國人ノ語多キニ反シテ佛國人ハ其ノ國語ノ特質ニ基キテ簡潔ニ之ヲ言ヒ表ハシ得タルノミ。佛國ノ宣言ニ於テ新ニ追加シタルモノノ最モ著ルシキハ第四條乃至第六條ニテ其ハ徒ニ何ノ意味モナキ自由及ビ法律ノ定義ニ過ギズ。其ノ外佛國ノ正文ニハ其ノ第四條第六條及第十三條ニ於テ強ク各人ガ法律ノ前ニ均等ナルコトヲ

錢ニ於テ之カ代償ヲ受クルコトヲ要ス。



舉ゲタレドモ、是ハ米國ニ於テハ其ノ社會上ノ關係ト民主的ノ制度トニ由リ自明ノ事ト看做サレ、隨テ唯折ニ觸レテ其ノ事ヲ舉ゲタルニ過ギス、是レニ付キテハ佛國人ハ「コントラ、ソシアル」ノ影響ヲ受ケタルモノト認ムルヲ得ベシト雖ドモ、是レトテモ米國ノ章典ニハ知ラレザル全ク新ナルモノヲ創設シタルモノニハアラザルナリ。

此ノ事實ハ歴史家ニ取リテハ佛國ノ宣言ノ效果ヲ判斷スルニ於テ少ナカラザル意義ヲ有スルモノナルベシ。米國ノ諸州ハ其ノ權利章典ニ依リテ始メテ秩序アル公共團體トナリ、而シテ未ダ嘗テ其ノ正文ガ國家ヲ破壊スベキ結果ニ導クベキコトヲ非難シタルモノハアラズ。サレバ佛國ニ於テモ其ノ人權宣言發布ノ後ニ起リタル騷亂ハ決シテ其ノ成文ニ原因シタルモノニアラザルハ明カナルベシ。却テ此ノ場合モ亦外國法ノ輕率ナル繼受ガ如何ニ危險ナルカヲ證明スベキ一例證タルモノナリ。即チ米國人ハ古クヨリ既ニ存在シ居タル基礎ノ上ニ一七七六年ニ於テ一發展ヲ加ヘ

タルノミナルニ反シテ、佛國人ハ其ノ國體ノ基礎ヲ根底ヨリ覆ヘシタルナリ。米國ニ於テハ唯團體發展ノ一段階タリシモノガ佛國ニ於テハ益國ヲシテ擾亂ニ陥キラシムルノ原因トナレリ。是ハ當時ニ於テ既ニ遠眼ノ士例ヘバラリ、トレンダ爾殊ニミラボーノ認識シ居タル處ナリ。

然レドモ法史家ニ取リテハ米國ノ權利章典ヲ觀察スルニ於テ更ニ新ナル一問題ヲ生ズ、如何ニシテ米國人ガ立法ノ方式ヲ以テ此ノ如キ制定ヲナスニ至リシカノ問題ハ是ナリ。

一見之ヲ見レバ其解答ハ容易ナルガ如シ、其ノ名稱ニ於テ既ニ其ノ淵源ノ英國ニ存スルコトヲ表明ス。一六八九年ノ *Bill of rights* 一六七九年ノ *Habeas Corpus act* 一六二七年ノ *Petition of right* 及ビ最後ニ *Magna Charta Libertatum* ガツツシニヤノ *Bill of rights* ノ先驅タルコトハ更ニ疑フヘカラザルニ似タリ。

固ヨリ米國人ハ英國ノ法律ヲ以テ自己ノ國法ノ一部ト看做セルモノナ



レバ、此等ノ有名ナル英國ノ法律ニ對スル記憶ガ一七七六年以後ノ權利宣言ニ重要ナル影響ヲ與ヘタルコトハ言フ迄モナキ所ナリ。「マグナ、カルタ」及ビ英國ノ「ビル、オフ、ライツ」中ノ數多ノ簡條ハ直接ニ米國ノ權利ノ列記中ノ條項トシテ採用セラレタルモノアリ。

然ルニモ拘ラズ米國ノ宣言ト右ニ舉ゲタル英國ノ法律トノ間ニハ極メテ著ルシキ差異アリ。米國革命ノ歴史家ハ「ヴァージニアノ宣言ニ付テ論ジテ」曰ク彼等ハ人類ノ恒久ノ法ノ名ニ於テ凡テノ壓制ニ對シテ反抗シタルナリ英國ノ一六八八年ノ「Petition of Right」ハ歴史ヒストリカル的復舊レスタウラシヤン的ナリ「ヒストリカル、レスタウラシヤン」キ「ヴァージニアノ宣言ハ直ニ自然ノ心ヨリ出デ凡テノ將來ニ對シ凡テノ國民ノ爲メニ其ノ指導者タルベキ主義ヲ言明シタルモノナリ」ト(Bancroft, History of the United States VII, p. 243)

英國ノ法律ニシテ臣民ノ權利ヲ定メタルモノハ何レモ皆其レノ特別ノ原因ニ依リ既ニ存在セル、權利ヲ確認シ又ハ解釋シタルモノハニ過ギズ。

「マグナ、カルタ」スラモ毫モ新ナル權利ヲ包含セルモノニアラザルハ第十七世紀ノ初ニ於テ既ニ英國法學ノ大家サー、エドワード、コークノ論證シタルガ如シ(Blackstone, Commentaries ed. Kerr 1887 I, p. 115 參着)英國ノ法律ハ決シテ一般ノ人權ヲ承認セント欲シタルモノニ非ラズ、英國ノ法律ニハ立法權ヲ制限シ將來ノ立法ノ主義ヲ定ムベキ力モナク又其ノ目的モナシ。英國ノ法ニ依レバ國會ハ萬能ノ府ニシテ國會ノ發布シ承認シタル法律ハ凡テ均一ノ力ヲ有スルモノナリ。

米國ノ宣言ハ之ニ反シテ通常ノ立法者ノ上ニ立ツベキ法則ヲ包含ス。合衆國ニ於テモ各支分國ニ於テモ單純ノ立法ト憲法ノ制定トニハ各殊別ノ機關アリ、而シテ通常ノ立法權ガ憲法ノ限界ヲ遵奉セルヤ否ヤニ付テハ、裁判官ガ之ヲ監督ス。裁判官ガ基礎權ヲ侵害スト認ムル法律ハ裁判官ハ其ノ適用ヲ拒ムコトヲ要ス。此ノ故ニ權利宣言ハ米國ニ於テハ今日ニ於テモ尙ホ少數者ヲ保護スベキ城壁ナリト看做サル。此ノ點ニ於テ米國ノ



權利宣言ハ歐洲諸國ノ所謂憲法上ノ保障アル權利トモ異ナリ。米國ノ宣言ハ管ニ上級ナル形式的ノ法律タルニ止ラズ又上級ノ立法者ニ依リ作成セラレタルモノナリ。歐洲ニ於テハ憲法變更ノ爲メニ鄭重ノ手續ヲ設クト雖モ其ノ變更ヲ議決スルモノハ殆ンド皆同一ノ立法者ナリ。其ノ形式ヲ守レルヤ否ヤニ付キ裁判官ガ審査權ヲ有スルガ如キハ、米國ニ於ケルト同ジク憲法ノ制定ガ通常ノ立法トハ全ク異ナル機關ヨリ出ツル瑞西國ニ於テモ更ニ之アラザル所タリ。

米國ノ權利章典ハ管ニ國家組織ノ或ル主義ヲ定メント欲シタルニ止マラズ又實ニ國家ト個人トノ間ニ限界ヲ限ラント欲シタルモノナリ。權利章典ニ依レバ個人ハ國家ニ依リテ始メテ權利主體タルモノニ非ラズシテ、自然ニ於テ既ニ權利主體タリ、不可讓、不可侵ノ權利ヲ有スルモノナリ。是レ英國ノ法律ノ全ク夢想セザル所ナリ。英國ノ法律ハ決シテ恒久、天賦ノ權利ヲ認メント欲シタルニ非ラズ、唯祖先ヨリ繼承シタル英國國民ノ舊來

ノ疑フ可ラザル權利ヲ承認セント欲シタルノミ。

此ノ點ニ於テ英國ノ臣民權ノ思想ハ最モ明瞭ニ發揮セラレ、若シ英國ノ權利章典ヲ精細ニ觀察スルトキハ其ノ中ニ個人ノ權利ヲ定メタルモノハ甚ダ僅少ナルヲ見ルベシ。法律ハ其ノ執行ヲ停止セズ、何人モ其ノ適用ヲ免ルルヲ得ズトイヒ、例外ノ裁判所ヲ設置セズ、峻酷ナル刑罰ヲ課セズ、陪審判事ハ適當ニ任命スベク、租税ハ法律ニ依ラザレバ課セズ、常備軍ハ國會ノ承認ナクシテ設置セズトイヒ、國會ノ選舉ハ自由ナリトイヒ、國會ハ頻繁ニ召集スベシトイフガ如キ、是等何レモ皆個人ノ權利ニハ非ラズシテ政府ノ義務ナリ。權利章典ノ十三个條ノ中其ノ形ノ上ニ於テ臣民ノ權能トシテ書キ表ハサレタルハ唯二个條ノミ。其ノ外ニハ唯國會議員ノ發言ノ自由ニ付テノ一个條アルノミ。其レニモ拘ラズ尙權利章典其レ自身ニ於テ其ノ凡テノ條項ヲ英國國民ノ權利及ビ自由ヲ宣言スルモノト稱シタル所以ハ、立法ニ依ル君主ノ制限ハ同時ニ國民ノ權利ナリトイフノ見解ニ出ヅ



ルモノナリ、

四〇

此ノ見解ハ中古ニ於ケル「ゲルマン」ノ國家ノ觀念ヨリ直接ニ發生シタルモノナリ。太古ニ於ケル國家ハ其ノ歴史ノ初ヨリ國民ヲ或ハ「ポリス」トシテ或ハ「チヅィタス」トシテ統一ノ團體トナシタルニ反シテ「ゲルマン」ノ王國ハ初メヨリ二元的ノ形態ヲ爲シ、君主ト國民トハ統一的一ノ一體ヲ爲スコトナク、互ニ相對スル獨立ノ主體ナリキ。此ノ故ニ當時ノ觀念ニ於ケル國家ハ大體ニ於テ兩者ノ間ニ於ケル契約關係ナリキ。舊時ヨリノ傳説ノ影響ヲ受ケタル羅馬法及ビ寺院法學者ハ第十一世紀ヨリ既ニ理論上此ノ二ノ要素ヲ統一シテ一體トナサシメント欲シ、契約ノ思想ヲ根據トシテ、或ハ國民ガ其ノ權利ヲ君主ニ讓リ渡シタルモノニシテ隨テ政府ハ即チ國家ナリトナスカ、或ハ君主ハ單ニ國民ノ代表者ニシテ隨テ國民ト國家トハ同一ナリトナスカニ因リテ其ノ目的ヲ達シ得タリトナセリ。然レド普通ノ國法上ノ觀念殊ニ等族國家ノ構成以後ニ於テハ國家ヲ以テ一般ニ君主ト國民

トノ間ノ雙方的契約關係ナリトナセリ。法律ハ即チ此ノ契約ノ内容ナリ。故ニ法律ハ君主ノ爲メニハ法律ニ服従スベキコトノ請求權ヲ生ジ、國民ノ爲メニハ法律ノ制限ヲ守ルベキコトノ請求權ヲ生ズ。隨テ國民ハ君主ガ法律ヲ滿タスベキコトノ上ニ權利ヲ有ス、凡テノ法律ハ國民ノ權利ヲ作ルモノニシテ其ノ所謂國民トハ明ニ國民ノ全體ト并ニ各個人トヲ (Singulari et universi) 思考セルナリ。此ノ觀察ノ下ニ於テハ國會ハ屢之ヲ召集スベキコト、裁判官ガ峻酷ノ刑罰ヲ課スベカラザルコト等凡テ國民ノ權利タルナリ。斯ク法律ヲ以テ國家ノ二種ノ要素ノ爲メニ權利ヲ作成スル雙方的ノ法則ナリト看做スノ觀念ハ舊ルキ英國ノ歴史ヲ一貫セル思想タリキ。法律ニ依リテ認めラレタル權利ハ代代相傳ヘテ世襲ノ權利トナリ隨テ國民トシテ出生スルニ依リテ當然取得スル權利トナレリ。此ノ故ニ例ヘバ「ヘンリー六世」ノ時ノ文書ニハ法律ニ付テ「法律ハ國王ノ繼承セル中ノ最モ貴重ナルモノナリ、何トナレバ國王自身及ビ其ノ凡テノ臣民ハ法律ニ依リテ支配



セラル若シ法アラザレバ國王モナシ繼承モナカルベケレバナリト云ヘリ。Petition of rightニ於テモ亦國會ハ法律ニ依リテ臣民ガ其ノ自由ヲ繼承シタルコトヲ以テ其ノ根據トナシ、act of settlementモ亦法律ハ國民ノ birth right即チ出生ニ依リ取得シタル祖先ヨリ繼承シタル權利ナリト言ヘリ。

此ノ故ニ第十七世紀ノ英國ノ法律ノ中ニハ唯舊來ノ「權利及ビ自由」ヲ定メタルヲ見ルノミ、國會ハ常ニ唯 laws and statutes of this realmノ確認ヲ要求スルノミ、言ヒ換フレバ國王ト國民トノ間ノ既存ノ關係ノ確認ヲ要求スルノミ、新ナル權利ノ創設ハ凡テ此等ノ文書ニ於テ之ヲ見ルコトヲ得ズ、隨テ此等ノ文書ノ中ニハ信教ノ自由、集會ノ自由、出版ノ自由、移轉ノ自由ノ如キ重要ナル基礎權ニ付テハ何ノ規定モナク、今日ニ至ル迄モ英國ノ法學ハ此ノ種類ノ權利ヲ知ラズ。英國ノ法學ニ依レバ此等ノ方面ニ於ケル個人ノ自由ハ唯凡テ人格ニ對スル制限ハ法規ノ根據ニ依ルニ非ラザレバ爲スヲ得ズトイフ一般ノ法規ニ依リテ保護セラルルノミ。今日ノ英國ノ見解ニ

依レバ自由權トハ單ニ法律ノ支配ニ外ナラズ、主觀ノ法(權利)ニ非ズシテ客觀ノ法(法規)タリ。獨逸ニ於テハゲルバーニ依リテ創設セラレラバント其他ニヨリテ維持セラレタル自由權ハ即チ政府ノ義務ニ外ナラズトイフノ學說ハ、英國ニ於テハ獨逸ノ學說トハ關係ナク、ロック及ビブラックストーンニ依リテ唱ヘラレタル公權ノ自然法法的解釋ガ其ノ勢力ヲ失ヒタル後ハ前ニ擧ゲタル關係ヨリ當然ニ發生シタルナリ。

然レド此ノ自然法的ノ見解スラモロックニ於テハ尙舊時ノ英國ノ見解トノ關係ヲ脱スルニ至ラズ。ロックハ所有權(生命及ビ自由ヲモ包含ス)ヲ以テ個人ト國家以前ノ原始權ナリトシ、國家ハ此ノ權利ヲ保護スルガ爲メノ組合ニシテ此ノ權利ハ之ニ依リテ天賦ノ權利ヨリ國民トシテノ權利ニ變形スルモノナリトナセリト雖モ、然カモロックハ決シテ國家内ニ生存スル人類ガ確ナル限界アル基礎權ヲ有スルコトヲ認メタルニ非ラズ、唯立法權ニ絶對ノ制限ヲ附シ、其ノ制限ハ國家ノ目的ヨリ當然ニ流出スルモノトナシタ



ルナリ。尙之ヲ精密ニ觀察スルトキハ此ノ制限トハ即チロックノTwo Treatises on Governmentノ出テタルヨリ一年前ニ成立シタル Bill of Rights 中ノ最重要ナル條項ニ外ナラズ。

フラックストーンニ至リ始テ(一七六五年)各個人ノ權利ト云フノ思想ニ基キテ人ノ絶對權ノ學說ヲ立テタリ。安寧、自由及ビ所有權ハ各英國人ノ絶對ノ權利タリ。然レド此ノ權利ハ其本質ニ於テ自然ノ自由ヨリ公共ノ利益ノ爲メニ加ヘタル法律上ノ制限ヲ取り除キテ尙ホ個人ニ殘存セルモノニ外ナラズ。此等ノ權利ノ保護手段ハ等シク法律ナリ、國會ノ組織ノ全部國王ノ大權ノ制限并ニ法ノ保護ノ請求權、請願權、及ビ武器ヲ帶ブベキ權利ハ全ク Bill of Rights ニ於ケルト等シク英國國民ノ權利トシテ詳シク言ヘバ彼ノ三大權利ヲ保護スル爲メノ從タル權利トシテ取扱ハル。然レドモプラックストーンノ意見ヲ以テスルモ其ノ基礎タル思想ノ自然法ニ基ケルニモ拘ハラズ尙權利者タル個人ハ一般ノ人類ニハアラスシテ唯英國ノ臣民

ナリ。

之ニ反シテ米國ノ權利章典ハ凡テハ人類ハ生レナガラニシテ平等ニ且ツ自由ナリトノ字句ヲ以テ起リ、其ノ權利ハ凡テノ人類ニ every individual ニ all mankind ニ又ハ every member of society ニ屬ストナス。其ノ列舉スル所ノ權利ハ英國ノ其レヨリモ遙ニ種類多ク而シテ此等ノ權利ヲ以テ天賦、不可讓ノ權利トナセリ。米國ノ法律ニ於ケル此ノ如キ思想ハ抑、何ヨリ來レルカ。其ノ英國法ヨリ來レルモノニ非ラザルハ明瞭ナリ。若シ然リトセバ最も手近ナル解答ハ當時ノ自然法ノ見解ヨリ出テタリトナスニ在ルベシ。然レドモ自然法ノ學說ハ希臘ノ時代ヨリ既ニ存在セルモノニシテ然カモ是レヨリ以前ニハ何處ニモ未ダ嘗テ此ノ如キ基礎權ヲ形式的ニ規定シタルモノナシ。自然法ノ學說ハ長キ間未ダ嘗テ自然法ト制定法トノ間ノ區別ヲ明ニシテ制定法ヲ以テ自然法ヲ現實ニセンコトヲ要求シタルコトナカリキ。唯「ダイゼスト」中ニハウルピアン中ノ一箇處ヨリ取り自然法ニ依



レバ凡テノ人類ハ平等ナリトナシ唯奴隸ハ制定法ノ結果トシテ説明セリ。然レドモ羅馬人ハ嘗テ此ノ見解ヨリ實際ノ結果ヲ抽キ出シタルコトナシ。第十八世紀ノ頃ニ至ル迄モ多クノ學者ハ尙ホ人類ノ天賦ノ自由ハ成法上ノ不自山ト相調和シ得ベシト爲シタリ。自由ヲ以テ人ノ「エッセンス」ナリト爲シタルロックスヲモ其ノ起案シタルノース、カロリナノ憲法ニ於テ奴隸及ビ人身賣買ヲ是認シタリ

蓋シ學說ハ決シテ其レノ「ミ」ニテ結果ヲ見ハスモノハ「非ラズ」學說ニシテ實際ニ其ノ結果ヲ生ズルガ爲メニハ常ニ歷史上及ビ社會上ノ關係ノ之ガ實現ヲ準備セルモノアルヲ要ス。或ル思想ノ學說上ノ起源ヲ證明シ得タリトモ其レノ「ミ」ニテハ未ダ決シテ其ノ實際ノ制度ノ歴史ヲ明ニシ得タルモノニアラズ。政治ノ歴史ハ今日ニ於テモ尙ホ餘リニ多ク學說ノ歴史ニシテ餘リニ少ナク制度其物ノ歴史タリ。政治思想ノ新ニ生ゼルモノハ極メテ少ナシ、大多數ハ少クトモ其ノ萌芽ニ於テハ舊時ノ國家學ノ中ニ含マ

レタルモノナリ。然レドモ制度自身ハ絶エズ變更シ而カモ何レノ國ニ於テモ其ノ國特有ノ歴史ニ依リテ特別ノ形體ヲ有ス。

### 第七節

基督新教々會ノ組織ノ基礎ヲ爲セル民主的思想ハ英國ニ於テハ第十六世紀ノ終ニ於テロバート・ブラウン及ビ其徒弟ニ依リ始メテ論理的ニ論述セラレタリ。彼等ハ教會ハ即チ「共同體」ト同意義ナリトシ、詳シク言ヘバ教會ハ神トノ契約ニ依リテ自ラ基督ノ下ニ服從シタル信徒ノ共同團體ニ外ナラズ、其ノ團體ニ標準タルベキモノハ常ニ其ノ全體即チ多數者ノ意思ナリトナセリ (Weingarten, Die Revolutionskirchen Englands S. 21)。此ノ「ブラウン」派ハ英國ニ於テ迫害ヲ受ケ逃レテ荷蘭ニ匿レ此處ニテ、殊ニ其ノ派ニ屬セル「ジョン・ロビンソン」ニ依リテ「コングレゲーション」派ヲ作レリ、是レ即チ後ノ「インデペンデント」派ノ最初ノ形體タリシモノナリ。「コングレゲー



シヨン派ノ主義ハ先ヅ教會ト國家トヲシテ全然分離シタルモノトナシ而シテ各共同體ニ於テハ自主權ヲ有スベキモノトナシタルニ在リ。一六一七年ニセームス一世ニ捧ゲタル請願ニハ此ノ意味ヲ言ヒ表ハシテ「精神上ノ行政及政治ノ權利ハ教會自身ニ存シ教會ガ自ラ國民ノ共同且ツ自由ノ同意ニ由リ直接ニ「クリスト」ノ下ニ於テ獨立ニ之ヲ行フベキコト」ト言ヘリ。此ノ如キ宗教上ノ區域ニ於ケル主權的個人主義ハ實際ニ於テ極メテ重大ナル結果ニ導キタリ。此ノ主義ヨリシテ遂ニハ完全無制限ナル信仰ノ自由ノ要求及ビ其ノ承認トナリ、斯クテ又其ノ自由ハ人界ノ力ヨリ與ヘラレタルモノニ非ラズ隨テ又如何ナル人界ノ力ヲ以テモ奪フコトヲ得ザル權利ナリト主張スルニ至リシナリ。

然レド「インデペンデント」派ノ主張セル所ハ管ニ精神界ノ區域ニノミ止マレルモノニ非ラズ其ノ論理上ノ必然ノ結果トシテ又其ノ根本ノ思想ヲ政治ノ區域ニ迄モ及ボシタリ。彼等ハ教會ト等シク國家其他凡テノ政治

團體ヲ以テ原來主權ヲ有シタル團體員ノ契約ノ結果ナリト看做セリ。此ノ契約ハ元ト神ノ命令ヲ遂行スル爲メニ結バレタルモノナレドモ尙ホ常ニ共同體ノ最終ノ法律上ノ根據タリ。其ノ契約ハ個人ノ原來ノ權利ニ依リテ結バレ、管ニ安寧ヲ保持シ幸福ヲ増進スルガ爲メノミナラズ就中天賦不可讓ナル信仰ノ權利ヲ承認シ保護スルガ爲メニ在リ。而シテ此ノ契約ヲ締結シタルモノハ全國民ナリ、何トナレバ何人モ全國民ニ依ルニアラザレバ自ラ作リタル政府及ビ自ラ作リタル法律ヲ尊重スベキ束縛ヲ受クルコト能ハザレバナリト。

此ノ如キ宗教的的政治的思想ノ最初ノ痕跡ハ遙ニ前ニ溯ルコトヲ得ベク決シテ宗教革命ニ依リテ始メテ作ラレタルモノニ非ラズ、然レドモ此ノ思想ニ基キテ爲サレタル實行ニ至リテハ全ク新ニシテ前古未ダ其ノ例アラザル所タリ。歴史アリテ以來始メテ、管ニ此ノ如キ國家ヲ構成スベキ社會契約ノ必要ヲ論ジタルニ止マラズ、進ンデ實際ニ此ノ如キ契約ヲ締結シ



タルナリ。此ノ時マデハ唯學者ノ机上ノ空説タルニ止マリシモノガ此ノ時ニ至リテ始メテ實生活ヲ左右スベキ有力ナル運動トナリタルナリ。當時ハ人々ハ國家ガ契約ニ基ケルコトヲ信シ而シテ直ニ其ノ信ズル所ヲ實行ニ見ハシタルナリ。近時ノ國法學ハ此レ迄ハ未ダ此關係ヲ充分ニ認識スルコト能ハズ時トシテハ之ヲ以テ契約ニヨリテ國家ヲ構成シ得ベキ實例トシテ擧ゲタルモノアレドモ此ノ契約ガ却テ唯抽象的ノ理論ヲ實際ニ實行シタルモノニ過ギザルコトハ何人モ思惟スルモノアラザリシナリ。

一六四七年一〇月二八日ニクロムウェルノ軍隊ノ軍事會議ニ「レヅヅツライス」ノ起草シタル英國ノ新憲法案提出セラレタリ。此ノ憲法案ハ其ノ後大ニ増補修正ヲ加ヘ斯クシテ之ヲ國會ニ提出シテ全英國國民ノ之レニ署名センコトヲ請願セリ (Gardiner, History of the great civil war III, p. 568, p. 607—609)。此ノ注意スベキ文書中ニハ後ニ米國人ノ爲シタルト同様ニ國會ノ權カヲ以テ制限アル權カトナシ將來議會ノ立法權ヲ以テハ制限スルコト能

ハザル數個ノ條項ヲ擧ゲタリ。其ノ中ニハ第一ニ信教ノ事ヲ擧ゲテ信教ハ專ラ良心ノ命ズル所ニノミ從フベシトナセリ。 (That matters of religion and the ways of God's worship are not at all entrusted by us to any human power)。其ノ外此等ノ權利ハ國民ノ生來ノ權利 native rights ナリトナシ國民ハ凡テノ侵害ニ對シテ其ノ全力ヲ盡クシテ之ヲ維持スベキコトヲ固ク決心スト云ヘリ。英國ニ於テ法律案ヲ以テ信教ノ自由ノ生來ノ權利ヲ主張セントナシタルハ是レ其ノ最初ニシテ又其ノ最終ナリ。信教ノ自由ハ今日ノ英國ニ於テハ事實上ノ法律狀態ニ於テハ承認セラレドモ理論上ノ法ノ明文ヲ以テハ承認セラレルコトナシ。

然レド北亞米利加ニ於ケル英國殖民地ノ宗教上ノ關係ハ母國ニ於ケルトハ異ナリタル發展ヲナサシメタリ。

英國ニ於テ迫害追放ヲ受ケタル「コングレゲーション」派ノ「ビルグリム、ファ―ザース」ガ一六二〇年一月一日ニニュープリマス殖民地ヲ立ツルニ先



チ航海ノ船中「メーフラワー」號ニ於テ締結シタル契約ハ普ク人ノ知ル所ナリ。當時四十一人ノ人々ハ盡ク一ノ文書ニ署名ヲ爲シ、神ノ讚美ノ爲メニ基督教ノ信仰ヲ傳播スルガ爲メニ、及ビ國王并ニ祖國ノ名譽ノ爲メニ、殖民地ヲ開設セント欲スルコトヲ宣言セリ。之ニ依リテ彼等ハ政治的國民團體ニ相合一シ而シテ其ノ善良ノ秩序ヲ維持シ及ビ其ノ共同ノ目的ヲ達スルガ爲メニ法律ヲ發布シ官吏ヲ置キ及ビ自ラ之ニ服スベキ旨ヲ相互ニ相誓約シタリ。(其全文ハ Poore I. p. 931)

是レヲ最初トシテ其ノ後英國ヨリ移住セル殖民ハ相次ギテ所謂「殖民契約」ヲ締結セリ。彼等ハ其ノ宗教上政治上ノ主義ニ基キ新ナル殖民地ヲ作ル前ニ當リテハ此ノ如キ契約ヲ結ブノ必要アリト信ジタルナリ。爰ニハ唯信教ノ自由トノ關係ニ就テ之ヲ論ズルコトヲ要ス。

一六二九年ニマサチューセツツニ於ケル第二ノ殖民地タルサレムガ「ピョリタ」宗徒ニ依リテ建テラレタリ。彼等ハ其ノ本國ニテ大ナル迫害ヲ受ケ其

ノ抑壓ニ堪ヘズシテ躊躇ナク其ノ宗教上ノ主義ト相一致スル能ハザル本國ヲ見棄テ去リシナリ。其ノ後一六三一年ニ年若キ「インデペンデント」派ナルロージャー、ウィリアムス (Roger Williams) トイヘルモノマサチューセツツニ上陸シ而シテ間モナクサレムノ團體ヨリ其ノ牧師ニ選任セラレタリ。然ルニウィリアムスハ寺院ト國家トノ全然分離スベキコトヲ説キ、信教ハ管ニ凡テノ基督ノ信徒ノミナラズ猶太人、土耳其人及ビ邪教徒ニ對シテモ絶對ニ自由ナルベク、信教ノ如何ニ拘ハラズ國家ニ於ケル政治上國法上ノ權利ハ全ク平等ナルベキコトヲ要求セリ。人ノ信仰ハ全ク其ノ人ノミニ屬シ國家ニ屬スベキモノニアラズトナリ。斯カル主張ノ爲メウィリアムスハ人々ノ排斥スル所トナリ其ノ身モ危ウキニ及ビシカバサレムヲ立チ退キ一六三六年ニ一二ノ同心ノ徒ト共ニナラガンセットノ印度人ノ地域ニフロヴィデントストイフ市ヲ建設シ、凡テ宗教ノ爲メニ迫害ヲ受クル者ハ爰ニ逃レ來ルベキコトヲ勸誘シタリ。其ノ基礎ヲ定メタル契約ニ於テ此等ノ分離者ハ



其ノ多數者ノ法律ニ服従スベキコトヲ約束セリ、但シ其ノ服従スベキ所ハ形而下ノ事ニノミ關ス(only in civil things)宗教ノ事ハ全然立法ノ問題タルヲ得ザルナリ。此ノ如クシテ宗教上ノ信仰ハ無制限ナル自由ガ始メテ承認セラレ、然カモ其ノ承認ハ宗教心ノ最モ盛ナル人ニ依リテ實行セラレタルナリ。

プロフイデンスヨリ出デ、更ニ一六三八年ニ十九人ノ移住者ガ今日ノロードアイランドニ第二ノ殖民地タルアクドネックヲ建設シ、而シテ其ノ建設ノ前ニハ等シク其形ノ上ニ於テ最モ注意ニ價スベキ契約ヲ締結シタリ。  
(We whose names are underwritten do here solemnly, in the presence of Jehovah, incorporate ourselves into a Bodie Politick, and as he shall help, will submit our persons, lives and estates unto our Lord Jesus Christ, the King of Kings and Lord of Lords, and to all those perfect and absolute laws of his given us in his holy word of truth, to be guided and judged hereby.)

然レド新ニ殖民地ヲ造クル爲メニハ社會契約ヲ締結スルヲ要ストイフノ思想ハ決シテロージャー、ウリヤムスノ如ク絶對ノ信仰ノ自由ヲ認ムルモノニアラザリシモノニテモ尙等シク之ヲ有シ居タリ。一六三八年ニ等シクマサチューセツヨリ移住シテコンネチカットノ殖民地ヲ造リタル「ピューリタン」派ハ其ノ Fundamental orders ニ於テ神ノ語ニ隨ヒテ政治的團體ニ統一シ以テ新教ノ自由ヲ保持シ政治上ノ事ニ關シテハ法律ニ依リテ支配セラルベキコトヲ宣言シタリ。蓋シ「ピューリタン」派ハ其ノ母國ニ於ケル宗教上ノ關係ニ反對スルガ爲メニ彼等自身モ異教ヲ容認スルコト能ハザリシトハ雖モ、尙其ノ國家ハ第一ニハ宗教上ノ自由ヲ現實スルコトヲ目的トスルノ思想ヲ本トシタルモノナリ。唯彼等ノ所謂宗教上ノ自由トハ彼等自身ノ宗教上ノ信仰ヲ自由ニ承認ストイフコトノ外ニ出デザリシナリ。

米國ニ於ケル自由思想ノ發達ニ最モ大切ノ影響ヲナシタル國家及ビ政府ガ契約ニ基ケリトノ思想ハ斯ノ如クニシテ新世界ニ於テハ歴史上ノ事



情ノ力ニ由リテ確認セラレタリ。彼等ハ僅少ノ人數ヲ以テ新ニ團體ヲ作ルガ爲メニ移住シ廣漠ノ土地ニ散在シテ寂然タル原野ノ上ニ其ノ文化事業ヲ開始シタルナリ。然レバ彼等ハ國家ノ權力ニ服従スルヲ要セズ其ノ自然ノ状態ニ於テ生存シ得ベシト信ジ其ノ自然ノ状態ヲ脱スルニ於テハ自己ノ任意ヲ以テ之ヲ爲スモノニシテ他ノ人界ノ力ニ依リテ之ヲ強制セラル、コトナシト信ジタリ。其ノ人數ハ僅少ナレバ最初ニハ代表ノ必要ナク國民ノ總會タル市會 town meetings ニ於テ團體ノ凡テノ所屬員ノ決議ニヨリテ事ヲ行ヒタリ。直接民主國ノ團體ハ此ノ如クニシテ自然ニ發生シ其ノ結果ハ舊英國ノ思想ニハ適合セザル國民主權ノ思想ガ立法及ビ政治ノ基礎ヲ爲スニ至レリ。然レバ後ニ一七七六年ノ米國人ヲ支配シタル政治思想ハ此ノ如キ國家創設ノ歴史ヲ有スルモノニハ當然自明ノ事理タリ。獨立宣言ニイヘルガ如ク self-evident タリシナリ。

ロージャー、ウィリヤムスガ爾カク熱心ニ争ヒタリシ宗教上ノ自由ナル天賦

ノ權利ハ第十七世紀中ニ尙ホ公ノ文書ヲ以テ法律上ニ公認セラレタリ。其ノ最初ハ一六四七年ノロードアイランドノ法律ニシテ之ニ次テハ一六六三年ニチャールズ二世ガロードアイランド及ビプロヴィデンス殖民地ニ與ヘタル特許狀ナリ。此ノ特許狀ニ依リ殖民ノ請願ヲ容レテ殖民地ニ於テハ何人モ將來ニ於テハ公共ノ安寧ヲ害セザル限リハ宗教上ノ異説ノ爲メニ不利益ヲ受ケ所罰ヲ受ケ又ハ訴訟セラル、コトナク、平和ヲ守リ其ノ自由ヲ濫用シテ他人ヲ妨害スルニ非ラザル限リハ、完全ニ信仰ノ自由ヲ有スベキコトヲ宣言セリ。是レニヨリテ當時母國ニ於テ最モ激シク争ハレタルシモノガ殖民地ニハ許容セラレタリ。歐洲ニ於テ之レト類似ノ原則ノ認メラレタルハ、半漏西ニ於ケル「フリデリチアン」ノ實行ガ其ノ最初タルナリ。然レド他ノ殖民地ニ於テモ其ノ範圍ノ廣狹ノ差ハアレドモ亦タ信教ノ自由ノ主義ヲ公認シタルモノアリ。「カトリック派ノメーリーランドハ一六四九年ニ「エス、クリスト」ヲ認ムル各人ニ宗教上ノ禮拜ノ自由ヲ認メス。



其ノ外尙ロックガノースカロリナノ爲メニ起草シ而シテ一六六九年ヨリ此ノ殖民地ニ實施セラレ然カモ其ノ主義ニ於テハ少シモ彼ノ著書タル「*Treatises on Government*」ノ主義トハ一致スル所ナカリシ彼ノ不可思議ナル憲法ニモ亦完全ナル權利ノ平等ヲ基礎トハナサレドモ尙ホ宗教上ニハ猶太教徒ニモ異教信奉ノ自由ヲ認メタリ。何レノ宗教ヲ奉スルカヲ問ハズ信教者ノ數七人ニ滿ツル毎ニ一ノ教會又ハ信教團體ヲ建設スルコトヲ許ル。宗教上ノ事項ニ付テハ如何ナル強制ヲモ許ルサズ唯各住民ハ其ノ年齢十七歳ニ達スルト共ニ自ラ何レノ團體ニ屬スベキカヲ言明シ何レカノ教會ニ登録セラル、コトヲ要ス然ラザレバ全ク法律ノ保護ヲ受クルヲ得ザルナリ。何レノ宗教ヲ問ハズ宗教團體ノ侵害ハ堅ク之ヲ禁ズ。蓋シ政治上ノ自由ハ敢テロックノ固信シ居タル所ニ非ラザルベシト雖モ完全ナル宗教上ノ自由ノ道ヲ開カンコトハ固ク其ノ信念タリシナルベシ。ロックハ其ノ有名ナル「*Toleration*」ノ論ニ於テハ甚ダ強ク信教ノ權利ヲ辯護シタリシ

ガ其ノ「*Civil government*」ノ論ニ於テハ全ク是レヲ論ゼズ然レド其ノ實際上ノ見解ニ於テハ信教ノ權利ヲ以テ尙最モ大切ナルモノト看做シタルコトハ此ノ「*ノースカロリナ*」ノ憲法ニ依リテモ知ルコトヲ得ベシ。然レバロックノ意見ニ於テモ自由信教ノ權利ハ凡テノ他ノ權利ヨリモ優レタル第一ノ最モ神聖タル權利タリシナリ。自由ヲ以テ人間ノ天賦不可譲ノ權利ナリト主張シタル哲學者ニシテ其ノ起案ニ係ル憲法ニ於テハ躊躇ナク人身賣買ト奴隷トヲ公認シナガラ然カモ信教上ノ自由ハ其ノ全力ヲ盡クシテ之ヲ其ノ新封建國ニ實行シタルナリ。

其ノ他ノ殖民地ニ於テハ「*ニュージャージー*」ハ一六六四年ニ「*ニューヨーク*」ハ一六六五年ニ廣ク信教ノ自由ヲ許ルスノ法ヲ發布シタリ。ニューヨークハ之ヨリ先キ既ニ荷蘭ノ主權ノ下ニ於テ宗教上ノ點ニ付キテハ完全ナル自由主義ヲ享受シタリシガ一六八三年ニ於テ「*エヌスクリスツス*」ヲ信奉スルモノハ何人ト雖モ其ノ意見ノ差異ノ爲メニ不利益ヲ受クル無カラシ



コトヲ宣言セリ。同シ年ニウィリアム、ベンハ其ノ英國王ヨリ自己ノ所有地トシテ與ヘラレ、其ノ父ノ名ニ因ミテペンシルヴァニアト命名シタル殖民地ニ民主主義ヲ基礎トシタル憲法ヲ與ヘ、之ニ依リテ苟クモ神ヲ信奉スルモノハ何人ト雖モ宗教上ノ作爲ヲ強制セラレ又ハ其ノ他ノ利益ヲ受クルコトナカルベキコトヲ宣言シ、而シテ其ノ後(一七〇一年)ペンノ發布シ一七六六年マデ效力ヲ有シタル憲法ニ於テハ政治上最大ノ自由ヲ有スル國民ト雖モ信教ノ自由ヲ有スルニ非ラザレバ眞ニ幸福ナルコトヲ得ズトイフコトヲ第一ニ擧ゲテ、且ツ彼レ及ビ彼レノ子孫ハ彼レガ承認シタル此ノ信教ノ自由ノ將來永ク侵犯スルコトナカルベク、其ノ條ノ文言ハ何レノ點ニ於テモ決シテ變更スルコトナカルベキコトヲ誓約セリ(Charter of privileges for Pennsylvania, Poore II, p. 1537)即チ憲法的ノ法則ハ同時ニ恒久法(Lex in perpetuum valitura)タルノカヲ認メタルナリ。

マサチューセッツハ一六九二年ニ英國王ウィリアム三世ヨリ特許狀ヲ受ケ、之

ニ依リ英國ノ一六八八年ノ Toleration act ヲ模範トシテ「カトリック派ヲ除キテ其ノ餘ノ基督教徒ニハ完全ノ信仰ノ自由ヲ認メ」ジョージヤモ亦一七三二年ニジョージ二世ヨリ同様ノ法律ヲ與ヘラレタリ。

此ノ如クニシテ亞米利加ニ於テハ範圍ハ廣狹ハ暫ク措キ、兎ニ角ク自由信教ノ原則ガ普ク憲法ニ依リテ公認セララル、ニ至レリ。其ノ爰ニ至レルハ米國ニ於ケル民主主義ノ發生ノ根據タリシ宗教的政治的ノ運動ト最モ密接ノ關係アリ、而シテ人間ニハ國法ノ特許ニ依リテ得タルニハ非ラズシテ固有ニ備ハレル權利アリ、宗教上ノ信仰ノ外表ハ國家ヨリモ一層高キ權利ノ行使ニシテ國家ノ侵犯ヲ許ルサザルモノナリトイフノ確信ヨリ來レルモノナリ。此ノ久シク壓抑セラレ居タル權利ハ英國ノ「マグナカルタ」及ビ其他ノ法律ニ於ケル權利及ビ自由ノ如ク繼承シタル inheritance ニ非ラズ祖先ヨリ相續シ得タルモノニ非ラズ、之ヲ認許スルモノハ國家ニハ非ラズシテ「ゴスベル」ナリ。



歐洲ニ於テハ當時及ビ之ヨリ遙カ後マデモ唯斷片的ノ法則ニテ公ニ認  
 メラレタルニ過ギズ其外ニハ唯十七世紀ニ初マリテ次ノ世紀ノ文藝勃興  
 ノ時代ニ其ノ頂點ニ達シタル精神的ノ大思潮ニ於テ文字ノ上ニ争ハレタ  
 ルニ過ギザルモノガ、ロードアイランド及ビ其ノ他ノ殖民地ニ於テハ十七  
 世紀ノ中葉ニ於テ既ニ普ネク認メラレタル國法ノ大原則トナリシナリ。  
 信教ノ自由ノ權利ハ公ニ宣言セラレ斯克シテ一般ノ人權タル思想ハ發生  
 シタリ。一七七六年ニハ此ノ權利ハ凡テノ bills of rights ニ於テ既ニ認メ  
 ラレ殊ニ其ノ多數ハ極メテ力強キ形ヲ以テ第一ニ之ヲ定メ之ヲ稱シテ人  
 間ノ自然ノ天賦ノ權利ナリト言ヘリ。

就中ニニューハムシャヤノ bill of rights ハ此ノ權利ノ性質ヲ論ジテ自然ノ權  
 利ノ中ニハ其ノ性質上當然不可讓ナルモノアリ、何トナレバ如何ナルモノ  
 ト雖モ其代リニ與フベキ之ニ相當スベキモノハアラザレバナリ。信仰ノ  
 權利ハ即チ此種類ナリト言ヘリ。(Among the natural rights some are in their very

nature unalienable, because no equivalent can be given or received for them. Of this kind are the Rights of Conscience.)

此ハ如ク法律ヲ以テ個人ノ天賦不可讓且ツ神聖ナル權利ヲ確認スルコ  
 トハ其ノ淵源ハ政治上ニ在ラズシテ宗教上ニ在リ。從來世人ノ佛國革命  
 ハ結果ト信シ居タル所ハ其ノ實ハ宗教革命及ビ其ノ争鬭ハ產出物タリ。  
 其ハ最初ノ傳教者ハラフアエツトニハ非ラズシテ彼ハ ロージャール、ウリアムス  
 ナリ、深ク且ツ強キ宗教上ノ熱情ニ驅ラレテ廣漠ノ原野ニ新ニ自由信仰ノ  
 國家ヲ建設シ今日ニ至ルマデ米國ニ於テハ甚大ノ尊敬ヲ以テ其ノ名ヲ記  
 憶セラル、ロージャール、ウリアムス其人ナリシナリ。

### 第八節

第十七世紀ハ宗教上ノ争ノ時代ナリキ、次ノ世紀ニ於テハ政治上及ビ  
 經濟上ノ利害ガ歴史の運動ノ主要ノ地位ヲ占ム、殖民地ノ民主的の制度ハ



多クノ點ニ於テ母國ノ制度ト相矛盾シ、兩者ノ共同關係ハ漸次ニ精神上ノ離隔ヲ來タシ殊ニ其ノ經濟上ノ利益ノ衝突ハ年ヲ追テ益々甚シキニ至レリ。殖民地ノ經濟上ノ繁榮ハ出來得ベキ其ノ動作ノ自由ヲシテ制限ヲ受クルコト少カラシメンコトヲ要求ス。此ノ如クシテ殖民地ハ遂ニハ自己ノ本國ヨリ支配セララル、ニハ非ラズシテ他國ノ支配ヲ受クルガ如キ感覺ヲ有スルニ至レリ。

是ニ於テカ舊時ノ「ビューリタン」派及ビ「インデペンデント」派ノ見解ハ新タル方向ニ向テ其ノ結果ヲ見ハセリ。殖民地ノ建設ニ付テ爾カク大ナル勢力ヲ有シ遂ニ信教ノ自由ヲ公認セシムルニ至リタル社會契約ノ學說ハ、今ハ其ノ現存ノ制度ノ變形ニ付テ最モ偉大ナル影響ヲ與ヘタリ。其ハ此等ノ制度ガ變更セラレタルニハ非ラズ、唯之ニ新ナル基礎ヲ與ヘタルナリ。初メ殖民ノ米國ニ來レルヤ英國ノ臣民トシテノ自由及ビ權利ハ其ノ儘ニ之ヲ繼承セリ。英國王ガ諸殖民地ニ與ヘタリシ特許狀ニハ明ニ移住民

及ビ其子孫ハ英國人ガ本國ニ於テ享受スルト同一ノ。凡テノ權利ヲ享受スベキコトヲ保障シタリ。英國ノ「ビル、オブ、ライツ」ノ以前ニ於テ既ニ多數ノ殖民地ハ舊來ノ英國民トシテノ自由權ヲ集メ規定シタル法律ヲ發布シタリキ。然レド此等ノ舊來ノ權利ハ十八世紀ノ後半期ニ於テ全ク其ノ性質ヲ一變シタリ。英國王ヨリ與ヘタル特許狀ニ於テ特許セラレ又ハ殖民地ノ地主ヨリ承認セラレタル傳來繼承ニ基ク權利、自由并ニ自ラ政府ノ組織ヲ定ムベキノ權能ハ、其ノ文言ニ於テハ更ニ變ズル所ナカリシカドモ、其ノ性質ニ於テハ人間ヨリ出デタル權利ニハアラズシテ神及ビ自然ヨリ出デタルモノトナリシナリ。

然レドモ其ノ權利ハ當ニ此等舊來ヨリ傳來セルモノニ止マラズシテ新タル權利モ之ニ加ハレリ。信仰ノ權利ハ國家以上ノ權利タリトイフノ信念ハ即チ個人ノ不可讓ノ權利ノ各種ノ種類ヲ類別スルノ基礎タリシモノナリ。自然法學ハ原則トシテ個人ニ唯一ノ自然權即チ自由若クハ所有



權ヲ認ムルノミナレドモ、十八世紀ノ米國人ノ見解ニ於テハ數多ノ種類ノ自然權ヲ數フ。

當時ノ米國人ノ政治思想ハロックノ所見ブツフェンドルフノ學說モンテスキューノ思想ノ影響ヲ受ケタルコトハ極メテ大ナリ。サレド此ノ如キ一般ノ人權及ビ公民權ノ數多ノ種類ヲ列舉スルコトハ決シテ此等ノ學說ニヨリテノミハ説明スルコトヲ得ズ。

一七六四年ニボストンニ於テ有名ナルゼームス、オヂスノ英國移住民ノ權利ニ付イテノ著書公ニセラレヌ。其ノ書中ニ論ジテ曰ク「英國ノ移住民ノ政治上及ビ公民トシテノ權利ハ國王ヨリノ特許ニ基クモノニ非ラズ。『マグナカルタ』ノ起源ハ如何ニ舊ルシトハ雖モ是レトモ凡テノ淵源ニハ非ラズ。英國ノ國會ハ或ハ凡テノ米國ノ特許狀ヲ無効ナリト宣言スルノ時アルベシ、然レド米國ノ移住民ガ人間トシテ公民トシテ有スル所ノ天賦自然ノ權利即チ其ノ人格ニ離ルベカラザルノ權利ハ何レノ時ト雖モ決シ

テ破毀セラルベキニ非ラズ。特許狀ノ效力ハ如何ニナルトモ此ノ權利ハ世界ノ終リマデ存續スベシ』ト。

此ノ著書ニ於テ既ニ後ノ時代ノ Bill of Rights ノ如キ形ヲ以テ「神及ビ自然ニヨリテ定メラレタル」立法權ノ絶對ノ限界ヲ列舉シタリ。其ノ中點ヲナセルモノハ當時殖民地ト母國トノ間ノ主タル爭點タリシ課稅權ナリキ。租稅又ハ關稅ガ國民又ハ移住民ノ代表者ノ同意ナクシテ賦課スルコトヲ得ズトイフコトハ或ハ國家ノ法律ニハ抵觸スルコトナキヲ得ベシト雖モ、自由ノ恒久ノ法ニハ必ラズ相抵觸セルモノナリト。此ノ限界ハ其ノ實ロックガ「神及ビ自然ガ凡テノ國及ビ凡テノ政體ニ於ケル立法權ノ限界トシテ定メタルモノナリ』トシテ數ヘタル所ニ外ナラズ。

然レドモ此ノロックノ法則ハ此ノ書ニ於テハ著ルシキ變更ヲ受ケタリ。即チ客觀ノ法ヨリ變ジテ主觀ノ法(權利)トナリシナリ。ロックハ後ニルーンウノナシタル如ク個人ヲシテ社會ノ多數者ノ意思ニ服從セシメ、唯其ノ多



數者ノ意思ニ對シ國家ノ目的ニ依リテ其ノ限界ヲ附シタルニ過ギザリシニ反シテ、今ハ個人ガ社會狀態ニ入ルニ於テハ或ル條件ヲ以テ之ニ加ハルモノニシテ此ノ條件ハ國家ニ於テ權利トシテ之ヲ保有スルモノトナセリ。此ノ故ニ國家ニ於テ及ビ國家ニ對スルノ權利ニシテ其ノ源ヲ國家ニ有セザルモノアルナリ。英國ノ政府ガ此ノ權利ヲ制限セント欲セルニ對シテ今ヤ嚴肅ニ此ノ權利ヲ宣言シ且ツ之ヲ防護セントスルノ思想ヲ生ゼルナリ。

一七七二年一月二〇日ニボストンニ集マリタル市民ノ集會ニ於テサミュエル・アダムスノ提議ニヨリテ其起草ニ係ル人間トシテ基督教徒トシテ及ビ公民トシテノ移住民ノ權利ノ宣言ヲ可決シタリ。其ノ中ニハロックヲ援用シテ人間ハ自由意思ニ依ル同意ヲ以テ國家ニ加入スルモノニシテ其ノ原契約ノ形ニ於テ豫メ國家ノ條件及ビ制限ヲ定メ及ビ之ヲ防護スルノ權利ヲ有スルコトヲ言明シ而シテ之ニ次ギテ人間トシテ自由及ビ所有ノ權

利、基督教徒トシテハ宗教ノ自由、公民トシテハマダナカルタ<sup>タ</sup>及ビ一六八九年ノ「ビル、オブ、ライツ」ノ權利ヲ要求セリ。(Wells, The life and public services of Samuel Adams I, p. 502—507)

最後ニ一七七四年一〇月一四日ニフィラデルフィアニ集レル十二ノ殖民地ノ聯合會議<sup>コンツレックス</sup>ニ於テ權利ノ宣言ヲ發布シ北亞米利加殖民地ノ住民ハ自然ノ不可變更ノ法ニヨリ奪フヘカラザル權利ヲ有ストナシ且ツ英國憲法ノ主義及ビ自己ノ憲法ヲ議決シタリ(其全文ハ Story, Commentaries on the Constitution of the United States I, p. 134 ff.)

是レヨリシテヅ<sup>ズ</sup>ニヤノ權利宣言ニ至ルマデノ間ハ一見唯一歩ノミナルガ如クナレドモ、其ノ實此ノ二ツノ文書ノ間ニハ千里ノ差アリ。フィラデルフィアノ宣言ハ抗議<sup>プロテスト</sup>ナレドモ、ヅ<sup>ズ</sup>ニヤノハ法律ナリ。英國ノ法ニ訴フルコトハ全く其ノ跡ヲ絶テリ。ヅ<sup>ズ</sup>ニヤトイフ國家ガ嚴肅ニ現存者及ビ將來ノ子孫ニ屬スル權利ヲ政府ノ基礎及ビ根據トシテ宣言シタルナリ。(其



宣言ノ表題ハ A declaration of rights made by the representatives of the good people of Virginia, assembled in full and free convention; which rights do pertain to them and their posterity, as the basis and foundation of government. トイフ。

此宣言及ビ之ニ次ギ新ニ獨立國トナリタル北亞米利加諸州ノ權利宣言ニ於テハ是レ迄ニ主張シタル自由權即チ身體ノ自由、所有權ノ自由、信仰ノ自由ノ外ニ尙ホ後ノ時代ニ他ノ方面ニ於テ英國政府ヨリ個人ノ自由ヲ侵サレタルニ應ジテ新タル自由權即チ集會權、出版ノ自由、移轉ノ自由等ヲモ加ヘタリ。管ニ自由權ノミナラズ其中ニハ尙請願權、訴訟權、及ビ訴訟ノ手續殊ニ獨立ノ陪審官ニヨリテ裁判セラルベキ權利、並ニ其ノ他ノ國家ノ積極ノ役務ニ對スル要求權及ビ公民ノ政治上ノ權利ノ基礎ヲモ言明セリ。然レバ此等ノ權利宣言ハ其ノ立法者ノ趣意ニ於テハ個人ノ公權ノ全體ノ要旨ヲ包含シタルモノナリ。其ノ外ニ此ノ宣言ニ於テハ尙權力ノ分立、官職ノ任期ノ制限、官吏ノ責任、世襲ノ榮爵ノ禁止ノ主義ヲ採リ及ビ常備軍隊

設置ノ禁止又ハ國教教會ノ設立ノ如キ立法及ビ政治ニ對スル或ル制限ニシテ個人ノ公權トハ全ク關係ナク又ハ唯間接ノ關係ヲ有スルニ過ギザルモノヲモ規定シタリ。其ノ全部ハ國民主權ノ思想ヲ基トセルモノニシテ、其ノ結果ハ其ノ憲法ノ全體ヲ以テ凡テノ者ノ共同ノ約定トナセルナリ。此ノ點ニ於テ明ニ舊時ノビューリタン<sup>ビューリタン</sup>及ビインデペンデント<sup>インデペンデント</sup>派ノ教會契約<sup>コヴェナント</sup>ノ思想ノ影響ヲ見ルコトヲ得ベク、此ノ思想ハ前後絶エズ其ノ影響ヲ及ボセルモノニシテ後ノ時代ニ至リテハ更ラニ特種ノ方法ニ於テ新ナル力ヲ見ハセリ。今日ノ米國各州ニ於テ憲法ノ變更ヲナスニ或ハ國民自身ガ直接ニ之ヲ決定シ或ハ特別ノ立憲議會<sup>コンベンション</sup>ニ於テ之ヲ議決スルコトヲ要ストナセルハ即チ嘗テコンネチカット及ビロードアイランドノ住民ヲ支配シタルト同一ノ思想ニ基ケルモノニ外ナラザルナリ。

何レノ州ニ於テモ其憲法ノ第一部ハ常ニ權利章典 Bill of Rights ニシテ之ニ嗣ギテ其ノ第二部ニハ政體 Plan 又ハ Frame of government ヲ定ム。其ノ最



初ニハ國家ノ作成者即チ初メニハ自由且ツ無制限ナル個人ノ權利ヲ定メ之ニ次ギテ個人ニ依リ作成セラレタルモノ即チ公共團體ノ權利ヲ定ム。

其ノ大體ノ原則ニ於テハ各州何レモ相一致セリト雖モ其ノ立法上ノ形體ニ至リテハ各州ノ間ニ甚ダシキ差違アリ其ノ差違ハ後ニ至リテ漸次ニ少ナクナリタリト雖トモ今日ニ於テモ尙未ダ全ク消失スルニハ至ラズ。例ヘバ前ニモ述ベタル如ク宗教上ノ自由ハ原則トシテハ何レノ州ニテモ一樣ニ承認セラレタレドモ何レノ州モ同時ニ且ツ完全ニ之ヲ實行シタルニ非ラズ。凡テノ人類ハ自然ニ於テ自由ニ且ツ平等ナリトノ原則ハ普ク認メラレタレドモ、黑人奴隸ハ當時ニハ尙未ダ全ク廢止セラル、ニ至ラズ、奴隸ヲ認メタル州ニ於テハ *Man* トイフ代ハリニ *freeman* ト言ヘリ。

斯ク嚴肅ニ宣言セラレタル權利ハ最初ハ凡テノ住民 (*all inhabitants*) ニ、奴隸ヲ認ムル州ニ於テハ凡テノ白人ニ屬スルモノトセラレタリシカ、後ノ時代ニ至リ多數ノ州ニ於テハ政治上ノ權利ヲ行使スルガ爲メニハ尙合衆國

ノ公民 *citizen* タルコトヲ要ストナセリ。

以上余輩ハ如何ニシテ舊英國ニ於ケル權利及ビ新ニ移住民ノ行使セル權利ヨリシテ、國家ヨリ獨立ナル、國家ノ必ラズ承認スルコトヲ要スル個人ノ權利範圍ナルモノガ存在ストイフ思想ガ發達シ來リタルカヲ論ジタリ。其ノ實ハ米國ノ宣言ハ唯當時ノ事實上ノ法律狀態ヲ一般特定ノ原則ニ抽象シタルモノニ外ナラザルナリ。

米國人ハ唯當時ニ保有シ居タルモノヲ自己及ビ凡テノ自由民ノ永久ノ所有物ナリト宣言セントナシタルノミ。之ニ反シテ佛國ノ國民ハ當時未ダ有セザリシモノ即チ抽象的ノ一般原則ヲ基トシテ之ニ相當スベキモノヲ供與セントシタルナリ。米國ノ權利宣言ト佛國ノ權利宣言トガ相異ナル所ノ最モ著ルシキ點ハ米國ニ於テハ現實ノ制度ガ個人ノ權利ノ承認ヨリモ先キニ行ハレ、佛國ニ於テハ之ヨリ後ニ來レルコトニアリ。フランクフルトニ於ケル獨逸ノ國民會ノ大失態モ亦等シク此ノ點ニアリ、彼等ハ先



ツ個人ノ權利ヲ認め然ル後國家組織ヲ定メントシタルナリ。當時獨逸ノ國家ハ未ダ建設セラレズ而シテ此ノ未ダ全ク存在セザル國家ガ何ヲ爲スコトヲ得ザルカ何ヲ許與スルコトヲ要スルカヲ決定シタリ。米國國民ガ先ヅ權利章典 *bill of rights* ヲ定メ政體 *plan of government* ヲシテ其後ニ嗣ガシメタルハ唯其政府及ビ之ヲ定ムル所ノ法律ガ既ニ久シク現存シタルガ爲メノミ。

然レドモ以上ノ研究ノ結果トシテ更ニ疑ヲ容レザルモノハ一アリ曰ク一七八九年ノ主義ハ其實一七七六年ノ主義ニ外ナラザルモノナリ。

### 第九節

最後ニ余輩ハ尙ホ一ノ問題ニ答フルコトヲ要ス。個人ノ天賦權及ビ國家契約ノ説ハ希臘ノ「ソフィスト」ニ於テ既ニ萌芽ヲ發シ中世ノ自然法學者ニ依リテ發達シ宗教革命ノ思潮ニ依リテ更ニ其ノ發展ヲ促カサレタルモノ

ナルニ拘ラズ何故ニ獨リ英國及ビ其殖民地ニ依リテ始メテ斯ク新時期ヲ劃スベキ影響ヲ與フルニ至リシカ。英國ハ純然タル君主國體ノ國家タリ其ノ凡テノ制度ハ王位ト密接ノ關係ヲ有シ王權ヲ基トスルニ非ザレバ其ノ制度ヲ理解スベカラズ。此ノ君主國ニ於テ如何ニシテ共和思想ガ民心ヲ制シ以テ國家ノ構成ヲ根底ヨリ變更スルニ至リシカ。

其ノ直接ノ原因ハ甚ダ明瞭ナリ。外國ヨリ來リテ神權ヲ主張セル「ステュアート」王朝ト英國ノ國民的權利思想トノ衝突並ニ此ノ王朝ニ對スル英蘭及ビ蘇格蘭ニ於ケル宗教上ノ紛争ハ此ノ學說ノ傳播ヲ助長スルニ充分ノ原因タルガ如シ。然レドモ之ト同様ノ關係ハ第十六世紀ノ終ヨリ第十七世紀ノ中頃マデノ間多クノ大陸諸國ニ於テモ亦等シク存在シタリ。此等ノ諸國ニ於テモ亦王權ハ益々專制ニ至ラントシ之ニ對スル等族ノ反抗ハ益々強キヲ加ヘ激烈ナル宗教的戰爭ヲ生ジ學者ノ有力ナル議論ハ主權者ニ對スル國民及ビ個人ノ權利ヲ主張シタリ。然レドモ大陸ニ於ケル革命的思



想ハ佛國ニ於テ國王ノ弑逆ニ導キタルノミニテ何レノ國ニ於テモ嘗テ國家組織其物ノ變更ノ企テヲ生ジタルコトナシ。ロックノ自然法の學說ハ英國以外ニ於テハ更ニ其ノ效果ヲ生ズルコトナカリシナリ。大陸ニ於ケル自然法の學說ハ第十八世紀ノ終ニ至リ始メテ佛國革命ノ大社會的改革運動トナリテ其著ルシキ影響ヲ著ハシタルモノナリ。

英國ニ於テハ大陸トハ異ナリテ羅馬法ノ影響ヲ防止シタリ。固ヨリ英國ノ法律思想モ亦全ク羅馬ノ影響ヲ受ケザルニ非ラズト雖モ之ヲ大陸ニ比スレバ其ノ影響極メテ淺シ。殊ニ其ノ公法ハ大體ニ於テ「ゲルマン」の基礎ノ上ニ發達セルモノニシテ、當初「ゲルマン」的ノ法律思想ハ決シテ羅馬末期ノ國家全能ノ思想ノ爲メニ壓迫セラレ、コトナカリキ。

「ゲルマン」ノ國家ハ歷史上明ニ知ラレタル限度ニ於テハ羅馬ノ國家トハ異ナリテ初ハ極メテ微弱ナリシモノヨリ漸次ニ強力トナリタルモノナリ。「ゲルマン」ノ國家ノ權限ハ最初ハ甚ダ狹隘ニシテ個人ハ家族及ビ親族團體

ニ依リテハ大ナル制限ヲ受クレドモ、國家ヨリハ此ノ如キ制限ヲ受クルコトナシ。中世紀ニ於ケル政治的生活ハ國家的生活タルヨリハ寧ろ組合的ノ團體タリシモノニシテ、國家ノ形式ハ唯不完全ニ存在シタルノミ。

近世紀ノ初ニ至リテ國權ハ漸次ニ其強固ヲ加ヘタリ。殊ニ英國ニ於テハ「ノルマシ」王朝ノ時代ニ於テ既ニ嚴ニ行政ノ中央集權ヲ形クリタルガ故ニ此ノ國權ノ鞏固ハ容易ニ行ハル、ヲ得タリ。第十六世紀ノ終ニ於テ既ニサートマス、スミスハ英國ノ國會ノ無限ノ權力ヲ主張スルコトヲ得(The Commonwealth of England, 1589, book II.) 其ノ後間モナクヨークハ國會ヲ以テ absolute and transcendent ナリト言ヘリ。

然レドモ英國人ノ思想ニ於テハ此ノ國權ノ力ハ唯形式的法學的ニ無制限ナリト看做シタリシノミ。國家隨テ國會ト國王トガ實質上ニ制限ヲ有スルコトハ英國ニ於テハ何レノ時ニ於テモ終始國民的確信ナリシナリ。「マグナカルタ」ニ於テハ其ノ中ニ認メタル自由及ビ權利ハ「永久ニ」(E



perpetuum)之ヲ許與スベシト言明シ、ビル、オフ、ライツ」ニ於テハ其ノ中ニ含まレタル凡テハ「永久ニ此ノ國ノ法律タルベシ」ト言明セリ。然レバ形式上ニハ國家ガ全權ヲ有セルニ拘ハラズ、最モ重要ナル基礎法ニ於テ明カニ之ガ限界ヲ定メ其ノ限界ヲ超越スル勿カラシムコトヲ承認セルナリ。

是レ形式的法學的ニハ意味ナキ限界ナリト雖モ、然カモ是レ實ニ蓋ゲルマシノ法律的確信タル國家ノ活動範圍ニ制限アリトノ思想ガ外表セルモノニ外ナラズ。

宗教改革ノ運動モ亦國家制限ノ思想ニヨリテ助長セラレタルモノナリ。然レドモ此レニ付キテハ全歴史的發展ニ基キタル第二ノ制限ノ思想ガ更ニ其ノ影響ヲ及ボセリ。中世紀ノ國家ハ管ニ國民ノ力ニ於テ其ノ限界ヲ有シタルノミナラズ又寺院ニ屬スル範圍ニ於テモ限界セラレタリ。國家ガ如何程マデ精神上ノ事項ニ付テ權利ヲ有スルカノ問題ハ宗教改革以後ニ於テ始メテ其ノ完全ノ意義ヲ有スルニ至リタルナリ、何トナレバ宗教改

革ニヨリ始メテ此ノ中世紀ニ於テ確定セル限界ガ再ビ爭ハルルニ至リタレバナリ。近世ニ於テ精神上ノ區域ニ限界ヲ限ギリ國家ガ之ニ依リテ制限セラルルコトヲ認メタルハ亦等シク歴史的發展ノ當然ノ結果タルナリ。此ノ如クニシテ個人ガ國家ニ對シテ優勝ノ地位ヲ有ストイフノ思想ハ第十七世紀ニ於ケル英國ニ於テハ其凡テノ歷史上ノ地位ニ於テ之ガ根據ヲ有セリシナリ。自然法學ハ唯舊時ノ法律思想ニ加ハリタルモノニシテ、舊時ノ法律思想ハ嘗テ全滅スルコトナク唯自然法學ニ依リテ新ナル發展ノ道ヲ開カレタルナリ。

大陸ニ於テ生ジタル學說ニ付テモ亦同一ノ理論ヲ認ムルヲ得ベシ。歴史學派ノ勢ヲ得テヨリ後ハ學者ハ自然法學ヲ以テ偏ニ根據ナキ臆說トナスヲ常トセリ。然レドモ是レ外見上如何ニ抽象的ナル學說ト雖モ全然歷史上ノ現實ノ區域以外ニ在ルモノナラバ當時ニ於テ決シテ勢力ヲ得ルコト能ハズトイフノ重要ナル事實ヲ忘却シタルモノナリ。



此ノ歴史上ノ事實ヲ洞察スルコトハ國家ト個人トノ關係ヲ法學上正當ニ理解スルガ爲メニ最モ重要ナルモノナリ。國家ト個人トノ關係ハ二様ノ見解ヲ容ルルヲ得ベク何レノ見解モ論理的ニ之ヲ祖述スルヲ得ベシ。其ノ一ノ見解ハ個人ノ凡テノ權利範圍ハ皆國家ノ許容認許ノ結果ナリトスルモノナリ。他ノ一ノ見解ハ國家ハ皆個人ニ權利ヲ附與スルノミナラズ又國家ガ共同ノ利益ノ爲メニ必要ナリト認メザル範圍ニ於テハ個人ニ其自由ノ範圍ヲ放任ストナスモノナリ。即チ此ノ個人ノ自由ハ國家ガ之ヲ附與スルニハアラズシテ唯之ヲ承認スルノミトナスナリ。

第一ノ見解ハ國家萬能ノ思想ニ基クモノニシテ其ノ極端ナル代表者ハ第十六世紀及ビ十七世紀ノ專制說ニ之ヲ求ムルヲ得ベシ。其ノ最モ極端タル結果ハ詩人ノ嘗テ之ヲ歌ヘルモノアリ。曰ク

Jahrelang schon bedien' ich mich meiner Nase zum Riechen;  
Hab' ich denn wirklich an sie auch ein erweisbares Recht?

評し得ず好

(吾レハ久シク吾鼻ヲ以テ嗅ゲリ。吾レ果シテ嗅グノ權利ヲ有スルカ) 之ニ反シテ第二ノ說「ゲルマン」ノ法律思想ニ相當スベキモノタリ。國權ノ漸次ノ發達ノ歴史的事實ニ相當スベキモノナリ。若シ自然法トイフ語ヲ以テ非歴史的ノ法トイフト同意義ナリトナサバ近世ノ國家ニ對シテハ第一ノ見解ガ自然法ニシテ第二ノ見解ガ歴史的ノ法ナリ。承認セラレタル自由ノ範圍ハ時ノ經過ニ依リテ極メテ大ナル變化ヲ受ケタリトハ雖モ、少クトモ此ノ如キ限界ガ存ストイフノ信念ハ「ゲルマン」ノ種族ニ於テハ專制國ノ時代ニ於テスラモ決シテ消滅スルコトナカリシナリ。

此ノ自由ハ創設セラルルモノニ非ラズ唯承認セラルルノミ、國家ガ之ヲ承認スルハ國家ガ自ラ制限ヲ加フルニヨリ及ビ其ノ制限ニヨリテ國家ガ個人ヲ圍繞スル所ノ法則ノ及ブベキ限界ヲ限ルニ依リテ之ヲ爲スナリ。斯クシテ殘レル所ノ自由ハ唯事實タルニ止マリテ權利ニハ非ラズ。自然法ノ大ナル誤謬ハ自由ノ事實上ノ状態ヲ以テ一ノ權利ナリト看做シ而シ



テ此ノ權利ヲ以テ國家ヨリ以上ノ國家ヲ作成シ及ビ制限スルノカナリト  
看做シタルノ點ニアリ。

今日ニ於テハ一見之ヲ看レバ個人ノ行爲ガ國家ヨリ直接ニ許サレタル  
モノナルカ又ハ間接ニ承認セラレタルモノナルカノ問題ハ實際ニ於テ重  
要ノ關係アラザルガ如シ。然レドモ法學ノ目的トスル所ハ單ニ裁判官及  
ビ行政官吏ヲ教育シ如何ニ困難ナル場合ヲ裁判スベキカヲ教授スルニ止  
マルベキニアラズ。我ト公共トノ間ニ正當ナル限界ヲ認ムルコトハ人間  
ノ共同體ノ思想ノ上ノ研究ニ於テ解釋スルコトヲ要スル最高ノ問題タル  
ナリ。

エリネック氏原著

## 少數者ノ權利ヲ論ズ



## 少數者ノ權利ヲ論ズ

(一)

少數者ノ權利トイフ問題ハ、若シ「權利」トイフ語ヲ嚴格ナル法學上ノ意義ニ解セズ廣キ政治上ノ意義ニ解スルニ於テハ、甚ダ廣キ問題ニシテ爰ニ此ノ問題ヲ論ズルニ當リテハ第一ニ先ヅ其ノ論ズベキ範圍ヲ狭ク限定スルコトヲ要ス。其問題ヲ廣ク凡テノ側ヨリ論究センコトハ之ニ關スル歴史的材料ガ今日ニ於テハ尙ホ全ク備ハラザルコトノミニテモ、全ク不可能ナルヲ知ルベシ。今日ニ於テハ、選舉ニモセヨ、立法部ニモセヨ、又ハ行政、司法ノ合議體ニモセヨ、苟クモ議決ヲナスベキ場合ニハ常ニ多數ニ依リテ決ス



トイフコトハ、殆ント當然自明ノ事理ト看做サレ、別ニ之ガ根據ヲ求ムベクモアラザルガ如シ。然レド、多數ニ依リテ決ストイフコトハ決シテ斯ク自明ノ事理ニハ非ラズ。否凡テノ法規ニ於ケルト同ジク之ニハ其ノ歴史アリ、然カモ甚ダ複雑ナル歴史アルナリ。其ノ最初ノ起源如何ハ唯推測シ得ベキノミニシテ、根據アル材料ノ之ヲ證明スベキモノナシ、而シテ其ノ推測ノ多クハ或ハ秩序ナキ争ヲ除クガ爲メニ起レリトイヒ、或ハ多數決ヲ以テ神ノ裁斷ト看做シタリトナスナリ。多數決ハ古代ノ民主國ニハ既ニ行ハレ居タリシモノニシテ、種々ノ形ニ於テ發達シ、之ト同時ニ又時トシテ少數者ノ權利ヲモ認メタリ。之ニ反シテ中世ノ諸國ニ於テハ多數決ノ主義ハ僅ニ漸次ノ發達ニ依リテ成リタルモノナリ。二人ノ意見ハ當然ニ一人ノ意見ヨリモ大ナル價值ヲ有ストイフコトハ、ゲルマン民族ノ特色タル強キ個人的ノ感情ト矛盾スルモノナリ。若シ一人ノ勇者ガ戰場ニ於テ五人ニ打勝チ得ベシトセバ、何故ニ議論ニ於テ必ラズ多數ニ從ハザルベカラザル

ノ理アラシヤ。然レバ中世ノ等族會議ニハ屢「長者 (Paris senior) 宜シク決スベク多數者 (Paris maior) 之ヲ決スベカラズ」トイヒ又「投票ハ之ヲ數フ可ラズ之ヲ量ルベシ」トイフノ格言アルナリ。等族會議ノ中ニハ近世ニ至ル迄モ全然投票ノ計算ヲ行ハサリシ者スラアリ、例ヘバ匈牙利ノ帝國議會ノ如シ。「ゲルマン」種族ノ公生活ニ於テハ最初ハ凡テノ決議殊ニ選舉ハ凡テ全會一致ヲ要シ多クハ、喝采ヲ以テ之ヲ決シ、其ノ間ニヨシヤ少數ノ異議アル者アリトモ喝采ニ依リテ之ヲ蔽ヒタルナリ。此ノ如キ古代思想ノ殘影ハ歴史的ノ經驗ヲ最モ純潔ニ維持シタル國法即チ英吉利法ニ於テハ今日ニ於テモ尙明瞭ニ之ヲ認識スルヲ得ベシ。英國ノ訴訟法ニ於テハ今日ニテモ陪審員ノ宣告ハ有罪ト決スルニモ無罪ヲ言渡スニモ常ニ全員一致ナルヲ要ストノ原則ガ適用セラレ、而シテ最近ニ至ルマデ地方ニテハ陪審員ハ其ノ意見ノ一致スル迄退職ノ自由ヲ許サザリキ。國會ノ選舉ニ付テスラモ場合ニ依リテハ今日ニテモ尙一致ノ選舉トイフ古「ゲルマン」ノ思想ノ見ハル



、コトアリ、即チ英國ニテハ最初ハ庶民院ノ議員ハ州會カウンティカウンシルニ於テ選舉シタリシナルガ、其ノ候補者タルモノノ員數ガ選舉スベキ議員々數ヨリ超過スルコトハ久シク嘗テ之アラザリシナリ。先ヅ州會ノ議員二人ヨリ將來ノ代議士タルベキモノヲ推薦ス、之ニ對シテ異議ヲ唱フル者アラザレハ、即チ全會一致ヲ以テ選舉シタルモノト看做セルナリ。選舉法ハ其ノ後根本ヨリ改正セラレタレド此ノ點ニ於テハ今日ニテモ尙ホ此ノ如シ。一人ノ選舉人ガ推舉スレバ、他ノ一人之ヲ賛成ス、然ル後八人ノ選舉人ガ其ノ選舉ニ同意ス、此ノ同意ハ最早舊時ノ如ク口頭ニテ爲スニ非ラズ、文書ニテ爲スナリ。之ニ對シテ若シ反對ノ候補者アラザレハ被推舉者ハ全員一致ヲ以テ選舉セラレタルモノト看做サル。若シ之ニ反シテ多數ノ候補者アルトキハ爰ニ初メテ投票ニ依リテ所謂「競争選舉」ヲ行フナリ。然レバ純粹ノ多數決主義ハ今日ニ於テモ英國ノ國會選舉ニハ認めラレザルモノトイフベシ。多數決主義ガ如何ニシテ漸次ニ歐洲諸國ニ採用セラル、ニ至リシカノ

詳細ニ至リテハ今日モ尙未タ不明ハ問題ナリ。初メテ之ヲ輸入シタルハ、恐クハ教會ニシテ其ハ羅馬法ノ影響ニ基ケルナルベク、而シテ國家ガ其ノ模範ニ倣ヒタルナリ。即チ教會ニ於テ法皇ヲ選舉スルニ最初ハ近國ノ僧正ボウシヤウ及羅馬ノ僧侶團ニ於テ之ヲ推舉シ、人民之ニ喝采シテ選舉シタリシガ、其ノ後羅馬法ノ集會ノ理論ニ基キ「カーデナル」ノ三分ノ二ノ多數ニ法皇ノ選舉ヲ決スベキ權利ヲ與ヘ、而シテ僧正ノ選舉ニハ之ニ反シテ一二年五年以後ハ「ドームカピテル」ノ單純ノ多數ヲ以テ決スルコト、ナセリ。此ノ先例ニ倣ヒテ、最近ニ於テ證明セラレタル如ク「ゴードンブル」ニ於テハ、獨逸ノ皇帝ノ選舉ニ選舉候ノ單純ノ多數ヲ以テ決スベキコトトナセリ。此ノ外尙ホ中世ノ後期ニ於テハ數多ノ判決例ニ於テ「少數ハ多數ニ從フヲ要ス」トイフ文言ヲ見ルベシ。然レトモ舊帝國ノ下ニ於テハ獨逸諸國ニ於テ多數決主義ガ決シテ一般ニ行ハル、ニ至リタルニ非ラズ。君主の貴族の社會及ビ之ヨリ來レル國家組織ニ於テハ多數決主義ハ性質上唯限ラレタル



範圍ニ於テノミ認メラル、ヲ得ベキナリ。然レバ舊獨逸帝國ニ於テモ帝國ノ決議ヲ爲スガ爲メニハ皇帝及ビ帝國國會ノ三合議體ノ各、ガ凡テ一致スルコトヲ要シ、其ノ他等族組織ヲ爲セル各國ハ何レモ同様ノ有様ニ在リキ。尤モ學者ノ中ニハ理論上此ノ如キ一致ノ議決ノ必要ヲ否認セントスルモノナキニアラザリシモ、其ノ理論ハ甚ダ奇怪ナルモノナリキ。例ヘハ公法學者中或ハ皇帝ノ權力ヲ強クセンガ爲メニヤ、或ハ帝國ノ決議ヲ多少容易ナラシメンガ爲メニヤ、帝國ノ權力ハ恰モ之ヲ十二分シタルモノニシテ皇帝ハ其ノ中ノ六ヲ有シ、各會議ハ各、其ノ二ヲ有ス、故ニ皇帝ト一會議トヲ以テ決議ヲナスコトヲ得ベシト主張シタルモノアリ。然レド此ノ巧妙ナル數學論ハ實際ニハ少シモ認メラル、コトナカリキ。

余輩今此ノ研究ノ範圍ヲ限ラントスルニ當リテ第一ニ先ヅ選舉ニ付テノ少數者ノ地位ニ關スル問題ハ全ク之ヲ除外セントス。其ハ此ノ問題ハ既ニ詳シク研究セラレ、今尙ホ諸國ニ於テ熱心ナル政治上ノ議論ノ問題タ

ルモノナレバナリ。少數代表ノ問題、比例選舉ニ關スル數多ノ學說及ビ諸國ニ於テ既ニ實行セラレタル其ノ實例ハ余輩今全ク之ヲ論セザルベシ、之ヲ論スルハ余輩ノ主題タル少數者ノ權利ニ關スル從來未ダ全ク研究セラレズ又ハ多クノ研究ヲ經ザル問題ヨリ餘リニ遠ザカルニ至ルベケレバナリ。爰ニハ唯少數者ノ政治上ノ地位ヲ詳細ニ研究セント欲セバ此ノ問題ヲモ亦等シク詳論スルヲ要スベキコトヲ注意スルノミヲ以テ満足スベシ。他ノ一ノ重要ナル問題ニ付テモ亦爰ニハ唯簡單ニ一言スルヲ以テ満足スベシ。最古時代ノ國ヨリ今日ニ至ルマデ少數者ニ特別ノ權利ヲ附與シ、以テ少數者ヲ保護シ之ヲシテ決議權ニ大ナル勢力ヲ有セシメザルモノアラザルナシ。國民ヲ階級又ハ「センチュリン」「トリブス」「クローリン」等ニ別チ、等族ヲ多數ノ集會ニ分チ、國會ヲ二院ニ分チ、其ノ二院ハ全ク其ノ組織ヲ異ニセルガ如キ又ハ君主ノ裁可權、大統領ノ否認權ノ如キスラモ、其ノ目的ノ一ハ純然タル頭數ニ依ル多數決ヲ妨グルニ在ルナリ。此ノ如キ憲法上ニ特



權ヲ與ヘラレタル少數者ノ地位ニ付テモ余輩ハ此ノ以上ニ之ヲ論ズルヲ要セズ、唯此ノ如キ制度ノ存在セルコトヲ注意スルノミヲ以テ足レリトス可シ。

司法及ビ行政ノ組織ニ依リテ個人及ビ少數者ニ與ヘラレタル數多ノ權利モ亦余輩ノ研究範圍ニ在ラズ、若シ之ヲモ論スベシトナラバ行政法及ビ訴訟法ノ全部ヲ此ノ問題ノ下ニ論ズルヲ得ベシ。否憲法ノ全部ヲスラモ爰ニ詳論セザル可カラザル可シ。近世ノ三權分立ノ理論ハ其ノ大ナル目的ノ一トシテ少數ヲ多數ノ壓制ヨリ保護スルニ在リ、地方自治ノ制度及ビ行政裁判ノ制度モ亦屢變スル所ノ多數者ト之ガ影響ノ下ニ在ル政府トニ對スル不信用ニ其ノ由來ヲ有スルコトハ疑フ可カラザル所ナリ。

爰ニ論スベキ所ノ問題ハ單ニ立法議會ニ於ケル決議及ビ國民ノ投票ニ付テノ少數者ノ權利ノミナリ。國會ニ於ケル少數者ノ有スル所ノ議事規則上ノ權利モ亦此ノ問題ト關聯セル限度ニ於テハ之ヲ論スベシ。凡テ此

等ハ皆少數者又ハ個人ニ自己ノ主張ヲ貫徹シ以テ合議體ノ決定ニ勢力ヲ有シ得ヘキ可能ヲ與フルヲ主タル目的トナスモノナリ。

前ニ列舉シタル點ニ付テハ何レモ多少ノ研究ヲ經ザルモノナキニ反シテ此ノ問題ニ付テハ從來未ダ嘗テ秩序的ノ研索ヲ爲シタルモノナシ。學者ハ概ネ唯折ニ觸レテ之ヲ一言スルノ以上ニ及ベルモノナキナリ。余輩ハ此ノ少數者ノ權利ニ付テノ凡テノ問題中最モ興味アリ且ツ最も重要ナル問題ヲ論ズルノミヲ以テ既ニ論スベキ點ノ少ナキニ苦シマザルベシ。否此ノ制限ヲ加ヘタル上ニ於テモ尙余輩ハ唯極メテ大體ニ於テノミ論ズルコトヲ得ベキナリ。

此ノ少數者ノ權利ハ二重ノ目的ヲ達シ得ベシ。一ハ客觀的ノ國家法制ノ保護ニシテ一ハ主觀的ノ利益ノ保護ナリ。然レド此ハ唯理論上ニ區別シ得ベキニ止マリ實際ニハ法制ト利益トハ密ニ相關聯シ之ヲ區別シ得ベキニ非ラズ。例ヘバ若シ英國ノ上院ノ組織ヲ改正シ又ハ之ヲ廢止ストセ



ハ其ハ一面ニハ英國法制ノ改正ナレドモ同時ニ貴族ノ公法上及ビ社會上ノ地位ヲ助カスモノナリ。然レバ以下此ノ理論上ノ區別ニ就テハ深ク之ヲ論ズルヲ爲サルベシ。

余輩ハ第一ニ先ツ過去ヲ回顧シ次ニ將來ヲ觀察スベシ。余輩ハ先ヅ今日ニ於テ如何程マデ少數者ニ決定ノ權利ガ與ヘラル、カ、其ノ如何ナル思想ヨリ發生シタルカ、如何ニシテ其ガ發展シタルカヲ論ズベシ。是ニ次ギテハ余輩ハ將來ニ於テ少數者ノ權利ノ問題ガ如何ナル意義ヲ有スベキカヲモ論究セント欲ス。

(二)

余輩ハ是ヨリ進ンデ第一ノ問題即チ多數ノ意思詳シク言ヘハ絶對多數者ノ意思ハ立法議會ニ於テ例外ナク無制限ノ決定權ヲ有スルヤ、若シ然ラズトセバ如何ナル場合ニ又如何ナル方法ニ於テ其ノ制限アリヤノ問題ニ

答フベシ。

此ノ問題ニ答フルガ爲メニハ余輩ハ憲法及ビ法律ノ近世的觀念ガ始メテ見ハレタル時代ニ溯ルコトヲ要ス。

第十六世紀ノ末葉ニ當リテ始メテ法律ノ中ニ神聖ニシテ他ノ法律ヨリモ以上ノ價值ヲ有スル法律アリトイフ全ク新ナル思想ヲ發生セリ。此ノ如キ法律ハ稱シテ基礎法 *leges fundamentales* トイフ。 *fundamentales* トイフ語ハ古語ニモ非ラズ、又中世ノラチン語ニモ屬セズ、デュカンジュノ語彙ニハ其ノ語ヲ見ザルガ故ニ、其ノ新造ノ語ナルコト疑ヲ容レズ。アリストテレスノ論シタル「ボリテア」ト「ノモス」即チ憲法ト法律トノ區別ハ「ルネーサンス」以後ハ普ネク人ノ知ル處タリシト雖モ、然カモ基礎法ノ觀念ハ主トシテ近世ノ初期以後殊ニ宗教革命ノ結果ニ因リテ起リタル國王ト國民トノ大紛闘ニ因リテ發達シタルナリ。基礎法ハ國王ノ單意ヲ以テ之ヲ變更スルコトヲ得ズ。第十六世紀ニ於テ既ニ「モナルコマツヘン」派ノ *leges quae dicuntur fundame-*



ritales)基礎法ト稱スル法律)ハ國王ノ意思ノ外ニ在リト言ヘルアリ。第十七世紀ノ初ニ於テロアスーハ國ノ基礎法ハ(Lois fondamentales de l'Etat)佛國々王ニ對シ動カス可カラザル制限タリト言ヒ(佛國王ハ當時既ニ專制ノ君主ナリキ)英國々王ゼームス一世モ亦自ラ fundamental laws (基礎法)ノ存在ヲ説ケリ。而シテオスナブルツクノ條約ハ獨逸ノ國法ニ基礎法ノ觀念ヲ傳ヘタリ。然レドモ基礎法トハ果シテ何ヲ言フカ。學者ノ著書中ニハ何人モ之ガ説明ヲ敢テセルモノナシ。ホツプスハ其ノ「レヴィアサン」ニ於テ基礎法ト法律トノ區別ヲ論シ而シテ之ニ附加シテ彼ハ何處ニモ基礎法ノ定義ヲ見出シタルコトナシト言ヘリ。是ニ於テ彼ハ自ラ之ガ精確ナル意義ヲ定メント欲シ基礎法トハ若シ之ヲ廢止スレバ國家組織ヲ破壞シ全ク無政府ノ狀態ニ陷キルベキ法律ヲ云フト言ヘリ。然レバホツプスノ見解ニ據レバ基礎法トハ彼ガ其ノ全國家學ノ基礎トナセル社會契約及ビ其ノ契約ヨリ生スル直接ノ結果ニ外ナラザルナリ

ホツプスハ此ノ基礎法ナル新ナル觀念ガ迂濶ナル學問界ノ外ニ於テハ當時既ニ如何ニ大ナル影響ヲ及ボシ居タルカニ付テハ毫モ夢想スル所ナカリキ。彼ガ下シタル問題ノ解決ハ決シテ彼ガ信ジタル如クニ新タナルモノニハアラザリシナリ。第十七世紀ノ初期以降英國ニ起リタル偉大ナル國民的活動ニハ基礎法ト社會契約トノ關係ガ極メテ重要ナル關係ヲ有シ居タルナリ。其ノ近世國家ノ發展ニ及ボシタル影響ノ如何ニ大ナリシカハ僅ニ今日ニ至リテ完全ニ認識セラレ、ニ至リシモノナリ。余輩ヲシテ爰ニ少シク其ノ由來ヲ述ベシメヨ。英國及ビ蘇格蘭ノ革命運動ノ主動者タリシモノハ「ビユーリタン」宗派及ビ「インデペンデント」派トス。彼等ハ基督新教ノ主義ヨリ歸納シタル見解ニ基キ凡テノ權力ハ寺院ニ付テモ國家ニ付テモ團體總員ノ手ニ存スベキ事ヲ信ジ之ヲ以テ其ノ根本ノ主義ト爲セリ。隨テ宗教團體ヲ組織スルガ爲メニハ將來ノ團體員タルヘキ者ノ契約ヲ必要ナリトナシ、而シテ實際ニモ此ノ主義ニ屬スル者等



ハ互ニ契約即チ Covenants ヲ締結シテ以テ其ノ教會ヲ組成セリ其ノ全黨派ガ Covenanter ノ稱ヲ得タルモノハ之カ爲メナリ。然レドモ彼等ノ見解ニ依レバ管ニ宗教團體ノミナラズ國家團體モ亦等シク契約ニ依リテ組織セラレタルモノナリ。是ニ因リテクロムウエルノ部下ハ「レグジャー」派殊ニ其ノ首領タルジョンリルバーンノ指導ノ下ニ於テ彼等ノ起草ニ係ル憲法案ヲ恰モ英國ノ基礎契約ノ如クニ國會ヨリ全英國々民ニ提出シ一々其ノ署名ヲ求メンコトヲ要求セリ。此ノ文書ハ題シテ agreement of the people (國民ノ契約)トイヒ其ノ中ニ國民ノ基礎權及ビ自由ノ規定ヲ包含スルコトヲ宣言シ而シテ此ノ基礎權ハ明ニ國會ノ多數決ニ依リテハ之ヲ變更スル能ハサルコトヲ規定セリ。基礎權ニ關シテハ多數者ガ少數者ヲ壓服シタルモノハ凡テ無効ナリ。國會ハ基礎法ノ上ニ在ルモノニ非ラズ其ノ上ニ在ルハ唯國民ノミ、國會自身ハ唯國民ノ意思ニ依リテ委任ヲ受ケ其ノ存在ヲ有スルモノナリト。其ノ憲法ノ改正方法ニ付テハ此ノ文書中何等ノ規定ヲ設

ケズ然レド其ノ主義ヨリ言ヘバ彼等ハ憲法ノ改正ニ付全國民ノ一致ヲ必要トスルモノナリ。宗教的ノ感情ハ多數者ノ尊重ト相容レズ一人ノ聖徒ハ一萬ノ不信者ヨリ尊シ、一個人格ノ價值ハ彼等ニ取リテハ無限大ナリ。然レバ唯細末ノ事項ニ付テノミ多數ニ因リテ決スルコトヲ得事ノ全國家ノ秩序ニ係ルモノハ必ラス其ノ變更ニ全國民ノ一致ヲ要スルナリ。此ノ革命運動ハ英國ニ於テハ敗滅ニ歸シタリ。舊來ノ國會ハ王政回復ト共ニ回復シ而シテ此ノ王朝ノ滅亡ノ後マデモ繼續シ、一六八八年ノ光榮アル革命ノ後ハ國會ガ争フヘカラザル主權者ノ地位ヲ得タリ。而シテ此ノ國會ニ於テハ久シキ以前ヨリ既ニ其ノ各院ニ於テ單純ノ多數決ニ依リテ決定シ今日ニ至ルマデ尙ホ此ノ如シ英國ノ國法ニ於テハ過半数ヨリモ多キ多數ヲ必要トスル決議事項ハ全ク存在スルコトナシ。英國ニ於ケル此ノ實際ノ状態ハ其ノ學者ノ著書ノ上ニモ大ナル影響ヲ有シ其ノ改革ヲ主張スルモノニ於テスラモ通常人ノ信スルヨリハ遙ニ多ク唯現在ノ實際



ヲ反射セルニ過キザルモノアリ。ロックハ其ノ有名ナル政府論(Two treatises on Government)ニ於テ社會契約ノ説ヲ主張シ而シテ其ノ説ハ英國ニ於テハ凡テノ側ヨリ承認セラレ殊ニ革命派ノジョン・リルバーン、反動派ノトマス・ホツプスハ並ニ之ヲ贊成セリ。曰ク國家ヲ成立セシムルモノハ契約即チ團結契約ナリ此ノ最初ノ契約ハ全員一致ヲ以テ締結スルヲ要ス其ノ以後ノ各人ハ其ノ成年ニ達スルト共ニ默示ヲ以テ之ニ加入スルナリト。然ルニ此ノ契約ニハ自然法ニ依リ一ノ重要ナル條項ヲ包含ス曰ク國家ニ於テハ將來ハ多數ノ意思ガ絶對ノ効力ヲ有スベシト。多數意思ニ對スル唯一ノ制限ハ唯共同團結ノ目的タル個人ノ所有權(其ノ中ニハ生命及ヒ自由ヲ包含ス)ノ保護トイフコトノミナリ。之ヲ侵害スル場合ニ於テハ國民ハ立法者ニ對シテモ尙抵抗ノ權ヲ有シ立法者ヨリ其ノ委任シタル權力ヲ剝奪スルコトヲ得。然レトモロックハ不法ナル法律ニ依リテ侵害セラレタル個人又ハ少數者ガ如何ナル法律上ノ手段ニ依リテ自ラ防衛スルコトヲ得ベ

キカニ就テハ何等ノ説ク所ナシ。

大陸歐洲ニ於テモ亦十七世紀ノ後半期以降基礎法ニ對スル少數者ノ權利ノ研究ヲ爲シタル者アリ。第一ニハフツェンドルフガ之ニ關シテ確定ノ意見ヲ外表セリ。曰ク國家ヲ組織スル所ノ團結契約(Pactum unionis)ハ一致ヲ以テ締結スルコトヲ要ス之ニ反シテ此ノ契約ニ基キテ政治ノ方法(forma regiminis)ニ關シテ發セラルル所ノ命令ハ多數ヲ以テ之ヲ定ムルヲ得。但、團結契約ニ於テ之ヲ條件トシテ加入シタル者ノミハ此ノ多數ノ意思ニ從フヲ要セズ隨テ又此等ノ者ハ國家團體ノ以外ニ在ル者ナリト。第十八世紀ノ學者ハ此ノ問題ニ付テ更ニ之ヲ論セリ。ウオルフハ最モ強ク立法者ハ基礎法ニ於テ侵スベカラザル限界ヲ有スルモノニシテ唯統治者ト全國民トノミガ協同シテ之ヲ變更スルヲ得ルコトヲ論セリ。ウオルフノ門人中ニハ殊ニド、フツテルガ詳細ニ此ノ問題ヲ論セリ。彼ハ國民ガ其ノ多數ノ意思ニ依リテ自由ニ憲法ヲ變更シ得ヘキコトヲ認ム然レトモ彼ハ此ノ多數者ガ之



ヲ他ノ少數者ニ強制スヘキ權利ヲ否認ス、若シ少數者ニシテ之ニ從フヲ欲セザルトキハ彼等ハ何等ノ迫害ヲ受ケズシテ自由ニ其ノ國家ヲ去リ、他ノ處ニ新ナル共同團體ヲ結フコトヲ得ルナリト。然レトモ最モ重要ナルハルーンソウノ議論ナリ。彼ハロツクト同シク最初ノ一致ニ因リテ締結シタル契約ニ基キテ多數者ハ少數者ニ命令シ得ルモノナルコトヲ認ム、然レトモ此ノ説明ト彼ガ最モ強ク主張セル所タル國家ニ於テハ何人モ自由ニシテ隨テ唯自己ノ意思ニノミ服従スルヲ要ストイフコトトノ甚シク相矛盾スルコトヲ自覺セルガ故ニ、彼ハ詭辯ヲ以テ此ノ矛盾ヲ解釋セントシ曰ク國民ノ議決ニ於テ少數者タリシモノハ實ハ總意(Volonte generale)ノ内容ヲ誤リタルナリ、彼等ノ真正ノ意思ハ等シク總意ニ外ナラズ。多數者ノ意思ハ常ニ真正ノ總意ヲ包含ス、少數ノ異議者モ亦之ニ投票ヲ爲スニ依リテ其ノ成立ニ參與シタルナリト。然レトモルーンソウ自身モ亦決議ニ必要ナル多數ノ割合ハ其ノ事件ノ重要、緊切ノ度ニ應シテ之ヲ定ムベキコトヲ主張ス

ルニ當リテハ此ノ理論ノ貫徹スベカラサルコトヲ自覺セリ。唯少數者ノ保護ハ如何ナル場合ニ於テモ必要ナラズ、何トナレバ彼ハ曰ク總意ガ故意ニ個人ニ損害ヲ與フルガ如キハ想像シ得ベカラザル所ナレハナリト。

然レドモ以上述べタル所ハ何レモ唯純然タル學術上ノ論議タリ。實際ノ制度ノ上ニ於テ多數者ノ意思又ハ總員ノ意思ニ依リテ基礎法ヲ變更スルヲ得ベキ憲法ハ何處ニ之アリシカト言フニ、大陸歐洲ニ於テハ當時未タ之ニ付イテ多クヲ看出スヲ得ズ。此等ノ理論ノ實際ニ行ハレタル所ヲ見ント欲セバ其ノ理論ノ唱ヘラレタル場處ヨリハ遙ニ離レテ之ヲ洋ノ彼岸ナル亞米利加ニ求メザル可カラズ。

然レドモ之ヲ論ズルニハ少シク是ヨリモ以前ニ溯ルコトヲ要ス。前ニ述べタル英國ノ革命派ノ理論ハ是ヨリ先キ亞米利加ニ於ケル英國殖民地ニ於テ頗ル注意スベキ實行ヲ得タリ。此等ノ殖民ガ英國ヨリ此處ニ移住セントスルヤ彼等ハ嚴肅ナル殖民契約ヲ締結スルヲ以テ自明ノ事トナシ



而シテ其ノ契約ニハ各殖民者及ビ其ノ妻子ハ一人々々之ニ署名セリ。此等ノ契約書中最モ著名ナルハ一六二〇年一月一日ニ「メーフラワー」號ノ船中ニ於テ所謂「ビルグリム、ブーザース」ノ締結シタル契約ナリ。然レド其ノ最モ重要ナルハ一六三八三九年一月一日ノ「Fundamental Orders of Connecticut」ニシテ其ノ中ニハ詳細ナル國ノ憲法ヲ規定セリ此等ノ契約ハ凡テ皆多數決ニヨリテハ變更シ得ベカラザルモノトナセリ。恰モ其ノ本國ニ於ケル「レヴェツラー」派ノ如ク此等ノ移住者ハ總員ニ依リテ決定セラレタル處ハ又總員ニ依ルノ外變更スルヲ得ズト信シタルナリ。然ルニ時ヲ經ルニ隨ヒテ此等ノ殖民地ハ或ハ英國ノ國王ヨリ或ハ其ノ所有者ヨリ(例ヘ「ペンシルヴァニア」ガツイリアム・ペンヨリ得タルガ如キ)特許狀ヲ得タリ。是レ近世ノ成文憲法ノ先驅タルモノナリ。此等ノ殖民地特許狀ノ或ルモノハ殖民地自身ノ決議ニ依リテ定メラレタル政治組織及ヒ國民ニ許與シタル權利ヲ承認シタルニ外ナラザルモノナリシガ、其レニモ多數決ニ依リテ變更

ス可カラザル、基礎法又ハ基礎契約ナリトスルノ思想ノ轉化セラレタルハ爭フ可カラザル所ナリ。

此ノ思想ハ一七七六年以後ニ於テ極メテ重大ナル實際上ノ影響ヲ及ボシタリ。此ノ年其ノ母國タル英國ヨリ分離シタル米國殖民地ハ其ノ漸ニ得タル完全ノ主權ニ基キ同年及ビ之ニ次ゲル數年ニ於テ各其ノ自國ノ憲法ヲ制定セリ。是レ近世ノ意義ニ於テノ最初ノ成文憲法ナリ。凡テ此等ノ憲法ハ直接ニ國民一致ノ意思ニ出デタルモノトシテ思考セラレ、恰モ成文ノ基礎契約トモイフベキモノナリ。米國人ノ見解ニ於テハ今日ニ至ルマデモ國家ノ成立ハ此ノ如キ基礎契約ニ基クモノトセラレ、ナリ。然レドモ憲法ノ制定ニ次テハ直ニ次ノ問題ヲ生ズ。曰ク此等ノ憲法ハ之ヲ變更スルヲ得ベキカ、若シ變更スルヲ得ベシトセハ如何ナル方法ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得ベキカト。憲法ノ變更ニハ全員ノ一致ヲ要ストスル舊時ノ宗教及ビ自然法の見解ニ基ケル理論ノ事實ニ行フコト能ハザルハ論ヲ俟



タズ、米國人ノ如キルテノ空理ヲ排斥スル國民ニハ其ノ制度ノ中ニ各員ノ自由不承認權ヲ加フルガ如キハ思ヒモ寄ラザル事ナリ。然レド其ノ代リニ極メテ複雑ニシテ町重ナル憲法變更ノ方法ガ決定セラレ、今日ニ至ルマデ憲法變更ノ困難ナルハ何レノ國ニ於テモ米國ヨリ甚シキハナシ。歐洲ニ於テハ所謂可動憲法(Flexible constitution)ニ乏シカラザルニ反シテ、米國ノ憲法ハ固定憲法(Rigid constitution)ナリ。斯クシテ定メラレタル憲法變更手續ニハ其ノ目的種々アリ。一ツニハ是レ憲法ノ變更ヲ屢セシメザランカ爲メナリ、之ガ爲ニ一定ノ期間内ハ憲法ノ變更ヲ禁ゼル規定アリ。又一ツニハ是レ國民自身ヲシテ之ガ最後ノ決定ヲ爲サシメンガ爲メナリ、之ガ爲メニ國民ノ決定ニ付テノ詳細ノ規定アリ。然レド其ノ手續ノ大部分ハ國會ノ少數者ノ保護ヲ目的トセルモノニシテ少數者ニ對シテ憲法變更ノ發議ニ對スル異議ノ權利ヲ與ヘタルナリ。各支分國ニ於テ憲法ノ改正ヲ裁可スル國民ノ決議ニ付テスラモ、單純ノ多數ヲ以テ充分ナリトセザルモノア

リ。例ヘバ第十七世紀中ニ最初ノ殖民地ノ一トシテ殖民契約ニ基キテ設立シタル「ロード、アイランド」ニ於テハ今日ニ至ルマデ國民ノ總投票ニヨリ五分ノ三ノ多數ヲ以テ始メテ憲法ヲ改正スルコトヲ得、即チ極メテ少數ノ者ガ否認ノ權利ヲ有スルナリ。然レド國民ノ總投票ハ暫ク措キ先ヅ憲法ノ改正ヲ議決スル議會ノ決議ニ付キテハ大多數ノ國ニ於テ單純ノ過半数ヨリ以上ノ大數ヲ必要トナセルヲ常トス。其ノ必要ナル投票數ハ國ニ依リ極メテ種々ニシテ、或ハ各院ニ於テ三分ノ二乃至五分ノ三ノ多數ヲ要ストスルモノアリ、或ハ一院ニ於テ三分ノ二ノ多數ヲ得レバ他ノ一院ハ單純ノ多數ヲ以テ足ルトスルモノアリ、或ハ二期ノ議會ニ於テ繼續シテ議決スルヲ要シ、其ノ最初ノ議決ニテ單純ノ多數、次ノニハ三分ノ二ノ多數ヲ要ストスルモノアリ、最モ甚シキハ「デラウエーア州」最初ノ議決ニ三分ノ二次ノニハ四分ノ三ノ多數ヲ要ストスルモノスラ有リ、其他尙種々ナリ。此ノ如キ規定ナキ國ニ於テモ往々最初ノ多數ガ尙ホ繼續スルヤ否ヤヲ驗スルガ



爲メニ次期ノ議會ニ於テ更ニ單純ノ多數ヲ得ルヲ必要トスルモノアリ。管ニ各支分國ニ於テノミナラズ、合衆國自身ニ於テモ均シク少數者保護ノ制度ヲ採用セリ。合衆國ノ憲法變更ニハ先ヅ「コングレツス」ノ各院ノ三分ノ二ノ多數ヲ以テ之ヲ議決シ、而シテ各支分國ノ立法議會ノ四分ノ三以上ガ之ヲ承認スルコトヲ要ス、即チ「コングレツス」各院ノ少數者並ニ是ヨリ一層少ナキ各支分國ノ少數者ハ共ニ憲法改正ノ通過ヲ妨グルコトヲ得ルナリ。實際ニ於テモ此ノ少數者ノ權利ノ效果ハ甚ダ大ニシテ十九世紀中憲法ノ追加セラレタル條項僅ニ四ツ、最近四十年間ニ於テハ多數ノ憲法改正案ノ發議セラレタルニ拘ラズ一トシテ通過シタルモノナシ。此ノ如キ少數者ノ權利ニ基キテ米國ノ憲法ハ世界ニ於ケル固定憲法ノ最モ甚シキモノナリ。然レド一方ニ於テハ其ノ結果トシテ奇異ノ現象アリ、即チ形式的ニ變更ノ議決ヲ經ザルモノニシテ然カモ實際生活ノ必要ニ基キ習慣法トシテ行ハル、ニ至リタルモノ少ナカラザル事是ナリ。然レバ憲法ノ文

字ハ假令不可變更ナリトスルモ之ヲ以テ直ニ憲法自身ノ固定ヲ推斷スルコトヲ得ザルナリ。

少數者保護ノ米國ノ思想ハ歐洲ニ於テモ幾バクモナク憲法ニ關スル自然法的見解ト相合シテ以テ少數者ノ權利ヲ承認セシメ、少數者ノ反對ニ依リテ憲法ノ變更ヲ妨グルヲ得セシメタリ。此ノ興味アル沿革ヲ一々詳述センコトハ余輩ノ目的ニ非ラズ。然レド多數ノ國ノ憲法ハ此ノ思想ヲ繼承シ、極メテ種々ニ之ガ規定ヲ設ケタリ。此ノ思想ノ爲メニ毫モ影響ヲ受クルコトナカリシハ舊時代ヨリノ憲法即チ英國及ビ匈牙利ノナリ。其ノ外佛國ノ *pouvoir constituant* (憲法ヲ制定スル權力)ノ思想ノ影響ニヨリテ成立シタル憲法ノ中ノ一部分モ亦之ガ影響ノ外ニ在リ、即チ此等ノ國ノ或ルモノハ特別ノ憲法制定議會ヲ選舉スルコトヲ必要トシ恰モ之ヲ以テ國民ノ特別ノ委任ヲ受ケタルモノト看做スモノナリ。殊ニ著ルシキ事實ハラテシテ諸國ハ今日ニ於テハ或ハ以太利及ビ西班牙ノ如ク全ク之ガ規定ヲ設ケ



ザルカ、然ラザレバ佛蘭西及ビ葡萄牙ノ如ク其ノ手續ヲ規定スト雖モ尠モ少數者ヲ保護セズ又ハ極メテ僅少ノ保護ヲ與フルニ過キザルコト是ナリ。就中佛國ニ於テハ唯革命時代及ビ第二共和政ノ過渡憲法ニ於テ米國ヲ模倣シタル町重ノ憲法變更手續ヲ規定シタリシノミ。一八一四年ノ欽定憲法及ビ一八三四年ノ改定憲法ハ此ノ點ニ付テ全ク規定ヲ設ケズ。兩帝政時代ノ憲法ニ至リテハ之ヲ論ズル迄モナシ。今日ノ規定ニ依レバ先ヅ各院ニ於テ單純ノ多數ヲ以テ議決シ然ル後兩院合同ノ總會ニ之ヲ提出ス、總會ニ於テモ亦單純ノ多數ヲ以テ議決ス、唯此ノ場合ニハ總議員ノ過半数ヲ必要トスルナリ。故ニ若シ多數者ニシテ漏ナク出席シタリトセバ少數者ノ如何ナル反對ヲモ制壓スルコトヲ得ルナリ。此ノ如キ規定ヲ爲スニ至シハ憲法ヲ固定ナラシメントセル凡テノ複雜ナル保護手段ノ如何ニ無益ナリシカラ實見セル佛國人ノ經驗ガ其ノ大ナル原因ヲ爲セル事ハ疑ヲ容レズ。然レドモ一方ニ於テハ少數者ノ尊重ハ羅匈民族中就中佛國々民ニ

依リテ嘗テ町重ニ思考セラレシコトナシ。舊羅馬ノ國家萬能ノ思想ハ羅匈民族ニ於テハ行ハル、事極メテ強ク其ノ憲法ニ於テハ米國流ノ個人ノ權利少數者ノ權利ヲ尊重スルコトヲ規定シ、就中佛國ノ憲法ニ於テ最モ顯著ナリト雖モ、實際ニ於テハ其ノ國家主義ニ依リテ之ニ反抗スル少數者ヲ躡蹙ナク抑壓セザル者ナク、而シテ是ニ付イテモ亦佛國ヲ最モ著ルシトナス。

然レドモ他ノ諸國ノ現時ノ憲法ニ於テハ多クハ皆多少ノ度ニ於テ少數者保護ノ思想ヲ採用セザルナシ。荷蘭、白耳義、諾威、巴耳幹半島ノ諸國何レモ然リ。瑞西モ亦同ジク、瑞西ニ於テハ管ニ瑞西國民ノ過半数ノミナラズ又各支分國ノ多數ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス、而シテ其ノ支分國ノ多數ハ或ハ少數ノ國民ヲ代表スルモノナルコトモアリ得ベキナリ。奧地利モ亦帝國モ各州モ共ニ此ノ如シ。獨逸帝國モ亦同ジク、其ノ聯邦參事院ニ於テハ十四票ノ反對アレバ憲法變更案ヲ通過スルヲ得ズ。獨逸ノ各支分國モ多



數ハ亦然リ、唯字漏西ハ其ノ例外ニテ、單ニ兩院ニ於テ單純ノ多數ヲ以テ二  
回同一ノ議決ヲ爲スヲ必要トスルノミ。

是ニ於テカ第二ノ問題ヲ生ズ。其ハ所謂憲法トハ如何ナル内容ヲ有ス  
ルモノナルカ、少數者ノ保護ヲ要スル基礎法中ニ屬スベキモノハ何々ニシ  
テ之レニ屬セサルモノハ何ナルカノ問題是レナリ。若シホツブスヲシテ  
今日ニアラシメバ彼ハ今日ニ於テモ尙何處ニモ此ノ問題ニ對スル満足ナ  
ル解答ヲ看出シ得ザルベシ。數多ノ國ノ憲法ニ於テハ國家ノ組織及ビ權  
能ニ關スル大綱目ヲ規定スルト共ニ、他ノ國ニ於テ單純ノ法律甚シキハ下  
級ノ命令ニテ規定セラル、事項ヲモ憲法中ニ掲クルモノアリ。其ノ適切  
ナル、一例ハ獨逸帝國憲法ノ鐵道行政ニ付キテ帝國ノ權限ニ屬スベキ事項  
ヲ列記シタルニ於テ之レヲ見ルヲ得ベシ。小サキ國家ハ却テ長キ憲法ヲ  
有スルヲ常トス、例ヘバ「オルデンブルヒ」及ビ「ブラウンシュヴァイヒ」ノ憲法ハ字  
漏西ノヨリ二倍以上長シ。憲法ト單純ノ法律トノ間ノ限界ガ如何ニ不規

則ナルカノ最モ著シキ事例ハ埃地利ノ憲法ニ於テ見ルヲ得ベク、此ノ國ニ  
於テハ帝國議會ノ選舉ハ單純ノ法律ニ依リ規定セラル、ニ反シテ、州會Landtagノ  
選舉法ハ却テ憲法中ニ規定セラル、ナリ。如何ナル事項ト雖モ憲法中ニ  
規定シ得ザルモノナキコトハ最近瑞西聯邦ノ憲法ニ追加シタル第二十五  
條トニ默齋ヲ撲殺スルニ先ヅ之ヲ絶息セシメズシテ屠戮スルハ絶對ニ之  
ヲ禁止スルベキコトヲ規定セルハ適切ニ之ヲ證明セルモノナリ。然レバ、  
近世ノ憲法ノ觀念ハ特別ノ憲法法典ヲ有スル諸國ニ於テハ純然タル形式  
上ノ觀念トナリ、即チ憲法トハ形式上ニ憲法トシテ指定セラレタルモノヲ  
言フニ過ギザルナリ。

此ノ如ク憲法ニ規定セラルベキ事項ニ更ニ一定ノ限界ナク、唯外形上ノ  
標準ノミニ依リテ單純ノ法律ト區別セラル、ニ過ギザルノ結果ニ因リ、輓  
近米國ニ於テ頗ル注意スベキ奇異ノ現象ヲ生ゼリ。米國各州ノ現今ノ憲  
法ヲ以テ若シ其ノ最初ノ憲法ト比較スルトキハ其ノ分量ニ於テ非常ノ増



加アルヲ見ルベシ。一八七七年ニ合衆國ノ元老院ノ命ニ依リテ編纂シタル北亞米利加ノ憲法全集ニ付テ之ヲ見ルニ、例ヘハ「ゾアジニヤ」ノ憲法ハ一七七六年ノ分ハ四頁ナルニ、一八七〇年ノ分ハ二十一頁ヲ占メ、「テキサス」ノ第一次ノ憲法(一八四五年)ハ十六頁ニシテ一八七六年ノ分ハ三十二頁ニ増加スルニ至レリ。此ノ如キ増加ハ如何ニシテ生ゼルカ。曰ク單純ノ法律ヲ以テ定メラレタル事項ガ年ヲ追テ立法事項ヨリ取り去ラレ憲法中ニ規定セラレタレバナリ。例ヘハ近時ニ追加セラレタル憲法ノ條項ノ中ニハ富籤ヲ禁止シ、劇烈ナル飲料ノ販賣ヲ禁止シ、刑罰ノ執行ノ原則ヲ定メ、勞働日及ヒ休日ノ原則ヲ定メ、官吏ノ俸給ヲ規定シ、各種ノ學校ニ付イテノ詳細ノ規則ヲ定メ、鐵道會社ニ對スル特許ノ條件ヲ定ムル等、其ノ他大陸歐洲ニ於テハ單純ノ法律ヲ以テスラモ定メラル、コトナク警察命令ノ事項ニ屬スルコトヲ規定セル條項甚タ多シ。

此ノ奇異ナル顯象ハ種々ノ原因ニ依リテ生ゼルナリ。其ノ一ノ原因ハ

裁判官ノ地位ノ特殊ナルニ在リ。亞米利加ニ於テハ、合衆國ニテモ、各支分國ニテモ、裁判官ハ憲法ニ違反シタル法律ノ無效ヲ宣言スルノ權ヲ有シ、而シテ裁判官ガ此ノ權利ヲ利用スルコトハ最モ甚シ。然レバ法律ヲシテ裁判官ノ攻撃ヲ免レンシメンガ爲メニハ之ヲ憲法自身ノ中ニ規定スルコトヲ要スルナリ。他ノ一ノ原因ハ國民ガ事實上重要ナル事項ニ付テハ自ラ之ガ最後ノ決定權ヲ留保セント欲スルノ希望ト及ビ之ト繋聯シテ國會ニ對スル不信任ガ現時廣ク傳播セルトニアリ。此ノ國會ノ不信任ハ米國ニ於テハ頗ル注意スベキ結果ヲ生ゼリ。多數ノ米國諸州ニ於テハ雷ニ急速ナル法律製造ヲ妨ゲンガ爲メ從前ノ毎年ノ國會會期ヲ廢シテ隔年ノ開會ト爲シタルノミナラズ、甚シキハ一年中ノ會期ノ最長日限ヲ制限シ以テ餘リニ多クノ法律ヲ作ラザラシメ、又故ヲニ會期ヲ延長シテ議員ノ日當ヲ多カラシムルノ弊ナカラシメントスルニ至レリ。然レドモ憲法ノ條項ヲ膨大シタル一ノ重要ナル原因ガ國會ノ少數者ヲ考慮セルニ在ルコトハ疑ヲ容



レズ。或ル事項ヲ憲法中ニ規定スルニ因リテ多數ノ諸州ニ於テハ多數者ノ專制ナル立法ニ對シテ有力ナル制限ヲ加フベキ武器ヲ少數者ニ附與シタルナリ。最レ亦多數者ハ唯一定ノ狹キ範圍ニ於テノミ自由決定權ヲ有ストニル舊時ノ宗教的自然法的思想ガ違ク其ノ影響ヲ及ボシタルモノナリ。是レ又最モ能ク「ゲルマン」的個人主義ニ適合スルモノニシテ何レノ民主國ニ於テモ其ノ主義ヲ實現セルモノハ米國ニ如ケルモノナシ。米國ハ苟クモ民主國ニ於テ實行シ得ベキ限度ニ於テハ最モ強ク純然タル多數決主義ニ反抗シタルモノナリ。米國ハ管ニ合衆國ニ於テノミナラズ凡テノ支分國ニ於テ二院制度ヲ實行シ、其ノ上院即チ元老院ノ被選舉權ハ何レノ國ニ於テモ年齢ノ高キコト、住居期間ノ長キコトニ依リテ制限セラレ、之ガ爲メニ其被選人ハ下院ノ被選人ニ對シテハ少數者ニ屬スルモノナリ。加之合衆國ニ於テハ大統領、各支分國ニ於テハ州長即チ何レモ一個人ニ與フルニ議會ノ決議ニ對スル甚ダ有力ナル停止的不認可權ヲ以テセリ。即チ

合衆國及ビ二十八ノ支分國ニ於テハ一タビ不認可ニ遇ヒタル議案ヲ再ビ通過セシムルガ爲メニハ各院三分ノ二ノ多數ヲ必要トス。一二ノ國ニ於テハ單純ノ法律スラモ總議員ノ過半数ニ依リテノミ議決スルヲ得ベキコトヲ定ムルモノアリ。凡テ此等ノ多數者ノ專制ニ對スル反抗手段ハ何レモ米國ノ民主政ガ其ノ成立當時ノ主義ニ基キテ作成シタル自衛手段ナリ。管ニ之ノミナラズ此ノ自衛ハ此處ニ述ベ得ベキヨリハ遙ニ以上ニ及ベルモノナリ、何トナレバ市ニ於テモ原則トシテ之ト同様ノ組織即チ二院制、市長ノ不認可權(不認可ニ對シテハ唯三分ノ二ノ多數ヲ得タル決議ニヨリテノミ之ヲ覆ヘスヲ得)ヲ設ケ以テ地方行政ヲモ多數者ノ專横ヨリ防禦スレバナリ。但シ凡テ此等ノ手段カ果シテ終始其ノ本來ノ目的ヲ達スベキヤ否ヤ、米國ニ於ケル民主政ガ遠キ將來ニ於テモ果シテ其ノ多數決主義ニ加ヘタル制限ヲ恪守スルノ注意ヲ怠ラザル可キヤ否ヤハ爰ニ措イテ論セズ。蓋シ凡テノ民主政ハ其自然ノ趨向トシテ單純ノ多數者ヲ唯一ノ勢力タラ



シメントスルノ傾ヲ免ル、能ハザルモノナレバナリ。

以上述ブル所ニ依リ大多數ノ國ニ於テハ特殊ノ沿革ニ基キテ特ニ重要ナル決議即チ憲法變更ノ決議ニ付イテハ單純ノ多數ヨリ以上ノ投票數ヲ必要トシ以テ少數者ニ與フルニ其ノ變更ヲ妨ゲ得ルノ力ヲ以テセルコトヲ知ルヲ得タリ。然レドモ一般的ノ満足ナル解答ハ之ヲ求ムルヲ得ザリキ。蓋シ凡テノ國會事業ニ於ケルト等シク、少數者ニ權利ヲ附與セントスルノ企モ亦其レ自身ニ不定、偶然ノ分子ヲ有ス。一定不動ノ主義ハ二ノ理由ニヨリ之ヲ求ムルヲ得ザルナリ。憲法ノ觀念ガ一定ノ限界ヲ有セザルコトハ其ノ一ノ理由ナリ。然レドモ反對權ヲ有スル少數者ノ範圍ガ投票權者ノ何分ノ一トイヒ、又ハ何人トイフガ如キ全ク外形的ノ標準ニ依リテノミ定メラレ、隨テ現實ノ決議ハ多クハ多少ノ偶然ノモノナルコトモ亦其ノ一ノ理由ナリ。

余輩ハ是ヨリ既成ノ法 (de lege lata) ノ問題ヨリ將來ノ立法 (de lege ferenda)

ノ問題ニ移ル可シ。之ニ付イテハ先ヅ他ノ一ノ問題ヲ論ズルヲ要ス。其ハ此ノ點ニ付テハ凡テヲ實驗ニ任スベキカ若クハ之ニ關スル一定ノ理論ノ存スルモノアリヤノ問題はナリ。

(三)

此ノ問題ヲ論ズルニ付キテハ、第一ニ余輩ハ性質上權利ノ承認ヲ要求シ得ベキ少數者ナルモノガ果シテ存在スルヤ否ヤヲ論ジ、次ニ若シ存在ストセバ其ノ權利ハ如何ナルモノナリヤヲ研究スルコトヲ要ス。其ノ第一ノ問題ハ第十九世紀ノ中屢、理論的政治學者ノ論ズル所トナレリ。就中其ノ重ナルモノニハ米國人カールン、英國人トマス、ヘーア、ジョン、スチュアート、ミル、ハーバート、スペンサー、ヘンリイ、サムナー、メーン、佛國人ベンジャミン、コンスタン、ギゾー、トククヱイル、ラブローレ、デ、ボン、フアイトノ名ヲ擧グルヲ得ベシ。此等ノ學者ハ何レモ皆多數者ノ意思ニハ其限界アリ、純然タル多數



專制ハ壓制ナリ專横ナリトイフノ思想ヲ基トセルモノニシテ、多數決主義ノ限界如何ノ問題ニ付テハ大多數ハ少數者ノ權利ハ個人ノ權利ト其ノ範圍ヲ同ジウス「トイフヲ以テ答ヘリ。即チ多數者ノ意思ハ個人ノ權利ヲ侵害スベカラズトイフコトニ於テ超ユ可カラザル限界ヲ有スルナリ。若シ多數者ニシテ此限界ヲ超エントスルトキハ各個人隨テ又少數者ハ之ニ對シテ反抗ノ權利ヲ有セザル可カラズトナセリ。然レドモ此ノ權利ヲ實行スルノ手段トシテ舉ゲラル、所ノモノハ概ネ皆國會及ビ政府ノ權力ヲ制限スルニ依リテ個人及ビ少數者ヲ保障セントスル目的ヲ有スルモノニシテ多クハ司法權ノ獨立、行政裁判ノ制度、行政ノ地方分權、地方自主權ノ發達、少數代表制度ノ如キ既ニ廣ク世ニ知ラレタル手段ニ過ギズ。如何ニシテ又如何ナル場合ニ立法ノ壓制、ヨリ少數者ヲ保護スベキカノ問題ニ至リテハ多クハ殆ンド全ク之ヲ論セズ(其ノ多少ノ例外ニ付テハ後ニ述フベシ)。憲法變更ノ手續ヲ鄭重ナラシムルコトト雖モ僅少ノ少數者又ハ一個人ニ

對シテハ何等ノ保護ヲ與フルコトナシ。獨リ北亞米利加ノミニ於テハ少クトモ憲法違反ノ法律ニ對シテハ一個人ニ有力ナル保護ヲ與フ。即チ米國ノ各州ニ於テハ若シ多數決ニ依リテ其ノ州ノ憲法又ハ合衆國ノ憲法ニ違反シタル法律ヲ議決シタルトキハ、裁判官ハ現實ノ場合ニ付キ其ノ法律ヲ適用スベカラザルコトヲ宣言スルノ權利ト義務トヲ有ス。此ノ裁判官ノ權利ハ實際ニ於テ頗ル廣ク利用セラル、所ニシテ、米國勞働局ノ報告ニ據レバ最近數年間ニ數多ノ州ニ於テ日曜休假ニ關スル法律ヲ議決シタルニ裁判官ハ屢之ヲ無効ナリト宣告シタルモノアリ。殊ニ面白キハ理髮職ノ日曜休假ニ關スル判決ニシテ其ノ判決ノ要旨ニ曰ク各人ハ憲法上幸福ナル經濟生活ヲ營ムノ權利ヲ有ス、何人モ宗教上ノ作爲ヲ強制セラル、コトナシ、國民ノ或ル階級ノ自由ヲ制限スル特別法ハ無効ナリ、云々、故ニ日曜日ニモ若シ散髮セント欲セバ之ヲ爲スコトハ一般ノ人權ナリ、立法者ハ此ノ權利ヲ制限スベキカヲ有セズ」ト。米國ノ社會政策ハ又他ノ方向ニ於テ



モ裁判官ト戰ハザル可カラズ。即チ勞働時間ノ制限ニモ之ヲ憲法ノ中ニ規定シタルモノノ外ハ裁判官ハ屢其ノ法律ヲ無効ナリト判決シタリ。

然レドモ此ノ如キ裁判上ノ保護ハ一個人及ビ間接ニハ國會ノ少數者ニ對スル保護トシテモ頗ル如何ハシキ點アリ。凡テ此ノ如キ裁判ヲ決ニハ憲法ノ字句ノ不明瞭ナルガ爲メニ常ニ或ル專斷的ノ分子アリ、即チ是レ裁判官ノ斷定ヲ以テ立法者ノ意見ヨリモ上ニ置クモノナリ。其ノ結果事情ニ依リテハ立法ニ基ク各種ノ制度ノ圓滿ナル發達ガ全ク政治上ノ責任ヲ負ハザル裁判官ノ爲メニ甚ダシク妨ゲラレ、然カモ其ノ裁判官ハ公生活ニ立ツ一人トシテ必ラズ一定ノ政治上ノ意見ノ影響ヲ受クルヲ免レザルノ弊アリ得ヘキナリ。

少數者ノ權利ノ承認ニ付テ正確ナル基礎ヲ得ンガ爲メニハ吾人ハ次ノ思想ヲ以テ其ノ發論點ト爲サザル可カラズ。曰ク多數決ノ思想ノ基ク所ハ國民ガ統一的ノ一體ナリトスルノ思想ニ在リ。個人ガ全ク同一ノ價值

ヲ有スルモノナリトスル自然法的民主的ノ思想ハ之ガ根據ヲ爲セルモノナリ。同等ノ價值ヲ有スル個人間ニ於テハ數ニ依リテ決スルヨリ外ハ他ニ適當ノ決定ノ手段ヲ存セズ。

凡テノ國民ノ決議及ビ國會制度ハ少クトモ一院内ノ決議ニ付テハ此ノ同等價值ノ思想ヲ根據ト爲ス。國會ノ議員ハ皆全國民ノ代表者ト看做サル、モノナルガ故ニ此ノ代表者ノ中ニ更ニ價值ノ差等アルコトハ思考シ得ヘカラザル所ナリ。此ノ思想ハ決シテ種々ノ政黨ノ存在ト相矛盾スルモノニ非ラズ。蓋シ人ハ凡テ其ノ天性ニ於テ國家ノ政務ヲ判斷スルニ唯自己ノ周圍ノ事情ヲ以テ其ノ前提ト爲スモノニシテ其ノ前提タル事情ハ人ニ依リテ自ラ異ナラザルヲ得ズ。隨テ政治主義ノ異同ハ人類ノ政治社會ニ於テ必然ノ現象タリ。廣ク天ヨリ世界ノ凡テヲ見下シ政治上ノ公平ナル判斷ヲ下サンコトハ唯空中ニ浮ヘルモノノミ之ヲ爲スコトヲ得ヘキナリ。然レドモ純然タル政黨ハ其ノ性質上絶エズ變動スルモノニシテ、其



ノ實在ノ形體ニ於テハ決シテ確實永續ノ形ヲ有スルモノニ非ラズ。今日保守黨ニ屬スルモノハ明日ハ溫和自由黨タリ、今日自由黨タルモノハ明日急進派タルコトアル可シ。然レバ純然タル政黨ニ在リテハ今日ノ少數黨ハ明日或ハ多數黨タルヤヲ知ル可カラズ。此ノ故ニ一國中ニ唯政治主義ノ反對アルノミノ國民ニ在リテハ多數決主義ハ最モ圓滿ニ行ハル、ヲ得ベク、此ノ如キ國ニ於テハ國家的秩序ヲ維持スルガ爲メ並ニ當時ノ多數者ヲシテ餘リニ強力ナラザラシムルガ爲メニハ唯彼ノ普通ニ世ニ知ラル、少數者保護ノ手段ヲ適用シテ純然タル實驗ニ依リテ各國隨時ノ事情ニ適合スル様ニ實行スルノミヲ以テ足レリトス可シ。此ノ如キ種類ノ少數者ノ權利ハ單ニ自ラ多數者トナルコトヲ勉ムルトイフヨリ以上ニ出ヅルコトヲ得ズ。凡テノ新ナル政黨ハ初メハ少數者ニ始マリ而シテ常ニ辯論ニ依リ、煽動ニ依リ批評ニ依リテ輿論ヲ動かシ、以テ遂ニ多數黨ト爲ルコトヲ目的ト爲シタルモノナリ。此ノ如キ少數者ノ權利ニ對シテハ如何ナル多

數黨ト雖モ確カナル地位ヲ有セズ、何トナレバ多數黨ハ永久ニハ之ヲ抑壓スベキ手段ヲ有セザレバナリ。

然レドモ凡テ以上ノ理論ハ國民ガ政治上ノ統一ヲ保持セルコトヲ以テ其前提ト爲ス。統一的ノ國民ニ於テノミ此ノ如キ政黨ノ消長變動アリ得可キナリ。其ノ統一ヲ缺ケルモノニ在リテハ純然タル頭數ニ基ク多數決主義ハ實行セラレ得ベキニ非ラズ。其ノ著ルシキ例證ハ今日ノ民主的ノ聯邦共和國ニ於テ見ルコトヲ得ベシ。聯邦國ニ於テハ聯邦内ノ各國相互ノ間ノ反對ガ甚ダ強キ爲メニ、國民ノ多數ニ基クノ外尙ホ國ノ數ニ基ク所ノ第二ノ決定權ヲ有セリ。然レドモ國民ノ不統一ノ爲メニ個人ノ平等價值トイフ前提ノ全ク失ハレタル國ニ至リテハ純然タル多數決主義ノ實行シ得ベカラザルコト尙之ヨリモ甚シ。

此ノ如キ不統一ハ第一ニハ宗教ノ差別ニ於テ之ヲ見タリ。宗教問題ガ政治問題ノ性質ヲ有シタル間ハ何レノ國ニ於テモ多數決主義ニ對スル強



キ反抗ヲ來セリ。宗教事項ニ關シテハ多數決ハ嘗テ正當ト認メラレタルコトナク常ニ蠻力ノ發現トシテ感セラレタリ。就中獨逸ニ於ケル三十年戦争ノ後ニハ最モ強ク宗教事項ニ付テ多數決主義ヲ排斥シタリ。即チ舊帝國等族議會ニ於テハ宗教事項ニ付テハ全ク通常ノ討議方法ヲ用キズ多數決ハ全ク之ヲ廢シ、兩宗教黨派ノ間ノ協議(amicabilis compositio)ニ依リテ決定ス。若シ兩黨派ノ一ニシテ事ノ假令宗教ニ關セザルモノト雖モ之ヲ協議事項ナリト宣言シタルトキハ帝國議會ハ直ニ舊教派(Corpus Catholicorum)ト新教派(Corpus Evangelicorum)トニ分離シ之ニ依リ數ニ於テハ僅少ナル新教派ノ投票ハ舊教派ト同一ノ價值ヲ有シタリ。

此ノ如キ反對ハ今日ニ於テハ民族ノ差別ニ於テ之ヲ見ルヲ得。民族ノ異同ニ基ク黨派ハ決シテ一國民内ノ機關トシテ存スルコトヲ得ズ純然タル政黨ノ如キ消長變動ハ民族黨ニ於テハ全ク缺ケタリ。今日ノ「ゲルマン」黨ハ明日ノ「スラヴ」黨タルヲ得ズ、稀ニ此ノ如キコトアルモ其ハ一般ノ擯斥

ヲ免レザル可シ。民族ノ黨派ハ宗教ノ黨派ト同シク確定ノ限界ヲ有ス。若シ一立法部内ニ民族ノ差等ガ著ルシク存スル場合ニ於テハ民族ニ關スル事項ニ付テハ凡テノ多數決ハ暴政タルノ感ヲ免レザル可シ。民族ノ問題ニ付テモ他ノ事項ニ付テト同ジク多數ヲ以テ決ス可シトイフガ如キ説ハ多クノ政治論ニ於テ見ルガ如キ不完全ナル前提ヨリ演繹セル輕率ナル決論ナリ。既ニ論セルガ如ク多數決主義ハ凡テノ人類ガ絶對ニ平等ナリト爲ス自法法的見解ヨリ出テタルモノナリ。絶對ニ平等ナルモノニ於テ適用セラルベキ所ハ絶對ニ不平等ナルモノニ對シテ適用セラル可キニ非ラズ。

然レドモ民族ノ混交セル國民ヲ有セル多數ノ國ニ於テモ大多數ノ場合ニハ司法及ビ行政ニ於ケル少數者保護ノ手段ヲ以テ足レリト爲シ、立法機關ハ民族ノ異同ヲ眼中ニ置カザルヲ例トス。例ヘバ瑞西及ビ白耳義ノ如キ其ノ人口ハ異種ノ種族ノ混同ナレドモ其ノ國ノ國會ハ唯政黨ニ分カル



ルノミニシテ民族黨ニ分タル、コトナシ。之ニ反シテ塊地利帝國ハ異種ノ民族ノ混同セルコト歐米兩洲ニ於ケル何レハ文明國ヨリモ甚シク、隨テ其ノ事情モ亦全ク他ノ國ト異ナレリ。塊地利ニ於テモ亦各民族ノ利益ヲ保護シ殊ニ官廳及ビ學校ニ於ケル國語ノ使用ニ付テノ保護ヲ與フルガ爲メニ立法及ビ行政上ノ設備ヲ設ケラレタレドモ、是モ多クハ激烈ナル論争ニ遇ヘリ。其ノ外尙或ハ新聞紙上ニ於テ或ハ法律案トシテ、政治家又ハ民族黨ヨリ、民族間ノ軌轢ヲ調和ス可キ種々ノ手段例ヘバ言語法ノ制定、言語ノ混合セル州ニ於テ郡又ハ縣ヲ民族ニ從テ區劃スベキコト、國及ビ自治團體ノ官廳ヲ民族ノ異同ニ從テ設立スベキコト、州會中ニ民族ニ依リ區別シタル數部ヲ分ツベキコト等ノ如キ案ヲ提議セラレタルアリ。然レドモ假令凡テ是等ノ提案ニシテ實行セラレ得ベシトスルモ、問題ハ尙未ダ解決セラレタルモノニ非ラズ。此ノ以上ニ尙一大問題アリ如何ニシテ帝國議會ニ於テ民族ノ少數者ノ權利ヲ保護スベキカハ即チ是ナリ。民族ニ重大ノ

關係アル凡テノ問題ヲ州會ニ於テ決セシムルハ唯國家ノ基礎ヲ迄モ覆スベキ大革命ヲ以テノミ爲スコトヲ得ベク、且ツ各民族ハ州會ニ於テヨリハ中央國會ニ於テ一層有力ニ自家ノ利益ヲ主張セン。コトヲ希圖セルモノナルガ故ニ民族ハ決シテ之ニ同意スルコトヲ爲ササル可シ。此ノ故ニ塊地利ニ於テハ中央國會ニ於テ事務ノ進行ヲ永久ニ不可能ナラシムルコトナクシテ如何ニ各民族塊地利ノ國會ニ代表者ヲ有スル民族ノ數ハ八種ナリニ特別權ヲ與フベキカハ極メテ困難ナル問題タルナリ。然レドモ此ノ點ニ於テハ歷史上ノ關係ハ凡テノ政治上ノ方策ヨリモ其ノ影響遙ニ強ク、今日ノ狀勢ニ於テハ塊地利ニ於ケル民族問題ハ主トシテ「ゲルマン」族ノ問題トナレリ。十數年以來「ゲルマン」族ノ少數派及ビ之ニ連合セル諸派ハ以テ「スラヴ」族ノ多數派及ビ其ノ連合黨ト相對立セルナリ。然レバ凡テノ立法政策トハ關係ナク民族上及ビ政治上ノ反對ノ力ニ依リテ、塊地利ノ帝國議會ハ恰モ「ゲルマン」黨(Corpus Germanorum)ト「スラヴ」黨(Corpus Slavorum)トニ分



離シタルモノトイフヲ得ベク、而シテ此ノ兩者ハ法律上對等ノ權利ヲ有セザルモノナリ。最近數年間ノ大紛争ハ「ゲルマン」黨ガ「スラヴ」黨ノ多數專制ヲ覆ヘサント爲シタル最初ノ企ナリシナリ。而シテ州制度ノ變更又ハ國會以外ノ制度ノ新設ニ依リテハ帝國議會ノ紛擾ヲ永久ニ防止センコトハ困難ナルベキガ故ニ議會ヲシテ正常ノ状態ヲ保持セシムベキ唯一ノ道ハ中央議會ニ於テ「ゲルマン」黨ニ與フルニ多數決ニ依リテ奪フ可カラザル權利ヲ以テスルコトニ在リ。蓋シ今日ニ於テ絶エズ塊地利ノ存立ヲ危ウスルノ恐アルモノハ唯「ゲルマン」族ト「スラヴ」族トノ反對アルノミニシテ、其ノ他ノ民族間ノ軌轢ハ比較的重大ノ影響アラザルモノナレバナリ。此ノ如ク少數者ニ對シテ多數決ニ依リテ制セラレザル權利範圍ヲ與フルコトハ今日ノ諸國ニ於テ決シテ新ナル事例ニ非ラズ。就中獨逸帝國ノ聯邦參事院ニ於テ頗ル廣ク實行セラル、所ナリ。即チ第一ニハ各支分國ノ留保權ニ關スル決議ニ付テハ其ノ變更ハ其關係國ノ同意アルコトヲ要ス、故ニ例

ヘハ「巴威倫」ノ六票又ハ「威丁堡」ノ四票ハ凡テノ他國ニ反對シテ否認權ヲ有スルナリ、第二ハ帝國憲法第五條及ビ第三十七條ノ場合ニ關シテハ「普魯西」ノ十七票ハ之ガ否認權ヲ有セリ。此ノ如キ方法ニ依リテ塊地利ノ國會ノ紛擾ヲ解クコトガ果シテ成功スベキヤ否ヤハ歴史ノ力ノ問題ナリ。然レドモ他ノ方法ニ依リテ之ヲ解決センコトハ極メテ困難ナリ。

宗教及ビ民族ニ基ク黨派ノ外、將來ニ於テ若シ資本家ノ階級ト非資本家ノ階級トノ反對ガ一國ノ立法議會ニ於テ激シク見ル、ニ至ラバ尙ホ社會的黨派ヲ加フベク、其ノ加ハルニ至ランコトハ一ノ欲スル所ニシテ他ノ恐ルル所ナリ。然レドモ今日迄多クノ國ニ於テ絶エズ社會黨ノ投票及ビ代議士ヲ増加スルノ傾アルニ拘ラズ、今日ニ於テハ民主國ニ於テスラモ未ダ國民ヲ此ノ如キ黨派ニ分割スルニハ至ラズ。此ノ種ノ運動ノ最モ有力ナル獨逸帝國ノ社會民主黨スラモ未タ獨逸ノ帝國議會ヲ資本家ノ代表者ト非資本家ノ代表者トニ分割セシムルニ至ラザルコト遠ク、現時ニ於テハ社



會民主黨ハ代議士總數ノ百分ノ十二ヲ占メ四黨派中ノ一タルニ過キズ、此ノ故ニ此ノ問題ハ未ダ今日ノ政治問題ニ非ラズ、加之今日ニ於テ既ニ社會民主黨ハ永ク其ノ現在ノ政治秩序ヲ全ク破壊シ終ラントスル革命的ノ政綱ヲ維持スルコト能ハズシテ急進改革黨ニ變形セントスルノ徵候ヲ認メ得ベキカ故ニ一層之ヲ將來ノ論究ニ讓ルヲ適當ト爲ス可シ。

余輩ハ是ヨリ第二ノ問題ニ移リテ多數決ニ依リテ制スベカラザル少數者ノ權利ハ如何ナルモノナルベキヤヲ論ズベシ。此ノ問題ニ付テハ之ヲ論ゼル著ルシキ者二人アリ、一ハ米國ノ政治家カールンニシテ詳ニ之ヲ論シ、一ハ英國ノ法史家サ、ヘンリー、サムナー、メーンニシテ折ニ觸レテ之ヲ説ケリ、カールンノ著 *A Disquisition on Government* ハ恐クハ米國ノ政治學ノ著書中最モ創見ニ富メルモノナル可ク、其書ハ殆ドカールンノ有名ナル多數ニ制セラレタル少數國ハ合衆國ノ法律ニ對シテ *Right of nullification* ヲ有セザルベカラズトスルノ説ノ理論上ノ根據ヲ説明セルモノトモ云フベキモ

ノナリ、カールンハ多數決主義ノ根據ヲ爲セル個人ノ平等價值ノ思想ヲ極端ニ論難シテ數ニ基ク多數ノ專制的ノ決定ニ代フルニ所謂 *concurrent majority* ノ決定ヲ以テセントス。彼ノ説ニ依レバ國民中苟クモ獨立ノ要素ヲ爲セルモノハ其ノ獨立ヲ傷クル決定ニ對シテハ反抗ノ權利ヲ有セザル可カラズ。多數決ハ權力ノ一體形ニ外ナラズ、眞ニ立憲國ニ適當ナルベキ決定ノ方法ハ多數決ニ非ラズシテ唯協議コンソリヤツスアルノミ、協議ニ依リテ以テ一般ノ拘束力ヲ有スベキ決定ヲ爲スベシト言ヘリ。然レドモ如何ニシテ此ノ改革説ヲ民主國ニ實行シ得ベキカニ付テハカールンハ之ヲ詳論セズ、其ノ論ゼル所ハ全ク抽象的ナリ。之ニ反シテメーンハ其ノ著 *Popular Government* ノ中ニ英國ニ於テ今日ノ國會制度ノ代リニ機密ノ委員會ニ依リテ指導セラルル唯一黨派萬能ナル專制時代ノ來ルコトアリ得ベキコトヲ豫想セリ。此ノ如キ專制ニ對シテ少數者ノ有シ得ベキ唯一ノ反對手段ハ妨害Obstruc- (ion) アルノミ、其ノ妨害ニ對シテハ多數者ノ首領ハ常ニ或ル手段ヲ抑壓ス



ルコトヲ得ベシト爲セリ。(一、二六頁、尙九四、九五頁參看)

斯ク少數者ノ妨害ニ依リテ國會ノ議事ノ進行ヲ遲カラシメ又ハ阻止スルコトハ英國ノ議會ニ於テハ古クヨリ知ラレタル所ナリ。殊ニ有名ナルハ一七七一年三月十二日ノ下院ノ議事ニシテ、少數者ハ僅ニ二十三票ノ少數ヲ以テ國會議事録ノ出版者ノ處罰ヲ議決スルコトヲ防止シタリ。一八八一年ニ至リ始メテ愛爾蘭黨ノ妨害ガ動機トナリテ所謂 *Obstinate* 即チ下院ノ討論終結ノ制度ヲ採用シタリ。此ノ愛爾蘭黨ノ妨害ハ人ノ知ル如ク他ノ國ニ於テ殊ニ「ボヘミヤ」ノ州會、埃地利ノ國會ニ於テモ摸倣セラレタレドモ今日ニ至ル迄未ダ國會ノ少數者ノ此ノ特異ナル戰鬪手段ニ付テ日常ノ政論以上ニ研究ヲ試ミタル者ナシ。

此ノ如キ妨害ハ二様ノ方法ヲ以テ行フコトヲ得ベシ。或ハ法律及ビ議事規則ニ適合シタル手段ヲ以テスルヲ得ベク、或ハ法律并ニ議事規則ニ違反シタル手段ヲ以テスルヲ得ベシ。第二ノ種類ニ屬スルモノハ假令已ム

ヲ得ザルノ必要ニ出デタルモノトシテ政治上ニハ寬恕スベキモノトスルモ適法ノ反抗手段トシテハ説明スルヲ得ズ。然レドモ第一種ノ手段ニ至リテハ之ト異ナリ、之ヲ以テ少數者ガ其ノ權利ヲ濫用シテ多數者ガ正當ニ行ハントスル所ノ決議權ヲ妨害シ以テ徒ニ立法事業ノ進行ヲ妨グルモノトナシ、國法上許ルスベカラザル行爲ナリトスルニ依リテハ未ダ容易ニ之ヲ非難シ去ルヲ得ズ。蓋シ國家ノ最高機關ノ權限ヲ定ムル凡テノ法規ハ二重ノ性質ヲ有ス。第一ニハ凡テノ他ノ法規ト同ジク權利ト義務トヲ定ムルモノニシテ然カモ其ノ權利及ビ義務ハ常ニ一般國家ノ利益ノ爲メニ與ヘラルルモノナリ。然レド之ト同時ニ又一方ニハ其ノ法規ハ此ノ機關ニ威力手段ヲ授與スルモノニシテ其ノ威力ハ機關自身ノ利益ノ爲メニ之ヲ利用スルヲ得ベキモノナリ。此ノ第二ノ性質ハ法律上ニハ之ヲ量ルコトヲ得ズ是レ政治上ノ性質ヲ有スルモノニシテ法律上ノ性質ニ非ラズ。然レドモ純然タル法ノ形式ノミヲ見ル法學者ノ認メザル所ト雖モ、國家ノ



全部ノ關係ヲ觀察スル政治學者ノ眼ハ之ヲ看過スベキニ非ラズ。法學者ノ論理ハ常ニ凡テノ國家機關ガ其ノ義務ヲ守リ專ラ公益ノ爲メニ働クトイフノ思想ヲ以テ其ノ基礎ト爲ス。國家機關ノ特殊利益ニシテ同時ニ國家ノ公益ニ非ラザルモノハ法學者ハ法學ノ手段ヲ以テハ之ヲ量ルコトヲ得ズ、隨テ又法學ヲ以テハ苟クモ特別ノ法規ニ違反スルニ至ラザル以上ハ此ノ如キ行爲ヲ非難シ得ベキニ非ラズ。而シテ國家生活ノ實際ニ於テハ各種ノ機關ハ互ニ其ノ勢力ヲ大ナラシメンガ爲メニ絶エズ相競争セルモノニシテ、法學上ノ理想トハ常ニ相矛盾ス。政府ガ官吏ノ任命權、自由裁量ニ依ル行政上ノ裁決及ビ特許等ノ權ヲ有スルハ皆政府ニ政治上ノ威力ヲ與フル所以ニシテ政府ハ毫モ法律ニ違反スルコトナクシテ此等ノ威力手段ヲ利用スルヲ得ベク又絶エズ利用スル所ナリ。之ト等シク又國會ノ權利就中其ノ豫算議定權ノ如キハ同時ニ政府ニ對スルノ威力手段タリ。凡テノ立憲國ニ於テ政府ト國會トノ關係ハ皆ニ權利ノ權利ニ對スルモノタ

ルノミナラズ、又威力ヲ以テ威力ニ對スルモノナリ。同一政府部内ニ於テ大臣ト屬僚トノ關係ニ付テモ亦之ト異ナルコトナク屬僚モ亦一ノ威力ニシテ最高ノ命令權ヲ有スルモノト雖モ此ノ威力ヲ度外ニ置クコトヲ得ズ。國會ノ少數者ノ多數者ニ對スル地位モ亦全ク之ニ同ジ。其ノ議事規則上ノ權利ハ又其威力手段ナリ。國會ノ通常ノ状態ニ於テハ之ヲ組織セル諸黨派ハ互ニ消長變動スルモノナルガ故ニ此ノ威力手段ハ發現スルノ機會少ナシ、何トナレバ各政黨ハ一時少數者トナルコトアルモ、他日又自ラ威力ヲ得ルノ希望アリ、此ノ將來ノ希望ノ爲メニ一時ノ抑壓ヲ堪忍スルヲ得ベケレバナリ。然レドモ永ク少數者タルベキ運命ヲ有スル政黨アル國會ニ於テハ事之ニ異ナリ。此ノ場合ニ於テ若シ多數黨ガ自ラ自己ヲ制限シテ、少數者ノ正常ナル要求ニ對シテハ相當ノ考察ヲ與フルニ非ラザレバ必ズシモ少數黨ガ此ノ如キ状態ノ下ニ於テ彼ノ一般ノ理想的法則ヲ守ルコトヲ要求シ得ベキニ非ラズ、少數者ガ其ノ權利ヲ威力手段トシテ利用スル



コト此ノ場合ニ於テハ必ズシモ非難スベカラズ。苟クモ其ノ威力ヲ利用スルニ依リテ形式的ニ特別ノ法規ニ違反スルニ至ラザル限りハ、其ノ法律上ノ手段ヲ政治上ニ利用スルコトノ不可ナキハ尙ホ政府ノ同様ノ行爲ノ不可ナキト異ナルコトナシ。

然レドモ此ノ如キ議事ノ妨害ハ、若シ一時的ニ機會ニ乗ジテ行フニ非ラズシテ秩序的ニ行ハント欲セバ、唯極メテ稀ナル例外トシテノミ可能ナル可シ。多數者ハ其ノ議決權ニ依リテ遂ニハ議事規則其物ヲモ變更スルヲ得ベシト雖モ、是ハ暫ク措クモ、此ノ如ク永ク立法ヲ阻止スルコトハ唯選舉民ガ代議士ト共ニ之ヲ承認セル場合ニノミ之ヲ實行スルヲ得ベク、而シテ其ハ凡テノ他ノ利益ヲ超忽スベキ利益ヲ防護スルノ必要アル場合ニ限ル可ケレバナリ。蓋シ此ノ如キ妨害ハ假令適法ナル威力ノ利用ナリトハ雖モ尙ホ凡テノ政争ト同ジク政治關係ノ不健全ナル病的ナル徵候ニシテ其ノ不健全ナル關係ハ若シ遂ニ少數者ヲ制壓シ得ルニ非ラザレバ唯其ノ繫

争ノ點ニ付キ協和ヲ爲スニ依リテノミ變更スルヲ得ベキナリ。

少數者ノ他ノ一ノ適法ナル威力手段ニシテ從來未ダ全ク學問上ノ説明ヲ得ザリシ者ハ**缺席**又ハ**退場**(*abstinance, secession*)ナリ。缺席ガ威力手段タル場合ノ特ニ著ルシキハ少數者ノ缺席ニ依リテ議院ノ定足數ヲ缺キ議事ヲ爲スコト能ハザルニ至ル場合ニ在リ。殊ニ憲法變更ノ決議ヲ爲ス場合ニハ殊ニ多數ノ出席者ヲ要スルガ故ニ、僅少ノ少數者ノ缺席ハ其ノ變更ノ決議ヲシテ不可能ナラシムルヲ得ベシ。然レドモ此ノ如キニ至ラザル迄モ單純ナル繼續的ノ缺席モ亦一ノ威力手段トシテ數フルヲ得ベク、殊ニ塊地利ニ於テハ頻繁ニ行ハル、所ナリ。其ノ缺席ノ爲メニ定足數ノ不足ヲ生ズルニ至ラザル限りハ立法上ノ決議ヲ爲スコトハ全ク之ヲ妨グルヲ得ズト雖モ、少クトモ其ノ決議ノ精神上ノ尊嚴ヲ害スルヲ得ベク、隨テ法律上ノ效果ハ無クトモ、政治上ニハ少カラザル效果ヲ有スベシ。

然レドモ少數者ニ屬スル適法又ハ違法ノ凡テノ權利及ビ威力手段ヲ通



觀シ更ニ進ンテ新ナル權利ノ之ニ附與シ得ベキモノアリヤト問ハ、積極的ニ或ル事ヲ作ルベキ權利ヲ少數者ニ附與スルコトハ全ク不可能ナルヲ見ル可シ。若シ一議院内ニ於テ少數者ノ投票ニ多數ノ投票ヨリモ以上ノ價值ヲ與ヘント欲セバ是レ全ク上下ノ顛倒ナリ。然レドモ消極ニ妨碍ヲ爲スノ力ヲ與ヘラル、ニ依リテ少數者ハ能ク自己ノ利益ヲ保護シ及ビ自己ノ利益ノ爲メニ存スル制度ヲ防護スルヲ得ベシ。如何ナル事情ノ下ニ於テモ不承認權(Veto)ハ少數者ノ有シ有ベキ唯一ノ屈強ノ武器ナリ、公然爭議ヲ爲スニ依リテモ唯消極ノ效果ヲ生ジ得ルノミ。

國家ノ意思ノ最高且ツ最終ノ決定ガ國會ノ意思ニ在ラズシテ君主ノ意思ニ在ル國ニ於テスラモ議院ノ多數ノ決議ニ對シテハ此ノ意思ヲ以テハ如何ナル變更ヲモ加フルヲ得ズ、君主スラモ自ラ作ルコトヲ得ズ唯妨グルノミ。然レドモ凡テノ權利ハ併セテ威力ヲ含ムガ故ニ此ノ如キ不承認權ハ又多數者ヨリ積極ノ讓歩ヲ求ムベキ手段トシテ利用スルヲ得ベキナリ。

此ノ如キ權利ヲ附與シ得ベキ少數者ハ或ハ憲法變更ノ決議ニ於ケルガ如ク純然タル頭數ニ依リテ計算セラル、コトアリ、或ハ宗教又ハ民族ニ依ル黨派ニ於ケルガ如ク之ヲ連結スル繼續的ノ利益ニ依リテ定ムルコトアリ。隨テ之ヲ無組織ノ少數者ト組織的ノ少數者トニ區別スルヲ得ベシ。其ノ餘ノ詳細ニ至リテハ唯各國ノ現實ノ事情ニ依リテ定マル可キモノニシテ、不承認權ヲ有スベキ少數者ハ何程ノ數ヲ有スベキカ、如何ナル組織ヲ有スベキカ、如何ナル場合ニ於テ又如何ナル條件ヲ以テ其ノ權利ヲ行フヲ得ベキカハ全ク個々別々ノ事情ニ依リテ決ス可キ問題ナリ。然レドモ之ヲ決スルニ付テハ綿密ニ全體ノ利益ヲ考察シテ以テ其ノ不承認權ノ濫用ニ依リテ凡テノ國家關係ノ健全ナル發達ヲ阻害スルコト無カラシメンコトヲ要ス。何トナレバ凡テノ實際政策ノ問題ノ困難ハ權利ノ附與ト共ニ其ノ權利ノ濫用ニ對シテ之ヲ豫防スルヲ要スルコトニ存スレバナリ。



## (四)

遠○キ○將○來○ニ於テハ少數者ノ權利ニ付テノ問題ハ現在ニ於テヨリモ遙ニ重要ノ問題トナルベク、而シテ其ハ單ニ立法議會ニ關スル問題ノミニ止ルベキニ非ラズ。蓋シ近世ノ社會ハ一步益、民主的○の○傾向ニ進ミツツアリ、此ノ發達ガ果シテ喜ブベキモノナルカ將タ恐ルベキモノナルカハ今措イテ論ゼズ、唯此ノ自然ノ歴史の傾向ハ世界ノ如何ナルカト雖モ決シテ永ク能ク之ヲ妨止シ得ベキニ非ズ、世界ノ各文明國ハ或ハ急速ニ或ハ徐々トシテ此ノ普通ノ趨勢ニ赴キツ、アルナリ。之ニ加フルニ尙ホ近世ノ社會ニ於テハ他ノ一ノ傾向ノ學術ニ依リテ代表セラレ政權者ニ依リテ躊躇ナク採擇セラレタルモノアリ。他ノ一ノ傾向トハ個人ハ社會ニ於テ相互ニ責任ヲ有ストイフノ思想ニ基キ國家ノ強制力ニ依リテ社會團結ヲ擔保セントスルノ傾向是ナリ。個人ガ社會ノ爲メニ其ノ獨立ヲ犧牲ニスルコトヲ

強制セラルベキ程度ハ益多クヲ要求セラレ、個人ノ權利ノ名ニ於テ之ヲ防護スルガ爲メニ此ノ趨勢ヲ阻止セント主張スルヲ敢テスル者ハ時勢ニ後レタルモノト看做サル。

然レドモ社會ノ民主的の傾向ノ益進ムニ隨テ多數決主義ノ勢力ハ益大ナルベク、國家主義ニ依テ個人ノ獨立ヲ壓迫スルコトガ益甚シキニ隨テ治者ノ意思ガ個人ニ對シテ制限ヲ自覺スルコトハ益少ナシ。

其ノ結果ハ全文明世界ニ對シテ甚ダ恐ルベキ危險アルコトヲ豫想シ得ベシ。無思慮ニシテ殘忍ニ個人ノ最要ノ權利ヲ輕視シ、眞ト善トヲ惡ミ之ヲ蔑ニスルコト民主社會ノ多數者ヨリ甚シキハ無シ。是レ敢テ社會ノ發達ヲ敵視スル者ノ言ニ非ラズ、實ニ近世政治ノ發達ノ先導者ニ依リテ承認セラレ又屢極端ノ言ヲ以テ論明セラレタル所ナリ。今日ニ於テ尙社會ノ多數者ガ能ク眞ト善トヲ愛スル者ナリト夢想スルハ全然社會ノ實況ヲ知ラザル者ナリ。個人ニ於テスラ人ノ善良ナル性質ヲ見ルハ爾カク稀ナリ、



況ンヤ若シ社會ノ一般多數者ガ廣ク此ノ如キ良性ヲ有スルモノナラバ誠ニ驚ク可キコトナル可シ。凡テ新ナル進歩思想ハ後ニハ世界ヲ動カスニ至ルベキモノト雖モ其ノ初ハ常ニ治者ノ權力ニ反抗シテ徐々ニ且ツ危険ヲ冒シテ其ノ進路ヲ開拓セザル可カラズ。而シテ治者ノ權力ノ反對ハ民主的社會ニ於テハ他ノ社會ニ於ケルヨリモ百倍モ其ノ力強シ。民主的社會ニ於ケル輿論ノ勢力ハ國家ニ於ケル多數決ノ勢力ヨリモ尙ホ遙ニ強大ニシテ無制限ニ且ツ不可抗ニ支配ス、而シテ輿論トハ亦等シク多數者ガ政治力ノ外ニ又社會力ヲ發現セルモノニ外ナラザルナリ。トックヰルハ民主思想ノ先導者ナリ、然カモ今ヲ距ル六十年前ニ既ニ民主國ニ於テハ輿論ガ之ニ反抗スル凡テノ意見ヲ忌憚ナク壓抑ス、*vox populi* (輿論)ニ反對スルハ君主ノ命令ニ反對スルヨリモ遙ニ大ナル勇氣ヲ要スルコトヲ教ヘタリ、而シテ民主國ノ最近ノ歴史ハ其ノ言ノ眞ナルヲ證明シテ餘アルモノナリ。余ハ固ヨリ民主主義ガ完全ナル勝利ヲ得テ輿論ガ無制限ナル勢力ヲ得ル

ニ至ラバ凡テノ進歩ハ遲鈍ナル輿論ノ爲メニ阻害セラレ政治ノ沈滯支那ノ如クナルベシト言ヒシミル其人ノ如クニ悲觀ナルモノニ非ラズ。然レドモ個人及ビ少數者ノ自由ノ發達ニ對スル危險ノ頗ル大ナルコトハ疑フ可カラズ。殊ニ歷史上ニ於ケル凡テノ進歩ハ其ノ初ニ於テハ常ニ少數者ノ手ニ成レルガ故ニ其ノ危險ハ一層大ナルモノナラザルベカラズ、若シ全然強制的ニ個人ヲシテ團體ニ服從セシムルニ至ラバ社會ノ進歩ハ永久ニ停止セラレタルモノナリ。凡テ社會事業ノ創始ハ常ニ個人ノ自由ノ活動ニ成ル、社會強制ハ如何ナル形ヲ以テ行ハル、モ唯秩序ヲ維持シ得ルノミ、一事業ヲモ創始スルコトヲ得ザルナリ。

以上論ズル所ニ依リ是レ將來ノ大問題ナルコトヲ知ルヲ得ベシ。權力ト自由 *Imperium* ト *Libertas* ノ永久ノ戰鬪ハ來ルベキ世紀ニ於テモ尙戰ハル可シ。其戰ノ結果ハ今日ニハ尙多數決ノ過當ノ壓制ヲ防止セル堤防ガ或ハ遂ニ除却セラル、ナル可シ。若シ其ノ時來ラバ是レ文明國ノ人類ニ於



ケルニ大恐慌ノ來レルナリ、其ノ恐慌ガ如何ニ解決セラル、カハ凡テノ將  
來ノ問題ト同シク唯信ジ得ベキノミ之ヲ知ルコトヲ得ズ。而シテ余輩ハ  
之ヲシテ精神上道德上ノ腐敗汚毒ヲ免レシムベキ唯一ノ道ハ

少・數・者・ノ・權・利・ノ・承・認

ニ在ルコトヲ信シ社會ガ途ニハ之ヲ覺リ且ツ之ヲ實行スルアラシコトヲ  
希望シ且ツ之ヲ信ズル者ナリ。

エリネック氏原著

# 歷史上ニ於ケル國家ノ種々相



## 歷史上ニ於ケル國家ノ種々相

### 緒言

國家ハ凡テノ歷史上ノ顯象ト同ジク其ノ形相絶エズ變動スルモノナルガ故ニ廣ク國家トイフ觀念ニ屬スベキモノ、中ニモ其ノ形體ハ極メテ種々ニシテ時代ニ應ジ又國民ニ應ジテ國家ノ觀念ノ要素タルモノニ甚ダ大ナル差異アリ。此ノ故ニ今日ノ國家ト歷史上ニ相關聯セル種々ノ國家ノ形相ヲ研究スルコトハ極メテ有益ナリ。爰ニ論セント欲スル所ノ國家ハ、(一)古代東洋ノ國家殊ニイスラエル國、(二)希臘國、(三)羅馬國、(四)中世ノ國家及ヒ(五)近世ノ國家是ナリ。此等ノ諸國家ハ或ハ歷史上直接ニ今日ノ國家



ト相連續セルニ由リ或ハ其ノ文明ガ今日ニ迄影響ヲ及ボセルニ由リ何レモ今日ノ國家ト深キ歷史上ノ關係ヲ有セルモノナリ。

凡テ此等ノ諸國家ハ其レ自身絶エス變動シタリシモノナルコト言フマデモナク、隨テ各國家トモ、其ノ初期ニ於ケルト末期ニ於ケルトハ著ルシク其ノ顯象ヲ異ニシタリ。サレド其ノ凡テノ發達ト變動トニ拘ラズ、一ツノ國家又ハ特定ノ一群ニ屬セル數國ニハ、各時代ヲ通ジテ之ニ特有ナル或ル不變ノ標準ヲ看出スヲ得ベク之ニ依リテ各國其レ々々異ナリタル特徴ヲ備フルナリ。若シ此ノ特徴ヲ備フルニ非ラザレハ、一國民ノ政治史ハ唯時間ニ依リテノミ相連續シ、内部ニ於テハ更ニ關係ナキ箇々ノ出來事ノ集合タルニ過キサルベキナリ。

古代ノ國家組織ニ付キテハ爰ニ述フル處ハ唯近世ノ國家ヲ理解スルニ必要ナル點ノミナリ。アラユル側ヨリ國家ノ歴史的發展ヲ觀察センコトハ最早國家學ノ問題ニハ非スシテ、政治史、文化史、及ビ社會學ニ屬スル各學

科ノ問題ナルノミナラズ、其凡テノ歷史上ノ沿革ヲ盡クサンコトハ、唯特定ノ一ノ側ヨリスルノミニテモ、數多ノ學者ノ全力ヲ盡クシタル協同ノ研究ノ力ヲ假ラザル可カラズ。爰ニ論ズル所ハ唯國家的團體ノ構成、及ビ此團體内ニ於ケル個人ノ地位ニ付キテ、其近世ノ國家ニ於ケルト如何ナル差異アリヤ、如何ナル共同ノ點アリヤヲ論ズルノミナリ。

## 第一節 古代東洋ノ國家

古代ノ東洋諸國ノ法制ニ關スル吾人ノ智識ハ尙ホ極メテ乏シク、從來ノ歴史研究ノ結果ニ依リテハ未ダ其ノ此ノ如キ廣大ナル國家ヲ組織スルニ至リタル經過、其ノ内部ノ組織、其ノ國法ノ基礎タリシ思想等ニ付キテ、確ナル判斷ヲ下スコトヲ得ズ。專制國アスボチトイヒ、神主國テオクラシートイフカ如キ漠然タル語ヲ以テハ未ダ多クノ説明ヲ得ルコト能ハズ。假令專制國ト言ヒタリトモ、何レノ場合ニモ決シテ全ク法規ノ存在ヲ許ルサルニ至リタルモノナシ、



埃及法波斯法、アツシリヤ法、印度法等何レモ發達シタル法制ヲ存シ及ビ裁判制度ヲモ有シ居タリ。希臘人ハ東洋諸國ノ國民ヲ稱シテ漫ニ奴隸ナリト蔑視シ、其ノ影響ハ近ク最近ニマデモ及ビタレド、是ハ甚シキ誇張ニシテ、此ノ如キ思想ハ希臘人ガ自由トイフコトト、統治權ニ參與スルコトトヲ同一ニ看做シタルニ基クモノナリ。其實ハ個人ハ統治者ニ對シテハ權利ヲ主張スルコトヲ得ザレド、他ノ個人ニ對シテハ完全ニ權利ヲ有シ得ベク、唯一國ノ全權ガ何等ノ制限モナク唯一ノ機關ニ屬スル凡テノ國家ニ於ケルト等シク、法規ヲ維持スルコトノ保障ガ統治者タル人々ノ專制ノ意思ニ存シタルノミ。此ノ故ニ東洋ニ於テモ個人ハ限ラレタル範圍ニ於テ私法上ノ權利能力ヲ有シ、而シテ國民ノ一部ニ在リテハ限ラレタル範圍ノ公權ノ能力ヲモ有シ居タリ、何トナレバ特定ノ階級又ハ種族<sup>カスト</sup>ニ屬スルニ由リテ官職及ビ位階ヲ有シ得ベキ公法上ノ資格ヲ得タレバナリ。加之征服セラレタル民族ニアリテハ其ノ併合セラレタル後モ唯貢獻ヲナシ及ビ軍役ニ從

フノミニ過キザリシコト少カラザルヲ以テ、大國ニ在リテハ一國內ノ區劃ニシテ近世ノ集權的單一國ニ於ケルヨリハ、遙ニ其ノ中央權ニ對スル結合ノ度ノ疎ナリシモノアリ。

次ニヨゼフスノ造語ニ係ル神主國トイフ語ニ付イテハ、其ノ語ハ種々ナル政治上ノ思想ヲ意味スルモノナルガ故ニ、其ノ如何ナル内容ヲ有スルモノナルカハ各個ノ場合ニ就キテ之ヲ明ニスルコトヲ要ス。凡テ此等ノ思想ニ共通ナル點ハ、唯國家ノ統治ガ神ノ力ニ特定ノ關係ヲ有ストイフコトノミニ在リ。之ニ二大種類ヲ區別スルコトヲ要ス。一ハ統治者ガ神力ノ代表者タリ、即チ統治者ノ意思ハ神ノ意思ナリトスルモノニシテ、一ハ統治者ガ神力ニ依リテ制限セラレ、神ノ意思ハ國家ノ上ニ立ツヘキモノニシテ、其ハ他ノ機關ニ依リテ宣示セラルトナスモノナリ。此ノ故ニ等シク神主國トイフ中ニモ、一ハ國權ガ極メテ強大ニシテ何者ノ抵抗ヲモ許サザルニ反シテ、一ハ國權極メテ薄弱ナリ。而シテ之ニ加ヘテ尙ホ例ヘバ「アリヤン」種



族トセミート種族トニ於テ見ルヲ得ベキガ如ク、宗教上ノ根本思想ノ異ナルガ爲メニ、此ノ關係ニモ亦種々ノ差異ヲ生ズ。

一般ニ言フトキハ、第一種ノ神主國ニ在リテハ、個人ノ權利ヲ認ムルコトハ、極メテ狭ク、而シテ國家自身ハ國家以外ノ其ノ上ニ立テル權力ニ服従スル客體タルノ性質ヲ有スルモノト言フヲ得ベシ。其ノ結果ハ特異ノ狀態ニ於ケル二權國(Dualismus)ヲ爲シ、國家ハ超自然的即チ人間以上ノ力ニ依リテ補充セラレ、此ノ補充アルニ非ラザレハ國家ハ全ク活動能力ヲ有セザルナリ。

之ニ反シテ第二種ノ神主國ニ在リテハ内部ニ於テ二ノ權力ガ相對スルモノニシテ、其ノ一ハ人間ノ權力タリ、一ハ人間以上ニ基クト自稱スル所ノ權力タリ。此ノ第二ノ權力即チ伴侶ノ有スル所ノ權力ハ時トシテハ管ニ第一ノ權力ヲ制限スルニ止マラスシテ、之ヲ支配スルニ至リ、以テ第一種ノ神主國ニ於ケル如キ二權國トナルコトアリ。其ノ如何ナル程度ニ迄此ノ

如キ支配權ヲモ有シタリシカハ、此種ニ屬スル各國家ニ就キ一々之ヲ檢スルノ外ナシ。

凡テ此等ノ諸國家ノ中ニ就キテ最モ重要ナルモノハ第二種ノ「タイプ」ニ屬スル「イスラエル」國ナリ。其ノ國ノ制度ハ管ニ舊約聖書ニ依リテ傳ハリクル形體ニ於テ、舊時ノ教會組織ノ基礎トナリタルノミナラズ、又中世ノ政治思想ニ大ナル影響ヲ與ヘ其ノ殘影ハ近ク今代ニ迄モ及ベルモノアリ。

近時ノ研究ハ「イスラエル」ノ國即チ猶太國ヲ完全ニ神主國ト稱シ得ベキハ唯其ノ他國ニ征服セラレタル後ニ於テナリト言ヘリ。其ハ何レニシテモ「ヤーヅ」ノ神ノ命令ガ王權ヨリモ以上ニ在リ、而シテ「ヤーヅ」カ國民ニ對シテ其命令ヲ宣示スルニハ國王ノ口ヲ通シテ之ヲ爲サストイフ思想ハ、王政時代ノ最初ヨリ存シタルナルベク、少クトモ「イスラエル」ノ國カ歴史上ノ影響ヲ及ボシタル根據ハ此ノ事實ニ在ルナリ。サレバ、之ガ爲メニ王權ハ初メヨリ制限アル權力タリ、「ヤーヅ」ノ法律ニ拘束セラレ、其ノ法律ヲ實行スルノ



カタルニ過ギザリキ。何レノ國民ヲ見ルモ其ノ古來ノ文書中國王ヲ譴責シ之ヲ所罰スル峻嚴ナル判決ノ存スルモノ「イスラエル」ノ國民ヨリ多キハナシ。他ノ東洋國民ニ於ケル如ク君主其人ヲ神ナリトスル思想ハ「イスラエル」ノ國民ニハ全ク之ヲ見ズ。

之ニ加フルニ「イスラエル」ノ立法ハ著ルシキ民主的ノ傾向ヲ有シ、貧民、無權利者、服従者等ノ社會階級ニ對スル保護ハ古代ノ西洋諸國ニ於ケルヨリハ遙ニ進歩シ居タリ。嘗ニ國民ニ對シテノミナラズ、外國人及ビ奴隸ニ對シテモ之ヲ保護スルノ法律アリ、其ノ法律ハ常ニ命令ノ形ニ於テノミ規定セラルトハ雖モ、其ノ背後ニハ、恰モ、此ノ點ニ於テ同様ノ地位ニ在ル十二銅表ノ法律ニ於ケル如ク、權利ノ承認ヲ包含セルモノナリ。「イスラエル」ノ國民ハ明ニ人格ヲ有ス、而シテ其ノ人格ハ國王ニ對シテモ之ヲ主張スルコトヲ得、何トナレバ國王自身ヲ拘束スル所ノ法律ニ依リテ法律上ノ保護ヲ與フルコトハ國王ノ任務ナレハナリ。唯「ヤーヅ」ニ對シテノミハ全ク權利ヲ有ス

ル能ハザルナリ。

此ノ見解ハ必ズシモ王權ガ時トシテ一般ノ東洋諸國ニ於ケルガ如キ專制權ノ性質ヲ取ルコトヲ妨ゲズ。然レド其レニモ拘ハラズ國王ガ義務ヲ負フトイフノ信念ハ常ニ消滅スルコトナカリキ。之ニ加フルニ「イスラエル」國民ノ政治上ノ性質ニハ著ルシキ民主的ノ根據アリ、即チ國王ヲ上ニ戴キ其ノ統治ニ服シタルハ元ト國民ノ意思ニ出テタルモノニシテ、此ノ國民ノ意思カ遂ニ神ノ裁許ヲ得タルナリトスル王政以前ノ時代ヨリ來レル思想カ尙ホ殘存シ、然カノミナラス「ヤーヅ」ノ超人間的ノ權力モ亦天然ノ事實ニハ非ラズシテ、國民カ自ラ進ンデ契約ノ形ヲ以テ之ニ服従シタルモノナリトセリ。此ノ見解カ後世ノ民主的運動ヲ助長スルニ於テ如何ニ大ナル影響アリタルカハ人ノ知ル所ナリ。

然レトモ此ノ如キ民主的ノ傾向アルニ拘ラズ、「イスラエル」ノ王國ハ決シテ一般東洋諸國ノ模型ヲ出ツルモノニ非ラズ、國民ノ參政權ナルモノハ何



レノ處ニモ全ク是レ有ルコトナカリシナリ。

以上ノ如キ國家組織ノ相反對シタル要素ハ之ニ由リテ後世ニ及ボセル影響ノ上ニモ亦互ニ反對シタル結果ヲ來タセリ。統治ノ權力ガ二ツニ分カタレ其ノ二ツガ唯一ノ強者ノ手ニ統一セラレタル事國民ノ自由ニ由リテ王權ヲ顛覆シ又ハ王權ヲ國民ノ權力ノ下ニ服セシメタル事君主ノ專制權ハ神ヨリ附與セラレタルモノニシテ宗教上ノ制限ハ之ヲ認ムレドモ法律上ノ制限ハ全ク之ヲ認メザル事等凡テ是等ノ全ク相反對シタル結果ハ何レモ舊約聖書ニ其ノ思想ノ根據ヲ求メ之ニ依リテ政治理論ノ發達ノ上ニ最モ大ナル影響ヲ與ヘタルモノナリ。

### 第二節 希臘ノ國家

(一)

近時ノ研究ニ依リテ一般ニ認メラル、所ノ通説ニ依レバ希臘ノ國家ノ

特徴ハ國家ノ萬能力即チ國家ニ對シテハ個人ハ全ク無權利ナリシコトニ在リ。其ノ説ニ依レバ個人ハ唯國家ノ爲メニノミ存シ自己ノ獨立ノ人格ヲ有セズ其ノ所謂自由トハ唯個人カ公職ニ就クコトヲ得法律ノ制定ニ參與スルヲ得ルコトノミヲ意味シ法律其物ハ個人ニ對シテ萬能ノ權力ヲ有スルモノニシテ近世ノ意義ニ於テノ自由ハ全ク存在セズ近世ノ國家ニ至リテ始メテ個人ノ人格ヲ承認シ個人ガ自ラ其ノ人格ヲ發展スヘキコトヲ認ムルニ至リタルナリト。余輩ハ先ヅ此ノ通説ノ果シテ正鵠ヲ得タルモノナルヤヲ論ズヘシ。

希臘ノ國家ニ關スル此ノ普通ノ見解ハ二ツノ全ク異ナリタル淵源ニ基キテ生ジタルモノナリ。

(一) 其ノ第一ノ淵源ハ希臘ノ二哲學者プラトーン及ヒアリストーンノ政治論ノ影響ニ基クモノナリ。然レドモ此ノ二學者ノ論ゼル所ハ理想的ノ國家ニシテ實在ノ國家ニ非ラズ。其ノ所論ニ依リテ實在ノ希臘ノ國家



ノ特徴ヲ見出サントスルハ尙ホカント、フイヒテ、ヘーゲル等獨逸哲學者ノ國家論ニ依リテ獨逸ノ國家ノ特徴ヲ明ニセントスルガ如シ。加之此ノ二大學者モ亦他ノ場所ニ於テハ全ク反對ノ思想ヲ表明セル所アリ、二人以外ノ他ノ希臘ノ學者ニ至リテハ國家ト個人トノ關係ニ付テ全ク他ノ見解ヲ祖述セルモノ少カラズ。普通ノ學說ハ全ク之ヲ度外ニセルモノナリ。

(二) 其ノ第二ノ淵源ハ近世ノ自由主義ニ出ヅルモノニシテ、彼等ハ古代ト近代トニ於ケル國家ト個人トノ關係ハ全ク相反對セルコトヲ論ジ、其ノ反對ニ依リテ以テ其ノ自由主義ノ觀念ヲ明瞭ナラシメント爲シタルナリ。

始メテ其ノ思想ヲ明瞭ニ論述シタルハベンジャマン、コンスタン(一八一九年)「アテネー、ロアヤル」ニ於ケル演說「De la liberté des anciens comparé à celles des modernes」ニシテ、彼ハ其有力ナル演說ニ於テ古代ノ自由ト近代ノ自由トノ全ク相反對セルコトヲ指摘シ、古代ノ自由ハ國權ニ參與スルニ在リ、近代ノ自由ハ國權ヨリ自由ナルニ在ルコトヲ痛論セリ。曰ク「古代ニ於テハ個人ハ公

ノ事件ニ付テハ殆ンド常ニ主權者ナルモ、私ノ關係ニ於テハ奴隸タリ。公民トシテハ個人ハ平和ト戰爭トヲ決定スルモ、臣民トシテハ其ノ凡テノ動作ニ付テ規律セラレ、監督セラレ、抑制セラル。……近世ニ於テハ之ニ反シ個人ハ其ノ私生活ニ於テハ獨立ナルモ、最モ自由ナル國家ニ於テスラモ唯外觀ニ於テノミ主權者タルニ過ギズ」ト。

獨逸ニ於テハチトマン(Darstellung der griechischen Staatsverfassungen 一八二二年)始メテ之ト同様ノ思想ヲ論述シ、クムス(Ueber den Staat und die Gesetze des Altertums 一八二四年)ブラットナー(Der Process und die Klagen bei den Ateikern 一八二四年)及ヒブルグラン(Aeolike Politik 一八二八年)之ニ尋ケリ。而シテヌタールモ亦プラトー及ビヌバルタノ國家ヲ根據トシテ希臘ニ於テハ個人カ自ラ權利主體タルノ思想ヲ缺キタリトイフノ說ヲ論ゼリ(Philosophie des Rechtes 一八三〇年)。ヘルマンモ亦同様ノ理論ヲ以テ希臘ノ國家ノ研究ノ基礎ト爲シタリ(Griechische Staatsaltertümer 一八三一年初版)。然レドモ是ヨリ以



ノ特徴ヲ見出サントスルハ尙ホカント、フイヒテ、ヘーゲル等獨逸哲學者ノ國家論ニ依リテ獨逸ノ國家ノ特徴ヲ明ニセントスルガ如シ。加之此ノ二大學者モ亦他ノ場所ニ於テハ全ク反對ノ思想ヲ表明セル所アリ、二人以外ノ他ノ希臘ノ學者ニ至リテハ國家ト個人トノ關係ニ付テ全ク他ノ見解ヲ祖述セルモノ少カラズ。普通ノ學說ハ全ク之ヲ度外ニセルモノナリ。

(二) 其ノ第二ノ淵源ハ近世ノ自由主義ニ出ヅルモノニシテ、彼等ハ古代ト近代トニ於ケル國家ト個人トノ關係ハ全ク相反對セルコトヲ論ジ、其ノ反對ニ依リテ以テ其ノ自由主義ノ觀念ヲ明瞭ナラシメント爲シタルナリ。始メテ其ノ思想ヲ明瞭ニ論述シタルハベンジマン、コンスタン(一八一九年「アテネー、ロアヤル」ニ於ケル演說 *De la liberté des anciens comparée à celles des modernes*)ニシテ、彼ハ其有力ナル演說ニ於テ古代ノ自由ト近代ノ自由トノ全ク相反對セルコトヲ指摘シ、古代ノ自由ハ國權ニ參與スルニ在リ、近代ノ自由ハ國權ヨリ自由ナルニ在ルコトヲ痛論セリ。曰ク「古代ニ於テハ個人ハ公

ノ事件ニ付テハ殆ンド常ニ主權者ナルモ、私ノ關係ニ於テハ奴隸タリ。公民トシテハ個人ハ平和ト戰爭トヲ決定スルモ、臣民トシテハ其ノ凡テノ動作ニ付テ規律セラレ、監督セラレ、抑制セラル。……近世ニ於テハ之ニ反シ個人ハ其ノ私生活ニ於テハ獨立ナルモ、最モ自由ナル國家ニ於テヌラモ唯外觀ニ於テノミ主權者タルニ過ギズ」ト。

獨逸ニ於テハチトマン (*Darstellung der griechischen Staatsverfassungen* 一八二二年) 始メテ之ト同様ノ思想ヲ論述シ、タムス (*Ueber den Staat und die Gesetze des Altertums* 一八二四年) フラットナー (*Der Process und die Klagen bei den Athenern* 一八二四年) 及ヒツォルグラフ (*Antike Politik* 一八二八年) 之ニ尋ケリ。而シテヌタールモ亦フラットー及ビヌバルタノ國家ヲ根據トシテ希臘ニ於テハ個人カ自ラ權利主體タルノ思想ヲ缺キタリトイフノ說ヲ論ゼリ (*Philosophie des Rechtes* 一八三〇年)。ヘルマンモ亦同様ノ理論ヲ以テ希臘ノ國家ノ研究ノ基礎ト爲シタリ (*Griechische Staatsaltertümer* 一八三一年初版)。然レドモ是ヨリ以



上ニハ獨逸ノ國家學者ハ尙久シク其ノ研究ヲ進メタルモノナク、シユミツテ  
 一ナリ及ヒダールマンノ如キ三十年代及ビ四十年代ノ國家學者ハ各種ノ  
 古代國家ヲ論ジタレドモ、爰ニ論スル問題ニハ毫モ接觸スルコトナシ。近  
 世ノ獨逸ニハ山主義ノ最モ有力ナル學術上ノ代表者タルロベルト、フオン、モー  
 ルニ至リ始メテ再ビ此ノ反對ヲ論ジ而シテコンスタンヨリモ一層痛切ニ  
 之ヲ極言セリ。其ノ *Encyclopädie der Staatswissenschaft* ニ於テ曰ク「古代ニ於テハ  
 個人ハ國家ノ任務ニ服シ而シテ國家ノ目的ヲ達スルニ由リテ個人モ亦間  
 接ニ其ノ目的ヲ達ス、近代ニ於テハ國家ハ凡テノ個人ノ爲メニ存ス、國民ノ  
 幸福ニ依リテ國家ノ目的ガ達セラル、ナリ。古代ニ於ケル自由トハ政治  
 ニ參與スルニ在リ、近代ニ於ケル自由トハ出來得ル的少ナク統治セラルル  
 コトニ在リ、古代ノ國家ニ在リテハ國民ノ役務ハ其ノ人格ノ發現ナリ、近代  
 ノ國家ニ在リテハ其ノ人格ノ制限ナリ」ト。モールヨリ以後獨逸ニ於テハ  
 古代ノ自由ト近代ノ自由トノ反對ガ始メテ定説タルニ至リ、其ノ後六十年

代ニ於テヒルデンプランド(*Geschichte und System der Rechts- und Staatsphilosophie*)  
 一井ニラブローレー(*l'Etat et ses limites*)及ビノスタル、ド、クローランツ(*La cité anti-*  
*que*)ノ詳論ニ依リ最早動かカス可ラザルニ至レルナリ。

(三) 然レドモ此ノ一般ノ見解ハ二ノ根本ノ誤謬ヲ包含スルモノナリ。  
 第一ニハ數百年ニ亘ル長キ時代ノ特色ヲ一二言ヲ以テ言ヒ表サントス  
 ルハ極メテ危険ナリト言ハザル可カラズ。メツセニア戰爭當時ノスバル  
 タトデモセネス時代ノアゼンストノ間ニハ管ニ時ニ於テ大ナル懸隔アル  
 ノミナラズ、其ノ凡テノ政治組織ニ於テ全く相異ナレルコト尙ホ十四世紀  
 ノベニスト今日ノ伊太利トノ相異ナレルガ如キナリ。

第二ニハ學者カ希臘ノ國家ノ特徴トシテ指示スル所ハ主トシテ、スバル  
 タノ軍國ノ組織ヲ眼中ニ置ケルモノナリ。

スバルタノ國家組織ガ此ノ如ク希臘ノ國家ノ代表的模型ト看做サル、  
 ニ至リシニハ二ツノ原因ヲ數フルコトヲ得ベシ。一ハゼノフォン及ヒブラ



トイガアゼンスノ國家ノ極端ナル民主主義ニ陥キリタルヲ救済センカ爲  
 メニ其ノ模範トシテ當時既ニ過去ノ歴史ニ屬シ居タルスバルタノ政體ヲ  
 祖述シタルニ因ル。アリストートルモ亦其政治論ニ於テスバルタの見解  
 ノ影響ヲ受ケタルモノ甚ダ少ナカラズ。他ノ一ハオトフリード、ミユラ  
 ノ「ドリヤ」人ニ關スル著書ガ及ボシタル影響ニシテ此ノ影響ノ下ニ於テ  
 ルマンノ如キハスバルタノ國家組織ハ大體ニ於テ一般希臘ノ國家思想ノ  
 基礎ト成レルコトヲ明言スルニ至レリ。

然レドモ近時ノ研究ニ依レバスバルタノ軍國ニ於テ極端ニ個人ノ自由  
 動作ヲ制限シ個人ヲシテ専ラ國家ノ爲メニノミ存在スルモノト爲シタル  
 ハ唯征服シタル領土ノ主權ヲ維持スルガ爲メニ舉國一致ノ力ヲ得ルノ必  
 要ヨリ及ビ貴族ト國王トノ反對ヨリ來リシ人爲ノ結果タリ。此故ニスバ  
 ルタノ國家ハ他ノ「ドリヤン」種族ノ諸國家ト同ジク決シテ希臘ノ模範國家  
 ヲ看做スベキニ非ラズ。歐洲諸國ノ國家歴史ノ研究ニ於テ第一ニ研究ヲ

要スルモノハ其ノ今日ノ文明ニ及ボセル影響ヨリ云フモ寧ロアゼンスノ  
 國家ニ在ルナリ。

余輩ハ是ヨリ進ンデ今日ノ國家ヲ理解スルニ必要ナル希臘ノ國家ノ特  
 徴ヲ論スベシ。是レ從來ノ著書ニ於テ未ダ嘗テ充分ナル研究ヲ得ザリシ  
 所ナリ。

(二)

(一) 希臘ノ國家ハ市府國家ナリ、一市府ヲ以テ一國家ヲ組織セルモノナ  
 リ、即チ所謂「ポリス」(Polis)ナリキ、其ノ領土ハ今日ノ瑞西ノ「カント」ノ大サ  
 ニ過ギズ。其ノ結果トシテ希臘ノ國家ノ最モ著ルシキ特色ハ國家ノ完全  
 ナル統一ニ在リキ。希臘ハ其ノ今日ニ傳ハレル歴史ノ最初ノ時代ヨリ既  
 ニ完全ナル國家組織ヲ有シ居タリシナリ。學者ガ一般ニ希臘國家ノ特徴  
 トシテ國家ノ萬能力、即チ國家カ個人生活ノ凡テノ側ヲ支配スルノ力ヲ舉  
 ゲタルハ其ノ實ハ唯希臘ノ歴史ノ最初ノ時期ニハ、ミ適用セラレヘキモノ



ナリ。

此ノ如ク希臘ノ國家ガ最初ヨリ完全ナル統一ヲ得、國家ガ凡テノ側ニ於テ個人ノ自由動作ヲ制限シタリシコトニハ種々ノ理由ヲ數フルコトヲ得、其ノ内部ノ統一ヲ得タリシ一ノ原因ハ希臘ニ在リテハ王國トイフハ唯名ノミニシテ、專制ヲ嫌惡シ、國民主權ハ其ノ確定ノ政體ナリシコトニ在リ、中世ノ國家ニ於テ二權の形體ヲ爲スニ至リシハ後ニ述ブベキガ如ク唯王國ニ於テノミ生スルヲ得ベカリシナリ。之ニ加フルニ尙當時國際關係ノ極メテ疎ナリシコト、被征服者ノ無權利ナリシコトハ國家ノ存在ト各個人ノ生存トヲシテ極メテ密著ナラシメタリ。而シテ一方ニ於テハ個人ガ動作ノ自由ヲ缺ケルコトハ少クトモ公民ノ階級ニ屬セルモノニ在リテハ之ヲ自覺スルコトアラザリシナリ、何トナレバ個人カ自ラ政權ニ參與スルコトハ此ノ制限ヲ償テ餘アリシナレバナリ。

(二) 希臘ノ國家ノ第二ノ特徴ハ其ノ管ニ國家團體タルニ止ラズ又祭神

團體タリシコトニ在リ。但シ其ノ性質ハ全ク東洋ノ國家トハ異ナリテ、政治上ノ發展ニ付テ不可動ノ法則ヲ與フベキ神法ナルモノノ存在ヲ認メズ、又直接ニ神ヨリ出デタリト看做サ、ル國家權力ノ存在ヲ認メズ。然レドモ尙近世ニ於テ國家ト教會トノ二ツニ分カタルル所ノモノハ希臘ニ於テハ不可分ノ一體ヲ爲セリ、唯此ノ一事ノミヲ以テモ希臘ノ國家ガ其ノ國民ニ對シテ初ヨリ多クノ要求ヲ爲シ得ベキモノナルコトヲ知ルヲ得ベシ。國家ガ同時ニ教會タルガ故ニ國家ハ管ニ法ノ源タルノミナラズ又道德ノ根源タリ、希臘人ガ國家ニ服従スルハ其ノ外界ノ強制ヲ恐ル、カ爲メニ非ラズシテ心裡ノ確信ヨリ出デタルナリ。

(三) 然レドモ彼斯戰爭以降希臘ノ諸國ハアゼンヌヲ第一トシテ著大ナル發達ヲ爲シ、而シテ其ノ發達ノ結果ハ個人ヲシテ大ニ其ノ最初ノ羈束ノ状態ヨリ解脱セシメタリ。舊時代ノ國家ニ對スル絕對ノ服従ハ種々ノ破壞的議論ニ依リ其ノ根底ニ於テ一大打撃ヲ受ケタリ。「ソ、フ、イ、ス、ト」(詭辯派)



ハ強者ノ權利ナル新説ヲ主張シ舊時代ニ於テ神意ニ基ク世界ノ秩序ノ一部ト看做サレタルモノハ最早單ニ人定ノ法則ト看做サレ而シテ此ノ人定ノ法則ハ強者ガ弱者ヲ壓スルガ爲メニ作成シタルモノト爲セリ。之ニ加フルニ個人ノ思想ト感情トハ漸次ニ國家ヲ離レ國家ハ最早國民ノ凡テノ生活ノ中心タラサルニ至レリ。デモクリト及ヒソクラテスニ於テ既ニ世界ノ民タルコトヲ自覺セントスルノ徵證ヲ見ルコトヲ得ベク「キニスト」派ニ至リテハ凡テノ政治思想ニ代フルニ世界一家の無國家説ヲ以テシ、最後ニ「ストア」學派ハ市府國家ノ代リニ凡テノ人類ヲ包括スベキ世界帝國ヲ論ゼリ。此ノ二ツノ學派ハ既ニ個人的自由ノ概念ヲ最モ極端ニ論ジタルモノナリ。學者ノ著書ニ至リテモ其ノ舊希臘ノ國家生活ノ基礎ヲ破壞スルニ力アリシコトハ之ニ劣ラズ、其ハユーリビデス一人ノ名ヲ舉グルノミヲ以テモ明瞭ナル可シ。

斯ノ如クニシテ個人主義ノ勢力ハ次ヲ逐テ益々強キニ至リ而シテ其ノ主義ノ極端ナリシコトハ決シテ近世ノ個人主義ニ讓ラズ。後世殊ニ第十七世紀及び第十八世紀ノ特色タル機械的、唯物的、功利的ノ國家觀念ハ此ノ發達歴史ノ論理的結果トシテ「エビキラス」派ノ所説ニ於テ既ニ極端ニ論述セラレタリシナリ。而シテ政治上ニハ此ノ個人主義ハベリクレヌ以後ハ「アゼンヌ」ノ民主政ニ於テ既ニ最モ完全ニ滿タサレ居タリ。嘗ニ然ルノミナラス自由ノ觀念ノ二種ノ意義タル國權ニ參與スルコトト國權ヨリ自由ナルコトトノ區別モ亦學問上既ニ明瞭ニ知悉セラレ居タリ。アリストトールハ民主政ノ通俗ノ見解ニ付テ此ノ二種ノ意義ヲ論シ、極メテ明瞭ニ其ノ間ノ區別ヲ指示シタリ。此ノ點ニ於テモ亦近世ノ學者ハ決シテ古代ニ知ラレザリシ新ナル學説ヲ發見シタルモノニ非ラザルナリ。此ノ時代ニ於テハ個人ハ國家ニ對スル無條件ノ服従トイフカ、如キハ最早問題トモナラズ。之ニ加フルニ國家ノ權力ハ薄弱ニシテ、官吏ハ賄賂ニ依リテ左右セラレ政權ハ黨派ノ玩弄タリ、其ノ利慾ヲ満足スルノ手段トナ



レリ。

(四) 以上ノ事實ニ對シ、希臘ノ盛時ニ於ケル國家ノ萬能力ヲ證明スルノ例證トシテ舉ケラル、所ヲ見ハ、其ノ大部分ハ皆舊「スバルタ」ノ國家ヨリ取リ來レルモノナルヲ見ル可シ、生兒昔遇ノ義務斷ニザル軍役ノ義務、婚姻及ビ小兒教育ノ義務ノ如キハ皆然リ。此ノ外二三ノ事例ノ他ノ國家ノ法律ヨリ取り來レルモノナキニ非ラズト雖モ、是レ亦主タル事項ニ對シテ大ナル證明トナリ得ベキニ非ラズ、例ヘバ「フュステル、ド、クローランジ」ハ其ノ主張スル所ノ古代ニ於テハ個人ノ自由ハ全ク存在セサリキトイフノ事實ヲ證明スルガ爲メニ、ロクリスニ於テハ法律ヲ以テ男子ノ酒ヲ飲ムヲ禁止シタルコト、アゼンスニ於テハ婦人ノ旅行ニ三人以上ノ小兒ヲ携フルヲ禁止シタルコト、國民ノ集會ニ於テ投票ヲ爲シ、官職ニ就クコトハ國民ノ義務ナリシコト、教育制度ハ國法ヲ以テ定メラレ、兒童ハ學校ニ入ルノ義務アリシコト等ヲ以テ其ノ例證ト爲セリト雖モ、此ノ如キ制限ハ近世ニ於テモ決シテ稀

ナル事例ニ非ラズ。加之此等ノ法律ハ其ノ何レノ時代ニ行ハレタルモノナリヤ、其ノ永續的ノ法律ナリシヤ又ハ一時ノ法ナリシヤハ今日ニ於テ知ル可カラザルモノ多シ而シテ其ノ大部分ハ疑モナク其ノ間ニ數百年ノ時日ヲ隔テタルモノニシテ是ニ依リテ概括的ノ論結ヲ得ベキニ非ラズ。

若シクローランジノ如キ論法ヲ以テセバ後世ノ歴史家ハ十九世紀ノ國家ヲ論ジテ全ク個人ノ自由範圍ヲ認メザリシモノト爲スニ難カラザル可キナリ。

(五) 其ノ實ハ文化ノ發達ニ伴ヒ殊ニアゼンスニ於テハ個人ノ自由ノ範圍ハ事實上ニ頗ル廣ク存在シ居タルナリ。若シ然ラストセバ後世遂ニ企テ及ブベカラザル文藝美術ノ斯ク偉大ナル發達ガ當時如何ニシテ爲シ遂ゲ得ラレタリトスルカ。國家ノ指導ニ係ル學藝、美術ハ其ノ結果ヤ甚ダ憐レムベキモノナルベシ。ブラトーニ依テ主張セラレタル著作警察ハ決シテ實行セラレタルコトナク、著作物ニ對スル警察檢閲ヲ創始スルノ名譽ハ國



權萬能ノ古代ニハ屬セズシテ却テ自由ナル近代ニ讓ラレタリ。歴史ハ又無宗教又ハ邪教ノ信仰ニ對スル數個ノ裁判ノ實例(アゼビニノ裁判)ヲ傳ヘタリト雖モ、此ノ如キ僅少ノ實例ハ之ヲ自由權ノ既ニ保障セラレタル近代ニ於テ尙ホ宗教上ノ信仰ノ爲ニ法律上及ビ社會上ノ慮遇ヲ與ヘタル無數ノ實例ニ比シテ何ノ證明ヲモ與ヘザルナリ。アゼビニスノ貿易ノ繁榮其ノ國際上ノ地位ハ個人ノ經濟上ノ自由ヲ認ムルコトナクシテ如何ニシテ可能ナルヲ得ベカリシカ。近時ノ研究ハ希臘ニ於ケル私法ハ頗ル能ク發達シ居タルコトヲ證明セリ、古代ノ經濟ハ其ノ本源ニ於テ自家經濟即チ獨立ナル個人經濟ヲ基礎トナセルモノニシテ、共產的國家經濟ノ給與ヲ基礎ト爲セルモノニ非ラズ。希臘殊ニ雅典ニ於テ頗ル發達シタル遺言相續ノ法アリシコトノミヲ以テモ私法上ノ自由ノ頗ル廣ク存在シ居タルコトヲ證明シ得ベキナリ。直接ノ租稅ハ雅典ニ於テハ自由ノ制限ト看做サレ隨テ唯例外ノ場合ニノミ行ハレタルコトモ亦私法上ノ獨立ヲ證明スルモノナリ。

雅典ノ盛時ニ於テ行ハレタル數多ノ所有權ノ制限ハ専ラ警察的性質ニシテ、近世ノ行政法モ其ノ種類ハ異ナレトモ其ノ程度ニ於テハ之ニ讓ルコトナシ。一般ノ警察的自由ノ制限ニ至リテハ希臘ノ方ガ却テ現時ヨリモ遙ニ少ナカリシナリ。

之ニ加フルニ希臘ノ國家ニ於テハ個人ハ唯法律ニ依リテハ、ミ役務ヲ課セラルルコトヲ得トイフノ思想ガ常ニ存在シ居タリ。近世ノ法治國ノ特色トシテ知ラル、所ノ凡テ個人ニ對スル國權ノ行爲ハ唯法律ニ依リ且ツ法律ノ範圍内ニ於テノミ行ハルルヲ得トイフノ思想ハ希臘就中雅典ニ於テ極メテ明瞭ニ行ハレ居タリシナリ。然レトモ法律ノ觀念ノ中ニハ制限ノ思想ヲ伏在ス。モンテスキューカ自由ノ觀念ニ對シテ下シタル有名ナル定義「國家即チ法律ヲ有スル社會ニ於テハ自由トハ人ガ自己ノ欲スベキ所ヲ爲シ得ベク而シテ其ノ欲スベカザル所ヲ爲スコトヲ強制セラレザルコトヲ云フモノニ外ナラズ」ハ疑モナク古代國家ヲ觀察スルニ依リテ得タル



權萬能ノ古代ニハ屬セズシテ却テ自由ナル近代ニ讓ラレタリ。歴史ハ又無宗教又ハ邪教ノ信仰ニ對スル數個ノ裁判ノ實例(アゼビ<sup>二</sup>ノ裁判)ヲ傳ヘタリト雖モ、此ノ如キ僅少ノ實例ハ之ヲ自由權ノ既ニ保障セラレタル近代ニ於テ尙ホ宗教上ノ信仰ノ爲ニ法律上及ビ社會上ノ扈遇ヲ與ヘタル無數ノ實例ニ比シテ何ノ證明ヲモ與ヘザルナリ。アゼン<sup>ス</sup>ノ貿易ノ繁榮其ノ國際上ノ地位ハ個人ノ經濟上ノ自由ヲ認ムルコトナクシテ如何ニシテ可能ナルヲ得ベカリシカ。近時ノ研究ハ希臘ニ於ケル私法ハ頗ル能ク發達シ居タルコトヲ證明セリ、古代ノ經濟ハ其ノ本源ニ於テ自家經濟即チ獨立ナル個人經濟ヲ基礎トナセルモノニシテ、共產的國家經濟ノ給與ヲ基礎ト爲セルモノニ非ラズ。希臘殊ニ雅典<sup>ニ</sup>於テ頗ル發達シタル遺言相續ノ法アリシコトノミヲ以テモ私法上ノ自由ノ頗ル廣ク存在シ居タルコトヲ證明シ得ベキナリ。直接ノ租稅ハ雅典ニ於テハ自由ノ制限ト看做サレ隨テ唯例外ノ場合ニノミ行ハレタルコトモ亦私法上ノ獨立ヲ證明スルモノナリ。

雅典ノ盛時ニ於テ行ハレタル數多ノ所有權ノ制限ハ専ラ警察的性質ニシテ、近世ノ行政法モ其ノ種類ハ異ナレトモ其ノ程度ニ於テハ之ニ讓ルコトナシ。一般ノ警察的自由ノ制限ニ至リテハ希臘ノ方ガ却テ現時ヨリモ遙ニ少ナカリシナリ。

之ニ加フルニ希臘ノ國家ニ於テハ個人ハ唯法律ニ依リテハ、ミ役務ヲ課セラルルコトヲ得トイフノ思想ガ常ニ存在シ居タリ。近世ノ法治國ノ特色トシテ知ラル、所ノ凡テ個人ニ對スル國權ノ行爲ハ唯法律ニ依リ且ツ法律ノ範圍内ニ於テノミ行ハルルヲ得トイフノ思想ハ、希臘就中雅典ニ於テ極メテ明瞭ニ行ハレ居タリシナリ。然レトモ法律ノ觀念ノ中ニハ制限ノ思想ヲ伏在ス。モンテスキュー<sup>カ</sup>自由ノ觀念ニ對シテ下シタル有名ナル定義「國家即チ法律ヲ有スル社會ニ於テハ自由トハ人ガ自己ノ欲スベキ所ヲ爲シ得ベク而シテ其ノ欲スベカザル所ヲ爲スコトヲ強制セラレザルコトヲ云フモノニ外ナラズ」ハ疑モナク古代國家ヲ觀察スルニ依リテ得タル



(三)

曰ク、果シテ然ラバ個人ノ國家ニ對スル關係ニ付テ古代ノ國家ト近世ノ國家トノ間ニ何等差異アラザリシカ。曰ク有リ。實際ノ制度ノ上ニ於テハ其ノ間ニ差異ヲ見出スヲ得ズト雖モ、然カモ理論上ニ於テハ尙著ルシク相異ナレルモノアルナリ。

希臘ノ國家ニ於テモ個人カ事實上國家ノ干涉ヲ受ケサル自由範圍ヲ有シ居タルコトハ近世ノ國家ニ異ナルコトナシト雖モ、此ノ自由範圍ノ法律上ノ性質ヲ自覺スルコトハ古代國家ニ於テハ之アラザリシ所ナリ。個人ノ自由ヲ法律上ノ制度トシテ自覺スルコトハ個人ト國家トガ相對立スルコトノ自覺ヲ以テ其ノ前提トス、而シテ此ノ前提ハ希臘ニ於テハ全ク缺ケタリ、其ノ末期ニ於テ個人主義ノ勃興ニ由リ稍個人ト國家トノ對立ヲ自覺スルニ至リタル頃ニハ希臘ノ獨立ハ最早失ハレタリシナリ。蓋シ個人ノ

自由權ノ主張ハ二事ヲ前定ス、一ハ寺院ト國家トノ相對抗スルコトニ在リ、一ハ君主ト國民トノ相對抗スルコトニ在リ。個人ガ天賦ノ權利ヲ有シ國家ト雖モ之ヲ侵害スルコトヲ得ズトイフノ思想ハ、近世ニ於ケル宗教革命ノ爭ト、專制ノ君主權ト國民權トノ爭鬪トニ由リテ始メテ生ズルコトヲ得タルモノナルハ後節ニ述ブベキガ如シ。而シテ此ノ二ツハ何レモ希臘ニ於テハ之アラザリシナリ。個人ハ宗教上ノ強制ヲ脱セント欲スルコトモナク、又國民ト統治者トノ反抗モナシ、何トナレバ國民自ラ統治者ナレバナリ。  
然レドモ希臘人ノ知覺スルコト無カリシハ唯此ノ自由ノ範圍ノミニ止ル。之ニ反シテ國家ハ個人ノ利益ノ爲メニ其目的ヲ達スルモノニシテ個人ハ自己ノ權利トシテ其ノ利益ヲ主張スルコトヲ得トイフノ思想ハ希臘ニ於テモ明ニ自覺セラレタリ。スタール及ビヒルデンブランドノ主張ニ出テ最近ニ於テハ尙ギールケノ贊同ヲ得タル希臘ニ於テハ個人ノ私權ヲ

歷史上ニ於ケル國家ノ種々相



認メラレザリシトイフコトハ全ク根據ナキノ説タルノミナラス、事實ハ全ク其ノ正反對ナリ。是モ亦プラトー及ピアリストールノ所説ヲ以テ希臘ノ實際ナリト誤認シタルニ過ギズ。蓋シ此等ノ二學者殊ニプラトーハ私法ニ付テハ全ク知ル所アラザリシナリ、否希臘ニ於テハ私法學ハ全ク存在セザリシナリ。然レドモ法學ノ有無ト權利ノ存在トハ事同シカラス、其ノ實ハ希臘ノ私法ニ付テノ研究ノ益進ムニ從ヒテ吾人ハ益希臘ニ於テ私權ノ保護ノ發達シ居タルコトヲ知ルコトヲ得タリ。

之ト同シク參政權モ亦個人ノ權利トシテ承認セラレ發達シ居タリ。公民トシテノ個人ノ法律上ノ資格ハ管ニ國內法ニ依リテ詳密ニ規定セラレタルノミナラス又國際條約ニ依リテ定メラレタリ。希臘諸國ニ於ケル國家聯合ノ形式タル「イソポリチー」(Isopolithe)及「シムポリチー」(Synpolitie)ハ主トシテ聯合國内ニ於ケル公民權ヲ以テ基礎ト爲セルモノナリ。公民權ニ基ク機能即チ裁判ノ請求、國政ノ參與ノ如キモ亦其ノ法律上ノ性質ニ於

テ明瞭ニ認識セラレタリ。

國家ノ爲メニ勞務ニ服スルノ義務モ亦全ク今日ノ國家ニ於ケルト同シク凡テ法律ニ依リテ限定セラレ、專斷ニ之ヲ賦課スルコトヲ許ルサズ。其ノ勞務ノ義務中最モ顯著ナルモノハ十八歳ヨリ六十歳ニ至ル迄ノ兵役義務ニシテ、希臘ニ於テ個人ガ國家ノ爲メニノミ存シタルコトヲ主張スルノ論者ハ之ヲ以テ其ノ最モ有力ナル例證ノ一ト爲スト雖モ、今日ニ於テモ國民兵役ノ義務ハ四十五歳ニ至ル迄繼續スルヲ以テ見レバ必ズシモ過重ノ負擔ト云フヲ得ズ。加之希臘ニ於テモ戰役ニ服スルノ義務ハ唯二十歳ヨリ五十歳ニ至ル迄ノ階級ニノミ課セラレタリ。

而シテ此等ノ權利ヲ保護スルガ爲メニハ頗ル發達シタル裁判制度アリ、其ノ裁判ハ全ク近世ニ於ケルト同ジク唯利害關係者ノ請求ニ由リテノミ之ヲ爲スコトヲ得ベク、隨テ裁判宣告ハ管ニ公義務ヲ履行スルニ止ラズ又個人ノ公法上ノ權利ヲ満足スルモノナリ。



## (四)

以上縷述シタルガ如キ事實ニ由リテ最早希臘ニ於テハ個人ノ人格ヲ否認シタリト爲スコンスタン、スタール、モール等ノ學說ガ全ク誤謬ナルコトハ疑ヲ容レザル可シ。希臘人ハ管ニ國家ノ爲メニノミナラズ又自己ノ爲メニモ權利主體タリ。國家ノ權力ハ殊ニ雅典ニ於テハ何レノ場合ニ於テモ事實上頗ル廣キ範圍ニ於テ個人ノ自由範圍ヲ殘サマリシ迄ニ極端ニ至リシコトナシ。加之其ノ自由範圍ハ法學ノ形式ニ於テハ全ク近世ノ自由ト同一ナリ。何トナレハ近世ノ自由モ亦行政命令ニ對スル自由ニ外ナラザレバナリ。近世ノ國家ガ個人ノ自由ニ由テ受クル所ノ制限モ亦法學上ヨリ言ヘバ國家ノ自ラ加フル所ノ制限ニ外ナラズ、其ノ制限ノ範圍ハ國家ニ由リテ種々ノ異同アリ、國家ニ對スル絶對的ノ制限ハ法學上ニ存在スルコトナク、又其ノ制限範圍ニ付テ一定不動ノ原則ヲ有セザルコトハ實驗ノ證明セル所ナリ。此ノ故ニ個人ノ國家ニ對スル地位ニ付テ古代ト近代ト

ノ間ノ差異ハ法學上ニ於テハ唯近代ニ於テハ個人カ法律ノ範圍内ニ於テ自由ヲ有ストイフコトカ法ノ明文ニ依リテ公ニ承認セラル、ニ反シテ古代ニ於テハ之ヲ以テ當然自明ノ事理トナシ何レノ場合ニモ法律ヲ以テ之ヲ明言シタルコトナキコトニ在リ。

最後ニ尙一言スヘキハ論者ノ主張スルガ如キ國家ニ對シテ個人ハ人格ナカリシトイフノ根據ナキコトハ、國家自身ガ唯個人ノ集合ヨリ成ル單一體ト看做サレ、此ノ單一體中ニ個人ハ尙多數體トシテ繼續ノ存在ヲ有シタリシコトニ由リテ既ニ之ヲ證明スルコトヲ得ベキコト是ナリ。其ノ外形ニ見ハレタル證據ハ就中希臘ノ各國ノ名稱ニ於テ見ルヲ得ベク其ノ名稱ハ常ニ複數ノ人民ノ名ヲ用キタリ。雅典國ト云ハズシテ雅典國民トイヒス波多國ト云ハズシテ斯波多國民ト云フ。國家ノ領土的要素ハ希臘ニ於テハ未ダ其ノ性質ヲ認識セラレザリシナリ。スザント(Szanto)ハ曰ク「國家ノ概念ハ單ニ公民ニノミ繫リ領土ニ關セズ、而シテ公民權ハ血族ニ基クモ



ノナルガ故ニ國家ハ氏族ノ存續ヲ以テ條件トナスニ止リ、其ノ氏族ノ居住  
 スル土地ヲ以テ要件ト爲サズ、國民ノ祭神ノ祠ト雖モ其ノ要件ニハ非ラザ  
 ルナリ』(Das griechische Bürgerrecht S. 5)ト。此ノ故ニ國ノ領土ハ敵ノ爲メニ  
 蹂躪セラルト雖モ相當ノ數ニ充ツベキ公民ノ流浪セルモノアルトキハ其  
 ノ國家ノ存續セルモノト看做スヲ妨ケス、若シ其ノ國家組織ノ再ビ回復ス  
 ルコトアルトキハ舊國家ハ絶エズ存續シタルモノト看做サル、ナリ。

## (五)

以上述ブル所ニ依リ希臘國家ノ特徴ヲ約言スレバ左ノ如クナル可シ  
 希臘ノ國家ハ統一且ツ獨立ニシテ自己ノ法律ヲ有シ自己ノ官廳ヲ備フ  
 ル公民團體ナリ。此ノ團體ハ國家團體タルト同時ニ又宗教團體タリ、其  
 ノ行政及ビ司法ニ對スル最高ノ原則ハ其ノ法律ニ準據スルヲ要スルコト  
 ニ在リ。其ノ結果トシテ公民ハ一定ノ權利ヲ享有ス此ノ權利範圍中國權  
 ノ行使ニ參與スルノ權利ハ國家學ニ由リテ學問上ニ認識セラレタリト雖

モ其ノ他ノ要素ハ獨立ノ法學ノ缺乏ニ基キ明瞭ニ認識セラレ、ヲ得ザリ  
 キ。國家組織ト宗教組織トノ統一ニ基キ國家ノ目的ノ範圍ハ理論上ハ極  
 メテ廣汎ニシテ凡テノ文化事務ヲ包含スト雖モ、此ノ思想ノ實行ニ至リテ  
 ハ希臘ノ國家ハ却テ遙ニ近世ノ國家ニ及バス。人類ノ共同生活ノ一切ノ  
 方面ヲ以テ事實上ニ國家ノ目的ト爲スモノハ希臘ノ國家ニ非ラズシテ却  
 テ近世ノ國家ナリ、其ノ實際ノ權力ニ於テモ近世ノ國家ハ遙ニ希臘ヨリモ  
 大ナリ

希臘ノ國家ト近世ノ國家トノ最モ顯著ナル差異ハ人間ノ人格ノ尊重ニ  
 在リ。人間トイフ思想ノ始メテ哲學上ニ論究セラレタルハ希臘ニ在リ、且  
 ツ雅典ノ奴隸ハストア哲學ニ由リ緩和セラレタル以前ノ羅馬ノ奴隸若ク  
 ハ近世ノ黑人奴隸ニ比スレバ遙ニ寛大ナリシト雖モ、然カモ一般ニ人類ヲ  
 以テ人格ト爲スコトハ古代ニ於テハ嘗テ行ハレタルコトナシ。外國人ニ  
 對シテモ亦一般ニハ人格ヲ承認セス、但シ此ノ點ニ於テモ亦外國人カ全ク



無權利ナリシ最初ノ状態ハ文化ノ發達ニ伴ヒテ次第ニ制限セラレタリ。此ノ如ク人間ノ人格ヲ尊重スルコト少ナキ點ニ付テモ、唯近世ノ國家ト相比較スルニ於テ此ノ如キル著シキ差異アルニ止マリ之ヲ古代「ゲルマン」民族ニ於ケル外國人ノ無權利其ノ他古代ノ文化程度ニ特有ナル關係、中世及ビ近世ニ於ケル種々ノ從屬關係等ニ比スレハ人格ノ尊重ニ付テモ亦希臘ノ國家ヲ以テ一概ニ後代ノ國家ニ劣レリト爲スヲ許サズ。『人間即チ人格ナリ』トノ原則ハ僅ニ第十九世紀ニ於テ徐々ニ文明國ノ採用スル所ト爲ルニ至リタルナリ。

### 第三節 羅馬ノ國家

希臘ノ國家ニ付テ述ベタル所ハ大體ニ於テ羅馬ニモ當テ嵌マルベキモノナリ。羅馬モ亦市府國家ヨリ發展シタルモノニシテ其ノ市府ヨリ起リタルコトハ其ノ最後ノ時代マテモ痕跡ヲ存セリ。羅馬ノ國家モ亦同時ニ

宗教團體ニシテ *Jus sacrum* (神法)ハ *Jus publicum* (公法)ノ一部タリ。其ノ國家ハ又其ノ國民ノ思想ニ於テハ國民トイフト同一ナリ。即チ國家ハ「シグイタス」[*Civitas*]即チ公民團體タリ又「レス・プブリカ」[*res publica*]即チ國民團體タリ。公民トイフ思想ノ中ニハ羅馬ニ於テモ亦國權ノ行使ニ對スル主動的ノ參與ノ要素カ主要ノ部分ヲ占ム。羅馬ノ國家ハ其ノ最初ノ起源ハ異ナリタル種族ヨリ生シタルモノナルコトノ傳説ノ存セルニ拘ラズ其歴史ニ見ハレタル最初ノ瞬間ヨリ既ニ完全ナル國家組織ヲ爲シ其ノ性質上當然ニ一切ノ權限ヲ有シタルモノニシテ歷史上又ハ法律上ノ原因ニ由リテ始メテ其ノ權限ヲ得タルモノニ非ラズ、隨テ羅馬ノ國家ハ初ヨリ完全ナル統一ヲ有シ、其ノ團體ガ等シク原來ノ統治權ヲ有スルニツノ部分ニ分割セラル、ノ思想ハ羅馬ニ於テハ全ク存在ヲ許サザリキ。隨テ又其ノ何レノ時代ニ於テモ國家ノ機關ハ如何ニ多數ナルモ國家統治權「インベリウム」[*maiestas*]ノ全部ハ唯一ノ機關ニ存シ其ノ他ノ機關ハ凡テ傳來ノ權利ヲ有スル

歷史上ニ於ケル國家ノ種々相