624
77イ

0013213000

0013213-000

６２４－７７イ

憲法提要

野村淳治・著

有斐閣

上巻

訂３版
昭和９

ACD

9.9.4

書物は
大切に

88

東京帝國大學教授 法學博士 野村淳治著

憲法提要 上卷

東京 書肆 有斐閣

帝國圖書館藏

東京帝國大學教授 法學博士 野村淳治著

憲法提要

上卷

東京 書肆 有斐閣

昭和九・五・一

624-77

序

余は明治三十九年以來東京帝國大學法學部に於て國法學講座を擔任し、その間に於て必要ある場合に於ては、大學の命を奉じて憲法又は行政法の講座を兼擔した。余は昭和三年より昭和六年に至る迄の間に於て、日本評論社の發行に係る現代法學全集の中に於て、余の行政法の講義の一部分を行政法として公にしたけれども、未だ國法學及憲法に關する講義を著書として公表してゐない。然るに昭和六年より余は早稲田大學及中央大學より憲法講義の擔任を委囑せられ、講義の際の參考書とするがために、憲法に關する小著を作成するの必要に迫らるゝに至つた。依つて余は、大正十四年より大正十五年に亙り東京帝國大學に於ける憲法講座を擔任せる際に於て、聽講學生諸君に配布した憲法講義稿本を基礎となし、それに訂正及增補を施こし、これを憲法提要として印刷に付し、早稲田大學及中央大學の講義の際に於てこれを使用することゝした。本年に入るに及んでも余は引續いて兩大學に於て又新たに明治大學に於て憲法講義を擔任することゝなつてゐるがために、憲法提要を引續いて印刷に付せなければならなくなつた。他方に於て、過去十數年の間に於て、余が大學の學生諸君以外の人士より種々の關係よりして、憲法に關する著書を發刊せむことを慫慂せられたことは一兩度ではない。憲法に關する余の研究を纏めて一冊の本とすることは、余に取つては輕い意味に於ける義務のやうに

感ぜらるゝやうにもなつてゐる。それで寧ろこの際憲法提要を拙著として公表して、大方諸賢の叱正を仰ぐのが適當ならむと考へ、有斐閣書店の厚意に依つてこれを一般に刊行することにした。

余は憲法提要全部を一卷として一度に刊行せむことを希望したけれども、これを全部一冊として刊行するに付ては、尙若干月の餘裕を必要とした。而かも前記三大學に於ける講義の參考用として少くもその一部を卽時に印刷しなければならない事情があつた。故に憲法提要を上下兩卷に分ち、今先づ上卷を發行し、三四箇月の後に下卷を追加刊行することゝした。拙著を二分して、その一部を大學の學年始めに急速に發刊することゝしたゝめに、印刷に對する余の校正充分ならずして、或は誤字の訂正せられないものもありはしないかと恐れてゐる。それに付ては讀者諸君の敎示を受けて漸次に訂正を加へ、その缺點を是正することにしたいと思ふ。

余が憲法提要上卷、第一門憲法總論中に揭げた事項は、獨逸に於ては一般國家學又は一般國法學の標題の下に於て研究せらるゝ事項である。それは東京帝國大學に於ける余の國法學講義の一部分たる國法汎論を形成するものである。我國に於てはこの種類の事項は必ずしも憲法の著書中に於て體系的に網羅して研究せらるゝことにはなつてゐない。併し乍らそれ等の事項の一部、例へば、國家の憲法、國權の作用、國家の政體又は國家の聯結に關する事項の如きは、多くの憲法學者の著書の緒論中に於て多少たりとも研究せらるゝのみならず、佛蘭西憲法學者、例へば、エスマン又はデュギイ等の憲法に關する著書中に於ては、相當に詳細に研究せらるゝことゝなつてゐる。それで余は拙著の前半を憲法總論となし、その中に於てそれ等の事項に付概括的說明をなすことにした。余は憲法提要下卷を憲法本論となし、その中に於ては、日本國の領土及臣民、日本國の統治機關の組織及權限、日本國の國權の作用（法律、命令、處分、條約及豫算の制定）に關する憲法上の法規に付詳細の說明をなさむことを考へてゐるけれども、それ等の說明をなすの前に當つて、その說明の根據となるべき重要事項に付準備的研究をなすの必要がある。これが余の憲法提要上卷第一門憲法總論の中に於て、國家の法律上の地位、國家の領土及臣民、國家の機關、國家の權力、國家の憲法、國家の政體及國家の聯結に付て大體の說明をなし、又憲法提要緒論の中に於て國家、法律、國家及法律の關係に關し多少の研究をなすに至つた所以である。

憲法に關する內外の參考書は極めて多い。余はそれ等の參考書中の主要なるものを讀者諸君に紹介せむがために、これ等の書籍の標題を一々拙著中に揭げてはゐない。併し乍ら余がこの著書を作成するに際し先進の大家の書籍を參考に供し又はその意見の一部を本文中に引用せる場合には、一々その著者の氏名、その書目及その著書中の頁數を、參照書目として明示することにしてゐる。それ等の參考書目を揭載したのは、一つには先進の大家に對する敬意を表するがためであり、一つには先達の學者の意見を剽竊せざることを明らかにせむがためである。併し乍ら拙著中に揭載せる參考書目中には

余が拙著作成の際に於て更に參考引用しなかつたものもないではない。それ等は新らしい文獻として讀者諸君に對して紹介して置くのを適當と認めたものである。

拙著中、憲、民、刑、民訴、刑訴、裁構等と記載せるは、憲法、民法、刑法、民事訴訟法、刑事訴訟法、裁判所構成法等の語を省略したものに外ならぬ。

昭和七年六月

東京上野臺陰草盧に於て

野村淳治識

目次

緒論……一

第一章　國家に關する概論……一

第一節　社會現象としての國家の本質……一

第二節　國家の觀念……一四

第一　人民……一四／一

第二　土地……一四／一

第三　權力者……一四／二

第四　權力……一五

第五　國家の憲法……一八

第三節　國家の目的……一八

第四節　國家存立の理由……二二

(一) 權力說……二五
(二) 契約說……二六
(三) 道德說……二八
(四) 自然的必要說……三〇
(五) 國民確信說……三〇
(六) 鄙見……三一
第二章 法律に關する概論……三四
第一節 法の本質、外形及原形……三四
第二節 法の觀念……四一
第三節 法の類別……四八
第一款 社會法と個人法の區別……四八
第二款 公法及私法の區別……五二
第四節 權利及義務……五六
第三章 國家と法律との關係……六二

第一門 憲法總論……七一
第一章 國家の法律上の地位……七一
第二章 國家の領土……八二
第一節 領土の法律上の性質……八二
第二節 領土の範圍及成立……九六
第三節 領土の取得及喪失……九八
第一款 領土の取得及喪失事由……九八
第一項 領土の取得事由……九八
第二項 領土の喪失事由……一〇〇
第二款 領土の取得及喪失の手續……一〇一
第三款 領土の取得及喪失の效果……一〇二
第四節 領土の區分……一〇二
第三章 國家の臣民……一〇三

第四章　國家の機關（國家顯現人）……一一四
第一節　總說……一一四
第二節　國家の機關（國家顯現人）の法律上の地位……一一六
第三節　國家の機關（國家顯現人）の類別……一三三
第一款　國家の直接機關（直接的國家顯現人）……一三三
（一）直接機關の意義……一三三
（二）直接機關となるべき人……一三五
（三）直接機關の類別……一三六
（甲）絶對的直接機關と相對的直接機關……一三六
（乙）自然的發生直接機關と人爲的發生直接機關……一三七
（丙）代表的直接機關と被代表的直接機關……一三九
（丁）獨立的直接機關と非獨立的直接機關……一四一
（四）直接機關の數……一四二
（五）最高の直接機關、統治權の總攬者及國の元首の意義……一四四
第二款　間接機關（間接的國家顯現人）……一四八
（一）間接機關の意義……一四八
（二）間接機關たるべき人……一四九

（三）間接機關の類別……一五一
第五章　國家の權力……一五一
第一節　國家の權力の法律上の性質……一五一
第二節　國家の權力の作用……一六四
第一款　モンテスキィエウの三權分立論……一六四
第二款　立法、司法及行政の區別……一六九
第一項　實質上の立法、司法及行政……一六九
第二項　機關的立法、司法及行政……一七二
第三項　形式上又は現行法上の立法、司法及行政……一八〇
第六章　國家の憲法……一八五
第一節　憲法の類別……一八五
第一款　實質上の憲法と形式上の憲法との區別……一八五
第一項　實質上の憲法……一八五
第二項　形式上の憲法……二〇一

第二款　君主國の憲法と共和國の憲法……二一一
第二節　皇室典範及皇室令……二一三
第一款　皇室典範及皇室令の性質……二一三
第二款　皇室典範と憲法法典との關係……二二二
第三款　皇室典範と普通法律との關係……二二七
（一）皇室典範を以て普通法律を廢止變更することを得るや……二二七
（二）普通法律を以て皇室典範を變更し又は皇室典範に抵觸する規定を設くることを得るや……二三一
第四款　皇室典範と憲法の規定に基づく大權勅令との關係……二三一
（一）皇室典範を以て大權勅令を廢止變更することを得るや……二三一
（二）大權勅令を以て皇室典範の規定を變更することを得るや……二三二
第七章　國家の政體……二三四
第一節　總說……二三四
第二節　君主國……二三七
第一　選擧君主國及世襲君主國……二五〇
第二　無制限君主國と制限君主國……二五二

（一）無制限君主國（獨裁君主國）……二五二
（二）制限君主國（特權階級參與の君主國及立憲君主國）……二五三
第三節　共和國……二五九
第一款　民主的共和國と非民主的（特別階級統治）共和國との區別……二五九
第一項　民主的共和國……二五九
（第一）直接制度の民主共和國……二六一
（第二）代議制度の民主共和國……二六五
（第三）直接的兼代議的民主共和國……二六八
第二項　非民主的（特別階級統治）共和國……二六九
（一）貴族的共和國……二七〇
（二）勞兵農會（勞兵會）統治共和國……二七二
第二款　無制限共和國と制限共和國との區別……二七七
第八章　國家の聯結……二七八
第一節　權力服從關係に基づく國家の聯結……二八〇
第二節　對等關係に基づく國家の聯結……二八三

第一款　保護國と被保護國との關係……二八三
第二款　聯邦（卽ち國家聯合）……二八七
第三款　物上聯合（君主を共通とする國家聯合）……二九四
第四款　國際聯盟……三〇〇
第一項　國際聯盟を組織すべき國家……三〇〇
第二項　國際聯盟の機關……三〇二
第一目　聯盟總會……三〇三
第二目　聯盟理事會……三〇四
第三目　常設聯盟事務局……三〇八
第四目　常設國際司法裁判所……三〇九
第三項　國際聯盟の目的……三〇九
第四項　國際聯盟規約の改正……三一四
第五項　國際聯盟の法律上の性質……三一四
第三節　權力關係及對等關係の二つに基づく國家の聯結（聯合國家）……三一七

第一款　聯合國家の構成分子……三一八
第二款　聯合國家に於ける二大直接機關……三二一
第三款　聯合國家と各支分國との關係（聯合國家に於ける主權の所在）……三二二
第四款　聯合國家內の各支分國の地位……三二四
第五款　聯合國家を組織する各支分國相互間の關係……三二五
第六款　聯合國家の領土及人民の法律上の地位……三二六
第九章　立法議會の組織……三二六
第一節　兩院議會制度と一院議會制度……三二七
第二節　議會の議員の選擧に關する主義……三二八
第一款　選擧權に關する主義……三二八
第一項　無制限選擧權制度と制限選擧權制度との區別……三二九
第一目　選擧權取得に付ての一般的條件……三四〇
第一細別　財產要件付選擧權制度と普通選擧權制度……三四〇
第二細別　男子選擧權制度と男女選擧權制度（女子選擧權制度）……三四四
第二目　特別の身分を有する者に對する選擧權の制限……三四六
（一）　選擧無資格制度……三四七

(二) 選擧權停止の制度……三四七
第二項　均一選擧權制度と不均一選擧權制度……三四七
(一) 等級選擧權制度……三四九
(二) 附加投票權制度（複數投票制）……三四九
第二款　被選擧資格に關する主義……三五二
第一項　一般的被選擧資格（積極的被選擧資格）……三五二
第二項　特別の身分を有する者に對する被選擧權の制限……三五三
第三款　選擧區に關する主義（大選擧區制と小選擧區制）……三五五
第四款　選擧の方法に關する主義……三六六
第一項　直接選擧制と間接選擧制……三六六
第二項　强制選擧制度と隨意選擧制度……三六八
第三項　單名投票主義と聯名投票主義……三六九
第四項　公開選擧主義と祕密選擧主義（記名投票主義と無記名投票主義）……三七四
第三節　多數代表法、少數代表法及比例代表法……三七八
第一款　多數代表法……三七八

第二款　少數代表法……三八二
(一) 制限聯記法……三八六
(二) 累積投票法……三八八
(三) 大選擧區不讓渡單名投票法……三九〇
第三款　比例代表法……三九六
第一項　白耳義の比例代表法……三九九
第二項　英吉利本國及自治領植民地の比例代表法……四〇九
第三項　瑞西の比例代表法……四二四
第四項　獨逸聯合國の比例代表法……四三一
第五項　多數代表法、少數代表法及比例代表法の利害得失……四三九

憲法提要

緒論

第一章　國家に關する概論

第一節　社會現象としての國家の本質

人間は、一面に於ては、個人として自己一身の目的を達するがために、個人的生活をなすけれども、他の一面に於ては、同時代に於ける他の個人と相提携し、又過去及將來に於ける個人と相聯結して一種の團體又は社會を形成し、その團體又は社會の一員として、その團體又は社會の目的を達せむがため

に、社會的生活をなしてゐる。人間は一個人として、或は飲食し、睡眠し、或は書を讀み、字を學び、或は田畑を耕し、魚鳥獸の捕獲に從事するけれども、この世界に於ては、到底個人一己の力のみに由つては遂行せらるゝことを得ない幾多の事業があり、又個人一己の力のみに由つては到底完全に成し遂げらるゝことを得ない幾多の事業が存在する。それ等の事業をなさむがためには、人間は、或は民法上の法人及組合、商法上の會社の如き團體を形成し、或は市町村、府縣又は公共組合（例へば、水利組合、耕地整理組合、健康保險組合等）を組織してゐる。こゝに說明せむとする國家も亦その人類團體の一種に外ならない。國家は尨大なる組織を有する團體であり、我々はその內部に在つて日常生活を營んでゐるのである。國家は兵備を設け、警察の制度を定め、內亂外寇の發生及襲來を豫防鎭壓する。國家は法令を定め、裁判所を設けて各人間の權利義務を明らかにし、各人間の爭議を裁決する。國家は道路及鐵道を敷設し、貨幣及度量衡の制度を定め、郵便及電信業を經營して人民の經濟上の利益を保護增進する。國家は學校及圖書館を建て、病院、感化院又は救貧院を設けて人民の精神上及身體上の利益を保護增進する。國家は個人の財產と異つたそれ自身の財產（國有財產）を有し、個人の負債と異つたそれ自身の負債（國債）を負擔し、個人の歲出歲入豫算と異つたそれ自身の歲出歲入豫算を有する。今日個人の外に、國家が實際上種々の活動をなして人類のために必要缺くべからざるものとなつてゐることは、各人の一樣に目擊し認識する所である。この國家なるものが果してこの世界に現存せるものなるや否やに付ては、一般人民は更に疑を抱いてゐない。唯學問上問題となるのは、この實際上一般に現存すると認めらるゝ國家なるものは果たして如何なる本質を有するかといふことに外ならぬ。

通常人の解する所に依るに、一定の土地の上に多數の人民が定住し、その人民の間に於て君主又は議會等の權力者が存在し、それが多數人民に對して一定の憲法に從つて權力を行使せる場合に於て、國家なるものが存在するのである。一定の土地、多數の人民、若干の權力者、一定の憲法及特種の權力は、國家の觀念を發生せしむるに付必要缺くべからざる前提條件又は原素である。從つて學者中、動もすればそれ等の五條件又は五原素の一つに重きを置き、或は土地を以て國家なりと解する者もあり、或は君主又は議會のやうな權力者を以て國家なりと解する者もあり、或は權力者に服從する多數人民を以て國家なりと認め、或は權力又は權力服從關係自體を以て國家なりと看做し、或は憲法を以て國家なりと看做さむとする者もある。（註一）

（註一）第一に、土地を以て國家と認むる學說は、國家君有財產說を說明せむがために、人の往々使用せる所である。その理論に依るに、土地は卽ち國家であり、個々の人民は土地の附屬物である。而して土地及その附屬物たる人民は相合して君主の財產を形成するといふのである。

第二に、權力者、殊に君主を以て國家と認むる學說は、獨逸諸邦に君主政體の行はれた頃に於て、**ボルンハーク**の主張した所であり、又過去に於て佛國王**ルイ**第一四世の唱道した所である。同王が、『我は卽ち國家なり』と主張したことは、人の普ねく知る所であ

る。而してその事實は、この王が君主と國家とを同一視したことを證明するに足るのである。

第三に、人民、即ち被治者を以て國家と認むる學說は、家族的國家說を說明するがために應用せらる。その理論に依るに、君主と人民とは親族上の關係に基づき、家長と家族との關係に在るのである。君主の家は同時に一般人民の祖先の家であり、人民は實は君主の家族員に外ならぬ、而してその君主の家族たる人民、即ち被治者が國家であるといふのである。

第四に、權力又は權力服從關係を以て國家と認むる學說は、**リング**、**ツァパリィエー**及び**グンプロヴイツ**等の主張する所である。蓋國家の存在する所には、必ず少數者が權力を行使し、多數人がこれに服從せるの事實が存在する。權力又は權力服從關係は國家の存立の上に一日も缺くことを得ない。それがこれ等の學者に於て權力それ自身、又は權力者が權力を行ひ、多數者がこれに服從せる事實を以て、國家なりと斷定するに至つた所以であらう。

第五に、憲法を以て國家（國家の本質）と認めることは、既に古代に於て**アリストーテレス**に由つて唱へられた所である。又近頃では**ケルゼン**に由つて唱へられてゐるやうに見える。**ケルゼン**は一方に於ては國家を以て法規なりと認めつゝ、他方に於てはそれを以て諸種の法規の基礎たる憲法と同一視してゐるやうである。

參照。**シュミット**、憲法論、五頁。**ケルゼン**、一般國法學（一九二五年）、五及一四頁。

併し乍ら若も國家の領土、國家の主權者（例へば君主）又は國家の服從人民等を以て國家自身であると假定するならば、國家の領土、主權者（例へば君主）又は服從人民の變動した場合に於て、その國家はこれと共に消滅し、その國家に代つて新たなる國家が成立するものであると論結しなければならないことになる。併し乍ら國際間の慣例を見るに、國家の領土、主權者又は服從人民等に變動あるとも、これがためにその國家は消滅するものとは認められず、國家自身は依然としてその存立を維持し、その國家の外國と締結した條約又はその國家の外國に對して有する債務等はその儘に存續するものと認めらる。かくの如くに國家自身はその領土、主權者（權力者）又は服從人民等の變更に因つてその本質を變更するものにあらざる以上は、國家を以てその領土、主權者、服從人民又は權力自體なりと解することを得ないのは當然である。假りに國家の觀念を發生せしむべき五原素の一に重きを置き、その中の何れか一つを以て國家自體なりと看做さむとするならば、その特別の意味に於ける國家なるものは、普通人の認むる國家の觀念とは全く相符合せず、その特別の國家の觀念を以てしては到底社會の事情を故障なく說明することを得ない。少くも土地、權力者（主權者）、服從人民、權力又は憲法の五つが相互に獨立し、その中の何れか一つがそれ自身のみにて（單獨にて）國家を形成し、それが鐵道運輸業又は郵便業を經營し、又は官立の學校、圖書館又は病院を設置し、又は軍備を有し、裁判をなし、又は租稅を徵收し、國有財產を所有するのであるといふが如きは、吾々の常識に於て到底認むることは能はざる所である。かくの如くに國家はそれ等の五原素の一でもなく、又それ等の五原素の總計でもない。併し乍ら國家の觀念とそれ等の五原素との間には密接にして離るべからざるの關係がある。國家の觀念はそれ等の五原素を度外に措いてこれを定むることを得ない。從つて近代の學者は、國家は土地、權力者、服從人民、權力及憲法を基礎となしてその上に築き上げられた團體であると說明する。その意味は、國家は土地、服從人民、權力者及權力等が一定の憲法の規定に從つて、相互に結合せるものであるといふことに外ならぬ。唯土地、人民、權力者、權力等が如何樣に相結合せる場合に

於て、國家が存在するのであるかといふことは、個々の實際上の事實を參酌考慮した上に於て、始めて決定し得べき事實問題である。

國家及法律に關する學問の起つてより今日に至る迄の間に於て、一方に於ては自主自存の目的の主體として獨り個人のこの世界に實在せることのみを認めて、個人の外に、國家又はその他の團體の存在することを認めない學說があり、他方に於ては自主自存の目的の主體として國家又はその他の團體のこの世界に實在せることのみを認めて、個人に國家又はその他の團體に對峙すべき自主自存の目的及生命の存在することを認めない學說がある。併し乍ら余の見る所に依るに、兩說共に極端に失する。人類社會の有樣を見るに、人間が一方に於ては自主獨立の目的の主體(卽ち人格者)として自己一身の目的を達し、これと同時に他方に於ては國家又はその他の團體の構成分子としてその團體の目的を貫徹するがために盡力し、常に個人と國家又はその他の團體との間に調和を計り、兩者の間に平均を維持せむがために努力せることは、實際の事實として掩ふべからざる所である。この實際の事實は會會以て各人がそれ自身の確信に於て、個人の外に、國家又はその他の團體の存在することを認識せることを證明するものである。從つて吾々が學問上の研究をなすに際しても、亦この事實に基づき個人の外に、國家又はその他の團體の實在することを認むるの外はない。個人の外に、國家又はその他の團體の實在を認むることは、一種の假定に基づいて新事實の存在を想像することではなくして、各人が日常一般に確認せる事實をその儘に承認することに過ぎないのである(註二)。

(註二) 國家又はその他の多くの團體が個人と同じくこの世界に實在するといふことに付ては、疑を抱く人も少くない。中には、國家、その他の團體のやうな無形のものが實在するといふ學說を以て、一種の迷信なりとして排斥する人もある。併し乍ら我々が上古より今日に至る迄、人類の間に起つた諸種の現象を細かに觀察するに、個人の外に、國家又はその他の團體が存在して、これが人類の物質上及精神上の文明を作り出だすことに付、非常に力を添へてゐることは、事實として到底これを否認し得ない。現に人類間には言語、法律、經濟、風俗、習慣、道德、美術、學術等の如き諸種の社會的現象が起つてゐるが、それ等の諸現象は、個人の外に、或る種の人類團體の存在するに因つて、始めてこの世界に發生し得べきものであつて、個人一己の力に因り又は個人の力の合計に因つては到底作り出され得べきものではない。假りに人類間の言語、法律、道德、經濟、風俗、習慣等を作り出だすの目的を以て、個人が孤立獨居して相互に交通せず、分業法に因つて別に仕事をなしたと想像するとも、その孤立獨居せる個人各自の分業の業績が、從來何千年の間に人類間に發生した言語、法律、經濟、その他の現象と同一なるべき理由もないし、又それと同樣にその孤立獨居せる個人の分業の業績を合計するとも、その合計は決して人類間に今日に至る迄の間に發生した言語、法律、經濟等と性質上同一なるべき理由はない。何となれば、それ等の社會的現象は、人類が過去、現在及未來を通じて、相互に提携連絡し、一貫して國家又はその他の團體を形成せることに因つて始めて發生し得べきものであつて、個人が孤立獨居して相互に交通せざる場合に於ては、性質上到底發生し得べからざるものであるからである。かくの如くに人類間に發生した諸種の現象中、全然孤立獨居せる個人一己のみの力に因り又はそれ等の個人の力の合計に因つて、性質上到底作り出されることを得ざるものゝ明らかに存在する以上は、結局それ等の諸現象は個人の上に立てる國家又はその他の團體に因つて作り出されたものであると斷定するの外はない。この理由に依つても亦國家、その他多くの團體のこの世界に實在することを說明し得る。

參照。ギャルケ、人類團體の本質、二〇—二二頁。

國家はこの世界に實在する團體の一種として、これを構成する個人の目的及生命の外に、獨立の團

體的目的及生命を有するものであるが、この團體といふ詞には廣狹二つの意義がある。廣義に所謂團體は、卽ち多數人の集合體である。多數人が共通の永續的目的を遂行するがための設備である。それは各人が共通の永續的目的のために自己の意思を規律抑制する場合に於て、常に存在する。併し乍らその種の團體は別にこれを構成する多數人の上に立つて、これに打勝つべき强力なる意思を有つてゐない。これに反し狹義の團體は單に多數人の共通の永續的目的を遂行するの設備たるに止まらず、同時に多數人の上に立つてこれに打勝つべき强力なる意思を有する。獨逸人はこの狹義の團體を稱して共同團體又は集合人といつてゐる。例へば、國際法團體又は國際聯盟の如きは廣義の團體に屬する。これに反し國家の如きは狹義の團體に屬する。卽ち、國家は共同團體であり、集合人である。それは自主獨立の目的を有し且これを貫徹するに付必要なる手段として個人の意思に打勝つべき强力なる意思を有する。

國家が狹義の團體として意思を有するといふことに對しては疑を挾む人も少くない。中には意思とは人間の神經系統の作用に外ならないものであると認め、かくの如き意思は神經系統を有する個々の個人のみの有つことを得べきものであつて、神經を有つてゐない所の國家又はその他の團體などの有することを得ないものであると解する者もある。併し乍ら國家學、社會學又は法律學の上に於て意思といふのは、さういふ神經系統の作用を指すのではなくして、自主自存の目的の主體たる個人又は團體がその目的を貫徹するがために有つてゐる手段を指すに過ぎない。それは個人又は團體がその目的を達するがために種々の行爲をなすに際し、その行爲の原動力となるものであつて、個人又は團體が日常種々の活動をなすに付必ず有つてゐなければならないものである。國家、その他多くの團體の實在することを否認するならば、別論であるけれども、さうでなくして、それが個人と同じくこの世界に實在して種々の活動をなすことを認むる以上は、それがその活動の原動力として意思を有することを承認することは避くべからざることに屬する。一方に於て國家が個人と同じく自主自存の主體としてこの世界に實在して權力を行ひ、その他種々の活動をなすことを認めながら、他方に於てその權力及活動の源泉となるべき意思の國家に存することを認めないのは矛盾である。個人はこの世界に實在して日常種々の行爲をするから、その行爲の原動力として意思を有するものと認められる。それと同樣に國家も亦この世界に實在して日常種々の行爲をするものと認められてゐるから、その行爲の原動力として意思を有するものと認めらるゝに至るのである。國家が意思を有するのは、國家が自主自存の目的の主體としてこの世界に實在することより生ずる當然の結果である。

かくの如くにして國家は自主自存の目的の主體として、これを構成する個人の目的及意思と異つた特別の目的及意思を有するのであるが、その國家の意思は實際上これを構成する個人に由つて作り出される。併し乍らその個人に由つて作成せられた國家の意思は、純然たる個人の意思と異り、これに

打勝つべき力を有するのみならず、その意思を作成した個人の死亡又は變更する場合に於て、更にその影響を受くることなく、引續き國家の意思としてその效力を維持する。かくの如くに團體としての國家の意思は結局個人に由つて作り出だされるに拘はらず、純然たる一個人（自主自存の目的の主體たる個人）の意思とその效力を異にするから、性質上個々の個人の意思と相異るものと認むるの外はない（註三）。

（註三）學者動もすれば謂ふ『個々の個人に由つて作り出だされる意思は性質上終始個人の意思たるに止まるべきものであり、國家又はその他の團體の意思に變化し得ないものである。若も果たして個人の意思に對立すべき國家又はその他の團體の意思なるものが實際に存在するものなりとするならば、その所謂團體意思なるものは、更に個人の力を借りることなくして、自然に團體内に發生するものでなければならぬ。個人たる君主、國會議員又は官吏の作り出だした意思が一轉して國家又はその他の團體の意思に變化し、その結果として國家又はその他の團體が個人の意思の上に立つべき特別の意思を有するに至るが如きことは、常識を以て想像することを得ない』と。

併し乍ら余の見る所に依るに、その說は誤つてゐる。個人は何れの場所、何れの時代に於ても孤立獨居の狀態に在るのではなくして、必ず團體生活を營んでゐる。從つて個人は常に二つの資格を有する。個人は一方に於ては自主自存の目的の主體（それ自身のみにて獨立の完全體を形成せる主我的生物）であり、他方に於ては國家又はその他の團體の構成分子（獨立の完全體たる國家又はその他の團體の一部分を形成せる沒我的生物）である。個人は第一の資格に於ては自己一身の利益のために意思を發表し、第二の資格に於ては國家又はその他の團體の利益のために意思を發表する。均しく個人の作り出だす意思表示の中にも二種の區別がある。第一種の意思表示、卽ち主我的意思表示に關しては個人が意思の主體となり、これに反し第二種の意思表示、卽ち沒我的意思表示に關しては國家又はその他の團體が意思の主體となることを得るのである。國家又はその他の團體の意思は性質上決して個人に由つて作り出だされることを得ないものであるといふのは正確ではない。

上に述べた說明に因つて、國家は土地、人民、權力者、權力及憲法を基礎とする團體であり、殊に多數人の意思に打勝つべき意思を有するものであると認むべきである。併し乍らその說明のみに因つては、國家の本質如何は更に判明しない。併し乍ら**オットー・ギィヤァルケ**氏の說を借りていふならば、國家は恐らくは個人と同じく有形の原素と無形の原素より成立する。土地、人民及權力者は有形の原素であり、權力及憲法は無形の原素である。而してこの兩種の原素が相合して國家といふ單一體（生命の主體）を形成してゐるのは、猶肉體と精神との二つが相合して個人といふ單一體（生命の主體）を形成せるのと事情に於て相同じいのであらう。

國家又はその他の多くの團體は個々の個人に由つて構成せられてゐるけれども、而かもその個人の目的に對峙する獨立の目的を有し、個人に對峙する獨立團體、殊に意思を有する獨立團體たる性質を有するものであるといふことは、今日最も進步した國家有權體說を遵奉する學者の主張する所である。有機體といふ觀念は元々自然科學の區域に於て發生した觀念であつて、その語は人間を始めとして、その他の生物を指呼せむがために用ひられたものである。併し乍らその後多くの社會學者、國家學者又は法律學者が、普通の生物の具備する所の特徵が國家又はその他の團體にも均しく存在することを例に因つて說明し、これに因つて以て國家、その他多くの團體も亦普通の生物と同じく有機體で

あると主張した所からして、この語が精神科學の區域に於ても亦一樣に使用せらるゝに至つたものである。國家有機體論を唱へた人の中には、國家も亦個人と同樣に有機體たることを熱心に主張せむとする餘り、普通の生物に附屬する種々の特徵が國家にも一樣に存在するものゝ如くに曲解して、種々牽强附會の說明をなしたものもある。これがために國家有機體說は識者より幾多の非難を受けてゐる。併し乍ら有機體說にそれ等の缺點あるがために、その學說は全く採るに足らないものであると斷言するのは誤である。

國家又はその他の多くの團體は個々の個人の集合に因り成立して一體をなし、その構成分子たる個人より生存力の供給を受けてゐるけれども、而かも個々の構成分子の變動のために更にその本質を變更せず、終始同一の狀態を以て、自主獨立の目的の主體として永續的にその存立を維持してゐる。その點に於ては人間、その他有機體たる個々の生物が種々の細胞分子の集合に因り成立して一體をなし、その個々の構成分子よりその生存力の供給を受けてゐるけれども、而かもその個々の細胞分子の變動如何に因つて更にその本質を變更せず、終始同一の狀態を以て自主獨立の生命を保持して永續的に存立するのと相異らないといふのが、國家有機體說の本領又は特色ともいふべき主張である。有機體說を主張する學者は、國家は個人の契約に因つて創設せられた器械的設備なりといふ說を排斥し、それは人間の團體作成の天性に基づき自然の間に發生したものであると認める。その說に依るに、自然的有機體たる人間が自然の力に因つて發生したものであると同樣に、國家も亦自然の力に因つて人類間に發生したものであるといふことに歸着する。有機體說をかくの如くに解釋するならば、國家又はその他の多くの團體も亦有機體たることは疑を容れない。

學者中、國家有機體說を極力排斥しつゝ、而かも尙國家は團體なりといふ學說を採つてゐる人もある。併し乍ら國家有機體說は、國家團體說の唯一の基礎となつてゐるのである。それを全然度外視して、國家團體說を合理的に說明するのは不可能である。こゝに庭園の上に佇立せる人があり、自分は庭園の上にゐるのであつて、全然地面の上にゐることを得ない。自分は國家團體說の上に立脚するのであつて、國家有機體說の上には立脚しないのであると主張する人々は、この論者と多く異らない主張をなすのである。國家有機體說は、個々の個人の外に、その個人の綜合に由つて成立せる一箇の統一體の存在することを認め、それを國家又はその他の團體と名付け、その國家又はその他の團體は、その構成分子たる個人の變動如何に因つてその本質を變更せず、終始同一の狀態を以て自主獨立の存立を保持するものなることを認めむとするのである。この學說を認めれば、こゝに始めて個々の個人の外に、個人の綜合に由つて成立せる統一體としての團體の存立することを說明することを得る。その學說を全然否認しつゝ、而かも尙國家團體說を高唱せる人ありとせば、そ

れは自家の國家團體說の根柢に對して破壞工事を施こして、國家團體說の轉覆を計つてゐるのである。察するに、それ等の人々は、有機體の中に、自然的有機體（人間、その他の生物）と社會的有機體（國家、その他の團體）との區別のあることを忘却し、所謂有機體は自然的有機體に限るものゝ如くに認めて、國家又はその他の團體は決して有機體たることを得ないものと考へてゐるのであらう（この二種の有機體の區別に關しては、一一九頁參照）。國家の實在を否認し、それが團體として日常幾多の活動をなしてゐることを全然認めないといふのならば、それは別論である（それは現在の事實を無視する一種の空論である）。併し乍ら國家の實在することを承認し、それが團體として日常幾多の活動をなしてゐることの事實をその儘に認めながら、而かも尙その團體としての國家の實在を說明するの根柢となつてゐる國家有機說の主要點を、全然否認することを得るものゝ如くに考へてゐる人ありと假定せば、それは非常な錯覺をなしてゐるのである。

第一節參考書。オットー・ギィヤルケ、國法學の基礎觀念。同氏、人類團體の本質。ゲオルグ・イェリネーク、一般國家學（一九〇五年版）、一三〇—一七五頁。ブルノー・シュミット、國家論。プロィス、地方團體、國家及聯合國、一三八頁以下。ケルゼン、一般國家學、一三—二二頁。拙稿、憲法、第一分册（大正、一四年）、一—七頁。

第二節　國家の觀念

國家は五つの原素を基礎とする團體であるから、國家の本質を說明した後に於て、國家の觀念としてこの五原素の各に付て一言の說明を試みる。

第一　人民

國家は人の集合體であるから、その觀念の成立するがためには、若干の人民が存在しなければならぬ。國家を組織する人民全體を稱して學者は國民といふ。その國民は時としては同一人種又は同一民族より成立することもあるし、或は又さうでないこともある。併し乍ら國家を形成するに付て必要缺くべからざる人民の最小數なるものは、別に國家學の上に於ても又法律學の上に於ても定まつてゐない。國家を組織する人的原素は必ずしも個人のみではない。個人の集合體たる私法上又は公法上の團體なども亦均しく國家を構成する人的原素である。

第二　土地

國家の觀念の發生するがためには、一定の土地が存在しなければならぬ。人の集合體が一定の土地を占領し、その上に定着せる場合に於て、吾々は始めて國家の存立を認める、土地を以てその成立要素の一となせる團體を領土團體といふ。國家はその領土團體の一種である。國家の成立要素の一たる土地を領土といふ。國家が一定の領土を有つてゐなければならないといふのは、必ずしもそれが一定の土地をその所有物となし、これを使用、收益、處分するの權を有つてゐなければならないといふ意

味でもなく、又必ずしも一定の土地を永久に自己の領土として占有するの法律上の義務を有し、如何なる場合に於てもその土地の範圍を擴張又は縮少することを得ないといふ意味でもない。唯國家は後に述ぶべき國家の憲法の規定に依つてその範圍を限定せられた一定の土地を以てその權力行使の區域となし、積極的にはその領土内の人民に對して自から權力を行使し、消極的にはその土地内に於て他人が權力を行使することを禁止する丈けの力を有つてゐなければならぬといふことに外ならぬ。

第三　權力者

國家の成立するがためには、國家内の多數人民の上に立つて權力を行使して國家内の秩序を維持すべき權力者が存在しなければならぬ。その權力者を稱して國家顯現人又は國家の機關といふ。機關は或る團體の爲めにその意思を作成し又はこれを執行する個人又は團體をいふ（その外、或る團體の意思を定め又はこれを行ふ人を補助する者も亦その團體の機關である）。國家はその機關の國家のために作成した意思を以てそれ自身の意思となし、その機關の國家のためになした行爲を以てそれ自身の行爲となすのである。君主國の君主、共和國の大統領、君主國及共和國の國會、裁判所、行政官廳又は選擧權者團體（公民團體）などは、その機關（國家顯現人）の主なるものである。國家は有機體の一種であるから、成るべくその構成分子たる個人中よりその機關となるべき人を採用し、これをして國家の意思を定め又これを行はしめるのを本則としてゐる。

國家の機關中最も强い權力を有する者を最高機關又は最高權力者（最高の國家顯現人）といふ。國家の最高機關といふのは、國家の最高（最强）の意思を制定、廢止又は變更するの權限を有するものをいふ。君主國に於ける君主、共和國に於ける議會又は選擧權者團體（公民團體）の如きこれに屬する。

第四　權力

國家の成立するがためには、特別の權力が存在しなければならぬ。國家はその權力に基づきその構成分子たる人民に對して命令を發し、且その命令の實現を計るがために强制をする。この國家の命令强制權は上に述べた國家の意思に附着する一種の力である。國家は團體として一定の目的を有し、その目的を貫徹する手段として意思を有する。その國家の意思は他人の欲せざる場合に於ても、尙且その意思を抑壓してこれに打勝ち、自己の欲する所を遂行する丈けの力を有つてゐる。かくの如くに國家の意思に附着する特別の力を稱して國家の權力又は國權といふ。

國家の權力を稱して或は統治權といひ、或は主權ともいふ。統治權及主權といふ語の意味如何に付て學者の說く所は必ずしも一致してゐない。併し乍ら余の見る所に依るに、國家は一定の人民の國家の構成分子となることを欲するや否やを問はず、その者の出生すると共に直にこれを國家の構成分子と看做し、これに對して權力を行つて命令及强制をする。又國家は國家の臣民が國家より脫退して臣民としての義務を免れやうとする場合に於て、その脫退を許さず、これをその意思に反して國家内に

抑留し、これに對して命令及强制をなすことを得る。國家の權力はその構成分子が國家の構成分子でありたいといふ意思を繼續的に保有してゐることを條件となし、その條件の存在する間を限つてこれに對して行はれるのではない。その意味に於て國家の權力は無條件の命令强制權（構成分子の服從意思の繼續することを前提條件としない所の命令强制權）である。國家の權力がかくの如くに無條件の命令强制權たる性質を有する所より觀察して、これを統治權といふのである。國家の外、學校、會社又は敎會の如きも、その構成分子たる學生、生徒、社員又は信者に對して或る程度に於て權力を行ふことを得る。併し乍らそれ等の團體は個々の個人がその團體の構成分子でありたいといふ意思を繼續して有つてゐる場合に於て、これに對して權力を行ふことを得るに止まり、それがその團體より脫退しやうとする場合に於て、その意に反してこれをその團體內に抑留してこれに對して命令强制を行ふことを得ない。その點に於てそれ等の團體のその構成分子に對して有する權力は國家の統治權と異つてゐる。

國家の外に、市町村又は府縣のやうな地方團體も亦その構成分子に對して無條件の命令强制權を有し、その意に反してその欲する所を行ふことを得る。併し乍ら地方團體はその構成分子に對して命令强制權を行ふに當り、動もすれば、上級の團體又は國家の監督官廳より命令强制を受け、これがためにそれ自身の意思に反してそれ自身の意思の自由を制限せらるゝことを免れない。これに反し國家はその構成分子に對して命令强制をなすに當り、自己の意思に基づくの外は、決して他人の意思に由つて支配せられない。國家も亦それ自身の自由意思に基づいては、他人に對してそれ自身の意思を制限することを得る。併し乍ら國家の權力、卽ち意思の力はそれ自身の意思に依るの外は、決して他人の意思のために支配せられない特質を有つてゐる。その點より觀察して國家の權力、卽ち、國權を主權又は最高權といふ。

國家は國家內の個人及團體の意思に打ち勝つべき强い權力を有し、これに由つて命令强制をなすといふことは、國家は必要の場合に於ては、その權力を應用して個人及團體に對して命令及强制をなして、その欲する所を貫徹することを得るものであるといふに過ぎないのであつて、必ずしも國家は總ての場合に於て權力を行つて命令及强制をするものであるといふことではない。國家はその意思に因つて國家內の個人及團體に對して命令及强制をなすことを得るに相違ないけれども、國家の意思は必ずしも命令及强制をなすことを專ぱらとし、その以外の作用をなすことを得ないのではない。國家はその意思に因つて事實的行爲をなすこともある。國家が道路の築造、學校の建設又は森林の經營をなす場合などこれに屬する。又國家はその意思に因つて私人と對等の地位に立つて、これと賣買、貸借、雇傭又は請負等の私法上の契約を締結することもある。國家の特徵は一種特別の命令强制權を有することに存するけれども、國家の行爲は必ずしも命令强制行爲には限らない。

第五　國家の憲法

國家の存在するがためには、一定の憲法が存在することを要する。換言すれば、國家の基礎となるべき領土、服從人民及最高權者は如何なる範圍の土地及人から成立するかを定め、國家の權力、殊に最高權力(統治權、主權)の如何にして行使せらるべきかを定むる法規の存在することを必要とする。これを國家の根本法規又は最小限度の憲法といふ。その根本法規は必ずしも今日多くの國に於て存在するが如き成文の憲法法典と同一の形式を具へず、時としては慣例又は慣習法の形を具ふるに過ぎないこともある。國家創立の際に於ては國家の根本法規は成文法の形を具へず、慣習法の形を具ふることが最も多い。土地、人民、權力者及權力等がかくの如き憲法の規定に依つて相結合せる場合に於て、始めて國家なるものが存在するのである。人の集合體が未だかくの如き根本法規を有つてゐない間は、それが未だ國家を形成するには至つてゐないのである。

第二節參考書。ヘルマン・シュルツェ、獨逸國法序論(一八六七年)、一一六—一二三頁。**ゲォルグ・イェリネーク**、一般國法學(一九〇五年版)、三八一—四二〇頁。同氏、公權體系、二一四頁以下。**プロィス**、地方團體、國家及聯合國、二六一頁。**ギィヤァルケ**、團體法、第二卷、八六九頁以下。同氏執筆論文、**ラバンド**國法批評、七二頁。**レーム**、一般國家學、一一—二八頁。拙稿、國家と地方團體の區別(大正三年發刊、宮崎博士在職二十五年記念論文集掲載)。拙稿、憲法、第一分冊(大正、一四年)、七—一二頁。

第三節　國家の目的

國家の目的に關しては種々の學說があるけれども、大體これを二派に分つことを得る。絕對的(抽象的)目的說及相對的(具體的)目的說これに屬する。

第一の絕對的目的說は古代より行はれた學說であつて、總ての時代及總ての場所に於ける國家の共通の理想的目的の何たるかを定めむとするものである。その中にも種々の學說がある。或は國權擴張主義に基づき、國家は個人及團體の幸福を計ることを目的とするといふ者もあり、或は國家は共同の實益を計ることを目的とするといふ者もあり、或は國家は道德を普及宣行することを目的とするといふ者もある。或は又これと異り、國權縮小主義に基づき、國家は人民間の安全を確保することを以て目的とするといふ者もあり、或は國家は人民の自由を保障することを目的とするといふ者もある。併し乍らこの兩主義の何れの說に從は國家は法規を設定維持することを目的とするといふ者もある。或は國家の目的なるものは漠然として捕捉することを得ない。又他方に於てこれ等の學說は或は徒ふも、國家の目的なるものは漠然として捕捉することを得ない。又他方に於てこれ等の學說は或は徒らに國家の目的を擴張し、或は徒らにこれを縮小するの譏あることを免れない。從つて絕對的目的說はこれを採ることを得ない。

第二の相對的目的說は比較的新らしい學說である。それは國家の目的に自然的制限の存在することを認め、且その目的の時代及場所の異るに從つて變更し得べきものなることを豫想し、それ等の制限及豫想の下に於て特に近代の文明國家の目的の何たるかを決定せむとするものである。

この學說は國權行使の目的に二つの制限の存在することを認めてゐる。

第一の制限は、國家は個人の精神內部の作用に屬する事項に對してはその權力を行使すべきものでないといふことである。國家の目的事項となし、國權を以て命令强制すべき事項は、必ず外界に於て何れかの形に於て認識せられ得べき事項たることを要する、人間の精神內部の現象たるに止まり、未だ言語又は行爲に因つて外界に現はるゝに至らないものゝ如きは、國家の統治權行使の目的物となるべきものでないといふのである。

第二の制限は、國家は單に個人的利害の係れるに止まる事項を以てその統治權行使の目的物となすべきものでないといふことである。それは、國家の目的事項となし、國權を以て命令强制すべき事項は、必ず國家といふ人の集合體全般に對して汎く利害を有するものたることを要するといふことに外ならない。

相對的目的說はかくの如くに國家の目的に二つの制限の存することを認め、それ等の制限の下に於て近代の文明國家は次の三種の目的を有するものと認める。

第一に、國家はこれを組織する多數人民の共同生活を可能ならしむがために、個人相互間又は國家と個人との間に於ける各自の意思の限界を定むる法規を設定し、且これを執行するの目的を有する。この目的のために國家のなすべき行爲は立法及司法行爲である。この目的を稱して國家の法的目的といふ。

第二に、國家は外敵の攻擊に對抗して國家自身及その構成分子の存立を擁護し又國家內部の爭亂を鎭壓して國內の秩序を維持するの目的を有する。加之、國家はこの目的を達するがため又はその他の目的を達するがために必要なる經濟力(財力)を維持するの目的を有する。この目的を達するがために國家のなす所の行爲は、外交、軍備、警察及財政に關する行爲(行政行爲)である。この目的を稱して國家の自存の目的といふ。

第三に、國家は臣民の身體上、精神上及經濟上の利益を保護增進するの目的を有する。この目的を達するがために國家のなすべき行爲は、例へば、衞生、敎化、救護(救濟及慈善)、產業(原始產業及商工業)、通信、運輸、保險等に關する行政行爲である。この目的を稱して國家の文化的目的といふ。第一の法的目的及第二の自存の目的は古代より近代に至る迄の總ての國家の重要なる目的となつてゐるのであるが、これに反し第三の文化的目的は近代の文明國に於て特に著しく重きを置かれてゐるものである。併し乍ら臣民の身體上、精神上及經濟上の利益を擁護增進するのは、本來臣民自から(自主自存の目的の主體として)遂行すべき事項である。國家は、臣民が獨力を以て充分にこれ等の利益を擁護增進すること能はざる場合に於て、始めてこれに對して補助的行爲をなし又はこれに代つてその事業遂行の任に當ることゝなすべきが本則である。

余は大體に於て相對的目的說は近代の文明國家の目的を闡明にするものであると認めて、この學說に贊同する。

第三節參考書。ゲォルグ・イェリネーク、一般國家學（一九〇五年版）、二二三—二二五八頁。（ルマン・シュルツェ、獨逸國法序論、一二五—一三八頁。レーム、一般國家學、一九九頁。拙稿、憲法、第一分冊（大正、一四年）、一二—一四頁。

第四節　國家存立の理由

現在の大多數の學者は國家を以て人類の生存上必要缺くべからざるものと認めてゐる。余も亦その多數說に贊同するものである。併し乍ら他方に於ては現在の權力組織の國家を以て不必要なりと認めむとする學說もないではない。それ等の學說を唱へる者は、現在の權力中心の國家を解體して個人を絕對的自由の地位に置き、その絕對的自由なる個人の融合調和に因つて、強制權の存在を認めない自由なる人的集合體の聯合體を作り出だし、個人をしてその聯合團體の中に於て共同生活をなさしむべきであると主張する。それ等の論者は、現在の國家の下に於て國權の行使に基づき個人の自由に對する制限及束縛の行はれることを排除せむがために、國權を廢止せむことを唱へるけれども、その說が實行せられて國家の最高の强制的權力が消滅してしまふならば、社會內に於て强者又は優者は容赦なくその力量を發揮し、弱者及劣者を壓迫することを憚らないのであつて、弱者及劣者は一日も安んじて生活を維持すること能はざるに至る。現在の權力組織の國家の內部に於ては、個人は國家といふ團體の權力に服從することを免れないけれども、その代りにその國權の保護に因り個人は他の個人より不當の迫害を受くることを免るゝことを得る。これに反し一朝權力組織の國家を廢止して、强制權を有せざる新社會（新團體）を設置すると假定せば、その社會內に於ては個人は强力團體より制限及束縛を受けることを免れるだらうけれども、その代りに他の個人、殊に社會內の强者及優者より凡ゆる迫害を受けることを免れないのであつて、個人、殊に社會內の弱者及劣者は更に自由の天地を有し得ないことになる。

現在の國家の代りに、强制權の存在しない新たなる團體を設立することに付贊成する人々は次の如く謂ふ。『現に今日赤十字社のやうな團體がその社員に對して强制權を有つてゐないに拘はらず、それが博愛主義の團體として、人類の文化の促進のために多大の貢獻をなしてゐる。この一事を見ても人類團體の存立活動して行く上に於て、必ずしも强制權の存在することの必要でないことは明らかである』と。併し乍らその說は誤つてゐる。赤十字社は社員に對して强制權を有つてゐないけれども、その上には强制權を有する國家が存在する。赤十字社の事務の遂行を紊亂する者あるときは、國家はその權力を以て赤十字社の事業の遂行に對する障礙を排除するから、赤十字社は强制權を有せざるに拘はらず、その事務を圓滑に遂行することを得る。併し乍ら現在の權力組織の國家制度を廢止し、その

後には和衷協同主義の自由なる赤十字社的團體を存置するに止めて强制權を有する團體を絶對的に存立せしめないことにするならば、その和衷協同主義の自由なる團體の內部に於て平和を紊亂する者ある場合に於て、他の何れの團體の權力もその秩序紊亂者の行爲を鎭壓するに至らない。從つて强制權を有せざる團體は團體としては最早その內部の秩序を保持すること能はざるに至る。强制權を有せざる團體は權力組織の國家の助力を受くるに非ずむば、一日もその存立を維持することを得ない。

權力を行使せざる和衷協同主義の團體を設置し、これをして權力を中心とする現在の國家に代らしむべしと主張する人々は、各人は國家の權力の强制を受けざるとも、その天賦の理性に基づき和衷協同して秩序ある社會を設置維持することを得べきものであると前提する。併し乍ら人間は理性の外に感情を有し、感情の激するに及んでは、理性を無視し、多數人の社會的共同生存に必要なる秩序を紊亂することを辭せないのである。各人の理性を有することを賴みとなし、それのみに因つて和衷協同主義の自由なる（權力の行はれない）新社會を設立維持して行くことを得るものとするのは、一種の空想に過ぎない。

參照。ディール、社會主義、共產主義及無政府主義（一九一一年版）、九六―一四五頁。ケルゼン、一般國法學（一九二五年）二八―三一頁。

かくの如くにして權力組織の國家の代りに强制權を有せざる新社會を設置すべしといふ學說の到底採るべからざることは明らかであり、これと同時に權力組織の國家の存立を以て人類生活の上に必要且有益なりと認むる學說の至當なることは疑を容れない。併し乍ら現在の權力組織の國家の制度は如何なる理由に基づき人類の間にその存立を維持するのであるかといふ點に付ては、學者の說く所必ずしも一樣でない。

一、權力說。一派の學者は、强者が弱者を支配することを以て社會上の根本原則なりと認め、從つて實際上權力を有する國家が多數人民の上に立つて、多數人民を支配して行くのも亦社會上の根本原則に基づくものに外ならないと主張する。これは國家がその構成分子たる個々の個人の力よりも優つた權力を有することの事實に基づき、强大なる權力者たる國家の存立の至當なることを說明せむとするものである（權力說）。權力說を唱へる人が、國家を以て少數の權力者が多數の人民を統治するがために設立した權力團體なりと認めるのは、歷史上の事實に徵すれば必ずしも誤ではない。併し乍ら假りに今日の國家が少數の權力者の權力に基づいて發生するに至つたものであるとしても、それのみを理由として今日の國家は理論上この世界に於て存立すべき權利を有するものなりと斷定することを得ない。人類間に實際上存在する諸種の現象の中には、條理上正當なる存立理由を有するものもあらうけれども、他方に於ては條理に照らして正當なる存立理由を有しないものもあり得る。從つて今日の國家が權力團體として實際に存在しているとしても、その事實のみに因つて直に國家はこの世界に於

て存立を維持すべき道理上の根據を有するものなりと論斷するのは困難である。

參照。シュルツェ、獨逸國法序論、一四三―一四五頁。イェリネーク、一般國法學、一八五―一九〇頁。

二、**契約說**。權力說を以てしては國家存立の理由を明白に說明することを得ない所からして、法律上の理由に基づいて國家の存在を辯護せむとする學說が起つてゐる。その中で最も主もなるものは、國家を以て人民の契約に因つて始めて發生せるものと認め、その點よりして國家存立の理由を說明せむとする學說(契約說)である。契約說を主張した學者は非常に多數に上ぼつてゐるのであつて、その所說亦必ずしも同一ではない。併し乍らこの說を最も直截且明確に主張する者は、原始時代に於ては人類間には國家も、權力も存在せず、人類は禽獸の如く山野に放浪して自然の狀態にあり、相互に鬪爭殺戮を事としてゐたものであると前提し、その人類鬪爭の狀態を一掃せむがために。個人相互に契約を締結しそれに因つて國家を形成するに至つたものであると說明する。併し乍ら人類が原始時代に於て國家創立の目的のために契約を締結したことがあるといふが如きは、歷史上何等の根據のない所であるのみならず、原始時代に於て人類が相互にかくの如き契約を締結して國家を成立せしめたものであるとしても、その契約の締結後、何百年又は何千年の後に至る迄、その契約を締結した人々の子孫がその契約の拘束を受けて國家を設置して行くべき義務を有すると認むべき理由はない。契約說を唱へる人々は國家を以て人間の獨斷意思(恣意)に由つて設置せられたものゝ如くに解し、各人はその自から設置した會社に任意に加入すると同樣に、その自から設置した國家に任意に加入するものであると認めむとするのである。併し乍ら實際上人間は自己の自由意思又は任意の選擇に因つて始めて國家に加入するのでなくして、出生すると共に、その欲すると否とに論なく、直に國家の臣民に編入せらるゝのである。國家を以て個人がその自由意思に基づいて設立した團體であると解し、國家の法規を以てその契約締結者の意思及國家設立行爲に基づくものと認むる者ありとせば、それは現在の國家の下に於ける實際の事實を全然無視するものなりと謂はざるを得ぬ(註四)。

(註四)。契約說の中には二種の學說がある。第一種の契約說を唱ふる者は、歷史上原始時代に於て個人相互に社會契約を締結し、これに因つて國家を創設したものなりと認め、國家創設のための社會契約をなした原始時代の人間の子孫は祖先の締結した社會契約のために拘束を受けて、その國家を尊重するの義務を有するものと解する。その說は歷史上の見地に基づく社會契約說である。これに反し第二種の契約說を唱ふる者は、歷史上の事實として個人相互に社會契約を締結したことを認めないけれども、社會生活上個人は自己の上に國家を存置する必要あることを認め、その自由意思に基づき自覺して國家を存置維持せるものなりとなし、個人は暗默の間に心を一にして(暗默の契約を以て)國家を設置してゐるのであるから、その個人自身の行爲(暗默の契約)に因つて創設せる國家の存立を承認することを要するのであると主張する。それは社會哲學上の見地に基づく社會契約說ともいふべきものである。第一種の社會契約說に對しては上に述べたこと以外に論評を加へるに及ばない。第二種の社會契約說は、國家存立の理由は、多數人民の意思の合致(一般人民の確信)にありといふ學說と略相等しいものであつて、大體に於て至當なる意見である。併し乍らそれに付ては後に國民確信說(國家存立の理田は國民の確信に存するといふ學說)を說明するの際に於て併せて說明することゝする。

參照。シュルツェ、獨逸國法緒論、一四七―一五二頁。イェリネーク、前掲、一九四―二一〇頁。モール、國家學史（一八五五年）、第一卷、二三〇及二三一頁、二四〇頁。

三、道德說。 契約の如き法律上の事由に基かず、道德上の見地より國家存立の理由を說明せむとする學說は、例へば、**ヘーゲル**に由つて主張せられてゐる。氏は國家を以て人間の客觀的精神の最も良く發達したものとなし、これを以て人間の道德思想の實際化したものと認め、道德上の見地より國家の必要缺くべからざることを唱へてゐる。氏は國家は道德思想が發達して外界に於て認識し得べき形體を具ふるに至つたものに外ならずと認め、その見地よりして國家を合理的のものと論定して、各人は國家の一員となるべき最高の義務を有するものとなしてゐる。

國家は人間の道德思想に基づいて發生するものであるといふ學說の外に、國家は人間の理性に基づいて發生するものであるといふ學說がある。例へば、**シュルツ**は國家の基礎には理性に基づく思想が存在するものとなし、國家は國家の基礎を形成する理性的思想に於てその存立の理由を有するものとなしてゐる。人間は國家を離れてその外に在つてはその天職を果たすことを得ず又正義の思想に基づく法律をして人間界に於て行はしめて行くことを得ない。從つて各人はその理性に基づく思想（理念）の上に於て國家の人類生活上必要缺くべからざることを悟り、國權に服從し、國法を遵奉しなければならない道德上の義務あることを認めて、國家の存立を承認し且これに服從してゐるのである。

國家存立の理由は人間の理性（內心）より發生する必然の命令及これに基づく道德的義務の觀念に存するといふ意見は、かくの如き理由に依つて發生するのであつて、この說は一面に於ては國家存立の理由は國民の確信に存するといふ學說と相類似するけれども、他面に於ては國家存立の理由は人間の道德思想（內心）に存在するといふ學說と根柢に於て相通ずるものである。

人類が利己的目的を貫徹せむがために放恣專橫の行爲をなすことを差控へ、他人の存在、殊に人類團體の存立を認め、己を虛ふして、他人のため又人類團體のために自己の生命財產を犧牲に供することを辭せないやうにするのは、道德上の規範に適合する。國家なる團體は、これを構成する個人が、この道德思想に基づき己を虛ふして、國家の權力に服從し、これがために自己の生命をも擲ち財產をも捧ぐるに及んで、始めてその存立を維持することを得るのであるから、その意味に於て國家存立の基礎は人間の道德思想にあるといふことになる。併し乍らかくの如き意味に於て國家存立の基礎は人間の道德思想に存するといふならば、それと同樣に民法上の家も、市町村又は府縣等の公共團體も、將た又國際聯盟も皆その存立の基礎（存立理由）を人間の道德思想に有することになる。その學說に由つては廣く總ての團體の存立理由を說明することを得るだけであつて、特に最高の權力を有する國家の存立の理由を明らかにすることを得ない。

參照。イェリネーク、前掲、二一〇及二一一頁。シュルツェ、前掲、一五二―一五六頁。ヘーゲル、全集（フロンマン刊行）、第七

卷、三二八頁以下。

四、自然的必要說。國家存立の理由を說明するがために、**ベロルツハイマー**は自然的必要說を唱へてゐる。氏は次の如く謂つてゐる。『野蠻人又は未開人は禽獸と同じく野性を有し、外物に對する自然的抵抗力を充分に具備するも、文明人はこれと異り、充分に自然的抵抗力を有つてゐないから、その補充として人爲的勢力を養成し、それに因つて外物に抵抗してその生存を維持することを要する。國家はこの必要を充たすがために人類間に發生した一種の人爲的勢力に外ならないのであつて、文明人に缺乏せる自然的抵抗力を補充し、これに因つて人類の生存を維持することを可能ならしむるものであるから、國家の存立は科學上充分の理由あるものと認め得る』と。**ベロルツハイマー**が國家の存立の人類の生存上必要缺くべからざることを述べて、國家存立の妥當なることを說明せむとせるのは正鵠を得てゐる。併し乍らその說明に因つては個人の外に團體的勢力の存在することの必要なることが明らかになるだけであつて、その外に最高の權力者として國家の存立することの必要缺くべからざることは必ずしも判明しない。

參照。**ベロルツハイマー**、法律哲學、第三卷、二六及二八頁。

五、國民確信說(民意說)。國家存立の理由を國民の確信(國民の思想)に求めむとする學說は**グリィーン**に由つて唱へられてゐる。氏は次の如く謂つてゐる。『一派の學者が國家(政府の權利)はその權力に服從する多數人民の承諾又は同意に因つてその存立を維持せるものと稱へたのは正確ではない。併し乍ら國家がこれを構成する多數人民の確信(思想)に於て多數人民の共同の實益を進暢するに必要缺くべからざるものと認められてゐることは疑を容れない。國家はこれを構成する多數人民の抱懷せる共同の實益といふ思想を代表し、その思想を具體化したものである。多數人民がその各自の上に一種の支配力の存在を認め、その自から欲すると否とに論なく、法の命ずる所なりとしてその支配權に服してゐるのは、單に恐怖の念に驅らるゝがためでもなく、又外部からの强制に依るのでもなくして、實は多數人民自から共同の實益を進暢するがためには、その權力の存在を認めなければならないことを確信(思惟)してゐるがためである』と。余の見る所に依るに、**グリィーン**は多數人民の確信の上に國家存立の理由を求めむとしてゐるものゝやうである。

參照。**グリィーン**、政治上の義務に關する原理(一八九五年)、一二一及一二三頁。

六、鄙見。余の見る所に依るに、國家存立の理由となるべきものは二つある。その一は人類共同生存の必要に基づく理由であり、その二は法律上(慣習法上)の理由である。

(イ) 人類共同生存の必要に基づく理由。人間は主我的(利己的)性質(自主獨立の目的を有する完全體たる資格)と沒我的(博愛的)性質(完全體たる國家又はその他の團體の構成部分たる資格)との二つを具備する。人間は主我的性質に基づき利己的行爲をなすに當つては、必ずしも他人と相提

携聯結するに及ばない。人間の主我的目的の一部は人間が團體を形成せざる場合に於ても尙且達成せらるゝことを得る。これに反し人間が沒我的性質に基づき博愛的行爲をなさむとするに當つては必ず同時代及異時代の人々と相提携し、相連結することを要する。而して人間がこの目的のために過去、現在及未來の人々と相互に提携連結せむとするに當つては、結局、家、會社、地方團體、國家、國際聯盟又は國際法團體等を形成するの外はない。これ等の團體を形成するに非ずむば、人間は到底沒我的博愛的生活を營むことを得ない。これが人間の精神內部に存在する自然の性質に基づいて、國家、その他多くの團體がこの世界に發生しなければならない所以である。併し乍らそれは人類間に諸種の團體の發生しなければならない所以を說明するに止まり、最高主權を有する國家の存在しなければならない所以を說明するに足らない。

余の見る所に依るに、人間は理性の外に、感情（意欲）を有する。理性に從へば、人間は法律、道德、經濟、風俗習慣等の規範に遵據して他人に累を及ぼさず、多數人民の共同生活を可能ならしめ、その福利を增進せむがために努力貢獻すべきである。併し乍ら人間は動もすればその感情の支配する所となつて理性（理念）に反するの行爲をなし、他人の目的及存立を侵害するに至ることあるのを免れない。この人間の感情（野性）の無制限に發露するのを防止して、多數人民の利益を擁護するがためには、放縱なる感情の世の中に橫行するのを防遏すべき强大なる實力の存在することを要する。この强大なる實力（多數人民の感情に打勝つべき强い權力）の存在することの結果に由つて始めて、多數人民の間に秩序が行はれ、多數人民がその共同生活を維持することを得る。これが人類間に最高の權力を有する團體として國家の存在しなければならない社會上の理由である。この第一の理由は個々の具體的國家の存立理由を說明するといふよりも、寧ろ抽象的に國家の制度の一般的存立理由を明らかにするものである。

（ロ）法律上（慣習法上）の理由。最高の權力の主體たる國家の存立することは、多數人の共同生存をなすに當つて必要缺くべからざることであるから、一定の土地の上に多數人民が定住せる場合に於ては、その多數人は各自の上に最高の權力者として政治的團體たる國家の存在することを認めて、その權力に服從してゐる。換言すれば、個々の國家の內部に於てこれに屬する大多數の人民が法律上その團體の權力に服從しなければならぬことを確信し、且實際上現にその國家の權力に服從せる事實あるときは、それと共にその國家は法律上國家として正當なる存立理由を有するのである。國家を構成する人民（國民）の中で少數の人民がその國家の權力に服從すべきものなることを認めずして、却つてこれに對して反抗を試みることもないではない。併し乍ら苟くも國家內の大多數の人民に於て既にその國家の權力の存立を以て必要なりと認め、これに服從しなければならぬことを確信し且實際上これに服從せる事實がある以上は、それに因つて國家は法律上國家として完全に存在することを得る。從つ

てその國家は國家の權力の存立を否認せむとする少數の反抗分子を抑壓し、その意思に反しても尙且これに對して命令及强制をなして、國家の存立を擁護することを得る。國家はこれを構成する總ての人民から異存なくその存在を認められてゐるといふ理由に依つて、法律上その存立を維持するものであると立證するのは、學術上困難なやうに考へられる。併し乍ら國家を構成する大多數の人民に於て（法律上、慣習法上）國權に服從しなければならないのであると確信して且實際上これに服從せる事實の存すると共に、その國家の存立の法律上最早爭ふべからざるに至るものであることは、社會の實狀に照らして疑を容れない。この第二の理由は、國家の制度一般の抽象的存立理由を說明するものではなくして、寧ろ個々の國家の具體的存立理由を說明するものである。

第二章　法律に關する概論

第一節　法の本質、外形及原形

法の本質に關し個人主義の學說と國家主義の學說との二つがある。

個人主義又は民主主義の學說を唱ふる人は、人間の間に自然に存在する優劣不平等の區別に基づき優者（强者）と劣者（弱者）とが相互に生存競爭をなし、優者が劣者を壓倒してこれを淘汰するのを以て寧ろ自然の法なりと認め、各個人はその力量如何に因つて他人と生存競爭をなし、他人を壓倒するに付絕對的自由を有するものとなし、國家又は社會はこれに對して何等の制限を加ふべきものでないと解する。これに反し國家主義又は社會主義を唱ふる人は、國家又は社會はその權力を應用して個人間に於て無制限に自由競爭の行はるゝのを禁止し、寧ろ弱者を助けて强者を挫き、本來優劣不平等の各個人をして社會上平等（均一）の狀態に至らしむるのを以て正義なりと認め、この目的の爲めに國家又は社會がその權力を以て個人を壓迫し、個人の自由を撲滅するのを以て法なりと解する。

かくの如くに法の本質に關し二つの學說があるけれども、その各々の主義に所謂法の觀念は今日實際上何れの國に於ても正鵠を得たものとは認められてゐない。今日何れの國に於ても個人相互間に於て優者が絕對的に弱者を壓倒することが必ずしも法なりとは認められず、又國家若は社會と個人との間に於て國家又は社會がその權力を擅行して個人の自由を撲滅することも法なりとは認められてゐない。今日の諸國は、一方に於ては、個人相互間に於て個人が自由競爭をなすことを許容するの原則を設けてゐるけれども、これと同時に個人中の優者が劣者を壓倒することに對して制限を加へ、他方に於ては、國家又は社會と個人との間に於て國家又は社會がその權力を以て個人の自由を束縛するの原則を設けてゐるけれども、これと同時に個人自治の範圍を認め、その點に關しては更に國家又は社會の干涉を加へず、これを以て法なりと認めてゐる。この事實を根據としていふならば、法は個人相互

に集合して國家又はその他の團體を形成せる場合に於て、その個人及團體に對して、一方に於てはその自由隨意に屬するの行爲を認許し、他方に於ては故恣專横に亙るの行爲をなすことを禁止し、これに因つて以て個人相互間、個人と團體との間又は團體相互間に利害の衝突の發生することを防止し、これ等の者が相互に融合調和することを助成するものである。この意味に於て法は人格者相互間に於て各自の意思の限界又は行爲の範圍を限定するものである。即ち、法は個人又は團體が他の個人又は團體に對するの關係に於て如何なる行爲をなすことを得るか、如何なる行爲をなすことを得ざるか、如何なる行爲をしなければならないかを明らかに定むる規則(規範)である。

法はその本質に於ては人格者相互間に意思の限界、行爲の範圍を定むるの規則であるとするも、かくの如き規則は種々の人々により又種々の方法に因つて作り出される。而かもそれ等の諸種の意思限定の規則(行爲の準則)が必ずしも總べて法律上の法として裁判所又は行政官廳に由つて執行せらるる譯ではない。從つて人格者の行爲制限の規則の中で、如何なる種類のものが、法律上の法、即ち、現行法として效力を有するかを決定しなければならない。その目的の爲めには、一歩進んで法律上の法の成立するに至る順序手續を考察することを要する。

法には成文法及慣習法の區別がある。成文法の成立する場合に於ては、第一に、法律學者又は國家その他の團體の機關の考へ出だした行爲限定の規則、即ち法律草案なるものがあり、第二には、國家又はその他の團體の機關の命令があり、その法律草案がその機關に由つて國家又はその他の團體の明示の命令の形に於て外部に發布せらるるに及んで、始めてそれが成文法を構成する。次に慣習法の成立する場合には、第一に、國家又はその他の團體内の二三の法律家、道德家又は宗教家等がその團體内の多數人民に對して紹介した一種の行爲限定の規則、即ち條理に基く規則なるものがあり、第二には、多數人民がその團體の構成分子としてその條理の規則を以て至當なりと認め、これに基づいて日常の行爲を規律し、これを慣行するの事實があり、その行爲限定の規則がその團體自身の暗默の間に表示した命令なるが如くに、その團體内の多數人民に由つて日常遵奉せらるゝに及んで、始めてそれが慣習法と認めらゝるのである。法はその内容より論ずるならば、人格者間に意思の限界、行爲の範圍を定むる規則であるとしても、その規則に國家又はその他の團體の機關の命令又はそれ等の團體内の多數人民の慣行も附加せられず、その行爲限定の規則が更に國家その他團體の明示又は暗默の命令たるの外形を具へない間は、吾々はこれを以て法律上の法、即ち現行法と認めず、唯その行爲限定の規則に國家又はその他の團體の機關の命令又はそれ等の團體内の多數人民の慣行が附隨し、これが國家又はその他の團體の明示又は暗默の命令たるの外形を具ふるに及んで、始めて吾々はこれを以て法律上の法、即ち現行法と認めるのである。この理由に因り通常學者は、法はその内容に於ては人格者間の意思限定の規則(行爲制限の規則)であり、その外形に於ては國家又はその他の團體の明示又は暗

默の命令であると說明する。

要するに、法の觀念を決定するに付標準となるべき二つの思想がある。人格者の意思限定といふ思想及國家その他の團體の命令といふ思想これに屬する。この二つの思想は各單獨にては法の觀念を作り出だすことを得ない。この二つの思想が相互に侵蝕し、相互に結合するに因つて始めて法を構成する。法は一面より見れば、二以上の人格者相互間に於てその雙方の意思の限界、卽ち、行爲の範圍を定むるの規則であり、他面より見れば、國家又はその他團體の命令である。人格者間に意思の限界を定むる規則が必ずしも總べて法ではない。又反對に國家又はその他の團體の明示又は暗默の命令が必ずしも總べて法でもない。人格者間に意思の限界、行爲の範圍を設定するの規則であり、且これと同時に國家又はその他の團體の命令たるものが、卽ち法である。

法は內容に於ては人格者の意思の限界(行爲の範圍)を定むる規則であり、外形に於ては國家又は其の他の團體の命令であるが、さういふ法は或は簡單なる形を具へることもあるし、或は又複雜なる形を具へることもある。その中で最も簡單なる形を有する法を法規といふ。法規は將來に於て一定の事實の發生することを豫想し、而して人に對してその事實の發生すべき場合に於て、一定の行爲を爲すことを得る、一定の行爲をなすことを得ず又はこれをしなければならないといふことを宣言するものである。それは將來に於て一定の事件が起るならばといふことを條件として、さういふ條件が愈々到來してその事實の起つた場合に於て、人が一定の行爲をなすことを得る、或はこれをなすことを得ない、又はこれをしなければならないといふことを宣言するものである。原則として法規は一種の條件付の宣言である。卽ち、法規は、第一には、將來何々の事件が發生するならばといふことを前提とし、その次に、人は一定の行爲を爲すことを得る、又はこれを爲すことを得ず、又はこれをしなければならないといふことを宣言するものである。例へば、人が一年に千二百圓以上の所得を有するときは、一定の率に從つて所得稅を納むることを要するといふ規範の如き、又は人が一定の資格を有するときは、選擧權を有するといふ規範の如きこれに屬する。

この法規の外に、處分(實質上の處分)といふものがある。それは法規のやうに將來に一定の事實の發生するだらうといふことを豫想し、その場合に於て人は一定の行爲を爲すことを得る、一定の行爲をなすことを得ず、又は一定の行爲をしなければならないといふことを抽象的に宣言するものではない。それは法規の條件として豫想する一定の事實の起つた場合に於て、法規を大前提となし、その事實を小前提となし、これに基づき一定の論結を下だして、人に對して具體的に一定の行爲をなすことを得る、一定の行爲をなすことを得ず、又は一定の行爲をしなければならないことを定むるものである。例へば、兵役編入處分又は租稅賦課處分の如きこれに屬する。法規はその具體的處分と全然性質を異にする抽象的の行爲の準則である。かくの如き一つ一つの法規が相集合して種々複雜なる法を形

成する。諸種の特殊事項に關する單行法律又は民法、商法、刑法、憲法といふやうな法典などは、皆その個々の法規の集合に因つて成立するものに外ならぬ。

法は原則として人に一定の行爲を爲すことを許し、又は一定の行爲を爲すべきことを命じ又は一定の行爲をなすべからざることを命ずるものである。卽ち、法は原則として人に一定の行爲をなすの權利を付與し又は人に一定の行爲を爲すの義務若くはこれをなさゞるの義務を賦課するものである。而してこの權利を付與し又は義務を賦課する所の法規は、他の法規の存在を待たないで、それ自身單獨にて人の行爲を規律制限するの效力を有する。故にさういふ法規を稱して獨立法規と謂ふ。併し乍ら法規たるものは必ずしもその獨立法規だけではない。その外に、もう一つ非獨立法規といふものがある。それは直接に人に一定の行爲をなすの權利を付與するものでもなく、又一定の行爲をなし若くはこれをなさゞるの義務を課するものでもなくして、獨立法規の條件として豫想する事實を詳細に確定することを目的とするものである。例へば、滿二十年を以て成年とするの規定(民法第三條)の如きこれに屬する。かくの如き規定はそれ自身單獨にては人の行爲を規律制限するの效力を有つてゐないけれども、他の法律(例へば、民法第四條の規定)と關聯して結局人の行爲を規律するの效果を生ずる。從つてそれも亦一種の法規であるといつて妨ない。さういふものが非獨立法規である。かくの如くにして法規の中には獨立法規と非獨立法規の二つがあるが、その中で最も重きをなしてゐるものは獨立法規である。

第一節參考書。シエッフレー、社會的團體の構成及生活、第一卷、二三四頁。**ギィヤァルケ**、國法學の基本觀念。同氏著、**ヨハンネス・アルトゥズィウス**、二六四頁以下。同氏、獨逸私法、第一卷、一一二頁以下。同氏、自然法と獨逸法。**サヴィニー**、立法及法學に對する現代の任務、八及九頁。**シュタール**、法律哲學、第二卷の一、二三七頁。**ハルムス**、法律哲學、七七頁。**ビィヤリング**、法學原論、第一卷、一九頁以下及七一頁。拙稿、法の本質及原形(法學協會雜誌、大正二年十二月號一—三一頁)。

第二節　法の觀念

法の內容、形式及原形に關する說明のみに因つては、法の觀念が未だ明瞭にならぬ。故にその外に、法に特殊の事項二三を列擧して法の觀念を明らかにする。

(一)。法は一箇又は數箇の規範(法の原形たる規範)より成立する。その規範(法規)は、その內容よりいへば、國家又はその他の團體內の二三人の個人、多數人民又はその團體の機關が、人の意思を規律せむがために、その理性に基づいて考へ出だした論理上の斷定(宣言)である。論理上の斷定(宣言)の中には種々のものがある。何々は何々に同じ、何々は何々と同じからずといふが如きも、一種の論理上の斷定であり、何々の事實のあつた後には、何々の結果が發生するといふが如きも、亦一種の論理上の斷定である。何某は何々のことをなすことを得る、何某は何々のことをなすことを得ず、何某は何々のことをなすことを要するといふが如きも、亦一種の論理上の斷定である。法、殊に法規(法

律上の規範）はかくの如き論理上の斷定の一種であり、それは原則として、一定の事實の將來に於て發生することを豫想し、その事實の發生する場合に於て、人は一定の行爲をなすことを得る、一定の行爲をなすことを得ず又は一定の行爲をなすことを要する旨を宣言するものである。

參照。ビィヤァリング、法學上の原理（一八九四年）、第一卷、二七—三〇頁。ギィヤァルケ、獨逸私法、第一卷、一一六及一一七頁。

（二）。法、殊に法規は、人格者の意思が外部に發動する場合に於て、これを規律することを目的とするものである。それは原則として人の外形上の行爲を規律することを目的とするものである。勿論法律上の規則が時としては人の行爲の原因たる意思に迄遡つて規定をなすこともないではない。例へば、法律が故意に因る殺人と過失殺人とを區別し、故意を以て人を殺した者を重く罰し、過失に因つて人を死に致した者を輕く罰するが如きこれに屬する。併し乍ら法律上の規則は本來人間の精神內部の意思に迄立ち入つて、これに對して種々の干渉をなすことを目的とするものではなくして、唯人の外形上の行爲をその性質に從つて適當に規律する必要上、遂に人間の精神內部の意思に關し規定をなすものに外ならぬ。その點に於て法律上の規則は道德上の規則と相異る（註一）。

（註一）。人がその良心に照らして疚しい行爲をなすときは絕えず、その心中に不安を感ずることを免れぬ。心中に不安の感なからしむるがためには、その良心に照らして疚しからざる行爲をなすに越したことはない。道德上の規範はかくの如き見地より人に對してその良心に對して疚しからざる行爲なし、良心に照らして疚ましい行爲をなさゞることを要求するのである。道德上の規範も亦人に對して一定の外形行爲をなし又はこれをなさゞることを定むるに相違ない。併し乍らそれは人間の精神內部の意思に迄立ち入つてこれを規律することを欲するがゆゑに、その結果として人間の外形上の行爲に關し規定をなすに至るのである。法律上の規範が人間の外形上の行爲を適當に規律することの必要上、遂に人間の精神內部の意思に迄立ち入つて規定をなすのと著るしく相異る。道德上の規範は人の內面の意思を規律する必要上、外形上の行爲に及んで迄規定するのであり、これに反し法律上の規範は人の外形上の行爲を規律する必要上、人の內面の意思に迄遡つて規定するに至るのである。法律上の規範と道德上の規範とはその目的を異にするから、法律上の規則に因つて規律すべき事項と道德上の規則に因つて規律すべき事項とは必ずしも、その範圍及性質を同ふしない。

參照。ギィヤァルケ、獨逸私法（一九〇五年）、一一四及一一五頁。

（三）。法は人の自由意思の發動を規律することを目的とするものである。それは自由意思（健全なる獨立意思）を有する者に對し、その自由意思を限定し、これに基づき一定の行爲をなし又はこれをなさゞることを要求するものである。全く自由意思を有しない者に對して無意味にその行爲を規律せむとするものではない。從つて原則として法律上の規則は是非善惡の辨別心を有つてゐない者、卽ち全く自由意想を有しない者に對して適用せられない（民、七一二、七一三。刑、三七、三九—四〇）。

參照。ギィヤァルケ、獨逸私法（一八九五年）、第一卷、一一五頁。

（四）。法、殊に法規は、人に對して一定の行爲をなし又はこれをなさゞるべき旨を勸告するものではなくして、これに對して一定の行爲をなし又はなさゞるべき旨を要求するものである。それは單に人が任意にこれに適從するに至らむことを希望するに止まるものではなくして、一歩進んで、人がこれに適從することを欲しない場合に於て、尙且人をしてこれを遵奉せしむることを理想とする。從つ

て法律上の規則は個人及團體の日常の行爲をなすに當つて、必ず遵奉しなければならないものと認められる。その點に於て法律上の規則は風俗習慣に基づく規則と相異る。

法は最も多くの場合に於ては外形上の權力に因つてその實施を確實にせらる。換言すれば、最も多くの場合に於ては、法の背後に國家又はその他の團體の權力があり。それが法の違反者に對して制裁を加へ、これに因つて法を强制的に執行する。併し乍ら法が外形上の權力に因つてその實施を確實にせられてゐることは、法の本質に適合するといふ丈けであつて、必ずしも法の觀念に必要缺くべからざることではない。若も法は外形上の權力に因つて强制執行せらるゝことを要するものなりと論定するときは、國際法の如きは、必ずしも外形上の權力に因つてその實施を確實に保障せられてゐないから、法でないと論結せざるを得ず、それと同じく、國家の憲法行政法上の規定中、國家の最高機關の組織及權限に關する規定の如きも、必ずしも外形的權力に因つて强制的に實行せらるゝことゝなつてゐないから、法でないと論結せざるを得ないことになる。その結果は通常、人の認めて以て法となす所のものを、法にあらずと論定するの外なきに至るのである。從つて余はその見解を採らない。

參照。ギィヤァルケ、獨逸私法、第一卷、ビィヤァリング、法學上の原理、第一卷、四九－五三頁。

（五）。法の起源に關しては自然法說と制定法說との二つがある。自然法學者は、法は、人間の知らない間に神が人間の精神內部に扶植したものであり、而して人間が成長して智能を具ふるに至ると共に、漸次に精神內部よりこれを外部に取り出だして、人格者相互間の意思限定の規則として遵奉するに至れるものであると主張する。これに反し制定法論者は、法は、團體、殊に國家の命令に由つて成立し、團體、殊に國家の命令として效力を維持し、命令自身を以てその內容とするものなりと主張する。併し乍ら余の見る所に依るに、眞理は寧ろ兩說の中間に存在する。

法の存在するがためには、一方に於て、法の內容として人格者の意思を限定する規則（規範）あることを要し、他方に於ては、法の外形として國家又はその他の團體の明示又は暗默の命令あることを要する。その中で法の內容たる意思限定の規則、卽ち、行爲の準則（例へば、竊盜殺人の行爲をなすべからず、借金をなした者はこれを返濟することを要す、國家の命令に對しては服從することを要するといふが如き規則）は、學問上の學理（例へば、二點間の最短距離はその二點を連結する直線であるといふ斷定、三角形の二邊の合計は他の一邊よりも長いといふ斷定）と同じく、國家又はその他の團體內の二三の個人、多數人民又はその團體の機關がその天賦の理性又は正義の思想に基づき自然に考へ出だした規則であつて、必ずしも國家の一片の命令に因つて一朝俄かに發生したものではない。その意味に於て自然法學者が、法は、團體生活を營める人間の天賦の正義心又は理性に基づいて自然に發生したものであるといふのは、必ずしも誤でない。併し乍ら人類團體內に自然に發生した意思限定の規則がそれ自身のみにて直に法となるのではない（條理はそれ自身のみに直に法ではない）。それが

國家又はその他の團體の明示又は暗默の命令(意思表示)たる外形を具ふるに及んで、始めて法を形成するのであり、而して法の外形たる國家又はその他の團體の命令(意思表示)はその團體機關の明示の命令(例、元首の裁可、行政官廳の署名、公布)又は團體内の多數人民の慣行あるに於て始めて成立するのである。その意味に於て制定法論者が、法は、國家又はその他の團體の命令に因つて成立し、國家、その他團體の命令を以てその根底とするものであると唱へたことも、亦多くの眞理を包含するものと謂はなければならぬ。

參照。**ギィヤァルケ**、獨逸私法、第一卷、一一九—一二一頁。**サヴィニー**、立法及法學に對する現代の任務、八及九頁。**ハルムス**、法律哲學、七七頁。

(六)。法は二以上の人格者が相互に集合して團體を形成せる場合に於て、人格者相互間の意思の關係を定むるがために成立するものである。孤立獨居して全く他人と相交渉しない所の個人の間に於ては法は發生しない。法は國家又はその他の團體を形成せる人類の間に於てのみ發生する。法を作り出だすものは團體である。法を作り出だす團體には種々の別がある。國際法團體、血族團體、皇族の團體(皇室)の如き皆これに屬する。併し乍ら諸種の團體中最も多く法を作り出だすものは、國家、地方團體及西洋に於ける基督教會(殊に舊教團體)である。その外、諸種の慣習法は國家内の諸種の團體内に於て發生する。

參照。**ギィヤァルケ**、獨逸私法、第一卷、一一九及一二〇頁。

一派の學者は、法は國家といふ團體に於てのみ發生し、その他の團體に於ては發生せざるものゝ如くに說明する。それ等の人々は法は國家の命令なり又は主權の命令なりと定義する。併し乍ら余はその見解を採らない。その說に從ふときは、國際法團體に於て發生する國際法又は地方團體の發生する條例の如きは、國家の命令たる性質を具へてゐないから、全く法たる性質を具へないものであると論定するか、又はそれ等の法規も結局國家の法規たる性質を具ふるものであると曲解するか、二つの途孰れか一つを執らざるを得なくなる。併し乍ら孰れの解釋を採るも、一般人民の思想に反し、社會の事情を說明することを得ない。

他の一派の學者は、一切の團體が制定する行爲の準則は、總べて法規たる性質を具へるものゝ如くに認め、私法人の總會の議決する定款、工場主がその勞務者を規律するがために定むる就業規則、學校又は病院の如き營造物の管理者が制定する營造物使用規則又は私人がその一家の經濟をなすがために定むる家範の如きも、皆總べて法規たる性質を有するものゝ如くに說明する。併し乍らそれは法の觀念を過大に擴張せむとするものである。それ等の規範は、必ずしも法人の社員、工場の勞務者、營造物使用者又は家の家族の意思に反してこれを規律拘束するの力を有せざるのみならず、必ずしも法人の社員、工場の勞務者、營造物使用者又は家の家族に對して公布せられない。それは法律上の法の

具備すべき特徴を充分に有つてゐないから、法規ではない。それは法規の範圍内に於て法人、工場主、營造物主體(營造物管理者)又は戸主等が制定する法律行爲に過ぎない。少くも現在の國家の法律の下に於ては、それ等の規則は法律上の法規とは認められてゐない。

第三節　法の類別

法は種々の觀察點より見て種々に分類せらる。法はその成立手續の區別に基づき、上に述べたやうに成文法と慣習法とに分かれる。法はこれを發生する團體の區別に基づき、國家に於て發生する法(國內法)、地方團體に於て發生する法(地方團體の自主權法規)、寺院(教會)に於て發生する法(歐羅巴の寺院法)、皇族團體に於て發生する法(皇室の自主權法規)及國際法團體に於て發生する法(國際法)等に區別せらる。併し乍らこゝではそれ等の分類のことに付ては說明を試みずして、社會法及個人法の區別竝に公法及私法の區別に付て多少の說明をなすに止める。

第一款　社會法と個人法の區別

個人は何れの場所に於ても、又何れの時代に於ても孤立獨居の生活をなさずして、國家又はその他の團體を形成して團體生活をなし、その團體の構成分子たるの資格を有する。その資格に於ては個人は國家又はその他の團體のやうな全部的統一體(獨立の完全體)の一部分としてその權力に服從し、これと優劣不平等の地位に立つて種々の法律關係を有する。併し乍ら我々個人の生命及目的は必ずしも常に國家又はその他の團體の生命及目的の中に吸收せられてゐない。個人は他の一面に於ては國家又はその他の團體の構成部分たるの資格を離れ、自主自存の目的を有する獨立人格者たるの資格を有する。その資格に於ては個人は國家又はその他の團體の目的と異つたそれ自身の獨立の目的の遂行を計り、それ自身のみにて獨立の單位を形成する完全體(それ自身のみにて一箇の全部的統一體を形成せる個體)として猥りに國家又はその他の團體の權力の干涉を受けず、他の個人又は團體と對等並立の地位に立つてこれと種々の法律關係を有する。卽ち、個人は一面に於ては國家又はその他の團體の構成分子として社會的(團體的)生活をなし、これと同時に他の一面に於ては自主自存の目的の主體たる完全なる獨立人格者(それ自身のみにて一箇の完全體を形成せる個體)として個人的生活をする。

かくの如くに個人は二つの資格を併せて有つてゐるのであるが、これと同じく國家又はその他の團體も種々の資格を併せ有する。國家又はその他の團體は一方に於ては數多の個人に由つて組織せられた社會的有機體(集成物)として權力關係を以てその構成分子たる個人に對し、他方に於ては自己よりも更らに大なる包括的團體の構成分子となり(若干の小國が相聯合して更らに大なる聯合國家を組織してその構成分子となる場合の如きこれに屬する)、服從關係を以てその大なる包括的團體に對して種種の法律關係を有する。併し乍らその外に、尙第三の場合として國家又はその他の團體は必ずしもそ

の構成分子(個人)に對する權力者たるの資格を以てせず、又必ずしも他の大なる包括的團體の服從的構成分子たるの資格を以てせず、寧ろ獨立の完全體(それ自身のみにて獨立單位を形成する個體)として個人又は他の團體と對等並立の地位に立つてこれと種々の法律關係を有し得る。卽ち、國家又はその他の團體は一方に於ては權力者的團體たるの資格竝に或る權力團體の服從者的構成分子たるの資格に基づいて社會的(團體的)生活をなし、他方に於ては權力團體たるの資格にも基かず又或る團體の服從者的構成分子たるの資格にも基かずして、普通の個人と對等並立の地位にある一個の人格者として個人的生活をする。要するに、個人及團體の兩者は社會的生活をなすと同時に、自主獨立の個人的生活をする。個人及團體は一樣に社會的資格と個人的資格とを兼ね有する。

法は上に述べた通り、個人及團體の並立する場合に於て、各人格者の共同存立を可能ならしむるがために、その間に意思の限界を定むるものであるが、その法に因つて意思を規律せらるべき個人及團體の二つが、爰に述ぶるが如くに、各二つの資格を有する以上は、その個人及團體の意思の限界を定むる法にも亦自から二種の區別を生ずるに至るのは當然である。この理由に基づき、第一には個人及團體の社會的生物としての意思の限界を定むるの法があり、第二には個人及團體の自主獨立の個體(完全體)としての意思の限界を定むるの法がある。その結果として社會法及個人法の區別が生ずる。

社會法は國家又はその他の團體とその構成分子たる個人又は團體との間に於ける權力服從關係に基づく意思の限界を定むることを以てその主なる任務とする。例へば、國家とその臣民との間の權力服從の法律關係を定むる國法(憲法及行政法)、國家內の地方團體たる市町村又は府縣とその構成分子たる住民との間の權力服從の法律關係を定むる自治團體法、**キリスト**教會(舊教)とその信者との間の權力服從の法律關係を定むる寺院法、又は民法上の法人及商法上の會社とその構成分子たる社員との間の權力服從關係を定むる法規などは皆社會法に屬する。(併し乍らその外、或る團體の構成分子たる資格に於ける個人又は團體の對等意思の限界を定むることも亦社會法の任務に屬する。例へば、國家の構成分子の一たる市町村相互間の共助關係を定むる法規、又は國際法團體の構成分子たる數多の國家相互間の關係を定むる國際法なども亦社會法に屬する)。

次ぎに個人法は個人が國家又はその他の團體の構成分子たるの資格を離れ、完全なる獨立人(それ自身のみにて獨立の單位を形成する完全體)として相互に對等の地位に立つ場合に於ける各個人の意思の限界を定むることを以てその主もなる任務とする。例へば、個人相互に對等の地位に立つて物品の賣買、雇傭又は請負の約束をなす場合に於て、その各自の行爲を規律する法律上の規定などこれに屬する(併し乍ら個人の外に、國家又その他の團體も亦時としては個々の個人と同等の地位に立ち、個人又は他の團體と對等關係に立つてこれと種々の取引をする。而してその國家又はその他の團體の個人又は他の團體に對する對等意思の關係を定むることも亦個人法の任務である。例へば、國家、地

方團體、民法上の法人又は商法上の會社が普通の個人と對等の地位に立つて物品の買入、雇傭又は請負の約束をなす場合に於て、その國家、地方團體、法人又は會社の意思を規律する法規なども亦個人法に屬する)。

第一款參考書。ギャアルケ、獨逸私法、第一卷、二六頁以下。

第二款　公法及私法の區別

法は社會法と個人法との二つに區別せらるゝことは上に述べた通りであるが、その外に、學者は法を公法と私法とに區別する。この區別に付學者の說く所は一樣ではない。或る學者は法律關係の當事者を區別の標準となし、公法は國家又はその他の團體と個人との間の關係を定むる法であり、これに反し私法は個人相互間の關係を定むる法であるといふ。他の學者は法の規律する法律關係の性質を區別の標準となし、公法は權力服從關係を規律する法であり、これに反し私法は對等關係を規律する法であるといふ。この兩說は共に公法及私法の區別を以て大體に於て社會法及個人法の區別と相符合するものと認め、社會法は卽ち公法であり、これに反し個人法は私法であると解せむとするものである。その說く所は極めて簡明であるけれども、而かもその學說に因つては諸國の現行法に認めらるゝ公法及私法の區別を明かにすることを得ない。

社會法及個人法の區別と公法及私法の區別とは全然無關係ではないけれども、必ずしも全然相符合しない。今日の諸國の現行法上公法の重心は社會法の一種たる國法(憲法及行政法)、刑法及訴訟法である。卽ち、國家とその構成分子たる臣民との間の權力服從の法律關係を定むる社會法は公法中の最も重要なる一部分を形成する。併し乍ら必ずしも社會法全部が皆公法に屬することゝなつてはゐない。公法は國家とその構成分子との間の權力服從關係を定むる國法、刑法及訴訟法の外、唯國家の公と認めた團體(例へば、皇室、地方團體、公共組合、神社等)とその構成分子との間の權力服從の法律關係を定むる社會法を包含するに過ぎない。私法の重心は自主獨立の個體たる個人又は團體相互間の對等關係を定むる個人法である。併し乍ら私法は必ずしもその個人法のみから成立してゐるのではない。それは、その外に、國家の私と認めた團體(例へば、民法の法人又は商法の會社)とその構成分子との間に於ける權力服從の法律關係を定むる社會法を包含する。

諸國の現行法上社會法は大體三種に分かれる。その第一種は國家とその構成分子との間の權力服從關係を定むる法である。その第二種は國家の公と認めた團體とその構成分子との間の權力服從關係を定むる法である。その第三種は國家の私と認めた團體とその構成分子との間の權力服從關係を定むる法である。諸國の現行法は社會法、卽ち、國家又はその他の團體とその構成分子との間の權力服從關係を定むる法規の中より、第一種の社會法、卽ち、國家とその構成分子との間の權力服從關係の法律關係を定むる法規(國法、刑法、訴訟法)を分離し、その殘餘の社會法を二分し、その中で第二種の社

會法、卽ち、國家の公と認めた團體とその構成分子との間の權力服從關係を定むる所の社會法をば、第一種の社會法(國法、刑法、訴訟法)に附屬せしめ、これと相合して公法を形成せしめ、第三種の社會法、卽ち、國家の私と認めた團體とその構成分子との間の權力服從關係を定むる所の社會法をば、個人法(自主獨立の完全體たる個人及團體相互間の對等關係を定むる法規)に附屬せしめ、これと相合して私法を形成せしめることにしてゐる。要するに、公法は主として國家又はその他の公の團體とその構成分子との間の權力關係を定むる社會法である。これに反し私法は個人法及主として私の團體とその構成分子との間の權力服從關係を定むる社會法を包含する。

上に述べたる所を表にて示せば次の通りである。

- 社會法
  - 第一種(主として國家と其の構成分子との間の權力服從の法律關係を定むる法(憲法、行政法、刑法、訴訟法))
  - 第二種(主として國家の公と認めた團體(地方團體、公共組合、神社等)と其の構成分子との間の權力服從關係を定むる法)
  - 第三種(主として國家の私と認めた團體(民法の法人、商法の會社等)と其の構成分子との間の權力服從關係を定むる法)
  - 公法
  - 私法
- 個人法
  - 自主獨立の個體たる個人及團體の對等關係を定むる法

公法及私法の區別を明かにするがためには、更らに進んで公の團體と私の團體とを區別することを要するのであるが、如何なる團體が國家より公の團體と認められ、如何なる團體が私の團體と認めらるゝかは、各國現行法の規定如何に依つて相同じからぬ。或る國の現行法上特定の團體の公私孰れに屬するかゝ、法律の明文を以て規定せらるゝ場合に在つては、その團體の性質はこれに因つて一決する。併し乍ら現行法上かくの如き明白なる規定の存在せざる場合に在つては、現行法の條規を適當に解釋し、これに因つてその特定の團體の性質を決定するの外はない。それは必ずしも容易ではない。併し乍ら何れの國も皆公の團體、卽ち公法人の消長盛衰如何は國家自身に對して重大なる影響を及ぼすものと認め、公の團體(公法人)には或は特別の能力(その構成分子たる個人の意思に反しても、尙ほ且命令及强制をなすの權)を認め、或は特別の保護を與へ、或は特別の制限を加へ、これに對しては普通の私人に對して與へないやうな特別の待遇を與へることにしてゐる。これに反し私の團體、卽ち、私法人の消長盛衰如何は必ずしも國家自身に對して重大なる影響を及ぼすものと認めず、私の團體(私法人)には特別の能力をも認めず、特別の保護をも與へず、又特別の制限をも加へず、これを普通の私人と同一に取扱ふことにしてゐる。從つて國家が或る團體にこれ等の特別の能力、保護又は制限を付すると否とに因つて、その團體の公私孰れに屬するかを決定することを得る。

公法及私法を區別するのは、學者の空論に過ぎないのであつて、これを區別するとも何等の實益がないといふことは、往々人の主張する所である。英米の如くに民事裁判所と行政裁判所とを區別せず、

同一の裁判所をして私法上の事件(民事)のみならず、公法上の事件(殊に行政事件)に對しても亦一樣に裁判をなさしむる國に於ては、公法と私法とを區別する實益はないだらう。併し乍らこれに反し獨、佛又は我國の如くに、民事裁判所と行政裁判所とを區別し、民事裁判所をして原則として私法上の事件(私法違反の事件)に對して裁判をなさしめて、行政上の事件(行政官廳の行政法規違反の行爲に對して救濟を求むる訴訟)に對して裁判をなさしめず、行政裁判所をして法律命令の定むる所に從ひ、行政上の事件(公法上の事件)に對して裁判をなさしむることゝしてゐる所に於ては、公法と私法とを區別し、公法上の訴訟事件と私法上の訴訟事件とを區別するの必要が明かに存在する。民事裁判所に於て公法と私法とを區別せず、私法上の訴訟事件のみならず、一切の公法上の訴訟事件に對しても一樣に裁判をなすが如き態度を執るに至らむには、行政官廳又は行政裁判所はその民事裁判所の行爲を以てその憲法上の權限を超越せるものと認め、民事裁判所を相手として權限爭議の訴訟を權限爭議裁判所に提起して、民事裁判所の越權行爲の差止めを請求することを得る。

第二節參考書。ギィヤルケ、獨逸私法、第一卷、二六頁以下。**カール**、行政法講義。拙稿、公法人及自治(法學協會雜誌、大正三年八月號、九七―一二六頁。同年九月號、六五―七五頁)拙稿、行政法總論、四三八―四四九頁(法學全集、一四卷)。

第四節　權利及義務

法又は客觀的法は人格者間に意思の限界、卽ち、行爲の範圍を定むるものであるが、その法に因つて限定せられた人の意思の限界又は行爲の範圍を稱して法律關係又は主觀的法といふ。それは卽ち人の最も注目する權利義務の總稱である。一定の法、卽ち、法規の存在する所には、必ず直接又は間接にこれに對當すべき權利義務が存在し、又反對に一定の權利義務の存在する所には、必ずこれに對當すべき一定の法、卽ち、法規が存在する。法と權利義務とは同時に存在して相互に關聯する。

主觀的法、卽ち、法律關係は權利及義務の二つを包含するのであるが、その中で權利とは人が外形上の行爲をなし、又これをなさゞることに付他人に對して有する意思の力であり、義務とはその權利者の相手方となるべき他人の意思に對して加へらる所の制限である。特定人が他人に對して權利として一定の行爲をなし又はこれをなさゞるの意思の力を有する場合に於て、その權利者の相手方となるべき他人が、その權利者に對して更に何等の行爲をなすことをも要せず、又その權利者の一定の行爲をなすことを忍受することをも要せず、又權利者の行爲の結果に依つて一定の事實の發生することを承認することをも要せざるものであるとするならば、權利者がその相手方たる他人に對して權利として意思の力(主張力)を有するといふことは、結局何等の意味を有しないことになる。從つて特定人に權利として意思の力を認むるときは、これと同時にその權利者の相手方となるべき他人が、或る程度に於てその意思の上に制限を受けることを免れないものとするの外はない。そんな理由に因つて權利

者の相手方たるべき他人が法律上その意思の上に於て受くる所の制限が義務である。

主觀的法、殊に、權利の觀念に關し從來相抵觸せる二つの學說がある。その一は**ヘーゲル**の主張した所であり、その二は**イエリング**の主張した所である。**ヘーゲル**の說に依るに、權利は法が人に認めた意思の力である。これに反し**イエリング**の說に依るに、權利は法の保護する利益である。併し乍ら權利の觀念はこの二つの學說の一つのみを以てしてはこれを說明することを得ない。權利の觀念を說明するがためには、この兩說を綜合することを要する。換言すれば、權利は法が人の利益を保護するがために人に認めた意思の力なりと解するのが至當である。この說は**ギィヤルケ**、**イエリネーク**及**ヱネクツェルス**等多數の學者の一般に認むる所である(註二)。

(註二)。權利の觀念に關し第一說を採る學者は、權利の內容は意思であるといふ。併し乍ら法は人のために一定の財貨(有形又は無形の)を設定し又はこれを保護し又は人をして財貨を利用して慾望を充たすことを得せしめ、これに因つて利益を得せしむる目的をて、人に權利として意思の力を認めるのである。法は何等保護すべき利益の存在しない場合に於て、徒らに人に意思の力を認めるのではなくして、一定の利益を保護する手段として人に意思の力を認むるものに外ならぬ。法が權利を設定するがために、人に認むる所の意思の力と、その意思の力に由つて法律上保護せらるべき利益との二つは、密接にして切り離し難い關係に立つてゐる。然るに意思の力をこれに由つて保護せらるべき利益より全然切り離し、意思の力のみに由つて權利の觀念を定むることゝなし、權利は法が人に認めた意思の力なりと定義するときは、その定義に因つて權利の觀念を明らかにすることを得ない。

又權利を以て意思の力なりと解するときは、法が無能力者の利益を擁護するがために法定代理人を設け、これをして意思無能力者のために意思表示をなさしむる場合に於て、その法定代理人は無能力者に代つて第三者と法律行爲をなすに付自からその意思表示の主體となることを得るから、その意思表示に於ては意思の主體たる法定代理人が權利主體となるのであり、無能力者は意思の主體とならないから、その代理人のなす所の意思表示(法律行爲)に由つて權利主體となることを得ないものであると論結しなければならないことになる。

次に、權利の觀念に關し第二說を主張する者は、權利は法に依つて保護せられた利益であるといふ。併し乍ら利益なる觀念は寧ろ經濟上の觀念である。人が財貨を利用し、これに因つてその慾望を滿足せしむることをいふ。その意味に於ける利益は人と物との間に存することもあり、又人と人との間に存することもある。加之その意味の利益には、これを主張(伸張)すべき意思の力の附隨することもあり、或は又それの附隨しないこともある。今若第二說の如くに、汎く權利は利益なりと解するときは、權利は人と人との間の關係のみならず、人と物との關係をも包含するものと論結せざるを得ず、又權利は意思の力に由つて保護せらるゝ利益のみならず、然らざるものをも一樣に包含すると論結せざるを得ざるに至る。併し乍ら通常人の解する所に依るに、權利は人と人との間の關係を意味するに止まり、人と物との間の關係を意味しない。又權利は或る利益にこれを主張(伸張)すべき意思の力の伴ふ場合に於てのみその存在を認められ、然らざる場合にはその存在を認められない。それ等の點より論ずるに、權利は法に依つて保護せらるゝ利益なりとの學說にも缺點がある。かくの如くに第一說及第二說共に、單獨では完全なることを得ない所からして、この兩說を綜合折衷して、權利は法が人の利益を保護するがために人に認めた意思の力であるといふ學說が生ずるに至つたのである。

權利は、法(許與法規)が人の利益を保護するがために人に認めた意思の力である。その效力は、これを有する者に於て、或る行爲をなすことを得又はこれをなさゞることを得ることに存する。權利を有し、これに基づき他人に對して一定の行爲又は不行爲をなし得る者は、他人に對して種々の要求をなすことを得る。時としては權利者自から一定の行爲又は不行爲をなすに當り、これに付妨害を加へず、その行爲又は不行爲を忍受せむことを他人に對して要求することを得るに止まることもある。時

としては權利者自から一定の行爲をなした後に於て、他人がその行爲に適應する一定の積極的行爲（勞務提供行爲又は物品提供行爲）をなさむことを他人に對して要求することを得ることもある。又時としては權利者自から一定の行爲をなした後に於て、その行爲に伴ふて一定の事實の發生（存在）することを承認せむことを他人に對して要求し得ることもある。

義務は、法が或る人に權利を認むるがために、その相手方となるべき他人の意思に加へた制限である。卽ち、義務は、命令及禁令法規が人の利益を保護するがために、人（他人）に附課した意思の制限である。その效力は、これを有する者に於て一定の行爲をなすことを要す又はこれをなさゞることを要するといふことに存する。義務を有する者は、權利者が一定の行爲又は不行爲をなすに當り、これに對して妨害を加へず、その行爲又は不行爲を忍容することを要するに止まることもあり、或は又權利者が一定の行爲をなした後に於て、その行爲に適應する一定の積極的行爲（勞務提供行爲又は物品提供行爲）をなすことを要することもあり、或は又權利者が一定の行爲をなした後に於て、これに伴ふて一定の事實の發生（存在）することを承認することを要することもある。

參照。ギィヤァルケ、獨逸私法、第一卷、二五四及二五六頁。

權利義務は相互に離るべからざるの關係を有する。一人の權利に對しては必ずこれに對當すべき他人の義務があり、又反對に一人の義務に對しては必ずこれに對當すべき他人の權利がある。原則として權利にして義務の附屬してゐないものはなく、又義務にして權利の附屬してゐないものはない。二以上の人格者相互間に於てその中の一方が他の一方に對して權利（又は義務）を有するのみであつて、他の一方がこれに對當すべき何等の義務（又は權利）を有しないといふやうなことはあり得ない。若もかくの如き場合ありと假定せば、その場合に於てはその二人格者間に眞正の權利義務は存在しないのである（一派の學者は、國家と臣民との關係を定むる憲法及行政法の規定に依つて臣民のみが國家に對して公法上の權利及義務を負擔し、國家は臣民に對して更に公法上の義務及權利を有しないものであるといふことを主張するけれども、吾々はかくの如きことはあり得ないことであると認める）。

權利義務は、法の豫想する一定の事實の發生すると共に發生し又は消滅する。その法の豫想する事實にして權利義務の發生及消滅の原因となるものは、大別二つとなる。その事實は時としては人間に由つてなされる行爲たることもあり、又時としては全く人間に由つてなされない自然的事實たることもある。その中で人間に由つてなさるべき行爲にして、權利義務の發生及消滅原因となるべき事實は、更に法律行爲及不法行爲に分かれる。

參照。ギィヤァルケ、獨逸私法、第一卷、二八一及二八二頁。

權利義務には二種の別がある。公法上の權利義務及私法上の權利義務これに屬する。國家、その他公の團體とその構成分子たる個人又は團體との間に於て、國家、その他、公の團體が權力關係に基づ

きその構成分子に對して有する權利義務、國家、その他、公の團體の構成分子が(服從關係に基づき)國家、その他、公の團體に對して有する權利義務は公法上の權利義務である。その外、國家、その他、公の團體(完全體)の構成分子たる個人又は團體が、その構成分子たる資格に基づき相互に(對等關係に於て)有する權利義務も亦公法上の權利義務である。これに反し自主自存の目的の主體(獨立の完全體)たる個人又は團體が對等關係に基づいて相互に有する權利義務は私法上の權利義務である。その外、私の團體とその構成分子との間に於て、私の團體が(權力關係に基づき)その構成分子たる個人(又は團體)に對して有する權利義務及私の團體の構成分子が(服從關係に基づき)その所屬する私の團體に對して有する權利義務も亦私法上の權利義務である。

第三節參考書。ギィヤァルケ、獨逸私法、第一卷、二五一頁以下。イエリネーク、公權論、四一頁以下。

第三章　國家と法律との關係

國家と法律との關係に關しては從來二つの相反對せる學說がある。その中の一は國家を以て法の製造した物體なりと認め、その二は反對に法を以て國家の製造したものと認める。第一說は法本位說であり、第二說は國家本位說である。

第一の法本位說(法の觀念を基礎としてそれより國家の觀念を說明せむとする學說)は、その源を社會契約說及自然法學說に發してゐる。その說に依るに、人類は原始時代に於ては孤立獨居して國家又はこれに類似の團體を形成してゐなかつたのであるけれども、これがために人類の外物に對する防禦力極めて微弱であつて、日常の生活上不便が尠くなかつた所からして、歲月を經ると共に個人相互に集合して團體生活をなすの必要あることを悟り、乃ち人類の孤立獨居せる時代に於て既に人類の間に行はれてゐた天賦自然の法則(自然法)に從ひ、相互に社會契約を結び又は服從の約束をなし、これに因つて以て國家又はこれに類似の團體を發生せしめたものであるといふのである。この學說は、人類は原始時代に於て孤立獨居して國家又はこれに類似の團體を形成してゐなかつたものなるに拘はらず、その孤立獨居せる人類の間に於て自然法と稱する一種の法の存在せるものなりと前提し、その孤立獨居せる個人が自然法中の某々の條規に基き國家又は社會設立の爲めの法律行爲をなし、これに因つて以て國家又はその他の團體を發生せしむるに至つたものであると論結せむとするのである。

併し乍らこの學說の根據は決して鞏固なりといふことを得ぬ。人類が原始時代に於て孤立獨居の生活を營むで、團體を形成してゐなかつたことがあるといふが如きは、歷史上全く證明すること能はざる所である。又個人が相互に社會契約を結び、それに因つて始めてこの世界に國家又はその他の團體を發生せしむるに至つたものであるといふが如きも、架空の說に過ぎない。他方に於てこの學說は、孤立獨居してゐたと稱せらるゝ人類の間に自然法といふ一種の法律の存在したものなることを前提と

なし、この自然法の規定に基づき人類が國家又はその他の團體を形成せるものと斷定するのであるけれども、その前提は全く誤つてゐる。從つてそれに基づく論結も亦誤つてゐる。法は、數多の個人が相互に集合し、相互に團體を形成して相交通せる場合に於て、その間の意思の限界を定めて利害の衝突を避くるがために始めてその間に發生するものであつて、全然孤立獨居して相互に交通してゐない所の想像的原人の間に於て發生することを得べきものではない。

第二に國家本位說(國家の觀念を基礎となしてそれより法の觀念を說明せむとする學說)は、法の發生する以前に於て事實上絕對無限の權力を有せる國家の既に存在したことを前提となし、法はその絕對無限の權力者たる國家の發意に基づいて始めて製造せられたるものと認むとするのである。その學說を奉ずる人の中で、或る者は法は國家の命令に因つて始めて發生したものと認め、他の者は法は國家自から自己の意思を制限すると共に始めて發生したものと認める。その學說に依るに、人類の原始時代に無法律時代なるものがあつたのであり、その時代に於ては權力團體としての國家は存在したけれども、その權力の濫用を制限すべき法律又は法律思想は更に存在せず、又個人相互に爭鬪掠奪を事とせるの事實が存在したのみであつて、その個人の行爲を規律制限すべき何等の法律規則は存在しなかつたのである。併し乍らこれが爲めに人類社會に於て平和もなく秩序もなく、人類の生活が慘澹を極めたから、この弊害を除かむが爲めに、一朝俄かに國家がその意思を制限して自己の循由すべき規則を定め、又は命令の形式に於て一般人民の遵奉すべき法則を發布し、こゝに始めて人類社會に於て法律が發生し、國家と人民との間に於て又個人相互間に於て法律關係が發生するに至つたものであるといふのである。

併し乍らこの學說の前提は誤つてゐる。何れの時代に於ても又何れの場所に於ても、人類の共同生活をなせる所に於ては、自己の物件と他人の物件とを區別するの思想が夙に發生し、この限界を亂だして累を他人に及ぼす者は、法を犯したものとして制裁を受くることを免れない。これと同じく、何れの國家又は國家的團體內に於ても君主、酋長又は人民の總集會が權力を行使して政をなすに當り、猥りに政治の殘酷に流れ壓制に至らざることを要求する自然の制限があり、この制限を超えて權力を濫用する者は、不法を成し遂ぐるものとして人民の反抗を受くることを免れない。この事實は、卽ち歷史上國家又はこれに類似の團體の存在する所には、不完全ながらも、個人相互間の關係又は國家的團體と個人との間の關係を定むる慣習的法則又は法律思想の存在したことを證明するものである。人類間にこの慣習的法則又は法律思想の全く存在しなかつた時代があつたといふが如きは、歷史に根據を有しない想像說に過ぎない。

國家本位論者は、人類の歷史上に無法律時代があつたものと前提し、その時代に於ては國家は絕對無限の力を有し、法に依つて更に制限を受けてゐなかつたものと想像し、その絕對無制限の權力者た

る國家が、或は命令を發し、或は自己の意思の制限をなしたがために、これと共に一朝俄かにこの世界に法律が發生するに至つたのであると主張するけれども、かくの如きは明らかに法律發生の沿革に反し且又論理に牴觸する（註一）。

（註一）。法はサヴィニーの謂へるが如く、言語と同一の發達をなすものである。國民中の一人が或る時期に於てその獨斷を以て、特定の言語又は文字を使用せむことを國民各自に命令したがために、從來幾百年間何等の言語又は文字を使用せずして沈默の狀態にあつた國民の間に、突然に言語又は文字が發生したものでないと同樣に、國民中の一人が偶ま獨斷を以て國民各自に對し、一定の場合に於て一定の行爲をなし又はこれをなさゞることを命令したために、從來幾百年間何等の法律思想をも有せず、無法律の狀態にあつた國民の間に突然に法なるものが發生したのではない。歷史上の事實に徵するに、民法又は憲法の大部分はその始めに於ては特定の立法者の命令の形に於て成文法として國民に對して發布せられたものではなくして、國民一般の間に於ける法律的確信とこれに基づく慣習的服從（慣行）との二つに因つて自然の間に慣習法として發生したものである。從つて法は國家の一片の獨斷的命令に因り、一朝俄かに成文法として國家に由つて制定せられたものであるといふが如きは、法律發生の歷史を無視するものである。

次に、法は國家の意思の制限の結果に因つて發生したものなりと認むる學說に依るに、本來國家は絕對無限の權力を有し、法に依つて何等の制限を受けてゐなかつたのであり、各個人は國家の下に於て奴隸と同じく絕對無限の服從をなし、法に依つてその服從義務に際限あることを定められてゐたものではない。併し乍ら一朝俄かに國家自からその絕對無限の權力を制限し、人民保護の趣旨を以てこれに意思の自由を認め、國家と臣民との間に意思の限界を設定せるがために、その時より始めて國家及個人を拘束する法規が人類間に發生するに至つたといふのである。併し乍らその說も亦誤つてゐる。法は意思の主體相互間に於て各自の意思の限界を定むるものである。それは二以上の意思の主體の相對立せる場合に於て始めて發生すべきものである。從つて一方に於て絕對無限の意思の主體たる國家があり、他方に於て絕對無限の意思無能力者たる臣民が存在するに止まり、實際上國家及臣民の二つが各意思の主體として相互に對立せざるならば、その兩者間に意思の限界を定むる法、殊に公法は成立すべき理由はない。又他方より論ずるに、或る時代に於て國家が全然法の拘束を受けず、絕對無限の權力を有したものと假定せば、その絕對無限の權力は性質上到底制限せらるゝことを得ないものである。從つてその性質上制限せらるゝことを得ない國家の權力が制限せられ、その結果として法、殊に公法が成立するといふが如きは決してあり得ない。從つて法は國家自身の絕對無限の意思の制限に因つて製造せられたものなりといふ說も、亦これを採ることを得ない。

かくの如くに法と國家との關係に關して二つの相異つた學說があるけれども、その二つは共にこれを採ることを得ない。歷史上法本位論者の主張するが如く、國家的團體が未だ全く發生しないときに於て、法が既に發生し、個人が孤立獨居の生活を營みながら、而かも尙その法の支配を受けてゐたやうな形跡もなく、又國家本位論者の主張するが如く、人類間に法律又は法律思想全く發生しなかつたときに於て、既に國家又はこれに類似の團體の存在したといふ事實もない。歷史上個人の存在し、法律規則の存在する所には、必ず國家又はこれに類似の團體が存在し、又反對に國家又はこれに類似の團體の存在する所には、必ず法律又はこれに類似する規則が存在する。歷史上國家の思想と法律の思想とは寧ろ時を同ふし相並んで發生したものである。

勿論原始時代に於て、今日吾々が目擊するが如き比較的完全なる國家組織又は法律制度がその儘に存在しないにはあらざれども、國家及法律の端緒は既に不完全なる形に於て存在する。蓋し國家又は國家的團體は人類に附着する團體作成の天性に基づき自然に發生し、法律又は法律的規則は人類

が生れながらにして具ふる自然的正義心に基づいて自然に發生したものである。團體作成の天性及天賦の正義の思想の二つは人間の生るゝと共に、人間に附着して相並んで存在すると同じく、この二つの原因に基づき國家に類似の團體及法律に類似の規則が不完全ながらも、原始時代に於て人類間に同時に發生して同時に存在したのである。而してこの原始時代に存在した不完全なる國家類似の團體が漸次發達して現今の比較的完全なる國家組織となり、又原始時代に存在した法律類似の規則が漸次進歩して現今の比較的完全なる法律規則となり、遂に今日何れの場所に於ても國家と法との二つが同時に相對立するの結果を生ずるに至つたのである。歴史上の事實に徴するに、今日の國家を作り出だしたものは必ずしも法律ではなく、又今日の法律を作り出だしたものは必ずしも國家ではない。今日の國家組織を作り出だした根源は原始時代に存在した幼稚なる國家的團體である。而してその幼稚なる國家類似の團體を産み出だした原動力は人間に附着する最強團體作成の天性である。これと同じく今日の法律制度の端緒と認むべきものは、原始時代に存在した不完全なる法律類似の規則である。而してその法律類似の規則を作り出だした原動力は人間に附着する自然的正義心である。自己と他人との間に於て相互にその行爲を慎み、累を他人に及ぼすことを避けむとする天賦の正義の思想これに屬する。法律と國家との間には同時竝行の關係が存在するに止まり、原因と結果との關係は存在しない。

第三章參考書。プロイス、地方團體、國家及聯合國。**ギヤルケ**、團體法、第三卷、六〇九頁以下。**イェリネーク**、一般國家學（一九二二年）三六四頁以下。**サヴィニー**、立法及法學に對する現代の任務、八及九頁。**シュタール**、法律哲學、第二卷の一、二三七頁。**ブフター**、講義、二四頁。拙稿、國家と法との關係（法學協會雜誌、明治四二年九月號、三四—五七頁。同年十月號、六六—九三頁。拙稿、憲法、第一分册（大正、一四年）、三五—四二頁。

第一門　憲法總論

第一章　國家の法律上の地位

國家の法律上の性質に關しては種々の學說がある。その中には國家を構成する五原素（五條件）の一つ又は二つを以て國家であると認め、例へば、國家を以て領土及人民であると認めて、その特別の意味に於ける國家は法律上君主の權力の行使を受くる目的物であると說明せむとするものもある（**ザイデル**）。或は又國家を以て君主國に於ける君主であると認め、これと同時にその君主たる國家は法律上統治權の主體であると說明せむとするものもある（**ボルンハーク**）。或は國家を以て治者と被治者との間に於ける權力服從關係であると認め、その國家は法律上權利義務の關係たる性質を具ふるものであると說明せむとするものもある（**リング**）。併し乍らそれ等の學說は何れも普通一般の觀念に反し、國家にあらざるものを以て國家なりと假想しつゝ、その所謂假想國家の法律上の性質を說明せむとするものであつて、それは一種の假定論に過ぎないのであるから、それに對して反駁を加ふるの必要はない。

國家の法律上の性質を說明するに當つては、先づその前提として普通一般人民の認むるが如く、國

家を以て土地、人民、權力者、權力及憲法より成立する一種の社會的團體であると認めなければならない。併し乍ら國家はかくの如き意味に於ける社會上の團體であるとしても、その國家の法律上の性質如何の問題に付ては學說は少くも二つに分かれてゐる。或る學者は國家を以て法律の上に位し、法律の外に在つて法の制限を受けないものであると認め、これに反し他の學者は國家を以て法律の範圍內に於て法の制限を受くる權利義務の主體、卽ち權利主體であると認める。

國家を以て法律の上に立ち、法の制限を受けざるものとなし、國家は法律上權利義務を有せざるものと認むるの學說は、今日歐米に於ては殆勢力を失墜せるも、尙我國に於ては一部の學者に由つて主張せらる。その說に依るに、國家は法の源泉であり、法は國家の製造した命令である。法は國家といふ團體に於てのみ發生し、國家以外の團體に於ては發生しない。而して法が實際上法として效力を有する所以は、法に附着してこれと離るべからざる關係にある國家の命令の結果に外ならないから、法は國家の命令に服從すべき者に對して拘束力を有するに止まり、その命令を發した國家自身に對して更に制限的效力を有しないといふのである。この學說は、國家と法との關係如何の問題に關し、法は國家に依つて製造せられたものであるといふ學說（國家本位說）を前提とするものである。併し乍らその學說の前提の誤なることは前節に於て述べた通りであるから、その誤つた前提に基づく論結の誤なるは當然である。加之國家は法律の上に立ち、法律に依つて權利をも義務をも有せざるものであると認むる學說は、二點に於て明らかに誤つてゐる。

第一に、その學說は、法を以て國家の命令となし、法は國家內に於てのみ發生し、國家以外の團體に於て發生しないものゝ如くに認むるけれども、それは誤つてゐる。法は、國家の外、市町村又はその他の地方團體に於ても發生し、國際法團體、**キリスト**敎會內部又は皇族の團體（皇室）等に於ても發生する。又諸種の慣習法規は國家內の種々の團體內に於て發生する。

第二に、上に述べた學說を唱ふる人々は、法は國家の命令として、その法を遵奉すべき旨の命令を受けた人民に對して制限的效力を有するに止まり、命令を發する國家自身に對しては更に制限的效力を有しないものであると論斷するのであるけれども、その論斷は誤つてゐる。若もそれ等の人々の主張するが如くであるとするならば、例へば、國家と臣民との間の法律關係を定むる憲法及行政法の規定は臣民に對して制限的效力を有するに止まり、國家自身に對しては更に制限的效力を有しないことになつてしまはなければならぬ。併し乍らかくの如くに憲法及行政法の規定に依つて臣民が國家に對して公法上の權利及義務を有するに止まり、その臣民の相手となるべき國家がこれに對當すべき公法上の義務及權利を更に有しないものであると假定せば、その所謂臣民の國家に對する公法上の權利及義務は眞正の權利義務ではないことになり（一人の權利義務には必ずこれに對當すべき他人の義務及權利の隨伴せることを要する）、憲法及行政法は國家と臣民との間に眞正の權利義務を定めないものあ

ると論斷しなければならないことになる。併し乍らかくの如くに憲法及行政法を以て法の作用をなさざるものと解するときは、一般人民の思想に反する結果を生ずる。

國家が法律上權利主體たるの地位を有するや否やを論ずるに當つては、これが個人と同じく、權利主體となるに付て具備しなければならない條件を具備するや否やを審査することを要する。余の見る所に依るに、國家は團體として私法上及公法上その利益を擁護せられてゐる。國家は私法の區域に於ては臣民又は君主の財產と異つた獨立の財產(國有財產)を有するものとして、これに付て個人と同じく法律上保護を受けてゐる。公法の區域に於ても國家は團體としてその名譽、獨立又は領土の安全を保持するがために、法律上特別の保護を受けてゐる。他方に於て、國家は團體として機關を有し、その機關の作成する意思を以て自己の意思となし、これに因つて國家を構成する各個人全體を統率し、國家の利益を擁護するの力を有する。かくの如くに國家は團體として法律上一定の利益を有することを認めらるゝのみならず、この利益を擁護するがために必要なる意思の力を有つてゐるから、國家は法律上權利主體たるに付必要なる二條件を具備し、權利主體たるの性質を有するものと認むることを得る。國家が團體として法律上權利主體たるの性質を有することは、國際法の區域に於て最も明らかである。國際法上國家が他國に對して宣戰講和をなし又は諸般の條約を締結し、これに因つて國家が權利を取得し又は義務を負擔することは、實際の事實として何人もこれを否認することを得ない。國內法の區域に於ても亦國家が法律上權利主體として諸種の公法上及私法上の權利義務を有することを認むるのは避くべからざることに屬する。これを認めないときは、今日の社會の實狀を說明することを得ない。

現行法の解釋上國家を以て權利主體(法人)と認むべきものであることは、大體に於て多數の學者の承認する所であるけれども、而かも主權の主體たる國家自身がその自から制定した法規の制限を受けて、法律上權利義務の主體たるの地位を取得することを得る理由如何に付ては人々の見る所必ずしも一樣でない。從來多くの學者はこの理由を說明するがために、國家を以て法の擬制に依る法人と認むるの學說を採用した(この學說は國家と法との關係に關し、國家は法に由つて創設せられたものであるといふ學說、卽ち法本位說を採用するものである)。擬制說に依るに、國家及その他多くの團體は個人の如くに實際にこの世界に存在しない、從つて個人の如くに法律上權利主體となり得べきものではない。併し乍ら法は萬能の力を有する。實際に存在せざるものを實際に存在するもの丶如くに看做すことも亦法のなし能ふ所である。國家及その他の多くの團體は實際に存在しないものではあるけれども、法律がその萬能の力に依つて、これを實際に存在するものと同一に取扱ふことにしてゐるから、その結果としてこれが法律上人格者として權利義務を有するに至るのであると謂ふのである。併し乍ら法律が如何に萬能の力を有するとも、實際に存在しないものを、實際に存在すると同一に取扱ふこ

とを得ないのは疑を容れぬ。從つて擬制說はこれを採ることを得ない。

國家が法の拘束を受けて法律上權利義務の主體となり得べき理由を說明せむと欲せば、一方に於ては、國家が個人と同じく社會上の團體としてこの世界に實在することを以てその立論の根據となし（國家の本質の說明參照）、他方に於ては、法は國家の製造物ではなくして、寧ろ國家に對して獨立の地位を有する別個の現象たることを以てその說明の基礎となすことを要する（國家と法との關係に付ての說明參照）。若も擬制論者の主張するが如くに、國家なるものが果してこの世界に實在しないものであるとするならば、それが法律の上に於ても權利義務の主體となり得べき筈はない。國家を以て法律上權利主體なりと認むるに付ては、國家有機體論者の主張するが如く、國家が個人と同じくこの世界に實在することを認め、その理由に因つてこれが個人と同じく、法律上權利主體となり得べきことを說明することを要する。他方に於て、國家と法との間に原因と結果との關係の存在することを認め、殊に、法の本質を以て國家の製造した命令なりと定義するならば、法に依つて拘束を受けるのは、その法を遵奉すべき旨の命令を受ける臣民のみに限定し、その命令を發する國家自身はこれに依つて更に拘束を受けず、國家は法に依つて權利をも有せず、義務をも負擔しないものであると論斷するの外なきに至るであらう。併し乍らこれに反し歷史法學者の說に從ひ、法と國家との間に原因と結果との關係の存在することを認めず、法律上に所謂法の本質が國家を離れて尙且獨立の存在を有する別個の社會上の現象たることは、猶物理上又は經濟上の法則が國家を離れて獨立の存在を有するのと相異らないものであることを認むるならば、國家は物理上又は經濟上の法則に依つて拘束を受くると同じく、法律上の法則に依つても亦一樣に拘束を受け、これに依つて權利義務を有する所以を簡單に說明することを得る。余は大體かくの如き理由に因つて國家を以て法律上權利主體（法人）たるものと說明する。

主權の主體たる國家が法の拘束を受けて權利義務を有することに對して反對する者は、動もすれば次の如く謂ふ。『國家は絕對無限の主權を有するのである、故に猥りに法の制限を受けて法律上權利義務を有するに至るべきものでない。若も國家が個人と同樣に法の制限を受け、これに因つて拘束制限せらるべきものであるとせば、これと共に國家はその特徵たる主權を毀損するに至ることを免れない』と。この說は國家の權力の絕對無限なることを以て既に確定せる問題であると前提し、國權は他の國家の存立に因つても制限せられず、法律の規定に依つても束縛せられないものであると前提するのである。併し乍ら國家の主權が絕對無限なるか、將た又相對有限なるかは一種の疑問である（余は國家の主權は絕對無限ではなくして、相對有限の性質を有するものであると認める。それに付ては憲法總論第五章第一節に於て說明する）。國家の權力（主權）は絕對無限であつて、法律上更に制限を受けないのであるか、それともそれは相對有限であつて、法律上制限を受けるのであるかといふことが今

現に問題となつてゐるのである。その問題に關し明白なる理由を附して解答をなすべき場合に於て、何等の立證をもなさず、漫然國家の權力は絶對無限である、從つて法に由つてその行動の自由に制限を受けないのであると答へるのは、問題に答ふるに問題を以てするものに過ぎない。それは採るに足らない學說である。

主權は自己の意思に依るの外、猥りに他人より命令及强制を受けない力である。主權を有する者がその意に反して猥りに他人より命令及强制を受けるのは、主權の本質に反する、併し乍らそれと異り、主權を有する者がそれ自身の意思に基づき、他人に對してそれ自身の意思を制限するのは、更に主權を害するものではない、從つて國家が人格者の意思限定に關する一定の規則(行爲の準則)を明示の命令の形に於て外部に發表し、その規則の遵奉を人民に命令するに際し、自からその規則の條理に適合し、法として遵奉するの價値あることを承認し、その規則に依つてそれ自身(國家自身)を拘束せむことを宣言するとも、これがために國家の主權は更に毀損せらるゝには至らないのである。主權を有する國家が自己の意思に基づき外國と條約を締結し、外國に對する關係に於て自己を制限することを得べきことは、何人も疑を挾まない所である。既に然る以上は、それと同じく主權を有する國家が一定の規則を法として人民に發布し、その遵奉を命令すると同時に、自からその規則に依つて自己を規律せむことを宣言し、これに因つて以て自己を制限拘束することを得べきのが當然である。國家の法令は國家の命令たるの理由に因つて臣民を拘束するけれども、それと同時に國家の法令は國家自身の法の內容(意思限定の規範)に對する承認の結果に依つて國家自身を拘束するの結果を生ずる。國家は主權を有するとも、これがために自己の意思に基づき、法に因つて自己を規律することを承認し、法律上權利義務の主體となることを得ないといふ理由はない。

國家は法律上の權利主體(卽ち法人)として、私法上及公法上の權利義務を有する。國家の有する私法上の權利義務は物權、債權及人格權竝にこれに對當する義務に分かれる。例へば、國家は國有の森林原野に對しては私法上の所有權を有し、國家は私人より借入金をなすときは、それに付私法上の債務を負擔する。併し乍ら國家の私法上の權利義務に關し一言の說明をなすに止める。

上の權利義務に付ては此處で說明を試みず、こゝでは國家の公法

國家の公法上の權利は種々に分類せらる。

或は國家の行爲より生ずる效果の區別に基づき、直接に法律上の效果を生じない行爲(事實行爲)とを區別し、これと同時に國家の公法上の權利を、法律的效果を生ずる行爲をなすの權及法律上の效果を生じない行爲(事實行爲)をなすの權とに區別することを得る。法律的效果を生ずる行爲をなすの權は、更に法律及命令の形式を以て法規を發するの權、法規の範圍內に於て處分をなすの權、條約及その他諸種の公法上の契約を締結するの權等に分かれ、事實的行爲

をなすの權は、更に强制行爲（例へば、犯罪人の逮捕及人身の檢束、租稅滯納者に對する强制處分、戰鬪行爲の遂行等）をなすの權及非强制的行爲（郵便電信の發送、官立學校に於ける學生生徒の教育等）をなすの權に分かれる。

或は國家の權利の相手方の區別に基づき、國家が國際法の規定に基づき他の國家に對して有する公權と、國家が國內法の規定に基づき國內の個人及團體に對して有する公權とを區別することを得る。國際法の規定に基づき國家が他の國家に對して有する公權のことは暫らく別論として、國家が國內法の規定に基づき國內の個人及團體に對して有する公權は、更にその公權の相手方（國家の公權に對當する義務の負擔者）の一般人民たると、特定人たるとの區別に基づき、國家の對世公權（絕對公權）と國家の對個人公權（相對公權）とに分かれる。

國家の臣民一般に對して有する對世公權（絕對公權）は、國家が河川法、道路法、その他公法の規定に基づき、河川、道路、海面又は要塞のやうな公法上の物（公物、公產）を支配するがために有する權利（公物管理權及公物警察權等）である。それは民法物權編の規定に從つて物を支配する權（私權）ではなくして、公法の規定に從つて物を支配するの權（公權）である。それは國家が單に特定人に對してのみ有する公權ではなくして、汎く臣民一般に對して國家の公物支配行爲を侵害せざることを要求するの權利である。それは物權的性質を有する公權である。これに反し國家の對個人公權（相對公權）は國家が廣く世間一般の人民に對して有する權利ではなくして、特定人に對して一定の行爲をなさむことを要求し、又は一定の行爲をなさゞるべき旨を命ずるの權である。それは公法上の債權的權利である。特定人に對して一定の行爲をなさむことを要求する國家の公權は、更に分かれて、國家の財產上の對個人公權及非財產上の對個人公權の二つとなる。租稅法の規定に基づき、租稅法の豫見せる事實に該當せる個人に對して、租稅としてその財產の一部を提供せむことを要求する權の如きは、國家の財產上の對個人公權であり、これに反して兵役法の規定に基づき、兵役法の豫見せる事實に該當せる個人に對して、現兵役編入の處分をなす權の如きは、國家の非財產的對個人公權である。

その外、國家の公權、殊に臣民に對して有する公權は、他の觀察點より見て、(一)國家が一般臣民に對する統治權に基づき汎く一般臣民に對して有する公權と、(二)官吏、軍人又は國家の營造物（例へば、國立の學校、病院）の使用者のやうに、國家に對して一般臣民以上に一種特別の服從關係を有する者に對し、國家が特別の權力關係に基づいて有する公權とに區別せらる。

次に、國家の公法上の義務も亦種々に分かれる。國家の公法上の義務の中には、國際法上の義務と國內法上の義務との區別がある。國際法上の義務のことは別論となし、國內法上國家が國內の臣民に對して有する義務のみを觀察することにするとも、その中には種々の別がある。少くも臣民が國家に對して種々の公法上の權利（自由權、保護請求權、參政權等）を有すると同一の限度に於て、國家も亦

臣民に對してこれに對當すべき種々の義務を有する。併し乍ら國家の公法上の義務中最も重要なるものは、法規に遵據して立法、司法及行政をなすの義務である。その中には財産上の價格を有する義務と、然らざるものとの別がある。財産上の價格を有する國家の公法上の義務といふのは、例へば、公法上の賠償義務のやうなものである。財産上の價格を有しない國家の公法上の義務といふのは、例へば、法定の資格を有する者を選擧人として選擧人名簿に登錄する義務の如きをいふ。

第二節參考書。ギィヤァルケ、國法學の基礎觀念。同氏著、**ラバンド**、獨逸國法評論。**プロイス**、地方團體、國家及聯合國。**ミイシウ**、法人論、第一卷、一一一二五頁。二六二一二九三頁。**イェリネーク**、一般國家學、一六二一一七三頁。一八二一一八三頁。拙稿憲法、第一分冊(大正、一四年)、三五—四二頁。

第二章　國家の領土

人の集合體であつて、一定の土地に定着せず、水草を追ふて移轉するものは、國家とは認められない。人の集合體が國家となるに付ては、その集合體の定着せる一定の土地がなければならない。その國家成立要件の一つとなつてゐる土地を稱して領土といふ。

第一節　領土の法律上の性質

領土の法律上の性質に關しては議論が少なくない。併し乍らこれに關する學說は大體六つに分かれる。その中の三說は獨立說である、これに反し他の三說は折衷說である。

第一說は、**ラバンド**及その他の多くの學者の主張する所である。その學說に依るに、領土は國家が國權を行ふ目的物(國權行使の客體)であり、領土の上に行はるゝ權力は國法上の物權であるといふのである。これを詳かに說明せむに、民法上、例へば、親が子に對して權力を行ふことを得るのと同樣に、憲法上國家は人民に對して權力を行ふことを得る。又民法上人が他人を排斥して專ぱら物を使用、收益、處分することを得ると同樣に、憲法上國家は他國を排斥して專ぱら領土を自由に處分することを得る。民法上人が、他人に對して親權を有し、又は物に關し所有權、その他物權を有すると同じく、憲法上國家は、人民に對して行使すべき人民高權と領土に對して行使すべき領土高權とを兼ね有する。而して民法の親族に關する規定上、子を以て親權の行使を受くる目的物と認むることを得ると同樣に、憲法上臣民を以て國家の權力の行使を受くる目的物(國權行使の客體)と認むることを得る。又民法の規定上、土地、その他物件を以て、所有權、その他物權の目的物と認むることを得ると同樣に、憲法上領土を以て國權の行使を受くる目的物(國權行使の客體)と認むることを得るといふのである。

ラバンドは、一方に於ては、領土が國權行使の目的物として、國權に由つて自由に處分せらるゝことを證明せむがために、獨逸が一八七〇年佛國より**アルサース**及**ローレヌ**の兩州を讓り受けたこと、

一八九九年西班牙より**カロリーネン**、**パーラウ**島及**マリアーネン**を讓り受けたこと、一八九〇年英國より**ヘルゴランド**を取得したこと及一八九八年支那よりその領土の一部分たる膠州灣を借り受けたことの實例を擧げ、他方に於ては、國家が現に無人の土地に於ても、尙且外國の權力の行使を排斥するの權を有することを指摘し、而してこの事實は會々以て國家が人民を離れて、土地のみに關する一種特別の物權的領土高權を有することを證明するものとなし、それ等の事實に基づき、人民のみならず、國家の領土たる土地も亦國權行使の目的物たる性質を有するものであると斷定してゐる。

第二說は、**イナマ・シュテルネッグ**及**ザイドラー**等の唱ふる所である。この說に依るに、領土は國家の構成要素であり、法律上權利主體たる國家の一部分であるといふのである。蓋國家は一定の土地に定着せる多數人の集合體である。國家の觀念は土地、人民、權力者、權力及憲法等の諸原素(條件)の存在するに及んで始めて發生する。故に權力者又は服從人民と同じく、土地も亦國家の構成要素なりと認めなければならない。又現に國家の行爲竝に發達は常に一定の土地の上に於て行はれる。國家がその存立を維持することを得る所以は、これが一定の場所を占領して專ぱらこれを支配し、その區域より他人を排斥するがために外ならない。土地その者は國家の存立に一日も缺くべからざるものであるから、土地を以て國家の構成要素と認むるの外はないといふのである。

イナマ・シュテルネッグは國家と個人とを比較對照して、領土は國權行使の目的物なりといふ學說に對して駁擊を加へ、人間の身體全部が權利主體としてその構成分子たる四肢(手足)に對して權利を有し、身體の構成分子たる四肢が權利の客體として身體全部より權利の行使を受くることを得ないのと同樣に、國家といふ有機體が權利主體としてその構成分子たる土地に對して權力を有し、國家の構成分子の一つたる土地が國權行使の客體として國家といふ有機體全部より權力の行使を受くることを得べきものでないと論斷してゐる。氏の說に依るに、人間の身體全部を以て權利主體と認むる以上は、その構成分子の一つたる四肢(手足)も亦權利主體の一部であると認めなければならない、それと同じく、國家といふ領土團體自身を以て一箇の權利主體と認むる以上は、その構成分子たる領土も亦その權利主體の一部であると認めなければならないといふのである。

第三說は、**ゲオルグ・マイヤー**の主張する所である。氏の說に依るに、領土は國權行使の目的物でもなく、又權利主體たる國家の構成分子でもない。領土は國家が權力を行使するの範圍(區域)である。國家が積極的には人民に對して命令强制を行ひ、消極的には他國の權力行使を排除することを得るの區域、卽ちこれに屬する。領土は國家が權力を行使するの區域であるから、國家はその領土內の個人及團體に對して命令及强制をなすことを得る。卽ち、國家はその領土內に於ては內國人に對してのみならず、外國人に對しても亦權力を行ふことを得る。かくの如くに國家がその領土內に於て內國人に對してのみならず、外國人に對しても亦權力を行使することを得るの事實は、卽ち、領土が國權

行使の區域たることを證明するものであるといふのである。

上に掲げた三箇の學說は何れも獨立の學說である。併し乍ら學者はこの三種の學說を綜合折衷して領土の法律上の性質を說明せむことを試むるに至つた。これがために、領土の法律上の性質に關し、更に次の三種の學說が生ずるやうになつた。

第四說は、**ロズィン**の主張する所である。氏の說に依るに、領土は國際法上及國內法上各その性質を異にする。領土は國際法上に於ては國家の權力の行使に因つて讓渡、交換又は貸與せらるゝ所の目的物であり、國內法上に於ては權力主體たる國家の構成分子であるといふのである。**ロズィン**が國際法上に於てのみ領土を國權行使の目的物と認むる所以は、領土の讓渡、交換又は貸與は國際法の規定に基づき國家と國家との間に於てのみ行はれ、決して國內法の規定に基づき國家と人民との間に於て行はれないがためである。又同氏が國內法上領土を以て國家といふ權利主體の構成分子と認むる所以は、領土は領土團體の一種たる國家の觀念の發生するがために必要缺くべからざるがためである。要するに、第四說は第一の領土客體說と第二の國家構成要素說とを折衷したものに外ならない。

第五說に依るに、領土は一方に於ては國家の權力行使を受ける目的物であり、他方に於ては國家が權力を行使するの區域であるといふのである。この說は實際上**ツィテルマン**の承認する所であると謂つて妨ない。この學說を採る者が、一方に於て領土を以て國家の權力行使の目的物と認むる所以は、國際間に於て領土が國家の統治權（意思の力）の作用たる條約に由つて、一國より他國に讓渡又は貸與せらるゝがためである。又これ等の人が他方に於て領土を以て國家の權力を行使する區域であると認むる所以は、領土は國內に於ては人民に對する讓渡又は貸與の目的物となることなくして、唯積極的には國家が臣民に對して命令强制をなし、消極的には他國の權力行使を排除するの區域たるに止まるがためである。この第五說は第一の領土客體說と第三の國權行使の區域說とを綜合折衷したものに外ならない。

通例多くの學者は、國家が一定の領土內に於て專ら權力を行使し、その區域內へ他の國家の這入り來つて權力行使をなすことを排斥するの力を有することの理由に基づき、國家はその領土に對して一種の物權的權力を有するものと認め、これと同時に領土は國權行使の目的物であると主張する。それ等の人々は、領土は國權行使の範圍であるといふことを前提となし、これに基づき領土は國權行使の目的物であるといふ論結を下ださむとするものである。それも亦第五の折衷說を採るものと認められないことはない。

第六說は、**フリッカー**及**イェリネーク**の主張する所である。この說に依るに、領土は一方に於ては權利主體たる國家の構成分子であり、他方に於ては國家が權力を行使するの區域であるといふのである。これ等の人々の見解に依るに、國家の觀念は一定の土地の存在するに非ずむば成立しない。從つて土

地は服從人民、機關、權力又は憲法等と同じく、國家の觀念の構成要素である。併し乍ら領土は國家の構成要素たることの外に、更に國家の權力を行使するの區域たる性質を具備するのであつて、その點に於て國家の觀念を成立せしむる他の構成要素、例へば、服從人民、機關、權力又は憲法等と法律上區別せらる。故に領土は法律上國家の構成要素であり、且同時に國權行使の區域であると論定しなければならないといふのである。この第六說は第二の國家構成要素說と第三の領土範圍說とを折衷したものである。

領土の法律上の性質に關しては、かくの如くに六種の學說があるけれども、余はその中で最後に擧げた第六說を以て正鵠を得たものとなし、その他の學說を以て誤であると認める。その理由に付一言の說明を試みやうと思ふ。

第一に、領土を以て國家の權力行使を受くる目的物(客體)と認むる學者は、國家は領土權に基づき直接に國內の領土全部に對して使用及處分行爲をなし、且これをなすの上に於て他國より妨害を受けない權を有するものゝ如くに想像する。民法上物權を有する者は、物に對して直接に使用又は處分行爲をなし、且これをなすの上に於て他人より妨害を受けない權を有する。これと同じく國家は憲法上その領土全部に對して直接に使用及處分行爲をなし、且これをなすの上に於て他國より妨害を受けない權を有する。故に民法上物が物權の目的物たると同じく、憲法上國家の領土全部は領土權といふ公法上の物權の目的物であるといふのである。併し乍ら余の見る所に依るに、領土權は寧ろ領土內の人民に對して專ぱら命令强制を行ひ、且これをなすの上に於て他國より妨害を受けない權であつて、直接に領土たる土地それ自身に對して使用及處分をなすの權ではない。領土權は寧ろ民法上の債權と同じく、直接に人に對して或る種の要求をなすの權であつて、民法上の物權のやうに、直接に物に對して或る種の行爲をなすことを眼目とするものではない。從つて領土權を民法上の物權に比較し、これと同時に領土を以て領土權といふ公法上の物權の目的物と認むるのは正確ではない。

言ふ迄もなく、國家は行政法上その領土の一部分たる河川、港灣、海濱、國有の道路又は官廳の建物の敷地等に對して管理及處分行爲をなすことを認められ、且これをなすの上に於て他の一般人民より妨害を受けない權を有つてゐる。獨逸の**オットー・マイヤー**の如きは、この權利を公法上の物權と稱してゐる。これを公法上の物權と名付くべきか又は物(公物、公產)に關する公法上の支配權と名付くべきかといふ問題は、文字上の爭論に過ぎない。併し乍ら實際上國家が河川、港灣、海濱、國有道路又は官廳建物の敷地等に對し、民法の物權に關する規定を離れ、公法の規定に從つて管理及處分をなすの權を有し、一般人民のそれ等の物を使用することに付制限を加へることを得るのは、事實として動かすことを得ない。併し乍らその所謂公法上の物權(物的支配權)と國家の領土權とは全然別個の權利である。

第一に、國家の領土權は國家の觀念の基礎たる總ての土地（領土全部）の上に於て行はれる。それはその土地の私人に屬すると、國家、その他公の團體に屬するとを問はない。これに反し國家の公法上の物權は、國家が特に公の目的に充當し、原則として一般私法の規定を適用せざることゝなしてゐる土地、その他の物件（公物、公產）、例へば、國家の管理せる河川、港灣、海濱、道路又は要塞等の上に於て行はれるに過ぎない。第二に、國家の領土權は土地に對して直接に使用又は處分をなすことを眼目とするものでなくして、寧ろ領土內の人民に對して專ぱら命令及强制を行ひ、且これをなすの上に於て他國より妨害を受けない權である。これに反し國家の公物（公產）に對する公法上の物權（物的支配權）は直接に人に對して命令及强制をなすことを眼目とするものではなくして、寧ろ民法上の物權と同じく、公物又は公產たる特定の土地又はその他の不動產に對して管理及處分をなし、且これをなすの上に於て他人より妨害を受けない權に過ぎない。第三に、國家の領土權の主もなる效果の一つは、その領土內に於て猥りに他國をして權力を行ふことを得ざらしむることに存する。これに反し國家の公物（公產）たる土地又はその他の不動產に對する公法上の物權の效果は、國內の一般人民をしてその所謂公法上の物に對して普通の私法上の物に對すると同一の權利を行ふことを得ざらしむることに存する。

かくの如くに領土權と公法上の物權（公物支配權）とは全然別個の權たる以上は、假令國家の領土に屬する一部分の土地（卽ち國家の公物たる土地）が所謂公法上の物權（物的支配權）の目的物として國家の管理及處分を受くる事實ありとするも、それを根據として直ちに國家に屬する土地全部は公法上の物權たる領土權の目的物として國家の管理及處分を受くるものであると論斷することを得ないのは當然である。この理由に依り、國家がその領土全部に對して公法上の物權（公物管理權）を有するものゝ如くに假想し、これと同時に國家の領土全部を以て國家の公法上の物權（公物管理權）の目的物と認めむとする學說に對しては贊同することを得ない。

國家はその領土內に於ては專ぱら命令强制をなすの權を有し、これをなすの上に於て他國より妨害を受けない權を有つてゐる。領土が國家の命令强制權行使の範圍たるのは、私人の所有に係る土地がその者の一定の行爲をなすに付ての區域たるのと同一である。併し乍ら領土は國家の統治權行使の範圍たるの事實ありとするも、これがために領土は統治權の客體なりと謂ふべき理由はない。領土は統治權行使の範圍であるか、又は統治權行使の客體であるかといふことが問題となつてゐる場合に於て、實際上領土が統治權行使の區域たる事實が存在するならば、その事實をその儘に認めて領土は法律上統治權行使の範圍であると謂へば、それで充分である。それ以上に領土は統治權行使を受くる客體であると論定するには及ばない（註一）。

（註一）ラバンドは領土が一國より他國に讓渡又は貸與せらるゝ事實に基づき、領土は國權行使の目的物たる性質を有するものであ

ると主張する。併し乍ら國家は公法の規定に基づき、國家の領土の一部たる河川、港灣、海濱又は國有道路等に對して所謂公法上の物權(公物管理處分權)を有するに止まり、その外に、別に領土たる土地全部に對して直接に管理及處分をなすべき權をも有つてゐない。かくの如くに國家は純然たる私人の所有土地に對しては領土權に基づき何等の管理及處分をなすの權を有つてゐないのであるから、國家がその自から有つてゐない所の土地管理權又は處分權を他國に讓渡し又は貸與すること能はざるのは當然である。要するに、國際間に行はるゝ領土の讓渡又は貸與といふのは、領土を形成する土地自身に對する管理權又は處分權の讓渡又は貸與ではなくして、實はその領土内の人民に對して行使せらるべき國家の命令權の永久的又は一時的讓渡(拋棄)に外ならない。國際間に於て領土の讓渡又は貸與なる文字の使用せらるゝことに對して重きを置き、これを根據として領土は國際間に於て國家の權力行使の目的物であると論斷するのは、徒らに領土の讓渡又は貸與といふ文字にのみ拘泥して、事實の眞相を究めないものなりといふ譏あることを免れない。

又**ラバンド**は國家が無人島に於ても尚且國權を行使して、外國の權力行使を排斥することを得るの事實を指摘し、これを理由として結局無人島を以て國權行使の目的物と認めなければならないと主張するけれども、余はその見解を以て正しいものとは認めない。國家が無人島に於ても尚且國權を行使することを得るのであり、少くもその島内に外國權力の猥りに侵入するのを排斥するの力を有するものであるとせば、それを理由としてその事實の示すが如く、無人島も亦國家の領土の他の部分と同じく、國權行使可能の區域なりと論斷すれば宜ろしいのである。無人島は國家が權力を行使することを得べき區域であるから、從つて無人島は國權行使の目的物を形成するといふのは、一つの前提より、全然これに無關係な論結を求めむとするものに過ぎない。實際上國權行使の區域たる土地を言ひ換へて、國權行使の目的物と名付くるとも、これがために何等の利益を生じない。さういふ理由に依り、領土を以て國權行使の目的物と認めるラバンド一派の學說に對しては、余は贊成を表しない。

國家はその統治權に基づき、國内にある私人の土地を收用することを得べく、又國家は天災事變の場合に於ては、危害防遏の目的のために國内にある私人の土地を使用することを得る(行政執行法、四)。かくの如き場合に於ては、國家の領土たる土地が國家の統治權の目的となつてゐるものゝやうに見える。併し乍ら私人の土地を收用するの權又は警察上危害防遏の目的のために私人の土地を使用する權の如きは、必ずしも國家の領土たる土地に限つて行はるゝものではなくして、國家の領土でない所の土地、例へば、國家が臨時に於て一時占領せる外國領土内又は租借地内にある私人の土地に對しても一樣に行はれ得べきものである。從つてそれ等の權を以て國家の領土たる土地に對してのみ行はれるものであると認め、又は國家の領土たる土地のみがそれ等の權力の目的物となることを得るものであると解するのは誤である。公用のために强制的に土地を收用するの權又は警察上の目的のために私人の土地を强制的に使用するの權は、國家の領土たる土地に對する物權的(對世的)權利ではなくして、國家の權力行使の範圍にある私人の私有土地に對して行はるゝ對人的權利(私人の私有土地に對して一定の行爲をなし、私人をしてその行爲を忍受するの餘儀なきに至らしむる權)に過ぎないのである。

かくの如くに領土を以て國權の行使を受くる目的物と認むる學說は重大なる缺點を有つてゐるけれども、これに反し第二の國家構成要素說及第三の權力行使範圍說はかくの如き重大なる缺點を有せず、寧ろ各一面の眞理を包含する。併し乍らそれ等の學說も亦單獨にては完全なることを得ない。若も領土は國家の構成要素であるといふ第二の學說は、法律上國家觀念の發生するに際し、領土の一日も缺くべからざるものであることを言ひ顯はさむとしてゐるものであるとするならば、その意味に於て領土は國家の構成要素たるに相違ない。併し乍ら國家の觀念の基礎たるものは必ずしも領土のみではない。人民、機關、權力又は憲法等も皆均しく國家の觀念の基礎を形成する。從つて領土は法律上權利主體たる國家の構成原素であるといふのみでは、領土の法律上の性質は更に判明しない。その學說では、領土と國家の他の構成要素とが法律上の性質に於て如何樣に異つてゐるか、更に分らない。

第二の構成要素說は誤ではないけれども、不完全なることを免れない。

次に領土は國家の權力を行使する區域であるといふ第三の學說は最も多くの眞理を包含する。蓋し國家はその領土內に於て專らその權力を行使し、その區域內に於て他國が猥りに權力を行使することを排除するの力を有つてゐるから、その理由に基づき領土を以て國家の權力行使の區域と認むるのは誤でない。併し乍ら反對に國家の權力を行使する區域は必ずしも總べて領土ではない。例へば、國家が戰爭の結果に依り一時他國の領土を占領する場合に於て、占領國がその占領區域に於て權力を行使すると共に、被占領國はその地方に於て權力を行使すること能はざるに至ることを免れない。併し乍らその場合に於て、その占領地は法律上必ずしも占領國の領土とは認められない。又一國が他國の領土を租借してその區域內に於て權力を行ふとも、その土地(租借地)は租借國の眞正の領土とは認められずして、租貸國の領土たる性質を有するものと認めらる。これ等の點より論ずるに、領土は憲法上國家の權力を行使する區域であるといふ說明に因つては、領土の法律上の性質は判明しない。その學說では、國家の權力行使の區域中、如何なる性質を具ふるものが領土であり、如何なる性質を具ふるものが領土でないのであるか分らない。

上に述べた所を約言するに、領土の法律上の性質に關する第一の客體說は絕對的にこれを採ることを得ない。第二の國家構成要素說及第三の權力行使區域說は誤ではないけれども、それ自身單獨では完全なることを得ない。而して第四の**ロズィン**の學說竝に第五の**ツィテルマン**の學說は、絕對的に採るべからざる第一說と、單獨にては不完全なる第二の國家構成要素說又は第三の權力行使區域說とを綜合したものであるから、それ等の學說は第一說、第二說及第三說と同じくこれを採ることを得ない。これに反し第六の**フリッカー**及**イェリネーク**の學說は、第一の權力行使の目的物說のやうに絕對的に採るべからざる學說を包含してゐない。それは各々一面に於て眞理を代表する第二の國家構成要素說及第三の權力行使區域說とを綜合したものであるから、その論旨が比較的最も良く理論に適合する。領土の法律上の性質はこれに因つて大體に於て判明する。その理由に依り余は領土の法律上の性質に關してはこの第六說を採らむとするのである。要するに、領土は一方に於ては權利主體たる國家の構成要素であり、他方に於ては國家の權力行使の區域である。

第一節參考書。ラバンド、獨逸國法、第一卷(一九〇一年版)、一七二—一七六頁。**ザイデル**、巴威倫國法、第一卷(一八八五年)、六二九頁以下。**フリッカー**、領土及領土高權論(一九〇一年)、五六頁以下。**ハイルボールン**、國際法體系(一八九六年)、二五頁以下。**ラドニツキイー**、領土の法律上の性質。**イナマ・シュテルネッグ**、領土の法律關係。**サィドゥラー**、國家の領土の法律上の特徵(標準)。**ロズィン**、公共組合法、四四頁。**イェリネーク**、一般國家學(一九〇五年版)、三八四頁以下。**クルティウス**、領土及國籍論。**ブリィー**、國家聯結論、一三頁。**ツィテルマン**、國際私法、第一卷(一九一一年版)、九四—九八頁。立博士、平時國際法論、二六八頁以下。**デパイニィエー**、國際公法(一九〇五年版)、四三五—四四一頁。**デュギュイ**、憲法、第一卷(一八九七年)、九一頁以下。**ペルティエー**、國際公法(一九〇五年)、四三—四四頁。拙稿、憲法、第一分冊(大正、一四年)、四三—四四頁。

第二節　領土の範圍及成分

國家の領土の限界は或は成文法に依つて定められてゐることもあり（一九一八年の革命前及革命後の獨逸聯合國の如きこれに屬する）、或は又慣習法に因つて定められてゐることもある（日、英、佛の如きこれに屬する）。而してこの法規に依つてその範圍を限定せられた領土は陸領及水領の二つより成立する。

國家の陸領は地球表面の一部分たる土地にして、その國に屬するものと認められるゝものであり、慣習法又は成文法に依つてその範圍を限定せらるゝものである。國家の陸領はその土地の上部に在る一帶の空間（空領）及その土地の下に在る一帶の地底をも包含する。陸領の上部にある一帶の空間が國家の領土に屬することの結果として、國家はその空間に於ける飛行機及飛行船の遊翔に對して取締をなすの權を有する。又國家の陸領の下に横はれる一帶の地底が國家の領土を形成することの結果として、國家はその地底に於ける鑛物採掘に對して取締をなすの權を有する。

國家の水領はその國に屬すると認められるゝ河、湖及海をいふ。水領は國内を貫通する河川、運河、湖沼及狹義の内海を包含する。併し乍らその外に、その水領の上部にある空間（空領）及その水領の底たる土地（河底、海底）も亦水領に屬するものと認めて妨ない。國家の水領の底たる土地も亦國家の領土に屬することの結果として、國家は、例へば、その土地の上に敷設する海底電線に對して取締をなすの權を有する。

國家の沿岸の海は國家の水領に屬するや否やに付ては議論がある。併し乍ら余は沿岸の海を以て國家の領土の一部と認める。沿岸の海、即ち領海の範圍に付ては學者間に議論があるけれども、余は國家がその權力を以て支配し得べき區域（即ち、國家の海岸砲臺より彈丸の達し得べき區域）を以て領海と認める。但國家は他國と條約を締結し、これと異つた方法に於てその各自の領海の範圍を定むることもないではない。例へば、北海の漁業の警察上の取締に關する一八八二年、五月六日のハーグ條約の如きは、各締盟國の沿岸（干潮時に於ける最低の波の附着せる線）より起算して三海里以内の區域を以て各締盟國の領海と認めてゐる。

國家の植民地は廣義に於てはその國の領土の一部を構成するものと認めらる。植民地とは、國家がその本國領土（本來の領土）以外に於て、その國の人民の定住地として有つてゐる土地であつて、その國自から權力を行へるものをいふ。外國に對する關係に於ては、植民地はその國の領土の一部を構成するのであるから、甲國の植民地に對して乙國が戰爭行爲をなすときは、これと同時に乙國は甲國自身に對して戰爭をなしたものと同一視せらる。植民地は國際間に於てはその本國領土の一部と認めらるゝけれども、その本國の國内法上必ずしもその本國と同一の取扱を受けない。例へば、一九一八年

の革命前に獨逸聯合國の有つてゐた植民地(保護領土)は國際間に於ては獨逸聯合國の領土を構成するものと認められてゐたけれども、獨逸聯合國憲法はこれを以て獨逸聯合國の領土の一部と認めず、これに對しては全然獨逸聯合國憲法を適用しないことにしてゐた。

第二節參考書。リスト、國際法(一九〇六年版)、第九節。**リヴィエー**、國際法、第一四節。**ガライス**、國際法(一九〇一年版)、七一頁以下。**ハイルボールン**、國際法體系、五頁以下及三六頁以下。**オッペンハイム**、國際法、第一卷(一九二〇年版)、三〇五頁以下。**デパニヱー**、國際公法(一九〇五年版)、四七九—四八七頁。立博士、平時國際法論、二七四頁以下。拙稿、憲法、第一分冊(大正、一四年)、四五及四六頁。

第三節　領土の取得及喪失

第一款　領土の取得及喪失事由

第一項　領土の取得事由

領土の取得事由は大別二つとなる。根元的取得事由及傳來的取得事由これに屬する。

根元的取得事由に因つて國家が領土を取得するといふのは、國家が他國の領土を縮小することなくして、自己の領土を擴張するに至ることをいふ。添附(附加)、時效及占領に因つて國家がその領土を擴張する場合これに屬する。

添附の結果に因つて國家が根元的に領土を取得するといふのは、例へば、一國に所屬する河の出口に偶然三角島が發生し、國家がその島の支配權を取得する場合、又は國家が從來領海であつた區域を人工に因つて埋め立てゝ陸地となしこれを支配するに至る場合等を指す。これ等の場合に於て國家は添附に因つてその陸領を增加するけれども、實際上かくの如き場合は現今では多く起るまい。

時效、卽ち時の經過に因つて國家が領土を取得するや否やに付ては學者間に議論がある。**マルテンス**の如きは時效を以て國家の領土取得の原因となしてゐるけれども、これに反し**リイヴィエー**の如きはこれを以て領土取得の原因でないと認めてゐる。幾年間國家が一定の土地を繼續して占領する場合に於て、その土地がその占領國の領土となるべきかに付ては國際法上何等の規定がない。併し乍ら人の記憶の外にある古い時代より國家が一定の土地を支配せる場合に於て、その事實に基づきその土地がその國の領土と認めらるゝことは、實例の示す所である。現に今日の諸國はかくの如き事由に因つて自己の占領せる土地を以てその領土と認めてゐるものに外ならない。從つてその意味に於て時效を以て國家の領土取得の一事由と認めても妨ない。

占領に因つて國家が領土を取得するといふのは、國家が何れの國家にも所屬しない土地を占領してこれを自國の領土に編入することをいふ。その一は國家が無人島を取得する場合であり、その二は國家が國際法上未だ完全なる國家を形成しない民族、例へば、亞弗利加の內地に漂泊せる野蠻人の占領せる土地をこれより讓り受ける場合である。この後の場合に於ても國家が新たに領土を取得するがた

めに、別に他の國家が領土を喪失又は縮小するに至らない。從つてこれも亦領土の根元的取得の場合の一たることを失はない。

次に、傳來的取得事由に因つて國家が領土を取得するといふのは、國家が他國よりその領土の一部分を取得することをいふ。一國が領土を取得すると共に、他國がそれ丈けその領土を縮小する場合これに屬する。國家が他國の領土を買得する場合、國家が他國より無償にてその領土の讓渡を受ける場合及國家が他國と戰爭をなし、講和條約に因つて他國よりその領土の一部を讓受ける場合これに屬する。

第二項　領土の喪失事由

國家の領土喪失の場合も亦二種に分かれる。その一つは一國が領土を喪失するのみであつて、別に他國がこれがために領土を取得しない場合である。その二は一國が領土を喪失すると同時に、他國が新たにその土地を取得する場合である。例へば、從來或る國の陸領を構成した土地が洪水汎濫のために一面の海となり、これがためにその國がそれ丈け陸領を喪失するが如きは、第一の場合に屬する。これに反し一國が講和條約に由つてその領土の一部(又は全部)を他國に讓渡すと共に、その領土の一部(又は全部)を喪失する場合、又は一國内の一部の人民が分離して獨立國家を形成したがために、その限度に於てその國がその領土の一部を喪失する場合の如きは、第二の場合に屬する。その外、一國がその領土の一部を他國に賣渡し又は無償讓渡をなし、他國をして傳來的取得事由に因つてその土地を取得せしめた場合に於て、賣渡國又は讓渡國がその限度に於て領土の一部を喪失するが如きも亦第二の場合に屬する。

第一款參考書。マルテンス、國際公法精義、佛譯(一八八三年)、第一卷、四五九—四七四頁。リィヴィエー、國際法、第一六節。リスト、國際法、第一〇節。デパニィエー、國際公法、四四一—四四七頁。オッペンハイム、國際公法、第一卷(一九二〇年版)、三七二—四〇六頁。立博士、平時國際法論、三三五—三六一頁。拙稿、憲法、第一分冊(大正、一四年)、四六—四八頁。

第二款　領土の取得及喪失の手續

領土の範圍が憲法又は法律の條項の上に於て明らかに定まれる國に於ては、これが新たに領土を取得し又はその領土の一部を割讓してその成文法の豫想せる範圍を變更するに當り、憲法改正又は法律の制定をなすことを要する。例へば、一九一八年の革命前の獨逸聯合國の如きはこの例を採つてゐた。革命後の獨逸聯合國も亦同樣である。

これに反し領土の範圍が憲法又は法律の條項の上に於て明らかに定められずして、慣習法に因つて定まつてゐる國に於ては、純理上領土の取得及喪失に際し、成文憲法又は法律の改正又は制定を行ふことを要しない。從つてそれ等の國に於ては領土の得喪を定むる一片の條約又は行政命令を國内に公布し、これに因つて以て領土の變更を有效に成立せしめる。例へば、我國の如きこれに屬する。併し

乍ら他の國に於ては領土の範圍が成文憲法又は成文法律を以て定められないのに拘はらず、領土の變更自身は國家に對して重大なる事故たることの理由に依り、普通の行政命令を以てこれを行はず、議會の協贊を經て、法律を以てこれを定むるの例を採用する、英國及佛國の如きこれに屬する。

第二款參考書。ラバンド、獨逸國法、第一卷(一九〇一年)、一八〇頁。**ジェンキィンス**、大不利頓の支配權(一九〇二年)、二一四頁。**ハットゥシェック**、英國々法、第一卷、一六七及一六八頁。**ヱスマン**、憲法(一九〇三年版)、五七九頁以下。**フーブリッヒ**、獨逸國憲法(一九二一年)、一八〇頁以下。**マイスナー**、獨逸國及諸邦の國法(一九二一年版)、三八頁以下。

第三款　領土の取得及喪失の效果

領土の變更は、一方に於ては取得又は割讓せられた土地内の住民の國籍に對して影響を及ぼし、他方に於ては取得又は割讓せられた地方に於て從來行はれた法令、條約竝にこれに基づく人の權利義務に對して影響を及ぼすのである。これに付ては第二門憲法本論、第一編、第一章及第二章（日本國家の領土及臣民）に於て多少の説明をなすことゝして、こゝではこれ以上に論究しない。

第四節　領土の區分

國家の領土は本國領土及植民地領土に分かれ、その各々は更に行政上の便宜のために、例へば、府縣及市町村等に分かれる。併し乍らこの外、尚國家の成文憲法の適用の有無を標準として、國家の領土を成文憲法實施の區域と成文憲法不適用の區域とに區別することを得る。國家はその領土全部に對して隈なく成文憲法を適用することを得べく、或は又本國領土に對してのみ成文憲法を實施し、植民地に對しては成文憲法を適用せざることゝなすことを得る。その後の場合に於ては國家の領域中、成文憲法の實施せられない區域が存在することゝなる。革命前の獨逸聯合國の如きは、その例を採つてゐたのである。

第三章　國家の臣民

國家の觀念の發生するがためには、多數人民の存在を必要とする。從つて諸國の國籍法又は臣民分限法はこの國家の觀念の基礎となるべき人民は如何なる種類の人より成立すべきかを定めてゐる。各國の國籍法は、人が如何なる場合に於てその國の構成分子たる資格を取得し、如何なる場合に於てこれを喪失するかを定むるものである。各國の國籍法の規定に依つてその國の人民と認めらるゝ者（即ち內國人）はその國の構成分子であるから、その所屬國家に對して諸種の公法上の權利及義務を有する。これに反し各國の國籍法上その國の人民と認められない者(即ち外國人)は假令その國家內に駐在するとも、その國の構成分子ではない。從つてそれはその駐在國に對して必ずしも內國人の有すると同一の權利及義務を有しない。

國家の觀念の基礎たる多數人民は法律上國家に對して種々相異つた關係を有する。

第一段に、人民は國家の部分的構成分子たる資格を離れ、自主獨立の目的の主體たる自然人（卽ち主我的生物、全部的統一體、獨立の完全體）として他の個人に對すると同じく、國家に對して對等の關係に立ち、これに對して民法上及商法上の權利及義務を有する。併し乍ら人民がこの地位に立つ場合のことに關しては、憲法上特に深く研究するには及ばない。

第二段に、人民は自主獨立の目的の主體たる自然人（主我的生物、全部的統一體、獨立の完全體）たる資格を以てせず、國家といふ全部的團體の部分的構成分子たるの資格（卽ち沒我的生物たる資格）を以て國家と公法上の關係に立ち、これと種々の權利義務を有する。併し乍らこの場合に於ても人民は更に二種の相異つた資格を有する。

第一の資格に於ては、人民は國家の機關として國家の權力の行使に參與し、國家のためにその意思を定め又はこれを執行する。併し乍ら人民がこの地位に立つ場合のことに關しては、次章（國家の機關の章）に於て說明を試みることにして、こゝでは別に說明を加へない。

第二の資格に於ては、人民は臣民又は公民として、國家の權力に服從し又は國家に對してそれ自身の利益のために、保護請求權、參政權、自由權及平等權を有する。通常學者は、人民が國家の構成分子たる服從者として國家に對して公法上の義務を負擔することより觀察して、これを臣民又は被治者といひ、これに反し人民が國家といふ全部的團體の部分的構成要素でありながら、而かも尙これに對して權利主體たるの地位に立つて、種々の公法上の權利を有することより觀察して、これを公民といふ。余が本章に於て研究せむとするのは、人民がこの地位に立つ場合のことに外ならい。

第一に、國家の構成分子たる人民は臣民たる資格に基づき、國家に對して積極的義務及消極的義務を有する。

積極的義務といふのは、國家の法令を以て命令する所をその儘に遵奉履行するの義務である。これを服從の義務といふ。兵役の義務及納稅の義務等これに屬する。消極的義務といふのは、國家の法令に依つて禁止せられた行爲をなさゞる義務である。その中には種々の別がある。併し乍ら臣民の最も主なる消極的義務は忠實の義務である。それは國家に對して不利益を惹起すべき反則行爲をなさざる義務である。例へば、國家に對して叛逆の行爲をなさず、又は國家の最高機關（君主）に對して危害を加へない義務の如きこれに屬する。

臣民の國家に對する義務は他の觀察點より見れば、一般的義務及特別的義務に分かれる。一般的義務は一般臣民が國家に對して負擔する義務である。兵役の義務、納稅の義務、警察命令に服從する義務の如きこれに屬する。これに反し特別的義務は、官吏又は軍人の如くに國家に對して一般臣民以上に一種特別の服從關係に立つ者、又は國家の營造物使用者（例へば、官立學校の學生生徒）のやうに國

家の營造物管理者の特別の權力の下に服從する者が、國家に對して負擔する義務に外ならない。この種の特別の服從關係は、或は國家の法律命令の强行的規定及これに基づく處分に因つて發生することもあり（一般兵卒の國家に對する特別の服從關係はかくの如くにして發生する）、或は又國家と個人との間の公法上の契約に因つて發生することもある（官吏又は營造物使用者の國家に對する特別の服從關係はかくの如くにして發生する）。

第二に、國家の構成分子たる人民は、公民として國家に對して種々の公法上の權利を有する。その主もなるものは、保護請求權、參政權、自由權及平等權である。

保護請求權といふのは、人民の利益のために一定の行爲をなさむことを國家に請求するの權である。その主もなるものは二つある。その一は國家の裁判所に出訴して公法上又は私法上の權利義務の確定を定むるの權利であり、その二は國家に對して請願をなして以て國家の保護を求むるの權である。その外、國家の行政廳に訴願を提起して國家の救濟を求むるの權、又は私權又は公權を設定せむがために國家の特許を求むる權の如きも亦これに屬する。

參政權といふのは、國家の機關の組織に干與する權利である。その主もなるものは、國會議員選擧權及被選擧權である。これに付ては憲法本論第一編第二章（國家の臣民）に於て一層詳らかに說明する。

臣民の自由權といふのは、猥りに國家よりその行爲の自由を制限せられない權利である。詳細にいへば、それは臣民が或る種類の行爲をなすに際し、憲法に所謂法律（公民の多數決又は公民の代表者たる議會の協贊を經て成立した國家の意思表示）に依るの外、猥りに他の形式に依る制限を國家より受けない權利である。或る種類の行爲をなすに當り、行政の首長及行政官廳の一片の命令又は處分に依つて猥りにその行爲の自由を制限せられない權利これに屬する。例へば、身體の自由、居住移轉の自由、言論著作印行の自由、集會結社の自由、所有權の自由、信書祕密の自由等これに屬する。

臣民の自由及財產を制限するに付ては、人民の代表者たる議會の議決に依り又は國內の公民の多數（選擧權者團體）の直接投票に依つて制定せられた法律に依ることを必要とし、猥りに行政の首長又は行政官廳の獨斷なる命令又は處分（憲法及法律に根據を有しない命令又は處分）を以てこれに對して制限を加へることを許さず、これに因つて臣民の自由權の存在を認めることを稱して、法治國の主義といふ。この原則は、例へば、我國の憲法第二章臣民の權利の保障に關する規定の採用する所である。法治國の主義に依るに、臣民の自由權は性質上憲法に所謂法律又はその委任を受けた命令に因つては種々の制限を受けることを免れないけれども、憲法の認許しない行政部の獨斷の命令又は處分に因つては更に制限を加へられないのである。從つて國家が憲法の明文を以て、臣民の身體、居住移轉、言論著作印行、結社集會又は所有權に關し、かくの如き意味の自由權を有することを宣言して置くなら

ば、國家の行政官廳は憲法上の法律の認許する限度に於てのみ、それ等の事項に對して命令及處分をなすことを得るに止まり、法律の認許又は授權を待たずしては、猥りにこれに對して制限を加ふることを得ざるの結果を生ずる。かくの如くにして人民の行爲の自由に對する行政官廳の壓制が排除せられて、個人自治の範圍の存在することの公認せらるゝと共に、個人が自主自存の目的の主體として、その天賦の能力を發揮してその個性を完成するに付多大の便宜を得るに至るべきのは、多言を要せずして明らかである(註一)。

(註一)　國家の構成分子たる人民が服從義務を有することに付ては、何人も疑を抱かないけれども、これに反し人民が國家に對して權利、殊に自由權を有するや否やに付ては、學者中に議論が少なくない。併し乍ら憲法總論第一章に於て述べた通り、國家は國內に於ても決して法律の外に立つものではない。國家も亦個人と同じく法規の制限及束縛を受けて臣民に對して權利及義務を有するものであるから、これに相應して臣民が國家に對して服從及忠實の義務の外に、權利、殊に公權を有するとも亦可能なるべき譯である。學者動もすればいふ。『國家は法律の外に立ち、絕對無限の權力を有し、法規に依つて毫も制限を受けないものであるから、法律上更に義務を負擔しない、從つて人民は國家に對して何等の權利をも有することを得ない』と。この論者は法は國家の命令である、從つてそれは命令者たる國家自身を羈束するの力を有しないと前提するのである。併し乍らその前提の誤つてゐることは、緒論第三章及憲法總論第一章に於て說明した通りである。從つてその論結も亦誤謬たることを免れない。

人民の公權、殊に自由權の存在を否認する者は次の如くいふ。『憲法上臣民は法律の定むる制限に依るの外、猥りに身體の自由、居住移轉の自由、言論著作印行の自由、集會結社の自由又は所有權の自由を制限せられないといふ規定が存在するとも、それ等の自由の範圍は法律の規定如何に依つて自由に伸縮せらるゝことを免れない。臣民の自由の保障に關する憲法上の規定の結果に因つて、確定不變なる自由の範圍なるものが別に設定せらるゝに至らない、從つて自由權なるものは全く存在しないのである』と。併し乍ら自由權は漠然某々の行爲又は不行爲をなし得るといふ權利ではなくして、その行爲又は不行爲をなすに當り、憲法上の法律に依るの外、猥りに他の形式(憲法上の命令及處分)に因つて制限を受けない權利に外ならない。自由權は性質上憲法に所謂法律の認許しない行政命令又は行政處分に由つて猥りに制限を受けない權利に相違ないけれども、憲法上の法律に由つては種々の制限を受けて、その範圍を伸縮せらるゝことを免れないのである。自由權が國內の公民の多數又は議會の協贊を經た憲法上の法律に由つてその範圍を伸縮せらるゝことありとせば、それは寧ろその本來の性質に適合する法律的制限を受くるに過ぎないのであつて、更にその本質を毀損するものではない。自由權の範圍は憲法上の法律に由つて伸縮せらるゝから、自由權は存在しないといふが如きは、自由權の性質を誤解するものである。

又他方より論ずるに、憲法上人民の自由權が認められ、人民の或る種類の行爲又は不行爲を制限するに付ては必ず法律の形式に依ることを要することゝなり、且その法律の制定に際しては公民の多數決又は國會議員の多數の贊成あることを要することゝ定まれる以上は、人民の自由を壓迫せむとする不當の法律は實際上容易に成立するに至らない。何となれば、國內の公民の多數又は國會議員の多數

は故なく人民の自由を壓迫せむとする不當なる法律の制定に對しては容易に同意を與へないからである。人民の自由は國內の多數公民の直接又は間接に同意を表した法律上の制限に依るの外、猥りに他の制限を受けないことになつてゐれば、人民は行政廳の獨斷なる命令及處分に由つて不當なる制限を受くることを免れ、その法律上の地位の安固なるに至るべきのは想像するに難くない。從つて自由權（法律に依るの外、猥りに他の形式に因つて自由を制限せられない權）を人民の重要なる公權と認めるのは理由なしとは謂はれない。

終りに平等權といふのは、人が公法上權利又は義務、利益又は不利益を有するに當り、その門地（家柄）又は階級の區別に基づき國家より差別的待遇を受けない權利をいふ。公法上國家より平等の待遇を受くるの權、卽ちこれに屬する。一七八九年の佛蘭西革命前に在つては、佛國內に貴族、僧侶及一般人民の區別があり、貴族及僧侶は司法上特別裁判所の裁判に服するの特權を有し、國家の官職に就くに付幾多の便宜を有つてゐたのみならず、國家に租稅を納付するの義務を免ぜられてゐた。貴族、僧侶及一般人民は法律の前に於ては平等の待遇を受けず、一般人民は甚だしい不利益を受けてゐた。佛蘭西革命の起ると共に、憲法制定國民議會はその弊害を一掃せむがために、一七八九年に有名なる人權の宣言書を發し、その第一條に於て、各人は生れながらにして自由であり、その權利に於ては同等である、社會上の（階級的）區別は、公共の必要ある場合を除くの外、これを存置しないといふ原則を掲ぐるに至つたのである。

各人は自主自存の目的の主體（それ自身のみにて獨立の全部的主我的生物）としてその天賦の能力を發揮し、その個性を完成することに付權利を有すべきものである。併し乍ら各人をしてその天賦の能力を發揮することを得せしむるに付ては、他の個人の同一の權利を害しない限り、各人をしてその欲する所に從ひ自由の行爲をなすことを認許するの外はない。この理由からして各人は一定の行爲をなすに付、猥りに國家より妨害を受けない自由權を有すべきものであるといふ論結に到達する。併し乍ら各人が自由にその天賦の能力を發揮して自由にその個性を完成することを得るがためには、各人が法律の前に於て平等の待遇を受け、これが公法上權利を有するに當つても、亦公法上義務を負擔するに當つても、國家から差別的待遇を受けないことになつてゐなければならぬ（國內の特定の階級に屬する者のみが義務を免除せられて特權を保有することになつてゐるならば、その者は天賦の能力を自由に發揮するに付て多大の便宜を有するけれども、これに反しその特權を有つてゐない他の階級の人人は、その天賦の能力を自由に發揮するに付少なからざる不便を受けることになる）。國家が國內の總ての人民に平等權を認め、これに對して差別的待遇をなすことを避くることを要するといふのは、この理由に基づくのである。

臣民の平等權に關する諸國の憲法の規定は一樣でない。或は廣い範圍に於て平等權を認めてゐるも

のもあり、或は又狹い範圍に於てのみこれを認めてゐるに過ぎないものもある。併し乍らそれに付ては憲法本論第一編第二章(國家の臣民)に於て更に攻究することゝなして、こゝではこれ以上に說明を試みない。

人が或る國の法律に依り、その國の臣民又は公民としてその國に對して公法上の權利及義務を有する場合に於て、學者はその者がその國の臣民分限又は國籍を有するものと認める。臣民分限(國籍)の性質に付ては議論がある。或學者はこれを以て國家に對する絕對無限の服從の狀態であるといひ、他の學者はこれを以て權利なりと認め、殊に臣民の側より、國家に對して臣民(公民)たることを主張するの力であると解する。併し乍ら余の見る所に依るに、臣民分限は、人が或る國よりしてその國の構成分子と認めらるゝの狀態である。服從及忠實の義務、保護請求權、參政權、自由權及平等權等はこの國家の構成分子たる資格より生ずる當然の結果に外ならない。

臣民は國家に對して公法上の權利及義務を有つてゐるけれども、その權利義務の範圍は人に依つて相同じからぬ。或は男女の區別に依り、或は成年者と未成年者との區別に依り、或は人種の區別、殊に本國人と植民地人との區別に依り、或は宗敎の區別に依つて、臣民各自の權利義務は必ずしも相同じからぬ。これと同じく。或は精神狀態の健全なると否(禁治產者又は準禁治產者と然らざる者との區別)に依り、或は特殊の職業、身分又は財產の有無に依り、或は自然人と法人との區別に依つて、臣民各自の權利義務は相同じからぬ。臣民中の各種の階級を區別し、その各自の權利義務を明らかにするのは、憲法及行政法の任務に屬する。

臣民といふのは、自然人のみを指すのが通例である。併し乍ら廣義に臣民といふのは、必ずしも自然人のみに限らない。自然人の合同に因つて成立した團體、例へば、民法上又は商法上の團體又は地方團體のやうな公法上の團體も亦國家の臣民と同一視せられ、國家に對して外國人の有つてゐない特別の權利及義務を有する。

臣民の外、外國人も亦駐在國の權力に服從し、これに對して法律又は條約の規定に基づき權利及義務を有する。併し乍ら外國人が駐在國に對して服從義務又は或る種の權利を有するのは、その駐在國の構成分子たるがためではなくして、その駐在國の權力行使の區域たる領土內に存在するがために過ぎない。從つて外國人は駐在國內に存在する間を限り、これに對して公法上の權利及義務を有するに止まるのであつて、その國を退去した後に於ては、これに對して公法上の權利及義務を有しない。臣民がその所屬國家の構成分子としてその國內に滯在中のみならず、その國を去つて外國に在る場合に於ても、尙且これに對して多くの公法上の權利及義務を有するのと著しく相異つてゐる。

第二章參考書。**ギ・ヤァルケ**、執筆論說、**ラバンド**、國法評論(**シュモルラー**、年報第七卷、揭載)三四—三九頁。同氏、國法學の基本觀念(全國家學雜誌、第三〇卷、三二四—三二六頁)。**イェリネーク**、一般國家學(一九〇五年版)、三九三—四一三頁。同氏、公權

體系、九四―一九三頁。**ラバンド**、獨逸國法、第一卷(一九〇五年版)、一三二頁以下。**シュティヤ・ゾムロー**、普國々法、第二卷、一四頁以下。**ギィーゼ**、獨逸聯合國々法綱要(一九二一年版)、一五七―一六八頁。**フーブリッヒ**、獨逸聯合國憲法(一九二一年版)、一八五―二一〇頁。**マイスナー**、獨逸聯合國及諸邦の國法(一九二一年版)、二二二頁以下。**エスマン**、憲法(一九〇三年版)、三七九―三八一頁。三八二―二八四頁。拙稿、憲法、第一分冊(大正、一四年)四九―五四頁。

第四章　國家の機關(國家顯現人)

第一節　總　說

一定の土地の上に多數の人民が定住し、且その多數人民の中に於て若干の權力行使者があつて、これが他の多數人民に對して命令及强制をなし、多數人民の間に秩序を維持し、その共同生活を可能ならしめてゐる場合に於て、吾々は國家の存在を認める。その權力者は卽ち國家の權關(國家顯現人)である。國家の機關は、國家といふ團體のためにその意思を作成し又はこれを執行し、又はその意思の作成又は執行のために必要なる補助行爲若くは準備行爲をなし、これに因つて國家の存立及活動を可能ならしむるものである。それは必ずしも多數人民に對して命令及强制をなすものゝみに限らない。一般人民に對して命令强制しない國家の機關も少なからず存在する。例へば、各省の次官、局長、書記官、事務官の如き、官立學校の校長及事務官の如き、政府の工場又は試驗所の長官又は事務官の如きこれに屬する。併し乍ら國家の機關中に於て最も重要なる地位を占むるものは、人民に對して命令及强制をなす所の機關である。それで通常多くの人は、國家の機關のことを稱して權力者といふ。

古い時代の思想に依るに、國家の構成分子たる多數人民中には貴族的權力者と平民的服從者と二階級があり、その兩者の身分には天地の差異があり、權力者階級の人は絕對無限の權力を有し、法律上何等の制限を受けず、これに反し服從者階級の人々は絕對無限の奴隷的服從者であり、法律上何等の權利をも有しないものゝやうに認められてゐた。併し乍ら今日の文明國家に於ては、國家の機關として權力行使をなすことを專ぱらとなし、法律上更に義務を負擔しない特別の壓制的權力者階級は存在せず、これと同じく國家の權力に服從することを專ぱらとし、法律上何等の權利を有つてゐない特別の奴隷的服從者階級は存在しない。國家を構成する多數人民は國家の臣民として國家に對して服從の義務及忠實の義務を負擔することの外に、國家の公民としてこれに對して自由權、保護請求權及平等權等を有し、且これと同時に國家の機關として國權の行使に參與し、例へば、國家の意思を定め又はこれを行ふの權を有つてゐる。これと同じく、國家の權力者も亦國家の機關として國權の行使に參與する權限(又は權利)を有することの外に、國家の機關たる資格を離れ、普通人民と同一の資格を以て國家に對して種々の權利及義務を有する。これを約言するに、國家の構成分子たる多數人民が國家の權力に服從し、又はこれに對して專ぱら自己の利益のために公法上の權利を有する場合に於て、その

地位に於ける人民を臣民又は公民といひ、これに反し國家の構成分子たる多數人民中の或る者が國家といふ團體のためにその意思を作成し又はこれを執行し又はその意思の作成及執行のために必要なる補助行爲又は準備行爲をなす場合に於て、その特別の地位に於ける人を稱して國家の機關といふのである。その機關は、或る自然人たることもあり、或は自然人の合議體たることもある。君主國の君主、共和國の大統領、君主國及び共和國の議會、裁判所、行政官廳又は選擧權者團體(公民團體)の如きこれに屬する。

第一節參考書。イェリネーク、一般國家學(一九〇五年版)、五二七—五三〇頁。**ザイドゥラー**、國家の法學的特徴(標準)、六五頁以下。**ギィヤァルケ**、獨逸私法、第一卷、四九六頁以下。同氏、人類團體の本質、二八頁以下。同氏、團體法、六一四頁以下。同氏、執筆論說、**ラバンド**、國法評論(**シュモルラー**、年報、第七卷、一一三五頁以下)。**リッヒャードゥ・シュミットゥ**、一般國家學、一三五—一四二頁。

第二節　國家の機關(國家顯現人)の法律上の地位

一

通常多くの學者は、國家とその機關とは獨立の人格者として相互に對峙するものではなくして、兩者は相合して一體をなすものであると認める。これ等の學者の說に依るに、人間の身體も一種の有機體であり、國家も亦一種の有機體である。而して有機體たる人間の身體全部とその構成機關たる手足等が全く別個の物體を形成せずして、寧ろ一體を形成せる以上は、それと同じく有機體たる國家とその構成分子たる機關も亦別個の物體を形成せず、相合して一體を形成するものと認めなければならないといふのである。併し乍ら余の見る所に依るに、それ等の學者は自然的有機體たる人間の身體と社會上の有機體たる國家とは、各別個の構成分子より成立せることを全然忘却するものである。人間の身體は全體としては自主獨立の目的を有する人格者であるけれども、これを構成する細胞分子は法律上及社會上自主獨立の目的を有つてゐない物質に過ぎない。從つてそれが人間の身體全部に對して別個の人格者として對立すべき理由はない。これに反し國家とその機關との間に於て、國家自身が自主獨立の目的の主體たるのは勿論であるけれども、これを構成する機關も亦自主獨立の目的を有する個人であつて、全然獨立の目的及生命を有つてゐない細胞的物質ではない。從つてその兩者の間に於て機關が國家に對して獨立の人格者たる地位を有するに至るのは、怪むに足らない。

國家とその機關との關係は、一方に於ては被代理人(本人)と代理人との關係に類似し、他方に於ては人間の身體全部とその一部分たる手足等の機關との關係に類似する。而かも亦これ等の二つの關係と相異る所もある。

代理關係に於ては、代理人と本人(被代理人)とは別個の獨立人格者として相對立する。代理人の本人のためになした意思表示は直接には代理人自身の意思表示たるに止まるのであつて、本人の意思表

示とはならない。唯代理人のなした意思表示の效力のみが本人に及ぶのに過ぎない（代理人の意思表示の效力として本人は權利義務を有するに至る）。これに反し國家とその機關とは相互に人格者として對立するに相違ないけれども、而かもこの場合にはその機關のなした意思表示が直に國家自身の意思表示を形成するのである。機關のなした意思表示が直接には機關自身の意思表示と認められ、單にその效力のみが國家に及ぶのではない。他方に於て人間の身體全部とその一部分たる手足等の機關との間に於て、手足のなす所の行爲は直に人間の身體の行爲と認めらるゝに相違ないけれども、この場合に於ては身體の一部分たる手足は人間の身體全部に對して獨立の目的の主體（人格者）たる地位を有せず、人間の身體全部と相合してこれと一體を形成してゐるに過ぎない。これに反し國家とその機關との間に於て、機關のなす所の意思表示は直に國家自身の意思表示と認めらるゝに相違ないけれども、而かもこの場合に於て機關たる人の目的及生命は全然國家の中に吸收せられてはゐないのであつて、機關は尙機關として國家に對峙する獨立の人格者たるの地位を有するのである。要するに、國家とその機關との關係は、本人と代理人との關係及個人の身體全部とその機關たる手足等の關係の中間に在るのである。國家とその機關とは相互に對峙せる獨立の人格者である。その點に於ては兩者の關係は本人と代理人との關係に同じく、人間の身體全部とその手足等の機關との關係と相異つてゐる。併し乍らその機關のなす所の意思表示は直に國家自身の意思表示と同一視せらる。その點に於ては國家とその機關との關係は、人間の身體全部とその手足との關係に同じく、本人と代理人との關係と相異つてゐる。

國家とその機關とは相合して一體をなしてゐるけれども、兩者は同一物ではなくして相互に對立する人格者たる性質を有する。併し乍ら國家の機關は他の完全なる獨立人格者のやうに、全然國家の目的を離れて自由行動をなすの能力を有つてゐない。それは國家のためにその意思を定め又はこれを行ふことを以てその主もなる目的となし、原則としてその目的の範圍內に於てのみ機關として人格者たるのであり、その目的の範圍外に涉つては機關として人格を有つてゐない。國家の機關は普通の個人又は團體のやうに廣い範圍に亙る獨立的目的を有つてゐない。國家の機關はその目的の上よりいへば、限定的人格者である。從つて學者は機關の人格を稱して機關人格といつて、これを一般人格と區別する（註一）。

（註一）論者動もすればいふ。『若も國家が機關を離れて獨立の存立を有し又國家の機關が國家を離れて機關として獨立の存立を有することを得るものと假定せば、國家とその機關とが別個の人格者として相互に對立することも必ずしも不可能ではあるまい。併し乍ら國家はその構成分子たる機關を離れては、一日もその存立を維持することを得ず、國家の機關も亦國家を離れては、一日も機關としてその存立を維持することを得ない。この兩者の間には、獨立の全部的統一體とその部分的構成分子との關係がある。兩者は相互に分離してその存立を維持すること能はざるの地位にあるから、この兩者は相互に獨立の人格者として相對立することを得ない』と。併し乍ら國家は個々の臣民を構成分子となして成立する團體であり、臣民はその團體の構成分子たるの地位を有するに拘はらず、

國家といふ全部的團體とその部分的構成分子たる人民が獨立人格者として對立し、相互に權利及義務を有し得べきことは人の一般に認むる所である。國家内に存在する市町村又は府縣等の自治體は、一面に於ては國家といふ團體の構成分子たる資格を有するのに相違ないけれども、而かもその國家の部分的構成分子たる市町村及府縣と國家といふ全部的團體とが、他面に於ては獨立人格者として相互に對立して權利義務を有し得べきことも亦、人の一般に認めて怪まない所である。既に然る以上は、國家の機關が國家といふ全部的團體の部分的構成分子たる場合に於て、その部分的構成分子たる機關と國家といふ全部的團體とが相互に獨立人格者として對立して權利義務を有することも亦必ずしも不可能ではあるまい。

二

通常多くの人は、國家の機關は機關としては全く人格を有せず、國家の機關は國家といふ團體の人格中に吸收せられてゐるから、機關は獨立の權利主體としてその職務に屬する政務を行ふことに付權利及義務を有することを得ないのであると主張する。それ等の人々の見解に依るに、國家とその機關との間に於て、又は機關と人民との間に於て、又は機關相互間に於て、國家の機關の職務權限を定むる客觀的法(法)は存在するけれども、その法規に基づき、國家の機關は國權を行ふことに付更に主觀的權利義務を有しないのである、國家の機關が國家の法規に基づき公の政務を行ふことに付全然無權利であることは、國家の機關を構成してゐない普通の一般人民が國家の政務を行ふことに付何等の權利義務を有つてゐないのと相異らないといふのである。

その學說に從ふならば、合議制の機關(例へば、議會)の内部に於て、その合議體たる機關はこれを構成する各個人(議會の議員)に對して懲戒をなすの權をも有せず、合議體を構成する各個人(各議員)は合議體に對してその紀律維持權に服從するの義務を有せず、上級機關(上級官廳)と下級機關(下級官廳)との間に於て、上級機關は下級機關に對して指揮命令をなすの權を有せず、下級機關は上級機關の命令に服從するの義務を有しないのであると論結しなければならないやうになる。獨逸の學者中、例へば、**イェリネーク**及**ラバンド**などはその說を唱へてゐる。我國に於てもその學說に贊成する人が少くないけれども、冷靜にその學說を批判して見るに、それは隨分常識に反するものである。國家の機關は國權を行ふことに付更に權利を有つてゐないのであり、その點に於ては普通の一般人民が國權行使の權利を有つてゐないのと相異らないといふやうな學說に因つては、現今の社會の實際の現象を故障なく說明することを得ない。

國家が一定の機關を設置し、これに一定の政務を委任する場合に於て、その政務の分配をなし、機關の職務權限を定むる憲法及行政法等の客觀的法(法)たることは、人の一般に認むる所である。その憲法行政法規の中には、國家とその構成分子たる個人又は團體との間に於て、國家はその構成分子に對して如何なる公法上の權利義務を有し、被治者たる個人又は團體は國家に對して如何なる公法上の義務及權利を有するかを定める法規もあるし(外部的公法)、或は又國家の内部に於て國家の機關は國家に對して如何なる機能を有し、國家の一つの機關は他の機關に對して如何なる權能を有するかを定

むるに過ぎない法規もある(內部的公法)。併し乍ら人が一般にそれ等の憲法行政法規の存在を認むることは、それがその內容に於て人格者相互間に於て各人格者の權利義務の限界を定むるものなることを承認することに外ならない。從つて國家の機關の職務權限を定むる憲法行政上の規定の存在を認むる者は、必ずそれと同時にその法規に依り、國家とその機關との間に於て、國家及その機關が相互に權利義務を有することを認むるの外なく、又その法規の結果に依り、國家の機關と人民との間に於て、機關及人民が相互に權利義務を有し、又國家の二箇以上の機關相互間に於て、一つの機關が他の機關に對して權利義務を有することを承認するの外はない。若もこれに反し國家の機關が機關として國家に對し、又は人民に對し又は他の機關に對し、その職務權限を行ふことに付更に權利義務を有しないものであると假定せば、國家の機關の職務權限を定むるに止まつて、國家と人民との間に於ける各自の權利義務を定めない憲法及行政法上の規則(例へば、樞密院官制又は會計檢査院法の如き內部的公法)は、國家と人民間に於て完全に各人格者の權利義務を定めないものであるから、眞正の法規でないと論結するか、又はそれ等の憲法行政法上の規則(內部的公法)も亦結局國家と人民との間に於て國家及臣民の權利義務を定むる法規であると曲解するか、二途孰れか一つに出づるの外はない。孰れにしても社會の實際の事情を故障なく說明することを得ない。それ等の點より考ふるに、國家の機關の職務權限を定むる憲法及行政法上の法規は、その機關自身に對して更に權利義務を定めないものであるといふのは誤である(註二)。

(註二)　學者動もすれば次の如くいふ。『國家の機關はその職務を行ふに付權利義務を有しないけれども、それに關しては權限を有つてゐる。その點に於て國家の機關は普通の私人と相異つてゐる』と。併し乍らこの場合に於て國家の機關が權限を有すといふのは、畢竟するに國家の機關がその職務を行ふに付權利義務を有つてゐないことを圓滿に言ひ顯さむがための遁辭に過ぎない。國家の機關は法律上その職務を行ふに付權利義務を有するや否やといふ問題に對し解答をなすべき場合に於て、これ等の學者に於てこの種の遁辭を使用するとも、これがために國家の機關の法律上の地位は少しも改善するに至らない。假りに國家の機關はその職務を行ふに付權限を有すると論定するとも、これがために國家の機關がその職務を行ふに付權利を有せざるの事實は更に隱蔽せられない。而して國家の機關に於てその職務を行ふことに付何等の權利をも有しないといふ事實がその儘に存在するとせば、國家の機關は他人よりその職務を行ふことを妨害せられた場合に於ても、更に自己の利益を侵害せられたものとして、法律の保護を求むる能力を有つてゐないのであると論定しなければならないやうになる。併し乍らかくの如くに論ずるならば、國家の機關がその職務を行ふに際し、他の機關より妨害を受けた場合に於て、自己の利益を侵害せられたものとして、他の機關を相手取つて國家の裁判所、殊に、權限爭議裁判所へ訴を提起するの能力(權利)を有する所以を說明することを得ない。

三

國家の機關は機關として政治的權利義務を有するの外、個人として個人的權利義務を有する。

(甲)　國家の機關の政治的權利義務

國家の機關の政治的權利義務といふのは、國家の機關が國家のためにその意思を定め又はこれを行ひ、又はその意思の作成及執行のために必要なる補助行爲をなすがために有つてゐる所の權利及義務

である。國家の機關の職務權限を行ふの際に於て國家の機關の有する權利義務これに屬する。それ等の權利義務は主として國家の實質的利益を擁護することを目的とするものであるけれども、それと同時に機關たる人の名譽的利益をも併せて擁護するの目的を有するものである。國家の機關の政治的權利義務は三種に分かれる。

その一として、國家の機關は、その機關の職務權限を定むる法規の存在する間は、國家に對するの關係に於て、その職務に屬する政務を自から執行するの權利を有し、これと同時にこれを自から執行するの義務を有する。例へば、國會議員は議會の議事に參與し、發言及表決をなすの權利を有し、君主は國家の最高統治機關として法律を裁可し、命令を定め、條約を締結し且文武官を任命するの權利を有せらる。

その二として、國家內の一つの機關は、他の機關、殊に上級機關の命令に服從し、他の機關の權限を侵犯せざる義務を有し、これと同時に自己の權限に屬する事務を行ふに當り、他の機關より妨害を受けない權利を有する、加之、他の機關より不法にその權限を侵害せられた場合に於ては、國家の裁判所に訴訟を提起してこれを防止するの權を有する。例へば、司法裁判所が民刑事以外の事件、殊に行政法規違反の行政處分に關する訴を受理し、これに對して裁判をなして行政廳又は行政裁判所の權限を侵犯せむとする場合に於て、行政廳又は行政裁判所はその司法裁判所の越權行爲の差止めを求めむがために、權限爭議裁判所に權限爭議の訴を提起するの權利を有する(例、行政裁判法、二〇、第二項及四五)。

その三として、國家の機關は國家內の人民及團體に對して適法にその權限に屬する政務を施行するの權利及義務を有する。

(乙)　國家の機關の個人的權利義務

國家の機關をしてその地位を維持し、故障なく國家の政務を行ふことを得せしむるがためには、これをして一般臣民と異り特別の權利を有し、特別の義務を負はしむるの必要がある。その理由に依り、國家の機關たる人が特別の身分を有する個人として有つてゐる特別の權利義務が、國家の機關の個人的權利義務である。この國家の機關の個人的權利は主として國家の機關たる人の利益を擁護することを目的とするものである。

例へば、國家の最高統治機關たる君主は不可侵權、名譽權及財產權を有せらる。君主は君主たる資格に於ては、その自からなした行爲(政治上の行爲、刑法違反の行爲又は私法違反の行爲)に付他の機關より責任を問はれざるの權利を有し、陛下の尊稱を帶び、特別の紋章及旗を專用するの權を有し、又國家より皇室經費の支給を受くるの權を有せらる。國會議員は院內に於てなした發言及表決に付院外の機關より責任を問はれず、又議會の會期中その所屬議院の許諾なき限りは猥りに逮捕せられない

權を有し、又主としてその個人的利益のために歳費及旅費を受くるの權を有する。併し乍ら國會議員は議員として權利のみならず、一定の義務を有する。その職務の執行に際し瀆職の行爲をなさざる義務の如きは、その最も主もなものである。司法裁判官は民事及刑事の裁判をなすに當り、法律の規定には絶對的に服從することを要するけれども、これに反し法律に違反する命令及處分に由つては猥りに羈束せられない權を有し、又法律の定むる事由に依るの外、その職を免ぜられない權を有する。その外、官吏であつて、國家の機關に補せられた者は、國家の機關としてその官名を稱するの權を有し、又その職務に對して一定の俸給(殊に、職務俸)の支給を受くるの權を有する。

君主、國會議員又は國家の司法裁判官又は行政官廳に任ぜられた官吏に屬するこれ等の權利義務が公法上の權利義務なるか、將た又私法上の權利義務なるかに付ては、多少の議論もあらう。併し乍らそれ等の權利義務は、國家といふ全部的團體とその部分的構成分子たる機關との間に於て成立し得べきものであつて、國家を離れて全然自主自存の目的の主體たる地位に立てる個人(それ自身單獨にて一箇の全部的統一的を形成せる個人)相互間の對等關係に於て發生し得べきものでないから、それは公法上の權利義務たる性質を有するものと認むべきである。それは國家の機關たる身分を有する人と離るべからざる關係に立つてゐるのであるから、國家の機關たる身分を有する特別の個人に屬する公法上の權利義務と認むるの外はない。

四

國家の機關は法律上一種の人格者(機關人格者)として國家の權力を行使するに付權利を有するといふ學說に對して反對を唱ふる者は、次の如くいふ。『國家が統治權の主體として統治權を有し且これを行使するの權利を有するといふのは宜ろしい。併し乍らその外に、國家の機關も亦國家と同じく統治權を行使するの權利を有するといふのは誤つてゐる。若も國家自身も國權行使の權利主體であり、これと同時に國家の機關も亦國權行使の權利主體であると假定せば、結局國家自身も國家の機關も共に均しく國權行使の權利主體であるから、兩者は同一物であると論結しなければならないやうになる。併し乍ら國家と國家の機關とは同一物ではなくして、相異つたものであることは爭ふことを得ない。それを同一物であると論結するの外なきに至るのは、その論結をなすの際に於ける假定(前提)の誤つてゐるがためである。故に國家も、國權の機關も共に國權行使の權利主體であるといふやうな誤つた假定をなさず、國家丈けが國權行使の權利主體たるのであり、國家の機關は國權行使の權利を有しないのであると解することを要する』と。この說は**イェリネーク**がその著書たる一般國家學中に於て主張する所である。

この說を唱へる人々は、國家とその機關とが相互に對立する別個の人格者たるの性質を具備しつつ、而かもその二つが唯一の國權を行使するに付、同時に相竝んで權利を有することを以て不可能で

あると前提するのである。併し乍ら國家とその機關とが別個の人格者でありながら、而かも尙その二つが相竝んで同時に唯一の國權を行使するに付權利を有することは、理論上必ずしも不可能ではない。民法上甲乙兩人が相互に對立する獨立の人格者でありながら、而かもその兩人が同一の物（例へば、同一の土地、建物又は動產）を共有し、兩人が共有權者として共に均しく同一物に對する所有權の主體となることを得るのは、人の一般に認むる所である。既にさういふことが可能であるとするならば、それと同樣に、國家といふ全部的統一體（完全體）とその部分的構成分子たる機關との二つが相互に對峙する獨立人格者たるの性質を有しつゝ、而かも尙この兩者が相互に共同して唯一の國權を行使するに付均しく權利を有することも亦可能なるべき譯である。民法上甲乙兩人が同一物を共有し、共に均しくその同一物に對する所有權の主體たるが為めに、その兩人を以て同一人であると看做すべき理由はない。既にさうであるとせば、國家とその機關との二つが共に均しく唯一の國權を行使するに付權利を有する場合に於て、假令その兩者が同一の國權行使の主體たりとするも、必ずしもその兩者を以て同一物なりと看做さなければならない理由はない。**ベルナツィック**などはさういふ理由に依り、國家とその機關とは別個の人格者として相互に對立しつゝ、同一の主權を共有し、相互に對立して同一主權の主體となつてゐるものであると認めてゐる。

かくの如くに國家とその機關とは同一の國權又は主權を共有するものであると認め、國家自身の統治權行使に關して有する權利も、國家の機關の統治權行使に關して有する權利も、共に同一の性質を有するものと看做すのも、確かに一つの見方である。國家自身も、國家の機關も共に國權行使に付權利を有するといふ學說を說明するがためには、その說を採用するのが、或は簡單明瞭であるかも知れない。併し乍ら余の見る所は多少それと相異つてゐる。余の見る所に依るに、國家も、國家の機關も、共に國權行使に關して權利を有つてゐるけれども、その兩者の權利の性質及內容は多少相異つてゐる。國家とその機關とは相對立せる別個の人格者として、統治權の行使に關して性質上相異つた別個の權利を有するのである。

國權は國家の意思に附着する力である。國家の意思は他人の意思を抑壓しても、尙且その欲する所を行ふ丈けの力を有し、且それ自身の意思に基づくの外、決して他人の意思に因つて支配せられない力を有する。その國家の意思に附着する力を稱して國家の權力といふ。國家及國家の機關が國家の統治權に關し共に權利を有するといふのは、この兩者が國家の權力の基礎たる國家の意思に關し均しく權利を有するといふことに外ならない。國家の機關は國家の權力の基礎たる國家の意思を作成して、これを國家の意思として成立せしめ、且國家のためにその意思を執行し、國家のために一定の行爲を發生せしむることに付權利を有する。併し乍ら國家の機關はその自から國家のために作成した意思を

終始自己の意思として享有し、その自から國家の意思を執行することに因つて發生せしめた行爲を、終始自己の行爲と看做し、これに基づく權利義務を一身に收むることを得ない。これに反し國家自身は、國家の機關の國家のために作成した意思を自己の意思として享有し、且國家の機關が國家のためにその意思を執行し、これに因つて發せしめた一定の行爲を直に自己の行爲と看做し、これに基づく權利義務を取得する權を有する。かくの如くに國家及國家の機關が國家の統治權の行使に關して有する所の權利は必ずしも同一ではないけれども、國家の機關は全然國家を離れて國家のためにその意思を定め又はこれを行ふことを得ず、國家自身も亦國家の機關の媒介を經ることなくして、國家の意思を享有し又は國家の意思執行の結果たる國家行爲をなすことを得ない。從つて兩者は相對立する別個の人格者でありながら、而かも相互に提携聯結して共に國權行使に關する權利を有するものであるといふも妨げない。正確にいへば、國家の機關の作成した意思を自己の意思として享有し、國家の機關が國家の意思を執行することに因つて發生せしめた行爲を自己の行爲と看做すの權を有する國家だけが、統治權の主體である。國家のみが法律上統治權の根據たる强力意思の保有者である。併し乍らその外に、國家の機關も亦統治權の根據となれる强力意思を發生成立せしめ且これを執行するに付、或る種の權利を有することは疑を容れぬ。

五

學者中動もすれば次の如く謂ふものがある。『國家の機關がその權限內の政務を行ふことに付權利を有するとせば、必ずそれに因つて保護せらるべきそれ自身の利益を有つてゐなければならぬ。それは權利の背後には必ずこれに因つて保護せらるべき利益の存在することを要する當然の結果である（權利は、法が人の利益を保護するがために人に認めた意思の力である）。併し乍ら國家の機關が國家の政務を行ふがために有する意思の力は、國家の目的及利益を貫徹擁護せしむるがために存在するものに過ぎないのであつて、機關それ自身の目的及利益を擁護するものではない。機關は國家の政務を行ふがための意思の力に因つて保護せらるべきそれ自身の利益を有つてゐない。從つてそれは國家の政務を行ふに付意思の力を有するのみであつて、權利を有しないものと看做さなければならぬ』と。それ等の學者は、國家の機關が國家の政務を施行するがために有する意思の力は、國家の利益を保護するに止まり、更に機關自身の利益を保護しないものであると前提するのである。併し乍ら余はその見解を採らない。

國家の機關が國家の目的及利益のために、その意思を定め又はその權力を行ふといふことは、卽ち國家の機關たる個人又は團體が自己の政治行政上の意見を實際上國家の意思たらしめて、自己の政治行政上の抱負を國政の實際の上に實現せしむることに外ならぬ。普通人民（國家の機關たる地位に立たない人民）は國の政治行政に關し抱負を有するとも、これを實際の政治行政上に實現せしむる力を

有つてゐない。これに反し國家の機關たる個人は普通人民と異り、自己の政治行政上の意見を國家の實際の政治行政上に實現せしめ、これに因つて滿足と名譽とを享有する利益を有する。國家の機關は一方に於ては國家の目的及利益を貫徹增進せむがために、國家の意思を定め又はこれを執行し、それと同時に他方に於ては自己の政見を國家の實際の政治及行政の上に實現せしめ、これに因つて名譽と滿足とを享有せむがために、國家の意思を定め又は國家の權力を行ふのである。國家の機關が國家のために意思表示をなすときは、これに因つて一方に於ては國家といふ團體の實質的利益が保護增進せられ、それと同時に他方に於てはその機關たる個人(又は團體)の名譽的利益が保護增進せらるゝ結果を生ずる。從つて國家の機關の有する意思の力は、一方に於ては國家の實質的利益を保護するがための權利となり、それと同時に他方に於ては國家の機關の名譽的利益を保護するがための手段たる機關自身の權利となることを得るのである。

第一節參考書。イェリネーク、公權體系、二二五頁以下。同氏、一般國家學(一九〇五年版)、五四六—五五一頁。**ギィヤァルケ**、執筆論說、**ラバンド**、國法評論、四二頁以下。**レーゲルスベルガー、ハンデクテン**、三二三頁以下。**プロイス**、代理及機關代表(民法教義年報、第八卷、四二九頁以下)。**ベルナツィック**、官廳の人格(公法集錄、第五卷、二一三頁以下)。**シュロスマン**、機關及代理者(民法教義年報)二八九頁以下。**ケルゼン**、國法學の重要問題(一九一一年)、五一四頁以下。拙稿、憲法、第一分冊(大正、一四年)、五五—五九頁。

第三節　國家の機關(國家顯現人)の類別

國家の政務は實際上一人に由つて施行せらるゝこと能はざるがゆゑに、國家はその政務を行ふがために無數の機關を設けてゐる。併し乍らそれ等の國家の機關は大體直接機關(直接的國家顯現人)及間接機關(間接的國家顯現人)の二つに分かれる。

第一款　國家の直接機關(直接的國家顯現人)

(一)　直接機關(直接的國家顯現人)の意義

直接機關は國家の根本法規上(憲法上)何人に對しても隸屬の關係に立たない機關である。國家のためその意思を定め又はこれを行ふ者であつて、その職務權限を行ふに當り、何人よりも指揮命令を受けないものこれに屬する。國家の直接機關も亦他機關と同じく、原則として現に存在する法規の定むる權限の範圍內に於てのみ國家の機關たるのであり、現行法規の認むる權限の外に於ては國家の機關ではない。その結果として國家の直接機關たる特定人が法規に違反し、法律上の權限外に亙る行爲をなした場合に於ては、これが國家の機關たる資格を離れ、一個人として國家又は臣民に對してその責に任じ、法律上制裁を受くることあるを免れない(但君主の如きはその權限外の行爲をなされた場合に於ても、尙且不可侵權を有し、その權限外の行爲に付て必ずしも他人より責任を問はれない)。併し

乍ら直接機關が機關たるの資格に於て法規に遵據し、その權限内の事項に付行爲をなすに當つては、何人よりも指揮命令を受けず、又その自からなした職務上の行爲に付他人(他の機關)に對して責に任ずることはない。間接機關がその職務を行ふに當り、上級機關の指揮監督を受け、且又その職務上の行爲に付上級機關又は元首より責任を問はれると著しく相異つてゐる。

參照。ギャルケ、國法學の基礎觀念(一九一五年)、一二六頁。**イェリネーク**、一般國家學、五三五頁。

例を以てこれを說明せむに、君主、大統領、議會、裁判所又は選擧權者團體(公民團體)の如きは、原則として多くの國に於ては國家の直接機關である。共和國の大統領は叛逆、その他權限外の行爲をなした場合に於ては、彈劾裁判に服することを免れず、國會議員は瀆職行爲をなしたときは、その行爲に付法律上制裁を受くることを免れない。併し乍らこれは皆直接機關が國家機關たるの資格を離れ、純然たる一個人として權限外の行爲をなした場合に外ならない。併し乍ら大統領、國會議員又は裁判官が法規に遵據してその權限内の行爲をなす場合に於ては、何人よりも指揮命令を受けず、又何人よりも制裁を科せらるゝことはない。その外、君主がその權限内に屬する行爲をなさるゝ場合に於て、何人よりも指揮命令を受けず、又何人よりも責任を問はれないのは言ふを待たぬ(註二)。

(註二)　國務大臣は今日の文明國に於てはその自由意思に基づき、君主又は大統領を輔弼し又はその意思表示に副署するのを以てその任務となし、輔弼及副署をなすに付君主又は大統領より指揮命令を受けない。從つて國務大臣も亦その職務を行ふに當り、何人よりも指揮監督を受けない直接機關なるが如くに見える。併し乍ら國務大臣がその自由意思に基づき輔弼又は副署をなした場合に於て、その輔弼又は副署が宜しきを得なかつたときは、國務大臣はこれがために、或は君主より、或は國會又は國事裁判所(憲法裁判所)よりその責任を問はるゝことを免れない。その點に於て國務大臣は、普通の行政官廳がその職務の執行に際し法規に違背し又は公益を害したがために、上級官廳より責任を問はれるのと多く相異らない。國務大臣はその職務上の行爲をなすに付完全に不羈獨立の地位に立つてゐないから、これを以て直接機關と認むることを得ない。

樞密顧問の責任を問ふの條項は多くの國の現行憲法の上に存在しないけれども、それが職務上の行爲をなすに當り、君主又は大統領の監督の下に立ち、場合に依つては、その自由意思に依つて罷免せらるゝことを免れない地位にある。從つてこれも亦直接機關ではない。その外、我國の行政裁判所又は會計檢査院の如きも現行法上天皇に隷屬するものと認めざるを得ない。從つてそれも亦直接機關ではない。

近代の諸國に於ける立法議會はその開會、閉會、停會又は解散等に付政府の命令に服從しなければならないけれども、その開會後、これが停會、閉會又は解散せらるゝに至る迄の間に於て、その職務を行ふに當つては、政府の指揮命令を受けず、その職務上の行爲に付他の機關より責任を問はれない。從つて立法議會は國家の直接機關である。これと同じく司法裁判所も亦直接機關である。何となれば、それは民事及刑事の裁判をなすに當り、公民の參與又は議會の協贊を經て成立した法律の規定に絶對的に服從するに止まり、法律の規定に牴觸した政府の命令及處分に因つてその職務上の行爲を左右せられない特權を有つてゐるからである。

(二)　直接機關となるべき人

直接機關は、或は個人たることもあり、或は合議體たることもあり、或は又他の一面に於て完全なる獨立人格(機關人格に相對する)を有する團體たることもある。個人にして直接機關たるものは、君主、攝政及多くの共和國の大統領である(尤も獨逸聯合國などに於ては大統領は直接機關ではなくし

て、次に述ぶべき間接機關である)。司法裁判官、例へば、區裁判所の判事が單獨にて民刑事の裁判をなす場合に於て、その單獨判事も亦國家の直接機關である。合議體にして直接機關たるものは、例へば、國會及これを選擧する公民團體(選擧權者團體)等である。司法裁判官、殊に、地方裁判所、控訴院又は大審院判事三人又は五人が集まつて、地方裁判所、控訴院又は大審院の部を形成して、民刑事の裁判をなす場合に於て、その數人の判事が集合して構成する所の部(例、大審院の第一民事部、第二民事部、第一刑事部、第二刑事部等)も亦合議體たる國家の直接機關である。合議體といふのは、數多の自然人の集合體にして、或る團體のためにその意思を定め又はこれを行ふものをいふ、合議體が國家の直接機關たる場合に於ては、これを構成する各個人も亦直接機關である。學者はこれを部分的機關といふ。終りに完全なる獨立人格を有する團體が國家の直接機關となる場合といふのは、聯合國家(例、北米合衆國、獨逸聯合國、瑞西聯合國等)を組織する各支分國が或る場合に於て聯合國家の直接機關となつて、その政務を施行するが如き場合をいふ。

參照。イェリネーク、一般國家學(一九〇五年版)、五三五頁。

(三)　直接機關(直接的國家顯現人)の類別

直接機關は種々の觀察點に基づき種々に分類せらる。

(甲)　絕對的直接機關と相對的直接機關

絕對的直接機關は憲法上その職務權限を行ふに當り、不羈獨立の地位に立つのみならず、その意に反して猥りに他の機關の意思に因つてその直接機關たるの地位を左右せらるゝことのないものである。これに反し、相對的直接機關は憲法上その職務權限を行ふに付不羈獨立の地位に立つに止まり、動もすれば、他の機關(殊に他の直接機關)の意思に因つてその直接機關たる地位を剝奪せらるゝことを免れないものである。例へば、立憲君主國に於て君主及議會は絕對的直接機關であり、司法裁判所(殊に通常裁判所)は相對的直接機關である(註三)。

參照。レヨイニング、獨逸行政法、一頁。

(註三)　君主及議會は國家の根本法規、殊に多くの場合に於ては國家の最强の意思表示たる成文憲法に依つてその權限を定められるゝのみならず、その根本法規、殊に憲法の變更に參與するの權を有するがゆゑに、その意に反して憲法を變更せられ、その權限を縮小せられて、直接機關たる地位を動かさるゝことはない。これに反し司法裁判所はその權限を行ふに當り、憲法の規定に依り、政府及行政官廳に對して不羈獨立の地位に立つてゐるけれども、國家の根本法規たる憲法の變更に關與するの權を有つてゐない。君主及議會がその意思に基づき憲法の規定に變更を加へ、裁判官の不羈獨立の特權を失はしむることゝなすときは、これと共に司法裁判所は直接機關たる地位を失ふに至ることを免れない。

(乙)　自然的發生直接機關と人爲的發生直接機關

直接機關の中には、國家の憲法又は憲法附屬法の豫想する一定の自然的事實の發生すると共に當然に發生するものもあり、或は又憲法又は憲法附屬法の豫想する或る種の人爲行爲(任命、選擧、抽籤

等)の結果に因つて始めて發生するものもある。前の種類の直接機關は自然的發生直接機關であり、後の種類の直接機關は人爲的發生直接機關である。例へば、或る國の憲法上君主の崩御に際し、特定の王統(皇統)に屬し、皇位繼承の順位に在る人が、當然皇位に卽くべき旨の規定の存在する場合に於て、現に君主が崩御せられ、特定人が特定の王統(皇統)に屬し、皇位繼承法の定むる繼承順位に立てるの事實が存在すれば、その事實の存在すると共にその特定人は當然に君主の位に卽かるゝのである。その場合に於ては君主は自然的發生直接機關である。それは法令の規定に基づいて當然に發生する。これに反し、或る國に於て國會が國內の公民の選擧の結果に因つて始めて成立すべきものと定まれる場合に於ては、國會といふ直接機關は選擧人のなす所の選擧といふ法律行爲に因つて始めて設置せらるゝのである。その場合に於ては、國會は人爲的發生直接機關である。

直接機關が憲法及附屬法の豫想する自發的事實の結果に因つて當然に發生せずして、憲法及附屬法の豫想する人爲的行爲(選擧、任命、抽籤等)の結果に因つて始めて發生する場合に於ては、その直接機關を創設するがために、別に一つの直接機關が存在する。卽ちその場合には創設的直接機關と被創設的直接機關との區別が存在する。創設的直接機關は、選擧又はその他の人爲的行爲に因つて或る直接機關を創設する所の直接機關である。被創設的直接機關は、その創設的直接機關のなす所の法律行爲の結果に因つて始めて創設せらるゝ直接機關である。選擧法の定むる一定の資格を有する選擧人が選擧をなして以て國會を組織する場合に於て、その選擧權者の團體(卽ち公民團體)は國會を創設する直接機關であり、國會はこれに因つて創設せらるゝ直接機關(人爲的發生直接機關)である。

或る直接機關を創設するがために、別に一つの創設機關の存在する場合に於ては、所謂創設的直接機關は直接機關を創設することを以て唯一の任務となし、既にこれを創設した後に於ては、被創設的直接機關に對して更に指揮監督をなさず、又被創設機關の責任を問ふが如きことをしない。故に創設機關のみならず、それに因つて創設せられた機關も亦直接機關と看做さるゝことを得るのである。

參照。イェリネーク、一般國家學、五三一及五三二頁。ゲルゼン、一般國家學(一九二五年)、二七八及二七九頁。

(丙)　代表的直接機關と被代表的直接機關

代表といふ語には廣狹二つの意義がある。

廣義に於て代表といふのは、或る團體の機關がその團體のために意思表示をなす場合に於て、その機關のなす所の意思表示が法律上その團體の意思表示と同一視せらるゝことをいふ。代表といふ語をこの意味に使用し、通常多くの人は、例へば、國家の元首は外國に對して國家全體を代表するといひ、理事は外部に對して法人を代表するといふ。この場合に於ける代表關係は實は國家又はその他の團體とその機關との間の關係に外ならない。卽ち或る團體の機關が直接にその團體のために或る種の意思表示をなすことをいふ。

狹義に所謂代表といふのは、或る團體に二箇以上の機關の存在する場合に於て、その團體の一つの機關のなす所の意思表示が、法律上その團體の他の機關のなす所の意思表示と同一視せらるゝことをいふ。この意味に於て代表といふのは、或る團體の一つの機關が他の機關のために意思表示をなすことをいふ。それは國家又はその他の團體に屬する二箇以上の機關相互間の關係である。この場合に於て、意思表示をなす所の機關は代表機關であり、代表機關のなした意思表示を以て自己の意思表示となす所の機關は被代表機關である。代表機關及被代表機關にして、その職務權限を行ふに當り、何人よりも指揮監督を受けず、又何人より責任を問はれないものが、代表的直接機關及被代表的直接機關である(註四)。

參照。イェリネーク、一般國家學、五五二頁。

(註四)　被代表機關は、代表機關を設定するがために、時としては選擧又はその他の法律行爲をなして自己の意思を表示することはあるけれども、その以外に於ては原則として別段意思表示をなさず、寧ろ靜止の狀態に在り、而して代表機關の作成する意思を以て自己の意思とする。これに反し代表機關はその所屬する團體の事務に關し種々の意思表示をなし、絶えず活動する。併し乍らそれは常に被代表機關のために意思表示をなし、その機關の媒介を經て始めて團體の機關たるのであつて、被代表機關の媒介を經ることなくして、直接にその所屬團體のために意思表示をなすものではない。法律上代表機關のなす所の意思表示は直接には團體自身の意思表示と認められず、寧ろ第一次には被代表機關の作成する意思表示と同一視せられ、その被代表機關の媒介を經て、第二次に於てその團體自身の意思を構成するものと認めらるゝのである。

參照。イェリネーク、前揭、五三二及五三三頁。

例へば、君主國に於て君主に身體上又は精神上の故障があり、君主親から國權を行ふこと能はざる場合に於て、攝政が君主の名に於て統治權を行はれるのが一般の例であるが、その場合に於て攝政は君主を代表する直接機關(代表的直接機關)であり、君主は攝政に由つて代表せらるゝ直接機關であると認められてゐる。立憲君主國に於て司法裁判所(通常裁判所)が民事及刑事に關し、君主の名に於て、不羈獨立の地位に立つて裁判をなすことは、人の周ねく知る所であるが、この場合に於て裁判所は司法に關し君主を代表する直接機關であり、君主は裁判所に由つて代表せらるゝ直接機關である。選擧法の定むる一定の資格を有する選擧人(公民)が相合して選擧をなし、これに因つて國會を組織する國に於て、その選擧資格を有する公民の團體は被代表的直接機關であり、その公民團體に由つて選擧せられた國會は代表的直接機關であるといふことは、歐羅巴の學者の能く主張する所である。その學說に依れば、我國の衆議院は公民(國民)を代表する直接機關であり、これを創設する選擧權者團體は衆議院に由つて代表せらるゝ直接機關であるといふことになる。併し乍ら貴族院は國民に由つて選擧せらるゝものでないから、それは公民を代表するの機關ではない。帝國議會は貴衆兩院の二つより成立する場合に於て、その中の一院は國民を代表する直接機關であるけれども、他の一院はこれを代表する直接機關でないことになるといふと、その性質を異にする兩院より構成する帝國議會は全體としては國民を代表する機關でないといふことになる。この問題に付ては憲法本論第二編第一章(帝國

議會の項）に於て更に說明する。

參照。イェリネーク、前揭、五六三―五七九頁。**ラバンド**、獨逸國法、第一卷（一九〇三年版）、二七二頁。**ケルゼン**、一般國家學（一九二五年）、三一〇―三一九頁。

（丁）獨立的直接機關と非獨立的直接機關

獨立的直接機關は、國家及臣民を直接に拘束する效力を有する國家の意思を作成する直接機關である。國家のために他人に對して命令を發し、請求をなし、認許をなし又は約束をなし、必要の場合に於ては强制をなす所の直接機關これに屬する。その獨立的直接機關のなす所の最も重要なる作用は、外部の人民に對して命令を發し、場合に因つてはその命令の實現を計るがために强制をなすことに存する。それで普通では國家の獨立的直接機關は人民に對して命令强制權を行ふ直接機關であると認められてゐる。これに反し、非獨立的直接機關はかくの如くに國家及人民を直接に拘束する國家の意思を作成し又はこれを執行する權限を有しない直接機關であり、殊に人民に對して命令及强制をなすの權を有しないものである。それは唯獨立的直接機關が國家のために意思を作成し又はこれを執行するに當り、事前の承諾をなし、或は獨立的直接機關が國家のために意思を作成した後に於て、これに對して事後の承認をなすものに過ぎない。

例へば、立憲君主國に於て君主及司法裁判所は獨立的直接機關であり、これに反し議會は原則として非獨立的直接機關である。君主は國家のために外國と條約を締結し、臣民に對して命令を發し、又は臣民を官吏に任命し、これに因つて國家自身又は臣民を拘束することを得るから、それは獨立的直接機關である。これに反し議會は直接に國家及臣民を拘束する意思表示をなすことを得ず、例へば、君主が法律を制定せらるゝに當り、事前の承諾をなし、又は君主が緊急命令を發し又は財政上の緊急處分をなした後に於て、これに付事後承認をなすの權を有するに過ぎないのが通例である。從つて立憲君主國の議會は原則として非獨立的直接機關である。併し乍ら民主的共和國の議會はこれと異り、法律を裁可し、宣戰の布告をなし、その他人民を拘束すべき處分をなすの權を有つてゐるから、それは獨立的直接機關たる性質を有する。

參照。イェリネーク、前揭、五三四頁。

（四）直接機關（直接的國家顯現人）の數

直接機關の數は、國の異なるに從つて一樣でない。或る國に於ては唯一の直接機關の存在するのみであつて、他の機關は總べて間接機關である。これに反し他の國に於ては數多の直接機關が對峙併立してゐる。例へば、專制君主國に於ては君主が唯一の直接機關であり、他の機關は總べて君主に對して隸屬の關係に立つてゐる。これに反し立憲君主國に於ては、君主といふ直接機關の外に、尙選擧權者團體、議會及裁判所等の直接機關の存在するのが通例である。共和國、殊に代議制度の民主的共和

國に於ても、選擧權者團體といふ直接機關の外に、尙議會、大統領及裁判所等の直接機關が存在する（尤も大統領を直接機關としてゐない國もある）。

數多の直接機關の存在する國に於て、その中の一つのみが獨立的直接機關であつて、他の直接機關は總べて非獨立的直接機關たることもあり、或は又これに反し數多の直接機關中、二箇以上の獨立的直接機關が存在し、これが各々或る程度に於て人民に對して命令及强制をなすこともある。立憲君主國に於ては君主といふ直接機關の外に、裁判所といふ獨立的直接機關が存在する。

參照。イェリネーク、前揭、五三四及五三五頁。

（五）　最高の直接機關（最高の國家顯現人）、統治權の總攬者及國の元首の意義

國家內に唯一の直接機關が存在するに止まり、他の機關が總べて間接機關たる場合に於ては、その唯一の直接機關が他の機關よりも優越した地位を有するのは當然である。併し乍ら國家內に二個以上の直接機關の存在する場合に於ても、その中の孰れか一つが他の直接機關よりも優越した地位を有するのが通例である。何となれば、國家內に數多の直接機關（殊に命令强制をなす所の數個の直接機關）が存在して、これが何れも對等の地位に立ち、國家のために區々の意思表示をなすに至らむには、國家は到底その統一を維持することを得ざるに至るのを免れないからである。かくの如き理由に依り、何れの國家も皆最高の直接機關の存在を認めてゐる。最高の直接機關（卽ち最高統治機關、最高の國家顯現人）とは、國家の最强（最高）の意思表示を作成し又はこれを變更することに付最終の決定權限を有する直接機關をいふ。國家の最强の意思表示とは、その自から指定した機關又は手續に依るの外、他の機關又は手續に依つて制定せられた國家の意思表示に由つて廢止變更せられず、その自から指定した機關又は手續と異つた他の機關又は手續に依つて制定せられた國家の意思表示を廢止變更するの力を有するものをいふ。何れの國に於ても國家の根本的組織を定むる憲法はかくの如き最强の國家の意思表示を以て定められてゐる。その國家の根本的組織を定むる憲法、殊に國家の最强の意思表示の形式を具ふる國家の根本法規を終局的に變更して、國家の重要なる組織及その活動の上に變動を及ぼす權限を有する機關が國家の最高直接機關である。最高の直接機關は國家の憲法の規定の範圍內に於て國家の最高の意思表示たる憲法を變更し、自己の權限を伸縮する權限を有する。卽ちそれは所謂權限の權限（權限を伸縮する權限）を有する。併し乍ら最高の直接機關も亦他の機關と同じく、法律上絕對無限の權力を有するのではなくして、法規、殊に憲法に因つて羈束せらるゝことを免れない。

（註五）　學者中、動もすれば、國家の最高機關は國家の現行憲法の規定に因つて何等の拘束を受けず、現行憲法の規定に違背し、これを無視するの行爲をなすの權を有するものであると主張する者もある。それ等の人々の說に依るに、例へば、憲法上憲法改正の手續に關する條項存在するとも、國家の最高統治機關は、憲法改正に際し必ずしもこの規定に遵據せらるゝに及ばないといふことになる。併し乍ら余はその見解に贊成を表しない。苟も憲法改正の條項の存在する限りは、統治權の總攬者に於かせられて、憲法を改正せらるゝに當つても、その憲法の條規に依らせらるゝことを要するのである。

專制君主國に於ては、君主が唯一の直接機關であつて、同時に最高機關である。立憲君主國に於ては君主の外に、尙若干の直接機關が存在するけれども、憲法變更を最終に決定する權限を有するものは君主であるから、君主が最高の直接機關である。共和國にして唯一の直接機關を有するものは、今日では存在しない。現今の共和國に於ては選擧權者團體(卽ち公民團體)の外に、若干の直接機關が存在する。唯或る種の共和國(所謂直接制度の共和國)に於ては憲法改正、その他國家の重要なる事項は選擧資格を有する公民の直接投票又は公民の總集會に由つて決定せられ、他の種類の共和國(所謂代議制度の共和國)に於ては憲法改正、その他國家の重要なる事項は公民の選擧に係る議會に由つて決定せらる。瑞西聯合國の若干の州(所謂小カントン)の如きは前の例を採用し、佛國の如きは後の例を採用する。前の種類の共和國に於ては公民團體(選擧權者團體)が最高機關であり、これに反し後の種類の共和國に於ては議會が最高機關である。その種類の共和國に於ては議會はその背後にある選擧權者團體を代表し、これと共同して國家の最高機關たる地位に立つものである。

參照。イェリネーク、一般國家學、五四〇—五四二頁。六六三頁。七〇七—七〇九頁。ユスマン、憲法(一九二一年版)、第一卷、五七一頁。

國家の最高直接機關といふ語の外に、統治權の總攬者といふ語が往々にして使用せらる。その語の意義に關して種々の意見がある。併し乍ら余の見る所に依るに、この語は多くの場合に於ては國家の最高の直接機關と同一の意味に於て用ひられてゐる。統治權の總攬者といふ語は主として獨逸學者の使用する所である。併し乍らこれを最高の直接機關といふ意味に解すれば、その語を使用する法文又はその他の文章の意義を故障なく說明することを得る。

統治權の總攬者を以て統治權の主體たる國家と同一視せむとする人もある。併し乍ら余はその見解を採らない。若も統治權の總攬者が單獨にて國權の主體たる國家と同一なりとするならば、統治權の總攬者の行爲は總べて皆國家の行爲とならなければならず、又反對に國家の行爲は總べて統治權の總攬者のなす所の行爲でなければならないことになる。併し乍ら實際の事實として、國家の行爲にして統治權の總攬者以外の機關に由つてなさるゝものが少なくない。又統治權の總攬者たる地位にある特定の人の行爲にして國家の行爲とならないものもあり得る。故に統治權の總攬者と國家とを全然同一のものと認むるのは正しくない。國家は土地、人民、機關、權力及憲法等を構成要素とする所の團體であり、統治權の總攬者はその國家の最高の直接機關である。それは團體たる國家の構成要素たる重要機關(最高の國家顯現人)に外ならない。

終りに國の元首といふ語は、往々吾々が法律の明文の上に於て又は著書の中に於て見る所である。その語も種々の意義に用ひられてゐる。或は國の元首を統治權の總攬者と同一視し、これを國家の最高機關と認むる者もあり、或はこれを以て國家の行政機關の上に立ち、外國に對して國家を代表する

ものと解する者もある。その語の使用法は一樣ではない。時と場所との異なるに從ひ適當に解釋して行くより外はない。我國の憲法第四條の如きは、國の元首と統治權の總攬者とを同一に看做し、天皇は國の元首であらせらるゝのであり、卽ち統治權を總攬せらるゝものであると認めてゐる。

參照。イェリネーク、一般國家學、五三八及五三九頁。ラバンド、獨逸國法、第一卷、九二頁。カール、獨逸國法綱要（一九〇一年）、一七頁。ヒュイブラー、行政の組織（一八九八年）、二頁。レーム、一般國家學（一八九九年）、一七六―一七八頁。

第二款　間接機關（間接的國家顯現人）

（一）間接機關の意義

直接機關は何人に對しても隷屬の關係に立たないのに反し、間接機關は直接又は間接に直接機關に對して隷屬の關係に立つものであり、而して直接機關の直接又は間接の行爲の結果に因つて設定せらる。併し乍ら他の機關に由つて設定せらるゝと否とに因つて、間接機關と直接機關とを區別することを得ない。何となれば、直接機關の中には議會又は裁判所のやうに他の機關に由つて設定せらるゝものも存在するからである。要するに、間接機關は直接機關の指揮監督の下に立ち、直接機關がその職務を行ふに當つて直接又は間接にこれを補助するものである。

間接機關も亦法規に遵據し、その權限內の職務を行ふ場合に於てのみ國家の機關たるのである。間接機關たる特定人が法規に違反し、權限外の行爲をなす場合に於ては、國家の機關たる地位に立つものではない。從つてその場合に於ては間接機關たる特定人は原則として國家又は私人に對しその權限外の行爲に付責に任じなければならない。併し乍らその外に、間接機關は法規に遵據してその權限內の職務を行つた場合に於て、若もその行爲が公益を害し又は政治行政上の便宜に適合しないときは、これに付直接又は間接に直接機關より責任を問はるゝことを免れない。間接機關はその職務上の行爲に付他の機關の批判を受け、その責任を問はることを免れない。その點に於てそれは直接機關と大に相異つてゐる（註六）。

（註六）國家の機關はその自からなした職務上の行爲に付責に任ずべきものなるや否やは、學者間に於て論爭せらるゝ所である。この問題に對して答を與ふるに當つては、直接機關と間接機關とを區別することを要する。前者はその職務上の適法行爲に付他人より責任を問はれないが、これに反し後者はその職務上の適法行爲に付他人より責任を問はるゝことを免れない。

（二）間接機關たるべき人

間接機關も亦直接機關と同じく、個人より成立することもあり、個人の合議體たることもあり、或は又他の一面に於ては獨立の人格を有する團體たることもある。

個人にして國家の間接機關たるものは、例へば、各省大臣又は府縣知事のやうなものである。合議體にして國家の間接機關たるものは、例へば、樞密顧問の會議又は行政裁判所の部のやうなものである（行政裁判所の裁判は裁判長及評定官を併せ五人以上の列席する合議體に由つて行はれる。それが

行政裁判所の部である)。他の一面に於て完全なる獨立人格を有する團體にして、國家の間接機關となることのあるものは、例へば、市町村又は府縣のやうな公法人である。

市町村、その他地方團體は通常二種の政務を有する。固有事務及委任事務これに屬する。固有事務は公共團體が公法人として存在するがために必ず存在しなければならない政務である。公共團體はその種類の政務を行ふ目的のために存在するのである。公共團體がその種の政務を行ふ場合に於ては、完全なる獨立人格者たるの地位に立つてゐるのであつて、他人、殊に國家の機關となつて他人の事務を行ふのではない。これに反し委任事務は、市町村、その他地方團體の存立に必要缺くべからざる事務ではなくして、實は國家自身の事務にして唯便宜上國家が市町村、その他地方團體に對してその處理を委任してゐるものに外ならない。地方團體がこの種類の事務を行ふ場合に於ては、國家の機關たる地位に立つのである。この場合に於ては地方團體は完全なる人格を有つてゐないのであつて、前に述べた機關的人格を有するに過ぎない。市町村は國稅徵收法の規定に基づき、地租及勅令を以て指定した國稅を徵收して、その稅金を國庫に送附する義務を有する。市町村は小學校令の定むる所に依り、國の公の營造物たる尋常小學校を設置する義務を有する。市町村が國家のために國稅を徵收する場合又は國家の公の營造物たる小學校を設置する場合に於ては、國家の間接機關たる地位に立つものである。

(二)　間接機關の類別

間接機關も亦直接機關と同じく、第一には、法令の豫定する自然的事實に因つて當然發生する間接機關と法令の豫想する人爲的行爲の結果に因つて始めて發生する間接機關とに分かれ、第二には、代表的間接機關と被代表的間接機關とに分かれ、第三には、獨立的間接機關と非獨立的間接機關とに分かれる。併し乍らその外に於て重要なる類別は、必要的間接機關と隨意的間接機關との區別である。

必要的間接機關は、憲法、殊に成文憲法の規定の結果に依り、直接機關がその權限に屬する政務を施行するに際し、必ず設置しなければならない間接機關である。例へば、我國に於ける國務大臣、樞密顧問及會計檢査院の如きこれに屬する。これに反し隨意的間接機關は、憲法、殊に成文憲法上必ずしも設置することを要しないものである。これを設置すると否とは、直接機關及その下に立てる間接機關の自由隨意に屬する。間接機關の大部分はこれに屬する。例へば、府縣知事、稅務監督局長、稅務署長、營林局長、鑛山監督局長、郵便局長又は鐵道局長の如きこれに屬する。

第二款參考書。イェリネーク、前揭、五四三―五四六頁。

第五章　國家の權力

第一節　國家の權力の法律上の性質

國家は自主自存の目的を有する人格者として獨立の意思を有し、その意思に基づき、或は森林經營、鐵道列車の運轉、又は土木工事の執行のやうな事實的行爲をなし、或は私人と對等の地位に立つて、これと民法上又は商法上の契約を締結する。それ等の行爲をなすことに於ては、國家も他の團體と多く相異らない。併し乍らその外に、國家はその意思に基づき國内の人民に對して命令及强制をなすの權を有し、その意思の力に基づき他人の意思を抑壓して自己の欲する所を貫徹することを得る。その點に於ては國家の意思は他の多くの團體の意思と相異つてゐる。國家の意思の力はかくの如き特徴を有する所からして、統治權を形成するものと認められてゐる。その國家の權力、卽ち統治權自體は不羈獨立の地位にあり、自己の意思に基づくの外は、決して他人の意思に因つて支配(命令强制)せらるゝことはない。その點より見て國家の權力を主權といふ。要するに、國家の意思は第一には統治權的性質を有し、第二には主權的性質を有する。國家の意思に附着する特色は、統治權と主權との二つに存する。この點に至る迄のことに關しては、今日大體に於て異論はない。併し乍らこの統治權及主權の法律上の性質に付ては學者の說く所必ずしも一致してゐない。或る學者は統治權又は主權は法律學の範圍内に於ても絕對無制限なりと認めなければならないといひ、他の學者はこれに反し統治權又は主權は少くとも法律學の範圍内に於ては相對有限のものと認めなければならないと主張する。余はその中で第二說を採るけれども、必ずしも總ての學者がこの說を認めてゐる譯ではない。

國家の統治權又は主權は絕對無制限のものであり、法律に由つて毫も拘束を受けず、他の人格者の存立のために毫も制限を受けないものであるといふことは、從來多くの學者の主張した所であり、又今日に於ても一部の學者の眞理なりと認めむとする所である。その學說はその源を**ジャン・ボーダン**に發する。氏の說に依るに、主權は唯一絕對的にして永續的の權力であり、法律に因つて制限せられず、又他の國家に因つても制限せられないものである。而して**ボーダン**がかくの如き說を主張した所以は、畢竟するに、法は國家の命令である、國家の命令以外には法は存在しない、從つて法はその命令を發する國家自身を拘束する理由なしといふ學說(國家と法との關係の節に於ける國家本位說參照)を遵奉したがために外ならない。

ボーダンの主權絕對無限說はその當時に於ける專制君主國の社會事情を說明するの法律論としては或る程度の價値を有つてゐたのであらうけれども、今日の文明國家相互間又は文明國家内部に於ける社會事情を說明するに付ての法律論としては何等の價値をも有つてゐない。その學說は今日の社會に於ては到底認めらるゝことを得ない法律論である。

第一に、近代の文明國家は鎖國時代に於けるが如く、孤立して他國と何等の關係を有つてゐないのではなくして、共同の目的を達せむがために、他國と相互に交通し、他國と相合して更に廣大なる團體を組織し、その團體の一員として存立する。今日では國家の上には國際法團體があり、その團體の

法規(卽ち國際法)の存在することは、最早爭ふこと能はざる事實である。若も國家の統治權又は主權が法律上絕對無限なりと假定せば、國家は國際關係に於て國際法及國際條約に由つて毫も拘束を受けず、又國家は他の國家の存在に因つて毫もその權力行使の範圍を限定せられず、無限に世界至る所に(他國の領土內に迄立ち入つて)その權力を行使し得べきものであると論結しなければならない。併し乍らその論結の社會上の事實及一般人民の常識に反するものなることは、多く說明を要しない。故に若も社會の實際の事實に徵し、國際法の存在を認め且今代の文明國家は國際法團體の一員として他の國家と併立するものなることを認めむと欲するならば、勢ひ國家の主權又は統治權は法律上相對有限たるのであり、國際法及他の國家の存在に因つて或る程度の制限を受くるものであると解するの外はない。

第二に、現今諸國に於て臣民も亦國家に對して一定の權利を有することは、人の一般に認むる所である(今日の諸國に於ては個人は歎願して國家の憐を乞ふの能力を有するに止まらず、多くの場合に於ては法を楯となし、法律に基づき權利として一定の事項を國家に對して請求するの權を有し、殊に國家を相手取つて訴訟を提起するの權を有する)。而してこれを認むる以上は、國家が臣民に對して臣民の權利に對當する義務を有することを認むるの外はない。今日では國家と個人との間に於ける雙方の意思の限界(權利義務の關係)は一々法規に因つて明らかに定められてゐるから、法律上の議論としては、國家も亦その法規の範圍內に於てその法規に遵據して權力を行ふことを得るに止まるのであり、法規を無視して個人に對して權力の濫用をなすの力を有するものでないと解するの外はない。その結果として少くも法律上では國家は絕對無制限の權力を有しないのであり、國家の權力は臣民に對する關係に於ては法律に由つて制限せらるゝものであると論結しなければならないのである(若も國家が法律上絕對無限の權力を有し、法の外に立つて更に法の制限を受けないものであると假定せば、その反對に個人は絕對無限の服從者として法律上何等の意思能力を有しないものであると論結しなければならないことになる。併し乍らかくの如き論結を採るときは、絕對的意思能力者たる國家と絕對的意思無能力者たる臣民との間に於ては、法規は全く存立することを得ず、憲法行政法のやうに、國家と人民との間の意思の關係を定むる法規は、法として完全に存在すること能はざるものであると論斷しなければならなくなる。その論結に陷ることを避け、國家と個人との間に於て雙方の意思の關係を定むる法規の存在することを認めむと欲するならば、國家も亦個人と同じく法規の拘束を受けるのであり、國家の權力も亦個人の意思と同じく法律上制限せらるゝものであると解するの外はない)。

かくの如くに今日の國家の權力は國際法に由つて制限を受け又國家內の臣民が國家に對して公權を有することの事實に因つて制限を受くることを免れないやうになつてゐるから、今日の社會の事實を故障なく說明するがためには、國家の主權又は統治權は法律上絕對無限のものではなくして、相對有

限たるのであり、法規に因り、又他の國家及個人の存立に因つて制限を受けるものであると解釋せざるを得ないのである(註一)。

參照。**ブルントゥシュリー**、國家辭典、第九卷、五五二頁。**プロイス**、地方團體、國家及獨逸國、一〇〇頁、一一五頁、一一九頁。**イェリネーク**、一般國家學、四六三―四六六頁。**レーム**、國家學史(一八〇〇年)、一九二頁以下。同氏、一般國家學(一八九九年)、四〇頁以下。**シュミット**、一般國家學、第一卷、二七八頁。**ダンニング**、政治學說史、第二卷(一九二七年)、八一―一二三頁。**ハンケ**著、**ボーダン**(主權の觀念に關する研究、一八九四年)、一一及一二頁。**ボーダン**、國家論(第四版)第一卷、第八章。

(註一)　國權は相對有限であり、法規に由つて一定の制限を受けるといふ學說に對して反對をなす者は、動もすれば次の如くいふ。『國家は法規を制定し、これに因つて以つてその行政上の意思を制限することを得るけれども、國家はその權力に因り、その法規を何時でも廢止し、それと同時に行政意思に對する法律上の制限を何時でも撤廢することを得る。國家の行政權は法規に因つて制限せらるゝけれども、國家の立法權は法規に由つて更に制限せられない。例へば、憲法第二章臣民の權利の保障に關する規定の存在する場合に於て、憲法上國家が臣民の自由及財產に對して制限を加ふるに付いては、議會の協贊を經た法律の形式に依ることを要するのであつて、行政廳の獨斷の命令に因つてこれを行ふことを得ない。その點に於て國家の行政權は或る程度の制限を受けてゐるに相違ない。併し乍ら國家は何時にても憲法第二章臣民の權利の保障に關する規定を廢止し、國家の行政權に對する制限を撤廢し、然る上にて行政廳の一片の命令を以て自由に人民の自由及財產に對して制限を加へることを認許することを得る。その意味に於て國家の立法權は全く制限を受けないから、それは絕對無制限である』と。

この論は、畢竟するに、國家は國家と臣民との間に公法上の權利義務の關係を設定する憲法行政法上の規定を全然廢止し、これに因つて以て憲法行政法上國家の意思に對する制限を免るゝことを得るから、憲法行政法上國家は更にその意思の上に制限を受けざるものと斷定し得るといふのである。謂ふ迄もなく、國家が一定の事項に關し國家と臣民との間に存在する憲法行政法上の一切の規定を廢止したと假定せば、その場合に於てその事項に關する憲法行政上の一切の權利義務は消滅し、國家も臣民も共にその事項に關し、憲法行政法上その意思に拘束を受けないやうになるに相違ない。併し乍ら憲法行政法上の法律問題は常に憲法行政法の存在することを前提となし、その前提の下に於て國家及臣民は相互に如何なる權利義務を有するかを論議せむとするものに外ならない。然るに論者は、國家に於て臣民の權利義務の保障に關する憲法上の規定を全廢し、國家自からその法規の拘束を受くることを全然免れてゐる場合に於て、尙且國家と臣民との間に於て國家及臣民の權利義務を定むる憲法上の規定の存するものゝ如くに想像し、その想像的の場合に於ては國家は憲法に由つて更にその意思の上に制限を受けてゐないから、國家の權力は法律上絕對無制限であり、自由勝手に臣民の權利義務を制限することを得ると主張するのである。併し乍らそれは明白に矛盾した思想である。特定の事項に關する憲法行政法の規定を全然撤廢してしまつた後に於ては、その事項に關しては最早憲法行政法上の法律問題の發生する餘地は存在しないのである。憲法行政法上の規定を全廢してしまふならば、憲法行政法の規定に照らして、國權は法律上絕對無限なるや、相對有限なるやを論議することは不可能である。

國家の權力は法律上相對有限の性質を有することの外に、更に不可分の性質を具備するといふことは、通常多くの人の主張する所である。併し乍ら余の見る所に依るに、國權は或る意味に於ては可分であり、他の意味に於ては不可分である。それは絕對的に不可分なりといふことを得ない。國權は不可分なりといふ通說は、國家の權力の一方面のみを主として觀察した議論に過ぎない。

國家の權力といふのは國家の意思の力である。その國家の意思の力(又は國家の意思)は唯一不可分のものとして、常に唯一つの機關(立法機關、司法機關、行政機關)が存在するのであつて、それが相分かれない。國家には種々の機關のみに由つて作成せらるゝやうになつてゐるかといふに、さうではて、種々相異つた事項に付、同時に國家の意思を作成することゝなつてゐる。種々相異つた事項に關

する國家の意思は、分業的に國家の種々の機關に由つて別々に作成せらるゝことゝなつてゐるから、その意味に於ては國家の意思及その意思の力たる權力は可分である。

併し乍らこれに反し國家に諸種の機關の存在する場合に於て、それが同一の時期に於て、同一の事項に關し、相分かれて國家のために區々別々の意思を作成することは、法律上認められてゐない。國家は同一の事項に關し同一の時期に於ては唯一の意思を有することを得るのみであつて二以上の區々の意思を有することを得ない。從つて同一の時期に於ける同一の事項に關する國家の意思の力、卽ち國權も亦唯一不可分の性質を有すべきである。さういふ意味に於ては國權は不可分である。通常學者が國權は不可分であるといふのは、そのことを指すのである(註二)。

(註二)　國權が第二の意味に於て唯一不可分なる所以は、畢竟するに國家が統一不可分なる觀念なるがために外ならない。若も國權が分割し得べきものたるのであり、國家が同時に、同一の事項に關し、二三の相異つた意思の力を有し得べきものと假定せば、その相互に分立せる二三の意思の力が各同一の事項に關し、同時に相異つた意思表示をなした場合に於て、國家は全く統一を失ひ、獨立の團體としてその存立を維持すること能はざるに至るのを免れない。從つて國家といふ統一せる團體の存立を認めむとする者は、必ずその團體が同一の時に於て同一の事項に關しては、唯一の意思を有し、その唯一の意思に由つて統一を保ち、存立を維持するものと認めなければならぬ。吾々個人が同一の時に於て同一の事項に關し二三の意思を有すること能はざると同樣に、國家も亦同一の時に於て同一の事項に關し二三の分立した意思の力を有することを得ないのである。人間の精神が不可分のものとして人間に所屬することを要すると同じく、國家の意思も亦不可分のものとして國家に所屬することを必要とする。

參照。イェリネーク、前揭、四八二―四九〇頁。レーム、一般國家學、一九三―一九五頁。ケルゼン、一般國家學、二二九頁。拙稿、憲法、第一分册、六九頁。

國家の權力活動の範圍は一方に於ては國家の領土に因つて限定せられ、他方に於ては國家の臣民に因つて限定せらる。卽ち、國權は一國の領土內に於ては內外人何れに對しても（殊に外國人に對しても）行使せらるゝことを得べく、又國權はその國の臣民に對してはその者の國內にある場合は勿論、その者の外國にある場合に於ても、尙且或る程度に於て行使せらるゝことを得る。

第一に、國家の權力が積極的にはその領土內の人民（殊にその國に駐在する外國人）に對して行使せられ、消極的にはその領土內に於て他國の權力行使をなすことを排除するの力を有する所より觀察して、國家は領土高權を有すると稱せらる。領土高權といふ特別の權力が存在するのではない。領土高權も亦國權（統治權）に外ならない。唯國權が一國の領土內に於て行使せらるゝ場合に於て、學者がこれを稱して領土高權といふに過ぎない。國家がその領土內に於て領土高權を有するといふことは、國家は專ぱらその領土內に於て權力を行ひ、他國がその領土內へ立ち入つて權力行使をなすことを排斥する力を有するといふことに外ならない。

領土高權は國家の領土內にある自國臣民に對しても行使せらるゝものと解せられないことはない。併し乍ら臣民はその國內及國外にある場合に於て、次に述ぶべき國家の臣民高權の行使を受くるものと認められてゐる。從つて臣民は國家の領土高權の支配を受けないで、臣民高權の行使を受けてゐる

のであり、國家の領土高權は、主としてその國に駐在する外國人に對して行使せらるゝものと認めるのが適當であらうと思ふ。但國家はその領土高權に基づき、その國內に駐在する外國人に對して積極的に命令强制をなすに止まらず、その外に、これに基づきその領土內に於て外國の權力行使をなすことを排除する力を有するものであることは、上に述べた通りである。

國家はその領土高權に基づき專ばらその領土內に於て權力を行ひ、その領土外に於て權力を行はないのを原則とする。併し乍らこれに對しては二つの例外がある。一方に於ては、國家は他の國家の利益のために自國の領土內に於て自から權力行使をなすことを制限することがあり、他方に於ては、國家は自國の領土以外の土地に於て權力を行ふことがある(註三)。

(註三)　一方に於ては、國家はその領土內に於て他國が權力を行使することを認許し、又は他國の利益のために自國の領土內に於て一定の行爲をなさゞるべき旨を約束し、それに因つて以て國家が自己の領土內に於けるそれ自身の權力行使を制限することがある。例へば、國家は外國と領事裁判條約を締結し、自國領土內に於て外國領事が當該外國の臣民に關係を有する裁判をなすことを認許することもある。又國家は外國、殊に隣國と條約を結び、國內の一定の區域には要塞を設置せざる旨を約束して自己の權限を制限することもある。(對獨平和條約、第四二條)。他方に於て國家は、例へば、戰時に於て一時占領した外國領土內に於て權力を行ひ又は保護條約に基づきその自から保護せる國(被保護國)に於て權力を行ふことがある。

國家は領土高權に基づきその國內に駐在する外國人に對して權力を行使することを得るのが原則である。併し乍らこれに對しては例外がある。國家は所謂治外法權を有する外國人に對しては(その者のその國に駐在せる間と雖も)權力を行ふことを得ない。卽ち國家はそれ等の人々に對しては民刑事の裁判權を行ふことを得ず、租稅徵收權を行ふことを得ず、又强制執行をなすことを得ない。それ等の特權を有する者は、例へば、(一)外國の君主、(二)外國より派遣せられた外交官、(三)外國軍隊及外國軍艦、(四)特殊の國際法上の委員、(五)常設仲裁裁判所の裁判官、(六)東洋諸國に於て特殊の條約の結果に依り治外法權の特權を有する外國人、(七)基督敎國に於ける羅馬法王及(八)國際聯盟に屬する聯盟國代表者及聯盟の職員(國際聯盟規約、第七條第二項)等である。

第二に、國家の權力がその國の臣民に對して行使せらるゝことより觀察して、國家は臣民高權を有すると稱せらる。臣民高權(又は人民高權)といふ語は領土高權に對する語である。臣民高權といふ特別の權力が存在するのではない。唯國家の權力が臣民に對して行使せらるゝ場合に於て、これを臣民高權といふに過ぎない。臣民高權は一國の臣民に對してのみ行使せらるゝものである。それは臣民がその所屬國家の領土に在る場合は勿論、その外國に駐在する場合に於ても尙且それに對して行使せらる。併し乍ら臣民高權は外國人に對しては行はれない。國家が外國人に對して國權を行使するのは、臣民高權に基づき、汎くその國の臣民に對して權力を行使することを得るのが本則である。

國家は臣民高權の作用ではなくして、領土高權の作用である。

併し乍らこれに對しても例外がある。國家の臣民が外國に駐在する場合に於ては、國家は臣民高權に

基づきこれに對して命令を發することを得るけれども、その命令を强制するがために、猥りに他國の領土内に立ち入つて權力行使をなすことを得ない。これは一國が他國と併立する場合に於て、國際法上猥りに他國の權力を侵害することを得ない當然の結果である。それは國家の權力が絶對無限でないことの證據であるとも見られ得るのである。

參照。リスト、國際法(一九〇六年)、七二―七九頁。一〇五―一一〇頁。拙稿、憲法、第一分冊(大正、一四年)六五―七一頁。

國家の統治權又は主權は單純なる權力なるか、將た又法律上の權利なるかといふことは、人の往々にして疑問とする所である。余の見る所に依るに、權力は命令及强制をなすの力であり、他人の意思に反しても尙且他人をして自己の欲する所を行はしむる力である。而して國家の權力は正さにかくの如き特色を有つてゐるから、國權がその意味に於て權力たることは疑を容れない。唯問題となるのは、その權力たる國權が權力たるに止まらず、同時に權利たる性質を具ふるや否やといふことである。權利は法が人の利益を保護するがために人に認めた意思の力である。故に國權が權力たると同時に權利なるや否やといふ問題は、その國家の命令强制權は同時に法規に由つて認許せられた意思の力たる性質を具ふるや否やに因つて決定する(國家の命令强制權が單純なる事實上の力たるに止まり、法に由つて認許せられてゐる所の意思の力たる性質を具へてゐないならば、それは法律上の權利ではない。これに反し國家の命令强制權は單純なる事實上の力たることの外に、法に因つて認許せられた意思の力たる性質を具へてゐれば、それは權力たると同時に權利たるの性質を有することになる)。

既に述べた通り、國家の權力は絶對無制限の力ではなくして相對有限なる力である(憲法總論第一章、國家の法律上の地位の說明參照)。國權行使の範圍は法規を以て限定せられてゐる。而して國家は最も多くの場合に於ては、法規の範圍内に於て適法にその權力を行使するに相違ないから、國權行使は多くの場合に於ては權力行使たると同時に權利行使たる性質を具へてゐる。國權は原則として權力たると同時に、法規に因つてその行使を認許せられてゐる權利である。併し乍ら個人が法を無視してこれを蹂躙することあると同じく、國家も亦法の存在を無視してこれを蹂躙することが少なくない。而して國家のやうな强い命令强制權を有する者が、法規を侵害してこれに違反する行爲をなす場合に於て、法は全然國家の違法行爲をなすのを防遏する能力を有つてゐない。從つて國家は何等の制裁を受くることなくして、法規に違反する行爲を平氣で實行し、命令强制權を濫用して、法規の禁止する行爲を無理に實行するが如きこともあり得る。併し乍らかくの如くにして國家が法の禁止する行爲をなす場合に於て、その權力行使は單純なる事實的行爲たるに止まり、更に法の認許してゐる所ではない。その行爲は權利行使ではない。從つてその場合に於て違法行爲をなす所の國家の權力は、法の認許する所を實行する法律上の權利ではなくして、單純なる事實上の權力たるに止まる。

要するに、國家の權力は法に因つて認許せられた限度に於ては、權力たると同時に權利である。こ

れに反し國權が法規に因つて認許せられた範圍の外に出づるの行爲をなした場合に於ては、その權力は單純なる權力であつて、權利ではない。國家の權力は權力なるか將た又權利なるかといふ問題に對しては、國權は或る場合に於ては權力にして且權利であり、他の場合に於ては單純なる權力たるに止まり、權利たる性質を具へないものであるといふの外はない。而して權力が或る場合に於ては同時に權利であり、他の場合に於ては然らず、又權利が或る場合に於ては同時に權力であり、他の場合に於ては然らざる所以のものは、權力と權利とは本來全く範疇を異にする別箇の觀念たるがために外ならない。

第二節　國家の權力の作用

第一款　モンテスキィエゥの三權分立論

領土、人民、機關、權力及憲法は國家の觀念を發生せしむるに付て必要缺くべからざる原素（又は條件）である。領土、人民、機關及權力が憲法の規定に依つて適當に相結合せるときは、これに因つて國家は團體として完全にその存立を維持することを得る。併し乍ら國家は一日も靜止の狀態に在るのではなくして、その權力を應用して日常絕えず種々の活動（作用）をなすのである。從來多くの國家學者又は法律學者（殊に憲法學者）は國家の權力の作用、卽ち國家の活動の形式に關し種々の分類をなしたけれども、その中に於て今日に至る迄學術上及實際上最も重きをなしてゐるのは、國權の作用を立法、司法及行政の三つとなすの分類である。國權の作用をこの三つに分つの理論は、佛蘭西人**モンテスキィエゥ**がその著書たる『法律の精神』（一七四八刊行）の中に於て主張した所である。而して亞米利加人及歐羅巴諸國の人民はこの理論に基づき、國家の制度を確立し、國家の權力の作用を立法、司法及行政の三つとなしてゐる。

モンテスキィエゥは國家の主權（國權）の成分を三つとなし、總ての國には立法權、行政權及司法權といふ三つの別箇の權力が存在するものとなし、その著書の中に於て次の如く謂つてゐる。『何れの國に於ても三種の權力が存在する。法律を制定するの權、國際法の支配を受くる事件（國際法に依存する事件）を執行するの權及國內法の支配を受くる事件（國內法に依存する事件）を執行するの權これに屬する。第一の立法權に依り君主又は國家の官吏（大統領等）は一時的又は永久的の法律を制定し、又既に制定せられた法律を廢止變更する。第二の權に基づき君主又は國家の官吏は戰を宣し和を講じ、外國と使節を交換し、國家の安全を保持し、外寇の襲來を豫防鎭壓する。第三の權に依り君主又は國家の官吏は犯罪者を處罰し、又私人間の爭議を裁決する。第一の立法權に對し、第二の權は國家の行政權と稱せらるべきものであり、第三の權は裁判權と稱すべきものである』と。

參照。モンテスキィエゥ、法律の精神、第一一卷、第六章。エスマン、憲法（一九二一年版）第一卷、四六頁。

かくの如くにモンテスキィエ。は何れの國に於てもこの三權の存在することを前提となし、而して民主主權の國家又は人民を代表する議會を有する國家に於ては、全然この三權を分離し、これを三箇の獨立の權利主體（機關）に委ねなければならないものであるとし、これがために次の理由を述べてゐる。

（一）『人民の政治上の自由は、政府、殊に君主が權力を獨占せず、その外に、これを牽制すべき若干の獨立機關があり且何れの政治機關も皆その權力を濫用しない場合に於て始めて存立する。これを經驗に徵するに、人は各その權力を濫用するの天性を有し、且これを濫用する上に於て底止する所を知らない。この弊害を除去し、人民の自由を確保せむと欲せば、國家の三箇の權力を各獨立せる別箇の權力主體に委任し、或る一つの權力者がその權力を濫用せむとする場合に於て、他の權力者をしてこれを牽制せしめ、權力に由つて權力を抑壓し、權力の平均を保たしむる外はない』。

（二）『若も立法權及行政權の二つが同一の自然人又は合議體の手に屬するとせば、この兩權を掌握せる君主又は議會は隨意に殘酷なる法律を發布し、殘酷にこれを執行するの虞があるから、人民の自由に對する保障は更に存しない。これと同じく裁判權と立法權とが分立せず、この兩權が同一の人に由つて行はるゝときは、裁判官は裁判に際し自己の便宜に從ひ、新法を發布し又は現行法を廢止して專斷なる裁判をなすの虞がある。又裁判權と行政權とが分立せず、行政官が裁判權を行ふ場合に在つては、それが行政權を濫用して人民を壓迫し、人民のこれに對する救濟を求むるに當り、不當の裁判をなして、これに對して何等の保護を與へざることゝなすの虞がある。立法、司法及行政の三つの行爲が同一の自然人又は合議體に由つて行はれるときは、人民の自由及幸福を享くることは到底期待せられ得ない』。

參照。モンテスキィエ。、法律の精神、第一一卷、第四章。ユスマン、前掲、四六二頁。

モンテスキィエ。の三種分立論に對しては二つの主なる攻擊がある。

第一の反對說に依るに、唯一の主權の構成分子たる三個の權力は共同の目的を達するがために、相互に調和して活動することを要するのであつて、相互に分離して別々に活動することを得べきものではない。それは人間の身體內部に於て種々の機關が全然分立して別々の作用をなすこと能はざると相異らない。國家は一つの權力、一つの意思の下に立つて統一せらるゝことを必要とするに拘はらず、三權分立論者の主張するが如くに、國家內に數多の獨立の權力及權力主體が存在し、これが相互に對立して、別々に自由行動をなすに至らむには、國家はこれがために全く統一を失ひ、その存立を維持すること能はざるに至るであらうといふのである。

第二の反對說に依るに、三權分立論に基づき三箇の權力を三箇の獨立機關の間に分配し、一つの機關の力を以て他の機關の跋扈することを防遏せむとして見ても、實際上三箇の權力及三箇の機關の鼎

立せる場合に於て、その中の何れか一の機關が他の機關を凌駕し、事實上の主權を把握して他の機關を壓倒するに至ることは免れ難い。現に今日三權分立の原則を採用してゐる多くの國に於て、立法機關が他の行政機關及司法機關を壓倒するの權力を獲得するに至つてゐることは、何人も目擊する所である。三權を分立してこれを別箇の機關の權限に委任し、これに因つて權力の平均を維持せしめむと欲するとも、その目的は到底貫徹せらるゝことを得ないといふのである。

參照。エスマン、前掲、四六七頁。

第一及第二の反對論者が三權分立論の理論及實施に關して加へた駁擊は、何れも充分の論據を有するに相違ない。併し乍らそれ等の反對論者の指摘したやうな若干の缺點があるとしても、それがために三權分立の原則は政治上及法律上何等の價値を有しないものであるといふのは誤つてゐる。次の節に於て述ぶるが如く、三權分立論は**モンテスキィエ**の主張したやうに極端に實施せらるゝことを得べきものではないけれども、大體に於て**モンテスキィエ**の學說に從つて國家の政務を立法、司法及行政の三つに分ち、これを三つの別箇の機關の權限に委ねるのを以て本則とし、而かもその本則に若干の例外を認め、その原則の運用を圓滑にすることを計るならば、その結果の國家の政治上極めて良好なるべきことは一點の疑を容れない。この理由に依り近代の文明國家は國家の政務を立法、司法及行政の三つに分ち、これを處理せむがために、立法機關、司法機關及行政機關の三つを設置し、大體に於てモンテスキィエの學說の精神を實地に應用することゝなしてゐる。

第二款　立法、司法及行政の區別

立法、司法及行政といふ語には三つの相異つた意味がある。その一は實質上の意味に於ける立法、司法及行政であり、その二は機關的意味に於ける立法、司法及行政であり、その三は形式上又は現行法上の意味に於ける立法、司法及行政である。余はこの三つの意味に付て順次に簡單なる說明を試みむと思ふ。

第一項　實質上の立法、司法及行政

實質上の立法とは、國家が實質上の法律、即ち法規を設定することをいふ。國家自から國家內の個人又は團體に對して法規を發し、人格者間に意思の限界、即ち權利義務の關係を設定することが實質上の立法である。實質上の司法とは、國家內の個人又は團體が法規に違反した場合又は人格者間に法規の適用、即ち權利義務の關係に付爭議ある場合に於て、國家自からその法規を解釋適用して人の權利義務の存否如何を確定し、これに基づき個人又は團體に對して一定の行爲又は不行爲を命じ又は一定の制裁を科することをいふ。實質上の行政とは、國家又は臣民の存立及その利益を保護增進する目的を以て、法規違反の事件にもあらず又法規の適用に關する爭議にもあらざる事件に對して法規を文字通りに執行し、又は法規の範圍內に於ける自由行動をなすことをいふ。

多數人が相集合して國家又はその他の團體を形成せる場合に於て、各人が他人の存在を顧みずして放恣專横の行爲をなすならば、これが爲めに直に人と人との間に意思の衝突が起つて、その團體の秩序が維持せらるゝことを得ない。その多數人の間に意思の衝突の發生することを防遏し、多數人の融合調和して共同生活をなすことを可能ならしむるがためには、各人の意思の限界、卽ち行爲の範圍を定め、各人は一定の行爲をなすことを得るけれども、それ以上の行爲をなすことを得ない旨を定むる行爲の準則が存在しなければならぬ。その人の行動の準則を稱して法といふ。そんな法は、或は市町村に於ても制定せられ、國際法團體又は皇族の團體(皇室)內に於ても制定せらる。併し乍ら法は最も多くの場合に於ては國家に由つて制定せらる。國家がその法を制定することを稱して實質上の立法といひ、國家が統治權に基づき法規制定のために命令を發する場合に於て、その權力を立法權（實質上の立法權）といふ。その國家の立法權に因つて國家の制定した法規を實質上の法律といふ。それは後に述ぶべき形式上又は現行法上の法律に相對するものである。

この實質上の意味に於ける立法行爲は必ずしも議會の協贊を經た形式上の法律の形に於てなされるものとは限つてゐない。それは行政の首長又は行政官廳の獨斷の命令の形に於て定められるゝこともある(從つてそれは後に述ぶべき形式上の立法及機關的立法と同一ではない)。

國家が立法權に基づいて法規を制定し、これを遵奉せむことを國內の個人若は團體又は國家の機關に命令した場合に於て、その命令を受けた者に於てこれを遵奉しないこともあり得る。又國家が法規を定めた後に於て、その法規の解釋適用如何に付疑義が起り、これが爲めに爭議を生ずることもある。それ等の場合に於て、國家に於てその自から制定した法規を解釋適用して、その法規の支配を受くべき個人及團體の權利義務の存否如何を確定し、これに基づき個人及團體に對して或は一定の行爲又は不行爲を命じ、又は一定の制裁を科して以てその法規の振肅を計り、それに因つてその法規を維持するにあらずんば、國家に於て法規を設定した目的を達することを得ない。かくの如き目的の爲めに國家のなす所の行爲を實質上の司法といひ、國家が統治權に基づきこの種の司法行爲をなす場合に於て、その權力を司法權(實質上の司法權)といふ。

この實質上の司法は必ずしも司法裁判所又はその一種たる通常裁判所に由つてなされるものとは限つてゐない。それは時として行政裁判所の裁判、權限爭議裁判所の裁判又は官吏懲戒裁判等の形に於てなされることもあるのである（從つてそれは後に述ぶべき形式上の司法及機關的司法と同一ではない)。

併し乍ら立法及司法をなすのみでは、國家は國家としてそれ自身及人民の利益を充分に保護增進してその目的を達成することを得ない。近代の國家は三種の目的を有する。(緒論第一章、第三節參照)。その一は法規を設定し且これを維持することである(法的目的)。その二は外敵の襲來を擊退し、內亂