

「ケルゼン」著國家原理提要

KELSEN'S ESSENTIALS OF THE
THEORY OF STATE

教 授

中 野 登 美 雄

PROF. T. NAKANO

1927

内 容 目 次

序 言

第一章 國家の本質

第一節 規律としての國家、自然的(存在)規律及び規範的(當爲)規律。
自然法則及び規範、作用と效力(1)……**第二節** 權威としての國家、國
家に對する服從(5)……**第三節** 超個人的意志としての國家(7)……
第四節 國家規律の作用、規範及び規範の表象(7)……**第五節** 國家規
律の妥當(效力)と作用性の關係、規範性及び事實性(9)……**第六節** 威
力としての國家(11)……**第七節** 國家に對する歸屬(12)……**第八節**
自然的及び規範的歸屬(14)……**第九節** 理念的規律としての國家(17)……
……**第十節** 社會的成體の規範的性質、自然及び精神(18)……**第十一節**
強制規律としての國家(20)……**第十二節** 法規律としての國家規律
(21)……**第十三節** 法規、法主體、權利、一次的及び二次的法規範(22)
……**第十四節** 分勞的に作用する機關を有する法規律としての國家、形
式的及び實質的國家概念(24)……**第十五節** 國家及び法の二元(26)……
……**第十六節** 法的问题としての一般國家學の問題(27)……

第二章 國家規律の妥當(效力)

(靜 態)

A. 妥當(效力)……………

(所謂國權及び主權、國家及び國際法)

第十七節 國家規律の妥當としての國權(30)……**第十八節** 國家の主
權、基本的規範若くは法論理的意義に於ける憲法(33)……**第十九節** 主
權的規律の排他性(唯一性)(36)……**第二十節** 國家の主權及び國際法規律
(38)……**第二十一節** 自國法規律の一次性(39)……**第二十二節** 國際法規
律の一次性(40)……**第二十三節** 兩假說の關係、二元的解釋(43)……**第**

卅四節 國際法の法的性質(44) ……

B. 空間的、時間的及び人的效力の範圍。

(國家領土及び國民)

第卅五節 空間的效力範圍の限定性と無限性(45)……第卅六節 定着性(46)……第卅七節 國際法に依る個々の國家法規律の空間的效力範圍に對する限定(47)……第卅八節 國家法規律の時間的效力範圍の限定(50)……第卅九節 國家法規律の人的效力範圍の限定(51)……第卅節 權利論としての國民に關する理論(52)……第卅一節 法義務及び臣民(53)……第卅二節 參政權(54)……第卅三節 官廳の行爲(56)……第卅四節 訴權(57)……第卅五節 法律行爲(57)……第卅六節 公法及び私法(58)……第卅七節 自由權(60)……第卅八節 自由權の憲法上の保護(61)……第卅九節 受動的關係の本質性(義務)(63)……第四十節 公民(66)……

C. 國家の空間的組成

(中央集權及び地方分權、國家結合)

第四十一節 全部的及び部分的分權(集權)(68)……第四十二節 靜的及び動的要素(70)……第四十三節 完全なる分權及び不完全なる分權(71)……第四十四節 行政上の分權(72)……第四十五節 自治團體に依る分權(73)……第四十六節 『州』に依る分權(74)……第四十七節 聯邦國家に於ける分子國家(75)……第四十八節 聯邦國家及び聯合國家(77)……第四十九節 其他の國家結合(79)……第五十節 國際法上の共同體(81)……

第三章 國家規律の創定

(動 態)

A. 創定の階梯

(國家の三權或は三機能)

第五十一節 立法及び執行(83)……第五十二節 憲法(84)……第五十

三節 法律及び命令(86)……	第五十四節 裁判判決(88)……	第五十五節 法律行為(90)……
第五十六節 間接の國家行政(90)……	第五十七節 直接の國家行政(92)……	第五十八節 權力の分立(93)……

B. 構成機關

(國家機關)

第五十九節 機關、機關作用、及び機關の擔荷者(95)……	第六十節 實質的機關觀念、官吏(96)……	第六十一節 實質的國家觀念(97)……
第六十二節 國家機關の創設(98)……	第六十三節 單純及び合成國家機關、過程(手續)(99)……	第六十四節 機關作用の適規範性(101)……
第六十五節 機關の從屬及び等格(102)……	第六十六節 『最高』機關、國家元首(103)……	第六十七節 代表機關(104)……

C. 創定方法

(國家形體)

第六十八節 國家形體の概念、理想型としての寡頭制及び民主制(105)……	第六十九節 兩理想型の實現、多數決主義(106)……	第七十節 混合形體(108)……
第七十一節 絶對及び制限君主制の舊形體(109)……	七十二節 立憲君主制及び民主共和國、立法の組織(110)……	第七十三節 立憲君主制、及び民主共和國に於ける執行(111)……
第七十四節 大統領制共和國及び議會統治(113)……	第七十五節 議會(114)……	第七十六節 選舉制度(115)……
第七十七節 國民發議及び國民投票(117)……	第七十八節 國家形體及び世界觀(117)……	

「ケルゼン」著國家原理提要

中 野 登 美 雄 譯



「ウインナ」學派の驍將ハンス・ケルゼン教授が其蘊蓄を傾けたる「一般國家論」Allgemeine Staatslehreを上梓したのは既に一昨年(一九二五年)春である。當時我早稻田法學は中村彌三次助教授を煩はし、第五卷に詳細なる内容紹介を掲げた。

而して其紹介文に附言せられた如く、「ケルゼン」教授は、同書發行と共に一部を余に惠送せられ、併せて我早稻田法學に自己紹介文を寄稿せられ度き旨を申越された。然るに昨夏に至つて、初め本誌に寄稿すべく筆を起したるに、案外に浩瀚となり且つ原稿亂筆にて判讀に難き故、便宜筆寫に代へ若干部を印行し、同攻の友人に頒ちたりとて Grundriss einer allgemeinen Theorie des Staates. なる小冊子を余の手元に送り來つた。要するに、頭初の約の如く、特に本誌に執筆するの趣旨には沿はざるも、單に知人に配布したるに止まり一般に公刊せるものに非ざる故、其譯文を我早稻田法學に掲載せられたいと言ふのである。

内容を閱するに、教授一流の論駁を避け、「一般國家論」の内容を簡潔に要約したるものにして、教授の懷抱する學說の大系を窺ふに絶好の資料と考へられる。因つて管理委員會の議に基き、其翻譯並に批評を斯學專攻の畏友中野登美雄教授に懇囑し、爰に發表する次第である。同教授の學殖と靈筆とは、原著の眞意を傳へて餘りありと信する。因みに本稿には中野教授の批評をも附せらるゝ豫定であつたが、都合上他日に割愛せられた。追つて本誌に發表せらるべきことを附言する。中村宗雄識
Allgemeine Staatslehre, Verlag Julius Springer, Berlin 1925. Grundriss der einer allgemeinen Theorie des Staates, Wien, 1926. Als Manuscript gedruckt.

序　　言

『國家原理』又は一此の部門の獨逸の法學竝に國家學に所謂—『一般國家學』なる名稱の下に慣例的に一團の極めて特殊なる問題が括め扱はれてゐる、然り即ち國家の社會に對する關係、其道德に對する關係、一般及び特に政治に對する關係、竝に法に對する關係其他等より生ずる國家の本質、更らに國權、領土、國民、等の所謂國家の『要素』に關する理論、立法、司法、及行政等の國家の個々の作用又は權力に關する理論、國家機關論、國家型體論(君主制及び共和制)等である。通例此等の諸問題は國家結合論と結び付いてゐる。

以上の諸問題が其自身一體たり、必然的な組織を成す事は所謂『一般國家學』が國家に關する原理として果して其名稱に値し、一般國家學が果して正當に一の獨立なる理論として行はれ得可きものなるやの問題の決定が擧げて繋がる處である。然し乍ら一般國家學上の諸問題の内部連絡は從來の説明よりしては明確に知得するを得ない。一般國家學は唯其名の下に總括せられたる諸問題が或る唯一の原理より展述せられ且つ解かるゝ事の成し遂げ得らる可き場合に於てのみ問題の多少にても恣なる混成體たる外觀を失ひ、而して眞の學問として自ら是正するを得可きである。

之れ、以下に於て試みらる可きである。而して斯く國家原理の要綱を略説するに當つて余は余が最近公にせる一層大なる著述の内容の梗概をば通説に對する駁論に關する部分を除いて再述するものである。

第一章 國家の本質

第一節

國家は人類行爲の一規律である。吾人が國家を以て一個の規律なりとし、又は人類の團體なりとする場合に於ては吾人が以て國家と稱する此結合又は人類の結合たる此團體が、人類相互間の行爲の特定の方法に於て規制せらるゝに依りなるものなる事を前提とする、規律は之を二個の意味に於て謂ひ得る、世人は『自然の秩序』を云々する、而して此場合に於て其意味する處は自然の對象が事實上一定の—自然の法則に於て示されたる—方式に於て行はれ且必然的に而く行はれざるを得ずと云ふに在る、斯くの如き必然性は一般因果法則の必然であつて之に對しては總ての自然法則は其特殊法則たるに過ぎない、されば自然の對象が自然の規律の示す處と異なつて行はれ、自然の法則と矛盾し、自然の法則に違反する事は不可能である、若し可能なりとすれば之れ、無意義である。若しあるものにして特定の條件の下に於て或—從來承認された—自然の法則の示す處と異なつて作用するに於ては之れ科學が該自然の法則の樹立に於て誤まれる事の證せられたものであり従つて新事實が合則的に解せらるゝ様新たに法則を樹立す可きは當然である、自然の規律は自然法則の全部であり其組織である。

乍然世人は又規律を全く異なる意味に於て云々する、即ち自

然の法則の組織として非ずして規範の組織として口にする。規範は事實上行はれ例外なく行はれざるを得ない事項を示すものに非ずして、畏らく常に必しも行はれずとするも行はるゝを要する事項を定むるものである。斯の如き規範的規律は條理上單り人類の行爲を内容とし、他の事實は人類の行爲との本質的關係に於て、即ち人類行爲の條件又は結果たる場合に於て規範の内容たり得るものである。乍然人類の行爲は又一面に於て自然の規律の内容たり得可きは勿論である。規範的規律の意義に於て吾人は特定の方法に於て行爲し、某々の行爲をし又は爲さざるの義務を有する。乍然若し特定の行爲を爲す事なく、爲す可き行爲を爲さず又は爲す可らざる行爲を爲す場合に於ても之に依つて其規範的規律は其存在に於て影響せらるゝものに非ず、然り吾人は規範又は規律が違反せられ又は破らるゝと言ふが乍然之れ此規範又は規範的規律が其效力を失ふ事を意味するものに非らず。規範的規律に特有なる存在は此效力より成るものである。而して此效力は此規範的規律に對應する自然的實在の妥當に直接依屬しない。汝は盜む可らず、又は汝は僞を云ふ可らずと云ふ規範は譬へ事實に於て其受命者が盜み又は僞の場合に於ても其效力に於て不變である、自然の法則は事實に對向すべきであるが人類の作爲又は不作爲としての事實は規範に對向するを要する。

第二節

吾人が普通の場合及び、特に一般國家學に於て云はるゝ國家の個有なる意義を會得せんとする場合に於ては吾人は、吾人が以て國家と稱する規律は第一に規範的規律の意義を有するものなる事を確定するを要する。唯斯の如き條件の下に於てのみ、國家に不可解なる意味を附加するを止むなくせらるゝ事なくして、國家の本質に關して絶へず繰り返さるゝ或種の主張を了解し得られる、就中國家を以て權力なりとし人類の行爲を規定する國家と人類の關係は上下の關係であり、斯の如き人類は之を國家の『臣民』と看做す可しとする説の如きは夫れである。乍然國家の本質は義務が國家に出で、國家の結合内に在る人類が特定の相互的行爲の義務を有するの表象を外にしては之を解するを得ない、而して人類の上に立つ權威としての國家は唯國家が人類に或特定の所爲に對する義務を課するの規律であり従つて人類の行爲を規定する規範の一組織なるに於て耳之を思考し得られる。元より吾人は『自然の威力』を口にし、而して自然が物に對して其作用を『定む』と言ひ、物は自然に臣從すると言ふ。乍然之れ明かに一個の一而も餘りに適切ならざる一類推に過ぎない。蓋し吾人は自然的規律と國家的規律とを同一視する事なくして、神又は自然の法則の下にある自然と、國王又は法の下に在る國家とを比較し得るからである。人類は先づ自ら及び其相互の關係に就て考察せるものであつて、而して國家學一然り自然科學に非ず一は最古の科學なるが故に自然科學が先に國家の

解明に向けられたる概念を利用し自然を以て一個の大なる國家なりと思惟せる事は之を理解し得る。事實上自然の法則の概念は規範の概念より出でたものであるが、乍然全き意味の變化を経るに至つた。

第三節

普通國家を『威力』なりとするが如く又國家を以て常に屢々一國家を以て、本質上意志なりとし意志を有するものとするにせよ一意志なりと特質付ける。此意志は一論者は云ふ一個人の意志ではない、固より國家の意志又は意志としての國家は個人及び其意志を其手段として用ふる。乍然國家の意志其ものは國家に服従する人類の意志と異なり國家の意志は斯の如き人々の意志の單なる總和以上のものであり、其意志は斯の如き諸々の意志の上に立つものである。總て之等の主張は唯國家の神祕的な『意志』を實在的心理的事實とせず一心理的意義に於ては單に個人意志のみ存し、個人の精神の外には何等の意志なし一して國家と稱する規範的規律の客觀的效力に對する形容的表示としてのみ意義を有すべく、擬制を以てする神祕的心理學の迂路たるに非ず。此當爲の妥當は國家の特殊なる存在の領域である。

第四節

國家的規律の(事實的)作用は之と異なる。國家的規律は單り效力(妥當)を有する耳ならず又或程度迄は實働的であつて國家的規律は單に、遵奉せらる可きものたる耳ならず又多小とも遵

奉せられる。人類の事實上の行爲は大體に於て國家的規律の内容に合致するが、唯注意すべきは斯の如き表示は大なる誤謬に導く可き意義の混合を惹起する事である。『實働的』なるものは其特有なる效力の存在に於ける本來の規範又は規範的規律ではなく、人類が規範又は規律を表象するは事實であり、而して又斯の如き表象が人類をして此表象に適應する行爲を誘發せしむるに依つて實働的となる。例者他人より何ものかを盗まんとする誘惑を感じる者は汝は盗む可らずと言ふ國家の命令を想起し、斯の如き表象の威壓の下に於て彼は竊盜を思ひ止まる。規範夫自身は超心理的事實であり、當爲の一表示である、而して其當爲は自然の法則に依つて支配せらるゝ自然的存在の領域の外に在り規範を内容とする表象、規範を其精神的內容として擔荷する心理的行爲は一個の單純なる心理的事實であつて、表象は原因結果より得るものである。何となれば表象は自然的存在の範圍に在るからである。實働的なるもの、即ち規範に適應する人の行爲を生ぜしめ、之を原因的に誘致するものは即ち此表象である。此故に妥當なるものとしての規範と、事實的に作用するものとしての規範の表象とは之を區別する事を必要とする。單に規範の妥當と、事實的作用とを區別するは、之れ此場合に於て規範なる語に依つて掩はるゝ兩個の異なる概念を意識すと云ふ條件の下に於て許容せられ得可き、一の言辭の省略である。

第 五 節

此故に國家なる秩序が單り規範的妥當に於て存するのみならず、又一上に縷述せる意義に於て一實働たるの事實は、國家的規律が自然的秩序と同一性質の存在の秩序であり、國家的規律の組織を成すものを以て規範に非らずして自然の法則なりと爲すの假定を許さぬ。同様に又國家的規律が、更に適切に言はば國家的規律の表象が、或程度迄實働的即ち斯の如き規範的規律の規定する所爲の主體たる人類が、此規範的規律の表象に依つて、事實上大體に於て此秩序に依り行動するに依つて、實働たる場合に於てのみ有效なるものとして豫定せらるべきを認めざる可らざるにせよ、上に述べたるが如き假定を吾人は爲し得ない。畏らく吾人は一暫定的—國家的規律の或程度の實働性は其妥當性の缺く可らざる條件 *Conditio sine qua non* に非ずして先行條件(豫定條件) *Conditio per quam* であると言ひ得やう。然し乍ら之を詳細に觀察するに、有效なるものとして豫定せられたる規律に、大體に於て合致する行爲が、正しく此規律の表象に依つて生じたるものなるか否かは問題に非らず。何が故に人類が國家規律に従つて行動するかを確知する事は極めて困難なりとするも、多くの場合に於て合法的なる行爲を招致するものは國家の命令に非ざる事、又は單り國家の命令耳に非ざる事は之を確實に近き程度に於て主張し得られる。即ち人をして盜まざらしめ、負債を返還せしめ、又は課税の目的上、所得を正しく申告せしむるものは屢々宗教又は道德上の觀念である。人

をして國家の命令に従はしむるものは國家的規範の制裁たる刑罰又は執行に對する恐怖に非ずして同胞の福祉又は社會的尊敬に對する考慮である。故に規範的國家規律の妥當と事實上の現象の關係は以下の如く述ぶるを可とする。曰く、『國家的規律は、唯如斯行爲の關聯する人の事實上の所作が、國家規律の内容に或程度迄合致する場合に於て其規範的に妥當なるものとして取扱はる』と。人の事實上の所作が如何なる形式に於ても一致せざる、國家的規律を以て、有效なるものとなすは無意義である。今日に於ても尙舊露國々法を以て有效なるものとし、而して舊露國々法は適法なる形式に於て變更せられたるものに非らずとの理由の下に、革命後の出來事を以て總て違法なりと主張する旋毛曲りは間々存する。乍然世人は之を以て愚人の見解なりとする。其の規定を以てしては之に合致する如何なる事實をも確定する能はざるが如き規律を以て、有效なる規律なりとするは果して何等の意義をか有し得可きか？ 乍然反對に規範的規律は、之に服從する人類の事實上の行爲が總て合則的なものとして現はるゝが如き内容を有す可きものに非らず。返へつて、規律の内容は、實在的現象の個々の事實と規範との間に抵觸の可能を存するが如き性質のものなる事を必要とする。規律に違反して行動するの可能なるを要し、規律の侵犯され得可きものならざる可らず。何となれば、之を外にしては規律は、規範的規律たるの性質を有せざるからである。事實上生ずるもの

は生ず可しと言ひ、又は汝は汝が事實上所作するが如くに所作す可しと言ふが如き規範は單に文字上の規範であつて内面的意義に於ける規範ではない。唯斯の如き内容の規範耳が規範と自然的實在態の間に決して矛盾の可能ならざるの擔保を與へる、乍然斯の如き規範は無意義である。此故に有效なる規範組織の内容と規範的組織に従屬する事實上の現象の内容との關係は唯一の上部の限界と一の下部の限界の確定せらるゝが如き形式に於て耳定めらるゝものであつて、即ち兩者の離反は或最高限度を超え得ざると同時に又或最低限度以下に下るを得ず。されば問題は『健全なる常識』の能くする所よりも遙かに複雑である。

第六節

世人は一以上論ずる處に依つて一畏らく國家が一の規範的規律なる事を認むるとするも尙密かに國家は、悉くとは言はざる迄も尙一個の威力であり一の權力なる事、約言すれば自然的作用の出づる自然的本體なりとするの憶説を放棄するを欲しないであらう。世人は憶測的に大砲、機關銃、瓦斯、爆裂彈、要塞、牢獄、絞首臺、ギロティン臺、の如き國家の威力、國家の實在性が典型的に表現するものとせらるゝ組織を指示するであらう。乍然總て是等の物は其自體に於て生なく無關係なる對象である。之等の對象は唯人が之を利用するに依つて初めて其特殊の意味を取得するものであつて、而して人が之を利用する事は究極に於て是等の人間が依つて以つて支配せらるゝ表象、即

ち國家の規範が命するが如くに爲す可しと言ふ表象の作用である。故に人若し國家の作用を云々する場合に於ては、それは唯國家的規律を内容とする表象の動因力か又は（上に特質付けた様な省略を用ひて言はゞ）國家的規律の事實的作用たり得可きのみ。若し今現象の表面に止まりて國家固有の存在を以て斯の如き實働性に在るものと爲さば國家の此實在（實働性）は神の存在と同様な地位に置かるゝものであつて、國家は人の之を信するに於て耳存在する。此場合一既に前に合則的行爲の原因に就て論述せる處を以てすれば『國家の威力』と稱せらるゝ實在態の如何なるものが事實國家に歸せられ、而して何が根抵に於て自己の信する神及び他の諸々の神に歸せらる可きものなるかを決定する事は困難である。此種の存在は全く主觀的である。客觀的なるは唯規範的規律の妥當であつて、而して神又は國家と言ふは此規範的規律の表示である。

第七節

論者は、頑強なる經驗主義の立場から、以上述べた思想を誹難して、此れ餘りに『演繹的』である。何となれば、以上の論述は、存在の世界に於ける自然的事實の存在に非るが故に、非『經驗的』なる存在たる國家的規律の存在を構成する、特殊の妥當性より出發するからであると論するであらう。然し乍ら論者にして全く『經驗的』なる事實に其出發點を取るも、論者は同一點に到達せざるを得ない。即ち、國家を概念的に捕捉するが爲

に今先づ論者をして其注意を専ら所謂實在體、即ち感覺的に知覺し得可き事實に置かしめよ。此場合論者は、人の行爲、個々人の行爲の無限の集り以外に何物をも見るを得ないであらう。然し乍ら斯の如き人類の行爲の或るものを、國家の行爲として他の行爲より區別す可き要素は何か？或る行爲を行爲者たる人間自身に歸する事なく、——謂はば、彼人間を通じて——或る他の主格——或る——彼人間の背後に思惟せられたる——觀念的な主格たる國家に歸する標準は何なるか？單なる外部的知覺、即ち此意味に於て單純に『經驗的』であり、『歸納的』なる實在體の觀察に取つては、獨り個々の行爲のみが存在するに過ぎない。斯の如き行爲を『國家』の行爲たらしむるに於ては——而して斯の如き觀察に取つて國家は苟も存在するものなる以上、獨り斯の如き『國家行爲』に於てのみ存し得る——國家行爲としての此性質、即ち斯の如き國家の行爲は之を一の外部的に知覺し得べき性質なりと看做すべきでない。斯の如き事實の『擔荷者』、又は『主體』としての『國家』には唯だ茲に歸屬（責任）と稱せらるゝ精神的作用を通じてのみ到達し得るものである。國家行爲の主體としての國家は、斯の如き歸屬點である。然し乍ら人の行爲を斯の如くに國家の行爲たらしめ、國家に歸屬し得るの標準は、唯一つであり、而して單一である。斯の如き事實——而して獨り斯の如き事實のみが——が特殊の方法に於て、既に有效なるものと豫定せられたる規律に適合する事、詳言す

れば斯の如き規律を構成する規範に於て、特定の條件の下に於て特定人に依り爲さる可き行爲として規定せらるゝ事即ち之れである。斯の如き事實の國家行爲としての性質は、第一に、斯の如き行爲が、特殊の方法に於て、國家規律に依り規範せられ、其内部に於て行はれ、従つて斯の如き規律の統一性に歸結せられ得きべものなりと言ふの範圍に於て、該行爲は同様に、特異の方法に於て國家規律に合致するものなりと言ふを意味するに外ならない。斯の如き行爲の主格としての國家は、斯の如き規律の統一に對する擬人的表示である。行爲を規定する規範に其根據を有する規律の單一性に對する斯の如き結合は、國家に對する歸屬である。國家は本來規範的な總ての國家行爲に共通なる歸着點であり、國家行爲の性質を有する總ての事實の歸屬に對する共通の標點である。

第 八 節

總ての自然科學的認識、即ち自然的實在に向けられたる認識と根本的に異なる規範的歸屬の斯の如き思惟的作用の特質及び特に其規範的性質の必然性は、等しく『歸屬』と稱せらるゝ自然的、即ち自然科學的觀察の區域に於ける類似の作用に此れを比較するに於て最も著しく現はれる。此種の自然的歸屬は、吾人が有機體の機能を云々する場合に於て爲すものであつて、例へば、或る唯一の部分——咽喉——のみが作用するにも拘らず、吾人は鳥が歌ふと言ひ、唯一の小枝のみが唯一つの花を開くに

も拘らず、木が花を開くと云ふが如きは其れである。斯の如く吾人は、一部分の機能を全部に關聯せしめ、統一的主體、擔荷者として思惟せられたる全部に一の作用を歸屬する。蓋し之れ此作用は、全部としての組織の内部に於て行はるゝに依るものである。然らば國家も亦恰も生ける有機體が細胞又は比較的獨立なる細胞の集團(即ち心臟、眼等の如き狹義に於ける機關)より成るが如くに、其機關として人類より構成せらるゝ自然的有機體なるか? 斯の如き早まれる斷定には唯二種の歸屬の内に存する理論上の區別を看過する者のみに到達し得る。斯の如き『自然的』歸屬は、其單一性が直接に外部的知覺に於て、吾人に認めらるゝ全部に對して行はる。吾人は木又は鳥を一つの本體として見且觸知する。然し乍ら國家は、單一體として見、聞き、又は觸知するを得ない。外部的知覺に於ては單に個々の行爲のみが存在するに過ぎないのであつて、而して斯の如き行爲は假設なき自然的觀察の領域に於ては毫も國家行爲として解せられ得可きものでは無い。無數の事實より國家行爲としてのみ看做し得可き事實を區別するが爲めに、妥當なる規律、一の思惟作用の假設を必要とする。然し乍ら此場合に於ては全部の一部として自然的有機體の機關たるものは其生活活動の凡ての方向及び其機能の凡てに於て全體の機關である。凡て斯の如き有機體の最少部分に於て生ずる變化は其如何なる物なるを問はず之れ常に全部に對して關聯せしめ得らる可き運動であつて、凡

そ一部が如何に作用するとするも全有機體は凡ての部分の總ての機能の『主體』又は『擔荷者』として作用する。所謂社會的有機體たる『國家』の場合に於ては事全く之れと異なる。國家を以て人に依つて『構成』せらるゝものと言ふは之れ人は單に其一部に於てのみ、而して一全能なる國家の場合に於てすらも——其本質、更らに正しく言はゞ其機能の一少部分に於てのみ國家に屬するものなる事を忘るゝものである。國家の機關たる個人の爲す總てが國家の行爲たるものには非らず。一面に於て裁判官として勤務する者も其小兒と散歩するが如き場合に於ては國家とは全く無關係なる行爲、全く國家規律の外に在る行爲を爲すものである。彼が特に定められたる事實の下に於て、特定の手續に依り、特定の時に、特定の國語に於て判決を與ふる場合には一の國家行爲を爲す者であり、依て國家機關たるものである。此の故に或場合に於て國家の機關として作用する者の機能中より國家の組織に屬する作用を摘出する必要上茲に一の選擇の原理を要する。斯の如き選擇の原理——而して自然的觀察の區域に於ては其自然的歸屬に對して斯の如き選擇の原理は既に述べた理由よりして之を必要とせぬ——たるものは事實が以て初めて國家行爲としての性質を與へらるゝ規範である。唯規範的に性質を與へられた事實のみが國家行爲であり、唯斯の如き事實に於てのみ『國家』は行動する。而して斯るが故に又社會的なものゝ區域に於ては自然の區域には全く存しない現象、即ち

無効、無効なる國家行爲なるものが存する。蓋し人の行爲は客觀的に有効なる事無くして而も尙國家行爲として有効なりとするの主觀的要求を以て現はれ得るからである。而して之れ無効なる國家行爲である。其無効なるは之れ國家規律が斯くの如き行爲に附せる要件に合致せざるからであつて(例ケペニツク隊長の行爲)、註一若苟も法的及び社會的意義の兩者を區別せんとするに於ては獨り法的意義に於て無効なるのみならず、社會的意義に於ても無効である。自然の區域、自然的有機體の區域に於ては無効なる自然的、又は有機的行爲なるものは存在しない。

第九節

時間及び空間に於て行はるゝ人間行爲の外部的に知覺し得可き事實なるが故に、自然的なる人間行爲の事實をして國家の行爲たらしめ、之れをして自然の範圍より一の特異なる他の法則性の範圍に昇らしむるものは吾人が本書に於て認識して以て國家と爲せる、彼の有効なるものとして豫定せられたる規律より、斯の如き事實の受くる、固有なる意義の説明である。然れば斯の如き規律は之を説明の方式と稱し得可く、據つて以つて實在的事實の、其が(理想的)組織の内容との一致の確定せらるゝに依りて、國家の行爲として説明せらる可き一の理想的組織と稱するを得やう。自然的實在の區域に於てのみ確定なるを感じ、實在的なるもの、實有的なるものは唯だ外部的に知覺し得可きものゝみに止まるとする者は、理想的方式に依るも尙實有な

るもの、即ち外部的に知覺し得可き事實のみが解釋せられ得べきものなりと言ふ事實に固立し得やう。而して斯の如き論者は國家とは實在的事實の解釋に適合せる理想的組織に非ずして、或特定の理想的秩序より解釋せられたる上記の實在的事實なる事を主張し得様ふ。而して世人は斯くして國家の自然的實在性を論支し得たるものと信するであらう。然し乍ら究極に於て斯の如き『實在的』事實も實在的事實としては何等國家的性質を有する事無く、凡て國家的なるものは上記の理想的組織より出づるものであり、唯斯の如き理想的組織の内部に於て耳其地位を有するものなる事——何となれば、國家に就て言ひ得べき本質的な事項の凡ては、斯の如き理想的規律より論斷せざる可らざるものなるからである——詳説せば凡て國家的なるものは常に斯の如き理想的規律の本質及び内容に對する表示なる事を認めざる可らずとせば、上記の些細なる欺瞞は何の用をか爲す可き。以上述ぶる處は一般國家學の内容の證明する處である。

第 十 節

國家は其規範的性質に依つて本質的に他の社會的成體と區別せられない。社會的成體も亦規範的組織として理解すべきものである。然り總ての社會的結合の本質は唯だ規範の本來の意義を構成する拘束とのみ解せらるべきものであつて、本來の社會的結合體——社會的連合は實は一の義務を課する事である——は規範的規律に依つて構成せらるゝ特定の行爲に對する人の相

互的義務賦課である。社會の本質を何等かの純粹に事實的な關係、何等かの純粹に事實なる、從つて因果法則的に定まれる人の所爲に求めんとするは無望である。斯の如き見地よりすれば何が故に獨り人の人に對する所爲にのみ止まり、人の動物又は靈を有せざる自然に對する所爲が社會的性質を有せざるかを毫も知るを得ない。若し單に事實上の關係のみを眼中に置くに於ては——而して斯の如き關係は唯原因結果の關係たり得るに止まる——二個人間には人及び(彼に依つて伐採せられたる)樹木の間、又は酒精の焰及び之れに依つて熱せられ從つて膨張する水銀柱の間に於て有するものと本質的に異なる何等の『結合』も存しない。唯人の行爲以外の現象を規範の内容たらしめ、規範的規律に依る規制の對象たらしむるは意義無きが故に社會的關係は人の行爲にのみ制限せられざる可らざるものであり、社會的結合は其の本來の意義上規範的拘束であり、即ち義務賦課なのである。唯だ斯の如き前提の下に於てのみ『社會』は『自然』とは異なる對象として現はれ社會學は自然科學と相對して一の獨立なる理論として成立する。此故に社會學を以て自然科學の一種として建設せんとする凡ての試みは社會學の解體に至らしむるものならざるを得ぬ。斯の如き航路に押されて普通に社會學は一の個人心理學と化するが其然らざる場合に在つては——而して之れ固より餘りに屢々見る處である——自然科學的用語に託して倫理的、政治的論議を講じ、斯くて尙結局規範の

區域に陷る。茲には此問題の詳説は之を爲さずに、唯だ存在及當爲の對立、自然法則と規範の對立、實在と價値の對立たる自然と社會の對立が本質的に自然と精神の對立に一致するものなる事を述べて置かう。社會的現象として國家は其地位を自然の區域に有するもので無くて、精神の區域に有する。

第 十 一 節

國家にして他の凡ての社會的成體の如くに、規範的組織の意義に於ける一規律なりとすれば、茲に國家を他の社會的共同體と區別するの必要を生ずる。國家規律は一の強制的規律たる事に依つて特に他の社會的規範と區別せられる。國家規律の強制的規律たるは單に此規律に對する所屬性が此規律に服する者の願望及び慾求より或る意味に於て獨立なりと言ふの意義に於てのみでは無い。蓋し此點は國家規律も他の社會的規律と共通に有する處である。何となれば斯の如き強制的性質は根底より言はゞ規範の客觀的效力(妥當)より成るに過ぎぬからである。國家規律の特に強制的規律なるは國家規律が強制を規定する規律たるの意義に於てゐる。其が特定の條件の下に於て或る者に依り他の者に對して行はる可き固有なる強制的行爲を規定する點に於て特質を認められる。然れば其形式は或者が特定の行爲を爲す場合、即ち特定の事項を爲し又は爲さる場合に於ては他の者——即ち國家の『機關』たる者——は前者に對して或る強制行爲を爲す可しと言ふに在る。斯の如き強制行爲は

——典型的に——二あり、即ち刑罰及執行之れである。此の強制規定の目的とする處は、該強制を受けざるが如き行爲を招致せしむるにある。此目的の意義に於ては人は其行爲が強制的效果の發生に對する前提を成さざる様に所爲す可きである。國家規律に依つて求められたる行爲は國家的規律に於て斯の如き行爲に相反する所爲に對して刑罰又は執行を課するに依つて獲得せらる可きである。

第十二節

以上論ずる處の結果として普通國家の特質なりとせらるゝ強制設備の法規律と同一なる事が生ずる。國家規律を構成する規範は法規範である。法規範は國家行爲の主體としては單に該規律の人的擬制たる國家に對する歸屬の依つて行はるゝ準則である。法及び國家の領域に於ける固有なる法々則としての法規は(法判斷の内容としての法規)自然の法則との類似體である。自然法則と同様に法規は假定判斷として二つの事實を結付ける。『當爲』に依つて相互に結合せられたる法規の兩構成要素は法條件(條件付くる事實)及法結果(條件付けられたる事實)である。法結果即ち強制行爲、法の此固有なる反動は同時に強制設備としての國家の固有なる行爲、即ち國家行爲であり、而して斯の如き行爲を爲すが爲に定められたるものは國家機關である。此形式的、法本質的國家行爲及び國家機關の概念と相並んで一の實質的、法内容的國家行爲及び國家機關の概念及び従つて

國家の形式的、法本質的概念と相並んで國家の實質的、法内容的概念の存在する事は尙後に示さるゝであらう。

第十三節

自然法則と法規として現はるゝ法々則の根本的區別たるものは、後者に於ける兩事實の結合方法は自然法則の場合に於けるが如き因果の必然に非ずして歸屬の當爲たる事である。若し當爲に依つて作られたる法規に於ける二事實間の斯の如き結合を歸屬と稱するに於ては歸屬は國家若くは法と言はるゝ、組織の領域に於ける因果關係に類似する原理である。然れば從來普通刑法の區域に於てのみ而く稱せられたるものは一般的歸屬原理の一の特別なる場合として説明される。違法なる行爲に對して歸屬せらるゝものは刑罰である一の事實(法結果)の他の事實(法條件)に對する斯の如き歸屬より更に或る事實の或主體に對する歸屬を區別するを要す。而して之れ規律の内部に於て、或規範に依り爲すべく又は爲すべからざるものとして定められたる事實の、斯の如き規律(全部的又は部分的規律)の統一に對する關係である。國家に對する歸屬は此後者の歸屬の一の場合であり、從つて國家人格は最も包括的であり、法の全人格なるに反して他の總ての法人格(權利主體)は單に部分的規律の人的擬制として耳現はれる。今若し或る一人の行爲を規定する總ての規範を一つの部分的規律の下に總括するに於ては、此部分的規律の擬人化は所謂自然人格を發生せしむる。而して其が多數人相

互間の行爲を規定する部分的規律——或何等かの見地よりして限定せられたる——なる場合に於ては所謂法人なるものが生ずる。此故に權利主體は法規律に相對し、法規律より異なる本質には非ずして全部若くは一部としての法規律の人格化である。同様に權利も亦法とは異なるものに非ずして、之れ又或特殊の見地の下に於て現はるゝ法自身である。主觀的意義に於ける法は先づ第一に法義務と觀らるゝ可きものである。或る行爲の否定的反對たる行爲が法規範に定められた強制行爲即ち刑罰若くは執行の條件たるに由りて前記の或る行爲に對する義務の存するものなる限り、權利は或る特定人に關する法規範である。故に法義務は前に國家規律の目的とする行爲として述べた行爲を内容とするものである。法規律に依り一定條件の下に於て課せらるゝ強制を避く可しと言ふ前提の下に於て其效力を有する規範の形に於て、以上の二次的法規範が生ずる。然れば一次的規範、即ち強制を規定する規範は此規範に依つて、規定せらるゝ強制に對する條件、即ち二次的規範に違反する行爲を包有する。故に更に良く概觀するが爲に、一次的及び二次的規範を包括する全部的法規を二重的規範の一種として表象する事が出来る。即ち一定條件の下に於て特定人は特定の行爲を爲す可く、若し之を爲さざる場合に於ては或他のもの即ち國家機關は彼に對して或特定の手續に於て或強制行爲(刑罰若くは執行)を課す可しと云ふ形式に於ける規範である。嚴格に言はゞ最初に

立つ二次的規範は無用である。蓋し二次的規範は事を理解し易からしむる爲に茲に『法義務』と言へる既に一次的規範より生ずる關係を表示するものに過ぎないからである。故に總ての法規は一の法義務を定むるものである。之に反して總ての法規範は必しも主觀的意義に於ける法の他の形式たる權利を規定するものではない。技術上の意義に於て權利と言ひ得べきは、法規が利害關係を有するものと看做されたるものに、法結果に對して行はれたる意志表示を以て、法結果の條件たらしめたる場合に於て耳である。従つて此もの、即ち權利者に對して、法規律が義務者に對する關係上或意味に於て其處置に委ねられたる場合耳である。

第十四節

元來強制行爲、即ち刑罰及び執行の實現は法規律に依り法律上保護せられたる利益を犯されたるものに委ねられたものである。父の殺害さるゝに依りて殺害者に對して復讐すべきものは息子であり、遲滯せる債務者に對して質權の行使に依り履行を強うる者は債權者自身である。之れ刑罰及び執行の原始的形式であり而して之等刑罰及び執行は又『機關』に依つて行はるゝものである。何となれば法規律の機關、法規律に依つて構成せられたる共同體の機關——何となれば法規律に依つて授權せられたるものなるが故に——としてのみ息子は其父の殺害者に對して法規律に依つて認められたる刑罰を執行し、債權者は債務者

に對して法規律に依り認められたる強制を行ふものである。唯だ此理由に依つて耳又此等強制行爲は新なる不法を構成する者に非ず、唯發達の後の過程に於て始めて此強制行爲の執行は被害者の手より奪はれ、而して狹義に於ける國家機關とせられる特定の資格を有するものの、排他的作用と爲されるのである。此發達は社會的分業の結果である。若し斯の如き分業的に作用する機關を設定する強制的規律の存在する場合に於て耳此れに對して國家なる語を適用せんとするに於ては之に對して何等反對すべき理由は存在しない。唯此場合注意すべきは斯の如き法規律と原始的法規律の間には單に技術的、漸次的區別耳存し、何等本質上の相異の存在するものに非る事である。以上述べたる發達に於て本質的に存するものは、分業的に作用する機關の作用が、義務に基く行爲の否定的反對が、狹義に於ける國家機關の概念に特有なる結果たる懲戒罰と結び付けらるゝ事に依りて義務として定めらる事である。此の故に機關義務の内容即ち狹義に於ける『國家機關』の作用としては刑罰若くは『執行』（從つて亦た斯の如き行爲の手續上の準備）以外のものも規定され得る。此、中央資金より支拂はれ、而して懲戒法の下に立つ所謂國家機關は尙又助長的作用、即ち普通廣義に於ける行政と稱せらるゝ事項をも義務として課せらるゝを得る。若し國家を以て國家機關、官吏の斯の如き設備なりと爲さば、此場合に於ては國家は司法（即ち刑罰及び執行の作用、並びに其手續上の準備）の外尙

行政行爲をも有し得べきである。斯の如くして形式的、全部的、法規律又は總ての法事實を包括する廣義の國家概念に對して更に狹義の、單に特定の法規範、從つて特定の事實を耳包括する實質的國家概念なるものが生ずる。此と共に亦た總ての法行爲に適用せられ得べき形式的國家機關の概念と相並んで、或制限せられたる資格を有する者に依つて行はるる法行爲耳を包括する國家機關の實質的概念が生ずる。然し乍ら既に以上の論述に依つて知り得べきが如く國家若しくは國家機關の形式的意義の概念は一次的概念、基本的概念として認めらる可きものである。

第 十 五 節

茲に論述せる論題即ち規律としての國家は法規律——其の部分的法規律なると將た全部的法規律なるとを問はず——と同一なるに由りて國家は亦た法規律と同一なる事、主體、法主體、人格としての國家は法規律——其の部分的法律なると又は全部的法規律なるとを問はず——の擬人化であると言ふは、之れ國家及び法を以て何等かの形式に於て合體せる本質體たるべきものなるも尙ほ茲に異なる本質體なりとする普通に行はるゝ見解と相反するものである。通説は國家を以て法の『擔荷者』『創造者』『保護者』とし、國家を以て畏らく法に時間的に先立ち而して後に歴史上の過程に於て多少の範圍に於て其『自ら』の法に自發的に服從し、從つて言はゞ自ら法的に義務を負擔するに至れるものなりとする法及び國家の、斯の如き關係の正しき理論的

解釋は、今日迄矛盾極まる解決以外に成し遂げ能はざりし國家學及び法學の、最も困難なる問題である。宜なる哉！何となれば國家及法の二元は、人類の思想史に滿たさるゝ認識對象の重化作用の數多き例の一に過ぎないからである。認識の對象を捉ふるが爲めの認識の一手段たり、關係の多數及び多様に於ける統一を表示するが爲めの一の補助的觀念たる擬人化作用は、一の獨立なる對象に實在化せられ、斯くて本來の認識對象は之に依つて二重化せられ、而して根底に於て一の對象の存在するに過ぎざる場合に於て二對象間に於ける關係なる幻影的問題が作られる。幻影的問題は満足に解かしめらる可きものではなくて唯幻影的問題として之を消滅せしむ可きものである。歴史は之に對する最も顯著なる一例を神及世界(自然)の關係に關する問題に於て與へて居る。神なるものは單に自然——法則の一體系として解せらる可きものとしての——の擬人化に過ぎざる事を人類が悟るに至る迄には無限の勞苦を要した。神と世界の關係に關する此の問題は其の本質的な點に於て國家と法の關係に關する問題に等しい。

第十六節

國家にして法規律と解せらるゝに於ては、一般國家學の總ての問題は此の見地より論述せられ及び解答せらるべきものである。而して嘗に斯の如き事の可能なるに依りてのみならず、又問題の解決が其れ自體一の統一的にして、完き組織として表は

るゝと言ふ、問題の最も内的なる連絡に關する斯の如き前提の下に於てのみ始めて、前提其自身、即ち國家は法規律なりとする見解の正しき事が證明される。而して事實上一般國家學上の總ての問題は法規律の效力（妥當）及び創制の問題であり、即ち法的問題である。人が國家の『要素』と稱するもの即ち國權、領土、及び國民は國家的規律の效力、並びに此規律の空間的及び人的效力範圍に外ならない。國家規律を構成する規範の空間的效力範圍に關する問題の内、一の特別なる場合を成すものは國家の領土的構成より生ずる法的成體の性質であつて、而して之れ中央集權及び地方分權の問題である。彼の行政上の地方分權、自治體、州、國家的地方團體 (Staatsfragmente) 特に總ての國家結合等は此の見地の下に解さるべきものである。國家の三權力、若くは作用に關する理論の對象たるものは法規律の種々なる創制階梯であつて、而して國家機關は唯法創定の事實として耳解す可きものであり、而して亦た國家の形態は普通形容的に『國家の意志』と稱する法規律創定の方法に過ぎない。一般國家學の斯如き總ての問題は本質即ち形式の問題なるか然らずんば國家規律の内容の問題である。此の場合に於て討究の對象たるものは單に可能なる内容であつて、從つて、討究の結果として表はるゝものは典型の樹立である。然し乍ら一般國家學の内部に於ては國家的規律の正しき内容に關する問題は之れを論ず可きでない。之れ政治學即ち一般國家學と區別せんとせば、政

治論とも稱し得可き思辨的部門としての政治學の任務である。
一般國家學は其方法の純正を維持するが爲には最大の努力を以て本來の政治的觀察の侵入を防がなければならぬ。

註 1. 歐洲大戰中獨國革命の際、伯林の靴屋にして、狂氣せるケペニツクなる老爺が、軍服を着けて士官を装ひ、市役所を臨檢、搜索せるに、所員は之を眞の臨檢なりと誤解して、其爲す儘に委したる喜劇的事件に由來する語。

第二章 國家的規律の效力(靜態)

A. 效力(妥當)

(所謂國權、主權：國家及國際法)

第 十 七 節

普通の見解に隨へば國家とは組織的即、規律的な、而も法的に規制せられた權力の下に、地球の表面の劃然區劃された一部分を占むる人の多數である。此の表象に於て三個の同 價 値 の『要素』即ち國民、領土、及び國權が、恰も空間を占むる物體たるが如くに——之れ國家を構成する人類より見て既に然り——一の混成的全部と成つて結合して居る。是迄得られたる本質觀の結果として、通俗の見解が、行爲する人間と言ふ外部的に知覺し得べく握持し得べき事實に、無理ならず置ける高調の、非本質的ならざる移動が行はれる。國家は一個人に非らず、又た規制せられたる權力の下に立つ多數人にも非らず。國家は人々が其の『權力』の下に在る規律である。而して此の權力は法的規律たる此の規律の效力に外ならない。若し國家の權力は特に如何なる點に於て現はるゝかと問はば國家權力は主として次の諸點より成るものなる事が知られる。即ち、國家の權力は人をして國家に『服從』せしむるものなる事、國家の權力は國家が依つて以て人を支配するものなる事、人が國家に隸屬し國家の

『臣民』たるは此の權力に由るものなる事等である。國家を構成する人々が國家に對して有する固有なる關係に對する以上の凡ての記述は、義務を課する或る規律に對する關係を表示するが爲めの比喻に過ぎないのであつて、或る者が國家の權力に服従すと言ふは、其の行爲が強制的規範の内容を成し、此規範は更に此或者及他の人々の行爲を規制する他の強制的規範と共に一の組織一の統一的規律を成すものなる事を意味する。國家の權力を全然現象上の事實に基くものとして見やうとする試みは全く無望である。此意味に於ける『權力』或は『威力』は原因と結果との關係、特に——正に人の行爲の關する限りは——精神的の原因と其結果との關係、即所謂動機因たり得べきに過ぎない。事實上の出來事の赤裸なる實在を對象とし、單に各個人と内部的及外部的行爲のみの對象として存するに過ぎざる斯の如き觀察に取つては國權の本來の意義は全く解せられ得べきものでない。一個人が因果的に他の個人の行爲を誘發せしむるの事實は、其自身に於ては自然界に於ける如何なる因果的事實とも區別せられない。若し國家の權力にして何等かの——而も之れ又斯の如き自然科學的見地よりは認識し得べからざる——本體の作用なりとせば、第一章の事例と關連して熱は其の作用の下に膨脹せる物體を『支配』し、樹木は其の之を伐採せる人に『隸屬』するものと言ひ得べきである。今、國家なりと解すべき關係が他の因果關係より區別されざるの點を暫く措いて言ふも、斯の如

き關係は『赤裸』なる權力の關係と看做さるべきを得ざるべきである。斯の如き觀察法は假令多くとも——既に規範的概念系統よりの借物なるに非らざるやを極めて疑ふべき——所謂『强者の權利』即ち强者は弱者の行爲を左右すと言ふ其の之れに混入せる規範的分子を除却するに於ては、原因は結果を有すと言ふ平凡事に歸着すべき斷定を生むに過ぎない。國家の權力、國家の統治又は人の國家に對する服從なる事象に於ては次の如き思想が其内容とせられる、即ち『國家』更らに適切に言はゞ國家を代表する個人は單に命令、詳言すれば他人の行爲を内容とする或る意思を表示するのみならず亦た彼は斯の如き命令の權能を有し、然く授權せられたるものであつて、彼は官憲なる事、及び、他の個人は單に斯の如き命令に基きて——或る何等かの原因に由り——行動するに止まらず亦た然く行爲するの義務を有し、従つて、彼に對して前者の命令は規範として行はるべきものであるとの思想である。然し乍之れ凡て、兩者の行爲を規定する規律に基くものであり、而して、斯の如き規律に由つてのみ前者又は後者は國家に『關連』せしめられ得べく、斯の如き規律の統一體としての國家に歸屬され得べきものである。故に斯かる規範的規律の思想無くば、其の名に於て何等かの行爲の行はれ得べく、従つて又世人が何等かの意味に於て隸屬し得べき『國家』なるものは全く存在するを得ないであらう。此規律が實働的なるを要する事及び其範圍の如何は既に論述した如くで

ある。然し乍ら若し此國家規律の實働性のみを國權とし之れに反して、妥當なる規律は之を法と謂はんと欲するに於ては——而して斯の如くして國家と法とは屢相互に對立せしめらる——之れ唯だ一つの保留の下に於てのみ許容し得やう。即『國家』權力としての總て斯の如き『實働作用』の固有の意義は世人が用語上、國家の範圍より排除せんと努むる——法規律の効力よりのみ引出さる可きものなる事を念頭に留め置く可き事である。然し乍ら之れ亦た既に疑問たらざるを得ない。何んとなれば、法規律の實働性も亦た正しく、否な一層適切に法の威力又は法權力と謂ひ得べきからである。

第十八節

往時に於ては専ら君主若くは國民の主權の云々せられたるに反して、主權は近時の國家學に依り國權の特性なりとせらる。國家若くは普通好んで國家と同一視する處の國權の特質としての主權は實在的事實の探究に由つて確立するを得可き或る自然的存在體の性質に非ずして單に有效なりと看做されたる法規律の一特質たるに過ぎない。主權とは其效力に於て他の如何なるより高き規律よりも出づる事なき最高の規律たるの性質である。されば或るより高き規律の下に立ち、従つて其效力の基礎を此のより高き規律に有するが如き規律を有する共同體には主權は存するを得ず。故に主權の問題は二個の規範的規律間に於ける可能なる關係の問題と本質的に結合されたる問題である。

此れ一の純粹なる規範論理的問題である。多數の規範の效力が基本的規範と稱せらる可き或る唯一の規範に出づる場合に於ては此等多數の規範は一の規律即ち相對的に獨立なる組織を成すものである。蓋し自ら自己の創定を定むる事は法の固有性なるが故に法規律の關係は創定の關係である。人若し法規範の效力の基礎を探究するに於ては彼は該基礎を前者の制定を規定する規範に發見するであらふ。此の前者の規範は、其上に立つ他の規範に據りて創定せられたるものなるが故に其效力を有するものであり、而して此の限度に於てのみ有效である。斯の如くにして判決なる個別的規範は其の效力の基礎を法律に有し、法律は更に其效力の源を憲法に有する。凡そ二個の規範的規律は——二個の規範的組織として——相互に上位と隸屬の關係、若くは同格の關係の何れかに立ち得る。一規律の效力の基礎が他の規律に屬する規範に存する場合、換言すれば一規律の基本的規範が他の規律の構成分子たる場合に於ては後者は前者の上位に在るものである。從而——其基本的規範に源を有する——下位の規範は全體に對して畏らく他の部分的規律をも包括する上位の規律の構成分子、部分的規律となる。上位の規律は同時に包括的規律である。此故に或規律は其基本的規範が他の如何なる規律、他の如何なる制定せられたる規範の系統にも屬せざる場合、即此基本的規範が或規範の規定に依つて作られ、制定せられたるものに非ざるに由り該基本的規範其れ自體が他の如何な

る規範とも其効力の源泉を共通にせざる場合に於ては該規律は最高であり、主權的な規律である。而して主權的な若くは最高なる規律の基本的規範は何等實證的に制定せられたる規範たるを得ないのであつて、此基本的規範は唯一の——假定的に——豫定せられたる規範たり得るに止まる。されば國家が最高なりと言ふは規範論理上國家的規律と稱する規範の組織が其究極の効力、基礎及從而其統一を最後の如何なる是正、又は他の規範を基礎とする説明をも必要とせぬ基本的規範として豫定せらるゝ一規範に有するものなる事を意味するものに外ならない。既に前に言及したるが如くに或個別的規範の効力の基礎如何、例へば特定の判決の効力の基礎如何を尋ねるに於ては、吾人は或特定の法律に到達すべく、更に又何故に此法律が行はれ、何故に此法律が拘束的規範なるか、又は——之れ同一事ではあるが——何故に此法律が特定の國家の行爲であり、特定の國家規律の組織に屬するかを尋ねるに於ては吾人は特定の時に於て特定の機關——例者特定の議會——に依つて議決せられたる法律、即特定の憲法に到達する。更に又此憲法効力の源泉を尋ねるに於ては吾人は恐らく各々或る先つて存せる憲法の下に於て成立したる一若くは多數の憲法に到達すべきである。然し乍ら究極に於ては吾人は既存の憲法の規定に基きて制定せられたるに非らざる憲法、實證法的意義に於ける最初の憲法とも言ふべきものに到達する。此實證法的意義に於ける最初の憲法

——竝に此の憲法に其の源を有する凡ての法規範——が效力を有するものなる事は、吾人が個々の國法の範圍内に其の觀察を限る以上は之を豫定せざるを得ないのである。斯の如き——國家規律の統一竝に該國家を構成する凡ての行爲の法的性質を本源的に確立する——豫定又は假説（原始的憲法を制定する機關の定むる處に従ふべしと言ふが如き内容を有する）は之を直接此の憲法に其根柢を有する實證的意義に於ける最初の憲法と區別するがために法論理的意義に於ける憲法と稱するを得様ふ。基本的規範——法創定の最高機關を設定する事、此の最高機關は爾餘の規範制定の作用を他の機關に授權し、更らに此の授權せられたる機關は又他に授權する事（及び以下之れに準じて）は之れ基本的規範に本質的である——は之れに伴ふ統一と共に、國家の主權を確立するものである。故に國家は自己の上に何等の法律上より高き規範を有せざる最高の規律として現はる。

第 十 九 節

或るより高き規律の下に立ち、従つて此より高き規律の一部を成す主權的規律の例は國家の内部に於ける市町村に依つて與へらる。市町村制を規定する法律——全國家領土に對して效力を有する法律——は市町村の區域に對して特定の方に依り、即特定の對象に關聯して效力を有する規範を發し得可き市町村機關を規定する。規範發布の法力を設定する『高き』規律若くは規範は斯の如き法力に依り制定せられたる低き規律に對して其

效力の基礎を與ふる耳ならず、低き規律の内容、特に其事物的及場所的效力範圍をも規定する。高き規律には所謂權限高權なるものが存する。而して斯の如きは是れ主權及び權限高權の間に存する眞の關係である。國家の法規るた市町村の組織法に根源する規範は、他の市町村に對して國の法律に依り——其の事物上竝に區域上の效力範圍に於て——限界せられ、相互に對等なる地位を有し、而して斯の如くにして全國家規律の下に立つ市町村規律、從て此れに依つて構成せらるゝ市町村なる法的共同體を成すものである。此故に二又はより多數の規範組織間に於ける共立關係は共立する規律が共に或る高き規律の下に立ち、此の高き規律は前者を授權されたる規律として共立せしめ、斯の如くにして、之を一の全部的規律——從屬する規律、共立する規律、竝に上位の規律は此の全部的規律に於ける部分的規律であり從て亦た部分的共同體を構成す——に包括する事に依つて耳可能である。此の結果として又本來の意義に於ける最高なるものは單に或唯一なる規律即ち全部的規律たり得可きものである。或規律を以て『主權的』なりとするは之れ正に此規律を以て一の全部的規律として認めんと欲する事を意味するものである。多數の主權的なる規範組織若くは法的共同體を主權的なるものとして共に之を表象せんとするは不可能である。主權の思惟に於て表示された規範的組織の統一は同時に此規範的組織の唯一性を意味する。吾人は二若くは多數の規範、從つて法規律

を、其効力を同一基礎に索溯せしむる事なくして相互に當爲的妥當を有するものと爲すを得ない。規範的組織の斯の如き統一は規範的認識の統一の對應體に過ぎない。此故に二個の同時に當爲的妥當を有し、相互に獨立にして無關係なる規範的組織の表象は不可能なる表象である。之等の規律は各々主權的規律であり、従つて又各規律は少くとも潜在的に自ら他の規律の事物的及び空間的効力範圍に其の効力を及ぼし得可き可能性を有するものならざる可らざる事は其結果として解く可らざる矛盾の可能を有する。即ち結果とは論理的に互に相容れざる内容を有する規範を以て有效なるものと主張せざる可らざる事である。然し乍ら矛盾律は規範的認識の領域に於ても亦行はれる。

第 廿 節

以上論ずる處よりして、二個の結果を認むるを辭せざる場合に於て耳國家——歴史的意義に於ける個々の國家——を以て眞に主權的なものと主張し得可きである。其第一は他の如何なる法規律及び(従つて又)國際法も之が上に立たざる事、従つて又第二に他の如何なる法的共同體と雖此國家に對等にして同時に此國家と相竝んで主權的國家として認め得られざる事である。若し對等の地位を有する『國家』とせらるゝ法的共同體の多數を認めんとするに於ては總ての國家の上に立ち總ての國家を初めて等格ならしめ、國家を其効力の範圍に於て相互に限界する國際法規律即ち國際法規律の本性性を許容するが爲に、國

家の性質としての主權、自己の國家的規律の本源性は之れを放棄せざる可からず。現時の法學及び國家學は矛盾も甚しく此等兩假定間を彷徨する。現時の國家學及法學は一方に於ては國家の主權を固持せんとし而して——通常少くとも——又國家の上に立ち、國家を法的に制限する國際法の存在を否定せんとする。然し乍ら他方に於ては亦た現時の法律及國家學は殆ど例外なく、主權的なものとせらるゝ自己の國家と相並んで、同様に主權的な、相互に本質的に同等なる地位を有する國家の存する事を認める。

第 廿 一 節

個々の國家的規律更に正しく言へば個々の國家的規律の本源性に關する假定は必しも自己の『主權的』國家の他の國家に對する關係の法的關係としての性質、他の國家の法的規律若くは法的共同體としての性質を否定するの結果を有するものでは無い。此場合問題の關する處は唯同等の地位を有する規律間の法的關係に非ずして高き規律の低き規律即ち高き規律に依り授權せられたる部分的規律ならざる可らざる事である。斯の如き見解の萌芽は個々の『主權的』國家、即ち法學的解釋の出發點を爲す國家に對して『國家』として認められ得るが爲には他の總ての國家は個々の國家に依つて『承認』されたるものならざる可からずと言ふ屢々主張せらるゝ説に於て存する。此——他の國家の法的存在に必要なりとせらるゝ——承認に存するものは一の授

權に外ならない。若し個々の國家の『意志』にして最高にして主權的な意志ならざる可らずとすれば個々の國家に依つて許容せらるゝ場合に於て耳他の法的共同體を法的共同體として認めんとするは之れ其の當然の結果のみ。而して其の意味する處は正に他の國家は其法的基礎を自己の『主權的』國家より得ざる可らざる事を指すものに外ならない。此主權的國家は斯の如くにして——形式的意義に於て——普遍的法規律となる。此の場合全法的組織の統一は猶ほ保持せらる。以上の如き見解に依れば個々の主權的國家の他の——『承認』せられたる——國家に對する關係は個々の國家的規律の一部たる規範に依つて規定せらるるものである。されば國際法は此場合に於ては『對外國法』として現はるべく、而して之れ國際法と稱せらるゝ規範が個々の『主權的』國家に依つて認められ、國際法が個々の國家に依つて承認せられたる限度に於て耳である。此見解も亦既に存するが然し乍ら固より一貫さるゝ事なく、或關係に就ては、再び相反する國際法規律本源論の適用を見るは稀ならず。

第 廿 二 節

殆ど例外なく唱へらるゝ或種の法學的論題は國際法本源の假説を外にして不可能なる事は毫も之れを否定するを得無い。就中既に前に挙げた國家の同格又は——之れ同一事なるが——國家の原則的同權の觀念の如きは之れに屬す。斯の如き觀念の如何に著しく國際法思想の本質に屬するものなるかは、國家間の

關係即ち個々の國家の他の國家に對する關係を以て『對外國法』即ち斯の如き關係を以て或高き規律の此高き規律に依て授權せられたる低き規律に對する關係なりと看做すが如き法學的解釋を以て正に之れ國際法の否定なりと看做さるべからざるに依りて知り得べきである。憲法の革命的變更のありしにも不拘、國家を以て不變なりとする前説と同様、極めて普通に認めらるゝ見解も亦た獨り國際法規律本源論の立場より耳主張し得らる可きものである。今國家の主權より出發するに於ては、詳言せば國家の法的基礎、其統一を實證的意義に於ける第一の憲法に授權する一の假定的、基本的規範に在るものとするに於ては、國家は其憲法が同一なるか、又は其國家の法律に従つて變更せられたる場合に於て耳同一なりとする事が出来る。然し乍ら若し舊憲法に對して憲法改正に關する舊憲法の規定の遵奉せらるゝ事なく即ち革命——法規律より見れば革命は唯だ法の破壊たるのみ——の手段に依つて新憲法の發生する場合に於ては他の基本的規範即ち新しき權力、從て革命的に樹立せられたる權力を以て最高なる法制定機關たらしむる基本的規範を豫定せざる可らず。然し乍ら之に依つて法發達の繼續性は破壊せられたるものゝ如くに見える。新憲法に依つて構成せられたる國家は最早舊憲法、即ち他の基本的規範の下に於て制定せられたる憲法に依り構成せられたる國家には非らず。之れ國家の自同性を以て憲法の自同なるに基くものと爲せる古代の國法學に於て論ぜ

られたる問題の本來の意義である。唯茲に注意すべきは國家の自同性を確保するものは法論理的意義に於ける憲法であつて實證的意義に於ける憲法に非ざる事である。乍然國際法規律本源の立場よりすれば革命の事實又はクーデター、即ち革命の上より來れる場合に關する以上述ぶる處とは全く異なる説明を生ずる。一定の領土内に於て該領土内に居住する人々をして自己の命令に大體に於て服從せしめ得べき權力をして、斯の如き人的及び領土的效力範圍に對して正當なる權力として行はるべきものたらしむるは之れ實證的國際法の規範である。而して之れ、斯の如き權力が僭位者又は革命委員會たる場合に於ても亦た然り。斯の如くして國際法は個々の國家法規律の有效性の前提たる可き事實を限定する。國際法上の事實としての國家、直接に國際法規律に依り認められたる憲法制定又は憲法變更の方法としての實效を伴へる革命（又は成功せるクーデター）は即ち然り。故に國際法本源の見地よりすれば法的繼續性は革命又は國家動亂の場合に於ても確保せられる。此場合に於ては自同性の問題は實質的問題である、自同性は新國家的規律が舊國家的規律と同様本質的に同一領土的及人的效力の範圍を有し、又本質上、憲法の革命的破壊の前後に涉つて國家を構成する同一領土及同一人類を有する場合に於ては相對的法の破壊即ち個々の國家的規律の範圍に於ける法破壊の存するにも不拘、法的であり、即ち國際法的に存在する。故に法的繼續の維持せらるゝ場

合に於て同一國家が其革命若くはクーデターの存せるにも不拘尙存續し、又は同一國家より多數の新國家の發生するが如き場合が生じ得る（第一の場合に對する例は獨逸帝國である、第二の場合に對する例は千八百十八年の動亂後に於ける奧太利及其繼承國家である）。

國家を以て國際法の外に置くの不可能なりとする屢々且つ一般的に唱へらるゝ主張の可能なるは唯國際法規律本源の立場、即ち國際法を以て個々の國家の上に立つものであり従つて其效力に於て個々の國家より獨立するものと爲す見解の見地耳よりである。

第 廿 三 節

乍然、國際法規律本源論耳が學問的に正しきものなりと主張する事は出來ぬ。若し自己の國家的規律の見地より法的に解し得可き事項耳を法的に理解するを以て満足するに於ては、論者は自己の國家的規律の本源論を以て其所要を満し得べきである。個人間の關係が法規律たるは唯前に述べた基本的規範の假説の下に於て耳可能であつて而して一方此假説は之を證明し得ざるが故に個人間の關係を法的關係とし、赤裸なる權力關係と爲す可きに非ざる事を學問的議論を以て無政府主義者に強うる能はざる如く國家間の關係を以て對等の地位を有する主體（即ち擬人化せられたる規律）間の法關係なりと看做さる可らざる事を學問的に證明するは可能ならず。今日に於ても尙、所謂國

際法に法的性質を拒否する論者は少く無い。之に對しては——政治又は道德とは異なる法學の立場よりして——國際法の否定論者は國家間の關係に對して無政府主義者が個人間の關係に對して執ると同一の態度を執るものなる事を確定するを以て満足せざるべからず。

唯學問上、全く排斥せざる可らざるは、第一に相互に相容れざる國際法規律の本源論と自己の國家的規律の本源論との不徹底なる混同である。第二には個々の國家的規律及び本來の意義に於て法として認めらるゝ國際法規律を以て二つの全く獨立にして、相互に依屬する事なく、而して何等の統一的關係を有せざる規範組織なりとする極めて頻繁に唱へらるゝ見解である。蓋し此二元的見解は總ての科學的、從つて總ての規範科學的認識の基本的公準即ち組織統一の公準に矛盾するからである。

第 廿 四 節

故に國際法の法的性質に關する問題は第一に國際法なる規範が——疑も無く『法』と看做さるゝ——個々の國法上の規範の依つて觀察せらるゝと同一見地より見て果して有效なる規範と解せらるゝか否や、及び其の理由如何の問題、換言すれば國際法と稱せらるゝ規範の集合が國法として效力を有する規範の集合と共に同一の有効なる規範組織に總括せられ得べきか、及び然りとせば其理由如何の問題である。

次に初めて來る問題は所謂國際法を構成する素材が法規の典

型的形式に於て強制を規定する規範として現はるゝや如何の問題である。此問題は國際法に特有なる強制行爲に關する問題であつて、強制行爲とは即ち戦争である。國際法に依り規定せらるゝ法義務は究極に於て——戦争を行ひ得べきに由り——保護せられたる利益を侵害せられたる國家が、侵害者に對して行ふの權能を有する。戦争なる擔保の下に立つものである。されば國際法は既に第一章に於て其特質なりと爲せるが如くに未だ分業的に作用するの機關を有せざる法規律であり、従つて技術的に原始的なる法規律である。此故に國際法規律に依つて構成せられたる法的共同體を *Civitas Maxima* とし、世界國家と謂ふに於ては之れ唯『國家』なる語を廣義に執るの前提の下に於て耳可能である。唯だ此規律の技術的發達に對しては國の主權、國際法、若くは法其者の本質上より之を障害す可き何ものも存せざる事は以上(廣義の國家概念の可能)に依りて表示さるべきである。尙ほ斯の如き發達を政治的に可能なりとし若くは不可能なりとし、更に健全、若くは有害なりとする事は素より防げない。

B. 空間的、時間的及び人的 效力範圍

(國家領土及び國民)

第 廿 五 節

國家規律を構成する規範の内容は本質的に人類の行爲であつ

て、而して人類の行爲は空間及び時間に於て行はるゝものなるが故に規範は其内容上、何等か空間及び時間と關聯し、空間及び時間は規範の内容たらざるを得ない。Aが特定の行爲を爲す場合に於てはBはAに對して或強制行爲を爲す可しと規定する法規範はBが何れかの場處及び何れかの時に於てAに對して強制行爲を爲す可きが爲には何時及び何處に於てAが斯の如き行爲を爲すべきものなるかを規定せざる可らず。規範が如何なる場處に於ても、又如何なる時に於ても行はれざるに非ざる爲、即ち全く行はれざるに非ざるが爲には、規範の内容を構成する事實は何等かの場處、及び何等かの時に於て行はるゝものとして規定せらるべきものである。何等の空間、及び何等の時間に於ても行はれざる規範は全く行はれざるの規範である。規範は唯規範に依つて規定せらるゝ事實の關係上之を總ての場處、及び總ての時に於て行はる可きものと、特定の限定せられたる空間的又は時間的範圍に於て行はるゝとの二つに耳分つ事が出来る。

第 廿 六 節

若し共同體を構成する人々の定着性を以て特に共同體の本質に屬するものと爲さば、之れ斯の如き共同體を構成する規律の空間的效力範圍が單に限定せられたるものゝみならず又他の空間的部分に對する關係に於て不變なる事を意味するものである。其效力が原則的に或特定の空間に限定せらるゝ事は、之れ個々の國家的規律を構成する規範の特質である。以上の意義に

於ける定着性は現時個々の國家的規律に採つて普通に見る處ではあるが尙缺くべからざるのものでは無い。國家組織の總ての特有なる要素は尙遊牧民族の場合に於ても存し得べきものであつて、従つて何等かの點に於て限定せられたる國家的規律の空間的効力範圍が漸次に又は突如として移動するの前提に於て耳可能なるものである。

第 廿 七 節

効力の空間的制限即國家的規律の効力を特定の空間に制限する事に依つて多數の國家的規律の共存は、其間に於ける衝突の避け得可からざる事無くして可能となる。實證法上効力に關する眞の制限、特に効力の空間的制限は規範の他の總ての内容的限定と同様に、唯或る高き規範に依つて耳發生する。此故に既に述べた處に依りて明かなるが如くに個々の國家法的規律を其空間的効力に於て相互に限定するは之れ國際法の特有なる作用である。而して個々の國家的法規律の効力の限定せらるゝ空間は所謂領土である。領土とは特に効力の空間であつて、國家的規律の事實上の作用範圍では無い。或場處に於て國家の行爲が事實上行はるゝと言ふ事夫れ自身よりしては、當然此場處が此國家の領土ならざる可らずと云ふ事を生ぜず(例者、他の領土内に於ける國際法上違法なる國家行爲の實行)。

有效なる法規律としての國家なるものが、國家領土概念の根柢に存する事は、統一體として國家に本質的な國家領土の統

一は單に國家的法規律の效力の統一に依りて耳定められ、國家領土が地理的自然的見地よりして何等統一體を成すものにあらざる事に依つて毫も動かされざるの事實に於て之を知る事が出来る。此領土は普通信ぜらるゝが如くに明確に限定せられたる地球表面の一部にあらずして立體的空間である。國家的規律の效力は單り幅及び長さに擴がり行はるゝ耳ならず又高さ及深さにも及ぶものであつて、其事實上の作用も亦同様である。何となれば普通に認めらるゝが如くに國家は通常専ら領土と謂はるゝ平面の上下に渉る空間をも支配するものなるからである。多數國家の領土は其銳角を地軸に有する圓錐的空間とも思考すべきものである。而して此場合國家の領土は其上部に於ては法的に何等の限界をも有するものに非らず。個々の國家的法規律の效力を此上部の方向に涉つて制限する國際法上の規範は未だ存在しない。乍然又普通専ら『國境』と稱せらるゝ地球の表面に引かかる國家の限界も決して絶對的な例外なき場處に關する效力の制限たるものには非らず。國際法は國家的規律の效力を此點に關しては單に原則的に一般に制限するに止まり、例外なく制限するものには非らず。就中國境に依る效力の制限は條件付くる事實(犯罪、法律行爲)の設定よりも寧ろ條件付けられたる事實、強制行爲及其手續上の準備(行政命令、判決、其他)の設定に關聯するものである。犯罪は如何なる場處に於ても行はれ得可きものであるが國家の刑事訴訟は唯國境の内部狹義に於ける領

土の内部に於て耳行ひ得可きものである。乍然之には幾多の例外があつて、國家の公權的行爲(強制行爲又は其手續上の準備)が狹義の領土以外に於て行はる可き多數の場合がある。即ち其の一は公海であつて、公海に於ては總ての國家は其船舶の内部に於て斯の如き高權的行爲を爲すの權能を有する。第二には國家を代表するものゝ外國に於て爲す外交上の行爲例者開戰の宣言の如きである。第三は、國家が特殊の國際法上の條約に基き他の國家に對して其領土の内部に於て高權的行爲を爲す事を許容する場合である。此故に國境の内部即ち狹義に於ける領土の内部に於ては自國の法規律耳が行はるゝものなりとは全く之を主張するを得ない。何となれば自國の領土内に於て他の國家の行爲の可能なる限り、其國家の法規律は此領土内に於ても亦有效なるものと看做さざる可らざるからである。

國家の所謂空間的排他性、即ち或特定の空間に於ては單に唯一の國家耳が存在し得可きものなりと爲す主權論、及び國家の實在化より來れる斷定は全く正しからず。

同一領土に於ける多數國家の共存、即ち同一空間の内部に於ける多數の國家的規律の行はるゝ他の場合は二國家の所謂共有領土である。共有領土は兩國家の狹義に於ける領土とは異なる領土が共同の支配即ち一の國家及び他の國家の規律に屬する規範と看做され得可き規範效力の下に立つ場合に於て存在する。更に他の場合は或種の國家結合、特に分子國家の領土内に所謂

主權國家の設定せらるゝ所謂聯邦國家の場合である。(第四十七節參照)

此故に國際法は個々の國家的規律の效力を普通の場合所謂國境に依つて限定せられたる領土に限ると共に、又或場合に於ては一の國家的規律の他の國家の狹義に於ける領土内に於ける效力を可能ならしめ、従つて國家行爲の設定、即ち他の國家領土の内部に於ける一國家の存在をも可能ならしむるものである。

第 廿 八 節

個々の國家は原則的に單に或特定の空間に於て存在するが如くに、又個々の國家は或特定の時間内に於て耳存在する。

然し乍ら此後者の關係は從來一般國家學に依つて殆ど無視せられた。之れ畏らく個々の國家的規律は自ら何等の時間的效力の制限を課せざるを普通とするに由るものであらう。個々の國家的規律は其本來の意義上何等の時間的效力の制限無く、即ち永久に有效なるものとして現はれる。

全部としての個々の國家的規律に對する效力の制限は效力の空間的制限と同様國際法に依つて行はれる。國際法は國家其ものを以て特殊なる事實と爲すに依りて獨り個々の國家の發生を規定する耳ならず、個々の國家の消滅をも法的事實として規定するものであつて、宛かも個々の國家的規律が其内部に在る法的共同體、(組合、株式會社、市町村其他)の發生及び消滅を規定すると同様である。

個々の國家的法規律は其内部に在る部分的規律に關すると同様個々の規範に關しても亦效力の時間的制限を直接に自ら包有するものである。國家的法規律を以て一の變更し得可き規範の組織を成すものなりとする前提の下に於ては、法規範は原則として一の内容上之に矛盾する規範に依つて廢止せらるゝ迄其效力を持続するものである (Lex posterior derogat priori)。然り乍ら勿論法規範の有効期間は豫め限定せらるゝを得べく、從つて其效力は特定の期間の經過に依り、若くは或特定の事實の發生に依つて自ら消滅し得可きものである。

第 廿 九 節

領土的及び時間的效力の範圍と相竝んで尙觀察せらる可きものは國家規律の人的效力範圍である。人的效力の範圍に關する問題に於ては——此問題は傳統的學說に於ては國民なる概念に包括せられる——單に何人に對して規律が效力を有するか、更に適切に言はゞ何人の行爲が規律の内容を成すものなるかの問題のみならず、又如何にして人類の行爲は國家的規律の内容を構成し得可きかの問題も論ぜられる。從來國家學上國民に關して論ぜられたる重要なる問題は總て此等問題に歸納し得可きである。國民に關する理論は一の法學說である。

既に從來論述せる處よりして何が故に國家を以て人類より『形成』せられ、國家を以て人類の多數なりとする普通の見解の正しからざるかは明らかである。國家的規律は人の全部、人其

者を捉らへんとするに非らずして單に人の個々の作用、作爲及び不作爲を内容とするものに過ぎない。人は唯彼が國家の支配に服従する限りに於て耳國民に屬するものである。換言すれば其行爲が國家的規律の内容を成す限度に於て耳國民に屬する。此故に國家の領土に在る總ての人々は當然に國民に屬するものには非らず、此内實證法に基き、殊に國際法上の實證法的規範に基き、個々の國家的法規律の效力の下に在らざる人々は國民に屬しない、例者所謂治外法權の特權を享有する外交上の代表者の如きである。更に又國家的規律に對する服従の程度は範疇を異にする人々に依りて同一に非らず、一例——詳しくは後に論ずる——として茲に舉ぐ可きものは臣民と區別せらる可き絶對君主である。

一方に於ては尙又狹義の國家領土に生活せざる者も國民、即ち國家的規律に服従する者に屬する。此關係に於て特に考察せはらるゝものは臣民なる法制である。

第 卅 節

人類の行爲は法的規律若くは國家的規律に對して三個の關係に立ち得可きものである。第一に人は其行爲が法義務の内容を成すの意義に於て、即ち、其行爲の否定的反對に對して國家的強制行爲の特有なる違法效果(刑罰執行)の結付けらるゝの意義に於て、法規律に服従する。第二に又人は法規律を創制、即ち其行爲が法規律に依つて一の法を創制する事實として認められ

る。之れ即ち通常の用語の意義に於て行爲が權利の内容として現はるゝ關係である。最後に又行爲は何等法規の内容たる事無く、即ち人は國家より自由なるものとして觀察せられる。然し乍ら尙普通法規に對する關係が義務に基く服從の關係に非ざる場合に於て自由を云々し、而して權利の概念を擴めて此自由の範圍をも權利なりとする。

以上に依れば人の法若くは國家に對する關係は受動又は能動若くは消極の關係である。されば國民に關する理論は本質上法義務及び權利即ち主觀的意義に於ける法に關する理論に外ならない。斯くの如き説明に於て初めて本來の意義、即ち此區域に於て法學的概念構成の目的とする客觀的意義が主觀的衣を取り去つて現はれる。斯の如き見地よりして初めて學問上有害なる主觀法(權利)及び客觀法(法)の二元主義は消滅する。

第 卅 一 節

國民に關する普通概念に於て第一に現はるゝものは人類が國家の支配に服し、即ち人類が國家の『臣民』たる事に依りて國家を形造るものとするの思想であつて、人類が何等かの方法に據つて斯の如き支配に參與するものなる事は二次的である。法義務の一次的性質即ち法規が法義務を成す事は總ての法規に本質的であり、國家若くは法規は就中く義務を課する規律なりとの思想は傳統的法學說に於てよりも寧ろ國民に關する理論の見地從て國家學に於て明瞭に現はれてゐる。人類が果して權

能を有するか、有するとすれば其範圍如何、即ち臣民は臣民を義務付ける規範の制定に參與するかは第二段に於て現はれる。國家若くは法規律の創制に對する此參與は然かく種々なる意義を有する權利概念の總ての本質的な意味が無理なく、自然的、内部的關係に於て現はさる可き、事實上決定的なる見地である。

第 卅 二 節

法規律の創制は既に前にも言及し尙後にも論述す可きが如き多數の事實の一の階梯的聯續として現はれ、法規律が或一般的、抽象的形體より絶へず個別的具體的形體たらしめらるゝ一の過程をなすものである。之に基きて所謂權利は（權能の意味に於て）之れを構成する事實に依りて種々なる範疇に分たれ得る。何となれば法の創制に對する參與を構成する法創制の事實は、一般的若くは個別的規範の擔荷者として現はるゝからである。第一に一般的規範即ち『法律』の創制は此規範が義務として行はるゝ人々に依りて直接に行はる（直接民主制）即ち國家的規律は法律の階梯に於ては『國民』即ち規範に服従する自らに依り直接に創制せらる。之に相應するものは議會に參與し、議會に於て表言し投票する個人の權利である。第二に或は又立法は間接に『國民』に依つて選舉せられたる國民の代表者に依つて（間接民主制、代議民主制、議會政治制の民主國）行はれる。此場合に於ては一般的法創制の過程、所謂國家意志構成の過程は

一般的規範の階梯に於て二つの段階に分れる。即ち議會の選舉及び選出せられたる議員(代議士)の側に於ける議決である。之に基き此場合に於ては——多數若くは小數の人々より成る——選舉者の權利、即ち選舉權、及比較的小數なる被選者の權利即議會の構成者たる地位に對する權利、議會に於て發言し投票するの權利が存在する。而して斯の如き事實即ち一般的法創制の條件たる事實は之れ普通本質的に參政權とせらるゝものである。普通此權利の特質を以て國家意志の構成に對する參與を權能者に許容するに在りとするは單に大體に於て正しいが唯だ惜むらくは『國家意志』即ち法規律を餘りに狭く——即ち單に一般的規範、單に『法律』としてのみ——定め——從つて斯く解するに於ては——恰も凡ての權利を——以下にも論示すべきが如く——參政權なるが如くなす事である。因みに、一般的及び個別國家意志の區別の無視すべからざるは正に此の理由に由る。若し一般的規範が直接にも間接にも『國民即ち該規範に服從する者に依り制定せらるゝ事なく、自己以外の凡ての者は自らに對し權利を有せざる者』として現はれ、自らは自己以外の凡ての者には、單に『權利を有する者』として相對する或る唯一の個人(專政制)に依り創定せらるゝ場合に於ては『國民』は何等參政權を有する事無く、人の行爲は、或る唯一人の行爲を除きては規範を創定する事實として現れない。乍然亦た此の理由に依つて此の場合にも尙『國民』なるものが存在する、何となれば國民なるも

のは唯法義務的な、規範に對する服從を基礎として定めらるゝ概念なるに反して唯だ獨り權能を有する『獨裁者』は何等の關係に於ても斯の如き、規範に對する服從の關係に立つ事なく、從つて國民に屬するを要する事なきからである。然り彼は專制國家の純粹の理念上全く國民に屬するものに非ざるからである。

第 卅 三 節

個別的規範の創定は、第一に義務行爲を對象とする意志表示たる義務の前提たるべき事實が、義務を課せらるゝものに意志表示を包有するか否か、即ち双方的行爲者くは一方的行爲に依つて行はれる。後者の場合に對する典型的な例は下命的國家行爲即ち判決及び行政下命の如きである。規範創定、又は國家意志構成の斯の如き場合に對しては近時、權利の概念は本來適用せられない。普通斯の如き行爲は専ら機關作用の見地に於て觀察し、權利の見地よりは餘り之を觀察しない。乍然此場合に於ても兩者の間には何等の相違も存し無い。何となれば選舉人は機關と看做さるゝと共に亦た權利主體とも看做され、而して國家意志の構成に對する參與——之れ通説に於ける他の權利は兎もあれ少くとも參政權の概念の定義である——は必然的に機關の作用たらざる可らざるからである。此場合——普通官吏たる國家機關に依り行はるゝ個別的國家行爲の場合に於ては——官吏の性質は權能の概念に存する主觀的見方を明かに排除するものである。普通一般に機關の『權利』と云はずして機關の『權限』と

言ひ、機關の權能と言ふ。而して此場合權限とは單に機關の法律上爲し得る事の限界を意味する耳ならず又爲し得る事其自身をも意味せらる。乍然之れに尙例外が認められて居る。即ち其權限が極めて一般的に權利とせらるゝ君主の場合に於て特質的にも之れが例外を認めらる。

第 卅 四 節

義務の一方的設定の第二の場合は強制行爲の實現（並びに強制行爲に至る迄の全手續の實現）を被侵害者の斯の如き行爲の實現を目的とする意志表示、即ち訴訟若くは訴願等につながらしむる法規範の規定より生ずる。而して世人は斯の如き場合に於て本來の意義に於ける權利を認むる。此等の場合に於て特に個人的利益が考慮せらるゝ事は事實であるが、乍然法規律が想定的利益の當事者の處置に委せらるゝ事に依つて、彼は大きな程度に於て訴訟に基く判決又は求められたる行政行爲なる個別的作用に於て生ずる國家意思の構成に參與するものである。

第 卅 五 節

双方的義務設定の代表的なる場合を成すものは契約なる法律行爲である。一般的規範に基きて二個人間に於ける意思表示の合致なる條件の下に於て、當事者双方又は單に其の一方のみが契約上の行爲を爲すの義務を課せられる。之れ私法上の權利の典型的な場合であるが、唯だ此の場合に於ても亦た權利は明かに國家意思の構成に對する參與、法規律の創定に對する參與よ

り成るものである。何んとなれば斯の如き——『私人の自治』と謂はるゝ——事實の内容たるものは當事者自ら個別的規範の内容を定むる事に對して法律の契約當事者に對して爲す授權、即ち法創定過程を當事者自ら爲すべき法律の契約當事者に對する授權に外ならないからである。今此の意義に於ける權利を以て法の創定過程に對する參與を表はすものなりとなさば普通行はるゝが如く法律行爲の締結に於て現はるゝ權利と訴若くは訴願に於て現はるゝ權利とを區別し得可きものである。何となれば之れ共に客觀的法創制過程の異なる段階に關するものに外ならないからである。之に反して一方の權利を以て契約の當事者に對する要求なりとし、他の一方の權利を以て國家に對する要求、國家の官廳に對する要求なりとし、之れに依つて特定の行爲に對する官廳の義務の發動せしめらるゝものとする傳統的學說の主張に於ては、以上述ぶるが如き區別は明瞭に現はれてゐない。

第 卅 六 節

普通訴に於て爲さるゝ國家に對する要求は國家意志の構成に對する參與の他の事實と共に之を公法上の權利に數へ、一方に於ては契約當事者に對する要求は之を私法上の權利なりと看做す。乍然現時普通行はるゝ公法及び私法の區別は極めて不確定であり、且つ矛盾極まるものである。公法及私法の區別を以て法義務及び權利より成立する法律關係の區別、即ち個別的法規範の區別なりとし、而して分類の基礎を法律關係從つて個別的

規範の設定の種類に在るものと認むるに於ては區別は稍々定まれる意味を取得する。

嘗て指摘したる法義務の一次的性質上、重要なる關係を有するものは當事者の一方の法義務——此法義務に相對して當事者の他の一方の權能の存し得可きである——が義務者の參與の下に若くは義務者の參與を外にして生ずるかの問題即ち權能者の單獨の意志表示に依つて生ずるか、又は權能者及び義務者の意志表示の合致に依つて生ずるかの問題である、第一の場合に於ては普通公法上の法律關係と云ひ、第二の場合に於ては私法上の法律關係と云ふ、されば之れ國家の形態を寡頭制及び民主制に分つ分類の根柢に横はる見地即ち義務に服従するものが之を義務付くる規範の制定に參與するか否かの分類の根柢に横はると同一の見地である。

寡頭制及び民主制の國家形態の區別は普通、事の一般的法規の創定の範圍に關する場合に於て之を適用し、之に反して個別的法規創定の範圍に關する場合に於ては同一區別を現はすが爲に公法及び私法の概念を用ふる、後者の區別は此故に何等法の本質より生ずるものに非らず、之れ専ら實證法に依りて規定せられたる、法を創定する方法に關する區別を對象とするものに外ならない。

實證法規律が上に特質付けた個別法の創定に關する方法の區別に結合するに他の法を以て爲し得可きは勿論である。例者公

法上の法律關係を以て——其成立に於て或種の法的缺陷を有する場合に於て——單に取消され得可きものであつて無効なるものには非ずとするも他方司法上の法律關係が瑕疵を有する場合に於ては、初めより無効なるものと見做され得べきが如き之れである(第六十四節參照)。乍然之亦専ら實證法上の規定に基き發生するものであつて、法の本質若くは公法又は私法の本質より生ずるものではない。

第 卅 七 節

以上の外、尙ほ、自由が人類の行爲を規定する規範の存在せざるに依つて存するものとせらるゝ場合に於ては、一般的に國家よりの自由も又權利として擧げられる、然り、多數の個々の自由が自由權として引用せらるゝは普通に見る處である。人身の自由に對する權利即ち逮捕せられざるの權利又は特定の條件以外に於て逮捕せられざるの權利言論の自由に對する權利特に出版の自由、信仰及信教の自由に對する權利、結社及び集會の自由に對する權利、學問の自由に對する權利、所有の自由に對する權利、即ち私有財産を國家に依つ侵害せられざるの權利移動の自由に對する權利等の如き之れである。乍然法より自由なる範圍は之を法なりと爲すを得ず、法規律より自由なる狀態としての意味に於ける『自由』は法上唯消極的に耳定める可きものなるが故に、以上の事項の權利に非る事は從來論じ來れる處よりして明かである。尙又法的に自由なるの範圍は豫じめ毫も盡

し得可からざる多數の個々の自由に分解し得可きものなる事も明かである。其否定的反對が法義務の内容たらざる行爲は凡て人に採つて『自由』である。故に斯の如き見地の下に於ては人は其意見を表示し、若くは其欲する宗教に屬するの權利と同様に呼吸し、散歩する等の權利を有するものであらう。國家的法規の外部——而して學説が自由權を以て滿さんと努むる區域は法規の外に立つものである——に於ては何等の『權利』も存しない、若し存するとせば夫は唯自然權である。此故に又普通國家活動に許容（國家機關として）せらるゝの要求に加へて擧ぐるが如き、何等かの點に於て法律上關係ある、國家より自由と稱する權利、若くは國家の不作爲に對する權利は何人も之れを有するものではない。

第 卅 八 節

一方國法學説は此の點に於て近代憲法の頗る疑はしき實際に従ふものである。近代の憲法は普通以上述べたるが如き自由權のキアタログを規定する。國家なき時より出發し、國家を制限する絶對的規範の觀念に歴史上出でたる自由權は茲に實證法の内容として、國家自體の規範となるに至つたものである。然乍ら此等の規範は其が國家に對する禁止として現はるゝ限りは之れ自己自らに對して課せられたものであり、臣民の自由範圍に對する或る種の侵害を國家に禁止するの規範であつて、斯の如き規範は少くとも無用である。何んとなれば、明示的に爲す事を命ぜられ、國家の機關として之れを爲すがために授權せられ、

換言すれば義務付けられたる人の存せざる以上全く存し得べからざる行爲をば禁止せんとするは無意義なるからである。人は國家即ち法規律に依つて禁止せられざる總てを爲し得る。國家即ち國家の機關としての人間は唯法規律に依つて明かに許容せられたる事耳を爲し得るものである、何となれば法規律に於て規定せられたる事實耳が國家行爲として效力を有するものなるからである。之れ單り技術的意義に於ける所謂法治國に對して耳適用せらるゝものに非ずして又寡頭制の國家に對しても適用せられる。唯後者に於ては專裁者が爲す各個の行爲は暗黙の法律たるが故に個別的國家行爲に關する法治の原則が明瞭に表はれざるに過ぎない。されば自由權のキアタログが近代憲法に採用せられ或詳細に規定せらるゝ自由の範圍に對する國家の侵害を以て許されざるものと爲すが如き規定の存するものとするも斯の如き規定が從來存在せる斯の如き侵害に對する授權を廢止するの作用を有せざる限り、斯の如き規定の徹廢は何等法規律の實質的構成を何等變更しないであらう。斯の如き自由權に關する規定の無用なる事は自由權が屢見るが如き形式、即ち特定の自由範圍に對する國家の侵害は唯法律の基礎に依つて耳生じ得可しとするが如き規定を執る場合に於て特に明瞭に現はれる。何となれば總ての國家行爲は例外なく法律上の根據を必要とするからである。自由權の斯の如き規定が何等かの點に於て法律上關係を有するは唯斯の如き規定が形式的意義に於ける憲

法の性質を有する場合、即ち自由權を規定する規範の變更が唯困難なる條件、即ち過半數を超へて尙或制限せられたる多數の議會の議決の下に於て耳可能なる場合である。此場合に於ては保護せられたる自由の範圍に對する侵害の法律上の授權は唯憲法を變更する法律としてのみ生じ得べく、即ち、唯普通の法律よりも更に其成立が困難である。故に又自由は元より之に依りて『權利』となるには非るも尙自由の範圍は事實上或昂められたる法上の保護を享有する。唯自由權の憲法上の保證は彼の屢々見受くるが如くに所有は不可侵なり、公用徵集は唯法律に基きてのみ行はれ得可しと言ひ、又は言論の自由は唯法律に依つて耳制限せらる可しと云ふが如き形式に於て現はるゝを得ない。何となれば此場合自由範圍の憲法上の擔保は、憲法に依り普通の立法が自由の範圍に對する侵害を委任せらるゝに依つて直ちに再び廢止せらるゝからである。

第 卅 九 節

人類の行爲が權能として法規律の内容を成し、而して之に基き法規律の創定に參與し得可き種々なる形式を概説するに其規範に對する服從、義務上拘束せられたる行爲の受動的關係に於て『國民』を成す多數人は亦た必しも所謂權利の主動的關係に立つを要するものには非らず、國家規律は本質上多數人の行爲を義務として拘束せざる可らざるものであつて、多數人は唯其行爲が國家規律の規定する法義務の内容として規定せらるゝ場合

に於て耳國家を成し得可きものであるが、國家規律は多數人を法規律の創定に參與せしめ、即ち其行爲を何等かの意味に於て其一般的規範なると——單獨の意思志くは意志の合致に依つて構成せらるゝものなるとを問はず——又は個別的規範なるとを問はず、規範制定の條件たらしむるに依りて之等多數人を權能者たらしむ可しと雖、權能者たらしめざる可らざるものに非らず。國民が參政權を有せざる事、即ち何等の方法に於ても一般的規範の創定に參與するものに非ざる事は言ふ迄もなく明かである。近代の國家に於ても法規に服從するものが其一般的形式即ち立法の形式に於て法規律の創定に參與するに至れるは未だ久しからず。而して又現時に於ても尙斯の如き立法に對する參與の程度は極めて多様である。婦人が國民に屬する事、即ち國家規律に義務として服從するものなる事は疑を容れない、然し乍ら、婦人が政治上に權能を有すべしとする事は尙屢々政治的鬭爭の對象を成すものである。されば民主制は國家に對して本質的、必然的な形式に非らず、然し乍ら又個別的規範創定の階梯に於ても寡頭制は其理念上自ら狹義に於ける國家規律の適用の外にあり、従つて規範に對する服從の關係に在る事なく、故に亦た『國民』に屬せざる或る唯一人のみが個別的規範に與るものなる事を意味する。疑も無く斯の如き理念は之を完全に實現し得べきもので無い。然し乍ら此の理念は專裁者——蓋し專裁者は自ら凡ての務を果たし得べからざるが故に——が單に法規

の制定、下命的行政行爲(裁定、行政下命)に就てすらも使用せざるを得ざる人々、従つて機關として國家意思の構成に對する參與を認めざるべからざる人々を以て、其の代表者殆んど正に專裁者なりとし、專裁者の他の一面(alter ego)だとする擬制に於て表はれてゐる。何れの場合に於ても斯の如き人々の數は國民の大衆に對して極めて微細なる部分を爲すものである。更に近代の民主國家に於ても民主的原則即ち參政の權能は、單に國民の立法に對する參與にのみ限られ、執行——司法及行政——は原則として寡頭的に定められる。規範服従者の立法並びに執行に對する參與の一般的參政權は未だ尙存する事なく、此傾向に對する發達は辛じて其初期に在る。乍然、個人をして其利益を保護せしむるが爲に訴へ(訴及訴願)の手段に依て法規律を利用せしむるの形式に於ける權能、國家意志構成に對する斯の如き種類の參與も其の斯の如き法技術的形式が全く一般的に、而して特に絶對君主制の下に於ても廣く存するの結果畏らく國家規律に取つて本質的なものゝ如くに見ゆべしと雖も之れ亦た本質的ならず。強制行爲の實現に對する條件としての私訴は私有財産の原則と密接なる關係を有するものであつて、私有財産を認めざる法規律、例者社會主義的國家の如きは斯の如き法技術的手段を要しない。斯の如き國家は此意義に於ける權利を全く許容しないであらう。乍然若し斯の如き國家にして義務の設定、即ち事實に付するに強制的行爲の制裁を以てするを放棄す

るに於ては斯の如き規律は、最早強制的規律に非ざるが故に又國家に非らず、同様に又個人的自治を認むる事も國家的規律に概念上本質的なるものに非ず。如何なる範圍迄事實上之れが可能なるかは之れ別個の問題である。茲に問題の對象たるものは唯單に法規律に對する受動的關係のみが國家に本質的なるか、又は尙法規律に對する主動的關係も而るかの問題である。

第 四 十 節

其生命、健康、名譽又は其經濟的利益を侵害する行爲が侵害者に對する強制行爲の條件たるに依つて、個人が必然的に保護對象として認めらるべき事は毫も國家的規律の本質的内容として擧げ得可きものに非らず。固より之れ普通或程度迄は國家的法規律の内容を成すものである。乍然、斯の如くして保護せらるゝ人々の範圍は甚異なる。吾人は或多數の、畏らく大多數の人々(奴隸)が斯の如き保護を受けざる國家を思惟す可きである。本來外國人も亦保護を受けず全く法の外に在り『敵』と同一義を有するものであつたが、漸次に保護を受け又權能を有するに至つたのである。

保護なく法の外に在り、若くはより少なき權能を有する外國人に相對して公民なる概念が形成せらるゝ。此公民の概念は尙今日に於ても意味を有する、何となれば外國人は今日に於ても尙完全に權能を有せざるからである。元より原則として所謂私法及び公法の一部に關しては外國人も公民と對等に置かれる。

殊に外國人は公民と同様訴及び訴願に依つて官廳より法規律の保護を要求し得るものである。然し乍ら常に狹義に於ける參政權は外國人に存しない、又一般的兵役義務の存する場合に於ても外國人は之を負擔しない。此他の事項に就ては外國人は義務に於て公民と對等の地位に置かれる。往々主張せられる公民の忠實及服從義務は具體的な法義務、從つて違法效果に於て現はれざる限り法的意味を有せざる倫理的、政治的要求に過ぎない。官廳は唯外國人に對して耳領土より追放するの權能を有し、少くとも普通の場合に於ては公民に對して斯の如き權能を有しない。然し乍ら公民も亦屢特殊の事情の下に於て特定の犯罪に對する刑罰として國家より追放せられ得可きものである。外國に於て自國の外交上の代表者を通じて保護を享有するものは唯公民耳である、而して以上は之れ公民なる法律的制度が近代の法規律に於て示す一般的内容である。國籍の得喪に關しては個々の國家的法規律の規定は互に異なる。普通嫡出子は父の國籍を取得し、庶出は母の國籍を取得し、妻は夫の國籍を取得する。屢々國籍は狹義の國家領土に於ける出生、又は長期の或定められたる滯留に依つて取得せられる、他の取得條件たるものは私生子の國家元首に依る認知(Adoption)である。公民籍は近代國家の一般的制度ではあるが然し乍ら國家其ものに本質的な制度には非らず。

國家は臣民を有せざる可らずと雖公民を有せざる可らざるも

のに非らず、故に又外國人も亦國家的規律に服從する限り國民に屬するものである。外國人が權利を有せざるも尙法的に義務を有する場合に於て亦然り。國民は決して單に公民より耳成るものに非らずして、公民は單に國民の内部に於て特別に權能を有し、特別に義務を有する人々の集團を成すものである。

C. 國家の空間的組成

(中央集權及地方分權、國家結合)

第四十一節

國家法規律の規範は總て同一なる效力の範圍を有し得可く、即ち國家の全領土に對して總て行はれ得可きものである。然し乍ら又國家法規律は全領土に對して行はるゝ規範及び單に領土の一部に對して耳行はるゝ規範よりも成り得可きものである。同一對象を内容とするも、空間的に異なれる領土に對して效力を有する二個の規範は、種々なる内容を有し得可く、即ち同一對象を種々なる方法に於て規定し得可きは固よりである。

一部の領土に對して行はるゝ規範は部分的法規律を構成し、而して全國家の空間的に分化せる『構成體』として認めらるゝ部分的共同體を構成するものである。國家の斯の如き空間的組成は普通『地方分權』と稱するものと同一である。斯の如き分權、——從つて之に該當する中央集權——の分量的程度は中央的規範、即ち全領土に對して行はるゝ規範及び分權的、即ち部分的

領土に對して耳行はるゝ規範の量及び意味の間に存する積量の關係に従つて種々に分ち得可きものである。全部的中央集權及び全部的地方分權の兩限界は、組織の總ての規範が例外なく全領土に行はるゝ場合、及び組織の總ての規範が例外なく唯部分的領土に對して耳行はるゝ場合に於て存在する。後者の場合に於て全部の構成にも非らず、又統一的共同體の地方分權にも非ざるか爲には總ての制定せられたる規範が單なる部分的領土に對して效力を有し得可きが爲に總ての部分的領土の總體より成る全領土に對して效力を有する一の假定的、基本的規範を豫定するを必要とする。唯斯の如き全部的中央集權の限界の場合には、全部的中央集權の場合と同様實證法の實在に於ては發生しない。兩限界的場合の間には、各々部分的中央集權を有する種々なる形態の部分的中央集權が存在する。部分的分權は或は法規律の個々の階梯に於て耳存するか、或は種々なる階梯と關係なく個々の事物的關係にのみ關聯して成立し得可きものである。第一の場合に於ては、例者總ての憲法は全領土に對して效力を有するもの、即中央的規範として現はれ、他の總ての一般的規範は總ての個別的規範(執行々爲)と同様單に部分的領土に對する效力を以て耳、即ち分權的若くは地方的規範として現はるゝか、若くは總ての一般的規範(法律)は中央的規範として現はれ、總ての個別的規範若くは或個別的規範は單に部分的領土に對して效力を有する、第二の場合に於ては事物上の權限は中

中央規律と地方規律との間に分たれ、従つて例者民法に關する總ての事項に就ては唯中央規範のみが行はれ、營業行政の事項に就ては唯だ地方規範のみが行はるゝが如し。

第四十二節

中央集權若くは地方分權の問題に關聯して、よし第二段に於てなりとするも、規律を構成する規範の種々なる空間的效力範圍に於ける、純粹なる靜態的要素と相竝んで考察に入る可きものは規範制定の性質に於ける動態的要素、従つて規範を制定する機關の性質の動態的要素である。此關係に於て重要なるは中央的若くは地方的規範が同一機關に依つて制定せらるゝか又は多數機關に依つて制定せらるゝかである、中央集權は中央的規範を制定する機關の一なる場合に於ても、亦多數なる場合に於ても可能である、乍然總ての中央的規範が或唯一の而して可成的に單純なる機關に依つて制定せらるゝ場合に於て中央集權の思想は更に明瞭に意識に現はれる、乍然中央の規範が——言はゞ種々なる事物上の領域に依り——種々なる機關從て種々なる機關行爲に依て制定せらるゝ場合(行政各部組織)に於ても何等地方分權の存するものには非ず、理論上思惟し得可きは又總ての地方的規範、然り中央規範及び總ての地方的規範が同一機關に依り、——よし種々なる機關行爲に依りてなりとするも——即ち同一機關擔荷者に依りて制定せらるゝ場合である、此場合に於ては種々なる部分的(地方的)規律の機關間、若くは中央機

關及び地方機關の間に身上結合が存在する、乍然地方分權が、同一對象に關聯して、種々なる部分的領土に對し内容上種々なる規範を制定するを可能ならしむるが爲に設けらるゝ場合に於ては、斯の如き身上結合は避けらるべく、而して種々なる部分的規律に對して又種々なる機關擔荷者が規定せらるゝであらう。

第四十三節

全部的及び部分的な地方分權(中央集權)の量的區別と相並んで尙完全及び不完全なる地方分權の質に基く區別を必要とする。部分的領土に耳行はるゝ規範の制定が究極的にして而して獨立に行はるゝ場合に於ては分權は完全なる地方分權である。斯の如き規範が究極的なりとは地方的規範が中央的規範に依つて廢止せられ、而して場合に依つては置き換へらるゝが如き可能性の存す可らざる事を言ふ、例者立法の權限が中央及び多數の地方的機關に分割せられ(聯邦國家に於けるが如く)るが如き場合であつて、之に基き或特定の事項は地方的方法の權限に屬するものであるが乍然關係地方法律は特定の事情の下に於て——例者聯邦法は州法に先立つの原則に依るが如き——反對の中央法律に依つて廢止せられ及び置換へらるゝが如き場合である。獨立なりとは地方的規範が其内容に於て中央的規範に依つて規定せらるゝ事を得ざるを云ふ、故に例者立法が一の中央機關及び多數の地方機關に分配せらるゝが、而も地方法律は中央法律が既に規定の大綱を定め、從つて地方法律は唯之が詳細なる規定

を設くるを要するに止まるが如き形式に於て、其内容を中央法律に依り規定せらるゝが如き場合に於ては、之れ不完全なる地方分權を意味するものである。

第四十四節

斯の如き不完全なる地方分權、而して特に執行の區域に於ける不完全なる中央集權を成すものは普通『行政上の地方分權』と言はるゝ組織の形式である。此場合に於ては國家は——典型的に——行政上の縣(司法に就ても同様に)に分たれ、縣は更に郡に、郡は更に小なる區域に分たれ、組織せらる。之等は其制定に相互階級的に上下從屬する機關の存する(國務大臣、縣知事、郡長、市町村長、大審院、控訴院、地方裁判所、區裁判所) 個別的規範(行政上の決定、若くは判決)の效力範圍である。執行即ち法律を執行する個別的規範の設定は先づ最少の效力區域に對しては市町村長(之に準じて司法に就ては區裁判所)に依つて行はる。然し乍ら是等機關の處分、若くは判決は終局的には非らず審級に於て、即ち當事者の要求に應じて斯の如き行爲は上級の機關に依つて制定せらるゝ規範に依つて廢止せられ、並びに代らるゝを得可きものである。此點に於て、行政及び司法の區別は、後者の場合に於ては下級審に依つて制定せらるべき規範は、行政の場合に於けるとは異なり、上級審の規範に依つて内容上定め得られざるに反して——裁判所は原則として獨立である——行政官廳は從屬的なる事に存す。

第四十五節

國家組成の他の形態を成すものは所謂自治行政に依る地方分權である。地方分權の理論は自治行政の概念に於て民主々義の理念即ち自己決定の理念と結合する。個別的規範、竝に或る範圍に於ては一般的、地方的規範の制定の爲認めらるゝ機關は、此機關の制定する規範に依つて拘束を受くる人々自身に依つて選舉せらる。斯の如くして創定せらるゝ規律は市町村に於て其典型を有する所謂自治行政團體なるものを構成する。市町村公民に依つて選出せられ、而して其自ら選出したる市町村長（市町村長及び其代表者其他）を有する市町村會は地方的に分權せられたる（地方的）機關である。地方分權は單に或種の事項に耳關聯するものであつて市町村の權限は制限せられたる權限であり、而して原則として單に個別的規範の階梯に耳限定せらる。乍然中央法律の認むる範圍内に於ては一般的規範——所謂自治條例——も亦可能である。地方分權は其理念上完全なる地方分權である。之れ少くとも寡頭的に組織せられたる國家中央機關に對して然り。乍然國家中央機關は其が地方的自治團體の機關の違法なる行爲を其の自ら制定する規範に依つて置き代へ得可らざる迄も、尙此種の行爲を廢止し得る限度に於て一の監督權を賦與せらるゝものである。自治團體が一層大なる（高き）自治的團體に包含せらる場合、換言すれば行政が下級に於て耳ならず上級に於ても民主的な自治行政なる場合に於ては、地方

分權の程度は低き自治團體と高級の自治團體の關係に於て減少せられて得可きものである。然り此場合に於て狹き共同體への審級上進及高級審の下級審に對する破毀的及び革正的權能を認むるを妨ぐる何物も存しない。近代國家の内部に於て自治行政團體が有する高き程度の地方分權其ものは、一般に本質上近代國家は特に其中央官廳に於て原則的に寡頭的に組織せられありしと雖、地方機關は、特に村は以前より民主的組織を有したりし事實に歸せらるべきものである。斯の如き民主的國家機關の地方分權は寡頭的中央機關の有せる勢力の排除を意味せるものであつた。自治行政の爲にする鬭争は唯民主制を目的とする鬭争とのみ解す可きものである、學說上屢主張せらるゝ自治團體の國家に對する『固有』なる權利は唯政治的公準の自然法的解釋に過ぎない。國家の一般的民主化に當つては國家行政及び自治行政の理論的對立を主張すべき斯の如き政治的基礎も消滅する。自治行政は單に國家行政の特殊の形式に過ぎない。

第四十六節

所謂自治團體に於て現はるゝが如き地方分權の程度が、單り個別的規範耳ならず又一般的規範に及ぶ——普通之れ地方的規範の比較的大なる空間的效力の區域と結合して存在する——場合に於ては普通之を『洲』に依る分權と云ふ。此場合に於ては此故に執行竝に立法も中央及び地方機關に分配せらる。地方的立法機關竝に執行機關に依つて代表せられ、中央の——一般的

竝に個別規範より成る——部分的規律に依つて構成せらるゝ部分的共同體を『洲』と謂ふ。之等洲は大なる自治行政團體、特に所謂市町村團體、自治的なる縣とは區別する事困難である。況や後者が制限せられたる範圍に於てなるにもせよ一般的規範——自治條令、場合に依つては縣令と稱せらるゝもの——制定の權限を有し、而して『洲』の立法及び場合に依つては執行機關も民主的性質を有するに於て於や（之等の機關が選舉せられたる役人なる限り）果して然らば之れが區別は單に立法の權限があり、大なるの點に於て耳觀察す可きである。

第四十七節

此典型より聯邦内部の『分支國家』と呼ぶるゝ成體に至るは比較的僅少の距離である。而して此距離も亦地方分權に於ける程度の増加に過ぎない。地方分權が、個別的及び一般的規範に關して存する耳ならず、從つて又執行と立法が中央の權力と多數の地方的權力との間に分配せらるゝ耳ならず、地方的立法機關に、其領域に對し憲法制定の權限が全般或は部分的に、即ち中央の憲法に於て地方憲法の爲に制定せられた規範の範圍内に於て許容せられたる場合に於て、上に述べた距離は到達せられる。此場合に於ては、此れを指して、——範圍の廣狹こそあれ——憲法の自治と云ひ得る。此自治は、尠くとも或程度迄所謂『州』に就ても亦與へられる。構成分子が『國家』と言はれ得可きが爲には、尙此外に此等の分子が中央の立法又は司法にも參與

するものなる事を要する。此地方分權の増大は、組織の技術上立法機關を組織するに、一は全國民の選舉より成り——下院、衆議院、——他の一は地方議會又は地方政府に依つて任命せらるゝ議院より構成せらるゝ團體——邦の參事院、國家參議院——の二個の團體を以てする。斯の如き中央立法の組織は聯邦國家に特有なものである。參事院は中央の執行にも參與するものなるを得可きである。此場合各構成分子國が、其大きさに關係なく同數の表決權を有し、從つて其代表者を有するに依つて各分子國が參議院に於て、中央の國家意志の構成に均等の勢力を與へらるゝ事は、聯邦國家の常態的形體に適合するものである。然し乍ら此原則に對する例外は可能である。以上述べた所は又參事院と下院との關係にも妥當する。兩院の對等なる事は正規の典型に合致するが、尙下院が參議院に對して優越なる地位を有し、從つて參議院は下院の立法議決に對して單に停止的拒否權を有するに過ぎざるが如きも可能である。若し或特殊の分權及び或程度の分權を有するを以て聯邦國家の本質なりと爲さば唯此に依つて耳實證上具體的に存する憲法を、其單なる内容よりして、安んじて此れを聯邦國家と爲すを得可きである。聯邦國家發生の特質、即ち其れが從來『主權者』たりし國家、即ち獨り國際法規律の下にのみ立てる國家間の聯邦憲法を規約として發生するか、又は自ら聯邦國家に變ずる單體國家の法律として發せるかはさらに問題たらず。

同様なるは主權の問題、即ち聯邦が最高なるや又は分子國が最高なるや、別言すれば、中央の規律が最高なるか、又は地方の規律が最高なるか、又は兩者が同時に最高なるやの問題である。之れ從來の文獻が大なる困難を醸せる一の幻影的問題である。

第四十八節

若し聯邦國家を以て地方分權の一典型となさば聯邦國家と所謂國家聯合との理論上の相違も亦失はれる。此場合にも亦單に漸次的な差異の存在するに過ぎない。何となれば此場合に於ても事單に一層高き程度の分權に關するに過ぎないからである。聯邦國家と同様に國家聯合も亦立法及び執行の權限の一の中央廳及び多數の地方官憲に對する分配を示すものである。然し乍ら聯邦國家の場合に在ては最高の諸權限は中央規律に歸するか、或は尙ほ中央と地方との權限間に尠くとも或平衡が存し、唯特に外交事務は殆ど獨占的に聯邦即ち中央規律の權限に歸するのであるが、國家聯合に於ける中央權限は其範圍に於ても、其重要さに於ても例外的である、即ち原則として諸構成分子の側から要求せらるゝ總體の權限の内、二三の事項——それも獨占的では無いが、殊に外交事務——が聯盟の權限に歸せしめられ、隨つて構成分子も亦聯盟と相竝んで外交上の事項に關する區域に於ては或權限を主張する。其他尙中央の立法は、直接民衆の選舉に由來せず聯盟諸國政府に依つて任命された代表者に

依り組成さるゝ機關に委ねられる。總ての構成分子は——尠くとも原則として——平等に代表せられ、或重要な事件特に憲法の改正は決議に通例一致を要し、他の場合に於ては多數決を必要とする。特に重要なるは中央機關に依つて制定せられたる一般的規範は臣民に對して單に間接の效力を有し、聯盟の法律は其規定する行爲の主體に拘束力を有するが爲には、先づ個々の聯盟國家に依つて公布さるゝを要する事である。故に中央の一般規範に關しては立法の過程は單に部分的に集中されて居る耳である、之れ直接拘束力を生ぜしむるに至る公布の行爲が地方の權限に歸すと言ふ一の重要な現象を成すものである。聯盟の執行組織は聯邦に於けるとは異なり、其の發達幼稚である。後者に於ては立法機關と共に自己の政府あり、而して多くの場合單體國家に於けるが如くに自らの國家元首ありと雖、聯合國家に於ては中央立法機關が自ら直接に又は委員會を通じて中央の權限内に置かれたる執行作用をも行ふのである。執行行爲も亦通例間接の效力を有するに過ぎない、然し乍ら此原則に對する例外は立法の範圍に於けるよりも多い。著しいのは州の權限内に置かれてゐる軍事々項に關する執行々爲であらう、各聯合分子國が戰時に對して一定の分擔兵數を備へ、州分擔軍の全部は聯合所屬の中央合議機關によりて、又は直接に聯盟の憲法に依つて規定せられ得可き聯合大元帥の統帥の下に立つ事は聯合國家の形態に相應するものである。聯盟の費用は聯合所屬各國の

所謂割宛金に依つて支拂はれる。聯邦國家に於ては直接臣民を拘束する税法を制定し、執行する權限は通例聯邦に屬する。聯邦の憲法、聯邦に屬する各個の國家に負はせられたる聯邦に對しての義務の不履行の場合に關して、聯邦に、其義務に違背する國家に對する所謂聯邦執行（軍事的なる、戰爭類似的強制行爲）が屬する。聯邦國家に於ては、此集合的及び結果責任に代ふるに、分子國家の義務履行を聯邦憲法に依り委任された各分子國家の機關の、個別責任及び責任負擔を以てする事を得べく、各分子國とは獨立なる裁判所に依る違法行爲の確定、並に判決を以てするを得可きである。

第四十九節

國家聯合よりも更に僅少なる程度の中央集權を示すのは何等の一般的規範をも制定するを得ず單に個別的規範のみを制定し得べく、何等の立法行爲を爲す能はず、唯單に聯合の全部に對して效力を有する執行々爲を爲し得る國家結合である。是に屬するものは就中結合と稱せらるゝものであつて、同一君主を有する點に於て特に他のものと區別せらるゝ二個以上の君主國家の結合である。君主の行爲に責任大臣の副署を要するの國家にして立憲君主國なりとせば、其執行々爲が結合の兩當事國家に對する效力を以て發せられ得可き事項——外交及び軍制に關するものは普通之れに屬す——に於ては共同の國務大臣——共同の外務大臣又は共同の軍務大臣——の置かるゝか又は此等の

行爲は結合當事國家の主任國務大臣の副署の下に共同の君主に依つて行はるゝを要す。今外交及び軍制にして其執行々爲上共通なりとすれば、此等の行政區域に關する他の機關も亦共通であつて 外交上共同の代表機關及び共同の軍隊即ち此れである。然し乍ら此共同の軍隊と共に尙各當事國の獨立なる軍隊の存するを得可きものである。共同の執行々爲は、共同には非ざるも尙内容に於て一致する結合當事國家の法律に基きて行はる。されば此範圍に於ては、又内容の一致を作出すべき共同、又は相互に其決議を報知する議會の委員會の如き組織の存在するものと云ふ可く、此種の結合をして聯合國及び遂には聯邦に近接せしむる萌芽の存するものである。若し單に君主耳を共通にし結合當事各國家に對して共同の效力を有する執行々爲の可能ならざる場合——即ち例者兩當事國家に有效共通なる條約を第三國と締結するを得る事なく、君主は此目的を達するが爲には其自ら共通の君主たる各結合當事國の爲に二個の條約を締結するを要し、從而國家の結合が單に國家元首の作用の擔荷者を共同にするの點より成り、其作用は従つて機關を共同にするの點に非ざるが如き場合に於ては、身上結合の存し、前に述べた第一の場合に於ては物上結合が存在する。

保護國關係とは、一の國家、即ち保護國が他の國家、即ち被保護國に對して國際法上の保護、特に第三國に依る軍事的侵略に對して保護するの義務を負ひ、此れに對して被保護國は、特

定の作用、特に外交の區域に於ける作用の獨立なる交渉を放棄し、從つて被保護國は、國際法上凡ての、又は最も重要なる關係に於て、保護國に依つて代表せられ、從つて保護國の外政機關は被保護國に對しても效力を有する執行々爲を爲し得る國家の結合を言ふ。此理由に基いて保護國關係は——之れを多くの類似點を有する物上結合と區別して——非對等的結合とせらる。

最後に廣義に於ける國家結合は二又は、二以上の國家が——或目的に關聯して——或相互的行爲を爲すの義務を負擔する國際法上の條約に依つて設定せらる。此種の國家結合の分類に基本的なるは、結合を設定する條約に依りて全領土に互つて效力を有す可き一般的又は個別的なる法規範の制定が、結合當事國家に認めらるゝや否やである。斯の如き、法創定の可能なる可き事項の範圍及び重要上に關聯して狹義の國家結合——聯邦國家、聯合國家、ユニオン等——に多少の程度に於て類似する形態が生ずる。

第五十節

國際團體も亦一の國家結合である。慣習的に發生せる所謂一般的國際法上の規範は此結合の全領域に互つて效力を有する一般的規範である。其憲法即ち新しき一般的規範創定の基礎を成す法則は、契約は拘束すと云ふ法規に於て表はる。其意義は二又は多數又は總ての國家に對する一般的規範は、該一般的規範

の行はる可き國家の代表者に依りて構成せらる可き機關に依り表決一致の原則に基いて制定され得可き事である。此場合何人が各國家を代表すべきかは國際法上各國法に之れが規定を授權せらるゝものである。或具體的な國際法上の條約を締結する——君主、外務大臣、議會等の——個々の國家の機關は相共に國際法上の特別法、又は若し總ての國家が該條約を締結する場合に於ては、國際法上の一般法を制定する國際法に基く共同團體の機關である。故に一般國際法共同團體は部分的に分權されたる法規律の一典型を成す。然れば國際法上の條約に依つて狭き部分的共同體が國際法共同體の内部に於いて建設せられ得く、而して是れ一般國際法共同體と個々の國法的規律の中間に現はるゝ成體である。

斯く集權若くは分權の思想は種々なる法的共同體の形成に對する根本的の原則たる事を證し、又統一の原理、一體の原理——規本的規範——の思想に對して法成體の多様を基礎付ける眞個の個別の原理たるもの、即ち、凡ての法的成體をば相互に漸次的に移り往く形式の一の繼續せる序列に配列せしむる法則たるを示すものである、即ち民事法上の單純なる契約共同體に始まり、組合、市町村、州、枝分國家、聯邦、單體國家、國家結合従つて國際法上の契約共同體を経て最後に一般國際法共同體に終る序列である。

第三章 國家規律の創定(動態)

A. 創定の階梯

(國家の三權、或は三機能)

第五十一節

傳統的の見解に依れば統一的國權は三個の——等格なる地位を有するものと思惟されたる——權力、即ち立法、行政及び司法權に分る。此三つの『權力』中に國家の三根本的作用が立法、司法、若くは裁判權、及び行政として表現さるべきものである。蓋し總ての國家作用は法作用に外ならざるを以て是を對象とする理論は國家若くは法を其作用に於て、即ち法の持有なる自己運動を其動態の見地より解せんと欲するものである。故に國家の作用は法の創定作用であつて規範制定の階梯的に前進する過程である。蓋し其自身の創定を規制するは之れ法の特質なるが故に、法的規範の創成は自ら『下級』の法規範の創定を規定すると共に其れ自身或他の、從つて『より高き』法規範に依つて規定せらるゝ規範を『擔荷』する一事實を成すものである。規範の創定は自己を規定する『より高き』規範に對しては規範執行の行爲として現はれ、此規範創定の事實に於て創定せられたる規範は更に其規範中に規定されたる『下級』の規範創定の事實に依りて執行さるるのである。斯の如き——絶へず更新せらるゝ

——或る抽象的なる形態より絶へず具體的なる形態へ向進する法創定作用の過程に於て 一般的規範は常に個別的の内容を獲得するものである。今司法及び廣義の執行の意義に於ける行政は共に法律に過ぎざるを以て彼の傳統的なる立法、司法及び行政の三作用は根柢に於て二個の作用に歸納し得べきものなる事を知らば、立法及び執行 *legis latis* 及び *legis executio* の區別に非らずして多くとも單に相對的の區別に過ぎざると共に又二個の相關聯する法創定過程間に於ける關係に過ぎざる事が明らかとならう。然し乍ら唯傳統的學說を以て事實上三個の、而して單に三個耳の權力を主張するものとせらるゝに於ては、之れ單に實證法上の形成態に依り特別に表示せられたるか、或は他に何等か政治的に重要な意味を有する法制定過程の休止點である。然し乍ら何れにしても之れ多少とも無關係なる、若くは全然本質的に異なれる作用の併立に非らずして、上下共に相互に制約する法階梯である。

第五十二節

此階梯的構造は法規律の統一を其自動作用に於て基礎附くる基本的規範中に流入するものであつて、從つて觀察者が國際法規律の本源性を認むるか、又は自己の國家規律の本源性を認むるかに依つて或ひは國際法規律の基本的規範に流入し、或ひは自己の國家規律の基本的規範に流入する。此基本的又は本源的規範が先づ第一に法創定の機關を設立するに依りて茲に該基本

的規範は法論理的意義に於ける憲法を制定する。而して斯の如くして創設されたる立法者が其自身立法即ち一般的規範の創定を規定する規範を制定するに依つて茲に——第二の階梯として——實證法上の意義に於ける憲法——基本規範として假說的なる憲法に相對して——制定された憲法が發生する。最廣義及び實質的意義に於て『憲法』とは他の諸規範の創定を規定する一の規範又は諸規範の總計と解せらる可きである。狹義に於て憲法と言ふは普通、より高き階梯に在る法的規範の創定特に一般的規範即ち所謂『法律』の創定を規定する規範耳を謂ふ。此意義に於ける憲法は、言はゞ單に法創定に對する最初の積極的な開始であり、憲法に基きて作られたる法律に依り、初めて實質的内容を取得する一の骨組である。此故に學者が屢々立法と並んで特別の作用として憲法制定を區別し、及び例の如く擬人的ではあるが立法權の外に憲法制定權 *Pouvoir legislatif* と相並んで *Pouvoir constituant* を區別するは之れ極めて適切である。實證法上の意義に於ける憲法は憲法——最初の憲法及び之れに次ぐ總ての憲法——の變更又は補充は、簡単に言はゞ憲法に關係する法律は、其憲法として成立し得べきが爲めには他の法律（即ち一般親範）とは異なりて——通例の立法機關とは異なる、憲法制定機關（國民議會）が憲法の制定を委任せらるゝと、或は又憲法の制定は通常の立法機關を以て足るも猶普通の立法手續とは異なる手續を要するものとせらるゝとを問はず——制定さ

る可きものなる事を定め得られる。是れ即ち憲法の形式であつて、普通不正確に形式的意義に於ける憲法と稱せらるゝものである。此憲法形式に於ては單に實質的意義竝に狹義に於ける憲法（『法律』と呼ぶるゝ一般的規範の創成に關する手續）以外に尙他の法的内容をも規定せらるゝを得可し。殊に最高の執行々爲の創定從つて立法機關の地位及び權限耳ならず又最高執行機關の地位及び其權限、及び所謂基本及び自由權、即ち個人の自由範圍を侵す國家行爲を爲すの可能性に對する制限、故に例へば信教及び信仰の自由言論の自由、其他等の自由權をも規定の内容と爲し得可きものである。各國家行爲には法律上の授權を必要とするが故に、形式的憲法に依つて保證された自由は、此自由を制限する國家行爲には憲法を變更する法律の必要なる事を意味する。果して然らば之れ普通の立法其ものが憲法に依つて委任さるゝものと言ふ可く、故に例者言論の自由は法律の範圍内に於て保證せられる。然し乍ら斯の如き保證は全然無意義である（第卅八節參照）。

茲に於てか普通最高機關の地位及び國民の國權に對する關係を規定する法律なりとせらるゝ、廣く行はるゝ廣義の憲法概念が生ずる。

第五十三節

一般法的規範創定の規定としての狹義の、而して實質的意義に於ける憲法の階梯の下に立つものは立法の階梯である。此の

特有の意義に於て立法なる語は其創定が民主的機關に依ると、又は非民主的なる機關に依ると、又議會に依ると、或は議會と君主の共同の行爲又は君主耳に依つて行はるゝとを問はず、一般的規範の制定を意味する。然し乍ら立法の概念が理論意義に於て明瞭に現はるゝ總て一般的法創定は——『立法として』國民又は議會、從つて場合に依つては——曾つて、無制限なりし——君主との一致より出づ可しとする憲法上の原理の普及し、一般的規範の制定には國民又は議會が參與するに反して、個別的規範の制定、即ち執行の作用は君主——從つて場合に依ては君主と責任國務大臣と共同に——か又は他の或る國家元首に屬するの事實に基き一般規範が個人的規範の制定——即ち執行の作用——より明瞭に區別さるゝ場合が初めて生ずる。議會或は國民會議の議決——場合に依り君主に依る裁可の附加と共に——歴史的、實證法的に制約されたる『形式的意義に於ける法律』と呼ばれる法律形式を成すのである、而して此法律形式は——憲法も亦憲法として他の内容——個別的規範、法律上羈束的ならざる内容——をも許容するを前提とせば——固より一般的規範以外他の内容をも有し得可きである。而して此場合に於ては普通之を形式的意義に於ける法律と謂ひ、以て實質的意義に於ける法律、即ち一般的法規範に對せしむ。近代國家の憲法上普通特定の場合に特定の一般的規範、若くは總ての一般的規範が本來一般的規範の制定に任する機關、所謂立法者（例者議會或は議

會と君主と) 以外の機關に依つて發せられ得可き事も亦例外的に認められる。此一般的規範は之れを普通命令と謂ふ。概して總ての行政官廳は其權限の範圍に於て法律に基き『立法者』に依つて制定せられたる法律を實施するが爲に、命令發布の權を憲法に依つて認められる。此命令は法律に對し低級の階梯を成し、法律の或範圍に於ける具體化作用を意味し、法創定の過程は此命令に於て法律を超へて更に進み行はるゝものである。以上の命令と異なるは法律に代るの命令、法律を變更するの命令、又緊急或は非常命令とも稱せらるゝ命令である。近世の諸憲法は屢々國家元首(君主大統領)若くは行政部に、或特別の事態に由り、正規の立法機關即ち議會が其職務を行ふ能はざる場合(例者、戰爭、内亂、其他の如き場合)暫定的に『立法者』の『法規』の代りに命令を發するの授權を規定す。之には普通に暫定法律、又は暫定的法律效力を有する命令、若くは其他類似の名稱を附する。此命令は通例事後其承諾を求むるが爲に『立法者』に提出さるゝを要し、而して概して『立法者』に依つて廢止され得可きものとする。法規律の階梯的構造中に於て此命令は『法律』と相竝んで、正規及び例外的に作用する二個の立法機關を認むる憲法の下に直接立つものである。

第五十四節

抽象的に定められたる事實に、同様に抽象的に定められたる効果を結び付くる一般的規範にして、苟も其意義を成さんが爲

には個體化の作用を必要とする。故に一般的規範が抽象的に定めたる事實が具體的に存するや否やを推定するを要し、而して又斯る事實は特に豫め一般的規範に依りて定められたる強制的行爲の行はるゝ事、即ち先づ強制的行爲が命ぜられ、次で更に實行さるゝを要する。此作用を爲すものは判決、即ち所謂裁判の作用、司法權の作用である。此作用は決して『法を宣し』『法を見出す』等の用語の示すが如く又學說の假定するが如き既に法律即ち一般的規範中に於て完成されたる法を裁判所の行爲に依りて單に宣明し、又は見出すが如き單に宣言的性質を有するに止まるものでない。所謂裁判の作用は寧ろ全然構成的であつて、本來の意義に於ける法創定の作用である。何となれば凡そ特殊の法的效果と結付けらるゝ可き具體的事實が存在し、及び此事實が具體的な法的效果と結び付けらるゝと言ふ此全關係は、裁判々決に依つて初めて作らるゝものなるからである。法律事實及び法律效果の二事實が一般的なるものゝ區域に於ては法律に依りて結合せらるゝが如くに、個別的なるものゝ區域に於ては兩者は特に裁判々決に依つて結合せらるゝを要する。されば判決は其身自個別的法規範であり、一般的、或は抽象的法規範の個別化、或は具體化であり、法創定過程の一般的なるものより、個別的なるものへの繼續である。此見解を不明ならしむるものは、法は凡て一般的規範中に存するものとし、法と法律とを、誤りにも、同一なるものとする偏見のみである。

第五十五節

裁判々決は法が抽象的(一般的)狀態より具體的(個別的)狀態に進移する唯一の方法には非らず。裁判所に依つて適用せらる可き民事的法規範に於ては、法律及び判決の中間に、條件附くる法律事實に關して個別化するの作用を爲す法律行爲が介在する。當事者は法律の授權に基き當事者双方の行爲を定むる具體的規範、具體的な相互の行爲を規定する規範を定むるものであつて、而して斯の如き規範の違反は、判決に依りて、執行なる裁判の課せらるゝ、判決に依つて確定さる可き事實を成すものである。

第五十六節

然し乍ら『行政』と稱せらるゝ作用も亦法律、即ち一般的規範の個別化、又は具體化に過ぎない。此點は行政を『執行』とする一般の表示に於て實に直接に言表はされてゐる。然し乍ら茲に尙二種の場合を區別するを要する。第一は明かに司法として見はれ、而して作用上司法上の裁判と區別されざる間接の國家行政である。國家行政特異の目的は先づ裁判權の手段に依つて耳行はる。社會的に望ましき狀態は法的規律が其目的とする行爲に背馳せる行爲に對して、本來の強制行爲即ち行政罰及び行政執行を課するに依つて到達せらる可きである。之れは先第一に、一般的には行政法律、其他、及び命令に依りて行はれ、而して次に個別的には、單に個別的規範を制定する諸機關の法律上

の地位が特異なる事に依つて耳裁判々決より區別さるゝに過ぎざる行政官廳の決定に依つて行はれる。此特異性は裁判官の獨立に存する(四十四節參照)。民事法の區域に於ける法律行爲と同様に行政處分即ち行政決定と區別されたる行政命令(決定及び命令は本來の行政行爲である)條件付くる法律事實に關して一般行政規範の具體化の作用を意味する。行政法律に依る授權の下に行政官廳は特定者の具體的行爲に關して(法律行爲とは異なつて一方的な)個別的規範を制定する、而して此規範の侵害は同様に行政官廳に依つて確定さる可く、而して行政決定に依り行政上の特殊の制裁の課せらるゝ、條件附くる法律事實を成すものである。何が故に或種の事項は獨立なる地位を有する裁判所(刑事及び民事)に依りて執行さるゝ刑事法竝に民事、即ち一般的規範に於て規定せらるゝに反して、他の事項は獨立ならざる行政官廳に依りて行はるゝ行政法律、即ち一般的規範に於て規定せらるゝかは之れ唯歴史的に耳明答せらるべき問題である。行政官廳に依る執行と前者の所謂『自由裁量』に依つて理論上區別せられると云ふ主張は維持するを得ない。何となれば一般的規範は之を個別化する法行爲を決して完全に制約し得可きものに非ざると共に、一方に於ては又一般的規範を具體化する斯の如き法行爲は何等かの方法、範圍に於て之を制約する一般的規範無くしては不可能なるが故に、凡て執行々爲は多少の範圍に於て行政官廳の裁量し得可きものなるからである。裁

判上の判決に對する先行的過程は原則として行政行爲に對する準備的手續と構成上異なる事は、從たる意義を有するものに過ぎない。加ふるに近時に於ける法發達は此區別を緩和せんとする顯著なる傾向を示す。

第五十七節

行政の區域に於て國家は又——普通の言方を以てすれば——單に行政目的に反する行爲に對して刑罰又は執行の威壓を加ふるに依つて臣民に特定の——行政目的を助長する——行爲を爲すの義務を負はしむるに止まらず自ら直接に行政目的を實現する事實を爲すを得可きである。例者衛生上の目的を増進するが爲にする國家の間接行政は、臣民が衛生法に依りて——例へば病者の衣服を燒却し、私費を以て病院を建設し、私費を以て之を維持する等の如き——惡疫の流行に當つて一定の行爲を爲すの義務を課せられ、此所爲を爲さる場合には處罰せらるゝと言ふが如き方法に於て行はれる。直接國家行政の場合に於ては病院を建設し、醫師を任用し患者を治療し、及び其他を爲すは國家自身である。斯かる事實は法律上果して何を意味するか？

特定の『國家機關』として授格せられたるものが行政目的を構成する行爲を以て其義務とせらるゝ事、及び間接行政の場合に於ては此行爲は臣民の法律的義務の内容を成すと言ふ事之れである。國家機關と單なる『臣民』との區別を其自身に包有する、此狹義に於ける『國家機關』たるものは、法技術上官吏として全く

特殊なる制限の下に認められたるもの耳である。此概念の詳細なる確定は國家機關論に於てする。此處には以上の外更らに國家機關とは國庫或は國家の金庫と呼ばれる中央資金より一定の報酬を受け、其義務に遵ひ、本職として活動し、而して懲戒法の下に立つ役人なる事耳を附言するに止める。此財源より又他の行政費も支拂はれ、而して此財源は原則として臣民の租税に依つて支辨される。

第五十八節

『權力分立論』は國家の三基本的作用たる立法、司法、及び行政は相互に獨立にして相互に技術上分離せる三個の機關若くは機關の集團に分たれる可きであると言ふ政治上の公準に關する。此公準は原則として多數の近代の憲法に依つて承認されてゐるにも不拘決して安全には實行されてゐない。三權の分立は立憲君主國の樹立に特に用ゐられたものであるが、其立憲君主國すらも既に此主義に對する極めて注目すべき例外を示し、立憲君主國に於ては君主は立法の機關たると共に又執行の機關であり、行政の最高諸機關即ち國務大臣は立法機關に對して責任を有し、裁判官は政府に依つて任命せらるゝが如き其例である。民主的國家に於ては國家の總ての作用は國民若くは議會に集中せられ、寡頭制の國家に於ては君主に之れを集中する傾向あり。此故に權力分立の理論は寡頭制の理念よりするも又民主制の理念よりするも是正されない。惟ふに權力の分立は唯其發

生したる歴史的、政治的状況から耳説明し得らる可きものである。既に民衆が著しく君主の無制限なる權力に反抗し始め、規範服従者と大衆が益々積極的に規範の制定に參與せん事を要求したりし、彼の大きな民主的革命の直前に於ける保守的政治家に依つて代表される權力分立論は、民衆の代表者に（とは言へ單に君主と共同に於て）立法即ち一般的規範制定を譲つたが而も執行は君主に保留した。一方に於て此執行は其概念及び本質に背反するにも拘らず立法とは獨立の作用なりとせられ、以て執行を委ねられたる機關に對して議會より獨立なるの位置を確保し、防禦戰に於て受太刀となつた君主々義の原理に避難所を確保せんと欲したのである。君主が少くとも國權の一部を出來得可き限り無制限に主張し、而して之に依りて他の部分に對する勢力の均衡を得んが爲には國家の——其自身一の本質を成す——權力は分たるゝを要する。權力分立の思想には政治的權力分配の理念、國家に於ける極端なる權力集中を結合するの理念を存する事に依りて此權力分立の理論は又民主的組織の内部に於ても適用せられ得可きものである。然し乍ら此理論は權力の分配を確保するものに非らず、然り三基本的作用を三個の異なる機關に分配するに非らずして寧ろ同一の作用を多數の、其政治的利害に於て畏らく相反する機關擔荷者に分配するものであつて、従つて該作用が合成機關に依つて行はるゝの結果となるものである。

司法及び行政の分立は近世の憲法上立法及び執行の分立よりも更に強く行はれる。然れども此分立は行政手續の司法手續に對する益々強からんとする分化の傾向、行政裁判の擴張其他に依りて絶へず其意義を失つて居る。

B. 構成機關（國家機關）

第五十九節

國家規律は其總ての階梯に於て、其規範制定の作用の規律自身に依つて規定さるゝ人々に依つて制定せらるゝものであつて、而して高級階梯の規範は下級の階梯の規範の設定せらるべき條件を定むる、されば國家規律の『機關』とは其方法の如何を問はず國家規律を制定し、執行する人其者を謂ふ。

前に論述せる處に依れば、實證法的規範制定の各行爲は同時に規範を執行するの行爲である、唯單に基礎的規範の假設なる論理上最初の行爲は純正なる設定として尙執行に非ざると共に又執行の最終の行爲即強制行爲は、最早規範の設定に非らず。茲に注意すべきは國家學上考究の對象たるものは本來に於て機關主體の概念に非らずして、規範制定若くは規範執行の概念としての客觀的機關機能の概念のみなる事である。

機關作用を營む者即所謂機關の擔荷者は彼が法規律に依つて規定されたる事實を爲す範圍に於て耳機關擔荷者として考察せられる。法の本質概念、機關の本元的なる基礎概念を表示する

此最も廣い語義に於ては、法的に規定された事實をなすの行爲は機關作用であつて、機關とは或一個の事實を該事實の法組織中に於ける設定に基き凡ての事實を規定する規律の統一に對して歸屬する事を意味するに外ならない。

第 六 十 節

此最廣義の機關作用の概念中より先第一に法内容的なる狹義の概念が區別される。即強制行爲の設定及之れに至る過程的準備之である。夫は法の反動としての國家行爲である。既に第一節に於て示された如くに、分業の増加に伴つて此行爲は狹義に於ける國家の機關を成す法規律に依り一定の資格を賦與された人々に留保される。斯く資格を與へられた人々には更に尙他の作用も法的に結び付ける事が出来やう、即前に舉げた直接の國家行政之れである、法内容的意義に於ける國家機關に依つて行はれたる以上述ぶるが如き資格を有する事實の全部は法内容的意義に於ける國家の概念を成すものである。

此狹義の國家概念を擔荷する、法内容的意義に於ける國家機關の個人的資格に對する標識は次の如くである、第一に其の作用が定められたる義務に遵つて行はるゝ事である。而して此場合に於ける法義務——國家の作用として現はるゝものは斯の如き義務の内容である——の特質は其が懲戒の結果に依つて制裁される義務なる事に有する。第二は作用の職務的たる事であつて機關が懲戒法上責を負ふ作用は業務として行はれざる可らざ

るものである。職務が有償的な事は此事實と關聯する。支拂は國庫から爲される。若くは習慣的に言ふやうに國家が國庫として支拂ふ。換言すれば私經濟の組織に於て不可避なる、國家諸作用の費用が支辨されると同じ財産から支拂はれるのである。國家の法的規範に依つて其設備を定めらるゝ如斯中央資金の存在は、此法的意義に於ける國家機關組成の爲であり、從而又法的内容的意義に於ける國家概念に取つて最も重要な意義を有する。夫は茲に『國家設備』と謂へる背梁の言は、棟梁、基柱を成すものである。

法内容的意義に於ける國家機關、即國家の『官吏』は又更に特殊の法律上の位置に依つて他と區別される。此法律上の位置は近世の國家に於ては普通に民法上の規定に基く勞務契約に據る事なく、特殊の規定に基いて判斷せらるゝ任命行爲に其基礎を有するものであつて、而して此任命行爲に於て官吏は其勞務關係の存否の決定に參與するを得るが其方法の決定には參與し得ない。公法上の關係としての官吏の勞務關係の内容は法律及命令としての服務規律に依つて定めらる。官等及俸給上の等級に依る階級組織も亦同様である。職務違背に對する懲罰の場合を除いては官吏は一方的に解職さるる事を得ず、彼は恩給の要求權を有し、其未亡人及扶養者なき孤兒も亦同様である。

第六十一節

斯く個人的に資格を賦與された機關、即斯く資格を賦與され

た事實、或は其を規制する規律は茲に『國家設備』と謂はるゝ比較的確乎たる國家の骨格を形成する。而も是に依つて狹義の法内容的意義に於ける國家が一般國家規律より區別せらる可き確固明瞭なる限界の作られたるには非らず。蓋し第一に上述の法内容的國家機關の諸標識は全然洩れなく其總てを盡せるものに非ざる耳ならず、更に第二には全く官吏となし得べからざる者に依りて擔荷せらるゝ或種の機能も普通に狹義に於ける『國家』として指稱せらるゝ、混成的事實に數へ入れらるゝが故である。例者、高級の一般的規範の創定に従ふ選舉人、代議士、君主等の行爲の如きは全然例證せる標識を示さざるか、或は其若干を示すに過ぎない。

一般國家學の多くの問題に對して唯一に標準的である、廣義の、又形式的な國家の法本質的概念の——其輪廓を示す事は今日迄未だ嘗て理論上試みられなかつた——狹義の法内容的國家概念に對する關係は餘の細胞より毫も劃然と區別されず、其血漿の漸次中心に向つて核を成しつゝ凝固する一有機細胞に類似する。

第六十二節

法規律に依つて常に一定の機關作用が規定さるゝを要する耳ならず、又何人が此作用を遂行すべきものなるかも法規律に依つて規定さるゝを必要とす。る此規定は或多數の人々が此機關作用に對する前提を成す個人的條件を充たすやう一般的に定め

られ得る。此場合に於ては特定人を特定の職務に贏ち得るが爲には個別的なる選擇の行爲を必要とする。即機關の創設である。機關創設は任命選舉或は抽籤に依りて行はれる。然し乍ら又法律に於て既に機關擔荷者の個人的資格が只或唯一人耳が處要の資格を有し得るが如くに規定され得べきである。此場合創設行爲は無用なる如し。例者、崩御された君主の長男子が君主となるが如き場合である。而も此場合に於ても亦法的に機關擔荷者其者を構成する創設行爲を必要とする。即何人が斯の如き唯一の性質(崩御せる君主の長男子たる事)を有するかを法拘束的に確定するの行爲である。

傳統的學説は此場合被創設機關と言はず、直接法律に基く機關(直接機關)と言ふ。乍然實は此合場に於ても——限界的な場合ではあり——自己創設の行爲ではあるが、一の創設行爲が存在する。

第六十三節

機關作用の事實が唯一人の行爲に依つて行はるゝか、又は多數人の協力に依つて行はるゝかに随つて單一(單獨の)機關と合成機關とを區別する事が出来る。一の機關作用を諸部分的作用より組成する事は二様に起り得る。即全作用に協同する部分的機關が同一内容の行爲を遂行するか、或は又全作用が異なる内容の行爲から組成されるかである。第一の場合に於ては其同一方向を有する意志表示が機關の行爲を構成する部分的機關が

二つ耳であるか夫以上であるかに依つて更に區別する事が出来る。例者機關の行爲が二人の執政或は議會の兩院の協力に依つて遂行される場合の如き之である。若くは二つ以上の同一方向を有す部分的行爲に依る機關作用の組成に對する例としては各大臣の副署を伴ふ、君主に依る命令の發布である。一の特例を成するものは合成行爲を構成する同一方向を有する意志表示を行ふ多數の部分機關が議長、議事規則、多數決主義に據る議決等の特殊の方法に依りて組織せらるゝ謂所、合議機關の場合である。多數の、内容に於て異なつて部分的作用より成る機關作用の例は近世國家に於ける立法行爲であつて、立法作用は本質的に次の諸行爲より成る。(一)政府又は議會の議員、其他の機關に依る動議の提出、而して此行爲の内容は議會が法律案の審議に就かんと欲する事に在る。(二)議會即議會兩院の決議、而して此行爲の意義は一定の内容が法律と成る可き事に在る。(三)、君主に依る裁可も同様な意義を有する。(四)之れと異なるは憲法に基きて法律の成立せるものなる事を承認するの行爲たる布告である。(五)最後に其主觀的意義に於て同様に、議會に依る立法上の議決の夫れと全然異なる公布である。

立法機關は議會夫自身でもなければ、君主にも非ずして單に其全體として耳立法行爲を生せしむる個々の事實を成す機關の全部である。若し一の機關作用が斯の如き方法に依り多數の部分より組成さるゝ場合に於ては部分的行爲が合して、全部とな

るの過程を規定するの必要を生ずる。普通に此場合には『過程』又は『手續』と言ふ。狹義に於て『刑事訴訟』若くは『民事訴訟』と呼ぶ所のものも斯の如き過程の特別の場合に過ぎない。何となれば所謂司法作用なる機關作用も亦一の合成的機關行爲として現はれ、其全部に於て初めて獨立の作用を爲す部分的行爲の特定の結果として現はるゝからである。

是迄論述せる處に依れば、(一)獨立機關と非獨立機關との普通の區別は極めて比較的のものに過ぎない、(二)更に又畢竟總ての機關作用は何等かの方法に於て相關的なものであり、單に比較的に獨立なる機關行爲耳が存するに過ぎず、(四)獨立なるものは獨り總ての機關行爲の全體、法の全過程、若くは絶へず新に自ら構成する規律の過程としての國家の全體、全作用としての國家耳である。

第六十四節

規範的合則性は國家機關の作用に關する最高の原理として行はるゝを要す。普通に『行政の法治性』として公準するものは總ての國家活動を支配する茲に合法性と言ひ得可き規範的合則性の、原則に對する特殊の場合に過ぎない。此適法性の原則を如何に確保す可きやの問題は法技術上の問題である。而して此問題に關聯して考慮さる可きものは規範に反する行爲の無效若くは被破毀性、規範に反する行爲を遂行する機關の懲戒的責任、規範に反する行爲に依つて惹起した損害に對する機關の責任等

である。狹義に於ける機關なると將た『臣民』なるとを不問、執行の義務を有する者の側に於て執行せらるべき規範の適法性を審査するの問題も亦此關係に屬する。執行の義務を有する者、(或は又權利を有する者)は其自ら執行すべき規範を審査し、及其適法性を決定するの權能を有する事、即其可能性の實證法上の規定に依つて制限せられ又は剝奪せられざる限り其規範の違法なる場合に於ては之を執行せざるの權能を有する事は法論理上の理論として妥當さる可きものである。此權能の制限には種々の程度を有し得べし。乍然執行せらるゝ規範を審査する權能を完全に剝奪する事は實證法の爲し得る範圍に屬せず。何人かを以て命ぜられたる總ての事項を執行する義務を有すと爲す規定を法規範と認むる事は之れ法規律の意義を抹消するものである。此結果として執行するの義務ありと認めらるゝ事項は客觀的に規範として認められざる可らず。反規範的法行爲を、單に無効を宣告し得べきものとして尙認めんとする實證法上の傾向が如何に廣き範圍に進み得可しとするも、絶對的無効の限界的な場合は之を除去するを得ない。

第六十五節

國家機關と機關に依つて執行せらるゝ規範との關係に關する問題と異なるは國家機關相互間の關係に關する問題である。此場合に於ては從屬と同格の關係が考究の對象として存する。後者は單に消極的に從屬的關係の缺除に由つて確定し得る。最廣

義に於ける從屬は規範を制定する者、規範執行を負ふ者との間に存在する。唯茲に注意すべきは法學上考究さる可き關係は獨り執行者と執行さる可き規範との間に耳存するが規範の制定者との間には存せざる事である。人は規範に服従するものであつて、自身他の規範に服従する、規範の制定者に服従の義務を負ふものには非ず。故に國家組織に於て上位或は下位と稱するは此意義に於て耳正しい。或者が他者に依つて制定された規範を執行するを要する。總ての場合に於て必しも狹義の從屬を是認しない。一般的規範の場合には明かに規範設定者の人格は背後に隠れ、從て個別的規範、個別的命令の場合に耳規範制定機關と規範執行機關との間に從屬の本來の關係が存するものとせらる。從屬の關係は之を明確に任命機關と任命せられたる機關の間に存する關係より區別するを要す。同様に又從屬關係は違法なる行爲の責任を問ふの機關即懲戒權を有する機關に對する關係とも異なる。懲戒所管官廳と監督官廳とは一致し得るが、一致せざる可らざるものには非らず。

第六十六節

若し一機關が如何なる他の機關に對しても從屬の關係に立つ事なく、上述せる意義に於ける上級機關を有せざる場合、即該機關が其權限内に於て單に一般的規範耳を執行する義務を有し個別的規範を執行する責を責せざる場合に於ては該機關は一の『最高』機關である。國家は唯一の最高機關を有せざる可らずと

言ふは之れ一の自然法的一偏見である。多くの場合近代の諸國家は多數の『最高』機關を有する。所謂『國家元首』は通例他の機關と共に最高機關の一を成すものに過ぎない。國家元首は専ら其權限の内容に依つて耳特質付けられる。之れに典型的に屬するは外部に對する國家の代表、殊に條約の締結、宣戰官吏の任命、殊に國家元首の行爲に副署を必要とする限り、最高の行政機關とし、行政各部の長官として國家元首と同格の地位を有する大臣の任命、稱號の授與、榮譽の賦與、大赦及特赦の權利、軍隊の統帥等である。而し是等の作用の擔荷者が國家元首として認めらるゝが爲には總て是等の作用が一人に依りて總攬せらるゝ事を必要とするものに非ずして此中の或ものは之れを缺くも妨げない。

第六十七節

直接に國家を代表せず、一次的なる他の機關の代表者と看做さるゝ機關たる所謂二次的機關の假定は、二次的機關が又實證法上通例所謂一次的機關に屬する作用を例外的ならず爲すを要するか、又は一次的機關が二次的機關の活動を實證法上の基礎に據る事なくして定め得る場合に於ては、政治上の擬制である。

されば所謂代表說、即近代の議會は自身國家の一次的機關たる國民の二次的機關であり、議會に於ては單に國民の意志耳が發表さるゝものなりとするの主張は所謂代議制の國家の憲法に

於て事實上見るが如くに國民即ち選舉權者の作用が議會の創設に限られ、而して議會從て又其個々の構成員が、實證法上の規定に基き、其作用に於て國民即選舉者より獨立なる場合に於ては國民主權の假裝を支持するが爲めの一の政治的擬制に過ぎない。

裁判官——獨立な地位を有する——を以て憲法上自ら司法權を有せざる立憲君主の代表者なりとする説に就ても亦同様に言ひ得可きものであつて、之れ、よし實證法上『君主の名に於て』判決を與ふるを要するにせよ君主の尊嚴を昂めんとする一の政治的擬制である。

C. 創定方法(國家の形態)

第六十八節

通例民主國及君主國を以て異なる國家の形態なりとする其本來の語義に於ては、所謂國家の形態とは之を國家規律創定の特別の方法と解す可きである。種々なる國家形體の區別せらる可き決定的標準は規律に服従する者が規律の創定に對して占むる關係であつて、即ち規範に服従する者が規範創定に参加するや否や、もし参加するとせば如何なる範圍に於て参加するかの關係に依つてゐる。故に自己決定の思想、即政治上の意義に於ける自由及其反對相は依つて國家諸形體の——辨證論的に——生ずる基礎である。總ての國家の否定としての自由の理念は言は

い社會的論究の對位を成すものである。自由の理念に合致する國家の形體は、規範に服従する者自らに依つて規律を組成する規範の創定せらるゝ民主國體であつて、以て規律の創定が規律に責務的に服従する事なき個人、從つて總ての他者に支配者として對立する獨裁者の手中に歸するの結果規範に服従する被治者は規律の創定より全然除外せらるゝ獨裁的組織に對立する。

若し總ての社會的共同體を規範的規律に依つて構成せらるゝものなりとなすに於ては、規範服従者の規範創定に對する關係、專制國體と民主國體との區別は一般に總ての社會形體の分別に對する決定的な見地であつて、單に狹義に於ける國家形體の區別に對して耳に止まらない。然し更に深遠なる考究は總ての法律形式に於ける區別の決定標準、即ち法を構成する總ての事實の本質的分類の由つて生ずる立脚點は此點に見出されたるものなる事を示し得る。(卅六節參照)

第六十九節

專制國體及民主國體は實證法の實在中には決して完全に實現し得可らざる理想的典型である。如何なる一個人の精神力又は體力と雖も一國家規律の總ての規範を其總ての階梯に於て創定する事は其及び能はざる處である。況や國家規律の空間的效力範圍の増加するに於てをや。從而獨裁者に取つて監國、全權、副王、副執政等に授權し、顧問、通報者、及之に類似の者等を任命する必要を生ず可く、之に依つて國家の形體は既に純

正なる專制國體の理念より遠ざかれるものである。然し乍ら民主國體の原則も亦完全に實現するを得ない。國家規律に服従する者の全部が此民主的機能に對する精神的、若くは肉體的の能力を有するものには非ず、即幼兒、精神病者、及——最少限度の道德的資格を民主的要求に調和するものとなす以上——犯罪者等此例である。而も民主國體の實現を更に一層理論的に其理念より遠ざくる一要素あり。蓋し民主主義の理念に依れば國家規律の各規範は全部としての國家規律の場合に於けると同様總ての人の一致せる決議に依つて耳成立するものである、されば自然法學説は之を一貫して國家を契約に依つて發生せしめた。嚴格に言へば全體としての國家規律の效力も亦各個の規範の效力と同様各規範服従者の永續的の同意に依囑せしめらるゝを要し、而して服従者は——若し自己決定の理想にして實現せらる可きものなりとせば——何時にても初めに與へられたる同意を撤回するに依つて自ら各個々の規範竝に法的社會其者より離脱するの權能を有するものなるを必要とする。乍然之れ國家竝に各團體的形式自體の全解體を意味するものである。故に人は一度表示した意思に束縛せらるゝとする思想の在る所以であつて、而して之れ彼の『契約は拘束す』なる規範の基礎を成すものである。故に又——此の傾向を更に進めたる——多數決の原則あり、何等かの源泉より出で、何等かの方法に於て存する國家規律の内部に於て新規範の制定従つて又舊規範の變更は總ての規

規範服従者の一致の決議に依らず少くも半数以上の一致の決議に依りて行はるゝ事即ち之れである。若し國家規律の存續從て其變更にして規範服従者の一致の決議を要するものとすれば譬へ他の總ての者が既存の内容を有する規律を否認するとなると苟も一人と雖之に同意するを拒否するものあらば此變更を阻み得可きである。されば此場合該規律は多数の規範服従者の意志に調和するよりも寧ろ矛盾するものである。殊に若し社會規律の存續從て又變更に關する限り、而して又若し個人が一方的に社會規律の效力を抹消する可能性を塞ぐ可きものとせば、多数決の原則は、客觀的規律、即所謂社會の『意志』と個人即社會を形成する個人の意志との一致の狀態に對する最も可能なる接近即ち自己決定、自由の理念に對する最も可能なる接近を意味するものに外ならぬ。

第 七 十 節

専制及民主制は二つの、相互に極地的に對立する理想的典型を意味するに過ぎざるが故に實證法上の總ての歴史的國家は或は一の典型に一層接近し、或は他の夫れに更に接近する中間的形態を現はすものである。各具體的の國家規律は一の典型の要素と等しく他典型の要素をも示すのであつて、從つて之を専制國體とも又民主國體とも言ひ得べきものに非らずして個々の場合に於て單に專制的及び民主的な規範創定の原則の現はるゝ混合的關係として特質付け得るに過ぎない、而して其特に

然る所以のものは國家規律は其創定の見地よりすれば前に述べたるが如き一の階程的構造であり、而して國家規律の各階程は必しも同一の方法に依つて構成さるゝを要せざるに由るものである。各階程其自身の内部に於て二つの創定方法の併用せられ得可きの事實を全然離れて觀察するも民主的立法は專制的執行と結合し得る。

斯の如き見解よりすれば國家の形態を通例君主制と共和制とに分類するの如何に無意義なるが解せられる。君主國及び共和國の名稱の下に包括せらるゝ實在形態の分析が初めて種々なる國家型式の建成に於ける專制的及民主的原則間の本質的關係を示し得る。

第七十一節

無制限制、又は『絶對』君主國は今日最早理論上何等の興味をも與へない、特に此種の國家形態が神政家長政治、又は家產國家として現はれる場合に於て亦た然り。加之ふるに此等後の場合に於て問題の對象たるものは本來種々なる實在國家典型に非ずして種々なる國家學說である。國家の實證法上の事實の由來する學說には非ずして單に此事實の特徴の説明を試み國家の釋明を試み、其規律の拘束力を神、財産父等の如き絶對的なる價值原理に歸せしめんとする學說に過ぎない。

更に今日封建國家或は等族制君主國の如き制限君主國の古き型式も問題たらず。國家學上固有の意義を有するものは唯立憲

君主國である。此點は其組織が近世の民主的共和國——貴族的共和國は今日では最早問題の對象たらず——の建設に對して模範となれるものなる事、就中民主的共和諸國にも立法と執行の區域に於て比較的緊要な權能を賦與された『國家元首』を認むるの必要なりとせられる事實に顧みて特に然り。立憲君主國に於ては專制的要素を成す君主の諸作用の擔荷者は其地位の世襲なる事に於て特質付けられる。此世襲は決して專政國體の理念の完全な表示では無い、專政國體の理念に一層適切に合致するものは王位繼承者の決定が現に統御の任に在る專政君主に依つて行はるゝの點に在る。此點に於て選舉制の君主國體の型式は專政的思想より最も遠ざかれるものと言ふ可く、又限られたる任期の下に選舉された元首を有する民主的共和國の型式に最も近きものである。

第七十二節

立憲君主制に於ては君主の作用は原則として一の非獨立的な部分的作用に過ぎない。彼は或作用例へば司法權の如く全く憲法に依り其權限より除外せられざる限り他の機關と共に耳效力ある行爲を爲し得るに過ぎぬ。立憲君主國の憲法上、法律即一般的規範は唯君主に依りて裁可せられたる議會の議決によりて耳發生し得るものなるが故に此意義に於て立法の區域に關し君主の法律上の力を制限するものは議會である。斯くの如く實證法的規定の下に於ては君主及議會は全然同格の要素として見ら

れざる可らず。而して之れ立憲君主國に於て一般に見るが如くに君主が國會を召集し、停會し、解散する權能を有るに由り其範圍内に於て議會の活動に影響を及ぼし得可き場合に於ても同一である。何等かの君主の卓越せる地位を主張する理論に依つて以上の事實を曖昧ならしめんとする立憲君主國に於ける御用學說の總ての試みは之れ實證法の政治的偽造として擯斥されざる可からざるものである。而して此政治的偽造が憲法夫自身に依つて規定せられた法律發布の形式に其沈成態を有するとするも亦同様である。法律を以て、君主に依り議會の協議の下に制定せられ君主の命令として公布せらるるものとなすは之れ正しく實證法に依りて命ぜられたる法文の主張であるが、乍然之れ君主と議會の關係に關する理論上の判斷を羈束するに足らぬ。

君主が裁可權を有せず、單に議會の法律案議決に對する絶對的若くは又單に阻止的な異議の申立の可能なるを意味する拒否權を有する場合に於ては、彼は立法の區域に於て單に未必の權能を有するに過ぎない。議會の法律議決に對する中止的な異議の申立は元首の異議申立が單に法律が憲法上適法に成立せるものなる事の公證にのみ限定せられざる場合に於ては民主的共和國の國家元首も之を有するを通例とす。

第七十三節

立憲君主を以て執行の首長なりとする普通の觀念も亦憲法の實證法的規定に抗して立憲主義の國法學說に依り政治上の動機

から流布された主張に基くのである。先づ裁判權を成す執行の一部は憲法上保證された裁判官の獨立に依つて君主の權限より除外せられ、而して裁判官の任命、既決刑罰の免除及び訴追權の放棄の權は君主に屬するも然も總ての行政上の行爲と同様唯責任大臣と共同に、君主に屬する。蓋し君主の各行爲（並びに法律裁可及議會の活動の開始及閉止に關する作用）は立憲的憲法の規定上國務大臣特に當該事項所管の國務大臣の副署を必要とするからである。是れ憲法の規定に隨へば條約の締結、官吏の任命或種の命令の發布及其他の作用の如き君主に委ねられたる行爲は本來君主に依つてには非ずして君主も大臣も共に其部分的機關に過ぎざる一の合成機關に依つて行はるゝものなる事を意味するものである。故に君主及大臣は相互に同格であつて、通常主張さるゝ如く君主は大臣の上位に在るに非らず。大臣の任命が唯大臣の副署の下にのみ行はれ得べき事實を外にして言ふも君主が大臣を任命するの事實は兩者の上下關係とは無關係である。事態如斯なるにも不拘、民主共和諸國の憲法は恰も國家元首耳が、否恰も『國家元首』なる個人其ものが或る行爲を爲すものゝ如く思はしむるが如き言表はし方を用ひ、單に大統領耳を以てしてに非ずして唯大統領と國務大臣とが協同にのみ有効に爲し得可きものなるにも不拘之等憲法は大統領は條約を締結すと言ひ、大統領は官吏を任命す等々と言つてゐる。君主の行爲が國務大臣の副署を要する事は通例君主の無責任性、

即君主に對しては如何なる強制行爲も又如斯強制行爲を目的とする訴訟をも課するを得ずとする憲法上の規定に基くものとせらる。(但し民事上の訴訟は例外であるが此場合に於ても多くは特別の裁判所によりて行はる。)此君主の無責任に對して、國務大臣の責任は、國務大臣が其の自ら副署したる有責違法なる行爲に基き、議會の彈劾を受け、又場合に依つては議會又は特別の裁判所に依つて處罰され得可き事あるの限度に於て昂めらる。此故に副署は特に副署されたる行爲が議會の統制の下に置かるゝ事を意味する。君主の『無責任』と常に結び付けらるゝ所謂『不可侵性』は君主の生命健康及名譽の侵害に對して高き刑罰に依りて確保されたる法律上の保護を意味する。民主的共和國の元首は普通——狹き範圍内に於て責任を負はしめるゝにも不拘尙其行爲は君主の例に模ひてなるにせよ——大臣の副署と結付けらるゝを常とす。此立憲君主國々法の模倣は副署なる制度の意義の轉化を招き、民主的共和國に於て副署の制度は二重の責任を生ぜしめて居る。

第七十四節

立憲君主制の特質たる君主と諸大臣、即行政各部の長官より成る內閣との併立は民主的共和國も亦之を其常態的構成中に採用せる處である。然し乍ら尙茲に此二元的組織を打破しようとする二個の様式がある。其一は所謂大統領制の共和國であつて此種の國家に於ては——事情の許す限り——直接に國民に依

つて選舉せらるゝ大統領は廣大なる權力を認められ、從つて内閣の重要さは減ぜられ、而も或場合には國家元首は同時に政府の首長であり、之に對して内閣員は單に對議會的に責任を有する事なく、國家元首及び政府の首長に依つて任命された長官として國家元首に隸屬するが如き迄に至る事がある。而して權力分立論——勿論何等か思辯的に思惟された形式に於ける——は此傾向を助長した。他方に於ては固有の元首を缺き、而して議會に依つて選舉された——議會に對して責任を負ふも而も其活動に何等の影響をも及ばすの權無き——各省を基礎とし若くは合議的に組織さ政府を有する、極端なる議會政治の型式あり。尙是等兩型體の間に種々の中間的型式の存するは勿論である。

第七十五節

立憲君主制に於ても、亦民主的共和制に於ても民主的要素を成すものは國民、即ち選舉權者に依つて選ばれたる議會である。而して茲に之れに關聯せしめらるべきものは所謂代議制共和國の間接民主制のみである。蓋し純正な直接民主制、即ち國家意志、或は單に其一般規律耳にせよ國會に集まれる投票權を有する公民の決議に依つて形成される國家は今日では最早觀察の主要なる對象に非ざるからである。立憲君主制の下に於ては普通議會は全國民に依りて選出せられ、而して其代表者たる一院、及び一部は世襲の議員より、一部は君主に依りて勅選せられたる議員より成り、而して特權的な集團の利害を代表す

るの任に當る他の一院の二院より構成せらる。民主的共和國に於ても亦往々立憲君主制に於ける二院制度——之れ民主的原則を薄弱ならしむるものであるが——を模倣すべきものと信ぜられて居るが、然し乍ら此場合上院を設くる事は若し其趣旨にして下院の無用なる反復たる可きものにあらずとせば排除し難き困難を作るものである。中央集權的單體國家に於ける二院制度と混同す可らざるものは聯邦國家に於る下院と上院との併立であつて、聯邦國家に於ける上院の意義は上院の體現する地方分權の原則に存する。

第七十六節

議會が民主的理想に利する程度は議員選任の基礎たる選舉制度に依つて分れる。此點に於て特に關聯するものは議會の依つて以つて組織せらるゝ創設行爲に出來得可きだけ多數の規範服従者をして參與せしめんとするの原則である。次に來る可きものは選舉權の平等即ち各選舉權者の選舉の結果に對して有する勢力は同等なるを要する事である。最後に問題たるべきものは個々の議員の當選判定の基礎たる原則、即ち有效なる投票の過半數を得たる者耳を當選者と認むる多數投票の制度か、又は各政治集團が其數字上の勢力に比例して、其に相當する數の議員を選出し得る彼の比例投票の原則である。比例選舉制度は多數選舉制よりも更に一層自己決定の理念としての民主主義の理念に合致する。如何となれば前者に依れば原則として各人は自身

の被選舉人即ち自らの投票したる代議士に依りて代表されるが後者に依れば多數者耳は被選舉人に依つて其政見を代表せらるゝも投票に破れたる小數者は代表せられざるからである。此故に或意味に於て比例は自由の個有の原理として妥當さる可き一致の原理に基くものである。されば比例主義が議會に於ける表決に關して多數決主義に譲らざる可らざるものとせば、之れ——假令己むを得ざるに出でたるものなるにせよ——既に述べたるが如く自由の理念よりの離反である。但し比例の理念も亦た唯近接的程度に於て實現せらるゝに過ぎざるを注意す可きである。蓋し之れ選出す可き者の定數を各政黨に割宛つるは唯其全數に依つて爲すを得べしと雖數學的に精密なる比例の算出は普通端數を生ずるに依つて既に知り得可きである。一政黨に對して $10\frac{7}{8}$ と言ふが如き選出議員數を分配する事は不可能なるが故に種々な方法に依つて計算せらるゝ比例方法の結果も比例の理念に對して可及的に近きものたるに過ぎない。更に又一政黨が少くとも一人を選出し得可きが爲には投票勢力の最小限を必要とする。今若し假りに最小黨と雖尙一人を選出するを認めらるゝものとせば數學上極限的な場合、即ち政黨が單に一選舉人より成る場合に於ては被選舉人の數は選舉人と同じでなければならぬ。然し乍ら之れ代議制主義の廢止を意味し所謂直接民主制を意味するものである。

第七十七節

直接民主制に向ふ斯の如き傾向が比例選舉制度に内在する事は嘗つて行はれた自由の理念よりする此制度の辨護の確證する處である。何となれば直接民主制は——社會技術上の分業の原則に合致する——間接民主制又は議會民主制に比して勿論遙かに高程度の民主制を意味するが故である。故に世人が議會本位制の國家形態、所謂代議制の國家を最早民主制、即ち自由の國家形態たらしむるを欲せざるは正に理解し得べき事實である。此故に近時民主主義の見地より今日既に避く能はざるものと成れる代議制國家の形態に結合するに直接民主制に近き或種の制度を以てせんと試み、所謂『國民』と稱せられ民主主義の思想系統を擔荷する國民主權の擬制上國權の本來の把持者たる彼政治上有權者たる大衆、所謂『國民』を單に議會創設の行爲に限定する事なく、之に立法其ものに對する參與をも與へんとする事も亦理解し得られる。近代の憲法上益々多く利用せらるゝ人民發議及び人民投票の制度は此目的に資するものである。前者に依れば少數の公民は法律を發案する權利を有し、議會は此案に就いて討議し議決するを要し、而して後者の制度に依れば一定條件の下に於て議會の議決は國民の投票に附せらるゝを要するものである。

第七十八節

種々多様な形態に於て現代の政治的形式とし、近代の文化國家の形式として妥當し得可き議會政治制の民主國體に對して

近時反對の聲が益々昂まるに至つた。議會政治制の民主制は專制君主國に在つて之が爲闘はざる可らざりし時代に於て値する如かりし大なる期待を明かに果して居ない。故に世人は執政官の形式に於て專政制の理念を再び之に對立せしめ、或は專政制と民主制との區別の外に存する第三の政治的形式を索める。而して世人は斯くの如き形式を職業上の等族的組織に於て見出せるものと信ずる。之れ誤りである。何となれば斯くの如き組織に於ても亦現るゝ利害關係の對立は職業上の等族的組織より引出さるべき原則によつて裁定さるるに非ずして——窮局に於て——唯專制的に又は民主的にのみ裁定さるるに過ぎないからである。既に古代の國家學によつて認識された此專制及び民主の對立は政治上に於ては生活も亦理論も之れを免るるを得ない。何となれば此對立は其最も深き基礎に於て人類の認識及び從つて人類の要求の免れ能はざる永久の對立、即ち形而上的絶對的世界觀及び價值觀と實證的(經驗的)相對的世界觀及び價值觀との對立と組成するものなるからだ。