

自然法卜立憲制

教 授

副 島 義 一

1922

自然法ト立憲制

副島義一



立憲制ハ政治上ノ實際要求ニ由リ生ジタルモ、亦他ノ一方ニハ當時ノ思想及學說ニ其ノ基礎ヲ置クモノナリ。殊ニ近古ヨリ中古及古代ニ遡リ。其傳統ヲ有スル自然法及人民主權ノ思想ト學說トハ現時ノ立憲制ノ實質上ノ基礎トナルモノナリ。蓋シ立憲制ノ基礎ハ統治者ニ對スル法ノ拘束力ト其ノ保障トニ據ルモノニシテ、此ノ兩者ハ自然法ト人民主權ノ思想ニ依テ築造セラレタルヲ以テナリ。今茲ニ其傳統ト經緯ト序ヲセントス。是レ即チ立憲制ノ根柢ヲ深ク探求スル所以ナリ。

第一 古代及中古ニ於ケル制法及自然法ノ拘束力

古代ノ希臘・羅馬及日耳曼ニ於テハ、法ハ「正義」ナル客觀的ノ原則ニシテ、統治者モ人民ト同ジク之ニ拘束セラルベキモノナリトセリ。中古ニ於テモ一方ニハ、國家ハ法ニ拘束セラル、モノニシテ、國家ノ責務ハ法ノ理想ヲ實行スルニ在リト説明セルモノアリタリ。然ルニ他ノ一方ニハ寺院法學者ノ說ニ基キ、國家ノ目的ハ唯法ノ實行ノミニ限局セラルモノニアラズ、人民一般

ノ幸福ヲ増進スルコトヲ其目的トス、從テ國家ハ、法ニ拘束セラルルモノニアラズ、寧ロ法ニ對シテハ自由的支配的ノ地位ニ立ツモノナリトノ説が行ハレタリ。

斯ク中古ニ於テ、國家ト法ノ優劣ニ付異見ノ生ズルニ從ヒ、制法ト自然法トヲ區別スルニ至レリ。其ノ制法ト云フハ立法者が任意ニ制定シタル法ノ義ナリ此ノ制法ハ國家ノ下ニ屬ス。國家ノ立法者ハ法ノ上ニ立チ、法ニ拘束セラルルモノニアラズトナシ、殊ニ君主主權派ノ學者ハ制法ハ統治者ノ明示又ハ默示ノ意思宣言ナリ、統治者ハ自己若クハ先代ノ發シタル法律ニ拘束セラル、コトナシ、統治者自ラハ (lex animata) 「生キタル法ナリ」トノ元則ヲ承認スルニ至レリ。(Lucca 及 Cus)

此ノ説ニ對シ人民主權派ハ反對シ、如何ナル國體ニ於テモ、法律ノ拘束力ハ團結セル總體ノ意思ニ由テ生ズルモノナルユエ、統治者ハ法律ニ拘束セラル、トナセリ。(此ノ統治者ハ人民總體ノ意思ニ基ク法律ニ拘束セラル、トノ説ハ、後世ノ立法權ト執行權トノ區別ヲ立ツル學說ノ起因ヲナシ、憲法國ノ發達ニ大ナル媒介ヲ與ヘタルナリ)。

此ノ如ク制法ニ付テハ意見分レタルモ、自然法ニ付テハ中古ノ意見ハ略一致セリ。即チ自然法ハ國家ノ前ニ在リ上ニ在ル眞正ノ完全ナル拘束的ノ法規ナリ。統治者モ人民モ總テ之ニ拘束セラル。立法者モ亦自然法ニ遵ハザルベカラズト爲セリ。元ヨリ。自然法ノ範圍ト内容トニ付テハ種々ノ意見アリタルモ、制

法ヲ以テモ侵入シ得ザル限界ヲ有スルコトハ皆一致スル所ナリ。且ツ神法萬民法等モ亦自然法ノ一部トセリ。

第二 近世ニ於ケル主權全能說

中古ヨリ近世ニ變轉ノ時季タル十六七世紀ニ於テハ、封建制度ハ漸ク壞崩セラレ中央集權的ノ統一國興ルニ從ヒ、絶對主義ガ大ニ唱ヘラレ、制法ニ付テハ中古ニ於ケル一派ノ說ニ同ジク、凡ベテ法ハ權力ニ依リテ生ジ之ニ服從スルモノナリ、立法ハ全ク國權ノ自由ナル創造的ノ作用ニシテ制法ハ即チ統治者ガ自由ニ作製シタル法律ナリト説明セラレタリ。

伊太利ノ「マキアヴェリー」ハ、統治者ノ最高ノ標準トスル所ハ國家ノ利益ニ外ナラス、苟クモ國家ノ利益ノ爲ニハ如何ナル犠牲モ拂ハザルベカラズ、法律ニ背反シ又之ヲ破壞スルモ厭フコトナカベシト説キ。又佛蘭西ノ「ボーダン」(Bodin)モ、主權ハ絶對的ノモノナルユエ法律ニ拘束セラル、コトナシ、法律ハ主權者ニ對シテハシ決テ法律タル效力ヲ有スルコトナク、唯主權者ハ任意ニ之ヲ守ルコトアルノミト論ゼリ。但此ノ兩學者ハ共ニ神法、萬民法及自然法ニハ主權者モ亦之ニ從ハサルベカラズト云ヘリ。然ルニ英國ノ「ホブズ」(Hobbes)ハ絶對主義ヲ貫キ立説シテ云ク、國家以前ノ自然状態ニ於テ自然法ナル法規ノ存在スル理由アルコトナシ、凡ヘテ法ハ國家ノ命令ト強制ニ依リ初メテ成立スルモノナリ、而シテ何人モ自己ノ發シタル法ニ服從ス

ルモノアルベカラズ、主權者ハ法又ハ不法ノ意義ノ上ニ立チ最高ノ決定ヲ爲スモノニシテ決シテ法ニ拘束セラル、モノニアラズ、國家又ハ主權者ハ法ノ前ニ在リ上ニ在ルモノナリ、主權者ハ苟クモ公益ノ爲メナラバ凡テノ法ヲ破壊シ得ベシ、主權者ニ對シ自然法ノ拘束ナルモノアルコトナク、憲法モ主權者意思ヲ拘束スルモノニアラスト。此ノ〔ホツブス〕ノ説ニ由リ自然法ハ大ナル打撃ヲ受ケタリ。(但〔ホツブス〕モ統治者ハ國家ノ制法又ハ少クモ其自ラ宣誓シテ發シタル根本法ニハ道義上ハ之ニ拘束セラルベキモノトセリ)。

此ノ如ク主權ハ絶對的ノモノナリ、統治者即チ主權者ハ公益ノ爲ニハ法ヲ守ラザルヲ得ルトシ、而シテ何ガ公益ナリヤノ測定ハ主權者ノ決定ニ依ルトスルトキハ、法ヲ守ルト否トハ全ク統治者ノ自由ニ委セラレ、統治者ハ法ニ對シ全然無拘束トナルナリ。

人民主權論者モ亦國家絶對主義ノ方向ニ歸着スルモノアリ。〔モナルコマツヘン〕ノ學徒(Monarchomachen)ノ如キハ人民モ統治者モ共ニ憲法ニ拘束セラルベシト説ケルニ反シ、元來ノ人民主權者ハ、最高ノ人民意思ハ凡ベテ制法ノ上ニ立チ、又憲法ノ上ニ在リ。但其他ノ各機關ト各個人ハ法律ニ拘束セラルトセリ。〔ルツソー〕ノ決論モ亦人民總意思ノ無拘束ヲ認メリ。是レ皆國家絶對主義ナリト謂フベシ。

殊ニ主權者ハ形式上全權能ヲ有スルモノナリトノ説盛ナルニ

從ヒ自然法モ主權者ニ對シテハ結局ハ唯規範ノ效力ヲ有スルノ
ミ強制ノ權力ヲ有スルモノニアラズトノ觀念モ亦生ジ來レリ。

(〔スピノザ〕(Spinoza) 及〔ルツソー〕(Rousseau) 等モ、主權者ハ
自然法上ノ制限ヲ受クト云ヘルコトアルモ、其實ハ法的制限ヲ
意味セルニアラズ。唯國權組織ニ必要ナル方法ト利益ノ爲ニハ、
外部ノ勢力及要求ニ從ハザルベカラザルヲ以テ、之ヲ自然的
ノ限界ト爲セルノミニシテ、法ノ制限ト爲スニアラザルナリ、
唯理智的利益的ノ必要ニ出ヅル制限ナルノミナリ。)

此ノ如ク主權者ニ對スル法ノ制限ヲ否認スル思想ノ上ニ於テ
ハ、法治國即チ憲法國ハ生ジ得ザルナリ。殊ニ當時〔公益ハ最高
ノ法ナリ〕(Salus publica suprema lex est)ノ元則ガ高唱セラレ、
便宜說〔功利說〕ノ思想ガ行ハレ、〔正義〕ノ思想ハ驅逐セラレタ
ルヲ以テ、憲法國ノ理想實現ハ前途遼遠ニ觀エタリ。

第三 近世ニ於ケル尙法主義及自然 法ノ發展

然ルニ他ノ一方ニハ 中古以來尙法主義ハ堅ク維持セラント
リ。此ノ主義者ハ立法ヲ以テ立法者ノ自由ナル作用トセズ、立
法ハ自然法ノ發展ナリ、自然法ヲ場所の時代的ニ適應セシム
ルモノナリ、立法ハ唯意思ノ宣言ニアラズ、理性的ノ意見、正
義ノ思想ガ形式的ニ宣告セラレタルモノナリ、神意又ハ客觀的
ノ理性ハ立法者ノ意思ノ上ニ立ツモノナリトセリ。(此ノ説明ニ

基キ十八世紀ノ理性法ノ學說ガ生ズ) 且ツ中古ニ於テ一般ニ是認セラレタル羅馬ノ「統治者ハ法ニ拘束セラレズ」トノ元則ニ對シ佛獨ノ法學者ハ「統治者モ法ニ拘束セラル」ノ元則ヲ立テシト務メタリ。

〔クヤシユース〕及〔ブルックマン〕(Cujacius 及 Pruckmann)等ハ統治者ハ一ニノ尊嚴保持ノ權ノ特權(Sollenitaten)ヲ有スル外ハ制法、自然法、神法ニ拘束セラルト云ヘリ。然ルニ主權意義ノ生ズルニ從ヒ、統治者ノ法拘束ト被統治者ノ法拘束トヲ區別シ、此ノ兩者ノ拘束ノ狀態ハ同一ニアラズ、統治者ニ對シテハ外部ノ強制ヲ以テ法ノ履行ヲ要求スルヲ得ズトノ說ヲ生ゼリ。然レドモ統治者ガ法ニ拘束セラル、コトハ猶承認セラレタリ。是レ憲法國ノ創立ニハ尤モ必要ナル説明ナリ。君主主權論者モ亦統治者拘束ヲ認ムル者アリ。是レ主トシテ〔トーマス・ホン・アクイノー〕ノ說ニ基クナリ。其ノ說ニ云ク統治者ハ一般ニ法律ニ拘束セラルベシ少クモ法律ノ直接ノ效力ノ及ブ丈ケハ之ニ拘束セラル。故ニ統治者ノ不法ノ行爲ハ其ノ直接ノ效果トシテ無効ト爲ルベシ殊ニ適法ノ手續ヲ具セザル行爲ハ法律ノ效力ヲ生ゼザルナリト。〔ズアレ、ツ〕(Suarez)亦云ク立法者ハ其ノ發シタル法律ニ拘束セラル、何トナレバ法律ハ自然ノ理性ノ發露ナレバナリ。但シ立法者ハ唯法ノ直接ノ效力丈ケ拘束セラル、ノミト。殊ニ一ニノ人民主權論者ハ主權ヲ有スル人民ニモ「法無拘束」ノ特權ヲ認メザル者アリ。〔モナルコマツヘン〕ノ學徒ハ主權者タ

ル人民總體ハ制法ニモ猶拘束セラルト論ゼリ、(縱令人民總體ハ總體トシテハ 強制ト罰ヲ受ケシムルニ適セザルモ)。[アルツジユウス] (Althusius) モ主權ノ意義中ヨリ、法無拘束ノ特權ヲ除去セントセリ。

[モナルコマツヘン]ノ學派ニ次ギ二重主權論者ヲ生ジ主權掌握者 (majestas personalis) ト主權本體 (majestas realis) トヲ區別シ、主權掌握者ハ制法タル法律ニモ拘束セラルト論ジ、殊ニ根本法ニハ主權掌握者ハ強制的ニ拘束セララ、ト云フ論者モアリ。之ニ反シ主權本體ハ凡ベテ制法ノ上ニ在リ、憲法ニモ拘束セララル、モノニアラズト論セリ。(茲ニ所謂主權本體ハ人民總體ナリ、此等ノ論者ハ人民總體ハ法ニ拘束セラレズト云フニ到着セリ、是レ[ルツソー]ノ論決ト同一ナリ)

此ノ如ク尙法主義ハ常ニ維持セラレタルト同時ニ十六世以後ニ於テハ自然法ハ益、尊重セラレタリ。其ノ一般ノ説明ニ依レバ自然法ハ國家及國權ノ淵源タリ、國家ハ自然法ニ基キ成立ス、自然法ハ神ニ對シテモ國權ニ對シテモ不可變更的ニ效力ヲ有スルモノナリ。故ニ自然法ハ國家ノ目的ト爲リ又其ノ制限ト爲ル、彼ノ[最高者ハ法ニ拘束セラレス]トノ元則ハ唯制法ニ付テノミ適スルモノナリト云ヘリ。[プーヘンドルフ] (Pufendorf) モ[ホ、プス]及[スピノサ]等ノ說ニ反シ、自然法ノ效力ヲ更ニ重視シテ、自然法ハ國家ニ於テ存在シ又實行セララル、主權者ニ對シテモ拘束力ヲ有ス、制法ノ重ナル主義ハ自然法ヨリ來ルト論ゼリ。但シブ氏ハ、自然法ハ不完全ナル法ナリ、國家ニ於テ之ヲ施行

スルニハ主權者ノ裁可ニ依ラザルベカラズ、主權者ハ自然法上ノ法規ヲ遵守スベキ不完全ノ義務ヲ負フノミト附說セリ。〔トマシユース〕(Thomasius)亦同說ナリ。〔メウユース〕(Meivius)モ亦云ク自然法ハ國家以前ニ存ス、國家モ神モ之ヲ變更スルヲ得ズ、故ニ立法者ハ之ニ拘束セラレト。然レトモ氏ハ又、人民ハ自然法ニ基キ國權ニ對シ不服ヲ唱フルヲ得ズ、何トナレバ人類モ自然法モ皆統治者ニ服從シテ在レバナリト云ヘリ。是レ稍矛盾ノ說ナリト謂フベシ。然ルニ〔ライブニッツ〕(Leibniz)及其他ノ學者ハ〔ペーヘンドルフ〕ト異ナリ、自然法ノ效力ヲ極論シテ云ク、自然法ハ正義ノ法ナリ、理性法ナリ。自然法ハ自然狀態ニ於テ存在シ亦國家ニ於テモ存在シ、獨立ノ效力ヲ有ス、必ズシモ統治者ノ意思ニ依リ紹介セラレテ始メテ其ノ效力ヲ有スルモノニアラズト。

十八世紀ノ上半ニ於テハ、自然法學愈盛ニナリ、抽象的ノ理性法ヲ以テ人類ノ全生活關係ニ包括スル法系統ヲ構成セント、試ミル學者輩出セリ。殊ニ當時ノ自然法學者ハ、國家ノ主タル目的ハ法理想ノ實行ニ在リトセリ是レ功利主義文化主義ニ反對セルモノニシテ、前ニ在テハ〔ロツク〕、後ニ在テハ〔カント〕ノ主トシテ唱ヘタル所ナリ。

〔カント〕云ク、抑モ理性法ハ先天的ニ存在シ、其實質ハ不可變更的ノモノナリ。此ノ理性法ニ依リ國權ハ拘束セラレ、限界セラレ。又此ノ理性法ニ依リ唯一ノ適法ノ國體ヲ構成スルヲ得

ベシ。法ハ元來國家ヨリ以前ニ存在シ國家ニ依リ作製セラレタルモノニアラズト。且ツ「カント」ハ痛ク、功利主義ヲ駁撃シテ云ク功利主義ハ專制政治トナリ、爭亂ヲ惹起ス原因トナルモノナリ。國家ハ唯法理想實行ヲ以テ其ノ唯一ノ目的トナスベシ。理性ヲ無上命令ニ依リ拘束的ニ實行スルコトガ國家ノ目的ナリ。國法ハ先天的ニ主義ヲ以テ立テ、利不利ニ關セズ、其ノ拘束力ヲ有ス。凡ソ人世ニハ正義ガ行ハレ、功利ハ排斥セラレザルベカラズ。功利ハ總ヘテノ物ヲ破壞センムルモノナリ。若シ此世ニ正義ガ消滅セバ人類地上ノ生活ハ何等ノ價値ナキニ至ランノミト。此ノ如ク「カント」ハ、理性法ニ依リ國家ヲ支配スルノ主義ト、國家ノ目的ヲ法理想實行ニ限界スルノ主義トヲ極論シテ、自然法ノ理想ノ極點ニ達セリ。且ツ「カント」ハ中古以來ノ制法及自然法ノ分類ヲ排斥シ唯一個ノ「法」ヲ認メ而シテ此ノ「法」ハ全ク先天的ニ被與ノモノトシテ國家ニ對シテモ不可變更ノ效力ヲ有スル理性法ナリトセリ。此ノ説明ニ依リ制法及自然法區別說ハ全ク消滅シタリ。

此ノ如ク法ヲ全能トシ、自然法ハ國家ノ前ニアリ上ニアリ、國家ハ法理想ノ唯一ノ主タル目的トスルモノナリトシ、人民ノ幸福及功利ヲ増進スル國家ノ責務ヲ否認スルトキハ彼ノ「公益」ハ最高ノ法ナリトノ元則ニ正反對ト爲リ國家ハ不自由無勢力トナリ拘束的不發展ノ情勢ヲ訓致シ、國家主義トハ大ニ疎隔スルニ至ルベシ、是レ自然法ニ基ク國家觀ノ缺點ナリ。然レドモ自

然法ヲ斯ク極論シタル結果ハ遂ニ立憲制ノ樹立ヲ促セルナリ。

第四 人權ノ尊重

國權ニ對スル權利觀念ノ發達モ、亦立憲制ノ樹立ニ大ナル影響ヲ及ボセリ。既ニ中古ニ於テ自然法ノ存在ガ認メラレタルヲ以テ、此ノ自然法ニ基ク權利モ、亦主張セラレタリ。則チ權利ハ制法ニ對シテハ絶對的ノモノナリ、總體及其ノ後繼者ノ統治權ハ天賦ノ權ナリ。又各個人モ天賦ノ不可侵ノ人權ヲ有スト爲セリ。殊ニ中古ノ耶蘇教及古日耳曼主義ニ於テハ、人ノ價值ヲ尊重シ、各個人ハ絶對ノ不可抹殺的ノ價值ヲ有ス。各個人ハ國家ニ對シテモ神聖不可侵的ノ本質ケルンヲ有ス。何トナレバ各個人自體エワイゲーベスチムンクハ永久ノ運命ノ中ニ在ルモノナレバナリ。凡ソ全物中ニ在ル部分ハ如何ニ些少ノモノナルモ決シテ唯全物ノ爲メノミナラズ、復タ自己自ラノ爲ニ十分ノ價值ヲ有スルモノナリ。各個人ハ決シテ總體ノ爲ニ唯ノ手段トシテ供セラル、モノニアラズ常ニ同時ニ自己自ラノ目的ヲ有スルモノナリトセリ。(Dante及O-camm 等ノ所論、) 其他關節ハ全部ニ對シ一定ノ價值ヲ有スルコトハ當時多數ノ學者ノ認メタル所ナリ。

又、所有權ハ國家ノ前ニ既ニ存在セル制度ナルユエ、此制度ニ基ク私權ハ、國家モ之ヲ侵スコトヲ得ズ、既得權中、土地所有權ノ如キハ、公益ノタメニハ賠償ヲ以テ收用スルヲ得ルモ、苟クモ然ラズンバ既得ノ權利ハ、國權ヲ以テ容易ニ之ヲ侵スコトヲ得ズ。是レ自然法ノ基礎ヨリ出ヅル當然ノ效果ナリ。又契約

モ其拘束力ハ自然法ニ基クユエ、主權者モ契約ニハ違反スルヲ許サズ、必ズ之ヲ守ラザルベカラズトセリ。近古ニ於テモ此ノ觀念ハ依然トシテ繼受セラレタリ。元ヨリ國權ト個人ノ權利ノ關係ニ付テハ種々ノ説行ハレタリ。

〔ボードーン〕ハ主權全能主義(形式上)ニ從ヒ、全能ノ權力ノ前ニハ、制法上ノ既得權ハ其力ヲ失フトセリ。(但私權ハ主權者ト人民トノ間ニ存立シ得ルト云ヘリ)。〔ホッブス〕ハ形式上及實質上主權者及統治者ハ全能ナリトシ。統治者ニ對スル人民ノ權利及人民ニ對スル統治者ノ義務ノ存在ヲ否認シ、統治者ハ人民ニ對シ不法ヲ爲シ能ハズト云ヘリ。(如何ナル事ヲ爲スモ不法ト爲ラズトノ謂ナリ)〔スピノサ〕〔ホルン〕等亦同説ナリ。之レト稍異ナリテ〔プーヘンドルフ〕〔トマシユース〕等ハ〔主權者ニ對シテハ〕人民ノ眞ノ權利ハ成立セズ、唯不完全ノ權利ガ成立シ得ルノミト云ヒグンドリング (Gundling) ハ主權者ノ上ニハ裁判官ナク、主權者ニ對シテハ抵抗權ナク、強權制ナク、破毀權ナシ、斯ルモノニ對スル制限ハ其實制限ニアラズト云ヒ。又〔フゴーグロチュース〕ハ、制法上ノ權利ト自然法上ノ權利ノ區別ヲ否認シ、兩者共ニ同等ノ保護ヲ受クベキハ、是レ自然法ノ規則ナリ。凡ヘテ既得權ハ罰ノ爲メニ徵收セラル、ノ外ハ、公益ノ爲メ最高所有權ヲ以テ賠償ノ下ニ、之ヲ徵收シ得ルノミト云ヘリ。』此等ノ説ニ對シテ多類ノ學者ハ、中古ノ思想ト同ジク、唯自然法上ノ法規ニ基ツキ既得權ハ、國家ノ侵入ニ對シ保護セラレ其存在ヲ主張

シ得ルトナセリ。(制法上ノ權利ハ然ラズト云フニアリ。)即チ萬民法ニ基ク所有權、自然法ニ從テ拘束力ヲ有スル契約ハ、國權ニ對シ保障ヲ受クト。(此以外ノ特權ハ國權ノ任意ノ作用ニ任ゼラレタリ)「ボーダン」モ亦同意見ニシテ寧ロ是レ「ボ」氏ノ主唱セル所ナリ。而シテ所有權ノ不可侵ハ凡ベテノ財產權ニ及ボサレ、公權モ亦之ニ伴ツテ一定ノ範圍ニ於テ承認セラレ、殊ニ各個人ノ根本權タル人權所謂天賦ノ權利ハ全然承認セラル、コトニ爲リ、或ハ強制力ヲ附加スルモノモアリタリ。「ボーダン」ハ自由ト所有ハ個人ノ根本權ナリト云ヘリ「モナルコマツヘン」ノ學徒亦然リ「ロツク」モ亦所有權ハ國家以前自然法上人格ノ顯出トシテ生ジタリト云ヒ、「モンテスキュー」亦同ジ。「カント」モ個人ノ權利ヲ認メタルノミナラズ、同時ニ亦其自然法上ノ權利ハ不可侵的ノモノトシ、其ノ内容ト範圍トヲ大ニ擴張シ此ノ權利ノ前ニハ凡ベテ制法上ノ名義ハ破毀セラレ、國家ノ目的ハ人ノ自由ト所有ヲ保護スベキ營造物ノ作用ヲ爲スモノナリト論ズルニ至レリ。斯クシテ自然法ノ價值ハ客觀法ヨリ主觀法ニ轉置セラル、コトニ爲レリ。

此ノ如ク自然法學者ハ、個人ノ權利ノ爲メニ國家絶體主義ト戰ヒ其ノ侵入ニ對シテ常ニ之ヲ保護スルヲ務メ、殊ニ自然法ノ基礎ニ依リ個人ノ權利ヲ擴張シテ止マズ、其ノ結果、米國及佛國ノ獨立ノ宣言及憲法等ニ人權及民權ガ聲明セラル、ニ至リタルナリ。

第五 統治者ノ不法ニ對スル制裁

立憲制ノ樹立ヲ促シタル緊切ナル原因ノ一ハ、法ノ制限ヲ超越シタル統治者ニ對スル效果ニ付テノ論争ナリトス。抑モ國權ガ法ノ制限ヲ超越シタルトキハ、其ノ法律上ノ效果如何ニ付、二說アリ。其ノ一ハ、權限ノ範圍外ニ於テ行ヒタル主權者ノ行爲ハ其ノ效力ヲ有セズト爲シ、其二ハ、主權者ノ形式上ノ全能ヲ無條件ニ承認スルニアリ。此ノ兩說ノ紛争ヲ調和セシムル爲メニモ、立憲制ハ必要トナリタルナリ。

中古初葉ノ思想ニ於テハ、耶蘇教旨ニ從ヒ、人民ノ服從義務ヲ固守シ、暴君ニ對シテモ冤罪者トシテ受動的抵抗ノ權利ト義務トヲ認メタリ。然ルニ其ノ末葉ニ於テハ、此ノ思想ニ變更ヲ來タシ、統治者ノ越權ノ行爲ハ人民ニ對シテハ無効ナリ、拘束力ヲ有セズ、從テ服從ノ義務ナシ、殊ニ篡奪者及暴君ノ命令、竝ニ正當君主ノ不法ノ命令、等ニ對シテハ、積極的ノ抵抗ヲ爲スヲ得ベク、場合ニ依リ之ヲ放逐シ、殺害スルモ罪ト爲ルコトナシト論ズル者モアリタリ。(Ocammm 及 Lautenbach 等ノ如シ)但シ「アクイノー」ハ、統治者ハ強制力ヲ以テ拘束ヲ強要セラル、コトナシト論ゼリ。

十六世紀ニ於ケル純然タル自然法學法學者ハ、唯法源ニ基ツキ存在ヲ有スル國權ノミガ、國權タルノ權利ヲ有ス。故ニ若シ國權ヲ篡奪シタル僭位者ノ行爲ハ絶對ニ無効ニシテ無拘束ナ

リ。各個人ハ之ニ服従スルコトヲ拒絶シ得ベシ。此ノ如キ名義ナキ僭主ハ、公共ノ敵トシテ之ヲ攻撃シ、追放シ、殺戮スルコトヲ得ベシト云ヘリ。且ツ篡奪者ニアラザルモ統治者モ、法制限ヲ超越シタル丈ケハ、篡奪者ト同一ナルベシ、是レ所謂名義アル僭主ナリ、即チ法制限ヲ超越シタル丈ケハ名義ヲ缺ケルヲ以テ篡奪者ト同一ナリ。凡ベテ法制限ヲ超越シタル統治者ノ行爲ハ、タトヒ法律ノ形式ヲ装フトモ全ク無効ナリ、無拘束ナリ。裁判官ハ斯ル無効ヲ確定シ、此ノ確定ヲ執行スベシト爲セリ。°（是レ十六世紀及十七世紀ノ初葉ニハ君主主權論者モ猶認メタル説ナリ。但シ必ズシモ人民各個人ノ抵抗權ヲ認メタルニアラズ）殊ニ重大且ツ永續ノ法規違反ヲ爲セル統治者ハ、之ヲ裁判所ノ前ニ召喚シ、法規ニ遵フベク強制シ、又ハ退職セシムルヲ得ベシ。° 是レ主權ノ本質ト相一致シテ決シテ戻ルコトナントセリ。然レドモ諸學說ノ間ニハ種々ノ委曲アリズタリ。

[ズアレツツ]云ク、立法者ハ法律ニ拘束セラル、モ強制力ヲ以テ拘束セラル、コトナシ、何トナレバ立法者ノ上ニハ更ニ最高ノ權力者ガ立ツコトナケレバナリ。抑不法行爲ノ效果ニ二種アリ。其一ハ罰ノ性質ヲ有シ、他ノ一ハ唯法效果ノ性質ヲ有ス。統治者ノ不法ハ唯其行爲ノ無効ノ效果ヲ受クベシ。然レドモ罰ノ性質ヲ有スル效果ヲ受クルコトナシ。羅馬法ニ於ケル統治者ハ法ニ拘束セラレズ、トノ六則ハ、唯統治者ハ尊嚴保持ト強制拒絶ノ特權ヲ有ラルコトヲ意味スルモノナリト。但[ズアレ

ツツハ統治者ノ暴虐ノ場合ニハ、人民ハ抵抗權ヲ有ス何トナレハ統治者ハ其權限ノ範圍ヲ超越スレバ其統治權ハ終了スレバナリト附加セリ。殊ニ「アルツジウス」ハ、義務違反ノ暴君ニ對シテハ、各個人ハ消極的ノ抵抗ヲ爲スコトヲ得、人民保護ノ職ニアルモノハ、積極的ニ抵抗シ、武器ヲ使用スルコトヲ得。人民ハ其ノ代表會議ニ依リ又ハ直接ノ會合ニ依リ、暴君ヲ裁判所ニ召喚シ懲戒ヲ加ヘ必要ノ場合ニハ退位ヲ求メ刑罰ヲ加ヘ、又ハ追放死刑等ニ處スルコトヲ得ト云ヒ。又多數ノ學者ハ、若シ此等正當ノ手段ガ、統治者ノ權力、人民代表會多數者ノ義務違反ニ依リ妨害セラル、トキハ、革命ヲ起スコトヲ得ベシト主張セリ。

但シ篡奪者ニ付テハ、「グロチュース」以來辯護論生ジ來レリ。即チ篡奪モ一ノ占有狀態トシテ、之ニ法律上ノ意義ヲ附シ得ベシ。主權ヲ完全ニ占有スレバ、直チニ其ノ權利モ亦存在スベシトノ說アリ。「ウィクトリア」ハ篡奪者ノ發シタル法律モ、其ノ篡奪中ハ之ニ從ハザルベカラズト云ヒ。「グロチュース」ハ、不法ノ統治ニモ、人民ハ必要的ニ拘束セラルベシ、何トナレバ人間社會ニハ或統治ハ必要ナレバナリト云ヒ。「ホルン」ハ、他ノ者が事實上主權ヲ取得スレバ、從來ノ主權者ハ直チニ解消スベシト云ヘリ。

殊ニ主權萬能論者ハ、最高ノ權力ヨリ出デタル規則ハ、實質上違法ナルモ形式上ハ拘束力ヲ有ス。主權者ノ上ニ立ツ裁判宣

告ナルモノ存スルコトナシ。被統治者ハ國權ニハ無條件ニ服従スルノ義務アリ。暴虐ノ行爲ニ對シテモ抵抗權ヲ生ズルノ理アルコトナシ。但シ神法ニ違反セル命令ニハ消極的抵抗ノ權アリ。何トナレバ神ニ對シテハ、人ニ對シテヨリモ少ク服従セザルベカラザレバナリト云ヘリ。然ルニ十七世紀ノ半以來ハ、統治者全能ノ主義ハ最高度ニ昇リタリ。就中〔ホツプス〕ハ、神法ニハヨリ多ク服従スベシトノ元則モ、違法、暴虐ノ命令ニハ各人ハ不服従ノ權義アリトノ元則モ、全ク之ヲ排除セリ。總ベテ主權者ニハ無條件ニ服従スベシ。統治者ノ實質上違法ノ行爲モ被統治者ニハ形式上ハ拘束力ヲ有ス。如何ナル場合ニモ國權ニ對シテハ抵抗スル權ハ存在セズト主張シ、是レ一時流行ノ說トナレリ。(但シ〔ホツプス〕モ各個人ハ主權者ニ對シテモ禁止不可能ノ自己防禦權ハ猶之ヲ有スルコトヲ承認セリ。) 其他〔プーヘンドルフ〕モ國權ハ神聖ナリ大ナル不法アルモ、被統治者ハ忍ンデ之ニ堪ヘザルベカラズ、寧ロ逃亡スルモ決シテ抵抗スベカラズト云ヒ、〔トマジユース〕亦然リトシ〔バーネル〕モ各個人ハ不可奪的ノ權利ヲ有スルモ、其侵害サレタル場合ニ抵抗ヲ爲スヲ得ズ。但シ一個人ノ權利ニ付何等カノ保障方法ヲ立ツルヲ要スト云ヘリ。此等ノ說ニ對シ、元來ノ人民主權論者ハ、人民ノ意思ハ既成憲法ノ上ニ立ツモノナリ。法違反ニ對シ組織的ノ救濟法ノ缺乏セル場合ニ、緊急權トシテ武力抵抗權ヲ行フハ避クベカラザル必要ナリト論ゼリ。既ニ〔モナルコマツヘン〕ノ學徒ハ、統治者ハ

人民ガ契約ヲ以テ之ヲ設定シタルモノニシテ、人民ノ最上ノ官職ナリ。統治者ノ國權ノ行使ハ獨立ノモノナレドモ、唯契約上ノ範圍内ニ止マリ、其ノ權力ハ官職權限ノ範圍ト、人民ノ權ノ爲メニ制限セラレ、憲法及法律ニ依リ拘束セラル。若シ統治者ガ違法越權ヲ爲セバ是レ暴虐者ナリ、僭主ナリ。人民ハ斯ル暴虐者ハ之ヲ裁判所ニ召喚シ、退位又ハ刑罰ヲ科スルコトヲ得ベシ且ツ僭主ニ對スル抵抗權ハ主權ヲ制限スルモノニアラズ。却テ是レ人民主權ノ結果ニ出ヅ。殊ニ被統治者ハ其良心ニ危險ヲ受クルニ際シテハ、一般的ニ舉兵シ、及僭主ヲ排斥スルノ權ヲ有スベシト論ゼリ。但シ囂熱シタル〔モナルコマツヘン〕派ノ意見ニ依レバ、國權ハ形式上全能ノモノナリ。一私人ハ唯主權ヲ有スル人民全體ニ對シテノミナラズ、猶主權實行ノ正當ナル統治者ニ對シテモ、抵抗權ヲ行フコトヲ得ズ。但補償スベカラザル貨物ニ對シ、違法ノ侵害アルトキニ限り 緊急防禦ヲ爲スノ權アリト論ゼリ。二重主權論者ハ云ク、總體又ハ其代表者ハ、正當統治者ノ不法行爲アリタルトキハ、之ニ抵抗シ又之ヲ裁判所ニ召喚シ退位及刑罰ニ處スルコトヲ得。但各個人ハ唯、不行爲的ノ抵抗權及緊急防禦權等ヲ保有スルノミナリト。〔グロチユース〕ハ國權ノ形式ノ上全能ハ認ムルモ、統治契約ニ於ケル留保ニ由リ、人民ハ抵抗權ヲ有シ、殊ニ甚シキ程度ノ暴虐ノ場合ニハ、革命ノ緊急權ヲ行ヒ得ルコトヲ承認セリ。(公然タル暴虐者ハ私人ト異ナルコトナキニ由リ、攻撃シ追放スルコトヲ得ルト爲セリ。)

英國ニ於テモ「ホツプス」ニ反對ノ學者ハ多ク在リタリ「ミルトン」(Milton)及「ジドニー」(Sidney)ハ「統治者ノ不法ニ對シテハ人民ハ抵抗ヲ爲スコトヲ得。且ツ人民一般ノ革命的運動ハ之ヲ反逆又ハ蜂起ト看ルコトヲ得ズト云ヘリ。猶「ミルトン」ハ人民ハ唯憲法變更ヲ爲ス爲メニ、君主ノ退位ヲ要求スルコトヲ得。是レ委任者ハ何時ニテモ委任ヲ取消スコトヲ得ルノ理由ニ由ルナリト云ヒ。「ロック」モ契約違反ノ場合ニハ主權ヲ有スル人民ハ自己事件ニ付裁判官トナルコトヲ得、革命ハ最後ノ審廷ナリト云ヘリ。「ルッソー」モ亦同說ナリ。「フィヒター」モ人民總體ハ革命權ヲ有ス、若シ或個人ガ謀叛ヲ企テ一般ノ賛成ヲ得バ既ニ是レ不法ニアラズト云ヘリ。

此ノ抵抗權ノ由テ生ズル所以ハ、蓋シ主權者ガ人民又ハ各個人ノ自然的ニ有シ又ハ憲法的ニ保障セラレタル根本權ヲ侵害スルトキハ、是レ社會契約ガ破壊セラレ、元來ノ自然狀態ニ復歸スルコトニ爲ル、然ルトキハ各個人モ國家ニ交付シタル武裝的防衛權ヲ再ビ回復シ行使スルニ由ルト云フニ在リタリ。「シヤイデマンテル」云ク、國家ニハ最高不可分ク主權ノ存在スルモ、主權者タル君主ノ暴虐ノ場合ニハ契約破壊ニ由リ、自由平等ノ自然狀態ガ回復スルユエ全人民ハ之ニ抵抗スルコトヲ得ト。然レドモ防衛權及抵抗權ノ内容ハ學者ニ依リ見解區々タリ。「フーベル」ハ民主國ニ於テハ少數者ハ多數者ニ對シ抵抗權ヲ有スト云ヒ、「ロック」ハ最後ノ方法トシテ天ニ向ツテ武裝的ノ控訴ヲ爲ス

コトヲ得ベシト云ヒ「フーメー」(Hume)ハ此ノ問題ハ危難ノ程度ノ問題ニ關スト云ヘリ。

獨逸ノ自然法學者ハ、種々ノ留保ヲ以テ抵抗權ヲ許スベシト云フコトニ一致セリ。即チ或ハ人民全體又ハ多數ニ依リ行フ場合ニ抵抗權ヲ承認スベシト云ヒ、或ハ危難ノ非常ノ場合ニノミ之ヲ許スベシト云ヒ、「ウラルフ」ハ自然法ニ矛盾スル命令ニ對シテハ各個人ハ不行爲的ノ抵抗權アリ、憲法違反ノ場合ニハ人民ハ不服從ヲ爲スヲ得、留保ノ權利ガ侵害セラレタルトキハ行爲的抵抗權アリト云ヒ。「ネツテルプラット」ハ抵抗權ハアリ、然レドモ強制權刑罰權ハ無シ、主權者ノ明白ナル法制限超越ノ場合ニモ罰トシテ退位セシムルコトヲ得ス、但人民ハ之ニ背反シテ退位セシムルヲ得ベシト云ヒ。「アーヘンワル」(AchenWall)ハ侵害セラレタル各個人ハ外國移住ノ權ヲ有ス、人民ノ一般又ハ重要部ガ侵害セラレ緊急危難ニ逢フタルトキハ、武器ヲ以テ抵抗シ、暴君ヲ放追スルコトヲ得ト云ヘリ「シヤイデーマンテル」¹「モール」²「エルハルト」³等十九世紀ノ學者亦然リトス。』

然ルニ獨リ「カント」ハ國家モ亦自由ヲ有スルコトヲ認め、國權ハ最高ノ權力ナリ、理性法モ實際ノ施行ニハ國家的ノ行爲ヲ要シ、唯制法トシテ自由立法ニ依リ始メテ實際生活界ニ入ルモノナリ。且ツ國權ガ其ノ制限ヲ超脱シタル場合ニ、之ヲ強制スベキ外部的ノ保障ハ存スルコトナシ。唯國權ノ本質上理性ニ適合スル行爲ヲ爲スベキコトヲ要求シ之ニ依リ國權ヲシテ法律上

ノ拘束ヲ受ケシムル外ニハ道ナシト云ヘリ。故ニ[カント]ハ革命ノ權ヲ否認シ、各個人モ人民モ國權ニ對シテ抵抗スルコトヲ得ズト云ヒ、統治者ニ對シテ裁判宣告ヲナシ、刑罰ヲ加フル如キ、統治者ニ對スル強制權及抵抗權ハ凡ベテ之ヲ否認シ所謂緊急危難權ニ基ヅク例外的ノ抵抗權モ亦是認スルコトナシ。人民ハ危難ニ際シ不法ヲ爲スベキ權ヲ有スルコトナシト云ヘリ。元ヨリ人民ハ國家首長ニ對シ不可奪的ノ權ヲ有スルモ然カモ之レモ亦外部的ノ保障ハ存スルコトナク、人民ハ唯消極的ノ抵抗ヲ爲シ得ルノミ。殊ニ筆ノ自由ハ人民權ノ唯一ノ武器ナリ。主權ヲ有スル人民ハ決シテ其ノ理性ヲ濫用スベカラズ。縱令國君ハ主權者ノ代辯人ナルモ、又主權ノ共同意思ヲ代表スルモノナルモ、然カモ國君ハ事實上ハ凡ベテ人民ノ權ヲ吸收セル事實上ノ主權者ナリ。故ニ人民ハ此主權者竝ニ現時ノ法律ニ從ハザルベカラズ。是レ理性的人民ノ探ルベキ道ナリト極論セリ。

[カント]ノ此ノ結論ハ十分且徹底的ナリト謂フヲ得ズ。若シ君主ガ事實上主權ヲ有シ、此ノ君主ノ主權ニ從フコトガ合理的ナラバ、此外ニ人民ガ主權者タルコトヲ合理的トスルノ理由ナカルベシ。[カント]ノ結論ハ殆ンド[ホツプス]ノ説ト同一ニ爲レリ。苟クモ理性法ガ存在シ、國家モ亦之ニ拘束セラルベキモノナルトキハ、此ノ理性法ガ違背セラレ、破壊セラレタル場合ニ、是等ノ方法ヲモ採ルヲ得ズトスルハ不徹底的ノ説ナリト謂ハザルベカラズ。唯[ホツプス]ト異ナリテ[カント]ハ理性適合ノ行爲

ヲ國權ニ向テ要求スベキヲ承認セリ。〔ホツプス〕ハ、主權者ノ行動ハ則チ正義ナリトセルユエ、此ノ要求ノ可能モ亦認メザルナリ。然レドモ〔カント〕モ、此ノ要求ハ唯筆ノ自由ヲ武器トスベシト云フニ止マリ唯、筆ノ自由ノミニテハハ實際上多大ノ效果アルニアラザルナリ。蓋シ此ノ要求ハ或確然タル方法ヲ以テ之ヲ爲サルベカラズ。是レ立憲制ノ設定ヲ必要トスル所以ナリ。且上述ノ自然法學者ガ自然法維持ノ爲メニハ、抵抗モ爲シ革命モ起スベシト云ヘルハ、尙法主義ノ極點ニ達セルモノナリ。然レドモ革命ノ頻出ハ亦其弊害ノ多キニ堪フベカラズ、從テ革命ノ慘劇ヲ避ケテ尙法主義ノ貫徹サルベキ方法ヲ確立セザルベカラザルノ肝要ヲ見ルナリ。

第六 自然法説及主權説ニ依ル 立憲制ノ誘發

此ノ如ク自然法ニ基ヅク尙法主義ノ思想ハ、漸次憲法ニモ及ボシ來レリ。即チ根本法タル憲法ハ主權者ニ對シテモ眞ノ法制限ト爲ルベシ。蓋シ根本法ハ其實ハ制法タル法律ニアラズ、寧ロ契約ナリ。其拘束力ハ自然法ニ基キテ生ズ。根本法ハ國家存在ノ基礎ナリ。主權者ノ全權ヨリ生ズルモノニアラズ。故ニ主權者ハ法律上直接又ハ強制的ニ之ニ拘束セラルベシト説ヲ生ゼリ。

但シ此ノ中硬軟兩派アリ(其一)軟派ノ一人〔グロチウス〕云ク主權者ハ自然法上ノ契約、即チ憲法ニ依リ、完全ニ義務ヲ負フベキモノナリト。(主權者モ私ハトシテハ元ヨリ私法ニ拘束セラル)

「プーヘンドルフ」及其後繼者ハ云ク、主權者ハ制法ニハ拘束セラレザルモ、憲法ニハ契約トシテ之ニ拘束サルベシ。主權ハ絶對ナルコトヲ必要トセズ、從テ憲法上ノ制限ヲ受クルヲ得。統治者ハ或國家行爲ニ付テハ人民又ハ其代表者ノ協賛ヲ受クベク拘束セラルルコトアリテモ其ノ主權ニ害アルコトナシト。「トマシユース」亦殆ド同説ナリ。但シ此派ノ論者ハ、主權者ノ憲法違反ノ行爲ハ無効トシ、又憲法破壊ニハ退位ヲ要求シ得ル可能ヲ憲法ノ附款ト爲スコトヲ承認セルモ、然カモ其ノ主權ノ意義貫徹ノ爲メニハ主權者ニ強制力ヲ應用スルコトハ之ヲ承認セザルナリ。

(其二)硬派ハ、古人民主權説ニ據リ、凡ベテ國家ノ關節ハ皆憲法ニ從ハザルベカラズ。唯主權者ハ自然法ニ基ク契約ニ依リ憲法ニ拘束セラル。殊ニ凡ベテノ場合強制力ヲ以テ拘束セラル。人民ハ非常ノ場合ニハ抵抗權ヲ有ス。憲法ハ各個人ノ利益ノ爲メ、主權者ニモ超越スベカラザル法制限ヲ加フルモノニシテ、何レノ國ニモ此ノ根本法ハ明示的若クハ默示的ニ存スルヲ得ベシト云ヘリ。

此ノ如ク主權者又ハ統治者ガ、法即チ憲法ニ、拘束セラルベシ、殊ニ強制的ニ拘束セラルベシトノ説ハ、憲法ガ確乎タル存立ヲ有スル基礎トナルモノニシテ、立憲制樹立ノ第一要義ナリ。又自然法ニ基ク人民主權ノ思想ノ餘波トシテ、立憲制ニ必要ナル種々ノ見解ヲ生ゼリ。即チ「ホートマン」Hotmannハ既ニ議院制君主國ヲ立ツベシト論ジ、又「アルツジウス」モ人民議會又ハ

其代表會ハ統治者ト共同的ノ作用ヲ爲シ、又ハ重要ナル國務ニハ一々其ノ議決ヲ經ベシト論ゼリ。其他多數ノ政治學者國法學者ハ、統治者ノ主權ヲ認ムルモ、絶對主義ニハ反對セルモノアリ。從テ混合制、制限的ノ國制ヲ可能トシ、主權ヲ種々ノ點ニ於テ制限セリ。則チ「ボデー」氏ノ説ニ反シ、君主制及貴族制ノ混合國體ヲ認メ、主權ハ多數ノ主體ノ間ニ分配セラレ、之ヲ相合シテ完全ナル主權ヲ形成セシムベシトノ考モ行ハレタリ。十七世紀ノ中葉以後迄歐洲大陸ニテハ實際上ハ統治者絶對主權ノ説ガ、勢力ヲ占メタルモ、此ノ絶對主權説ハ常ニ嚴格ト緩和ノ間ニ昇降シ、國權分割制及混合制ノ思想ヲ生ジ、漸次ニ立憲制諸元則ノ樹立ヲ陶冶セリ。

自然法ニ基ヅキ立憲説ヲ唱ヘタル者ノ中ニ於テ先ヅ獨乙ノ「フーベル」(Ulrick Huber)ヲ掲クベシ。(一六七四年)「フーベル」ノ國家論ハ「アルツジュース」ヨリ來ル。云ク何レノ國ニ於テモ統治者ノ有スル主權ハ根本契約ニ基キテ生ジ、且ツ此ノ根本契約ニ依リ嚴正ナル法制限ヲ受ク、殊ニ自然法ニ基キ強制的ニ拘束ヲ受ク。之ニ由テ個人ノ身體ノ自由、所有、思想ノ自由權等ガ保障セラルベシト。(且云ク。若シ主權者ガ此ノ限界ヲ超越スルトキハ其ノ行爲ハ無効トナリ。且ツ主權者ハ僭位者ト爲ル。之ニ對シ抵抗權ヲ生ズ。加之主權者ノ命令權濫用ノ時ハ罰ヲ受ケザルベカラザルコトアルベク此ノ元則ハ唯君主國ニ於ケルノミナラズ民主國ニ於テモ亦行ハレザルベカラズ、民主國ニ於テハ多數者

ノ憲法違反ニ依リ少數者ノ抵抗權ヲ生ズベシト)。此〔フーベル〕ノ説ハ、法ハ主權者ノ上ニ立ツコトヲ其ノ元則トセリ。

英國ニ於テハ〔トウマス・スミス〕〔フーカー〕〔シドニー〕及〔ロツク〕等輩出セリ。〔ロツク〕ハ人民總體ハ憲法ノ上ニ立ツ、但シ此總體ハ各個人ノ有スル不可移轉的ノ權利ニ依リ拘束セラル。又立法權ハ憲法ニ依リ制限セラレ、立法權ハ一定ノ形式ニ從ヒ有效ニ作用シ得ルモノニシテ、其ノ權能ハ之ヲ他ニ委任スルコトヲ得ズト論セリ。其他佛國ノ〔ルツソウ〕モ正當國體ヲ説明セリ。

十八世紀以後ニ於テハ自然法ニ基キ立憲制ヲ構成センコトヲ試ミルモノ續出セリ。

〔ネツテルプラト〕 (Nettelbladt) ハ自然法及制法ノ系統、國權ト個人ノ根本權、武力的及平和的ノ革命、及憲法國ノ思想等ヲ説明セリ。次テ〔モンテスキュー〕モ正當ノ憲法國ヲ説明シ獨逸ノ〔フィヒター〕モ理想國ヲ説明セリ、殊ニ獨逸ノ〔ウォルフ〕 (Wolff) ハ、國家ノ根本法ハ唯憲法即チ根本組織法タルニ止マルベカラズ、統治者ノ權力ヲ人民ニ依リ制限スルコトヲ其ノ主眼ト爲サザルベカラズト論ゼリ。是レ憲法ハ唯組織ト云フ義ニアラズ、所謂立憲制ノ規定ナリトノ學說ノ由來スル起原ナリ。而シテ此ノ意義ニ適合スル用語トシテ Konstitution (憲法) ナル語ガ一般ニ採用セラル、ニ至レリ。此ノ Konstitution ナル語ハ蓋シ羅馬ノ *Rem publica constituere* ヨリ來リタルベシ。

要スルニ立憲制ノ本質ニ付テハ學說ハ、主トシテハ國權ヲ人、

民意思機關ニ依リ制限スルニ在リ、總體ノ全權力ハ國首ノ手ノミニ掌握セラルベカラズ、又其ノ濫用ニ對シ唯例外的ノ制度ヲ設クルコトヲ以テ止ムベキニアラズ宜シク一般的ニ國權行使ニ對スル制限ノ制度ヲ設ケテ以テ人民ノ權利ノ侵害ヲ防禦スベシト云フニ在リタリ。是レ權力分配説ノ生ズル所以ナリシナリ。今二三ノ立憲學説ヲ紹介セン。

Thilo 云ク、憲法ハ常ニ存在スル法ノ規定ナリ。絶對國トハ法ヲ制定スル權ガ政府ノミニ存スル國家ヲ云ヒ、立憲國トハ人民ガ立法ニ參與スルコトヲ得ル場合ノ國家ヲ謂フ。此ノ立憲國ニ於テハ君主ト人民ハ共ニ國家權力ノ作用ヲ爲スモノナリト。

Möhl 云ク完全ナル國家生活ヲ爲スニハ秩序ト自由ノ兩主義ヲ共働セシムルヲ要ス殊ニ國君ハ秩序ノ爲ニ人民議會ハ自由ノ爲メニ働クベキモノトス。此ノ兩者ガ均衡ヲ保ツヲ必要トスト。Daunau 及 Cherbulies 等云ク人民議會ハ惡政ヲ施サント欲スル政府ノ權力ヲ防禦スル營造物ノ列ニ於ケル關節タリ。民權ノ保護ノ爲メニハ陪審員、變更セラレザル裁判官、自由ニ選舉セラレタル適當ノ代議士ヲ要シ、人權及民權ノ事前ノ保障ノ爲ニハ選舉ニ依リ又ハ法律上ノ資格ヲ有スル者ノ中ヨリ任用セラレタル適當ノ人ノ作用ト、事後ニ法律上及政治上ノ責任問糺ヲ必要トスト。

Hello 云ク正當ニ政治ノ秩序ヲ立ツル爲ニ保障ノ規定ヲ設クル事ヲ要ス、是レ權力分割ノ必要ナル所以ナリ。君主制ハ堅

固ナル固着點ヲ有ス、人民議會ハ活動的ノ府ニシテ社會ノ需要ヲ主張スベキモノナリ。議會ノ兩院ハ最高ノ社會上ノ地位ト中流階級トヲ代表シテ動作スベキモノトス。又兩院ハ社會ノ眞實ノ區域ニ從ヒ凡ベテ其ノ權利及利益ノ主張ヲ爲シ得ザルベカラズト。

Romagnosi 云ク立憲制君主國ニ於テハ一院ヲ設ケ、其ハノ議員ハ所有者工業者、及智識者ヨリ選擇シ主トシテ立法ニ協贊權ヲ有セシムベシ。又監督院ヲ設ケ多數ノ集會ヲ以テ組織シ、憲法上ノ權利ヲ保障スルノ職務ヲ掌ラシムベシ。而シテ君主代議會及監督院ヲシテ互ニ其ノ制限内ニ於テ動作セシムル爲メニハ元老院アリテ之ヲ監視スベシ。元老院ニ三部局ヲ設ク、其ノ國家裁判局ニ於テハ責任ヲ問糺シ、管理局ハ選舉及ビ立憲制ノ種々ノ部局ヲ管理指揮シ調整局ハ憲法上ノ諸權力ノ紛争ヲ調和スルコトヲ掌ルベキモノトス。此等ノ諸制度ノ實行ニ付キ更ニ詳細ノ規則ガ設ケラレ、諸機關ハ皆階級的ニ組織セラレ、人民主權ガ凡ベテノ根柢ト爲ルヘシ。危險ナル法律ニ對シテハ武器ヲ以テ抵抗スルコトヲ得ザルベカラズ。憲法變更ニハ不可讓渡的ノ權ヲ認メ。又國君ノ退位刑罰等モ規定スベシト。此說ハタトヒ實行スベカラザル點多カリシト雖ヘドモ、實質ノ豊富ナリシコトハ一般ニ認メラレタリ。

Constant ハ緩和ノ自由主義者ニシテ、權力分割說ヲ採リ、國民ハ一般ニ法律上同等ナルベシ、國民ハ適憲行爲ニ服從スベシ、

又自由權ヲ有スベシト説キ、一般ノ贊同ヲ博セリ、人民議會ノ本質トスル所ハ弊害ヲ除キ人民ヲ保護スル地位ヲ有スルニ在リ、又國務大臣ハ國政上ノ責任ヲ負フベシト論ゼリ。Montesquieuハ國權ヲ數多ノ獨立ノ主體ノ間ニ意識的ニ分割スルノ主義ヲ採リ、國體ハ君主貴族・人民ノ三要素ノ混合ヲ以テ組成セラルベシト爲シ、且ツ人民主權ノ説ニ基ヅキ立法權ハ其性質上人民議會ニ屬シ、人民議會ガ立法體トシテ作用スベシ。而シテ國權分割主義ノ爲ニハ執行權、裁判權モ立法權ノ如ク自由ニ之ヲ行ヒ、且ツ之ヲ他ニ轉置スルコトヲ得ザラシメ、然カモ此等ノ權力ハ互ニ消極的ニ干涉シ得ヒシメザルベカラズ。但シ國家ノ統一的作用ハ元ヨリ甚ダ必要ナリト説明セリ。

獨逸國ニ於テモ「ヴォルフ」以來、權力分割制ト混合制ヲ認ムルコトニ爲リ、君主主權ノ主義ハ人民主權ノ主義ノ爲メニ大ニ侵蝕セラレタリ。而シテ「モンテスキュー」ノ説ヲ參照シ立憲制ノ國家ヲ範模國ト稱スルニ至リ、自然法的ノ國家法益々發達シ來リタリ。

此ノ如ク自然法ノ勃興ニ誘發セラレテ立憲學者、人民主權論者、社會契約論者等各邦ニ瀕出シ遂ニ立憲制樹立ノ基礎ヲ築造スルニ至レリ北亞米利加合衆國及合衆國內ノ諸邦ノ憲法、佛蘭西革命時代ノ憲法、白耳義憲法等ハ皆人民主權ノ説ノ影響ヲ受ケテ制定セラレタルモノナリ。

然ルニ他ノ一方ニハ、君主主權說ハ十九世紀ニ於テモ猶大ニ行ハレタリ、是レ「ボーダーン」以來傳ハリタル歴史的ノ思想ト當時革命ノ影響ヲ受ケザル英國ノ君主主義ニ依リタルナリ。此ノ君主主權ノ主義ニ從ヒ佛國ノ「ルイ」十八世ノ Chart ナル憲法ガ制定セラレ、其前詞ニハ、國王ハ任意ニ其ノ權力ニ依リ憲法ヲ制定シ、之ヲ人民ニ寄與スル旨ヲ宣言シ且ツ國家ノ總テノ權力ハ國王ヨリ出ヅト規定セリ、他ノ憲法モ亦是レニ依ルモノ多ク千八百二十年ノ「ウイenna」會議ニ於テモ、君主主權ノ主義ヲ保持シ、唯其ノ行使ヲ制限スベキコトヲ決定シ、萊茵同盟ニ於テモ君主主權ヲ憲法ノ條件ト定メ以テ革命ヲ防禦セリ。其他此ノ憲法ノ系統ニ屬スルモノ鮮カラズ我日本ノ憲法亦然リトス。

第七 自然法說ノ立憲制ニ及ボセル效果

自然法ガ法トシテ國家成立以前ヨリ存在セリ云フトハ、元ヨリ適當ノ見ニアラズ。又自然法ノ内容ハ精確ナラザル所アリ。然レドモ自然法ハ或眞理ヲ包含セリ。法ノ精髓タル正義ノ思想⁴是ナリ蓋シ自然法ハ唯空法ニアラズ想像法ニアラズ、現實法ヲ包含ス。殊ニ不文法即チ慣習法ヲ以テ其ノ内容ト爲ス。此ノ不文法ハ正義ノ思想ヨリ湧出セル秩序ナリ。夫レ人類ノ共同團體即チ國家生活ノ開始スルヤ、是レト同時ニ正義ニ基ヅク秩序モ、亦存在セザルベカラズ。是レ法ナリ即チ自然法ナリ。自然

法ハ即チ法ノ開端ナリ。是ヲ以テ國家ト法トハ人生ノ二大要件ト爲リタルナリ。

國家ニハ最高ノ統治ノ作用ハ必ず存在ス。而シテ最高者ノ上ニハ更ニ高キ者存在セザルユエ、其ノ最高者ノ不法ニ對シ、其ノ責任ヲ問糺シ得ルモノハ、存在シ得ズト雖ヘドモ、不法ヲ問糺スルモノナキユエ最高者ハ全能タリト謂フヲ得ズ。從テ最高者ノ作用ハ凡ベテ適法ナルニアラズ。蓋シ法ハ必ずシモ最高者ノ意思ニ由リ作ラレタルモノニアラズ。而シテ法ハ國權ト共ニ竝行原始的ノ條件ナリ。故ニ最高權ノ作用モ法ニ適合セザルベカラズ。最高ノ作用ハ法ニ對シ、決シテ絶對無限ナルモノニアラズ。最高ノ作用ハ常ニ直チニ適法ナルニアラズ。實際上不法ノ事モ生ジ得ルナリ。若シ統治者ニ不法ノ事アリ、殊ニ其ノ不法ノ程度甚ク且ツ永續シテ行ハルルトキハ、人民ハ正當防衛トシテモ之ニ抵抗スルヲ得ザルベカラズ。亦革命モ起スニ至ルベシ。蓋シ人民各個人ハ人トシテ絶對ノ價値ト自己目的ヲ有スル本體ニシテ、決シテ唯他ノ手段タルニアラズ、其ノ人格ハ十分ノヲ主張シ得ザルベカラザラ以テナリ。殊ニ人民主權者ハ革命ヲ以テ主權ノ作用ノ發露トナリトセリ。元ヨリ革命ハ形式上ハ不法ナリト雖ヘドモ實質上ハ十分ノ根據ト理由トヲ有スル場合アルベシ。統治者ノ不法ニ對シテハ即チ然リトス。且ツ人民主權モ決シテ絶對無限ナルヲ得ズ、法ニハ從ハザルベカラズ。人民主權モ結局ハ、法律上ノ組織ト限度内ニ於テ行ハレザレバ、

不法ニ陷キルコト、君主主權ト同一ナルニ至ルコトアリ。故ニ人民主權ノ場合ニ於テモ多數者又ハ少數者ハ革命ヲ起シ得ルコトアリ。(人民各個ノ主權ニ對スル抵抗權及革命權ハ、唯人民主權ノ應用ノミト云フヲ得ズ。何トナレバ人民主權ノ場合ニモ革命ハ生ジ得ベケレバナリ。又統治者ガ不法、暴虐ヲ爲ス場合ニハ根本契約ノ破壊ニ由リ、自然状態ニ復歸スルユエ、抵抗ヲ爲シ得ント云フモ不可ナリ。何トナレバ統治者、暴虐ノ場合ニモ法ハ存在スルユエ、不法及不正義モ生ジ得ル此ノ不法及不正義ニ對シ抵抗權ガ生ジ得ベケレバナリ。)

此ノ如ク國家ニハ一方ニハ、統治者アリテ國權ヲ行フモ、亦他ノ一方ニハ法アリ、統治者ハ之ニ從ハザルベカラズ、之ニ違返スレバ不法ヲ生ズ。此ノ不法ヲ矯正スル爲メニハ、人民ノ全部又ハ一部ハ之ニ抵抗ヲ爲シ、兩者ノ間ニ争ヒヲ生ズルニ至ル然レドモ人、民ノ抵抗モ亦不法ニ陷ルコトアリテ、其衝突ノ甚シク、統治者ハ人民ヲ壓迫シ、人民ハ慘劇ヲ反覆シテ止マザルトキハ、國家ハ遂ニ萎靡シ衰滅スルニ至ルベシ。故ニ之ヲ避クル方法ヲ建テザルベカラズ。

則チ此ノ兩者ヲ分離シテ相争ハシメンヨリハ、寧ロ相合シ相一致シテ作用ヲ爲サシメザルベカラズ。既ニ君主主權及人民主權モ國家主權ニ一致シタリ。此ノ主權國ニ於テハ、統治者モ、人民モ、共ニ則ルベキ大法ヲ立ツルヲ要ス。憲法ハ之ニ由テ生ゼザルヲ得ズ。即チ統治者ノ組織權限、及人民ノ地位、權能ヲ規

定スル憲法ノ存在ヲ必要トス。憲法ハ即チ最高ノ統治者モ、法ニ拘束セラル、トノ元則ヲ其基礎トス。是レ自然法學者ノ主張ノ實顯ナリ。憲法ニ斯ル效力アリテ始メテ、統治者及人民ノ地位ガ確立スルコトヲ得。既ニ統治者ガ法ニ拘束セラル、モノナリトノ元則ガ樹立スレバ、其ノ法制限ニ對シ更ニ形式的及強制的ノ效果ヲ附加スル方法ヲ設置シ得ベシ。即チ主權者及他ノ國家機關ノ違法ノ行爲ハ、之ヲ無効トシ、其無拘束ト爲スヲ得ベシ。又之ニ由テ責任者モ設置シ得ルナリ。

且ツ自然派ノ所謂天賦人權、即チ人ノ自由、所有ノ權ハ、人ノ自然ニ有スル權利ニシテ、國家ノ制法モ濫リニ之ヲ侵スコトヲ得ベカラズ。且ツ各個人ハ平等ナラザルベカラズ、自然ノ人ニ等差ヲ付スルコトアルベカラズ、此ノ自由平等ハ自ラ人生ノ眞理ニシテ又各人發達ノ基礎ナリ。然ルニ絶對統治者ノ下ニ在リテハ、此ノ眞理ハ甚ダシク埋沒セラレタリ。人生ノ發達ヲ期スルニハ必ズ此ノ自由平等ノ眞理ヲ發揮セザルベカラズ。之ヲ發揮スルニハ先ヅ國家ノ根本法タル憲法ニ之ヲ確立セザルベカラズ。而シテ此ノ確立ニハ猶他ノ保證ヲ要ス。即チ國家最高ノ作用タル憲法制定權、(若クハ修正權)殊ニ立法權ニハ、人民ノ分子ヨリ組織セラル議會ヲシテ之ニ參與セシメザルベカラズ。議會ガ之ニ參與スルノ權ヲ有スルトキハ、統治者ガ一方的ニ隨意ニ立法權ヲ行使スルヲ得ザルユエ、憲法ノ規定ハ容易ニ變動スルコトヲ得ズ從テ憲法上ノ確立ハ十分ノ保證ヲ有スルコトニナ

ル。

立憲制ニ於テハ國家主權ハ元ヨリ之ヲ承認ス。而シテ此ノ主權ノ人民ノ權利ニ對スル作用ハ、之ヲ立法ノ中ニ轉置シ、議會ヲシテ之ニ參與セシメ、又國權ノ他ノ作用即チ執行權ハ人民ノ權利ヲ尊重スル保障ヲ設ケシムル。是レ即チ立憲學者ノ尙權作用ノ效果ナリ。殊ニ人民ノ分子ヨリ構成セララル議會ノ設置ハ、統治者ト人民ノ乖離ヲ防禦シ互ニ一致和合セシムル爲ニ、尤モ必要ナル制度ナリトス、即チ抵抗ト革命ノ原動力ヲシテ、國家ノ法規制定ニ其ノ意見ヲ伸暢セシメ、又立法以外政治作用ニ付テモ平和手段ヲ以テ、不法不當ヲ咎責セシメ得ルヲ以テ、從來ノ如ク不法ト抵抗ノ紛爭、及壓迫ト革命ノ慘劇ヲ生ゼシメザルコトヲ得ルナリ。斯ル權能ヲ有スル議會ヲ設定スルニ至リタルハ、自然法ノ發展ニ基ヅケルナリ。

自然法ニ於テハ法ト權利ヲ尊重スルユエ、各個ノ場合ニ於テ、之ヲ保護スル特別ノ嚴重ナル制度ヲ立ツルヲ要ス。是レ司法權及裁判所ノ獨立ノ制度ヲ生ズル所以ナリ。獨立ノ裁判所ノ存在スルコトモ、自然法及理性法ノ要求ニ適合スル所以ナリ。其他行政ニ於テモ亦法ノ拘束ヲ要ス。今日ノ法治國ハ之ニ由テ生ゼリ。即チ立憲制ノ要則ハ主トシテ自然法ノ研究ト主張ノ效果ナリト謂フベシ。

此ノ如ク今日ノ立憲制ハ、自然法ニ促ガサレテ制定セラレタルヲ以テ、自然法ノ主旨ハ、立憲制ニ依リテ竭盡セラレタリ。從

テ自然法結論ノ實顯ヲ要スルコトナキニ至リ、少クモ人民ノ抵抗權、革命權ヲ行フヲ要セザルコトニ爲リタルナリ。是レ自然法ノ功績ナリ然レドモ自然法ガ直チニ憲法ニハアラザルナリ、又立憲制ニアラザルナリ。自然法ハ唯立憲制ノ成立ヲ促シタル丈ケナリ。斯ク立憲制ハ直チニ自然法ニハヤラザルユエ、法ノ理想實行ノミガ國家ノ目的ナルニアラズ。國家最高ノ地位ハ形式上全能ニシテ、唯法ノミニ拘束セラレベキモノニアラズ。故ニ立憲國ニ於テハ元ヨリ幸福主義及文化主義ヲ實顯スルコトヲ得ルナリ。實ニ今日ノ立憲制ハ、一方ニハ自然法ノ要求ニ從ヒ、理性ト正義ヲ實顯スルコトヲ得、又他ノ一方ニハ、文化ト國勢ノ發展ヲ期待スルコトヲ得ル適制ナリト謂フベシ。