

〔法学新報〕第十三卷十二（一五三）号

明治三十六年十一月十日

東京法学院大学記事

○第一回英語茶話会 東京法学院大学は兼て英語担任講師指導の下に英語茶話会を起し学生をして語学を實際的に修養せしめんとするの企あり十月十一日（日曜日）を卜し同大学講堂に於て其第一回茶話会を開催したり当日は午後三時一同著席菊池学長は先づ起て英語茶話会の設立を祝し廣井講師指導の勞を謝しウッド博士の出席に対しては殊に感謝の意を表し進て法学を学ぶ者は語学の素養最も緊要なるのみならず殊に英語は今後広く世界を通して行はるべき重要な言語なるか故に今後世界の活舞台に立たんと欲する者は奮勵以て斯学の研鑽に従事せざるべからざる旨を説き廣井講師は英語は将来に於ける世界の通用語たる趨勢を有するを以て決して其研究を惣にすべからず若し夫れ之か研究法の如きは能く読み能く書き談しの三方法を調和し以て其完成の域に到達するの覚悟なかるべからざることを論じ終にウッド博士は米國に於ける茶話会の有様を説き英語を研究する者のために必要なる種類の注意を与へ殊に廣井講師の説かれし如く読書、会話及び文章の三方法を調和するは語学研究の要訣なることを縷陳せられたり統て学生伊澤巖吉氏（ゴールド、

スミスの青年の境遇を歌へる詩の暗誦）田代周三郎氏（自主的精神の一文の暗誦）杉本善次郎氏（一西人か「有難ふ」と「アリゲーター」（米國産の鰐魚）とを間違ひたる失錯談）あり終て菊池学長は今回は第一回の会合なるにも拘はらず生徒諸氏の講話暗誦等意外に優りたるを賞賛し且懇懇將來を奨励せられ別室に於て茶菓の饗応あり雑談に移り点燈の時刻を以て全く散会したり因に同会は今後毎月一回つつ開会し本月は来る二十二日を以て開会し宮岡弁理公使、奥田博士を始め來賓米人ルース諸氏の講話ある筈なり

○討論会 十月三十一日午後二時より同大学大講堂に於て岡、島村両法学士の出題に係る「國家發達の歴史に因り主權の所在を異にすとの説は正当なりや」との論題に付き討論会を開く奥田會長旅行中に付き馬場講師代て會長たり十数名の論者互に議論を上下したる結果優等者として妹尾繁雄（一等）内田茂七（二等）大井俊嶺（三等）大橋與四郎（四等）廣田豊次郎（五等）の五氏を選拔し最後に島村講師は出題者として左の趣旨を演述せらる

予は憲法を專攻せる者にあらざるか故に説の当否に付き今茲に断言することを得ず然れども此問題たる論し来れば遂に古來學者間に論争せらるる憲法上の一大難問に到達するなり此問題たる甚た複雑なり或は歴史論政治論の範圍に入らんとし又は此等と混交せられんとす然れども此複雑なる論議の間より法理上一定の軌道を発見し之に依りて論述すること能はざるにあらざるなり是れ本問題に限るにあらず凡て討論の事たる徒に其戦線を

拡張し敵をして其短所を衝くの利便を与ふるは策の得たるものにあらず宜しく自ら堡壘を堅くし敵をして攻撃の余地なからしめて後己れ攻戦の態度に出づるを要す是れ将来の討論会に於ても諸君の心得置かるべきことなり

左に消極積極両論者の論旨を紹介せん

消極説

妹尾繁雄

主権なる文字は学者により種種なる意義に使用せらるるか故に本問を決せんには先づ主権の意義を論定せされは幾多の論戦も終に無用の文字論に了るの恐れあり

主権なる文字を国家内に於ける最高の権力なる意義に用いたる学者あり曰く「凡そ権利及権力は階級的に観ることを得而して主権とは国家内に於ける最高階級の権力なり此権力の所在が国体によりて異なるは各国家發達の歴史の然らしむる所なり」と然れとも法律論としては一顧の価値なし何となれば其所謂主権なるものの実質を定めずして単に形式のみより之れを観察するものなれば政治論又は歴史的事実論としては格別法律上の立論にあらざるなり他の学者は主権なる文字は国家を統治する絶対無限の権力なりとなす此意義に依るときは主権の実質は國を統治するの権力を為すに在り抑も法律上に於て國家を如何に觀念すへきやに付ては古來學者間に議論ありて今日に至るも尚未た帰一せざる所なり然れとも凡そ法律界に於ては宇宙の現象を権利又は権力の客体（目的）、主体、及法律關係の三者に區別し國家も亦此三者中の何れにか屬せざる可らずとなすことは一般に争なき所なり然らば國家は権利若くは権力の客体なりや、之れ

を否定するは何人も争はざる所なるへし然らば國家は法律關係なりや否やに付研究するに此説を主張する者は國家は主権によりて統治せらるるものと統治するものとの法律關係自体なりと爲し而して本問に論及する所を聞くに曰く此統治せらるるは人民の服従を前提とす人民の服従は事實上の事にして國家により統治する者を異にするは各國各々歴史を異にするに随伴するものにして決して怪むに足らずと予謂へらく若し國家は法律關係なりとの前提か正當ならんには正當なる断定なりと云はざる可らず然れとも此の如く國家を觀念することは古來學者の多くか非難する如く法律に適せざるへし何となれば若し國家が統治する者（主権者）と統治せらるる者（人民）との法律關係其者ならんには此當事者は一秒時たも持続して同一なるを得ざるか故に國家も亦一瞬時たも同一の國家として持続する能はざるに至らん又現時の法律觀念に於て國家を以て法律關係なりと爲す時は説明し得ざる夥多の關係を生ずるなるへし要するに國家を以て法律關係となすことは現時の法理と相容れざるなり於是乎其前提は破却せられたり前提破る斷定の非なる論を待たざるなり然らば國家は権利若くは権力の主体たらざる可らず論者あり曰く「國家か主権の主体たるは異議なしと雖も國家に於て主権か何れに存在するやは國により異ならざるを得す是れ國体に區別ある所以なり君主國民主國の區別は畢竟此主権の所在を異にするにより生ずるなり主権は人民を統治する権力なり統治とは公の秩序を保ち公益を図るを云ふものにして約言せば保護なり保護は服従に対し服従は保護に對す服従なき所には保護なく權力

なし権力なき所には決して服従なきなり故に主権か何れに存在するやは人民か何れに服従するやにより定めざる可らず人民か神に服従信仰すれば神に主権あり国会に服従すれば主権国会にあり貴族に服従すれば貴族に主権ありと云はざる可らず而して人民か其何れに服従信仰するやは事実上の事なり各国各民習風土経歴により異ならざるを得ず窮竟国家發達の歴史によりて異なるものなり」と言や巧妙なりと雖も論理一貫せざるなり論者の云ふ如く国家の外に尚ほ主権を有するものありとせば国家は主権の主体にあらざることとなるへし然るに国家は主権の主体たることを認めなから其主権の存在は国によりて異ると云ふか如きは矛盾したる説と云はざるを得ざるなり

弁護する者あり曰く主権の所在か国により異ると云ひ而して国家は主権の主体なりと云ふは猶ほ人体に於て眼は光を有すと云ふも人体か光を有すと云ふことを妨げざるか如し例へは君主国に於て君主か主権を有すと云ふことの妨げとならざるなりと夫れ然り豈夫れ然らんや論者の云ふ如く若し君主にして人体の眼の如く国家の眼として国家の機関として主権を有するものならんには己に君主たるの独立の存在を失ふこととなるにあらずや論して茲に至らば此説も亦採るに足らざるなり

其他尚ほ種種の説ありと雖も殆ど反駁の値なし要するに現時の学界に於て本問の説を主張する学説は予の賛同する能はざる所なり予は法理上国家は主権の主体なることを疑はず又已に主権の主体なりせば法律上に於ては何れの国何れの国家と雖も皆同一にして所謂国体論（主権の存在によりて国家を區別する）な

るものを認めず又素より国家發達の歴史により主権の所在を異にすと云ふ説を否定せざるを得ざるなり

積極説

大井俊嶺

先づ本問に對する立論の順序として次の三点を明かにするの必要を認む即ち(一)国家と主権との關係是れなり凡そ国家あれば主権必ず存在し主権の存在せざる国家は之を想像すること能はざるなり主権は国家の成立要素なり(二)主権とは何そや主権とは最高権力の義なり更に之を詳言すれば主権とは自己を拘束する命令を發すへき他の権力を自己の上に載かず而して一方には他人の人格に對して支配し得る地位を有するものの性質を言ひ表はすものなり次に(三)国家とは如何國家の觀念に付ては學者の説を為すもの多く爰に之を縷述するの必要なにしもあらずと雖も一は以て時の許さざると一は其煩累は寧ろ徒勞に属するの感あるを以て敢て之を述べず然りと雖も國家觀念の如何により主権の存在を異にする所謂本問題解決の前提となるへき必要的關係を有するものたるを信するを以て今其最も普通に主唱せらるる学説の二三を摘挙して國家觀念の如何に付き聊か論評を試みると欲するものなり

第一國家客體説 國家は一定の土地の上に於ける人類か高き意

思即ち統治者の意思の下に團結したるものなりと説明するものなり若し夫れ國家を斯くの如く解するときは是れ即ち領土及び人民のみを以て國家なりと解したるものなり故に其誤謬たるを免れず何となれば既に國家なりとせば主権の存在を要す主権の存在せざる國家は是れ國家にあらざるな

り我憲法第一条に帝国なる文字を用ひたるは所謂領土人民の両者を指すの意に於て何等の不都合なきなり

第二国民即國家説 國民は國家成立の要素なり古代より今に至るまで國民が主權を有するものなりと觀念せる國家にありては國家は是れ國民なり國民即ち國家なりと解したるは怪しむに足らず今代に至りても國民憲法制定權の理論よりして國民が國權の主体なり従て國家なりとの觀念を現実にせる例少なからざるなり米國各州の憲法は其冒頭に於て「吾人民は此憲法を制定す」てふ文字を掲げ又合衆國憲法中に於ても此等の文字を見るか如きは是れなり而しなから此説も又正当にあらず何となれば國民を以て國家の一要素なりと解するものなり故に此の構成要素の一を補へ以て直ちに全体たる國家の觀念と混する如きは誤解の甚だしきものと云ふへし

第三君主即國家説 國家は統治の主体なり君主國に於ける統治の主体及淵源は君主なり故に君主と國家とは統治の主体たる點に於て同一なりと説明するものにして此説も又其當を得たるものにあらず何となれば今若し國家を以て統治の主体なりとせば君主は機関たるに過ぎざるへし之れに反し君主を以て國權の主体なりとせば國家は統治の主体にあらずるなり國家と君主と二個の統治主体が同時に存在すると爲すは矛盾の説たるを免れざるなり

第四國家人格説 此説は國家を以て統治者の人格より離れたる獨立の人格を有するものなりとする觀念なり是れ近世に於

て多數學者の認むる所にして又最も有力なる學說たるなり此説を主張するものは國家を人格と解すると同時に國家を以て統治權の主体なりと説明するものなり故に國家法人説と國家人格説とは其名稱を異にするも其實質に於ては二者同一なるものなり故に其一を掲げて他に及ばざる所以なり抑も國家人格説なるものは單純なる觀念に過ぎず權利の主体は學者の觀念によりて成立するものにあらずるなり又國家を統治權の主体なりと爲したる以上は國家の構成要素たる統治者は如何なる權限に因りて國家の權力を継受するものなるか何れの國法を見るも國家より統治權を継受するの形式あるなし又國法は統治者の意思表示なり故に法を以て或る一體をして統治權の一部を行使する機能を有せしむること即ち換言すれば公法人格を認むることは有り得へしとするも統治者は自己の一方意思たる法律を以て既に國家に屬する統治權を自己に帰せしむることは法理上不能の理と云はざるへからず若し統治者が根本的に法典を以て國と稱する一體を統治の主体となし自ら其機関として其權力を行使するものと仮定せば國家は統治主体となり治者は國家の機関となり了るものなりと解すへきか如きも此場合に於ては國家の權能は治者か付与したる結果に出てたるものにして治者の意思に因らざる國家の人格を認めざるを以て何時なりとも其意思を翻へして國家の人格を否認するを得へし故に此場合には形式上國家の名義に於て統治權を行使せらるるに過ぎずして實質上に於て統治者たる自然人は尚ほ統

治権の主体たるを失はざるなり又吾人の観念は吾人の存在を前提するものなり吾人の存在を単純なる観念により創造するものにあらざるなり国家の永久存在も亦然り吾人は実在的に国家が存続するは目撃する所なり此永久存在が単純なる観念によりて始めて生ずるものにあらざるなり事実的に国家が存続するか故に吾人が国家の永久生活を観念するものなり夫れ既に斯くの如くんは吾人は未だ単純なる観念を以て一個の人格を創造し得るものを解するものにあらざるなり唯た国家を以て一の統治の状態なりとし一定の領土の上に於て統治関係を有する国体なりと為すを以て足れりとする所以なり要するに統治の主体は国家内に於て固有権として主権を行ふ主権者其者なり假令法律上国家に主権存在すとの規定ありとするも此場合に於ては其主権が国民にあることを意味するか然らざればは主権者の行為が国家の名義にて為さると云ふ所謂形式たるに過ぎずして国家を応じて統治権の主体となし主権者となすにあらざるなり而しなから統治者が法を以て国家なる一個の私権主体を認めたる場合に於ては統治の主体にあらずして而かも人格なりと解するを妨げざるなり人格とは権利能力の義なればなり

権利の主体たるを得ざればはなり国民即ち国家なり国家の永久存続は主権の存在を要し而して国民は主権者なり国家の変遷発達には国民の変遷発達たるに外ならざるなり故に主権の所在は常に国民にありと論結するを得へし君主即ち国家なりとの観念に於けるも亦同一の理論に基き主権の所在は君主なりと言はざるべからず若し又国家人格説を主張せんと欲せば主権の所在は国家に在りと言はざるべからず国家は人格者なり歴史の変遷により国家は如何に発達するものと為すも国家は常に国家として其存在を失はず故に主権の所在は国家なりとせば其国家も亦主権所在の国家なり従て国家の発達に主権の所在に影響を及すべきものにあらざると論ずるを妨げざるなり夫れ斯くの如く一応理あるか如くなるを以て消極論者の採つて以て其論拠となす亦故なきにあらざるなり

然りと雖も予は既に業に国家の観念に付て以上の諸説を論難排斥したる所なるを以て之れか前提せる結論の正当ならざるは復た多言を要せざるなり夫れ国家の状態は社会組織の変遷するに従ひ国家又は国法なる観念も自ら変化を来たすは理の当然なり又国家は必ず組織を存し国家の組織は即ち国体なり国体の異同は主権の何れに存在するやによりて分かるものなり主権の所在は各国歴史の決する問題にして国体は歴史の結果なり従て各国同一の態様を有するものにあらず故に一般普通の国体と云ふことなし又予め学者が国体の種類を列記し尽すこと能はざるなり過去及将来に於て主権の所在は歴史の結果として變動あり得べきものなり故に国体を論ずる者は一般且抽象的に国体を分類

し列挙し得ざるは勿論なり

国体は国家の組織によりて定まる故に国体の異なるは国家組織の相同しからざるに基因す従て国家は国体の一般且抽象的に分類し能はざると同時に国家を一定不変の一体と観念するは又正当の見解に非ざるを知るへし素より歴史の實際に於ては主権の所在判然せざる場合少なからず是君主の性質上止むを得ざる所に属す主権は社会的勢力なり其存在は国民の確信にあり其権力に服従する所を以て之れか所在となすの外又他あらざるなり主権は国家の要素なり主権の所在不明なるは是れ国家組織の薄弱なる時なり社会の秩序混乱し国の生存危きときは即ち主権の所在不明なるか故なり従て君主を以て主権者となすことあり国民の集合を以て主権者となすことあり又一人若くは数人たるを問はず之れか主権者なりと云ふ形式に於て表はれたるときは其者を以て主権者なりとなし形式的具体的に之を表彰するは社会変遷上必要の事項に属し是れ又一般歴史の立証する所なり之を要するに国家国体の議論は其一国に対する観念を以て一般に及ぼさんと欲するか如きは皮想の見たるに過ぎずして其正鵠を得たるものにあらざるや明かなり国各各其特徴あり所謂国民的観念を異にするか故に千編一律の下に国家を観念し主権の所在を定むるか如きは遠く企て及はざる所にして斯くの如きは各国の特別問題なりと信するものなり故に単純なる観念説を排斥し寧ろ実在的狀態説を採用するものにして積極的に本問を論定する所以なり