

512
231



0012271-000

512-231ハ

最新法学通論

天野徳也・著

巖松堂書店

訂補13版
昭和10

ACB





中央大學
教授

天野德也著
〔改訂增補版〕

法
學
通
論

東京 巖松堂書店發兌



5/2-23/11

訂正第十三版に序す

今次多忙なる著者、幸に小閑を得て、本書に對し、相當に訂正修補を加へたり。版を重ねること茲に十有三。是れ一に學界先覺の後援と幾多新進の支持とに頼るもの、深甚の謝意を表せざる能はず。本著事洵に微なりと雖も、關する所は法學の全局に迫り、其の任務たる決して少小にあらざるなり。著者たるもの、而今以往益、精勵一番、斯の任務を完うし、世の期待に背かざることに努めざるべからず。庶幾くは大方の諸君子、示教を愛むなからんことを。

中央大學法學部研究室に於て

著者識

昭和十年四月一日

改訂増補第十一版に序す

學海は常に進展して暫くも凝滞せず。是れ吾人の瞬時も懈るべからざる所以なり。著者近年病魔の窺ふ所と爲り、四年の内二回死生の境に出入し研鑽に没頭すること能はざりしは洵に恨事と爲す。然るに今や幸にして健康舊に復し、本書の改訂増補に従事することを得たり。平生學生に授くる所を採録して改訂を施す。國家論の部に於て其著しきを見る。更に第十一節を設けて法の發達と題し法の不變性、法の可變性、法の理想及法の變遷する動向等を増補す。固より未だ以て完璧を期すべからず。唯先覺畏友の叱正を仰ぎて、向後益進境を开拓せんことを期す。希くは大方の垂教を愛むなからんことを。

昭和八年三月

中央大學研究室に於て

著者誌

改訂第五版序

學術は日進月歩なり。著者本書の改訂を期すること久し。而も塵事多端能く其志を遂ぐるに由なし。今や第五版を刊するに當り寸暇を得て繁を省き且少々訂正を加ふることを得たり。是れ洵に自ら幸とする所。著者は今後更に大に努力して世の新運に伴はんことを希ひつゝあり。請ふ大方の先進示教を愛むなからんことを。一言以て序と爲す。

昭和三年四月

著 者 識

例言

本書題して『最新法學通論』と言ふ、蓋し其講述の仕組に於て自ら考案する所ありたればなり。惟ふに讀者は此仕組の下に萬般の法律制度の本末、幹枝、形式内容の大體を知悉して、法學及法制の果して何ものたるかに付き整然たる知識を得べしと信ず。

唯本書は高等普通教育の目的竝に法學専攻に志す者の豫備教育の目的の爲めに適切ならんことを期したり。

本書は斯る趣意に成るを以て從來世に行はるる法學通論の著作に比し或は過ぎ或は及ばざる所あるは固より其所なり。而も前記目的の爲めには略、其體を得たるに庶幾からんか。希くば讀者の本書成立の趣意を看過するなからんことを。若し夫れ法學に志す者先づ以て本書を讀破せば、必ずや大なる困難なくして各部門の専門的研究に従事することを得るに至らん。是れ實は著者が多年學生に試みて得たる所信なり。

而して本書が法制の梗概と法學の大要とを解説する傍ら聊か國家思想の涵養に意を注ぎたるは本書が前記の如く法制専攻者の豫備教育以外に、所謂稍、高き常識を有する紳士を作るべき高等普

通教育の参考書たらんことを期したればなり。

本書は恐らく高等學校、大學豫科、專門學校等に於ける教科書又は参考書として又中等學校に於ける教師用参考書として適當ならんか。

加之最近陪審法公布せられ、久しからずして其實施を見るに至らんとす。從て我國民は立法及行政のみならず、更に司法にも參與することとなるなり。此時に當り比較的高等なる法學の知識を國民の知識階級に普及せしむると同時に國家思想の涵養に努むるは刻下の急務ならずや。而して本書が此急務に應ずるに足るものなることは著者の窃に自認する所とす。

而も法學は廣し、法理は深し矣。著書本書を成すに當り、轉た望洋の嘆なき能はず。或は瑕疵あらん、或は缺陷あらん、希くば大方の先達幸に指教を吝むなからんことを。

大正十二年十二月

巴里大學圖書館に於て

著者誌す

最新法學通論 目次

緒言.....一

第一編 序論.....七

第一章 法則の概念と法律.....七

廣義の法と其分類——法律即ち狹義の法——自然的法則と規範的法則の別たるる所以

第二章 法律及法律現象の例示.....一四

法律——法律現象

第三章 疑問の必要と學問の發達.....一九

第四章 學問の意義及分類と法律學の地位.....二三

學問の意義——學問の分類——法律學の學問上に於ける地位

第五章 法律學.....二八

目次

一

第一節	法律學の定義	二八
	法律學又は法學——法術	
第二節	法律學の分科	三〇
	法律科學——法律哲學	
第三節	法律學の發達	三六
	上世の法學——中世の法學——近世の法學	
第四節	法律學の學派	四二
	比較法學派——沿革法學派——分析法學派——社會法學派——自然法學派——哲理法學派	
	——人性法學派——宗教法學派——各學派の關係	
第五節	法律學の研究方法	五三
第六節	法律學の補助學科	五七
	人類學——心理學——倫理學——社會學——國家學、政治學及政治史——經濟學——醫學	
	——哲學及宗教學	
第二編	本論	六三
第一章	國家	六三
第一節	國家の性質	六三

第二節	國家の組織	七七
	社會現象としての國家——法律現象としての國家國——家存在の理由	
	人類の團體たること——一定の領土に占據するものたること——唯一の主權を保有するものたること	
第三節	國家の種類	八八
	君主國、共和國、混合國——單一國、複合國——專制國、立憲國——宗主國、附庸國——保護國、被保護國——永世中立國、普通國	
第四節	國家の活動	九六
	實質的分類——形式的分類	
第五節	國家の生滅	一〇〇
第二章	法	一〇二
第一節	法の性質	一〇二
第一款	法の觀念	一〇三
	吾人の行爲の法則たること——吾人の國家的社會生活に必要若くは有用なる法則たること——國家が法と認めて之を維持する所の法則たること	

第二款 法の學說……………一二

神意說—正義說—人性說—道德說—自然法說—秩序關係說—自由規律說—
民約說—總意說—命令說—強行規則說—共同生活要件說—行爲說—國家制定
承認說

第三款 法の特質……………一三四

法と道德との別—法と宗教との別—法と禮儀との別—法と技術との別—法と慣習
との別

。第二節 法の淵源……………一三七

意義—種類—道德、宗教、禮儀、技術—慣習—條理—學說—判例—條約—
外國法—不文法

第三節 法の系統……………一四七

印度法系—猶太法系—回々法系—支那法系—希臘、拉丁法系—日耳曼法系—
英法系

第四節 法の類別……………一五七

成文法及不文法—國際法及國內法—固有法及繼受法—普通及特別法—強行法及任
意法—實體法及手續法—公法及私法

第五節 法の内容……………一八二

第一款 概論……………一八二

第二款 權利……………一八六

第一項 權利の本質……………一八六

學說—本分說—自由說—能力說—意思說—持分說—利益說—折衷說—定
義—權利と混同し易き觀念

第二項 權利の類別……………一九七

公權及私權—對世權及對人權—原權及救濟權—主たる權利及從たる權利—一身に
專屬する權利及移轉性ある權利

第三款 義務……………二〇八

第一項 義務の本質……………二〇八

定義—權利義務の對立關係—責任と義務

第二項 義務の類別……………二二四

公義務及私義務—消極義務及積極義務—本體義務及派生義務—主たる義務及從たる
義務—一身に專屬する義務及移轉性ある義務

第四款 權利義務の主體及内容(目的)……………二二七

第一項 權利義務の主體……………二二八

自然人—法人

第二項 權利義務の内容(目的)……………二三〇

目次

或人格者に一定の利益を享受せしむる法律上の力
—— 公権の客體 —— 私権の客體

第五款 權利義務の得喪及變更…………… 二三七

權義の得喪變更の意義 —— 權義の得喪變更の原因 —— 權義の得喪變更に關する證據

第六節 法の體系…………… 二四六

第一款 公法の體系…………… 二四七

第一項 憲法…………… 二四七

憲法の意義 —— 憲法の規定する事項

第二項 行政法…………… 二五三

行政法の意義 —— 行政法の規定する事項

第三項 刑法…………… 二六一

刑法の意義 —— 刑法の規定する事項

第四項 國際公法…………… 二六六

國際法の意義 —— 國際法の規定する事項

第五項 手續法…………… 二七二

裁判所 —— 民事訴訟法 —— 刑事訴訟法 —— 破産法 —— 行政裁判の手續法 —— 其他の手續法

第二款 私法の體系…………… 二八四

第一項 民法…………… 二八四

民法の意義 —— 民法の規定する事項

第二項 商法…………… 二九五

商法の意義 —— 商法の規定する事項

第三項 國際私法…………… 三〇〇

國私法の意義 —— 國際私法の概要

第三款 結論…………… 三〇三

第七節 法の生滅…………… 三〇三

法の成立 —— 不文法の成立 —— 成文法の成立 —— 法の改廢 —— 不文法の改廢 —— 成文法の改廢

第八節 法の效力…………… 三一六

人に關する效力 —— 所に關する效力 —— 時に關する效力

第九節 法の運用…………… 三二四

第一款 法の行用…………… 三二五

法の執行 —— 法の適用

9 第二款 法の解釋……………三二七
解釋の種類—解釋の標準—解釋の效力

第三款 法の鑑識……………三三三

第四款 法の補充……………三三四

第五款 法の運用に關する根本方針……………三三五

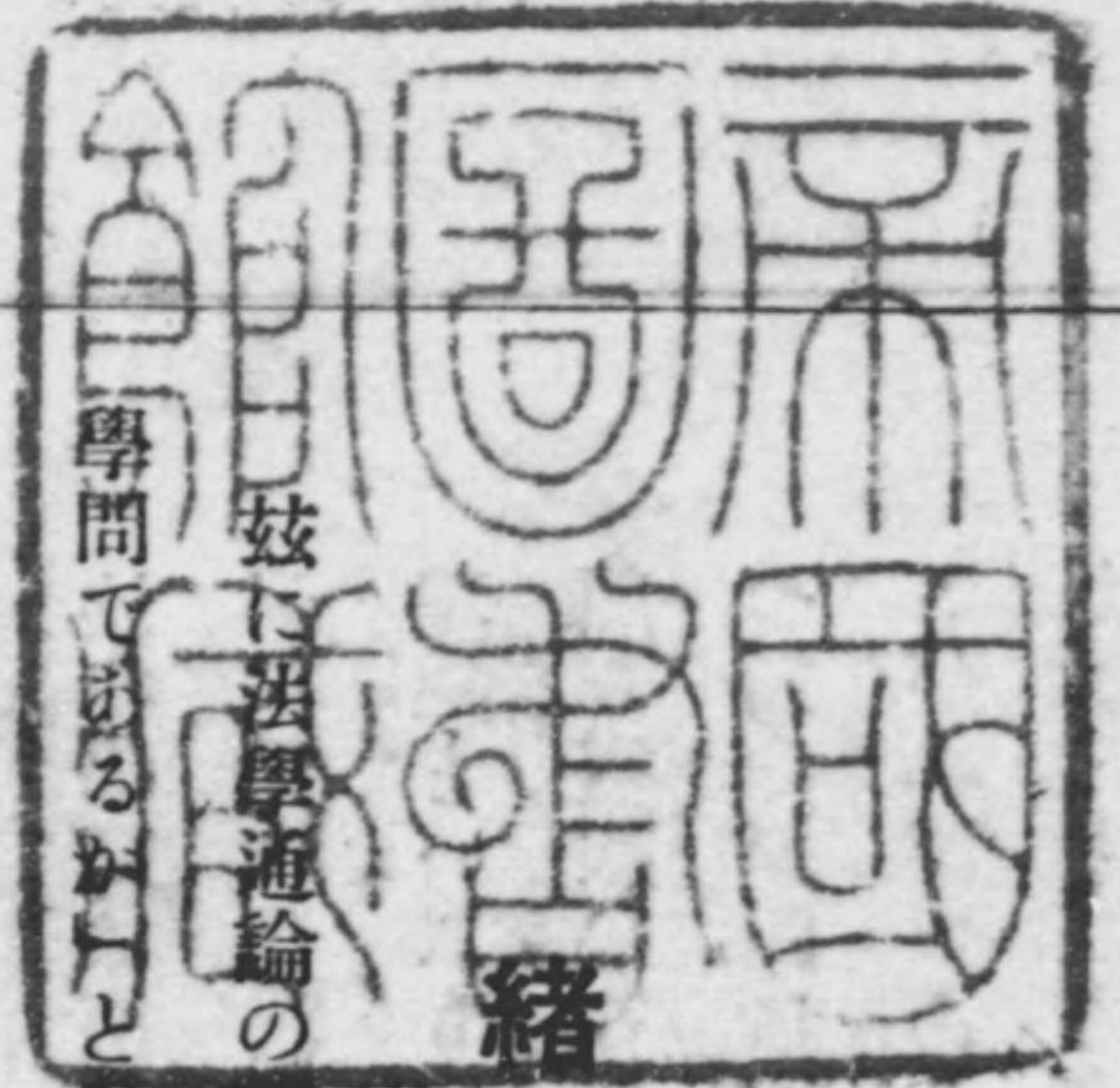
第十節 法の維持……………三四〇
法の宣言—法の強行

第十一節 法の發達……………三四五
總說—法の不變性—法の可變性—法の理想—法の變遷する動向

—(終)—

新法學通論

天野德也著



言

茲に法學通論の研究に入るに當りて先づ吾々の腦裡に浮び來る疑問は「法學通論とは如何なる學問であるか」と云ふことである。次に「法學通論は何の爲めに之を研究するのであるか」と云ふ疑問が起り、又「之を研究することは吾々に如何なる利益を齎すものであるか、其必要如何」と云ふ疑問も起る。而して此三つの疑問は法學通論に對する大切なる疑問であるから、左に之を簡單に解説しやう。

第一 法學通論の意義

緒言

法學通論 (Einführung in die Rechtswissenschaft; Rechts Enzyklopädie; introduction to law; first principle of law) は法律學研究の階梯たり入門たるべきものであつて、法律學の各分科の大要と之に共通なる知識とを系統的に授くる學科である。

(一) 法學通論は法學研究の階梯たり入門たるべき學科である。

法律學又は簡單に法學と云ふものは何であるかに付ては、後に詳しく之を述ぶる心算であるが、兎に角法學は既に希臘羅馬以來の歴史もあり、又社會の進歩に伴つて益々發達すべき法律現象といふものを、或は沿革的に、或は比較的、或は組織的に、或は哲學的に研究するもので頗る複雑なる學科であり、従つて法律學には種々なる分科がある。而も之を研究するには先づ斯の學問に關する大體のことを理解し、法律現象の全體を貫いて居る原則の要領を知ることが必要であることは多言を要せざる所である。此必要に應ずるのが即ち法學通論であつて法學研究の階梯たり入門たるものである。惟ふに普通教育を終りたる人々に對しても、其一般的知識と専門的特種的なる法律の知識との間には大なる間隔があつて、法律上の事に付ては一般的知識を以て推し測られざるものが多々あるのであるから、茲に一つの水先案内又は羅針盤を必要とする。此水先案内又は羅針盤の指示する所に従つて法律の學海を涉るときは

其進路を誤ることなく成功の彼岸に安著することを得るであらう。而して斯る水先案内又は羅針盤の何たるやを知ることが法律學專攻の豫備的素養に外ならぬ。法學通論は即ち斯る豫備的素養を與ふることを限度として、法學の梗概を説明する學科である。斯くして法學通論は法學研究の階梯となり入門となるのである。

(二) 法學通論は法律學の各分科の大要と之に共通なる知識とを系統的に授くる學問である。法學通論は法學研究の入門たり階梯たるものであるが、法律現象に關する雜然たる統一なき粗雜なる知識を謂ふのではない。法學通論も亦一の學問であるから知識相互の間に一定の組織體系を具へて、聯絡あり秩序ある知識即ち系統的知識を授くるものである。而も其系統的知識は法律學の一分科例へば憲法とか民法とか商法とか云ふものの大要を紹介するのみではなく、憲法、民法、商法其他一切の各分科に共通する知識をも授くる所の學科である。以上述べたる如くであるから、法學通論は法律學に於ける各分科の單なる縮圖たるに過ぎざるものではないことを知らねばならぬ。是れ法制大意と稱せらるるものと異なる所以である。

第二 法學通論研究の目的並に必要

法學通論は法律學上の各分科の大意と、これに共通する知識とを系統的に與ふるものであつて

法學研究の階梯たり入門たるべきである。一言以て之を蔽へば法學通論研究の目的は法律學に關する系統的概念を得るに在るものと云はねばならぬ。果して然らば、法律を攻究する者の豫備教育として法學通論を研究する必要あることは言を俟たぬ所である。凡そ何の學問であつても之を研究せんとする者は、先づ其全體に通ずる理論の梗概を知りて而る後各部分の細目に涉ることを要する。法學を研究するにも亦然り。法學通論を修めずして直ちに民法、刑法、憲法等の各分科に關する知識を得んとするときは、其知識は其各分科のみに偏局して完全の用を爲すの力に乏しいのみならず、其知識すらも十分に之を得ることが困難である。蓋し其一部と全部との關係が解らぬからである。故に法學通論を究めずして法學の各分科を修むるのは、恰も地圖を携へずして未知の地に遊ぶが如く、東西南北を辨せず五里霧中に彷徨する許りであらう。又法學通論は法律學の系統的概念を與ふるものであるから、法律研究者の豫備教育として必要なる許りでなく、國民教育の一部として之を課することが極めて大切である。畏くも明治天皇の教育勅語に「常ニ國憲ヲ重シ國法ニ遵ヒ」と仰せられてあるが、所謂國憲の何たるや國法の何たるやは、之を法學の研究に待たねば精確なることを得ぬ、併し國民多數の者に法律學全科を學ばしむることは不可能の事である。唯其要求を大體に於て充たし得るものは法學通論の研究

に外ならぬ。蓋し吾人の生活は生命、身體、財産より名譽、自由等は固より、有形無形の生活資料多くは法律と關係を有せざるものはない。此大切な法律の概畧を知り之を重んじ之に遵ふといふことは、國民として一日も怠るべからざる所である。従つて法學通論の研究は國民教育としても亦大切のものであることが解るであらう。

右の如く法學通論は法律學研究の豫備教育として又一般國民教育として必要であるけれども、其之を研究する目的が前者に在るか後者に在るかに従つて、其解説の方法竝に程度を異にせねばならぬ。而して本書は主として法律學研究の豫備教育として之を講述しやうと思ふ。されば一般國民教育の目的の爲めにするよりは稍、詳細に稍、高き程度に於て之を論述せねばならぬことは當然である。

第三 法學通論講述の順序及方針

(一) ところで余は爰に如何なる順序に依り法學通論を講述するかを一言して置きたい。本書は先づ全部を二編に別ち、第一編を序論とし、第二編を本論とするのである。

第一編は(一)法則の概念と法律、(二)法律及法律現象の例示、(三)疑問の必要と學問の發生、(四)學問の意義及分類と法律學の地位、(五)法律學の五章に別ち、最後の(五)は(イ)法律學

の定義、(ロ)法律學の分科、(ハ)法律學の發達、(ニ)法律學の學派、(ホ)法律學の研究方法、(ヘ)法律學の補助學科の六節に分つて説述する。

第二編は(一)國家と(二)法との二章に別ち、(一)は更に(イ)國家の性質、(ロ)國家の組織、(ハ)國家の分類、(ニ)國家の活動、(ホ)國家の生滅の五節とし、(二)は之を(イ)法の性質、(ロ)法の淵源、(ハ)法の系統、(ニ)法の分類、(ホ)法の内容、(ヘ)法の體系、(ト)法の生滅、(チ)法の效力、(リ)法の運用、(ヌ)法の維持、(ル)法の發達の十一節として説述する。

(二) 次に講述の方針如何といふに、余は法學の初學者に豫備的知識を與ふると同時に高等普通教育の參考資料たるべきことを期する點を省みて、成るべく努めて穩當なる通説に據つて之を説明することとし、自己の憶説は能ふ限り之を主張することを避くる方針である。而も斯くすることが實に法學通論の眞の面目であらうと信ずる。

第一編 序 論

法若くは法律とは何ぞや。是れ實に法律學に於ける最初の問題であつて、同時に最後の問題である。此問題に對する詳しき解答は第二編本論に於て之を明かにするのであるが、茲に先づ其大體の觀念を與へねばならぬ。此目的の爲めに余は(一)法則の概念と法律、(二)法律の例示なる二章に分つて之を説明しやう。

次に學若くは學問とは何ぞやと云ふことを明かにする爲め、第三章を疑問の必要と學問の發生とし、又學問の意義及分類と法律學の地位を第四章とし、第五章に至つて法學若くは法律學とは何ぞやと云ふことを審かにする心算である。

第一章 法則の概念と法律

第一 廣義の法と其分類

廣く法と云ひ法則と云ふときは、常に法律學に於て謂ふ所の法若くは法律と云ふものに止まらず、一定の原因あれば必ず常に一定の結果を生ずる場合に、茲に法が存在すると云ふのである。

即ち現象の一致反復 (Uniformity of phenomena)、換言すれば必然的因果を廣く法と稱するのである。此意義に於ては物理化學の法則、天文地文の法則、動植礦物の法則より人間社會の倫理、宗教、道德、法律等の一切の法則を包括することと爲るのである。

惟ふに「苟くも物あれば則あり」であつて、宇宙は其存在と同時に法を伴ふもので、法と萬有の存在とは全く時を同うするものである。さればこそ之を大にしては日月星辰の運行、春夏秋冬の去來より、小にしては禽獸蟲魚の生滅、金石草木の變化に至るまで、皆一定の法則に依つて支配されぬと云ふことはない。人類の肉體並に精神の組織及活動も亦一定の法則に依つて以て律せらるるのである。

以上は最廣義に於ける法の意義であるが、此意義に於ける法則は之を二種に大別することを得る。曰く自然的法則、曰く規範的法則即ち是である。

(一) 自然的法則 (Naturgesetz; Natural law) 是は單に事實と一致せる法則を謂ふに過ぎない、即ち或事實の由て來る所を説明するに止まるものである。故に之を一名説明的法則とも謂ふ。物理化學其他物質上の原理原則は皆之に屬する。自然的法則は或原因あれば或結果が必然的に生ぜねばならぬことを謂ふもので、學者或は之を *Must* 又は *Müssen* の法則と稱

する。例ば吾人が石を執つて之を投すれば即ち地上に落下する。是れ重力の法則あつて行はれるからである。斯る法則に付ては例外の認めらるべきもの更になく、又吾人は此法則に對して決して善惡の評價を爲すことがない。是れ實に法則の特徴とも云ふべきものである。

(二) 規範的法則 (Norngebendes Gesetz; Normative law) 是れ吾人人類の意思、感情等が合理的の目的を實現する爲めには之に従はねばならぬ所の法則を謂ふので、唯目的實現の爲めの辨別の標準たる性質を有するものである。自然的法則の如く必ずしも事實とは一致しない。例へば「他人の生命財産は之を尊重すべし」と云ふが如き是である。學者は之を當爲 (ought; Sollen) の法則と呼ぶ。蓋し規範的法則は此原因あれば彼の結果を生すべき筈のものであると云ふ標準であるからである。「人を殺したる者は死刑に處す」と云ひ、「物を購へば代價を支拂ふべし」と云ひ、「知人相逢ふときは互に敬禮を爲せ」と云ひ、又「人は互に仁愛の精神を以て交際すべし」と云ふ、皆是れ規範的法則に外ならぬ。規範的法則の何々すべき筈であると云ふ當爲的要請は絶対的のもので、例外を認むべきでない。従つて之を法則と爲すことを妨げぬ。併し人間が必ずしも皆此法則通りに爲つて居らないことは、日常吾人の目撃する所である。

即ち規範的法則の當爲的要請に對する事實的適合は、必ずしも常に一致するものでない。兩者の間には不一致もあり得るのである。斯る不一致が實際あり得るからこそ、當爲的要請は却つて其存在の必要を有するものと解せられるのである。若し世の中に盜人が絶対にないならば「人の物を取るべからず」といふ規範的法則を認めて置く必要はないではないか。併し盜人の種は盡きじといふ間は、此規範的法則を維持せねばならぬのである。而して規範的法則に屬するものは多々あつて、倫理、宗教、道徳、風俗、習慣等の法則の外、吾々が是れより研究せんとする所謂法律も亦此規範的法則の一種に外ならぬ。

第二 法律即ち狹義の法

然らば所謂法律若くは狹義の法と云ふものは如何なるものであるかと云へば、吾人が國家的社會生活を爲すに必要な有用なる吾人の行爲の規則であつて、國家が之を法と認め且之を維持して行く所のものである。例へば「大日本帝國は萬世一系の天皇を統治す」と云ひ、或は「日本臣民は法律の定むる所に従ひ兵糧及納税の義務を有す」と云ひ、「人の身體を傷害したる者は十年以下の懲役又は五百圓以下の罰金若くは科料に處す」と云ひ、「人を欺罔して財物を騙取したる者は十年以下の懲役に處す」と云ふが如き、又或は「賣買は當事者の一方が或財産權を

相手方に移轉することを約し相手方が之に其代金を支拂ふことを約するに因りて其效力を生ず」と云ひ、「配偶者ある者は重ねて婚姻を爲すことを得ず」と云ひ、「會社は損害を填補したる後に非ざれば利益の配當を爲すことを得ず」と云ひ、「手形に署名したる者は其手形の文言に従ひて責任を負ふ」と云ふが如き皆是である。

惟ふに法律は右述ぶるが如く吾人が國家的社會生活を爲すに必要又は有用なる吾人の行爲の法則であるから目的實現の爲めの辨別の標準、則ち規範的法則たる性質を有するもので決して自然的法則ではない。

第三 自然的法則と規範的法則の別たるる所以

廣き意義の法が自然的法則と規範的法則とに別たるる所以のものは何であるか、是れ實は大なる問題である。元來人間其ものは自然界の一生物であるから、其ものの身體、精神、構造並に活動の法則は、亦是れ自然法則の一であらねばならぬ。乍併人間は現在の萬有進化の程度に於ては、吾人より之を見れば最高の發達を遂げたるものであつて、人間以外のものと大に其趣を異にして居るのである。而して其異なる所以は人間には意思の自由と云ふものが存在して居ることとで、人間は實に此自由の意思で目的を定め、其目的を達する方法を考究し、其最も良き方法

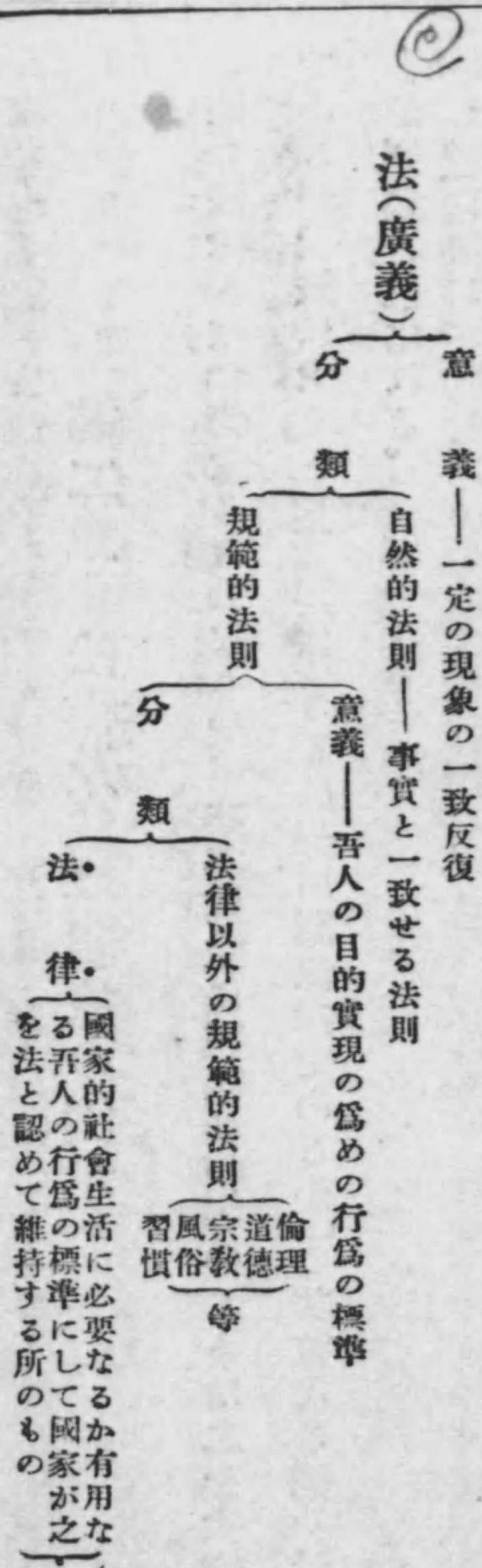
を選んで之を實行しやうとする。是に於て乎人間は他の物が單に自然的法則に依つて外部から支配されて居るのと異なり、或程度に於て人間に適したる、人間の爲めの法則を自ら建設して居る。是れ即ち吾人人類に特有なる規範的法則なるものが存在する所以で、規範的法則は即ち人爲の法則に外ならぬのである。

〔註〕 尤も此點は人間の意思は元來自由のものであるか必至のものであるかと云ふことが前提と爲るので、古來倫理學者及法律學者に依つて大に論ぜられたる所で、意思自由論、意思必至論なるものが即ち是である。而して意思が自由であると云ふのは、其活動が自己決定的に、自ら立てた目的を遂行して居ると云ふことであり、必然的であると云ふのは、活動の主體に意思の自由なく、自然の因果關係に拘束せられて、必然的に活動するに外ならぬと云ふのである。

さて此「人類の意思は自由なりや否や」と云ふことは、倫理學上、將た法律學上重大なる問題の一つであつて、其根本に於ては、哲學上の問題に接觸して居る。蓋し哲學上の問題として「宇宙の本體(眞在)は何であるか」と云ふ大問題があるのである。之に對する解答が二つある。曰くそれは物質であると云ふものと、それは心即ち精神であると云ふものが即ち是である。其前者は唯物論と云ひ、後者は唯心論と云ふ。而して唯物論者は意思必至論を唱ふるのである。曰く「萬有は物である、之が種々なる運動を爲して結合離散し以て宇宙の凡ゆる現象を惹起するものである、而して其之を支配する法則は即ち自然の法あるのみ、又人類の精神作用豈に能く之が例外たるを得んや」と。斯くて此論者は、意思の作用を物質の運動と同一理論を以て論じ去らうとする。然るに唯心論者は曰く「宇宙萬物の根元は心である、心が即ち唯一の眞在にして、心が元で萬物が生じて来る、而して心と云ふものは自ら己れの求むべき目的を定め自から之を實現せんと決定する作用を爲すものである、斯る心の働きが原因となつて種々の活動が起る、意思の作用も亦然り、心の自己決定に基くので之を必然の結果である」と見るべきでない、創作的企畫的活動である、有目的と云ふことが心的作用の特徴であり、斯の如き心が元になつて萬有が生じ来るのである、意思活動は決して必然の結果ではない、單に機械的に因果の必然的法則に依つ

て支配されて居るのではなく、自由に自己の目的を定めて其自から定めた目的を自から實現する力を有して居る、此意味に於て意思は自由である」と。余は後説を採る。但唯心論と云ふも絕對的唯心論(神本主義)に非ずして人格的唯心論(人本主義)を可とすべく、此人格的唯心論を外觀法に依らず内觀法に依つて論證すれば、吾人の心には(一)自己意識、(二)自己活動、(三)自己發展と云ふ三つの特色あることが明かになる。従つて意思の自由を認めねばならぬ。併し無原因の意思自由論は採ることを得ない、有原因の意思自由論を正しきものと思ふ。而も其原因と云ふ意味は起動原因でなく目的原因の義である。要之、吾人の意思活動は、(一)先づ初めに缺乏を感じ、(二)其苦痛を覺り、(三)其缺乏を満足すべき目的物の觀念を懷き、(四)其目的を實現した時の快樂を想像して、(五)爰に欲求が起り、(六)其多くの欲求を比較選擇して其中の一を執つて、(七)動機を定め、(八)次に之を實行すると云ふ次第で、意思活動なるものは、活動者が自分自ら目的を定めて其目的を實行するのであり、即ち自己決定である。固より目的の觀念が活動を惹起するのであるが、其目的——一層より善き自我——を定めるのは、即ち自我であり、之を實行するのも自我である。意思活動は即ち此意味に於て之を自由であると云ふのであり、同時に茲に吾人の行爲に道德的責任を存することと爲る。而して法律上の責任も亦全く然るのである。

以上本章の説明を簡單に圖解すれば左の如し。



第二章 法律及法律現象の例示

抑も法律とは如何なるものなりや、其本質竝に種類如何等のことは之を次編に於て詳説する考であるが、茲に少くとも「如何なるものが所謂法律であるか」。其重なる例を示して概畧を知ることが便益と思はれる。

第一 法律

先づ憲法と云ふものがある。憲法とは如何なる法律であるか。是は大日本帝國の根本法であつて、國體及政體の大本を定むる所のものである。

又行政法と云ふものがある。是は國家の行政機關の組織及權限、個人に對する國家の權力の關係を規定した幾多の法律の全體を總稱する。憲法が國家統治の大綱を定めたるに對し、行政法は其細目を定めたるものと云ふことが出来る。

又刑法と云ふものがある。是は吾人が爲してはならぬ所の行爲を一定し、之に背いたときには國家が所定の刑罰を科することを規定する所の法である。

又刑事訴訟法と云ふものがある。是れ吾人が刑法の規定に背いて罪を犯した場合に、國家から

如何なる方法及手續で審理され又處分されるかと云ふことを規定した法である。

又民法と云ふものがある。是は吾等の財産、人格及身分に付き國家の權力の組織及活動に關せざる、普通の社會生活の準則を規定する法律である。

又商法と云ふものがある。是れ右に述べたる吾人の普通生活に必要な諸關係の中特に商事と名くる事柄に關する法律であつて、商行爲、會社、保險、手形、海商等の事が定められて居る。

又國際私法と云ふものがある。是は例へば甲國の國民と乙國の國民との間に行はれた一定の事柄に對して、甲國の法律を適用すべきか、乙國の法律を適用すべきかと云ふことを定むる法である。

又民事訴訟法と云ふものがある。是れ民法及商法等に規定してある事柄に付て、吾々の間に争が起つた場合に、裁判所に訴へて權利の保護を求め、其場合に於ける手續を定めて居る法である。

又破産法と云ふものがある。是は例へば吾人が大なる借財をして遂に之を辨濟することが出来なくなつた如き場合に、其者の財産を處分して多數の債主の間に公平なる分配をするときの訴訟手續を定めた法律である。

又國際法と云ふものがある。是れ一に國際公法とも云ひ、國家と國家との間の外交上の關係を定めたもので、例へば平常は如何なる規定に従つて相互に交際すべきか、又不幸にして相互の間に戦争が起つた場合には如何なる規則に従つて事を處置すべきかと云ふ如きことを定むる。以上列記したるが如き法律は吾々に如何に適用されるかと云ふに、先づ吾々は萬世一系の天皇の下に國務大臣、帝國議會、裁判所と云ふ如き國家の機關があつて統治されて居る。是れ憲法の規定に依つて然るのである。又吾々は府縣市町村と云ふが如きものがあつて其下に生活し、官吏又は公吏等が諸般の政務を執り行ひ、吾人は或は警察の處分を受け或は租税を納付する。茲に行政法の適用があるのである。又吾々が他人を毆打して傷を負はせたとする、すると刑法が適用されて十年以下の懲役又は五百圓以下の罰金若くは科料に處せられる。又甲男乙女と結婚し桃太郎が生れ甲男は其後死亡したとする、すると是等の事柄に對しては一々民法と云ふものが適用されて來る。又他人と共同して會社を起し、若くは生命保險や火災保險を掛ける。すると商法が適用される。又若し他人に金を貸して期日に返済を得なかつた。そこで裁判所に訴へる。之が裁判並に執行の手續には民事訴訟法が適用される。又茲に人殺しがあつたとする、何人が殺したかを調査し決定して之に死刑を科するには、刑事訴訟法に依つて其手續を進行

せねばならぬ。又我國は文明諸國と條約を締結し、大使、公使、領事等を是等の國々と交換し通商交通をして居る。加之外國と戦争をすることもないとは限らぬ。凡そ斯る關係を律するものは國際法と云ふものである。次に外國に於て振出された所の手形が日本に流通して來たとする、又日本人が外國人と結婚をしたとする。是等の事件には國際私法が適用される。尙ほ吾々が其經營する事業が非運に會し、多額の借金を負ふて支拂を停止する様な状態に陥れば、茲に破産法が力を現はして來る。斯の如く人が日常家庭に於ける幾多の行爲も、世間に出でてする諸般の行爲も、苟も他人と關係を生じて來る行爲は、吾人が之を意識すると否とに關はらず、其大部分は法律の支配を受けて居る。以て法律が吾人の生活と如何に密接の關係に在るかを知らざるであらう。

第二 法律現象

然り而して以上に例示したるが如き法律と關係を有する吾人の行爲は、皆之を法律現象と呼ぶのである。例へば吾人が物を買ふのも、選舉をするのも、人と殴り合ひをするのも、戦争するのも、訴訟をするのも、電車に乗るのも、會社を作るのも、均しく是れ法律現象である。又人の行爲ではないが、法律と關係を有する所の事件も吾人は之を法律現象とする。例へば人

の出生死亡の如き、家屋の焼失する如き、時の経過する如き、是等は吾人の行爲ではないけれども、其法律と關係を持つて來る以上は、是等も亦法律現象の一種とするのである。

加之法律其もの、發生、存在、變化及消滅より、其解釋、適用等に至る迄、之を法律現象と稱することを妨げぬであらう。

要之行爲又は事實にして苟も法律といふものに關係を有つならば、其直接なると間接なるとを問はず、吾人は之を一括して法律現象と稱するのである。法律學は斯る法律現象に關する原理を研究する學問に外ならぬ。

欠

MISSING

も高い。而して此時代に於ける法學の特色は、専ら羅馬の既成法典の註釋を爲すことを以て能事了れりとし、新生面を開拓することは更に無かつた。

右の學派以外に於て特筆すべきことは、此時代に宗教法即ち *karonisches Recht* 又は *Canon Law* なるものが發達したることである。宗教法と云ふのは法王の教書 (*dece etum*) と宗教協議會 (*consilium*) に於て爲されたる決議とに因つて生じた所の法規であつて、民事刑事に關する規定を包含するものを謂ふのである。決して宗教其ものに關する法と同一義ではない。此宗教法は伊太利に於て復興せられたる羅馬法と共に、後世歐洲各國の法制に著大なる影響を與へたものである。

第三 近世の法學

近世に至つてからは、彼の宗教改革の影響を受け國家及其法制は漸く宗教及寺院と分離し、且文藝が復興し個人主義的思想が發達して、法學に一大變化を與ふることと爲つたのである。而して諸科學の進歩に隨つて法學の研究も隆盛と爲り、鴻儒碩學が諸國に輩出した。而して近世法學の先驅を爲した者は實に佛國の學者である。故に先づ佛國の法學より順次叙述することとする。

(一) 佛國 佛國法學の勃興したのは第十六世紀の事である。當時羅馬法の研究の新生面を開いた者にキュジャス(Cujas)・ドノー(Doneau)・ジャック・ゴドフロア(Jacques Godfroy)等の大家あり。又デュムーラン(Lunaulin)は近世民法學の基礎を建て、ドマ(Domat)は佛國私法の統一を完成した。又其後ポチエ(Pothier)出て佛國法の統一に力を注ぎたるが公法の方面に於てはボダン(Bodin)氏が初めて主權の原理原則を説き、其後第十八世紀に至りモンテスキュー(Montesquieu)及ルソー(Rousseau)等駢び出でて、俱に佛國學界の權威と爲つたのである。

(二) 和蘭 佛國に亞で近世法學に貢獻したのは和蘭であつた。幾多の大家中グロチウス(Grotius)氏最も名あり。其著「平戰法論」(de jure belli et pacis)は不朽の名著であつて、國際法學の始祖と稱せらるる。

(三) 獨逸 獨逸の法學は現今世界に冠絶すと稱せられて居るが、法學が獨逸に稍々盛んに爲つたのは第十八世紀の末葉であつて、沿革法學派の泰斗サヴィニー(Savigny)出で、ブリント(Brinz)・ウインドシヤイド(Windscheid)・イェリング(Ihering)・ヘーゲル(Hegel)・プッフマン(Puffendorf)・ターマシウス(Thomasius)・ゲルベル(Gelber)等の大家踵を接

して輩出し、各種の方面に亘つて法學を發達させた

(四) 英國 英國の法學は後に詳述するが如く、羅馬法の系統に屬せず、別に一個の系統を成し、従つて又同國の法學も自ら獨特の沿革を備へて居る。ホッブス(Hobs)・ロック(Lock)・ブラックストーン(Blackston)・ベンザム(Bentham)・ホルラント(Holland)・オースチン(Austin)・メイン(Maine)等の大家があつて、英國法學の爲めに力を盡したのである。殊にベンザムは實利主義(Utilitarian)を首唱し、オースチンは實定法學の研究に分析的方法を用ひ、メインは古代法の比較研究に努力したる故を以て有名である。

以上は各國法學の概觀であるが、第十七世紀と第十八世紀とは要するに自然法説の全盛の時代であつて、此派の學者曰く「人定法の外に時と處との如何に關せず一切之に通じて易らざる自然法なるものあり、之を究むるは即ち法學の任務とする所なり」と。又此説に次いで社會契約説即ち「國家及法律は人民の合意に因りて生じたるものなり」とのことを主張する思想が流行したので、此二つの思想は此時代の特色である。

然るに最近時代に迨び、人類學、生物學、社會學、心理學、經濟學等の進歩と共に、法學は著しく發達し、所謂自然法説、社會契約説等は之を顧みる者少きに至つた。然らば近時の法學の傾向

如何と言へば、法は人爲のものであつて、而も時代の推移と共に變遷し進化の理法に律せらるるものとするに至つたのである。従つて社會生活と法律との密接不可離の關係あることに重きを置き、殊に經濟生活と法律との關係に注意し、經濟を内容と認め法律を其形式と觀察するのである。然れども今日以後と雖も法學は社會の進歩に伴ふて自ら變遷し發達す。さもので、決して現狀に凝滞すべきものではない。

第四節 法律學の學派

法律學に於ても亦古來幾多の學派があつて種々に分岐せるを見るのである。左に之を列記して其特色を示さう。

第一 比較法學派 (Schule des vergleichenden Rechts; School of comparative jurisprudence)

是れ各國各地方に存在せる法律的現象を探つて之を比較對照し、其異同を辨じ、依つて以て法律の原理を研究せんとする學派である。其れ故に此學派にては各國各地方の法律的現象を比較して、或は法理説明の材料とし或は立法の材料とし或は解釋の材料とするのである。例へば羅馬法と支那法とを比較して、一は進歩するけれども他は發達せざるものであるとして其理由を

研究するが如く、或は獨逸法と英國法とを比較して、等しく契約は合意であるが英國法は約因と云ふものを必要とするに反し獨逸法は之を必要とせざることを知り其理由を明かにするが如き即ち是である。願ふに上代既にアリストートルは少部分の法律制度を比較的に研究したことがあつた。後世に至りライブニッツは比較法學の必要を説き、又伊太利のヴィコー(Vico)は比較法學に關する一書を著した。乍併未だ此學派の隆盛を見るには至らなかつたのである。然るに彼の有名なるモンテスキュー出で、二十七年間の勞力を費して「萬法精理」(Esprit des lois)を著したが、此書は即ち比較研究の餘に成つたもので、廣く世に行はれたるより、此學派に於てモンテスキューを以て學派の始祖として居る。而も當時未だ此學派は盛大に至らず、其隆盛に赴きたるは世界の各國各地方の交通が大に開け來つた晩近の事に屬する。而して此學派は其比較研究に用ふる所の材料を異にするに依り、(a)法系別比較法學派、(b)人種別比較法學派、(c)國別比較法學派の三とすることが出来る。

(a) 法系別比較法學派

是れ法律には後に説明するが如く系統があるものであるが、法律系統の區別を基礎として法律を比較研究する學派である。例へば羅馬法系の法律と支那法系の法律とを比較するが如し。

是は我穂積陳重博士の首唱せられたる所である。

(b) 人種別比較法學派

是れ人種の區別を基礎として、法律を比較研究するものに外ならぬ。例へばゲルマン人種の法律とラテン人種の法律とを比較するが如し。此學派は獨逸のポスト(Post)に始まり、コーラー(Kohler)及コーン(Cohn)等が之に従つて居る。

(c) 國別比較法學派

是れ國の異同如何を基礎として法律を比較研究するものであつて、日本法と外國法とを比較研究するが如し。此派は伊太利のヴィコーを以て嚆矢とし、モンテスキューに至り隆盛と爲つたのである。

第二 沿革法學派 (geschichtliche Schule; Historical school)

是れ法律的現象の沿革を研究し、法律に關する進歩興廢の原理を明白にし、依つて以て法理を研究する學派である。

此學派の特色は、法律上の現象及原理を以て一定不變萬古不易のものと認むることなく、「法律は社會現象の反照なれば社會其ものが既に變遷するものたる以上は法律も亦當然變遷せざるべ

からず、抑も法律は製作品に非ず發達物なり、従つて法理研究の方法は其眞價及發達の道程を明かにするに足るものならざるべからず、而して之を爲す方法は古今に亘りて法律の沿革を究むるに在り」と言ふのである。

此派の始祖はライブニッツ及プフタ(Puchta)である。然れども一の學派として之を作り上げたるはザヴィニーである。ザヴィニーは羅馬法の研究に依つて法律は歴史上の產物であつて立法者の製作物でないことを極論し、「立法及法學に關する個人の職務」と題する論文に於てティボー(Tibaut)が「獨逸國普通法典の必要」と題する論文を出して法典の編纂に因りて獨逸民族の統一を圖らんと企てた議論を攻撃したのである。此論戰は實に法律學史上著明なる事實である。(註)又英國のメインは大に沿革法學を鼓吹し、之に關する著書を公にしたるに因り、英國に於ては同氏を以て此學派の鼻祖として居る。

(註) 佛帝奈翁ウトルローに一敗し所謂ライオン同盟破れてより、獨逸諸邦は民心の統一を圖り一致協同外敵に當るの必要を感じ政治家並に學者の苦心經營せるに際し、ティボー謂へらく、獨逸が屢々外敵の爲めに蹂躪せらるるの禍を蒙るは一に人情風俗慣習を異にするに因る、國家を統一せんと欲せば先づ以て是等を一致せしむべし、而して之を一致せしむるには全國共通の法典を編纂せざるべからずと。然るに當時柏林大學教授たりしザヴィニーは之に反對して曰く、「法律は人情、風俗、慣習等に導かれて發達せるものにして立法者の考案に依りて隨意に制定すべきものにあらず、

法律は製作物に非ずして發達物なり、國に法律あるは民に言語あるが如し、言語の大字典を編纂するも國民言語の統一を期すべからず、法典を編纂せりて國民の權利思想の統一は之を望むべからず云々、若かす大に法學を起し先づ權利思想の統一を圖らんには」と。之を兩氏の論點とする。

第三 分析法學派 (analytische Schule; Analytical school)

是れ各種の法律現象を採つて之を分析し解剖し以て其組織成分を明白にし、同種類中の法律現象の要素を研究する學派である。其論旨は、「抑も法律なるものは一に主權者の作爲し命令する所のものであつて、其現實なる法律現象以外に法理の論すべきものあることなし、従つて其現實なる法律現象を分析解剖することに依つて以て法理を研究せざるべからず」と云ふに在る。

例へば物の占有なる法律現象を分析して、之を物を占有する意思と實力との二と爲し、占有には此主觀的要素と客觀的要素とを必要とすと斷するが如くである。此學派は古くより存在したのであるが、第十七世紀までは微々として振はなかつた。然るに第十七世紀に至り英國のホッブスが之を唱へ、第十九世紀にベンザム之を祖述し、亞いでオースチン出でて之を大成したので、同氏は實に此學派の始祖と稱せられて居る。

第四 社會法學派 (soziologische Schule; Sociological school)

是れ法律現象を以て社會現象に過ぎざるものと爲し、社會學的に又自然科學的に之を研究する學派であつて、専ら事實に基いて法律上の理論を立てんとし、其甚しき者は價值批判に觸れぬやうにするに至つて居る。即ち法律現象を社會現象として記述することを主とし、其説明的批判を爲さず、一般の自然現象と同じく機械的に之を觀察して、其中に人爲的の分子あることを認めないのである。此學派は從來の法學が餘りに抽象的に失し空理空論に走れるを否とし、大に法學の革新を企てんとするものである。此學派は其端を實證哲學 (Science positive) の唱道者たる佛國のオーギュスト・コント (Auguste Comte) に發し、奥國のガムプロヴィツ (Gumprovitz) 佛國のジュギエ (Duguit) 獨逸のブンゲ (Bunge) 等に依つて主張されて居る。固より社會學派に屬するものは右に止まらず、種々異なる見解を有する者が少くない。此學派は社會に關する學問の進歩に伴ふて變化すべきは當然である。而して此學派は現在に於ては未だ必ずしも完全なる體系を備ふるものとは云ひ難いけれども、今後大に注目すべき學派であることを忘れてはならぬのである。蓋し從來の法學は單に法律の規定のみを取扱ひ、法律と社會生活との關係を研究することを怠つて居つたが、此學派は此點に留意し、法律の社會的使命を有効に達せんことに努力して居るからである。

第五 自然法學派 (Naturrechtsschule; School of natural law)

四八

是は人類自然の状態に於て行はるる法を眞正の法であると認むる學派である。此學派にては、「人爲に因り國家を建て法律を設くる以前に於て既に行はれたる法」を以て自然法と爲し、「國家を組織したる以後人爲に因りて定めたる法」を人定法とし、「此人定法は自然の原理を標準と爲さざるべからず、自然法に適合する人定法は良法なるも之に適合せざる人定法は惡法なり」と斷するのである。

抑も自然法なる思想は元來ギリシヤの「ストイック」派哲學 (Stoicism) に出でて中世に至り、ローマの法學家に依り發達させられたものである。即ち中世に至り此自然法説は耶蘇教の學理と共に成育し、之が爲め當時は所謂自然状態なるものを神學的に解した。乍併第十七世紀の初より「自然法とは人類が國家生活を爲さざる時代に於て實際に行はれたる法なり」と云ふ思想と爲つたので、ホッブスに萌芽を發しルソーに至つて完成したのである。而して自然法を政治に應用したるはルソーであつたことは何人も知つて居る所であるが、當時歐洲に在つては君主豪族は擧げて人民を壓制した。其暴虐の殊に甚しかりしは佛國である。是れ實にルソーが出でて所謂自然法を唱へた所以である。氏は曰く「自然の状態は善且美なり、現今の國家及法

律は偽なり、自然の状態のみ獨り眞なるが故に、人は唯須く其自然状態に復歸すべきなり」と。斯くて遂に佛國の大革命を誘發するに至つたのである。

然れども其所謂自然状態なるものは吾人之を認むること難く、又歴史に依つて之を證明すること能はざる空論である、況んや所謂自然状態なるものは何故に人類の理想的境遇であらうか、是れ寧ろ人類生活の逆轉退歩にあらずして何ぞやとは、學者の一般に此學派に對して批評する所であるが、而も根本的に研究すれば自然法説にも亦一面の眞理が無いでもない。

第六 哲理法學派 (philosophische Schule; Philosophical school)

此學派は一に純理法學派又は心理法學派と稱せらるるもので、自然法學派と同じく自然法の存在を認むるけれども、其所謂自然法は「人類の自然状態に於て行はるる法でなく個人の理性より湧出する法であつて、先天的超官的思辨に依りて之を發見せざるべからず、即ち吾人の理想に依り萬古不易の大原則を知ることを得べく、此大原則は即ち人定法の基礎たるべきものである」とする學派である。此學説は遠く源をギリシヤの古代に發し、プラトンの如きアリストートルの如き、皆理想を基として論じたのである。降つてはローマに至りシセロ (Cicero) あり、而して近世に及んで此學派を創始せる人は獨のカント (Kant) であつて、ヘーゲル (Hegel) が

承けて之を大成した。學者或は此學派に對し「先天的哲學論は一見巧妙にして而も深遠なるが如しと雖も實は是れ獨斷的妄想のみ」と論ずる者あれども、斯の如きは哲學の何たるや理想の何たるやを知らざる皮相の見解であつて採るに足らぬ。此學派は吾人の研究に値すること頗る大なるものであることを注意すべきである。而して現今はカント或はヘーゲルの所説其儘を以て完璧と爲すべからざるは明白であつて、新カント派（スタムラー Stammler、ラードブルヒ Radbruch）、新ヘーゲル派（コーラー Kohler、バロツハイマー Bernalzheimer）等が起つて、學界に勢力を占めつつあるのである。

第七 人性法學派（自然法學派の一分派）

是れ亦自然法の存在を認むる點に於て第五及第六の學派と異ならないけれども、此學派は自然法を以て人性に適合する法なりと解し、之を人定法の標準として法理を研究するを以て法律學の本領とするのである。曰く「實際の法律現象は時と所に依り異同あるも、人性に適合する原理は一定不變にして絶對的眞正のものなり、故に法律の研究は其法律が人性に適合するや否やを知るに在るなり」と。此派の學説は遠く其源をギリシャの「ストイック」哲學の從性論に發し、近世に至りてグロチウス等之を唱へ、一時學界を風靡したのであるが、其後哲理法學

派並に自然法學派に壓倒せられて居つたのである。然るに獨のクラウゼ氏（Krause）出でて之を再興し、現今此派に屬する學者決して少くはない。此學派は法の根源に關しては採るべきである。

第八 宗教法學派（theologische Schule; Theocracy）

法學の學派中最も古きものは宗教法學派である。一に之を神學法學派とも云ふ。顧ふに古代は政教一致なると共に法教一致であつて、古代の君主は兵力を以て國土を征服し宗教の力を以て之を維持したるものであるから、宗教は即ち其法律であつたのである。而して其制裁は即ち神明の冥罰であつた。

「マヌ」の法典、「モーゼス」の十戒、「マホメット」の經典等皆之を神意に基づくものとせぬものはない。而してギリシャのプラトン（Platon）、「デモステネス」（Demosthenes）及ローマのシセロ等の論ずる所は何れも宗教趣味を帯びて居つた。乍併古代は斯る思想ありたりと云ふに止まり未だ學派を成さざりしが、中世に及んで初めて宗教法學派起り、神學者にして同時に法學者たる者を生じ、法教一致の論を唱へ、宗教上の原理に依り法學の原則を説いた。就中、有名なるはセント・オウグスチヌス（St. Augustinus）、アクイナス（Aquinas）の兩人であつた。近世に至つ

て佛蘭西革命及自然法に對する反動として、一時大に此學說の勃興を來し、獨、佛、伊諸國に其大家を輩出した。此派の論者は曰く「法律は正義なり正義は敬虔なり」と。又曰く「公利民福は神命なり」と。以て法律及權利が専ら神意に出づることを唱へたのである。然るに其後耶蘇舊教が衰へ、法教一致の思想が認められざるに至つて、此學派は殆ど其跡を絶つやうに爲つた。而も此學派にも亦一面の眞理はある。

第九 各學派の關係

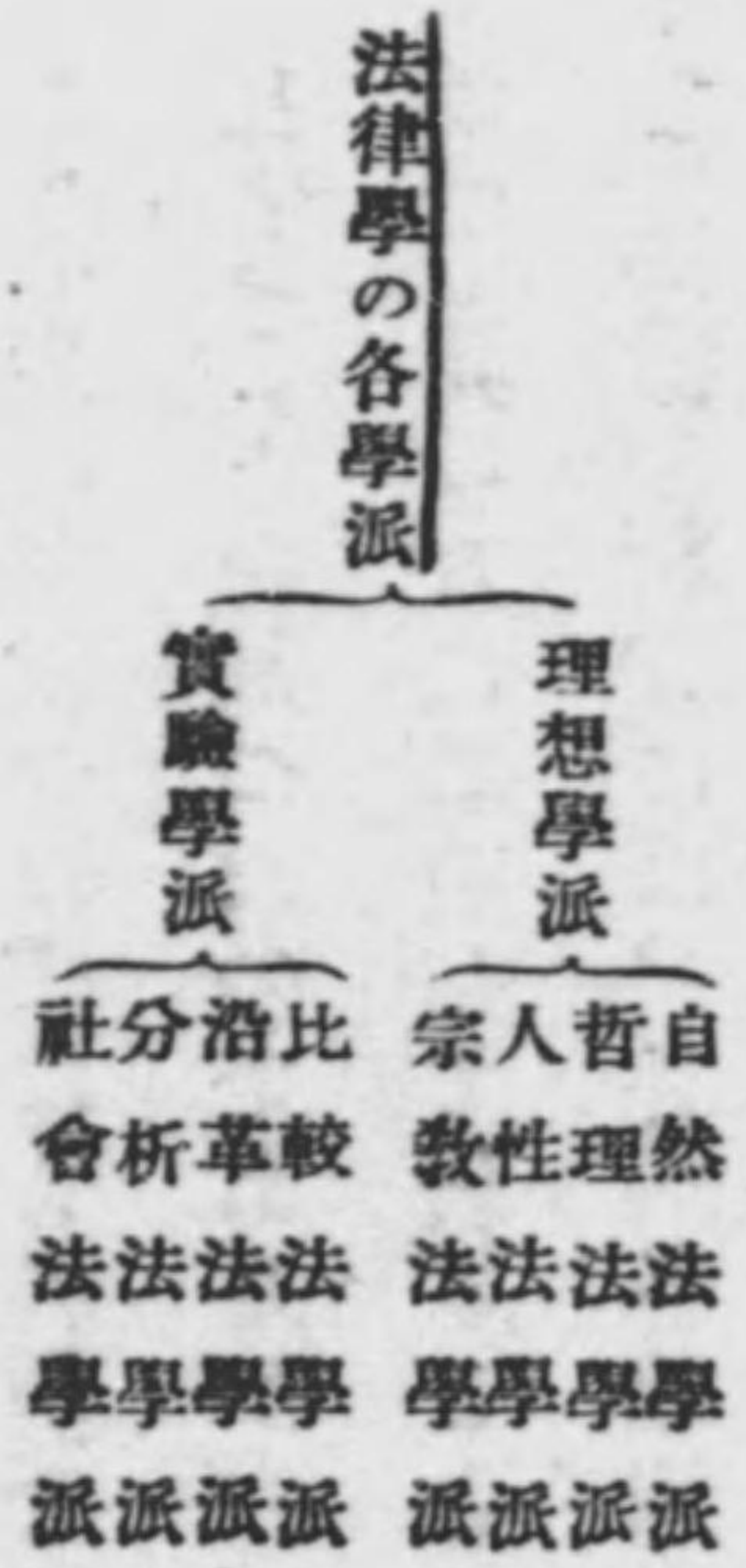
古來法學界に存した重なる學派は以上列擧したるが如きものであるが、今仔細に其相互の間に存する關係を觀察すれば、其根本思想の異同に依つて理想法學派と實驗法學派とに之を大別し包括することが出来る。即ち前者は凡そ法律現象には一定不變の原理原則の存在するを認め之を基本として法理を研究するものである。之に反して後者は實際社會に存在する法律現象以外に法理の根據あることを認めない、而して實際の法律現象を蒐集し之を實驗し之より歸納して法理を研究せんとするものである。

前掲第一より第四までは實驗法學派に屬し、第五より第八までは理想法學派に屬するものである。而して何れの學派が最も可なるかは之を絶對的に斷定することは出来ぬ。蓋し學派の分歧

するのは主として研究方法の異なるに因るものであるが、其方法たるや必ずしも一を取つて他を捨つべきにあらず、何れの方法も互に相待つて終局の目的を達し得べきものであると云はねばならぬ。尤も彼の第八の宗教法學派や第五の自然法學派は、今日之を顧みる必要を認めずとの論もあるが、余は尙ほ採るべき點なきにあらずと信ずる。

〔註〕 法學博士田中耕太郎氏曰く「法律實證主義は斯く盲目である、新カント派式的白紙的理想主義が、内容的解決を要する社會問題に對し、無力であることに付ては上述した、我々は自然法の再生の傾向を新しき希望を以て反省せざるを得ぬ、然らば如何なる意味の自然法の再生であるか、文藝復興後の非宗教的個人主義的のものか、將た中世の宗教的團體主義的のものか、是れ我等に残されたる重大なる課題である」と（現代思潮第三冊中現代法律思潮七六頁）。

今上來説明した學派を圖示すれば左の如し。



第五節 法律學の研究方法

吾人の研究の對照たる法律現象は、人類の存在と同時に必ず存在するもので、古今東西に亘り其事項頗る複雑を極めて居る。然らば之を研究するには如何なる方法を以て之を研究すべきか。是れ亦吾々の大に考慮せねばならぬ所である。而して吾人は既に前節に於て法律學には種々なる學派の存することを知つたのであるが、其學派の分岐する所以のものを調査して見ると、主として研究方法の異なるに基因して居ることが分明するのである。

思ふに法律の研究には、各國各地方の法律現象を比較研究することを要するは殆ど論ずるまでもないことであらう。蓋し吾人人類は同一の性質を具備するにも拘はらず、地球の表面に於ける存在場所の如何に依りて幾多の人種を生せしむるに至つた如く、又同一の草木でも之を東西南北地味氣候の異なる場所に移植するときは其果實の相異なるに至るが如く、各國の法律は社會文化の程度如何に依りて各特殊の色彩を有し、一見各國の法律は全然其種類性質を異にするものなりとの感を起させる程である。乍併審かに其差異の由來する原因を究め其共同一點を蒐めて之を彙類し綜合するときは、各國の法律は同一の進路を経過するものである、文化の程度同一なる國には略、同一の法律現象を生ずるものであることが分る。即ち異中に同を發見して法律進化の原則如何を理解することが出来るのである。

又法律學は之を歴史的に研究し古今の變遷を知ることが大切である。蓋し凡そ事物の現在を知り將來を察せんと欲せば先づ以て其事物の過去即ち沿革を明かにすることを要する。其れと同じく現在の法律を了解せんには法律の歴史に遡つて沿革を研究せねばならぬ。特に現行法律の當否を批判し將來の進化を説明するには、必ずや其沿革的研究に俟たねばならぬのである。何となれば法律は元來人類の社會的生活に必要缺くべからざる條件として發生したるもので、人類の社會と同じく既に數千年の沿革を有つて居り、社會文化の開發に伴つて漸次に發達したものであるから、或一時期に現に行はれて居る法律のみを研究しても、到底完全なる知識を得べきものではないからである。前段に述べた比較研究は地理的に横に研究する方法であるが、此沿革的研究は時代に順ひて縦に研究する方法で、兩者相俟つて古今東西に亘る縦横の研究を遂ぐるのである。次に又法律學は或法律を取つて之を分析解剖し、其成分要素を發見し以て之に關する原則を得て之を系統的に整頓し以て法理を究明せねばならぬ。法律の研究に斯る系統的分析方法が備はるに因り、茲に初めて法律學を發達させることが出来るのであつて、之なければ完全なる學理的研究は到底爲し得ざるものである。

而して法律現象は元來人間の社會生活に關する一現象であることは論なき所であるから、社會

學的方法に依つて法律を研究することの必要なることは明かなる所、學界の新しき傾向が現今此方面に向ひつつあるは、寔に故ありと謂ふべきである。

以上列記した研究方法は孰れも吾人の経験に依りて法律を研究せんとするもので、詳言すれば吾人の経験した幾多の事實から綜合して得たる知識を本として學理を研究するのである。之を歸納的研究方法 (Inductive methode) と稱することが出来る。

然るに法律學の研究は他の諸科學と同じく、獨り歸納的方法のみに依つて研究すべきでなく、矢張同時に演繹的方法をも採らねばならぬ。演繹的研究方法 (Deductive methode) と云ふは、事實の経験に依らず獨斷の理論を根據として之を推理し敷衍する方法である。彼の自然法學派、哲理法學派、人性法學派、宗教法學派等は孰れも皆此演繹的方法に依る學派である。其中自然法學派と宗教法學派は今日多く之を顧みる者が無いけれども、其以外の哲理法學派、人性法學派は大に尊重すべきものである。抑も法律を思辨的に研究することは極めて重要な事であると云はねばならぬ。何となれば、法律學の研究は其過去及現在を理解するのみにては足らず、此等研究の結果を綜合し、更に之より出發して法律の根本と爲るべき大原則を研究し、理論上法律は如何なるべきものなるやの將來の理想を究明せねばならぬからである。果して然らば此等理想法學派の探る

所の演繹的方法は亦大に之を尊重せねばならぬのみならず、經驗的に法律を研究する場合でも演繹的方法は歸納的方法と併せて之を使用することを要するものである。蓋し吾人は事物の説明方法として或事柄を假定して其れより推して幾多の現象を解釋する必要に迫らること決して尠くないからである。又思辨的研究方法を採る場合でも歸納的研究を怠るべきではない。蓋し吾人は思辨の基礎即ち出發點たる事實を之に依つて出來得る丈け精確にせねばならぬからである。抑も演繹と歸納とは相俟つて一切の學問的研究の手段たるべきものであるから、決して偏重偏輕すべきものでない。

第六節 法律學の補助學科

凡ての學問は相互に關聯す、苟も一の學問に精通せんと欲せば一切の學問を研究するの要あることは疑の無い所であるが、人力には自ら限あり、凡ゆる諸學を眇たる此一身を以て究め盡すことは得て望むべからず。是に於て乎分業を爲して各自其專攻する所を研究するのである。乍併其選擇したる一學科に密接なる關係ある補助學科だけは之を知るの要あること、復た多言を要せざる所であらう。

然らば法律學の補助學科は何であるかと云へば、人類學、心理學、倫理學、社會學、國家學、政治學、政治史、經濟學、醫學、哲學、宗教學等を其主なるものとして擧ぐる事が出来るのである。以下簡單に之を説明せん。

第一 人類學

法律は人類を支配する所のものであるから、人類進化の沿革を明かにし人類相互の關係を審かにする所の人類學の知識を必要とすることは勿論である。人類學は古今東西法制の異同を尋ねる比較法學と深き關係あるのみならず、最近之を刑事政策に應用して刑事人類學なるものが起つて來て居るのである。

第二 心理學

法律は吾人の行爲を支配するものであるが、吾人の行爲と云ふものは皆吾人の心から發動するものであるから、其心の作用を研究する心理學の研究が吾人に必要なることは明白である。法律は自由意思、故意、過失、錯誤、強迫、詐欺、意思能力、團體心理等と大なる關係がある。此等は何れも心理學の研究と相俟つにあらざれば其明確を期することは到底出來得ざるものである。

第三 倫理學

倫理學(純粹倫理學及道德學)は法律學と其目的を一にし、共に社會生活の秩序を維持し吾人の生存を完全ならしむべき社會的規範を研究するもので、相互の間に密接不離の關係がある。殊に法理學、刑法其他違法の行爲に關する法律及親族法相續法等は倫理學上の知識と相俟たざれば完全なる研究を遂ぐるに由なきものである。

第四 社會學

社會學は所謂社會なるものを對象として之を科學的に研究するものである。即ち社會の本質を闡明し、社會を組織する各部相互の關係等を研究する學である。然るに法律學は吾人の社會生活に關する行爲の規則を研究するものであるから、法律學は社會學と相俟つことを要するは疑を容れぬ。例へば國家の本質、法人制度、私有財産制度、犯罪の根本觀念の如き、社會學の知識と離るべからざるものが少からず存するのである。

第五 國家學、政治學及政治史

國家學は國家の本質、其存在の理由並に目的、各種の國體及政體等を研究し、政治學は國家の根本的政策に關する原理を研究し、政治史は國家統治の沿革を研究するものである。而して各

法律並に諸制度は皆直接間接に國家權力より生ずるものであり、且法制は政治の要具であるから、法律學は國家學、政治學、政治史等の研究と相俟たざるべからざることは當然である。國家と法律との關係又は憲法、行政法等に付ては此等の補助學科の知識に負ふ所頗る大である。

第六 經濟學

經濟學は人類の欲望満足に要する物的財貨に關する法則を研究する學である。惟ふに吾人の生活活動の一部は、其生存に要する物的財貨の生産、分配、移轉、消費に關するもので、之を経済的活動と云ふ。而して法律は吾人の共同生活の規範であるから、従つて此經濟的活動を安全にし進歩せしむる規定を設けることが頗る多いので、所謂財産法は即ち是である。故に財産法は經濟學上の知識を借るにあらざれば到底法の精神を發揮させることが出来ないものである。加之、産業行政に關する法律の如き、大に斯學の知識を必要とするのである。法律を研究する者は決して經濟學の研究を懈つてはならぬ。

第七 醫學

醫學は吾人の身體生命に關する自然科學であつて、一見法律學と何等交渉する所はないやうであるが、元來吾人の精神作用と肉體の作用とは分離すべからざる關係あるが故に、精神科學の

一たる法律學も、醫學と無關係なる能はざることは理論上明白なるのみならず、吾人の行爲は精神の發動にして、精神の發動には時として病理的なることあり、病理的精神の發動に係る行爲は、法律上往々正則的精神の發動に係る行爲と其效力を異にするが故に、精神病學の如きは法律研究家の一應知悉するを要する所である。法律に心神喪失、精神錯亂、精神耗弱等につき特別の規定あり、又前婚の解消後六ヶ月間は再婚を許さすとの規定あり、私權の享有は出生に始まり死亡に終ると云ふ規定あり、此等は孰れも醫學上の知識を借るにあらざれば明白なることを得ざる所である。加之、裁判鑑定上に於て醫學の必要なることは人の皆知る所であり、又衛生行政に關する法律の如き最も然りである。

第八 哲學及宗教學

吾人の生活は物的財貨を以て物的欲望を満足せしむるを以て足れりとせず、人生の一半は即ち思想問題と接觸して居る。是れ宇宙、人生並に知識に關する根本的研究、信仰に關する研究等の人生に免れざる所以である。従つて吾人人類を支配する法律は哲學及宗教學と重要なる關係を有せざるを得ぬ。殊に法理學に付ては密接の關係がある許りでなく、信教の自由及制限に關する憲法、行政法の規定の如きは、宗教學の研究と相俟つことを要するは之を論ずる迄もない

のである。

第二編 本論

第一章 國家

第一節 國家の性質

前に法律の概念を説明するに當り、法律は吾人が國家的社會生活を爲すに必要なか有用なる吾人の行爲の標準であつて、國家が之を認め且之を維持して行く所のものであることを述べたが、此觀念よりすれば法律は國家と相離るべからざる關係あることが明白であらう。然らば國家とは何ぞやと云ふに、吾人は先づ之を社會現象としての國家と法律現象としての國家とに分つて觀察し、最後に國家存在の理由を考へて見ねばならぬ。

第一 社會現象としての國家

社會現象たる方面より觀察して國家は果して如何なるものであるかを知らんには、最初に(一)自我の觀念、(二)個人の觀念、(三)社會の觀念を明かにするを可とする。蓋し國家は社會の一種であつて、社會は個人の集團に外ならぬ、而して個人は自我の主體であるからである。

(一) 自我の觀念 吾人類は縦し他の一切の事物の存在を否定するも、我の存在を否定す

ることを得ない。嘗て佛國の或學者は希臘哲學及中世基督教の束縛より脱却せんとして、外界の存在一切を疑つたけれども、最後に吾人が疑ふこと能はざる一事を残したのである。曰く「自己が或事を疑ひつつあると云ふことを疑ふ能はざること」是である。即ち茲に疑問を起して居る所の或ものが存在して居ると云ふこと、是丈けは如何にしても否定することが出来なかつたのである。惟ふに先哲の既に道破せるが如く「我思ふ故に我在り」で、吾人は實に思惟することよりして、自我の存在を認めざることを得ぬ。而して斯る意義に於ける「自我」は「意識の統一者たる我」を意味するものに外ならぬ。

(二) 個人の觀念

(一)に述べたる如く吾人の意識を統一するものを自我と稱するけれども其自我は肉體に宿るもので、自我と自我の内在する肉體とを合して之を「個人」と云ふのである。即ち個人は靈肉一致の當體であつて、自我の主體に外ならぬ。吾人人類は皆各其の自我の所有者である。然るに人類は各個自我を所有して其意識を統一しつつ生活して居るにも拘はらず、個人孤獨にて生存することが出来ぬ。是に於てか社會を組織するに至る。

(三) 社會の觀念

社會とは個々人々相頼り相扶けて其生存目的を達するが爲めに組織する所の人類の團體である。故に個人は社會團體の組成分子に外ならぬことと爲るのである。惟ふに吾人人類は、人類以外の事物と等しく、心身共に一人として相同じからず。即ち各個人は各其個性又は特性を有するものである。けれども之と共に、吾人人類の間には又自ら類似

の點決して少くない。即ち吾人には各個人に一貫せる通用性、普遍性を有するものである。若し人類が絶対に異なるものであるならば、以て共同生存を爲すことを得ないであらう。反之絶対に同じものであるならば、以て共同生存を爲すことを要しないであらう。共同生存は先づ吾人の通用性に基き所謂類似の連帯を成し更に其特性に基き分業の連帯を成すに至りて伸展する。斯くて吾人は分業合力以て社會を成しつつ生存するものである。要之相互扶助に頼つて社會を構成し、孤立生存に優る所の安寧幸福を享有して居る。乍併一面吾人は自己の獨立存在を維持し、之を發達せしめんとする活動を全部失へるものではなく、此方面も亦甚だ強い。此方面から所謂生存競争が現はれる。若し此生存競争が激化すれば、社會は其平和と安寧とを滅滅するに至るべく、唯それが相互扶助の行はるる範圍内に於て行はるるときは、社會は則ち平らかに安らげくして、吾々の幸福は之に因つて彌々増進する。之を我國に於ては古來「かたみのさち」(相互幸福)と稱して來た。此點が最も留意に價する所である。斯くて吾人の生存は實に相互に扶助しつつ個人の不斷の發展と團體の隆昌とを期するに在る。相互扶助と生存競争との二者は實に吾人生活の真相である。學者は往々其一に偏するの論を爲すことあれども誤り之より大なるはない。

〔註〕 此點に付ては左掲の拙稿「相互の扶助」と題する一文を參考せられたい。

「題して相互の扶助と云ふ。敢て新論奇説を爲すのではない。人口を開けば即ち云ふ生存競争と。抑も生存競争なる現象は社會の唯一若くは最大或は根本のものであらうか。政治家も法律家も學者も議論の引合に生存競争の社會と云ふ

語を出す。生存競争と言はなければ吾人の議論は成立たぬが如く、又勢力がないやうに感ぜらるる有様である。生存競争は社會の唯一最大根本の現象なるが如く思はれて居る。現に法學博士文學博士加藤弘之先生の如きは、生存競争を以て法制道德の大本として立言せられて居る。余の知る某大學教授は社會の現象は生存競争を以て終始する論ぜられて居る。けれども余は之を疑ふのである。余輩と雖も生存競争なる事實が社會現象中に在つて其大切なものであることは之を認むるけれども、人間社會の根本は相互の扶助に在ると思はざるを得ないのである。

若しも世の中が生存競争のみなりとするならば、吾人は此社會をば實に悲觀せねばならぬ。社會は實に是れ修羅である。父子、夫婦、兄弟、朋友、同胞、同類皆相戦はば人類の滅びんこと必せりである。人類社會は全く血に渴せる者の集合體にして、各個の利益の爲めに斷えず殘忍なる闘争をすることを以て、永久不斷の原則とすること爲り、我他人を亡ぼすにあらざれば、他人の爲めに我亡ぼされざるを得ないので、此世の中は誠に是れ恐るべき場所と爲らざるを得ない。人口を開けば生存競争と云ふけれども、實際社會は斯様な修羅場ではなく春風に満ち充ちたる愉快なる極樂世界にて、何人も此世を去るのを好むものなきは一の不思議ではあるまい歟。生存競争の論理を貫けば、一切の他人を斥けて我獨り存せねばならぬから、所謂共同生活など云ふことは之を無視せねばなるまい。共同生活を認めながら社會の現象は生存競争を以て終始するなどと云ふのは、矛盾の餘りに明白なるものである。蓋し共同生活を認めぬのは他と争ふものにはあらずして、却つて助け合ふことであるからである。生存競争、生存競争と喧しく言ふ者も、皆人間は孤獨で生存することの出来ぬこと及び他人と共同生活をせねばならぬことを知つて居るのである。

余は共同生活は各人相互に扶助するものであつて、生存競争ではないと信ずる。人間は其天性として孤獨にて存在することは出来ぬ。而して種族保存の本能を自然に具備して居る。其結果は勢ひ相互に扶助し合つて、人類は其永久の生存を此天地の間に努力しつのである。人間孤獨の生存の不能なることと、種族保存の本能あることとは、同

時に相互の扶助を天性として要求せざるを得ないのである。アリストトールの所謂「人は社交的動物なり」と言へる。又東洋の學者が「人の性は善なり」と言へるのも、人間に相互扶助の性質あることを道破せるものであらうと思ふ。男女の相愛、親子の情誼、其他人類相互の平和的交通は、一切相互扶助の天性に由来するもので、已むを得ざるの數である。共同生活の要具たる法制道德の淵源を茲に本けずして將た何れの邊に之を求めんやである。然るに今の人口を開けば則ち曰く生存競争と。余は之を以て人道の爲め有害なりと信ずる者である。固より人間は孤獨生活が出来ぬから、共同生活を爲し又種族保存の本能を實現するのである以上は、個人の單獨生活の方面の全部は之を没却せらるべきでない。共同生活の爲に制限せられず又は其爲めに必要でない範圍に於ては生存競争が殘留すべきである。生存競争は之を全部無くすることは出来ぬが、社會共同生活の法則は其基礎を相互の扶助と云ふ方面に置くべくして、生存競争の方面に置くべきでない。蓋し社會共同生活の淵源が相互の扶助に在るからである。然るに加藤先生の「自然の矛盾と進化」と云ふ書物の中に次の如き論がある。曰く「尙ほ委しく説て見やう此母子の間に起る利他なるものが決して本來の利他と云ふものではない全く利己から生じて來る利他であるのみならず尙ほ全く利己の本性を保有して居るものである尙換言すれば其實は全く利己に外ならぬのである」と斷言せねばならぬと思ふ何故と云ふに母が子を決して他體視せず全く自己と同體視する全く自己と同じやうに考へる其同じやうに考へる所からそれを愛するのであるそれが爲めに愛するのである決して他體として愛するのではない他體の爲めに愛するのではない、して見れば其實決して利他ではなく全く利己であると云ふ道理になるのである唯進化して利他の形を取つた所の利己として認めるのが當然である故に余は之を變性的若くは進化的利己 (Modifizierter od. entwickelter Egoismus) と稱するのである云々と。併し元良文學博士は左の如く論じて居る。曰く「動物學者の説に依れば動物は凡て生存競争に因り進化し來れるものにして優等者が劣等者を制して漸々進み來れるは實に下等動物間のみならず人類社會に於ても亦然りとす此説大

に見るべきものあり然れども獨り生存競争のみを以て社會の進化を説明せんとするは難し若し各個人をして他人と相争ふ事とするものならしめば到底社會を成立せしむること能はざるなり然るに社會の事實は決して然らず彼等の間には同情あり愛情あり従つて利害を共にするなり例へば親が其子を壓抑し或は子が其親と競争して自己の生存を計らんとするは世間其實例なきにあらずと雖も此の如きものは唯其變態なるのみ父子、夫婦、兄弟、親戚、朋友などの如きものは必ず同情及愛情の結合せしむる所ならざるべからず既に同情あり愛情ありとせば従つて彼等相互間には利害の共通あり而して利害の共通と競争とは併存することを得べし例へば一村落其利害を共にして團結を成すも其隣村とは又互に競争を爲す唯非秩序的より秩序的に變化することあるも生存競争なることは亦決して絶滅せず加之下等動物に在りては概して各自の間に生存競争行はると雖も人類は社會的動物中の最高等なるものなるが故に他と競争を爲すにも團結して他の團體に向つて競争を爲す此故に同一團體中には互に競争することなく社會の内部に於ては利害の共通行はれ外部に對しては生存競争行はる之を細論すれば内部に於ても固より競争行はると雖も既に利害の共通ある範圍内に於てするが故に其間自ら秩序の存するあり故に其競争は絶對的競争に非ずして只或範圍内に於てするに過ぎず此の如くして社會は漸々發達し來るを見る」と。余は後説を認めて前説を誤れりとする者である。

惟ふに加藤先生は「母は子を決して他體視せず全く自己と同體視する全く自己と同じ様に考へる其同じやうに考へる所からそれを愛するのである其爲めに勞するのである決して他體として愛するのではない他體の爲めに勞するのではない」と言はれて居るが、一體母が子を自己と同體する程までに愛する所以のものは何ぞや偶々以て子(他體)を愛するの烈しきことを立證するものではないか。他體たる子を中心よりして愛するが故に母(自己)は斯くまでに努力するのである。母は子の爲めには萬事を犠牲に供するのである。之を變性的又は進化的利己なりなど云ふは餘りに迂濶の論であると思ふ。此の如きは人間本來の眞情流露である。偽善ではない。子が親の爲めに犠牲を供し、君が臣下の爲め

に仁政を施き、國民が君の爲めに死する、餘りある者貧者を見て財を投ずる、豈に利己の爲めならんや、豈に其相手方と生存競争を爲すが爲めならんや。昔はダルウイン氏生物進化の理を説く。而して重きを生存競争に於けるもの如し。是れ其祖述者が生存競争のみを以て進化論を説明せんとするに至れる所以であらう。然るにダルウイン自身は單に生存競争のみを以て之を論じたのではない。彼は相互の扶助は動物界の一大現象たることを認めて居つたのである。即ち彼は「最大の同情を以て集まつた最大多数を包容する社會は最も能く榮へ又最も多くの子孫を育てる」と云ふことを、其著「種の起原」中に述べて居つたのである。

一八八〇年の初めに開催せられたロシア全國の自然科學者大會の席上にて、グスレル氏は「相互扶助の法則に就て」と題し、動物世界では相互扶助の法則は生存競争の法則より遙に重要なものであることを論じて、列席せる學者の賛成を博した。彼の死後ヒーター・クロボトキン氏は親しく露國の森林や北亞細亞の方面を跋渉して幾千の材料を蒐めた結果、グスレル氏の論を完成した。其れに依つて吾人は相互の扶助は獨り人間のみならず、動物界に通ずる一般的現象であつて、其進化上最も大切のものであることを知り得るのである。蓋し斯の如きは宇宙の諸現象相互間に存する共通の理法であるやうである。

適者の生存は社會共同生活——相互の扶助によつて外界と闘争して優勝の地歩を占むるに在る。徒らに生存競争、生存競争と云ふときは、大切な相互扶助と云ふ武器を忘れて、却つて生存に不適者と爲り自滅せればならぬ。誠に思ふべきことである。相互扶助の原則、儒家の所謂相生相養之道に依るにあらざれば、社會生活の事畢竟解するに由なきものゝ爲る。洋學者中近時社會連帶なる語を用ふる者があるが、面白き觀察と云ふべきである。而して余は相互の扶助は人の天性に由づるものであつて、人間の社會的規範の根本は、茲に之を求めざるべからずと信する。昔子思が「天命謂之性、率性謂之道、修道謂之教」と説きたるは、誠に千古の眞理である。孟子は性善論を爲した。人に社

會性あるを謂へるものである。生存競争の結果は各人相反撥し、相憎惡し、相爭奪するに至る。反之相互扶助の結果は各人相牽引し、相親和し、相補助するに至る。相互扶助に依るにあらざれば社會は終に之を維持すべからず。學者中社會現象は生存競争を以て終始すと論ずる者あるを見て、世道人心に大害ありと信じ、茲に一書を試みた次第である。惟ふに身を殺して仁を成すと云ふ如き、博く衆を愛すると云ふ如きことは、變性的利己説又は生存競争説では到底眞義を穿つことを得ぬであらう云々(父母恩重經參照)。

余の此説を爲したるは二十餘年前なりしが、大正九年に至り端なくも生存競争と相互扶助との關係は三宅雄二郎、杉森孝次郎、堺利彦、木村久一、石川千代松の諸氏に依りて大に論述されることと爲つた。中央公論大正九年四月號三八一號に登載せられあるを以て、特志家は比較研究せられたい。

偕て社會は以上述ぶる所の如きものであるから、決して人類が何等の意義目的なくして偶然に雜居する状態を謂ふものでないことは當然である、即ち社會は所謂烏合の衆ではない。社會を組織せる各員は皆其共同團體の組成分子たることを自覺し、且成立したる社會も亦共同の目的と其目的を達する手段たる活動とを有せねばならぬ。之なくんば縱令全世界の人類を一堂に集むるとも、以て能く社會を成すことはないのである。尙ほ社會は其組成分子たる人衆の増加に因りて成長し、又其人衆の生死及移住來住等に因りて新陳代謝を爲し且植民に因りて分派する。是れ學者が社會を以て一の有機體であると云ふ所以である。又斯の如く有機體たる所の社會は社會學上之を稱して人格體なりと云ふ。何となれば社會は

人類が生理上自然に有するが如き心意を存せなければいけれども一定の方法形式に依りて人類の自然の心意が社會の心意なりと認められて居る。因つて學者は人類に心意あるが爲めに之を人格體と呼ぶと同様に、社會をも一種の人格體と稱する。

以上を以て余は大略ながら自我、個人、社會の三觀念を説明し了つたのである。是に於てか余は國家(State; Staat)とは何ぞやの定義を與へやうと思ふ。曰く

「國家とは社會の一種であつて、唯一の主權を戴き、一定の領土に占據するものである」と。されば國家は一の社會である。故に社會に付て説明したる所は國家の觀念に缺くべからざるものである。而して社會には其目的と手段との異なるに従ひ種々なる體様があるけれども、國家は其中で或特質を有つて居る所の一種の社會である。然らば其特質とは何であるかと言へば、國家は唯一の主權を戴き、一定の領土に占據すると云ふことである。此點に付ては後に説明する「國家の組織」と題する部分を參照せられたい。

右の説明と異なり、或は領土即國家なりと言ひ、或は人民即國家なりと言ひ、或は君主即國家なりと言ふ者あれども、此等は國家の一要素を取つて直に之を國家其ものなりとするもので、唯一部が全體を表現する關係ある場合に於てのみ認めらるる所の觀念たるに過ぎぬ。

第二 法律現象としての國家

七二

以上は國家を一の社會現象として觀察したものであるが、社會現象として斯る性質を有する國家は、法律現象として之を觀察する場合に、吾人は之を如何に思考すべきものであらうか。是れ吾人の大に研究せねばならぬ所のものである。

惟ふに上述せるが如き社會現象として存在する國家と、所謂法律なるものとは抑も如何なる關係を有するものであらうか。是れ實に法律現象としての國家の研究に外ならぬ。余は曩に法律の概念を述ぶるに當り「法律は吾人が國家的社會生活を爲すに必要なるか有用なる吾人の行爲の標準であつて國家が之を法と認め且之を維持する所のものである」と言つたが、由是觀之、法律は國家が之を認め且之を維持するに因つて初めて成立するものであることを知るのである。従つて苟も國家なければ則ち法律なしと云ふことが出來ると思ふ。然れども之と同時に國家にして存在する以上は、法律は常に之に伴つて存在するものであると云はねばならぬ。蓋し國家は其成立するや即ち之と同時に其國家の主權の組織方法を定めて、團體的結合を圖らねばならぬ。團體の主權を定め其團體的結合を圖る所の根本法なからんか、團體としての生存を維持し難く又團體なくば法に法たるの效力を與へ其威力を保持することの不可能たることは之を言ふ

までもない。學者或は國家先存説を唱へ或は法律先存説を採る。併し同時存在説を正當と爲さねばならぬ。以て法律と國家との間には密接不離の關係あることを知るべきである。

然らば國家は法律上如何なる地位に在るべきものなりや。惟ふに法律上の地位には後に詳細に説明する如く、(1)主體、(2)客體、(3)關係なる三つのものがあるのであるが、國家は此三者の中間果して何れに屬するものであるか。之を解決するのは即ち國家の法律上の性質を明かにする所以である。而して法律上主體と云ふは權利を有し義務を負ふ人格者なりとの義であり、其客體と云ふは權利義務の目的物なりとの義である。又關係と云ふは主體と客體との間又は主體と主體との間に存する事實上又は法律上の關係自體を謂ふのである。

然り而して此問題に對しては古來種々の學説があるけれども、其重なるものは(甲)國家は法律關係の客體、言ひ換へれば權利義務の目的物なりとの説と、(乙)國家は君主が人民を統治する關係なりとする説とである。けれども今日は是等の學説を顧みる者殆どなく、(丙)國家は權利義務の主體であるとの説が一般に行はるるに至つた。余も此終りの説を正當とする。

思ふに國家は人類の集合團體であつて、之を構成する人民に對し對立の存在(發現相對關係)を有する。従つて國家は其分子とは別箇の目的を有し別箇の活動を爲すものである。抑國家なる

共同團體が既に成れる以上は、其之を組織する分子の目的と離れて別に國家として其存在を強固にし其發達を圖ることを以て目的と爲さねばならぬ。是れ即ち國家が分子と對立して、自存の目的を有し別箇の存在を有する所以である。而して自主自存の目的を茲に認むるときは、法律上之人格を賦與し權利を有し義務を負ふことを得る資格あるものとするを原則として居るから、既に國家に自主自存の目的あることを認むる以上は、國家は法律學上人格を有し權利義務の主體であると云はねばならぬ。而して權利義務の主體は法律學上之人格者又は人と稱することに爲つて居る。故に國家は一の人格者又は人である。然るに人格者又は人と云ふものは之を分つて自然人及法人の二とする。自然人とは肉體を有する自然の個人のことである。古代に於ては縱令自然人であつても權利義務の主體でなかつた者即ち奴隸なるものが認められて居つたけれども、今日の文明國中には奴隸を認むるものは一も無い。自然人は人格を有すること、を以て例外なき原則とするのである。次に法人とは自然人に非ずして權利義務を有するものである。而して國家は人格者であるけれども自然人でないから法人であることは當然である。然れども國家は他の法人と異なる所の一の特色を有つて居る。其れは他の法人は國家と云ふ人格者から認められて後初めて人格を取得するものであるけれども、之に反して國家は自己固有の人格者である。

力に依り己れ自ら人格を有することを認めて法人と爲るものである。故に學者は時に國家を指ざして自主法人と稱することもある。要之、(一)國家の成立と其根本法とは同時に存在すべきもので、法律と國家とは離るべからざるものであり、(二)又國家は法律上權利義務の主體即ち人格者である。

第三 國家存在の理由

然らば吾人は何故に國家を認めざるべからざるか。此問題に付ては古來學者間に議論の存する所であつて、或は之を宗教的立場に求めんとする者あり(宗教說)、或は弱者に對する強者の支配に求めんとする者あり(權力說)、或は家族制度に之を求めんとする者あり(家父權說)、或は自由契約に之を求めんとする者あり(國家契約說)、或は人類の社交性に之を求めんとする者あり(社交性說)、或は倫理道德上の見地に之を求むる者がある(倫理說)。然れども余を以て之を見るに、前五者は孰れも多少の眞理を包含せざるにあらざれども、而も不完全たることを免れぬ。今之を一々には批評せぬが、余は最後の倫理說のみが正しいものと信ずる。惟ふに國家存在の正當なることは其起源に關係なく一に其目的に因つて決せらるべきである。抑も吾人は昔プラトン及アリストートルが言つたやうに、國家的に組織せられたる團體に於て初めて完全な

る人間と爲り得る。即ち吾人は國家に於て始めて完全なる人生を遂げ得るものであると思ふ。古往今來國家なくして文化文明の大に發達したる民族何れにありや。蓋し國家は吾人が道德的生活を爲しつつ、他の禽獸と異なる價值ある生活即ち人間の人間らしき生活を爲すに付て必要缺くべからざるものである。惟ふに人間には生れながらにして共存性ありと雖も、又獨存性の牢平として奪ふべからざるものがある。故に大衆を統制し指導する絶大の力ありて、共存性の發揚に努め、獨存性の抑損を圖らなければならぬ。是れ國家の存せざるべからざる所以である。若し夫れ國家なからんか、即ち國權なく國法なし。従つて惡を制し善を護り權利自由を保障する手段なく、社會は忽ち弱肉強食の修羅場と化し、吾人の生活状態は彼の同類相喰む禽獸と相距ること遠からざるに至るであらう。社會に秩序を存し正義の行はるるありて、強者と雖も妄に弱者を虐げず、各人が公平に其行動の限界を定められ、他人と衝突せず、孰れも其の處に安じて自己の天分を完うし、利生厚生以て價值ある所の生活を爲し得る所以のものは、一に國家あるに因るのである。抑も國家は其絶大の權力に依り内國家及國民の維持に努め、外他國の侵略を防禦し、或は之との共同生存を營み、斯くて精神的にも將た物質的にも、國民民福の増進に必要有益なる方策を立て、之を實行するものである。果して然らば吾人は國家を尊重し國權に従ひ國法を守らざるべからざることば當然であつて、斯の如きは實に國民たる者の本分であるといはねばならぬ。國民が其本分を盡せば盡す程其國家は鞏固なる團體と爲り其完全性を

増加し來るので、吾人の安寧幸福を保護することは愈厚く且大と爲る道理である。要之國家の存在する目的は吾人人類としての本分を全うし、廣き意味に於ける倫理的道德的生活を爲ししめ人をして眞に人たらしめんが爲めである。是れ實に學者が「道德は國家に於て最も普遍的に最高の段階に實現せらるるもの」と爲す所以であつて、國家を以て「最高の道德」であると云ふは此意に外ならぬ。望むらくは吾人國民たる者、各自其天分に應じて義勇奉公眞に我國をして其文化の理想を實現し最高の道德たらしめんことを。殊に今日は我思想界は濁濁を極めつつあり、國家の前途必ずしも樂觀を許さず、庶幾くは吾人克く國家の理想とし目的とする所を悟りし、世界の惡風潮に化せらるることなく、卓然時流に超越して一世の弊風を打破し、我國運をして眞に天壤無窮たらしめん哉。

第二節 國家の組織

前節に於ては、國家は唯一の主權を戴き一定の領土に占據する一種の社會即ち人類の團體であることを述べた。之を分析すれば、國家は如何なるものより組織せられて居るかを知らることが出来るのである。仍て之を分析せんに

- (一) 國家は人類の團體たること
- (二) 國家は一定の領土に占據するものたること

る人間と爲り得る。即ち吾人は國家に於て始めて完全なる人生を遂げ得るものであると思ふ。古往今來國家なくして文化文明の大に發達したる民族何れにありや。蓋し國家は吾人が道德的生活を爲しつつ、他の禽獸と異なる價值ある生活即ち人間の人間らしき生活を爲すに付て必要缺くべからざるものである。惟ふに人間には生れながらにして共存性ありと雖も、又獨存性の牢乎として奪ふべからざるものがある。故に大衆を統制し指導する絶大の力ありて、共存性の發揚に努め、獨存性の抑損を圖らなければならぬ。是れ國家の存せざるべからざる所以である。若し夫れ國家なからんか、即ち國權なく國法なし。従つて惡を制し善を護り權利自由を保障する手段なく、社會は忽ち弱肉強食の修羅場と化し、吾人の生活状態は彼の同類相喰む禽獸と相距ること遠からざるに至るであらう。社會に秩序を存し正義の行はるるありて、強者と雖も妄に弱者を虐げず、各人が公平に其行動の限界を定められ、他人と衝突せず、孰れも其の處に安じて自己の天分を完うし、利生厚生以て價值ある所の生活を爲し得る所以のものは、一に國家あるに因るのである。抑も國家は其絶大の權力に依り内國家及國民の維持に努め、外他國の侵略を防禦し、或は之との共同生存を營み、斯くて精神的にも將た物質的にも、國民福利の増進に必要有益なる方策を立て、之を實行するものである。果して然らば吾人は國家を尊重し國權に従ひ國法を守らざるべからざることは當然であつて、斯の如きは實に國民たる者の本分であるといはねばならぬ。國民が其本分を盡せば盡す程其國家は鞏固なる團體と爲り其完全性を

増加し來るので、吾人の安寧幸福を保護することは愈厚く且大と爲る道理である。要之國家の存在する目的は吾人人類としての本分を全うし、廣き意味に於ける倫理的道德的の生活を爲さしめ人をして眞に人たらしめんが爲めである。是れ實に學者が「道德は國家に於て最も普遍的に最高の段階に實現せらるるもの」と爲す所以であつて、國家を以て「最高の道德」であると云ふは此意に外ならぬ。望むらくは吾人國民たる者、各自其天分に應じて義勇奉公眞に我國をして其文化の理想を實現し最高の道德たらしめんことを。殊に今日は我思想界は濁濁を極めつつあり、國家の前途必ずしも樂觀を許さず、庶幾くは吾人克く國家の理想とし目的とする所を悟りし、世界の惡風潮に化せらるることなく、卓然時流に超越して一世の弊風を打破し、我國運をして眞に天壤無窮たらしめん哉。

第二節 國家の組織

前節に於ては、國家は唯一の主權を戴き一定の領土に占據する一種の社會即ち人類の團體であることを述べた。之を分析すれば、國家は如何なるものより組織せられて居るかを知らることが出来るのである。仍て之を分析せんに

- (一) 國家は人類の團體たること
- (二) 國家は一定の領土に占據するものたること

(三) 國家は唯一の主権を保有するものたること

を知り得るので、此(1)人類の團體、(2)一定の領土、(3)唯一の主権の三者は實に國家構成の要素であつて、其一を缺くときは國家を成立せしむることが出来ぬ。

第一 國家は人類の團體たること

國家は社會の一種であつて人類の團體である。而して國家なる團體を構成する各個人は之を人民又は國民(Nation; Volk)と稱し、殊に君主國に於ては之を臣民(Subjects)と稱するを常とする。凡そ國家の人民は其構成要素であるから、一人の力は國家の盛衰興亡の運に關はらざるなし。古來我國に於て子を家の子寶と稱し、國民を國の公民(をほみたから)と稱して之を敬重し來りたるは誠に深遠の意義ありと謂はねばならぬ。

然らば國家を構成する人民は幾何たるを要するかと云ふに、理論上一定の數を必要とせぬ。人口は稀少なるも苟も團體を形成する以上は國家たるに妨げなし。現に一萬前後の人口より成るアンドラ(Andorra)自由國、モナコ(Monaco)公國の如き、國家として成立せるものがある。然れども苟も世界の強國たらんと欲せば、國家は相當以上多數の人民を包容するものでなければならぬことは勿論である。惟ふに國家が其富強を恣にせんと欲するならば、人民の數の多きを要することは當然であるが、又其實に於て無害有害の者なくして有要有益の者たることを要するは是れ亦言を待たぬ所である。國民たる者深く思を茲に致さねばならぬ。

國家の成立には法理上一定數の人民あることを必要とするものではないけれども、國家は一の團體であるから、人民の間に必ず共同の目的を有せねばならぬ。共同の目的を有せざる人民の集合は團體を成さず、従つて又國家を成すことがない。國家は人類の團體であるから、其共同の目的に依つて統一されて一體と爲り、之を組織する各個人とは對立せる一箇の存在を有するに至るので、従つて團體の目的は、之を組織する各個人の目的とは同じからず。即ち團體としての独自の目的を有つものである。而して所謂独自の目的と云ふは團體員たる各個人の並に之に依つて組織せられたる團體の維持發展を企圖し且實現するに在る。

第二 國家は一定の領土に占據するものたること

國家は一定の領土(Staatsgebiet, Territory)を以て其成立の要素とする團體である。即ち其領土の廣狹は之を問はぬけれども、苟も一定の領土を自己の主権の活動する範圍として領有することを要する。若し領土なくんば則ち國家を成立せしむることを得ない。凡そ斯く領土を其成立に缺くべからざる要素とする團體を稱して、學者は領土團體と云つて居る。而して斯る領土團體は其領土の上に獨占的の支配を爲すものである。故に國家は苟も其土地の上に在る者は自己の團體員たると然らざる(外國人)とを問はず、之に對して均しく國家の主権を行ふことを得るものである。又他國の權力は原則として其領域内に行はるることを許さぬ。斯く國家の主権が獨占的に領土の上に行はるる方面より見て之を領土權(Territorial sovereignty)と云ふ。而して領土は便宜上之を狹義の領土、領水及領空の三者と爲すことを得る。此三者を包括して廣義

の領土或は領域と稱する。

領土と云ふ觀念は之を國家の歴史に遡つて考ふるときは、古代と現代とに依つて大なる差異がある。古代の國家は必ずしも一定の領土の上に建設せられたるものでない。所謂遊牧の民の如きも、苟も唯一の君長を戴き一の權力團體を構成する以上は、之が國家と認められたる時代もあつた(Personal sovereignty)。併し近世に及び世界の各地が漸く開發せられて、尺土寸地も必ず孰れかの國家に屬して居るやうになつてから以來、土地は國家の構成に缺くべからざる要素と爲らざるを得なくなつたのである。

領土權は國家の主權が領土の上に獨占的に行はるることを謂ふ。従つて土地の所有權と全く異なる觀念である。又封建時代に在つては領土は君主の私有物たりしこと外國には其例ありしも、我國に於ては古代斯る思想はなかつたやうである。即ち國を治めることは之を「スベル」又は「シロシメス」と云ふに對し、之を私することをば「ウシハク」と云つて、明白に區別されて居つた。今日は何れの文明國に於ても領土權と土地の所有權とは之を區別して居る。

第三 國家は唯一の主權を保有するものたること

如何に多數の人類が廣大なる地域に占據して共同團體を組織するも、之のみを以てしては未だ以て國家を形成するに足らぬ。人類の團體が一定の地域に占據し唯一の主權(Sovereignty)に依つて之を統治するに至り、茲に始めて國家を形成することと爲る。主權は國家的社會生活に關する最高絶對にして不可分なる固有の力を謂ふものであつて、國家の統治を目的とするものに

外ならぬ。國家が内民衆の安寧秩序を保ち幸福を増進し外獨立の體面を全うする所以のものは一に此力に是れ頼るのである。之なくんば國家として存在を國の内外に發揚するに由なきものである。而うして之を主權と稱するは、其最高性を示すが爲めに外ならぬ。國家に此主權あることを要するは、即ち國家が他の普通の社會的團體と異なる所の特色である。此點より觀て主權を國權(Staatsgewalt)と稱することを妨げぬ。又目的より觀て之を統治權と呼ぶことを得る。故に余は主權、國權及統治權の三語を同一物を意味するものと解する(上杉慎吉博士著帝國憲法 法四四六―四四七頁)

(一) 主權は最高である 吾人の國家的社會生活上に於ては、國家の主權以上に強き力あることを認むるを得ぬ。若し夫れ國家に此最高の力あることを認めざらんか、國家の統一は到底之を全うすることを得ない。國家は此權力あるが爲めに、内に向つては其領土上の一切の個人及團體を支配し、外に向つては他の如何なる權力からも服従を強要せらるることなきものであつて、學者は之を對内主權と稱して居る。而して國家の主權が最高であると云ふ意味は、主權の本體は然らざるべからずと云ふので、斯る性質を有する主權の作用の一部に付き自ら最高性を抑制して他の權力に服従することを妨ぐるものではない。

恰も所有權なる私權は使用、收益、處分を爲すことの出來る完全權であるが、所有者が所有物上に他物權を設定し賃借權を作爲して一定の制限を受けても、之が爲め所有權自體を喪失することなきが如くである。故に後に國家の種類の部に於て論述する被保護國も、聯合國家と

其組成各國も、又實合國と其組成各國も、自己の任意に締結した條約に依つて自ら其最高性を抑制したものに外ならぬから、決して國家たる性格を失ふものではないのである。

國家の主權は最高のものであると云ふ思想に對して、往昔は「主權の上に神の力なるものがあつて君主の權力は神が與へた所のものである」と云ふ思想が行はれた事があつた。所謂神授君權説なるものは是である。茲に所謂神は神人懸隔教の神である。然れども斯の如き思想は今日の歐米人の國家觀念と相容れず、國家的生活及法律的生活の方面に於て、此思想を認むる者がないやうになつた。併し我國民一般の信念は神授君權説に在ることと思ふ。唯其所謂「神」の觀念が彼と我とは全く異なつて居ることに注意せねばならぬ。即ち吾人の所謂「神」は人間と離れて存在するものでなく、内在的に之を觀て居るのである。神人同格教の神である。

〔註〕 神人懸隔教、神人同格教の區別に付ては文學博士加藤玄智氏著東西思想比較研究一六九乃至一七四頁參照。

(二) 主權は絶對である 主權は又絶對的の力を具備して居るもので、國家の團體員たる人民は其意思如何に拘はらず必ず之に服從せねばならぬ。一國の人民は常に其國の主權に服從すべく、領土の内に在ると外國の領域に在るとを問はない。又外國人と雖も他國の領土内に在る間は其國の主權に服從せねばならぬものである。而して主權に依つて統治される所の者は皆之に服從するの義務あるものであつて、孰れも人格者である。決して奴隸ではない。奴隸なれば義務を有すると云ふことはない。又決して物でない。物なれば義務を有することは

ない。人民は主權に服從すればこそ、他面に於て國家の保護を享有して居る。従つて又幾多の權利を國家に對して有つのである。奴隸や物には何等の權利あることなし。

(三) 主權は不可分である 主權は國家の凡ゆる活動の由て發生する淵源であつて、唯一不可分なる完全圓滿の力である。吾人は之を太陽に比較することを得ると思ふ。然れども主權の不可分性は其本體竝に性質に付て言ふのであつて、其作用に至つては固より活動の目的が異なるよりして、種々に之を分類することを得る。例へば之を立法權、行政權に別つが如く、更に又細分して徵稅權、外交權、警察權、徵發權、軍事權等幾十種にも之を別つことを得るが如き是である。之を太陽の發する光線に譬ふことを得ると思ふ。即ち太陽は本來一つのものであるけれども、其れより發する光線を分析すれば七色を相別つが如きである。

右の如く主權は唯一完全圓滿なる力であるから、數多の權力の集合したものではなく、此圓滿無量なる力が發動する作用に幾多の種類あるものと考ふべきである。

(四) 主權は普遍的のものである 是れ主權の働きの及ぶ所は國家の全體に貫通するものであつて、其一部分に限局されることなきを謂ふ。恰も太陽の光線の普く世間を照して遺す所なきが如くである。而して此普遍的の力を國家が行使するに當つては、其目的の異なるに従ひ、夫々相當の機關を設け、一定の土地一定の事件を限り、管轄を定めて之を爲さしむることと爲つて居る。乍併斯の如きは機關の權限に過ぎず、主權の本體を分割するものでない。

(五) 主權は國家に固有なるものである。主權は國家が原始的に之を有するものであつて、他の力より設定せられ又は委任せられたものではない。是れ實に國家が他の領土團體即ち國家の内部に於ける公共團體例へば市町村等と同じからざる所以である。公共團體の權力は國家の委任に依るもので、其團體に固有のものではない。又主權は如何なる場合にも、他より讓受けたる所の力でない。例へば或領地を外國より讓受けたるときは、其領地に從來行はれた國の主權は其活動を止め、我國固有の權力が其土地に擴張して發動するに至るもので、決して外國の主權其ものを讓受けたものではない。

(六) 主權は力又は權力である。主權の實質は力である。詳言すれば人及物(有形、無形)を支配する力である。茲に所謂力又は權力といふは法律上正當に或事を爲し得る可能即ち能力であつて、物力又は腕力でない。同時に生理上自然の意思でもない。尤も之を法律上の意思と名くることは、單に名稱上の問題であるから妨げない。けれども之を法律上の意思と名くる爲め、自然の意思であると誤解してはならぬ。而して主權は國家の成立と同時に存在する根本法に依つて認めらるる力であつて、法律上の力即ち所謂權利に外ならぬ。けれども主權は權利の中に在つて、多くの屬性と特色とを有つ。従つて通常權力と稱せられて居る。故に之を權利と云ふのは一見異様の感なきにあらざるも、斯の如き特色があるのは、即ち主權の主權たる所以である。其特色あるが爲め之を權利でないとは言へぬ(一八六頁以下第一、二款第一項参照)。

(七) 主權の總攬者 既に述べたる如く國家は自主法人である。果して然らば主權は人格者たる國家に歸屬することは疑を容れぬ。併し國家は法人なるが故に、自然人の自然の意思を以て國家の法律上の意思即ち法律上の力と爲すの構成がなくてはならぬ。是に於て乎君主國に在つては君主一人の自然の意思を以て國家の法律上の意思とし、共和國に在りては國民全體の自然の意思を以て國家の法律上の意思とすることになつて居る。其者の自然意思が斯の如く國家の法律上の意思と爲るものを茲に主權の總攬者、主權者又は統治權者と稱する。天照大神の天壤無窮の神勅に「葦原千五百秋之穗國是吾子孫可王之地也」と仰せられ、我憲法第一條に「大日本帝國は萬世一系の天皇之を統治す」と云ひ、同第四條に「天皇は國の元首にして統治權を總攬し此の憲法の條規に依り之を行ふ」とあるは、我國の主權が何人の自然の意思に依つて構成表現せらるるかを宣示し、所謂主權の總攬者を明白にした規定である。故に我國に於ては上御一人の大御心が即ち國家の最高の法律意思と爲るのである。共和國の憲法が「主權は國民より出づ」と規定するのも亦同様の意義あるものと謂ふべく、即ち全體としての國民の意思が其國の法律上の意思と爲ることを示すものと謂はねばならぬ。以上の如く憲法が主權の總攬者を規定することを、余は國體の大本を定むるものと稱する。大義名分が之に因つて明白なることを得るのである。

主權の總攬者たる天皇は神聖にして侵すべからず。是れ我民族千古の信念である。憲法第三

條は此民族の信念を更に明にしたものに過ぎぬ。然らば所謂神聖とは何ぞや。唯其欽仰すべくして干犯すべからざることを謂ふのである。然らば斯る民族の天皇に對する神聖感は何にして成立するか。曰く他なし。天皇は國家を私有獨占(ウシハク)せらるることなく、ひたすらに統治(シロシメ)し賜ふスメラミコトに在らせらるる爲めである。學者或は曰く「天業の當位者たる天皇に對する國民の神聖感」は彼等が祖先代々蒙來れる國家的生活の實利に根底せる信頼、感謝、報恩の念と血族關係の自覺に根ざせる感激、景仰、名譽の念とが兩々相寄つて凝結し遂に神祕化された實感である」と。誠なる哉。惟ふに天皇は斯の如く神聖なるが故に其結果として法律上の責任を歸すべからざることもなるのである。然るに學者は單に天皇が法律上の責任を負はざることをのみを以て天皇神聖の義と解す。是れ本末を辨へず又西洋思想を以て我民族千古の信念に代へんとするもの、吾人は斷然之を排斥せねばならぬ。

(八) 主權の目的とする所は國家の統治に在る。以上解説したるが如き性質を有する主權は然らば何の爲めに存在するのであるかと云へば、國家的社會團體を統治して其安寧幸福を増進し人生の向上發展を期せんが爲めに外ならぬ。之を稍具體的に言へば、統治權は國家の維持、法の決定及實行並に一般文化の發展に在ると云ひ得ることは、學者の唱ふる所の如くである。天壤無窮の神勅に「宜爾皇孫就治焉」と仰せられ、憲法第一條に「大日本帝國は萬世一系の天皇之を統治す」と定められた所以は之が爲に外ならぬ。所謂「治」といひ「統治」とい

ふものは「ウシハク」にあらずして「シラス」又は「シロシメス」の義に外ならぬ。而して主權が絶対無限の強大なる力たる所以のものは、實に主權が國家統治の中心勢力たるが爲めである。若し主權より此目的を奪はんか、強者の暴力と擇ぶ所なきに至るのである。故に主權の主權たる所以のものは此統治の目的の爲めにのみ存するものであると云ふことである。主權の目的より觀れば主權は實に至高最大の仁愛に外ならぬ。惟ふに愛の力仁の力は偉大なるものである。儒者は「仁者には敵無し」と云ふにあらずや。孔子は言つた「力を以て服する者は心服するにあらず、力足らざればなり、徳を以て服する者は中心悦んで誠に服するなり」と。又ダルウインさへ「最大の同情を以て最大多數の人類を包容するものは最も強く最も榮ゆるものである」と云つた。且夫れ我神典は素神の荒魂は天照大神の和魂に勝る能はざることを垂示して居る。伊勢の大廟は即ち斯の天照大神の和魂を奉祀したもので、我列聖が常に皇祖皇宗の神靈の中心として伊勢大廟を祭らるるは誠に深遠の意義がある。我國の主權は天照大神より萬世一系に傳來りたる斯の祖神の和魂であることは、國史並歴代天皇の治績に就て最も明白に之を證することが出来る。主權は我國の中心的和魂であり、最大の愛、至高の仁である。是れ余が主權の目的は國家の統治に在りとするので最も重きを置くべき點である。余が前に國家は最高の徳義であると述べたるは此點より出でたのである。佛國の鴻儒ジュギエが「國家存在の理由は一に其目的に繋る」と云つたのは至言である。嗚呼最大の愛、至高の仁、而し

て最高の道德。斯の如くして國家の彌榮かに榮るざるあらんや。重ねて言ふ。ダルウインは曰く「最大の同情を以て最大多數の人類を包擁する社會は最も強く最も榮ゆ」と。徳川綱條の大日本史叙に曰く「人皇基を肇めて二千餘年神裔相承け、列聖統を續き、姦賊未だ嘗て覬窺の心を生せず、神器の在る所、日月と並び照す、猗歟盛なる哉。其の原づく所を究むるに寔に祖宗の仁澤民心を固結し、邦基を磐石にするに由る」と。又文學博士西村茂樹の徳學講義^(七)には「夫本邦の帝位、萬世一系なることは、祖宗在天の靈の然らしむる所なりと雖も、亦代々の帝王が能く民事に心を用ゐ仁惠の政を行ひ給ひしに由れる者なり」とある。誠に然り。神勅に宣せらく「往矣寶祚之隆當與天壤無窮矣」と。神慮宏遠と謂はねばならぬ。

第三節 國家の種類

國家は之を抽象的に論ずれば主權の主體であつて、彼是種類の別つべきものがないのであるけれども、之を具體的に論じ其組織を分析するときは、多數の國家の中に幾多の相異なることを發見するのである。今其相異なる各國家を主要なる標準に依つて彙類するときは左の如くに爲る。

- (一) 君主國、共和國、混合國
- (二) 單一國、複合國
- (三) 專制國、立憲國
- (四) 宗主國、附庸國

(五) 保護國、被保護國

(六) 永世中立國、普通國

第一 君主國、共和國、混合國

(1) 君主國 (Monarchie; Monarchy) とは主權の總攬者が一人たる國家を謂ふ。其一人を君主と名づける。我國の如き其一例である。而して君主國には世襲君主國 (Erbmonarchie)、選定君主國 (Wahlmonarchie) の別がある。世襲君主國は君主の地位が一定の相續原因が生じたとき、順位に當る者が當然君位に即く。我國の如し。選定君主國とは君主が選舉に因つて定まる國を謂ふ。今日は其適例が無い。但し嘗て Polen に斯る國體の國があつた。

(2) 共和國 (Republik; Republic) とは主權の總攬者が人民全體又は國民の中或優等の階級たる國を謂ひ、前者は米國、佛國の如き民主制國家 (Democracy; Demokratie) であり、後者は古昔存した貴族制國家 (Aristokratie) である。

(3) 混合國 (Etat mixte) とは主權の總攬者に付君主制共和制を混用するもので、近世の複雑なる國家制度に於て此例を見ることが多い。例へば英國の如く君主制、貴族制、民主制の三種混合するもの、或は白耳義の如く君主制、民主制の二種混合するもの等である。

第二 單一國、複合國

(1) 單一國 (Einheitsstaat; Simple state) とは國家が唯一の國家より成り其構成要素中に二

以上の國家を包含せざるものを謂ふ。日本及佛國等は是である。

(2) 複合國 (又は合同國) (Zusammengesetzter Staat; Compound state) とは國家が幾多の國家の結合に依り構成せられたものと認めらるる國家を謂ふ。之に擬似複合國と眞正複合國との二種がある。

(A) 擬似複合國 之に二種あり、國家聯合と君合國とである。

(a) 國家聯合 (Staatenbund; Confederation of states) とは複數國家が領土の安全を保持し、其他共同して政治上の目的を達する爲めに、相互間の條約に基いて、唯一定の對内關係及對外關係に付てのみ共同して組織する組合であつて、而も未だ一個の國家を形成するに至らず、聯合したる各國は皆完全なる獨立國である。従つて聯合各國の主權の上に更に主權あることはない。唯國際法上の結合たるに過ぎぬ。尤も此聯合は繼續的の目的を有することを要するもので、一時的聯合を包含せぬ。而して其共同の政務を處理する爲めに共同の機關を有する。併し國家聯合は其全體を一の國家とするものでないから右機關は直接に國民に對して命令を爲すの權がない。共同機關に於て決定した所は、聯合各國が更に自己の名を以て之を國民に命令せねば國民に對して效力を生じない。一七七六年より一七八七年に至る米國、一八〇六年より一八一三年に至るライン同盟、一八一五年より一八六六年に至る獨逸聯邦は即ち國家聯合の例である。

(b) 君合國 (Personal Union) は同一君主が二國以上の君位に在る結果生ずる聯合である、之を一時的同君國と稱する。是は唯偶然の理由、就中一國の君位繼承法に依り、他

國の君主が自國の君位を繼承すべき順位に當るが如く事實上同一の君主を奉戴するに止まり、之が爲に一國を形成するに至らぬ。國內法上及國際法上一切の關係に於て各國家は互に獨立して居る。(例、一九〇七年迄の白耳義國とコンゴ國、一八九〇年迄のオランダとルクサンブルグ、一八三七年迄の大不列顛國とハンノバー、一八五七年迄のプロシヤ國とノイエンブルグ、一八六三年迄のデンマーク國とシュレスウヒ・ホルスタイン等)

(B) 眞正複合國 之に亦二種あり、聯合國と實合國とである。

(a) 聯合國 (Bundes staat; Federal state) は一に合衆國 (United states) とも稱せらるるもので、是は多數の國家が永久的の聯合を作り、聯合自身の機關を備へ、組成各國に對してのみならず、其各國民に對しても權力を直接に行使することを得るものである。此聯合は先づ組成各國が條約を結び、次に之に基いて聯合國家の憲法を制定することに因つて成立する。此條約と憲法とがなければ聯合國家は未だ成立しないことに注意せねばならぬ。聯合國家は組成各國と相並んで眞實なる國家を成して居るものと言はれて居る。蓋し其機關が各組成國の國民に對する直接の權力を有するからである。而して組成各國は聯合國家の權力の下に各自尙ほ國家として自國を統治して居る。従つて聯合國家の國權と組成

各國の國權とは相互に制限せられざるを得ない。例へば北米合衆國、瑞西及今日の獨逸等の如きは其例である。

(b) 實合國 (Real Union) は物合國又は法律的同君國とも稱せらるるもので、二國以上の國家が諸外國から承認された國際條約に依つて其君主の共同たるべきことを約するに因つて成る所の結合である。此場合關係國家は唯君主を共同にすることを目的とする。故に此點は人合國と異ならぬ。併し實合國は之を條約に依つて定むるに反し、人合國家は一國が自ら制定する君位繼承法の結果偶然に生ずるに過ぎぬ。而して實合國は外國に對する關係に於ては共同の機關を有し、法律上國家として行動し、其相互の間に於ては右關係の繼續する限り戰爭を爲さざる義務を負ふて居り、又別々に他國から戰爭を爲されることも出來ぬ。兩國は別々に通商、犯人引渡其他の條約を第三國と締結することが出来るけれども、斯る條約を兩國の爲めに決定するものは、其各自ではなくして實合國其者である。而も内政に關しては互に全く獨立であつて、立法司法行政を通じ一切別々に之を處理する。(一八六七年から一九一八年迄の奧洪國、一八一五年から一九〇五年に至る間の瑞典諾威等)

第三 專制國、立憲國

(1) 專制國 (Despoti; Despotical state) とは專制政體の國家を謂ふ。專制政體とは國家の主權が活動するに當り、所謂行政、司法、立法の三作用が分岐對立することを必要とせずして

主權者の專制に歸し、一般國民は國政殊に立法に權利として參與することを得ざる政體を謂ふのである。要するに主權者が自己の任意の方法に依つて統治する政體に外ならぬ。

(2) 立憲國 (Konstitutioneller Staat; Constitutional state) とは何であるか。曰く、立憲政體の國家を謂ふ。立憲政體とは主權が活動するに當り行政、司法、立法の三作用が相分岐對立して互に其權限を侵犯することを許さず、一般國民は國政殊に立法の作用に其權利として參與することを得る政體を謂ふ。要するに立憲政體とは法を以て三權を分立し、統治機關の組織及權限を一定し、主權者は之に依つて以て國家を統治することを要する政體に外ならぬ。茲に注意すべきは專制國、立憲國の區別は右に述べたるが如き標準に依つて之を爲すものであつて、憲法の成文あるや否やを以て之を決すべきでない。蓋し凡そ如何なる國家と雖も、其成立と同時に其國家及政體を定めたる根本法たる憲法を具備せざるものはないからである。加之今日英國の如く成文の憲法なき立憲國家もあるのである。故に問題は成文憲法の有無にあらずして、憲法の實質が以上に述べたるが如きものであるか否かに在る。

第四 宗主國、附庸國

(1) 宗主國 (Suzerain state; Oberstaat) は次に述ぶる如き自國の一部分たる附庸國に對し一定の權力を行使することを得るも直接に附庸國の人民を支配することを得ないものである。

(2) 附庸國 (Etat vassal; Unterstaat) は宗主國に從屬し其權力の下に立つものであつて、對

外關係に於ては宗主國の一部分と認めらるるも、而も尙ほ對内關係に於ては一の國家たる資格を有し、其受くる制限の範圍内に於て自主權を有する。土耳其帝國が一八七八年の柏林條約に至る迄ルーマニア、セルヴィア、モンテネグロに對し、一九〇八年迄ブルガリア、クレタに對し、世界大戰の時迄埃及に對して有つて居た關係は此例であつた。

第五 保護國、被保護國

(1) 保護國　とは後に示す所の被保護國の爲めに其重要なる外交事務を他國に對して代表し國際的後見の任務を遂行する國家を謂ふのである。

(2) 被保護國 (Status under protectorate)　とは或弱國が其重要なる外交事務の處理を或強國に託することを約し、之に因つて強國の保護の下に自國を置くものである。惟ふに兩國の間に存する條約上の斯る關係を保護關係といふ。保護關係の内容は兩國間の條約の定むる所に依るものであるから、一般的に之を説明することを得ない。或場合には被保護國が一定の國際條約を締結することの認めらるることあり、或場合には外交官を派遣し接受することを得るあり、又或場合には保護國が被保護國の重要なる外交事務のみでなく往々内政の或ものに迄も干與することを得るあり、此等は其他の問題と均しく各箇の場合に於ける保護條約の所定如何に依つて決せらるるものである。併し茲に二つの點に付て一般的に言ふことの出来る事項がある。曰く保護國として被保護國を國際的に代表せしむる爲めには第三國に於て其保

護關係を承認することを要する。曰く被保護國は若干の目的に付て常に自ら國際的地位を留保して居て被保護國は一切の關係に於て保護國の一部と認めらるることが決してない。從つて保護國が締結した諸條約は特に被保護國の爲めにせられたものでなければ、當然に被保護國を拘束しないことに爲るのである。

第六 永世中立國、普通國

(1) 永世中立國 (Dauernd od. ewig neutrastärter Staat; Perpetually or Permanently neutral state)　とは關係列強の勢力均衡の維持と緩衝地帯の設立とを目的とし其列強間の條約に依つて永久に戰爭の局外に置かるる國家を謂ふのである。此永世中立國が他國より攻撃を受けたる場合には他の列強は之を防ぐの義務がある。而して一方に於ては此中立國は列強が之を中立國と爲したる目的と矛盾する行動を爲さざる義務を條約に依つて定められて居る。通常認めらるる例を示せば、自衛の場合に非ざれば他國と戰爭を爲すことを得ず、或は領土を他國に割譲することを得ざるが如し。現今存する永世中立國は唯瑞西(一八一五年以來)一國あるのみ。

(2) 普通國　とは唯通常の國家を永世中立國に對して斯く稱したるに止まる。

以上は國家の種類に付て概略を説明したのであるが、是に由つて之を觀れば、我國は國體に於て世襲の君主國、形體に於て單一國家、政體に於て立憲國、而して國際關係に於ては他國の掣肘を受けざる自由なる獨立の國家であることは上來述べた所に依つて明かであらう。斯の如き組織の

國家は純粹單簡にして又民族の鞏固なる團結を望み得べく加之國の内外に亘りて敏活なる活動を爲すことを得べくして、大に世界に雄視するに足る組織の國家であると信ずる。聖明の君上に在りて忠良の民下に從ひ、一心同體、以て斯の天壤無窮の國運を扶持し開拓せんか、其將來の隆昌何ぞ測ることを得ん。

第四節 國家の活動

國家は唯一の主權に依りて統治せらるる人類の團體であつて、獨立自主の存在目的を有するものである以上は、其存在の目的を達する爲めに必要若くは有益なる活動を爲さねばならぬ。然らば國家の活動は何物より發生し來るか云ふに、他なし、主權より發生するものである。恰も吾々自然の人類の活動が吾々の精神より發生し來るが如くである。而して國家の生存の爲めにする主權の發動は、其目的を達するに必要若くは有益なる一切の活動であつて、其活動の種類竝に數量は之を枚擧することが出來ぬ。而も之を大體の標準に依つて大別することは必ずしも不可能の事にあらざるのみならず、吾人に取つて極めて必要の事である。

余は曩に國家の主權なるものは唯一不可分のものであることを述べた。然れども是は主權の本

體實質の説明であつて、主權の活動が唯一不可分なりとの義にあらざること知らねばならぬ。然らば唯一不可分の本體を有する主權の作用は如何に之を大別すべきか。之を説明するには、(一)實質的分類と(二)形式的分類とに區別するを可と信ずる。

第一 實質的分類

往昔アリストートルは國家の權力に(一)決定權、(二)裁判權、(三)行政權の三種あることを論じたるが、是れ所謂權力分立論(*Theorie de la separation des pouvoirs*)の嚆矢である。其後に二分説、四分説、五分説等を唱ふる者もあつたけれども、彼の有名なる佛國のモンテスキュー出づるに及び、三權分立論を生じ、此説が立憲制度の基礎と爲り、今日文明各國に行はるる見解である。モンテスキューの三權分立論と云ふは、氏が英國の制度を研究し之を説明するに當つて凡そ國家には立法權、執行權及司法權の三權力あり、且之を司掌する者は互に獨立對峙して三者相控制し、茲に初めて人民は國家權力の專横を免れ政治上の自由を保つことを得とし、英國の制度が實に能く之を説明するものたることを論證した。此論の正否は別とし、此三權分立論は廣く傳はり、近世の所謂立憲制度なるものを發生せしむるに至つたのである。然れども主權を分つて立法權、司法權及執行權と爲すことは理論上正確でない。蓋し之を實質上より言ふとき

は、立法は法を制定するに在り、司法は法を維持するに在り、而して國家主權の圓滿なる作用の中より此二種の作用を除きたる部分は包括的のものたらざるを得ぬ。即ち苟も立法竝に司法の二者に入らざる作用は一切此中に包含するものとせねばならぬ。今日は此殘留せる包括的の部分を行政と稱するを通例とする。然るにモンテスキューは之を執行と爲し、其作用は専ら立法權に依り制定したる法を執行するに在りと爲すものである。故に氏の此分類法は狭きに失し、國家多數の活動を包括せしむることが出来ぬ。さればこそ今日は所謂執行權に代ふるに行政權を以てし、立法及司法に屬せざる作用を一切此中に包括せしむるに至つたのである。

以上は今日立憲國に行はるる三權分立の思想である。立憲制度の精神は唯國家作用を分類して任意に異なる者に夫々之を管掌せしむると云ふに止まらず、必ず一定の機關を設けて是非共其相異なる機關に依つて之を發動することを要するものとするに在る。是に於てか立法機關、司法機關及行政機關の三者を存するので、立法權は必ず立法機關に依つて活動することを要し、司法權は必ず司法機關に依つて行はるることを要し、行政權は必ず行政機關に依つて行はるることを要する。斯くして初めて國權の三作用は互に相控制して甚しき専横に陥らざることを得るのである。而して右に述べたる意義に於ける行政の機關は行政官廳であり、立法機關は議會

であり、司法機關は裁判所である。

第二 形式的分類

右の説明は理論的に實質上より三權の分立を論じたるものであるが、國務の實際は極めて複雑多端にして、必ずしも此理論を一貫することを得ない。即ち便宜上より甲の作用を乙の作用に委することがある。斯る場合には實質上の甲の作用が形式上は乙の作用と看做さるので、之を三權の形式的區別と云ふ。何れの國に於ても斯る形式的區別を認めざる者はない。今其例を示さんか、立法機關たる議會が或は豫算を議定し或は請願を受理し或は政府を監督するが如き、又司法機關たる裁判所が或は登記事務を掌り或は親族法上の監督及遺言執行に關する事務を爲す如き、又行政機關たる行政官廳が或は行政裁判を爲し或は警察犯の即決及發明特許の審判等を爲すが如き皆然らざるはないのである。是に於てか其實質に拘はらず立法機關の行ふ所は立法事務、司法機關の行ふ所は司法事務、其他の機關の行ふ所は行政事務であると云ふことに爲る。之を形式的意義に於ける三權の分立と云ふのである。

以上は實質的竝に形式的意義に於ける三權分立の觀念を解説したのであるが、單に主權を分立せしむるのみにて其分立せる各權の上に立つて之を統一し調和する所の權力を認めなければ、遂

には國家分裂の端を啓くに至るであらう。是に於てか諸國の憲法は多くは主權者の政治大權なるものを認むるのである。元來國家の主權者は統治權の總攬者として一切の統治作用を掌握するを當然とするのであるが、立憲制度に於ては三權を分立させ、各其機關を設け、其參與なくしては主權を活動することを得ざらしむるのである。而も主權の全部を悉く機關に委任せず立法、司法、行政の各作用の一部は依然之を主權者の手に留存して其親裁に委し、以て三權を調和し統一するのである。之を是れ政治大權又は政治行爲と云ふ。故に國家の作用は或は立法として現はれ、或は司法として現はれ、或は行政として現はれ、更に又政治行爲として現はるるのである。

然らば我國の主權の作用は如何に分たるるか。按ずるに我國も亦立憲制度を採用したるが故に立法權、司法權、行政權の外に、所謂政治大權に當るものもあり、這の最後のものは之を大權と稱せられて居る。是は天皇の親裁する政務であつて、帝國議會の協賛を経ることなく、裁判所に委任せず、行政官廳に執行せしめず、主權者が親ら獨り裁斷決行することを要する作用である。之に依りて我三權は調和と統一とを保たれつつある。

第五節 國家の生滅

國家は其要素たる主權、人民、領土の三者が具備したる時に成立し、其一部又は全部の缺如するに至りたる時に消滅することは論を俟たぬ。今之を歴史的に觀察せんか、或は合同に因り、或は分立に因り、或は其他の原因に因りて成立し、又併合に因り、或は征服に因り、或は分割に因り、或は其他の原因に因りて消滅することあるべきも、法理上は之を論ずるの必要なきものである。一説に國家は他の國々が國際法の原則に従つて之を承認したる時に成立すると云ふけれども、此説は誤つて居る。國家の生滅は人の生死と同じく亦一つの事實である。國家は一に其構成要素の完備すると否とに依つて或は生じ或は滅するものであつて、所謂國際法上の承認の如きは既に國家として成立せるものに付き更に國際法上の主體と爲すことを確認するに過ぎぬものである。是を以て國家の生命を長久にし且強盛ならしむるには、國家構成の三要素が其質と量とに於て充實することを要し、其三者が相互に能く調和し統一し、以て全體の凝集力が鞏固と爲ることを必要とする。然らば全體の凝集力の強烈は何に依つて之を期し得べきか、曰く他なし「上下一心」、唯「人の和」に存するのみ。思はざるべけんや。

第二章 法

第一節 法の性質

第一款 法の觀念

余は序論第一章「法則の概念と法律」の部に於て法の概念に付き「法又は法律とは吾人が國家的社會生活を爲す爲めに必要なるか有用なる吾人の行爲の法則であつて國家が之を法(法律)と認め維持する所のものである」と説いて置いた。茲に此定義を分析して法の性質を説明しやう。而して右の定義を分析すれば、法は左の特質を有することを知るに足るのである。

- (一) 法は吾人の行爲の法則たること
- (二) 法は吾人の國家的社會生活に必要若くは有用なる法則たること
- (三) 法は國家が法と認めて之を維持する所の法則たること

以下順次之を解説せん。

第一 法は吾人の行爲の法則たること

余は序論第一章に於て「廣く法と云ひ又は法則と云ふときは、一定の原因あれば必ず常に一定

の結果を生ずる關係、即ち現象の一致反復、換言すれば必然的因果を意味し、其中には(一)自然的法則と(二)規範的法則との二種があり、其内(一)自然的法則は單に事實と一致せる法則であつて説明的法則と稱すべく、即ち必然的に或原因あれば或結果が生ずることを謂ひ、(二)規範的法則は吾人人類が其各種の目的を實現する爲めには之に従はねばならぬ所の法則であつて、自然的法則の如く必ずしも事實とは一致せず、唯目的實現の爲めの辨別の標準たる性質を有するものである」ことを述べた。尙ほ「倫理、宗教、道徳、風俗、習慣等の法則は所謂規範的法則に屬し、吾人の研究の對象たる法即ち法律なるものも亦之に屬するものである」ことを述べた。余は此際讀者が此説明の記憶を喚起せられんことを希望する。

右の説明を茲に掲げたる「法は吾人の行爲の規則である」と云ふ命題と合せて考ふるときは、自ら其意義如何を察知するに難くないであらうと思ふ。即ち法律は後に述ぶるが如く吾人の國家的社會生活を全うする爲め、同一の事情の下には常に同一の行爲の爲されんことを要求し、又同一の事情の下に爲されたる同一の行爲には常に同一の効果を發生せしむる規範的法則たるの義である。

斯く法は吾人の行爲の法則なるが故に、個々の具體的事件に對する處分は法でない。例へば「人

を殺したる者は死刑に處す」と云ふは法であるが、殺人罪を犯したる某に現實に死刑を執行することは處分であつて、法ではないのである。斯の如くなれば法には自ら永續性及固定性あることを知らねばならぬ(第九節第五款參照)。

而して茲に法則であるといふは、廣く行爲の標準又は準則であるといふに過ぎぬ。之を狭く命令及禁止に限定するの趣意ではない。固より法律の大部分は或行爲を命じ若くは禁ずるものであるけれども、決して之に限るものでない。信教の自由を保障する規定、無主物先占に因つて所有權を取得せしむる規定、債權法及物權法の規定等の中には命令又は禁止の法でないものが頗る多い。是等の規定は權利者が一定の行爲を爲し得ることを保障し且其行爲に一定の効果を與ふるものたるに過ぎぬ。而も今日之を法に非すと説く者はないのである。故に法は必ずしも強要(Sollen)の法則たることを要せず、或行爲が許容せらるべきこと又は或行爲に因つて或結果を發生せしめ得べきことを内容とする可能(Dürfen oder Können)の法則たるを以て足るのである。要之、國家の威力に依る許容は、命令及禁止と同等の價値を有し、均しく法の實質を形成する觀念である(穂積重遠博士法學大綱一三三、四頁參照)。

第二 法は吾人の國家的社會生活に必要若くは有用なる法則たること

吾人の行爲を支配する規範的法則は倫理、宗教、道德、風俗、習慣等に亘り、千百の多數に上るであらう。斯く多數の規範的法則の中に在つて、茲に謂ふ所の法なるものは、唯吾人の國家的社會生活に關する法則のみである。國家的社會生活に關係なきものは、縱令其れが規範的法則であつても、決して之を法律とは稱せぬのである。即ち規範的法則の中、(1)國家並に人民に關する法則、(2)國家と其人民との間の關係、(3)人民相互間の關係、(4)國家と國家との間の關係を規律する法則のみが、茲に所謂法又は法律と稱するものである。

國家的社會生活に關する法則であつても、之に必要にして缺くべからざるものか又は之が爲め一層吾人の國家的社會生活を向上せしむるに有益なるものでなければ、之を指して法と稱することは出來ぬ。

然れども苟も吾人の國家的社會生活に必要若くは有用なる規範的法則である以上は、其法律たるに妨げないものである。故に倫理、宗教、道德、風俗、習慣等の規範的法則と雖も、苟も其れが吾人の國家的社會生活に必要若くは有用なる以上は、之を以て法律上の規範と爲すことを得るのである。故に例へば國家の諸機關及公私の法人の組織に關する法規(例、帝國議會其他の會議體、裁判所の訴訟、學校教育等に關する法規の一部)の如く倫理、宗教、道德、風俗、習慣上の法則にあらざ

る或特定の目的を達する爲めにする利害の考慮から認めらるる又は自然力利用の爲め必要なる技術的規範 (technical norm) 例へば造船規程、鐵道建設規程、鐵道運輸規程、鐵道信號規程 (鐵道營業法三五參照)、電氣工事規程等も法律として認められる。又之と同じく道德的規範 (ethical norm) も法律上の規範たることがある。例へば刑法、民法及憲法等に包含する諸規定にして、其實質が道德的規範たるものの如きである。以上の外、禮式其他の風習的規範たることがあり得るのである。例へば皇室祭祀令、服忌令、議院法第五條等の如きものが是である。而も茲に注意を要するは、技術的規範、道德的規範其他のものが一定の場合に法律上の規範と爲ることあるも、之が爲めに技術的、道德的、其他の規範たる性質を失却するものでなく、同時に雙方の性質を併有するものであると云ふことである。例へば刑法の「人の物を盗む勿れ」と云ふ規定は、同時に道德的規範であり而も又不倫盜戒なる佛戒たる如きである。

第三 法は國家が法と認めて之を維持する所の法則たること

法は國家が法と認めて之を維持する法則であると云ふことには、二つの重大なる意義を包含して居る。即ち(一)法は國家が法と認むる法則たること、(二)法は國家が之を維持する所の法則たることである。而して此二者は法律が他の規範的法則と異なる特色を爲すものである。

(一) 法は國家が法として認むる法則たること

均しく是れ吾人の國家的社會生活に必要若は有用なる規範的法則なりと雖、之のみを以ては未だ之を法律とするに足らぬ。是れ唯法律たるべき實質を備ふる法則であると云ふに止まり、未だ法律其者とは爲らぬ。又法律と爲るには必ずや國家が之を其國家の法律と爲すことを認めねばならぬ。法律と爲すことを認むることは風俗習慣道德宗教其他の規範的法則にあらざる別種の規範的法則として認むることを謂ふ。此承認なければ如何なる善法良規と雖も、以て法律と云ふべきでない。然らば國家は如何にして之を法律と認むべきか。惟ふに國家は或は(イ)直接に之を認め、或は(ロ)間接に之を認む。所謂直接の承認は國家が自ら吾人の國家的社會生活に必要若くは有用なる規範の實體を制定する場合を謂ふので、後に説明する成文法なるものは之に屬する。所謂間接に之を認むるとは、吾人の國家的社會生活上社會に既に發生したる必要若くは有益なる規範を承認して國家の法律と爲し以て之を維持する所のものである。後に説明する不文法は之に屬する。法は總て此直接間接の方法に依つて國家より承認せられ、茲に始めて完全に成立するものである。國家の成立に必要な基本法に付ては國家の成立と同時に、又爾後發生する法律に付ては其之を認むるの必要ある場合に、夫々承認を爲すのである。

以上の如く法は國家が直接間接に法として認めたるものであるとする以上は、(1)國家に超越する永久不易の法即ち所謂自然法なるものは、法の理想(Ideal der Rechts)と稱すべきも之を以て法其ものであると爲すことが出来ぬ。所謂法は國家の認めたる法即ち人定法(positives Recht; Positive Law)に限るのである。次に(2)法を以て國家が制定したる法則に限るとの説も之を認むることを得ず。更に又(3)國家以前に存在したる所謂社會法なるものも法律でないと言はねばならぬ(尙ほ法の觀念に關する古來の學說に付ては第二款の説明を参照せよ)。

(二) 法は國家が法として之を維持する所の法則たること

前述の如く國家が之を法と認むることあるも、其所謂承認なるものは元來主觀的のものであつて、唯之を國家が主觀的に認めたるに過ぎざる場合には、未だ國家が之を法として實行する者であるかどうか明確でない。故に未だ以て法とするに足らぬのである。之が法と爲るのには更に國法が之を法として維持する所の行爲を爲さねばならぬ。斯の如くして法の存在は明確と爲り、國民は其適從する所を誤らぬのである。

然らば國法は如何にして法を維持するかと云ふに、法の維持方法には二種ある。第一は法の宣言であり、第二は法の強行である。法は實に國家に依り或は法として宣言せらるるに因り、或

は法として之を強行せらるるに因り、法の法たる所以を發揮するのである。法は實に之に因つて國家の保障を得て、強烈なる效力を生ずる。而して是れ實に法が他の規範的法則たる倫理、宗教、道德、禮儀其他と相異なる所の點であると信ずる(尙ほ此點に付ては第三款の説明を参照せよ)。

(甲) 法は國家が法として之を宣言するに因りて主として維持せらるるものである。

法の宣言は國家が認めたる法を維持する所以の第一の方法である。惟ふに國家が法と認むるも其之を認めたることの事實を國民に公示しなければ、國民は斯る法が存在するや否やを知らず、從つて縱令忠良の國民と雖も之に違背することがないとは限らぬけれども、國家の中心勢力が既に之を其國法と爲す旨を公示する以上は、苟も不逞の徒ならざる限り、之を尊重し之を遵奉するに至ることは當然である。蓋し法の眞に行はるる所以のものは、國民が國權に依頼し國法を守る所の遵法的精神に基くものであるからである。是に於てか今日の文明各國孰れも其制定したる法律は之を公布し、不文法は之を法として認むる限度を豫め成文の法律を以て明定するを例とする。我國には法例第二條、民法第九〇條、第九一條、第九二條及商法第一條等の規定があつて、間接承認の法を明確に宣言して居る。余は法律の維持方法としては、此法の宣言なることが最も大切であると信ずる。然るに法以外の單純なる規範的法

則には國家が之を法として宣言することがない。故に此宣言は法の特質であると云はねばならぬ。而して制裁のない法律、例へば國際法上の多數の規則、國家の根本法たる憲法の規定の如き、其他尙ほ幾多の法令中に制裁なき法律があるけれども、之が相當に行はれて居る所以のものは何であるか。他にあらず、一に國家が之を法として宣言し、之に背く行爲の違法たることを明確にするに因るのである。近時の學者が或は「法は其法として存在すること自身が法たるの效力を全うすること多し」と言ふ、洵に然り矣。

(乙) 法は又國家が之を法として強行するに因つて維持せらるる場合がある。

前述の如く法は主として國家が之を法として宣言するに因つて維持せらるるものであるけれども、國民の多數なる、或は法に背き法を脱せんとするの輩之なきを保し難きが故に、國家は最も確實に法の威信及尊嚴を保たんが爲め、違反者に一定の制裁を加へて法を強行することがある。強行とは國權に依つて法の適用を受くる個人が法の遵守を強要せられ不遵守の結果を補正せられ或は違法の行爲を爲したる場合に豫定の或結果が實現せしめらるることを意味する。之を強行と云ふ。刑罰、損害賠償、民事上の強制執行、行政上の強制執行等が即ち是である。法に斯る強行方法の備はるときは其法の效力は更に偉大なるべきは言ふ迄もない。

是に於てか斯る強行方法なきものは法に非すと論ずる學者もあるが、憲法の如きは其強行の方法なきにも拘はらず、今日何人も之を法として認むる所である。強行の觀念を法に必要とする説は採るに足らぬ。且夫れ強行は國民中の一小部分たる違反者に對してこそ或は必要なら、忠順の國民には不必要のものではない歟。嘗に然るのみならず多數の規定中には之を強行することの不能なるものがあり、又之を強行することの却つて不適當なるものがあり、又之を必要とせざるものがある。故に強行は唯法の中、強行の可能、必要且適當なるものに限つて之を認めねばならぬ。法の全體に之を認むることは得て望むべからざることである。然りとて之を其一部に限つて認め他は法にあらずとせんか、法の範圍は著しく縮少して、今日一般に法として認めらるるものを法の範圍外に驅逐せねばならぬことと爲るであらう。加之、所謂國家の制裁の如き外部的強行は其效力を全うし得ざることが往々あるのである。例へば正當防衛權を認むるも被害者の力侵害者に及ばざれば何の效力あらん。又一金なき債務者の財産を差押ふるも萬金の返濟を得るに由なかるべき筈である。又嚴刑酷罰は刑事政策上却つて犯罪を激發するの惡結果を來すと云ふに非ずや。由是觀之、書經に「刑期ニ于無刑」と云ひ、淮南子に「制刑而無刑」と云ひ、管子に「以有刑至無刑者其法易而民全」と云ひ、呂氏春

秋に「令苛則不聽禁多則不行」と云ふが如き、今日も大に參考に値するの言である。

法律の強行なるものは決して萬能なるものでない。果して然らば法律と他の規範的法則との區別の標準を強行の有無に歸する學說の採るべからざることは最も明白であらう。

以上(甲)及(乙)に分つて述べたる所に由つて觀れば、法律は國家の絶對無限の權力を以て外部より之を強行するも、必ずしも行はれないものであることが解るのである。然らば法は如何にして完全に行はるるかと云ふに、國家は唯眞に吾人の生活に必要若くは有用なる實質を具備したる法のみを宣言し、國民は團體生活の必要を自覺し、誠實と信用とを以て國法を自ら進んで遵守せねばならぬ。之を遵法的精神と云ふ。法は實に此吾人の遵法的精神と相俟つに依つて完全に行はれるのである。之に反して國家が敢て惡法を宣言し國民が妄に之を蔑視すると云ふことであつたならば、縱令之に臨むに嚴刑を以てするも、法は決して行はれないであらう。

第二款 法の學說

余は既に第一款に於て法の觀念に付き説明する所あり、茲に更に第二款として之に關する古來の諸學說を述べて、前述の説明を一層明白ならしめやうと思ふ。

第一 神意說

此說に依れば「法は皆神の意思が啓發したるものである」と云ふので、之に二種の別がある。一は直接啓發であり、法は神が自ら進んで人類に告知したものとす。例へば古昔マホメットが山中に籠つて神使ガブリエルより法律を拜受し之を「コーラン」と稱したるが如き、ライカルガス(Lay Curzus)が十二神の隨一たるアポロより法律を拜受し之を「ライカルガス」法典と稱したるが如き、又猶太に於ける「モーゼス」の法典、印度に於ける「マヌー」の法典、希臘に於ける「ミノス」の法典の如き、孰れも此觀念に出でないものはない。然るに人類の知識が發達するに従ひ斯る見解を以て満足すること能はず、中世に至るや伊國のマイストル、佛國のジュボナール等の學者出でて間接啓發說を唱へた。曰く「法は直接に神が人類に命令したものでなくとも總て皆神意より出でたものである、即ち立法者が法律を制定するは神意に協ひたる事項を規定するものに外ならぬ」と。而も今日法律を論ずるに當り、此說を採る者は殆ど之なきに至つた。是れ蓋し人知の開發に因るものに外ならぬ。

第二 正義說

此說に依れば「法は即ち正義である」とし、或は「正義の一部分である」と爲す。ピタクス(Pitac-

ous)が「法律は正義なり」と云ひ、プラトンが「正義即ち法律は一個人と國家との三大法たる智、勇、節制の調和を命ずる原理なり」と云ひ、クリシッパス(Chryseippus)が「法律は不正の標準なり」と云ひ(古代希臘)、又セルズス(Celsus)が「法律は公平及善良の術なり」と云ひたる如き(羅馬)、皆此説に依るものである。英のブラックストーン(Blackstone)、コーク(Coke)其他も亦此説を踏襲して居つた。然れども所謂正義の何たるやは漠然たるものであり、且今日の法律中には所謂正義の觀念と關係なき法律(例、手續法、技術的規範)がある許りでなく、此説の如くんば道德との區別が甚だ不明確に陥るのである。

第三 人性説

此説に依れば「法律を以て人性を完成する標準である」とする。獨のウォルフが嘗て「法律とは人間が完全に達する義務を履行するに必要な手段である」と説きたる如きは、此説に屬するものと云はねばならぬ。惟ふに法の大部分は人性を完成する標準たるを失はぬであらうけれども、斯く論ずることは法の性質を明かにするに足らず、法と他の規範的法則との別は之なきに至るであらう。故に亦採用すべきでない。

第四 道德説

此説に依れば「法は道德と其實質同一なり」とし、或は「道德の一部なり」とするのである。グロチウスが「法は正しきことを強制する道德的行爲の規則である」とし、ゾームが「法は社會に生活する人類に付與するに外界に對する一定の權力を以てする道德上の規則である」と云ひたる如き是である。然れども法の實質中には既に述べたるが如く、必ずしも道德的規範に限らず、純技術的規範をも包含するから、此一點のみより之を論ずるも、此説の採るべからざることは明白である。

第五 自然法説

此説に屬する一部の者は曰く「法は萬有法即ち自然律の一部なり、法は神や人の制作するものではなくして自然に存在する一種の現象に過ぎぬ、宇宙既に自然律あり、人事豈に獨り定律なからん、蓋し人類も亦自然界の一部であり又人類は自然界に於ける一生物である以上は、法律は自然律の一部であつて人事界に於ける自然律是れ即ち法律である」と。而してモンテスキューは「法とは廣義に言へば事物の本性に基く必然の關係である、萬物法を有し、天帝法を有し、獸畜法を有し、人類亦法を有す」と述べた。惟ふに斯る觀念に於ける法は最廣義に於ける法の觀念であつて、現象の一致反復を意味するものである。而も之に由つては所謂自然的法則と規

範的法則との區別を無視せねばならぬと同時に、吾々の研究の對象たる法律(法)と他の規範的法則との區別を明かにすることが出來ぬ。又此説を採る學者の他の者は、過去及現在に於て國家が認めたる法(人定法又は現實法)以外に於て、時と所とに通じて易らない自然の法あることを認め、之を或は理想法と云ひ或は絶對法と云ひ或は本體法と云ひ或は理性法と云ひ、而して此所謂眞正の法たる自然法を、或は宇宙の大法則に據るものとし或は人性に基くものとし或は自然状態に適するものであると説いて居る。此思想は希臘の「ストイック」哲學者の從性論に發し、ローマを経て中世に及び、漸々其主張者を増加した。蘭のグロチウス、英のホッブス、獨のブッフエンドルフ、ライブニッツ、ウオルフ其他の諸氏が之に屬して居る。然れども此論者は法に關する吾人の理想と現實の法其ものとを混同せるものと云はねばならぬ。而して現實の法は必ずしも常に古今東西に一貫せる不易の法たるものではない。

第六 秩序關係説

此説は、法律を以て「一定の秩序である」とし、即ち「事物の因果關係に一定の順序あるを謂ふもので特定の事實に特定の効果を認むる法則である」と解する。英國物理學者ハックスレー(H. Huxley)が「法の本質は秩序であつて一定の原因あれば一定の結果あることを示すものである」と

云ひたる如きは是である。然れども此説に對しては、前記第五の第一論者の見解に對すると同一の非難を加へねばならぬ。

第七 自由規律説

此説に依れば「法は各人の自由行動の範圍を定むるものであつて、一方に於て各人生來の自由を制限し他方に於て之に依つて各人の自由を保持するものである」と爲す。カントが「法とは一人の自恣と他人の自恣とが自由の一般原則に従つて共存し得る條件の總體である」と云ひたる如き、又サヴィニーが「法とは各人の存在及活動が正確にして且自由なる範圍を得べき無形の限界を示す規則である」と云ひたる如き即ち是である。然れども法の中には各人の自由と全く無關係なるものがあるのみならず、自由を得せしめざることを目的とするものさへも之あるを以て、此説亦賛成し難いのである。

第八 民約説

此説は一に社會契約説とも稱し、「法律は人民の契約に因りて成るものであつて、合意を以て其本質とす」と主張するものである。此思想は古代より之ありしも、大成したのは佛のルーソー(Rousseau)である。彼れ以爲らく「吾人は元來自由であるけれども合意に依つて之を共同團體

に譲渡し又之と同一の範圍のものを共同團體より受けて其保護に浴するもので、他の權力の下に服従する如きは吾人が自由意思で合意するものでなければ之を想像することが出来ない現象である」と (*Du Contrat social*, 1762)。然れども此説は歴史上の根據なき架空の論である。加之法律の存在せざる以前に契約ありと云ふは矛盾なるべく、又原始時代に人類が將來と信用とを基礎とする契約の觀念を有したることを想像することは出来ぬ。且原始社會に於ける祖先の契約が、何故に今日の吾々を束縛することを得るか。此説は到底之を認むるに由なきものである。

第九 總意説

此説は一に民族精神説又は法律確信説と稱せらるるものであつて、法律を以て「民族精神 (*Volksgeist*)」の發現であつて民族の法律確信 (*Rechtsüberzeugung des Volks*) に基くもの」とするに在る。而して此説は獨逸歴史派の主張に係り、サヴィニーは次の如く曰つた、「法律は人の創作すべきものではなくして人民一般が法律事項に關して或行爲を反復するに因り醸成される、故に慣習法は人民の法律確信の直接に發表せられたものであるから最良の法律である、立法者は法律を制定することあるも是れ唯人民の法律確信に法律の形式を與ふるに過ぎずして實は人民總意の間に發現したるものでなければならぬ」と。而して所謂法律確信なるものは法規の存

在及有效の確信であつて、民族的心理狀態自體を以て法の本質であるとし、慣習、學説、判決、法文等は唯其所謂民族法 (*Volkrecht*) の發現狀態たるに過ぎずと解して居る。以上の如き見地より此派に屬する者は「法は民族と共に生じ民族と共に長じ民族と共に亡ぶべきものであると云ふのである。然れども此學説に對しては學者は次の如き非難を加へる、曰く「(1)人類には國民的特性あると同時に人類的通性もあるものであるから法律も亦此點を看過すべきでない、(2)過去現在の實際を観るに一民一國一法主義に依る法則あることなく即ち此學説は歴史上根據なき論である、(3)法は法律確信であるといふは循環論法ではないか、(4)法律が國民精神の發現であると云ふは事實にあらず、今日は幾多の制定法があるではないか、(5)法律を以て總て無意識に成るものとするは誤つて居る、有意識に成る法も多數存在するので、法律が國民精神を指導教育する爲め特に制作せらるることがある、(6)此派の者は慣習法に重きを置くけれども、今日諸國の趨勢を達觀するに法律を制定するの主義に傾きつつあることは否むことの出来ぬ所ではないか」と。惟ふに此非難は洵に正當なるものである。

第十 命令説

此説を唱ふる者は「法律は主權者の命令である」と爲す。英國のホッブスが「法律とは權力を有

する者が或事を爲し又は爲さざるべきことを配下に命令する言語である」と云ひ、又オースチンが「法律とは政治上の優者が政治上の劣者の行爲に關して下せる一般的命令である」と云ひたる如き即ち是である。然れども法律は必ずしも命令禁止の規定たるに止まらず、許容の規定あることは既に説明したる所の如くであるから、此點より見るも此説の不可なることは言ふを俟たぬ。加之、此説に依れば憲法及行政法の規定中に在る國家自體の組織並に活動の規定は法に非すと云はねばならぬことに爲る。殊に此説では國際法の法たる所以を説明することが出來ぬであらう。

第十一 強行規則説

此説は「法律は外部的制裁に依り強行せらるる規則である」と爲し「其強行力なきものは法律でない」と爲すものである。獨のトマジウスが「法律と道德との區別は制裁の有無に在る」とし、其門弟グンドリングが「法律とは規則にして外形上の苦痛を以て其侵犯を罰するものである」とし、イエーリングが「強行は法律を實行する手段たる許りでなく實に是れ法律の要素である、強行力なき法律は法律でない」と爲したる如き是である。其他英のベンザム、オースチン、獨のライブニッツ、カント等の大家にして此説を採る者が多い。然れども法律に制裁の要素を必

要とせざることは、余の既に詳説したる所の如くなれば、此説亦採用すべきでない。

第十二 共同生活要件説

此説に依れば「法律は人類共同生活の要件の一部である」とする。匈牙利のバルツキー (Pulsky) が「法律とは國家が認了せる實際の社會生存要件を包含し且國家に依りて強行することを得べき規則の全體なり」と云ひたる如き、英のポロック (Pollock) が「法律とは人類の共同生活の要件を指示す」と云ひたる如き是である。惟ふに法律は人類共同生活の要件たるには相違なきも共同生活の要件皆必ずしも法律たるにあらず。幾多共同生活の要件中に就き果して如何なる特質あるものが法であるかを示さなければ、以て法律の本質を明かにしたるものとする事が出來ぬ。但し法律が共同生活の要件たるの一事に至つては争ふべからざる眞理であると思ふ。

第十三 行爲説

此説に依れば「法律は行爲の規則なり」とする。英のホルランドが「法律とは人類の外部的行爲の規則である」と云ひ、佛のエシュバックが「法律とは人類の外部義務の規則である」と云ひたる如き是である。余を以て之を見るに、此學説に於て「行爲の規則」を以て法律と爲すは精確なる觀念であると思ふ。併し從來の論者の如く所謂「行爲」なるものを「外部的身體の舉動」のみの意

義に解するは狭きに失するものと云はねばならぬ。何となれば今日の法律中にも吾人の精神状態に關する規定が鮮からずあるからである。故に余は所謂行爲なる語を廣く「意思發動」の意義に解して此説を採らうと思ふ。學者或は此説に對して「憲法、行政法等國家機關内部の組織に關する規定の如きは行爲の規則と云ふべからず」と論ずるけれども、其等の法規は單獨に其れ自身丈けでは存在の目的を有するものではなく、結局行爲の規則を全からしむる前提的若くは補充的目的の爲めに存するものに外ならぬ。従つて之を以て行爲の規則なりと云ふも決して過言ではないと信ずる。然れども此説は前の共同生活の要件説と相俟つて法の實質を表明するに足るので、余が第一款に於て「法とは吾人が國家的社會生活を爲す爲めに必要若くは有用なる吾人の行爲の法則である」と述べたのは此兩説を融合して造つたものと云ふことが出来る。

第十四 國家制定承認説

此説は、法律を以て「國家が制定し又は承認したる行爲の規則である」とするに在る。即ち「成文法は國家之を制定し慣習法は國家之を承認するものである、其制定又は承認は必ずしも國家自體が之を爲すことを必要とせず、國家の權力に基因する規則は悉く法律たるを妨げない、故に國家以外の公法人の制定し又は承認したる規則の如きも亦法律たり、又必ずしも一國家の制定

し若くは承認したるものたることを必要とせず、數國家が定めたる規則即ち國際法の如きものも法律たることを妨げず」と爲すのである。是れ近時漸く勢力を占めんとする思想であつて、此説は實質の方面に於て行爲の規則であることを認むると同時に、形式の方面に於て國家の制定又は承認なるものを認むる點に於て第一の特色がある。而して余の亦賛成する所であつて、余が第一款に於て「法は國家が法として認むる法則たること」と言つたのは、此制定承認の二者を包含して斯く言つたのである。此説の第二の特色は前記第十一の強行規則説を排斥して、制裁の觀念を法律の要素に加へないことである。故奥田博士は此點に付論じて曰く、「制裁は決して總ての法律に存在するものにあらず憲法中國家自體の行爲を規定せる部分の如き是なり加之強制手段を有する法律と雖も決して適法の行爲を強制するにあらずして單に不適法なる行爲に制裁を加ふるに過ぎざるなり果して然らば法律の要素中に制裁の觀念を加ふるは寧ろ法律の範圍をして狹隘ならしむるものたるを疑はず」と（同博士著法學通論一七頁）。又三瀧博士は曰く、「事實として強制もせず違反に對する制裁もなき法あり……思ふに法が法として存在すること自身が法たるの效力を全ふすること多きのみならず、法の理想は法なきに在り、換言すれば法あるが爲めに吾人が其行爲の限界を知り之に違反せざること夫れ自身が既に法たるの效力なり」と（同

博士著近世法學通論五一頁)。以て其論旨を窺ふべきである。

然れども茲に注意すべきは、此國家制定承認説を採りたる從來の學者中には制裁の觀念を排斥すると同時に、國家が法として之を維持するものであると云ふ點をも忘却し去りたる者あるは余の甚だ遺憾とする所である。制裁其れ自身は法の要素ではなくして偶素であるが、國家が自ら認めたる所のものを法として維持して行くと云ふことは、法の存在に缺くべからざるものであつて、余は之を法の要素であると解する。而して其維持の方法としては、或は單に宣言に止まることあり或は更に制裁を加ふることもありと爲すので、之が第一款に述べた卑見の存する所なのである。此點に付き一説に曰く、「法律は社會力殊に公權力によりて強行せらるる社會生活の規範なり、強行とは必ずしも具體的強制手段の具備を意味せず、規範の遵守が社會國家の實力に依りて終局的に擔保せらるることを云ふ」と。余は不幸にして所謂「國家の實力に依る終局的擔保」の眞意如何を明確に了解することを得ないが、余の所謂「國家が之を維持するもの」と云ふと大同小異の見解と目すべきものであらうか。

第三款 法の特質

法は上來説明したる所の如きものであるから、所謂自然的法則に屬せずして規範的法則に屬することが明白である。然るに規範的法則の中には道德、宗教、禮儀、技術、慣習等があるのであるから、是等の規範的法則と法との異なる所を示して、法の特質を知らねばならぬ。

第一 法と道德との別

(一) 中庸に曰く、「天命之謂性、率性之謂道、修道之謂教、道也者不可須臾離也、可離非道也」と。惟ふに道德は人の天性に由來するもので、天性に反するものは以て道德と爲すべからず。而も道德は其目的とする所吾人の天性を全うし以て人生の完全を期するに在つて、吾人が文化的生活を爲さんには、共同生活を必要とする結果、常に道德上の法則に従はねばならぬ。而して法律に付ても全く之と同様のことを言ふことを得べく、従つて道德は法律と均しく規範的法則の一であつて、二者は人類の共同生活上最も密接の關係がある。是に於てか往古は法律と道德とが分科せず、二者相混淆し、而も道德が主であつて、法は唯道德の補助的作用を爲したるに過ぎなかつた。羅馬のセルサス(Celsus)が「法律とは善及公正の術なり」と言ひたる如き、以て往古の思想を窺ふに足るであらう。然るに近世に迫り、此二者は漸く分離獨立するに至つた。併し(一)二者を全然獨立無關係のものとする説と、(二)區別

はあれど而も關係ありとする説との二派がある。余は此後の見解を正當と信する者である。

(二) 今法律と道德とが各支配する領域如何を考ふるに、此點に付ても亦古來種々の學説があつた。(イ)或は全く其範圍を同一にするものと言ふ者あり、(ロ)或は全く之を異にすと言ふ者あり、(ハ)或は道德の支配する所は法の其れよりも大にして法は國家道德の最少限度なりと言ふ者あり、(ニ)或は兩者の領域は同一共通のものあると同時に獨特專有のものもありと言ふ者がある。けれども(イ)の説の如く法律を以て道德の實現に外ならずと見ることの出来ないことは最も明白である。蓋し法律の内容は實際道德上の法則のみではなく、例へば法律行為の形式の規定、訴訟手續の規定、其他技術的の規定等が、今日諸國の法律中に在るからである。又(ロ)の説の如く二者を全然別視するは是れ亦今日の實際と適合せぬ。固より今日は古代法の如く道德的の分子を包含することが多くないけれども、尙ほ且相當に之を包含して居ることは疑なき事實である。即ち例へば刑罰規定及損害賠償法の大部分の如き、法律たると同時に道德たるものが決して鮮からぬのである。次に(ハ)の説も採るべきものでない。何となれば法の範圍と道德の範圍と、其何れが廣きかは決して容易に斷定し難い所であるからである。今日の法律には道德に關係なき規定のあることは既に述べたる如くであるから、

此點より見れば法の範圍の方が寧ろ廣いと云はねばなるまい。是に於てか吾人は(ニ)の説を採らねばならぬ。即ち元來道德上の法則たるものを更に法律上の法則として其遵守を確保する場合の如きもの(例、「人を殺す勿れ」人の物を奪ふべからず「借金は返済すべし」人の名譽を害すべからず)は、法律道德共通の範圍である。併し元來道德に關係なき事項を法律上の法則と爲したるもの(例、事物の名稱種類を定むる法則、時效の制度、技術的規範等)の如きは、法律獨占の領域である。而して道德上の法則でも之を法律として一般人に一律に遵守せしむることが不當であるか不可能であり若くは不必要である場合には、之を法律上の法則とすることなく道德に一任するので、是は道德獨占の分野である。而も法律と道德とは共に人生の完成を期する爲めの規範的法則たるが故に、互に調和することに努めねばならぬ。

(三) 然らば法律道德區別の標準如何。此問題に付ても古來幾多の説が岐れて居る。(イ)或は曰く、「法律は道德と同じく行為の規則であると云ふけれども、法律の目的物たる行為は意思が外界に表示せられたる結果であつて其行為の原因たる意思の善惡如何を問はざるを例とする、反之、道德は行為の規則であると稱するけれども主として其行為の原因たる意思の善惡を定むる準則即ち所謂良心に關する規則である」と。然れども法と雖も決して内部に存する意

思と關係なきものではない。且全然外部に表現されざる事項は法が之を律してはならぬと云ふ道理はないのである。精神作用は無形であつて之を立證することが困難であるから、之を不問に付することを通例とするけれども、今日は民事、刑事の責任に付て故意、過失、動機、緣由等を酌量するではないか。又法律行為の成立に形式を重んぜずして意思を重要視するではないか。(ロ)或は曰く「法律の目的は國家的生活の秩序を維持し團體の幸福を増進するに在り、道德の目的は人生の完全を期し人の此社會に生存する上に於て至善の目的を達すべきことを期するに在り」と。然れども吾人は國家に於ける個人であり國家は個人より成るものたる以上は、團體の秩序幸福たるものと個人の性格完成との間に爾く明白なる區別の存すべき道理なく、即ち今日に於ける道德は全部個人的孤立的たる能はず、同時に社會的團體的でないければならぬ。又法律は全部社會的團體的たる能はず、同時に個人的の分子を包含せねばならぬ。従つて斯る標準を以て法律と道德とを別たんとするが如きは不可である。(ハ)或は曰く「法律が吾人の行為の規則として行はるるのは吾人以外の強制力即ち國家の主權に依つて之を強行するが故である、反之、道德上の法則が吾人の行為の規則となるのは斯る外部の強制力あるが爲めではなく、唯吾人自己の良心の力に因つて吾人の行為の規則となるものである」

と。然れども強行又は制裁なる觀念は決して法の本質に包含するものでないことは第一款に詳論した通りであるから、此説の採るべからざることは言を俟たぬ所である。(ニ)或は曰く、「法律の源泉は國家の主權であつて吾人の意思以外に存する威力である。道德は或時代或社會に於ける善惡の確信より出でたるもので吾人の良心の力から發生した法則である、従つて法は國家の主權に依つて維持せられ道德は單に個人の良心に依つてのみ維持せらるるの差を生ずるものである」と。即ち此説は之を維持する力が主權なるか良心なるかに依つて區別を立つるものである。

而して學者中には前記諸説の一若くは二以上を合せて主張する者もあるが、余は最後の説を以て唯一の正當なる見解であると信する者である(第一參照)。

(四) 以上述ぶるが如く法律と道德とは共通の範圍あると同時に各獨立の範圍あるものとすれば、其獨立の範圍に於て二者相牴觸することがないとは限らぬ。斯る場合には吾人は何れに従ふべきか。余は斯る場合には國民たる者は當然法律に従ふべきものと信する。蓋し個人の意思は團體の意思よりも弱かるべき筈であるのみならず、道德は法の遵守を命するからである。教育勅語に曰く「常ニ國憲ヲ重シ國法ニ遵ヒ」と。吾人深く思はざるべけんや。

〔註〕法學博士穂積陳重氏著法窓夜話中の六及七(大聖ソクラテスの遵法的精神)、法學博士田中耕太郎氏論文(現代思潮第三冊中現代法律思潮七五頁)、徳川時代赤穂四十七義士に對する處分参照。

尙ほ右獨立の範圍に於て法に規定なく道德獨り規範を立つることがある。斯る場合には吾人は法なきの故を以て恬然たることなく、克く道德を守ることがを要する。法なきは道德上の本務を免除する趣意ではなく、唯之を道德に一任したるに過ぎぬ。法律學をして「何處まで惡事を爲し得るかを研究するもの」たらしむべからず。

第二 法と宗教との別

(一) 宗教は、吾人が安心立命を得る爲め宇宙を主宰する絶對的存在即ち神あることを信仰し神と人との歸一に努め、此目的の爲めに一定の教義を發見し、此教義に適ふ行爲を獎勵し、之に違ふ行爲を禁止して、吾人の性格を向上進歩せしむるに偉大なる效力があるものである。故に宗教も所謂規範的法則の一であることが明白である。而して宗教は道德と同じく吾人の社會生活上重大なる關係を有するものであるが、法律と宗教との間に如何なる關係あるやは、一國の採る所の宗教制度の如何に依つて大なる差異がある。

(二) 今古來の宗教制度を顧みると、(1)政教一致制度と(2)信教自由制度との二者がある。(1)は

政教兩權が唯一の統治者に出づるを本旨とするもので、之に(イ)教國制度と(ロ)國教制度との別がある。(イ)は宗教を以て國家の基礎とするものであるから、統治者は神意を承けて教權を有し政權を握るものである。従つて此制度では國家は宗教上の設備となり、法律は教義の一部に屬することと爲る。即ち人類の生活關係に關する主要の規則は之を経文の中に規定し、神佛の威信に依つて其實行を期した。是れ政教混同の時代たる古昔の諸國に行はれたものである。(ロ)は教務を以て政務の一部とし、國家の權力に依つて人民に其宗教を強行するもので、法律の一部は即ち教義と一致して居る。此制度は中世の歐洲諸國に行はれた。以上の二者は今尙ほ其殘影が存せないではないけれども、今日の政情と相容れざることが明白であるから、現在の文明各國は多く(2)の信教自由制度を採るやうになつた。此制度は宗教の信仰を各人の自由に任せて國家は之に干渉せざる主義であるが、之には(イ)公認教制度と(ロ)政教分離制度との別がある。(イ)は國家が沿革上或宗教に對して多少の特權を與へ又特別の監督をするけれども、敢て之を人民に強制することをしない。現今歐洲の諸國は概して此制度に依つて居る。(ロ)は絶對に政教を分離し國家は一切の宗教に對して何等の干渉も又保護も與ふることなきを原則とする制度で、日米佛等の採る所である。惟ふに宗教制度が此

(イ)の制度に移るに及び、法律が教義を内容とすること漸次に減少し、更に其(ロ)の制度に進むや殆ど之なきに至つたと云ふても可い。即ち法教共同の領域が世の進むに連れて消滅し來つたのである(織田博士改訂法學通論二七頁以下参照)。

〔註〕我皇室に於ては、古來祭政一致の精神を以て國家を統治せられたけれども、國民一般に一定の宗教を強制したことはなかつた。

而して我國が信教の自由を認むることは、憲法第二十八條の保障する所である。尤も茲に注意を要するのは、我國には神宮及神社と云ふもののあることである。乍併是は唯皇室の祖先若くは國家に勳功ありたる人の神靈を奉祀し敬虔尊崇の念を表する國家の典禮を叙するが爲めの設備であつて、所謂神道の神社とは異なり、超國家的の絶對存在を認め、之と人心との感應道交を目的とするものではないから、宗教とは全く關係のないものであると解するのが通説のやうに思ふ。尤も神道を信する者が行政法上定められた右神宮及神社を宗教として崇拜することは各人の自由である。併し是は自ら別個の問題である。

(三) 以上の如くであるから、今日の宗教が國民生存の向上發達の上に於て大なる機能を有する規範たることは明白なるにも拘はらず、國家的社會生活に必要缺くべからざるものではない。又宗教の本旨は決して國家の範圍に局限すべきものでない。是に於てか教義は往々にし

て國家的社會生活と衝突し、公共の安寧秩序を害し臣民の國家に對する義務と相容れざるに至ることがある。斯る場合には法律は宗教を支配し、苟も國家的社會生活を害せざる範圍に於てのみ信教の自由を認むるので、我憲法の規定する所は實に此趣旨に外ならぬ(憲法第二十八條に曰く「日本臣民ハ安寧秩序ヲ妨ケス臣民タルノ義務ニ背カサル限ニ於テ信教ノ自由ヲ有ス」と)。

(四) 宗教は神を中心とし信仰を以て教義を維持するものなるに反し、法律は國家を中心とし主權に依りて維持されるのである。宗教は實に神人の關係を律し、法律は人々の關係を定む。此點に於て此二種の規範的法則は各其特色を有つて居る。

第三 法と禮儀との別

吾人の社會生活に缺くべからざる規範の中に法律、道德及宗教の外、尙ほ禮儀と云ふものがある。人が世に處するには、此禮儀を守ると云ふことが極めて大切である。吾々は相互に禮儀を守ることに依つて衝突を避け感情を融和し又粗野を去つて文雅に就くことが出来る。而して禮儀と云ふものは内に在る愛敬の心を外部に表彰し體現するもので、即ち心の誠が自ら姿に現はるる所のもので、人生に缺くべからざる規範の一である。古今東西を問はず、人類の交際には必ず禮儀を存せざるものなく、吾々は常に其地、其時の正當と認むる方式に従つて禮儀を守らねばならぬ。故に禮儀は是れ亦吾々の行爲の法則であると云はねばならぬ。

然らば法律と禮儀とは如何なる差異があるか。既に一言したる如く禮儀も往々にして法律の實

質と爲ることがあるから、之を其實質より區別することは出来ぬ。唯形式上より之を別たねばならぬ。即ち禮儀は一に吾人の愛敬の心に依りて維持されるものであるが、法律は國家に依つて維持せらるるのである。故に禮儀も、若し之を個人の良心に一任せず、國家が進んで之を法と認めて之を維持するときは即ち法と爲るのである。

第四 法と技術との別

特定の目的を達せんが爲め必要有益なる行爲の方法を指示する法則を技術的規範 (technical norm) と云ひ、其法則に依つて目的を達せんとする活動を技術と云ふ。故に技術的規範は、吾人の各種の目的と同一の數丈け存在するものと云はねばならぬ。而して各種の目的は夫々之に對應する技術的規範の遵守に因つて達成されるものである。其遵守せられざるの結果は目的が達成せられざるに止まり、其人の他の活動に影響を及ぼすこと比較的少なく、又社會全般に直接の影響あること甚だ多からず。故に技術的規範は之を遵守すると否とを、原則として各人の任意に委する。

然るに法律的規範は道德的規範と同じく、單に特定の目的を達せんが爲めのものでなく、社會的生活の規範であるから、人間各種の目的の間に一定の限界を設け、相互間の調和を圖り、全目的

の統一的達成を期せんとするに在る。故に法律的規範に従へば各種の目的が獨り完全に成就することを得ざるに拘はらず、各目的は互に他を全部排斥し妨碍することなく、孰れも或程度の満足を得るのである。然れども其遵守せられざるに於ては、各種目的の間に於ける調和と全體の統一が常に破られて、社會の秩序を紊亂することになる。故に法律的規範は道德的規範と均しく、國民たる者は必ず之に従はねばならぬ。是れ其技術的規範と異なる所である。乍併技術的規範の不遵守と雖も、時には直ちに他人の利害に影響を及ぼし、又社會全體の利害に大なる影響を及ぼすことがある。斯る場合には實質上技術的規範であつても、之を法律化して其遵守を各人の任意に委せず、法として國家が之を維持することを要するものである。是れ既に述べたるが如く、技術的規範を内容とする法規の存在する所以である。斯る規定の存する所は即ち法律技術共同の領域であると云はねばならぬ。

第五 法と慣習との別

慣習とは同種の行爲が反復せらるるに因つて生じたる法則を謂ふのである。但し之が社會的慣習として各人の行爲の規則と爲るには、長期間不定多數人の間に行はれたるもので、之に違反したる場合には他人よりは擯斥を受け自らは良心の呵責を受くる程度に進みたるものでなければ

ばならぬ。而して慣習には全國に行はるるものもあり、一地方、一階級、同一業者間に行はるるものもあるが、孰れにしても不定多數の者間に行はるるものでなければならぬ。抑も慣習なるものは吾人に「自ら最も生活の必要に適應すると思ふ行爲を爲さんとする意識」即ち適應意識あるに因つて發生する。即ち一社會の各人が何れも右の意識に基いて行動すれば、茲に其社會の構成分子たる各人の間に同一の行爲が行はるるに至るものである。蓋し性質境遇の同一なる者に同一の刺激が加はれば、之に對して同一の心理的反應を生せしめる。而して同一の心理的反應は同一の行爲を實現するに至るものである。斯の如く各人の間に同一の行爲が行はるるやうになれば、其行爲は更に吾人の摸倣性や社會的暗示に因つて益々發達し、茲に慣習なるものが成立する。是れ實に苟も社會あれば必ず或種の風俗習慣なきを得ざる所以である。慣習は實に一社會の各員が有する適應意識が綜合調和歸一混融して成立したものであるから、其社會の各員は之に服従せねばならぬと云ふ自覺を得るに至るので、是れ即ち慣習が一種の規範たる所以である。

乍併他の規範と同じく慣習も其遵守が極めて大切であつて、之を各人の隨意に任すことの出來ぬものは之を法律化して法律上の規範と爲し、國家權力に依つて之を維持せねばならぬ。是れ

後に説明する慣習法の存する所以である。故に單純なる事實的慣習と法殊に慣習法とは常に同じ觀念でないことを知らねばならぬ。其異なる所以の根柢は、他の規範と同じく國家の權力に依つて維持せらるると否とに在る。

第二節 法の淵源

第一 意義

法の淵源 (Sources of law, Rechtsquellen) とは何であるか。此語に付ては古來學者の用法が一定せず。(1)或は之を法を制定する力の意味に使用し、(2)或は法律上の知識を得る材料を謂ひ、(3)或は法の本質の由つて來る所即ち人性及宇宙の本體と云ふが如きものを謂ひ、(4)或は法の淵源を直接と間接とに分ち、淵源自體が即ち法たる效力を有するもの(例、法文)を直接法源とし國家が認めて法と爲し得るもの(例、慣習、學說等)を間接法源とし、或は(5)國家が法を認むる方法の差異より生ずる類別即ち成文法、不文法の二者を謂ふが如く、用法頗る區々である。余は(6)法源を以て法の内容を構成する材料を謂ふものとする說に従ふ。

元來如何なるものを以て法の淵源とするかは、單に用語の論であつて講學上の便宜に過ぎぬ。

第二種類

一三八

然らば法の内容を構成する材料には如何なるものがあるか。其種類を大別すれば次の八と爲る。

(一) 道德、宗教、禮儀、技術

是れ既に第一節に於て述べたるが如く、道德、宗教、禮儀、技術等の規範が國家的社會生活に必要にして之を國家が法として維持せねばならぬ場合あることを論じたる所に依り明白であつて、此上に説明を加へる必要はない。

(二) 慣習

慣習に付ても亦既に之を述べたのであるが、此法源は重要のものであるから、更に前の説明の足りない所を爰で補充することにする。

慣習は、(1)其慣習が行はれる土地を標準として一般慣習、局地慣習に分つことを得る。一般慣習とは全國一般に行はれるものを謂ひ、局地慣習とは或地方のみに行はるるものを謂ふ。(2)又慣習に律せらるる人を標準として普通慣習、特別慣習に分つことが出来る。普通慣習とは國內總ての人の間に行はるるものを謂ひ、特別慣習とは或種の身分、状態、地位等に在る人の間に行はるるもの(例、商慣習)を謂ふ。(3)又慣習が文書に記載せられたると否とに依り之

を記録慣習、不文慣習の二者とする。但し記録慣習(例、我國の民事慣例集、獨の「ザクセンシュビーゲル」)は、慣習が文書に記載せられたるの故を以て直ちに之を慣習法であると誤解してはならぬ。凡そ事實たる慣習が法と爲るには、國家が之を法として承認することを要するものである。慣習法に付ては後に述ぶる所を参照せられたい。而して慣習が法律の材料と爲る方法に二様ある。其第一は國家が單に之を承認して法たるの效力を與ふる場合、即ち慣習が所謂慣習法と爲る場合であつて、第二は慣習を採用して之を成文の法律に規定する場合即ち慣習が所謂成文法と爲る場合である。

(三) 條理

條理とは何であるか。學者或は曰く「條理の何たるかは哲學上の研究に任すべしと雖も通常正義と云ふに同じ、學者の所謂自然法なるものは實に條理に外ならず」と。或は曰く「條理とは自然の道理と云ふことにして正義又は正道と云ふと其義を一にす、自然法と云ふも條理と云ふも同一の意義なり」と。或は曰く「條理とは必ずしも萬世不易の大理に限るの意にあらずして時々の社會状態に依りて變遷する理にても可なり」と。惟ふに是等の諸説は未だ以て條理の何たるやを明確にするに足らぬ。

余は條理なるものは「吾人が一定の社會に處して如何に行動するを正當とするかを、吾人の理性に訴へて眞面目に判斷し、其得たる結論である」と信ずる。故に固より萬古不易の大法たることを要せぬ、又之に他の名稱を附し或は正義と云ひ正理と云ひ正道と云ひ當然の理と云ふことは敢て關する所でない。要は唯吾人が眞面目に吾人の理性に依つて、時と處との必要に應ずる社會生活の行爲の規則を認むればそれで可いのである(瑞西民法一條参照)。

是に於てか有力なる異論を生ずる。曰く「然らば所謂條理は單に各人の主觀に存するものにして客觀的に存在するものにあらず、一人の條理とする所他は必ずしも之を條理と爲さず、故に之を劃一なる行爲の規則とするに足らず」と。然れども此非難は當らぬ。何となれば人は各異なれども相互の間には通有性あり。故に同一の目的に向つて公平無私に眞面目なる判斷を下せば多くは同一の斷定に到着するもので、斯る主觀的判斷には普遍性を有するものである。従つて客觀性を有するものと云はねばならぬ。是れ實に公平無私にして眞面目なる判斷は、私欲心の判斷する所と相容れざる所以である。

斯く吾人の主觀的判斷には客觀性あるが故に、爰に吾人の共に守るべき行爲の規則ありと云ふことが出来る。實に吾人は法律、道德、宗教、慣習其他の規範なきときは、何を標準として行

動するかと云ふに、何人も此理性の發現たる條理に依らざるを得ないのである。

夫れ條理なるものは右の如く主觀的判斷ではあるが、普遍性を有し客觀的法則と認むべきものであるから、條理は(1)法律制定の標準となるもので法律は條理に反することを規定すべきものでない。時に不條理の惡法なきを保し難きも是は固より改良すべきものである。又(2)法律は直ちに條理を採用して成文法の内容とすることがある。加之、(3)條理其ものを承認して之に法律たるの效力を附することがある。此最後の場合には茲に理法なるものを生ずる。即ち理法は國が條理に法の力を認めたるもので、條理其ものではない。理法は慣習法と同じく不文法的一種である。其事は後に法の種類を説明する際に詳説するであらう。

(四) 學說

學說とは學者が法律に關して下したる意見である。故に學說は固より法其ものでないことは明かであるが、學說が法律の趣旨を闡明し不備の點を發見し、法律の適用に裨益する所あり、法律の進歩に貢獻する所あるは亦言を俟たぬ。是に於てか學說は往々にして法律の材料と爲ることがある。其方法は或は(1)法學者に法律解釋の權能を付與することあり、ローマのオウガスツス帝(Augustus)が優れたる法律家を選んで之に法律解釋の權を付與し、其解釋上の

意見に直ちに法律上の效力あるものと爲したるが如き是である。又或は(2)學說其ものに法律の效力を付與することがある。ローマのテオドチウス帝(Theodotus)が碩學バビニアヌス、パウルス、ウルピアヌス、ガイユス、デモスチヌス五氏の著書を探つて法律と爲し、若し右五者中疑を生じたるときはバビニアヌスの説に従ふべきものと定めたるが如き、又西班牙のフェルチナンド・イサベラ王(Ferdinand Isabella)が一四九六年の王命を以てバルドール及びバルドの著書に法律の效力を與へたるが如き是である。又或は(3)學說を編纂して法典と爲すことがある。ジュスチニヤン帝がローマの三十九大家の學說を編纂して之を「デイゲスツム」と稱する一法典と爲したるが如き是である。又或は(4)學說は慣習法材料たる慣習を作るこゝとがある。蓋し學說は實際に於て勢力のあるもので、或は裁判官が判決を下すに當り大家の學說を採つて判決の理由とし、或は辯護士が辯論を爲すに當り學說を論據とすることあり、従つて學說が一種の權威を有つて各人の行動を律するに至り、茲に一種の慣習を發生せしめ、更に其慣習は國家から承認せられて慣習法と爲ることもあるのである。又或は(5)法律の制定又は解釋上の參考に供せられ、従つて間接に法の淵源と爲るが如きことあるは言を俟たぬ。其最も著しき例はボチエの著書が佛國民法編纂の參考と爲り、ウインドシャイドの著書が獨

逸の或部分の裁判所の參考に供せられたるが如き是である。

近世に於ては學說に直接法律の效力を與ふことは殆ど之なきに至つたのであるが、學說が間接に法律に影響を及ぼすことは立法上に於ても將た解釋上に於ても、現在及將來とも多大であらうと思ふ。

(五) 判例

判例とは裁判所が訴訟に關して下したる判決を謂ふのである。昔時に在りては法律の規定頗る少なく、従つて裁判官は裁判の形式の下に立法の事業を爲して世の需要に應じた。斯る判例が積んで法を成すに至つたので、當時判例は即ち法律の一大淵源であつた。然るに近世に迫るは法律制度漸く完備し且立法權は司法權と分離獨立するに至つたから、裁判官は決して法律を制定することを得ない、従つて之に法律の效力を與へないのである。ローマの初に當つては、シセロの如きは判例を以て法律を作成する一方法と爲し、又チベリウス帝は判例に法律の效力を與へたことがあつたけれども、ジュスチニヤン帝に至つては勅令を以て之を禁じた。ローマ法を繼受した現今の歐洲大陸諸國は皆此ローマの主義を襲用して居るのである。我國亦然り。然るに英國主義に依る法制に於ては、判決を以て法律制定の方法と認め、

従つて判例は純然たる法律の效力を有し、判例を採用するのは法文を援用すると異ならず。又上級裁判所の判例は下級裁判所の判決を羈束するものであるとせられて居る。判例が法律の淵源と爲る方法は、或は(1)英國主義の如く判例に直ちに法律の效力を付與するに因ることあり、或は(2)判例を採用して成文の法律に規定するに因ることあり、或は(3)判例が人民の間に影響を及ぼし、之に従へる慣習を發生せしめ、遂には國家も之を承認して慣習法とするに因ることがあるのである。

今我國に於ける判例の勢力を考ふるに、論理上判例は決して法律ではないのであるけれども、同一裁判所が一たび決したる法律上の見解は後に來りたる同様の事件に適用せらるる傾向あることは勢の免かれざる所であるのみならず、下級裁判所は上級裁判所の判例を参考して之と調和する判決を下し、自己の判例が上級裁判所に於て破られざらんことに努むる、殊に最上級の大審院に於て裁判を爲すに當り、法律の點に付て表明したる意見は、其訴訟一切の事に付き下級裁判所を羈束すとの規定あり(裁判所構成法四八)、又一たび決したる判例を變更するには聯合審判の手續を要するので(同上四九)、其手續なき間は同様の事件は先例に依つて之を解決するのであるから、下級裁判所が大審院の判決を標準として事件を解決するに至るは當然

であつて、一大勢力を法律の解釋適用に及ぼして居る。

(六) 條約

條約とは國家と國家との間の文書に表示した契約である。國と國とは之に依りて拘束されるけれども、國民は條約に依りて當然に拘束されるものではない。然るに條約の中に國家のみ拘束を受けても、國民を拘束せなければ國家は相手國に對して完全に條約上の義務を履行することを得ないものが多くある。故に國家は條約を國內に發布して人民に其遵守を命ぜねばならぬ。而して其條約を法律として發布するか、命令として發布するか、或は條約として發布するかは一に其國の國內法に従ふべきものである。右の手續に依つて發布せられたる條約の條項は國民たる者も之を遵守せねばならぬが、是は決して條約其ものに從ふべきものではなく、國家が條約を材料とする法を作つた故に之に従はねばならぬのである。而して條約が法律の材料と爲る方法は、(1)憲法に條約は法律と同一の效力を有することを規定するに因ることあり、(2)條約締結毎に之を法令として發布するに因ることあり、(3)單に斯る條約を締結したることを公布するに因ることあり。我國は現在では(3)の方法に依つて居る(公式令八)。

(七) 外國法

一國の法律は其國內にのみ行はるるを原則と爲すから、外國法は其外國に於て效力を有するのみで、一國は原則として外國法に依つて律せらるるものでない。然れども文化漸く進み内外の交通繁く貿易通商の旺んなる時代に於ては、外國の文物典章も亦之に伴つて出入するは自然の數である。而して文化の進歩せる國の法は其進まざる國に入りて其國法に影響を及ぼし、甚だしきに至つては全く其國法に代ることさへもある。是れ外國法が直接間接に一國の法源と爲る所以で、其方法は、(1)外國法を材料として法律を制定するに因ることがある。例へば佛國が羅馬法を材料として奈翁法典を制定し、又我國が歐米諸國の法律を參酌して民法商法等を制定したる如き是である。之を外國法の繼受と云ひ、其模範と爲り材料と爲りたる外國法を母法と云ひ、繼受に係る自國法を子法と云ふのである。又(2)外國法が一國の不文法の材料と爲ることがある。例へば獨逸に於て民法制定以前には羅馬法が慣習法の形式で實際に行はれ、我國に於て民法制定以前には佛國民法中の原則が採用せられて自ら不文法として行はれたる如き是である。

尙ほ茲に看過すべからざるは、涉外事件即ち一國に在留する外國人に關する或事項例へば其身分能力等に關する事項の如き、又自國人との法律關係例へば婚姻離婚に關する事項の如き、

其性質に依りて外國法を適用することがある。是れ我國に法例の規定(國際私法)があつて、右の事件は何國の法律に依るべきものと云ふことを規定して居るから之に依るので、此場合には外國法は即ち我法例の規定の材料と爲つて居るものと見るべく、外國法が外國の法律として當然に我國に行はれるものではない。

(八) 不文法

後に示すが如き慣習法又は理法等の不文法は、更に之を明確にする必要あるときは、國家は之を材料として成文法とすることがある。斯る場合には不文法が成文法の淵源と爲るのである。例へば英國の動産賣買法、手形法等は即ち此適例である。

第三節 法の系統

法には系統(Généralogio)と云ふものがある。それは恰も吾々人類に血統があるやうなものである。蓋し法は其行はるる國の文化と民性とに相應するものである。低き文化の國には低級の法が行はれ、高き文化の國には高級の法が行はれ、又理論を尙ぶ國には理論に長じたる法あり、實行を好める國には實際に適したる法がある。尙ほ其國の政治狀態、社會狀態及風俗、慣習の異なるに

従つて各其特色ある法を有するを常とする。然れども各國が其國境を鎖すことなく、彼我相交り有無相通することを爲さんか、各國の文化も亦従つて融合するに至るは必然の勢である。高き進歩を爲したる文化は低き程度の文化を併合して之を變化し、斯くて小流が合して大江を成すが如く茲に文化の一大潮流を形造る。法も亦文化と共に潮流を形成するので、之を法の系統と云ふ。茲に古來の法の系統を大別すれば、(1)印度法系、(2)猶太法系、(3)回々法系、(4)支那法系、(5)希臘拉丁法系、(6)日耳曼法系、(7)英法系とすることが出来る。此外に波斯法系、埃及法系、バビロン法系、フエニシヤ法系、ハムラビー法系等ありたれども、是等の説明は姑く之を省畧する。

第一 印度法系

印度の法は最も古きものの一つである。其淵源は波羅門の教義に外ならぬ。其主要なるものは所謂「マヌー」の法典であるが、是は上帝「ブラマ」(Brahma)の授くる所であると言はれて居つた。此外「ナラダ」(Narada)と名くる法典があつたが、此二法典は共に印度法系の基本たるもので、後世之に幾多の註疏を加へて今日に至り、印度半島並に其附近の島嶼に行はれて居る。

第二 猶太法系

猶太法は「モーゼス」(Moise)の經典に淵源する。此經典は(一)法經と(二)教典の二部より成つ

て居り、モーゼスがシナイ山上で「エホヴァ」(Jehova)から授けられたものであると傳へられて居る。此法は舊約全書に一部分殘骸を留めて居るのみで、今日は全く命脈が絶えて居る。

第三 回々法系

回々系の法はマホメット(Mahomet)の「コーラン」(Koran)を淵源として居る。「コーラン」は百二十四章より成り、神使ガブリエル(Gabriel)に受けた所であると稱せられる。今日でも土耳其、波斯、亞刺比亞等の諸國は此法系に屬して居る。

第四 支那法系

支那法は唐虞三代の時に至りて稍、備はりたることを古典に徴して明かであるが、主として慣習法であつて成文の規定なく、其法典に編纂せられたのは春秋戰國の世に魏の李悝なる者が法經六篇を作りたるに濫觴する。商鞅之を傳へ、法の字を改めて律と爲した。其後に至り漢の蕭何が法經に倣つて律九篇を編修した。次いで魏律十八篇、晋律二十篇成り、隋律、唐律、明律、清律等が何れも其歴代の更迭毎に成立した。而して律とは今日の語を以て言へば刑法の義である。以上の外後世別に會典と稱するものがあり、唐の大典と稱するものを以て編纂の初とする。元は之を典章と稱し、明朝並に清朝では之を會典と稱したが、是は今日の所謂行政法を謂ふた

ものである。

我國の立法は多く支那法に倣つたのである、推古天皇の十二年に聖德太子は憲法十七箇條を作られたが、是れ實に我國家が立法を爲した最初であつた。天智天皇の元年に近江令二十二卷を制定し、文武天皇の四年に刑部親王、藤原不比等に勅して律を撰定せしめ、其翌大寶元年に完成した。之を大寶の律令と云ふ。後世其殘律として傳はるものは、元正天皇の養老二年に不比等が律令各十卷を撰したものである。而して中古には貞永式目あり、近古には公家法度、武家法度、諸士法度、御定書百箇條が生じた。明治維新の後に新律綱領、改實律例あり。以上は何れも皆支那法系に屬する。尤も武家時代の諸法度は、大部分我國獨特の制度であつたのである。然るに明治十五年に刑法(舊)が成立してからは、漸次各種の法律制度多くは歐洲諸國のそれに従ふことと爲り、全く法系を異にするやうになつた。而して支那自身も最近に至つて大に歐米の制度を採り、其固有の法系より次第に脱却せんとする状態に在る。

第五 希臘拉丁法系

希臘法の由來は茲に述ぶるを要しないけれども、自ら一種の特質を備へたものであつたことは疑なく、其最古の法は彼のホーマー(Homer)詩集中に往々散見される。其後希臘人は其住する

各地に種々の法制を有して居つた。「ミノス」(Minos)、「ユラノン」(Dolakon)、「ソロン」(Solon)、「リキユルグ」(Lycurgus)等の法制が即ち是である。而して其大部分は希臘の衰亡と共に後世に傳はらないけれども、右の中「ソロン」の法典は實に後に述ぶる羅馬法の淵源と爲つたもので、此點に於て羅馬法と希臘法とは一系を成し、之を希臘拉丁法系と稱することが出来る。右の如く「ソロン」の法は羅馬に傳はつて羅馬法と爲つたのであるが、法律は實に羅馬に於て異常の進歩を爲し、羅馬法は後世世界の法制上に至大の影響を及ぼした。イエリングは「羅馬は三度世界を征服せり」と言つた。其意に以爲らく其盛時は武威を以て萬國を征し國土を統一し、帝國瓦解の後は教權を握りて宗教を統一し、中世以後には歐洲諸國をして羅馬法を承繼せしめ以て法律を統一した」と。以て羅馬法が如何に後世に影響を及ぼしたるかを察するに足るであらう。斯の如く羅馬法の系統は法系中最も勢力強きものの一である。

第一期 不文法時代

是れ羅馬の建國より十二表法の制定に至る間を謂ふのであるが、當時は未だ成文の法律が存在しなかつた。

第二期 成文法成立時代

是れ第一期に次ぎ有名なる十二表法が初めて成立し、爾後屢、成文法が發布されたのである。羅馬は當時貴族が勢力を占めて居り、平民に對し屢、不公平なる裁判を與へたから、平民は舉つて之に抵抗し、成文律の編成を強請して、紀元前四五〇年には十二箇條より成る法文を制定せしめ、之に従つて裁判を爲すことと爲つた。是れ即ち所謂十二表法である。

第三期 成文法發達時代

是れ帝國の初からアレキサンドル・セヴェール帝(Alexander Severus)の世に至る間で、此時代に羅馬の文化は漸く進歩し來り、既に述べたる十二表法及其他の簡單なる法文のみを以てしては、時代の必要に應ずることが出来なかつたから、法廷の判決例竝に學者の論說等によつて從來の成文法を解釋し補充して居つたのみならず、此時代に幾多の成文法が漸次發生するやうになつて來た。

第四期 法典編纂時代

是れ前期に亞いでジュスチニヤン帝に至る間であつて、重要な法典が盛んに編纂された事が此時代の特色で、羅馬法の全盛時代に於ては、前時代に續き羅馬の成文法漸く増加し來り、

又判決例竝に學說も頗る多きを加へたから、之を選擇編輯して一部の法典とすることと爲つたのである。元來羅馬法典は、コンスタンテエン帝(Constantinus)の時、碩學グレゴリヤン(Gregorianus)及ヘルモゼニヤン(Hermogenian)が私選法典を作りたるに始まり、其公けに編纂せられたるはテオドチウス帝の法典を以て第一とする。其後最も著名であつて近世法典の模範と爲つたものはジュスチニヤン帝の法典である。同帝の法典に三あり、一を「コデツキス」(codex)、二を「ヂゼスタ」(digesta)、三を「インスチツチヨネス」(institutiones)と云ふ。尙ほ其後新法即ち「ノヴェレ・コンスチツチヨネス」(novelle constitutiones)なるものが編纂せられ、以上之を總稱して「コルプス・ジュリス・シヅイリス」(corpus juris civilis)即ち國法全典と呼んだ。以上の中後世歐洲諸國に繼受せられて法典の基礎を開いたものは孰れであるかと云へば「インスチツチヨネス」である。是は教科用法典の義であつて、他の法典は甚だ浩瀚にして閱讀に不便なる所より羅馬法の綱要を編纂して學生の研究に便ならしめたものである。(註)

【註】「コデツキス」はパトリアヌス帝(Patrianus)以後の命令を編纂したもので、通常之を「法典」と譯す。「ヂゼスタ」は

「パンテクテ」(Pandectae)と云ひ、羅馬三十九大法曹の論說を編纂したもので、通常之を「會典」と譯す。而して

「インスチツチヨネス」は通常之を「綱要」と譯す。

「フヴェレ・コンスタツチヨネス」は「コテツキス」編纂以來ジュスチニヤン帝三十年間の命令を編纂して、以前のものに之を添加したもので、通常之を「新典」と譯す。

以上の系統の外ローマでは寺院法が發達し、(1)高僧グラチアヌス法令集、(2)法王グレゴリウス九世法令集、(3)第六卷法令集、(4)クレメンチヌス五世法令集、(5)法王ヨアン二十二世追加法令集等漸次に成立し、其後多少の改訂あり。一五八〇年法王グレゴリウス十三世以上の法令集を合して羅馬寺院法全典を大成した。是は後の各國の寺院法に大なる影響を及ぼしたものである。

今以上に述べたるが如き羅馬法が如何にして歐洲諸國に傳播したかを討ぬるに、一時全盛を極めたる羅馬法も帝國の滅亡と共に廢絶に歸したるは洵に已むを得ざる次第と云ふべく、之を研究せんとする學者すら漸く其跡を絶たんとする有様と爲つたのであるが、幸なる哉、第十二世紀の頃伊太利ボローニア大學に有名なるイルネリウスあり、所謂註釋學派を起し、羅馬法の研究を復活した。斯くて第十六世紀に至つては、佛國の學問大に發達して文藝復興時代と爲り、羅馬の法學は大に佛國に流入した。然るに第十七世紀後半より第十八世紀に亘り佛國の法學者は宗教上の信仰を異にしたるが爲め、或は虐殺せられ或は放逐せられて、同國の法學は衰微するに至つたが、佛國を放逐せられた學者は和蘭に逃れ、爰に羅馬法の研究を開始し一時其隆盛を極めた。又獨逸に於ては第十六世紀の頃から學生が佛國大學に學び、羅馬法を獨逸に輸入したる爲めに漸

次之を研究する者が増加し來り、第十八世紀には大に盛況に達した。惟ふに羅馬法は斯る經路に依つて歐洲大陸諸國に大なる影響を及ぼし、各國法の淵源を成すに至つたのである。従つて千載の後たる今日に於ても、苟も法學を研究する者は、是非とも羅馬法の一斑を研究せねばならぬので、世界の法系として最も勢力ある所以である。

第六 日耳曼法系

近世の歐洲人は多くは日耳曼人の發達したるものであつて、希臘拉丁人の子孫でない。従つて古代の日耳曼法が一面に羅馬法の繼受あるにも拘はらず、依然として歐洲大陸諸國に存續するもの尠からざるは當然の事と云はねばならぬ。抑も日耳曼法は大略四期に分つて其變遷を究むることを得るもので、第一期は日耳曼人が初めて羅馬人より發見せられたる頃より羅馬の權力が日耳曼の土地に波及したる時代迄であつて、當時の法は亦慣習法であつた。此慣習法は羅馬の史家タシト(Tacitus)の風土記等に發見されるのである。其第二期は日耳曼人中最も發達した佛蘭克王國時代で、矢張慣習法時代である。吾人は佛蘭克人の制度の中に慣習法を見出すのである。第三期は佛蘭克王國分裂の後より第十九世紀の頃に至るので、當時王國の制度は分れて、一方に獨逸の制度と爲り他方に英佛の制度と爲つた。而して第四期は歐洲諸國が羅馬法を

繼受した時代で、其繼受は民法並に宗教法の方面に止まり、憲法其他公法上の制度は固有の制度を持続して來た。然り而して英國の制度は其後特別獨立の發達を遂げて一大法系を形成すること後に説くが如く、又佛國の制度も自ら特種の發達を爲して相當の勢力があるけれども、現今文明國間に最も優勢なるものは、羅馬法を繼受したる以後の獨逸の法律制度である。

第七 英法系

英法は夙に「アングロサクソン」人種に依つて特種の發達を爲し、拉丁種族の法制の支配を免れた。固より羅馬法が英國に入りて其所謂普通法(Common Law)に混加した痕跡はあるけれども、決して之に大なる影響を及ぼすことがなかつたのである。斯くて英法は大陸に於ける羅馬法と對峙して、普通法、衡平法等の發達を見、地球上英語を用ゆる人民に伴はれて到る處に採用され、英米、印度、濠洲等に其勢力を張つて居る。即ち世界人類の一半は實に英法系の法律に依りて律せられて居るのである。

而して前記羅馬法を繼受するものは、西班牙、葡萄牙の兩國及其各植民地を最とする、伊太利、佛蘭西、獨逸、白耳義、和蘭等之に次ぎ、尙ほ瑞典、諾威、丁抹、露國等も之が影響を被むること少からず。

然らば我國の現時の法制は何れの法系に屬するやと言へば、固より直接間接に英法系の影響を被むることなきにあらざれども、主として獨逸法を繼受したるもので、羅馬法系に屬するものと云はねばならぬ。

而して獨逸法は其理論的方面に於て優れ、英法は實際的方面に於て優れて居る。英法の缺點は理論の明確ならざるに在れども、獨り公法のみならず私法の方面に於ても實際上優秀にして、若し吾人が之に則らんか、動もすれば空理空論に陥らんとする獨逸法の弊を避くることを得べく、今後に於ける世界法制の進化は、英獨兩法の調和融合して更に一新生面を開く所に在ることと思ふ。吾人若し深く法學を研究せんと欲せば、此兩法は是非とも之を併せて討尋することに努めねばならぬ。

第四節 法の類別

法は其觀察する方面の異なるに従つて之を種々に分類することが出来る。法の分類は事全く研究上の便宜に屬するので、法の本質に彼是相異なるに因るのではない。即ち或は其成立の形式の如何に依り、或は其效力の如何に依り、或は其規定せる關係の如何に依り、或は淵源の如何、其

行はるる範圍の如何等、其他種々なる便宜に基き各種の分類を立つることが出来るのである。左に普通に使用さるる分類中、主要のものを掲げて順次之を説明することとせん。

第一 成文法及不文法

是れ法の成立する形式の異なるに依る分類である。

(一) 成文法 (geschriebenes Recht; Gesetzrecht; Gesetz; Written law)

成文法は一に制定法とも稱せらるるもので、國家が之を法と認むるに當り、文書に作成し一定の手續と形式とに依つて公布する法である。次に説明する不文法に屬せざるものは皆之に屬する。而して我國の成文法は更に左の如く分類することを得る。

(甲) 大日本帝國憲法及皇室典範

是れ明治二十二年我國が始めて立憲制度を採用し、我國の根本の大法として從來の立法手續に依り制定公布せられたる二大法典である。

(乙) 最狹義の法律

是れ帝國議會の協賛と天皇の裁可及公布とを要件とする法律である。例へば民法、商法、刑法等の如きものは是である。

(丙)

命令

憲法實施後と雖も、天皇は一定の場合には帝國議會の協賛を経ることなく親ら命令を出し又は他の國家機關をして之を出さしむることを得るものである。各種の勅令即ち(1)執行命令、(2)委任命令、(3)獨立命令、(4)緊急命令等は天皇親ら下さるる所の命令であり、(1)閣令、(2)省令、(3)府縣令、(4)道廳令、(5)市町村の條例又は規則、(6)臺灣總督府令、(7)朝鮮總督府令等は天皇が國家機關をして發せしむる所の命令である。命令は孰れも狹義の法律と其成立の形式を異にするけれども、其法たる本質に至つては何等異なる所がない。

(丁) 憲法實施以前の各種の法令

明治二十三年憲法實施以前に成立したる各種の法令は、或は之を布告と稱し或は令と稱し或は達と稱し或は條例と稱し其他種々なる稱呼あれども、苟も憲法の條項と矛盾せざるものは、今日と雖も仍ほ法としての效力があるもので、其不文法にあらざる限りは皆亦一種の成文法であつて、其數頗る多く一々茲に枚舉すること難し。

(戊) 條約

條約は國家と國家との間の成文の契約であつて、之に二種ある。一は二國以上若干國間に

成立せるもの、他は國際團體員たる一切の諸國が認めたものは是である。而うして其後者は國際成文法である。

(II) 不文法 (ungeschriebenes Recht; Unwritten law)

不文法とは國家が之を制定し文書に作成して公布することなく、單に慣習又は條理を法として承認するものを謂ふのである。學者或は不文法は慣習を認めて法とする所謂慣習法に外ならずと言へども、國家は別に條理を認めて理法とすることがあるから、此見解は狭きに失する。即ち余は不文法には次の二種ありとする説を採る。

(甲) 慣習法 (Gewohnheitsrecht; Customary law)

是れ言ふまでもなく事實たる慣習を國家が認めて法と爲し、之に法と同一の效力を與ふるに依りて成立するものである。時代の過去に遡るに連れて習慣法は其數多く且重要なものであつたが、今日の文明諸國には立法機關大に備はり、慣習法を認むること亦昔日の如くならず。然れども如何に人知が進歩して立法的技能が發達しても、千變萬化窮りなき社會の諸現象に應じて、毫も遺憾なき法を制定することは困難であるから、今日と雖も慣習法の存在竝に其發達は或程度まで之を認めねばならぬ。我法例第二條は「公ノ秩序又ハ善良ノ

風俗ニ反セサル慣習ハ法令ノ規定ニ依リテ認メタルモノ及ヒ法令ニ規定ナキ事項ニ關スルモノニ限り法律ト同一ノ效力ヲ有ス」と規定して居る。此規定の條項に適合する慣習は即ち慣習法である。

(乙) 理法

余は曩に法の淵源として條理なるものの存在することを述べたが、吾人は法なく道德なく又慣習も之なき場合に於て放縱自恣なる行動を敢てするを以て社會に處する所以の道と考へぬ。斯る場合と雖も、吾人は必ずや正當と認めらるべき一定の法則に従つて行動すべきを思はざるを得ない。其法則は即ち所謂條理に外ならぬのである。併し條理は直ちに法に非ず、恰も慣習が直ちに法に非ざると同一である。然るに國家は時に慣習を認めて慣習法とするの必要あると同じく、條理を認めて法とするの必要が往々にして之があるのである。此必要に基きて國家が法と認めたる條理は法の淵源と爲るもので、斯る法は理法と稱すべきである。例へば明治八年布告第三百三號第三條は「裁判官ハ成文アルトキハ成文ヲ適用シ成文ナキトキハ慣習ニ依リ慣習ナキトキハ條理ニ依ル」べきことを定めて居る。慣習の點に付ては其後の法律(法例二)に依つて別に定められたる所があるから、其點は改正されたも

のとも見ても、此條理に關する點は何等の變更なく、今日に於ても效力ある法律であると云はねばならぬ(民法施行法九)。(註)然るに裁判官は元來法を立つる者でなく、既存の法を適用する者であるから、右の規定は條理に法たるの效力を與へて所謂理法としたものと解すべきであらうと思ふ(奥田博士法學通論一四〇頁、金森學士法學通論八八頁參照)。尤も茲に所謂條理を以て法律に定めたる裁判の補充的準據たるに過ぎぬと論ずる學者があることを知らねばならぬ(富井博士民法原論三九頁)。此見解に依れば條理は不文法でないことになる。

以上の外、古代法の如く又英國法の如く判決例に法の效力を認むるもの、又は羅馬時代の如く學說に直ちに法の效力を認むるが如きものは、判決法(Judge-made-law)又は學說法として不文法の種類に屬せしむべきものと思ふ。但し我國では今日此の如き法を認めて居らぬ(同說富井博士民法原論三五頁)。

〔註〕 我明治八年布告第百三號第三條に類似の規定は、(一)佛國民法第四條「法律ノ不備、法律ノ缺漏ヲ口實トシテ裁判ヲ爲スチ背セサル裁判官ハ漫ニ裁判ヲ爲ササル罪トシテ法律ニ問ハルヘシ」、(二)奧國民法第四條「明文及慣習ナキトキハ自然法ニ依ルヘシ」等である。尙ほ(三)英國法が普通法(Common law)の外に衡平法(Law of Equity)を、又(四)ローマ法が一般の私法(Jus civile)の外に「プレートル」法(Jus honorarium)を認めたるが如きは、理法を認めたものと解すべく、(五)一九一二年の瑞西民法第一條が「文字上又ハ解釋上此法律ニ規定ヲ存スル法律問題ニ關シテハ此法

律ヲ適用ス、此法律ニ規定ヲ存セサルトキハ裁判官ハ慣習法ニ從ヒ、慣習法モ亦存在セサル場合ニハ自己カ立法者トシテ法規トシテ設定シタルヘキ所ニ從ツテ裁判スヘシ」ト規定したるが如き、亦同様の趣旨であると信ずる。

第二 國際法及國內法

此分類は法が唯一の國家の制定し又は承認したるものであるか、或は國際團體に屬する一切の國家が協定し又は承認したものであるかに依るのである。

(I) 國際法 (internationales Recht; Völkerrecht; Staatenrecht; International law; Law of nations)

國際法は國際團體に屬する一切の國家に依りて認められ、其相互間の外交に關する行爲の規則である。故に國際法は一國內部の國民相互間又は國家と國民との間に行はるるものでなく、國と國との間に行はるる法である。惟ふに今日は古と異り世界の各國は互に交通して生存を保ちつつあるので、従つて其相互間に一定の法あることを要するは當然の理と謂ふべきである。併し現在に於ては世界を統一する最高の國家なきを以て、甲國と乙國とは其間に命令服従の關係あることなく、平等對峙の關係に立つて居る。故に其相互間の法は固より絶對に之を強制することが出來ぬ、其違反者に制裁を加ふることは容易でない。是に於てか英國オ

「スチン派の學者は「國際法は法律に非ずして單に國際道德たるに過ぎぬ」と論ずる。乍併之を以て尙ほ且法であるとする多數の學者は論じて曰く「法は必ずしも常に主權者の命令に非ず、主權者の承認したるもの亦法たることは、慣習法が主權者の承認に因りて法と爲ると異なる所なし、且國際法に制裁なしと云ふも必ずしも常に然りと爲すべからず、戰時國際法の如きは有力なる制裁あり、例へば局外中立法規に背きて戰時禁制品を運送する船舶は之を拿捕することを得べく、又捕獲審檢所の判決に依りて拿捕したる船舶及物は之を沒收し得るが如き皆嚴格なる制裁たり、且又國際法には司法の機關即ち裁判所を缺くと言はんも、近時萬國仲裁裁判所其他の國際裁判所は漸く設けらるるを以て、國際法は法律に非すと云ふべからず」と。蓋し此反駁は法には制裁を必要とすることを前提とするものである。然れども法の實質として制裁の觀念を必要とせざることは茲に論ずる迄もないことである。然れども國際法は之を國內法に比較すれば、其發達極めて幼稚であつて不完全なる所多きは之を否むべからず。庶幾くは世界の文明各國が誠心誠意國際法の進歩を企て、戰亂の慘苦を最少限度に止め、平和的手段を以て人類の幸福を圖ることに努力せんことを。國際法を蔑視し其發達を妨ぐるものは實に人類の敵であることを信せねばならぬ。尙ほ國際法には後に説明する如く、

平時國際法と戰時國際法との別がある。

(II) 國內法 (nationales Recht; internes Recht; National law)

國內法は一國のみが認めて維持する所の法である。國內法は其起原頗る古く、其發達も國際法に比して頗る高度である。學者或は之を國際法と對して國法と呼ぶことがあるけれども、獨逸の學者は多く憲法其他國家自體に關する法を國法と稱することがあるから、彼是區別する爲め之を國內法と言ふを便とするのである。尙ほ國際私法 (internationales Privatrecht; International private law) といふものがあるが、是は其名稱よりすれば國際法に屬する如く思はれるけれども、實は然らずして國內法の一種に外ならぬことを注意せねばならぬ。殊に此國際私法なる語に對して、國際法のことを國際公法 (internationales öffentliches Recht; International public law) と稱することがあつて、國際法なるものが公法と私法とに分岐するかの觀なきにあらず。乍併是れ單に法の發達し來れる沿革上より斯る用語の今日も尙ほ存するに過ぎないのであつて、國際私法は一國のみにて任意に認めて維持するもので、決して國際法ではない。國際私法は涉外法律關係に付き内外法何れを適用すべきやを定むる一國の國內法である。

第三 固有法及繼受法

是れ法の發達する沿革より區別するものである。

(一) 固有法 (einheimisches Recht; Indigenous law; Native law)

固有法とは其國固有の法源に基いて成立したる法を謂ふ。惟ふに茲に一個の國家あれば必ず其社會には之を治むるに必要な法を發生する。而して其法の材料たるものは其國に發生したる慣習、道德其他の規範たることあり、又純粹なる法律的規範たることあるべきも、孰れも其國に生じたる社會生活の規則が法の淵源と爲る點は則ち一である。

(二) 繼受法 (rezipiertes Recht; Adopted law)

繼受法とは一國が他國の法律の規定を法源として其儘採用するか、又は模倣したる法を謂ふのである。其繼受されたるものを母法 (Mutterrecht; Mother law; Parental law) と云ひ、繼受したるものを子法 (Tochterrecht; Filial law) と云ふ。而して繼受の方法に二種ある。一は即ち直接繼受と云ふ。一國が他國の法を其儘採用して之に其國の法たる效力を與へたるものである。例へば中世獨逸其他の諸國が羅馬法を自國の法と爲したるが如き、又近世白耳義が佛國民法を自國の法典として採用したるが如き是である。他は即ち間接繼受と云ふ。一國

が法を制定するに當りて他國の法を自國法の材料として多少取捨選擇を試みて之を模倣するか、又は裁判官が條理若くは慣習の名義を以て他國の法律を判決の標準とするが如きを謂ひ、例へば近世伊太利、西班牙又はポルトガル等の民法が佛國民法を模範と爲したる如き、又我民法が獨逸法を模範と爲したる如き、又明治の初期に於て我裁判官が佛國民法や英米の私法を條理として適用したる如き皆其例である。

右の如く法に付て固有法、繼受法の區別をするけれども、元來是は唯程度の差異たるに過ぎぬ。繼受法も久しき間行はれて其國に同化したれば遂には固有法と看做すことが出来る。例へば我中古支那法から繼受したものが千有餘年も行はれて我國の法律慣習と爲りたる如き、維新後に入り來れる獨佛の法に比較すれば之を我國固有の法であると云ふを妨げない。現行の民法中に在る親族法相續法の規定の或もの如き即ち是である。

子法の眞義を瞭解するには、母法にまで遡つて比較研究を爲さねばならぬことが往々あるから、固有法と繼受法の別を立てて見るのが大切である。

第四 普通法及特別法

普通法 (gemeingültiges Recht; General law) 及特別法 (Partikularrecht; Spezialrecht; Special law;

Particular law) の區別は法の效力を及ぼす範圍の廣いと狭いとに依るものに外ならぬ。然るに法が其效力を及ぼす區域の廣狭は、(1)場所、(2)人及(3)事項に付て生ずる。

(1) 場所を標準とする區別

場所を標準として二者を別つときは、除外例なき限り全國一般に施行せらるる法律は普通法、單に一地方のみに施行せらるるものは特別法である。例へば刑法、民法等は普通法であつて、臺灣律令、朝鮮制令等は特別法なるが如し。併し例へば臺灣又は朝鮮のみにて言へば、是等は其普通法であり、臺灣又は朝鮮の特別地域のみに施行せらるるものあれば、それは臺灣又は朝鮮に於ける特別法である。

(2) 人を標準とする區別

此標準に依れば法が國民一般に施行せらるるときは普通法、唯特種の國民にのみ施行せらるるときは特別法である。例へば民法、刑法等は普通法であつて、華族世襲財産法、陸海軍刑法等は特別法なるが如し。併し是等の特別法も華族のみ又は陸海軍のみに付て言へば華族の或者のみに又は陸海軍の或者のみに施行せらるるものに對して普通法であり、後者は之に對して普通法たるものである。

(3) 事項を標準とする區別

此標準に依れば一般的の事項を規定する法は普通法、或特別の事項を規定したる法は特別法である。例へば民法の如きは國民の普通一般の生活關係を規定するものであるから普通法であるが、商法は商事と云ふ特別の生活關係を定めたものであるから特別法である。乍併特別法たる商法に對し更に他の特別法(例 保險業法、取引所法)があり、其特別法に對しては商法は猶ほ普通法たるが如き關係に立つものである。

茲に注意すべきは此區別は法令と法令との間(例、民法と商法との間)の區別たる許りでなく、一法令中にも普通法規と特別法規との別がある。例へば同じく民法の規定の中でも第九七條は普通法規であつて、第五二六條は特別法規である。〔註〕

此區別の實益如何と云ふに、後に説明するが如く特別法(法規)は普通法(法規)に先だちて適用せらるべきものであるから、此區別を明確にする必要がある。例へば陸海軍軍人に對しては先づ陸海軍刑法を適用し、其補充として普通刑法を適用するものである。

〔註〕 民法第九七條 隔地者ニ對スル意思表示ハ其通知ノ相手方ニ到達シタル時ヨリ其效力ヲ生ス云々

同第五二六條 隔地者間ノ契約ハ承諾ノ通知ヲ發シタル時ニ成立ス云々

第五 強行法及任意法

是れ法の效力が絶對的のものであるか否かに因る區別である。

(一) 強行法 (zwingendes Recht; gebietendes Recht; Imperative Law)

強行法とは個人の意思如何を問はず、絶対に之に従はねばならぬ所のものである。其規定は主として公益に關するが故に、當事者は此規定と異なる行爲を爲すことを許されないものである。憲法 刑法 行政法等公法に屬する法規の大部分は強行法に屬して居る。乍併公法の中にも任意法に屬するものがある。又私法の中にも權利能力及行爲能力に關する規定、物權の内容に關する規定、商業帳簿、會社、手形、保險等に關する規定の如く強行法たるものが鮮からず存在して居る。故に或法規が強行法であるか否かを知るには、其法規に含まれて居る所の各規定が主として公益に關係を有して居るか否かに依つて決せねばならぬ。而して公益に關するとは公の秩序、善良の風俗に關することを謂ふに外ならぬ。

(二) 任意法 (nachgiebiges Recht; vermittelndes Recht; Dispositive Law)

任意法は一に聽容法或は隨意法或は許容法と稱し、(甲)個人が或法規に依らざる旨の意思表示を爲したる場合に其法規の適用を免かれ、又は(乙)個人が或法規に異なりたる意思を有せるが爲めに其規定の適用なきに至る所のものである。例へば(甲)は民法第六一四條に「借貸ハ動産、建物及ヒ宅地ニ付キテハ毎月末ニ支拂フ」べき旨の規定があり、同第四六六條に「債

權ハ之ヲ讓渡スコトヲ得」る旨の規定あれども、當事者が之に反對の意思を表示したるときは、其行爲は決して無効とは爲らずして、法律上有效の行爲と爲るが如く、又(乙)は民法第二五〇條に「各共有者ノ持分ハ相均シキモノト推定ス」とあり、同第九二條には「法令中公ノ秩序ニ關セサル規定ニ異ナリタル慣習アル場合ニ於テ法律行爲ノ當事者カ之ニ依ル意思ヲ有セルモノト認ムヘキトキハ其慣習ニ從フ」とある如きである。斯る規定は主として私益に關するものであるから、國家は之を個人の意思に反してまでも強行する必要なきものと認むるのである。民法、商法等の私法は、多くは任意規定であるが、私法の中にも強行法あることは前既に述べた通りである。公法は多く強行法に屬するけれども、例へば民事訴訟法の中にも存在することがある。故に或法規が果して任意的の規定であるか否かは、何々法(例、民法、商法)と云ふが如き標準に依つて之を決すべきに非ずして、各法令の中に含まれて居る各箇の規定が、主として私益に關するや否やに依つて之を定むべきものである。

惟ふに法が右の如く強行、任意の兩者に分たれて各異なる效力を有する所以のものは何故であるか。是れ他無し、幾多の法の中には共同生活の必要上から觀察して必ずしも之を絶対に強行

するの要なきものも之があると同時に、是非とも之を強行せねばならぬものもあるからである。而して法は何れも公益に關するもので私益のみに關するものと云ふべき規定はないのであるけれども、其法規の趣意が公益の維持を主眼とするか將た私益の維持を主眼とするかに依つて、之を二様に大別して見るときは、前者は之を強行することを必要とし、後者は之を強行することとを必要とせぬことと爲るのであつて、強行法と任意法との區別は實に此點より生ずるものである。

強行法、任意法の區別は、法律を研究する者が大に注意せねばならぬ所のものである。強行法に付ては當事者の意思如何を知る必要はないけれども、任意法に付ては法の規定よりも寧ろ當事者の意思に重きを置き、之に依つて其行爲の效力を定むべきものである。此區別は各種の法律を解釋し適用するに當り、極めて大切のものである。

尙ほ終りに注意すべきは、我國の法律を解釋する上に於ては必要の觀念ではないが、獨逸民法には任意法を分けて(1)補充法規と(2)解釋法規とする觀念があることである。其補充法規と云ふのは當事者が或規定と異なる定めを爲さなかつたときに於てのみ適用されるもの、解釋法規と云ふのは當事者が之に付き或定めを爲せるも其定めの内容が不確實なる場合に當事者の意思を

解釋するものである。

第六 實體法及手續法

是れ法律が規定する關係の如何に依りて立てたる區別に外ならぬ。

(I) 實體法 (materielles Recht; Substantive Law)

實體法とは法の内容たる權利義務の實體を規定する所の法であると云ふ義である。權利義務の實體とは何であるか。曰く權利義務の性質、主體、客體、範圍及效力を謂ふ。是等を規定するものが即ち實體法である。例へば民法、商法、刑法等の如し。之を或は主法(英)と云ひ、或は實質法(獨)と云ふこともある。

(II) 手續法 (Formelles Recht; Adjective Law)

手續法とは實體法を實際に運用する方法、即ち人の權義を實際に保護するの手段を規定する法規を謂ふ。例へば民事訴訟法、刑事訴訟法、非訟事件手續法、人事訴訟手續法、不動産登記法、競賣法等の如き是である。之を或は助法(英)と云ひ、或は形式法(獨)と云ふことがある。而して手續法の中にて訴訟に關する法を特に訴訟法 *Prozessrecht; Prozessualisches Recht; Law of procedure*) と稱する。

此區別は或特殊の法律全體(例へば民法とか刑事訴訟法とか云ふ如き)に付て之を爲すことは出來ぬ。各種法律の規定の實質に付て之を分たねばならぬ。即ち通常實體法と認めらるる商法の中にも權利義務の實體に關せざる登記其他の手續規定を存し、通常手續法と認めらるる民事訴訟法中にも訴權の如き權利を規定し、又破産法の中には實體の規定が頗る多く存在して居る。併し是は各種法律の沿革に基くものもあれば、又法律制定の便宜に由ることもあるので、其本來の性質から言へば、民法、商法、刑法等は實體の規定であつて、民事訴訟法、刑事訴訟法等は手續法たるべきものである。今法律の發達し來れる事跡を考ふるに、所謂實體法は手續法に後れて發達した。さればこそ古代の法典は皆手續法を法典の最初に掲げてあつた。例へば十二表法の如き、「コーラン」法典の如き皆然りである。然るに近世法學の進歩に伴ひ兩者を明白に區別し、實體法より手續法を驅逐するやうになつたのである。

尙ほ注意を要するは、實體法の規定なきときと雖も裁判官は法無きの故を以て裁判を拒絶することが出來ぬ。慣習又は條理に依つて事件に適切なる裁判を爲さねばならぬ(明治八年太政官布告一〇三號)。乍併縦令實體上權利義務ありとも、手續法にして存せざれば裁判官は裁判を爲すに由なきものである。以て手續法の亦決して忽にすべからざることを知るべきであらう。

第七 公法及私法

是れ法の規定する事項の性質に依る區別であつて、羅馬法以來の沿革ある分類である。然るに何をか公法(*Öffentliches Recht*; *Public Law*)と云ひ、何をか私法(*Privatrecht*; *Private Law*)と云ふやに付ては議論頗る多く、今日に於ても未だ定論がない有様である。茲に其中で最も重要な學說を示すこととせらう。

(一) 利益說 此學說は法が保護する利益の公私に因つて分つもので、即ち「公法は公益の保護を目的とするもの、私法は私益の保護を目的とするものである」とする。然れども、(1)法の公私が明白でないのは公と云ひ私と云ふ觀念が明白でないからである。然るに之に答ふるに利益の公私を以てするは問を以て問に答ふるものではないか。(2)元來法は總て公益に關すると同時に私益に關する。例へば私有財産制度の如き個人の私益に關する規定たるが如きも、斯る制度の存在が即ち一國の社會生活上必要のものなればこそ、之を國家が法として規定して居ると云ふ方面より言へば、是れ即ち公益に關する規定に外ならぬ。又生命財産に關する規定は公の安寧秩序と云ふ方面より觀れば公益に關し、此規定に依つて各個人の生命財産が確實に保護される方面より觀れば私益に關するものである。斯の如く公益に關すると私益に

關するとは明確に之を區別し難きものである。故に此學説は之を採用することを得ない。是に於てか或は直接に公益を保護するや又は私益を保護するや、又は主として公益を保護するや將た私益を保護するやに依つて法の公私を別たんとする學者を生じたけれども、「直接」と云ひ「主として」と云ひ、決して明確なる觀念とは云はれない。故に他に之より明確なる標準を得ることが出来るものとすれば、是れ亦従ふべき論でないと言はねばならぬ。

(二) 主體説 此學説は法律關係の主體を以て區別を立つるので、即ち「公法とは國家其他の公共團體相互間の關係又は是等のものと私人との間の關係を律する法であり、私法とは私人相互間の關係を定むる法である」と爲す。然れども國家其他の公共團體が私人と賣買契約、運送契約等を爲すが如き場合には私法の規定に依るべきこと今日の實際である。此場合は主體説を貫けば之を公法關係であると云はねばならぬ不都合を生ずる。是に於てか學者は一の遁辭を設けて曰く、「國家其他の公共團體は公私兩面の資格を有し、斯の如き場合は私的資格に於て之を爲すものなり」と。然れども論者の所謂私的資格、公的資格と云ふは果して何であるか。是れ實に其根本問題ではないか。惟ふに公的資格に於ける關係と私的資格に於ける關係とは、其主體間に於ける關係が必ずや相同じからざるものあるに因るのであらう。而して資

格の公私は主體の差異より生ずるものではなくして、相互間の法律關係の差異より生ずるものと云はねばならぬ。蓋し此場合に於ける主體には何等の相違がないからである。然らば區別の標準は國家其他の公共團體が法律關係の當事者であるか否かではなく、當事者間の法律關係の性質如何と云ふことに歸著する。是れ實に第三説の生ずる所以である。

(三) 法律關係説 此説は法が規定する所の法律關係の性質に依つて區別するもので、之に左の三分派がある。

(1) 第一説 是れゾームの主張する所に係る。曰く「私法は人が財産を支配する能力を定めたる法則にして、公法は公共團體の爲めに人が人を支配する能力を定めたる法則なり、従つて私法は元來財産法にして之のみが獨り私法の本體を成すべきものとす、唯人が人を支配する法律中親族法のみ從來の沿革上財産法と相俟つて私法の一部を成すに過ぎず、蓋し古代は妻は夫の財産にして又子は父の財産なりしが故に、斯る慣習より夫權、家長權、親權と云ふ如き親族法上の權利は人が物を支配する權能と同一の沿革に依つて發達し來り、従つて財産法と同じく之を私法の一部を成すものとするに至りしのみ、此以外に於ては人が人を支配する法律は皆公法にして私法に非ず」と。然れども凡そ法律は人の行爲の規則である以上は、

法律關係は又従つて人格者相互の關係であらねばならぬ。人と物との間に於ては法律關係の生ずる餘地がない。加之、親族法の如き縦令沿革上の理由あるにもせよ、今日は既に妻子は人格者なるが故に、親族法を財産法と看做すことが出来ぬ。又之と同時に民法の内にも財産に關係なき生命、身體、自由、名譽、貞操等に關する規定がある。故に此説は誤れりと云はねばならぬ。

(2) 第二説 是れアルツの主張する所に係る。曰く「吾人の生活關係には公の生活と私の生活とあり、國家の一員たる公の資格に於て有する生活關係を定めたる法律は公法、一個人たる資格に於て有する生活關係を定めたる法律は私法なり」と。然れども所謂資格の公私が問題であつて、之を説かざる以上は以問以答の譏を免かることを得ない。

(3) 第三説 以上の諸學説皆採るべからず。是に於てかオットー・マイヤー及故穂積八東博士の如きは「公法は不平等者間の關係即ち權力服從の關係を定むるもの」と爲し、「私法は平等者間の關係即ち獨立對峙の關係を定むるもの」と爲す。蓋し一切の法律關係は之を二分して(1)權力者と權力に服從する者との間に於ける權力服從の關係と(2)平等の立場に於ける者の間に於ける對等の關係と爲すことが出来る。此二種の關係が縱横に交叉し、吾人の共同生

活は規律されて居る。物の貸借は對等關係なるも、契約期間到來後貸借物を返還せざる場合に、裁判の結果國家が強力を以て之を返還せしむるは即ち權力關係である。斯く兩者は關係を異にするが故に法律の規定亦自ら異ならざるを得ない。茲に公法私法の明確なる區別を爲すことを得ると云ふに在る。此説に依れば主體説に於て困難を來したる國家と個人との間の賣買行為の如き、其相互間に權力服從の關係なく國家が個人と對等の地位に立ちて取引を爲すのであるから、明かに私法に依つて律せらるべきことが解る。然も此説に對しては次の如き非難がある。曰く「國際法は平等なる各國家間の關係を律するものであるけれども何人も其公法たることを疑はぬ、又何人も私法として居る親族法中にも親子關係、夫婦關係平等者間の關係であるとするべからざるものがある、加之、臣民が國家に訴ふる權利、國政に參與する權利の如きは、國家と臣民との間の權力服從の關係でないから之を私法に屬せしめねばならぬと云ふ不合理に陥る」と。併し此非難は有力でない。(一)國際法を公法と見ることには因襲的思想に執着するものであつて、今日國際間には各國を統一する人格あることを認めぬ。従つて甲國と乙國とは法律上は對等の關係のみに立つ。國內の如く權力服從の關係と平等對峙の關係が交叉することはない。従つて國際法は之を二種に分つ必要がない。故に實際

國際法を公法と見ても將た私法と見ても、それは單に用語の差に過ぎぬ。國際法の法理に影響はないのである。(二)親族法上の權力關係の如きは、過去の事は別とし、今日は法律上平等者間の關係と見るを正當とすべく、又縱令之を不平等者間の關係であるとしても、是は國家が法律に依つて認許したもので、國家と國民との間に存する固有の權力服従の關係とは同一視することを得ない。(三)論者は參政權や訴權は人民が國家に對して有する權利であるから之に關する規定は權力服従の關係でないと言ふのであらうが、是は極めて皮相の論である。結局用語の論に了るであらう。蓋し權力服従の關係と言ふのは、必ずしも權力者の方から服従者の上に行使し得る權利關係に限ると云ふのではなく、服従者が權力者に對して有する權利關係をも之を包含するものと解し得るので、斯く解すれば論者の非難は的中しないのではないか。

乍併以上の如き非難の因つて生ずる所以のものは、其用語の適切ならざるに原因するものである。仍つて余は公法私法の別を左の如く解さうと思ふ。曰く

『公法とは國家の主權(又は公共團體の自治權)自體及主權(又は自治權)の發動に關する關係を規定する法を謂ひ、私法とは其然らざるものを總稱するものである』

此見解に依れば前記の非難は皆之を斥けることが出来る。即ち國際法も國家の主權の對外的發動に關する規定と見て、之を公法に加へて從來の通説と一致させることも出来る。又親族法上の不平等關係の如きは、是れ國家の主權自體及主權の發動に關する關係を規定したるものでないことが明白であるから當然私法に屬すべく、又參政權や訴權の如きものは之を縱令權力服従の關係と云ひ得ざるものとするも、之を茲に所謂國家の主權の發動に關する關係を規定したるものと云ふことを得べきを以て、之を公法中に收めることが出来る。而して國家と個人との間の賣買行為の如きは國家の主權自體及主權の發動に關する關係を規定したものと云ふべからざるを以て、是は明かに私法の關係であると云はねばならぬ。以て此解説の便なるを知るべきであらう。

以上の結論たる見解は即ち學理上の分類である。従つて或法典が公私孰れに屬するかは固より大體に於て之を言はねばならぬ。蓋し各法典中には沿革的の分子あり便宜的の分子ありて學理上正當とする通りにはなつて居らぬからである。今大體に於て之を言へば、公法に屬するものは憲法、行政法、刑法、刑事訴訟法、民事訴訟法、破産法、國際法等であり、私法に屬するものは民法、商法、國際私法等である。

公法私法の別は法律上極めて重要な關係を生ずるものである。蓋し以上の如く兩者は其規定する事項の性質を異にし、夫々特殊の法理と原則とを以て律せられて居るからである。後に説明する法の體系(Organization)中國内法の體系は、此公法私法の分科より流出し、發達し、成立するものであることを注意せねばならぬ。

第五節 法の内容

第一款 概論

吾人は第一節に於て法の性質を、第二節に於て法の淵源を、第三節に於て法の系統を、第四節に於て法の類別を説明したが、未だ法の規定する實質は何であるかを論じなかつた。固より法は吾人の行爲の規則であることを述べたけれども、其所謂行爲の規則とは果して何ぞや。此問題を更に討究せねば法の實質は未だ以て明確なりと云ふことを得ない。本節に法の内容として論ずる所は即ち此點に外ならぬ。極めて重要な部分の一である。

吾人は詳論に入るに先だち法の内容に關する概念を知るを便とする。(一)惟ふに法は既に述べたるが如く吾人の行爲の規則であり而も其れは共同生活の規則であるから、法は常に人が人に對

して或行爲を爲し又は爲さざることの關係を規定するものに外ならぬ。更に之を換言すれば法は人格者相互の間に於て、其一方は或行爲を爲して其行爲より生ずる利益を收むることを得せしめ、他方は之に對し或行爲を必ず爲し若くは必ず爲さずして相手方の利益を完うせしむるのである。即ち法は一方に行動の自由を與へ他方に行動の制限を加へて、茲に吾人の行爲は規律される。是れ即ち法の實質たり内容たる所のもので、其行爲の自由の方面は之を權利と稱し、制限の方面は之を義務と稱する。(二)されば法は人と人との間に於ける權利義務を規定するものである。之を規定することに依りて吾人の共同生活上の行爲には規律を生じ、秩序を保ち、紛議を避くることを得るに至るものである。右の如く權利と義務とは人と人とが相對する法律關係の兩端であつて、一端より見れば權利たり他方より見れば義務たり、一方に權利あれば他方に義務あり、一方に義務あれば他方に權利がある。權利と義務とは形影相伴ふを以て其常態とする。唯幾多の法令中には時に兩者相伴ふことなく、一方のみ存する場合なきにあらざれども、是れ實に例外たる現象に外ならぬ。(三)斯く權利と義務とは原則として形影相伴ふものであるから、權利を規定すれば自ら義務のこと定まり、又義務を規定すれば自ら權利のこと定まる道理である。従つて法は權利を主として規定を設けても將た義務を主として規定を設けても、其究極する所は同一である。併し之

を法の發達し來れる沿革より檢すれば、古代の法は義務を本位とし、其漸く發達するに及び權利を本位とすることと爲つて來た。今夫れ權利を主として法の内容を觀察せんか、權利と法律とは離るべからざる關係を有するもので、法の適用を受くる人格者の方面より觀れば法は即ち權利たり、權利を認めたる國家の方面より觀れば權利は即ち法である。即ち法と權利とは同一物を主觀的に觀察するか、客觀的に觀察するかに依る差別たるに過ぎぬ。是に於てか古來法律と權利とを同一の語を以て表示する國が多い。例へば羅典語の *Jus* 佛蘭西語の *Droit* 獨逸語の *Recht* 伊太利に於ける *Diritto* の如き是である。然れども斯く同一の語を以て法と權利とを表はすのは、觀念の混同を來して不便が鮮なくない。乃ち獨逸人は茲に見る所ありて、法律を「客觀的意義に於けるレヒト」と云ひ、權利を「主觀的意義に於けるレヒト」と云ふことになつて來たのである。佛伊に於ても亦同様である。而して英米に於ては法を *Law* と云ひ、權利を *Right* と云つて二者を別語を以て表示し、我國も亦別語を用ひて居る。蓋し其方が便利であると思ふ。

權利の眞の意義は後に説く所があるが、兎も角權利の觀念が素と正義の觀念から發達して來たことは、各國の權利を表はす語が多くは正義を意味するのみならず、昔人が法學を以て或は「神事人事の知識にして正不正の學なり」と言ひ、或は「法とは善及公正の術なり」と言へるを見て

も之を窺ふに足るであらう。又ソクラテスもアリストートルも權利を説くに正義の思想を以てした。併し法律と道德とが對立する範圍もあるから權利の悉くが即ち正義であるとは言へぬ。

權利は法の重要な内容であつて、之なくんば法なきに至る筈であるに拘らず、實證哲學の一派は、權利の觀念を否定し去らんとして居る。即ちコムト (Comte 1798-1857) は夙に論じて曰く「權利の觀念は合理的のものでない、各人は社會に對して唯其本分 (Devoir) を盡すべき地位に在る、所謂權利を有するものでない、權利の觀念は個人主義の學者が抽象的理論に依つて設けたる獨斷説に過ぎぬ」と。近年佛國には此論を紹述する學者が少くない。中に就てヅユギー (Duguit) の權利否定論が最も著はれて居る。氏曰く「法の基礎は社會連帶 (solidarité sociale) と云ふことに在る、社會の全員は唯當に社會連帶の目的を達するが爲に行動すべきもので、治者被治者共に此根本法に拘束される、故に公法上に於ても又私法上に於ても權利は將來の法學に於ては無用に歸すべきものである」と。然れども權利義務の觀念を否認すれば、各人相互の意思の限界、行爲の範圍は明確なるを得ないであらう。人心惟れ危く道心惟れ微なりといふが如き現在の人類社會に於て、單に本分と云ひ社會連帶と云ふが如き抽象的觀念に一任して、權義の觀念を法の構成中より排除せんとする如きは、到底直ちに首肯し難き所である。が、一面に於て各人の權利に拘泥して社

會全體の利害を忘却せんとする者に對する警告として大なる價值あるものである。

權利と義務とは法の内容の二大要素である。而も兩者は同一物の觀察方面の異なるに過ぎないものであるから、權利をすれば義務は自ら明白なるを得る道理である。故に以下に於ては主として權利の方面より法の内容を説明する。但し義務の方面から之を觀察することも其知識を更に明確にする爲めに大切であるから、權利に次いで義務に關して略述することとする。

第二款 權利

第一項 權利の本質

第一學說

抑も權利とは何ぞや。是れ法學上最も重大なる觀念なるにも拘はらず、古來學說紛々として今日も尙ほ一定する所なき有様である。茲には先づ學說の重なるものを示して而る後に自家の信する所を説くこととすやう。

(一) 本分說 曰く「人は萬物の靈長たり、禽獸草木に對し、自己に對し、他人に對する本分を有し、之を完うせんことを期するものであり、其他人に對する本文を完うせんが爲めに權

利を認めたるものである」と。然れども此說に對しては、(1)法律思想と道德思想との混同あること、(2)權利を人性より自然に生ずるものとする點に於て今日の人定法主義と相容れぬ、(3)本分と云へば人の爲さざるべからざることを謂ふもので、義務の説明としては兎に角、吾人が或行動を爲し得ることを認むる權利を説明することを得べきものでない等の非難があつて、今日之を採る學者は殆ど存在しないと思ふ。

(二) 自由說 曰く「法律は各人の自由を保障するものであつて、法律の範圍内に於て吾人の享有する行動の自由は即ち權利に外ならぬ」と。此說に對しては次の如き非難がある。曰く「權利は固より之を行ふと否と其人の自由には相違ないけれども、之を自由であると言いたただけでは茫漠として確乎たる觀念を得ることが出来ぬ、法律の範圍内に於ける自由が悉く權利ならんには、吾人の一舉一動皆是れ權利の行使ならざるは無きに至るであらう、例へば睡眠權、散步權、飲食權等を認めねばならぬことと爲る。乍併斯る權利の存在は之を認むることを得ない。法律は唯一定の限られた場合に於てのみ其自由を特に權利とするので、一切の自由が悉く權利とは爲らぬのである」と。

(三) 能力說 曰く「權利は法律上の力又は能力である」と。然れども此說は單に權利の外

形を示すのみで、其實質及内容は之に依つて明かなることを得ない。所謂法律上の力若くは能力とは果して如何なる内容實質のものであるかを説かねばならぬ。故に此説は説いて未だ盡さざる所のものであるとの非難がある。

(四) 意思説 曰く「吾人の行爲は意思に發す、故に法律は意思の規則と云ふを妨げぬ、従つて法律の認むる權利も亦意思を以て要素とするのが正當である、權利は即ち意思の力に外ならぬ」と。此説に對する非難が二つある。曰く、(1)「廣きに失する。蓋し各人の意思の力は皆悉く權利ではなくして其中唯一定の目的の爲めに存在する所のものに限るので、唯漠然と目的も無くして意思の力即ち權利であると爲すべきでない」。(2)「狭きに失する。蓋し今日の法律は嬰兒又は喪心者の如き意思能力なき者に權利を得せしめ、又意思能力ある者が不知の間に權利を取得すること(例、相續權)があるけれども、此説に依れば斯る規定を説明することが出來ぬではないか」と。

X(五) 持分説 曰く「權利は生活資料に對する持分である」と。然れども其所謂持分とは果して如何。利益なるか將た意思力なるか明瞭を缺き、人をして五里霧中に彷徨せしむるものである。
not 権利は生活資料に對する持分である、又例の相續權を以て之を説明するに依れば、斯る規定を説明することが出來ぬではないか」と。

(六) 利益説 曰く「權利は法律の保護する利益である」と。而して所謂利益とは吾人生活上の利益を總稱するものであつて、一般的、客觀的に觀察し偶、特定の權利者が之を利益と思はずとも、通常人が認めて以て利益とする所のものを謂ふのである。此説は上に述べた諸説と異なり權利の實質的方面に著眼する點に於て優れて居るのであるが、之に對する非難は「此説の如くなれば法の保護する利益は即ち悉く權利と爲るべき筈であるけれども、實際に於て法の保護する利益必ずしも權利ではない。例へば刑法を以て往來妨害罪を規定しても、通行人は之に因つて利益を被むるに拘はらず權利を取得せず、又利益即ち權利なりとせば權利者と利益を享有する者とは同一でなければならぬ道理であるが、法律は必ずしも常に此二者を同一人に歸屬させない。惟ふに此説は權利の目的と其本質とを混同して居るのである。而も此二者は之を明白に區別せねばならぬ。權利の目的は之を吾人生活上の利益と解すべきも、權利其ものは其目的を達する手段に外ならぬ。法律上其利益を充實することを得るに因りて始めて權利あるものと云はねばならぬ」と是れ實に學者の利益説に對する駁撃である。

(七) 折衷説 以上の諸説を通覽するに、能力説、意思説、利益説の三者中には各採るべき點が多く存するけれども、他の學説は今日之を重んずべき價値なきものと評せざるを得ぬ。而

して近頃學者は多く右三者中の何れかを折衷して權利の本質を説くに至つた。固より幾多の論議はあれども、大別して之を左の二種に分つことを得る。

(甲) 意思説及利益説の折衷 此説を採る者は曰く「權利とは法が各人の利益を充實せしめんが爲めに認めたる意思の力である」と。

(乙) 能力説及利益説の折衷 此説を採る者は曰く「權利とは人格者が其生活關係に於ける一定の利益を享受することを得べき法律上の力なり」。曰く「權利の本質は法律に依りて認められたる一種の力にして一定の利益を以て其目的と爲すものなり」と。

折衷説を採る學者の中でも各其用語に於ては多少の差なきにあらざるも、其歸著する所は右(甲)(乙)中の何れにか屬するものと解することが出来る。而して余は(乙)の説が今日の法律を解する上に於て最も適切なるものと信するから、左に此説を採つて權利の本質を解説することとする。(甲)は意思説の缺點を其儘齎し來るを以て之を認むることを得ない。

第二 定義

「權利とは法律に依つて認められたる一種の力であつて、人格者が之に依りて一定の利益を享受し得る所のものである」。

(一) 權利は法に依りて認められたるものである。

法は吾人の國家的社會生活に必要なるか有益なる行爲の規則であり、權利は其法の内容を形成する所のもので、從て權利は吾人の國家的社會生活に必要なる一種の力である。即ち法は國家的社會生活に必要なるか有益なるものと認めて各人に權利を與へる。權利は國家が法に依つて之を認むるものである。是故に權利は法の上に於てのみ存在し、法以外には存在せぬ。彼の自然法學派の學者が、或は權利は天賦に出づと爲し、或は社會契約に成ると言へるが如き、若は法の存在せざる以前に存する社會法 (Gesellschaftsrecht; Social law) に依る社會權利ありと爲す説の如きは、決して採るべきでない。道德上の權利も茲に所謂權利でない。

(二) 權利は法律上に於ける一種の力である。

茲に所謂法律上の一種の力とは、法律に依て保護せらるる利益を享受し得る可能を謂ふもので、固より實力を謂ふのでない。故に實力の強弱大小に拘らず、人は均しく一定の權利を有することが出来る。又此力は生理上自然の意思力でない。故に意思の力なき者でも、又意思のある者が其不知の間でも權利者と爲ることがある。然るに今日尙ほ之を意思の力なりと解する論者は曰く「法が意思能力なき者の爲には必ず意思能力を有する代理人をして其意思を