

一 英 野 牧

# 步進與化進之上律法



譯 文 廣 朱

種 一 第 書 叢 律 法

1928

— 英 野 牧

# 步進與化進之上律法

譯 文 廣 朱

種 一 第 書 叢 律 法

1928

上海图书馆藏书



A541 212 0002 2314B

## 弁言

本書何爲而譯耶。曰爲介紹法律界之新思潮而譯也。夫二十世紀之法律學乃社會法學派所佔據之舞台。世界歷史自進入二十世紀時。社會上經濟上均由根本的發生變動。歐戰以還。情勢日益劇烈。是以各方面均別開蹊徑籌對策。而社會法學派則係自法律的方面籌其對策者也。此卽所謂法律界之新思潮是。此項思潮。起自歐西。延及東亞。奔騰澎湃。方且繼長增高而靡有已。顧觀國內出版之法律書籍。於法律之觀念權利制度、法律行爲制度以及責任制度等。尙多敷衍舊說。照抄陳言。而於所謂新思潮者竟漠然罔覺。噫、此非所謂抱殘守缺者歟。夫欲圖競存。須進步於適者。今日習法而猶率由舊章。是無異於輪軌大興之後而仍駕犢車泛扁舟者也。其爲落後。復何復言。此不佞所以亟亟於介紹新思潮也。惟是異邦關於新思潮之書籍夥矣。顧何以獨譯牧野先生之著述耶。曰論之新者祇喜排舊。言之高者輒好自矜。以是之故。對於學者在已往文化史上所爲之努力及其努力之偉績。往往棄若敝屣。視同土苴。此亦所謂不能取精攝英者也。夫歷史者爲不斷之進化也。吾人者爲不斷之努力也。各時代雖各有其

特異之處。然其間絕非截然隔斷渺不相關者。現世紀之於前世紀。必有所自承。且於前世紀前之世紀亦必有所承。其所承者果爲何事何物。殊不容一足蹴去委而不顧也。夫如是，則法家之研究。於過去之思想制度。與該時代之關係，與現時代之關係，及與現代之思想制度更具有如何之關係。必須一一究明。察其功過。悉其短長。然後由現代之立場抉擇之，改造之，更發揮之，與現代之思想制度合一爐而冶之。以求得所謂適宜且有益之現代之法制。乃爲克盡學者之能事。而先生之著述則適能舉此鉅任。此不佞於介紹新思想之際所以獨喜於譯先生之書也。抑又有言者，社會法學派雖支派多歧。而其標榜社會之點則皆屬從同。其歸結處在於置重共同生活之圓滿。與平等博愛之觀念，既不背馳。與民生主義之論旨，復相契合。則此學派之在我國。其具有重要之意義。更屬不言而喻。竊意於立法適用兩方面皆無異於飢者之於食矣。牧野先生所著此類書籍計有二十餘種。不揣謏陋。將擬繼續供獻。儘量介紹。以爲本叢書第二編以下之各編。斯則不佞之志願也。惟不佞於東文素鮮鑽研。訛誤失當極知不免。倘蒙邦人君子不吝教正。實所深望者。中華民國十七年十一月朱廣文序於滿洲里法院

# 法律上之進化與進步

## 目錄

### 第一節 法律上之進化的事實與進步的理想

- 一 對於法律之兩觀察
- 二 何故而有此兩面觀察乎
- 三 數個之實際問題

### 第二節 法律之進化

- 一 法律與進化的精神
- 二 法律之權利化
- 三 私法之個人化
- 四 私力之公權化

### 第三節 現時之數個法律問題

- 一 法律之社會化
- 二 無過失責任及權利之濫用

三 法律行爲之效力及解釋

四 刑法之主觀主義

五 行爲之違法性

六 法律之缺陷

## 第四節 法律思想之發展

一 自然法學派

二 歷史法學派

三 功利法學派

四 社會法學派

## 第五節 法律上之新理想主義

一 法律之保守性（法律之成立）

二 法律之規範性（法律之解釋）

三 法律之自法性（法律之進化）

四 法律之應化性（法律之進步）

## 補遺

- 第一 進化與進步之關係
- 第二 歷史的認識之本質與法律思想
- 第三 法律進化之法則
- 第四 近世法與羅馬法及日爾曼法
- 第五 私力之公權化
- 第六 關於法律社會化之雜論
  - 一 法律之社會化至法律之進化
  - 二 法律之社會化與自由主義
  - 三 法律之社會化與新立法及新方法
  - 四 法律之社會化與私法及刑法
  - 五 法律之社會化與權利思想
- 第七 無過失責任
- 第八 權利之濫用

第九 少年法之成立

第十 一釐事件之回想



# 法律上之進化與進步

## 第一節 法律上之進化的事實與進步的理想

一 對於法律之兩面觀察

二 何故而由此兩面觀察乎

三 數個之實際問題

一 各種現象。恒有進化 Evolution 及進步 Progress。茲就法律現象而論之。

吾人理解法律。得由兩面觀察之。其一，以法律係由於社會生活之結果而成立之狀態。其二，以法律係支配社會生活而行之者。前者乃以法律為存於社會之自體。後者則以法律係由社會以外之或者向社會所施之力矣。

例如他人之所有權不可不尊重。負債者應行清償。如斯之規則。何故要理解其係法律乎。

所有權之尊重。契約之履行。此乃社會自體自然而然之現象也。苟使已成爲社會則所有權自然要尊重之。契約自然要履行之。當吾人相互尊重所有權履行

契約而生活之時。遂爲共同生活。卽係社會生活矣。是故研究法律應如何制定者。畢竟係研究社會生活上如斯之現象也。

然假有人焉。於所有權之尊重。契約之履行。背之不顧。則吾人必強制之使其尊重。使其履行。藉以維持共同生活。易詞言之。社會之成立。於所有權之尊重。契約之履行。實所要求者。必要以何等之方法強制之。依其強制而吾人之社會生活。乃爲可能。乃可經營而行焉。是故由如何應定法律，何故以法律爲正當之點以論法律時。則吾人係論社會生活上如斯之事項矣。

以法律解爲前者之意味時。則係社會的事實。以之解爲後者之意味時則爲社會的規範矣。

二 何故於法律而有如斯之兩面觀察乎。又此兩面觀察 論理上得謂爲無矛盾乎。

凡所謂事實者。僅能謂爲「有斯」而已。其事之自體。更不含有善惡之問題。亦不包含價值判斷之分子。易詞言之。其事之自體雖惡。苟既已存在。卽要認其係存在矣。至於規範則不然。規範者 係謂「要有斯」也。不問其事之是否

存於實際。而要主張其不可不存於實際。易詞言之。若其事不存於實際即爲惡。終須要使其存立之意也。

右二者於論理的全係相異之事項也。所謂「有斯」者。無論如何不能預定謂爲「要有斯」。所謂「要有斯」者。則可以預定其於實際未曾「有斯」。是固截然二事焉。

雖然、法律者其自體固係一個也。而一面既爲事實。一面又爲規範。是以一物而同時具有此二個相矛盾之性質矣。豈不異歟。

法律具有如斯不可思議之性質。實非法律特有之現象。乃凡爲人類即世人之間所同具者也。試申其說。

吾人人也。今卽以之爲人而自身反省時。則人者乃自由意思之主體。於此意味而爲人。實吾人理想之所欲。爲達到此理想而要求之規範。道德現象於以成立矣。然從他面言之。吾人究不外乎一動物。若以之爲動物而觀之。則其蠢蠢焉求食逐利。或合或離。與一般動物。奚有以異。在此情形之吾人。則係生活於事實之圈內而受自然的法則之支配者。焉能望其有自由意思乎。夫人一也。

而具有如斯矛盾的性質。則人之現象之社會生活以至於法律。自亦無從脫離矛盾的性質矣。

法律以至社會生活。若單以爲事實而考之。吾人祇須認識其所謂進化之現象。卽爲已足。進化者係循自然之大則者也。然吾人之生活。乃對於理想而向上者也。無理想之生活。乃自暴自棄。實爲自殺。故吾人之營生活。應於法律而求向上之標的。然則吾人於法律以至社會生活之進步。殊有研求之必要矣。

三 法律之有右述矛盾的性質。最易表現者。厥在法律之解釋適用。

現在之法律。由於一定之成文而成立。——習慣亦得爲法律。此外條理亦然。我邦（日本）現在之法律。殆全部由成文成立。——此項成文。於一面係屬事實。係依一定之程序踐一定之形式而成之法律。吾人於其存在。固無何等之疑惑或異議矣。然其爲法律之使命者。厥爲於吾人之社會生活與以規範之點。卽吾人所意識之法律。係於吾人之道義的判斷上而成立者也。

吾人日常所見法律上之紛議。多係起因於單純的法律之不遵奉。或係竊取他人之所有物。或係對於他人不履行債務。此等情形。僅取事實之成文。順其交

字適用於事案。以施其制裁與強制。吾人對之已得道義的滿足矣。然亦另有情形。於順其文字適用之結果。而屢屢不得道義的滿足者。此際之法律的紛議。實係真正意味之紛議。蓋在前者之紛議。敗訴者於其敗訴。衷心殊不主張異議。而在後者之紛議。則敗訴者於其敗訴。乃從心不服也。然則如之何而可。曰此時於一方要主張改善法律之適用。而於他方則更要提倡立法的改正焉。

就數個之實際問題而言之。身元保證問題其一也。無條件無期限而爲身元保證者。要如其文字而任保證之責乎。婚姻預約問題其二也。婚姻止於預約。尙未呈報。其婦被其夫單純的斥逐之時。爲其婦者。別有可訴之途乎。其三爲借地權問題。因建築家屋而爲如三年之短期土地貸借者。於三年後當然要毀壞其家屋而交還其土地乎。註一其四、爲工場煤煙問題。因工場之煤煙而致田地被荒之農夫。要拋其農業乎。其五、爲電氣竊盜之問題。竊取電流者不可做爲竊取他人財物者令其負竊盜之罪責乎。註二其六、如所謂一釐事件。卽雖違背法律而關於其物僅爲該當價格金一釐之時。尙得爲犯罪行爲乎。

僅順法律之文字而爲解釋。則右述諸問題之解決。必不困難。然其卒成爲世

問論爭之問題者。以一般社會對於其普通之解決。持有異議也。何則是等之問題。係因社會新變動之結果而起者。是以對於此等新問題依從來所認之解決方法以解決之。於吾人之新社會生活。決不得謂爲係公平之解決方法。易詞言之。從來之法律的解決。此際已無以爲規範之價值矣。

如斯之紛議。於二點有重要之意味。第一、其紛議係隨伴於新社會現象卽所謂社會問題者。第二、其紛議係論法律在置重其爲規範之價值。

據右所言。吾人亟應研究爲新社會生活之規範之法律。殆屬甚明。此實本文所欲示之趣旨也。註三

註一 借地權之問題。已依大正十年法律第四十九號借地法而爲立法的解決。然由余之見地言之。覺尙有同性質之問題。震災後之臨時小屋是也。

註二 電氣竊盜。已依明治四十年法律第四十五號之新刑法爲立法的解決。(刑二四五)然於電氣竊盜以外。尙有相同之問題也。(拙著刑法研究第一卷第三二一頁以下)

註三 參照補遺第一進化與進步之關係。

## 第二節 法律之進化

一 法律與進化的精神。

二 法律之權利化。

三 私法之個人化。

四 私法之公權化。

一 法律之沿革。就各民族而論之。固多不同之處。然若通覽其大體吾人可理會其有二個之事實焉。第一、法律之進化。係受支配於一種之法則者。第二、其進化之事實。於吾人對於法律之價值判斷之基礎。可與以暗示。如斯以論法律之進化的法則而判斷其文化的價值者。即法律社會學之任務也。

取歷史的事實僅以爲事實而敘述之者。斯僅係事實之積累。但單純之積累。畢竟不能引出何等之結論。惟於事實之積累而見其一定之流動者、乃知其係進化之事實。於進化之事實見其依一定之文化的精神而向上者、乃知其係進步之標的。自然法學派者。僅由自己之立場以論法律之理想者也。歷史法學派者僅以當然之歷史的過程理解法律之發展者也。前者其理想雖爲熱烈的活躍。然其所論終不免於架空。後者其實證的根據雖甚確固。然於吾人之自律的作用。又甚未

顧及也。

惟以歷史的理解，將吾人之規範意識批判之制馭之者。乃爲有實證的精神之理想。又以吾人之規範意識，將歷史的事實彙類之整頓之者。乃爲有歷史的精神之歷史。約二者而言之。余則稱之爲進化的精神。請由此立場而論述法律之進化焉。註

註 參照補遺第二「歷史的認識之本質與法律思想」

二 現代法律之基礎的觀念。在於權利。此不待煩言者也。惟在進化程度低之法律。則殊無所謂權利之自覺。東洋之法律固矣。卽西洋之法律。古時亦無斯項觀念也。茲由此觀念發達之點以概觀法律之發達。吾人可以理會其有次述四個之事實。

第一、法律係由不文之狀態進化於成文之狀態者。自文字之利用。日益進步。法律乃漸次的成文化矣。然由其進化之實體觀之。殆係有種種之政治的社會的原因者。彼穗積先生「法典論」所舉法典編纂之理由。如治安、守成、統一、整理、更新五策者。余意同時卽係不文法進於成文化之理由也。



第二、法律係由秘密狀態進化於公示狀態者。法律之初期。僅爲習慣與先例。其後法律則存於執法者法曹家之記憶而爲其所專有。此爲法律之秘密狀態。法律之爲此狀態者。其國家之組織。乃所謂警察國時期也。近世之國家組織。則爲法治國。因而法律亦卽係公示狀態矣。

第三、法律係由義務本位進化於權利本位者。蓋在上代法律存於習慣之際。吾人之社會生活。甚屬簡單。洎乎吾人之共同生活關係。日至複雜而發達爲國家的生活時。則在此國家的生活。因先有確固其團體之枉石之必要。自然的要行秘密法。同時其當局者對於民衆亦專依其所認爲適當與便宜者而支配之。而其民衆生活遂亦無如今日所謂得依法律主張權利之法律生活。其時之法律組織。殆僅以義務爲本位也。今日權利本位之法律組織。係屬新之事實。

第四、法律係由公法進化於私法者。易詞言之。如民法之私法。其初係以爲訴訟程序而成立者。蓋在國家組織之發達。統治者與民衆間權力競爭之調和。實爲國家制度之要義。如今日之私法。亦係於訴訟法之形式而出現。卽私權者係由對於國家要求救濟之形式之訴訟而始萌芽也。

要之權利思想之發達。達可謂近世文明之恩賜。而其由來。則繫於文藝復興期以後個人之覺醒也。個人之覺醒。在哲學界則脫離教權之羈絆而爲批判哲學。在經濟方面則脫離中世紀產業組織之拘束而歸於自由主義。因是而於法律之範圍內。遂亦齎來權利本位之新法律思想矣。

權利思想之文化的意義。係在個人於社會生活能爲意識的本位。能爲自律的主體。十九世紀之文化。實其所發揚者也。

註 參照補遺第三「法律進化之法則」。

### 三 右述事實。可就財產法與親族法考之。

歐羅巴之私法。淵源於羅馬法及日爾曼法。而大體分之。則可謂財產法係本諸羅馬法、親族法係本諸日爾曼法也。

羅馬法之親族法。係以親權爲中心。羅馬之家長。於其家擁有一切之權力。家族殆無權利之可言。妻則絕對服從於夫權。子則絕對服從於親權。不許子之獨立。無論年齡若干。總在於親權之下。勞作所得。胥以歸之家長焉。是種親權。純係爲其家長而存立。不能理解其係爲家族而行使者。此實羅馬法之特色。

也。

此種組織。在拉丁系統之國民之間。漸趨和緩。然尙比較的近於維持。徵諸法蘭西與意大利而知之矣。意大利在現行民法之實施（一八六五年）前猶探認其主義。法蘭西在拿破崙法典即現行民法之實施（一八零四年）以前。當時南半部所行者亦係羅馬法之組織。因現行民法之實施。乃予改革。親權專爲其子而存立。於其子無以親權保護之必要時（即達於成年者）。親權即歸於消滅。親權人管理其子之財產者。不許做爲自己之財產而利用其子之財產焉。是種之親權。直與監護毫無以異。而若斯之親權觀念。實係日爾曼法上之觀念也。

關於財產法之範圍。則擯斥日爾曼法之主義而採羅馬法之主義。蓋在羅馬法個人的所有權之主義。早已發達。而日爾曼法則於個人的所有權之觀念。並不發達。素來維持其日爾曼法所固有之土地共有權之觀念。封建時代又別有其特有之土地所有權之觀念。斯二觀念。皆係不認個人單獨於土地之上有絕對之支配權者。而在今日則咸認羅馬法個人的所有權之制以之爲財產法之原則焉。

右述發達之經過。顯係表示近世個人地位之自覺者。易詞言之。所謂個人的

自由者。乃現代私法之礎石也。註

註 參照補遺第四「近世羅馬法及日爾曼法」。至就羅馬法與日爾曼法比較研究者有平野學士之「民法上之羅馬思想與日爾曼思想」(大正十三年)。

四 法律發達之另一現象。厥爲私力之公權化。試就此層而觀之。

在國家的生活整頓之前。吾人維持自己地位之利益。不外於自力救濟。易詞言之。卽係復讎。關於責任之法規。其爲起源於復讎。固無待乎詳言也。

復讎爲刑事責任之起源。同時亦係民事責任之起源。在古時二者之間殊無別焉。然復讎之爲物。性質上往往軼越自衛之必要。與共同生活之維持。反屬有害。是故因國家的生活之發達而遂制限之矣。

所謂制限復讎者。卽私力於制限之範圍而公權化也。此乃國家爲共同生活而制限個人之行動。卽係法律生活之第一步。由制限復讎而更進者則有同害刑、賠償刑等制度之發達。至於今日。則無有以自力救濟爲原則者。而民刑事之責任。遂亦分化而不相混矣。夫自力救濟之禁止。係因個人地位利益之保護與社會生活之確實。不可不謀其調和。因是之故。乃以國家之公力代替個人之私力。遂

成爲私力之公力化焉。國家既經禁止自力救濟而代以國家之公力。同時對於侵害之應行鎮壓與應行賠償。亦識其有區別之必要。而刑事事之責任遂亦成爲分化之事實。蓋在二者混同之時。因爲全其鎮壓而責以賠償。其制裁實爲苛酷。又或因使其爲充分之賠償而臨以刑罰。其制裁亦嫌不當。故區別二者定其要件而量定其程度者。於一方係爲全其鎮壓賠償之作用。同時於他方對於加害者之制裁係期其止於必要之限度也。

伴於此而發達者。過失（廣義的賅故意與過失而言）之觀念也。在單純之自力救濟。例不問加害者之意思如何。但有侵害即令負責。及其爲公力化公權化之時。關與責任事項乃以過失爲必要之原因。其在民法。故意與過失。無有區別（民七〇九）。刑法則原則必要有犯意。（即故意）單純之過失加以處罰者。乃屬例外。（刑三八第一項）此種觀念。乃對於加害者而認其人格之尊重焉。是項觀念之發達與權利觀念之發達。實係近世個人的思想之發達所共應注目之事項也。

註

註 參照補遺第五「私力之公權化」

### 第三節 現時之數個法律問題

- 一 法律之社會化
  - 二 無過失責任及權利之濫用
  - 三 法律行爲之效力及解釋
  - 四 刑法之主觀主義
  - 五 行爲之違法性
  - 六 法律之缺陷
- 一 試就數個之事項以批判法律之進化。
- 所謂法律之權利化，私法之個人化者。乃係無疑的以個人主義爲基礎。係近世個人覺醒之成果。此實由中世而近世文化推移之當然過程也。
- 法律上之個人主義。乃與政治上及經濟上之個人主義相共以完成許多之文化的事功者。然其主張實不能不謂爲係半面的也。蓋所謂法律之權利化者。乃以權利爲法律上之制度而保護之意。而其所以予以如斯之法律的保護者。係於權利之背後預定有團體之存立也。關於私法之個人化。其理亦同。假使團體之

自身尙未確實時。則私法必無個人化之餘地。故主張法律上個人主義者。可謂狃於團體生活之恩惠而忘其恩惠之議論也。此就私力之公權化觀之。其理至易明瞭。蓋吾人法律生活之成立。係由於私力之公權化。而私力之所以公權化者。乃國家爲共同生活而必要如斯也。是共同生活之維持。實爲法律生活所不可缺少焉者。共同生活者團體生活也。彼於法律主張個人主義的適用者。——限於無矛盾者——任在如何之情事。要亦不容超越團體生活所必要之範圍。否則吾人之法律生活卽無由成立矣。

吾人於私力之公權化。又可名之曰個人的主張之社會化 *Socialization*。蓋個人不能單以其個人主張其權利而必依公力主張之者。卽係預定其主張應在社會生活之下乃可以主張之意也。惟當十九世紀之初。此種社會化的意義。殊未充分的提倡。僅解爲個人的主張不可害及於共同生活而已。然至社會之進運經過十九世紀之過程時。此社會化的意義。乃如雨後春筍。盛發莫遏。所謂社會政策的立法云云。其最著者也。如我邦（日本）之工場法簡易保險法註一固不必論。其他如歐羅巴所行之各種強制的保護法。於勞動者之地位。類皆不任其自由活

動。而由國家講求種種之方策以干涉之。該制施行之後。個人之自由。固因而受許多之束縛。然同時亦因而得許多之保護焉。凡斯國家之不取放任態度自進而強制的經營此保護方法者。非僅以個人爲個人而保護之。乃將個人之活動力相互調和而藉以期共同生活之圓滿之意也。法律之社會化云者。係社會化之事實。實於如斯隆盛之意味而常用之語也。註二

註一 最近更應注意者有健康保險法(大正十一年法律第七十號)。

註二 參照補遺第六「關於法律之社會化」。

二 然余茲所欲言者。並非斯等之新立法。斯等新立法。乃另一機會之問題。於茲所言者。係就從來之法律組織考其如何之變遷也。試先就無過失責任(或稱爲結果的責任 *Erfolgshaftung* 或稱爲原因的責任 *Kausalhaftung*) 而論之。夫不法行爲之成立。以故意或過失爲必要。非現代民法之原則乎。此原則係起源於羅馬法而爲其後歐羅巴各國所繼受者。歷史之悠久。支配之廣遍。誠哉尙矣。然現今社會經十九世紀之過程大工業發達之結果。乃竟發生所謂工場危險之問題。蓋大企業之設施者。一方對於其內部之勞動者固有引起災害之危險。他方



對於一般社會亦有與以意外損失之危險。然如該企業者於其事業之進行確已盡從現代科學之所要求預爲周備之設施毫無故意或過失而仍發生損害之時。此際其企業者於其損害有無何等賠償之責任乎。對於此問題而主張肯定說者。卽係對於羅馬法之過失主義而爲無過失責任之理論者也。

關於企業者對於勞動者之關係。有工場法及鑛業法之規定。可資例證。工場法第十五條有云。「職工非因自己之重大過失而由業務上負傷罹疾病或死亡時則工業主要依勅令之所定扶助其本人或其遺族」。鑛業法第八十條亦有同樣之規定。此在現行法上雖名之曰扶助。而核其性質則寧應解爲係賠償之義務也。

關於企業者對於一般社會之關係。則有大審院於某化學工業公司之煤煙荒其近傍田地事件所爲之判決。可資論斷。判決曰。「從事於化學工業之公司以及其他之類此者。爲預防因其目的事業可生之損害。已從事業之性質施以相當之設備者。則縱令他人偶被損害。亦不得以之爲不法行爲者使其任損害賠償之責。何則此際從事於右之工業者不得謂爲民法第七百九條所謂故意或過失也」。(大正五年十二月二十二日大理院第一民事部宣告)此係依過失主義所爲之判決。

余於其說明之冷淡。至少亦有不滿足之感也。

由吾人觀之。苟其事業能有引起危險之狀態者。則令其對於因是所生之損害任賠償之責。殊屬相當。蓋係公平 Equity 之觀念所要求者也。彼羅馬法限制原始的單純之報復而建立過失主義重視不法行爲人之人格以正義之觀念適用於責任問題者。自係一種之進步。然至最近之社會。則該項主義頗有窒礙難行之處。頗有代以公平觀念之必要。公平之觀念云者。即考慮被害人之地位認加害人以賠償責任在社會方面是否合於公平之意。所謂由正義轉化於公平是矣。我民法第七百十七條規定「因土地之工作物之設置或保存有瑕疵致他人受損害時其工作物之占有者對於被害者任損害賠償之責任占有者於防止損害之發生已爲必要之注意時其損害要由所有者賠償之」。此種規定。於竹木之栽植或支持之情事準用之。又商法第三百五十四條規定旅店飲食店浴場及其他以集客爲目的之場屋主人於客所寄託物品之滅失或毀損非證明係因不可抗力則不得免損害賠償之責。皆係認無過失責任也。——此外應準無過失責任而論者。係因他人過失而負之賠償責任。例如商法第三百二十二、第三百三十七、第三百五十五各條之關於運

送契約第三百五十四條第二項關於以集客爲目的之場屋於客所攜帶之物品，第三百七十三條之關於倉庫業者，第五百九十二條第六百三十九條之關於船舶運送等，皆係規定主人因使用人之過失負賠償之責者。夫現行法不拘以過失主義爲原則之民法第七百九條之形式的規定，而竟從現時社會之要求以定民法之適用者。蓋於結果的責任之原則應如何活用。勢有考慮之必要也。是故無過失責任之原則。實係法律之社會化所要求者也。註

註 參照補遺第七「無過失責任」。又拙著「法律上之正義與公平」第一八五頁以下。

與無過失責任論相關聯者。有所謂權利之濫用焉。茲試論之。夫權利者係權利人之權利也。既係權利人之權利。則權利人之一方利用之固可。卽全然不利用之亦無不可。此在形式上固係當然之義矣。然若由權利社會化——法律社會化當然之結論而思之。則權利係應從法律所認之趣旨而行使之者。故若權利人反於其趣旨而行使之，或反於其趣旨而不行使之。實不能不謂爲係不法行爲。由是言之。權利實爲同時伴有適當行使之義務者也。大審院曾有判例謂「權利當然應於法律之範圍內以適當之方法行使之。雖在權利行使之際。若因故意或過

失超越其範圍爲失當之行使致他人權利受侵害時。則於侵害之程度實不能不爲「不法行爲」。(大正六年一月二十二日大審院第二民事部宣告) 註一德意志民法於權利之濫用設有二個有名之規定。其一曰、「不許以害他人之目的而行使權利」(德民法二二六)。其二曰、「以反於善良風俗之方法而故意與損害於他人者任損害賠償之責」(德民法八二六條)。瑞士民法第二條於權利之濫用亦置有明文曰。「各人於權利之行使義務之履行須要誠實其顯然濫用權利者法律不保護之」。又其民法第四十一條第二項於反於善良風俗之行爲之責任。亦與德國民法第八百二十六條有同樣之規定 註二。

註一 此判例其形式爲權利之濫用。然其實質實係闡明無過失責任者。該案事實係沿鐵路線之某松樹爲汽車之煤煙熏枯而死。判例於其枯死認爲係鐵道經營者權利之濫用。然對於汽車之運轉則不命其不作爲(即停止運轉)。僅於其枯死之結果謂由社會觀念上被害者不應忍容其損害。而鐵道經營者應負損害賠償之責焉。此判例之意義。總係歸着於探認無過失責任之點。惟此判例乃盛倡權利濫用之論調。殊大可注意也(參照拙稿「具體的妥當性」法學志林第二四卷第一零號第一二頁以下)。

註二 參照補遺第八「權利之濫用」。

認權利同時含有行使之義務者。於工業所有權及鑛業權。特爲明顯。例如特許法第四十一條第一項規定「於特許後並無正當理由而繼續至三年以上不以其發明於帝國內適當實施之際。若公益上有必要時。則特許局長官得依利害關係人之請求許與以實施權或撤銷其特許或依職權撤銷其特許」。又鑛業法第四十條規定「鑛業權者無正當之理由而由註冊之日起一年內不着手於其事業或休業至一年以上時。又或不依施工計畫而爲採掘時。則農商務大臣得撤銷其鑛業權」。此外政府於殖民地付與個人土地之際亦同。附加以必須開懇之義務。在北海道國有未開地處分法（明治四十一年法律第五十七號）以土地無償頒付之際。先稱之爲無償貸付。至開懇成功乃付與之。若借受主違反法令規定或預定之事業方法時。則撤銷其貸付之處分（同法第三條第十四條）。此其用語之形式雖爲貸付與付與。然畢竟係無償取得土地者須負擔行使所有權之義務之例也。

三 次就法律行爲之效力及解釋而略言之。

於法律行爲之效力首應注意者。爲民法第九十條「以反於公之秩序善良風俗

之事項爲目的之法律行爲爲無效」之規定。蓋法律行爲者原係因當事人期望一定之法律上效果之故法律乃附與以該效果也。故其性質上當然爲個人主義的。惟不得反於公之秩序善良風俗而已。執此以解釋民法第九十條之規定。形式上實覺無有疑義。然吾人若試稍異其趣旨而觀察之。則得謂法律於法律行爲特設規定以保護吾人之自由活動者。係因是項活動於吾人共同生活之發達有最多之效果也。從而吾人自由活動之保護。即要止於此趣旨之範圍內。而其結果即要以保持公之秩序善良風俗爲其限界焉。由是觀之。民法第九十條公序良俗之規定。應解釋爲係表明法律行爲之原則。而非對於法律行爲之制限矣。

是項觀念。於法律行爲之解釋上頗及影響。即當定法律行爲（如契約）之內容如何時。應以當事人之意思爲基本而考察之與。抑應以共同生活事物之本質爲基本而考察之與。實爲此際應生之問題也。

身元保證之契約。即此點之一問題也。吾人當爲身元保證之際。通常係無條件且無期限者。但果如此解釋之。則保證人之負擔。實爲過重。行諸實際。殊嫌不妥。而若由共同生活之公平上立場以思之。則要料其係應附加以一定之制

限者矣。關於此有判例曰。於身元保證契約未定期間之時。身元保證人得依一方之意思表示向將來爲解除契約之聲明。既有解約之聲明。則依各項情事經過相當期間卽生解約之效力焉。雖在身元保證契約有一定期間之時。然若被用人已有背任行爲。法律上解約之原因業已發生。而使用人不予解約仍行使用者。則身元保證人亦得依自己一方之意思表示向將來解除保證契約焉（大正四年十月二十八日大審院第二刑事部宣告）此判例於身元保證之性質。實屬適當的解釋。實係離却意思表示之文字而由吾人共同生活之立場上爲一種公平之解釋也。

註 參照拙稿「具體的妥當性」法學志林第二四卷第三九頁以下。

其次爲借地權問題。例如近年在東京市以建築家屋之目的而爲二年三年短期之土地貸借者。乃頻行之事也。惟按諸實際。一度建築之家屋。鮮有於二三年之短期卽行撤除者。因而借主之一方亦卽鮮有屆期卽行交還其土地者。而在地主之一方則灼知此情。對於借主恒恣求地租之增加。借主如不同意。則挾短期契約爲後盾請求其交還土地焉。關於此種請求交還土地之訴訟。吾人所習

聞之借地人之主張有二。第一、在東京市不問民法施行之前後。凡爲土地之賃借者。若於其上起造建物時。則其賃借於建物朽廢以前有繼續存在之習慣。謂當事人有依之之意思。第二、在以建築家屋之目的爲短期或未定期間之土地賃借者。若認其短期契約之效力。或因其未定期間而依民法第六百十七條規定於地主聲明解約後經過一年卽爲賃貸借終了者。實屬不當。蓋在爲耕作而使用土地者。依民法之成文辦理。雖無不可。而在以建築家屋爲目的之際。若不以其土地爲較久之賃借。則爲不妥矣。惟是大審院之判例。不認此種主張。竟採不利益於借地人之見解。一方不僅避免當事人依照習慣之意思。且謂民法第六百十七條之規定成文上未將宅地除外焉（大正四年七月三十一日大審院第三民事部宣告）。吾人於此判例。殊難贊同。何則依該判例於都會之土地實難望其爲適當之利用也。夫由共同生活之立場觀之。由權利本來之使命思之。爲求都會土地克舉適當之利用。於借地人誠要適當保護之焉。不幸大審院之見解。竟如前所述。結局乃不外以立法的方法解決之。而借地法（大正十年法律第四十九號）與借家法（同年法律第五十號）乃逐時出現不能妄加遏抑矣。註。



註 於民法之正文以嚴格的文理解釋言之。則借地法與借家法實爲不當。因是之故。遂探認調停主義。公布借地借家調停法(大正十一年法律第四十一號)焉。爾後調停主義更擴及於小佃問題(大正十三年法律第十七號小佃調停法)。

關於震災事件借地借家調停法頗發揮其社會的意義。又使借地借家法之精神更行徹底擴大調停主義之適用者。爲借地借家臨時處理法(大正十三年法律第十六號)。

拙稿[具體的妥當性]法學志林第二四卷第一零號第四五頁以下 拙稿[最近法律現象之調停及信審]法學志林第二五卷第六號以下。

又次爲婚姻預約之問題。以現行法言之。婚姻係依呈報而始成立(民七七五第一項)。然察諸事實。吾人於呈報前而實際上已爲夫婦之生活者。殆比比皆是。在此情形之下。其中頗有夫婦之一方(最如男子)並無理由而斥逐(按原離婚因其略之)他之一方者。且又於他方之意思毫不斟酌而全然依自己一方的意思以爲之者也。依從來之見解。婚姻之預約法律上全屬無效。從而如上述之情事。其被逐之婦人。當然無有申訴之途矣。然至近時判例。於其婦人則認其有損害賠償之請求權焉。茲錄其判決文如下。文曰:婚姻之預約。法律上雖不得

強制履行。然當事人之一方無正當理由而違約者。則其一方對於相對人因信其預約所受有形無形之損害應任賠償之責（大正四年一月二十六日大審院民事聯合部宣告）註。

註 參照穗積博士「婚姻預約有效判決之真意義」法學志林第一九卷第九號。 拙稿「具體的妥當性」法學志林第二四卷第一零號第二頁以下。

四 前所論者 皆爲民法上之問題。茲請更就刑法一言之。從來所認爲刑法之基礎觀念者。厥爲應報刑主義。應報刑主義以刑罰係根據對於犯罪之正義的要求，爲因果報應而科之者。易詞言之。刑罰爲解除因於犯罪之責任之方法也。由斯以論。刑罰純爲個人主義的。若易以社會的立場。實爲全無意義矣。此項刑法思想。於文化史上所關甚大。世曾依之以脫離中世擅斷之刑罰的組織而得棲息於近世有系統之刑法之下焉。然此種正義本位之刑法。在兩點有促其改正之必要。第一，於其刑法之下。非特不見犯罪者之減退。且社會上之累犯反有可駭之增加。職是之故。所謂刑法防衛社會之作用。乃有急行提倡之必要矣。第二，因關於犯罪及刑罰之人類學的心理學的及社會學的研究之進步。結果於犯罪

人之特別心理及其對於刑罰之感應悉行明瞭。於是對於從來之刑事組織卽責任解除主義之刑罰制度。乃予停止。而另定所謂社會防衛主義之刑法焉。因斯二者。其結果刑法理論遂由從來之客觀主義一變而爲今日之主觀主義。此主義之所表現者。第一、如刑之執行猶預（刑二五至二七）。依從來之主義。輕微之犯罪。應有輕微之報應。然察諸實際。輕微之刑罰卽短期自由刑。非特不能改善犯人。反使犯人易流於惡化。爲籌對應之策。乃認執行猶預之制度焉。（安卽我刑律之緩刑）第二、如累犯加重制度。關於此制度從來之所努力者。在刑罰之大小與犯罪之大小不可失其比例。如舊刑法之加重一等是（舊刑九一至九三）。然新刑法則異是。刑期得至於二倍（刑五七）。依此則可使常習犯人與社會爲充分的隔離矣。第三、如新刑法擴大裁量刑期之範圍。從來關於犯罪有所謂重罪、輕罪、違警罪之區別。刑罰之輕重。卽亦依之而定。然刑事責任之輕重。殊不應依事實之大小而定。重如殺人。上者死刑。下則得至於三年之懲役（刑一九九）。輕如竊盜。低者懲役一月。高則至於十年。在累犯更得至於二十年（刑二三五）。凡此皆係注重犯人惡性之深淺而期其底於改善也。第四、例如保安處分。從來之

刑法所認爲犯罪之普通要素者。其中有所謂責任能力與責任年齡。因而如有犯罪之精神病者及少年犯罪者。概皆置諸不問。然由防衛社會之立場言之。是等之犯罪者與一般之犯罪者。殊應等量齊觀。不過其處理之方法。二者之間。宜有差異耳。是故少年審判廳與精神病者之監置。咸成爲現今之新問題。而少年法乃於大正十一年法律第四十二號公布由大正十二年一月一日實施矣。

右舉各問題。當然皆係以共同生活之圓滿爲基礎。而主張之者。以較十九世紀當初之個人主義的思想。顯係大有變革矣。

註 參照拙著「現代之文化與法律」第二七三頁以下。又補遺第九「少年法之成立」。

五 於刑法尙有一應注意者 係行爲之違法性。蓋人之行爲 雖適合於刑法各犯罪本條之規定。然或有係職務上之行爲者（刑如獄官之執行刑罰承發吏之強制執行）。或有係出於正當防衛與緊急避難所爲者。若斯之類。皆不應問罪。從可知法律上能以成爲犯罪者。乃於殺人竊盜等刑法各本條所規定之行爲以外。尙應另備一種之要件。此要件維何。行爲之違法性是矣。

何爲行爲之違法性。從來殊未明白的理解。不僅法律上之規定。甚不完全。

且因所謂罪刑法定主義與夫司法權獨立之思想。而其適用亦甚欠妥當焉。罪刑法定主義者。係將如何之行爲爲犯罪，要科以如何之刑，預先定於法律之思想也。司法權獨立之思想者。係以三權分立爲原則之結果，法院之職務，僅止於法律之論理的適用也。此二者同係由於十九世紀當初個人主義的思想所生之原則。因是而刑法乃有只應如其文字以適用之傾向矣。

然在社會社之實際上。於無可處罰之必要者而爲處罰之規定時。其結果必至惹起對於刑法之反抗。彼刑之執行，猶預者。乃立法之所爲之反抗也。微罪不檢舉者。乃行政的所爲之反抗也。以是之故。所謂行爲違法性之觀念。於司法上乃漸次的趨於明瞭。

所謂行爲之違法性者。係其行爲違反公之秩序善良風俗也。雖爲刑法各本條所規定之行爲。然若不違反公之秩序善良風俗時。則不爲犯罪。彼執行公務之不應爲罪固矣。正當防衛緊急避難之不應爲罪。亦屬當然。卽在其他汎而言之。凡不違反公之秩序善良風俗者。皆不應爲罪也。關於此層新刑法之規定。殊不完全。其所特設之一條。僅謂因於法令或正當業務所爲之行爲不罰之（刑三五

）。詞語狹隘。義有未賅。實際所生之一釐事件。即違反煙草專賣法事件於該當價格金一釐之煙草有違反行爲者。卒經大審院論爲無罪（明治四十三年十月十一日大審院第一刑事部宣告）。即於此點爲饒有興味之判決也註。

註 參照拙著「行爲之違法不作爲之違法性」。又補遺第十七「厘事件之回想」。

惟於刑法之解釋此際要附加一言者。卽刑法雖因適用行爲違法性之觀念而受如右所述之限制。然在他方基於防衛社會之必要。又要知其係得爲適當之擴張者也。歷來之思想。因拘守罪刑法定主義之結果。於刑法之解釋。恒出以嚴正之態度。如彼電氣竊盜事件。實際上曾成爲甚滋紛議之問題矣。蓋在舊刑法及其他之立法例。並無如新刑法視電氣爲財物之規定（刑二四五）。其時一般之解釋。謂財物係有體物之意。徵諸民法之規定。亦謂物爲有體物（民八五）。爲維持歷來嚴正解釋之定則起見。於竊盜電氣者。不應爲罪。然大審院則不拘此論。竟在舊刑法之下毅然採取有罪說以判斷該事件焉（明治三十六年五月二十一日大審院第一刑事部宣告）。法蘭西之法律與日本舊刑法無異。然其判例亦與日本大審院之見解從同。德意志於法曹界激論之結果以爲無罪。乃別定關

## 於電氣之新法律註。

註 參照拙著「刑法研究」第一卷第三六零頁以下。又拙著「刑事學之新思潮與新刑法」第一卷（第四版）第三九頁以下。

譯者按竊盜電氣之行爲。亦具有違法性也。本文謂爲防衛社會之必要計。應擴張解釋認爲犯罪。惟具有違法性之行爲與社會之防衛上。實有密接之關係。凡爲防衛社會必要制裁之行爲。其行爲即得謂其有違法性也。又凡所謂具有違法性之行爲者。爲防衛社會之必要計即要施以制裁也。此二者名異而實同。特行爲之違法性係形而上的觀察。社會之防衛。係形而下的觀察。一則屬於空理。一則按諸實際耳。至其於認爲犯罪之理由上。殊屬相同。似不必分別論斷。即不必於行爲之違法性以外別以社會之防衛爲詞也。試觀牧野氏以在社會之實際上無可處罪之必要者而爲處罰之規定時必致惹起反抗。謂其故係由於違法性之欠缺。適足反徵行爲之違法性仍以防衛社會爲其裏面也。牧野氏本文云云。所見似嫌未周。愚意其說應略加修正。即刑法上應認爲罪之行爲。均應以具備違法性爲準。竊盜電氣者亦爲具有違法性之行爲。本此理由即應論罪。所謂社會防衛之必要。却係認定具備違法性之標準矣。

由是綜合而得之結論。則可謂雖爲刑法上各本條所規定之行爲。然於其欠缺違法性者。則應限制解釋而認爲無罪焉。又雖與刑法上各本條所定之文字。略有未洽。然若其行爲已具備違法性之際。則應擴張解釋而認爲有罪焉。不問爲擴張爲限制。皆係一準於違法性之有無。其間固非故爲出入也。

六 最後成爲問題者。法律之缺陷是矣。從來之通說。恒謂個別的法令 (Creative) 縱不完全然做爲全體之法律 (Laws) 則爲完全者。此其意蓋謂凡係法律上之問題。法律總能解決之。縱令單觀各部。苦無適切解決之法條。然應將法律之全體視爲一個。依論理的考查以得解決之方也。

譯者按右述通說。實爲不合於實際之成法之迷信。甚有阻碍法律之進步也。夫將無做有。牽強附會以求解決。其解決焉能適切哉。

社會進運。既有種種之新事實。隨時發生。而昔日制定之法律本未預計及此。焉能謂其法律已有規定耶。是以近今對此思想。已起反抗。主張法律係真有缺陷者矣。對此缺陷要以何等之方法填補之。時勢所迫。乃亟有研究之必要。而所謂發見法律以外之法律者。遂成爲此際之問題。



同時一般之風潮。於解釋法律之方法。亦丕然大變。以疇昔之論理的方法爲甚偏狹。爲求實際上之適用起見。對於現時成文之法律。於單純之論理的方法以外。要考慮其結果能得實際的公平之方法焉。

要之右述二箇之運動。其處理法律 係脫離從來之傳統的思想者也。夫凡既定之法律 係依其制定當時之一般思想而成立者。故依該思想而論理的處理其法律者。則法律之缺陷。尙無重視之必要。至少亦可謂由其立場而承認法律之完全性爲無不當焉。譯者按此論亦不甚確。蓋法律固多有原始的缺陷也。然若由適用法律當時之一般思想而批判之。則吾人於其規定必感有幾多之不滿足者。在此情形之下。所謂法律之缺陷及解釋法律之新方法。實屬極應注重。彼二十世紀開始之法律學。卽係以此方法論 methodologic 爲其論爭之焦點也。註。

註 余之「民法之基本問題」(大正十三年)卽係由此立場而論關於法律最如民法最近之思潮者。

## 第四節 法律思想之發展

一 自然法學派

二 歷史法學派

三 功利法學派

四 社會法學派

一 近世以還。由理論的考察法律之發展者。要推自然法論爲其始。

因宗教改革及文藝復興而由中世之束縛所解放之自由的精神者。當首爲人類之自然的狀態。又由此出發而倡民約論希求理想的國家及理想的法律焉。卽與現行法律完全分離而思其係另有一種之法律者。所謂法律二元論是也。

爲自然法論之代表者。有二人焉。斯二人者。雖皆提倡自然法。然係全然達到相反之結論者也。

其一爲辜洛鳩斯 Hugo Grotius (1583—1645)。渠之論自然法也。置其基礎於人類之天性。謂應由人類社交性及理性而判斷之。人類依於社交性而由自然狀態進爲社會狀態。國家者卽係契約之結果而成立者也。

※

※

※

※

※

其二爲霍布斯 Thomas Hobbes (1588—1679)。渠以「人對人之戰爭」bellum omnium contra omnes 爲人類之自然狀態。爲除去此戰爭狀態 status belli 而爲治安狀態 status pacis 計。於是各人依於契約以其自由之全部或一部讓與某一人或某數人。由是而國家遂成立矣。

在採辜洛鳩斯一派之學者。謳歌暴君放伐論焉。而在採霍布斯一派之學者則謳歌君主專制論。謂國家之支配最要絕對。乃能達到人類自保之目的。結局徵諸實際。於一方暴君放伐論制勝而有法蘭西之革命（一七八九年）。然在他方則又以君主專制論之一形式而構成近世之主權絕對論焉。

完成民約論者盧梭 Jean Jacques Rousseau (1712—1798) 也。渠於其社會契約論主張所謂總意 Volonté general 之觀念。謂各人依社會契約以其自己權利之全部讓與共同體更由共同體讓受同一之權利。依之而各人以保存其權利。同時又以共同體之力即總意擔保其權利焉。

自然法論之特色。一、其研究之方法係以自己之理性爲基礎。二、注重自由與意思。而理論上完成此學說者 實爲康德 Immanuel Kant (1724—1804)。康德者亦係

民約論者也。然其民約說純係觀念的。即國家及法律不可不謂其基因於契約者純係理性所要求之波斯茲朗德 *Postulat der Vernunft*。 (譯者按此係德文義謂共準) 結局渠之主張係以所謂無上命令 *Kategorischer Imperative* 為其基礎者也。

自然法論者 係近世個人覺悟之結果。其所主張 係屬個人主義。自不待言。彼之功績 係在將吾人由中世之束縛而解放之。於法律之理想的考察與以基礎也。

二 自然法論者以其理想法係無關於時地而普遍的存立者。而歷史法學派之所論 則全然與之相反。歷史法學派以法律為國民精神 *Volksgeist* 之發現。例如言語 因時地之差別而有各異之成立。法律亦然。言語之發生變遷。一循乎自然。法律亦然。此其主張。即所謂法律一元論是也。

歷史派之代表者為薩溫尼 *Friedrich Karl von Savigny* (1779—1861)。渠於十九世紀之初與齊布安頓 *Friedrich Justus Thibaut* (1772—1840) 為法典之爭議。齊布當時為咳迭耳別爾西之教授。一八一四年著「德意志國一般民法之必要」*under die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland* 1814 一書。主張編纂法典為

當務之急。薩溫尼則爲柏林大學之教授。著「關於立法及法學現代之要務」[*Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 1815*]一書以反對之。謂法律係自然的形成者。以人爲的制定之。實屬不當。德意志之急務。係在研究法律之歷史而明其由來。藉以理解其真意焉。

註 參照穗積博士「法憲夜話」第九八頁。

說明法律之發達與國民精神之發現。此誠歷史法學派之特色也。彼自然法學派者亟亟焉惟理想法之是鶩。於法律與社會生活之實際。遂致失諸疎略。因而其改革的運動多不免於突飛。又自然法論者以爲法律僅得依理性而明之。其與一般民衆確信之關係。則竟置諸度外。於法律之實際的意義。遂致未能洞悉。因而其改革的主張畢竟亦屢難實行焉。

歷史法學派者以法律之基礎在於國民之確信。係其優點亦其劣點也。蓋法律的意識。不應僅局限於各民族之所固有者。殊應廣搜博求。以資採擇。此徵諸吾人依比較法的研究而得許多之改革的暗示者可知之矣。又歷史法學派者以法律爲自然的發達物。係其優點同時亦其劣點也。蓋法律的意識。不僅無意識的

由前代承受之而傳之於次代。實又應以自律的態度促其改良與發達者。由是言之。吾人亟應爲新之法律理想的研究。誠屬彰彰明甚。而若如歷史派之主張則法律僅係團體之現象。僅係自然的發達。須從一定之法則順次以踐進化之過程矣。豈不謬乎。

三 如右所述 歷史法學派於攻擊自然法學派缺乏實證的基礎之點 雖屬可探。然因其蔑視法律之自律的發達。亦頗可訾議。於是學者取長捨短而又別創一派者 則有伊耶陵 Rudolf von Thiering (1818—1892) 其人焉。渠以法律亦爲同於言語之發達物。然其發達則不似言語之穩靜。而常係人格對於人格之爭鬪者也。

由斯見地而渠之主張遂稱爲目的說功利說焉。目的說者。係謂吾人於法律生活上所爲之行動。不可僅視爲行動之自體。要認爲係對於一定目的之方法。而其一定之目的 係滿足吾人之利己心（當然係學理的意味）者也。

依渠之見解。法律之進化。係由單純之事實而爲理論者。渠係以反於生存競爭自然淘汰之觀念之用語（爭鬪及利己心）適用於法律之學者。以爲吾人於法律生活上而期完全其人格者。必由充分的主張其權利始克達到。如果吾人於權

利之主張。缺乏貫徹之意思與實力。則吾人之生存必至消滅無餘。法律之目的固在於和平。然爲得其和平之手段。則惟爭鬪是賴。是以依其主張對於權利之侵害苟尚有絲毫存在。其爭鬪卽絕不可停止也。

所謂法律進化之事實者。係依於如斯之理論化而道義化也。第一、功利說注重吾人之自律的活動。此在歷史派之主張殆未之見。第二、功利說以法律之理想在於和平。惟爲充極其理想。而吾人之生活常有爭鬪。此爭鬪應於爲其理想之點而意識之焉。

功利說者更盛倡法律之實質的意義。謂法律係爲吾人生活之自體而存在者。從而所謂正義之超越的觀念。並不置重。而主張利益之觀念。以爲權利之本體並非自由或意思而係利益焉。蓋經十九世紀過程之社會上之變動。實足令吾人於法蘭西革命之功過。已能爲明白之認識。法蘭西之革命。雖打破中世紀之階級制度與吾人以自由。然此自由之運用毫無制限。經十九世紀經濟上之變動。乃又發生勞動資本兩階級間之爭矣。伊耶陵於此項社會問題。雖未曾深論。而其捨「自由」而採「利益」之點。在此新趨勢中恰屬適應社會之必要。

足爲有力之說也。

對於伊耶陵之學說吾人有所遺憾者。卽其所說係屬個人的態度是。蓋渠之利己心論權利論。僅係說明主張個人相互間之利益。而於社會本身之有機的渾一體。則殊未加以說明也。惟渠以主張權利爲權利人之義務。共同生活之能以維持。係由於各人各能主張其權利。同時其所謂利益之觀念。又謂要以廣遠之見解定之。是其所主張之權利及利益。於此點實可謂係由個人的意義轉化爲社會的意義之機括焉。最近之新理想主義。卽係由此點而起者也。

四 伊耶陵由進化論的基點說明法律自律的發達。於某意義上可謂將自然法學派之理想主義與歷史法學派之經驗主義。合一之矣。然因其所說者係法律之個人的意義。從而遂止於說及個人在共同生活上之競爭關係。至於法律之社會的意義卽社會生活上之協働關係。則尙嫌未能明白說及。故其所說仍屬偏而不全。而二十世紀之開始所發達者所以遂爲社會法學派也。

所謂社會法學派者。論其趣旨。固依學者之所說而互有差異。然其出發點皆在於注重社會。則屬殊途而同歸。此於列述該派各說之前所應先行示明者也。



有於觀念論的說明此問題者。德意志之斯他木桌 Rudolf Stammber (1866—) 是也。渠以康德之主觀的態度爲基礎。惟康德所言之自由係個人主義的。而渠則置重於共同生活。主張所謂「自由意欲之人之共同」*gemeinschaft freiwollender menschen*。以法律之基本的原則在於尊敬 *achtung* 與協同 *Theilnehmen*。由是而遂主張所謂正當法 *richtiges Recht*「內容變化之自然法」焉。渠以法律爲生活之形式。以使之對於其實質之經濟。又以純論理的形式的觀念理解法律。說明應入於法律形式下之事項之範圍性質。而另論法律之內容爲變化的。爲社會之自律的。此兩點殊要注意之也。

有於經驗論的說明此問題者。此中又別爲二。第一係廓朗 Josef Kohler (1849—1919) 所主張之比較法論。渠由海格爾之觀念論的進化說出發。以法律爲進化的文化現象。而其論法律之本質。則總係比較各種文化上之法律以明其進化的意義也。第二係堆基 Leon Duguit 之社會連帶論 *Solitarite sociale*。渠之研究係由昆德 Auguste Comte (1798—1857) 之實證論 *Positivism* 出發。結局明瞭吾人之生活關係係屬連帶協動之關係。而所謂法律者畢竟即係此連帶之事實也。夫廓朗與堆基

雖皆非必係注重法律之自律的意義者。然比較法學對於法律之價值判斷。則供給夥多之資料。主張社會連帶之事實者。同時於社會的理想亦要於反面的預定之。是固皆含有自律的意義者也。

極端的觀念論之一方與極端的經驗論之一方之中間。則有種種之學說。於狹義的稱爲社會法學派者。寧係指此等中間說而言。其說主張之大要如下。

第一 主張此說者盛倡法律之缺陷。謂社會之新生活關係 不當嵌以舊式之法律的概念。舊式之法律的概念。應予棄置。對於新之生活關係 應組成新之法律的概念焉。惟另有一派則以爲舊式之法律的概念 不必棄置不用。惟於適用之際。應加以新生活關係之要求。使其概念富有彈性。即於法律之解釋採取寬大之態度焉。此項意義之新學說。綜稱之爲自由法論 *Freirecht*。皆係對於從來之傳承的思想而欲主張自由者也。

第二 在此學說不以法律認爲法律處理之。而置重於其實際的作用。此其意義實爲鋪來克提克爾譯者按此語原文爲「*Practical*」之音譯義訓實用的。即係捨棄論理的方法而採取目的論的態度。舉凡法典之規定以至學說若於目的之完成無有裨益者。

概予排斥之也。由此點觀之。竊以爲此學說實係將法律之基礎由正義移於公平者。從來之法律的觀念。係重在對於法律之法律的確實 *Rechtssicherheit*。專主張法律之靜的作用。在此學說則要考查法律須如何始在社會上有分配生活機會之力。係注重其動的作用者矣。

社會法學派之主張。創始於法蘭西之祁尼 *Erancois Geny*。德意志首先響應之者爲康得羅易次 *Hermann Kantorowicz* (1877)。自是厥後。則有多數學者抱種種之色彩努力於此新趨勢之發展焉。惟此學派之主張。有夥多之點。係反對十九世紀當初之法律思想者。十九世紀當初之文化。稱爲個人主義自由主義。二十世紀起首之文化。稱爲社會主義（當然係科學的意義者）協動主義。然十九世紀當初之文化。如於預定中世所發達團體思想之點。謂爲係屬中世文化之進化。則二十世紀起首之文化。在非以十九世紀所發達之個人主義自由主義爲背景不得理解之點。亦要謂其係十九世紀文化之進化。自不待言也。註。

註 參照穗積博士「法理學大綱」第四章至第七章。關於廓朗之學說參照拙著「刑法與社會思潮」第二版第二六四頁以下。關於堆基之學說參照拙著「現代之文化與法律」第三

五八頁以下。

## 第五節 法律上之新理想主義

- 一 法律之保守性(法律之成立)
  - 二 法律之規範性(法律之解釋)
  - 三 法律之自律性(法律之進化)
  - 四 法律之應化性(法律之進步)
- 一 由私力之公權化觀之。法律於一方係人類爭鬪性之表現。(生存競爭)然於他方又係人類社交性之表現。(共同生活)易詞言之。法律係在吾人生活上爭鬪關係與共同關係平均之點而成立者。基此意義。則知法律者係其制定當時社會的諸勢力之妥協也。彼分析學派以法律爲主權者之命令。其說雖非無理。然須知法律在他一方實又係對於弱者而抑制強者之權力者。故該派之所說尙嫌僅知其一也。

如曩所述。穗積先生列舉制定法典之理由。計有五策。即第一治安策,第二守成策,第三統一策,第四整理策,第五更新策是。舉例證之。如希臘多拉廓之法典,

梭倫之法典、羅馬之十二表、屬於治安策者也。由斯梯年帝之法典、屬於守成策者也。拿破侖之法典與德意志之法典、屬於統一策者也。而由斯梯年帝之法典自其整理當時紛雜之法令言之。則又與英吉利之昆梭利定新（譯者按此語原日文爲コンリデ）同屬於整理策者。若我邦（譯者按係日本）之法典、則屬於更新策者也。以上所述。任係屬於何策。而若由勢力之關係言之。則各該法典非係示明強弱相爭結果之妥協點。即係強者爲維持其對於弱者之權力而制定之者。在強者對於弱者擁有絕對之權力時。殊無法律之必要。法律之終須能制定者。乃係發見個人間生存競爭之妥協點依公力而支持之也。但自他方言之。若非發見公私力間生存競爭之妥協點。則亦無從而得法律之成立焉。

右段云云。單以法典示其例也。雖然其理則並非限於法典。舉凡法律——習慣法亦然——一般皆係依此社會的諸勢力之平均而成立者。且係於社會上強者與弱者之關係而支持之者。吾人由此事實竊計可以引出二個之結論焉。

第一、法律其本來之性質爲保守的。蓋法律原係因其爲社會上生存競爭之平和約款而始成立者。吾人如不欲平和則已。藉曰欲之。則於法律終須維持之也。

此其一。又由他之一方觀之。法律又係權力階級爲維持其權力所定之方法。斯固徵諸歷史的事實而知其係法律之屬性者。此其二。所謂「惡法亦法也」之格言。於以爲法律之作用保持法律的確實之點。誠具有良好之意味者也。但若在法律與社會上勢力平均之實際不相符合時。該項格言遂不免有惡之意味焉。

第二、法律於其本質上到底不能維持其保守性者也。何則、社會上諸勢力之平均關係。既頻有動搖。而其動搖復非左右於一定之基點。恒係向一定之方向爲無限之移動者。則所謂法律之保守性。又焉能期其根深蒂固世襲罔替耶。是故由法律本質當然之結果言之。其保守的屬性殆常有失去之傾向矣。

二 如前所述。法律之有保守性也。係由來於法律之本質。其保守性常有失去之傾向也。亦係由來於法律之本質。是法律之本質上具有矛盾之動搖者也。此種矛盾之動搖。於法律之解釋時常發現。

法律者係一事實而爲過去生活之成果也。然法律之本體雖係事實。而法律之目的則在於規範。吾人解釋法律。固欲明瞭其過去生活成果之法律。然其所以欲明瞭之者。乃係爲規律將來之生活關係也。法律之使命。既在於其規範的作

用。則必該規範適合於吾人之規範意識。始得圓滿其作用。法律之解釋。卽係以使事實之法律而規範化爲其職務者也。

法律之本質。係在示明生存競爭之妥協點。夫如是則法律之生命。亦卽因適當的示明此妥協點而始克保存。若法律而不能望其有此作用時。該法律自必歸於消滅矣。

假令以法律爲他律的。以法律爲存於命令之本體。而僅於其命令之內容施以論理的推度遂以爲已足以明瞭法律者。則於法律之規範性。實屬甚爲蔑視矣。夫吾人對於命令應奉爲規範而尊重之者。絕非僅因其爲命令之故。而實因其具有規範的妥當性也。如若僅因其爲命令而遂以之爲法律時。則法律之爲物。不過僅屬既經存立之事實。奚能成爲規範而對於吾人具有某等之權威耶。

以形式的論理的方法解釋法律者。在十九世紀當初之思想係有重要之意義者也。當時之思想。以爲確實保護個人之權利。乃係法治國必要之制度。各人之自由。僅應依法律而受制限。此外任有何種理由亦不能受其影響。如社會思潮之變遷。殆不應左右法律之適用也。同時國家主權之觀念與三權分立之原則。

又極端發達。以爲主權意思之法律。法院應適用之。法院爲「法律之機械」。應嚴守此態。對於法律不容稍涉更張也。職是之故。所謂法律之解釋。畢竟不外於僅係就已成之法律施以論理的推度矣。

雖然如曩所述。僅以法律爲他律的。其見解本屬可疑也。縱令就成文法之本身觀之。——習慣法暫予除外——該法律係踐一定之程序而爲國家之命令者。確有其形式之可言。而其實質的內容。亦應認爲係爲法律生活之當事人而定之者。既應認爲係爲法律生活之當事人而定之者。則雖在他律的法律之成立。已係以規範爲其使命矣。若然則卽如其規範而適用之。亦應係法律解釋之本旨矣。然在以形式的論理的方法解釋法律者。則並非以法律視爲規範。乃實係於規範之假面下以強行夫所謂事實之法律者。夫至於以法律視爲事實而強行之。則最早已非從法律之目的以適用法律矣。

法律乃應從其目的而適用之者。則於法律之領域。自要依其制定之趣旨而受限制。卽法律祇能於其預想之事項預想之條件下而有效力。卽其效力應止於此範圍內也。從而社會一有變動。同時卽發生所謂法律缺陷之問題。此際遂要主



張法律解釋之解放焉。此解放之法律解釋。名曰社會的解釋。係從新社會的理想運川法律之義。係以新社會的理想代替法律制定上事實上之趣旨而推度法律之適用者。而所謂法律之缺陷同時亦藉此新社會的理想以填補之也。

既已有所謂新社會的理想矣。則法律內容之非爲他律的。自屬可以斷定。吾人之意以爲法律係自律的。卽請說明於下。

三 所謂法律爲自律的者。可先由法律之本質論理的主張之。

法律者社會上諸勢力之妥協點也。妥協云者。係社會上之強者非絕對爲強者弱者非絕對爲弱者之意。強者主張強者之權利。弱者主張弱者之權利。於此其關係乃成爲法律的。是故法律之成立。實係以社會上之諸勢力互能主張其權利爲前提者也。無權利之主張者。必無法律之成立。

法律成立之後。係希望相當之維持者也。法律之維持。乃依法律自己之努力維持而完成者。而又實係因社會努力其維持而法律乃漸次進化者。社會諸勢力之平均關係。一有進化。法律卽亦隨之而進化焉。易詞言之。所謂法律之維持者。卽進化之意。卽法律係依使其進化而始克維持者也。

法律之維持與進化時有不能圓融者。若斯者謂之革命。十二表之制定是矣。雖或未至於革命。然在成文法最如法典之制定亦多有依此理而始能理解之者。彼法蘭西民法之制定。其適例也。

法律之維持。在多數情形係能圓融的與法律之進化相伴者。示其適例。第一、爲羅馬法之進化。羅馬時依於布留脫爾（裁判官）之判例。以其偏狹之市民法 *Jus civile* 演爲包容廣大之萬民法 *Jus gentium* 焉。第二爲英吉利法之進化。昆蒙羅譯者按原文爲 Common law 之音譯義訓普通法已係以爲判例法而常進化者。其他耶哭衣齊譯者按原文爲 Equity 之音譯義訓衡平法亦係以爲判例發達者。第三爲法蘭西民法之發達。法蘭西之民法能以應化十九世紀社會上之變動者。全係依於其判例之巧妙的作用也。

對於羅馬之布留脫爾及英吉利裁判官之態度。有評其爲非裁判官而係立法者。夫如以裁判官爲僅係以法律之論理的適用爲其職分時。其說誠是。然是等之裁判官於係爭之具體的事件（譯者按原文係要件疑係事件之誤故改）實係能盡其理論的且公平的判斷之使命者也。

法蘭西民法之發達。吾人以爲係最有興味者。其初學者非難判例之自由的態度。詆之爲非論理的。然迄十九世紀之終。學者之態度。乃不然大變。竟自進而研究判例之進化。且由是而抽出一定之原則。主張所謂新解釋論焉。至於今日。法蘭西民法之進化。則純要理解其係理論的解釋（謂爲論理的解釋其義則狹）之適用矣。

若以法律僅爲他律前。則所謂法律之進化。殆不能實現。卽依於立法之進化。恐亦難於實現矣。而在他方吾人試觀法律之自律的進化。依於社會自身所發達之經過。非特決無可以後悔之理由。且法律之社會的作用。又實係依之而完全者。則於自律的進化之亟應注重。豈非灼然甚明歟。

雖然革命之事。則斷應避免。卽令革命係以進步爲目的之際。然革命之自體。終非法律的現象也。至若依於立法之改革。固非必可厭棄。且在或種情形以立法的方法出之。有使法律之進化臻於明瞭之利益。然如所謂法律司法之進化。乃係特應加以尊重者。蓋因司法的進化可使法律最緊切的接着於社會也。夫在現代之法律。吾人得本於參政權爲立法的自律的活動之機會。固屬甚多。惟因

是而於吾人所得爲之司法的自律的活動之夥多範圍，遂竟行忽視者。則殊屬非是。蓋司的進化作用，乃係徐徐緩和於不識不知之間而進行者。而其進化作用且係由於對於維持法律之社會之自律的作用者也。

學者或有論所謂「法律上之不法係數」者。又有唱所謂「正當之不法」者。其意係謂法律係因對於違反法律而始進化者。又謂法律現象係有正軌現象而包含一定之不法行爲者。斯其用語雖甚奇矯。然於法律之進化常在由於自律的作用之點。竊料其爲饒有興味之說明也。

四 自律的使促進法律之進化時。是謂法律之進步。進步云者，係由價值判斷上而批判進化之事實也。批判進化之趨勢而取決於吾人之規範意識，於以構成一定之理想而向之時。此際吾人之行動，即係向於進步而活動也。

在法律生活上吾人之任務，係立於實證的基礎之上而顯明理想主義者。或學者稱此爲自然法之客觀的實現。又有稱之爲自由之科學的研究者。易詞言之。係欲以法律爲有彈力性之物，俾其能以應化於社會生活而爲吾人之文化的生活資料者也。

由是而言，法律之理想。實係法律進步之肝要。然則其理想應如何探究之乎。應如何而能完了其法律構成乎。實屬當務之急。於此則有薩列伊悠 Raymond Salilles (1855—1912) 所示之三箇方法。列舉於左。

第一係類推方法。類推方法在判例之進化甚有作用之例證者也。方當類推之際。判例每以其一定之解決。藉口於係立法者之意思。然按諸事實。並非立法者之意思。乃係法院不欲適用法律一般之原則。而欲從自己之所認為正義者予以一定之解決。適於他處有與其事件同趣之規定。該規定與自己之所欲者相合。爰即牽扯至此以為解決自己案件之根據也。此種方法。法蘭西判例於樹立民事責任之客觀說時採取之。蓋過失主義之責任論。為自然法的原則。客觀主義之責任論。則惟於特種情形以為例外而認之。此本為法蘭西民法之所規定者。然在判例則竟引伸例外之趣旨。擴張其適用。據以樹立夫新理想法焉。夫由單純之論理的方法言之。類推方法與反對方法。同為正當之論理的方法。而在立法當初之思想。對於該種案件本係應適用反對方法者。惟於案件之實際。則依於類推方法以顯明夫新理想焉。此種情形。所表現於判例之表面者。不過為應用

普通論理的方法之類推方法。然其骨子則係新理想法之活躍矣。是項新理想法之活躍。以如是之論理的形式於平穩之中確認而行之者。誠係法律之進化。同時亦誠係進步也。竊意我邦(譯者按指日本)之不法行爲論。大有依此方法使其進步之餘地焉。

第二、係直接訴之於社會一般之思想。法律以公之秩序善良風俗爲標準而定法律行爲之效力者。於此方法之適用。實屬最爲顯著。在此情形。法律係將解決之內容直接讓之於理想法者。法院適用該項規定時。於社會一般之思潮務要加以考察也。對於行爲之違法性。亦須依此方法而判斷之。在法律之缺陷時亦屬相同。觀夫瑞士民法第一條所命於裁判官者。先依成文法。次依習慣法。如無可依之成文法習慣法。則若依假如自己爲立法者所可制定之規則以解決之。我邦(譯者按指日本)明治八年第三百三號布告裁判事務心得第三條所謂「有成文者依成文無成文者依習慣無習慣者依條理」。亦是意耳。

第三、係比較法學。法院所認爲之新理想。若在外國有認之之立法例裁判例以及學說時。則多可認爲係其新原則之客觀的根據矣。蓋法律上之概念。多有僅

由其規定而不得單純確定之者。揆厥由來。多係受支配於某種傳統的思想之故。此際則惟比較法學對於其概念乃克供給以新內容焉。夫外國法之自體。固不得謂即係理想法。又國內法固有之特質。亦非即可全然不顧。惟如批判外國法考察內國法綜合而得之結果。與隱伏於吾人胸中之某理想的要求符合時。於茲則該理想法遂得有客觀的根據矣。吾人時常研究外國法者。於此點係具有重要之意義者也。

所應知者。以上所述不過三箇方法而已。非謂由此方法而論理的即當然可以明瞭理想法也。理想法之發見。要以吾人之規範意識爲其根據。乃屬無可致疑者。於此意味發見理想法之努力。實係自律的活動也。但其活動務須常要加以批判與洗練。且須常爲客觀化與構成化者。於此意味理想法之完成。實係常要立於實證的根據之上也。

欲諷和對於法律二個之見解者（譯者按所謂二個之見解果何所指本文未明白叙出恐  
者之意）厥在現代法學之新理想主義焉。欲合一法律上之進化與進步者。厥在於其實證的精神焉。  
相符）

譯者按本節爲全書中探驪得珠之處。而本段又本節中探驪得珠之處也。讀者於此玩索而有得焉。則全書意旨自能豁然貫通矣。

又按本書至此 正篇已終。其下補遺十篇 則係就正篇之義反覆引伸。猶經之有傳也。



# 補遺

## 第一 進化與進步之關係

社會學者一般僅言進化。蓋爲求得事實之客觀的公平之研究。自以僅將事實精確記述之。卽屬已足。至於根據進化而論進步。則非彼等目的之所在。無須知之矣。

但在單純之自然科學。全然漠視進步。固無不可。社會學既係吾人生活之學問。則斷乎不宜如此。國際社會學會 *Institut international de sociologie* 一九一二年在羅馬所開之國際大會。卽係討議此問題者也。

吾人以爲對於進步卽進化之價值判斷。由二箇之點終須要研究之。其一係以價值判斷爲一事實而研究之。此際吾人係於實際對於進化之事實 爲一種之價值判斷者。其二係以價值判斷爲一必要而研究之。此際吾人係於繼續吾人生活上必要以進化之事實爲基礎而完成一種之規範者也。

就第一點而言之。此點係以對於進化之價值判斷爲價值判斷之自體而觀之也。

蓋進化係一事實。對於其事實之存在。固屬不可移易。然吾人對於既經存在之事實。施以何等之批判。則自無不可。於是吾人評其事實。或有採取樂觀之態度者焉。或有立於悲觀之地位者焉。因對象之差異。遂致情感之攸殊。若是者可稱爲吾人對於進化事實之情之作用。

就第二點而論之。此係爲定行爲規範之標準而批判進化事實也。於此見解。則進化之事實必非不可移動者。從而在進化之過程欲爲吾人行爲得一定之作用者。其結果對於過去之進化過程。勢須試行一種之選擇矣。惟欲維持如斯之見解。論理上對於進化之事實非全然採取中立之態度不爲功。卽於進化事實之本體。必無可爲樂觀。無可爲悲觀。惟依該事實對於吾人行爲之效果如何而或則盼禱之或則厭呪之焉。因功績之優劣。以定意向之取捨。若是者可稱爲吾人對於進化事實之意之作用。

雖然精深以思。右述兩個之見解。實係互相關聯者。蓋對於進化的事實而非持某種之樂觀的。——顯明言之卽係想以進化爲進步——則進化之事實。決不能爲吾人理想而利用之也。如於進化之事實。僅見其爲悲觀的。吾人不過祇有

煩悶與自暴自棄而已。惟因認該進化爲某種之進步的。而吾人之努力 乃克希望成立焉。在此意味於進化之事實持中立之態度者。其自體實係一樂觀論也。惟是吾人之努力於事後觀其效果時。亦爲一進化的事實。而且吾人之努力 係社會上進化的事實之要件。故包括努力意味之進化。卽就全部之進化的事實思之。殊與進步得以視爲同語。因之而得成立吾人向上之理想也。彼單純樂觀論者之見解。雖不至如悲觀論者之自暴自棄。然在實際。則係同歸於淺薄之宿命說者。吾人於其結論。殊難贊成焉。吾人之樂觀說。係以社會進化上吾人努力爲前提。且爲明顯努力之使命。另於進化之外亟欲討論所謂進步者也。

更申言之。吾人之努力。乃進化過程上之要件。於過去之進化以爲一進步而解之。則於吾人努力之作用。自難遺却之矣。然由他一面觀之 吾人爲圖社會進步計。吾人之努力。係要結合於其他種種之要件者。易詞言之 卽係常要利用進化者也。是故由前觀之。進化與進步。係屬同一。由後觀之。則二者係屬異物矣。

進化與進步既具如斯之關係。由是而吾人應行注意之點有二。第一、進化非因

其爲進化之故卽當然爲進步者。吾人須推求該進化果何所因而爲進步。卽在社會學者所示進化之法則以外更要與以解釋也。第二進步亦非僅以其爲進步之故卽當然爲進化者。吾人須於一方明瞭進化之真諦。必其進步之趨勢適合於進化之法則而後該進步始爲真正進步也。

羅馬之國際社會學大會。於此點之討議。殊不澈底。然多數學者已於進化之事實認識進步之理想的意義。則無疑也。雖於進步之定義以及內容。學者之所謂不甚顯明。且不一致。然如昆德所論「由神學的而哲學的由哲學的而實證的」之進化的法則。同時卽係進步之示明。斯賓塞「由混雜之同一性而爲有秩序之多樣性」之法則。同時亦當認其有一種之理想的意義者。大會於此雖無決議。

然在多數之學者則係採取相同之步調者也 *Annales, tome XIV, 1913, P. 355 et S.*。

梅仁所言「由身分而契約」之法律進化之法則。亦要同樣觀之 (*Annales P. 363*)。且如梅仁於法律之範圍內而考察進化與進步此等之關係實係本章所欲示之趣旨也。

雖然余非以凡表現於歷史上之事項卽當然爲進步者也。進化之大勢。固爲進

步。然在歷史上所表現之事項。其中或有離於進化之大勢而爲脫線者。或有逆於進化之大勢而爲後振者。此其情形。殊非少數。故吾人方當理解進化爲進步之際。恒要加以一種之解釋。恒要出之以架斯其飛庫興譯者按原日文爲ジャスチフイケルシヨシ核係英文。Justification之音譯。義訓証其爲正當。必如是乃可以期無弊而望有功。此在羅馬大會之學者亦所是認者也。注重此脫線與後振之密海路斯 Robert michals。對於以進化爲進步甚屬躊躇。annales, P. 460)。結局竟歸於悲觀的而採消極說焉。Ferriere, La loi du progres, 1915 P. 647—648)。余於密海路斯之說。關於其指摘逕以進化事實認爲進步之不常。雖表同情。然於其結論。則殊屬難以首肯。據余所信。若於進化之事實施以一定之解釋。則終屬可能理解其爲進步者焉。是故對於進化之事實亟應試以如斯之解釋。實本文所欲明示者。又在不能試以如是之解釋者。則所謂社會的規範——法律居其一——在論理上恐亦極難確立也。

以進化解爲進步者。並非事實之敘述。係對於事實之解釋也。進化之事實。有可解釋爲調和者。有可解釋爲矛盾者。（此層余於法律上之矛盾與調和已曾論之）吾人應努力捨其矛盾的方面而採其調和的方面。此乃吾人之法律生活。

又可謂爲係法律生活之理想也。本此意味以論法律。可知法律實非單純演繹論理之學矣。蓋單純之演繹論理。縱能令思考極其精確。然畢竟係僅論思想之形式而非與以內容者。而吾人在新法律學所要求者則係新之進步的理想係爲形式論理之前提以及實質者也。

## 第一 歷史的認識之本質與法律思想

一 何者爲歷史的認識之本質。乃近頃甚有爭議之問題也。一派之學者以歷史係示人以自然界之法則者。易詞言之。研究歷史由歷史事實抽出法則於該點（指法則言）係有科學的價值者（Richl）。對於此而新興之一派。則以歷史爲價值判斷之學。歷史的事實。決無屢次返復之性質。係僅得成立一回者。歷史所以爲科學的研究之對象者。係由於以其事實爲價值判斷之對象。易詞言之。歷史者係以爲一文化科學而價值判斷之學也（Rickerl）。此種紛議。係哲學上之新問題。今方由其專門家盛行爭論焉。

余僅係法律家。對於此種論爭之根本的解決。殊無與以特別主張之野心。然由余個人之意見言之。以爲此二說者皆得採用之且皆要採用之也。試分述如下、

蓋以歷史爲動物之人類所經數千年活動之狀態時。則其活動要解爲係依於因果關係而被制約之者。吾人取其具體的事實抽象化而思之。可謂歷史係屢次反復的。羅馬人何故有羅馬法。日爾曼人何故有日爾曼法。比較研究則發見其國民性、經濟事情、社會狀態、地理風土等所及於法律之必然的影響者必不困難。而其影響若由具體的爲抽象化時。自能認識其所謂「由身分而契約」之法則。此以歷史爲自然科學之說所以得成立也。

然若以自然的現象爲具體的事實而觀之之時。則不過僅係得以成立一回者。

自然的現象所反復者。僅爲抽象化之某種耶列門脫

譯者按原文爲エレリト核係英語Elemental之音譯義訓原素

而已。自然的現象之自體。殊無反復之可能。以是之故由自然的現象具體的發展之事迹觀之。則不名曰反復之法則而稱之爲進化。進化云者係於預定具體的事實不能反復之後而始得認之者也。是故宇宙係進化者。地球係進化者。生物係進化者。而且若社會、若法律、亦無一而非進化者。所謂羅馬法日爾曼法之進化。實又可得如是以理解之。卽所謂「由身分而契約」者。乃係敘述進化之具體的事實而非指其可以反復之法則也。此以歷史爲文化科學之說所以亦得成立也。

是故余意文化科學與自然科學之區別。並非由於其對象之差異。對於同一之對象。認識其爲屬於抽象化可以反復之法則時。則可稱爲自然科學。若認識其爲具體的僅僅一回成立之事實之連鎖時。則應稱爲文化科學。以法律爲歷史的事實而言之。探究其法則以爲吾人之技術的價值判斷之前提者。則法律之歷史的研究爲自然科學。若批判其進化以爲吾人之道義的價值判斷之基礎時則爲文化科學。蓋客觀之所觀察者與主觀之所理解者既已有異。則於科學自要認其有些種之區別焉。惟是此二種別不過係對於同一對象觀察方面之不同。而其間實具有互相節制互相調和之性質亦不可不知也。

二 關於法律歷史之自然科學的研究與文化科學的研究。其間實具有微妙錯綜之關係。請得而言之。

以法律之沿革爲抽象化而觀之。卽以爲自然科學的時。則吾人可依之以知法律沿革之體型也。蓋以差別之眼光觀之。羅馬法與日爾曼法雖純係異物。然若綜合的考察之。則兩者之間必可見有共通之耶列門脫。該項耶列門脫且可以見其係依於一定之法則被支配而行之者。從可知在一定之文明必有一定之法律定



型。而於此意味余以爲比較法學誠應認其有獨立之地位者也。

既知對於一定文明之法律定型矣。吾人由是更可以形造法律之理想。卽對於其法律定型加以價值判斷。依於認其定型之進化合於進步的理想。（卽因樂觀的解釋進化）而吾人遂可望向其進步的理想以促進其進化焉。從可知知一定之法律定型者卽又係構成對於法律之價值判斷者。易詞言之。關於法律定型之知識。因其係依價值判斷而構成者。故歷史的知識（又比較法學上之結論）係有學問的意義者也。

三 歷史法學派者（十九世紀之當初）於右述之意義甚爲半面的也。卽其理解法律。僅止於說明法律之進化而不說明應使其進化之所以。祇以歷史爲自然的事實而忘其文化的意義焉。雖然歷史派之所以如斯半面的者。乃係對於哲學派所起之反抗。故於此點足邀吾人之寬恕。且在他方薩溫尼之鼓吹歷史派也。力倡夫所謂「立法及法律之使命」。適可爲彼決非漠視歷史文化的意義之佐證。何則、所謂使命之觀念。乃係以價值判斷的心理作用爲前提之用語。無價值判斷的心理作用。卽無所謂使命也。特歷史法學派對於歷史之文化的意義雖未漠視

而不免過於消極。此乃該派之缺點。試觀薩溫尼於其著書之結論對於編纂法典論者之言曰。「由目的上言之。吾人係互相同一者。吾人皆係希望法律基礎之確實要求國民共同的爲科學的努力之集中者。惟彼等則因是而主張要編纂法典。而余則以爲欲使法律學之進步須合全國民共同圖之也。夫對於現狀之不能滿足。彼此皆屬相同。特彼等以其缺陷在於法之淵源。遂欲編纂法典。而余則以其缺陷須求諸吾人之自身。從而所謂編纂法典云云實無呼號之必要矣(Cavigny, Bernh, 3, AnH, 1892, S, 98)」。其所主張。僅在法律學之進步。而於法典之編纂則持排斥之意味。故於此點實不免貽消極之誚。然其向於一種理想之努力則不可不認之。蓋若除去此努力之基礎。則所謂歷史之研究爲無意義矣。

四 使歷史之文化的意義爲積極的卽由歷史而爲吾人積極努力之基礎者。其途有二。比較法學與判例批評是矣。比較法學者係由對於羅馬尼斯聽之日爾曼尼斯聽奮起之。更移之於人種學的研究。其分野遂致擴大焉。夫既比較矣自必伴之以批判。批判則當然要究明夫理想。此最近之歷史派所以皆大加以哲學的要素。卽究明吾人於法律進化上所爲努力之意義也。法蘭西判例批評之發達。

亦於此點爲有興味之事迹。判例之批評家，專以爲法律單純之解釋家，以批評判例。對於判例持以同情，尋繹其變遷，探究其精神，由是而遂以明瞭應使判例進步之新理論焉。

本斯意味以理解法律之歷史時。其歷史乃爲有歷史的精神矣。夫由客觀的法律歷史移及於主觀的法律理想之構成者。此其情形並非捨却歷史的方法。乃係使其方法更爲徹底也。若斯之歷史派者。其於歷史的精神可謂能以體得焉（Galelles, *Ecole historique et Droit naturel*, *Revue trimestrielle*, tome 1, 1902, P. 112）。

### 第三 法律進化之法則

論法律進化之法則爲由不文法而成文法，由秘密法而公示法，由義務本位而權利本位，由公法而私法之見解者。吾人由穗積（陳重）博士法理學之講義所受之教授也。余由博士之講義於法理學上受有多大之暗示與影響。本篇之意。係擬將此進化法則更加研究更加批判也。

法律係由不文之狀態移於成文之狀態者。此乃吾人行動之進化由無意識的移於意識的之一適用也。而成文法之極致所謂法典者，又係對應於吾人意識行動之

極致所謂組織者也（拙著現代之文化與法律第四八二頁四八三頁）。

法律係由秘密的移於公示的者。是項法則係社會進化爲國家時。先圖完成自己之統一集中然後移以充實其分子之意也。法律之爲秘密狀態者可由種種之點觀之。第一，在裁判僅爲裁斷爭執而非適用法律之時代，即裁判官僅爲 *peace-maker*

（譯者按此係英文譯音爲庇斯梅克爾義訓調停者）

之時代。其法律可見爲係在秘密狀態者。蓋斯時之社會

雖有裁判而不得謂爲有法律。而自另一方言之則得謂法律係在潛勢之狀態而操諸爲裁判官之國長之掌中也。厥後在注重判例成立判例法（嚴密論之雖要與慣習法區別然於實際則無別）之時。殆猶係右述之意味。法律僅爲權力階級之所私焉。若十二表者則係以法律由權力階級移之於一般社會矣。第二，世所恒言之法曹法者，於法律發達之或階段中常見其成立焉。在其時期法律惟存於爲法律家之專門家之腦中而不公諸一般民衆。彼羅馬之法律家擁有特別之權威其所言說直有法律的效力者。其一例也。斯時之法律。不僅在潛勢的之情形。雖在已至如有所謂習慣法之形勢之後。然其內容尙須依法律家之所言而始確定者。其例殊不少焉。第三，法律雖已形成成文然尙有秘密之者。如德川之百箇條其最著之

一例也。如上所述。當初法律之狀態。係於種種之意味而爲秘密的者。總而言之。在國家內之個人不許其對於國家主張法律上權利者。此實警察國之特色也。雖然民爲邦本。欲圖國家成形之確實。則不可不計及個人之充實。是故確實個人之地位對於國家亦爲法律的者。誠係法治國之觀念也。惟由法治國之立場觀之。法律之秘密狀態雖爲不當之制度。而在國家成形之或階段中該種制度亦要謂爲係必然而且必要者也（參照拙著刑事學之新思潮與新刑法第一章）。

於所述右項之進化同時又係由義務本位之法律進化於權利本位者。蓋在國家對於個人僅爲命令之際。其蟻伏下之個人。祇有服從之義務而已。惟至國家與個人之關係爲法律的之後。個人於法律上乃有所謂自己權利之主張。是故權利之觀念。在法律沿革上乃屬新所發達之事項也。昔在羅馬法學者並無表示「權利」觀念之用語。至少亦可謂羅馬法於權利之定義未能明瞭。其以法律意味之語之*ius*與以權利之意義者。係屬中世紀註釋學派者之所爲。惟亦不過當解釋羅馬法時所假定之意義。至於明瞭其確須理解爲權利者則係近世個人覺悟之結果也。

所謂法律由公法進化於私法之事實。亦須適用同一之思潮焉。在羅馬法訴權 *Actio* 之觀念雖已發達。而權利之觀念殊不明白。卽其時所先發達者係個人請願於官憲擁護自己利益之思想。至於爲訴權之基礎如中世所假定之權利云者則係迄於近世而始自覺者也。夫由論理言之。應先有權利而後乃有訴權。不知此乃以近世之思想臨於法律現象也。若由實際之沿革言之。則適屬相反。係先有訴權而後乃發生權利之思想者。法律發達之順序。先成立訴訟法。次乃進化於實體法。試觀古昔法典於訴訟之規定比較居多。又其法典規定之順序先列訴訟法次置實體法。豈非關於法律沿革之明徵歟。

右述各項進化之事實。一言以蔽之、係表示近世權利思想之發達者。吾人由斯事實可以得有下列二個之反省。第一、權利之觀念在論理上並非如一派學者之觀察必須以之爲法律中心者也。今日多數學者欲以權利爲法律組織之中心者、僅係如此解說在形式上爲可能耳。而徵諸沿革則權利與法律並非不可須臾離者。權利係屬近世所發達之現象也。第二、權利之觀念係以近世文化之特徵爲其本質者。而近世文化之特徵爲個人之覺悟。爲由教權政權暴壓中所解放之個人之自覺。

自屬不待煩言。惟吾人須知個人究不能離團體而生活者也。所謂個人之自覺，必須於團體生活之下始能成立。即其自覺乃係預定已有國家以至社會共同生活之自覺者。從可知所謂權利者乃係共同生活之一形式爲法律生活主體之個人之自覺也。

由右述二個之事實於是吾人勢須更行加以考慮者乃有二項。第一，權利並非法律發展之極致。現代之權利觀念，既係對於從來法律思想之進化。則即以此爲例，對於現代之權利觀念不能不謂其更能爲他種之進化也。第二，個人之自覺，既係預定須有國家以至社會之共同生活。則共同生活之勢須注重與夫個人之注重殆亦相同也。今日吾人權利之預定條件之共同生活既甚複雜而且緊切。則對於是項共同生活終不能不重要視之。易詞言之。近世文化之優點係在明瞭其所謂權利之觀念。而其缺點則係將中世所發達之共同生活置之於第二線焉。然則將順其長而匡正其短，藉以促成法律較新之進化，豈非吾人當盡之職責哉（參照穗積重遠博士法理學大綱第十二章）。

#### 第四 近世法與羅馬法及日爾曼法

近世法律之發達財產法之關係從羅馬法主義親屬法之關係從日爾曼法。於此有孤臘孫之所說。茲請根據其說撮述沿革之大要於下。

就親屬法觀之。以家長權為基礎之羅馬法之組織。在拉丁系統之諸國迄於今日而始拋棄之也。羅馬十二表所表現之「一家」。應視為一政治的制度。其家長應視為一主事人。家長對於家屬擁有絕大之權力，同時於其家屬不認有何等之個格也。家屬之人格係合一於家長者。從而即無所謂家屬之財產。家屬之所取得者悉以歸之於家長，僅有所謂家長之財產而已。其在夫婦之間。夫權亦絕對強大。殊不顧及妻之地位焉。此種權力主義的利己主義（僅著眼家長）之組織，迄於十九世紀之初，在拉丁系統之國尚持續之。例如意大利阿魯別爾脫之法典。其親權之規定。較諸羅馬之嚴格雖未庶幾。然親權尚專屬於父。女子不得享有之。父在之日。不問子之年齡如何。總保有其親權。不特此也。羅馬法之親權僅及於子。而此則更及於子之子焉。雖亦認為子者得以特有財產。然親權人對於其財產則握有多大之利益權。於子之能力有種種之限制焉。此種制度至意大利新民法實施始大受改革。依新民法之規定。親權純為私法上之制度。係為在其親



權下者而行使之。父亡之後，母得爲親權人。子達於成年時，親權即歸於消滅焉。他如法蘭西在羅阿魯河以南，所謂羅馬法之國，亦能認與意大利有同樣之沿革。親權係專爲親權人而存在。不拘子之年齡若干，於父死以前總存續之。母不得爲親權人。子之特有財產，甚爲局限。而在羅阿魯河以北，有所謂習慣法之國，最如在巴黎，慣習之地方，則學者羅介爾 I. G. Lyonnet 曾評判其爲「無親權」，即無如前述之親權制度也。在是項地域之親權制度，純爲其子而認之。父歿時，母行使之。子達於成年，則親權消滅。親權人對於子之財產，雖有用益權，然亦有無用益權之時。是以學者阿爾孤 Argon 批評是項親權制度，謂「父不過爲子之監護人」焉。此主義之親權，即係日爾曼系統之親權也。日爾曼民族，以家長權係爲保護子而成立者。此主義因拉丁民族之諸國，亦皆採認。於是親屬法之基本，乃不在親權，而在於婚姻矣。就財產法觀之，則與親屬法之發達，適屬相反。羅馬法所有權之制度，所行之地域甚廣。而日爾曼法當初所極形發達之固有之共有權，及封建法所成立之特異之重複的所有權。今日則皆漸次廢止之。在今日所普認者，係羅馬法所發達之個人的所有權制度。雖在各種民族各種時代，各有認其所固有之所有權之原則者。然世界

文明既日有進步。則爲適應時勢計，勢須求得適當之所有權之觀念。而如古代最能理解法律思想之羅馬人當然可以爲係最能體得所有權之觀念者。彼法蘭西革命之諸法一掃舊來關於土地所有權錯雜之組織而爲最簡明之所有權者。卽係如羅馬人所思維之所有權也。至於今日歐羅巴諸國除英吉利外如日爾曼法之國之德意志。如斯拉夫人種之國之俄羅斯。殆皆以單純之所有權爲所有權制度之根本也。今若綜合上述關於親屬法與財產法之沿革而觀之。則吾人可以得有一種之結論。卽所謂個人的自由之發達是。蓋今日多數國家所以多採羅馬法之個人的所有權與日爾曼法家屬制度而擯斥羅馬法之家制與日爾曼法土地財產制者，係因前者之制度適於個人的自由之思潮而後者則否也。由是可知個人的自由者實現代制度之根本也。然近時之法制於此原則之適用動輒失諸過度。夫個人及所有權之解放若使過度推及之則其結果勢必激起反抗。反於個人及所有權有所危險。如所謂社會主義共產主義是。故所謂個人自由之原則實不可過度抬高之。但居今日若復謳歌羅馬之家屬制度或仍歸於日爾曼之共有制度。是則無異於懲今世衣食之奢而遂樂乎上古之穴居野處也。是乃仇視進步而逆轉文明者亦非得

當焉云云 (Glason, *Maringevill revised, edition, 1880, P. 119 - 129*)。

右段云云係略舉孤臘孫所述沿革之大要也。依其所言個人主義於過去之進化及進步上要認其有確實之基礎焉。惟是所謂進化者並無已時。所謂進步者亦並無止境。彼個人主義者乃吾人過去的努力之效果。若使吾人奮發勇氣繼續努力。則今後必可望有更爲一段之進化更爲一段之進步焉。是故以余之見吾人並不以仇視進步逆轉文明之意排斥個人主義。乃係使過去的爲過去的係以更行希望進步促進文明之意主張較個人主義更要前進者也。

## 第五 私力之公權化

謂法律之進化爲在於私力之公權化者此係穗積（陳重）博士之所言且又依穗積（重遠）博士而爲巧妙之祖述者也。蓋在單純復讎之時代。不過僅爲單純之事實生活。泊乎復讎被制限代以同害刑之時。於是事實生活乃一變而爲法律生活。是故吾人之法律生活要謂爲係因私力救濟之制度漸次移於公力救濟而始發生與發展者也（參照穗積（重遠）博士法理學大綱第八章）註。

註 加藤（正）博士關於破產法之沿革論自力救濟與國家的私權保護之關係其結論亦

屬相同(破產法講義第一頁以下)。執此而觀耶滅爾幾之所論余亦信其可得相同之結論者也(拙著「現代文化與法律」第四八四頁以下)。

此種事實足令吾人得有二個之反省。第一、法律係以共同生活為基礎者。今日之個人的自由乃係於預定已有共同生活之下而認之。係於公力擔保之條件下而成立之個人的自由也。第二、個人的自由惟於公力之下始能得適當之擔保。若使吾人僅生活於私力救濟之事實生活時。則吾人之個人的自由必不能得適當之保護焉。詳言以明之。其在刑罰、復讐之辦法。於求適當的克達刑罰之目的。並不方便。其在賠償、單純事實上之反撥。亦非所以圖圓滿之賠償也。近世應報主義之刑罰論、過失主義之賠償論。係以刑罰與賠償俾於公力下組織之意。由尊重個人自由上觀之、應認為有重大之意義者也。

如是而言之、則吾人於將來法律之進步又不得不為思想之一轉化也。即將來法律之進步於所謂法律之公力化更要期其澈底是。於此意味余以為以個人的自由為第一位以權利為基本之現代法制必要漸次的變更之。此項新趨勢吾人稱其為法律之社會化焉。惟法律之進步本要以個人的自由為基礎者。私力生活之所以

公力化者原係因預期於公力擔保之下而能完成個人之自由也。故法律之本質，雖在於私力之公權化。然論法律之起源則又實在其公權化之私力焉。由是歸結而論之，吾人將來之所努力者係在社會化。且係以過去努力所得之權利爲社會化者。然則所稱爲法律之社會化者，卽以稱爲權利之社會化亦無不妥也。

## 第六 關於法律社會化之雜論

- 一 法律之社會化與法律之進化
- 二 法律之社會化與自由主義
- 三 法律之社會化與新立法及新方法
- 四 法律之社會化與私法及刑法
- 五 法律之社會化與權利思想

### 一 法律之社會化與法律之進化

關於法律之社會化。余曾試爲簡單之記述矣（拙著「現代之文化與法律」第一頁以下）。現代之法律思想須以社會化爲基本而考之。至少亦要理解其因以社會化爲基本而從來之法律乃得適應於現代及現代之法律乃得向於將來而發展

也。

以法律進化之趨勢爲一整個的而觀之，則可謂法律之進化係常在於使法律社會化也。由近世而至現代之法律之進化，爲法律之個人化爲權利化。且其進化之過程具有論理的必然性與包含道義的當然性。此固皆屬極爲明顯者。然此項之個人化權利化，乃係「法律」之個人化權利化也。夫既言法律矣，則須知法律之本身本係預定已有團體生活而始能成立者。而所謂法律個人化權利化云云，其用語之自體實不免有矛盾之意味矣。故若欲以法律之個人化權利化解爲無矛盾之時，則勢須主張法律之個人化權利化，應收納於法律社會化之根本觀念內而理解之。夫而後始能圓通而饒有意味也。詳細言之，法律之個人化權利化，要理解其係法律社會化的進化過程中之一時間。即吾人於一方所謂法律進化之社會化者，係謂其爲較個人化權利化爲更大之原則。於他一方所謂法律進而上近世大原則之個人化權利化者，係要常因社會化而被制限者也。

所謂法律之個人化權利化者，係謂法律離其爲權力階級之法律而爲一般庶民之法律也。於此意味之個人化權利化實則即係社會化的事實矣。夏爾曼於此曾有

所說明。其文如下。

所謂法律之社會化者，係法律由富者而貧者，由資本家而勞動者，由男而女，由父而子，擴大之也。如斯之社會化的發達。如果繼續不已。則其結局殊難預計。恐竟逾越人類之領域。雖至動物亦得為法律上之主體。亦未可知。惟吾人綜觀過去的法律之變遷。畢竟可謂為係歸着於所謂社會化焉。試以羅馬法而言。羅馬古昔之市。係聯合家 *familia* 而成立者。而又以屬於家之一者認為法律上主體之要件。從而外來之人即非屬於羅馬之家者。遂不克受法律上之保護。因是而貴族與貧民之間。乃起傾軋。救濟之策。須弭亂源。於是為求平民地位之增高也，乃有塞魯尼屋斯之改革。為求平民與貴族得以一視同仁也，乃有十二表法之發布。凡若此者，皆要謂為係羅馬之法律為社會化之現象也。又由他點觀之。羅馬法初為團體法。其家父係擁有至大之權力者。在債權關係連帶與保證混同無別。此係認屬於同族者間之協同關係較強之結果。在承繼關係認一定之承繼人當然有為承繼之義務。此等制度。於個人之個性。不免過於漠視。嗣後乃逐漸破壞。對於家父而認家子有獨立之地位。改良為他人負擔債務者之地位。認承繼人有

拒絕承繼或限定承繼之權。凡此由強制的協同關係所解放之個人。於解放之意味上亦要謂爲係一社會化的現象也。由是觀之。羅馬法之發達，係因認個人之權利而使法律爲社會化者也。人若有僅以其現象爲法律之個人化而反對其爲社會化者實爲不當矣云云（Charmont, *Le droit et l'esprit démocratique*, 1908, P. 39—46）。

依前所述。羅馬法之個人化的現象，實可以了解其爲一社會化的現象矣。羅馬法者係依其爲個人的而乃爲世界之法律，而由另面觀之其個人的色彩實又同時具有社會的意義者也。羅馬法之所以非僅係貴族之法律而並爲平民之法律，非僅係市民之法律而並爲萬民之法律者。係由於其漸次的爲個人化之故。依其個人化的變遷而羅馬法乃克真實爲羅馬社會之法律焉。而且乃克進而爲世界之法律焉。以上所論。係就羅馬法而言也。若移而論夫十九世紀當初之法律。其理亦屬相同。十九世紀當初之法律，係依個人主義而成立者。該個人主義於其文化過程上有一種解放的意義。其解放的意義，即係欲使法律爲共通於社會之一切階級者。夫然，則前述夏爾曼關於羅馬法之說明，豈非逕可取而適用於此耶。

## 二 法律之社會化與自由主義



由近世而至現代之法律之進化係爲個人化 Individualisation。對於此而云法律之社會化 Socialisation。至少亦可謂其用語適相反對焉。雖然切實考之則殊不然。先就法律個人化之現象觀之。其於提高一定個人地位之點雖係個人化。然此一定個人之地位既已提高則在他一定個人之權利地位即須有所限制。由其限制之點言之。所謂個人化者實不外乎吾人在現代之法律組織所主張之社會化矣。更就法律社會化之現象觀之。其於限制從來之法律的特權階級之點雖係社會化。然在他方則因從來之特權階級既被限制結局乃使社會上一切他之個人地位均行上昇。是此意味之社會化。又實不外乎個人化矣。由斯論之。所謂個人化與社會化者。其間殊無矛盾之可言。吾人實可包括而理解之也。

然吾人於茲所以必須提倡法律之社會化者則有次述之意味焉。

第一、由近世而現代之法律之進化於個人化的意義過於注重。因其社會化的意義殆被忘却。於此而爲求得思想之中正計。於所謂法律之社會化乃有特令顯明之必要焉。論者或有評吾人之立腳點謂「社會本位論者動輒沒却近世文明之解放的意義。對於自由之思想有加以不當壓迫之虞。夫十九世紀當初之自由主

義。固屬趨於極端。其結果不免發生幾多之弊害。其弊害固應改善。其濫用固應限制。然竟因是而於為湧出現代文明淵源之主我的精神之自由之活動。加以輕視。則非所謂懲羹而吹鱸者歟（小野法學士「讀現代之文化與法律」法學志林第一九卷第七號第七七頁第七八頁）。余則以為為湧出現代文明淵源之主我的精神之自由之活動。固屬不可輕視。然為改善其弊害制限其濫用計。誠有主張社會本位論之必要也。

第二、吾人絕非捨去個人本位之思想者。惟欲圖今後個人之充實。僅依從來之自由主義絕難完滿收效。從來之改革。已因從來階級之打破而畢厥事。個人惟因從來拘束之解放而畢事焉。從來之自由主義雖為現代文明之淵源。然因自由主義之實行，同時乃又發生現代的新社會階級者。此新社會的階級既係由於自由主義之結果而成立。則欲圖此階級的拘束之解放自不能仍舊固守該主義。而法律社會化之思想則正係代替從來之自由主義而試以新的某項者也。即經濟論者所謂之社會政策。其意亦不外此。夫社會本位論之適用。如果對於個人之地位加以不當之壓迫。則誠為社會本位論之弊害。誠係濫用。然吾人所謂法律社會

化者，乃係惟因常考慮其個人化的作用而始得正當之作用者也。而所謂個人化的作用者，即係保護個人使個人可能適當主張個人之人格也。蓋個人非自己主張其人格固不能期其人格之完滿。對於自己拋棄人格者，法律固屬難以擁護之。然若非在得以主張之機會而主張之，則亦不易期其能為適當之主張。如彼僅汎言為其主張者，豈能因是而即可以完滿其主張耶。從來之自由主義。於個人之人格應由個人主張之點。固屬正當。然對於個人殊未與以適當主張之機會也。是故在造此機會之意味上言之。今後法律之個人化的作用。其不能依單純之自由主義。彰彰明甚。於此意味而言法律之社會化自又有特加提倡之必要矣。

第三、個人地位之向上，絕非僅因個人為其人格之主張所得完滿者也。社會在個人未意識其要求之時。至少要於其發表要求之聲以前即要給與之。蓋個人於其確所必要者。遲早總須發表要求之聲。然若必待既聞其聲而始與之。則於多數情形已為後於時機矣。夫在利害關係如此錯綜之現代。欲個人於自己之要求明瞭的認識之。殊屬困難。吾人儘有許多之情事。對於現狀以為不平。然欲圖改善。究須何途是從。則往往不易意識之。即在偶有信為得知之者。然既係一部

之人士所主張。則非爲不能實行。卽全然歸於破壞。此畢竟係由於社會主義的主張被排斥之故。是故吾人正當應由之途徑欲個人自身適當的意識之，實不得謂爲容易也。不特此也。在生活關係如此分化之現代。個人欲以其自己之所要求者使社會明白的了解之。亦極困難。在野之孤音。不能沖透騷擾之生活而使一般社會徹底的知之也。某種生活態樣者所爲之某種主張。在生活態樣相異之他者往往不能理解之。又卽令能以理解。然既不在其利害關係。則亦往往難望與以同情焉。故欲爲一定之主張者。於爲其主張之同時，乃感有組織團體之必要。其所主張之客體雖爲「一理」。然其主張之方法則不能不假之於「一力」。以是之故。其事態之結局遂不得不爲階級鬪爭，而現今所謂社會主義的運動所以亦卽勃然而興也。雖然，社會主義雖係應運而興之物。然其所主張者。於實行的結論。於實行的方法。並不妥當。第一，以言其實行的結論。結局非惟不得實行。反係破壞社會之秩序者。惟吾人於其不平之聲，殊不可度外視之。至少於其所主張現狀之不平，須傾聽之。詳細言之。吾人於其不平之聲應理解之而思所以適當的構成之也。第二，以時勢論。團體運動的趨向。固屬不可加以壓制。然此項運

動不問其所主張之「理」爲是爲非。而因其所用之方法係「力」。吾人卽終不能泰然放任之也。由是論之。個人於其正當應由之途徑，既不易意識之。社會主義之運動，復不能妥當無弊。而所謂不平之事，又終不可忍置不問。然則如之何而可耶。竊謂是應由共同生活之中央機關，於個人未爲主張之時，卽先圖所以充實其個人的要求也。彼所謂個人之事，個人自己最能知之者。係一世紀前之語。在今日之社會。除個人應適當知悉其自己外。社會既甚複雜。且其變遷亦極急激。則社會實要自進的以理解個人也。社會自進的計及個人之充實者，又要謂爲係法律社會化之特別意味也。

夫所謂法律之社會化者。一方固在離個人而能意識社會自身獨立之實在及其在現代所具之基礎。然在他方由個人的立場觀之。吾人又須知其精神並不背馳於自由主義之精神也。取十九世紀當初所滋榮之自由主義擴大充實於現代之文化中者，係在此新社會化的趨勢有觀取、理解及調整之必要也。

### 三 法律之社會化與新立法及新方法

世所恆言之社會政策，主係由經濟的立場之用語。若由法律的方面論之之時則

稱之爲法律之社會化。社會政策一語，如無確定之意味。法律之社會化云云，自亦不能謂爲有確定之內容。雖然若以爲主義或概念而言之。則於社會政策之定義。欲爲相當明瞭之認識。亦係可能之事也。卽借用小野塚博士之所言。謂「社會政策之主體雖併包含地方團體及人民。然以國家爲其主。其客體雖有關於中級民之地位。然以下級階級爲其主。其直接之目的概言之係在圖當該階級之經濟的發展。其手段之有待於教育宗教等者固不在少。然當以規定以國民所得之分配上有形之利益給與於多數人民之法規爲最顯著焉。而以人爲左右社會階級間之經濟的關係。於一定之限度既屬可能。且以依照情形而左右之思想爲正當者實係社會主義之前提也」(小野塚博士「現代英國之社會政策的傾向」國家學會雜誌第三一卷第一號第一、二頁)。右述云云。係社會政策之定義。社會政策一語既係以經濟的立場爲主而主張之者。則該定義於經濟的方面自要加以重視。而若以爲法律之社會化由法律的方面論之之時。則當另有定義。其定義當如曩述法律係由富者而貧者由資本家而勞動者由男而女由父而子擴大之者(Blannin, oh, it, h, 39)卽係向於社會之各員而法律上普遍承認其人格也。又經濟學者謂在

社會政策的觀察「國家係由有絕對的目的之機關變而爲調節機關，於變化不絕之社會狀態不可不圖順應之者」（飛梨破齊「近世經濟政策之思潮」松岡博士等譯第一一八頁）。若使法律學者言之。則在近時法律論之趨向係攻擊從來註釋方法之自足的態度，而主張要研究實際生活之法律。對於法律之抽象的內容，而寧爲注意於法規之作用者（穗積重遠博士「法理學大綱」第八八頁第九三頁）。卽非僅以命令理解爲法律。不採因係命令故有拘束力之說，而係由法律之目的或及其於社會實際上之效果以論定法律之權威者也。

以是之故。所謂法律之社會化。在所述二個之方面。遂見發達。第一，係立法方面。法律社會化之在此方面所發達者爲社會的立法。此係新制度之問題。由十九世紀之終迄於二十世紀各國所發達之種種新保護的法制是也。第二，係適用方面。法律社會化之在此方面所發達者爲方法論。此亦係由十九世紀終頃新興之思潮也。蓋從來之觀念對於法律僅理解其爲法律。因受三權分立思想之影響僅於形式的處理之。然在今日既已明瞭法律之權威係在於其實際的效果。則爲圖使法律在實際的有效果者自係法律適用之目的。從而關於法律適用之方法亦

自須離去從來之論理的方法而要講求適應新需要之方法矣。於此有要附述而爲吾人所應注意者。係從來久經是認之制度因新思潮而受改正是。此與第一現象不同。第一現象係對於新現象之新制度。而此則係伴於新現象而古昔之制度受變更者。又以其係屬於立法問題而非單純之適用問題。故亦不能列於第二現象之內。然因該一部變更之結果而通觀其全部時。則於從來之法律的觀念（例如所有權契約損害賠償刑罰等）之適用係有多大之影響者也。

取以上之所論而扼要言之。第一、以國家理解爲社會政策之主體時。則所謂社會的新立法自係要特加注重者。第二、國家既係社會生活之調節機關。故余意法律亦係應於營其調節的作用而被適用者。請更分別論證如下。

就社會的新立法而言之。其最先着手者係屬德意志。所謂俾士麥之社會政策是矣。在法蘭西由十九世紀之末期亦漸見發達。迄於近來則於從來之民法商法以外、而更以所謂工法 *Legislation industrielle* 者列爲法科大學中特別之科目。此畢竟係以說明現代社會政策的立法爲主者也。又在法蘭西之學者對於德意志學者所言之作齊牙魯波利祢庫、而一般用所謂耶廓諾迷嘎西牙魯之語用以討論本問題焉。



所謂作齊牙魯波利齊庫與所謂耶廓諾迷嘎西牙魯。其用語寧係使人聯想於經濟學者之研究。該項研究因係以討論立法問題為主。故其範圍之事係法律學者之事，而同時實又多係經濟學者之事也。夫在最近關於社會立法之進步最能多引吾人之注意者當爲英吉利。英吉利者素係尊重自由主張放任政策之國也。然至近來乃不遑拘此。於社會的立法竟爲極急激之進展。豈非可令吾人注目不置者耶

註。

註 此事在前揭小野塚博士之論文曾說及之。其說之最明瞭且最詳細者則爲達衣差所著之 *Dicey's Law public opinion in England*, 2nd ed., 1914。達衣差在該著謂十九世紀英國之法制，第一期爲沈滯時代（由一八〇〇年至一八三〇年），第二期爲個人主義之時代（由一八二五年至一八七〇年），第三期爲團體主義之時代（由一八六五年至一九〇〇年）。（拙著刑法與社會思潮第二版第二一六頁以下）在該著第二版更轉加以英脫羅孤庫昔洋。謂由二十世紀十三年之間團體主義 *Collectivism* 之色彩。更爲濃厚。

就方法論之變遷而言之。於或意味當以法蘭西爲新機運之先驅者。蓋現代之所謂自由法運動係由法蘭西所肇始者。法蘭西在十九世紀之過程。其裁判官因

其古舊之民法與社會之情形相左。乃試行順應於時勢而用之。學者以此事實爲架斯齊發伊而於此新趨勢使其爲更進一層之發達。是卽新方法起源之所由存也。方法論之論爭在德意志今爲最盛。對於辛苦製成之德意志民法必如何而始克常爲夫勒休譯者按此係英文 F. v. L. 之音譯義訓嶄新藉以維持其生命。則因注目於法蘭西及法蘭西民法之事例而可得最富之教訓者也。

#### 四 法律之社會化與私法及刑法

雖然德意志民法之本身實具有特別之意義。此亦應注意者也。德意志民法規定之形式固亦以所有權與契約之自由爲基本。學者對於其規定亦非無攻擊其於社會主義的見解甚爲漠視者（昂頓、蒙鈞對於其草案之批評 A. Menger, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, 3. Aufl, 1904）<sup>70</sup>。然若以與法蘭西之民法相比較。則對於所有權之尊重與契約之自由實認有許多重大之例外。頗可令吾人注意不置也。若此者其主旨係在謀下層階級之利益。此在蒙鈞之批評（前揭）及松本博士之論文（博士論文集第二卷私法之社會的傾向）皆曾有所說明者也。<sup>註</sup>

<sup>註</sup> 關於此層余彙者已曾說明（「法律上之矛盾與調和」第六一頁以下）。茲再錄其

文如下。在近時民法理論之變遷中特應重要視之者爲結果的責任之原則，與契約自由之制限。而試觀關於制限契約自由之德意志民法瑞士債務法之規定。多係出於保護弱者之目的焉。例如乘相對人之窮迫輕率或無經驗而貪暴利所爲之契約其契約爲無效（德民一三八條二項）。又使用人於勞務人疾病之際有與以一定期間醫療之義務。有爲不害勞務人健康之設備之義務。而此等義務皆不得依契約免除之焉（德民六一七至六一九並參照瑞債三三九、三四四）。此外勞務人自己無過失而因存於自身之情事比較的在僅少時間妨碍勞務之給付者不因之而喪失請求報酬之權（德民六一六）。使用人對於勞務人有先付報酬之義務。有與以休暇之義務（瑞債三三四、三四一）。又報酬中於勞務人其家族生計所必要之金額在一般情形有禁止抵銷之規定焉（瑞債三四〇）。此外在爲家屋之債借者若其家屋顯有害健康之虞時則借主可以不俟告知期間而解除貸借契約（德民五四四）。又有性質略異而依觀察之方面於茲引用之計亦無誤者。卽於詐欺脅迫或濫用服從關係而使婦女承認婚如外之性交者規定爲有損害賠償之義務是（德民八二五）。松本博士說明之曰「私法之將來應爲社會的應益爲干涉的」云云。從來之社會的政策多依行政上或財政上之施設而行之者將來可多依私法而行之也（同

博士論文集第二卷第四七五頁)。

學者敘述德意志民法與勞動者之關係。曾謂正義優於契約之自由 *Genüßigkeit ist das höchste, nicht Vertragsfreiheit* 之格言。當十九世紀之初法蘭西編纂民法之時尚未發見。嗣後社會上經濟上經百年如此其甚之變遷至於德意志民法始發見之 (G. Blondel, *Le code civil allemand et les ouvriers*)。對於此論文及巴黎比較法學會關於此之討議。余曾以「德意志民法與勞動者」為題於明治法學寄其概要。殊可信其有一理焉。依從來之思潮。契約之自由即為正義。在以解放個人為理想之當時觀之。固屬當然而不可疑。然在最近之思潮則於此點乃大有變遷矣。依最近之思潮。先要考察者係契約之自由果何故而為正義耶。其次則須考察僅於得以適用其理由之際契約之自由乃為正義也。由是而言對於契約之自由要付以重大之制限。乃屬理所當然者。又契約之自由最早已非最上之原則。而以契約之自由使為正義之理由即正義其物乃為最上之原則也。德意志民法對於法蘭西民法有最大之差異者。係對於從來正義之思想與以社會主義影響之結果。惟此種情形不可視為係從來之思想與社會主義之主張互相讓步歸於妥協之結論。乃係批

判社會主義之要求之結果而改造從來之正義觀念以至於斯也。德意志民法如此編製。於私法之立法界實着新思潮之先鞭矣。瑞士民法瑞士債務法亦應於同樣之見地理解之。此種趨勢要之不外係法律之社會化也。

與此相同之風潮。其在刑法又見之焉。在刑法之範圍從來之正義觀念要受批判者。第一爲理論的。第二爲實際的。理論的者事物之實證的研究上從來之應報的客觀的理論至少亦往往不能維持之。實際的者犯罪之增加最如累犯之增加足以傾覆舊刑法之組織也。於斯二端余曩已言之矣（拙著「現代之文化與法律」第三〇七頁以下）。現代之目的論的主觀的刑法理論及隨伴之諸種立法的改正事業。皆係非預定其爲法律之社會化不得理解之者。第一、在新主義無處罰之必要者則不罰之。執行猶預假出獄等之制度卽其最著之例。是等制度因其有背於所謂應報之道德的要求卽正義之觀念。會招一派學者之非難焉。第二、在新主義對於有罰之必要者苟係維持社會秩序所必要者則重罰之。累犯制度卽其適例。此亦因其有背於所謂罪刑應相比例之道德的原則。又會招一派學者之非難焉。然試問果因何故而須有應報之必要耶。又果因何故而罪與刑須相比例耶。一派

之學者對於此問題之解答。以爲此係自明之原則。然如所謂契約之自由者在昔日豈非亦以爲當然之原則乎。而在現今則以爲要受批判要受限制矣。關於應報及罪刑比例之原則。其事理亦正相同。卽在現今亦要施以批判與改正也。吾人以爲所謂應報者應由社會之防衛上而理解其爲合理的。所謂罪刑比例者應由刑應止於其所必要之範圍而理解其爲合理的。在超乎應報及罪刑比例之上而有較高之原則。卽關於刑法應依吾人在今日所理解之正義運用而行之焉。夫科刑既係應止於必要之範圍。故在無刑之必要時則於個人之地位自要充分的尊重之。又應報既係在於社會之防衛。故在有刑之必要時則於社會之保持亦不可不充分的顯明之。是則以刑法爲社會及組織社會之個人之法律而處理之者實最近刑法改正運動之要點也。追溯往昔。刑法爲權力階級之刑法。如彼威嚇時代之刑法是。又至於近世。刑法爲理性之刑法。惟其理性爲超越於現實生活之理性。在十九世紀之當初該種理性論對於該時代雖不失爲一種現實的意味。然社會經十九世紀之過程則該種理性已與社會離隔而不適合矣。以是之故。主張改造其理性而在新理性新正義之上求得適合於現代社會之現代刑法論者實係吾人之立足

地也。

## 五 法律之社會化與權利思想

在法律社會化新趨勢之下所謂權利思想者要如何以理解之乎。此本問題之所欲究明者也。

余以爲以權利爲法律之中心觀念於論理的並非必要且非法律發展之極致也。權利爲近世文化之特徵係因近世注重個人地位之故。然則在現代要注重社會之時。則權利之爲法律的觀念寧要思其係有第二次的性質矣。於此有堆基夙昔之主張。曩者余曾介紹之而批評之（拙著「現代之文化與法律」第三百八頁以下）。卽由社會協動之事實論之。個人雖皆係各自在於要爲作用之地位。然於所謂權利卽一意思優於他意思之事實則不能認之也（同上第三八六頁）。蓋現代之法制對於吾人權利加以制限之規定。係益益增多者。以此制限僅爲對於原則之例外。固無不可。然若發見包括其原則與例外而可以理解之唯一原則時。則從來權利之觀念顯然應受變更矣。是故余對於堆基權利否認之論據係有甚大之同情者（同上四四三頁以下）。惟由其論據而論之殊不可徑行否認權利。竊意

對於權利之觀念寧係應行加以改造者也。其義如下。

第一、現代之法律社會化於個人地位益加重視之點。於權利之觀念終有維持之必要也。蓋若以爲個人而不許其爲何等之主張要求時。則其結局勢必至於無所謂個人之向上。是烏乎可。是以法律於個人之地位實應重視。於認其主張之意味而有權利。於認其要求之意味而保護之焉。惟所謂權利者不可以爲僅係人格當然之結論理解其爲絕對的、而要謂爲係適當主張其人格之方法也。從來之弊在於人格卽爲權利之觀念。吾人之主張則以人格與權利須行分離。以權利係爲人格而存者。要於爲其人格之範圍而成立之也。如斯而言之。是對於權利之制限並非由權利以外所與於權利者、乃係由權利本身所發生者矣。此係由個人的見地以論權利之觀念也。

※

※

※

※

※

第二、法律之社會化係於意識共同生活側重社會之成立發達上具有其特色者。此係對於從來法律組織之個人主義的而爲現代法律之特色也。惟共同生活常係依其組成員個人之活動而活動而發達者。離個人則無所謂社會自身之活動矣。



故法律之於個人常係預定其爲活動者。而且於個人之活動又常要不忘與以適當之動機者也。由是可知法律非係單純對於個人之命令者。而係對於個人認其一定之地位依之而得營社會化的作用者。於此意味權利之觀念實有保持之必要矣。惟如斯意味之權利其性質上自應受二種之限制。第一、個人主張權利者須相伴於共同生活之保持以至繁榮之範圍乃爲正當。第二、權利於共同生活之保持以至繁榮有所必要時則不可不行使之。若斯二端係以權利由社會的觀察之要受一定之制限者矣。

易詞言之。權利非與法律之社會化相背馳者也。彼以權利視爲絕對的原則或唯一之原理者。雖屬不當。然當理解現代法律之際。權利仍不失爲一重要之觀念。則無容疑。故若由正面的逕行否認之。反有招致誤解之虞焉。惟在法律社會化之下由權利之性質（卽以權利視爲一社會制度之理由易詞言之則爲權利之社會的使命）上言則係要受一定之制限者。自亦不可不知也。余意堆基之所說畢竟亦不外乎斯耳。

對於堆基之所說加以極端反對之評論者爲杉山博士（同博士）一堆基權利否認

論之批判「法學協會雜誌第三四九一一、一二號」。今就博士所說之二三點考之。

(一) 博士謂堆基以從關於權利之學說係僅依單純抽象的方法之個人的思想者。實為不顧過去數十年間權利及人格之爭論點及其進展者也。然以余觀之，則權利之觀念係於近世之個人的思想以為抽象的思考之結果而構成者。依於時勢之變遷。是項見解今雖不能支持。然在十九世紀之起首。其權利觀念之道義的使命。固係存於個人的。其論理的意義。固係依於抽象的方法而構成者。嗣因該項見解難以支持。於是權利論人格論乃為論爭之題目。而其論爭遂日益發展焉。博士之言曰「純個人主義的權利及人格之思想。係在成法上及學說上兩方面並行推移至於現今則在與社會覺醒相調節之時代也。但如堆基之社會本位論竟至沒却個人者。其觀察之態度實屬尖諸極端焉」(前揭一四九二頁)。是則所成為問題者乃係方當論新現象時應採二元的見解抑應立一新一元的原則包括新舊現象統一的以論之是矣。余對於在「權利」名稱下所指示發達之事實並不否認。惟該思想成立之當時係於個人思想之下意識之。吾人則不要以之為個人的思想而尊重之。吾人對於該個人的思想試一考其係於如何之意味對於該時代有文化之意

味。更進而考察該思想在於現代之使命及運命。則於其意識個人的思想之點當早已爽然若失。而料其要由更高之一原理以說明之矣。而此觀念之發達畢竟係在於從來之觀念與「社會覺醒之調節」。即於漸次社會化之處其發展之過程足以引起吾人之注意也。從而在此意味之權利觀念。要由社會的見地而受變更，要理解其為社會的者。寧係當然之結論矣。惟如評者謂理解為社會的之結果遂至沒却個人之地位者。寧要謂為係評者之解釋又失之於極端焉。

(二) 杉山博士以權利之觀念係當說明法律現象時於論理的為必然之事項。由是而遂非難權利之否認者也。其言曰「古來無全無權利義務之時代。余係篤信無權利義務則法亡之人。學者雖或以被支配於 *Actio* 羅馬法之時代為其一著例。而余於其說則思其係形式的外表的觀察而非實質的內省的觀察也。往古如斯。現在已經積世之權利發達之今日耶。法之所規律者為法律關係。若由法律關係扣除權利關係則尚有何所餘乎」(前揭第九號第一四頁)。夫由單純之論理的構成言之。余於法律現象與權利現象固亦以為得以認其為必然的關係。然若以為僅有權利思想能以與法律現象為必然的關係者則可斷言其不然也。雖以訴權亦

可說明法律現象焉。若是則法律畢竟係公法之見解得以成立矣。卽以制裁亦可說明之焉。若是則有法律皆歸着於刑法之說矣。又僅以義務亦得說明之。如是則以法律解爲正義卽屬已足。而亦不必主張其爲權利之學矣。夫除權利思想外。既有諸種之觀念得以說明法律現象。則又焉見權利思想與法律現象係唯一不易之必然的關係耶。是故博士所謂扣除權利關係卽無所謂法律關係者。乃屬不能成立之論斷也。所成爲問題者。係在研究以權利爲法律現象之基本其合理之基礎果在何處也。竊嘗思之。彼僅謂在論理的爲可能者。殊不能爲說明權利觀念應行尊重之根據也。積世之權利的發達云云。更不能認爲係充分之合理的基礎矣。惟是在昔日所認爲權利真正之合理的基礎者在今日則早已失其權威。從而在今日之社會欲求得有權威之法律現象之基本。余意於權利之觀念勢不能不爲一轉化矣。彼於法律關係依其觀察之方面而認爲係權利關係者。固然扣除權利關係則法律關係之所餘者不過爲零。然迄於今日而仍由權利關係之點以觀察法律關係者豈得謂爲最合理之觀察耶。是故余對於此層實挾有異見者也。

復次杉山博士於其所說之中尙謂如果否認權利則其結果勢必同時並須解爲要

否認義務焉。其言曰「彼堆基者對於古來以爲真理確認無疑之權利義務相伴之原則未曾提出一言之否定反證。……故如若主張有所謂義務及準義務之主體時。則其論旨於人格之觀念勢必歸於仍予維持之焉。彼縱未特言義務之否認。而於人格否認卽積極的並消極的權利主體之否認既已明言無匿。則自不得見爲僅係否定權利之趣旨矣。彼既已否認權利則於權利之反面與權利最爲緊切不可分離之原則之義務。當然亦要解爲係否認之趣旨矣」(前揭第九號第一四九九頁第一五〇〇頁)。是項批難。依照前所說明。其爲失當。殆屬皎然甚明也。堆基者。係汲昆德之流欲以義務解爲社會生活之本位者。非惟不否認義務且係注重義務者也。從來於法律關係之事實以爲權利關係於權利發露之意味尊重之。而堆基則係欲由義務的方面說明之藉以明其社會的意義者。是故堆基之說非係於否認權利之結果卽要否認義務之意味以否認權利者也。

譯者按權利與義務非必係相伴者也。單有權利而無對於權利之義務可也。單有義務而無對於義務之權利亦可也。古來權義相伴之原則。在實際上早亦不許其爲無例外之原則矣。杉山博士以此爲批難之論據。其前提已屬錯誤。又孤立義務之存在與

否。在昔曾爲學者論爭之一問題。是卽爲權義相伴之原則所眩惑也。由今觀之。則孤立義務之得以存在。殆屬一言可以斷定。毫不成爲問題矣。

(三)「廢滅權利而所僅餘之法律保護是爲法之反射的作用。此從來之觀念也。彼（堆基）之新法律組織。如無別項之內容。結局係復歸於此原始的蠻狀之意味矣。而雖在原始時代或中世之黑暗時代。若謂爲僅此反射的作用而全無權利義務者。余亦不能首肯也（中略）。假使彼之議論可以允許。則爲古來法律制度之破壞者。而必無爲新法律組織建設者之餘地。此不可不謂爲係斯派主張之致命的根本缺陷也」（前揭第九號第一四六九頁）。余於法律社會化之立場上所主張之權利觀念。竊意權利僅有社會的意義者也。夫以權利爲僅有社會的意義由社會的立足點主張之者。是卽所謂權利之否認焉。於此意義以否認權利。則於從來權利之作用與法之反射作用。必全不至於混同矣。元來權利之作用與反射作用之區別應如何說明之。係從來最困難之問題。若避去權利之觀念而說明其區別。或者更爲困難。亦未可知。惟從來之見解於其區別係由單純之個人的立場立論。殊嫌不能充分的明瞭。故余以爲必須以所謂「行爲之違法」之觀念

爲其標準方爲妥當也。又以不認權利爲復歸於原始的蠻狀者亦係甚誤之評言也。余則以爲權利思想之發達係對於中世警察國之一進步。今欲說明由基於權利思想之法治國更進化於所謂文化國之法律現象時。則於權利思想自有轉化之必要焉。彼所謂原始的蠻狀者係預定以權利爲進化之事實藉以表彰其「權利的發達」之進化者。豈得因是而遂謂爲係「斯派主張之致命的根本缺陷」耶。

譯者按此係牧野氏以其社會化的權利論與堆基之權利否認說爲巧妙之結合。卽以其所論充塞於堆基之說中藉以反駁杉山博士之非難也。

(四) 依余所解於法律之社會化權利思想受最大之變化者。係權利同時而有義務之性質也。關於此點在從來之思想殊無充分之說明。杉山博士曰。「權利如果同時皆爲義務。不特於不可捨棄之之權義型體之前提有嫌不願。且於成法上現行權利義務之法律現象及觀念亦屬相反。較諸權利義務併予否認者殆更爲悖妄之甚也。採用如此半吞半吐之見解。尙不如自始即絕對的否認權利義務之爲愈焉」(前揭第九號第一四九九頁)。於茲吾人所要提出質問者。卽杉博士於權利漸次同時義務化之事實能否加以否認是矣。夫在現代之法律苟無如斯之傾向

則已。如其不然。則余以爲權利觀念之極應轉化乃屬理有必至勢所必然者矣。由從來之權利觀念論之。以權利而同時解爲義務。真屬「悖妄之甚」。然稽諸現代之事實。此種半吞半吐之現象。則確乎其存在焉。夫如是是從來之個人主義已在「與社會覺醒相調節之時代」。自不能以論理而蔽事實。要當依事實以構成論理。方爲有合。斯則吾人實證主義之精神所由存立也夫。

(五) 杉山博士對於堆基之所說以爲寧可由相對的立場理解之焉。其言曰「彼非於絕對的意義以否認權利者。就絕對的意義以言權利。則彼係肯定可稱爲社會權之權利之存在者。彼自身及同種之說所以稱爲社會法學者卽與此相關焉。彼之所說不外爲對抗於肯定個人主義派之個人權說者。卽得解爲非以權利人格之絕對否認對抗於從來之權利人格存在。而係從來個人主義的內容之否認卽係相對的否認也」(前揭第一一號第一七九三頁)。「彼無論在絕對的意義抑在客觀的相對的意義之下。於基本法則上又成法上過去現在未來之一切社會。總係於社會的義務本位的內容而肯定權利義務人格之存在者。惟以爲現代意識的相對意義之見地。則可謂近世所確立之個人主義的權利及人格意識今已顯著衰退。



而適見社會的義務及人格意識之興隆而已」(同號第一八〇一頁)。余意如此用語於堆基之說是否能以妥切無遺的表示之。固有疑義。然所謂法律社會化之現象。大體言之可謂得以如斯理解之也。杉山博士於理解堆基觀念之餘。於是卽以此爲據而言曰「余從學問的良心之所命露骨的代表鄙見。以爲彼全體之議論係由詮解上不能妥協之兩大部分混合而成者。而其禍根則信其係在於方法論焉」(同號一八〇三頁)。杉山博士此段議論係批評其方法論者。指摘堆基不拘其主張係單純之實證的而其方法則竟包含哲學的要素焉(包含哲學的要素之見解余頗贊同蓋近時新理想主義之發露係要考及堆基之所論者也)。「蓋既標榜絕對的否認論。以權利人格之絕對的否認爲前提。則於儼存於吾人眼前之百千法律事項到底無術以理解之說明之。是以彼於半途乃態度模糊而停滯於所謂相對的否認焉」(同號第一八一三頁)。杉山博士如此再三批評之後。最終乃毅然而斷之曰。「依右所述。就其全體而觀之。堆基之權利否認論。到底係不可濟之屍體也」(同頁)。吾人綜觀博士之所論。是否無論何處悉能認爲係權利否認論之批難乎。此誠不易理解也。余於堆基之說如果主張要區別方法論與內容論。自亦

當以杉山博士所示之區別認爲明顯。然吾人今所欲批評者係在堆基權利否認論之內容有無成立之價值。至其方法論之如何則認爲係另一問題。而杉山博士之所論則竟執其方法論之不當以批判其內容論者也。其爲錯誤。自屬不言而喻。吾人之意。以爲權利否認之用語寧應避去。此種用語。易於使人誤解爲有破壞的革新的思想。殊不相宜。不如稱爲權利之社會化。循名核實既較穩妥。且於「儼存於吾人眼前之百千法律事項」亦得適切合理的以「理解之說明之」也。蓋堆基之說決不能謂爲完全無疵。然其對於傳統的思潮實行反抗而試之以新的理想。則其活躍之精神實應以同情的態度考察之。若僅斷斷然於其形態之不全。殊非爲克盡學界之能事焉。對於爲堆基權利論敵之薩列伊悠之革新的學說。竊以爲與此亦屬相同 (*Céng Ia conception générale du droit, L'oeuvre juridique de Raymond Saleilles, 1914 P. 5*)。是故余意堆基之說決非不可濟之屍體而實係由是而成長之苗焉。其說僅爲法律社會學之一提言。今尙未達於構成一鋪郎西鋪之程度。至其法律的構成則係今後法律學由是而有之使命也。

祁尼者以爲堆基與薩列伊悠關於權利之論爭。其用語之爭係關於問題地位之

誤解 (Cory, OP, Cit P 32)。薩列伊悠之權利論姑俟另行說明（杉山博士前揭論文中曾屢引用薩列伊悠對於堆基之批評）。而對於現代法蘭西法律學已經鼓吹實證的研究與新理想主義之人及正在鼓吹之人。則悉以爲對於兩家之說。祁尼之評言係屬中肯也。卽祁尼係於如權利否認之意味而亦爲薩列伊悠注重權利之社會的性質者。余於堆基之說雖表同情。而由尙須保持權利觀念之立場思之則以爲薩列伊悠之權利論固係巧妙者也。

## 第七 無過失責任

大正十年十二月十五日岡松參太郎博士逝世。博士生前著有「無過失損害賠償責任論」。余對於博士之靈爲表示敬意起見。曾著本文而寄登於大正十一年三月發行之中央公論焉。

### 爲文意旨

略舉二例如爲本文之出發點。

第一、茲有用動力強大之某工業公司。其蒸汽機關電氣之裝置發生破裂及其他之事故。致若干之勞動者陷於死傷。惟查該公司於其機關之裝置設定以及維持。

則確已依照今日科學之所命細心辦理。並無何等之不注意。而不幸竟因其事故發生上述之事件。此際關於其不幸事件公司應負如何之義務乎。

第二、又在某化學工業公司。由其煙筒發散毒瓦斯。該毒瓦斯散在空氣中尙不及幾千分之一幾萬分之一。其所影響。早已達乎甚高出乎吾人所能注意之外矣。然不幸竟於某時之間近鄰之田地大受損害。其損害至於不可恢復。此際其公司對於其田地之農民應負如何之義務乎。

第一、問題工場法第一五條有一規定。其文曰「職工非因自己之重大過失而由業務上負傷罹疾病或死亡時。則工業主應依勅令之所定扶助其本人或其遺族」(此規定其後以大正十二年法律第三十三號有多少之改正)。又鑛業法第八〇條亦有相同之規定。是對於其不幸之勞動者至少亦於某程度有完滿其「扶助」之必要矣。然此際之扶助。稱之

爲「扶助」果屬適切無疵乎。企業者對於其事業性質上當然發生之損害終無賠償之義務乎。竊意扶助云云。其用語甚爲溫情的。若言顯豁則嫌不滿足也。夫謂爲扶助與謂爲賠償。於其實際似可謂爲無別。然若論其作用則一則應解爲係出於企業者之慈惠。一則應解爲乃理論上當然之責任。其間至少亦於思想上發

生重大之差異。而是項差異則對於今後法規以至制度之變遷具有重大之影響者也。

第二問題曾有一判例。其文曰「從事於化學工業之公司及其他之類此者，爲預防因其目的事業所可生之損害已從該事業之性質施以相當之設備者。則縱令偶然損害他人亦不得以之爲不法行爲者使其任損害賠償之責。何則，此際從事於右述之工業者不得謂爲有民法第七百九條之所謂故意與過失也」（大正五年十二月二十二日大審院判決）。據本判例觀之。大審院於如斯之情事係亦以爲無過失則不發生損害賠償之責任者。雖然，大審院此項見解是否允當。則誠不能無疑。夫在如此情形之下其企業者誠然無不注意之責矣。然方其營如斯之企業累及四鄰受其迷惑。則該營業之自體遂能無責乎。在如斯之情事其企業之性質上不可預定其當然有賠償之責任乎。大審院判例於此未加研究殊爲缺點也。

企業責任——於內部對於其勞動者之責任，於外部對於第三人之責任，——係資本主義的社會新生之問題。今由法律的考察該社會問題時。實係具有相當的困難者，然又實係具有相當的興味之命題也。右述工場法鑛業法之規定。可謂係一

立法問題。而就右述化學工業公司之實例思之。則以爲現行法之解釋亦係重要之問題也。余於此並非欲試以技術的細密之法律論。乃係以爲專門的法律論之預定要件而欲說明其一思想問題之企業責任者也。

對於岡松博士本文之立場

此項問題。無論於立法的方面於解釋的方面。在歐美諸邦固早已有相當之研究矣。其在我日則近二十年來始有二三學者議論及之。然不幸尙未能充分的引起世人之注意焉。惟於其間有岡松博士「無過失損害賠償責任論」之大著（大正五年）。於學說立法例廣搜博採網羅無遺。以其淵博之學問整頓此問題之材料。其所以供給於吾人者殊足令吾人欽佩不置表示無有遺憾也。不意日者噩耗傳來巨星忽隕。使我學界遽受損失。此誠令人不勝其悼惜者也。茲當研究關於企業責任理論之推移時。余以爲所負於此可貴之大著者顯然甚多。故對於博士之英靈特致其敬慕之意焉。

博士論法律上之責任以爲並非必限於過失。既於吾人之日常生活舉示出許多之無過失責任之事例。且更延而論及於最近之企業責任焉。博士始終係以法律

家之態度臨於其事。其所議論係以分析的爲主。余則於其分析之間擬試以綜合的藉以觀察思想之進化也。

### 往史及近時無過失責任理論之漸起

責任之發生以過失爲必要。此係歷來之傳統的思想也（此處所用過失係廣義的包括故意及不注意而言。人若有此過失則其人在道德上遂不免於非難。然其爲對於其人課以責任之基本的要件則並非必限於法律）。就民事責任即損害賠償之義務而言之。以過失爲其基本的要件者，乃係羅馬法進化之目標。各國法制關於此點類皆繼受羅馬未有改革。即我日民法第七〇九條之規定，亦係以過失爲民事責任之根源者也。

羅馬法之民事責任。當其進化之初期不過係對於加害之事實爲無意識的反動而已。其向加害人問以責任之事。恰如嬰兒躓於石怒而反擊其石者然。與反射運動直無以異。嗣因年代之經過。社會之進化。覺該種辦法殊不相宜。結局乃於加害之事實惟限於有過失者始有賠償之義務。學者伊耶陵說明此點於羅馬法之頂首曾冠以有名之言謂「損害不生賠償義務而惟責任乃生之焉」。此種制度。

係對於人類之本能的報復而置重於道德的意識以圖克立責任之合理的基礎者。即使法律的責任同時爲正義的者也。

雖然拘守其原則則有不能說明之事項。此在十九世紀之後半所甚爲明顯者。即企業責任是矣。因經營企業所發生之損害的事實。有許多情形並非由於企業者之過失。然責令企業者爲損害之賠償。則在公平上頗覺係勢所當然者。是項責任。由從來正義之原則觀之理論上說明之頗屬困難。然由所謂公平之新立場而論則在實際上又終須採認之也。

在十九世紀過程中各國所編纂之民法其體裁上至少亦係以過失主義爲原則者。無過失責任之理論。於法典上殊未意識之也。然世間之事。於實際上所必要者。終屬不可遏制。是項新思潮。因迫於時勢之需要遂亦終於漸次的出現焉。其中有先以爲特別法而出現者。德意志所見之事例其主也。又有以爲判例而出現者。法蘭西所見之事例其主也。由是而無過失責任即所謂結果責任之自覺。在社會之內乃徐徐擡頭而起矣。

### 關於企業外部責任之汎覽



首先探認此新主義者爲關於鐵道責任之問題。關於由鐵道所生之損害如死傷之結果使企業者之責任不僅止於從來之過失主義而更行加重者。乃一八三八年十一月三日普魯士之法律也。此項法律一八六九年奧大利模仿之。一八七一年德意志帝國復有關於此之法律出現。一八七五年瑞士復步武其後踵事仿效焉。自是以後。各國羣起效法。至適用之範圍。亦較前爲廣。不僅限於死傷之結果。且不獨關於鐵道之事故而更擴及於鑛業、汽船業、電氣業及其他之企業焉。以是之故。在學說方面遂生企業大者當然要認其結果責任之說。德意志制定民法之當時。議會委員會對於其草案之議論。及瑞士債務法改正之時。一九〇三年瑞士法曹會之議論。皆以此說爲其標準也。至匈牙利民法草案出世就中關於結果責任設有一般之規定（第一四九〇條）。法蘭西截至現今雖尙無特別法。然依其富有彈力性之判例於實際上已一般的對於企業認有結果責任矣。英吉利於某程度已有立法。關於鐵道事故早已明顯的探認之。若美利堅則有某州比較的自古卽有維持該趣旨之判例焉。

我日大審院關於鐵道責任有一判例。余意可置於此。該案事件係鐵道汽罐車

之煤煙將生於「接近車站距路線未滿一間之地點其枝條張向於路線」之松樹薰枯致死。大審院雖以過失主義爲據然竟認鐵道院有損害賠償之義務焉。判例之措詞謂鐵道「於燃煤之必要上其煤煙飛散於附近乃屬不得已者」。「在沿路之住民於共同生活之必要上不可容認之。……從而在汽車進行中其附近之草木等縱令因普通飛散之煤煙致被損害。其被害人亦不得請求賠償」。然如本件近於路線而立之松樹。則「比其他散在沿線之樹木等既在易受煤煙薰害之位置。且其損害亦非並無可以預防之方法」。其結果於社會觀念上自可認爲係超乎一般可以容認之範圍。而不能理解其爲關於權利行使之適當方法」。職是之故。本件之損害仍係「因於過失而爲者」而應「成立爲不法行爲」焉（大正八年三月三日大審院判決）。此項判決由專門的立場言之固大有研究批判之餘地。然要之我日判例則畢竟係在該程度者也。

關於鑛毒問題等當然係具有可以聯想之性質焉。

#### 關於企業內部責任之汎覽

右段所述係關於企業之外部責任即對於一般他人之責任也。至企業內部責任

卽所謂關於勞動災厄之責任。則其發達之態樣與前段所述又另有不同焉。關於此層在德意志一八七一年之法律係倒轉其過失證明之責任。卽通常情形係要由爲損害賠償之請求者證明其相對人有過失。而此則豁免被害者之舉證責任。認企業者得爲無過失抗辯。卽以勞動者當然有賠償請求權爲原則。而惟許企業者得依證明其自己無過失以免除其責任焉。雖然此種辦法於勞動者之保護殊不能謂爲完全無缺。故德意志以此問題之解決復移之於公法之領域。依勞動者保險之方法冀以達其目的焉。一八八四年之災害保險法發其端。初僅限於工業。嗣則更擴張於他之企業而成一九〇九年七月五日之營業災害保險法。厥後至一九一一年更制定帝國保險法而疾病衰老及其他各種之公共保險法遂克奏統一之功矣。

法蘭西關於勞動災厄之損害賠償定有特別法。卽一八九八年四月九日之法律是矣。此項法律初僅限於工業。嗣經一九〇五年七月十八日及一九〇九年四月兩度之改正。擴張於商業的企業。且依情事更得適用於農業的勞動者及家內被用者焉。而此項法律則係以明文規定企業者有結果責任者也。

法蘭西在此法律制定以前。係以判例努力於勞動者之救濟者。初則採所謂契約說或擔保說。謂當企業者雇入勞動者之際。對於其灾厄視爲已經擔保賠償之者。然此種說明。非特於事實相遠。且於企業者於雇傭契約明將擔保義務除外之際。亦仍屬無由救濟。於是乃移宮換羽以爲本問題並非係契約上的而應視爲係不法行爲上的。即擬以勞動者所受之損失爲由於企業者之過失也。此說初係推定企業者爲有過失者。然尙因企業者得以證明無過失而免其責任。於是更進一步不許企業者爲無過失之抗辯。夫過失既係由於推定。而復禁止其爲無過失之抗辯。是其責任之基礎早已不得依過失主義說明之矣。故此說亦非得當。厥後乃有別開生面謂其責任之基礎係在於其營業上之危險者。其說實係新理論。其說出現後漸次爲判例所探認。而是項判例遂爲制定右述一八九八年法律之先驅焉。嗣復根據該項法律而擴張其精神。結局所謂危險的責任論即有危險者要伴以責任之理論乃廣汎的探認之矣。

#### 論我日法制關於內部責任之規定

我日工場法第一五條及鑛業法第八〇條之規定。不能不謂爲係探認此結果責

任之原則也。此種規定以明文的顯明此項責任。竊料其於種種之點可信爲得當焉。第一，因關於結果責任之法律的意識。在我日尙未達於充分的發達之時期。卽以爲解釋而主張之。亦覺不見其易。今者以其趣旨載在明文。則所謂結果的責任從此卽可成爲有結構的。而企業者之賠償責任亦卽由是而歸於確實矣。第二，我日工場法施行令爲規定工場法之適用起見。於工業主之應行賠償額曾經爲明白之解決焉。例如施行令第八條載職工死亡時則工業主對其遺族應支給工錢百七十日分以上之遺族扶助費。此項賠償額既經法令明予規定。則賠償者之支配能力。可獲一層有力之擔保矣。蓋若僅認結果責任盡力於被害者之保護。而使賠償者之賠償義務毫無際限。則其結果於企業之自身勢必反陷於危險。顧此失彼。殊非得計。故將其賠償額預爲規定。亦係一當然之理也。第三，此結果責任既經明文探認。則非特使吾人對於公平觀念之無意識的法律的感想由是得以意識之。且可使吾人更以此意識爲基礎而將此項原理爲適當之擴張焉。蓋當此項法律施行之初。世人驚於其違反從來之觀念。固僅以其規定見爲係特別的例外的。然若行之既久。吾人於此項法律之合理的基礎業已澈底的認識之理解之。

則在該基礎理解之上自屬可以施用類推的作用。從而縱令非工場法鑛業法所規定之事項。而於其合理的之點如果可以同視時。則自亦可適用其精神矣。工場法鑛業法以其賠償義務稱爲扶助。其趣旨固係以爲特別的例外的。然若由其制度之合理的基礎而論之。則該一種之賠償責任與因於過失之賠償責任。實可等量齊觀。其間殊無軒輊之可言。職是之故。吾人若卽以其精神超越於其規定而廣行適用之。自亦不得謂爲有誤。審如是則結果責任論之社會的意義由是而卽可成立矣。

#### 回瞥與現在

所謂結果的責任至於能以特引吾人之注意者。係屬新之事實。雖然、追溯既往。則在羅馬法以及受其影響之各國民法。於該項責任亦非全然忽視之也。例如我日民法第七一七條第一項曰「因土地工作物之設置或保存有瑕疵致損害於他人時。其工作物之占有人對於被害者任損害賠償之責。但占有人於防止損害之發生已爲必要之注意時。則其損害要由所有人賠償之」。其第二項更謂「前項規定於竹木之栽植或支持有瑕疵時準用之」卽係認結果責任也。就法蘭西之民法

觀之。對於由自己管理之無生命動產所生之損害（法蘭西民法第一三八四條第一項）對於由自己管理之動產所生之損害（法第一三八五條）。及爲事業而使用人者對於由其被用人行爲所生之損害（同法第一三八四條）等。亦無一而非認結果責任者。又方成爲問題者，係關於精神病人及小兒之加害行爲。此事我日民法不認其結果責任。然在外國之立法例則漸有肯定之傾向矣（參照德意志民法第八二九條瑞士債務法第五四條第一項）等。此外如欲詳細列舉。則尙有種種之事例也。

以上所述。皆係關於不法行爲之情事也。轉而就債務關係觀之。其認結果責任之處。亦不在少數。試舉其一二以資例證。如買賣之瑕疵擔保（日民法第五六一條以至第五六七條第五七〇條第五五九條）即在買賣一特定物品其物品隱有瑕疵時。則賣主於其瑕疵要負責任。此項責任即不問賣主之有無過失也。又在委任關係受任者因處理委任事務自己無過失而受損害時。則對於委任人能以請求損害賠償。此亦係不問委任人有無過失而即適用結果責任之情事也。除此以外。在民法上尙有種種之事例可資引證。以其過繁姑且從略。更就商法之範

圍觀之。其認結果責任之處。亦屬甚多。例如商法第三五四條規定「旅館飯館浴室其他以集客爲目的之場屋主人於受客寄託之物品之滅失或毀損非證明係因於不可抗力則不得免損害賠償之責」。是對於普通之事變卽不問其主人有無過失而須使其負責任也。其他可以準照結果責任而論之者係因於他人過失之賠償責任。例如於運送契約（商法第三二二條第三三七條第三五〇條）以集客爲目的之場屋於客所攜帶之物品（商法第三五四條第二項）於堆棧業（商法第三七六條）及於船舶之運送（商法第五九二條第六三九條）等。皆係規定不論主人自己有無過失而因使用人之過失卽須負賠償之義務者也。

由是觀之。現今以企業責任之無過失責任認爲係新問題者。在昔日過失主義之下亦不能謂爲於結果的責任無相當之探認也。今試考慮該等情事的制度之精神更就企業責任而論之。則所謂無過失責任之理論固知其決非目下可驚之事矣。

企業責任與由適法行爲所生之賠償責任

關於結果責任於此特要討論之者。係由適法行爲所生之賠償責任。依從來之見地所謂伴於適法行爲之賠償義務。殆屬不得想像者。然由就近之事例觀之已



有以知其不然矣。

例如刑法第三七條係規定緊急避難者。依該規定。爲避免對於自己或他人之生命身體自由或財產現在之危難所爲不得已之行爲係不爲罪。——惟尙有限制卽由其行爲所生之損害要不越乎所避之害之程度是此項限制姑且除外弗論。——是緊急避難之行爲。於刑法上係不爲罪矣。然殊不能謂因是而該行爲卽不能發生民事上之賠償責任也。民法第七二〇條第二項僅規定對於由物所生急迫之危難毀損其物者無賠償之義務。此外之情事。則無所規定。學者之間雖亦有謂於民法第七二〇條第二項之外並刑法第三七條所規定之情事。亦皆不負賠償責任者。然在實際之判例。則殊未之許。縱令係刑法第三七條之行爲然若並非屬於民法第七二〇條第二項者。則仍有損害賠償之責任（大正三年十月二日大審院判決）。卽因公益上之關係其緊急避難雖應准許。然由因其避難而受損害之人之立場以觀則對於其損害仍應責令賠償也。關於此層在德意志民法第九〇四條有一極有興味之規定。依照該條許人因緊急避難而毀損他人之所有物。其物之所有人此際須負容忍之義務。卽其物雖被毀損而儘要聽之也。然對於因物被毀

損所受之損害。則許所有人向避難人請求賠償焉。夫於物有容忍之義務者，尚許所有人向避難人請求損害賠償而認避難人有賠償之義務。由是推論。如果所害者係較物更在以上之利益例如所害者係生命身體之際。則其避難人爲應有賠償義務更屬當然之理矣。卽緊急避難之行爲。一方係法律上所許之行爲，而他方復係使之發生賠償義務者也。瑞士債務法第五二條第二項亦規定緊急避難者有賠償之義務。理之所在。固莫能或外焉。

由適法行爲發生賠償責任者。在他處尙有種種之事例焉。關於鄰地關係（民法第二〇九條第二項第二一二條第二三二條）、轉質（第三四八條）、承攬委任（第六四一條第六五一條）等。皆其適例。欲一一說明之失諸過煩。故予從略。依照右述之見地則企業責任亦可加入其中矣。企業者固係法律所許之行爲，係適法之行爲。然其適法性必不能因是而卽妨碍其賠償責任之發生也。

#### 判例之失當

上舉大正五年十二月二十二日之判決卽化學工業公司毒瓦斯事件之判決。大審院以該公司所營之事業並不反於公之秩序善良風俗，且因該公司於毒瓦斯損害

之預防已從事業之性質施以相當之設備。遂依此理由將農民之賠償請求權予以排斥。是誠爲失當之判決也。蓋在現代之企業生活早已不能以過失爲惟一之責任原因。此乃顯著之事實。而大審院於此點乃竟忽視之焉。夫過失主義所以能認爲合理的者，係僅在於無其過失即不生其不當之損害之點也。若在現代之企業生活則有雖無過失而亦能發生不當之損害者。此際該損害應由何人負擔。僅依過失主義殊不足以說明之。上述化學工業公司毒瓦斯之事件即屬於此例。即雖無過失而仍能由其毒瓦斯發生農民之損害也。此種損害決不可視爲法律生活之當然。置諸不理。假令現代之科學的技術對於其毒瓦斯已能完全除去而該公司若毫無過失盡施其技術即不至有損害之發生時。則在其情形之下對於本問題自可依據過失主義以爲完滿之解決。無如現代之情形並不如此。即現代之科學的技術仍如彼其不完全也。故關於本問題之解決。自當捨舊圖新而別求其標準矣。夫現代之科學的技術既如彼其不完全，而該種工業於公益上經濟上又不能不予以准許。是則既有該種工業即須並有因於其毒瓦斯之損害矣。此項因其科學的技術不得已之缺點所生之損害。實係附隨於該工業自體之缺點者。此項損害既係

附隨於該工業自體之缺點。若然，則即責令該工業負擔其損害。豈非極為合理之辦法乎。由是論之。本問題解決之標準即公司於損害應否負責之標準。決不在於過失之有無。殆屬昭然甚明。而大審院祇知民法第七〇九條之過失主義於現代經濟生活重大之變遷則漫未加察。豈非失當之甚者哉。

#### 責任原理之統一及論究企業責任之必要

抑過失責任從來所以能特立於確實合理的基礎之上者。係因其符合於吾人道德的意識也。然今於過失責任以外更認結果責任。既係起於實際之必要。則由所謂特認結果責任之立場以批判所謂過失責任之原則。自亦有其必要矣。

因於過失之責任 係由於該過失在道德上有可非難之理由也。由是而遂構成所謂歸責之觀念。即因於過失之行爲係在該行爲與人格之間成立一種特別之連鎖者。法律上道德上於是遂產生所謂僅以該行爲係該人之行爲之思想矣。

雖然基於故意之責任同時即爲道德的責任。其理固屬不言而喻。然如關於狹義之過失即因於不注意之責任。則其能否悉可如此理解。殊要有多少之考察矣。何則，因於不注之責任原則係依所謂交易上必要注意而決定之者。即以一般注意

較深之人之注意爲標準。如於其注意有所欠缺卽成立所謂過失焉。夫如是，是於該本人實際上之注意能力如何。並不顧及之矣。從而若在行爲之本人本係欠缺交易上必要之注意能力時。則縱令由其主觀的立場言之該行爲實係不得歸責於其本人者。然如前所述此際既已成立所謂過失。則法律卽據此理由逕向其本人問以責任。至其是否爲歸責之行爲。則儘可置而不論焉。蓋在共同生活上吾人若不各遵守一定之注意。則其秩序勢必不可保持而社會之進步亦卽不得而期也。故法律於個人僅各自盡其現實之能力者殊不能卽以爲已足。從而苟有因欠缺標準注意之行爲而發生損害者。則法律對於其人問以損害賠償之責任。自要思其係公平矣。由是論之。是因於不注意之責任之基本。並非存於該行爲在道德上法律上得歸於行爲人之個人的理由，而要理解其係由於期望共同生活之圓滿公平之社會的理由矣。

不僅因於不注意之責任要由共同生活之利益論之。卽在因於故意之責任亦可由同一之見地論之也。第一，吾人於共同生活上既已要求一定之注意爲正當。則在較不注意爲更甚之故意的之情形。自更有要求其不爲之理由矣。第二，既已以

責令過失人負擔其因於不注意之損害認爲公平。則對於較不注意爲更甚之故意的之損害。使其行爲人負擔之。其事自更屬公平矣。由是觀之。則當說明過失主義之責任論時。殊無借用所謂歸責 *imputability* 的形而上的特別觀念之必要。

即僅以吾人共同生活之必要與公平爲理由已屬得以理解之且亦甚屬充分的者也。過失主義者，從來係以其責任之基本置諸正義之上者也。然如右所述。說明過失主義之根據。既已由從來之正義論而移於現在之公平論矣。則由所謂公平之見地言之。於過失之情形以外。實爲可以見有許多的發生責任之情形者。即避去以主觀的立場理解過失責任之結果，更欲廣以客觀的立場理解責任之基礎者。乃係公平觀念當然之結論也。

蓋在往昔吾人之共同生活。以守一定之注意已足充分的維持其安寧秩序。從而即以過失爲責任之基本亦係理所當然矣。雖然，卽在其時亦因種種之理由而不能不認結果責任。此已如前所述。況在現代之經濟生活，其生活事情既大受變動，新企業及其他之事情層見疊出，舊時於例外的所認結果責任之事情已漸次增加而不能仍以爲係例外的現象者乎。此等新事情於一方因其增大共同生活之幸福。

當然不能不加以尊重。然於地方則又係有引起特別損害之虞者。於此欲求完滿其利益且救濟其損害。則卽以其利益負擔其損害。豈非卽爲最公平之事乎。夫如是，是在從來之生活係僅以因於過失之責任爲生公平的責任者。在於今日則係於過失以外發見不少可以適用公平觀念之情形矣。故由此一點論之。結果責任並非可見爲係過失責任之例外。乃係取過失責任之原理而醇化之結果也。

結果責任既非責任之例外。則企業責任自亦不可以爲民法之例外矣。因於企業之損害雖非因於過失之損害。然不能謂爲因是而卽不生責任也。過失雖生責任。然既非責任之唯一的根本。則於企業損害之本質，對於其損害有無責任以至範圍等。自有另行論究之必要矣。

### 違法主義

於此至少要一述所謂違法主義之學說。違法者法律所不欲之意味也。此係一派之學者不欲以責任之基本求諸所謂過失之主觀的，而擬求之於所謂行爲違法性之客觀的者也。

違法可別爲行爲之違法與狀態之違法。狀態之違法者，係一定之狀態爲法律所

不欲之意味也。此際該狀態不論係出於過失與否，僅該狀態之自身即生一種之責任。例如妨害排除訴權之情形。即鄰家之樹木因偶然之事情倒入余之地內。余本於余所有權之效力得以向鄰人請求排除其妨害。此種情形其鄰人本無過失。故對於其鄰人不能本於不法行為之理由請求損害賠償。但其樹木既經倒入余之地內。是其物已在有違法之狀態矣。故其鄰人對於其違法之排除自不能不負一種之責任。此係余之所有權對於鄰人所有之效力也。夫在狀態之違法既已發生一種之責任。則在行為之違法縱令行為人無有過失。然自其違法之點言之。固與狀態之違法者並無以異。則即亦因其違法而責令負責自屬理所當然矣。以是之故。遂有主張因於不法行為之責任應求其基礎於行為違法之點者。現在法蘭西之判例於其民法過失之語（第一三八二條）。即解為違法之意味以救濟許多之案件者也。法蘭西未有如德意志制定之特別法。然竟能適應時勢之要求者。即係受蔭於如斯之解釋也。就我日而觀之。前述大正八年三月三日之判例。方其論鐵道煤煙薰死松樹之責任時。亦係用此違法主義之口吻。在該判例可以知大審院結局係以過失與違法同視者。其判決曰「雖在權利之行使亦要於法律所



認爲適當之範圍而爲之。然則於行使權利之際。若因故意或過失超越其適當之範圍所行的失當之方法致侵害他人之權利時。則於侵害之程度成立不法行爲。但又繼續而言曰「然則其適當之範圍如何。凡在爲社會的共同生活者之間。一人之行爲而至不利於他人之事。殆常所不免。此際常不可卽以爲係權利之侵害。其他人於共同生活之必要上不可不容認之。雖然若其行爲在社會觀念上認被害人爲不可容認者。卽超越於一般所認之程度時。則自不得謂爲仍在權利行使之適當範圍。而要解爲係相當於不法行爲矣」。其說明之後段。係採違法主義者。此余之所解也。其前段則係違法主義與過失主義相結合者也。而在最後該判例則以對於接近車站距路線未滿一間之地生立之松樹未爲防制煤煙之設備。或爲有過失。或爲超越於權利行使適當之範圍。卒認鐵道院有賠償之責任焉。此項判例之說明。由專門的立場論之。固甚有批判與研究之餘地。然其爲顯著的採認違法主義則固甚有與會者也。

### 評違法主義

違法主義較過失主義係進一步。余於此主義雖不以爲完全之學說。然竊意可

獲有多大之暗示者也。從來之過失主義係債務人主義。債務人苟屬已無過失，則不認債務人（就債權關係言之為債務人就不法行為言之則係可為債務人者）有何等之責任。即其損害全歸於債權人使實際之受損害者負擔之也。雖然，債務人所引起之狀態。縱令非基於過失。然若在法律上所謂違法之情形時。則因於該違法狀態之損害。豈宜獨令並未引起其狀態之債權人負擔之。此項狀態既係債務人所引起。則不應令該債務人承擔其損害乎。且就法理論之。因行為所引起之損害事實。依其為法律許容與否而判定其行為是否為不法行為。亦確有一理也。余意對於過失主義之債務人主義。可稱此為債權人主義。從來之過失主義以責任之道義的意義即正義為標準。僅止於保護債務人。而此新的違法主義則係依其行為之客觀的意義即其行為適合於法律目的與否而擬保護債權人者。此即余由此主義所受之最大暗示也。

雖然，由債務人之方面論之。則無過失之行為。殊不足以為非難債務人之理由也。故結局遂不能不發生下述之問題。即過失狀態之損害，不可以之公平的分配於當事人間乎。彼違法狀態時妨害排除之訴權，係僅止於請求妨害之排除。並無

損害之賠償。即其請求係僅止於所謂物的訴權。主張自己之所有權。而未以不法行為責諸他人。故在其情形其辦法固甚屬公平。然在違法行為之情形。則豈可以無過失之行為與因於過失之行為視同一律耶。此兩種之行為。一則為有過失者。一則為無過失者。於此而欲以同一之方法處理之。焉能為當。故違法主義不得謂為完全之說也。

不特此也。違法主義於說明由適法行為所生之賠償責任亦感困難焉。如企業責任即其一適例。企業責任者係由適法之行為而亦發生賠償責任者也。學者有謂此種之賠償責任。可不入於責任觀念之內而由一般之責任問題將其除外者。夫以賠償責任僅視為違反法規之制裁時。如此處置。固無不可。然若由公平的分配損害之立場論之。則此種之賠償責任與一般之責任問題。實無加以區別之理由也。彼從來之責任思想係基於個人主義的思想者。僅就行為之個人的立場而將其個人之行為施以法律的道德的評價。故其結論遂僅止於唱導過失主義。其見解自屬失諸狹隘。違法主義較諸過失主義其眼界稍為擴大。於行為人自身之外更顧及被害人之地位。然因其祇局限於違法云云。則尚不能謂為脫離個人

的責任觀之窠臼也。吾人之意。以爲應於一般社會的由所謂公平之高的見地而爲責任論焉。此際所謂之「責任」。稱爲責任。於用語上或欠妥當。因責任之用語尙不能脫去傳統的背影。似以避之爲愈。惟此屬於用語之問題。容候另行論列而總之離去從來之傳統的思想，而就實際發生之損害事實研究其法律上應由何人負擔始爲妥當時。則不能不由所謂廣高之社會的公平之見地以定標準。此則吾人所以擬賠償問題置諸統一的包括的之下者也。彼於賠償而區別有無責任之見解豈可從哉。

### 公平主義論

賠償責任，要之係不能不由所謂社會的公平之見地研究之者。此所以要唱導所謂公平主義也。公平主義細別爲二。其一爲公平原因主義。其二爲公平分擔主義。公平原因主義者，係以賠償責任之基本在於公平也。雖爲過失責任。其歸結之處亦係在於公平。又苟屬已係公平之觀念所要求者，則縱令非爲過失即在過失以外亦須要認其責任也。公平分擔主義者，係以損害之負擔額公平分配於關係人間，最係於非因於過失之損害所主張者也。此二說互相牽聯。學者曾有謂其區別

爲不明白者焉。

此種學說。卽在解釋論亦於某程度探認之。何則現行法上所認許多之結果責任。雖屬過失主義之例外。然同時若推尋其要認如許例外之所以。要不外依公平主義交易上之必要公益等理由始得說明之也。惟斯種說明終不出於以結果責任爲責任之例外現象。而學說上之公平主義則係以過失責任與結果責任統一的以理解之實具有新的特色者也。職是之故。現行法之解釋論自覺不能滿足。而公平主義之思想遂確感有特行提倡之必要。卽於民事責任之基本不應仍求諸行爲人之「可被非難」而應以使社會的公平分擔其損害爲其基本矣。

抑從來法律的觀念之構成。無論如何總係於論理的要求其明白者也。此種思想。與過失主義爲論理的及裁判爲論理的適用法律之三權分立之思想共相結合。而過失主義之責任論遂普遍的成爲法律上之公理矣。但因是之故。法律論乃極其爲形式的。同時與吾人道德的觀念及常識乃不免於背道而馳焉。夫法律之權威。並非在於其規定之形式而係在於其規定之實質。卽其規定之實質須與吾人道德的觀念及常識相合一也。從來之過失主義係個人主義的。於此而施以

批判。更於新社會的立場以理解其責任之根據。則從來之論理主義自然要受限制矣。蓋所謂公之秩序善良風俗交易上之信義誠實等等。乃民法之基本的原則。而所謂公平主義者即係以爲該基本原則之一適用而主張之者也。是等之觀念。其論理的構成甚欠明瞭。然在今日則竟不拘於此早已以爲法律上之基本的原則矣。

雖論理主義而採用如斯之一種原則者。二十世紀法律論之特色也。惟就責任論之公平主義而觀之。至少亦覺其輪廓尙欠明瞭。從而基於其主義之議論。其法律的構成於許多情形即係尙有困難者。故在今日之立法於公平原因主義皆暫且避去。而惟採用夫所謂公平分擔主義焉。瑞士民法將結果責任一一列舉的規定之。關於其各個的損害之分擔即賠償額之量定。委諸審判官依據公平之觀念妥當的定之。我日民法有過失相抵之規定（民四一八、七二二第二項）。於損害之發生賠償請求權人有過失時。則於賠償責任之有無及賠償額之如何要斟酌之。是即顯示公平主義之一適用也。

公平主義不僅以爲立法上之原則可謂爲完全。即以爲思想上之原則亦確係妥

當的原則也。彼過失主義者最早已非責任論之原則。而結果責任亦不能以爲責任之例外矣。從來以民法第七〇九條之過失主義爲原則對之而用所謂反對論法者。乃法律家之常套手段。卽於無過失之損害事實依民法第七〇九條爲反對之解釋以論斷其責任也。雖然時至今日。是項辦法。殊難謂合。是項辦法實爲反對論法之濫用。而對於無過失之損害事實究竟有無責任以及其範圍如何。則實有離民法第七〇九條而別尋條理之必要矣。以是之故。關於民法第七一七條工作物之結果責任。殊要依類推解釋而擴大之。最如關於公平分擔主義竊料自今以後不能不大有發展之性質者也。

#### 富者生債務與公平分擔主義

於此應要考慮者卽「富者生債務」*richesse Obige* 爲責任之原則也。其原則例如富人在遊獵中鎗殺貧人。此際其富人雖無過失而使其任損害賠償之責。可謂爲係屬當然。又如精神病人之富人殺傷貧人時。其事亦屬相同。此等辦法衡以論理的形式則甚非合理的。然於其實質則甚屬常識的也。按公平主義中之公平分擔主義。於關係人之財產狀態係要大加斟酌者。據此以思若在貧人無有責任

原因之事實時。則卽令富人發生賠償義務。其事當決不在少數也。從來之法律思想僅係尊重貧富之間之形式的平等。然最近之思想則係於兩者之間圖完滿其實質的公平者。今卽適用其觀念。對於富人以其爲富人之故而卽責令多負義務。豈非得當之策耶。而所謂企業責任者卽亦可謂係考慮資本主義之結果而不能不認其結果責任也。夫富者生債務係布齡秋梨所擬之用語。其形式雖甚欠妥當。然於其實質則誠富有甚大之暗示者也。

### 學說之變遷

關於企業責任之學說。歷有不同。於此而一說明其變遷。亦係有益之舉也。第一係過失擬制主義。此係以一定之企業其性質上當然伴以過失之主義也。此主義於某程度爲德意志法蘭西之判例所採認。例如一八六一年四月十六日盟盈控訴院關於鐵道事件謂「用機關車之鐵道經營者恒伴以必然且常有之過失的行動焉」。在法蘭西之判例。因形式上適用其民法不法行爲之規定。遂於實際對於案件多依過失推定之原則與以實際上公平的解決。此亦顯著之事實也。雖然按諸理論。此項主義實屬不當。先就抽象的論之。謂企業之性質上必伴以過



失。卽爲不妥。蓋若果如此則其企業卽無可以准許之理由矣。是故過失之有無係屬具體的。應隨各個之情事分別論斷。殊不能一概爲積極之推定也。次則爲何故推定其有過失而不許反證之問題。夫因推定其爲過失而卽不許反證者。是借過失之名而實則捨之也。卽過失擬制主義者，乃係維持傳統的思想之形式，而使新要求爲無理的應化者也。

第二，與右說相前後者係擔保主義。此主義謂企業者不論有無過失須任賠償之責者，係因其有默示之擔保契約也。在法蘭西依此理論以保護關於企業災厄之勞動者歷時殊久。此曾述之於前矣。但此項理論祇能於企業之內部關係卽在有雇傭關係之企業者勞動者之間有其適用。至對於企業之外部關係卽企業者對於第三人之危險。則因並未論及。自亦無何等之效能矣。不特此也。卽如內部關係若在企業者於契約上訂明不負擔保義務之旨時。則此主義亦屬無從適用。此亦如前所述矣。夫企業責任，其性質上係具有不容因當事人明示之反對意思等而卽可左右者也。其責任係公益的固結附着於企業之本質者也。而擔保主義則適有與此相反之缺點。在今日豈可採取耶。

第三、係利益主義。某學者創有所謂「自己之利益者自己之危險也」之原則（溫勾）。與之相同之另一學者又謂「爲遂行自己利益所爲之活動對於第三人適法之利益伴以危險時則對之要負責任」（梅爾克爾）。要之係言以一定之利益爲目的而爲行動者，對於由其行動所生之損害要負責任也。然此種說明殊嫌失於極端。何則，吾人日常生活係常有行動者。而其行動又常係以自身之利益爲目的而爲之者。若從此說，則吾人對於自己日常一切之行動，勢皆不能不負責任矣。然如此寬泛無涯之責任。非特有碍於吾人之生存。且共同生活上豈盡有悉數負擔之必要耶（譯者按然字以下至）。是故問題之歸結，乃係在對於企業者之行動要特行保護被害者之利益，更應如何立說始能適切說明也。

第四、卽所謂危險主義也。蓋近時之大企業，其自身係包藏危險者。縱令依科學之所命已盡最周到之注意。然其危險亦仍不能免焉。但在公益上此項企業既不能不予以准許。則亦惟有於自己負擔其危險的損害之條件下准許之而已。藉非然者，而任其企業漠視損害不事補救。則其企業實不能不謂爲係沒却公益上准許之旨矣。要之在吾人之共同生活上吾人之行動可別爲普通的行動與非普通的（

如用強大之動力者）行動。其有因此非普通的行動而收利益者。則卽責令負擔因其行動所生他人之損害。實屬理有必至者也。

此說於一方既將利益主義醇化之。同時於企業責任之範圍的公平主義之適用復使之明顯。且於其裏面所謂「富者生債務之原則」亦甚形顯著之活躍也。——雖深切研究恐亦不無缺點。然在現今實當以此說之思想爲最進步。且於說明我日工場法鑛業法規定之基礎具有豐富的擴大可能性之原理。則屬無可致疑者也。

#### 責任原理統一之可能

無過失責任有種種之情形焉。今欲統一的說明之。意者當不外乎公平主義矣。惟公平主義以爲法律的原理時。如曩所言其論理的構成既甚屬漠然。則結果責任遂不外於以多元的說明之。而關於企業責任之危險主義以其足以表明企業責任克爲結果責任之所以。故在該範圍其說殊可採認之也。

然代替從來之過失主義而採認公主義者。乃思想上重大之變遷。係屬進化。竊以爲實具有重大之文化的意味者也。又企業責任之危險主義雖僅係於企業責任之範圍而主張之。然其克以所謂結果責任特使當代之吾人能以充分的意識之

且其主義又具有重大之社會的道德的意味。恐亦屬不得而爭之事也。

於此若就余之所信許其毫無忌憚的而述之。則余以爲危險主義決不止於僅能說明企業責任之根據也。惟如是，則勢須將關於結果責任種種之情形列舉而論證之。此則未免過繁。故從略焉。又余以爲過失主義結局亦不過係危險主義之一適用也。因有故意或不注意始發生其結果之損害。故其故意或不注意實爲危險之創始者。從而其責任即可謂爲係基於其所創始之危險之本質者。此其詳論亦暫避之。而要之無論如何危險主義在今後之責任論應見其係占於重要地位之運命則固可想而知者也。

岡松博士於其大著之結論所發表之見地。試述於下。博士對於本問題經銳利分析的研究之結果。以爲關於責任之理論係不能統一者。其言曰，「如果可以發見得網羅一切責任原因之最高觀念。則先以過失爲一責任而認之。至少亦不可不以爲有半片之真理而須維持過失主義也」（第七二四頁）。次則就結果責任謂「應認結果責任與否係關聯於種種之事情者。從而成法上所認結果責任之根據亦即紛然不同。欲於某種特定之理由下而統括之者係屬不能之事也」（第七二六

頁)。余對於博士此項之見地於法理研究會席上曾提出二個之質問。即第一在關於責任以至結果責任之多元的根據之間而欲努力於一元的原理之發現。於責任以至結果責任之本質上果爲不可能乎。第二於其多元的之間提取其基本的原理以論其變遷與進化果爲無意味之事乎。余對於岡松博士之大著因深佩服。然不幸於右述二點不能不與博士之見解相異矣。——惟此種差異。純係討論學理之關係。於吾傷悼博士之心理則並無影響。余對於博士之長逝實不勝其痛惜之意也。

#### 本題之主要

臨時法制審議會今方基於我日古來之淳風美俗爲民法之改正。關於道德與法律其連繫之問題。此無過失責任論不能不謂爲具有重要之社會的意味也。審議會所云古來之淳風美俗頗屬專立於歷史的根據。新的無過失責任於我日之民族的精神應於如何程度置其基礎。此際實屬特要研究者。同時審議會方其考慮當面之社會問題時對於無過失責任論要如何理解之組成之擴大而行之。則又皆係深應注意之事項也。

如此新事。其法律之技術的問題，可委之於法律家。關於結果責任之立法的技術，亦屬彼專門家之職責。惟如為哲學上之無過失責任，為思想上之結果責任。則吾人誠不能不先以與社會共行考慮，不能不深以與民衆共行論定者也。——（大正十一年一月二十日）——

譯者按先生法律家而又哲學家也。實務的而又理想的也。以是之故。其闢舊說也。如衝鋒陷陣。既無堅而不摧。其化舊說也。如春風時雨。復萬物之昭蘇。讀本篇及前後各篇可恍然矣。歷來社會法學派之學者。僅斷斷焉推翻舊說別創新論。新舊之間。參商睽違。溝通之術。殊不之圖。結果舊者雖失其勢。而新者復苦於基礎之難建。青黃不接。遂使人陷於危境矣。惟先生之說則異於是。此先生之所以為得其正也。先生名著甚夥讀之使人有衆美畢具之感。若本書其一鱗耳。雖然，世事日新。學理無窮。先生之說是否即可認為得當。又其所立各說皆屬粗創大體尙未經詳細之組織。此則關於其說成立與否之研究，及細針密織之工作。皆有待於世之學子。是又不可因眩於先生之說而即失諸盲從者也。

## 第八 權利之濫用

此文掲載於明治三十七年六月一日發行之法學協會雜誌第二二卷第六號。不過係青年時一隨意之筆。然當時在我日關於權利濫用之理論尙無理解者。故在該時代書此寧係一種紀念之意味。今輯於此焉。

時至近日所謂權利之濫用顯然促起學者懇摯之議論。今在立法上及解釋上皆要認爲係困難而且重要之問題也。

### 法廷上之數個實例

於權利濫用之問題試先就實際上在法廷曾成爲問題者。略舉數例以爲本文之發端焉。

其一、爲關於被雇者之解雇。在不定期間之雇傭關係。當事人無論何時皆得爲解約之聲明。但其解約若無相當之理由時。則其聲明將如何而爲損害賠償之原由之條件乎（參照法蘭西民法第一七八〇條 *Revue Critique* 一八九五年第六〇九頁判例批評）。

其二、爲關於同盟罷業。法蘭西法律明認同盟罷業爲權利。惟同盟罷業係在使未加盟於勞動者組合之勞動者解雇而出於壓迫雇主之情形時。則尙得稱爲權利

之適法的行使乎（法蘭西大審院一八九二年六月二十二日判決）。

其三，爲關於不當訴訟之提起。因害意惡意或重大的過失而提起訴訟者應任損害賠償之責。此係法蘭西之判例也。

其四，爲關於所有權之濫用。例如某土地所有人於利用其土地而與相鄰人以損害時。則其所有人不可不任損害賠償之責也。

其五，爲小說家於其創作之小說中所載之人物。係叙述他人閱歷之事件。一八九五年曾繫屬於瑞士之大審院。又新聞紙批評他人其人因而受損害時。則新聞業者有無賠償之義務。此事於一八九六年亦曾繫屬於里昂之法院焉。

#### 權利之濫用與權利之欠缺

法律所認之權利皆非絕對的者。必於一定之限界而行使之乃得爲適法焉。此項觀念，在法蘭西關於行政法上官吏之責任發達最早。關於濫用權力者行政上之救濟方法早已見有秩序之判例矣。至在私法之領域則關聯於勞動問題而發見若干之事件者。多屬於近十數年之事實。學者之所說尙未歸於一致。先爲權利濫用之觀念與權利之欠缺是否同一，即議論各異。其次則關於權利之正當的實行與



濫用之界限亦未見有滿足之說明也。

彪烏諾阿爾者在關於契約原因之理論曾論權利之常非絕對的矣。其言曰「意思之自治並不能充分的生意思之拘束。法律係更欲知其意思何故要拘束自己者也」。又以此理論推及於所有權而言曰。「關於所有權亦然。所有權之自治並非許其於目的物上爲權利之絕對的實行。其實行之行爲必於法律有可被許容之正當原因始可也」(「所有權及契約」第八〇九頁)。

出乎此限界之行爲卽不有正當原因的權利之實行者。則布蘭尼爾以爲應與權利之欠缺同視。其言如下。「近世之法學者及立法者於權利之行使恒信其時有濫用之傾向。是權利濫用之一語似已有明白的意義而使用之矣。殊不知權利係於濫用之始同時卽失其爲權利者。同一行爲同時適合於法律且背反於法律。係屬不能之事。世人使用如斯之用語者。祇於示明權利之多數不爲絕對的而已。

在權利之限界以外。權利人全然位於無權利之狀態。從而在越乎權利範圍之情形可謂爲係人之行爲之濫用。所謂權利濫用之觀念。其意雖佳其語則殊欠精確也」(布蘭尼爾民法要論第二卷第二版第二六五頁)

布蘭尼爾此項見解殆係由於以權利之濫用常爲侵害他人之權利矣乎（參照同頁註）。果爾則對於其見解於他方不免有有力之異說矣。蓋吾人日常所見之權利濫用恆以關於所有權濫用之事件爲最多。此種事件固得見爲係侵害他人之權利者。然如某學者之所說則有全不侵害他人之權利而亦爲權利之濫用者。如雇主解雇被雇者之情形即其例也（夏爾曼一權利之濫用一民法雜誌一九〇二年第一卷第一號第一一六頁）。蓋法蘭西民法第一七八〇條規定不定期限之雇傭契約當事人無論何時許其得爲解約。然有損害賠償之責任。夏爾曼解釋此種規定曰「解約權無論何人不得否認之。惟法律僅監視其行使焉」（同頁）。判例亦多以此項解約權不拘於受損害賠償之限制仍信其爲權利之實行（參照布蘭尼爾前揭第二卷第二版第五八九頁註二）。是則關於解約權之規定純係公益的。而法律所認賠償責任之趣旨似非在於限制其權利矣。

薩列伊悠亦以權利之濫用與權利之欠缺係得以區別之者。其言曰「在權利欠缺之際其爲主之制裁係得以其利益對抗於不法之行爲而非止於僅得請求補償者。易詞言之係爲原狀自體之回復而非同種利益之給付也」（債權論第二版第三七三

頁註)。於此且曾舉示一例以資論證焉。

薩列伊悠以此二者爲有區別。其意固佳。然謂權利欠缺之時則有原狀回復之訴權、權利濫用之時不過僅得請求損害賠償者。則其見解不免有有力之異論矣。蓋法蘭西民法第一三八二條決非認有如此之區別者。關於不法行爲時損害賠償之方法、係由法院參酌事情之如何而任意決定者也。薩列伊悠此種之議論及其示例。夏爾曼曾論駁之。且曾另舉一例以論證權利欠缺時之法行爲亦有不求回復原狀而竟反如權濫用時之請求損害賠償者焉（前揭論文一一七頁註四）。

#### 權利之濫用與近時責任之理論

蓋權利侵害之事實而不伴以損害時能否成立不法行爲。係依英國主義與大陸主義而異其趣者也。對於此於茲而成爲問題者係無權利侵害之事實而亦發生損害時尙得成立不法行爲與否是也。卽議論權利濫用與權利欠缺之區別者係有下述二個之問題者也。第一、所稱爲不侵害他人權利而發生損害之情形能否得認其存在乎。第二、若可以認其存在時則須於如何之條件下認其賠償損害之責任乎。聞嘗思之。責任之理論近時已大改其趣。從來之學說一依主觀主義以本人之過

失爲其論據。近則客觀主義漸次發達而以因果關係代替本人之過失矣。卽如關於勞動災厄時雇主之責任問題。深招學者實際家之議論。而關於此點法蘭西一八九八年四月九日之法律今已爲具有興味之好個問題焉。又如損害係由心神喪失人所加者該心神喪失人亦須任賠償之責。諸國立法會有其例。卽在法蘭西亦曾成爲議會之問題焉。凡此皆係客觀主義對於從來之學說爲顯著之昆脫拉斯脫而出於損害雖無可責於本人之原由亦令本人生賠償義務之思想也。以是之故。學者於定權利濫用之觀念卽有欲以置諸此種論據之上者（波斯庫民事犯要件論夏爾曼前揭論義第一一四頁）。惟在我日民法第七百〇九條係以過失與權利侵害爲不法行爲之要件。與彼法蘭西民法第一三八二條僅以所謂 *bunte*（過失）爲不法行爲責任之基本者大異其趣。故權利之濫用其觀念果屬如何。在我日則因關聯於民法之解釋不能不謂其有相當之困難者也。

諸學說關於區別權利之濫用與適法的行使之標準

更進而就關於區別權利之濫用與適法的行使之標準。試一瞥學者之所說焉。

德意志民法第二二六條規定「權利之實行單以加損害於他人爲目的者不許之

」。又第八二六條規定「以及於善良風俗之方法而故意加損害於他人者負賠償損害之義務」。是在德意志民法係以害意爲權利濫用之要件矣。法蘭西民法第一三八二條規定爲「不問出於如何之事由使他人人生損害者因其原因之爲過失或故意有爲賠償之義務」。是項條文其措詞與德意志民法迥異。故在法蘭西之法律欲僅以害意爲權利濫用之要件。殊嫌不能直接的明白焉。雖其判例多以害意定權利濫用之觀念。然是殆因實際上成爲問題之事件多屬得以證明其存有害意之故。而要不能據此卽行論定其法律也。於是法蘭西之學者關於本問題乃議論紛紛各抒所見。就立法論言之。薩列伊悠謂反於良俗之行爲其自體卽係一濫用（債權論第三一〇項末段）。就解釋論言之。則有二三學者以爲僅以有害意情形爲權利之濫用。殊嫌失諸狹隘。例如夏爾曼以權利之不正常的 *Anormal* 行使卽反於權利之社會的或經濟的目的 *destination sociale ou économique* 之行使，易詞言之社會公共認爲應行排斥之行使爲權利之濫用（前揭論文第一二三頁）。又如祁尼於其私法解釋論以爲以所謂害意之道德的且心理的事項爲標準殊不妥當。而謂「以余所信欲知個人權利之正當真正的界限須探求其經濟的及社會的目的，比較

此權利與相背馳之他權利之經濟的及社會的目的而後始得知之也」(第五四四頁)。  
 鼻喀爾亦於其純正的法理論權利之限界，謂權利之正當的行使「並非止於節制的實行係要從該制度之精神而實行者也」(第二四一頁)。

余意

要之本問題雖甚重要。然在立法論及解釋論其研究皆有所盡焉。第一、權利濫用之觀念其自體尙未明白。第二、關於鑑別濫用之標準亦不免於不明。然就法律發展之大系而考慮本問題之地位則係極有興味之事也。余意可別爲四個之方面觀察之。試分述於左。

第一、此問題刺激學者及實務家係屬近來之事實。如關於同盟罷業雇傭契約等之勞動問題。其主要之事件也。然若遠溯往古則亦非無可尋之痕跡。蓋在羅馬已不拘權利在法律上多爲絕對的之形式而於實際受有許多之限制。此層伊耶陵曾有明顯之說明。又就種種之權利規定其限界者在如斯梯尼年法典之各處亦所散見者也。鼻喀爾亦謂「如果羅馬人不知有此限制則羅馬法不過爲一慘苦專制之法律耳」(純正法理論第二四一頁)。至於近世各種之單行法漸次制限法典上

權利之事實。頻頻出現於吾人之前。就中最如法蘭西足能令吾人認其有顯著之事焉。蓋言語之爲物，其自體原係不得盡其意思者。法律之形式的規定係待諸國民之法律思想而始克爲圓滑之適用者也。惟生存競爭日益激烈。強者往往至於以法律之文字用語假權利之名以壓迫弱者。於是遂起權利濫用之問題矣。對於此項問題其初係以判例隨應具體之事件以救濟其解釋的技術上弊害。至不能救濟者則立法府乃以多少之修正加諸既成之各種法文焉。但由十九世紀至二十世紀之社會。則以此姑息的修正爲未足。在社會的經濟受根本的變動之歐羅巴遂有感於抽象的確定權利濫用觀念之必要。所謂社會問題既於種種之方面開研究之新生面。因是而關於此點遂亦以此困難的問題提示於吾人之前矣。

第二十九世紀起首所成立之法蘭西之民法與同世紀末尾之產物之德意志民法相比較。學者曾謂一則係以自由爲基礎而他則係依據於正義之觀念者。蓋在十九世紀之初承受十八世紀之哲學其所行於世之政治上社會上之思想總係於自由之觀念上構成之者。如權利本體之說明亦係以其全然存於自由也。迄於現今言法律以至權利之學者尙多有屬於自由說者。依其學說法律係定自由之界限者，權

利則行爲自由之能力也。是以法律一旦既已定夫自由之範圍。則在該範圍內之自由行動自當儘許以能力。至於權利人實行權利之目的如何，以及體操如何，固不必過問焉。雖然，時移勢易。自由一語昔日以爲亘於政治道德法律經濟之全體爲其理想之旗幟者。至於現今則已丕然大變。對於從來之個人主義既漸次發達新的團體思想。而共同觀念復逐日顯明。所謂梭利達利帖（連帶）之議論乃廣入於社會上一切之問題矣。而在此際則權利濫用之問題，對於社會上思想如斯劇大變遷之現代可謂係最明顯之反影也。

第三，有以權利濫用之觀念爲法律與道德混雜之思想者。如耶斯曼亦係此種之論者（參照夏爾曼前揭第一一六頁一二一頁）。是蓋以法律無特別之限制時則權利之範圍卽推量其在於絕對的者也。然法律之解釋係要由法律之基礎觀念而定其見解者。彼僅見及成文之形式者，豈得爲當耶。如彼論者一依法律之形式以定權利之內容者，係歸着於以所謂形式上如無制限則個人之活動卽爲自由之個人主義爲法律之背影也。不知法律之背影係屬國民之思想。必於國民之思想已能灼知無遺，而後於法律之真意始能徹底了悟也。在所謂成文形式之裏法律係共於



國民思想之遷移變更其內容者。而鼻喀爾亦以法律之精神在人種不同之間係屢屢不能理解者（純正法理論第二四一頁）。足徵法律之背影係在此而不在彼矣。至於法律與道德之關係自來係不能相離者。其間並非鴻溝劃界各不相侵。昨日僅以爲道德之制裁者而今日則以之爲法律的乃屢見之事。殊無不當之可言。彼個人主義之論者於法律之範圍屢爲不當之縮少。豈知在二十世紀之今日係由人權宣言之時代而又經過一世紀者哉。

第四、關於解釋法律之方法的理論。近時特注重真摯之研究。不以成文爲適用法律之唯一基礎。特就法律背影之社會思潮以理解法律之真意蘄求其適用焉。在以法律爲社會之反影者則法律之解釋更不能不由社會之解釋引導之矣。惟余並非因是而卽主張法典係得依解釋而克永久的保持其生命者。不過法典之修正既不能追隨社會之變動而時時爲之。且自他方以言亦殊無頻頻修正之必要焉。夫法律之基本的淵源之實體，決非僅依成文之偏狹的註釋與沿革之乾燥的詮索所能知之者。此法律學之主觀的新思潮（參照法學協會雜誌第二一九號第九號拙稿）、所以非獨立法論須傾聽之、卽在解釋論亦係有確固之根據也。彼祁尼之私法解

釋論，卽正係究明此項之消息者。而權利濫用之問題，由此點言之亦屬深堪注目之問題焉。

### 爲文意旨

權利濫用之問題。在立法論在解釋論皆非容易之問題。然係極重要之問題而同時且又係饒有興味之問題也。本文之意惟在提示此問題藉使世人所知研究云爾。

## 第九 少年法之成立

少年法以大正十一年法律第四十二號與矯正院法同行公布。當少年法通過於議會時。余曾書此簡短之感想寄諸留岡幸助氏。掲載於氏之第二百零號「人道」焉。

少年法案終通過於議會矣。反對少年法案者固有相當之理由。然余則係希望其通過之一人也。此法案邇者已成爲法律且其實施之期亦不在遠。然則該項法律必如何而後始克使其爲真有意義之法律。斯則誠有待於吾儕之努力矣。

### 吾儕之任務

我日之少年法案決非完全的者。——然所謂完全之法案必須等待之乎。——

夫所謂法律之適用者。係貴乎能使不完全之法律得以完全運用而行之也。從來之法律學僅奉行所謂「惡法亦法也」之格言。然在新之法律學則係要捨却其格言者。縱屬惡法亦要設法以之爲良法適用而行之。此乃適用法律之真正合理之道也。以是之故，余意係「法無惡法」者。况我日少年法雖不免不完全然尙不得謂爲惡法者耶。是故關於其不完全之點，應充分的講究之充分的認識之。然後於妥當合理的之上適用而行之。此乃吾儕之任務也。

#### 對於反對者之意見

論者或有主張我日今日之社會尙未達於適用少年法之時期者。最如少年法係要依所謂保護司卽布羅別笑、歐夫薩之手運動而行者。然在我日之今日欲得適當之保護司實屬困難。或者直可謂爲不能。當局者對於此點雖抱樂觀。而其樂觀殊屬不可實現焉。雖然余意不然。余意以爲此項法律終須實施。則依其實施卽係促進得適當保護司之一方法也。所謂得適當之保護司者係社會之一般於保護司之地位與職責須能以適當的理解之意。此事固非法律所獨能。然法律亦係作其機運之一要素則屬無疑。無保護司則少年法固不可運用。然努力的運用少年

法則亦係得保護司之一方法也。

論者又謂關於善良少年所應講求之保護善導之術。殊有許多之事。此許多之事較諸對於不良之少年不應在所先務乎。余於論者之言以爲確屬至當。夫對於半途不良之幼兒國家社會亟亟焉謀所以照護之。而對於善良之幼兒則國家以至社會卽視爲當然默爾而息。其爲不合自屬無誤。是以余並非以急於少年法之故遂謂國家以至社會對於善良少年之設施卽可視同等閒也。惟關於不良少年之問題。竊謂係屬當務之急。對此急務終須要急爲其處置。少年法案在此意味卽係位於吃緊之問題者也。

### 少年法案之特點

少年法案之趣旨係在對於不良少年而希圖完滿其社會的同化政策者也。良化不良之少年期其爲社會之一成員。於是擔保其生存權。同時對於吾人團體生活之向上復爲之造作其寄與之機會焉。由是觀之，於刑法之基本觀念向來主張採取所謂新派之理論者。決非希奇可貴之見解矣。——又余以爲此項理論非獨少年法所固有，卽在一般之刑法，亦信其係屬相同。——此項理論對於從來以不良行

爲之制裁卽法的效果之本質爲在於應報之思想者。係屬大相反逆。余意爲宣明此大相反逆之思想起見。於少年法案之通過殊覺饒有興味不勝其愉快者也。

少年法案適用此大行反逆之思想。於是一方採用不定期刑。同時於他方且擯斥死刑及無期徒刑焉。夫死刑無期徒刑（在追放之形式）其爲刑罰乃最係原始的者。而在限於以刑罰解爲應報時又最係本質的者也。然時至現今對於少年不良行爲之法律的效果。不能不與應報思想隔離之矣。故其結果勢須首先排斥死刑。卽於無期徒刑亦然。而其廓羅拉利（譯者按原文爲コロラリ核）則不定期刑當然不能不探認之焉。夫所謂對於少年良化手段之效果。其事固屬不能預爲一定。然所謂不定期刑之採用余以爲對於傳統的思想則係甚大之變革也。

少年審判程序之簡易化，又係少年法之特色也。所謂程序之簡易化者，並非輕視程序之意味。亦非因簡易其程序而卽蔽却事實之真相也。蓋在刑事訴訟一般之程序所以多要踐履煩瑣之形式者。原係爲擔保個人之自由而出於防制裁判官擅斷之意。其程序之發達在歷史上政治的固有好些之根底。然時至今日其歷史的意義則漸次喪失矣。今日之刑事立法。信賴裁判官之趨勢特形顯著。我日刑法

於刑罰裁量之範圍規定甚廣。即頗有代表此種之傾向。而在少年法案其趨於此傾則係更行加勢者焉。夫如是是少年法案之運用最早已非形式的法律問題而係實質的社會問題矣。

伴於程序之簡易化而所謂裁判官之常人化者。亦屬深堪注意之事也。少年法案稱裁判官爲審判官。審判官可由推事兼之或者可兼推事。然亦有並非推事而爲審判官者。此卽裁判官之常人化也。此項常人化與彼所謂常人裁判官卽陪審制上者迥異其趣。陪審制之常人裁判官乃以常人而爲裁判官。而此則係以確實適宜於少年問題之專家使其執掌審判之意味也。夫以推事爲法律裁判官時。其爲專家固屬不差。然若以之爲少年審判官則反有嫌於常人化矣。是故少年法求審判官於推事以外者。確係使審判全然專門化之意也。據余之意。在刑事訴訟一般最如在少年審判之際。其形式的論定事實尙無問題。惟於事件所現之具體的關係最如不良者人格之處置須具體的探究其合理的方法。乃爲要中之要。此見如果無誤。則由此點言之。審判官實不能不更爲一層之專門家矣。此項專門家並非枯淡之法律以至科學之專門家。乃係要以常識誠實道德的情操及人道的

熱意皆甚豐富之人，加以法律以至科學之造詣者也。

### 刑事一般立法依於少年法而進化

試以少年法案比對刑事一般之立法確係一種例外之立法。舉凡其對象其所採之程序其擔任審判之人及所講之處置方法簡括言之即亘於法案之全體殆無往而不對於從來之刑事立法爲重大之例外者。以是之故該法案之規定遂不免有不澈底、狐疑及矛盾之處焉。雖然此等缺點目下須忍耐之。余意依於法規之合理的運用。其不澈底處可改善之其狐疑處可是正之其矛盾處可調和之。吾儕之所不能不努力者即在於斯也。余以爲以法律之適用爲一學問而研究之即正係覺悟此等之情形者也。

夫然目下之少年法係例外的現象矣。然例外法者並非底於何時亦止於爲例外法也。夫學問上一定之原則係於認有一例外時而即先爲一進步者。蓋若對於原則發見其不能不認有例外時。則其原則所能及之界限必益能徹底認識之。是則因認有例外而同時其原則之精確性乃益行明顯焉。惟其原則既已不能不認有例外。則該原則實已喪失其完全性而不能仍以爲原則。於是從新樹立包括其原

例外之新原則於新原則之下以謀舊原則之調節者，遂亦屬勢所必至不容或免之事矣。由是言之可知舊原則係向新原則次第進化而行者。一原則係依認有例外而前進一者。思想之爲物固難逃乎此定理之適用也。

### 少年法之關係

春來矣。野花點點開矣。然瞻彼遠山，積雪尙白。朝夕之風，尙油然而未斷也。此時若以其山之雪與其野之花一括而觀之。則兩者非所謂矛盾的現象乎。蓋其雪可謂爲原則其花可謂爲例外也。特是積雪雖深而已避在遠山。新花雖小方且出現於近野。其雪之遠避與其花之湊近。非可認爲係一陽之來復乎。少年法案今者已成爲法律行且瀕於實施矣。其中固有種種之點令人不能滿足。然余以爲此恰似近野所開之一花，在我日實可信爲係思潮近代之樞紐也。且因理解其爲進化之樞紐而吾人由從來努力所覺悟之文化的意義，復可信其藉是得以完滿者也（一九二二年三月二十三日少年法案經衆議院而貴族院可決之翌日）。

## 第十 一 釐事件之回想

東京帝國大學法學部於大正十一年十月二十七日招聘大審院庭長橫田秀雄博



士講演所謂一釐事件焉。法學部爲聽關於司法實務家所懷之經驗曩曾招聘二三人之先輩矣。橫田博士之講演則係最近出現之一事也。

### 該案事實

所謂一釐事件者係煙草專賣法違犯事件。事實之要點係被告人某對於政府息納若干葉之煙草而其重量則僅止七分其價格不過該當金一釐而已。該案事件發生之後。自法院以至街巷之間。大招世人之評論。第一審第二審均爲有罪。逮上訴大審院則以爲無罪。此係明治四十三年十月十二日之判決也（大審院判決錄刑事第十六輯第一六二〇頁以下）。

### 因博士之講演而擬述余之感想

余不幸因公務上之障礙未獲親聆博士之講演焉。——夫在判決之當時余適在外國。關於我日學界之義論既不得而知。今於博士苦心之講演復逸去聽聞之機會。此真係遺憾之事。惟因此講演而余對於一釐事件之回想遂擬乘此機會一述之焉。

### 法律用語之解釋與其基礎

余對於該判決並非欲由專門的帖庫尼卡爾之點批評之。係欲考察判決背影之思想焉。——判決日「根據純然物理上之原則判斷物界之現象以觀察事物時。

則於其有無之間自有非人力所能左右之截然的分界。縱使係秋毫之末。然若既已存在。亦必要以之爲有。而不許其以事涉零細卽以爲無而等閒視之也。惟當由國民共同生活之關係上觀察事物時。則殊不必僅拘拘於物理的觀念焉」。於此余不能不聯想昔日關於電氣竊盜之判例矣。在舊刑法上竊盜電氣者應否論爲竊盜罪。彼時甚有議論。學說方面寧以無罪說爲有力。第一審第二審均判決爲無罪。蓋爲尊重法的確實貫徹罪刑法定主義之精神計。於刑法用語之「物」不容不解爲物理的之意味也。然大審院則卒以爲有罪。以爲「物」之意義不必依據物理的觀念。應以一種之社會的價值判斷解釋之焉。——關於電氣竊盜之判決會當另行論列。茲於一釐事件之判決余所不能不特具興味者係其所論法律上之概念。卽其論——煙草葉——謂「應由國民共同生活之關係觀察事物」之點也。蓋法律用語之解釋係不能不以社會的價值判斷爲基礎者。從來於法律之解釋專喜濫用「惡法亦法也」之格言者。純係爲維持法律的確實之唯一之模特兒

起見。然若以法律爲規範以規範之本質在於價值判斷時。則關於法律之適用吾人之態度實不容不爲一種之轉回。而如本判決則適足顯明此項趣旨者也。

### 概念與事實具體性

判決又曰「刑罰法係規定共同生活條件之法規以維持國家秩序爲其唯一之目的者。果爾則解釋該法自應準照其國所發現之共同生活上之觀念。而不可僅依物理上之觀念矣。而零細之反法行爲若非可認爲係犯人在有危險性之特殊情況下所能決行者。則在共同生活上之觀念已不認爲係侵害於刑罰制裁下要求法律保護之法益。自無臨以刑罰法加以刑罰制裁之必要。立法之趣旨亦不能不謂爲係在於此點也」。此判決並非僅因事涉零細——本案則僅係煙草葉——卽不嵌以法律上之概念。係「零細之反法行爲限於不可認爲係犯人在有危險性之特殊情況下所決行者」始置諸刑罰法規之外焉。故苟若認爲犯人係在有危險性之特殊情況下者。則雖零細之事物亦仍不能免法律的概念之適用矣。特是法律上之概念。並非因其爲概念而卽概念之。係以爲社會的價值之表示而有意義者也。從可知僅知執着概念者實非得當之策。然亦非謂因是而於概念卽可置諸不顧也。

蓋概念之爲物本係用以表示價值判斷者。本此意味卽以概念表示其價值判斷。於論理的利用其概念俾得完滿法律的確實之所以。則吾人於概念之適用殊亦不可視若蔽屣也。由是歸結而言之。吾人之意係要依概念以圖完滿夫價值判斷者。易詞言之係要依概念以進於概念以上者也。是以若適用其概念同時卽得以完滿其價值判斷者。則其概念自當仍行適用。反之若其概念不得完滿價值判斷時。則殊不能不依價值判斷以圖概念之調節矣。

如前所述。事件之爲罪與否係以有無危險性爲斷者。而於該事之是否涉於零細則並無關係。是以大審院於別個判決對於僅該當價格金一釐之竊盜仍以爲無妨於竊盜罪之成立焉（大正四年六月二十二日判決）。卽雖係零細之事物而依事實之具體性一可認犯人有危險性之特殊事情一者。則仍應以爲竊盜罪之客體也。是則足見當適用概念之際須常要考慮事實之具體性矣。

#### 概念與違法性

概念之爲物。於以爲概念而尊重之同時。係又常要依於價值判斷而調節者也。就犯罪而言之。關於犯罪之成立要件除事實性（余從來稱之爲行爲之危險性）

外，係更要考慮夫違法性者。詳細言之，即對於某項行爲除論其是否具備各該本條事實上——在此亦得謂爲係「概念上」——之要件外。更要審究該行爲與法律全體之精神係具有如何關係之價值判斷者。即要明瞭其是否具有反於公共秩序善良風俗之違法性之要件也。

世之論者，動輒以一釐事件之判決係不應以零細之事物視爲法律上之事物者。此與批難該判決之同時並即以爲支持之理由也。余意此項批難與此項支持，皆屬無理。而該項判決之趣旨則信其決不如論者所言之簡單也。

#### 結束

所謂事物之具體性與價值判斷之關係以至行爲之違法性等事。現時係依若干學者之研究而著明者。同時在判例之變遷上亦殊注目此新的趨勢焉。——而關於一釐事件判決之根據。則在明治四十三年其較古之判決實早已與以重要之暗示。今又不禁回想之矣（大正十一年十一月某日）。



法律上之進化與進步勘誤表

第幾頁	第幾行	第幾字	誤	正	第幾頁	第幾行	第幾字	誤	正
弁言一	四	二六以下	漏字	以	六三	八	東文	リ	リン
一	一〇	一九	復	待	六三	八	末一字	素	理
一	一三	一八	展	屣	六四	七	一些	此	此二
目錄一	四	七以下	漏字	面	六七	七	西文	alle	alle
二	一三	六	法	律	七三	五	一一	介	賽
三	八	八	至	與	七五	一	西文	reysesd	Zeal
正書四	一四	三〇	交	文	七五	一	西文	ehion	刪去
七	四	三	法	力	七八	九	一六	間	期
七	一	該行盡處	漏	至該行盡處全 段終了爲與次 段區別應添	七九	八	二	貧	平
八	四	二四	而	以	八八	二	西文	legia	Legis
九	七	二三	枉	柱	八九	八	西文	Publie	and Public
一〇	一	九	錯位	達字應於發字 緊挨	九〇	九	西文	burg	burg
一四	一〇	六	成	結	九〇	一〇	西文	Vol	Vol
一六	五	五	隆盛	注重	九一	一〇	八	債	賃
一六	一四	二一	固	既	九二	二	西文	Ucht	echt
一七	一	七	亦	復	九二	三	西文	Ver	Yr
一七	一三	一六以下	漏字	有	九八	二	八以下	漏字	來
一八	九	一九	任	但	一〇三	一三	二六以下	漏字	山
二一	二	二四	特	最	一〇六	一〇	西文	Geneg	Geneg
二二	七	五	信	陪	一〇六	一〇	西文	Generole	Generale
二五	八	一八	烟	烟	一〇六	一〇	西文	juridigne	juridique
二八	一〇	二〇	刑	例	一〇七	一	西文	Ceny	Ceny
三五	一	Hobbes	Hobbes	Hobbes	一〇七	一	西文	Ceny	Ceny
三五	一〇	General	Generale	Generale	一一七	一三	二六	見	視
三五	一四	Ymmuntee	Ymmannuel	Ymmannuel	一二四	一四	六以下	漏字	意
三六	二	tat	tat	tat	一二五	一三	二一以下	漏字	以
三六	三	oi iye	ori iy	ori iy	一二七	一	一二	地	他
三六	一	ng	gny	gny	一三二	六	六以下	漏字	將
三六	一三	nder	eder	eder	一三五	一〇	西文	Ob ege	Oblige
三六	一四	für en	furen	furen	一三九	一一	一四以下	漏字	平
三八	七	the	the	the	一四一	四	二八	因	固
四一	一	nber	nler	nler	一四一	八	四	主	重
四一	三	breinoll	freinoll	freinoll	一四三	一一	西文	il	ne
四二	六	八	盛倡	注重	一四七	六	二三以下	漏字	不
四二	一四	グ	グ	グ	一四八	九	西文	o	o
四二	六	rent	Kant	Kant	一四九	一	一〇	及	反
四五	三	ユンリ	ユンリ	ユンリ	一四九	一一	西文	soei	son
四九	二	義	意	意	一五〇	五	二四以下	漏字	未
五〇	七	ユン	ユン	ユン	一五〇	九	一九	動	用
五二	二	三以下	漏字	法	一五五	二	一以下	漏字	向
五三	二	一〇以下	漏字	的	一五八	六	二六以下	漏字	以
五七	七	西文	西文	西文	一六一	二	六	日	日
六〇	一一	西文	西文	西文	一六二	二	六	日	日

中華民國十八年一月出版

翻 禁  
印 止

譯 者 朱 廣 文

校 對 者 熊 兆 公

印 刷 者 上 海 中 華 書 局

定 價 一 元 五 角

上 海 圖 書 館 藏 書



A541 212 0002 2314B



140