

のデイクソン對ゲイフィア事件においては、大法官廷は、占有(Possession)の法律效果に關して普通法裁判所で、認められた理論に公然反對する方針を取つた。所が王座裁判所(The King's Bench)の方でも一八六五年のアシャー對ホトロック事件において首席判事コクバーンの「デイクソン對ゲイフィア事件における書記長判事の判決は衡平の點では、いかに正當なりとはいへ、法においては正當といへない」といふ宣言を以て之れに報ひたのであつた。かの裁判所條例 Judicature Acts(一八七三—五年)はこの反對を終止せしめたものであるが、裁判上の推理の方法における差異は依然として殘存して居り、言はば、實際的法律學の兩極を現はして居るのである。

上述の反對は、單に個人的意見の差異とか、制度の競争とかのみに歸せらるべきものでなくて、寧ろ方法の根本的差異に、その起源を求むべきである、即ち一つの系統においては、重心は制定法規に存し、従つて一般のために特殊を、即ち—安定のために正義を—犠牲に供するといふ強い傾向が存するに反し、他の系統においては、もつと直接に正義を追はんとする要求があり、又、裁判官が自己の公平正義の觀念を用ひる廣い自由裁量の權限が存在するのである。書記長判事ジー・ジェセル卿は、嘗て曰く、(ハレットの所領に關する件、一八八〇年)

「衡平法の規則は、普通法の規則の如く、記憶すべからざる昔より確立されたものとは考へられない。それ等の諸規則が時々確立せられたこと—時々變更せられ、改良せられ又洗練せられたことは全く天下周知の事實である。多くの場合に、我々はそれ等の規則を案出した大法官の名まで知つて居る。それ等の規則が、よりよき裁判の施行を確保する目的で案出せられたことは疑もない、けれども猶ほ、飽くまでそれ等は案出せられたものである。次の如き事を取つて考へて見るがよい—既婚婦人の別有財産權、讓渡に對する制限、永久財産に反對する近代的規定、衡平法的の濫費(equitable waste)の規則、我々はこれ等の規則を始めて案出した大法官の名を示すことも出来るし又それ等の規則が始めて衡平法の法律の中へ移入せられた月日を述べることもできる。この故にこの種の場合においては、より古い先例といふものは殆んど價值のないものである。衡平法の理論は進歩的であり、洗練され、改良せられるものであつて、衡平法の規則の何たるかを知らんと欲するならば、勿論、より古代の事件よりも、寧ろより近代の事件に注意すべきである」。

原始社會においては、制定法といふものは稀であるし、又先例記録の困難及び法律家の専門的訓練の欠如のために、判例法の拘束力ある傳統も十分に發達して居ないから、當然自由裁量

により裁判を行ふ範圍が極めて廣汎であり、法律進歩は大部分、立法によるか裁法官の制定によるか何れかの固定法を以てこの不安定な法の状態に換へるといふ事に存して居たのである。然しながら、この過程より推して、法規の範圍が、自由裁量による裁判の範圍を侵畧して、常に擴大しつゝありといふ結論を持ち來たすことは誤であらう。生きた法に對する強い感しを有するあらゆる健全なる社會においては、その反對の方向における運動も亦注目すべきものである。嚴密なる法規も、裁判官に解釋、展開、事情に對する適應、更に進んでは徐々なる有機的變改に對する廣汎なる自由裁量の餘地をも與へる事によつて補充せられるのである。かくして、衡平法は、最も古い法律行動の形式としてのみならず、又その最も新しい形式としてあらはれるのである。一九〇〇年のドイツ民法法典は、法律原則が實際運用に従ひ、次第に分化すべきことを眼中において、種々の法律原則に關する一般的記述を用ひて居る箇所が多い。例へば、同法典は一般的に信義、業務慣例等に言及して居る、法の進化における、この矛盾的傾向を逃れんとする何等かの企ては、忽ちにして、法律組織を全く救ふべからざる形式主義と、堪へ難い術學に陥らしめるのが常である。この融通性に富む衡平法の重要な要素の機能をば、法律進化の純法律的方面の特色なる確實性及び安定なる傳統力といふ二要素に約合はせるとい

ふ所に大問題が存するのである。裁判所がもし成文法令及び主要判決例を氣まぐれに取扱ふならば、時代後れの古い規定を嚴格に適用すると同様に公正を破壊するに至るであらう。この點に關する注意の念は、時々強く法學者によつて言明せられて居る。法の適用は、他に場合も多いが、この場合にも單に正確なる智識の問題たることに止らず、又技巧の問題である、即ち總てがこの二つの異つた傾向を巧に、結合して以て適當なる均衡を保持するといふ念に依存するものである。

四、最後に私は衡平法の三大作用—即ち、個別化の力により與へられる助力、法における欠陥の補充及び法規のぎごちなき結果に對する匡正—に關し、ローマ法及び近代英法より例を借りて私の見解を説明したいと思ふ。衡平的個別化—換言すれば、一般規定を特定の事情に適應せしめる作用—の最も顯著なる例は紀元前二世紀におけるローマの大法學者達の解答 (responsa) によつて與へられる。この適應力が如何に遠大なる結果を生せしめるに至るかは、遺言及契約の解釋より理解することが出来る。ローマ法は共和政の末までに既に、遺言者及び契約當事者の意思が、遺言及び契約を構成する主要なる要因であると考へられる段階にまで到達して居た。然し、この原則に關聯して、かゝる意思の正常なる解釋について特殊の難問題が発生し

て来る。古代の形式的規則によれば、遺言者又は契約當事者の用ひた現實の言葉が、特定の事件における法の基礎を形成するといふのであつた。然し、この規則も一見便利且つ簡單と思はれるが、常に必ずしも適用し得るものではなかつた。用語が不明曖昧なこともあつたらう、その時には法律家は用語の意味を捜さねばならず、これをなすについては法律家は二組の事由によつて指導されねばならなかつた。先づ第一に、前後の文脈及び確實らしい意思を、細心に考究して、何を遺言者又は契約當事者は言はんと欲したかを、確かめんと試みる事も出来れば、或は、さもなくば、その特定の事情において、遺言者又は契約當事者が、何を企て何を定めたりと考へる事が合理的なるやを發見せんと試みることも出来る。法律家の心理は當事者の意思を改造するか、さもなくば、當事者に合理的なる動機を歸するか、執れかの方法により上述の二方面の一つにおいて活動しなければならぬのである。

一つの興味ある事件がローマにおいて紀元一五〇年頃に起つた、ヴァレリウス、ネボスといふ人が、遺言を作り、その中で、法に違つて、ある人を相続人と定め、且色々の友人に對する多くの遺贈、並に或る奴隸達を解放すべき指圖を之れに附加へた、所が暫くして、彼は心が更つて、相続人の名を削除してしまつた。法律上、この行爲によつて遺言全體は無効となり、故

人の財産は親戚が無いがため、國庫の要求する所となつた。この事件が、判決を仰いで、皇帝アントニヌス、ピウス大帝自身の裁判所にまで上訴されて來た。一見した所では、國庫の要求を拒むべき何等の理由もなさうである。が然し、遺言に利害を有する多くの當事者は、それ／＼辯護士を代理人となし、次の如き議論が記録されて今に残つて居る

『ゼノ曰く「願くば、皇帝陛下よ、寛恕の御心もて、我が言を聞き入れ給へ、この遺贈につき、陛下は、いかに裁決し給ふや」。皇帝曰く「汝は彼が相続人の名を削除せるも、猶ほ彼は該遺言を存続せしむる希望を、有することのあり得るを認められるや?」レオ(遺言による受益者の一人なることは明白なり)の辯護士プリスキアヌス曰く「名の削除されたるは唯相続人のみなり」。國庫側の辯護士ロンギヌス曰く「相続人を指定せざる遺言は有効と認めらるることなし」。プリスキアヌス曰く「遺言者は現にその奴隸のある者を解放し、又、ある遺産を贈與せり」。皇帝は問題を熟慮せんがために各人にその室を去るべきを命じたり。關係人が再び入室を許された時、皇帝は曰く「本件は人情的解釋の事件なりと思はる。故に、余はネボスは彼が現實に削除せる指圖のみを廢棄せんと欲せるに過ぎずと認むるものなり」。』
この物語より見て、皇帝は二つの事由により、その判決を下す様に、動かされたことが明白

である。皇帝はその既定の相續人の名は削除するけれども、遺贈及び奴隸解放に關する處分は、そのまま保存するといふのが、遺言者の意思であつたところ考へたのである、が然し今一つの點があつた。即ち當時の進んだ思想は「自由を謳歌して」居たので、皇帝は自由民が、失望するところがあつてはならぬと心配したのである。従つて、多少躊躇はしたけれども、結局皇帝は該遺言の形式の欠點を看過し、「人情的」衡平法の精神で該遺言を解釋せんと決心したのである。

他の特徴ある一團の事件においては、一般規定は、法による指定が餘りに漠然たる場合には、當事者は互に相手方に對して「名譽ある人」にふさはしい行動をせねばならぬといふ原則に基いて、ローマの法律家の力で個別化せられたものである。

五、裁判官が立入つて、衡平正義の考慮を用ひねばならない第二の場合は、法の中に明白な欠如の存する時に起る。かゝる場合は、如何なる法律組織においても、屢々起ることであり、又文明が進歩しても、法律組織が複雑化しても、それによつてかゝる欠如の生じないことを保障するなどは到底不可能である。何となれば、技術的工夫と社會變遷との莫大なる進展に伴ふて、新しい全く豫見せられない事情が日々生じて來るからである。勿論、近代の科學的進歩が移入せられるや、それに追隨して、多量の法令が制定せられた。けれども、法令といふもの

は、一般にその辿るべき道が、實際の事件によつて立派に開けて後ち、永らくして初めて現はれて來るものであつて、法令發布前に生ずる利害の衝突は、一般的に斟酌に基いて決定せられねばならないのである。裁判所は法の欠如に出合つた時は、現存理論を論理的に擴張して、その助力に依つて欠如を補充せんとする傾向を有するのは當然である。併しこの方法は、全然新しい事件の場合にはそんなに効果のあるものではなくて、かゝる事情の下にあつては、大いに暗中模索をなした揚句やつと進歩が行はれることが屢々である。一八九〇年代に、法の目的のために自働車をば牽引機關車と同視せんとする試みが英國の裁判官によつて企てられた。當時牽引車に關する法規の外に自働車に關する問題を、處理するに當り、裁判官の指導となるべき何等の規則もなかつたのであつて、一八九八年の機關車條例(Locomotive Act of 1898)の制定後においてすら、尙ほ自働車の交通は、速力及び管理に關する、きはめて不適當な規定に服して居たのであつた。かくの如くにして、一九〇三年自働車條例(Motor Cars Act)が議會を通過するまでは、判事は自働車の交通に關して、大いに自己の自由裁量に依らねばならなかつたのである。

六、最後に衡平法が、現存の惡法を露骨に變改するに至る様な立場をとる場合、換言すれば

従つて衡平法が改正の動因として働く場合を考へねばならない。こゝでも、亦ローマ法の歴史は裁判所の意識的且つ系統的干渉によつて甚だ不正な法が、徐々に改良せられた顯著な事例を與へて呉れる。時代後れの舊規定の適用を抑制した有名な擬制の若干は、この方法で生み出されたものである。嚴密なる法律よりいへば、ローマの未婚婦人は、遺言による後見人の欠如して居る場合には、その父又は最も近い男系親即ち、最も縁の近い男系の男子の後見の下に立たねばならないことになつて居た。これは事實上、未婚婦人は永久に成年に達することはなく、自分の欲する通り、自分の財産を處分出来ないことを意味して居た。然し、やがて輿論はかゝる事態が、大なる困難を生ずることを了解し、裁判所は形式上その規定を廢止することなく、しかもその法をうまく改正しおほせたのであつた。裁判所は、ある老人と擬制的の結婚を約した婦人を、その擬制上の夫が實際に夫権を行使せんとするあらゆる企てに對して、保護するといふ方法で、この結果を達成したのである。そこで、婦人は結婚の方法で男系親の後見を免れることが出来、又夫に對する服従に陥ることも裁判所の默許せざる所となつた。英法においても、既婚婦人の財産に關して、それと同様の経路が行はれた。普通法においては「結婚は妻の財産權を、その夫の生存中夫に讓渡すること」であつた。十八世紀になつて、輿論は、この規

定の不公平且つ苛酷なることを感ずるに至り、大法官法廷は、その信託の理論を用ひて、この忌むべき規定を修正し「既婚婦人は、その夫と獨立に財産を保有し、その財産の上に、男子又は未婚婦人の行使し得る所の權利を行ふ」事の出来るやうにせしめたのである。

この成功が達成せられたのは、最良の判例法の方法に倣つて、一つの簡單な原則、即ち人は假令自身の財産を保有する能力がなくても、その財産は、信託條件を遂行するを以て唯一の任務とする受託者によつて、本人の利益のために保有され得るといふ原則を、系統的に且つ巧妙に發展したによるのである。かゝる所から、既婚婦人の財産に關して、次の諸結果が生じて來たが、それ等は、一段／＼段階を追ふて、やつと達成せられるに至つたものである。

未婚既婚をとはず、婦人の「別有」のために、受託者に與へられた財産は、その婦人の獨立別個の財産である、換言すれば決してその夫に屬して居ない財産である。成程普通法では、それは受託者の財産であるが、併し衡平法上、受託者は、信託の條件に應じて、従つてその婦人の希望指圖に應じて處理しなければならぬ財産である。こゝにおいて、我々は既婚婦人の「別有財産」(separate property)(separate estate)を構成した次第である。

かゝることは起り得る事であるが、もし財産が婦人に對してその「別有」のために贈與、又は

分授せられ、而も誰も受託者が指名せられなかつた場合には、大法官法廷は、一步進んで、その夫自身が普通法における該財産の法律上の所有者なるの理由を以て、妻のために受託者としてこれを保有するを要する旨を確定した。大法官法廷はかくして、既婚婦人のために、別有財産を創設し、受託者は既婚婦人の財産をば、その指圖に應じて處理しなければならぬといふ考へを、次第に實現し、遂に完成の域に到達したのであつた。以上の如くにして、該裁判所は既婚婦人に對し、その別有財産を讓與或は賣却する能力並に、遺言によつて何人にも隨意に、遺贈をなす能力を與へ、更に進んでは契約を以て、その財産に負擔を負はせる能力をすら與へたのであつた。然しながら、衡平法の法律家は、十九世紀の初頭頃、以上の大業を成し遂げはしたものの、既婚婦人の終身財産に對して全く十分の保護を與へたとはいへないことを認める様になつて來た。既婚婦人が、その別有財産を自由に處分し得る力を有するといふことそれ自身が、別有財産を創設した目的を妨げることがあつた。何故なれば、そのために夫は妻の財産を自分の掌中に納めることも出来るやうになつたからである。バリー、リンドン（英國の作家Thackerayの作品Barry Lyndonの主人公）がその妻を説得し、又は強制して、妻の別有財産に自分の負債を負はしめ、或はそれを賣却して、賣上金を自分に取るやうな事をしないと、誰が

保證できたらう？ 衡平法が敵の攻撃に對して、作りあげた防備の中に存する一つの弱點は、傳ふる所によれば、サーロー卿の敏腕によつて難攻不落なものと改められた。彼は一つの條項を案出したがそれは、爾來絶えず妻有財産設定契約及び遺言の中に用ひられて「豫期に對する制限」(restraint on anticipation)として知られて居る。もしこの條項が「別有」のために婦人に財産を分與する書類の一部をなす時には、その條項は婦人が婚姻中、該財産を讓渡する事も、又はそれに自分の負債を負はせる事も、何れをも不可能ならしめるものである。一言にしていへば、婦人は婚姻中、その他の一切の點については、自分のものとして、該財産を處理することも出来るけれども、自分の収入を豫期することだけはどうしても出来ないものである。

結局、この場合においても、他の多くの場合と同様に、衡平的救済策の達成は、確定的立法に至る道を用意したものであつて、その立法は一八八二年及び一八九三年の既婚婦人財産條例 (the Married women's Property Acts) によつて實現せられるに至つた。

我々は裁判上の裁量の方法としての衡平法は、複雑にして有效なる法律組織と離るべからざるものであることを述べて上來述べ來つた所を要約することが出来る。衡平法は、特別の裁判所によつて行使せられる必要はない。而して、衡平法の特別裁判所が裁判所の廣汎な改革によ

つて姿を没しても、衡平法は消失するものではない。この方法は尙その價値を保持し豫見的一般規定の硬直性を補充するために行使せられるを要するであらう。

今や我々は、既に制定法の四つの淵源—即ち、立法、慣習、判決例、及び衡平法—の各々を吟味して來た。實際においては、これ等の異つた淵源が調和せらるべき方法について重大なる問題がおこるであらう。この過程を支配すべき原則に關する一般的の指令が、一九〇七年のスイス民法法典(*the Swiss Civil Code*)—多くの點において、近代法典中の白眉といふべきもの—に掲げられた次の條項(第一條)の中に見出される。「成文法令は、明示の語を以て、さもなければ解釋によりて、關係する一切の問題を支配す。事件に適用すべき成文法規の存在せざる時は、裁判官は慣習法に依りて判決をなすを要す。問題に關係ある慣習の欠如せる場合には、裁判官は、彼にして、若し立法者なりせば、制定すべかりし規定に従ひて判決をなすを要す。これをなすに當り、裁判官は法律學及び法律的先例によりて、確立せられたる見解を遵奉することを要す。」

第九章 自然法

法規はすべて合理的であり、且つ當然の理にかなつたものと想像されて居る。最惡の法規といへども、恐らく尙これを支持する若干の理由は有するだらう。而して、法律組織の、より重要な理論は、一般にある深く根ざした社會の要求に一致するものである。奴隸制度の如きすら、蠻人及び被征服民の生來劣等なることを理由としてギリシヤ人はこれを是認したのであつた。斯くして、重要な規定は法律的命令として、又合理的命題として、二重の存在理由を有すると言つても差支へなからう。然しながら、かく論じたからとて、我々は立法によつて作られる法律、裁判判決、又は慣習等に對立して、純粹理性や「人間性」の基礎の上に築かれた、正當なる法律組織が存在し得ることを意味するものではない。而も尙ほ、この見解は過去の歴史に於いて、再三論述された所であり、又法の發達を形成するに偉大なる影響をあたへたものである。自然法は「空中に浮べる法律學」なりと寧ろ侮蔑的に稱せられたこともある。而して、この定義は敢へてこの種の法を擁護する人々によつて否認せられるを要しない。何となれば、結局空氣といふものは利益になるにせよ、害惡になるにせよ、共に人生の重要々素の一を構成するものであるから。

ギリシヤ人は、極めて多種多様な制定法に直面して、正義及び公正は世情及び時代と共に

變化する單なる偶然の約定にすぎないか、それともこの混亂した千態萬様の背後には、曲直正邪の永久的觀念が存在するものなりやを自らに尋ねて見た。詭辯學派や懷疑學派は第一の見解を取つたに反し、理想主義派の哲學者はソクラテス、プラトニー、アリストートルの時代以來第二の說を維持したのであつた。移り變る制定法に對照して、彼等は人間の心に滲み込んだ不文法、種々の部族の間に、度々起つて來る慣習法、理性ある人類は至る所に承認しなければならぬ自然法について論じたのである。而してゼノフォンのソクラテス追想録の中には、夫婦親子の間の家族關係が、これ等の絶えず起つて來る自然法の規則の具體的な例として引用されて居るのを見る。

以上は哲學者の思索であつたが、ローマにおける偉大なる法律の實際家達も、その權威を以てこれ等の說を裏書したのであつた。それ等の法律家達は、彼等の裁判所が行使する主權の下に屬する無數の制定法及び慣習を取扱はねばならなかつた。この混雜した法令、慣習の集團を統一し、合理的秩序を附與することは、ローマの裁判官(iudices)及び地方總督(procurator)に於つて、思索的問題ではなくて、現實の問題であつた。かくして變り行く制定法の道德的背景に關する問題が非常な勢を以て起つて來た。而してローマ人は一切の個々の制定法、殊に帝國

の慣習法の合理的基礎として、熱心にギリシヤの自然法に關する理論の傳流を繼受したのである。ウルピアンは、動物さへも包含する様に、この自然法の境界を擴大せんとする傾向を有して居た。ピタゴラス派の人達が動物と人間との間に、何の障壁をも認めなかつたその學說から、ウルピアンは恐らく、この點に關して手引きを得たものに相違ない。而るに、他の學者達は、人間の合理性上に依據することを以て満足し、この見地よりして、多くの法規は、當然の理性より導き出される推論なりとして取扱つたのである。

法學者ポールは曰く「貸貸借は自然そのものから暗示せられたものであり、且これは各國民の法律に見出されるものであるから、その有效のためには、用語の特別形式を必要としない。唯だ同意あれば足りるのである。賣買に關しても同じ理が成立する」。後見の制度も、亦ガイウス(凡そ紀元一五〇年)によつて、その特性は自然の理法に基いた制度なることを示された。他方において、ヂャスチニヤンの下における、法典編纂者も亦この場合に自然法について論じて居る。

然し、この理論の趣旨は、單に實用上の事情から提起されたのではない。その最も強い要素は、哲學的倫理學より源を發して居る、バビニヤン、ポール等の人々、アントニヌスピウス

帝、マルクス、アウレリウス帝、等はストア哲學の勢力の影響をうけた人々であり、是等の人は一般世界に存する自然の法則を認め、これを崇拜したのであつた。而して理性及び正義も亦自然の聲であり、世界における神の力の最も明白な表示であると確信したのも殆んど不思議はないのである。

今一つの場合をいへば、中世の法律家が、キリスト教及び教會の影響の下に起つた所では、その法律學の中に同じ理想主義の解釋が見受けられる。聖アウガスチンの教へに遵へば、神の國は天にあり、地上の國は盜賊の創造物であるといふことだが、それでも猶ほ、神の國に至る道はこの世界を通じて居り、人類は地上における試練の時を最善に利用して、未來の生活の準備をせねばならないのであつた。神はこの試練において、人類を見棄てず、人類に對して、神の法を啓示し、且つこれを人類の心の中に良心及び理性として植付けたのである。地上の國々は半ばは、人類の道德教育の目的に役立つが、半ばは支配者の利己的な罪深い目的を反映して居る所の各自の法を作りあげるけれども衝突矛盾の場合に人々は永久の自然法に従はねばならないものであり、教會は實にこの自然法の第一の解釋者である。又學問及び世俗的文化の復活後、第十六、十七、十八世紀において哲學者は、形而上學、倫理學、政治學及び自然哲學

の組織を築き上げたと同じ筆法に於いて、僅かの理性の原則より法の理論を演繹したのであつた。カントに至つて、理性の法則(law of reason)の理論はその最高頂に達した。

二、時には、條理(reason)を制定法の淵源と認めんとする企が古代においても、又近代においても試みられたことがある。例へば、オーストリア法典(一八一一年)は、次の條項を含んで居る。「もしある事件にして、法文又は法の精神の何れかに従ひて決定する能はざる時は、裁判所は、法によりて決定せられし同様の事件及び他の同種の法を生みし動機をも斟酌すべし。而かも尙ほ、該事件にして、疑を存する場合は、自然法に従ひ、又該事件の事實を鋭意蒐集し且つ周到に考究したる上、適當に斟酌して之を決定すべし。」

自然法の理論と裁判所の實際事務とを直接に關係せしめんとする、この種の企は成功せず、了つたけれども、他方において、かゝる理論が裁判官及び立法者の見解を動かす點において、間接の影響は極めて大なるものがあつた。例へば、ローマ帝國における奴隸制度の緩和は、就中、「人は生來自由、而て奴隸制度は大抵の諸國民に共通の制定法(自然法とは全く別の)たる萬民法(jus gentium)によつて移入せられたものである」といふ說の中に表明せられた意見の變化に由來することがわかる。

同様に、自然法に基く諸理論は、國際法の制定に、或は契約の觀念に基き、公法 (public law) の民衆化を目指して行はれたる改革に、或は法の前には、萬人平等なりといふ理論による身分格式法 (law of status) の根本的變改の上に力強い影響を與へたものである。

例へば「人權」に關する説は、その具體的の形成については色々考へられやうけれども、ともかく同時代(拾八世紀の終りから拾九世紀の初頭)の法律觀念に有力な影響を及ぼし、而もその説自身は、自然法學 (natural jurisprudence) の思索的理論より源を發して居るのである。

英國の裁判所においては、自然法を参照することは喜ばれなかつた。が自然法に基く理論の間接的影響は今迄に感知することが出來た。一七七一年(米國殖民地が英國の手を離れる少し前)に判決せられたかの有名な黒人奴隸ソマセット事件において、主人なるヴァージニア州の一植民者が英國滞在中に、その奴隸に對し自分の權利を主張したのであつた。ソマセットの辯護士ハーグレイヴは、奴隸制度は自然法によつて正當視され得るといふ臆斷を、反駁せんが爲に、論鋒の一部をその方面に向けた。彼は、かのロックの述べた「人はその生存の權利又は人體自由の權利を、自から奪ふことを得ざるが故に、契約は奴隸制度の起源たり得ず」といふ理論を用ひた、恐らく。奴隸制度の起源たるべき征服及び刑罰に關して、ハーグレイヴは、主張

して、曰く、それ等は罪人や或は征服せられたる敵を奴隸とすることが出来る事實を辯明し得るのが關の山である。然し、それ等は、決して生れながらに承け繼いだ奴隸の自分を説明するには不十分であつた。而して該植民者が、その奴隸に對する、支配權の主張を否認した判決を與へるに際して、マンズフィールド卿は宣言して曰く「奴隸制度は(中略)極めて忌むべきものであり、従つて成文法以外の何物も、それを擁護するを許すべからず」。更に語を續けて曰く「この判決より如何なる不便が生じやうとも、私はこの事件が英國法によつて許され、又は是認せられるものと言ふことは出來ない、この故に、該黒人は放免せられねばならない」。

十八世紀の特徴であつた文明的唯理主義の氛圍氣を強く感ずることの出来る今一つの事件は、一七四四年のオミチャンド對バーカー事件であつた。本件に於いてハードウキック卿は、誓約 (oath) の本質は、善人必賞、惡者必罰の力ある神の存在を信ずること、キリスト教の懺悔によつて規定せられた特別の形式ではないから、異教徒も彼等の宗教の儀式に従つて法律上有效なる誓約をなすことを得る旨を定めたのである。

かくして、自然法或は條理の法は文字通り法の淵源たるの働をなしたけれども、直接の淵源として活動したのではなかつた。自然法は、法學及び哲學の創造物である。淵源といふ語の專

門的意味において、自然法は、ローマ法典學者又は近代の法規解釋學者の説が法の淵源でない
と等しく、法の淵源ではない。自然法が法律觀念の進化における、最も有力な素因をなしたこ
いふ事實は、事實とするも、裁判官が裁判を行ふ際に自然法に一つの法典として、その中の條
項を參照するが如き事にはならない。

自然法は他の理由もあらうが、恒久的でないといふ唯一つの理由だけでも、法典として取扱
ふことは出来ない。自然法の歴史を顧る時に、法の具体的問題に關係あるあらゆる事件におい
て、自然法は、たとひ制定法の變化程には瀕繁且つ偶發的ではないけれども、それと全く同様
に、重大なる變化を免れないといふことを容易に認め得るのである。例へば、自然又は條理の
法に基いた親族法などといふものを論ずる事が出来るであらうか？ 親族法といふものは、一夫
多妻制度に基くものか、或はカノン法におけるが如く、嚴格なる一夫一妻制に基くものか、或
は現今の様に契約による一夫一妻制に基くものか、或は今後二三世紀の後には、さうなるだら
うと想像される様に配遇者の自由選擇に基くものか、それとも、ある極めて進んだ社會學者が
力説する如く、公の權力者によつて、なされる優生學的選擇に基くものであらうか？ 又親子の
關係といふものは、自然法によつて明白に規定せられたものであらうか？ 子供は母親の監督

の下におかれ、且つ、父親の絶對的支配權に服したことがあり、都市國家(古ギリシヤのスパ
ルタにこの例を見た。)の教育的管理を受けたこともあり、又兩親の一时的保護の下にあつた時
代もある。又社會的要素が、再び箇人的教育組織に影響することがないか誰が保證出来るか
？ 財産は永久なる自然法の制度たる見込があるであらうか？ 財産の起源は共產主義的であつた
がその後の歴史においては財産は次第々に私的、個人的見地より取扱はれるに至つた。而し
て財産に關しては、社會主義的な觀念が急速に地歩を占めつゝあること、又組織された社會が、
財産の分配及び使用について、從來よりも、より多く且つ増大し行く分け前を要求する權利が
あるといふことは争ふべからざる事實である。例へば土地の國有化、又は國家による生産手段
の獨占は自然法に反するものであると主張し得るであらうか？ 人々は、或はかゝる方法を不
正、危險又は有害と考へるかも知れないけれども、唯理法の永久なる教理に訴へたのみで、之
れを排斥することは出来ない。或は、又最も崇高な道德家達は、寧ろ刑罰の權を神に歸せしめ、
犯罪をば道德上の罪として取扱はんと欲したであらう、けれども、從來、刑罰は確かにすべて
の國家によつて犯罪の當然の結果であると考へられて居た。然しながら、法の現實の施行にお
いてすら、人々は刑の目的及び範圍に關して果して一致した考へを持つて居るだらうか？ 刑

罰は抑壓及び遮斷の手段であるか？（プラトール）教育上の懲戒の方法であるか？（アリストートル）主として妨止手段であるか？（ベンサム）必要なる道徳上の贖罪であるか？（カント）醫學的治療法の一つであるか？（ロンプロゾー）一言にしていへば、人は、そんなに深く研究しなくても、自然法の内容は常に變化しつゝあること、及び統一した永久の法典に自然法を歸せしめることは不可能なるを認めることが出来るのである。

この事は、自然法又は條理の法が、空想的な、不合理な謬想だといふことを意味するものであらうか？ 私は、寧ろ、世界の歴史上、かゝる重大なる役割を演じ、又全く異つた境遇にあり、非常な對照をなす性格の人々の心を、強く動かした所の一つの説が強固な基礎の上に立つて居ないと想像する所に不合理が存すると思ふ。又これ等の基礎が何であるを解することも困難ではない。自然法は、シーザーより、より以上明敏なるシーザーへの訴へである。單純なる判決又は規則に反對するのではなくて、制定法の全体系に反對して、一般社會又は一定社會の優れた人々が提起する所の訴である。立法者は個々の法令によつて法を改正することを要求せられるし、裁判官も各國の事件において判決により法の修正に大いに盡す所があるであらう。けれども、立法者の智慮及び裁判官の衡平的裁量は一般制定法の權威を承認することより出發

するものであるから、それ等のみでは諸々の制度に對しては無力である。而かも猶ほ、法は人間の設けた制度であるが故に、その一つ一つの規定及び理論においてのみならず、又その國民的及び歴史的背景においても、老い行くものであり、従つて廓清及び改革の要求が一代毎に益々熾烈となつて行くのである。然る時に、輿論は現實より轉じて理想へと向ふ。正義の見地より考へられた法の本質に關して考究が生じて來る。勿論これ等の正義の觀念はそれ自身歴史的のものであるけれども、制定法の錯雜した折衷形式より抽出されるのでなくして、もつと簡單な、もつと學問的な哲學理論の教ゆる所に従つて生じたものである、この故に、自然法の内容は時代と共に變化して行くけれども、その目的は不變である、正義即ちこれである。而してこの種類の法は、制定法の中に活躍するのではなくて、人の心中に作用するものであるけれども、心を支配するものは、結局その心の設ける諸制度をも支配するに至るといふことは革めて力説する必要もない。

改革や革命は單なる理論のみで行ふことは出來ない。物質的の力及び物質的事情も又同じく考慮の中に入れなければならない、何となれば徹底的急進的變革に堪え得るには、道徳的昏睡があまりに大であることがあり、政治的團體があまりに、老衰又は腐敗して居る事があるから

である。然しながら、飽くまで正義のために、制定法に對して批評を加へんと意氣込む所の理論の普及は、確かに實際家にとつて、之れを無視し、或は輕視することの出来ないものである。現代において、自然法に依據せんとする傾向の復活を目撃するのは實に意義のある事である。それは二つの方面から生じて來て居る。一方は、現存の法律組織は近代社會の根本的要求と段々接觸を失ひつゝあるといふ確信が廣く行渡つて存在するによる。封建思想及び自由契約論の影響の下に發生した現存制定法の組織は、新興の民主主義の要求に應ずるためには、大いに改革する必要あることを感知するには、今日において、敢へて社會主義者たるを要しないのである。改革の計畫及び匡正的立法の計畫は至る所で着手されて居る。而して、かゝる計畫や試みを今仔細に點検することは出来ないけれども、それ等の計畫が起つたと云ふ事實は、疑もなく、主要なる法律思想に一變化を生じたるを證明するものと見て差支ないのである。

今一つ、もつと地味な議論がある。然しこの議論を認めるとすれば、それは確かに改革主張者の論旨を強めることになるであらう。その議論はシュタムラー(Stammler)に率られる近代のカント祖述者のある人々によつて明瞭に代表されて居る。この派の學者は、一團の永久的規則としての自然法は存在しないことを認めるけれども、各時代はその制定法の傍に、その時代

自身の自然法否寧ろそれ自身の正當法(Ficht-law)を有して居なくてはならないと主張する。換言すれば、制定法の規則はその時代の哲學理論が打立てる標準に照らして、その存在を正當化する必要があることを主張するのである、もし制定法にして、この見地より見て欠くる所あるを發見するならば、立法によるか、裁判上の實際によるか何れかの方法によつて訂正せられねばならない、シュタムラー自身が「正當法」を評價すべき四つの標準を定めんとする試みは成功したものとはいへない。それは、極めて專斷的であり、單なる術學に墮するのみである。然しながら、開化した時代にあつては、制定法は、道徳的理想の標準によつて、評價せられねばならないといふその根本の見解は、争ふべからざるものと思はれる。

かくの如く、法の解釋適用における、より廣い衡平と、より大なる自由とを主張するについて、シュタムラーは、決して孤立ではなかつたことを附言することが出来る。彼の見解は、近代の諸法典の精神及び字義によつて、立證せられて居る。精密なる法典編纂は、衡平法の發達を抑制するものと思はれるかもしれない、けれども、實際は、諸法典の發布は、大陸の法學者間における批評的、改革的精神の發展に新しい刺戟を與へたと思はれる。

我々は今こゝで、本來法の根源的意味における自然法に屬しない地面を歩んで居る。然しな

から「正當法」及び「衡平的」法に關するより地味な學説は、現在英國裁判所で認められてゐる裁判官の自由裁量が是認するよりも、更に一步を進めたものである。條理及び法律關係の本質又はその本性に訴へることは、社會革命を避ける一助として、法の系統的改革を目標とするものである。

英法概論 (完)

大正十五年七月三十日印刷
大正十五年八月五日發行

英法概論
定價金壹圓七拾錢

版權
所有

譯述者	山名壽三
發行者	丸野定一郎
印刷者	織田正誠

東京市神田區三崎町三ノ一四九
東京市神田區三崎町三ノ一四九
東京市赤坂區溜池町二

發行所

東京市神田區三崎町三ノ一四九
振替貯金口座東京七四二〇二番

巖翠堂書店

3

561
7

終