Law of Real Property 及び Elphinstone, Introduction to Conveyancing 及び Clark, Students' Precedents in Conveyancing だけで結構通る。又印度回教法は Markly, Introduction to Hindu and Mohamedan Law 羅馬和蘭法に就ては Lee, Elements of Roman-Dutch Law 位で通るらしい。右の内で不動産及不動産讓渡法は非常にテクニカルで難しく且つイギリス本土だけにしか實用がないと云ふ處から殖民地の學生は之を受ける必要はない。それで印度の學生は印度回教法、南アフリカの學生は羅馬和蘭法を受けるのが通常である樣に見受けられた。イギリス本土の學生中でも Line of least resistance をば選ばうとする連中は、この選擇主義を利用して不動産及不動産讓渡法は御免を蒙る例になつて居る。人情は何處も同じである。

第二部

一　普通法

二　緩和法 (Equity)

三　證據法及民事訴訟法

四　以上諸題目に就ての一般的問題

この試驗は Six terms を keep し且つ第一部の試驗に合格して初めて受られるのであつて、これを "Bar Final" と俗稱する。

試驗に應ずるには左の書物を讀めば宜しい。

一　普通法 Odgers, Common Law (契約法と私犯法だけ)

二　緩和法 Strahan and Kenrick, Digest of Equity

但しこの試驗には每期破產法とか會社法とか組合法とかゝ加へらるゝのでそれにはそれ〴〵特別の關係書を研究しなければならない。

三　證據法及民事訴訟法 Odgers, Common Law (關係題目の部分) 及び Cockle, Leading Cases and Statutes on Evidence

試驗に及第するには講義に出る必要は少しも無いのであつて以上の書物を熟讀すれば宜しい。然し講義は以上の各科目に涉つて行はれる。卽ち各インやテンプルで金を出し合つて法律教育委員會(Council of Legal Education)と云ふものが設けられ Readers と Assitant Readers とが、每學期インズ又はテンプルのどれかの大食堂で講義をやる。自分は是等の講義にも出

席した。形式的保守主義と内容的進歩主義とを調和させたイギリス式は、インズ・オヴ・コートの講義に於ける形式と内容とにも歴然として現はれて居るのである。又インズ・オヴ・コートの附近には試驗を受ける學生の爲に coach と云ふ者が澤山に居る。バリスターが一時間五志か六志で試驗準備をして呉れる。田舎に居る學生等は試驗前之を利用するのが通常である。又是等のコーチは通信教授もする。受驗準備專門のバリスターだけあつて仲々上手に教へる。

學生が Twelve Terms を keep しそれから試驗に及第すると Call to the Bar と云ふ儀式があつて之れが了ると一人前のバリスターに成れる。この Call to the Bar のある日の晩は Call Night と云つて大晩餐會が開かれバリスターはその友人をこの晩餐會に招待する事が出來る。この晩餐會には他に見られない奇々妙々な一寸意味の分り兼ねる色々な古い儀式が行はれる。

バリスターの眞實の生涯はこれから始るのである。バリスターに成つたからとて未だ實際には全然役に立たない。これから一人立で行ける樣になれるのには少くとも數年を要する。その間ウンと勉强せねばならぬ。こゝいらの點に就て面白い事が多いが餘り長くなるから之は後日に讓る事にする。

七

イギリスのバリスター養成法の大要を以上說述したのであるがイギリス式教育法は果して中世紀式遺物として一顧の價もないものであらうか。淺薄に新しいもの近代式のものに許り同情する人達は或は左樣云ふ風に論斷するかも知れない。

然し乍ら自分はさうは見ないのである。イギリスの法學教育の要點は『法律の教養ある紳士』(a gentleman learned in the law) を作るにある。『紳士』を作り出す事。『人物』を養成すると云ふ處がその第一義であつて『法律の教養』と云ふ事が第二義である。第二義的の「法律學の素養」を有效に與へると云ふ點に就てはアメリカの『ケース・メソッド』の方が遙にイギリス式の行き方よりも進步したものがあると自分は考へて居るのである。否此方面に於ては更にアメリカでも改善の餘地がある。然し乍らこんな事は第二義的の話であつて法學教育の根本は『人物養成本位』『人格主義』と云ふ事にあらねばならぬのである。どんなに法律學が出來ても品性が劣等であり人物がなつてないならばそれは「兇器を握つた盜賊」の樣なもので法律教

育は全然棒引となるのである。イギリスでデインナーを共にしながらバリスターの best traditions を體驗すると云ふ處に非常な教訓があり暗示がある。世の中がこんなに複雜になり學問が今日の樣に面倒になると吾々の注意が第二義的の問題に許り注がれて第一義的の點を閑却するやうになり易い。trnism を忘却する樣になる。この時に當つて自分は如何にも人間味に富んだイギリスの法律家養成法を觀察して深く反省させられるのである。繰り返して言ふ。人物の養成は第一義である。法學の學修は第二義でめる。吾々は法學の學修に就て非常に努力せねばならない。然しながら同時に人格向上が第一義である事を忘れてはならない。これはイギリスの人間味のある法學教育が私に與へる暗示であり又教訓である。

二、能率の高いアメリカの法律家養成法

一

廣義に法學教育と云へば其範圍は頗る大きくなつて來る。所謂プロフエッショナル、エデユケ

トションとしての法學教育の外、中學校(ハイ・スクール)や高等學校(コレッヂ)でリベラル・エデユケーションの一部としての法制の教授と云ふ事も包含する。米國に於ける此等方面の法學教育卽ち米國でガヴァーンメント(government)とかシイヴックス(Civics)とか云ふ名稱の下に我國で法制經濟と云ふ樣な名稱で行つてる法學教育の現況を傳へる事も有益な事と思ふのであるが今此所には之れを述べる事を許さない。又學校教育を離れた所謂社會教育としての法學教育方法と云ふ方面も面白い研究題目であり、重心を民衆の敏明に置かんとする民主主義の社會に於ては怠る可らざる事項であるが、之も此所には述べる事を止める。此所には唯プロフエッショナル・エデユケーションとしての法學教育卽ち法律家の養成に題目を限定して話を進める。

米國は歐洲の各國、亞弗利加、亞細亞等世界の各民族の寄合世帶であつて、其の風俗、習慣、思想、感情等も米人の人相や容貌が千差萬別である樣に千差萬別であるが、然し劃一的形相から見ると幾多の方面に於て他國に於けるよりか遙かに一律な事が多い。言語がそれである。勿論ニュー・イングランドの英語、南部地方の英語、中部の英語、西部の英語等には各々特質もあり差別もないではない。然しどこかそこに米國英語と云ふ劃一的の點が著しいのを覺える。英

國や佛國や獨逸などで、プロヴインシヤリズムが甚だしいのでは少々趣を異にして居る。又都市計畫や建築にしても町に依つて異る處はあるが然しどこか米國式と云ふ劃一的の味がする。從て都市巡歴も歐洲を巡歴するに比して趣味が少い。五つか六つ極くティピカルな都會を見て了へばもう澤山と云ふ樣な氣がする。米國に於ける法學教育が卽ちそれで廣い米大陸に數多くある法律學校（ロースクールズ）を歴訪しても教育方法が大同小異で矢張米國式と云ふ劃一的の氣分に打たれるのである。何に依て劃一されて居るかと云へば、卽ちラングデルが初めたケース・メソッド（Case method）である。

二

米國で物の分つた法律家に『法律生活のどんな方面で貴君は米國が他國より進んで居ると考へますか』と問へば、裁判に非ず、立法の精致なるにあらず、國民の準法心の强きに非ず、彼は必ず指を法學教育に向けるに違ひない。成る程法學教育に就ては米國は確かに今日世界各國に對して誇り得る地位にある。然し四十年前迄は米國の法學教育と云ふものは極めて幼稚なもの

であつたので、法律學生は辯護士の事務所に入つて實務を見習ふ暇に教科書を讀んで法律の原則を習つたものであつた。又法律學校と云ふものがないのではなかつたが、教授法は講義式（Lecture System）か教科書式（Text Book System）で一向取立てゝ云ふ可きものはなかつたのである。然るに千八百八十年代にハーバード大學から一大天才が現れて米國の法學教育に革命を引起した。一大天才とは卽ちラングデル教授その人である。彼の主張は要するに二點に歸着する。第一法學は科學（Science）である、第二法學の材料は Printed Books に在る、卽ち判決例中に存すると云ふにある。彼は「判決例」とは云はないで「印刷された書物」と云つたけれども、彼の主張した方法の精神から云つても亦實際から云うても、かく「判決例」と云ふ事に大體制限されて居る。

ラングデルの教授法は恐らく當時の時代思潮となりつゝあつた實證論的精神から生れたものであらう。卽ち美術、宗教、工業等に漸次廣があつて來たダルウインやコントやスペンサ等の Scientific realism の精神が氏の上に影響を及ぼした樣に考へられる。兎に角法律などを學校で習ふのは間違であると考へて居つた當時の人々にとつてはラングデル教授のこの主張は隨分

新しく珍しいものと響いたらしい。米國の法學界に令名高きジョン・ウイグモーア氏の如きは當時學生としてハーバード大學に在つて此の『法律は科學なり』と云ふ演說を聞いたのであつたが、之に就て下の如き感想談をして居る。

『自分は右の演說會に學生として出席して居つた。その後十年間彼の方法の熱心な主張者宣傳者として活動したのであるが、その間屢、ラングデル氏の『法律は科學なり』と云ふ語を想起した。自分にとつて右の言は新しき福音の響きがするのである。豫言者天通眼の言と響くのである。吾々法律家にとつてこの言は『神は靈なり神を禮拜するものは靈と誠とを以てすべし』と云ふ豫言者ヨハネの言が神學者に對すると似通つた印象を與へるのである』と。

ラングデルの教授法はハーバード大學で初めて試みられ Thayer, Keener, Ames, Williston Wigmore, Pound 等に依て、完成せられた。今では米國の法學校にしてこの方法を用ひない處はない位に普及して居る。(註)

(註)只だ時間數の少い Night school では Text Book System や Lecture System を使用して居る。

三

米國法學界の中心地は何と云うてもハーバード・ロー・スクールで在る。(勿論こんな事を英語で云ふと故障の出るのは百も承知だが)米國法學教育の現況を知らんとせばハーバード・ロー・スクールに行くのが一番適當である。

マサチューセッツ州のケインブリッジはチャールズ・リヴーを距て、ボストン市の對岸にある靜かな大學町でハーバード大學の所在地である。その町に聳ゆるオースティン・ホールとラングデル・ホールの二つの建物は卽ちロー・スクールに充てられたもので、米國の法學教育に由緒ある、思出深き建物である。自分はオースティン・ホールの一室を與へられて二年間研究を續けて居つたので、ハーバード・ロー・スクールの氣分は充分に味つた積りである。

元來ハーバード・ロー・スクールは三拍子揃つて居る。卽ち教授には米國一流の大家が集まつてゐるし、學生は米國青年の粹を揃へて居る。又圖書館の完備せる點は他にその比を見ざる處である。米國の法律の資料が具備して居る事は怪しむに足らんとして、英國本國は勿論、英國殖民

地全體の法律に至るまで具備されて居るし、又大陸法も充分研究するに足るだけは集まつて居る。首府ワシントンの Congress Library でも英の British Museum でも Inns of Court の圖書館でも到底ハーバードのロー・ライブラリーには匹敵する事を得ない。

かゝる背景の下に米國式の法學教育の特色たるラングデル・システイムが行はれる。ハーバード・ロー・スクールの空氣を一言を以て蔽へば、教授と學生とが協力して非常な熱心を以て英米法制の眞理を探究せんとして居るに在ると云へる。そして少しもダレた空氣のない事である。その空氣は一度之を味つた者でなければ一寸分らない。然らば何故かくの如き緊張した研究的の空氣が醸成せらるゝか、之を例解すべき二三の點を左に述べて見よう。

(1)Class Room Exercises　先に述べた通りラングデル・メソッドの要點は、オリジナル・ソーセズから法律の原則を抽出して來ると云ふ事にある。勿論學者が研究する時には大抵かくしてやるものであるので怪しむに足らんのであるが、ラングデル・メソッドの特色は學生自身に此の研究方法に依る事を強制する點にある。例へば第一年級の科目は、契約法、不法行爲法、物權法(第一部)、民事訴訟法、責任法(主に因果關係論)、刑法の六科目から成るのであるが、各科

目に付て教授の集めた判例集 (Case Books) が出來て居る。之は只オリジナル・オーソリティーズだけを理論的に秩序をつけて竝べたもので、教師の意見を加へないものである。教師の意見を書いたものでないと云ふ點が一番大切だ。この點に於いて近頃我大學で普及する樣になつた所謂『講義案』――誠に結構には違ひないが――なるものとは全然精神を異にするものである。この判例集中から一時間のエキサーサイズの準備として學生は五つか六つを準備して出て行く。大抵 brief paper と云ふ薄い紙へタイプで要點を打つて來る。教授は先づ學生中の一人を指名して「S君、X對Y事件を述べなさい」と云ふ。指名されたSは自分の作つた要領書を見乍ら右事件を陳述する。之が終ると教授は『君は右事件の判決に賛成か』(Do you agree with the case?) と聞き、學生は賛否何れかを答へる。是に於て教授は色々の實例を出して來て學生を攻めつける。學生も負けん氣になつて是に應ずるので遂に一つの討論會が開かれる。他の學生も例を出して來て横槍を入れる。勿論其間に教授の説明もあるし、教授の意見も發表されるし、學生は速記又は通常の方法で教師の意見をノートにとつて居る。然しこれは附けたりで、要は學生にオリジナル・ソーセズに就いて議論させる習慣を養ふにある。『自分で考へる』と云ふ事が要點で

ある。「汝は如何考へるか」と云ふ所に力を入れる。何しろ總ての論議が具體的の事件のみに基くのであるから頗る面白い。從て學生に法律に對する趣味を引き起させる事が多い。かくの如くにしてクラス・ルームの論議は下宿屋の二階や食堂のテーブルにまで持つて行かれて續けられる。ラングデル・メソッドの妙は單に學生にオリジナル・ソーセズを讀ませて自分で法律の原則を發見させると云ふ點許りでなく、このオリジナル・ソーセズが皆々實際起つた事件なので、趣味津々として盡きないと云ふ點と、毎日皆の前で論議せなければならんので、負けん氣になつて勉強させられると云ふ點にもある。

(2) Law Clubs and Moot Courts 裁判の實際に慣らし且辯論を練習させるためにロー・クラブとムート・コートがある。前者は學生自身が造つたクラブで、一年生二年生三年生の學生を包含した少數の會員から成つて居るクラブでバウンド・クラブだのエイミズ・クラブだの色々あつて、其規則は各々異つて居るが一例を擧げると、倶樂部は三つの裁判所を組織する。即ち第一年級の會員八人から地方裁判所、二年生の會員八人から控訴院を、三年級學生八人から大審院を組織する。それで或る擬似事件を作つて、二人の辯護士が會員中から選ばれ、辯論の一週間前

に引照せんとする判例を裁判所に提出する。右事件に判事となる學生に事件議論の内容が分る樣にする爲めなのである。事件審理日の前に會員に事件の内容論點等は知らされるのであるから出席者は皆々事件に就いて頭が出來て居つて批評的な態度で聽いて居る。事件の論議が了ると各判事は別々に判決を下す。又一週間内に主席判事となつた學生は、判決書を倶樂部に提出しなければならんと云ふ事になつて居る。これは數多くあるロー・クラブの規則の一例であるが多くのロー・クラブはこんな風に出來上て居る。

ムート・コートの方は、大學で主催する集會で教授か又は實際の裁判所の判事がやつて來て判事となる。問題も可成複雜したのを取扱ひ、大抵三年生の學生が辯護士になつてやる。これはロー・クラブよりも晴れの場所で、此處で行はるゝ辯論は實際の裁判所に行はるゝ辯護士の辯論と質に於て決して劣るものでない。

(3) Legal Aid Society ハーバードでは又リーガル・エード・ソサイエティと云ふものがあつて貧民の爲めに事件を引受け裁判所で無料の辯護をして居る。兎に角惡い事件は一切引受ないもあらう又背後に教授が附いて居る爲めもあらうが、敗訴する事は年に一遍位しかない相で

ある。

以上の組織は皆學生をして法律的空氣の内に生活せしめ且つ法律を知らんとする研究心を常に刺戟して居る。

四

時勢は推移して止まない。殊に最近二十年間米國に於ける社會事情や社會思想の變化は非常なものである。ラングデル式教授法には非常な長所があり殊に學生が常に醒めて居る樣に仕組まれて居る事は Lecture System や Text Book System の遠く及ばない處である。然しこの方法即ち現時米國の各法律學校に行れて居る方法は時代の要求に應じて行くに足るか、これ一つの問題である。

自分の考ふる處では、何れの國を問はず、將來の法律家の養成には六個の方面の能力を養成せねばならぬ。即ち分析力の養成、歴史的眼光の養成、立法力の養成、綜合力の養成、比較力の養成、現實感の養成これである。米國の法學教育の批評もこの六個の理想を基準として爲す事が

出來ようと思ふ。

1 分析力の養成。分析力の養成は法律家に取つて最も必要な事で現行法は何であるかを知るには之に依らねばならん。ラングデル式教授法はこの點に於て非常な貢献を米國法學界に與へた。ケース・メソッドの主眼は判例の分析であつてこの點に於て學生の能力は米國では極端まで發達されて居る。(註)

(註) アナリシスで日本のが條文の論理的分析と云ふデダクティヴな行き方に流れるに反して米國のは判例中から原則を抽出せんとするインダクティヴな行き方である事は教育的效果に於いて大なる差を來すのである。

2 歴史的眼光の養成。法律は常に變化し發達する。スタティックでなくダイナミックである。今日の法律は明日の法律でない。故に又現行法も畢竟過去の產物である故、法制史的眼光を養ひ法律發達の傾向を洞察するといふ事は法律家の缺ぐべからざる資格である。米國の法學教育は此點から見て如何かと云ふと先づ上乘である。蓋し英米法の性質上ある法規を論ずるに當つて必ず最初のケースから順次やつて行くからである。外觀上法制史と云ふ科目はなくとも各

科目が皆歴史を追うて研究されるから歴史的眼光は自らその間に養はれて來る。然し歴史の資料を判例だけに取るのは必ずしも正當でないから勿論此點で未だ改善の餘地はあると考へる。

3 立法能力の養成　この方面の養成に於て米國の法學教育の一大缺陷がある。こんなに急激に進歩する世の中では色々な立法をする事が米國の樣な不文法國でも必要になつて來た。又法律の生産過剰と云ふ現象も現に起つて居る。處が米國の立法のテクニックが杜撰な事は隨分有名である。これは立法者に立法技術が足らない事から來て居るので、ラングデル、メソッドは少しもかゝる方面の能力を發達させない。（註）

（註）この方面の教育は我國でも缺けて居る。

4 綜合力の養成　個々の法規や個々の法律原則を更に根本的觀念に統一し法律はバラ〳〵な國家の命令ではなくつて一つの大きな體系をなして居る事を知らしむる事は法學教育上必要な事項である。殊に法律の變化の激しい現代に於て舊法と新法の聯絡を調和して行くと云ふ實際的方面から云うても極く必要な方面である。この點から云うて分析法理學法律哲學と云ふ方面の考察力を養ふ事が必要になつて來る。然るに米國法學教育には此缺點がないでもない。近頃學

者間には法理學的趣味が呼び起されて雜誌の論文や刊行物で此種に屬するものが現はれ出して居るけれど未だ法學教育には大した影響を及ぼしてゐない。稀に學科として之を置いても學生は之を以てハイ・ブラウ・コーセズ(high brow courses)と皮肉つて顧みない。（註）

（註）獨逸から我國へ輸入された分析的觀念法學は米國ではアナリティカル・ジュリスプルデンスと云つてゐる。學校では一科目として上級生に學ばさせる。必要な方面もあるが、我國の樣に一年生からこれをやるのは少しひどい。

5 比較力の養成　現今の樣な國際關係が密接になつて來る世の中では法規の內容が漸次國際化して來る。そこで法律家は單に自國法に通ずるのみでなく他の民族他の社會が全然違つた法系の下に生活して居る事を知る事が非常に必要である。實際的方面から云うても法律改正とか法律適用に當つてディスクレションを用ひるに付ては自國以外の法律を知ると云ふ事が非常に必要になつて來るのである。この方面から米國法學教育を觀察すると云ふ點までは比較力を養成するに傾いて居る。その譯は米國は聯邦制度で各州の法律は皆異なるので例はケース・ブックを開いて見ても各州の法律からその例を採つて居るから普通法（コンモンロー）の行はれて居る國々の法律の比

較をやりその是非優劣を考へさせられる。併し普通法(コンモンロー)以外の國の研究は未だ足らない。これは更に發達の餘地があらう。(註)

(註) 近頃佛蘭西の學者が英米法研究の必要を說いてゐるのも比較の範圍擴張と云ふ方面から面白い。

6 實際感の養成　書物に通常書いてある法律と實際行はれて居る法律とは決して同一でない。例へば日本民法の賣買の規定は決して日本の社會に實際行はれて居る賣買を規律してゐる習慣と同一でない。此點を强く指摘して居るのは所謂社會學派の法律家殊に墺太利の Eugen Ehrlich と米國の Roscoe Pound の兩氏である。この實際を知ると云ふ事は從來は唯社會に出てから漸次覺えると云ふ事になつて居るのであるけれども之を學問の一部としてその研究問題として大學で之を行ふ事が必要であり價値がある。この方面卽ち實際感の養成に於て米國法學教育は如何かと云へば法典國、例は日本や獨逸などの樣な國の法律に比してはずつと進んで居る。蓋し判例は皆實際起つた事實で商慣習とか契約書とかの豐富なる材料を提供して居る。法律の表面と裏面とは能く判例中にあらはれて居る。然し單に判例だけの data では現實法の資料として未だ足らないので、材料を今日の慣習から採つて之を科學的に整頓して行くと云ふ方面

の發達が必要である。「生きた法律」の系統的研究は缺く可らざる方面で更に米國でも發達の餘地があると思ふ。

第六　婦人と法律

一、一夫一婦主義の法律的保護

一

現今各文明國の法律では、一夫一婦主義を是認し、之を保護せんと努めて居る。然らば一夫一婦主義そのものは絶體永劫普遍の眞理であらうか？

此問に對しては「否」と答へねばならない。

過日、西藏から歸つて來たある人の話を傳へ聞いた。それに依ると、西藏では、一妻多夫制（ポリヤンドリー）が古來の「淳風美俗」である。然るに近頃になつて、西藏の青年男子等は「外來思想」の影響を受けて、一妻多夫制に滿足しないで、一夫一婦制を要求して居る。西藏の老人達は、かゝる危險なる外來思想の侵入に依て、西藏に於ける傳來の「淳風美俗」が破壞せられんとしつゝある事に對して、痛歎の聲を發して居る。

近代文明人は、西藏老人の痛歎に對しては、微笑を禁じ得ないであらう。併しながら。一妻

多夫制の方が一夫一婦制よりも善良なものであると感ずる良心をもつた一團の人々が人類中に存在する事は驚くべき――併し、否む可からざる事實である。

支那の社會には一夫多妻制が古來の慣習として公認されて居る。金持の支那人は早婚を爲し「第一夫人」が漸次老ゆるに從つて「第二夫人」を娶り、次で「第三夫人」「第四夫人」に及ぶと云ふ。私は嘗て北京と漢口との間を汽車で旅行して居つた際、日本に留學した事のある、そして日本語に熟達した、支那官吏と同席し談偶、此事に及んだ。私は彼に向つて直截に「貴君には何人の夫人ありや」と訊ねた。彼は平然として「三人の夫人」ありと答へた。私は更に「かくの如くして家庭の圓滿が保たるゝや」と問うた。之に對し彼は「然り、家庭の平和は少しも亂さるゝが如き事はない」と答へた。更に私は「貴君は一夫多妻制と云ふ事は正當なものであると考へらるるか」と問うた。彼は答へて云ふ「男にそれ丈の能力と資力があれば、數人の妻を養ふのは何等不都合ないではないか、貴方の國でも富裕な人達は『妾』と云ふ名の下に一夫多妻を事實上行つて居るでせう」と反擊して來た。私は單純に、反擊の部分に對して丈「然り」と答へた。そしてこれ以上話しを進めなかつた。

この會話にあらはれた支那官吏の心理、卽ち能力と資力とを有する者が數人の妻を娶る事は正當であると云ふ考へは近代文明人には驚くべき考へ方である。但し各文明國に於てもかく考へて居る――言明しないまでも――一團の人々が存する事も否む可からざる事實である。

一部の人達の間には「婦人國有」と云ふ思想が行はれる。一夫一婦制度も畢竟惡むべき資本主義の所產である。個人所有權が社會化せられねばならぬと同樣に、婦人獨專制たる一夫一婦主義も廢止せられて婦人國有制に進化せねばならないものであるとする。ロシヤ革命の際に婦人國有が斷行されたと云ふ事がさも事實らしく各國に傳へられて、赤色ロシヤに對する反感を煽動せんと試みられた。一部社會主義者が之を唱道した事のあるだけに、赤色ロシヤにはさもありうべき事であると無智な民衆から信ぜられた。實に恐るべき事であると、各國に於ける「善良なる市民」の感情を激せしむるに成功した。事實は全く之れと反對なのであつたが、兎に角かゝる考へ方をして居る一團の人達が存する事は驚くべき、併し否む可らざる事實である。

アメリカでは婦人の地位は益々向上して男子優越から男女平等の域を飛越えて女子優越へと昂進して來た。夫婦關係に就ても妻の地位は益々强くなり、夫の地位は漸次弱くなつて來た。

一部の人達はかゝる狀況が益々發展する事こなれば事實上の「男子國有」又は「夫の國有」(Nationalisation of husbands)が行はるゝに至るであらうこさへ云つて居る。「男子國有」又は「夫の國有」!! かゝる思想は未だ眞面目に考へられて居らない。然しかゝる驚くべき考へ方が存する事は事實である。

以上一夫一婦主義こ異つた色々な考へ方の特色は、男女關係を經濟的に考察し、夫婦の一方を財物視して考へる處に特色がある。西藏老人の憂慮の背後には、各男子が一人づゝ別に妻を娶るなどこ云ふ事は古來の美風たる「節約」の主旨に反し、贅澤であるこ云ふ感じが潜んで居る。又右の支那官吏の思想の背後には「購買力」の觀念が存在する。「女子國有」「男子國有」の思想の背後にも亦社會主義的經濟のアナロジーで案出された面影がある。

又全然反對な立場からする一夫一婦主義に對する攻擊がある。それは所謂自由結合論である。男女結合關係の基礎は「愛」でなければならない。愛の伴はざる男女結合關係は罪惡でなければならない。法律は婚姻を以て「終生ノ共同生活ヲ目的トスル一男一女ノ法律的結合關係」こなして終生の共同生活を要件こして居るかも知れない。併し、事實上「愛」は必ずしも終生繼

續する事を期し難い。愛なくして法律上の夫婦關係に拘束せらるゝは實に人格を無視するものであり、婚姻生活をして賣淫に均しからしむるものでもある。かゝる制度は到底自由な人格を具へた男子も女子も共に忍ぶ可らざる處である。かくして一夫一婦主義は經濟的こは反對な「人格主義」「自由」の思想の上から否認せられんこしつゝある。

以上一面經濟的考察の上から、又他面、人格主義的考察の上から一夫一婦主義の制度に對する反對な思想があり、又ある程度まで、之に基いた事實が、諸民族——原始的民族のみならず文化民族の間にも——現存する事は事實である。從つて一夫一婦主義は絶體永劫普遍の眞理なりやこ云ふ問に對しては「否」こ答へねばならない。併しながら、現代文明人の大多數の良心こ常識こは依然こして一夫一婦主義こ云ふものを妥當なものであるこ考へて居るのであるこ私は思ふ。婚姻關係の經濟觀は畢竟その一面觀たるに過ぎずして、「女子の人格」「男子の人格」に鋭感である近代人の承認する事を得ざる見方である。人生の意義は近代人にこつて經濟以上の深刻な形式で提供されて居る。殊に婚姻に就て左樣である。女子を財物視して考察するすべての考へ方には、近代人の心理は直ちに反抗心を感ぜざるを得ない。此直覺的な反抗心の中には

重大な人生そのものに對する透視力が含まれて居る。夫婦關係を財物視する事は視方が資本主義的であるにせよ社會主義的であるにせよ到底現代人の良心を滿足する事は出來ないのである。併し又、自由結合論に對して近代人は成程こ感心する譯に行かない。或程その人格主義的な考へ方にはある種の共鳴を感ずる。婚姻の經濟觀よりは深い處に觸れて居るこ感ずる。併し、近代人の「常識」は自由結合論に對し著しく反抗を感ずる。それは自由結合論の採用が齎らす社會的結果に對する本能的透視から來るのである。自由結合論から來る社會治安の攪亂——現代人の心理に革命が生ぜざる限り自由結合は絶えざる爭鬪を釀或せよう——自由結合論から來る女人の事實的壓迫、子供の地位の不安定なごは近代人の頭に直ちに浮び來る不安である。多年の經驗から養はれた近代人の常識は自由結合論に對しても反抗心を感ずるのである。

かくの如く一夫一婦主義は他の諸主義よりも近代人の良心こ常識こに合した制度であるこ考へられて居る處から、各文明國では皆法律で一夫一婦制度を保護せんこ努力して居る。社會主義を國是こする新ドイツ憲法第百九十條でも「婚姻ハ家族生活及ビ國民ノ保持增殖ノ基礎トシテ憲法ノ特別保護ノ下ニ」に置かれて居る。勞農ロシヤに就ても同樣である。況んや、その他の文明國に於て、傳統的な一夫一婦主義を保持せんこ努力して居る事は云ふを俟たない。併し一夫一婦主義は近代人の良心こ常識こに合した理想ではあるが、その反面には之こ反對して諸、の思潮、諸、の事實こ云ふものを忘却出來ないこ同時に、徹底的な一夫一婦主義から流出する論理的歸結には又近代人の良心こ常識をも滿足せしむる事を得ないものがある。從つて一夫一婦主義の法律的保護には各國に於て迂餘曲折が多い。立法者も裁判官も「一夫一婦主義の理想」こ「他の諸種の社會理想」この衝突を如何にして調節せんかに苦心せざるを得ない。問題は單に「惡を捨てゝ善を採る」こ云ふ形式で提供せられずして「二つの善の內何れを選ぶ可きか」又は「二つの惡の中何れを選ぶべきか」こ云ふ形式で提供される。其處に彼等の非常なる苦心が存する。

二

一夫一婦主義を明確にし、且つ一夫一婦主義に基いた夫婦關係から發生する相互間の權利義務、又それに基いた外界の人達この交通を明確にする前提こし、婚姻關係の設定にはある種の

形式を要する事が近代文明國の慣例である。その形式は「三々九度」と云ふた樣な民俗的なお儀式であつても、又は神樣の前に永世の契りをなすと云ふ宗教的お儀式であつても、又は國家の認許（ライセンス）とか官署への届出とか云ふ法律の形式であつてもよい。兎に角ある種の形式が必要なものであるとするのが通常である。英國ではコンモン・ロー・マリッヂと稱して永年夫婦として同棲し萬人均しくあれは夫婦だと認めて居る場合には假令、その初めに何等の形式が無いにしろ夫婦だと法律上見る原則が行はれて來たけれどもこれも成文法で形式主義に變更する樣になつた。唯極く例外的の場合に、コンモン・ロー・マリッヂが認められる。イギリスの法律を繼受したアメリカでもサウス・カロライナを除いては正面からはコンモン・ロー・マリッヂを認めては居らない。皆々形式を必要條件とする主義に改めたのである。

法律が婚姻關係の明確を期し一夫一婦主義が圓滿に且つ支障なく行はれんと努力し、形式を要件とするのは充分に了解する事が出來る。我國でも民法でこの形式主義を採用して「婚姻ハ戸籍吏ニ届出ツルコト」に依て初めて效力を發生せしむる事とし、すべてその他の形式には婚姻の效力を發生せしめない方針を採つた。

立法の方針は届出の有無が婚姻の有無の標準であるとなし、三々九度の式を擧げたとか宗教的儀式を行つたとか、或は世間一般から天下晴ての夫婦だと考へられて居ると云うた樣な事は少しも法律上關係のない事柄であると見て居るのである。そして又この法律で公認された夫婦以外の男女の結合關係は目をつぶつて之を認めないと云ふのが一夫一婦制度の精神から生ずる當然の論理的歸結であると見るのが穩當な見方であらう。

併し此届出主義で成立する一夫一婦主義は、實際生活でまんまと裏切られて居る。

內緣の妻はその一例である。事物の性質上統計的にその數を擧げる事は出來ないが、日本には內緣の妻が隨分と多い樣である。特に中流以下の人達の間に多く行はれて居る。內緣の夫婦は民法の正面から論やれば夫婦ではなく野合關係に過ぎない。併し內緣の夫婦は本人同志も夫婦だと信じ、世間も夫婦だと見て居るのだから、一片のお届がない爲めに之が野合關係と見るのは假令「法律ノ不知ハ許ス可カラズ」と云ふ原則があるにせよ餘りに酷である。又一夫一婦制度保護の精神から云つて本質上之に反するものであるとは云へない。又不德な男子は之を利用して婦人の貞操を汚して入籍を拒絕するものさへある。賢明なる裁判官はこの狀況を見て不

幸なる内縁の妻を救ぬ爲めに「婚姻豫約違反の訴」の名目の下に慰藉料を與へて居る。世俗に云ふ貞操蹂躙の訴は卽ち之れである。强辯すれば我國に於ける、新郎新婦の十中八九は先づ内縁の妻となり、次いで正妻となるのである。それは婚姻の場合にはお屆は數日後乃至數箇月後である事が通常であるからである。

内縁の妻以外の男女間の結合關係も隨分多いらしい。そして法律は時々思ひ出したかの樣に干渉するけれど、この事實を如何ともする事は出來ない。此處に至ると宗教と道德との力を藉りなければどうする事も出來ない。極端な場合にはこの非違は結合關係を公認して「公娼」なるものを認許するに至るのである。

現行法の上から見て男女の結合關係は民法上の夫婦、内縁の夫婦、及私通關係者の三種に分れその法律上の效果が各々異つて來る事となる。

法律が社會道德の反映とも見る可き、一夫一婦主義を採用したのは結構であらう。假令事實上これが裏切られるにせよ、根本原則として之を掲げることは之を是認すべきである。併しながら、その確定を屆出のみに限定したのは、狹きに失することは又之を認めざるを得ない。法

律上の確實は結構であるが藥がきゝすぎて、重大な不正義が行はるゝに至つては再考を要する事となる。捨てられた内縁の妻に與へらるゝ慰藉料のみが、決して不正義を醫するには足りない。一夫一婦主義を一層完全に保護せんとするには尙ほ「形式」の擴大を必要とするものであらう。

三

一夫一婦主義の法律的保護は、夫婦關係不可侵の原則として發現する。夫婦關係の不可侵の原則は法律上の規則の上では、一面夫婦相互間の守操義務や同居義務の形をとり、他面夫婦以外の第三者がみだりに夫婦關係を侵犯せぬ義務となつて現はれる。そして、これ等の義務が侵される場合に違反者に對し或は刑罰を課し、損害賠償の義務を負擔させ、或は義務違反に依て不利益を受けた夫婦の一方に對し離婚を許す事に依て夫婦關係不可侵の原則を保護せんとするのである。

刑事的制裁に就て我刑法第百八十三條第一項には「有夫ノ婦姦通シタルトキハ二年以下ノ懲

役ニ處ス其相姦シタル者亦同ジ」と規定して居る。夫婦關係不可侵の原則の適用として夫婦の一方が守操義務に違反した場合、之に刑事的制裁を加へ、又その相手方をも刑罰に處すると云ふのは夫婦關係不可侵を保護する法律的手段として一つの有力な考へ方として認む可きであらう。唯「有婦ノ夫姦通シタルトキハ」全然之に對して刑事的制限を課しないと云ふことは近代人の正義心に合しない樣である。一夫一婦主義の法律的保護としては一見片手落である樣である。唯今日實際の社會で男子にもこの刑を適用する事にし、しかもこの法律を嚴格に執行する事にすれば、監獄は姦通者を以て充ち充ちて到底なみ大抵な監獄增設位では這入りきれぬ事ならう。これ到底國費の許さゞる處である(!!)。それ程までに「有婦ノ夫」の守操義務は實際上守られて居らない。併し、兎に角「有夫ノ婦」と「有婦ノ夫」との間に區別を置くのは近代人の正義心にショックを與へる。然らばどうしたらよいか。それには二つの考案がありうる。第一は右の姦通罪の廢止である。刑法學者中此說を爲すものもある。仄聞する處によると婦人聯盟の諸姉はこの主旨の法律案を今年の議會に提出せらるゝ相である。成程一應は尤もな考へ方である。之に依て男女の刑法上の平等は確保せらるゝであらう。之に依て形式上の妻の解放があ

るであらう。併し、姦通罪の規定は假令片面的であるにせよ夫婦關係の不可侵を刑事的制度と云ふ强い形式で保障して來たものである。姦通罪を廢止して一夫一婦主義の法律的保護を弱める事が妥當な事であるか、又それが果して婦人自身の實際上の保護となるかは一の疑問である と云はねばならない。第二は姦通罪の規定を「有婦ノ夫」にも適用せんとする考案である。この考案には現代の社會としては仲々行はれ惡い事情のある事は否み難い。併し一夫一婦主義の法律的保護と云ふ精神から見ればこの方が徹底して居る事も亦疑ひない。私はむしろこの第二案の方が進化しつゝある社會的道德に合致するものではないかとの考へに傾くのである。そして男女を姦通罪に就て平等にして置き、その執行に當つて大に手心をやると云ふ方が宜いかも知れない。唯この方は法律と實際とを著しく離隔せしむるの弊はある。然し殊に親族關係の規律の範圍では、ある程度まで指導的な原理もあつて宜いのではないか。以上二案中第一案は一夫一婦主義の法律的保護を弱めるのであり第二案は之を强めんとするのである。兩案共に實際上の困難があらう。右すべきか左すべきかそれは大に考慮を要すべき問題である事を指摘するに止める。

四

夫婦關係不可侵の法律的保護の手段としては夫婦の一方の守操義務違反に干與した第三者に對する民事的制裁として損害賠償の賦課と云ふ方法がある。

我民法でも第七百九條に「故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生ジタル損害ヲ賠償スル責ニ任ズ」とあり、第七百十條には「他人ノ身體、自由又ハ名譽ヲ害シタル場合ト財產權ヲ害シタル場合トヲ問ハス前條ノ規定ニ依リテ損害賠償ノ責ニ任スル者ハ財產以外ノ損害ニ對シテモ其賠償ヲ爲スコトヲ要ス」とある。又第七百二十三條には「他人ノ名譽ヲ毀損シタル者ニ對シテハ裁判所ハ被害者ノ請求ニ因リ損害賠償ニ代ヘ又ハ損害賠償ト共ニ名譽ヲ回復スルニ適當ナル處分ヲ命スルコトヲ得」と規定されて居る。

夫婦關係の不可侵と云ふ問題に就て、是等の規定が如何云ふ風に働くのであるかは必ずしも明確ではない。妻が姦通を爲した場合に、それが夫權の侵害として相手の男に對し損害賠償を請求し得る事は裁判例の認める處であつて學者間にも多く異論を聞かない。又夫の名譽權の侵

害としても損害賠償權が發生する事に就ても判例がある。イギリスでは古來姦通を犯罪としなかつた。――宗教裁判所の制裁は別として――そして此種の民事的損害賠償權に依て夫婦關係の保護をなして來たのである。之に反し我國では刑事的と民事的と兩面から之を保護して居るのである。

併し、夫の姦通の場合に、妻には相手方の女子に對して妻の姦通の場合と均しく損害賠償請求權があるかと云へばそれは先づ無いものと云はねばなるまい。不法行爲の要件である「權利の侵害」が無いとされるからである。妻の夫に對する貞操請求權と云ふものは成文法規中之を見出すに困難である。只民法で云ふ「權利」は「利益」の意味だと廣く解すれば不法行爲となるとも云へようが未ださう解釋して居る判例も學說もない樣である。又名譽權侵害として損害賠償請求權が發生するかと云ふにこの方も覺束ない。現代日本の社會で夫が姦通をした場合に「妻の名譽」が傷けられたものとは世間一般で認めて呉れないから、裁判所はこの「輿論」に從つて名譽權の侵害の無いものと認定するに違ひない。只特殊の場合、即ち夫が他の女と姦通した許りでなく、妻の同居請求權の侵害と認定され得る場合、及び妻の扶養請求權の侵害と認

定され得べき場合に相手の女に「故意又は過失」があつたときは損害賠償請求權が成立するものと見られよう。又之に附隨して妻の精神的損害に對する慰藉料が與へられる事も考へうる、併しながら、時勢は未だそれまでに進んで居らぬ。裁判所もそこまで進むかどうか疑問である。殊にかくして恢復した金額は「夫ノ管理」に屬しその「使用收益」も夫に屬する事になるのであるから。

妻の地位が著しく進んで居るこされて居るアメリカでも單純に夫の姦通に就て、妻は相手の女に對して損害賠償の訴を提起する事を得ない事になつて居る。併しそれが同居權の侵害こなり、扶養請求權の侵害こなる場合には所謂「愛情離隔の訴」(alienation of affections suit)こ云ふ名の下に相手の女を訴へる事が出來る州もある。「夫誘拐者」(Husband-seducer)に警戒を與へる作用を爲すのである。

愛情生活を外部的な法律で左右する事は仲々困難である。法律も此點で隨分苦心して居るが各國共に思ふ樣に行かない。それが此方面の法律が充分に發達しない理由の一つであらう。刑事的制度も、民事的制度も、共に充分の效果を擧げて居らぬらしい。殊に「金錢賠償」で「精

神上ノ損害」を償せんこするのは實は可笑しいのだが、法律の力ではこれ以上に出るこが出來ぬ。

五

日本の婚姻法、離婚法こ西洋の婚姻法、離婚法こを比較して一番强く感ずるここは、我國の法律が著しく世俗的であるに反し、西洋の法律が著しく宗教的色彩を殘存して居るここである。

離婚こ云ふ事は本來嚴格な意味での一夫一婦主義に合しない。婚姻が元來畢生間の共同的生活を目的こする以上、單に條件附乃至期限附婚姻が許されぬだけでなく離婚こ云ふ事も許さるべきでない。キリスト教國では『神ノ合セ給ヘル者ハ人コレヲ離スベカラズ』こ云ふ聖書のテキストの影響こして離婚こ云ふ事を蛇蝎視して居る。殊に舊教國では最もやかましく制限を附ける。更に再婚禁止こまで進むのである。新教國こ雖も舊教國程でなく、其處には近代的自由の精神の影響があるにせよ、尙ほキリストの聖訓の影響が强く働いて居る、但し、離婚禁止主

義のキリスト教でも妻の姦通だけは之を認めて居る。姦通と云ふ事は一夫一婦主義の本質を傷けるものであるから、この場合には假令離婚そのものも一夫一婦主義の本質に觸れるのであるにせよ離婚と云ふ事を認めざるを得ない。

併し、この嚴格な宗教的背景をもつた立派な一夫一婦主義も缺點にみちた人間社會にはそのまゝ行はれ悪い。そこで舊教國ですら別居制度なるものが認められた。この別居制度は夫婦關係を存續せしめつゝ夫婦を別居せしめ、再婚は之を許さぬ主旨なので嚴格な一夫一婦主義を弱い人間社會に適應せしめんとする一種の緩和策である。然し別居制度は私通關係の增加を來すとか、又は人口の減少を來すとか云ふ色々困つた事柄が伴つて來るので、これも仲々巧く行かない。そこで各國で漸次一定の法律で定めた原因を列擧して、これに該當する場合には離婚を許す樣になつて來た。更に一歩を進めて當事者の合意で離婚を許す二三の國も出來たが、尙ほ手續は至極面倒なのが通常である。ローマ教會は勿論新教の諸教會で是等の傾向に對し極力反對の運動を出て居るのはさもありうべき事である。

之に反して我國では西洋で云ふ樣な、嚴格な人生觀に基いた一夫一婦主義はなかつた樣であ

る。大寶令には無子、婬泆、不事舅姑、口舌、盜竊、妬忌、惡疾、と云ふ七出の法定原因がかけてあるがそれが實際どれ程守られて居つたかは疑問であつて、畢竟「三下り半」の離緣狀で妻は離別されるのが少くも中流以下では通常であつたらしい。但し、妻の方からは離婚を請求出來なかつた。夫を嫌ふ妻は鎌倉東慶寺の樣な緣切寺に走つて三年間留つて離婚を得ると云ふ樣な狀況であつたので、明治六年に至つて初めて妻に離婚請求の訴が認めらるゝに至つた。

現行民法では裁判上の離婚と協議上の離婚を認めて西洋に較べて離婚が非常に自由に出來る處に宗教的背景のない社會功利的な一夫一婦觀が成立して居る。しかも協議上の離婚と云つても因襲の久しき殆んど夫の自由意思に依る離婚が盛に行はれて居る。

一夫一婦主義の理想を法律で保護せんが爲めには、カトリック教の態度が割合に徹底して居る。併し徹底して居るだけに弱い人間には過酷である。併し又離婚が輕々しく爲さるゝ事になれば一夫一婦主義は危殆に陷つて自由結合論に近附いて來る。アメリカでは近頃離婚數が非常に多くなつた。或は「共謀離婚」(コルーシヴ・ディヴォース)と稱し當事者合意の上「法定原因」を假裝して離婚を請求し、又は「渡鳥離婚」(Migratory divorce)と稱し法定原因の輕い州に飛ぶ鳥の樣に移動して離婚

を求めるこ云ふ現象が現はれ、アメリカの識者は一夫一婦主義の破壞、家庭の破壞を來す是等の現象に對し如何にせば宜いかこ憂慮して居る。極端な例になるこ夫かベッドの上で煙草を吸つたこ云ふので離婚を求めたなごもある。日本では離婚が多く妻の不利益に於て爲さるゝに反しアメリカでは離婚は多く夫の不利益に於て爲さるゝ。何れにしても一夫一婦主義の徹底した觀念を懷く人達にこつては恐る可き現象である。

併し、法律の力は頗る無能である。嚴格な一夫一婦主義を支持助長しつゝ弱い人情に酷でない法律は未だ發見されない。男女を法律上平等にする事は比較的容易である。併し、一夫一婦主義の理想を法律に依て保護する事は頗る困難である。

六

一夫一婦主義を貫徹せんこする法律から流出する論理的歸結の一つは私生子の虐待である。私生子は法律及び道德の認めざる男女の結合關係の結晶であるから違法の結晶である。罪惡の子である。法律は之を殺して了ふだけの勇氣はないけれごも、或は之を否認し、或は汚名を負

はしめ、あらゆる社會的不利益を之に對して與へんこした。殊に一夫一婦主義に就いて徹底した人生觀を基礎こしたキリスト教國では、その迫害は深刻であつた。特に英國では私生子をfilius nullius (nobody's child) 即ち「何人の子でもない」こ呼び、且つ兩親の事後の婚姻もその身分を改善せしむる力がなかつた。即ち我民法の樣に之を嫡出化（準正）する力がなかつたのである。そして父の遺產相續からは全然排斥されてゐる。勿論他面英國では遺言自由の原則が歐大陸諸國に於けるよりも遙かに廣く認められて居つたから、父は遺贈に依て私生子を保護する途が開かれて居るので歐大陸程「私生子問題」が重大な問題こされて居らなかつた。然しそれでも尙ほ、遺言の解釋に就て「子供」(Children) こ云ふ文字が使用せられて居る場合には特別の事情なき限り之を嫡出子に限るものこせられ、遺言の無い場合には全然遺產の相續から排除される。只扶養に就て、母が扶養出來ぬ場合に裁判所に出願して「父」である事を充分證明すれば子供が十六になるまで限られた扶養料を請求する事が出來る。又最近の勞働補償法の下では勞働者の災厄の場合に私生子にも亦補償を求むる權利を認むるに至つた。然し尙ほ私生子は別物扱をされて居る。

我民法ではキリスト教的な一夫一婦主義の徹底した人生觀がないためと、それから男系を重んじ家の存續を重んずる思想の上から父の認知した子を庶子と名附け相續關係等に就て普通の私生子よりも大きな權利を與へて居るのは、一夫一婦主義に對する一大ショックであると共に罪のない私生子は惠まれて居る。嫡出子と私生子との區別を廢止したロシヤ新法を除き泰西諸國の法律よりも私生子に厚いものであると云はねばならぬ。

一夫一婦主義から私生子虐待と云ふことに立ち至る理論は一應は正しいものと見ねばならない。然し私生子虐待に依て私生子は絶滅しなかつた。そして兎に角生れて來た私生子には何等罪がない。彼はその自由意志で私生子たるの事實をどうする事も出來ないのである。それを迫害する事に依て反つて社會的に繼子根性を出させ、且つ犯罪人となつて益々社會に害毒を流す危險性が多い。「一夫一婦主義の支持」と云ふ事から「私生子の虐待」と云ふ事が生ずるのは形式論理（formal logic）の歸結としては正當であらうが、經驗論理（experimental logic）の歸結としては不當であるのかも知れない。

一夫一婦主義の法律的保護と私生子の法律的保護！　其處に法律が解決せねばならない大き

なデイレンマが横はるのである。

七

一夫一婦主義の法律的保護！　それは以上の樣な色々な困難に逢着する。時あつてかこの困難な問題を考察して遂には亡び行く一形式に過ぎないのではないかとの懷疑さへも起る。併し深く人生を考察し、歴史的發展の跡を尋ね、且つ現代人の心理を洞察して私は一夫一婦主義の根強い力をもつて居る事を信ずるものである。

一夫一婦主義の法律的保護!!　それは困難なる事業には違ひない。それは「人道」「自由人格」等の尊い理想と衝突する場合がある。又我國では「家の保持」と衝突する場合がある。併し我は過去に於て爲された誤つた保護手段を捨て、過去に於ける誤つた論理を正し、活眼を開いて一夫一婦主義を擁護するのが法律家の責任であり、また一般人の義務であると考るへのである。（完）

二、法律上から見た日本婦人と英米婦人

一

イギリスに於ける歴史法學の泰斗として、令名高き、Sir Henry Sumner Maine はその不朽の名著たる「古代法論」(Ancient law, its connection with the early history of society and its relation to modern ideas) に於て、『進歩的諸社會の變化は從來身分より契約への變化であつた』("The movement of the progressive societies has hitherto been a movement from Status to Contract") と道破して居る。この『身分より契約』へと云ふ法律進化の原則が、如何なる範圍に於いて、妥當であるか。ローマ法史の發達にのみ着眼したるジエネラリゼーションでイギリス法史には妥當でないか。又十九世紀——自由を時代精神の標語とした十九世紀のジエネラリゼーションであつて、協同を時代精神とする二十世紀から見れば、偏頗なる概論に過ぎないか。メインの使用した『身分』『契約』なる語の正確なる意義如何等の點に就ては

學者の間に意見の一致を缺いて居る。今私は此論爭渦中に投ぜんとはしない。然しながら此メインの有名なる標語をイタリヤの法律哲學者 Del Vecchio 教授の樣に『必然的集團より有意的連結への變遷』(un passagio dall' aggregazione necessaria all'associazione volontaria) の意味に解し、『個人人格尊重』の發展を表現する章句であるとすれば、法律學の貴重なる一指導原理として今日と雖も尙ほ此意義を失ふたものと云ふを得ぬであらう。殊に婦人の法律上の地位に關する、我國法を顧みて、その改善を企圖するに當つては、頗る有力なる指導原理として働くべき機能を具有する貴重なる法律格言として、尊重すべきものであらう。

ドイツに於ける新カント派の驍將と目せらるゝ Rudolf von Stammler は、その名著『正理法論』(Lehre von dem richtigen Rechte, S. 208-211) に於て、正理法 (das richtige Recht) の根本原理を要約して

一、個人の意欲の內容を他の意欲の專斷に服せしむ可らず Es darf nicht der Inhalt eines Wollens der Wilkur einer anderen anheimfallen.

二、すべての法律上の請求は義務者が同胞として存在し得るとの意義に於てのみ成立し得べ

きものゝす Jede rechtliche Anforderung darf nur in dem Sinne bestehen dass, der Verpflichtete sich der Nächste sein kann.

三、法律に依て拘束を受くる者は專斷的に、社會的協同より排除せらる可きに非ず Es darf nicht ein rechtlich Verbundener nach Willkür von der Gemeinschaft ausgeschlossen sein.

四、法律上の排除力は之に服する個人が尙ほ同胞として生存し得べき意味に於てのみ正當視し得べきものゝす Jede rechtlich verliehene Verfügungsmacht darf nur in dem Sinne ausschliessend sein, dass der Ausgeschlossene sich noch der Nächste sein kann.

の四つとなして居る。氏の修辭の形式は頗る哲學的であるが其個人の意欲の尊重と同胞としての人格の認識を高調する點に於て、法律學上の指導原理としてメインの格言と同種の意義を有するものと云へよう。

男子と女子との法律上の差別的待遇は歷史的に漸次除去されて來た。婦人に關する法律の發達は、各國に於て、婦人人格尊重の發達史であつて、各國の法律は今尙ほその發達過程にある。そして過去に於てその指導原理がメインの所謂「身分より契約に」(最廣義に於ける)でありシ

ユタムラーの所謂『個人の意欲は他の個人の意欲の專斷に服せしむ可らず』『法律に依て拘束を受くる者は專斷的に社會的協同より排除せらるべきに非ず』であつた。そして將來我國の婦人法も亦此根本的指導原理に依て進むべきものであらう。

二

法の理想としては「婦人人格の尊重」が基調でなければならない。「婦人の解放」が目標でなければならない。婦人の資性を最高限に發揮するあらゆる妨害は委く之を排除せなければならない。男女の法律上の平等が指導原理とならねばならない。併しながら、他面、法は現實の生活を規律する規範であつて哲學上の理想、道德上の理想を其儘に現實法に編込む事は出來ない。よし又假に之を敢てしたとするも結局行はれざる法律として終るに過ぎない。法律家が兎角一般世人から時代遲れである、過當に保守的であるとの誹を受けるのは法律家が道德律を以て直ちに法律としても結局は行はれるものでないと云ふ自覺が、其訓練と經驗とから強く働くが故である。法律の性質に通じない非法律家——善意にして且つ社會改善に熱心な非法律家——は

すべて道德的な規範を以て直ちに法律となさん事を要求する。この傾向が最も強いのはアメリカである。アメリカの公衆はすべて道德的に望ましき處を法律となさんと欲する。アメリカの各州の議會には毎年數百の法律の過剩生產と云ふ珍現象が現はれて居る。我國に於ても眞面目な社會改良家にして、この誤を繰返す事が將來あり得るであらうし、現在に於てもその萠芽が見えないでもない。然し又他面、法律家中にも之と方向を異にする弊風がないでもない。卽ちその取扱ふ狹い現在の生活上の經驗に執著し、歷史的に發展しつゝある法の理想を忘却して、無意味に總ての改善に就て懷疑的な態度を採る事である。私は非法律家に對して法律家の眞に困難と感ずる處を理解し之に同情する事を希望すると同時に法律家に對しては、法の理想に對し一層敏感となり、その實現に盡瘁せん事を希望せざるを得ないのである。婦人の法律上の地位と云ふ問題に就ても現實の問題としては非法律家と法律家との間の此種の了解が必要である樣に見える。

婦人に關する法律は永遠なる女性 eternal feminine を規律するのではない。日本法は「お花さん」「お梅さん」を規律せんとするに反し外國法は「メリーさん」「ペッティさん」を規律せん

とする。そして「お花さん」「お梅さん」の內容が「メリーさん」「ペッティさん」の內容と異るに從つて法律もその內容を異にせねばならない。從つて外國の法律をその儘日本法に飜譯しても巧く行はれる筈はないのである。然しながら近頃日本に於ける「お花さん」「お梅さん」の內容は大分に「メリーさん」や「ペッティさん」の內容に近くなつて來た樣であつて、以前の「お花さん」「お梅さん」を規律した法律では不都合になつて來た點も少くない樣に見受けられる。從て「メリーさん」「ペッティさん」を規律する英米法と「お花さん」「お梅さん」を規律する日本法を比較して見るのも萬更無益の事業ではあるまい、と考へるのである。私は此所には英米法がどれだけの範圍で現在に於ける日本婦人の規範として妥當であるか、と云ふ面倒な問題には觸れないで只兩者の對照に就て少しく觀察をして見ようと思ふのである。

三

日本も英米も共に立憲政體の國と云ふ事になつて居る。立憲國の本質は輿論政治と云ふ事であり、輿論は選擧權の行使に依る議員代表で發表せられるのが常態である。日本法では殆んど

完全に婦人をこの意味での輿論構成から排除して居る。即ち選擧權及び被選擧權が徹底的に婦人から剝奪されて居る。衆議院議員選擧法第八條には「帝國臣民タル男子ニシテ年齡二十五年以上ノ者」でなければ衆議院議員の選擧權が無い事になつて居り、同法第十條には「帝國臣民タル男子ニシテ年齡三十年以上ノ者」でなければ衆議員議員となる事が出來ぬ事になつて居る。市制第九條には市公民の資格として「帝國臣民ニシテ獨立ノ生計ヲ營ム年齡二十五年以上ノ男子二年以來市ノ住民ト爲リ其市ノ負擔ヲ分任シ且其市内ニ於テ地租ヲ納メ若ハ直接國稅年額二圓以上ヲ納ムル」事を要件となし、そして第十四條に「市公民ハ總テ選擧權ヲ有ス」云々、第十八條に「選擧權ヲ有スル市公民ハ被選擧權ヲ有ス」とあるので選擧權被選擧權は完全に婦人から剝奪されてゐる。町村制第七條、第十二條、第十五條も市制の場合と同樣な規定を置き、町村公民中には婦人を入れないで置いて町村公民と云ふ事を選擧權、被選擧權の資格要件として居るのであるから婦人排斥は町村でも完全に行はれて居る。又府縣制第六條には「府縣内ノ市町村公民ニシテ市町村會員ノ選擧權ヲ有シ且ツ其ノ府縣内ニ於テ一年以來直接國稅年額三圓以上ヲ納ムル者ハ府縣會議員ノ選擧權ヲ有ス」「府縣内ノ市町村公民ニシテ市町村會議員ノ選

擧權ヲ有シ且其ノ府縣内ニ於テ一年以來直接國稅年額十圓以上ヲ納ムル者ハ府縣會議員ノ被選擧權ヲ有ス」として、市町村公民と云ふ事を府縣議員の選擧權被選擧權の基礎として居るから府縣に就ても矢張り婦人が完全に排斥されて居る。婦女をして政治に容喙せしむ可からずと云ふ國策から見れば頗る徹底して居る。唯例外として、商業會議所議員の選擧に就て、自己の名で商業工業を營み營業稅を納める者ならば婦人でも選擧權がある事は商業會議所法第九條に「帝國臣民又ハ帝國法律ニ依リ設立シタル法人ニシテ商業會議所ノ地區内ニ主タル營業所又ハ事務所ヲ有シ左ノ各號ニ該當スルモノハ議員ノ選擧權ヲ有ス云々」と規定して居り男子と女子とに依て差別待遇を與へて居らぬ事は「帝國臣民」と云ふ包括的文句を使用した事から明らである。然し被選擧權となると矢張り「法人及年齡三十以上ノ男子ニシテ二箇年以來議員ノ選擧權ニ關スル要件ヲ具備スル者ハ被選擧權ヲ有ス云々」で再び婦人排斥が初まつて居る。又女子に與へられた選擧權も自身では行使出來ず男子たる代人を以て爲さなければならぬ事は、同法第十八條に「議員ノ選擧ハ選擧人自ラ之ヲ行フベシ但シ法人女子及無能力者ハ命令ノ定ムル所ニ依リ代人ヲ以テ之ヲ行フ」とあり、商業會議所議員選擧規則第二十二條に「代人ハ帝國臣民タ

ル成年ノ男子ニシテ商業會議所法第十三條ニ該當セザル者ナルコトヲ要ス」である事である。婦人などが選擧場に出入するは不穩當なりと云ふ考に基くのであらうか。

以上の諸法規に現はれた政治は婦女の容喙すべき所に非ずと云ふ國策は、治安警察法第五條で、女子は政治上の結社に加入する事及び公衆を會合する政談集會に會合し其發起人たる事を禁止する規定に依て遺憾なく徹底させられて居つた。然るに近頃、治安警察法第五條の改正に依て此國策の第一線が突破さるゝに至つた。そして追々と第二線第三線と突破の勢が進んで來るかも知れない。

英米と雖も婦人參政權が完全に確立するに至つたのは最近である。勿論從來と雖も「婦人は政治に容喙すべからず」と云ふ主義は日本程徹底しては居らなかつたが、その完全——殆んど完全なる男女同權が參政權に就て實現するに至つたのは、戰時中婦人があらゆる方面に活動して男子と劣らざる能力ある事を示し、ジョン・ブルやアンクル・サムをして婦人にも參政權を與へるのがフェーヤ・プレーぢやと納得せしめた結果である。

英國では千九百十八年人民代表法(Representation of the People Act, 1918)に依て「婦人ニ

シテ年齢三十歳ニ達シ其選擧區內ノ土地又ハ家屋ニ關シ地方團體ノ選擧人トシテ登錄セラルル資格アル者若クハ其資格アル男子ノ妻タル者ハ其選擧區ノ下院議員選擧人トシテ登錄スル資格アルモノトス」とした。即ち自ら家を構へて居るか若くは夫が年收價格五ポンドの不動產を借りて之を占有して居る三十歳以上の婦人には選擧權を與ふると云ふ事になつた。男子に就ては成年即ち二十一歳女子に就ては三十歳以上と云ふ差別が未だ殘つては居るが然しこの規定の結果約八・八五六・〇〇〇の婦人が參政權を得て居る樣である。丁度私が英國倫敦に滯在して居る間、此新選擧法の下に總選擧が行はれ私の泊つて居つた家庭の夫人も選擧權を獲得したので、ストーヴ會議にも候補者の品評や政治論に火花が散つたのであつた。又同年制定の法律で婦人の被選擧權も認められて居る(Parliament Qualification of Women Act, 1918)。そして此方には「三十歳」と云ふ制限がない。

米國では千九百二十年聯邦憲法に第十九條修正として「合衆國市民ノ選擧權ハ性ヲ理由トシテ合衆國又ハ各州ニヨリ拒否又ハ制限セラルヽコトナシ」となし參政權に關し男女を完全に平等の地位に置く事とした。かの米國研究者として有名な心理學者ミュンステルベルグが「聯邦憲

法の修正に依る婦人參政權確立は君主政體を聯邦憲法修正で米國に輸入せんとすると同樣發生し得可からざる事」("This is hardly more likely to happen than a constitutional amendment to introduce heredifary monarchy". Hugo Münsterberg, The Americans,(1914) p, 573)と云つた豫言がガラリと外れて聯邦憲法修正で參政權に關する男女の差別が撤廢されたのである。

四

家庭經濟の内に活動の領域を限定されて居つた婦人が、國民經濟へ干與する樣になつて、婦人職業問題が世界到る處に、喧しくなつて來た。我國でも所謂職業婦人の數は益々增加して來て筋肉勞働、精神勞働の兩方面に益々婦人の活動範圍が廣められて來る形勢である。やがては殆んど全部男子で占められて居る、所謂「官吏社會」も婦人に依て侵入せられないとも限らない。

婦人が官吏となる事の禁止は我國法上婦人參政權の禁止程嚴格なものでない。帝國憲法第十九條は「法律命令ノ定ムル所ノ資格ニ應シ均ク文武官ニ任セラレ及其他ノ公務ニ就クコトヲ

得」とある。即ち官吏となり其他の公務に就くには「日本臣民」たる事を要求するだけで「日本臣民たる男子」たる事を要求するのでないのだから、少くも憲法上は男女同權である。然し「法律命令ノ定ムル資格ニ應シ」とあるから法律や命令で差別を置く事は自由であり又實際ある程度まで置かれて居る。

我國法上官吏の任用には四種類ある。(1)先づ任用資格に何等の制限のない自由任用がある。即ち親任官（大審院長、行政裁判所長官、會計檢査院長、陸海軍大臣、朝鮮總督、臺灣總督を除く）、特命全權公使、辨理公使、内閣書記官長、法制局長官、拓殖局長官、各省次官、内務省警保局長、勅任の各省參事官、警視總監、貴族院書記官長、衆議院書記官長はこれである。(2)又銓衡任用と云つて試驗委員の銓衡を經て任用せらるゝものがある。銓衡任用の中には一定の經歷例ば二年以上勅任文官若くは高等官三等の奏任文官の職に在つたと云ふ樣な事を要件とするものもあるけれどかゝる特別經歷を有せないで宜いものもある。教官、技術官其他特別の學術技藝を要する文官、學校長、製鐵所長官、海外駐劄財務官、製鐵所次長、專賣局長官、國勢院部長、印刷局長、造幣局長、專賣局部長、千住製絨所長、維新史料編纂事務局長等は即ち

之れである。(3)第三に官歴に依る任用と云つて官吏として一定の經歴ある者を銓衡を經、又は經ずして任用する場合である。(4)最後に一番普通なのは即ち試驗に依る任用でこれには一般試驗と特別試驗とがあり一般普通なのは高等試驗(行政科、外交科、司法科)即ち奏任行政官、外交官、領事官又は司法官たる資格を與へる試驗と、普通試驗即ち判任文官たる資格を與へる試驗がある。

以上の中で自由任用、銓衡任用に就ても何等の制限を置いて居らない樣であるから婦人と雖も採用せられ得ないと云ふ法律上の支障は置かれてない樣である。又高等試驗普通試驗にも女子を排斥したと解すべき文句は殆んどない故、學力さへあれば女子と雖も高等文官試驗や外交官試驗や判檢事試驗に大學出の男子達と競爭するのは毫も法律上差支ないものと解すべきものであらう。尙ほ特定の官吏に就ては女子を排斥して居る法律もあるが此所には之を述べない。

米國の聯邦政府の役人試驗は千八百八十三年の文官法(Civil Service Act, 1883)で規定されて居るが、男女に依て差別を置く事がないので毎年何十萬と云ふ女子志願者が試驗場に殺到する樣である。各州も女子官吏が多い。英國は米國程ではなくとも追々と女子が此方面にまで侵

入しはせまいかと思はれる。

官吏ではないが辯護士の方は我國では女子には門戸が解放せられて居らない。即ち辯護士法第二條には「日本臣民ニシテ民法上ノ能力ヲ有スル成年以上ノ男子タルコト」を辯護士となる條件として居る。近頃辯護士法改正の議があるさうであるが、この點の改正が企てられるか如何かそれは私には豫見出來ぬ。

此點に行くと米國の方は婦人辯護士は隨分以前から存する。現に私の滯米中私はボストンの女辯護士から婦人倶樂部に招待されて其對價として散々「日本婦人の地位」といふ話題に就て微より細に入つて油を取られて了つた。又法廷に連れて行かれてその花やかな辯論振を聞かされた。聯邦裁判所では千八百九十年から女子辯護士(辯護婦?)の辯論が許され又州裁判所でも大抵婦人辯護士が許されて居る。

英國の方は保守的の國柄だけあつて仲々辯護士となるを許さなかつたが今年の五月婦人辯護士が出來た。アイヴィー・ウイリャムズと云ふ婦人でインナー・テンプルから出た男女二十三人の新辯護士中最優等の成績であつたさうである。辯護士就職式(Call to the Bar)の晩にイン

ナー・テンプルのトレヂユアラーであるそしてかの有名な英國小說家チャールズ・ディツケンスの息であるエイチ・エフ・ディツケンス氏は一場の演說をなした。氏は婦人が動產として取扱れし時代、何等の財產權を有せざりし時代、男子の附屬物視せられし時代から說き及ぼし今日に於ける婦人地位の向上を慶賀し、殊に世界大戰中婦人が彼等自身の努力に依りて世人の偏見の大部分を打破るに成功した事を激賞したる後、今後實社會に出ても努力を繼續して最後の勝利を收められたし、これ自分が壯時ケンブリツヂ大學に入學するに當て父チャールス・ディツケンスの自分を激勵した賢き忠言であると云つて感激に滿ちた調子で結んだ。ウイリヤムス孃は之に對し私が辯護士となる事は私一生のドリームであり、又私に對する私の父のドリームであつた。今其ドリームが實現されて私は喜びの餘り殆んど言ふ處を知らない云々」と述べたと傳へられて居る。

尙ほ婦人職業問題に關聯して婦人勞働者の法律的待遇や大正の人身賣買である藝娼妓の問題や英米の婦人勞働者保護立法それから White slavery や vaudeville artistes (Music-hall dancing girls) の法律上の地位と比較すべきであるが、此處には之を割愛する事としよう。

五

我が民法々典の上では男女平等と云ふ事を原則として採用して居る。勿論婦人が妻と云ふ身分を取得すると、頗る不平等な地位に置かれて來るが、婦人は婦人としてのみの理由に依り、私權の享有行使に就て男子と不平等な地位に居るものでない、と云ふのが民法の主旨である。婦人は女戶主としては家族たる男子の上にも——彼女の夫の上にも戶主權を行使する事を得る。ある場合に子供の上に親權を行使し得る。未婚婦人や寡婦なら單獨で、又妻である場合なら共同で養子をする事が出來る。又婦人と雖も自己の名で契約を締結し、財產を取得し、處分する事が出來る。之を「三從」の昔に比すれば民法は婦人を隨分解放したのであると云へよう。併しこれは原則であつて男女が民法上全然平等なものだとは云へないので、例外的規定が置かれて居る。是等の規定にはそれぞれ不平等を是認せしめる相當な理由があるものもあるので私は必ずしも一概に之を不可だとは云はないのであるが、兎に角不平等な規定のある事だけは事實である。その內で顯著なのは相續に關してであらう。

我國では英米と異つて相續に家督相續と遺産相續とを區別して居る。家督相續は「家」の存續を目的とした戸主の死亡隱居等の場合に起る戸主權の承繼であり、遺産相續は家族の死亡した場合に起る遺産の承繼である。家督相續は一人相續であり遺産相續の方は數人が均分相續をする事がある。遺産相續に就ては我民法上では男女平等である。然るに戸主財産相續と云ふ事になると男女は平等の地位に置かれて居らない。勿論「女子ハ家督相續ヲ爲スコトヲ得ス」と云ふ程極端な男女の不平等は之を認めて居らないのであるが、尙ほ『親等ノ同シキ者ノ間ニ在リテハ男ヲ先ニス』(民法第九百七十條第二號)として男子を先にして居る。家督相續必ずしも財産相續の觀念だけに止まるのでなく、家名相續、戸主權相續と云ふ方面もあるのであるけれど、財産的方面から觀察すれば、財産權の取得資格に就て男女不平等である事は事實である。封建的な『家ノ存續』と云ふ理想支持の爲めに男女の平等の原則に例外を認めたものであると云はねばならない。

然らば英米の方はどうかと云ふと、英國の方には日本程極端ではないが、封建的な色彩が殘つて居る。英國では不動産と動産とを區別し、不動産の方は被相續人の最近親の直系卑屬たる

男子に行く。直系卑屬がなければ直系尊屬たる男子、又之もなければ傍系の男子に行く事になる(寡婦ある場合には制限を受ける事があるが)。卽ち『男子及男系優先』(Preference of males and of male stocks)の原則が認められる。然し動産の方はかゝる事はなく男女にかゝはらず分配せられるのである。兎に角英國の長男は財産的には恵まれたる地位にあるのであるが日本程でない。それは優先的地位のみに限られて居るのと日本の樣に遺留分制度が認められて居らないで遺言で自由に處分されて了ふ事があるからである。かの小說などによく出て來る、貴族の息子が女優に夢中になつて、親父から一志で廢嫡される(to be cut off with a shilling)のは之である。

米國の相續法は州に依つて細則は異るけれども、何れも不動産相續につき男子及び男系優先(Preference of males and of male stocks)の原則は長子相續主義(Primogeniture)と共に廢止せられて居るのが通例であるから、封建的色彩がこれて男女平等主義となつて居る。

六

男女の性を中心とした關係中最も典型的なものが夫婦關係である。我民法は夫婦關係にある婦人を如何に取扱つて居るのであるか。夫婦關係に在る男子と比較してその地位はどうであるか。

(一)婚姻豫約に就て大正四年一月二十六日の大審院の判決で「婚姻豫約ハ適法ニシテ有效ナリ法律上之ニ依リ當事者ヲシテ其約旨ニ違反シテ婚姻ヲ爲スコトヲ拒絶シタル場合ニ於テハ其一方ハ相手ガ其約ヲ信ジタルガ爲メニ被ムリタル有形無形ノ損害ヲ賠償スル責ニ任スベキモノトス而シテ其損害賠償ハ違約ヲ原因トシテ請求スルコトヲ要シ不法行爲ヲ原因トシテ請求スベキモノニ非ズ」としたので、形式上はすべての婚姻豫約を何等制限なく認め、之に違反した場合には契約違反に基く損害賠償を求められる樣に見えるが、其後の各判決は皆同棲と云ふ事實があり、貞操を汚された婦女からの訴の場合に限られて居る樣である。少し前の新聞紙が婚姻の約束を破つた婦人に對し男子の方から訴を起さんとしつゝあるとか傳へて居つたが、かゝる場合の判例は未だ無い樣である。

從來の判例から見ると裁判所が保護救濟して居るのは不法に侵された『婦人の貞操』であつ

て婚約破棄に基く『單純な精神上の苦痛』ではない樣である。

英米の方は更に一歩を進めて婚約破棄に基く『單純な精神上の苦痛』にも救濟を與へて居る。所謂「婚約違反の訴」Breach of Promise of Marriage Suit はこれである。貴族や大金持の息子達が宜く新聞紙で被告なることになつて現はれて來る。又かの小說家チャールス・ディケンスは Pickwick Papers の內に Bardell 對 Pickwick 事件として輕妙に描寫してゐる。ある意味で婦人の精神的安全の法律的保護が、日本より厚いとも云へよう。然しながら、又他國から考へると英米に於けるエンゲージメント・リングを取交した男女の交際振とその差異を考へに入れゝば、必ずしも左樣とも限らないのかも知れない。英米の判決例にも男子の方から婚約違反の訴を提起した場合は見當らない。私は米國のある法律の先生に男にはかゝる訴權は無いかと聞いたら、先生曰く「アメリカにはそんな野暮な男は居ない。然しながら假にさう云ふ訴があつたとしたら Chivalrous な陪審員は笑ひながら「名義上の賠償」Nominal damages 即ち五仙と云ふ樣な損害賠償を與へよう。少くも僕が陪審員であつたならさう云ふ事に少る」と。

(二)夫婦關係は畢生間の共同生活を目的とするので期限附とか條件附とかの婚姻を許さないのは洋の東西を問はない。(試驗結婚 trial marriage を許す法案がコロラド州で議會に出た事はあるが)然し法律で規定した重大な理由があつた場合に裁判離婚を許す事も亦洋の東西を問はない。然しながら、日本では所謂協議上の離婚なるものを認めて裁判所のお世話にならず、夫婦の合意だけで別れる事を認めて居るに反し、英米では之を認めない。メインは進化的社會に於ける法律の進化は『身分より契約への進化』であると云うたが、身分(Status)の意味を「當事者の自由意志で消滅せしめ得ざる關係」の意味にとるならば英米の夫婦關係は Status に近く日本の夫婦關係は Contract に近く、日本の方が一層進歩したる法律階段に立つものと云へよう。況や「當事者の意志」も「當事者双方の合意」でなく「夫のみの意思」で行はれる事が實際に多いさうであるから益々日本法は Status の域を脱して居る。英米でもフェミニストの中で協議離婚賛成論者が可成りある。大に日本法を範に取るであらう(?!)

(三)婚姻に依て妻の有つて居つた財産はどうなるのであるか。我民法は所謂夫婦財産契約なるものを認めて、夫婦が婚姻の屆出前に契約を以て任意に婚姻中の財産關係を定むることを得

る事にして居るが、我國ではかゝる水臭い事をする夫婦は少いから大抵の夫婦は法定財産制の適用を受ける。此法定財産制に依ると妻又は人夫が婚姻前から有つて居る財産及び婚姻中自己の名に於て得たる財産を特有財産として有ち續けて所有權には何等變動を生ぜぬこととして居る。そして財産の管理權は夫(入夫の場合でも)に屬し、その財産の使用收益は夫(又は女戸主)が爲しその代り婚姻から生ずる一切の費用は夫(又は女戸主)の負擔として居る。そして日常の家事に付ては妻は夫の代理人と見做される事になつて居る。

此の仕組も、我舊慣に比べると妻の財産上の地位が著しく改善されて居る。そして必ずしも妻に對し甚しく不公平な取扱をしたとも思へない。然しながら英米の妻は今や「平等」の域を脱して「優越」の地位にまで上騰して居るのだから較べものにならぬ。

英國でも古くは夫婦を同體と見、然もその同體は即ち夫だと見て居つた(Husband and wife were regarded as one person, and that person was the husband)結果、妻の財産中動産は所有權が夫に移り不動産の收益權も夫にあつた。その代り夫は妻を養ひ、妻の婚姻前の負債を支拂ひ、婚姻前の不法行爲に付ても第三者に對し賠償の責を負うた。

然し千八百八十三年以來の英國では狀況がすつかり變つて了つた。夫は特約なき限り婚姻に依り妻の財産上に何等の權利を取得せぬ。婚姻當時妻の有して居つた財産は不動産、動産を問はずその儘妻に屬する。婚姻後妻の取得する財産も又妻に屬する。その代り妻の債務を辨濟し妻の婚姻前の不法行爲から生ずる賠償義務は妻から取得した財産の限度(通常は零——)に限られる樣になつた。然しながら婚姻中の不法行爲に付ては妻と共同して賠償責任があり、又妻子を扶養する義務は依然として其儘である。夫が救貧院にでも行く場合でなければ金持の妻君に扶養料の請求は出來ぬ。ある著者は"The present day is a bad time for fortune hunters by means of marriage"と嘆息して居る。成程左樣だ。

米國は州に依つて多少異るが大體英國と同樣で、ある州に依ては英國以上「優越」の度を增したものもある。

(四)我民法では妻は取引の自由が著しく制限されて居る。民法は妻を無能力者として未成年者禁治産者準禁治産者と竝べて規定して居る。そしてある種の法律行爲をするには必ず夫の許可を受くべきものとし若し無許可で此種の法律行爲をした場合には妻からも夫からも取消す事

が出來るとして居る。夫の許可を要するとした理由はそのあるものに就ては經濟上の效果が重大であるから男子たる夫を保管者とすると云ふ主旨であらう。(民法第十四條第一項)又他のものに就ては家庭の圓滿を保護しようと云ふ主旨であらう。例へば他人(多くの場合男子ならん)からの贈與を受諾するには夫の許可を要するものとしたのは法律が粹をきかせたのであらう。唯粹をきかせるなら內面的に夫が他の女から贈與を受けるには妻の許可(?)を要すべきであつたらう(!)。

今日の英米では妻はかゝる制限は少しも受けない。夫婦間の義務に反せざる限り夫の許可なしではなく、自由に法律行爲をする事が出來る樣になつた。アメリカでは居住する邸宅(family home)の讓渡には妻の同意を要するものとするが通例で、或は家具の抵當(Mortgage of household goods)には妻の同意を要すとなし、或は夫の勞銀の讓渡には妻の同意を要するものとして居る。妻の能力でなく「夫の無能力」を認めて居る。このアメリカの先例は追々と日本でも眞似て宜い樣な事實が大分ある樣だ。

(五)夫唱婦從(Man proposes and the wife disposes)の理は財産に就ては獨立人と同じに

なつた英米の妻に就ても我國と同じく未だ存する。婦は夫の姓（family name）を名乘り、夫の國籍を取得し、又夫の住居指定權に服する。夫は依然として head of the family であると云はれる。但し結婚しても夫の姓を名乘らぬ女もある。又女は結婚すると Miss so and so が Mrs. so and so と變ずるのに男の方は拘束を受けずに依然 Mr. so and so で止まるのは不平等でいかぬと憤るフエミニストもある。又最近アメリカの國籍法が改正になつて婦人は結婚に依つて當然夫の國籍を取得すると云ふ主義を廢した。併しこれは必ずしも男女平等と云ふ理由から出來たのでなく、別に實際上の理由から來た樣である。

日本では英米の妻以上に、妻唱夫從の一例がある。女戸主と入夫との關係がこれである。入夫は女戸主の家に入り、その姓を名乘り、入夫が外國人の場合には、女戸主の國籍を取得して日本人となり、女戸主の戸主權に服する。法律上は公認せられたのである。然しこれは「家の保持」と云ふ封建的理想から認めた變態であるから「日本に於ける妻の優越」を外國人に宣傳する材料とするのは少し無理に違ひない。

（六）夫婦相互の間には身分上の權利義務が對立する。それから、この相互間の權利義務の外

に、世間一般に對し配偶者の一方に就て權利が成立し得る。相互間の義務違反は仲々法律で干渉出來ぬ。只極端な場合に刑法で罰し離婚を許す位なものである。第三者が配偶者の權利を侵した場合にも刑法と不法行爲に基く提害賠償とで保護される。然し親族權の關係は何處の國でも法律に依る保存が困難であるが、英米法は此の點が判例で微より細に入つて定まつて居る。英米法は日本法よりは婦に厚い樣だ。以下その狀況を略說して見度いと思ふ。

（甲）先づ夫婦相互の權利關係から說くと、

（A）夫は妻に對し下の三つの欲求を有つ。

(1) 愛情的共同生活（consortium; society and affection）。昔は妻がこの義務を盡さないと懲戒又は監禁（correction）をなす事を得る事になつて居り、その際夫は「自分の親指より太くない棒でなら」妻を打つて宜しい（A husband may beat his wife with a stick no thicker than his thumb）と云ふ諺さへあつた位だが、それは過去の傳說で今では英米を通じてかかる懲戒權は認めない。それから又配偶者の一方が此義務に違反した場合に、「配偶者權回復の訴」（action for the restitution of conjugal rights）と云ふものを認めて義務違反の配偶者を

逮捕監禁したものであつたが、千八百八十四年以來『配偶者權回復命令』は唯形式だけの問題となつてこの命令に從はない場合には「遺棄」と見て別居を許す前提とするに過ぎない。アメリカには「配偶者權回復の訴」なるものは初めから認められなかつた樣である。

(2)勞務 (Service)。夫は妻から「家事整頓のため相當な勞務を提供する」ことを欲求する。以前には妻が之を怠る場合には夫に懲戒の權を認めたが、今では身體に手を觸れてはならぬことになつた。

(3)貧困な夫は妻から扶養を受くる事を欲求する。併し日本の樣に扶養義務の範圍が廣くない英米法ではかゝる場合に妻の扶養義務を認めないのが原則であつて只英國、加州、北ダコタその他アメリカの數州で認められてゐるだけである。

以上の内我民法では(3)の扶養義務は之を認め、(1)の同棲義務も之を認める。但し强制執行は之を許さない。只所謂間接强制が出來得るだけであらうか、(2)の勞務請求權は我民法上特に之を認めて居らない。

B次に妻は夫に向つて下の事を欲求する。

(1)愛情的共同生活 (consortium)。これは夫の場合と同樣强制方法はない。配偶者權回復の訴は英國では名稱だけ存續して居るが、實體は變更して居るのは夫の場合と同樣である。又米國には全然ない。懲戒權や監禁權が妻にない事は昔も今も同じである。

(2)扶養を受くる事 (support)。扶養懈怠に基く刑事訴追 (prosecution) や離緣金 (alimony) や扶養命令 (orders of support) などで完全に保護されて居る。

以上夫婦相互の欲求が法律で保護されて居る範圍を見ても妻の地位が如何に夫の地位よりも優越なるかが分る。妻は自分の財產を所有し、使用收益、管理を爲し、然も夫から扶養を受け且つ夫に對しては扶養の義務がないのが通常であるから確かに日本よりは妻の地位が惠まれて居る。時あつてか Poor husband! と同情したくなる位である。

(乙)次に夫婦の一方が他の一方に關し第三者に對し有する權利關係を次に述べると、

(A)夫は妻に關し第三者から下の樣な欲求をする。

(1)妻の勞務を妨害せぬ事。妻の勞務損失 (loss of service) はそれが誘拐に基くと傷害に基くことを問はず損害賠償の訴で保護されて居る。

(2)妻の愛情を離隔せぬ事。これも保護されて居る。姦通はなくとも、愛情離隔（alienation of affections）があれば、不法行爲となる。

(3)妻の貞操を尊重する事。これは姦通 criminal conversation と云ふ民事の訴訟で保護されて居る。

(B)妻は夫に關し第三者から下の樣な欲求をする。

(1)夫の勞働力を妨害せぬ事。これは保護されて居る。第三者が夫を誘拐又は傷害等の方法で扶養の義務を怠らしめるに至ると妻はその人に對し、賠償を請求し得る。

(2)夫の愛情を離隔せぬ事。「愛情離隔の訴」(alienation of affections suit) と云つて他の婦人が自己の夫の愛を奪つた場合にその女に對して損害賠償の訴を起す事を許して居る處がアメリカではある。所謂 (husband-seducer) に對する訴である。然しこれは認めぬ州もある。その可否の論が法律家の間に盛である。日本で之を認めたら隨分と訴の提起さるべき筋合の場合が多からう。然し日本法ではかくして得た賠償金は不正行爲の當事者たる夫が「用法ニ從テ使用及收益」を爲す權利を有するに至るのだから（民法七百九十九條）變な結果になる。

(3)夫の貞操を尊重する事。これは英米でも法律で保護して居らない。社會の觀念が未だ夫の貞操を妻の貞操程重く見て居らぬのが理由であらう。フェミニストが大に怒る一點である。第三者に對する夫婦關係の保護に就ては夫の保護の方が妻の保護よりも優越して居る。然し「夫の愛情離隔の訴」などが認められるあたりは流石は米國である。日本の妻は當分左樣な訴を起さずに默して居らねばなるまい。

(七)子の上に行ふ親權に就て夫と妻とは同等でない。民法は第八百七十七條で「子ハ其家ニ在ル父ノ親權ニ服ス」る事を原則として居る。從來英米でも左樣であつたが近頃のアメリカでは妻の方から大分故障が出て、多くの州では法律を改正して夫婦共同して親權を行ふ事とした。又離婚の場合には我民法では當事者で別段の定めをしない場合、又裁判所が特別の定めをしない場合には、子の監護は父に屬するものとして居るが（民法第八百十二條第八項）アメリカでは全然子の福利に從て定められるものとして、かゝる夫を先にする推定規定の無いのが多い樣である。

(八)離婚原因に就ての差別的規定は、一方夫は妻が姦通を爲したるときに離婚の訴を提起す

る事が出來るが妻は夫が姦通罪に因つて刑に處せられた場合でなければ離婚の訴は起せぬ事として男女不平等である。英國（インゲランドだけ）では日本と同樣だが今改正論が盛に行はれて居る。アメリカでは夫の姦通も妻の姦通と等しく離婚原因として居る。

七

婦人を分つて未婚婦人、妻、及び未亡人（寡婦）とするならば未亡人が世間一般から同情を惹く。殊にアメリカ人は未亡人に對する同情の念が強いと云ふ評判である。議會などでも寡婦年金（widow's pension）となると議員が頗る熱心になるが、母性保險（maternity insurance）になると熱心の程度が薄らぐと傳へられて居る位である。兎に角配偶者を失つた氣の毒な未亡人を充分に保護するだけのガラントリーを法律も持つて宜い。殊に未亡人相續權に就て之が問題となる。

然らばこの點に就いて日本法はどうかと云ふと、その保護が必ずしも厚いといふ譯には行かぬ。

我が民法では英米と異つて相續に家督相續と遺產相續とを分つて居る事は前きに述べたが、（一）家督相續の場合の未亡人の地位如何と云ふと、先夫たる戶主に家族たる直系卑屬があればこれが一人で家督相續人となり未亡人は少しも先夫の財產を得ない。又戶主に法定家督相續人たるべき直系卑屬がない場合には戶主は生前の屆出又は遺言に於て誰でも家督相續に指定する事が出來る。この場合未亡人が家督相續人に指定される事はあらうが是は稀であると云はねばならない。戶主に直系卑屬たる家督相續人もなく又指定家督相續人もない場合に民法は被相續人の父又は母又は親族會をして(1)家女なる配偶者(2)兄弟(3)姉妹(4)家女ならざる配偶者(5)兄弟姉妹の直系卑屬の順序で家督相續人を選定せしむる事として居る。卽ち先夫が入夫とか婿養子で其の家の戶主となつたと云ふ場合には未亡人たる家附の女は第一次に選定される權利があるが、未亡人が他家から入つた妻である場合には被相續人の兄弟姉妹の爲めに優先されるのである。

（二）遺產相續、卽ち家族の死んだ場合の相續に就ては(1)直系卑屬(2)配偶者(3)直系尊屬(4)戶主と云ふ順序である。卽ち配偶者は第二順位にある。且つ未亡人が相續人である場合には遺留分

として被相續人の財産の三分の一は必ず得られる（民法第千百三十條）。

以上の中遺産相續の場合に未亡人が直系尊屬や戸主や兄弟姉妹（全然相續權がない）に先立たしめて遺産を獨占せしむ樣にしたのは一大英斷（？）であるとも云へよう。併しながら家督相續遺産相續を通じて直系卑屬ある場合に全然遺産を未亡人に與へぬのは稍〻酷である。子が未亡人を充分に世話すると云ふ古來の美風は其子が先妻の子であり養子である場合には必ずしも守られないのが現實の狀況であつて、この點から不幸な運命に陷る未亡人は世間に少しとせぬ。又家督相續の場合に他家から入つた未亡人よりも兄弟姉妹を優先させ、未亡人には遺産を少しもやらぬと云ふのは不公平な嫌がないでもない。

之に反し英國では未亡人の保護は日本より厚い。即ち

(1)被相續人の不動産の三分の一について未亡人は一生涯之を使用收益する權利をもつ。

(2)被相續人のもつて居つた動産に就てはその内から債務を支拂つた後

（イ）動産不動産を併せて五百ポンド以下ならば全部未亡人に行き、「土地に付ては法定相續人が全部之を取得する」と云ふ原則の適用もなくなる。

（ロ）その價格が五百ポンド以上の場合には未亡人は五百ポンドとその利息を何人にも先だつて得る。

（ハ）亡夫に子供がある場合には未亡人は動産の三分の一、子供が三分の二を得る。又亡夫に子供がないと、未亡人は動産の半分を得、殘り半分が近親の間に分けられる。

勿論英國では遺言や夫婦財産契約で右に變つた定めをする事が自由であるが、無遺言相續の場合の規定は大體右の如くである。日本と比較すると未亡人の地位は能く保護されて居る。米國は州に依て異るが大抵未亡人の相續權を認めて居ないものはない樣である。

八

時勢は間斷なく「身分より契約へ」向つて流れて來た。それだけでなく、英米に於ては少くも私法の範圍内に於ては婦人の地位は騎虎の勢「男女平等」の域を飛越えて「女子優越」にまで進んで來た。男子は今や「女子優越より男子平等へ」と叫ばざるを得ざるに至つた。之に反し我國に於いては公法上に於ても、將た又私法上に於ても「男子優越」が牢固たる地歩を占め

て居る。

併しながら法律はある意味で社會の反映である。英米に於ける法律上の「男女平等」は事實上の「男女平等」に根ざして居る點が多い。我國に於ける法律上の男子優越は事實上のそれに淵源して居る部分が可成りあるのではないか。私は男子が一層婦人の人格を尊敬すると共に婦人が益々覺醒して尊敬すべき人格見識を養成せられん事を希望して止まざるものである。そして近き將來に於て、法律上に於ても少くも男女平等の實を擧ぐるに至らんを期待せんとするのである。

第七　思想及び言論と法律

一、言論自由に關する二面的及び多面的考察方法

一

政府から本年の議會に提出された過激社會運動取締法案を中心として言論自由と云ふ古い問題が新しい興味に彩られて、思索家の腦中を往來する。元來この問題が最近に於いて世人の注意を惹くに至つたのは、單に我國だけの現象ではない。ボルシエヴイズムに對する歐米各國の恐怖は彼地に於ても同じ問題を世人に考へさせて居る。アメリカでは對獨戰爭中Espionage Actが制定されて非戰論の取締をした。そしてこの法律の下に起つた、United States v Jacob Abrams et al, 事件に關する合衆國最高裁判所の判決を中心として、幾多の論爭がこの古い——そして新しい問題に就いて重ねられるのを見た。然し乍ら私は日本に於ける言論自由問題と西洋に於ける言論自由問題との間にその思想的背景に就て著しい差異の存する事に氣付くのである。西洋殊に英米では個人の自由と云ふ信條がオーソドクシイと云へる位に確定した。その

上に更に社會の自覺が發達しつゝあるのである。故に個人本位の諸主義はむしろ傳統思想である。社會本位の諸思想は、之に對する新思想と云ふ形勢になつて居る。處が日本の思想界を見ると個人本位の思想も、又社會本位の思想も兩方面共新しい思想として、新思想家の頭腦を往來して居る。之に對しては我國古來の美風良俗と云ふ、封建的色彩に富んだ思想體系が嚴存して居る。ボルシェヴィズムは日本にも西洋にも恐怖を與へて居る。言論自由の壓迫と云ふ事は之に對する一策としてある程度まで洋の東西を問はず使用されて居る。然し言論自由論の背景――延て言論自由に付て考へる人の心理にも、西洋と日本では多大な差異を見る樣に思ふ。西洋の言論自由問題は、社會化されつゝある諸制度に對する反動――一層深い意味で云へば社會化運動の醇化であるに對し、日本の言論自由問題は封建的制度に對する反動――或はその醇化と云ふ色彩に富んで居る。勿論私は日本人の片割れとしては日本の言論自由問題に一層よく興味を持つけれど、一般の思想問題としては西洋の言論自由の問題の方に興味が深いのを覺える。そこには一層微妙なものが働いて居る。そこには一層新し味が多い。

私は此處に過激社會運動取締法案を論評せんとするものでない。私は唯この法案が私に暗示

した「言論の自由」と云ふ問題の考察方法に付ての二面的考案方法と多面的考案方法との對立と云ふ事だけを觀察して見たいと思ふのである。

二

法律家は理想を追求する。殊に現代の樣な變遷時代の法律家は明瞭な然も深遠な法律理想を要求する。現代に於ても色々の法律哲學者は一般法律家に向て法の理想を示さんとして居る。新ヘーゲル派は『文化發展』と云ふ事に法律の終局理想を置かんとする。新カント派は『自由意志をもつた人々から成る社會』の完成を法律の理想であるとする。ソリダリストは『社會相倚の原理』の實現を法律の理想であると呼號する。私は是等の諸理想に對して充分の同情をもつて居る。然し創造的進化を信じ一層ダイナミックな法の理想を追求する私にはウィリャム。ジェイムズが歴史は人類が『より包容的な秩序』"the more inclusive order" を見出さんとする努力の記錄であると云うた處に一層深い洞察力を認めると同時に、法律學の最もプラクティカルな基礎となる理想を提供して居る樣に思はれるのである。

三

法の目的は欲求――物質的竝に精神的欲求、又個人的竝に團體的欲求――を成る可く多く認めて之を保護せんとするにある。又其の全部を保護する事が實際上不可能である場合には、衝突する諸欲求を調節し、之に限界を定めると云ふことにある。卽ち欲求の保護制限調節と云ふ事が法の機能でなければならない。又欲求調節と云ふ事が、意識的又は無意識的に從來の法律學が努力してきた處であり、又將來の法律學は自覺的に欲求調節の原理の發見を努めねばならない。すべての法律學の主要なる問題の背景には常にこの問題が潛在して居る。論理や法律的の傳說(學說)や、オーソリティ(法典判例)、は有力な法律學の武器である。然し是等の武器を操つる生きた法律家の頭にはその立法者として働く場合たると、裁判官として働く場合たると、又法律原理の研究者として活動する場合たると問はず、常に欲求調節と云ふ心理が動いて居るのを私は發見するのである。二十世紀の法律學は此潛在した――然も最も重要な欲求調節の機能を意識的に自覺して、新しい欲求調節の原理を發見するに努むべきであると信ずる。これ

が二十世紀の法律學の向ふべき正當なる進路であると私は考へるのである。

法律史はある意味に於て、欲求保護の發達史である。之を個人の人格權發達史に顧るも又財產權發達史に就て考ふるも將た又團體的諸權利の發達に見るも法律發達の歷史は欲求保護の發達史である事が分る。法律は無意識的にジェイムズの所謂『より包容的な秩序』を追及して居る樣に見える。あらゆる個人欲求、團體欲求をすべて皆な滿足させ得る樣な包容的な秩序は、將來に於ても決して現出しまい。然し兎に角法律が成るべく多くの欲求を認めて、之を保護せんとしつゝある處に法の努力がある。法の活力がある。法の社會的機能がある。又其間に法の理想が置かれねばならぬと私は考へて居るのである。

ルネサンス以後十九世紀の終までは、個人の自覺が高潮に達した。從て十九世紀には個人の欲求の保護が法律家に依て充分に分析され、之が保護される樣になつた。之れは十九世紀法が人類に與へた非常な貢獻であらう。然るに十九世紀末から社會の發見があり、社會の自覺が顯著になつて來た。從て社會欲求の分析とその保護とか二十世紀の法律家の特に力を入れねばならぬ點となつた。「公の秩序」「善良の風俗」「違法性」とか又は public policy と云つた樣な茫

漠たる概念でお茶を濁して置いてはならぬ。社會欲求と個人欲求との調節又特に社會欲求相互間の調節とを意識的に分析して研究する事は二十世紀法律家の頭腦を働かさねばならぬ重要問題である。デュギーが社會相倚の原理を出發點として、近代法を説明せんとするのは十九世紀末以來の法律の趨勢を透視した點に付ては、その鋭さに感服するけれど社會相倚の原理からして一種の自然義務を抽出して、義務本位の法律體系を組立てる事は或は可能であるとしても、結局は十七八世紀の自然法體系を組立てんとしたと同一の運命に陷りはしまいかと疑はれるのである。私は二十世紀の法律家はむしろ十九世紀の法律家の進路を繼續すべきである　考へる。十九世紀の法律家が個人の欲求の分析と保護と調節とに努力した樣に二十世紀の法律家は社會欲求の分析と保護と調節とに努力するが一層正しい、又一層法律史の道程に忠實な行き方であると考へざるを得ないのである。

四

言論の自由は社會秩序と矛盾せざる範圍に於てのみ存すると云ふ考へ方は隨分一般に擴がつ

た考へである。この考へはそれ自身に於ては決して誤りでない。その通りであらう。この考へ方は私が説いた欲求調節の原理から見ればかう云ふ事になる。各個人は自己の信ずる事を人に傳へる事を欲求する。そして法律は之を保護する。然しそれは國家の存續、又は社會秩序 law and order を害しない事を前提として保護される。即ち國家は一面社會秩序の維持と云ふ社會欲求の保護者として、社會秩序の維持を個人から欲求し、又國家は國家自體の存續を欲求する。この個人欲求と團體欲求との衝突する場合には、當然個人欲求は制限せらる可きものだとするのである。其處には確かにある種の欲求調節の理が働いて居る。この種の考察方法を私は言論自由に關する二面的考察方法と云ふ。自由と秩序と云ふ二面から言論自由問題を考察するからである。

言論自由の二面的考察方法は十九世紀の政治思想と調和した考へ方である。自由と國家强制との調節、Freiheit und Recht を如何に調節すべきかの問題は哲學者カントを惱した問題である。彼は各人の自由が他人の自由と調和するが如き自由の普遍原則、即ち無上命令に其解決を發見した。夫は更に角として自由と國家强制の調節と云ふ事は十九世紀の思想家の必ず解答せ

ねばならない問題であつた。

言論の自由に就ても亦これと同型の考察方法が顯著であつたのは、怪しむに足らないと考へる。十九世紀に相應した考察方法である。

五

現代人は社會に醒めた。現代では社會的欲求が旺盛になつた。政治學の根本問題も自由と國家强制との調和と云ふが如き簡單な形で提出せられない。言論の自由に就ても、社會秩序を害せざる範圍の自由と云ふ簡易なフオミュラでは滿足出來なくなつた。人々は言論自由の背後に存する社會的欲求を分析し初めた。先づ個人は自由にその意見を述べる事を欲求する。之を單に個人の欲求としても滿足させてやり度い。又個人の言論自由の背後には『自由討議に依る眞理の發見』『自由批評に依る政治の醇化』と云ふ社會欲求がある。從て之れも出來るなら保護したい。又言論自由と云ふ個人の欲求の背後には之を滿足せしむる事に依て反て社會秩序が增進するのだから保護したいと云ふ社會欲求が意識される。卽ち個人の言論自由を壓迫したが爲め

に、革命に導いた例を歷史が血を以て我等に教訓を書いて居るからである。然し又他面に於てある程度まで言論の禁壓に依て社會秩序を保つと云ふ古くから自覺された『社會秩序維持』と云ふ社會欲求がある。之も大切なものだ。これが無くなれば個人欲求も社會欲求も全部滿足されぬ事になる。是等の諸欲求を全部同時に滿足出來ないから是等を分析し之を制限調節する事が必要となつて來るとかう考へるのである。私はこの近代の考へ方を言論自由に關する多面的考察方法と名づくる。單に自由と秩序との調和と云ふ考察方法に滿足しないで、多面的に各個人欲求、社會欲求とを分析し其價値を考量して適確な調節を試みんとする處にその特色がある。

以上の內で現代人が一番眼を著けるのは『言論自由の保護に依る眞理の發見』及『自由批評に依る政治の醇化』と云ふ社會欲求と『社會秩序の維持』と云ふ社會欲求とを如何に調和すべきかと云ふ問題である。現代のデイレンマは、二つの社會欲求を如何に調和すべきかにあると云ふ事が出來る。この意味に於ける二つの考察方法は、個人的考察方法と社會的考察方法との對立と云ふことも出來よう。然し問題はそう簡易でない。矢張り多面的考察とした方が事實に近からう。

六

二面的考察方法が十九世紀の人心を支配したのにも、相當な歴史的原因がある。多面的考察方法が二十世紀に行はれるに到つたのにも、それ相應な理由がある。然し私は此所には此點に論及すまい。私は唯此の二つの考察方法の對立の存在を指摘するに止める。

そして法律史を以て『より包容的な秩序』の實現努力の記錄とする私が多面的考察方法の方に一層進歩した考察方法を認むるのは云ふを俟たぬ事である。

然し最後に私はこの對立に關連して下の一點だけを考へて見度い。二面的考察方法と多面的考察方法とどちらが、個人の言論自由の保護に厚い傾向があるであらうかと云ふ問題がこれである。これは隨分面倒な社會心理的の考察を要する事になる。

二面的考察方法であつても『個人自由』と云ふ傳統の非常に強かつた十九世紀のイギリスやアメリカでは『言論自由』と云ふ事は可成り厚く保護される事になる。sedition に關する英米法は明かに之を示して居る 然しながらイギリスやアメリカの樣に『言論自由』と云ふ傳統の強

くない國ではこの考察方法は言論の自由の保護を薄くすると云ふ傾向がある樣に思はれる。『社會秩序の維持』と云ふ團體的欲求と『言論自由』と云ふ個人的欲求とを對立させて、之が調節を企てると云ふ場合には、後者が前者の犠牲になるのは、人類が共同生活を營み社會生活を營む以上已むを得ない事理であるかの樣に考へ易い。秩序維持の名の下に言論自由は兎角壓服させられる傾向が發する。これは社會心理上否む可らざる眞理である樣に思はれる。言論自由の傳說の非常に強い二十世紀のアメリカでさへ、言論の壓迫が行はれる樣になつた。その背後には二十世紀に於けるアメリカの團體的自覺社會的自覺と云ふ背景を見逃す譯には行かぬ。個人自由の制限と云ふ事がアメリカの最近の傾向である。『太郎は共和國の爲めには苦まねばならぬ』(John Doe must suffer for the Commonwealth's sake) と云ふ古いイギリスの法律格言が新しい意味を以て復活されつゝある。所謂『法律の社會化』はアメリカでは個人自由の制限の傾向として著々と行はれて居る。かう云ふ事情の下に於て、個人の言論の自由が兎角壓迫せられる事は社會心理上怪しむに足らない。言論自由は永い傳說を持つたアングロサクソンの社會でもさうであるとしたならば、その傳說の少い我國の樣な社會でさうあるのは當然であらう。

多面的考察方法にあつては『秩序維持』の重要である事を充分認むると同時に、『社會の向上發展』を重要視する現在の社會が完全無缺なものであるならば、それは秩序維持が唯一の社會欲求であると見るも差支なからう。然し現在の社會は改善を要すべき幾多の缺陷を有つて居る。これを指摘し之を研究し之を論議して改善を圖るには現代の社會では『個人の言論の自由』と云ふ事に依る外に道はない。そこには勿論實際上社會秩序を害すると云ふ危險はある。然しある程度まで已むを得ない。現代國家は社會の秩序だけを保護するのがその職務でない。社會の進化を補助すると云ふ任務がその上に課せられて居る現代の國家は警察國家ではない。又法治國家でも不充分である。文化國家でなければならぬと云ふ事が唱へられるのはこの意味であらう。國家は社會欲求の保護者として『社會秩序の維持』と『言論自由に依る文化の發展』と云ふ二つの社會欲求を調節せねばならぬ。兩者は對等の地位にある。同じ位社會の存立發展に必要なものである。それから言論自由と云ふ個人の欲求、及びその背後にある他の社會欲求も顧慮せねばならぬのは勿論であるが、然し著しいのはこの二つの衝突と調節とである。

多面的考察方法の内で、特に『社會秩序の維持』と『言論自由に依る社會進歩』とを同列に置

いてその調節を圖ると云ふ考察方法の内には、二面的考察方法に比して遙かに言論の自由に厚からしむる傾向があると思はれる。殊に『言論の自由』と云ふ傳說の强くない國に於てはさうである樣に見えるのである。各具體的の場合の解決は畢竟當局者の juristic statesmanship に歸するので、意見の相違を來すのは當然である。併し社會心理的に觀察して多面的考察方法が、二面的考察方法よりも個人の言論自由に厚い傾向があることは否む可らざることであると私は見るのである。

七

世の言論自由問題を論ずる人で、二面的考察方法に依る人は多い。また多面的考察方法を無意識に採用して居る人も多い。併し私共は多面的考察方法を充分意識して、その分析と、その調節に就いて今一層徹底した研究が望ましいのである。調節問題を水掛論として終らしむべきでない。そこに正確な基準を案出せねばならない。これが法律學研究者の任務である。

二、過激社會運動取締法案

一

過激社會運動取締法案なるものが、本年の議會に提出せられた。私は此の法案に對する輿論の反響を注視した。そして三つの事が私の眼に觸れたのである。第一は、新聞に現れた批評は殆ご全部、此の法案に對して反對であるこ共に、そして反對論者の多くは、所謂進歩主義の思想家であるこいふ事である。第二は最もラヂカルな考へを有つて居る最左傾の人達は、此の法案に就て默して語らないこいふ事である。聞く所によるこ、是等の人達は此の法案が法律になるのを却て希望して居るこいふ事であつて、卽ち彼等の主張が、此の法律の爲に實現せられる機會を早めるこ考へて居るさうである。第三に、保守主義の人達卽ち所謂國粹論者、大資本家なこの方面から、此の法案に就ての是非の論が少しも出なかつた事である。聞く所によるこ此の法案が兩院を通過する事は確實であるから、此際此の法案に就て、何等述べる必要がないこいふ意味だこいふ事である。私の見た所では、此の法案の通過によつて大打擊を受くる人達は、所謂國粹論者であり、大資本家であり又ブルジョアジーであらうこ思ふのである。勿論是等の人達は、自分等の考へて居る所に反對する過激思想や社會主義を信奉する人達が、此法案の通過に依て手も足も出ない樣になるのであるから、大に慶賀すべき事であるこ考へて居るのであらうが、併し乍ら今少しく活眼を開いて、此の法案の實際的效果を眺めて見るこ、私は我が國の國粹、それから資本主義的の組織こいふものが、此法案の通過に依て實に危い地位に置かれるものであるこ考へざるを得ないのであつて、保守主義の人達が、極力此の法案の通過に反對せざるに對しては、實は怪訝に堪へないのである。

此の法案が議會に提出せらるゝに至つた理由は何であらうか。政府の提案理由こして掲げられた所によれば「近來我が國に於て、外國同志こ相提携して過激主義を宣傳せんこする者漸く多く、然も之が取締に關する法文不充分なるを以て、之が取締上に就て此の法規の必要あり、之れ本案を提出する所以なり」こある。本案が提出せらるゝに至つた動機である。具體的事實に就ては、餘り多く發表せられて居ないので、果してこれだけの事實があるかこいふ事は知る事が

出來ない。新聞紙の傳ふる所によれば、近藤榮藏なる者が、上海の無政府主義者からして莫大の金を貰つて居つても、之に對する現行法の規定が不充分な爲に取締が出來ないといふ事も、一の理由である樣に聞いて居る。又所謂英人グレーが宣傳の爲に日本へ渡來したといふ樣な事が、或は其の具體的事實の一つとなるのであるかも知れない。兎に角外國同志と提携して爲さるゝ危險な過激主義の傳播を防ぐだけの規定を設くる事が本案提出の理由であるやうに思はれるのであるけれども、併し乍ら法文其のものに就て觀察すると取締は單にそれだけに限られないのであつて、所謂危險思想を懷いて居る人達を、手も足も出ない樣にするといふ事が、本當の目的であるかの樣に窺はれるのである。

然らば政府は、此の法案を提出するに先だつて、如何なる外國の立法例を參照したのであらうか。勿論政治的に思想壓迫の歷史は、可なり古い變遷を經て居るのであるが、今迄新聞紙で我が國の先覺者と目される諸學者などで論議せられる際に引證せられたのは、獨逸に於けるビスマルクの社會主義鎭壓法といふ法律なのである。併し乍ら此の法律は、既に幾十年前の物語として傳へられて居る所のものであつて、其の由來、其の結果等に就て、社會運動史の上から

見ても將又法律學の上から見ても、幾多の敎訓と暗示とに富んで居る法律には違ひないけれども、畢竟今から見れば、歷史的の事實として趣味ある立法であるのに過ぎないのである。

ロシヤ革命は非常なる恐怖を歐羅巴各國及びアメリカに齎した。さうして此の露西亞から發した所の過激主義に對して、歐米諸國は如何なる態度を取つたのであらうか。如何なる立法を其の取締に對して爲したのであらうか。私は此の點に就て、アメリカに於ける過激主義取締の法律を想出さずには居られない。それは幾多の點に於て、政府が提出した法案とアメリカの過激運動取締法との間に類似の點を見出すからである。その刑の峻嚴なる事、其の用語の廣汎曖昧なる事、其の他の點に就て、我が法案は著しくアメリカの其と其の軌を一にして居る。恐らく當局者は、是等の立法も充分に參酌して、法案を作製したものであらうと推察せざるを得ないのである。私は政府が如何なる範圍迄アメリカの立法に就て研究されたかを知らない。殊に當局者がアメリカの立法の背後にある社會事情、社會思想及他の法律制度の關聯といふ事に就て如何なる研究をされて居るかといふ事に就て、少しも知らないのである。それは別論として、兎に角過激思想取締の先例は、先進文明國である所のアメリカに存在するものであつて、然も

其の壓迫の程度は我が法案以上であるといふ事を當局者が見て、之を充分に參照して今度の法案を作つたものであらうと思はれる。

アメリカに於ける無政府取締法でも一番早いのは、一九〇二年のニューヨーク無政府主義法であらう。此の法律は、マッキンレー大統領の暗殺後に制定せられたものであつて、無政府主義を言語又は書面によりて主張し、又は無政府主義を教へ、或は主張する團體に屬し、集合に列席する事を重罪として罰して居るのである。而して此法律には犯罪的無政府主義を定義して『暴力、暴行、暗殺×××又は不法なる行爲により、政治組織を轉覆せんとする學說』であるとして居る。此の法律は、殆ど空文として二十年間存して居つたので、此條例に基いた訴追といふは殆ど無かつた。たゞ最近に至つて此の法文を利用し、ベンジャミン、ギツツローといふ嘗てニューヨーク議會の社會主義議員であつた人がゼネラル・ストライキを主張したのを、手段として暴力の使用を勸誘しなかつたに拘らず、犯罪的無政府主義として所罰したのである。それから一九〇九年に制定されたワシントン州の成文法は、以上のニューヨーク法と同樣であつて、且つ治安妨害の行爲、又は法律及び裁判所に對する侮蔑を奬勵する傾向ある文書を分布

した者を罰して居る。第三には一九〇八年ニュージャージーの法律が有るが、此法律はその範圍が極めて狹いのであつて、財物の不法なる破壞、又は傷害の主張を罰して居るだけであり、普通刑法の所罰して居る犯罪構成要件を前提してたゞ其の刑を重くしたといふに過ぎなかつたのである。そして此の法案を利用して、ストライク・ブレーカーを毆打して藥品其の他の手段を使用して製品を賣れない品物にして了ふ樣にと勸誘した勞働者首領を所罰したのであつた。是等はアメリカに於ける戰前の無政府主義宣傳の抑壓を目的とした立法なのであつたが、戰時中になつて所謂ジャーマン・スパイを取締る爲に、一九一七年及一八年、間諜法(Espionage Acts)なるものを制定した。其の結果として之を利用して平和論者のみでなく、無政府主義共產主義等を宣傳する人達を縛つたのである。併し乍ら之はたゞ戰時中のみ效力を有する法律であつて、將來戰爭が勃發した時には又適用されるであらうけれども、戰爭が熄んだ今日では其の效力が無くなつた。又戰爭中各州で過激運動取締法が數多く制定されたのであるけれども、夫等は戰時中に屬するのであつて今直接わが法案と對照すべきものではなからう。

アメリカの過激思想取締法は、單に戰爭中だけに制定されたのではなくて戰後になつて平時

に適用の出來る法律が制定されたのである。其の内容も種々あるのであらうが、最も穩健なのは、一九一九年に制定せられたマサチユセツツ州の法律で、殺人、財物の破壞、又は暴力的革命の主張を罰して居るのであり、其の刑も最長期が三年である。一九一九年制定されたヴアーモン州の法律も亦マサチユセツツ州と大體に於て同樣である。唯『間接に』と云ふ文句が附け加へられただけである。一九一九年制定されたインディアナ州の法律は、以上マサチユセツツ州及びヴアーモン州の法律よりも、もつと範圍の廣いものである。此の法律は、産業の一般的終止に依る革命の主張をも罰して、最長期は五年として居る。一九一九年ワイオミン州の法律も之と同樣である。併し乍ら合衆國の約三分の一の州に於て一九一七年以來制定された法律は、一九〇二年のニューヨーク法と同樣に、非常に廣汎な範圍に於て、所罰規定を設けて居る。即ち所謂「犯罪的産業革命主義法」(Criminal Syndicalism Statutes)が之である。而して犯罪的産業革命といふのは、産業的又は政治的目的を達する手段として、又は……産業的及政治的革命を目的とし或は利益を目的として、犯罪、暴行、放火、物の破壞、サボタージ、其の他不法なる行爲又は方法を主張する學說であるとして居るのである。

是等の法律は、其の刑の重い點に於て著しいのであつて、通例は最長期十年であるけれども或る者は一年以上二十五年以下として居る。即ちアラスカ（十年以下）アリゾナー（十年以下カリフオルニア（一年以上十四年以下）布哇（十年以下）アイダホ（十年以下）アイオワ（十年以下）ミシガン（十年以下）ミネソタ（十年以下）モンタナ（一年以上五年以下）ネブラスカ（一年以上十年以下）ネバーダ（十年以下）オハヨウ（十年以下）オクラホーマー（十年以下）オレゴン（一年以上十年以下）サウスダコーター（一年以上二十五年以下）ユーター（一年以上五年以下）ワシントン（重罪）といふ有樣で、之等の立法は、一九一七年から一九一九年の間に制定されたのである。右の犯罪的産業的革命主義法の外に、所謂煽動法（Sedition Statutes）なるものが、諸州に於て制定された。一九一九年コネテイカット州の法律は、合衆國政府又はコネテイカット州政府を害する目的の方策、提議、又は宣傳を公にした者を三年以下の禁錮で罰して居る。布哇（一年以上十年以下）イリノイ（一年以上十年以下）アイオワ（二十年以下）ルイジアーナ（二十年以下）モンターナ（一年以上二十年以下）ニューハンプシャー（十年以下）ニュージャージー（二十年以下）などに於ても、内容は少しづゝ違ふけれ

ども、同樣な立法がある。紐育州では一九一七年の法律で、煽動的の行爲又は言動に就て、官吏や教師を免職せしむる事を規定して居り、又一九一八年の法律で、煽動的又は非愛國的の事項を包含する學校教科書を禁止して居る。一九一九年のペンシルバニア法は又廣汎なる範圍に於て、所謂煽動的言動を罰して居る。(二十年以下)。

以上はアメリカの各州が如何に、嚴重に過激思想の宣傳を防止せんと努めたかを示すものであつて、其の特色とする所は、犯罪の蓋然性の有無を問はず、假想的の犯罪傾向の理由に依て、意見を意見として罰するといふ點及び微罪の場合に就ても、重大なる犯罪に於けると同じく、嚴格なる刑罰を科して居るといふ事の二點である。

次にアメリカの聯邦政府でも、所謂煽動法案なるものが議會に提出されたのであつて、其の數は七十に達したと云はれて居る。丁度アメリカの司法大臣であつたエー・ミッチエル・パーマーの方針が、非常に嚴格であつた爲に、不平分子が氏の邸宅を攻擊し、其の他ワシントン市に於て、幾多の騷擾があつた後に提出された所謂グレーアム法案は死刑を科して居る。是等の聯邦法案に對しては、諸方面から痛烈なる反對があつたので、通らなかつた樣に思はれる。

併し乍らアメリカに於て、如何に過激思想を恐怖し、之を撲滅せんが爲に、極端なる刑事立法を制定せんとする傾向があるかを、窺ひ知る事が出來るであらうと思ふ。

過激社會運動取締法案が無政府主義、共產主義其の他に關し、朝憲を紊亂する事項を宣傳し或は宣傳せんとしたる者を、七年以下の懲役又は禁錮に處し、(第一條第一項)、以上の事項を實行又は宣傳せんとする目的を以て、結社、集會、又は多衆運動をなしたる者を、十年以下の懲役又は禁錮に處し(第二條)、社會の根本組織を、暴動、暴行、脅迫、其の他の不法手段により變改する事項を宣傳し、又は宣傳せんとしたる者を、五年以下の懲役又は禁錮に處したのは(第三條)、以上掲げたるアメリカ各州に於ける新しい過激運動取締法に於けると同じく意見を意見として罰する點と、其の刑の峻嚴なる點に於て、其の軌を一にして居るものと云はなければならない。意見を意見として罰するといふ政策は、必ずしも此法案が創定した政策ではないのであつて、新聞紙法第四十二條が、朝憲紊亂となる記事論說を新聞紙に掲載するを處罰し、又出版法第二十六條が、之を文書圖畫にして公刊するのを處罰して居る點に現れて居るのである。併し乍ら其の刑罰が、十年以下五年以下といふ非常に重大なるものとされたのは、此の法案が

ごも、同樣な立法がある。紐育州では一九一七年の法律で、煽動的の行爲又は言動に就て、官吏や教師を免職せしむる事を規定して居り、又一九一八年の法律で、煽動的又は非愛國的の事項を包含する學校教科書を禁止して居る。一九一九年のペンシルバニア法は又廣汎なる範圍に於て、所謂煽動的言動を罰して居る。(二十年以下)。

以上はアメリカの各州が如何に、嚴重に過激思想の宣傳を防止せんと努めたかを示すものであつて、其の特色とする所は、犯罪の蓋然性の有無を問はず、假想的の犯罪傾向の理由に依て、意見を意見として罰するといふ點及び微罪の場合に就ても、重大なる犯罪に於けると同じく、嚴格なる刑罰を科して居るといふ事の二點である。

次にアメリカの聯邦政府でも、所謂煽動法案なるものが議會に提出されたのであつて、其の數は七十に達したと云はれて居る。丁度アメリカの司法大臣であつたエー・ミッチエル・パーマーの方針が、非常に嚴格であつた爲に、不平分子が氏の邸宅を攻擊し、其の他ワシントン市に於て、幾多の騒擾があつた後に提出された所謂グレーアム法案は死刑を科して居る。是等の聯邦法案に對しては、諸方面から痛烈なる反對があつたので、通らなかつた樣に思はれる。

併し乍らアメリカに於て、如何に過激思想を恐怖し、之を撲滅せんが爲に、極端なる刑事立法を制定せんとする傾向があるかを、窺ひ知る事が出來るであらうと思ふ。

過激社會運動取締法案が無政府主義、共産主義其の他に關し、朝憲を紊亂する事項を宣傳し或は宣傳せんとしたる者を、七年以下の懲役又は禁錮に處し、(第一條第一項)、以上の事項を實行又は宣傳せんとする目的を以て、結社、集會、又は多衆運動をなしたる者を、十年以下の懲役又は禁錮に處し(第二條)、社會の根本組織を、暴動、暴行、脅迫、其の他の不法手段により變改する事項を宣傳し、又は宣傳せんとしたる者を、五年以下の懲役又は禁錮に處したのは(第三條)、以上掲げたるアメリカ各州に於ける新しい過激運動取締法に於けると同じく意見を意見として罰する點と、其の刑の峻嚴なる點に於て、其の軌を一にして居るものと云はなければならない。意見を意見として罰するといふ政策は、必ずしも此法案が創定した政策ではないのであつて、新聞紙法第四十二條が、朝憲紊亂となる記事論說を新聞紙に掲載するを處罰し、又出版法第二十六條が、之を文書圖畫にして公刊するのを處罰して居る點に現れて居るのである。併し乍ら其の刑罰が、十年以下五年以下といふ非常に重大なるものとされたのは、此の法案が

創定した刑事政策と見るべきであらう。

二

過激なる政治意見に對する方策は、大體に於て三種に分つ事が出來るであらうと思ふ。第一は、絶對的鎮壓主義である。危險なる思想が行爲となつて現れるのを待たずして、先づ斧を行爲を誘起する思想に向つて加へるといふのが此の方策の大主眼とする處である。此の方策の實例としては、ロシヤ革命前に於けるロシヤの政治に、之を求める事が出來る。ロシヤ政府は五つの手段を使つて、此の方策を遂行した。第一は、書物及び定期刊行物の檢閲或は發賣禁止である。第二は、何等の法律上の手續によらずして家宅搜索をなし、危險人物を捕縛し其の書類を押收するといふ事である。第三は、過激思想の發表及び過激主義の團體に屬する事を處罰するといふ事である。第四は、過激思想を有する人物を、西比利亞又は外國に追放するといふのである。第五は、危險思想を有する人を議會からして追出す巧妙なる方法を考案したといふ事である。ロシア政府は是等の方法を使用して、極端に過激思想を鎮壓せんとしたのであるが、

併し此の政策は遂に失敗に終り、過激主義者は露國政府を倒して、勢力を得るやうになつたのである。

第二は、過激主義に對する政策としては、以上の鎮壓方法と同時に、社會政策を行ふといふ政策がある。即ち當局は充分に國利民福を圖り、人民各階級の經濟的竝に社會的の地位の增進を計り、自己の方策に抵抗する者に對しては、容赦なく之を壓迫せんとするのである。恐らく彼のビスマークが、社會主義取締法を制定した背後には此の種の政策が包含されて居るやうに見られる。即ちビスマークは一面に於て、多くの社會的立法を制定して貧富の調節を圖り、人民の向上を企圖すると同時に、過激なる方法に依て國家を轉覆せん事を主張する者を、壓迫除去せんと試みたのであらう。

第三に、過激主義に對する方策としては、所謂放任主義といふのがある。勿論放任といつても全然放任するといふのでなくて、危險なる思想が行爲となつて現れた時、又は行爲となる明白直近なる危險性が伴つた場合には、之を取締るのは勿論であるが、併し以上の危險の明白直近でない場合は、之を看過して顧みないといふのである。此の主義は大體に於てイギリス及び

アメリカの傳統的の政策であつて、今回の米國各州に制定された立法は、此の傳統的な方策に著しく背反するものであるとして非難されて居るのである。此の主義がイギリスやアメリカに行はれて居つたといふ事は、英米の憲法及び刑法を研究した人の皆知る所である。

以上過激主義に對する三つの政策中、第一の政策、即ち社會政策を行はずして不平分子及び過激思想を壓迫せんとする事が策として上乘なものでないといふ事は、多言を要しないと思ふので、ロシヤの失敗は、明かに之を物語るものではあるまいか。で問題は、第二の政策と第三の政策と何れが可なるかといふ點である。第二の政策は、畢竟するに文明的專制主義といふ事が出來るのであつて、臣民の絶對的服從を要求しつゝ善政を施さんとするので、理論上から云へば之にも大いに長所があるものだといふ事が出來る。第三の方策は立憲主義の根本精神から湧いて來るのである。立憲主義の根本精神は、要するに政治上の基礎を國民の自治的活動に置くのであつて、人民の終局的合理性を信用する制度なのである。故に思想に就てもなるべく人民の自由なる發表を寛容して、たゞ現實に社會秩序を破壞する場合に於てのみ、之を取締らんとするので、第二の方策に於けるよりも、幾分は社會秩序に對する危險性を具有するのである

けれども、自由なる意見の發表に依て、社會狀態に存する眞の缺陷といふものが指摘され、隨て改善の道が明かになるといふ點に於ては、却て第二の政策よりも優れたるものがある。實に第二の政策は、國民を腰拔武士にする惧れがあり、第三の政策は國民を皆一騎當千の强者とする長所があるのである。

日本が從來取つて來た政策は、恐らく理想としては、第二の政策であつた樣に見られる。言論自由壓迫といふ問題に就いて、日本の從來の法律と、例へばイギリスの法律とを比較して見ると、明かに其の對照が現れてくるのである。私一個としては、日本の永遠の福利の上から考察して、寧ろ第二の主義よりして第三の主義に移るのが、適當であると考へる、普通選擧は既に時期の問題とされて居る。陪審制度は實施されんとして居る。政府は國民の最終の合理性に依賴して、改革を行はんとしつゝあるのである。此の際に於て、言論の自由といふ問題に就ても、範を英米の傳統的政策に取つて、今迄の法令中之に矛盾するものを、漸次改めて行くのが策の得たるものではあるまいか。然るに過激社會運動取締法案は、全然此の國家の大方針と逆行して居るものと見さるを得ないのであつて、ロシヤ革命前のロシヤの政治に立ち歸らんとし

て居る傾がある。私は國家の福祉の上から考へて、大局の上から打算して斯の如き法案が果して適當であるか何うかといふ事を、疑はざるを得ないのである。

三

憲法第二十九條には、「日本臣民ハ法律ノ範圍内ニ於テ言論、著作、印行、集會、及結社ノ自由ヲ有ス」と規定してある。此の憲法が保障したる所の日本臣民の言論、著作、印行、集會及び結社の自由は、如何なる趣旨なのであらうか。憲法は「法律ノ範圍ニ於テ」といふ制限を置いて居る。然らば憲法の文面からすれば、法律を以てすれば、如何なる壓迫をも是等の憲法上の權利に對して加へる事を、許して居るのである。それは勿論さうなければならない事で、戰爭其の他非常なる時期に於ては、是等の憲法上の自由が制限せられるといふ事が、勿論必要なのである。併し乍ら私は此の憲法上の規定の背後に於て、言論著作印行集會及結社の自由を制限するが如き法律を制定するに際して、先づ極めて愼重なる考察を施さなければならないといふ趣旨の内在的の憲法上の政策が含まれて居るのだと見たいのである。即ち萬已むを得ざる場合の

外は、國民の言論著作印行集會及結社の自由を制限しない事が、却て國利民福を增進する所以であるといふ信仰が、此の條文の背後に潛在するものと考へ度いのである。言論の自由は、單に個人の利益でない。一般の利益である。之に依て眞理の發見があり、學術の進歩が促され、政治の醇化が來される。文化は不斷の進歩をなすものである。此の進歩は、其の大部分に於て自由なる言論に依てのみ達せらるる。言論を制限する事は文化の發展を停滯せしむる所以である。故に法律が之を制限するに當つては、極めて愼重なる態度を以て、其の萬已むを得ざる程度に於て之を爲すべきものであつて、議員の多數決に依て專制的に小數者の言論を壓迫するといふ事は、最も愼しむべき事であると云はなければならない。私には、之が憲法の大精神である樣に思はれるのである。

之に關して私は、言論自由の二面的考察方法と、多面的考察方法とを觀察せざるを得ない。二面的考察方法は、可なり廣く一般人の間に行はれて居るのであつて、即ち個人は法律秩序を害せざる範圍に於て、其の信ずる所を他人に發表する自由を持つといふ思想である。即ち個人の自由と國家の安寧秩序とを對立させて考へる見方なのである。此の見方は、カントの自由の

形式に關する考案方法からして隨分廣く歐米各國の人々の考へ方となつて居る。カントを惱した問題は當時フランスに勃興して居つた所の自由の思想と、國權又は法律の拘束の思想とを如何に調和すべきかといふ問題であつた　彼は之に對して、各人の自由が他人の同樣なる自由と調和し得るが如き普遍的原則が眞の自由であり、又其が各人の道德であり法律であるといふ解決を施した。其の解決は別問題として、兎に角國權と個人の自由、法律と個人の自由とを對立せしめて、個人の自由は法律の範圍內に於てのみ許される、個人の自由は社會秩序を害しないといふ範圍內に於て許されるといふ二面的の考察が、廣く歐米の思想を支配する樣になつたのである。此の考察方法の下に於て、兎角個人の自由は、壓迫を受ける傾向になる。それは個人の自由は之を國家の安寧秩序と對立せしむれば、非常に弱いものである。人々は國家の爲である、社會の爲めである、法律秩序の爲であるといふ名の下に、個人の自由を制限する事を是認する傾が多いのである。勿論此の考察方法の下に於ても、個人の自由といふ事に就て、長い傳統的な尊重のあるイギリスやアメリカの樣な國に於ては、其の危險が少いかも知れない。併し斯る傳統の割合に薄い國々にあつては、兎角に個人の自由は、法律秩序の名の下に、壓迫せら

れる傾がある。

多面的考察方法は、個人の個人としての言論の自由、卽ち個人が其の云はんと欲する事を、自由に發表する欲求、又國家が一般の秩序を維持せんとする任務を、充分に認むると同時に、言論の自由に依て達せしめられたる眞理の發見、社會の進步、政治の醇化等を重要視するのである。而して此の三者を調節する事が、法律の目的であるとするのである。言ひ換て見ると、國家は單に社會秩序を維持する任務があるだけではなくて、社會の進步を促すが如き有力なる政策を實行する責任が有ると考へるのである。若しも現在の社會が何等の缺點なく完全無缺なるものであるとすれば、社會秩序を維持するだけが、國家の任務であると見ても差支へないのであらう。けれども現在の社會は、決して完全無缺なるものではなく、幾多の改善すべき點を有して居る。さうして此の改善は、言論の自由、批評の自由等に依てのみ達成せらるべきものである。故に現代の國家は、言論の自由に就て、秩序維持と、言論自由による社會の進步發展とを如何にして調和するかといふ事を、意識的に考察しなければならないのである。個人の自由は單に個人としての欲求だけではない。それには非常に重要な、社會的意義が有るので、此の意

義を忘れてはならないのである。私は秩序維持といふ事が、頗る重要なる國家の任務であるといふ事を充分に認める點に於て人後に落ちるものでない。秩序が保たれなければ、個人の自由も失はれて了ふ。社會の發展もなくなつて了ふ。萬事が失はれて了ふ。併し乍ら他面に於て國家の重要なる任務、卽ち社會の進歩を增進するといふ任務を怠る時は、其の國家は時勢に遲れ、他の國家との競爭に敗れ、遂に亡國の運命に陷る事を忘れてはならない。

私は憲法第二十九條の「日本臣民ハ法律ノ範圍内ニ於テ言論著作印行集會及結社ノ自由ヲ有ス」といふ規定の背後に於て、此の臣民の自由に依る日本の國家、日本の社會の進歩が保障されるのであるといふ、賢明なる政策が認められたものであると解釋したのである。私は法案を眺めて、起草者が言論自由に關する二面的考察に執著し、重きを社會秩序に置き過ぎた傾向がありはしないかと危むのである。

四

私は過激社會運動取締法案を眺めて、其の背後に潛在する法律過重主義といふ傾向を、看取

せざるを得ないのである。元來法律に關しては、二つの重要なる思潮が流れて居る。一つは、法律は國民の慣習國民の確信に基礎を置くものであつて、人爲的に之を作るといふ事は不可能な事でもあり、又望ましくない事であるとする思想である。此の思想は、十九世紀に於て汎く行はれて居つた所謂歷史派の法律者が高潮したものである。第二は、法律は社會の福利を增進するが爲に立法者が任意に作り出すものであるといふ思想である。卽ち立法に依て社會を運轉しようといふ思想である。社會を統制しようといふ思想である。前者は之を立法悲觀論といふ事が出來るとすれば、後者は之を、立法樂觀論と稱する事が出來よう。立法悲觀論と立法樂觀論とは、法律史上相交互して高調されて居るを見る。其の盛衰の歷史は、法律史上最も趣味ある題目であらうけれども、今此處には之を說かない。兎に角十九世紀の終り頃からして、各國に於て、立法樂觀論が非常に高調される樣になつたのであつて、各國の法典編纂運動は、之に多大の刺戟を與へたものと見る事が出來よう。我が國に於ても、此の立法樂觀論が、法典の編纂と共に、法律學者の頭を意識的又は無意識的に支配して居るのである。法律樂觀論の旺盛なる時代に於て、之に伴ふ弊害は、法律の過剩生產といふ事である。法律の過信といふ事であ

る。社會の事物は、法律に於て之を左右する事が出來るといふ事を餘り強く考へる事である。私は法律悲觀論と法律樂觀論との對立に就ては、大體に於て、法律樂觀論が現代に於ては適當なものであると考へるのであるけれども、併し法律悲觀論中に有する教訓を常に充分に考察して進むといふ事が、最も大切な事であると考へる。卽ち法律の社會的制限といふ事は、立法學上の最も重要なる部門をなすのであつて、現代の立法者が、細心の注意を拂はなければならない點だと思ふのである。

法律が法令全集を飾る事は容易い。併し乍ら法律が實行される事は困難である。法律の生命は實に其の執行にある。行はれない法律は空文たるに過ぎない。却つて人民の法律に對する尊敬心を失はしめる結果を持ち來すものである。此の點から觀察して、過激社會運動取締法案は刑罰規定の思想に關する社會心理的考察が充分に行はれなかつたやうに思はれてならない。思想取締の歐米諸國に於ける經驗に就ての徹底的な研究が足りなかつたのではないかと思はれるのである。

「過激思想は實に危險なる思想である。不愉快なる思想である。我が國の光輝ある國體を傷けるものである。現代社會の根本組織に一大打擊を加へんとするものである。故に之に峻嚴なる刑罰を科する事に依て退治せん」と、かう云つた樣な考へ方は素人としては無理ならぬ考へ方である。又保守論者が之を喜ぶのには、斯ういつた樣な單純な論理が働いて居るのであらうけれども、苟くも法律學を研究して法の機能を了解する立法者にして、此の誤りを爲すとすれば、それは許すべからざる誤謬であると云はなければならないと思ふ。私はわが從來の法學界に於ける立法樂觀論の弊害が、鮮かに此の法案に現れて居るのを見て感慨に堪へないのである。

五

過激社會運動取締法案を讀んで、著しく眼につく點は、其の罰せんとする行爲の範圍が著しく不明であるといふ點である。法案は、無政府主義、共產主義其の他に關し、朝憲を紊亂する事項と云ひ、社會の根本組織を暴動、暴行、脅迫其の他の不法手段により變革する事項と云ひ頗る抽象的な然も用語の意義が明確でない言葉を羅列して、之に峻嚴なる刑罰を科してゐるのである。勿論當局の意は、善意の學術の研究とか、政府の批評とかを抑壓するといふ趣旨で

はないのであらう。たゞ眞に國家組織、社會組織に對して危害を加へんとする惡人を、遺憾なく罰し得る樣に、之等の規定を置いたのであらう。是等の惡人を退治する事は、善良なる臣民は皆之を欲する事は疑ひないのである。若し實行可能であるとするならば、刑法はたゞ一條「惡人ハ之ヲ罰ス」といふだけで充分であらう。併し乍らかういふ一般的の規定が實際に行はれない事は誰でも知つてゐる。かゝる廣汎なる刑事立法は、之を運用する司法官と行政官とに無限の裁量權を與へるものであつて、法律の歴史は其の危險なる事を鮮かに物語つて居るのである。故に刑事立法は、なるべく明確に處罰される行爲を規定しなければならない。そして刑罰規定は、之を狹義に解釋するといふ法律的の傳統の中にも、此の種の考へが潜んで居るのである。然らざれば人民は何日何時、其の行動に就て處罰されるかゞ判らないので、裁判官と行政官との手加減で、或る人は罰せられ、或る人は罰せられないといふ結果に陷つて了ふので、所謂法律による統治でなくつて、人に依る統治となつて了ふ。殊に現代の樣な複雜な社會に於て、斯る狀況は實に堪へ難い所なのである。

法案が、其の用語に於て正確を缺き、曖昧模糊であるといふ事は、善良なる市民、眞に國家

を憂ふるの士を、當局の氣紛れで牢獄に入れて了ふといふ危險性を包含して居るといふ事を、看過してならないと思ふ。此處に法案全體の根本的の缺陷が有るのである。第一朝憲を紊亂するといふ言葉は、刑法の用例に從つたのであらうけれども、何が朝憲紊亂であるかといふ事は頗る不明であるといふ事が、學者間の定論なのである。嘗て森戸事件の場合に、東京地方裁判所は、新聞紙法第四十二條に所謂朝憲を紊亂するといふのは、憲法に表明せられたる國家存立の大綱を、不法なる手段で改廢變更するといふ事を指し、國家存立の大綱の改廢を議論する場合でも、全然其の手段を明示せず、却つて其の改廢を適當なる手段によるべき事を唱道する場合には、朝憲紊亂にはならないといふ趣旨の判決を下したのに對して、大審院は全然反對の見解を以て、森戸氏の論文が、私有財産制度、國家の强制力、建國の皇謨と光輝ある歴史とを無視した以上は、實現方法として過激手段を執る事を避け、平靜穩和の手段に據るべき事を慫慂したりとするも、我が國家の存立を危殆ならしむる惧れがあるので、朝憲紊亂となるといふ意見を持つて居るのである。大審院が正しいとしても何が建國の皇謨と光輝ある歴史であるかといふ事が、形式的には定め難い事になるのであつて、朝憲紊亂といふ言葉が非常に曖昧である

ないふ事に就ては、學者間に多く異論を存しないのである。そればかりでなく、法案第一條に「無政府主義、共産主義」といふ文字を使つて居る。無政府主義といふ事は何であるかといふ事に就ても必ずしも明白であるといふ事が出來ない。曩に掲げたニューヨークの無政府主義法に於ては其の定義を掲げて居るが、通常の觀念から云へば暗殺爆彈を投げるといふ樣な事が無政府主義から連想されるのであらう。そして是等を宣傳するといふ事を取締るといふ事に就ては多く異議はないであらう。併し乍ら無政府主義といふ言葉の中には、所謂哲學的無政府主義がある。トルストイの思想や、クエーカー一派の無抵抗主義の思想、堯舜時代の政治理想、老子莊子の思想、キリストの神の國、佛敎の佛國、神道の高天原の理想も、或る意味で、哲學的無政府主義と云へない事もあるまい。兎に角無政府主義と云ふ言葉は、非常に曖昧な言葉であつて、何時此の法文に觸れるか判らない事になる。實に危險であると云はなければならない。又共産主義といふ言葉も非常に不明であつて、暴力に依て直ちに私有財産制度を廢止し、財産を人民に均分するといふならば、之を宣傳する者を取締るといふ事は多く異論もないであらうが、併し乍ら土地國有を論ずるといふ事も、或る意味で共産主義的であるといふ事が出來ようし、

又私有財産に對する立法的制限を置くといふ近代各國の趨勢も、共産的であるといふ事が出來ようし、契約の自由を制限せんとする立法を提議する事も、共産的であると云へようし、又所謂無過失責任の理論も、或る意味で、共産的であるといふ事が出來ようし、舊來の家族制度も或る意味で、共産的であるといふ事も出來ようし、其の範圍は實に廣汎なるものと云はなければならない。加之、法案は「其他ニ關シ」といふ極めて包括的な文句を使用して、當局が危險なりと認定するあらゆる主義を、此の法文の中に入れようとするのは、實に恐るべきである。又第三條に「社會の根本組織」といふ文句が使用されてあるが、之が又至つて不明な觀念であると云はなければならぬ。現代日本の社會の根本的な組織といふのは、家族制度、所有權、契約の自由、過失なければ責任なしといふ不法行爲の原則等であらうが、其の範圍は、極めて曖昧模糊なものであると云はなければならない。勿論法案には「暴動、暴行、脅迫其他ノ不法手段ニヨリ」といふ文字を使つて制限をして居るからして、單に個人所有權や契約の自由の制限を主張し、無過失責任の擴張を提議するだけでは、第三條の罪に當らないのは勿論である。けれども不法手段と云ふ文句の前に「其他ノ」といふ文句が使用されて居るので、範圍が非常に廣

くなり、結局は、當局が不法なりと認定する所に依て決せられる事になるのである。學者は何時當局の御機嫌に觸れて、其の方法が不法であると認定されないとも限らない。實に恐るべき事と云はなければならない。

以上の樣な廣汎なる裁量の範圍を、行政官及び裁判官に委任するといふ事が、果して策の得たるものであるといふ事が出來ようか。勿論當局は、賢明なる判斷を働かせて、其の運用が眞に危險な人物だけに限定せられる樣に努力するには違ひないであらうけれども、併し乍ら選擧其他政府が官憲を濫用する誘惑に陷つた場合に、是等廣汎なる文句が利用せられて、當局の喜ばざる人の上に加らないといふ事が無いとは之を保證する事が出來ない。法律政策として、妥當ならざるものと考へられるのである。

六

過激社會運動取締法案を讀んで眼につく事は、其の刑罰の峻嚴な事である。或は十年以下の懲役又は禁錮といひ、或は七年以下の懲役又は禁錮といひ、或は五年以下の懲役又は禁錮といふが如き、頗る峻嚴なる刑罰を以て、思想の壓迫を試みて居る點である。勿論此點に就て政府はアメリカに於ける立法を引證して、其の法案をヂャスチファイするかも知れない。兎に角アメリカの法律では、二十五年以下といふのがある。又聯邦法案には死刑といふ提議かあつた。それに比しては、此の法案は、頗る遠慮したものであると云はなければならない。勿論當局の意は危險なる思想の宣傳を必ずしも重く罰するといふ趣旨ではないのであらう事は、最短期の刑罰を規定して居らない事から推斷される。即ち眞に危險なる人物に對しては、之を最長期の刑に處し、然らざる者に就ては、極めて輕微なる刑罰に處するといふ自由裁量を、裁判官に任せたのである。此の最短期を規定しなかつたといふ事に就ては、最近の刑事立法政策に合致して居るものであると云へようが、併し乍ら斯る廣汎なる裁量權を、殊に思想問題に就て裁判官に委任するといふ事は、刑事政策上、頗る疑問に屬する事柄であると考へられるのである。或る個人は、時の政府の忌諱に觸れた爲に、又は輿論の強い壓迫の爲に、裁判官から、最長期の刑罰を科せられるといふ事が、必ずしも絶無であるといふ風には考へられない。眞に國を思ふ志士は、何時是等の條文の下に、重い刑に處せられるかも知れない。かゝる峻嚴な刑罰を科する

事を裁判官に委任する事といふ事は、刑事立法政策として慎しむべき事ではあるまいか。

七

以上述べた樣に、過激社會運動取締法案は、その犯罪構成要件に就ても、將又刑罰量定に關しても、非常なる裁量を行政官、最終には裁判官に與へて居る事になるのである。裁判官は各具體的事實に照して、犯人の惡性に應じて刑の量定をなすことが出來る。所謂刑法學に於て主觀主義、人格主義の理論を極端に認めたのである。勿論私は刑法の議論として主觀主義に對して、充分の價値を認むることを否む者ではない。十九世紀に稍〻極端に走り過ぎた罪刑法定主義の弊害を匡正する上に於て、犯罪行爲よりも犯人自身の性格に重きを置く主義、裁判官になるべく自由裁量の餘地を與へんとする傾向に、充分な同情をもつて居るのである。併し乍ら此の主義は、罪刑法定主義と相俟つて其の效用を爲すものであつて、極端に人格主義を採用することは、現今の人智發達程度に於て、又裁判官も神樣でないといふ點からして、頗る危險なるものとなすのである。殊に思想問題の判定に就て、斯る廣汎なる自由裁量が裁判官に與へ

られて、果して良く其の職務を行ひ得るか如何か。恐らく良心の强い裁判官は、其の責任の過重なるに閉口するであらう。

元來罪刑法定主義は、或る場合に於て、眞の犯人を放免しなければならない樣な場合が多い。之は確かに其の弊害といふ事が出來よう。併し又自由裁量主義にあつては、無罪なる者が有罪と認定される危險性があるのである。勿論理想論としては、總ての罪人が罰せられ、總ての無罪なる者が放免されるといふのが、最も理想とする刑事政策であらうが、それは現今人智の程度に於ては、企及し得べからざる理想である。實際に於ては、或る一人の善良なる市民を罰せんよりは、九人の罪人を逸する方がいゝといふ事になるか、又九人の罪人を逸するよりは、寧ろ一人の無辜の民を犧牲にする方がいゝといふ事になるか、何れかに傾き易いのである。英米人は、其の刑事政策が前者にあるといふ事を以て非常なる誇として居るに對して、我が國實際の狀況は、寧ろ後者に傾くやうに見える。勿論陪審制度が實施されゝば、或は幾分我が國の實際も英米に近づくかも知れない。併し乍ら現在の形に於ける陪審法案は過激社會運動取締法案の規定するが如き犯罪に就て、之を陪審の評議に附するか如何か少くも一の問題である。隨て

かゝる廣汎なる裁量を裁判官に與へる事に依て、無辜の民をして、縲紲の辱めを受けしむる機會を多からしめる事になるであらう。强盗、竊盗、殺人、放火等の罪に就て、裁判官の廣き範圍の裁量は、必ずしも不可であるとする事は出來ないけれども、思想問題に就ての廣い裁量範圍は、此の弊を助長するものとはならないであらうか。此の點は大に考慮を要すべき點であると思ふ。

八

假に此の法案が通過したとしたならば、どういふ結果になるであらうか。第一に若しも此の法案が文字通りに執行されたとしたならば、下の樣な結果を來しはしまいか。

(一)元來過激な思想、過激な宣傳は、或る社會的の不平の表象である事が多い。子供が面白半分に石を投げて窓を壞すやうな意味で、社會制度を破壞せんとする人達は少いのである。是等の危險な思想の人達には、何か現行の社會制度に對して不平が有るのである。勿論此の不平は理由のある事もあらうし、全然理由のない事もあらう。兎に角現在の社會秩序を保護しようと

といふ當局者は彼等の意見が間違つて居るならば之を匡正し、反對の議論で以て弊害のないといふ事を示す爲に其の不平を知るといふ事が必要である。勿論煽動者は、冷靜に理性に訴へて其の理由を述べた方が賢明であるには違ひないけれども、是等の人達は、必ずしも教育があるとは譯でなく、又必ずしも法律家でもない。爲に其のいふ所が、法律的に無難な事でも險惡に陷り易く、隨て議論に熱が出ると、脱線するに至り易く、而して其の不平が大きければ大きい程、極端な方策を主張する樣な事をやるのである。併し之は元來は大した害をなさないので、實は社會の缺陷を指摘して呉れるといふ點に於て、大に社會に利益を與へるものであるとも見られるのであらう。此の邊は、餘程宣傳者の人情といふものを、酌み取つてやる必要がある樣に思はれる。さうして假に是等の人を、總て牢獄に入れたとしても、社會に缺陷がある以上不平的の言論が消滅するものであらうか。これも疑問である。又假令消滅するとしてもそれは反て不平家を陰險にして、益々巧妙なる手段を弄するに至らしめ、却てロシヤ革命前の狀況を、再現する事になりはしまいか。此の點は大に考慮する値があると信ずるのである。

(二)此の法案を嚴格に執行すれば、眞に危險なる思想を退治するといふ爲に過激思想を研究

する所の人を威嚇して、其の研究を鈍らせるといふ事になる。兎に角斯の如き廣汎な範圍で罰せられる危險があるとしたならば、是等の問題に就ての議論を公にする事を、非常に躊躇させる事になる。而して議論の發表を躊躇すると、自ら是等の研究も躊躇する樣になる。發表する事を得ない研究をするのは、多くの人にとつては、無用の業であると考へられるからである。其の結果として、一般の人民は、過激主義者が何を企てゝ居るのであるかを殆ど知らない狀態に陷つて、過激主義と穩健主義との爭鬪に於て、非常なハンデイキャツプを後者に負はすといふ事になるのである。

此の二つの點から考へてみて、現行の法律秩序といふものは、此の過激社會運動取締法案に依て安固なる地位に置かれずして、却て非常に危險なる地位に陷るのではあるまいか。恐怖時代の復活があるのではあるまいか。

此の法律は所謂、執行せられない法律として止るかも知れない。夫はビスマルクの社會主義者取締法の運命であつた。そして又ニューヨーク無政府主義者法の運命であつた。此の場合に於て、實際上の弊害は或は少いかも知れない。併し乍ら執行する自信のない法律を制定するといふ

事は、却て人民の法律に對する尊敬と、遵法心とを鈍らせるものであつて、立法政策上當を得ないものであると云はなければならない。

是等の考察からして、私は此の法案が、議會を通過する事は、國家百年の長計から打算して實に憂慮すべき事であると信ずるのである。

九

過激社會運動取締法案の批判は、以上で終る事として私はアメリカに於ける同種の立法は、必ずしも模範とするに足らないといふ事を指摘したいと思ふのである。彼のメートランドが「一國の法律は、全國民生活に關聯せしめてのみ研究する事を得」(The law of a nation can only be studied in relation to the whole national life)と道破した樣に、亞米利加の過激思想退治の立法も、亞米利加の國情、他の制度との關係等に關聯せしめて考へなければ、全然意義を成さないのである。立法に當り各國の法律の條文を翻譯して、それだけを立法資料とする事は、非常に危險、非常に非科學的な事と云はねばならぬ。之は自明の理であつて言を俟たな

いであらう。恐らく當局者は有能なる人士を網羅して居るのであるから、アメリカの立法の背後にある社會事情や社會組織、法律組織などに就ても、充分なる研究を遂げた上に、アメリカの各州の立法を參照せられたる事と信ずるのである。併し私は、私の極めて狹い知識からして、少しく此の立法の背景といふものを考へて見たい。

第一に此の立法は、戰爭の心理的の影響が鮮かな中に制定せられたのである事を忘れてはならない。戰爭中に於て、所謂I・W・W其の他の過激な團體からして、盛んに非戰論を宣傳して徵兵制度に反對し、彈藥工場の職工にストライキを勸誘し、あらゆる陰謀をめぐらして、戰爭の成功を妨げんとしたのである。一般のアメリカ人が、獨逸の軍國主義を破壞せんとする熱心な努力をなして居る際に、背後より斯る間接の妨害を加へられるといふ事は、彼等の忍ぶ能はざる所であつた。それで戰時立法として間諜法が制定せられ、其の廣汎なる文句の執行により是等の過激思想宣傳者を鎭壓せんとしたのである。是等の法律は空文でなく、實際に非常なる力を現した。斯の如く輿論の過激主義に對する反感は著しく刺戟されたので、其の結果として戰時的な、高壓的な是等のアメリカ各州の立法が、易々と會を議通過したのであつた。然るに

壓迫せられたる是等の過激主義者は、益々暗殺、投彈、暴行等の擧に出でた爲に、世人の彼等に對する反感は益々增加したのであつて、アメリカに於ける此の極端なる平時立法の背後に存するアメリカ輿論の戰爭心理は、此の法律を觀察する時に、見のがす事の出來ない一點なのである。

第二に、アメリカに於ける過激主義者の多くが外國人であるといふ事を見のがすべきではあるまい。是等外國人は、或は歐洲本國に於ける政治上の壓迫、又は經濟上の壓迫を免れる爲に自由の天地であるアメリカに來た者が多いのであらうが、彼等は其の本國の言葉を喋り、又多く勞働者であるといふ關係上、所謂資本主義に對して反感を持つて居る人達なのである。アメリカ人は、是等の人達をアメリカ化する爲に全力を盡して居る。種々な種類の團體が、是等歐洲からの移民をアメリカ化する爲に活動して居るのである。所謂アメリカニゼーションといふ運動は、此の內國的の要求から出たものである。斯の如く彼等をアメリカナイズしようといふ努力は、可なり盛に行れたのであるけれども、其の結果は必ずしも思ふ樣には行かなかつた。其語を話せない人達が、然も勞働者が、自國語で相談して居るのを見ては、アメリカ人は氣味

が惡く思はざるを得ないのである。思想の取締といふ事もアメリカの樣な外國人の非常に多い國と日本の樣に殆ど親類同志の樣な間柄な國民との間に於ては、非常な差違があるべき筈なのである。アメリカで取締をしたからと云つて、それは直ちに最近の文明國の過激思想取締に對して執るべき方策であるとは云へない。アメリカの立法には、此の外國人といふ背景がある事を忘れてはならないのである。

第三に、アメリカの非法律家は、概して日本人よりも、立法樂觀主義を極端に抱いて居るといふ事である。隨て彼等の立法には、試みの立法が非常に多いのである。元來アメリカの法律思想は、法律家と非法律家と全然反對の方に向つて居るのであつて、非法律家は、法律に就て主權者命令說の信奉者である。オースティンの學說は、アメリカの非法律家の法律思想として、鮮かに存續して居るのである。勿論主權者と云つても、アメリカでは人民である。其の人民が作り出す法律、卽ち或は其の代表者である所の議員により、或は直接立法に依て制定された成文法といふものは、最もテイピカルな法律であるとするのである。アメリカに於て、此非法律家の法律思想に內在するオースティン式の考へ方は、實際に於て行はれない幾多の法律を、

成文法の上に置く事になつたのであつて、言ひ換へれば、法律の生產過剩といふ現象となつて現れて居るのである。之に反して、法律家の法律論は歷史的であり、且哲理的である。彼等は法律の命令性といふものよりも、法律の合理性と、其の傳說とに重きを置いて居る。隨て彼等がテイピカルであると考へる法律は、成文法ではなくして不文法である。所謂コンモン・ローなのである。之等の理由からして裁判官が成文法を輕視し、例へ議會の協贊を經た法律であつても、不合理なる場合には、所謂憲法に違反するものとして、無效であるといふ理由で適用しないのである。時あつてか裁判官の此の態度は、非法律家を憤慨せしめて、裁判所に對する猛烈なる非難として現れる。其の政治的な形式をとつて現れたのが、一般投票による裁判官罷免(recall of judges)及び一般投票に依る判決撤回(recall of judicial decisions)なのである。一九一二年の政爭の時にローズヴエルトは非法律家的見解を持し、タフトは法律家的見解を持し、選擧論爭の一題目として、激しく論議されたのであつた。ウヰルソンは此の點に就ては、タフトの側にあつたものである。以上述べた樣に、非法律家の法律は著しく立法樂觀論に傾いて居る。隨て質の惡い充分なる熟考を加へない法案が、ぞし〳〵法律になつて現れるといふ現

象は、過激思想取締に關するアメリカ諸州の立法を觀察する時に見のがすべきでない。

第四に、過激思想取締に關するアメリカ諸州の立法は、之を裁判所の違憲立法審査權といふ制度に關聯して、之を考へなければならない。法律の形で書かれた全部が、法律たるの效力を有するものでない。裁判官はある事件に法律を適用するに至つて、右の法律はアメリカの聯邦憲法或は各州の憲法に違反するといふ理由で、之を無效であると宣言する事がある。

隨てアメリカの法律を見る時には常に判例を參照して、裁判所による違憲問題の決定して居るか何うかといふ事を、考へに置かなければならない。或種の過激運動取締法案は、アメリカ憲法第一修正卽ち言論自由の保障に關する規定に違反するものとして、無效と宣言される事があり得るのである。此の點は、一般にアメリカの法律を參照する時に、忘れてはならない點であつて、過激思想取締に關する諸州の立法に就ても、此の問題が殘つて居るといふ事も忘るべきではない。

第五に、アメリカに於ける或る法律の實際上の運用を見ようと思ふならば、陪審の評決の模樣を見なければならないのである。法律の文言では或る行爲を處罰して居つても、アメリカに

於ける陪審が廣い範圍の有罪無罪決定權をもつて居る結果として、無罪とされるといふ事が甚だ多いといふ事を、看過してはならない。例へば全國禁酒法に就ても、或る地方では輿論が之に反對な爲に、陪審は之を執行しないで、無罪放免といふ事にするのである。此の點も、アメリカの立法と其の運用といふものを研究する時に見逃すべからざる點であつて、過激思想取締に關する各州の立法を研究するにも、看過してはならない點なのである。

第六に、此の種の法律が、法律學者の間に於て甚だ不評判であるといふ事を看過してはならない。私はアメリカ滯在中種々な學者に會つて、是等の法律に對する意見を聽いたのであるけれども、彼等は殆ど異口同音に、其の不可なる事を說いて居るのである。戰爭中に於ける言論取締に就てさへ、アメリカ憲法の精神に反するものとして、非難攻擊があつたのであつて、卽ち戰爭中に言論を壓迫すると、國民は政府が果して其の任務を盡して居るか何うかを知り得る機會が無くなる。又戰爭の目的が不當なるものに變化して行くといふ事を防止する事が出來ない事になるといふ樣な理由からして、戰時中も充分な言論の自由を許す方がいゝ、といつた樣な議論さへあるのである。勿論戰時中に就ては學者中に議論が分れて居つた。併し乍ら平時に於て

過激思想抑壓の爲に斯の如き法律を置くといふ事が、アメリカ傳來の政策に著しく背反するものであるとなし、立法政策から見ても、立法技術としても、非難すべきものであるとして一致して居つたのである。以上の樣な特別事情と、諸種の緩和の機關が存在するにしても、尙ほ學者間に非難される法律であるならば、是等の立法を以て模範とする事の不可であるといふ事は、明々白々の理であるやうに思はれる。

十

私は此の法案を眺めて、我が法學教育に於て、立法學なる科目のない事を、非常に遺憾に思ふものである。わが法學教育は、最近に於て、其の法律解釋學に關する範圍内に於ては、非常に進歩したのであつて、十年前に於けるが如き概念遊戯に耽る法律學から脫却し、漸次具體的の事實及び具體的の妥當性に照して法律を解釋する事を敎へる樣になつたので、此の點に於てわが法學教育は、確かに一大進歩をなしたものと云ふ事を認むるのである。併し乍ら所謂立法學(Science of legislation)なる科目が、全然法學部の課程中に無いといふ事は、確かに近き將來

に於て補充せねばならぬ缺陷であらう。

立法の實際上の經過、立法のテクニック等に就て研究する以外に、立法に依て達し得べき社會統制の範圍といふものを研究しなければならない。此の方面の徹底した教育がないと、法律の粗製濫造の弊が、一國の立法に現れるのである。アメリカに於ても此の弊を認めて、シカゴ大學に於ては、フロインド教授が新しい試みとして、立法學なるものを開始して居る。又ノースウエスターン大學のハーヴェー教授も、同樣な科目を受持つて居る。我が國に於て、將來立法に依て統制せんとする社會現實の範圍は、益々增大するであらう。立法樂觀論は、當分の間益其の力を振ふであらう。此の時に當つて、立法の政策及び技術を合理的に又科學的に研究するといふ事が、我が國に於ける立法の質を改善する上に於て、最も必要な事である樣に思はれる。

立法學の基礎としては、外國法の比較研究が、非常に重大なものとなつて來る。又法律家の立場から見た日本社會の正確な觀察と分析とが必要である。日本社會の測量は、或る程度迄統計局に依て爲されて居る。又各省の取調、殊に農商務省の取調中には、大に賞讃に値すべき

ものがある樣に見える。併し乍ら、法律學の爲には是等のばら〳〵な研究が統一され、系統立てられる事が必要である樣に思はれる。生きた法律の研究を目的とするインステイチュートの必要ある事は彼のエヤリツヒ教授が再々日本の學界に向つて放つた助言であつて、私は立法學の基礎として、此の方面の研究が、益々盛になる事を希望するのである。又比較法の範圍に就ては、從來の如き成文法のみの比較研究を以て滿足すべきでなくして、其の各國に行はれて居る法律の比較研究でなければならないと考へる。此の點に於ても、比較法學は、將來大に改造を要すべき運命を有するものと云はなければならないのである。

十一

以上の樣な考察からして、私は過激社會運動取締法案は、望ましからざる立法であると考へるのであつて、言論に從事する學者、新聞記者、雜誌記者其の他各種の社會運動に從事する人達に、非常に迷惑な許りでなく、實は我が國體にとつても、又現在の經濟組織、社會組織にとつても非常に危險な雰圍氣を醸成するものではあるまいかと疑ふものである。我が刑事政策を根

本的に改造して、之を英米の自由主義、放任主義に推移せしめるといふ事が、我が國將來の福祉を增進する所以であらうと考へるのであるけれども、それが當分の間不可能であつて、從來の政策を繼續するものとしても、斯る廣汎なる刑罰規定を設けるといふのは、不必要な事であつて、必要のある部分的改正を、小規模に實現する方が、穩健なる政治家のとるべき道である樣に思はれるのである。

第八、雜

一、素人法律觀諸相

一

民衆は法律と云へば先づ刑法を想ひ出す。「法に觸れる」と云へば刑罰法規に觸れる事を意味する。巡査――刑事裁判――監獄――それが一般民衆の法律に對する、最も顯著なる表徵である。從て一般民衆は「罰する法」あつて「救ふ法」あるを知らない。裁判所に呼び出されると云へば假令民事々件の證人に呼び出される場合でも、餘り良い氣持はせぬ、それは「裁判所」と云へば「刑事裁判所」を直ちに聯想するからである。法律は恐ろしいもの、先づ〳〵「觸らぬ神に祟なし」だと云ふ風に考へる。それが民衆の法律に對するボンヤリとした考へである。それが法律を學んだ事の無い人の法律に對する考へである。

此法律の刑法觀とでも稱すべき見方は單に日本の民衆だけに限つて居らないで、西洋でも幾分この傾向が見える樣だ。彼地では法律が民衆の生活に織り込まれて居る事は遙かに日本以上

であるけれども尙ほ民衆の頭かちこの考へ方が除かれては居らない。ロンドンの町で民事裁判所と刑事裁判所とは場所と建物とを別にして居るのは民衆の此迷想を除去する爲だと云ふ人がある。かう云ふ目的で別にしたのかどうか、それは善く分らないけれど兎に角裁判所は刑事被告人の居る處だと云ふ考へを少なくする結果は得られる樣である。裁判所の構内に入ると編笠を被つた刑事被告人が歩いて居つたりしては餘り氣持の善くないと云ふ事は明らかである。日本でも建物でも別にする事にしたら一般民衆の懷く法律の刑法觀を幾分減少する效能はあるかも知れない。

なぜ法律を學んだ事のない民衆が「法律」を刑法視するか。それには色々な原因もあらう。警察國時代の法律觀が遺傳的に民衆の心理に傳はつて居ると云ふ事もあらう。又刑法が法律の内で一番分り易く刑事裁判が一番ドラマティックであると云ふ事もあらう。刑法は監獄と云ふ恐ろしい影が背後にひかへて居つて人の恐怖心を起させ、法律中一番イムプレッシヴだと云ふ事もあらう。併し乍ら最も有力な原因は、一般民衆は、少くも財産を持たず、大きな商取引をしない一般民衆は、民法、商法などの實際問題に出會ふ機會は先づ無いからであらう。そして日

本の樣に家族制度の下に私有財産が戸主に集中して多くの富裕の人でも自己の特別の財産を持たないで生活して居る國では、個人主義が發達して各人の財産の境界が分明な西洋以上に、刑法以外の法律に就て注意する機會が少いからであらう。

民衆の法律に對する考へが刑法觀である以上は、法律は民衆に親しむ機會はない。政府の方から「法律の民衆化」を高唱しても民衆の方では「御免、御免」と逃げて行くであらう。

二

素人は刑事被告人をば殆んど罪人と同一視する傾向がある。第一新聞紙が少し大きな刑事事件だと特筆大書して何某が檢事局で調べられたと云つて書き立てる。その書き振りが丸で犯罪が證明せられた樣な筆つきであつて、一般民衆の眼からは一旦刑事被告人となると殆んど罪人と同一視せられる程度である。又裁判法廷でもあの編笠をつけて入つて來る有樣は少くも半罪人の姿である。併し被告人は元來有罪と決定するまでは善良な日本臣民たる地位を失ふべきではない。殊に實際無罪だと云ふ場合にはこれ程迷惑な事は無いのである。

イギリスは此點で非常に開けて居る。新聞紙も被告人が取調べを受けて居る中は日本の樣なセンセーショナルな記事は掲げないし、法廷でも平服で少しも「罪人」らしき面影が見えない。又その判決も「有罪」(guilty) か「無罪」(not guilty) かの二つで日本の樣に「證據不充分」と云ふのはない。證據不充分では何だか「無罪」と云ふのが惜しいので汚點を殘した樣で徹底しない。被告人は假令免れても尙ほ嫌疑を受けて居ると同樣で「青天白日」の身となり悪い。尤も英國でもスコットランドには日本の「證據不充分」に當る "not proven" と云ふのがあるが、英人は之を喜ばない樣である。

以上の樣な現象は是非改め度いものと私は思ふ。民衆は有罪の判決あるまでは無罪と見るだけの雅量を被告人に示すべきである。

三

民衆は法律と道德との區別を知らぬものが多い。

財產をもち、又は商業に從事する人達の一部の間に一種の法律觀が行はれる。是等の人の法

律觀は刑法觀の樣にプリミティヴでは無い。彼等は實際上多く民事問題に接して居る。行政法規や民法などに接觸する機會が多い。それ故法律が彼等の財產を保障し、又商取引の前提となる事を知つて、法律に多大の趣味をもち、辯護士に相談したり、法律書を讀んだりする。そしてこれは結構な事である。併しながら、彼等は法律が彼等のバイブルであるかの如くに行動する。法律に觸れさへしなければ何をしても自由だと考へる。元來法律は「最小限度の道德」であつて「最高限度の道德」では無い。然るに彼等は法律が恰も「最高限度の道德」であるかの如く振舞ふのである。彼等の眼には道德などは痴人の夢である。法律のみが現實である。最高の「行爲の準則」である。

ある辯護士が就職後最初に相談に與つた事件は如何にせば最も能く「脫稅」を爲す事を得るかと云ふ問題であつたので有德な彼は非常に驚いたさうである。此最初の依賴人の法律觀は確かに法律最高道德觀であつて、法律萬能の思想である。

法律は最小限度の道德である。そして、その上には社會の要求する道德があつて、之に違反すれば社會から精神的に排斥される。その上には更に內心のかすかなさゝやきが、最高限度の

道德」に向て吾等を誘ふ。此見えざる、然も現實な樂譜が奏せられなくなつた時、人は死し、社會は腐つて行く。

此種の法律觀は社會を毒すること甚しいものであつて、極力排斥せられねばならない。かゝる法律觀よりは「御免御免」と逃げる法律刑法觀の方が遙に無邪氣で宜い。彼等は良心と常識に依て活動し、法律などのお世話にならぬと考へるのであつて其の見方の方が遙かに優れて居る。

此種の誤つた法律觀は法律と道德との區別を眞に知らないから來るのである。

四

法律と道德との混亂は今一つ異つた形態であらはれる。それは多く善意の素人がなす誤である。

それは少數の道德の高い人達が全國民に傳導せんとする、ある道德律を法律として强行せんとする誤であつて、殊に立法に就て素人の勢力を及ぼす事の强いアメリカでこの現象が顯著で

ある。一團の牧師、社會改良家はその欲する行爲の規律を法律として全國民に强ひんとする、說敎により、又は宣傳に依り之を一般民衆に徹底するのは望ましい事であり、それが又彼等の天職である。彼等の衷心は誠に高潔である、唯誤は之を法律で强行せんとする一點にある。かくして制定された法律は一般民衆から遠ざかつて仲々行はれ惡い。時に單に道德として奬勵されるなら從ふが國家の權力で强ひられては反抗もして見度くなると云ふ人情の弱點も伴ふ。その結果として「法律の威信」は地に墜ちる恐がある。

かゝる傾向は矢張り法律と道德との區別を知らないから來る誤である。法律は「最小限度の道德」以上たる事を得ない事を忘れる事から來る誤りである。併し、この方の誤はより高き道德を無視する法律觀よりは罪が少い。「啓發」に依て容易に救ひ得る。

それでは、一般民衆より一步進んだ法律は制定してはならぬかと云ふと、必ずしも左樣は行かぬ。法律は時に時勢より一步進んだ規律で民衆を指導せんとして效を奏することはある。印度の商業道德は、英國人が英國の契約法を布いたので、非常に改善するに至つたのはその顯著な實例である。要するに法律は時に國民より一步進むのは宜い。併し百步進んではならぬ。百

歩まで進ませるのは道德の力、宗教の力、でなければならぬ。道德の力、宗教の效驗は遲くして手間取る。法律は效驗が手取早く來る。併し效驗のあざやかな法律は輕々しく使用してはならぬ。吾等はそれを知つて「忍耐」を學ばねばならぬ。

我國では未だこの種の素人法律觀が一般に廣がつては居らない樣である。併し、これから民衆の力が立法に強く働く樣になると必ず來るであらう。怪しむべきは此種の法律觀がアメリカの樣に素人に依て懷かれずして、反つて法律家たる爲政家に依て折々懷かれてる事である。「思想の取締」と云ふ考へはその顯著なる一例である。

アメリカの禁酒法は果してこの種の誤りであらうか。右の立法はアメリカ民衆の考へに一歩を進めた指導的立法であらうか。將た又百歩を進めた誤まつた法律であらうか。それは事實認定の問題で、吾々としては何とも判斷し兼ねる。併しながら、右禁酒法の執行困難の狀況や、最近ニューヨーク知事が、聯邦憲法を無視してニューヨーク州では解禁することに決したと云ふ報知は、「法律と道德との區別」に就いて考へさせる一大好題目である。一の困難な公案である。

二、近代生活と良心

一

アメリカの法律學の教授法は、他の諸國と比較して、非常に異彩を放つて居ります。それは判例式方法 case method と申し、學生をして、具體的事件に對して下された判決を讀んで來させて、教室で、教師と學生とがその事件の內容と、之に就て下された裁判所の判決に就て、當否を論議し合ひ、その內から法律と正義の原則を發見せんとするのであります。取扱ふ事柄が、皆な實際起つた事件ですから、學生は非常に面白く感じ、同時に又「人生」のあらゆる方面を洞察する機會が與へられるのであります。そして生きた生活事實に適用される法律を每日學理的にやつて行くのですから、三年も之を繼續すると、數千の事件を取扱うた事になり、微妙なそして動的な正義心が養はれて行くのであります。それと同時に人間の弱點に對する無限の同情心も湧いて來るのであります。日本や歐洲大陸の樣に第一章法律、「法律トハ……ナ

リ」と初めから、抽象論に豐富な、然し人生に觸れる事の少ない法律の教授法とは、大に趣を異にして居るのであります。

私の聞き及んだ處に據ると、或るアメリカの大學では倫理學の教授方法として、「この case method」が採用されたさうであります。倫理學も從來は、抽象的なそして哲學的な論議が多くそして獨斷的な、注入的な倫理教育が行はれて居つたのであります。「學」としては結構であつても複雜な人間生活に、直ちには應用出來ぬ事が多かつたのであります。そこで新教育方法に依ると多くの歴史的事實と、及び現在起る多樣な社會現象を集め、之を學生に勉強させて置いて教室でその中に現れて來る人達の行動の倫理的批判を教師と學生とで、議論して行くと云ふ事にするのであります。未だ採用後日尚ほ淺いのでありますから、法律學の方面の樣に整然と材料が精選されて居らないので、結果も充分ではないでせうが、企てとしては大に注目すべき事項だと思ふのであります。勿論、議論の間に、諸派の思索方法も説明されませうし、又哲學的思惟も行はれませうし、人生觀の差異なども現れて來ませう。併し、兎に角、實際起つた事實に立脚して倫理的批判を行ふ訓練が爲されるのでありますから、學生は世間に出てからもそ

の複雜な日常生活を、倫理的にやつて行くだけの鋭くそして動的な良心が養はれるのであります。

二

道德の根柢は畢竟「良心」であると私は信じます。そして之れが哲學的な訓練を經れば「無上命令」と云ふ形を取り、更に宗教的な訓練を經れば「神の御聲」となつて聞えます。故に人が良心に從て行動した場合には、外部的には如何に間違つて居ると見えても、私はその行動を絶對的な倫理からは到底非難出來ないのであると思ひます。

併しながら、他面から觀察すると、この内部的な良心は、現代の複雜な生活では、政治、法律、經濟と云ふ環境を通じて、ある種の形式の行動となつて現はれて來ます。故に政治、法律經濟と云ふ環境の認識が誤つて居ると、良心に基いて發現した行動も間違ひだらけになつて來ます。鋭い良心は此點をも直觀します。この點から著眼してパウロの「信仰に智を加へよ」と云ふ教訓は味ふべき深い眞理を包含して居るのであると私は考へます。

三

政治と云ふ環境に就いても「政治家の道德」即ち政治家が政治家として守らなければならない道德と云ふものもあります。それは政治家と云ふ、一階級だけに限られた、特殊な道德で政治界刷新の爲めに研究を要するものと考へるのでありますが、之は暫く措いて問ひますまい。併し、一般の民衆も政治に觸れて來るのであります。「民をして依らしむべく、知らしむべからず」と云ふ專制政治の下に於てならいざ知らず、民衆の意嚮、輿論と云ふものが國家の政策に影響を及ぼす事の甚大な現代の政治に於きましては、一般民衆は政活に干與せざるを得ない樣になつて來ます。普通選擧が行はるゝに至れば、益々此傾向が強くなつて來ませう。例へば議員選擧と云ふ事に就ても、色々と普通の人民が去就を決せなければならない場合が多く出て來ます。例は甲と乙とが議員の候補者として立つて居ります。そして甲も乙もごつちもごうも信任するに足りない、ごうも政治なごには手を洗つて干涉せぬに限ると云つて選擧權を放棄する人もあります。併し又ごうせ甲も乙も信任出來ないが、乙の惡性の方が甲の惡性よりも強いから

乙を排斥すると云ふ意味で、甲に投票すると云ふ人もあります。何れが正當な行爲であるか、行爲？不行爲？　これも考究を要します。その外選擧に關聯しただけでも色々に具體的な道德的な疑ひが生じ得ると考へるのであります。「道德學」は是等の具體的な問題を速座に解決する力を與ふるに努むべきでせう。

四

法律と云ふ環境に就いても、直接その執行に干與する行政官、裁判官、及び辯護士等について各々それ〴〵階級に特殊な道德があります。是等の方面にも一層具體的な研究と論議とが行はるべきものであると私は考へて居るのであります。併し、これも特殊階級に限定された問題ですから此處には之を述べません。一般民衆と法律との關係に就いても道德的な問題が數多くあると思ふのであります。その内で一番微妙なのは「權利」を中心とする問題です。法律は人に義務を課して居る許りでなく「權利」と云ふ鋭い武器を與へて居ります。世人は多く與へられた「權利」の内に眠つて居ります。人の物を盜まないで居ればそれが「善良なる市民」である

として、平然として居ります。

廣大な土地を占領して「所有權」と云ふ法律で認めて呉れる繩張を利用して、之を數年間利用せずに地價の高くなるのを待つて居る人もあります。これは果して道德的に非難すべからざる行爲でありませうか？　又他人が自分の權利を侵害した場合に之を許してやるのが道德的でありませうか。又は之をあくまでも主張して「法律秩序」の發達に資するのが人の道でありませうか、時には單純に解決のつく事もありますが、又場合に依ると、善良な、そして良心の鋭い人民はその行動の方針に迷ふ事が少くないのであります。是等の點も各〻具體的場合に就て大に研究を要するものであると私は思ふのであります。倫理學はかゝる場合の去就を速斷し得るだけの動力をもつて欲しいのであります。

五

經濟生活で現在は勞資の關係と云ふ問題が一般から一番多く考へられて居ります。資本主義が果して倫理的に是認すべきものであらうか？　これは一般人の懷疑の中心となつて居ります。

私は勞資の問題も畢竟尤も深刻な意味での「良心」の問題だと考へるのであります。然し私は今此處には此問題には觸れません。唯現在の經濟組織を一應是認するとしても、これが運用に就ては複雜な倫理的な問題が起つて來ます。

私はアメリカに滯在中、かう云ふ問題が公に論議せられるのを見ました。甲は土地國有論者である。若しこの場合甲がその有する資本を土地に投じて地主となつたら、其は道德的に非難すべき行爲であらうか？　又甲は禁酒論者である。この場合甲がその資本を利廻りが宜いと云ふ理由で「釀造會社」の株を買つたとしたらそれは道德的に非難すべき行爲であるか？　これに就ては議論が二樣に分れました。

兎に角アメリカ人の良心の働きが、かう云ふ方面に充分に働いて居るのを見て感心したのでありました。

經濟と云ふ環境を通して現はれる良心は多種多樣な形態を採ります。是等も大に具體的に研究せられねばならぬのであります。「倫理學」は經濟生活を營むに就て如何にせば宜いかの規準を動的に提供すべきであります。

六

近代生活は政治法律經濟と云ふ複雜なそして立體的な形態を具有して居ます。此の間に處して現代人の「良心」は如何なる行動となつて現るべきかは、一般民衆と共に研究すべき問題だと考へるのであります。私は民衆の「良心」が內面的に益々鋭くなることを希望するとともに、其の「良心」が動的に、そして微妙に現代生活全體に滲み渡る樣になる事を期待するのであります。

三、法律學に於ける舊い頭と新しい頭

一

「法律學は他の科學よりも半世紀程遲れて居る」とは西洋で度々云はれる相言葉の一つである。從て法律學者の頭は舊いものと世間の相場が定まつて居る。これは西洋許りでなく、日本でも

大體、世間は左樣見て居る。

併し同じ舊い中にも、其處に大ぶるとが中ぶるとがある。又稍々新しと見るべき頭も絕無ではあるまい。特に現代の樣な所謂急激の過渡時代、變遷時代、に於ては、舊い頭と新しい頭との對照が色々な點で、あざやかにあらはれる。

現代日本に於ける法律家の頭は殆んど全部西洋の法律學の影響を受けて居る。併し、その中にも純日本式たらんと欲する頭もあり、和漢折衷を得意とする頭もあり、和洋折衷式の頭もあり、和漢洋折衷の頭もあり、又純西洋式の頭少くも純西洋式たらんと欲する頭もないではない。又西洋式の內にもドイツ式あり、フランス式あり、イギリス式あり、アメリカ式がある。從て和洋折衷式中にも和獨折衷、和佛折衷、和英折衷、和米折衷の細分がある。更に漢の影響の大小をも頭の中に置くと、分類は一層面倒になる。實に百花爛漫の狀態である。が併し、その間に自ら、舊い頭と新しい頭とが相對峙して居る。併し豫め斷つて置き度いのは、舊必ずしも惡ならず、新必ずしも善ならずと云ふ事である。又新舊の區別も結局見る人々に依て異るので、畢竟それは一私見以上に出づるものでない。

二

舊い頭は法律の世界を特殊な世界だと考へる。他の世界から獨立した領域をもち、獨立な方式に依て作用するものであると考へる。從てその努力の主たる中心は法律現象の分析である。從て又法律學に於ける分業の方面を高調する。之に反し、新しい頭は、法律の世界を、他のあらゆる世界との關聯と云ふ方面から、眺めんとする。法律の世界も、畢竟、廣い意味での人生――人間生活の一顯現であると考へる。從て法律の研究と云うても、法律學の内に他の學問がなした貢獻や其の採用する進歩した方法を取り入れんとする方面に特に努力する。舊い頭は法律と云ふ狹い世界に安立して、その精密なる分析と綜合とに法律家の本分を見出さんとするに反し、新しい頭は哲學、美學、歴史、社會學、經濟學、政治學、統計學、自然科學、文學の諸方面に趣味を有ち、その新しい傾向や、新しい貢獻を法律の世界に編み込まんとする。舊い頭は精密である。新しい頭は粗雜である。舊い頭は專門に立ち籠らんとするに反し、新しい頭はあらゆる領域にまで浸入せんとする。舊い頭は他の干渉を許さざゝ獨特の領域に立て籠るが故

に生きた人生其ものには觸れる事がない。新しい頭は「人間味」と云ふ事と「活きた世界」「生きた人生」と云ふ事に特に鋭感である。新しい頭のカルテユアは、確かに舊い頭のカルテユアよりは廣い。然し深いかどうかは疑問である。

三

舊い頭は語學の教養と云ふ方面でも割合に狹い。西洋では自國語以外出來ぬ頭も數多くある。日本では、苟も學者と云ふ名の付く以上大抵一箇國だけの外國語は出來る。英か佛か獨がどれかには通じて居る。併し、新しい頭は廣いカルテユアがその理想だけに英佛獨だけは、大抵判讀位は出來る。併し、舊い頭は一本槍だけに、其槍先は可成り冴えて居るが、新しい頭は兩刀使、又は數刀使だけに其槍先は大分に鈍つて居る。舊い頭は讀む事も話す事も書く事も相當にやつてのけるに反し、新しい頭は讀む事がやつと出來るだけで、話も出來ねば、又書く事も出來ない。廣いだけに淺い。併し、更に一層新しい頭には英佛獨語をデッド・ラングエジとして取扱はずにリヴィング・ラングエジとして取扱はねばならぬと云ふ自覺が芽ざして居る。「生キタ法律」を研究

する熱と同時に「生キタ言葉」を自由に使用する能力を尊重する風潮が起りつゝある。追々は各國の法律家達と自由に法律上の議論を上下しうる程度の新しい頭も少なからず發生して來る事であらう。

三

舊い頭は法律と云ふ領域に立てこもるが故に、理論法律學の範圍に於ては「法の性質」と云ふ問題を中心として、盛に議論を闘はす。或は法律は主權者——君主、又は民衆——の命令であると論じ、或は法律は國民の確信であると論ずる。或は法律の要素であると云ひ或は無いと論ずる。

新しい頭は「生きた世界」に多大の趣味をもち、法律は只その一つの方面だと云ふ處に力を入れて考へるから、理論法律學の範圍内に於ても、「法律の性質」と云ふ點よりはむしろ、「法律の職能」と云ふ方面に特に興味をもつ。複雜な人生を規律するファクターとして法律はどれだけの力を有するものであるか。社會規律の力として法律はどの程度まで有效であるか。どれだけの

範圍までは道德の力、社會の力に委して、どれだけの範圍まで法律が干渉すべきであるか。法律が干渉すべき場合に如何なる範圍まで「立法」と云ふ形式に委すべきや、如何なる範圍まで「判例法」と云ふ形式に委すべきやの限界は、果して如何にして之を定むべきか。新しい頭にとつて、理論法律學はかうした形式の問題として提供される。

四

法律自體の研究に就て舊い頭は成文法と判決例との研究を以て能事了れりとする。それは又舊い頭が法律と云ふ金城鐵壁に立て籠ることから來る一つの歸結であらう。舊い頭の中にも成文法のみの分析を偏重する傾向は大ぶるの部に屬し、判決例の研究に趣くのは中ぶるの部である。

新しき頭は「生キタ法律」により多くの興味をもち、法律と慣習、それから又法律と道德との區別など云ふ「法律性質」論から來る議論などは之を輕視して、「現實に社會を規律する法律」を觀察と推理とに依て發見せんとする。

五

舊い頭は法律上の原則が抽象的に「正義の原則」に合するとか、「傳統的の原則」であるとか、或は「論理的に正確」であるとか云ふだけで立派な法律であると考へる。併し新しい頭は常に實際上それ等の法律が如何に運用せられて居るかと云ふ點に著眼しつゝ法律の可否を批判せんとする。そして抽象的に正義に合した法律が實際上不正義に終つて居る事の多いのに驚いて、その原因を探究する。經濟的原因、心理的原因、民族的原因等を考察して實際上に於て正義が實現せられる樣に工夫を凝さうと努力する。

六

舊い頭は實體法、即ち民法とか商法とか刑法とかの規定にのみ趣味を有つ。コンヴエンショナルな考へ方に依れば抽象的な正義原則の形成としては是等の法律は最もテイピカルなものであるからである。そして手續法即ち民事訴訟法とか刑事訴訟法とかは畢竟從たる法律であると

し輕て之を視せんとする傾がある。然るに新しい頭は訴訟手續と云ふ一般からは輕いそしてドライな題目として考へられる問題に多大の興味を感ずる。實體法で認められた權利義務が裁判所を通じて實現されるのには手續法が是非共通らねばならぬ關門であり、これが不完全であれば、實體法上權利があつても實際上は請求が出來ないものだと云ふことを強く感ずるからである。殊に訴訟遲延、訴訟に要る費用の問題を中心として、司法機關と訴訟手續とに就て痛切に考へさせられるからである。これも新しい頭に相應な考へ方であると云はねばなるまい。

舊い頭は財產權に關する法律に趣味をもつ。十九世紀の法律殊に私法は財產を中心として規定されて居つたのである。そしてその法律學も主力を財產に置いたからである。然るに新しい頭は「人格權」と「勞働權」とに特に趣味を持つ。蓋し人格權と勞働權とは二十世紀に於て、法律的保護を享受すべきプログラムとなつて居るにかゝはらず、現在の法律が特にこの方面に於て、不完全であるからである。勿論財產權中でも私有財產制度の可否と云ふ大きな根本問題だ

けは新しい頭が喜んで考へる處である。又ある點で人格權の延長と見らるゝ所謂智能所有權―
―著作權とか發明權とか云ふ方面の問題は矢張り新しい頭の興味をそゝる。併し、勞働權、そ
れが新しい頭の一番發達せしめようと努力する題目である。

八

舊い頭は法律の解釋適用に就て、文理解釋と論理解釋とを重んじ、立法者の意思の解釋に重
きを置く。その頭の奥には十九世紀の法律思想の二大特質である法の完全性と三權分立思想と
が潜在する。法は由來完全である。裁判官は唯之を見出して解釋適用するにある。法は立法者
のみ之を作るものである、裁判官の任務は只立法者の意思を探究して之を解釋適用するにある。
裁判官が法の缺陷を補つて法を作り出すと云ふが如きは法の完全性の理論と三權分立の精神に
反するものである、と考へる。そして此の「法の完全性」と「三權分立」と云ふ二つの前提の
背後には「法的安定」と云ふ考へが潜んで居る。

新しい頭は法律の解釋適用に就て自由解釋を主張する。立法者の意思よりも寧ろ立法の精神

を目標として解釋を施さんとする。そして「法の完全性」も「三權分立」も畢竟現實には必ず
しも妥當でない一の獨斷であると考へる。抽象的な法を器械的に具體化するのが裁判所の任務
ではない。具體的係爭事件を正義と公平とに合致した樣に解決するのが一番大切な事であると
考へる。「具體的妥當性」それが裁判官の心得でなければならぬ。法的安定とか云ふ樣な事は舊
い頭の學者達の空想で御座る。事件が妥當に片附きさへすれば社會は圓滿に動くと考へる。從
て此方面の新しい頭の考へ方は素人には極めて受けが宜い。

九

その外、色々な事で舊い頭と新しい頭とはその傾向の差をあらはして來る。併し、之を要す
るに舊い頭の動き方は靜的である、スタティックである。之に反し新しい頭の働き方は動的で
ある、ダイナミックであると云ふ事が出來よう。舊い頭が如何にも專門家らしいに反し新しい
頭は廣く人生のあらゆる方面に興味をもつ素人味に富んでアマターリッシである。舊い頭が語
學に於て、一本槍で行くに對し新しい頭は數個國語を兼學する點、然も讀むだけでなく數箇國語

を話し書くと云ふ動的な語學に趣味を有つ點、舊い頭が理論法律學の領域に於て「法の性質」に興味を持つに對し新しい頭が「法の職能」を中心として論究する點、舊い頭が成文法と判例と云ふ文字の上の研究に沒頭するに反し、新しい頭が「生キタ法律」——卽ち人生を現實に動かして居る法律に力を入れる點、舊い頭が法規の抽象的沿革的論理的妥當性を考へるに反し、新しい頭がそれが妥當に運用されて居るかを考へる點、舊い頭が實體法のみに特に重きを置くに反し、新しい頭が手續法に重きを置く點、舊い頭が既成の財產法に趣味を持つに反し、新しい頭が未成の人格權、勞働權に、重きを置く點、舊い頭が法的安定を高調するに反し、新しい頭が具體的妥當性を高調する點、何れも皆な靜的な世界觀と動的な世界觀との差異の發現に過ぎぬものと見られよう。

十

現實の法律家を一人一人取つて考へれば徹底的に舊い頭も徹底的に新しい頭も少ない。大抵兩者の色彩は相混淆して「現實の法律家」を形成する。舊い頭も新しい頭も畢竟一の「假想的

頭」である。唯新舊の混淆の度合の多少に依て比較的に舊い頭と比較的に新しい頭とが「現實法律家の頭」の特徵を爲すにすぎない。

舊い頭必ずしも呪ふ可らず、新しい頭も亦必ずしも危險視すべからず。兩者は相扶け、相補つて、新しき世界、より宜き人生を生み出すために存在する。

天才！　それは新舊の域を超越して輝く。そして天才は少くも數世紀の間光明を放つて其光を失はないであらう。改造の日本、改造の世界はかゝる天才の來現を法律學の方面でも待つて居ると私は考へる。

大正十二年十一月一日印刷
大正十二年十一月四日第一刷發行
大正十二年十二月十五日再版發行
大正十三年五月一日三版發行

新法學の基調與廿
定價貳圓八拾錢

著者　東京市本郷區真砂町二十番地　高柳賢三

發行者　東京市神田區南神保町十六番地　岩波茂雄

印刷者　東京市麹町區紀尾井町　番地　福王俊禎

東京印刷株式會社
麹町出張所印刷

版權所有

發行所　東京神田南神保町　岩波書店
電話九段（一二八〇・一二八一番）
（四八〇九・（卸部專用））
振替東京二六二四〇番

終