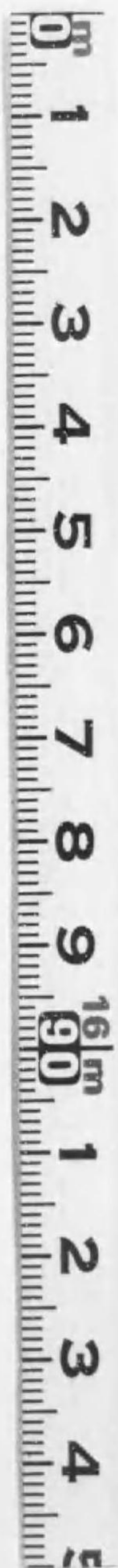


529

136



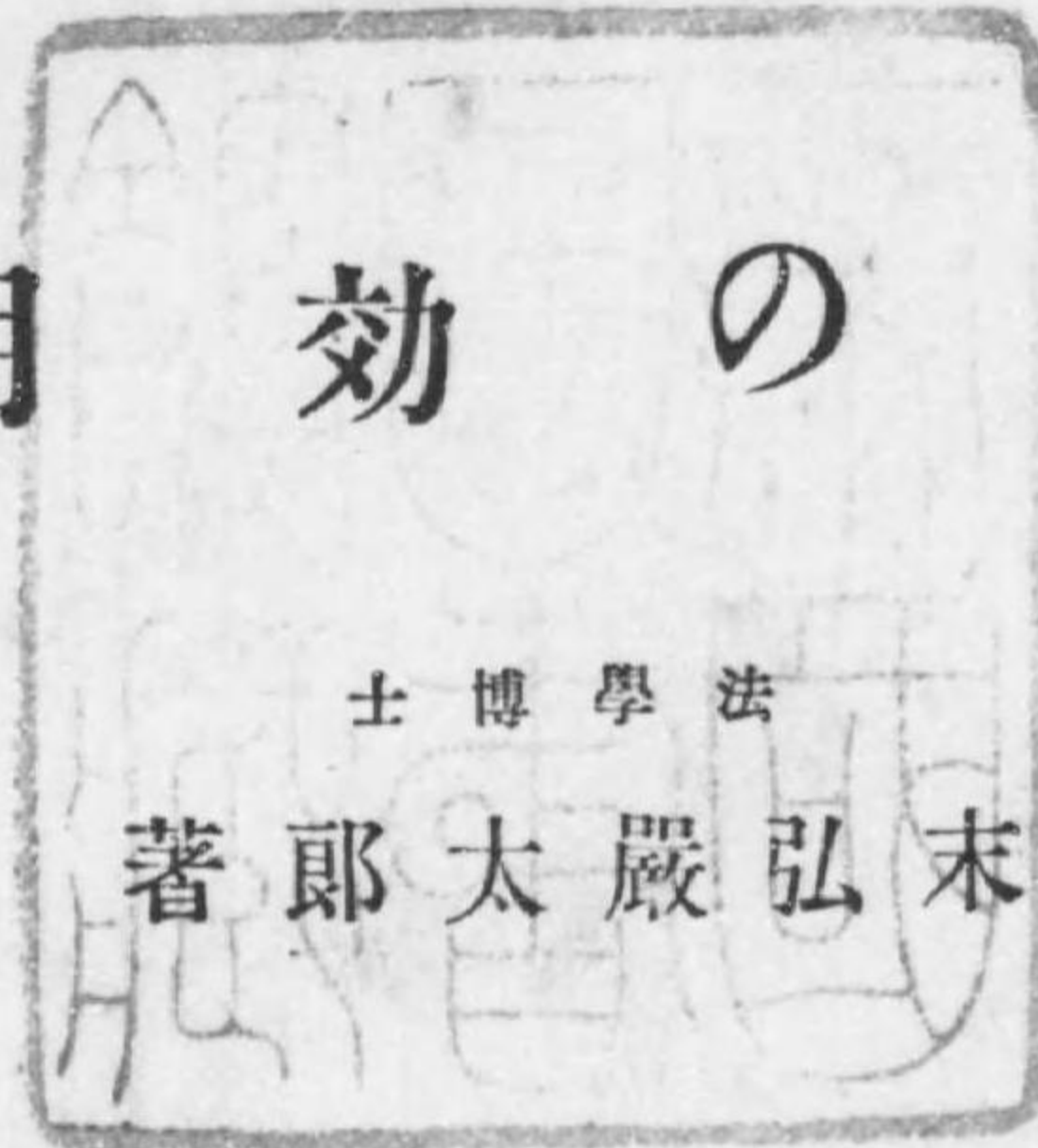
始



ト工6Z-20

529~136

用 効 の 嘘



1 9 2 3

版 出 社 造 改



はしがき

大正九年の秋歸朝して以來かなり色々なものを書いた。殊に從來専ら純法律的の論文のみを書いて居た私が此時以來多少一般の讀者を相手としたものを書くに至つたことは私にとつて一の大きな變化であつた。本書はかくして書かれた數多き文章の中から純粹に法律家のみを相手としてかゝれたものを取除いた、謂はゞ一般向きのものゝみを集めたものである。

元來一旦書いたものを後から再び読み直はすのすら何となく嫌ひな私が、このやうに古い文章を集めて再び之を公にすべく勇氣を奮ひ起すに至つた理由は、正直に云へば改造社にすめられて終に斷はり切れなかつたと云ふだけのことである。従つて、本書に採録されたものの中には、今日の私から見ると頗る物足りなく思はれるものも少くないのだが、すべて原文のまゝ何等の變更をも加へることをしなかつた。唯一々冒頭に小序文を付けてそれが書かれた當時の事情を明かにして置いた。

最近の私は、どうやら再び一般讀者を相手とする文章を書けなくなつたらしい。けれどもそれは決して私が再び昔の所謂純法律論に戻ると云ふことを意味するものではない。唯自分が筆を執るに際し讀者として一般公衆を豫期するやうなものはどうも段々書けなくなるらしいのである。自分も何とかして讀んでくれる相手——讀者——を豫定せずに、何となく書きたいものを書き、言ひたいことを言ひたいと考へて居る。私にはどうもそれが私の本來進むべき道であり、而して私は今段々とその正しい道に戻りつゝあるやうに思はれてならない。

大正十二年七月二日

著 者

529-156

目 次

一 嘘の効用……………	一
二 改造問題と明治時代の省察……………	四九
三 役人の頭……………	一一一
四 小智恵に捉はれた現代の法律學……………	一五九
五 民法改造の根本問題……………	一九三
六 佛蘭西労働聯盟の動搖……………	二一九
七 過激社會運動取締法案批評……………	二五一

八	住宅問題と新借家法	二八三
九	工場法の改正について	三二九
一〇	世界的恆久平和の理想と國際労働會議	三六五
一一	陪審法案を讀みたる後の感想	三九三
一二	無産者の立場より見たる陪審制度	四〇九
一三	婚姻に關する法律と女子職業問題	四二九

嘘の効用目次終

嘘の効用

法律以外の世界に於て一般に不合理なりと看做されて居る事柄が一度法律世界の價值判斷に會ふや否や忽に合理化されると云ふ事實は吾々法律學者の屢々認識する所である。而して私は其所に法律の特色があり又國家の特色があると考へるが故に、其等の現象の蒐集及び考察が法律及び國家の研究者たる私にとつて極めて有益であり又必要であることを考へる。其意味に於て私は數年此方「法律に於ける擬制」Legal fiction, Rechtsfiktion の研究に特別の興味を感じて居る。而して本文は實に其研究の中途に於て偶生された一の小副産物に過ぎない。之れはもと慶應義塾大學に於て講演した際の原稿に多少の筆を加へて出來上つたものであつて、雜誌「改造」の大正十一年七月號に登載されたものである。

吾々は子供の時から、嘘を言うてはならぬものだといふことを、充分に教へ込まれて居ます。恐らく、世の中の人々は——一人の例外もなくすべて——嘘は言うてはならぬものと信じて居るでせう。理由は兎も角もとして、何となく皆さう考へて居るに違ひありません。「嘘」と云ふ言葉を聞くと、吾々の頭には直ぐに、「狼が來たく」と、屢々嘘をついた爲め、段々と村人の信用を失つて、終には本統に狼に喰はれて仕舞つた羊飼の話が自然と浮び出ます。それ程、吾々の頭には嘘を言つてはならぬと云ふことが、深く深く教へ込まれて居ます。

所が、それ程深く刻み込まれ、教へ込まれて居るにも拘らず、吾々の世の中には嘘が澤山行はれて居ます。已むを得ず言ふ嘘、已むを得るに拘らず言ふ嘘、密かに言はれ陰に行はれて居る嘘、大つぴらに行はれて居る嘘、否時には法律に依つて保護された——従つてそれを

否定すると刑罰を受けるやうな恐しい——嘘までが、堂々と天下に行はれて居る程、此の世の中には、種々雑多な嘘が無数に行はれてゐます。

實を言ふと、全く嘘をつかずに此の世の中に生き長らへることは、全然不可能なやうに此の世の中が出来て居るのです。

其所で、吾々お互に此の世の中に生きて行きたいと思ふ者は、此等の嘘を如何に處理すべきか、と云ふ極めて重大な而かも頗る困難な問題を解決せねばなりません。何にしろ、嘘についてはならず、さらばと云うて、嘘をつかずに生きてゆかれないのですから。

二

私は法律家です。ですから、専門たる「法律」以外の事柄については——坐談でならば兎に角——公に、さも先覺者乃至専門家らしい顔をして、意見を述べる氣にはなれませぬ。法律家は「法律」の範囲内に止まる限りに於てのみ「専門家」です。一度其範圍を越へると直

に「素人」になるのです。無論「専門家」だからと云うて絶対に「素人考」を述べてはならぬと云ふ法はないでせう。けれども、その際述べられた「素人考」は特に「専門」のない普通の「素人」の意見と何等擇ぶ所はない。否、「専門」と云ふ色眼鏡を通して、物事を見勝ちであるだけ、其意見は兎角一方に偏し易い。従つて普通の「素人」の意見より反つて實質は悪いかも知れない位のもです。而かも世の中の人々は、不思議にも「専門家」の「素人考」に向つて不當な敬意を表します。普通の「素人」の「素人考」よりは大にプレスチージユを有つ譯です。例へば、世の中には無名の八公熊公にして、演劇に關する立派な批評眼を供へて居るものがいくらかも居ます。所が、何々侯爵とか、何々博士とか、少し演劇に關して「素人考」を述べると、世の中は直にやれ劇通だとか、芝居通だとか云うて變に敬意を表し、本人もいゝ氣になつて堂々と意見を公表などします。侯爵や、博士の癖に芝居のことも人並に解る珍しい男だと云ふ位ならば兎も角、其男がさも「専門家」らしい顔をして「素人考」を臆面もなく述べるのを聞くと、又、世の中の人々が之に特別の敬意を表するのを見ると

き、私は全く不愉快になります。かくの如きは、實に一種の『不當利得』に外ならないと私は考へてます。併し世の中の『専門家』はとかく此點を間違へやすい。世の中の人々も、普通に其同じ間違を繰返へして『専門家』の『素人考』を不當に尊敬します。私は全く變だと思ひます。

私は法律學者です。ですから『法律』及び『學問』についてだけは兎も角も『専門家』として意見を述べる資格があるのです。だから今茲に『嘘の效用』と題して嘘を如何に處理すべきかと云ふ問題を考へるにしても、議論は無論之を『法律』及び『學問』の範圍内に限りたいと考へます。一般の道德乃至教育等に關する問題として、如何にも『立人』らしく意見を述べることはどうも私の柄ではありませぬ。

『法律』の上で、又『學問』一般について、『嘘』は善かれ悪かれ色々の働きをして居ます。それを考へて見ることは、獨り『法律家』にとつてのみならず、一般の人々にも可成り興味あることだと思ひます。殊に私は、私の『法律』及び『學問』に對する態度を明かにするが

欠

欠

當時の法律は、如何にも厳格な動きのとれないやかましいものであつた。それをビシ／＼厳格に適用すれば、萬人を戦慄せしむるに足るだけの法律であつた。而かも當時の裁判官は上司の命令である所の法律を濫りに伸縮して取扱ふことは出来ぬ。法律は動くべからざるもの動かすべからざるものであつた。此法律の下で、人情に合致した人間味のある裁判をやることは極めて困難な事柄です。而かも大岡越前守はそれを敢てしたのです。而かも免職にもならず、世の中の人々にも褒められながらそれをやり得たのです。

然らばどうしてそれをやり得たか。其方法は「嘘」です。當時の「法律」は厳格で動かすことが出来なかつた。法を動かして人情に適合することは不可能であつた。其所で大岡越前守は「事實」を動かすことを考へたのです。ある「事實」があつたと云ふことになれば、「法律上」必ず之を罰せねばならぬ。さらばと云うて罰すれば人情にはづれる。其際裁判官の採り得べき唯一の手段は「嘘」です。あつた「事實」をなかつたと云ひ、なかつた「事實」をあつたと云ふより外に方法は無いのです。さうして大岡越前守は實にそれを上手にやり得た

人です。

併し、之と同じ手段に依つて裁判の上に人間味を現はしたのは、獨り大岡越前守のみに限るのではなく、恐らく到る所の裁判官は——無論時代に依り場所に依つて多少程度の差こそあれ——皆均しく同様の手段を採るものゝやうに思はれます。例へば、ローマの如きでも、畸形兒を殺した母をして殺人の罪責を免れしむるが爲めに裁判官は屢々 *monstrum* の法理を應用したと謂はれて居ます。

ローマでは、縦令人間の胎から生れたものでも、それが畸形兒で充分人間の形を備へて居ない場合には、法律上稱して *monstrum* (鬼兒) と云ひ、之に與ふるに法律上の人格を以てしなかつた。此考はローマに於ては極めて古くから存在したやうであるが、後のユスチニヤン法典中にも法家パウルの意見として *Digestorum Lib. I. Tit. V. de statu hominum L. 14* 中に收められて居る。所で或る母が子を生むで見るとそれが醜い鬼子であつた。さう云ふ子供を生かして置くのは家の耻辱でもあり、又、本人の不幸でもあると考へて、母は密かに之

を殺して仕舞つた。やかましく理屈を云へばそれでも矢張り一種の殺人には違ひない。併しさらばと云うて其母を殺人の罪に問ふことは裁判官の人間として到底堪え難い所である。社會的に考へても極めて愚なことです。其處で裁判官は何とかして救つてやりたい、其救ふ手段として考へ付いたものが、此 *monstrum* の法理です。母は子を殺した、併し殺したのは人にあらずして *monstrum* であつた。従つて罪にはならぬ。と、かう云ふ理屈を以て憐むべき母を救つたのだと云ふことです。

今日の發達した醫學の目から見れば「人」の胎から「人にあらざるもの」が生まれる譯はどうしてもあり得ないのでせう。併しさらばと云うてローマ人は馬鹿だ、無智だと笑つて仕舞ふのは野暮です。成る程、それは不合理でせう。併し兎に角之れで人の命が救はれたのです。さうして當時の人は多分其裁判官を賞讃したに違ひありません。

又吾々は、徳川時代の御目付役は「見て見ぬ振をする」を以て大切な心得として居たと云ふことを聞きます。合理的にやかましく云へば、苟も犯罪を發見した以上、御目付役として

はすべて之を起訴せねばならぬ譯です。所が、それを一々起訴すれば反つて世人は承知しない。其結果「見て見ぬ振をする」即ち「嘘をつく」を以て御目付役の美德(?)とされて居たものです。所が此同じ事は獨り舊幕時代のみに限らず、明治大正の世の中にも行はれて居る。刑事訴訟法が今年改正になりました。其以前には明かな規定がなかつたに拘らず、學者の多數は所謂「便宜主義」Opportunitätsprinzipと稱して、犯罪を起訴するや否やは檢事の自由裁量に一任されて居るものと主張し、司法官も亦其考を實行して居たのです。「便宜主義」と名を付けば如何にも嚴しくなるが、實を云ふと御目付役の「見て見ぬ振をする」のと同じこととす。所が今度の新刑事訴訟法第二七九條では遂に之を法文の上に現して「犯人ノ性格、年齢及境遇並犯罪ノ情狀及犯罪後ノ情況ニ因リ訴追ヲ必要トセサルトキハ公訴ヲ提起セサルコトヲ得」と規定するに至つた。謂はゞ「嘘」を公認した代りに「嘘つき」の規準を作り、其結果「嘘から眞」が出来た譯なのです。諸君は試みに司法統計の中「嬰兒殺」の部を開けて御覽なさい。今の檢事が此點について如何に多く「見て見ぬ振り」をして居るかを發見さ

れるでせう。

四

英米の法律には『名義上の損害賠償』nominal damagesと云ふ制度があります。一體損害賠償は、讀んで字の如く、實際生じた損害を賠償させることを目的とする制度ですから、縱令権利侵害があつても、實際上何等の損害がなければ損害賠償の義務は發生しない譯です。其所で、例へば我國に於ては、甲が乙の所有地内に無斷で侵入した場合に、乙から損害賠償請求の訴が起されても、其無斷侵入の結果事實乙が何等の損害をも蒙つて居なければ、不法行爲の成立要件を缺くものとして乙は敗訴せざるを得ない。無論唯合理的に考へれば、乙には何等の損害もないのだから、之が賠償を求むべき何等の権利なきは當然である。けれども甲が乙の権利を侵害したと云ふ事實だけは確實です。其點に於て甲は惡いに違ひないのです。ですから権利侵害はあつたが何等の損害がないからと云ふ理由で敗訴し、其結果名目上兎に

角敗けたと云ふことになり又同時に、敗訴者として訴訟費用を負担せしめられることは、乙にとつて極めて不愉快なことに違ひありません。乙は「賠償はとれずともいゝ。併し敗れたくはない」と、かう考へるに違ひないので。此際若しも名目だけでも乙を勝訴者たらしめることが出来たら、彼れはどれだけ喜ぶでせう。

英米法の「名義上の損害賠償」は實に此場合に於ける乙を救ふ制度です。苟も権利侵害があつた以上、其所に必ずや何等かの損害がなければならぬ。其損害の象徴として裁判所は被害者に例へば金一錢を與へるとする。さうすれば被害者は縦令金額は一錢でも兎に角勝訴したこととなり、名目上は勿論實利的にも訴訟費用の負擔を免れると云ふ利益がある。實際損害の立證は立たぬ。併し権利侵害があつた以上必ず損害があつたものと看做して、それを一錢と云ふ有形物の上に象徴する所が此制度の妙味であつて、「嘘」の効用の著しい實例の一つです。

現在、我國の法學者は一般に偏狹な合理主義に捉はれて「損害なければ賠償なし」と云ふ

原則を絶対のものとして考へ、「名義上の損害賠償」の如きは英米獨特の不合理な制度、到底吾國に移すべからざるものと考へて居ます。けれども若しも吾國の此制度が行はれることになつたならば、法律を知らぬ一般人の裁判所に對する信頼はどれだけ増大するであらうか、又不法行爲法がどれだけ道徳的になるであらうか、私は切にさう云ふ時期の至らむことを希望して居るのです。併しそれには先づ一般法學者の頭腦から偏狹なる合理主義を驅逐して、もつと奥深い「合理に依つて合理の上に」出づる思想を植付けねばなりません。

五

次に、歐米諸國の現行法は大體に於て協議離婚を認めて居ませぬ。離婚は法律で定められた原因ある場合にのみ許さるべきもので、其原因が存在しない以上は縦令夫婦相互の協議が成立しても離婚し得ないことになつて居るのです。此點は我國の法律と全く違つて極めて窮屈なものです。併し如何な西洋でもお互に別れ話の決つた夫婦が、さうおとなしく附着き

合つて譯がありません。如何にバイブルには「神の合せ給へる者は人これを離すべからず」と書いてあつても、お互に別れたいものは別れたいに決つてます。其所で、夫婦の間に別れ話が決まると、お互に牒し合はせて計畫を立てた上、妻から夫に向つて離婚の訴を起します。裁判官が「何故に？」と訊く。妻は「夫は彼女を虐待せり、三度彼女を擲てり」と答へる。すると裁判官は被告たる夫に向つて「汝は原告妻の云ふ所を認むるや？」と訊く。其處で、夫は「然り」と答へる。かくすることに依つて裁判官は欺かれて、離婚を言渡す。若しくは事實の真相に付いて疑念を抱きつゝも尙離婚の判決を下すのである。ですから、西洋でも實際に於ては當事者双方の協議に依つて離婚が行はれて居る。而して其の際使ふ道具は一種の「嘘」一種の芝居です。

法律は人間の爲めに存するものです。人間の思想、社會の經濟的需要、其上に立つてこそ初めて法は眞に行はれるのです。嘗ては、社會の思想や經濟狀態と一致した法であつても、其後社會事情が變はると共に法は事實行はれなくなる。又立法者が社會事情の真相を究めず

して無暗な法を作つた所が、それは事實到底行はれない。離婚は悪いものだと言ふ思想が眞實社會に現存して居る限り、協議離婚禁止の法律も亦嚴然として行はれる。併し一度其思想が行はれなくなると、法文上には如何に嚴重な規定があつても、實際の需要に迫られた世人は「嘘」の武器に依つてどんどんと其法律を潛る。而してこと甚しきに至れば法あれども法なきと同じ結果に陥るのです。

同じことは官吏の責任の硬化現象からも生じます。役人と雖も飯を食はねばなりません。妻子も養はねばなりません。矢鱈に免職になつては妻子と共に路頭に迷はなければなりません。或る下級警察官吏が偶々或る場所を警戒する任に當つて居た。其際一人の無法な男がをどり出て爆彈を懐中し爆發遂に自殺したと假定する。成程、其男の場所柄をも辨へない無法な所作は、非難すべきものだとしても、偶々、其場所を警戒を命ぜられて居た役人をして絶對的の責任を負はせる理由はない譯です。其役人が責任を負ふや否やは其役人が具體的な其場合に於て、警備上實際に懈怠があつたかどうかにかつて定まるので、偶然其場所に居合は

せたと云ふだけの事實を以て絶對的に定まるものではない。所が、現在吾國に行はれつゝある官吏責任問題の實際は此點が極めて形式的に取扱はれては居ないであらうか。停車場が雜踏した場合に、驛長が如何に氣をつけても中には突き飛ばされて線路に落ちる人もあらう。其際驛長が最善の注意を怠らなかつたとすれば、彼には何等の責任もない譯です。責任は偶偶其突き飛ばした人乃至は雜踏の原因を作つた人々にある譯です。然るに今の實際では其際驛長なり、驛員なりの中から必ず所謂「責任者」を出さなければ濟まさないのではないでせうか。

責任は、自由の基礎の上に初めて存在する。規則に依つて人の自由を奪ふとき、最早其人の責任を問ふことは出来ないのです。然るに、萬事を規則づくめに取扱ふ役所なり、大會社なりは使用人の責任までも規則に依つて形式的に定めようとしています。其結果責任は硬化し形式化して全く道德的根拠を失ひます。

所が、役人も生きねばならぬ。妻子を養はねばならぬ。其役人が自由を與へらるゝことな

しに責任のみ形式的に之を負擔せしめらるゝとき、彼等は果して黙して其責任に服するであらうか。否、此際彼は必ずや形式的責任の發生原因たる「事實」を偽り「事實」を隠蔽して責任問題の根源を斷たうとするに決まつて居ます。即ちかれは「嘘」をつくののです。

右の例を引いた私は、決して最近吾國に起つた何等か具體的の事件について具體的の判斷を下した譯ではありません。併し、現在吾々が屢々「官吏の嘘つき」と云ふ事實を耳にするのは本當です。若し、それが事實とすれば、其根源の何れにありやを考へることは重大問題ではないでせうか。私は其原因を「責任の硬化」にあるのだと考へます。

親が全く子の要求を聞かずに、親の考への通り嚴重に育て上げようとするれば子は必ず「嘘つき」になります。

六

以上に述べた二三の例を見たゞけでも、「嘘」が法律上如何に大きな働きをして居るか、解

るでせう。

先づ第一に、大岡裁判の例やローマの *monstrum* の話を聞いた方々は、法制が餘りに嚴重に過ぐる場合に「嘘」が如何に人を救ふ効能のあるものであるかを充分理解されたことと思ふ。さうして、如何な正直者の諸君も、成程「嘘」も中々馬鹿にならぬと感心されたに違ひありません。殊に、一國內の保守的分子が優勢な爲めに、法令が移りゆく社會人心の傾向を充分に追隨することが出来ず、其結果「社會」と「法令」との間に溝渠が出来た場合に「法令」をして兎も角も「社會」と調和せしむるものは唯一「嘘」あるのみです。世の中ではよく裁判官が化石したとか、没常識だとか申します。併し、如何に化石し如何に没常識であつても兎も角「人間」です。美しきを見て美しと思ひ、甘きを食つて甘しと思ふ人間です。ですから、眼のあたり被告人を見たり、其云ふ所を聴いたり、色々と裏面の事情などを知つたりすれば「法」は如何あらうとも兎も角「人間」としてあゝ處分せねばならぬかう裁判せねばならぬと考へるのは、裁判官の所爲として正に當然のことだと云はねばなりません。其際、

若しも「法」が伸縮自在のものであれば兎も角、若しもそれが嚴重な硬直なものであるとすると、裁判官は必ず「嘘」に助けを求めます。あつた事をなかつたと云ひ、なかつた事をあつたと云つて、法の適用を避けます。さうして「人間」の要求を満足させます。それは是非善惡の問題ではありません。事實なのです。裁判が「人間」に依つて爲されて居る以上永久に存在すべき事實なのです。

又、役人の嘘つきの例を聴かれた方々、西洋の離婚の話を讀まれた方々は「法」は現在多數の人々殊に司法當局の人々が考へて居るやうに、萬能のものではないと云ふことを充分に氣付かれたこと、思ふ。「法」を以てすれば何事をも命じ得る、風俗道徳までも改革し得ると云ふ考は、爲政者の兎角抱き易い思想です。併し「人間」は彼等の考へる程、我慢強く、且従順なものではありません。『人間』の出來得ることには大體限りがあります。「法」が合理的な根據なしに其限度を越えた要求をしても、人は決して安々とそれに服従するものではありません。若しも其人が、意思の強固な正直者であれば「死」を賭しても「法」と戦ひます

又若し其人が利巧者であれば——それが多数の例だが——必ず「嘘」に救を求めます。さうして「法」の適用を避けます。ですから、「法」が無暗と嚴重であればある程、國民は嘘つきになります。卑屈になります。「暴政は人を皮肉にするものです」併し暴政を行ひつゝある人は、決して國民の「皮肉」や「嘘つき」や「卑屈」を笑ふことは出来ませぬ。何故なればそれは彼等自らの招く所であつて、國民も亦彼等と同様に生命の愛すべきことを知つて居るのですから。

兎に角「法」が一度社會の要求に適合しなくなると、必ずや其處に「嘘」が効用を發揮し初めます。事の善悪は後に之を論じます。併し兎も角それは争ふべからざる事實です。

七

人間は大體に於て保守的なものです。さうして同時に規則を愛するものです。馬鹿々々しい程例外を嫌ふものです。

例へば、茲に一つの「法」があるとする。所が世の中が段々に變つて其「法」に當てはまらない新事實が生まれたとする。其際執らるべき最も合理的な手段は、其新事實の爲めに一の例外を設けることであらねばならぬ。それは極めて明かな理屈である。併し人間は多くの場合其合理的な途をとらうとしない。何とかして其新事實を古い「法」の中に押し込まうと努力する。それが爲め事實を曲けること——即ち「嘘」をつくこと——すら敢て辭しないのである。

ですから法律發達の歴史を見ると、「嘘」は實に法律進化の仲介者たる役目を勤めてるものであることが解ります。英國歴史學派の創始者 Henry James Sumner Maine は其名著「古代法」の中に於て、又獨逸社會學派の鼻祖 Thiering は不朽の名著「羅馬法の精神」中に於て、此事實を指摘して居ます。さうして幾多の實例を古代法律の變遷現象中に求めて居ます。併し此現象は決して獨り人智未開な古代にのみ限つた事柄ではありませぬ。文明が進歩して極めて合理的に思惟し行動し得るやうになつたとうぬほれて居る近世文明人の世の中にも、其事

例は無数に存在するのです。

例へば『過失なければ責任なし』と云ふ原則は、ローマ法以來漸次に發達して殊に第十八世紀末葉此方全く確立するに至つた原則です。現に、我民法にも歐米諸國の法律に於ても此原則が明かに採用されて居ます。けれども、最近物質文明の進歩、大工業の發達と共に、使ふ本人にとつては極めて便利ではあるが他人にとつては極めて危険な厄介な品物が可成り澤山に發明されました。又一般文化施設の必要上どうしても使はねばならぬ——否少くとも使へば便利ではあるが——其結果兎角他人に損害を與へ易いものが澤山發明されました。自動車、汽車、大工場、貯水池、瓦斯タンクの類が即ちこれです。此等の品物は極めて便利です。けれども、同時に危険なものです。殊に此等の品物の利用に因つて損害を與へられた人々が、従來の『過失なければ責任なし』との原則に従つて、自ら加害者の『過失』を立證するにあらずんば損害賠償を求め得ないものだとすると、多數の場合に事實上賠償請求の目的を達することが出来ない。例へば、先日深川で瓦斯タンクが爆發した。會社は不可抗力だと稱し、

被害者は會社の過失だと云ふ。若しも被害者が損害賠償を請求したければ會社の『過失』を立證せねばならぬと云ふのが、従來の原則です。併しタンクは爆發して既に跡形もない今日被害者は果してそんな立證が出来るでせうか。それは全く不可能であるか、又は少くとも極めて困難です。而してそれは自動車に依つて轢き殺された人、貯水池の崩壊によつて殺されたり財産を失つたりした人々にとつてすべて全く同じことです。其所で近世の社會は従來の『過失責任主義』に對して、『無過失賠償責任』の原則を要求するに至つたのです。

立法者としては適宜に其新要求を容るべき新法令を制定すべき時が來たのです。『過失』のみが唯一の責任原因ではない。其外にも賠償責任の合理的原因とするに足るべき事例があるそれを基礎として正に新しい法律を制定すべき時が來たのです。學者も動きました。立法者も多少動きました。獨逸を初め諸國に於て制定された自動車責任法は其實例の一です。けれども諸國の立法者が遲疑して進まず、又獨逸の學者が紙上に無過失責任論を戦はせて居る間に、事實上一大躍進を遂げた者は佛蘭西の裁判所です。

佛蘭西の裁判所は、本來主觀的であるべき「過失」の觀念を客觀化せしめました。此れ此れの場合には當然過失あるものと客觀的に決めて仕舞つて、主觀的な本來の意味の過失如何を問はなくなりました。無論口では「過失」と謂つてゐます。併し其所謂「過失」は實は「違法」と云ふことゝ大差なくなりました。かくして獨逸の學者が、正面から堂々と無過失責任の理論を講究し論争してゐる間に、佛蘭西の裁判所は無言の裡に其同じ目的を達して仕舞ひました。而して其際使はれた「武器」は即ち「嘘」です。佛蘭西の裁判所は「嘘」を武器として新法理を樹立したのです。

同じことは吾國現在の裁判官も屢々之を試みます。其最も顯著な一例は、去る大正九年九月一日の大審院判決に現はれた事實です。事件の概要は次の通りである。或る人が妻子を故郷に遣して渡米したが、充分に金を送つて來ないので、妻は他人から二三十圓の金を借りて生計の用に當てた。然るに貸主が返金を請求した所、妻は「民法第十四條に依ると妻は夫の許可を得ずに借財をするを得ないのだから」と云うて借財契約を取消して返金を拒絶した。此

場合民法第十七條に列舉した事由の何れかが存するならば、妻は夫の許可を得ないでもいゝ。従つて右の契約は取消し得ないことになるのだが、生憎と本件に付いてはさう云ふ事情もないので、形式上はどうも妻の言ひ分を採用せねばならぬやうであつた。所が裁判所は「夫が出稼ノ爲ニ、妻子ヲ故郷ニ殘シテ遠ク海外ニ渡航シ、數年間妻子ニ對スル送金ヲ絶テタルガ如キ場合ニ在リテハ、其留守宅ニ相當ナル資産アリテ生活費ニ充ツルコトヲ得ルガ如キ特別ノ事狀ナキ限りハ、妻ニ於テ一家ノ生活ヲ維持シ子女ノ教養ヲ全ウスルガ爲メニ、其必要ナル程度ニ於テ借財ヲ爲シ以テ一家ノ生計ヲ維持スルコトハ、夫ニ於テ豫メ之ヲ許可シ居リタルモノト認ムベキハ條理上當然ニシテ、斯ク解シテ始テ其裁判ハ悉ク情理ヲ盡シタルモノト謂ハザル可カラズ」と云ふ理由で、妻を敗訴せしめた。此場合、妻が許可を得て居ないのは事實なのです。しかし得て居ないとすると、結果が悪い、貸主に氣の毒だ、と云ふ譯合で、裁判所は「許可」を擬制して仕舞つたのです。即ち事實許可はないのだが、表面上之れありたる如くに装ひ、それを飾るが爲めに「條理上當然」とか「悉ク情理ヲ盡」すとか云ふやう

な言葉を使つたのです。此判決が出たときに、我が國自由法運動の最も熱心な代表者たる牧野博士は『之れこそ民法第十七條の例外が裁判所に依つて擴張されたものだ』と解され、之と反對に吾國に於ける佛蘭西法派の大先輩たる富井博士は之を難じて『第十七條の例外が擴張されたのではない、裁判所は事實許可があつたと云つて居るのだ』と言はれた。吾々は此小論争を傍觀して、其所に外面に表はれた文字や、論理の以外に、兩博士の心の動き方を見ることが出来たやうに思はれて非常に興味を感じたのです。『見て見ぬ振りをする』フランス流の扱ひ方と、それを合理的に扱つて進化の階梯にしようとする云ふ自由法的の考へ方との對照を見ることが出来たのです。

八

かくの如く、『歴史上「嘘」は可成りの社會的効用を呈したものであります。現在も亦同じ効用を現はして居るものと考へることが出来ます。それは人間と云ふものが、自らは極めて

合理的だとうぬほれてるに拘らず事實は案外不合理なものだと云ふことの證據です。

併し純合理的に考へると、『嘘』はいかぬに決つてます。あつたことをないと謂ひ、なかつたことをあつたと云ふのは極めて不都合です。ですから、一般に極めて合理的であり、従つて一切の『虚偽』や『妥協』や『傳統』を排斥せむとする革命家は、殆ど常に『嘘』の反對者です。法律制度として一切の擬制を其中から排斥しようとはします。其例は今度のロシアの勞農革命後の法律に付いて多く之を見ることが出来ます。例へば、一九一八年九月十六日の露國法律に於ては養子制度の全廢を規定しました。而して其理由書には『親子法に於ては、我等の第一法典はあらゆる擬制を排斥して、眞實ありのままの状態、即ち實際の親子關係を直ちに表面に現はした。之れ單に言葉によつてのみならず、事實に依つて人民をして眞實を語ることに慣れしめ、彼等を各種の迷信から解放せむが爲めだ』と云はれて居るさうです。ですから、法律の中に『擬制』が澤山使つてあることは合理的に考へて餘り喜ぶべき現象ではなく、寧ろ其所に法律改正の必要が指示されてるものだ、と考へるのが至當です。併し人間

が案外不合理なものである以上、「擬制」の方法に依つて事實上法律改正の目的を達することは極めて必要な事です。イーエリングは上記の『羅馬法の精神』中に於て此眞理を言ひ現すが爲め、「眞實の解決方法未だ備はらざるに先立つて擬制を捨てよと云ふのは恰も松葉杖をついた跛行者に向つて杖を棄てよと云ふに均しい」と云ひ、又「若しも世の中に擬制と云ふものがなかつたならば、後代に向つて多大の影響を及ぼした羅馬法の變遷にして、恐らくはもつと遙か後に至つて實現されたものが少くないであらう」と云つて居ります。

併し、「擬制」が完全な改正方法でないことはイーエリングも認めて居る通りです。「擬制」の發生は寧ろ法律改正の必要を、否法は既に事實上改正されたのだと云ふ事實を暗示するものとして、之を進歩の階梯に使ひたいのです。殊に嘘つきには元來法則がありません。ですから、裁判所が此方法に依つて世間の變化と法律との調和を計らうとするに際して、若しも「嘘」のみが其唯一の武器であるとすれば、裁判所が眞に信頼すべき立派な理想を持つたものである場合の外、世の中の人間は到底安心して居ることが出来ませぬ。假りに又眞に信頼

すべき立派な理想の持主であるとしても、之のみに信頼して安心せよと云ふのは、名君に信頼して専制政治を許容せよと云ふに均しい考です。フランス革命の洗禮を受けた近代人がどうしてか能く之を受け容れませう。彼等は眞に信頼し得べき「人間以外」の或る尺度を求めます。保障を求めるのです。

更に又、若しも法が固定的であり、裁判官亦硬化して居るとすれば、法律の適用を受くべき人々自らが「嘘」をつくに至ること上述の通りです。而して之れが決して喜ぶべき現象でないことは明かです。子供に「嘘つき」の多いのは親の頑迷な證據です。國民に「嘘つき」の多いのは、國法の社會事情に適合しない證據です。其際、親及び國家の探るべき態度は自ら反省することではなければなりません。又裁判官の此際探るべき態度は、寧ろ法を改正すべき時が来たのだと云ふことを自覺して、愈々其改正完きを告ぐるまでは「見て見ぬ振り」をし「嘘」を「嘘」として許容することではなければなりません。

人間は「公平」を好む。殊に多年「不公平」の爲めに苦み抜いた近代人は何よりも「公平」を愛します。「法の前には平等たるべし」之れが近代人一般の國家社會に對する根本的要求です。而して所謂「法治主義」は實に此要求から生まれた制度です。

法治主義と云ふのは、豫め法律を定めて置いて萬事をそれに従つて切り盛りしようと云ふ主義です。謂はゞ豫め「法律」と云ふ物差を作つて置く主義です。所が元來「物差」は固定的なるを以て本質とするのです。「伸縮自在な物差」それは自家懂着の觀念です。例へば、ゴムで出来た伸縮自在の物差を使つて布を賣る呉服屋があるとしたら、おそらく何人も之を信用する人はないでせう。同じやうに國家に法律があつても、若しもそれが無暗矢鱈に伸縮したならば、國民は必ずや據るべき所を知ることが出来ないで、不平を唱へるに決まつてます。所が、それ程「公平」好きな人間でも、若しも「法律」の物差が少しも伸縮しない絶對的

固定的なものであつたとすれば、必ずや又不平を唱へるに極まつてます。人間は「公平」を要求しつゝ同時に「拘子定規」を憎むものです。従つて一見極めて矛盾した我儘勝手なことを要求するものだと言はねばなりません。併し、假りにそれが實際に「矛盾」であり「我儘勝手」であるとしても、人間はかくの如きものだから仕方ありません。而して人間が斯くの如きものである以上、其所に行はるべき法律は其「矛盾」した「我儘勝手」な要求を充し得るものでなければなりません。何故なれば、吾々は空想的な「理想國」の法を考へるのではなくて、現實の人間世界の法律を考へるのでありますから。

然るに、從來法を論ずる者の多數は人間を解してかゝる「矛盾」した「我儘勝手」なものだと考へて居ないやうです。其結果、彼等の或る者は、苟も人間が「法の前に平等」たることを希望する以上同時に伸縮自在の「法」を要求してはならぬと主張する。而して現存の「法」が或る具體の場合に之を適用すると普通の人間の眼から見て如何にも不當だと思はれる場合でも、「それは法である適用されねばならぬ」と云ふ一言の下に其の法を適用して仕

舞ふ。其態度は如何にも勇ましい。併しかくの如くに勇ましくも断行した冷くして固きこと
鐵の如き彼等は、果して内心に何等の不安がないでせうか？ 否、彼等も亦人間です。美
しきを見て美しと思ひ、悲しきを聴きて悲しと思ふ人間です。必ずや、かくして人を斬つた
彼等の心の中には『男の涙』が流れて居るに違ひない。若しも流れて居ないならばそれは『人
間』ではありませぬ。『法』を動かして『裁判』を製造すること恰も肉挽器械の如きものたる
に過ぎませぬ。我々はかゝる器械をして『人間』を裁くべき尊き地位に在らしむることを快
しとさせぬ。

然らば、心中『男の涙』を流しつゝ、断然人を斬る人々は如何？ 私は其人の志を壯なりと
する。併しながら同時に之を愚なりと呼ばなければなりません。何故なれば、若しも『法』
が全く伸縮しない固定的なものであり、又之を運用する人間が之を全然固定的なものとして
取扱つたとすれば、世の中の『矛盾』した『我儘勝手』な人間は必ずや『一體法は何の爲め
に存するのか？』と云うて『法』を疑ふでせう。さうして其中の正直にして勇氣ある者は

『法』を破壊しやうと計るでせう。また彼等の中の利巧にして『生』を愛する者共は密かに
『法』を潜らうと考へるでせう。『法』を潜つて『生』きなければなりませんから。

彼等の中の正直にして勇氣ある者は能く『嘘』をつくに堪えませぬ。『嘘』をつく位ならば
『命』を賭しても『法』を破壊しやうと考へます。彼等は『嘘』をつかずに生きむが爲めに
又子孫をして『嘘』をつかずに生きることを得しめむが爲めに『法』を破壊せむと計ります。
而して『法』を固定的なものとして考へ、固定的なものとして取扱はむとする人々の最も恐
れてゐる『革命家』は實に此の種の『正直にして勇氣ある人々』の中から出るのです。

又それ程正直でないか、又は勇氣のない多數の利巧者は『嘘』をついて『法』を潜らうと
計ります。『法』が固定的で、或る事柄が『有』る以上必ず適用されねばならぬやうに出来て
居る以上、『有』を偽つて『無』と云ふ以外『法』の適用を免れる方法はない。『生』を熱愛す
る人間の此方法に救を求むる、事や實に當然なりと謂はねばなりません。『法』を固定的なも
のとして考へ固定的なものとして取扱はむとする人々はかゝる結果を好むのでせうか？ 否、

彼等の最も憎み嫌ふ所でなければなりません。併し彼等が如何に憎み嫌つても『生』を熱愛する人々の『嘘つき』を止めることは事實上不可能です。彼等が此否むべからざる人生の大事實に気がつかないのだとすれば、それは極めて愚だと謂はねばなりません。

大河は洋々として流れる。人間が其河幅を狭めむとして右岸に鐵壁を築く。水は鐵壁に突當つて之を破り去らむとする。而かも、事實それが不可能なことに氣付くとき水は轉じて左岸を衝く。さうして其軟い岸を蹴破つて滔々と流れ下る。此際右岸の鐵壁上に眠りつゝ、太平樂を夢む者あらば、誰か之を愚なりとせぬ者があらうか。世の中に『自由法』なることを主張するものがあります。さうして又『自由法否なり』として絶對的に之に反對する人もありません。其『反對』する人々は大河を堰き止め得た夢を見て自ら『壯美』を感じる人々です。而かも實は左岸の破り去られつゝあることに氣の付かない人々です。それ等の人は、すべからく書齋を去り赤煉瓦のお役所を出でて、現實を現實として其生れたまゝの眼を以てありのままを直視すべきです。たいして骨を折ることは要りませぬ。直に對岸の破壊せられつゝある

のに氣が付くでせう。所が彼等の中にも利巧者があります。口では『法は固定的なものだ』と主張しつゝ、實際上之を固定的に取扱つて『壯美』を味ふだけの勇氣のない人々です。彼等は、従來傳統乃至獨斷に捉はれて口先では法の『固定』を説きます。併しそれを行ひの上に實現することが出来ない。然らば彼等は其矛盾した苦しい瀬戸際を如何にして潜り抜けるか？ 其際彼等の使ふ武器は常に必ず『嘘』です。

無論、裁判官——殊に保守的分子の優勢な社會又は法治國に於ける裁判官——が、かゝる態度を探ることは已むを得ませぬ。何故なれば、彼等は此方法に依つて、も『法』と『人間』との調和をとつて行かねばならぬ苦しい地位に在るのですから。所が、法律上、社會上毫もかゝる拘束を受けて居ない人々——學者——が自らの捉はれて居る『傳統』や『獨斷』と『人間の要求』との辻褄を合せる爲めに、有意又は無意的に『嘘』をついて平然として居るのを見るとき、吾々は到底其可なる所以を發見することが出来ないのです。かれ等が此際探るべき態度は、一方に於ては法の改正でなければなりません。他方に於ては、又、法の伸縮力を肯定し創造

することではなければなりません。僅かに「嘘」の方法に依つて「法」と「人間」との調和を計り得た彼等が、之に依つて彼等自らの「獨斷」や「傳統」を防衛し保存し得たりと爲すならば、それは大なる自己錯覺でなければなりません。

十

吾々の、結局進むべき路は「公平」を要求しつゝ、而かも「杓子定規」を嫌ふ人間をして眞に満足せしむるに足るべき「法」を創造することではなければなりません。

近世歐洲に於て、此路を探るべきことを初めて提唱した者は佛の Gény でせう。彼は従前佛國の裁判官が「嘘」に依つて事實上辻褄を合はせて來たものを合理的に觀念せむが爲めに「法」の概念に關するあたらしい考へを提唱したのです。その結果搖き起された自由法運動は、今より十數年前吾國の法學界にも影響を及ぼし初めました。しかし、當時はたゞ法學界に於ける抽象的な議論を喚起したるに過ぎずして、ほとんど現實の背景を持つて居なかつた。

然るに、世界大戰以來吾國一般の經濟事情並に社會思潮に大變動を生じた爲め、突如として「法」と「人間」との間に一大溝渠が開かれることになり、此所に先の自由法思想は再びその頭をもたげる機會を見出しました。さうして事實それは「法律の社會化」と云ふ名の下に頭を擡げました。

それは確かに喜ぶべき現象に違ひありません。けれども、此際吾々の考へねばならぬことは、如何に「杓子定規」を嫌ひ「人間味のある裁判」を欲して居る人々でも決して「公平」及び其「保障」の欲求を棄て、居るのではないことです。一度フランス革命の洗禮を受けて來た近代人は、空しき「自由」の欲求が反つて第十九世紀以來の社會的慘禍を惹起す原因となつた事實を充分に承知しつゝも尙「自由」を捨てようとは言ひませぬ。又、彼等は「法治主義」が稍もすれば「杓子定規」の原因となることを充分に知つて居ながら、尙且此「公平の保障」を棄てようとは云ひませぬ。ですから、吾々が「自由法」を唱導し「法の社會化」を主張するとしても、其際寸時も忘れることの出來ないのは人々に向つて其「自由」と「公

平』と及び其『保障』とを確保することです。

然るに、近時學者の多く『自由法』を説き『法の社會化』を主張するものを見るに、或は『法の理想』と云ひ、或は『法の目的』と云ひ、乃至は『公の秩序善良の風俗』と云ふ以外眞に社會の『公平保障』の要求を満足せしむるに足るべき何等積極的の考案を提出して居るのを見ることが出来ない。成程、それは能く兎もすれば『傳統』に捉はれ易い、同時に又精緻な『論理』に足を掬はれて意氣阻喪し易い若者を鼓舞して勇しく『新組織』への戦ひに従事せしめることが出来やう。又從來深く根を張つた『概念法學』『官僚主義』『形式主義』を打破する効力はあらう。併し、若しも、學者の爲す所がそのみに止まるならば、其功績は極めて一時的である。過渡的である。唯舊きを壊はす以外、何等人類文化の爲めに新しきものを建設するものではない。恐らくは彼等が前門に『概念法學』を打破し得た曉には、『公平』と『自由』との要求が後門より直に攻め來て彼等を撃つであらう。若しかくの如くんば自ら偶々、波の頭に立つて其谷にある者の低きを笑ふと何等の差異があるか。頓ては彼等自らが

波谷に陥つて追ひ來る人々の笑ひを招かねばならぬ。かゝるものに果してどれだけの文化的價値があるか。私は心から之を疑ふのである。

徒らに、空しき『理想』を説き『公の秩序善良の風俗』を云爲する者は、結局裁判官の專制を許容するものでなければなりません。矢鱈に『自由法』を主張して結局其目的を達した曉に、再び『自由』と『公平』との保障を探し求めるやうでは何にもなりません。吾々の求める所は『自由』や『公平』の保障を保持しつゝ、而も『杓子定規』に陥らないもの、換言すれば『保障せられたる實質的公平』にあるのです。

從來裁判の中に『實質的公平』又は『具體的妥當性』を表はさむとする者の執つた手段に略ほ二種類あります。其の一は名判官主義、其の二は陪審制度です。名判官をして、自由自在に裁判をさせれば兎に角個々の事件に對する具體的に妥當な裁判を得ることが出来ませうけれども、かくの如きは現代政治の弊にこりて名君專制主義を謳歌するのと同じ思想です。一體、私は『文化』と云ふものは或る特殊の人だけにだけ出来る事柄を誰れにも容易に出来るやう

にすることであり、又學問はそれを容易に出來得る様にする手段であると考へて居る。名判官なくむば、名裁判は出來ないと云ふだけのことならばそれは『法學』の否認でなければなりません。それは結局名工正宗さへあれば、本多光太郎博士は要らぬと云ふのと大差なき議論です。吾々は、名判官にあらずと雖も名裁判を爲し得るやうな法、即ち各具體の場合について具體的妥當性、實質的公平を確保し得べき法を作らねばならぬ。然らずんば吾々は『自由法』をかり得た瞬間に再び『自由』と『公平』とを戀ふるに至るであらう。

次に又、陪審制度は『法』をして同時に『人間』の要求に適合せしむる第二の方法です。名判官専制主義と正反對な手段に依つて之と同一の目的を達せむとする方法です。裁判官はとかく『法』本來の目的たる『公平』の要求に捉はれ易い。其結果稍もすれば裁判が『人間性』を失ひ易い。それを救ふが爲めに、多數の素人を法廷に列せしめて有罪無罪の基本を認定せしめむとするもの即ち陪審制度である。此方法は裁判をして絶えず世間と共に變動せしめ、『法』をして不斷の伸縮力を有せしめる効がある。けれども、時には餘りに伸縮性が鋭敏

過ぎる爲めに各場合の具體的事情に支配され易く、其結果稍もすれば『理』と『公平』とを缺き易い。

此意味に於て、名判官専制主義と、陪審制度とは各反對の長短を有する。而して『杓子定規』を嫌ひつゝ、而かも『自由』と『公平』との保障を得むことを希望して居る現代人を満足せしむるが爲めには、兩主義共に共通の缺點を有する。

十一

吾々は『尺度』を欲する。而かも同時に『伸縮する尺度』を要求する。實を云へば、矛盾した要求です。而かも人間が斯くの如きものである以上、『法』は其矛盾した要求を充し得るものでなければなりません。

其所で私は、今後創造せらるべき『法』は各具體の場合に付いて『規則的に伸縮する尺度』でなければならず、『法學』は又其『伸縮の法則』を求むるものでなければならぬと信じ

ます。『自由法運動』が單なる——ゴムの如くに——『伸縮する尺度』を求めて居る限り、それは唯『過去』を破壊する効果があるに過ぎませぬ。

然らば『規則的に伸縮する尺度』は如何にして之を作ることが出来るか。之れ實に今後『法學』の向ふべき唯一の目標であつて、而かも、事は極めて困難なる問題に屬する。

私の考に依ると、従來の『法』と『法學』との根本的缺點は、其の對象たる『人間』の研究を怠りつゝ、而かも濫りに之を『或るもの』と假定した點にある。即ち、本來『未知數』たるものゝ値を、充分實證的に究めずして輕々しく之を『既知數』に置き替へる點にあるのだと思ひます。無論すべての學問は假説を前提とします。何故なれば、問の中に與へられた數字のすべてをして——縱令假りにでも——既知數たらしめなければ、學問的に正確なる答を得ることは到底不可能だからです。併し、實際利用すべき假説は充分の實驗の上に立つた充分のプロバビリティーを持つたものでなければならぬ筈です。然るに従來の法學者や經濟學者は本來Xたるべき人間を易々とAなりBに置き替へて、人間は『合理的』なものだとか、

『利己的』なものだとか、假定して仕舞ひます。かくして、學者は容易に形式上だけは兎に角、正確(?)な答を得ることが出来ませう。併し人間は合理的であるが同時に、極めて不合理な方面をも具へて居り、又利己的であるが同時に、非利己的な方面をも具へて居る以上かくして輕々しく假定された『人間』を基礎として推論された『結果』が一々個々の場合について具體的妥當性を發揮し得る譯がないのです。

其所で私は、少くとも法學の範圍に於ては、『人間』は矢張り有りのまゝの『人間』として即ち本來の未知數Xとして其まゝ方程式の中に加ふべきだと思ひます。無論吾々は人類多年の努力に依つて得た實證的の智識を基礎として其Xの中に既知數たる分子を探求することに全力を盡すべきです。而かも乍遺憾、人類が今までに知り得た智識によるとX中既知數的分子は未だ極めて少い。結局に於ては尙多大の未知數的分子の残ることを許容せねばならないのです。ですから、其Xを漫りにAやBに置き換へるが如きは極めて謙遜性を缺いた無謀の企てです。而かもさらばと云うてXをXのまゝ置いたのでは學問になり難い。何とかしてそれ

を既知數化せねばならぬ。それが爲めには先づ出来る限りXの中に既知數的分子たるa b c d等を求めねばなりません。併しそれでも尙跡には可成り大きな未知數が残るものと覺悟せねばなりません。而して其未知數を假りにxとすれば、從來の法學がXを輕々しくAやBに置き換へた代りに、之を $(a+b+c+d+x)$ なる項にすることが出来る。無論此場合と雖もxの値の決定は之を裁判官なり陪審官なりに一任することになるのです。従つて、裁判官なり、陪審官が如何なる思想を有するかは結局に於ける答の形成に對して極めて重要な作用を與ふるものなること勿論ではあるが、ともかくも輕々しくXをAなりBなりに置き換へるのに比すれば遙に能く各場合に對する具體的妥當性を發揮し得る。又Xを其まゝXとして其値の決定を全部裁判官や陪審官に一任するに比すれば、遙かに能く「公平」を保障し得る。かくして $(a+b+c+d+x)$ の項中個々のa b c等が或はa' b' c'等となり又或はa'' b'' c''等となるに従つて、之と相對的關係を保ちつゝ、其「答」が變動する。其「變動の法則」を求むる所に今後法學の進むべき目標があるのだと私は考へます。

吾々は、科學に依つて得た獲物を極度に利用すべきです。併し、同時に又獲物を過信すべきではありません。Xの中には永久にxが残るものなることを覺悟せねばなりません。況んや輕々しくXをAやBに置き換へ之れに依つて正確な答を發見し得たりと考ふるが如きは自己錯覺の極めて大なるものだと言はねばなりません。吾々は科學に依つて何處までもXを解剖すべきです。さうして残るxの値を理想の基礎に立つて定むべきです。法學に於ける「正確さ」は實にかくの如きものでなければなりません。

十二

法學者としての私の主張は、之を具體的に云ふと結局『判例法主義』 casu-law に來るのです。多數の判決例の上に現はれた個々の具體的事例を解剖して $(a+b+c+d+x)$ を求めた上之と「答」との相對的關係を求めて、將來の事件に於て現はるべき「具體的妥當性」が何物であるかを推論する材料としたいのです。従つて個々の判決例は固定した「法」の各個の適用では

なくして、『具體的妥當性』を求めて千變萬化する『法』の何物たるかを推論すべき重要な材料だと考へるのです。

此意味に於て、私は今後の法學教育も亦『判例法主義』(Case-method)になつて行かねばならぬと確信して居ます。従來の如くXを假りにA、B等に置き換へて正確(?)なる結論を求めたと信じて居る法學は學生をして『法』の眞髓を知らしむる所以ではない。それは唯多少『論理』と『手練』とを習得せしむることが出來やう。けれども、かくして得た『法』は眞の『法』と極めて縁遠いものだと言はねばなりません。

私は、此春から大學でケース、メソッドに依つて法學教育を初めました。それは今多くの人々に依つて問題にされて居ます。けれども、それは決して従來の所謂演習(Praktikum)と云ふやうな意味ではなく、私は之に依つてのみ眞に『活きた法律』(一定の法則を以て伸縮する尺度としての法)を教へることが出来るのだと考へて居ます。(一九二二・六・五)

改造問題と明治時代の省察

此小稿は大正十一年夏八月大阪毎日新聞社に招かれて二日間講演をした際の筆記を本として出来上つたものである。従つて、元來が極めて通俗的であつて、萬事が成るべく専門外の一般聴衆に依つて容易く理解せられ得るやうに説明されて居る。尙講演の際には此の後に『法治主義』と題する一章があつたのであるが、それは大體同年七月東京日々新聞に掲げた『役人の頭』(本書一一頁以下所載)の中で述べたことを繰返したものに過ぎないから、本稿に於ては之を省略することにした。元來、私は明治時代の法制史及び政治史を研究することが、現代の日本を理解せむとする者にとつて極めて重要なことを信ずるものである。私は目下其研究に必要な資料を蒐集中である。而して本稿は其際自ら腦中に浮び出た多少の考を書き記したまでのものである。

はし が き

金で取引を爲つて居る日本の商人は銀は相場が動き易くて困ると言ふ。所が銀で商賣を爲つて居る支那人に言はせると、金はどうも動き易くて困る、と謂ふさうである。環境と習慣とは多くの場合吾々の脳裡に何等か先入の或るものを形作つて、事の真相を見るべき吾々の眼は兎角之が爲めに眩まされ易い。

吾々は平素互に餘り深い考慮を拂ふこともなしに軽々しく或は『善良の風俗』であるとか『淳風美俗』であるとか云ふやうな言葉を口にす。さうして其等の言葉に依つて言ひ現はされて居る事柄を内容的實質的に深く省察することもなしに、容易く之を理由として或は人を責め或は人に刑罰迄も加へやうとする。けれども吾々はお互にも少し慎まねばならない。

事の真相を此の目此の頭でありのままに観察しありの儘に考慮して實質的の價值判斷を下さねばならぬ。

無論人間には結局それが出来ないのかも知れない。人間のすべての観察と判斷と意見とは程度に多少の差こそあれ常に必ず主觀的であり個別的である。すべての哲學も實は皆一篇の叙情詩に過ぎないのかも知れない。吾々は自ら公平を誇り善智を恃んで居ても實は環境と習慣とさうして其他あらゆる狭少な主觀的事情に支配されて、單なる主觀的の判斷を爲し又其の意見をきめ得るに過ぎない。けれども吾々は努力せねばならぬ。此の吾々にフェータルな缺點に甘んじ安んじて居ることは絶対に許し難い。眞面目に努力し眞面目に考へて事の真相を掴まねばならない。

所が今日吾々の世の中には、唯漠然と傳統に依倚し習慣に拘束せられつゝ、平然と呑氣に『淳風美俗』を説き『善良の風俗』を唱へる人が少くない。さうして其の空しき名に依つてより合理的な世界に向はんとする人々の努力を抑制し鎮壓しようとする。けれども吾々は

先づ其の人々に向つて反問せねばならない。其所謂『善』とは何か、『美』とは何かと、吾々は先づかく反問せねばならないのである。

二

高い山に登る者にとつての最も大事な心得は、一旦濃霧が捲いて來たが最後最早濫りに動き廻はつてはならぬと云ふことである。濫りに五里霧中を摸索すれば終には自己の現在場所の何所なるか、解らなくなる。一度さうなれば如何に詳細正確な地圖を持つて居ても最早何の役にも立たない。かれはやがて全く路を失つて終には密林の中に餓死したり斷崖絶壁から墜死するやうな悲惨な運命に陥らねばならない。

又遠い海を渡る航海者にとつて何よりも大切な仕事は、絶えず彼の船が今何所に在るか、精確に知つて居ることではなければならぬ。此の故に古來天文學は航海術に伴つて發達した、と言はれて居る。今でも遠い海を渡る航海者は毎朝毎夜或は太陽を觀測し或は星の位置を案

じて其の船の所在を確める。然る後初めて彼は海圖の上に進路を書き羅針盤に依つて其航路を進むのである。従つて一朝濃霧の包圍する所となり又は暴風雨の襲ふ所となつて自己の所在を失ふとき、如何に精密なる海圖あり如何に正確なる羅針盤ありと雖も、そは彼の爲め最早何等の役をも爲さない。彼にとつては彼の現在場所を知ることが何よりも大切なのである。進路を定め其路を進むことは漸く其後の仕事でなければならぬ。

所が現在吾國に於ける幾多の改造論者の中には、其意見が革命的のものであると、改革的のものであると、又進歩的であると復古的であると論なく、此の山に登る人々船を操る人々と同じだけの心掛けを持った人が餘り多くないやうに思はれる。殊に『現在』を大體このまゝ肯定しつゝ吾國を此のまゝ眞直に進めやうとする保守的の意見、及び現在の制度に幾多の缺陷を認めつゝも尙且大體に於て之を是認して所謂『日本古來の淳風美俗』に依つて多少の復古的改革を加へやうとする意見の持主は、現在吾々の住んで居る環境が客觀的實質的に觀察して如何なるのであり如何なる價值を持つものであるかを充分に考へることなく、たゞ自己

の極めて狭い經驗と淺い智識とに依つて僅かに形成し得た所の主觀的な標準を目して何等か絶對的な高い價值あるものゝごとくに考へて居る。さうして不謙遜にも濫りに之に『日本古來の淳風美俗』なる名を付け、之を標準として、『國民を善導』しようとして居る。彼等は濫りに『善』と云ひ『美』と云ふ。さうして國民を指導すると云ふ。併し彼等は果して現在の此の日本の所在に付いて何れだけ精密なる智識を有するのであらうか。濃霧に捲かれた一隊の登山者が現在に於ける彼等の位置さへも確かに知らない怪しげな案内者に依つて無暗と山中を引き廻はされたとしたならば、結局彼等は如何なる運命に立ち至るであらうか。又深いガスに圍まれて全く自己の所在を失つて仕舞つた船長が、若しも海圖と羅針盤とだけを頼りにして全速力を出すやうなことがあれば、其船の頓て陥るべき悲惨なる運命は何人も之を豫想することが出来るではないか。然るに自ら案内者を以て任じ船長たるを誇つて居る現在の権力者並に有識者達は、自ら能く日本を知れりと妄信し又能く之を理解したりと豪語しつゝ、吾々を『指導』して何所へか行かむとして居る。吾々の明日は果して危くないであ

らうか。

三

私は老人は年寄なるが故に當然駄目なものと極めて居る譯ではない。又若い者は唯苦いが故に當然優れて居るのだとも思つて居ない。けれども今日の老人は其生涯の大部分——而かも重要な部分——を明治時代に於て過ごした人々である。其の結果此等の人々は多く『明治』と云ふ世界歴史の上から見ても珍しい極めて特異な一時代を目してノルマルな『善』き『美』しき時代なりと考へて居るらしい。

實を云ふと『明治』位特異性をもつた時代は世界歴史の上にも餘り多く記録されて居ないのである。然るに其の特異な環境アブノルマルな空氣の中に永年住みなれた人々は——廣く世界を觀察し深く歴史を考へ又眞面目に現實を直視した僅かな人々を除く外——多く其の特異性に氣が付かない。さうして、其の特異な環境に影響されて出來上つた狭少なる主觀に向つて

永遠な絶對的客觀的の價値を評價し與ふることに依つて濫りに『善』を形作り『美』を提唱し、之を標準として萬事を評價し又之を以て將來に對する指針たらしめむとして居る。

鎖國三百年の夢から目醒めて急遽西洋文明の足跡を追隨した明治時代はあらゆる意味に於て特色のある時代であつた。其特色を一々あらゆる方面に互つて詳しく論ずることは到底此一小論文の能くする所ではない。けれども極めて唯物的であり又功利主義的であつたことは其最も著しい特色でなければならぬ。明治人は概して手近かな成功をのみ目指した極めて功利主義的な人々である。成程かくの如き物の考へ方は從來無智にして唯徒らに豪話し又傳統に安むじて何等の向上心もなく安眠を貪つてゐた當時の人々を奮起せしむるの功があつたに違ひない。目醒めたばかりの又はまだ眠つて居た彼等に向つて高遠の理想を説くよりは寧ろ手近かの成功を示し告げた方がよかつたに違ひない。而して其の方策は夫れ自身確かに成功したには違ひないけれども、同時に遺憾ながら吾々日本人一般の腦裡に拭ふべからざる一つの汚點を残した。夫は即ち唯物的な極めて短見な功利主義的思想である。人々は皆よい人

にならうとは考へずに、寧ろ偉い人になりたいとばかり考へて居る。親もかく教へ、國家もかく教へて、若き人々は皆手近な小さい成功のみを夢みて居る。

次に又明治は『小智惠專制』の時代であつた。萬事をすべて合理的に理解し説明しようとする努力した結果、其の理解し説明し得ざる所のものゝすべてを否定し去らむとした時代であつた。吾々人間の持ち合はせて居る智能の小さく且憐むべきものなることを全く忘却して、此の小智を以て理解し得ざるものゝすべてに向つては、其の『存在』をさへ全然否定し去らうとするのが明治の進歩した人々の考へ方であつた。私は決してかくの如き意氣と努力とを不可なりとするのではない。之れあるに依つてのみ人類文化の進歩があるのだと考へて居る。併しながら絶えず最大の努力を以て突き進みつゝ、而かも其の理解し得ざるもの説明し得ざるものゝすべてを否定し去る権利が、どうして吾々にあるのか？『思索する人の最も美しき幸福は探究せられ得るものを探究したことであり、さうして探究し得られないものを靜かに尊敬する、*Das schönste Glück des denkenden Menschen ist das Erforschliche erforscht*』

zu haben und das Unerforschliche ruhig zu verehren と云ふゲーテの言葉は吾々にとつて永遠の價値ある教へでなければならぬ。然るに小智惠專制の明治時代には全く此の思想が消え失せて居た。それは丁度初めて飛行機を見た野蠻人がそれを神なりと爲し其の萬能を信ずると同じやうに、物質文化の美しさに眩惑された明治人は其の文化の源泉たる科學に向つて相當の評價を與へることが出来なかつた。其所に小智惠の專制が生まれたのである。

四

明治は西洋文明の追隨吸收を唯一の目的とした時代である。上述した一二の特異性の如きも實は其一影響に過ぎない。

鎖國の夢から目醒めた維新の先覺者は、何よりも先づ吾國をして歐米諸國と肩を比べ得るものたらしむべく努力せねばならなかつた。それは當時として彼等の正に執るべかりし態度であつたに違ひない。さうしてそれは確かに吾々の爲めに幾多のいゝものを作り上げた。け

れども同時に、内に何等内發的自發的の理想を藏する事なく、唯只管西洋文明を追隨して彼れと同等の標準にまで成り上がらうとばかり焦慮つて居た結果は、其所に自ら色々の特異的現象を生み出さずには置かなかつた。先に一言した『功利主義』『小智慧の専制』の如きも其一例に過ぎないのである。而して私の専門とする法律政治の方面に至ると、之にも益して更に著しい色々の特色に氣付くのであつて、今日深く考へない一般の人々が當然のこと自然の事と考へて居る幾多の制度組織も、實は明治特異性の一所産に過ぎないことを發見するのである。

私は改造論の第一歩として此事を充分能く一般人に呑み込んで貰はなければならぬと考へる。殊に明治時代以來權力者有識者として吾國の指導的地位に立つて來た人々及び何氣なく平然と此の事實を是認して居る幾多の人々に向つて、諸君の自ら『美』と信じ『善』と思ふ所のものが、實は自ら赤い空氣の中に住んで萬物を赤しとなすの類ではあるまいかと云ふことを靜かに反省して貰ひたいと思ふ。それが爲めに私は唯事實を事實として諸君の眼前に

展開して見たいと思ふ。何等特に多く自己の意見を開陳せむとするのではない。
之が此の小稿の重なる目的である。

第一 國家の指導的態度と劃一主義

明治時代の最も顯著なる特色の一は、國家があらゆる方面に於て國民を指導せむとしたことである。さうして、國民一般も亦單に國家の此の態度を是認したのみならず、國家の指導に信頼し依倚することによつてのみ萬事を爲し遂げ得たのである。當時の國家は獨り經濟的物質的の方面に於てのみならず精神的の方面に於てさへ國民を指導せむとし、而かも可成りの程度に於てそれに成功したのである。役人が美しいと云へば國民も亦美しいと云ひ、役人が醜いと云へば國民も亦醜いと云つたのがあの時代である。のみならず國家は道德風俗の源泉となり宗教をさへも其手中に統一しようとして企てた。さうして國民は多くそれを不思議とも思はなかつた。國家と其の法律とは萬能であり、至善であると考へた。さうして國家の名の

下に萬事が爲し遂げられ國民は一般に國家の前に一切の批評力を失つた。靜かに考へて見れば、それは如何にも不思議な現象である。而かもそれは確かに事實であつたのである。然らば、かゝる現象は果して如何なる原因から生まれたのであらうか。

二

一體國家には指導的職能のあるものであらうか？ 又指導的態度をとつても差支へないものであらうか？ 吾々は此の間に向つて概括的な答を與へる事は出来ない。それは時代に依り國に依り又事柄に依つて各別々に考へられ答へらるべきであると思ふ。併し概して言ふならば、革命乃至大改革の行はれた後の國家は大體に於て甚しく指導的態度を發揮するものであり又せざるを得ないものである。是れ革命後の諸政府があらゆる方面に互つて、後から平靜に考へれば可笑しく思はれる様な法令を多量に産出する所以なのである。而して私は吾國明治維新以後の政府があらゆる方面に互つて廣く指導的態度をとり得たのも實は此の現象

の一例に過ぎないものと解するのであつて、殊に西洋文明を追隨し模倣することに依つて西洋諸國と同列にまで浮び上らうとする努力が國民一般に共通する志望であつたことは、實に政府をして易々と其の指導政策を遂行することを得しめたのだと考へて居る。

當時政府にあつた人々は一般國民に比すればすべて皆先覺者であつた。而して自己の力足らざるを思へば、或は學校を造つて秀才を養ひ、或は人を歐米に馳せて彼の文物學術を修得吸収するに力め、之を手足とし羽翼として、一般國民の上に指導的態度をとつたのである。此故に當時は商業工業其他經濟的一般の事業さへもすべて國家の指導乃至獎勵に依つて爲し遂げられた。教育も亦すべて此の國家的目的を達する手段に過ぎないと考へられて居た。而して政府と其役人とは物質的にも又精神的にも立派な優越者であつた。加之國民一般が吾國をして急速に歐米諸國と同列に迄浮び上らせ様と熱望して居た事は恰も政府の此の態度と軌を一にして居た爲めに、朝野心を一にし官民合同して國力の發展國威の發揚に努力する事が出來たのであつて、此間政府と其の役人とは常に指導的地位に立ち、國民は唯々其言ふ所に盲

從して只管突進をつけたのである。

三

『西洋』と云ふ遠い美しい國に渡り着きたいと云ふ舉國一致の熱心なる願望からして、國民一同は一隻のボートに乗つて大海の眞只中に漕ぎ出した。舵を握つた指揮者は度の強い望遠鏡を持って居る。彼は之によつて遠く目的地を眺めつゝ、其美しさを漕手に語つては彼等を激勵して居る。漕手は無論望遠鏡を持たぬ。彼等は唯彼岸に漕ぎ着きたい一心から只管舵手の見るところに信頼して、目的地に背をそむけながら一心不亂に漕ぎ續けて居る。舟は果して矢の様に進む。さうして仕舞には最早望遠鏡の力を借らずとも目的地を見得る所まで漕ぎついた。

明治五十年の間に於ける吾國の躍進は實に此の船足の如く目醒しく速かなものであつた。物質的には勿論精神的方面に於てさへも可成りに急速の進歩を遂げた。國際的經濟競争に於て相當の地歩を占めることが出來たのみならず、武力の争鬭に於ても亦日清日露兩戦役の大

成功を収めることが出来た。此の目醒しい發展は確かに世界を驚かし且恐れしめた。而して此の結果たるや言ふまでもなく實に舉國一致朝野力を合はせて突進したことの賜物であつて(兎色)吾國の明治は一の成功であつたと言ふことが出来る。

けれども、明治の指導者には内發的の理想もなく又經綸もなかつた。彼等は唯吾國をして歐米先進の國々と同一列にまで進歩せしめやうと努力したに過ぎなかつた。彼等は唯一般國民の持つて居ない望遠鏡を持つて居り之に依つて自ら獨り彼岸を見ることが出来たに過ぎなかつた。従つて舟が段々と彼岸に近付いて最早望遠鏡を必要としない程になつたとき、指導者は漸く不安を感じ初めた。吾々は今まで兎も角も突進して此所まで漕ぎつけた。けれども、吾々は愈々彼岸に漕ぎついたとき其所にそのまゝ立留まつていゝのではない。吾々は今までと同様國民を率ゐて進まねばならない。併し考へて見ると、吾々が今まで國民を指導して來た唯一の目標は『西洋諸國に追ひ着く』と云ふことであつた。吾々は其以外別に深く何物をも考ふることなしに唯望遠鏡を頼りにして彼岸を眺めた。さうして只管其追隨と模倣とのみに依

つて兎も角も此所まで漕ぎ着けた。併し愈々彼岸に到着した曉に於て吾々は何を目當てに國民を率ゐたらいゝのだらうか。明治以來の指導者はかく考へかく不安を感じつゝも尙漕手を激勵して力漕を續けさせ様とした。けれ共漕手は既にやゝ疲れて今まで通りの盲進猪突を續けることが出来なくなつて居た。漕手は面を上げて舵手を見た。然るに何事ぞ舵手の面上には一抹の不安が漂つて居る。舵手は愈々彼岸に到着した後には於て何物を目標として漕手を率ゐる行くべきかについて何等の自信もない。彼は明治五十年の間只管望遠鏡を頼りにして指導をつゝけて來た。けれ共、今最早之を必要とせぬ程目的地に近づいた爲め、己むなく急に目から望遠鏡を離して見た。然るに何事ぞ五十年の久しきに互つて只管望遠鏡をのぞきつゝ追隨と模倣とのみを續けて來た彼の肉眼は、憐むべし全く其の自然の力を失つて最早何物をも正視する事が出来なくなつて居た。彼が心に自信を失ひ面に不安を浮べたのは蓋し當然である。茲に於て漕手は疑つた。一體吾々は何處へ行くべきであらうか？ 彼等はかく問うた。けれども最早肉眼の力を失つて仕舞つた舵手には無論充分の答へを與へる事が出来なかつた、其

所で今まで只管舵手の言を信じて力漕をつゞけて来た人々は急に後を振り向いて行手を眺めた。舟はもう望遠鏡を要せぬ程彼岸に近付いて居る。漕手の健かな肉眼は最早すべてをありのまゝに見る事が出来る。而して彼等が今自己の肉眼に依つて見た所の彼岸は、今迄舵手に依つて言ひ聞かされて居たものとは非常に違つて居た。第一今迄舵手は極めて視野の狭い望遠鏡を以て狭い一の場所だけを見つめて居た。其以外に幾多の複雑したもの、ある事を全く知らなかつた。従つて吾々が一生懸命力漕して居た五十年の間に舵手の選んだ視野以外には幾多の驚くべき変化があつただけ共、舵手は今迄全くそれを見のがして居たのである。然るに今漕ぐ手を休めて眼の前の上陸地を眺めた漕手の肉眼には陸上一帯の全景があらまゝに映つた。而かも其映つた全景は極めて複雑な相を示して居て、到底今まで舵手に依つて語られたものとは似てもつかぬものであつた。

漕手は惑つた。一體吾々は何所へいつたらいゝのか？ 舵手は肉眼の力を失つて居ながらそれでも尙虚勢を張つて、唯今まで通り前へ進め〜と命令した。けれども漕手は最早彼の命

令を奉じない。甲の漕手は言ふ。おれは左にゆく。乙の漕手は又言ふ、おれは右にゆく。さうして丙は眞直にゆくと言ひ、丁は又後方にゆきたいと言ふ。彼等は何れも皆愈々自己の眼を以て見、自己の心を以て考へつゝ、自ら自己の途を歩みたいと言ひ出したのである。

舵手は驚いた。『民心が混乱した』と唱へ、『國民思想が悪化した』と叫んだ。さうして今までと同じやうに自己の指揮の下に國民をして舉國一致の突進を続けさせやうと焦慮つた。けれども、時は既に遅かつた。何故なれば、彼の肉眼は既に其の自然の力を失つて何物をも正視することが出来なくなつて居たからである。

舵手は周章てた。けれども彼の懐中には最早何の貯へもない。従つて指導を続けやうとしても之を續くべき何等の方策をも持つて居ない。當惑の極彼は終に一夜密かに五十年を走り戻つて、其昔長い安眠を貪つて居た故郷に皈つた。さうして昔門出の際邪魔物なりとして塵溜りに棄て、來た『日本刀』を拾ひ出した。彼は此の『日本刀』に『淳風美俗』とか『美風良習』とか『國民道德』とか其他あらゆるましく且麗かなる名稱を附して、意氣揚々と國民の面前

に現はれた。さうして言つた。愈々立派な指揮刀が出来た。皆の者之に従つて突撃せよ、と。けれども、彼が愈々其刀を抜いて高く振りかざして見ると、驚くべし刀は全く赤く錆で居る。刀は五十年の間彼に依つて塵溜の中に棄てられて居たのだ。それが錆で居るのは當然である。彼は焦慮つて『民力涵養』の聲を擧げ、『民心統一』の必要を叫びつゝ、『刀』を振りかざして今までと同様の指導を続けやうと努力したけれども、錆びた刀にどれだけの威力があり得やう？ 國民は仰ぎ見て唯笑ひ且嘲るのみであつた。民心の統一はかくして見事に失敗に終つたのである。

四

けれども、舵手よ驚くことはない。悲しむこともない。君は民心の統一に失敗した。それが爲め今後の國民は突如指導者を失つた爲めにチリ／＼バラ／＼に行き迷ふに違ひない。と君は思ひ煩つて居るらしい。けれども、心配することはない。君が今まで目當てとして指導

して來た彼岸には最早皆行き着いたのだ。さうして之れから愈々君の指導を離れて自己の眼自己の頭自己の足を頼りに自力を以て自己の途を進まうとして居るのだ。彼等各自の進む路は各違つて居る。何故なれば彼等は皆各自の善しと信ずる所に向つて進むで居るのだから今までの指導者であつた君、さうして今後もまだ其の地位を離れたくない君は、あの有様を見て定めし『民心混亂』したりと案じて居るのであらう。けれども、案ずることはない。今までは唯君の言葉を盲信しつゝ、只管盲従をつゝけて來た無爲無力な彼等が、今や愈々自力を以て歩み初めたのだ。彼等の歩み行く方向は各々非常に違ふとしても、而かも彼等は各自己の『善』しとする所に従つて己れの『道』を求めて居るのだ。今まで唯『盲従』をのみ事として居た彼等が今や一人歩きを初めたのだ。『善』を求め『道』を尋ねて一人旅を初めたのだ。喜べ／＼、今や日本國民は初めて眞の進歩發展を爲すべき發程線に辿り着いたのだ。それなのに君はどうして悲しむのか？

君は君の指導の下に日本國が偉大なる發展を遂げたと言つて居る。それは確かにさうに違

ひない。けれども、其所謂『發展』とは單なる模倣に過ぎない。吸收に過ぎない。君の指導の下に日本國民は世界文化の爲めに何物を貢獻すべく生み出したか？ それは實に『零』に近いではないか？ 所が今その日本國民が愈々自力を以て歩み初めたのだ。愈々眞の『發展』を遂ぐべき序幕が開かれむとして居るのだ。此時に當つて尙君が自らの無力を忘れて指導を續けむとするのは、徒らに唯國民の創造性を阻むに過ぎない。

茲に於て私は言はうと思ふ。君は今や最も謙虚でなければならぬ。さうして國民に自由を與へ創造を許さねばならぬ。かくして初めて眞の日本が出来上るのである。君が此上尙指導を續けやうと焦慮することは、徒らに國民の自發心と創造力とを妨げるだけである。國民の内發的な徳性を害するだけのことである。

山に登る者にとつての大きな不幸は道を知らず又自己の所在をさへ明かにし得ない案内者に依つて濫りに山中を引きづり廻はされることである。かゝる案内者は今やもう其職を退くべき時が來たのだ。彼は今後唯荷を擔いで素直に吾々の跡について來てくれさへすればいい。

のである。

五

次に明治政府の政策並に法制の全般に通じて見逃がすべからざる一の特徴は其の劃一主義的色彩である。明治以前に於ける吾國の法制が地方的にも又階級的にも極めて分裂した複雑なものであつたことは廣く人々の知る所である。従つて王政復古を標榜し専ら中央集權を念とした維新政府が、政權のすべてを一中央政府に集中して複雑なる法制を統一することに努力したのは蓋し自然の趨勢であつて、其の政策がとかく劃一主義的色彩を帯びた原因も亦茲に存するのである。けれども更に細かに觀察して見ると其の原因は尙色々別に考へることが出来る。

先づ第一に、明治政府の使つた『規準』が上述の通り大體外來のものであつたことは、其政策をして劃一主義に陥らしむべき大なる原因となつた。當時の爲政者にとつて最も大切な

る事柄は西洋文明の追隨であつた。之に依つて彼れと同等の國に成り上ることであつた。此の故に其爲す所は専ら彼の模倣であり追隨であつて、何等自發的獨創的の規準を持たなかつた。すべては唯外來の規準に依つてのみ爲されたのである。従つて、其之を現實に適用するに當つても、多く融通のきかない固定的劃一的の方策をのみ行つた。其結果、都會と農村との差異、各地に現存する地方的特色の如き其他幾多の現實的特殊性は多く無視せられて今や一律の法制一様の政策の下に規律せられ取扱はれることとなつたのである。

次に又明治の吾國が歐米諸國を追隨すべく餘りに急なりしとは、自ら又劃一主義に甘んずるの己むなき結果を生ぜしめたやうに思はれる。何故なれば、劃一主義は常に拙速主義の隨伴者であるから。一體法律は性質上劃一的性質をもつたものである。之と現實社會の特殊性とを如何に調和すべきか、常に立法上の問題となり法律學の疑問となるのである。而して其劃一的性質は同時に法律の拙速主義的特色と深く關聯を有するものであつて、所謂法律の素人に依つて屢々法律は不道德なりとの非難を爲されるのも實に此の點なのである。併し多數のも

のを迅速に取扱ふ必要が起れば、其所に必ず拙速主義の必要が感ぜられる。さうして其結果必ず或る程度に於て特殊の需要を無視した劃一的の方策が行はねばならぬことになる。明治政府の施設が劃一主義的色彩を多く示して居る理由も亦之と同じである。突如舊來の制度文物を破壊して新に外來の規準を應用しつゝ、迅速に新制度新文化を樹立せむとしたとき、其所に自ら拙速主義が生れ劃一主義が力を得たのは當然である。それは丁度軍隊に於て兵士に穿かせる靴の大きさには初めから種類がきまつて居るのと同じことである。多數の兵士に向つて迅速に靴を行き渡らせる爲めには到底一々足を測つた上注文を出す云ふ譯にはゆかない。多少の大小長短はあつても何とか無理にはかせて急場の用に立てようと云ふのが軍隊のやり方であり、而して又同時に明治政府の遣り方であつた。

加之、自己の力を信する人々、意志の力に無限の價値を認むる人々をして政治を行はしむれば、其所に必ず劃一主義が生まれる。彼は自己の所信を貫徹するに急にして且其の信念篤きが故に、多く人民の特殊の需要を考慮することなしに、萬事自己の方寸に依つて規律し處

斷せむとする。彼等はすべて法律に無上の力を認める。此の故に歴史上大法典を制定した大帝は多く其法典の萬古不易を信じ、註解釋義に依りて濫りに其の意義を變更すべからざることを命じて居る。例へばローマの大法典を編纂せしめたユスチニアヌス帝は其註解を禁じて後世異説を爲すべからざる旨を命じて居り、ナポレオンの如きは法典成りたる後幾許もなく其註解書を獻する者あるや『我が法典既に失はれたり』と嘆じたとさへ傳へられて居る。

明治の爲政者は一般國民に對する關係上明かに優越者であつた。爲政者自ら之を以て任じ國民も亦之を許して居た。此の故に國家の力を以てし法律を以てすれば何事をも爲し遂げ得べしとする思想は、獨り爲政者の間に於てのみならず、一般國民の間に於ても亦廣く是認せらるゝに至り、其結果各個國民の特殊の需要に向つて多くの顧慮を拂ふことなく萬事を劃一的に規律することが甚しき故障もなしに行はれたのである。

けれども、元來國權にしても又法律にしてもそれは決して萬能のものではない。立法の問題は畢竟如何なる程度まで各個人の特殊の需要を斟酌すべきかの問題に歸着するのである。

劃一は結局或る程度まで常に必ず必要であらう。けれども、それは決して法の絶對的理想ではない。

六

明治の法制は甚しく劃一的であつた。それは明治時代として已むを得ざることであり、又當時として大に意味のあることであつた。けれども當時として已むを得ざるものであり又大に意味のあることであつたと云ふことは、決して今日尙同じことを同じやうに續けてゆくと云ふ意味にはならない。

明治時代の法制並に政策が劃一的であつたことは既に色々の意味に於て多大の實際的不都合を生ぜしめて居る。先づ第一に、各種の施設が大體に於て都會本位であり、従つて都會と農村との本質的差異が充分に意識されて居ないことは、今日重大問題として一般人士の注目を惹きつゝある農村問題の最も大きな原因をなして居る。此のことは私の從來屢々論じた所で

あるが、元來農村生活の特色は實物經濟的色彩が都會のそれに比して甚しく濃厚なるに在る。従つて農村人にとつての貨幣は都會人にとつてのそれよりも甚しく貴重なるものである。然るに從來爲政者の爲す所は多く此の根本的差異に注目することなく、或は農村に向つても都會に對すると同様に金錢を必要とすべき施設を要求し、或は農村人をして益々金錢の必要を感ぜしむべき各種の方策を實行する。成程資本主義の影響は農村生活までも漸次に貨幣經濟化する傾向がある。従つて此傾向と歩調を合はせつゝ、農村人に金錢を要求することは必ずしも非難すべきではない。反つて法令の力に依つて農村經濟の貨幣化を防止し得べしと考へることが可笑しいのであらう。けれども從來の爲政者が右の點を充分考慮することなしに、濫りに農村に向つて都會に對すると同様の貨幣を要求したことは、農村生活をして頓て今日の窮境に陥らしめた大なる原因であると云はねばならない。此點に於て現在行はれつゝある地方税、教育、娛樂、道路、衛生等に關する諸政策、公有林野利用策等には大に反省を要すべき餘地があるやうに思はれる。

次に又各種の法制が劃一的であることは色々の方面に於て不都合を生ぜしめて居る。例へば、現在の民事訴訟法に依ると、五圓十圓と云ふやうな僅かな金額を訴求するにも、必ず數百圓を訴求するのと同様の手續を履まねばならぬ。其結果小額債權を裁判所の手を経て取立てると反つて費用倒れとなるの恐れがあり、裁判所があつても結局何の役にも立たないと云ふやうな變な結果に陥つて居る。又昨年出來た借家法の如きでも——其の適用地區が東京其他重要都市に限られて居る點に於て從來幾多の法令とは稍趣を異にしては居るものゝ——其の同じ法律が住宅、商店、オフィスビルディング内の貸事務所、九尺二間の裏長店等の別なくすべて家屋の賃貸借に適用されることになつて居るけれども、かくの如きは極めて無意味なる劃一であつて、其結果少からざる不都合のあることは吾々の屢々耳にする所である。

七

明治の法制が劃一的であることは一方より見れば已むを得ざることであり、又他方より見

れば必要なことでもあつた。けれども無用の劃一が各個人各地方各職業の特殊の需要を無視し其利益を害すること甚しきは既に上述の通りである。今後の立法者は須らく此點に鑑みて先づ現實を直視せねばならぬ。さうして現實の前に謙遜でなければならぬ。『頭のいゝ』立法技師が自己の頭の先きだけを頼りに小利巧な——現實を無視した——立法を爲すことは今後に於ては最早之を許すことが出来ない。大急ぎの餘り出来合ひの着物を着て兎も角も間に合せで居た時代は既に遠く過ぎ去つた。今後の吾々は急ぐことは要らぬ。もつと落着いて先づ現實を直視せねばならぬ。さうしてお互にもつと桁丈の合つた生活をせねばならない。

所が、爲政者にとつては、劃一主義は何よりも便利である。第一に各方面の特殊事情などを一々調査する面倒がなくていい。又劃一主義は形式上公平なるが故に、形式的だけにでも無暗と公平を要求する現代人——而してそれが多くの場合反つて實質的の不公平を惹起して居る——を兎も角も一先づ満足させて不公平の謗を免れることが出来る——此故に爲政者は常に劃一主義を好む。

併し爲政者の劃一癖は獨り之を政策法制の上に實現するのみを以て満足せず、遂には政治の相手方たる人民までも劃一的のものにして仕舞はうと考へる。人々の心は其面と同様に種々雑多である。従つて其すべてを満足せしむべき政治を行ふことは爲政者の最も難しとする所でなければならぬ。若しも此の種々雑多の人心が多少なりとも統一することになれば政治は餘程楽になる譯である。此故に爲政者は常に國民思想の統一を希望するものであつて、それが爲めには宗教、教育等其他あらゆる手段を利用するものであり、甚しきに至つては強ひて外敵を求むることに依つて民心の緊張合同を計らうとするものさへある。而して此點に於て吾國明治の爲政者の爲したる所は可成り極端にまで及んで居る。

先づ第一に彼等は道徳の源泉を國家の手中に掌握しようとして企てた。さうしてそれが爲めには宗教を排斥したり壓迫することさへも敢て辭せなかつたのである。成程憲法に依ると『日本國民ハ安寧秩序ヲ妨ケス及臣民タルノ義務ニ背カサル限ニ於テ信教ノ自由ヲ有ス』と云ふことになつて居るけれども、宗教中特に民心の統一に最も都合のいゝ神道には之を宗教にあら

ずとする特別の解釋を與へて其の信仰を國民の全部に強制しようと企て、其他の宗教の中でも民心の統一に害なきか又は其役に立つものだけは特に寛大に取扱ひ又は保護を與へて居るけれども、全然異別の出發點から道德を説いて居る基督教の如きに至ると陰に陽に幾多の壓迫を加へて兎角之を邪魔物扱ひにして居る。

又國民普通教育を爲すに當つても、例へば日本國民全體が同一祖先から出たものだと言ふやうな科學上寧ろ反對が立證されて居る獨斷を勝手に作り上げる等、其他民心の統一に都合のいゝことばかり教へ込むことに熱中して居る。加之國家は教員を統一することに依つて統一教育の目的を徹底せしめむと欲し、教師殊に小學教員の思想信仰等に向つてさへ屢々色々の強制を加へて居る。さうして甚しきに至ると、獨り教科書の國定のみを以て満足することなく、更に教員用の參考書を作り又視學官をして監視せしむる等の方法に依つて教科書の解釋説明をさへも國家的に統一しようと考え居る。けれども、責任は常に自由と共にのみ存在する。小學教員の自由を極度に束縛し之をしてすべて國家の蓄音器たらしめむと企つると

き、其所にどうして責任心に富み且仕事に興味をもつた優秀なる教員を期待することが出来るやう。小學教員改良の問題は一面に於ては確かに待遇改善の問題である。けれども、同時にそれは自由の問題である。監督の問題である。

八

國家と其政治とは必然的に劃一的傾向をもつものである。又政治は國民思想が統一すればするほどやりよいに違ひない。此故に私は決して劃一主義を絶対に不可なりとし、民心統一を以て全然不必要なりとするものではない。けれども、政治を容易ならしむることのみ熱中して民心の統一にのみ注意を集中するときは、其結果稍ともすれば各個人民の内容實質が貧弱なものになる恐れが多い。殊に道德の源泉を國家の手中に獨占し力を用ひて道德の實行を強ふるが如きは、徒らに國民の徳性を害するのみであつて、何等利益がない。

國家の法律を尊重するのは無論いゝ。けれども、法律にさへ従つて居れば其以外何をして

も差支ないと云ふやうな所謂『免れて耻なき』人々の思想は、國家が道德の源泉までをも獨占せむとすることの當然の結果である。又國民の思想を統一せむとする企ても爲政者の所爲として必ずしも不思議なことではない。けれども、かくして國民全部をして國家の前に全然批評力を失はしめることは決して策の得たるものとは云ひ難い。吾々はすべて自己の『尺度』をもたねばならぬ。自己の國家をも批評することが出来ねばならぬ。かくしてこそ初めて眞に内容の充實した國家が出来るのである。自己の國家を批評し得ざる國民をもつことは決して國家の誇りではない。

九

吾國の國民は今や國家の指導を離れて自己の眼自己の頭自己の足に依つて自力を以て自己の途を歩み行かむとして居る。此時に於て國家の彼等に向つてとるべき態度は謙虛でなければならぬ。彼等に向つて自由を與へねばならぬ。さうして彼等自らの責任を以て自由に歩ま

しめねばならない。私は、かくすることに依つてのみ吾國民の自發性と創造力とを發揚せしめ眞に道德的であり、實質的に充實した國民を作り得るものだと考へる。

國家の指導政策と劃一主義とは嘗て大に功績があつた。けれども、それは同時に甚しき害毒を伴ひ易きものなることを忘れてはならない。

第二 自由主義

自由は現代人の既得権である。如何なることありと雖も、吾々は最早之を棄てたくはない。けれども、謬つて小き自由に執着するときは屢々反つて大なる自由を失ひ、濫りに自由の形式のみに捉はるゝときは反つて實質的自由を失ふ虞れがある。

第十八世紀の歐洲に勃興した自由主義の思想は、あらゆる意味に於て餘りに束縛多かりし舊制への反動であつた。而して其の思想は第十八世紀の末葉に於ては既に政治的にも又經濟的にも確立せらるゝに至つた。英國に於ては既にアダム・スミスの理論に依つて基礎付けられた自由主義經濟思想が事實上確固たる地歩を占むるに至つた。佛國に於ては又、一七八九年及び一七九三年兩度の人權宣言が極めて明瞭に自由主義を宣言した。さうしてそれは頓て

強い大きな波紋となつて歐洲全土に波及したのである。

すべての人々をして自由に契約を爲さしめるがいゝ。自由に其の所有物を利用し處分せしめるがいゝ。各人は各々自己の爲めに其最善を求めんに違ひない。さうして各人は各々自己の好む所に従つて満足せしめられ、其結果社會全體も亦自ら最善に到達するであらう。國家は濫りに干渉してはならぬ。或る者の特別なる保護を企てゝはならぬ。すべてを各人の自由に放任せよ。

第十八世紀の自由主義はかく教へた。さうして其思想は頓て社會上固く確立されて第十九世紀に引き渡された。人々は『自由』の名に眩惑されて空しく其美しき名を讃へた。けれども、『現實』は其後幾許もなく冷い手を舉げて夢見る人々の肩をたゝいた。自由の世の中は自由競争の世の中であつた。強者と弱者との自由競争は無慘にも忽ち弱者の慘々たる敗北となつた。『自由』其名は美しい。けれども之に依つて實質上眞に自由の利益を享受し得るものは獨り強者のみであつた。弱者は勝ち誇りたる強者の膝下にひれ伏して、『生存』を乞ひ受ける

の外はなかつた。彼等はかくして賃銀奴隷となり終つたのである。

茲に於てか第十九世紀の中葉には既に自由主義に對する逆潮が各國を通じて漸次其力を得るに至つた。

二

自由主義は明治維新と共に極めて力強く吾國に侵入した。封建治下に於ける多年の壓制拘束に疲れた人々は自由にあこがれた。さうして自由の名の下に何事をも爲し遂げようとした。無論同じ明治時代でも其の間に行はれた自由主義の思想には自ら多少の消長はあつた。又自由主義の主張の中或る種のもは未だに尙充分行はれて居ないし、當時と雖も必ずしも歐米人が理解したと同じ意味に於て自由主義を理解したものとは思はれない。けれども其の中最も重要な職業の自由と契約の自由と財産の自由とは既に明治の當初に於て早くも制度の上に實現されて、其後漸次に其根柢を深めて行つた。

先づ第一に、今までは或る種の階級又は或る種の人々に限つて従事することの出來た各種の職業が、維新と共に漸次四民に向つて平等に開かるゝことゝなつた。それが職業の自由である。第二には、又從來各種の法律關係が當事者任意の合意に依る自由決定に任さるゝことなく、直接法律に依つて規定せられ又干渉せられて居た、それを當事者自由の合意契約に任する主義をとるに至つたことは明治法制の一大特色である。尙第三に、明治以前の法制に於ては獨り封建法の適用を受けた武士の領地、扶持の類のみならず、一般平民の財産と雖も公力に依つて制限せらるゝ所が多かつた。それを變更して財産の自由を確立し、絶對的な私有財産制度を作り上げたものも亦明治である。私は之より以下右の中契約の自由及び財産の自由について多少の詳説を試みようと思ふ。

三

萬事を武士本位に考へた徳川時代の法制に於ては國家が物價、地代家賃、勞銀等に對して

干渉的の立法を試むることは決して珍しいことではなかつた。

大火災暴風雨等天災の後に於て材木商大工其他の職人等が不當に物價乃至勞銀を昂騰せしむることを禁止したる幾多の法令あるは勿論、天保十二年（西歷一八四一年）辛丑四月十日の町觸の如きは

諸色直段之儀者元方相場を見合賣買致し候得共、諸職人手間賃人足賃は、元方に不拘品なれども、地代店賃引上候に隨ひ、商ひ品は勿論、諸職人手間賃人足賃に至迄引上候道理に有之候處、稀には御主意を相辨引下候向も有之哉に候得共、聊之儀にて總體之響にも不相成、右者畢竟地主共沽券高之歩合に當り候程之地代店賃取置候故、自然高直にも相成候間何によらず都而寛政度以前之振合に見合直段引下、職人手間賃人足賃之儀も地代店賃引下候上は、同様之振合に立戻り、早々引下候様可致、若心得違之もの有之、不_レ相用_二においては、吟味之上急度可_レ及_二沙汰_一候條町中不_レ洩様可_二相觸_一もの也

と云ふやうに一般的に物價地代家賃勞銀等に向つて概括的な制限を試みた法令もあり、又古

く明歴元年（西歷一六五五年）乙未八月廿一日には「上職人」の勞銀率を法律を以て公定し「從_二其下_一之職人」についてののみ「相對」の契約を許して居るやうな例がある。

無論、明歴三年を初め寛文十一年、天和二年、貞享元年、正徳元年等に、

一 大工木挽屋根葺石切左官疊屋此外諸職人會所を定、中ヶ間一同之寄合いたし、手間料高直申合候に付而、最前其段相觸候間、彌可得其意事
右惣別一味同心之寄合、何事によらず御法度の旨最前も相觸候、若自今以後一同之申合仕候もの之者可爲曲事者也

と云ふやうな勞働者の賃銀率申合はせを禁じた法令を出した例もあるけれども、此等は唯萬事武士本位の政策から物價を引下げやうとして町人に極度の干渉を加へたものに過ぎぬ。従つて當時問屋組合仲間等の名義を以て商工業を獨占して居た排他的同業組合の如きも、之に因る弊害甚しきに至れば、忽ち其全部を廢止して萬事を自由競争に委ね、以て物價の引下げを計るやうなことをして居るけれども（天保十二年、十三年）其結果が事實涉しからず

『諸品下直にも不相成、却而不融通之趣も相聞候』と云ふやうなことになるれば、再び昔の問屋組合の制度を再興するやうな次第であつて（嘉永元年）近代的意義に於ける自由主義の佛は未だ到底之を認めることが出来ないのである。

四

所が明治と共に萬事は段々と自由の契約に放任されることゝなつた。今まで法令を以て極められて居た色々の事柄は漸次『相對』の契約を以て定められることゝなつた。それで先づ第一には諸地方の法定運賃率——それは極めて低廉で從來各地方の百姓等を甚しく苦しめたものであつた——を漸次に廢止した。併し此の新主義を最も明瞭に宣言したものは明治五年八月二十七日の太政官布告第二四〇號であつて、其の正文は左の通りである。

地代店賃ノ儀從來東京府下ヲ始メ間々其制限ヲ立置候向モ有之哉ニ相聞候處以來ハ双方共相對ヲ以取極メ致貸借候儀可爲勝手事

一 諸奉公人諸職人雇夫等給金雇料ノ儀是亦自今双方共相對ヲ以テ取極メ候儀勝手タルベシ尤諸職人等は迄得意或ハ出入場ト唱ヘ常ニ備ハレ先キテ極メ置候分雇主方ニテ他ノ職人雇入候節彼是故障筋申掛ノ者モ有之由向後右様心得違無之様可致事
右之通相達候條各府縣ニ於テ管内無洩可觸示事

此の布告は言ふまでもなく其前段に於て地代家賃に關する制限を撤廢し、後段に於ては又勞銀に關する制限を廢止して全然之を當事者『相對』の『取極』に任せることゝしたものであつて、後段末尾は今日米國佛國等に於て屢々論議せられるOpen Shop Closed Shopの問題と似た事項、即ち或る勞働者が或る雇主を自己の獨占とし他の勞働者が自由競争を以て其の雇主に雇はれることを妨げやうとする問題について、自由主義の立場からかゝる獨占は許すべからざるものとしてOpen Shop主義を宣明したものである。

尙此の布告を讀むについて大に注意すべき事柄が一つある。それは、從來の法令の勞銀に對する干涉制限は——先に一言した通り——勞銀の最高率を決めて其の昂騰を妨げること

目的としたものであつて、近來労働問題の勃興と共に最低賃銀率を法定することが要求せられ又立法されて居るのとは全く正反對の精神を有するものである。従つて今新なる布告を以て『給金雇料ノ儀是亦自今双方共相對ヲ以テ取極メ候儀勝手タルベシ』と定めたのは、從來の最高賃銀率を撤廢することに依つて『諸奉公人諸職人雇夫等』の利益を増進せむとする目的に出たのである。これは丁度英國の産業革命以前に於ける Edward III や Elizabeth の労働者條例 Statutes of Labourers に於ける労働賃銀への干渉は、其最高率を定むることに依つて雇主乃至社會全體の利益を計らむとする目的を有したるに反し、産業革命と共に起つた自由主義の思想は、かゝる制限を撤廢して、賃銀の決定を雇主労働者間の自由契約に一任することを要求したのと同じであつて、東西事の經過に略同じきものあるを見るは極めて興味ある事柄と云はねばならぬ。

五

かくの如く、明治の法制は既に其の初頭より契約自由の原則を以て初まつて居る。

所が其後吾國には機械工業が段々と輸入されて産業革命が初まると共に、内に無秩序なる産業競争が起り、外に於ては又吾國も列強と肩を比べて世界的産業競争の渦中に投ぜねばならぬことゝなつた。さうなると、折角萬事を『相對』の契約に任せて労働者の保護を計つた新制度も、忽に反つて彼等を禍することゝなつた。資本の集積に伴つて漸次に大資本家が出来た。彼等は資力に於て優秀なるは勿論、其手足として優れたる智識と秩序立ちたる組織とを有するが故に、之と個々の引き離されたる労働者との間に於ける賃銀の協定は、形式上自由契約ではあるものゝ、實質上決して自由ではなかつた。無制限なる自由契約、それは強者にとつてのみの自由であつて、弱者にとつては強制である。賃銀は勿論労働時間其他の労働條件は全く唯資本家の任意にデイクテートし得る所であつて、其日其日のパンを得るに忙しい労働者、企業界並に労働市場の状況に通曉せざる労働者にとつては唯かくしてデイクテートせられたる労働條件を其儘受諾するの外何もの自由もない。

成程資本家のすべてが鬼である譯がない。彼等の中の多數者は實は大に温情主義者であるかも知れない。乍併彼等と雖も亦自由競争の荒浪の中にもまれて居るのだ。資本を以て競争し原料を以て競争し、更に經營を以て品質を以て、激烈なさうしてきわどい競争をやつて強食弱肉の巷に苦闘して居る彼等が、どうして『労働の低廉』を以て其の武器としなからう。彼等が企業者として競争場裡に生きんが爲めには、あらゆる利用し得べき武器の利用を怠つてはならぬ。其所で彼等は自ら生きんが爲めに何等の遠慮會釋もなく勞銀を切り下けてゆく。個々の企業者の温情も聰明も此の傾向を止むべく何等の效もないのである。殊に經濟的帝國主義の思想に依つて讚美せられ獎勵せられて居る對外的産業競争は、此の意味に於ける賃銀の切下を更に甚しからしめる。しかしながら一歩々々向上の一路を踏みしめつゝ進み來る労働者がどうしてか能く此の悲惨なる運命を甘受することが出來やう。労働問題は自然茲に起らざるを得ないのである。

六

其所で、當然に出て來るべきものは労働者の團結である。個々の引き離された労働者が事實上資本家と對等の自由を以て契約を爲し得ざる以上、彼等は團結せねばならぬ。さうして其の力を以て資本家に對抗せねばならぬ。かくして當事者双方の實力が平均するとき、茲に初めて眞に内容の充實した實質的の契約自由が行はれるのである。此の故に、従來は各労働者が獨立して個々の契約を爲したるに引換へ、労働組合が直接資本家と協定して労働条件の最低限を定め、各個の労働者は其協定条件の範圍内に於て個々の契約を結ぶ事とする労働協約 (Collective agreement, Tarifvertrag) の制度が是認されねばならぬ。又團結がそれ程までにならずとも、同盟罷工其他労働爭議の際團體交渉に依り代表者を通して集團的に労働条件を改定すること、又同盟罷工其他の労働戦術に依り直接資本家を壓迫して双方の勢力平均を作り依つて公正なる労働条件を得ること等は此意味に於て亦之を是認せねばならぬ。此等はすべ

て自由主義をして其本來の精神を發揮せしめ、當事者双方にとつて眞に自由なる公正なる契約條件を與ふるにつき必要であると云はねばならぬ。

無論かくの如き労働者側の事實的壓迫は、從來實力の優勢を利用して自由契約の利益を自己にのみ壟斷し來つた資本家にとつては極めて不愉快なことに違ひない。従つて、彼等はあらゆる口實術策を盡して、かく如き事實的壓迫を弱めやうと計る。是れ彼等が労働組合を嫌ひ、同盟罷工其他の労働戦術を不法視すべく努力する所以である。併しこれは畢竟自由主義の利益を自己にのみ獨占せむとする彼等の我儘に過ぎない。何故なれば、何等の制限なき自由主義をして眞に其精神を發揮せしむるが爲めには、當事者双方の間に完全なる勢力の平均あることを前提とせねばならないからである。

七

所が、かくの如き有力なる労働者の團結は實際上中々容易に出来るものではない。現に今

日吾國の如き到底資本家と對抗して自由の契約を締結し得る程強力なる團體、一つも存在しない。其の結果之を此まゝに放置すれば、契約自由の原則は獨り資本家にのみ利益を與へて労働者は事實何等の自由をも有せず、何時までも萬事資本家のディクテートする所をそのまま受諾すべき運命を持続せねばならない。併しながらかくの如きことは決して正義でない。又少くとも功利的見地より見て賢明なる政策ではない。何となれば、先づ第一にかくして無理矢理に労働者を壓迫することは決して一時的にも又永遠的にも産業的平和を持ち來す所以ではないから。又第二にはかくして永く不良なる條件の下に労働者を酷使することは——恰も利己的な掠奪的農業者が國家全體の寶である土地を單に自己一人の利益の爲めに荒して仕舞ふのと同じやうに——永く將來に向つて國民の健康を害し其の労働力を損することになるからである。

茲に於て、國家干渉の必要が起る。國家は自由競争に因つて起る上記の慘害不幸を救済し防止せむが爲めに干渉を初めねばならぬ。労働立法の必要は實にこゝから起るのである。無論

労働者の團結が充分に發達して居る國であれば、かく如き國家の干渉なしと雖も、自ら自由の契約に依つて相當なる労働條件を得る事が出來やう。けれどもそれのない國に於ては労働立法を以て最低賃銀を定め労働時間を制限する等の必要が起る。此故に、例へば英國に於ても労働組合の充分に發達した職業に就ては、萬事が組合資本家間の労働協約に放任されて居て特別の保護的立法は極めて少いけれども、未だ團結の力なき労働者については特に法律を以て最低賃銀を決める等別段の保護方法が設けられて居る。

要するに、自由契約主義の弊害は、契約當事者双方の間に勢力の平均を作ることによつて其の主義の長所のみを發揮させるやうにするか、又は直接法律を以て其主義を制限するか、二者何れかの方法に依つてのみ之を救ひ得るのであつて、而かも其の二方法は互に密接なる補充作用を爲すものである。

然るに、現在吾國の爲政者は、一方に於て充分なる労働立法の制定を躊躇しつゝ、同時に労働組合の發達其他労働者の團體的行動を極力妨害しようとして居る。彼等は恐らく、吾

國の労働者は力が弱い、従つて彼等の爲めに特に立場を作つてやるやうな苦心をせずとも、自分等の政治的地位には何等の支障も起らぬものと高をくゝつて居るのであらう。けれども一方に於て、極力團結を阻止しつゝ、他方に於て立法的保護を怠ることは、畢竟契約自由の利益を強者たる資本家にのみ與へむとするものであつて、明々白々たる不公平である。背理である。彼等自らの尊重する自由主義の眞精神に反すること極めて甚しきものである。

吾々は今後、自由契約主義を維持しつゝ、労働者團結の發達に因り之と資本家との労働協約に依つて、職業的乃至地方的の自治立法が制定されるやうに仕向けて行くがよいか、又は自由主義を棄て若くは制限して國家的干渉を増進するやうに仕向けて行くがよいか、それは吾國民の國民性にも關係し又今後の政治的變動とも關聯して決まる事柄であつて、一概には斷言し難い。併し少くとも、一方に於て労働者の團結を阻止しつゝ、同時に労働者立法の制定をも爲まいとする今日の政策が——少くとも爲政者並に資本家自らの將來の爲に——極めて危険なものであることは斷言し得ると考へる。

私は次に財産自由の主義について述べなければならない。

元來人の自由は財産の保障と密接な關係を持つたものである。財産の保障がなければ眞に人の自由を確保することは出来ない。殊に人民をして國家乃至君主の不當なる壓迫より免れしめる爲めには、彼の財産をして國家乃至君主の故なき抑壓より脱せしめねばならぬ。是れ佛蘭西革命の際一七八九年の人權宣言第十七條が『所有權は不可侵且神聖なる權利なるが故に何人と雖も法律上確認せられたる公共的必要が明かに之を要求する場合にして且正當なる補償の前拂あるにあらざれば之を奪はるゝことなし』と定め、更に一七九三年の人權宣言第九條が『何人と雖も法律上確認せられたる公共的必要の要求あり且正當なる補償の前拂ある場合の外其承諾あるにあらざれば財産の最小部分と雖も之を奪はるゝことなし』と定めた所以である。舊制の下に於ては一般人民の財産は幾多の苛重なる封建的負擔を受けたるのみな

らず、王侯貴族の前に必ずしも絶對に安全なものではなかつた。人民は屢々何等正當の理由なしに財産を奪はれたのである。是れ人權宣言が財産不可侵の原則を確立して自由保障の一手段とした所以である。

又經濟的方面より見ても、各人の財産は成るべく各人をして自由に之を利用し處分せしめるがよい、さうすれば各人は各自己の最善の爲めに之を利用するに違ひない。さうして因つて生ずる結果の總和は亦自ら最善のものとなつて國家全體の利益となるであらう。何故なれば國家全體の富は即ち各個國民の富の總和であり、而して元來利己的なる人間は自由なる財産を有して自由に之を利用し得る場合に於て最も能く之を利用して最善の結果を取得するに違ひないからである。此の考は第十八世紀の自由主義經濟學の主張する所であつて、之と上記の自由保障の考へとが自ら結合して、茲に財産自由の原則を生み出し、『不可侵且神聖』なる私有財産の制度を確立したのである。

けれども、實際上各人をして任意に各自の最善を追はしむることは、必ずしも社會全體の

爲めに最善を生み出すものでないことは、其後第十九世紀以來の社會的事實及び學說の明かに立證する所である。又財産の保障に依つて自由を確保せんとする企ては、夫れ自身確かに正當な考へ方であり、又事實上も確かに成功したには違ひないけれども、かくして自由を保障される者は事實財産を有する者に限られねばならぬ。財産を有せざる者にとつてはかくの如き保障は何等の價值もないのである。而して一方財産を保障せられたる者は——其保障の範圍内に於て——國家と雖も尙侵すべからざる自由の財産を有するが故に、對國家の問題に於ても可成りの程度に自由を享有することが許される。財産を有する者は之が利用乃至處分について何等國家の制肘を受けざるのみならず、反つて其資力を以て國家を制肘することが出来る。其の結果大資本家の前には全然頭の上らない國家さへ生まれ出るのであつて、事茲に至れば財産自由の主義は既に其眞精神を失ひたるものと云はねばならない。既に其主義本來の目的を超越して特に或る種の者に依つてのみ不當に利用せられ濫用せらるゝに至つたものと云はねばならない。

「物」は元來吾々全體の爲めに與へられたものだ、或る者のみが、單に自己の利益の爲めにみに全然他の一般人の利害を顧みずして之を専有することは許し難いと云ふ考は、此種の時代と共に必然に生まれねばならないものである。

九

吾國に於ける一般人民の財産が明治と共に極めて自由なものとなつたことは大に注目せねばならない事柄である。

明治以前にあつては、政府は屢々故なく用達町人等の富豪に向つて巨額の「御用金」を申付けた。又各種の犯罪について屢々附加刑として封祿乃至財産の全部又は一部を沒收した(改易乃至闕所)。其他私有財産は政府に對する關係に於て到底充分なる保護を受けて居なかつた。然るに明治政府は其初めより人民財産の保護に向つて大に注意を拂つた。即ち明治元年には既に屢々布告を發して献金の強要を嚴禁して居る。又明治三年正月二十日には「刑法新律

追テ被仰出候へ共差當リ財産没籍ノ法被爲停度思食ニ付各地方官ニ於テモ御趣旨ヲ奉體可致旨御沙汰候事」なる布告を以て、從來の財産沒收刑を廢止した。而して明治五年二月十五日の布告を以て土地の永代賣買が一般的に自由に許されることになつてより此方は、田畑の類に至るまで名實共に完全なる私有財産と變つたのである。かくして私有財産は漸次完全に保護されて段々と國家の制肘を脱することゝなつたのであるが、遂に明治二十二年憲法第二十七條を以て所有權不可侵の原則が國憲の一部に加へられ、茲に絶對的私有財産制度の法律的基礎が確立されたのである。

かくして確立された財産自由の主義は確かに國民の自由を保障する効能があつた。又其の結果一般人民の利己心を刺戟して大に企業の發展農業の進歩等を促す効能があつた。其功の大なる吾々の到底濫りに無視すべからざるは素よりである。併しながらかくして自由の保障を受くる者は獨り有産者のみに限ることを忘れてはならない。又元來財産自由の原則は國家に對する國民の自由を保障する手段として主張され確立されたものに過ぎない。然るに此方

法に依つて國家の抑制から解放された有産者は終に反つて國家を制御するに至るのである。現在吾國の實状を見ると、少數者に依る資本の獨占は自ら他面に於て多數の無産者を搾取するの結果を生ぜしめて居る。本來社會全體の需要を満足せしむべく利用されねばならない『物』が、單に所有者の營利的目的の爲めにのみ利用されて居る。所有者は唯自己の營利を目安として『物』を使用する。従つて營利の見込みがなければ、一般人民の需要が如何にあらうとも、彼等は其『物』を利用しようとしなない。加之、一般人士の所有物に對する考へ方を見ても、それは全く個人的であつて、何等の公共的考慮をも加へて居ない。これは自己の所有物である。如何に使用しようともいゝ又使用せずとも、浪費しようとも、破壊しようとも何等差支がない。吾國の一般人士は實にかくの如く考へて居るのである。

一〇

其結果、官憲の如きも憲法第二十七條が所有權の不可侵を宣言して居る眞の精神を忘れて

唯形式的にのみ所有權を保護することに専念して居る。それが爲め、物を如何に使用せば最も能く國民全體を満足せしむるを得べきかの問題を研究する者が、其の方法として少しでも私有財産を制限するの必要あることを論ずるに至れば、忽ち之を目して朝憲を紊亂し、國家の根本組織を破壊するもの也とする。

けれども、元來『日本臣民ハ其ノ所有權ヲ侵サルコトナシ』と云ふ憲法の規定は、沿革上明かに國家乃至政府の專恣に向つて人民を保護することを目的として制定されたものであつて、其の目的夫れ自身のみが『朝憲』なのである。然るに、世人稍ともすれば此の精神を忘れて、私有財産を絶対のものとして考へ、之を如何に利用するかは全く所有者の自由なりとするところが憲法の精神なるが如くに考へて居る。けれども、かくの如きは財産自由主義の濫用に過ぎないのであつて、毫も憲法の保護、保障する所ではない。

之を要するに、明治の自由主義は其の時代に於て其本來の任務を果した。本來の意義を存する限りそれは今日も尙大に價値あるものなること勿論であつて、自由主義本來の眞精神を今後に向つて一層發揮することは益々必要であらう。

けれどもすべての主義思想制度は頓て本來の精神以外に濫用されて幾多の弊害を生じ易い自由主義も亦其一例である。吾々は此點を三思せねばならない。

今の爲政者、権力者、指導者を以て任ずる人々は、稍ともすれば『我國獨特の精神』であるとか『古來の淳風美俗』であるとか云ふやうなことを口にして、専ら現状を是認し且之を維持しやうと考へる。けれども、今日彼等が『美』と感じ『善』と考へ又『日本古來の良俗』なりと考へて居る事柄の多數が、實は明治新政の所作であり遺物であり、乃至は又其濫用に過ぎないことを考へねばならない。

自ら赤き空氣の中に住みつゝ萬物を赤しと説いて得々たる者は笑はれねばならない。生れ

役人の頭

たまゝの眼を開いて現實を見よ。さうして將來を考へよ。新しき世界は既に吾々の前に開かれて居る。

「法治主義」の研究は現代の國家及び法律を研究せむとする者にとつて極めて大切である。私はその事を色々考へて居た際、會々東京日々新聞社から何か書けと云ふ依頼を受けてふと筆をとつたのが抑も本稿の出来上つた由來であつて、内容は主として法國と官僚主義との關係を取扱つたものである。書いた時期は大正十一年の六月下旬である。

一

子供の時からのかせで新聞を読むことが變に好きです。外國にゐたときなど、無論語學のまづい爲めでもあるが、どうかすると半日位新聞讀みに時を費したことがあります。曾て高等學校にゐたときドイツ語の教科書としてヒルテューといふ人の『幸福論』なる本を讀まされたことがあります。その中に新聞を讀んではいけない、殊に朝一番頭のいゝときに新聞のやうな難駁な且平易なものを讀むと一日中の仕事慾を害する、といふことが書いてありました。非常に感心して同室者一同——私の部屋には變に頑強な男がそろつてゐたのですが——と申し合せて、何でも半年位新聞の講讀を中止したことがありました。それでも新聞を讀むことの好きな私にはどうも我慢が出来ないのでそつと圖書館で讀んでゐるところを同室者に見付かつてヒドクおこられたことなどがありました。そんなことを思ひ出して見ると、私の新聞好きも随分古いものです。

今でも、毎朝澤山の新聞を読みます、何が面白いのか知らないが兎に角よく読みます。さうして読みながら種々のことを考へます。所でこのごろの新聞を読んで一番目に付くのは何かといふと『殺人』『情死』さては『大臣の待合會議』『不正』『疑獄』といふやうな不愉快な文字が澤山目に付くのは勿論のことですが『人民の役人に對する不平』を記した記事の多いことは特に私の注意をひきます。その内から、最近最も私の注意をひいた一記事を例に引いて『役人の頭』といふ一文を草して見たいと思ひます。例證として引用する事柄を一つだけ引離して見ると極めて些細な出来事のやうに思はれます。併し能く／＼考へて見ると事は極めて重大です。これを機會に私は『人民の役人に對する不平』ひいては『國民の國家に對する不平反抗』といふ問題を多少考へて見たいのです。

二

今から十日程前の某紙寄書欄に一新歸朝者の税關の役人に對する不平がのつてゐました。

夫によると、税關の役人が其人の所持品を檢査した際一繪畫のリプロダクションを發見して沒收したといふ事件です。沒收の理由はよくわかりませんが多分猥褻の圖畫で輸入禁制品だといふにあつたのでせう。

外國歸りの旅客が猥褻ないかゞはしい春畫類の密輸入を企てることは實際上可なり多い事實のやうです。日本に歸れば相當の地位にもつきました少くとも『善良の家父』であるべき人が平氣でさういふ事をやるといふ事實はわれ／＼屢々これを耳にします。風教警察の目から見て國家がその防遏に苦心するのは一應尤もなことです。

けれども、今の問題の場合は夫ではありません。沒收された繪は春畫ではありません。猥褻本でもありません。それはイタリー、フレンツエの美術館に數多き名畫の中でも特に名畫といはれてゐるポツチツチエリー（一四四四——一五一〇）の『春』Primaveraです。それは『春』の繪にちがひありませんが、決して『春畫』ではありません。税關吏もまさかそんな洒落を考へた譯ではないのでせう。矢鱈にたゞ猥褻だと思つて沒收したにちがひありませ

ん。そこで私は議論を進める便宜のためこゝにその畫の寫眞を載せることをゆるしていたゞきたいと思ひます。讀者諸君は一應これを御覽の上私のいふことを聞いて戴きたいのです。

三

美術の専門家でない私には不幸にしてこの畫についてのくはしい適切な説明を與へる事が出来ません。けれども、一人の素人美術好きとしての私がかつてあの靜かなフイレンツエのアルノ川に沿うて建てられた美術館の三階で、初めてこの『春』を見たときの感じ——それは到底私のまづい言葉や筆で十分にいひ現はすことが出来るものではありませんが——を一言にしていふならば、それは寧ろ『神秘的』な『ノイラスティック』な寂しい感じのするものでした。

しかも其は何ともいへない不思議な『力』を持つたものでした。外國を遍歴中随分様々の繪を見ました。けれども、この繪の實物を初めて見たときの感じ程深く私の心にほり込ま



れてゐるものは餘り澤山はありません。その寧ろ陰鬱な重苦しい、しかも何所となくなつた
しみのあるやはらかい色合を私は今なほわすれることが出来ない。その現實離れをして如何
にも神経をイラ立たせるやうな不思議な形と線とは理屈なしに私を引付けたのです。私は今
でもなほあの時の第一印象をあり／＼と思ひ起こすことが出来ます。

無論私如きものがどう思はうと、またよしんば天下の美術鑑賞家が如何に名畫だといふこ
とに一致しやうとも、國家の風俗警察といふ目から見ればそこに必ずや獨特の見解があるに
はちがひありません。名畫だから必ず絶対に風俗を壞亂しないと限らないでせう。名畫を
鑑賞するだけの能力を持たない低級な人間にとつては殊にさうでせう。私一個の考へては
『眞の名畫は絶対に風俗を壞亂することはない』と自信してゐますが、その考へを今こゝで
一般人に押し付けようとは思ひません。

併し今こゝで問題になつてゐるこの『春』を見て、若しもこれを猥褻だとか風俗を壞亂す
るとか思ふ人があるとすれば、私と雖もまたその人の眼と頭とを疑はずにはゐられません。

この畫は誰が見ても寧ろ寂しい感じのする畫です。また假りに全く繪畫に興味のない人が見たとすれば何んだか變挺な畫だと思ふだけのこととせう。併し若しも、これを見て猥褻だと思つたり多少なり劣情を感じる人があるとすれば、それは餘程低級なアブノルマルな人間にちがひありません。従つてあの記事にあつたやうに、若しも税關の役人が旅客の十分な説明にもかゝらずなほこれを理解しないで無理無體に沒收して仕まつたのならば、彼は餘程下等な變態的な趣味と性慾との持主であつたか又は特に何か惡意を以てしたことだと私は斷定したいのです。

讀者諸君はこの事件を以て一小下級官吏によつてなされた些事なりとしてこれを輕々に付してはなりません。彼れは一小下級官吏にちがひありません。併しこの具體的の事件について『國家』を代表したのは彼れその人です。その以外の何者でもありません。外國から歸つてくる幾多の旅客がまづ最初に接する『日本國』は即ち彼れです。さうしてその彼れが旅客の携帶する『名畫』の猥褻と否とを判斷してその輸入の許否を決するのだと思へば、どうし

てこの事件を一小事として輕視することが出来ませう。相手は『彼』一個人ではないのです。『國家』その物です。この當該事件については『彼』の目『彼』の頭が即ち『國家』の目であり頭です。『役人の頭』を問題にしないで何としませう。

四

『役人の頭』だからというてわれ／＼人民の頭と大してちがふ譯はありません。大體同じやうな境遇にそだち、おなじやうな教育を受け、おなじやうなものを食つて生きてゐる以上『役人の頭』だけが特別な譯はない。彼れ等もわれ／＼とおなじやうに、美しきを見ては美しと思ひ、悲しきを聞きては悲しと思ふにちがひありません。

現在のいはゆる『法治國』においては役人は大體『法律』てしばられてゐる。従て餘り我儘のきかぬやうには出来上つてゐる。併し、それでもまだ可なり廣い範圍において自由裁量の權限を與へられてゐます。即ち役人は常に必ずしも『法律』といふ既定の標準のみによつ

て事を裁断する必要なく、いつでもある程度においては自己の意見を加へて自由の裁断をなし得るやうに出来てゐます。しかもその役人の自由裁量によつてわれ／＼人民は貴重なる財産、自由、名譽、生命などまでをも奪はれるやうに出来てゐるのです。「法治國」とはいふものゝ實は恐ろしい話してある。それにもかゝらず、われ／＼人民が比較のおどろかずに安神して生きてゐるのは、彼等『役人の頭』も大體われ／＼人民の頭と同様であらう、われわれが美しいと思ふものは彼れ等も美しく見えてくれるであらう、またわれ／＼が悲しいと思ふものは彼れ等もまた悲しいときいてくれるであらう、とかう思へばこそである。われ／＼は役人もまたわれ／＼と大體おなじやうな心意作用を持つてあらうといふ信賴のもとに、兎に角安神して生きてゐるのである。

『役人』はわれ／＼人民に比して特別に上等だとか、特別に公平だとか、特別に國に忠義だとかいふやうに考へて、彼等に信賴してゐるのではない。若しもそんな特別なものであつてわれ／＼普通の人民とは全然別個の世界にすんでゐるものだとすればわれ／＼は『役人心

理學』とでもいふやうな特別な講義をきいた上でないと、安心してこの世に生き永らへることが出来ない譯です。然るに幸にもわれ／＼人民が特にかゝる講義をきく必要もなくまた特に法律の智識がなくとも大體良心と常識とに従つて行動してゐるさへすれば、まづ『役人』に叱られずに済むのは、役人もまたわれ／＼とおなじ人間だからです。

この事はあらためて事々しくいふまでもない極めて當然な事柄である、と私は考へます然るに實際においてわれ／＼が時々耳目にする役人の行動は動ともすれば私のこの信念を裏切らうとします。さうしてその度毎に、私は『役人の頭』を疑はざるを得なくなるのです。何となく自分等もあの役人の下で安心してゐる譯には行かぬ、役人の方でどうにかなつてもらうか乃至はあゝいふ『頭』の役人がなくなるやうな仕組みを作らなければ安心してゐられないやうな氣がするのです。

私のやうな比較的『役人』に近い學問を専門とし、『役人養成所』だと世間から悪口をいはれてゐる帝國大學の法學部に職を奉じ、役人に澤山の知己を持つてゐるものですら、兎角

さう思はれてならないのである。して見れば、世間普通の人々の目には現在の『役人の頭』がもつと餘程變に映つてゐるのではあるまいか。さうして彼れ等の内の多數者たる伶俐者は『役人』はあゝいふもの『國家』はかういふものと大きくあきらめて長いものには卷かれる外ないと考へ、また彼れ等の内の皮肉屋は冷眼を以て『役人』と『國家』とをながめてこれに嘲罵と皮肉とをあげせ、なほまた彼れ等のうち勇氣ある反逆者達はかくの如き『役人』とこれによつて代表される『國家』に向つていむべきのろひの聲を擧げてゐるのではあるまいか。私にはどうしてもさう思はれてならないのです。

五

『役人』は能く『近ごろの若いものは國家心が薄くてこまる』といふ。併し、私は事實却さうではない、今日の若いものゝ大多數は今日なほ可なり熱心な國家主義者だと思ふ。がもしも、今の若者に多少なりとも、國家を嫌ふ風があるとすれば、その最も大きな責任者

は『國家』を代表する『役人』であるやうに思はれてならない。

役人や長老達は動ともすれば、若者のこの傾向を以て『外來思想』の結果なりとする。成程それも多少あらう。けれども、『外來思想』はたゞ彼れ等を目醒めしめただけの事である目がさめて目を開いて彼れ等が見た所の『國家』さへ事實において善美を盡くしてゐたならば、彼れ等の目ざめは寧ろ慶すべき事でこそあれ、何ら恐るゝに足りないのです。然るに、目ざめた彼れ等が、事實多少なりとも國家に向つて不満をいだくとすれば、それは『國家』即ち國家を代表する『役人』の罪である。『國家』をしてかくの如きものと見えしめてゐる『役人』の罪である。

役人も個人として見れば——多少の例外を除く外——すべて普通の人間です。立派な同胞であり親であり夫であり子であります。所が、それが一度『國家』を代表して外に對するときは突如として一變します。その際の『彼れ』は單なる『役人』であつて其本來の『個人』とは全く縁のないものになるのです。さうして從來の官吏道徳においては役人がかくの如く

になればなる程『公平無私』だとか『忠誠格勤』だとかいうてそれを褒めるやうです。併し一體事はそれでいいのでせうか？私は心からそれを疑ふのです。

無論役人はみだりに私情をはさんで不公平や我儘をしてはなりません。何故なれば、彼れ等はさういふ目的のために役人の地位を與へられてゐるのではありませんから。けれども、さらばというて、彼れ等が『國家』を代表する際には全く人情もわすれ人間味を離れていはゆる『公平無私』の化身になりさへすればいいかといふに、否決してさうではない。彼れ等によつて代表される『國家』もわれわれ人間の世界に出て來て色々なことをする。われわれはいやでも『國家』と交際はねばならない。それならば、『國家』もまた極く交際し易い普通の人間の如きものでなければ、到底能く普通の人民と調和して社會生活を營んでゆくことの出来る譯はありません。而して『國家』をしてかくの如きものたらしむるものは唯一これを代表する『役人』あるのみであることを考へると、役人亦た決して形式的な『公平無私』の化身になつてゐるさへすればいいといふやうな簡單なものではない。彼れ等は『國家』を

して普通の人間の如く道徳的な且親しみ易い交際し易いものたらしめねばならぬ極めて困難な地位にあるのです。

所が役人は兎角内人民に向つて形式的な法規を振りまはすのみならず、外他國に對しても屁理窟をならべたがります。さうしてその度ごとに國家の信用を内外に向つて失墜しつゝあります。

六

私の考へでは、從來の法律家は——否普通一般の人々も——法律の領分を不當に廣く考へ過ぎてゐるやうに思ひます。私は、國民一般の心意としてもまた役人の心掛けとしても『法律の世界』はわれわれの日常生活とは離れた別個の世界だ、と考へてゐる方がいふのだと思ひます。われわれは日常『人間の世界』に住んでゐる。その世界では『良心』と『常識』とに従つて行動してゐるさへすればいいのであつて、また普通の人にとつてはそれだけで差しつ

かへないことになつてゐなければこまるのです。なる程、人が集つて社會生活を營む以上、必ずや何等かの形式において國家を形成せねばならないが、國家がある以上はまた必ず法律がなければならぬ。何故なれば、各人の『良心』と『常識』とにのみ信頼して團體生活を營むことは事實到底不可能であるから。

それで『法律』は多くの場合幸にも『良心』と『常識』とに適合するやうに出來てゐるから吾々が日常生活において『良心』と『常識』とに従つて行動してゐる事は同時に『法律』に従つて居る事になる。而してそれがまづ通常の場合であるために、動ともすれば『人間はすべて——自らは『法律』を知らぬために氣が付かないけれども實は——『法律』によつて日常生活を行動してゐるものと解すべきだ』といふやうな考へが生れるのです。けれども私をして言はしむるならば、其場合でも人間はたゞ『良心』と『常識』とに従つて行動してゐるのであつて、『法律』によつて行動してゐるのではない。たゞ事件が裁判所その他國家のお役所に行つたときに初め『國家の尺度』即ち『法律』によつて價值判斷を受けるだけの事だ、と説明したいのです。

例へば、われ／＼が他人から金を借りたとしても、民法に何と書いてあり刑法に何んと書いてあるからかへすのではありません。われ／＼はたゞ常識上借りたものはかへすべきだと考へ、返さなければ何となく氣がとがめるだけのことです。これを一々法律があゝ命じてゐるからやつてゐると考へるのは、普通人の決してなさざる所であり、なすべからざる所である。若しもわれ／＼が日常生活において一々法律のことを考へねばならぬとすれば極めて滑稽なことになる。第一大概の事をするのに必ず證據をとつて置かなければならない。例へば些細な買物にも一々請取りをとり、友人間の僅な貸借にも證文を要求し、甚だしきに至ると日常の書信も一々内容證明郵便配達證明附きて出さねばならぬやうなことになります。併し、若しも誰か實際にそんなことをやる人があれば、忽ち世の中から排斥されるに決つてゐます。變な奴だとか勘定高い奴だとか、交際ひにくい男だとかいうて爪弾きされるにちがひありません。所が、法律家の中には兎もすればさういふことを考へてゐる人があります。

法治國の人民と雖も、『常識』と『良心』とに従つて行動してゐさへすればいいのです。ま

たさうなくてはこまります。法治國民はいざ裁判所なりお役所に出た場合に、法律を知らなかつたというて抗辯することはゆるされぬ。即ち一たび『法律の世界』に行つた場合には法律といふ尺度によつて價值判断を受けることをあらかじめ覺悟してゐなければならぬ。併しそれは決して平素『人間の世界』の活動をするに際しても法律を誦んじこれに従つて行動せねばならぬといふ理由にはなりません。法を知らざることそれ自身は決して不徳ではない徳と不徳とは常に道徳によつて定まるのである。無論、國家といひ法律といつても人間が團體生活をなすについての必要品である。いやしくも團體生活をなす以上兎に角そのおかげを被つてゐるものと見ねばならぬ。従つて常識上誰しも知つてゐて然るべき法律を知らずにをりながら、一度その適用を受けると不平を唱へるといふが如き得手勝手は道徳上もまたこれをゆるし難い。併しさらばというて、法の不知は當然道徳上非難さるべきことのやうに考へるのは非常な誤謬であると、私は考へます。

七

併し私が以上の説をなすのは決して讀者に向つて『法の不知』を奨励してゐるのではありません。諸君も國をなしてゐる以上法律を知る方がいゝのです。何故なれば諸君が自らたゞしいと思つてゐる自己の『常識』と『良心』とが客觀的にはたゞしくないこともあり得るしまたたとへそれがたゞしくても不幸にして法律の命ずる所には違背してゐることもあり得るのですから。しかもそれにもかゝらず私は諸君に向つて『諸君は法律は知らずともいゝ、併し常識と良心とに従つて行動せねばならぬ』といふことを高唱したいのです。しかしてそれは現在のわが國にとつて最も必要な考へ方だと私は信ずるのであります。

われ／＼が日常生活を營むにあつては『良心』と『常識』とのみを標準としてゐさへすればいゝ。法律のことは『法律の世界』に行つたときに考へさへすればいゝ。日常生活に法律は禁物である。若しさうでなくて、われ／＼の行動が常に必ず法律を標準としてなされ

ねばならぬものだ。と假定すれば、われ／＼普通の人間は、多くの場合行動の標準の知り難きに苦まねばならぬ。また兎もすれば、法律に従つて行動してゐるさへすれば他の點はどうあらうとも「國民」としてたゞしく行動してゐるものと見るべきだといふやうな謬見を呼び起こし若しくは「その場の議論に勝ちさへすればいい」とか「免れて恥なし」といふやうな氣風を醸成するおそれがあります。英國の諺に「良き法律家は悪しき隣人なり」といふ言葉があるさうです。日本でも、生半可法律を學んだ都歸りの法律書生は農村の平和擾亂者です。法律を知つてゐるものは兎角法律をふりまはし度くなる。「常識」と「良心」とに従つて行動することをわすれて、法律を生活の標準にしようとしみます。その結果彼は遂に「あしき隣人」となるのです。それゆゑに私は國民に向かつて「法律を知れ」とすゝめる前に、寧ろその「良心」と「常識」とをたゞしきものたらしめよと説きたいのです。

所が、私等のやうな法律を扱ふのを以て職業とする者、その他大臣以下諸役人、議員、裁判官、辯護士等は平素餘りに法律に近付き過ぎる。その結果動もすれば、法律を以て百般を

律し易い。「常識」と「良心」とによつてこれを判断することをわすれ易い。私は近時の議會その他政治界を見て殊にその感を深くするのです。

私はこの際世人一般は素より、法律家殊に役人は、彼のキリストのいつた「カイゼルのものはカイゼルにかへせ神のものは神にかへすべし」といふ言葉を深く味は、ねばならぬと思ひます。

八

普通の人間が「法律の世界」にいつて見ても別に大しておどろかない、「人間の世界」におけると大體おなじやうに事が運んでゐる、といふことになつてゐなければ、法律と國家との威信は到底これを保ち難い。法律と社會との間に溝渠が出来ることは國家の最も憂ふる所でなければならぬ。かくの如きは國家の不徳です。國家は全力を盡くしてその救治を計らねばなりません。

古來暴君は屢々その救治策として「道德」を命令して見ました。さうして人民をして暴君自らの欲する法に近付かしめようと計りました。現在わが國の政治家殊に警察乃至司法に關係してゐる役人の中には今日なほおなじやうな思想をいただき、法を分て「醇風美俗」を興さうと考へてゐる者が少くないやうです。併し此策が古來一度も成功しなかつたこと、殊に近世に至つては全く失敗に終つてゐることは歴史上極めて顯著な事實です。

そこで、近世的國家はこれと全く正反對な方策を考へ初めました。即ち人民をして「法律」——暴君の命令——に近付かしむる代はりに、國家自らが進んで「人間」に近付くことを考へました。その考へが制度になつて現れたものが、議會政治であり陪審制度であり、また何人と雖もすべて如何なる役人にもなり得るといふ今日の制度です。また法律の上でも例へば民法第九十條の「公ノ秩序善良ノ風俗ニ反スル法律行爲ハ無効トス」といふやうな規定は全く右とおなじ考への現れたものであつて、學者はこれを總稱してデモクラシーといひます。以下私はこれ等の内當面の問題に最も關係の深い「何人と雖もすべて如何なる役人にもなり

得る」といふ制度のことを考へて見たいと思ひます。

昔は「人民」と「役人」とは全く別の世界に住んでゐました。従つて役人の世界即ち「法律の世界」と「人間の世界」との間に大きな距離のあることは當然でした。それでも當時の人間は仕方のないものとあきらめてゐたのです。所が近世になると最早人間はそれに満足することが出来なくなつて「役人の世界」と「人民の世界」との接近を要求しはじめました。しかしそれがために發明された制度が即ち「何人と雖もすべて如何なる役人にもなり得る」といふ今日の制度です。この制度の眼目は、「人間の世界」から人を連れて來て假りにこれをして「役人」の地位につかしめ、これによつて「役人」従つてこれによつて代表せらるゝ「國家」の考へ方をして大體普通の人間のそれと同一ならしめんとするにあります。これによつて従來は「役人」といふ全く別の世界の人間によつて司られてゐた仕事が兎も角も「人間の世界」から出た役人によつて取扱はれるやうになり、その結果人間は大いに安神することが出来るやうになつたのです。

元來、法治國はあらかじめ作つておいた法律即ち尺度によつて萬事を切り盛りしよふ制度です。而して近世の人間は公平と自由との保障を得んがために憲法によつてその制度の保障されることを要求したのです。所が人間といふものは極めてわがま、勝手なもので、一方には尺度を要求しながら、他方においてはその尺度が相當に伸縮する、いは、拘子定規に陥らないやうなものであることを希望してをるので、それは明らかに矛盾した要求です。併し事實だから仕方がありません。國家は何とかしてこれを満足させねばなりません。而して政治の實際においてその矛盾した要求を適當に満足させてゐるものは、即ち「役人」である。

萬事を豫め法律できめて置くことは事實上到底不可能なことであるのみならず、生き物である人間は決してかくの如きことを好まない。そこで、一方においては法律を以て大綱を決めつゝ、同時に他方においてはその具體的の活用をすべて——人民とおなじ世界の人間である所の——「役人」に一任して、公平と自由とを保障しつゝ、しかも同時に或程度に動きのとれる

やうにすることを考へたのが即ち今日の法治主義です。従つて法治主義のもとにおいて最も大切なことは、無論一方においては法律をして眞に「人間の世界」の要求に適合せしめることであるが、他方においては「役人」もまた普通の人間と全くおなじ物の考へ方をするといふことです。それでこそ人民は安んじて國家に信頼することが出来るのであつて、「役人」を「人間の世界」から採用する今日の制度の妙用は實にこの點にあるのです。

九

法治主義のもとにおける最小限度の要件は「役人」がわれ／＼と大體おなじやうな考へ方をしてくれるといふことです。「役人」もわれ／＼とおなじやうに美しきを見ては美しいと思ひ悲きを聞いては悲いと泣いてくれてこそわれ／＼も安心出来るのである。所が現在の實際はともすればこの理想を離れ勝ちになります。それは果して何故でせうか？ 私はそれを解して、折角「人間の世界」から借りて來た「役人」が、その昔「役人の世界」に住んでゐた代

はりに、今度はまた新たに「法律の世界」といふ新しい別世界に住入たがる爲だといひたいのです。即ち折角骨を折つて作り上げたデモクラシーが精神を失つて再び官僚主義に陥らんとしてゐる爲だといひたいのです。

折角役人を「人間の世界」から借りてくることを發明して、人間と法律との親しみを作らうと考へた。所が、その役人が一度「法律の世界」に入ると、「人間の世界」とちがつた考へ方をするやうになる。無論その昔役人が「人間の世界」とは全く離れた「役人の世界」に住んでゐた頃にはその全生活が公私共にすべて「人間の世界」のそれとはかけ離れたものでありました。これに反して今の役人は「法律の世界」に入つたときだけ特別な考へ方をする。さうして一時「人間の世界」から離れる。または少くとも離れねばならぬものゝやうに考へる。これは果して何ゆゑであらうか。

その原因は色々あります。併しその中最も大きい原因は、すべて如何なる出来事でもそれが役人の目に觸れるときには既に「法律の世界」の事に化してゐることにあるのだと思ひま

す。元來は人間の世界に起つた事柄でもそれが役人の目に觸れるのは愈々役所の門をくゞつてからである。従つて役人が一度役所の門をくゞると「法律の世界」の事以外何物にも接しなくなる。そこで「人間の世界」にあつてはよき夫でありよき友でありよき市民である人も、一度役人として行動することになると、兎もすれば「法律の世界」に特有な考へ方のみをするやうになるのです。さうして、役人は公私を混淆してはならぬとか、公平無私でなければならぬとかいふやうな言葉の形式のみに囚はれて、根本はどこまでも「人間」らしくなければならぬ、たゞその上更に一層公平無私となり公私を混淆せざることにならねばならぬといふ根本義をわすれ勝ちになります。

殊に、法治主義の下における役人は法律によつて可成りの程度に裁量の自由を制限されてゐます。従つてうつつかり融通をきかせた處分をやつて叱かれるよりは、まづ法律の命ずる所を形式的に遵奉してゐるさへすれば間違ひがない。その方が得である。第一骨が折れなくていゝ。役人が一度かう考へたが最後、かれはたゞ法律を形式的に遵奉することだけを心掛

けるやうになり、法律の目的や役人の職分をわすれるやうになる。こゝで立派な官僚が出来上がるのです。

元來法治主義はあらかじめ法律をきめて置いて役人の専恣を妨げこれによつて人民の自由を確保する目的で出来た制度である。然るに、その法律が却て役人の官僚的な形式的な行動に對する口實となつてしまふ。かくの如きは決して法治主義本來の目的ではなかつたのです。併し一方において役人を法律によつてしげれば——殊にしほり過ぎれば——その當然の結果として役人の行動が形式化し易いのは當然です。なぜなれば自由のない所に責任は生まれませんから。換言すれば法治國は極めて官僚主義に陥り易い素質をもつたものだといひ得るのです。たゞその素質傾向をして餘り甚だしきに至らしめない唯一の據り所は役人の心掛けです。これ私が「役人の頭」のみが今日の國家制度を活かしてゆく唯一の頼りだといふ所以であります。

次にまた役人は大なる權力の持ち主です。「人間の世界」は別として、一度「法律の世界」に入つたが最後、その世界に通用するだけの是非善悪はともかくもすべて役人によつて認定されることになつてゐます。無論役人と雖も法律によつて大いに束縛されてゐる。また下級の役人の判断は上級の役人によつて監督され批評される仕組みに出来てゐる。けれども、訴訟手續が面倒に出来てゐるとかまた證據を擧げることが困難であるとかその他種々の理由によつて、假令役人の誤つた不當な判断によつて權利々益を害されたものでも、事實上々級の役人に訴へてその批判を受けることが困難になつてゐます。この事は現在の行政廳系統の役人によつて權利を害された場合に付き最も多く見る例であつて、被害者は結局泣き寝入りになるの外ない。従つて役人は法律によつてしげられてゐるものゝ、國民に對する關係においては、法律上乃至は事實上なほ大なる「擅斷力」を持つてゐるのです。併し、役人にか

かる擅斷力をあたへるのは制度の必要上やむなきに出た事柄であつて、聊かたりとも役人がその擅斷力を濫用することは事物本來の性質上斷じてゆるすべからざる所なのです。然るに役人はやゝともすれば、事をビヂネス・ライクに運ぶためまたはその威儀を保つために擅斷力を濫用します。それは極めて恐るべきことです。一體、法律上または事實上擅斷力、モノボリーの力を持つてゐるものは大いにつゝしまねばなりません。なぜなれば常に必ず多少の無理がきくからです。けれどもそれはそのものにとつて最も危いことなのです。所が役人はやゝともすればそれをやり勝ちなものであつて、その結果國家までをも國民憎惡の的たらしむるに至るのです。

國家は法律の府です。けれどもまた同時にわれ／＼「人間の世界」に來たつて共に事をします。従つてその國家はわれ／＼普通の人間にとつて親しみ易い交際し易いものでなければなりません。普通の人間が相互の交際において法律を振りまはせば必ずつまはじきをされる。何故なれば、その人は他人にとつて極めて交際し難いからです。然るに、役人が法律を楯

にとつて自己の不穩當な行爲をかばふやうなことがあればそれは即ち彼れによつて、代表された國家自らが法律を振りまはしたことになります。かれが國民によつて交際ひにくい奴だと思はれるのは極めて當然のことだといはねばなりません。

役人は法律によつて縛られた極めて仕事のしにくい氣の毒な地位にあるのです。ですから役人が法律を適用して本來「良心」と「常識」とに従つて行動した人々をして法に觸れることとならしむる苦心に向つては大いに敬意を表します。併しさらばというて、自己の不當處置をかばふ楯として法律を使ふことは絶対に許されない。なぜなれば、かくの如きは實に國家をして交際ひにくい奴たらしむる所以だからである。

國家も又普通の人間とおなじやうに「良心」と「常識」とに従つて行動しなければならぬ。然らざれば必ずやその威信を失墜します。國民はかれを信じなくなり、愛しなくなります。然して國家をしてかゝる行動をなさしむるものは唯一「役人の頭」あるのみである。役人はその役人たる地位にあるときも普通の人間の如く考へねばならぬ。かくしてこそ國民は彼れ

と共によろこびかれと共に泣くのである。こゝにおいては私は大學の中にある「天子より庶民に至るまですべて身を治むるを以て本となす」といふ言葉の意味深遠なるを思はざるを得ないので。

一一

以上の私の議論に對しては必ずや次ぎのやうな非難があり得ると思ひます。私の議論は全く國家の指導的職能をわすれてはならないかといふ疑問が即ちそれです。しかし私はその點をわすれてはゐない否、大いに考へてゐるのです。

私と雖も國家に指導的職能あることを認めます。そして國家がその種の職能を最も明瞭に且大仕掛けに實現した事例は實にわが國の明治時代だと思ひます。幕末に至るまで永く東海の孤島に孤獨平安の夢を見ながら眠つてゐたわが國は明治維新と共に目覺めました。目覺めて見ると、われ／＼の外部にはわれ／＼が未だ一度も見なかったことのない物質的乃至精神的の偉

大な文化の花園が廣く美しく咲ほこつてゐるのに氣がつかしました。世界の舞臺に乗り出さねばならぬ。乗り出すにはまづ彼等とおなじ程度の文化に到達せねばならぬ。

かう考へたわれ／＼の父祖はまつしぐらに西歐文明の跡を追つて走り出したのです。併しさう考へてみると、國民一般はまだ十分に目がさめてゐない。先覺者はまづ彼れ等の目をさまさなければならぬ。目をさました上で、更に彼れ等を見ちびかねばならぬ。そして當時この先覺者の役目をつくしたものは——福澤先生の如き偉大なる民間の指導者もあつたことは無論であるが——主として役人であつた。先覺者たる役人は或ひは國內に大學を建てたり或ひは秀才を外國に送つたりして人才の養成に力をいたしました。西歐文化の吸収に努力したのです。素質のあつたわが國民は實によく吸収しました。その結果僅四五十年の間に吾々は實によく——少くとも形式だけでも——歐米の文化に近づくことが出来たのです。そして國民をしてこゝに至らしめた最も大なる功勞者はいふまでもなく明治の役人です。

明治五十年の間役人は陣頭に立つて國民を『西歐文明』に向つて突進せしめました。國民

もまた實によくその指揮に従つて突進しました。しかしながら兵家は能く「兵をして突進せしむるものは指揮者の信念と決心とである」といひます。明治が終つて大正に入ったころわれ／＼は形式だけとはかく歐米の文化に追ひつくことが出来た。さうしてわれ／＼は多少安心をしました。ところが夢中で突進して来たものにとつてはその安心は實に恐るべき安心でした。その結果指揮者の決心もにぶり國民もまた多少疲勞を覺えるに至つたのです。殊に役人が今まで専ら目標として國民をみちびいて来た西歐の文化は今や行きづまりを示して新に向かふべき天地を求めてゐます。今まで深く考へずにとたゞ西歐文化を追うて走つた獨自力に乏しき役人は忽ち行きづまりました。

『さてわれ／＼はこれから何を目標として進まうか？』その時國民は役人に向つていひました。『さてわれ／＼はどこへゆけばいいのですか？あなたはわれ／＼をどこへつれてゆく積ですか？』と。しかし役人は十分この問ひに答へることが出来ませんでした。その答へをきいた國民が疑ひ初めたのは當然です。不安を感じた彼れ等は、恰も成年に達したか達せぬ

かの子供が突然その父母を失つたとおなじやうに、これからは自分の進むべき道を自分でさがさねばならないのだと考へ初めました。しかし今まで盲目的に導かれて走つて来たものが突然指導者を失つて急に目を開けて見ても、さて自ら何方へ行つていいのかを判断することは極めて困難です。それは丁度戦地において敵の軍使を迎へる際に先づ布を以て彼れの目を覆うた上車を以て或距離を走らしめ、しかる後初めてその布を除く、かくして目隠しを除かれた軍使には到底敵陣の様子を十分知ることが出来ないのとおなじことです。また現在自己がどこに立つてゐるかを知らぬものにとつては如何に詳細な地圖も何等の効能がないのとおなじことです。國民は各自己のよしと思ふ所をたづねて動き初めました。或ものは古きをたづね或ものは新しきを追うて。さうしてその内極めて僅なものだけが自ら考へ初めました。これを稱して人は『民心の混亂』といふのです。

まだ明治の夢を見てゐる役人と傳統主義者とはおどろきました。

『民心統一』せざるべからずと考へたのです。しかし彼等が從來人民をみちびき得たのは西

歐文化といふ他人からもらつた目標を以てゐたからです。たゞそれだけを目指として別に深く考ふることなしに指導的態度をつゞけて來たのです。所が今漸く追付きかけたと思ふ頃に歐米は最早新しい別な方向に向つて進まうとしてゐる。否既に進み初めました。こゝに於て役人と傳統主義者とは最早彼れを追ふことは出來ないといふことに氣がついた。けれども、しからば自らに獨自な別個の目標ありやといふに無論それはない。

彼等は從來あまりに修養をおこたり過ぎたのです。「自分は果してどつちへいつたらいゝのだらう？」彼等はかう疑ひ初めたのです。獨自力のない彼等はその時考へました。歐米最早追ふべからずとせばわが國自らの古きにかへるより外仕方がない。かう考へた彼等は忽ち復古主義者となつて、五十年來深いお世話になつた、しかして自ら神の如くにあがめてゐた歐米の文化を忽ち弊履の如くなけうつて口ぎたなくのゝしり初めました。

さうして外來思想を非難し、魂のぬけた「似而非武士道」を鼓吹し、甚だしきに至つては物質文化まで排斥し、精銳なる新武器をすてて再び鑄刀をかつぎ出すやうなことを唱へは

じめたのです。彼等の「民心統一」といひ「民力涵養」といひ「淳風美俗」といふものが即ちそれです。しかし、彼等の「復古」はたゞ昔の「さび刀」をたち切つた上新たにこれによつて新武器をきたえ上げたのではありません。それがためには彼等は餘りに獨自力が足りないのです。

九

明治の役人は人民の指導者でした。彼等は先覺者でした。彼等は知識において一般國民よりもすぐれてゐたのは勿論、道徳的にもまた國民の儀表たるべきものとして自らも任じ人もまたこれをゆるしてゐたのである。少なくとも彼等はかくあるべきものとして一般に要求されてゐたのである。併し當時のわが國は専ら西歐文明の跡を追ふことにのみ忙しかつたのであるから、多少なりとも普通人以上に歐米の事情に通じその文化を理解することの出來たものは、先覺者として役人として人民を指導することが出來たのです。

ところが、その役人が今日では最早ひたすら西歐文明を追つてさへをればいふことではなくなりました。殊に最近歐洲文化の行きつまりとその新たな轉向とはわが國の傳統主義者をして従來の如くひたすらかれを追ふことの危険なるを感ぜしめました。今迄かれが樂園だと思つて目指してゐたものが、忽ち地獄に見え出したのです。こゝにおいて彼等は急に我國には我國獨特の目標がなければならぬといふことを高調するに至りましたけれども、元來單なる模倣者輸入者たるに過ぎざりしかれ等には遺憾ながら創造力が乏しい。獨自性が足りなかつた。それが爲彼等はその自ら高調するわが國獨特の目標を自力を以て創造することが出来ないうで再び「傳家の鑄刀」をかつぎ出しました。さうしてそれに「淳風美俗」とか「剛健質實」とかいふ名をつけて、これこそは國民を指導すべきわが國獨特の目標であると唱へ初めたのです。さうしてかれ等が明治に於いて行つた指導的職能を今日もなほ保持し實行せんとしてゐます。なるほどかれ等の主張する「淳風美俗」も「剛健質實」もそれ自身確にいふことにちがひありません。併しながらこの刀は彼等自らが餘りに長くこれを仕まつ

ておいた爲にお氣の毒ながら鑄てゐます。また彼等がその刀を仕まつて置いた間に世の中はもう遠く刀の時代を去つて十六インチ砲や飛行機の時代となりました。若しもかれ等の刀が鑄びてゐない精神の籠つたものであるならば或ひはこれを以て十六インチ砲と戦ふことが出来るかも知れません。しかし彼等のそれは鑄びてゐます。かれ等は今や寧ろ鑄刀をたち切つてこれを精銳なる新武器にきたへ直すべきです。所が彼等にはそれを實行するだけの創造力がない。徒らに鑄刀を振りまはして大聲人を囂喝する以外何事をもなすことが出来ないのです。

一體人をみちびくものはみちびくだけの力がなければならぬにきまつてゐます。たとへ今まではみちびいて來たものでも一度その力を失つたならばいさぎよく其の地位を引くかまたは少くともその指導的態度を抛棄すべきです。その力を失つたに拘はらず依然としてその指導的態度をあらためないものは、若し自らその力を失ひたることを知るにおいては「惡」であり、若し又知らざるにおいては「愚」である。みちびかるゝものゝ迷惑これよりも甚だし

きはないのである。今や我國の人々は物質方面においても知識的方面においても最早役人の指導を要しなくなつた。いはんや道德的方面に於てはさうである、然るに從來これ等の諸點に於て指導的地位にあつた所の役人は今もなほかくあるべきものまたあり得るものと考へてゐます。さうして自らの力の足らざるを顧みようとはしませぬ。「惡」にあらずんば「愚」なりといふの外評すべき言葉がありません。明治の間役人が各方面共に指導的態度を保持することが出来たのは全く當時の例外的の事情に基づくのであります。一方に於ては官民こぞつて西歐文明の追隨に腐心した時代であること、他方に於ては役人が一般に西歐文明についての先覺者であつたこと、それがかれ等をして指導的地位に立つことを得しめまたはこれを餘儀なくせしめたのです。所が大正の今日は全く事情が變りました。最早國民と役人との間には何等知識の差等がありません。國民は今や役人の指導を待つことなしに自由に考へ自由に行ひ得るに至つたのです。

然るに役人がそれをさとらずに依然として從來の指導的態度を維持せんとするが如きは極

めておろかである。況んや精神を失つた「傳家の鑄刀」によつてそれを行はんとするに至つては言語道斷であります。今やわれ／＼日本國民は疑ひ初めた、自ら考へ初めた。多年の間専ら役人によつて指導されつゝ、盲目的に突進して來た國民は今や目ざめて自ら考へはじめたのです。しかも因襲の久しき多數の國民は自ら考へんと欲しつゝその考へる力に乏しい。彼等は全く創造力と獨自性とを失つてゐる。然かもさゝやかながらかれ等の自ら考へんとしてゐるあの努力を見よ。國民は今や目ざめたのである。われ／＼はかれ等の目醒めをして眞に意義あるものたらしめねばならぬ。なぜなれば自ら文明國を以てほこる我國が明治維新この方世界人類の文化のために何物を貢獻したか？わが國民は果してどれだけの創造力があるのか？

それ等の點を考へると、國民の創造力を養成することが刻下の最大急務のやうに思はれてならないからである。

折角今や漸く盲目的服従の習慣からはなれて自ら考へ自ら行動せんとし初めたのです。國

家どその役人とは今や全力を盡してその動きはじめた傾向を助長すべきです。

さうして自らは「指導」を捨て、「謙虚」につくべきです。こゝに於て私はいひたい。刑や法によつて「淳風美俗」を起さうと考へてはならぬ。自ら確信ある活力ある道徳的の規準を有せざるにかゝはらずなほ且「民心の統一」に腐心するをやめよ。彼等の美しいといつたものは國民もまた異口同音に美しいと合唱した時代は既に過ぎ去つた。一時の例外的現象に過ぎない明治の夢を今もなほ見てゐてはならぬ、目を開けて世の中を見よ。曉明はまさに來らんとしてゐる。われ／＼は自ら考へ自ら行つて自らの道徳を創造せんとしてゐる。私はかく高唱しつゝ、今後の國家と役人とがもつと／＼謙虚なものになつて欲しいと希望するのです。さうして國家も役人もわれ／＼普通の人間の考へ方を制御することにのみ腐心せず、寧ろ自らを空しうして自らもまた普通の人間と同様に考へ得るやうになることを心掛けて欲しいのです。何故なれば「役人の頭」が「人民の頭」と一致することは國家制度の活きてゆく最小限度の要件であるから。

十

今や役人はその態度と考へ方とをあらためねばならぬ。「指導」より移つて「謙虚」につかねばならぬ。さうしてわが國人をして眞に世界人として世界人類の文化の爲に貢献し得るやうに自由に考へ自由に行はしめ以てその創造力と獨自性とを充分に發揮せしめねばならぬ。そして其の事は「思想」の問題「道徳」の問題「美術文藝」の問題について殊に痛切に感ぜられます、なぜなれば、これ等の問題は一方に於ては何れも國家と法律と役人とにとつて最も苦手な問題である。問題本來の性質上役人の指導をゆるさざるもの、役人はたゞこれを取締る以外何等の能力もあるべき筈のない事柄だからです。しかも他方においてわが國人をして今後人類文化の爲めに何物かを貢献せしむるがためには之れ等の方面における國人の考へ方と活動とをして自由に活躍せしめねばならないからです。今日わが國はあらゆる方面において行き詰つてゐます。政治においても經濟においても法律においてもさうです。道徳

の方面に於てもまた同様だといふことが出来ませう。舊來のものはすべてその權威を失ひました。また少くとも失はんとしてゐます。傳統主義者はこれを見て慨嘆してゐます。けれども私はかくしてこそわが國が生き／＼と伸びて行くのだ、これこそは實に新日本への木芽立だと考へてゐます。役人は何故にこの伸びて行く若芽を刈らんとするのであらう？

かれ等は自ら稱して「思想を善導する」といふ。然し「善」とは果して何か。かれ等は果して確信を以てこれに答へ得るものであらう？ 否私はさう思はない。何ゆゑならば、今や眞面目に考へてゐる國民は皆ひとしく「善とは何ぞや」の問ひに答へ兼て煩悶を重てゐる。彼等もまたその例外である筈はないからです。

「善」とは何ぞや。國民は皆その間に答へかねて偉人のくるのを待つてゐる。その時に當つて役人が「傳家の鑄刀」を擔ぎ出してわれこそは「思想の善導者」であると大聲叱呼した所で、誰か眞面目にこれを受け取るものがあらう。此際役人もまた人間の間を下り來たつて皆人と共に「善」とは何ぞやとい普通の公案を考へねばならない。かくしてこそかれ等もまた

國民と共に悲しみ得る眞の人間らしき役人となり得るのであつて、そのみが今日の國家をして永く安泰ならしむる唯一の策だと私は考へるのです。

十一

なほ終りは一言いつて置かねばなりません。今の役人の中で無性に「傳家の鑄刀」を有がりこれによつて國民を「善導」せんとするものは無論上役のものに多い。しかも此の考へ方は充分下役に徹底してゐないために動ともすれば下役の考へ方を強制する。その結果自ら行ひつゝある行爲について充分の確信を持たない下役の役人が、兎に角上官の命する所に従つて形式的に行動してゐるさすればいゝと考へるやうないむべき現象を生ぜしめた。併しながらかくの如きはかゝる自ら確信なき役人の行爲によつて取締まらるゝ國民にとつては極めて迷惑であるのみならず、役人をして道徳的に墮落せしめるゆゑんだと私は確信します。下役の役人が行動するに當つてたゞ單に「上官の命令なるゆゑに」と考へるだけで、自ら何等の自

信がないならば、その外に現はれた行動は如何に形式上合法的に出来て居ても眞に人民を服することの出来る譯がありません。また役人が日々かくの如き行動を繰り返さねばならぬとすれば、つひには彼等の道德心が麻痺するにちがひありません。眞に人間らしく「良心」と「常識」とを本として考へようとつとめる代はりに、兎に角上面だけ上官の命令を奉じてるやうに見せかけてるさへすればいゝといふやうになるにちがひありません。そして私にはどうも現在の役人がもはやその弊に陥りつゝあるやうに思はれてならないのです。下役人がサボる。不正をやる。人民につらくあたる。われ／＼は毎日さういふいやな噂を耳にします。そして上役人は「綱紀肅正」とか稱して下役人をしばつたり督勵しようとしてるといふ噂を耳にします。併し私をしていはしむればそれは決して下役の罪ではない。下役と雖も飯を食はねばならぬ。その下役をして道德的に自信のない行動を無理矢理にやらせて、事久しきに及べば、かれ等が道德的に墮落するは當然です。従つて彼等をして墮落せしめたのは實に上役の罪であると私は思ひます。下役が道德的に同感であらうがなからうが無理に事を命じてや

らせる。その當然の結果として上役の目を盗むことが出来さへすれば何をやつてもいゝといふ考を生ぜしめる。それは丁度法律の無理な強行がやゝともすれば人民の徳性を害し、法律に従つてゐるさへすれば何をやつても差支へないといふやうな考へを生ぜしめ易いのおなじです。

此の意味に於て現在の役人は一には法律によつてしぼられ二には上役の命令によつてしぼられた極めて困難な氣の毒な地位にあるのです。然かもその「役人の頭」のみが今の國家をして長く活力あらしむる唯一の保障であることを考へると役人の責務の極めて重いことを感せずにはゐられませぬ。こゝに於て私は一方には立法府及び上役に向つてその法律と命令とを下役の道德的要求に合致したものとらしめ、下役をしてその良心に従つて行動することを得しめよといひたい。

また役人自らに向つては、諸君は役人たる前にまづ人間たることを心掛けねばならぬ。法律によつて思惟せず、良心と常識とに従つて行動せねばならぬ、といひたいのです。諸君は

も一度「カイゼルの物はカイゼルにかへせ神の物は神にかへすべし」といふキリストの言葉の意味を、また若しこの言葉がいやならば「天子より庶民に至るまですべて身ををさむるを以て本となす」といふ大學の語を充分に味つていたゞきたいと希望します。

なぜなれば法治主義は實に諸君の頭のみを頼りした制度だからです。

小智恵に捉はれた現代の法律學

概念的に美しく組み立てられた法律學が段々と世間離れしてゆくことは悲しむべき事實である。而してそれは從來の法律學が其の對象たる「人間」を深く研究せずして單純にそれを假定したことによ來するのである。其の意味に於て私は現在の法律學を改造する第一歩として一種のロマンチズム運動が必要だと考へるのである。此の文章は元來「法律學に於ける新浪漫主義」と題して大正十年の春中央法律新報社主催の通俗講演會の爲めにやつた講演の速記に手を入れて出來上つたものであつて、もと／＼極めて通俗的なものである。之を本書に採録するに付いて標題を改めた理由は、私は自らの主張に自ら何々主義と言ふやうな名をつけることは餘り好ましくないと考へたからである。

一 緒 言

法律といふものは難かしいものです。所が其難かしい法律の話を態々三十錢も出して諸君が聴きに來るので、其所にはそれ相當の理由がなくてはならないと思ひます。それで私は、諸君が法律に對して何か興味を持たれ又同時に或る不足を感じて居らるゝその不足を充すべき何物かを何所かに求めたいと云ふ希望が諸君の足を自然此所に引付けたのではあるまいかと考へて居ります。

所で法律はそんな難かしいものでせうか又難かしかるべきものでせうか？ 學者や法律家はよくこんなことを申します。「法律は別に難かしいものではない、素人には判らないかも知らぬが、吾々には非常によく判つてゐる」と、かう申すのです。所が私など十年餘も段々と法律學を研究して見ましたが、法律學は依然として難かしく、而して吾々法律家にとつてもいかに不自然な難かしい事が澤山あるやうに思はれてならない。どうも吾々の本當の人間

らしい所に何かしつかりと合はない點があるやうに思はれてならない。さうして其感は時と共に段々強くなるばかりです。

私が外國に行く前によく恁んな話を聞きました。英國では法律を學ぶ爲めに倫敦の辯護士や裁判官を養成する學校に通ふ。さうして其學校を卒業する爲めには一定の年限の間學校の食堂で飯を食はなければ不可ない。飯を食ふことが日本で云へば法學士になる一の要件である。其飯を食はなければ裁判官や辯護士にはなれない。其話を聞いた時に私は、英國には古來の傳習に基いて今日では最早何等意味のないことが澤山行はれてる。此飯を食ふのも多分その例に過ぎないのだらうと簡單に考へて居ました。所が日本を立つて米國に行つて見ると、米國の大學における法律の教へ方を見て第一に驚かされました。一體日本では先生が高い壇へ上つて非常にえらさうな顔をして咳拂ひをしながら、髯を捻りつゝ、勿體ぶつて講義をする。生徒は恰で蟹のやうになつて筆記をして居る。之が日本の法律の教へ方である。所が米國では最初一年生に法律を教へるのにでも、そんなことはしない。裁判所の判決例を集めた可なり

り厚い本を各生徒に當てがふ。さうして生徒は法律も何も知らないのだが兎に角先生の指圖に従つて下讀みをして行く。所が先生が「誰々！ 此事件は何が書いてあるか」と法律も何も知らぬ者に對して質問する。生徒は「是々斯ういふことが書いてある」と答へる。すると先生は段々に追及して、終には生徒自ら無理矢理に正確なことを云はなければならぬやうに持ちかける。其結果法律を教へる教場に行くと、恰も討論會でもやつて居るやうで、生徒と生徒とが討論する。先生が又中に入つて指導し且討論の相手にもなる。さうして結構法律の原則は生徒自ら自分の努力で探し出すやうにさせる。何の爲めにこんな教へ方をするかと云ふと、例へば化學を教へる際に先生が頭から「之は何とか何とかかなり」と豪さうな顔をして教へるよりは、生徒自身をして實驗をさせて自ら原理を會得させる方がいゝ。それと全く同じ考を法學教育に應用したものです。之が現在のアメリカ法律の教へ方ですが、此方法の實際に行はれる所を毎日々々見てみると、段々と今お話したやうな長所が目に着いて來ると共に、他に一層大事な長所を發見しました。それは外でもありません。從來日本の法律學者は

人といふものを、唯理窟や小智恵や理智の持主として取扱ひます。所が吾々が朝から晩まで爲した事を後から反省して見ると、澤山の行爲の中には、自分の理智を標準とし理智のみに基いてすることが多いか、それとも或は憤慨してみたり、或は赫怒して見たり、或は美術を見、音楽を聞いて非常に感心して見たり、何か判らず朝から晩までの間に、吾々は到底理智を以て律すべからざる實に色々なことをするものです。所て法律と云ふものは吾々が朝から晩迄する色々なことをそれ／＼法律の型に入れて、或は刑罰を科して見たり、或は金を借りたのならば返さねばならぬと云ふやうな風にきめるものです。謂はゞ吾々が朝夕爲す所を法律的見地から規律するもの、それが法律です。それならば人間を唯理智の持主としてのみならず、有ゆる心理作用の持主として取扱ひ、其ありのまゝの人間を法律の上にも踊らせ、かゝる自然の人間として法律が規律し學者が説明することにしてはどうだらうか。かう考へて來たときに今申しました米國式の法律の教へ方には此私の希望が自然に實現されてゐることを私は感じたのです。先程も申しました學生の持つてゐる判例集には判決の事實がそのまゝ

書いてある。それを能く読んで來る。そして討論をする。世の中の出來事があるまゝ、教室に於て生徒の眼の前に展開されるのです。さうして結局、裁判所は是々の事實なるにより是々に判決を下したと、先生が最後に教へてくれる。先生は理窟よりも生徒を善き方に導くことに全力を盡して居るのです。然るに日本の先生は壇の上から豪さうな顔をして抽象的な原則のみを教へる。従つて、眞に人間の世の中を離れない生きた本統の法律を教へることが出來ない。法律はどうしても人間味を離れた變なものにならざるを得ないので。米國の教へ方を見るに、先生は學生に最先に判決例を讀ませて居る。従つてかくして教へらるゝ法律は吾々が小さな理智を元として研究したり教へたりする法律に比すると遙かに複雑なものである。即ち人間の情けも出れば涙も出て來る。或は怒り或は喜ぶ。其總ての事柄が法律の上に出て來て居る。かくして法律が取扱はるゝ所を見ると、成程法律といふものは非常に複雑なものであると同時に、人間離れのしてゐるものではないと云ふことに誰しも氣が付くのであります。茲に至つて初めて私は先きに申しました英國に於て學生達が學校の食堂で一定の年限飯を食

はなければ法學士になれない理由が判つたのです。つまり縦合理窟だけが分つても眞に法律家らしい生活經驗をしたものでなければ法律家として完全なものだと云へないと云ふ譯なのだと思ひます。

今迄の所日本に於て法律とは何であるかといへば、法律家がホンの小さな小智惠の持主として作つたに過ぎない。而して其小智惠に基いて作られた法典を更に小智惠の力で色々論議を爲し、是を以て「是我法なり」と主張され教へられるのである。抑も法律に最も利害關係の多い人間は誰かと云へば、例へば刑法に付いて云ふならば犯罪を犯した犯罪人であり、又民法に付て云へば例へば金を借りたとか物を賣つたとか云ふやうなことで權利を有つたり義務を負ふたりする本人達、それが一番法律の何たるかに付き利害關係を有する人である。かゝる人にとつては法が何を命じて居るか、明瞭であることが何より必要なのです。然るに現在澤山ある法律書を開けて、自分の心配事を相談して見ると、或は消極説だとか積極説だとか云ふものがあり、更に又折衷説なるものがあり。而して又時には「予輩は第四説を採る」

など、更に異説を樹てる先生もある。全く異説の展覽會である。茲に於て誰が一番迷惑するかと云へばそれは現に心配事を持つた當人で色々先生の著書を見たり先輩學者の意見を聞くが、色々説があつて何の事だか一向に判然しない。學者は僅かな小智惠を元にして只管異説を樹つることのみを志し、之れで結構オリヂナリチーを出したやうな顔をしてる。併し一體學者の本分は果してそんなものでせうか。否、私はさう思はない。學者の役目は裁判所や立法と協力して一方に於ては現在の法律はかくくのものであるといふことを一般國民に示して其據る所を知らしむるにある。であるから出来るならば所謂學説の數を減すことを只管心掛けてこそ立派な學者である。而して又他方に於ては大きな眼から見て將來法律の進み行くべき道を示すことに努力してこそ眞に學者の本分が發揮される譯である。徒らに小智惠に捉はれて末節にのみ走り、積極説消極説に次いで折衷説更に第四説第五説を生み出す如きに至つては全く法律家の正にとるべき態度を踏み違へたものと云はなければなりません。

併しながら能く／＼考へて見るとかくの如きことは、現在の日本に於て獨り法律家のみ

行ふ所ではない。實際からいへば現在の世の中の總てが、謂はゞ小智恵の行詰りである。第十八世紀以來漸時に自然科学が發達を遂げると同時に自然科学の力を借れば萬事が立所に説明がつく、従つて萬事が經驗と理智とで説明され得ると云ふやうなことを、世の中一般の人が軽々しく考へるやうになり、遂には現在まだ僅かしか發達してゐない自然科学を以て既に何か餘程完全なもの、やうに考へて萬事を切り盛りして行けると考へるやうになつた。所が實際の宇宙はもつともつと複雑な深遠なもので到底今日の程度の自然科学では如何ともいたし難いのである。所が此種の考へ方は總ての方面を支配して、嘗ては文學にも美術にまでも現はれたのである。併し世の中はもつと複雑です。理窟だけでは到底説明出來ず、又吾々が満足しないのです。其所で小さな理窟にのみ拘泥せず、人生そのもの、現實を直視して、真相を捉えなければならぬ。其傾向は文學美術等の諸方面に於ては既に大きく表れてると思ふ。然るに法律學に於ては今日尙小智恵が専制してゐます。それで小智恵を奮ひ萬事を理窟通りに行つて見たが、偕て出來上つたものは何となく人間味が缺けてゐる。之れが眞に活きた

世の中を規律し得るとはどうしても思へない。其所で私は云ひたいのです。理窟大に可なり併し其理窟が小さな狭いものであれば既に何の役にも立たぬ。又世の中には理窟だけではどうしても解けない複雑なことが澤山ある。人間の生活關係の如きは其最も著しいもの、一で之を規律する法律及び法律學にはどうしても理窟を超越した、現實そのものを有りの儘に觀察して得らるゝ所の幾多の非理智的分子を附加して考へなければならぬと思ひます。之れが先づ今晚のお話の緒言であり、同時に解題となる譯であります。

それで之れから以下、以上の思想を元にして、現在の法律をしてもつと人間味のある誰にも成るほどと思はれるやうにするにはどうしたら好いのか、それを説明して見たいと思ひます。

其所で、法律の存在が一般に諸君の眼に觸るゝ所は何處かと謂ふと、第一には裁判所を通じて折々法律の存在を知らしめらるゝ。第二には議會が開かれて、法律の出來上るのを見る。誰しも成程法律があるといふことに氣が付きませす。又第三には學校へ行つて法律を教へら

ら、成程法律があることを確かに感じます。之が先づ普通吾々が法律の存在を意識する最も重なる場合です。それで此れから此三點を順序に捉えて、一々之に人間味を注射する法を考へて見たいと思ひます。

二 人間味のある裁判はどうしたら出来るか

昔の裁判には何となく人間味がありました。例へば大岡越前守の講談などを聞くと熟々さう云ふことを感じます。それで私は何時もその理由が何所にあるのかを色々考へて居るのです。

其所で先づ第一に考へたのは、一體裁判官が裁判をするに當つては事件を審理した上で結論が先きに出るのだらうか、それとも法文と理窟とが先きに出て其推理の結果漸く結論が出るものだらうかと云ふ問題です。此問題は日本の裁判官は勿論外國の裁判官にも屢々訊ねて見ました。所が之に對する答は殆ど常に「結論が直感的に先きに出る、理窟は後からつける

ものだ」と云ふのでした。然らば其直感的に出て来る裁判の結論なるものは如何なる心の働きから出て来るのか、私は次に此問題を考へたのです。裁判が理窟から生れて来るのでないとすれば何から生れて来るのか。單なる感情とか好悪から生れて来るのでないことだけは明かです。それで私の考へてはそれは裁判官の全人格の力で生み出されるのだと思ふのです。従つて裁判官として一番大事なものとは人格の完成です。之を完成する一要素として無論法律の智識は必要です。併しそれはほんの一部分です。若しも最も理想的に云へば「爾人を議すること勿れ」と云ふ言葉の通り人間には人を裁くだけの力はないのかも知れません。併し兎に角裁判官に成つた以上人を裁かない譯には行かないから、其自ら心掛けて力むべきことは人格の完成、一分でも一厘でも神に近づかんとする努力、それが裁判官として最も大切なことだと思ひます。それには其譯を知るといふことも無論必要であるが、單にそれだけでは濟まない。人間として有ゆる修養を積んで眞當の人間らしい人間にならなければならぬ。此人間は神様に擬つて作られたものである。従つて眞當に人間らしくなれば神様に一番近くなつ

たものである。それで初めて人を裁く資格が出来て来るのである。斯の如き立派な人格の持主に依つて與へらるゝ裁判にして初めて眞に勇氣もあり又人間味もあり、然も法律にも外れないものになるのである。

それで、私は、若し大岡裁判に關する巷説の總てが眞實であるとすれば、大岡越前守は恐らく此理想に餘程近付て居た立派な人格者であつたのだと思ひます。

所が、今日では裁判には結論の外に理由が必要になつて來ました。如何に結論がよくても理由がなければ今日の裁判として不完全なものです。其は何故かと云ふと、佛蘭西革命を境として世界至る所に平等思想が生れました。其思想は第十九世紀から二十世紀にかけて益々發達し、初め形式的なものであつたのが段々と實質的なものになつてゆきます。此平等思想が裁判制度の上に表れたのは何かと云ふと、それは所謂法治主義です。法治主義は之を最も平く云へば一種の物差のやうなものです。豫め法律と謂ふ物差を拵えて置いて之を裁判官に渡す。裁判官は恰も呉服屋番頭さんが物差で切地を計るやうに、與へられた物差で事件を裁きます。

さうすれば最も公平に嚴正に事件が裁かれる。これが即ち法治主義の考へです。其結果裁判官は萬事物差に拘束されて自由な働きが出来ないことになるのですが、之れと云ふのも畢竟裁判官の專斷を防ぎ不公平を防がんとする主旨から生れたもので、それが爲め今日の裁判官は物差さへ持つて居れば外の事は何も知らないでもないのだなど、誤解してはいけません。呉服屋でさへ物差だけ持つてれば商賣が出来ると云ふものではありません。所が世の中には裁判官に物差を與へ且之を扱ふ技術さへ教へてやれば、それで立派な裁判官が出来ると。それが法治主義の理想のやうに考へてる人も少くないやうですが、それは極めて間違つた考へです。法治主義の理想は、公平にやれ裁判官が我儘勝手な處分をやつてはならぬ、と云ふにあるのです。決して人情を無視していゝとか、法の技術さへ心得てれば法の精神や理想については何も知らなくてもよろしい、裁判官は肉挽機械のやうに自動的に裁判を絞り出せばそれでよろしいと謂ふやうなものではないのです。法治國に於ける裁判官と雖も昔の大岡越前守と同じやうに人間として立派な人でなければいけない。人間として最も完全に近づくやう

に心掛けなければいけない。唯其昔の裁判官と違ふ所は、自分の全人格から自然に流れ出て来た裁判に、現行法を基礎とする理由を附し裁判を受ける人及び世の中一般の人をして自分は決して裁判官の任意な處分て裁判されたのではないと云ふ感じを抱かせなければならぬのです。其處が昔と今の違ふ所で、今日の裁判官の難かしい所なのです。裁判官には法の理想に關する信念がなければならぬ。而も同時に法律に束縛される。此理想の要求と公平の命令とを如何に調和すべきか、今の裁判官にとつて最も難かしい大事な問題なのです。

それで此調和問題について私は理想の要求に重きを置くべきであると云ふことを謂ひたいのですが、この事について一つの面白い話がありますから、それをお話しいたします。

それは伊太利の音楽家の話ですが、其話によると、音楽家が例へばオペラを作る、さうして役者を指導して上演させる。作者は無論全力を盡して自己の最ともいゝと信ずる樂譜を作る譯なのですが、愈々これを實際の舞臺にかける段になつて見ると、役者が木式の衣裳を着けて舞臺に出る。さうして見物人も一杯居る、立派な背景があり、オーケストラもコーラス

も又相手の役者も出て、愈々本式に作曲家の作つて呉れたものを唄つて見ると中々實際上作曲家が自分の全知を揮つて考へ出した歌が舞臺の實際に合はないことが出て来る。役者が實際の場に當つて見ると作曲家の希望や豫定とは違つた種々の事が出て来る。例へば此の所はこれ／＼の長さに歌ふやうに、元の譜は出來て居ても、役者が其場合どうしてもかく／＼にしか歌へないと云ふことであれば、かく／＼に歌ふより外致方がない。然らずんば本統に自然な美が出て來ないからです。又役者が此處は熱情が出るといふ場合には、其熱情に従つて譜を無視して歌つて了ふ、それより外に仕方がない。所が伊太利の作曲家は此最初の上演に於ける役者の實驗を是認し従つて最初の上演に於て誰々が、斯う云ふ風に唄つたとすれば、それが元來の譜とは違つて居ても、どん／＼唄はれて行く。其所が特に伊太利のオペラが何とも謂はれぬ柔味を持ち人心の奥底にしみ込むやうな力を持つて居る所以の一なのだらうと謂ふ話です。

其所で私は此話と吾々の商賣たる法律とを思ひ比べて見て、其間に大變面白い類似點を發

見したのです。それは外でもありません。法律は謂はゞ作曲に當るもの、それを裁判官が衣裳を着け舞臺に出て實際の上演をやる。其時の裁判官は眞劍です。立法者が空に考へたり、學者が抽象的に考へたりするのは違つて、眼の前には實際の利害關係を持つた當事者本人が居るのです。さうして其人間の色々な事情なども知つてゐるのです。其本舞臺で愈々木式に作曲家から渡された音譜を歌はなければならぬのです。どうして譜だけを頼りにして唯その通りに歌ひさへすればいいと云ふやうなことがありませう。そんな事では聽者は更に感心しないのです。所が今日の日本に於ては作曲家たる立法者にも、役者たる裁判官にも此考が充分に飲み込めて居ないやうに思はれてなりません。併し今日の裁判官と雖も此心得がなくでどうしましやう。裁判官は前にも述べたやうに其全人格に依りて判断を下す。併し今日は法治國であるからそれに何か法律といふ物差を當てなければ世の中の人々が承知しない。加之物差を當て、皆を感心させるには、種々な材料を使つて或は法律第何百何條に斯う書いてあるから、お前もしかくこれこれと心得ろと云へば、聞く者も成程さうかと思ふ。又或は法

律には明文がない、けれども之は多年當裁判所に於て斯の如く判決したるを以てお前だけが特にかくくの取扱を受ける譯には行かないと謂うて聞かせれば、成程さうかと思ふ。又更に或場合にはどうも判例もなし法律にも旨いことが書いてない。其時には裁判所は何といふかと云ふと、是々の點は斯々とならなければならぬが之は我學界學者の説を聞いて見ても「通説概ね斯の如し」だからお前もさう思へと云うて聞かせれば之を聞く人も感心して、成程こんな偉い學者達がさう云うて居るのならば私も已むを得ない裁判に服しますといふやうな具合で、判決が正當な理由あるものとして一般に取扱はれることになるのです。要するに裁判は最初議會の作つて呉れた物差を機械的に動したゞけて出来るのではありませぬ。裁判所は一方に於ては先づ其全人格を基礎として結論を下し之に種々の物差を當て、此判決は決して不公平ではない、と云ふことを一般に飲み込ませる。其處が裁判官の役目で且最も難かしい所なのです。

かくして初めて本統の人間らしい上にも人間らしい結論が出て、獨り議會が作つて呉れた

物差のみでなく、色々の物差が適當に使はれて判決が下されるから、結局聽く人も感心すると云ふ譯です。

斯くの如くなつて行けば法律が、裁判所に依つて今少しく人間らしいものとして取扱はれるやうになり得ると思ふのです。

次に裁判が今少しく吾々の人間としての感じに合ふやうになるには、どうしたら良いかと云ふ同じ題目をも一つ違つた方面から話して見たいと思ひます。諸君も御承知の通り唯今陪審なるものが樞密院から内閣に戻つたり、内閣から樞密院に來たりして、吾々が將來支配を受けやうとする法律の案が、祕密の裡に空の上を歩いて居ります。誠に氣味の悪い次第であります。彼の陪審法に對しては世の中に賛否の聲が種々あります。所が裁判官の大多數はあれに反對である。それは自分の信念に基いて爲す所の判決が、客觀的に見て公平であるか正當であるかは、別問題として少なくとも自分の信念に於て、正しく行つて居るものを、素人の何にも譯の判らない者が出て來て、宜加減に有罪無罪と云はれては困る。之が裁判官の

反對論で、裁判官としては誠に尤至極な言ひ分だと思ひます。併し裁判官の中で陪審制度に反對する人々の多數は何よりも、若しも陪審制度を採用する時は理窟のない裁判が出來るといふことを恐れるやうですが、其所謂理窟なるものが果して何なものであるかを能く審査して見た上でないと、おいそれと此説に賛成出來ないのです。裁判官御自身は正しい理窟だと思つても世の中の普通の人間が變な理窟だと思つて、それを承知しなければ結極裁判としては目的に適はないのですから、如何なる裁判が最も、裁判かと云ふ事は専門の裁判官だけで旨く判斷出來るものではないのです。専門家から見たら無智かも知れないが、兎も角實社會に立つて働いてる生地の間を十二人も連れて來て、理窟はとにかくとしてお前は素人として此事件をどう思ふかと問うてみる。すると依つて得らるゝ結果は或は理窟から云ふと首肯され得ないものでも、人をして成程と思はせる何物か、自然に籠つてゐる。理窟のみを法律と思つて居る人は必ず陪審制度に反對するのであるが、併し陪審制度を設ければ理窟を超越した何とも言へない面白味が、必ず裁判の中に出て來ると思ふ。日本の陪審制度反對論者は唯

時たま出て来る悪い所ばかりを捉へて、やれ「カイヨー」夫人が無罪になつたのは陪審官を買収したのだとか、米國市俄占に於ては女が男を殺しても死刑にならないとか、如何にも日本人には悪く聞えるやうな所だけを傳へるのです。併し裁判は理窟だけのものであるか、それとも理智を超越した何物か、附加はつて出来るものであるか、此點を能く考へて見ると陪審制度と云ふものもさう一概に排斥すべきものではなくて、私は寧ろ之が裁判を人間らしくすることの緒であるやうに思ひます。

三 人間味のある法律はどうしたら出来るか

次にどうしたらもつと人間味のある適切な法律を作ることが出来るかと云ふ問題を考へて見たいと思ひます。

現在我國に於て法律が如何なる手續で作らるゝかと云ふと、先づ司法省なり其他の役所で先づ案を立て、議會に提出するのが普通の場合ですが、それからあと議會が何をするかと云

ふと、之れは全く言語同断で、政府の案なれば御用黨の力で理が非でも議會を通過します。反對の小數黨中に可成り理窟のあることを云ふ人もあるのですが、多數黨は其言ふ事を聞いてさへくれません。だから議會は法律の通つたり阻へたりする所で、法律を作る所ではない。法律は寧ろ司法省なり内務省なり其他お役所の役人に依つて作られるのだと云つても、大した間違とはなりません。其所で、今日法律の起草をされる方々は何んな方々かと云ふと、それは揃ひも揃つて智者です。さうして吾輩出づるにあらずんば天下の事明かならずとか余輩出づれば天下の事定まるとか云ふやうな具合に、自分の持つて居る智慧をエラク尊信して萬事が之れで解決出来るかと云ふやうに考へてる方々のやうに思はれます。所が私から遠慮なく申しますと、其先生方が自ら恃む所の智慧が、縦令其先生が如何にエライ人であるとしても、果してそんなに頼りに出来る程大したものであるかどうかを、私は大いに疑ふのです。どうせ人間一人ですから、其一つの頭の中から幾千萬かの人間から成立つ社會に立派に當てはまるやうな法律が容易に出て来る譯がないのです。ですから此等の先生が法律を作らるゝ

ならば、實際の事情や外國の法制等を出來るだけ能く調査し、人間の小智惠の足らざる所を出來るだけ補つて之を大智たらしむるだけの努力をせねばならず、又それをするだけの謙遜な氣持がなければならぬのです。而して事の許す限りは法案を先づ公表して廣く江湖の批評を乞ふだけの雅量がなければならぬのです。所が、例へば最近の議會に借家法案が提出された時等も、法は最後迄秘密で吾々人民には見せてくれない。私等も漸く新聞紙の六號活字で僅かにこれを知り得たに過ぎませんでした。それで愈々議會に出た法案なるものを見たときに、私は全く驚きました。遠慮なく云はして頂くと、全く穴だらけだからなのです。一體、此借家法なるものは今迄の如く唯個人主義的に考へて作らるべき法律ではない。問題がもつと複雑してゐるのです。人間は殖える、物は足りない。其調節を如何にして行くべきかを考へる問題の一場合に相當するのです。ですから此種の立法をするに付いては、從來の單純な資本主義や個人主義の頭腦だけを頼りにしたのでは、旨い法律の出來る譯がないのです。それで此同じ問題が、諸外國に於ても我國に於けるよりは寧ろ大仕掛に起り、之に對する立法も實

に澤山あるのですから、此外國の立法例だけでも充分調査し、又進んでは實際我國に於ける住宅難がどんなものであるか又之に關する法律上の争は實際上どんなものであるかを充分調査してかゝらなければならぬ譯です。所が司法省のした所を見ると外國の法律を参考した形跡が少しもないのみならず、我國の實情についても殆ど何等の調査がないのです。現在裁判所に提起される借家に關する事件の統計があるかと言ふとない。例へば借家人の方から起す訴訟の数は一體どの位あるか、家主の起す訴訟は何の位あるか、或は訴訟の金額は何の位か、此等の點を東京區裁判所の管轄區域内だけでも宜しいから知りたいと思つたのですが、さう云ふものは司法省にはないのです。一體立法例を調査するでもなく、世の中の實情を調査するでもなく、唯立案者が有り合せの小智惠を振つて書いたのでは、いかに立派な小智惠の持主にやらせても旨く行く譯がない。而して其案が頓て同じく智惠一天張の法制局邊を廻つた上議會を通過する、之れで果して、法律が出來るでせうか。私は大いに危むのです。それでは眞に社會の實情に適合した法律の出來る譯がないのです。それから次に今の立

法者——世の中で所謂官僚と稱される方々——は非常に輿論なるものを馬鹿にして居られます。ですから法案は成る可く秘密にすればする程いゝと考へて居らねます。成程輿論は理窟に合はないものです。併し世の中の事を總て理窟に合はせ様と思へば、癩に障つて仕方がなくなる、出来ない相談だからです。併しながら法律は理窟だけで動くものではないと同時に輿論と雖も決して莫迦にすべからざるものである。決して輕視することは許さざるものである。輿論は理窟の代表者ではない。併し輿論には何とも云はれない大なる價值がある。其所に人情の機微に觸れた微妙な力強い所があるのです。それを基礎にして法律を作らないで、何處に人間の氣持に合ふ、眞當の法律を作り得るか。法案を立てる人が、我輩は斯く書いた、此より以上に良いものはない。輿論など衆愚の云ふことが何になるかと云ふやうな調子で、學者の之に對する公平な批評すら嫌ふと云ふに至つては一體國家民衆の爲めに法律を作るのか、自己のヴァニチーの爲めに無理に我を押通すのか解らなくなります。かゝる結構な法律の下で租税を納むる吾々こそ實に迷惑千萬な詰であります。

私は此點が一日も速かに改良されて、もつと念入りに小智を恃まずに、眞に人間味のある法律が作られるやうになることを希望して已まないので。

四 もつと人間味のある法律の教へ方はないものか

終りに、もつと人間味のある法律の教へ方はないものか、それを簡單に考へて見ます。此ことは今日のお話の初めにも詳しく申しましたが、今日我國で學者の學生に教ふる所は唯抽象的な理窟だけである。所が法律は理窟だけで出来て居るのではないから、學生に本統の法律を教へるには、理窟を超越した言葉では言ひ表はせない味をも教へなければならぬのです。それには現在米國でやつてるやうに判例を材料にして之を批判させて見るのが一番適當な方法のやうに思はれるのです。

今一つ日本の大審院判決を例に引いてお話をしますと、ある時ある所に一人の男がおりました。所が父の言に背いて何處かの或女と宜しく極込んで互に一家を持った。父が幾ら歸つ

て来いといつても歸つて来ないから仕方なく、父も其儘放任して置いた。爾來數年を経たが歸つて来ない。其所で父親は民法に所謂戸主の居所指定權なるものを行使した。所が其男は頑として應じないので、父親は憤慨して一週間に立戻るべし、然らざれば家から離籍して了ふぞと云ふ最後通牒を發した。それにも拘らず其男が期間内に歸らないので到頭離籍されて了つた。其所で今度は子供の方から親爺を訴へて離籍の取消しを請求した。其理由に曰く一週間で歸つて来いといふのは餘り甚い、法律を見ると「戸主は相當の期間を定め其指定したる場所に居所を轉すべき旨を催告することを得若し家族が其催告に應ぜざるときは戸主之を離籍することを得」とあつて、僅か七日と云ふ期間は之を相當と認め難いと、かう息子の方では云ふのです。それを私達が机の上で教へる時には、果して此七日の期間が相當なりや否やを適當に教へることは實際上不可能です。云ふまでもなく之は學者の領分外です。裁判所の領分に屬すべきものです。所で日本の大審院は之をどう判決したかと云ふと、七日の期間が相當なりや否やは一概には極められない。此息子が其婦人と數年此方同居して居る。

此同居して居る事實を父親は是認して居るのか。それとも父親は今日と雖も從來通り引續いて反對して居るのか。其何れかで結論が違ふ。親がもとゞ認めて同居して居たのだとすれば僅か一週間で歸れといふのは無理である。之に反して親が早く歸つて来い〜と始終言ひ續けて反對して居たのならば、一週間と雖も決して短くないと、かう判決を下して居ります私は之を以て誠に人情に適つた結構な判決だと思ひますが、かくの如き解決は學者が机の上で考へては到底出て来ません。矢張裁判官が本舞臺に出て實際の事實を見て初めて考へ付く考へです。

判決と云ふものが、總てこんなものだとは限らないのですが、兎に角實際の事實と離れない言ふに言はれぬ趣きのあるものです。ですから私はかやうの判決を澤山集めたものをもとにして、法律を教へるが、さうすれば獨り學生自らをして自發的に法律を發見し學ばしむることを得るのみならず、理窟では到底説明のつかない法律の機微を學生に教へ込むことが出来て、謂はゞ一舉兩得になります。ですから此れからの法學教育はかう云ふ方向に向つ

て然るべきだと私は固く信じます。

五 結 論

之れで大體私のお話しは終つたのですが、體裁の爲めに簡単に結論を着けて置きたいと思ひます。

今まで申しました所を要約すると、かう云ふ事になります。理智は宜しい、理窟も智恵も宜からう。併しながら小智恵では駄目だ。理智も徹底したのでなければ駄目だ。反之徹底した理智ならば必ず人間らしいものになる。一體世の中の事は理智で解き得る範圍は實に極めて狭いので、少し行けば直ぐ突き當るのである。併し少くとも其理智だけでも徹底するやうに努力せねばならぬ。それが今の法律學者に對する私の要求の一つである。其次は理智は自ら其身の程を知れ、理智に依つて進み得る處は廣くはない、人間といふものは理智だけで動いて居るものではない、或は信仰であるとか、或は悲しみであるとか、或は喜びであるとか、

或は戀愛とか、有ゆる心理作用を以て、朝から晩迄動いて居るものであるから、それ等の複雑な作用をも加へて萬事を考へなければならぬ。理智のみを引離してそれだけで法律現象を説明し規律しようなどは全く大それた話である。無論理智は十八世紀此方自然科學の發達に依つて得た所の吾々の既得權である。私は之を棄てよと云ふのではない。反つて更に一層徹底して大きな理智たらしむるやうに努力せよと云ふのである。唯それと同時に理智を以て爲し得ることの範圍は極めて狭いのだと云ふことを、一般に悟つて貰ひたいと私は思ひます。要するに理智を徹底して遂には理智に依つて理智の上に乗出でる。而して其處に眞當に人間らしい何物かを認め得るのである。今後は法律の出来る人間も、出来ない人間も、又現在學べる人間も或は今後大いに學ばんとする人間も、是の事を能く心懸けて欲しいと私は思ひます。さうすれば必ず法律の社會化といふ如きことも、此中央法律新聞社の努力と相俟つて、漸次に實現さるゝであらうと自ら信じて居る次第であります。而して此事は獨り法律家の腕のみを以て出来ることではない。國民が皆一様に其考へてなければ不可能である。法律は一