

321  
H735h  
(2)



0012416-000

321-H735h-(2)

法学通論

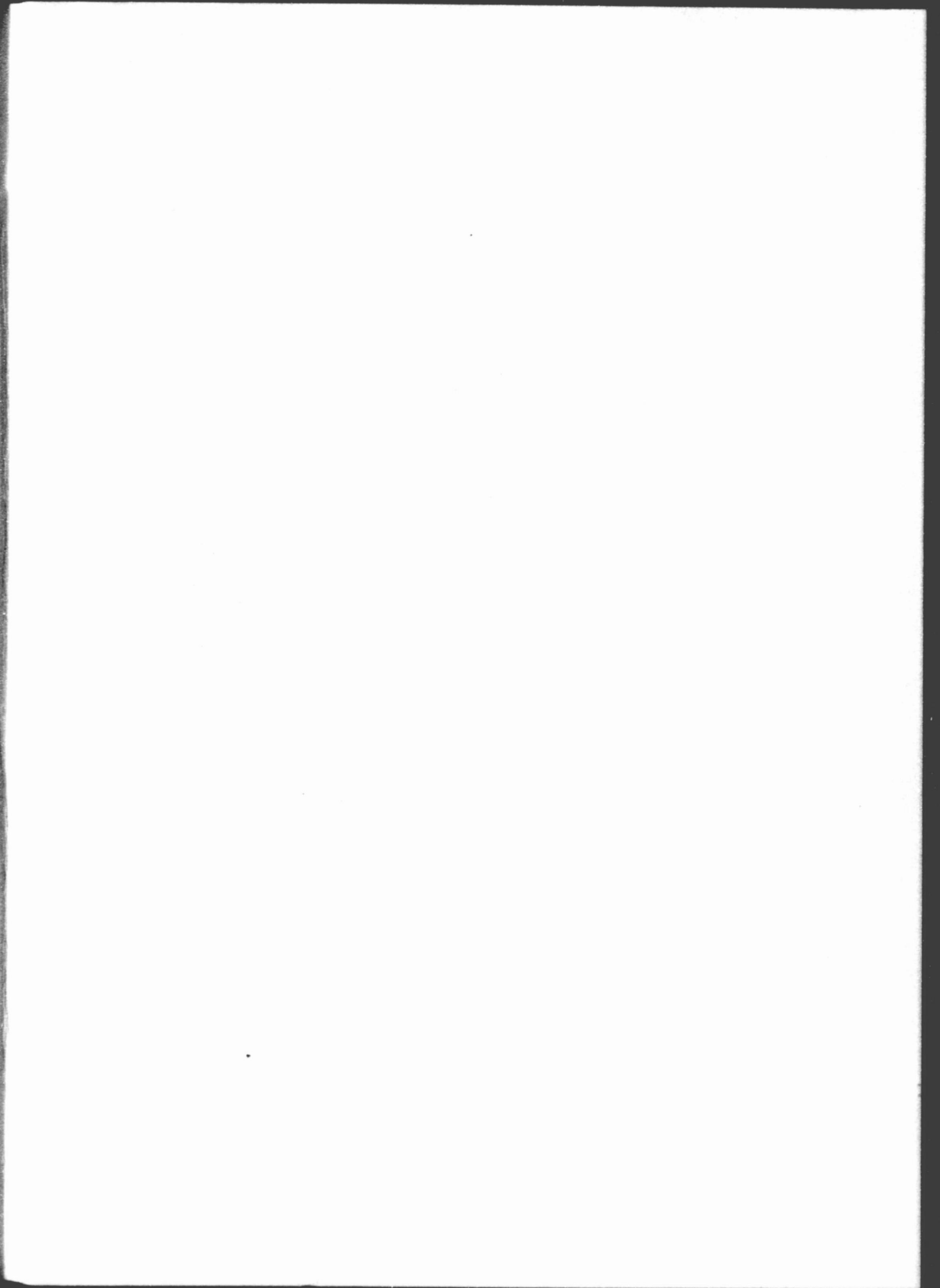
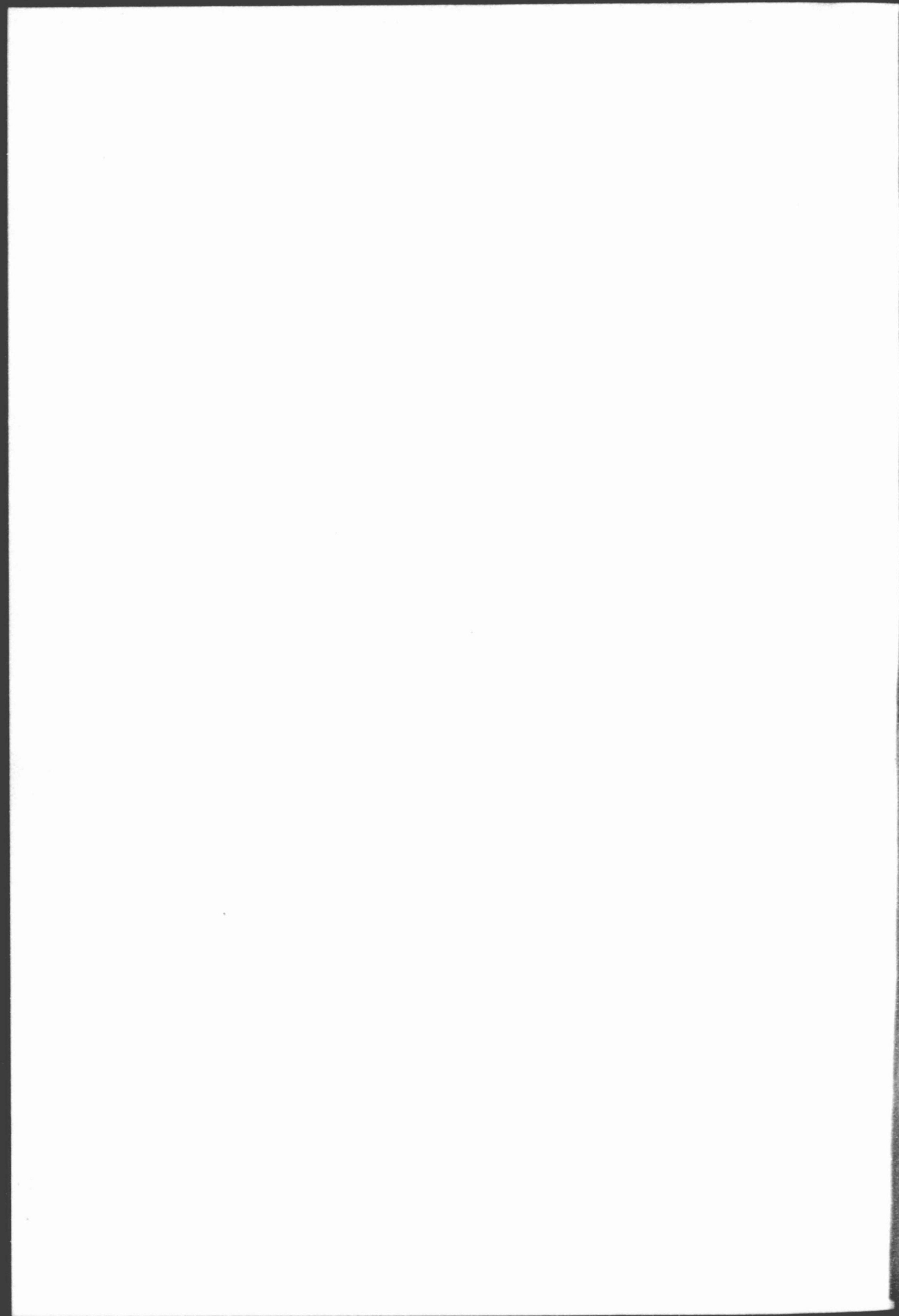
穂積重遠・著

日本評論社

2版

1947

ACB



43017

法 學 通 論

穗 積 重 遠 著



日 本 評 論 社 版

穂積重遠著

法學通論

日本評論社版



この印は本館編集長等在職主筆 能勢寅造氏の  
蔵印に於けるものである。(1957年12月)

321  
H735h  
(2)



447463

は し が き

本書は昭和十六年十月に初版を出し、幸に一般讀書界に受入れられて版を重ねつつあったのであるが、昭和二十年春著者の宅も發行所日本評論社も戦災にかゝり、残本も紙型も一切焼失した。ところが終戦後一年にして日本評論社から復興版發行の申入があつたのは、著者としては亡兒蘇生の喜びである。しかし五年前の執筆當時には眞に思ひも寄らなかつた新事態となつた今日、改版とならば書き直さねばならぬ部分が相當に有る筈だが、何分にも目下急轉回大動搖の眞最中で未だ歸着する所を知らぬ有様故、根本的の改訂は今少し落附いた後に其機會を惠まれたらばの事とし、差當りは特に昨是今非の顯著な箇所に小添削を加へるとどめた。而して本書著作の根本動機は、法律家を非法律家たらしめ非法律家を法律家たらしめ、「法律家の法律」を「われらの法律」にして見たい、といふ抑も著者志學以來の宿願に在つたのだから、憲法始めを「われらの法律」たらしめんと努力しつつある國民諸君にこのいささか型破りの法學通論を今一度提供するのも、まんざら無意義でもないであらうか。なほこれ亦絶版となつた舊著「有閑法學」に載せ

は し が き

一

はしりき

二

た「法律家が笑話集を讀んで」を附録として添へたのも、何とかして法律の乾燥無味を救ひたいといふ微意に外ならぬ。

昭和二十一年八月

穂積重遠

目次

序論	法律知識と法律見識	一
第一章	法律の本質	三
第二章	法律の進化	三
第三章	法律學說	六
第四章	法律の内容	七
第五章	法律の形式	九
第六章	法律の種類	二二
第七章	法律の解釋	二四
第八章	法律の效力	二四

第九章 法律の體系……………一五五

第十章 法律の動向……………一九七

附録 法律家が笑話集を讀んで……………二三

索引……………二五

一 讀者諸君の氣が向かれたら、左の小著を隨所隨時に參照併讀していただき  
たいと考へて、隨所に引用した。

- 穂積陳重著 法 憲 夜 話
- 同 續 法 憲 夜 話
- 穂積重遠著 判 例 百 話
- 同 有 關 法 學
- 同 續 有 關 法 學

一 索引を附ける程の書物でもないが、本文中ゴチックの部分巻末に排列し  
て「見出し」の便宜に供した。

## 序論 法律知識と法律見識

法學通論 とは何か(讀法窓夜 話三七話)。「法律全體の縮圖的知識」といふ風に從來取扱はれて居る。さういふ法學通論も勿論結構であつて、それきり法學を學ばぬ人に取つては有益に相違ないが、これから段々と各科の法律を研究する人の豫備知識としては、無用の重複とも考へられる。丁度これから本膳・二の膳・三の膳と順々に出て來ようといふ山海の珍味を一箸づつ盛り合はせて前菜に出しそれを一口に頬張らす様なもので、下手をすると却つて食慾を減退させるかも知れない。オールドウィーヴルといふものは、これからユックリと御馳走を頂戴しようといふ氣分を作り出し食指大に動くものあらしめねばならぬ。果してさういふ具合に行くかどうか請合へぬが、此法學通論は一つ前菜的

法學入門 の積りで書いて見ようと思ふ。而して「法學入門」の意味の法學通論は、勿論法學一年生のための手ほどきだが、同時に法律専門家ならぬ一般人にも讀んで貰ひたいと思ふので、かたがた餘り専門的法律論風でなく、俗談平話式にやつて見る。従つて甚だ取りとめのないもの



になりさうだが、法律といふものも存外殺風景ではなささうだ、しかしこれでは如何にも物足りないから一つ突込んで勉強して見たい、といふ氣持を起させることが出来たら大成功、といふことに願ひたい。さて國家は

警察國から法治國へ と發達したといはれるのであつて、我々の生活が著しく法律的になつた今日、法律知識の必要は申すまでもないことだが、現在に於ては法律知識が餘りに一方に偏して居はしないだらうか。元來大昔は法律専門家といふ者はなかつたのであらう。昔の聖人は、聖徳太子にしるモーゼにしる孔子にしる、宗教道德法律を併せた人生の大導師であつて、法律専門家ではなかつたこと勿論である。然るに其後國家生活の進展と共に専門法律家を生じ、法律學が倫理道德の學問から分離して獨立の發達を遂げた。支那でも孔孟の次の時代から法律學の萌芽が見え初め、「管子」乃至「韓非子」等の中々立派な法律論も出たのだが、その方面の所謂「法家」の學者の思想偏狭にして人格圓滿を缺く等のために、「儒家」の人々から「刑名法術ノ徒」と卑しめられ、十分の發達を遂げずに了つたのは遺憾であつた。然るに西洋では、ギリシヤが哲學自然科学及び藝術に秀でたのに對して、ローマは政治法律に勝れて大法律家を輩出し、今日の法律學の基を開いた。斯くして現在に於ては

法律知識の専門化 が完成し、其法律學が更に分化してそれぞれの部門に分れ、法律學者と謂はんよりはむしろ憲法學者・行政法學者・刑法學者・刑事訴訟法學者・民法學者・商法學者・民事訴訟法學者・國際法學者・國際私法學者等々が肩を並べることとなつた。この専門分化は學問の性質上當然の事であつて、益々微に入り細を穿たねばならぬことであるが、同時に又、分化すればする程綜合統一が大切になつて来る。民法學者だから刑法は知らぬ、これは法律論で道德上は又別問題だ、などといふ平氣で言ふが、實はそれでは相濟まぬ次第で、刑法を知らなくては民法もわからず、道德論まで遡らなくては法律論も活きて來ない。近來ややもすると

法科萬能 が批難される。役所の幹部として法科出身者が幅を利かせ過ぎるといふことらしい。幅を利かせ過ぎる」ことは宜しくないが、法科出身者が官廳で重きをなすはむしろ當然の事で、大臣はともかく、次官・局長・課長以下の事務當局が法律を知らないでは動まるものではない。「法科萬能」がいけないのではなくて、役人が法律家なるが故にとかく萬事を法律づくめにしたがる

法律萬能 が宜しくないのだ。而して法律家が往々にして法律萬能になるのは、法律を勉強し過ぎるからではなく、却つて法律の本當の勉強が足りないからだと思ふが、元來法律萬能思想は

法律家だけの惡癖ではなく、今日に於ける一般の通弊だ。素人がどうして中々法律萬能だ。それは結構な事だ、法律できめろ、怪しからん、法律で禁じろ、と直ぐに言ひたがる。斯様に萬事を法律だけで片付けようとするのを假に

積極的法律萬能思想 と名づけよう。榮養學者の集會に法律家がウツカリ顔を出すと直ぐにつかまる。今我々は米の榮養價を論じて居る、玄米がよいか、胚芽米がよいか、七分搗がよいか、についてはまだ議論が一致せぬが、白米はグイタミン何とやらが不足で宜しくないことは定説であつて、國民榮養上重大事であるから、早速白米食を罰する法律を作つて貰ひたい、と來る。これにはさすがの法律萬能の本案本元も啞然たらざるを得ない。勿論これは譬へ話だが、どうも家族制度が弛んで來た、子が親を馬鹿にして困る、一つ民法を改正して戸主權・親權をモット強くしろ、といふ様な議論を以前にはよく持ちかけられたものだ。それについては又後に申すが、禁酒の可否と禁酒法の可否とは別問題だといふことを心得ねばならぬ。英國の議會が有力であるといふことを言ひ表はす言葉として、「男を女となし女を男となす以外には爲し得ざる事なし」と言ふが、これは議會即ち立法の有力を誇る言葉であると同時に、又其無力を白狀する言葉にもなる。即ち如何に法律を以てしても自然を變更することは出來ないのであつて、法律は決して萬能でないこ

とを知らねばならぬ。而して斯様に積極的法律萬能思想が横行する反面に、其逆作用として消極的法律萬能思想 といふ危險思想がはびこる。所謂危險思想は一部少數の人々に限つた事柄だが、これは一般に共通な危險思想だ。法律通りにしてさへ居ればそれでよい、といふ考へ方である。おれは法律に觸れる様な事はしない、と自慢する。法律に背かぬは當り前の話で、それが自慢になる様な世の中では情ない。それが昂じると法律をくぐる工夫をする様になる。この法律を裏切る所謂

脫法行爲 は、真正面から法律を破る

違法行爲 よりも更に憎むべき所業であつて、正に法律に取つての獅子身中の蟲であるが、此害蟲のわく淵源は、萬事萬端法律一點張りの積極的法律萬能思想に在る。孔子は論語(爲政第二)に「之ヲ道クニ政ヲ以テシ、之ヲ齊フルニ刑ヲ以テスレバ、民免レテ恥無シ。」

と言はれた。(續法政叢書 四八話) 今日の政治家法律家に取つても正に頂門の一針である。私は嘗て中華民國某要人に「貴國は法律が整備して居ますから貴國人は法律の無い所へ來ると悪い事をします。」とささやかれて、冷汗をかいたことがある。残念ながら「決して然らず。」とは言ひ切れないのだ。利息制限法を制定すると直ぐに其裏を掻く高利の方法が案出される、といふ様な破廉恥状態をど

うしたら根絶出来ようか(有閑法學)。明治初年の徵兵令が兵役忌避の工夫と追っかけっこしつた數回改正されたのは注目すべき現象であるが、この不愉快な「イタチコッコ」は兵役の眞意義が國民に徹底されるに及んで初めて止んだ。要は眞義の徹底であり、道義的反省である。即ち

「之ヲ道クニ徳ヲ以テシ、之ヲ齊フルニ禮ヲ以テスレバ、恥有リテ且格ル。」

と行かねばならぬ。法律は尊重すべし、偏重すべからず。法律は共同生活の重要規範なることを知ると同時に、共同生活が法律によりてのみ成就するものにあらざることを悟らねばならぬ。即ち法律の眞意義の徹底は

共同生活觀念の確立 である。人類は何の勝れたる所あつて「萬物の靈長」たり得たのであるか。

荀子(王制篇第九)はこれを説明して、

「カハ牛ニ若カズ、走ルコトハ馬ニ若カズ、而シテ牛馬用ヲ爲スハ何ゾヤ、曰ク、人ハ能ク羣シ、彼ハ羣スル能ハザレバナリ。人ハ何ヲ以テ能ク羣スルヤ。曰ク、分アレバナリ。分ハ何ヲ以テ能ク行ハルルヤ。曰ク、義ヲ以テスレバナリ。故ニ義ヲ以テ分スレバ則チ和ス。和スレバ即チ一ナリ。一ナレバ即チ多力ナリ。多力ナレバ則チ彊シ。彊ケレバ即チ物ニ勝ツ。」

と言つた。誠に千古の名言である。荀子が「羣」と言ふのは、今日の言葉に直せば「共同生活」

であるが、其點の觀念が十分明確でない。西曆一八六八年ドイツの大法律學者オット・フォン・ギールケは同一の考へを更に正確な言葉を以て言ひ表はした。大著「獨逸團體法論」(Otto v. Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht) 第一卷劈頭の一句

「人ノ人タル所以ハ人ト人トノ結合ニ在リ。」, Was der Mensch ist, verdankt er der Vereinigung von Mensch und Mensch.」

がそれである。このギールケの言葉と荀子の言葉とを對照して、さすがに二千年の進歩を認めしめるのは、荀子が單に「羣」と言つたのをギールケは「人ト人トノ結合」と言つた所に存する。洋語は單複の使分けが明白だが、ギールケが人といふ言葉の複數を用ひて「人々ノ」(, von Menschen)と言はずに單數語を重ねて「人ト人トノ」(, von Mensch und Mensch)と言つた所が眼目である。共同生活を營む動物は必しも人類に限らず、蜂や蟻などにも秩序整然たる共同生活があると言はれる。しかしながら蜂や蟻の共同生活は、「蜂ト蜂トノ結合」「蟻ト蟻トノ結合」ではなくして、「蜂共ノ群リ」「蟻達ノ集リ」に外ならぬ。然るに人類は、各個人が自己の人格を尊重すると同時に他人の人格を尊重し、即ち人格の相互的尊重の下に緊密な共同生活を營むのであつて、これが即ち「人ノ人タル所以」である。各個が獨立なるが故に全體が能く結合し、全體が能

く結合するが故に各個の特色が顯著である。粒選りなるが故に連珠が輝き、連珠なるが故に一粒一粒が光る。獨立 (Selbständigkeit) は孤立 (Isolierung) にあらず、分別 (Absonderung) は分離 (Trennung) にあらず、「全體ニ於ケル單一ト衆多トノ調和的結合」(die harmonische Vereinigung der Einheit und Vielheit in der Gesamtheit) これがギールケの所謂「團體主義」(Genossenschaftstheorie) である。元來今日の根本問題は

全體と個體 とを如何に兩立調和させるか、といふことである。老人は

個人主義 が盛になつて我國固有の家族制度が崩壊すると心配する。若い者は

家族主義 なるものが個人の自由を拘束すると苦情を言ふ。しかしながら人格主義の意味の個

人主義と團體主義の意味の家族主義とは決して矛盾背馳するものではない。老幼男女それぞれ其人格を承認尊重され、しかも人倫の秩序に従つて三枝の禮を守り、斯くして家庭圓滿がやがて國家社會平安の礎となる。これが眞の家族制度であつて、即ち「人ト人トノ結合」によつて「人ノ人タル所以」を完うするものである。内には個人の人格を没却し、外には國家社會の利益を顧みぬ様な「個家主義」は、正しい家族制度と謂ふべきでない。近來諸國に於て

國家主義 が旺盛なのは誠に結構な事で、人類が民族・地理・歴史の因縁によつてそれぞれの

國家を成す以上、各人我祖國を重しとするはむしろ當然である。しかしながら此場合にも、内には人と家とを無視し外には國際關係を考慮しない「個國主義」に走つたならば、これ亦誤れる個人主義と等しく、遂には却つて國家を危くするものと謂ふべきである。國家主義も亦「人ト人トノ結合」による「人ノ人タル所以」の成就でなくてはならぬ。更に國際關係を觀よう。全人類が一の共同生活を成して其關係が益々緊密の度を加へるのは、到底否認し得ない事實であるから、他國を排して我れ獨り榮えんとする孤立的國家主義の採るべからざるは言ふまでもない。しかしながら又、各國の自主獨立を無視し世界を打つて「丸とせんとする」[世界主義](Cosmopolitanism) は、抑も民族發達・國家形成の歴史に反する。世界全體の發達と平和とは、諸國家の獨立對等を前提とする

國際主義 (Internationalism) によつてのみ期待され得る。即ち此場合に於ては「國ト國トノ結合」によつて「人ノ人タル所以」を發揮せねばならぬのである。要するに個人主義・家族主義・國際主義を並立調和せしめ、これによつて

人と家と國と世界 とを共に存し同じく榮えしめねばならぬのであつて、孔子の所謂

修身齊家治國平天下 の大理想である。其理想の達成は宗教と道德との主として任ずる所である

が、法律も亦其重要なる一方面を分擔して宗教・道徳と共働する。従つて法律知識の根本は、法律の此重大任務、即ち法律が共同生活の準則であることの認識であつて、「法學通論」は此認識を興へるものでなくてはならぬ。諸種の法律に關する個々の知識ではない。全法律知識の出発點たる大見識である。著者は歐米留學の際獨國ハーヴァード大學法學部で所謂

ケース・メソッドの教室に傍聽的に出席した。「ケース・メソッド」(Case method)は一八七〇年に同大學のランゲル教授によつて創始されやがて全米を風靡した教授法であつて、従つて「ランゲル・メソッド」(Langell method)とも謂ふ。我國乃至歐洲諸國の大學の從來の講義では、先生が一時間四十五分たてつづけに一人でしゃべる。學生は或は先生の咳拂ひまで書き落さぬといふ勢でペンを走らせ、或はボンヤリと教科書を眺めて居る。そして其講義も、例へば民法不法行為の章ならば、先づイキナリ「不法行為トハ……」と定義を述べ、「之ヲ分析スレバ左メ如シ、一・二・三・四、A B C D、イロハニホヘト」と段々細かくなり、扱て親切な先生は二三の實例を添へる、といふ様な譯で、謂はば演繹法だが、「ケース・メソッド」は丸で逆の遣り方で、即ち歸納法だ、そして先生より主として學生がしゃべるのだ。同じく不法行為の講義とすれば、「ケース・ブック」といふ不法行為の重要判例を排列編纂した臺本を各學生がもつて居て、それを下

調べして來る。そこで教室では、教授がイキナリ「A君第一判例はどういふ事件か」と問ふと、A學生が「本郷赤門前でメータクに轢かれて怪我した人が損害賠償を請求した事件であります」と答へて事實の概略を報告する。次にB學生に原告の請求、C學生に被告の答辯、D學生に判決、といふ風に段々に説明させ、他の學生からも質問やら補足やら批判やらが出るのを教授が然るべく指導する。程宜い所で教授が「それでは第二判例」と次へ移ると、今度は甲が乙の所有物を破壊したといふ様な趣の違つた不法行為事件である。斯くして具體的の判例について議論を重ねて行く間におのづから、不法行為とは何ぞや、いくら損害賠償を請求し得るか等が段々と會得されようといふ仕組である。教室に活氣があつて中々面白いが、著者程度の英語の力では到底參加出来ないで、即ち傍聽的出席といふ譯だつたのだ。教授は標準的英語で筋道立てて話すから先づわかるけれども、學生は謂はば九州辯あり東北辯あり、それが早口で不秩序に述べ立て、おまけに「赤門」だの「メータク」だのといふ類の通用語が頻繁に飛び出すので、傍聽すらが中々骨が折れる。従つて内容的には餘り得る所がなかつたが、教授法としては實に好い參考となり、頗る感服させられた。ただ早速氣の附いたことは、此様に一局部に引つかかつてこね廻して居たら到底規定の學年内に民法全部を修了する様な譯には行かまい、といふことであつた。』それでよい

ものでせうか」と時間後に教授に質問して見た。すると教授が、「法學教育の目的は法律知識（リイガル・ナレッジ）を興ふることにあらずして、

法律心を鍛錬すること（トレーニング・ザ・リーガル・マインド）にある。法律現象は無数であるから其々の知識を興へることは出来ぬ。如何なる現象に出遇つてもそれを法律的に判断し得る考へ方を叩き込むこそ大切なれ。」と言はれたので、成程と敬服した。我國と米國とでは法律の立て方も違ふ故、「ケース・メソッド」を直ちに我國の法學教育の主流とする譯には行かないが、さういふ精神は今少し採り入りたいものと思ふ。知識はもとより大切だ。知識に基かぬ見識は空虚であり危険であるが、見識にまで高められなくては該博の知識も結局「物知り」の域に止まる。而して「法律心」即ち法律見識は「鍛錬」によつて初めて得らるべきもの、そこまでは此法學通論の到底企て得る所でないが、願くは讀者の胸裡に「法律心」の若芽を植ゑ附けるだけのことはしたいものと思ふ。

## 第一章 法律の本質

法律とは何ぞ といふのが法律學の第一課であり、又最終課である。或釣好きが「釣は鯛に始まつて鯛に終る」と言つた。鯛釣といふものはやさしい様でむづかしいものと見える。法律の定義も其通りで、古往今來東西幾百千の法律學者がそれぞれの糸を垂れて何かしら釣上げては居るが、まだこれならば一點の申分もないといふ様な本當の鯛を釣り當てては居ない様だ。それは要するに釣り様が悪いのではないだらうか。法律の定義については結局法律と道德との區別關係が問題になるのだが、イキナリ法律を持ち出し道德と同じ水準に置いて比較對照するのが間違の基である。便宜上此邊で

法律といふ言葉 について念を押して置くが、ドイツやフランスで „Recht“ „droit“ といふ言葉に「法律」「權利」の兩義があつてまごつかされるのと同様に、日本語には「法律」に廣狹二義があつて使ひ分けが厄介だ。嚴格な法律語としての「法律」は、„Gesetz“ „loi“ に相當し、帝國議會の協賛を経た國法であつて、憲法第六條に「天皇ハ法律ヲ裁可シ」とあるそれであり、「命

令」と對する。凡そ法文其他公文書に「法律」とあるのは皆それである。然らば此狹義の法律を含む法規一般を何と言つたらよいだらうか。「國法」と言つては國際法を含まないで困る。近頃「法」と言ふ學者がある。「法律哲學」と言はずに「法哲學」と言ふ。尤も今までとても「法律學」と言つたり「法學」と言つたりするのであつて熟語としてはそれでよいが、單に「法」とだけ言ふと、「兵法」もあり「魔法」もあり、どうもハッキリしない。普通語としては一般の法規を「法律」と言ふし、此書物には狹義の法律の話は餘り出て來ぬ故、ここでは「法律」を廣義に使ふことに留意されたい。扱て人類の

共同生活は規範生活である。かのロビンソン・クルソーが絶海の孤島に漂著して一人で住んで居る間は、いつどこで何をせねばならぬといふきまりはない譯だが、一人の土人を救ひフライデーと名づけて従者とし二人暮しになると、忽ちここに規則が出来てくる。主人は小屋の奥に、従者は入口に寝るとか、魚をとるのは主人の仕事で料理するのは従者の役とか、極めて簡單なものではあるが生活の規則がきまる。そして共同生活の人数が多くなれば多くなる程、團體が永く續けば續く程、規則が複雑になつて來る。これが

社會生活規範である。而して法律は社會生活規範であるが、社會生活規範がすべて法律では

ない。原始時代には法律のない社會が想像されるし、空想家は法律なき社會を將來に豫言する。其豫言が當るかどうかは知らぬが、ともかくも法律は、今日に於てこそ社會生活規範の最も顯著なものだけれども、人類の社會生活に於て先づ第十段に出て來たものではない。人類社會の

第一次社會生活規範は先づ

宗教規範である。當初は或る自然力を畏怖するとか動物を崇拜するとかいふ様な極めて原始的幼稚なものかも知れないが、ともかくも同じ神佛をおがむといふことで結び附くのが原始人の社會であつて、そこに他の神をおがんでならぬ、佛を禮拜するには斯ういふ儀式、といふ様な規則が生ずる。そして當初の宗教規範は、例へばモーゼの十誡の様に、他の神をおがむな、殺すな、盗むな、汝の父母を敬へ、といふ様なことが雜然と盛られたものであるが、右の第一は純粹な宗教規範だけれども、後の三つは

道德規範として分化發達し、宗教の如何に拘らず人類の社會生活に於て頗る重きをなすに至つた。而して宗教と道德とは心を修めて形に及ぼうとするのであるが、先づ形を正しくして心を清めようとするのが

禮儀規範である。禮儀規範も亦社會生活規範として中々有力だ。昔漢の高祖が秦を亡ぼし楚

を破つて天下を一統した後群臣を會して祝宴を開いたところ、何分にも斗酒猶ほ辭せざる焚燬の様な豪傑連が戦勝の餘威に乗じて盛にメートルを上げ、「羣臣酒ヲ飲ミ功ヲ争ヒ、醉ヒテ或ハ妄呼シ、劍ヲ拔キ柱ヲ撃ツ」といふ亂騒ぎに了つた。高祖これを患ひて叔孫通をして禮を制せしめ、儀式を習熟させた上で再び宴會を開いたが、今度は頗る秩序整然和氣霽々、「敢ヘテ誼譁シ禮ヲ失フ者無シ」といふ具合にいつたので、高祖大に喜び、「吾<sup>ヌ</sup>通チ今日皇帝タルノ貴キヲ知レリ」と言つたといふ物語がある。斯くして禮儀規範は中國に於て特に發達し、孔子は禮樂を以て天下を治むるを理想とした。更に又古代人の生活を支配した法則は

**風俗規範**

即ち慣習「しきたり」である。「原始人は慣習の奴隸」と言はれるが、「しきたり」

の力はえらいもので、今日の我々も色々な風俗に支配される。例へば正月に門松を立て屠蘇を飲み雑煮を食ふといふ様な事にしても、何か宗教的の起源があるかも知れないが、起源や理由はとくに忘れられてしまつた後も、風習は中々根強く行はれ續けた。たまには一休和尚の様な皮肉屋が居て、「冥途の旅の一里塚」などと貶<sup>けな</sup>しても見るが、やはり門松を立てぬと正月らしい氣分がせぬし、向三軒兩隣皆立てて居るのにこちらだけ立てぬのもといふ様な氣持から、正月の風俗が久しく守られ、戦争中からの物資難でやむを得ず廢絶して居るものの、中でも實質的な雑煮など

は必ず復活するであらう。今一つ大切な共同生活の準則は

**技術規範**

である。先づ以て衣食住についてそれぞれ、著作の仕立方、家屋の建て方、飯の炊

き方等の法則がおのづから定まる。「始めチコロク、中バツバ、ジツク」時に火を引いて、赤兒泣くとも蓋取るな」といふのが飯炊きの憲法だと或落語家が言つたが、ともかくも飯は斯うして炊くものといふ様な事がいつとはなしにきまつて、一般普通に行はれる。そしてそれが生活の各方面に互つて段々と複雑になつて行く。斯くして宗教規範・道德規範・禮儀規範・風俗規範・技術規範等の所謂第一次社會生活規範が先づ以て人類の社會生活を規律するのであつて、ここへは法律はまだ顔出しをしない。而して社會が或程度進歩發達した後、

**第二次社會生活規範** として**法律規範**

が登場するのである。即ち人類の社會生活が段々と組織立つて來て、部落に會長と

いふ様な中心勢力が出來ると、其會長が第一次社會生活規範中自身が特に大切と思ふものを勵行し、それに背く者を壓迫することになつて來るのであつて、其部落が擴大し組織立つて國家となり、會長の地位が上り權力が強くなつて國王となると、其作用が更に著しくなる。例へば其會長なり國王なりが宗教に重きを措くと、他の神をおがむなかれといふ宗教規範を特に勵行し、それ



に背いた者を火あぶりの極刑に處する、といふ様な次第で、そこで其宗教規範が法律規範になる。又殺すなかれ盗むなかれの道德規範を其部落なり國家なりの治安維持上重要なりと考へると、殺すなかれ盗むなかれと特に指令して殺人者及び盜賊に制裁を加へることとする。そこで此道德規範が法律規範になる。其經過は又本章で述べるが、他の禮儀規範・風俗規範・技術規範等についてもそれぞれ同様の事が行はれる。斯くしてこれら各種の第一次社會生活規範から段々と第二次社會生活規範たる法律が發生發達する。第一次規範の如何なる部分が法律となるかは國により時代によつて相違があり、大體に於ては法律になる部分が段々殖えて行くが、一旦法律になつたものが再び法律でなくなることも珍しくない。例へば宗教規範の如きは、西洋中世の宗教的國家に於ては頗る多量に法律化されたが、今日に於ては其又大部分が純粹の宗教規範に還元されて居る。斯様な消長はあるが、今日の法律を見ると、前述五種の第一次規範がそれぞれ其内容を成して居る。先づ

**宗教的法律** は、前記の通り以前から見ると分量が減つて居るが、西洋のカソリック教國などにはまだ相當に多い。又從來西洋の通則であつた離婚禁止の規定の如きは、宗教的法律と謂ふべきである。我國では古來の宗教たる佛教が例へば結婚離婚等の問題に干與しようとしなかつたし、

現在は又信教の自由が憲法上保障されて居る關係上、積極的に宗教規範を内容とする法律はないが、宗教團體を保護統制し宗教の弊害を取締る法律は存し得る。政府は多年「宗教法」の制定を企てて居たが、宗教の内容に干與する嫌ひがあるといふので中々物にならず、昭和十四年に至り「宗教團體法」として成立した。次に

**道德的法律** が法律中に於て重きをなすことは、昔も今も變りがない。刑法は殆ど全部道德的法律であつて、素人は法律と言へば直ぐに「殺すなかれ」「盗むなかれ」の刑法を聯想する。民法に於ても道德的規定が其中心をなして居る。禮儀が昔の中國では法律の代用をしたことは前に述べたが、今日では

**禮儀的法律** は餘り多くあるまい。宮中の御儀式に關する法律がある。陸海軍禮式の規則もあつた。同様に

**風俗的法律** も餘り多くない。ここで「風俗的法律」といふのは所謂「慣習法」とは違ふ。慣習法は法律が慣習の形式で行はれるものであるが、ここで謂ふのは「風俗規範」を内容とする法律である。諸種の制服に關する法律などがそれである。絹物を著てはいけないの、どういふ髪飾をしてはならぬのといふかの水野越前守の奢侈禁止令なども其一例か。要するに禮儀と風俗とは

今日では禮儀・風俗其ものとして行はれ、法律の内容をなさぬのを原則とするが、其反對に近來技術的法律が著しく多くなつて來た。家屋が丈夫か否か火が付き易いか否かは、人家のまばらな田舎なら其家だけの問題だが、都會地では共同生活の問題である。瓦屋根は殺風景だと言ふ風流人も、町の真中に茅葺屋根を造ることは許されぬ。更に都會の中心地になると、必ず鐵筋コンクリートでなければならぬといふ様なことになる。其他高さは三十一メートル以下とか、階段はいくつ附けねばならぬとかいふ様なことが、「市街地建築物法」などといふ法律で定められる。狸の土舟の様なものを造られては旅客、荷主が迷惑するから、「造船規程」といふまるで造船教科書の様な法律もある。「電氣事業法」の細則などになると何ヴォルト何キロワットで法律家の手に負へず、「米穀統制法」の米價公定の標準所謂「率勢米價」の如きも非常にむつかしい専門技術的なものだ。「度量衡法」第一條第二項「メートルハ融解シツアル純粹ノ水ノ氷ノ溫度ニ於ケル實際メートル原器ノ示ス所ノ長トス」の如きも好個の適例だ。これらの技術的法律が近時著しく増加して法律中のかなりの部分を占めることになつたのだが、從來普通に法律と謂ふものの中多數の且重要なものが實は技術的法律なのである。例へば議院法・貴族院令及び衆議院議員選舉法は、如何なる議會制度を採り又其議員を選定するに如何なる方法を以てするが國政を議せしむる上に

最も適當か、といふ政治技術問題である。裁判所構成法・民事訴訟法・刑事訴訟法等は、如何なる裁判所の組立と如何なる訴訟手續とによつて是非曲直の公正にして慎重なる判断が遂げられるべきかの司法技術問題である。又商法中會社・手形・保險等に関する規定は技術的法律たる色彩が著しい。從來法律といふものは道德的の「スペシ」「ムベカラズ」の規則即ち

行爲法 である様に考へられたが、しかし斯様な命令禁令でない

組織法 とでも謂ふべき法則も頗る多く、それらは大部分技術的法律である。現に大體に於て道德的法律たる民法に於てさへも、第一條「私權ノ享有ハ出生ニ始マル」第三條「滿二十年ヲ以テ成年トス」第二一條「各人ノ生活ノ本據ヲ以テ其住所トス」等、「スペシ」「ムベカラズ」でない規定はいくらかもある。要するに道德的意義よりもむしろ技術的色彩の強い法律が現在に於て存外に多いのである。さて斯様に第一次社會生活規範の内容が第二次社會生活規範たる法律になるのであるが、第一次規範の全部が第二次規範になるのではないこと、及び第一次規範は第二次規範たる法律中に取り入れられることによつて第一次規範たるを失ふものではないこと、を特に留意すべきである。これを

道德と法律

とについて今一度説明しよう。便宜上前記問題の順序を逆にするが、道德規範は

法律になつたからとて道徳でなくなるのではない。「殺すなかれ」「盗むなかれ」が刑法に規定されても、その道徳的價値は増しこそすれ減りはせぬ。而して我々が殺さず又盗まぬのは、刑法第何條がこわいからではなく、先祖累代の道徳的訓練の結果殺さうの盜まうのといふ氣持が起らない様になつて居るのであり、又さうなくては理想的でない。願くは「心ノ欲スル所ニ從ヒテ矩ヲ踰エズ」といふ様になりたうものだ。而して又法律の内容の全部が道徳規範でないことは前に述べた通りであつて、技術規範等道徳に直接關係のないものが随分多いと同時に、道徳規範の全部が法律になるのではなく、むしろ道徳の眞髓たる最高の部分は法律にはなり得ないのである。例へば「孝は百行の基」で最高の道徳だが、フランス民法第三七一條の様「子ハ年齢ノ如何ニ拘ラズ父母ヲ尊敬セザルベカラズ」と規定して見た所で、それで子が親孝行になるものでもなく、そこまで法律に規定してしまつては親孝行の神聖を害する。實はイヤだけれども民法にあるので仕方がないから親孝行しようといふのでは困る。孝行について法律が規定し得ることは、刑法第二〇〇條に「自己又ハ配偶者ノ直系尊屬ヲ殺シタル者ハ死刑又ハ無期懲役ニ處ス」とある様に、極端な親不孝を重く罰することと、民法第九五七條に扶養を受くべき者の第一に親を擧げた様に、最小限度の親孝行を命ずることとだけである。而してこの最小限度の孝行をさへせぬ様では不孝

の子に相違ないが、民法上の扶養の義務を盡したからとて、芳名を二十四孝に列する譯には行かぬ(版有開法學一〇九話)。論語爲政第二

「子游孝ヲ問フ。子曰ク、今ノ孝ハ是レ能ク養フト謂フ。犬馬ニ至ルマデ皆能ク養フ有リ。敬セズンバ何ヲ以テ別タンヤ。」

の一節は其意味で頗る面白い。子游は恐らく父母にうまい物をたべさせ暖いものを著せて、天晴れおれは親孝行であらうがなと得意だつたのであらう。孔子はそれが癪にさはられたものか、平生の温良恭儉讓に似合はず、かなり強い言葉で、汝の如きは親を飼犬飼馬扱ひするものだ、「敬セズンバ何ヲ以テ別タンヤ」と叱られたのである。この「敬スル」即ち形で御辭儀するだけでなく心から敬愛するといふことは、道徳の領分であつて、法律の觸れ得ない所である。馬を水邊まで曳いて行くことは出来るが水を飲ませることは出来ぬと言ふが、「敬愛」は水を飲む以上に心理的な事だから、法律で「敬愛セヨ」と命じても意味をなさぬ。要するにこの

道徳と法律の區別を明にすることが、學問上も實踐上も大切である。ところで又前に述べた法律學の發達専門化と共に、道徳法律の區別方面が高調されることになつたのは結構だが、今度は道徳と法律の關係が閉却される傾きになつて來た。それでは又困るのであつて、道徳と法律と

は區別あり關係あり、關係あり區別あることを、十分に認識體現せねばならぬ。法律家が道德家であり得ない筈はないのだが、どうかするとさうでないことがあり、又さうでない外観を呈する。世間ではややもすると法律を勉強すると人が悪くなる様に考へる。英國の法律家は頗る評判がよく、所謂「ラーネッド・シメントルマン」として尊敬されるのだが、其英國に於てさへも

善き法律家は惡しき隣人 (Good lawyer is bad neighbour) といふ諺がある。英語で Lawyer は法律家よりむしろ辯護士といふことだが、辯護士として善ければ善い程隣人としては厄介だといふのである。事毎に隣から理窟を持たんで來さうで物騒だ。そちらの庭の木の枝が塀越に何尺こちら地面の上に出た、民法第何條によつて剪除を要求する、昨夜貴家の犬が吠えて安眠を妨害された、精神上の苦痛に對する慰藉料を支拂へ。まさかさうでもあるまいが、さういう風に感じられるのであつて、これは勿論世間の認識不足だが、法律家自身にも全然責任がないとは言へない。私は常に私の法學生に語つた。かの諺は我々法律家にとつて痛い攻撃であると同時に、甚だ心外な侮辱である。諸君は此諺を引くり返して、「善き法律家は善き隣人」と訂正させねばならぬ。其角の句と傳へられるが、「梅が香を隣は荻生惣右衛門」といふのがある。江戸日本橋蠣殻町で荻生惣右衛門即ち徂徠先生の隣家に住んで居ることを喜んだ句で、道德家の大先生が隣に住んでこ

ざると思ふと、特に御附合をして居るのではなくとも、梅が香が垣根越に馥郁と通つて來る様な氣持がするといふのだが、どうか斯うありたいものだ。法律とは何か。社會共同生活の準則である。それを學んだ人たる以上法律家は最も社會共同生活に適した人でなくてはならぬ筈である。然るに從來の教へ方學び方が悪かつたためか「惡しき隣人」呼ばはりされるのであつて、誠に残念な事だ。諸君にしても辯護士ならば、願くは昭和の其角をして「梅が香や隣は法律事務所なり」と吟せしめよと。要するに道德法律の區別關係を十分に會得せぬ所から、前述の法律萬能思想にも陥るのであり、而して又法律規定の眞精神をも理解し得ないことになる。例へば民法に消滅時効 といふ制度があつて、借りた金でも十年間催促されなければ返さなくともよいことになる。一年二年三年の短い消滅時効もある。これは一寸考へると甚だしく不道德な法律の様だ。しかし債權者の方としても、永年催促もしなかつた貸金の古證文を持ち出して裁判づくで取らうとするのは、これ亦穩當を缺くことであり、裁判所も安心して裁判が出来ないから、法律は左様な請求を取上げないといふだけの話である。法律上の義務はそれで消滅するが、道德上の義務まで消滅するのではない。たとひ時効にかかつて居ても覺えのある借金は進んで返すのが道德であつて、返さないでも大威張だといふ譯ではあるまい。民法第七九二條に

夫婦間の契約 は夫婦のどちらからでも取消せるといふ規定がある。最も誠實なるべき夫婦間に於て嘘をつき合つてもよいといふ風に聞えて、甚だけしからんことの様だが、決してさういふ意味ではない。夫婦間の出来事は結局法律問題ではないといふだけのことである。帯を買つてやると約束しながら買つて呉れぬとて、妻が夫を相手取つて裁判所に帯一筋贈與豫約履行請求の訴を起す様になつては、夫婦の間柄はメチャクであり、元來夫婦間の契約が法律を當てにしたものではないのだから、それで裁判所が夫婦喧嘩を取り上げぬに外ならず、謂はば夫婦間の約束を法律以上に神聖なものとしたのである。要するに法律だけを見て其奥に道德があることを考へぬと、法律といふものが誠に妙なものになつてしまふ。私は中學時代に三國志の邦譯本を愛讀したもので、蜀の照烈皇帝劉備が太子劉禪への遺訓を孔明に託する條などは最も感激した場面であつたが、其遺訓の一節「惡ハ小ナルヲ以テ之ヲ爲スコト勿レ、善ハ小ナルヲ以テ爲サザルコト勿レ」といふのを今も記憶して居る。それから思ひ附いて、「善ハ足ルコトナシ、惡ハ足ラザルコトナシ」といふ格言らしいものを拵へた。それを道德法律の關係に當てはめて見ると、法律の内容は必しも道德的なものばかりではないから、法律の違反が時には左程重視されないことがあり得るが、既に國法として規定された以上、其違反は即ち「惡」であつて、たとひそれが「小惡」であらうとも、

「惡ハ足ラザルコトナシ」、法律の不遵守そのものが既に十分な「惡」である。反對に法律の遵守はそれ自身「善」であるが、「善ハ足ルコトナシ」、それだけではまた十分な「善」であり得ない。此意味で私は

法律は最小限度の道德 なりと言ひたい。即ちこれだけは是非守らねばならぬが、それを守ることは必しもまた至徳ではないのである。斯くして道德と法律との區別關係は頗る微妙であつて、「惡法ト雖モ法ナリ」「法ノ不知ハ辯解トナラズ」(刑法第三八條 第三項參照) などといふ從來の法律格言についても、再検討の必要がある(護法室夜話 六八話)。要するに前述個體・全體の關係が十分に認識されて居ないことが今日の思想不安定の第一原因であり、道德・法律の關係の認識不足が其第二原因であるが、其第三原因は

目的と手段・行爲と動機 との混淆である。「目的は手段を擇ばず」といふ考へ方が今日の危險思想の隨一であつて、屢々遺憾な事件を惹き起すが、他方又、何事をも手段視する考へ方、例へば教育についても明治以來、初等教育は中等學校入學の手段、中等教育は高等學校入學の手段、高等學校教育は大學入學の手段、大學教育は就職の手段といふことになり、教育其もの學問其ものを目的としなかつたことが、若しく現代人を卑俗ならしめた。ところで從來道德は動機を主題と

し、法律は専ら行爲を取扱つた。成程確にさういふ傾向はあるのであつて、新約聖書に「凡そ婦をんなを見て色情を起す者は心中すでに姦淫したるなり」(馬太傳五)とあるが、それだけではまだ法律問題をならず、反對に又、親孝行のための盗みでも竊盜罪には相違ない。しかしながら宗教・道徳に於ても心で尊敬して居れば御辭儀しなくてもよいといふのでは勿論ないし、法律に於ても近來著しく動機を問題にする。例へば明治十三年の刑法第二九二條には「豫メ謀テ人ヲ殺シタル者は謀殺ノ罪ト爲シ死刑ニ處ス」とあつた。しかしこの所謂謀殺にも色々動機があり得ること故、動機の如何を問はず死刑といふのでは、酌量減輕で多少の手加減が出来たにしても、實際問題に當つては随分困つたらうと思ふ。例へば所謂親子心中で、母親が子供をおぶつて川へ飛び込んだが、自分は助つて子供は死んだ。「豫メ謀テ人ヲ殺シタ」には相違ないから、正に謀殺で死刑に當る。まさか起訴もしまいが、もし持ち出されると裁判所が大きに困る。ところが明治四十年の現行刑法第一九九條では、「人ヲ殺シタル者ハ死刑又ハ無期若クハ三年以上ノ懲役ニ處ス」といふことになつて居る。それ故かの山本有三氏の悲劇「嬰兒殺し」の様なのが起訴されても、酌量減輕で二年以下の懲役に下げ(刑六六條)、執行猶豫の恩典に浴せしめることが出来る(刑二五條)。即ち動機を問題になし得る範圍が著しく擴大したのだ(二二六條)。又民法に於ても、例へば第九〇條「公ノ秩

序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行爲ハ無効トス」とある「目的」とは、動機の意味でなくて「内容」の意味だから、出刃庖丁の賣買、部屋の賃貸借といふ事項自體が公の秩序、善良の風俗に反しない以上、其動機が殺人のためであり賭博場開張のためであつても、其取引は有效である、と從來解釋され來つた。しかし近頃では、もしその公の秩序・善良の風俗に反する動機を相手方も知つて居り又は知り得べかりし場合には其取引の效力を認むべきでない、と動機を勘定に入れて解釋される様になつて來た。要するに道徳は心を修めて形に及ぼさんとし、法律は形を制して心に遡らんとするのであつて、其方向は異なるけれども、彼は動機の規範なり此は行爲の準則なりといふ程ハッキリした境界線を引くことは出来ない。更に又

動機の有無を以て法律・道徳の區別の標準とする考へ方が從來行はれた。即ち道徳には制裁がなく、法律には制裁がある、といふのである。成程大體はさう言へるであらうが、煎じ詰るとこれも截然たる區別の標準にはならぬ。道徳に背いた行爲をした場合にはただ良心の苛責があるのみだ、と言ふが、もしさうとするならば、其苛責さへ感ぜぬ程良心の痲痺した人に出會つては、道徳は權威なきものになつてしまふ。道徳違反に對しては社會的制裁がある。即ち社會がそれを批難し世間の評判が悪くなるのが社會生活上の制裁であつて、時にはそれが具體的に形に現れ

る。例へば我國で今でも行はれる「村八分」<sup>むらやちぶ</sup>即ち部落生活から除け者仲間外れにされることなどがそれであつて、正當な理由による「村八分」を是認した判例もある<sup>(判例百話 二四話)</sup>。法律違反に對しては明白な制裁のあるのが普通だが、

制裁のない法律 もあり得るのであつて、制裁がないから法律でない、とは言ひ得ない。早い話が

憲法 の如き、憲法違反に對する制裁は憲法中には規定されて居ないが、それにも拘らず憲法は最も權威ある國法であり、逆に憲法の權威は區々たる制裁なき所に存する、とも言ひ得る。又未成年者喫煙禁止法・未成年者飲酒禁止法 の如き、禁止の眼目は第一條「未成年者ハ煙草ヲ喫スルコトヲ得ズ」「未成年者ハ酒類ヲ飲用スルコトヲ得ズ」であるが、其禁止に背いた未成年者其人に對しては制裁がなく、煙草・酒類及び器具沒收の行政處分と、親權者其他の監督者及び煙草・酒類の供給者に對する罰金・料金の制裁があるのみである<sup>(法憲夜話一七・一八話 讀法憲夜話三三話)</sup>。更に又無制裁法律の好適例は、今では死法となつたが、昭和六年の

入營者職業保障法 であつて、(一)「何人ト雖モ被備者ヲ求メ又ハ求職者ノ採否ヲ決スル場合ニ於テ入營ヲ命ゼラレタル者又ハ入營ヲ命ゼララルコトアルベキ者ニ對シ其ノ故ヲ以テ不利益ナル

取扱ヲ爲スベカラズ」<sup>(條一)</sup>及び (二)「雇備者ハ入營ヲ命ゼラレタル被備者ヲ解雇シタルトキ又ハ被備者ノ入營中雇備期間ノ滿了シタルトキハ其ノ者ガ退營シタル日ヨリ三月以内ニ更ニ之ヲ雇備スルコトヲ要ス」<sup>(條二)</sup>といふのが眼目だが、右の命令の不遵守に對しては制裁がなく、當局官公吏が「懲通」「勸解」を爲し得ることになつて居るのみである。學者は斯様な制裁もなく又直接の効果もない規定を「不完全規定」と稱するが、しかし法律として決して不完全無意義ではないのである。即ち從來は大つびらに君はまた兵役が済んで居ないから採用せぬなどと拒絶され、又は兵役のために解雇され退營後再雇備を拒絶されて一言もなかつたのであるが、右の法律によつて國家はその違法なることを確認聲明したのであつて、即ち前記の如き拒絶は法律問題となり、それによつて損害を受けた者は不法行爲を理由として損害賠償を請求し得ることになつた。要するに法律は普通に其違反に對する制裁又は其規定に従はざるによる無效の結果を伴ふのであるが、斯の如き直接の制裁又は効果なしと雖も法律たることを失はぬのである。然らば法律とは何ぞやといふ最初の問題に再び立ち歸るのであるが、以上述べ來つた所を綜合しての

法律の定義は

「法律ハ社會生活規範ガ社會力特ニ國家權力ニヨツテ強行セラルルモノヲ謂フ。」

といふことになる。ところで抑も「定義トハ何ゾヤ」といふ

定義の定義に遡ると、それは「類概念」と「種差」とを兼備せねばならぬといふことになつて居る。極めて卑俗な例を挙げれば、「牛トハ何ゾヤ」を説かんとして先づ「牛トハ四足ノ獸ナリ」と言へば、牛を含む「類概念」を示したことになる。しかし四足の獸には馬もあり犬もあり猫もあるから、「四足の獸」だけでは牛の定義にならぬのであつて、次に右の類中の他の種との「種差」を挙げねばならぬ。そこで「牛トハ四足ノ獸ニシテもうト鳴クモノヲ謂フ」とやれば、甚だ以て幼稚ながら牛の定義になる。そこで前掲の法律の定義だが、「法律ハ社會生活規範ガ」といふのが類概念である。而して法律は社會生活規範だが、法律以外にも幾多の社會生活規範がある故、他の社會生活規範に對する種差を指摘せねばならぬ。ところがそれが「もうト鳴クモノ」といふ様な簡単な譯に行かぬのだが、試みに「社會力ニヨツテ強行セラルモノ」として見た。尤も他の社會生活規範も結局は社會力によつて行はれるのである。道德は獨りを慎み自己の良心によつて行はれるといふが、その良心なるものが訓練されたのは永年の社會共同生活の結果である。又例へば正月に門松を立てるといふが如きも、門竝立てて居るののうちばかり立てないではといふ社會的壓力によることは前にも述べた所であつて、其社會的壓力が無くなつたら忽ち行はれなく

なつた。しかしながらそれらは組織立てられ具體的になつた社會力によつて「強行」されるといふ程までに外面的でない。「強行」といふと無理強ひといふ風に聞えて言葉が面白くないが、英語の「enforce」に當り、前述第一次社會生活規範に社會力が更に力を加へるといふ意味である。而して社會生活が擴大強化し社會力が十分組織立てられて國家權力となると、それによつて強行される社會生活規範の法律たることが顯著となる故、「特ニ國家權力」と言つたのであつて、現在の國法だけを定義するならば「社會生活規範ガ國家權力ニヨツテ強行セラルモノ」としてもよいのだが、國家以前の社會の法律及び國家よりも廣い社會の法律即ち國際法をも含ませたいので「社會力特ニ」と言つたのである。またどうもスツキヲせぬ憾みがあるが、ともかく一應斯ういふ事にして置いて話を進めよう。



## 第二章 法律の進化

前章に掲げた法律の定義によれば、道德規範とか技術規範とかいふ様な第一次社會生活規範に段々と社會力、後には國家權力が加はつて第二次社會生活規範たる法律になるといふのであつて、即ち

法律は進化するのである。而してこの社會生活規範が法律化する現象は當初は極めて徐々に行はれる。イギリスの法制史に出て來るが、

キングス・ピース、「國王平和」(King's Peace)といふことがある(續法窓夜 話八九話)。それには時間的と場所的とあるが、時間的のキングス・ピースは謂はば「王命平和週間」である。今でもよく「何週間」といふことが催される。例へば「交通安全週間」といふ。交通事故のない様に注意せねばならぬのはいつとても變りはないが、一年中緊張して居るのは中々むづかしいので、特に何月何日から何日までを安全週間と定め、立札を出したりポスターを貼つたりして、電車自動車側及び通行人側雙方の注意を促がし、それによつて平生も交通事故防止に意を用ひる様な習慣を附けよ

う、といふのである。大體それと同じ様な譯合で、國家發達の初期には國王の威力が三百六十五日少しの弛みもなく緊張することがむづかしいので、例へば國王の誕生日を中心とする十日間とか復活祭の前後一週間とかをキングス・ピースと指定し、平日に喧嘩したのは法律問題にしないが其期間内の争闘は法律違反として處罰する。斯くして段々と一年三百六十五日の平和を法律的に確保することになるのである。又場所的のキングス・ピースといふのは、國王の權力がまだ全國津々浦々野山の末まで行き互るといふ譯に行かぬ故、差當り一定の地域を限つて治安を維持勵行するのである。例へば王宮の周圍何キロメートルを「國王の治安圈」(pax regia)とする。當時は勿論メートルやヤードではなく、投槍の投擲距離たる「ランス・ショット」(lance-shot)が前記治安圈の廣さを測定する單位になつて居たのは、大砲の著弾距離が國際法上の領海の「ものさし」になつたのと思ひ合せて面白い。即ち宮殿の正門を圓心として六十四ランス・ショットの半徑で畫いた圓内が「不可侵圈」といふ様な譯だつた。然るに其後國王の威權が増すと共に其範圍が擴大して、ランス・ショットでは測定し切れなくなつたものと見え、第十一世紀には「治安圈」の半徑が三マイル三フアロング三エーカーブレッツ九フィート九バーム九バーレーコーン (three miles, three furlongs, three acre-bravths, nine feet, nine palms and nine barley-corns) になつたと

いふ。キッチリ何マイルとしたらよさうなものを、「大麥粒」などといふ小さな端數まで並べた所が、英國風とでも申さうか。更に又英語で追剽の事を「ハイウエーマン」(Highwayman)「街道の人」と言ふのはなぜだらう(續法窓夜 話九〇話)。定九郎が山崎街道で與市兵衛を殺して縞の財布の五十兩を取るといふ様なことはイギリスにもありさうな話で、街道は追剽の職場に相違ないが、此名稱の起りはそんな常識的なことばかりではなく、やはりキングス・ピースに因縁があるらしい。即ち當初には野山の末の傷害奪取は法律問題とならず、天下の往來を騒がした「ハイウエーマン」のみが處罰されたのである。例へばウィリアム征服王(在位一〇六六—一〇八七年)及びエドワード懺悔王(在位一一〇一—一一三五年)の法律は、丁度日本の昔所謂四道將軍の東海・北陸・西道(山陽)・丹波(山陰)といふ如く、都から四方に通ずる幹線の交通路を

キングス・ハイウエー と指定し、右の四「國王街道」に於て「旅客ヲ殺傷又ハ毆打スル者ハ之ヲ國王ノ治安ノ紊亂者」として處罰したのであつて、やがてそれが段々に擴充されて國王の權力が全國に行き互ることになるのである。これはホンの一例に過ぎず、元來人類社會に如何にして法律が發生發達したかについては色々の筋道のあることで、一概には言へないが、試みに今一つの方面を引例すると、

法律は復讐から 發達したと考へられる。人間には他から害を受けると其仕返しをしようとする自然的本能的の氣持がある。「子のあたまぶつた柱に尻をやり」といふ川柳がある通り、だいて居る子のあたまを自分の粗相で柱によつて置きながら、「憎い柱だ、ぶつてやりませう」と柱を叩いて見せて泣く子を納得させる様な氣持が、今日でも多分に残つて居る。これは祖先傳來で、大昔にはモット強い本質的な氣持だつたらうと思ふ。當時に於て人類が安全に生きて行くためには、復讐が必要だつたことが想像される。侵害されながら泣寝入にしてしまふ様では其種族は滅亡を免かれぬ故、復讐は種族の自衛作用である。従つて又復讐は個人的にのみ行はれるのではなく、「部落復讐」又「血族復讐」であつて、甲部落の者が乙部落の羊を盗むと、乙部落の者が仕返しに甲部落の牛を奪ひ、Aなる一族の一人がBなる一族の者に殺されると、A血族の者が必しも下手人ならぬB血族の一人を殺すといふ具合である。而してそれによつて各自の腹いせになると同時に、他人に害を加へるところにも害を加へられることを經驗し考慮して互に警戒自重することになるのである。復讐はおのづから社會の安寧秩序保全の役目、今から謂へば法律の役目を勤めて居た次第である。斯様に未開の人類社會に於て復讐が大切な働をしたことは、古代の記録に段々とあらはれて居るが、我々が手軽に見得る書物としては、舊約聖書に面白い材料がある。舊約聖書は宗教

上の大切な經文であること申すまでもないが、同時に古代のユダヤ人の生活及び思想の貴重な記録である。其中に「生命にて生命を償ひ、目にて目を償ひ、齒にて齒を償ひ、手にて手を償ひ、足にて足を償ひ、焙にて焙を償ひ、傷にて傷を償ひ、打傷にて打傷を償ふべし」(田埃及記二一章二三―二五)とあつて、被害と同程度の害を加へて仇を報いる所謂

反座の主義があらはれて居る。かくして當初は復讐によつて社會の秩序が保たれて居たが、其中に段々と復讐の弊害が著しくなり、人文が進むに連れて社會一般が其過酷不合理に氣が附いて來た。即ち利害愛憎の渦中に在る當事者間に於ては、時に復讐が適當な程度と範圍とを超えることもあり、却つて社會の安寧秩序を害する所から、段々と復讐に制限を加へる様になつて來た。やはり舊約聖書に

逃遁邑 といふ制度の事が詳しく出て居るが(田埃及記二一章一三、民數紀略三五章一〇一)、復讐制限の面白い一例であり、法律發生現象を具體的に示して呉れる。「逃遁邑」は「のがれのまち」と訓ませ、英譯聖書には「シタイ・オヴ・レフューヂ」(city of refuge)とある。この「レフューヂ」(避難場)なるものは社會學上法律學上面白い現象で、寺院に逃げ込めば如何なる大罪人も刑罰を免かれる、といふ様な事柄は諸國の古代にあつたらしい。我國で有名なのは、下總小金の一月

寺で、諸國の浪人、今日で謂へば國事犯人政治犯人が逃げ込んで追捕を免かれる盧無僧寺であつた。仙石騷動の講談に忠臣神谷轉かみやうたたが此寺に避難する條がある。又相州鎌倉松ヶ岡の東慶寺及び上州新田郡世良田村徳川郷の満徳寺が、妻が離婚を欲して夫が承知せぬ場合の「驅込寺」「縁切寺」であつた。この東慶寺及び満徳寺は實際上一種の離婚裁判所の作用をしたのであるが、ユダヤの「逃遁邑」が亦裁判制度の萌芽であるのも面白い。舊約聖書によれば、エホバ神がモーゼに「逃遁の邑を選び定め、誤りて知ずしに人を殺せる者を其處に逃れしめよ。是は汝らが仇打する者を避て逃るべき處なり。」

と教へたといふことになつて居る。その逃遁邑は適當の距離を保つて六つ設けろといふことになつて居るが、過つて人を殺した者が故意謀殺の殺人者と無差別に復讐されては餘りに苛酷であると氣付いたところから、斯うした避難場が出来る様になつたものであつて、勿論エホバの神授モーゼの發明ではなく、社會の必要から生れた制度と思はれる。即ち舊約聖書に

「素より惡むことも無く知らずしてその隣人を殺せる者、例ば人木を伐んとてその隣人とともに林に入り、手に斧を執り木を研んと撃おろす時に、その頭の鐵柯より脱てその隣人にあたりて之を死したるが如きは是なり。……恐くは復仇する者心熱してその殺人者を追かけ、道路長

きにおいては遂に追しきて之を殺さん。然るにその人は素より之を惡みたる者にあらざれば、殺さるべき理あらざるなり。」

とあつて、故意と過失とでは責任が違ふといふ様なことが問題になつて居る。そして

「斯る者は是等の邑の一に逃れゆき、邑の門の入口に立てその邑の長老等の耳にその事情を述べし。然る時は彼ら之をその邑に受け、處を與へて己の中に住しむべし。假令仇打する者追ゆくとも、彼らその人を殺せる者を之が手に交すべからず。」

とある。甚だ亂暴な設例だが、曾我の仇討といふことにして説明する。今假に東京の駿河臺が逃遁邑になつて居るとする。曾我兄弟が工藤祐經を赤門前で見附けて、親のかたきと追つかける。祐經は本郷通を御茶の水指して逃げて来る。順天堂病院あたりで追ひ附いて斬つてしまへば問題はないが、工藤の足が早くて駿河臺へ逃げ込んでしまふと、十郎五郎も御茶の水橋から内へ追つてはいることは出来ない。すると駿河臺の長老達（舊約のユダヤは長老政治であつた）が出て来て、祐經にどうした譯だ、と尋ねる。工藤が答へて、曾我の十郎五郎なる者が刀を抜いて追つかけるから逃げ込みました、と言ふ。そこで長老達が御茶の水橋へ出て見ると、成程曾我兄弟が、取り逃がしたか残念や、といきり立つて居て、工藤祐經は我等が實父河津三郎祐泰を殺した仇である

から御引渡を願ふ、と要求する。工藤に聞いて見ると、河津を殺したのは大見八幡二人の者で、自分の知つた事ではない、と陳する。曾我兄弟の方では、成程手を下したのは大見八幡だが、工藤が教唆したのだから、祐經こそ正しく父の仇なれ、と言ひ張る。この雙方の言ひ分を長老達が判断して、曾我兄弟の主張が正しいと見れば、工藤を御茶の水橋から外へ追ひ出すと、所謂「祐經は二度目の太刀が深手なり」といふことになる。もし又工藤の辯解を理由ありと認めれば、曾我兄弟を追ひ返して、祐經はほとぼりのさめるまで逃遁邑にかくまつて置く。この逃遁邑の長老達の審判が今日で謂へば裁判であつて、即ち

## 裁判の萌芽

は此様にして生じたものと想像される。而してこの原始的裁判が重なるに段々に、

「もし鐵の器をもて人を撃て死しめば是故殺なり。故殺人はかならず殺さるべし。また人を殺すほどの木の器を執て人を撃て死しめなば是故殺なり。故殺人はかならず殺さるべし。……もし又怨恨のために人を推しましたは意ありて人に物を投うちて死しめ、または敵の心を挟み手を以て人を撃て死しめなば、その人を撃たる者は必ず殺さるべし。是故殺なればなり。……然どもし敵の心なくして思はず人を推しましたは意なくして人に物を擲ち、または人あるを見ずして人を殺すほどの石を之に投つけて死しむること有んに、その人これが敵にもあらずまた之

を害せんとせしにもあらざる時は、……その人を殺せる者を仇打する者の手より救ひ出……すべし。」

といふ様な法律が発生發達するのである。勿論法律の起源は一元ではなく、種々の動因があり得るが、

復讐の制限 も確に法律發生發達の一つの姿だつたに相違ない。即ち昔は復讐が自由であつたが、それが段々と制限されることになつて來た。例へば我國の徳川時代にしても、侍が敵討に出かけるには殿様の許可を得なければならず、又相手を發見してもイキナリ切り掛けてはいけず、他領でめぐり會つた場合にはその領主に届け出で、檢視の役人の出張を願ひ竹矢來を廻した中で仇討するのが正式、といふ様な譯であつた。或は又親が子の、兄が弟の仇を討つといふ様な逆の敵討は許可されず、「またがたき」は禁止された。例へば工藤祐經が河津三郎を殺したから其子の十郎五郎が祐經を討つ、そこまでは宜いが、今度は工藤の子の犬坊丸が「親のかたき」と曾我兄弟を討つ、すると曾我兄弟の子が犬坊丸をといふことになつては、所謂「いたちこつこ」で實際がない故それを禁するのである。而して其制限が更に一段進むと、個人の仇討を許さないで、官に告訴させて官憲が犯人を逮捕處罰し、ただ死刑執行の際被害者の子に太刀取りをさせて孝子の

情を全うさせるといふ様なことになる。即ち國家の力が段々と個人のを制限し、終にはそれを取つて代るのであつて、ここに法律が発生發達してやがて完成するのである。元來我國では敵討が美事善行として讚美され獎勵された。舊劇には敵討を仕組んだものが非常に多い。以前は正月には各劇場必ず「曾我」の狂言を出したものだ。又かの「忠臣蔵」は、劇場の不振な場合にこれさへ出せば忽ち大入大當りで景氣が建て直るといふので芝居道の「獨參湯」と言はれた。「獨參湯」は特效の氣附藥である。而して其忠臣蔵即ち赤穂義士の仇討にしても、義士が切腹を命ぜられたのは復讐がいけないといふのではなく、徒黨を組み飛道具を以て將軍家御膝元を騒がしたといふのが罪状なのである。ところが明治時代になつてから、復讐についても維新が行はれた。それは

江藤新平の復讐禁止令 であつて(續法憲夜話九、六一—〇〇話)、右の如き復讐禮讃の徳川時代を離れると直ぐ様の事であるから、非常な大英斷と謂ふべきである。明治の當初に於ては、急場の間に合せとして、刑法は徳川時代のもの其儘用ひたのであるが、間もなく「假刑律」なるものが出來た。これも内容は徳川時代其儘であつて、其中に

「祖父母、父母イナリ毆カウキヨウニシタレ死ニ至、因テ行兇ノヲ殺スハ無ロシズルナカレ論」

と規定されて居た。即ち親の仇討は無罪であつた。其後段々と議論があつて、親の仇だからといつて勝手に人を殺したのを全然不問に附する譯には行かぬといふことになり、明治三年十二月二十日に發布された「新律綱領」では、祖父母・父母が殺された場合に子や孫が勝手に仇討をする

と笞刑、といふことに定められた。しかし笞刑なるものは打ち手や數取り役の手加減でどうにでもなることだから、結局所謂「ノミナル・ペナルティー」(名義罰)に了りさうなものであつた。然るに明治五年、明治當初の法律制度確立の大功勞者たる江藤新平が司法卿となるに及び、我國を完全な法治國にしようといふ考から、堂々たる意見書を添へて復讐禁止令の原案を今日で謂はば閣議に提出した。其意見書は實に卓見であり又名文であるから、割愛するに忍びず、其全文を掲げると、

夫復讐ハ其父兄不幸ニシテ兇惡ノ殘害ニ逢ヒ痛憤迫切ノ至情ニ出ルモノニシテ、其仇或ハ力強ク勢熾ナルヲ以テ、微志ヲ抱テ其便ヲ相伺ヒ、或ハ其隱匿遁逃スルヲ以テ、險阻ヲ跋涉シ、風露霜雪ヲ侵冒シ、數年ノ身心ヲ焦勞シ、之ヲ追尋報殺シ、或ハ未ダ其踪跡ヲ尋ネ得ズ、中道恨ヲ吞ミ以テ死シ、其子又々志ヲ繼ギ、始テ其冤ヲ雪スルノ類、其事情ニ於テハ憫諒ス可キガ如キニ候ヘ共、人ヲ殺ス者ハ必ズ之ヲ殺スハ古今ノ常法、而シテ之ヲ殺スヲ得ルハ司法ノ特權ニ

有之、苟モ其職ニアラザルモノノ擅殺ヲ得可キニ非ズ。故ニ父兄ノ仇ヲ復スト雖モ、畢竟私義ヲ以テ司法ノ公權ヲ犯スモノニシテ、固ヨリ擅殺ノ罪ヲ免ルル者ニ非ズ。全體法明ラカニ律嚴ニシテ、人人畏避スル所ヲ知り、罪科ヲ犯スモノ少ク、若シ人ヲ殺スノ兇惡アラバ、必ズ之ヲ逮捕シ之ヲ誅殺シ其罪ヲ逃ルルヲ得ズ、天下ノ者ヲシテ仇ノ報ズ可キ無キニ至ラシムルハ司法ノ主務トスルトコロニ有之候處、從來ノ風習ニテ自カラ其仇ヲ復セザレバ以テ恥辱トナシ、以テ子弟ノ分ヲ盡サザルモノト相心得、郷黨モ亦タ以テ不孝ト看做シ相齒ヒセザルヨリ、之ガ爲メニ故里ヲ離レ、家産ヲ破リ、妻孥其所ヲ失ヒ、祖先ノ祭祀モ奉ズル能ハズ、尤甚敷ニ至テハ、其理ノ當否ヲ顧ミズ其事ノ故誤ヲ問ハズ、濫リニ復讐ノ義ヲ挾ミ相構害スルノ弊害ヲ生ジ、苟モ之ヲ禁止セザレバ、輾轉相仇トシ互ニ擅殺スルノ端究極スル時無之、遂ヒニ司法ノ權不相立而已ナラズ人民ノ安寧ヲ妨礙致シ候ニ就テハ、自今以後ハ父兄ノ殘害ニ逢ヒ候モノハ事情ヲ明白赴懇シ、官ヨリ其兇惡ヲ處刑スルヲ相俟テ、私ニ復讐致候義ハ一切令禁止、互ニ相擅殺スルノ源ヲ塞ギ候様致度、仍テ御布告案相添此段候也。

といふのである。此提案に對しては、「君父ノ仇ハ俱ニ天ヲ載カザル」は忠孝の極致なるが故に罰すべからずといふ反對もあつて、相當議論があつた様だが、江藤の主張が遂に採用され、翌明治

六年二月七日太政官布告第三十七號を以て復讐禁止令が發布された。その本文は

人ヲ殺スハ國家ノ大禁ニシテ人ヲ殺ス者ヲ罰スルハ政府ノ公權ニ候處、古來ヨリ父兄ノ爲ニ讐ヲ復スルヲ以テ子弟ノ義務トナスノ風習アリ、右ハ至情不得止ニ出ルト雖モ、畢竟私憤ヲ以テ大禁ヲ破リ私義ヲ以テ公權ヲ犯ス者ニシテ、固擅殺ノ罪ヲ免レズ。加之甚シキニ至リテハ其事ノ故誤ヲ問ハズ其理由ノ當否ヲ顧ミズ、復讐ノ名義ヲ挾ミ相構害スルノ弊往々有之、甚以不相濟事ニ候。依之復讐嚴禁被 仰出候條、今後不幸至親ヲ害セラルル者於有之ハ、事實ヲ詳ニシ速ニ其筋ヘ可訴出候。若無其儀奮習ニ泥ミ擅殺スルニ於テハ、相當ノ罪科ニ可處候條、心得違無之様可致事。

といふのであつて、其趣旨は勿論文章も大體江藤新平提出の布告案其儘であるが、原案には「嚴科」とあるを「相當ノ罪科」と改めたといふ風に多少緩和されて居る。そこで江藤司法卿はそれに満足せずして更に其主張を強調したものと見え、追つかけ同年四月二日の太政官布告第二百十號が出て親の仇討も普通の謀殺を以て論じ斬罪に處する、といふことになり、復讐なる私刑が禁歴されてここに國家の權力が確立した次第である。以上復讐を制限するために裁判が起り、復讐といふ個人の力に代つて國家の力が伸びて來た過程を説明したのであるが、これはただ法律進化

の一面を示したのみで、其他にも色々法律發達の筋道はあり得る。例へば私法方面でも、昔は私的差押 が行はれた。即ち借金を返さなければ貸主自身が借主の所へ押しかけて家財道具を持ち歸り、甚しきに至つては借主又は其家族を引つばつて來て奴隸にするといふ様なこともあつたが其後人身差押が是認されないのは勿論、國家の裁判を受け執達吏といふ公吏の手を経なくては差押が出来ないことになつて、今日の民事訴訟及び強制執行・破産等の制度が發生發達した。要するに法律進化の重要な一徑路は

私力の公權力化 なりと謂ひ得る。

## 第三章 法律學說

法律學說の發達分派等を詳説するのは、法律學史の任務であつて、法學通論の領分ではない。ここではやはり「法律とは何ぞや」の説明の補足延長として法律學說の大體の傾向を説くに止める。「法律とは何ぞや」の從來の考へ方を大雜把に分けると三つになる。それを早分りのために漢字で標識すると、「在」と「作」と「成」、ドイツ語に當籤めると„Sein“と„Machen“と„Werden“といふことになる。先づ第一に

法律は「在」なり 即ち法律は自然に存在するのだと、いふ考へ方がある。その考へ方にも古代・中世・近代の三段があるが、古代に於ては法律は往々神授即ち神様からの授り物と考へられた。ここに「自然」と謂ふのは「人爲」に對する意味であるから、神授法も人間に取つては自然存在であつて、即ち法律は神意の發現にして人間の作れるものにあらずといふ考へ方である。一九〇一年から一九〇二年にかけて佛國政府派遣の探検隊がペルシャの古都スーザの廢址で掘り出した石碑に

バビロン王ハムムラビの法典が刻んであり、それが現在知られて居る世界最古(約四千  
年前?)の成文法であることは有名な事柄だが、其石碑の表面上部にハムムラビ王が日の神シャマシの前に立つて禮拜して居る圖が浮彫にしてあつて、これは王が神から此法典を授けられて居る所をあらはしたのだと言はれる。尤も右の彫像の意味については異論もあるが、ともかくもハムムラビ法典が神意に基づくものと觀念されたことは疑ひない様だ(法憲夜話  
四二話)。又

古ユダヤの法律 即ち舊約聖書に所謂「律法」(おきて)が、エホバ神がシナイ山の上でモーゼに、「十誡」を指を以て二枚の石の板に書いて與へ、其他の細則は四十日かかつて口授筆記させたもの、とされて居るのは周知の傳説であつて(出埃及記三一  
章一三四章)、要するに我々の原始的祖先が法律を神意に「在」るものと觀念したであらうことが想像される(讀法憲夜  
話四六話)。其思想がローマ教會の興隆に伴つて發展したのが、中世の

キリスト教法律學であるが、其代表的學者たるトマス・アキナス(Thomas Aquinas, 1225-1274)は、萬有はすべて神意によつて支配されるものであり、而してこの神意(Voluntas Dei)なるものは「随意」ではなく「定意」であつて、これが「永久法」(Lex aeterna)であり、此永久法の人類を支配する部分が「自然法」(Lex naturalis)、其自然法を特殊の事實に適用せんがために人が作



爲した規則が「人定法」(lex humana)なりと説いた。斯様に法を三種に分けたけれども、自然法は永久法の一部であり人定法は自然法の適用であるから、萬法は畢竟永久法に歸著し、法律は即ち神意に「在」るのである。所でこの「自然法」(law of nature, droit naturel, Nature ht)なる思想は既にギリシャ哲學・ローマ法學にもあらはれて居るが、其觀念が中心になつて一大法律學派を形成し、中世以後フランス革命前後の法律思想政治思想を支配したのが、所謂

自然法論である。これは「人類の自然状態」を觀念の中心とする考へ方である。而して其「自然状態」は神意又は人意によつて存するものではなく、人間の性情に基く自然の状态であつて、それが人類本來の姿であるが、今日の法治國家は人が契約によつて作爲したものであるとする。即ち自然法論者は概ね同時に民約論者であるが、この「民約論」のことは又別に説かう。而して後述の通り或論者は自然状態を善美なりとして國家状態をこれに復歸適合させるのを理想とし、他の論者は自然状態を醜惡なりとして國家状態はそれを避けるために生ずるものとするのだが、いづれにせよ人類の自然状態から出發して理想國家及び理想法を説くのが所謂自然法論である。斯くして自然法論は結局

理想法主義であるが、中世以前の理想法主義と異なる所は、純哲學的純神學的純理論的でない

点である。自然状態の論は畢竟科學的根據のない空想だけれども、宗教改革(Reformation)及び文藝復興(Renaissance)によつて中世以前の各種の束縛から解放されプラトン・アリストテレス乃至教會の權威から獨立した自由研究的新機運の産物であつて、他面當時漸く勃興し來つた自然科學及び個人主義の影響を受けたものと謂ふべきである。即ちギリシャ哲學の目的觀又は中世神學の超自然主義(Supernaturalism)と異なり自然其物を以て決定的なりとする自然主義(Naturalism)の發現であつて、かの文藝上の「自然主義」とも一脈相通するものと思ふ。更に又ギリシャ哲學中世神學の國家主義道義主義を離れて個人の利己的性情に重きを置く實利主義(Utilitarianism)の色彩が著しい。自然法派の開祖と謂はれるのは

フーコー・グロチウス (Hugo Grotius, 1583—1645) であり、彼は名著「平戦法論」(De iure belli ac pacis, 1625) により「國際法の父」として有名であつて(法窓夜話 六四話)、國際法を基礎附けるために諸國の現實法を離れて共通的な自然法に遡つたのは、極めて自然な徑路である。彼は自然法の基礎を人類の天性に求め、自然法は「神ノ不存在ヲ假定スルモ尙ホ存スル」普遍不易の大法であつて、人類の道理性及び社交性に適ふか否かによつて行爲の正邪を判斷する標準となるべき「性法」であるとする。グロチウスは人類の「社交性」(appetitus societatis)を高調するのであつ

て、自ら愛すると共に他をも愛する人類の天性はこれを驅つて自然状態から國家状態に移らせるものであるが、その國家状態形成の唯一の方法は人類の相互契約である、と論ずる。即ちグロチウスの性善説的自然法論であるが、反對に性惡説的自然法論もある。それは「最も理論的ニシテ最も矛盾的ナル思想家」と評された。

トマス・ホブズ (Thomas Hobbes, 1588—1679) の學說である。ホブズが「市民論」(De cive, 1642)「リヴァイアサン」(Leviathan, 1651)「人性論」(Human Nature or the Fundamental Principles of Policy, 1650)等の著書で論じた所によれば、人性は惡であつて一人の自愛心は他人の自愛心と衝突し、人類相互の關係は平和親愛ではなくて猜疑恐怖であり、「人ノ人ニ於ケルヤ豺狼」(homo homini lupus)である。而して自然状態に於ては各人平等萬物共通であるから、「各人對各人ノ戰爭」(bellum omnium contra omnes)を免かれない。しかしそれでは各人はすべての物に對して權利を有して其實すべての物に對して權利を有しないこととなり、生を無上善とし死を最大惡とする自愛利己の人性に適はないから、人類はこの戰爭状態 (status belli) を去つて治安状態 (status pacis) に移らんことを欲し、契約によつて各人固有の自由の全部を或一人又は數人に譲り渡して國家を形成するに至るのだ、といふのである。ところで民約論としてグロチウスの社交性説とホ

ブズの非社交性説とを比較すると、論理的には後説の方が有力かも知れぬ。もし人類が社會生活をなし國家を成すべき性質を固有するならば、特に契約の様な相談はいらぬ筈で、社交性説はむしろ國家自然發達説の前提になりさうである。これに反してもし人類は社會を成すべき性質を固有せずと假定すれば、それが國家を建設するにはどうしても契約がなくてはならぬことになる。これがホブズの論理的と謂はれる所以である。所でホブズの所謂契約による個人の自由の讓渡は絶對的であり、従つてこれによつて生ずる國家主權者の權力も絶對的であり、國民の國法遵守の義務も亦絶對的である。ホブズは、國家は人類の自保性 (suiservandi studii) の要求であるから國家の支配が絶對專制であるだけそれだけ人類自保の目的に適ふ、といふので專制君主制を謳歌するのである。即ち自然法に出發して一意思の專制に歸著し、結局法律は主權者が任意に命ずる所だとするのであつて、立脚は自然法主義、結論は人定法主義、これが所謂ホブズの矛盾である。斯くしてホブズが圖らずも到達した人定法主義は、法律は自然存在なりとする考へ方の反對であつて、

法律は「作」なり とする考へ方である。即ち、法律は人爲なり、人間が作るものであるとするのであるが、成程今日の國法は人爲に相違ない。從來最も行はれた法律の定義に「法律ハ國家ノ

命令ナリ』といふのがある。所謂

國家命令説である。法律を研究するに現實具體的の法規 (the positive law) を分析解剖して其成分組織を明かにせんとする遣り方は、最も常識的實際的であるが、この分析的法律研究の端を開いたのは、第十二世紀イタリーのボロニアに於てローマのユスティニアヌス法典の研究に専念した

註釋學派 (Glossators) と謂つてよからう。其後自然法派の勢力が強かつたため、現行法規を分析註釋する如きは甚だ卑近低級にして法學よりもむしろ法術に屬するものとされ、第十九世紀に至るまでは此方法を採つて法律を論ずる者は却つて稀であつた。所が第十九世紀に入つて

分析法學 が英國に勃興した。英國法學の開祖と稱すべきはブラックストーン (William Blackstone, 1723—1780) であるが、彼はなほ自然法論の影響を免かれなかつた様で、其大著「英法釋義」(Commentaries on the Laws of England, 1765—70) の序論に於て法律則と道德則とを混同して居る。然るに一七九三年から一八〇九年に亙つて其書の第十二版乃至第十五版を刊行したクリスティアン (Edward Christian) は此點に於て原著者と意見を異にし、道德上の正邪と法律上の正邪とは必しも常に一致するものでないことを説き、又ブラックストーンの聽講生だつた

ベンサム (Jeremy Bentham, 1748—1832) も亦師説を駁して、法律は國家の實力に基き違反者處罰の威嚇によつて行はれる國家の命令なりとし、慣習法判例法を排斥して成文法典主義を高調した(法窓夜話六  
七—七二話)。これ即ち分析法學の基礎觀念であるが、ベンサムは現行法論よりも立法學に重きを置いて別に一派を成し、

オースティン (John Austin, 1790—1859) に至つて英國分析法學が確立された(法窓夜話  
六五話)。オースティンは「法學範圍論」(The Province of Jurisprudence Determined, 1832) に於て、「道德ニ反スル法律ハ無効ナリ」といふブラックストーンの論を「無政府ニ導クベキ學説」と批難して、「惡法モ亦法ナリ」と主張した。即ちオースティンは、「法律學ハ現實法律ノ學ナリ」と定義し、法律學の職分は What is law? に答へることであつて What law ought to be? に答へるのではなく、法律學の對象は獨り現實法即ち人定法あるのみとした。即ち一方に於ては自然法論其他の哲學的倫理學の見解を排斥し、他方に於ては立法論を除外する。此學説は今日から見ると至極簡單で何の變哲もないものの様だが、自然法論旺盛の當時に在つては法律學の革命を生すべき新説だつたのであつて、少くも獨斷的研究法即ち法律とは斯ういふものだとは大難把にきめこんでしまふ遣り方に對抗して個々の法律現象を一つ一つ丹念に調べて行く實驗的研究法を確立した大功績がある。

しかし此學說の缺點は甚だ狭ま過ぎることである。これによつて直接に知り得べき所は法律の靜狀即ち現在の狀態のみであつて、法律の動態即ち過去の沿革と將來の動向とに及ばず、ともかくもこれで法律學の全部だとは謂へない。而して「法律ハ國家ノ命令」といふ定義は、發達した法制には當嵌まるが、完全に法律其ものの概念を盡したものでないのみならず、抑も問を以て問に答へるもので、本當の定義になつて居ない。又國家は法律を以て何事をでも命令することが出来るといふ風な例の「法律萬能」的錯覺を起しさうで面白くない。要するに此學說は實質上の難點があるが、ともかくも今日の法律の大部分は形式上國家の命令である。即ち政府の當局官吏が原案を作り、省議閣議で決定し、法制局に廻して磨きをかけ、議會に提出して兩院を通過し、御裁可があつて公布施行されるといふのが、今日の國法中特に典型的な憲法上の「法律」の成立過程であつて、成程法律は人が「作」るものである。ところで面白いことには、法律は自然存在だといふ考へ方と、法律は人爲だといふ考へ方とは、全然正反對の水炭相容れざる觀念の様だが、その二つの考へ方が圓らすも合體一致する。其現象は既に前記ホッブスの學說にも見られたが、その最も著しい現はれは

## フランス民法

其他第十八世紀末から第十九世紀へかけての大法典の編纂である。當時の考へ

方によれば、法律は自然存在だが、何が自然法かといふことを認識し得るのは人間の理性だ、といふのである。かの文藝復興以來個人の自覺著しく、人間一人の力は大了なものだといふ自信がもたれた。そこで我々が眼を閉ちて沈思一番すれば自然の理法歴然として腦裡に浮び、筆を執つて紙に下せば千百箇條の法典一氣呵成すべし、即ち我々の御筆先に現はれ来るものが自然法なり、としたのである。今から思ふと誠に飛んでもない己惚れで、我々の思慮は時に群盲象を探るものであり、僅に探り得たる真相もこれを口にし筆にして到底過不及なきを得ないのだが、當時の法典は自然法の完全充足せる顯現と信ぜられ、從來の慣習法を無用ならしむるは勿論、爾後慣習法發生の餘地なからしむるものとされた。而してこの自然法的人定法思想の棹尾の活躍は實に

ドイツ民法典の立法運動であつた。第十九世紀の初頭、ドイツ諸國はナポレオンの馬蹄に蹂躪されて殆んど其獨立を喪はうとしたが、此時局に刺激されて當時ドイツの學者政治家間にゲルマン民族統一が唱道された。一八一四年ナポレオンがライプツヒヒに敗退した直後、ハイデルベルヒ大學教授

タイボー (Thibaut, 1772-1840) は「ドイツ國一般民法典の必要」(Ueber die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches für Deutschland) と題する論文を發表し、民族統一 (Volksein-

heit)は法律統一 (Rechtsinheit) によつて初めて達し得べしと論じて、全ドイツ共通民法典の編纂が刻下の急務なりと主張した。而して其法典は外國的分子殊にローマ法を排除してドイツの民俗に適應せねばならぬと同時に、其根本は正義及び理性に立脚すべきものである。要するにティボーは當時の國民的自覺を代表しながらもやはり例の自然法論的人定法論者なのであつて、法律は萬世不變萬國共通なものであるから、何時なりとも「作」り得べきものと考へたのである。而してこの法律「作」るべしとの論が時局の波に乗つて將に一世を風靡せんとしたとき、

法律は「成」るものとする論が起つて有力にこれに對抗した。即ちベルリン大學教授

ザヴィニー (Karl Friedrich von Savigny, 1779—1861) は同年「立法及び法律學の現代の要務」(Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft) と題する論文を發表してティボーの説に反對した。法律は「成」るべきものにして「作」るべきものにあらず、Machen すべきものでなくては Werden すべきものである、恰も國語の如く國民の中から自然に發達するものであつて、立法者が創作して國民に授與し得べきものでない、法典の編纂によつて法律を統一せんとするは、辭書を作つて國語を統一せんとするが如し、法律は國民の肢體其ものであつて衣服ではないから、俄仕立にして着用させる譯には行かぬ、ドイツ民族の法律統一を欲せば先づドイツ民族

の法律思想を統一せねばならぬ、要はドイツ法律學の振興に在る。これがザヴィニーの議論であつた(法窓夜話)。この有力な反對論に壓倒されてティボーの法典論は終に當時に採用されなかつたが、ザヴィニーの論も絶対に法典編纂を否認するのではなくて、法律學的準備が先決問題なりとする尙早論だつたのであるから、爾後八十年の論争と研究とを重ねて成つた一八九六年のドイツ民法典は、畢竟ティボー・ザヴィニーの合作と謂ふべきである。所で前記ザヴィニーの議論は、單にティボーに對する駁論たるに止まらず、實に

歴史法學派の烽火であつた。ザヴィニーの前記フーナー(Hugo, 1788—1844)があつて、自然法説を否認し法律學の内容は經驗及び歴史から採らねばならぬと論じ、歴史派の先驅をなしたが、ザヴィニーの前記論文に至つて其説初めて整備し、同時代のプフタ(Puchta, 1798—1846)と呼應して拔くべからざる勢力を成した。此學説は研究方法から觀ると歴史法學だが、内容から觀ると「民族精神説」である。即ち法律は民族精神 (Volkgeist) の發現であつて民族の「法律確信」(Rechtsüberzeugung) なりとする。法律確信は即ちこれが法律だと確信する民族的心理状態であるが、ザヴィニー・プフタ等は此法律確信即ち民族的心理状態を以て法律の本質なりとし、慣習・學說・判決・法文等はただ所謂民族法 (Volkrecht) の發現に過ぎぬと觀る。例へば歴史派

那最要重要視する慣習法の如き、慣習法なるが故に法律なるを以て法律なるが故に慣習法ゆである。而して法律は「民族の根柢」民族の俱に長き民族俱に長きものとする。即ち歴史法學派の特徴は法律を民族的心理的發達の観念所に在りて斯くも歴史法學派の學說は、自然法學說の缺點を匡正し、實際的法律學を振興し、且は各國國法の發達整備に貢獻せられたる學說としてはまだ完璧とは謂ひ難く、

- (1) 國民的特性に着眼したのは宜いが、法律に人類の共通性の存することを忘れた憾みがある。
- (2) 民族即國民と觀るのは「一民・一國・一法」(Ein Volk, ein Reich, ein Recht)の理想論としては一理あるが、必しも過去及び現在の事實と一致せず、歴史派却つて歴史的ならずといふ批難を免かれぬ。
- (3) 「法律ハ法律確信ナリ」といふ定義は循環論法である。法律といふ觀念の先存を認めなくてはさうは謂へぬが、もし法律といふ觀念の先存を許すならば、結局一種の自然法に歸著する。
- (4) 「法律ハ國民精神ノ發現ナリ」といふ論は實際に適はぬ。慣習法は或はさう説明し得るべからうが、成文法は常に必しもさうでなく、國民未知の新制度が立法されることも珍しくない。

而してもし國民精神の發現でなくては法律でないと云ふならば、畢竟自然法論に外ならぬ。

- (5) 法律の發達性を明白にしたのは歴史派の大功績だが、法律の恒久性も亦閉却すべきでない。又法律は無意識に發達すべきもので有意識に創造せらるべきものでないとするのは、餘りに偏狹に過ぎる。此點に於て最も有力に歴史派に反對したのは後述のイェリングだが、彼が法律をすべて意識的目的律の産物なりとするのも、歴史派が法律をすべて無意識的因果律の産物なりとするのも、共に間違である。法律が國民精神の發現なることがあると同時に、法律が國民精神を指導教育することもあり得る。

- (6) 歴史派は其議論の當然の結論として最も慣習法に重きを措く。然るに現代各國の趨勢は、歴史派が慣習法といふ「惰眠枕」(Fauleissen)に安んじて居る間に、益々成文法主義に傾きつつある。

といふ如き事柄が、歴史法學說の缺點として指摘される。而してザヴィエトはその歴史的研究の對象を主としてローマ法を擇んだ(Bücher des heutigen römischen Rechts, 1840)。それは中世法がローマに繼承されるや普通法(Hanse'sches Recht)との対行はれて居たからである。然るに其後別の童話で有名なツェム兄弟(Jakob Grimm, 1795-1863; Wilhelm Grimm, 1786-1859)の如

き民族學者が輩出し、苟くも法律を國民精神の發現なりとせば、ドイツに於ては其固有法たるゲルマン法を研究せざるべからずと主張し、そこでドイツの歴史派中に

ロマニステン・ゲルマニステン (Romanisten, Germanisten) の對立を見ることとなつた。序論中に出て來たギールケはゲルマニステンの代表的學者である。而して當初は、ロマニステンはドイツに繼受される前のローマ法の法源に遡り、ゲルマニステンはドイツに於けるローマ法繼受前のゲルマン古法に没頭して、共に考古癖に偏する嫌があつたが、次第にローマ法繼受後のドイツに於ける法律状態が研究されることになつて、兩派の障壁が漸く撤去され、殊に民法典編纂の大業が成就して後は、もはや二派の對立無しと謂つて然るべき状態になつた。然るにナチス・ドイツに至つて、再びローマ法分子の排除を高調して民法典の改造が計畫され、民族法的空氣が頓に濃厚となり來つた。他方

英國の歴史法學派 としては、メイン (Sir Henry Maine, 1822—1888) が「古代法論」(Ancient Law, 1861) 其他の書を著して實驗的に法律の沿革的原理を論じ、次いでマートランド (Maitland, 1850—1906) 等が出て英國法學を重からしめた。要するに今日の歴史法學はザヴィニー・ブフタの歴史派とは其性質を一變して純科學的となり、又歴史的現實法學から出發して漸く歴史的法理

學に進み、法律が如何にして「成」るかの原理を究めんとして居る。而して法律が歴史的に研究されて各國法諸民族法の特色が顯著となると共に、此等諸法の比較研究が起るのは當然の徑路であつて、それが即ち

比較法學である。法律が地理的人種的產物である事實に著眼し場所的に異なる數個の法制を實驗的に比較研究する學問であつて、(1)諸國家の對立、(2)航海通商の隆盛、(3)植民政策の發達、(4)比較言語學の進歩、等の諸原因により近世に至つて發達した。比較法學に二方面がある。一は開明諸國法制の比較研究であつて、「比較立法學」(législation comparée)と名づけ、他は未開民族法制の比較研究であつて、「人種學的的法律學」(die ethnologische Jurisprudenz)と稱する。先づ

比較立法學は主としてフランスで起つた。ラムブール (Lambert, Fondation du droit civil comparé, 1903) ロギン (Roguin, Traité de droit civil comparé, 1904) 等の代表的學者があるが、元來比較研究には特に共同研究が效果的であるから、個々の學者の著述よりも更に大きな貢獻をしたのは學會である。即ち佛國には一八六九年パリに設立された「比較立法學會」(Société de législation comparée)及び一八七六年司法省に設置された「外國立法調査委員會」(Comité de législation étrangère)があり、一八九四年ベルリンに設立された「國際比較法學經濟學協會」(Internationale

Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre) 及び一八九六年ロンドンに設立された「比較立法學會」(Society of Comparative Legislation) は、いづれも佛國の模範に倣つたものである。次に

人種學的法学 是主としてドイツに榮えたが、其代表的學者はヨゼフ・コーラー (Josef Kohler, 1849—1919) であつた。コーラー博士は著者の恩師であるが、「何でもコーラー」(Aller Kohler) とあだなされた該博な知識技能の持主であつて、此種の研究には打つてつけの學者であつた。而して此學派の研究は今日に於てもまだ断片的記述的たる域を脱し切れぬ様だが、此種の實驗的研究から歸納して綜合的法律本質論に到達することも早晚期待すべく、比較法學の學問的價値は比較立法學よりも却つて人種學的比較法學に在るかも知れぬ。しかし此派の學者が往々陥り易い誤謬は、例へば刑罰の起源が復讐だといふので應報刑主義を固執し目的刑主義を排斥するといふ風に、或制度の起源論に執著してその今日の社會に於ける任務を無視することと、文明社會の片隅に取り残されて居る今日の野蠻人を觀察しそれを以て直ちに原始人類を推論せんとすることである。而して比較法學の研究法には、(1) 國別比較方法、(2) 人種別比較方法、(3) 法系別比較方法の三種があるが、

國別比較方法 は法律が地理的產物であることに重きを置いて、國法を以て比較の單位とする。即ち前述比較立法學に用ひられる方法で、效用が頗る多いが、開明國家の法律についてのみ行はれ得べき方法であり、而して開明國家の法律は後に述べる様に概ね固有法と繼受法から構成され、又例へば米國の如き聯邦制の國に於ては一國內に數法が併存するから、國境を界して法制を比較することが常に必しも適當とは謂へぬ。第二の

人種別比較方法 は、法律が人種的產物であることに着眼して一人種の法律を比較の單位とする。此方法は即ち前述人種學的比較法學の研究方法であつて、未開社會の法律を研究するに適し、開明國家の法律についても國別比較法の缺陷を補ふ役に立つ。第三の

法系別比較方法 といふのは、穂積陳重博士が案出して一九〇四年米國セントルイスに於ける萬國學藝會議に報告したものであつて、一國の法律が固有法と繼受法とから成るといふことを根據として、一國の繼受法即ち「子法」とその模範となつた他國法即ち「母法」との系統的關係なる「法系」を比較の單位とする。而して世界の主要なる法系は、(1) 支那法系・(2) 印度法系・(3) 同々法系・(4) ローマ法系・(5) ゲルマン法系・(6) スラヴ法系・(7) イギリス法系の七大法系なりとするのである (Nobushige Hozumi, New Japanese Civil Code, 2. ed., 1912)。斯くして法律は、或は「在るも



の」と考へられ、或は「作るもの」と説かれ、或は「成るもの」と觀られるのであるが、結局は「奪」作「成」の三方面を兼ね備へるものであることが法律の真相であらう。而してこれは「法律は何か」の問題だが、更に進んで

法律は何の爲めに存するか が問題とされる。此問題を先づ第一に取上げたのは

英國の實利主義 であつて、其主張者は前記のベンサムである。彼は「最大多数の最大幸福」(the greatest happiness of the greatest number)を以て法律の目的とし、特に立法に重きを措いた。此出發點からすれば社會政策的指導立法主義に到達しさうに思はれるが、當時の英國に於ける所謂最大数は中流の商人階級だつたためか、ベンサムは「各人へ彼自身ノ幸福ノ最良ノ判断者ナリ」と言ひ、個人の自由行動に對する制限にして其隣人の同様の自由を確保するに必要なならざるすべての制限を除去することが、法律の目的であるとした。此放任主義(laissez-faire)は實利主義の必然の結論ではないけれども、ジョン・ステュアルト・ミル(John Stuart Mill, 1808—1873)等の祖述によつて更に勢力を得、第十九世紀末に至るまでの英國の政治思想を支配した。この個人的實利主義(individual utilitarianism)は、法律學を實際生活に接近させた點に於て功績顯著であるが、人生の目的を幸福の確保にありとし、幸福とは快樂の増進と苦痛の除去とを併せた結果なりとし、

人の道徳的性情を輕視して人を見ること「快樂ト苦痛トヲ差引計算スル自働機械」の如く、各人の共通點を過重して相違點を看過する等、一面には道徳的見地より贊成し得ず、他面科學的見地から首肯し難いものがある。この英國式實利主義の系統を引いてドイツの法學者中に異彩を放つたのが

イエリッング (Rudolf v. Jhering) である。彼はその名著「法律ニ於ケル目的」(Der Zweck im Recht, 1877)に「目的ハ全法律ノ創造者ナリ」(Der Zweck ist der Schöpfer des ganzen Rechts.)なる標語を掲げて、次の如く論じた。自然に於ける因果律は機械的であるが、人の意思に關する因果律は心理的である。人は「故に」(woil)行爲するものではなくて、「爲ニ」(um)行爲するものである。目的なき意思なく、目的なき行爲なし。各人は自己の目的に對して利益を有するものであるが、人生は自己の目的と他人の利益との結合である。此結合は先天的に存するものではなくて、人爲的に造らるべきものであり、即ち自我の目的を組織して全體の目的とするのが、國家の作用であり、法律の效用である。この「目的ノ組織」(Organisation der Zwecke)は、「我ハ我ノ爲メニ在リ」とする利己的自己主張(die egoistische Selbstbehauptung)を利用する報酬及び強制と、「世界ハ我ノ爲メニ在リ」我ハ世界ノ爲ニ在リ」とする倫理的自己主張(die ethische Selbst-

stbehauptung)に基く愛及び義務心によつて行はれる。而して右の強制の國家的組織が即ち法律であつて、それ故規範と強制とは法律に缺くべからざる所だが、規範及び強制即ち法律の形式が法律の目的ではなくて、法律の目的は其内容に在る。法律の内容は社會の生活條件(生命の維持増殖・勞働及び取引)の確保であつて、この社會の利益が即ち法律の目的である。斯くしてイェリッングは英國式の個人的實利主義を變形して社會的實利主義に傾かしめ、法律の目的たる社會の利益を標準として法律の解釋・適用及び立法を行ふべしとする。

目的法學 (Zweckjurisprudenz) を建設し、爾後の法學界に新傾向を開いた。しかしながら目的を以て全法律の創造者なりとするイェリッングの根本思想は疑問たらざるを得ない。人の行爲がすべて目的によつて定まるものとする前提は心理學上明白に誤謬であつて、法律現象について見ても慣習法及び判例法は必しも目的によつて創造されたものと謂ひ得ず、成文法と雖も起草者乃至協賛者の目的を以て直ちに法律の目的とは謂ひ得ない。即ち目的尊重がイェリッングの學說の長所にして同時に短所であつて、此點に於てはまた科學的正確が満足されない。而して又、法律は目的を有す其目的は利益なり、と論じて見た所で、それは法律の内容論であつて法律の本質論でなく、法律の完全な定義を與へたものと謂ひ得ない。要するにイェリッングの功績は、ベンサムの実

利主義の自己的個人的であつた點を改良して社會的道義的とした點にある。イェリッング以前の法律學は個人主義的であつた。法律の目的は各個人に出來得る限り大きな自由活動の範圍を與へる様に各個人の意思を調和することであつた。而して法律を個人が社會から請求した獲得物なりとした。然るにイェリッングは、法律は社會目的のために社會が創造するものであつて個人は、これにより社會が認める範圍の各自の利益を確保する手段を與へられるに過ぎない、とした。彼は有名な「權利闘爭論」(Kampf ums Recht, 1872)を著した權利尊重論者だが(有関法學三七話)、權利は結局個人利益保護の手段に外ならず、而して個人利益確保はそれ自身目的ではなくて、社會利益確保の目的の爲めの手段である、としたのである。法律が個人本位權利本位から社會本位に進むといふことは後に述べるが、其端緒はイェリッングによつて啓示されたと謂つて宜からう。而して法律現象を社會現象と觀る考へ方が近來頗に進展し、

法律社會學 (sociological jurisprudence, sociologie juridique, Rechtssoziologie)なるものが提唱される。即ち従來行はれた法律學の種々の研究方法殊に分析的註釋的方法の自足的態度を否認して社會學的方法の重要を説き、更に進んでは法律學自身の自足的態度を攻撃して法律學を社會學の一部たらしむべしと主張する。従來の法律學は法律生活諸現象中の一に過ぎない法規のみを取扱ひ、此

意味の法律學のみを以て法律現象を説明するに足るとして居るが、それは大きな誤りであつて、其結果はただに法律學の不幸であるのみならず、法律が社會目的に追ひ付き得ず又裁判官が社會目的を了解認容しないために事實生活と法律生活との不一致を來たし、誠に社會的大損害であるから、將來の法律學は社會學的方法を主とせざるべからず、否社會學自身の一方面ならざるべからず、といふのである。要するに法律社會學は、(1)法規の抽象的内容よりもむしろ法規の作用に注目し、(2)法律を人間の智力によつて改良し得る社會制度と見て其改良を指導するを任務と考へ、(3)法律の制裁よりむしろ法律の社會上の目的に重きを置き、(4)法規を杓子定規的規範たらしめずして社會生活を正當な結果に導く指針とせんとするのであつて、即ち國家が社會たり法律が社會現象たることに留意して法律と社會の状態及び社會の進歩との關係を研究批判せんとする。その社會を先として個人を後とする根本觀念は確に一見識であり、殊に社會學的研究方法が法律學に缺くべからざることを唱道したのは此派の大功であつて、將來の貢獻が期待される。しかしながら此學説は一面從來の法律學説及び裁判に對する不滿から反動的に發生したものであるため、其反動に驅られて反對側へ脱線した氣味がないでもない。法律社會學者は從來の法律學が法律其ものの内容を抽象分析する所謂法律學的方法 (méthode juridique) のみを以て自ら足れりとするの

を批難するが、自身も亦ややもすれば其所謂社會學的方法 (méthode sociologique) のみを以て自ら足れりとする弊に陥る。抑も

法律學 即ち法律の本質に關する學問的知識は、法律其ものの内容に關する知識と法律の萬有現象中に於ける位置に關する知識とを兼ね備へねばならぬ。法規としての法律を對象とする從來の法律學的方法と、社會現象としての法律を對象とする斬新の社會學的方法とを併せて、初めて法律學を完成すべく、そのいづれか一のみを以て足れりとするのは偏狹である。所謂法律學的方法は從來の法律學の専ら用ひた所であるが、これに反して社會學的方法による法律の研究は未開拓の沃土であるから、將來の法律學は最も力を此新分野に注がねばならぬ、といふことは言へるけれども、法律は社會現象だから社會學的方法のみを以て取扱はるべく法律學は社會學中に包含せらるべしとの論は首肯し得ない。國家は社會には相違ないが特別の社會である。法律は社會法則であるが、著しく他の社會法則と異なる特色を有する。それ故法律學は獨特の方法を以てする獨立の學問たるべきである。

## 第四章 法律の内容

法律の内容 は前述の通り社会生活の規範である。社会生活は個人の團體的生活だから、法律の内容は個人に關し又團體に關する。社会生活を規範するのは、社会全體として又社会を組立てる各個人としての人類の生活を美しいものとし又安全なものとしようといふのであつて、

法律の目的 は即ち社会利益及び個人利益の保護である。而して從來は個人利益の方へ傾いて居た法律の中心點が段々と社会利益に向ひつつあること、後に述べる通りである。要するに法律は利益保護の規定であるが、しかし利益の保護とのみ言つてしまつては何やら物足らぬ氣持がする。人間は利益のみで動くものではない。孔子も「利を見ては義を思ふ」と言はれたが、時には損とは知りつつ筋道を立てたがる。そこが人間の尊い所だ。それ故法律の目的は單に利益の保護だけではなく、

正義の實現 であると言はねばならぬ。カントは何の爲め斯の爲めといふ功利主義を排斥して、「正義」(Gerechtigkeit)なる倫理的觀念に立脚し、法律をそれ自身の爲めの絶對的存在なりとし

て、「國家は獄中最後の殺人犯人を死刑に處して後滅亡すべきものなり」としたが、確に一面の卓見である。役に立つか立たぬか知らぬが筋が通らなくては納得出來ぬ、といふ所に人間の値打がある。法律觀念の中心たる

權利 のことは後に詳しく説くが、普通に「權利トハ法律ニヨリテ保護セラレタル利益ナリ」と定義する。即ち「利益主義」であるが、この「權利」なる言葉が我國で普通に用ひられる様になつたのは左程古いことではない。大體明治初年からの事だが、當初は

權利 と書いた様だ(有開法學三 八・三九頁)。例へば劃期的離婚法として注目すべき明治六年五月十五日太政官布告第二六二號に

夫婦ノ際已ムヲ得ザルノ事故アリテ、ソノ妻離縁ヲ請フト雖モ夫之ヲ肯ゼズ、之レガタメ數年ノ久ヲ經テ終ニ嫁期ヲ失ヒ、人民自由ノ權利ヲ妨害スルモノ不レ少候。自今左様ノ事件於レ有レ之ハ、婦ノ父兄弟或ハ親戚ノ内附添、直ニ裁判所へ訴出不レ苦候事。

とある。又亡父積陳重の處女論文「泰西讒謗律の解」(明治九年二月「講」(談餘錄)第一號)にも

「彼の文明諸國の法律を設くるの意、全く其國民の身體・自由・財産の三權を保護するに出でず。而して其權利を保護せんと欲せば云々」

と書いてある。更に法律家だけでなく一般人もさう書いたものと見え、舊約聖書申命記第十七章八に「権理を相争ふ」とあるが、舊約聖書は明治十一年から二十一年までの間に邦譯されたものである。即ち明治初年には「権理」と書いたのが、其後いつとはなしに「権利」とのみ書かれる様になり、「権理」といふ書き方は忘れられてしまった。どつちがどうといふこともないが、利益主義めいた「権利」よりも、道理主義らしい「権理」の方が適當ではなかつたらうかと、惜しい様な氣持もする。外國語の *right, Recht, droit* も、いづれも「正しい」といふ言葉で、利益といふ意味はない。要するに文字はともかく、権利が單に自己の利益を主張するだけでなく道理正しい所を主張することでありたいと同様に、法律も單に物質上の利益を保護するだけでなく道理を保護するものでありたい。以下便宜上「利益」といふ言葉を使ふが、唯物的のみでなく道義上の意味をも含むものと御承知ありたい。ところで現代の法律は

義務本位から權利本位に 移つたと言ひ得る。昔の法律ならば「金を借りた者は約束の期限に返金せよ」といふ意味に規定する所を、今日の法律は「金を貸した者は返金を請求し得る」といふ形であらはず。法律は權利の規定であり法律學は權利の學問である、といふのが現代の通念であつて、法律家なるものは「權利」權利」とばかり言つて居ると惡口される。斯ういふ話がある。仲

秋明月の夜に數人集つて觀月の宴を催した。いづれも風流人で、歌を詠み俳句を作り詩を賦して各自色紙短冊詩箋に揮毫する。其席に一人の辯護士さんが居て、獨りツクネンとむづかしい顔をして居たが、君も一つ歌なり發句なりやりたまへ、と料紙硯を突き附けられて、四苦八苦の末書いた發句は、「何人も觀る權利あり秋の月」。法律家は觀月までも權利化しようとする、といふ諷刺としては面白いが、勿論作り話だ。本當の法律家ならば、誰にでも出来る觀月などを權利と言ふ筈はない。權利といふのは或特定の人が法律の力によつて利益の主張を貫徹し得る可能性である、と普通に説明されるのであつて、法律あつての作用である。尤も

權利と法律との關係 については三種の觀方がある。第一はフランス革命の指導原理たる

權利先存説 であつて、人は生れながらにして權利を有し、それを承認保護するために法律が作られる、とする。かの明治初年に西洋から我國に傳はつて大に流行した「天賦人權論」がそれである。第二はドイツ流の

法律權利同時存在説 であるが、これは前にも述べたドイツ語の「レヒト」が法律といふ意味にも權利といふ意味にもなることも關聯するのであつて、法律を主觀的に觀ると——*subjektives Recht*——權利であり、權利を客觀的に觀ると——*objektives Recht*——法律である、とする。し

かしこれも結局は権利先存説である。著者は大學時代にデルンブルヒの「パンデクテン」(Pandekten)なる有名なドイツ法教科書を讀まれたが、其中に

「權利ハ總意 (Gesamtville 國家) ガ一個人ニ歸屬スルモノトシテ承認シ且擔保スル生活財貨ニ對スル持分 (Anteil an den Lebensgütern) ナリ。法規ハ權利ヲ擔保シ整形スルモ、其創造者ニアラズ。」

とあつた。其時は成程と思つたが、今となつてはむしろ

法律先存説を主張したい。尤も著者は例の法律萬能論の意味で法律が權利の創造者だと言ふのではないのである。權利の基礎が利益即ち各人の「生活財貨ニ對スル持分」に存し、個人の自由意思が權利の要素であることは承知して居る。しかし利益其もの自由其もの意思其ものが權利其ものではないと言ひたい。元來規範は行爲の準則であつて、主として義務の規定である。それ故社會生活規範と社會生活上の義務とは「同時存在」であつて、同一現象の客觀と主觀であると言ひ得る。而して社會生活規範が前に述べた様な經過で法律規範となると共に社會的義務は法律的義務となるのであるが、其履行に對する要求が一段の強さと確かさを加へるといふ程度の差があるのみで、義務其ものの性質には變りがない。所が權利は規範の必然的要素ではなく、權利を

伴はないのがむしろ規範の常態と言つて宜い。道德規範の如きは正にそれであつて、即ち道德は義務の規定である。孝行は子の義務であつて親の權利ではない。親は子に孝養して貰ふ「道德上の權利」(moral right)があるといふ様なことを言はぬでもないが、それは相手方の義務履行に對する希望乃至期待を謂ふに過ぎぬのであつて、畢竟利益の單純な主張に外ならぬ。この利益の主張を法律が擔保する——後押おとしをする——といふことになつて初めて權利が生ずるのである。而して法律上の權利といふことになる、單に利益を主張するのみでなく、其主張に適ふ様な物の支配とか、相手方の行爲不行爲——或事を爲さしめ又爲さしめぬこと——とか、或關係の維持又は變更とかを必然的に要求することが出來、とどのつまりは國家權力による規範の強行を促してその利益の主張の貫徹を期し得るのである。従つて利益の主張は法律の承認擔保によつて頗る重大な性質上の變化を受けるのであつて、法律の「後押し」をもたぬ利益の主張と法律上の權利とは顯著な區別があり、此意味に於て

權利は法律の創作と謂はねばならぬのである。社會進化史・法律發達史から見ても、權利といふ觀念は人類社會が或程度の進化を遂げた後「法治」即ち秩序的な法律生活の產物として發生發達したもので、法律が有るからといつて必しも權利が存する譯ではなく、況んや權利が法律に先

だつて存したとは觀念し得ない。元來人類社會の進化の過程として團體が段々と凝固するに當つて、先づ第一に生ずるのは義務の觀念である。而して社會中心力殊に國家權力が此義務を強要するによつて法律が発生することは前述の通りであつて、即ち義務は法律に先だつと謂ひ得る。斯くして法律は先づ義務本位として發生發達するのであるが、最初に發生發達するのは社會の中心力たる最高權力に對する服從の義務であつて、其服從の結果として更に同團體員たる他人に對する法律上の義務が確定する。「借りた金は拂へ」と國家が命ずるので、國家の命令に對する服從として金を拂ふのだが、それがやがて相手方たる貸主に對する法律上の義務といふことになるのである。そしてこの同團體員に對する義務の結果として權利の觀念が段々と發達し、法律も「金を貸した者はそれを取り立て得る」といふ方面から規定される様になつたのだが、其中に個人が益發展充實して最高權力と對抗する形となり、國家主權に對する個人の權利の保障が主張されるに至つたのが、フランス革命前後の思潮である。即ち法律の結果發生した權利の尊重を高調する餘り權利を當初からの存在と主張する所謂天賦人權の思想となり、法律が順に

義務規定から權利規定に 進展することとなつたのである。即ち今日の法律は原則として「何々スルコトヲ得」といふ權利の形に規定されることになつたのであるが、それは殊に我々の私的生活

の規定たる民法に於て著しい。即ち「盜むなかれ」「欺くなかれ」といふ道德訓が法律上の義務となるに及んで民法上の物權・債權を生じたのであつて、義務あつて權利が初めて生じ、權利が生じて義務が益々重くなるのである。従つて權利と義務とは大體に於て相對應して居るのであるから、同一法律關係を權利の方面からも義務の方面からも規定し得る筈であるが、今日の民法は主として權利の方面から規定された。元來法律が義務本位から權利本位に進むのは法律進化の趨勢であること前述の通りであつて、諸國が盛に民法典を編纂した第十八世紀末から第十九世紀にかけて丁度權利思想興時代であつたし、且民法の内容たるべき準則は最も權利本位の規定に適するから、民法が權利本位に規定されて居るのはさもあるべき現象である。しかしながら又民法の内容は必しも權利義務の規定のみとは限らない。例へば第三條「滿二十年ヲ以テ成年トス」は直接に權利を與へ義務を負はせる規定とは謂ひ得ないし、第二一條以下の住所の制度に至つては一層權利義務の規定でなく、其外此類が少くない。即ち權利義務は法律の全部でなく、又法律が義務を強要し權利を擔保するのは義務の強要又は權利の擔保其ものを以て終局の目的とするのではない。これは畢竟終局目的のための手段に外ならぬのであつて、其終局目的は即ち社會生活の利益の保護促進でなくてはならぬ。例へば

借地法・借家法 といふ様な法律は、地主・家主を保護するのでもなく、借地人・借家人を保護するのでもなく、借地借家關係其ものを保護しようといふのである。地主・家主の保護に偏すれば借地人・借家人に酷であること勿論だが、借地人・借家人の保護に過ぎると、地主・家主が警戒して土地・家屋を貸さぬ様になり、又は地代・家賃・敷金等を高くしたりするから、却つて借地人・借家人の利益にならぬのであつて、結局借地借家關係其ものの保護が目的とされねばならぬ。即ち「債務法」(Obligationenrecht)から「債權法」(Forderungrecht)に轉じ更に「債權債務關係法」(Recht der Schuldverhältnisse)に進むのであつて、法律は、義務本位たるべきでなく、權利本位たるべきでなく、

社會本位・共同生活本位 たるを以て理想とすべきである。しかし理想は一躍して達すべきでない。個人不自覺時代には法律は義務本位であつた。個人自覺時代に及んで法律は權利本位に進んだ。而して社會自覺の時代に入らなくては法律は社會本位たり得ない。今や此第三期が既に始まつた。法律其ものは權利本位に規定されて居ても、法律の今後の解釋適用は社會本位でなくてはならぬ。而して社會本位思想の結果は直ちに

權利の行使 についてあらはれる。權利の行使といふのは、權利者が其權利に基づいて其權利の

内容たる利益の實現のための行爲をすることであつて、例へば民法第二〇六條に「所有者ハ法令ノ制限内ニ於テ自由ニ其所有物ノ使用、收益及ビ處分ヲ爲ス權利ヲ有ス。」とあるのは所有權の行使に關する規定である。而して右の法文に見える通り、「法令ノ制限内ニ於テ」といふ留保はあるけれども、權利者は原則として「自由ニ」其權利を行使し得るのであり、又權利を行使しないことも自由である。權利は自由であり、義務は拘束である。權利は利益であり、義務は苦痛である。權利と義務とは相對應するが、互に相容れない。權利は權利にして義務にあらず、義務は義務にして權利にあらず。これが從來の通念であつた。ところがこの權利義務觀は法律の内容が社會本位・共同生活本位となると或程度是正されざるを得なくなる。此點について先づ第一に問題になるのは

親權 である。親權即ち親が子殊に未成年の子に對する權利は、當初はやはり所有權の様な意味の權利だつたらうと思ふ。子は親の所有物だから煮て食はうと焼いて食はうと親の勝手だといふことだつたに相違ない。しかし今日の法律ではもはや親權を所有權視する様なことはないのであつて、普通には親が子を支配する權利と説明される。モット碎けて言へば親が子の世話をする權利であつて、昔は親の利益のための權利だつたかも知れないが、段々と子の利益のために親に



與へられた権利といふことになつて來た。そこで著者などはむしろ「親權」と言はないで「親義務」と言ひたい位に考へて居る。さう言ふと或は抗議が出るかも知れない。子を育てるのが親の義務だといふことになる、子が権利者になる、育てて貰ふのは我々の権利である、我等は我等の権利を要求する、彼等はただ彼等の義務を盡すのみ、何ぞ感謝することを要せんや、と子が言ふ様になつては、我國古來の淳風美俗たる孝道を如何せん。斯う言つて憤慨する人もあらう。しかしそれが抑も、一方が義務者ならば他方は権利者、といふ囚はれた考へ方で、さう限つたことではない。子を育てる親の義務は、子に對する義務ではなく、従つて子が権利者ではない。謂はば國家・社會・人類に對する義務であつて、國家・社會・人類が我々に對して、汝は汝の子を心身に汝より勝れたる者に育て上げて次の時代を向上發達せしめよ、と要求するのである。而して權利は利益なり義務は苦痛なり負擔なりと普通には言ふが、子を育てる親の義務は必しも苦痛負擔ではない。成程物質上の負擔もあらう精神上の苦勞もあらうが、親に取つては是非負ひたい負擔であり、仕甲斐のある苦勞である。他人に對する挨拶としては、どうも子供が大勢で世話が焼けて困ります、金がかかつて遣り切れません、などと言ひもするが、それを眞に受けて、そんなに御困りなら二三人こちらへよこしなさい、育てて上げませう、とでも言はうものなら、飛んで

もない、これは私の子ですから私が育てます、餘計な口出し手出しはしないで下さい、と言ふだらう。言ひ換へれば、我輩をして親たる義務を行はしめよ、これが親權であつて、即ち親權は義務を行ふ權利である。更に又親權者は子を養育せねばならぬのであつて、權利者だから權利を行ふも行はぬも自由といふ譯には行かない。それ故親權は

權利を行ふ義務である。民法第八七九條「親權ヲ行フ父又ハ母ハ未成年ノ子ノ監護及ビ教育ヲ爲ス權利ヲ有シ義務ヲ負フ」の規定は其意味に解したい。斯様に親權については、權利にして義務、義務にして權利といふ風に考へられるのであるが、これは親權といふ一種特別の權利に限る現象なのであらうか。著者にはそれが結局權利義務の根本の性質なのではあるまいかと思はれる。國民としての權利義務の重要なものが三つある。第一は、今回の憲法改正で消滅すべき

兵役の義務であつて、明治初年には、「徴兵忌避」の弊風もあつたが、其後其國家的意義が了解され、國民としての名譽ある義務を盡し得る權利といふ意味で、「兵役の權利」と言つても左程不思議には聞えぬ様になつて居た。第二の

納税の義務に至つては、また「納税の權利」と觀念されるまでに至つて居らぬが、税制と徵税方法とが十分公正適當なものとなり、今日の租税が封建時代の年貢とは違ふ意味のものであるこ

とが十分理解される様になつたら、これ亦「國民としての名譽ある義務を行ふ権利」といふことになるかも知れず、さうならなくては本當でない(學四八話)。第三の

選舉權に至つては正に「權利にして義務」義務にして權利の標本的なものと謂ふべきだらう。從來これを權利とばかり考へて居たものだから、權利者が棄權するのに何の差支があるか、といふ議論も起り、甚しきに至つては、賣るの買ふのといふ様な考へにならぬとも限らぬ。しかしこれ亦國民としての名譽ある義務を行ふ權利であり、従つて其權利を其目的に適ふ様に行ふ義務であるといふことになつて居たら、今更選舉肅正などと騒がないで済んだかも知れず、婦人參政權問題にしても、婦人が權利を主張するのではなく國民としての義務を盡したいとの申し出たといふことであつたなら、當然過ぎる程當然な話だ。更に又財産權でも特殊なものになると、行使の義務を伴ふ權利がある。例へば

鑛業權 については鑛業法第四〇條に、「鑛業權者正當ノ理由ナクシテ登録ノ日ヨリ一箇年以内ニ事業ニ著手セズ若ハ一箇年以上休業シタルトキ……ハ主務大臣ハ鑛業權ヲ取消スコトヲ得。」とある。鑛業法(一條一)によれば、例へば足尾の山に埋もれて居る未探掘の銅鑛は、たとひ山其ものが古河會社の所有地であつても、古河の所有物ではなくして、國の所有であり、古河は國の許

可によつて探掘權を得て居る、それが即ち鑛業權なのである。而して國家が古河に鑛業權を許可したのは、必しも單に古河を利せんとするのではなく、古河如き資力ある會社をして探掘せしむることによつて、社會をして銅といふ有用鑛物の潤澤なる供給を受け得しめんがためである。それ故古河が鑛業權を獨占しながら探掘を實行しないでは、國家が古河に鑛業權を與へた趣旨に副はぬ故、其場合には鑛業權を取消し得べきものとしたのである。同様の關係が

特許權 についても見られるのであつて、特許法第四一條に「特許アリタル後ニ於テ引續キ三年以上正當ノ理由ナクシテ其ノ發明ガ帝國內ニ適當ニ實施セラレザル場合ニ於テ公益上必要アルトキハ、特許局長官ハ利害關係人ノ請求ニ依リ其ノ實施權ヲ許與シ、若ハ其ノ特許ヲ取消シ、又ハ職權ヲ以テ其ノ特許ヲ取消スコトヲ得。」とあるのも、同精神である。要するに鑛業權も特許權も行使の義務を伴ふ權利なのであるが、これは果して斯様な特殊な權利のみに限ることだらうか、一般の權利についても同様の性質が絶無であらうか。一足飛びに最も普通の權利たる

所有權 について考へて見よう。所有權こそは絶對無限の權利で、行使も不行使も自由と考へられて居ることは、前述の通りだが、果して元來さういふものなのであらうか。殊に土地といふ人生に最も重要にしてしかも有限な財産について、たとひ所有者なりとも使ふも勝手・使はぬも勝

手といふことが言へるだらうか。ここで一つ舊約聖書にあらはれた

ユダヤ人の土地所有觀念を引合に出したい。ユダヤ人といふと直ぐにシャイロックを思ひ出すが、舊約聖書ではユダヤ人即ちイスラエル人は左様な我利々々亡者ではなかつたことになつて居る。イスラエル人の土地所有觀念の根本は、土地はエホバ神からの賜物、といふ考へ方であつて、それは舊約聖書各篇に亙つてうるさいまでに繰返されて居る。即ち神はイスラエル民族のために「乳と蜜との流るるカナンの地」を指定したのであるが、其土地を民族の各支派の所屬、而して更に各個人の所有に具體化するには、籤引きの方法によつたことになつて居る(民数紀略六章三三—三六、三章五〇—五三等)。

抽籤が當時に於て神慮を伺ふ方法だつたことは言ふまでもないことで、箴言一六章三三に「人は籤をひく、されど事をさだむるは全くエホバなり」とある。期様に各人は神慮によつて土地を興へられたのであるから、土地所有權其他凡そ財産權の基礎觀念は感謝でなくてはならぬのであつて、

「汝の神エホバにその美地を己にたまひし事を謝すべし。」(申命記八章一〇)

「汝我力とわが手の動作によりて我この資財を得たりと心に謂なかれ。汝の神エホバを憶えよ。其はエホバ汝に資財を得の力をたまふなればなり。」(申命記八章一七・一八)

とある。そこで斯く感謝を以て土地を所有すべきであるから、おれの所有地に出來た物は草一本

麥一粒たりとも他に指もささせないといふ様な獨占的壟斷的な考をもつてはならぬ、といふことになるのであつて、

「汝らの地の穀物を穫るときには、汝等その田野の隅々までを盡く穫可らず。亦汝の穀物の遺穂を拾ふべからず。また汝の菓樹園の菓を取つくすべからず。また汝の菓樹園に落たる菓を歛むべからず。貧者と旅客のためにこれを遺しおくべし。」(利未記一九・一〇)

「汝田野にて穀物を刈る時、もしその一束を田野に忘れおきたらば返りてこれを取べからず。他國の人と孤子と寡婦とにこれを取すべし。……汝橄欖を打落す時は再びその枝をさがすべからず、その遺れる者を他國の人と孤子と寡婦とに取すべし。また葡萄園の葡萄を摘む時はその遺れる者を再びさがすべからず。他國の人と孤子と寡婦とにこれを取すべし。」(申命記二四章一九—二二)

「汝の隣の葡萄園に至る時、汝意にまかせてその葡萄を飽まで食ふも宜し。然ど器の中に取るべからず。また汝の隣の麥圃にいたる時、汝手にてその穂を摘食ふも宜し。然ど汝の隣の麥圃に鎌をいるべからず。」(申命記二三章二四・二五)

といふ様な譯である。この最後の一段によると土地所有權の無視を是認した様に見えるが、それは土地所有者に對して寛容を命じたのであつて、各人に對しては他人の土地所有權を尊重すべき

ことを駁命して居る。それは土地の境界が神慮によつて定まつたものとする當然の結論であつて、「隣の地界を侵す者は誼はるべし。」(申命記二七章一七)とある。今の人なら誼はれる位平氣だらうか、古代の宗教社會にあつては「誼はれる」といふのは致命的の制裁である。要するに土地は神様からの「授かり物」なのであるが、しかし神は土地を永久に人に與へたのでなく、根本的の所有權はなほ神に存するのであつて、従つて土地の永代賣買は禁止されること、封建時代の土地制度と同じである。即ち

「地を賣には限りなく賣べからず。地は我の有なればなり。汝らは客旅また寄寓者にして我とともに在るなり。」(利未記二五章二三)

とあるのであつて、謂はば土地は神からの「預り物」である。これは必しも珍しい考へ方ではないのであつて、我國の年寄り達が、物を粗末にすると「勿體ない」「冥加に盡きる」「冥利が悪い」などと言ふのと同じ思想であり、又近頃の學者が所有權を

社會的信託 (social trust) なり、即ち國家社會からの預り物、と説明するのも、煎じ詰めれば同工異曲である。即ち私有財産を認めて國家の法律がそれを保護するのは、單に一個人に私せんとするのではないのであつて、各個人に十分な財産利用の權能を與へて置けば自らをも利し人も

益し結局國家社會に平和幸福をもたらすであらうと信賴すればこそである。それ故我々は其信賴を裏切つてはならぬのであるが、其點が前述の通り土地について最も著しいから、一九一九年の

ドイツ憲法 は「土地ヲ開拓シ利用スルコトハ土地所有者ガ公共ニ對シテ負フ所ノ義務トス」(一五)と規定した。しかしこれは土地だけの問題ではないのであつて、紙一枚と雖も無駄にする權利はない筈であるから、ドイツ憲法(三五)は更に一步を進めて

所有權ハ義務附ケラレタリ (Eigentum verpflichtet.) なる根本原則を掲げた。即ち最も普通の權利たる所有權も亦「權利にして義務」と考へられることになつて來たのである。これに對應して、業務の中で最も普通な

運金債務が同時に權利 だとは考へられぬだらうか。「金を返す權利」と言つたら不思議に感ずるだらうが、著者は別著「民法讀本」の中に

「或將軍が某實業家から金を借用した。實業家は將軍の差入れた自筆の借用證文が保存して置きたさに、もはや御返金には及びませんと言つて、どうしても返金を受取らぬ。將軍が憤慨して辯護士に相談したところ、免除によつて債務は民法上既に消滅して居るのだから如何とも仕方がないといふ鑑定だったので、將軍二度ビツクリして、民法とやらは怪しからんものだと言

つたとか。」

といふ話を書いて置いた。實の話かどうか知らぬが、一寸考へさせられる。民法は貸金を取立てるのは債権者の権利だから其権利を行ふも行はぬも債権者の勝手、即ち権利者は権利を抛棄し得る、といふ考へと、債務は債務者の不利益だからそれを免除されて喜ばぬ者はあるまいといふ唯物論とから、債務の免除は債権者の一存で行はれ得ることとしたのだが、それは大間違であつた。話中の將軍の如き借金をまけて貰つて武士の一分が立たぬと憤慨する人のあることを忘れては困る。左様な名譽上の利益ばかりではない、勝手に債務を免除されると收賄の形になるといふ様な實質的な利害もあり得る。ドイツ民法が債務の免除を契約とし、債権者が債務を免除すると言つても債務者が有難うと受けなければ債務は消滅しないものとしたのは至極尤もであつて、さうなれば金を返す権利があるといふことになりさうだ。そんな事を言つたつて、相手が受取らなければ仕様がなれないか、と言ふかも知れぬが、そのためにこそ

供託 といふ制度があるのであつて、債権者が受取らないなら「供託局」へ其金額を拂込めば、債権者が供託局からそれを下げるかどうかは別問題で、債務者としては立派に債務を履行したことになる。要するに「権利を行ふ義務」「義務を行ふ権利」といふことになる、法律の内容も

「義務本位」の「権利本位」のといふ所を超越して、前記の通り社會本位・共同生活本位、更に言ひ換へれば

生活關係の規律 といふことにならざるを得ないのである。而して規律せらるべき生活關係に、個々具體的關係と一般抽象的關係とがあり得る。例へば賣買にしても、東京市丸ノ内第何號館の賣買の問題と、抑も一般の建物賣買の問題とがあり得るのであつて、賣買に關する法律の規定は、右の第何號館賣買に妥當であると同時に、一般建物賣買に適切でなくてはならぬのである。即ち學者の所謂

具體的妥當性 も必要だが、一定準則に従つて安心して取引を爲し得る所謂

取引安全 が缺くべからざる法律の内容でなくてはならず、更に一般的に「斯くすれば斯くなるもの」と豫め確知し得る

法律安定 が法律の重大效用である。

## 第五章 法律の形式

法律の内容は社會生活關係の規律であるが、それが如何なる形態で言ひあらはされて居るかが法律の形式の問題である（續法憲夜話六）。今日の法律は大部分は

成文法といふ形式であらはされて居る。即ち普通に、第一條「何々スルコトヲ得」第二條「何何スルコトヲ要ス」といふ様な所謂「法文」で書かれて居るのである。而して其法文の分量が多くて、編・章・節・款・項といふ風に組織立てられて居るものを

法典 と呼び、短いものを

單行法 と謂つたりするが、これは畢竟分量體裁だけの比較的話で、實質上の差異がある譯ではない。いづれも當初から一般的抽象的規範として人為的に制定されたものであるから、

制定法 と謂ひ、それに對して後述の慣習法・判例法等を

不文法・非制定法 と呼ぶ。法律はすべて一般的抽象的規範であるが、當初から一般的抽象的規範として制定されたものである必要はないのであつて、慣習法又は判例法は個別的具體的の實行

又は裁判が積り積つて一般的抽象的規範になつたものである。前に法律の進化について述べた通り、元來法律は先づ慣習法又は判例法として發生發達したのであるが、慣習法にはそれが有るのか無いのか及び其内容範圍が時として不明瞭である遺憾があり、判例法には具體的の事實に拘束されて十分一般的たり得ない短所がある。而して例へばフランス革命とか明治維新とかいつた様な場合に、社會生活の急激な進轉に追隨して新現象に即應することが出来ないのが、兩者共通の缺點である。法律は單に社會生活に追隨するだけでなく時としては社會生活を指導すべきものであるから、社會生活が擴大し複雑となり且飛躍的に進展するに當つては、成文法を以てしなくては到底社會生活の需要に應じ得ない。それ故明治以後の我國が成文法主義になつたのは當然の事である。我國の成文法に如何なる形式があり如何にして制定されるかは、憲法及び行政法の問題であり、又其大體は中等學校の公民科教科書にも書いてあることだから、ここではただ成文法の主要な形式が

法律と命令 であり、この法律とは帝國議會の協贊を経て裁可公布される狹義の法律を謂ひ、命令には皇室令・勅令・軍令・閣令・省令・警視廳令・北海道廳令・府縣令・島廳令等があることを指摘するに止め、普通の教科書には書いてない

法令の用語文章 のことを述べて見たい。成文法について其用語文章が大切なことは申すまでもないが、法文は一方に於ては正確でなくてはならず他方に於ては平易でなくてはならぬ。所がこの「正確」と「平易」との兩立が中々むづかしい事で、あちらを立てればこちらが立たぬことになり勝ちだ(續法憲夜 話七六話)。徳川時代の制札や御觸れの文句などは、今の眼で見ると甚だ不正確なものだが、其代り威厳があり又親しみがある。「武野燭談」に

本多作左衛門は下の情を能く考へ知りたる者也。三州にして壁書之條々を定めらるゝに、百姓共一向不レ用レ之、如何せんと各被ニ相議一けるに、作左衛門重次申けるは、土民はいろはをだにしかしか不レ知處に、堅き文言に古秘ひひたる詞を以て高札を立てられたれば、何と云ふ事を不レ知故也、教様こそあらめ、被レ任レ我よとて、如何にもまめに、いろはにて何何の事と書て、是を背くと作左がしかると書て書加へしより、國々必至と不レ背ニ法令一しとぞ。

といふ物語があるが、少しばかり今の御役人の持業ぢややくに用ひたい。明治初年の法令にも中々愛嬌のあるのがあつた。例へば今日の警察犯處罰令に當る

違式註違條例 なるものがあつて、「註違くわいひ」(あやまり)などといふ名稱はむづかしいが、内容は頗る通俗であり、「三尺以上ノ長綱ヲ以テ馬ヲ牽ク者」の禁に「但長綱ト雖モ三尺ニ縮テ用ユル者ハ此

限ニアラズ」又「男ニシテ女粧シ女ニシテ男粧シ」てはいけぬといふ制止に「俳優歌舞伎ハ此限ニ非ズ」といふ様な「親切な但書」が附けてある(有開法 學八話)。明治初年の法令で通俗的といふ點から最も注目すべきものは、明治七年一月十八日太政官布告第五號「海上衝突豫防規則」である。これは

總攝假名附の法律 であつて、御丁寧にも右側に發音の假名、左側に説明の假名が振つてある。

即ち

海上衝突豫防規則

第三條 蒸氣船航海中は必ず左の諸燈火を標すべき事

甲 前下櫓頂に白燈を標す (下略)

乙 右舷に綠燈を標す (下略)

丙 左舷に紅燈を標す (下略)

といふ様な具合である。そして右第三條に「附言」として

櫓頂の白燈及左右の紅綠燈を能く記憶する爲の歌あり

大船にともすともしび上は白

みぎはみどりに左くれない

此歌を暗記し置くべし但しみぎはのみの字はみどりのみの字なれば覚え易し、又英亞等にては「ポート・ワイン」(ポート産の赤酒)は赤しと云ふことを記憶すべしと云へり——是れ左舷と「ポート・ワイン」の語よく對して共に赤きを以てなり

と書き添へてある。總ルビ附きで「三十一文字」と記憶術と西洋の地口とがはいつて居る法文といふのは頗る珍だが、此布告は船頭漁夫にも十分呑込ませねばならぬ規則故特に意を用ひたものらしく、平假名にしたのなどもなるべく親しみのある様といふのだらう。今日此様な法案を法制局へでも持つて行つたならば、定めし笑はれ叱られることだらうが、著者は敢てこれこそ眞の法律なれと言ひたい。今日の法律に和歌を入れるのではないが、和歌でも入れる位の和らぎがあつて欲しいのである。所が

今日の法文 は用語が時として頗る難解だ。例へば警察犯處罰令、即ち往來で斯うしてはいけな  
いああしてはならぬといふ様な日常生活の禁令に、「袒裼裸裎」と遣つて居るなどは最も甚しい。往來中で肌を脱いだり裸になつたりする様な連中をつかまへて、お前は「タンセキヲタイ」したから科料だ、と言つても無理な話だ(法憲夜話)。時としては法文が極めて抽象的で、起草者たる專

門法律家の獨り呑込である。敗戦の結果死法になつた「共通法」などが其適例で、後述の通り其第三條第一項などはたとひ法律家でも謂はれ因縁故事來歴を知らない者には何の事だか皆目わからなかつたらう。そして何時の頃からか法律文には句讀を切らず又假名にニゴリを附けぬといふ鐵則が出来てしまつたので、法令が尙更讀みづらく、親しみにくいものになつた。本書に法文を引用するについては便宜上句讀も切りニゴリも附けたが、原文はさうではないのだ(有関法學三・一七・四二話)。著者はこの法文の難解を兼々遺憾に思つて居た處、大正十五年六月一日若槻總理大臣の名で法令形式ノ改善ニ關スル件と題する内閣訓令が出た。これは重要有意義な指令であつて、頗る我が意を得たものであるから、著者自身の議論の代りに其全文を掲げると、

現今ノ諸法令ハ往々ニシテ難解ノ嫌アリ。其ノ原因ガ内容ノ複雑ナルニ存スル場合ナキニアラザレドモ、記述ノ方法ヨリ來レルモノ亦少カラズ。自今法令ノ形式ヲ改善シテ文意ノ理解ヲ容易ナラシムルコトニカムルハ時勢ノ要求ニ應ズル所以ノ道ナリト信ズ。今此ノ點ニ關シ特ニ留意スベキ事項ヲ擧グレバ左ノ如シ。

一 法令ノ用字、用語及ビ文體ハナルベク之ヲ平易ニシ、一讀ノ下容易ニ其内容ヲ了解セシメ  
ンコトヲ期スベシ。又現行ノ法文ニ於テハ特殊ナル場合ノ外濁音ノ假名ヲ用ヒザレドモ、思



想表示ノ方法ヲ出來得ル限り正確ナラシメンガ爲ニハ一般ニ之ヲ用フベキノミナラズ、句讀點、括弧ニ類スル符號ヲモ使用シテ文章ノ章句段落ヲ分チ、列記セル名詞ヲ區分シ、挿入セル語句ヲ明カナラシムル等ニ便スベシ。尙送假名ハ世間ノ常例ニ從ヒテ之ヲ使用シ、略字ハ一般ニ通ズルモノヲ採用スルコトヲ妨グザルベシ。右ノ外難解ノ漢字、古典的用法ニ屬スル假名ハ努メテ之ヲ避ケ、舊法令ニ用ヒタル特別ナル語句、語法トノ調和ノ如キハ必シモ之ニ拘泥セズシテ可ナリ。

一 從來多數ノ法令ハ論理ヲ尙ブノ餘リ努メテ文字ヲ省略シタルヲ以テ、其ノ内容ノ複雑ナルニ拘ハラズ、法文簡約ニ失シタルノ傾向アリ。故ニ一二行ノ法文ニ對シテモ數頁ニ亙ルノ註釋ヲ要シ、又ヨク之ヲ理解セントスルニハ往々複雑ナル推理ヲ用ヒザルベカラザルノ必要アリテ頗ル其ノ煩ニ堪ヘズ。シカノミナラズ其ノ推理ノ過程ニ於テ人々見解ノ差異ヲ生ジ爲ニ解釋上ノ疑義多キヲ加フルノ弊ナキ能ハズ。依リテ今後ノ法文ハ必ズシモ文章ノ簡約ヲ旨トセズ、相當詳細ニ敘述シテ及ブ限り其ノ内容ヲ明瞭ナラシメンコトニカムベシ。

一 法文ノ記述ニ就キテハ實用ヲ主トシ懇切ヲ旨トシテ其ノ内容ヲ整理排列スベシ。例ヘバ大法典ニハ目次ヲ附シ章節ヲ分チ、又複雑ナル事項ヲ記述スルニハ表記其他理解ヲ容易ナラシ

ムルノ方法ヲ用ヒ、更ニ便宜ト認ムル場合ニハ或ハ例示ヲ爲シ、或ハ圖解ヲ施シ、或ハ法ノ動機、理由、目的等ヲ明記シ、或ハ標準トナルベキ書式ヲ附記シ、或ハ關係條文ヲ擧ゲ、或ハ當該法令制定ノ爲ニ舊法ノ如何ナル點ガ改廢變更セラレタルカラ示シ、尙一團ヲ爲セル事項ハナルベク一團ノ法文ニ規定スルコトトシ、法令ニハ一般ニ表題ヲ附シテ搜索引用ノ便ヲ圖リ、時ニハ其ノ表題ニ假名ヲ附スルモ之ヲ憚ラザル等ノ點ニ留意スベシ。

以上掲グル所ハ現今ノ法令形式ノ改善ニ關スル大綱ナリ。要スルニ法令ハ國民ノ準行又ハ利用スル所ナルニ願ミ、其ノ理解ヲ容易ナラシメンガ爲ニ平易明瞭、懇切周到ヲ旨トシ、徒ラニ形式體裁ノ美ニ流レザランコトヲ期スベシ。

といふのであつて、實に到れり盡くせる立法心得である。然るに此訓令以後の立法を見ても、法令の假名にニゴリを附ける様になつたことを除いては、訓令の趣旨に従つて改良されたといふ程にはどうも目立つた成績が上がつて居ず、單に實用上の意味だけでなく、社會生活規範であるといふ法律の本質上遺憾な事であつたが、今回圖らずも憲法からが口語體で書かれることになり、著者多年の口語體法文の夢が實現されさうになつて來たのは本懐至極だが(有關法學、四二話)、ただ「ナリ」を「である」としたのではだめで、一體誰のために法文を書くのかといふ根本の考へ方から一變

してかからねばなるまい。さて我國今日の法律が大部分成文法になつて居ることは前に述べた通りだが、しかし今日に於ても

慣習法 が存在することを忘れてはならぬ。慣習法といふのは社會の慣行即ち「しきたり」によつて發生した社會生活規範が不文の原形の儘社會の中心力（國家權力）によつて法律規範として承認され強行される様になつたものを謂ふ（讀有開法學 一一九話）。譬へば甲の村から乙の村へ行かうとするのだが、其間は道もなき野原である。そこで人々が思ひ／＼に草踏み分けて乙の村まであるく。其うちに最短距離だとか一番凸凹がないとかいふ様な譯で多くの人の通り筋が符合し、其部分がつみ附けられ段々ど野原を横ぎつて一條の線が目に見えて来る。さうすると其後は皆が其線をつたつてあるくので、其部分の地面が露出して道らしいものが出来上り、そこさへあるいて行けば、草の露に裾も濡らさず、方向もまちがはず、安心して乙村まで行ける様になる。左様に人馬の往来によつて自然に出来上つた道路が謂はば慣習法である。しかしながら交通が頻繁多量になると左様な自然道路だけでは間に合はないので、段々と人工道路が出来る。その人工道路には、從來の自然道路の幅員を明白にし路面を鋪裝したのもあらうし、當初から計画的に新道路を開設したのもあらう。それが謂はば成文法である。而して人工道路が出来たらもはや自然道路は不用

447463

になるかといへば、決してさうではなく、從來の自然道路が相變らず通行されて居るのもあらうし、新たに自然道路が踏み開かれることもあらう。事によると折角開設した人工道路も一向通行人がなくて草が生ひ茂り道ありとも見えぬ様になつてしまひ、それよりも便利な自然道路が一般の通路になることもないとは言へない。これはほんの譬話だが、慣習法と成文法との間にも類似の関係がある様だ。即ち國家がまだ固まらぬ前の社會及び初期の國家にあつては慣習法が重きをなして法律の全部又は大部分を占めたのであるが、國家生活が段々發達し又文字の使用が普及すると共に成文法が次第に出て來たのである。しかし最初に成文法になつたものは主として國家生活に關する法律、例へば行政法とか刑法とかいふ類であつて、人民私的生活の法律たる民法・商法の如きは久しく慣習法に委ねられて居た。所が第十八世紀末から第十九世紀の初めに當つて、一つには諸國家が益々強大になつて中央集權・國法統一が希望されたのと、一つには前述自然法論といふ理想主義が法學界を風靡したのによつて、諸國は競つて成文法、殊に大規模網羅的な法典を編纂しようと企て、従つて此大法典を施行する以上從來の慣習法は一切廢止され將來再び慣習法が發生する餘地はないと考へられた。即ち當時制定の大民法典たる一七九四年の「プロイセン普通國法」一八〇四年のフランス「ナポレオン法典」一七八六年のオーストリア「ヨゼフ

法典「一八一一年の同國民法典等はいづれも慣習法の効力を否認する旨を明言又は暗示して居る。然るに第十九世紀に於ては例の歴史派の學說が勢力を占めて成文法萬能思想を覆へしたので、一八九六年のドイツ民法典は慣習法排斥の意味の規定を設けなかつた。而して其趣旨を解釋する學者中には慣習法は成文法と同等の効力を有すると説く學者も多かつたが、一九〇七年のスイス民法第一條は慣習法は成文法に對して補充的効力を有するものと規定した。この

慣習法の補充的効力 といふのは、成文法の規定のない場合に慣習法が行はれることを謂ふのだが、成文法自身が其規定に異なる慣習法あるときは其慣習法に従ふべき旨を規定して居る場合には

慣習法の變更的効力 が認められるのである。我國でも後に述べる「法例」といふ法律の第二條に

公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セザル慣習ハ、法令ノ規定ニ依リテ認めタルモノ及ビ法令ニ規定ナキ事項ニ關スルモノニ限り、法律ト同一ノ効力ヲ有ス。

と規定した。この成文法による慣習法の變更的効力承認は、民法では土地に關する規定に實例が多い。例へば農村生活の重要事項たる

入會いりあひ について、民法第二六三條に

共有ノ性質ヲ有スル入會權ニ付テハ、各地方ノ慣習ニ從フ外、本節（共有）ノ規定ヲ適用ス。とあり、又第二九四條に

共有ノ性質ヲ有セザル入會權ニ付テハ、各地方ノ慣習ニ從フ外、本章（地役權）ノ規定ヲ準用ス。

とあるが、要するに成文民法はただ入會權といふ物權があることを認めただけで其實質及び作用については何等規定せず、全部を慣習法に一任したのである。其他

「別段ノ（異ナリタル）慣習アルトキハ其慣習ニ從フ」（二一七條・二一九條・二二八條）

「別段ノ慣習ナキトキハ」（二六條）

「別段ノ慣習アル場合ヲ除ク外」（二七條）

とある等、いづれも慣習法の變更的効力承認である。又商法第一條に

商事ニ關シ本法ニ規定ナキモノニ付テハ商慣習法ヲ適用シ、商慣習法ナキトキハ民法ヲ適用ス。とあるのは、商慣習法の商法に對する補充的効力と民法に對する變更的効力とを認めたのである。

ここに一つの困難な問題は、右の如き變更的効力の成文法規定がない場合にも成文法の規定と異

なる

反對慣習法が發生し成文法がそれによつて廢止變更されることがあるべきか、である。前記法例第二條の規定がある以上左様な事はあり得ぬ、とするのが通説であり、又さういふ規定のあることが事實上頗る有力に反對慣習法の發生を阻止するには相違ないが、元來個々の法規は必しも永遠の有効を要求し得べきものでなく、將來の法律によつて改廢されることがあるといふことは豫期せねばならぬ所で、その將來の法律が成文法であると慣習法であるによつて絶対の差違がある筈はあるまいと思はれる。或成文法の規定が社會生活規範として不適當となつたため社會の需要に應じて反對慣習法が發生するといふ大勢は、一片の禁止法規で防止する譯には行くまい。前記人工道路を誰も通行しなくなつて同じ目標への近道がいつのまにか踏み開かれる様な現象がありさうに思はれるが、これは法學通論としては少々むづかし過ぎる問題だから、此邊にして置かう。扱てこの慣習法と並んで法律は又

判例法 の形式で成立することがあり得る。例へば、英國は立憲政治の本案本元の様に謂はれながら英國の憲法は第何條第何條といふ成文憲法典ではなくて慣習法であるのと同様に、英國の契約法と不法行爲法とは有名だがこれ等を成文で規定した民法典がある譯ではなく、個々の事件

についての裁判所の判決が積り積つて出來た判例法なのである。元來裁判所の判決は具體的の一訴訟事件の解決であつて、先例にする積りでされるものではないのであり、又むしろさうあつてはならないのである。しかし一度或事件について判決があり、しかもそれが其事件の適當な解決であると、其後同様の事件が裁判所にかかつた場合に、それが同じ裁判所ならもとより、他の裁判所であつても先例に倣つて同様の判決をするであらう。殊に先例が大審院の判決であると、それが判例になる力が相當に強い。大審院の判例と雖も後の裁判に對する法律上の拘束力はないのであるが、下級の裁判所は反對の趣旨の判決をしても大審院で破毀されるだらうと考へて、特別な理由がない限り好んで異を立てることをしないのが先づ普通である。而して又大審院自身としても、以前にした判決に法律上拘束されるのではないが、裁判所構成法(四九條)に

大審院ノ或ル部ニ於テ上告ヲ審問シタル後、法律ノ同一ノ點ニ付會テ一若ハ二以上ノ部ニ於テ爲シタル判決ト相反スル意見アルトキハ、其ノ部ハ之ヲ大審院長ニ報告シ、大審院長ハ其ノ報告ニ因リ事件ノ性質ニ從ヒ民事ノ總部若ハ刑事ノ總部又ハ民事及刑事ノ總部ヲ聯合シテ之ヲ再ビ審問シ及裁判スルコトヲ命ズ。

といふ規定があり、即ち所謂

聯合部判決 によるにあらざれば大審院の判例は濫りに變動せぬことが期待される。斯くして同趣旨の判決が繰返される所から、我々は同實質の事件には同趣旨の判決があるたらうとの豫期の下に行動を規律する様になるのであつて、さうなれば其判例の内容は即ち我々に取つての法律であると言ふべきである。我國に於ても此所謂判例法は相當既に出來上つて居り、又段々と増加する。例へば、民法の規定によると婚姻は婚姻届によつて成立することになつて居るのであつて、たとひ結婚式を挙げ夫婦生活をして居ても、届が出て居なければ法律上の夫婦ではない。それ故此所謂内縁の夫婦の場合に、夫が婚姻届を出すことを拒んで妻を追ひ出したとしても、民法の正面から言へば、元來夫婦ではないのだから追ひ出したも追ひ出されたもないではないかといふことになる。裁判所も以前はさういふ態度だつたのだが、

大正四年一月二十六日大審院民事聯合部判決 は其場合を「婚姻豫約不履行」なりと解して法律上の救済を與へた。其見解は随分なこぢつけで、當時學者達から非難されたものだが、しかし其解決が事宜に適つて居るので爾後繰返し同趣旨の判決が下され、今日では既に久しく事實上ノ婚姻ヲ爲シナガラ正當ノ理由ナクシテ婚姻届ヲ拒ム者ハ相手方ニ對シテ有形無形ノ損害ヲ賠償スベシ。

といふ民法の豫想しなかつた法則が判例法として確立して居る。又民法には「債權讓渡」のみが規定されて居る處、判例法によつて

債權引受 が認められる様になつたとか、質及び抵當以外に

賣渡擔保 といふ債權擔保の方法が判例法として發達したとか、色々の實例があつて、判例法なるもの存在はもはや疑ふ餘地のない事實である。ところでこの判例法なるものは所謂

三權分立論 の立場から非難され得る。即ち立法・司法・行政の三權は分立して相侵すべからざるものであるから、法律適用機關たる裁判所が法律を作ることには許容し得ない、といふのである。しかしながら元來裁判官なるものは前にも述べた通り法律よりも古い制度であつて、初期の法律はむしろ裁判によつて發生發達したのであるから、裁判所を一概に既存法律の適用機關とのみは謂ひ得ない。而して今日の裁判所は成文法によつて頗る自由裁量の範圍を制限されて居るけれども、しかし裁判によつて法律が發生し確定する作用はなほ留保されて居るのである。且又裁判官は單に其事件限りの便宜的仲裁人ではないのであつて、その是非曲直の判斷は一般的原则に立脚するのであるから、一事件の判例が種になつて後の同實質事件に適用せらるべき規範が發生し確定することは、必しも不合理ではない。要するに裁判所が法律を「作る」のではなく、裁判によ

つて法律が「出来る」のであつて、立法機關による立法とそこが違ふ。ところで問題になるのは、成文法の規定も慣習法もない場合に裁判所は

條理を適用して裁判し得るか、といふことである。自然法論者は、條理が即ち法律なのだから裁判所はそれを適用して裁判し得る、と言ふ。今日の通説は、條理は法律でないから裁判所はそれを適用して裁判することは出来ぬ、と言ふ。結論は正反對だが、兩説共に裁判所は法律のみを適用する機關だといふ觀念を前提とする點に於て一致する。そこで著者は自然法論にも通説にも反對したのであつて、條理は法律ではないけれども裁判所は條理を適用して裁判し得るものと信ずる。元來裁判所は沿革上は條理に基づいて裁判する機關であり、法律はむしろ裁判所の條理裁判に標準を與へて其自由裁量を制限する規定として發生發達したものといふことが出来る。而して法律が頗る發達整備した今日に於ても、法律が現在及び將來のあらゆる生活需要を網羅することは到底不可能であつて、法律には實際上缺陷がない譯には行かない。他方裁判所は規定なきの故を以て裁判を拒むことは出来ないものであるから、法律に規定のない事案が出て來た場合に、それが刑事事件ならば無罪の判決をして済むが、民事事件であると何とか始末を附けざるを得ない。そこで裁判が條理を以て法律を補充するのはむしろ當然の必要で、實際上常に行はれて居る

所である。民事裁判の判決理由に折々、「何法第何條ニ依リ」と言ふ代りに、「何々ノ筋合ナルニヨリ」といふ文句を使つて居ることがある。「筋合」といふ言葉はどこから出たのか知らぬが、一寸面白い。物事は色々な筋道から考へねばならぬ。ただ一筋に留ひ詰めたりすると、飛んだ間違が出来来る。上からも下からも右からも左からも前から後ろからも色々な筋を押し詰め、その筋の合ふ所が「筋合」であつて、即ち條理である。徳川の舊法廢せられて維新の法制未だ整はざる明治初年にあつては、條理裁判は當然であり必然であつて、

明治八年太政官布告第一〇三號 裁判事務心得第三條は、

民事ノ裁判ニ成文ナキモノハ習慣ニヨリ、習慣ナキモノハ條理ヲ推考シテ裁判スベシ。

と規定して居る。これはもはや現行法ではないといふ論もあらうが、たとひ此布告が既に廢止されて居たにしても、元來當然の原則であつて、理論上實際上然らざるを得ない。一九〇七年制定の

スイス民法第一條 は更に一步を進めて、

文字上又ハ解釋上此法律ニ規定ヲ存スル法律問題ニ關シテハ、スベテ此法律ヲ適用ス。

此法律ニ規定ナキトキハ、裁判官ハ慣習法ニ從ヒ、慣習法モ亦存在セザル場合ニハ、自己ガ立法者タラバ法規トシテ設定シタルベキ所ニ從ヒテ裁判スベシ。

前二項ノ場合ニ於テ、裁判官ハ確定ノ學說及ビ先例ニ準據スベシ。と規定した。即ち成文法も慣習法も規定せざる事案につき裁判官は、學說及び先例に準據しつつも、其事案に適切なるべき條理を自ら想定して裁判するのである。要するに條理裁判は結局是認せられ實行せられざるを得ないのであつて、其條理裁判の判決が種になつて判例法が出来上るのであるが、條理其ものが法律なのではない。それ故法律の形式は成文法と慣習法と判例法となりと言ふ。

## 第六章 法律の種類

公法と私法 といふのが普通先づ第一に擧げられる法律の種類である。これは法律學上極めて古い分類だが、其區別の標準がどうもハッキリしない。公益を目的とする法律が公法で私益を目的とする法律が私法、といふ説明があるが、これは所謂問を以て問に答へるもので、やはり公私の別といふ根本問題が残る。權力服従の關係を定める法律が公法で平等な權利關係を定める法律が私法だ、といふ説明もあるが、國際法は平等關係の法律にしてしかも公法にあらずやとの疑問が起る。國家其他の公共團體が少くも一方の主體となつて居る關係を規定する法律が公法で私人相互の關係を規定する法律が私法だ、といふ説明もあるが、ここに所謂國家とは國家が權力團體として活動する場合、といふ様な註を附けないと、國家が物を買つたり金を借りたり鐵道を經營したりする場合も公法關係か、といふ揚足を取られさうだ。從來の説明中最も穩當と思はれるのは、國家に關する法律關係を定める法律が公法、國家に關せぬ法律關係を定める法律が私法、といふ區別であるが、著者は同一の著眼點から今少しく實質的に觀察して、國家生活の法律が公法、社

會生活の法律が私法、と區別したい。我々の共同生活は

社會生活即國家生活であつて、兩者分離すべきものでないが、一面「國民として」といふ狹義の國家生活と、他面「人間として」といふ狹義の社會生活とに分析して觀察することが出来る。例へば役人になるとか、税を納めるとか、兵役に出るとか、或は悪い事をして刑罰を受けるとかいふのは、國民としての生活であつて、即ち國家生活である。これに反して飯を食ふとか結婚するとかいふのは、國家生活ではなくて社會生活である。國家の爲めに飯を食ふのだ、國家の爲めに結婚するのだ、とも勿論考へ得るが、一箸毎に國家の爲めと考へて居ては消化が悪からうし、國家的結婚といふのも少しギョチなき過ぎるのであつて、先づ「人間として」飯を食ひ結婚するのだと言つた方が自然であらう。そこで右狹義の國家生活の法律が公法、狹義の社會生活の法律が私法、と區別しようといふのだ。しかし又近頃は、例へば勞働關係・産業關係の如き公私兩方面に跨る關係が顯著となり、煎じ詰めれば公益も私益も結局は社會利益といふことになるので、従つて公法私法の區別を否認する論、公法・私法に

社會法を配する三分論なども主張される。いづれも一理ある論で、公法私法の區別なるもの決して絶對的徹底的なり得ないが、しかし前述の如き兩方面からの觀察も萬更無意義ではない。

即ち公法と私法とでは其運用が違ひ得るし、又公法の内容は各國獨自だが私法の内容については後述世界法的傾向がある、といふ様な學問上及び實際上の區別の實益があるのだから、先づ大體の所で公法・私法と分類して置いてよからう。所謂六法の中で、憲法・刑法・民事訴訟法・刑事訴訟法は公法、民法・商法は私法である。或は憲法と行政法とを特に公法と稱することもあるのであつて、例へば「公法學者」といへば憲法行政法學者のことである。尤も各個の法典については必しも其全部が公法とか私法とかいふ譯ではないのであつて、例へば根本私法たる民法典の如きも、罰則とか裁判所の許可・宣告とか強制執行の方法とかいふ様な公法規定を含んで居る。而して公法關係の事件は司法裁判所の管轄外に置かれて、其或ものは行政裁判所によつて取扱はれ、公法關係から生ずる義務の強制執行は民事訴訟法による強制執行とは異なる行政上の強制執行手續によることになつて居るが、衆議院議員選舉訴訟は不公平の疑惑を避けるため司法裁判所たる大審院の管轄に屬せしめて居る。第二に

固有法と繼受法といふ分類がある。固有法といふのは、其社會の社會生活の結果として發生發達した規範を内容とする法律であり、繼受法といふのは、他の社會に於て發生發達した法律が移つて其社會の法律になつたものである。外國法の繼受には慣習法的繼受と立法的繼受とあつて、



慣習法的繼受とは、甲國の法律が乙國にはいつて慣習法として行はれることを謂ふのだが、その最も顯著な實例は、ローマの法律がドイツにはいつて第十三・十四世紀以降所謂「普通法」(Gemeines Recht)なる慣習法として行はれたことである。これを「レツェプチオン」(Rezeption)と稱するのだが、元來「レツェプチオン」といへば「繼受」といふ普通名詞であるところ、丁度「花」といへば「櫻」を意味する様に、「レツェプチオン」といへば直ぐに中世ドイツのローマ法繼受と了解される程、外國法繼受の顯著な事例なのである。もし又乙國の立法者が甲國の法律を模範として自國の法律を制定するならば、それは

立法的繼受である。その顯著な實例は、ベルギー・イタリー等の諸國のナポレオン法典繼受であり、又一九二六年二月十七日のトルコ民法典がスイス民法を繼受したことである。又我國に於てはこれが昔から行はれたのであつて、先づ第一にかの大寶令は唐令を繼受したものである。所でこの唐令なるものは散逸してしまつて纏まつたテキストが遺つて居なかつたのを、仁井田陞博士が苦心の末其大半を復活した。それが昭和九年帝國學士院恩賜賞の名譽に飾られた大著「唐令拾遺」であるが(有関法學七 六・七七話)、此研究により大寶令が唐令を繼受したものであると同時にそれを我國當時の事情に適合する様變換してあることが明白になつたのであつて、日本人は昔からさうい

ふ事が上手だつたらしい。更に又明治維新以後の立法には此立法的繼受の實例が頗る多い。例へば民法典の如き、其内容たる法規中親族編相續編の規定等固有法も勿論あるが、親族編相續編中でも例へば夫婦財産制とか遺産相續の規定などは繼受法であり、更に財産關係の規定に至つては殆ど全部繼受法と謂つて宜い。そこで全體斯様に外國法を繼受したものが眞に我國の法律であると言ひ得るだらうか、といふ疑問が起る。しかし個人が孤立するものでない様に、民族又は國家も絶対に孤立し得べきものではなく、他の民族又は國家と共に人類を構成して居るのだから、他の民族又は國家の進歩發達に刺激誘導されて進歩發達することこそ社會生活當然の現象と謂ふべきだ。法律の繼受も亦此人類社會相關的發達の一現象に外ならぬのであつて、さういふ事が行はれるのは畢竟法律が一面に於ては人爲的制度であると同時に他面に於て人性及び社會生活の自然に基づくものだからである。もし法律に人類共通の自然的性質がなかつたならば、甲國の法律が移つて乙國の法律になり様がないが、もし法律に人爲的性質がないならば、立法的繼受の如き飛躍は行はれ得ない。而して又、繼受されるのは法律の細目的形式であつて繼受が行はれる實質的基礎は其社會生活上の必要に存する。即ち甲國の法律が乙國に繼受されるのは乙國に元來それだけの素因があり又は左様な法律に對する要求が発生したからである。大日本帝國憲法が形式に於ては西

洋の憲法に學ぶ所があつたにしても其眞髓は抑も肇國以來不朽不磨の大原則であり、民法商法等に至つても、明治の新時代がそれだけのものを要求したればこそ繼受が行はれたのであつて、その輸入した例へば法人・會社の如き新制度も忽ち我社會に消化されてしまつた。要するに法律の法律たる所以は其の社會の需要に基づいて其社會の社會生活を規律するにあるのであつて、其内容たる規範其ものが必しも國産たると輸入品たるとを問はぬ。即ち繼受法も正に其國其社會の法律に相違ないのである。而して既に等しく其國の法律規定となつた以上、其實質が固有法であるに繼受法であるによつて其效力に何等の差違があるべきでない。兩者の差違はただ其研究法に存し得る。即ち繼受法規については所謂「母法」に遡つて其意義を明かにすると同時に、それが果して我國の實情に適するかどうかを考へねばならぬ。固有法規については、我國に於ける沿革に遡ると同時に、それが果して今日の進運に伴ふか否かを究めねばならぬのである。第三の分類は實體法と手続法である。實體法といふのは法律が實現せんと欲する状態其ものに關する法律、手続法といふのは其實現の手段に關する法律、といふことになつて居り、「六法」の中で憲法・民法・商法・刑法は實體法、民事訴訟法・刑事訴訟法は手続法、と區別される。尤も此區別も亦絶對的なものでなく、例へば實體法たる民法も多くの手続規定を含んで居る。所で此區別は法律

の適用上何等の實益もない。ただ立法するに實體規定と手続規定とはなるべく別の法律にした方がよいといふ位の所だ。ところがこれを

**主法・助法** とも稱する所から、實體法は主要なもの、手続法は補助的なもの、と考へる人もないではあるまい。殊に學生諸君に取つては、例へば民法は、わかりよくもあり、變化もあり、自身の實際生活にも幾分觸れて居る所から、多少の興味がもたれるが、民事訴訟法は、むづかしく且一見乾燥無味であり、其上覗いて見たこともない裁判所内の事なので、面倒臭いものつまるぬものとされ易い。それ故民法は勉強するが民事訴訟法には身が入らぬといふことにもなる。大學でも多く民法は一年から始まるが民事訴訟法は二年からであり、政治科・經濟科・商業科では、民法の講義はあるが民事訴訟法は聴く機會がない。しかしこれは本當の事ではない。法律發達の由來を遡つて見ても、大體に於て手続法が先づ發生發達してそれが實體法發生發達の誘因となつたこと、前に法律の進化について述べた通りである。現在では實體法と手続法とはなるべく別法律として規定すると言つたが、同一法律中に盛られる場合にも、例へば破産法が第一編實體規定・第二編手続規定となつてゐる様に、實體法を先にし手続法を後にするのが普通だ。所が古い法律を見ると必しもさうでない。例へば有名なローマの古法(紀元前四一五〇年頃)

十二表法・の第一表は法廷召喚の規定であり(續法窓夜)、又徳川幕府(將軍吉宗制定)の

御定書百箇條の第一條は「目安裏書初判之事」即ち訴狀受理手續の規定であつた。さういふ沿革的の意味からも手續法は尊重されねばならぬ。又現行法についても、手續法を學ばなくては折角の實體法の知識も徹底しない。人の所有物を盗むべきでない、盗品は取返さるべきだ、盗人は罰せらるべし、といふことは民法・刑法を知らなくても誰にでもわかる。しかし如何にして盗品が取返されるか、如何にして盗人が罰されるかは、民事訴訟法・刑事訴訟法を學んで初めて知り得る。それ故手續法の方が實體法よりも法律らしい法律だ、必要な法律だ、とも言へる。少くも手續法なるが故に輕視すべきでない。民法を學ぶには斷えず民事訴訟法・人事訴訟手續法・非訟事件手續法・不動産登記法・戶籍法・供託法・競賣法といふ様な手續法を参照せねばならぬ。苟くも法學生なりといふ以上、選り好みをせず手續法をも勉強せねばならぬこと勿論である。なほ實定法といふ言葉が用ひられるが、これは理想法に對する現實法、又は過去の法律に對する現行法の意味で、實體法とは違ふことを注意すべきである。第四に

普通法(一般法)と特別法といふ分類がある。此分類には三様の意味がある。第一は法律が適用される地域に基づく區別である。第二は法律の適要を受ける人に基づく區別である。第三は法律

の規定事項に基づく區別である。第一及び第二については後に法律の效力の章で説明する。第三の區別法に従ふと、一般の事項に關する法律が普通法で、或特別の事項に關する法律が特別法である。例へば民法が普通法で商法が特別法、民事訴訟法が普通法で人事訴訟手續法が特別法である。しかしこれは相對的の區別であつて、例へば商法は民法に對しては特別法だが、保險業法に對しては普通法だといふ様な關係になる。普通法・特別法の區別の實益は、前記三種のいづれの區別法によつても、特別法がその地域なり人なり事項なりについては普通法に先だつて適用されることである。所謂「特別法は普通法を破る」のである。其地域・其人・其事項については特別法のみが適用されて普通法は適用がない場合もあるが、多くの場合には特別法が先づ適用され其規定のない部分につき普通法が補充的に適用されるのである。いづれにせよ實際問題としては特別法が大切なのだ。大學では主として普通法を教へるのであつて、細かい特別法にまでは手が届かないが、實際問題にぶつかつたときには、先づ以て其事柄につき特別法がありはせぬか、といふことを調べなくてはならぬ。例へば爆彈を投げて人を傷けた者を罰するのに、刑法第二〇四條「人ノ身體ヲ傷害シタル者ハ十年以下ノ懲役又ハ五百圓以下ノ罰金若クハ科料ニ處ス」を持つて來たら大間違で、爆發物取締罰則第一條「治安ヲ妨ゲ又ハ人ノ身體財産ヲ害セントスルノ目的ヲ以

テ爆發物ヲ使用シタル者及ビ人ヲシテ之ヲ使用セシメタル者ハ死刑又ハ無期若クハ七年以上ノ懲役又ハ禁錮ニ處ス」が適用されねばならぬのである。第五の分類は

原則法と例外法 原則法といふのは或事項に一般の場合に適用される規定であり、例外法といふのは其事項について特別の事情がある場合に原則法を排斥して適用される規定である。例へば民法第一條「私權ノ享有ハ出生ニ始マル」は原則法であり、第九六八條「胎兒ハ家督相續ニ付テハ既ニ生マレタルモノト看做ス」はこれに對する例外規定である。此分類は普通法・特別法の分類とは別だ。特別法が普通法に對して例外法のこともあるが、特別法はむしろ普通法の細則である場合が多い。又普通法特別法の區別は一箇の法令と他の法令との關係だが、原則法と例外法とは前掲の例の如く一法律中に含まれて居ることが多い。更に一箇條の條文中に原則と例外とを含む場合もある。「但何々ノ場合ハ此限ニ在ラズ」といふ様な所謂「但書」は多く例外規定である。此區別の實益は、解釋の際特に兩者の關係に留意すべし、といふことだらうが、「例外ハ最も嚴格ニ解釋スベシ」(Exceptio est strictissime interpretationis.)といふ有名な法律格言は必しも墨守せらるべきでない。要するに其例外が設けられた趣旨に應じて適當の範圍に適用せらるべきである。

## 第六に

強行法と任意法 の區別がある。これも法令の種類と言はんよりは個々の規定の分類である。強行法といふのは、其法規の規定する法律關係の内容を當事者の意思によつて變更することが許されないものである。換言すれば、當事者たる私人の意思如何を顧慮せずに適用される法規が強行法である。任意法とは、當事者たる私人がこれに異なる意思を表示しない場合にのみ適用される法規であつて、即ち其法規の規定する法律關係の内容が結局當事者の意思の補充又は解釋に外ならぬのである。元來法律はすべて強行される筈のもので、所謂任意法でも一旦適用されるときまつた以上はその強行される點に於て所謂強行法と同様であり、ただ當事者が豫め反對意思を表示するによつて其適用を免かれ得る點に於て強行法と違ふのである。民法第九一條に「法律行為ノ當事者ガ法令中ノ公ノ秩序ニ關セザル規定ニ異ナリタル意思ヲ表示シタルトキハ其意思ニ從フ」とあるのは其意味で、「公ノ秩序ニ關セザル規定」といふのが即ち任意法だ。或法規が任意法であることは、法文中の「別段ノ意思表示ナキトキハ」とか「但設定行為ニ別段ノ定アルトキハ此限ニ在ラズ」とかいふ様な文句によつて明示されることもあるが、常に必しも其外形によつて強行法か任意法かを判断し得べきでなく、結局其規定の趣旨に従つて判定せらるべきである。公法は大體に於て強行法だが、民事訴訟法第二五條に「當事者ハ第一審ニ限り合意ニ依リ管轄裁判所ヲ

定ムルコトヲ得」とある所を見ると、第一審裁判管轄の規定は任意法なのである。私法即ち民法・商法等は兩種の規定を含む。債權法には任意規定が多い。それはフランス民法制定當時から勢力を占めた所謂

契約自由・私法自治の原則から來て居る。しかし契約自由は絶対の原則でなく、後述の通り近來其自由が制限される傾向がある。例へば借家法第六條(借地法第一一一條も同趣旨)に「前五條ノ規定ニ反スル特約ニシテ賃借人ニ不利ナルモノハ之ヲ爲サザルモノト看做ス」とあつて、所謂「前五條ノ規定」が強行法なることを示す。物權法には民法第一七五條「物權ハ本法其他ノ法律ニ定ムルモノノ外之ヲ創設スルコトヲ得ズ」の規定、其他強行規定が相當にある。親族法・相續法には性質上強行規定が多い。例へば夫婦同居の規定(民法第七八九條)は強行法だから、別居しようといふ夫婦間の契約は法律上の效力を生ぜず、又法定家督相續の規定(民法第九〇條以下)は強行法だから勝手に其順位を變更する譯には行かぬ。これに反して所謂

法定夫婦財産制は任意法だから、夫婦財産契約が存しない場合に適用される(民法第七九三條)。而して夫婦財産契約が存しないのは、多くは當事者が其問題に思ひ及ばなかつたためであらう。其場合には法定財産制は當事者の意思の補充である。時には當事者が財産關係は普通の制度に従はうと

いふ意思だつたこともあらう。其場合には法定財産制は當事者の意思の解釋である。即ち任意法は「補充法」たることもあり、「解釋法」たることもあるのである。

## 第七章 法律の解釋

解釋 といふのは法律の意義を確定することである(讀法窓夜<sup>五八</sup>)。慣習法及び判例法についても、問題の慣習法はどういふ意味でどこまでの範圍か、判決文中どこが判例法たるべき部分か、それを確かめなくては慣習法又は判例法を働かせる譯に行かないから、解釋の問題を生じないではないが、解釋が特に必要なのは成文法についてである。成文法は多く抽象的原則的に規定されて居り、殊に我國現行の法令は國民に耳新しい制度を目慣れぬ文字で書いてあるものが多いから、先づ其文章の意味をハッキリさせなくてはそれを適用することが出来ない。それ故に法律學は法律の解釋から始まる。所謂

解釋法學 といふのがそれであつて、法律學の第一課である。以前には法文の解釋を以て法律學の能事終れりとしたものだが、それは間違であつた。しかし又近頃の様にややもすると法文の解釋を馬鹿にするのも宜しくない。ともかくもそこに法令が存することは事實なのだから、其現實を無視することは出来ない。かの清水の龍華寺の高山樗牛の墓石に「吾人は須く現代を超越せ

ざるべからず」と刻んである。面白い文句だが、現代を超越するには先づ以て現代を知り盡さねばならぬ。前述のイェリソグは

ローマ法を通じてローマ法の上 (Dur. h. das römische Recht, über das römische Recht hinaus 1)  
と言つたが、「通して」といふ所に味がある。ローマ法の埒内にせぐくまつて居てはいけぬが、ローマ法を飛び越してしまつたのでは駄目だ。法律學は法文の解釋で終るべきでないが、法文の解釋から始まらねばならぬ。要するに現行成文法のテキストが

法律學の出発點 である。そのスタートを十分に踏切らなくてはいけない。眼は遙に決勝線<sup>ゴ</sup>を望みつつ、一步一步をトラックの白線内にシツカリと踏まなくてはならぬ。即ち法文の鳥居敷<sup>ウ</sup>をくぐつて初めて法理の奥の院に參詣出来るのである。そこで我々に取つて先づ以て大切なのは所謂六法全書 即ち現行重要法規集である。詩人ハイネはローマ帝ユスティニアヌスの法典を「惡魔の聖書」と罵つたとか。「惡魔の」だか「天使の」だかは、其法律の内容により、又其運用によつてきまることで、著者は勿論現代の法律が惡魔的だとは思はず、どうか益々天使的たらしめたものと祈つて居るが、それはともかく、六法全書を一つ

法律家のバイブル と呼ばせて貰ひたい。甚だ大形な様<sup>様</sup>であり、又両者が全然同一性質だといふ

のでは勿論ないが、キリスト教徒に取つてのバイブルと、法律家に取つての六法全書とは、頗る似通つた所があるからである。キリスト教に入らうとする人が、先づ何の本を買ひませうか、と尋ねるならば、諸君は必ず聖書と答へるだらう。初めて法律を學ぼうとする人に對しては、何を措いても先づ六法全書を買ひなさい、と言ひたい。而して勿論ただ買つただけでは駄目なので、聖書を常に座右に置き又小形バイブルをポケットに入れて居なくてはクリスチャンらしからざると同じく、又英語に熱心な人が常にポケット・ディクショナリーを携帯して居る如くに、六法全書を机上に備へ又懷中して居なくては法律家らしくない、と言つてよからう。更に又聖書や辭書や六法全書が單に机上懷中の飾り物では何にもならぬことは言ふまでもない。斯ういふ話がある。地方の母親が突然上京して大學在學の息子の下宿を訪ねた。丁度息子が不在だったので其部屋にはいつて見て、衣服寢具等が亂雑になつて居るのに呆れ返り、ホントに仕方のない自墮落者だ、と口小言を言ひながら本箱をあけて見て、それでも感心に本だけは折目も附いて居ない、と言つたとか。聖書や辭書や六法全書が手摺れて居たからとて必しも、熱心な信者だ、英語に堪能だ、一塵の法律家だとは言へまい。しかし聖書・辭書乃至六法全書に折目も附いて居ない様ではテンデ御話にならない。法律學は六法全書に折目を附ける所から始まる。六法全書を聖書と辭書とに

譬へたが、實は六法全書は聖書と辭書との中間に在ると言つてよからう。聖書は創世記第一章「元始に神天地を創造たまへり」といふ所又は馬太傳第一章「アブラハムの裔なるダビデの裔イエスキリストの系圖」といふ所から始めて通讀復誦すべき性質のものである。即ち「讀む」べきものである。これに反して辭書は通讀すべきものではない。辭書を片端から暗記するといふ勉強家の話もあるが、賢明な方法とは思はれぬ。辭書は必要に應じて「引く」べきものである。所が六法全書は或程度まで通讀すべき性質のものである。勿論クリスチャンが聖書を讀む様にこればかりを讀誦すべきではないが、或法律を學ぼうとするには、先づ其法文を、短いものなら全部を、長い法律なら一章一節づつを、豫め讀んで置いてから講義を聽き又は書物を讀むと、理解も興味も増すことと思ふ。又例へば

高等試験の口述試験 を受ける場合に、法律科目についての第一の準備は條文を讀んで置くことだ。筆記試験の際に十分な勉強はしてあることだから、又々無益な繰返しをして頭を疲らすよりも、條文を一通り目を通して前後の配置連絡を心に入れ急所々々を押へて置くのが、何よりの準備である。さうすれば何を問はれても安心して根據ある答が出来る。高等試験の口述試験には條文がそこに出してあるが、大體の見當だけは附いて居ないと、竊盜罪と言はれて刑法第一條から

繰つて見ねばならぬ様なことになる。條文を一々暗記する必要は勿論ないが、重要な條文だけは知つて居ないといけない。著者が擔任した或口述試験の際、次の問を呼び出すキッカケの積りで、「民法第一條に何とありますか」と尋ねたところ、「私権ノ享有ハ出生ニ始マル」とスラスラ出なかつた人が相當に多かつた。それは前夜徹夜でもして頭が働かなくなつて居たためと思ふが、憲法ならば第一條乃至第四條とか、民法ならば第一條・第九〇條・第七〇九條といふ様な目貫の條文は、正確に知つて居て貰ひたい。これは受験の爲めだけの話ではない。それでないと一體何の研究をし何の議論をするのかの對象がハッキリせず、所謂雲を掴む様なことになつてしまふ。次に六法全書は辭書の様な作用もするのであつて、それが又頗る大切である。著者が中學の時英語の先生に言はれたことだが、又どの英語の先生も言ふだらうが、辭書を引くの面倒がつては英語が達者になれない。法律についても同じ事で、マメに六法全書を繰らなくてはよい法律家にはなれない。法律書を讀むには、必ず六法全書を併せ開いて、引用されてある條項を一々當つて見るべきである。本書は引用の條文も少いことだから、原則として本文を書くことにしたが、著者は——多くの學者がさうだらうと思ふが——専門の講義又は著書に於てはなるべく法令の本文を其儘言つたり書いたりせず、何法第何條と引用するに止めて居る。それは冗長を避けると同

時に、聽講者又は讀者に出来るだけ勉強の餘地を残すためである。即ち聽講者又は學者自身の條文参照を待つて講義又は著書が初めて完全になるのである。それ故其儘聽き放し讀み放しにされては大きに目算が違ふ。又實際問題を解決するにも、條文に當つて見ることを忘れてはいけない。斯ういふ昔話がある。殿様が勘定方を任命しようとして、甲乙二人の候補者につき試験をして見た。先づ甲を呼び出して、一に二をたすといくつになるか、と尋ねた。甲は言下に、三になります、と答へた。次に乙を呼び出して、一に二をたすといくつになるか、と問うた。すると乙は、恐れながら算盤を拜借致しますと、算盤を取り寄せ、バチバチと置いて見て、三になります、と申し上げた。讀者諸君、甲乙いずれが採用されたと思ひますか。さてここに法律の解釋といふのは學說的解釋であつて、即ち個人のする解釋である。これに對するものは所謂公權的解釋である。「有權解釋」とも「立法解釋」とも謂ふ。即ち國家のする解釋であつて、法令中の用語の意義を法令を以て確定することである。民法第八五條「本法ニ於テ物トハ有體物ヲ謂フ」鑛業法第一條「本法ニ於テ鑛業ト稱スルハ鑛業ノ試験、採掘及之ニ附屬スル事業ヲ謂フ」の類がそれである。これは解釋といはんよりはむしろ立法其ものであつて、即ち定義的規定である。以前の法律例へば舊民法は定義的規定が多くて頗る教科書的だつたが、現



行民法の立法者は努めてこれを避けた様である。例へば「賣買」の定義であつても、

賣買ハ當事者ノ一方ガ或財産權ヲ相手方ニ移轉スルコトヲ約シ相手方ガ之ニ其代金ヲ拂フコトヲ約スルニ因リテ其效力ヲ生ズ。

といふ風に、定義でない形に規定して居る(第五條)。それ程までに定義を嫌ふ必要もないと思ふが、法文が如何に詳細に定義的説明的に規定されても、學說的解釋の必要は減少しない。ナポレオンは、其法典の發布後忽ち其註釋書が出たのを見て「我法典は喪はれたり」(Mon code est perdu!)と歎息したとのことだが、ナポレオン法典が百何十年後の今日に至つて喪はれないのは、學說的解釋によつて古囊に新酒が盛られるからである。學說的解釋は個人の思慮によつてされる法律の意義の確定であつて、裁判官が職務上行ふ解釋でも、解釋其ものは個人的解釋で、公権的效力を有しないこと、前にも述べた通りである。解釋は法文の用語文章を基礎として行ふのであつて、これを

文字解釋 といふ。元來成文法の成文法たる所以は文字にあるのだから、文字の解釋が重要なことは言ふまでもないが、言語が抑も不完全なもの故、中々以て「讀んで字の如し」といふ譯にのみは行かず、單純な文字解釋だけでは法文の眞意義を確定し得ないのみならず、所謂杓子定規

に文字に拘泥すると、飛んだ誤解曲解も起り得る。著者の中學時代の事だが、學校の玄關に「靴草履ノ外具ルベカラズ」と書いた木札が掛かつて居た。すると茶目な一生徒(後には某大學の知名な教授)が其制札の下に漫畫を描いて貼り附けた。それは靴と草履とが制服制帽で大威張で玄關を上つて行くのを人間の生徒が指をくはへて見て居る圖で、それが又頗るうまく出來て居たので、大笑ひ且大問題になつた。成程文字だけを讀むとさういふことになるのであつて、杓子定規な文字解釋の好適例だ。それ故文字だけを見たのではいけない。其箇條だけを讀んだのでは足りない。其箇條と他の箇條との關係、其箇條のこれを含む法令中に於ける位置、其法令と他の法令との關係、其法令の國法全體中に於ける位置、立法の目的、社會生活上の必要等、諸方面から觀察し、あらゆる論理的方法を用ひて思索することによつて、初めて法文の眞意義を確立し得る。これが所謂

論理解釋 である。極めて卑近な例だが、ここに「車馬通行止」といふ札が立つて居る。其文字の正面から出て來る意味は、車と馬との通行を禁止する、といふことである。しかし其裏面には、徒歩ならば通つても宜しい、といふことが含まれて居る。それが

反對解釋 である。象や駱駝を引張つて來たらどうか。馬でさへいけないのだから、象や駱駝は勿論だらう。それを

勿論解釋 といふ。象や駱駝が通ることはメツタにないから、立法者もそこまでは考へて居なかつたのだらうが、牛の事は當初から考へにはいつて居なければならぬ筈だ。それ故ここに「馬」とあるのは「牛馬」の意味に擴げて解すべきだ。それが

擴張解釋 である。更に又「車」とあるが、禁止の目的上自轉車ならば差支ない意味かも知れぬ。其場合には所謂

縮小解釋 をする。これ等はいづれも論理解釋の一方に外ならぬのであつて、それぞれ適當な程度で用ふべきである。要するに文字解釋と論理解釋は別種の解釋方法ではなく、結局合理的に文字を読むのが學說的解釋の全部である。論者は時に

立法者の意思 を云々し、草案理由書・議會の議事録等を引用することがある。これは頗る有力な議論であつて、立法者の意思が解釋の基礎たる立法目的を明かにするための重要な參考となり、理由書・議事録等が立法者の意思を窺はせる貴重な資料であることは言ふまでもないが、立法者の意思が法律其ものではなく、解釋の對象は飽くまで法文自體であることは、特に留意せねばならぬ。それ故法令の文字から合理的に解釋されてしかも社會の要求に適應する結論に對し、それは立法者が思ひ設けなかつた所だ、といふだけで反對するのは間違つて居る。ところで前記の「車

馬通行止」は當然牛を含む意味に規定されて居るのだから、「馬トハ牛馬ノ義」とする解釋で濟むが、牛についてののみ規定があつて馬については規定がない場合に、牛の規定を馬に適用することがあり得る。それを

類推適用 といふ。法令は屢々

準用 といふ言葉を使つて類推適用をなすべき旨を明示する。例へば民法第三六一條が不動産質に抵當の規定を準用し、人事訴訟手續法第二六條が婚姻事件の規定を養子縁組事件に準用したのなどは、いづれも法定の類推適用である。又準用といふ言葉は使はずとも、民法第五五四條「贈與者ノ死亡ニ因リテ效力ヲ生ズベキ贈與ハ遺贈ニ關スル規定ニ從フ」なども同様である。準用は立法の便宜上規定の重複繁雜を避ける方法であつて、實質上は各場合が一々詳細に規定されて居ると異なるらぬ。ただ準用と適用と違ふのは、引用された規定を其儘當てはめるのではなく、事項の性質に應じた適用をせねばならぬことである。譬へば牛の法律を馬に準用するには角に關する規定は除いて適用する、といった様な譯である。而して準用は前記の通り便利な立法技術であるだけに法律を作る者は準用規定の濫用をせぬ様、即ち面倒臭いから準用にして置くといふ様なことのない様、特に注意すべきであり、又法律を學ぶ者は、準用の箇所を其儘通過してしまはず、

引用規定に一々當つて見てどう適用されるかを研究せねばならぬ。ところでここに問題になるのは、法令に準用規定のない場合に類推適用が許さるべきか、である。先づこれを必要上から言ふならば、類推適用は許されねばならぬ。法律は社會生活の規定であるが、法律が現在及び將來のあらゆる社會生活現象を網羅することは事實上不能であるから、もし類推適用が許されぬとするならば、法律の社會規範たる効用が大に減殺されるのみならず、類似の事實に異なつた解決が行はれて、不公平な結果を免かれない。然らば類推適用は如何なる根據によつて是認せらるべきか。或學者は新立法だと言ふ。成程類推適用の結果として新たに慣習法又は判例法を發生することはあらう。しかし類推適用其ものは具體的事件に對する原則の適用であつて、原則の設定ではない。或學者はこれを解釋の一方方法なりとして「類推解釋」などと言ふ。成程解釋が所謂擴張解釋として類推的の意味を帯びることはあらう。解釋ならば當然差支ない譯だが、解釋の程度を超えた類推が問題となるのである。著者は類推適用の根據を、法律無き場合には條理に依る、といふ前述の原理に求めたい。元來條理といふのは學者・裁判官等の主觀的標準ではないのであつて、社會生活の原則的觀念である。而して社會生活の法則には統一がなくてはならぬから、今甲事項に適用すべき法則を求める場合に、其事項に該當する法則はなくて、それと性質を同じくする乙事項

に適用される法則として最も有力な法規があるならば、これを甲事項に適用するのが即ち條理に従ふ所以であつて、もし乙事項に適用すべき法規と異なる法則を類似の甲事項に適用したならば、それこそ條理に反すると言はねばならぬ。即ち、法律の類推適用といふのは、或事項に關する法律の規定をこれと同實質の他の事項に條理として應用することに外ならぬ。ところで法律の解釋について法律學者に寛嚴兩様の態度があり得る。法文を嚴格に解釋して其範圍を狹隘に限定し、法の明文に包含せられない事柄については、「法律に規定がないから如何とも致方がない」と片附けてしまふ

嚴格法説 とでも謂ふべき態度が一時法學界を支配した。等三章「法律學説」の部に述べた「分析法學派」は自然さういふ態度になるのであつて、法律觀念を明確ならしめた功績はあるけれども、其代り法律學を餘りに窮屈な杓子定規なものにしてしまつた憾みがある。これが所謂

概念法學・論理法學 の傾向であつて、論理的に概念を作り出すことは法律學が學問たる以上むしろ當に然るべき所なのだが、其論理が形式論理に流れて「觀念遊戲」に墮し、法律の目的を忘れて社會生活の現實を輕視し、法律には缺陷なし、法律は變化せず、と論理的に極め込んで、法律に限界あり又進化あることを認めないのが、其傾向の弊である。そこで此傾向に反對してイ

リングの「目的法學」「利益法學」が起り、更に進展して「社會法學」となつたことは前に述べたが、其新傾向が特に法律解釋論方面に發現したのが、第十九世紀から第二十世紀初頭 かけて獨佛兩國の一派の學者により有力に主張され、又我國に於ては牧野英一博士が熱心提唱され來つた所謂

自由法論 (Freirechtstheorie) である。此派の學者は個々の事件の正當衡平な解決に重點を置いて從來の法律及び法律學は此目的を達する所以にあらずとし、從來の法律學は法律をして「上部の孔より事件を挿入して下部の孔より判決を抜き出す自動機械」たらしむるものと批難する。其結果法規は畢竟裁判官に對する一般的指針に過ぎないものとされ、裁判官は法規以外に「科學的自由探究」(la libre recherche scientifique) によつて「事物の本性」(la nature des choses positives) に基づく「活きた法律」(das lebende Recht) を「見出す」べし、と主張される。即ち眞の活きた法律は法規以外に存在して法律家によつて發見される、とするのだから、一種の自然法論であつて、

新自然法論 と稱せられる。但し舊自然法論は古今東西に通じて普遍不易なる大法ありとするのだが、新自然法論は時に應じ物に依つて異なる法律在りとするのだから、變化的内容の自然法

論」とでも謂ふべきである。要するに此主張は從來の立法及び裁判に對する不滿から發足して法律學に新生面を開いた最も注目すべき現象であつたが、それに對する批難攻撃も相當に猛烈だつたのであつて、「法」は「自由」にあらず「自由」は「法」にあらず、果して然らば「自由法」の名稱それ自身矛盾撞著にあらずや、といった様な反對論もあつた。それについて聯想されるのは繪畫教育に於ける

自由畫運動 である。既に餘程前のことと思ふが、我國に「自由畫」といふことが提唱され、小學生の圖畫に大きな影響を與へたことは、「自由法」といふことを知らぬ人でもよく知つて居ることである。其自由畫運動の主唱者たる山本鼎畫伯は著者の舊友だが、先年同氏から「自由畫教育」と題する著書を贈られたので、専門違ひではあるが友達への義理と思つて讀み始めた處、開卷劈頭忽ち

自由畫といふ標號は、誤解されたり曲解されたりしてはいけない。或教育家は、自由畫を寫生にも記憶にもよらない樂がきのやうなものと考へて居た。……又或先生は自由畫教育は絶對に生徒を放任するのかと訊いた。「わたしははじめ危險思想と關係のあつたものではないかと思つて心配しましたよ、展覽會を見てすつかり安心しました。……」と告白した校長さんもあつ

た。まづたく都合の悪い言葉である。併し未だにより適當な形容詞を考へつかない。

自由畫といふ言葉を選らんだのは、不自由畫の存在に對照しての事である。云ふまでもなく不自由畫とは、模寫を成績とする畫の事であつて、臨本―扮本―師傳等によつて個性的表現が塞がれてしまふ其不自由さを救はうとして案じられたものである。

創造(creation)と云ふ字が一般に解り易いものならば勿論それが良い、露西亞では自由と云はずに、兒童創造展覽會と云つて居るさうだ。――併し吾が從來の圖畫教育に對する時、自由畫といふ字はむしろ適切ではないか。自由が不自由に代つた時、創造が模寫に代つた時、はじめて自由といふ言葉は勇退すべきであらう。

といふ一節に逢著し、思はず案を打つて「自由畫即自由法」と三歎せざるを得なかつた。成程昔流の畫の稽古といふのは、題材も梅竹蘭菊の四君子といった様なきまり切つたものであり、しかも松はかう描くもの竹はああ畫くものといふ形式が豫定されて居て、松や竹の實物を見ずに、手本を側に置いて其通りを模寫するのであつたかも知れない。自由畫は其の概括的形式的な在來の畫法の不自由さを打破しようといふのであつて、一般的抽象的に花瓶は斯う描くものときめ込んでしまはずに、ここに一個の白色の花瓶が此部屋の此テーブルの綠色のテーブルクロスの上に

置いてあり右上から光線が當つて居る、といふ様な特定具體的の場景を前にして、其花瓶がどういふ形どういふ色どういふ感じに子供の眼に映るかをソックリ其儘描かせようといふのである。即ち其場合に於ける唯一の眞實を表現させようといふのであつて、決して丸形の花瓶を角形に描いてもよいといふのではない、然るに「自由」といふ言葉の故にでたらめな畫を描くのだといふ風に誤解される、と山本畫伯は嘆息する。而して其誤解は自由畫を白眼視する舊式畫家に存するのだが、事によると自由畫運動に追隨する新式畫家にもあるかも知れない。それと同様、自由法論についても外部からの又内部からの誤解がある様だ。自由畫が畫法の無視でないと同じく、自由法論は法律の無視ではなく、又法律の無視であつてはならない。自由畫が實は最も忠實な寫生であると等しく、自由法は前述の通り最も忠實な「法律の發見」である。自由といふのは從來の概念的な考へ方に對しての自由である。これはかうあれはあめと概括豫斷してしまはずに、本當の所をつかまへようといふのであつて、「自由」即ち「忠實」である。それ故成文法の規定に捉はれることが「忠實」「自由」でないと同時に、現實に存在する法規を無視することも「忠實」「自由」でない。法律の研究は結局社會現象の觀察である。それ故法文を讀んだだけではまた法律を知り得たとは言へないが、法文の存在其ものが又顯著な社會現象なのだから、それを看過しては社會

現象の觀察にならない。それ故從來の法律學の行詰りを打開して法律の眞の姿を顯現した自由法説には深甚の敬意を表する次第であつて、其大趣旨に至つては賛成を吝まぬが、前にも述べた通り法律の目的效用は個々の事件に適用しての所謂「具體的妥當」と一般的に目標規準を與へる「法律安定」とにあるのであり、而して裁判にかけて解決される事件は我々の法律生活中九牛の一毛に過ぎないのであるから、個々の裁判の適切を偏重する結果裁判官は現行法規に對して如何なる「變更解釋」をしてもよいとする極端自由法説は、却つて法律其ものの社會目的を滅却するものと言はざるを得ない。そこで著者は前述の通り、法文の自由な解釋に重きを措くと同時に、如何に法文を廣く自由に解釋するにしても法規にはおのづから限界があることを認め、法律を無理に全般に推し擴げようとせずしてむしろ適當の範圍内に限局し、法律の規定なき場合は條理を以て裁判すべしといふ考へ方で自由法論と大體同一の結果に到達せんことを期するのである。

## 第八章 法律の效力

法律の效力 とは法令が支配する範圍を謂ふ。而して法律の効力は「事」と「時」と「人」と「所」とに關する。第一に

事に關する法律の效力 は、法令が一般の事物に適用されるか特別の事物に適用されるかの問題であつて、即ち前述の普通法、特別法の關係である。第二に

時に關する法律の效力 は、法令が何時から施行されるかの問題であつて、

法例 といふ法律の第一條に

法律ハ公布ノ日ヨリ起算シ滿二十日ヲ經テ之ヲ施行ス。但法律ヲ以テ之ニ異ナリタル施行時期ヲ定メタルトキハ此限ニ在ラズ。

臺灣、北海道、沖繩縣其他島地ニ付テハ勅令ヲ以テ特別ノ施行時期ヲ定ムルコトヲ得。

とあり、又

公式令 といふ勅令の第一一條に

皇室令、勅令、閣令及省令ハ、別段ノ施行時期アル場合ノ外、公布ノ日ヨリ起算シ滿二十日ヲ經テ之ヲ施行ス。

とあるのが其規定である。而して

法令の公布は官報を以てされるのであつて(公式令第22條)、それが大體行き互るのを待つといふ意味で滿二十日といふ猶豫期間が設けられたのであるが、今日の實際では、其法令中に「公布ノ日ヨリ之ヲ施行ス」とか、「何年何月何日ヨリ之ヲ施行ス」とか、又法律ならば「本法施行の期日ハ勅令ヲ以テ之ヲ定ム」とかいふ風に規定することが多い。而して民法・商法・刑法等の大法令については別に

施行法 なるものが附屬することがあるが、例へば民法施行法第一條に

民法施行前ニ生ジタル事項ニ付テハ本法ニ別段ノ定アル場合ヲ除ク外民法ノ規定ヲ適用セス。

とある、これが所謂

法律不遡及の原則 である。この「法律ハ既往ニ遡ラズ」といふのは、成程さうなくてはならぬことである。殊に刑法に於ては、行爲をした時には禁止規定・罰則がなかつたのに、其後に作られた禁止規定・罰則によつて處罰されてはたまらない。それでは我々は安心して生活出来ぬから、

社會生活安定の必要上效力の不遡及を法令適用の原則とするのである。しかしこれは原則であつて、必要適當の場合には例外を設けても差支ない。例へば民法施行法中

第六五條 民法施行前ニ爲シタル婚姻又ハ養子縁組ガ其當時ノ法律ニ依レバ無効ナルトキト雖

モ、民法ノ規定ニ依リ有效ナルベキトキハ民法施行ノ日ヨリ有效トス。

第七〇條 民法施行前ニ生ジタル事實ガ民法ニ依リ離婚又ハ離縁ノ原因タルベキトキハ、夫婦

又ハ養子縁組ノ當事者ノ一方ハ離婚又ハ離縁ノ訴ヲ提起スルコトヲ得。

といふ規定の如き、又

刑法第六條 犯罪後ノ法律ニ因リ刑ノ變更アリタルトキハ、其輕キモノヲ適用ス。

の如きは法律遡及效の適例である。第三に

人に関する法律の效力 も結局普通法・特別法の問題である。即ち我國法の大部分は一般の人に適用される普通法であるが、例へば陸軍刑法・海軍刑法とか華族令とかいふ如き或特別階級の存在を前提とした特別法もある。而してこの「一般の人」といふことは二様の意味に解される。一は「所在の如何を問はずすべての日本人」といふ意味である。他は「國籍の如何を問はず日本國內所在のすべての人」といふ意味である。前の意味に解するのを

屬人主義 後の意味に解するのを

屬地主義 と謂ふ。中古以前は専ら屬人主義が行はれた。例へば昔のローマ法は「ローマ市民法」(Jus civile)であつた。當時のローマ人はローマ人だけが優越民族と——事實さうでもあつたらうが——自負し、外國人を「蠻人」視して居た。従つてローマ法はローマ市民にのみ適用されローマ市民は世界のどこに居てもローマ法の支配を受けるのだが、外人はローマ領に居てもローマ法の適用を受けローマ裁判官に裁かれる光榮を有せず、外人掛裁判官によつて所謂「萬民法」(Jus Gentium)を適用されたのである。然るに近世國家の發達と共に屬地主義が行はれて屬人主義と併用されることとなり、今日の國法は其國家の人民主權の結果として所在如何に拘らず全國民を支配し、又其領土主權の結果として國內所在の外人をも支配することとなつたのである。第四に

所に関する法律の效力 であるが、法令の支配する場所的範圍を

法域 と謂ふ。國法の法域は全國であるのが普通だが、時には一地方だけに適用される場所的特別法もある。例へば民法は場所的にも普通法だが、借地法及び借家法は初め六大都市のみに適用される特別法であつた。ところで借地法・借家法について斯ういふ問題が起つたことがある。

此法律が制定施行された後其施行區域だつた東京市・大阪市等が擴張して大東京・大大阪になつたのだが、新市域中の元來施行地でなかつた場所に借地法・借家法が當然延長されるか、といふのであつて、大審院は然りと解決した(判例百話三話)。それと同様の問題は嘗て又日本全國につき帝國憲法について起つた。即ち前述の通り日本の國法は原則として日本全國に施行適用されるのであるが、其所謂日本全國とはどれだけの地域かが問題であつて、此問題は帝國國運の發展と共に發生した。即ち日清戰役の結果臺灣が帝國領になつたので、帝國憲法を始め内地の諸法令が新領土に當然其效力を及ぼすか否かの問題を生じたのである。此問題を解決したのは明治二十九年法律第六三號であるが、此法律は、帝國憲法の效力は當然に新領土に其效力を及ぼすものであるといふことを前提としながら、しかも内地の法令は勅令で特にこれを施行することを明言せぬ限り新領土に其效力を及ぼさぬ旨を規定し、而して臺灣總督に

勅令 と稱する命令を以て内地ならば憲法上法律で規定せねばならぬ事項を規定する權限を與へた。事憲法論に互るからここでは詳論せぬが、憲法が臺灣に延長されぬといふなら知らず、憲法は臺灣に行はれると言ひながら斯様な全般的な委任命令を出す權限を行政官に與へるのは憲法違反ではないかといふ批難が起り、法律第六三號の問題である所から



六三問題 といふ名の附いた程の論争になつた。著者が大學生だつた明治三十八年頃までも其論争が持ち越され、著者の叔父で憲法學者として知られた穂積八束博士が、法學協會雜誌(二三卷)に「臺灣ニ怪物アリ。法律ニ非ズ、又命令ニ非ズ。律令ト自稱シテ白晝公行ス。明治ノ昭代一ノ源三位ナキカ。嗚呼源三位ナキカ。」

と痛論し、我々學生連をして快哉を叫ばしめたことを記憶して居る。しかし右の憲法論はともかく、内地法令が當然には新領土に施行適用されぬといふ結論に至つては、法律が社會生活規範であるといふ本質から見て、理論上も實際上也も適切な様だ。其後朝鮮についても同様の制度が採用され、朝鮮總督は

制令 と稱する「法律ニ代ル命令」を出し得ることになつた。(樺太・關東州・南洋群島についても同様の問題があつたが、ここには略する。)要するに内地・朝鮮・臺灣はそれぞれ別の法域である。例へば民法にしても、内地民法其ものが適用されるのではなくて、「朝鮮民事令」といふ制令・「臺灣民事令」といふ律令として施行されたのである。其内容は内地民法其儘が多少の留保を附けて引用されたのだが、形式上は内地民法とは別の朝鮮民法であり臺灣民法であつた。そこでこの各民法間の關係聯絡の問題が起つたのだが、當初は其關係聯絡を規定する法規がなかつたので、色々

と不都合が起つた。即ち内地と朝鮮・臺灣とは外國であつた時よりも却つて疎遠になるといふ奇觀を呈したのである。臺灣についても同じ事だが、便宜上朝鮮について例を挙げると、朝鮮で設立された會社は併合前は外國會社だつたので、外國會社ならば民法・商法等の規定でチャンと其人格が認められて居り、對日本の取引上何の差支もなかつた。然るに併合後は却つて、朝鮮會社は內國會社でもなく外國會社でもないといふ中途半端なものになつてしまひ、國法上其存在を認められないことになつた。更に又誰にでも變な事だと思はれるのは、併合前は日本人と朝鮮人は外國人同志として立派に結婚が出来たのに同じ日本人になつたら却つて結婚が出来なくなつてしまつたことだ。勿論事實上の結婚は出来るのだが、籍をどちらからどつちへ入れる手續も附いて居ないので、法律上の夫婦になることが出来ず、従つて子が生まれても嫡出子として届ける譯に行かず、庶子又は私生子としてどちらかの籍に入れて置く外なかつた。刑法方面に於ても、併合前は外國として犯罪人引渡の條約等もあつた譯だが、併合後はさういふ聯絡が附かないで色々困つた。そこで何とかこれ等の聯絡を附ける様な法律を、といふことが問題になつたが中々解決せず、大正七年に至つて

共通法 といふ法律が出来て國內各地域の民事法及び刑事法の聯絡が規定され、臺灣領ヲ以テ

の難問が二十年後に初めて解決された。尤も例の結婚問題は朝鮮・臺灣の戸籍制度が整備せぬ關係上更に持ち越され、朝鮮では大正十一年、臺灣では遅れも遅れたり昭和七年になつて、ヤットの事で内鮮結婚・内臺結婚が出来ることになつたといふ、誠に氣の永い始末であつた(有開法學)。(六一話)。所でこの共通法は理論上も實際上も頗る重要な法律だが、随分と抽象的なわかりにくい法文だ。試みに讀者諸君に、内鮮結婚・内臺結婚は共通法第何條によつて可能になつたのか、と質問して見よう。失禮ながらおわかりにならぬ方があるかも知れないから傳授するが、第三條第一項

「一ノ地域ノ法令ニ依リ其ノ地域ノ家ニ入ル者ハ他ノ地域ノ家ヲ去ル」

といふのがそれだ。これだけの文句で婚姻・養子縁組其他一切の入籍問題を片附けた立法技術は大した手際だが、少々手際過ぎる様でもある。前掲大正十五年の内閣訓令が「法文簡約ニ失シ：一二行ノ法文ニ對シテモ數頁ニ互ルノ註釋ヲ要シ……頗ル其ノ煩ニ堪ヘズ」と言つたのも、恐らく此邊を指したものだらう。尤もこの内地法・臺灣法・朝鮮法等及び其連絡のための共通法の問題も、今回の領土縮小の結果消滅した次第だが、法理上の興味のために記録して置いてよからう。法律の效力について今一つ言つて置きたいのは、

裁判所の法令審査權

といふことである。讀者諸君は嘗て新聞の外國電報で、米國大統領ルーズ

ヴェルトの制定した社會政策的の新法律につき米國大審院が憲法違反なるが故に無効なりとの裁判をした、といふことを讀まれたらうと思ふが、日本の裁判所にもさういふ權限があるだらうか。故上杉慎吉先生は其名著「憲法讀本」中に

「若し、法律を變更することを得ざるの勅令または行政官廳の命令を以て、法律に異るの規定を爲して居る場合があれば、裁判官はその勅令命令を排斥し、法律に依りて判決しなければならぬ、更に進んで法律が憲法に違反せざるや否や、裁判官はこれを審査し、憲法に違反すると信ずるときは、これを適用せず、一に憲法の規定に依るは、裁判官當然の權能として爲し得る所なるのみならず、國家が裁判官に對して期待するの職責を果たす所以である、米國ではこれを憲法維持の爲めに最も重要な事とし、米國人は裁判官の此の權能に依りて政黨橫暴の流弊もまた救はるべしと安心して居るのである。實に憲法の根本法たる所以を維持するは、裁判官の重大なる憲法上の職能であるとせねばならぬ。」

と論じて居られる。著者も此説に賛成なのだが、我國の大審院は、裁判所は命令が法律に違反せざるやを審査する權限あるも、法律が違憲なりや否やを審査する權限なし、との見解を採る。扨て法律の效力が最も法律的に發揮されるのは

訴訟 である。法律規定は飾り物ではないのであつて、實際に適用せらるべきものであるが、法規は一般的抽象的に規定されて居るから、それを實際の事件に適用するには、先づ具體的事實を十分に確かめた上でそれが法規のどの部分に當てはまるかを判断せねばならぬ。其判断は私人が勝手に遣つたのでは駄目で、

裁判所 といふ公の機關によつて行はれる。その裁判所の發動を促がして是非曲直の判断を仰ぐことは國民の權利として尊重せられ、帝國憲法第二四條にも

日本臣民ハ法律ニ定メタル裁判官ノ裁判ヲ受クルノ權ヲ奪ハルルコトナシ。

と保障されて居る。其裁判の手續が即ち訴訟であつて、民事訴訟・刑事訴訟・行政訴訟等があり、特許審判なども一種の訴訟だが、前二者が代表的な訴訟である。今ここに甲乙になぐられて負傷したといふ事件があつたとする。甲は乙の行爲を所謂不法行爲なりとし民法第七〇九條の

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ジ

といふのに當ると主張して、裁判所の判決を要求する。乙は然らずと主張して裁判所が甲の請求を却下せんことを要求する。これが

#### 民事訴訟

である。そこで裁判所は、甲即ち原告と乙即ち被告と雙方の言ひ分を聴き、證人や證據物を取調べた上で、乙の行爲に故意又は過失があるか、乙の行爲が甲の權利を侵害したことになるか、甲がそれによつて損害を受けたか、其損害はどの位か、甲の方にも過失がありはしなかつたか等を判断し、其結果によつて、甲の請求が理由なしとか、甲は乙に損害賠償として金何圓を支拂ふべしとかいふ様な

判決 をする。其判決が其儘確定することもあり、訴訟を経、更に又上告を経て確定することもあるが、それ等の詳細は民事訴訟法の問題であり、又常識で大體御承知の事だから省略するとして、もし乙が判決によつて損害賠償を命ぜられた場合に自發的にそれを支拂はないと、執達吏が乙の財産を差押へそれを競賣して金に替へ其金を甲に渡す、といふ様な

強制執行 が行はれる。即ち國家の力によつてそこまで法律の效力が實現徹底されるのである。更に又右の乙が甲をなぐつたといふ事件は他面

刑事訴訟 を惹き起し得る。即ち甲が告訴をするか、さなくとも検事がそれを不問に附し難しとして裁判所に持ち出すと、裁判所は乙の行爲が果して刑法第二〇四條

人ノ身體ヲ傷害シタル者ハ十年以下ノ懲役又ハ五百圓以下ノ罰金若クハ科料ニ處ス。

に當るかどうか。もし當るとすれば何年の懲役又は何圓の罰金科料に處すべきか、といふことを具體的に判断宣告し、而して有罪の判決があつた場合には國家の力でそれが執行されるのである。この刑罰は即ち

**制裁** であるが、不法行為者が損害賠償責任を負はされること、更に又或行為が法律の定めた要件にかなはないうために其效力を生じないことも、法律の制裁と言つてよからう。而して法律には制裁が付き物の様に考へられ、法律には制裁あり道德には制裁なしといふので、これが道德・法律の區別の標準の様に言はれ來つたが、必しも正確でないのであつて、道德違反の行為に對しても社會的制裁はあるし、法律必しも法律的制裁を伴ふとも限らない、といふことは前に述べた。元來法律は過去の出來事に對する救済や制裁だけが目的ではないのであつて、教育的指導的意義が相當に重要である。例へば

**兒童虐待防止法** が出來る時に其名稱が問題になつた(有関法學 六八話)。此名稱は餘り露骨だから「兒童保護法」とでもしようといふ議論もあつたが、著者などはやはり此名稱に賛成であつた。それは此法律の效用は單に實際虐待されて居る兒童を救済するだけではなく、兒童虐待は國家の是認せざる所なることを宣言公示するにあると考へたからである。更に又

**母子保護法** の如きも、所謂「子ヲ擁スル母」を救護するといふ實質以外に、母親が自身に其子を育てるといふ事を國家が特に重く視る趣旨の聲明として意味があるのだ。要するに法律の效力は裁判により強制執行によつて實現せられ、制裁によつて確保されるのではあるが、しかし我が判決によつて命ぜられ執達吏の手にかかつて強制されなくては法律の規定通りを實行せず、制裁を以て脅かされなければ直ちに法律に違反するといふのでは誠に情ないことである。願くは法律が我々の共同生活の爲めの準則である所以を十分に理解し、法律に従ふことを以て我々の最小限度の道德と考へたいものだ。著者は前に法律は「在るもの」であり「成るもの」であり「作るもの」であると言つたが、更に

**法律は行はれるもの** であり又

**法律は守られるもの** であると言ひたい。「行はれる法律は吹かざる風の如し」といふ言葉があるが、法律は風ではなくて空氣である。空氣は動いて風になつた時ばかり存在の價値があるのでなく、空氣があるとは氣が附かぬ程動かずに居る時こそむしろ空氣の本體であらう。法律とて動く居る時だけが法律ではなく、知らず識らずの間に法律が行はれ守られて居るその平靜な時こそ、最も理想的な法治の境地であると言ふべきである。「刑ハ無刑ヲ期ス」るのであつて、刑罰

制裁が法律の目的ではない。法律は戦々兢々として屈從せらるべきものではなく、最も自然に且自主的に、することなすことおのづから法にかなふといふ所まで行かねばならぬ。孔子は「七十ニシテ心ノ欲スル所ニ從ヒテ矩ヲ踰エズ」と曰はれた。孔子の如き聖人でさへ七十になつて初めてかかる境地に到達したとすれば、我々凡人には中々及びも附かないことだが、せめてさういふ方向を目指して進みたいものだ。要するに法律の眞精神をつかむことが法律を守ることである。「物知り」が學者でないと同様、「法律知り」だけでは本當の法律家でもなく又法治國民でもない。法律の氣持と自分の氣持とがピッタリと一致する所まで行きたいもので、そこまで到達すれば法律的であることが同時に道德的であることになる。即ち法律を守るとは道德を守ることの重要な一部分であり、而してそれが我々の社會生活を完成する所以である。斯様に喜んで法律を守る氣持が我々の

遵法心であつて、一方には國家の權力の故に法律が行はれ、他方には國民の遵法心の故に法律が行はれるのである。「神は人の敬ふによつて威を増す」といふ言葉があるが、法律についても同じ事が言入るのではなからうか。故に著者は、法律は「行」はれるから「守」られ、「守」られるから「行」はれる、と言ひたい。

## 第九章 法律の體系

以上法學通論らしからぬ法學通論をそこはかとなく書き綴つて來たが、これを所謂法學通論らしくするためには、我國各種の現行法規をいくらかシステム立てて一通り陳列せねばならぬ。しかし本書としては、劈頭に掲げた趣旨に従つてほんの見渡し程度の記述に止めよう。而して終戦以後憲法を始めとして諸法令の改廢更新が急轉經過中であり、未だ止まる所を知らず、なまじ手をつけるに收拾すべからざることになりさうだから、ここでは二三の顯著な變化について手加減する外、大體前版其儘昭和十六年現在程度の過去を記録するに止めて置かう。さて蕪村の句に「烟うちや法三章の札の下」といふのがある(續有閑法 學四〇條)。この

法三章を以て天下を治めるといふ氣持は今でも持ちたいものと思ふが、世事の複雑なる、法令が益々多くなりこまかになるのは已むを得ない。法律學生の携帶する所謂

六法全書も段々と大きくなり細字になる。「六法」とは憲法・民法・商法・民事訴訟法・刑法・刑事訴訟法の六法即ち謂はば學校講義用の法律を標準として名づけたのだが、近頃の六法全

書には其以外の行政法規・産業法規も多數に載せてある。先づ第一は申すまでもなく

憲法である。憲法は國家組織の根本法であるが、殊に立憲政體即ち所謂三權分立主義を採用する國法を憲法と謂ふ。あの國は憲法があるとかないとかいふのは其意味である。(法憲夜話五〇話) (續法憲夜話二話)

しかし廣い意味で言へば苟くも國家である以上憲法がない筈はないのである。而して又其憲法は必しも第一條・第二條の明文で書かれて居るとは限らぬのであつて、現に立憲政治の本案本元と言つて然るべき英國には成文憲法はなく、其憲法は慣習法である。しかし他の諸國は大抵成文憲法をもつて居るのであつて、我國の憲法は即ち

大日本帝國憲法 と題する成文法典である。實質的意義の憲法即ち國家組織の根本的大法則は國初以來存在し且發展し來つたのであつて、殊に

大日本帝國ハ萬世一系ノ天皇之ヲ統治ス。

大日本國皇位ハ祖宗ノ皇統ニシテ男系ノ男子之ヲ繼承ス。

の憲法第一條及び皇室典範第一條が新たに設けた所でないのは勿論であるが、しかし成文の憲法典殊に立憲主義の憲法は存在しなかつた。そこで明治維新と共に憲法制定の議が起つたのであつて、かの明治元年三月十四日の

五箇條の御誓文 は立憲的成文憲法の先驅と謂つてよい。次いで明治九年九月七日には元老院に對して國憲起草の勅命があり、十四年十月十二日の勅諭によつて明治二十三年に國會を開設すると同時に憲法が制定せらるべき旨を仰出され、十五年春憲法調査のため伊藤博文を歐洲に派遣した。十六年夏歸朝した伊藤は、金子堅太郎、伊藤巳代治、井上毅と共に憲法草案を起草し、其成案は二十一年四月以降

樞密院 に御諮詢になつた。現在の樞密院は實に憲法審議のために設けられ、其後引續き憲法上の重要機關になつたのである。斯くして愈々

憲法發布 となつたのであるが、故上杉愼吉先生の「憲法讀本」に當時の模様を

明治二十二年二月十一日、紀元節の佳辰に方りて、大日本帝國憲法が發布せられた。斯の日早晨明治大帝先づ賢所を御拜あり、皇室典範及び憲法の制定を皇祖皇宗の神靈に誥げたまふ、次で新に造營せられたる宮中正殿に御せらる、皇族以下文武百官外國使臣等參列す、天皇玉座に著き、玉音朗らかに憲法發布の詔勅を讀み上げたまひ、樞密院議長伊藤博文捧ぐる所の帝國憲法の正文を受けたまひ、これを内閣總理大臣黒田清隆に授けらる、實に開闢以來の盛典たり、宮城外に蟻集せる億兆歡呼の聲は天地を震撼す、大日本帝國の基礎を定むるの不磨の大典茲に

漢發せらる、舉國の民狂喜して、手舞ひ足踏むを知らず、帝國新興の本茲に成り、國民の力を合して、天皇に奉じ、君民一致以て文明の新政治を行ふの規模愈々定まれるを祝した。

と書いてある。著者は當時六歳の小兒だったから、勿論何のわきまもなかつたのだが、ただ其日の賑かだつた印象はかすかに残つて居る様な氣持がする。斯くして大日本帝國憲法は第一帝國議會開會の時、即ち明治二十三年十一月二十九日を以て施行されたのであるが、其大趣旨根本精神を敬承するには、先づ六法全書開卷第一に掲げられた

御告文

憲法發布勅語 及び憲法典の前文たる

上諭 を拜讀すべきである。而して憲法の本文は、第一章天皇・第二章臣民權利義務・第三章帝國議會・第四章國務大臣及樞密顧問・第五章司法・第六章會計・第七章補則、併せて七十六箇條から成る。同時に制定された

皇室典範 は、憲法第二條に「皇位ハ皇室典範ノ定ムル所ニ依リ皇男子孫之ヲ繼承ス」とある通り、元來憲法の規定であつて然るべき皇室に関する法規を別法典としたものであつて、憲法と併せて帝國の根本法である。皇位繼承・踐祚即位・成年立后立太子・敬稱・攝政・太傅・皇族・

世傳御料、皇室經費・皇室訴訟及懲戒・皇室會議・補則の十二章六十二條から成る。其後明治四十年二月十一日及び大正七年十一月二十八日の兩回

皇室典範増補 が公布された。なほ此兩法典については、普通に

憲法義解 と呼ばれる「帝國憲法皇室典範義解」がある。伊藤博文著の逐條註釋であつて、兩法典解釋の重要資料である。憲法の附屬法として先づ第一に擧ぐべきは

帝國議會 に関する法令である。即ち

憲法第五條 天皇ハ帝國議會ノ協賛ヲ以テ立法權ヲ行フ。

第三三條 帝國議會ハ貴族院衆議院ノ兩院ヲ以テ成立ス。

第三四條 貴族院ハ貴族院令ノ定ムル所ニ依リ皇族華族及勅任セラレタル議員ヲ以テ組織ス。

第三五條 衆議院ハ選舉法ノ定ムル所ニ依リ公選セラレタル議員ヲ以テ組織ス。

とあるのを承けて、

議院法 (明治三二年 法律二號)

貴族院令 (明治三二年 勅令一二號) 及び

衆議院議員選舉法 (明治三二年 法律三號) が制定された。此選舉法は其後明治三十三年及び大正八年の改正

を経て、現行法は大正十四年法律第四七號であるが、其改正の中心點は、當初は直接國稅十五圓以上の納稅者たることを選舉權者の資格要件とする所謂

制限選舉の制度であつたのが、其納稅額が十圓・三圓と低下され、大正十四年に至つて納稅資格を撤廢した所謂

普通選舉の制度が採用されたことである。しかし國民の一半たる婦人を無視して何の「普通選舉」ぞや、「婦選ニ非ズンバ普選ニ非ズ」とは、著者の其當時からの主張であつたが、其婦人參政權が圖らずも敗戦の收穫として、男子と同等に、しかも年齢までも低下して、附與されることになつたのは、皮肉な現象である。第二に

憲法第五七條 司法權ハ天皇ノ名ニ於テ法律ニ依リ裁判所之ヲ行フ。

裁判所ノ構成ハ法律ヲ以テ之ヲ定ム。

の規定に對應して、

裁判所構成法 (明治三三年法律六號) がある。これは區裁判所・地方裁判所・控訴院・大審院及び檢事局の組織権限等を定め、特に

司法權の獨立の確保 (法憲夜九話) に留意して、裁判官の資格・裁判官の地位の保障・裁判の公開等に

關する規定を設けた。第三に行政機關たる各種の官廳につき勅令又は皇室令等を以て其組織・權限等を定めた内閣官制・樞密院官制・各省官制等の

官制 があり、高等官・判任官についてそれぞれ勅令を以て

俸給令 が定められ、又官吏關係の消滅後本人又は遺族の生活を保障するための

恩給法 (大正一二年法律四八號) があり、これで所謂

三權分立 の體制が整つに次第である。其他憲法と直接關聯ある法令は多々あるが、重要なもの

の二三を挙げると、

憲法第一八條 日本臣民タルノ要件ハ法律ノ定ムル所ニ依ル。

とある其法律は

國籍法 (明治三二年法律六六號) である。又

憲法第二〇條 日本臣民ハ法律ノ定ムル所ニ從ヒ兵役ノ義務ヲ有ス。

とあり、この國民皆兵の徵兵制度は最初明治五年十一月二十八日の詔書及び告諭に基づき明治六年一月十日に公布された

徵兵令 に始まり、其後憲法の規定通り



兵役法

(昭和二年法  
律四七號)

といふ法律になつたが、今やこれも法制史中のものとなつた。次に

憲法第二一條

日本臣民ハ法律ノ定ムル所ニ從ヒ納稅ノ義務ヲ有ス。

に關しては、

國稅徵收法

(明治三〇年  
法律二一號)

地租法

(昭和六年法  
律二一號)

所得稅法

(大正九年法  
律一一號)

相續稅法

(明治三八年  
法律一〇號)等各種の稅法がある。更に

憲法第二八條

日本臣民ハ安寧秩序ヲ妨グズ及臣民タル義務ニ背カザル限ニ於テ信教ノ自由ヲ

有ス。

に關聯して、「宗教法」の制定が永年の問題になつて居たが、宗教其ものの内容に觸れることを避

け、

宗教團體法 (昭和十四年  
法律七七號)として實現した。又憲法第六章「會計」の規定を承けては

會計検査院法

(明治二二年  
法律一五號)及び

會計法

(大正一〇年  
法律一〇〇號)があり、

憲法第一四條 天皇ハ戒嚴ヲ宣告ス。

戒嚴ノ要件及效力ハ法律ヲ以テ之ヲ定ム。

については、明治十五年太政官布告第三六號

戒嚴令

があるが、これは憲法施行前の規定であるから法律と同一の效力がある(憲法七  
六條)。先年

公布の

國家總動員法

(昭和十三年  
法律五五號)は、其第一條に明示する如く、戰時及びこれに準すべき事變に際し「國

防目的達成ノ爲國ノ全力ヲ最モ有效ニ發揮セシムル様人的及物的資源ヲ統制運用スル」法律で憲  
法上法律を以て定むべきものとしてある事項を廣範圍で勅令に委任してある點に於て注目すべき  
立法であるが、此法律に基づく重要な統制法令が事變下に於て續々制定施行された。更に又法令  
の施行適用についての規定としては、

法例

(明治三一年  
法律一〇號) (法憲夜話  
五四話)及び

共通法

(大正七年法  
律三九號)があるが、共通法については前に述べたし、法例については又後にも説く。」

扱て憲法に次いで重要な國法は

民法

であつて(法憲夜話  
五一話)、我々の日常生活即ち親族生活及び經濟生活の根本法である。民法典

編纂の義は明治政府の重要政策として早くも明治三年に制度取調局長官江藤新平によつて計畫され、佛人ボアソナードの指導下に起草された草案が明治二十三年法律第二八號及び第九八號として公布され、明治二十六年一月一日から施行されることになつた。人事編・財産編・財産取得編・債權擔保編・證據編の五編から成る大法典であつたが、我國の國情に適せぬといふので施行延期論が起り、斷行論と争つた末、明治二十五年の第三回帝國議會に於て修正の爲め施行延期といふことになつた。これが所謂

舊民法である。しかし當時の重要國策たる條約改正治外法權撤廢の上からも民法制定を急がねばならなかつたので、更めて法典調査會が設置され、總裁伊藤博文・副總裁西園寺公望・起草委員穗積陳重・富井政章・梅謙次郎、委員として朝野法曹數十名といふ顔觸れで新たに起草編纂されたのが

現行民法であつて、明法二十九年法律第八九號として前三編、明治三十一年法律第九號として後二編が公布され、共に明治三十一年七月十六日から施行された(法憲夜話六一・九六・九七・九九話、有學九〇話)第一編總則・第二編物權・第三編債權・第四編親族・第五編相續、通計千百四十六箇條の大法典である。施行後二三の小修正があり、近くは昭和十三年法律第一八號及び昭和十六年法律

第二一號によつて四箇所の修正があつた。更に親族・相續兩編については「我邦古來ノ淳風美俗」に適ふ根本的大改正が年來の計畫であつて、臨時法制審議會で議決された

民法改正要綱が發表されて居たところ、今度は又所謂民主主義的大改正が問題となることになつた。民法附屬の法律として先づ第一に擧ぐべきものは

戸籍法である。戸籍制度は既に大寶令にあらはれた古い制度であるが、明治四年四月四日の太政官布告がこれを復活し、民法と同時に施行された明治三十一年法律第一二號に至つて身分關係を公證する文書としての戸籍制度が確立され、更に大正三年法律第二六號として改正されたものが現行戸籍法である。昭和十五年法律第四號として

委託又ハ郵便ニ依ル戸籍届出ニ關スル法律といふのが出たが、民法の實質にも關係がある注目すべき立法である(續有明法學七(四・七五話))。次に不動産に關する權利關係を公示公證する制度として、明治初年には

地券が用ひられたが、明治十九年法律第一號として

不動産登記法が制定され、次いで民法制定に伴ひ、明治三十二年法律第二四號として改正された。又明治初年の制度で今日まで行はれて居るものに明治十年太政官布告第六六號として制定さ

れた

利息制限法 があり、大正八年法律第五九號による改正で一層強化された。しかし高利を防止するには取締だけでは駄目であつて、低利で金が借りられる様な制度を設けねばならぬ。昭和十三年制定の

庶民金融法 (法律五)

恩給金庫法 (法律五) の如きはさういう目的の法律であつて、前者の第一條に

庶民金融ハ庶民金融ノ圓滑ヲ圖ルコトヲ目的トス。

とある。更に昭和十六年には「時局ノ要請ニ應ジ轉業又ハ廢業ヲ爲ス商工業者等ノ資産及負債ノ整理ヲ促進シ其ノ更生ヲ圖ルコトヲ目的トス」る

國民更生金融法 (法律四) が出來た。又質屋についても民法の規定だけでは庶民金融の保護に十分

でないので、

質屋取締法 (明治二八年)

公益質屋法 (昭和二年法) が出來た。又民法に於ては個々の動産・不動産又は權利を質又は抵當に

入れることのみを考へて居るが、其後この所謂「一物一權主義」を破つて

### 財團抵當

なることが認められる様になつた。即ち製造工業・鑛業・漁業・交通事業等の諸企業に於て其企業資金を調達するため企業經營に關する土地・建物・機械器具其他の物的設備を引つくるめて抵當に入れ得る制度であつて、

鐵道抵當法 (明治三八年)

工場抵當法 (明治三八年)

鑛業抵當法 (明治三八年) を始めとして、軌道財團・運河財團・漁業財團・自動車交通事業財團等

の抵當に關する法律が續々出來た。なほ昭和六年法律第一五號

抵當證券法 は、抵當權附債權の流通を便にし不動産信用による資金供給を豊かならしめるため

債權と抵當權とを一枚の有價證券に結合する制度を設けたが、どうもあまり利用されない様だ。

又昭和八年法律第三〇號

農業動産信用法 は、農民・漁民が信用組合・漁業組合から金を借りる場合の便利を圖る制度であるが、我國最初の動産抵當制度として注目される。更に又他人の土地を借りてそこに家を建て又は他人の家屋を借りて住む關係につき民法の規定だけでは不十分なので、

建物保護法 (明治四二年)

第九章 法律の體系

借地法 (大正一〇年) 並に

(法律四九號)

借家法

(大正一〇年)

が作られた。後二者は六大都市にのみ行はれる法律である。ところが大正十二年の大震災火災後の問題解決にはそれでもまだ足りないことがわかり、

借地借家臨時處理法

(大正一三年)

が制定された。又戦時の住宅難に即應して

住宅暫行法

(昭和十六年)

及び

貸家組合法

(昭和十六年)

が出来た。更に

小作法の制定が兼ての懸案であつて、昭和六年には「小作法案」又昭和十二年には「農地法案」が議會に提出されたが成立に至らなかつた處、昭和十三年法律第六七號として

農地調整法

が制定せられ、「互譲相助ノ精神ニ則リ農地ノ所有者及耕作者ノ地位ノ安定及農業生

産力ノ維持増進ヲ圖リ以テ農村ノ經濟更生及農村平和ノ保持ヲ期スル爲農地關係ノ調整ヲ爲ス」こととなり、それが更に戦後の農地改革と關聯して問題となりつつある。其他

年算計算ニ關スル法律

(明治三五年)

失火ノ責任ニ關スル法律

(明治三二年)

遺失物法

(明治三二年)

身元保證ニ關スル法律

(昭和八年法)

關係がある。民法の中に折々「供託」といふことが出て来るが、其ために

供託法

(明治三二年)

が制定され、大正十年法律第六九號としての改正により

供託局

といふ金錢及び有價證券の供託を取扱ふ役所が設けられた。又民法は餘り樹木の事に

考へ及ばなかつたため林業上などに不便だったので、明治四十二年法律第二二號として

立木ニ關スル法律

が制定され、後昭和六年法律第三九號によつて修正擴張されて、森林を生え

た儘で土地とは別に賣つたり抵當に入れたりすることが出来る様になつた(續有開法)・又民法は

外國人の權利 につき

第二條 外國人ハ法令又ハ條約ニ禁止アル場合ヲ除ク外私權ヲ享有ス。

と規定したが、法令による外國人の權利否認としては、明治初年の

地所書入買入規則

(明治六年太政)

官布告一八號)中に外國人の土地所有禁止があつた。其後明治四十三年に外國

人の土地所有權を認める法律が公布されたが、此法律は遂に施行されず了り、更に大正十四年

法律第四二號として

外國人土地法 が制定され、大正十五年十一月十日から外國人は日本の土地を所有し得ることに

なつた。なほ土地について注目すべき現象は、土地の所有及び使用につき段々と公益の理由による干渉制限が行はれることである。先づ憲法第二七條に

日本臣民ハ其ノ所有權ヲ侵サル、コトナシ。

公益ノ爲必要ナル處分ハ法律ノ定ムル所ニ依ル。

とあるのに應じて、明治三十三年法律第二九號

土地收用法 は公益事業の爲めの土地の強制的取得を認めた。次に明治四十二年法律第三〇號

耕地整理法 は土地の農業上の利用を増進するに 又大正八年法律第三六號

都市計畫法 及び大正八年法律第三七號

市街地建築物法 は都市生活の交通・衛生・保安・經濟等の公共利益のために色々と世話を焼く

ことになり、更に大正十二年九月の大震災火災後に於ける東京・横濱兩市の復興については右の二

法だけでは足りぬといふので、大正十二年法律第五三號

特別都市計畫法 が制定され、耕地整理に準じて都市の區劃整理を行つた。要するに公共の利益

のためには、おれの土地だから一坪でも譲らぬ、おれの家だからどう建てようと勝手だ、とは言

はさぬといふのである。又

國寶保存法 (昭和四年法)  
(律一七號)

重要美術品ノ保存ニ關スル法律 (昭和八年法)  
(律四三號)

史蹟名勝天然紀念物保存法 (大正八年法)  
(律四四號)

等はそれぞれの目的のために民法上の處分を制限する。更に公有又は公用の土地については、

國有財産法 (大正一〇年)  
(法律四三號)

道路法 (大正八年法)  
(律五八號)

河川法 (明治二九年)  
(法律七一號)等にそれぞれ規定がある。民法は個々の財産にのみ目を附けて居ると前に

書いたが、しかも其財産は所謂有體財産であつて、「無體財産」即ち智能的の財産の事を考へて居

ない。所謂無體財産權を保護する法律としては、先づ第一に明治三十二年法律第三九號

著作權法 であつて、其第一條に

文書・演述・圖畫・建築・彫刻・模型・寫眞・演奏・歌唱・其ノ他文藝・學術若ハ美術(音樂

ヲ含ム)ノ範圍ニ屬スル著作物ノ著作權ハ其ノ著作物ヲ複製スル權利ヲ專有ス。

文藝學術ノ著作物ノ權ハ翻譯權ヲ包含シ、各種ノ脚本及樂譜ノ著作權ハ興行權ヲ包含ス。

とある。此法律も制定以來數回の改正で右の列舉が段々と増加したのだが、昭和九年法律第四八

號による改正では「出版權」の一章が新設された。なほ出版と關聯しては

出版法 (明治二六年) なる警察法規があり、又新聞紙の取締については、明治二年の「新聞紙印行條例」以來段々と規定されたが、現行法たる明治四十二年法律第四一號

新聞紙法も、既に今日の事情に適しない點が多いので、其改正が要望されてゐる。無體財産權保護制度の第二は大正十年法律第九六號

特許法 であつて、「新規ナル工業的發明ヲ爲シタル者」に一定期間「特許權」なる獨占權を與へてこれを保護する。これ亦明治四年以來の古い制度で、以前は「專賣特許」と言つた。これと並んで大正十年法律第九八號

實用新案法 は産業の發達のため實用ある新規の型の考案者に「實用新案權」を與へ、大正十年法律第九八號

意匠法 は産業に利用せられ且審美的感情を満す趣味的考案を保護獎勵するため「意匠權」を與へた。前者は明治三十八年、後者は明治二十一年以來の制度である。又大正十年法律第九九號商標法 も、明治十七年太政官布告第一九號「商標條例」に始まる古い制度であるが、營業を表彰するため指定商品に登録商標を獨占的に使用する權利たる「商標權」を認めて、企業上の信

用確保と不正競争防止とに貢獻して居る (有開法學六四話、續有開法學六一・八〇話)。さて民法は私法中の普通法だが、それに對する特別法中最も大きなものは

商法 である。商法典も亦民法典と大體同様の運命を經來つたのであつて、即ち明治二十三年法律第三二號として公布された所謂「舊商法」は施行延期となり、明治三十二年法律第四八號として現行商法が公布され、同年六月十六日から施行されたのである。第一編總則・第二編會社・第三編商行為・第四編手形・第五編海商といふ組立であつた。而して其第一條に

商事ニ關シ本法ニ規定ナキモノニ付テハ商慣習法ヲ適用シ、商慣習法ナキトキハ民法ヲ適用ス。とあるのは、よく商法と民法との關係を示して居る。所で商法規定の内容たる商事は刻々に進展し、又法律の不備を民法の場合の様に何とか我慢しては置けないので、施行後十年にして改正が必要となり、明治四十四年法律第七三號で大改正が行はれ、更に昭和十三年法律第七二號で總則・會社兩編が全部的に改正された。會社編の如きは殆ど二倍に近い分量になつたが、更に又昭和十三年法律第七四號として

有限會社法 なる新制度も設けられた。而して商法は後に述べる通り「世界法」的の傾向があるのだが、そのあらはれとして昭和六年に締結された手形統一法條約に基づき、商法第四編第一章

乃至第三章に代り昭和七年法律第二〇號として

手形法 が制定され、次いで昭和七年の小切手統一法條約に基づき商法第四編第四章に代り昭和八年法律第五七號として

小切手法 が制定された。以前には

民商統一論 なる議論があつて、民法と商法とは性質上同種類の法規であるから二法を一法典として規定すべきであると主張され、スイス債務法・中華民國民法の如きは其主張の一部を實行したが、近來商法の規定が益々精密なものとなつて立法技術上も到底民法典中に盛り得べきでなく、むしろ前記手形法の如く從來商法典の一部分たりしものが分離して獨立の特別法とならうとする傾向さへある。要するに商法に於ては所謂「商的色彩」なるものが益々顯著になるのだが、しかし又商賣氣質が昂じての弊害を防ぐために、今度の會社法では罰則が非常に詳細嚴重になり、又不正競争防止法 (昭和九年法律一四號) なども出來て居る。特殊の商事經營について

銀行法 (昭和二年法律二一號)

貯蓄銀行法 (大正一〇年法律七四號) と算えて來ると、最近の立法として「戰時ニ於ケル國民貯蓄ノ増強ニ資

スル爲組合員ノ貯蓄ノ斡旋ヲ爲ス」目的の

國民貯蓄組合法 (昭和十六年法律六四號) を擧げねばならぬ。更に又

取引所法 (明治二六年法律五號)

無盡業法 (昭和六年法律四二號)

保險業法 (明治三三年法律六九號)

倉庫業法 (昭和一〇年法律四一號)

信託業法 (大正一一年法律六五號)

などがある。最後のものは信託會社が段々と行はれて來たので其規定が必要になつたのであるが、既に信託業を公認する以上其根本たる信託なる事柄の規定なかるべからずといふので、同時に、信託法 (大正一一年法律六二號) が出來た。信託は「トラスト」といふ名で英國に發達したものであつて、かの論語に所謂「可以託六尺之孤。可以寄百里之命。」といふ様な道德的意味をもつ面白い制度であるが、それをイキなり我國に持つて來て果して具合よく行はれるであらうか、當初から多少の疑問があつた。信託業法を作る以上は其基本法たる信託法なかるべからずといつた様な考へ方は、著者は必しも賛成しないのであつて、先づ差當り必要な信託業法だけを作つて置き、信託なる事が今少し一般に實行され理解されるのを待つて信託法を制定すべきではなかつたらうかと思

ふ。ともかくも折角出来た信託法がどうも實際にシツクリしないので、其改正が問題になつて居る。又交通に關しては、先づ鐵道は明治三十九年法律第一七號

鐵道國有法 によつて殆ど全部國營になつたが、國營たると私營たるとを問はず

鐵道營業法 (明治三三年 法律六五號) の支配を受ける。又自動車運輸の發達に應じて

自動車交通事業法 (昭和六年法 律五二號)

自動車製造事業法 (昭和十一年 法律三三號)

等が出来た。海上運送は商法中海商編に規定されて居るが、

船舶法 (明治三二年 法律四六號) があり、又同時に制定された

船員法 は昭和十二年法律第七九號として改正された。更に航空については

航空法 (大正一〇年 法律五四號) があり、又昭和十二年法律第四七號として

防空法 が制定された。なほ通信は大部分國營となつて居るのであつて、

郵便法 (明治三三年 法律五四號)

電信法 (明治三三年 法律五九號)

無線電信法 (大正四年法 律二六號)

等に規定されて居る。なほ産業上にも重要な度量衡については、明治四十二年法律第四號

度量衡法 があるが、大正十年法律第七一號による改正でメートル法専用の主義を決定した。

其他産業法規としては

鑛業法 (明治三八年 法律四五號)

がある。此法律が保護する鑛業權については前に述べたが、地中の鑛物は國有で鑛業權者が採掘權を與へられるのである。海川の魚類には持主がないので、所謂「無主物先占」の理によつて誰でもとり得るのだが、漁場を定め出願して

漁業權 を得ると、其水面の漁業は其者の獨占權になる。漁業に關するそれ等の事を規定して

居る法律が

漁業法 (明治四三年 法律五八號) である。これと對句になりさうに思はれる

狩獵法 (大正七年法 律三二號) は越を異にした法律で、鳥獸の濫獲を禁じてその保護蕃殖をはかり獵具の

種類・獵法等を制限して一般の危険を防ぐ法律である。以前には狩獵禁止の鳥獸を「保護鳥獸」として列記したが、現行法は捕獲し得べきものを「狩獵鳥獸」として算へて居る。又

森林法 (明治四〇年 法律四三號) といふ森林に關する保護監督の行政規定と森林に關する特別刑法とを内容



とする法律、

牧野法 (昭和六年法) (律三七七號) といふ牛馬の生産飼育の爲め放牧又は採草を爲す土地の改良維持を目的とする法律などがある。更に又

産業組合法 (明治三三年) (法律三四號) があつて産業組合 (信用組合・販賣組合・購買組合・利用組合) の基準を示し、  
其他

重要物産同業組合法 (明治三三年) (法律三五號)

工業組合法 (昭和六年法) (律六二號)

商工會事務所法 (昭和二年法) (律四九號)

等があつて、業者の協力による商工業の改善發達を圖つて居る。又農業の改良發達については

農會法 (大正一年) (法律四〇號)、水産業については

水産會法 (大正一〇年) (法律六〇號) がある。なほ「食糧自給ノ強化ヲ圖ル爲農地ノ造成及改良ヲ促進スルヲ

目的」として制定された

農地開發法 (昭和一六年) (法律六五號) が注目される。ところで産業法についての近時の趨勢は

産業統制立法であつて、産業の維持發達並に消費者の利益保護其他公益維持の爲め需給關係を

調節する目的を以て經濟取引の自由を制限することを内容とする立法が目立つて多くなつて來た。

例へば

重要産業ノ統制ニ關スル法律 (昭和六年法) (律四〇號)

米穀統制法 (昭和八年法) (律二四號)

米穀自治管理法 (昭和二年) (法律二二號)

米穀配給統制法 (昭和四年) (法律八一號)

石炭配給統制法 (昭和五年法) (律一〇四號)

重要輸出品取締法 (昭和二十年) (法律二六號)

外國爲替管理法 (昭和八年法) (律二八號)

貿易調節及通商擁護ニ關スル法律 (昭和九年法) (律四五號)

貿易及關係産業ノ調整ニ關スル法律 (昭和十二年) (法律七三號)

の類である。此類の統制立法で我々の日常生活に最も直接の關係があるのは

暴利取締令である。これは一定の物品につき暴利を得る目的を以て買占・賣惜を爲し又は暴利を得て販賣する者を取つて押へようといふのであつて、當初大正六年農商務省令第二〇號として

制定されたものは「傳家の寶刀」と謂はれて殆ど實際に抜き放されたことがなく、大正十二年の關東大震災直後には別に緊急勅令が施行されて大に成績を挙げたが、昭和十二年八月三日商工省令第一〇號によつて改正擴張されて以來は、支那事變下の戰時體制に於て活躍した。此制度の必要と效用については今日に於ては既に多言を要せぬが、法律問題としては、民法商法にも關聯のある重大制限であるから少くも其根本規定は命令でなく法律を以てすべきだつたらうといふことが考へられる。震災後の取締が法律に代るべき緊急勅令を以てされたのこそ正當な態度であつた。其他戰時統制立法としては、大正七年法律第三八號

軍需工業動員法 を支那事變に適用する昭和十二年法律第八八號、「支那事變ニ關聯シ物資及資金ノ需給ノ適合ニ資スル爲國內資金ノ使用ヲ調整スルヲ目的トス」る

臨時資金調整法 (昭和十二年法律八六號)、「支那事變ニ關聯シ海上ニ於ケル一般交通運輸ノ調整ヲ圖ルヲ目的トス」る

臨時船舶管理法 (昭和十二年法律九三號)等が續々制定された。更に年來の所謂「電力國營問題」を解決した昭和十三年法律第七六號

電力管理法 は、最も注目すべき統制立法であつて、「電氣ノ價格ヲ低廉ニシ其ノ量ヲ豊富ニシ

之ガ普及ヲ圖滑ナラシムル爲政府ハ本法ニ依リ發電及送電ヲ管理ス」ることとなつた。電氣事業

については明治四十四年法律第五五號を更に全部的に改正した昭和六年法律第六一號

電氣事業法 があるのだが、それだけでは足りぬといふのである。さてこれ等の統制立法は、要するに法律が個人本位から社會本位に進化する現象であるが、其現象の最も著しいあらはれは所謂

社會立法 である。社會立法は社會政策實現のための法規の制定であるが、其先驅をなしたものは

労働法 であり、其中でも先づ以て

工場法 である。工場労働の職工に及ぼす危害の豫防並に救済のため工場設備・事業方法等を取締り、其他事業主に職工保護のため必要な義務を課する法律であつて、明治四十四年法律第四六號として制定されたが、準備に手間取つて大正五年九月一日からヤット施行された。此法律の特徴は、原法は大綱に止めて具體的細目を勅令たる「工場法施行令」及び省令たる「工場法施行規則」に譲つてあることであつて、隨時の改正擴張が期待される制度には斯ういふ建て方が便利である。即ち工場法令は大正八年第一回國際労働總會に刺激されて大正十二年に面目一新の大改

正があり、爾後數回の改正があつた。斯くして工場労働者の保護は段々と具體化したのに、商店の従業員の保護が缺け、殊に職工には労働時間の制限があるのに小僧さんは早朝から夜半まで店にすわらされて居ることが兼々問題になつて居たが、昭和十三年法律第二八號として

商店法 が制定され、商店の營業時間制限其他が規定された。又工場労働者のみが保護されて所謂自由労働者が救済されぬといふ遺憾もあつたが、昭和六年法律第五四號

労働者災害扶助法 によつて土石採取・土木工事・運輸等に從事する労働者の業務上の傷病死亡等の場合の當人又は遺族の扶助が行はれることになつた。更に又労働争議の際常にやかましい問題になる解雇手當につき、昭和十一年法律第四二號

退職積立金及退職手當法 が出來て、労働者の退職（解雇・死亡を含む）の際本人・遺族等に一定金額を支給して其生活を維持させる制度が確立した。又労働者の傷病・死亡・分娩に備へる社會保險制度として大正十一年法律第七〇號

健康保險法 が制定され、昭和二年から全部施行されることとなつたが、更にこれを全國民に押しひろげ「相扶共濟ノ精神ニ則リ疾病、負傷、分娩又ハ死亡ニ關シ保險給付ヲ爲スヲ目的トスル」國民健康保險法 が、數年の論議の末、昭和十三年法律第六〇號として成立し、又昭和十四年法

律第七二號として所謂サラリーマンのための

職員健康保險法 も制定された。保險制度は近來産業立法・社會立法に於て頻りに活用されるのであつて、例へば

- 家畜保險法 (昭和四年法律一九號)
- 漁船保險法 (昭和二年法律二三號)
- 農業保險法 (昭和三年法律六八號)
- 船員保險法 (昭和四年法律七三號)
- 労働者年金保險法 (昭和六年法律六〇號) 等が注目される。又前記健康保險は醫療問題と關聯するが、醫事

立法としては

- 醫師法 (明治三九年法律四七號)
- 傳染病豫防法 (明治三〇年法律三六號)
- 醫療保護法 (昭和六年法律三六號) 等がある。更に
- 救貧法 としては、明治七年太政官達第一六二號
- 恤養規則 があつたのみで久しく不完全だつたが、昭和四年法律第三九號として

救護法 が制定され、昭和七年一月一日から施行されて、貧困の爲め生活困難な老弱者・幼者・妊産婦・不具者並に病者が救護されることになり、救貧制度が漸く確立した。其後親子心中等の悲惨事の頻發に刺激されて、昭和十二年法律第一九號

母子保護法 が制定されたが、此制度を救護法から離して立法したのは、國家が特に母性尊重に留意することの宣言として意味があること、及び昭和八年法律第四〇號

兒童虐待防止法 の如きも其名稱に教育的指導的意味があることは前にも述べた。又軍人の救護に關する制度としては、明治三十九年

傷兵院法 があつた。戦闘又は之に準ずる公務の爲め負傷・罹病した軍人の收容救護を目的とする法律であつて、當初の名稱は「廢兵院法」であつたが、昭和九年法律第一二號による改正の際「傷兵院法」となつた。傷兵院の救護を受ける以外傷病兵・其家族遺族・下士官兵の家族遺族等で生活に困難な者を救済するための法律が、大正六年法律第一號

軍事扶助法 である。これも當初は「軍事救護法」であつたが、昭和十二年の改正の際改稱したのである。又職業問題に關しては大正十年法律第五五號

職業紹介法 があつて、無料職業紹介所制度を規定したが、昭和十三年法律第六一號による改正

で、從來主として市町村管であつた職業紹介所が全部國營となつた。其他社會事業に關して種々の法令があり、又時代の要求に應じて段々と増加することであらうが、昭和十三年法律第五九號社會事業法 によつて、社會事業の助成監督が法規化された。又近年國民體位の問題が重視され來つて、「國民體力ノ向上ヲ圖ル爲……國民ノ體力ヲ検査シ其ノ向上ニ付指導其ノ他必要ナル措置ヲ爲ス」といふ

國民體力法 (昭和一五年法 律一〇五號) 及び「惡質ナル遺傳性疾患ノ素質ヲ有スル者ノ増加ヲ防遏スルト共ニ健康ナル素質ヲ有スル者ノ増加ヲ圖リ以テ國民素質ノ向上ヲ期スル」ための「優生手術」(所謂斷種)に關する

國民優生法 (昭和一六年法 律一〇七號) が制定され、社會教育に關する法律としては

映畫法 (昭和一四年 法律六六號) が出來た。次に

自治制 に目を通さう。先づ

市制 (明治四四年 法律六八號) 及び

町村制 (明治四四年 法律六九號) であるが、當初明治二十一年に制定されて翌二十二年四月一日から施行さ

れた。憲法と雁行しての劃期的立法であつて、發布の際には詔勅を下され又詳細の説明書が添へ