

官廳が共に同一の上級官廳の下に立つときは、此の官廳に於いて争議を裁決するけれども、これを裁決する適當の機關を設置することを要する。されば明治七年九月始めて權限争議裁決の方法を設け、其の後現行の行政裁判法は行政裁判所と通常裁判所又は特別裁判所との間に起る權限の争議を以て權限裁判所の裁判すべきものとし、特に此の裁判所を設置する旨を明示したのであるけれども、其の設置に至る迄は樞密院に於いて權限争議を裁決するものと定めた（行政裁判所法第二十條及び第四十五條）。されば早晩權限裁判所の特設を見るに至るべけれども、此の裁判所は單に行政裁判所と通常裁判所又は特別裁判所の間に生ずる權限争議に對し必要なに止まらずして、通常裁判所又は行政裁判所と行政官廳との間に生ずる權限争議に對しても亦必要である。（仁保龜松博士・國民法制通論上卷、二二五―二二八頁）

第三節 官吏

官吏 天皇又は天皇の委任を受けた機關から任命されて國務を擔任し、天皇に對して特別服從の關係に立つ人を官吏といふ。詳しく言へば官吏は先づ第一に天皇又は天皇の委任を受けた機關から任命といふ形式で其の地位を與へられたものでなければならぬ。従つて私法上の雇傭契約に依つて國務の一部を擔任してゐるに過ぎない例へば外國人の傭教師、傭員、筆生、使丁等や、或は一般臣民の法律上の義務として當然に國務の一部を擔任してゐる例へば兵卒や、均しく國務を擔任してゐるとはいへ任命といふ形式に依るものではないから、官吏とは稱されない。第二に官吏は國務を擔任する爲めに任命されたものでなければならぬ。従つて本職を別に有つてゐる者が國務を囑託され、之を兼ね行つてゐても、此の者を官吏とは言はない。例へば日本銀行總裁の如きは政府の任命に基いて就職し、且つ政府の事務をも其の委任を受けて兼ねて行つてゐるが、

官吏ではない如きである。しかし官吏は現に國務を擔任してゐる者たることを要しない。休職・待命の官吏は現に國務を擔任してはゐないが、矢張り官吏なのである。第三に官吏は天皇に對し特別服從の關係に立つものでなければならぬ。即ち官吏は天皇に對し總て直接又は間接に隸屬し、其の任免は一に君主の大權に基かぬものなく、一口に言へば天皇の使用人として忠實に勤務するの義務を有するものでなければならぬ。従つて均しく國務に參與するも之が其の義務としてよりも寧ろ其の權利として認められてゐる帝國議會の議員の如きは官吏ではないのである。**官吏の種類** 官吏の種類は其の觀方を異にするに従つて色々區別することが出来るが、普通に行はれるものは次の通りである。

(一) **文官と武官** 帝國憲法第十條に依ると『天皇ハ文武官ヲ任免ス』とあるから、文官と武官との區別は嚴として混同すべきではない。而して武官とは戰鬪機關として統帥大權の下に行動するものを謂ひ、文官とは武官に非ざる一切の官吏を指稱するものである。唯此處に注意せねばならぬのは、武官にして行政官を兼ねる場合例へば陸海軍大臣の如きものあること、又軍屬は、武官に非ずして軍務行政の機關たる文官であることである。文官と武官との區別の必要なのは、任用職務・進級・俸給・恩給・分限・懲戒・刑法等に就いて兩者の間に其の規定の適用を異にするものがあるからである。

(二) **行政官と司法官** 文官を區別して行政官と司法官の二種とする。行政官とは一般の行政事務を掌る者を謂ひ、司法官とは後述の如く司法裁判即ち民事刑事の裁判を行ふ者を指稱する。此の區別の必要なのは、主として其の地位の保障を異にしてゐる點に依るのである。即ち司法官

は刑法の宣告又は懲戒處分に依るの他其の意思に反して之を免することは出来ないが行政官は之に反して斯くの如き強固なる地位の保障を有してゐないのである。尙ほ斯かる廣い意味の行政官の中には通常行政官と呼ぶものの他に外交官及び領事官がある。外交官及び領事官に就いて後に述べる。

(三) 國務官と宮内官 國務官とは専ら國家の事務を行ふものであり、宮内官とは主として宮中の事務を處理するものである。元來國務は宮内省の所管に屬するものではないが、我が國に於ては爵位に關する事務の如き國務も宮内省の所管に屬してゐるのである。

(四) 有給官と名譽官 官吏は其の勤務に對して國庫から俸給を受ける権利を有することを通常とするが、しかし俸給を受けることは官吏たるの要件ではない。而して俸給を受けない官吏は名譽官であつて、之を受ける官吏は有給官である。有給官の中にも國庫から俸給を受けずに地方團體から之を受ける者がある。例へば各府縣の警察官吏の俸給は府縣費の負擔に屬する如きである。

(五) 組織官と補助官 組織官といふのは自ら官廳を組織する官吏即ち自己の意思を以て官廳の行爲を決定する官吏を謂ひ、補助官といふのは官廳を組織する官吏を補助する官吏即ち外部に對し直接に官廳としての行爲を爲すことが出来ない官吏を指すものである。例へば府縣知事たる官吏は組織官であり、内務部長警察部長たる官吏等は補助官である。

(六) 政務官と事務官 政務官とは内閣を組織し又は其の組織に必要な官吏であつて、自己の意見が一國政治の方針に關係する官吏を指し、事務官とは其の時々の政治の方針に従つて執務す

べき官吏を稱する。此の區別の必要なるは、次の三つの事由からである。即ち第一に政務官は内閣の更迭と共に進退するものであるが、事務官はさうではない。第二に政務官は其の任用の資格に付いて制限がないのを通常とするが、事務官は其の任用の資格に制限があるのが通例である。第三に外國人は政務官には全然任用出来ないが、事務官には任用することが出来る場合もある。

(七) 專務官と兼官 專務官とは本官として其の地位に在る官吏を謂ひ、兼官とは本官を有して更に他の官職を兼務してゐる官吏を稱する。專務官には俸給を與へること勿論であるが、兼官には俸給を與へないのを通則とする。唯教官とか技術官の如き特別の學術技藝を用ふる者に對してのみ兼官として之に俸給手當を與ふることがあるばかりである。此の區別の必要なのは、兼官が免ぜられても本官には何等の影響がないけれども、本官が免ぜられる時は兼官は當然に消滅する點にあるのである。

(八) 高等官と判任官待遇官吏 官等に依つて官吏を區別すると、官吏には勅任官奏任官及び判任官の三種あり、勅任官及び奏任官を高等官と稱してゐる。高等官は天皇が任命を決定し給ふところの官吏であつて、親任式を以て敍任する官即ち所謂親任官を除くその他之を九等に分ち、其中親任官及び一等官、二等官を勅任官と爲し、其の他の高等官即ち三等官乃至九等官を奏任官と爲してゐる。奏任官の任免及び敍等は内閣總理大臣之を奏薦し、其の各省及び各省屬の官廳に屬する者は内閣總理大臣を経由して主任大臣が之を奏薦するのである。判任官は天皇が官廳に委任して任命せしめ給ふところの官吏であつて、四等に分けられてゐる。尙ほ實質上官吏たる性質を有してゐながら、單に勅任奏任又は判任の待遇を受けるに止まつてゐるものがある。之を待遇官吏

と謂うてゐる。例へば公立學校職員、其の他地方待遇職員、神職、巡查、看守、名譽領事、名譽副領事等の如きである。又同じく實質上官吏たる性質を有してゐながら、全く官等の外に置かれ其の待遇も與へられない者がある。之を等外官と謂ふことが出来る。例へば執達吏、公證人及び廷丁等の如きである。高等官と判任官と區別するは、任命の形式、任用の資格要件、懲戒處分の手續等に於て其の差異の存するが爲めである。

官吏の任用 帝國憲法第十條に依り官吏の任命權は天皇の掌握し給ふところに屬すこと言ふ迄もない。しかしながら文武百官皆天皇がお親ら任免し給ふことは到底不可能であるので、天皇は下級官吏の任命は之を官廳に委任して爲さしめ給ふのである。

官吏の任命は常に辭令書の交付に依つて行はれる。此の任官の辭令書を官記と謂うてゐる。官記の形式は官等に應じて差異がある。即ち親任式を以て任ずる官吏即ち親任官の官記には、天皇親署の後御璽を銚し内閣總理大臣之に年月日を記入して副署するし、親任式に依らずして勅任せられる普通勅任官の官記には御璽を銚し内閣總理大臣之に年月日を記入して奉ずるし、勅任を経て任ぜられる奏任官の官記には内閣の印を銚し、内閣總理大臣之に年月日を記入して之を宣するるのである。天皇の委任に基いて官廳に於て任ずる判任官にあつては官記の方式は別に一定してゐない。

日本臣民は法律命令の定むる資格に應じて均しく文武官に任ぜられることが出来る(憲法第十九條)。但し次のやうな者は官吏となることは出来ないといふ制限がある。即ち

(イ) 死刑無期又は六年以上の懲役若しくは禁錮の刑に處せられたる者及び舊刑法の重罪の刑に

處せられたる者(刑法施行法第三四條、第三七條舊刑法第三一條)。

(ロ) 六年未滿の懲役又は禁錮に處せられたる者及び舊刑法の禁錮の刑に處せられたる者にして其の刑の執行を終へ又は其の執行を受くることなきに至るまでの者(刑法施行法三六條、三七條舊刑法三三條)。

(ハ) 外國人。外國人が官吏となることが出来るか否かに付いては明白な法律の規定がないけれども、外國人は一般に參政權を認められてゐないから、官吏となることも出来ないと思ふのが正當である。但し特別の例外として名譽領事及び名譽副領事は外國人を以て任ぜられるのである。

(ニ) 歸化人其の他生來の日本人でない者は、國務大臣、樞密院議長、副議長、顧問官、特命全權公使、陸海軍將官、大審院長、會計検査院長又は行政裁判所長官となることは出来ない(國籍法一六條)。

官吏の任用資格は各種の官職に付いて一様ではなく、試験任用、自由任用、銓衡任用及び特別任用の別があるが、始めて官吏に任ぜられるには試験を経て之に合格した者なることを要するのが正則である。抑々官吏の任用に試験制度を採るに至つたのは、明治二十年の文官試験規則に始まるのである。此の時までは官吏の任用資格に別段の法律上の制限無く、總て自由任用の官であつたが、此處に至つて始めて文官高等試験及び文官普通試験の制度を設け、奏任官は原則として文官高等試験を経た者に限つて之を任用することにしたのである。勅任官は明治三十二年までは尙ほ總て自由任用の官であつたが、同年の文官任用令の改正に依つて勅任官も亦原則として奏任官より昇進せしめることに依つてのみ任用し得べきものとなしたのである。文官試験規則は大正七年一月其の全部を改正し、高等試験令(大正七年勅令第七號)及び普通試験令(同勅令八號)を以て之に代へた。此

れが現今の制度である。之に依れば官吏の資格に關する試験には一般試験と特殊試験との別がある。一般試験は一般の官職に通ずる試験であつて、高等試験及び普通試験の二種があり、高等試験は行政科、外交科及び司法科に分れ、之に合格した者は其の科に應じて奏任行政官、外交官、領事官、司法官たるの資格を得るし、普通試験に合格した者は判任文官たるの資格を得ることになつてゐる。特殊試験は特殊の官職に任用される資格の試験であつて、例へば外務書記生試験の類である。試験に合格した者の他師範學校、中學校の卒業者等一定の學歴ある者も亦普通試験を経た者に準じて判任文官たるの資格を有してゐる。

以上の原則の例外の一つとして親任官及び特に指定されてゐる官職（内閣書記官長、法制局長官、各省政務次官、各省參與官、内務省警保局長、警視總監、貴族院書記官長、衆議院書記官長、秘書官）は自由任用の官として、其の任用資格に法律上の制限なく何人にも自由に之に任じ得るものとされておゝり、又例外の他の一として教官、技術官、其の他特別の學術技藝を要する文官又は特に指定されてゐる官職（製鐵所長官、復興局長官、海外駐劄財務官、專賣局長官、内閣印刷局長、造幣局長、專賣局部長、千住製絨所長、朝鮮總督府營林廠長、臺灣總督府專賣局長、學校長）は、銜任用の官として一定の資格要件の制限無く、各々其の職務に必要な學識技能及び經驗を有する者から試験委員の銜を経て任用し得べきものとされてゐる。尙ほ多くの特別の官職に付いては、官吏としての一定の經歷ある者の中から試験委員の銜を経て特に之を任用し得べきことを認められてゐるものがある。之を特別任用の官と謂ふてゐる。（大正九年勅令第一六〇號奏任文官特別任用令、同勅令第三五七號判任文官特別任用令）

以上の外文官懲戒令に依り免官の處分を受けた者は其の官職を失つた日から二年間官職に就

くことが出来ないし（文官懲戒令第一項、四條第一項）、又官吏となる年齢は一般には別段の制限がないが、樞密院議長、副議長及び顧問官は滿四十歳以上なることを要し、行政裁判所長官、評定官は滿三十歳以上なることを要する。男女の性に付いても法律上には男女の間に別段の差等を設けてゐない。

官吏の權利義務 上述の如く官吏は天皇の使用人として忠實に國務に勤むるの義務を有することが其の本質である。成程官吏が國務に參與するのは一面其の權利ではあるが、天皇が官吏を任命し給ふのは敢て權利を付與するが爲めではないのであつて、勤務に服せしめるが爲めなのである。即ち義務が其の主眼であつて、權利は之に隨伴する従たる效果に過ぎないのである。従つて官吏の權利義務を述べるに當つては先づ其の義務から説かねばならない。

官吏の義務は**官吏服務紀律**の定むるところであるが大要を述べれば次の如きものである。

(一) **職務執行の義務** 官吏は其の命ぜられた職務を擔任し、其の擔任する職務を執行する義務を負うてゐる。官吏服務紀律第六條に「官吏ハ本屬長官ノ許可ナクシテ擅ニ職務ヲ離レ及職務上居住ノ地ヲ離ルルコトヲ得ス」とあるのは、此の義務の結果である。

(二) **服従の義務** 官吏は其の職務に付いて本屬長官の命令に遵由する義務を負うてゐる（**官吏服務紀律**第二條）。本屬長官といふ言葉は或は職務上官吏を指揮監督する職權ある機關例へば各省屬に對する課長、局長、次官、大臣の如き、又府縣知事に對する各省大臣の如き謂はば職務上の上官たる意味に用ひられ、或は官吏の賞罰進退に付いて自ら之を專行し又は申請する職權ある機關例へば各省所屬の官吏に對する其の省の大臣の如き、府縣知事に對する内務大臣の如き謂はば身分上の上官たる意味に用ひられるが、官吏の服従の義務は勿論前者の意義に於ける本屬長官即ち職務上の上

官に對するものである。官吏の職務に關して上官の發する命令を職務命令と稱する。

(三) 忠實の義務 官吏は其の職務に關して上官の命令に服従するの他、其の命令なき事項に付いても自己の所見に従つて努めて國家の利益を圖り其の不利益を避くべき義務を負うてゐる。之を官吏の忠實の義務と謂うてゐる。若しも國家の不利益となるべきことを自覺しながら之を爲すことあらば、假令法令に違反せず又職務命令に違背することがないとしても尙ほ其の職務上の義務を盡したものと云ふことは出来ない。

服従の義務は命令に従ふの義務であるから、命令ある場合に生ずるものであるが、忠實の義務は上述の如く命令なき場合に自らの所見に従つて國家の利益を圖るべき義務なのである。上官の命令がある場合は其の命令に従ふことが即ち國家の利益に合する所以と認むべく、官吏は自ら何が國家の利益であるかを判断することは出来ない。かゝる場合には唯服従の義務があるのみで、忠實の義務は發生しないのである。忠實の義務は唯命令の存しない場合に於てのみ發現するものなのである。故に忠實の義務は主として上級の官吏に於て其の効果を有するものである。殊に各省大臣、全權大使、軍司令官の如きは、忠實の義務を以て主たる職務上の義務とするものである。以上の三義務は何れも官吏の職務に隨伴する義務であつて、之を官吏の職務上の義務と總稱することが出来る。其の義務は唯職務に關してのみ存在するものであるから、休職官吏のやうな現に職務を擔任してゐない者は之を負はないこと勿論である。

(四) 秘密を守るの義務 官吏は自己の職務に屬すると又は他の官吏から聞知したるとを問はず、官の秘密を漏洩すべからざる義務を負うてゐる。(官吏服務紀 律第四條) 何が官の秘密であるかは或は法

令に依つて直接に明示するものあり(官吏服務紀 律第五條)は職務上未發の文書は私に之を關係人に漏洩すべからざることを定めてゐる。或は上官の命令に依つて定まるものあり(通常公文書に「秘」又は「嚴秘」の印を捺し其の秘密を要することを示してゐる。)或は事の性質に依つて定まるものがある。秘密を守るの義務は常に官吏の在官中のみならず、其の退官後にも繼續してゐるのである。(同條 第四條) 此の義務は又官吏が議員を兼ねてゐる場合でも失はれないから議員として官の秘密を漏洩しても亦官吏の義務違反として懲戒の原因となる。裁判上の證人鑑定人となる場合に於ても亦同じく職務上の秘密に關する事項を陳述するには本屬長官の許可を受けなければならぬ。法律は官吏が職務上の秘密に付ては證言又は鑑定を拒むの權利を有することを認めてゐる。(民事訴訟法第二八二條、第三〇一條、刑事訴訟法第一八五條、第二二八條)

(五) 品位を保つ義務 官吏は其の職務上は勿論職務外の私生活に於ても、官吏たるの品位を辱しめざる義務を負うてゐる。官吏は天皇の使用人であるから、其の素行が修らず信用を失墜するの行爲あらんか、延いては天皇の威嚴を損ずるの結果となるからである。(同條 第三條、第四條)

(六) 行爲の自由に對する制限 官吏は其の忠實の義務に基いて職務の執行に妨げある行爲は之を爲さざる義務を負うること當然であるが、法令で以て直接に諸種の行爲を指定して官吏に對し之を禁止したり制限したりしてゐるものがある。官吏服務紀律第七條乃至第十五條に依れば、(イ) 政府の爲めに請負を爲し其の他政府より財産上の利益を受ける者と職務上直接の關係ある官吏が之等の者から饗宴を受けること

(ロ) 取引所の社員となり其の他直接又は間接に投機事業に關係すること

- (ハ) 私立の郵船會社又は鐵道會社から無賃券を受けること
 - (ニ) 上官が部下の官吏から贈遺を受けること
等は絶對に禁止されており、
 - (ホ) 營利會社の社員となること
 - (ヘ) 職務に關し他人から贈遺を受けること
 - (ト) 本職以外に給料を得て他の事務を行ふこと
 - (チ) 官吏又は其の家族が直接又は間接に商業を營むこと
等は本屬長官の許可を受けることを要し
 - (リ) 外國の君主又は政府から勳章榮賜俸給及び贈遺を受けるには勅裁を得ることを要すこと
になつてゐる。
- 官吏は以上のやうな諸種の義務を負うてゐるので、國家から特別の保護を與へられてゐる。之には宮中の禮遇や敍位敍勳の如き單なる恩典に過ぎぬもの、又は刑法上及び警察上の保護の如き單なる反射的利益に過ぎぬものもあるが、次のやうな權利も亦認められてゐるのである。即ち、
- (一) 身分上の權利 官吏は其の官吏たる身分を國家から承認され、一定の官等を有し、其の官名を稱し、其の官職に相當する制服及び禮服を着用し、且つ親任官其他地位の保障のない自由任用の官職に在る者を除くの外は、法定の理由がない以上は其の意に反して免官されない權利を有つてゐるのである。
 - (二) 職務上の權利 官吏が其の職務を行ふことは主として義務の性質を有すること、上述の如

くであるが、しかし一般に國民が國家の公務に參與することが出来るといふことは常に同時に其の權利たる性質を有するものであるから、従つて官吏が職務を擔任することも亦一面に於ては官吏の權利と見られるのである。

(三) 俸給を受くるの權利 俸給は必ずしも總ての官吏が之を受けるものではないけれども、一般に言へば、官吏は一身を奉じて國家の爲めに勤務し、他に收入を得る途のないのが原則であるから、天皇は之に俸給を給し、以て其の生計を維持せしめ給ふものである。俸給は官吏の勤務に對する報酬であると共に、其の生活を保障するの資たる二重の性質を有つてゐる。議員の歳費とか委員の手當、又は名譽職吏員の報酬の如きものは、唯其の勤務に對する報酬たるに過ぎず、全く其の生活の保障たる性質を有してゐないから、官吏の俸給とは其の性質を異にするものである。しかしながら一方官吏の俸給を以て單純なる生活の扶養料と爲すことも亦正當ではない。例へば官吏が病氣の爲めに執務せざること九十日を超える時は俸給の半額を減ぜられることになつてゐるのは、明らかに官吏の俸給が一面其の勤務に對する報酬の性質を有つてゐることの例證である。俸給は以上のやうな性質を有するものであるから、俸給を受くるの權利は之を拋棄したり讓渡したり又は質權の目的物とすることは許されない。唯法律は其の收入一年三百圓を超過する時は其の超過額の半額だけ差押へることを許してゐるのみである。(民事訴訟法第六一八條第二項)

(四) 恩給を受くるの權利 官吏は其の在官中俸給を受けるのみならず、其の退官後又は死亡後に於ても自己又は自己の遺族に經濟上の保護を受け、其の生活を保障して貰ふ權利がある。此の經濟上の保護の爲に支給されるものを恩給と稱する。俸給は天皇の大權の定むるところに屬し、總

て勅令を以て定められるに反して、恩給は法律に依つて定められ、法律に依るに非ざれば其の金額を増減することは出来ないものであるが、併し其の性質は俸給と似たものであるから、恩給を受くるの権利は之を譲渡したり又は擔保に供したりすることは許されない。又俸給が一部分之を差押へることが出来るに反して、恩給を受くるの権利は行政上の強制徴収の爲めにする場合を除くの外は、民法上の債權の爲めには全く之を差し押へることは出来ないことになつてゐる（恩給法第一條）。

（五）職務上の實費支辨を受くるの權利 官吏が其の職務執行の爲めに特別の費用を要する場合には其の實費の辨償として之に相當する金額を給與されることがある。其の一般官吏に共通なものには旅費である。即ち官吏が公務に依つて旅行する時は國內の旅行には内國旅費、外國の旅行には外國旅費を給されるのである。尙ほ特殊の官職にあつては交際手當官舎料被服料等を給與されるものもある。

官吏の責任 官吏は上述の如き權利義務を以て一意天皇補翼の任に當り奉公の至誠を盡すべきものであるから、其の責任は又大なるものがあると言はねばならぬ。即ち先づ官吏は其の義務に違反するやうなことがあれば、懲戒處分を受けねばならない。此の懲戒處分は官吏の分限が既に消滅した者に對しては行はれないが、苟も官吏たるの分限を有してゐる以上は、其の義務違反の事實が在職中に生じたものであると否とに拘らず行はれるものである。現行の懲戒規定として一般文官に對するものは、**文官懲戒令**であつて、親任官及び特別の法令の規定ある者を除くの外一般文官に適用されてゐる。判事、行政裁判所長官、評定官及び會計検査官に對しては各々特別の懲

戒規定があり、又軍人に對しては別に陸軍懲罰令、海軍懲罰令の規定がある。

懲戒の原因たるものは上に指摘した如く官吏の特別の義務違反であるが、文官懲戒令の定むるところに依れば、職務上の義務に違背し又は職務を怠りたる時及び職務の内外を問はず官職上の威嚴又は信用を失ふべき所爲ありたる時の二つの場合を擧げてゐる。又懲戒の手段は官職の種類に依つて同じからず、一般文官に對しては**文官懲戒令**は**譴責**、**減俸**、**免官**の三種を定め（行政裁判所長官、評定官、會計検査官に對しても同じ）、判事に對しては**譴責**、**減俸**、**轉所**、**停職**、**免職**の五種を認めてゐる。凡て免官の處分を受けた者は二年間官職に就くことが出来ず、又恩給を受けるの權利を失ひ、其の情重き者は位記を返上せしめられる。軍人に對しては懲戒の手段最も嚴重であつて、單に其の地位に伴ふ權利及び利益を剝奪されるばかりでなく、外出及び接見を禁じたり、營倉に拘禁するの手段も認められてゐる。

懲戒を行ふ機關も官職の種類に依つて同じからず、判事、行政裁判所長官、評定官、會計検査官に對しては懲戒は其の目的の爲めに組織される懲戒裁判所の判決に依つて行はれ、軍人に對しては之に反して特別の懲戒機關の組織なく、普通の職務上の上官が懲戒を行つてゐる。而して一般文官に對する懲戒は、譴責は本屬長官之を專行し、減俸及び免官は特別の懲戒委員會の議決を以て之を行つてゐる。懲戒委員會には高等官の懲戒を議決する文官高等懲戒委員會及び判任官の懲戒を議決する文官普通懲戒委員會がある。前者は全國に一つあるのみ、後者は各官廳に之を置いてゐる。

以上述べたところは官吏の責任の中最も主要なる懲戒上の責任に就いてであるが、尙ほ官吏は

刑法上の責任と民法上の責任とを有してゐる。刑法上の責任は官吏が其の職權を濫用し又其はの職務を懈怠することに依つて特定の法律利益を侵害したやうな場合、即ち所謂職務犯罪（刑法第一九三條第一九四條の罪）を犯したやうな場合と、其の職務に關聯して行はれる所謂準職務犯罪（例へば刑法第一九五條第一九七條の罪）を犯したやうな場合に生ずるものである。民法上の責任は官吏が其の職務上の行為に付いて故意又は過失に因つて違法に他人の權利を侵害した場合に生ずるものであつて、官吏はかゝる場合には個人として民法第七〇九條に依つて損害賠償の責に任じなくてはならないのである。民法第七〇九條とは「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シタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス」といふ規定である。

恩給 官吏の退官後に於ける金銭の給付は、従來の國法に於ては終身年金たるものを恩給と謂ひ、一時の給付たるものを退官賜金と謂ひ、其の死亡後遺族に給するものは年金たるものを遺族扶助料と謂ひ、一時の給付たるものを一時扶助金と謂つてゐたが、大正十二年四月に恩給法を改定して其の金額を増すと共に此等の總てを合せて等しく之を恩給と稱するものと爲した。恩給は普通恩給増加恩給一時恩給傷病賜金扶助料及び一時扶助料の六種とする。

(一) 普通恩給 之は官吏が一定の期間（普通に之を恩給年限と謂ひ、普通文官は十五年、大臣は五年、武官は現役十一年、但し從軍年其の他に之に準すべき年限は特に加算す。）在官した者が懲戒又は刑罰に因るのでなしに退官（終身官は退職武官は現役を離れること）した場合に、其の生活資料を充たす爲めに之に給與する終身年金である。在職年限が之に満たない者でも公務の爲めに傷痍を受け又は疾病に罹つて不具廢疾と爲り退官した者は等しく之を受けるの權利を有する。普

通恩給の金額は退官當時の俸給額及び在官年限に比例して定められるのであるが、其の金額は普通文官にあつては退官當時の俸給年額の三分の一を最低とし、在官年限を加ふるに隨つて之を遞増して其の二分の一を最高限度とする。

(二) 増加恩給 之は公務の爲めに傷痍を受け又は疾病に罹り不具廢疾となつて退官した者に對し普通恩給に加へて給與する年金である。

(三) 一時恩給 之は在官年數が未だ恩給年限に達しないで退官した者に給與する一時金である。

(四) 傷病賜金 之は下士以下の軍人が公務の爲めに傷痍を受け又は疾病に罹つて、不具廢疾の程度には至らないが之が爲めに退職した者に給與する一時金である。傷病賜金は之を普通恩給又は一時恩給と併給しても差支へないものである。

(五) 扶助料 之は退官に依つて恩給を受くべき資格のある官吏が在官中死亡し又は現に恩給を受けてゐる者が死亡した場合に於て、其の遺族の生活資料に充へる爲めに遺族に給與する年金である。扶助料を受くべき遺族は妻、未成年の子（未だ婚姻せざる者）、夫（不具廢疾であつて生活資料を得る途なく且つ之を扶養する者が不在者に限る）、父、母、成年の子（同上）、祖父、祖母の順序に依る。其の金額は普通恩給額の二分の一を原則とし、其の死亡が公務に基く場合には特に之を増額することになつてゐる。

(六) 一時扶助料 之は在官年數が未だ恩給年限に達しない官吏が公務の故ではなくして在官中死亡した場合に於て、其の遺族に給する一時金である。恩給を受くべき資格のある者が死亡し

た場合に於ても、兄弟姉妹の外遺族なく、其の兄弟姉妹が未成年なるか又は不具廢疾であつて生活資料を得るの途がないときは之に一時扶助料を給する。

恩給を受くるの権利は官吏の退官又は死亡に依つて當然に發生するものであるが、其の権利を行使し得るためには行政行為に依つて其の権利を確認されることを要する。恩給権を確認する行為を裁定と謂うてゐる。裁定を爲す権利は一般官吏に付いては内閣恩給局長に屬し、例外として地方長官又は殖民地長官に屬するものがある。(恩給法第十二條) 恩給権利者は其の裁定を請求するを要する。若しも権利者にして恩給を受くべき事由の生じた日から七年内に裁定を請求しない時は其の権利は時効によつて消滅する。恩給権が行政處分に依つて侵害されたやうな場合には處分後一年内に内閣恩給局長に具申して其の裁決を求め、其の裁決に不服ある時は裁決後六月以内に内閣總理大臣に訴願し又は行政裁判所に出訴することが出来る。(恩給法第十三條) 年金たる恩給を受くるの権利は権利者の死亡又は國籍喪失に因るの外、六年の懲役禁錮又は其の以上の刑に處せられることに因つて消滅する。(同第九條)

尙ほ總て官吏は一面以上の如く恩給を受ける利益を有すると共に、一面に於ては恩給基金として毎月俸給の百分の一を國庫に納付する義務がある。(恩給法第五十九條) 但し此の義務は必ずしも恩給権と相隨伴するものではなく、各々獨立に其の效果を生ずるものであつて、官吏が懲戒又は刑罰に基いて退官することに因つて恩給権を失つた場合に於ても、其の納付した基金の返還は請求することが出来ないのである。(美濃部達吉博士行政法撮要に據る)

以上述べた現行恩給法の内容には種々の不備な點があるのみならず、行政整理其の他の事情が之に加つて恩給總額は年々累積の状態にあつたので、最近恩給亡國の聲を生じ、種々の改正が叫ばれるやうになつて來た。そして遂に今第六十四議會に於て參考に掲げたやうな改正案が政府から提出せられ審議せられるに至つた。諍否兩論があつて此の案の成否は一概に測られぬが、しかし現行恩給法は早晚何等かの程度の改正を受けるに至ることだけは豫想出来る。

注意一 官吏の分限に關しては文官分限令の他に、宮内官分限令・陸軍將校分限令・理事分限令・海軍將校分限令・公立學校職員分限令等があるが、昭和八年二月二十三日に勅令第十三號巡査分限令が制定公布されたことを注意せねばならぬ。同勅令は次の如し。

巡査分限令

第一條 巡査ハ懲戒ノ處分又ハ本令ニ依ルニ非ザレバ其ノ職ヲ免ゼラルコトナシ。

第二條 巡査ハ左ノ各號ノ一ニ該當スルトキハ其ノ職ヲ免ズルコトヲ得

一 不具發疾ニ因リ又ハ身體若ハ精神ノ衰弱ニ因リ職務ヲ執ルニ堪ヘザルトキ

二 傷痍ヲ受ケ若ハ疾病ニ罹リ其ノ職ニ堪ヘザルニ因リ又ハ自己ノ便宜ニ因リ免職ヲ願出デタルトキ

三 定員ノ改正ニ因リ過員ヲ生ジタルトキ

前項第一號ノ規定ニ依リ其ノ職ヲ免ズルトキハ文官普通分限委員會ノ議決ヲ經ルコトヲ要ス

第三條 巡査ハ廢職若ハ廢廳ノ場合又ハ禁錮以上ノ刑ニ處セラレタル場合ニ於テハ當然退職者トス

第四條 第五條第一項第三號又ハ第四號ノ規定ニ依リ休職ヲ命ゼラレ滿期ニ至リタルトキハ當然退職者トス

第五條 巡査左ノ各號ノ一ニ該當スルトキハ休職ヲ命ズルコトヲ得

一 懲戒令ノ規定ニ依リ巡査懲戒委員會ノ審査ニ付セラレタルトキ

- 二 刑事事件ニ關シ起訴セラレタルトキ
 - 三 定員ノ改正ニ因リ過員ヲ生ジタルトキ
 - 四 事務ノ都合ニ依リ必要ナルトキ
 - 五 戰時又ハ事變ニ際シ陸海軍ニ召集セラレタルトキ
- 前項休職ノ期間ハ第一號及第二號ノ場合ニ在リテハ其ノ事件ノ巡查懲戒委員會又ハ裁判所ニ繫屬中トシ第三號及第四號ノ場合ニ在リテハ一年トシ第五號ノ場合ニ在リテハ召集中トス
- 第一項第四號ノ規定ニ依リ休職ヲ命ズルトキハ文官普通分限委員會ノ諮問ヲ經ルコトヲ要ス但シ其ノ諮問ヲ經ザルコトニ付本人ノ同意アリタル場合ハ此ノ限ニ在ラズ
- 第六條 休職者ハ職務ニ從事セバ及俸給ヲ減ゼラレ又ハ之ヲ受ケザルノ外總テ在職者ト異ルコトナシ
- 第七條 第五條第一項第三號又ハ第四號ノ規定ニ依リ休職ヲ命ゼラレタル者ニハ事務ノ都合ニ依リ何時ニテモ復職ヲ命ズルコトヲ得
- 第八條 文官分限委員會官制第十四條、第十五條及第十八條乃至第二十條ノ規定ハ第二條第二項及第五條第三項ノ規定ノ適用ニ付之ヲ準用ス
- 第九條 文官普通分限委員會第二條第二項ノ議決ヲ爲ス場合ニ於テハ廳府縣長官ノ指定シタル醫師ノ意見ヲ徵スベシ
- 第十條 本令ハ判任官ノ待遇ヲ受クル消防手ニ之ヲ準用ス

附 則

本令ハ昭和八年三月一日ヨリ之ヲ施行ス
 大正七年勅令第六十七號ハ之ヲ廢止ス

〔參照〕

大正七年(四月六) 日公布) 勅令第六十七號ハ判任官ノ待遇ヲ受クル消防手ノ休職ニ關スル件ナリ

注意二 政務官とは如何なる性質を有する官吏なるかに就いては本文に於いて論及するところがあつたが、之を法規上の根據に基いて列擧すれば次の如くである。即ち大正二年八月一日勅令第二六二號の『任用分限又ハ官等ノ初銜陞叙ノ規定ヲ適用セサル文官ニ關スル件』の第一條に掲ぐるところの者これである。内閣書記官長・法制局長官・各省政務次官・各省參與官・内務省警保局長・警視總監・貴族院書記官長・衆議院書記官長・秘書官がその總てである。

注意三 帝國憲法第十九條の『日本臣民ハ法律命令ノ定ムル所ノ資格ニ應シ均ク文武官ニ任セラレ及其ノ他ノ公務ニ就クコトヲ得』といふことが深く省察せられねばならぬ。憲法義解は『文武官ニ登任シ及其ノ他ノ公務ニ就クハ門閥ニ拘ラス是ヲ維新改革ノ美果ノ一トス往昔門地ヲ以テ品流ヲ差別セシ時ニ當テハ官ヲ以テ家ニ屬シ族ニ依テ職ヲ襲キ賤類ニ出ル者ハ才能アリト雖顯要ニ登用セララル、コトヲ得ス維新ノ後陋習ヲ一洗シテ門閥ノ弊ヲ除キ爵位ノ等級ハ一モ就官ノ平等タルニ妨クルコトナシ此レ乃憲法ノ之ヲ本條ニ保明スル所ナリ但シ法律命令ヲ以テ定ムル所ノ相當資格即チ年齢納稅及試驗能力ノ諸般資格ハ仍官職及公務ニ就クノ要件タルノミ

日本臣民ハ均ク文武官ニ任セラレ及其ノ他ノ公務ニ就クコトヲ得ト謂フトキハ特別ノ規定アルニ依ルノ外外國臣民ニ此ノ權利ヲ及ホサルコト知ルヘキナリ』と説いてをる。本條は官吏・官吏待遇者・公吏等となり得る資格を日本臣民が有することを宣明したものであつて、單に官吏となることを得る旨を明かにしただけの規定ではないが、農工商孰れの出身たるを問はず、一定の資格要件を充たしざへすれば、封建時代とは異り何人でも官吏となれることを保明した注意すべき條文である。公民教科書の多くが此の點に對する考察を缺いてをることは遺憾である。

注意四 昔から任官・補職といふ熟語があるやうに、官吏は任官に依つて官吏とはなるが、實際其の職務を執るのは補職を俟つてである。『官吏は官と職とを區別して考へることが出来る。官とは國務を擔任すべき地位、職とは其の地位に配當された事務を謂ふ。官と職とは相伴ふこともあり、否らざることもある。各省の局長・府縣知事の如きは前者の例で、各省・府縣の書記官又は休

職待命の官吏の如きは後者の例である。』(白上・五九頁)とあるやうに現實の官吏の總てに就いて官と職とを明瞭に區別し得ないが、理論上之を區別して考へることが必要である。所謂終身官なる司法官・武官は職を免ぜられ又は退くことがあつても、通常の事態にあつては其の官を免ぜられないから、退職しても陸軍少將は陸軍少將であり、判事は判事である。唯職がないから旅團長であつたり、地方裁判所長であつたりはしないだけである。

注意五 世間で高等文官試験といつてをるのは、正確にいふと、(文官) 高等試験・行政科のことであり、高等試験には他に司法科と外交科とがある。之等の試験の合格者でなければ、原則として奏任官以上の官吏に任命されず、此の資格を有たずして任命される場合を特別任用といつてをる。教員の資格に就いてもそれぞれ法規の定めがある。官立學校の正教員は總て官吏であるが、公立學校は大學・専門學校・高等學校・中等諸學校・小學校の總てに通じ、其の教員は官吏でなく官吏待遇者に過ぎない。唯師範學校長のみは俸給が國庫から出てゐる關係上、本官たる奏任官となつてゐる。

注意六 『官吏服務規律』と書いてある教科書があるが(A・六七頁・C・八一頁等)、正しくは『官吏服務規律』である。官吏服務規律に就いて一通りの理解を與へて置くことは必要である。それと共に官吏の身分を保障する文官分限令に就いても注意を喚起するところあるべきである。特に最近、政變毎に地方官の異動・餓首が過度に行はれる弊を避けんがために文官分限令の一部改正が行はれたことは人の良く知るところであらう。之を法律的に言へば『官廳事務ノ都合ニ依リ必要ナルトキ』といふ無理由の理由で休職を命ぜられることに文官分限令第十一條第一項第四號が規定してゐたのであるが、現在でも此の規定は其の儘存してゐるけれども、以前には無かつた『第一項第四號ニ依リ休職ヲ命ズルトキハ高等官ニ在リテハ文官高等分限委員會、判任官ニ在リテハ文官普通分限委員會ノ諮問ヲ經ルコトヲ要ス但シ其ノ諮問ヲ經ザルコトニ付本人ノ同意アリタル場合ハ此ノ限ニ在ラズ』といふ一項が第十一條に附加せられて無暗に首が斬られなくなつた。極く最近には「注意一」に説いたやうに巡查も之と同精神の分限令で身分を保障せられることになつた。小學校教員に就いては「參考四」に述べるやうに從來から此の程度の身分の保障はあつた。残るところは公立學校職員分限令第八條第一項第五號に『教育上又ハ事務上必要ナルトキ』は職員に休職を命じ得ることになつてをり、

しかも未だ一般文官に於けるやうな分限委員會の諮問を経なければならぬといふ制限も置かれてゐないから、片手落の感が深い。早晚改正せられるものと見てよい。

參考一 官吏服務規律 (明治二十年七月三十日勅令第三十九號)

朕官吏服務規律ノ改正ヲ裁可シ茲ニ之ヲ公布セシム

第一條 凡ソ官吏ハ 天皇陛下及 天皇陛下ノ政府ニ對シ忠順勤勉ヲ主トシ法律命令ニ從ヒ各其職務ヲ盡スヘシ

第二條 官吏ハ其職務ニ付本屬長官ノ命令ヲ遵守スヘシ但其命令ニ對シ意見ヲ述ルコトヲ得

第三條 官吏ハ職務ノ内外ヲ問ハス廉耻ヲ重シ貪汚ノ所爲アルヘカラス官吏ハ職務ノ内外ヲ問ハス威權ヲ濫用セス謹慎懇切ナルコトヲ務ムヘシ

第四條 官吏ハ己ノ職務ニ關スルト又ハ他ノ官吏ヨリ聞知シタルト問ハス官ノ機密ヲ漏洩スルコトヲ禁ス其職ヲ退ク後ニ於テモ亦同様トス

裁判所ノ召喚ニ依リ證人又ハ鑑定人ト爲リ職務上ノ秘密ニ就キ訊問ヲ受クルトキハ本屬長官ノ許可ヲ得タル件ニ限り供述スルコトヲ得

第五條 官吏ハ私ニ職務上未済ノ文書ヲ關係人ニ漏示スルコトヲ禁ス

第六條 官吏ハ本屬長官ノ許可ヲ得テ職ヲ離レ及職務上居住ノ地ヲ離ルルコトヲ得ス

第七條 官吏ハ本屬長官ノ許可ヲ得ルニ非サレハ營業會社ノ社長又ハ役員トナルコトヲ得ス

第八條 官吏ハ本屬長官ノ許可ヲ得ルニアラサレハ其ノ職務ニ關シ慰勞又ハ謝儀又ハ何等ノ名義ヲ以テスルモ直接ト間接トヲ問ハス總テ他人ノ贈遺ヲ受クルコトヲ得ス

官吏外國ノ君主又ハ政府ヨリ授與セントスル所ノ勳章榮賜俸給並贈遺ヲ受クルニハ 天皇陛下ノ裁可ヲ要ス

第九條 左ニ掲ケタルモノト直接ニ關係ノ職務ニ居ルノ官吏ハ其饗燕ヲ受クルコトヲ得ス

- 一 官廳ノ工事ヲ受負フ者
- 一 官廳ノ爲替方又ハ出納ヲ引受クル者
- 一 官廳ノ補助金ヲ受クル起業者
- 一 官廳ノ用品ヲ調達スル者
- 一 官廳ト諸般ノ契約ヲ結フ者

第十條 凡ソ上官タル者ハ職務ノ内外ヲ問ハス所屬官吏ヨリ贈遺ヲ受クルコトヲ得ス

第十一條 官吏竝ニ其家族ハ本屬長官ノ許可ヲ得ルニ非サレハ直接ト間接トヲ問ハス商業ヲ營ムコトヲ得ス

第十二條 官吏ハ取引相場會社ノ社員タルコトヲ得ス及間接ニ相場商業ニ關係スルコトヲ得ス

第十三條 官吏ハ本屬長官ノ許可ヲ得ルニ非サレハ本職ノ外ニ給料ヲ得テ他ノ事務ヲ行フコトヲ得ス

第十四條 浪費シテ産ヲ破リ其分ニ應セサル負債ヲ爲ス者ハ過失ノ一タルヘシ

第十五條 官吏ハ私立郵船會社又ハ私立鐵道會社ヨリ無賃乘船無賃乘車切符ヲ受クルコトヲ得ス

第十六條 凡ソ局長所長其他一部ノ長ハ各所屬官吏ヲ監督シ其過失若シ懲戒處分ヲ行フノ區域ノ内ニ在ラサル者ハ之ヲ訓告スルコトヲ務ムヘシ若シ懲戒處分ヲ要スト認ムルトキハ事狀ヲ具ヘテ之ヲ本屬長官ニ稟告スヘシ其情ヲ知り隱蔽シテ稟告セサル者亦過失タルコトヲ免レズ

第十七條 本紀律ハ高等官判任官及俸給ヲ得テ公務ヲ奉スル者ニ適用ス

參考二 官紀振奮に關する内閣訓令

内閣組織以來政務ノ實績ニ徴シ官吏ノ氣風ヲ察スルニ官紀ノ弛張ニ關シテ遺憾ナキ能ハス特ニ意ヲ致ササルヘカラスモノアルヲ思フ蓋是レ時運ノ然ラシムル所ナリト雖内閣ノ更迭頻次ニシテ官吏ヲシテ歸趨ニ惑ハシムルコトアルモ亦其ノ一因タラスムハア

ラス今や歐洲戰役ノ影響全世界ニ波及シ其ノ關係スル所獨政治上經濟上ニ止マラス思想上風教上ニ涉リテ誠ニ恐ルヘキモノアリ是ノ時ニ當リ政務ノ職司ニ在ル者ハ須ク立國ノ大本ニ鑑ミ國體ノ尊崇スヘキヲ惟ヒ國情ヲ異ニスル海外ノ事例ニ羈サレシテ帝國憲法ノ根義ニ致ヘ自重シテ適從スル所ヲ愆ラス紀律ヲ守リ一意奉公至誠君國ニ竭シ以テ國民ノ儀表タルヘシ官吏ノ宜ク履ムヘキ常經ニ至リテハ曾テ屢訓諭スル所アリト本大臣ハ内外ノ情勢ニ顧ミ官府ノ實狀ニ稽ヘ茲ニ重ネテ訓諭スル所アラムトス

一 官吏タルノ本分ヲ恪守スル事

凡ソ官吏ハ 天皇ノ任免シ給フ所ニシテ榮譽之ニ尙フルナシ宜ク 聖旨ヲ奉體シ法令ヲ遵守シテ職域ヲ踰ニス事功ヲ擧ケテ責任ヲ全クシ上司ニ對シテハ服從ノ義務ヲ守リテ能ク其ノ意衷ヲ盡シ造次 天皇ノ官吏タルニ念到シ報效ノ精神ヲ以テ盡忠匪躬ノ節ヲ致スヘシ

一 官吏タルノ品位ヲ保ツ事

清廉饒潔ニシテ日威嚴ノ犯スヘカラサルモノアルハ官吏ノ品位ヲ支持スル所以ナリ近時官吏ニシテ收賄橫領其ノ他破廉恥ノ罪過ニ問ハレテ刑辟ニ觸ルル者ナキニ非ス亦以テ官紀頹廢ノ一端トトスルニ足ル是レ最戒ムヘキ所タリ殊ニ舉世將ニ輕佻奢侈ノ風ニ趨ラムトスルノ狀アルニ方リ官吏タル者宜ク剛直實實毅然トシテ守ル所アリ利ヲ見テ移ラサルノ士氣ヲ負ミ常ニ浮華ヲ戒メテ儉素已ニ克チ虔敬自ラ處リテ能ク威嚴ヲ保チ以テ社會風紀ノ肅清ニ任スルノ意氣アルヘシ

一 繁雜ヲ省キ簡捷ニ就ク事

世事日ニ匆忙ヲ加フ疎漫曠怠ヲ容スヘキニ非ス平素事務ヲ處理スルコト忠實ニシテ且敏活ナラサルヘカラス抑繁ヲ去リ簡ニ就キ疾ニ決行シテ凝滯スルコトナク勤勉職ヲ奉シ懇切人ヲ遇スルハ則上意ヲ下達シ下情ヲ上達スル所以ナリ而シテ普思熟慮能ク審議ヲ遂ケ事ヲ苟モスルコトアルヘカラス既ニ上官ノ裁決ヲ仰キ後ニ至リテ更正ヲ請フカ如キハ斷シテ之ヲ避ケサルヘカラス

一 公私ノ別ヲ明ニスル事

公務ヲ處理スルニハ私心ヲ挾ムヘカラス 若公私ヲ混同シテ判決ヲ二三ニシ一身ノ利害ヲ顧ミテ是非ヲ誤リ徒ニ一部ノ歡心ヲ求

メテ其ノ好ム所ニ偏シ情實ニ泥ミ毀譽ニ拘ルコトアルニ至リテハ正邪ノ岐ルル所之ヲ假借スルコトヲ得ス宜ク職司ノ重スヘキヲ思ヒ責任ノ輕カラサルニ省ミ服務紀律ヲ嚴守シ中正不偏心ヲ虚クシテ時流ノ外ニ立ツヘシ

一 秩序ヲ正シクシ言議ヲ慎ミ機密ヲ保ツ事

官廳ノ組織ハ秩序アリテ始メテ統一ヲ見ル機密ノ外間ニ漏ルルモ亦秩序ノ紊ルルニ因ル抑秩序ハ人ニ由リテ之ヲ保タル而テ官吏ノ秩序ヲ保タムト欲セハ則先ツ銓敍ヲ慎ミテ尙恪勤ヲ勸メ放曠ヲ戒ムヘシ先任者ハ規矩ヲ示シテ後進者ヲ率キ後進者ハ準繩ヲ守リテ先任者ニ隨ヒ上下禮節ヲ尊ミテ相提撕シ協心戮力其ノ間實務ヲ習熟シテ專ラ治績ヲ舉クルコトニ勉メサルヘカラス萬一僚屬相嫉視シ排擠之レ事トスルニ至ラハ秩序忽ニシテ散ルヘシ且言議ヲ慎ミ機密ノ漏洩ヲ防ク能ハサルニ於テハ爲ニ紛糾ヲ醸シ事ノ重大ナルニ至リテハ施テ果テ國交ニ及ホスノ虞ナキニ非ス宜ク深ク互ニ戒慎シ井然タル秩序ノ下ニ職務ノ運用ヲ圓滑ニスヘシ

(大正六年五月二十五日 内閣訓令第一號)

方今ノ世局最モ人心ノ更新ヲ急トスルノ時ニ當リ積年ノ頹風ヲ一洗シ現下ノ沈滯ヲ決スルハ綱紀ノ肅正ニ待ツノ外ナシ綱紀ノ肅正ハ固ヨリ官民一致之ニ當ルヘキモノナリト雖官務ヲ奉スル者皆能ク率先シテ官紀ノ振肅ヲ實現シ進テ一般綱紀ノ肅正ニ資スルハ其ノ必要殊ニ緊切ナルヲ感ス

一 官吏服從ノ事タル夙ニ其ノ制アリト雖近時漸ク弛緩ノ狀ヲ呈シ往々ニシテ公正ヲ紊リ爲ニ刑辟ニ觸ルル者アリタルハ寔ニ遺憾ニ堪ヘス官吏タル者ハ向後一層服務紀律ヲ恪守シ身ヲ持スルコト端正廉潔以テ官吏タルノ威信ヲ保持スヘシ

一 凡ソ官吏ハ公器ニ參與ス宜ク心ヲ虚クシ私ヲ去リ至公至正以テ事ニ當ルヘキ者トス然ルニ或ハ親戚故舊又ハ同郷等ノ縁ニ依リ或ハ一黨一派ニ偏倚シ或ハ同僚ノ間ニ黨ヲ作り朋ヲ成シテ互ニ庇保引援シ動モスレハ條理ヲ枉ケ裁斷ヲ左右スルカ如キノ事ナシトセス向後官吏ハ情實ノ弊ヲ排シ公私ノ別ヲ明ニシテ嚴正公平ノ地步ニ立チテ官務ニ執掌スヘシ

一 官吏ハ誠實恪勤其ノ職ニ盡シ一意公ニ奉スルヲ以テ念トセサルヘカラス然ルニ官吏ニシテ或ハ其ノ職責ヲ重ンセス怠惰ニシテ緊張ヲ缺クカ如キハ最モ慎ムヘキ所ナリ向後執務ニ當リテハ心身ノ全力ヲ傾注シテ職務ヲ敏捷ナラシメ之カ改善ノ爲ニハ常ニ思

案ヲ擬テシ繁褥ヲ省キ簡明以テ實效ヲ收ムヘシ

一 官廳執務時間ノ制ハ一切職務ノ標準タリ特ニ出勤時間ハ其ノ第一標準タルヘキモノナルヲ以テ從來幾ヒカ之カ履行ニ勉メタルコトアリシモ今尙正刻ニ後レテ登廳スルモノ少シトセス此ノ如キハ執務ノ能率ヲ減退セシメ殊ニ民間トノ交渉多キ官廳ノ如キ一般ノ之カ爲ニ蒙ル損失決シテ鮮ナラサルヘシ今尙官廳執務時間ニ改正ヲ加ヘタルハ一般官吏ヲシテ研究休養ノ餘裕アラシムルト共ニ一層出勤時間ヲ履行シ執務能率ノ増進ヲ期スルニ外ナラス向後官吏ハ宜ク此ノ旨趣ヲ體シテ出勤時間ヲ嚴守スヘシ

以上舉クル所ハ固ヨリ官紀振肅ノ一端ニ外ナラスト雖之カ實效如何ハ關スル所極メテ大ナルモノアリ所屬ノ長官ハ特ニ意ヲ此ニ用ヒテ諸僚ヲ督勵シ戒愼以テ事ニ從ハシメ苟モ違フ者アラハ寬假スルナク能率増進ノ實現ニ就テモ亦能ク適切ナル方途ヲ講シニ振張刷新ノ實ヲ擧ケ進テ世局ニ一新生面ヲ開カシムルニ裨補スル所アルヘシ (大正十三年六月十四日 内閣訓令 號外)

參考三 官吏の職務犯罪・準職務犯罪に関する法規

(刑法)

第百九十三條 公務員其職權ヲ濫用シ人ヲシテ義務ナキ事ヲ行ハシメ又ハ行フ可キ權利ヲ妨害シタルトキハ六月以下ノ懲役又ハ禁錮ニ處ス

第百九十四條 裁判、檢察、警察ノ職務ヲ行ヒ又ハ之ヲ補助スル者其ノ職權ヲ濫用シ人ヲ逮捕又ハ監禁シタルトキハ六月以上七年以下ノ懲役又ハ禁錮ニ處ス

第百九十五條 裁判、檢察、警察ノ職務ヲ行ヒ又ハ之ヲ補助スル者其ノ職務ヲ行フニ當リ刑事被告人其他ノ者ニ對シ暴行又ハ陵虐ノ行爲ヲ爲シタルトキハ三年以下ノ懲役又ハ禁錮ニ處ス

第百九十六條 前二條ノ罪ヲ犯シ因テ人ヲ死傷ニ致シタル者ハ傷害ノ罪ニ比較シ重キニ從ツテ處斷ス

第百九十七條 公務員又ハ仲裁人其ノ職務ニ關シ賄賂ヲ收受シ又ハ之ヲ要求若クハ約束シタルトキハ三年以下ノ懲役ニ處ス因テ

不正ノ行爲ヲ爲シ又ハ相當行爲ヲ爲サルトキハ一年以上十年以下ノ懲役ニ處ス
前項ノ場合ニ於テ收受シタル賄賂ハ之ヲ沒收ス若シ其全部又ハ一部ヲ沒收スルコト能ハサルトキハ其ノ價格ヲ追徴ス
參考四 小學校教員ノ分限に就いて

一般に官吏は文官分限令によつて身分を保障せられて居りますが、小學校教員にはその適用を見ず、小學校令第四十六條の委任により規定せられた小學校令施行規則第五章「職員」、第一節「學校長及教員ノ進退」(第二百二十二條乃至第三百二十二條)が、小學校教員分限令ともいふべきものとなつて居ります。但し、小學校教員ノ身分保障は國家的のものではなく、府縣限りのものであります。因みに、中等學校程度及びそれ以上の公立學校の教員には、別に「公立學校職員分限令」が定められて居ります。以下、簡單に小學校教員ノ身分保障について二三氣附いた點を申上げて見たいと存じます。身分保障の原則につきましては、小學校令にも小學校令施行規則にも、何等規定されて居りませんが、「官吏ハ刑法ノ宣告、懲戒ノ處分又ハ本令ニ依ルニ非サレハ其ノ官ヲ免セラルルコトナシ」といふ文官分限令第二條と同じ精神が、條理として想定されて居ります。勿論、ここに「本令ニ依ル」とあるのを、「小學校令施行規則ニ依ル」と讀みかへねばなりません。さて、府縣知事から小學校教員が休職を命ぜられるのは、左の各號の一に該當する場合でなければなりません。この場合の列擧は、例示的ではなくて制限的でありますから、左記以外の事由により、休職を命ぜられざるの自由が、小學校教員に與へられて居ると見るべきであります。

- 一、傷疾ヲ受ケ若ハ疾病ニ罹リタルニ因リ職務ヲ行フニ妨アルトキ
- 二、學校編制ノ變更又ハ訴願ノ裁決ニ因リ過員ヲ生シタルトキ
- 三、教員養成ヲ目的トスル官立、府縣立學校ニ入學スルトキ
- 四、名譽職タル町村長及助役ニ當選シタルトキ
- 五、私立小學校ノ教員又ハ外國ニ於テ本邦人ヲ教育スル爲ニ設置シタル學校ノ教員トナルトキ
- 六、刑事事件ニ關シ告訴若ハ告發セラレタルトキ

右は小學校令施行規則第二百二十二條の規定であります。之を、文官分限令第十一條の官吏左ノ各號ノ一ニ該當スルトキハ休職ヲ命スルコトヲ得

- 一、懲戒令ノ規定ニ依リ懲戒委員會ノ審査ニ付セラレタルトキ
- 二、刑事事件ニ關シ告訴若ハ告發セラレタルトキ
- 三、官制又ハ定員ノ改正ニ因リ過員ヲ生シタルトキ
- 四、官廳事務ノ都合ニヨリ必要ナルトキ

に比較致しますならば、「官廳事務ノ都合ニ依リ必要ナルトキ」といふが如き官吏その人にとつて不利益の極であり、殆ど身分の保障を確保し得ないやうな休職事由を有たぬことは、小學校教員ノ強味であります。地方官が政變毎に頭を並べて休職になりますのは、この官廳事務ノ都合といふ、無理由に等しい事由でやられるのであります。識者はこの休職事由を削除するにあらざれば、地方政治黨化の弊を救ふ能はずとし、大いにその惡法なることを呼號致して居りますが、未だその要求實現の日の見透しはついて居りません。なほ公立學校職員分限令第八條第一項第五號には、「教育上又ハ事務上必要ナルトキ」は休職を命じ得ることの規定があります。隨つて、かかる休職事由を有たぬ小學校教員は官吏よりも他の公立學校職員よりも、強き身分の保障を得て居る譯であります。初等教育尊重の念慮の顯現として諸君とともに欣びたいと存じます。尤も、小學校令第二百二十七條は、「第二百二十二條ノ事由ニ因ラスシテ休職ヲ命スル必要アリト認メタルトキハ府縣知事ハ文部大臣ノ指揮ヲ受ケ特別ノ處分ヲ爲スコトヲ得」と規定は致して居りますが、これは、どこまでも特別の處分でありまして、非常な場合の善後處置としてのみ認められて居るに過ぎません。次に退職のことを申上げます。小學校令施行規則第二百二十六條は

- 一、不具、發疾ニ因リ又ハ身體若ハ精神ノ衰弱ニ因リ職務ヲ執ルニ堪ヘサルトキ
- 二、傷疾ヲ受ケ若ハ疾病ニ罹リ其ノ職ニ堪ヘサルニ因リ又ハ自己ノ便宜ニ因リ退職ヲ出願シタルトキ

三、休職者復職シタル爲其ノ代員ヲ要セサルトキ

と定めて居りますが、本條により退職となることを免職されたと申します。退職とは教員そのものから見た言葉であり、免職とは府縣知事から見た言葉であります。随つて、「退職させる」といふことは「その職を免する」といふのと自同であります。文官分限令では、「退官ヲ命スル」といはず、「其ノ官ヲ免スル」といつて居り、公立學校職員分限令でも、「退職ヲ命スル」といはず、「其ノ職ヲ免スル」といつて居ります。しかし、右兩令とも「退官者」乃至「退職者」といふ言葉は用ひて居るのであります。さて、小學校教員は休職を命ぜられる場合と均しく、前述免職事由の一に該當せずして、退職を命ぜられざる自由を保障されて居るのであります。ここでも、「第百二十六條ノ事由ニ由ラスシテ退職ヲ命スル必要アリト認メタルトキハ府縣知事ハ文部大臣ノ指揮ヲ受ケ特別ノ處分ヲ爲スコトヲ得」といふ小學校令施行規則第百二十七條のあることは注意されなくてはなりません。なほ、「不具發疾ニ因リ又ハ身體若ハ精神ノ衰弱ニ因リ職務ヲ執ルニ堪ヘサルトキ」を理由として退職を命ずるについては、文官分限令も公立學校職員分限令も、ともに、文官高等懲戒委員會乃至文官普通懲戒委員會の審査に付すべきことを規定致して居りますが、小學校教員に限りこのことなく、府縣知事の單獨判斷に委せられて居るのは、小學校教員に對する懲戒處分は、府縣知事が單獨專行し得ることになつて居る結果であります。そのこと自體慎重を缺く非難を加へる餘地が多分にあると存じます。次に、小學校教員が當然に退職となる場合は、小學校令施行規則第百二十八條に規定された、

一、當該學校ノ廢止セラレタルトキ

二、休職期間滿チタルトキ

の二場合であります。公立學校職員分限令には、その第四條において「公立學校職員ハ禁錮以上ノ刑ニ處セラレタル場合ニ於テハ當然退職者トス」と規定致して居ります。これは、罰金・拘留・科料等の刑に處せられても、懲戒の原因となることは格別、當然退職者とはならぬことを示して居ります。小學校教員については、小學校令第四十九條は「禁錮以上ノ刑ニ處セラレタルトキ」は小學校教員免許狀はその效力を失ふ旨を定め、進んで、小學校令施行規則第百二十九條は

市町村立小學校教員ニシテ免許狀褫奪ノ處分ヲ受ケ又ハ其ノ免許狀ニシテ效力ヲ失ヒタルトキハ當然其ノ職ヲ失フ

と宣言致して居りますから禁錮以上の刑に處せられた小學校教員は、當然失職者であります。失職と退職との間にどんな區別があるかと申しますと、補職能力を存しつつ現職を退くことを退職といひ、補職能力そのものを失ふことの結果として、現職に止まり得ぬやうになることを失職といふのであると存じます。随つて、公立學校職員分限令において、失職を退職中に包含せしめた言表は、不正確たるを免れないと存じますが、結果的に見れば、失職と當然退職との間に區別を立てる必要はありません。更に退職には懲戒によるものがあります。懲戒と申しますのは、國家が官紀を維持するために、國家が官吏に對して有する勤務要求權に基づいて、官吏の義務違反に對して處罰を科することであり、懲戒として科せられる處罰の種類には、免職・減俸・譴責の三種があり、免職を淘汰的懲戒、減俸と譴責とを矯正的懲戒といつて居ります。小學校教員の資格を有する者に對しましては、この外なほ、免許狀褫奪といふ強い淘汰的な處分があります。現に小學校教員の職に在る者が免許狀を褫奪されると失職者となり、免職されると退職者となります。減俸及び譴責は、小學校教員の現實の地位を動搖せしめるものではありません。さて懲戒も一の處罰であると致しますと、大日本帝國憲法第二十三條の「日本臣民ハ法律ニ依ルニ非スシテ處罰ヲ受クルコトナシ」といふ、所謂罪刑法定の原則に基づき、帝國議會の協賛を経て制定せられた法律で、懲戒の要件と效力とが規定されてあらねばならぬ筈であります。が、實際はさうなつて居りません。即ち一般の文官は文官懲戒令により、公立學校職員はその準用により、小學校教員は、小學校令第四十八條第一項

市町村立小學校長及教員職務上ノ義務ニ違背シ若ハ職務ヲ怠リタルトキ又ハ義務ノ内外ヲ問ハス體面ヲ汚辱スルノ所爲アリタルトキハ府縣知事ニ於テ懲戒處分ヲ行フ其ノ處分ハ譴責減俸及免職トス

及び同第三十九條第二項の

小學校教員免許狀ヲ有スル者不正ノ行爲其他教員タルヘキ體面ヲ汚辱スルノ行爲アリテ其情狀重シト認メタルトキハ文部大臣又ハ府縣知事ニ於テ其ノ免許狀ヲ褫奪ス

の規定、並に、小學校令施行規則第五章「職員」、第三節「懲戒處分、業務停止及免許狀褫奪」(第三百二十九條—第三百三十七條)により、懲戒處罰せられるのでありますが、孰れも勅令乃至文部省令であつて、法律ではありません。(廣濱嘉雄・明日の初等教育、三七四—三八一頁)

参考五 轉官・轉職及び休職・免官と失官及び退官

官吏は或は現在の官職から他の官職へ轉官を命ぜられることがあり、或は現在と同一の官職内に於て他の職務に轉補されることがある。轉職は原則として本人の同意を要しない。唯判事のみは其の意に反して轉所を命ぜられない權利がある。轉官は之に反して本人の同意を要する場合が多い。即ち判事、檢事、行政裁判所長官・同評定官、會計検査官は何れも其の意に反して轉官を命ぜられない權利を有し(裁判所構成法第七三條、行政裁判、一般文官も亦其の意に反して同等文官以下に轉官させられることはない(文官分限)令第六條)。

官吏は又其の官吏たる身分を保留し唯其の職務の擔任のみを免ぜられることがある。之に種々あるが其の最も普通なるものは休職である。休職を命ぜられた者は職務の擔任なく、従つて職務の擔任を前提とするやうな義務は負はないが、それ以外に於ては在職者と同一の義務を負担し、休職中の期間は在官年限中に算入されてゐる。休職は親任官其他例外の定めある者を除く外一般文官に對して適用あるものである。休職を命じ得べき場合は、

- (一)懲戒令に依り懲戒委員會の審査に付せられたるとき
- (二)刑事事件に關し告訴若くは告發せられたるとき
- (三)官制又は定員の改正に因り過員を生じたるとき
- (四)官廳事務の都合に依り必要なとき

の四つの場合である。休職の期間は(一)(二)の場合は其の事件の緊屬中とし、事件の終了と共に、或は當然免官となり或は復職することになる。(三)(四)の場合は高等官は滿二年、判任官は滿一年とし、其の期間内は何時でも復職を命ずることが出来る、復

職を命ぜられないで其の期間を経過した時は當然退官者となる。休職者は俸給三分の一を受ける。

司法官に付ては停職・退職・待命及び職務停止の制度がある。停職は懲戒處分の一として定められてゐる。退職は或は判事が一定の年齢(大審院長・檢事總長は六十五年、其の他は六十三年)に達した時に當然生じ、或は控訴院又は大審院總會の決議に依つて司法大臣が之を命ずる(裁判所構成法第七四條、第七四條第二項)。退職者は俸給を受けず、恩給法に依り恩給を受ける。待命は裁判所の組織の變更又は廢止に依つて過員を生じた場合に、一時曠職の儘關位を待つものであつて、待命中は俸給半額を給する。待命は司法大臣の命ずるところである(裁判所構成法第七五條)。職務停止は懲戒裁判又は刑事裁判の手續中一時職務を停止するものであつて、俸給は全額を給する(判事懲戒法第四九條以下、裁判所構成法第七八條)。

免官と失官及び退官 免官とは官吏關係を解除する行爲であつて、官吏自身の辭任に基く場合と國家の單意に依る場合との別がある。前者の場合は普通に依願免官と謂ふてゐる。官吏は法律上就職の義務がある場合の外は何時でも辭任することが出来るのであつて、國家は事務の都合に依り又は懲戒其の他の必要に依つて相當の期間一時其の免官を猶豫するの外、其の辭任を拒否することは出来ないものである。國家の單意に依る免官には懲戒免官と懲戒に非ざる免官の別がある。懲戒免官は總ての官吏に適用があるが、懲戒に非ざる免官の適用は官職の種類に依つて同じくはない。即ち終身官たる判事・檢事・法務官・陸海軍將校に對しては全く其の適用なく、之に反して一般親任官其他特に指定されてゐる官職に在る者は其の地位に何等の保障がなく、何時でも之を免官し得べき者である。而して一般文官は唯特定の理由がある場合に限つて其の意に反して之を免官することが出来ることになつてゐる。文官分限令第三條に依れば、一般文官に對し本人の情願に依らないで免官し得べき場合は、

- (一)不具廢疾に因り又は身體精神の衰弱に因り職務を執るに堪へないとき
 - (二)官制又は定員の改正に因り過員を生じたときの二つの場合に限つてゐる
- 官吏が一定の事實の發生に依つて辭令を用ゐないで法律上當然に退官者となる場合には次の三つの場合がある。即ち、
- (一)總ての官吏は死刑・懲役又は禁錮の刑に處せられたときは宣告を用ゐないで現在の官職を失ふ(刑法施行法第三七條、舊刑法第三三條)之を失官

と謂ふてゐる。

(二)終身官其の他特定の官職に在る者を除くの外、一般文官は廢官又は廢廳の場合に於ては當然退官者となる(文官分限令第四條)

(三)文官分限令に依り過員ある爲め又は官廳事務の都合に因つて休職を命ぜられた者は、休職満期に依つて當然退官者となる

(文官分限令第五條)。(美濃部達吉博士・行政法摘要に據る)

參考六 恩給法中改正法律案 (政府提出)

昭和八年二月十八日衆議院に政府より提出された恩給法中改正法律案の要綱

第十八條 第一項中「百分の一」を「百分の二」に改む

第二十八條 第二項但書を左の如く改む、但し一時恩給または第八十二條に規定する一時扶助料の基礎となるべき在職年に付ては前に一時恩給の基礎と爲りたる在職年その他の前在職年の年月數はこれを合算せず

第三十條中「軍人の恩給權」を「軍人または警察監獄職員に恩給權」に、「十一年に達するまで」を「準士官以上の軍人については十三年に達するまで、下士官以下の軍人及び警察監獄職員については十二年に達するまで」に、「四分の三」を「十分の七」に改む

第三十九條 第一項中「半月」を「三分の一」に改め同項の末尾に左の如く加ふ、一年以上引續き編隊艦船に乗じて上陸制限の下に準戰訓練に服したるときまた同じ

第四十條ノ二 休職、待命、歸休、停職その他現實に職務を執るを要せざる在職期間にして一月以上にわたるものは勅令の定むる所により在職年の計算においてこれを半減す

第四十六條第三項を左の如く改む前項の期間を経過したるときといへども裁定官廳において恩給審査會の議に附するを相當と認め且恩給審査會において不具廢疾が公務に起因したること顯著なりと議決したるときは議決したる月の翌日よりこれに相當の恩給を給しまたはこれを改定す

第四十六條ノ二 公務員公務のため永續性を有する傷痍を受けまたは疾病に罹り不具廢疾の程度に至らざるも勅令の定むる程度に達し失格原因なくしてこれがためその職に堪へずして一年内に退職したるときまたはその公務員が下士官以下の軍人にして退職後一年内にこれがため一種以上の兵役を免ぜられたるときはこれに傷病年金を給す、傷病年金はこれを普通恩給または一時恩給と併給するを妨げず

第五十八條 第一項に左の二號を加ふ(三)これを受くる者三十五歳に滿つる月までは普通恩給の六分の一、三十五歳以上四十歳に滿つる月までは普通恩給の八分の一を停止す、但し増加恩給または傷病年金と併給せらるゝ場合にはこれを停止せず(四)恩給年額千圓以上にしてその恩給外の所得の年額五千圓を超ゆるときは、恩給年額の恩給外の所得の年額との合計額の六千圓を超ゆる額の二割に相當する金額を停止す、但し恩給の支恩額年額千圓を下らしむることなくその停止年額は恩給年額の二割を超ゆることなし

第五十九條 文官は毎月その俸給の百分の二に相當する金額を國庫に納附すべし、下士官以上の軍人は毎月その俸給の百分の一に相當する金額を國庫に納附すべし、教育職員は毎月その俸給の百分の二に相當する金額を國庫に納附すべし警察監獄職員はこれに俸給を給する國庫、府縣その他の經濟に對し毎月その俸給(または給料)の百分の一に相當する金額を納附すべし、待遇職員はこれに俸給を給する國庫、府縣その他の經濟に對し毎月その俸給(または給料)の百分の二に相當する金額を納附すべし第二章第二節中第六十條の前に左の一條を加ふ

第五十九條ノ二 本節において退職前の俸給年額と稱するは退職前一年内の俸給(軍人及び準軍人に在りては各階等に付定められたる別表第一號表の假定俸給額を以てその階等に對する俸給額とす)の總額をいふ、但し左の特例に従ふ

一、公務のため傷痍を受けまたは疾病に罹りこれがため退職または死亡したる者につき退職または死亡の際昇給ありたるときはそのなされたる昇給の中級俸の定あるもの(軍人及び準軍人については別表第一號表の假定俸給額を以て級俸とす)に付ては一級、その定なきものに付ては昇給前の俸給の百分の十五を限度とし、退職一年前より昇給せられたるものとして計算す

二、前號に規定する場合以外において退職前一年内に昇給ありたるときはその昇給が前俸給二年以上据置の後なされたるものなる
ときに限り前號の規定を準用す、轉官職による俸給の増額はこれを昇給と看なし前項但書の規定を準用す

第六十條中『十五年』を『十七年』に、『十六年』を『十八年』に、『在職年五年』を『在職年七年』に、『退職當時』を『退職前』
に改む

第六十一條 第一項乃至第四項を左の如く改む、準士官以上の軍人在職年十三年以上にして退職したるときはこれに普通恩給を給
す

前二項の普通恩給の年額は在職年十三年以上十四年末滿に對し退職前の俸給年額の百五十分の五十に相當する金額として十四年以
上一年を増す毎にその一年に對し退職前の俸給年額の百五十分の一に相當する金額を加へたる金額とす、前條第三項の規定は準士
官以上の軍人に付これを準用す

同條第六項を左の如く改む、陸、海軍準士官にしてその官に二年以上實在職し最高の俸給を受けたる者には高等官八等の額を給す
第六十一條ノ二 下士官以下の軍人在職年十二年以上にして退職したるときはこれに普通恩給を給す

前二項の普通恩給の年額は在職十二年以上十三年未滿に對し下士官にありては七圓、兵にありては六圓を加へたる金額とす

第六十二條中『十五年』を『十七年』に、『十六年』を『十八年』に、『退職當時』を『退職前』に

第六十三條中『十年』を『十二年』に、『十一年』を『十三年』に、『退職當時』を『退職前』に

第六十四條中『十五年』を『十七年』に、『十六年』を『十八年』に、『退職當時』を『退職前』に改む

第六十四條ノ二 一時恩給を受けたる後その一時恩給の基礎となりたる在職年數一年を二年に換算したる月數内に召集その他の強
制によらずして再就職したる者に普通恩給を給する場合においては當該換算月數と退職の翌月より再就職の月までの月數との差
月數を一時恩給額算出の基礎となりたる俸給月額の二分の一に乘じたる金額の十五分の一に相當する金額を控除したるものを以
てその恩給普通年額とす、但し差月數一月に付一時恩給額算出の基礎となりたる俸給月額の二分の一の割合を以て計算したる

金額を勅令の定むる時期において返還したるときはこの限にあらす

第六十七條 文官、教育職員または待遇職員在職年三年以上十七年末滿にして退職したる時はこれに一時恩給を給す

第七十條中『一年』を『三年』に、『十年』を『十二年』に、『退職當時』を『退職前』に改む

第八十二條 第一項を左の如く改む文官、教育職員または待遇職員在職三年以上十七年末滿、準士官以上の軍人在職三年以上十
三年未滿、下士官たる軍人または警察監獄職員在職三年以上十二年未滿にして在職中死亡したる場合にはその遺族に一時扶助料
を給す

第九十一條 第二項中『六月』を『一年』に、『二年』を『三年』に、『三年』を『四年』に改む

第九十九條 削除

附 則

第一條 本法は昭和八年十月一日よりこれを施行す

此度提出致シマシタ恩給法中改正法律案ニ付テ、提出理由ヲ申上ゲマス、現行ノ恩給法ハ御承知ノ通り大正十二年ニ、ソレマデ
數箇ノ法律トシテ分立致シテ居リマシタ幾多ノ恩給ニ關スル法律ヲ、綜合統一シタセノデアリマスカラ、其間諸種ノ不合理ガ存シ
テ居リマシタコトモ、亦已ムヲ得ナカツタヤウナ次第デアリマス、ソレデ其後ノ推移ヲ見マス、此恩給法中ニ存スル色々ノ不備
ト、行政整理其他ノ事件トガ結合致シマシテ、恩給總額ハ年々累増ノ一途ヲ辿リマシテ、昨年末即チ昭和七年末ニ於キマシテハ、
國庫ヨリ給與致シマスモノダケデモ約一億四千七百萬圓ニ上ルコト、相成リマシテ、財政上カラ見マシテモ、輕視出來得ナイノデ
アリマス、而シテ毎年ノ累増額ハ年々依ツテ多少ノ増減ガアリマスガ、平均致シマシテ一年約四百萬圓ヅ、増シテ行クコト、ナツ
テ居ルノデアリマス、尤モ昨年度ハ滿洲事變ノ影響ニ依リマシテ五百八十萬圓バカリ増シテ居リマスガ、是ハ臨時ノコト、考ヘテ
宜シイト思ヒマス、右様ナ次第デアリマシテ、此儘放ツテ置キマスレバ、恩給總額ハ段々増シテ參リマシテ、果シテ何年後ニ此情

勢が緩和或ハ停止セラレカト云フコトハ、一寸判断が付カナイ状態ナリデアリマス、斯ノ如ク恩給ノ總額ハ年々増加シテ參リマスガ、職テ之ヲ受ケル個人ノ側カラ見マスレバ中ニハ十分ノ給與ヲ受ケテ居ルトハ申サレマセヌ者モアルノデアリマシテ、大正十二年即チ現行恩給法ノ制定ニ方リマシテ、各種ノ恩給ハソレレ、増額ヲ受ケテ居ルノデアリマスガ、ソレデモ尙ホ公務ノ爲ニ創設ヲ受ケ、又ハ疾病ニ罹ツテ職ヲ罷メタ者及其遺族ノ一部等ニハ給與ガ薄キニ過グルト見ネバナラヌ者ガアルノデアリマス

以上ノ理由カラ致シマシテ、今回ノ提案ニ於キマシテハ、一面現受恩給者又ハ近ク恩給ヲ受ケルニ至ルベキ人々ニ餘リ苦痛ヲ與ヘナイ方法ニ依リマシテ、恩給總額ノ年々ノ膨脹趨勢ヲ防止シ、恩給累増ニ對スル一般ノ不安ヲ除去致シマスト共ニ、他面ニ於キマシテハ現行法中ニ存スル幾多ノ不備不當ノ點ヲ整理致シマシテ、兼テ萬已ムヲ得ザル者ニ付キマシテハ、幾分恩給ノ増額ヲ爲シタ次第デアリマス、政府ノ見ル所ヲ以テ致シマスレバ、突發事件ノナイ限り、此改正ニ依リマシテ四五年ノ後ニハ此累増ヲ停止シ、爾後幾分ツ、トシマシテモ、恩給總額ノ漸減ヲ見ルコト、ナル次第デアリマス、(政府委員・堀切善次郎氏ノ説明―昭和八年二月二十一日、恩給法中改正法律案ノ第一讀會ニ於テ)

追記 此の原稿を書いた時分には、恩給法中改正法律案は丁度審議最中で未だ其の成否の程は判明しなかつたが、間もなく諸新聞は該案は大體原案通りで兩院を通過したことを傳へた。校正に當つて此のことを追記して置く。

第七章 國 法

第一節 國 法

人は誰でも社會人であり、人の生活は凡て社會生活であることは既に縷述したところである。而して社會生活は由來共存共榮を念とする團體生活であることは之れ又茲に筆を改めて再説する迄もない。随つて各人の生活は自ら恣意放縱に流れることは許容されぬ。若しも他人の身體生命に危害を加へ、其の財産を侵し、其の名譽を傷つけ、其の自由を損つたりするやうなことがその儘放任されるとするならば、社會の秩序は忽ち破壊されて、世は所謂弱肉強食の一大修羅場を現出するであらう。されば人は誰でも他人が自分の生命利益を侵害することを許さないと共に、他人の生命利益を侵害しないやうにする責務がある。茲に人の生活即ち社會生活を規律する諸々の社會的規範の存在理由があるのである。

社會的規範には風習宗教道德法等の諸規範があつて、此等が我々の日常生活に始終働きかけてゐることは人々の現に體驗してゐるところであるが、人智未だ開けず社會の規模の小さかつた時代にあつては、此等の諸規範は現今の如く分化せず、總て慣習といふ一つの形を成して社會の統制に働いてゐたことは、『人文發達の初期に於ては、慣習は一般的統制力であつて、行爲の三大規範たる宗教道德、法律は悉く慣習の形狀を爲し、慣習に従ふを正とし、善とし、之に背くを惡とし、罪とした。』と古代の法制を深く研究された我が國の偉大な法律學者故穗積陳重博士も其の著『慣習と

法律(四八頁)に述べておられる如くである。人間の文化が向上し社會の機構が複雑となるに連れ、慣習といふ形態の社會規律では最早や圓滿なる社會生活を期することが出来なくなるに及んで、慣習の中に潜伏してゐた法は一層強力な統一的な社會的規範として分化發達し、人々の社會生活を規律するに缺くべからざるものとなつたのである。かくて法は廣く社會生活の規範として社會を規整することとなつたのであるが、この中で全體社會たる國家の權力によつて維持せられてゐるものを國憲と謂ひ國法と稱する。この間の關係に就いて學者は次の如く説いておる。即ち「總ての社會は其の生活條件として法を必要とする。法と社會との間には本質的牽聯關係が存在する。古來の格言たる *Ubi societas ibi jus* (社會ある所に法あり)、及びイエリシグの *Lebensbedingung der Gesellschaft* (社會生活條件) は、法と社會との此の關係を示すものである。法は廣く社會生活の規範であり、従つて其れは國家的社會のみに特有のものではない。國家は社會の中に最も大規模にして且つ最も法的規整を必要とするものであり、従つて法の中に於て國家法が最も顯著である。殊に主權者の命令の形式を採る成文の法(各種の法典及び法令)は法の中の代表的なるものと思料せらるる。然しながら法はオースチン其他法律實證主義の學派の認むる如く主權者の命令ではなく、其れは國家のみに固有のものに非ずして、超國家的社會(國際社會、普通人類的社會)及び國家の内部の社會(即ち地方團體、國內的公益法人、內國會社等)も亦其れ其れ法を有するのである。又法は成文の形を採るものに限らず慣習の形に於ても存在する。慣習法が即ち是れである。法は何れの社會にも其の生活條件として存在するものであり、人に對して或は作爲、或は不作爲を命ずる。其れは單なる正邪、善惡、眞否、便不便の宣言又は指示に過ぎざるものでな

く、如何なる法と雖も其の内容が實現せらるることを要求する。然し法の實現力は各個の場合に従つて異り、最も組織化されたる社會たる國家の法は最強度の實現力を有するものであり、國家法は多くの場合に強制力を有し、國家は其の權力を以て實力的に法を實現するのであり、従つて其の實現の方法が恣意的に流れざらんが爲めに民事訴訟法及び刑事訴訟法其他法を實現すること自體の爲めに法規が存在するのである。」と(岩波講座哲學、田中耕太郎博士法と道德、一四―一五頁)。

國法は大部分統治權者が國家の目的を達するために制定するものである。國家の目的は既に述べた如く國民全體の福利の保護と増進とを以て第一義とするものである。隨つて國法の目指すところは自ら明瞭であるわけであるが、敢て之を言ふならば、公序を紊らず、公益を害せざる個人の利益を權利として保護し、又他人の正當な權利を尊重すべき義務を命じて、以て社會の秩序を維持し國民をして平和な幸福な生活を營ましめるに在るのである。國法を以て統治權者の恣意に出づるものとなし、隨つて之を國家内の一部の人達の利益擁護の手段なりと考へる思想は、專制政治の行はれた時代に於てなら許容出来るかも知れないが、立憲自治の民の間にあつては認識不足の甚しきものと言はねばならぬ。

高等小學修身書卷二第十七課國憲國法(其の一)は以上述べたことを「人が社會を成して生活するには、必ず各人がかういふ事はしなければならぬ、かういふ事はしてもよい、又かういふ事はしてはならない、といふ一般に通ずる行爲の規則がなければならぬ。もしかやうな規則がなく各人各自が欲するまゝに行動するときは、弱肉強食の情態となつて共同生活は破壊せられるに至

るであらう。まして國家の秩序を維持し、國運の發展を圖らうとするには、一層かやうな規則が必要である。國憲國法は實に國家といふ團體の規則であつて國家の秩序を維持し、公共の福利を増進し、以て我等の共同生活を全からしめるものである。』と平易に述べてゐる。味ふべき説き方であらう。

注意一 國法といふ言表は、廣狹二義に解せられる。狹義に於いては、國憲に對する國法の意味であり、廣義に於いては、右兩者を包含するところのものとして理解せられる。本章に所謂國法は、第二章及び第三章との關係に於いて、これを狹義に理解すべきである。従つて、茲に國法中には憲法及び皇室典範即ち國憲を含まないものとして取扱はるべきである。唯、本節に於いて國法の性質を明かにする爲めに、實定法一般に就いて考察する場合には、勿論憲法も皇室典範も當然考察の對象のうちにあるものと云はねばならぬ。併し、右に述べたやうな配慮を忘れて、説明を混亂せしめてはならない。

注意二 本節に於いて、權利に就いて論及するところあらねばならぬ。余は、

『國法は、公序を紊らず、公益を害せざる個人の利益を權利として保護し、また他人の正當な權利を尊重すべき義務を命じて、以て、社會の秩序を維持し、人々をして平和な生活をさせようとしてゐる。されば、權利は即ち國法の賜であり、義務は即ち國法の命ずるところである。國民が、その身體・名譽・財産・自由の享有を權利として保護せられるのは、國法のお蔭であることを思うて、國法を尊重して權利を善用し、決して、權利を濫用してはならない。また、義務を重んじて、敢て、他人の權利を侵害するやうなことがあつてはならない。既に學んだやうに、親權・選舉權等は、義務の履行を容易・適切ならしめんがために與へられた權利であり、所有權を有する者は、之を、社會・公共の目的に行使すべき義務を伴うてゐる。自分の正當な權利を解せず、當然負ふべき義務を果たさない國民は、管に、己が身を處するの道を誤るのみならず、社會の秩序を重んじない者であつて、以て國家の存立を託するに足らない者である。(廣濱・五九一六〇頁)』

と説いておいたが、權利思想涵養の公民教育上重要なことを忘れてはならない。

注意三 權利と義務との關係に就いて、余は次の如く説いたことがある。即ち、

『私は、權利の許與が、如何なる範圍に於て行はるゝかを問題とする。一言にして之をいふならば、社會の統一發展と直接何等かの交渉ある義務に關する限りに於てあるとなし得るであらう。一の社會に於て、その組成各員が或る種の義務を負うて居る場合でも、その義務に對して權利を許與することが、社會の統一發展と直接に何等交渉なき場合には、法はかかる義務に對して權利を許與することはないのである。例へば、茶代請求權の如きはこれに屬するであらう。これを權利許與の下限とする。而して、社會の統一發展と直接何等かの交渉ある義務は、凡て權利に向けられてゐるかといふに、必ずしも然らざるを見る。本質上、權利に基いて義務を強制することの不可能なる場合もあり、又可能ではあるが、かかる權利の許與が、寧ろ社會の統一發展を阻害すると考へらるゝ場合もある。後者の適例として、明治初年の刑法(新律綱領)に、大逆罪に關する規定が置かれてゐなかつたことを擧ぐることが得るだらう。私法に於てこれを求むるならば、親が子に向つて親孝行を請求し得る權利が、これに屬すと考へられる。子が親に孝行を盡すことは、義務として社會の統一發展に直接交渉するものであるが、親をしてこれを請求せしむることは、親の人格や徳を傷ける結果に終りはしないかを惧れるからである。これを權利許與の上限とする。此の上限と下限とは、文化の發達とともに變ずるものであるから、法上の權利の世界即ち法の世界の範圍にも亦、推移あることを認めなければならない。』(廣濱嘉雄・『私法學序説』三二二—三二五頁)といふのである。これに依つて、權利と義務との密接なる、而して機微なる關係を了解して欲しい。

參考一 法の進化

法律ハ私力ノ社會力化公權力化ニ因リテ發生シ發達スルモノナリ。人類ハ其ノ生理組織上共同生活ヲ爲スニアラザレバ生存スルコト能ハザルモノニシテ、又人類今日ノ繁榮ヲ致シタルハ共同生活ノ點ニ於テ他ノ動物ニ比シ拔群ノ長所アリシガ故ナリ。而シテ

今日ノ學者ノ研究ニ依レバ、人類ハ其進化ノ當初ヨリ既ニ共同生活ヲ爲シ居タルモノ、如ク、野蠻未開ノ人類ト雖モ或程度或範圍ノ社會ヲ成ササルモノナキナリ。社會ハ群居ニアラズ必ズ或程度ノ組織統一ナカルベカラズ。其組織統一ノ中心ハ或ハ親權族父權ナルコトアルベク、或ハ宗教的威力ナルコトアルベク、或ハ一個人ノ智力體力ナルコトアルベシト雖モ、結局其社會ノ組成員タル各個人ノ有機力ノ聯合ニ因リテ生ズル一種ノ力アリテ、内ハ其社會ヲ統一組織シ外ハ他ノ社會ト相對抗スルモノト云ハザルベカラズ。此力ヲ稱シテ社會力ト云ヒ、社會ガ國家ナル政治的社會ニ進化スルニ及ンデハ其政治組織ヲ通シテ發現スル社會力ヲ公權力ト稱ス。而シテ社會ハ共同生活ニシテ、共同生活ニハ法則ナルベカラズ。此共同生活ノ法則ハ、其社會存續發達ノ要件ナルヲ以テ、社會力公權力ハ漸次其勵行ヲ努ムルニ至リ、其法則中社會力公權力ニ依ル強行ニ適スルモノハ之ヲ強行スル手段ヲ採ル。此ノ社會力殊ニ公權力ニ依リテ強行セラル、社會生活ノ法則ガ即チ法律ナリ。而シテ適當ナル法律ヲ有スル社會、即チ共同生活ノ法則ガ適當ニ強行セラル、社會ハ適者生存ノ理ニ依リテ存續發達シ、社會ガ存續發達スルガ故ニ共同生活ノ或法則ヲ強行スルコトガ更ニ重要トナリ、因果循環シテ遂ニ今日ノ國家及ビ法律ヲ現出セルナリ。(穂積重遠博士・法理學大綱、一〇六一—一〇八頁)

參考二 法は民族的精神の具體現なり

君臣ありとは自然的民族が法的に組織せられて國家を成形することを君主制の國の立場から名づけたのである。法的にとは道德と區別せられた法律を意味するのではなく、道德を其根柢とする儒教流の法度典則即ち禮制を言ふ。君臣は人倫に於て義の最大なるもの、社會的正義の源泉となるものである。その君臣が國家組織を表現するとする以上國法は即ち道德を意味せねばならぬ。これ西洋にあつては古代ギリシヤの國家觀念であり、近代法哲學即ち道德哲學なりとする思想である。法律を以て道德とは別原理の上立つたものとは多くは前者は權力を其要素となすからであるとする。併し權力に自然的精神的兩様の意味がある。自然的意味に於ては權力は自然的意味に於ける身心を強制壓迫する力に外ならぬから、これを法律の要素と見るならば同時に法律の對象たる公民をも自然物と見るわけである。公民にして精神的である以上かかる權力は無意義である、精神を如何なる自然力も強制することは出来ぬ。故に法を精神的即ち道德的に見る以上、かかる意味の權力は何等法の要素でない。反之精神的意味に於ける權力とは法の理に具はる實現力のこと、これに順へば精神的存在を全くし、これに背けばそれを傷つける。従て法に背くものはこれを精神的存在たる法的組織にまで復歸せしめるか、さなくば此組織員の資格たる精神的存在を否認するか。精神力が作用らく。此所に刑罰の精神的意義がある。この法理に具はる權威が自然欲の根柢に存する權力の理である。純然たる自然主義に立脚するものに至つては道德の原理も立法の原理も之を同一視して、社會の法的組織を道德實現の道となしはするが、同時に人間全然自然物視して道德の背後に種々の制裁力ありとする。即ち法律のみならず道德も自然力を其不可缺の要素となすものと見る。凡そかくの如く力即ち自然力を法の要素と見るものは自然と精神、主觀的意識と客觀的意識の根本的區別を知らず、其歸結として法的社會組織たる國家を衆人自利の妥協點の體系と見る外なきに至る。かくて全然國法の意義を誤認し、國家の道德性を知らぬ。

君臣ありて父子夫婦ありとは時間的前後を言はず、只論理的順序を示す。即ち社會の法的組織たる全體の統一にあつてはすべての人格的諸關係は相連つて一齊に發展することを意味する。全體的としての發展の裡に各部分的人格的關係がそれ々々其地位を正しく實現する。治國平天下は全體として言ひ、修身齊家は部分として言ふ、而して畢竟一體である。君臣ありとは國に法あり、俗に禮あり、世に教あるの謂であつて、この中にすへての人格的諸關係は各々實にせられつつある。即ち只の本能的親子生活が人倫としての親子となり、只の自然たる男女生活が夫婦の道を發し、只の社會的本能が朋友の道を成す。ここに自然としての民族的群居と國家的生活との相違を見る。此本質的相違を見ざるものは國家と社會とを同一段階に置き、國家は只一種の社會なりとする。之を主觀的に言へば欲望と意志との心的實在以上の段階的相違を見ず、意志を以て單に一段複雑なる心理的要素を附加せる欲望に過ぎずと見るものに相違する。此見地からは社會の成立を本能的に見て、或は類意識、或は模倣性或は社交的感情、或は種族の本能に本づけるか、又は悟性的に見て、利害の妥協、便益の交換に本づけるかであつて、皆ルソーの所謂自然的社會のみを人類社會のすべてとする。かかる自然的社會は廣い意味に於ける物の類に屬し、國家の如き精神的統一體でない、即ち何等社會的自覺を起さぬものである。

君臣とは即ち此自覺の言葉であつて、立法による國家的統一を意味する。即ち君臣の分によつて代表せられる法制又は體制か自

然的民族を轉じて精神的國民たらしめる。法制と精神とは同一體の主客兩面である。これ自由の意識と法の意識とは一なりといふに相應する。先づ精神發して其精神が立法するに非ず、立法的行爲によりて精神が成る。未だ法によつて其社會的生活を組織せざる民族は只自然的であつて精神を有つとは言はれない、眞の民族的自己を實にしてをらぬ。法とは民族的精神の自己立法、自己組織である。之によつて民族は始めて客觀的となる。それまでは一個の自然物、一個主觀的のものに過ぎない。法的組織によりて國民の個人個人が身心合一して表裏無くなりて互に公共的連貫を成し、相關して民族的精神のそれ／＼の發現となる。ここに始めて客觀的意義を呈する。それまでは人生の意義などと言つても只主觀的に偏せる不完全なる感想に過ぎぬ。客觀的意義を知るのが即ち自覺である。故に法的組織が民族の自覺の内容である、此法的組織の裡に民族は自己の眞の姿を見るのである。自己に法を課するものにして始めて自覺せりと言ふ事が出来る。此に於て法が民族的精神の具體現である。故に民族の精神とも理想とも言ふべきものが法的組織を限無く貫流して其凡ての野分を活かしてゆく。之は集れる個人個人の利益を相互進めるために設けた規約といふ如きものと全然其性質を異にする。法的組織によりて國民の生活のすべての方面並に國民に屬するすべての個人が各々相互に其意義を知る、即ち國民の理想に對する各自の分を知る。これを稱して特に道德的自覺と言ふ。かかる自覺によつて人は精神界に入るのが道德實現の客觀的方案と區別する。道德實現の方案は主として主觀的方面から、内心の方からの進路を説かんとするもので、それに對して客觀的方案とも云ふべきは國家組織の建設である、個人としては國家の一員となることである。此事をアリストテレスは人間は國家外に於ては禽獸たるを免れず、國家内に於て始めて人間であると言つた。又昔し支那で、聖人なければ人の禽獸たらざるは稀なりとも言つたが、聖人出づるとは禮樂刑政の組織を興すことである。此に於て民族は始めて眞に國民的一體をなし、個人個人は自他一體の成分となる。若し此國民的一體即ち民族的精神が實とならぬときは法的組織といふものも只利害の妥協及便益の協調を介しての外面的結合に過ぎず、眞の一體即ち自己がない。かかる一體、自己が明かとなつて人人相互の對立、各自の全體に對する意義も明かとなる、始めて國民は公のもの、精神的のものとなる。これが全的統一であつて、「全」の人間に於ける具體現である。生活のすべての内容は個人の堅に於ける歴史的生長にあつても、社會の横に於ける諸人連合にあつても、間隙なき孤立することなき

處にヘルベルトの所謂「魂ある社會」が成立する。若し此統一に洩れる所のものあればそれだけ生命は滅殺せられ、精神たるの實を損し、それだけ意義の不徹底となる。(西晋一郎博士・實踐哲學概論、一九八・二〇三頁)

参考三 日本法制の沿革

元來法律の發達は、未だ文字によりて表記せられざる不文法時代より、文字に依りて明記せらるゝ成文法時代に進むものであつて、我が國古來の法律も亦固より此の順序に従ふたものである。殊に日本が支那と交通を開くに至るまでは、一切の法律が當然自國に發育した固有法であつたことは勿論であるけれども、支那との交通に次ぐに近世歐米諸國との交通を以てし、これに依りて此等諸國の法律を承認せしよりこのかた、我が國の法律は概ね繼受法に變じたものである。左に此等變遷の概要を説明せんとする。

第一 不文法時代

抑も人類が結合して共同生活を営むに當りては、團體維持の要具として必ず多少の法則なかるべからざることは、理論上並びに實際上に於いて否認することを得ざる事實である。されば神武天皇が我が國を創建し給ふや、これと同時に國家の組織を定むる不文の憲法が、事實上に於いて既に成立したと認むべきは當然の事理であつて、行政法、刑法の如き統治上一日も闕くべからざる法律も亦不文の状態に於いて漸次發達し、殊に人民相互の關係を規定する私法が慣習法として徐々に發達したことは、これを推知するに足るのである。崇神天皇が四道將軍を派して皇威を四方に振張し、調役の制を定めて收税の端を開くに及んでは、國家的生活の進歩と共に國家の治具として、並びに共同生活の要件として不文の法律が益々發達し、更に景行天皇の西征東伐に次ぐに神功皇后の三韓征伐を以てし、國家の規模が益々擴張すると共に、社會の組織が益々複雑と爲るに従ひ、諸種の法律が一層増加したのみならず、三韓及び支那の文明に接し、殊に儒教の影響を受くるに及んでは、不文の法律も亦其の内容及び構成に付き著しく進化したことは當然の理勢である。成務天皇が大小の國造、縣主を置きて地方制度を刷新し、雄略天皇が大臣、大連を置きて統治の組織を擴張し、武烈天皇が刑罰を嚴にして酷法を行ひたるが如きは、特殊の法律に關して多少の發達の促したことを示すものである。其の後、佛教の渡來に依りて支那の文明が益々輸入せらるるに及び、人智の進歩と社會の發達とに伴ひ、諸般の法律も亦愈々

進歩したことは更に疑ひを容れざる所である。然しながら第三十三代推古天皇の朝に至るまでは、未だ文字に依りて法律を明記するに至らざりしに因り、國初よりこのかた千二百六十四年間は、我が國法律の不文法時代であつたことを知るべきである。

第二 成文法時代

推古天皇の即位十二年に當り、攝政厩戸皇子が始めて明文に依り憲法十七條を制定せられた。然しながら各條の内容は固より純然たる法律上の規定ではない。却つて道徳上又は宗教上の教則に基づき、又はこれと混同するのであるけれども、始めて明快なる文章に依りて、治世に必要な準則を制定したことは立法史上の一大事業であつて、これに依りて我が國の法律が成文法時代に進んだのである。爾來今日に至るまで、成文法の制定は時勢の變遷に従ふて繁閑常ならぬけれども、要するに推古天皇以後は概して本邦法律の成文法時代であつて、然も此の長時期に於ける外國法の繼受と固有法の發達とは、著しく盛衰繁閑の形跡を示すものであるから、此の時代を左の三期に區分するを以て觀察の當を得たものとする。

第一期 支那法繼受時代

推古天皇の朝より鎌倉幕府開設の時に至るまでは、我が國の立法史上に於ける支那法繼受の時代である。此の時代に於ける法律は概ね支那法を模倣したものであつて、彼の十七條憲法の如きも亦時代の要求に應ずる適切な法則たるに拘はらず、其の内容は主として儒教及び佛教の教旨と隨國の制度とを咀嚼して制定したものであり、更に孝德天皇の大化の諸制令も亦概ね唐國の法制を繼受したものである。其の後、天智天皇が藤原鎌足をして撰定せしめられた近江令二十二卷は後世に傳はらざれども、これ亦支那法の繼受法であつたことは殆ど疑ひを容れない。次ぎに文武天皇が刑部親王、藤原不比等等をして、律六卷と令十卷とを撰定せしめ給ひたるは即ち大寶の律令であり、元正天皇が更に不比等等をして、律令各十卷を修撰せしめ給ひたるは即ち養老の律令である。而して醍醐天皇が藤原多嗣等をして、大寶元年より弘仁十年に至るまでの法令を集めて、格十卷と式四十卷とを撰定せしめ給ひたるは即ち弘仁格式であり、清和天皇が藤原氏宗等をして、弘仁十一年より貞觀十年に至るまでの法令を集めて、格十二卷と式二十卷とを撰定せしめ給ひたるは即ち貞觀格式である。其の後、醍醐天皇が更に藤原忠平等をして、貞觀十年より延喜七年に至るまで

の法令を集めて、格十二年と式五十卷とを撰定せしめ給ひたるは即ち延喜格式である。而して此等の格式を總稱して三代格式と云ふ。

律令格式の意義に就いては、弘仁格式の序文に於いて、律とは懲罰を以て宗と爲し、令とは勸誡を以て本と爲し、格とは時を量りて制を立てたるものを謂ひ、式とは闕を補ひ遺を拾ひたるものを謂ふと釋明する。要するに令は本則であつて上下の服膺すべき一般の準則を示し、律は此等の準則に違背した行爲に對して制裁を定め、格と式とは律令を補充したものであつて、決して異別の法令ではない。而して律令格式に規定する所は概ね今日の謂ゆる公法に屬するものであるから、當時の私法は尙ほ不文の状態に存したことを推知するに足る。然しながら律令格式が鎌倉幕府開設の時に至るまでは、政治の準則であつたこと勿論であつて、主として唐國の律令格式を模倣したものであるから、此の時代の成文法は即ち支那法を模倣した繼受法であつた。

第二期 武家制法時代

鎌倉幕府開設の時より江戸幕府滅亡の時に至るまでを稱して、我が國の立法史上に於ける武家制法の時代と云ふ。蓋し當時の法律は前時代に於ける支那法繼受の餘響に因りて、多少支那法制の形跡を存するけれども、其の主成分は三幕府が相次いで、實際の必要又は便宜と一般の慣習とを斟酌して、適宜に之を制定したものである。抑も頼朝が幕府の開設に依りて從來の政治組織を一變するや、諸般の法律も亦これと共に著しく變遷せられたことは自明の事理であるけれども、源氏三代の間は別に成文法の制定を見るに至らなかつた。北條氏が源氏に代はりて政權を握り、殊に泰時が銳意治を圖るに及び、第八十六代後堀河天皇の貞永式目又は御成敗式目であつて、其の目的は有司に對し裁判の標準を示すに存し、決して一般人民に對して行爲の準則を示したのではない。然しながら鎌倉幕府の法律は此の式目に依りて始めて成文法の形體を備ふるに至つた。其の後、法條の不備欠缺を補足する爲めに漸次三百六十二の條目を追加し、これを新編追加と稱したのであるから、貞永式目は漸次廣汎なる一法典を爲すに至つた。

足利尊氏が政權を握るに及び、後醍醐天皇の建武三年に當り、二階堂道昭等が尊氏の下間に對して政治の大綱に關する意見十七條を提出した。これ即ち後世に至り、建武式目と稱して一個の法典たるが如く解せられたものであるけれども、其の實は一個の意

見書に過ぎない。唯此の式目は當時に於ける治世の要訣を開陳すること頗る適切であるから、政治上の實際に適用せられたことは殆んど疑なき所である。されば室町幕府時代の成文法としても亦主として貞永式目及び其の追加條目を擧ぐるに止まる。其の他、室町幕府の末葉に至り、群雄割據して幕府の制令が行はれざるに及び、有力なる諸侯は適宜の制令を設けて治民の準則を示した。彼の大内家壁書を始めとして、今川義元の今川狀、武田信玄の百箇條、北條早雲の二十箇條、朝倉敏景の七十箇條、長曾我部元親の百箇條の如きは一時各地方に行はれた制令であるけれども、我が國一般の法令と稱すべきものではない。

足利氏倒れて織田、豊臣の二氏が相次いで一時政權を握り、實際の必要に應じて法制を變更した所少なからぬけれども、別に諸公家法式五箇條を定め、次いで同天皇の元和元年に於いて、武家諸法度十三箇條及び禁中方御條目十七箇條を設けた。其の後七代家繼及び十五代慶喜を除きて、歴代將軍は武家法度を制定したけれども、概ね二代將軍の制定せし所を模範として多少の變更を加へたに過ぎない。其の他、麾下の武士に對しては諸士法度を定め、僧侶に對しては僧家諸法度を設けたけれども、一般人民に對しては觸書又は高札の方法に依りて、其の守るべき要則のみを摘示したのである。然るに櫻町天皇の寛保二年に至り、八代將軍吉宗は銳意治を圖り、令八十一條と律百三條とを制定した。これ即ち公事法御定書であつて、世に御在置百箇條又は御定書百箇條と稱したものは右の律百三條を指すのである。此に於いて江戸幕府の律令は成文法の形體を具備し、殊に御定書百箇條は永く裁判の準則と爲つて、漫りに變更を加ふることを許さなかつたのである。然しながら實際の事情に應じて臨時評決することを要した斷罪處刑の新例も亦少なからざりしに因り、これを集録した例書なるものは、常に御定書に添へて其の補闕に供せられたのである。要するに江戸幕府の成文法は固より一般の通則を示すに止まるのみならず、其の規定する所は多くは刑罰其他公法上の事項に關するものであるから、私法の範圍に於いては法律が尙ほ概ね慣習及び條理を基準とする不文法の狀態に存したのである。

第三期 歐洲法繼受時代

江戸幕府の倒壞に因りて、明治維新の大業が其の緒に就きしよりこのかた今日に至るまでは、尙ほ我が國の立法史上に於ける歐洲法繼受の時代である。なぜなれば當時の法律は主として歐洲文明國の法律を模倣し、又はこれを咀嚼して制定せられたからであ

る。抑も明治維新の大改革は君主親政を復興して封建制度を廢止したのみならず、歐米諸國との交通を開始したるに因り、日進月歩の勢を以て入り來つた西洋の文明は、我が國民の社會的生活に對し急激の變更を促かし、従つて諸般の法制も亦これと共に頻りに設定又は更新せられたことは當然の事理であつて、當時發布せられた種々の法令は實に枚擧の限りでない。然しながら此等の法令は概ね一時の必要又は便宜に因りて隨時制定せられた單行法であるから、未だこれを以て一概に歐洲の法制を繼受したものと云ふことを得ない。されば明治三年十二月一箇の刑典として發布せられた新律綱領の如きは、尙ほ主として我が國の古典と隨、唐、明の三法とを參酌して制定したものである。同五年十一月違式誣違條例を施行し、次いで同六年五月改正法例三卷を發布して、新律綱領と共にこれを施行するに及び、歐洲の法律が刑法の範圍に於いて始めて我が國に繼受せられ、彼の改正法例と共に發布せられた上諭は、即ち國家の成憲と各國の定法とを參酌して此の法例を選修せしめた旨を宣示したものである。

明治九年九月勅を元老院に下し、我が建國の體に基づき、廣く海外諸國の成法を參酌して國憲の草案を起さしめた。同十三年七月十七日發布の刑法は即ち佛蘭西刑法を模倣したものであつて、同十四年十二月發布の刑法附則と共に同十五年一月より施行せられた。其の後、實際の事情に照らして漸次修正を加へ、殊に刑法學及び刑事政策の進歩するに従ひ、更に獨逸刑法を參酌して大修正を加へ、終に明治四十年四月二十四日に至り改正刑法を發布し、同四十一年十月一日よりこれを施行した。これ即ち現行の刑法であつて、治安警察法、警察犯處罰令の如き數多の警察法令と相待つて諸般の非行を取締るものである。次ぎに刑事訴訟法に付いては、明治十三年七月十七日刑法と共に治罪法を發布したりしが、明治二十三年十一月一日刑事訴訟法の實施に依りて治罪法を廢止した。然しながら刑法の改正に伴ひ、刑事訴訟法を修正することを要するは當然の事理であつて、現行の刑事訴訟法は大正十一年五月五日の發布に係るものである。而して恩赦令、違警罪即決例、其の他陪審法の如きは刑事訴訟法と相待ちて施行せらるる法令である。

明治十四年一月十二日國會開設の詔勅に依りて、同二十三年を以て開設の期と定められたるに因り、爾後在廷の臣僚は聖旨を奉じて拮据經營し、深く我が國體に鑑みて皇室典範を修撰し、又歐洲諸國の立憲代議制を參酌して帝國憲法を編終した。明治二十二

年二月十一日憲法發布の盛典を擧げ、同二十三年十一月二十九日第一回帝國議會開會の時を以て、憲法及び皇室典範が其の效力を生じたのであるから、國家の大憲はこれに依りて成文の形體を具備するに至つた。而して法例、公式令、議院法、衆議院議員選舉法、内閣其の他各省の官制、裁判所構成法、行政裁判法、訴願法、會計法の如き諸法令が憲法と相待つて續々制定せられ、殊に最近に於いて登極令、攝政令、立儲令を始めとして皇室に關する種々の制令が殆んど完備し、これに依りて皇室典範を補充したのであるから、國家の基礎は益々確立するに至つた。

民法々典の編纂に付いては、既に明治三年太政官内に制度取調局を置き、佛蘭西民法を模範として編纂に着手せしめ、同十三年以來佛國人「ボアソナード」氏を始めとし數多の委員に命じて起草に従事せしめ、同二十三年に至り民法全部を二回に分ちて發布し、同二十六年一月一日を以て施行期日と定めた。然るに此の法典は殆んど佛蘭西民法を模寫したに過ぎないものであつて、我が國の民情に適せざること明白なるのみならず、陳腐の學說に依り、且つ理論の貫通せざる所少からずして、理論上並びに實際上の批難を受くること多かりしに因り、終に同二十五年十一月に至りて其の施行を延期し、更に法典調査會の審議に附したのである。此に於て民法修正の起草者たる穂積、富井、梅の三博士は主として我が國の民情、慣習其の他諸官廳の指令を參酌して起草したけれども、學理上に於いては主として近世民法々典の模範とも稱せられた獨乙民法を參酌したのであるから、日本民法法典の學理的組織に至りては獨乙民法を繼承した所最も多きを見る。同二十九年四月二十七日に至り、民法の前三編即ち總則編、物權編及び債權編が發布せられ、次いで同三十一年六月二十一日に至り、後二編即ち親族編及び相続編の發布を以てし、終に同年七月十六日より民法全體が施行せらるるに至つた。而して民法の實施に伴ふて必要の諸法令即ち不動産登記法、國籍法、戶籍法、供託法の如き諸法令が續々制定せられ、更に近年に至り社會政策上の理由に基づきて、借地法、借家法、借地借家調停法、小作調停法、信託法、工場法の如き種々の法令が發布せられ、民法と相俟つて施行せらるるを見る。

民事訴訟の手續としては、明治六年七月始めて訴答文例を制定し、爾後實際の必要に應じて種々の單行法を發布し、これに依りて訴訟手續を規定したに止まるけれども、同二十三年四月二十一日に至り、獨乙民事訴訟法に模倣して民事訴訟法を發布し、同二十四年一月一日よりこれを施行した。其の後、民法の改正に従ひ並びに實際の便宜に基づきて、民事訴訟法も亦再三改正せられたのみならず、民事訴訟に關連して人事訴訟手續法、非訟事件手續法、競賣法、破産法、和議法の如き種々の法令が續々施行せらるるに至つた。

商法々典に付いては、明治十四年始めて其の編纂に着手し、獨乙人「レエスレル」氏をして起草に従事せしめた。獨乙商法は即ち其の模範である。同二十三年四月二十一日に至り、始めて商法法典を發布し、同二十四年一月一日を以て施行期日と定めた。然しながら、此の法典も亦殆んど外國法を模寫したものであるから、我が國の實際に適せざる所多く、且つ發布と施行との間に短日月を存するに過ぎざりしに因り、必ず商業界を紊亂すること甚たしかるべしとの批難は終に勝利を得て、同二十五年十一月民法施行の延期と共に商法の施行も亦延期せられた。然るに同二十六年三月に至り、商法の一部即ち會社法、手形法及び破産法は實際取引上の必要に迫られて特にこれを發布し、同年七月一日より實施せられた。其の後、法典調査會に於いて商法全部の修正に従事し、然も同三十一年七月に及んで商法中未だ施行せざる部分をも一時實施せざるを得ざるに至つたけれども、同三十二年三月九日を以て、法典調査會の修正した商法全部が發布せられ、次いで同年六月十六日より其の實施を見るに至つた。

以上説明する如く、憲法を始めとして刑法、民法、商法、民刑訴訟法の如き重要な諸法典が漸次制定せられ、更に其の實施に伴ふて必要なる數多の諸法令が續々發布せられたのみならず、知らず識らずして立法萬能又は法令製作の弊に陥つたのであるから、我が國今日の法制は實に成文法全盛の極に達したと同時に、累積錯綜したる無数の法令を整理改纂する必要を感じしむるに至つた。然しながら此等の法令は其の根本に於いて、將た又多少の程度に於いて歐洲諸國の法制を繼承したものであるから、明治維新以後を指して我が國の立法史上に於ける歐洲法繼承の時代と稱すべきである。只近時我が國に於ける法律學の進歩と共に、立法作用も亦著しく發達したことは勿論であるから、外國法を繼承するに當りては、往時支那法又は佛蘭西法を繼承した時の如き模寫的傳受の弊に陥ること少く、學理上並に實際上より觀察して能く外國法の良否を討究し、殊に我が國の實情に照らして適當の法律を制定することを得るに至つた。されば今後の法制は外國法繼承の時代を脱して、獨立立法の時代に進むものと云ふも決して

て不當の推斷にあらずと信ずる。然しながら立法作用の發達に因りて成文法が如何に整備するに至るとも、これが爲めに不文の法律が全く無用に歸して其の跡を絶つものではない。國家的並に人事的諸關係は實に複雑であつて、然も變遷極まりなきものであるから、如何に精密なる立法作用に依るとも、一々成文法を以てこれを規定し盡すべき限りでない。換言すれば、法律に不備缺點あることは寧ろ當然の事理であるから、これを補充する爲め特に明文を以て、又は立法の本旨に於いて、慣習若しくは條理に従ふべきことを認めざるを得ないのである。従つて少なくとも此の範圍に於いて、不文の法律が常に存在することを了解すべきである。
 (仁保龜松博士・國民法制通論上卷、一〇一—一九頁)

第二節 國法の種類

國法は種々の方面から其の種類を別つことが出来るが普通の分類に従ふと次の如くである。

(一) 成文法と不文法(或は制定法と慣習法)

國法には統治權者が一定の方式に従つて明文を以て制定するものと、國民間に慣習として自然に成立した規範を統治權者が國法として承認したものとがある。前者を成文法又は制定法と謂ひ、後者を不文法又は慣習法と稱してゐる。舊い時代に於ける國法は大抵不文法であつて、唯それを變更する場合とか又はそれに對する疑を明かにする場合とかに補充的に成文法を作つたに過ぎなかつたが、社會の機構が益々複雑化するに従ひ法の適用に關しての争ひや疑ひが非常に多くなつて來たので之を説明する必要上、或は又維新の改革のやうに舊制度を改革して新制度を樹立する場合に此の新制度を宣明する必要上、國家が明文を以て法を規定することが頻繁に行はれるに至り、今日に於ては法の大部分は成文法から成つて不文法は唯成文法の不備を補ふといふ地位

を有する状態となつてゐる。勿論成文法と不文法との重要な度合は國に依つて必ずしも一様でなく、英吉利の如きは原則として不文法に依つてゐることは人の良く知るところであらう。我が國は他の一般の國々と同様に成文法に重きを置く國であること言ふ迄もない。しかし如何に成文法が綿密になつても、社會生活の凡ゆる法的關係を少しも漏らさず規定することは到底期待することは出来ないから、如何なる時代になつても成文法の外に必ず或る範圍に於て不文法が行はれるものであることを注意せねばならぬ。

(二) 法律と命令 成文法たる國法は孰れも憲法の條規に基いて天皇が自ら之を發し、又は各省大臣其の他の行政官廳をして發せしめられるものである。右のうち帝國議會の協賛を経て公布せられたものを法律と謂ひ、其の他のものを命令と稱する。法律と命令とを併せて法令と謂ふのであるが、法律といふ語を以て法令を意味せしめる場合が多い。

法律は國法の中で最も重要なものであり、其の規定事項は枚擧の遑のない程多いが、概して言へば國民の權利義務に關する重要な事項は凡て法律を以て定めることになつてゐる。衆議院の組織を定める衆議院議員選舉法、人民相互の間に生ずる權利義務の關係を規定する民法、犯罪と其の處罰とに就いて規定した刑法、地方自治團體の構成を定める市制町村制、府縣制、兵役納税の義務を規定する兵役法と各種の税法は孰れも法律である。右に述べた民法、刑法に商法、民事訴訟法、刑事訴訟法を併せた五法律と憲法とを六法と呼んでゐる。

法律の制定は政府又は貴衆兩議院の何れかが法律案を作成して帝國議會に提出することに始まる。政府提出の法律案は其の提出を受けた一院で討議される。討議の形式は第一、第二、第三讀

會の三會議を経るのを原則とする。第一讀會では案の説明、質疑、答辯及び大體に付いての審議を爲し、第二讀會では逐條審議を爲し案の修正、加除を行ひ、第三讀會では案全體の可否を議決する。可決した案は之を他院に移すのであるが、此處でも同じ形式で討議し、兩院の意見が一致したならば、最後に議決した議院の議長から國務大臣を経て奏上する。又一院から提出された法律案は他院で討議し、可決すれば同じ手續で奏上する。孰れの場合でも天皇が之を裁可せられ、公布せしめられて始めて法律が出来上るのである。法律の裁可は天皇の御署名に依つて行はれ、公布は官報への掲載を以て行はれる。法律を公布するに當つては之に上諭を附す。上諭とは天皇が法律を公布せしめ給ふことを宣告せられるもので、其の中には帝國議會の協賛を経たる旨を記載し、親署の後御璽を鈐し、内閣總理大臣年月日を記入して之に副署し又は他の國務各大臣若しくは主任の國務大臣と共に之に副署する。

命令には天皇の親ら發し給ふ勅令と天皇の委任を受けて行政官廳が發する其の他の命令とがある。後者は其の官廳の異なるに依つて其の名稱も違ひ、其の定むべき事項の範圍も相違してゐる。其の名稱に就いて言へば、閣令、省令、府令、縣令等があり、又新領土に於いては制令、律令、廳令、府令等の特殊なものがあること前章で述べた通りである。

勅令は一般の國家事務に關して法規を定むるものであつて、法律に次いで國法の最も重なるものであるが、しかし其の規定し得る事項の範圍には一定の限界が設けられてゐることを注意せねばならぬ。今勅令を其の規定事項の内容から區別すると、次の五種類に分つことが出来る。第一は憲法第八條に據るところの法律に代る勅令である。即ち「公共ノ安全ヲ保持シ又ハ其ノ災厄

ヲ避クル爲緊急ノ必要ニ由リ帝國議會開會ノ場合ニ於テ」發するところの「法律ニ代ルヘキ勅令」である。之を緊急命令(勅令)と稱することは嘗て説明した如くである。第二は法律の委任に基いて發するところの勅令である。法律は屢々或る特殊の種類の事項を限つて、其れに付いては自ら規定せず勅令を以て之を定むと規定してゐる。例へば町村制に付いて見ても、第三百三條は町村税及び其の賦課徴收に關し、第二百二十八條は町村の一部の事務に關し、第二百五十六條は町村の廢置分合等の場合に付いて、各々勅令を以て之を定むと規定してゐるやうにである。第三は憲法第九條に據り「法律ヲ執行スル爲ニ」發せられる手續規定たる勅令である。手續規定に關するものであるから、縱令該法律を執行するに必要がある場合でも之を以て新なる内容の法規を設けることは出来ないのである。第四は憲法第九條に據り「公共ノ安寧秩序ヲ保持シ及臣民ノ幸福ヲ増進スル爲ニ」發せられる勅令である。之は法律の委任に基くものでもなければ、又法律を執行する爲めのものでもなくて、法律とは全く獨立に發せらるゝ勅令である。右に述べた第二、第三及び第四種の勅令を學者は通常それぞれ委任命令、執行命令及び獨立命令と稱して説いてゐるが、なほ最後に挙げねばならぬのは所謂大權命令である。之は帝國憲法上の所謂大權事項に付いて發せられる勅令である。大權事項は既に述べた如く帝國議會の協賛を経ることなく天皇の親裁し給ふ事項であり、隨つて法律を以て規定することを得ないから、大權命令と法律との間に牴觸の關係を生ずることがないのを特質とする。

勅令は一般に法制局で審査し閣議に掛け内閣總理大臣から上奏して裁可を仰ぐといふ方法で定められるものであるが、唯大權事項の一たる陸海軍の統帥に關する事項に付いての勅令即ち軍

令のみは閣議を経ずに主任の陸海軍大臣から直接に上奏して裁可を仰ぐことが出来ることを注意すべきである。

行政官廳の發する命令には、天皇が帝國憲法第九條の明文に依り、行政官廳に委任して上述の執行命令及び獨立命令の一部を發せしめ給ふものと、或る特定の事項に付き、各種の法律、勅令或は上級官廳の命令を以て行政官廳に委任して發せしめ給ふものとがある。各行政官廳の發する命令を以て規定し得る事項の範圍は右の委任の範圍に依つて定まるのであつて、官廳の異なるに従つて其の名稱と共に相違するものである。例へば大藏大臣の發する命令を大藏省令と稱し、主として財務に關する事項を定め、警視總監の發する命令を警視廳令と謂ひ、東京府内の警察事務に關する事項を規定する如き即ちこれである。

命令と法律との效力上の輕重に就いて言ふならば、凡て法律は命令より強い效力を有してゐるから、法律を以て命令を改廢することは出来るが、命令を以て法律を改廢することを得ないのが原則である。されば法律を改廢するには法律を以てしなければならぬが、唯一つ緊急勅令は法律と同じ效力を有するものであるから之を以て法律を改廢することが出来る。又命令の中にも之と同様な效力上の輕重の差違がある。即ち、勅令は天皇の親ら制定し語ふ命令であるから命令中では最も強い效力を有するものであつて、他の命令を以て、勅令を改廢することは出来ぬし、行政官廳の命令に就いても矢張り官廳の上下の階級に基き上級官廳の命令は下級官廳の命令よりも強い效力を有してを以て、隨つて例へば閣令又は省令は廳令又は府廳令を改廢することは出来るが、廳令又は府縣令を以て閣令又は省令を改廢することは出来ないものである。しかしながら右のやう

なことは命令の制定手續上の問題であつて、法令を遵守すべき國民の側からの立言ではない。法律も命令も共に國法たるものであるから、之を遵守するに就いて固より輕重の別があるべきではない。

法律が公布によつて效力を生ずることは既に説いたが、命令も亦公布によつて效力を生ずるものであること勿論である。しかし茲に注意せねばならぬことは、法律命令共に公布と同時に效力を發生する場合は稀で、多くは一定の期間を経た後でなければ效力を發しないものである。此の期間は國民をして其の法令を周知知らしめる爲に置かれるものと見て、通常之を周知期間と稱してゐる。民法第一・二・三編は明治二十九年四月二十七日に公布せられたが、其の效力を生じたのは明治三十一年七月十六日であつた。つまり二年三箇月の周知期間があつたわけである。又法令の效力は既往に遡らないことを原則とする。之は舊法令時代に既に取得してゐる國民の權利即ち既得權を、新法令によつて剝奪することなからしめんがためである。既得權を尊重することは、以て社會の秩序と平和とを保持せんとするに他ならぬ。

(三) 公法と私法 國民の生活には公共的生活と私人的生活との二方面がある。即ち我々國民は一方では國家及び公共團體の一員として共同的な生活を爲してゐると共に、他方では人間として一個人としての私人的な生活を營んでゐる。國民の生活にかゝる二方面が區別せられることに依つて、之を規律する法も亦自ら公共的生活關係の法と私人的生活關係の法とに分別することが出来来る。前者を公法と謂ひ、後者を私法と稱する。現今公法に屬するものには憲法を始め、議院法、貴族院令、衆議院議員選舉法、裁判所構成法、兵役法、府縣制、市制、町村制、刑法、刑事訴訟法、民事訴訟法

等があり、私法に属するものとしては民法商法手形法等が挙げられる。

(四) 實體法と手続法 國法には又國家及び國民相互の權利義務の實體を規定するものと、之を執行する方法手続を規定するものとの二種類がある。

前者を實體法と謂うて刑法民法商法手形法等が之に屬し、後者を手続法と稱して民事訴訟法及び刑事訴訟法等が之に屬する。

(五) 普通法と特別法 國法は其の效力の及ぶ場所・人及び事項の範圍が一般的であるか制限的であるかに依つて、それぞれ普通法と特別法とに區別される。先づ場所を標準として之を觀れば、其の效力の全國一般に及ぶ刑法・民法・商法等は普通法であり、其の效力が一地方にのみ制限されてゐる警視廳令・府縣令等は特別法であるし、次に人を基準として之を觀れば、其の效力の國民一般に及ぶ刑法民法・商法等は普通法であり、其の效力が特定の種類に屬する人々にのみ限局されてゐる陸海軍刑法官吏服務紀律等は特別法であるし、最後に事項を標準として之を觀れば、其の效力の一般事項に及ぶ民法の如きは普通法であり、其の效力が或る格別なる事項に制限されてゐる商法の如きは特別法である。

(六) 國內法と國際法 國法は又國家相互間の關係を規定する國際法に對し、國內法として區別せられる。

注意一 生徒には國法の種類をゴテ／＼並べ立て、説明することを余は好まない。一體、分類といふことは分類せんとする目的の實現として把握せられる時に最も意味であるが、單に分類のために分類することは、論理上の要求が満足されるかも知れない

が、決して實踐的な態度ではない。されば余は

『國法は、主權者が一定の方式に従つて、明文を以て制定するものが、その大部分を占めてゐるけれども、他に、國民間に慣習として自然に成立した規範を、主權者が、國法として承認したものもある。前者を成文法又は制定法といひ、後者を不文法又は慣習法というてゐる。イギリスの憲法は、不文法たる憲法である點においても、また著明である。』

成文法たる國法は、孰れも、憲法の條規に基づいて、天皇が自ら之を發し、又は、各省大臣等をして發せしめられるものである。右のうち、帝國議會の協賛を経て公布せられたものを、法律といひ、その他のものを、命令といふ。法律と命令とを併せて、法令といふのであるが、法律といふ語を以て、法令を意味せしめる場合が多い。』(廣瀨・六〇一―六一頁)

といひ、又『法令は、慣習法と合して國法を成してゐるが、國法は、之を公法と私法とに分ける。公法とは國家及び公共團體の組織・權限や、國家・公共團體と國民との間の關係を規定したものであり、私法とは、人民相互間の關係を規定したものである。公法には、憲法をはじめ、議院法・貴族院令・衆議院議員選舉法・裁判所構成法・兵役法・府縣制・市制・町村制・刑法・刑事訴訟法・民事訴訟法等が屬し、私法には、民法・商法・手形法等が屬する。右のうち、民法・商法・手形法・刑法を實體法といひ、民事・刑事兩訴訟法等を手続法といふこともある。國法は、之を國家相互間の關係を規定する國際法から區別することが出来る。』(廣瀨・六四―六五頁)と説いただけで、煩瑣な分類を回避しておいた。因みに、國法の分類として『國內法と國際法』といふ一項を設けてゐることは、假令『國家相互間の關係を規定する法を國際法といひ、之に對して一國內の事項を規定する一般の法を國內法といふ。國際法には條約・國際慣例等がある。而して國法は専ら國內法であるが、條約の如きは國民を拘束するものであつて、國際法中にも國法と認むべきものが多い。』(D・四二―四三頁)というて、國際法中に國法と認むべきものが多いから、國法の一種として國際法をあげることが出来ると思へるにしても、そのこと自體認識の不足である。成程、國際條約とその内容を同じうする國法があることは事實であるけれども、それは所謂條約令なるものであつて、國際法の淵源たる條約そのものではない。余は、『……なほ、我が國においては、國際條約が、上諭を附して公布せられると、國法として國民を拘束するものである。』(廣瀨・九四頁)と

書いておいた。

注意二 國法の種類のうちに、自治法規を數へることは必要である。『自治法規は自治團體の定める法規であつて、市町村條例の如きはそれである。』(佐藤・四四頁)といふのは頗る適切な注意である。

注意三 本節に於いて、法令の制定手續の一般を説くべきであらう。法律の制定に就いては、『法律の制定は、政府又は貴衆兩院の何れかが、法律案を作成して議會に提出することに始まる。政府提出の法律案は、その提出を受けた一院で討議される。討議の形式は、第一・第二・第三讀會の三讀會を経るのを原則とする。第一讀會では、案の大體を調査し、第二讀會では、逐條審議を、第三讀會では、案全體の可否を議決する。可決した案は、之を他院に移すのであるが、ここでも同じ形式で討議し、兩院の意見が一致すれば、最後に議決した議院の議長から、國務大臣を経て奏上する。また、一院から提出された法律案は、他院で討議し、可決すれば、同じ手續で奏上する。孰れの場合でも、天皇が之を裁可せられ、公布せしめられて、はじめて法律が出来上るのである。』(廣瀨・五二頁)

と、余は略敘しておいた。命令の制定は、その手續多様なるを以て、一概にこれを論ずるを得ない。

注意四 法律と命令との間に存する上下の關係を誤解してはならない。『命令を以て法律を改廢することを得ないといふことは、制定手續上の問題であつて、法令を遵守すべき國民の側からの立言ではない。法律も命令も、共に國法である。之を遵守するにつき、固より輕重の別があるべきではない。』(廣瀨・六三―六四頁)

參考一 制定法と慣習法との關係

成文法の二つの形態は(慣習法と成文立法)共に社會意志、集團の法律確信を表明するものである。慣習のみならず成文立法も亦、特定個人たる立法者の意志を表現するに止まらない。若しもさうであつたならば、それはその集團の生活を有効に規律することとは出来ない。成文立法も亦、社會意志及び其適用せらるべき者の法律確信に基礎を置くのである。只成文立法の場合には、法律

規範の發現は直接でなくして間接である。即ちそれは立法者に依て制定される。然し立法者も亦、其制定する成文立法が社會意志並に人民の法律確信に依て承認支持せらるゝ範圍に於てのみ、有効に働き得るのである。即ち成文立法と慣習法との間には本質的に差異はないので、様式を異にする社會意志の發現方法に過ぎないのである。

成文立法と慣習法との關係に就ては、何れが優越した力を持つのであるかと云ふ問題が、恰も本質的な問題であるかの如き形に於て論議されて居る。即ち中世紀の終及び近代の初期、即ち專制政治の時代に於ては、慣習法の効力は、立法者の暗黙の意志に依て發するのであると云ふ説が一般に信じられて居つた。此の説は、法律は主權者の個人的所産であると云ふ思想と、本質的に密接な關係を持つ。即ち、此の考からすれば、成文立法のみが唯一の眞の法律的淵源で、慣習法は立法者の意志を認識する間接の手段として役立つ第二次的淵源を爲すことになる。此の説は久しい間行はれて居つたが、先きに述べた様に、歴史法學派に依て挑戦された。歴史法學派は法律規範が個人的所産であると云ふことを否認し、從て慣習法が立法から其拘束力を派生するのであると云ふ考を否定した。そして慣習法を以て第一淵源とし、成文立法は第二次的な淵源に過ぎぬのであるとしたのであつた。以上の如く此の問題に對する理論は、截然と二つの傾向に分かれて居るのであるが、此の問題は決して、本質的な點から解決を許さないものに見るべきである。それは畢竟時代に依り、又法律の各部門に依て、其趣を異にせざるを得ない相對的な問題である。

原始時代に於ては法律規範の大部分は、慣習法の形式で現はれて居る。從て此の時期に就ては、歴史法學派の主張が正しい。然し初期に於て極めて稀であつた成文立法は、漸次其範圍と重要性を増す傾向があつた。人の意識が發達し開明して來るに從て、社會生活の規範を明確な形式で定めんとする要請が生じて來る。斯くの如くにして法律規範は偶發的、非反省的な表現形式から、意識的熟慮的な表現形式に移り、法律を確定するに相當なる機關が發生して來る。即ち「法律家の階級」が發生して、慣習法を解釋し、又は疑はしい事例を解決することに依て、一定の規則を抽象するに至る。後には「立法機關」が作られた。立法機關に依て制定さるゝ成文立法は、初め單に慣習法に依て發生したところを、要約綜合するだけであつたが、後には從來存して居つた法律規範を改正廢止することに依て、自律的な、創造的な働きをするやうになつた。立法機關が確立した後には於ても、慣習法は再び之と

相並んで、之を補充する意味で現はれて来る。従て斯かる時代に着眼するときは、慣習法は立法者の意志から拘束力を発生すると云ふ理論にも、相対的な意味で尤もな處がある。

又兩者の關係は時代に依て異なるだけでなく、現代の法律體系に於ても、其部門に從て趣を異にする。そしてそれは、是等の部門に特殊な諸種の事情から發生するものである。例へば國際法に於ては、國際立法機關が完成しない爲に、國際慣例が大きな働きをして居ることは恰も國家成立前に於ける血族團體相互關係に於て、慣習法が重きを爲したのと同様である。勿論將來國際聯盟の如き超國家的機關が充分に發達するに至れば、國際成文立法がより重要な地位を占めるであらう。又刑法に於ては慣習は輕視せられるので、立法が重なる法律の形式である。それは人民の自由に對する國家活動の範圍を制限せんとすると云ふ近代の政治的要求からして、明確な成文立法が無い場合には、犯罪が成立しないと云ふ原則が確立して、慣習刑法の成立を防止して居る。そして刑事訴訟法や民事訴訟法に於ても、同様な理由から形式の確定が要求され、成文立法は慣習よりも重要な働きを持つ。民法に於ては、慣習法の持つ力は相當に大きい。民法は國民の日常生活に關する規範が多いので、假令統一的法規が望ましいにせよ、地方的慣習を無視することは當事者に酷なことが多い。商法の範圍に於ては、一面に於て商取引の安定の上から成文立法を必要とするのであるが、しかも商取引の性質上、商人間の慣習法が發生する機會が頗る多いので、慣習法の地位は充分に之を認めざるを得ない。我商法第一條に「商事ニ關シ本法ニ規定ナキモノニ就テハ商慣習法ヲ適用シ商慣習法ナキモノハ民法ヲ適用ス」としたのは、法的安定の要請と慣行による伸縮性の要求とを調節した妥協的規定である。然しながら我國の實際に於ても、商慣習法が此規定にかゝはらず、商法の明文をも廢止したやうな判例がある（例、白紙委任狀付記名株券の交付に依る株式流通の商慣習と商法第五十條との關係）。それは慣習法の力が、此の部門に於て、如何に強く働いて居るかを示すものである。

近代國家に於ては立法機關が繼續的に働くのであるから、輿論の力、人民の法律確信が、以前よりも容易く且迅速に、成文立法の形を採り得る機會が多い。従て成文立法が法律の典型的形式となる傾向の強い事は、怪しむに足りない。又成文立法は確定的、固定的であるに反し、慣習法は不確定的、流動的である。そして近代の社會組織では、特に法的安定が要請される。従て此點から

も、成文立法が、法律の通常の形式となる傾向が強くなる。斯かる事情の下に於て、成文立法のみが法律の第一淵源であり、慣習法は派生的な第二淵源に過ぎないと云ふ理論が通説として認められて居ることは、怪しむに足りない。従て又慣習法は成文立法を改廢する力ありやとの問題に對しては、之を消極に解すべきものとするのが通説である。そしてわが國法の下に於ては、法例第二條に「公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セサル慣習ハ法令ノ規定ニヨリテ認メタルモノ又ハ法令ニ規定ナキ事項ニ關スルモノニ限り法律ト同一ノ效力ヲ有ス」とある規定が、慣習法は成文立法を改廢する力なしと云ふ論據として引照される。然しながら根本的に云へば、此規定は慣習法が成文立法を改廢する力を持つかどうかにか、根本的な理論的解決を與へたものではない。蓋し此規定を設定したのは立法者であつて、此の立法權自身の限界が、本質的には問題とせられ得るからである。云ひ換へれば、法例第二條自身が、慣習の變更に依て變更せられ得ないかと云ふことが、問題とせられ得るからである。従て理論的には、この問題は解決されては居らない。そして現に或場合、或事項に就ては、慣習法が成文法を改廢した例が起つて居る。只現代に於ては、成文法に反する慣習法は認め得ないと云ふことは、大體の傾向としては云ひ得るであらう。

慣習法と成文立法とは、共に成文法の形式として社會意志を表現する。兩者の間には、本質的な差異はない。只右の如き諸種の理由から、現代に於ては、成文立法は慣習法を壓倒して居るのである。勿論現代でも、成文立法は慣習法の協力を受ける。然しながら成文法は慣習法に依て壓倒せられて居るのではないのである。（高柳賢三氏・法律哲學原理、三六七—三七四頁）

參考二 法律の解釋

成文法と慣習法とが並び行はれて我々の生活關係が法律的に解決されるのであるが、生活關係の法律的解決即ち具體的事件に對する法律の適用の最も著しいものは裁判である。それ故法律、殊に民法・商法・刑法を學ぶ者は特に裁判の判決の實例即ち所謂判例を研究して、民法・商法・刑法が生きて動いて居る所を觀察しなくてはならない。一九の「續藤栗毛」四編の書出しに「東都の人たま／＼江之島金澤にゆきて鯛・鰯を追ひ廻し鰻の生きて動くを見しより云々」とある。初鰻に舌鼓打つて江戸ッ子がつても、海中にビチ／＼はねて居る所を見なくては共に鰻を談ずるに足りない。

扱て判例の研究は、裁判所が成文法の規定を如何に解釋するか、慣習法の存否を如何にして認定するか、を具體的に訴訟事件について觀察する所から始まる。慣習法認定の問題は暫らく措いて、法文解釋のことを此際一言しやう。從來裁判所と云ふものは頗る杓子定規な法文解釋するものやうに思はれて居るが、少くも近頃の裁判所はそんなことはない。言語及び文章なるものは、随分發達して居る様に思はれるが、しかしまだまだ甚だ不完全なもので、我々の云はんと欲する所を過不及なくあらはし得るとは受け合へぬ故、法文を文字通りに解釋したのでは、必しも法律の眞意を發揮し得ず、問題を適當に解決し得ない。私が中學生だつた頃、中學校の玄關に——今でも方々にさう云ふ掲示を見かけるが——「靴草履の外昇るべからず」と書いた木札がかけてあつた。すると同級に畫の上手な茶目が居て、靴と草履とが制服制帽で大威張で學校の階段を昇つて行くのを人間の生徒が指をくはへて眺めて居る漫畫を描いて其禁札の下に貼り付け、其畫が又頗るよく出来て居たので、大問題且大笑になつたことがある。成程所謂「文字解釋」のみで行くとそんなことにもなりさうだ。眼光紙背に徹せねばならぬのは、歴史の書を読むときだけの話ではない。法律とは云へぬ程の極めて卑近な例だが、往來に「車馬止」と書いた立札がある。「馬」とはあるが牛を牽いて通つてもいけないのだと「擴張解釋」もすべきだし、「車」とあるが乳母車は差支へないと云ふ「縮小解釋」をすべき場合もあらう。要するに法文は文字を離れず而も文字に捉はれず法律の目的に適ふ様に解釋されねばならぬのであつて、裁判所は常にさう云ふ合理的な解釋をすることを努めて居る。

所が裁判所も時には随分無理な法文の解釋をすることがある。而してそれが全く間違ひである場合には、判決例としても亦法律學上も何等の價値がなく、やがて論破訂正されることだが、時には法文の上から云ふと頗る無理な解釋でありながらとうとうそれで行つてしまふことがある。さう云ふ場合の多くは、法律の規定其ものに無理なところがあつて、其儘に解釋適用しては甚だしく常識に反する結果となり、無理な解釋によつて初めて無理が救はれる次第なのである。例へば、これは親族法の講義に必ず出て來ることだが、民法第七七五條に「婚姻ハ之ヲ戸籍吏ニ届出ヅルニ因リテ其效力ヲ生ズ」とある。それ故立派に結婚式を擧げて夫婦生活を續けて居ても婚姻届が出ない内は法律上の夫婦ではない。それなら夫が其場合妻を人籍させずにたうたう振棄て、しまつた

としたら、夫に何等かの責任があるだらうか。責任なしとする甚だ道理人情に反するし、責任ありとするには法律上の根據がない。そこで裁判所は、結婚式は婚姻豫約なり、入籍の拒絶は婚姻豫約の不履行なり、而して豫約不履行者は損害賠償責任あり、斯う云ふ裁判をする。此説明は頗る無理な「こぢつけ」であつて、學者から有力に批難されたが、しかし其結果が極めて事情に適切であるために、此「こぢつけ」論がたうとう動かす可からざる判例になつてしまつた。文字通りの解釋が其儘當嵌まるなら、一々判例に當つて見るものはないのだが、斯う云ふ無理にして道理ある法律の適用などがある。(法學全集第二卷、穂積重遠博士・法學入門、一二—一四頁)

參考三 法律と命令

國家の法規は其の数が極めて多いが、何れも憲法の條規に基づいて、天皇が自ら之を發し、又は各省大臣などをして發せしめられたものである。是等の諸法規の中で、帝國議會の協賛を経て公布せられたものを法律といひ、其の他のものを命令といふ。但し通俗に法律といふ語を法規といふ意味に用ひる場合もある。此の場合には、命令も其の中に含まれるのである。

國民の權利義務に關する重要な事項は、總べて法律を以て定めるのである。衆議院の組織を定める衆議院議員選舉法や、人民相互の間に生ずる權利義務の關係を規定する民法や、地方自治團體の構成を定める市制・町村制・府縣制や、兵役・納税の義務を規定する兵役法及び各種の税法は、何れも法律である。

命令には、天皇の發せられる勅令、各省大臣の發する省令、府縣知事の發する府縣令等いろ／＼ある。勅令以外の命令は、各省大臣や府縣知事が各自の主管事情に關して發するものであるから、其の官廳の異なるに隨つて其の名稱も違ひ、其の定むべき事項の範圍も違つてゐる。例へば文部大臣の發する命令は文部省令といひ、主として教育に關するものであり、大藏大臣の發する命令は大藏省令といひ、主として財務に關する事項を定めてゐるものである。

原則としては、法律を以て命令を改廢することは出来るが、命令を以て法律を改廢することは出来ない。けれども臨時緊急の場合には、法律に代るべき勅令を發して、法律を改廢することが出来る。通常此の勅令を緊急勅令といふ。

法律といひ、命令といひ、何れも國家の法規である。我等が之を遵奉するのにもとより輕重の別があつてはならぬ。(高等小學讀本卷四・第十七課全文)

參考四 法の自律的進化

法律が自律的なものであるといふことは、先づ法律の本質から論理的に之を主張することができるのである。

法律は社會に於ける諸勢力の妥協點である。妥協といふのは、社會に於ける強者が絶対に強者であるのではなく、又弱者が絶対に弱者であるのでないことを意味して居るのである。かくの如くにして、強者は強者の權利を主張し、弱者は弱者の權利を主張して、茲に其の關係が法律的となるのである。故に、法律の成立は社會に於ける諸勢力が互に其の權利を主張することを豫定するのである。權利の主張がなければ法律の成立はない。

かくの如くにして、又、法律の維持は法律が自ら法律の維持に努めることに依つて全うせられるわけである。さうして、社會が自らそれに努めることに因つて法律は漸次に進化するわけである。それは、社會に於ける諸勢力の平均關係が進化するにつれて法律も亦進化せねばならぬからである。換言すれば、法律の維持は其の進化を意味する。即ち、法律は進化せしめることに依つて之を維持することができるのである。

法律の維持と進化とが時あつて圓滑ならざることがある。之を革命と稱することができる。十二表の制定がそれである。革命とまで行かなくとも、成文法殊に法典の制定は多く又此の理に依つて理解することができる。フランス民法の制定が其の適例である。

法律の維持は多くの場合に於て圓滑に法律の進化と相伴ふのである。さうして、其の適例として、第一にローマ法の進化を挙げることができる。ローマに於てはプレートル(裁判官)の判例に依つて其の偏狹な市民法 *ius civile* が包容の大きな萬民法 *ius gentium* となつた。第二にイギリス法の進化を挙げることができる。コンモン・ローそのものが既に判例法として常に進化することが出来たが、其の他にエクイティーが判例として發達した。第三にフランス民法の發達を挙げることができる。フランス民法が十

九世紀に於ける社會上の變動に能く應化したのは、全く判例の巧妙なる作用に依るのである。

ローマに於けるプレートルや、イギリスに於ける裁判官の態度は裁判官でなくて立法者であるといふ説がある。若し裁判といふものが單に法律の論理的適用を其の職分と爲すに過ぎないものならば、彼等は固より裁判官でなかつた。しかし、彼等は争の具體的要件に付いて論理的に且公平に判断するといふ使命を盡くしたものであつたのである。

フランス民法の發達の沿革は吾人にとつて最も興味あるものである。當初に於て學者は判例の自由な態度を非論理的として非難したのであつた。しかし、十九世紀の末尾に於ては、學者自ら顧るところがあつて判例の進化を研究し、それから一定の原則を抽出して新らしい解釋論を主張し初めることにしたのである。今日に於ては、フランス民法の進化は、其の理論的解釋(論理的解釋と謂つては狭い)の適用であつたとも理解せられて居るのである。

若し法律が單に他律的のものであるならば、法律の進化といふことを待設けることはできない。恐らくは其の立法に依る進化すらも待設けることは困難である。又他方に於て、吾人は、法律が自律的に進化し、社會自身に依つて發達せしめられた経過を回顧して、決して後悔すべき理由を有しない。否、實に、法律の社會的作用はそれに依つて全うせられたのである。

革命は斷じて避くべし。革命はたとひ進歩を目的とする場合に於ても、革命それ自體は非法律的現象であるからである。立法に依る改革は固より必ずしも厭ふべきでない。さうして、或場合に於ては、立法的方法に依ることが、法律の進化をして明瞭ならしめるの利益がある。しかし、法律が司法的に進化するといふことは特に尊重せられねばならぬところである。之に因つて法律は最も緊切に社會に接するに至るのであるからである。現代の法律に於て吾人は立法的に自律的活動を爲し得る多くの機會を與へられて居る。其の權利即ち參政權の尊重すべきや固より論なし。唯之が爲めに、吾人が司法的に自律的活動を爲し得るの範圍多きことを看過してはならない。司法的の進化作用は、徐々に、緩和に、不知不識の間に進行するのである。さうして其の進化作用は法律の維持に對する社會の自律的作用に因るのである。

學者の或者は『正當なる不法』といふことを論じて居る。それは、法律はそれに對する違反あることに因つて初めて進化するもの

であるといふのである。又法律現象は正規的現象として一定の不法な行爲を包含して居るものであるといふのである。用語は寧ろ奇矯であるが、法律の進化が常に一定の自律的作用に因るものなることを明かにした點に於て興味ある説明であると思ふ。(牧野英一博士・法律に於ける進化と進歩、七五―八〇頁)

第三節 法の尊重

國憲と國法とは國家統治の大本と社會生活の規範とを示して、社會國家の秩序を維持し、國民の増進を圖るために定められたものであることは上述の如くである。故に國憲を重んじ國法に遵ふことは國民として須臾もゆるがせにすることが出来ない重大な義務である。されば參政、兵役納税の義務に併せて遵法の義務を數へ、之を國民の四大義務といふこともあるが、四大義務中でも遵法の義務は最も忘れ易きに拘らず、最も基礎的なものであることを銘記し、國憲國法の大要を辨へると共に、之に違背すること寸毫もなからむやう行動して以て國民たるの本分を盡さねばならぬ。

既に説いたやうに、法律は天皇が國民の代表機關たる議會の協賛を経て制定し給ふものであるから、其の中には國民の總意が働いてゐるものであるし、勅令其の他の命令と雖も天皇が法律の精神目的を貫徹する爲に發し給ふものであるから、其の中には國民を愛撫し給ふ聖慮が遍滿してゐるのである。故に國法の規定するところは御聖旨であると共に我々國民の自律的法則とも言ふべきものである。法を尊重することが忠君愛國への一路であると同時に我々國民の人格を高めるものであることは實に右の理由に基くのである。此の所以を良く理解して遵法の美德を發揮

する國民こそ眞の立憲自治の民と言はれやう。單に處罰が恐ろしいから法を遵奉するに過ぎないといふやうな態度は、法治國民の以て恥とすべきところである。

法は固より時代の需要に應じなければならぬが、其の行はれることの久しいものうちには、多くの不備の點を示したり、既に今日の時勢に適應しなくなつたりしてゐるものもあらう。しかし法は全く公正の精神に基づいて設けられてゐるものであることを念ひ、法の不備に乗じて違法にならぬ程度に於いて其の間隙を潜るところの所謂脱法行爲を行ふやうなことは深く之を慎まねばならぬ。又時代に相應しないからというて自分勝手に法の價値を貶し、之に従はざることを當然なりとするやうな言動も全く之を避けねばならぬ。然るに世にはかやうな事柄を平氣で行ひ恬として恥ぢざるの徒の影を絶たないのは寔に遺憾の極みである。かかる徒輩は立憲自治の民たる資格に於いて根本的缺陷を有するものとして、極力擯斥すべきである。

法諺に『惡法もまた法なり』といふのがある。無條件には同意し得ないにしても、個人が不正の私利を圖つて法の不備を嗤ひ、自己の一存で法の惡性を決めて之を遵奉せぬ態度の法を冒瀆することの甚だしきものなることだけは、無條件に斷言することが出来る。法が既に不備とならば補正せられるであらうし、又既に之が惡法となれば改廢せられるであらう。現行のものである限りは、法には縱令完全無缺のものはないが、得ないにせよ、惡法と稱さるべき内容を有つものはないのである。國民たる者は『常ニ國憲ヲ重シ國法ニ遵ヒ』と仰せられた教育に關する勅語の聖旨を奉體し、擧拳服膺して以て淬勵の誠を輸さなければならぬ。

遵法の精神はギリシヤの聖哲ソクラテスの最後の話に其の龜鑒を見ることは人の良く知ると

ころであらう、尋常小學修身書卷四「第二十四・法令を重んぜよ」には次のやうに書かれてゐる。「昔キリシヤの大學者ソクラテスはいろ／＼國の爲に盡し、又若い人たちに正しい道を教へました。ところがソクラテスを憎む人々に訴へられて、とう／＼死刑を言渡されました。弟子のクリトンが獄へ面會に行き、「罪もないのに死ななければならぬ道理はありません。今獄を逃げ出す道があるからすぐお逃げなさい。」といつて、しきりにすすめました。ソクラテスは「自分は今まで國のために正しい道をふんで来たから、今になつてそれをやぶることは出来ない。國法にそむいて生きてゐるよりも、國法を守つて死んだ方がよい。」といつて、おちついてゐました。」と。此の「國法にそむいて生きてゐるよりも、國法を守つて死んだ方がよい。」といふ精神こそ、遵法の美德の極致として讚美さるべきであらう。

注意一 法の尊重を説くには、「約束を守らねばならぬ」といふことは、我々がとくに教へられ、常に實行してゐるところで、我々の社會共同生活上極めて大切なことである。故に法律では之に關する規定を設けて、其の實行を強制してゐる場合がたゞさんある。殊に約束は普通經濟上の問題に關して結ばれることが多いから、法律は主として此の關係に就いてくはしい規定をしてゐる。法律では約束のことを契約といひ、それを實行することを履行といひ、契約をする雙方の人々を契約當事者といふ。契約に就いて其の原則を規定してゐる法律は民法である。民法では、賣買・貸借・雇傭・請負等諸種の契約を規定してゐる。しかし契約はこれだけに限るわけではないから、民法以外の法律にも、其の他種々の契約が規定されてをり、又法律に規定が無くとも、我々は隨意な内容の契約を結ぶことが出来る。けれども法律が斯くの如く契約の自由を許すのは、畢竟共同生活の便益の爲であるから、公の秩序、善良の風俗に反するやうな契約は、效力を認められないのみならず、公益の爲には、契約の自由が制限されることも珍しくない。大正十二年九月 關東大震災後藥利取締令が出て、たとひ買手があつても、食料品・建築材料其の他を不當に高く賣つては

ならぬと禁止されたのは、其の一例である。契約には多くの場合證書が作られるが、證書は結局證據に過ぎないものであるから、證書の有無によつて履行の責任には變りがない。實買其の他多くの契約は、當事者雙方が義務を負つてゐるいはゆる雙務契約であるから、契約の各當事者は、自分の方の義務を履行しない中は、相手方の義務の履行を迫ることは出来ない。又契約を履行するには、其の文言通りにしたいといふだけでは不十分である。なるだけ相手方の迷惑にならないやうに、誠實信義の精神を以て履行せねばならぬ。例へば數量の多い貨物を任意な時に引渡すといふ契約をしたにしても、相手方の家に取込のあるものかまはず持込んだら、それは誠實信義を缺いた行爲である。此の點をよく理解して、互に相手方の利益を斟酌するやうにさへ心掛ければ、契約の締結にも無理がなく、其の履行も圓滑に行はれる。

斯くして一つ／＼の契約が圓滑に締結履行されることが積り積れば、やがて社會共同生活の圓滿をもたらす。約束を守ることは大切な道徳上の義務であり、大切な法律上の義務である。』(高等小學讀本卷一第八課・契約)の態度が重視されなくてはならぬ。

注意二 脱法行爲の惡むべきことに就いては、徹底して理解せしめて置かねばならぬ。之に就いては穂積重遠博士が、『どうか人々が充分に法律規定の眞精神を理解して、この脱法行爲なるものが行われぬ様になりたものである。脱法行爲は實に、正面から法律を破る違法行爲よりも更に惡むべき、法律に取つての獅子心中の蟲である。』(民法讀本一一一一一二頁)と説いて居られることは眞に我が意を得て居る。少しばかり法律を知るとそれを濫用して脱法行爲に出でやすい。公民科に於いては特に此の點に注意して、道徳を以て法の精神と關聯せしめるの用意を一刻も忘れてはならない。

注意三 遵法を以て何だが自由を束縛せられ、青年として將た又人間として意氣地がないやうに考へ、規則に外れた行爲に出ることを以て大人物であるかの如く夢想する徒輩があるが、かゝる徒輩に對しては、『世の中には、自由といふことを誤解してゐる者がある。即ち、吾等の日常生活は、國法によつて規律せられ、制限せられてゐるから、それだけ吾等の自由は制限されてゐるといふ考へである。然れども、吾等は、相互依存の爲に、そしてよりよく生きんが爲に、國家生活を營んでゐるものであるから、國家生活に絕對に必要な國法を遵守せねばならぬ。これを遵守しないといふことは、國家生活を否認することになる。人類の歴史に於

いて、國家生活の確立してゐない時代は、弱肉強食の時代であつて、そこには、自由は勿論、生命の安全さへも保障されてゐなかつたのである。故に、眞の自由は、國家の如き統制ある社會に於て、國法によつて規律されて秩序整然たる處にある。吾等は、國法の大體を知つて、これを遵守することによつて、より廣い自由を享受し、吾等の人格を完成し、理想を實現せねばならぬ。常に國憲を重んじ國法に遵ふことは、重要な國民道德である。(坂田・九一―九二頁)といふことをよくのみ込ませる必要がある。

参考一 ソクラテスの遺法

大聖「ソクラテス」の與へた最後の教訓は、實に國法の威嚴に關するものであつた。

今を去ること凡そ二千三百有餘年の昔、彼が單衣跣足の姿で、當時世界の文化の中心と稱せられて居つた「ギリシア」の「アテナ」の市中、群衆雜鬧の各處に現れて、其獨特の會話法に依つて自負心の強い市民を教訓指導し、就中好く青年輩の指導教訓に力を致したことは、甚だ顯著なる事實である。もとより「ソクラテス」自らは決して一世の指導者を以て敢へて自任して居た譯ではない。唯人々と共に眞善の何ものなるかを知らうと欲したのであつた。併しながら、彼の眞意を了解しない大多數の俗衆は、却つて、「ソクラテス」の爲めに、各自の自負心を傷けられたものと考へ、これが爲めに彼に對して怨を抱くこととなつたが、終に或機會を以て、彼は新宗教を輸入唱導して國教を顛覆し、且つ又た詭辯を弄して青年の思想を惑亂する者であると云ふ事を訴へることとなつた。

かくて「メレトス」や「アストス」などの詐言のために、とやかくといろいろ囁着された結果、種々の裁判の末に、我大聖「ソクラテス」は遂に死刑を宣告せられることとなつた。

さて、いよいよ死刑が執行されるといふ日の前日になつて、「ソクラテス」の門弟の一人なる「クリトーン」は「ソクラテス」に面會して、此不正なる刑罰を免れる爲めに脱獄を勸めようと思つて、早朝其獄舎に訪ねて來た。來て見た所が「ソクラテス」はさも心地好さうに安眠して居つたのである。「クリトーン」は、師が其死期の刻々近づきつゝあるにも拘らず、斯く平然自若たるを

見て如何にも感嘆の情を禁めることが出来なかつたが、やがて「ソクラテス」の眠より覺めるのを俟つて、脱獄を勸めた。

「クリトーン」は、裁判の不正なること、刑罰の不當なることを説いて、師が斯く生命を保ち得られる際に、自ら好んで身を死地に投じて之を放棄せられるのは、寧ろ悪事を敢へて爲さんとせられるものであつて、今甘んじて此刑に就くのは、是れ即ち敵人の奸計に黨するものであると謂はねばならぬと述べ、又た此際、妻や子供等を見捨てるのは、師が平素から、子供を教養することの出来ない者は子を設けてはならぬと云はれて居つた垂訓にも悖るものであり、又た此容易にして且つ危険のない脱獄を試みないのは、畢竟、善にして勇なる所業を爲さないものであるから、平生德義の貴ぶ可きことを唱導せられた師としては、甚だ不似合なことで、自分は、師の爲めにも、はた又た其友たる「クリトーン」自身の爲めにも、慚愧の念に堪へざる次第であると説き、尙ほその辭をつゞけて、

サア、どうぞ此處を能く能く御考へ下さいまし。否もう御熟考の時は已に過ぎ去つて居ります。――私どもは決心せねばなりません。――今の場合、私どもの爲す可きことは唯一つだけ、――而かも、それを今夜中に決行せねばなりません。――若し此機會を外したなら、それは、とても取り返しが付きませぬ。――サア、先生、「ソクラテス」先生、どうぞ私の勸告をお聞き入れ下さいまし。

情には脆く、心は激し易い「クリトーン」が、斯くも熱誠を籠めて、其恩師に對つて脱獄を勸めたのであつた。「ソクラテス」は、其間、心靜に、師を思ふ情の切なる此門弟子の熱心なる勸誘の言葉に耳を傾けて居つたが、やがて徐に口を開いて答へて云ふは、

親愛なる「クリトーン」よ、汝の熱心は、若し其れが正しいものならば、其價值は實に量る可からざるものである。が、然し、其れが若し不正なものであるならば、汝の熱心の大なるに隨つて、其危険も亦た甚だ大なるものではあるまいか。其れ故、余は先づ、汝の余に勸告する脱獄といふ事が、果して正しい事であるか、或は又た不正の事であるかを考へる必要がある。余は是れ迄、何時も熟考の上に、自分でこれが最善だと思つた道理以外のものには、何物にも従はなかつたものであるが、それを

今斯のやうな運命が俄に我が身に振りかゝつて来たからと言つて、自分の是れ迄主張して来た道理を今更投げ棄て、しまふことは決して出来るものではない。否、却つて余に取つては、是等の道理は恒に同一不易のものであるから、余の従前自ら主張し、尊重して居つたことは、今も尚ほ余の同じく主張し尊重するものであるのだ。

と述べ、尚ほ言葉をついで、

唯生活するのみが貴いのではない。善良なる生活を営むのが貴いのである。他人が己れに危害を加へたからとて、我れも亦た他人に危害を加へるなら、其れは、惡を以て惡に報いるもので、決して正義とは云へない。して見れば、今汝が云ふやうに、假令「アテネ」市民等が、余を不當に罰しようとも、我れは決して之に報いるに、害惡を以てすることは出来ないのである。

と云ひ、又た、

若し余が此牢屋を脱走せんとする際、法律及び國家が來つて、余に「ソクラテス」よ、汝は何を爲さんとして居るか。汝が今脱獄を試みようとするのは、即ち汝が其力の及ぶ限り法律及び全國家を破壊しようとするものではないか。凡そ其國家の法律の裁判に何等の威力もなく、また私人が是れを侮辱し、蹂躪するやうな國家が、而かも尚ほ好く國家として存在し、滅亡を免れることが出来るものであると汝は考へるか。問うたならば、「クリトーン」よ、我等は之に對して何と答ふ可きであるか。

と云ひ、尚ほ之に次いで、國家及び法律を擬人として問を設け、國法の重んずべきこと、又一私人の判断を以て之に違背するは、即ち國家の基礎を覆さんとするものであると云ふことを論じ、更に「クリトーン」に向つて、

我等は之に答へて、「然れども國家は已に不正なる裁判を爲して余を害したり」と答ふべきか。

と云ひ、「クリトーン」が、

勿論です。

と云つたのに對して、

然らば、若し法律が「ソクラテス」よ、是れ果して我等と汝と契約した所のものであるか。汝との契約は、如何なる裁判と雖

も國家が一度之を宣告した以上は、必ず之に服従す可しとの事ではなかつたか、と答へたならば如何に。

と云ひ、更に又た、假令惡しき法律にても、誤れる裁判にても、是れを改めざる以上は、之に違反するは、徳義上不正である所以の理を説破し、尚ほ進んで、

凡そ「アテネ」の法律は、苟くて「アテネ」人にして、これに對して不滿を拘く者あらば、其妻子眷族を伴うて、何處へなりともその意に任せて立去ることを許して居るではないか。今、汝は「アテネ」市の政治法律を熟知しながら、猶此地に留つて居るのは、即ち國法に服従を約したものであるか。かゝる默契を爲しながら一たび其國法の適用が、自己の不利益となつたからと云つて、直に之を破らうとするのは、抑も不正の企ではあるまいか。汝は深くこの「アテネ」市を愛するが爲めに、是れ迄この土地を距れたこととは、唯一度「イストモス」の名高き競技を見るために「アテネ」市を去つたのと、戰爭の爲めに他國へ出征したこととの外には、國境の外へは一足も踏み出したことはなく、彼の跛者や盲人の如き不具者よりも尚ほ他國へ赴いたことが少なかつたのではないか。此の如きは、是れ即ち「アテネ」市の法律との契約に満足して居つたことを、明に立證するものではあるまいか。且つ又た此契約たるや、決して他より壓制せられたり、欺かれたり、又は急遽の間に結んだものではないのであつて、若し汝がこの國法を嫌ひ、或はこの契約を不正と思ふたならば、この「アテネ」市を去る爲めには、既に七十年の長年月があつたではないか。それにも拘らず、今更國法を破らうとするのは、是れ即ち當初の默契に背反するものではないか。

と云うて、縷々自己の所信を述べ、故に斯かる契約を無視すれば、正義を如何にせん、天下後世の讒者の嗤笑を如何にせん。若し「クリトーン」の勸告に従つて脱獄するやうなことがあれば、是れ即ち惡例を後進者に遺すものであつて、却つて彼は青年の思想を惑亂する者であると云ふ誹毀者等の僞訴の眞實であることを自ら進んで表白し、證明するやうなものではないかと云ひ、更に正義を忘れて予を思ふこと勿れ。正義を後にして生命を先にすること勿れ。正義を輕んじて何事をも重んずること勿れ。

と説き滔々數千言を費して、丁寧親切に「クリトーン」に對つて、正義の重んずべきこと、法律の破る可からざることを語り、よ

りて以て脱獄の非を教へ諭したので、流石の「タリトーン」も終に辭なくして、この大聖の清説に服してしまつたのである。（續
積陳重博士・法窓夜話、一三—二三頁）

參考二 法律に對する道德の優位

法律を以て主權者の命令（又は禁令）であるとする者が、我が國においては常識的に行はれて居る。かゝる考へ方は、英米法學の傳統思想であつて、そのことは、近代英國法學の父 Blackstone が、Municipal law is properly defined to be "a rule of civil conduct prescribed by the supreme power in a state, commanding what is right and prohibiting what is wrong." と彼の不朽の名著 Commentaries on the Laws of England I. 1765 において述べて居ることによつても知られ得るであらう。しかし、法律の命題化された法規が命令と禁令とだけに止まらぬことは人のよく知るところである。

例へば、高等小學讀本卷四第十八課「道德と法律」においても、「法律の命ずる所は之を行はねばならず、法律の禁ずる所は決して之を行つてはならぬ。」といつて、法律の内容が命令と禁令とであることを卒直に認めて居る。尤も、禁令は不作爲を命ずることには外ならぬから、之を命令と見ることの能きことはいふまでもない。さて、かやうに説いて居る讀本は、その同じ課で、「債權者に對して、債務者が約束の期限になつて其の債務を果さない場合には、法律は、之を訴へ、財産差押の處分を請求する權利を與へてゐる。」と説いて居るが、これは果して法律の命令に基く結果であらうか。若し然りとすれば、「法律を遵奉する」といふことは、國民の重大な義務であつて、法律の命ずる所は道德も亦之を命じ、法律の禁ずる所は道德も亦之を禁ずるのは、いふまでもないことである。」と斷言しながら、「道德上からいへば、少しも債務者の事情を察せず、法律の與へた權利だからといつて、むやみに之を行使するやうなことは、人情にもとるものとして、甚だしく擯斥せられるであらう。さればたとひ法律は許しても、道德は必ずしも之を許さないことがある。」と説いて居ることは、何だか辻褃が合はぬやうに感ぜられる。

しかし右の疑問は、法規には命令法規の外に許與法規のあることを知るならば、容易に氷解し得るところのものである。さきに

述べた財産差押處分の請求をなし得ることは、決して法律の命令ではなく、たゞ法律の許與たるに過ぎぬ。而も法律は、かゝる許與とともに、「債權者カ債務者ニ對シテ債務ヲ免除スル意思ヲ表示シタルトキハ其債權ハ消滅ス」（民法第五百十九條）と規定して、債務を免除してもいいといふ許與をも認めて居るのである。即ち、法律は差押をも命ぜず、免除をも命ぜず、その孰れの道を選ぶやを、偏へに債權者の人格にかからしめて居るのである。成る程、法律には、道德上では許し得ぬやうな苛刻なことが行はれ得る餘地はある、しかしこれは、法律が公正を本位とし、國民民福の増進と、社會公共の安寧秩序の保持とを中心任務として定められて居る特質から由來するものであつて、いはゞ、法律の美點長所の陰影に外ならない。而もこの陰影を濃くしないやうに注意することを怠つて居ない。

民事訴訟法第五十條は、「左ニ掲クル物ハ之ヲ差押フルコトヲ得ス」と規定して、不可差押物件を列挙して居る。

- 第一 衣服、寢具、家具及ヒ厨具但此物カ債務者及ヒ其家族ノ爲メ缺ク可カラサルトキニ限ル
- 第二 債務者及ヒ其家族ニ必要ナル一ヶ月間ノ食料及ヒ薪炭
- 第三 技術者、職工、勞役者及ヒ穩婆ニ在テハ其營業上缺クヘカサル物
- 第四 農業者ニ在テハ其農業上缺ク可カラサル農具、家畜、肥料及ヒ次ノ收穫マテ農業ヲ續行スル爲メ缺ク可カラサル農産物
- 第五 文武ノ官吏、神職、僧侶、公立私立ノ教育場教師、辯護士、公證人及ヒ醫師ニ在テハ其職業ヲ執行スル爲メ缺ク可カラサル物並ニ身分相當ノ衣服
- 第六 文武ノ官吏、神職、僧侶及ヒ公立私立ノ教育場教師ニ在テハ第六百十八條ニ規定スル職務上ノ收入又ハ恩給ノ差押ヲ受ケサル金額但差押ヨリ次期ノ俸給又ハ恩給ノ支拂マテノ日數ニ應シテ之ヲ計算ス
- 第七 藥舖ニ在テハ調藥ヲ爲ス爲メ缺ク可カラサル器具及ヒ藥品
- 第八 勳章及ヒ名譽ノ證標
- 第九 實印其他職業ニ必要ナル印

第十 神體、佛像其他禮拜ノ用ニ供スル物

第十一 系譜

第十二 債務者又ハ其家族ノ未タ公ニセサル發明ニ關スル物及ヒ債務者又ハ其家族ノ未タ公ニセサル著述ノ稿本

第十三 債務者及ヒ其家族カ學校ニ於テ使用ニ供スル書籍

最後に注意すべき一項が附せられて居る。曰く、「然レトモ債務者ノ承諾アルトキハ第三號乃至第八號ニ掲ケタル物ヲ除ク外之ヲ差押フルコトヲ得」と。

また、差押ふべからざる債權については民事訴訟法第六百十八條は、

第一 法律上ノ養料

第二 債務者カ義捐建設所ヨリ又ハ第三者ノ慈惠ニ因リ受クル繼續ノ收入但債務者及ヒ其家族ノ生活ノ爲メ必要ナルトキニ限ル

第三 下士、兵卒ノ給料並ニ恩給及ヒ其遺族ノ扶助料

第四 出陣ノ軍隊又ハ役務ニ服シタル軍艦ノ乗組員ニ屬スル軍人、軍屬ノ職務上ノ收入

第五 文武ノ官吏、神職、僧侶及ヒ公立私立ノ教育場教師ノ職務上ノ收入、恩給及ヒ其遺族ノ扶助料

第六 職工、勞役者又ハ雇人カ其勞力又ハ役務ノ爲ニ受クル報酬

と規定し、「第一號、第五號、第六號ノ場合ニ於テ職務上ノ收入、恩給其他ノ收入カ一年間ニ三百圓ヲ超過スルトキハ其超過額ノ半額ヲ差押フルコトヲ得」と附加して居るが、恩給に關しては、恩給法第十一條第二項において「恩給ヲ受クルノ權利ハ之ヲ差押フルコトヲ得ス」と改めて居る。

以上述べたことからしても知られる如く、弱者を保護するについて、法律は必ずしも無關心ではない。されば、法律の隙をねらつて脱法行爲を敢てし、法律の許與するところのものを濫用するが如きは、その罪法律の缺陷に存するが如く見えるけれども、實は、行爲者の下劣なる品性に原由するのである。社會團體の幸福と安寧とは、法律の整備を前提とはするけれども、法律の精神を

活用する公民の道徳性の如何によつて左右せられる。法三章を理想とすることは昔の夢でしかあり得ないが、法律に對する道徳の優位を許すことによつてのみ、社會國家の健全なる發達が期待せられる。

二

法律即命令と考ふべからざることについては既に指摘したが、その命令たる場合には、道徳上の命令をその儘法律上の命令として居るのが常である。この點より見て、「道徳に比べると、其の範圍は遙かに狭い。」といふ讀本の説明は正當であり、また Gehe Jellinek の所謂 *das ethische Minimum* (倫理的最低限) が妥當する。而して、或る行爲を法律上命令すべきか、道徳上の命令として止むべきかを決定するものは、これまた道徳である。道徳上から觀て、行爲者の良心に拘らず強行する必要ありとする種類の行爲を法律上の命令にまで高めるのであるから、法律上の命令となつて居る命令は、社會生活上重要な意義を有するものと考へて然るべきである。この點に即していへば、法律を以て *das ethische Maximum* (倫理的最高限) としうた *Gustav Schmoller* の提説が首肯能きと思ふ。國憲を重んじ國法に遵ふことが、道徳上の命令として與へられて居ることは、これに基づく。

命令によつて課せられるものは義務であるが、義務をその純粹の形態で眺めるならば *Kant* の所謂 *kategorischer Imperativ* にいふ如く、無條件的であつて、而もそれ自體が目的でなければならぬ。かやうな義務のために義務を行ふ立場では、義務履行の向ける相手方は、詰るところ自分であつて、他人を豫想する必要なく、他人を豫想するとしても、その他人が義務を履行せしめる權利を有つて居ると考へる餘地はない。随つて、忠實なる義務の履行者にとつては、既に法律上の命令となつて居る命令に服従する場合でも、毫しも法律の強制とか拘束とかを意識しないであらう。かの *For the upright there are no laws.* (正直者に法なし) といふ法諺は、かく解してはじめて眞意を得るのである。

右述べたやうな純な氣持で納税の義務を爲して居る者の租税が法律上有效であると同じく、財産を差押へられることが恐ろしくて嫌々ながら納税する者の租税も亦法律上有效であり、兩者の間に何等の區別もない。これが法律と道徳との大いに異なる一點であり、行爲者の心情を問題にしない法律上の命令が、一般に低く評價される理由を形成して居る。しかし、法律上の命令も本質的に

は道徳上の命令に外ならぬから、行爲者の徳性を涵養することによつて、外部的な強制に脅かされることなしに、心からなる義務履行に精進せしめることが能きるのである。ここでも亦法律に對する道徳の優位が發言の權利を有つのであるが、それとともに、法律上の命令であるといふことだけで、之を低次のものと頭から決めて了ふ態度を拒否したいと思ふ。

三

法律の許與によつて人は權利を有つ。法律は、社會の國家の統一發展と直接何等か交渉關係ある限りにおいてのみ、人に權利を許與するものであるから、茶代請求といふが如き、社會國家の統一發展と直接に何等交渉關係なしと考へられる場合には、之を權利として許與しないのである。しかし、社會國家の統一發展と甚だ密接な關係に立てる生活關係でも、必ずしも常にそこに權利の許與を見るときは、本質上權利許與が不可能な場合は勿論、可能ではあるが、權利の許與が反つて社會國家の統一發展を阻害すと考へられる場合にも、權利の許與を差控へて居る。その後者に屬するものとしては、親が子に對して親孝行を請求し得る權利を許與へて居ないことを擧ぐべきであらう。子が親に孝行を爲すことは、義務として社會國家の統一發展に直接緊密の關係に立つものであるが、親をして法律上之を請求するを得しめることは、親の人格を傷ける結果に終るべきことを懼れるが故に親に、向つて孝行請求權を許與しないのである。されば、「法律は許しても、道徳は必ずしも之を許さないことがある。」と、ともに、道徳上では許して居ても、之を法律上では許す譯に行かぬ重要な行爲のあることも心得て居なければならぬ。而して、かゝる場合の選擇原理も亦、法律に非ずして道徳なのである。

法律上の命令と許與とが融合してあらはれる場合がある。かゝる場合には、許與せられたる權利を主張することが課せられた義務の履行であり、義務の遂行を容易ならしめんがために、權利が許與せられて居るのである。Rudolf Shering の所謂 Kampf um Recht (權利のために戦ふ) といふことは、この意味において正當であり、その適例を參政權とか親權とかにおいて之を見る。

フランスの尋常小學修身教科書 (Ferdinand Buisson Leçons de Morale à l'usage de l'Enseignement primaire) には、卒直に、憲法、納税、義務教育、兵役の諸義務と並べて、投票の義務 (Devoir de voter) を擧げて居る。我が尋常小學修身書卷六も

第二十課「國民の務(其の三)」において、選舉權を説いて居る。國民の務として兵役、納税と併せて選舉權を取上げて居るところから推して、之を義務と見て居ることは明かである。「候補者の中から、性行が善良であり、りつばな考へをもつてゐる人を選擧しなければなりません。自分だけの利益のために投票し、又は他人に強ひられて適任者と思はない人に投票してはなりません。また理由もないのに、自分の選舉權を棄てて投票しないのは、自分のすべきことを怠つて自分を輕んずる行です。」といふやうな重要な義務は、秘密投票といふが如き内容の權利を許與するによつて完全に行はるべきことを思念して、選舉權として居るものなることを忘れてはならぬ。因みに、右の課においては、政黨について抄しも觸れて居ないが、高等小學修身書卷二十九課「國憲國法(其の三)」では、「帝國議會の議員を選擧するには、選舉人は國を思ふ眞心から自分が適任者と信する者を選ばなければならない。それ故、深く注意して豫め候補者の性行や意見を知らることが大切である。又今日の政治は、政治上の意見を同じくしてゐる者が集まつて組織する政黨によつて國民の意見が代表されることが多いから、候補者がどんな政黨に屬してゐるかを知ることが必要である。」と注意して居る。政黨否認は文部省の態度ではない。

親權は、「われに親たるの義務を盡さしめよ」と要求する權利であり、子の身體、精神並に徳性を立派に育て上げることを妨げる諸事情を、敢然として拒斥し得るために許與せられた權利である。子を支配し、子を所有物視することを許與されて居るものではない。私の見るところに於いては、我が國では、子として親に孝なれと訓ふること、その幾様なるを知らぬに反し、親として子に對して如何に接すべきかが説かれること殆ど絶無といつてよい程であるが、これは公民教育上洵に遺憾のことといはねばならぬ。最近、兩親再教育論の擡頭して來たこと、また故なしとしない。

財産權の領域においては、選舉權や親權ほど明瞭に、義務遂行の手段として權利が許與せられて居ると見得るものはないにしても、フランスで諺のやうに喧傳されて居る *richesse oblige* (富は債務を生ず) や、ドイツ憲法第五百三十三條第三項の *Pflichter* (所有權は義務付けられる) などは、財産權の許與が、社會國家の福利の増進と文化の向上とに仕へしめんがためのものであることを端的に表明して居るといひ得ないであらうか。

人は権利の上に眠つてはならぬ、権利の上に眠ることは、やがて、人間としての義務を怠ることとなるからである。人間義務を盡すことを忘れた徒らなる権利の行使は、権利の濫用であつて法律の許與するところのものでは、斷じてないのである。我が民法第八百九十六條が、「父又ハ母カ親權ヲ濫用シ又ハ著シク不行跡ナルトキハ裁判所ハ子ノ親族又ハ檢事ノ請求ニ因リ其親權ノ喪失ヲ宣告スルコトヲ得」というて、権利の濫用を親權について規定したことに深き興味を覺えるが、権利の濫用は何も親權に限つたこととはなく、スキス民法第二條に「權利ノ明ラカナル濫用ハ法律ノ保護ヲ受ケズ」とある如く、權利一般についていひ得ることなのである。権利の濫用といふことが法律上重要視されて來たところに、法律に對する道德の優位の一面を明かに觀取する。

四

しかし、法律に對する道德の優位の全貌は、之を「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」といふ民法第九十條において見る。高等小學讀本卷一第八課「契約」は、この原則を「法律が契約の自由を許すのは、畢竟共同生活の便益の爲であるから、公の秩序、善良の風俗に反するやうな契約は、效力を認められないのみならず、公益の爲には、契約の自由が制限されることも珍しくない。大正十二年九月の關東大震災後暴利取締令が出て、たとひ買手があつても、食料品・建築材料其の他を不當に高く賣つてはならぬと禁止されたのは、其の一例である。」と説いて居るが、簡にして要を得て居る。公の秩序、善良の風俗、略して公序良俗の何たるかに關しては、學者の見解必ずしも一致を見て居ないが、道德的者を指稱するものとするにについては、争はれて居ない。

公序良俗の範圍においてのみその存在を認められる契約は、またその履行に當つては、誠實信義 (Treu und Glauben) を貫かねばならぬ。讀本は、「契約を履行するには、其の文言通りにしたといふだけでは不十分である。なるだけ相手方の迷惑にならないやうに、誠實信義の精神を以て履行せねばならぬ。例へば數量の多い貨物を任意な時に引渡すといふ契約をしたにしても、相手方の家に取込のあるのかまはず持込んだら、それは誠實信義を缺いた行爲である。此の點をよく理解して、互に相手方の利益を斟酌するやうにさへ心掛ければ、契約の締結にも無理がなく、其の履行も圓滑に行はれる。斯くして一つ一つの契約が圓滿に締結履行

されることが積り積れば、やがて社會共同生活の圓滿をもたらす。約束を守るとは大切な道德上の義務であり、大切な法律上の義務である。」と懇切に説いて居る。しかし、これは義務の履行が誠實信義の精神に基いてなされねばならぬことのみを説いて、権利の行使もまた誠實信義の精神によつて動機付けらるべきものなることを閉却して居る。スキス民法では、明瞭に、権利の行使及び義務の履行は誠實信義の精神に従つてなすべきものなることを、その第二條に規定して居る。誠實信義の精神に背いた権利行使が、権利の濫用として法律の世界から追放せらるべしとする事實は、法律に對する道德の優位を物語るものでなくて何であらうか。

理義明白とか秋霜烈日とかいふことが、法律上の争議を解決する根本的態度とされて居るが、それとともに、歩み寄りとか笑つて手を打つとかいふことも、昔から尊重されて居り、特に最近にいたつて、後者の態度がその重要性を増して來た。裁判より調停への傾向が、明かに之を物語つて居る。大正十一年十月一日から實施せられた「借地借家調停法」を皮切りとして、「小作調停法」が同十三年十二月一日から、「勞働争議調停法」が同十五年七月一日から、「商事調停法」が同十五年十一月一日から、それぞれ實施せられ、最近には、誠實なる債務者の自力更生に一臂の力を假す目的を以て、金錢債務臨時調停法が制定せられ、世人の大なる期待裡に、去る十月一日から施行せられた。調停では、裁判の如き論理の透徹を期することは能きないが、その論理で割り切れぬところに人間味が横溢して居る。道德の優位の實踐的顯現である。

五

以上、私は覺え書的に法律に對する道德の優位を述べ立てたが、茲に所謂道德とは何ぞやといふことの解明が、根本的課題として残されて居る。いま私はこれに關する卑見を世に問ふ餘裕を有たぬから、ここでは省略に従はねばならぬが、次のことだけは言つて置きたいと思ふ。

藝術が美學でないやうに、宗教が宗教學でないやうに、道德は倫理學ではない。道と道を實踐することによつて得られる徳とを融合混一態において把握するところに道德が成立つ。道德はどこまでも實踐である。理論と組織とに没頭して、實踐と信念とから見離されて居るやうなものに、道德としての *raison d'être* を與へる譯には行かぬのである。

最後に残された問題は、道とは何ぞやといふことであらう。道とは人の道であり、人とは人間である社會人である。Unus homo, nullus homo といはれて居るやうに、社會人ならぬ孤立人は、單に空想的存在でしかあり得ない、といふことを出發點とする道である。複雑分化せる社會機構に無關心なる道ではなくて、之を自己藥劑中のものとする道でなければならぬ。

法律に對する道徳の優位は、上から法律に君臨する道徳の優位ではなく、下から法律を滲透する道徳の優位である。されば、道徳の優位の名に囚はれて、法律を輕視することは、沙汰の限りとして、嚴に之を慎まねばならぬ。(廣瀨嘉雄・道徳教育創刊號所載)

第四節 法と道徳

一國文化の程度は其の國民が國法を守る精神の厚薄に依つて測ることが出來ると謂はれてゐるが、人の社會生活に於て守らねばならぬのは營に法規範のみではなく、慣習・宗教・道徳等の規範も亦之を尊重しなければならぬ。法規範の遵守に於て缺くるところなくとも、上記の社會的規範の尊重に於て充分ならざるところある人々の社會生活は、決して圓滿なる發達を望み得ないものである。

先づ慣習に就いて觀察して見よう。慣習は人の社會生活の現實から自然に發生したものであつて最も事實的に我々の生活を拘束するものである。隨つて慣習は國に依り地方に依つて相異なるものであり、又其の中には法や道徳の立場から見れば排斥されるべきものもあるであらう。勿論斯かる不法・不道徳なる慣習は之に従ふの要を見ないけれども、さうでない限りは之に服従して行動することが望ましいことである。「郷に入つては郷に従へ」といふ格言は無條件には承認出來

ないとしても、徒らに新を追ひ時代の尖端を行かうとする仕方の、社會の批難・嘲笑・擯斥・疎外等を招くのみならず、共同生活の間に存立する事實的秩序を紊亂するものであることだけは斷言出來る。妹に社交上の禮儀作法に於てこのことは考へられねばならぬ。高小修身書卷一(女生用)第十九課は、「祭祀・婚禮・葬儀等は大切な儀式であるから、それに列席する者は言語舉動を慎み、服裝等にも注意して、禮儀の本旨を失はないやうにしなければならぬ。人から招待を受けたり又は集會に出ることを約束したりした場合には、其の時刻を正確に守るべきである。言葉を慎むことは男女共に大切であるが、女子は殊更に氣を附けなければならぬ。荒々しい言葉をつかひ、言はないでもよい事に差出口をし、眞面目であるべき時にしようだんを言ふなどは、女子の品位を傷つけるものである。又他人の髪や衣服などを見て批評・非難したり、集會の席上で人と耳語したりするなどは女子の最も慎むべきことである。一般に多辯はともすれば女子の陥りやすい弊であるから注意しなければならぬ。又女子は起居動作のしとやかであることが大切である。髪結び方、衣服の着方が整つて亂れず、戸障子の開閉や器物の取扱がもの靜かで荒々しくなく、人との應接に愛嬌があつてしかもつまましいのは女子に必要なたしなみである。」といひ、「禮儀を重んずるのは、又他人の人格を重んずるわけである。自分勝手のことをしたり、高慢な振舞をすれば、人の感情を害し、延いては社會の平和をも損ふやうになる。人々が常に禮儀を守つて自己の品位を保つと共に、他人の人格を重んずれば、社會の風儀も隨つて善くなり、秩序も正しく保たれて、社會の品位がおのづから高くなる。一國の文明の程度も、其の國民の禮儀を重んずる程度によつて判斷せられる場合が多い。我等が禮儀を守るのは、大にしては社會の品位、國家の體面を保つことになるのである。

る。」と説いておる。

人はパンのみにて生きる能はず、精神の糧として宗教を必要とする所以は既に上巻に於て詳しく之を説いたが、社會生活が圓滿なる發達を遂げんにも人々が正しい信仰を持ち其の律法の下に嚴肅なる生活を送るの態度を有することが必要であること言ふ迄もない。殊に近時の如く輕佻、詭激の行動に出づる者が多く、爲めに社會の平安が脅かされること屢々なる時世に於ては、此の必要を病切に感ずる次第である。

慣習・宗教の規範の尊重が社會生活の圓滿向上の爲めに必要なことは上述の如くであるが、之等の規範に増して必要不可欠のものは道德的規範の實踐である。由來法は人間の行動を外部的に規律するに過ぎぬに反し、道德は人間の内心の動機にまで立ち入つて之を規律するものである。成程法と雖も全然人間の外部的行動を規律するのみに止らず例へば民事上の責任を課するのみに責任能力故意過失等を要求し、又刑法は犯罪人の内心の動機如何に従つて情狀を酌量する如く、内心の状態をも考慮に容れる場合が多いものではあるけれども、しかし此の法の外部性は原則として之を認めざるを得ないのである。更に法は國家の權力を基礎とする強制力を伴うて行はれるに反し、道德は人の良心の命ずるところに従つて自律的に行はれるのが常態である。されば同じく人の行爲を律する社會的規範ではあるが、其の性質に於ては、道德は一般に法に優るものがありと言はなければならぬ。なんとすれば自律的行爲は他律的行爲よりも高く評價されるものだからである。しかしながら法の命ずる義務を己が良心の命ずる本務として之を行ふことは勿論可能である。かゝる立場に於ては法上の義務を負ふ者も少しも外部的な強制力を感じず心行くま

でに義務を履行するであらう。法の尊重はここまで來て其の有終の美を發揮するのである。

注意一 法と道德との關係を説いて頗る平明なるものに、高等小學讀本卷四第十八課道德と法律がある。「法律を遵奉するといふことは國民の重大な義務であつて、法律の命ずる所は道德も亦之を命じ、法律の禁ずる所は道德も亦之を禁ずるのは、いふまでもないことである。しかし法律は唯國民福利を増進し、社會公共の安寧秩序を保持するがために、國家が權力を以て定めたものであつて、道德に比べると、其の範圍は遙かに狭い。」

餘財の有る者が、公共の爲に應分の義捐をするといふやうなことは、法律が命ずる事ではないが、道德は善事として之を奨勵する。集會・訪問等に約束の時刻を違へるやうなことは、道德上からいへば、非難すべき事であるが、法律は禁じない。是等は唯其の一例に過ぎないけれども、我々の日常の行爲は、法律の支配によるものよりも、道德心の發動によるものの方が多い。されば唯法律の命ずる所を行ひ、法律の禁ずる所を行はないだけでよいといふことの出来ないのは、明らかである。律權者に對して、債務者が約束の期限になつて其の債務を果さない場合には、法律は、之を法廷に訴へ、財産差押の處分を請求する權利を與へてゐる。けれども道德上からいへば、少しも債務者の事情を察せず、法律の與へた權利だからといつて、むやみに之を行使するやうなことは、人情にもとるものとして甚だしく擯斥せられるであらう。さればたとへ法律は許しても、道德は必ずしも之を許さないことがある。法律上有する權利はあくまで之を主張し、他人の自分に對する義務はあくまで之を強要して、道德に背かないものと思ふならば、それは非常な誤である。さればとて、其の權利に對する義務を有するものは、固より之を果さなければならぬ。之を怠るのことは道德も許す所でない。道德は必ずしも法律の與へた權利の行使を許さないが、法律の命じた義務は必ず之を果すことを命ずるものと思はなければならぬ。

之を要するに、法律の命ずる所は必ず之を行はなければならず、法律の禁ずる所は決して之を行つてはならぬ。法律の禁じない事でも、之を行ふべきや否やは、更に道德上の考量を要する。又法律は人間の爲すべき行爲の一部を示すものに過ぎないから、人

間の爲すべき事は、法律の規定せる以外に多々あることを知らなければならぬ。』といふのがその全文である。

注意二 法律を以て道徳の最低限であるとする思想は、イエリネクに出づるのであるが、今では通説となつてゐる。されば殆んど凡ての教科書もこの態度を持してゐる。例へば、『法も道徳も共に人の行爲を規律するものであるが、そこに差異がある。法は人の外部的行爲を律するが、道徳は内部的の心を規律する。又法が特に國家といふ強大な権力の下に制裁力を有して強制的に行はれ且違法を禁止するに對し、道徳は各人の良心に訴へて守らしめ社會的制裁力に代るに止るものである。法は權利義務に立脚し人間行爲の一部を律するに反し、道徳は善惡の判断を標準とし人間行爲の全般に亘る。斯く法は範圍が狭小で最低限度の規範を示すものであるから、法に従ふも必ずしも道徳行爲とならず、時に非道のことすらある。』(河津・九一―九二頁)といふが如きはその適例である。然し人の社會生活に於いて、どうあつても遵守せしめねばならぬ規範は之を法律にまで高めて強制せねばならぬ。この點を重視すれば法は道徳の最高限を示すものといはねばならぬ。この法の社會生活に於ける高次性を説いて居る教科書の殆んど見當らぬことは残念至極である。余は、『淵源に溯れば、法は道徳から派生したものであるから、法規範の大部分は、之を道徳規範から承けてゐる。しかし國家が法規範とするために探るところの道徳規範は、人の共同生活の維持のために、必要缺くべからざるものに限るから、道徳規範の全部には及ばない。随つて、その範圍についていへば、法規範は、道徳規範よりも遙かに狭く、法は道徳の最低限に過ぎない。しかし、その社會生活上の意味からすれば、法規範の遵守は、之を個人の良心の採擇に放任しておけないものであるから、法は道徳の最高限であるといはねばならぬ。國民は、外、違法の臣ならず、内、背徳の民たらざるやう、努むべきである。』(廣瀨・六九頁)と簡單ではあるが、注意して置いた。國憲に遵ひ國法を重んずることが、道徳である限り、道徳の最高限として法が把握せられて居ることは、論ずるまでもあるまい。道徳と法律との關係を、『かく道徳と法律とは、いろいろの點で異なつてゐるが、法律の及ばない範圍は、道徳を以て補ひ、道徳の效力の弱いところは、法律を以て補つて、共に國家共同生活の秩序を維持し、國民全體の幸福を増進することが出来るのである。』(坂田・一〇〇頁)と要約することは、常識的であつてなかなか面白い。

參考一 注は倫理の最低限なり

社會の存在及び發展の諸條件から流出し而かも其の實現の爲に人間の意志に向ふやうな規範をば、我々は倫理的者の客觀的内容として認識した。故に或る歴史的に決定された社會状態に於て其の遵奉が此の社會状態の持續的存立を可能ならしめるやうな規範を尋ね求めるならば我々は其の社會の法を獲るのである。法は倫理の最低限に他ならぬものである。(Das Recht ist nichts anders, als das ethische Minimum.) 法は客觀的には社會の存立條件であり、之が人間の意志に依繋してゐる點で倫理的規範の最低限の存在であるが、主觀的には法は社會構成員が要求せられる道徳的な生活及び意向の最低限たるものである。

私は或る歴史的に決定された状態の存立條件に就いて云ふてゐるのである。何者法は種々なる社會状態の夫々の存立條件に應じて歴史的に變化するものであるからである。それが遵奉せられないと人間の社會構成の最も原始的な形式の實現さへも考へ得られないやうな僅かの規範だけが、永劫の絶對法として現れ得るに過ぎないものであらう。個人間の社會的關係の種類及び形式が複雑且廣汎になればなる程、又個人及び全體が社會に據つて到達しようとする目的が多數に且強烈になればなる程、斯かる複雑な全體が支障無く存続し得る爲の意志に向ふ條件の數は益々大となつて来る。斯るが故に孰れの社會状態も其の固有の法を有するのであり、斯るが故に法は歴史的にも國民的にも必然に相異なるのである。凡ゆる法に共通なものは、其の保守的性質と其の倫理的者に對して有する釣合とに過ぎない。斯かる見解に従へば法は全體に對する部分のやうな建物に對する土臺のやうな關係を有するものである。

法には或る一定の社會状態を保持しようとする目的が内在してゐる、即ち法は人間の行動に關して命令したり禁止したりする規範に依つて、此の社會状態が支障無く存立する爲に必要な善を保護するものである、といふ命題は、殆んど嚴密な證明を要しない命題である。實に此の命題は如何なる社會状態の規範を任意に採つても確められるものであらうし、又斯かる規範を意識に驅り登せたところの目的は、假令其の手段が從來は未だ極めて不適當であつたことが多かつたとは云へ、且又假令其の善が個人的・非社會的價值にのみとり憑かれてゐるとは云へ、善といふものを保持しようとする表出せる又は内藏せる意圖であつたことが常に

見出されるであらう。專制君主が其の殘忍な性情から生れた恐怖すべき命令を發したり、迷信深き且寛度無き民族が魔法や邪教を死を以て脅威したり、又近代文明國が學校・鐵道・銀行等の組織に關して精細なる規定を制定したりなどするものも、渺くとも法を制定する權力の所見に従つて、假令其等が專擅なる恣意・信仰の統一・生命財産・教育・取引の安全等であれ何であれ、兎に角價値あり又は價値ありと考へられた物體の保存といふことが常に眼目になつてゐるのである。従つて社會倫理にとつては法は之を保存する契機として或る一定の社會狀態に於ける規範の最低限を成すもの、即ち斯かる社會狀態の不變の存立を確保するやうな規範を包括するものである。

倫理の最低限としての法の道徳的性質は、十戒及び佛教徒の五大戒律に現れてゐるやうな太古の道徳律の中に最も明瞭に表れてゐる。近代文明民族の倫理的諸概念の根幹を成してゐる之等の諸戒律から人間の神に對する態度に關する戒律を除けば、我々は其の中に主として、幾分開化したに過ぎない各民族の法的秩序の基礎を成してゐる諸々の根本規範を見出すのである。即ち『父母を敬へ』とか『人を殺す勿れ、盜む勿れ、姦淫する勿れ、僞の證言を爲す勿れ』等。斯くして民族の神聖や人格・財産・夫婦・隣人の言の信頼に基く道徳的並びに物質的交渉等の不可侵性が之等の戒律によつて防護され且保持せられたのである。衆生の總てが遵奉しなければならぬ佛敎の戒律も亦同様に、生物を殺す勿れ、盜む勿れ、不義を爲す勿れ、僞言を吐く勿れ、と命じてゐる。之等の根本戒律は際限無き利己的衝動を抑へて、之が一般に必要な社會的施設や財貨を危險に瀕せしめざる限度に止まらしむるのである。民族の文化の發展が進めば進む程、全體並びに部分の存続に必要な規範の数は益々大となり、従つて法の道徳的基礎は益々廣汎になつて來るであらう。

茲に設定された法の定義は古來の幾多の異論に對抗するものである。以下其の最も重要なものに觸れて見よう。

之には就中第十八世紀の初頭に現れた、法と道徳との關係に就いての學說、即ち之に依ると、法は一般的效力を有する規律に従ふ人間相互の外部的舉動に根差すものに過ぎないが、道徳は道徳的原理の内部的並びに外部的實現に基くものである、とする學說がある。之は久しい間絶對的支配を爲してゐた、而かも今日に至つても尙克服された學說の中には算入し得ないやうな學說であ

る。此の學說はイギリスやフランスに啓蒙時代を招來したやうに其の根源を社會の原子論的解釋に有するものである。此の見解に依ると社會は自然必然的なものではなくて、個々人の自由意志に基くものである、即ち各個人が其の共同團體の存立に必要な可からざる限りに於て爲し又は爲さざることを約す契約こそ社會の基礎たるものである。個人の凡ゆる自由發展を抑壓する國家及び其の支配者の權力に對して此の思想が壯烈なる闘争を行つた時は、社會的結合の創成に關しては斯かる反射する意識は極めて些々たる寄與をしか爲すに過ぎないものであることが認識されるには至らなかつたのである。宗教・國家及び歴史の諸領域に於ける一切の事象を個々人の目的意識的活動に歸せしめようとし、個人を智及び意無きものとして規定するやうな諸々の力に就いては毫も豫想するところ無き此の非歴史的合理主義は、社會の歴史的發展段階には最早適合しなくなつた秩序に對して個人が敢行せねばならなかつた強力なる彼の反動に深く依繋するものである。個人が權力に對して其の獨立性を主張せねばならなかつた時、支配者達は個人も自分達と同様に國家的社會によつて要求せられる目的の一つであることを憶ひ起さねばならなかつたのである。良心の壓迫された時代即ち思想を拘束することが絶えず繰り返された時代に於ては、人は其の内界を鎖して外界から内界への絶對的要求をば根據無きものとして説明せねばならなかつたのである。斯くして人は此の内界に於て其の絶對的支配者たらんとしたのである、即ち其の内部的者の表現だけは他へ關係する限りに於て他から向けられることを許さねばならなかつたが、併し自己の小宇宙自體の中に起動するものは獨り自己に對してのみ存在するものとしたのであつた。而して個人を斯かる立脚地へ高める爲に如何程長き歴史的原因の系列が経過せねばならなかつたかは之を感じずに、個人は新しい社會狀態を渴望したのである、即ち斯かる要求は人間本來の權利、人間が生れながらにして有つてゐる、唯權力の濫用によつて歴史の経過と共に消滅して了つたに過ぎないところの權利、血統・信仰・社會的地位の區別無く何人も通有するところの權利から生ずるものと認識されて爲されたのである。其の著しき偏倚性の中に近代を迫り上げ而して社會の重心を個人へ移さうとした此の強力なる個人主義から、嘗てキリスト敎が倫理的者から分離したやうに、法と道徳との可分離性に關する見解が派生した。即ち、法は自己を無限のもの・世界を創造する條件たるものと感じてゐる（此の感じはフイヒテの哲學に於て其の最高の思辨的表現を見出した）個人をば抑制する目的を有するものに過

ぎないから、外界より来る一切のものと同様に主観性から發生するものではなくて、内部的者には全然關係のない機械的なものである。斯くしてのみ凡ゆる人々の自由と内心の獨立性とは維持し得られる、即ち各人は我の有機的發展が支障無く實現し得られる機械的基礎を保持する爲にのみ其の可能なる行動の一部を放棄せねばならぬだけであると。之こそカントの見解に従へば又フイヒテの説に依れば尙一層急激に偏倚して法の基礎となつてゐるところの共存の原則(Die Maxime der Koexistenz)なのである。

獨乙哲學が一度法と道徳との分離を爲して以來間も無く此の分離は一般的意識の中に確立した、況んや長い間法律家達に極めて大なる影響を與へた之等の哲學が道義・道徳の前に抽象法(私法及び刑法)を發生せしめたりなどして、此の分離を維持したるに於ておやである。成程其の後法と道徳とを再び合致せしめようとする數多くの試みが爲されたが、併し古き個人主義の餘波は正當な認識も大抵之を完全には達成せしめなかつたのである、何者本質的には兩者は善の實現の態様を異にするものに過ぎぬといふ理由で以ては此の古き分離を克服することは出来ないであらうからである。

法の倫理的性質は個人主義者ヘルバルトに於て、法は五つの倫理的理念の一つから直接に發生するものであるとして維持されてゐる。道徳的者の個人的淵源は果して表象された意志状態に對する絶對的満足であるか否かを探究することは此處では適當ではないが、併し乍ら法を争闘に依る不快から誘導することは如何なる場合でも充分に法の一切の現象を説明し得ないであらう。之は殊に法は決して争闘を排斥するものではないといふ理由からである。此の人のやうな見解の歸結としては如何して『權利闘争』一般なるものが考へ得られるであらう!

法と道徳との關係の正しき認識へは、客觀的・先驗的道徳原理を認容してゐるにも拘らず、社會觀に關しては極端なる原子論的個人主義を固執してゐる他の或る學者が非常に近く歩み寄つてゐる。即ちショーペンハウエルに依れば、一切の存在は世界創造の意志に於て實體的統一を成してゐるに拘らず、個人は現象としての其の生存は之を其以前の或る先驗的行爲に負ふてはゐるもの唯一の現實在であり、従つて人間の結合も亦個々人の意識せる意欲として發生するものであると考へられてゐる。ショーペンハウエルの道徳論の立場からすれば、法及び不法の概念は之等が未だ法的者に就いては何にも語り得ないやうな自然状態に於ては道徳

的概念として考へられてゐるといふ點で道徳の根源たるものである。『之等は即ち人間個人に於て肯定される生活への意志の極めて區々たる強度の目盛に於て寒暖計の氷點と等しき一定點を成すもの、即ち自己の意志を肯定することが他人の意志を否定することになる一定點を成すものである』と。法は根源的の不法の否定として、一切の可能なる行動の中で他人に苦惱を惹起することがあるやうな行動を排除するものである、即ち法は我々に *Neminem laedit, ino omnes, quantum potest, adiuvare* (何人も侵害するな、それよりも汝の能ふ限り凡ての人々を助けよ) と呼びかける同情の全く倫理的な動機的第一命令から發生するものである。法の道徳的基礎たるべき此の *Neminem laedit* (何人も侵害するな)こそ斯かる見解に依れば實に倫理の最小限たるものである。

全く反對の諸原理に依つて企てられたる法と道徳とを合一しようとする或る他の試みも、ショーペンハウエルの法の消極性に関する説に近似してゐる。即ちスタールは上記の學者と殆んど共通なるものを有つてゐないとは云へ、此の點に於ける彼の接觸には注目すべきものがある。即ち曰ふ『法は諸々の生活關係に内在してゐる道徳的理念をば其の全範圍に互つて取容すべきものではない。……全く人間性の所與の状態即ち共同の意志と個々の意志とが離間しており且つ兩者が不純な状態にある時は、共同生活の従つて法の圏域は消極的者に局限されねばならない。即ち法は各制度の道徳的理念を其の積極的内容を以て實現すべきものではなくて、其の最も外部的な範圍に於てのみ即ち其の概念が保持され反對者が這り込まざる限度に於てのみ之を防護すべきものたるに過ぎない。道徳は此の理念を其の全範圍に互つて且其の積極的方面から實現するに反し、法は實に之を其の消極的方面からのみ即ち其の最も外部的な範圍に於てのみ實現するに過ぎないのである。故に、法が道徳的内容を保有すること即ち道徳的理念によつて規定せられること、而かも又法が此の理念を其の必要な範圍を越えては決して取容しないこと、此の二つのことは法の眞の使命にとつて同様に必要なことである』と。スタールは法のみを共同倫理として適用させ、道徳をば反之全く個人主義的方法で取扱つたが爲に、一切の倫理が共同倫理として把握され認識された時に始めて個人の倫理も亦此の共同倫理からのみ導出し理解し得られるものであるといふ兩者の正しい分前が充分に理解出来なかつたのであらう。

尙ほ法と道徳とに關して共通の基礎を見出そうとする顯著な二つの試みを茲に述べる事が出来よう。一は、全體意志を實現す

る爲に意志活動に依繋する諸条件と人間及び人間社會の包蔵する特殊の生活諸目的との有機的全體をば法として把握するクラウゼの試みであり、他は、道德者全體に於ける法は此の道德者全體と其の肢體者とが據つて以て保持し又更に造成し得られるやうな一般的行爲規定の總體概念である、とするトレンデレンブルヒの試みである。併し兩者の説明には次の様な共通の缺陷がある。即ち之等の説明は全く同様に又は寧ろ一層大なる權能を以て道德一般に適用し得られる程廣汎に過ぎるのである、換言すれば之等の説明は二つとも法を道德的なものと爲してゐるのである。

社會倫理は就中道德的規範に従ふ生活を要求すること、即ち社會倫理の個人に對する第一の要求は規範に従ふ行動であることに着目するならば、我々は正しき認識に到達することが出来るであらう。法規範のみならず倫理的規範の孰れも亦之を實現する爲には尠くとも其の外部の遵奉が切望される。規範の最高の實現は、之が内部的に意向の原則として取容せられ、斯くして之が凡ゆる相反する衝動に對して最も強力なる動機となる場合に成立するものであるが、其の外部的活動は前章に於て述べた如く規範が人間に對して要求する事の最低限たるものである。道德が全く人間の内部者の領域に置かれる場合には、勿論之と法との間には何等の有機的結合も存し得ないわけである。然るに法並びに道德の全歴史的發展は均しく上述とは反對である。兩者は習俗即ち倫理的慣習から發生して來たものである。『習俗は元來何時も道德を包蔵してゐるものである。道德は習俗に依つて要求せられる内部的舉動をば法及び外部の・習俗及び生活様式に對して獨立せる領域として區別する爲の一の若い概念であり、又民族の初期の生活には未だ何の機縁も無いやうな一の後期の抽象である。』歴史的に見ても倫理的規範を外部的に實現しようとする倫理の最低限の要求は、倫理的規範を意向へ採り容れようとする要求に先立つものである。

更に精密に觀察するならば、法は外部の舉動を原則的に要求すると共に、假令其の嚴格さに於て劣るとは云へ、道德と同じやうに即ち法規範を又内部的に意志へ取容しようとする第二の要求をも有することを見出すであらう。法は勿論先づ積極的及び消極的意義を有する人間の行動に依つて發生せしめられる社會状態を保持することに向けられるものであるから、人格の自由行爲に依つて爲さるべきことも緊急なる場合には強制を以て之に代へる爲に強制する權力を備へてゐなければならない。法に伴ふ此の強制の

權能は極めて著しい性質のものである故に、人は此の強制の中に法の眞の性質を認め、而して法と強制とは不可離の關係を有するものであるといふやうな信念を抱き勝ちである。併し乍ら此の強制たるや實に法的生活の病的現象に對して向けられるに過ぎないものであつて、其の課題を實現する爲には何時でも強制を用ひねばならないやうな法的秩序は、恰好な言方をするならば恰も粘土製の兩足で立つてゐるやうなものである。權力が法を外部的に認容させてゐる場合も成程多いには多いが、併し法が抗争無しに行はれる場合は無數にあるのである。強制をば法の破る可からざる微標として擧げる人は、社會構成員の道德的素質を顧ることなく、反射する利己主義に依り又は粗暴なる實力に依つて社會が成立するものであると云ふ、彼の純粹に機械的なる社會觀に承服するものと云はねばならない。併し乍ら内部的關聯無き存在から一の固く結合せる秩序が成立し得ると考へようとするのは、謂はば無數の可能的者の中から最も在り得べからざる場合を選ぶやうなものである、何者斯かる存在を常に斯様な風に結合し得るものは獨り神によつて豫め設定された調和(eine prästabilierte Harmonie)のみであるからである。故に此の見解は非常に含蓄あるもの如くであるが、實は畢竟奇蹟への信仰に基いてゐるものである。

斯く強制が自由行爲に代つて現れることがあるといふことは、全く法を意志へ取容するの必要あることを示すものである、蓋し専ら強制に依つて常に實現するやうな法的秩序は不合理なもの(ein Unding)であるからである。

此の法の内部性は實に法現象の歴史的・心理的分析に依つて説明せられる。國家の發生時代にあつては法は神的存在への畏敬と密接に結合して民族の心中に不文的に存在してゐた。即ちゲルマン種族に於ては法は各人の人格と共に各人に發生し得た程、又各人の法は彼の赴く所は何處へでも隨行し、而して彼は彼の法に従つてのみ契約を締結し彼の法に従つてのみ之を履行した程、それ程外部的なものが殆んど無かつたのである。併し乍ら法は低度の文化段階に於ける簡單な法律關係に於てのみならず高度に發展した法的生活に於ても根本的には個人の内心と關係があるものである。我々に對して明確に法及び不法の何たるかを教へる而かも其の毀損は我々の全人格の損傷として非常に苦痛に感ぜられ又其の權利を侵害された人に對しては深き同情を催させるところの正義感情(Das Rechtsegefühl)こそは、到底之から倫理的意義を否定し去ることが出来ない感情である。國家が其の官吏に對して彼

等が法律學に精通してゐようゝと其の同胞を裁判すべき職務を授けてゐるのは、此の直接なる感情に訴へてゐるのである。法の斯かる深き内部性は、人々が被壓迫者達の爲に身を危険に曝しなから權力に抗して彼等の『讓渡し得ざる且侵害し能はざる』天賦の權利を取り戻そうと武器又は筆を執る場合には如何なる場合にも現れて來るのである。

法は先づ第一に規範に従ふ生活のみを要求してゐる場合は、規範に従ふ行動のみを眼中に置くに過ぎない。即ち生活が規範の上方に存する限りは、従つて規範が實現されてゐる限りは、法は最早其の正常の生活が發生せしめられた心理的・倫理的過程には關係しない。併し乍ら生活が規範的者の下方に沈潜してゐる場合は、即ち社會秩序を成立せしめてゐる基礎の一つでも毀損せられるやうな行爲が爲される場合は之と事態を異にする。斯かる場合には何が起つたかが問題となるのみならず、如何して之が起つたかも問題となるのである。即ち此の場合には惹起した外部的事態のみならず之が發生せしめられた内部的過程も亦同様に問題となるのである。全く不法こそ法の倫理的性質を示現するものである。若し不法が専ら外部的なものであるとすれば、實に其の行爲に對して犯罪といふ刻印を捺すところの罪なるものが存在してゐるか否かを見る爲に、我々は凡ゆる科學的認識方法を以て規範侵害者の内心に這り込まうと苦勞するの要はなかつたであらう。故に法的者を倫理的者から區別しようとする試みは孰れも罪の基礎附に關して坐礁しなければならぬ。單に法的生活の正常の現象を眼中に置いてゐる限りは、法の全建築を擔ふてゐる道徳的基礎を認めることは出來ないであらう、が併し一度社會秩序の支柱を揺がすやうな病理的事象に身を向けるならば直ちに之を認知することが出來るであらう。

故に社會構成員が倫理の最低限として要求せられる法には、規範に従ふ必要缺く可からざる生活の他に、規範を意志へ取容する尙一層高き生活が包藏されてゐるのである。社會は其の構成員に對して其の秩序を外部的に維持することを要求するのみならず、其の秩序を内部的に意欲することをも要求するのである。併し社會は此の内部的意欲をば各個人に對して要求するのではなくて、社會構成員の全體に對して要求するのである。個々人に於ては規範の外部的實現で以て社會は満足出來るけれども、全體に於ては社會は一定量の法的意向を前提しなければならぬ。此の法的意向が高まれば高まる程、法的秩序は益々堅固となり、當爲が存在

へ變移することも益々確實になつて來る。而して又此の法的意向が僅少となればなる程、均衡攪亂の危険が益々大となり、規範は益々無力となり、規範の實現は益々稀薄となり、強制が益々必要となつて來る。併し乍ら法は社會構成員全體に於ける規範の内部的實現の限度を明細に規定してゐるものではない、即ち法は其の永續的活動の爲に斯様なものが絶對的に必要であることを示してゐるに過ぎないのである。斯くの如くして其の主觀的方面に従へば例外なく法規に從ふ生活であるところの倫理の最低限は、規範の實現を單に道徳上の偶然や強制に委ねざらんが爲必要な上述の如き規範の内部的意欲の限度に依つて増大するのである。

法の道徳に對する無關係を證明すべき第二の點は、道徳上禁ぜられることが法律上許されることがあるといふ點である。Nullus videtur (olo) facere, qui suo iure nititur. (何人も其の權利を行ふ場合惡意を以て行ふものとは思はれぬ)。貧乏な債務者から其の最後の資産を奪ふ無情な債權者は、不道徳を爲してゐるのではあるが併し不法を爲してゐるのではない。斯かる矛盾は、法が其の倫理的方面に従つて道徳上要求せられる事の最小限として把握されるならば解決されるものである。即ち、成程此の債權者は債務を訴求したからとて未だ不道徳な行爲を爲したのではないが、併し乍ら若し彼が債務者に其の債務を免除したならば、彼はより道徳的な行爲を爲したことになるであらう。斯く法が道徳者の最低の段階として把握せられるならば、兩者が獨立せる力とされる場合に生ずるやうな争闘は一切廢除されるものである。

人間の意志に依つて實現せられる社會の存立條件なりとする法の定義に對しては、斯くては法の極めて詰らぬ特殊規定に對して之が決して有つてゐないところの重大性を附與するものであるといふ異論があるかも知れない。之等の特殊規定は、アーノルドが之等にあつては『それは如何して存在するかといふことよりも、それが存在してゐるといふこと』そのことが寧ろ問題となるものだとして説明したところの規範である。併し例へば法律行爲を適法ならしめる爲に要求される手續とか期限とかいふものに於ても詳細な規定が必要であるといふことは、全く之等の中にも具體的社會状態を防護する法の性質が完全に現れてゐることを示すものである。社會生活が漸々發展して來、従つて漸々複雑になつて來れば來る程、法規範の織物は益々厚くなつて來、又既に織り込まれた糸の間を結合しながら彼我に交流する糸は益々繊細になつて來る。併し乍ら此の極めて繊細な糸すらも全體を保持する爲には必要

なものである。若し斯かる絲が存在しなかつたならば、之等は全體の生活にとつては殆んど有るか無きかの微細なものではあるが、常に紛亂が絶えないやうになるだらう。極めて微細な且極めて認め難き規範と雖も、頗る僅少ではあるが社會の消極的意義に於ける變化をば即ち社會の一度到達せる高さからの下降をば防ぐものである。

我々の法の定義は更に法律家の側から有力なる論駁を受けることを覺悟しなければならぬ。即ち法は一般意志を法として説明することに依つて始めて法たるものではないだらうかと。

併し乍ら一般意志は社會に害あるものをも法とするやうな誤謬に陥ることがある。即ち個人的又は集團的支配者は其の豫測し難き恣意を有効な法にまで高めることがあるのである。併し斯くの如き法は其の形式の方面から見れば法たるに過ぎぬものであつて、より深き素材的根據から見れば不法であるか又は大概法に縁遠きものかである。規範は之が一般意識に登つて而して明かに意志に對して規準として現れた時に始めて存在するに至るものでないことは、器官の正常の状態が醫師に依つて然りと診斷されて始めて存在するに至るものでないことと同様である。故に規範は看過されることもあるであらう。即ち規範が一般に意識に入つて來ないこともあり得るであらう、併し乍ら若しも侵害を受けるやうなことがあれば、之は全體の形體の爲に一步の假借もなく復讐するものである。

法は其の時々の社會狀態の存立を保持するものである。斯かる法の保守的要素の中に如何して法が社會の發展と歩を同じくするに必要な運動が起るのであらうか？ 部分的には法夫自體に依つて、即ち適用する規範の全論理的内容が發展しつゝ、互に矛盾する規範の闘争が解決せられるのである。併し乍ら法の進展は總ての社會的機能の進展と同様に社會の全體的活動との關係に於てのみ且之との密接なる交互作用に於てのみ説明されるものである。法は宗教觀から國民的又は地方的習俗に至るまで人間の共同生活に於ける一切の現象形態に依つて規定され且條件附けられるものである。蓋し社會の凡ゆる機能と制度とは意識的に又は本能的に其の身を保持しようとするものであり、従つて人間の意志が之等の存在を左右し得る限りに於て規範の造成の爲に奔走せざるものであるからである。(Georg Jellinek: Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, 49-50. ゲオルヒ・エリネツ)

ク『法・不法及び刑罰の社會倫理的意義』より。大森英太郎譯に據る。

參考二 法の基礎たる道徳

我々は實定法の秩序が其の内容の如何に拘らず我々に對して權威を有するのは道徳的基礎を有するものなるが爲めであることを知り得る。加之個々の實定法的規範の維持は道徳に依りてのみ確保せらる。勿論法は内心の問題に立ち入つては問はず、我々の外部的行動にして法規に適ふならば、他人に對する法律上の債務の履行としては缺くる所なく、又刑罰にも觸ることがなく、此の意味に於て道徳は行動の道徳性(Moralität)を要求するに反し、法は其の合法性(Legalität)に甘んずる。即ち法は如何なる動機を以て各人が法に従ふかを立ち入つて問はず、或は習慣的に、或は社會的非難を顧慮し、或は法律的效果例へば刑罰や損害賠償其の他の不利益を慮れて法に従ふも亦法に違反するものではない。然しながら單なる形式的合法性のみにては永續的には人間を法律的秩序全體、或る法律制度又は法律規定に従はしめて行くことは出來ない。其れのみにては脱法行爲や法の濫用を爲すことを防止すること、更に一般的に遵法の成績を擧げ法の目的の達成を期待することを得ないのである。殊に人間の利己的本能及び權勢に對する欲望が最も熾烈に働く經濟的生活及び政治的生活の範圍に於て、或は司法制度の不完全、或は法の缺陷等に依り法の國家的強制が十分行き届かざる場合には、法律制度及び法律規定の遵守は各個人の良心に依存することが最も大である。我々は私法上に於ては資本主義的經濟の有用の武器である株式會社制度、取引所制度、公法上に於ては立憲制度、選舉法、地方自治制度の實際的運用に於て手近に此のことを經驗しつゝある。立法者は此等の制度の改正に於て如何許り其の腦漿を絞つてあるか。立法者は血みどろになり其の立法技術の秘策を盡して此等の諸制度の健全化の爲めに奮闘を續けつゝあるが、然し在來の弊害を容易に根絶することを得ないのみか脱法及び濫用の術は立法技術の裏をかき、先を越して益發達し、百年河清を俟つの嘆聲を發せしめざるを得ぬこと周知の如くである。其れは結局法と人間性の中に巢喰ふ罪惡との戦ひである。其の戦ひに於て實定的秩序は獨力を以てしては完全に其の無力を暴露する。我々は法律技術の發達、法制の完備を斷念し、自由に放任することを得ず、飽くまで此の悲壯なる努力を繼續しなければならぬこと勿論であるが、然し我々は法律技術及び法の強制力の爲し得る所が甚だ限定せられてゐることに氣

付かなければならない。我々は結局「制度に非ずして人」と云ふ極めて平凡なる眞理を此處に繰返す外はないのである。而して人の改善は法の上に俟つを得ずして、法以外の、法が其の權威を引き出だし、法自身と密接に牽聯してゐる所の道徳に依頼する外はないのである。

斯くの如くにして法は結局其れが遵守せらるることを道徳に負ふ。其れは單に國家權力を以て強制せらるるだけでは永續的の遵守、又完全なる實現を確保すること出来ない。一般人の道徳生活の水準を高上せしむることが、法其のもののゲルトウツクを保障することになる。斯くして法は其の内容が刑法親族法の如く道徳的なるものは勿論のこと、其れが商法や行政法の如き技術的のものであつても、矢張道徳に依存する。蓋し法は自然法則とは異り我々の道徳的自由の範域に屬する。我々は行動を爲す際に、正不正、善悪、美醜、便不便を識別し正、善及び便なるものを選択し不正、悪及び不便を避くるの自由を有する。我々は正不正、善悪等の存在及び何が正、何が善なるかの標準を恣意的、主觀的に決定する自由を有しないのであるが、具體の場合に於て何れかを選んで行動する自由が我々に残されてゐるのである。此の自由なる選擇は人間の行動の最高の標準即ち倫理的規範に従つて爲されなければならないのである。(岩波講座・哲學、田中耕太郎博士・法と道徳、四七一—五〇頁)

参考三 法律の民衆化について

一 民衆化といふことが、時代の通り言葉となつて、法律もその御多分に洩れず、法律の民衆化といふことが叫ばれるやうになつた。法律といふものは、もと／＼民衆の聲なのである。民衆を離れて法律といふものはあり得よう筈はないのである。それに、法律の民衆化が叫ばれるといふことは、奇怪至極な現象といはねばならぬ。だが、私はこの奇怪至極な現象のよつて起つた原因を知る。

通常法律といつてゐるものを、われ／＼は三つに區別して用ひる。(一) 法典、(二) 法規、(三) 法。大日本帝國憲法といひ、衆議院議員選舉法といひ、刑法といひ民法といつてゐる場合には、多くの場合法典を指してゐるのである。法典といふものは、法規を科學的理論的に、一定の組織をもつて編纂したものである。法典には、帝國議會の協賛によつて出來た所謂法律と、議會を通ら

ない命令との區別がある。法典は文字によつて示されたものだから、これを成文法といつてゐる。

法規といふのは、一定の事實が発生するならば、必ず權利義務の關係を發生せしめるといふことを定めたもので、成文の法規もあれば不文の法規もある。成文の法規は、法典の條文がそれに該当するのではあるが、法典の一條は必ず一法規たとは限らない。一つの條文が、二つ或は三つの法規を含んでゐることもあり、二つ又は三つの條文が集まらなければ、一つの法規とならぬものもある。一寸民法々典を擧げて見ると、第七百五十五條に『女戸主ハ年齢ニ拘ラス隱居ヲ爲スコトヲ得』とある。これだけ讀むと、女戸主は相續人の有無に拘らず、いつでも隱居が出來さうである。併し、この條文は第七百五十二條の『戸主ハ左ニ掲ケタル條件ノ具備スルニアラサレハ隱居ヲ爲スコトヲ得ス。一、滿六十年以上ナルコト。二、完全ノ能力ヲ有スル家督相續カ相續人ノ單純承認ヲ爲スコト。』と併せて、女戸主の隱居の權利義務關係を規定したものであるから、女戸主の場合には、たと滿六十歳に達せぬでもよいといふだけで、矢張り完全の能力を有する家督相續人が、相續の單純承認をなさねばならぬのである。然らば、個々の條文が完全に法規であるか、或は他の條文と相俟たねば法規とならぬかは、如何にして定まるのであるか。それは解釋によつてである。世間で所謂三百といふのは、この條文から法規を見出す場合に、解釋を不當にまげることといふのである。不文の法規は、材料となる條文がないから、慣習や條理などから解釋によつて見出すのである。

法といふのは規範である。規範は命令である。併しこの命令は、命令者と被命令者とが同一人である場合をいふ。誰かが、宗教は規範ではない、神から命ぜられるからといつたのはこの意味であらう。それで、規範は眞正の意味においては、自由なる意思を有する人の、實踐理性の要求であるときにのみひ得られるところのものである。この意味において、規範は自ら創造するものである。法は規範として自ら創造するものであるから、他の何者からも拘束を受けない。法規は法によつて生み出されたもので、法規はさきにも述べたやうに、權利義務關係の規定であつて、規範ではない。法規か拘束力を有つのは、法の所産として法の光の下に置かれてゐるからである。

二 法典と法規とを混同し、法規と法とをはつきりと區別して考へないから、民衆化されねばならぬ法律が世の中にあるやうに

思はせるのだと私は信ずる。

三 人は何か悪いことをすれば罰せられるのは、刑法に違反するからだといふ。併し、私はさうは思はない。刑法典第九十九条に『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』とある。これは一の法規であるが、法規は常に假言命題の形で表現せられてゐる。『若し人を殺す者あらば』といふ前件と、『必ず死刑又は無期若しくは三年以上の懲役に處せらるべし』といふ後件とが、理由と歸結との形で結び付いてゐるのである。

甲が乙を殺したとせよ、その場合、甲は決して刑法々規には違反してゐない。實に、刑法々規の前件たる『人を殺したる者は』といふ要件に合致したのである。その合致の結果、甲は死刑又は無期若しくは三年以上の懲役に處せられねばならぬのである。刑法々規としては、どこをさがしても『人を殺してはならぬ』といふ規定はない。

私は敢ていふ。犯罪行爲によつて處罰を受けるのは、刑法々規に違反するからではなしに、文化規範に違反するからである。文化規範は、通常道德の形で理解してゐる。それであるから、我々は刑法を惧れる必要は毫も存しない。たゞ道德を守つて居ればよいのである。かく刑法々規を補充的制裁法規として支持せられる文化規範は、道德であると同時に、我々は之を法と呼ぶに躊躇しない。

未成年者禁酒法が施行せられて間もない頃、未成年にして婚姻する者が、酌みかはす三々九度の盃に盛る數滴の酒を飲んで、それが禁酒法に觸れるかどうかを問題にしたといふ話があつたが、未成年者禁酒法々規において、『若し未成年者にして酒を飲みたらんものは』といふその飲酒は、法の上で文化規範に違反すと認められる飲酒であつて、世俗に所謂飲酒と相一致しないものである。随つて、儀式的爲めに飲酒するが如きは、これを罰するものではない。

四 法律の民衆化といふことは、法律の通俗化といふことであつてはならない。法典や法規に囚はれず、よく、法そのものの精神に貫通せしめることでなければならぬ。道德的品性の向上こそ、法律の民衆化に對する唯一の目標である。諺にいはずや『正直者に法なし』と。正直者に法なきにあらず、正直者は法自體となり了れるがために、自ら法を意識せざるのみ。

五 前述の私の議論に對して、それは單に理想論たるに止まる、この世智辛い世の中を渡つて行くのに、そんな理想論は餘りに微温的だといふ人があらう。私もそれを知る。併し、私は二言三言つけ加へたい。

法律は無味乾燥ではないといふことの證明は、平易な言葉を使つたからとて、平假名口語文で書いたからとて出来る譯のものではない。法律といふものを、民衆の常識に合致せしめし、大層便利なものにもしようとする爲めには、法律學を研究する者は、法律が民衆とかけ離れてゐた時代よりも、二倍も三倍もの努力を拂つて、繁鎖な研究を試みねばならぬのである。素人がそこへ一寸飛び込んで見たところで、それはたゞ法律一面觀をのみ把握し得るに過ぎないだらう。

といつて、私は民衆の法律研究熱の旺盛ならんことを希望することについては、敢て、人後に落ちない積りである。たゞ、生兵法は大怪我の基であり、生半可の通ほど世に齒の浮くものはないのだから、法律の民衆化も、どうかして生半可に終らしたくない。この點に私の心配が存するのである。そして、この弊から救ふ唯一の道としては、前述した道德の向上を目指しつゝ、豊富な常識と相俟つて、一步は一步と健實な法律民衆化の歩みを續けて行くより外ないと信ずる。

かくて法律の民衆化は困難な事業である。法律の知識の切賣りで、法律の民衆化の一つだと考へられる公民教育が出来ると思惟するならそれは實に恕し難き大謬見である。げに、公民教育こそは、偉大なる人の手によつてのみはじめて完成せらるべき一大事業である。果して然らば、茲にも亦人を要求する。(唐濱嘉雄・公民教育私論、七六一―八五頁)

第八章 裁判所

第一節 司法

司法 司法の意義を述べて高小修身書卷二第二十課國憲國法(其の四)は、「人々が皆正直であり親切であつて互に助け合つて行けば世の中はおのづから平和で楽しい所となる。しかるに多くの人の中には自分の利益ばかりを圖つて他人と争を起したり、亂暴な行をして正しい者を苦しめたりする者が少くない。もしそれを其のまゝにしておけば、悪い者がはびこつて、諺にいふ「無理が通れば道理引込む」世の中となる。かやうに世の中にいろいろ忌まはしい争が起り、又種々の罪惡が行はれては、人々は安心して生活することが出来ない。たとひ自分は争の渦中に入らず、又人から苦しめられもしない人でも、其の周圍に不道理なことが行はれるときは、公正を愛する心が承知するはずがない。法律は實に此の公正の精神に本づいて設けられたものである。それ故、法律は誰も一樣に之を守るべきもので、一人でも之に背くことは許されない。しかして法律が確實に行はれるためには、どうしても強い制裁といふものがなければならぬ。國家は裁判所といふ機關を設けて法律を擁護し、之に背く者を制裁する。」と直截に説いておるが、實に司法は國法が確實に行はれて以て國民生活が平安に營まれることを目的とし、之が爲に國法を適切に解釋適用すると共に、國法を紊る者に對しては相當の制裁を加へることを其の任務とする國家統治權の一作用である。而して國家は此の作用を行ふ爲に裁判所なる機關を設け、民事及び刑事の裁判の方

法に依つて之を行つてゐるから司法は裁判所に於ける民事及び刑事の裁判として我々の前に現れるのである。

司法權の獨立 司法は立法行政と共に統治權の一作用であるが、上述の如く國法を擁護して以て國民生活の平安を維持することを目的とするものであるから、最も公平に之が行はねばならぬ。随つて國家では先づ之を行ふ機關たる裁判所をして獨立の地位を有せしめてゐる。之を司法權獨立の第一の要點とする。帝國憲法第五十七條第一項に「司法權ハ天皇ノ名ニ於テ法律ニ依リ裁判所之ヲ行フ」と規定してあるのは即ち此の旨を明言したものであつて、之を詳しく言ふならば次の二つの意味を有するものである。其の一は裁判所は裁判を行ふに當つては法律以外の何者にも服従することがないといふことである。「法律ニ依リ」といふのは實に此の意味を言ふたものに他ならない。但し此處に所謂法律とは實質的意義に於ける法律であつて、帝國議會の協賛を経て成立した形式上の意味の法律のみならず、命令でも慣習法でも苟も有效な法規たる限り之を含むものと解することが裁判の性質上當然なことであるから、裁判所が裁判を行ふに當つては法律以外の何者にも服従することがないと言ふのは、詰り裁判所は法律は勿論命令でも慣習法でも苟も有效なる法規として成立してゐるものなる以上は之に従つて裁判しなければならぬが、それ以外には裁判上上官の指揮命令や其の他からの干渉を受けることがないといふ意味なのである。帝國憲法上「法律」といふ文字は多くの場合に形式上の法律たる意味を有するものであるが、時としては實質的な意味のそれに用ひられてゐる場合もあることに注意せねばならぬ。次に其の二は裁判所が裁判に當り命令を適用せねばならぬ場合には其の命令が果して有効に成

立してゐるか否かを審査することが出来ることである。上述の如く裁判官は裁判を行ふに當つては法律のみならず命令にも服従しなければならぬものであるが法律と命令とは其の之に服従する態度に於て自ら差異があるのである。即ち法律に對しは苟もそれが帝國議會の協賛天皇の裁可を経て國務大臣の副署を以て公布せられたものである以上は縦令裁判所で其の内容が憲法に違反してゐると信ずるものであつても之が適用を拒むことが出来ないと解さるべきであるが命令に對しては之と事情を異にし縦令それが形式的には有効に成立してゐる命令であつても若し其の内容が憲法や法律に背いてゐるものであるならば之に従ふ必要がないこと明かである。蓋し命令に對してかかる態度が許容されてゐないものとすれば司法權獨立の主要點である行政權からの獨立の意義は頗る稀少なものとなるからである。かかる次第で裁判所は命令に對してはそれを適用する場合には其の形式に於てのみならず其の内容にわたつてまで有効に成立してゐるか否かを審査する權限を有してゐるのである。此の權限の存在に依つて前述の『法律ニ依リ』の法律が實質的な意味のそれであつて其の中に命令をも含んでゐる爲めに生ずるであらう行政權の容喙の機會は殆んど無くなるわけである。

更に憲法は裁判所の獨立の地位を確保せんが爲に、第五十七條第二項に於て『裁判所ノ構成ハ法律ヲ以テ之ヲ定ム』と規定して、政府が恣に裁判所の構成を變更することが出来ないやうにしてゐるのである。

司法權獨立の第二點は裁判官の地位が保障されてゐることである。先づ憲法第五十八條第一項は『裁判官ハ法律ニ定メタル資格ヲ具フル者ヲ以テ之ニ任ス』と規定して、其の任用資格を議

會の議決を経たる法律を以て嚴重に之を定めてゐる。即ち一般の官吏に付いては其の任命は専ら天皇の大權に屬し、其の任用資格に付いても法律に依らず勅令を以て之を定めることが出来るのに對し、獨り裁判官のみは法律を以て其の任用資格を定められ、其の資格を具へたものでなければ任命することが出来ない。隨つて政府は自己の便宜上裁判官の任用を自由にすることが出来ないのである。次に憲法第五十八條第二項は『裁判官ハ刑法ノ宣告又ハ懲戒ノ處分ニ由ルノ外其ノ職ヲ免セラルルコトナシ』と規定して、其の終身官たる地位を保障してゐる。勿論既に述べたやうに一般の官吏に付いても近來其の地位の安全が保障されるやうになつて來たけれども、しかし裁判官の地位の保障の強固たるには未だ如かない。裁判官の免官される場合は唯刑罰と懲戒處分との二の場合に限るのである。而かも憲法第五十八條第三項は『懲戒ノ條規ハ法律ヲ以テ之ヲ定ム』と規定し、一般官吏の懲戒處分の手續が勅令を以て定められるの通則に對して、裁判官の懲戒處分は必ず法律の規定に依らねばならぬものとしてゐるのである。又轉任に就いても裁判官は其の意に反して之を行はれざるの保障を有つものであつて、唯補闕の必要ある場合に同じく裁判官の中で官等俸給の是迄よりも低くない職務に轉ぜしめられることあるのみである。(裁判所構成法第七十三條)斯かる地位の保障を有するので、裁判官は權勢に屈せず威武に恐れず、斷々乎として所信を貫き、以て社會の公正を維持する裁判を爲し得てゐるのである。立憲政治は法治主義であり、法治主義は實に司法權の獨立に依つて貫かれてゐるのである。

注意一 司法を定義して『公共の安寧を害した者を處罰し、人の權利を侵害した者に辨償を命ずるなど、國法の適用を目的とす

る統治權の作用を司法といふ。(B・八五頁)とするのは、餘りに粗雑な考へ方である。既に本文にも述べたやうに國法の妥當なる適用のみならず其の解釋の一定をも企圖し、以て生活の安定を策するものが司法作用の任務とするところである。されば單に國法の適用のみを擧げて司法作用の全貌を示すかのやうに説くことは、説いて正しからぬものと言ふべきである。右のやうな點を顧慮して余は、『國法は、一無理が通れば道理引込む』ことのないやうに、公正の精神を基として設けられたものであるが、悲しいかな、之を犯し、脱れ、濫用して、己が私益に汲々として他と争ひ、不正を行つて良民を苦しめる者の影を絶たない。かくては、いかに國法が立派に整備してゐても、國民は安んじてその生活を營むことを得ない。國法が確實に行はれて、はじめて、國法存在の意義が發揮せられるのであるが、そのためには、國法、解釋、適用その宜しきを得るとともに、國法を紊る者に對して、強き制裁が加へられねばならぬ。かやうに、國法を擁護し、之に背く者を制裁するのが、司法の任務とするところである。(廣瀆・七〇頁)として置いた。余の意の在るところを汲み探つて欲しい。

注意二 司法權の獨立を解して『裁判所の主な職員は判事である。判事は即ち裁判官で、法律上一定の資格のある者を任用する。裁判官が是非曲直を判斷し、之に法律を適用して判決を下すのは、全く自己の信念によつて行ふのであつて、決して他の掣肘を受けない之を司法權の獨立といふ。随つて裁判官は終身官で、憲法上及び法律上特別に身分を保障されてゐる』(B・八七頁)とするのは、其の一面のみを見て他面を忘れた態度である。『司法は民事・刑事の裁判を意味し、之が嚴正公平に行はれて始めて國民の權利義務が確立される。されば國民の權利義務は之を憲法に保障するだけでなく、進んで司法權を行政權干渉の外に置くことが必要である。依つて憲法には「司法權ハ天皇ノ名ニ於テ法律ニ依リ裁判所ヲ行フ」と規定してある(憲法五・七條)。けれども之だけを以て司法權の獨立を確保することは困難であるから、憲法は更に裁判官の地位を保障する爲、裁判官は法律に定めた資格を具へてゐる者を任命し、妄りに其の地位に就くことを退け、刑法の宣告・懲戒處分に由るの外其の職を罷免されることのないやうにし、其の懲戒法も亦法律を以て定めることにしてゐる(憲法五・八條)。憲法は又原則として裁判を公開し、對審判決の傍聴を許してある。之は裁判の公明を保持し、其の獨立を庇護する手段に外ならぬ(憲法五・九條)』(白上・六八一―六九頁)と説くのが法律的に見て正しいのである。

である。

注意三 憲法第五十七條第一項の『司法權ハ天皇ノ名ニ於テ法律ニ依リ裁判所ヲ行フ』に就いては學界に於て解釋が岐れてをる。本文に於ては美濃部博士の説くところの立場に據つてをるが、其の反對の立場にある學者の代表意見として清水博士の『司法に就いて』を「參考一」として擧げて置いた。而して憲法解釋の見解如何といふに、『司法ハ權利ノ侵害ニ對シ法律ニ從屬シ便益ヲ酌量セス行政ニ在テハ社會ノ活動ニ從ヒ便宜ト必要トニ依リ法律ハ其ノ範圍ヲ限制シテ區域ノ外ニ濫越スルヲ防クニ止マルノミ行政司法ノ兩權其ノ性質ヲ殊ニスルコト此ノ如シ故ニ行政ノ官アリテ司法ノ職ヲ分ツコトナカリセハ各個人民ノ權利ハ社會ノ便益ノ爲ニ隨時移動スルコトヲ免レスシテ而シテ其ノ流弊ハ遂ニ權勢威力ノ侵犯ヲ被ルニ至ラントス唯然リ故ニ裁判ハ必法律ニ依ル法律ハ裁判ノ單純ノ準繩タリ而シテ又必裁判所ニ由リ之ヲ行フ但シ君主ハ正理ノ源泉ニシテ司法ノ權亦主權ノ發動スル光線ノ一タルニ外ナラス故ニ裁判ハ必天皇ノ名ニ於テ宣告シ以テ至尊ノ大權ヲ代表ス』とあつて、本文と其の態度を一にしてゐる。

參考一 司法に就いて

帝國憲法に司法とあるは、民事及刑事の訴訟の裁判することにして、極めて嚴正公明に處理すべき事柄なるを以て、立憲政治の下に於ては、司法を行政と區別し、司法權の獨立を立つることを、其要件の一と爲せり。而して司法權の獨立を維持する爲には、

- 一、司法權を行ふ機關として裁判所を設くること
- 二、終身官の裁判官をして裁判所を組織すること

を必要とす。之我帝國憲法第五十七條に於て、右の第一點を規定し、第五十八條に於て第二點を規定したる所以なり。

帝國憲法第五十七條に「司法權は天皇の名に於て法律に依り裁判所之行ふ」と規定す。此の如く司法權を行ふ爲めに裁判所を設くることとし、行政官廳をして之を行はしめざるは、行政官廳は其本來の立場よりして、常に上級官廳の職務上の命令に従ふことを要し、又最上級官廳も、絶對に君主の命令に従ふことを要し、自己の信ずる處に依り、全然自由なる判斷を下すこと能はざる

の處あればなり、故に司法權を行ふ爲めに、特に設くる所の裁判所の地位は、之を獨立と爲さざれば、裁判所を設くるの意義を失ふを以て、帝國憲法第五十七條には、獨立の文字なきも「法律に依り」の文字を以て、其意義を示したり。或は此法律に依りの文字を以て、法律を以て裁判の標準となすべきことを示すものゝ如く、説明する人ありと雖も、其説は誤れり。裁判の標準として適用すべきものは、法律に限らず、其他勅令、省令、府縣令等の命令のみならず、慣習法をも裁判の標準として適用せられ得べく、明文法も慣習法も存せざる場合には、條理に依りても裁判することを得るものなるに依り、「法律に依り」の文字は法律に依るの外何等の拘束を受くべからざる旨を示すものと考へざるべからず、或は之に對し「法律に依り」の法律は、帝國議會の協賛を経て、制定せられたる形式上の法律を指すものにあらずして、實質上の法律、即法律命令及慣習法の如き、實質上の法律を示すものなりと前論者は辯明す。然れども帝國憲法中の法律なる名辭は、皆帝國議會の議決を経たる形式上の法律を指すものと解せざれば、憲法の精神に適合せざるが故に此辯明にも賛成することを得ざるなり。

尙「法律に依り」の文字が、何故に獨立の意義を示すこととなるかを一言せんに、之は裁判所が司法權を行ふに當り、法律の拘束を受くるの外、他の拘束を一切受けざることを示すが爲なり。而して法律は、司法及行政の行動の基本を爲すものなるが故に、法律の拘束を受くることは免るべからざることにして、法律の拘束を受くることを除外して、司法權の獨立と名づくるなり、又特に「法律に依り」と規定して、形式的法律を要求する所以は、法律以外の法規は、行政部が其責任を以て制定するものなるが故に、其拘束を受くるは、裁判所が行政部の干渉を受け、其獨立性を侵さるゝの處あるも法律は帝國議會の議決を経て制定せらるゝものにして、議會に依りては裁判所が其獨立性を侵さるゝの處なきを以てなり。從て司法に關することは、總て法律を以て定むることとなしたるなり。例へば裁判所の構成、裁判官の任用、懲戒及司法上の手數料(憲法第六十二條但書の裏面解釋)の如し。

要するに裁判所が、他の干渉を受くることなく、獨立嚴正に其職務を行ふ爲めには、裁判所を構成する裁判官の地位を強固に爲すの必要あり。蓋し其地位強固にあらざれば、公平なる立場に於て、裁判を爲すこと能はざればなり。茲に於て帝國憲法第五十八條に於て、裁判官の地位を終身官の如く定めたり。即ち同條第二項に「裁判官は刑法の宣告、又は懲戒の處分によるの外、其の職

を免せらるゝことなし」と定め、裁判官は刑事上の犯罪を犯して罰せらるゝか、又は懲戒處分により免官せらるゝ場合の外は、其地位を失はざることゝ爲したり。

而して刑罰は、憲法第二十三條に依り法律を定めて定めざるべからざるも、官吏の懲戒處分は憲法第十條に依り、勅令を以て定め得ることを通則と爲せるも、裁判官の地位に關する懲戒處分の規定を、勅令を以て定めるときは、其職務を嚴正に行ふこと能はず。或は政府の壓迫を受くるの處なきにあらざるを以て、同條第三項に「懲戒の條規は法律を以て之を定む」と定規したるなり。此の如く裁判官を終身官と爲すときは、任用後容易に淘汰すること能はざるを以て、同條第一項に於て「裁判官は法律に定めたる資格を具ふる者を以て之に任す」と規定し、任用の資格を議會の議決を経たる法律を以て、嚴重に之を定め、政府が自己の便宜上、裁判官の任用を自由にすること能はざらしめたり。然るに裁判官を終身官と爲し、其地位を安固にするときは、其才能漸次衰へ、其能率減じたる者が、大切なる裁判を爲すの任務に當るの弊を生ずることあるを免れざるを以て、大正十年定年制を創め、判事年齢滿六十三年に達したるときは、當然退職し、大審院長たる判事は、滿六十五年に達したるときは當然退職することゝ爲したるなり。此定年制に對しては、憲法上地位を保障せられたる裁判官を、單に一定の年齢に達したるの故を以て、退職せしむることなく、憲法違反なりとの説ありたりと雖も、政府は憲法の保障したるは、裁判官の地位にして、裁判官の地位を失はしむることなく、單に其職務を失はしむることは憲法に違反するものにあらず。又事理より考ふるも、病老の爲め其職務に堪へざるに至りたるときは、之を退職せしむること當然にして、人間は高齢に達すれば、其能力衰鈍すること明なれば、定年制を設くるも憲法違反にあらずと辯明し、貴衆兩院も其辯明を是認し、遂に裁判所構成法を改正して、定年制を創むるに至りたるなり。(公民教育第一卷第七號所載、清水澄博士・司法權に就いて)

參考二 裁判

約束は固く守らなければならぬ、他人に害を加へてはならぬなどといふことは、我々が十分心得てゐる事である。しかし大勢の中にはそれを守らない人もある。例へば、借りた金を、返す約束の日が来ていくら催促されても、返さない人がある。其の場合に

貸主から借主を裁判所に訴へると、裁判所は兩者の言分を聞いた上で、貸主の主張を正當とみとめれば、其の借金を返すやうに借主に命ずる。此のやうに、人々相互の間の訴訟を裁判するのを民事裁判といひ、訴へた方を原告、訴へられた方を被告といふ。又他人の物を盗んだといふやうな犯罪があつた場合には、國家は其のやうな不法な行が再びされないやうに、其の犯罪者をこらし、又世間の人々のいましめにもせねばならぬ。ところで、どういふ事をすれば罪になるか、其の制裁としてどのやうな刑罰を受けるかは、法律で明かに定めてあるから、裁判所は、犯罪の疑のある者を十分に取調べて適當公平な裁判をする。此の犯罪者を罰するための裁判を刑事裁判といふ。此の場合には訴へられた者が被告で、検事といふ役人が原告に當るのである。

裁判所は國家が設ける機關で、これに區裁判所・地方裁判所・控訴院・大審院の四階級がある。裁判は事件の輕重によつて、最初區裁判所又は地方裁判所で行はれる。ところで、區裁判所の裁判に不服な者は地方裁判所に上訴し、尙其の裁判に不服な者は更に大審院に上訴する。又地方裁判所で行はれた最初の裁判に不服な者は、控訴院・大審院にと順次に上訴する。かういふ風に、三回くりかへして裁判してもらふ事の出来る組織になつてゐるのは、つまり裁判を念入にするためである。

裁判を行ふのは判事の職務であり、刑事裁判で、國家を代表して犯罪者の處罰を求めるのは検事の職務である。又民事裁判では、原告・被告の相談相手・附添人又は代理人となつて其の主張を助け、刑事裁判では、不當な刑罰が加へられぬやうに被告を保護するために辯護士といふものがある。

裁判の目的は、決して人を争はせ、又は人を罰することではない。此の世を不道理や罪惡の行はれない、平和な、秩序正しい世の中にするのが其の目的である。若し裁判が無いとしたり、人々相互の争がはてしなく行はれて、しかも其の争は、力の強い者やわるがしこい者が勝つことになるであらう。若し又裁判が公平に行はれぬとしたり、せつかくの法律もねうちが無くなり、我々は安心して生活することが出来ぬであらう。裁判は實に正義保護のための大切な仕事であり、判事・検事・辯護士の任務は極めて重大なものといふべきである。(尋常小學國語讀本卷十一・第六課全文)

第二節 裁判所

裁判所 裁判所は天皇の名に於て法律に依り司法權を行ふ憲法上の機關である。碎いて言へば、裁判所は天皇の委任に依り民事及び刑事の裁判を行ふもので、而かも此の裁判を行ふに當つては法律以外の何者の拘束も受けない獨立の地位を有する憲法上の機關である。憲法上或は單に裁判所と言ひ(例、帝國憲法第五十七條 第五十九條)、或は司法裁判所と稱する(例、帝國憲法第六十一條)。

司法權が裁判所なる獨立機關に依つて行はるべき原則は憲法によつて保明される以前既に考へられてゐたところであつたが、其の確立を見るまでには相當長い沿革があつたのである。勿論舊幕府時代には司法權も行政權も同一人の掌中に在つて、將軍や各藩の領主は行政權のみならず司法權をも行つてゐた。實際に司法の事務を執行してゐた町奉行とか代官とかいふ役人も司法權と同時に行政權を行つてゐたもので、行政官が同時に裁判官である有様であつた。明治維新となり大政が奉還せられるに及んで、司法權も亦天皇が親しく總攬し給ふこととなつたのであるが、司法權が行政の機關に依つて管掌せられる事實は依然として變らなかつた。即ち維新の初め太政官を設けられた時に其の中に刑法官といふものを置かれたが、之は今日の司法省に相當すべき司法行政機關であつたのに而かも最高の裁判所であつたのである。其の後明治二年に刑法官が刑部省と改まり、明治四年には更に司法省と改められたが、行政の長官が同時に司法の長官であつた事實は相變らずであつた。中央官廳のみならず地方官廳に就いても同様で、各地方の行政官が其の地方の裁判官として司法權を行つてゐたのである。明治八年になつて始めて太政官官制の

改正と共に大審院が置かれ、之を最高裁判所として獨立の權限を有せしめることになり、かくて最高裁判所だけは全く行政權から分離することになつたのである。地方の司法事務に就いては是より先明治五年に各府縣に府縣裁判所、區裁判所を置き、從來地方行政官の行ひ來つた民事刑事の裁判事務を地方行政官から分離して行はしめてゐたが、しかし其の裁判官は尙ほ地方行政官をして兼任せしめるものが少くなかつたので、司法と行政との分離が完全には行はれなかつたのである。然るに其の後明治九年に至つて府縣裁判所を地方裁判所と改稱すると共に地方行政官が裁判官を兼任することを禁じたので、茲に始めて司法が行政から完全に分離することとなつたのである。かくて明治十九年勅令を以て裁判所官制が發布せられるを俟つて、司法權獨立の確保は歴然たる足跡を印するに至り、遂に憲法の明文を以て其の大道が昭示せらるると共に、明治二十三年二月十日其の條規に基いて新に現行裁判所構成法の發布を見るに及んだのである。

裁判所の種類 裁判所には上記の裁判所構成法に依つて構成せられ一般の民事刑事の裁判を行ふ通常裁判所と、特別法に依つて構成せられ特別の民事刑事の事件其他を裁判する特別裁判所との二種がある。憲法は特別裁判所なる文字を用ひて通常裁判所といふ文字を用ひてはゐないけれども、此の兩者を區別することを前提としてゐること勿論である。

通常裁判所 通常裁判所には**區裁判所**、**地方裁判所**、**控訴院**、**大審院**の四階級がある（裁判所構成法第一條）。區裁判所は樺太に一箇所、北海道府縣内に各數個所置かれ、地方裁判所は北海道に四箇所、樺太府縣に各一箇所宛設けられ、控訴院は全國に七箇所設けられ、大審院は東京に唯一箇所設置されてゐる。各裁判所を通じて裁判を行ふ者即ち裁判所を構成する者を**判事**と謂ひ、區裁判所は一人の判事を

以て之を構成し單獨にて裁判するが、地方裁判所、控訴院及び大審院は孰れも一若くは二以上の民事部と刑事部とに分たれ、更に各部は三人（地方裁判所及び控訴院）又は五人（大審院）の判事を以て構成し合議を以て裁判する（同第三條、第五條、第十一條、第十九條、第三十四條、第四十三條）。

區裁判所は比較的輕微な民事刑事の事件を裁判し、地方裁判所は比較的重大な民事刑事の事件を裁判すると共に、區裁判所の裁判に不服な者の上訴を引受けて之を裁判する。控訴院は地方裁判所で行はれた最初の裁判に不服な者の上訴事件に付いてのみ裁判する。大審院は地方裁判所、控訴院の裁判に不服な者に最後の判決を下すところであり、尙ほ特別權限として皇室國家に關する極めて重大な事件を取扱つてゐる（同第十四條以下、第二十六條、第三十七條、第五十條）。最初の裁判を不服として上訴することを控訴と謂ひ、控訴判決をも不服として上訴することを上告と稱する。最初の裁判を第一審、控訴裁判を第二審、上告裁判を第三審又は終審とも呼んでゐる。専ら大審院の特別管轄に屬する事件を除き、通常の民事刑事事件が斯様に區裁判所から地方裁判所、大審院へ、又は地方裁判所から控訴院、大審院へと順次に上訴し得る**三審制度**は、國家が法律の解釋を一定にし其の適用を慎重にし、以て社會の公正を維持せんが爲に他ならぬ。上訴を行ふ者は良く此の制度の本旨に鑒み、極めて慎重の態度を持して之を行ふべく、其の理由の有無を熟慮せず濫りに上訴するの弊風は之を醸さぬやう注意すべきである。

裁判所には裁判官たる判事の他に、裁判所書記や執達吏の如き職員があり、又裁判所に附屬して裁判に必要な職務を行ふものに辯護士と公證人とがある。裁判官たる判事に就いては前節に於て述べるところがあつたから、茲では其の他の職員に就いて説明する。

(イ) 裁判所書記 各裁判所に相應の員數だけ置く。上官の命令に従ひ、訴訟の記録及び會計等の事務を取扱ふもので、所定の資格を有して試験に合格したる者に就き司法大臣より任補せられる。(裁判所構成法第八十五條以下)

(ロ) 執達吏 區裁判所に屬し、其の管轄區域内に役場を設け、主として(一)裁判所より發する文書の送達、(二)裁判の執行、(三)訴訟當事者の委任に因り告知又は催告を爲し、動産・不動産の任意競賣を行ひ、(四)裁判所又は検事局の命令に依り書類・物品の送附を爲し、罰金料料又は過料を徴収する等の職務を行ふ。所定の資格を有して試験に合格したる者に就き司法大臣より任補せられ、所屬區裁判所判事の監督を受け且つ其職務を適實に行ふ爲保證金を出すことを要する。しかし其の職務を行ふに付き所定の手數料を受けるのみならず、若し其の手數料が一定の額に達しない時は補助金を受けることが出来る。(裁判所構成法第九十四條以下、執吏規則第一條以下)

(ハ) 辯護士 民事訴訟では訴訟當事者の相談相手となり、附添人又は代理人となつて其の主張を助け、刑事訴訟では被告の依頼を受け又は官命に依つて、不當な刑罰が加へられないやうに被告を擁護することを其の職分とする。(辯護士法第一條、第十四條) 特に民事裁判に關し、辯護士なる職務の存在は、訴訟に馴れざる當事者が自ら煩雜なる訴訟手續を爲し、辯論に當るの困難と不利とを救ふ點に於て理由あるのみならず、又かかる訴訟當事者が自ら訴訟行爲を爲す場合に生ずる裁判上の種々の不便を無くする點に於て公の利益にも適するものである。されば辯護士は訴訟の實際に於て必要缺くべからざる機關であるけれども、稍々ともすれば自利を計る爲に濫りに訴訟を起さしめ、或は過分の報酬を求むるに拘らず委任者の利益を保護する上に於て頗る冷贍なるものある弊害に陥

り易い。斯くの如き弊害は之が根絶を要すること勿論であるが、同時に何人も訴訟を起さんとするに當つては先づ其の可否を熟慮し、更に辯護士の人選に注意することが肝要である。

辯護士たるには辯護士法に定むる所に従つて一定の資格を有して試験(高等試験司法科)に合格することを要するを以て通則とし、地方裁判所に備ふる辯護士名簿に登録して其の地方裁判所に屬し、更に各地方裁判所の下に設立せられる辯護士會に加入した後に於て始めて其の職務を行ふことを得るのである。而して辯護士會は所屬地方裁判所檢事正の監督を受けるものであり、辯護士が辯護士法又は辯護士會會則に違反した場合には管轄控訴院に於て懲戒裁判に付せられるものである。(辯護士法第二條以下、第七條、第二、十四條、第十九條、第三十一條以下)

(ニ) 公證人 訴訟當事者其の他の關係人の囑託を受け、法律行爲其の他私權に關する事實に付き公正證書を作成し及び私署證書に認證を與へることを其の主たる職務とするものであり、其の作成した文書は公證人法其の他法律の定むる所に従つて裁判上完全な證據力を有する。一定の資格を有して試験に合格したる者に付き司法大臣が任命するのを通則とし、更に身元保證金を納付せしめる。區裁判所の管轄地を以て其の受持區と爲し其の區域内に於て司法大臣の認可を受けた町村内に住居し、其の居宅に於て役場を設けるのを本則とするが地方裁判所に屬し地方裁判所所長の監督を受けるのである。(公證人法第一條、第二條、第十條、第十一條、第十二條、第十九條、第十八條)

検事局 各裁判所には検事局が附置せられ、孰れも相當の員數の檢事が之に屬してゐる。(裁判所第五條) 檢事は判事とは異つて裁判官ではなく、司法事務に執掌する行政官たるものであるから、司法大臣の指揮・監督を受け、裁判所に對して獨立の地位を有するものである。檢事は行政官であ

るから上官の命令に服従する義務があり、判事のやうに不羈獨立の地位を憲法の明文を以て保障せられてゐないけれども、裁判所構成法第八十條に依つて『**検事ハ刑法ノ宣告又ハ懲戒ノ處分ニ由ルニ非サレハ其ノ意ニ反シテ之ヲ免職スルコトナシ**』と規定され、一般行政官以上に其の地位の保障を受けてゐるのである。

検事は犯罪のあることを知ると、其の犯罪の證據を調べ、犯人を捜査し、其の事件に付き管轄を有する裁判所に國家を代表して原告の地位に立ち公訴を提起して法律の適用を請求することを主たる任務とするものであつて、検事の公訴が無ければ刑事裁判は開始せられないのである。検事は又判決の執行を監督し、更に民事に付いても其れが公益に關する事件であれば意見を述べる權限を有してゐる。(刑事訴訟法第二百四十六條、第二百七十八條等)

検事を助けて犯罪の證據を蒐集し犯人を捜査する爲に**司法警察官吏**があり判決施行の衝に當る者に典獄がある。司法警察官吏とは**検事の輔佐**として其の指揮を受け捜査に當る廳府縣の警察官(警視廳、警部、警部補、府警察部長、警視廳の官房主事及び警務部長等)及び憲兵の將校、準士官及び下士の司法警察官と、**検事又は司法警察官の命令を受け捜査の補助を爲す**巡查及び憲兵卒の司法警察吏のことである。(刑事訴訟法第二百四十九條、第八條、第二百四十九條)

特別裁判所 憲法第六十條に『特別裁判所ノ管轄ニ屬スヘキモノハ別ニ法律ヲ以テ之ヲ定ム』と規定してある。即ち民事刑事の裁判は一般に通常裁判所の管轄するものであるが、その特別なものに付いては通常裁判所の管轄に屬せしめないで、法律を以て別に特別裁判所を置いて之を管轄せしめることが出来るとしてゐるのである。

現在特別裁判所として設置されてゐるものには、朝鮮總督府裁判所、臺灣總督府法院、關東廳法院、南洋廳法院等の地方の特殊事情に因るものと、陸海軍軍法會議の如き人の特別事情に因るものと、領事裁判の如き外國との條約に依るものと、**少年審判所**の如き社會政策的實現として生れたもの等がある。右の中、陸海軍軍法會議は軍人軍屬の犯罪に付いて裁判する機關であつて、其の構成は陸軍軍法會議法又は海軍軍法會議法に依つて定められており、軍人軍屬の犯罪に付いては別に陸軍刑法及び海軍刑法の規定があること人の良く知るところである。領事裁判は條約に依つて領事裁判權を有してゐる外國、即ち中華民國、滿洲國に駐劄してゐる領事が我が國の民留民の刑事及び民事事件に付いて裁判する爲に設けられたものである。而して少年審判所は主として十八歳未満の少年少女が刑罰法令に觸るる行爲を爲し又は刑罰法令に觸るる行爲を爲す虞ある場合に此の者を審判して保護處分を爲すことを職分とするものであつて、社會事業の一方面たる少年保護の爲に特に設けられた國家の機關たるものである。少年法の定むるところに依れば、保護處分には、(一)訓戒處分をなすこと、(二)學校長の訓戒に委すること、(三)改心の誓約を爲さしむること、(四)條件を附して保護者に引渡すこと、(五)寺院教會保護團體又は適當なる者に委託すること、(六)少年保護司の觀察に付すること、(七)感化院に送致すること、(八)矯正院に送致すること、(九)病院に送致又は委託すること等がある。人の子の親たり又親たらん者は少年審判所の仕事を良く理解し之が事業に協力するところあらねばならぬ。(少年法第十五條、第三十條、第七條、第四十八條以下)

尙ほ此の種の社會政策的意味を有つ特別裁判所として目下民法改正案と共に家事審判所の設置が調査立案されてゐることは誠に喜ばしいことである。之は夫婦、親子、兄弟姉妹等が法廷に黒

白を争ひ法律づくめで互に勝敗を闘はすのは如何にも不隠當殺風景であるし且又裁判公開によつて暗闇の恥が明るみへ出るのも甚だ面白くないことであるから親族關係事件は之を普通の民事訴訟から引き離して、義理人情法律を嚙みませた調停的仲裁的な解決を試みようとして考へられてゐる特別の制度である。

裁判所の管轄事務

上述のやうに裁判所は本來民事刑事の裁判を爲す爲に設けられた機關であるが、尙ほ國家では政務分配の便宜上元來は司法に屬しないものであるが形式上之を司法事務として裁判所の管轄に屬せしめてゐる事務がある。特別裁判所の管轄する特別の管轄事務を除けば、之には大體次の如きものがある。即ち、

イ、選舉訴訟及び當選訴訟の審理判決は大審院の管轄に屬せしめられてゐる。このことは既に選舉を説明した際に述べた筈である。

ロ、不動産登記法人登記商業登記等の非訟事件手續法に定められてゐる各種の事務は區裁判所又は其の出張所の管轄事務とされてゐる。

ハ、借地借家調停法小作調停法商事調停法等に規定されてゐる各種の爭議に關する調停事務は區裁判所又は地方裁判所の管轄に屬せしめられてゐる。

中にも非訟事件に關する事務が裁判所に依つて取扱はれてゐることは、戶籍事務が區裁判所の監督に服してゐることと共に、裁判所が國民の日常生活に對して非常に密接な關係を有つてゐることを物語るものである。されば裁判所を目して單に悪いことをした者にのみ關係のある役所となし、『私は此の年齢になるが未だ一度も裁判所の厄介になつたことがない』と如何にも誇り顔

に話してゐる人もあるが、之は未だ裁判所なるものの實際を知らない人の言葉と言はなければならぬ。

注意一 『裁判所とは司法機關そのものをいうてゐるのであつて、世間で考へてゐるやうに、裁判を行ふ場所を指してゐるのではない。』（廣瀨・七二頁）といふことを、生徒に良く吞み込ませることが必要である。扱て裁判所は言ふ迄もなく憲法上の機關であつて、天皇の名に於て法律に依り司法權を行ふのである。茲に司法權を行ふとは、民事・刑事の裁判を行ふことであるが、『又不動産登記・法人登記・商業登記等の非訟事件を管轄し、なほ離婚・失踪宣告等の人事訴訟事件を取扱ふ官廳である。』（長倉・九八頁、坂田・一〇二頁）といふことも閉却されてはならない。因みに坂田氏が非訟事件というてゐるのは、非訟事件の誤植であらう。

注意二 裁判所を通常裁判所と特別裁判所とに分ち考へるを普通とするが、本章は通常裁判所にのみ關する。因みに行政裁判所は民事又は刑事の裁判を司るものではないから、通常裁判所に非ざるのみならず、特別裁判所でも又ない。即ち特別裁判所と雖もそれは民事又は刑事の裁判を主として司るものでなければならぬ。此の點よりして少年審判所を裁判所の範疇内に入れることを躊躇する學者もある。蓋し本文に説明する如く『保護處分を爲すことを職分とするものであつて、社會事業の一方面たる少年保護の爲に特に設けられた國家の機關』だからである。茲に少年とは常に男性の少年のみならず、女性の少年即ち少女を含むものたることは、少年法第一條に於て『本法ニ於テ少年ト稱スルハ十八歳ニ滿タル者ヲ謂フ』と言へるに徴し明かである。なんとすれば十八歳に滿たざる者には男性もあれば女性もあるからであり、而かも其の女性を排除して男性のみを指すと言つてゐないからである。されば余はこのことを明かにする爲に『少年審判所は少年・少女に對して保護處分をなすために設けられたものである。』（廣瀨・七二頁）と註釋的に説明して置いた。殆んどの教科書に少年とのみあつて少女を擧げてゐないが、そのこと自體決して悪くはないけれども、少女を含むものなることを明にすることが望ましいと思はれる。

注意三 通常裁判所と特別裁判所とを區別する標準として何を置くべきかに就いては、所説必ずしも一致を見てゐないが、余は

『裁判所構成法により構成せられる裁判所を、通常裁判所といひ、然らざるものを、特別裁判所といふ。』(廣瀨・七一頁)として置いたが、『特別の民・刑事事件を裁判するものを特別裁判所と呼ぶ』(河津・九六頁)といひ、『特別裁判所とは國法により特別の民事又は刑事の事件を裁判する権限を與へられた裁判所をいひ、特別法の規定するものである。』(長倉・九九頁)といふ立場に在るものも多い。しかし民事・刑事の特別なるものとは果して何を意味するであらうか。或は『特別裁判所は、土地又は人の關係により、特別の民事・刑事の裁判をなすもので、その組織権限は特別法による。土地に關する特別裁判所とは例へば朝鮮・臺灣の裁判所の如きものをいひ、人に關する特別裁判所とは、陸海軍軍法會議の如きをいふ。』(大島・九三頁)といふ風に『特別』といふ意味を解すれば良いであらうか。憲法義解には『陸海軍人ノ軍法會議ニ屬スルハ即チ普通ナル司法裁判所ノ外ニ於ケル特別裁判所ノ管轄ニ屬スルモノトス其ノ他商工ノ爲ニ商工裁判所ヲ設クルノ必要アルニ至ラハ亦普通ノ民事裁判ノ外ニ特別ノ管轄ニ屬スルモノトス凡ソ此レ皆法律ヲ以テ之ヲ規定スヘクシテ命令ヲ以テ法律ノ除外例ヲ設クルコトヲ得ス』となつてゐる。別に事件の特別性の故に特別裁判所を設けるとは述べてゐない。依つて余は通常裁判所と特別裁判所との區別を積極的な徵表に依つて示さず、單に消極的な言表を以てするに止めたのである。

注意四 『我が國の裁判所には四階級があり、裁判は三審制である。』(B・八六頁)といひ、區裁判所・地方裁判所・控訴院・大審院を擧げて説明してをるのには不正確である。蓋し右四階級の裁判所は、内地と樺太とに置かれてゐるのみで、所謂新領土の裁判所は特別裁判所として設置されてゐるからである。尙ほ、區裁判所が『通常各府縣に數箇所設置されてゐる。』(B・八六頁)といひ、地方裁判所が『北海道に四箇所、各府縣に一箇所づつ設置されてゐる。』(B・八六頁)といふ説明は、二點に誤謬を有する。即ち樺太に區裁判所及び地方裁判所の存することを脱するのが其の一であり、地方裁判所に付き北海道を取り上げながら、區裁判所に付いて北海道を無視してをることが其の二である。余は、『區裁判所は、樺太に一箇所、北海道・府縣内に各數箇所置かれ、地方裁判所は、北海道に四箇所・樺太・府縣に各一箇所宛設けられてゐる。』(廣瀨・七二頁)と述べて置いた。高等小學修身書卷二・第二十課・國憲國法(其の四)に於て『地方裁判所は、北海道及び樺太に五箇所……』と説明してあるが、これは北海道と樺太と

を合せて一地區とし其の地區内に五箇所の地方裁判所を置くといふことであつて、正確な記述ではあるが、現に樺太に一箇所の地方裁判所が存する事實の上に立つて余は前に引用したやうに述べて置いたのである。尙ほ『區裁判所は北海道・樺太及び府縣内に各數箇所置かれてある。』といふ同修身書の説明は誤解され易い。蓋し之では樺太にも數箇所の區裁判所があるやうにとられるのではないか。これも前に述べたと同じく、北海道と樺太とで一地區を形造り其處に數箇所の區裁判所が置かれてゐるといふ意味に他ならない。

注意五 本節で裁判所に附置されてゐる検事局に就いて説明すべきものなることは勿論である。世間では検事局をも裁判所と考へてゐるが、検事局の任務を明かにすることに依り、かかる誤謬を訂正するのが公民科に課せられた重大なる任務の一である。

注意六 検事の地位を説いて『検事局は裁判所に附設されてゐるけれども、裁判所に對しては獨立の官廳で、その長官を検事總長(大審院)、検事長(控訴院)、検事正(地方裁判所)などといふ。凡べて検事は其の地位が判事と異なり、行政官吏であるから司法大臣の命令に服従すべきものであり、また行政監督の順席によつて上官の命令に服従すべきものである。隨つてその行動は判事が独自の立場で裁判するのとは大いにその趣を異にしてゐる。』(大瀨・八八―八九頁)といふてをるの、まことに適切である。しかし『検事は行政官であるから、上官の命令に服従する義務があり、判事のやうな不羈・獨立の地位は有しないけれども、その地位は、法律によつて、一般行政官以上に保障せられてゐる。』(廣瀨・七四―七五頁)ことも閉却すべきではない。

最近検事の地位に關し興味ある一事件が起つた。即ち、『東京控訴院検事某氏は大阪地方の次席に榮轉することに決定し、大臣次官の署名捺印を了し、検事總長及び直屬長官たる検事長も該事情を承知し、總ての準備を完了し、發令間際に本人よりの申出として該内定を取消したことは、判事の場合には往々生ずることあるも、一檢察事務を執る司法行政官たる検事としての場合は殆ど空前の異例とされてゐるが、今回の場合が某氏のわがまゝとか驕慢からとかなれば司法省でも斷乎たる處置に出づることは想像に難くはないが、全く家庭上の事情であり某検事が次官へ陳情した事項に對して次官檢察總長などが協議の上異動を取消したもので別にその間何等の蟠まりはないやうである。右につき某司法大臣は語る。「官吏たる原則の上からは、たとへ判事と雖も轉任轉所を拒

むべがらざるものであるが、特に身分を保障するためその意に反して轉任轉所さるゝことなしとしてあるため、判事のみは豫備判事でも本人の不承諾のものを異動させることは断じてない、ところがたま／＼この規定を檢事にも準用し得るものと誤解してゐる向が大分あるが、檢事は上官の命令には服従して異議を唱へず轉任轉所してゐるのが現在の例である。たゞ例外として今回の某氏の場合は十六・七歳の長男がこの四月から武蔵高校へ入學して市内に監督者もなく大阪への轉校も困難とある旨續々陳情して來たので、司法省としては今回に限り某氏の苦衷を諒承して異動を取消することゝなつたので、わがまゝでも驕慢でもないからまアいゝと思つてゐる、但しかうした例が今後頻發するやうなことがあれば困るからその時はその時で考へるつもりである。』(河北新報・昭和八年三月三十一日夕刊所載)といふのである。檢事が其の任用資格に於て判事と同様なるが爲め且又判事と檢事とが彼より是へ、是より彼へと轉官自由なる點よりして、從來其の地位の保障も全然同一なるかの如く認められてゐたのが、減俸問題以來、世人の此の兩者に對する區別の認識が正確になつて來てをることは、否めない事實である。唯純理に提はれて檢事を一般行政官と同視することあらば、それは法律的にも將又事實上も認識し得て正確といふことは出來ない。特に教授者の注意を要する。

注意七 「注意六」に於て引用した大瀨氏の文中檢事局が裁判所に『附設されてゐる』とあるのは、『附置されてゐる』の誤植であらう。誰も知る如く、附設されてゐるものなら、檢事局が裁判所に對して獨立の地位を有し得ないではないか。又次に引用した某司法大官の言中豫備判事と雖も其の意に反して轉任轉所さるゝことは断じてないといふが、これは思ひ違ひであらう。何故なら裁判所構成法第七十三條第一項但書には「豫備判事タルトキ及補闕ノ必要ナル場合ニ於テ轉所ヲ命セラルルハ此ノ限ニ在ラス」と明瞭に豫備判事は其の意に反して轉所を命ぜらるゝことあるべきを規定してゐるからである。

參考一 我が國司法制度の沿革

明治元年一月十七日に三職(總裁、議定、參與)の職制及分課(七課)を定め其の内の一課に於て刑法事務を取扱ふことにした。同年二月三日七課を改めて八局を置くこととなり其一局として刑法事務局を置いた。同年閏四月二十一日三職八局を廢し七官を置

き其一官として刑法官を置くことにした。刑法官は監察司、鞠獄司、捕亡司を管する。同年十月中監察司に小監察を置くことにした(翌年二月之を廢す)。明治二年五月二十二日彈正臺を置き、同年七月八日更に官制の改定を行つた際刑部省を置くことにした。其後刑部省、彈正臺の組織に變改を加へたが、明治四年七月九日刑部省を廢して司法省を置き又彈正臺を廢して其事務を司法省に移した。明治五年八月三日司法省職制と事務章程とを假に定め同年九月朔日より之を施行した。司法省職務定制と名づくるものである。其大要を述べると次の如くである。

即ち司法省は全國の法憲を司り各裁判所を統括し其事務を總括することを主要の職務としてゐる(其他法案の起草、裁判所の設置、費用等の事を管掌してゐることは勿論である)裁判所は之を分て臨時裁判所、司法省裁判所、出張裁判所、府縣裁判所、區裁判所とする。臨時裁判所は司法省に臨時に設けるものであつて「國家ノ大事ニ關スル事件及裁判官ノ犯罪ヲ審理」する。司法省裁判所は現今の大審院に該るものであつて「府縣裁判所ノ裁判ニ服セズシテ上告スル者ヲ覆審處分」するを主たる職務とする。「別ニ所長ヲ置カズ司法卿之ヲ兼掌」することになつてゐる。出張裁判所は司法省裁判所であつて其權限は司法省裁判所と同様であつて、「府縣裁判所建立ノ後ヲ待テ便宜設置」することになつてゐる。府縣裁判所は現今の地方裁判所に該るものであつて各府縣に置くこととなつてゐる。判事が其長となり司法卿の指揮を承け一切の事務を便宜處分する。府縣裁判所では洗刑以下を裁斷する權限を有してゐる。死罪及疑獄は本省に伺ひ出でて其指揮を受けねばならぬ。又一般の訴訟に於て裁判權を有してゐるけれども重大で判決し難いものは本省に伺ひ出づべきである。區裁判所は府縣裁判所に屬して居り、地方の便宜に因て設けるものである。其區内の管杖の刑及大體元金百兩以下の聽訟のみに於て裁判權を有する。

檢事には大檢事、權大檢事、中檢事、權中檢事、小檢事、權小檢事等あつて現今の檢事と殆んど其の職責を同じくしてゐる。「檢事ハ裁判ヲ求ムルノ權アリテ裁判ヲ爲スノ權ナシ故ニ判事ニ向ヒテ意見ヲ陳ズルニハ判事ノ取捨ニ任ジ論斷處決ハ判事ノ專任トシテ檢事預ルコトヲ得ズ」とあるが如き判事と檢事との職責を分つこと今日と毫も異なる所がない。

其後明治八年四月十四日大審院を置き、同年五月二十四日布告第九十一號を以て大審院諸裁判所職制章程を布告した。其概要は

次の如くである。

大審院に於ては一等判事が長となる。其権限の主なるものは「民事刑事ノ上告ヲ受ケ上等裁判所以下ノ裁判ノ不法ナル者ヲ破毀シテ全國法憲ノ統一ヲ主持」し「各判事ノ犯罪其ノ違警犯ヲ除ク」ものを裁判し「國事犯ノ重大ナル者及内外交渉民事刑事件ノ重大ナル者」を裁判する事等である。而して裁判は五人の判事列席するに非ざれば爲すことを得ない。上等裁判所（現今の控訴院に該る）の長は勅任判事であつて東京、大阪、長崎、福島の四ヶ所に之を置き、府縣裁判所の裁判に對する控訴を覆審する。尙「死罪ヲ判スルハ上等裁判所ノ權任」（專屬）とする。而して「民刑ヲ論ゼズ公庭ヲ開クニ判事三人坐ニ列スルヲ要」する。前述した如く死罪の裁判は上等裁判所の権限に屬してゐるから此裁判に付ては各上等裁判所より管下府縣に出張し巡回裁判を爲すの制を採つた（但し此制は明治十年二月布告第十九號を以て廢止せられた）。府縣裁判所の長は五等乃至七等の判事である。府縣裁判所は各府縣に之を置き第一審として一切の民事及懲役以下の刑事を審判する。司法省には卿（現今の大臣）及輔（現今の次官あり）卿は「第一諸裁判官ヲ監督シ庶務ヲ總判シ及檢事ヲ管攝シ檢務ヲ統理スルコトヲ掌ル但シ裁判ニ干與セズ第二判事及司法諸官奏任ノ任免進退ハ具狀シテ命ヲ乞ヒ其判任以下ハ之ヲ專行スルコトヲ掌ル」ことになつてゐる。其司法省の権限は現今のものと同様と差異がない。檢事には大檢事、權大檢事、中檢事、權中檢事、小檢事、權小檢事、及檢事補あり、「檢事ハ彈劾シテ判ヲ求ム判事ノ裁判ニ服セザレバ上告スルコトヲ得、裁判ノ議ニ干預シ若クハ裁判ノ當否ヲ論争スルコトヲ得ズ」と云ふ様な規定があり、檢事の職責は現今のものと殆んど同様である。

前述した所で略ぼ推察し得る如く司法職務定制に在ては司法と行政との區別が甚だ明瞭でなかつたが、大審院諸裁判所及司法省檢事職制章程の制定を見るに至つて其分界漸次明なるに至つた。蓋し司法職務定制に在ては裁判所と司法省の區別が明でなく大審院に相當すべき司法裁判所は司法省に在り、其長は司法卿之を兼ね、裁判所の裁判上の疑義は之を司法省に伺はしめる等司法と行政を混淆してゐる規定は甚だ尠くない。大審院諸裁判所等の職制章程が設けられるに至り大審院と司法省とが全然分離し、司法省は裁判に干與することを得ざるに至り、茲に司法と行政の分界が稍明なるに至つた。

明治十三年十二月二日司法省職制章程を改定したけれども其重なるものは局名職名等の變更であつて内容に關するものが少ないから之を省略する。

明治十九年二月二十六日勅令第二號を以て司法省官制が定められた。同令によれば司法省に民事局、刑事局、會計局の三局を置き尙此外に大臣官房あり、總務局があつた。所管の事項は大體今日と同様である。總務局は大體今日の秘書課、調査課の仕事を担当してゐる。

又明治十九年五月四日勅令第四十號を以て裁判所官制が定められた。同令によれば裁判所を別つて治安裁判所、治審裁判所、重罪裁判所、控訴院、大審院及高等法院とする。治安裁判所は民事に關し勸解を爲し「請求ノ金額及ビ價額百圓未満ノ裁判ニ付始審（第一審）ノ裁判」を爲す權限あり、刑事に關し違警罪裁判所として違警罪を裁判する權限を有してゐる。治審裁判所は民事に關し「請求ノ金額及ビ價額百圓以上」の訴訟及人事の訴訟並治安裁判所の裁判に對する控訴に付て裁判權を有し刑事に關し輕罪裁判所として輕罪を裁判し違警罪裁判所の裁判に對する控訴に付て裁判權を有してゐる。控訴院は始審裁判所の裁判に對する控訴、大審院は一般の裁判に對する上告を審理する權限を有してゐる。重罪裁判所は重罪を裁判する權限を有するものであつて控訴院又は始審裁判所に於て特別の構成の下に開かれるものである。又高等法院は皇室に對する罪、國事に關する罪にして重罪に該るもの及皇族の犯したる重罪及禁錮の刑に該るべき輕罪、勅任官の犯したる重罪を裁判するものであつて特別の構成の下に開かれる（治罪法、明治一四・一二・二八、太政官布告八三）。「治安裁判所及始審裁判所ノ審理判決ハ裁判官一人ニテ之ヲ行ヒ、控訴院ノ審理判決ハ主任局長（部長の事である、大審院も亦民事局、刑事局に別たれてゐる）ヲ合セテ五人合議列席シテ之ヲ行フ」ことになつてゐる。又裁判官の地位の保障に付ては「裁判官ハ刑事裁判又ハ懲戒裁判ニ依ルニアラザレバ其意ニ反シテ退官及懲罰ヲ受クルコトナシ」と云ふ規定、又裁判官たるの資格に付ては「裁判官（及檢察官）トナルノ資格ハ別ニ試験法ノ定ムル所ニ依ル」（試験ノ規則ハ別ニ定ムル所ニ依ル）と云ふ規定が新に設けられ、控訴院判事、大審院判事たる資格等に付ては「新ニ裁判官ニ任ゼラルモノハ治安裁判所ニ於テ其職務ニ服シ、治安裁判所裁判官又ハ檢察官ニシテ一年以上其職務ニ服シタルモノハ治安裁判所裁判官ニ任

ブルコトヲ得、裁判官檢察官ニシテ五年以上其職務ニ服シタルモノハ控訴院裁判官ニ任ズルコトヲ得、裁判官檢察官ニシテ十年以上其職務ニ服シタルモノハ大審院裁判官ニ任ズルコトヲ得」と云ふ規定が設けられた。治安裁判所を除く他の裁判所には検事局を置き檢察官をして犯罪の捜査其他の職務を執らしめることになつてゐる。檢察官の職務権限は現今の検事のそれと異なる所がない。前示裁判所官制は裁判所構成法の前身であり憲法發布以前の規定にかゝるものであるけれども、前述した如く裁判官の地位の保障、資格等に關する規定を設け司法權の獨立を確保するの跡歴然たるものあるは大に注目し得る點である。

【尙本勅令の治安所裁判は従前の區裁判所に、始審裁判所は従前の地方裁判所、控訴院は従前の控訴裁判所に該當する。而して此地方裁判所は更に従前の府縣裁判所、控訴裁判所は更に従前の上等裁判所に該當する（明治一四・一〇・六太政官布告五三、明治九・九・一三太政官布告一一四、明治一四・一二・二八太政官布達二、明治一四・一〇・六太政官布告五三）】（現代法學全集所載・長島毅氏・裁判所構成法、五一九頁）

參考二 家事審判所

曩に原内閣の當時、政府は臨時法制審議會を任設して、同會に對し、我が國古來の淳風美俗に基き民法を改正すべき點如何と云ふ趣旨を諮問した（之れが諮問第一號である、諮問第二號は陪審法制定の可否に關する事項で、之れに基いて陪審法が生まれたのである）。同會は此の諮問に對して慎重審議の結果、親族編及相續編に多大の改正を要するものあることを認め、改正要綱を決議して之れを政府に報告し、政府は更に司法省内に民法改正起草委員會を任設して、同委員會に前示臨時法制審議會の決定した改正要綱に基いて起草すべきことを命じ、右委員會は目下銳意其の起草に従事して居るのである。臨時法制審議會の決定した改正要綱は公表せられて居るが、それに依ると、親族編に關して三十四、相續編に關して十七、合計五十一個の重大な事項が示されて居る。此の五十一個の重大事項の中に、「家事審判所」と云ふ文字が諸處に散見する。例示すると次の通である。

- (イ) 分家の條件が具備しても特別の事情ある場合に家事審判所は分家を爲さしめざることが出来る。（親族編第三ノ四）
- (ロ) 廢絶家の再興に付ては家事審判所の許可を必要とする。（同上第五）

- (ハ) 家族の離籍に付ては家事審判所の許可を必要とする。（同上第八）
- (ニ) 家事審判所は戸主權の喪失を宣告し且之れに關し必要なる處分を命ずる。（同上第十）
- (ホ) 協議離婚又は協議離縁に付て當事者以外の同意者との同意に代ふるに家事審判所の審判を以てすることが出来る。（同上第十五の一、第二十五）

- (ヘ) 家事審判所が子の監護者を定めることがある。（同上第十五ノ二）
 - (ト) 離婚後の扶養の方法及金額に付家事審判所が之れを定める場合がある。（同上第十七）
 - (チ) 未成年者を養子とするには家事審判所の許可を必要とする。（同上第二十二）
 - (リ) 家事審判所は親權の喪失を宣告する。（同上第二十八）
 - (ス) 後見の事務は家事審判所の監督にも屬する。（同上第三十の二）
 - (ル) 親族會の構成に付ては家事審判所が之れを主管する。（同上第三十一の一、二）
 - (ヲ) 親族會の決議に代ふるに家事審判所の審判を以てすることがある。（同上第三十二の三、第三十三の三）
 - (ワ) 家事審判所は親族會の決議の實行を監視督勵する。（同上第三十三の二）
 - (カ) 扶養に付ては多くの事項は家事審判所の裁斷に依つて決せられる。（同上第三十四）
 - (ヨ) 家督相續の場合に於ける財産の分配に付て家事審判所がそれを審判する場合がある。（相續編第一の五）
 - (タ) 家事審判所が國籍喪失者の家督相續人に相當の財産の承繼を認容する場合がある。（同上第五の三）
 - (レ) 自筆證書に依る遺言の方式の欠缺は家事審判所の審判を以て之れを補足することが出来る。（同上第十六）
- 右のやうに、家事審判所と云ふものが要綱の隨處に活躍して居るから、此の要綱に基く民法改正が成立した曉には、家事審判所は吾人の人事關係を律する重大な特殊機關として創設せられることになるのである。併し、家事審判所の組織や權限に付ては、未だ公表せられて居ない、勿論司法省及同省内の之れに關する委員會に於ては十分に熟議せられて居るのであるが、司法省又は同省

内の之れに關する委員會の名を以て公表せられざる限、ここでそれに付て説明することは出来ないから、此の問題に關する一切の事項に付て記述することを避けるが、家事審判所が出来る時、家事審判所の所管事項と人事訴訟手續法の當然の適用を受ける事項との異同牽聯の問題が起る。從來人事訴訟手續法の下に於て裁判所（通常裁判所）の所管事項になつて居たものゝ一部が家事審判所の權限に移されることになるかも知れない。又家事審判所の手續が確立すると、之れに伴つて、在來の人事訴訟の手續にも相當の變更の生ずることは想像せられ得る。而して、其の組織や權限に付て未だ公表せられざる以上家事審判所と云ふ制度の當否に付て論述することは出来ないけれども、外國法特に獨乙法殆其の儘を鵜呑みにして出來て居た人事訴訟手續法の外に、我が國固有の風習に着眼し且最近三十餘年の間に外國で計劃せられ實施せられた諸般の制度を參酌して、我が國の家庭及人事を律するに適正な特殊の手續方法が設けられ、それに伴つて、人事訴訟手續法が適當に改正せられると云ふことは、勿論結構至極のことであつて、此の意味に於て、私は近き將來に實現せられむとする民法の改正、家事審判所に關する制度の確立及人事訴訟手續法の修正を、多大の期待を持ち、滿腔の希望を捧げて、鶴首翹望する者である。（現代法學全集第三十卷・大森洪太氏・人事訴訟手續法、一〇五一—一〇七頁）

參考三 少年法に依る保護處分の實際

現代に於て國家及び社會は犯罪少年乃至不良少年に對して如何なる態度をとりつつあるであらうか。現代に於ける犯罪現象は主として社會生活に於ける變動の所産である。なかなぐく少年の犯罪に至つては其の不幸なる環境に基くこと最も顯著であつて、之に對して其の道義的責任を見出すことは困難である。斯の如き事情は少年に對する行刑の教育化を必要ならしめ、同時に全然刑罰的色彩を離れたる保護處分の必要を感じしむるに至つた。而して教育的なる行刑は豫め其の期間を一定することを許さぬから、少年法は一方に於て少年に對する不定期刑の言渡を認め（少年法第八條）、他方に於て科刑を適當とせざる場合に於て少年審判所に依り保護處分を加ふることを認めてゐるのである（同第四條）。

今刑事統計に據るに、少年法第八條に依る不定期刑の言渡は大正十二年より昭和三年に至る六年間平均一年六三一人、内男六一

六、女一五人である。少年受刑者は之を小田原、川越、姫路、岡崎、岩國、久留米、盛岡、北海、八王子等に特設された少年監獄に收容し、特に教育的な行刑を試みてゐる。行刑統計に據れば此等少年監獄に收容せらるる者は昭和三年度末に於て總計二、一四一人に上つてゐる。此等少年監獄の成績に付ては未だ具體的に知ることを得ざるも、昭和三年度に於て假釋放せられたる者合計二四七人、しかも同年度に於て假釋放を取消されたる者は十一人に過ぎない。此は大體に於て良好なる成績を示すものと謂うてよからうと思ふ。

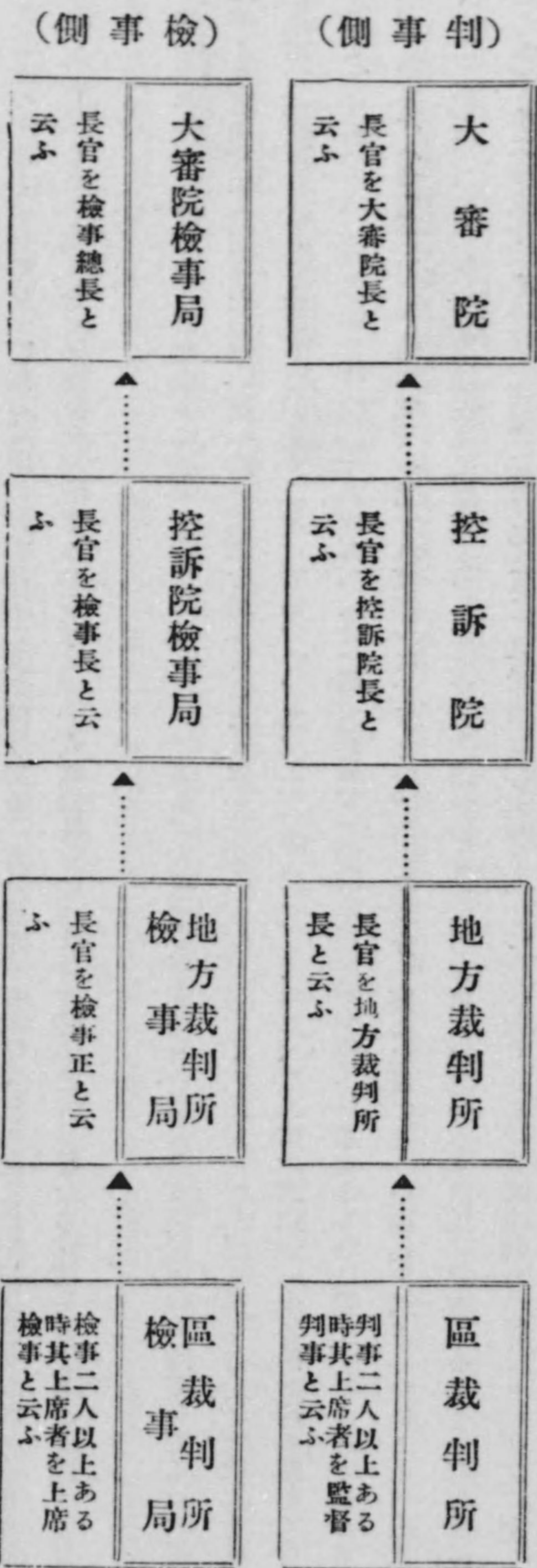
次に少年法第四條に依る保護處分は如何に行はれてゐるか。東京、大阪兩少年審判所の爲したる保護處分の内譯を見るに大正十二年より昭和四年の間に於て第一號「處分訓誡を加ふること」は一三、三〇八件（四四・六四％）であつて最も多い。次に多きは第四號處分「條件を附して保護者に引渡すこと」であつて、九、三二一件（三一・二六％）、次に第六號處分「少年保護司の觀察に付すること」であつて、三、九〇一件（一三・八四％）、次に第五號處分「寺院教會保護團體又は適當なる者に委任すること」であつて、二、一八五件（七・三三％）。他は此等に比すれば僅少にすぎない。第三號處分「書面を以て改心の誓約を爲さしむること」七八三件（二・六三％）、第八號處分「矯正院に送致すること」二八六件（〇・九六％）、第七號處分「感化院に送致すること」二二二件（〇・〇七％）、第二號處分「學校長の訓誡に委すること」九件（〇・〇三％）といった状態である。大阪審判所の状況もほほ之に類したものである。（唯、第三號處分一、〇七〇件をしてゐるのが一寸東京と趣を異にしてゐる）。

私は此の保護處分の状況を見て、當初から豫期されたことではあるが、少年保護司及び保護團體の保護的職能の重大といふことを今更の如く明確に認識せざるを得ぬのである。保護司にはいふまでもなく専任保護司と囑託保護司とある。しかしながら専任保護司は比較的少數である上に、審判のため必要な取調に多くの時間を費さねばならぬ。茲に於てか保護觀察の重要な部分は囑託保護司によつて實行されなければならぬことになる。若し夫れ保護團體の委託に至つては全然國家を離れた社會事業家によつて實行されてゐるのであつて、昭和元年末には此の目的のために組織された保護團體が東京少年審判所管内に於て二十六を數へた。少年保護事業の重要性は何人も見のがすことは出来ぬ。かくて少年の保護教育が國家と社會との協力によつて行はるるに至つたこ

とは、將來尙他の領域に於て社會的司法補助の實現を見るに至るべき端緒として、極めて重要な社會的意義を有するものであらう。(小野清一郎氏・刑の執行猶豫と有罪判決の宣告猶豫及び其の他、三〇七—三一〇頁)

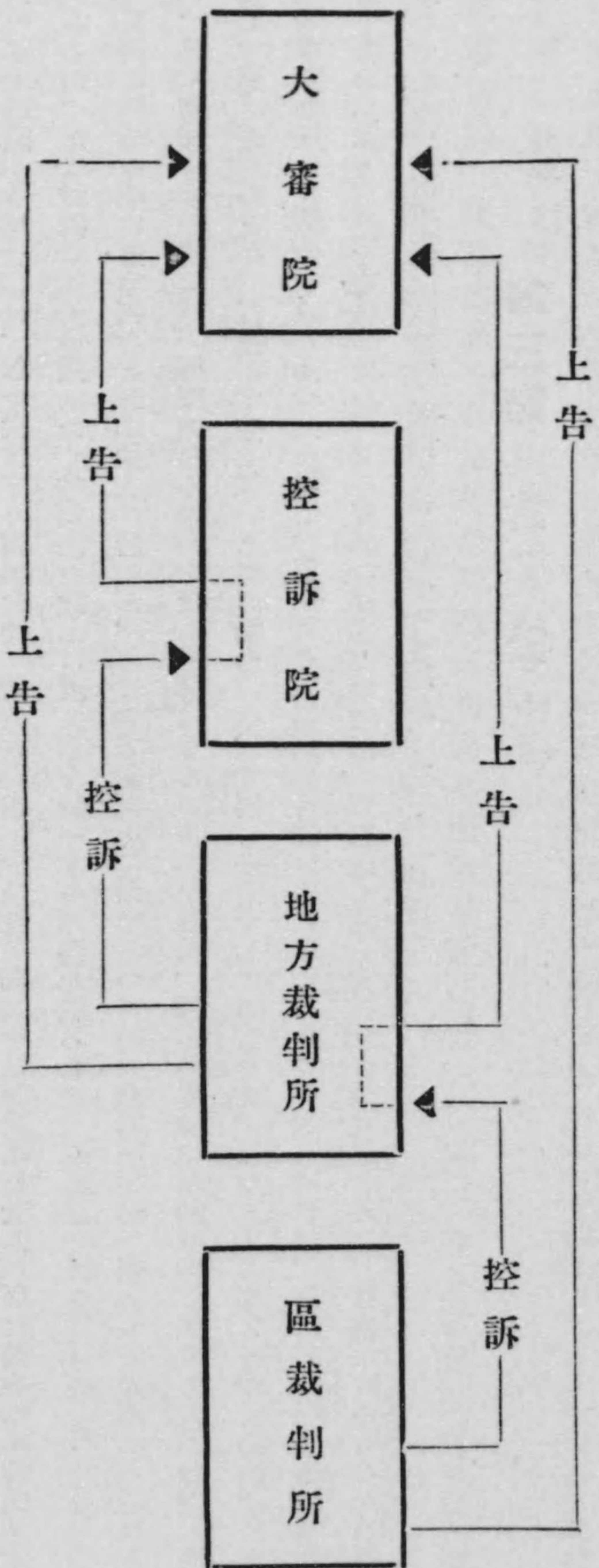
参考四 裁判所の審級並管轄・判事

我國で普通裁判所と言ふと、區裁判所、地方裁判所、控訴院、大審院の四種があり、夫れに夫々檢事局が有るが、檢事局は裁判所の一分課でない、同一建物内にあるけれども何等服従關係が無く、互に獨立してゐて一個の建物内に二個の官廳があり、裁判所の主腦は判事で、檢事局の主腦は檢事である。判事檢事相互に於ては全く對等の地位に立つて居るのであるが、社會には此の關係を知らず、二個の役所のある事に氣付かぬ者が多い。今之を判り易く書くと、



民事でも、刑事でも第一審が區裁判所である場合と地方裁判所である場合とあつて、夫れは事件の大小によつて管轄を異にするが、第一審の判決に不服がある場合、更に其の裁判の仕直しを其の上の裁判所即區裁判所からなら地方裁判所へ、地方裁判所から

なら控訴院へ、申出る事を控訴すると云ひ、更に不服で三度目の裁判を受け度い時は、常に大審院へ申出るので之を上告と云ひ、控訴、上告を合して上訴すると云ふ。但し刑事裁判は特別に第一審からでも一定の場合には、直に大審院に不服を申出る事が出来て、之を上告と云ふ。今之を圖解すると次の通りで、刑事裁判の控訴は判決言渡を受けてから七日以内に、上告は同じく五日以内に、民事裁判の控訴上告は孰れも判決の送達を受けてから二週間以内にせねばならぬ。



判事は所謂裁判官で、訴を受けた民事、刑事一切の事件に對し精細なる審査をなし、其の是非を判別し、保護すべき權利は之を保護し、罰すべき者は之を罰する職務を有する役人であるが、何れにしても、初めから原告が負けとか被告が罪人だとかの頭を以て取調べるのでなく、第一段として如何なる事實になつてゐるかを確め、第二段に進み第一段で確めた事實により何れが正當なる權利者であるか、其の事實が罪になるかを確定し、第三段に進んで、夫々勝訴敗訴、有罪無罪の斷定を下すものであるから、恐れ

ずおめず、事實を正直に告げて裁判を待つべきものであり、決して恐しい役人だと思ふ必要は無いのである。

區裁判所では、一人の判事が裁判に當るが、地方裁判所、控訴院では三人の判事が、大審院では五人の判事が各一團となり合議體即部を組織して其の任に當り、民事だけを取扱ふ部を民事部、刑事だけを取扱ふ部を刑事部と云ひ、其の兩者を取扱ふ部には別に名稱としては無いが混合部と云つて其の意味を現はす事があり、部が數多くある時には第一民事部とか第何刑事部とか言ふてゐる。此の部を組織する場合には、部を代表する判事を特に裁判長判事と云ひ他の判事を陪席判事と云ふ。別に判事には部長と云ふ地位があるが、之は裁判には何等關係なく唯司法行政上に於て部を統一する事務を執るものである。

又別に判事の中に豫審判事と云ふ役人が居るが、之は地方裁判所にだけあつて地方裁判所が第一審として裁判する刑事事件につき、部が審理をする前に、一應精細なる取調をなし犯罪になるか否かを調べ、罪となる時は審判を部に移すと云ふ裁判(決定)を爲し、罪にならぬとか、證據が十分で無いとかの場合には、免訴の決定をして被告を許す仕事をする事になつてゐる。

地方裁判所々在地から遠く隔つた土地で、別個に地方裁判所を設けるだけの事件數が無い所には、單に其の出張所の様なものを置く場合があり、之を支部と云ひ、其の支部に豫審だけで無く公判迄も開く支部を甲號支部と云ひ、豫審だけのものを乙號支部と云ふてゐる。(檢事正岡正延氏・裁判所は何をする役所か、一三一―一七頁)

第三節 訴訟

訴訟 國法は國民に權利を與へるけれども權力は與へてゐないから權利を侵害せられた者は國家の權力に訴へて之を保全しなければならぬ。個人が強力を用ひて之を保全しようとしたならば社會の秩序は忽ちにして破壊して了うであらう。裁判は此の權利の保全を求める訴に對して行はれるのを普通とする。即ち裁判は訴訟の手續に依つて行はれるのを普通とし訴へた者を

原告訴へられた者を被告と呼ぶ。

訴訟には其の訴へられた事件が私法上の權利の侵害なるか又は刑法に依つて保護されてゐる權利の侵害なるかに従つて民事訴訟と刑事訴訟との區別があるが、孰れにあつても裁判の對審判決は公開するを常とし、唯安寧秩序又は風俗を害する虞ある場合に限つて法律に依り又は裁判所の決議を以て對審の公開だけを停止することが出来るに過ぎない(帝國憲法第百五十九條)。これ畢竟裁判の公正を示し威信を候つ所以に他ならぬのである。

民事訴訟 民法、商法、手形法等の所謂私法上の權利關係に付いて訴がある場合に之を裁判する手續である。例へば金を借りて置きながら約束の期限が来ていくら催促されても應じないやうな人がある場合に、貸主から其の借主を裁判所に訴へると、裁判所は双方の言分を聞いた上で原告の主張が正しいと認めれば其の借金を返すやうに被告に命ずるであらう。かやうな裁判の手續が即ち民事訴訟である。民事訴訟に付いての規定は一般に民事訴訟法であるが、其の中人事訴訟に關しては特に人事訴訟手續法の規定が設けられてゐる。

通常の民事訴訟に就いて其の手續を述べると、先づ第一審に於ける訴訟手續は原告が訴を提起するに始まる。訴の提起は區裁判所に對する場合ならば特別に口頭を以て之を爲すことが出来るが、地方裁判所に對する場合には必ず訴狀の提出に依つて之を行はねばならぬ。訴狀には當事者請求の趣旨及び請求の原因を記載し且つ相當の印紙を貼用せねばならぬ。(民事訴訟法第三百五十三條、第二百二十四條、民事訴訟用印紙法第一條、第十一條)訴狀が提出されると裁判所では之を被告に送達し(口頭に依る訴の場合には裁判所で其の調書を作つて之を送達する)、一定の期日を定めて原告被告の双方を呼出し口頭

辯論を開始するのであるが(民事訴訟法第二百二十條、第九條、第二百三十條)、しかし口頭辯論を開くには豫め書面を以て準備して置かなければ其の正確を期し難いので、裁判所では其の前に當事者をして準備書面を提出させ之を相手方に送達すると共に、一定の手續に従つて準備手續を爲すのを普通とする(同第二百四十二條、第二百四十三條、第二條)。準備書面に記載すべき事項は當事者又は代理人の職業住所事件の表示、攻撃又は防禦の方法、附屬書類の表示、年月日、裁判所の表示等で(同第二百四十四條)、被告から提出するものを答辯書と謂ふ場合がある。而して準備手續とは當事者の陳述に基いて主張の要領を釋明して争點を整理し且つ之に對する證據の申出を明確にすべき調書を作ることを以て其の本旨とするものである。(同第二百五十一條)しかし區裁判所の訴訟手續に於ては事件が輕小であるから斯様な手續を要せず、當事者は任意に裁判所に出頭して口頭辯論を爲すことが出來るとされてゐる(同第三百五十四條、第三百五十七條、第三百五十八條)。口頭辯論に於ては當事者は原則として其の提出した準備書面に記載した事項及び準備手續に於て陳述した主張に基いて攻撃し防禦し、又各自主張する事實に付いての證據を申出でる(同第二百七條、第二百五十五條、第二百五十八條)。裁判所は此の口頭辯論を聴き、原則として當事者の申出でたる證據に付き證據調を爲して其の結果を斟酌し、自由なる心證に依り事實の真相を判斷して、口頭辯論を閉ぢ、當事者の申立の範圍内に於て判決の言渡を爲すのである(同第八十五條、第二百五十九條以下、第八十條、第六條、第八十八條、第八十九條、第九十條)。茲に證據に就いて一言するに、證據には書類たる書證のみならず物の形とか關係者の見た事情とかの所謂物證や人證があり、而して人證を提供する人を證人と呼んでゐるが、人は誰でも特別の事情無き限り裁判所から證人として呼び出された以上は出頭陳述、宣誓の義務を有するものであるから(同第二百七條、第十一條以下)、苟も證人となつた者は忠實に此の義務を履行すべきは勿論、進んで裁判所の判

斷を助け以て裁判が正當に行はれむやう所期し努力するの態度がなければならぬ。

第一審の判決に不服な者は判決の送達があつた日から二週間以内に控訴の提起を爲すことが出来る。控訴の提起は法定の事項を記載した控訴狀を第一審裁判所又は控訴裁判所に提出して之を爲すことを要する。此の場合控訴を提起した者を控訴人、其の相手方を被控訴人と謂ふ。控訴の提起があると裁判所では一定の期日を定めて口頭辯論が開くが、此の口頭辯論に於ては當事者は第一審の判決の變更を求めらるる限度に於てのみ之を爲すものとす。かくして裁判所は若し其の第一審判決を相當とする時即ち不服申立の理由無き時は其の控訴を理由無しとして棄却し、若し第一審判決を不當とする場合には第一審判決を取消して自ら判決を下すのである。(同第三百第一條、第三百六十七條第一項、第三百六十八條、第三百七十一條、第三百七十七條、第三百七十八條、第三百七十九條、第三百八十四條、第三百八十六條)

第二審の判決が若し法令に違背してゐるならば當事者は之を理由として大審院に上告の提起を爲すことが出来る。上告の提起は控訴の提起と同一の期間内に於て上告狀の提出に依つて之を爲すことを要し、上告した者を上告人、上告された者を被上告人と呼ぶ。上告の提起があると、大審院は上告人の提出した上告狀、上告理由書及び被上告人の提出した答辯書等に依り其の上告を理由なしと認めれば口頭辯論を経ないで判決を以て其の上告を棄却するが、其の必要ある場合は口頭辯論を開く。大審院は上告理由に付き不服申立があつた限度に於てのみ之を調査し、かくして若し其の上告が理由なしとすれば即ち原判決に何等法令に違背した點がなければ其れを棄却し、若し其の上告が理由ありと認めれば原判決を破毀して事件を原裁判所に差戻すか又は同等なる他の裁判所に移送するを原則とし、或る一定の場合に於いてのみ自ら判決を下すものとする。

(同第三百九十四條、第三百九十五條、第三百九十九條、第四百條、第四百一一條、第四百二條、第四百七條、第四百八條)

第三審の判決には不服を申立てることは出来ない。

上訴期間を空過するか、上訴権を放棄するか、上訴を取上げるか又は上訴方法が盡きるかすれば判決は確定する(同第四百九十八條、第三百六十四條、第三百六十三條、第三百九十六條)。判決が確定すれば法定の場合に限つて再審の訴が認められるに止まり(同第四百二條、十條以下)。一般に勝訴者は執達吏又は區裁判所に依つて、強制的に判決の内容を實現することが出来る。之を強制執行と稱し、差押競賣引渡等が之に屬す(同第四百九條、十七條以下)。

以上一般の民事訴訟手續の大略を述べた次第であるが、之だけでも想像し得られる如く其の複雑なること到底素人の良く爲し得るところではないから、大概の場合原告被告共に辯護士に委任して訴訟代理人たらしめてゐる。しかし區裁判所の管轄に屬するやうな小額の金銭的給付を目的とする請求に就いては簡單なる督促手續(第四百三條、十條以下)といふ特別手續を設けてゐること注意を要する。

刑事訴訟 刑事訴訟とは刑法に依つて保護されてゐる權利を侵害した行爲即ち犯罪行爲に對し、如何なる刑罰を科すべきかを決定する裁判の手續である。其の目的とするところは、犯罪者を罰して再び不正な行爲を繰り返さないやうにすると共に、一般世人をも戒め、以て社會の秩序を保持せんとするに在る。

刑事訴訟の手續を規定する法律は刑事訴訟法であるが、之に依ると刑事訴訟に於ける原告は常に國家機關たる檢事であつて、被害者は唯告訴に依つて其の被害の事實を告げ、檢事の活動を期待し得るに過ぎない(刑事訴訟法第二百四十六條、第二百五十八條以下)。蓋し犯罪は社會國家の安寧秩序を脅かすものであるから

國家も亦被害者であり、しかも其の利害關係は被害者たる私人よりも更に大なるものがあるからである。

其の訴訟手續を見るに、先づ檢事は被害者の告訴第三者の告發犯人の自首又は現行犯等に依つて犯罪の事實を知つた時は、司法警察官吏の補助の下に犯人を捜査し證據を蒐集して裁判所に公訴を提起する(刑事訴訟法第二百四十六條以下、第二百七條、十四條、第二百七十六條、第二百七十四條)。公訴の提起には直ちに公判を請求するものと先づ豫審を請求するものがある。區裁判の管轄に屬する事件に付いては豫審の制度がないから檢事は直ちに公判を請求するの他に、地方裁判所の管轄に屬する事件に付いては、檢事は其の事件の難易輕重に依つて適宜に直ちに公判を請求したり又豫審を請求したりするのである(同第二百八十條)。茲に注意せねばならぬことは、檢事は犯罪あること明瞭な場合には原則として必ず公訴を提起せねばならぬものであるが、しかし犯人の性格・年齢・境遇及び犯罪の事情犯罪後の情況に因つて訴追の必要がないやうな場合には公訴を提起しなくともよい制度を設けてゐることである。(同第二百七十九條)之を起訴猶豫と謂うてゐる。

豫審とは地方裁判所の判事であつて特に司法大臣から豫審の取調を命ぜられた豫審判事が檢事の請求を俟つて被告人の訊問證據調を行ひ、事件を公判に付すべきか否かを決定する準備手續であつて、重大な事件に付き檢事の請求がある場合に行はれるものであるが、一般に公開されることとはない(裁判所構成法第二十一條、刑事訴訟法第三百條、第七十條、九條、第二百三十三條、第二百九十五條、第二百九十六條)。豫審に於て事件が公判に付するに足るべき犯罪と認められた時は之を公判に付する決定をなし、裁判所に送附するが若し公判に付するに足らない犯罪と認めれば之に對して免訴の言渡をする(同第三百十三條、第三百十四條)。

んな刑罰を科すべきかを法律に照らして決定す。裁判である。例へば人の生命・身體に危害を加へたといふやうな犯罪があつたとする。裁判所は犯罪の疑のある者を十分に取調べ、證據を擧げて適當公平な裁判をする。かやうにして國家は人々の權利・義務の争を解決し、又犯罪者を罰して不法な行を再びさせないやうにし、且世間の人 戒ともするのである。』と。

注意三 民事訴訟に於て第一審の『判決に不服の者は、一箇月以内に上訴することが出来る。その期限内に上訴しなければ、裁判は確定し執行吏が之を強制執行する』(B・八九頁)とあるは二つの點に於て誤つてゐる。第一、民事訴訟法第三百六十六條第一項は『控訴ハ判決ノ送達アリタル日ヨリ二週間以内ニ之ヲ提起スルコトヲ要ス』とあるから第一審の判決に不服の者は判決の送達を受けた日から二週間内に控訴をせねばならぬ。古き條文を見て一月もあると思つてゐると大いに當が外れて取り返しのつかぬことにならう。第二、確定した判決には執行吏の執行に適應せぬものもあり、又執行吏の執行には適するが、執行吏の手を煩はさないで、敗訴者が進んで履行することもあらう。『裁判確定し執行吏が之を強制執行する。』といへば、例外なく強制執行が爲されるやうに見えて人をして誤解せしめること甚しい。余は『判決が確定すれば、勝訴者は、執行吏又は區裁判所によつて、強制的に判決の内容を實現することが出来る。之を強制執行といひ、差押・競賣等が之に屬する。』(廣瀨・七八頁)といふて置いた。この『することが出来る』といふ一句に注意せられんことを希望する。

注意四 刑事の訴訟に於て『検事は告訴・告發・現行犯などの事由によつて犯罪の行はれたことを知れば、證據を蒐集し、犯人を捜査する。その結果、犯罪があると認定すれば、國家を代表して原告となり、犯罪の輕重・單複に應じて、所轄の裁判所または豫審判事に訴訟を提起する。之を起訴といふ。』(B・九〇―九一頁)とあるは曖昧且つ不親切である。告訴・告發・現行犯の何たるやは本文述ぶるところの如く説いて置かねば抽象論に終るべく、公判の提起が豫審判事に爲されるといふに至つては何としても可笑しい。余は『検事は、被害者の告訴・第三者の告發・犯人の自首又は現行犯等によつて、犯罪の事實を知つたときは、犯人を捜査し、證據を蒐集して、裁判所に公判を提起する。公判の提起には、直ちに公判を請求するものと、先づ、豫審を請求するものがある。豫審とは、豫審判事が、被告の訊問・證據調を行ひ、事件を公判に付すべきか否かを決定する準備手續であり、重大な

る事件につき行はれるものであるが、公開されない。』(廣瀨・八〇頁)と述べて置いたが、公訴は何處までも裁判所に提起されるべきものなることは、訴訟理論のABCである。裁判所が受理した事件のうち豫審の請求があつた分に關し豫審判事が取調べるのである。

注意五 『豫審が終結すれば、罪のない者は之を免訴し、罪のある者は公判に附する。』(B・九一頁)といふのは誤つてゐる。刑事訴訟法第三百十三條は『被告事件罪ト爲ラス又ハ公判ニ付スルニ足ルヘキ犯罪の嫌疑ナキトキハ豫審判事ハ決定ヲ以テ免訴ノ言渡ヲ爲スヘシ』といふてをるから、免訴の場合の説明はマアいゝとして、公判に付する場合の説明が間違つてゐるのである。即ち刑事訴訟法第三百十二條には『公判ニ付スルニ足ルヘキ犯罪ノ嫌疑アルトキハ豫審判事ハ決定ヲ以テ被告事件ヲ公判ニ付スル言渡ヲ爲スヘシ』と述べてゐる如く、有罪と決定したから公判に移されるのでなく、犯罪の嫌疑明白なるが故に公判に付されるのである。有罪と犯罪の嫌疑明白とは混同されてはならない。有罪は判決の確定を以て確定するものであるから、豫審の決定が有罪の確定であるなら公判手續は全然不必要に終るではないか。

注意六 世間では刑罰の種類に體刑を計へ、多くの公民教科書又此の例に倣つてゐる。しかし嚴格な意味では體刑は今日認められず、通稱體刑は自由刑に他ならない。余は『刑罰には、主刑として死刑・懲役・禁錮・罰金・拘留及び、科料があり、附加刑として、没收がある。懲役・禁錮・拘留を併せて、自由刑ともいふ。同様に、死刑を生命刑ともいひ、罰金・科料・没收を財産刑ともいふ。』(廣瀨・八一頁)と説いて置いた。或は世間では體罰といふものは今日はないけれども、體刑といふものはあると考へてゐるのかも知れない。しかし、理論的に言つて、兩者の間に區別はない。

参考一 民事訴訟の目的

文化の發達の初期に於ては國家の權力は未だ強大でなかつた。従つて國家が私人間の争訟に付權威を以て之に臨み審理裁判することがなかつたから、權利を侵害せられた私人は自力救済の方法に依りその保護を圖つたことは自然の勢である。我々はその痕跡

を古代羅馬の訴訟中に屢々見出すのである。然しながら自力救済は社會生活の秩序と相容れないから次第に争の解決を公平なる第三者即ち當事者自らその判断に服従することを約束せる私又は公の仲裁人の判断が之に代るに至つた。然もこの制度は全く當事者の意思によつて開始せられ、國家は僅かに間接に強制し得るに過ぎなかつた。仲裁手續の制度は現代に於ても猶存在するが往昔の仲裁とは全く構成を異にして居る點に注目せねばならぬ。斯る制度は國家の隆盛なるに従つて、漸くその影を没するに至り、その後、司法は時に國家に非ざる他の公の權力——寺院、領主等——の手に歸することがあつたが、之れ亦國家にその地位を讓るの止むなきに至つた。斯くて近世國家に於ては司法權は専ら國家の掌る處となり、その制度も亦法律を以て一定して私人の保護を確保するに至つた。我國法亦この例外をなさず、即ち憲法二四條には「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」とあり、他方五七條に於て「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」と規定し、純然たる國家の制度なることを明かにして居る。斯くて、訴訟の手續は法律によつて定めらるる處であり、訴訟の開始、進行その他一切法律の規定に準據して爲す必要があり、夫の所謂「便宜訴訟」の如きは現今に於ては認められざる處である。このことは、近世の自由主義的訴訟法立法が當事者の自治、例へば當事者の合意による期日の變更を訴訟手續に關し認めて居ることと決して矛盾することではない。

惟ふに民事訴訟は私權の存否を確定して、私法の維持を圖ることを目的とするものである。而して訴訟の目的は當事者が各個の訴訟に於て實現せんとする目的と區別せねばならない。當事者がその訴訟に於て實現せんとする處は、自己の利益である。原告は自己の主張する權利を裁判所によつて確定せられ、又相手方の無權利が確定せられることにより、自己に有利なる法律上の状態を展開せんとするに在る。之に對して被告は、原告の訴の棄却せられんことを求め、原告の請求の認容により自己の蒙る法律上の不利益を極力避けんと試みる。即ち一の訴訟に於ては當事者の目的とする處は相反する。斯くの如く、訴訟に於ては兩當事者の相容れない目的が對立して居るから二者共にその目的を達することはあり得ない。裁判所は原告の請求を認容することにより、原告がその訴に於て企圖した目的を達せしめ、或は之を排斥することによつて原告の目的を達せしめざると共に、被告の達せんとし

た目的に満足を與へるのである。而して裁判所が原告の請求に付て下す判断は、法の規定に従ひ何が法の眞意かを探究して之を爲すもので、原告の權利主張の確定實現を企圖するものではない。裁判所は「法律の活きた聲」として何が法の命ずる處なりやを宣明するものである。斯くて一當事者の目的は或場合には達せられ、或場合には達せられないことになる。従つて當事者が訴の提起によつて實現せんとした目的が訴訟の結果達せられた場合には、その訴訟は斯る目的の到達を目的としたとも謂ひ得る譯であるが、その目的が達せられなかつた場合には、その目的を以て提起した訴によつて開始せられた訴訟手續が、その目的を達するがための手續ではないのである。之を要するに當事者が訴に際して有する目的は、總ての訴訟に通ずる目的として理解し得ないのである。然らば總てに通じた目的とは何か。之を闡明するためには訴訟制度の存在の理由即ち私力の公權化にその説明を求めねばならない。即ち私力を排し公權による權利の確定に轉移して行つたのは之により正常なる社會の法律秩序を維持せんとするに在るから民事の目的も亦之に照して決すべきである。従つて民事の目的は何が法なるか又權利の正當なる所在如何を明かにして、一方當事者の一方の利益を保護すると共に他方私法法規の維持を圖り、以て正義の實現を期するに在る。斯る目的は總ての訴訟の共に有する處であり、各訴訟の結果如何によつて影響を受けることなく、當事者の當該訴訟に付て有する目的とは全く獨立のものである。たゞ時に當事者の目的が訴訟の目的と一致する場合があり得るに過ぎない。

如上の訴訟の目的は判決又は執行を手段として實現せられるから、判決又は執行の作用より民事の目的を導き出さんと試みる者がある。けれども民事訴訟の目的は權利の保護にあつて法の創造でない。又民事訴訟は權利の創設變更消滅を目的とするものではない。不當認定判決は假令決定するも私法上の權利の創設變更消滅を生ぜしめず唯會々權利保護の機能を全らし得ざりしに止まるのみ。(現代法學全集所載・菊井維大氏・民事訴訟法、一—三頁)

參考二 檢事と公訴權

古代にあつては刑事の訴追を爲すことは被害者又は一般公衆に任された。従つてまた刑事の訴と民事の訴との區別は必ずしも明かならざる場合が多かつた。然るに國家的秩序の發達に伴ひ、漸次職權に因る刑事訴追を發達せしめて、つひにかの糾問訴訟の如

き制度を生じたのである。此は犯罪に對して刑罰を科することが公事にして私事ではないといふ思想を徹底せしめた點に於て大に文化的意義を有することであつたが、同時に裁判官の專斷に對して被告人の地位を保護する點に於て缺くるところがあつた。是れ、檢事といふ特別の國家機關をして公訴を提起せしめ、且つ訴を遂行せしむる「國家訴追主義」又は「公訴主義」の原則が認めらるるに至つた所以である。

古代の法制に於て檢事の制度に近きものを求めれば、唐の御史臺、我が王朝時代の彈正臺の如きものがある。だが今日の檢事の制度はフランスの革命前の古制に於ける國王の代官 (Procureur du Roi) から、發達して、後に専ら刑事訴追の任務を行ふ機關となつたものである。

檢事は公訴權の行使を以て任務とする國家機關である。檢事の職務については裁判所構成法第六條に規定がある。之によると檢事は「刑事に付公判を起し、其の取扱上必要な手續を爲し、法律の正當なる適用を請求し、及判決の適當に執行せらるるやを監視」する外、民事に關する權限及び裁判所の行政に關する權限を有する。が、其の主たる職務は公訴權の行使である。而して檢事は裁判所に對し獨立に其の職務を行ふが(同第六條)、同時に裁判權そのものも公訴權から完全に獨立でなければならぬこと勿論であつて、檢事は如何なる方法を以てするも判事の裁判事務に干渉し又は裁判事務を取扱ふことを得ざるものとされるのである(同第八條)。檢事の事務を行ふ「檢事局」は各裁判所に附置され(同第六條)、各檢事局には相應なる員數の「檢事」を置く(同第七條)。檢事は訴訟上に於ては各自單獨に檢事としての權限を行ふことが出来るけれども、其の職務の執行によつて上官の命令に服従しなければならぬのみならず(同第八條)、上官たる檢事は其の指揮の下に在る檢事の職務を自ら取扱ひ又は他の檢事に移すことも出来る(同第八條)同時に各檢事は當然其の屬する檢事局の長官を代表する(同第三三條、第四條、第五六條)。故に檢事は全國を通じて一體を爲して活動するものと考へることが出来る。謂ゆる檢事同一體の原則とは之を謂ふのである。

檢事は、其の職務を行ふに當つて上官の命令に服することは上に述べた如く、而して其の終點に於て檢事總長は司法大臣の命令の下に在ると爲すのが從來の考へである。此は檢事制度の沿革よりすれば疑ないところであるけれども、其の事務の性質上果して

然るべきものであるか、疑がある。檢事の事務は固より裁判事務ではない。しかし、其の任務は法律秩序の維持を目的とするものであつて、廣義に於ては司法事務そのものの一部であり、司法に關する行政事務ではない、公訴權の行使が一時的な政治上の便宜によつて左右されることは最も忌むべきことである。此の意味に於て私は檢事の事務を司法行政事務と區別して考へ、其の職務執行を司法大臣の指揮から獨立ならしむべきものと信ずる。

現行法上檢事の職務上の獨立を保護する若干の規定がある。即ち檢事は判事の如く憲法上其の地位を保障されては居らぬが、尙裁判所構成法第八〇條に依り刑法の宣告又は懲戒の處分に由るに非ざれば其の意に反して之を免職せざるの保障を與へられて居るのである。

檢事の任官については、判事と同一の條件に従ふ(同第五條、七條)。

檢事局の管轄區域は、其の附置された裁判所の管轄區域に従ふ(裁判所構成法第六條第三項)。しかし、檢事は其の犯罪の捜査については必ずしも裁判所と同一なる管轄に依て制限されぬ。只、公訴の提起及び遂行は常に當該裁判所所屬の檢事に於て之を爲すべく、また裁判の執行は原則として其の裁判を爲したる裁判所の檢事が之を指揮すべきものである。(刑事訴訟法第五三五條)。

檢事は原則として其の管轄區域に於てのみ其の職務の執行を爲すべきものである。しかし、此の點も亦必ずしも嚴格なる制限ではなく、「事實發見の爲必要あるときは」管轄區域外に出でて其の職務を行ふことを得るのである(第二五二條、第一一條)。

檢事は公訴權を行ふ。ところで「公訴權」には二つの意味がある。其の一は「抽象的」公訴權、其の二は「具體的」公訴權である。

「抽象的」公訴權とは、一般に刑事訴追を爲すの權能をいふのであつて、此の意味に於ける公訴權は國家訴追の原則により國家に專屬するところであり、而して國家の公訴機關としての檢事は、其の檢事たる地位に於て一般的に之を行使する權限を有するのである(第二七、二八條)。

「具體的」公訴權とは、特定の事件に付ての訴追を正當ならしむる權利である。檢事は一般的に刑事訴追を爲すの「權能」を有す

るが（抽象的公訴権）、しかし、或る特定の事件に付き其の犯罪を立證し得べく且つ其の訴追を爲す手續法上の必要を存する場合に於てのみ、眞の意味に於て公訴を提起するの「權利」を有するものと謂ふべきである、私は斯かる場合に於て「具體的」公訴権ありと考へるのである。具體的公訴権は普通には刑法上の刑罰権と同一視される。しかし私は此の兩者を概念的に區別するを正當なりと信ずる。具體的公訴権は實體法上の刑罰権の存在を立證し得べきこと及び其の訴追の手續を採ることが法律上必要なることを條件として認めらるる形式法上の權利である。

さて、訴訟關係と公訴権との關係を考ふるに、一般的に刑事訴追の權能を有する檢察の公訴がなければ裁判所は裁判を爲すの義務なく、また權利もない。故に公訴が抽象的公訴権を行使する權限を有する者によつて提起されることは、訴訟關係成立の條件即ち一の訴訟條件である。之に反して、檢察の公訴提起ある場合に、其の果して眞に權利ある（理由ある）訴追なりや否やは、結局裁判所の最後の判斷に任ざるべき問題であつて、其の審判を目的とする訴訟の進行中に於ては何れとも決せられぬ。故に具體的公訴権の有無は訴訟關係の成立に對する積極的な條件ではあり得ない。具體的公訴権の有無を問はずして訴訟關係は成立するのである。

だが、訴訟關係と具體的公訴権と何等の關係がないかといふに、さうではない。具體的公訴権の存在は積極的な訴訟條件ではないが、しかし其の不存在が明白にされたときは、最早訴訟關係の存續を許すべきでない。即ち具體的公訴権の不存在は一の消極的訴訟條件又は一の訴訟障礙である。豫審又は公判に於ける「免訴」の言渡は、私見によれば、此の具體的公訴権の不存在を原由とするものである。

次に、檢察は法律上具體的公訴権を有すると信ずる場合に於て、必ず公訴を提起する義務があるかどうか。第十九世紀の法制は一般に其の義務あることを認めた。之を「法定主義」といふ。是れ檢察の公訴権の行使が事斷に流るるを慮れたるがためである。然しながら、法定主義は必ずしも刑事政策の目的に合しない。最近の立法思想は、檢察に公益上の見地より公訴を提起するや否やの裁量の餘地を認むる「便宜主義」に傾いてゐる。我が刑事訴訟法第二七九條が「犯人の性格、年齢及境遇並犯罪の情狀及犯罪後

の情況に因り訴追を必要とせざるときは公訴を提起せざることを得」と規定し、明かに政策的な便宜主義を認めたるは、注意すべき立法である。

既に檢察に對し公訴の提起に關し裁量の餘地を認むる限りは、一旦公訴を提起したる後に於て、最早之を動かすことを許さざる「不變更主義」は必ずしも適當でない。故に現行刑事訴訟法は、公訴の取消を認むるに至つたのである（第二九條）。

國家が刑事に關する訴權を獨占する今日の法制に於ては、一私人は被害者と雖も直接刑事訴追を爲すことは出來ぬ。唯被害者は「告訴」により、また一般公衆は「告發」によつて檢察の行動を促すことを得るに止まる。

謂ゆる「親告罪」に付ては、檢察は被害者の告訴を待つて公訴を提起すべきものであつて、告訴なくして公訴が提起された場合又は一旦告訴ありたるも公訴提起後其の取消があつた場合には、公訴棄却が言渡される（第三一五條第九號、第五號、第三六四條第六號、第五號）。此の場合告訴は一の訴訟條件である。但し親告罪に付ても、被害者の告訴は檢察の起訴を義務づけるものではない。尙公益上の見地より公訴提起の適否を考量して決すべきである。（現代法學全集第五卷・小野清一郎氏・刑事訴訟法、二二二—二二六頁）

参考三 拷問

由來、刑事訴訟は、既に存立せる事實の眞相を發見することを以て其本旨とすることは今も昔も變らない。故に現代の刑事訴訟に於ては、この實體的眞實發見主義（Prinzip der materiellen Wahrheit）の目的を達するため、一面では裁判所が其の職權を以て自由に審理し、原則として訴訟主體の意思により訴訟の内容に變更を認めず、證據の如きも檢察又は被告の請求に因るの外、裁判所が職權を以て之を爲し、且つ、諸種の證據の判斷は、自由なる心證を以て裁判所自ら之を爲すのである。之所謂、自由心證主義（Prinzip der freien Beweiswürdigung, Systeme des preuves morales on de l'intime conviction. 刑事訴訟法第三三七）である。而して裁判所が自由なる心證を得る爲めには、被告人の犯行に關する陳述即ち自白は、若し正直に供述するときは、證據として最も信憑すべきものであるが、犯人にかやうに正直なることを望むは、木に縁つて魚を求むるやうなものであつて、近代に於ては、犯罪捜査方法の進歩と共に、充分な物的證據を擧げる様になつたので、自然被告人の地位は、單に訴訟當事者たることが主

となつて、證據方法たる地位は従たるものに過ぎぬこととなつた。殊に現行法の上では拷問等を用ひざることは勿論のこと、被告人の不實の供述に對して偽證の制裁もなく（刑法第一六九條の反對解釋）、被告の供述は寧ろ専ら被告をして公訴事實に對する辯解を爲さしむることを目的としてゐるのである（刑事訴訟法第一三四條及び第一三五條）。而して被告人が公判廷に於て陳述を肯ぜざる時は、其陳述を聽かずして判決を爲すことも出来るのである（刑事訴訟法第三六六條）。

然し乍ら、科學的捜査の不完全な時代には、犯罪につき充分に具體的證據を擧げることが非常に困難であつたに違ひない。この場合に、具體的證據の缺を補つて餘あるものは、一種の心的證據である所の犯人の自白である。これ、古代の訴訟に於て、自白が犯罪の認定に常に決定的な意義を有して居た所以である。然し、自白の尊いことは、其自由意思による點である。若し之を強要せんか、其の眞實性の大半は失はれるものと見なければならぬ。が、何人と雖も自ら好んで其犯行を自白するものは無い。故に何等か合理的な根據に基づいて之を強制することが必要となる。その合理的な根據は即ち裁判官の先驗的心證である。そして、この心的證據は古代に於ては結局自白と同じ位の効果を有したのである。蓋し、裁判官が犯人と睨んだら、どこ迄も拷問して自白せしむることが出来たからである。そこで問題となるのは、この拷問の制度である。

拷問は今日から見て随分野蠻な制度だと云はれてゐる。然し吾人は、更に古代には、それよりも原始的な、迷信的な、裁斷方法があつたことを想起せねばならぬ。それは所謂、盟神探湯法（くがだち）と稱せられたものである。即ち、神に誓つて原告被告兩者に熱湯を探らしめ、正しき者は其手腐爛せず、不正の者は忽ち腐爛すと云ふを以て曲直を決したのである。應神天皇九年に武内宿禰が弟の甘美内宿禰に讒せられた爲の勅に依り大和の磯城川の濱で二人に此法を行はしめた事がある。又允恭天皇四年に氏姓を詐れる者を正さんために甘樫丘にて之を行はしめたこともあると云ふ（池邊義象氏、日本法制史一五頁参照）。拷問は盟神探湯に比べれば遙かに進歩した檢證方法である。

拷問は、古くは大寶令時代に現はれてゐて拷訊と稱せられた。即ち判官が事理を論して鞠問するに囚人實を白さざる時は、案を立てて長官の同判を取り、初めて拷訊に附した。拷訊はその體を拷器に憑らしめ、杖を以て背と臂とを互に打つのである。かくし

て猶自白せざる時は、毎廿日を置いて之を行ひ、三度を過ぐるを得ない。杖數も二百を過ぐることを得ない。拷數滿ちて猶ほ實を白さざる者は、保證を取りて之を放つ。若し賊狀露顯なるときは承引せずとも直ちに狀に據つて科斷したのである。（前掲書、五五八頁）。

其後、鎌倉、室町の武家時代の司法制度に於ては拷問の方法も、犯罪の程度に従つて種々に分かれてゐたものと見え、庭訓往來抄には、『犯人を宛行ふ様の事先過人を召籠置て、一には推問とは先をしとふ也、子細を不謂ざり時、梯に載て水をくるるなり、又小蛇を口よりいるる也、二にはがり問とは張付にする也、其後廿の爪を起す也、又錐にて脚をもむ也、三には拷訊とは火頂と云鐵の鉢をあかく焼て犯人の頂に覆らせ、首ら則ち焼け碎る也』とある（前掲書六一二頁参照）。

次いで徳川時代に至つては、更に詳細な規定が設けられるに至つた。徳川時代、一般の刑事訴訟を初めて法文に規定したのは、八代將軍吉宗の時に編纂せられた所謂、御定書百ヶ條であつて、寛保以後の裁斷は總て之に依つたのである。但し、素より一般に示したのではなく、たゞ三奉行等の心得として下されたものに過ぎない。百箇條を收めた、『公事方定書』（上卷に令八十一ヶ條、下卷に律百三ヶ條あり、前掲百箇條とは下卷百三箇條の律文を云ふ）にも、猥に他見を禁ずる旨を明記し、又、末文には、右定書之條々、天文五申庚年五月松平左近將監を以て被仰出趣、並先例其他評議之上追々相伺之、今般相定者由、寛保二壬戌年三月二十七日有之趣達上聞相極候奉行中之外不可有他見者也とある。のち寛政二年松平越中守定信執政の時、右の百箇條を改修して、寛政刑典と稱したが世間では一般になほ百箇條と呼んでゐたのである。

この百箇條の中に拷問可三申付品之事として左の如く掲げてある。

- 享保七年極 一 人殺
- 同 一 火附
- 同 一 盜賊

元文五年極

一 關所破

同

一 謀書謀判

右の分懸事いたし候證據に候得共、不致白狀もの並同類之内、致白狀候得共、當人不致白狀もの事。

享保七年極

一 詮議之内不決、外之懸事分明に相知、其料にて死罪可被行者之事、

同

右の外にも、拷問申付可然品も有之候はば、評議之上可申付事、

寛保三年極、延享二年極追加

但拷問口問之節、立會之もの差越、吟味之御子申口 得と承札候様可申付事、

かやうに、拷問に附すべき罪人は、一定の種類に該當する罪を犯し、且つ、證據十分なるに拘らず強情にも其罪を白狀せざる者に限つたのであつて、畢竟死刑にあたるべき罪人に就いてのみ行はれ、輕科の者は、假令へ白狀せざるも拷問を行ふを許さず、又、重科の者にも證據確ならざる時は猥に之を行ふことを許さなかつたのである。拷問の方法にも種々あつて、水責、火責、牛責、木馬責、鉛責、糞責など云ふ殘酷なものもあつた。

惟ふに拷問は、古代に於ては外國でも盛に行はれたことは史實によつて明白である。然し、近代文明諸國の刑事裁判に於ては漸く其跡を絶つに至つた。但し、その理由は、拷問による自白が不正確であることよりも、寧ろ、其方法が人道に反すると云ふにあつた。我國でも明治初年迄拷問は行はれてゐたのであつて、ポアソナード氏が拷問廢止につき功獻あつたことは有名な話である。(詳細は、杉村・大谷兩氏『拷問の廢止とポアソナード氏の功蹟』法律及政治六卷八號九號參照)。

さてこの拷問は、犯罪證據發見の方法として果して如何なる意義を有するであらうか。

單に私だけの意見を素直に述べれば、拷問それ自體が野蠻な制度である云ふ批難は正しくないと思ふ。刑事裁判の目的が、眞の犯人に對し、適當なる刑を科することにとせば、眞の犯行を發見するに役立つ限りに於ては、拷問も已むを得ない。如何にも拷問は人の肉體に苦痛を與ふるものであつて、形式は野蠻であるが、若し拷問せざるにより、眞の犯人を發見し得ず、爲に

無辜の人を苦しむることがあるならば、一層野蠻ではなからうか。更に生理的から云つても、肉體を傷けぬ程度の苦痛を與ふるが如きことは、禁錮懲役から受ける精神的打撃と比して果して如何程の徑庭があるだらうか。唯、拷問に就いて吾人が最も恐れねばならぬことは、事實上拷問が多くなると、眞の犯罪を發見するに役立つことである。蓋し、拷問が眞に必要とせらるる場合は、確實なる物的證據無く、且つ、裁判官の心證も頗る不十分な場合である。ゆゑに、裁判官の方では専ら自白によつて證據を得んとし、犯人の側では、それが唯一の證據となれば、出来るだけ白狀しないやうに努力する。そこで拷問は勢ひ苛酷な方法によることとなる。その結果、犯人の自白することは、果して眞實か否か頗る疑はしいこととなる。如何にも御定書百箇條にも、拷問は罪證明かなるものでなければ之を得ずとしてゐるが、實際に證據が充分であれば、自白を強要する必要はない筈である。然し、證據の蒐集方法の不完全な時代には、所謂證據明白な場合でも、實際は不確實性が多分にあつたので、これ、かかる場合には、尙ほ拷問を要した所以である。又、假令へ裁判官の方で充分な心證ありと見て拷問しても其心證が間違つて居れば、やはり自白の結果は信をおくに足らぬのである。其他、何等の強制を加へない自由でも、被告が眞の犯人を庇ひ、自ら無辜の罪を負はんとする場合もある。故に被告人の自白は單に一の證據に過ぎないのであつて、決してそれに依つて裁判所が拘束せらるべきものではない。我刑事訴訟法第三四六條に『區裁判所ニ於テ被告人自白シタルトキハ訴訟關係人異議ナキトキニ限り他ノ證據ヲ取調ヘサルコトヲ得』とあるも亦、右に述べた主旨である。

昔の裁判は證據の科學的検査が不完全であつた結果、先づ裁判官の主觀的な心證に重きを置き、犯罪人をして無理に其心證に合した自白を爲さしめんとして拷問に附し、自白を以て客觀的の證據としたのである。然しこれは裁判官の主觀的な心證そのものが先入的に證據となつてゐるので、事實に於ては、自白は殆んど本來の意義を有してゐないのである。又、裁判官の心證不確實なるときは、やはり拷問して自白を以て證據としたのである。かやうに、自白の尊重と拷問とは不可離の關係にあつたのであつて、かかる時代の自白の眞正さは頗る疑はしいのである。(勝本正晃博士・文藝と法律、二七六一―二八四頁)

第四節 調停

調停制度 私人間の権利義務に付いての紛争は民事訴訟法・人事訴訟法等の定むるところに従ひ之を裁判所に訴へ出て其の裁決を受けねばならぬこと上述の如くであるが、しかし之等の法律に依つて訴訟を爲す時は多額の費用と長期の時日とを要する場合が非常に多い。殊に訴訟手續が頗る複雑になつてゐるので、少しく重大な事件に付いて訴訟を爲すとすると、到底素人の手で行ふことは出来ず、必ず辯護士に之を依頼せねばならぬ有様であり、而かも辯護士に支拂つた手数料謝禮の類は縦令勝訴の場合と雖も相手方に向つて之を賠償請求し得ないのを原則とするから、事實辯護士に依頼するだけの資力のない者は縦令法律上立派に勝ち得るだけの正當な理由があつても訴訟を爲し得ない事情である。勿論民事訴訟法には輕易なる事件に付いては督促手續(第四百三十條以下)區裁判所に於ける和解手續(第三百五十六條)等の簡單な手續を定めてはおくけれども、之等の手續に於ては相手方が異議を申立て又は和解に應じない時は結局普通の訴訟を爲すの外ないから、之等によつて紛争を簡易且つ迅速に解決せしめる効果は餘り大きくはない。尙ほ民事訴訟法には訴訟費用を支拂ふ資力のない者に對して勝訴の見込なきに非ざる場合に限りて裁判所が申立に因り訴訟上の救助を爲す制度を設けてゐるけれども(第一百八條)、しかし之は所謂狹義の訴訟費用のみに限り、辯護士に支拂ふ費用の如きは結局當事者が之を負擔せねばならぬから、之も貧困者の爲めに訴訟を容易ならしめる効果は餘り大きいといふことは出来ない。この故に現在十圓二十圓といふやうな少額の債權を有する者は訴訟に依つて之を取立てるとな

ると却つて費用倒れとなる虞があるので自ら取立の訴訟を爲さず、此の種の債權取立を専門とする所謂三百代言的な徒輩に其の債權を讓渡してしまつたり、警察署内の人事相談所に其の取立方を持ち込んで其の目的を達しようとする事例が甚だ多い。けれども斯かる債權買受業者を生じたり、警察官が民事的請求を貫徹する手段として利用されたりすることは實際上決して喜ぶべき現象ではなく、之に伴つて幾多の弊害を發生しつゝあるのは蓋し當然と言はねばならぬ。此の弊害を除去する爲には如何しても「裁判の簡易化」を計つて訴訟の爲に徒らに時間と費用とを要する状態を矯正することが緊切なことである。

更に又訴訟は一の必死な勝負事となり之が爲めに多大の金錢を投げ出すのみならず精神的に非常な苦勞を嘗める場合が多いから、敗訴者に永久の恥辱と怨恨とを植え付け勝ちなものである。かくては私權を保護して社會生活を平安ならしめようとする裁判が他方では人と人との間に敵視關係を作つて社會生活に暗影を投ずるといふやうな矛盾した事態を惹起することになる。このやうな結果を避ける爲にも出来るだけ法廷で黑白を争ふことを止め互讓妥協に依つて事件を解決せしめる方策を探ることが必要である。

茲に於て國家では早くから民事訴訟法に仲裁手續の規定を置き(第七百八十六條以下)、又商事に關し和議法を制定して以て此の必要に備へてゐるのであるが、しかし之等の仲裁制度は其の迅速簡易なる互讓妥協的解決を圖る點に於て未だ充分なるものがあると言ふことが出来ないのである。

大正十一年借地借家調停法の實施に始まり、以來諸種の民事的紛争の解決の爲に増設され又考

慮されつゝある調停制度は、或る意味に於ては現行民法其の他の諸規定が現在の社會に妥當しなくなつた爲めに法律に依る裁判では到底社會的平和を齎し得なくなつた事情から發生したものは違ひないけれども、實に又現在の複雑な随つて徒らに費用と時間とを要する通常の訴訟手續に對して起つた『裁判の簡易化』の聲と『互讓的解決』の利益の自覺の益々切なるものあることから直接に誕生したものと云はねばならぬ。調停制度は、圓滿なる折衝條理ある互讓に依つて紛争事件を敏速に解決し以て時間と費用とを節約する上に於て最も進歩した制度であつて、將來益々色々な社會的關係に於て其の發達を約束されてゐるものと言ふことが出来る。調停制度に關して深き研究を有たれ且つ該制度の立案實施に參畫された一人であられる池田寅二郎氏も『抑々調停は仲裁と均しく司法制度の補助的の制度にして、兩者を訴訟制度と對比して考ふれば、互に姉妹の關係に在りと云ふを得べし。即ち訴訟制度の缺點を救ふの利益に於ては、仲裁制度と殆んど同様の特色を有するのみならず、徹頭徹尾、圓滿なる折衝條理ある互讓に依りて、事件を解決するの點は、仲裁制度に比し、更に數歩を進めたるものと云ふことを得べし。而して事件を敏速に處理して、時間と費用を節約するの點に於ても、仲裁に勝るとも劣ることなかるべし。而かも我が國の調停機關の組織は、法律と常識の調和を得る點に於て、且又司法裁判所の事務とし、司法官を中心とし、公正の擔保を完全ならしむる點に於て、充分なる用意の存するものあり。此點は、普通の仲裁に比し、寧ろ勝るものありと云ふべきなり。唯、獨、塊、の諸國、及我國の仲裁制度（而して仲裁制度として適當なるもの）と異なるは、仲裁に於ては、當事者は、當然其の判斷に拘束さるるものなれども、調停に於ては、調停委員の意見乃至其定むる所の調停條項に服するや否やは、當事者の自由なるの點

に存す。即ち仲裁判斷は法律上當然の羈束力を有し、調停は當事者の意思の合致に依つて效力を生ずるの差あるものとす。然も調停機關の組織が、當事者の信頼に値し、又其調停が條理に合し、當事者の良心に感應する程のものなりせば、其實際の結果は仲裁判斷と同様にして、而かも事件落着の後に於て、當事者の心鏡に、一點相手方に對する不快の印象を残さざるの點は、寧ろ仲裁判斷に勝ること數倍なるものあるや必せり。此點は調停の妙用として服膺すべき要諦なり。〔仲裁と裁判、一五七—一五九頁〕と言はれておる。

現行調停制度 現行の調停制度には先に述べた借地借家調停法の他に、小作調停法、商事調停法及び金錢債務臨時調停法がある。又近い將來に於て親族關係の紛争を調停する家事審判所制度の新設を見ることは既に説いた如くである。

(一)借地借家調停法(大正十一年十月一日より施行) 土地又は建物の賃借、地代、家賃其の他借地借家の關係に付いての紛争に對しての調停制度であつて(第一條)、東京府を始め住宅問題の喧しい六府縣下(東京府、京都府、大阪府、神奈川縣、兵庫縣及び愛知縣)に施行せられてゐる。同法所定の手續について大體を述べると、先づ此の調停制度を利用せんとする者は口頭又は書面を以て争議の實情を具し且つ一定の手續料を納めて、争議の目的たる土地又は建物の所在地を管轄する區裁判所(當事者の合意ある時は其の區裁判所の所在地を管轄する地方裁判所でも良い)に調停の申立をする。(第一條、第十條、第二十九條、大正十一年勅令第三三九號)借地借家調停手数料=關スル件)。調停の申立があると裁判所では期日を定めて申立人及び相手方を呼び出し又利害關係人あらば之をも併せて呼出す。呼出を受けた當事者及び利害關係人は特に裁判所の許可なき限り

自身出頭することを要する。蓋し調停はなるべく争議の實情に鑑み各人の良心及び利害打算の念慮に訴へて事を解決せんとするものだからである。(第六條第七條)。かくして當事者や利害關係人の出頭があつた場合には裁判所は自ら調停の手續を爲すか、又は判事の中から豫め指定された調停主任一人と民間から選任された調停委員二人以上を以て組織する調停委員會をして調停を爲さしめるのであるが、(第十五條第十六條)後者に依る調停が普通行はれてゐる。調停委員會で調停を爲す手續は、當事者や利害關係人の陳述を聴いたり證據調をしたりして事情を明かにした上双方に向つて互譲和解を求め、かくして調停が成立すれば直ちに調停條項を調書に記載し調停主任から之を裁判所に報告し、裁判所は此の報告に基いて調停の認否を決定する。若し調停が成立しなければ調停委員會で其の適當と信ずる調停條項を裁定した上之を調書に記載し、其の調書の正本を各當事者に送付する。これ調停委員會をして出來得る限り調停の成立に努めさせる趣旨に他ならないものであつて、若し一ヶ月内に當事者が之に對して異議を述べなければ其の調停に服したものと看做し、(第二十三條第二十六條第二十四條)、調停主任は之を裁判所に報告し、裁判所は之に對して認否の決定をする。而して此の調停委員會に依る調停は裁判所の認可決定があると、裁判所自身に依る調停と同様に裁判上の和解と同一の效力を有し、執行名義となる。(第二十八條、尙民事訴訟法第五百五十九條以下参照)。

(二) 小作調停法(大正十三年十二月一日より施行) 小作料其の他小作關係に付き争議を生じた際に之を調停する制度である(第一條)。調停の申立は直接裁判所(原則として地方裁判所であるが當事者の合意があれば區裁判所に申立てることも出来る)に之を爲すことを得るは勿論で

あるが、亦争議の目的たる土地の所在地の市町村長を経て之を爲すことも出来る(第一條第三條)。其の申立の手續は借地借家調停法のそれと同じであるが、唯手数料を要さない點に特色がある。調停は裁判所も之を爲すことが出来るが、本則としては調停委員會をして之を爲さしめてゐる(第十條第一項、同但書、同第二項)。調停委員會の構成其の調停の手續及び効果は大體借地借家調停法の場合と同じい。小作調停の特色として擧ぐべきものは、調停委員會又は裁判所は調停に入るに先立つて、其の地の市町村長又は名望家に委託し、勸解と稱して當事者間に斡旋して調停法の手續外に於て和解を爲さしめることが出来ること(第十一條及び第三十四條)と、及び其の補助機關として小作官を置き、其の地の市町村長と共に調停に協力せしめることが出来ることである(第九條、第二十條、第十七條)。

(三) 商事調停法(大正十五年十一月一日より施行) 商事一般に關し争議が生じた場合に之を調停する制度であつて(第一條)、現在は東京府外五府縣に行はれてゐる。調停の申立は原則として相手方の住所居所又は營業所の所在地の區裁判所(當事者の合意ある時は施行地の他の區裁判所又は地方裁判所)に之を爲すを要する(第一條第一項)。調停の申立があると裁判所又は調停委員會が調停を行ふこと及び其の手續等は借地借家調停法の場合と同様である(第二條)。

(四) 金錢債務臨時調停法(昭和七年十月一日より施行) 昨年不況打開の爲に生れた所謂非常時立法の一であつて、『負債ノ整理ニ依リ誠實ナル債務者ヲ更生セシムル爲』(第一條)に昭和七年十月一日から三年間行はれることになつた臨時の調停制度である(附則第二項)。其の内容の大略を述べると、調停の申立は原則として昭和七年七月三十一日以前に發生したる私法上の金錢債

務にして金額千圓を超過せざるものに付き、相手方の住所所營業所若は事務所の所在地を管轄する區裁判所に之を爲すことを要すとされてゐる（第二條第三條）。其の調停手續は借地借家調停法の場合と同様であるが（第四條）、唯、若し調停委員會に於て調停が成立しなかつた場合には裁判所は職權を以て調停委員會の意見を聽き當事者双方の利益を衡平に考慮して調停に代る裁判を爲すことが出来る點に於て其の特色を有つてゐる（第七條）。

尙ほ調停制度として現在勞働爭議調停法（大正十五年七月一日より施行）と言ふ特定の事業に付き勞働爭議が発生した場合に之を調停する制度があるが（第一條）、之は裁判所が干與するものではなくて、地方長官（東京府にあつては警視總監）が調停委員會を開いて調停のことに當らしめるものである。其の調停委員會の構成も特別なもので、九人の委員から成り而かも其の中六人は勞働爭議の當事者をして各々同數を選定せしめ、他の三人は當事者の選定した委員をして爭議に直接利害關係を有せざる者に就き選定せしめ地方長官が之を囑託するのである（第三條）。

注意一 調停のことを授けるに就いて、注意せねばならぬ二點がある。第一點は勞働爭議の調停は性質上調停に他ならないけれども、裁判所が取扱ふものではないから、それだけのことは明瞭にしてかからねばならぬといふことであり、第二點は昭和七年十月一日から施行せられた金銭債務臨時調停法に依る調停に關することである。之は最新版の教科書でなくては説明がなされてゐないであらうから、教授者に於て適宜敷衍して説かねばならぬ。尙ほ本文中にも説明した如く三年間を限り效力を有する法律であるから其の點も注意する必要がある。

注意二 多くの調停法の中全國（といふても内地、時としては樺太を含む）に通じて適用のあるのは、金銭債務臨時調停法・小

作調停法（沖繩縣を除く）勞働爭議調停法だけであつて、他は概ね所謂六大都市を含む府縣に限られてゐる。調停の精神を高調するの餘りそれが全國一般に行はれてでもゐるやうに説くことは行き過ぎである。但し裁判の民衆化と相俟つて裁判が調停化することの必要を信じ、そのことを大いに鼓吹することは實に妨げざるのみならず、公民教育上の必要事でもある。

注意三 家事審判所は我が國の醇風美俗の維持發展に仕へるために、現行民法の親族編及び相続編の改正に伴ふて設置される筈になつてゐるが、民法改正の事業が具體化しない結果未だ家事審判所も其の設置に取りかかつてゐない。しかし識者は民法の改正と切り離してでも家事審判所の出現を見たいといつてをり、辯護士法の改正に依つて昭和十一年からは女子の辯護士も出来るわけであるから之等の點も考慮に入れて一日も早く家事審判所を設置さるべきであらう。随つて現行制度ではないけれども調停を説くに際し一言之に論及することは教授者の用意の深さを示すものと言ふべきである。家事審判所に付いては第二節裁判所の本文及び參考に於て既に説いて置いたから参照せられんことを望む。

参考一 仲裁と調停

抑々調停は仲裁と均しく、司法制度の補助的的制度として、兩者を訴訟制度と對比して考ふれば、互に姉妹の關係に在りと云ふを得べし。即ち訴訟制度の缺點を救ふの利益に於ては、仲裁制度と殆んど同様の特色を有するのみならず、徹頭徹尾、圓滿なる折衝、條理ある互譲に依りて、事件を解決するの點は、仲裁制度に比し、更に數歩を進めたるものと云ふことを得べし。而して事件を敏捷に處理して、時間と費用を節約するの點に於ても、仲裁に勝るとも劣ることなかるべし。而かも我國の調停機關の組織は、法律と常識の調和を得る點に於て、且又司法裁判所の事務とし、司法官を中心とし、公正の擔保を完全ならしむる點に於て、充分なる用意の存するものあり。此點は、普通の仲裁に比し、寧ろ勝るものありと云ふべきなり。唯、獨・澳・匈の諸國、及我國の仲裁制度（而して仲裁制度としては適當なるもの）と異なるは、仲裁に於ては、當事者は、當然其判斷に拘束さるゝものなれども、調停に於ては、調停委員の意見乃至其定むる所の調停條項に服するや否やは、當事者の自由なるの點に存す。即ち仲裁判斷は法律上常

然の羈束力を有し、調停は當事者の意思の合致に依て效力を生ずるの差あるものとす。然も調停機關の組織が當事者の信頼に値し、又其調停が條理に合し、當事者の良心に感應する程のものなりせば、其實際の結果は仲裁判斷と同様にして、而かも事件落着の後に於て、當事者の心境に、一點相手方に對する不快の印象を残さざるの點は、寧ろ仲裁判斷に勝ること數倍なるものあるや必せり。此點は調停の妙用として服膺すべき要諦なり。

或は調停は、結局當事者の和解を目的とするを以て、兎に角當事者を一致せしむれば即ち足る。其一致點が客觀的に觀て妥當なりや、或は妥當ならざるやは問ふ所に非ずと爲すものあり。然も調停は取引の仲介に非ず、買主と賣主との欲する所に從つて其一致を圖るを以て、能事終れりとするものに非ず。若し此の如くんば強慾頭迷なる者、常に利するの結果に陥るべく、是れ決して調停制度の本旨に非ず。調停は法律の精神及事件の實質的價值を斟酌し、條理に立脚して、當事者の良心の發動を促し、當事者をして此基準を認めて、之に一致せしむるを以て其本旨とするは、仲裁の場合と毫も異なるものに非ず。唯の仲裁の場合は、仲裁人の定むる基準は、當事者の意思に拘はらず法律的に效力を生ずる差あるのみ。即ち調停の效力は事實的なりと云ふを得べし。然れども事實的なるを以て、當事者の意思を纏むる以外、何等の基準も條理も必要とせずと云ふは、調停の本旨を没却して取引の仲介たらしむるに至らん。然れども事實的なるの結果、調停をして司法の補助的制度として有意義ならしむる爲には、調停者其人の識見、手腕、徳望を第一の前提とするは勿論、國民の憲法的資質と、條理に服するの性格を前提とするは勿論なり。第一の條件は、那威の調停制度の實際の運用上、充分に證明せられたり。第二の條件に付ても、蓋し彼國民の資性は、調停官の選舉及調停制度の實績より之を判定するに難からず。

Christad 氏は、那威の調停制度を説明するに當り、左の如く云へり。調停官は就職の際、彼等の良心に從ひ、最善の判斷を以て、當事者双方に取りて正當且衝平に、而かも國法の精神に合する條件を以て、當事者を調停すと宣誓するものにして、調停官は法律の嚴格なる解釋家なることを要せず、若し専門的解釋の結果が、當事者の何れかに不衝平にして、爲めに和解の妨となるときは、法の明文を犠牲にしても其精神に從ひ、當事者を説得するものなりと。是れ蓋し、調停の本旨を潰破するの至言にして、始めて調停が司法制度の補助たり得るものなり。

那威、丁抹に於ける調停制度の效果の偉大なるは、數字の示す所なり。又一九二三年の紐育商業會議所の第六十六年報に依れば、同會議所の仲裁部に於ても、事件の大部分は調停 (Mediation or Conciliation) によりて解決し、正式に仲裁判斷を爲したる事件は寧ろ少數なりと云ふ。

千九百二十六年の第六十八年報に依れば、一九二一年獨國「ツイスブルグ」の商業會議所と和蘭の商業會議所との仲裁協約は、其成績頗る良好にして、二二年より二三年に渉る期間に於て、八百件は調停に依りて解決し、仲裁判斷を爲せるは僅に二百件なりといふ。即、是等新式の仲裁機關も亦、蓋し調停を本則とせり。我國の商事調停機關亦仲裁の權能を有す。運用其宜しきを得ば、東西の施設は其實功を同じくせん。(池田寅二郎氏・仲裁と調停、一五七—一六二頁)

參考二 金錢債務臨時調停法の立法政策的價值

先づ、此法律案の提出者たる政府側の見解を見るに、本法律案理由書として掲げられた所によれば「現時ノ經濟不況ニ鑑ミ誠實ナル債務者ニ負債整理ニ因ル更生ノ機會ヲ與フル一方法トシテ、既存ノ金錢債務ニシテ金額千圓ヲ超過セザルモノニ付債權者債務者互讓ニ依ル調停ノ制度ヲ設クルノ必要アリ是レ本案ヲ提出スル所以ナリ」とある。

既に借地借家關係に關する爭議につき、借地借家調停法あり、又、借地借家臨時處理法あり、小作關係に就いて小作調停法あり、今又、之等以外の總ての場合に關し、一千圓を限度とする小額債務に關する調停法の成立を見、政府が此種の社會政策的意義を有する立法に意を用ふることは、大いに歓迎すべきではあるが、かゝる立法に於ては往々、目前の急を救ふに躁急なるため、かゝる局部的立法の、他の一般の社會政策に對する關係が充分に考慮せられず、姑息なる即效紙的立法のため却て結果に於て目的と相反するが如き事態を生ずる虞れあるが如きは、吾人の大いに警戒せねばならぬ所である。されば、本法の大綱が世に出づるや各方面から少からず非難の聲が起つた。新潟辯護士會の如きは八月七日又、第一東京辯護士會は八月二十七日共に反對の建議書を出してゐる。其他個人として意見を發表した人も少くない。又、議會に於ても、種々なる質問が試みられたのである。

左に、本法の立法政策上、又、解釋上最も問題となる要點を述べ、且つ、之と關聯し、其運用上の注意を述べたい。當初發行所より拙稿を徴せられた時は、議會の直前に當り、従つて、専ら立法的地から本法案の批評を書くつもりで居たのであるが、今や既に兩院を通過せる以上、寧ろ、本法の運用を中心として考へたいと思ふ。但し、それに就いても、一應本法の立法政策上の長短を考へて置く必要があるであつて、要は、この立法上の短所を、運用上、如何にして補つて行くかにある。

凡そ或具體的法案に對する批評は總て實踐的見地に於て、相對的に考へられねばならぬ。如何に理想的な立法でも、經費や、日時や人材の點で、實行不能なるものは、實踐的價値が無い。又、此相對的な意義に於ては、他に更によき方法なき以上『無きにまさる立法』と云ふことも、考へられる。尙ほ、法は人にありと云はれる位である。其運用の方法宜しきを得れば、相當に効果を發揮せしめ得る。我等は、既に我等の法律として、この新しい法律の公布を見んとしつゝあるのである。されば、其短は、之を補ひ、其弊は之を戒しめ、以て本法活用の途を講じなければならぬ。

本法に對する非難中、根本的なものは、經濟政策上の立場に於て爲さるゝ所のものである。本法は、一部社會の經濟上の窮乏を救済し、其更生を企圖するものであるから本法によつて、其目的が達せられぬと云ふ非難は、大いに注意しなければならぬ。抑々、今回の立法は、他のものとは多少趣きを異にし、一般的な經濟界の不況を前提としてゐるのであつて、云ふ迄も無きこと乍ら、此禍根を刈除せざる限り、小額債務者の眞の更生は望み難く、假令本法によつて一時の急を救ふも、更に大なる困苦が待つて居るのである。又、小額債務者保護の問題は、平時に於ては、借地借家關係、小作關係と同じく、債權者・債務者の對立問題であるが、今次の一般的經濟界の不況の下に於ては、一運托生的關係にあることも考へなければならぬ。殊に單なる消費者と供給者との關係を除いては、例へば、小賣商の如き、多くは、小債權者であると共に又、小債務者である。若し夫れ、小規模の仲買の如く、多數の小債權を有すると共に、生産者に對して、やゝ大なる債務を有する者に至つては、本法の適用により、多少とも資金回收の遲延、困難に陥ることとならう。又、消費者を相手とする小賣商に就いても、同様なる結果を見る。かくの如きは眞に誠實なる債務者を更生せしむる所以ではない。但し、單純なる消費的債務者は、都會生活者と農村生活者なることを問はず、本法の施行によつて一

時小康を得ることは、争はれないのであつて、他に何等の根本的經濟政策の餘地なく、又、それが急に實施せられぬ關係にあり、且つ、僅かに一時にても、小額債務者を救ふ絶對的必要ありとせば、本法の運用如何、殊に、調停又は、之に代はる可き裁判の內容如何によつては、多少の効果が無いことは無い。但し、前述の如く、或人が同時に債權者にして又債務者なるが如き場合(例へば小賣商と消費者、仲買人の關係の如し)に於ては、其債權者としての地位と共に債務者としての地位をも考へ、債權者として不利益を興ふるによつて、其義務履行に支障を來すことなきやう考慮することを要する。

第二條の調停額を原則として千圓以下とし、當事者雙方に異議なき場合に限り、右以上の金額に就いても調停を爲し得るとしたことに就いては、衆議院に於て、一度無制限に修正せられたこともある位であつて、其當否に就いて議論の餘地がある。立案者側の意見では調停事件を主として區裁判所をして取扱はしむるが爲め、又、第七條の調停に代はる裁判によつて債務を変更することは多額の債務に就いては弊害を生ずる虞れある爲め、及び、經費の關係からであると云はれてゐる。

然し乍ら小額債務者の更生を期するがためには、千圓は、あまりに低いであらう。尤も、當初の立案の際には五百圓と云ふが如き意見もあつたやうであるが、今日の如き、漸次物價が騰貴し、インフレーションさへ豫想せらるゝ時代であるから、三千圓位迄は、當事者一方の申立によつて調停を認むべきではなからうか。又、金額を無制限とすべき意見は、小額債務者と共に大額債務者をも保護し、公平に一般の經濟界の恢復を期すべしと云ふならば根本政策の意見の相違であるが、大額債務者の保護と小額債務者の保護とは不可分の因果關係を有すると云ふ意見ならば、小額債務者の保護を目的とする本法の立法政策として一考を要する。

以上の所論を前提として本法の運用を考ふるときは、本法第二條第三項中、千圓以上の事件に對する調停の申立に對しても、事件の性質又は、金額が、あまり多額ならざる限りなるべく調停を認むる方針を取り、且つ、相手方をして之に同意せしむるやう、勸告すべきである。

本法案は、其三年の實施期間が、我經濟界の極度の不安期に亘つてゐる點に於て、其の運用の上に大なる注意が拂はねばならぬ。對外爲替相場の暴落、物價の騰貴による我貨幣價値の下落は、金錢債務の上に直接に影響を及ぼすのである。若し夫れ、急調

なるインフレーションが発生すれば金銭債務者は、多少の例外はあるが、其辨済は非常に容易となる。其際には、却つて衡平の觀念上、債務の名價格を増加し債権者を保護すべき必要さへ起り得る。さうすれば本法案の如きは、全く無効に歸する。恐らく立法者側に於ては、我國に今後三年間は、かゝる經濟上の惡變が絶対に起らぬことに就いて確信があるのであらうが、此點は、我國の現狀に比して一考を要すると思ふ。

かゝる前提の下に於て本法案の運用を考ふるに、調停の内容として債務の辨済期を徒らに延期するが如きことは、更に困難なる問題を持ち越すことになるのであるから、調停又は、之に代はる可き裁判の基調は、債務の或程度の切棄又は、分割拂其他によつて、辨済を容易ならしめ、なるべく早く、法律關係を清算せしむべきことにある。

本法の價値は、懸つて調停が如何に爲さるるかにあるのであるが、其調停の基準たるべきものに就いては、何等の規定もない。結局第七條に定むる調停に代はる裁判と同じく、利息、期限其他、債務關係の變更によつて調停を行ふことになるのであらう。さうすれば本法は、貴族院に於て岩田博士が質問中に云はれた如く、實質上、モラトリアム案であり、又、債務の切棄て乃至免除案となるのである。又、辨済手段の變更、例へば分割拂の如き、又、場合によつては一種の更改の如きものも認められることになるであらう。其如何なるものに據るべきかは各種の事情により、又、債務關係の性質によつて異なるであらうが、前述の如く本法が所謂非常時立法にして經濟界の變動期中に於て實施せらるるものなるの點に鑑み、多少の犠牲を以てしても、なるべく早く債權關係を清算完了することに注意が向けられなければならぬ。

本法は恰も劇藥の如きものであつて、其利害共に運用の一點に懸る。而して此點に就いては有能なる判事の手腕に俟たなければならぬのであつて、小川法相も貴族院に於て、百十五名の判事を増員し、且つ適當の事務に慣れた人を暫く農村所在の區裁判所に送ると共に、豫め監督官を招集して、適當なる場所に於て此事務を執ることを訓練すべしと云はれてゐる。私は調停に携はる判事が、憲法の解釋上多少問題となるが如き大なる權限、即ち、調停に代へて債務關係の内容を變更し得るが如き裁判をも爲し得ると、並びに本法の重大使命に鑑み、政府が調停に當る判事の選任につき一層の注意を拂ふべきことを希望する。

殊に本法は、濫用せらるることにより、誠實なる債務者よりも、不誠實なる債務者を保護する虞れがある。都市の小消費者及び農村の小債務者が、この新しい法律を實際充分に運用するや否やに就いては疑はしい。殊に文化の低い、又交通の不便なる地方に於て、裁判所が本法の實施によつて急に繁忙となるが如きことは考へられない。又其間、甘言を弄して不當の利を得んとする三百代言的な輩が活躍することも免れぬであらう。之に反し都市の裁判所に於ては、狡猾なる債務者は、どの途損はないのであるから、兎に角調停を申立てて見ることになつて、一時は意外に件數が増加するかも知れない。その中には更生の能力無く、又其意氣無きものもあらう。それ等に就いて所謂『誠實なる債務者を更生せしむる爲めの互讓の必要』を判定することは極めて至難である。凡そ如何なる立法と雖も多少の濫用は免れないのであるが、本法の如きは、其危険が非常に多いのであつて、之亦調停を爲すに當り特に考慮を拂はねばならぬことである。(中央公論・昭和七年十月號・勝本正晃博士・金銭債務臨時調停法の運用、より)

第五節 陪 審

陪審制度 陪審制度は第十二世紀頃から英國に發達し第十六世紀の頃から略々現在の如きものになり、第十八世紀の末佛蘭西大革命の際佛國に傳はり佛國から獨逸其の他の歐洲諸國に弘つたものである。米國では建國の初から此の制度を採用してゐる。陪審制度は細かく言へば色々な種類があるが、其の全體に通じた特質を一言に言へば刑事に關する裁判手續を行ふに當り専門の裁判官の外に素人の人々を裁判手續に參與させる制度である。抑々刑事の裁判手續に素人を參與させる制度には陪審制度の他に**參審制度**と稱するものがある。陪審制度は刑事事件に付き素人である陪審員のみで評議し、其の評議の結果に基いて裁判官が裁判をする制度であるが、參審制度は裁判官と素人とが初めから一緒に評議して裁判をする制度であつて、第十九世紀に獨逸で

初めて設けた制度である。我が國では陪審制度を採り參審制度を採らなかつたが、之は參審制度を採ることは後述の如く我が憲法の規定に抵觸するといふ議論があつたからである。

又陪審制度を採用してゐる國々でも、其の陪審に付いて裁判官と陪審員との仕事の範圍は一樣ではない。或る國々では其の範圍を事實問題と法律問題とで分け、陪審員は被告人が如何なる事を行つたかといふ事實の問題を決め、裁判官は其の行つた事が法律に照らして罪になるかならぬか、若しそれが罪になるとすれば之に對して如何なる刑罰を言渡すべきかといふ法律上の問題を決するものとしてゐるし、又或る國々では其の範圍を罪責問題と刑罰問題とで分け、陪審員は被告人が如何なることを行つたかといふ事實の問題を決める他更に一步を進めて被告人の行つたことが罪になるかならぬかを決め、裁判官は其の罪となるべき場合に言渡すべき刑罰を決定するものとしてゐる。我が國の陪審制度は前者を採用してゐるのである。

我が國の陪審制度 我が國の陪審制度は昭和三年十月一日から施行せられてゐるが、我が國で陪審制度を採用するに至つたに就いては次のやうな理由がある。即ち其の一は政治上の理由である。帝國憲法は立憲政治の本義として統治權の作用を立法司法行政の三に分ち、立法に付いては議會の協賛を必要とし、行政に付いては自治制度を認めて、國民を立法及び行政に參與させてゐる。而して憲法施行以來もう三十有餘年を経過し、國民は國政の參與に付き既に相當の經驗と訓練とを経てゐる。殊に民意に聽いて國政を行はうとする傾向が著しくなつて來た現代に於て、獨り司法に關して許り依然として國民の參與を認めないのは時世の進運に伴はない嫌がある。裁判手續にも一定の範圍内で國民の參與を認めるのが立憲政治の本旨に副ふ所以でもあり適當で

もあらうといふ之が政治上の理由である。其の二は司法上の理由である。抑々裁判は事實の真相を捉へこれに法律を適用するものであつて、公正で合法でなければならぬと同時に、國民が之に信頼し、關係者がこれに信服するものでなければならぬ。從來我が國の刑事裁判は公正に行はれておつて、國民も信頼してゐるのではあるが、又裁判官の判断は職司の性質上稍々もすれば理性に捉はれ易い傾向があるとの批評もある。で此の際適當の範圍で裁判官でない素人の人々を國民の中から選んで裁判手續に參與させ、其の判断に加味したならば、我が國の刑事裁判に對する信頼が厚くなるであらうし、又陪審制度を実施すれば國民は自然裁判所に親しみ、法律思想が養はれると共に裁判に關する理解も出來、從來稀にはあつた誤解や疑惑も一掃され、益々裁判の威信を高めることが出來るであらう。又一面被告人にとつても國民の中から選ばれた陪審員に依つて下された判断が基礎となつて裁判されたと思へば、快く其の裁判を受けることが出來るであらうといふ、之が司法上の理由である。

又我が國の陪審制度は英獨佛の制度を參酌すると共に國情に基いて獨特な考慮を加へられたものであつて、次のやうな特質を有してゐることに注意せねばならぬ。即ち其の一は陪審員は唯**犯罪事實の有無のみを判断すること**になつてゐて、被告人に罪責があるか又如何なる刑罰を言渡すべきかといふ問題に付いては之を判断することが出來ない、即ち罪責問題と刑罰問題とに關する判断は一に裁判官に任せられてゐることである。而して其の二は**陪審員の判断は裁判官を拘束しないこと**である。歐米諸國の陪審制度にあつては陪審員の權限に差異こそあれ、陪審員の評決に裁判官が拘束される點は何れの國も同様である。然るに我が陪審制度は陪審員の評決にか

かる拘束力を認めず、裁判官が其の評決を不當と認められた時は更に他の陪審員の評議に付し得るの途を開き裁判官が陪審員の判断を是認する場合に限り、其の判断を採用して裁判を言渡すのである。之は陪審員の評決に拘束力を認めるとなると、陪審員が裁判権の一部を行ふことになり、我が憲法第二十四條「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、コトナシ」の規定に違反するといふ法理上の理由もあり、又歐米の事例に徴しても陪審員が感情に走り、不當の評決をしたとの批難を受けることがあるので、それこれを顧慮した爲である。

陪審裁判の手續

(一) 陪審事件 刑事事件が如何なる順序で裁判所に起訴されるかに就いては既に述べたが、地方裁判所の管轄に屬する刑事事件の中で重い犯罪に該る事件は特に陪審事件として陪審員の評議に付して之を裁判することになつてゐる。陪審事件の種類は法律で規定してあるが、之に法定陪審事件と請求陪審事件との二種類がある。前者は被告人が請求してもしなくとも原則として陪審に付すところの事件であつて、放火殺人といふやうな刑法の條文に照して其の刑が死刑又は無期の懲役若は禁錮に該る事件であり、後者は被告人が請求した場合に限り、陪審に付することが出来る事件であつて、強盜竊盜詐欺のやうな其の刑が長期三年を超える有期の懲役又は禁錮に該る事件である。但し右に述べた陪審事件に該る犯罪でも、皇室に對する罪、内亂外患國交に關する罪、騷擾の罪陸海軍の軍機上の罪、公の選舉に關する罪等は陪審に付することは出来ないし、又法定陪審事件では被告人が陪審に付することを辭退した場合、請求陪審事件では其の請求を取下げた場合又は被告人が公判準備手續若は公判で起訴されてゐる犯罪事實を自白した場合には陪審に

付することは出来ぬことになつてゐる。(陪審法第二條、第三條、第四條、第六條、第七條)

(二) 陪審員 (一) 帝國臣民で三十歳以上の男子たること (二) 引続き二年以上同一市町村内に居住すること (三) 引続き二年以上直接國稅三圓以上を納めてゐること (四) 読み書きが出来ること、以上の四要件さへ備へておれば誰でも陪審員となることが出来る。但し之等の要件が備つてゐても、禁治産者、準禁治産者、破産者にして未だ復権を得ざる者、聾者、啞者、盲者、懲役又は六年以上の禁錮等に處せられた者は陪審員となることは出来ない。

又陪審員の資格のある人々でも、(一) 國務大臣 (二) 在職の判事、検事、陸軍法務官、海軍法務官、行政裁判所長、官行政裁判所評定官、官内官、吏、廳、府、縣、長、官、廳、支、廳、長、警、察、官、吏、刑、務、官、吏、裁、判、所、書、記、長、裁、判、所、書、記、收、稅、官、吏、稅、關、官、吏、專、賣、官、吏、小、學、校、教、員 (三) 現役の陸軍軍人、海軍軍人 (四) 郵便、電信、電話、鐵道及び軌道の現業に従事する者並に船員 (五) 市町村長、辯護士、辨理士 (六) 公證人、執達吏、代書人 (七) 神官、神職、僧侶、諸宗教師 (八) 醫師、齒科醫師、藥劑師 (九) 學生、生徒等といふやうな人々は種々の理由から陪審員の職務に就かしめることは出来ないとしてされてゐる。又陪審員は自己の參與すべき事件に付いて、其の事件の被害者であるとか、被告人の親族であるとか、其の他陪審法第十五條に列記した特別の關係ある場合には陪審員の職務から除斥される。此の除斥といふことは法律上當然陪審員の職務から除かれることを言ふのである。又六十歳以上の老人在職の官公吏、教員及び各種の議員は(但し會期中に限る)は陪審員の職務を辭することが出来るやうになつてゐる。(同第十條、第十三條、第十四條、第十五條、第十六條)

陪審員たる資格を備へた人々の中からどのやうにして陪審員が選定されるかといふに、先づ市

町村長の手で陪審員資格者名簿が作成される。次に其の名簿の中から市町村長は地方裁判所長の定めただけの陪審員候補者を抽籤し、其の抽籤に當つた者だけの名簿を更に作成する。此の名簿を陪審員候補者名簿と言ふ。之を少し詳しく説明すると、地方裁判所長は毎年九月一日迄に翌年度の陪審事件の概数を豫定して之に必要な陪審員の数を定め、管轄区域内の市町村に割當て、市町村長に通知する。すると市町村長は毎年九月一日現在に依つて其の市町村の有資格者を調べて名簿に書き上げ、陪審員資格者名簿を作り、七日間一般に縦覽させる。此の名簿を見て異議のある者は訂正の申立をすることが出来る。之等の手續を経て、陪審員資格者名簿が確定すると、市町村長は地方裁判所長から割當てられた員数の陪審員候補者を右の名簿から有資格者三人以上の立會の下に抽籤の方法に依つて選定し、陪審員候補者名簿を作つて十一月三十日迄に管轄地方裁判所長に送付すると同時に、右の名簿に載せられた人々に其の旨を通知する。かうして地方裁判所長の手許に管轄区域内の各市町村長から陪審員候補者名簿が集る。さて愈々陪審の評議に付すべき事件の公判期日が定まると、地方裁判所長は兼て定めて置いた市町村の順序に依つて各陪審員候補者名簿から市町村の大小に應じ、一人又は數人の陪審員を抽籤して陪審員三十六名を選定し、それを公判期日に呼出すのである。(同第十七條以下)

(三) 裁判の手續 陪審事件に付いては公判前に必ず公判準備の手續を爲す。此の手續には陪審員を加へず、検事、裁判所書記、辯護人立會の下に、被告人を一通り、訊問し、公判手續でどの様な證人鑑定人等を訊問するかと云ふやうな證據調の決定をする。此の手續は下調であるから公開はしない。かうして公判の準備が整ふと、愈公判期日がきまり、其の期日には前に述べた三十六名の陪

審員が呼出される。呼出に應じて出頭した陪審員が二十四人以上揃つた場合には、直ちに陪審構成の手續に入るが、病氣其の他の事由で已むことを得ず出頭しない者があつて陪審員の数が二十四人に達しない場合には、裁判長は之を補充するため裁判所々在地又は附近の市町村の陪審員候補者名簿から抽籤して必要な員数の陪審員を選定し、便宜の方法に依り即刻これを呼出して、二十四人以上に補充した上陪審構成の手續に移るのである。(同第三十五條以下、第五十七條、第五十九條、第六十一條)

陪審構成の手續 は判事、検事、裁判所書記、被告人、辯護人及び陪審員が列席して公判廷で行ふのであるが、此の手續は公開しない。先づ裁判所は出頭した陪審員について資格のない者又は除斥せらるべき者の有無を調べて、あればこれを除き、さて残りの陪審員の中から陪審を構成すべき十二人の陪審員を選定するのである。(同第六十條、第六十二條、第六十三條、第六十九條)

此の選定の方法に付いては忌避と云ふことがある。忌避とは検事と被告人とが陪審員の中から事件に付き判断をなすに不適當であると認める者を排斥する手續である。陪審員は普通の場合には十二人であるが、若し事件が複雑で二日以上引續いて開廷する必要があると認められた場合には十二人の基本陪審員の外に一人又は數人の補充陪審員を公判に立會はせることが出来る。此の場合には検事と被告人とは基本陪審員及補充陪審員に必要な数を除き、其の以外の者を忌避することが出来るのである。其の忌避すべき員数が偶数である場合には、検事と被告人とで各其の半数を忌避し、奇数である場合には、被告人が一名だけ餘計に忌避することが出来るのである。更に此の手續を詳しく説明すれば、裁判長が出頭した有資格の陪審員の氏名票全部を抽籤函に入れて混ぜ合せた後、其の中から一票宛抽き出して氏名を讀上げると、検事と被告人とが一々それに對

して承認とか忌避とか述べるのである。かくして忌避されなかつた陪審員の数が補充陪審員のない場合には十二人、補充陪審員のある場合には十二人に其の数を加へた數に達すると抽籤を止め、裁判長が抽籤終了の旨を宣言すると茲に陪審の構成が出来上るのである。忌避をするには其の理由を陳述することは出来ぬことになつて居る。陪審は検事が被告事件を述べるときから、裁判所書記が陪審の答申を朗讀する迄始終同一の陪審員がこれに立會はねばならぬ。尙同日に數個の陪審事件の公判を開く場合には、同一の陪審員を其の總ての事件の陪審員として選定する事が出来る。又検事及び被告人に異議がなければ、一つの事件に付き構成された陪審を同日に審理する他の事件に立會はせることも出来ることになつて居る。(同第三十一條、第六十四條以下、第三十二條、第三十三條)

陪審を構成すべき陪審員が定まると、其の陪審員は抽籤の順序に従つて陪審席に着席し、それから公判手續は開かれるのである。先づ裁判長が起立し、陪審員に對して陪審員の心得を諭し、公平誠實に其の職務を行ふべきことを誓はせる。其の誓の形式は、裁判長が宣誓書を朗讀して陪審員に署名捺印させるのである。(同第六十八條、第六十九條)

次に検事が被告事件の一部始終を陳述して、被告人が如何なる犯罪に依つて起訴されたかを明かにすると、裁判長は被告人を訊問して其の辯解を聴き、更に證人、鑑定人等を訊問して證據調をする。證據調が済むと、犯罪の構成要素に關する問題即ち或る犯罪が成立するためには如何なる事實が必要であるかの問題に關して、先づ検事が事實上法律上の點に付いて意見を述べ、次に辯護人、被告人がこれに對して意見を述べる。かくして辯論が終ると裁判長は陪審に對して説示と云ふことをする。これは事件に關する説明であつて、犯罪の成立に關しては、如何なる點が法律上問題

となつて居るか又如何なる事實が問題となつて居るか云ふことを言聞かせ、更に證據は斯く斯くであると云ふこと迄も解説するのである。説示が済むと裁判長は問を書面に記して、陪審に對し犯罪構成事實の有無を評議の上答申すべきことを命ずる。問は陪審が「然り」又は「然らず」と答へ得るやうな文言で記載されるのである。(同第七十條以下、第七十六條以下)

陪審員は裁判長から問書を受取ると、評議のため評議室に退き、議事整理のため陪審長を互選した後各自意見を述べる。評議に依つて犯罪の構成事實を認めるには、陪審員の過半數の意見の一致が必要で、過半數に達しない場合にはこれを認めないこととなる。かくして評議が終ると答申を問書の餘白に記載し、陪審長がこれに署名捺印し、陪審員一同評議室を出て公判廷に歸り、答申の附記された問書を裁判長に提出する。裁判長は公判廷で裁判所書記に問及びこれに對する答申を朗讀させた後陪審員を退廷せしめる。陪審の答申は犯罪事實を認めるか認めぬかの二つの中の一つを選ばねばならない。認めた場合には、先づ検事がこれに適用すべき法令及び刑に付いて意見を述べ、次に辯護人、被告人がこれに對して意見を述べる。すると裁判所は、合議の上、陪審の答申した事實に法令を適用して、刑を言渡すのである。又陪審の答申が犯罪事實を認めぬ場合には、裁判所は無罪を言渡すのであるが、茲に注意すべきは、陪審の答申が犯罪事實を認めぬ場合でも、認めぬ場合でも、裁判所がこれを不當と認めれば其の後の手續を中止し、事件を更に他の陪審に付すことを決定して公判を閉ぢることである。(同第八十條以下)

陪審の答申を採用して言渡した判決に對しては、控訴することは出来ぬが、其の事件に關し、適法に陪審を構成しなかつた場合とか其の他特別の理由ある場合には、大審院へ上告することが出来

る。故に現今の第一審控訴審、上告審の審級制度の點から見れば、陪審の評議に付した事件は二審制度である。(同第百一條以下)

陪審員の心得 陪審の答申は、裁判所がこれを採用して裁判の基礎とし、被告人の有罪無罪を決定する資料とするのであるから、陪審員の職責の重大なことは云ふ迄もない。裁判が公正に行はれなければ國家の秩序は維持されず、國民の権利の保障は全うされない。裁判を公正に行はせるには、事件の真相を捉へ、事實の認定を誤らないことが肝要である。陪審の答申が萬々一事件の真相を穿たず、又は事實を狂げて認定するやうなことがあれば、延いて裁判の公正を害することとなり、或は眞實罪を犯した者に其の制裁を免れさせ、被害者の利益の保護を等閑に付して社會の秩序を紊り、或は罪のない者を罰して不當に權利を侵害すると云ふ様な様々の弊害を生じないとも限らない。故に陪審員に選ばれた者は必ず其の職責の重大なことを自覺し、よく其の職責を盡すの覺悟がなければならぬ。以下事件進行の順序に従つて陪審員の職務の重なるものを説明しよう。

陪審員に當籤して呼出を受けた者は必ず公判期日に裁判所に出頭せねばならない。若し故な通して呼出に應じないと五百圓以下の科料に處せられる。尤も病氣其の他已むを得ない事情で出頭の出来ぬ場合には、書面に其の事情を認め、病氣であれば診断書を添へて、已むことを得ざる事情を明かにして裁判所に差出す等、相當の手續をすれば當日の職務を辭することが出来るのである。呼出を受けた陪審員は事件に關し他人から請託を受けたり、意見を聞いたりしてはならぬ。

さて陪審員が裁判所に出頭して陪審員に當籤し、其の職務に就くこととなる、前にも述べた通り良心に従ひ公平誠實に職務を行ふべきことを宣誓しなければならぬ。此の宣誓を拒むと五百圓以下の科料に處せられる。又公判に列した陪審員は、評議を了る迄は恣に他人と交通したり退廷することは出来ない。違反するとこれも五百圓以下の科料に處せられる。陪審の答申前、裁判所を退出する場合は、裁判長より他人との交通又は宿泊すべき場所等に關し守るべき事柄を指示される。違反するとこれも五百圓以下の科料に處せられる。(同第百八條)

言ふまでもなく陪審員の最も重大なる職務は事件の評議である。犯罪事實の有無を判断することは一見容易のやうであるが、實は仲々困難な事柄であるから、陪審員は其の職責の重大なことに顧み、常に慎重の態度を取り、熱心に公判に於ける審理の進行に注意し、事實の真相を知ること、努め、良心の命ずる儘に判断せねばならぬ。感情又は外部の勢力に左右されて事實を狂げたり、評議答申の結果言渡さるべき刑罰や新聞の記事に依つて事件に關し豫斷を懷くことなく、全く白紙で裁判所に出頭し専ら公判に現はれた證據の情況に因つて事件を判断する心懸を持たねばならぬ。

陪審員は評議の顛末、又は其の様態を他に漏泄してはならぬ。若し違反すると千圓以下の罰金に處せられる。又其の漏泄した事柄を新聞紙、其の他の出版物に掲載すると、新聞紙の方は編輯人及び發行人、出版物の方は著作者及び發行者迄が、二千圓以下の罰金に處せられる。陪審員以外の者が裁判長の許可を受けないで陪審の評議室に這入つたり、若しくは陪審の評議を了る前裁判所内で陪審員と交通すると、五百圓以下の罰金に處せられる。又陪審の評議に付せられた事件に付いて陪審員に對し請託をしたり、若しくは評議を了る前私に意見を述べたりすると、一年以下の懲

役又は二千圓以下の罰金に處せられる。(同第百九條以下)

陪審員は其の勤勞に對し旅費の外に日當及止宿料の給與を受けることになつて居るが、其の金額は勅令で定められることになつてゐる。(同第三條、第十四條) 司法省刑事局『陪審制度の話』に據る)

注意一 陪審制度は我が國にとつては新しい制度であるから、之を常識とする程度にまで大衆化する必要があり、そこで國定教科書にも可成り詳しい説明がなされてゐる。即ち、『裁判は國家の重大な要務であるから、かやうに公平慎重に行はれる組織になつてゐるが、更に國民をして此の重大な要務に參與せしめ、且裁判に對する國民の信頼を益々厚くさせるために陪審法といふ法律が公布施行せられてゐる。陪審といふのは、地方裁判所の公判で裁判される或種類の刑事裁判に、裁判官の外に一般國民が參與することである。陪審員は三十歳以上の男子でなほ一定の資格ある者が候補者となり、其の中から十二人抽籤の方法によつて選定せられるのである。

陪審員は、公判廷で先づ裁判長から陪審員の心得を諭され、職務に對する誓をする。次に検事が被告はどのやうな罪を犯して訴へられたのであるかを述べると、裁判長は被告を訊問して其の辯解を聴き、更に證人・鑑定人等を訊問して證據調をする。それがすむと辯論に移り、検事が犯罪の事實について意見を述べ、之に對して被告と辯護人が意見を述べる。そこで裁判長は、陪審員に對しどのやうな事實が問題となつてゐる證據はこれ／＼と事件に關する説明をする。それから裁判長は問を書面に記して陪審員に渡し、罪となる事實の有無を評議の上答申すべきことを命ずる。問は「然り」又は「然らず」と答へるやうな文言で記されてゐる。陪審員は、評議室に退き、議事整理のため陪審員を互選した後、各自意見を述べる。評議によつて罪となる事實を認めるには、陪審員の過半数の意見の一致が必要である。過半数に達しない場合には、之を認めないことになる。かやうにして評議が終ると、答申を問書の餘白に記し、陪審長が之に署名捺印して之を裁判長に提出する。裁判長は、公判廷で裁判所書記に問と之に對する答申を朗讀させた後、陪審員を退廷させる。陪審員の答申は、犯罪事實を認めるか認めないかの二つの中の一つを選ばなければなら

い。認めた場合には、先づ検事が之に適用すべき法律及び刑について意見を述べ、次に辯護人と被告とが之に對して意見を述べる。すると裁判所は合議の上、陪審員の答申した事實に法律を適用して刑を言渡すのである。又陪審員の答申が犯罪事實を認めない場合には、裁判所は無罪を言渡すのである。こゝに注意すべきは陪審員の答申が犯罪事實を認めた場合でも認めない場合でも、裁判所がそれを不當と認めたならば、別に陪審員を選定して改めて事件を其の議に付するのである。

陪審員の答申は、裁判所が之を採用して裁判の基礎とし、被告の有罪・無罪を決定する資料とするのであるから、其の職責は極めて重大である。陪審員として裁判所に呼出を受けた時は、必ず公判期日に出頭しなければならぬ。呼出を受けた陪審員は、事件に關し他人から頼みを受けたり、意見を聞いたりしてはならない。又世間の風評や新聞記事によつて、事件に關し前以て考をきめるやうなことをせず、全く白紙のやうな純眞な心持で公判廷に出で、常に慎重の態度を執り、熱心に裁判の進行に注意し、事實の真相を知ること努め、良心の命ずるまゝに公平誠實に其の職務を行はなければならない。私情にとらはれ、又は後難を恐れて事實の評決に當り眞實を語らなかつたり、評議・答申の結果言渡さるべき刑罰のことを心配して考をきめかねたりしてはならない。なほ評議の様々めい／＼の意見は、決して他人に漏らさないやうに注意すべきである。

昭和三年十月一日陪審法施行の日、天皇陛下は、大審院・東京控訴院・東京地方裁判所に行幸になり、親しく法廷をみそなはせられ、畏くも「司法裁判ハ社會ノ秩序ヲ維持シ國民ノ權義ヲ保全シ國家ノ休戚之ニ繫ル今ヤ陪審法施行ノ期ニ會ス一層恪勤奮勵セヨ」との勅語を賜はつた。裁判の任に當る者は、常に之を服膺すべきはいふまでもなく、陪審員たるべき一般の國民も、聖旨を奉體して國家の裁判に參與し、以て立憲國民たる責任を果さなければならぬ。(高等小學修身書・卷二・國憲國法(其の四))といふのであるが、教授上參考として價値の多いものである。

注意二 陪審制度を敷いたことは必ずしも成功ではなかつたといふ意見が相當有力者に依つて唱へられてをる。取扱事件數から言へば、たしかに使つた費用に比して甚しく少く無駄なことに金を使つたやうにも見える。しかし、立法參政として參政權、行政參政として地方自治が認められてをるに對し、司法參政が何等の形に於ても許されてゐなかつたので、かかる立憲政治の理論的丕徹

底を一掃するためには、どうしても司法参政としての陪審を許容せねばならなかつた事情もあつて、之を實施したものであるから、其の結果から見ても、陪審を請求する事件が豫想外に渺いからというて、それだけで失敗であるといふことは出来ない筈である。他面より之を言へば、裁判所の裁判に對して世人が厚く信頼を有してをるので、敢て陪審を請求する者がないとも言ひ得べく、此の點よりすれば、陪審の不振は却つて本職の裁判官の信用を證據づけたものとして大いに慶賀すべきことであるとも言ひ得る。唯、陪審法が出来てあり、不徹底である爲の不振であるならば、それは勿論不成功と言はねばならぬ。茲では其の孰れたるを決する意思を余は有つてゐない。兎に角陪審法の精神を青年に涵養することを衷心より望んでゐる次第である。

参考一 陪審制度と參審制度

陪審制度の本義は、國民が裁判に參與する事に存する。即ち官吏であり且法律の専門家たる裁判官以外に、國民が國民として、裁判に參與するのが、陪審制度の根柢である。尤も、其の參與の方法及程度に付ては、國に依つて相違する。英國流の如く、陪審員が被告人の罪責の有無を判斷するものもあれば、日本式の如く、被告事件の事實の有無に付て裁判所に答申するものもある。又英國の實際に於ける如く、陪審の判斷が不可動的決定力を持つて居るものもあれば、我陪審法の如く、陪審答申が必ずしも裁判所を拘束しない(第九十五條)ものもあるが、要するに厚薄淺淺の差異はあるけれども、國民が國民として、裁判に參與する、換言すれば、裁判官と國民とが協力して、始めて一の裁判を爲すと云ふ原則に於ては、全く同一である。

陪審制度の本義は、國民の裁判參與に在ることは前述の通りであるが、陪審制度には更に閉却すべからざる一の特徴がある。それは、陪審制度に在りては、當該事件の裁判に參與する國民即ち陪審員の意見が獨立せる一個の意見として、法廷に顯れる事である。陪審員の意見が獨立せる一個の意見となるのにも、矢張國に依つて異なる。例へば英蘭に於ては全員的一致を必要とし、佛蘇等及我國(第九十一條)では過半数を以て足るものとするが、要するに、陪審員一團の意見が一個の獨立せる意見として顯れる。之れが所謂參審制度と異るところである。

參審制度は獨逸の發明に係るものであつて、同國の外澳諸兩國にも採用せられたが、此の制度はゲルマン古代の人民裁判所に濫觴するとも云はれて居るが、寧ろ其の相互の關係は不明であつて、近代獨逸の創業に成るものと觀るのが正當らしい。獨逸では陪審裁判 *Schwörendericht* に對して、之れを參審裁判 *Schöffengericht* と云つて居る。參審制度も亦廣い意味に於ける陪審制度 *Jury system* に屬するものだと言明する學者もある。それは、單に分類上の問題であつて、要するに、陪審制度と參審制度とを包括する廣義の陪審制度を學說上認めるか否やの事柄で、其の得失を議論するのは寧ろ觀念の遊戯である。私は陪審制度及參審制度の相互の特徴に留意して、此の二箇の制度を相對立せる別異のものと觀察する。

參審制度も亦國民の裁判參與を根柢とする制度であるが、此の制度に在りては當該事件に付て裁判に參與する國民即ち參審員の意見は、獨立せる意見として顯れて來ないのである。此の點は次に書くが、一個の獨立せる意見を形成し且それを發表するか否やの點に於て、陪審制度と參審制度とは相異なるのである。即ち前者は獨立せる意見を形成してそれを發表するものであり、後者はそれを爲さざるものである。

更に、裁判のいづれの部分に國民が參與するか點に於て、陪審制度は著大な特色を持つてゐる。裁判は大別して二箇の重要な要素から成立する。それは事實の認定と法律の適用とである。起訴に係る犯罪事實ありや否やを認定し、認定したる事實に法令の正條を適用して、裁判が出来る次第である。而して、法律の適用は法律の専門家たる裁判官の專屬職責とし、事實の認定を國民から出て來る陪審員の任務とする。事實の認定を國民に委ねることは陪審制度の重大なる長所の一である。尤も前述の如く、陪審員をして事實の認定のみならず、進んで罪責の有無即ち有罪又は無罪の判斷を爲さしめる國もあるが、之れとても畢竟するに事實の認定を基礎として、定まるものであるから、陪審制度は、要するに、國民たる陪審員と裁判官との職責に、明かなる分野を設けて、適材を適處に就かしめるものである。

以上要言すれば、陪審制度と云ふものは、國民から一定の員數の人々即ち陪審員を法廷に送らしめ、陪審員が事件の審理を聽いて、事實の認定に付判斷をし又は答申をする。而して裁判官が之れに基いて、法律を適用して裁判をする制度である。

參審制度は、裁判官と國民から出て来る參審員とが相集まつて、一箇の裁判所を構成し、其の裁判所に於て審理をし判決をするのであつて、要するに、裁判官と參審官との混合裁判である。従つて參審員は事實の認定に付ても、又法律の適用に付ても、終始一切の合議に參與するのである。併し、合議には參與するけれども參審員の意見が獨立せる一箇の意見として、顯れて来るものではない。參審員の裁判所に於ける地位は、恰も合議裁判所の陪席判事と同様であつて、陪審判事は裁判官ではあるが、參審員は國民として之れに當る點だけが相違して居るのである。

陪審制度と參審制度との優劣に至つては、容易に論斷することが出来ないけれども、陪審制度に在りては、陪審員一團の意見が獨立せる一箇の意見として顯れるのに對して、參審制度に於ては、參審員の意見は裁判所の意見の内に隠れてしまふのである。敢て裁判官の意見が參審員の意見を壓迫抑制するとは云はない。裁判官の意見と參審員の意見とが合成せられて、其の合成せられた意見のみが顯れるのであるから、參審員の意見は獨立せる一箇の意見としては顯れて來ないのである。此の點に於て、兩制度に重大な徑庭が存するのである。而して、陪審員の意見は獨立せる一箇の意見として顯す事に於て、國民の裁判參與の見地から論ずれば、陪審制度は參審制度に比して遙に徹底的であり且根本的である。參審制度は陪審制度に較べて、頗る微温的であり且妥協的である。

次に陪審制度に在りては、事實の認定と法律の適用との二分野に従つて、陪審員の參與すべきところと、裁判官の專權たるべきところとを、劃然明分して、各々其の適處に於て長所を發揚することになつて居るが、參審制度に於ては、裁判官も參審員も、共に、事實の認定にも、法律の適用にも、當るのであるから、陪審制度に比べて制度そのものが不徹底であり且不合理である。

更に、陪審制度は英國に於て九百年來の試練を経て居るのみならず、近世に於て佛米伊等多數の國に實施せられ、其の長所も、將た又短所も、既に十分に研究せられて居るけれども參審制度は其の年月尙淺く、しかも僅に二三箇國に採用せられて居るだけであるから、其の成績は未知數である。従つて、新に之れに摸倣するのは、少くとも冒險である、危険である。

加之、參審制度は我憲法の條章に抵觸する。憲法中の「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、コトナ

シ」(第二十四條)、「司法權ハ天皇ノ名ニ於テ法律ニ依リ裁判所之ヲ行フ」(第五十七條第一項)、「裁判官ハ法律ニ定メタル資格ヲ具フル者ヲ以テ之ニ任ス」(第五十八條第一項)との根本的規定は、官吏に非ざる參審員を以て裁判所の必要的構成員とする參審制度を明かに否定して居るものと云つて宜い。尤も陪審制度も亦其の組織及權限の定め方如何に依つては、右の諸規定と調和せざるに至るの疑はあるけれども、それは陪審法の規定の内容如何に依つて、其の疑を避けることが出来る。恐らくは其の意味に於て特に注意せられたことであらうが、我陪審法の規定は完全に憲法との調和を保つて居る。

要するに、我國に於て、參審制度を排斥したのは、實質上賢明でもあり、又法制上當然でもある。(現代法學全集第二十四卷・大森洪太氏・陪審法、二七九―二八三頁)

參考二 我が國陪審制度の沿革

明治維新から六十一年目、憲法發布から四十年目、此の昭和三年に至つて、愈々陪審法が實施せられることとなつて、我國も亦漸くにして陪審制度の國となつた。陪審法は僅に百十餘條から成る一小法典である。其の外形から云へば、渺乎たる一箇の手續法規に過ぎないけれども、此の渺乎たる一小法典こそ、我國に曠古未曾有の陪審制度を樹立するものである。我法制に一大變革を齎して、國民に裁判參與の權利義務を賦與するものである。國家正義の維持伸張を國民の光榮ある責任として、其の雙肩に委ぬるところのものである。

陪審法成立の經過は比較的に平淡なものであつた。我法制に一大變革を來すべき重要法典であるに拘らず、陪審法立案の議が政府の一角に起つてから、四春秋にして、一國の法律になつてしまつた。法規の性質上樞密院の審議を経なければならなかつた。議會の協賛を要することは勿論である。それが右の如く短日月の間に濟んだのである。此の點から推して、陪審法は、適當の時期に、適當の内容を以て、生まれたものだ、と云へば云ひ得る。

尤も、我國に於ても、陪審制度採用の可否に付ては、久しい間朝野兩方面に於て、論議せられ、研究せられて居た。明治初年に陪審制度採用論が既に或官邊に於て主張せられたと云ふことである。其の後在野法曹の或一部の人々を除くの外、採用論は一時影を

潜めて居たやうであるが、明治の末葉に至つて、又擡頭して來たやうであつた。超えて大正七年原内閣が成立し、翌八年七月に臨時法制審議會を任設し、原首相は同會に對し、諮問第二號として、陪審法制定の可否及若し之れを可とするならば其の綱領如何と云ふ趣旨を諮問した（諮問第一號は我國古來の淳風美俗に基き民法を改正すべき點如何と云ふのであるが、之れに因る民法の改正に付ては目下尙同會及司法省に於て調査中である。同會は慎重審議の上、陪審法制定の必要を認め、法規の綱領を具して、之れを首相に答申し、首相は該答申を司法大臣に移牒し、司法大臣は陪審法調査委員會を設定した。同委員會は會内に更に起草委員會を設け起草委員會は又起草準備委員會を作り、起草準備委員會は大正九年八月立案に着手して、稿了の上、起草委員會に附議し、大正九年十一月起草委員會に於て審議修正して、陪審法調査委員會に附議し、同委員會に於て大正九年十二月成案を得るに至つた。斯くして、陪審法案は第四十五議會に提出せられ、大正十一年三月二日衆議院に於ける第一讀會の席上、大木司法大臣の提案理由の説明に始まつて、兩院の審議に附せられたが、此の議會には議了せられなかつた。次の第四十六議會に改めて更に提出せられ、大正十二年二月十日衆議院に於ける第一讀會に、岡野司法大臣が提案理由を説明し、爾來審議を重ねて、遂に兩院の協賛を得、大正十二年四月十八日に、法律第五十號として公布せられるに至つた。即ち、陪審法の制定の可否が公式の問題となつて以來、四星霜を閲せざる間に、此の重大意義を有する法律が出来てしまつたのである。

明治の末葉以來、陪審制度の採用の可否は相當に論議せられて居た。陪審制度を採用す可しと云ふ聲も高かつたが、採用す可からずと云ふ説も有力であつた。陪審制度を排斥して、寧ろ參審制度に依據す可しと云ふ意見にも悔る可からざる聲威があつた。斯くの如く、種々の議論が上下せられて、陪審制度の運命は、洶瀾の上に漂つて居た時に、原首相が斷乎として臨時法制審議會に陪審法の制定の可否を諮問したのは、正に空谷に甕足を聽くの觀があつた。少くとも、朝野多數の法曹は左様に感じたものと私は考へる。斯かる情勢の下に陪審法が比較的短期間のうちに成立したことは、全く一の不可思議な奇蹟ではあるが、要するに、時代の所産である。

陪審法の立案には、私は全然無關係であつた。しかも陪審法の未だ成立せざる大正十一年に他の公務の爲めに倫敦へ行つた。倫敦へ着いた當時には、實際の事を云へば、陪審制度の事も、況して陪審法の事も、餘り多くは考へて居なかつた。然るに、倫敦に於て、判事や辯護士の世話になつて、頻に法廷に出入して居る間に、陪審制度が好きになつた。陪審制度にも亦妙からぬ短所がある。しかも幾多の缺陷を抱擁しながら、陪審制度には柄平たる光彩がある。牢乎たる根柢がある——と云ふことを確信するに至つた。大正十四年の秋、私は、秩父宮殿下のお伴をして、倫敦中央刑事裁判所を訪ねたが、その時に、判事のサー・アーネスト・ワイルド氏が法廷に於て、宮殿下に對し奉り、莊重な御歡迎の辭を申し上げたが、其の内に次の一節があつた。

「わが倫敦の中央刑事裁判所は英國隨一の巡迴法廷である。であるからして、此處に外國の貴顯をお迎へ申すのは決して珍らしい事ではない。然るに我々英國の國民全般が敬愛する大日本帝國の、天皇陛下の第二皇子にあらせられます秩父宮殿下が親しく茲に駕を枉げられたといふが如き大なる光榮は、我々といへども曾て荷ひ得ざりし光榮である。この大なる光榮は滿廷の諸君と共に深く肝に銘じて、長く忘れざらん事を誓ひ度いと思ふ。殿下が態々こゝに駕を枉げられましたるその御心に至りましては、我々の推し奉る由もないところであるけれども、併し私一即ちワイルド判事一密かに拜察し奉るに、日本は兩三年前に陪審法を採用することに定められたけれども、元來物事に鄭重であり、且周到である日本國民の常として、その實施準備の期間に五年を置いて、從て兩三年後にいよいよ實施されると云ふ事である。而して我英國は八百年來陪審制度を採用し來つて、幸にして立派な成績を擧げて居る、今や陪審制度は眞に英國の誇りであつて、又譽である。之れが即ち、殿下が當法廷に光榮を垂れ給ひし御動機ではないかと、畏れ乍ら忖度し奉る。滿廷の諸君、殿下がこゝに御來臨遊ばされたといふ機會を一の一大機會として、而して東西の兩帝國が同じく陪審制度を採用して、同じ道を進むことに相成つたこの機會を一大機會として、これまで兄弟姉妹の如く親しかつた兩國國民は、更に堅く強く握手して、世界の正義の爲に、世界の平和の爲に、勇往邁進したいと思ふ。何となれば陪審制度は凡そ人類の案出し得る最大且最善の裁判制度であるからである。」

陪審制度がワイルド氏の所謂「凡そ人類の案出し得る最大且最善の裁判制度」たる事に於て、私は毛頭も異存がない。然れども、英國に於ける陪審制度が「凡そ人類の案出し得る最大且最善の裁判制度」たるには、相當の理由がある。九百年來の試練の沿革が

ある。護令、それが本来善い制度であつたにしても、それを善く働かしめるのには、それだけの準備も入用であり、それだけの覺悟も必要である。大正十五年の春になつて、私は歸朝したが、その時には既に陪審法が公布せられて、各方面で實施の準備をして居た。

陪審法の成立前に外遊して、其の成立後に歸つて來た私は、勿論陪審法の立案に無關係であるのみならず、陪審法に関する限に於ては、寧ろ一個のリツプ・ブ・ン・ウインクルであるが、英國へ渡る當時には、陪審制度は殆んど置いて居なかつた私が、それが好きになつて歸つて來たのである。歸つて來ると、陪審法が公布せられて實施の時期が目睫の間に迫つて居るのである。私個人として、此の陪審法及其の運用の實績に多大の興味を持つのは、右の機縁に基く次第である。(現代法學全集第二十四卷・大森洪太氏・陪審法、二七五―二七八頁)

第九章 國防

第一節 國防

一家の團樂を樂しむ氣持は、やがて、國內の平和を希ふ心となり、延いては世界全體の平和を望む情となるのは、いづこの國の人々にあつても、同じことであらう。しかし、一家の中にも、時として争ひごとが生じ、同じ國民の間にも、屢々利害の衝突の起ることは、日常我等の見聞してゐるところである。況して、それ、言語思想感情傳説を異にする民族から成り、利害の關係のいろ／＼複雑に交錯してゐる國と國との間が、四六時中、平穩に治まつて行くことは、現在のところ、望むべくして事實不可能のことに屬する。

人類の歴史を辿つて見ると、平和への不斷の欲求が熾烈であつたにも拘らず、幾多の悲惨な戦争が傳へられてゐることを思ふと益々右の感を深うせざるを得ないのである。かの世界大戦の慘禍は、國際間の紛争を平和的に解決する機關として、國際聯盟を生み、戦争を未然に防止する方法として、戦争抛棄に關する條約の締結や、軍備縮少のための國際會議の開會などを促し、世界を擧げて平和の實現に邁進してゐるやうに見えるが、しかも、他方では、各國競うて軍備の改良に腐心してゐる。

世界の國々が、平和愛好の精神に燃え、戦争防止平和實現のために、種々の努力を惜まないといふことは、勿論、甚だ慶賀すべきことであり、現に、我が國の如きも國際聯盟に加入して、常任理事國に推

され、更に戦争抛棄に關する條約を結んで、世界平和のために盡して來た。今や滿洲問題に關し、國際聯盟に於いて紛争を生じ、我が國は餘儀なく脱退したのであるが、このことの決して世界平和の實現への努力を全く抛棄するものにあらざることは、明瞭である。しかし、徒らに平和の二字に眩惑されて、國の守りをおろそかにするの愚は、國家の儼に避けなければならぬことである。蓋し、國際間の紛争は、最早や他に有力な解決方法がなければ、どうしても戦争に頼らざるを得ないのであるから、不幸にして、その國防の力弱からんか、正義の國といへども、不正の國に屈服するの止むなきに至らねばならないからである。されば、自國を防衛して、その獨立と治安とを維持し、以て國民を保護するためには、國防の充實を圖ることが、先決問題である。

だが、茲で我々は國防とは何を意味するかを、はつきり知らねばならない。國防を字義の上から解釋すれば、國土を防衛し、國民の生存を保障することに外ならない。然し、防衛せられる國土及び生存を保障せられる國民なる客體は、單なる用語上の字義に解することが出來ない。そればかりではない、防衛はその對象に、攻撃する者或は侵略する者のあることを前提としてゐる。然かもその防衛が消極的である場合と積極的である場合とがある。従つて、國防の内容、意義に就ては幾多の見解があるわけである。一例を挙げれば、滿蒙と日本との關係を取扱ふ場合に、滿蒙を日本の生命線としてその勢力下に置かうとする立場と、滿蒙への進出を帝國主義的侵略として放棄し去らんとする立場とでは、その國防内容は甚しく相違するわけであり、その兵力も二對一となるであらう。また、朝鮮、臺灣の如き植民地を解放獨立せしめることを立前とする論者は、六箇師團位の武力が限度であると主張するかも知れない。尙ほ、國內各種の運動に武力干渉を廢除すべしといふ意

向をもつ者は、更に僅少の兵備を妥當であると見なすかも知れない。斯ういふ風に國防の内容と意義とは種々雑多である。

現在日本の支配的地位に立つ國防の一般認識は、『空間的發展即ち彌榮の精神と天壤無窮の國家悠久性とを守る必要上、國防の第一線は人の作つた法理的地理的國境を超越してこれを大陸に進め、これを確守すべきは勿論である』としてゐる。(秦真次中將「帝國の國防」東京日日新聞、昭和七・一三)。これによれば、國防は單に消極的意味のもののみならず、國家發展の障礙を除去するといふ積極的な意味を有するものをも包含するものと云はねばならぬ。

併しながら、具體的に云へば、國策の防衛と見るべきであつて、その時代の國策に應じて決定せられるものである。然らば、現在日本の國策は如何？ 思ふに、それは滿蒙に於ける我が權益の擁護に集中せられてゐる。その故にこそ滿蒙を中心とする關係列國が我が軍備の對象となるのである。而して、滿蒙の舞臺に我が敵役として登場する主なる國々は支那、サヴェートル、ロシア、アメリカの三國である。この三國は何れも各々特異性を以て我が國の發展の障礙となり、我が國の立場を危地に導く。

先づ、支那は目醒めたる支那であり、青年支那であり、革命支那である。その目標は興國であり、打倒帝國主義である。その率ゆる軍隊には民國二十年間打ち續いた戦亂に實戰の試練を経たる正規軍二百二十萬があり、その他多數の土匪團があつて、軍隊と略々同様の實力を有し、屢々軍隊に改編せられてゐる。その裝備も最近大いに改革を経て、優秀なものとなり、軍用飛行機も南北合せて約四百機に及び、毒瓦斯製造の設備にさへ着手してゐる程である。民軍の兵備は國內的事情によ

るものであるとはいひながら、既に、排日毎日の實行、利權及び植民地の回收に向つて動員されつゝある現状である。

次に、サヴェートルロシアに就いて見れば、現在は國を擧げて社會主義建設の途上に在り、他國に對する侵略的意圖を有せず、専ら防禦的見地に立つて、平和的政策を遂行してゐるが、その共產主義的國是は、日本の國家と相容れる餘地がなく、運命的に對立づけられてゐると看取せられねばならぬ。斯くて滿洲國を差し挟んで我が國と對峙するところのこのサヴェートルロシアは、一九三一年に於ては十九億ルーブルの軍事費を計上し、正規軍及び民兵軍基幹部約四十七萬、民兵交代部六十六萬、國家保安部(ゲベウ)軍隊及び護送軍隊約二十三萬、合計約百三十萬の大兵を擁し、第一次五箇年計劃の成功は重工業の發達をもたらし、精銳なる武器の配給を可能ならしめてゐる。

更に、アメリカは機會均等、支那の領土保全を對支政策としてふりかざし、己れの支那大陸への侵略の立ち遅れを、特殊權益の回收の影にかくれて獲得しようとしてゐる。米國の經濟的關心は人口僅かに八千萬の南米より支那大陸の四億の人口の上に推移するであらうことは極めてあり得べきことである。特に支那大陸中最も政狀の安定してゐる滿蒙、その背後には廣大なるシベリア、外蒙が控へてゐる滿蒙、これがアメリカの最大關心でなくてどうしよう。このアメリカは軍備として正規兵十三萬七千(法定數約二十九萬八千)、護國軍約十八萬三千(法定數四十二萬五千)、戰時動員は十ヶ月に約四百五十萬の大軍を編成して攻勢的作戰を敢行し得る可能性をもつてゐる。更らにその海軍力は、戰艦十五隻、航空母艦三隻(未成一隻)、八吋砲巡洋艦八隻(未成七隻、未起工三隻)、六吋砲巡洋艦十隻、驅逐艦二〇七隻、潜水艦八十一隻(未成三隻、未起工四隻)、特務艦三〇〇隻、海

軍航空機一〇〇〇機を擁する。

以上の三國は、實に日本の生命線たる滿蒙を舞臺として我が國と對立してゐる。茲に第一次的國防の内容が計上せられることになり、國防の基調が確立せられることになる。斯うした國防は積極的な性質を帯びるものであるが、この外に消極的な國防としては國內警備を擧げることが出来る。沿岸警備、空襲防備は軍備の特科と見られてゐるが、更らに國內警備の一として、反軍運動、急進無産階級運動、植民地に於ける民族自決等に關し、新たに軍の行動に於いてそれを抑壓する使命が課せられるに至つた。即ち、國內治安維持の役目をつとめることが、國防の一任務として附加せられてゐる。

國防は、その國の産業の發達、科學の發展、國民思想の如何とも大いに關係するものであるが、その第一線に立つものは、それ自體上にあげたものによつて制約せられるところの軍備である。而して、軍備充實の基準は、他國を脅威せず、他國から脅威を受けず、自國を防衛するに十分にして、國威を發揚するに足り、國際的正義を貫き得るに足る程度を以てすべしと主張されてゐるが、具體的には以上に於いて述べた如く、その時代の國策に應じて決定されるのである。

注意一 國防の前提として、現在世界に於いて國をなせるもの、間に存する平和が、所謂武裝的平和に外ならぬものに就いての認識を正確にせねばならぬ。平和を熱愛する人間本然の性情と、戰爭を條件的にもせよ豫想する國防との關係は、この武裝的平和の事實を明かに指摘することを措いて外に明瞭ならしむべき方法はない筈である。右に關し、

『永い人間の歴史を辿つて見ると、そこに發見されるものは、平和に對する熱烈な欲求である。勿論史上には幾多の戰爭が傳へられてゐるが、それも終局には戰爭そのものが目的ではなくして、平和を望む心から出發してゐるものである。我等は一家の安泰を

欲する、一國の平安を欲する、而して尙世界の平和を欲しない道理はない。しかしながら、嘗ては世界の各國が自國の繁榮を冀ふの餘り、他を侵略せんとする態度を捨てなかつたため、各國共軍備の擴張に日もこれ足りない有様であつた。ところが此の趨勢は歐洲大戰を最後として幕を閉じ、世界には勃然として平和愛好の精神が起るに至つた。彼の國際聯盟の締結を初めとし、其後幾多の國際會議の開かれる毎に、各國共無用の軍備擴張競争を廢して、國力の涵養に努め、人類本然の理想たる世界平和の實現に進まうとの空氣が頗る濃厚になつた。此傾向は人類のため甚だ慶賀すべきことで、我等は出来る限り平和の爲の努力を惜んではならぬ。

しかし、こゝに注意すべきは、斯かる平和運動の存在は世界に全然軍備を必要としないといふことを意味しないと、いふことであつて、地球上多種の異つた民族の存在する以上、何時如何なる場合利害の衝突や感情の疎隔を來し、終に干戈に訴へざるを得ないやうにならぬとも限らない。斯かる時、平素若し軍備を無視又は輕視してゐては、他國の不當なる侵略に對して何等手を下し得ず、たとひ正しい主張を有してゐても、結局其主張を貫徹することが出来ないことになる。されば國家の威信を發揚し、國際的正義を全からしめ、以て世界の平和を維持促進する爲に、國家は絶えず一定の軍備を有する必要があるのである。之を國防といふ。しかし國防は防禦を目的とすべく、侵略を目的とすべきでない、他を侵略せず、自らを侵略されない程度を基準とすべきものである。』(河津・一〇六一—一〇九頁)といふ態度は大いに學ぶべきものゝ多くを含んで居る。

注意二 國防が一日も忽にさるべきものでないことを説いて、『國防は國家の存立を維持し國民生活を保障する要件である。』(F・七六頁)というたり、『國家にはその自衛存立の必要上、必ず國防を必要とす。』(G・一一〇頁)というたりして、國防の充實を以て『國際道徳に反るものではない。』(F・七七頁)とか、『決して國際道徳と相容れないものではない。』(G・一一〇頁)とかの言葉を以て結んで居ることは、余の賛成し得ぬ所である。かやうな意見は、本來的には軍備の充實は國際道徳に背反するところあるやを懸念する思想を根底として居るやうに思はれる。併し、國際的正義を貫き、國威を發揚し、億兆を安撫して以て我が國の文化的使命を遂行することの前提として、即ち積極的の意味に於いても、國防の充實が重要であることを知らねばならない。右の文化的使命に

就いては明治元年三月に、明治天皇が「萬民安撫國威ヲ輝スヘキ御宸翰」を賜つたことを想起すべきである。その全文は次の如くである。

『朕幼弱ヲ以テ粹ニ大統ヲ紹キ爾來何ヲ以テ萬國ニ對立シ

列祖ニ事ヘ奉ランヤト朝夕恐懼ニ堪サル也竊ニ考ルニ中葉 朝政衰テヨリ武家權ヲ專ニシ表ハ

朝廷ヲ推尊シテ實ハ敬シテ是ヲ遠ケ億兆ノ父母トシテ絶テ赤子ノ情ヲ知ルコト能ハサルヤウ計リナシ遂ニ億兆ノ君タルモ唯名ノ

ミニ成リ果其カ爲ニ今日

朝廷ノ尊重ハ古ヘニ倍セシカ如クニシテ 朝威ハ倍衰ヘ上下相離ル、コト霄壤ノ如シカ、ル形勢ニテ何ヲ以テ天下ニ君臨センヤ今般朝政一新ノ時ニ膺リ天下億兆一人モ其所ヲ得サル時ハ皆朕カ罪ナレハ今日ノ事朕自身骨ヲ勞シ心志ヲ苦メ艱難ノ先ニ立古

列祖ノ盡サセ給ヒシ蹤ヲ履ミ治績ヲ勤メテコソ始メテ天職ヲ奉シテ億兆ノ君タル所ニ背カサルヘシ往昔

列祖萬機ヲ親ラシ不臣ノモノアレハ自ら將トシテコレヲ征シ玉ヒ

朝廷ノ政總テ簡易ニシテ如此尊重ナラサルユヘ君臣相親シミテ上下相愛シ德澤天下ニ洽ク國威ヲ海外ニ輝キシナリ然ルニ近來宇內大ニ開ケ各國四方ニ相雄飛スルノ時ニ當リ獨我國ノミ世界ノ形勢ニウツク舊習ヲ固守一新ノ效ヲハカラス朕徒ラニ九重中ニ安居一日ノ安キヲ偷ミ百年ノ憂ヲ忘ル、トキハ遂ニ各國ノ凌侮ヲ受ケ上ハ

列聖ヲ辱シメ奉リ下ハ億兆ヲ苦シメンコトヲ恐ル故ニ朕コ、ニ百官諸侯ト廣ク相誓ヒ

列祖ノ御偉業ヲ繼述シ一身ノ艱難辛苦ヲ問ス親ラ四方ヲ經營シ汝億兆ヲ安撫シ遂ニハ萬里ノ波濤ヲ拓開シ國威ヲ四方ニ宣布シ天

下ヲ富岳ノ安キニ置カンコトヲ欲ス汝億兆舊來ノ陋習ニ慣レ尊重ノミヲ

朝廷ノ事トナシ神州ノ危急ヲシラス朕一タヒ足ヲ舉レハ非常ニ驚キ種々ノ疑惑ヲ生シ萬口紛紜トシテ朕カ志ヲナサ、ラシムル時

ハ是朕ヲシテ君タル道ヲ失ハシムルノミナラス從テ

列祖ノ天下ヲ失ハシムル他汝億兆能々朕カ志ヲ體認シ相率テ私見ヲ去リ公義ヲ採リ朕カ業ヲ助テ神州ヲ保全シ

列聖ノ神靈ヲ慰シ奉ラシメハ生前ノ幸甚ナラン』

注意三 我が國が國際聯盟に對し既に脫退を通告して、光榮ある獨立を保持せねばならなくなつた今日、國防に就いての正確なる認識を把握せしめることは、特に必要である。

參考一 軍人に賜はりたる勅諭

我が國の軍隊は世々天皇の統率し給ふ所にそある昔神武天皇躬つから大伴物部の兵ともを率ゐる中國のまつろはぬものともを討ち平け給ひ高御位に即かせられて天下しろしめし給ひしより二千五百有餘年を経ぬ此間世の様の移り換るに隨ひて兵制の沿革も亦屢々なりき古は天皇躬つから軍隊を率ゐ給ふ御制にて時ありては皇后皇太子の代らせ給ふこともありつれと大凡兵權を臣下に委ね給ふことはなかりき中世に至りて文武の制度皆唐國風に倣はせ給ひ六衛府を置き左右馬寮を建て防人など設けられしかは兵制は整ひたれとも打續ける昇平に紐れて朝廷の政務も漸文弱に流れければ兵農おのつから二に分れ古の徵兵はいつとなく壯兵の姿に變り遂に武士となり兵馬の權は一向に其武士どもの棟梁たる者に歸し世の亂と共に政治の大權も亦其手に落ち凡七百年の間武家の政治とはなりぬ世の様の移り換りて斯なれるは人力もて挽回すへきにあらずとはいひながら且は我國體に戻り且は我祖宗の御制に背き率り淺間しき次第なりき降りて弘化嘉永の頃より徳川の幕府其政衰へ剩外國の事とも起りて其侮をも受けぬへき勢に迫りければ朕か皇祖仁孝天皇皇孝明天皇いたく宸襟を惱し給ひしこそ忝くも又惶けれ然るに朕功くして天津日嗣を受けし初征夷大將軍其政權を返上し大名小名其版籍を奉還し年を経ずして海内一統の世となり古の制度に復しぬ是文武の忠臣良弼ありて朕を輔翼せる功績なり歴世祖宗の專養生を憐み給ひし御遺澤なりといへとも併我臣民の其心に順逆の理を辨へ大義の重きを知るか故にこそあれされは此時に於て兵制を更め我國の光を耀さんと思ひ此十五年か程に陸海軍の制をは今の様に建定めぬ夫兵馬の大權は朕が続ふる所なれば其司々をこそ臣下には任すなれ其大綱は朕親之を攬り肯て臣下に委ぬへきものにあらず子々孫々に至るまで篤く斯旨を傳へ天子は文武の大權を掌握するの義を存して再中世以降の如き失體なからんことを望むなり朕は汝等軍人の大元帥なるそされば朕は汝等

を股肱と頼み汝等は朕を頭首と仰きて予其親は特に深かるへき朕か國家を保護して上天の惠に應じ祖宗の恩に報いまらざる事を得るも得ざるも汝等軍人が其職を盡すと盡さざるとに由るぞかし我國の稜威振はざることあらは汝等能く朕と其愛を共にせよ我武維揚りて其榮を輝さは朕汝等と其譽を偕にすへし汝等皆其職を守り朕と一心になりて力を國家の保護に盡さは我國の蒼生は永く太平の福を受け我國の威烈は大に世界の光華ともなりぬへし朕斯も深く汝等軍人に望むなれば猶訓すへき事こそあれいてや之を左に述へん。

一軍人は忠節を盡すを本文とすへし凡生を我國に稟くるもの誰かは國に報ゆるの心なるへき況して軍人たらん者は此心の固からては物の用に立ち得へしとも思はれず軍人にして報國の心堅固ならざるは如何程技藝に熟し學術に長するも猶偶人にひとしかるへし其隊伍も整ひ節制も正しくとも忠節を存せざる軍隊は事に臨みて烏合の衆に同かるへし抑國家を保護し國權を維持するは兵力にあれば兵力の消長は是國運の盛衰なることを辨へ世論に惑はず政治に拘らず只々一途に己が本分の忠節を守り義は山嶽よりも重く死は鴻毛よりも輕しと覺悟せよ其操を破りて不覺を取り汚名を受くるなかれ

一軍人は禮儀を正くすへし凡軍人には上元帥より下一卒に至るまで其間に官職の階級ありて統屬するのみならず同列同級とても停年に新舊あれは新任の者は舊任のものに服従すへきものそ下級のものは上官の命を承ること實は直ちに朕か命を承る儀なりと心得よ己か隷屬する所にあらずとも上級のものは勿論停年の己より舊きものに對しては總へて敬禮を盡すへし又上級の者は下級のものに向ひ聊も輕侮驕傲の振舞あるへからず公務の爲に威嚴を主とする時は格別なれとも其外は務めて懇に取扱ひ慈愛を專一と心掛け上下一致して王事に勤勞せよ若軍人たるものにして禮儀を紊り上を敬はず下を惠ますして一致の和諧を失ひたらんには實に軍隊の蠱毒たるのみかは國家の爲にもゆるし難き罪人なるへし

一軍人は武勇を尙ふへし夫武勇は我國にては古よりいと貴へる所なれば我國の臣民たらんもの武勇なくては叶ふまし況して軍人は戰に臨み敵に當るの職なれば片時も武勇を忘れてよかるへきかさはあれ武勇には大勇あり小勇ありて同からず血氣にはやり粗暴の振舞なとせんは武勇とは謂ひ難し軍人たらんものは常に能く義理を辨へ能く膽力を練り思慮を殫して事を謀るへし小敵たり

とも侮らす大敵たりとも懼れず己が武職を盡さんこそ誠の大勇にはあれされは武勇を尙ふものは常々人に接するには温和を第一とし諸人の愛敬を得むと心掛けよ由なき勇を好みて猛威を振ひたれば果は世人も忌嫌ひて豺狼などの如く思ひなむ心すへきことにこそ

一軍人は信義を重んずへし凡信義を守ること常の道にはあれとわきて軍人は信義なくては一日も隊伍の中に交りてあらんこと難かるへし信とは己か言を踐行ひ義とは己か分を盡すをいふなりされは信義を盡さんと思はし始より其事の成し得へきか得へからざるかを審に思考すへし臆氣なる事を假初に諾ひてよしなき關係を結ひ後に至りて信義を立てんとすれば進退谷りて身の措き所に苦むことあり悔ゆとも其詮なし始に能々事の順逆を辨へ是非を考へ其言は所詮踐むへからすと知り其義はとも守るへからすと悟りなは速に止ることよけれ古より或は小節の信義を立てんとて大綱の順逆を誤り或は公道の理非に踏迷ひて私情の信義を守りあたら英雄豪傑ともか禍に遇ひ身を滅し屍の上の汚名を後世まで遺せること其例渺からぬものを深く警めてやはあるへき

一軍人は質素を旨とすへし凡質素を旨とせされは文弱に流れ輕薄に趨り驕奢華麗の風を好み遂には貪汚に陥りて志も無下に賤くなり節操も武勇も其甲斐なく世人に爪はしきせらるゝ迄に至りぬへし其身生涯の不幸なりといふも中々愚なり此風一たび軍人の間に起りては彼の傳染病の如く蔓延し士風も兵氣も頓に衰へぬへきこと明なり朕深く之を懼れて曩に免黜條例を施行し略此事を誠め置きつれと猶も其惡習の出んことを憂ひて心安からねは故に又之を訓ふるそかし汝等軍人ゆめ此訓誡を等閑にな思ひそ

右の五ヶ條は軍人たらんもの暫も忽にすへからすとて之を行はんには一の誠心こそ大切なれ抑此五ヶ條は我軍人の精神にして一の誠心は又五ヶ條の精神なり心誠ならされは如何なる嘉言も善行も皆うはへの裝飾にて何の用にかは立つへき心たに誠あれば何事も成るものぞかし況してや此五ヶ條は天地の公道人倫の常經なり行ひ易く守り易し汝等軍人能く朕か訓に遵ひて此道を守り行ひ國に報ゆるの務を盡さは日本國の蒼生擧りて之を悦びなん朕一人の憚のみならんや

參考二 國防の意義

國防の意義に付きまして、非常に世間で誤つて傳へられて居りますのは、唯國の國土を防衛するのが國防であると云ふ風に誤り

傳へられて居ります。相當名の有る立派な學者先生達でも國防と云へば國土の防衛だけである——斯う云ふ風に考へて居られる方がありますが、之は國防の一部を指して居るに過ぎませぬので大變な誤りだと思ひます。私はよく若い新聞記者等と議論する時に冗談に言ふのでありますが、詰り國防はベースボールのやうなものである。ベースボールで防禦が非常に完備して居るのを世間で褒めるが防禦が完備して居つてもそれは負けないと云ふだけの話で、矢張り打撃が振つて一點入れなければ勝にならない、ものは決まらない。防備が完備して居るだけならば十數回二十回戦と續けるだけで負けないと云ふ話である、即ち國防も矢張り唯國土を防衛するだけで國防にならないのでありまして、それで國防の意義として私共の解釋して居ります處では、どうしても國民生活の保障と云ふことと國家發展性の確保と云ふことがなければ國防にならないと思ふのであります。處がまだ中には只今も申し上げましたやうに色々狭く考へて居られる方がありまして、例へて申しますれば日本は國土も狭く土地柄も貧弱であるから、他所からこの國を攻めに來るやうな亂暴なものはない、それだから國防のために多額の經費を注ぎ込むと云ふやうなことは愚の骨頂であると云ふやうなことを言ふ人があります。又或は我國は攻めるに難く守るに易い處であるから、まあ朝鮮の國境でも押へて置けばそれで澤山ではないかと云ふやうなことを言ふ方がありますが、これは私共から申しますと平時と戦時に於ける國民生活の保障を御考へにならない議論であります。狭い國だけに閉ぢ籠つて居つては戦時状態になつて他所から資源を仰がずにどうして生活出來ますか、生活は到底出來ないのであります。

次には國家發展性の確保と云ふ事でありましたが、之は一體我國の文化的使命が何處にあるかと云ふやうな崇高な觀念から出發しなければならぬのであります。……、日本の國防上から觀ましてどうしても我國と致しましては、必然的に發展しなければ立つて行かないのだと思ひます。現在の國民生活は現在の處で保障されて居るかも知れませぬけれども、年々人口は非常に増加し、將來吾々の子孫將來の國民生活の保障と云ふことを考へると、どうしても我が國としてもつと發展しなければ國は立つて行かぬと思ひます。その發展性の確保と云ふことが矢張り國防上の目的の一つと思ひます。

一體國是と云ふ事は、日本の國是と言ふことを喧しく言ひますが、どう云ふ處にあるかと申しますと、それは私共も小學校より

今日迄諸先生方に國是と云ふ事を色々言はれましたけれども、何處が國是であるかと云ふ事はつきり教へて戴いたことはないのではありませんが、私共が研究して居ります處では、矢張り日本の國是と申すものは、天業の恢弘と云ふことが我が國是ではないかと思ふのであります。明治元年の三月に明治天皇の御宸翰の中に斯う云ふ御言葉がございます。親ラ四方ヲ經營シ、爾億兆ヲ安撫シ遂ニ八萬里ノ波濤ヲ開拓シ國威ヲ四方ニ宣布シ天下ヲ富強ノ安キニ置カンコトヲ欲ス」斯う云ふ御言葉がございますが、それから明治四十四年頃だと存じますが、その時の總理大臣西園寺公望公が矢張り明治天皇に上奏せられた一節に「開國進守以テ國力ヲ充實シ、國運ヲ進展スルハ是レ我カ帝國ノ國是ニシテ」云々と云ふ事を述べられて居りますが、斯う云ふやうな事が所謂國是ではないかと思ふのであります。矢張り我が帝國の國民的發展と云ふ事を暗示して居るやうに思ひます。この外又東西文化の融合と云ふやうな點から觀ました處の我が日本の文化的使命と云ふ事を哲學的に考へましたならば、幾らも考ふべき餘地が澤山あると思ひますが、要するに精神的又物質的にも國運の發展と云ふやうな事がどうしても將來國是の一であると致しますれば、それを守る事が矢張國防の一つであると思ふのであります。現在喧しい處の滿蒙問題の解決と云ふ事も矢張りこの最後に申しました國運の發展と云ふ事が前提となつて居りまして、之が爲に國論の一致を見て居るのではないかと存じます。この點に付きましては最後にもう一度申上げやうと思ひます。國防の意義と云ふ事はその位にして置きますが、唯國土を護ると云ふことでなくして國民生活の保障、我國の發展性の確保と云ふやうなことも國防に與へられたる任務の重大なる項目であると云ふことを申し上げたのであります。(公民教育大系所收・岡村寧次少將・國防問題から)

第二節 兵役

國軍の主なる要素をなす兵員を徵集する方法は、時代により、國の異なるに従つて、その制度を異にするが、之を大別して志願兵制度と徵兵制度の二種とすることが出来る。

志願兵制度は、往昔各國に於いて一般に採用した方法であつて、國民一般から兵役志願者を募集し、契約を以て一定の給與と服務年限を定めるのである。此の制度は志願者のみを以て國軍を補充するのであるから、國民の勞力上の負擔を軽減し、且つ通常その服務年限が長期であるから、軍事上の技倆に練熟せしむるといふ點で有利ではあるが、一朝事ある場合に當つて兵力の増加若しくは補充をなすことが頗る困難であり、また、徵兵制度に比し多額の經費を要するといふ點で不利である。

徵兵制度は、國民皆兵の義務を有し、國民一般より兵員を徵集し、國軍を補充する制度であり、學國一致して國家防衛の任に當らしむるものである。此の制度は、志願兵制度と反對の利害を有するものであるから、人員の比較的少く、且つ軍事能力の修得の困難な海軍にあつては、下級幹部養成の目的を以て志願兵制度を併用する國家が多い。我が海軍もそれによつてゐる。

我が國は、明治維新の革新によつて、斷乎として、數百年來の武士の制度を廢除し、明治六年、新に徵兵令を布いて、國民皆兵の制度を採り、十五年、明治天皇は特に軍人に勅諭を下して、軍人の守るべき本分を訓諭し給うた。大日本帝國憲法第二十條は、「日本臣民ハ法律ノ定ムル所ニ從ヒ兵役ノ義務ヲ有ス」と規定して、國民皆兵の原則を明徴にし、徵兵令の後身なる兵役法は、その第一條において、「帝國臣民タル男子ハ本法ノ定ムル所ニ依リ兵役ニ服ス」と定め、女子除外の原則を明らかにしてゐるが、帝國臣民たる男子にして、戶籍法の適用を受ける年齢十七年より四十年までの者は、その地位の如何を問はず、貧富を論ぜず、兵役に服しなければならぬ。尤も、六年の懲役又は禁錮以上の刑に處せられた者はこれから除外されてゐる。