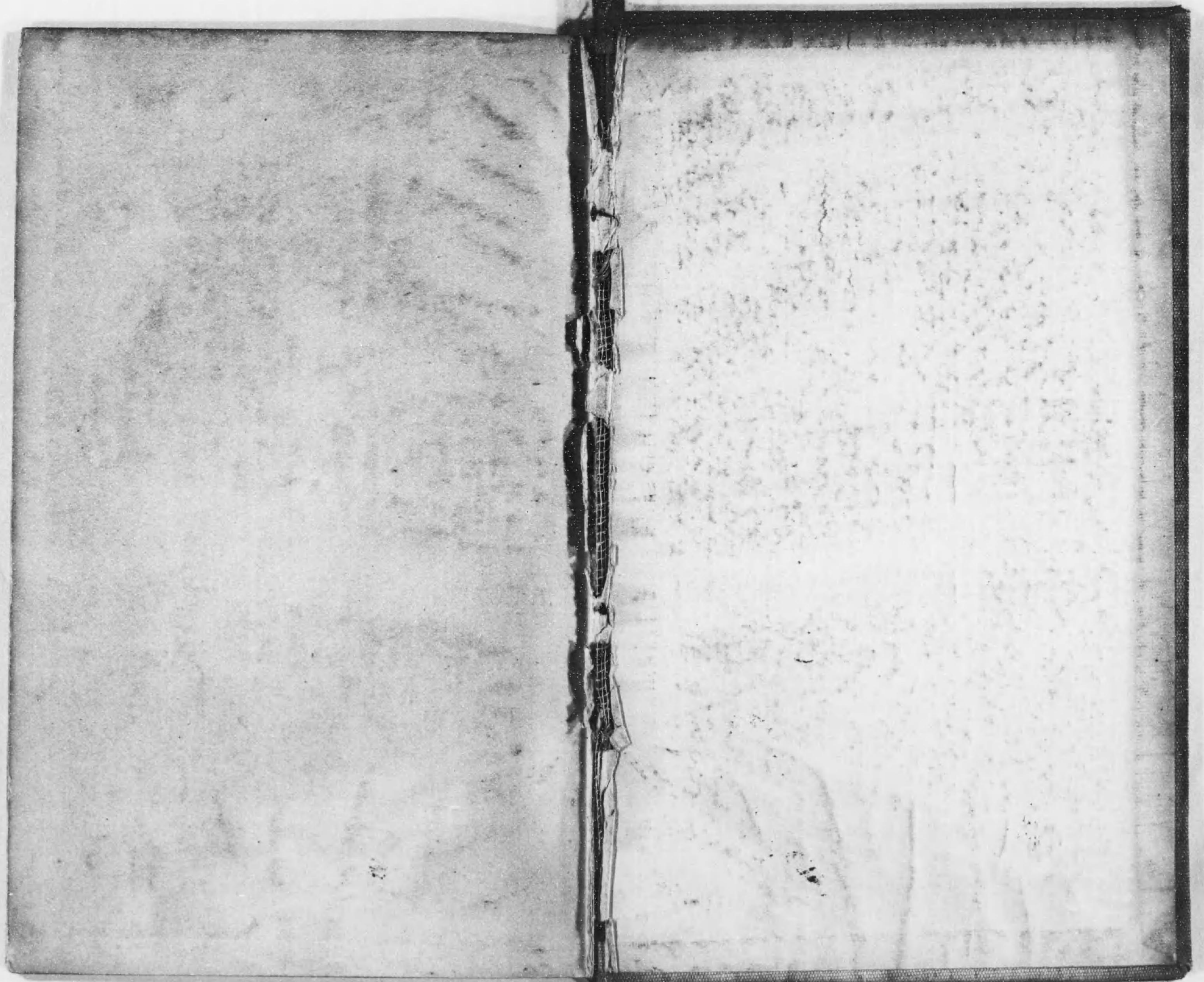


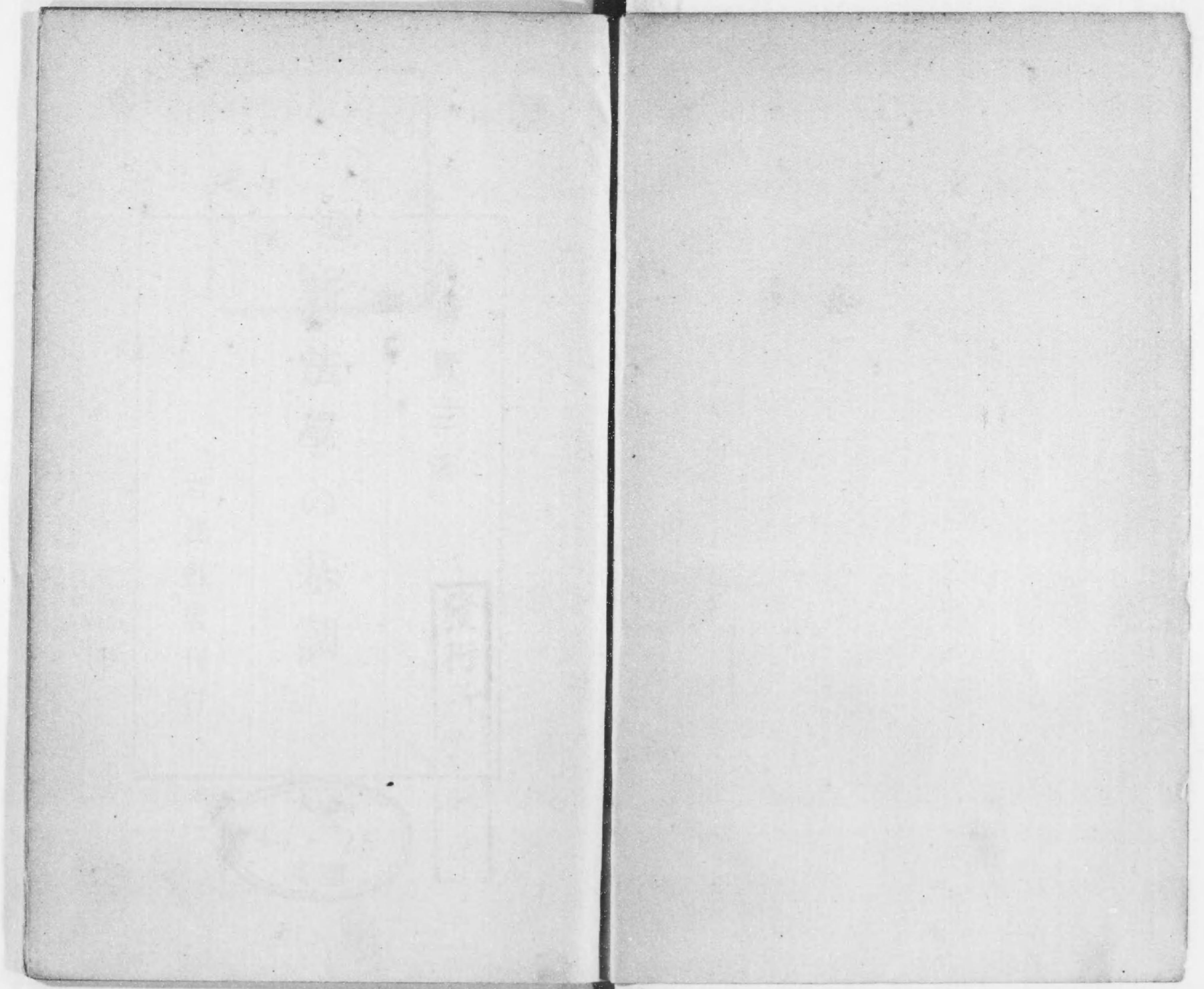
523
41

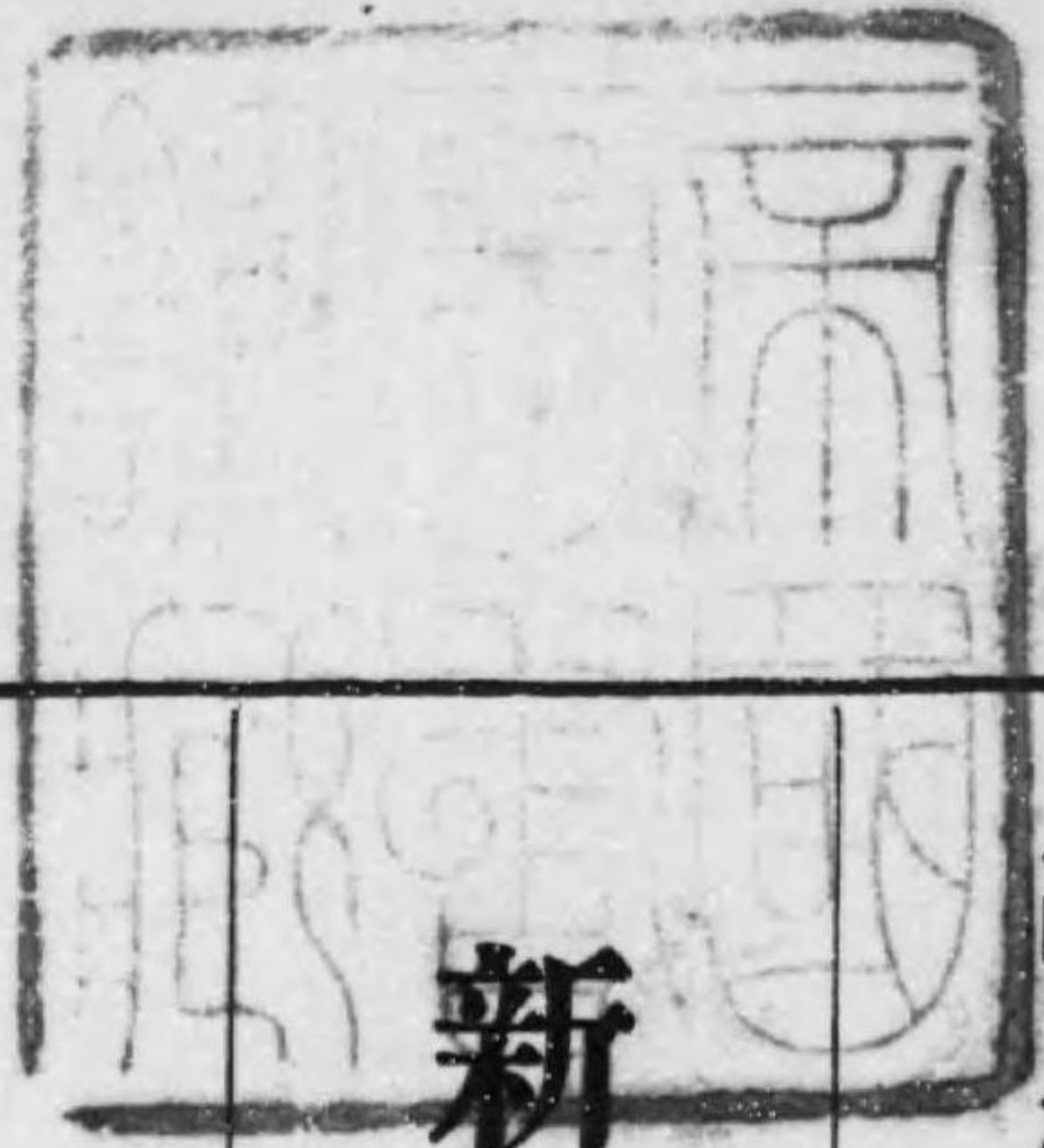
0 1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19 20
0 1 2 3 4 5

始









高柳賢三著

新法學の基調

岩波書店刊行

發行所寄贈本

大正
14. 5 25
寄贈

序

法律の生命は永遠不朽である。苟くも人類が集團的に生活する以上、其處には必ず法律が無ければならぬ。法律秩序の存在が前提せられねばならぬ。集團生活の内容が原始的であること文化的であることを問はず、其形態が家長的であること、封建的であること、個人主義的であること、新封建的であることに論なく、又其經濟的色彩が資本主義的であること共產主義的であることに拘らず、其處には必ず集團の「力」に依て維持せらるゝ行爲——個人的又は集團的の——の規範が存在せねばならぬ。「社會あれば法あり」(ubi societas, ubi jus)云ふ格言は此意味で千古不磨の金言である。

併しながら、法律の内容と形態と色彩とは時代と共に流轉して止まない。法律は此方面から見れば現象的であり、時間的であり、民族的である。千變萬化して止む事を知らぬ。

そして我等は、變化、流轉、適應は法律が永遠不朽の生命を維持する秘訣である事に氣が附く。

一層良き法律秩序の創造は法律家の共同任務である。然らば如何なる法律秩序が「一層良き法律秩序」であるか。理想的法律秩序は果して何であるか。新法律秩序の創造は如何なる目標に向つて進まねばならぬか。

新ヘーゲル派の法律家は「發展しつゝある文化」を云ふ汎神論的な目標を指すであらう。新カント派の法律家は「自由に意欲する人より成る社會」を云ふ倫理的色彩の濃厚な理想に向つて吾等を誘ふであらう。ソリダリストは「協同を分業に依る社會相倚」を云ふ經濟的色彩の強い、そして現代の時代精神に合致する目標を指して居る。プラグマティストは「より包容的な秩序」(the more inclusive order) を云ふ科學的冷靜を以て透視した無色な目標を提供せんとする。

著者は其思索の結果、プラグマティストの指示する理想が外形上無色であるに拘らず、法律秩序發達の本質を鋭く、そして直截に洞察したものであるを信するに到つた。只著者の思惟する「より包容的な秩序」は、その内に新カント派の理想をソリダリストの理想を包容するだけの動力性を具備したものである。

そして又、法律の目的とする「平和」及び「正義」の實現を云ふ、時に相矛盾する二大思想が、法律發達を指導する此永遠の眞理に依て調和を見出すものであるを信するのである。

一層良き法律秩序を創造せんとする者は謙遜でなければならぬ。誤らざる過去の法律傳統の認識を、現在の法律の忠實な研究に依て得た材料を基礎とせねば、新しき法律秩序を生み出す事は不可能である。それは生み出さる可き法律秩序は、畢竟過去及び現在の法律の有機的延長であるからである。「法律史」を「生きた法律」は此立場からも充分に明かにせねばならぬ。併し傳統は傳統たるが故に尊いのではない。新しき、より良きものを生み出す資料たるが故に尊いのだ。傳統の尊重は創造の希望の光に依て照され、之に依て導かれねばならぬ。

此所に集められた大小の諸論文は著者が研究の餘暇、折に觸れての研究を感想を、「中央公論」「改造」「太陽」「國家學會雜誌」「中央法律新報」「朝日新聞」等に發表したものに多少訂正を加へたものである。勿論系統的著述ではないが、幾分にも新法律秩序創造への暗示を與へ

得るにすれば、著者の望みは達せられるのである。

大正十二年八月二十九日

淺間山の煙を仰ぎつゝ

輕井澤にて

著者

目次

- ✓ 第一 新法學の基調……………一
- ✓ 第二 道德及び社會心理と法律……………六七
- ✓ 第三 勞農露國の新民法を中心として……………一三三
- 第四 裁判制度並に辯護士制度の改造……………一八五
- 第五 法學教育の改造……………三六五
- 第六 婦人と法律……………四〇七
- 第七 思想及び言論と法律……………四六七
- 第八 雜……………五二七

第一 新法學の基調

目次

第一章 新法學の基調	1
第二章 新法學の發展	15
第三章 新法學の理論	35
第四章 新法學の實踐	55
第五章 新法學の未來	75
第六章 新法學の批判	95
第七章 新法學の結論	115
第八章 新法學の附論	135
第九章 新法學の索引	155
第十章 新法學の参考文献	175

第一 新法學の基調

さしも一時旺盛を極めたドイツ式な概念法學も今や我國に於て孤城落日の狀況に陥つた。そして一層血の通つた新しい法學が建設せられんとするの曙光が仄見ゆる。

我が民法々典が制定せられてから後、それ以前に行はれて居つた英法派、佛法派、獨法派の争は殆んど獨法派の勝利に歸した。そして當時新進氣鋭の學者は、競つてドイツの大學に遊學し歸朝と共にドイツ法學を我國に傳播した。そして是等の人達が齎したものはドイツ法學中一番學問的には價値の少い註釋法學であり概念法學であつた。我國の法典の意味——文字の意味——を了解するが爲めには此方面のドイツ法學が一番便利で且つ都合が宜かつたからであらう。そして此ドイツ式註釋法學、概念法學輸入の當然の結果として、日本人民の日常生活を規律すべき筈の民法や商法の原則までが、人民には没交渉なそして一般人にはとても理解し兼ね

る様な幾多の抽象概念の莊嚴なる羅列となつて了つた。概念法學は堂々と大學の講堂で説かれた。然し、若し大學の講堂で、^{インタル、トレーニング}智的訓練として、即ち概念分析の練習として、概念法學が行はれるに止つて居つたのならば、其弊害は或は少なかつたかも知れない。然し由來記憶の宜いので有名な大學出の秀才達は之を立法行政司法等の實際方面にその養成された概念法學的空氣を輸入した。斯の如くして法律と國民生活との離隔は益々甚しくなり、理論と實際との距離は著しく感ぜられる様になつた。然しながら「大學の權威」は此學術的に價値の少いドイツ式概念法學派に我國法律に於ける「正統學派」たる地位を與へて了つた。東西帝國大學の獨法兼修科は英法兼修科及び佛法兼修科に對比して未曾有の盛況を呈するに至つた。そして一時はドイツ法學を修めずば、一人前の法律家でない様に思はれた、若し法律家が概念遊戲に巧妙でないとしてんで相手にされないといふ有様になつた。そして最も巧妙なる概念遊戲者が即ち最も頭の好い天下の大秀才と目されるに到つた。

併しながら世界大戰殊にドイツの敗北は多大の影響を我が國の思想界に及した。元來戰爭は人生と社會との根本問題を人々の前に提供する。我等は我等の愛する數千の同胞が戦場の露と

消えるのを目撃して涙の内に人生・社會・國家の問題に就て嚴肅に考へさせられる機會を與へらるゝ。露と消ゆる人生の意義は果して如何。社會と國家とは何が故にかゝる悲惨なる犠牲をその構成員から要求せねばならぬか。是等の問題は戰爭の悲哀と共に必然的に人々の胸中を往來する。戰爭中各國に於ける哲學の興起は此消息を物語るものであらう。そして法律學者にも亦その日常從事する研究の對象に就て之れと同様な根本的の懷疑が鮮かな形で呈出されるのである。かゝる懷疑の眼を以て從來の正統派とされて居た概念法學を眺めて、人はその皮相であつて眞理探究者の一人である法律學者にとつて相應からざるものであつた事を知らなかつた事に驚かざるを得なかつた。それ許りでなくその崇敬の對象であつたドイツが戰に敗れた。あり得可からざる事だ。然し大黒柱は確かに倒れた。ドイツ萬能の夢は破れざるを得ない。概念法學は搖ぎ出した。法學者は概念遊戲が無益なる閑人の事業であつて此多端なる時勢に掉す法學者の爲すべき正當なる仕事でない事を自覺するに至つたのである。

我國の法律は今や大々的變遷の途上にある。従つて我國現在に於て近き將來に解決を要する緊要なる法律學上の問題は頗る數多い。今その中で數個の問題を例示的に擧げると左の如くで

ある。

第一民法の改造 現行の民法々典中財産干係を規律する部分は十九世紀文明の結晶である個人本位の社會哲學に基調を有つ。即ち絶對的、獨占的、排他的な所有權の觀念、契約自由の原則、過失なければ責任なしと云ふ規則は我が財産法の骨子を爲して居る。個人にその財産を自由に使用處分を許す個人所有權制度そのものは根強い人性に基いて居り且つ相當に重要な社會的意義があらう。然し現在の様に強烈な獨占的、排他的色彩を認めると云ふ事は果して今日の時代思潮に合し又社會全體の福利を増進する所以であらうか。個人所有權制度の廢止は恐らくユートピアに過ぎまい。然しその獨占的、排他的色彩を緩和する事が進むべき道程ではあるまいか。契約自由の原則にも相當な社會的意義があらう。然し現在の様な標準化 (standardize) されつゝある社會では契約の自由が反つて契約を締結する當事者の一方に不當な利益を與へて他の一方を壓迫する事が少くない。名義上は自由であつて實質上は強制である場合が多い。契約自由の原則を全廢して封建的な關係本位の法律に立歸ると云ふ事は必竟行はれまい。然し標準化された幾多の法律關係を相當の範圍に認めて契約自由の原則を制限する事が契約法の進む

べき當然の道程ではあるまいか。契約の標準化が近く契約法に來るべき變遷であらう。又過失(故意又は狭義の過失)なければ不法行爲上の責任がないと云ふ原則にも充分な社會的意義がある。そして日常生活の範圍では妥當な原則で吾々の正義觀念に合する。然し例へば大企業の雇主と雇人との關係に此原則が適用されると何時も雇人は不常なる損害を被る事になる。ある人の主張する様に所謂過失責任を全廢して原因責任や公平責任に立ち歸る事は矢張りユートピアの誹を免れない。過失責任と原因責任又は公平責任との併存を認めて其兩者の適用範圍を確定する事が不法行爲法の進むべき道行きであらうか。兎に角我民法の規定する財産法が個人本位であり、現在の社會思潮が社會本位を要求して居るが爲に法典から論理的に導かれる法律的解決が社會一般の人達の正義觀念に合はないのは争はれない事實であらう。親族關係の法に於て我民法は家族本位と個人本位とを併存せしめて居るが寧ろ財産法とは反對に封建的色彩が強過ぎて現今に於ける個人の人格的覺醒と逆行して居る様にも見える。戸主と家族・親と子・夫と妻との關係に付て家族・子・妻の人格的要求が餘りに無視され過ぎて居りはしまいか。又相続法に就ても「家の保持」と云ふ封建的觀念を偏重し長子の利益保護に厚くしてその他の子供の財産的

地位を保護する事が過ぎはしまいか。これは果して日本の社會全體の福利を増進する所以であらうか。疑なきを得ないのである。要するに親族關係の規律に就ては關係者全部の人格的要求を充たす事と家産の均霑を一層公平にする事とが必要なのではあるまいか。封建的色彩を弱めて行く事が親族法相續法の進むべき針路なのではあるまいか。これは大きな問題である。兎に角國民の日常生活の大原則たる民法全體が現代の要求と合はなくなつて改善を要するものである事は事實である様に見える。

第二立法の改善 立法が國民の生活に甚大な影響を及ぼすものである事は云ふを俟たない。立法には強い社會統制の力が内在して居る。國民全體の生活を一定の方面に指導して行かんとするのが立法の目的であるのだから立法は頗る慎重な態度で爲されなければならない。然るに従來我國の立法は頗る非科學的なものであつた立法の材料となる資料は主として外國の立法である。勿論立法に際して充分に外國の立法を参照すると云ふ事は缺くべからざる一大要件である。然しながら立法は我國民の生活を規律するのであつて、外國民の生活を規律するのではない。以上、立法の基礎は我國民生活の徹底した研究にあらねばならない。又外國の立法を參考する

に當つては常にその立法の背後にある社會事情と社會思想とに照して之を觀察すべきものであつて又外國立法が其國の社會に及した影響を如實に觀察せねば無意味である。然るに我國の立法は一面立法に依つて規律せんとする我國社會の研究が充分でなく又その参照せんとする外國立法の背景的研究が充分でない場合が多い様に見られる。單に外國立法の條文を参照し之に幾分の形式的變更を加へて我が國の立法とすると云ふのが現在の狀況ではあるまいか。この點は國民と共に大に熟考して見なければならぬ點であると思ふ。將來我國の立法は模倣の域を脱して創意の域に進まねばならぬ。そしてその前提要件は我が國の一層完全なるソシヤル・サーヴエーと外國立法の背景的研究とであると私は考へるのである。

第三裁判の社會化と簡易化 人民に保障された法律上の權利は必竟裁判所で終局的に決定される。民法や商法に如何に公平な規定が置かれたとしても若しも之に依つて保護される權利が裁判所で保護されないとしたならば民法商法の規定は必竟スクラップ・オヴ・ペーパーとなつて了ふ。民法や商法で定めた權利義務が一片の紙片となる恐れは實際上二つの方面から來る。一は裁判官が法の適用を誤る事で他は訴訟の複雑高價遲延と云ふ事である。裁判官が法の適用を

誤ると云ふ問題はフランスやドイツや日本などの様な法典國で殊に問題とされて來た。即ち是等の法典國では裁判官が事實關係の忠實な研究と社會思想の理解とを充分にしないで法文の文句を機械的に三段論法的に其儘生きた人事關係に適用すると云ふのである。それで此傾向に對する反動として自由法運動なる者が法典國に起つて我國でも近來盛んに唱へられて居る。即ち裁判官は法文の文句と形式論理とに拘泥する事なく事案の具體的妥當性に着眼して自由に裁判すべしと云ふのが此説の骨子である。自由法説中のあるものは幾分極端に走り過ぎ裁判官が皆な大岡越前の様な名判官であるべき事を前提とした點に於てユートピアに過ぎないものとも云へやうが、併し概念法學に對する清涼劑たるの効果は大にある。兎に角法律的安定を害しない範圍で社會の正義心になつた具體的妥當性を裁判に實現すべき事は至當の要求である事は勿論である。此點に就て裁判の社會化即ち裁判を社會の正義心と調和すると云ふ事が必要であると云へやう。第二に訴訟の複雑遅延高價も亦法律で保護された國民の利益を實際上保護しないと云ふ結果を齎して居る。ある人の利益が他人に依つて不當に侵犯されたとしてもその人は之を裁判沙汰にすると云ふ事は先づしない。第一訴訟をやるのは面倒だし、年月を要するので非

常な辛棒を要するし、それに辯護士に對して多大の費用を支拂はねばならない。それ故通常人なら先づ仕方がないとして泣寝入で濟ませるのである。殊に小額事件に付て左様である。富者と貧者とで法律の保護が均等でない(One law for the rich, another law for the poor)と云ふ不平は必ずしも素人の迷想ではない、實は鋭い現代の裁判制度の素人的批評である。この事態は果して之を改善する事が出来ぬ性質のものであらうか。アメリカの都市で設けられた小額事件裁判所 (Small Claims Court) の様な特別な簡易裁判所の設立も一考案かも知れない。然し根本問題は訴訟手續全體の簡易化ではあるまいか。時勢は之を要求するのではあるまいか。

第四行政の民衆化 國民の日常生活が最も頻繁に法律と實際に接觸するのは行政である。行政の民衆化と云ふてもアメリカの様に行政官を人民から選舉せよと提唱するのでない。只從來の「お役人根性」を一掃して一層民衆の利益本位にし度いと云ふ問題なのである。「封建的なお役人根性」と「概念法學」とは相結んで行政を著しく官僚化したものではあるまいか。法の行政的執行は一層民衆本位であつて欲しい。一層人民の爲めの行政であつて欲しい。法規の執行を器

械的に行つて善良な人民を苦しめるのは封建思想と概念法學の餘弊ではあるまいか。法規の行政的執行に付て滯歐中私はイギリスとドイツとの著しい對照を感じた。前者が民衆本位で頗る親切であるに反し後者が著しく官僚式で不親切であるのを目撃した。執行される法律は同じでも執行の態度が非常に違ふのでその結果に多大の差異が來される。ドイツ式からイギリス式に移るのが我國でも當然進むべき方面であらう。

第五法律教育の改善 我國の實情として立法司法行政各方面に於ける長所も短所も共に大學に於ける法律教育にその淵源を發する。故に立法司法行政各方面に於ける弊害を匡正せんとするには先づ斧を大學教育其者に加ふべきであらう。大學に於ける法律教育の對象は法律の解釋に偏重して居る傾は無からうか。殊に法律の創定を研究する立法學の缺陷はその最も著しい短所であると云ふ事を得まいか。時勢は日に日に進歩發展する、新しき立法の必要は益々増如するであらう。大學の法律教育に於て立法學の無い事は多くの立法の質を悪くする事甚しい。社會統制の手段としての立法の効用範圍、社會統制の手段としての立法と判例法との優劣及職分、立法の技術等は是非共將來の法律教育にその地位を見出す可きものであらう。又法律教育の方

法に就ても從來の學生の個性を無視した注入的なマツセンハフトな教育方法から開發的教育方法に移る可きであるまいか。教師の學說を教へ教師の人生觀を學生にお説教すると云ふ態度を止めて學生自身の異つた傾向を善導し學生が獨立に考へる様に教ゆべきではあるまいか。教師と學生とが共同研究者として眞理を研究すると云ふ方面に進むべきではあるまいか。私は法律教育に於ても一層リベラリズムの精神の必要を感じるのである。

要するに我國の法律も法律學も共に過渡期の徵候を表はして居る。法律學の現況も解決すべき幾多の難問に逢着しつゝある。概念崇拜の法律學は倒れた。然らば之に代る可き將來の法律學は如何。私は法學界現在の混亂の内に二つの見逃す可らざる潮流を看取せざるを得ないのである。その一は即ち法律學上に於ける理想的傾向であり他は即ち法律學上に於ける現實的傾向である。私は此二つの傾向共に新法學建設の基調として重要な傾向であると考へるのであるが故に以下少しく兩者に就て語らんとする。

概念法學萬能の衰退と共に起りつゝある一面の現象は法律的理想の追及である。一部の人は形式的成文法的概念構成と云ふ皮相な法學方法論に満足しないで法の本質、法の目的、法の機能を徹底的に了解せんと勉めて居る。法律哲學的趣味が若き法學研究者の心を躍らせて居るのは最近の我國に於て注目に價すべき現象の一であると云へやう。歐米に於ける法理學者の所説が専門雜誌に數多く紹介せられるに至つたのは時代微候の一つである事は疑なき處である。

私は此傾向は時勢に伴ふ當然の事態であつて毫も怪しむに足らないと觀察するのである。蓋し急激なる法律變遷の過渡期に於て人々が根本問題に立ち歸り其の活動の根柢を確立せんとするものは新しきあるものを生み出さんとするに必要な「生みの苦しみ」であるからである。同様の現象は法律史上點々として指すべきものが數多くある。我國の法律學に於ける理想的傾向法理學的傾向は未だ研究も少ないし頗る幼稚の域を脱しないのであつて其間未だ渾然たる日本式融合と云つた様な色彩などは到底見られない。

現代ドイツの法理學を大觀して一番吾々の眼に入るのは其の「哲學國」「カント・ヘーゲルを生んだ國」の法理學たる面影であらう。

十九世紀の終頃からして一時世人から嘲弄せられて居つた法律哲學が再びドイツで復興するに至つた。そしてその復興は一面「カントに歸れ」と云ふ運動となり、他面「ヘーゲルに歸れ」と云ふ運動となつて現はれた。前者は新カント派の法律哲學となつて結晶した。後者は新ヘーゲル派の法律哲學を生み出した。

新カント派の驍將は何と云つても矢張りベルリン大學のルドルフ・フォン・シュタムラーであらう。同じ學派に屬しつゝ、少しく毛色の異つたライトブルツフや奥のケルゼンや又伊のデル・ヴェツキオ等も近頃大に其の頭の好い所を見せて來たのであるが併し新カント派の重鎮は依然としてシュタムラーであると云へやうか。

新カント派の特色は其組立てた法理學大系が著しく形式的であり主理的である點にある様に思はれる。由來カントの哲學體系には幾何學的論證を讀む様な精確さがある。それ又形式的、主理的な特色が有る。ルドルフ・シュタムラーの思想體系も亦此形式的、主理的な面影を有する。

新カント派はカントの法律哲學を近代化した。カントは法律を無上命令の原則即ち各人の自由が他人の自由と調和するが如き自由の普遍的原則だと観じた。其所には十七八世紀自然法を『合理法』に轉換したと云ふ様な絶體的な考へ方が顯著である。然しながら又個人の自由を出発点とした所に十九世紀式色彩が顯著である。シユタムラーもカントの無上命令に似た正理法 *Das richtige Recht* の存在を主張する。併しカントの様な絶體的永劫的意義で之を主張するのではなく時代と場所とに依つてその内容を異にし得ると云ふ相對的意義で認めるのである。彼の言として屢々引照せらるゝ『内容の變化する自然法』(*Naturrecht mit wechselndem Inhalt*) は即ちこの消息を鮮かに物語る。その『内容の變化する』と云ふ所に法の相對性と云ふ近代的精神が收取されて居て十九世紀以來發達し來つた諸方面の社會科學的研究の必要を認むる伏線がある。此點でシユタムラーにはカントに於けるよりも一層近代味があり現世味があるものと云へやう。又此點で哲學として徹底しないと云ふ非難を受ける。然し彼が人間行動の形式的基準である正理法をその系統の中核として高調する所にカントが生きて居る。

シユタムラーは又行爲の妥當性の標準を社會理想に求むる。そしてその所謂社會理想は『自由意志を有つた人々から成る社會』であるとす。『自由意志を有つた人々から成る』と云ふ事その要件とする處にカント式の個人格尊重の考が残つて居るが『社會』を他の要件とする所に二十世紀式傾向が見える。兎に角シユタムラーの學説は人間の理智性と理想性を満足する様な形式で提供されて居るのであるから將來永くドイツその他の國でも追従者を出す事であらう。

(註) シユタムラーの著書中注目すべきものは下の如くである。

- Stammler, Ueber die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie (1888); *Wirtschaft und Recht* (1896, 2. Aufl., 1905); *Die Gesetzmässigkeit in Rechtsordnung und Volkswirtschaft* (1902); *Lehre von dem richtigen Recht* (1902); *Wesen des Rechts und der Rechtswissenschaft* (in „Die Kultur der Gegenwart“ 中島慎二「法律及法律學の本質」), (1906); *Systematische Theorie der Rechtswissenschaft* (1911); *Rechts- und Staatstheorien der Neuzeit* (1919); *Lehrbuch der Rechtsphilosophie* (1922)

シユタムラーの批評に就ては

Berolzheimer, System der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, II, § 48, iii (The World's Legal Philosophies, 398-422) ; Kantowicz, Zur Lehre vom richtigen Recht ; Geny, Science et technique en droit privé, II, 127-130 ; Binder, Rechtsbegriff und Rechtsidee (1915) ; Vinogradoff, Historical Jurisprudence (1920), 146.

又シユタムラーよりも一層心理的傾向の強い新カント派は

Radbruch, Grundzüge der Philosophie des Rechts, (1914) ; Miceli, Principii di filosofia del diritto (1914)

尙 Kelsen, Ueber Grenzen juristischer und soziologischer Methode (1911) 木村龍二「カ
ルゼンの社會學的方法論」(法學志林二六卷二號) ; Del Vecchio, I presupposti filosofici della no-
zione del diritto (1905) ; Il concetto del diritto (1906) ; Il concetto della natura e il principio
del diritto (1908) ; Del Vecchio, The Formal Bases of Law (English translation by Lilie, 1914)
カール・ヴエキオ「法の歴史的進化に就て」(高柳賢三紹介法協四〇〇十)

新カント派の機關雜誌としては Hollback, Georges 及 Sammler の主幹に成る Zeitschrift für Rechts-
philosophie in Lehre und Praxis, (Bd I, 1914) がある。

新カント派の紹介 恒藤恭「批評的法律哲學の研究」(大正十一)

新ヘーゲル派の主唱者はベルリン大學教授故ヨゼフ・コーラー氏であらう。勿論少しく傾向を異にした故ベロルツハイマーも可成な勢力があり又伊太利でもバリラリやモナステリオなどがあるにしても戦線の第一線に立つのはコーラー教授であると見て差支あるまい。

新ヘーゲル派の特色は其の組立てんとする思想體系の著しく動的な點にある。由來ヘーゲルの哲學體系が此體で著しいのであらう。ヘーゲルは合理性は即ち實在であり、實在するものは合理的であると云ふ立場に立つて、合理性たるイデアが諸種の豊富な形式、形態、現象となつて外部的に發展するものとする。その汎神論的精神は讀む人に彼の體系に如何にも動的な色彩が豊富だと云ふ感じを與へる。ヘーゲルの此方面の面影は新ヘーゲル派の驍將たるヨゼフ・コーラーにも見られないでない。コーラーがその「法律哲學入門」に於てシユタムラーの思想體系が非歴史的であると批評して居るのはヘーゲルがカントの無上命令が「有機感」を缺いて居ると批評したのと異工同曲であつて靜的と動的と云ふ兩派の特質を道破したものとて趣味深き言であらう。

新ヘーゲル派はヘーゲルの法律哲學を近代化した。コーラーはヘーゲルの汎神的精神と發展思想とを收受してそのスコラステイックな機械的に微妙な論法を排除した。人類の文化は絶えず發展し變化する。無限の差別の中に統一がある。人間は生物學者の考へる様な單純な進化した動物ではなくして神性を具有して居る神の片割れである。文化の發展は人が神と協力して之に與る可きである。法律は文化の一方面なのであるから法律家の任務は法律のあらゆる部門に就てその擔當に應じて其の専門とする所の發展に依つて文化發展に貢獻すべきである。彼がかう言つた様な汎神的思想は殊に彼の晩年に於て彼を支配し彼はその上に安立してその全勢力を傾倒して此目的の爲めに働いた。

コーラーの中心觀念は「文化」と云ふ事にある。そして彼の云ふ文化とは「人間に内在する機能の人類運命を表示するが如き形態に於ける發展である」(Moderne Rechtsprobleme, § 1) この點はヘーゲルが「法律は文化の一現象である」としたのを繼承したのであらう。然しながらコーラーはヘーゲルが文化の發展を以てイデアの論理的發展であるとした考力には承服しなかつた。従つて法律は文化現象なりと云ふ前提から單純な演繹的論法に依つてその系統を建設せ

んとはしなかつたので土俗學、比較法、比較法律史の基礎の上に實際的にその系統の内容を充實せんとした。彼は文化の發展を以て相對的なものである、生氣澄澗たる經驗的發展であると考へたからである。

コーラーはヘーゲルの發展思想を收取したのだから他面から觀察するとサヴィニー派のドイツ歴史派の精神を承繼したものであるとも見られやう。只歴史派が稍もすると——サヴィニー自身に就ては議論があらうが ische 法律を以て言語と同じく國民性の自然的な發展であると考へる結果『法學悲觀論』(Juristic Pessimism)に陥る傾向があるに對し、コーラーは文化を以て單に過去に於ける國民文化の生産物と觀ぜず現在の文化への調節の試みであると考察するが故に「調節の努力」を無視しない。否な國民文化の法律的のボステュラートは之を發見すべきものとなし、かくして發見せられたる法律的ボステュラートと現在の法律とを調節せん事を高唱する所に「法學樂觀論」的色彩が顯著なのである。然し又彼の歴史的素質は彼の「法學樂觀論」をして「法律萬能論」に墮落せしめはしなかつた様である。

兎に角コーラーの體系は如何にも雄偉であり且つ活氣滿々るものがある。加ふるに彼の詩人

的氣質は彼の體系に血と肉と涙とを供給する。人間の性情の内にロマンティックな気分がある以上彼の動的な法律哲學體系は觀賞者を絶たないであらう。

コーラーの法律哲學的著書としては

Kohler, Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz (1883); Recht, Glaube, un1 Seite; Zur Urgeschichte der Ehe (1897); Einführung in die Rechtswissenschaft (1905, 5. Aufl., 1919); Rechtsphilosophie und Universalrechtsgeschichte, in Holzendorf, Encyclopoelie der Rechtswissenschaft (6. Aufl., 1904; 7. Aufl., 1915); Moderns Recht-probleme (1907; 2. Aufl., 1917); Lehrbuch der Rechtsphilosophie (3. Aufl., 1923) (英譯 Kohler, Philosophy of Law, 1914 by Albrecht);
コーラーの批評に就つては Gény, Science et Technique en droit privé positif, II, 111-216; Pound, Interpretations of Legal History, P.P. 150-151.
*ロマンティックに就つては

Berlzheimer, System der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, II, 48 iv (The World's Legal Philosophies 422-431 邦譯中村萬吉「法律及經濟の文化史的考察」); Ferolzheimer, Zum Methoden-

streit in der Rechtsphilosophie der Gegenwart, (Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, IV, 56)

この派に屬するイタリアの學者ではベリラリ及モナステリオがある。

Mailari, Diritto e filosofia (1910-1912); Monasterio, L'elemento morale nelle norme giuridiche (1913)

新ヘーゲル派の機關雜誌としては元コーラーとペロルツハイマーの主幹して居つたArchiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie. (I Bd. 1907-8) がある。

ドイツの法理學にもキルヒマン、イエーリング、などの實證論的傾向はある。そしてそれが相應の勢力を法律家の間に有するのは勿論である。私は只『哲學の國』『カント・ヘーゲルを生んだ國』の法律哲學として相應はしいシュタムラーとコーラーとを説いたのである。ある意味でシュタムラーが十八世紀式自然法をカントの哲學的範疇の中に入れ之れに近代的衣裳を纏はしめたものであると見る事が出来るならば、コーラーは歴史派の精神を受け之をヘーゲルの哲學的範疇の中に入れて之に近代的な衣裳を着させたものとも見られやう。

現代フランスの法理學を大觀して一番吾々の眼に入るのは「革命的理想主義の國」ルソーを生んだ國』メタフィジック嫌ひなコントを生んだ國」の法理學と云ふ特質である。

『新自然の復活』『法律的新理想主義の復興』は十九世紀末から二十世紀の初めに亘つてフランスの法學界に見られる最も目醒しき現象と云ふ事を得やう。

フランスに於ける理想主義の興起は一面歴史派に對する反動であり他面は實證派乃至社會學派に對する反動であるとする可きであらう。十九世紀に於けるフランスの歴史派はドイツに於ける程有力なものではなかつた。フランスには法典があつた、そしてその法典は十九世紀の終までは唯一の模範的法典として各國の模倣する處となつて居つた。かゝる狀況の下にあつてフランスに於ける歴史派の唯一の事業は十八世紀式自然法と戦ふと云ふ丈を目標とすれば宜いのでドイツに於けるが如く法典編纂反對と云ふ目標の下に奮戦する必要に迫られないのであつた従つてその事業が困難でない代りにさうした勢力を法學界に振ふ事を得なかつた。然し實證論

者と舊式の社會學派は非常なる勢力をフランスで振ふ様になつた。勿論形而上學的な研究『例』 Courcelle Seneuil, Préparation à l'étude du droit (1887); Beaussive, Les principes du droit (1888); Vareilles Sommières, Les principes fondamentaux du droit (1889)』も無かつたのでは無いけれどその勢力は微々として振はなかつた。

歴史派も實證派も共に「法學的宿命論」『法學悲觀論』に陥つた。法律が割合に靜止状態にある時はかゝる考方で人々が満足出来るのであるが十九世紀から二十世紀に亘つては急激な法律革進の時代であつてかゝる時代には「努力の效能」が高唱せられねばならぬ。主^{ヴォルンタリスティック}意的な傾向が顯著とならねばならない。そして主意的な傾向はその活動の基礎となる可き「理想」を窺究せねば止まないものである。フランスに於ける理想主義の興起は當然の道行きであるとも見られやう。

此新理想主義の先驅はジェニーの『解釋方法論』(Méthode d'interprétation en droit privé positif, 1886, 2ed. 1919)に求むる事を得やう。即ち裁判は自由に現在の利益對立に基いて解決すべき傳統的な利益對立解決の結晶である成文法の論理的開展に基いて解釋すべきでない

とする所謂自由法を主唱したジュニエーはフランスに於ける新理想主義の先驅者であると云へやう。又サレイユの『歴史學派と自然法』[L'école historique et droit naturel d'après quelques ouvrages récents, Revue trimestrielle de droit civil, I, 80 (1902)]と云ふ論文でミユタムラーの『經濟と法律』を紹介したのはシユタムラーの『内容の變化する自然法』の觀念をフランスの學界に知らしめ新自然法の興起に與つて力あつたものであらう。そして歴史派の驍將であり又比較法の指導者であつたサレイユに依つて理想主義的な法律哲學がフランスに紹介せられたと云ふ事は注目すべき點であらう。フランスの新自然法は十八世紀式な固定的な凝固的な自然法でなくして歴史と比較法に依つて醇化された自然法である。

フランスに於ける新理想主義の法理學を提唱する學者はその數頗る多い。然しデュギー・ジエニー・シャルモン・デウモーグは殊に水際立つて輝いて見える。是等の人の根本思想が何であるかは必ずしも發見する事が容易でない。又その傾向にも幾分づゝ差異があるかの如くに見えるレオン・デュギーは自らは徹底的なリアリストであると主張して居るけれどもシャルモンが指摘した様に彼は『無意識的理想主義者』であると云ふ感じが彼の所説から得られる。故に彼

を以て新理想主義者の内に數へるとしても大過なきものと見て宜からう。

デュギーの中心觀念は『社會相倚』(Interdependence social)である。そして法は社會相倚と云ふ根本的事實から導かるべきものであるとする。そして社會相倚には利益共同に依る相倚と分業に依る相倚とがあるとする。彼は曰ふ

「各個人各個人の集團は、それが一國の主宰者であるにせよ、田夫野人であるにせよ、又それが政府であつても、全能な議會であつても、又單純な社團であるにしても社會團體と云ふ大きな工場で果すべき職分を有つ。此職分はその人その集團が社會團體に於て事實上占むる地位に依つて決定される。彼は權利を有せない。權利は實在の無い抽象觀念であるから權利を有せないのである。然し社會の一員であると云ふ事實其物から彼は社會的機能を果すべき事實上の義務を有するのである。そして彼がこの目的に依つて爲す行動は社會的價值があるのであつて又社會的に保護されるのである。」(Duguit, L'état et droit objectif et la loi positif, PP.30-32)

デュギーはデュルケムの『社會心』と云ふ觀念を排斥する。そして總てが『個人心』から出

發せなければならんとする。故に社會相倚の觀念に於ても社會と個人との相關を主張し社會化と個人化とは必竟相矛盾するものでないとする。從來云ふ様に權利とか國家の人格（權利主體としての人格）とか云ふ事を假定して個人と國家とを對立せしめて相争はしむる事は實は皆事實に基かざる空想なのである。實在するものは社會相倚丈である。客觀的法（une règle de droit）丈であるとする。

デュギーが社會相倚と云ふ事實から法の拘束力を導き出すプロセスに就ては一般のソリダリストと趣きを異にして居る。デュギーは通説の様に社會相倚の事實に道德的價値を與へようとはしない。社會相倚には何等命令的分子を包含しないとす。彼は曰ふ

「吾々は協同がそれ自身善であると云ふ理由で社會相倚に協働せねばならぬと云ふのでない。人間が社會相倚に協働せねばならぬのは彼が人間であるからである。相倚に依らねば生活出來ぬからである。私は相倚に協働する行爲が善であるとは云はぬ。協同行爲には社會的價値があり社會的結果があると云ふのである」

彼が「事實の世界」と「價値の世界」との橋渡をするやり口には彼の他の點に於ては極力排

斥するデュルケム一派の社會學派の影響が強く見えないでもない。

兎に角彼はこの社會相倚と云ふ根本的事實に立脚して彼の系統を組立てんとして居る。そして彼が鋭い論法と流麗なる文章を以て論及する「權利否定論」や「國家人格否定論」は十九世紀の法學が「個人」と「國家」とを凝結的に考へて相争はしめたのが誤であつたと云ふ事を示した點に於て一大貢獻をなした事は疑ひない處であらう。

フランソア・ジェニーの力を盡して居るのは法律解釋方法論であり従つて法の淵源の問題である。彼が舊來の法典解釋の方法を攻撃して新しき方法を建設せんとして居る間に彼の理想的傾向の根本思想が閃いて居る。

彼はその著「解釋方法論」で先づ從來の解釋方法を排斥して法の淵原を詳論し解釋の新方法論の提唱を爲して居る。

彼は先づ解釋者の第一の義務が成文法の解釋と云ふ事にあるのでその方法は他の文書に表示された意志の解釋と異なる事がないと云ふて居る。故に單に成文法の文句を無視して當該事件の必要に應じて法を解釋するのは不可であるとする。成文法に明文の無い場合には慣習・傳説・

判例、學説に依らねばならないとする。ジェニーは是等の間に輕重の差を置き、そして解釋者の行使する自由の範圍を限定する。此自由は既に法律の豫期した範圍外である故事實上無制限である。故に解釋者は自由に且つ科學的に解決を求めねばならない。外部的影響に左右せられないから自由であり又かゝる自由探究が獨斷であつてはならぬ故科學的なのである。そして彼の科學的自由の基礎は理性と良心でなければならぬ。法律の補助科學でなければならぬ。又社會生活の觀察に依りて體得するを得る「置かれたる事物の性質」(nature des choses positive)でなければならぬ。裁判は正義と功利とを人類生活に實現するを目的とする。功利とは最大多數の最大幸福であると輿論の認むる處であり正義とは良心の聲であり理性の直觀であるとす

る。
ジェニーの「置かれたる事物の性質」や「正義」の意味は必ずしも明瞭ではない。然しある意味で十八世紀式「自然法」の觀念から、その凝固性を奪つた形であらうか。又正義は良心の聲であり理性の直感であるとして「科學の補助」のみならず、「感情への訴」を以て正義の信仰の基礎となし、純正理性をば實踐理性で補はんとする處に、カント式色彩が見えないでもな

い。

要するにジェニーの傾向は理想的法理學中でも殊にネオ・スコラステイックな傾向が顯著である様である。

ルネ・デウモーグの傾向を略説する事は頗る困難である。彼は多元論者らしい才氣煥發の一面がある。リアリストとしての鋭さがある。イムプレシヨニストらしき一面がある。彼が同一事物の諸方面の見方を活人畫の様な鮮さで書き出し複雑な實在の色合を示すあたりは、到底他人の追従を許さざる處である。然し彼はその奥に存する「理想法」の存在を信仰する。然しその理想法は人類の達し得可からざるもので只社會生活の調和を達せんとする努力として人間が追及する事が許される丈であるとする。十八世紀式自然法とも異なるが又デユギーの「客觀的法」やジェニーの「置かれたる事物の性質」ともその趣を異にする。デウモーグの理想法に對する態度は如何にもアグノステイックな態度である。然も理想法を認める處は新理想派の有力なる一人である。彼の傾向は心理的分析に富んだ新形而上學派とでも云ふべきであらうか。

ジオゼフ・シャルモン思想は積極的に彼自身が之を言明しないので、之を知る事は容易でな

い。只彼が社會相倚主義や、プラグマティズムや、ジェニーの自由探究論や、デュギ어의權利否定論に加へた論評の間から、彼が極端なポジティヴィストでも、又極端なアイディアリストでもなく、先づ合理的自然法の信者であるらしく見える丈である。彼は新傾向の中に個人權と社會權との調和的傾向を多大の趣味を以て傍觀し將來兩者の調節された合理的正義の系統が生れ出づる事を信する様である。然しながら、合理的正義の系統が果して經驗の蒐集と分析とに由つて達せられるのであるか將た哲學的考察に依つて達せられるものであるかを明かにしないので彼の立場は甚だ鮮明を缺いて居る。

- (註) Duguit, *L'état, le droit objectif et la loi positive*, (1901) ; *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'état* (261, 1913) ; *Les transformations générales du droit privé* (1912 ; 261, 1922) ; *Traité de droit constitutionnel*, Tome I (261, 1921), Tome II (261, 1922)
- Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (1899, 261, 1919) ; *Science et technique en droit privé positif* (1913—) (三卷既刊)
- Demogue, *Notions fondamentales en droit privé positif*, (1911)

Charmont, *La renaissance du droit naturel* (1910) ; *le droit et l'esprit démocratique* (1905)

Modern French Legal Philosophy (1916), in *Modern Legal Philosophy Series*.

我國に於てフランスの法律思想の熱心なる研究者には牧野英一博士がある。刑事叢書に集められた氏の論文及法學志林中の氏の論文が此れである。

四

眼を轉じてイギリスを眺めて見る。私は少くも法律學の範圍内では其處にシユタムラーやコーラーの様な哲學者と法律家の混合見を發見することが出来ない。又フランスのデュギール・デウモグ・シャルモン・ジェニーを中心とする *idéisme juridique* のグループに似たあるものを發見するに苦しむ。

元來イギリスは實務家中心主義の國である。『學校の爲めに非ず人生の爲めに』(*non scholae sed vitae*) と云ふ諺はイギリスの大學生活で最も能く實現されて居る。智識を與へるのが學校の目的でない、人物を養つて實生活で充分に活動する素質さへ開發してやればそれで充分だ

と云ふ考はイギリスで一番徹底して行はれて居る様だ。イギリスの法律學の特質はオックスフォードやケンブリッジの法律學校には存せずして辯護士養成を目的としたロンドンのインズ・オヴ・コート附近の空氣に之を見出す可きであらう。然しこれ丈でイギリスを飛ばすのは不公平だ。元來イギリスには學者の數は少いがその少い中からは他國にも比を見ない偉い學者が出て来る。變な國である。

イギリスの法律學は從來分析派と歴史派とに分れて居つた。分析派の驍將はジョン・オーステインで歴史派の明星はサー・ヘンリー・メインであつた。分析派の態度は文明國の法律を分析してその共通原則を發見せんとするのである。歴史派の態度は野蠻人の社會からの法律發達を分析して進化の原則を發見せんとするのである。イギリスでは形而上學派なるものが法律學上極めて振はない。只スコットランドは神學の國、哲學の國として獨逸に輪をかけた處があるときれて居る丈にロリマー・ミラーの一派が形而上學派を代表して氣焰を擧げて居つたが近頃はスコットランドの大學から法理學に就て一向消息を聞かない。又歴史派にしてもメイソンの一派の英國歴史派はドイツのザヴィニー、ブフター一派の歴史派の哲學的歴史的和云ふ色彩が

とれて了つて分析的歴史的和云ふ色彩に變つて来る處が面白い。メインも一種の觀念の歴史的發展と云ふ一寸ヘーゲル式な考方をする學者であるけれどその觀念がヘーゲリヤンの觀念の様に哲學的色彩がなく政治的色彩に豊富な處は頗るイギリス式と云ふ感じを與へる。かの有名な「身分より契約」(from status to contract)と云ふメインのジエネラリゼーションにしても觀念の歴史的發展を考へる處は至つてヘーゲル式であるけれど云ひ方が政治的色彩を帯びて居る處がイギリス式である。

近頃盛んに英語に翻譯される大陸の法律哲學的著作に對して「大陸の屑物」(Continental rubbish)の名稱を與へて居るのは英人の大陸の哲學的法學に對する心理を表現して居るものであらう。

勿論イギリスでも例はダイシイの「英國憲法論」十九世紀に於ける法律と輿論の兩者それからジエスロ・ブラウンの「近代立法の潜在原則」などは幾分一寸英國離れのした哲學的な書物で大陸人から喜ばれる書物だがそれとても獨逸式の近かより難い形而上學的色彩はない。只最近手に入れたヴィノグラドフの「歴史法學」はメイン古代法以來の大作であらう。惜いかな末

だ二卷丈しか出版されて居らない爲めにその雄大な系統を大観する事は出来ないのであるけれどその内にあらはれた彼の思想は最も注意すべきものであらう。ヴィノグラドフはオックスフォード大學の教授で生れはロシア人である。彼は法制史家としてイギリス初期の法律状態を明かにするに就てメートランドと共に偉大な効績がある。そして彼は「法律史」と云ふ立場から一步を進めて「歴史法學」と云ふ方面まで進んで來た。そして彼の歴史觀の間に彼の法律に對する態度が窺はれないでもない。

彼の立場(少くも歴史觀に現はれた)を一言にして云へば彼はイデオロジカル・ブルラリストであると言へやう。彼は法律史と歴史法學との差異は前者が年代的であるに反し後者は觀念的(ideological)でなければならぬとする。そして彼のこの立場はメーンやコーラーと同じであらう。併し彼はメーンのように「身分より契約」へと單純なジエネラリジエーションを敢てしない。彼には一層時代精神であるレラテイヴィズムの思想が横溢してゐる。又コーラーの様な文化發展と云ふ大きなそしてメタフィジカルな觀念の内にゼネラリジエーションをするヘーゲル式考方にも追従しない。彼は社會の典型と之を規律する法とを歴史的に觀察して(1)トテ

ム式社會に於ける濫觴(Beginnings in totemistic society) (2)部落法(tribal law) (3)都市法(civil law) (4)中世法(寺院法及封建法) (5)個人主義的の法(Individualistic jurisprudence) (6)社會主義的の法(socialistic jurisprudence)とに分つて各典型の社會を規律する特種にして複雑な法律思想を畫き出さんとするのである。例へば所謂原始文化の複雑性を主張して生物學的發生論的な「單純より複雑へ」と云つた様な機械的な考察から脱して居る處は流石ヴィノグラドフの様な法律史家中の第一人者にして初めて實證する事が出來ると感心する。彼は「エアリヒ」の法律社會學やパウソンドの「社會法學」に歴史的のバースベクテイヴが足りないと批評して居るが兩氏共ヴィノグラドフの豊富な具體的な歴史の智識の前には頭を下げる外あるまい。此所いらはヴィノグラドフの獨舞臺であらう。兎に角オックスフォードに於けるメーンの光輝ある講座を繼受してメーンの精神を體得し之を二十世紀のレラテイヴィズムの衣裳の下に發表したものが氏の「歴史法學」であるとも云へやうか。

(註) Austin, Jurisprudence (1832, 5ed., 1911); Holland, Jurisprudence (12ed., 1916); Pol-

lock, First book of Jurisprudence (4ed., 1918)

Maine, Ancient law, 1861 (Ed. by Pollock 1906) ; Early history of institutions (1874) ;
Early law and customs (1883)

Lopiner, Institutes of law (2nd, 1880) Miller, Lectures on the philosophy of law (1884) ;

Miller, The Duty of jurisprudence (1903)

Dacey, Law and public opinion in the 19th century (1905 ; 2nd, 1914) Brown, Underlying

principles of modern legislation (1912)

Vinogradoff, Common sense in law (undated) ; Historical jurisprudence (1920)

五

アメリカの法律學にはイギリスとも異つた又ドイツ及びフランスとも異つた一種の色彩がある。

アメリカ法律家の傳説的法律思想は十八世紀式な自然法的傾向とそれに依つて色どられた歴史派的傾向であると云ふ事が出来やう。十八世紀式な自然法觀は一面ブラックストンの「英吉

利法釋義」から來たし他面は歐大陸から公法家の書物即ちブーフエンドルフ、グロチユス、ヴァッテル、ブルマールクイ等から來て居る。そして米國憲法が十八世紀式自然法を憲法の條項として保障して居り、之に依つて議會の立法權を制限して居ると云ふ關係上米國法律家の内に今尙ほこの觀念が可成り強い。そして一般法律家の歴史的傾向はコンモンローの合理性普遍性を信ずると云ふ自然法的觀念の影響に依つて色どられたものである。

然し之に對立して反對に立つ傾向がある。それは主として新立法殊に社會立法とコンモンローとの關係と云ふ問題を中心として起つて居る。正統派はコンモンローの合理性普遍性を信じ之を以て理性の結晶であると考へる結果新しく議會が制定する成文法を無視又は輕視して裁判官は其適用を拒否又は少くも其適用範圍を最少限度に極限せんとする。之に對し新派の方はコンモンローにも立法にも同等の地位を與へて成文法の主旨を達成せしめんとする。新派に屬する學者の中最も顯著なるものは米國聯邦裁判所判事オリヴァ・ヴエンデル・ホウムズとハーバード大學教授ロスコー・バウンドの二人であらう。

オリヴァ・ヴエンデル・ホウムズは恐らく現在世界中の裁判官中で一番學識と聰明とを具有し

*Common law
Oliver
Cromwell*

た人であると云ふても言ひ過ぎはしまし。彼の下す判決中の意見は歴史的眼光に於ても、社會的考察に於ても、又その警句に満ちた文章に於ても、又その論理の生き／＼とした鋭さに於ても、超然として他の裁判官等の群を抜いて居る。そして彼の下した判決の全體を通じてホウムズ式の人生觀があらはれて居る。彼は彼自身の獨特な哲學を持つた人であつて他人の模倣を許さざる底のものがある様である。

彼は疑ひもなくアメリカ法學の諸種の方面の新傾向の先驅者である。そして現在アメリカに燦然として輝いて居る法律學者達で彼の影響を受けないものは少なからう。彼の所説を一層完全な形式で包んだのが最近の「社會法學」であらう。物理學理や生物學理や心理學理の一方に偏しない綜合的社會法學であらう。十九世紀のアメリカで旺盛を極め今尙ほ勢力を法律家の思想上に振つて居る形而上的歴史派に對して社會法學は諸種の點に於て異つてゐる。そしてそれ等の諸點はホウムズが早くから透見して居る處であつた、私は最近集められた氏の論文集を繰りてその感を深くした。

第一に哲學的の歴史派は歴史を理想化し之を哲學的理論で保障せんとした。そして歴史に追

從する事を義務と考へた。之に對して社會學派は歴史的繼續は一の必要であつて義務でないとする。義務はむしろ新しい一層よきものを創造するにある。只創造に當つて歴史を利用し之を材料とする事が實際必要であると考へるのである。この態度はホウムズの八十年代になした歴史的研究の到る處に之を發見する事が出来るのである。

第二に社會法學は裁判方法論と、法律論理の範圍、性質と云ふ問題を盛に論争する。そして此方面の最も顯著なる代表者はフランスのジェニーの「解釋方法論」エアリヒの「法律論理」である。然し是等の諸著書が永々と説く處をホウムズは既にすつと早くから一層の鋭さを以て説いて居る。そしてその頃からして「法的安定」と「具體的正義」との二點の鋭い對照を見逃しては居らない。

第三に社會法學は「法律の性質」と云ふ盡きない論争から一步を進めて「法律秩序の目的」を攻究し觀察せんとする。言ひかへれば法律の分析的又は發生論的な考察から機能的考察に遷つて居る。ホウムズの論文には此思想が早い頃から到る所に見える。

第三社會法學は法律學を他の社會科學と連關せんとする即ち法律のクリティックとして諸科

學の進歩に依頼せんとする。そして彼の論文には早くから此主張が見える。

云ひかへるとホウムズは既に千八百八十年代頃から時代思潮からずつと進んだ考を持つて居つて二十世紀の法學は彼のプログラムの實現に過ぎぬと云ふ形になつて居る。『次のジエネレーシヨンの人達は私が五十年前初めた業を繼續した』とホウムズがその論集の緒言に述べて居る所であるが誠にその通りであらう。

ホウムズはその幾多の名判決で米國裁判所を指導した許りでなくその含蓄の豊富な暗示で新しき法律學を惹起した事は否み難き事實である。然し彼の根本思想を捕捉する事は仲々困難である。彼はカント學派でもヘーゲル學派でもない。又フランスに起りつゝある新自然法派をも嘲笑して居る。彼にはホウムズ式の哲學がある。人生觀がある。私は先づ彼の根本思想はラディカル・エンピリシズムで背後にミステイシズムの自覺の強い色彩が有るのであると言ひ度い。彼の論文集に收めてある『理想と懷疑』(Ideals and Doubts)『自然法』(Natural Law)の二篇は彼のこの種の人生觀を雄辯に物語るものではあるまいか。

ロスコー・パウンドはハーバード大學の法理學の教授として名聲頗る高い。氏が公刊を約束し

て居る『社會法學』(Sociological Jurisprudence)を待つてゐる居るのはアメリカの法律家許りではあるまい。然し慎重な氏は幾度か稿を代へて練りに練つて居るのである。そして出版と同時に世界的の『クラシックス』としやうと云ふのであらう。

パウンド氏の法律思想は純プラグマティズムであると云へやう。彼は『すべての人間の欲求はそれ自身に於て善である』。『善の本質は單に要求の満足にある』(William James, The Will to believe, 195-206) と云ふ觀念を彼の系統の中心核子とする様である。この立場から組立てた彼の利益調節の法則はイエーリングの利益論よりも更に一步を進めてゐる。

彼のプラグマティストの哲學には米國社會學者たるウオードやキディングスやスモールの影響も少なからずあらう。然し彼の法理學に『努力の効能』(efficacy of effort)と云ふ樂觀的な色彩が強いのは現代アメリカの社會景團氣、コンモン・ローと社會立法との對立に付ての彼の探つた態度、哲學的歴史學派に對する彼の挑戦がその主な原因を示して居る様に見える。

彼はホウムズ程新カント派や新ヘーゲル派や新自然法派に對し冷酷ではない。彼は統合的な律社會法學の建設者として總て是等の理想運動に對して同情を表する。そしてその長所を利用

せんとする。然し彼は必竟メタフィジシャンでなく法律家である。現代をより宜き世界とする事が彼の努力の中心である、法律改革、法學改造が彼の生命である。彼にはアメリカのベンサムとも云ふべき面影がある。彼は美しき哲學的概念のお城の内に眠る事は出来ぬ。彼は *idée* *isme juridique* の美はしき詩に酔つて居る暇を有せぬ。彼は卑近ではあるが効力の強いブラグマティズムの法理學をモットーとして哲學的歴史主義と闘つて居るのである。

(註) Carter, Law : Its origin, growth, and function (1907) (舊形而上的歴史派の態度を代表して居る)

Holmes, The common law, (1881) Collected papers (1920)

Pound, "Do we need a philosophy of law," Columbia Law Review, Vol. 5 p. 339(1905);

"The scope and purpose of sociological jurisprudence (Harvard Law Review, Vol. 25 (1911));

The Spirit of the common law (1921); Introduction to the philosophy of law (1922); Interpret-

ations of Legal History (1923) 穂積重遠『法理學大綱』牧野英一、山本龜市『法律裁判及實生活』高

柳賢三、高橋鍊「米國に於ける法律哲學」(法學協會雜誌、三三卷)参照

六

私は以上獨佛英米の法理學の趨勢に就て各國各々その地方色がある事を示さんとした。更に我國を顧みて見ると我國の法理學は未だ翻譯時代にあるとすべきだらう。輸入時代にあるのであらう。丁度イタリヤ初期の法理學が獨逸法理學の輸入に急がしかつたと同様であらう。然しイタリヤでも今ではイタリヤ式な特色のある法理學が生み出された様に我國に於ても將來實質的に日本の色彩を放つ様な法理學が生れやう。

日本式の法理學を生み出さんと努力せんとしたのは寛克彦博士一人であらう。氏の盛んなる意氣は下の引照に現はれて居る。

「吾人の生活經驗ハ既ニ數千年ニ遡リテ擴張セラレ遠ク歐米ニ推シ擴ゲラレタリ其根據ヲ失ハス其ノ基礎ノ上ニ時ト處トニ於テ人類ノ發達特色ヲ分擔スルコトガ吾人内部ノ「無上命令」ナリ東洋人トシテ人類ノ發達ヲ日本人トシテ東洋人ノ發達ヲ法律政治經濟生活ヲナス各個人トシテ日本人ノ特色發達ヲ分擔スルコトガ權限ナリ苟モ此ノ擴張セル大精神ヲ失ハザレバ活キタル

創設力ハ深キ内部ヨリ湧出シ混々トシテ已ムコトナカルベシ」(寛克彦、法理學第二卷西洋哲理
上、六七頁)

以上は必ずしも法理學の範圍内で日本色を出して世界に貢献せんとする主旨ではなく更に廣
い意味なのであらうが博士の法理學は即ち氏の分擔する方面に於て日本色を出さんとするので
あらう。

然し博士の思索方法に果して日本色が出て居るか私は疑問を懐くのである。博士は曰ふ。

「皇國行政ノ法理ハ神隨ラノ道ノ顯現ナリ：：斯ノ道ハ徒ラニ固定シテ存スル形式デハナク萬
古不易ノモノデアリナガラ日ニ日ニ新ナルモノ以外ニハ存在セス永遠ニシテ然モ一貫セル普遍
ニ外ナラズ」(皇國行政法緒言)

思想の行きは形而上歴史主義で舊ヘーゲル派を想起させる處である。そして氏の哲理の開展
方法表現關係獨立關係論はヘーゲルのイデアの論理的發展と酷似して居る。新ヘーゲル派の文
化理想の經驗的發展とも趣を異とする。

寛博士が日本色を出さんとし歐米から渡來して一時我國を風靡した實證論萬能の空氣と孤軍

奮闘を續けられたのは誠に壯觀であつたが氏の哲理の組立方法其者は遺憾ながらドイツ式殊に
ヘーゲル式であつて日本色が出て居るものとは考へられぬ。

要するに我國は未だ歐米より盛んに學ぶべき時代なのであらう。各國の法理學が忠實に傳へ
られて我國將來の法理學の材料とせられねばならぬのであらう。實は日本色は忠實に眞理を探
究する間に自ら出るべきもので出すべきものではないのであるかも知れない。

(註) 寛克彦、「佛教哲理」(明治四四)「西洋哲理」(大正二)「古神道大義」(大正元)「續古神道大義」(上
卷大正三、下卷大正四)「皇國行政法」(大正九)

七

以上私は概念法學萬能の衰退と共に起つた理想主義追及の傾向に關連して各國の法理學の狀
況を説いた。然しある意味で之れと全く反對な傾向が概念法學萬能の失墜と共に起りつゝある。
それは「法典」の規定よりも一層實生活に近接する「判例研究」の氣運であり更に進んで「生
きた法律研究」の氣運である。即現實的傾向此れである。即ち法學界に於ける一部の人達は

無味乾燥な條文の概念的研から離れて一層色彩の濃厚な社會生活の中に動く生きた法律を研究せんとしつゝあるのである。

我が民法々典が實施せられてから既に二十有餘年になる。民法々典は大體に於てドイツ民法第二草案に基いて居る。外國で發達した法律が果して國情を異にする我國に行はれるか如何かは一大疑問であつた。法律が國民精神の發現であると云ふ歴史流の所説が動かす可らざる眞理であるとすれば當時の外國法典の模倣であつて國民精神の發現でない民法々典が我國に行はれ得らる可きやは法學上趣味ある題目となつたであらう。然し我國民の生活——殊に外部的生活——が漸次歐化した爲めに法典も相當に宜く行はれ且つ法典に依つて生活の歐化が助長せられた様である。然し法典の文句は不變凝固であつても社會生活は日々に變遷した。法典を解釋する裁判所は一面法典の内容の缺陷を補ふと同時に社會生活の變遷に應じて法典の運用を調節せねばならなかつた。裁判所は立法するものでなく法を解釋適用するものであると云ふ事は十九世紀に廣く行はれ我憲法も採用した所である。三權分立の原則と法の完全性と云ふ考から來る理論であつて一の擬制に過ぎない——勿論裁判官の專斷を防ぐ有用な擬制には相違ないが——我裁

判所も「法の完全性」と「解釋適用」と云ふ擬制の下にある程度までは巧みに立法を行つた。内縁の妻に關する法律關係、水利に關する法理、賣渡抵當、不動産物權の第三者に對する對抗要件等は解釋適用の名の下に立法を敢てした顯著なる例證であらう。そして判例も亦民法の淵源であると云ふ事は、二三の反對者あるに拘らず、今や我國の通説となつたと云ふて宜からう。それ許りでなく判例は實生活に起つた利益衝突を解決した記録であるか故に判例に世相の一面が現れて居る。従つて日本社會の實證的な研究の立場から云ふても頗る趣味ある資料であると云はねばならないのである。かゝる事情の下に於て概念法學に倦んだ法學者が眼を此趣味深く且つ法の淵源として重要缺く可らざるに至つた判例の研究に向つたのは當然の道行であると云はねばなるまい。

「判例批評」と云ふ事が非常に流行し出し、又其實が漸次改善された様に見られる。これも判例研究熱の反映であると云へやう。判例批評と云ふ事は我國で明治三十五六年頃から故梅謙次郎博士が開始せられてから以來盛んに諸學者に依つて行はれて居つたのであるけれども、併し何しろ概念法學旺盛時代の事であるのだからその遣り方も事實の研究に注意を怠り只表面に

表はれた形式法理の批評にのみ拘泥したので其批評は多く當らず、賢明な裁判官は學者先生達の迂なるを笑つて居つた。然し東京帝國大學法學部民法研究室に於て穂積末弘兩氏を頭目として、少壯の民法研究者が創始した民法判例研究會が法學協會雜誌々上で發表するに到つた判例批評は此點に於て從來の判例批評の方法に一步を進めた物であつて、我法學界の爲めに祝すべき現象であると云はねばならない。夫れかあらぬか、我大審院も最近の大審院判例集に於て從來の判例の體裁を變更して第一審第二審に於ける上告人、被上告人の關係を明かにし、且つ係争事實の要點を示すに至つたのは大なる進歩である。只今少しく事實の複雑性を明らかにして貰ひ度いのと論點を全部示して戴き度い事は總ての忠實なケース・ローヤーの希望する處であらう。アメリカの様に判例の過多に苦しむ國では判決録の簡易化の運動があるのは否まれぬ事實である。然し反對に判例の少きに苦しむ我國では反つて判決録の複雑化を希望せざるを得ない。判例法に熱心な人達はオフイシャル・リポートに對してプライヴエト・リポートを出して市場に之と覇を争はんと夢みて居るそうである。

判例法の研究に就ては判例法國たる英米兩國がその研究方法に付ても判例集編纂のテクニク

クに就ても遙かに群を抜いて居る。イギリスの「ロー・リポート」の如きは判決録として恐らく模範的であらう。又アメリカのウエスト・パブリッシング・カンパニーが數多い聯邦裁判所と四十有餘の州最高裁判所の判決をナショナル・リポーター・システムとして出版する手際にはアメリカ式企業的天才の面影が仄見える。

判例研究の範圍は未だ擴張の余地がある。第一審裁判所第二審審裁判所判決も當然對象たる可きもので更に此方面の完全な判例集が欲しく感ずる。又裁判所まで行ないで辯護士事務所で終る事件も判例研究とは違ふが研究の對象とすべきであらう。然し此方面の系統的な研究は實際上頗る困難であらう。只京都帝國大學の雉本朗造氏が大阪に設立された「日本法律研究所」は此點から非常に有益な施設かとも思はれる。

八

現實的傾向は判例法の研究と云ふ事で止る可きでなく又それ文で止まらないであらう。成文法、判例法とは必竟社會生活を實際上規律する法の輪廓に過ぎないのであり又其一小部分に止

まるのである。判例法は裁判所が強制する法規である。然るに裁判所その他の國家機關が私人の利益保護の爲めに其活動を求めらるゝことは比較的稀に起る場合なのであつて多くの規範は人間自らが其社會生活に於て當然拘束力あるものと認むるに依つて生ずる。故に起りつゝある現實的傾向は判例法から更に一轉してこの方面に向ふのであらう。勿論所謂法律實務家即ち裁判官や辯護士などが職分上一番手近に必要なのは成文法と判例法とであらう。従つてこの意味の實益といふ點から云へば成文法と判例法とが其學習の中心として一番重ぜられる事は將來に於ても繼續する事であらう。然し學者の學術的良心は卑近の實益のみに執着する事無くその研究範圍が更に擴大せられて所謂「生きた法律」の研究にまで及ぶ事も亦豫見するに難からざるものであらう。

從來此態度を以てした研究が我國に著しく缺けて居る様に見られる。例へば公法の範圍に就て見ても英米ではブライス卿の『米國共和國』(James Bryce, American Commonwealth)が動いて居る米國の憲政を詳説し、ローの『英國統治論』(Low, Governance of England)が英國議會政治の活況を描寫して居るのである。同様な書物が殆んど我國には見當らない。多

くは憲法條文又は行政法規等の文理的又は概念的解釋に過ぎないのは非常に物足りなく感ずる處である。動いて居る我國の憲政の狀況を法律家の鋭い分析のメスを振つて描寫し度いものと考へて居る。又訴訟法關係の書物でもかのボストンの辯護士スミス氏の著した「裁判と貧乏人」(Smith, Justice and the Poor)やニューヨークの検事トウエーンの著「裁判法廷に於ける被告人」(Arthur Twain, The Prisoner at the Bar)と云ふた様な法律家に依つて畫かれた裁判實際を知らしむる書物が我國にはない。前者は民事裁判の運用の貧人に及ぼす結果を寫實的に研究して居り、後者は刑事裁判の實際の運用を面白い筆つきで記述して居るのである。我國でも右兩書の様な記述が欲しく思ふ。又刑事學でもヒーリーの「各別犯罪人」(Healy, Individual Delinquent)やシカゴの市裁判所精神病理實驗所で發表された年報に現れた様な各種犯人の實驗に基いた研究が無い様である。

ある人は所謂「生きた法律」なるものは必竟するに「慣習」又は「道德」に過ぎないものであつて法律ではない、従つて法律家の研究範圍外に屬すべきものであると云ふて生きた法律研究に水を注ぐかも知れない。成程法律を以て國家が裁判所その他の國家機關に依つて強制する法規

に限るとする従来の法律の概念から云へば此抗議は一應の眞理を包含する。然し慣習又は道德であると云ふても生きた法律であると云ふてもそれは只概念上の争に過ぎない。實は道德又は慣習と法律の區別を概念的に長々しく論ずる事が野暮な議論なのである。慣習又は生きた法律が成文法又は判例法と頗る密接な關係を有する事に就ては兩論者共異議なき處である。生きた法律は屢々成文法を打ち破る。その實例として屢々引照せらるゝのはフランス民法の妻の行爲能力であらう。フランス民法では妻は著しく其行爲能力が制限されてあつて極めて輕微な取引をするに付ても夫の同意なくしては之を爲し得ざる事となつて居る。然し實際生活ではフランスの婦人はイギリスの婦人と同じ位自由に取引をする。妻の爲した行爲も當事者に依つて適當に履行せられて裁判所から之を取消すと云ふ事は稀に起るに過ぎない。又裁判所は成る可く夫の同意を擬制し默示の同意があるのだとして事實上夫の同意の無い無効なる行爲を有効とするのである。即ち生きた法律が判例法に變遷せんとするのである。かくの如く生きた法律又は慣習又は道德は國家の強制する法規と頗る密接な關係を有するものであつて法律家が之を研究すると云ふ事は頗る適宜な事だと云はねばならない。生きた法律は成文法又は判例法と頗る密

接な關係を有して成文法及び判例法の充分な智識なしには之を正確に認識する事が頗る困難なのである。従つて之を道德家や經濟學者や政治學者や社會學者にお依頼するのは頗る危険であつて矢張り法律家がかゝる仕事に就て一番適任であると云はねばならぬ。生きた法律はそれが法律なりやと云ふ様な概念論に捕はれるのは愚であつて當然法律家の研究題目に入る可きものとするが正論だと考へる。

ある人は所謂生きた法律は法律實務家が實務上之を獲得し得るものであるから別段學問として研究するの價値は有るまいと云ふ。果して左様であらうか。私は左様考へぬのである。現在の社會生活、法律生活は複雑紛糾を極めて居る。農業、工業、商業及び取引の關係は到底數年の實務に依つて了解し得る程簡單ではない。且つ實務家の體得する生きた法律の智識は、その人の死亡と共に葬られて了ふ。假令法律實務家が「追想録」を書いてその經驗談を後世に残したとしてもそれは必竟斷片的文書として止まるであらう。故に生きた法律は如何しても充分なプランを立て、科學的に攻究せねばならない。そして此事業は一人の能くする處でない事は勿論であるから、どうしても *team work* でやらねばならぬ。或は國家が特別調査機關を定め

るのも一案であらうし、又は統計局の事業を此處まで擴張すると云ふのも一案であらう。

ある人は生きた法律を研究しても實際役に立たぬと云ふ。成程辯護士として生きた法律の智識よりもむしろ成文法と判例の智識の方が一層その執務上直ぐ役に立つのは事實であらう。そしてこれが殊に私法の範圍外では、即ち所謂 *Lawyer's Law* の範圍外では研究が怠られて居つた最大原因であるとも見られやう。然しながら生きた法律の研究は法律學に貢献する事が多い。日本の法律學とし、世界に示し得るには日本のロウカル・カラーが現れて居らねば駄目である。そして此ロウカル・カラーを出すには如何しても日本社會を規律する生きた法律の研究を基礎とせねば駄目であらう。それ許りでなく實際上にも非常に役立つ事と思ふ。裁判に就ても裁判官「世間知らず」と云ふ非難は裁判官に生きた法律の智識が豊富であれば之を避くる事が出来やう。又立法に就ても從來の空漠たる比較法を基礎とする事なく日本社會の實狀に照して之を行ふ事を得る事になる。從來とても利害關係者に諮問すると云ふ事はやる事がある。然しこの諮問なるものは利害關係者に爲されるので立法は彼等の利害關係に直ちに影響する處から彼等の證言には信憑力が薄い。従つて立法の基礎とするに不充分である。又從來の經濟學者や社會

學者の研究などにその材料を得る事の出来ぬのは云ふまでもない。是等の研究は多く法律の智識なしに爲されて居るのであるから法律家の知り度い點が書いて無い事が多い。將來立法の基礎は如何しても生きた法律の研究に俟たねばならないのであらう。

生きた法律の提唱者として世界的に有名なのは舊オーストリアのチエルノウイツ大學（今はルーマニヤに屬する）の教授オイゲン・エアリヒ氏であらう。エアリヒ氏はチエルノウイツ大學に生きた法律研究室（*Seminar für lebendes Recht*）なるものを設け一定の問題表（*Fragebogen*）を作つて置いて大學の總ての學生が要求さへすれば大學の事務室で之を受取る事が出来、學生が之を利用して報告をなし、その結果が集積して非常に貴重なる結果が收められたのである。この企ては非常にアメリカの法律家の注意を惹いた。そしてアメリカ法學校協會は千九百十四年にエアリヒ氏を招聘して講演を聞く事になつて居つたのであるが大戦の爲めに妨げられた。エアリヒ氏よりの近信に依れば生きた法律の研究所がルーマニヤにも設けられる様になつた相である。

私は瑞西に滞在中エアリヒに會見する機會を得た。氏は大戦の結果職を失ひスウイスに放浪

の生活を續けて居つたので、チエルノウイツ大學で創始したこの有益な事業を中絶せねばならぬ情況に置かれた事を非常に遺憾として居た。私は氏に「生きた法律」研究の對照を法學協會雜誌に寄稿せられん事を依頼した所氏は喜んで承諾して呉れた。そして左に掲ぐる處は即ち私の注文した所に對する氏の回答である。少し長いけれど引照を許されたい。將來我國の生きた法律研究の資料として有益だと考へるからである。

『法律學者の研究すべき對象は成文法に止まるものではない。廣く全部の法律生活を觀察し、其法律生活が成文法と一致せるか成文法に反せるか或は成文法の缺を補へるかを研究すべきである。之れを分説すれば次の如き研究方法を採るべきである。』

一 親族法に就ては法典の規定のみに止まることなく、夫及び妻、親及び子が如何なる權利を互に主張し、如何なる權利を任意に相互に認むるかを觀察せねばならぬ。此方法に依つて(a)法典に規定せられざる多數の親族的權利の存在すること及び(b)成文法の諸種の規定が實際の親族生活に於て實行せらるゝものであるか又は唯比較的稀なる場合に即ち裁判官が親族上の争訟に就て判決を爲す場合に適用せらるゝに止まるものであるかを明にすることが出来る。

二 團體法に就ては法典の外定款、設立、契約並びに社團法人、社團及他の團體の實際の生活を研究せねばならぬ。即ち機關及び職員の地位、業務管理の組織及び活動、委員會の記録、總會の記録等、要するに實際の團體生活に關する總ての材料を研究せねばならぬ。

三 土地制度に就ては法典には殆んど何物も規定せられて居らぬが次の如き事項に注目すべきである
(1)土地所有の分配(廣大なる土地所有、狭少なる土地所有)(2)土地に關する法律關係(所有、物上收益權、賃借權)(3)土地の經濟的利用(農作、葡萄栽培、牧畜、狩獵、漁業、殖林)(4)事業經營の方法所有者自らの經營賃借(5)勞働の組織、農業者が土地所有者として或は小作人として自己の親族と共に農業に従事する場合には其勞働の組織は其農家の親族の組織と一致する。廣大なる土地の所有に就ては其土地所有者と管理人と及び勞働者との關係を研究すべく、而して此關係を定むるものは是等の者との間に締結せらるゝ契約の内容及び其實行である。又土地所有者が土地を賃借する場合に就ては賃借契約の内容及び賃貸せられたる事業の組織を觀察せねばならぬ。(6)土地の產物の利用(自己消費、管理人及び勞働者に對する產物の供給、商人及び消費者に對する賣却)。

四 契約法に就て法典の規定する所は羅馬法に基き而して羅馬に於ける契約の意義及び内容は今日の

それと全く異つて居るから實驗上殆んど用ふるに足らぬ。新時代の法律學者は諸種の契約を其現代の社會に於て有する作用に従つて分類し又觀察せねばなぬ。而して現代の契約法は次の如き事項を包含するものである。

(1) 労働の組織 國家及び公法人——その労働組織は官吏の任命と小部分は強制的労働とに依つて成立して居る——と家族的組織の農業とを除外すれば、農業工場、製作所、銀行、商店、事務所等に於ける労働組織は總て皆管理人、労働者、店員、代理人等と締結せらるゝ契約に基くものである。

(2) 農業、工場、製作所等に於ける財貨生産の組織、此點に就ては次の諸點に着眼すべきである。(a) 原料、機械、機具、動力の供給、(b) 生産品賣却に關する契約(c) 生産品及び屑物の貯蔵の爲め又は煤煙及び臭氣の侵入の爲めに他人所有の場所を使用することに關する契約。

(3) 財貨交換の組織即ち商人が商品を買入れ之れを轉賣することに關する一切の契約。

(4) 自由なる營業的労働の組織即ち獨立なる營業者(運送業者を包含す)が其勞務を提供することに關する契約。

(5) 信用組織即ち金銭が少數者(銀行)の手に蒐集せらるゝことに關する契約及び信用を與ふることに関

する契約。

(6) 危險分配の組織即ち保險契約及び危險の負擔に關する契約。

(7) 住居使用の組織(賃貸借契約、家屋使用規則)。

(8) 最終需要に關する組織(飲食等生活に缺くべからざる需要を言ふ、譯者註)此のことは今日に於ても尙通常家庭に於て爲されるので契約としては旅館の主人との契約及び僕婢との契約が問題と爲るのみである。

現今に於ける契約の研究が上に述べたる要求を充たすに足らざることとは賣買契約を一瞥することに依つて明である。通説に依れば物と金銭とが交換せらるゝならば常に同一の契約である。然るに實際に於て穀物商人と農業者との間に於ける穀物賣買と、機械製造業者と鐵業者との間に於ける鐵の賣買と、消費者と小賣商人との間に於ける食料品の賣買とは其法律上の内容に於て賣買が賃貸借又は交換と異なるが如く異つて居るのである。

五 相續法は近世の法典特に獨逸法の最も進歩に後れたる部分である。遺言、婚姻契約(普通には相續に關する定めを包含する)相續契約、財團、養子縁組、遺産分配協定を研究することによつて初めて

今日相續が如何に行はるゝかを知り得んことを。

(註) Ehrlich, *Erforschung des lebenden Rechts*, in *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung*, XXV, 190, 191 (1911); *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (1913); *Das lebende Recht der Völker von Bokowina* (1913); Page, *Professor Ehrlich's Czernowitz Seminar of Living Law, Proceedings of Fourteenth Annual Meeting of Association of American Law Schools*, 46 (1914); Ehrlich, *Die juristische Logik* (1918)

鳩山秀夫『成文法ト生きた法律』(法學協會雜誌三八卷十二號) 高柳賢三『法律社會學』(法學協會雜誌四十卷一號) 田中誠二『エブリヒの法律社會學』(法學協會雜誌四十卷六號以下)

九

法律の現實的傾向は更に一步を進めて日本法律史の現實的研究と外國法の現實的研究とを喚起するかも知れない。從來と雖も法律史の研究に就ては條文法學的傾向よりも寧ろ生きた法律研究と云ふ傾向の方が強かつた様である。否。生きた法律研究はある意床で法律史家が過去の

社會に對し使用した方法を更に現代社會の研究に擴張せんとする企であるとも見られないでもない。そして現代日本社會の生きた法律の研究が益々完成すると共に同様な寫實を日本法律史の各時代に付て得んとする欲求が益々強くなるであらう。又外國法の研究も單に外國法典の研究と判例の研究と云ふ一面丈でなく更にその社會事情と云ふ背景の下に生きたそして動狀に於ける外國法の研究と云ふ方面に向うであらう。「譯讀外國法學」は「概念法學」と共に墜落の運命にあらうか。

現代日本社會の生きた法律、過去の日本社會の生きた法律、諸外國の生きた法律等の研究が益々完成するに及んで日本法學は益々その光輝を發するであらう。外國人に誇示するに足る日本法學が建設せられるであらう。日本法律家の爲すべき事業は將來益々重大なものと云はなければならぬ。

十

新しい法律學が生れんとしつつある。そしてその基調としての理想的傾向と現實的傾向との

徴候が仄見へる。新法学の基調としての両者は互に相争ふべき性質のものでなくしてむしろ相補つて發達せしめらる可き性質のものであらう。

「騎士ナイトに向つてその愛慕する婦人レディは非常に美しい娘だと云ふ丈では騎士は承知しない。彼女は神様の御造りになつた一番美しい娘であると云はなければ騎士は決闘を申込むであらう」とは小説の物語りであつて又實に人情の機微に觸れた名言である。

人間はスーペラティヴを好む。法律の理想の追求に就ても亦この人情が發揮される。然しながら各國の法理學を大觀して私は理想追及の相對性に打たれるのである。新カント派も新ヘーゲル派も新自然法派も皆な絶對の眞理ではない。眞理追求の不完全に滿ちた努力の跡なのであらう。私は法律學上に於ける理想的傾向に深甚な同情を持つ。然し結局吾々は人間の生活が改善される様な理想を要求する。我國民の法律生活を改善に導く様な理想を求め。現在の法律状態を批判すべき基準となる有力な理想を求めるのである。與へらる可き理想は當然相對的であつて絶對的であり得ない。我々は必竟「非常に美しい娘」で満足せねばならぬ。「神様のお造りになつた一番美しい娘」を求めらる事は宜しいとして之を探し出す事は不可能であらう。

然し普通の法律家の大部分は成文法、判例、及び生きた法律の探究にその時間の大部分を費さねばなるまい。それが實は法律家に一層相應しい仕事なのであらう。この意味で殆んど未開の天地たる生きた法律は學者、裁判官、辯護士、否世人一般と共に研究せらる可きである。

第二 道德及び社會心理と法律

私は千九百十五年の夏初めて北米の地を踏んだ。丁度サンフランシスコに萬國博覽會が開催せられて居つたので私は一週間をその見物に費した。赤毛布の私には總てのものが珍しく私の羨望に刺される。世界各國及び米國各州の農業、工業、商業の壯況は數多い出品と之に附随した説明書と、統計表とに依て明瞭に私の眼の前に展開された。それ許りでない。此博覽會には軍艦に行はれて居る色々な宗教運動や社會運動などが各々其代表者を送つて各自の主張綱要をば、或は圖解し、或は統計表に作つて分り易く説明して居つた。そしてパンフレットを配布して居る許りでなく、説明者が立ちどまる人に詳細な説明をやる。アメリカに於ける色々な新しい運動が一堂に開展されて居る狀況は私に非常なる興味を惹起したのであつた。その中に『酒場反對同盟』(Anti-Saloon League)と云ふのがあつて私は之に就て詳細な説明を聞く事を得た。説明者は中老の婦人であつてアルコールの人體に及ぼす生理的影響、アルコールと犯罪との關係、アメリカに於けるアルコール使用反對運動の歴史と現況、各州各都市各地方に於

ける酒場禁止法の現況などに就て特に私の爲めに小一時間を費して統計表、圖解等を示しながら懇切なる説明をして呉れた。私は之に依てアメリカに於ける禁酒運動の概要を理解する事が出来た。

サンフランシスコ市を去つて私はトランス・コンティネンタルの列車に乗つてボストン市に向つた。列車は一時間約二十五哩の快速力を出してアメリカ平原を横断する。車臺の完備した設備は可成り動搖する列車内にあつて尙ほ安樂な汽車旅行を續ける事を許した。食堂や喫煙室では色々な種類の酒が供給される。上戸黨はウイスキーのグラスを片手に地方政治ローカル・ポリティクスに就て盛に氣焰を擧げる。ハイカラ婦人は甘いベルモットを味ひながら文藝を論じ音楽を語る。ピューリタンはアイス・ウオターを飲みながら世間話に餘念がない。列車内のバーは中々の繁盛である。處が列車が一度びドライ・ステートを通過すると酒倉の鍵は固く閉ざされてカラード・ジェントルマンへのテイップもこの鍵を開かす力が無い。禁酒法に就て各州皆な法律を異にする事は兼ねて聞いて居つたが列車が禁酒州を通過する際に固く酒倉を閉ぢる狀況は私に驛馬を變へる毎に法律を異にする昔しのフランスの狀況を思ひ出させずには居られなかつた。

私はボストン市の對岸ケンブリッジ市に宿を定めてハーバード大學で勉學する身となつた。ハーバード大學の所在地であるケンブリッジ市は「乾いた町」(dry town)であつてバーは一軒もなく又料理店でも酒を出さない。之に反しボストン市は「濕つた町」(wet town)であるから自由自在にあらゆる種類の酒が求められる。ケンブリッジ市に住む上戸黨の人達が一杯やらうと云ふ時は穴潜り——地下鐵道——でボストン市へ現はれる。これと似た現象は決してボストン市に限られて居るのではない。大學の周圍一哩以内にバーを開く事を許さぬと云ふ様な規則はアメリカでは極めて普通であつた。又住宅地 (Residential Quarter) でローカル・オブションの結果「乾い」て居る地方も數多くあつた。これは住宅の附近に酒場があると云ふ事は住民の風儀上面白くなく又兎角靜謐を害する傾向がある。一個のニューサンスであると云つて宜いからである。住宅地で「乾く」方に投票する人の多いのは怪むに足らない。

私はアメリカ滞在中に度々バーのお世話になつた。但し目的は酒を飲むのではなく便所利用の爲めである。西洋には日本の様に澤山の共同便所がない。それで町に出て用を足すには必ずバーを利用するのが彼地の慣例になつて居る。バーに入つて行つたからと云ふてビール一杯で

も奮發する必要は少しもない。用が済んだらずつと歸つて来て差支なく又バーの店番も少しも怪しみもしない。當り前の事と思つて居る。私はバーの内の状況を見て色々な感想に打たれた。バーの前に立つてウイスキーやブランデーを飲んで居る人には勞働者が多い。本人は非常な上機嫌であらう。然し彼等が額に汗して得た一日の勞銀は大部分バーに貢いで了ふ。彼等の留守宅には妻子が泣いて居らう。彼等の家庭的平穩が破られる許りでなく妻子は生活に脅かされやがては離婚遺棄等に依る一家離散の悲劇が演ぜられよう。私が屢々訪問した家庭裁判所や少年裁判所などの光景がありくと私の眼の前に浮ぶ。バーはこんな想像に耽つた私の胸に非常な嫌惡の感を起させた。家庭の破壊。不良少年の發生。犯罪の誘起。——社會の最も恐ろしい出來事はこのバーに責任の大部分を歸すべきであると考へた。私はバーを呪はざるを得なかつた。私はアメリカのある州で Civil Damage Act (Drainshop Act) の名の下にバーで酒を賣つた爲めに泥酔者の妻子その他扶養を受くる人が損害を被つた場合に於てバーの所有者に是等の人に對する損害賠償の責任を被はせて居る法律を設けた趣旨を諒とした。

私はアメリカで度々教授の家庭に招かれて夕食のお馳走になつた。そしてヨーロッパに於け

る同様な場合と異つてテーブルの上に酒が出ない。飲料は必ずアイス・ウオターである。あのアイス・ウオターは空氣の乾いたアメリカで飲むと格別に美味しい。到底ボールドやライン・ワインの比ではない。アメリカ人がアイス・ウオターを好むのを私は怪しまない。各國には『國民的飲料』(National drink) がある。ドイツは麥酒フランスは葡萄酒イギリスは whisky and soda 日本は酒であらう。アメリカの國民的飲料はアイス・ウオターである。或人はコックテールだと云ふが私は寧ろアイス・ウオター説に賛成である。ムーヴオ・リツシユの家庭の内は知らないが兎に角教養ある中流の家庭でお客をする時に酒を出さないと云ふ處にピューリタン式の sense of propriety が生きて居る事を感じた。此處に將來のアメリカの中堅となるべき有望なる子女は育てられるのではあるまいか。私は窃かにアメリカの爲めに祝福を祈つた。

アメリカの教會は社會的に非常に活動する。私は日曜毎に教會へ行つた。私はアメリカの宗教——教會の空氣の内に現はれた宗教には深刻味が足りないと云ふ印象がアメリカを去るまで去らなかつた。深い痛烈な宗教的經驗の聲はアメリカの教會の教壇から之を聞く事が出来なかつた。私は反つて舊世界のスコットランドやアルプスの雪の消えないスウイスの教會に之を聞

いた。然しアメリカの教會の説く宗教が極めて道徳的であり人間的である事又その宗教が著しく社會化されて居る事兎もすると教會の空氣が上品な社交クラブ式である事はアメリカの宗教の私に與へた印象である。然し反面に於てこの意味でアメリカの教會は社會統制の機關として頗る有力に働く。一般民衆は教會の態度に依て非常に動かされる。教壇から叫ばれる處は禁酒問題などに觸れる事が少なくない。飲酒が善良なるアメリカ市民として耻づべき事であると云ふ感念は教會の影響の下に養はるゝ事が少なくない。禁酒運動を主唱する團體としては Good Templars や W. C. T. U. や Anti-Saloon League などがある。然し是等の團體の運動が成功するに到つた土臺にはアメリカの諸教會の禁酒問題に就て民衆に與へて居つた隠れたる力を見逃がす譯に行かないと考へた。

アメリカが參戰する前には禁酒問題に就て随分議論があつた。元來禁酒問題はアメリカとしても随分古い。既に千八百八年ニューヨーク市に禁酒會が出来た。禁止立法に就ても既に千八百四十五年からニューヨークで酒の販賣を禁止する法律があつた。然しこの法律は千八百四十七年に廢止されて了つた。千八百五十一年メイン州で制定した禁止法は今日まで廢止されない

ですつと効力を繼續して居たのである。それでメイン州が一番古い「乾いた州」と云ふ事になつて居る。禁酒運動は初めは個人の問題として、從て飲酒の惡癖——drink habit に関する問題として論議されたが漸次社會の問題として取扱はれるに至つた。從て運動は酒業 (drink traffic) に関する問題としても論議される様になつた。禁酒論者は酒と貧困、犯罪、精神病、遺傳、死亡率等の關係から禁酒立法の必要を論じた。之に對し反對論者は禁酒立法は憲法の保證する個人自由を害するとかアメリカの經濟上から云うて不都合を來すとか失業問題が起るとか云つて反對したものである。禁酒論者でも之に就てどう云ふ抑制方法を探つたら宜いかと云ふ事に就ては決して一致して居らなかつた。戦前のアメリカに實際行はれた立法的抑制方法は大約四つに分つ事が出来る。第一は「乾いた州」にする事で州全體としての禁止である。全國禁止が實施せらる迄には二十七許りの州が此種に屬した。カンサス州丈では大成功であると傳へられて居るが多くの禁止州では殊に都會で公然バーが開かれて法律と實際との離隔が甚しかつた。第二は地方選擇主義 (local option) で各州の小行政区域でその住民の投票に依て酒場を禁止する。この方は可成り成功した。區域が小さいと輿論の結合が強いので法律の執行が容易に行

はれた。第三は酒場免許に高い手数料を取る (High license system) と云ふやり方で、ある地方ではこの方法で可成り酒場の数を減少したけれども全體として見ると餘り成功しなかつた様である。その失敗の理由は人民の非難する商賣から税を取つて之を財源に使ふと云ふのは不都合ぢやと云ふ感じからである。それでこの主義をとつた地方では禁酒論者と酒場營業者とか聯合して法律に反對すると云ふ奇觀を呈した。第四は官有主義である。(dispensary system) 即ち酒の販賣權を一切官有とするのである。サウス・カロライナ州で嘗て行はれて居つた。そして「社交場としての酒場」を廢止した。然しこれも第三の主義と同様な理由から巧く行かないで千九百六年に地方選擇主義に變更され更に千九百十五年には全州が「乾いた州」に變つた。

アメリカの參戰はアメリカの經濟生活に色々な變化を來した。食料品の節約と云ふ問題がその内で一番高唱された。「肉なし日」(meatless day)「小麦なし日」(wheatless day)が一週に一回宛定められる。各市民の自治的愛國心に訴へて是等が可成り宜く守られた。當時の人氣役者であつた食糧大臣フーヴァー氏に因んで「フーヴェライズ」(Hooverize)と云ふ新しい英

語が作られて「食糧を節約する」と云ふ意味に用ひられる様になつた。食糧の節約に伴つて酒の醸造は有用な穀物を浪費するものだとして云ふ禁酒論者の所説が戰爭のお影で可成り早く輿論を動かすに到つた。千九百十七年八月十日に米國議會を通過した食料品管理法 Food Control Act が蒸溜酒の輸入を禁止し且つ食料品を蒸溜酒の作製に使用する事を禁止したのはこの戰爭輿論の發現である。然し運動は之れ丈で止まなかつた。禁酒論者は全國を此機會を利用して「乾かし」てしまはなければ、と考へた。この考が勝を制して千九百十七年十二月十八日米國議會の決議で採用したアメリカ憲法修正案は各州に批准を求められ千九百十九年の一月ネブラスカ州が批准を了へたので全國の州の「三分の二」と云ふ聯邦憲法改正の法律要件が完備してアメリカは全部が「乾く」事となる事に定まつた。之れが所謂聯邦憲法第十八修正であつて「本條の批准より一年後合衆國及び合衆國の管轄の下に立つ領土内に於ける酒の製造、販賣、及び運送」と輸入輸出とを禁じ又「米國議會及各州は適當なる立法に依て本條を施行すべき競合權限を有するもの」とした。右の聯邦憲法第十八修正が批准せらるゝに至るや禁酒論者は更に一步を進めて州議會及び聯邦議會に於て嚴格な施行法の制定に運動を進めた。之に反し酒造業者

側では強行法制定に就て各州の人民投票を求めた。輿論の力に依頼して寛和された執行を得んと欲したのである。同年七月一日から戦時禁酒法が愈々實施さるゝに至つた。そして此法律は「戦時中の禁止は戦争終止後軍隊解散のあるまで繼續すべきもの」で「その日附は大統領之を定むべきもの」となつた。同年十月二十八日有名な「ヴォルステッド法」Volstead Actが大統領の拒否に拘らず聯邦議會を通過し戦時禁止法及第十八修正の施行規則を定める事になつた。そして是等の法律で云ふ酒 (intoxicating liquor) とは「二分の一パーセントのアルコールを包含する飲料」の意味に法律で定めらるゝに至つた。

戦時禁酒法、ヴォルステッド法、及び憲法修正はアメリカ獨特の違憲立法問題と云ふ事から是等が違憲立法なりや否やと云ふ點でその効力問題に就て争はれた。州權と聯邦權との限界問題個人の自由と國家の命令權との限界などに關する政治學上の根本問題はアメリカ憲法の解釋と云ふ一個の法律問題の形を取つて州裁判所や聯邦裁判所などで盛に論議された。然し結局は合衆國最高裁判所の判決で總ての異論が排斥されて是等は總て有効と云ふ事に定つて了つた。アメリカ國民は名義上に於て古今無比の「酒を飲まぬことを主義とする國民」となつた。勿論

是等の法律は酒を飲むことを禁止はしないが製造、販賣、運送、輸入を禁止するのは成るべく飲ませぬ事を意味するのは疑ひない處であるからである。

私は二年間のヨーロッパ留學を終へて歸朝の途上再びアメリカを通過した。ニューヨークの幾多のバーやカフェーやレストランやカバレーは或は閉され或は開いて居つても「柔い飲料」Soft drinks 丈を賣つて居る。如何にも落莫の感に堪へなかつた、汽車の中でもジンジャ・エールやルート・ビヤやニヤ・ビヤなどの「柔かい飲料」それから二分の一パーセント以下のアルコールを含んだ味の無いビールが盛に賣れて居る。外面的にはアメリカは酒を飲まぬ國民となつて居る。内面的には矢張り酒を飲む國民として止まるか。よし未だ濕つて居るとしても濕り氣が以前より少いと云ふ事が云へるか如何か。之れは一寸批判するに苦む問題である。第一正確な材料がない。禁酒論者は樂觀的考察に傾き反禁酒論者は悲觀的考察に耽るからである。私は某法科大学の教授を訪問した。談偶々新しい禁酒法の効果の問題に及んで彼はその家庭で私用の爲めに葡萄酒を作つて居ると云ふ。そして外國人たる私に公然と之を言明する。之れは確かに法律違反であるに違ひない。そしてこの人は法律學の立派な先生である。禁酒法は

確かに善良なる市民を犯罪者としたと考へた。シカゴの町の散歩をしてデパートメント・ストアの前に立止つて内を眺めると家庭用葡萄酒醸造器が公々然と商品として陳列されてあつた。カリフォルニアの葡萄が禁酒法制定に拘らず無比の賣行であると云ふ話を聞く。金持が子々孫々に傳へる事の出来る位多くの酒をその穴蔵に貯へて居ると云ふ話を聞く。労働者は悪性のアルコールやオピウムやコカインを飲用して健康を害して居ると云ふ事を聞く。サンフランシスコの日本旅館では日本酒は「お茶」の風を粧つて盛に土瓶から茶碗に注がれて居るのを見る。私の得た情報は断片的ではあるが非常に悲觀的であつた。併しながらそれは經過時代の止むを得ざる現象であるかも知れない。未だその成績に對しての判断は容易にすべきであるまい。更に十数年の後に至つて初めて公平なる批評をなし得る *Congress* が集まるであらう。

私はアメリカの制度の研究者として又法律學の研究者として禁酒立法と云ふ一個の趣味ある試みに關連してアメリカ人の社會心理と二三の法學の根本問題に就て下に若干の考察を試みる事を許され度い。

二

アメリカの禁酒法に關聯して先づ頭に浮ぶのはビュリタニズムである。禁酒と云ふ事はすべてビュリタンの賛成する處であらう。元來キリスト教は必ずしも酒を飲む事を禁止して居らない様に見える。イエスが奇蹟に依て酒を作り出した新約の物語はイエスが必ずしも飲酒に反對した様にも見えない事を示して居る。又イギリスの古い小説などに牧師さん達が酒に酔つて蹣跚く千鳥足の光景などが描寫されて居る處から見てもヨーロッパのキリスト教徒の間に飲酒が必ずしも禁止されて居らなかつた事を示すものであらう。然し日本でキリスト教と云へば禁酒禁煙の教と一般に考へられて居る。これはビュリタニズムの影響の勝つたアメリカ宣教師に依てキリスト教が日本に傳へられた結果ではあるまいか。それは兎に角として禁酒法を考へる時に私にビュリタニズムを思はず居られない。

元來ビュリタニズムはイギリスに起つたのであるがビルグリム・ファーズと共にアメリカに渡つて非常な潛勢力をアメリカ人の生活とアメリカの宗教アメリカの社會アメリカの政

治アメリカの經濟組織アメリカの法律の背後に潜ませて居る。それは少しく洞察力を有つた眼光を具有してアメリカに生活すれば直きに氣の附く處である。姉崎正治氏は去年の冬へボン講座主催の講演でビュリタン氣風とアメリカの政治及び經濟組織との關係を説かれた。私は此所にはビュリタニズムとアメリカの法律に就て二三考へて見たい。ビュリタニズムは三つの點でアメリカの法律と關涉を有つて居る様に思はれる。その一は個人主義的色彩である。その二はその禁欲主義的色彩である。その三は法律過重主義的色彩である。

ビュリタニズムの個人主義的色彩はアメリカに於けるビュリタニズムの歴史から云ふても當然の歸結である。アメリカに於けるビュリタニズムの祖であるビルグリーム・フアーザーはイギリスの國教に反抗して宗教的良心の自由をアメリカの新天地に求めた。彼等が教權や國權に對して個人の自由を主張するのは彼等自身の生命そのものであつた。又彼等の宗教的信仰の内容は新約的であつたよりも寧ろ舊約的であつた。彼等の信仰は神と人との垂直的な關係を重んじ人と人との平面的關係に對し割合に冷淡であつた。各人が其良心を通じて聞き得る神の聲に忠實ならん事が人の第一の本務である。人と人との關係それは大切な關係である事は勿

論であらうが畢竟それは第二位の問題だ。第一の本務の爲めに第二の義務を斷ち切るのは止むを得ざる事であると彼等は考へた。ある意味で神に對する忠實の宗教で人に對する愛、慈悲、の宗教ではなかつた。ビュリタニズムが個人主義的色彩に豊富であつたのはこの宗教的信仰の傾向から見て蓋し怪むに足らない。

ビュリタニズムの個人主義的傾向は當時の歐米時代思潮であつた政治的解放を目標とした個人主義、それからアメリカ特種の現象であつた開拓者の氣分に伴ふ個人主義と結合してアメリカの法律の上に非常な個人主義的光彩を與へたのであつた。十九世紀のアメリカ法がヨーロッパ以上に個人主義的傾向の著しかつたのはその奥にビルグリーム・フアーザーズの活きた精神が傳統的にアメリカ人に傳はつて居つたからである。

ビュリタニズムの個人主義はアメリカ聯邦憲法と各州の憲法に不磨の根柢を築いた。「私有財産の不可侵」「契約の自由」「過失なければ責任なし」と云ふ歐米に於ける十九世紀私法の三大原則はアメリカでは憲法上の保障を得て之に反する法律命令は刑事的規定たると民事的規定たるとを問はず皆無効であるとされた。即ちかゝる規定は憲法違反だから無効だと裁判所が宣言

したのであつた。これは所謂アメリカ憲政の一大特質である。「司法権優越」の法理に基くのである。そして又憲法の解釋と適用の任に當つた裁判官自身の血の中にもビュリタニズムの血が通つて居つた。従て彼等は滿腔の同情と熱誠とを以てビュリタン式の憲法を擁護した。かくしてビュリタニズムの個人主義はアメリカの法律に不磨の影響を残して居る。アメリカの資本主義經濟組織は此の基礎の上に無比の發展をなした。個人的利益は微より細に入つて分析せられ保護せられた。現今ではアメリカの法律も世界の太勢に順應して「社會化」の方面に向つて着々とその歩を進めつゝある。「太郎は共和國の爲めに苦まねばならぬ」John Doe must suffer for the Commonwealth's sake と云ふ古いイギリスの法律格言は新しい二十世紀式の意味を帯びてアメリカの社會に復活しつゝある。全部の力は一部の力を抑壓する。國家は社會利益の保護者として個人の自由を制限する。然しながらビュリタンの個人主義は未だ死滅しない。何等かの新しい衣裳を着けて將來もその力を現はすであらう、と私は觀察する。私は戦時中のアメリカに於ける政治的の言論自由問題に關する論争の中にビュリタン式考方の復活を見た。又ハーヴァート大學のチャファイ教授の近著「言論自由論」(Chaffee, Freedom of Speech,

1916)にも新しい衣裳の下に隠れたビュリタン式考方が仄見えて居る。アメリカ研究者は徒らに盛に高唱される「社會化」の名に眩惑せらる勿れと私は云ひたくなる位である。歴史的の根柢の深い國民的精神は容易に消滅するものではない。

次に私はビュリタニズムの禁欲主義的傾向と法律との關係に付て考へて見たい。此點に就ては二方面から觀察する事が出来ると考へる。

第一にビュリタニズムの禁欲主義的傾向はアメリカの立法にその面影を刻んで居る。アメリカの立法には随分過重な倫理的義務を法律で課して居るものがある。一例を挙げるとアメリカの諸州に數多くある「青い法律」(Blue Laws)がそれである。此れは安息日嚴守法である。日曜日には商賣をやつてはならん。日曜日は總ての世俗的活動を止めて祈禱と靈的安靜とに之を費す可しと云ふのがビュリタン式考方である。勿論現代のアメリカ人には衛生と云ふ方から云て一週間一遍休息する方が宜いと云ふ方の考も存在して居る。然し又同時にビュリタン式禁欲主義の面影も見られないでもない。それでこの禁に違反して日曜日にやつた取引は法律上無効と云ふ事になる。只必要缺くべからざる取引と慈善のためにするものゝ二つは例外と

されて居る。日曜日だからと云ふて断食をする譯に行かぬ。故に料理店は店を開いても宜しい又藥屋が閉ざされては日曜日に病氣になつた人が困る。それでドラッグ・ストアは日曜日でも開く事が許される。ドラッグ・ストアが開いて居るからアイスクリームは買へる。アイスクリームもアメリカ人に取つて或は「必要缺くべからざる物」かも知れぬ。日曜日に取引を休むと云ふ「青い法律」の主旨はアメリカで可成り能く守られて居る様に見受けられた。然し「休む」と云うても現代のアメリカ人に教會に行く事を強いてもそれは駄目である。多くのアメリカ人に取つて日曜日は身體の安息日で精神の安息日でない。日曜日にはあの百二十頁もある大形のサンデー・ペーパーを讀みながら安樂椅子に倚る人もあらう。公園を散策する人もあらう。戸外に遠足に行く人もあらう。然しこれは元來ピューリタン式の安息日の意義から非常に離れたものと云はざるを得ない。そこで或る州では極端に日曜日にベースボールなどの遊技をやる事を禁止した處さへある。然し此所までいくと現代の輿論との離隔が甚しくなつて來て行はれ悪い。兎に角「青い法律」の中に私はピューリタニズムの禁欲主義の面影が刻まれて居るのを見るのである。「青い法律」で想ひ出すのは「青空法」(Blue sky laws)である。之れは「青い法律」とは

全然違つた事柄を取扱つた法律なので無智な投資者を保護する爲めに他人の爲めに投資するを業とする者に非常に重い責任を負はせて居る法律である。無智な投資者を保護するのは宜いとして營業者に課する責任の程度が過重なのは道德的義務を法律で強行すると云ふピューリタン式考方の發現の一つである。然し私が此所に問題として居る處とは關係が薄い。

第二にピューリタニズムの禁欲主義は随分深くアメリカ人の輿論に浸み涉つて居る。従て禁欲主義の立法に就て政治家が公然反對する事が出来悪い。出来るにしても餘程の勇氣を要する。それで禁欲主義の立法は割合に容易に議會を通ると云ふ現象を呈する。嘗てローズヴェルトが「酒に酔つた」と云はれたので、名譽毀損として訴訟を提起して勝訴したと云ふ事を聞いたが、日本なら別段「酒に酔つた」と云はれたつて政治家の名譽を毀損するなど、は一般から考へられて居るまいがアメリカのピューリタン式の輿論は政治家の日常生活に期待する處が多い丈けにこんな事が政治家に取つて大問題となるのであらう。ローズヴェルトもそんな理由で黙過する譯に行かなかつた。この話はアメリカの輿論が非常にピューリタニックである事を示して居る。兎に角政治家も禁酒法反對と云ふ態度に出ると一般からその徳操に就てまで疑はれる恐が

ある。それで政治家が内心では不賛成であつても表面は賛成すると云ふ事になる。禁酒立法が非常に困難と一般から考へられて居つた聯邦憲法の改正で、割合に安々とアメリカで通過して世人を驚かせたのはこの邊の消息をも見逃す可きではあるまい。

第三にビュリタニズムの法律過重主義とアメリカの法律との關係も亦甚だ密接なものがあつた。元來ビュリタンは個人行動の自由を以てその信條の骨子とする。政府とか法律とかで個人の行動の自由を束縛する事はその最も嫌惡すべき處である。然し他の一方にビュリタンにはその獨特な人性の罪惡觀から法律規則を好むと云ふ傾向がある。この二つの傾向は一見頗る矛盾したものゝ様に見える。如何に之を説明するか之れは宗教心理學の研究者に委して私は此所には説かない。私は只このビュリタニズムの法律過重主義がアメリカの法律との交渉に於て如何に現はれたかについて一言したい。

第一に公法の範圍に於ては行政官の行動を成る可く法律で束縛して個人の自由を保障せんとする傾向となつて現はれて居る。アメリカの法律は「行政官の自由裁量」と云ふ事を嫌ふ事が甚しい。これはビュリタン式法律過重主義とビュリタン式個人主義との競合的影響である。

様に見える。勿論近來の傾向は反動を來して居る。各州に於ける警察權 (Police Power) 理論の發達、裁判所の「行政官の自由裁量」に對する寛容的態度、民衆の行政府に依頼する傾向などは新しい反動的傾向を示す顯著なる徴候である。然しながら未だ舊來のビュリタン式法律過重主義が消滅したとは見られない。

第二に刑法の範圍に於ては「所謂罪刑法定主義」となつて現はれて居る。此處にもビュリタンの個人主義と法律過重主義とが競合的に働いて居るのを見るのである。この方は裁判官を法律で縛ると云ふ事に依て個人の自由を保障せんとする考に基くのである。この點でも近來の傾向は反動を來して居る。「不定期刑」「少年裁判所」「家庭審判所」などのアメリカに於ける發達はフランスのサレイユ教授の説いた「刑罰の個人化」であつて法律過重主義に對する反動であると見る可きである。然しながら未だアメリカの刑事法が「裁判官の裁量」に全然依頼するに到らない。スター・チェンバーに關するイギリスの經驗は彼等の記憶に強く刻まれて居る。ビュリタンの血は彼等の内に流れて居る。彼等は「自由裁量主義」でもない。「法律過重主義」でもない。新しい Synthesis を將來に於て創造するのであらう。

第三に訴訟法にはその複雑な形式的手續となつてビュリタニズムの法律過重主義が現れて居る。これは刑事訴訟法民事訴訟法に共通な現象である。ドイツのイエリングは「形式と自由とは双児である」と云うた。ビュリタンも訴訟形式を複雑にする事に依て裁判官の専斷を防止し個人の自由を防禦せんとした。アメリカに於ける訴訟が他國に於けるよりも一層訴訟法の細かな點に就て争はれると云ふ事はアメリカに生活して彼地の裁判所の模様を熟視した者の能く知る處である。この點に就ても近來の傾向は反動を示して居る。「訴訟手續の簡易化」は近來のアメリカ司法界のモットーである。「小額裁判所」の發達はその一徴候である。然しアメリカの辯護士協會や司法協會などの異常なる活動、法律學者の熱心な主張にかゝらず、改革が遅々として行はれぬのは尙ほビュリタン式法律過重主義の精神の存續を物語るものである。

第四に私はアメリカに於けるイギリス法繼受の歴史に於てビュリタニズムの法律過重主義の現れを目撃する。アメリカの法律は大體に於てイギリス法を母法とすると云うて差支ない。ある地方ではフランス法やスペイン法を繼受したけれど皆イギリス法に依つて壓倒されて了つた。

處でイギリス法の法源としてはコンモン・ローとエクイテイとがある。兩者相補つてイギリスの不文法の體系を成して居つた。イギリスでは一八七三年の裁判所構成法の一大改革まではコンモン・ローとエクイテイと云ふ二つの法律體系は別々の裁判所に依て運用されて居つた。コンモン・ローが形式的で法規の嚴格均等な適用を特色としたに對しエクイテイの方は實質に着眼してコンモン・ローの形式主義を緩和し具體的正義の完成を特色とした。セルデンの有名な「コンモンローには尺度がある。エクイテイは各大法官の足の長短で異なる」と云ふたのはエクイテイの特色を寫實的に道破した言とされて居る。エクイテイでは「裁判官の自由裁量」と云ふ事が其特質であつた。そこでアメリカに於てイギリスの法制を繼受するに當つてコンモン・ローを繼受するかエクイテイをも併せて採用するか問題であつた。多くの州に於て兩者を併せて採用したに反し、ビュリタニズムの旺盛であつたニュー・イングランド地方ではエクイテイに反感を持つて居つた爲めに仲々エクイテイ裁判所と云ふものが出来なかつたと云ふ法律的事實の中にビュリタニズムの法律過重主義の力が仄見える。エクイテイは裁判官の自由裁量を特色とする意味で「法律に依らざる裁判」を行ふのである。法規を過重するビュリタンが之を蛇

鵜視したのは了解するに難くない。それ許りでない。エクイテイを採用した州でもエクイテイを著しく法律化した。ある意味で「エクイテイの骨化」(Ossification of equity)といふ現象が起つた。これはイギリスでも起つたのであるがアメリカでは殊に甚しかった。又その原因は必ずしもビュリタニズムのみに依つたとは云はれないけれどビュリタニズムの法律過重主義の精神は確かにその一原因をなして居る。現代はこの點でも反動を示して居る。先に述べた少年裁判所、家庭裁判所、小額裁判所それから近頃出来た労働裁判所などはある意味でエクイテイの復活である。然し未だ一部分丈である。「法律に依る裁判」はビュリタンの残した強い深い傳統である。アメリカは將來の裁判形式に就て決して「法律に依らざる正義」の内に解決を見る事はあるまい。新しい衣裳の下に「法律に依る正義」が生れるであらう。

第五にビュリタニズムの法律過重主義はアメリカで法律の過剰生産と云ふ珍現象を生み出した。アメリカの各州皆な法律が異つて居る。我國で云ふ民法だの商法だのと云ふものに當る法は各州でそれく異なる。各州の議會が又毎年非常に多くの成文法を制定する。アメリカ全體で毎年制定される成文法の數は數千を下らない。法律案として議會に提出される數はその又何

倍かになる。それで法律の過剰生産と云ふ事があらはれる。これは確かにビュリタニズムの法律過重主義から生れた現象である。其結果として法律家——裁判官も辯護士も學者も是等の成文法を知る事が出来ぬ。アメリカ全體に就て知る事が不能な許りでなく一州丈でも大變だ。アメリカの法律學校でも判例法の研究に専らであつて成文法の研究は怠つて居る。無理もない。又裁判官は成文法を無視して判例法で判決を下す事がある。人民も成文法の多きに苦んで是等を輕視する傾向が出る。判例法と成文法とを比較して質に於て到底成文法は判例法に及ばない。あゝ法律が毎年制定されるのでは良い法律の出来よう筈があるまいと思はれるのである。然しこの點に於ても現代は反動的に各州成文法の統一とその質の改善とに對する努力が行はれて居る。前者の例としては學者と實際家との協力によつた模範的商事統一法が各州で採用されつゝある事實がある。後者の例としてはウイスクンシン州の Legislative Reference Bureau の活動やシカゴ大學のフロインド教授が前例を破つて「立法學」と云ふ科目を法科に置くに至つたと云ふ様な事實に現れて居る。然しながら今尚ほ成文法の過剰生産と云ふ現象はアメリカ特有の現象たるを失はぬ。そしてその淵源は主としてビュリタニズムの法律過重主義にある。

以上述べたビュータニズムの特質である個人主義、禁欲主義、法律過重主義の内、禁酒法に就て特に著しいのは禁欲主義と法律過重主義とである。私は禁酒法問題を考へながらその社會心理的基礎としてのビュータニズムに就て考へざるを得ないのである。

三

アメリカ禁酒法を見て私はアメリカ人の萬事に於て、世界一たらしとする氣魄を考察せざるを得ない。アメリカ人には霸氣が豊富である。アメリカ人が「世界一」と云ふ事を好むのは既に云ひ古された處で事新しく云ふ迄もない。アメリカ人は屢々「アメリカで一番大きい」と云ふ可きを「世界で一番大きい」と云ひ「アメリカの學者」と云ふべき處を「世界一の學者」と云ふ。私の見た處ではアメリカ人の此氣魄は開拓者の氣分と密接な關係がある。バイオニヤの生活は個人の能力と個人的勇氣とを働かせる事に依て無限の寶庫が自由に開かれる事を彼等に示した。彼等は人生に對し非常に樂觀した。「跳ばぬ先に見よ」「Look before you leap」と云ふ戒めよりは「見ないで跳入」「Leap before you look」と云ふ方が開拓者の生活に相應し

た行き方であつたのだ。躓けば起き上れば宜い。失敗つたら再び試みれば宜い。開拓生活の實際は此種の人生觀に裏書をした。アメリカ人の進歩主義、努力主義、何事に於ても世界一たらしとするの霸氣は開拓者の生活に負ふ處が多いものと私は考へて居る。この考方は個人に就て顯著である許りが愛市心、愛州心即ちアメリカ人の所謂 local patriotism も現はれる。又アメリカといふ國家としてもさうである。アメリカ全權のバリ講和會議での遣り口にしても今度のワシントン會議に於ける軍縮制限に就ての大膽な發案振りにしろ、このバイオニヤ式考方の色彩が顯著である様には見える。この考方は又アメリカ人の理想的な社會改良運動に於ても顯れる。アメリカ全國を世界一の模範的國家とする事これは確かにアメリカ人の心胸を躍らせるに足る。禁酒と云ふ事に就ても先づアメリカを禁酒國とする事は禁酒論者の霸氣を満足せしむるに足るのである。之に依てアメリカまを世界に垂る、事が出来る様になると彼等は考へる。然しアメリカの法律との交渉に就てはアメリカ人の此氣魄から來る結果は必ずしもアメリカに取つて良好なものと云へぬ。新しい思ひ付き新しい發見はどしどし新しい法律の形を取つて法令集の中に現はれる。未だ定説とならない處でも盛に法律として議會を通過して法令集の中

に載せられる。只實際には行はれないでも法律の形となつて現れた丈で非常な満足を民衆の心に與へる。

只アメリカは四十幾つかの州に分れて居るので是等の實驗的法律もその害が割合に小部分で済む。ある州で新奇な法律を作れば他の州は之を注視してその運用が巧く行くかを見る。巧く行けば之を模倣するのである。之のやり方をアメリカの法律家の間に「犬に與へて見る」(try it off the dogs)と俗稱して居る。又止めるのも早い。成文法の朝令暮改は平氣である。只道徳的立法の廢止丈はアメリカでも困難である。然し何の事はない。廢止が困難ならば民衆は之を守らない丈である。

アメリカ人の此の氣魄は試みの立法を豊富ならしめる。煙草の害はニコチンよりも紙の燃えるのから來ると云ふ説に基いてアメリカ南方の六つ許の州では葉卷煙草は許しても紙卷煙草の賣買が禁止される。優生學が高唱されると早速婚姻法が改正される。立法の内容の千差萬別なるを以て比較法學者に取つて趣味の多い事アメリカの如きはない。然し外國の研究者には趣味を味はせよう。又各州法律を異にする爲めにその害は極限されよう。然しながら成文法の威信は

地に墜ちざるを得ない。行はれない法律が法律の形で本の中に印刷されて居る事は法の威儀の上からは望ましい事ではない。然し又その好い方面は科學の進運に伴つた法律が實驗される機會を多くする事である。一得一失は數の免れざる處である。

禁酒法は矢張り試みの立法であつた。ローカル・オプションとして一都市一地方に試みられる。一州が全部乾く。第十八修正に依る聯邦憲法の改正までには二十七州が乾いた。そして最後に全國禁酒となつたのである。禁酒論者から云へば實驗濟の制度なのであらう。それは兎に角アメリカの禁酒法の背後にアメリカを道徳的に世界一たらしめんとするアメリカ人の社會心理が働いて居る事を見逃すべきであるまい。

四

禁酒法を眺めて私はアメリカに於ける民衆の法律觀と法律家の法律觀との對立及び禁酒立法の背面に潜む民衆法律觀の發現を考察せざるを得ない。禁酒法は民衆の法律觀の結晶

と見る可きであらう。

元來アメリカには二種の法律観が有力な對立をなして居る。一は即ち素人の法律観、非法律家の法律観（政治學者や經濟學者の法律観も私の云ふ素人の法律観非法律家の法律観の部門に入る）であつて他は即ち法律家の法律観である。素人は法律を主權者の命令であると見る。法律家は法律を理性の結晶であると見る。前者は成文法が法律の典型的なものと見る。後者は判例法を典型的な法律と考へる。此二つの異つた見方にはそれ／＼歴史がありそして兩者の衝突は現實の實際問題となつて現はれる。ある意味でオースティンの有名な法律主權者命令説即ち法律は主權者の命令であると云ふ學説はアメリカの素人法律観となつて残つて居る。專制的色彩のあるオースティンの學説が自由平等を理想とする人民の法律観となつて残つて居ると云ふ事は一見不可思議の様であるけれど少しく注視すれば之は決して怪むに足らぬ事が分る。勿論アメリカでは主權者と云へば君主ではない。人民である。人民が主權者である。君主の主權はアメリカでは人民に移された。それでアメリカの民衆は人民の多數決に依つて成立した法律、人民の代表者が人民に代つて制定した成文法は法律の最も典型的なものと考へる。人民が主權者

であると云ふ政治的確信は色々な事に現はれる。早い話がかの私刑がその一例となる。黒人が白人の婦女を辱める。白人の群衆は激してその黒人を捕へて私刑に處する。これは一種の原始的刑罰 Primitive justice と見る事も出来よう。又一時の感情に馳られた無意識な行動に過ぎぬと論じ去る人もある。又アメリカ人の野蠻性を表白したもので東洋人の方が西洋人よりも野性が少い一層開化して居るのだと云うて獨り嬉しがる觀察者もある。然し私は更に深く、これを注視した。そして文明人であるアメリカ人に此事あるには相當な理由があるに違ひないと考へた。右の黒人が普通の裁判手續を踏む事になると裁判の遅延がある。陪審官が無罪と宣告する恐がある。そこで人民は「正義の淵源」(Fountain of justice) たる主權者であるから直接にその主權を行使して「迅速な確實な正義」 Quick and sure justice を犯罪者の上に加へるのである。無意識的にこう云つた心理がアメリカ民衆の上に働く。勿論私刑の心理は更に一層複雑である。これは私も認める。然し人民主權と云ふ政治思想の履き違ひも一つの有力な因子である様に自分は考へる。

法律家——辯護士と裁判官とは法律を理性の結晶と觀する。主權者の命令と云ふオースティン

の考方はアメリカでは昔から法律家には受け入れられなかつた。アメリカの法曹間ではオーステイン自身の著書よりかオーステイン批評家の著書の方が多く語られる。之には二つの理由があらう。第一は彼等の訓練が判例法で爲されたこと云ふ事である。アメリカの大學の法科で教へる處は主として判例である。判例の背後に内在する合理性の探究これが總ての法律家の經過する訓練である。成文法の研究は法科でなされずして反て經濟科や政治學科でされる事に現になつて居る。アメリカの法律家が法律を理性の結晶であるとしてコンモン・ローに不變の合理性を求めめる事は此點から見て自然の勢であると云はねばならない。第二は憲法に背反した成文法は無効であると云ふ憲法慣行上の傳統である。成文法が理性の法則 Law of Reason に反する場合には常に無効と宣告せられる慣例に親む彼等の法律觀は益々コンモン・ローの合理性を尊重し成文法を輕視する。

言ひ換へるとアメリカに於ける非法律家の法律觀は政治的である。デモクラシーの考、人民主權の考から出發する。之に反し法律家、殊に裁判官の考方は歴史的であり哲理的である。コンモン・ローの普遍的合理性から出發する。

この根本的な法律觀の差異の結果はかうである。人民は法律を議會を通過して法律となれば自ら行はれるものと誤信する。その運用の可能性を顧みない。裁判官は新しい立法の精神を理解しないで新立法の適用を違憲の名の下に拒絶する。又新立法を適用する場合でも制限的に狭義に解釋して行く。これはアメリカの實際である。二個の法律觀の鮮かな衝突は「裁判官呼戻し」(Recall of Judges) 及び「判決呼戻し」(Recall of Judicial Decisions) に關する立法採用賛否論と言ふ非法律家たるローズヴェルトと法律家たるタフトとの間の政治的論争の形を取つて現れた。

私は禁酒法を眺めてアメリカの非法律家の法律觀が強い形で現はれた事を思はざるを得ない。法律の合理性とその運用可能性とに着眼する法律家階級の殆ど一致した強い反對に拘らず禁酒法がアメリカ全國に布かれたのを見て私は法學研究者として無限の興味をその間に發見するのである。

アメリカの禁酒法に就て考へる時私は禁酒法が暗示する現代法の趨勢と云ふ事を看過する事が出来ない。現代の生活はあらゆる方面に於て過渡時代の徴候を表はして居る。「生活の改善」が唱へられる。「哲學の改造」と云ふ事が叫ばれる。「倫理學の改造」も唱へられる。「經濟組織の改造」「政治組織の改造」「社會組織の改造」が高唱される。時代精神の標語は「改造」にある。古い制度古い學說に保障された古い時代精神は衰退しつつある。新しい時代精神は新しい制度と新しい學說とを生み出さんと努力して居る様に見える。新しき統合 *Synthesis* が何であるか、それは未だ神様達の懐に隠れて居つて人間の眼には能く見えない。然し何等かの形に於て新しい文化が生れ出さんとしつゝあるは疑ふ可くもない。生みの苦しみを世界各國の人心に私は認めるのである。

法律はある意味で社會思想の表現である。社會思想が激變しつつある間に法律のみ獨り靜止して孤獨を守る筈は無い。事實上各國の法律は今や大變革の途上にある。法律學者は現代の法律變遷の趨勢を指して現代は法律社會化の時代にあると云ふ。所謂社會化の意義に就ては之を用ゆる人に依て多少の差異はあらう。然し舊い法律が時代の新しい精神に合はなくなつたのを

認めて之を新しい精神に適應せしめんとしつゝある現象であると概言するを得よう。何が古い精神か何が新しい精神かそれは例へば歐米と東洋とで趣を異にする事がある。例へば個人主義と云ふ精神は西洋では舊い精神であらうが日本や支那では新しい精神である。然しながら時代精神が法律の改造を強く要求して居る點に就ては洋の東西を分つべきでない。

法律の内容は時々刻々と變化する。如何なる時代でも靜止した法律を私は考へる事は出来ない。併しある時代に於ては法律の根本思想は動搖しないで變化は只だ其の根本思想の具體的發展と部分的改善との形に於て現はれる。他の時代には法律の根本思想其者が動搖し出した爲めに法律の上に激變が生ずるのである。現代の「法律の社會化」と云ふ趨勢は寧ろこの第二の部類に屬すべきものであると私は考へる。

現代の法律變遷に似た現象は法律の歴史に之を求めらる事が出来る。舊くはローマの昔に起つた。ローマの市民法 *Jus civile* はローマ市民丈に適用される法律であつた。然るにローマが一大帝國となり外國人との取引が増加しギリシャの哲學思想が輸入される様になつて古い市民法は新しい時勢に合はなくなつて來た。法律の改造が必要であつた。ローマ人は大帝國の支配

に屬する各民族法の比較とギリシヤ思想殊にストア哲理の影響の下に萬民法 *Jus Gentium* と云ふ雄大な法律を作り出して永く範を後世の歐大陸に垂れた。この市民法より萬民法への推移史に私は丁度現代に似た現象を見るのである。同じ様な現象はイギリスにも起つた。ルネサンスに醒めた新しいイギリス人に古いコンモン・ローでは充分に正義の實現が不可能だと分つた。エクイテイと云ふ別個のシイステムが発生して兩者の融合に依つてイギリスの法律に普遍的價值を與へた。ローマ法系に勝るとも劣らざるイギリス法系と云ふ世界的法系は之に依て確立した。十七八世紀の大陸法にも同様な現象を私は目撃するのである。

是等の變遷時代に共通な一つの特質は法律の内に倫理的な道德的な分子が侵入して來る事である。ローマ法にはストア哲學の道德觀が入つた。イギリス法にはエクイテイを運用した大法官（初めは僧侶）を通じて「キリスト教的良心」が侵入した。十七八世紀の大陸法には自然法學説を通して「自然的道義」が入つた。そして現代の法律の中には新しい道德觀念、新しい正義觀念は新しい政治學説や經濟學説を通して着々と侵入しつゝある。そしてかゝる時代に共通な現象は法律を道德に合致せしめんとする熱心の餘り道德的なものを總て法律に依つて強行せ

んとする傾向である。ローマ法が「感謝」を法律的義務としたるが如き、イギリス法が「受託者 (Trustee) を聖人扱ひしたる」が如きは皆かゝる時代から發生したのである。アメリカも矢張り法律社會化の流れに掉して居る。私は法律史的背景と現代法律の趨勢に照して禁酒法を眺めて非常なる興味を覺ゆるのである。

六

以上で私はアメリカの禁酒法が暗示するアメリカ人の社會心理の考察を終へた。然し私は更に一步進んで禁酒法の背後に横はる道德と法律との關係如何と云ふ一般的なそして根本的な問題に就て法律家の立場から考へて見なければならぬ。蓋し禁酒法の様な道德的立法の是非を論議する根本前提が此古くして常に新しい問題の解決に依る事が少くないと考へるからである。

法律と道德との關係を法律史から考へて見ると原始法時代即ち法律が未だ發達しなかつた時代には宗教、道德、法律は相並んで社會統制の力を有つて居つたけれど未だその分界が充分に明

かになつて居らなかつた様である。然るに法律が稍や發達する様になると法律と道德とは別々な行動規則の規律として發達した。ローマの市民法時代やイギリスのコンモン・ローの時代は正しく之れである。従て法律と道德とを嚴格に區別して「法律は法律、道德は道德」と云ふ考へ方が著しかつた。處が法律が社會統制の手段として狭少な簿圍に限られた時代が去つて世の中が法律の力に依頼する事が多大となるに至つては法律は永く非道德的 (unmoral) で押し通す譯に行かなくなつた。法律の内に道德が取り入れられる事が法律の活力を維持するに必要であつた。ローマでもイギリスでも此現象が起つた。學者の所謂ローマに於ける「自然法時代」「萬民法時代」と云ふのは即ちそれである。イギリスの衡平法——エクイテイ——の發達は此消息を物語る。そして同様の現象は十七八世紀歐大陸に於ける自然法時代——一層具體的に云へば傳統的なローマ法の近代化時代にも起つて居る。この時代には道德的な義務を法律上の義務と見る傾向がある。道德と法律との關係は著しく密接な關係を有するに至る。然し時勢は著々と進歩する。そして道德的分子で豊富にされた法律は再び骨化する。歐洲大陸の母法となつたジュラスティニアンの法典はそれである。「エクイテイの骨化」と「コンモン・ローとエクイテイの

合體」(fusion of law and equity) と云ふ現象に現はれたイギリスの十九世紀後半の法律狀態はこれである。歐大陸諸國の各法典はそれである。日本の民法典も亦お多分に洩れぬ。然るに現代は又その反動として再び新しい道德觀念が法律に侵入しつゝある。Social justice の觀念は駭々として現代法の内に入りつゝある。新しいエクイテイの時代である。法律社會化の時代である。かゝる時勢に掉す法律家は法律と道德との關係を如何に觀察するを可とするか。非法律家は新道德の實現に就て法律からどれ丈期待して差支ないか。問題は法律家にとつても非法律家に取つても頗る重要である。

○私は一轉して法律と道德との理論的考察に移り度い。私はこの點に就て法律學派の中に於ける哲理派と分析派との此問題に關する鮮かな二大對立を見逃す譯には行かない。哲理派の哲理的考察は道德的觀念が法律の内に取り入れられる經過時代に起る。そして哲理的考察の旺盛なのは歐洲大陸殊にドイツである。その特質は道德と法律との密着を高調するにある。之に反して分析派の考察は道德觀念と法律觀念がある程度まで融合した法律靜止時代に起る。そして近代に於ける分析的考察の本案本元はイギリスである。その特質は道德と法律との區分を力説す

るにある。

哲理派の所説の特質は道德と法律との密着を高唱するにある。然しその關係そのものゝ考へ方には色々ある。十七八世紀の自然法學者は道德的規範は當然法律的規範であると考へた。この考へ方は當時の法律の自由化と國際法の設立とに取つて最も有力なものであつた。十八世紀の終カントに至つて道德も法律も共に無上命令即ち個人の自由が他の個人の自由と調和するが如き自由の普遍的原則の現れで之を主觀的に見れば道德であり客觀的に見れば法律であると考へた。ヘーゲルになると少し變つて來る。ヘーゲルは道德は自由の理想的規準であるに反し法律は自由の可能的規準であると考へた。稍や道德と法律との對立的な考察方法が顯著である。國家命令説の發生は彼の學説に影響したらしく見える。降て十九世紀の終頃から發生した所謂社會哲理派の考方に共通な點は法律を概念上道德の下に置く傾向にある。エリネツクは法律を「最少限度の道德」と考へて居る。即ち法律は一定社會の缺くべからざる最小限度の社會統制であるに反し道德は頗る望ましき處なるも缺くべからざるものでないとする。イエリグは法の目的は利益保護にありとなし利益の評價は道德であるとする。従て法律は道德を前提とする

生し法の尺度となる。法は社會理想實現の手段に過ぎぬとする。コーラーは政治道德法律は文化發展の爲めに働く力であつて法は文化理想を目的に置くべきだと説く。シユタムラーの社會理想もコーラーの文化理想も廣義の道德である様に思はれる。是等の社會哲學派はその社會心理派であると社會功利派であると新カント派であると新ヘーゲル派であるとを問はず法律を道德の下に置き從屬的のものとして考へる點に於て一致して居る様に見える。私は十九世紀の終頃から起つた「法律の社會化」の運動と是等の學説との關係を考へて頗る興味ある事とするのである。分析派の特色は法律と道德との差異を高唱するにある。分析派の説く處も必ずしも一致しない。然し兩者を區別せんとする努力に於ては一致して居る。通常分析派の學者に依て兩者の區別として掲げらるゝものは、

(1) 道德の規律せんとする客體は思想と感情とである。法律の規律せんとする處は行爲である。思想と感情とが法律に依て考量せらるゝのは只行爲の性質を明かにするために附隨的に行はれるのである。

(2) 道德の目的は個人的性格の完成である。法律の目的とする處は個人相互の關係と、個人と國

家との關係の規律とである。

(3) 道徳的規範の適用は事情と個人とに依て異なる。法律的規定の適用は一般的であり均等である。

(4) 法律家の活動との交渉に就ては道徳は立法者に對する理想であり法律は行政官及び殊に裁判官に對する規範である。

法律と道徳との關係に就ての哲理派と分析派との對立は以上の如くである。然らば現代に掉す法律家は如何に兩者の關係を觀るべきであるか。

私は哲理派の言はんとする處にも充分の同情を持つ。然も分析派の偉大なる功績も亦之を放棄するに忍びない。私は哲理派の思想の内に法律の性質を無視して道徳的の規範を直ちに法律的規範と觀するの誤に陥る危険性を認めざるを得ない。新しい時代は新しき見方を要求する。

過去の學說の教へた眞理を總て收取した新しい思想體系の創造を要求する。私は一面法律道徳との性質の差異を益々明かにしつゝ、他面兩者の能ふ限りの融合を計る事が少くも現代法律家の任務であると考へる。この根本的態度を持しつゝ、私は近代の裁判に於ける法律と道徳との密着

と云ふ考方である。シユタムラーは法は社會理想に適應すべきもので、この理想は法の外に發な三つの場合に就て考へて見たい。

第一に近代法に於ける法律と道徳との接觸點は裁判官の立法と云ふ問題に現れる。三權分立の思想の下に於ては裁判官の機能は法を作るものでなくして單に法を適用するに過ぎぬものとする。分析派の學者が道徳は立法者の指針であり法律は裁判官の指針であると云ふのは三權分立の根本思想から生れたのである。これにも一面の眞理はある。然し事實は此點に付て分析學派の理論を裏切つて居る。不文法國であるイギリスやアメリカで裁判官が法を創定して居る許りでない。成文法國たる日本の裁判官も法律適用の假面の下に法を創定しつゝ、あるのは疑ふべくもない。勿論立法者が立法する場合と裁判官が立法する場合とは自ら其間に差異はある。立法者は過去の法律の制限を受けずに自由に立法する事が出来る。又立法者は將來に對してのみ立法する。過去の事實に對する立法は許されないが原則である。之に反し裁判官は成文法と判例とを基礎として過去の事實に法律を適用する形式に於て法律を創造する。然し裁判官は必竟將來に對し立法者と同様に自由に立法する事になるのである。そして此の「自由を行使」する時に指針

となるもの、一つは時代の道德觀念でなければならぬ。かう云ふ理由から裁判官は時代の道德的精神に鋭感でなくてはならぬ。然し又裁判官は獨斷に依らずして成文法と判例とに依て裁判すると云ふ處に一種の妙味がある。法の確定性と云ふ一般的利益は之に依て保存される。フランスに起つたジュエニー一派の新自然の學說と所謂自由法論者の所説は司法的立法と法の適用に對する理想の表現であるとする時に大に意味がある。併しこれ丈では充分でない。過去の判例の類推に依て裁判すると云ふ處に裁判官の「思ひ付き判決」を防止する一般的利益の保護がある。

第二に道德と法律との接觸は裁判官に依る法律の解釋及適用に當つてあらはれる。十九世紀の裁判官は法律の機械的解釋適用に依つて裁判の專斷を避け法の確定性を維持せんとした。然し現代の法律思想では寧ろ公平に合した具體的の正義を裁判官が實現するの要求が強い。裁判官が法律の文句に餘り拘束されずに具體的正義を解釋適用に依て實現する場合には裁判官は時代の精神を洞察するの明がなければならない。左様でないとその解釋及び適用は壓制と獨斷とを生み出す。私は裁判官の倫理的教養の必要なる事を感じるものである。

第三に道德と法律との接觸は法律が裁判官に許した「自由裁量」の行使に付て起る。法律は

總べて場合に就て規定する事は出来ない。大體の原則を定めて置いてその他は裁判官の自由裁量に委する事が多い。刑法に於ける科刑及び執行猶豫などの場合の自由裁量はその著しい例である。民法に於ける「公の秩序善良の風俗に反する行爲」とか「善良なる管理者の注意」とか云ふはその適例である。又近頃我邦の裁判例で認められて來た「權利濫用」の法理の如きも結局は廣い範圍の自由裁量に依て決せらるゝ問題なのである。法的安全と具體的正義との調節を完うする様に此の與へられたる自由裁量を行使するに裁判官が基準となる可き時代の道德的觀念を充分に理解する事が必要となる。

以上は裁判官に就て述べたのであるが立法者と行政官が裁判官と同様に時代の道德觀念に鋭感でなければならぬ事は特に論ずるを俟たない。

然し道德と法律とは畢竟同一物でない。法律は色々な理由で道德と手を離さねばならぬ場合がある。此點は素人法律觀の見逃し易い點である。第一に規則から成立つ法律と云ふ以上如何に巧妙に運用したにしろある場合に道德的觀念道德的解決と合致せない事があるのは止むを得ない。正義實現の手段を法律に求める以上此點は固有的なものであつて避くべからざるものと

云はざるを得ない。之を避けようとするには法律を全部廢止せねばならない。そして吾等の過去に於ける歴史的經驗は「法律に依らざる裁判」の危険を有力に物語るものである。法律に依らざる裁判の危険な事は法律發達の歴史そのもの、中に暗示されて居るのである。第二に法律はある場合に具體的正義を犠牲にして迄も確定的な可成り形式的な規則を設ける事が社會全般の上から見て必要である場合がある。特に著しいのは商法の篇圍に於てある。例へば手形取引に就ては具體的正義より寧ろ形式的確實の方が必要である。形式的確實が保障されぬ限り近代の商業取引に缺く可らざる手形取引は行はれるものでない。又財産法及び契約法でもある程度の確實性が必要である。現行の財産法契約法には改正を要すべき點は多い。現代の道義觀念と著しく背反した個所が頗る多い。併し自分の働いた結果として得た財貨を何時奪はれるか分らず、或る事業を營まんが爲に他人と契約した場合にその契約の結果が不分明では近代的の企業は成立しない。こう云ふ理由から財産法と契約法とは法的確實性を必要とする。又刑政と政治との密接な關係に關するイギリスのスター・チェンバーの記憶は吾々にある種の確實性を刑法に就ても要求する。かゝる場合には法律の解決は必ずしも道德的解決と同じには行かぬ。勿

論運川の妙に依つて法的安定の要求を害せざる範圍で道德に近づける事は出来る。然し具體的正義に執着して社會が法律から要求する他の重要な機能を傷くべきではあるまい。第三には法律は道德と全然關係のない事柄を解決する事を要求される。例は「左側を歩く可し」と云ふ規則がそれである。イギリスや日本では左側となつて居るが他の歐米諸國では多く右側となつて居る。道德的にはどちらでも宜い。兎に角何等かの規則が定まつて居れば交通の秩序が保たれる。又例へば甲の所有して居つた時計を乙が盗んだ。そして乙は之を盗品であると云ふ事を全然知らない丙に賣つて逃走して了つた。甲は丙が自分の時計を胸に掛けて居るのを見て返還を請求する。丙はいや之は自分が金を拂つて買ったのだから返さないと云ふ。法律はこの場合時計の所有權が甲にあるか丙にあるかを決定しなければならぬ。道德的には甲にも丙にも非難の打ち處は寸毫もない。然し法律は甲か丙か何れかを所有者と定めねばならない。この時に法律は「所有權の保護」と「取引の安定」と何れを保護せんかと云ふデイレマに陥る。甲に與へれば取引の安定が傷けられる。丙に與へれば所有權の保護が充分でない。此問題の解決は倫理學書をいくら繕いても之を發見するを得ない。第三に法律が道德要求に合する事の出來ぬのは

法律と云ふメカニズムの性質上の制限から来る。又第四に社會心理制限と云ふ外部事情から来る。この第三と第四の點は最も重要な點であつて然も現代の非法律家が見逃し易い點であるから私は次に少しく之に就て考へて見たい。

七

私は曰ふ。法律の歴史はある意味で道德的觀念の絶えざる侵入の歴史である。歴史法學派の人が、道德は將來の法律 Potential Law であると考へるのはこの意味の眞理を包蔵する。法律は過去に於て道德觀念の侵入に依てその内容を豊富にして來た。そして現代は正に法律の内に道德觀念の盛に侵入しつゝある時代である。或は立法で、或は判例で社會正義その他の新しい道德的觀念は着々と法律に取り入れられんとしつゝある。法律家も非法律家も新しい思想新しい道德を法律の形に表はさんと努力し又之を要求する。私は大體に於てこの運動に賛成である。然しかゝる時代に伴ふ弊即ち法律に依頼し過ぎるの弊が起る事を見るのである。法律そのものに對する不満は法律の力を過信した反動として起る事が多い。法律は「萬病に効能ある

賣藥」ではない。法律が有効に活動し得る範圍を考察する事が現代の様な時勢に特に必要であると私は考へるのである。

道德的要求をすべて法律が満足する事の出来ないのは法律が有効に活動する範圍に制限があるからである。其制限は二つの方面から来る。其一は法律と云ふメカニズムの能率から来るもので其二是法律は自動的に執行されるのでなく、必竟人間が執行すると云ふ事實から来るものである。執行者が人間である以上色々な外部的事情殊に輿論に依て動かされる事が多い。社會心理的原因がその主なものである。法律の社會心理的制限である。

第一に先づ法律と云ふメカニズムの能率から来る制限に就て考へて見よう。近代の法律は可成り精巧なメカニズムとなつた。従て現代の法律は可成り強い社會統制の力を持つ様になつた。之を古代法に於ける法律のメカニズム及びその古代社會の統制力とを比較して見ると實に今昔の感に堪えない位である。然し近代の法律と雖も必竟メカニズムに過ぎない。その構成を分解して見ると寧ろその貧弱なのに驚く位である。法律は個人、國家、及び社會の要求を保護するために人格、權利、義務、責任、の各觀念を使用する。是等は法律と云ふ

メカニズムの楔子をなし、これを中心として法律體系と云ふ細密な組織體が組立てられて居る。そして之を保障する爲めに國家の權力で刑罰、特定履行、金錢賠償、豫防などの制裁を使用する。現代の法律と云ふメカニズムは必竟之れ以上に出でない。將來は更に此メカニズムの進歩があるであらうが現在は先づこれ位である。これ位で人事關係の全般を規律せんとするから無理が起る。又公衆が餘り多くを法律から要求するのは愚かである。道徳上では保護す可き管の要求が法律で保護されてないのはこの法律と云ふメカニズムの能率に基くものが随分ある。法律が一番保護し易いのは財産である。財産上の損害となると多くの場合に市價と云ふものがあるから金錢で賠償すれば殆ど完全に保護される。又特定回復も可成り容易に行はれる。處が所謂人格權とか云ふ範圍に入つて來ると法律に依る保護が著しく困難になつて來る。刑罰で威嚇して、ある程度まで一般的に人格權親族權の侵害を豫防する事は出来よう。然し一旦侵された是等の權利は到底復舊する事は出来ぬ。覆水盆に返らざると同様である。殺された人は生きかへつて來ない。折られたる足は元の様にならぬ。傷けられた名譽は謝罪廣告位では拭はれない。汚されたる婦女の貞操は元通りにはならぬ。法律は是等の場合漏縫的に金錢賠償と云ふ窮策を

用ゐる。「萬事が金の世の中ぢや」と茶化して丁へばそれ迄であるが然し冷靜に能く考へて見ると随分人を馬鹿にしたものぢやとも考へられる。法律と云ふメカニズムの無能を遺憾なく表白して居るものである。夫婦相互の權利義務や親子間の權利義務に就て稍もすると道徳的要求と法律的保護とが一致しないのは法律の無能を表白するものである。近代人の特に鋭感な「心的安全」mental security と云ふものを充分に法律が保護出来ないのは、保護し度くも「證據方」法と云ふメカニズムが微妙に働かないからである。法律のメカニズムの發達は法律技術の發達で各國の法律家の非常に苦心して居る處である。そして將來ある程度まで發達改善はしよう。然し必竟法律はメカニズムである。世人は餘り多くを法律から期待してはならぬ。法律家は餘りにその運用する法律の力を過信すべきでない。

第二に法律は人に依て初めて動く云ふ點をして之を運用する人は血の通つた人間であると云ふ事から來る法律の制限に就て考へて見よう。

この點から來る制限はアメリカの禁酒法の様な刑事法の執行の場合に殊に著しく現はれて來るのである。そして又アメリカの様な輿論の力の非常に強く働く國に殊に顯著であるから、私

はアメリカで刑事裁判を例に取つて其の描寫を試みよう。

アメリカで犯罪(重い犯罪)が犯されてから犯人が處罰されるまでの経過は大體下の如くである。

1 犯人の捕縛がなければならぬ。第一捕縛と云ふ事が容易でない。犯人の方も仲々人智が發達してアメリカでは自動車の使用の増加が著しく犯人捕縛を困難にした。犯人は犯罪を犯して置いて自動車ですつと遠方に逃れて了ふからである。又犯罪捜査の方法として指紋法が発見されるれば犯人の方では手袋を使用すると云ふ具合になる。それ許りでない。警官は警察所長の方針に従て活動する。そして所長はアメリカの様な國では投票者の意向を窺ふ必要があるので不人氣な刑事法は執行を躊躇する。この邊の消息は近頃出版されたフォスディック氏の「米國警察制度論」Fosdick, American police system (1920) に詳しい説明がある。又各警察官の手心と云ふものも考へねばならぬ。タイプを貰うてその儘にすると云ふ事も間々ある。

2 豫審判事 (magistrate) が之を豫審陪審員 (grand jury) へ廻す。こゝにも豫審判事の手心が働く。

3 検事 (public prosecutor) が 豫審陪審員に事件を陳述する。検事も手心をやる。

4 豫審陪審員は有罪決定 (indictment; a true bill) を言渡す。豫審陪審員も刑事法に不賛成だとかその他の理由で握り潰す事が随分とある。

5 検事は公判廷で辯論をやる。検事が一寸間違へばそれきりになる。又検事は不人氣な法律の場合には加減をする。殊にアメリカでは検事は選挙で行はれるのだから検事の方針と投票者の意見と合致すると云ふ事が選挙される前提要件である。極端な場合にはある検事が法律を執行するや否やと云ふ事が検事選挙の目標になつた事さへある。従て検事は頗る輿論に鋭感である。又田舎の検事は検事としてその地方人に人氣を得て置いて後で辯護士となつて一儲けする準備と考へてやる人もある。大都會では公職に付く、例は知事となる階段として検事となると云ふ人が随分と多い慣例になつて居る。従つて公衆に不人氣な法律を執行する事を躊躇するに到るのは當然と云はねばならぬ。

6 裁判官は審理陪審員 (petty jury; trial jury) に対する説示 (a charge to the jury; summing up) 當該事件に適用するべき法律を述べる。裁判官も多くの州では選挙に依て舉

けられる。そしてその任期も短いのが通常であるから裁判官も選挙民の意見に無關心である譯には行かぬ。ある法律が不人気な場合には之を狭義に解釋し之に反しその法律が人気がある時は廣義に法律を解釋する。

7 審理陪審員が有罪と評決 (verdict) せねばならない。陪審員は素人であるから殊に法律の執行に不賛成な場合には法律の如何を問はず無罪にしてしふ。今度の禁酒法でも審理陪審員が無罪と決定する傾向が随分と多い様に傳へられる。ある法律に對する輿論は陪審員の決定中に鮮かに現はれて來る。

8 裁判官が審理陪審員の決定に基いて科刑 (sentence) をする。こゝにも裁判官の手心は働く。ある人が監獄に送られるまでには以上の手續を経過せねばならない。そして此連鎖中の一人でもその任務を怠れば法律は不執行に終る。警官、検事、豫審陪審員、裁判官、審理陪審員共に皆な血の通つた人間である。皆な法律を執行すると云ふ大切な任務を負ふて居るにしても必竟人間である。そしてアメリカの様な輿論の力の強く働く國では殊に之に無關心である事を得ない。以上は刑事法に例を取つたがその他でも同様である。輿論に反する法律は行使する事が

困難である事が此一例でも明かであらう。又此事はアメリカ特有な現象ではない。各國共に同様である。只法律執行者の心理を動かす事情は國情に依て異なることのあるのは勿論であるが。

八

法の生命はその執行にある。行はれない法は名は法であつても實は空文に過ぎぬ。以上述べた様な事情から法の有効な活動範圍は非常に限定せられるのである。行はれざる法からは二つの重大な結果が生れる。その一は法律と實際との離隔でありその二は違法心の衰退である。

法律と實際との離隔はある程度までは止むを得ない。法律の文言が靜止して居るにかゝらず實際がどしどし進歩してある程度まで法律と實際とが離隔するのは何れの國の法制でも起る現象であつて實は之に依て法律そのものゝ進歩が促される。然しながら法律と實際とは成る可く近接する事が法の理想でなければならぬ。私は法律と實際との差異が以上私が述べた制限の爲めに起つた事を幾多の例證を掲げて説明する事が出来る。然し此處には只面白さうな數個の例をアメリカに取つて置かう。

離婚と云ふ問題は現今歐米各國で社會問題として非常に論争されて居る。一面はキリスト教と云ふ傳統的勢力と他面はフアミリーの維持と云ふ社會的考察との上から協議上の離婚と云ふ事は許されていないのが原則である。離婚は一定の法定の原因に基いて裁判があつた上で初めて之を爲す事を得ると云ふのが大體歐米の法律である。日本の様に協議上の離婚——實は夫の自由意志に依る離婚——は之を認めぬ事になつて居る。然し法律がかう嚴格であつても實際はそうは行かない。アメリカに住んで居る人は毎朝新聞紙で相當に名の知られた人に關する離婚記事が大きな活字の見出で初まつたアメリカ式なセンセーショナルな書き振で報導されて居るのを見る。そしてその原因はと見れば多くは「過度の虐待」(extreme cruelty)である。「姦通」と云ふ事は割合に少く「過度の虐待」と云ふのが多い。眞に姦通があつた場合でも辯護士は辯護士道德の上から大抵「過度の虐待」と云ふ事にして丁ふ。當事者の將來の名譽に關する事重大であるからである。然しこの「過度の虐待」と云ふのが曲者なのであつて、實は「共謀離婚」がその名の下行はれるのだ。兩當事者は前以て離婚する事に約束して置く。離婚後の財産關係などに付てもちやんと定めて置いて、それから當事者の一方は「過度の虐待」と云ふ相手の

主張に異議を申立てない事とする。そして「裁判上の離婚」と云ふお儀式をする。「過度の虐待」と云ふのは實は「氣質が合はぬ」(Incompatibility of temper)と云ふ事を蔽ふ假名である。そして一般の人も立派な紳士に「妻に對し重大な虐待を加へた」と云ふ醜い履歴があつても平氣なものである。彼の社會的名望は之に依て少しも傷けられない。民衆は「裁判上の離婚」と云ふお儀式の真相を熟知して居るからである。協議上の離婚は許されぬと云ふのは印刷された法律である。實際は盛に「共謀離婚」が行はれて世人は平氣で居る。裁判所の「共謀離婚」(collusive divorce)は許せぬと云ふ方針もこの慣行を防止するに足りない。不法行爲に就いて「過失がなければ損害賠償の責任がない」と云ふのは本に書いた法律である。併し例へば工場主と労働者との關係——労働者がその職務の執行中怪我をした場合——に適用される場合になると實際は法律と離隔する。今では多くの州では「労働者賠償法」(Workmen's compensation acts)で工場主に過失のあつたと否とを問はず責任がある事にして居るけれど未だかゝる法律が制定されぬ州又はこの法律の適用範圍外に置かれた雇傭關係に就てこの種の場合には實際には無過失責任が行はれる。裁判官は陪審員に對する説示に於て「工場主に賠償責任を課するに

は工場主に過失があつた事が必要である」旨を「法律」だと宣言する。陪審員はかゝる怪我は事業から當然起るものである。その事業をやつて行く人が責任を負ふべきが公平であると考へる。過失があつてもなくても「過失あり」「責任あり」と云ふ決定を與へる。この種の不法行爲に就ては過失主義は空文である。無過失責任が實際の生きた法律である。

私は又「法令集」の法律と實際との離隔を自動車に關する法律に就て見る。自動車に關しては到る處に「速力法」(Speed laws)と云ふものがある。アメリカの大都會で自動車の後から自動車の速力よりも早いモーター・サイクルで警官が追つて居るのを彼地に往つた人は目撃したであらう。あれはこの「速力法」を執行せんが爲めである。然し實際に就て調べて見ると「速力法」違反で罰せられるのは只だ極端な場合丈である。例へば「法令集」の速力限度が十五哩とあれば「二十五哩」を越えない限り捕縛しないと云ふ了解が自動車乗と警官との間にある。又アメリカの大都會には大抵「自動車は停止した電車を追ひ越してはならない」と云ふ規則がある。併し實際には警官の前でこの規則を破つて居るのを幾らでも目撃する。警官は別に之を捕縛し様ともせない。

避妊に關する立法がそれである。アメリカの避妊立法は色々になつて居る。ある法律は避妊器械の賣買廣告のみを罰する。又ある法律は避妊に關する智識を與へる事をも罰する。或は避妊方法を使用した者を罰すると云ふ極端なものもある。併し實際は少くも第二第三の種類に就ては餘り執行されない。富者の出生率が少ないのは反面に於て此法律の行はれない事を物語るのである。兎に角「産兒制限」と云ふ問題に就て可成り賛成を表する輿論が形成された場合には避妊防止を目的とした立法の効果は只避妊に關する智識を高價にして貧民——産兒制限の最も必要な階級と考へられて居る——が之を得る事が出来ぬと云ふ結果に終る。結果はそれ丈に止まらない。墮胎の増加を來す。勿論墮胎はアメリカでも非常に重大な犯罪となつて居る。然し實際上アメリカでは墮胎訴追は稀である。只墮胎罪が刑事法廷に問題となつて現はれて來るのは墮胎手術が失敗して母が死亡した場合丈である。墮胎手術の失敗の詳細が新聞紙を通じて公衆の面前に曝け出されると公衆はその恐ろしさに驚いて墮胎罪の厳格な執行を要求する。然しそれも一時だけである。そしてこれは手術が失敗した爲めに起るのであつて手術が行はれる爲めに起るのではない。又墮胎罪を重く罰すると云ふ結果として信頼すべき醫師は墮胎手術を拒

絶する。従つて墮胎手術は怪し氣な藪醫者の手で行はれるか又は素人に手術の増加を來す事になり、死亡率が非常に殖えろと云ふ副産物を齎す。それは別論として避妊罪に就ても又墮胎罪に就ても法律と實際との離隔が甚だしい事は顯著である。

私は例をアメリカ丈に採つた。然し法律と實際との離隔は日本でも随分ある。兎に角行はれない法律の結果は法令集の中に掲げられた法律と生きた法律との離隔を甚だしくすると云ふ事は各國共にその趣を同うする。

行はれない法律の第二の結果は違法心の衰退と云ふ事である。イギリスのダイシーはその名者『法律と輿論』の中に『法律が明白にその目的を達しない場合には反つて輿論を法律の基調たる原則自身に反對せしむるに至る事がある』と述べて居る。行はれない立法殊に興味とか道徳とかに關する立法は特にこの傾向が著しい様に見える。これは社會心理學の研究問題である。行はれない法律丈に就て違法心がなくなると云ふ丈なら未だ恐ぶ可きであらう。然し法律全體に對し侮辱的態度が輿論に發生する事になるとその結果は恐る可きものがあるかも知れない。アメリカの禁酒法の場合には殊にそれが顯著である。『禁止された果實は甘い』と云ふ格言も一

面の心理的の眞理がある。今まで酒を飲まなかつた人が禁止せられた爲めに飲む様になると云ふ事が随分ある。法律に違反した酒の私醸が行はれる。酒の密賣が行はれる。警官の收賄と脅喝とが發生する。陪審員の法律無視が始まる。行はれない法律が公衆の違法心を衰退せしむるに至るのはありうべき事である。この點も充分に考察に價すべき問題である。

九

然し道徳的立法に關する問題は以上丈の考察丈では充分でない。全然他の方面からの考察が必要である様に私には思はれる。元來法律は輿論の結晶丈ではない。國民大多數の確信丈ではない。法律には輿論其者を一定の方向に向けると云ふ指導的機能がある。この點に來ると古來論争を絶たない法律學上の根本問題に觸れて來る。ある法律家は宿命論 *determinism* の人生觀から法律は輿論の發現であり國民大多數の確信であると觀て法律の指導的機能を非認又は輕視せんとする。他の法律家は主意論 *voluntarism* の人生觀から法律を社會統制の有力な手段として考へ法律の機能を *social engineering* であると考へる。従つて法律の指導的機能を是

認し之を高唱せんとする。前者を法律悲觀説と云ふ事が出来るなら後者は法律樂觀説と稱する事を得よう。

私は私の思索の結果大體に於て法律樂觀説に同情する。又輿論より進んだ法律に依て民衆が新しい輿論を形成する様になつた事があつたのは法律史上稀な事ではない。我が現行民法典や商法典の内容は當時の輿論の結晶だとも國民の確信であつたとも云ふ譯に行くまい。是等の法典の規定する處はある意味で輿論よりも進んだものであつた。そして是等の法典が一面に於て日本國民の慣行と背反した結果行はれない空文が多數に生じたと云ふ方面があるのは認められど然し他面に於て日本の輿論を指導して日本の文化發展に貢献したものであると私は思ふ。同様な例はインドでも起つた。インドに採用されたイギリス法は國民の輿論に基いたものではない。然しイギリス法に基いたインド諸法典がインド人の商業道德商業慣行を改善するに至りインド文化に貢献した事は愛國者タゴールでさへも之を是認せざるを得なかつた位である。それ許りでない。イギリス自身の商法の歴史にも同様の現象が見える。此意味で我が國に於ける陪審法案に就ても指導的施設として之を辯護する事が出来よう。

併し法律に關する主意的な樂觀的な態度を是認しても私は先に述べた通り法律の有効な活動限界の考察と云ふ「懷疑」的態度を失はぬ事が必要だと考へて居る。この意味で法律悲觀説の内に眞理の一片が潜んで居る。餘りに輿論と國民の慣行よりも進み過ぎた立法は「行はれない法」が法令集を飾る丈になり反動として遵法心を衰退せしめると云ふ結果を齎すであらう。

具體の場合に輿論より進んだ立法をすべきや否やと云ふ問題は私の考へでは必竟立法者の政治的眼光 (Legislative statesmanship) に歸する。然しそのステーツマンシップは充分にその企圖せんとする立法から来る色々な複雑した結果を研究豫見して然も全局に於て國民の福利を増進すると云ふ確信に基いたものでなければならぬ。單純な「眼光」丈では困る。

私はアメリカの禁酒法制定に幾分此種の政治的眼光を認める。或は彼等の政治的眼光は誤つて居るかも知れない。少くも今迄アメリカから来る報告は私を寧ろ禁酒法に就て悲觀説に傾かせる。然しながら是等の報告は單に過渡時代の現象を物語るものかも知れない。之に對し公正な學者的な批判を加へるには更に將來の經過に俟たねばならぬ。輕々に論じ去る譯には行かぬ。

この法律は、労働者の福利を保護し、労働条件の改善を期し、労働者の健康を維持し、労働者の生活を向上せしむることを目的とする。

第一章 総則（第1条）

第1条 この法律は、労働者の福利を保護し、労働条件の改善を期し、労働者の健康を維持し、労働者の生活を向上せしむることを目的とする。

第二章 労働条件（第2条）

第2条 労働者は、労働条件の改善を期し、労働者の健康を維持し、労働者の生活を向上せしむることを目的とする。

第三章 労働者の福利（第3条）

第3条 労働者は、労働者の福利を保護し、労働条件の改善を期し、労働者の健康を維持し、労働者の生活を向上せしむることを目的とする。

第三 勞農露國の新民法を中心として

この法律は、労働者の福利を保護し、労働条件の改善を期し、労働者の健康を維持し、労働者の生活を向上せしむることを目的とする。

勞農ロシヤの新民法を中心として

私は今年の春靜養の爲めに數週間を伊豆の熱海ホテルで過した。滞在の目的は時節柄世間で評判のヨツフェ氏に會見するといふのでもなく、又之を機會にロシヤを研究しやうと云ふのもない。ロシヤには——しかも極東の一角に——僅か數日しか滞在した事のない自分には、又ロシヤ語に就て充分の素養を缺く自分には、ロシヤを研究すべき資格の大部分を缺いて居るのであるから、ロシヤを研究せんとする熱も自ら薄からざるを得ない次第である。

私の熱海ホテル滞在の目的は純靜養と云ふ事にあつたのであるけれど、併し長閑なる春の一日は單に散策と讀書とに其全部を費すには餘りに長い。ホテルの讀書室で新聞に目を曝して居る間に、私はヨツフェ君書記N君や、最近モスカウから勞農政府の用命を帯びて着いたと云ふ評判のY君など、世間話を語り合ふ事になつた。初めの中は月並の文學だとか旅行だとかの話

をして居つたのみであるが漸次「危険地帯」の領域に屬する政治や經濟や外交の話までもする様になつた。マルクスの唯物史觀の熱烈なる信者であり「資本論」をバイブルの様に金科玉條として奉戴するY君は、唯物史觀を、少くもエンゲルスが提供した形では、唯一の眞理として信仰出來ず、又「資本論」も、一名著であると考え、以上を尊奉する事の出來ない自分を以て濟度す可らざる迷思想者であると考へた様であつた。そして私達の議論は毎日二三時間は繼續した。Y氏の議論は結局自分を屈服せしむるに至らなかつたけれど、その間に色々な、自分の知らなかつたロシヤの内情に關するデイトールズを聞かして貰つたので大に裨益する處があつた。併し、Y君は法律家ではなかつたためロシヤの法律状態には餘り精通しては居られなかつたので、此の方面に於ての私の質問には充分に解答を與へて呉れなかつた。今年の初めから施行されたと傳へられて居るロシヤ新民法典は私の詳細に知らんと欲する所であつたにかゝはらず、彼は只之に關する二三の材料を供給して呉れ得たに過ぎなかつた。もう一人のN君は親切にもモスカウから新民法典の條文を取寄せて呉れる様に自分に約束した。併し本篇を執筆する際にテキストは未だ私の机上に届いて居らない。

未だテキストを持たない自分にはロシヤ新民法の詳細に就て之を論議する資格は全然ない。併し断片的に耳にしたり、目にしたりした處に就いて自ら法律學研究者として雜多な感想はある。私は是等の感想をY君やN君などに話した。勿論忽ちにして多大の反對に出會つた。私がロシヤの實狀を知らないからそう云ふ誤つた感想を懐くのだと云つた。成程或はこの方が御尤かも知れぬ。併し感想は語るもの自らの表現であつて事實の陳述ではない。その意味に於て、感想中にも見方に依つて幾分の眞理を認めても宜からう。私は私の標題を「勞農ロシヤ新民法に就て」と云はすして、「勞農ロシヤ新民法を中心として」とした。私の説かんとするのは勞農ロシヤ新民法そのものの詳細なる解説ではなくして、むしろ、之を中心とする私の感想である。

二

十九世紀初頭に於ける歐米の法律學者が、若しも千九百二十三年勞農ロシヤの新民法々典を繙いたと假定すれば、彼等は驚異の眼を見張つて驚いたであらう。彼等は彼等が神聖不可侵であると思つた私人所有權や契約自由の原則が内容の確定せぬ國家權力のために常に脅威を受

けて居る點を指摘してその非合理、專制的なるに慣らざるを得ないであらう。それは勞農ロシヤ新民法々典の標榜する法律理想が彼等の懐いて居つた法律理想とある意味で正反對の側に立つて居るからである。

併し、二十世紀の歐米並に我國の法律學者が此同じ民法々典を繙いた時に彼等は決して驚異の眼を見張らないであらう。或者は彼等の平常説いて居た所が炳として法文の形となつて表現せられて居るのを見て快哉を叫ぶであらう。或者はこれは少し樂が利き過ぎて居ると歎聲を洩らすであらう。併しながら、ロシヤ新民法々典の内容は二十世紀の多くの法律家の眼には、決して驚異の感を起さしむるの價値なきものである事丈は確かである。時勢はそれ程までに動いた。思潮はそれ程までに變つて居る。良かれ、悪かれ。

言ふまでもなく、十九世初頭からの民法思潮の基調は個人主義である、自由主義である。そしてその背後には近代的精神である自我の覺醒がある。フランス革命のモットーとして「自由、平等、友愛」が高唱せられた。併し十九世紀初期に出來上つて漸次各國で模範とせられたフランス民法々典の基調は「友愛」又は「平等」であると云ふよりも「自由」であると稱する事を

得やう。又新大陸に國を爲した開拓者國家たるアメリカが漸次發達させた判例私法も亦基調を「個人の自由」に置いて居る。

勿論「個人の自由」と云ふ概念も、之を哲理的に深めて行けば決して二十世紀の法律思潮と矛盾撞着するものとは考へられない。それはカントやヘーゲルが説いた様に「自由」を解釋すれば例へば近代法學者の盛に唱道する「社會連帶」思想と相反する性質のものであるとは云へまい。或は「社會連帶」論者の所説よりは一層の深みのある見方である様にも思はれる。併し現實の社會は哲學者の考へた理想的形相に於ては流轉しなかつた。十九世紀の民法の基調たる自由は十九世紀民法の他の特質である財物偏重主義と結び就いた。此の連結を觀過しては十九世紀民法の特質は正常に之を理解する事は出來まい。又十九世紀末からの「社會の發見」とか「協調主義」とか「社會連帶主義」とかの反動的傾向をも之を正常に理解する事は出來まい。若しも自由の概念が財産と結び付かずに一層多く「人格權」と結び付いたならば、事態は全く變つて居つたであらう。フランス民法は財産權に就て詳細に規定を置いて居るに反し人格權とか勞働權とか云ふ事になると僅かしか規定を置いて居ない。獨逸民法の編別法も財産偏重の渦

の中に巻かれて居る。又英米の判例法に就て見ても人格權は主として財産權の名の下に、間接に附隨的に保護せられて居つたに過ぎない。これは十九世紀の私法が如何に財産に重きを置いて居つたかを示すものに非ずして何であらう。

個人の自由が私有財産の保護と結び付いて出来上つたのが個人所有權不可侵の原則であり、契約自由の原則である。そして「自由」の名の下に、所有權保護、契約自由の保護の美名の下に、幾多の悪立法と悪判例、少くも現今から見るとそう見へる立法と判例とが下されたかは既に周知の事實で今更此所に詳説するまでもあるまい。

そして國に依つて幾分づゝ異なるにせよ、先づ十九世紀の半頃から個人主義自由主義の立法に對する反動として俗に「法律の社會化」とか「個人本位から社會本位へ」とか「個人主義から集團主義へ」とか「私法の公法化」とか「個人主義法學から社會主義法學へ」とか一寸アトラクティブな標語を冠して説明される現象が各國に現はれて來た。是等の現象も今此所に長々と説く事はせまい。ドイツとスイスに就ては未完ながらヘーデマンの「十九世紀に於ける民法の進化」(Hedemann, Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX ten Jahrhundert)がある。

フランスに就てはデュギーの**私法變遷論**(Duguit, Transformations du droit privé)がある。イギリスに就てはダイシーの「十九世紀の英國に於ける法律と輿論との關係」(Dicey, The Relation between law and public opinion in England during the nineteenth century)がある。アメリカに就てはバウンド氏の「コンモンローの精神」(Pound, Spirit of the Common Law)の内に幾分その説述を發見する事が出来る。今更事々しく述べ立てる必要もあるまい。之を要するに現代一般の法律思潮は、良かれ悪かれ、社會から出立して居る。個人から出立して居ない。そして「所有權」でも「契約自由」でも社會的價值判斷の上から之を活殺する事自由自在である。勿論人に依つて價值判斷の結果は異つて居る。併し社會と云ふ「前提」を何等かの形式で認めて所謂個人の自由を批判して居るのは概ねその規を一にして居る。その當否に就ては大に議論したい事はある。然しそれは暫く預つて置いて、兎に角思想の傾向が個人を出立點としないうで社會を出立點とするのが泰西でも日本でも現代の傾向の様である。現代の流行思想である様である。

かゝる思潮に養はれた現代の法律家にとつて勞農ロシヤの新民法典は少しも驚くに足らな

い。その規定の詳細に付いて或は之を是とし或は之を非とすることはあらう。それは十人十種の各人の價值判断に依つて定まるのであるからである。併し價值判断の基準に於ては勞農ロシヤ新民法の採用して居る處と變つた處はない。従つて、千九百二十三年勞農ロシヤ民法は何等二十世紀の法律家を驚かすに足るものではないのである。

三

ロシヤ革命前のロシヤ帝國——フィンランド、ボルテイツク沿海三州、ポーランド、ヘツサラビア、チエルニゴヴ、ボルタワ等を除き——に施行せられて居つた民法々典は、十六卷から成る所謂 *Svod Zakonov* (法律全典) の一部として千八百三十三年勅令として發布され千八百三十五年一月一日から實施せらるゝに至つたものであつた。その後屢々改正はあつたけれど右の民法々典が基礎となつて居つた様である。

右の民法典は十九世紀に於ける諸國の立法と共に、フランス民法典の影響の下に制定せられたものであつた。處が、其後ドイツの法律學が漸次盛になるに及んで、ロシヤの民法學者の學

説は漸次主としてドイツ法學の影響の下に立つ様になつた。又千八百八十二年に民法典編纂委員が設置せられて民法典草案が千九百五年には出來上つた(所謂第二草案)。此草案は明かに獨逸民法典及び獨逸法學の影響の下に立つて居る。

處が、千九百十七年秋ロシヤ革命が完成すると共に革命前の私法は全部廢止せられて了つた。千八百十八年七月十日第五全露ソヴィエツト會議で採用になつたロシヤ社會主義ソヴィエツト共和國憲法第三條で土地、森林、鑛山、鐵道、その他の生産及交通機關が國有と宣言せられ、千九百十八年の相續權廢止令で相續權が廢止せられ千九百十八年九月十六日の「身分登記婚姻親子關係及び後見に關する法典」で舊來の親族法を廢止して此點に就て丈新しい立法を試みたのであつた。併しながら、私有財産制の廢止が私人の有する總ての財貨に及んだのでない事は言ふを俟たない。勿論必要上——又は時に必要以上に——私人の消費物の無償徵發が盛に行はれて居つた様であるから、私人所有權の安固は——その認められた狭い範圍に於ても——頗る薄弱なものであつたに違ひない。又契約法と云ふ近代社會に無くてならない法律も不明であつたらしい。即ち物權法及債權法と云ふ財産に關する重要な法規の一體は殆んどなかつたもの

と見る可きであらう。そして人民裁判所は法規の無い場合に舊法を参照する事を禁止せられて居つて、只社會主義的法律意識を基礎として (auf Grund ihres sozialistischen Rechtsbewusstseins) 判決を下さなければならぬのであつたらうから、多くの場合所謂「法律に依らざる裁判」(Justice without law) が行はれて居つたのであらう。その實際が「大岡裁判」であつたか、將た又アラビヤ物語にある様な「暴君裁判」であつたか、それは知るべき何等の正確な材料を私は持たない。

右の様な私人所有權の不安状態は、ソヴェエツト政府の辯明者をして云はしむれば、何等社會主義的政策の當然の結果ではなくして、革命完成後の内外の狀態が個人の權利を犠牲にして社會全體——社會主義國家其者の成立存在を可能ならしめんが爲めの變態的狀態に過ぎざるものであるとする。「軍事的國家」に伴ふ當然の結果に過ぎざるものであるとする。それは兎に角として千九百二十一年新經濟政策採用の前後からして、私人所有權保護の傾向がある程度まで現はれ出して來た様である。それは大體に於て左の如くである。

(一) 千九百二十年九月二十三日の布告でツヴェエツト政府が外國人に與へたコンセッション

に關して、その契約期間コンセッションの目的物が、徵發、沒收を受くる事なき事、とそれから又長期間に涉つてロシヤの富源を開拓するに必要な諸種の保障を與へて居る。これは外國から資本と技術者とを輸入してロシヤの回復を企圖せんとした政策の現れてあらう。

(二) 企業の國有化に就ても新經濟政策採用以來之を中止するに至つた。即ち爾來、産業及び商業的企業の國有を中止すべき事が、立法府に依つて決定せられ、同時に人民最高經濟委員會は地方官憲に對し千九百十八年乃至千九百二十年間の諸布告に依つて國有とすべかりし産業的施設でも、事實上國家機關の占有に歸しなかつたものは、前所有者に屬し、前所有者は自由に之を運轉する事を得る旨を訓示した。それから又、千九百十九年乃至千九百二十年の間に國有となつた産業及商業的諸事業も到底全部を政府でやつて行く事が出來ぬ事を覺り、國家自ら經營するのは國家に必要缺くべからざる少數の大企業に限り、その殘部に就ては、或は之を企業自身の内部的自治に委して、之を産業的基礎の上に置くか、或は又、前所有者又は第三者に賃貸する事にした。そして是等の賃貸契約は人民裁判所の判決なくしては之を取消す事を得な事になつた。更に千九百二十一年十二月十日には全露執行委員會は、國有となつた工場及企業

で活動を中止して居つたもの、又は其活動が不適當である場合には前所有者に於て之を取戻す権利がある事となした。

(三)私人所有物の徵發に就ては、既に千九百二十年四月十六日の布告で徵發沒收權に明確且つ狭少な限界を附し、徵發沒收權を行ひ得る機關及手續を確定し、更に人民委員から數多の布告を發して、益々徵發沒收權を制限し、又人民司法委員會は裁判所その他地方の司法機關に訓令を發して、是等の諸布告を執行する事に拏めて居つた。

千九百二十一年十一月十七日の布告で人民委員會は地方官憲に依る徵發沒收の權を全廢し、下の如き規定を置いた。

(イ)徵發は——非常手段として——最高中央權力即ち人民委員會に附屬した勞働及防衛委員會に依りてのみ之を行ふ事を得る。

(ロ)徵發せらるゝ財物の所有者は徵發當時の通常の市價で一箇月以内に對價の支拂を受けらる。

(ハ)徵發物の徵發及評價は一定の規則に従つてのみ行ひ得る。

(ニ)對價の支拂なき徵發は犯罪に對する刑罰としての外許されない。

(四)更に又新經濟政策の實現として産業勞働及手工業勞働の自由を許し、私取引の自由を認め、又貴金屬及金貨の占有及使用を認め、金ルーブルに依る取引を許すに至つた。

ロシア新民法々典が編纂せらるゝに至つたのは以上の様な私人所有權及私人取引を漸次保護するに至つた政策の延長であり、その完成であつたと云へやう。

千九百二十二年五月二十二日中央執行委員會は「ロシア社會主義聯合ソヴィエツト共和國に依つて認められ、その法律に依り保障せられ、その裁判所に依つて保護される土地財産法に就て」と云ふ布告で中央執行委員會及人民委員會に新民法典の起草を委託し、その完成と共に草案を中央執行委員會に提出する事を命じた。そして半年位で法典編纂事業が完成し、千九百二十二年十一月十二日の「イスヴエステイヤ」(官報)第二百六號で公布され本年の一月一日には既に施行せらるゝに至つた。由來法典編纂事業は長年月を要するものであつた。獨逸民法の如きは三十年もかゝつたし、急造で有名な我民法でも尙ほ數年を要した。それが六ヶ月と云ふ短日月の間に起草、實施、と云ふ事に至つたのは驚くべき速さである。起草委員の有能なる爲めか

それとも又革命法に通例である粗品濫造の一例であらうか。

四

○今まで法典編纂を企てた國には大要二種あるものと見る事が出来る。

第一は其國の法律と法律學が充分に發達し切り圓熟の結果として簡略な法典と云ふ形を探るに到る場合である。此場合には法典は其國の過去に於ける法律文化の結晶であると見る事が出来る。ジャステイニヤンの法典、フランスの民法典、オーストリア民法典、ドイツ民法典、ウイスの民法典等はその例であると見るべきであらう。

第二は其國家の法律は充分發達して居つたのであるが社會事情の激變の爲めに全然古來の法律と異つた法律を要求する様になる場合に法典が編纂せらるゝので、社會の激變と云ふのは從來では封建的社會又は農業的社會から産業的及商業的社會への變遷であつた様である。此意味に於ける法典編纂は千八百三十三年ロシアの「法律全典」、土耳其の法典、英印法典(1837-1888)、それから我國の法典の如きは即ち此部に屬するものであると見る事が出来る。

勞農ロシアの新民法々典は、寧ろ第二種の部類に屬するものと斷すべきものであらう。只從來に於ける第二種の法典編纂は先に述べた様に、産業的及商業的社會への激變に伴ふ現象であつたのであるけれども、勞農ロシアの新民法々典は共產的社會(緩和されては居るが)への激變に伴つて居る點に於て法典史上新奇なる現象として頗る趣味あるものである。私はかう云つた純學術的趣味の上からして、ロシア新民法編纂の詳細なる研究をして見たいのであるけれども今はその材料もなくして之を爲す事が出来ない事を遺憾とするものである。

五

勞農ロシア新民法々典は僅に四百三十五條から成つて居る。近代諸國の民法々典に比して、條文の数の少い事に氣付くのである。假令親族法を包含せぬと云ふ事實があるにせよ、又勞働法が殊別法に移されて居ると云ふ事實があるにせよ、著しく少い事は注目に値する。條文の少いのは多くの法律上の問題に就いて解決を見合し、追々判例などで定まつて行くのを持つと云ふ主旨であるかどうか、後に單行法で補充すると云ふ主旨であるか、その邊の消息は未だテキ

ストを手に入れる事の出来ない私には判断し兼ねるのである。

法典は四大部門から成る。總則、物權法、債權法、及び相續法がこれである。親族法は採用せられなかつたので、千九百十八年九月十六日の「身分登記、婚姻、親子關係、及後見に關する法典」がその儘行はれて居る事になつて居る。

法典編纂の方式は獨逸の學者がローマ法から發展せしめたバンデクテン式中のザクセン式と云ふ行き方で、我國の民法々典の方式と同様である。只右に述べた様に親族法が省略されてある丈である。獨逸民法が債權法、物權法と云ふ順序で行つて居るのは所謂バイエルン式であるがロシアの新民法典は物權法債權法と云ふ順序でドイツ民法の例に従はなかつた。

ドイツ民法の編別法に就ては嘗て社會主義を信奉するオーストリアの法律家アントン・メンガー氏が其著「民法々典と無産階級」の中で痛烈な批評を下したのを想起せしむる。彼は此點に就て下の様な事を述べて居る。

「純粹に事物の性質に従ふ民法典であるならば先づ第一に婚姻親子關係及後見を包含する親族法が規定せられねばならない。それは、親族法は全社會の基礎となる法律制度であつて、特殊の階級の爲めの特

權の設定を目的とするのでなく、有産者と無産者とを問はず、すべての者が均等に關與する事を許す法律制度であるからである。

親族法に次いで、自然の順序として、有産者と無産者との對立を成立せしむる法律制度、即ち國民の大多數に單に消極的利益を有する法律的制度(財産法)が來るべきである。財産法では先づ所有權及び所有權類似の諸物權を規定すべきである(物權法)。そしてその後で初めて債務關係即ち、所有權又は個々の所有權中に包含する機能の取得と云ふ目的を専心遂行せんとする——少數の例外を除いて——債務關係が來る可きである。私法體系の終結は當然相續法が來る可きである、蓋し相續法は社會の *Erbschaften* (無産者)にとつて何等の意義を有せざる許りでなく有産者、教養ある者の間に於ても、割合に狭い範圍の入達丈が關與するに過ぎぬからである。

ドイツ法律學に久しい以前から行はれて居る系統は、以上の社會的見地で定まる排列とは異つて居るので物權法債權法に細分せらるゝ財産法は親族法に先つて置かれて居る。此のドイツ法學の特性は外國の立法及法律學では模倣せられなかつたのであるが、社會の自然的基礎が所有權の利益のために如何に壓倒せられて居るかと云ふ外部要因を示して居るので特に顯著である。此珍妙な本末轉倒の立場からし

て辯護される見方は親族法は相続法と密接な關係に立ち、兩者は所謂「連續私法」を構成する、即ち人間の時間的連續と財産の推移とを規律する私法體系の部分だと云ふ考である。

債務關係法（債權法）、物權法、親族法、相続法と云ふ順序で規定を置いてる獨逸民法草案（即ち現今民法）は自然的排列から最も離れたものである。債務關係はその法律上及び經濟上の目的は殆んど例外なく、所有權を取得し保有し、確保するに存するにかゝはらず、先づ債務關係に就て規定されて居る。次に所有權その他の物權、そして第三に於て初めて親族法を規定して居る。故に後に述ぶべき他の多くの特質と共に民法草案は商業人に對する顧慮、然のみならず所有者に對する顧慮が重きをなし、取引上の利益が支配する時代の產物である。起草者がその草案に於て相続法を第一位に置いたならば首尾顛倒は完全無缺であらう。」

以上の批評は随分酷烈で特に最後の部分は皮肉たつぷりな書き方である。我民法々典で親族法を第三位に置いたのは矢張りメンガー氏のお叱りを受けるのであらう。併し物權を債權の先に置いたのはメンガー氏の「外國に於ては模倣せられなかつた」一例として氏の意を得たものであらう。ロシア新民法典では親族法を何處に置く積りであつたか知れないが民法々典を規定

するずつと前の千九百十八年に既に詳細な規定を置いたのは、メンガー君地下に大喜びであらう。又物權法を債權法前に置いたのもメンガー氏の賞讃を博する事であらう。ロシアの法典起草者が、編別に付てかゝる意識を以てやつたかどうか、それは今の處では正確に知る可き何等の材料が無い。然しその結果に於ては社會主義法學者アントン・メンガー氏の意見に合致したものと見るべきである。

六

ロシア新民法々典の第一條には「私權は法律に依つて保護せらる。但し私權が其社會經濟的意義に反して實現せらるゝ場合は此限に非ず」とある。

右の條文はロシア民法が創定した新奇な法律上の原則でも何でもない。實は近代法學に於けるトルウイズムを言明したに過ぎない。

勿論、之れは十九世紀初頭に旺盛であつた「個人權利の神聖不可侵」と云ふ思想とは正に反對に立つものと云ふ事が出來よう。併しながら、近代の法學者で「私權の絶體不可侵性」を信

するものは殆んど無いと云ふて宜しい。「私権の相對性」は近代法學の通説である。又近代法に於ける諸種の法律現象に内在する指導原則である。

ローマ法では私権の絶體性が認められて居ると考へる人がある様であるけれども自然法の影響の強かつた所謂クラシカルピリオッドでも、例へば他人を害する目的で土地を使用する場合にまでも私権の行使が許されるものであるとは必ずしも考へられて居らなかつた事はデイゲスタのテキストから明かである様である。

そして發達したローマ法の「他人を害する目的で権利を行使してはならぬ」と云ふ思想はドイツの學者が十九世紀に利用して居つた。そしてドイツ民法第二百二十六條には「権利の行使は他人を害するの目的のみを以て之を爲す事を許さず」と云ふ規定があり、又同法第八百二十六條には「善良の風俗に反した行爲に依り、故意に他人に損害を生ぜしめた者は、損害賠償の責に任す」べき旨を規定して居る。瑞西民法第二條にも「各人は其の権利の行使義務の履行に就て誠實なる可し、権利の明白なる濫用は法律の保護を受くる事なし」とある。フランスでも古くは「権利行使の絶體性」が考へられて居つた。そしてフランス民法にはドイツや瑞西の様

な條文はないけれど判例と學説とで所謂「權利濫用」(L'abus du droit)の法理が發達するに至つた。英米でも漸次異つた形で同様な法律思想が發達しつゝある。我國の學説判例も漸次同様の理論を發達せしめつゝある。

併し、ドイツ民法でも瑞西民法でも「権利行使の道德性」の色彩が多い。それはクラシカル・ピリオッドのローマ法と同様である。十八世紀に於ける「法律の道德化」と云ふ傾向の一の傳統的繼續であらう。然しながら、最近に於ては更に一步を進めて「動機」の問題を基準としな

いで権利行使の「社會的價值」と云ふ方から権利行使の限界を定めんとする傾向が強い。特に「権利の不行使」までも禁ずると云ふ立法も屢々企てられて居る位なのである。

ロシア新民法が「私権が其社會經濟的意義に反して行使せらるる場合は此限に非ず」としたのは「道義的基準」を取らずして「社會的基準」を採用した點に於ては最近の法律思潮に合致して居るものと云へよう。

法律關係は嘗ては「救濟方法」と云ふ座標から眺められた事もある。「義務」と云ふ座標から眺められた事もある。そして十九世紀の法律家は「權利」と云ふ座標からして之を眺めた。そ

して「法律」を「権利」の學問であると考へた。此思想に對する反動として二つの反對の思想が現れて來て居る。一つに権利の背後にある欲求（利益）に着眼し、欲求の保護調節と云ふ方面から権利を認定し之に限界を附せんとする思想である。座標は「権利」から「欲求」に移つて居る。アメリカのロスコー、バウンド氏は現在に於ける此派の有力な代表者である。之に反し他は權利と云ふ觀念其者を否定し「社會的奉仕」と云ふ立場から法律に對せんとする。「社會連帯」と云ふ立場から新に法律構成を試みんとする。その實際的歸結は義務本位への復歸（異つた衣粧の下に）であらう。フランスのレオン・デュギーが現今其最も有力なる代表者である。

ロシア新民法第一條は此點から着眼すれば法律構成は少くもその形式に於いて「權利」を座標として居る點に於て、假令「權利行使の社會經濟性」と云ふ大斧を振つて制限して居るにかゝはらず、十九世紀の形骸を脱しては居らない。そこには形式上何等のオリジナリテイが無い。且つ「個人」と「社會」との對立と云ふ古いデュアリスティックな考を其儘現はして居る。

七

近代の所謂社會問題に關連して最も重大なる法律問題は云ふまでもなく、個人所有權の問題である。共產主義的な勞農ロシアに於て此問題を如何に解決したか、所謂新經濟政策なるものは如何なる程度まで共產主義を緩和して居るのであるか。これは吾々法律研究者の正に知らんとする趣味多き問題である。此點に就ては未だ詳細に且つ正確には之を知る事は出來ないのであるけれども、知り得たる斷片的報道を綜合すると共產主義を破壊しうる程度には個人所有權は認められて居らない様である。此點に於ては個人所有權を原則とし、集團所有權を例外とする近代國家の私法とは未だ可成りに距離が遠い様に見えるのである。

個人所有權の客體となる「物」の範圍に就ても總則篇第二十一條に「土地は國家の所有に屬して私的取引の目的物となるを得ず土地の占有は使用權に付てのみ之を許容す」とあり第二十二條には「國有及び市有に歸したる企業、其設備、鐵道及其輪轉材料、國有に歸したる船舶並に國有及び市有に屬したる建築物は私取引を禁止せられたるものとす云々」とあり第二十三條には「武器、爆發物、軍需品、航空機及無線電信機、廢棄せられたる有價證券、法定の制限を超えたる酒類飲料、及劇薬は私取引を禁止せられたるものとす」とあるのであるからして、土地

の全部と動産中廣い範圍の財貨は所謂不融通物——*res extra commercium*——の範圍に入れて居るので個人所有權の客體とならないのである。

又物權編第五十二條には所有權を分つて國家所有權（國有及市有）組合所有權^{コイットツク}、及び私人所有權の三つとして居る。その内の私人所有權の客體となる可きものを列舉的に制限を置いて居る。即ち、第五十四條に依ると(1)建物（國家又は公共團體のために使用せらるゝ以外）(2)一定の人員を超えざる勞働者使用人を有する商事的及工業的企業(3)生産用器具機械(4)通貨、有價證券、その他金銀貨幣、外國證券等の有價品、(5)家庭又は個人の使用品、(6)法律に依り販賣を禁ぜざる商品及び取引の目的物となる總ての財産がこれである。

又私人所有權保護の範圍に就ては第五十八條で「所有者は法定の範圍に於て所有物の占有利用及處分を爲す事を得」とし且つ第五十九條で所有者は其所有權を回復し、侵害を禁止する事を得る」旨を規定し第七十條で「没收は法律に規定せられた場合及手續に依り刑罰としてののみ之を爲す事を得」として居る。是等の規定の形式は他國の民法典に於ると同様であるが第四十四條で「訴權は三ヶ年の期間満了後消滅す但法律に異りたる時効期間の定めある時は此限に非ず」

として所謂時効期間の短縮を行つた事や、第六十條で「所有者は其財産を紛失し若くは盜難に依り奪れたるときに限り所有者より直接に其財産を取得したるに非ざる善意の取得者に對し返還を請求する事を得」とした事などは之を制限する作用を發揮するであらう。又私權行使に關する第一條の規定が私權の行使を大に制限する結果を來すべきは勿論である。

以上簡單な叙述からしてロシア新民法に於ける所有權に就て二つの點が注目せらる可であらう。第一は所有權の客體が著しく狭少である事である。第二は所有權の効力が著しく公共の利益の爲めに制限を受けて居る點である。ロシア新民法は此兩面の制限に依てその主義とする共產的國家の理想の私人所有權に依る緩和を最小限度に止めんと努力せんとしつゝある様に見られる。

十八世紀十九世紀の法律は、大體に於て、一面所有權の目的物を最も廣く認めて居ると同時に、その効力に就ても最も強烈を極めた様に思はれる。從て十九世紀の法律史家は一面に於て原始社會に於ける團體に依る財物共有制が「家」の分割に伴ふ「財産」の分割と各種家族の特有財産の漸次的容認とに依て、現今各國に於ける様な個人獨占權制へ推移する主旨を説き、集

團共有制はフランス等で認めらるゝ夫婦財産共有制や入會の如き合有制として例外的にのみ殘存する事を指摘すると同時に、他面に於て、物の支配の保護が所持 (detention ; natural possession ; custody) から占有 (possession ; seizen) 占有から所有 (dominium ; ownership) への進化を示しつゝ漸次に完成せられた事を説いた。併しながら、十九世紀の半頃からして立法及裁判の實際は漸次逆轉の外觀を呈する様になつて來た。

第一は即ち所有權客體の制限である。經濟學者の所謂「國有化」「市有化」と云ふ現象、即ち法律的に云へば *res extra commercium* —— 不融通物の増加がその最も顯著なるものである。かくして多くの「物」が個人の支配から離れて團體の支配の下に置かれ、私的取引の範圍外に置かるゝに至つたのである。此點は既に周知の事實であつて今更説くまでも無からう。

之と同様な現象、そして餘り注意されない事實は、公用物 *res communes* (例へば灌漑用又は電力に使用せらるゝ流水) を公有物 *res publicae* として一層個人使用の嚴格な規律を可能ならしむる傾向と無主物(例へば野生の鳥獸) —— *res nullius* を公有物 *res publicae* に轉化して個人の發見及先占による所有權の取得を制限せんとする傾向である。この二つの傾向は

所有權を最も強烈に認めて居るアメリカですらも見られる現象である。

從てロシア新民法が「公有物」の範圍を非常に廣く認めたと云ふ事は只此近代的傾向に更に一步を進めたものに過ぎぬ。

第二は即ち、所有權の効力の制限的傾向である。所有權の内容を實現する事に對する幾多の制限である。所謂フランスで發達した「權利濫用の法理」は所有物の使用に對する一大制限として働くのである。その他相隣間に於ける關係の詳細な規則、都市計畫法などの制定で私人の所有物使用權は著しく制限を受けて來て居る。又「處分」と云ふ所有權の内容に於ても制限を受ける傾向がある。アメリカのある州では勞働者が賃銀請求權を高利貸に讓渡するためには妻の同意を要するものとする。家具の質入に就ても妻の同意を要するものとして居る。是等は皆所有權の効力を弱める傾向にうらものではないか。それ許りでない。取引の安全を保護する爲めの我民法の「即時取得」の規定佛民法の *Possession vaut titre*. 流通性の理論 *negotia-bilitas* 等は矢張り所有權効力の制限として働く。それから各國で認められる消滅時効の規定も取引の安全のためにする所有權効力の制限である。ドイツ新憲法が「所有權は義務を伴ふ」

Eigentum verpflichtet」としたのは此傾向に原理的形式を與へたものに過ぎない。

かくの如き思想を背景としてロシア民法の私人所有物に關する規定を眺めて見れば、只從來の理論を稍極端に實行したと云ふに過ぎないものであらう。

ロシア新民法典では物權の數が非常に少ない。所有權（國有・組合有・私有）建築地上權、及び質權の三つに過ぎない。

建築地上權は住宅難を緩和する目的で私人の家屋建築を奮勵する爲めに認められた物權で我民法の地上權に近いものである。即ち右造家屋に就ては四十九年、その他の家屋に就ては二十年を最長期として建築權を國有の土地の上に自治部から取得する事が出来る。但し此期間を経過した後には建築權者は、對價を受けて、建物を自治部に讓渡す義務が課せられて居る。

擔保物權に於て色々な種類を別々に規定して居ないで只「質權」丈であるのであるけれど、質權の觀念は廣汎であつて法定質權と契約質權を包含し契約質權の内には我民法の「抵當權」に該當するものをも含ませる趣旨の様であるから、形式上は唯一であるが、内容上は從來の擔保物權法に比して大して異つた事は無いものと見て差支ないのであらう。

八

信用經濟に基礎を置く社會では、各人の富の大部分は約束の形で存する。即ち他人が約束を履行する事に依て實現する利益が彼の財産の大部分を形成して居るのである。そしてこの約束をその正當なる範圍に於て保護するのが債權法中の主要部分たる契約法の主たる職分である。

法律が契約から生ずる債務關係を保護するに至つた歴史的徑路には趣味多き背景と變遷とがある。併し今此處に之を詳説する事は止める。只歐大陸に繼受せられたローマ法の複雑な契約の категорияの背後に存在する精神を抽出して契約自由の原則を確立したのは恐らく佛のポティエールの功績であらう。そしてこの契約自由の原則はフランス民法その他諸國の民法に依て認められた契約法の潜在原理を形成するに至つた。英米の法學界でも此法律思想の影響が顯著であつた。特に米國では契約自由の原則は聯邦憲法の保障の下に私有財産權と共に極端まで保護せられて居つたのであつた。そして實質上契約と云ふのは無理な法律關係までも契約で説明せんとする傾向が各國に起り、「契約萬能時代」を現出するに至つた。イギリス歴史法學派の泰斗

ヘンリー・サムナー・メーンが法律の進化は「身分より契約へ」遷るのだと云ふ格言はメーンの眞意以上に、メーンの注意深く断つてある制限を無視してまでも、又メーンの書物を熟讀せない學者(?)までもこれを口眞似するに至つた。それは契約萬能時代の表徴であつて、當時時代思潮であつた自由放任主義に相應はしい現象であると見られよう。

併しながら、十九世紀の末頃から契約自由の原則は非常に制限を受ける傾向が現はれて來て二十世紀には益々かゝる傾向が顯著になつて來て居る。勿論契約自由の原則の旺盛な時代でも法律(強行法)の規定に違反したり、公の秩序善良の風俗に違反する様な契約には効力を發生せしめないと云ふ主旨の法理は各國にあつたのであるけれども、契約自由を制限する法律は成る可く制定せぬ、又成る可く公の秩序善良の風俗に反せぬものと裁判所で解釋すると云ふ風潮があつたのであるが、この風潮が一變して契約自由を制限する立法が殊に勞働立法その他で數多く設けられ、又判例の傾向も契約自由の制限に向つて居る。そしてレセ・フェリアの思想から一轉して、進んだのになると契約が何等か積極的に社會全體の利益を向上せしむる性質を有する場合に國家は之を保護すると云ふ程度まで行つた判例もある。又學說としては殆んど月

並となつて居る。契約自由の原則は國家非干渉主義と云ふ消極的考察から國家機關が契約の社會經濟に合致するや否やを判断して効力を定めると云ふ積極的考察に移りつゝある。それがロシア新民法制定當時に於ける各國に於ける契約理論の大勢であつた。

ロシア民法々典第五條には「前條の規定に従ひ(權利能力に關する規定)勞農露國同盟ソヴィエツト共和國人民は勞農領域内に於て自由に移轉及居住し、法律に依り禁止せられざる業務及職業を選択し法律に規定したる制限内に於て財産を取得又は喪失し、法律行爲を爲し、又義務を負ひ及商工業活動を規律し且勞力使用を保護する總ての法令に準據して商工企業を組織する權利を有す」とあり、第三十條には「違法の目的を有する行爲若くは脫法行爲、及び明に國家に損失を與ふべき行爲は之を無効とす」とする。

此三個條に現はれた法律思想の形式は舊い形式で十九世紀各國の民法の契約の自由とその制限を規定する規則と表現の形式を同じくし「法律に違反せざる範圍での契約の自由」と云ふ消極的なフォームユレーションである。只「國家に損失を與ふべき」と云ふ妙な制限を明示した點が眼新しい様であるがその趣旨に於ては十九世紀の諸立法と同様であらう。

只第一條の「私權は法律之を保護す、但私權の行使が其社會經濟的の使命と相抵觸するときは此限に非ず」と云ふ規定が債權をも包含する關係上契約自由の原則も幾分積極的色彩を帯びて居るのだとも云へよう。併し、未だ學術上珍とするには足りないであらう。

併し又、翻て、實質的に考察すればロシア民法の許容する「契約の自由」は非常に制限された範圍に止まるものであらう。第一には不融通物の範圍が前述の如く非常に廣汎な財貨まで及んで是等に就ては契約の自由が制限される事である。第二には勞農露國では國營事業の範圍が廣汎である結果としてそれ丈人の契約の範圍は、制限を受ける事である。第三には「國家萬能思想」の強烈な勞農ロシアでは將來の「法律」で色々な制限を設ける事も豫想し易い。第四に裁判官も「共產主義」的思想が強烈であらうから、判決も「契約自由」をどれ程までに尊重するかは疑問である。

之を要するに近代債權法の中心問題となつて居る「契約の自由」に就てのロシア民法の規定は、形式に於て何等新し味を感じしむるものが無い様であるけれど、實質に於ては他國以上に制限を設けて居るものと見るべきものであらうか。

ロシア債權法の規定は總則、契約より生ずる債務、使用貸借、賣買、交換、消費貸借、請負、保證、委任、信託、會社、普通組合、合名會社、合資會社、有限責任會社、株式會社、保險不當利得に基づく債務、損害賠償債務、と云ふ順序で全部十三章から成つて居る。然しその規定の詳細に就ては今之を知る事は出来ない。只一萬金留以上の贈與を無効として居る第三百三十八條が物珍しい。

九

死者の遺産を相續する權利の合理的基礎即ち所謂「相續權の基礎」は諸説紛々であるが、それは畢竟相續が行はれる社會の典型に依て定まるべきで、何れが是で何れが非であるかを抽象的に論斷する事は困難である。否不能である。かゝる論斷は畢竟空論に終るものであらう。家長的社會には之に相應はしい相續理論が妥當であるし、封建的社會には之に妥當な相續理論があり、個人主義的商業的工業的社會にはそれ相應な相續理論がある。それは古代ローマの相續法や、中世の相續法や、近世の相續法を研究考察する者の容易に氣付く處である。我國現

在の相續法の如きも家長的思想、封建的思想、及個人主義的思想の混亂した社會を表現して居つて所謂相續法の基礎の問題に就ても亦單純な説明は困難である。私は今此處に相續法の基礎に就て各種典型の社會に夫々妥當な相續權の基礎と云ふ問題に就て詳説する暇を有たない。

併しながら、十九世紀に於ける歐米各國の相續法に現はれて居る根本思想は第一に死者の財産は原則として私人に依て所有せらるべきものであると云ふ考と第二に近親の者が死者の財産を承繼するのが當り前だと云ふ「自然法」的考へと第三には死者がその財産で扶養して居つた者が扶養者の死亡で忽ち扶養を受けなくなるのは穩當でないと云ふ三つの考に基いて居るものだと私は觀察して居る。勿論例外的には封建的考方の遺物たる相續規則も各國の相續法に殘存はして居るにしても大勢は以上の三つの考から出立して居るものであると見て大過なきを信するものである。それから又相續權の制限と云ふ問題に就ても理論としては相續權否認論まであつたが實際に於ては租稅の形式で相續財産の一部を國家に沒收する位が關の山であつた。

遺言に就ても沿革的には法定相續のみが認められた社會、遺言が例外的に認められた社會、遺言が自由に認められた社會、遺言が原則で例外的に遺留分制度を認める社會等があり、その

變遷は法律上趣味津津たる題目の一つである。併しながら十九世紀の歐米では以上の中第三と第四とが通常であつた。前者は英米の社會（幾分の例外はあるが）に之を見出し得第四は歐大陸に之を見出し得た。兎に角遺言自由の原則は財産處分權の延長として當然であると云ふ考が大體に於て支配して居つたのである。

以上の様な思想的背景を念頭に置きながらロシヤ新民法典の相續權に關する規定を眺めて見よう。

第一に近代相續法の思想的根據の一つである死者の財産は何人かの所有に歸屬せしめねばならないと云ふ考は非常にモディファイされて來て居る。即ち第四百十六條に「次條以下の規定に従ひ法律及遺言に基き死者の全債務を控除したる殘餘財産價格一萬金留を超えざる限度に於て相續を爲す事を得」とあり、第四百十七條に「相續財産の總額が一萬金留を超ゆる場合には國家を代表する財務部及其機關と法律及遺言に基き相續權を有する個人との間に於て相續財産を分割又は清算し制限額を超ゆる部分を利害關係を有する國家機關に與ふるものとす」とあるのが即ち之れである。この規定は私人相續權を一萬留に制限した處に今までの、相續稅など、

は趣を異にした非常の新奇な制限がある。併し、一萬金留以上の遺産に就て國家を相續權者と見た處に近代相續法の潜在前提たる思想の破壊がある點に於て法律思想上に於ける最も顯著なる革命があると見る可きである。それは共產主義を國家の根本組織と見、私有財産を例外的制度であると見る社會には當然な現象であらう。併し兎に角、この規定は法律思想の上から特に注意を要するものであると考へる。

第二に近代相續法の基礎となる近親の者殊に妻子が遺産を取得するのが當然だと云ふ自然法的考と扶養を中心とする考、この二つはロシヤ新民法でも限られた範圍内に於て認められて居る様に見える。併し、扶養思想の方が色彩が一層強い點に特色がある。即ち第四百十八條「四百十六條に規定したる二個の根據に基き相續權を有する者は死亡者の直系卑屬(子、孫、曾孫)及生存配偶者併に死者の死亡前一個年以上事實上全然死亡者に依り扶養せられ居たる勞働能力なく且つ資産なき者に限る」。前段は「近親思想」と「扶養思想」とが共存してゐるのであらうがそれでも扶養思想が強い様に見える。後段は主として扶養思想に基くのであると見る事が出来る。相續權者の範圍を親族中では生産配偶者と直系卑屬に限つた點即所謂コラテラル・イン

ヘリタンスを認めない點及直系尊屬に及ばない點は注意に値する。其規定の背後に法の經濟的解釋の色彩が頗る濃厚な事が窺はれるのであるから。

第三に遺言の自由が著しく制限せられる近代的傾向がロシヤ新民法々典では非常に強く認められて居る。額に關して一萬金留と云ふ制限があるのは前述の如くであるが、單にそれ丈に止まらない。遺言の無い場合には第四百二十條で相續財産は之を第四百十八條に掲げた總ての者の間に人數に應じ平等に分割せられるのであるが、此均分相續の原則をモディファイすると云ふ狭い範圍内に遺言自由の原則は限定せられて居るのであつて、例へば赤の他人に財産を遺贈すると云ふが如きは許されぬのである。即ち第四百二十二條には「遺言とは遺言者死亡の場合四百十八條に記載したる者の中の一人若は數人に財産を與へ若くは財産を數人又は其の總てに對し第四百二十條の規定と異りたる手續に依り分配すべき事を文書の形式に依り定めたる處分方法を云ふ」とあるのが之れである。考方は法定相續が原理で遺言は例外であると云ふので現代の相續法思想と正反對な立場に立ち返つた處に特色がある様に思はれるのである。

之を要するにロシヤ新民法で相續法文は非常に法律思想の上で異つた特色であり、經濟的法

律観が随分よく徹底して居る様である、其處に可成りなオリジナリテイが見られる。但し徹底した法律は必ずしも法律として善良なものとは云へないけれども。

+

先に述べた様にロシア新民法々典の中には親族法の規定が無い。そして千九百十八年九月十六日の「身分登記婚姻親子關係及び後見に關する法典」が現行ロシア親族法として止まつて居る。右の法典は第一章出生登記婚姻登記死亡登記法、第二章婚姻法、第三章親子法、第四章後見法と云ふ仕組で二百四十六條から成る詳細な法典である。此方はテキストも英譯になつて居り且つ穂積重遠博士の明快な紹介があつたので今更之を繰返す必要は無い譯であるが、序であるから之を附け加へて置かうと思ふ。

親族法の中心たるべきものは何と云つても夫婦關係であらう。そして此點に就て、風説ではロシアでは「婦人國有」が行はれて居る様に説くものが歐米でも又我國でも随分あつた様であるが、かゝる形跡は法典中には根拠をも止めて居らない。一夫一婦主義、それがロシアの親族

法の中核原則であるので此點は從來の思想と少しも異つた處はない。如何なる革命も此種の「人情」を無視しては永續するものでない。それ許りでなく、ロシア舊法ではマホメット教徒に就ては一夫多妻を認めたのであるが、新法典では重婚禁止は絶対に各人の宗教的信條に依て除外規定がないものである故、舊法以上一夫一婦主義を勵行したものとすゝる事が出来よう。

婚姻に就て最も顯著なのは、婚姻關係を宗教の力、教會の力から解放せしめんとする努力である。元來歐洲の婚姻法はキリスト教會の勢力の下に宗教的分子が可成り強く、ロシア帝政時代にはギリシヤ、カトリック教會の勢力が婚姻關係に影響する事が強かつたのであるが、新法典では、フランス革命憲法で「婚姻は民事契約に外ならずと認む」と規定したと同様、理由書で「ロシア無産階級は先づ第一に教會及宗教から其國家に於ける權威を剝奪せねばならぬ」として純民事婚姻主義を採用し第五十二條に「民事婚姻にして公簿に登記せられたるものゝみ本節に規定する夫婦間の權利義務を發生せしむ。宗教儀式に従ひ宗教師の補助に依り締結せられたる婚姻は法定形式に於て登記せらるゝに非ざれば當事者間に何等の權利義務を生ずる事なし」と明言した。婚姻は地方登記局又は地方ソヴィエット書記局で行はるゝ事となつて居り、登記

局では局長又は次長と書記又は書記補、ソヴェエツトにあつては書記長及び書記の面前で舉行せられ、婚姻登記簿に登録するのである。立會官吏は其登記を當事者に讀み聞かせ、婚姻が成立した旨を宣言し、夫婦の請求に應じ婚姻證書を交附するのである。婚姻の効力は婚姻登記簿に登録せられた時から發生する。

婚姻の要件中では「婚姻は契約當事者の合意に依りてのみ締結せらる」とあつて父母の同意を要せぬ事とした事、近親相婚の範圍を直系血族間と兄弟姉妹間丈に限定した事などが著しい。

それから又女が婚姻をすると夫の姓を稱したり夫の籍を取得したりする様な法律は男子本位だと憤慨するフェミニストは世界各国にあるのだが是等のフェミニストはロシア新法律が「婚姻關係に在る男女は同一の姓を稱すべし。婚姻手續舉行の際當事者は夫たるべき者の姓、妻たるべき者の姓、又は兩姓を結合せるものを今後の姓とすべき旨を表示する事を得」(第百條)「婚姻の當事者の一方がロシア人にして他方が外國人なる場合には當事者が相當の手續を履みて其請求を爲さざる限り各當事者の國籍に變更を生ずることなし」(第百三條)とした規定には隨喜

の涙を流す事であらう。

又「配偶者の一方の住所の變更は他方に隨從の義務を生ずる事なし」(第百四條)と云ふ規定は同居義務を法律上強制せないと云ふ點丈の主旨ならば敢て珍とするに足らないが、併しかゝる規定を表面に明示する處は矢張りロシア式である。否、革命ロシア式である。

夫婦間の財産關係に付ても「婚姻は配偶者間に財産の共有を惹起する事なし」で財産分離制を取り、夫婦間の扶養義務に就ては第百七條に「配偶者の一方が窮乏にして且つ虛弱なる時は之を扶助する事を得る地位に在る配偶者の他方より扶養を請求する權利を有す」とあり、詳細な扶養に關する諸規定がある。「夫が扶養義務を有する」と云ふ舊式の考方から完全に脱却してゐる。

離婚に就て協議上の離婚を認めたのは歐米としては一英斷(?)であらう。これもフランス革命後千七百九十二年九月二十日の法律で協議上の離婚を認めたと同一筆法で、教會主義に對する一大チャレンジであると云はれやう。併し尙ほ出生婚姻死亡登記課での手續として、「出生婚姻死亡登記課長は離婚の請求が兩配偶者に依りて爲されたものなる事を確めたる後離婚の宣言を爲すべし。而して離婚當事者の請求あるときは之に離婚證書を交附すべし」(第五十二條)

とし、又地方裁判所に於ける手續に就て「協議上の離婚の申立を受けたる時は判事は裁判期日を指定し、兩配偶者又は他人を裁判所に召喚すべし」(第九十六條)「離婚許可決定を宣告したる後、判事は離婚當事者の請求に應じて離婚證書を之に交附すべし。判事は三日以内に其決定の旨を出生婚姻死亡登記課又は右離婚せられたる婚姻の記録を保存する機關に送附すべし」(第九十七條)とし登記局又は裁判所で兩配偶者の意志を確かめる手段を執らせるのは我民法で一片の届出丈で協議上の離婚が完成せらるゝ程進歩(?)しては居ない。

又裁判上の離婚に就て離婚原因を列挙しないで裁判官が相當の理由ありや否やを決定して離婚を許す主義を採つて居るのは異彩を放つて居る。

親子法の範圍内で最も顯著な改革は私生子制度の廢止である。「親子關係の基礎は眞實の血統たる可し。私生血統と嫡出血統との間に何等の差別をも設くべからず」(第一百十三條)。そして親子關係の確認は「登記籍に父母として登録せられたる者は子の父と推定せらる」(第一百三十四條)とし、登記に就ては誰が母であるかの問題は事實に基き得るので問題とならず、又父に就ても婚姻があつた時や、婚姻が無くとも父が認知した場合は別段問題は無いけれど、その以外の場

合には父の確定が困難な問題となる。即ち所謂私生子認知の問題が之である。これに就て法典は新たな確定方法を定めて居る。それに依ると、妻ならざる女が懐胎した時は、子が出生すべき期から三箇月以前に、受胎の時期及び子の父の氏名住所を登記所に申立てさせ、(第四百十條)登記吏は父と指名せられた者に其旨を通知する。其者は二週間以内に母の申立に對し取消の訴を起す事が出来る。其期間申立を争はないと其者は子を己の子と認知したものと看做される。そしてこの取消の訴は通常の手續で裁判される。そして夫は無暗と取消の訴を起すと「偽証罪」と云ふ恐ろしい罪名に問はれる危険がある。又「父と指名せられたる者が子の受胎當時、子の母と關係ありたると同時に他の者も關係ありたる事を訴訟の進行中に裁判所が認むるときは裁判所は右すべての關係者を訴訟當事者として召喚し、妊娠産褥出生及子の扶養の費用を分擔せしむることになつて居る。

それから又養子制度の全廢も顯著である。「本法施行後は自己の子又は他人の子を養子と爲す事を得ず」(第八十三條)とあるはこれである。

親權に就ても「父及び母は其親權を同時に行ふ可し」親權は子の利益の爲めにのみ行使せら

るべきものとす」等の規定は近來の親權思想と合致して居る。又「父母は子の監護教育を爲し且有用なる職業の爲めの訓練を與ふる事を要す」としたのも面白い。又「父母は子を教育訓練の設備に入らしむる權利を有す。然れども父母は十六歳以上十八歳以下の子の爲めに其明白なる承諾なくして勞務契約を締結する事を得ず」とした。親の威光で子の勞働をエキスポロイツトせんとする惡性の親に對する戒となるであらう。

親子の財産關係に就ては「子は其父母の財産に對し何等の權利を有する事なし。同様に父母は其子の財産に對して何等の權利を有する事なし」として親子間には財産上の權利義務の關係なき事を原則とし只「父母は未成年、勞働無能力又は窮乏の子を扶養すべし」「子は勞働無能力又は窮乏の父母を扶養すべし」として扶養に關する例外を置いて居る。

後見に就ては全部國家がやるべきものだと言ふのが社會主義理論家に依つて説かれた處であるけれどもロシア新法はそこまで極端には行つて居らない。即ちファミリーの保護ある限り原則として之に委ね、之を失つたすべての兒童は財産を有すると否とにかゝはらず「國家機關たる社會福利局が之を行ふ事になる。然し社會福利局は特に後見人又は管財人を任命して之に當ら

しめる事を得る事になつて居る。社會福利局が直接に後見を行ふ事を認めた點は確かに「國家後見主義」の確立であるが、それを近親の保護を得られぬ場合に限り、しかも尙ほ個人たる後見人又は管理人に委する事を得るのであるから、實質に於てはラディカルな變更ではあるまい。要するに十九世紀以來歐米の親族法變遷の基調は妻の獨立人格の確立であり、子の人格の尊重であつた。それは各國に於ける立法及び判例の變遷の間に潜在する潛勢力である。それと同時に親族や後見を單に「家」の私事とせずして「公」の問題とするの風潮は、程度は國に依て異なるにせよ、之れ又觀取し得る立法及判例の暗流である。是等の傾向をロシアの親族法は大膽に言明した迄である。個々の點に就ては色々議論の餘地はあらう。又諸問題の解決が非常に價値のあるものであるかは疑問である。併し、全體に於ては兎に角、二十世紀親族法理論と調和する法律であると云へようか。

十一

以上私はロシア民法々典を中心として論議を試みた。先にも斷つて置いた通り、私はロシア民

法々典のテキストを完全な形で有つて居らず、散在した材料を綜合して、僅かに之を知り得たのみである。殊に私はイギリスの法律家メートランドと共に「一國の法律は、全國民生活に關連せしめてのみ研究する事を得」(The law of a nation can only be studied in relation to the whole national life)と云ふ事を信する一人であるので、新ロシア民法々典に就て之を充分に批判する資格の無いものである事に充分に感ずるのである。新法典がロシア全國民の福利を増進する制度として働く力を有するや否や、それが果してロシアの經濟政治人情風俗と合致し得るや否や、是等の問題は私の論究し得ざる論點である。それはロシアの日常生活に對する異常なる透視力があつて初めて出来る論議である。それはロシアの經濟と社會とに對する正確なる智識を前提として初めて有益であらう。私は只以上の散漫な説述を試みつゝ、感じたる二三の點を述べて此論文を終り度いと思ふ。

第一は革命法的立法の特色がロシア新民法々典にも著しく見らるゝ點である。革命法は舊制度を打破して新制度を確立せんとするために設けられる。従て旗色頗る鮮明である。そして、「革命者の理想」を雄辯に且つ明白に掲げん事に努力する。「自由、平等」と云ふ政治革命的な色彩

がアメリカ革命フランス革命の立法を彩つた様に「プロレタリアの支配」と云ふ經濟革命的な色彩がロシア新民法の到る處に見える。勿論民法々典の制定は財産法の範圍に就ては新經濟政策の實現として共產主義を緩和せんとするにあつたにせよ、共產主義の基礎を傷けられざらんとするの努力が各部に見えて居る。革命法は明白であつて妥協を嫌ふ。この態度を著しく表明して居るのは新親族法典の理由書の宣言である。曰く

「親子法の範圍に於ては我等の第一法典はあらゆる擬制を排斥して眞實有の儘の状態即ち實際の親子關係を直ちに表面に表はした。これ單に言語によつてのみならず事實によつて人民をして眞實を語ることに慣れしめ、彼等を各種の迷信から解放せんが爲めである。」

併しながら旗色鮮明な丈に革命の熱がさめた時國民の微妙の心理と生活經驗とに合致せぬ事はあらう。それはかつて革命法が經驗した運命であつた。従てロシア新民法典も將來は大にモディファイケーションを要するかと思はれる。然し兎に角ジュリストイック・ニュー・スタートとして、新立法新判例の基調として働く力は充分にある。

第二は内容に就てはドイツ民法、スウイス民法及びロシア民法草案などを充分参照して制定

されたものであらうから、テクニツクに於ては最新法學の貢献を利用して居る。しかも共產主義の理論でローマ法的色彩を緩和せんとして居る様である。この意味で、ロシア民法は過去の法律文化の繼續であり、其の延長であると同時に、新しいブレミセスを明白に確立した新しい立法であると云へよう。勿論そのブレミセスは従來の學說、立法判例では認められて居つたにせよ、ロシア民法が之を明白に民法々典で實現したのは新しい事實である。

第三は「國家」が到る處にその「威力」と「特權」とを主張して居る事である。「國家」と云ふ大きな Leviathan の口が常に開いて「個人」に迫つて居る點である。それはロシア民法々典の到る處に見られるのであるが法律の解釋に就ての勞農ロシア民法施行に關する法律第五條の文句はその最も顯著なものであらう。「勞農ロシア民法の擴張解釋は勞農國家及び勞働民衆の利益を保護する爲必要とする場合に限り之を許容す」とあるは即ちこれである。

かゝるレジムが果して將來革命の熱が醒めた頃のロシア人を納得せしむるを得る良制度であらうか。或は又、ロシア人も亦その濫用に堪えなくなつて「個人的」又は「團體的」の Magna Carta を要求するに至るであらうか。それは將來の問題として残るであらう。「自由」と「國

權」との争は永劫の争であらうから。

第四 裁判制度並に辯護士制度の改造

裁判官の職務と責任