

624
1



0011826000

0011826-000

624-1

穂積陳重遺文集

穂積重遠・編

岩波書店

第2冊

昭和7

ACA

35.5.20



穗積陳重遺文集

第二冊



穗積獎學財團出版

序

穂積陳重遺文集第二冊には、既刊第一冊に次いで、明治二十一年から同三十六年まで、即ち三十四歳から四十九歳までの述作を年代順に蒐載した。

故人は明治二十三年帝國議會開設に當り貴族院議員に勅任されたが、研究及び教授に専らならん念願を以て二十五年二月辭任した。其任期中は恰も商法典民法典の實施を斷行すべきか將た又其施行を延期すべきかの所謂「斷行論」「延期論」の論争(法窓夜話 第九七話)が酣な際であつて、第一回帝國議會に於て先づ商法施行延期法案が問題となり、故人も延期論者の一人として貴族院に於て延期法案

二
賛成演説をしたが、其速記は本冊に載せてある。而して商法施行延期法案は同議會を通過したのであるが、更に明治二十五年五月六月の臨時議會に於て民法商法施行延期法案が通過して、更めて民商兩法典を編纂することゝなつた。そこで明治二十六年三月法典調査會が設置されて、故人も其委員に任ぜられ、富井政章・梅謙次郎兩博士と共に民法の起草委員を命ぜられた。それから十八年までの三年間は、萬事を抛擲して民法典の起草にかゝり切つて居たのであつて、本冊に此三年間の分は序文弔辭等のみで、論文が一篇も載つて居ないのはそのためである。而して民法典の原案は明治二十六年の夏に跨つてかなりの長期間三起草委員が小田原なる伊藤博文公(當時は伯)の別荘滄浪閣に滞在して執筆したのであるが、同年八月某日當時十歳の小學生たりし私が弟と共に

叔父澁澤篤二に伴はれて同地に赴いた際、叔父の撮影した滄浪閣の寫眞がある故、其後大部分大磯に移されて今は舊地に舊形を存せぬ民法起草遺跡の記念までに、本冊中に其寫眞二葉を掲げた。寫眞中欄に倚る白衣の人物は父であり、階段上の二少年は私(向右)と弟律之助とである。他の一面の挿入寫眞は三起草委員の記念撮影であつて、原畫の裏面に「明治二十八年冬民法草案脱稿の際記念として撮影す、穂積陳重」と父の自筆で書いてある。更に他の一面の「あごひげ」のある寫眞は、其前年即ち明治二十七年の撮影である。故人は三十代の後半には「あごひげ」を蓄へて居たのであるが、此年四十歳になつたので、年寄じみて見えてはいやだとしてそれを剃り落したのである。本冊を手にする先輩中には「あごひげ」のある穂積陳重を御記憶の方もあると思ふ。

明治二十一年乃至三十六年の期間の故人の著書として先づ擧ぐべきものは、二十三年三月の「法典論」と二十四年十二月の「隱居論」とである。共に哲學書院の出版であるが、前者は著書の公刊された最初のものであり、(明治初年に譯書の公刊されたものを最近に發見した。)後者は二十五年の後大正四年に訂正大増補を加へ殆ど別書の觀をなして穂積獎學財團から出版された。

故人は明治三十二年にローマで開催された第十二回萬國東洋學會に差遣された。随つて同年夏から三十三年夏にかけては論文が出て居ないが、それは其洋行のためである。其代り同會に於て講演した *Ancestor-worship and Japanese Law* は三十四年六月に丸善書店から出版され、同年又ベルリンではドクトル・パウ・ブルンの獨譯が出版された。此書は大正元年九月に増補第二版を刊行

し、其翌年更に數葉の寫眞版を加へて第三版を出した。尙大正六年には穂積嚴夫氏の邦譯が出版された。

元來故人は祖先祭祀と法律との關係については餘程夙くから著眼研究して居たらしく、前記ローマに於ける英語講演以前に、(一)明治二十九年七月東京の某所に於て「祭祀と法律」と題して講演し、(二)三十二年の初め和佛法律學校で「祖先教と法律」と題して講演し、(三)同年又東京法學院に於て「法律と宗教の關係」と題して講演した。此等の講演の内容は共通の點が多いことも當然であるが、殊に(一)と(二)とは大同小異なるのみならず(二)を筆記して明治三十二年四月發行の「日本主義」に載せてあるものは、同誌編輯員の手になつて講演者の校閲を経て居ぬらしく、頗る不備であるから、本冊には收めぬことゝした。其後大正元年十二月愛媛縣松山中學校に於け

る愛媛教育協會總會で「祭祀と國體」と題して講演したものがあ
るが、これは既に「法律進化論叢」第二冊「祭祀及禮と法律」に附録として
載せた。又大正八年一月の御講書始に「祭祀と政治法律との關係」
と題して御進講申上げたものは、既刊「穗積^{陳重}進講録」及び本書第
一冊の首めに掲載した。

六

明治三十五年には「五人組制度」一冊を著作公刊した。法理研究
會出版、有斐閣發賣であるが、故人は其後も五人組帳の蒐集及び其
の研究を續け、後大正十年に至つて、前著に大增補を加へて「五人組
制度論」一冊を著し、同時に「五人組法規集」一冊をも出版した。
本冊に蒐載した年間のもので、明治二十一年九月大學通俗講談
會に於て講演した「刑法進化の話」は、既刊「法律進化論叢」第四冊「復讐
と法律」の附録として之を掲載したから、本冊には省くことゝした。

又明治二十五年七月から十一月までに亘つて「法學協會雜誌」の漫
筆欄に「法齋主人」又は「法齋隱士」の名を以て「法窓雜話」と題して、

「バピニヤン」節を執つて屈せず

「ベンサム」「ブラッキンストン」の講筵に侍す

「ライブニッツ」は法學革命の豫言者なり

命賭けの發案權

「カラン」の法術

「オースチン」夫人が法理學の序を讀んで涙を墮さざる者は學
者にあらず

の六篇を連載したが、此等は其後訂補又は改作して「法窓夜話」の中
に收めた故、これ亦本書には省略することゝした。

穗積陳重遺文集はこゝに豫定四冊の半ばに達した。穗積獎學

七

財團及び植木直一郎博士に對し、故人と共に不斷深甚の感謝を捧
げる。

八

昭和七年十二月

穂積重遠



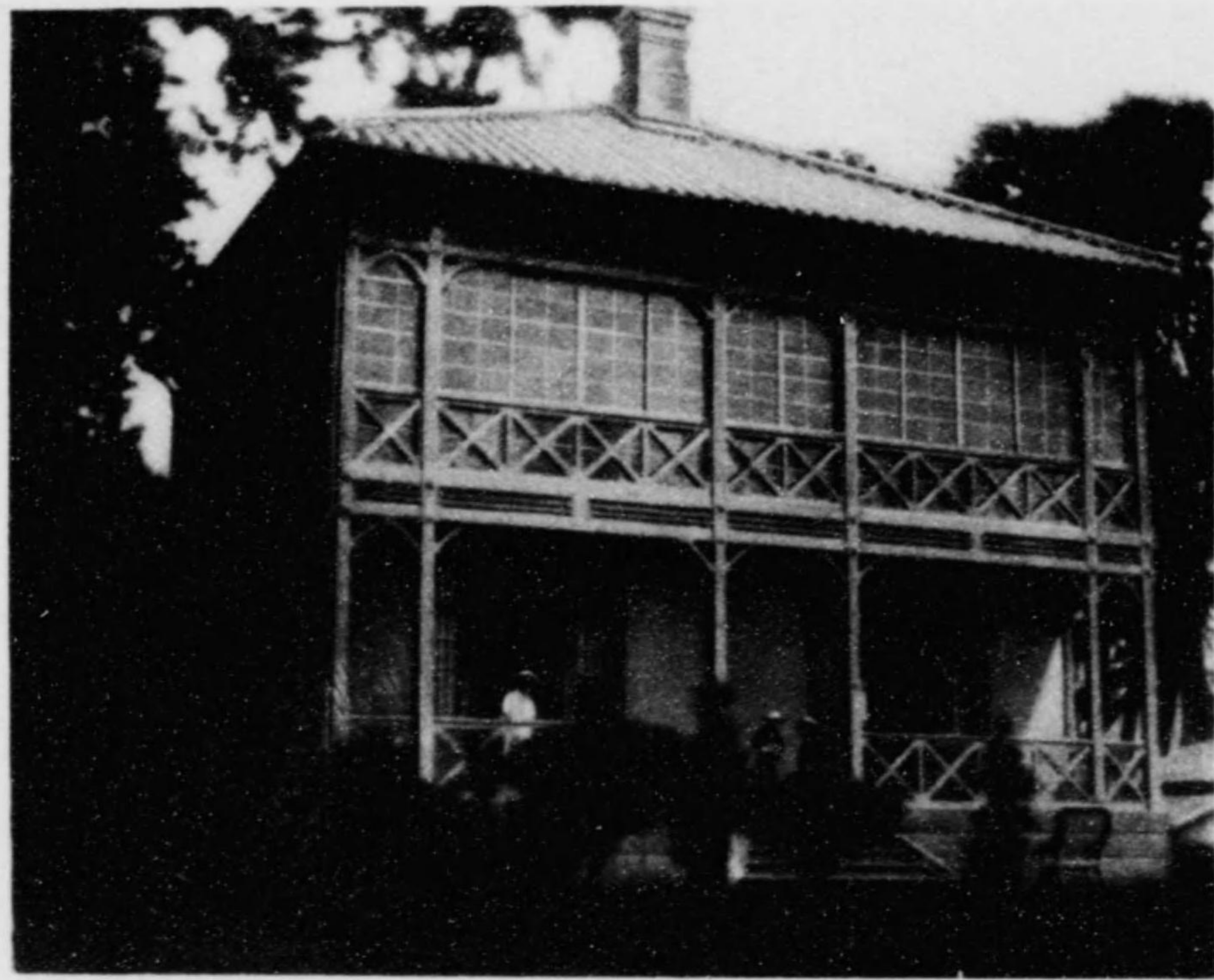
影 撮 年 七 十 二 治 明

(歲 十 四)



明治二十八年撮影

(向て右より・穂積・梅博士・富井博士)



小田原滄浪閣(明治二十六年撮影)

穂積陳重遺文集 第二册

目次

獄制論……………一
 明治二十一年二月「國家學會雜誌」第拾貳號掲載

相續法三變……………九
 明治二十一年五月「法學協會雜誌」第拾號掲載

「サー、ヘンリー、メイン」氏の小傳……………一八
 明治二十一年五月「法學協會雜誌」第拾號及び明治二十三年四月
 「日本之法律」第二卷第四號掲載

五大法律學校聯合討論筆記序……………二四

目次

明治二十一年六月

権利の感想

明治二十一年十月十一月十二月法學協會雜誌第五拾五號第五拾六號第五拾七號掲載

三三

責任新説

明治二十二年一月法理精華第壹號掲載

五五

正當防衛の原理

明治二十二年一月五大法律學校聯合討論會雜誌第壹號掲載

六七

法律學の革命

明治二十二年三月法學協會雜誌第六拾號掲載

八三

羅馬法を講ずるの必要

明治二十二年三月日本之法律第拾四號掲載

九〇

法理難問

明治二十二年六月專門學會雜誌第九號掲載

一〇〇

國際私法の性質を論ず

明治二十二年七月法理精華第拾參號掲載

一一六

占有論

明治二十二年七月日本之法律第拾八號掲載

一二九

婦人の財産

明治二十二年六月十月十一月及び同二十三年一月國のもとる第三號第七號第八號第拾號掲載

一三六

英佛獨法律思想の基礎

明治二十二年十一月法學協會雜誌第六拾八號掲載

一五二

英米議會法規序

一七一

明治二十三年一月

貴族院第一回通常會に於ける演説……………一七三

商法及商法施行條例期限法律案に關する演説……………一七三

明治二十三年十二月二十二日

辯護士法案に關する演説……………一八五

明治二十三年十二月二十四日

戶籍法議案に關する演説……………一九七

明治二十四年一月二十九日

同上……………二〇四

明治二十四年二月四日

前田謙祐君選舉爭訟の件に關する演説……………二〇八

法案三讀會表決の性質……………二二七

明治二十四年二月十二日

鶴城新報發刊祝辭……………二三五

明治二十四年

隱居により移動すべき權利義務……………二三九

明治二十五年一月法學協會雜誌第拾卷第一號掲載

代言制の進化……………二四一

明治二十五年二月法學協會雜誌第拾卷第貳號掲載

國際私法序……………二五四

明治二十五年五月法學協會雜誌第拾卷第五號掲載

日本古代法典批評……………二六八

明治二十五年六月法學協會雜誌第拾卷第六號掲載

飯野謹一君國家法制起原序……………二七五

明治二十六年七月法學協會雜誌第拾壹卷第七號掲載

法學博士末岡精一君を弔する文……………二八三

明治二十七年一月二十四日

小河滋次郎君著監獄學序……………二八六

明治二十七年六月七日

權利競争論序……………二九〇

明治二十七年六月法學協會雜誌第拾貳卷第六號掲載

法學士岡山兼吉君を弔する辭……………二九五

明治二十七年六月十七日

祭祀と法律……………三〇一

明治二十九年七月十二日

葬華帖序……………三二九

明治二十九年秋

法典の繁簡……………三三三

明治三十年二月法政新誌第貳號掲載

法學士山田三良君著民法第二條修正案反對私見序……………三四二

明治三十年二月

民法第二條修正案に就て……………三四九

明治三十年二月十八日東京專門學校内早稻田擬國會に於て演説

宮本法學士に答ふ……………三六三

明治三十年六月法學協會雜誌第十五卷第六號掲載

五人組制度……………三七五

明治三十一年二月・三月・四月 國家學會雜誌第百三十二號・第百三十
三號・第百三十四號掲載

祖先教と法律 四一七

明治三十二年四月 日本主義第四卷第貳拾貳號掲載

獨逸民法論序 四一八

明治三十二年五月

明治法令索引序 四二五

明治三十二年六月

法律と宗教の關係 四二七

明治三十二年八月 法學新報第九卷第百壹號掲載

西遊所感 四五一

明治三十三年八月 國家學會雜誌第十四卷第百六十二號掲載

國際私法の範圍 四五七

明治三十三年九月 法政新誌第三十八號掲載

公德教育に就て 四六五

明治三十四年一月 教育公報第二百四十三號掲載

松井茂君著日本警察要論序 四九六

明治三十四年十二月

法律と社會の調和 五〇三

明治三十五年八月 法學新報第十二卷第十八號掲載

電氣と法律 五一二

明治三十六年二月・四月 法學協會雜誌第二號・第四號掲載

電氣と刑法 五四四

明治三十六年三月

英法の特質

明治三十六年三月「法學協會雜誌」第二十一卷第三號掲載

五七九

獨逸刑法論序

明治三十六年三月

五九一

法例の題號

明治三十六年七月「法學協會雜誌」第貳拾壹卷第七號掲載

五九五

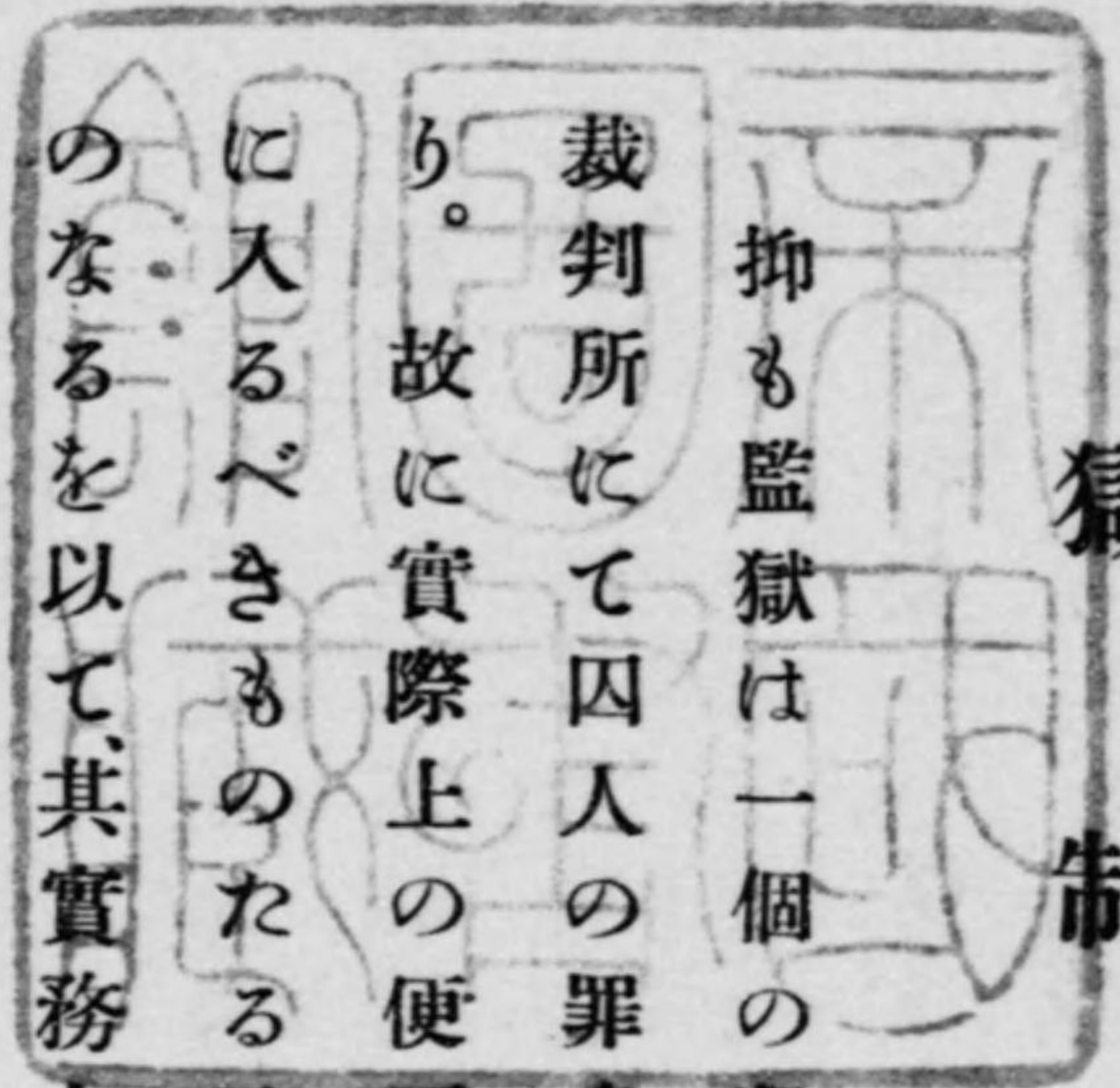
模倣性と豫防警察

明治三十六年七月「國家學會雜誌」第拾七卷第百九拾貳號掲載

五九九

明治二十一年

獄制論



抑も監獄は一個の犯罪に付き司法職權の終る所行政職權の始る所にして、裁判所にて囚人の罪名定まり之を行政部に引渡して後の處分に係る事柄なり。故に實際上の便不便は兎に角學理上より觀察すれば當然行政の區域内に入るべきものたるは論を俟たず。斯の如く監獄は行政部内に屬すべきものなるを以て、其實務上の利害得失等を論究するは實に困難なる事にて、知識に富み經驗を累ねたる老功の士にあらざれば容易に爲し能はざる事なり。故に余が今夕茲に演述いたすは、只其學理の大要たるに過ぎず。而して、其學理を我邦に適用するには如何なる斟酌を要すべきや等の問題に至りては、本會の會員中之を論ずるに適當なる人に乏しからざるが故に、余は漫りに實務的の議論に喙を容れて徒らに譏笑を招くの危険を冒すを欲せず、諸君請ふ之

を諒せよ。

第一 監獄の性質及起原

監獄は自由刑を執行するの場所なり。言葉を替へて之を言へば、自由刑の宣告を受けたる罪人を監禁するの特種の建造物なり。然れども通常監獄の意義を汎く解し、治罪法執行の爲め吟味中囚人を拘留する場所等をも監獄と稱するものなり。されど、既決監未決監は素と其性質を異にし、既決監は刑罪を目的とすれども、未決監は治獄を目的とし、一は罪人を入れるれども、一は常人を繋ぐ。甲は懲罰教化を旨とすれども、乙は逃亡、造證、匿證を防ぐを主とするものなれば、二者自ら其目的方法を同じうせず。故に學理上之を區別して論ずべきものとす。余は、本篇に於ては、主として上に陳べたる狭き意義に依り監獄を論じ、監獄は自由刑の執行場なりとして説かんとす。

刑に五種あり。生命刑、身體刑、財産刑、榮譽刑、自由刑、是れなり。古來立法者は實に千種萬様なる刑罰を設けたりと雖も、之を要するに、罪人の生命を絶つ

か、身體を毀傷するか、財産、榮譽、自由を剝奪するか、の五種に外ならず。故に之を五刑と稱す。而して、自由刑は右の五刑中最後に發達せしものなり。試みに支那の刑罰の沿革を観るに、唐虞三代の五刑は、墨、劓、剕、宮、大辟にして、生命刑、身體刑の二種に止まれり。魏の五刑は、贖、作、完、髡、死にして、財産刑は既に五刑の一種となり、自由刑も又少しく其萌芽を發せり。其後、晋の梟首、斬刑、棄市、髡、作、贖罪、北齊の死、流、刑、鞭、杖、後周の杖、鞭、徒、流、死に及び、隋唐以來の笞、杖、徒、流、死等に變遷せるを観れば、古代は自由刑なく、近世に至り次第に重要な刑罰となりたるを知るべし。又我邦に於ても、古代は隋唐の制に據りたりと雖も、徳川氏の時に至る迄、多數の既決囚を永く獄に繋ぎ置くを以て刑罰の重なるものとなさず。自由刑の中にも、遠島、追放の如きものを以て重なるものとなせり。維新以來の刑典にて、監獄を以て五刑中の最も重なるものとせり。又西洋に於ても、往古より監獄の端緒はあれども、之を刑罰の一種となせるは中世以降の事なりと云ふ。昔時、希臘に於ては、罪科の吟味中假に嫌疑者を拘留し、

或は租税怠納者を閉鎖する等の事はありしも、其主意たるや、素と刑罰の目的に出づるにあらず、囚人の刑名定まれば、則ち生命刑、身體刑、財産刑等に處せしなり。彼の哲學者「プラト」が「デレジブス」法律論第十編に於て、罪人を監獄に繋ぎて之を教誨歸善せしむるの必要を説きたるは、當時希臘に於ては未決監のみ行はれたるの一證なりといへり。羅馬に於ては既に既決監の行はれたるものゝ如し。「ジャスチニヤン」帝法典「バンデクト」第八卷第九章に於て、學士「ウルピヤン」は羅馬帝國に於て禁錮の刑行はるゝを説き、未決監の外は正理の許さざる所なりと論ぜり。是に依りて觀れば、學者中には尙ほ既決監に反對せる議論ありしと見えたり。其他の諸國の歴史にも、或は俘虜を幽閉し、或は著しき罪人を土窖に繋ぎ、或は城砦に禁錮する等のためし往々尠からずと雖も、一般に監獄を刑罰となせしは近世の事なるや疑を容るべからず。

自由刑が文明の刑罰にして五刑中最後に發達したる理由は種々ありと雖も、其中最も重なる原因は、經濟上の困難なり。數多の罪人に衣食住を給して

長く監禁するは、中々半開以下の社會の國の及ぶべき所にあらず。寧ろ其首を刎ね、之を笞ち、或は之を邊境に放つの費用少きに若かず。社會稍進めば、罪人を苦役して工作を爲さしむるものもあるに至る。故に半開の社會にては、罪人を殺戮し、又は之を鞭撻追放せざれば、之を罪奴と爲したるものなり。

右に陳べたる所によれば、五刑沿革の順序は生命刑、身體刑を第一とす。蓋し蒙昧の蠻民は未だ財産、榮譽、自由の貴重すべきを知らず。故に生命を殺戮し、身體を毀損し、或は之に苦痛を加ふ。民智稍々進めば、財産、榮譽の重んずべきを知る。故に財産刑、榮譽刑之に次で起る。而して、開明の諸國に於て、自由刑を主とし、財産刑之に次ぎ、榮譽刑は之を附加刑とし、死刑は之を行ふ事極めて稀なり。身體刑は殆んど其跡を絶つに至れり。

斯の如く、近世に至り自由刑發達し、就中監獄を以て其重なるものとなすに至りたるは、種々の原因あり。今其著しきものを擧ぐれば、

第一、生命を重んずるの感情大に發達せるが故に、死刑の區域は狭くし、之に

代ふるに自由剝奪の刑を以てせること。

第二、肉刑の残酷を嫌ふの念慮大に發達せるが故に、自由刑財産刑を以て之に代へたること。

第三、復讐主義の刑罰論廢せられ、刑罰は特に懲罰のみならず、罪人を教誨歸正せしむるを以て目的とすとの歸正主義の刑罰勢力を得るに至れること。

第四、自由を重んずるの感情發達し、生命、身體、榮譽、財産に等しく之を貴ぶに至れること等なり。

右に陳べたるが如き事情あるを以て、監獄の制度は半開以上の社會に於て始めて行はるゝものとす。

第二 監獄の目的

監獄は廣き意義によりて解すれば、其種類によりて多少其目的を異にするものなるを以て、一々之を區別して論ぜざるべからず。其大要左の如し。

第一、懲治監の如きは、専ら勸戒歸正を目的とし、嚴酷抑屈の教育を以て慈善活潑の教育に代ふるものなり。

第二、未決監は、犯罪の吟味中未決囚を留致する所なるを以て、其目的は専ら囚徒の逃走、罪證の構造及隱蔽を防ぐにあり。

第三、既決監は、自由刑の執行場にして、罪人を幽閉する所なるを以て、其目的は、

(甲)罪人を懲罰し、一方に於ては社會の怒りを解き、又一方にありては罪人を懲して再犯の憂を除くこと。(復讐主義、懲罰主義)

(乙)罪人を教誨歸正せしめ、悔悟心を喚起して、善良の民となすこと。(歸正主義)

(丙)罪人を閉鎖し、社會より離隔して、良民を安心せしむること。(正當防衛主義)

近世の監獄は、概ね右の三主義を以て目的と爲すものゝ如し。而して、右の目

的を達せんとすれば、監獄の構造法、監理法、教化法、監獄の經濟衛生等の事を講究せざるべからず。

〔編者云、本稿は未完のままにて續稿の掲載無し〕

〔明治二十一年二月「國家學會雜誌」第拾貳號掲載〕

相續法 三三變

「相續權の根據如何。」吾人が生前に所有せる財産を法律が死後に吾人の相續人に授くる理由如何。此問題に對しては、中世以降の法理學士各自思ひ思ひの答辭を呈せしものゝ如し。然れども、諸家の説く所其大同を取りて小異を捨つれば、概ね左の四説に歸着すべし。

第一説 遺志説 法律が遺産の全部若くは其一部を相續人に賦與するは、即ち其所有者の意志に効果を與ふるものなり。故に若し死亡者が遺囑をなし、遺産處分の意志を明示せるときは、法律は其遺囑を保護して之に効果を附與すべし。若し又た其意志を明示せずして死去するときは、法律は其死亡者の意志を推測し、血統の親疎死亡者の愛情等を標準として、相續の順序を定むるものなり。故に遺囑相續法は明示の遺志を保護し、

無遺囑相續法は、推定の遺志を保護するものなりと。

第一説は「グロッチウス」氏が「平戰條規」(De Jure Belli ac Pacis. II, iv, 14, 1.)に於て首唱せる所の説にして、其後此學説を採用せる立法家、法律學士頗る多く、現に英國に於ても此説専ら勢力を有するが如し。「スコットランド」の學士「ロリメル」氏の近著「法理論」(Institutes of Law)に於ても亦た此説を採用せるを觀る。

碩學「ライプニッツ」氏は奇巧なる説をなして曰く、人の靈魂は不死なり、故に假令へ人の肉體は死亡するも魂魄は尙ほ依然として所有者たる資格を存す。是れ法律が其遺志を保護せざるべからざる所以なりと。是れ中古法學者の持病とも稱すべき詭辯にして、其效たるや徒らに軟腦學者を恐嚇するに過ぎざるのみ。

第二説 先占説 所有權は所有者の一生涯に終るものにして、他の身體權、榮譽權、自由權等が其人の死亡と共に消滅すると敢て異なることあるなし。

故に生前蓄積せる財産は、死亡によりて一旦悉く無主物となるべきものなり。而して其無主物を先占すべき者は、死亡者が特に指名したる人か、又は最近の親戚なるべきなり。故に法律は此先占に保護を與へたるものなりと。

第二説は中古以來法理學士の往々之を唱ふる者ありたれども、歴史上の事實に反するを以て、其勢力は甚だ微弱なるものなり。

第三説 遺傳説 財産は所有者の生命を保護するものにして、謂はゞ其所有者の身體の一部とも看做すべきものなり。而して所有者若し自己の子孫を遺し、之に生命身體を遺傳すれば、其生命身體を保存すべき必要物をも併せて遺傳すべきものなり、是れ法律が相續を保護するの基本なりと。第三説は近世之を唱ふる學士頗る多く、生涯所有權を主張する過激經濟論者流に對しては、甚だ有力なる學説なり。

第四説 公益説 相續權の基礎は國家の治安にあり。若し財産の所有者

死亡するに當り、其遺産を繼續する方法確定せざる時は、其親戚近隣の者互に掠奪を逞うし、鬭争之が爲に生じ治安之が爲に紊るゝに至らん。故に所有者死亡するときは、其遺産は一旦國家に復歸し、國家は更に法律を以て之を相續人に與ふるものなり。

第四説は第一説に次で勢力を有するものなり。

法理學士が相續權の大本を論ずる、概ね右の如し。然れども、是れ皆な純然たる理論上より説きたるもの、之を社會の實績に徴して相續權の基礎を論究せざるを以て、真正の學理たるの價值あるもの甚だ尠し。故に余は此の如き抽象的の理論に依らず、専ら人類學上社會學上の事實に照らし、相續法は古來三回の大變遷を経過したるものなるを説き、且つ其基礎も社會の進化に伴うて變遷したるものなるを略論せんとなす。

第一期 太古 祭祀相續の時代

無智蒙昧の人民が太古に於て共同生活を營みしは、皆其祖先を同うし其

血統を同うせしを以てなり。故に祖宗の祭祀は原始社會の基礎にして、宗教、政治、法律一として、アンセストル、ウオルシュツ宗廟の祭祀に基かざるものなし。家長は祭祀を司るの職員たり。結婚をなすは祭祀を繼續せんが爲めなり。養子をなすも祖先の廟食を絶たざらんが爲めなり。子無きは去るの離婚法あるも祀を絶つを恐るればなり。我邦に於て、政事を「マツリゴト」と稱するが如きも、亦た祖先崇拜に起因せるものたるや疑を容るべからず。故に此時代に於て相續の法を定めたるは、祖先祭祀を掌る者の順序を定むるに始まりたるものなり。「インド」「ギリシヤ」「ローマ」其他古代の開化國の遺法に尙ほ其證跡を存するは、佛國の沿革法理學士「フステル」ド、ク「ランヂ」氏の「古代市府論」及び近頃易實して覆棺の土未だ乾かざる故「サー・ヘンリー・メーン」氏の「古法及慣習論」第四章に於て之を論證して殆んど餘蘊あることなし。蓋し「インド」法に於て、遺子は死亡者の葬儀を主宰せざれば相續人たる能はず。「ローマ」法に於て、フエンチリス同族親即ち祖先を同うする遠系親が相

續權を有せしが如きは、皆な祖先祭祀の遺制なりと稱せざるを得ず。
 祭祀相續の時代に於て、司祭主たる相續人が死亡者の遺産を繼受せしは、
 祭祀の資料に供せんが爲めなりしや疑ふべからず。此時代に於ては、祭
 祀の儀典太だ莊嚴にして、之が爲めに殆んど一家の産を傾くるに至りし
 は、古代社會の常態なりしが如し。「インド」の古法律書「アバスタンバ」中
 に於ても、相續人に少くとも九人以上成るべく多數の婆羅門僧徒を饗すべ
 きを命ずるの法文あり。又た「シシロ」の遺書中に「ローマ」人が祭祀サクラの爲め
 に莫大の財産を浪費するを嘆ずるの言あり。此の如く、古代祭祀の爲め
 に費用を要すること實に夥しかりしを以て、遺産は祭祀の資に充つべき
 ものとなせしが如し。「メーレン」氏は、中世の耶蘇教徒も、遺産中の動産を以
 て祭祀の資料と看做せしを記せり。是に依りて之を觀れば、第一期に於
 ては、相續人は祭祀の資料として財産を繼承せしものゝ如し。

第二期 中古 身分相續の時代

社會が宗教督制の時代を經過して、既に兵事督制の時期に到達すれば、家
 族制度の基礎は倍々鞏く、一家は一國を組成するの元素たり、一家は會社
 に等しき無形人たるに至る。此時に至れば、一家は一小國なり。家長は
 家族家産を支配すべき一小君主なり。家長は死亡するも、一家なる無形
 人は永く死せず。家長の死亡は毫も行政長官の交代に異なることなし。
 故に相續人は前家長の身分を相續し、相續人は前家長の職務を繼承せり。
 彼の「クローランヂ」氏が、古代の相續は職務相續なりと云ひたるは、蓋し之に
 由るものなり。而して、此時代に於ては、財産は即ち家産にして、家長たる
 身分に従屬せるものなるを以て、家長の身分を相續したる者は、家長たる
 資格に附従して遺産をも併せ繼ぎたるものなり。故に第二期に於ては、
 相續法は人事法即ち身分法中に包含さるべきものにして、未だ財産法中
 に入るべきものにあらずなり。

第三期 近世 財産相續の時代

近世に至り、一個人の權力頓に發達し、族制漸く衰頹するに及んで、財産が始めて一家と分離するの端緒を啓くに至れり。此時代に達すれば、家長にあらざる者と雖も、財産を所有するを得るが故に、從來所有權を許されざりし妻子の如きも、往々別産を有する者ありて、家産にあらざる財産あるに至れり。是れ畢竟近世商工業發達の結果にして、蓋し古代社會に觀る能はざりしの新現象なり。社會既に此の如き殖産時代に到達すれば、相續法の性質は又た一變して、身分相續より財産相續に進み、相續法は其位置を轉じ、人事法を去つて財産法に移り、相續人は死亡者の身分を相續せずして、遺産を繼受するに至れり。

右に略叙せる沿革の順序によれば、相續法は古來三變し、宗教督制の古代に於ては祭祀相續行はれ、兵事督制の中世に於ては身分相續行はれ、經濟督制の近世に於ては財産相續行はれたるを知るべし。我邦の如きは、現今族制頹壞の時代にあるを以て、相續法の如きも、將に身分相續より財産

相續に移らんとするの變遷時期に居るものと云はざるを得ず。

〔明治二十一年五月、法學協會雜誌第五十號掲載〕

「サー・ヘンリー・メーン」氏の小傳

近世沿革法理學の泰斗「サー・ヘンリー・メーン」氏逝けり。法律世界の人士誰か此訃音に接して轉た悵然たらざる者あらんや。「メーン」氏の著書は夙に本邦に傳來し、法理學を修むるの學士學生は、概ね皆之を講讀せざる者なし。故に本邦の學士學生が「メーン」氏に對して抱く所の感情は、恰も海濤萬里未だ相見ざるの師弟の如し。方今我邦法學の氣運漸く熾んにして、法學校數箇、法學生數千、氏の書を読んで之を喜び、氏の死を聞て之を悲しむ者、果して幾千人ぞ。思はざりき、余が曾て英國より携へ歸りし肖像は既に遺像となり、同學諸士と共に其風采を仰ぐの此の如く早からんとは。思はざりき、余は氏の爲めに追悼の筆を執るの悲しき義務を負はせらるゝの人たらんとは。

「サー・ヘンリー・メーン」氏は、醫學博士「ジェームス・メーン」氏の長子なり。幼に

して慧敏、文才凡ならず。長ずるに及んで「ケンブリッジ」大學に入り、詩文、古典、數學の諸科に於て第一等の賞牌を得ること前後七回、學士賞典祿を受ること一回、榮名全校を壓す。一千八百四十四年に同校を卒業し、其後僅かに三年にして「ケンブリッジ」大學羅馬法教授に任ぜらる。時に二十五歳なり。古來同大學に教授たりし者は、概ね皆な霜髮を戴くの老學士にして、若年の者と雖も三十歳以下にして此重職に當りし者は甚だ稀なりき。然るに「メーン」氏は、學生の風態未だ全く脱せざるの一青年にして此榮職に擧げらる。蓋し英國大學史中の珍事なり。其後、氏は「ミッドル・テンブル」及び「リンコルス・イン」法院に入り、一千八百五十年「バリストア・アト・ロー」の學位を受く。然るに、同法院に於ても卒業の後僅かに四年にして氏を法理學教授に任ず。茲に於て、氏は「ケンブリッジ」大學教授を辭して、専ら「ミッドル・テンブル」法理學教授に任ぜり。

一千八百六十一年は、「メーン」氏が英國に於て沿革法理學の旗揚げをなしたる年紀なり。氏は、同年の春、有名なる「古代法」(Ancient Law)を著はして、從來の

法理學研究法に一大變動を生ずるの端緒を啓けり。是より先き英國に於ては、オースチン派の分析法理學獨り勢力を専らにせしが、メーン氏の歴史學派起るに及びて、英國の法理學稍々完きを得るに至れり。オースチン氏の分析法理學は解剖學の如く、メーン氏の沿革法理學は生理學に似たり。解剖生理相伴うて始めて人體の理を究むるを得べく、分析法理學、沿革法理學互に相扶けて始めて法理を明かならしむるを得べし。メーン氏の功亦大ならずや。

メーン氏の古代法は、法律原始の觀念より現今に至る迄の興廢消長の理を説き、巧みに羅馬、日耳曼、英、佛等の法律を引證して、身分法、契約法、私犯法、刑法等の起原發達を説けり。蓋し氏が赫々たる聲名を博したるは、實に此大著述ありしに由る。ミル氏は曾て此書を稱賛して、古代法は發刊の後數年を経ずして既に古典クラシカルと成れりと云へり。

メーン氏の著書は、特に立論の卓拔なるのみならず、又文章の奇絶なるを以て稱せらる。氏の文章は、婉典華麗なりと雖も、俗に流れず、柔に陥らず、高尚な

る雅趣を具へて、而も堂々たる威風を帶ぶ。讀む者をして、漫ろに「シセロ」の雄辯録を誦するの思ひあらしむ。余氏の著書を読すること數十、夜半人定まるの後、孤燈の下、淨机の上、心靜に卷を繙き、讀む事未だ數行ならずして、忽ち我を忘れて之を朗讀するに至る。余が學友諸氏も皆な余に語つて曰く、「メーン」氏の書を默讀するは甚だ難しと。以て氏の文章を想ひ視るに足るべし。

一千八百六十二年、氏は印度政府の法律顧問官に任ぜられて印度に赴けり。氏が印度に在るや、カルカッタ大學の副總裁に選ばれて之を兼任す。氏が該大學に於て爲せる三回の演説を氏の「部落社會」の卷尾に附録せり。氏が印度の學生に對して説きたるの言、我邦の學生の頂針たるべきもの蓋し尠からず。余は切に我邦の法律生に此演説の一讀再思を勸告するものなり。

氏が印度に赴任せるは法律學の爲めに賀すべきの一大事件にして、其後の著書の材料は、氏が印度に於て蒐集せるもの多きに居れりと云ふ。

一千八百七十年、オクスフォード大學法理學教授に任じて歸國し、其翌年

印度省參事官に兼任し、尋で「村落社會」(Village Communities)の著あり。主として東西洋の土地村落共有制度の種類及沿革を論じ、所有權の起原は村落共有地の分割に起るを證明せり。其後一千八百七十五年に「古代制度」(The History of Early Institution)を著はし、親族法、既婚婦財産法、制裁法及主權の沿革を論述せり。

一千八百七十七年に、氏は「トリニチー」大學の校長に選舉せられたり。一千八百八十三年に至り、第四の著述を爲し、之を「古代法律及慣習論」(Early Law and Custom)と題せり。此の書は、専ら宗教と法律との關係、君位繼承法、君主の司法權、封建制度、財産分類法、古代法典編纂法等を論ぜり。一千八百八十五年に至りて「庶民政治論」(Popular Government)を著はしたり。氏の自序によれば、氏が此著ありしは、歴史派の研究法を憲法に適用して、庶民政治の利害を論ずるを目的とするが如し。余は「メーン」氏の五著書中、最初の著述「古代法」は最高位を占め、最後の著述「庶民政治論」は最低位に居るべきものなりと評せざるを得ず。

而して、余は氏の學識經驗の熟するに隨ひ、古代法を凌駕すべき大著述あらんことを窃かに冀望せしに、天此碩儒に壽を假さず、本年二月三日、佛國「カンヌ」の羈旅に於て卒中に罹り、行年六十六を以て溘然遠逝し、竟に「庶民政治論」を獲麟たらしめたり。嗚呼悲哉。然れ共、眞正の學者は死すとも死せず。「メーン」氏既に歿すれども、其書尙永く歿せず、百世の下、氏の爲めに無形の記念碑を建つ、嗚呼偉哉。

〔明治二十一年五月「法學協會雜誌」第五十號、及び明治二十三年四月「日本之法律」第二卷第四號掲載〕

五大法律學校聯合討論筆記序

法に學あり、法に術あり、法學法術相伴うて始めて真正の法律家たり。炎熱燬くが如きの夏日、嚴寒膚を劈くの冬夜、黽勉刻苦して萬卷の律書を繙覽すと雖も、未だ法律家と稱するに足らざるなり。資性公直、記憶強健、雄辯滔々、決斷流るゝが如き者と雖も、未だ法律家と稱するに足らざるなり。必ずや、法理の蘊奥を究め、法術の微妙を穿ち、法學は以て法術の資料となり、法術は以て法學の機械となり、輔車唇齒、互に相待ち互に相扶けて、以て始めて真正の法律家と稱することを得べし。法學法術其一を忽にすべからざる、既に此の如し。是れ蓋し東京五大法律學校の諸氏が聯合討論會を起せし所以なり。

文化低度の社會に於ては、分業の法未だ行はれず、武人僧侶にして裁判官と爲り、醫者、占卜者、豫言者等にして法律家と稱せし者其例尠からず。文物典章

齊整せる希臘民政國に於ても、兵制法律完備せる羅馬共和國に於ても、其開化の初期に於ては、未だ法律を專職とする者あらざりしなり。絶世の雄辯家、デモステネース、蓋世の英雄、シーザル、其人の如きも皆法律家と稱し、其恃む所のものは只三寸不爛の健舌ありしのみ、未だ必ずしも法學を修むるを必要とせざりしなり。始め希臘雅典の民政國に於ては、法廷を公市場の露天に公開し、一切の争訟は口訴の制に據り、原被兩造、自ら訴へ、自ら辯論す。偶々辯舌訥吃にして己れが意志を暢達する能はざる者あるときは、出廷の前に當り、豫め有名^{オレトリス}の辯士に就て其争點を論述せしめ、自ら其論辯を筆記し、自ら其筆記を暗誦し、而して後ち法廷に出で、之を演述せり。是れ實に代言の制度の萌芽にして、其迂曲殆んど笑ふべきものあり。西曆紀元四百年の頃に至り、原被兩造は辯士を訟廷に携伴して、難問疑點ある毎に一々之に顧問商議して論辯せしむるを得るに至れり。爰に於て代言辯護の制始めて起れり。辯護士の始祖と稱せらるゝアンチフォーン、雄辯を以て千載に聞ゆる、デモステネース等を始め

として「リシヤス」、「イシヤス」、「インクラチース」等の始き有名なる辯士は、皆法廷に代訟するに至れり。而して是等の人々は皆論辯修辭の術に長じ、滔々懸河の辯を法廷に揮ひたりと雖も、彼等は法律の學理を修めたる者に非ざりしなり。故に其弊たるや、竟に希臘の法廷をして權利を争ふの公衙にあらざりし、辯舌を闘はすの演技場たらしめ、訴訟の勝敗は其曲直を以て占ふを得ざらしむるに至れり。

羅馬國共和時代に於ても亦然り。當時法律家と稱し法廷に論ぜる者は、法學者に非ずして辯術家なる者なり。故に森嚴沈毅なる哲學者「カト」、武威赫赫全歐を轟かしたる「シーザル」、權謀詭略に富みたる「マーク、アントニー」の如き有名なる政事家を始めとし、辯舌に巧みなる者は、概ね擧な法律家と稱して法廷に出入せり。而して「シセロー」、「ホルテンシヤス」の如き、法學法術に兼通せる者は、僅かに一二指を屈するに過ぎざるのみ。就中「マーク、アントニー」の如きは、己れの才略を恃み、傲然法學に通ぜざるを誇言せりと云へり。「シセロー」が

當時の法律家の無學なるを嘲つて、法律家たらんには只三日間の讀書を要するのみと云へるは蓋し之が爲なり。以て當時の法律家は法術の末を修めて法學の本を養はざりし一端を知るに足る。故に羅馬共和時代の法廷も、聽訟の公衙と云はんよりは、寧ろ雄辯の戰場と稱するこそ適當なりしならめ。

The Forum, where the immortal accents glow,

And still the eloquent air breathes,—Burns, with Cicero.

Byron.

とは「バイロン」が當時公市場法廷の景況を描出せるの詩句なり。觀るべし、羅馬法廷は容姿端正、右手に劍を按じ、左手に秤を捧ぐる司法神「ジャスチヤ」の神廟にあらざりしを。

本邦法律世界の既往は酷だ希臘羅馬の古代に肖たる者あり。大寶律令の制定ありてより以來、明治維新の後に至る迄、法學法術兼ね具はりたる法律家としては、晨天の殘星よりも尙ほ稀にして、多くは司法の實技のみを恃みしもの

の如し。少しく事理に敏捷なる者は、文人より出で、俗吏より出で、或は武官より遷りて、斷訟聽獄の重職に任じ、唇薄く、舌頭滑らかなる黠兒は、公事師と稱して法術に出入す。人民の生命、身體、榮譽、自由、財産の權利、擧げて此の如き俗人の掌裡に委す。余今にして之を追懷すれば、坐ろに冷汗の背を浸すを覺えずんばあらざるなり。近年に至り、本邦に於ける法學の氣運大に振興し、東京府下に於て帝國大學法科大學あり。又私立五大法律學校あり。其他全國中苟も都會の地にして一二の法律學校あらざるはなし。又盛んなりと云ふべし。而して私立諸法學校中、學科の備はれる、教員の多き、生徒の夥しき、東京の五大法律學校を以て實に其最とす。

頃日五大法律學校の教員、校友及び生徒諸氏相議して聯合討論會を設立し、定期會合して法律の難問を討議す。今日に至る迄開會せること既に二回、帝國大學の講義堂に於てす。之に臨む者は學識該博にして經驗に富める教員諸氏、學識經驗共に新たなる校友諸氏、勤勉銳氣なる生徒諸氏、相會する者毎會

千有餘名、さしも宏大なる講義堂も立錐の餘地も残さず。或は正々堂々の論陣を張つて争點の正面に當る者あり。或は殊更に奇兵を放ち論法を婉曲迂回して勝を制せんとする者あり。銳斧の盤根錯節を劈ざくが如く、利刃の亂絲を斬るが如き者あり。又或は自ら好んで利あらざるの方面に當り、巧に雲霧を起して弱點を蔽ひ、陳辯回護して以て法術の技量を顯はさんとする者あり。甲是乙非、論鋒火花を散らし、殆んど吾人をして希臘羅馬の法廷を追想せしむるに至る。往昔希臘羅馬の法廷は公市場の露天に公開し、數千の人民之を繞つて蝟集す。薪を負ふの老爺、魚を購ふの少女、犁鋤を肩にするの農夫、貨物を擔ふの商賈、書冊を挾むの書生、長劍を横たふるの兵卒、肩摩臂搏して原被兩造の論辯を傍聽す。或は歡呼喝采し、或は叱咤怒號し、以て其感情を表示し、法廷爲めに喧騒を極む。希臘の詩聖「ホーマル」が「イリヤッド」の詩篇中當時の法廷の實景を記して、

The people thronged the forum, where arose

The strife of tongues, and two contending stood ;

The one asserting he had paid the mulct,

The other claiming still the fine as due :

Both eager to the judges made appeal.

The crowd, by herald scarce kept back, with shouts

And cheers applauded loudly each turn.

Homer's Iliad.

と云ひ、又羅馬に於て「シセロー」が「ミロー」の謀殺犯を辯護せし時には、人民の騒亂を警むるが爲めに將軍「ボンペイ」が數百の軍隊をして法廷を衛らしめたるにも拘らず、群民は衛兵の白刃霜鋒を犯して法廷に近づき、或は屋上に登るあり、或は樹上に攀づるあり、囂々として「ミロー」を罵詈訾し、「シセロー」が絶世の雄辯も之れが爲めに蹉躓し、竟に「ミロー」をして罪なくして配所の月を觀ぜしむるに至れり。後ち「ミロー」は「シセロー」が校正せる辯論の筆記を讀み、「若し「シセロ

」が當時此の如く演述せしならば、余は配所「マルセーユ」の無花果の甘味は知るまじきを」と嘆息せりと云へり。「ホーマル」の古詩、「シセロー」の故事の如きは、當時傍聽の群衆が法廷の判決に對し莫大の勢力を有せし一端を觀るに足るべし。

此の如き傍聽者は、毫も法理の曲直を解せずして、只其論辯の雄偉壯快なるを喜ぶものなり。希臘羅馬の法律家が法術の一端にのみ偏し、法學を擯斥せしも亦宜ならずや。五大法律學校聯合討論會は露天公開の法廷に非ず。辯士を圍繞する聽衆は、薪を負ふの老爺、魚を購ふの少女に非ず。滿堂の聽衆一人として法律家ならざる者なし。故に雄辯滔々たりと雖も、法理正確ならざれば以て會衆を感動する能はず。法理正確なりと雖も、論法錯雜、辯舌訥吃なる者は又以て多數を制する能はず。故に論者も羅馬の法律家の如く俗衆の感情に阿るを以て事とせず、法理を經とし、法術を緯とし、論難駁擊、苟も假借する所なく、以て勝敗を全會の多數に争ふ、其争ひや君子なり。彼の希臘羅馬の

法律家が雄辯を以て俗人を瞞着せしものと素より日を同じうして語るべからざるなり。

希臘羅馬の公市場法廷の如きは、聽衆多ければ多きほど真正の法律家を出すの障害となれり。本邦五大法律學校の聯合討論會の如きは之に異なり、聽衆多ければ多きほど真正の法律家を養成するの效益多かるべきや疑を容れざるなり。然れども、帝國大學の講義堂僅かに千有四百の會衆を容るゝに足るのみ。故に本會々員にして臨場するを得ざりし者亦た尠しとせず。爰に於て、本會幹事諸氏相議して、討論筆記を公刊するの舉あり。此舉たるや、本會を全國に公開するものなり。此舉たるや、聽衆を全國に求むる者なり。此舉たるや、本會討論の是非を全國の法律家に問ふ者なり。是れ豈に美舉と稱せざるべけんや。故に余は敢て幹事諸君の囑を辭せず、聊か數言を敘して、此書を本邦の法律世界に薦む。

明治二十一年六月下浣

權利の感想

一國に美術行はるれば、國民の氣風自ら優美に傾き、一國に武術盛んなれば、國民の氣象自ら勇敢に赴く、故に學術技藝一時に行はるゝときは、常に其專攻者の員數を増し、其專攻者の熟練を進むるのみならず、其餘響は一般の人民に普及して、絶大なる結果を生ずることあり。方今我邦に於て、最も盛んに行はるゝ學科は法律學なり。東京に於ては法科大學あり、私立五法學校あり、獨逸學協會學校あり、東京佛學校あり。大坂に於ては關西法律學校、大坂英法學校あり。其他西京、横濱、神戸等を始めとし、苟くも都會と稱するの地には、概ね皆な法律學校の設けあらざるものなし。凡そ専門の學科にして校舎の多きは、法律學校を以て第一とし、専門學科にして著譯の多きは、法律書を以て第一とし、専門學科にして雜誌の多きも、法律雜誌を以て第一とし、専門學科にして學

生の多きも、亦た法律學生を以て第一とすべし。法律學の氣運斯の如く盛んなるときは、其結果たるや、必らず我邦將來の立法、行政、司法の上に著るしき影響を及ぼすや疑ふべくもあらず。假令へ年々各法律學校より出す所の卒業生の八九割は物の用にも立たず、只其一割丈け眞正の法律家たるを得ると假定するも、假令へ百人中に一人の良法律家を出すとするも、未だ數十年を出でずして、法衙は名法官名狀師の淵叢たるに至るべきや必せり。況んや右の計算は只極端を假想したるものにして、其實際は必らず之に過ぐる數層倍なるべきに於てをや。今よりして「スチーブン」リビングストンは、我邦の法案を起草し、「マンズフィールド」ホルトは法廳に坐して裁判し、「エルスキン」ウェブスターは法廷に立ちて辯論するの盛時を期するも、強ち之を黄河の清きを待つが如き見込なき期望を懷くものと云ふべからざるなり。然れども、是はこれ法律學直接の結果なり。法律學校直接の製造物なり。而して恰も化學的の製造に於て、其主眼たる物品を製造すると同時に、必らず他の副生物を産出す

るが如く、法律學の振起は必らず其直接の製造物たる法律専門家の外、其直接の目的たる立法、行政、司法の進歩の外、尙ほ法律家製造の副生物とも稱すべき間接の結果を生ずべきを信ずるなり。

抑も此法律學の副生物たるや、國家の盛衰に關係あること、おさ々々直接の製造物に譲らず。此副生物を産出すること多量なれば多量なる程一國は榮え、此副生物を生ずること少量なれば少量なる程一國は衰へ、此副生物の産出高と一國の隆替とは正比例を爲すべきものゝ如し。

然らば、其法律學の副生物とは何ぞや。法律學間接の結果とは何ぞや。曰く權利の感想是なり。余惟へらく、我邦に於て法律學の行はるゝこと現今の如く盛んなるときは、從來我邦の人民に於て最も缺乏せる一種重要な感想を養成するの効果を觀るべしと。一國に弓馬鎗劍の武術行はれて國民の氣象勇壯に赴き、一國に音樂、繪畫、彫刻の美術盛んなれば人民の嗜好優美に赴くが如く、一國の法律學行はるゝこと盛んなれば、其結果たるや、必らず其國民一般

に權利なる思想を涵養し、人民は我權利を重んじ、我權利を守り、随つて他人の權利をも尊ぶに至るべきなり。

權利なる觀念が本邦人民に缺乏せしは、邦語に於て英語の「ライト」Rightなる語に符合すべき言語なかりしの一事を以ても之を論證するに足るべし。思想あれば必ず之を表彰すべき言語あり。然るに泰西の法學新たに本邦に入りし時に當り「ライト」「ドロア」「droit」等の觀念を譯出すべき和語漢語なきを以て餘義なく新に「權利」なる譯語を鑄造し、現今に至りては普ねく人口に膾炙するの通語たるに至れり。然れども、從來我邦に於ては、普天の下王土にあらざるなく、率土の濱王臣にあらざるなく、人民の生命、身體、財産、榮譽、自由は皆な君主の許容によりて之を享有するものと心得、毫も之を己れの權利なりと思惟する感情とはあらざりしなり。

社會未だ文化高等の程度に達せざる時に於て、人民に權利の思想なきは我邦にのみ限りたる特別の現象にはあらず。何れの國に於ても社會未だ發達

せざるの時に於ては、人民に權利の思想缺乏するものなり。「サー、ジョン、ラポック」氏は開化原始論に於て、原人は既に社會を組織し、既に法律に慣るゝの後に雖も、尙ほ久しく權利の思想に乏しかりしを説けり。余惟へらく、原始社會に於て權利の思想を缺くは蓋し其理由なくんばあらず。余古代の法律を觀るに、同等者相互の間、又は劣等者より優等者に對し主張し得べき權利なる語こそなければ、上より下に對する權力なる語は、何れの國語に於ても之を有するを觀る。是れ他なし、社會結合の元始に當りては、智力拔群なる者、若くは武勇絶倫なる者が、他の數酋族を征服し、始めて一國を組成するものなるを以て、社會未だ鞏固ならざるの時代に於ては、一致團結を以て最も必要なる原素とす。然るに權利なる思想は協同團結なる觀念よりは寧ろ各、個、獨立の觀念を云ひ表はすものなるを以て、社會元始の結合には寧ろ害あるとも決して益あることなし。之に反して、服従若くは義務等の思想は、一致團結には最も肝要なる思想にして、之なくんば社會結合する能はず、之なくんば一國興起する能はず、

服従義務等の感情に富みたる會族は、必らず生存競争に於て他の會族に打勝ち、此感情に貧しき會族は必らず他の會族の爲めに征服さるべきは當然の理なり。故に君權(Imperium)なる思想もあり、家長權(Potestas)なる思想もあり、夫權(Manus)なる思想もありたれども、是れ皆な上より下に對する權力を指せしものにして、臣民たる者、家族たる者、妻妾たる者は、皆な君主、家長若くは夫に服従するの義務を有せしなり。博言學士、ポスト氏の說によれば、歐米諸國の法律の淵源なる「ローマ」法に於て、法律(Lex)なる語は「サンスクリット」(梵語)の「ジュ」(Jus)なる語より來り、束縛、團結等の意義なりと云へり。「イエリリング」氏も此說を以て確實なるものとなせり。是に依て之を觀れば、古代の法律は人民を統御するの具なり、人民を服従せしむるの具なり、人民に義務を負はしむるの具なり。決して近世の法律の如く、權利を創定し之を保護するの機關にはあざりしなり。

權利の感想は開化人民の特有物なり。原始社會は義務の感想を以て興り、

服従の慣習に依りて立つ。故に適者生存の原理より、義務の感想に富み服従の慣習を固守するの社會は、生存競争に於て他の社會に打勝ち、竟に進んで儼然たる大國の基を開くに至りたるものなり。故に半開以下の諸國に於ては權利なる觀念なく、又た權利なる言語なかりしは、余の既に前段に於て論辯せる所なり。然れども英語の「ライト」Right、佛語の「ドロア」Droit、イタリー語の「ヂリット」Diritto、スペイン語の「ドレノ」Drecho、ドイツ語の「レヒト」Recht等の如き、現時權利の觀念を代表する言語は、古代より傳來せるものなるを以て、或は余の論旨を疑ひ、泰西諸國に於ては未開の時代より既に權利の思想の存在せるを信ずるものもあらん。若し之れありとせば、余は是等の人々に向ひて、言語も又た進化變遷するものなるを諭告せざるべからず。「ライト」「ドロア」等の諸套語は、決して古代より權利なる意味を含有せしものにあらず。是等の語は、素と「ギリシャ」の「オレノ」Olegw、「ラテン」の「レクタス」Rectus、「ゴシツク」の「ライツ」Raittなど云へる古語より轉化し來れるものにして、其始めは、只幾何學的の

直線なる意味のみを有し、權利なる抽象的の意義は其痕跡だに認め得べからざりしなり。然るに、恰も我邦に於て曲直の二字を以て訴訟の理非を形容せしが如く、竟に此直線なる語を以て徳義上、法律上に轉用し來り、正善なること、適法なることを「ライト」と稱するに至れり。其後社會の進歩するに隨ひ、漠然廣濶なる意義より進んで確實なる意義に移り、竟に法律によりて保護されたる利益即ち所謂權利と云へる意義を生ずるに至れり。然らば「ライト」「ドロー」等の字義の變遷の如きも、亦た權利の觀念は文明的の觀念なるを示すの一證となすに足るべし。

余又た、曾て法律學の沿革を取調べたる際に發見せる一事あり。それは他にあらず。法律學は「正義」「Justice」の學より、「權利」の學に進みしの一、事是なり。「アリストートル」の政治論、「プラト」の國家論、法律論等に於て、法律の基礎とする所は皆な正義 *Justitia* にして權利にあらず。「シセロー」も「プラト」に倣ひて國家論、法律論を著はし、又た正義を以て法律制度の根本とせり。法曹「ウルピヤ

イヌス」が「ユスチニアヌス」帝の「イーンヌスチツィチョーネス」法典に掲げたる有名の定義にも、法律學を「正不正の學なり」とし、未だ之を權利の學なりとせず、加之ならず、其法典の冒頭に於て正義 *Justitia* の定義を掲げたれども、權利の定義は之を載せず、特に此法典に載せざるのみならず、「バンデクト」法典中に載せたる三十九大家の論文中、一人として權利の定義を下したる者なし。又た權利の事を論じたる者も極めて尠し。以て歐米諸國の法律の本源たる「ローマ」法に於ては、權利の觀念未だ全く發達せざりしや明らかなり。中世に至り、國際法の始祖「グロチウス」氏の如きは、自著平戰條規中、往々權利の事に論及すと雖も、法律の基礎は正義 *Justice* にありとせるは、敢て古代の法律學者に異なることなし。同氏は法律學の定義を下して曰く、「法律學は正義に隨ひて生活するを教ふるの科學なり」と。「ホップス」氏「スピノザ」氏の如きも亦た然り。而して、法律を以て權利の學問となせるは、蓋し「ドイツ」國の碩學「ライブニッツ」氏に始まれり。同氏が始めて「法律學は權利の學問なり」と云ひたる後ちは、近世

の諸學士概ね皆な權利義務を以て法律の基礎となすに至れり。是に依りて之を觀れば、法律學も人民の思想の發達に伴ひ、正義の學問より權利の學問に進みたるものゝ如し。是れ亦た權利思想の近世に發達したるの一證憑となすべきなり。

權利の思想は近世の發達に係るものたるは法律本位論によりても之を論證するを得べし。彼の經濟學に於て金貨本位論と銀貨本位論との兩説あるが如く、法律學に於ても權利本位論と義務本位論の兩説あり。權利本位説は法律は權利を創定保護するを以て其本分とし、義務は只其反照たるに過ぎず、即ち義務は權利の爲めに存在するものなりとするにあり。義務本位説は之に反し、法律は義務を創定し之を執行せしむるを以て其本分とす、則ち權利は義務の反照にして、必竟義務あるが故に生ずる結果たるに過ぎずとす。例へば法律は人を殺す勿れと命じ、他人の生命を殘害せざるの義務を人民に負はしむるが故に生命權なるものを生じ、盜む勿れと命じ、他人の財産を侵害せざ

る義務を負はしむるが故に財産權なるものを生ず、決して生命、財産の權利あるが爲めに生命、財産に對する義務の生ずるにはあらざるなりと。此説は「ベンサム」氏、「オーグスト」、「コント」氏等の首唱せる所なり。

權利本位論、義務本位論の兩説は只本末の差異あるのみにして、其歸局を一にするが如しと雖も、其立論の基礎を權利に取るべきか將た義務に取るべきかの點に於ては、互に氷炭相容れざるものあり。然れども法律沿革の事蹟より之を觀れば、余は此論争を判決して、法律は義務本位の法より權利本位の法に進むものなりと斷言するを躊躇せざるなり。試みに原始社會の法律を觀よ、原始社會の法律は一として義務本位の法にあらざるはなし。「メニユ」の法典は如何。「モゼス」、「ライカルガス」の諸法典は如何。此時代に於ては、法律は上帝の宣命にして、人民は之に服従するの義務あるのみ。試に中古社會の法律を觀よ、中古社會の法律は一として義務本位の法にあらざるはなし。此時に當りては、君長の威權漸く重く、法律は君主の命令なり、法律の本源は君主の

意志なり。故に半開以下の諸國に於ては、法律は皆な命令主義に據りたるものなり。命令主義の直接の結果は、其命令を受けたる者に服従の義務を生ずるが故に、法律は人民に義務を負はしむるを以て其本分とせしや疑ひなし。然れども試みに近世社會の法律を觀よ、近世社會の法律は一として權利本位の法律にあらざるはなし。現今文明諸國の法典は皆な權利を基礎として編纂せるものにして、憲法は國民の公權を定め、民法は人民の身分、財産等に關する物權人權を定む。故に法律を論ずる者も、他人の生命、身體、名譽、自由、財産を毀損せざるの義務を説かずして、先づ生命權、身體權、名譽權、自由權、財産權等を説けり。偶々義務を基礎として法典を編纂すべしと論ずる者あれども、何れの國の法典に於ても、何人の著書に於ても、未だ此編纂法に依りたるものあることなし。碩學、オースチン氏の如き法律を主權者の命令なりと定義したる人すら尙ほ權利を基礎として法律を説きたるにあらずや。然らば古代は義務本位の法行はれたれども、近世に於ては各國皆な權利本位の主義によりて

法典を編纂し法理を論述したるや疑ふべからざるの事實なりと云はざるを得ず。是亦た權利思想の近世に發達したる一證憑となすべきなり。

權利なる觀念は文明的の思想にして社會進歩の結果なることは余の既に論證せるが如し。故に余は今論歩一段を進め、此權利なる思想は如何なる時代に於て發達すべきものなりやを説かんとす。抑も社會の未だ幼稚なる時に於ては、一國の元素は一家なるも、人文の進歩するに隨ひ、族制漸く壞れ、一國の元素細分して、竟に一個人が社會の元素となるに至る。而して族制時代に在りては、一國の主權者は族長の資格を有して家長を支配し、家長は各其家族を管理するを以て、族制社會の法律は皆な命令主義に基きたる義務本位の法律なり。故に此時代に於ては權利の思想未だ發達する能はず。族制漸く壞廢し、個人漸く發達するに隨ひ、權利なる感情思想は始めて人民の腦裏に發生するに至るものなり。

方今我邦に於ては、族制漸く壞廢して將に家族時代より一個人時代に進ま

んとするの變遷時期にあるを以て從來他人の支配を受け他治の生活をなし義務を遵守するを以て其本分と心得來りたる人民が社會の激變に因りて、族制時代より一個人時代に移り、遽かに他治を離れて自治の生活を營まざるを得ざるに至れり。此時に當り、若し我邦の人民が一個人自立の神髓たる權利の感想を涵養し、各個人自立の基礎を固むるにあらざれば、眞正の進歩は到底望むべからざるなり。然れども、余の茲に所謂權利の感想とは、強ち參政權等の如き公法上の權利のみを指すものにあらず。却て主として、生命、身體、榮譽、財産の權の如き私法上の權利を指したるものなり。是れ他なし、我邦人民は殊に私法上の權利の感想に乏しきを以てなり。讀者若し我邦の人民が所有權なる思想に乏しきを觀れば、果して余の言の欺かざるを知る可し。百姓の田地に於ける、町人の金錢に於けるが如く、勞働と財産と密接の關係ある者に於ては、其所有權の思想稍々發達せるが如しと雖も、從來一國の精神とも稱せられ最も教育ある士族及び其子弟等に至りては、所有權なる觀念は甚だ薄

弱にして殆んど共產主義を奉ずるものゝ如く、自己の財産を護るの精神に乏しく、從て他人の所有權を尊ぶの念も亦た甚だ厚からず、我物は他人の物の如く、他人の物は我物に似たり。苟も公益の爲とあらば、一個人の權利を顧みず、動もすれば私法上の權利を蹂躪して公法上の權利を擴張せんとするに至る。彼の白面書生が公益の爲め、修學するを名として、由縁も無き人に學資を要求するが如きは、尙ほ恕すべし、公共の事業の爲めに、寄附金を強勸し、政事改良を圖るが爲めに、強盜類似の所行をなすが如きは、維新前後其類例に乏しからず。斯の如く、私法上の權利思想は、毫末もなく、人の物我が物主義の連中が喋々政事の改良を説き、嗷々公法上の權利の擴張を談ずるに至りては、又た片腹痛きの限りにあらずや。ドクトル、イエリントン、グ氏嘗て云へることあり、人民に眞正の政治思想を養成せんとすれば、須らく先づ私法の教育より始むべし。若し人民が各々自己の私權を尙ぶの精神に富むに至らば、公權は期せずして擴張せん」と。實に卓見と稱すべし。古代全歐洲を征服せし「ローマ」人民は、萬世の

龜鑑たるべき私法を有せし人民にあらずや。近世全世界に雄飛する大英國は、一個人の私權を重んずること最も甚だしき國にあらずや。「ローマ」人民が十二銅標の法を制定し、是よりして大に政治法律を改革し、竟に當時の文明世界を征服するを得たるの原因は、豪族(パトリシヤン)と平民(プレビヤン)との負債の紛争に始まりしにあらずや。英國に於て大に權利の感想を激發し、竟に憲法改革の基を開きたるは、ハンブデン氏が支拂を拒みたる「シルリング」にあらずや。歐洲大陸諸國就中佛國等に於ては、未だ一個人の私權充分に發達せざるに當り、先づ公法上の權利を擴張せんとしたるが爲めに、其結果たるや外形上こそ至極完美なる憲法を制定したれども、人民は其憲法を實行するの精神に乏しく、金科玉條の憲章も英國の不文憲法に比しては、啻に數歩を譲るのみにあらずなるなり。是れ他なし、英國に於ては、一個人の私法上の權利と公法上の權利と並び進みたるのみならず、私法上の權利は屢々公法上の權利に先だちて進みたるを以てなり。英國の憲法は外形未だ全からざる所ありと

雖も、其實績に至りては萬國に超絶し、他國の倣はんと欲して倣ひ得ざる特有の美質を具ふるにあらずや。「イェリング」氏は自著權利競争論に於て、英國人が財産權を尊重するの例證を擧げて曰く、富裕なる英國人が歐洲大陸に遊歴するに當り、旅館若くは馬車屋等に於て不當の勘定を爲し、僅々數「シルリング」の違算あるときは、英國人は決して之が支拂を肯んぜず、其計算を理らかにする爲めには、或は發途を延引し、或は之が爲めに其争ふ所の金員よりは數倍の金額を費すことあり。然れども若し「オーストリー」人をして同様なる位置にありと假定せば、「オーストリー」人は或は其欺騙に出づるを悟るも必らず其間違ひを出したる金額の僅少なるを思ひ、其紛争の煩はしきを避け、其嫌疑を招かんことを懼れ、黙して之を支拂ふべし。啻之を支拂ふのみならず、動もすれば英人を目して迂となし、頑となし、甚だしきに至りては之を嘲笑して「厘賢圓愚」(Penny wise, pound foolish)となす。却つて大英國の強大なる國力は英國人民が旅店に於て支拂を拒むの數「シルリング」の中に含蓄し、「オーストリー」の國

力の振はざるは同國人が支拂ふ所の數「シルリング」中に胚胎するを知らざるなり。「シュミードル」氏が「汝の権利の目的物は一片なるも、百弗なるも、汝の目より之を観るときは同一なるべし」と云へる金言は、英人は能く之を解し又た能く之を行ふ。奥人は之を解する能はず又た之を行ふ能はず。是れ英奥兩國の國力に霄壤の差違を生じたる所由なりと。

我邦人は果して英國人の如くなるか。將た奥國人の如くなるか。我邦人は果して數「シルリング」の少額を拂ふを肯んずるの人民なるか。將た之を拒むの人民なるか。余は甚だ之に答ふるに困しむなり。之に答ふるに困しむは之に答ふるに難きにあらず、之に答ふるの愉からざるなり。我邦の人民は、動もすれば私法上の権利を措き、漫に公法上の権利のみを擴張せんとするの傾きあるは嘆ずべきの至りならずや。立憲政體固より善し、地方自治亦甚だ佳なり。然れども、一個人自治は之に先だゝざる可らざるや論を俟たず。苟も公法上の権利を伸張せんとすれば、須らく先づ私法上の権利の思想を養成

せざる可らず。一國の分子たる一個人充實すれば其集合體なる一國も隨つて鞏固なるべく、一個人の権利伸張すれば國權も亦た自ら伸張すべし。是に由つて之を観れば、我邦數百千の法律家は公法上の権利を主張するに先だち或は公法上の権利を主張すると共に私法上の権利を擴張し、從來日本人に缺乏せる権利の感想を發揚興起し、社會に對し、國家に對し、權利思想の培養者となり、權利思想の傳播者となり、又た權利思想の保護者となるの大責任を負擔する者と稱せざるべからざるなり。

〔明治二十一年十月・十一月・十二月〕法學協會雜誌「第五拾五號・第五拾六號・第五拾七號掲載」

明治二十二年

穂積陳重遺文集

五二

責任新説

「吾人は何故に罪人を罰するや」。近世の刑法學者が此問題に對して提出する答案は萬調一律擧な曰く「人類は萬有中特別の創化物にして、天賦の自由を享有し、是非を判別するの知識を具有す。然るに善惡邪正の辨別心を有しながら、正善を棄て邪惡に陥り、思想行爲の自由を有しながら自ら擇んで法禁を犯す。然らば其責任は自ら招く所のものなり。其刑罰は己れが任意行爲の自然の結果なり。社會奚んど好んで責任を罪人に賦當する者ならんや」と。是れ第十八世紀の中頃より第十九世紀の末年なる今日に至る迄、甲唱へ乙和し、連綿として行はれ來りたる法理論なり。蓋し自由意思責任論は余若し誤るなくんば、先哲「カント」氏の「心理的法律論」に濫觴せるものなり。

從來の責任論は人類特別造化説を地盤となし、心理學の自由意志説を基礎

となし、自由心と辨識心とを以て支柱となせる建造物なり。而して、此建物たるや、名たゝる法理學者達が精巧なる論理と華麗なる文章を以て裝飾し、第九世紀の中頃に及びては、燦然たる光彩を放ち、觀る目も眩ゆきまでの大廈とはなれり。

然れども、此巍々たる樓閣は既に百有餘年の雨露に曝されたり。其外觀こそ尙ほ立派なれ、其地盤は既に搖るぎ居らざるや、其基礎は未だ破壊せざるや、其根底は未だ腐蝕せざるや。是れ我輩が法理學者殊に刑法學者に問はんと欲する所なり。

古風なる法理學者は曰く、人類は禽獸魚蟲に異なりて是非善惡を辨別するの智識と行不行を定むる自由意志とを具ふる一種特別なる創造物なりと。是れそも何の言ぞや。人類は果して全く禽獸と異なるものなりや。人類は果して一種特別なる創造物なりや。請ふ之を動物學者に問へ。請ふ之を生物學者に質せ。其答辯は必らず前世紀の殘夢を破るに足らん。曰はく、人類

は創化物にあらずして進化物なり、人類と禽獸とは種類の區別あるに非ずして優劣の差別あるなりと。人類は異類の動物にあらずして優等動物なりとは、理學世界に於ては最早誰れ疑ふ者もなき通理なり。さるを、法理學者は此學證の面前に於て、尙ほ中古傳來の陳腐説を崇拜するは怪しかる事どもならずや。

自由意志の説とても亦然り。論者は曰く、人の意志は自由なり。劣等動物の行爲は必然の理に依りて制せられ、一動一靜生理的の法則に従ふ者なれども、人類は一種靈妙なる心性を具へ、自由に其行爲を主宰する者なりと。此説たるや、前世紀以來殆んど心理學者一般の定説となり、偶々意志の働きも一定の規則によりて緊制さるゝの説を爲すものあれば、之を目して異端となすに至れり。蓋し第十八世紀以來、自由なる套語は、ベンサムイムパッサン氏の所謂熱情語インパッション、ダルクムとなり、スペンサーボリテカル、バイアス氏の所謂政治癖の語となり、何事に依らず自由なる語を用ふれば、人敢へて其當否を問はずして之を許し、若し自由を害すと云はゞ、假

令へ如何程道理ある事柄にても人必ず之を撥斥す。故に肥後の芝居にては、其外題の何たるに關らず、必ず加藤清正を捻出す」と云へる傳説と一般、凡そ社會學に關する學科に於ては、其部門の何たるに關らず、必ず自由なる觀念を提出して、之を其本尊と爲すに至れり。政治學、經濟學は云ふも更なり。法律の如き、正さしく人類の行爲を制限する者にては、カント氏を始め、法理學者は擧げざるを自由の規則なりとせり。此の如く、自由にあらざれば幅の利かざる世の中に於て、自由意志の説、心理學境内に起り、竟に自由意志の説を基礎として、道徳上、法律上の責任論を立つるに至れり。斯く自由の偶像を崇拜するに至れるは、素より歴史上の因縁ある事にして、古代にありては、奴隸と自由民の區別あるが爲めに人々自由を尊重し、中世に在りては、封建制度の餘弊として君主の威權、政府の權力は太だ熾んにして、中央集權の弊を極めたるを以て、人民は其壓制に窘むの餘り、竟に自由なる語を專制なる語に對して偏へに之を尊崇するに至れり。故に、第十五六世紀の頃より、自由は此上なき貴重なる觀

念となり、第十八世紀の末、佛國大革命の時に至り、最高熱度に達したるは尤も千萬の事と云ふべし。さりながら、歴史上價值ありたる者なりとて、一涯に之を採りて學理の基礎と爲さば、或は杓子は庖厨の要具なりとて、其大小曲直の勘辨も無く、直ちに之を採りて耳搔きとなし、定木となすの譏りあらんか。自由意志説は既に久しく心理學の基礎となり、第十九世紀の上半までは學問場裏に獨り勢力を専らにせしが、近頃に至り生理學、生物學の大進歩ありたるが爲めに、心理學の研究法に一大變動を生じ、古心理學派の想像推理に引替へて、實蹟推究の方法を採用し、カーペンター氏、モーズレー氏等の如く、生理的心理學、物理的心理學を主張する諸學士を始めとし、バイン氏其他の新心理學者は皆な身體と心情とは離るべからざる關係を有するものたるを論證し、心は腦の作用なるを以て、生理上の法則を離るゝ能はず、一動一靜原因結果の定理に隨ふこと、敢て他の諸機官の作用に異なるなきを確説せり。斯の如く、自由意志の舊説は、新心理學の發達により、將に煙と散じ露と消えなん有様なるにも

拘らず、法理學者は仍ほ前世紀の遺物を恃むこそ氣の毒なれ。

舊派の法理學者が善惡邪正を識別する辨理心と稱するものも、亦自由意志説の運命を共擔すべきものたるや疑を容れず。辨理心は人類特有なりとするは比較動物學者の許さざる所なり。劣等動物亦多少の辨理心ある例證尠なからず。人類と劣等動物とは只辨理心の發達の程度に差異あるのみ。又辨理心は古今萬國一徹の者なりとするは人類學者、社會學者の許さざる所なり。蠻野の民の善行とする掠奪の如きは、文明の民は之を罪惡とし、古代に於て美德とせし復讐の如きは、近世に於ては之を惡德として擯斥するが如きの例證、亦算ふるに遑あらず。加之、同時同國同等文化の人民中に於てすら、尙ほ人によりて善惡邪正の標準を異にすることあり。此の如く、人々區々なる辨理心を標準として刑罰の責任を賦當するならば、人毎に刑罰を異にするの必要を生ずべし。如何となれば、人を殺し物を盜むが如き單簡なる事實に就ては、其是非を辨別する事最も容易なれども、少しく込み入りたる事狀の是非善

惡を識別することは中々に六かしき限りなれば、智者大人と雖も屢々其判斷を誤る事あり、況んや細民無智の輩をや。然るを、人類は辨理心と云へる是非「メートル」を具へたりとて、是を去りて非に就き、正を棄て、邪を擇びたるを咎むるは、或は酷に失するの譏りなきを保つべけんや。學者立法者は或は精微なる辨理を具ふることあらん。然れども、若し一國の人民盡く同様に善惡邪正を辨別すと思惟するは、恰も綠色の眼鏡を掛けて、山川草木盡く鬱蒼たりと信ずるが如し。學者立法者若し辨理心あらば、何んぞ早く綠色の眼鏡を棄て、肉眼の視察に従事せざる。

法理學者は自由意志と辨理心とを兩支柱となせる責任論に據りて、強制、知覺精神の得喪等の不論罪を説明し來りたり。然れども、幼者の不論罪は如何。幼者は十二三歳に及べば突然辨理心を生じ、例の是非「メートル」を授かる者なりや。生理的心理學は之れに否答辭を呈するを如何せん。狂者の不論罪は如何、痴者の不論罪は如何。瘋癲、白痴と通常の犯罪人との區別あるものなり

や。刑事人類學は之れに否答を呈するを如何せん。ドクトル、モーズレー氏は、生理的心理學上より犯罪人は皆な身體上の組織殊に腦髓の組織の不具若しくは痼疾を有する者たるを論證し、近頃伊太利、佛蘭西等に於て起りたる刑事人類學の研究も亦同様の結果を呈するが如し。然らば、或る種類の腦髓組織を有する人が、或る程度の激衝を受くる時は忽ち人を殺し、或る種類の腦髓組織を有する人が、或る種類の機會を得る時は忽ち盜む。林檎の枝を辭して地上に墜落し、輕氣球の地上を去つて空中に飛揚すると、其理敢へて異なることなし。凡そ人類の行爲は、其の聖人君子たると、其の佞姦兇惡たるとを問はず、必ず一定の通則に據らざるなく、罪人が人を殺し物を盜むも亦一定の原因に應ずる一定の結果なり。唯罪人は容易く惡原因に應ずべき身體上の組織を有すれども、聖人君子は然らず。激烈なる憤怨あるも殺さず、恰好機會あるも盜まず。是れ皆な遺傳及び應化に由りたる腦髓の作用の然らしむる所に於て、其犯罪の誘因に應答すべき身體の組織に差異あることは、恰もダイナマ

イトと火藥と石炭と松薪とが熱度に接する程度に差異あるが如く、一は些少の熱度を加ふれば忽ち爆裂發火するも、一は容易に燃焼せざるが如し。罪人は常人と瘋癲白痴の中間に位し、瘋癲白痴に比すれば、只其身體組織の不具痼疾の甚だしからざるのみ。必竟罪人は自由意思により、古代の責任説によれば、天魔の魅入りにより、好んで罪を犯すにあらざりて、罪を犯すことを好まじむる身體の組織あるに由るものたるや明かなり。

若し犯罪には身體上の原因ありて、罪人は瘋癲白痴の甚しからざる者なりとせば、瘋癲白痴の罪を論ぜずして、罪人のみを罰するは、恰も彼の一國を盜む者は王たり、一錢を盜む者は盜たるの姿ありて、自由意志責任論の論理に抵觸するにあらずや。是に由つて之を觀れば、近世生理學、心理學、人類學、社會學等の大進歩により、責任論の地盤たる人類特別創化説は既に陥り、其基礎たる自由意志説は既に搖るぎ、其兩支柱たる自由及び辨理心は既に朽敗せんとす。さしも百有餘年間、巍々として法學世界の青空に聳えたる責任賦當論の大厦

も近世學問の進歩に因りて其基礎を失ひ、空中の樓閣と變り果てたるは亦是非もなき次第ならずや。

自由意志責任論の大厦は既に傾きて之を支ふべき一木だにあることなし。然らば我輩は之に代はるべきの新城郭を起工するの必要に迫れり。我輩は如何なる材料を用ひて之を建築せんとするか。我輩が選ぶべき地盤は何れにあるや。我輩が用ゆる「コンクリート」は如何なる物より練成し、我輩が用ゆる石材木材は孰れの山より採掘伐採するや。請ふ單簡に之を説かん。我輩が用ゆる材料は總て生理學、生物學、人類學、社會學、新心理學、其他理學的材料にして、想像的の空理、空論、獨斷定教等は一切之を斥けて用ひざる者とす。我輩が選ぶ所の地盤は進化主義なり。我輩が用ふる所の「コンクリート」は社會の生存競争なり。我輩が用ふる所の石材木材は、古今各國の刑法なり。而して其城郭を建築するは至て簡易にして、敢て婉曲煩雜なる論法に依るを要せず。古人曰く大道は坦々たりと。請ふ之を左に約言せん。

一 古今各國に於て罪とする所の所爲は、皆な其社會の生存を害する所爲なり。

一 刑法は社會生存競争の働きにして、社會の存在を害する所爲を未發若しくは既發に防ぐものなり。

一 刑法が罪人に責任を賦當するは社會生存の必要に生ずるものなり。

故に責任の基礎は、犯罪人一個の状態によらずして、社會生存の必要より生じたるものなり。然らば、何故に各國の刑律は癡癲、白痴を罰せざるか。是れ自由意思なき爲めにあらずして、之を罰するも敢て生存競争に益する所なきを以てなり。然れども癡狂者を道路に放ち置く時は、社會の存在を害するの虞れあるを以て、刑罰とこそ名附けざれ、之が自由を奪ふて監禁するを得るにあらずや。幼者の如き、抗拒すべからざるの強制の如き、皆な之を罰するも、社會の生存競争に害ありて益なければなり。又無意犯を罰する場合の如きも、社會生存競争の必要より論ずれば、容易く之を説明し得べきも、自由意志責任

論によれば、到底説明すべからざる變例を呈するものなり。故に瘋癲、白痴、幼者、被強迫者等は、自身に責任を負ふべからざる特性を具へたるに、あらずして、社會が之を罰するを必要とせざるに在り。「スチーブン」氏が、強制は宥恕の理由とすべきも、不論罪の理由となすべからざるを痛論せるが如きは、決して責任賦當の原理に悖りたるものとなすべからざるなり。

社會の生存競争を基礎とせる進化主義責任論の城郭は、理學的の地盤を有するものなるを以て、假令如何なる攻撃を受くとも、苟も理學にして廢れざる以上は、決して落城の恐れあらざるを信じ、我輩は法律界の勇將猛卒が、早く此進化主義の城郭に楯籠られんことを希望するものなり。若し亦空中の樓閣を固守せんとならば、旌旗を翻へし、論鋒を磨き、大舉して攻寄せられよ。我輩は、千劍破赤坂の奇兵を用ひず、又洲股の紙子張の城壁に據らず、正々堂々の陣を張つて相待たんののみ。

〔明治二十二年一月「法理精華」第一號掲載〕

正當防衛の原理

私は是れ迄本會に出席しませんでした。然るに、法律は懈怠を恕せず、本日は是非共其罪亡ぼしとして一場の演説を爲すべしと云ふ嚴命を蒙りました。依て色々と防禦は致して見ましたが、何分制裁を免かるゝ能はず、竟に暫時の間諸君の清聽を煩はす事になりました。依て私は先づ始めに正當防衛に關する諸國の法律を比較し、次に正當防衛に關する諸大家の學説を略述し、終りに聊か私の鄙見を陳述致さうと思ひます。

扱我刑法第三百十四條に於て正當防衛と稱するものは、歐米諸國の刑法に於て、悉く同義の名稱を用ひて居るかと申すに、決して左様ではありません。佛蘭西、白耳義の刑法は、之を「レジチーム、デファンヌ」(legitime defence)と稱し、伊多利の刑法は、之を「レヂッチマ、デフェンサ」(legittima difesa)と稱します。是等の名

稱は皆な適法防禦と云ふ義であります。蓋し我刑法は是等の語に倣ひて正當防禦と申す名稱を造つたのでありませう。

然るに「浪華の芦も伊勢の濱萩所々でかはる物云ひ」とやら、英吉利に於ては、之を「セルフ・デフェンス」(self defence)と稱し、獨乙舊聯邦の「ダルムスタット」(ウエルテムベルグ)等の諸國に於ては「ゼルブスト・フェルタイデグング」(Selbstvertheidigung)と稱します。是等は皆な自己防禦と申す意義であります。又普魯西の舊刑法及び獨逸帝國の新刑法に於ては、之を「ノートヴェーヤ」(Nothwehr)即ち必要防禦と申します。次に澳多利の刑法々典に於ては「ゲレヒテ、ノートヴェーヤ」(Gerechte Nothwehr)即ち適法必要防禦なる名稱を附し、終りに「ババリア」の一千八百十三年の刑法には、之を「プライベート・フェルタイデグング」(Privatvertheidigung)と稱し、有名なる印度の新刑法に於ては、之を「プライベート・デフェンス」(Private defence)と稱し、兩つながら私行防禦の義であります。

斯の如く、諸國の刑法が正當防禦の稱呼を殊にしまするは、謂はゆる名は實

の實で、幾分か諸國の法律が主義を異にするの一證であります。何故に英吉利では之を自己防禦と申しますか。英國の法律は固と一個人の資格を大層に重んじ、羅馬法族の諸國に比すれば、親戚等に關する關係を法律にて見認める事が甚だ少なく、親子兄弟其他親戚の關係は概ね皆な徳義に放任してあります。故に他人より攻撃を受け、自己の存在と他人の存在と兩立す可らざる場合に於ては、他人を倒しても己れの存在を全うするを許すと云ふ主義にて自己防禦と名付けたものであります。故に防禦を許す場合は、自己若しくは自己と一様に見做すべき人(親子、夫婦、主従)の危害を受けたる場合に限り、又獨逸で必要防禦と名付けたる理由は、他人より不正の攻撃を受けたる如き場合に於て之を防禦するは、必要に出でたる行為にて、毫も自由意思より生じたる行為でない。然るに、從來の學說によれば、責任は自由意思より生ずるものとなしますから、自由意志なき防禦に由り他人を殺傷したるが如きは、素よかり法律上の責を生ずべき行為にあらずと致しました。澳多利刑法第二條に

之を適法必要防禦と名付けたるは、他人より攻撃を受け、必要上より之を防禦するは正當なりと云ふ意味でありませう。其之を罪と爲さざる所以は、惡意の缺乏に由ると云ふことが明記してあります。又「ババリア」及び印度の刑法にて、之を私行防禦と名付けたる所以は、同刑法は公力の保護を請ふの猶豫なき場合に於てのみ之を許すからであります。（印度刑法第九十九條）

前に擧げたる諸國の刑法は、正當防禦を權利と看做すか、又は單純なる不倫罪と爲すか、或は宥恕の理由と致して居るか、と云ふ問題に就ては、多少の疑が有ります。併し佛國、自耳義、伊多利及び我國等の如く、是れに正當防禦の名稱を下す國々に於ては、之を權利の實行と見做すのが適當であらうと思ひます。英國に於ては、自己防禦に於て他人を殺したる場合は、之を（excusable homicide）宥恕殺人、又は（justifiable homicide）正當殺人の二種に分ち、喧嘩口論の末鬭争を始め、竟に其一方が自己保存の爲め攻撃者を殺したるが如きは宥恕殺人とし、又他人より不正なる攻撃を受け、自己防禦の爲めに其攻撃者を斃せるが如き

場合は、之を不倫罪と致します。

獨逸の刑法は、必要防禦の場合に於ては、自由意思の缺乏せる場合には責任なしと爲すを以て、必要防禦は無責任の理由と爲す様に見えます。但し獨逸帝國現行刑法編纂委員は、其説明書第七十二條に於て必要防禦は權利の實行なるを明言して居ります。故に從來無責任の理由を表したる名稱は其儘存して居りますが、其主義は既に一變し、現今にては、之を權利の實行となすに至りました。澳多利の刑法は、之を正當必要防禦と名付くるを以て見れば、或は必要防禦は即ち權利なりと見認めたるものでありませう。印度の刑法は、第九十六條に於て、明かに私行防禦の權と云ふ語を用ひてあるを以て見れば、之を權利となすと云ふ事は明らかであります。之に由て觀れば、或國に於ては、之を權利の實行とし、或國に於ては、之を無罪の行爲とし、又或國に於ては、之を宥恕の理由と認めて居ると云ふ事が明らかでありませう。

是れより進んで正當防禦に關する法理論を略説いたしませう。正當防禦

に關し、古來諸大家の説く所は實に千種萬様で、一々に之を擧ぐる譯には參りませんが、之を大別致せば左の二學派に分つ事を得ると思ひます。

第一 正當防衛は權利の實行なりと爲す學派、

第二 正當防衛は單純なる不論罪と爲す學派、

第一、正當防衛は權利の實行なりと主張する學者も亦之を「カント派」及び「ヘーゲル派」の二つに分けることが出來ます。

(甲) 「カント」氏の學派に屬する法理學者は、正當防禦は人類天賦固有の權の實行であると申します。其の理由は、人類は各々生命を稟けて此の世に生れ出たるものなれば、其天稟の生命身體を防禦するは、即ち各人固有の權である。然るに人類が社會を團結し、國家を組織するに至り、各人は天賦固有の自己防禦權を國家に譲り、國家は其代りに、法律を以て各個人を保護すべき約束を致したものである。故に若し其約束通りの保護が行届き兼ねる場合に於ては、人民は固有の防禦權を行ふのであると申します。

右の學説を唱ふる數多の法理學者中、グロールマン氏、フォイエルバハ氏、ヘンケ氏等は、最も有名なる人々であります。然し、此説は例の民約説なる虛構説に基きたるものでありますから、三文は愚か鏗一文の價值もありません。

(乙) 「ヘーゲル」氏の説によれば、他人の權利を攻撃するの所爲は、固より成立し得べきものでない。(人民の總意 Gesamtwille の許さざる所) 故に權利を攻撃するの所爲を反撃するは、即ち權利の打消しを打消すの所爲にて、取も直さず元の權利の實行である。「ヘーゲル」氏は之を「正當防衛は權利否定の否定なり」と申します。

此説を奉ずる法理學者は、「フテル」氏、「マレツォール」氏、「ケストリン」氏、「レビタ」氏、「ヘルシネル」氏、「ウエスレー」氏、「ベルネル」氏等でありますが、其中にも、細點に至りては多少の差異があります。例へば、「ケストリン」氏は、正當防衛の權を被攻撃者が國家に代りて即時刑罪を執行するものとし、「ヘルシネル」氏は之に反し、各個人の有する權利といたします。尤も「ヘーゲル」氏の總意説に基きたる權利

實行の説は、其大體に於ては敢て非難を容るべき所はありません。

第二、正當防衛を單純なる不論罪とするの學説も亦二派に分れて居ります。

(甲) 他人を不正に攻撃するの所爲は、即ち人類共存の條件を害するものである。故に其攻撃を受けたる者が、之を反撃して共存の條件を保護するの所爲は固より之を罰すべき謂はれなし。

此説は「グロールマン」氏、「ツェプフル」氏の唱ふる所であります。

(乙) 他人より不正の攻撃を受けたる者が、自己を防禦せんとて之を反撃するの所爲は、素より自由意志に出でたる所爲にあらざれば無責任の所爲なり。

此説は古來の自由意志責任論に基きしものにて、「ロツシールト」氏、「ヤルケ」氏等の主唱する所でありますが、私が「法理精華」の第一號に載せて置きました通り、自由意志責任論は最早根據を失うて居りますから、此説も到底消え失せるものであると思はれます。



右に擧げたるは、是れ迄行はれ來りたる學説の大要であります。

私が法理論の基礎と致しまする進化主義によりて正當防衛の原理を説明いたせば、正當防衛は法律の保護せる生存競争であると思はれます。抑も國家が人民に權利を與へて之を保護するは、即ち各個人民の國家的生存を保護するのであるが故に、苟も國家全體の生存を害せざる以上は、各個人が自ら其生存を防護するを許すべきは勿論の事であります。然らば國民中他人の生存を害せんとする者ある時、其攻撃を受けたる者が、自己防禦の爲めに其攻撃者を反撃するのは、即ち人民が自己の法律上の生存を保護するのであります。故に正當防衛は法律の公認せる生存競争であります。

是れより終りの問題に移り、正當防禦權の範圍を論じようと思ひます。

五大法律學校の討論筆記に、富井博士が一篇の論文を寄せられました。我邦の刑法は財産の正當防衛を認めずと云ふことを論ぜられました。其論旨の果して當を得たるものなるや否やは、諸君も各自ら之を判斷せらるゝであら

うと思ひますから、私は敢て此所に喙を容れませぬ。抑も正當防衛の權は、唯だ生命及び身體に對する攻撃の場合にのみ存するものなるか、又は財産、榮譽、自由等の權利に對する攻撃の場合にも存すべきものなるかと申せば、此問題に關しても、諸國の法律が一定致して居りませぬ。我邦の刑法に關しては、暫く富井君の高説に従ひ、正當防衛は生命及び身體の上にのみ限ると致して置きませう。英吉利の法律も通常自己防衛は生命及び身體に對する攻撃にのみ限るものと致しますけれども、自己の家屋を防禦する爲には、侵撃者を殺すを得、婦女は其貞操を汚さんとする者を反撃して之を殺すを得るの規則あるを以て見れば、財産の自己防衛、名譽の自己防禦の權を認めて居るに相違ありません。獨逸諸國の舊刑法は必要防禦を生命、身體のみにかぎらず、財産の必要防禦、榮譽の必要防禦をも認めて居りました。例へば「ババリヤ」の一千八百十三年の刑法に於ては、生命、自由、貞操及び健康に對する攻撃に於て必要防禦を認め、一千八百六十一年の刑法には、人身、占有、住家等に對する攻撃ある場

合に必要防禦を許し、「ハノーヴァール」の刑法は生命、身體、榮譽、財産の必要防禦を認めました。又「澳多利」の刑法は、生命、財産及び自由の三種の正當必要防禦を認めました。印度の刑法は私行防禦を身體防禦及び財産防禦の二種に分つてあります。が、身體防禦を生命に危害を及ぼすべき時、身體に重傷を負はしむべき時、強姦、竊姦を迫らるゝ時、他人より誘拐せられんとせし時、及び閉鎖せられんとせし時の六種に別ちて、此場合に於ては、其攻撃者を殺すを得るものと定めてあります。右の身體防禦の中、強姦、竊姦の場合は榮譽の防禦でありますし、誘拐及び閉鎖は自由の防禦であると思ひます。然らば、印度刑法は生命、身體、榮譽、自由及び財産の正當防禦を公認するものであります。又た普魯西の舊刑法第四十一條及び獨逸帝國刑法第五十三條には、共に一切の權利の侵害に對し、必要防禦を許します。故に印度刑法、獨逸刑法は、諸國の刑法中正當防禦の區域を認むること最も廣きものと思はれます。

私の考へる所に由りますれば、正當防禦は固と人の生存防禦を公認したる

ものであるが故に、苟も其生存を害すること甚しき攻撃にして、法律が直接に之を保護する能はざる場合に於ては、必らず之を許すべきものであると思ひます。然るに近世諸國の刑法が、正當防禦を生命及び身體の場合にのみ限らんと欲するは、或は其當を失ひたるものであるまいかと思はれます。抑も人類の生存に必要な條件は文化と共に増加するものにて、未開蒙昧の人類は、自己の生存は、身體の安全を除くの外は、多くの條件を要せぬものであります。榮譽を重んじ、自由を重んずるの念は未だ甚だ薄く、其財産を問へば極めて粗末なる小屋か、或は土窟位が不動産で、弓一張矢數本が身上有り丈けの動産であります。故に野蠻人民の生存に要する者は極めて單簡でありますけれども、文明の人民は、獨り物質上の生存のみに限らずして、榮譽自由等を重んずることをさく、身體財産に劣らぬ様になります。自由の無き人民即ち奴隷は、法律上で之を人と見做さぬではありませんか。木石禽獸と同視し、之を物件中に算入するではありませんか。榮譽の無い人民、廉恥心の缺乏したる人民

は、諸君も之れと共に位するを好まず、必らず之を文明の人民の生存を爲すものとは認めますまい。文明社會に於ては、或は自由の爲に生命を犠牲にするものあり、又或は榮譽を重んじ、之を害したる者に對して決闘を挑む様な事もあります。然らば文明の人民が完全なる生存を遂げんとすれば、獨り生命と身體のみを持ちりとてそれにて充分なりと云ふことは決して出来ません。假令へ生命身體ありとも、榮譽無き人、財産無き人、自由無き人は、決して完全なる生存を有して居る人とは云へません。假令へ生命の權、身體の權は最も重要な權利なりとするも、財産、榮譽の權も決してこれより輕きものと云ふことは出来ません。例へば財産權の如きは、諸々の權利中最も輕きものと思ふ人あるやも知れませぬが、現今開明諸國の法律は、必らず人民に財産を持つことを強要致します。若し諸君の中私の論旨を疑ひ、生命と身體の二者のみにて文明人民の生存は足れりとするお方があらば、試に身に一物をも纏はずして、裸體にて道路を通行して御覽なさい。忽ち巡查の爲めに捕へられ、必らず

違警罪を以て罰せられます。然らば、我邦の法律に於ても、少くとも身體を蔽ふ衣服丈けは所有し居らねば、日本人民たる生存を遂ぐることは出来ぬと云ふことが明らかでせう。故に若し爰に貧乏人の一枚看板を盗み去らんとする者あらば、其者は即ち其人の人民たる生存を甚しく害する者ではありませんか。然らば斯の如き財産の攻撃ある時に於て、公けの保護を乞ふの暇なき時は、其衣服を奪ひ去らんとする者に對して、充分なる防禦をなすべきは當然の事ではありませんか。「イエリング」氏は「財産は人の範圍を外物に擴めたるものなり」と申しました。即ち財産も我身體の一部同様の者であります。又た若し公衆の前に於て、甚だしく我榮譽を害すべき演説を致し居る者を見て、之を防止せんとするも、警察官の臨監もなく、辯者は既に滔々と侮辱、罵詈、讒謗の演説を爲し居る時に於ては、私は之を制止し、猶ほ聽かずんば、其人を捕へて其口を塞ぎ、或は猿轡を喰はしめ、若し彼れ我より強くして斯の如き防禦を爲す能はずんば、凶器を以て追ひ放つも、正當の事ではありませんか。誣言一度

び出づれば、覆盆の水の如く、後に至り之を取消すも、決して之を聽者の腦裡より拭ひ去ることは出来ぬものであります。婦人が若し其貞操を穢がさるゝ時には、其婦人の一生は棄つてしまひ、人若し榮譽、自由を失ふ時は、其人の一生も又た棄れりと云ふを得ると思ひます。然らば、法律が獨り生命、身體の場合に於てのみ正當防禦を認め、他の諸權利に於て之を認めざるは、決して權衡を得たりとは申されません。印度の新刑法は流石に有名なる「マッコレー」氏等の立案に係るものだけありて、獨り生命、身體のみならず、榮譽、自由及び財産の場合に於ても亦私行防禦を許し、止むを得ずんば其攻撃者を殺すを得るとなしたるは、實に當を得たるものであると思はれます。只此等の場合に於て注意すべきは、其侵害を官に告げ、公力の保護を待つ暇なきこと、及び防禦の程度が甚だしく攻撃の程度に超越せざるの二件であります。前にも論じたるが如く、若し人類生存の必要條件は開化と共に増加し、今日文明諸國の人民の生存は、獨り有形の身體及び財産のみに限らず、無形の生命、榮譽、自由も同様に

大切なりとせば、文明國の刑法は獨り生命、身體の正當防衛を認むるのみならず、榮譽、自由及び財産の正當防衛をも認むべきものであると思はれます。又此後各國刑法の進歩するに従ひ、各種の權利の正當防禦を認むるに至り、社會の進歩と共に正當防衛の範圍漸く擴まるべき傾向ありと確信いたします。

〔明治二十二年一月「五大法律學校聯合討論會雜誌」第一號掲載〕

法律學の革命

法律學は現時既に一大革命の時期に達したり。吾人は最早自然法なる空理の上に法學の樓閣を築く能はざるなり。吾人は最早正理なる先天の觀念を墨守して法理の基礎と爲す能はざるなり。然らば法學の革命を促すものは何ぞや。曰く物理的諸學科、生物學、人類學、社會學等の進歩是れなり。法學も亦た學問の班位に列なるを以て、學理相關するの理に因り、苟も他の諸學科にして著しき進歩をなすときは、法學も必ず其影響を受くべき者たるや必せり。然るに従來の法理學者は、十九世紀に於て他の諸科學が實に驚くべき長足の進歩を爲し、も恬として顧みず、物理諸學科、生物諸學科に對する感情の冷淡なるは、恰も對岸の火災を觀るが如し。而して尙ほ先天の理想に憑りて自然法を説き、人は一種特別の創化物にして、先天的に正理を識別するの本

能を固有するものなりとし、漠然たる正理なる觀念を根據とし、推理演繹して以て法の原理を論ぜんとす。甲は曰く、是れ正理に適合する者なりと。乙は曰く、彼れは正理に背く者なりと。而して吾人試に正理の何たるを問へば、彼等は吾人に對して一も學理的の證明を與ふること能はず、徒に孟軻の詭辯を學んで「曰難言也」と云ひ、以心傳心にして人類が本能に因りて感得する者なりとするの外、何等の説明を吾人に與ふること無し。或は時に奇巧なる解説を爲す者なきに非ずと雖も、惜しい哉其論述する所の原則は、事實の觀察より歸納し來りたる真正の學理に非ずして、先天的の空理に基く者滔々皆是れなり。然るに輓近諸學科の進歩殊に著しく、物理的、生物的諸科學の發見踵を接いで興り、昨是今非殆んど駟馬を以て追ふも及ばざるの勢あり。就中「ラマルク」、「ギョーテ」の諸碩學生物進化論の端緒を啓き、「ダルウィン」自然淘汰の大原理を發見し、「ハルバート、スペンサー」進化論を大成して進化哲學を興してより、學問世界に一新紀元を啓きたり。抑も進化説の興れるは、實に學問上の一大革命

にして、一切の學科多少其影響を蒙らざるものなく、就中人類に關する科學、社會に關する科學等に至りては、進化の大則によりて始めて其基礎を固くせるものと謂ふべし。然るに法律學は學問の班位に列りながら、其圍繞に於て活潑なる進歩を爲せる他の學理に伴隨することを知らず、依然として祖先傳來の自然法説の迷園に彷徨し、古哲學士の正理説の深淵に浮沈し、古心理學派の自由意志説の架空樓に睡眠するは、甚だ憐むべき状態にあらずや。後進の法理學士、奚ぞ早く長夜の眠を醒して、進化主義の樂園に遊び、法理學の基礎を大盤石の安きに置かざる。

法律學は社會學の一部なり。社會學は生物學の一部なり。一切の生物既に進化の大則に依りて支配せらる。人類の群居團結せる社會、何ぞ獨り之を離るゝことを得んや。社會の事物悉く生存競争、自然淘汰の元律に據る。法律何ぞ獨り之に據らざることを得んや。生物學、人類學、社會學は既に斯主義によりて其基礎を鞏くせり。若し法律學は社會學の一部たらざれば、自然法説

を墨守するも尙ほ尤むべからず。若し法律學は他の學問と無縁のものならば、古心理學者流の獨斷定教に歸依するも尙ほ恕すべし。然れども法律學は千里獨行の「ロビンソン・クルーソー」に非ず。苟も吾人一たび諸學關聯の理を悟らば、吾人は他の諸科學の研究法に倣ひ、他の諸科學の原則を利用し、以て法律學をして眞正の科學たる榮譽を享けしむるを猶豫すべからざるなり。

「將來の法律學は進化主義の法律學なり、自然法主義の法律學は最早臨終に程近く、第十九世紀の過去帳に其謚號を留むべきものなり」とは、是れ吾人が法學世界に向つて誦讀せんとする未來記なり。第十九世紀の初に當り、ザビニ「歴史法學派を起してより、近來に至り歴史法學、比較法學の倍々隆盛に赴けるは、恰も進化主義法律學の前路を開拓せるが如く、爾來社會の事實に徴して學理を研究するの風は、日を追うて盛なるに至れり。「法律の歴史と法律の哲學は互に其性質を異にし、二者分立せるの科學なり」とは、最早唱ふべからざる陳腐説と爲れり、吾人は唯一つの一般法學あるを知るのみ」とは、「ポスト」が法學

進歩の針路を示したる卓見なり。然るに從來の法律學者は、毫も社會に現出せる事實より法律の學理を歸納し來るを努めず。社會の現象、歴史の事蹟を超越せる哲理あるを説き、動もすれば歴史と哲學とは異種無關係の科學なりとし、社會の事實と哲學の原理と相反することあるを説くに至る。是れ恰も物質を離れて重力を説くが如きものにして、若し此の如き謬見を理學世界に持ち出す者あらば、忽ち物笑ひの種と爲るべきも、幸ひにして學問の最後班に列する法學者中に行はれたるを以て、纔に其汚辱を免るゝを得たるなり。

然らば吾人法律家は、法律の原理を究むるに當り、自然法の空想に基かず、正理主義の獨斷教に依らず、古今東西の法律の事實を蒐集彙類し、其事實に貫通すべき普通現象を見出すを以て其本務と爲さざるべからざるなり。畢竟法律學研究の方法は、他の自然科學の研究法と其準繩を異にすべきものにあらず。博言學者が古今東西の諸國語を比較して言語に關する一定の元則を發見し、動物學者が寒溫熱諸帶の介蟲禽獸を比較彙類して動物に關する原理を

明かにし、其他天文學者が天象を觀測し、地質學者が地層を檢査し、物理學者が物質を試験し、生物學者が動植物を實驗するが如き、皆な數多の事蹟より一定の理法を推援し來るに外ならず。法律學經濟學等の如き社會的諸學科に於ても、其研究法は毫も是等の諸學科と異なるべきものに非ざるなり。

然れども社會は有機體中最も複雑なる組織を有する人類の集合體なるに依り、其現象も随つて複雑を極むるものなるは當然のことなるを以て、社會的諸學科は物理的諸學科に比すれば、其原理を看出すことも亦た甚だ困難にして、假令之を定質的に看出すことを得るも、之を定量的に確知するは尙ほ一層困難なりとす。是れ其進歩の遅々として遙かに物理的諸學科に後るゝの止むを得ざる所以なり。然れども在 (Being) と知 (Knowing) とは必らずしも一ならず。社會の現象千變萬化にして之を知ることを容易ならずと雖も、其中必ず不動一定の理法在りて存するものたるや疑を容るべからざるなり。

凡そ天地間の事物、一動一靜法あらざるなく、日月星辰の運行、禽獸の飛走、草

木の榮枯、個人の思想行動より社會の盛衰、國家の興廢に至るまで、百般の人事一として其中に整然たる理法の存せざるもの無し。吾人が未だ之を知ることに鮮きは其對象の複雑なるが爲めなり。法律學は最も古き學問の一なるにも拘らず、其進歩の物理的諸學科に後るゝは、其對象に單簡複雑の別ありて、随つて之を知るに難易あるが爲めなり。語を換へて之を形容すれば、法律學は大器なるが故に晚成せざるべからざる運命を有するものなり。「無常、偶然等の語は無學の別號なり」とは「ハクスレー」の名言なり。人事既に常あり、法律豈に特に規矩なからんや。

古今各國其法規を異にし、複雑究まり無きが如しと雖も、其中必ず古今に涉りて變ぜず、萬邦に通じて動かざる理法の存するものあり。「ベーコン」の所謂「法の法」(Leges legum) 是れなり。故に將來の法學者は觀察、經驗及び論理を以て斯「法の法」を看出すを以て其使命と爲さざるべからざるなり。

〔明治二十二年三月「法學協會雜誌」第六拾號掲載〕

羅馬法を講ずるの必要

羅馬帝國の亡びて後千有餘年の今日に當り、吾人は何故に此亡國の法律を講ずるの必要ありやとは、是れ余が羅馬法を講ずるに當り第一に説明すべき問題なりとす。吾人が羅馬法を講ずるは、決して好古の癖に非ず、學問上及び實益上の必要あればこそ、歐米諸國に於ても尙ほ此法律を研究する所なれ。彼の有名なる獨逸の碩學「イェリング」氏は、其著書「羅馬法精神」の卷首に、「羅馬は三たび世界に號令し、三たび萬國を統一せり。第一は其隆盛なる時に當り、兵力を以て萬國を征服し、以て邦國の統一を爲せしことなり。第二は邦國破壊の後に於て、尙ほ教法の權柄を執り、以て宗教の統一を爲せしことなり。第三は中世以後、歐洲諸國をして相率ゐて羅馬法を繼受せしめ、以て法律の統一を爲せしことなり」と。至言と云ふ可し。

蓋し羅馬法は近世の法律世界を統一せしものなるを以て、吾人が法律學を研究するの材料として最も大切なるは言を待たず。加之、羅馬法の勢力は尙盡さずして、漸次世界に波及せんとするの傾向あり。羅馬法は如斯其勢力大なるを以て、余は此羅馬法を講ずるに當り、現今歐洲諸國法律の淵源を探り、且羅馬法をして法理學を研究するの材料たらしめんとす。

羅馬法を講ずるの理由二あり。則ち第一は立法上の必要にして、第二は法理上の必要なりとす。

第一 立法上の必要

(甲)羅馬法は歐米諸國現行法律の淵源なり。故に、苟も歐米諸國現行法の淵源を理解せんとするには、羅馬法を研究せざるべからず。抑も羅馬法の完備は、羅馬帝「ジュスチニアン」の御宇なりしも、帝國の瓦解と共に其勢力を失へり。其後十二世紀の初に至りて、「イルネリウス」と云へる碩學あり。伊太利亞「ボロナ」府に大學を起し、盛に羅馬法の研究を始めたりしに、此大學校は歐洲にて羅

馬法を研究するの媒介となり、或は諸國より此大學に學生を派遣して留學せしむるあり、或は「ボロナ」大學々生の歐洲諸國を歴遊して羅馬法の木鐸となり、あり、其極諸國の法律をして「ジュスチニアン」法典に基せしむるに至れり。（有名なる「フレデリック」法典に於ても、明に「ジュスチニアン」法典に模倣せることを公言したり。）如斯く歐洲諸國に於て羅馬法を輸入し、又は羅馬法に倣ひ、自國の法律を立てたることを羅馬法の繼受とは云ふなり。

抑も諸國が羅馬法を採りたるは、羅馬盛大の時にあるかと云ふに、其羅馬法を採りたるは、實に羅馬滅びて數百年の後にあるが故に、羅馬法の價値は、諸國が羅馬の滅びて後其法典を取りたりと云ふにあり。今世に至り、羅馬法繼受の最も著きものは佛蘭西なり。佛法典が「ジュスチニアン」法典に倣うて作られたるものなることは能く人の知る所なり。而して、奈翁干戈を用ひて征服したる諸國には、大抵其法律を布けるが故に、奈翁法典は施いて歐洲の南部に及べり。然るに千八百五十年、奈翁帝國の破壊と共に、其南部人民は頗る奈翁

法典を捨つるに熱心し、或は全く廢止したるものあり、又其後採用したるものありたり。

如斯にして、羅馬法は佛、伊、獨、比諸國現行法の基礎となれり。然らば英法は如何。曰く、英國人は他國法律を繼受するを好まざるの精神にして、近來まで之を講ずるの書甚だ少なかりしが、輒近羅馬法の研究は大に其勢力を得、諸法律は悉く羅馬法の苗裔なりと云ふに至れり。「ブラクトン」又は「グランビル」の著書は、率ね「ジュスチニアン」の法典に基するを見れば、以て其一斑を窺ふに足る。又英國古來の判決例を見るに、習慣として採りたるは悉く羅馬法なり。試に見よ、「コックス對「バーナー」の判決は羅馬法の精神に非るか。老德「マンズフェールド」及び「ホルド」は殆んど商法を編みたる程の大法律家なれども、其裁判の根據は殆んど羅馬法なり。斯の如くなるを以て、現今英國にても、羅馬法研究の盛大なること推知すべく、彼の法學院に於ては、羅馬法に限り特別試験を行ふ程となれり。亞米利加に於て、「レイジアナ」地方及び「メキシコ」南亞米利加諸

國は皆羅馬法を繼受し、加那太及び合衆國も英國と同じく羅馬法を繼受したるなり。斯く羅馬法は文明諸國法律の基礎となりたるものなるを以て、其文明諸國の法律を模範として法律を制定する東洋諸國に於ても、將來の法律は羅馬法の子孫となること疑なし。

(乙)羅馬法は國際法の基礎なり。羅馬の法律は、獨り歐米諸國の法律の基礎となれる而已ならず、國際法の基礎となれり。始め、ヒューゴー、グロシアスなるもの、一書を著して國際法の基礎を置きしや、諸國交通の規約を制定するには、悉く參考を羅馬法に取れり。是れ他なし、昔日羅馬帝國の版圖は歐洲の諸部に跨り、從つて本國と屬隸諸國との交通繁く、内外人民の交通を規定する原則に適當なりしが故なり。

第二 法學上の必要

羅馬法は何故に法學上に必要なるやと云ふに、近世歐米諸國の法律學は悉く羅馬法に基けるを以てなり。然るに羅馬帝國の瓦解に及び羅馬法一旦勢

力を失ひ、舊帝國にのみ僅に其呼吸を保ちたりしが、第十二世紀に至り、伊太利亞に「イルネリアス」あり。「ボロナ」府に法律大學を起し、一千百年より同百十八年に至るまで、全く羅馬法を解釋して之を學生に教授せり。茲に於て、羅馬法は再び歐洲に勢力を挽回し、當世勢を逞うせる諸蠻族の法律を壓倒するに至れり。故に「ボロナ」大學は法律學中興の靈地とも稱すべきなり。佛國の碩學「レルニエンエ」氏の書にも、羅馬法の産地なる伊太利亞は、又羅馬法中興の演劇場なりと云へり。始め「イルネリアス」の徒は、法律學に於て只羅馬法典を註釋せしを以て、人之を「グロッセートル」と稱せりと雖も、後には是よりして法律の原理を研究するに至れり。

「イルネリアス」死して後、羅馬法の研究法一變せり。紀元千二百五十年の頃よりして十六世紀に至るまでは、學者は獨り羅馬法の註釋のみに止まらず、羅馬法は歐洲に入りてより如何なる變遷ありしかを研究するに至れり。此學派を「ポスト・グロッセートル」と稱せり。當時歐洲諸國は、盛に羅馬法を繼受せ

るより、其結果羅馬法學者を要するに至り、或は諸國より「ボロナ」大學に留學生を送るあり、或は「グロッセートル」の學者を自國に迎へて之を教授せしむるあり、爲に羅馬法學は頓に歐洲諸國に傳播するに至れり。當時羅馬法學を歐洲に及したる尤も勢力あるは、佛國の「ジャックル」「グエージャス」(一千百九十年)及獨逸の「カアポウトウ」「キューヘンダア」「英國にては一千百四十三年伊國の僧「バツカリアス」なる者「バンデクト」又は「ダイジエスト」の法典を携へ、英國に渡來して「オクスフォールド」大學にて講筵を開けり。其後英國に於て羅馬法を講ずるを禁ずるの令出でたれども、一旦入りたる法理は失せずして、英國法律教科書の權輿とも稱すべき「グランビル」「ブラクトン」は皆羅馬法主義を取れり。如斯歐洲諸國は羅馬法を繼受し、且つ實に羅馬法の學問をも繼受せり。

其後に至り、羅馬法の研究は又一變して、一方にありては、羅馬法を材料として法理に關する諸觀念を研究する學派起り、又一方にては、羅馬法を材料として法理の伸止興敗の原理を研究する學派起り、近世歴史法學派の始祖「サビニ

」氏の如きは、羅馬法を以て其材料となし、又近世英國歴史法學派の鼻祖「メイ」氏の如きも、羅馬法を取れり。又分析法學派を盛に起したる「ジョン、オースチン」の如きも、其材料を専ら羅馬法に取れり。只法律學派の中にて空理を論ずる自然法學派の如きは、羅馬法に依頼せざるある而已。由是觀之、羅馬法の研究は獨り近世諸國の法律は羅馬より傳來せし故而已に非ず、羅馬法は過去に於ても將來に於ても法律學と云へる仕組を作るに缺くべからざる材料と云ふを得べし。今羅馬法の必要を列舉すれば、

(甲) 羅馬の法律は、もと哲學者にして實際家を兼ねたる者「シセロ」等の手に成れり。故に、其用語は甚だ嚴正にして、其編纂布置も亦甚だ整へり。且つ原則に富めども實用にも迂なるに非ず。故に分析法理學に取りては甚だ貴重なる材料なり。

(乙) 羅馬法は近世文明諸國法律の基礎なるを以て、一旦之を學びたる後は容易く諸國の法を學ぶことを得べし。故に之を基礎として諸國の法律を比

較することを得べし。然らば羅馬法は比較法學には貴重なる材料なり。

(丙) 羅馬法は其發生よりして發達に至るまで一大期あり。故に歴史法學を研究するには他に無類の材料と云ふべし。

(丁) 羅馬法は國際法の材料となりたるものなるを以て、國際法を修むる者にも貴重なる參考となるなり。

如斯、空理空論の法學派のみを除き、他の學派は凡て羅馬法に基せり。是れ羅馬法が近世諸國に勢力を得て、英國法學院の如き法律實際家を養成する所にありても羅馬法を貴重せる所以なり。

以上陳べたる所は、立法上學理上羅馬法の必要なる大略なり。曾て余は比較法學の基となさんと欲し、世界の法律を五大族に分析せり。則ち印度法族、支那法族、回々法族、英法族(ア、カ、ナ、グ、ロ、サ、キ、ソ)及び羅馬法族(伊、西、獨)是なり。而して、此五大族には自然の淘汰ありて、其範圍廣くなるあり、縮小するあり。例之ば、日本の如きは支那法族なり。大寶令、新律綱領等の類は唐令、明律、清律等に

よれりと雖も、近來羅馬法が盛に行はるゝに至ると均しく、羅馬法は漸次に世界の大部を占領するに至らんとす。「メーソン」曰く、吾輩が羅馬法の研究を必要とするは、獨り英國が之を繼受せしに因るに非ず、他日兩國の法律は遂に一に歸すべきものなればなり。獨り兩國の法律が一途に歸すべき故のみに非ず、萬國の法律が幼稚の時にありては如何に其性質を異にするも、其發達するに従ひ、稍其揆を一にするに至るべきを以てなりと、至言と云ふべし。之を要するに、羅馬法は、一方より見れば過去の法律にして、他の一方より見れば現在の法律と云ふことを得べく、更に一步を進めて考ふれば、之を未來の法律と云ふことを得べしと余は信ずるなり。

〔明治二十二年三月「日本之法律」第拾四號掲載〕

法理難問

予は本校〔東京専門學校〕の囑託を受け、毎週一時間の講義を爲すこととなりたれども、本校各科の精細なる講義は、既に各科講師の擔任せらるゝ所なるを以て、予は重ねて之を講ずるの必要あることなかるべし。加之予の専攻する所は法理學に在るを以て、茲に法理難問なる奇異の題目を掲げ、之を講述することとせり。今後予が諸君と相見え、講義の勞を執るは、一は以て余の榮譽とする所にして、一は以て學理を研究するの便宜ありと信ずるにより、予は中心怡々之に従事せんと欲するなり。

法理難問なる題目は、奇異は則ち奇異なりと雖も、予は此題目に依り、夫の浩漭なる法理學中の難件にして、古來學者の各其見解を異にし、從て其歸着する處未だ一定せざる點を講述するの旨趣なれば、予は望む、諸君其名稱の奇異を

答むることなく、予と共に此學の研究に鞅掌せられんことを。而して、予は此難件の講述に於て、其周密複雑を避け、只其大要を説明し、取捨の撰擇と是非の甄別とは、一に之を諸君の研究に委ねんと欲す、是れ亦た學問上の自由と稱すべき乎。

予は先づ難件の研究に關し、豫め諸家の注意を乞ふべき事柄を略述し、徐々に題目の本論に進まんとす。

眞正の學問と空理空論の別

學問は事實を總合して之によりて得たる普通の現象の知識なり。而して其普通の現象を云ひ表はしたるものを原理若くは原則と稱す。例へば、春風飏蕩し、心なく散る花も、秋風肅殺、龍田川に散る紅葉も、細微なる塵埃も、巨大なる岩石も、皆地球の中心に向つて墜落するの傾向を呈して、絶えて『石が流れて木の葉が沈み』と云ふが如き現象なきを以て、凡そ地上の萬物は悉く地球の中心に墜落するの傾きありと云ふ普通の現象を發見し、之に據りて物理學上

の原則となすが如し。依是觀之、凡そ學問とは皆な幾多の事實より歸納して得たる所の原理の知識なり。故に或種類の事實に貫通す可き普通の現象を發見し之を考究するは、實に學問の本體なり。法理學も亦是れ一種の學問なるを以て、固より此理を免かるゝこと能はず。若し然らずと云ふものあらん乎、則ち法理學の學たる所以を知らざる者と云ふべし。

抑も社會の現象は千種萬様容易に端倪すべからずと雖も、今若し千百の事實を集合し其中より各事實に貫通すべき普通の現象を指摘し、之を基礎として學理を推究する時は、其理瞭然として明かなり。是れ則ち學問の忽がせに附すべからざる所以なり。今例を設けて其然る所以を證すべし。一の契約を締結するには、必ず合意を要すとの大原則あり。夫の質入も一の契約なり、賣買も亦一の契約より生ずる結果なり。貸借も亦契約の一種なり。而して質入にも賣買にも貸借にも皆な對手の合意あり。其他苟も契約と稱するものにして、其對手間に合意あらざるものなし。然らば、合意は各種の契約に貫

通する普通の現象なり。茲に於て、始めて、凡て契約には合意を要すとの大原則を歸納し得べきなり。若し夫れ立論の基礎を各事實の現象に取ることなからん乎、是れ即ち空理のみ空論のみ。彼の想像を以て事實を考察し、架空の臆説を逞うし、以て其謬りなきを期するが如きは、迂も亦甚しと云ふべし。學理の事實に適合して誤謬なき所以、空理空論の概ね其正鵠を失する所以は、實に前に述べたる學問の本性を知ると知らざるとの一點にありて存す。然らば則ち法理學を研究せんと欲する者は、須らく潜心精意此要點に注意すべし。世には往々斯る必須の要點を輕々に看過し、眞正の學問と空理空論とを相混淆し、遂に自ら望洋の歎を發するが如き法學者流なしとせず。幸に英國の法學者は有名なる碩學「ベンサム」「オースチン」諸氏の訓誨に依り、此種の區別を明らかめ、此種の誤謬に陥る者稀有のことに屬せり。實に斯學の爲め賀す可きことと云ふ可し。

予は之より愈々題目の本論に着手すべし。

第一問 法律は命令なる乎

古來法律の性質を論ずる學者極めて多く、從て諸說紛々歸する處なきが如し。然れ共之を大別すれば左の二大派に歸すべし。

第一派 法律は上より下に下す者なりとの思想を懐く者、

第二派 法律は下より出でたる者なりとの思想を有する者、

第一派の説は分れて左の三種と爲る。

(一) 法律は神より人に下したるものなり。

(二) 法律は君主より臣民に下したるものなり。

(三) 法律は主權者より人民に下したるものなり。

第一種の説を採る者は曰く、國家を創造したる者は神なり、然れば法律も亦神意の發表と云はざるを得ずと。

第二種の説を主張する者は曰く、君主は國民を支配す、故に君主の命ずる所は即ち法律なりと。

第三種の説を持つる者は曰く、主權者は人民を支配する者なり、故に其人民に下せるもの即ち法律なりと。

第二派の説を主張する論者の説も亦別れて二種となる。

(一) 法律は人民總體の契約より成りたるものなりと。「ルソー」氏社會契約説の如きは即ち是なり。

(二) 法律は人民の總意(General will)の外面に發表したるものなり。即ち法律は人民一般の意思に出づ。其直接に發表せるものは慣習法となり、其間接に發表したるものは成文法となるなりと。

第二種の説を持つる者は、概ね歴史派法理學者なり。而して右諸種の學說中、近時法學社會に於て頗る其勢力を逞うしたる者は、第一派第三種の説即ち法律は主權者の命令なりとの説是れなり。

抑も此説を主唱せる人を誰と乎なす。曰く英國鴻儒「ホッブズ」氏即ち是れなり。(氏の著「レビヤサン」と稱する書中に詳かなり。)爾後英の大家ゼレミ、

ベンサム氏等輩出し、氏と同一の見解を取れり。次で有名なるオースチン氏に至り、ベンサム氏の説を祖述し、彼の人口に膾炙せる法理學の講義中に於て、或は法律は主權者の命令なりと云ひ、或は法律は政治上の優等者より政治上の劣等者に發する規則の集合なりと唱へ、法理學第一卷八十九頁近世法學社會に於て、法律は主權者の命令なりとの觀念を喚起したるは、實に之をオースチン氏の學力に歸せざるべからず。氏の未だ世に出でざるの時に當り、英國は法律運用の妙に於ては、實に各國を凌駕するの勢力ありしと雖も、學問の幼稚にして法理の淺薄なりしは、蓋し誣ふべからざるの事實なりしなり。「コーク」ブラックストーン等諸氏の如き、其識該博ならざるに非ず、其說卓拔ならざるに非ずと雖も、之をオースチン氏に比すれば、固より數歩を譲らざるべからず。顧ふに、オースチン氏一度出で、英國法學社會を風靡し、殆んど英國法理學者の思想を改造し、其學說の勢力今尙ほ盛なり。蓋し氏を以て英國法理學者の鼻祖と稱するも、誰か敢て之を難ざる者あらんや。夫れ然り、故にオース

チン氏の説は人の信を措くこと頗る深く、彼の『法律は主權者の命令なり』との定義は、恰も主權者の如く心得、之に對して謀叛の旗揚げを爲す者としては極めて稀なりき。オースチン氏の如き大家の説にして、其至理なるものは、固く之を奉ずべし。然れ共、其非理なるものに至りては、宜しく之を排撃せざるべからず。學者は眞理の忠僕たるべし、大家の崇拜者たるべからず。氏は法理學に偉功ありたるを許すと雖も、其所説は皆精確なりと認むるを得ず。正理の存する所は、師弟父子の間と雖も、敢て辭讓すべきものに非ず。是れ余輩後進が敢て先輩の學說を論究する所以なり。

『法律は主權者の命令なり』と云へる定義は、オースチン氏法理學の基礎にして、英米の法學者は概ね之に據り來りたれども、近頃法理學の進歩するに隨ひ、氏の定義は漸く其勢力を失ふに至れり。其原因は主として左の三箇の誤謬に歸するが如し。

第一 外形上の誤謬

第二 精神上の誤謬

第三 言語上の誤謬

第一 外形上の誤謬

(甲)此定義は狹隘に失す。抑も法律は成文律及び不文律の兩者より成立するものなり。然るに、若し氏の定義を是認せん乎、法律の一部たる慣習法即ち不文律は其範圍を脱却して法律と稱すること能はざるに至らん。何となれば、元來慣習法なる者は、其國人民生活の狀況より發生したるものにして、其淵源自然に出で主權者の明かに命令したる跡なきを以てなり。然るに若し氏の定義に従ひ法律は主權者の命令なりと爲し、強ひて慣習法も亦主權者の命令なりと云はゞ、所謂命令なる語の意義を擴張し、之に斬新異常の意義を附せざるべからざるなり。

分析法理學者は之に對へて曰く、主權者の許容する處は即ち主權者の命ずる處なり(What sovereign permits, he commands.)と。然れ共、此説たるや猶ほ命令

の意を不當に擴張したるに過ぎず。若し之に一步を譲り、假りに辯護論者の説を是なりとせん乎、世間何事か命令説を適用す可からざるものあらん。例へば、予の從僕常に酒舗に至り飲酒を事とするの慣習あり。而して予は曾て之を保護せざるも而かも之を許容せり。此場合に於ても、論者は猶ほ予は從僕に命令して酒舗に飲酒せしむと爲す乎。

(乙)命令主義を以て正確なりとせば、夫の解釋法、廢止法及び説明法の如きも亦命令と云はざるを得ず。例へば、政府が憲法中にある協賛とは云々の意義と心得べしと達し(解釋法)、若くは憲法に於て日本臣民は其所有權を侵さるゝことなしと規定し、從來の權利を確かめたるが如き(説明法)ものも、亦之を命令と云はざるを得ざるに至らん。此説を主張する者は、英の法律大家たる「フレデリック・ハリソン」氏にして、「フォートナイト・レビュー」と稱する雜誌中に之を詳論せり。之に對する命令主義の論者の答辯に曰く、解釋法、廢止法、説明法、皆な主權者の命令なり。何となれば、主權者が此法律文章用語は何人も云々の意

義に解釋すべし、此法律は之を廢止せり、故に之に遵由すべからず、此の權利は尊重すべしと命じたるに外ならざればなりと。

予は嘗て親しく「ハリソン」氏の法理學の講義を聽聞せしが、當時敢て其説に感服する能はざりき。予は命令主義を採らずと雖も、「ハリソン」氏の駁議は之に同意を表する能はざるなり。

(丙)命令主義は或る時代には之を適用するを得と雖も、他の時代には之を適用するを得ず。法律は主權者の命令なりとは、今日の社會に於ては之を適用して差支へなかるべし。然れども、遠く古代に遡つて之を考ふれば、夫の宗教道德及び法律の三者は其區別判然たらず。従つて當時に所謂法律中には、或は宗教上の教義を含み、或は道德上の訓戒を存し、或は人民の慣習等を集め、今日の所謂純然たる法律と大に其趣を異にせり。されば此主義は如何なる時代にも如何なる邦國にも通じて適用せらるべきものに非ずと。是れ亦「ハリソン」氏の唱道せる所なりとす。

又沿革法理學者「メイン」氏の著書「古代法」に依れば、原始社會の法律は主權者の命令に出でたる者に非ずして、實に法官が神意を享けて、裁判を管せるに起りたるものなり。而して單簡なる組織を有する古代社會に於ては、訴訟の性質相似たるもの頗る多く類似の訴訟には必ず類似の判決あり、竟に判決例なるものを生じ、判決例集りて規則を生ずるに至れり。例へば、茲に甲あり、乙者に對して一の訴訟を提起せり。古代社會に於ては、君主は只其訴訟關係人の苦情に應じて之が判決を爲し、別に現今の如く一定の法律はあらざりしなり。又更に刑事上の一例を擧げんに、甲者は乙者を殺害せり、於是法廷は甲者を絞罪に處するの判決を下せり。又丙者は丁者を殺害せり、法廷は又丙者を絞罪に處するの宣告を爲せり。是に於て、始めて人を殺す者は絞罪に處すとの法律生ずるに至る。又之を民事法に徴すれば、英國の普通法の如きは、其最も著明なる者なり。例へば、英國に於て約報の存せざる契約は無効なりと命令したる君主若くは國會あるを聞かず。然れども、猶ほ此規則は英國契約法中動

かす可らざるの原則たり。而して其起源を索むれば、其始め裁判によりて定まりたるや疑ふべからず。例へば、甲乙相約するに郊外の散策を以てす。乙者其約に背きて來り會せず。於是乎甲者は乙者を相手取つて裁判所に出訴せり。然れども裁判所は是れ公衙の宜しく干涉保護を加ふべきものに非ずとして訴狀を却下せり。之に反して、丙丁は田地の賣買を約束し丙より丁に對して若干の手附金を交附せり。然るに丁者は違約して該田地を賣却せず、於是乎丙者は丁者に對して訴訟を提起せり。然るに裁判所は其訴訟に干涉し、丙者の權利に保護を加へたり。斯く類似の事柄にして前者には保護を加へずして後者には保護を加へたるは、其始めは只宜しきを計りしに過ぎざりしと雖も、此の如き先例集合して竟に一の法律を爲すに至れり。即ち約報なき契約は無効なりと。依是觀之、命令主義論者の云へるが如く、君主より豫め命令を下して法律の基礎を定めたる形跡としては之を追蹤するに由なきなり。故に法律は主權者の命令なりてふ説は、沿革法理學の發達に隨ひ其勢力を減

ずるものなり。

第二 精神上の誤謬

「オースチン」氏の定義に精神上の誤謬ありと爲すの説も亦別れて左の二種となる。

(甲) 命令は命令者の意思の發表なりとせば、一切の法律は皆な主權者の意思より發表せるものなりと謂はざるを得ず。然れども、能く法律の實質を考究すれば、皆な主權者の意思より出でたるものに非ず、人民國家的生存の必要より成立するものなり。故に、假令へ法律は主權者の命令なりとは外形上正確なる定義なりと爲すも、之を精神上より考ふれば、未だ完全なる定義たるを許す能はず。寧ろ法律は人民の總意より發生したるものと爲すことの法律の精神に適合するに如かずと。此説たる、歴史派法理學中「サビニ」氏等の唱導する所なり。

(乙) 若し法律は命令なりとせん乎、一切の法律皆な義務を主とし權利を客と爲

さいるを得ず。然るに、近世の法律は皆な權利を主として義務を従とせり。故に法律は命令なりとの定義は法律の實質を表するに足らざるなり。

第三 言語上の誤謬

「オースチン」氏の定義を以て言語上の誤謬なりとする者の説に依れば、元來命令主義を奉ずる學者は、近世の法律なる文字は「ラテン」語の *ius* より傳來せるものにて、此語は即ち「ラテン」語の *Judicio* (予命令すの義)なる動詞の過去分詞 *Jussum* (命ぜられたるもの、義)の上半を採りて *Jus* なる字を作りたるものなり、故に法の字の語原は以て法律は命令なるを證明するに足るべしと云ふに在り。蓋し此説たる古來命令主義を奉ずる學者の良口實にして、命令主義に最も有力なる聲援をなせしものなり。然れども、近世博言學の進歩するに従ひ、竟に前説の誤謬を發見するに至れり。即ち *Jus* なる「ラテン」語は梵語 (*Sanskrit*) の *Ju* なる語より傳來せり。此語は、團結若くは結び附けるの意義を有す。而して法律は社會を團結し、一個人の行爲を束縛するものなりと考へたるを

以て、此語を法律に適用するに至りしなりと。若し此博言學の研究にして謬なしとせば、命令主義は其語源に據りて其説を主張する能はざるなり。

以上論述したるが如く、法律は主權者の命令なりとの説に對する辯難駁論の氣焰極めて熾にして、命令主義は孤城落日殆んど其勢力を法學社會に失はんとするの傾向あり。然れども、其取捨採擇の特權は諸君に在り。諸君宜しく潛心熟慮選んで以て其一に居られよ。

〔編者云、本篇は第二回以下の續稿を缺く〕

〔明治二十二年六月「専門學會雜誌」第九號(私立東京專門學校

發行)掲載〕

國際私法の性質を論ず

國際私法は近世に發達したる法律なり。中世以前に在ては、各國相互に仇敵の思を爲し、隨て各國の人民も商業上の交際を爲すこと極めて稀少にして、歐洲に在ても、貿易交通の區域は僅に地中海沿岸の諸國、及「バルチック」海、北海等沿岸の諸國のみに限れり。十五世紀以來、遠洋航海の術漸く進み、商業上交通の境界も隨つて大に擴まるに至れり。後世國際私法の發達したるは、全く各獨立國人民の商業交通の必要より生じたるものなり。先是、羅馬國に於ては、法律頗る完備したるに拘らず、未だ國際私法なるものあらず。然るに、羅馬人と羅馬の屬國人民との間に起りたる事件、又は羅馬人相互の間に生じたる事件は、「ジュス、ゼンシウム」と稱する羅馬及び外國人に普通なる法律の支配を受けたり。

然れども、此法律は近世の國際私法と其性質を同じうせず。所謂國際私法なるものは、各獨立國の法廷に於て内外交渉事件を裁判する規則なりと雖も、「ジュス、ゼンシウム」は、單に各隸屬國普通なる慣例を取りて制定せる法律にして、一國內に於て起りたる事件を裁判するものなり。元來國際私法は各國獨立人民の交際の間を生ずるものにして、平等の交際なき邦國中に行はるべきものに非ず、是れ羅馬帝國が崩壞し、歐洲に獨立諸國が興りたる後、國際私法の生じたる所以なり。

國際私法には近世法學者が種々の名稱を下せり。其最も著名なるものを舉ぐれば、

第一 屬法論(Statute)

前に論ぜし如く、國際私法の起原は中世以來に在り。一千五百四十八年「ハルブリッテル」と名くる學者「屬法論」と名けたる書を著し、内外人の間に起りたる訴訟事件は、何れの法律を適用すべきかを論ぜり。其後、英、佛、獨の諸國に於

ては、學者は皆な所謂國際私法を論ずるに此屬法論を基礎とし之を論ぜり。千八百二十三年英國の學士「ヘンリー」と云ふ者あり。「屬人法屬地法論」と云へる一篇の書を著し、法律を二分して人に屬する法即ち屬人法及び物に屬する法即ち屬物法リヤル、スタチュートとなしたり。人に屬する法律は人の身分能力等に關すること規定し、物に屬する法律は物件に關することを規定するものなるを論述せり。尤も此屬人法と屬物法との區別は、中世地中海沿岸諸國の學者が唱道せし所にして、近世此屬法論を唱へし學者は、先づ法律の性質を論定し、然る後内外交渉事件には如何なる法律を基として之を判定すべきかを講究するを以て國際私法の本分となせり。則ち、身分能力等に關する法は屬人法なるを以て、内外交渉事件にして人の身分等に關する事柄は、其人の本國の法律に依つて之を支配し、財産等に關する法は屬物法なるを以て、土地其他物件に關する訴訟は、其物件在地の法律を適用すべきものとなせり。

第二 法律抵觸論 (Conflict of Laws)

近世國際私法と稱する者に法律抵觸論なる名稱を附與したるは、「ローデングブルグ」と稱する學者にして、千六百五十三年に「法律の抵觸」と稱する書を著したり。此名稱は、近世に至る迄尙ほ學者間に行はれ來り、米國の「ストーリー」氏の法律抵觸論の如きは其最も著しきものとす。抑も國際私法に法律抵觸論なる名稱を附せし所以は、若し今二國若くは二國以上の人民間に一事件の起ることあるときは、如何なる法律を以て之に適用すべきかの問題を生ずべし。是其關係諸國の法律が互に相抵觸するに起因せずんば非ず。若し此事件に關する諸國の法律總べて一致すとせんか、何れの國の法を適用するも敢て不可なることなきを以て、此の如き問題を生ずること無かるべし。故に此名稱を用ひる學者は曰く、國際私法は内外交渉事件に於て其關係諸國の法律互に抵觸したるとき之に適用すべき法律を判定する所の規則なりと。

第三 法律の治外效果 (Extraterritorial effect of Law)

此名稱も亦千六百年代に生まれり。夫の有名なる法學者「コッセーリジャス」

氏「法律の治外効果」と題したる一書を著したり。今世に至りても尙此名稱を用ひんと欲する人あり。「ホルランド」氏の如き即ち治外私法の名を下さんと欲したり (Exterritorial private law)。而して此名稱を下したる所以は、内外交渉事件に於ては、其關係する諸國の法律が國境以外に行はるゝものなれば、之を治外効果と稱せり。

第四 法境論 (Die Oertliche Grenze)

獨逸の學者「サビニ」氏は、其著書中に場所に関する法律の効果即ち「法境論」と題する一篇に於て國際私法を論ぜり。

其之を法境論と名けし所以は、内外交渉事件に於て一國の法律は其及ぶ所國境と同一なるや否を論定せしを以てなり。換言せば、一國の法律は如何なる場所に迄行ふを得べきやと云ふ問題を決するにあり。

第五 外法適用論 (Application of Foreign Law)

此名稱は今世紀に於て始めて顯はれたり。獨乙の學者「オルスタット」氏始

めて此名稱を用ひてより、往々此名稱を採用する學者出でたり。此名稱を用ひたるは、内外交渉事件に於て屢々外國の法律を適用する事あるに原因せり。

第六 國際交誼 (Comity of Nations, or International Comity)

此名稱を用ひたる有名の學者は英國の「フィリモール」氏なり。氏が此名稱を用ふる所以は、内外交渉事件に於て、一國が他國の法律に依て裁判するは、決して法律上の義務に出づるに非ず、唯外國との交際上の情誼に出づるものなり。而して、其事件を裁判する邦國は、固より自國の法律に依て内外交渉事件を裁判するの權力を有すれども、各國互に相譲り、雙方の便利を謀り、關係諸國の法律を適用するに外ならず。是れ國際交誼の名稱ある所以なりと。

第七 國際私法 (International Private Law)

一千八百四十一年獨逸の學者「シェフネル」氏「國際私法發達論」を著はし、爾來此名稱大に法學社會に行はるゝに至れり。

近世に至り、獨逸の「バー」氏、荷蘭の「アッセル」氏の如き、有名な諸學士殊に此名

稱を採用したり。其理由とする所は、内外交渉事件を裁判するには屢々他國の法律を採用することあり、而して斯の如き法律は諸國の交際上より發生したるを以て、國際の字を冠せしなり。又其法律は皆私法に關して公法に關せざるを以て、遂に之を稱して國際私法と名けたり。蓋し此名稱は現今普通に行はれ、其發生せしは僅々四五十年以來の事と知る可し。

第八 國際民法 (International Civil Law)

此名稱を始めて採用したる者は、伊太利の學者「ロモナユ」氏なり。(一千八百七十四年) 然るに、此名稱は既に佛民法編纂の時に、其編纂者の一人なる「ポルタリス」氏之を採用せんことを主張せり。又、近世白耳義に於て、「ローラン」なる有名民法學者ありて、一千八百八十年に「國際民法」なる一書を著せり。蓋し此名稱は前の國際私法と同一の意義を有するものなり。

第九 私法的國際法 (Private International Law)

一千八百四十年佛の學者「フィリックス」氏始めて此名稱を採用したり。又、

今世有名なる「ウエストレーキ」氏も其著書に冠するに此名稱を以てせり。此名稱に依れば、所謂國際私法なるものは、國際法にして私法の性質を有するものなり。

中世以來學者の採用せる名稱の多きこと此の如し。余は次に以上九種の名稱の當否を論究せん。

第一 屬法論。國際私法を以て屬人法又は屬物法の適用となすは不可なり。何となれば、古代に於ては、何國の法律にても皆な屬人法にして、其主權は即ち屬人主權たり。羅馬法の如きも亦羅馬人を支配する法律にして、羅馬國を支配するものに非ず。故に羅馬人は「ゴール」に在るも希臘に居るも常に本國法に服従せしものなり。此の如く、古代に屬人法の行はれたる理由は、蠻族は一定の居所なく、常に水草を追うて移轉せしにより、當時の君主も其國土に君臨するにあらずして、唯だ其人民を支配するを主とせり。故に法律は社會の進歩に従うて屬人法より屬地法に變じ、主權も亦會族主權より土地主權に

進むを以て通常の元則とす。

中世法律の屬人法より屬地法に相移る時に方り、其區別常に法律學者間の問題となれり。國際私法は此際に起りたるを以て、之に屬法論の名稱を附するに至れり。元來國際私法なるものは、一國の法律は其臣民と共に他國に移りて其土地に行はるゝとの如き規則を指すに非ず。加之、近世諸國の法律は概ね屬地法なるを以て、屬法論と稱する名稱は固より其當を得たるものにあらず。故に現今は實際又之を用ふる者なきに至れり。

第二、法律牴觸論。此名稱は近頃有名なる學者、ホルランド氏及びストリ「氏」の如き之を採用せり。然れども、法律は一國內に於て相牴觸するの理あることなし。例へば、内外交渉事件に於て、支那には甲規則あり、日本には乙規則ある時は、支那法に従ふべきか將た日本法に依るべきかの問題は、確然國際私法に規定する所にして、決して法律の牴觸するの理なし。凡そ二物の相牴觸するには、必らず其物は同じ場所に存在せざる可らず。故に二法は同時に

同國に行はるゝに非れば決して牴觸すべきものにあらず。若し内外交渉事件に於て、甲乙二國の法律相牴觸するとせんか、即ち一國內に於て自國法は外國法と並び行はるゝものと謂ふべし。かの治外法權の存する東洋諸國は姑く置き、他の諸國に於て、決して自國の法律外に他國の法律の行はるべき道理あらざるなり。故に各種の名稱中、法律の牴觸なる名稱は、國家主權の性質を誤る最も甚だしきものと云ふべし。

茲に諸君の最も記憶すべきものあり。一國の法律は他國の法廷に於ては事實たるの効力あるに過ぎざることは是れなり。故に内外交渉事件を裁判する法官は、固より外國の法律を知るの推測あることなく、證據を俟つて始めて之を認め、之を適用するものなり。若し一國の法律は他國の法廷に於て法律たる効力なく、一々證明を要するものならば、内外交渉事件に二國の法律の牴觸すべき謂れあることなし。此の如き場合に於て、其法廷所在國の内外交渉事件の裁判法には、或場合に於ては外國の法律を事實と認め、其事實を適用し

て裁判すべしとの法律あるに過ぎざるなり。由是觀之法律の牴觸なる者は、實際有るべからざるものにして、此名稱も亦法理の根源を謬りたるものと評せざるを得ず。

第三、法律の治外效果。此名稱も亦國家主權の性質を誤るものなり。何となれば、此名稱は一國の法律が外國に行はるべきものなりとの意を表すればなり。前にも云へる如く、一國の法律は只事實として他國の法廷に採用せらるべきのみ。博士「ホルランド」氏は曾て言へるあり、若し外國の法律をして其效を自國內に及ばしめば其主權を毀損すべしと、至言なりと謂ふべし。

第四、法境論。此名稱も亦第二第三の駁議と同一のものを以て之を論ずるを得べし。何となれば、法律は國境外に行はるべきものに非ざればなり。

第五、外法適用論。是れ亦同一の論法を以て之を評するを得べし。何となれば、國際私法は自國の内外交渉事件裁判法にして、決して外法を適用するものに非ざればなり。

第六、國際交誼。抑も國際私法なる者は、道德論に非ずして純粹なる法律の適用論なり。裁判官が之を適用するは毫も他の法律と異なることなし。故に之を以て各國の交際的好誼に出づる者とするは、其性質を誤りたるものなり。

第七、國際私法。此名稱は九種の名稱中最も妥當なるものと信ずるなり。併しながら國際私法は唯内外交渉事件に關する私法と云ふ意義に解釋せざるべからず。若し各國に行はるゝ私法と云ふ意義に解釋するときは、不當の名稱と云はざるべからず。

第八、國際民法。此名稱も亦不當なり。蓋し「シヴィル、ロー」とは國法若くは國民法の義なり。然るに之に「インターナショナル」なる國際の字を冠するは、固と連絡する能はざる文字を以て組成せる名稱なるを以て、字義上の撞着あるを免れず。

第九、私法的國際法。國際私法は國と國との間に行はるゝ私法に非ずし

て、内外交渉事件を裁判する國法なり。故に此名稱は以上九種中最も不妥當なるものにして、此名稱の爲めに國際私法の本質を誤解する者尠しとせず。以上論述せし如く、此等の名稱の當否如何に就ては、諸君も既に充分了解せられしならん。余は今、國際私法は果して法律なるや否やの問題に對し、左の如く答へんと欲す。

第一 國際私法は法律なり。

第二 國際私法は一國にのみ行はるゝ法律なり。

第三 國際私法は内外交渉事件を判定する法律なり。

右の答辯に依れば、國際私法は本と一國の法律の適用規則にして、外國法律は單に事實として自國裁判官の參考に供するに過ぎざるなり。

〔明治二十二年七月「法理精華」第拾參號掲載〕

占有論

占有とは自己に所有する意思を以て有形物を所持することを云ふ。今右の定義に依れば、占有には二要素あり、則ち精神上的の原素と體質上の原素と是なり。體質上の原素とは、則ち其物件を占領し、他人より之を妨礙せらるゝに當り、之に抵抗する外形上の状態を云ふ。凡そ物件の占領は、必ず握有又は觸接を要せず、只他人を排斥して自己に之を取扱ふべき有様を具ふるときは、體質上の原素は具はれりと云ふべし。例へば、倉庫の鍵を有するものは倉庫内の物件を占領するなり。又戸棚の上に書籍を秘め置くも亦之を占領するなり。故に、假令抵抗の實力なくとも、之を防禦するに足るの有様さへあれば足れりとす。精神上的の原素とは、其占領せる物件を自己の所有と爲さんとする意思を云ふ。而して、羅馬法にては、其意思の善惡を問はず等しく法律の保護

を受くるなり。故に自己の所有物を占有するものは勿論、或は途上の遺棄物を拾ひ取りて之を所持し、又は他人の所有物を窃取して之を所有物と爲さんとするものに至るまで、羅馬法には盡く之を占有者と爲せり。

凡そ物體を占領するに三級あり。或場合に於ては、他人に屬する物件を保管若くは監督するに過ぎず。假令ば、雇人が其主人の物件を占領するが如し。又或場合に於ては、他人の物件を占領するも、尙ほ其占領者は或程度に至るまでは自由に其が處分を爲すことを得るなり。假令ば、質商にして質物を占領し、或は賃借人にして借受けたる物品を占領するの類是なり。又或場合に於ては、人々自己の所有に屬する物件を占領することあり。

右に掲げたる場合に付き、第一は之を代表占有と云ひ、則ち其占有者自ら占有せりと云ふことを得ず。第二は之を傳來占有と云ふ。其占有者は只だ自己に占有權を有すと雖も、其物件に關しては其所有主が權利を有することを認むるものなり。第三は是を純粹占有と云ふ。其占有者の權利あること論

を待たず。

代表占有と純粹占有の場合に於て、其占有權は何人に屬するかは付きては毫も疑なし。然れども、第二の傳來占有の場合に於て、其占有權は何人に屬するかの問題に付ては、羅馬法族の諸國と英法族の諸國に於て其取る所の主義を異にす。羅馬法の主義に従へば、占有には必ず其占有者が自己に所有する意思あることを要す。此意思を稱して *Animas domini* と云ふ。故に傳來占有者は「アニマス、ドミニ」を有せざることを論を待たずして、其占有は事實たるに過ぎざれば、未だ占有權を有せるものと云ふを得ず。日耳曼及英國の主義によれば、占有に必要な「アニマス」は、他人を排斥して自己に物件を保有するの意思を以て足れりとすと云へり。若し此説によるときは、敢て其意思は自己に所有する意思たるを要せざるなり。故に傳來占有は占有權を有するものとせり。

以上説く所は占有の性質なり。今夫れ法律は何故に所有者に非ざる占有

者を保護するか。此問題たるや、近時の法學者中種々の議論を爲すものあり。其第一は意思の自由を保護するにありと云ひ、第二は人類同等の權を保護するにありと云ひ、第三は人身保護と爲し、第四は財産保護と爲すなり。今其所説を詳論すべし。

第一、意思自由保護説。法律が占有の事實を保護するは、是れ法律は人の意思を保護するに由るものなり。「カント」の説に由れば、人一たび物件を占有するときは、其占有者は其物件を己れの意思の範圍内に入れたるものなり。則ち自己に其物件を保有するの意を表せるものなり。人斯の如く己の意思を外形に表はしたるときは、他人より理由なく之が干渉を受くべきものに非ず。獨り能く之を動かし得るものは社會一般の意思のみ。故に社會一般の意思を代表する裁判所の判決に由りて其占有を奪はるときは、兎も角も、然らずんば、他の人民よりして干渉を受くべき理由毫もあらざるなりと云へり。是れ則ち法律は故なくして他人の意思を害するを禁じ、故なくして他人の占有

を害することを禁じたる所以なり。

「ヘーゲル」氏も亦「カント」と説を同じうして、占有は意思の外形上の實行なりと云へり。

第二、人類平等保護説。此説に従へば、法律の占有を保護するは、則ち人類の平等を保護する結果なり。他人の占有を害するものは、故なくして他人を強迫し、又は之を劫かして後來の平均を劫かすものなり。則ち現在の占有者の利益を殺ぎて自己の利益に加へんとするものなり。故に法律が占有を保護するは、則ち斯くの如き所爲を禁ずるが爲なりと。此説を唱ふる學者の最も有名なるは、獨逸の「ウ・キンドシャイド」其人なり。

第三、人身保護説。人身保護の説を唱ふる主唱者は、占有論に關して最も有名なる「サビニ」氏なり。氏の説に由れば、法律の占有を保護するは、人身保護を延長せるものなりと論じ、又同氏は法律の占有を保護する理由は、占有者の身體と其占有の事實との關係より出づるものなり。故に若し茲に人あり、其

占有の事實を犯さるゝとも、其占有者の特別なる權利を犯されたるものと云ふべからず。然れども、占有者の人格は是が爲めに幾分かの變革を受け、幾分の損失を被るものたるや疑ふべからず。故に、一旦強力に由りて占有者が己の身體上に受けたる變革を回復せんとせば、法理は是を以前の狀態に復せしめざるべからず。是れ法律が占有を保護する所以なりと。英國の判決例に於ても同様の説を見る。其文に曰く、占有の直接の侵害に對して起訴を許す所以のものは、所有權と關係ある所以に非ず、此權利は法律が人身に附與する權利を伸暢したるものなりと。

第四、財産保護説。有名なる「イェーリング」氏の主張する所に由れば、法律が占有の事實を保護するは所有權を保護する一部分なり。法律にして若し占有の事實を保護せざるときは、所有權も決して完全なること能はず。故に占有者以外の人民が、現在の占有者に優りたる權利を證明するに至るまでは、法律が財産を保護するの一部として占有を保護し、而して其占有は正當なる財

産權の一部なることを推測するものなりと。

右に擧げたる四説に付ては、學者間未だ議論一定せず。然れども、概して云はく、哲學者は第一第二説を唱ふるもの多く、法律學者は第三第四説を取るもの多きが如し。

〔明治二十二年七月「日本之法律」第拾八號掲載〕

婦人の財産

古代の社會に於て、法律が婦人の財産を認めざりしは、今更申すまでもありませんが、方今の如く我邦にても追々婦人の教育も進み、随つて婦人の知識徳行の上進するときは、之につれて財産等の問題がこる様になつて參るものであります。凡そ婦人に知識徳行の如き無形的の進歩あるときは、有形物質的の進歩は必らず之に次ぐは、恰も響の音に應ずるが如きもので、婦人に知識徳操乏しき時代には、法律が婦人の財産權を認むる事は甚だ稀れであります。印度に名高き「メニユ」の法典と云ふ古代の法律書には、婦女は毛髮多く知識少しなど、申す文章が載つて居りますが、斯の如き社會にては、婦人の權利は知識よりも尙ほ少くありました。我邦に於ては、近々民法の制定があるとの噂も有りますし、又一方に於ては、婦人の教育も進むに随つて、婦人の財産の事

も必らず將來の一問題となることであらうと思ひまして、實は矢田部君と御相談の上此問題を選びましたのでございます。此學校でも、卒業なさると、或は獨立して財産をお持ちになる方もあり、或は他に嫁いで財産をお持ちになることもあり、兎に角此事はあなた方の後々に大關係のあることであらうと思ひますから、ごく其大體をお話申しておきます。併し婦人が財産を持つといふことは、いろいろの利害得失が相伴うて居る事ゆゑ、私は茲に於てあなた方に向てどういふ財産が一番宜しいか、どこまで日本では行かなければならぬものであるか等の如き、重大なる問題を輕々しく一言の下に論定しやうとは思はぬのでございます。日本では婦人の財産は斯の如くあるべきものといふことを、學校へ來てあなた方の前に斷言致さうと思へば、先づ學校の教育を掌つて居る方に一應御相談をせねばなりません。それを輕々しく言ふと、非常の關係を及ぼします。故に自分の見込等のことは先づ暫く第二に措きまして、古來亞細亞、歐羅巴、亞米利加等の諸國に於て、婦人の財産はどういふ

具合になつて居るか、此問題は如何なる方向に進みつゝあるか等の事を、歴史上の事實に照して、ざつと話し申し度いと思ひます。

婦人の位地は文明の寒暖計ぢやと申すくらゐで、婦人の位置が上れば上るほど文明が上つたので、即ち逆さまに申して見れば、文明の度が進めば進むほど婦人の位置が昇る、婦人の位地と文明の程度は恰も寒暖計の空気の温度に於けるが如きものであります。故に野蠻の社會に於きましては、マイト、イズ、ライト、即ち力と權利は同一物で、強い男はどこまでも威張つて、太平樂を言うて婦人を使役して居る。社會が進むに従つて、婦人も獨りの立派な人間であり、男も獨りの人間であるといふ道理が漸く分つてくるに従つて、婦人と男子の位置は自然に同じ様になつて參るのは、歴史上の事實でございます。故に古代の社會の法律の目では、婦人は一箇の人と見ては居らない。甚だお氣の毒でございますが、昔しの社會では、婦人は法律上の人間ではないのでございます。「婦人は人格を有せず」などと申して居ります。即ち法律の目から見れば、

ば、婦人は、此「コップ」もお盆も机も同じこと、牛馬、犬、羊、弓、矢等の財産も同じこと、誠に情けない。其證據は、婦人は自分の娘でありませうとも、妻でありませうとも、之を生かさうなり、殺さうなり、之を人に賣りませうなり、與へませうなり、男子の勝手次第なのでございます。孰れの國でも、日本でも同じことでございます。私に先日芝居を観に參りましたが、あの芝居を御覽になれば、我國に於ても、今を距ること甚だ遠くない時代に在ては、婦人を賣るといふことは、法律上認めて居たことで、公然と芝居でやつて居る。與市兵衛といふ親父が自分の娘を賣つて、誰も咎める者はない。之は勿論作つたものでございますが、其時分の社會がさうであつた一證據になります。まだ其遺習があつて、今でも、よその娘を、どうぞ嫁に下さらぬか、然らばやらう」と云て、娘を貰ひに行きます。當時法律の目から見れば、他人の娘を嫁に貰ふも嫁菜を一籠貰ふのも同様でありました。當時妻たる者娘たる者は、戸主の財産であつたのは、孰れの國でも同じ事であります。「シエークスピヤ」の「テ・ミング、オフ、シユリウ」とい

ふ芝居の中に「ペトルチオ」といふ若者が居りますが、其者が自分の妻となる女のことを

“She is my goods, my chattels; She is my house,

My household stuff, my field, my barn,

My horse, my ox, my ass, my anything.”

と申すことが書いてあります。其時分の社會は斯の如きものであつて、決して「ペトルチオ」の戯言ではありませなんだ。支那などでも、あなた方の御存じの通り、婦人の位置が誠に低かつたことは同じでございます。古人が「人生婦人の身となる莫れ、一生の苦樂他人に由る」といふことを申しました。又之は印度からきたか知れませんが、女は三界に家なしと申し、又儒教では、三従の教があり、印度でも三従の規則が法典に載つて居ります。斯の如く婦人自ら財産であつた時代には、婦人に財産権なきは勿論の事であります。

斯の如く、法律上婦人自らが財産であつた時代には、婦人が財産を持つなど

と云ふことは、固より思ひも寄らぬ事でありました。然るに、社會の進歩するに隨ひ、婦人は次第々々に法律上人たる資格を認めらるゝに至ります。先づ第一に、法律が婦人に保護を與へたるは生命の權にて、前にも申す通り、婦人が家長の財産である間は、家長は妻子の上に生殺の全權を有して居りましたが、後に至り、親たり夫たる者と雖も、正當の理由なく、濫りに娘たり妻たる者を殺せば、之を刑罰に處すると云ふ法律が出來ます。然れども、正當の理由あれば、之を殺すを得るは勿論、理由なくして殺すとも、他人を殺すよりは却りて其罪が軽くありました。兎に角、妻子を殺すの罪と云ふ事が出來たのは、法律が婦人の人格を認むる端緒で、是より追々と進み、後には妻子を毆打するの罪も出來、尤も新律綱領には「凡、夫妻ヲ毆ツハ、折傷ニ非ルハ論スルコト勿レ」とありますが、文明諸國の法律には、人の最も愛すべき善なる妻若くは子を毆打し、又は殺傷するは、却りて他人を毆打殺傷するよりは重き罪に處せらるゝ様になります。故に婦女の生命權は先づ始に法律の認むる所となりました。

又前にも申した通り、婦女が財産であつた時代には、妻又は娘を奴隷遊女として他人に賣り、又當人の承諾に拘らず、他人の嫁に遣り、或は下等社會の者が女房を質に入れるなどの事がありますが、後に至りては、法律は奴隷遊女等に賣ることを禁じ、又當人の承諾なくして他人の嫁にやる等の事を禁ずるに至ります。斯の如く家長若くは夫たる者の妻子生殺の權、妻子賣買讓與の權が無くなり、始めて婦人も法律上一個の人間と看做すを得る様に成りました。即ち先づ一個の人間となり、夫れから徐々と財産の權を認めらるゝに至るのであります。

婦人の財産の話を致すには、未婚婦の財産と、既婚婦の財産と、寡婦の財産と、三様に分けて説かねば分りませんが、其中で、妻の財産が一番込入つて居り、又大切な問題を生ずるものでありますから、未婚婦、寡婦の財産の事は他の機會に譲り、今日は、妻の財産の事に就いて話を致さうと思ひます。古來既婚婦の財産法には四段の變遷があります。

第一は、歸一主義の世の中とて、嫁女の持參したる財産は悉く夫の所有に歸する法律行はれ、

第二は、嫁資主義の世の中とて、嫁女の持參せる財産は夫の所有に歸すれども、分界を立て置く規則行はれ、

第三は、共通主義の世の中とて、夫婦共に一定の財産を出し、其持寄り財産にて、共同の暮し向を立てる方法行はれ、

第四は、別産主義の世の中とて、夫婦生活を共にすれども、財産だけは別に致し置く制度が行はれます。

尤も、右に述べたる沿革の順序は、諸國の法律史に據り、一般の順序として定めましたものなれども、國により、其順序に多少の變例を生ずる事もあります。次に右の四主義の財産法を逐一に説明いたしませう。

第一 歸一主義

歸一主義によれば、妻が嫁入りの際持つて參りたる財産、及び妻が結婚以後

に得たる財産は悉く夫の所有となるの制にて、法律始めて定まり、定婚によりて一家を成すの時代に立ち至れば、先づ第一に行はれる法則で御座います。

羅馬に於ては、夫の権利を「マヌス」と申しました。此「マヌス」と申す語は「手」と云ふ意義にて、蓋し腕力と権利とは格別の差異なかりし時代より行はれ來りたるもので、蓋しありませう。扱て羅馬法にては、婦女が夫に嫁くと直ちに夫の「マヌス」に屬し、自己の持物は悉く夫の所有權に歸しました。又た、日耳曼古法には、夫の妻に對する權を「ムンド」と申しました。「ムンド」とは「保護」と云ふ意味に近う御座ります。日耳曼人は彼の「タシタス」の申した如く、隨分婦人は大事にいたしたに相違ない事は、羅馬法の「マヌス」と日耳曼法の「ムンド」との二語の上にも顯はれて居ります。英吉利の普通法にては、妻の位地を「カバルチュール」と申します。先づ覆はれて居る有様とでも申すべき意味で、法律上妻の權利は夫の權利中に埋没するの主義を採りし者にて、日耳曼古法、英吉利普通法、共に妻の特別所有權を認めず、妻の結婚以前より所有し又た結婚以後に所

得する一切の財産は悉く夫の所有權に歸する事となつて居りました。

「シエークスピヤ」の「マルチャント、オブ、ベニス」の戯曲中に、賢婦人「ボルシャ」が「バツサニオ」に嫁せし時の言葉は、能く其時代の法律の有様を表したるものであります。

Myself and what is mine, to you and yours

Is now converted: but now. I was the lord

Of this fair mansion, master of my servants,

Queen o'er myself; and even now, but now,

This house, these servants, and this same myself,

Are yours, my lord,

The Merchant of Venice, Act. III.

右は譯さぬ方が却つてよく御わかりに成ると思ひますから、原文の儘にて申しました。

第二 嫁資主義

嫁資主義の法とは、結婚の際婦人の持參せる財産中に、嫁資として夫婦共同生活の料となす部分を確定するの制であります。勿論此制に就いては、國々にて多少規則を異にして居りますが、先づ其所有權は夫に歸するものとし、萬一不幸にして離別となり、又は幸ひ……不幸にして「いやどちらでも宜しい」兎に角夫に死後れたる時等には、嫁資丈けは自分の物となると定めてある國が多くあります。

此制は羅馬法に於て古來行はれ居たる歸一主義の弊害を逃れる爲めに設けたるに始まり、其後佛蘭西の南部、伊多利、瑞西などに行はれ、英吉利の法律にても、中世以來衡平法の規則にて是と同一の結果を生ずる事が出来る様になりました。

第三 共通主義

共通主義の法律によれば、結婚の際、又は其後にてても、双方より財産を出し、之

を併せて共同生活を営むの資料とするのであります。此法も國々に依り多少の違ひがあります。

例へば、和蘭、獨逸諸國にては全產、共通法と云ふ制が行はれて居りまして、夫婦の財産は其結婚の前に得たると後に得たるとを問はず、盡く之を共通財産となして、夫之を管理し、死亡又は離婚の時は、各自其出したる部分を受くることとなつて居ります。又た佛蘭西、獨逸國の一部、スコットランド等にては、動產、及得産、共通法行はれて、双方が結婚の時所有せる動產、結婚以後に得たる動產、結婚以後に買受けたる不動產等を共通財産と致し、又た「バハリヤ」、「ヘツセ」、西班牙等にては、結婚以後に買受けたる財産のみを共通財産といたします。右に略述いたしたる所によれば、共通主義は近世歐洲諸國に汎く行はれて居ると云ふ事がわかります。

第四 別產主義

別產主義の法によれば、結婚は夫婦間の財産に毫も影響を及ぼさず。結婚

以前より持ち居たる財産又は結婚以後に得たる財産は、夫婦別々に所有するのであります。

昔より妻の法律上の身分は三變いたしました。太古は妻は財で、夫の財産同様であり、中古は妻は夫の家族で、夫婦同一體と看做しました。唐律疏議にも、少し駄洒落の様でありますが、妻之言齊、與夫齊體とあります。近世に及び、漸く妻は夫と並び立つ一個の人間と看做す様になりました。斯の如く妻の位置が進むに隨ひ、別産の主義が行はれてゐます。

別産主義は現に英吉利、伊多利、普魯西の一部、澳多利、サキソニー、魯西亞、米國の「ニューヨーク」、「ペンシルバニヤ」、「マサチューセツト」等にて行はれて居ります。然し、古代より既に其形はあつて、彼の印度「メニユー」の古法典にも、妻の別産の事を「ストリドハム」と稱し、「メニユー」法典第九篇第百九十四章にも、

婚火の儀式の前にて新婦に與へたる物、婚姻の行列の時に與へたる物、愛情の記念として贈りたる物、父母、若くは兄弟より與へたる物は、既婚婦六

種の別産と稱す。

とあるを以て觀れば、印度にては二千年以前より別産の規則ありし様であります。羅馬法には、別産を「バラフアラナリヤ」と稱し、特種の財産に限り行はれました。我邦にても、昔より別産の事は往々見えます。法曹至要鈔に、

亡妻財不還妻祖家、夫可領事、

とあり、貞永式目にも

一、依夫罪科妻女所領被沒收否事、

とあります。彼の有名なる倉橋の龜菊が後鳥羽上皇の寵を蒙り所領を受け、て女大名と稱せられたる如く、當時は婦人にても故ありて別に所領する事もあつたものと見えます。彼の馬琴の常世物語にも、最明寺時頼入道が常世の詫住居を訪はれた時、梅松櫻の鉢の木を薪木として御馳走を致したるが、時頼は常世が清貧にして孝心深きを感じ、金子を與へたるに、常世の妻白妙は故なくして之を受くるを肯んぜず、黒髪を截つて其價に之を受取りました。其後

いざ鎌倉と云ふ事のありて、常世は例の瘦馬に打乗り、鎌倉に馳付けたるに、時頼は鉢の木の厚意に酬いんが爲め、常世には加賀の梅田、越中の櫻井、上野の松山の三箇莊を賜り、妻の白妙には黒髪を切りたる貞節を賞せられ、粉黛料けはひわらうとして上野の黒髪山を賜りたる事が記してあります。是は素より戯作の事實なれども、當時は往々粉黛料の所領などはあつたと見えます。

徳川氏の時代は封建制度の盛んなるのみならず、儒教が行はれたるが爲めに、妻の別産等の事は餘り行はれませなんだ。故に、我邦にては今日に至る迄、歸一主義の法制が行はれ来りました。現今我邦に於いて妻が別産を有するを得る場合は、次の二つと思はれます。

(一)公證ある別産。例へば土地、家屋、船舶、公債證書等にて妻の名義にて登記又は記名せるもの。

(二)公務の俸給。當今は細君にて往々教員などの官吏に任ずる事がありますが、すが、其俸給は其婦人の別産であると考へます。

當今民法も編纂中の事故、之が發布になれば、定めて婦女の財産の事も確定いたすでありませう。兎に角、前に述べたる所によれば、歸一主義より嫁資主義又は共通主義に進み、最終には別産主義に進むのが法律沿革の順序の様であります。婦人の財産上の法制も婦人の智識徳行の進歩に伴ふべきものでありますから、未だ充分に智識徳行の進まざる間は、とても別産主義は行はれ難きことと思はれます。

〔東京高等女學校に於ける演說筆記を明治二十二年六月・十月・

十一月、國のもとる〕第三號・第七號・第八號及び同二十三年一月、國

のもとる〕第拾號に掲載し後之に加筆訂正す。

英佛獨法律思想の基礎

動植二界の物は各其環象の爲めに鑄造せらる。熱帶地方にて鬱蒼たる草木の繁茂するあれば、寒帶地方には矮小なる苔蘚の生ずるあり。印度の曠原には獅虎嘯き、「ロシア」の深林には豺狼吼ゆ。各國氣候の寒暖、地味の肥瘠、山川岬港の位置等は、皆其天然の産物を異ならしむる所の原因なり。人心は果して其環象の羈絆を免るゝを得るものなるや。俗衆の思想が時と所によりて形作らるゝは人の知る所なりと雖も、學者の思想は不羈獨立敢て環象の影響を蒙らず、或は億萬年の太古に溯りて宇宙の元始を追想し、或は將來に降りて數世紀の後を推測し、大にしては空間無數の天體を窺ひ、小にしては極小細微の物體を窮め、上下數千載、縱横數百里、苟も其可知的限界内にある者は、一として其思想に入らざるはなし。故に林檎樹下の徘徊は以て「ニュートン」をして

萬世不易の引力の理を發明せしめ、爐邊の安坐は以て「ワット」をして世界を改造する蒸氣力を覺悟せしむ。知るべし、學者の思想は敢て時と所の爲めに箝制を受けざるを。

然らば、各國の學者が法律の現象を考究するは、恰も各國の理學者の研究の如く、英佛獨の法律學者が法理を論ずるに當り、或は其論法を異にすることあるも、其歸着する所を同じうするは、猶ほ英の「ニュートン」と獨の「ライブニッツ」とが期せずして微分の理を發明し、英の「アダムス」と佛の「レベリエー」とが同時に海王星を發見せし如くなるべしとは、吾人豫期する處なり。

然るに、各國の法學者の法理を論ずるや、彼の理學者の物理を論究するに異なり、恰も各國其天然及び人造の産物を異にするが如く、英國には「イギリス」派の學說あり、佛國には「フランス」派の論法あり、獨國には亦た「ドイツ」風の主義行はるゝあり。各國の法理論の實況は、吾人の豫期と相違し、各國の法理學者は特り其論法を殊にするのみならず、法理論の基礎に至る迄、各國其軌を一にせ

ざるは、吾人をして轉た駭然たらしむるものあり。

斯の如く、各國其學說を異にする所以のものは何ぞや。法理學なる者は、土地產物にして、時と所により其說を異にし、千載に涉り萬國に通ずべき一定不變の原理の存在せざるによる乎。抑も亦た法理學の發達幼稚にして、未だ一定の原理を發見する能はざるによる乎。余は則ち之を以て第二因に歸せんとす。顧ふに、從來の法理學は尙ほ幼稚にして法理學者は眞正の學理思想に乏しく、衆俗の思想を以て自己の思想とし、遂に各國の法理學說を以て其國歴史の製造物たらしめたり。之を要するに、各國の法理學者各其說を異にする所以のものは、蓋し學者の法理學を講究するや未だ眞正の科學的研究法に由らずして、唯に自己の獨斷と想像とのみ是れ恃むに起因せずんばあらざるなり。物理的諸現象既に其理法を二三にせず、法律亦た豈に其原理を異にすること有らんや。

今や一步を進めて英佛獨の法律は如何なる思想に基くかを説かん。

吾人若し英國の法律書を繙かば、讀了一過必ず英國の法理論は主權なる思想を以て其基礎とし、法律を制定し、法律を認定し、法律を執行し、法律の制裁を司るものは皆な是主權者なるを知らん。之を要するに、法律は主權者の意志の發表いたるものたるに過ぎずと爲すを知るべし。吾人若し眼を轉じて佛國の法理論を窺はば、吾人は佛國の法理論は社會なる觀念を以て其基礎となし、而して法律は自由平等なる一個人の相聚まりて立てたる社會の規則なりとするを觀るべし。吾人は更に進んで獨逸國の法理論を觀れば、獨逸法學者は國家なる觀念を以て法律思想の基礎とし、法律は國家の組織に關する規則なり、法律は國民の國家生活に關する規則なり、法律の淵源は國民の總意に在り、と論じ、夫の主權の如きは國家的に觀察して新たに國權ステイツゲバートなる語を造り、又た特に國家學等の科學を創起するに至れり。

斯の如く、英佛獨の法理各其思想を異にするものは何ぞや。是れ英佛獨の學者、各其觀察の位地を異にするによる乎。抑も又た他に理由の存するある

乎。余は則ち以爲く、是れ各其國の歴史に基因するものなりと。請ふ試みに之を論ぜん。

有名なる佛國の「モンテスキュー」は、曾て法律は事物自然の關係なりと論じ、「ルソー」は又民約説を建てたり。然り而して彼の英國法學の始祖とも稱すべき「ブラックストーン」氏は則ち曰く、國法とは國家の主權に依りて制定されたる國民行爲の規則なりと。抑も氏は何の據る所ありて主權を以て法律の基礎となせしか。何故に「ベンサム」は又た法律の定義を下すに主權を以て其基礎としたるか。何故に「オースチン」氏も亦た法律は主權者の命令なりと論じたりしや。此問題を解する所以の者は、即ち英國史なり。夫れ英國は原と「アングロサクソン」の人民的法律行はれたりしが、「ウエセックス王」「エグベルト」「サクソン」の七王國を統一し、「エセルレッド王」「アルフレッド王」等相次いで位に即き、全國を統一せんと欲し、法典を制定せしにより、爾來君主の權漸く重く、曩きの民族法は一變して君主の專制する所となれり。其後「ノルマンディー侯」ウ

イリヤム「英國」に侵入し、英王「ハロルド」を殺し、遂に英國を奪領し、茲に封建の制度を確立せり。於是君主の權力倍熾にして、王は正義の淵源なりとの法語行はれ、夫の「ゲルマン」民族法の思想は全く其跡を絶ちたり。爾後王室の威權愈鞏固となり、君主は立法司法の本源たるは亦た動すべからざる原則となれり。第十三世紀に至り、英國は始めて立憲の制度を興し、上下兩院を設立せり。然れども、君主の立法司法の淵源たるは毫も前日と異なることなかりき。降りて「ステューワート」系に至り、暗君相繼いで位に登り、爲めに大革命を來し、「クロムウェル」なる者起りて民政を創立せしが、未だ二世ならずして再び君政に恢復せり。其後種々の變亂を経て議院の權力倍々強大となり、立法權は全く議院に歸するに至りしが、司法權は猶ほ君主の大權中に存したり。斯の如く、英國に於ては、古來君主若くは議院は法律の淵源たること燎々火を視るより明かなり。而して、今や君主と議院とは共に法律の淵源たるは確乎動すべからざる大則となれり。夫れ然り、故に國會の權力強盛となるに從ひ、主權なる思

想は深く學者の腦裡に浸潤するに至れり。

英國に於て主權なる思想を以て法律の基礎となしたる者は學士トーマス・ホップス氏を以て始とす。氏は「チャールズ第一世の代に出で、民政主義の火焰現に熾なる時に當り、レビヤザン」なる大著述を爲し、主權は最高無限にして侵すべからざるものたるを論じたり。於是狂熱せる民權論者は、自己の癖見を顧みず、徒らに氏の學說を誤解し、氏を以て壓制論者とし、近時に至る迄で大に之を嫌惡せり。然れども、天定つて人に勝つの時あり。氏の主權者は、竟に碩學「ベンサム」「オースチン」等諸氏の祖述する所となり、今や英國の法理學は主權なる觀念を以て築かるゝに至れり。

以上述べたる如く、英國學者は主權なる思想を以て法律の基礎とすれども、「ドイツ」學者は則ち國家なる思想を以て根據とし、公法學者の如き、其法律を論ずるや必ず國家學の原理に基き、私法學者の如きも亦た法律を國民的に説き、殊に歴史法學派の如きは其最も勢力ある者にして、「サビニ」氏等を始とし、法

律は國民總意の發表なりと論ずるに至れり。

如斯「ドイツ」法學者の法律を論ずるや國家的觀念を以てするものは何ぞや。蓋し是れ獨逸歴史の然らしむる處なり。抑も「ドイツ」は中世「ローマ」西帝の跡を受け、自ら「ゲルマン」國民の神聖なる「ローマ」帝國と稱し、「オット」大王以來、歴世の皇帝獨り全國に君臨せりと雖も、歴史家の評する如く、其實は虛名虛位を擁するに過ぎずして、殆んど不羈獨立なる諸侯各其領土に割據し、互に機に乗ずべきを窺ひ居たり。故に三十年戰の起るに及び、帝國は忽ち四分五裂し、新舊兩教の諸侯交々吞噬を逞うせしが、遂に千六百四十八年「ウエストファリア」の條約により、血亂全く終りを告げ漸く戰雲を一掃したり。然れども、當時「ゲルマン」皇帝は其餘弊を收拾し復び全國を統一するを得ざりき。其後「ナポレオン」一世起るに及び、「ドイツ」は其蹂躪する處となり、將に滅亡せんとせしが、幸にして「ナポレオン」は「ワトロー」に敗れしかば、斯に外國の羈絆を免るゝ事を得たり。此時代よりして、「ドイツ」人は始めて外國に對峙して其國家を維持せ

んには各邦の聯合するに如かざるを悟り、遂に千八百十五年三十九ヶ國同盟して「ゼルマン」聯邦を起し、「オーストリア」を以て盟主とせり。然れども其聯合未だ鞏固ならず、動もすれば普墺兩國權勢を争ひ、加之人民は愛國自由の志氣を渙發し、「ゼルマン」帝國の回復を熱望し、到底戰亂を免れざるの勢に迫れり。此時に當り、聯合の基礎たるべきものは唯「ドイツ」民族より成れる國家的思想あるのみ。於是乎「ドイツ」人民は大に國家的思想の發達を來せり。是れ蓋し自然の勢にして、其愛國自由の情を熾にして且聯合の念を強からしめたるものは即ち國家的思想なり。是を以て、國家學なるもの起り、法律を説明するに國家的觀念を以てし、英佛の所謂主權は之を稱して國權ステイツゲワルトと云ふに至れり。其後普墺兩國は遂に戰端を開き、「プレーグ」の條約成るに及び、墺國は「ゼルマン」外に放逐せられたり。於是聯合の機會忽ち到着し、北部諸州先づ同盟して北「ゼルマン」聯邦を組成せり。然れども南部諸州は尙獨立を維持せしが、普佛大戰の際、亦「ゼルマン」合一を希望すること愈急なり。遂に千八百七十一年普王は

「パリ」攻圍中に「ヴェルセイエ」宮に於て「ゼルマン」皇帝の位に登り、茲に「ゼルマン」帝國を再興せり。

以上述べたる如く、「ドイツ」帝國は古來諸州の聯合より成り、而して皇帝は其實聯合諸王の盟主たるに過ぎざれば、其主權的思想を喚起せず、而して國家的思想を起したるは、固より怪むに足らざるなり。是れ其今日に於て法律は固より政治上の事項に至るまで盡く國家的觀念を以て基礎とせる所以なり。

今や已に英獨二國法律の基礎とする處を論じたり。請ふ更に佛國法律思想の基礎とする處を論ぜん。

佛國近來の法學者は、社會なる觀念を以て法律思想の基礎となせるは、今世の「フランス」法律書を讀むもの、善く知る所なり。「ブルンチュリー」の云へる如く、佛國の法律學は實に國家と社會との區別を設けざる也。而るに、其往々にして主權若くは國家なる語を用ふるものは何ぞや。是れ唯に國家とは社會ボルンチエーを人格視したるもの、謂にして、主權とは社會を組織する各人の意志の集

合、即ち「ルソー」の所謂「ボロンテ・ゼネラル」總意なりと論じたるに過ぎずして、畢竟其基礎を社會に歸するものなり。故に佛國法學者の民法を解するや、身分とは人の社會上の位置なりと説き、婚姻、養子、後見、財産契約等の如きも皆之を以て社會の制度と做し、加之是等の事項は人類自然の性情に發起するものにして、國家の存否法律の有無を問はず、苟も社會の成立する以上は必ず存在せざるべからざるものなりとせり。故に其婚姻を説くや、曰く、婚姻は人の本性に基くものなり、法律は之を確認するのみ。其財産を論ずるや、曰く、財産は人生の必要物にして、業に既に社會に存在するものなり、法律は亦之を確認するのみと。而して其刑法を論ずるや、則ち罪を以て社會に對する犯行とし、社會刑罰權なる語を採用し、又た治罪法の如きも以て社會が犯罪人に對し刑罰權を執行するの手續とせり。之を要するに、佛國法律は社會が其基礎を危くする犯行を罰するの權を是認するものゝ如し。是れ固より余の誣言に非らず、苟も「フランス」法律を繙き、又は「フランス」法律の講筵に列りし者は、必ず其

法律思想は社會なる觀念を以て基礎とするを知るべきなり。

抑も佛國法律の社會なる觀念を以て基礎とするは、其起因する處果して何れに在るや。亦た以て之を佛國歴史に歸せざるべからず。回顧すれば、佛國は「ルイ十三世」の時「カール・デナル、リシェリユー」政權を執りしより、中央政府の威權漸く鞏固となり、次で「ルイ十四世」に至り、其治世七十二年の間、君權は盛大の極に達し、遂に「ルイ十四世」をして余は國家なりと言はしむるに至れり。然りと雖も、盛極りて弊害の之れに従ふは自然の數にして、當時業に已に中央集權の弊害を胚胎し、「ルイ十五世」に至り漸く其萌芽を發し、「ルイ王」をして其崩御に臨み、余の死後は洪水なり、「Après moi le déluge」と豫言せしめたり。豫言果して虚しからず、遂に「ルイ十六世」の時に至り、古今未曾有の大革命を生ぜり。如斯佛國人民は君權の盛大と貴族の驕奢とを嫌惡するの甚しき爲めに、此革命を致せし者なるを以て、主權的思想の人民の感情に適せざるは固より其處なり。然らば則ち佛國に於ては主權なる觀念は曾て發生せざりしか。何ぞ夫

れ然らん。看よ、佛國公法論の大家たる「ボードン」氏の如きは、主權を以て法律論の基礎となし、而して其論ずる處は以て佛國の君主制をして倍々強大ならしめたり。是の故に主權論は革命法理論者の緊く據るを欲せざる處なり。然らば「ドイツ」主義の如く國家なる思想によらん乎、「ルイ十四世」は已に君主と國家とを同視せしを以て、是亦た人民の採るを屑しとせざる處なり。於是、從來君權と同視せる主權に非ず、又た君主と同視せられたる國家に非ず、殆んど二者と別物なる社會なる觀念を喚起し、熱心に之を採用し、其勢恰も洪水の低きに就くが如く、「ルーソー」の民約論は忽ち佛國大革命の哲學となり、佛國の法律思想は頓に社會なる思想を以て其基礎となすに至れり。其後「ナポレオン」第一世及び第三世の如きは頗る中央集權を力めしが、第一世は未だ革命の理論を消滅せしむるに至らずして、「ウオートルロー」に敗れ、第三世も亦た革命以來の學說を變ずる能はずして、「セダン」に囚虜となり、竟に共和主義は全勝を制するに至れり。

右に述ぶる如く、佛國の法律思想は古來歴史上の理由あるを以て其思想の社會主義に基くも敢て無理とすべからず。若夫英獨二國の法律思想も亦た果して其國歴史に基くとせば、我國の法律を説く者は如何なる主義に據るべきか。國家主義に基かんか、社會主義を採らん乎、抑亦我國の歴史國體に基き、一の主義を發揮せんか。是れ余の切に我邦將來の法律思想を鑄造せんとする學生諸君に對し、特に其熟考を希ふ所以なり。故に若し諸君にして先入を主とせず、各其學ぶ所に癖せず、又た漫りに大家を崇拜せず、師の授くる所是れ眞理なりと妄信する奴隸的修學法を斥け、虚心平氣、獨立獨行、以て此問題を決するあらば、余の講談の淺劣なるも亦た或は贅言たるを免るゝを得んか。終に臨み、尙ほ一言論及すべきものあり。蓋し英獨佛各法律思想を異にする所以のものは、固より各國の歴史上に起因すと雖も、抑亦た法理學の發達幼稚にして、未だ一定の原理を發見する能はず、而して學者の之を攻究するや、未だ眞正の科學的研究法に依らざるに起因するもの無くんば非ざるなり。夫