

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

Kodak Color Control Patches

© Kodak, 2007 TM: Kodak

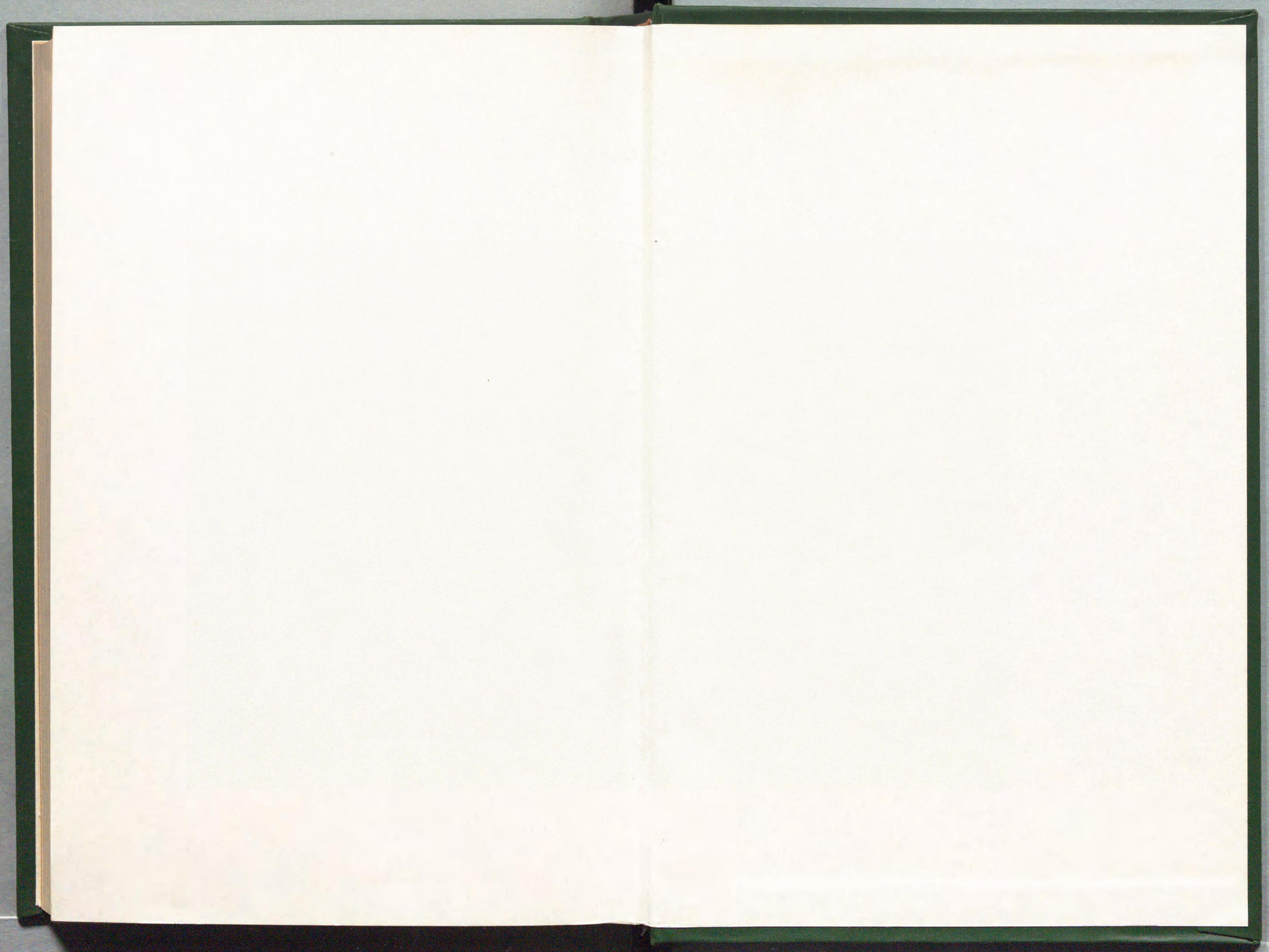
Blue	Cyan	Green	Yellow	Red	Magenta	White	3/Color	Black

Kodak Gray Scale

© Kodak, 2007 TM: Kodak



A	1	2	3	4	5	6	M	8	9	10	11	12	13	14	15	B	17	18	19





西曆一千九百零七年

L1.
13

明治大學講師
法學士 鷗澤總明著

法學通論



東京 修學堂



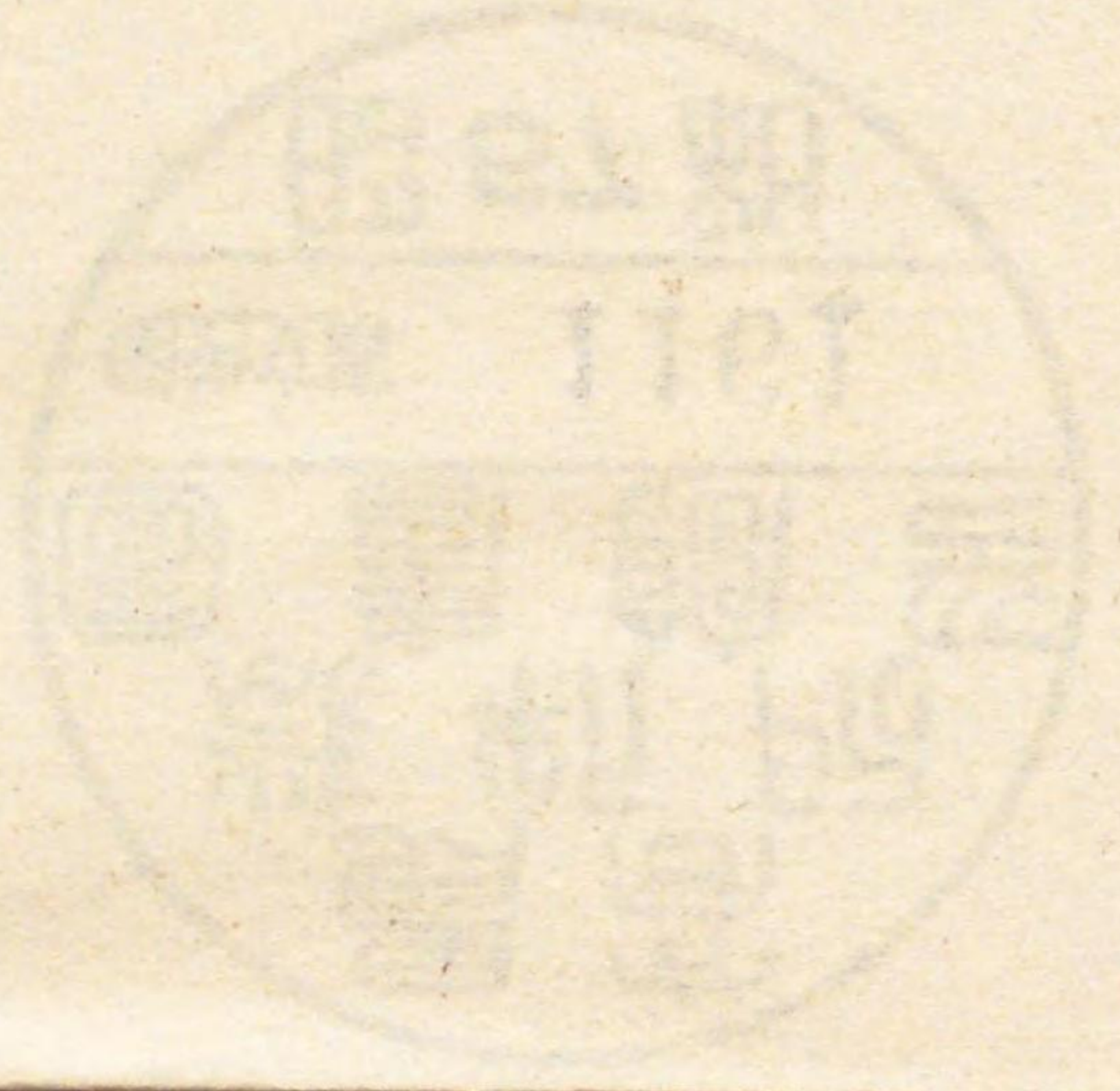
緒言

一本書ハ著者ガ大學院入學ノ許可ヲ得テヨリ法律哲學專攻ノ目途ヲ以テ研究シ來リタル結果ニシテ法律學ニ關スル各部ノ知識ノ外猶補助ノ學問ニ關スル智識ヲモ包含ス

一本書名ケテ之ヲ法學通論ト謂フ專ラ法律學全般ニ亘ル概論ヲ發展シタルガ爲ナリ故ニ單ニ現行諸法令ノ簡單ナル解釋ヲ試ムル法制大意ト同シカラズ

一本書法律學ノ歴史ニ於テ敢テ希臘時代ノ沿革ニ及バザリシハ純然タル法律哲學ヲ講究スルニ非ズシテ本書ノ目的トシテハ科學トシテノ法律學ヲ研究スルニ在ルガ爲ナリ

一本書ハ著者ガ五年間ノ研究事項ヲ秩序的ニ組織セント欲



緒言

一本書ハ著者ガ大學院入學ノ許可ヲ得テヨリ法律哲學專攻ノ目途ヲ以テ研究シ來リタル結果ニシテ法律學ニ關スル各部ノ知識ノ外猶補助ノ學問ニ關スル智識ヲモ包含ス

一本書名ケテ之ヲ法學通論ト謂フ專ラ法律學全般ニ亘ル概論ヲ發展シタルガ爲ナリ故ニ單ニ現行諸法令ノ簡單ナル解釋ヲ試ムル法制大意ト同シカラズ

一本書法律學ノ歴史ニ於テ敢テ希臘時代ノ沿革ニ及バザリシハ純然タル法律哲學ヲ講究スルニ非ズシテ本書ノ目的トシテハ科學トシテノ法律學ヲ研究スルニ在ルガ爲ナリ

一本書ハ著者ガ五年間ノ研究事項ヲ秩序的ニ組織セント欲

シタルニ止リ淺學庸才ニ加ヘテ推戡ノ時日短小ナリシヲ以テ思想精鍊ヲ缺キ文章圓熟ヲ距ルコト甚ダ遠キハ著者ノ最モ能ク了知スル所ナリ、若シ夫レ研究事項ニシテ法律ノ學者ニ多少參考ニ資セララル、アラバ著者ノ満足之ニ過グルアルナシ

一 參照ノ原書ハ便宜上我國語ヲ以テ之ヲ表示センコトヲ務メタリ然レドモ適當ノ譯語ヲ得ルコトハ至難ノ業ナルヲ以テ別ニ原書名ヲ茲ニ添付スルコト、爲セリ
一 本書ハ一面ニ於テハ法律哲學ノ材料タルヲ期シ而シテ他面ニ於テハ現行法令ノ研究解釋ノ階梯タランコトヲ望ムモノニシテ理論ニノミ奔馳スルコトヲ避ケテ現行諸法令

ヲモ攻究ノ對象トシタルハ此理由ニ基ケリ

一 著者ハ本書ニ對シ大方諸君子ノ訓戒ヲ仰ギ以テ誤謬不備ヲ改メンコトヲ以テ本書刊行ノ大目的ト爲セリ冀クハ諸君子ノ叱正アラヌコトヲ

明治三十七年六月

鵜澤總明

法學通論目次

序論	一頁
第一節 法律思想	一
第二節 法律學ノ必要	一二
第三節 法學通論ノ意義	二一
本論	二八
第一章 法律學ノ歴史	二八
第四節 羅馬時代	二八
第五節 中世ノ狀態	四二
第六節 近世ノ概觀	五〇
第二章 法律學研究ノ方法	八四

目次

第七節 純理論的研究……………八四

第八節 經驗論的研究……………九四

第三章 法律學ノ範圍及研究問題……………一〇〇

第九節 法律學ノ範圍……………一〇〇

第十節 法律學ノ研究問題……………一一一

第十一節 法律學ノ將來……………一二五

第四章 法律學ト他ノ學問トノ關係……………一三四

第十二節 法律學ト心理學トノ關係……………一三四

第十三節 法律學ト倫理學トノ關係……………一四四

第十四節 法律學ト醫學トノ關係……………一五八

第十五節 法律學ト社會學トノ關係……………一六一

第十六節 法律學ト歷史トノ關係……………一六七

第十七節 法律學ト經濟學トノ關係……………一七二

第十八節 法律學ト人類學トノ關係……………一七八

第五章 法律學ノ對象……………一八一

第十九節 自然法及其存否……………一八一

第二十節 人定法(成法)ノ淵源……………一九四

第二十一節 人定法ノ存在式……………二一〇

第二十二節 法典ノ編纂……………二二三

第六章 法律ト他ノ社會現象トノ區別……………二二八

第二十三節 法律ト道德……………二二八

第二十四節 法律ト宗教……………二四〇

第二十五節 法律ト政治……………二四七

第七章 法律ノ分類……………二五三

第二十六節 母法及子法……………二五三

第二十七節 國內法及國際法……………二五七

第二十八節 公法及私法……………二六四

第二十九節 實體法及手續法……………二七三

第三十節 普通法及特別法……………二八〇

第八章 法律ノ解釋……………二八六

第三十一節 文辭解釋及論理解釋……………二八六

第三十二節 有權解釋訓示解釋學說上ノ解釋……………三〇二

第九章 法規ノ區別……………三〇六

第三十三節 強行法規及聽容法規……………三〇六

第三十四節 否定法規及宣言法規……………三二二

第十章 統治權……………三二六

第三十五節 統治權ノ概念……………三二六

第三十六節 統治權ト法律……………三三二

第三十七節 立法行政及司法……………三三八

第三十八節 統治權ト國權トノ異同……………三四七

第十一章 權利……………三五五

第三十九節 權利思想ノ發展……………三五五

第四十節 權利ノ概念……………三五九

第四十一節 權利ノ分類……………三六五

第四十二節 權利ノ主體及客體……………三八九

第四十三節 權利ノ生滅及ヒ變更……………三九八

第十二章 團體及個人……………四〇二

第四十四節 團體ノ種類……………四〇二

第四十五節 自治團體……………四三二

第四十六節 個人ト團體トノ交渉……………四四四

法學通論目次終

參照書籍及資料ノ重ナルモノ

Adam Smith	The Wealth of Nations
Ahrens. H.	Cours de Droit Naturel
Andrew Lang	Custom and Myth
Aristotles	Politics
”	Ethics
Austin	Lectures on Jurisprudence
Baldwin	Developement and Evolution
”	Social and Ethical Interpretations
Bentham	Theory of Legislation
Bryce	Studies in History and Jurisprudence
Cosack. K.	Lehrbuch des Deutschen Buergerlichen Rechts.
”	Lehrbuch des Handelsrechts.
Dernburg	Pandekten.

Du Bois Reymond	Zwei Vortræge
Edward Hamilton	The Moral Law
Endemann, F.	Lehrbuch des Buergerlichen Rechts
Gibbon	Decline and Fall of the Roman Empire
Gierke, Otto.	Deutsches Privatrecht
Harms	Rechtsphilosophie
Hegel	Wissenschaft der Logik
Hobbes	Leviathan
Holland	Jurisprudence
Holtzendorff.	Encyklopaedie des Rechts (1904 年前ノ舊版)
Hume.	Essays Literary Moral and Political
James.	Principles of Psychology
Janet and Seailles.	History of the Problem of Philosophy.
Jellinek, G.	Recht Unrecht und Strafe

Jellinek, G.	Das Recht des Modernen Staates
Jhering.	Geist des Roemischen Rechts
"	Der Zweck im Recht.
Kant,	Rechtslehre
Ladd.	Philosophy of Knowledge
"	Psychology Descriptive and Explanatory
Lewis, G. H.	A Biographical History of Philosophy
Liszt.	Lehrbuch des Deutschen Strafrechts
Locke.	On the Human Understanding
Macnorrnan and Dill.	The Local Government Act 1888.
Maine.	Ancient Law
Marshall	Principles of Economics
Neukampf.	Entwicklungsgeschichte des Rechts.
The Oldest Code of Laws in the World. (HAMMURABI.	
King of Babylon translated by C. H. W. Johns, M. A.)	

Plato. Dialogues (of Plato)
 " The Republic (" ")
 Pollock. A First Book of Jurisprudence
 Politisch-Anthropologische Revue
 Regelsberger. Pandekten
 Spinoza. Tractatus Theologico-Politicus. Tractatus Politicus.
 Tacitus. Germania and Agricola
 Windscheid. Pandekten
 Wundt. Einleitung in die Philosophie
 " Grundriss der Psychologie

穗積陳重博士 五人組制度
 " 法典論
 富井政章博士 民法原論
 戶水寬人博士 法律學綱領

穗積八束博士 行政法大意

史通劄纂
 論·孟·學·庸
 老子·荀子·韓非子·列子·管子、

最高裁判所図書印
四十年一月七號

法學通論

序論

第一節 法律思想

人類社會ニ在リテ偉大ナル勢力ヲ有シ人類社會ノ進歩ト共ニ發達スル三大思想アリ、人類社會ハ殆ント此思想ニ由リテ活動シ此思想ニ因リテ種々ナル色合ヲ呈シ、或ハ喜フ可キ出來事トナリ、或ハ悲ム可キ騷亂トナリ、或ハ國ヲ建テ或ハ國ヲ滅ホシ、或ハ革命トナリ、或ハ黨派ノ爭トナル。實ニ活動ノ勢ヲ爲スモノハ此三大思想ナリ。今之ヲ舉ケテ説明スレハ一ハ法律思想ナリ、一ハ道德思想ナリ、一ハ宗教思想ナリ。之レ等ハ互ニ相關係スル思想ニシテ何レモ學術的ノ研究ヲ許シ、法律學倫理學神學又ハ哲學トシテ秩序ト組織トヲ有スル學問的説明ヲ爲シ得ルモノナリ。而シテ又之レ等三大思想ノ活動スル原則トシテ人類界ト自然界



トニ通シテ一大勢力ヲ振フモノハ因果律ナリ。人類ノ原質若クハ人種等ノ關係ヨリ離レテ抽象的ニ觀察スレバ以上ノ説明ハ大体ニ於テ眞實ナリト言フコトヲ得可キナリ。余ハ之レヨリ進ミテ法律思想トハ如何ナルモノナリヤ又他ノ思想トノ區別ノ標準ハ何レニ在リヤヲ攻究セントス。而シテ余ハ先ツ問ヲ設ク可シ。

問、法律思想トハ何ソヤ

第一ノ答フル者曰ク、法律思想トハ法律ニ關スル思想ナリ、凡ソ法律ノ問題ニ於テ斯ノ如ク簡單容易ナルモノアルコトナシト。一見シタル所ニテハ此答ハ甚タ明瞭ナルニ似タリ、然レドモ實質ニ於テハ極メテ不明ナリ。近來法律ノ解釋又ハ説明ヲ爲ス者皆好シテ「關スル」ト謂ヒ又ハ「關係スル」ト言ハンガ如キ言葉ヲ用ルモノ、如シ、然レトモ之レ等ノ用語ハ極メテ曖昧ニシテ其範圍ヲ知ルコト頗ル困難ナルヲ遺憾トセサル能ハス。例ヘハ法律關係ト謂ヒ權利關係ト謂フカ如キハ其言葉ノ意義ヲ定ムルコト容易ノ業ニ非ス。外國語ニ於テ之レ等ノ語ニ相當スルモノニ學者ノ與ヘタル意義ヲ直ニ採用スルニ於テハ格別六ヶ敷コトモ

無カル可シト雖モ、外國法ヨリ得タル意義カ果シテ日本法律ニ於ケル言葉ヲ説明スルニ足ル可キカ否カハ須ラク攻究セサル可ラサル先決問題ナリ。獨リ學者ノ用語ノミナラス國家ノ法律ニ於テモ亦同一ノ例證ニ乏シカラス衆議院議員選舉法ニ於テハ殊ニ「關スル」若クハ「關シト」云フ文字多キヲ見ル。之レ等多數ノ文字ハ如何ナル程度ノ意味ヲ有スルカ之ヲ定ムルコト學術上寧ろ容易ノ業ニ非ス。之ト均シク法律ニ關スル思想トハ如何ナル思想ナリヤ至リテ知り難キ答解ト言ハサル可ラス。

今此答ノ精神ヲ推測スレバ恐ラクハ二様ノ意味アル可シ。第一ハ法律ト稱スル社會現象ニ緣故アル思想總テヲ含ムモノト解シ得可ク、第二ハ現實ノ法律ヨリ得タル思想ノ意味ニ解シ得可シ。此場合ニ於テハ更ニ問ニ遡リテ本問ノ法律思想トハ法律ト稱スル社會現象アリテ然ル後ニ生シタル思想ノ謂ナリヤ若クハ又未タ法律ト稱スル現象之レナキモ後來法律ヲ生起セシム可キ思想ノ謂ナリヤ、例ヘハ假リニ進化論上ノ用語ヲ借り來リテ説明スレハ法律前ノ思想ニシテ漸次法律トシテ發展ス可キ思想ノ謂ナリヤ、即チ言葉ヲ換ヘテ之ヲ表セハ他ノ

社會現象ト未タ分離セサル前ノ思想ナリヤ又ハ已ニ分化シテ明確ニ他ノ思想ト區別スルコトヲ得可キ後ノ思想ナリヤ明ニセサル可ラス。嚴格ニ言ヘハ法律ナケレハ法律觀念ナク從テ又法律思想ノアル可キ筈モナキノナリ。(イェーリング)法律目的論序文末段參照然レトモ學術的研究ノ結果ニ據レハ法律ハ突然天外ヨリ落ち來ルモノニ非スシテ風俗慣習又ハ立法者ノ意思カ外部ニ表ハレテ漸ク法律トナルモノナルヲ以テ將來法律トシテ發展ス可キ思想ハ法律ト稱スル現象ナキ以前ニ於テモ之レアルモノト論斷セサルヲ得ス。故ニ法律思想ト言ヘハ必スシモ法律以後ノ思想ト言フ意味ニアラサレトモ、茲ニ問ヲ設ケタル意味ニ於テハ他ノ思想ト區別ス可キモノタルヲ要ス。從テ分化後ニ於ケル法律思想ナリ。此意味ニ於テ第一ノ答ハ未タ法律思想ヲ以テ他ノ思想ト區別スルニ足レリト言フ可ラス。

第二ノ答フル者曰ク法律思想トハ秩序ノ思想ナリト。秩序トハ萬有ノ間ニ於ケル定マリタル順序ノ義ナリ。茲ニ萬有ト云フハ天地間ニ於ケル一切ノ現象ノ意義ニシテ民法上ノ物ヲ指シタルニ非ス。而シテ又現象ノ外ニ猶實體アリトスレ

ハ、茲ニハ實體ヲモ合セテ包含セシムルモノトス。斯ノ如ク萬有ノ間ニ於ケル定マリタル順序ハ萬有ノ内フ甲ト其内ノ乙トノ區別ナリ。經界ナリ。故ニ秩序ノ觀念ノ内ニハ同時ニ正義ノ觀念ヲモ含ムモノナリ。正義トハ主トシテ道德又ハ宗教ノ觀念トシテ用ザラル、言葉ナレトモ必スシモ之ニ限ルモノニ非スシテ又法律學上ノ用語ナリ。而シテ正義トハ如何ナル概念ナリヤト言フニ單ニ人格者間ノ分界區別ニ外ナラス。人格ノ如何ナルモノナルカニ付キテハ後ニ説明ス可ク本節ニ於テハ唯自存的自覺ヲ有スル有機的組織体ト解釋スルニ止メントス。法律思想ハ上述ノ意味ニ於ケル秩序ノ思想ナリトスレハ法律思想ノ一端ヲ說示シタル答タルヲ失ハス。例ヘハ物ノ所有者ト其以外ノ人トノ間ニハ對世權ノ關係アリ、關係トハ此場合ニ於テハ屬性上相連續セル位地ニアルノ義ナリ。蓋シ物ト物トノ區別ハ本體的區別ニ非スシテ屬性上ノ區別ナリ。從テ屬性ニ於テ相連續スル位地ニ在ルモノハ之ヲ關係ト言フナリ。從テ對世權ノ關係トハ所有者以外ノ世人ニ對シテ所有物ニ於ケル所有者ノ權利ヲ認メシムルノ謂ニシテ所有者ト非所有者トハ物權ニ支配セラル可キ屬性ヲ有シ、其屬性ノ間ニ各一定ノ

地位ヲ有シテ兩者ノ間ニ侵ス可ラサル秩序アルモノトス。又主權者ト臣民トノ如キ、會社ト社員トノ如キ、父母ト未成年者トノ如キ皆秩序ノ思想ナリト言フ可キナリ。然レトモ法律思想ヲ以テ直ニ秩序ノ思想ナリト言フ而已ニテハ未タ他ノ思想例ヘハ道德思想宗教思想ノ如キモノト區別スルコト能ハサルナリ。一例ヲ舉クレハ道德思想中ノ禮ノ如キハ全部秩序ノ思想ト云フモ不可ナシ、又宗教思想ニ於テモ聖者ト罪人トノ關係凡夫ト覺者トノ關係ノ如キハ秩序ノ思想ナリ。更ニ一步ヲ進メテ正義ノ方面ヨリ觀察スルモ法律道德宗教共ニ此關係ヲ認ムルモノニシテ之ヲ以テ區別ノ標準トナスコト能ハサルノミナラス、寧ロ之ニ依リテ三者相分離セサリシナリ。

是ニ於テカ更ニ答フル者アリ曰ク法律思想トハ公秩序ヲ對象トスル思想ナリ。而シテ更ニ精確ニ之ヲ言ヘハ權力ヲ以テ維持セラル、公秩序ノ思想ナリト之レ誠ニ法律思想ノ如何ナルモノナルカラ明ニシタル解答ナリ。凡ソ宗教又ハ道德思想中ノ秩序トハ精密ニ言ヘハ人類ノ心意ニ存スル秩序ニシテ之ヲ以テ公秩序ト謂フコト能ハス。公秩序トハ外形ニ表ハレ完全ナル一個ノ形体ヲ成シテ

社會公衆ニ承認セラル、秩序ナリ從テ辭讓ノ心ハ禮ノ端ナリト言フカ如ク長幼ノ序尊卑ノ別アルモ唯之レ人間心意上ノ差別カ社會現象トシテ個々ニ顯ハル、ニ過キスシテ成形的ニ表ハル、秩序ト同一ニ觀察スルコト能ハサルナリ。今日一般ノ用語トシテ人或ハ國家道德ト謂ヒ、國民道德ト唱フルヲ以テ恰モ國家ヲ基本トシ國民ヲ土臺トナシテ成形的ニ承認セラレタル道德アルカ如ク思ハル、場合ナキニ非レトモ、之レ唯箇人性情ノ國家ニ對シ、國民ニ對スル方面ヲ指スモノニシテ其發スル所素ヨリ公秩序ニ至大ノ影響アリト雖モ、之ヲ推シ究ムレハ箇人心意中ノ秩序ノミ。又宗教思想ノ中ニ包含セラル、秩序ノ觀念ノ如キハ之ヲ釋氏ト共ニ釋スレバ唯一無上眞如絶對ノ大我境裡ニ本來ノ存在ヲ有スルニ止リ、國家ト別ニ相關ス可キ必然ノ理法アルニ非ス、之ヲ基督ニ從ヒテ問ヘハ神ト萬有トノ間ニ於テ秩序ノ井然タルモノアルヲ視レトモ之レ亦必スシモ國民ヲ以テ要件トナサ、ルモノ、如シ之ヲ要スルニ宗教思想ニ於テ現スル秩序ノ觀念モ亦箇人心意中ノ秩序而已。故ニ之レ等ヲ指シテ公秩序ト言フコト能ハサルナリ。

公秩序ヲ斯ノ如ク解釋シテ成形的ニ社會公衆ニ承認セラル、モノトスレハ此秩序ハ一定ノ力ニ依リテ維持セラル、モノタルコトヲ知リ得可シ。而シテ此力カ果シテ積極的ナルカ又ハ消極的ナルカ、能動的ナルカ所動的ナルカニ關シテハ議論ノ餘地アリテ存スルナル可シト雖モ力アルコトニ付テハ異論アルコトナシ、故ニ此成形的ナルコトハ法律ト慣習トノ間ノ區別ヲ明ニスルニ足ル所ノ標準ナリ、慣習中汎ク秩序ニ關スルモノアリ。然レトモ之ヲ公秩序ト區別スルハ成形的ナラサルニ存ス、而シテ其成形的ナラサルハ又力ナキノ證ナリ。若シ公秩序ヲ單ニ汎ク認メラレタル秩序ノ意義ニ解スレハ慣習モ亦公秩序ト爲ス可キ場合アリト雖モ公秩序ハ成形的ニ萬人ノ承認セサル可ラサル秩序ト解シ得可キヲ以テ之ニ依リテ直ニ慣習ト區別スルコトヲ得ルナリ。

斯ノ如ク公秩序ノ思想ノ中ニハ力ノ思想アリ、然レトモ力ニ依リテ秩序ヲ爲スモノハ必スシモ法律思想ニ限ル可ラス。例ヘハ因果律ノ如キ之レナリ。蓋シ因果律モ亦秩序ナリ、而シテ單ニ秩序ニ止ラスシテ力ノ觀念ヲ必要トス。晝ト夜トノ間ニハ秩序ノ關係アレトモ因果ノ關係ナシ、晝ハ夜ヲ生シ夜ハ晝ヲ生スルモノ

ニ非レハナリ。然レトモ地球ノ回轉ト晝夜トノ間ニハ因果ノ關係アリ、回轉ハ必ス晝夜ヲ生セシムル力ナレハナリ。而シテ因果律ニハ原因ト結果トノ間ニ破ル可ラサル連鎖的秩序アリ。斯ノ如ク因果律ニ關スル思想モ秩序ニ關スル思想ナリ、又力ヲ要素トスル思想ナリ。今此因果律ヲ以テ哲學者「カント」ノ說ノ如ク心意上ノ觀念ニ止ルモノトセスシテ多數ノ學說ニ從ヒ之ヲ實在スルモノトスレバ因果律ト法律トヲ區別スル標準ハ何處ニ之ヲ求ム可キカ。

日本支那ニ於ケル在來ノ法律思想ニ於テハ天然現象即チ因果律ト法律ト甚ダ相類スル所アリ。令義解ノ序ニ曰ク臣夏野等聞。春生秋殺、刑名與天地俱興。陰慘陽舒。法令共風霜並用、犯之必傷、ト之レ大寶ニ於ケル法律思想ナリ、而シテ又唐代ニ於ケル法律思想ナリ、而シテ又秦漢ニ於ケル法律思想ナリ。此思想ニ依リテ如何ニ法律思想ト因果律トノ相近キカヲ視ヒ得可シ。又延喜格ノ序ニ在リテハ即チ曰ク、易曰天垂象聖人則之、又曰大人者與天地合其德、乃知陰陽寒溫、天道所以成歲、政令寬猛人君所以導民、隨時立教、或革或沿、觀風制法、世輕世重、ト之ニ依リテ立教ノ沿革、法制ノ輕重ハ時代ト風俗トニ從フ可キモノナリシヲ知ル、ト共ニ法律思

想ガ自然現象換言スレハ因果律ニ相近キヲ知リ得可シ。然レトモ如上思想中直ニ法律ト因果律ト同一ナリトスルヲ能ハズ、或點ニ於テハ兩者ノ關係タル恰モ「イェーリング」ノ因果律ト目的律トノ如キ面影アリト言フニ過ギズ。近代ノ思想ニ於テモ兩者ノ間ニハ區別アルナリ。然ラハ其標準ハ何處ニ之ヲ求ム可キカ。余思フニ法律ニモ力アリ、因果律ニモ力アリ。唯因果律ハ自然ノ力ナリ之ニ反シテ法律ハ心意ノ力ナリ。從テ因果律ハ自體ニ於テ力ナレトモ法律ハ自體ニ於テハ力ニ非ス、因果律ノ支配ヲ受クルモノハ其因果ノ連鎖ヲ離脱スルヲ能ハサレトモ法律ニ於テハ否ラス、之ニ服從スルモ自由ナリ、之ヲ破ルモ人類ノ任意ナリ、唯之ヲ破リ之ニ背反シタル場合ニ制裁アルノミ。此點ハ因果律ト法律トノ差別ノ一ナリ。此差別ハ本性的即チ概念上ノ區別ニアラスシテ形式上ノ區別ナリ。又因果律ハ單ニ人類ノ現象ニ限ルニ非ス、況ク自然界ニ於テ現象ノ生滅推移一ニ因果律ニ支配セラレサルハナシ。然レトモ因果律ハ人意選擇ノ自由ヲ拘束スルコト能ハサルカ故ニ公秩序トスルコト能ハス、之ニ反シテ法律ハ單純ナル意思ヨリ離レテ選擇ノ自由ヲ拘束スルコトアリ、強制說ニ據ルモ又ハ「ヒューム」ノ服從

說ニ據ルモ單純ナル意思問題ニ止ラズシテ概念上拘束ヲ必要トスルナリ。之レ差別ノ二ナリ。制裁ハ形式ナリ結果ナリ、拘束ハ本性ナリ概念上ノ要素ナリ。形式ヨリ論ズレバ因果律ハ自體ニ制裁ヲ有シ法律ハ之ヲ有セス、之ニ反シテ本性ヨリ論スレハ法律ハ拘束ヲ自體ニ有スレトモ因果律ハ之ヲ有セス。猶人意選擇ノ自由ハ因果律ノ圏外ニ在リヤ否ヤニ關シテハ多少ノ論議之レアル可シト雖モ事ハ心理學ノ研究ニ屬スルヲ以テ茲ニ之ヲ詳說セス、唯自家ノ斷案ヲ擧クルニ止メタリ。

以上説明シタル所ニテ法律思想ノ大要ヲ領得ス可シ、即チ一言ニテ之ヲ表セハ法律思想トハ、權力ヲ以テ維持セラル、公秩序ノ思想ナリ。茲ニ權力ト云フハ法律自體ニ在ルニ非スシテ法律以外ニ在ルモノナルヲ以テ勢力ト區別シテ特ニ權力ト謂フナリ。法律思想ノ意義斯ノ如シ而シテ此思想タルヤ其起源甚タ古ク法律發生ノ後ニ在リテハ明カニ他ノ思想ト識別シ得ルモノナリ。然レトモ法律前ニ在リテハ權力、均分、平和ノ觀念ト相離レサリシモノ、如シ、故ニ明確ニ識別シ得サリシ状態ニ在リシト雖モ猶哲學思想ノ哲學ニ於ケルカ如ク人類棲息ノ

地必ス其跡ヲ止メテ漸次發展シ來リ或ハ法典トナリ或ハ法律學ノ萌芽トナリテ遂ニ今日ノ盛大ヲ觀ルニ至リシナリ。四千一百年前ノ「カムラビ」ノ法典ノ類ハ法律思想ノ久遠ナルコトヲ証シテ餘リアリト言フ可シ。

第二節 法律學ノ必要

既ニ法律學ノ研究ニ心ヲ傾ケタル篤學ノ人ニ向ヒテ法律學ノ必要ヲ説クハ殆ント無用ナルニ似タリ然レドモ余カ特ニ本節ヲ設ケタル理由ニ二アリ。第一ハ未タ法律學ノ必要ヲ知ラサルモノニ其必要ヲ知ラシムルニ在リ、第二ハ已ニ必要ヲ知リタルモノヲシテ猶一層必要ナル學術上ノ理由ヲ會得セシムルニ在ルコト之レナリ。未タ法律學ノ必要ヲ知ラサル者ハ法律學ヲ以テ徒ラニ法文ノ字句ヲ弄ヒテ人類ノ社會生活ヲ混乱スルヲ職分トスル學問ナルカ如ク信スルモノアリ。我國現今ノ狀態ニ於テ法律學ヲ研究スル者多キヲ觀テ法律倒レトナラサランカヲ杞憂スル人ノ如キ先ツ其一例ナリ。然レドモ之レ法術ト法律學トヲ混同スルヨリ起リタル謬見ニシテ素ヨリ正當ノ理由アル可クモアラス、法術ト

法律學トノ區別ニ付キテハ世之ヲ説ク者甚ダ多シ、故ニ本節ニ於テハ之ヲ詳叙スルコトヲ止メテ、單ニ一言シ置ク可シ、法術トハ法律技術ノ謂ナリ、技術ノ意味ハ通常三様ニ解セラル、而シテ其最モ汎キ意味ニ於テハ智能ト熟練トヲ包含スル人類ノ動作ナリ。從テ法術トハ唯法律ノ原理原則ヲ知ルコトヲ要件トセスシテ法律ヲ應用スルコトヲ主眼トスル動作ナリ。之カ爲ニ或ハ條文ヲ暗誦スルコトモアル可ク、器械的ニ應用スルコトモアル可シ。唯其行動カ自然力ニ出ツルニ非スシテ智巧ヲ用キテ熟練スルヲ必要トスルナリ。世ニ法律ノ條規ヲ暗ランシテ以テ法律學ヲ習得シタリト自認シ以テ法律的ノ業務ニ從事スルモノアリテ之カ爲ニ法律界ニ一大打擊ヲ蒙ルコトアルハ悲ム可キコトナリ。

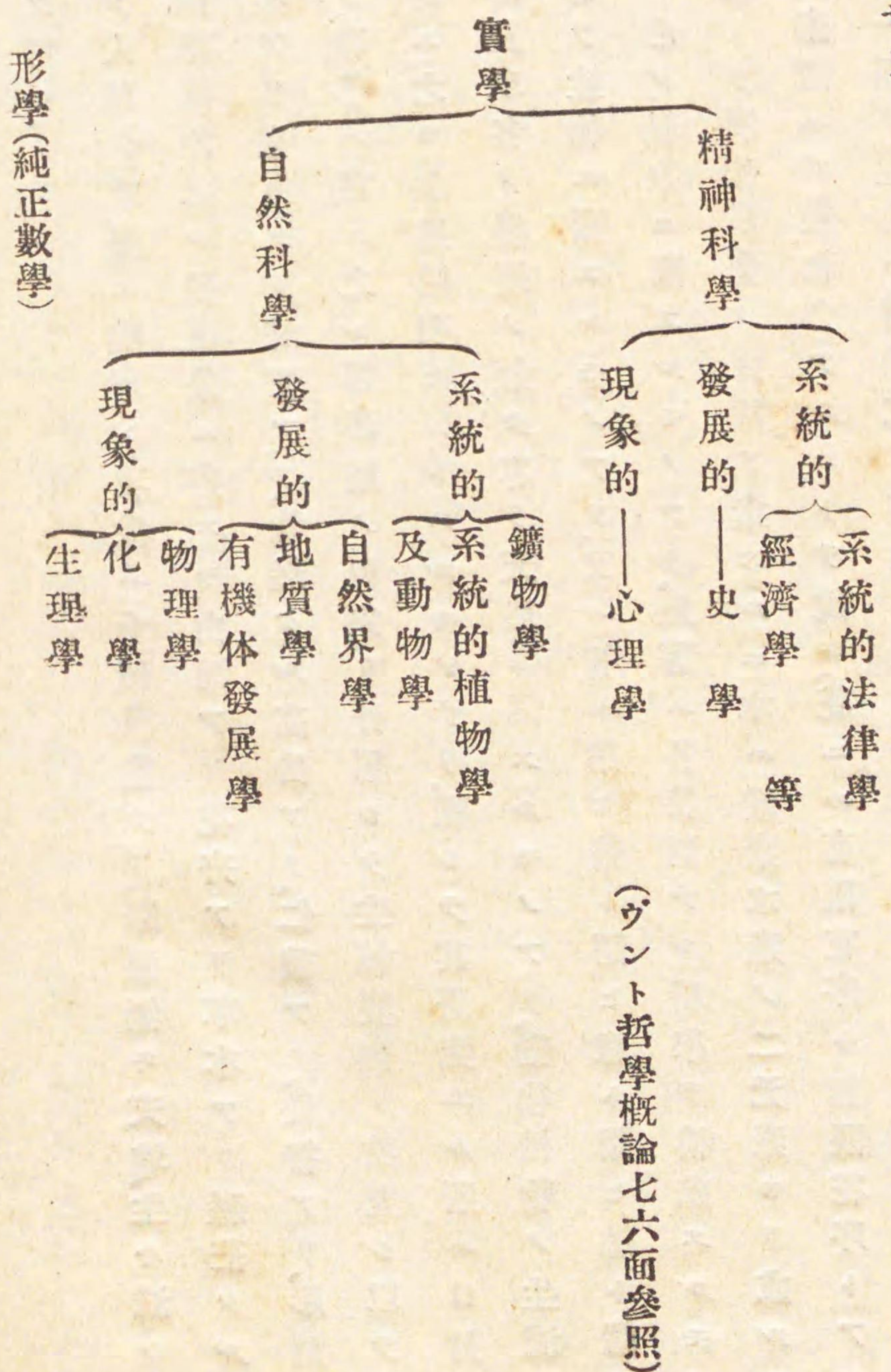
法律學トハ科學ヲ謂フモノニシテ哲學ノ義ニ非ス。哲學モ亦學問ナリ。而シテ其研究スル所ハ普通ノ現象ニ關スル規則ニ非スシテ現象ノ本性ヲ研究スルモノナリ、現象ノ研究ハ其原理ニ遡ルト雖モ猶分科シタル儘ニシテ相統一調和スルコト能ハズ、然ルニ哲學ハ此缺陷ヲ充タシ個々相對峙スル各種ノ研究ヲ統一シテ以テ人類ノ欲求ヲ満足セシメントスル學問ナリ。科學ノ進歩ニ據リ諸種ノ研

究ハ大ニ其歩武ヲ進メ人智ノ開發驚嘆ニ堪ヘザルモノアリト雖英國ノ哲學者「ヂー、エツチ、リユース」ノ言タル「科學ノ進歩發展スルニ從ヒ哲學ハ漸次消滅ニ歸シ遂ニハ學問史上ノ遺物トナリテ僅カニ其形蹟ヲ存スルニ止マル」トノ論斷ト正サニ相反シ哲學ハ依然トシテ其本城ヲ占ム之レ蓋シ科學ニ於テ說明シ得サルモノ多キト科學ハ假設ノ上ニ立ツテ未ダ智識ニ對スル人類ノ無限慾ヲ満足セシムルコト能ハサルトニ因由スルモノナリ。生理學者「エミール、ヂュ、ボア、レーモン」ハ「世界七大難問」ニ於テ第一物質及ヒ勢力ノ起源、第二運動ノ起源、第三生命ノ第一起源、第四外觀上認メ得キ天然界ノ意匠的組織、第五單純ナル感覺ノ起源、第六言語及思考ノ起源、第七意思自由ヲ以テ自然認識即チ科學ノ範圍ヲ超脱シタル難問ナリト論シタリ（同書八三面以下參照）之レ等ノ内或ハ科學ノ進歩ニ依リ假設的ニ多少明確ナル說明ヲ得ルモノアルニ至ル可シト雖モ科學ニ於テハ遂ニ主觀的及客觀的假定ヲ擺脫シ得サルナリ、哲學ハ實ニ此科學ノ終極點ヲ以テ其出發點トスルモノナリ。斯ノ如ク哲學ノ攻究事項ハ深遠廣大ナリト雖モ法律學ト茲ニ稱スルハ科學ノ謂ナルヲ以テ敢テ哲學ノ說明ニ深ク亘ルコトヲ

避ク可シ。

凡ソ人類ノ感覺ニ觸ル、現象ハ千種萬態ナリ、際涯無キ天地、生々滅々盡期ナキノ森羅萬象之レ豈現象ニ非スヤ。山河アリ花卉アリ草木アリ森茫タル江海アリ大洋アリ崔嵬タル峰巒アリ、巍然タル高岳アリ、仁義アリ、禮智アリ、彫刻アリ、繪畫アリ、科學ハ實ニ之レ等諸種ノ現象ヲ分類シテ生滅變轉ヲ攻究シ以テ秩序的、法的ニ之ヲ叙述說明セントスルモノナリ。而シテ其研究スル所ハ日月星辰ノ運行、春夏秋冬ノ變遷ノ如ク專ラ天然ニ關スルモノアリ、動物植物ノ生滅凋落ノ如ク專ラ生物ニ關スルモノアリ、又ハ智ト謂ヒ情ト謂ヒ意ト謂ヒ慾ト謂フカ如ク專ラ心ノ現象ニ關スルモノアリ、此等ハ各特別ナル科學ヲ構成スルモノナリ。更ニ進ミテ科學攻究ノ方法ヲ案スルニ水ハ酸素水素ノ二元素ヨリ成ルコトヲ叙シ、元素間ニハ親和力アルコトヲ説キ、花ニハ有限花序ト無限花序トアルト述ヘ或ハ一切ノ生物ハ皆進化ノ理法ニ從フト説明シ斯クノ如クシテ專ラ叙述及說明ヲ事トスルアリ或ハ又善ト判斷シ美ト價值シテ一種若クハ數種ノ模範規ニ依リテ統一的ニ講究スルモノアリ。故ニ學者或ハ一ヲ叙述的及說明的科學ト稱

シ一ヲ規範的科學ト稱スルコトアリ。科學ノ分類ノ如キモ漸次變化シ來リテ益精密ノ境域ニ達シタルモノ、如シ、獨逸ノ哲學者、ヴントトハ左ノ如ク科學ノ分類ヲ爲セリ。



形學(純正數學)

余ハ先ツ此分類ヲ以テ大ニ進歩シタルモノナリト信スル者ナリ。右ノ分類ニ據レハ法律學ハ第一實學ナリ、實學トハ現象ヲ以テ直ニ研究ノ對象トスルモノニシテ現象ヨリ抽象シタル數ノ性質ヲ論スル純正數學ノ如キ形式學ニ相對スルモノナリ。第二法律學ハ精神科學ニ屬スルモノナリ。精神科學トハ精神ヲ各方面ヨリ科學的ニ研究スルノ謂ニシテ自然界ノ研究ヲ目的トスル自然科學ト相對スルモノナリ。第三法律學ハ其研究方法ニ於テ系統的ナリ、系統的研究トハ現象ヨリ得タル各種ノ認識ヲ一定ノ準則ニ照シテ排列スルノ研究方法ニシテ、例ヘハ法律學ニ於テハ法律現象ヨリ得タル各種ノ法律認識ヲ一定ノ價值若クハ模範規ニ從ヒテ整列シ以テ思想上ノ一大連絡ヲ成スモノナリ。斯ノ如ク科學的方
法ニ依リテ外延ニ於テ錯雜多端ナル法律現象ヲ研究シテ之ニ順序ヲ立テ組織ヲ與ヘ粗ヨリ密ニ進ミ遂ニ井然タル統一の智識ヲ爲スニ至ルモノ、外ニ猶法律現象ノ叙述ニ專ラ力ヲ注クモノアリ、後者ハ普通解釋ト稱スルモノニシテ未
タ學ト稱スルニ足ラサルナリ。
法律ハ古代ニ在リテハ神意ニ存スルモノトノ思想アリシコトハ沿革的ニ之ヲ

知ルコトヲ得ルナリ、然レドモ此思想ハ人類カ宗教ヲ以テ殆ント一切ノ説明ニ充テタル時代ノ遺物ナルヲ以テ今茲ニ辯ズルノ必要ナシ。已ニ法律思想ノ分化ヲ觀タル時代ノ如キモ歴史上ヨリ言ヘバ頗ル遠キニ遡ラザル可ラズ、然レドモ法律トシテノ研究ヲ經タルハ寧ロ後世ノ事ニ屬ス。而シテ其法律學ト稱スルモノモ決シテ上ニ述ヘタルカ如キ意味ヲ有スル研究方法ニ非スシテ主トシテ解釋ニ止マリシナリ。然レドモ文物ノ進歩ト學者ノ熱心トニ因リテ法律學ノ研究モ遂ニ今日ノ域ニ進ミタルナリ。凡ソ現象ヲ個々別々ニ知リ得タルノミニテハ未ダ科學ヲ成サス「朝やけ」又「夕やけ」ニ依リテ天氣ヲ判斷スルカ如キ未タ必スシモ科學的智識ト云フヘカラス、法律思想ニ於テモ之ト同シ、法律學上ノ系統ヲ爲スニハ組織的方法的ナルコトヲ要ス。論ヨリ證據ト云フ俚諺ハ一ノ法律思想ナリ、然レドモ一箇ノ俚諺トシテハ唯無益ナル水掛論ヲ止ムル効力ヲ有スルノ外別ニ何ノ意味ヲ成サズ、若シ科學的ニ之ヲ研究センカ、茲ニ論ト云フ社會現象ノ中ニハ幾多ノ種類アルヲ知ル可シ、田夫野人ノ爭論アリ、居留地納稅問題ノ如キ國際談判アリ、本願寺問題、覺王殿事件ノ如キ宗教家ノ爭アリ、遂ニ又法廷ニ

於テ利害ヲ爭フ訴訟アリ、而シテ又證據ニモ種々アリ、更ニ又證據ヲ以テ論ヲ決スルト云フ思想ヲ生ズ之ヲ法律ノ上ヨリ見レハ判斷者若クハ批評者ヲ必要トスル觀念トナル、斯ノ如ク論ヨリ證據ト云フ智識ハ簡單ナルモノナレドモ之ヲ法律學上ヨリ研究スレハ論トハ例ヘハ當事者ノ爭議ナリ、證據トハ例ヘハ之ヲ決スルニ必要ナル材料ナリ、爭議ヲ決スル材料アノト雖モ兩當事者ニ於テ唯之ヲ主張スルノミニテハ結着ヲ得ルコト能ハス、即チ爭議ヲ決スル爲ニ能ク爭議ノ性質ヲ聽キ證據ニ據リテ正邪曲直ヲ判斷スル均分者ナカル可ラス。法律學ノ上ニテハ此均分者ヲ以テ裁判所トナスモノナリ。而シテ裁判所ハ無規律ニ爭議即チ論ヲ聽クコト能ハサルカ故ニ其方法ヲ設ケサルヘカラス。法律學ニテハ之ヲ訴訟法ト云フ。而シテ證據トハ訴訟法ニ於テハ證據方法トシテ規定ヲ設クルモノニシテ實ニ均分者即チ裁判所ノ判斷ノ基礎ヲ作ル材料ナリ。簡單ナル法律思想モ之ヲ法律學ノ上ヨリ研究スレハ爭議トナリ、裁判所トナリ、訴訟法トナリ證據方法トナリ、更ニ展開シテ爭議ノ原因トナリ、裁判官トナリ、訴訟當事者トナリ又進ンテハ權利トナリ義務トナリ、身分上ノ關係トナル、而シテ從來別ニ意義

ヲ有セサルカ如ク見ユル思想モ一度法律學ノ下ニ來レハ種々ナル意義ヲ有シ其思想展開シテ愈明瞭ナル一大方法的學問ヲナスニ至ル。蓋シ其差別ノ生スル原因ハ他ニ非ズ、唯一個ノ思想トシテ之ニ精細ナル觀察ヲ下シ實驗ニ徵スル等ノ事ヲナサ、レハ空漠タル識トシテ終ルノミニテ人類ニ對スル利益モ極メテ小ナレトモ法律學トシテ組織シ系統的ニ研究スレハ誠ニ精密確實ナル知識トナリテ人類ニ對スル効用甚タ大ナリ、此一點ニ於テモ已ニ法律學ノ必要ナルコト明瞭ナリト信ス

方法ヲ立テ組織ヲナシテ研究スルノ結果ハ科學ハ將來ヲ豫定スルコトヲ得ルニ至ル、是ニ於テカ科學ノ効用益感セラル、ニ至ルモノナリ。例ハ暴風ヲ豫報スルカ如シ、法律學ニ於テモ研究ノ結果一定ノ現象ニ對シテ一定ノ影響ヲ有セシメ得ルコトヲ豫定スルニ至ル可シ、例ハ未成年者ノ犯罪ヲ研究シ之ヲ豫防スルニ至良ノ方法ヲ案出シ、此方法ヲ以テ其レ等ノ犯罪ヲ防禦スルコトヲ豫定シ得ルニ至ルカ如キナリ。今日ノ狀態ニ在リテハ法律學カ却テ經濟界ヲ混乱スルカ如ク考フル者アリ、若シ斯ノ如キ實狀アリトスレハ之レ法律學ノ罪ニ非ズ

シテ法律學ノ進歩至テ遲々タルノ致ス所ニシテ、世人ニ對シ法律學ノ必要ナル所以ヲ証明スルモノナリ。

第三節 法學通論ノ意義

法學通論ノ意義ハ一目瞭然タルカ如クニシテ實ハ然ラズ、學者或ハ法學通論ヲ以テ法制大意ノ意味ニ解釋シテ法學通論トハ民法商法憲法行政法國際法訴訟法等ノ各部法律ヲ簡明ニ說示スル職分ヲ有スルモノト信スル者アリ。或ハ又法學通論ヲ以テ淺近ナル法理學トナシ、法理學ヲ以テ深遠高尙ナル法學通論ト説ク者アリ、法學通論ヲ以テ法制大意トスル説ハ殆ント批評スルノ價値ナキモノナリ。現行法制ノ大意ヲ說明スルモ唯各法律ヲ簡短ニ解釋スルニ止リ、法律學全部ニ亘ル概論ニ非ス、故ニ普通教育ノ一科目トシテ中學程度ノ學校ニ於テ之ヲ教授スルハ素ヨリ有益ナルコト疑ナシト雖モ、同時ニ他ノ法律ヲ精密ニ研究スル法律學校又ハ法學研究ノ有志ニ於テ法制大意ト同一ナル法學通論ヲ講スルハ殆ント無用ノ事ナリト言ハサル可ラス、法學通論ヲ以テ淺近ナル法律學トス

ル説ハ幾分カ法學通論ノ意義ヲ示シタルモノナリ。即チ多少法理ヲ説クコトヲ示シタル點之レナリ。然レトモ法學通論又ハ法律科學ニ於テ説ク所ノ法理トハ法律現象ノ通則ヲ云フナリ。例ヘハ諸種ノ契約ヲ研究シテ之ニ共通スル原則トシテ意思ノ合致アルコトヲ知ルニ至リタル場合ノ如シ。此意思ノ合致ハ即チ一ノ通則ナリ。然レトモ此通則ハ現象ノ本性ニ非スシテ現象ト現象トノ間ニ於ケル通則ナリ。現象ノ本性ニ關スル研究トハ現象ニ關スル人類ノ感覺ニノミ現象ノ存在アルカ又ハ感覺以外ニ存在スルカ現象ハ本來如何ナルモノナルカ現象ニ對スル認識ノ妥當ナリヤ否ヤ確實ナリヤ否ヤヲ研究スルモノナルヲ以テ之ヲ現象間ノ通則ト同一視ス可キニ非ス。果シテ然ラハ法學通論ニ於テ説ク所ノ法理ト法理學ニ於テ攻究スル所ノ法理トノ間ニハ區別アルモノト言ハサル可ラス。法理學ノ意味ノ定メ方ニ依リテハ素ヨリ兩者ヲ同一ニ視ルモ差支ナシト雖モ、余ハ法理學ハ前節ニ述ヘタル哲學ト關係ヲ有スル學問ニシテ各部法律學ノ研究ノ結果ヲ綜合統一シテ遂ニ哲學ノ一大系統ニ相融合セシムルモノナリト信スルヲ以テ法學通論ト同一範疇ニ在ルモノト見サルナリ。故ニ法學通論ヲ

以テ法理學ノ淺近ナルモノトスルハ説テ精密ナラサルノ嫌アリト思考ス。而已ナラス斯ノ如ク説明スルニ先チ法理學ノ如何ナルモノナルカヲ説カサル可ラサル不便アリ。精確ニ言ヘハ法學通論ヲ以テ法理學ノ淺近ナルモノトスル説明ハ寧ロ説明ニ非サルナリ。獨逸ニ法律通覽アリ、英吉利ニモ之ニ類スルモノアリ。法律原理初步ト翻譯ス可キカ、佛蘭西ニモ法學ノ大體ニ通スル研究アリ。斯ノ如ク各國共ニ稍相似タル方法ヲ以テ法律學ノ大體ニ通曉セシムルコトヲ務ムル學科アレトモ未タ確定シタル意義ヲ爲サ、ルナリ。蓋シ惟フニ法律學者カ一般科學ノ研究ニ意ヲ注カス、法律ヲ社會現象ト知リナカラ、猶其研究ニ於テ一般學ノ研究法ヲ適用スルコトヲ爲サ、ルカ爲ナリ。

然ラハ法學通論ノ意義如何。法學通論トハ法律學全部ニ亘ル概論ナリ。法律學ノ大體ニ通曉セシムルコトヲ目的トスル學科ナリ。此意味ニ於テ法學通論ハ法律學ノ階梯ト言フコトヲ得可シ。法律學トハ已ニ第二節ニ於テ説明シタル所ニシテ之ヲ内包的ニ表ハセハ權カヲ以テ維持セラル、公秩序ノ研究ニシテ其思想ノ研究ヲ主トスルモノト已

ニ形ヲ成シタル法制ノ解釋ヲ主トスルモノトアリ。法學通論ハ前者ニ屬スルモノナリ。何ントナレバ法學通論ニ於テ研究スル所ハ分化シタル思想ノ一局部ニ偏セズシテ能ク全般ニ亘リ各部法律學ノ基礎トナス可キ法律認識ヲ得ントスルモノナレバナリ。法律思想ハ一處ニ停滯シテ凝着不動ノ状態ヲ爲サス漸次進化發展スルモノナリ。故ニ法學通論ノ目的ヲ上述ノ如シトスレバ法學通論ニ於テ學說ノ變遷ヲ講究スルハ極メテ重要ナリ。法律ニ關スル學說ノ歴史ハ法制史ト同一視ス可キモノニ非ズ。法制史ハ法律制度ノ沿革變遷ヲ叙述スルモノニシテ攻究ノ目的即チ對象ハ法制ナリ。之ニ反シテ學說ノ歴史ニ於テハ法律ニ關スル諸學者ノ言說理論ノ變遷進步ヲ研究スルモノニシテ其對象ハ學說自体ナリ。法制史中特ニ諸國ノ法律制度ノ變遷ヲ比較シテ之ヲ研究スルモノハ比較法制史ナリ。一國內ノ法律制度ノ沿革ヲ研究スルモノハ其特別ノ國ニ於テノ法制史ナリ。羅馬法制史ト謂ヒ獨逸法制史ト謂フハ後者ニ屬ス。又外國ノ法制ヲ汎ク參酌シテ歴史的ニ攻究スルモノハ特ニ一國內ノ法制ニ限ラザルガ故ニ比較法制史ト言フナリ。元來法制史ノ研究ハ法制ヲ以テ法律現象トナシ、實驗的ニ進步ス

ルモノトシテ之ヲ研究スルノ方法ニシテ單純ナル解釋學ト稍其性質ヲ異ニス而シテ法制ノ進步發達ヲ知リ諸國ノ法律ノ間ニ共通ノ點ヲ發見シ、法制ヲ世界的ナラシムルニ於テ大ニ其實用アルヲ見ル。輒近比較法制史ノ研究大ニ進ミタル結果トシテ立法ノ上ニ一大革新ヲ生ジ各國ノ法制相類スルニ至リタルガ如キハ國際交通ノ頻繁ト共ニ人文ノ進步ニ關シ頗ル効能アルモノト言ハザル可ラズ。而シテ斯ノ如ク法制ノ世界的トナルハ結局法律ガ社會現象ノ一部トシテ科學的研究ノ對象トナル可キコトヲ証明スルモノニシテ、此事實ハ直ニ又各國ニ於ケル法律學說ノ變遷ヲ歴史的ニ研究スルコトノ必要ヲ示スモノナリ。法律學說ノ研究ト雖モ法律學說ノ全部ヲ研究スルハ法學通論ニ於テハ不能ノ事タリ、各種ノ法制ニ特別ナル學說ノ如キモ亦法學通論ニ於テ研究スルハ其繁ニ堪ヘザル所ナリ。唯法學通論ニ於テハ法律全部ニ對スル學說ノ沿革ヲ研究スルヲ以テ足レリトセザル可ラズ。鹿ヲ逐フノ獵師ハ山ヲ見ザルガ如ク專門法律ノ研究ニ熱中スル者ハ遂ニ法律全般ニ亘ル概念ヲ得ズシテ已ムヲ常トス、之ガ爲メニ實際ノ適用ニ於テ法律生活ノ實現ニ於テ往々ニシテ盲動的ナルコトア

リ。法學通論ニ於テハ先ヅ法律思想ニ關スル學說ノ變遷ヲ攻究シテ法律學ノ研鑽者ニ一定ノ標準ヲ與ヘ斯ノ如クシテ眞正確實ナル法律ノ認識ヲ得セシメンコトヲ期スルモノナリ。

通常法理學ヲ以テ法學通論ノ深遠高尚ナルモノトナシ。法理學ニ於テハ學說ヲ叙述スレドモ、法學通論ニ於テハ之ヲ省略ス。法理學ノ意義ヲ以テ此觀察ノ如クスレハ差支ナカル可シト雖モ、斯クテハ法學通論ニハ深淺ノ二種アルカ如ク思ハル、ヲ以テ余ハ此觀察ニ満足スルコト能ハス、而シテ余ハ法理學ヲ以テ科學トセズシテ法律哲學トスルモノナリ。哲學ハ元來各種ノ科學ヲ土臺トシテ漸ク到達スルコトヲ得可キ現象ノ本性ヲ研究スル學問ニシテ科學ノ如ク之ヲ區分スルコト能ハザルモノナレドモ系統的ニシテ原理的ノ研究ヲ事トスル哲學ノ各論ニ於テ精神哲學ト稱ス可キ一部位ヲ占ムルモノナルヲ以テ暫ラク之ヲ法律哲學ト稱スルノミ。斯ノ如ク法理學ヲ以テ法律哲學トスレバ學說史ハ寧ロ法理學ノ外ニ置ク可キモノナリ。諸家ノ之ヲ法理學中ニ講ズルハ蓋シ便宜ノ爲メナラン而已。

法學通論ハ法律哲學(法理學)ノ如ク法律究極ノ真理ヲ研究スルニ非ズシテ法律研究ノ準備的學問ナルヲ以テ、研究者ニ對シ法律ニ就キテノ比較的精確ナル概念ヲ得セシムルヲ以テ満足セザル可ラズ。而シテ之ガ爲メニハ法律現象ニ就キテノ學說ノミナラズ、法律究極ノ論議ヲモ參照スルノ必要アリ。從テ法學通論ニ於テハ單ニ法律現象ノミナラズ、究極的學說ヲモ歴史的ニ叙述シ得可キモノナリト信ズ。蓋シ此等ノ學說ノ變遷進歩ヲ知リタル後ニ非レバ法律ノ定義ノ當否巧拙若クハ眞理非眞理ヲ論評スルコト能ハス。今日ノ學者中徒ラニ法律ノ定義ヲ列舉シテ初學者ヲ五里霧中ニ彷徨セシムル傾向アルノ類多クハ此必要ヲ看過スルニ因ルナリ。

法學通論ハ斯ノ如ク法律思想研究ノ歴史ニモ立チ入り、各部法律學ノ土臺トナル可キ法律現象ノ認識ヲ得ルコトヲ目的トスル學科ナルヲ以テ法律學說ノ沿革ヲ尋テ、法律研究ニ必要ナル各種學說及其發展ヲ略說シ、或ハ法律學ノ定義ニ及ヒ其意味ヲ定メ進ミテ他ノ科學トノ關係ヲ論シ、法律ト稱スル社會現象ノ概括ノ研究ヲ遂ケ、他ノ現象ニシテ法律ニ密接ノ關係アルモノトノ區別ヲ研究シ、

法律存在ノ方式ノ説明ヲ爲シ、更ニ法律ノ意義ヲ明ニスル解釋ノ種類原則ヲ説キ從テ生ス可キ法規ノ區別ヲ擧ケ、一轉シテ法律ノ活動ノ方面タル國權及權利ノ説明ニ移リ、法律ノ如何ナル時如何ナル處如何ナル人ニ對シテ行ハル、コトヲ述ヘ最後ニ法律ノ根源及主體タル國家及人ノ研究ヲ爲スヲ以テ其職分ナリトス。夫レ然リ故ニ法學通論ハ此意義ニ於テ、法律ノ初學者ニ對スル階梯トナル可ク、而シテ又法律學者以外ノ者ニ法律ノ一般ノ觀念ヲ授クルコトヲ得可シ。之レ法學通論ノ甚タ輕ミ^ミス可ラサル所以ナリ。

本論

第一章 法律學ノ歴史

第四節 羅馬時代

法律思想ノ簡單ナルモノニ在リテハ其發現極メテ古ク、苟クモ團體ヲ爲シテ棲息スル人類ノ間ニハ何處ニモ之ヲ認ムルコトヲ得ルナリ、故ニ未タ國家組織ヲ

成サ、リシ時代ト雖モ團體アル以上ハ其團體ノ秩序維持ニ關スル思想ノ發生アリシモノナリ。若シ血族團體ヲ以テ國家前ニアリシ人類結合ノ生活狀態ナリシモノトスレハ其血族團體ノ秩序ノ維持ニ必要ナル考案ニ關スル思想アリシモノナリ。然レトモ單純ナル法律思想ハ未タ法律學ヲ成サス、從テ法律思想ハ世界ノ各處ニ於テ苟モ人類團體アル處ニハ發現セシモノトスルコトヲ得レトモ法律學ハ始メテ羅馬ヨリ發達セリト言フモ敢テ不可ナキナリ。蓋シ羅馬ノ法律學ハ羅馬神官ノ獨占ニ歸セシ法律ノ知識ヨリ發足シテ遂ニハ偉大ナル法律學ヲ成シ今日ト雖モ猶文明世界ノ法制ニ多大ノ影響ヲ與ヘ法律學研究ニ必要缺ク可ラサル資料ヲ供スルモノニシテ其規模ノ大ナル、其世界的ナル、其實際的ナル到底世界ノ他處ニ發達セル法律學ノ比肩シ得可キニ非レバナリ。羅馬法ノ眞價ニ對スル議論ハ「サビニー」ヤ「スタール」ヤ「イエーリング」等ノ諸大家已ニ之ヲ公ニセリ。而シテ其眞價ヲ有スル原因ノ説明ハ區々ニシテ諸家ノ說相容レザルモノアリト雖モ羅馬法律ノ價值ニ就テハ又爭ナキナリ（「イエーリング」羅馬法精神論一卷一六面以下參照）

「カムラビ」ノ法典ヲ始メトシテ印度「アラビヤ」、猶太等ニ於ケル諸法典ハ往々ニシテ精確ナル規定ヲ設ケ羅馬法ニ對シテ敢テ一步ヲ讓ラザルモノアリ。又世界ニ於テ最モ舊國ノ一ト稱スルコトヲ得可キ支那ノ如キ、法律思想ハ已ニ上古ヨリ發現セルモノニシテ尙書ニ於ケル五刑ノ條ノ類ハ最モ著シキモノナリ、其他刑名法術ノ徒ノ如キハ法律思想ヲ實際ノ法律制度ト爲ラシメ以テ立國治民ノ基礎ト爲サントシタルモノニシテ或點ニ於テハ古羅馬ノ法律家ニ讓ラサル程ノ考案ヲ有セシモノナル可シト雖モ、戰乱倥傯ノ後人情殘酷粗暴ニ流レタル場合ヲ救フニ由ナク、遂ニ刑名法術ノ思想ハ十分ニ發展スルコト能ハサリシモノトナリ、沛公ノ法三章却テ一時ノ急ヲ彌縫セシモノ、如シ。然レドモ複雑ナル人類ノ生活狀態ハ何時迄モ簡單ナル法文ニ支配セラル可クモ非シテ漢家ノ政法漸ク煩苛ヲ致シ、刑罰益滋クシテ罪人甚ダ増加スルニ及ヒ刑重キニ過キタル例モ少ナカラサリシト見エ歷代ノ帝王之ヲ憂ヘシ者多ク、犯罪者ニ對スル政策ハ漢家ニ取リテ實ニ一大問題タリシナリ。而シテ一方ニ於テ孔孟ノ道德仁義ノ教訓其勢力ヲ得ルニ從ヒ寧口禮法ニ依ラントセシガ如キ徵アリ。從テ刑法志ノ類

ハ法律ノ事ヲ論スルト雖モ未タ學問トシテ觀ル可キ程ニ發達セス、黨錮ノ弊ハ後漢ニ於テ特ニ甚シク刑罰ノ濫用誠ニ戰慄スルニ堪ヘタリ。然レドモ遂ニ法律學ハ起ラサリシナリ。晉齊ヲ經テ法律學ハ唐代ニ至リテ漸ク進歩シタルモノト言ハサル可ラス、法制トシテハ六典成リ、又史學ノ研究方法トシテ史通ノ類出デタルヨリ觀レバ法律學ノ研究ニ於テモ史的研究ノ端緒開ケシナル可ク、兎ニモ角ニモ法律學ノ進歩ハ前代其比ヲ見ザリシナリ。唐ノ餘勢延イテ我國ニ傳ハリ大寶ノ律令編纂セラレ明治ノ博士數多起リテ法學研究ノ聲六道ヲ賑シ、ニ似タレドモ鎌倉朝ニ及ヒテハ法律ノ「デスエツウド」不使用ニ因ル慣習的廢止ヲ來タシ、北條氏ノ式目却テ其勢力ヲ得タルナリ。而シテ明治ノ聖代ニ及ヒテハ羅馬法ノ精神ヲ有スル歐羅巴ノ法律ヲ繼受スルノ已ムナキニ至レリ。羅馬法ノ勢力豈驚嘆ス可キニ非ズヤ。故ニ法律學ノ沿革ヲ說クニ當リ先ヅ羅馬時代ニ筆ヲ起スハ必ズシモ獨逸ノ法律學者「イェーリング」ト共ニ羅馬ガ三回世界ニ法律ヲ畫綴セシ事實ニ打タレタルガ爲ニ非ズ。

英吉利ノ歴史家「ギツボン」ハ羅馬法ノ歴史ヲ四期ニ分テリ、而シテ此方法ハ法制

史家、グスターフ、フゴ¹⁾ノ採用スル所トナリ。爾後法制史家ノ多數モ亦此方法ニ據ルモノ、如シ、第一期ハ羅馬建國紀元前七五三ヨリ有名ナル十二銅律ノ完成ニ至ル迄(紀元前四五〇)ナリ。第二期ハ十二銅律ヨリ、ユスチニヤヌス²⁾帝ノ治世ニ至ル迄大約一千年間ノ改革變遷ヲ「ギツボン」ガ略々均等ノ三時期ニ分チタル耳。第一期ニシテ羅馬市建設紀元三百三年基督紀元前四五〇ヨリ同六百四十八年ナリ。第三期ハ雄辯家「キケロ」ノ誕辰ノ年ヲ起算點トシテ「アレキサンデル、セヴエール」ス帝ノ治世ニ至ル間ニシテ羅馬紀元六百四十八年ヨリ同九百八十八年ニ至ル迄ナリ。第四期ハ羅馬紀元九百八十八年ヨリ同千二百三十年ノ間ニシテ法典編纂ノ大業ヲ完成シタル「ユスチニヤヌス」帝ノ治世ニ終ルモノトス。而シテ第一期ニ於テハ法律學トシテハ別ニ言フ可キ程ノコトナク、第二期ハ羅馬成文法ノ始源ニシテ其文字ノ數ハ甚ダ多カラズ、即チ短篇律ナレドモ其實質ニ於テハ萬卷ノ希臘哲學ニ優ルモノナリトノ稱贊ヲ博シ、希臘古代ノ立法家「ドラコ」ト謂ヒ「ソロン」ト謂ヒ、「リクルグス」ノ法律ト謂ヒ之ニ比スレバ顔色ナシト謠ハレタル彼ノ十二銅律制定後ノ時期ナレドモ、此時期ハ未ダ法律學ヲ構成スルニ至

ラズ、唯法術ノ徒ガ市場又ハ集會ノ公日ニ丁リ市民ニ法律上ノ鑑定ヲ與フルカ又ハ家居威嚴ヲ裝ヒテ依頼者ヲ待テ、言辭ヲ巧ミニシテ法律ノ顧問ヲ爲シ、ニ過キサリキ、最モ法律ノ初學者ハ之レ等法術家ニ就キテ、其鑑定ノ際ニ於ケル意見ヲ聽問セリ。斯ノ如ク實地問題ノ鑑定ヲ與リ聽キテ以テ法律ヲ學習セリ。之ヲ稱シテ「アウヂレ」ト云フ。此時代ニ於テハ羅馬人カ生命財產ノ保護保障トシテ尊重セル十二銅律ノ解釋ハアリシトモ未タ系統的法律學ナカリシヤ疑ヲ容レス第三期ハ羅馬法律學ノ發達ニ付テ最モ事件多キ又最モ趣味アル時期ナリキ。此時期ニ於テハ貴族平民ノ勢權奪略ノ鬭爭、政治上ノ威力消長ニ係ル人間生活ノ現象カ法律ノ基本トナリタルニ止ラスシテ「ゼノーン」道徳「プラトーン」又ハ「アリストテレース」哲學等カ大小淺深ノ差コソアレ法制ニ影響セシヤ明カナリ、而シテ此時期ニ於テハ法律訓令ノ數モ甚タ増加シテ又十二銅律ノ比ニ非サリキ。是ニ於テカ複雑ニシテ浩瀚ナル法律訓令ノ解釋判斷ニ關シ一定ノ標準ヲ目安トシテ研究セントスル傾向ヲ生スルニ至レリ。蓋シ人文進歩ノ歴史ニ於テ始メハ諸種ノ現象ヲ別々ニ觀察スルノミニシテ之ヲ統一スルノ思想ヲ生セス、此場合

ニ於テハ智的活動ニ依ラスシテ寧ロ意的活動トナリ單ニ動作トシテ表ハル、モノニシテ、技術ヲ成セトモ、學術ヲ成サス、法律ニ對スル人類ノ精神關係モ亦斯ノ如キナリ。而シテ羅馬ノ法律學發達ノ歴史ニ於テ此時期ハ實ニ學術的活動ニ進ミタル際ニシテ多數ノ法律ヲ漸ク統一セントスルニ至リシナリ、此目的ヲ達スルカ爲ノ手段ハ曾テ缺クルコトナカリキ「アリストテレース」ノ論理又ハ「ストア」哲學ノ論法ハ此重大ニシテ有益ナル目的ヲ達スル爲メノ手段ナリキ。有名ナル法律家「セルピウス、スルピチウス」ノ如キハ實ニ斯ノ如キ鐵路ノ上ニ法律ヲ置キシ人ナリキ、雄辯快談四筵ヲ驚セル「キケロ」ハ全宇宙ヲ以テ一政治團體ノ組織ニ成ルモノナリトノ神秘的假設ニ前提ヲ置キ、人定法ニモ莊嚴雄渾ナル意味ヲ附シテ法律ハ有道者ノ心理ニ神カ刻ミタル權利ノ規則ノ發現シタルモノト信セシモノニ似タリ、「キケロ」ハ斯ノ如クシテ懷疑論者ヲ度外視シ、又「エビクルス」ノ徒ヲ嘲リテ蔭深キ園庭ニ蜘蛛ノ夢ヲ貪ル可ク忠告セリ。單純ナル十二銅律ヨリ發足セシ羅馬法ハ斯ノ如ク純理又ハ實踐ノ學問ト相觸接シテ猶羅馬人ニ固有ノ特質タリシ嚴格ナル形式ヲ存シ以テ漸次發達シタル羅馬法律學ヲ成スニ至

レド、羅馬固有ノ法律ガ萬民法若クハ自然法ニ變遷スルノ沿革ハ羅馬法律ガ漸次進歩シテ世界的性質ヲ帶ブルノ過程順序ナリキ、「イエーリング」ハ羅馬法中ニ於テ三個ノ系統ヲ認メタリ第一ハ印度ゲルマン人種ニ固有ノ思想ニシテ法律宗教政治道德等ノ思想雜然トシテ相混合セル系統ナリ、第二ハ思想間ノ峻別ヲ認識シ明犀ナル個人主義ノ系統ニシテ、羅馬ノ此思想ハ私法ヲ以テ公法又ハ國家團體ト何等ノ關係ナク獨立シテ發生セルモノトナスナリ。此思想ハ「イエーリング」ニ從ヘバ明煌々タル百鍊ノ精鐵ヲ以テ武器ノ最良ナルモノトスル羅馬固有ノ精神ニシテ羅馬全盛時ノ思想ナリ、第三ハ固有ノ羅馬法ガ漸次世界的法律トナル時期ニ於ケル法律系統ニシテ、「イエーリング」ニ從ヘバ羅馬精神ノ晚年ニ近キタルモノニシテ漸ク外國思想ニ影響セラレタルモノナリト（同氏著羅馬法精神論一卷八一——八五面參照）

羅馬精神ヲ根據トシテ立論スレハ素ヨリ「イエーリング」ノ言ノ如クナル可シ、即チ第二系統ノ時期ハ余ガ前ニ述べタルガ如ク意的活動ノ時代ナリ、而シテ第三系統ノ時期ハ智的活動ノ時代ナリ、「イエーリング」ガ羅馬市ノ紀元七百年頃ヨリ

羅馬固有精神ガ世界的資質ヲ帶ビツ、變動ヲ始メタリト言ヘルハ第三期ノ將
 サニ始マラントスル時ニシテ法律學トシテハ寧ロ進歩セシモノト斷セサル可
 ラサルナリ。

武藝ト同一ノ尊重ヲ受ケシ雄辯術ハ著シク羅馬法律家ノ辯論術ヲ巧妙ノ域ニ
 達セシメシ爲メ、雄辯ノ一藝モ法廷ニ在リテハ往々スケーヴオラ諸氏ノ說ヲ擊
 破シテ施スニ所ナカラシメキト云フ。之レ素ヨリ識ノ上ヨリ觀タル法律學ニ對
 シテハ別ニ大ナル影響アリシトモ見エサレトモ羅馬法律學者ガ實踐ニ重キヲ
 置キシ事實ヲ知ルニ足ル可シ。第三期法律學問ノ盛大ハ遂ニ學派ノ爭ヲ醸スニ
 至リ、サビヌス派一名「カビト」派ト「プロクルス」派一名「ラベオ」派トノ兩者法律學
 界ニ於テ相對戰スルノ活劇ヲ演ズルコトトナレリ。「カビト」派ハ又「カシウス」派
 ト稱シ、「ラベオ」派ハ又「ペガシウス」派トモ謂フ。此兩派ノ論難攻撃ハ遂ニ「ハドリヤ
 ス」帝ノ時ニ迄及ベリ。然レドモ兩派ガ如何ナル主義本領ニ割據シテ戰ヒタル
 カニ付テハ學說一定セス。或ハ「カビト」派ヲ以テ帝權派トナシ、「ラベオ」派ヲ以テ
 帝權ヲ蔑視シ羅馬ノ虐主ニ反對スルモノト爲スコト「ギツボン」ノ如キアリ或ハ

前者ハ「ユス、ゲンチウム」ヲ重シ、後者ハ羅馬固有法ヲ重シタリト説ク「カローワー」
 ノ如キアリ、或ハ「サビヌス」派ヲ以テ進歩的ト謂ヒ、「プロクルス」派ヲ以テ保守的ト
 謂フ、諸說紛々岐路ニ迷ハサルヲ得ス。兩派ノ主義ハ後世ヨリ判シ難キコト斯ノ
 如ク、又兩派カ果シテ堂々タル陣ヲ樹テ鮮明ナル主義ニ據リテ戰ヒタルカ否ヤ
 ハ不明ナレトモ互ニ論戰ヲ務メタリシハ一偉觀ナリト言ハサル可ラス。然レト
 モ博學多識ナル「ユリヤ」ヌス「一度」出テ、學派ノ爭ハ茲ニ熄ミ、天下靡然トシテ
 此一大學者ヲ仰クニ至レリ。第三期ハ實ニ法律學ノ最高潮ニ達シタル時ニシテ
 學者ノ輩出前後比ナク、而シテ學說燦然羅馬ノ天地ヲ照シテ法律學進歩ノ歴史
 上快哉ヲ叫フ可キ現象ナリ。而シテ裁判官ノ揭示律モ此時ニ於テ永久法典トナ
 リ、五大法律學者モ此時ニ出テニキ、又學者ノ中ニハ唯乾燥無味ニシテ恰モ蠟ヲ
 嚼ムカ如キ法律條文ノ研究ヲ以テ唯一ノ法律學ト信セシモノナキニアラサリ
 シカト、他ノ學問殊ニ哲學雄辯學ノ堂ニ昇リ其奧ニ達シタル法律學者モ少ナカ
 ラサリキ、從テ法律學者ハ大ニ尊崇セラレ「オクタビヤヌス」帝ノ時ニ於テハ學者
 ニ與フルニ鑑定權ヲ以テセリ。鑑定權ヲ有スル學者ノ意見一致スル場合ニ在リ

テハ固ヨリ何等ノ規定ナキモ差支ナシト雖モ元來法律現象ハ複雜多端ナリ、故ニ之ヲ律スル法律規定ハ如何ニ綿密ナリトモ解釋上疑義ヲ生シ、從テ學者ノ意見相背馳スルコトアルハ自然ノ勢ナリ。羅馬法律ニ於テモ亦斯ノ如キ状態ノアリシコト數ノ免レサル所ナリシト見エ、ハドリヤヌス¹帝ノ朝ニ至リ異論ヲ決スル方法ヲ定メ、法律學者ノ說符合スル場合ニ於テハ裁判官ハ之ニ從フ可キ義務アリトナシ、相異ル場合ニ當リテハ裁判官ハ自己ノ意思ヲ以テ取捨選擇スルコトヲ得ルモノトナシキ、法律學ハ斯ノ如クシテ現實世界ト分離スルコトナク、法律學者ハ斯ノ如クシテ實地經驗ノ便法ヲ得シモノナリ。故ニ羅馬ニ於テハ希臘ノ如ク哲學ノ好著書ナク又哲學者モ有名ナル者ニ至リテハ甚々稀ナリシト雖モ、羅馬法律學ハ「イエーリング」²ノ言ヘリシ如ク羅馬人ノ哲學思想ヲ茲ニ集中シテ一ノ穩健ニシテ偉大ナル實踐哲學ヲ形成シタルナリ。之レ實ニ羅馬法カ能ク國民的ノ特質ヲ蟬脫シテ世界的色彩ヲ帶ビ、能ク諸國ニ繼受若クハ採用セラレタル所以ナリトス。

第四期ニ至リテハ法律學ノ教授法ハ頗ル進歩シ、學校ノ如キモ數處ニ設ケラレシニ係ハラズ法律學者ノ意氣銷沈、徒ラニ前人ノ說ヲ踏襲スルニ過キサリキ、唯末期ニ及ヒテハ「ユスチニヤヌス」³帝ノ法典編纂ノ功蹟ハ法律學史上特筆大書ス可キモノトス。

羅馬法律ハ實ニ上來説明ノ過程ヲ經テ進歩セリ。神官ノ獨占ニ歸セシ神法即チ「ファース」⁴ヨリ一轉シテ法律即チ「ユス」トナリ、更ニ分レテ議會ノ讀會ヲ經タル法律「レツクス」トナリ、而シテ之レ等ノ法律ハ漸次進ミテ世界法ノ原素ヲ含ミタル自然法ノ性質ヲ帶フルニ至リヌ。而シテ神法ハ法律ニ入りテハ刑法、民事法、及訴訟手續ニ關スル規定等ニ應用セラレテ、羅馬法律學ニ形跡ヲ留メタリ。羅馬法精神論一卷二六七面以下參照。羅馬固有法ノ如キハ純然タル羅馬思想ノ産ナル可シ。最モ彼十二銅律ノ如キ希臘思潮ノ影響ヲ受ケタリヤ否ヤニ關シテハ學者間ニ異論アリ。若シ希臘法律ニ何等ノ負フ所無クシテ全ク羅馬思潮ノ結晶ナリトスレハ疑モナク外國思想ニ關係ナシト雖モ希臘思想ヨリ學ヒタル所アリトスルモ猶羅馬固有ノ精神ノ活躍スルヲ觀ルナリ。然レトモ第三期以後ニ於テハ漸次希臘思潮ノ波瀾ニ接シ、羅馬生活ニ實現シタル哲學思想ハヤカテ羅馬法律學

タルニ至レルナリ。今羅馬法律學ニ關スル定義ヲ掲ケテ之ヲ批論シ以テ羅馬法律學ノ實狀ヲ紹介セントス。五大法律家中ニ於テ「バビニヤ」ニ次テ高名アリシ「ウルビヤ」ニ次テカ與ヘタル法律學ノ定義ハ最モ有名ナリ。曰ク「法律學トハ人事神事ノ識別ニシテ正義不正義ノ致知ナリト。此定義ハ或ハ非難スルモノアリ。或ハ之ヲ賞讚シテ措カサルモノアリ。今此定義ノ意味ヲ平タク言ヘハ羅馬ニ於テハ法律學ノ範圍甚タ廣カリシモノニシテ人事ト神事トヲ識別シテ之ニ對スル特別ナル法律關係ヲ知り、又正義ト不正義トニ關スル研究ヲ十分ニ遂ケテ法律ニ於テ規定スル日常生活ノ關係ヲ明瞭ナラシメントシタルナリ。蓋シ羅馬法律カ神事ニ關シ又人事ニ關セシモノナルコトハ已ニ述ヘタルカ如シ、而テ又實踐哲學トモ言フ可キ程度ニ進ミタル羅馬法律ハ人類ノ生活關係ニ最モ能ク適應シタル考案ノ實行ナルカ故ニ正義不正義ノ判斷ヲ以テ重要ニシテ缺ク可ラサル目的トナシタルコトモ當然ナリト言ハサル可ラス。法律ト云フ概念ハ萬古不易ナル可シ、何トナレハ概念トハ共通ノ性質ノミヲ抽象シテ得タル觀念ナレハナリ。然レトモ法律ノ實狀ニ關スル説明ヲ主トシタル定義ハ場所ト時トヲ異ニ

スルニ從ヒテ自ラ差異ナキ能ハス故ニ後世ノ學者カ前掲ノ定義ヲ以テ絶對ニ法律學ノ定義ヲ與ヘタルモノトスルハ法律思想進化ノ事實ヲ看過スルモノナリト言ハサル可ラス。然ラハ學者カ前掲ノ定義ヲ以テ或ハ宗教ト法律トヲ混同スルモノトナシ、或ハ法律ト道德トヲ混同スルモノトナシ、ハ羅馬法律ノ實狀ヲ審ニセスシテ明リニ攻撃ヲ事トスルモノト言ハサル可ラサルナリ。法律ト宗教、法律ト道德トハ人文ノ進歩シタル今日ニ於テハ之ヲ區別スルコトヲ得レトモ古代ニ在リテハ兩者ノ間ニ畫然タル區別ヲ爲スコト能ハサリシナリ。羅馬法律カ此狀態ニ在リシコトハ他ノ學者ノ説明スル所ニ徴シテモ知ルコトヲ得可シ「ケルスス」ハ曰ク「法律ハ善良及ヒ公正ノ術ナリト」又「キケロ」曰ク「法律ハ神命ヨリ來ル正道ナリ、正義ヲ命シ之ニ反スルモノヲ禁スルモノ之レナリト」斯ノ如ク善良正義公正正道ト謂フ何レモ宗教又ハ道德ニ關係アルコトヲ示スモノナリ。故ニ「ウルビヤ」ニ「ス」ノ定義ハ能ク羅馬ノ法律學ヲ羅致セルモノト言フヲ得可シ。唯現代ノ法律學者カ研究ス可キ問題トシテ殘レルハ正義正道ノ意味ナリ、正義正道ノ言葉ヲ以テ表ハサレタル生活關係ノ如何ナル場合ナルカ等ナリ。

第五節 中世ノ状態

私法ノ發達ハ羅馬ニ於テ其極點ニ達シタリ。然レトモ法典編纂ノ後ハ羅馬法學復タ振ハス、漸次萎靡退歩ノ徵候ヲ呈シ、偉大ナル法學者ハ遂ニ見ルコト能ハサルニ至レリ。フイツチングノ著書ニ據レハ羅馬帝國滅亡ノ後ト雖モ羅馬私法ノ研究ハ全然廢滅ニ歸セシニ非スシテ猶繼續セシモノナレトモ、恐クハ田家ノ夕細煙ノ僅ニ上騰スルニ似テ縷々繩々絶エ間ナカリシナランモ遂ニ復タ氣焰甚タ揚カラサリシナリ。法律學問ノ盛衰ハ國家ノ治亂ニ影響セラル、コト多ク戰亂ノ世トナリテハ綿密ナル法律殊ニ私法ノ問題ニ顧念スルノ遑ナカル可キナリ、羅馬法學ノ衰微モ亦此ノ如キ關係ニ在リシモノナランカ。中世ニ至リテハ再ヒ羅馬法ノ研究盛トナリ、茲ニ法律學ハ益其天職ヲ發揮スルニ至レリ。『ポロニヤ』ノ法學者ハ第十二世紀ノ始メヨリ法律學校ヲ起シ主トシテ、ユスチニヤヌス法典ノ研鑽ニ力ヲ效シ、該法典ノ精神ヲ討究シ、疑義ヲ闡明スルニ務メタリ。後世ニ於ケル羅馬法ノ學者カ謂フ所註釋家之ナリ。『ポロニヤ』ノ學校ハ獨リ伊太利ニ於

テ名聲籍甚ナリシ而已ナラスシテ能ク、アルプスノ峻嶺ヲ越エテ歐土ニ響キ外國ノ留學生翹々トシテ此地ニ遊フニ至リキ。註釋家中有名ナル者ヲ舉クレハ先ツ『イルテリウス』ニ始マリ、『ブルガルス』、『マルチヌス』、『ヤコーブス』、『ゴ』ヲ經テ遂ニ『アゾ』ニ至リ、第十三世紀ノ中半ニ迄ヒ、『アツクルシウス』ヲ以テ其幕ヲ閉チタリ。註釋家ノ長所ハ明快ナル頭腦ヲ以テ羅馬法典ヲ精細ニ研究シ、其精神ヲ明ニシタル點ニ在リテ、後世ノ學者ト雖モ之ニ凌駕スルコト能ハサルモノアリ、然レトモ專ラ法文ニ重キヲ置キ遂ニ法典ニ於ケル文字ノ奴隸トナリ歴史ヲ顧ミサリシ類ハ其缺點ノ甚シキモノニシテ恰カモ朱子派ノ儒學ニ於ケルカ如ク空理ニ走リテ實際ニ迂ナリキ。法典研究ノ長所ハ彼ニ在リ、而シテ其短所ハ此ニ存ス。今日世界ニ於ケル法律學ノ現狀モ亦之ニ異ナラス、慣習不文ノ法ヲ重ニスル英國ニ於テ歴史慣行ニ注目スルコト多ク法典國タル獨佛ニ於テ學者輒モスレハ空論ヲ事トスルカ如キ豈其証ニ非ス耶、我帝國ノ如キモ法典成リテ後學者ノ議論徒ラニ文字ニ拘泥シテ大綱要目ニ着眼セサルノ弊ナキニ非ス、而シテ實務ニ當ルモノト雖モ甚シク法文ノ解釋ヲ窮窟ナラシメ實際生活ヲ著ルシク困難ナ

ラシムルコトアリ、戒慎セザル可ケンヤ。中世ニ於テ此點ニ着目シテ別ニ一派ヲ立テシ者アリ、之ヲ稱シテ後ノ註釋家トハ言フナリ。此學派ニ在リテハ法律ノ實際生活ト須臾モ離ル可ラサル關係ニ在ルコトヲ看破シテ一面ニ羅馬法典ヲ研究スルト共ニ他面ニ於テハ之ヲ實際生活ニ應用スルコトヲ企テシナリ。斯ノ如クシテ唯概念ノ講究ヲ事トスル乾燥ナル議論ハ大ニ實際的ノ色彩ヲ帶ビ時代ノ必要ニ適應スルノ傾向ヲ來タセリキ。然レトモ歴史研究ノ方法ニ據ルコト能ハスシテ再ヒ詳解細註ノ流弊ニ陥リシハ惜ム可キナリ。後ノ註釋家トシテ名高キ者兩三人アリキ、ウイエルヘルム、ヂュランチス、ノ如キ、バルトルス、デ、サツソフエラート、ノ如キ又「バルヂユス、デ、ウバルヂス」ノ如キ之レナリ、羅馬法ハ已ニ説明シタルカ如ク實務家ノ苦心慘愴ト實行ニ重キヲ置キタル學者ノ説明ト相映發シテ遂ニ大法典ヲ成スニ至リシナリ。然ルニ已ニ法典トナリタル後ニ於テハ却テ羅馬法學ノ衰微ヲ來シ、モノ其原因種々ナリト雖モ、法律ハ單純ナル學問ニ非スシテ人類ノ實際生活ニ至大ノ關係アル事實カ其大因ヲ爲スモノナリ。一時法律學ノ淵叢トシテ中世ニ鳴リニタル「ボロニヤ」法學校ノ學風ハ羅馬法典ヨリ出

テ、一層洪大ナル法律ノ大海ニ浮フコト能ハス、而シテ羅馬法典ト雖モ主トシテ私法ニ止リ其研究法モ純理獨斷ニ偏シテ未タ法律ノ新智識ニ接觸スルコト能ハサリシナリ。殊ニ直ニ原文ニ遡リテ研究セスシテ註釋的研究ニ流ル、ニ至リテ其短處ハ一層甚シカリシナリ。

中世ニ於テハ羅馬法ノ外ニ猶記臆ス可キ法律アリ。宗教法之レナリ。此法律ハ專ラ教會内ニ發達セシモノナレトモ教會ノ勢力強大トナルニ從ヒ漸次宗教以外ノ生活關係ヲ支配スルニ至リ、刑法並ニ私法ニモ大ニ關係ヲ深カラシメタリ。而シテ此宗教法カ發達シテ羅馬法ト共ニ遂ニ又獨逸普通法ノ淵源ノ一トナリシ事實ハ學者間ニ異論ナキ所ナリ、「デルンブルヒ」氏「パンデクテン」一卷一二節參照然レトモ單純ナル教會法ノ解釋ニ關シテハ別ニ茲ニ述フルノ必要ナシ、唯法律學ノ私法以外ノ學問ニ付キテ參考ニ價ス可キ意見ヲ發表セルニ大家アリキ、之ヲ略スルハ法律學ノ爲ニ忍フ可ラサル所ナリ、殊ニ其一人ノ如キハ普通ノ用語例ニ於テ中世ト言フハ少シク妥當ヲ失スル嫌アレトモ中世ノ思想ハ直ニ緣ヲ此ニ有スルカ故ニ暫ラク獨逸ノ哲學者「フリードリッヒ、ハルムス」ノ様ニ模シテ

中世ノ内ニ胡蘆ヲ描カントス。羅馬法カ羅馬ノ實際生活ト希臘思想ノ抱合ニ依リテ顯著ナル進歩ヲ爲シ、後世得易カラサル法律家ヲ出シ、カ如ク宗教思想ト哲學思想トノ融合ニ因リテ法律學說ニ一新紀元ヲ與ヘタル學者アリ、アウグスチヌス(紀元三五三—四三〇)及「トーマス、アブ、アクイノ」(一二二七—七四)之レナリ、アウグスチヌスハ哲學ノ研究ニ規律的懷疑ヲ適用シタル點ニ於テ、自覺ヲ以テ實在ノ正確ナル表現ナリトシタル點ニ於テ而シテ又諸他ノ確信ノ標準ハ此特別ナル確信ニ依リテ證セラル、ト認メタル點ニ於テ認識論上ノ功勞ハ絶大ナリト言ハサル可ラス、而シテ氏ハ眞理ノ標準ハ上帝ニ在リトナシ、而シテ上帝ノ存在ハ人類ノ精神ニ生命ノアル事實ヲ以テ証明シ得ルモノト爲セリ、氏ハ斯ノ如クシテ心理的基礎ノ上ニ眞理ノ存在スルコトヲ論結セント試ミタリ、ラツド氏認識哲學四六面以下參照氏ハ又人類カ感覺ノ外ニ猶高尚ナル理性ヲ有スルコトノ思考ヲ有セリ、即チ人類ハ形而上ノ眞理ヲ直覺スル能力ヲ具備スルモノトノ思考ヲ有セリ、氏ハ又認識ニ關シテハ自由意思ノ必要ヲ承認セシモノ、如シ、氏ハ認識論上ノ此根據ヲ有シ而シテ他ノ方面ニ於テハ「プラトーン」ノ國家

論ニ其範ヲ取り且宗教的觀察ニ基キテ先ヅ國家論ヲ試ミタリ。謂ヘラク教會ハ神國ナリ、而シテ神國ハ人類ノ設立シタルモノニ非ズシテ神ノ建設ニ係ルモノナリ、人類ノ設立ニ成ル國家ハ教會即チ神國ニ從屬ス。神國ハ神ノ建設ニ基キ永遠ニシテ無限ナリ、然レドモ國家ハ一時ノ現象ニ外ナラズ、(グント)氏哲學概論一五九面「ハルムス」法理學四〇、四一面參照ト帝國主義ノ旺盛ナル今日ノ狀態ヨリ觀レバ殆ント空言快談ノ感ナキ能ハズ、然レドモ靜思熟慮徐カニ議論ノ根本ヲ攻究スレバ此神秘的言說ノ中猶牢乎トシテ抜ク可ラサル眞理ノ存スルアルガ如ク覺ユ。羅馬ノ「キケロ」モ亦法律ヲ解釋スルコト私法家ノ類ト相同ジカラサリシハ前節ニ於テ説明シタル所ナリ。唯兩者ノ異ル所ヲ舉グレバ「アウグスチヌス」ハ神秘的ト雖モ猶其根據ヲ心理學的認識論ニ立シタルニ係ハラズ、「キケロ」ハ全然形而上的觀念ニ據リタル點之レナリ。

中世ニ於ケル一大學者「トーマス」モ亦認識ノ心理的研究ヲ重ンジタリ、氏ハ精神ヲ以テ不朽不滅ナル實體ニシテ普遍實在ヲ認識シ得ルモノトナシ、此精神ハ唯一不可分ノモノナリト唱道セリ、即チ物性的精神官能的精神又ハ理性的精神ト

言フガ如キハ唯一同体ノ精神ニ於ケル諸種ノ作用ヲ表現スルノ言葉トシテ見ル可キモノニシテ斯ノ如キ諸種ノ精神アルニ非ザルナリ。精神ハ斯ノ如ク唯一ナリ、而シテ精神ハ自体ニ於テ眞理ヲ含蓄スルモノニ非ズシテ感官ニ依リ一定ノ原始觀念ヲ得テ經驗的ニ之ニ達スルモノナリ。認識ニ對スル氏ノ意見ハ大略上述ノ如シ、而シテ氏ハ又一切ノ學問ハ智的ノ性質ヲ有スルモノト考ヘタリ（ラッド「認識哲學」五二、五三、面參照）

認識ニ關スル此意見ヲ以テ氏ハ國家論ニ指ヲ染メタリ、氏ノ說ニ據レハ國家ハ人類ノ性情ニ其基礎ヲ有ス、社會的權力ハ自然ノ權利トシテ成立シ、萬衆ノ平和福祉ノ爲メニ使用セラレ可キモノナリ。國家ハ自存ノ目的ヲ有スルモノニ非スシテ國民ニ隨時ノ幸福ヲ與フル手段タルニ過キス、理論上ヨリ言ヘハ最上ナル國家ハ君主制ニシテ之ニ貴族政治又ハ選民政治ヲ加味シタルモノニ在リト、猶「トーマス」ノ考フル處ニ據レハ教會ハ永久ニ人類ノ運命ヲ支配シ、國家ヨリ離レテ獨立シ且之ニ優ルモノナリ、而シテ教會ト國家トハ共ニ天國ニ入ル可キ豫備門タルニ過キスト、「トーマス」ハ中世ニ於ケル教權ト國權トノ調和ヲ試ミタルモ

ノニシテ「ヴント」カ教會ト國家トノ彼レノ關係ヲ恰モ日月ノソレニ比較シタルハ誠ニ適例ト言フ可キナリ。「トーマス」カ契約ノ原理ヲ國家ニ應用シテ其一時性ヲ説明セル點ハ「アウグスチヌス」ヨリモ猶一步ヲ進メタリ、「ヴント」哲學概論一六六面「バルドゥイン」哲學字書二卷五九二面參照、「トーマス」ハ又自然法ヲ信ジ其原則ハ善ヲ行フ可クシテ惡ヲ避ク可キニ在リトナセリ、人類ノ意思ニ付テハ無限ノ自由ヲ認メスシテ智性ニ依ル或程度ノ制限ヲ認メ、選擇ノ自由モ亦目的ニ達スル手段トシテ制限ヲ受クルモノナリト說ケリ。「バルドゥイン」同處參照、意思自由論ハ近時刑法ノ學說ニ於テ大ニ注意ヲ惹起シ來リタル問題ナルカ故ニ特ニ中世ノ學說ニ及ヒタリ、獨逸刑法學者「リスト」ノ如キハ「アウグスチヌス」モ「トーマス」モ共ニ定意說ニ屬スルモノトシテ之ヲ擧ケタリ、「リスト」刑法教科書一五節四ノ一、脚註一、二參照）

中世ニ於ケル刑法學ノ狀態ヲ一言センカ、刑法ハ法律制度トシテノ發達ハ最モ古キモノナリ。然レトモ學問的研究ニ付テハ此時代ニ於テハ私法ニ比ス可クモアラサリキ。伊太利ニ於テモ獨逸ニ於テモ學問上ノ研究ハ極メテ微々タル狀態

ニテアリシナリ、而シテ主トシテ國權ノ消長ニ應シテ制度ノ發達ニ盛衰アリシ
ノミ、即チ國權盛ナレハ公法的性質ヲ帶ヒ國權衰フレハ私法的性質ニ還リシナ
リ、中世ノ獨逸刑法狀態ニ就テハ、リスト「刑法教科書四節、又中世ニ於ケル教會ト
ノ關係ニ付テハ、メイン「古代法十章後段參照」

第六節 近世ノ概觀

近世ニ於テモ羅馬法ノ研究ハ依然トシテ繼續セラレタリ。榮枯盛衰ハ伊太利ノ
天地ヲ支配シテ「ボロニヤ」大學モ亦昔日ノ隆盛ヲ致スコト能ハサリキ、而シテ正
義ノ神ハ今ヤ佛蘭西ニ於テ其威ヲ振フニ至レリ、十六世紀ニ於ケル佛蘭西ノ史
派ハ再ヒ羅馬法源ノ研究ニ從事セリ。文藝ノ再興ト人道ノ鼓吹トニ依リテ影響
セラレタル法律學ハ歴史ト哲學トノ智識ニ照サレテ羅馬法源ノ解說ニ於テ大
ニ得タル所アリシモノ、如シ文藝ノ再興トハ世界歴史ヲ繙キタル人ハ一種ノ
快感ヲ以テ讀ム可キ文明再興ノ事蹟ニシテ暗黒時代ト中世ノ教權時代トヲ經
テ希臘羅馬ノ古文明ガ殆ント其跡ヲ絶テルカ如キ有様トナリシニ、進歩的ノ世

界ハ終ニ再興ノ時代ヲ循環セシムルニ至レリ、之ニ依リテ法律學モ亦其淵源ノ
研究ニ忙ハシカリシナリ。佛蘭西ニ於ケル當時ノ私法大家ハ「ヤコーブス、クヤチ
ウス」及ビ「ゴー、ドチルス」之レナリ。之レ羅馬法ノ研究ヲ以テ已ニ讀者ノ知ル所
ナル可シ。デルンブルヒ「ノ言フ所ニ據レバ第十七世紀ノ始ニ於テモ佛蘭西系ノ
有名ナル史家アリシモノ、如シ「ヤコーブス、ゴトーフレドス」ノ如キ「アントン
フアトベル」ノ如キ之レナリ。是ヨリ史派ハ佛蘭西ヲ去リテ和蘭ニ一縷ノ光明ヲ
與ヘタルニ似タリ、「グイツセンバツハ」ト謂ヒ「ヨーハン、フオーエツト」ト謂ヒ而シ
テ又「ノーツト」ト謂フ羅馬法ニ關シテ孰レモ有名ナリ。獨逸ニ於テモ蘭佛學派ノ
影響ヲ受ケテ史的研究ニ熱中セシ學者アリキ、然レトモ獨逸ノ學風ハ大体ニ於
テハ繼受シタル羅馬法ヲ獨逸ノ民情ニ適セシメントスルニ在リキ。之レ恰モ伊
太利ニ於ケル後ノ註釋家ノ脚地ニ立テルモノナリ。從テ專ラ研究セラレシモノ
モ亦實ニ後ノ註釋家ノ學說ナリキ。索遜ニ於テモ法律學ハ主トシテ實地ノ方面
ニ向ヘリ同國ニ於テ發達シタル索遜法鑑ト羅馬法トノ調和ヲ計ルコト之レ法
學者ノ頭腦ヲ動シタル問題ナリキ。羅馬法ハ斯ノ如キ方法ニ依リテ歐洲諸國ニ

法律學ノ基礎ヲ供セリ。

歐洲ノ天地ニ於テハ此關係ヲ離レテ別ニ法律學ニ關スル一大活動アリ。近世ニ於ケル法律學ノ歴史ハ實ニ此大活動ノ中ニ眞乎ノ妙味アリト言ハサルヲ得ス。此大活動トハ羅馬私法ノ研究ノ如ク法典ニ就キテ文字ノ註解ヲ爲シ又ハ法典ニ於ケル法制ノ史的研究所爲スノ方法ニ非スシテ人類生活現象ノ實際ヲ觀察シテ直ニ法律ノ眞諦ヲ得ントスルニ在リ。即チ中世ニ於ケル學問上ノ厭制者タリシ教會及、アリストテレス主義ヲ離レテ單身直ニ眞理ノ討究ニ當リ自由ノ天地ニ立チテ學問ノ本義ヲ完ウセントスルニ在リ。而シテ此特徴ヲ分析スレバ二個ノ方面アルヲ見ルナリ。即ハ一ハ總テノ學問界ニ獨立ノ研究方法ヲ用井ルニ在リ而シテ他ノ一ハ其世界觀ノ自然主義ナルコト之レナリ。

斯ノ如キ研究方法ニ據リ法律ハ道德等ノ如キ他ノ社會現象ヨリ分離スルノ端ヲ爲シ、自然ヲ根據トシテ一切ノ法律現象ヲ解釋スルニ至リタリ。諸多ノ學問ガ教會ヨリ獨立シタルカ如ク法律學ハ羅馬法ヨリ獨立シタルナリ。歐洲ノ法律ハ二面ノ進路ニ據リテ今日ノ盛大ヲ爲スニ至レリ。即チ此獨立ハ法律ノ解釋ヨリ

モ寧ロ根本問題ニ遡リテ研究スルノ方法ナルカ故ニ羅馬法ノ研究ト相容レザルニ非サリシナリ。

民事ノ關係ニ於テ大ニ發達シタル羅馬法ハ佛蘭西及獨逸ニ繼受セラレ、遂ニハ獨逸法制トナリ、從テ純粹ノ羅馬法ハ最近ニ於テモ猶獨逸學者ノ研究スル所トナリ、ブリントフ如キ、イェーリングノ如キ、ウインドシャイドノ如キ羅馬法ノ大家ヲ出スニ至レリ、ゾームノ如キ、デルンブルヒノ如キモ羅馬法ニ關シテ造詣スル所深キ者ト言ハザル可ラス、サビニ一モ亦素ヨリ然リ、而シテ現代ニ至リテモ猶獨逸大學ニ於テハ羅馬法ノ研究ニ努ムル所多シト言フ、羅馬私法ノ勢力モ亦盛ナルニ非ズ耶。唯英國ニ於テハ十二世紀頃ヨリ多少羅馬法ノ影響ヲ受ケタリト雖モ獨佛ニ於ケルカ如ク大ナラズ。近世ニ至リ、ブラツクストーンノ如キ羅馬法ノ體裁ニ準ジテ英法ヲ講述シ大ニ羅馬法的感化ヲ受ケタルニ似タレドモ、英國ハ實質ニ於テハ依然英法ナリ、獨立自營ノ精神ニ富メル英人ノ漫ニ外國法ニ趨走セサルニ因ルカ之ニ反シテ獨逸ノ如キハ民法編纂成リテ大ニ獨逸ニ發達シタル法制ヲ採用シタル所アレドモ猶大體ニ於テ羅馬法ノ精神躍如セリト言

フヲ妨ケス。東洋ニ於テハ進取開發ノ氣象ニ富メル日本ニ羅馬法ノ影響ヲ受ケタル民法ヲ見ルニ至レリ。此一面ノ進路ハ羅馬私法典ノ研究ニ基ク法律學ノ沿革ト稱スルヲ適當トス。星物推移國土相異リ學者相同シカラスト雖モ羅馬法ノ研究タルニ於テハ星霜千載遂ニ其棋ヲ一ニスレハナリ。

他ノ一面ノ進路ハ之ニ異リ。法律學說ノ沿革ナリ。其關係スル所法律全般ニ亘リ。之ヲ唱フル學者ノ性格學風ニ依リテ自然其說ニ異同アルヲ以テ寧ロ學者ノ名ヲ擧ゲテ其學說ヲ簡單ニ說述スルヲ便宜ト信ス。之レヨリ主要ナル學說ノ梗概ヲ紹介ス可シ。

英國ノ「フランシス・ベーコン」(一五六一—一六二九)ハ法律家ニシテ實驗學ヲ鼓吹セシ一大學者ナリ。然レドモ法律學ニ付キテハ別ニ茲ニ揚グ可キ言說ナキヲ以テ後段法律學研究ノ方法ヲ講ズル際ニ讓リ、本節ニ於テハ氏ガ實驗的法律學者ノ近世ニ於ケル先驅者ナリシコトヲ言フニ止ム可シ。

「トーマス・ホツプス」(一五八八—一六七九)ハ其著「レピアタン」ニ於テ法律ニ關スル意見ヲ述ベ、苟モ正理ト信ズル所ハ毫モ臆スル所ナク、何等ノ讓歩妥協ヲ用キズシ

テ其結論ヲ公表スルノ點ニ於テ甚ダ有名ナリ。故ニ氏ノ所說ハ往々ニシテ當時ノ一般思想ニ抵觸シ、他人ノ憎惡ヲ買ヒシコト屢々ナリキト謂フ。氏ノ說ク所ハ全ク自然主義ニ在リ、從テ法律ノ第一ノ發足點ハ自然狀態ナリ。即チ氏ハ一面ニ於テ人類ノ自然性ヲ提唱シ、他ノ一面ニ於テハ契約ニ依リテ相一致セントスル人類ノ專意自由ヲ擧ゲタリ。而シテ人類ノ自然性ハ一切ヲ支配スル自然法ヨリ來ルモノナリ。此自然性ニ由リ人類ハ自衛自存的ナルコトヲ要ス之ガ爲ニ人類ハ一大鬭爭渦中ノ流水ノ如ク全ク無法律ノ狀態ニ歸ス、然レドモ鬭爭ハ人類ノ自衛自存ノ本義ニ反ス茲ニ於テ契約ニ基キ國家ヲ成スニ至ルト言フナリ。氏ハ斯ノ如ク相容レザル兩面ヲ結合スルニ急ニシテ、如何ニシテ結合セラル可キカニ付キテハ全ク無頓着ナリシナリ、之レ氏ノ學說上ノ一大缺陷ト言ハザル可ラズ。猶ホツプスハ法律論ヲ以テ獨立ノ研究事項トセズシテ、氏ノ哲學ノ一部分トセシモノナルヲ以テ、氏ノ議論ノ大要ハ第十五節ニ讓ラントス。

「フゴト、グロチウス」又ハ「フゴト、デ、グロート」(一五八三—一六四五)ハ和蘭ニ於ケル有名ナル法律家ナリ。氏ハ年齡ニ於テハ「ホツプス」ニ對シテ五年ノ長アリ、然

レドモ學說ニ於テハ「ホツブス」ニ比シテ頗ル温和ニシテ且親ム可キモノナリ。氏ノ說ニ據レバ人類ノ本性ハ社交的ナリ、愛ナリ、仁慈ナリ、然レドモ斯ノ如キ人類ガ相對立スルノミニテハ法律ヲ成サズ、更ニ契約ヲ要スルモノトセリ。唯法律ノ標準ハ自然狀態ノ法律ニ取ラザル可ラズト言フナリ。國際關係ニ付キテモ氏ノ考フル所ニ據レバ人類ハ其本性トシテ戰爭ヲ避クルモノナルヲ以テ氏ハ戰爭ノ危難ヨリ各國民ヲ救ハントシタルナリ。斯ノ如キ意見ヲ以テ國際法ノ鼻祖トナレリ。氏ノ思想ニ據レバ國際法ハ制裁ヲ要スルコトナク其本質上直ニ有効ナルモノナリト言フナリ。「ホツブス」ノ專制的國家ヲ承認セルニ對シテ「グロチウス」ハ國際法ヲ提唱シタリ。而シテ其思想ノ歸結スル所トシテ認識ノ一般原則ヲ定立シ之レヨリ演繹スルノ方法ヲ採ラスシテ直ニ自然法ヲ以テ獨立ノ學問タラシメント務メタリ、是故ニ氏ハ狹義ノ法律ヲ道德及政治ヨリ分離セント試ミシナリ。「グロチウス」ハ上述ノ如ク自然主義ノ學者ナリ、而シテ人ノ性情ヲ基本トシテ自然法ヲ獨立ノ學問トセシ人ナリ。之レ國際學者ノ大ニ研鑽ス可キ好題目ナリト言ハサル可ラス。以上「グロチウス」ノ學說ニ付キテハ「ハルムス」法理學五一面

以下參照

「ジョン、ロック」一六三二——一七〇四「ハ、グロチウス」ノ如ク契約說ヲ信シ、自然狀態ヲ唱ヘリト雖モ說頗ル穩カナリ。氏ハ牛津大學ニ於テハ醫術ニ心ヲ傾ケ後醫家トシテ診斷ノ上ニ非凡ノ手腕ヲ有セシモノ、如カリキ。之レカ爲ニ「シャフツベレー」伯ト親善スルコトヲ得テ遂ニ心ヲ政治ニ傾クルニ至レリ。氏ノ政治法律ニ關スル論文ハ此ノ如クナリシ後ニ於テ出テシナリ。

氏ノ意見ニ據レハ法律ハ共和團體カ其組成員ノ行爲ノ目安トシテ出シタルモノニシテ法律ヲ以テ統治者トナシ、立法即チ統治權ハ人民ニ屬スルモノトセリ。人類社會ニ自然狀態ト稱スルモノアリシコトハ猶諸學者ノ說ノ如シ而シテ此自然狀態ノ中ニハ強制權アリ、財產ハ自然狀態中ニ在リテハ人類カ其必要ニ應シテ欲求スル範圍ニ於テ發生シ（財產權ノ發生、物ヲ欲求ニ應セシムルニ足ル勞力ニ依テ之ヲ取得スルナリ）（財產權ノ取得）國家ハ契約ニ基キテ構成セラレタルモノニシテ身体ト財產トヲ強制的制裁即チ刑罰ヲ以テ保護スルヲ本來ノ目的ト爲ス（國家ノ對内關係）是故ニ羅馬法ニ言フ容假ノ占有ノ如キ狀態ニ於テ君主

ニ行政權ヲ移付スルハ必スシモ國家契約ノ目的ニ違反スルモノニ非ス。容假ノ占有トハ入用ノ時ハ何時ニテモ返還ス可シトノ意味ヲ以テ占有スルモノニシテ占有者ノ地位甚タ安固ナラサルカ如ク、君主ニ移付シタル行政權モ何時ニテモ國民ノ共和團體ニ於テ取り還シ得ルモノトスレハ、之ヲ移付スルモ差支ナシト云フナリ。

「ロツク」ハ上述ノ如ク自然狀態ノ說ヲ唱ヘタリト雖モ、人類ノ理性ト云フカ如キ經驗ヲ超エタルモノヲ認容シタルニ非ス、其著「悟性論」ニ於テ推理ノ事ヲ論スル詳密ヲ極ムト雖モ超經驗的ノ理性ヲ論セス。

氏ノ說ニ於テハ法律ノ基礎トシテ善惡正邪ト稱スルモノアルニ非スシテ、法律カ善惡正邪ノ標準トナルモノナリ、即チ法律ニ適合スル行爲ハ善ナリ正ナリ之ニ反スル行爲ハ惡ナリ、邪ナリ、獨佛ノ學者カ正義其他ノ道德又ハ超經驗的ノ基礎ヨリ法律論ヲ演繹スルニ反シテ「ロツク」ハ「ホツブス」ト同ジク法律ヲ以テ道德倫理ノ標準トナセリ、之レ注目ス可キ點ナリトス。

「ベネチクト、スピノーツア」一六三二——一六七七ハ和蘭ノ哲學者ニシテ殊ニ汎

神論的傾向ヲ有シタル一大學者ナリ。彼ハ終生娶ラス、眼鏡磨ヲ業トシテ其乏シキヲ給セリ。氏ハ偉大ナル哲學者タルト共ニ法律學ニ關スル意見ノ如キモ大ニ參照ニ價ス可キモノヲ出セリ。是ニ於テカ後世法律學者ノ援用スル所トナリ、法律學說史上氏ヲ度外視スルコト能ハサルナリ。氏ノ政治論ノ如キハ完結ニ至ラス、論旨ハ時トシテ「ホツブス」ニ似タル所アリト雖モ素ヨリ異ル所多シ、故ニ氏ノ說ヲ以テ單ニ「ホツブス」ヨリ出デタリトスルハ臆斷ナリ。余ハ「スピノーツア」ノ法律論ニ就キテハ少シク大意ヲ紹介スル所アラントス。蓋シ此時代ニ說ケル學說トシテ論究ノ必要アル而已ナラス、自然法ト人定法トノ相關ヲ說ク所今日ノ者ニ取リテモ大ニ參照ノ價值アレバナリ。

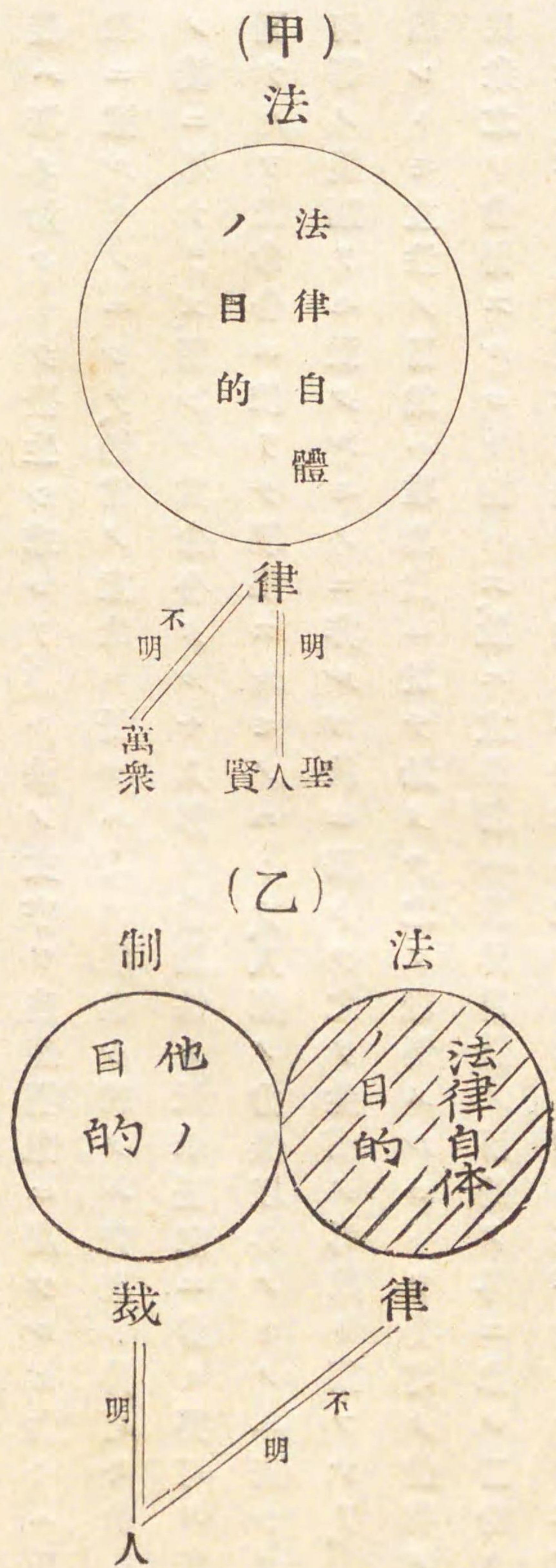
「スピノーツア」ノ法律トハ何ゾヤ。

氏ハ法律ト云フ文字ヲ抽象的ニ解釋シテ個人又ハ一切ノ物又ハ格段ナル種ニ屬スル多數物カ唯一ニシテ確定シタル經道ヲ行動スルノ意義即チ平タク言ヘハ人若クハ動物若クハ自然界ノ物質カ定マリタル道ヲ行クノ意義ナリト言ヘリ。而シテ其經道即チ道ヲ區別シテ天然ノ必要ニ基クモノ及人類ノ制定ニ因ル

モノトノ二種トナセリ。氏ノ考フル所ニ據レバ一切萬物ハ其有形タルト無形タルトヲ問ハス普通ナル自然法ノ豫メ定メタル所ニ從ヒ一定ノ經道ヲ取リテ存在シ作爲スルモノナリ。從テ人類ノ制定ニ係ル法律ノ如キモ此普遍ナル自然法ノ配下ヲ脱スルコト能ハスト雖モ事物ノ眞實ナル排列及連環ノ如キハ寧ロ人類ノ洞見シ能ハサルモノナルヲ以テ、人類ヲ拘束服從セシムル法律ノ如キハ人類ノ制定ニ係ル法律トナシ普遍ナル自然法ヨリ分離シテ論スルヲ相當トスルナリ。斯ノ如キ理由ニ基キ氏ハ法律ヲ特ニ解釋シテ人カ一定ノ目的ヲ以テ自己又ハ餘人ノ爲ニ設ケタル生活ノ考案ナリト説ケリ。之レ全ク氏ノ哲學上ノ意見ヨリ來リシ解釋ナリ。而シテ此説ニ據レバ宇宙ノ間ニハ自然法ト稱スル秩序正シキ法律アリテ一切ノ萬物ハ其支配ヲ受ケ、萬物ノ間ニ行ハル、法則又ハ排列ノ順序等ハ總テ此法律ニ依ルモノナリ。從テ人類ノ生育モ其發達モ社會組織モ法律モ均シク皆此自然法ノ發現ニ外ナラズ、然レドモ斯ノ如キ眞諦眞態ハ尋常ノ人ニハ知ルコト能ハサル所ナルヲ以テ人類ヲ拘束服從セシムル法則即チ人類間ノ法律ハ唯人類カ制定シタルモノナリトノ事實丈ヲ認メテ自然法ヨリ當

然ニ來リタリトスル間柄ヲ考ヘスシテ可ナリト云フニ在ルナリ。氏ノ法律ノ定義ハ斯ノ如クシテ發生シ來レリ。蓋シ法ノ文字ヲ自然現象ニ用ウルガ如キハ類推ニ據ルモノニシテ、通常ノ意味ニ於テハ人ノ服從シ若クハ背反シ得可キ命令ノ義ニ外ナラズ。而シテ其命令タルヤ人類ノ自然性カ元來任意ニ歩ミ得可キ範圍ナルヲ此命令ニ依リテ制限スルモノニシテ、人類ノ力量以外ノモノニ對シテ何等ノ規則ヲモ設クルモノニ非ルガ故ニ稱シテ之ヲ生活ノ考案ト謂フナリ。然レトモ立法ノ目的ハ唯聖賢ニ於テ始メテ之ヲ理解スルコトヲ得可ク億兆ノ民衆之ヲ會得スルコト能ハス、故ニ立法者ハ法律自體ノ目的ノ外ニ他ノ目的ヲ法律ニ伴ハシム。法律自體ノ目的トハ法律ハ他ノ目的ノ爲ニ其手段トシテ存在スルニ非スシテ法律トシテ其レ自體ノ目的ヲ有スルノ義ナリ。例ヘハ詩歌美術カ其レ自體ノ目的ヲ有スルトハ道德ノ爲メ又ハ宗教ノ爲メニ詩歌美術アルニ非スシテ詩歌美術ニ固有ノ目的ヲ以テ存在スルコトナリ。故ニ法律ノ目的トハ人類ノ共存生活ト云フ固有ノ目的ヲ有スルモノナリ。然レトモ此高尚ナル目的ハ衆人ノ知ルコト能ハサル所ナルヲ以テ立法者ハ更ニ他ノ目的ヲ法律ニ伴ハ

シムルト云フナリ、而シテ其目的トハ即チ法律ヲ守ルモノニ與フルニ多衆ノ欲スル所ヲ以テシ、之ヲ破ル者ニ臨ムニ其恐怖スル所ヲ以テスルノ類ナリ、即チ人ノ欲スル所ト嫌フ所トヲ知リテ法律ニ從フ者ニハ其欲スル所ヲ以テシ、之ニ背ク者ニハ其恐ル、所ヲ以テスルナリ、例ヘハ欲スル所トハ安全、平和、保護ノ類ニシテ恐レ嫌フ所トハ刑罰損失ノ類ナリ、之ヲ圖解スレハ左ノ如シ。



(甲)圖ハ法律自體ノ目的ノ行ハルル場合ニシテ(乙)圖ハ他ノ目的アルニ依リテ漸ク法律ノ行ハルル場合ナリ、而シテ大圓中ニ斜線ヲ引キタルハ法律自體ノ目的カ法律ニ從フ人ヨリ觀テ明瞭ナラサルヲ示スモノナリ。

「スピノーツア」ノ此思想ハ支那及日本ノ立法的思想ニ酷肖セリ、弘仁格ノ序ニ曰ク蓋聞律以懲肅爲宗、令以勸誡爲本、格則量時立制、式則補闕拾遺、四者相須足以垂範、譬猶寒暑遞以成歲、昏旦遞而育物、有沿有革、或輕或重、寔治國之權衡、信馭民之轡策者也、ト氏ノ法律以外ノ目的ト言フモノ治國ノ權衡馭民ノ轡策ニ外ナラサルナリ。

「スピノーツア」ノ考フル所ニ據レハ真正ノ正義ハ法律自體ノ目的ヲ知ル者ニ於テ始メテ言ヒ得可キ處ニシテ、絞臺即チ刑罰ヲ恐怖スルカ爲ニ法律ニ從フ者ハ強迫ヲ恐レテ始メテ法律ニ從フモノナルヲ以テ正義ト稱ス可キニ非ス、「パウロ」カ法律ノ下ニ在ル者ハ法律ニ依リテ義トセラレスト言ヒタルハ此精神ナリ、正義トハ通常ノ解説ニ從ヘハ各人ニ其相當分ヲ歸スル永劫不斷ノ意思ナリト、斯ノ如ク氏ノ說ニ於テハ正義ハ意思ナリ、單ニ客觀的ノ經界區分ニ止ラスシテ他

人ニ其相當ノ場所ヲ得セシメントスル意思ナリ。從テ均シク法律ニ從フト雖モ一ハ制裁ヲ恐レ、一ハ各人ニ其相當分ヲ歸セシメントスル意思ニ因リタルモノトスレハ其外形ニ於テハ相同シキモ精神ニ在リテハ相異ルカ故ニ一方ハ正義トナリ一方ハ正義トナラサルモノナリ。後世ノ學者或ハ此兩個ノ場合ヨリ法律ト道德トヲ區別セントシテ法律ハ外部ノ行爲ノ規則ナリト謂ヒ、道德ハ内部ノ精神上ノ規則ナリト謂フモノアリ。然レトモ之レ「スピノーツ」ノ取ラサル所ニシテ氏ハ法律モ能ク内部ノ精神ニ關係アルヲ論スルナリ。而シテ氏ノ説ニ於テ法律道德ノ區別ヲ求ムレハ理性ニ從ヒ得ルヤ否ヤニ因リテ區別アルナリ。社會ノ目的ニ關シテハ氏ハ社會ノ組織ヲ以テ單ニ防衛ノ目的ノ爲ニ必要ナルノミニ非スシテ、勞力ノ分配即チ分業ノ爲ニ絶對ニ必要ナルモノト説ケリ。氏ノ意見ニ據レハ人類ハ互ニ相助ケ合フニ非レハ各人ノ維持及生存ニ必要ナル才ノ熟練ト時間トヲ得ル能ハス、何ントナレハ各人ハ總テノ職業ニ亘リテ適當ナル才力ヲ有スルニ非ス即チ如何ナル人ト雖モ一切ノ必要品ヲ自己一人ニ於テ準備シ又ハ製造スルコト能ハサレハナリ。

何故ニ法律カ人類ニ必要ナルカニ付テハ、人類ハ元來完全ナル者ノミニ非スシテ高尚ナル理性ノ示ス所ニ從フコト能ハサル者多キカ故ナリト云フニ在ルモノ、如シ、即チ氏ノ言ニ據レハ若シ人類ハ其性情ニ於テ純粹ナル理性ノ示スモノノ外何物ヲモ欲セサルカ如ク構造セラレタルニ於テハ社會ハ明ニ法律ノ必要ヲ有セザルナル可ク純粹ナル道德原理ヲ鍊磨スルヲ以テ足レルナル可シ。而シテ人類ハ何ノ躊躇スル所ナク其眞實ノ利益ト一致シテ自由ニ行動スルモノナル可シ、然レドモ人ノ性情ハ之ニ異リ各人ハ實ニ私利私慾ヲ求メテ健全ナル理性ノ教導ニ從ハズ、各人ハ肉慾肉情ノ支配ヲ受ケ、目前ニシテ且直接ノモノヲ離レテ高尚ナル思想ヲ起サズ、是ニ於テ人類ノ慾及不當ノ動意ヲ抑フルニ足ル可キ政府ト勢力ト法律トアルニ非ズンバ社會ハ一トシテ成立スルコト能ハス。ト。氏ハ又主權論ヲモ唱ヘタリ、氏ノ言ニ從ヘバ自然ノ法ハ何人モ願ハザル、何人モ得ルコト能ハザルモノヲ禁ズルノミニシテ爭鬪、嫉惡、憤怒、詐欺其他慾望ノ手段ヲ禁ズルモノニ非ズ、理性ノ法ヨリ觀レバ道理ニ戻リ一笑ニ付ス可キガ如ク見ユルモノナレドモ、之レ唯事物ノ一小部分ヲ知ルニ止リ、全部ヲ知ラザルカ爲

ナリ、自然ハ人類ノ理性法ニ從ヘバ害惡ノ如ク考ヘラル、コトアレドモ全体トシテハ能ク調和シ居ルモノナリ、然レドモ人ハ理性ノ法律ニ從フニ如クモノ無キヲ以テ遂ニ安全ナル生活ヲ營ム可キ約束ヲ結ブニ至ル、如何ニシテ此契約ハ締結セラル可キカ、批准セラル可キカ、確立セラル可キカ、蓋シ人類ハ二個ノ善事ニ付キテハ其大ナリト考フルモノヲ選ビテ之ニ就キ、二個ノ害惡ニ關シテハ其小ナリト見ルモノヲ選ビテ之ヲ取ルナリ、此原則ハ人心ニ深く根蒂ヲ有シテ永久ノ真理又ハ格言公理ト言フモ差支アルコトナシ、之レガ爲ニ人ハ一切物ノ上ニ有スル權利ヲ拋棄センコトヲ正直ニ約束シ得ザル可ク、而シテ一般ニ何人モ大ナル害惡ノ慮又ハ大ナル善事ノ望アルニ非レバ其約束ヲ守ラザル可シ、是故ニ約束ハ唯實利アルコトニ依リテノミ有効ナル可ク、之レ無クテハ無効ナル可シ、國家ハ此原理ニ從ヒテ成立ス即チ箇人全部ガ其威力ヲ舉ゲテ政治體ニ委付シ、斯ノ如クシテ政治體ハ一切物ノ上ニ自然的主權ヲ有スルニ至ル、此政治體ハ共和政体ナリト、之レスピノーツァノ國家論ノ梗概ナリトス、猶氏ハ政体論ヲモ爲シ、カド繁ヲ厭ヒテ今之ヲ略ス。

法律ニ關スルスピノーツァノ學說ハ上述ノ如シ、唯氏ノ意見ヲ一層明瞭ナラシムル爲ニ純粹ナル理性トハ如何ナルモノナリヤ、又普遍ナル自然法トハ如何ナルモノナリヤヲ探究スルノ必要アリ、純粹ナル理性トハ何ゾヤ。

之レ氏ノ哲學說ノ根據ヲ爲スモノニシテ明確ナル意識ナリ、意識トハ定義ヲ示シテ之ヲ説明スルコト甚ダ困難ナレトモ實例ヲ舉グレバ吾々ガ目ノ覺メタル時現ニ腦頭ニ在ルモノナリ、其反對ヲ言ヘハ何事ヲモ知ラヌ程ニ熟睡シタル有様ニシテ、睡眠ヨリ漸次覺メ始ムルハ即チ意識ニ進ミ始ムル時ナリ、近世ニ至リテハ意識ノ意味ハ甚ダ廣ク解釋セラレ、心ト心以外ノモノ即チ非心トノ區別ナリ、木屑石片ノ無心ナルカ如キ場合ニ非サレバ多少意識アルモノト解釋セララルナリ、意識ノ概略ノ意味ハ斯ノ如シ、而シテ明確ナル意識トハ吾人ノ存在ノ理由、吾人ノ目的等ニ關スル明瞭ナル觀念ニシテ、外物ニ掩ハレス其拘束ヲ受ケサル人類ノ智能ナリ、蓋シ氏ノ考フル所ニテハ心ハ恰モ明鏡ノ如キモノニシテ一般ノ萬物ハ皆茲ニ反射セラル、モノナリ、然レドモ鏡ノ曇リタル時ハ直ニ其前

ニ在ルモノヲモ映サ、ルカ如ク人ノ心モ亦外物ニ掩ハル、場合ニハ明瞭ニ物ノ真理ヲ知ルコト能ハス、氏ノ理性トハ乃チ此曇ラサル鏡ノ如キ心ノ働キナリ。普通ノ人類ハ此澄ミ渡リタル心ノ働キ無ク、物ノ真正ノ道理ヲ知ルコト能ハサルカ故ニ法律ノ必要アリト云フナリ。

次ニ普遍ナル自然法トハ何ゾヤ。

普ク總テノ事物ニ行キ渡ル自然ノ法律ト云フナリ。スピノーツアノ意見ニテハ天地萬物ハ本體ノ屬性ノ現ハレタルモノナリ。而シテ其屬性ヲ分テハ心及物トナル。天地萬物ノ本元ハ心及物ヨリ成ルニ非ズシテ本元ハ本體ト稱スルモノナリ。而シテ其本體ノ屬性ハ心及物ナリ。本體ハ自分ノ定メタル規則ニ從テ動クモノナリ。此規則ハ本體ノ屬性タル心及物ニ通シテ行ハル、ナリ。故ニ之ヲ普遍ナル自然法ト稱ス。人定法モ亦此自然法ノ現ハレタルモノナレトモ、聖賢ノ士ニ非サレハ其意味ハ知リ難ク、尋常普通ノ人ハ唯人定法ヨリ出發シテ其有スル目的即チ保護ト制裁トヲ知リテ諸種ノ行爲ヲ爲スモノナリト謂フナリ。

自然法ト人定法トノ關係ハ「スピノーツア」ニ依リ汎神の意義ニ於ケル解決ヲ見

タリ、讀者須ラク之ヲ「ホツブス」ノ學說ト對照ス可シ。

「サムエル、ブーフエンドルフ」(一六三二——一六九四)ハ講壇ニ立ツテ自然法ヲ教ヘタル始メノ學者ナリ、氏ハ自然法ヲ系統的ニ發展セシメ、グロチウスヲ祖述シ「ホツブス」ヲ加味セリ。自然學ハ即チ義務論ノ根據ニ立テリ。氏ノ說ニ據レバ人ハ團體生活ヲ營ム可キ資格ヲ有シ、之ガ爲ニ他人ノ福祉ヲ希ヒ、契約ヲ履行スルモノニシテ所有權、家族ニ關スル權利、國家ニ關スル權利ノ如キハ皆茲ニ發足スルモノナリ。人類若シ自己ニ對スル義務ヲ履行セザル場合ニ於テハ團體ニ對シテ法律違反ノ行爲ヲ發生ス、蓋シ團體ハ各人ニ對シテ團體ノ爲ニ行動ス可キコトヲ要求スルモノナレバナリ。他人ニ對スル義務トシテハ第一何人ヲモ害セザルコト之レナリ、而シテ此義務ヲ破リタル場合ニ於テハ刑罰及損害賠償ノ責任アリ、第二同胞人類ヲ自己同様ニ尊敬シ之ヲ同様ニ取扱フ可キコト之レナリ。此義務ヲ破リタル場合ニ於テハ奴隸及人身拘束ノ不法ヲ起スモノナリ。斯ノ如ク氏ノ學說ハ全ク義務本位ノ學說ニシテ道德說ト相似タルモノアリ。

「ゴットフリード、ウイヘルム、ライブニツツ」(一六四六——一七一六)ハ獨逸哲學

ノ始祖ナリト言フモ不可ナシ。其自然哲學說ニ於テハ歐羅巴大陸學者中比較的明確ニ唯心論ヲ唱道シタル學者ナリ。氏ハ本體論者カ從來說ケル靜カナル本體ヲ以テ満足セスシテ活動性ヲ之ニ與ヘタリ。其說ニ據レハ宇宙ハ單純不可分ノ泰一ノ集合ヨリ成ルト言フニ在リ、而シテ此泰一ハ活動スルモノニシテ外部ニ表ハレタル萬物ヲ泰一ノ内部ニ寫シ、複雜多端ナルモノヲ統轄シテ單一ナルモノトシテ之ヲ現ズ、故ニ泰一ハ即チ小天地ナリ。今泰一ニ映リタルモノ即チ寫象ノ分明ナリヤ否ヤヲ見ルニ素ヨリ分明ナルモノアリ、稍不明ナルモノアリ又不明瞭ニシテ活動鈍ケレハ寫象モ亦朦朧ナリ、ライブニツツノ説明ニ據レバ神ハ最高等ノ泰一ニシテ寫象ノ最モ明晰ナルモノナリ、第二ハ動物及人ノ精神ニシテ半バ暗黒ニ半バ明晰ナリ、第三ハ全ク不明瞭ニシテ無生物之レナリ。斯ノ如ク泰一說ハ全ク形而上的觀念ニシテ唯心的ナリ、個性的ナリ、而シテ有神のナリ。之レ「スピノーツア」ト反對ノ地位ニ立テルモノナリ。

「ライブニツツ」ノ法律論ハ如上哲學說ニ根抵ヲ有ス。即チ氏ハ法律ニ於テ正義ノ實行ヲ求メタルナリ。正義トハ最上ノ泰一即チ神カ明晰ナル寫象力換言スレバ

睿智ニ依リテ求ムル善ナリ。而シテ法律學ハ即チ此正義ニ關スル學問ナリ。

「ライブニツツ」ノ考ニ於テハ契約ハ何故ニ他ヲ拘束スルノ力アリヤト云フニ、之レ衡平ト正義トニ合スルガ爲ニシテ、單ニ契約ナルノ故ヲ以テ之ニ服從ス可キモノニ非ズ。法律解釋家ノ唱フル聽容法規ノ如キモ亦然リ。此聽容法規ニ從ヒタル場合ニ於テ之ニ効力ヲ有セシムルハ、聽容法ナルカ故ニ何事ヲ爲スモ有効ナリト云フニ非スシテ客觀的正義ニ適合スル範圍内ニ於テ始メテ之ヲ聽容承認ス可キモノナリト云フニ在ルナリ。「ライブニツツ」ノ法律學ハ實ニ正義ノ範圍ニ於テ存在シ、正義ノ實行ヲ確實ナラシムルコトヲ目的トスルモノニシテ法律ハ常ニ正義ヲ實行スルヲ以テ目的トナス。從テ氏ノ說ニ於テハ「スピノーツア」ト異リテ單ニ法律自體ノ目的ノミアリテ、別ニ立法者ノ之ニ附隨セシメタル目的ヲ見サルナリ。

氏ハ正義ヲ三個ノ基礎ヨリ觀察セリ、第一ハ世界及其支配者ナリ、第二ハ人類ナリ、第三ハ國家ナリ。故ニ順序ヲ倒ニシテ考フレバ第一ニ共同正義、第二ニ分賦的正義、第三ニ宇宙的正義之レナリ。此說ハ一面ニ於テ希臘ノ法律說ト他面ニ於テ

羅馬ノ正義ニ關スル概念トヨリ胚胎セルカ如キ觀アリ。

正義ヲ斯ノ如ク三個ノ基礎ヨリ觀察シ得ルモノトナシ、而シテ三者相異ルモノトスレバ此間遂ニ衝突ナカル可ラズ、而シテ此場合ニ於テハ宇宙的正義最勝ノ地位ヲ占メ、分賦的正義之ニ次ギ而シテ國家的正義ハ最モ下位ニ在リ。此三面ノ正義觀ハ氏ノ泰一ノ三状態ト比較シ得可ク、如何ニ法律說カ哲學的脚地ニ立テルカラ知ルニ足ル可シ。氏カ國家的正義ヲ最下位ニ置ク處「ヘーゲル」ノ說ト異ル所タリ。

此他「ライブニッツ」ハ狹義ノ法律學ニ關シテモ大ニ貢獻スル處アリキ、青年時ニ於ケル論文「法律學教習新法」ノ如キ之レナリ。

法律學ニ於ケル正義論ハ倫理學ニ於ケル完全說ト相待ツテ學者ノ參照ニ値スルモノニシテ氏ガ始メテ自然法ト道德トヲ分離シタルガ如キモ亦一顧ノ價無しトセズ、然レドモ「ライブニッツ」ハ法律學ニ關シテハ單ニ大綱ヲ述ベタルニ止リ、多クハ他ノ學者ニ依リテ大成セラレタルモノナリ。

「クリスチャン、トマシウス」一六五五——一七二八ハ大体ニ於テハ「ライブニッツ」

及「ブーフエンドルフ」ノ說ヲ祖述シタルモノナレトモ文章平易能ク世人ノ歡迎ヲ受ケタリ。氏ノ說ニ據レハ法律ト道德トハ混同ス可キモノニ非スシテ、明ニ之ヲ區別ス可キモノナリ。道德ハ之ヲ分ツテ誠忠禮容及正義ト爲ス、而シテ道德ノ原則ハ幸福ヲ基礎トスルニ在リ、何ヲカ幸福ト云フ、平和之レナリ、而シテ平和ニハ内部即チ精神上ノモノト外部即チ身體生命財產等ニ關スルモノトノ別アリ。法律ハ此外部ノ平和ヲ保障スルモノナリ。是故ニ強迫力ヲ有ス、人類ニハ自然状態ト稱スルモノアリ、此状態ニ在リテハ各人皆生來ノ權利ヲ有ス、唯此權利アリ故ニ急迫ノ侵害アル場合ニ於テハ攻撃者ヲ殺傷シテ以テ自己ヲ防衛スルコトヲ得ト云フニ在リ。トマシウス」ノ說ニ於テハ道德モ法律モ共ニ幸福即チ平和ヲ基礎トスル點ニ於テハ同一ナリ、而シテ其異ル所ハ、道德ハ内部即チ精神上ノ平和ヲ得ルヲ以テ目的トナシ、法律ハ外部即チ身體生命財產上ノ平和ヲ得ルヲ以テ目的トスルニ在リ。從テ法律ト道德トノ區別ヲ内外ニ依リテ之ヲ爲スト雖モ行爲ヲ基礎トスルモノト相同シカラサルナリ。

「クリスチャン、ウオルフ」一六七九——一七五四モ亦自然状態ノ說ヲ懷ケリ、氏モ

亦、ライプニツツノ説ニ負フ所多キナリ。氏ハ契約説ヲ唱フル一人ニシテ、國家ハ契約ニ成ルモノナリト説明セリ。契約ノ目的ハ衣食ノ充實住居ノ安全相互ノ靜穩ヲ計ルニ在リ。而シテ國民ハ唯憲法上ノ服從義務ヲ負擔スルノミ。故ニ自然狀態ノ進ムハ憲法ヲ蹂躪シタル場合ニ限ルモノナリ。憲法ハ即チ國家成立ノ契約ナリ。然レドモ此契約ハ任意ニシテ必ズシモ共和政ニ味方スルニモ非ス又帝政ニ反抗スルモノニモ非ザルナリ。自然狀態ニ於テハ言フ迄モナク各人ハ自衛權ヲ有スルモノナリ。

自衛權トハ自分ニ於テ自分ヲ保護スル權利ト云フ意味ナリ。此權利ハ生來ノ權利即チ生レナカラ有スル權利ナリ。生命アル人類ハ何人ト雖モ出生ト共ニ此權利ヲ有スルモノナリ。憲法即チ契約ニ基ク權利ハ取得ノ權利ナリ。此契約ニ依リテ人類ハ自由ヲモ讓渡スコトヲ得ルモノナリ。而シテ契約ハ其所含ノ如何ニ係ハラス履行セラル、ヲ要ス。之レ「ライプニツツ」ノ説ト異ル所ナリ。即チ「ライプニツツ」ノ説ニ據レハ契約ハ正義ニ適フカ故ニ効力アルモノナレトモ、此説ニ於テハ正義ニ適フト否トヲ問ハス契約タル以上ハ履行セラル可キモノナリト云フ

ニ在リ。

ウオルフ「ハ義務本位ノ學者ナリ。此點ニ於テハ、ブーフエンドルフニ似タリ、義務本位トハ義務ヲ以テ法律生活ノ基礎トスルノ謂ナリ。即チ氏ハ「幸福トナランカ爲ニ自己ヲ完全圓滿ナラシメヨ」トノ道德上ノ格言ヲ基礎トナシ、之レヨリ決論シテ(一)自己ニ對スル義務(二)他人ニ對スル義務(三)神ニ對スル義務ヲ得タリ。此他人ニ對スル義務カ強制ス可キモノナル場合ニ於テ茲ニ法律義務アリ。故ニ「ウオルフ」ノ考フル所ニ據レハ甲ノ義務ハ甲ニ相對スル乙ヨリ觀レハ乙ノ爲ニハ權利トナルナリ。斯ノ如ク先ツ權利アリテ然ル後ニ義務アルニ非スシテ、先ツ義務アリテ然ル後ニ權利アルナリ、之ヲ義務本位ノ學說ト言フナリ。

「ウオルフ」ノ説ニ於テハ幸福ヲ以テ其根本ト爲スモノナリ、而シテ其幸福ノ如何ナルモノナリヤハ直ニ知り難シト雖モ、自己ヲ完全圓滿ナラシメヨトノ文章ヨリ考フレハ、快樂説ニ於ケル卑近ナル肉体上ノ快樂ト異リ、品性ヲ高潔完全ナラシムルコトニ因リテ生スル幸福ト解セサル可ラス。希臘ノ「プラトーン」ハ幸福ヲ以テ政治術ノ目的ナリト言ヘリ、「ウオルフ」ノ幸福モ亦此意味ニ解シテ差支ナキ

モノ、如シ此目的アルカ爲ニ此目的ニ到達スルコトヲ務ムルハ義務ナリ。之ヲ義務ト言フ所以ハ是非共其目的ニ到ラサル可ラサルヲ以テナリ。斯ノ如キ義務ハ之ヲ對立ノ關係ニ於テ他人ヨリ言ヘハ權利ナリ。斯ノ如ク爲サ、ル可ラサルコトヲ爲サシムルモノ故ニ之ヲ權利ト言フナリ。

「モンテスキュー」(一六八九—一七五五)ハ自然狀態ヲ以テ完全狀態ト爲シ、君王ノ權力ヲ以テ人民ヲ服從セシムル狀態ハ政權ノ壓制ニ基ク倒逆ノ有様ナリト信セシ佛蘭西ノ學者ナリ、氏ハ其著「法律精神論」ニ於テ自家ノ意見ヲ概論セリ。謂ヘラク人類ハ自然ニ於テハ對等ニシテ唯人類理性法ニ服從スルノミナリ。而シテ此人類理性ヲ特別ニ應用シタルモノハ國法ナリ。而シテ人類理性法ニ於テハ人類ハ元來自由ナルモノナルヲ以テ人類ノ自由ハ法律ニ依リテ侵害セラル、コトナク、又法律ニ依リテ奪ハル、コトナシト。氏ハ英國ノ憲法ヲ以テ國家ニ共通ナル自衛ノ目的ト共ニ政治上ニ於ケル自由ノ維持ノ特別ナル目的トヲ併存セシメタルモノト信シ、之ヲ理想トシテ國家ノ原則ヲ案出シ遂ニ三權ノ分立ヲ唱道セリ。國家ニ共通ナル自衛ノ目的トハ何レノ國家モ外敵ノ襲來ニ對シテ之

ヲ防衛シ自己ノ存在ヲ全カラシムル目的ヲ有スルノ謂ナリ。而シテ又政治上ニ於ケル自由トハ各人カ政治上有スル自由ナリ。政治上ノ自由ハ往々ニシテ國家ノ爲ニ蹂躪セラル、コトアリ、然レトモ「モンテスキュー」ノ考フル處ニ據レハ英國ノ憲法ハ能ク兩個ノ目的ヲ併存シ、國家ノ理想ニ合シタルモノナリ。故ニ英國憲法ニ基キテ三權即チ行政司法及立法ノ權ノ各獨立シテ對峙スルコトヲ以テ憲法トスルノ議論ヲ唱ヘタリ。三權分立トハ即チ之ヲ言フナリ。

政治上ノ自由ハ國權ノ濫用ナキ處ニ存スルモノナリ。故ニ國權ノ濫用ヲ防キ得ル方法ヲ講シテ十分ニ自由ヲ保護スルヲ以テ須要ノ事トナサ、ル可ラス。而シテ之カ爲ニハ國權ノ分立ヲ必要トスルナリ。國權ノ分立トハ互ニ相箝制スル三個ノ國權即チ立法權、行政權及司法權ノ存立スルヲ言フナリ。司法權ハ歐羅巴ニ在リテハ當時已ニ各所ニ於テ獨立セリ、之ニ反シテ他ノ兩權ハ猶人民ト君王トノ間ニ於テ分離スルヲ必要トス可キ狀態ニ在リ、而シテ之ヲ分離スルニハ立法權ハ對立箝制ノ力ヲ以テ先ツ二個ノ體制ニ分タル、ヲ要ス。一方ハ立法ノ府ナリ一方ハ君王ナリ。而シテ君王ハ絕對ノ不認可權ヲ有スルモノトス、君王ハ原則

トシテ行政權ヲ有シ而シテ其身體ハ侵ス可ラサルモノナリ。之ニ由リテ行政權ハ立法權ニ對シテ獨立スルコトヲ得ルモノナリ。君王ノ行政權ヲ行フヤ必ス責任アル大臣ノ副署ヲ要ス、之カ爲ニ國民團體ハ無責任ノ壓制ヲ免ル、モノナリ、斯ノ如ク「モンテスキュー」ハ互ニ相箝制スル權力輪ヲ構成シ一度回轉ヲ始ムレハ相互ニ調整的運動ヲ繼續スルモノト信ジタリ。立憲トハ此三權ノ分立主義ヲ基本トスルノ謂ナリ。

然レドモ「モンテスキュー」ノ三權分立ハ互ニ相箝制スルコトヲ必要トス。故ニ全部調整ノ運動ヲナスコトアリトスルモ其各權力ハ互ニ相反撥スルモノナリ、一輪左方ニ廻轉スレハ一輪ハ右方ニ廻轉スルモノナリ、而シテ殘ル一輪ハ上下方ニ廻轉スルモノナリ。之レハ疑モナク各權力間ノ不信認ヲ言ヒ表シタルモノニシテ決シテ合同一致ノ精神ニ基クモノニ非ス。斯ノ如ク氏ノ說ハ常ニ消極的ナリ即チ打チ消シ状態ナリ。

「ジャン、ジャック、ルーソー」(一七一—一七八)ノ學說ハ大體ニ於テ「モンテスキュー」ノ意見ヲ改造シタルニ過ギズ、獨逸ノ法律學者「ギルケ」ノ如キハ「ルーソー」ノ說

ヲ以テ當時已ニ佛蘭西ニ知レ渡リタル書物ヲ讀ミ之ヲ利用シタルナリト蓋シ「ルーソー」ノ說ハ「ヨーハンテス、アルトフシウス」ノ說ニ酷肖スル所アリ、國體ノ區別ハ行政形式ノ區別ナリト謂ヒ、國家ノ目的ハ精神上並ニ身體上ノ福祉ニ在リト謂フガ如キ之レナリ。

「ルーソー」ハ其著氏約論ニ於テ消極的政治自由ト異リ、完全ニシテ移轉スルコト能ハサル各人ノ自由ヲ理想トナシタル國家論ヲ發展シタリ、氏ノ說ニ據レハ人ハ義務トシテ自由ナラザル可ラズ、故ニ法律上有效ナル國家契約ハ各人ノ自由ヲ奪ハサルノミナラス、之ヲ保障スルモノタラサル可ラズ。如何ニシテ斯ノ如キ場合アリ得可キカ。各人カ國家契約ニ於テ少シモ遺ス所ナク其一切ノ權利ヲ共同團體ニ移付スルニ在リ。斯ノ如キ絶對的相互行爲ノ結果各人ハ一樣ニ其移付分丈ヲ受取ルナリ。是ニ於テカ始メテ平等状態發生ス。而シテ各人ハ自由ナル可キ強制ヲ受クルモノトス、國家契約ニ由リテ發生シタル總意ハ各人ノ個々ノ意思ト異リ、私利ヲ目的トセスシテ公益ヲ重要視スルナリ。此總意ハ即チ統治權者ナリ。故ニ國民ハ又統治權者ナリ。而シテ此統治權ハ左ノ三性ヲ具フ。

- 一、不可分ナリ
- 二、沒代表ナリ
- 三、無制限ナリ

今此等ノ意義ヲ平易ニ解ケバ統治權ハ其一部分タリトモ之ヲ分ツテ君王ニ移付スルヲ許サズ、法律ハ國民カ總議會ニ於テ制定スルモノニシテ、何人モ統治權ヲ制限拘束スルコト能ハズ、又統治權ハ唯國民全體ニ在ルモノナルヲ以テ何人モ之ヲ代表スルコト能ハサルモノナリ。國家ノ目的ハ共同ノ福祉ニ在リ、統治權者ハ不正ヲ爲スコト能ハス一切ノ能力ヲ盡シテ最高善タル總益ヲ講ズ可キモノナリ。夫レ然リ、故ニ共同體タル國家ノ要求スル所ハ國民之ヲ供給セサル可ラサルナリ。

統治權ハ代表ヲ許サズ、即チ沒代表ナリ、從テ行政ハ代表的タルコト能ハス。國民ハ唯一吏員トシテノ執政者ヲ選舉スルノミ。而シテ執政者ニハ固有ノ權利ト稱ス可キモノナク、單ニ職掌アルノミ。而シテ又執政者ハ國民ヨリ命令ヲ受クルニ非レハ其職ヲ拋棄スルヲ得ス、行爲ニハ諸種ノ形式アリ、共和貴族君主政體ノ如

キ之レナリ。此形式ハ法律ニ據リテ之ヲ定ムルモノナリト。

以上ハ「ルソー」ノ所説ノ概要ナリ。氏ノ學説ハ時世ニ慷慨シテ起リタリトモ言ヒ得可シ、自然狀態ヲ想見シ政治上ノ權力ニ依ル國家ヲ一概ニ排斥シ去ルカ如キ之レナリ。故ニ「アンリイ、アーラン」ノ如キハ「ルソー」ノ學説ハ壓制ヲ蒙リタル人民ノ苦痛ノ聲ナリト言ヘリ（同氏自然法論一卷二九面）

デービツト、ヒューム「一七一——七六」ハ年齢ニ於テハ「ルソー」ニ長スルコト一年、然レドモ學説ニ於テハ民約論ヲ打破シタル點ニ於テ「ルソー」ノ後ニ述ブ可キモノタリ。

氏ハ道德原理ニ關スル研究ト題スル論文ノ第三節ニ於テ正義ニ論及シ、功利論ノ脚地ヨリ正義ヲ説明セント試ミタリ。言ヘラク、正義ノ唯一ノ起源ハ萬衆ノ實利ニ在リ、而シテ正義ノ功德トセラルル唯一ノ根據ハ其實利的結果アルガ爲メナリト而シテ氏ハ此二個ノ命題ヲ提唱シテ詳細ナル説明ヲ試ミ、正義ノ發現、從テ又法律ノ發生ヲ社會ノ壯態ヨリ自然ニ發生スルモノト爲スモノ、如シ、即チ氏ノ學説ニ於テハ若シ人類社會ノ狀態ニシテ缺乏憂苦今ノ如クナラズ、嬉嬉ト

シテ春臺ニ遊ブカ如キ狀況ナラシメバ、謹慎ニシテ嫉妬深キ正義ノ女神ハ夢ニ
 ダニ現ハレザル可シト言フニ在ルナリ。之レ氏ヲ以テ前掲諸學者ト共ニ自然主
 義ノ中ニ列スル所以ナリ。

然レドモ氏ノ非凡ナル點ハ民約論ヲ打破シタルニ在リ、大陸英國共ニ民約論ニ
 風靡セラレツ、アリシ間ニ獨リ民ハ超然トシテ其渦中ニ入ラス、原始契約ト題
 スル詳密ニシテ筆鋒銳利ナル論文ヲ草シ、批評的眼光ヲ縱横ニ發揮シテ、一面ニ
 於テハ當時ノ二大學說タル(一)神授君權說及(二)人民同意說ニ理由アルコトヲ認
 メテ、此等學派ノ如ク之ヲ極端ニ導カザリシガ如キ又他ノ一面ニ於テハ彼等學
 派ノ意味ニ於ケル民約ヲ攻撃シテ、地球ノ表面斷エズ變化シテ或ハ小國ハ大國
 ニ併答セラレ、或ハ大帝國ハ小王國ニ分裂シ、或ハ種族ノ轉住、植民ニ依リテ舊來
 ノ面目一新スルコトヲ說キ而シテ其原因ハ一ニ權勢暴力ニ非ザルカト疑ヒ、更
 ニ權勢暴力ヲ批評シテハ服從ノ秩序維持ニ必要ナルコトヲ說キ、臣民ノ帝王ニ
 服從スルハ恰モ責務ノ念慮ヨリ出ツルモノニシテ、原始的本能ニ出ヅルニ非ザ
 ルコトヲ論ジ、遂ニ服從ノ理由トシテハ、之レ無クテハ社會ハ成立スルコト能ハ

ザレバナリト結ビタルガ如キ從來ノ民約說ニ對シテ百年ノ長アリト言ハザル
 可ラズ。氏言ヘラク此結論ハ明晰ニシテ何人ニモ了解シ得可キモノナリ、然レド
 モ民約論者ノ答解ハ我等ハ我等ノ言約ヲ守ルト言フニ在リテ、哲學的系統ニ練
 熟スルニ非レバ何人モ之ヲ了得シ之ヲ味フコト能ハズ、而已ナラズ、何故ニ言約
 ヲ守ル可キカト質問センカ彼等ハ答解ニ苦ム可シト。言簡單ナリト雖モ氏ノ意
 見ヲ視フニ足ル可シ。

以上ハ認識論上、カント以前ニ屬スル法律學者ニシテ、法律學說ノ沿革上甚ダ趣
 味ニ富メル言議ヲ公ニセシモノナリ。而シテ如上自然主義ニ對シテハ秦ヨリ批
 評ノ餘地多ク、殊ニ民約論ニ對シテハ既ニ當代ニ於テモ、ヒュームノ如キ批評ア
 リ、從テ直ニ採テ現時ノ法律學研究ノ註解ト爲シ得ザル可キモ、眞ニ法律學ノ研
 究者ニ有益ナル材料ヲ與フルコト疑ヲ容レズ。余ハ原本ニ就テ約說シタル所多
 シト雖モ、ホルツェンドルフレヒツェンツイグロベヂエ法律通鑑ニ據リタル所モ亦之レアリ、一言スル所以
 ナリ。

第二章 法律學研究ノ方法

第七節 純理論的研究

八四

法律學ノ研究ハ猶ホ哲學ノ研究ノ如ク基礎ノ議論ニ於テ二派ヲ生シタリ時代ニ依リ二派ニ盛衰アリト雖モ直ニ其一ノミヲ以テ正當ナリトスルコト能ハサルノミナラス、古來ノ法律學說ヲ十分ニ領解センカ爲ニハ能ク此二派ノ學說ヲ知ラサル可ラス。基礎ノ議論トハ即チ「認識」ノ問題ナリ。古來認識ニ關シ二個ノ學派ヲ生シタリ、一ハ純理論ニシテ一ハ經驗論ナリ。純理論ハ生來人類ニ本有ナル理性ト稱スルモノ、存在ヲ認め、此理性ハ經驗ニ依リテ得ルニ非スシテ人類ニ自然ニ備ルモノト爲スナリ。而シテ此理性ハ正確ニシテ誤謬ナキモノトスルナリ、之ニ反シテ經驗論ノ主張スル感覺ハ人類カ生レタル後ニ於テ始メテ經驗スル所ニシテ誤謬ニ陥リ易ク、之レヨリ得タル智識ハ正確ナラスト論斷スルナリ希臘ニ於テハ「バルメニデース」ニ據レハ理性ハ眞理ニ達スル唯一ノ道ニシテ變轉生滅ノ現象界ニ在リテ不變ノ永遠實在性ヲ表現スルモノナリ。此世界ハ假現

界ナリ。而シテ假現界ニ於ケル眞理ハ實ニ此理性ニ依リテ知ルコトヲ得ルモノナリ、理性ニ相對シテ感覺アリ。然レトモ感覺ハ誤謬ニ陥リ易ク、從テ之レヨリ得タル智識ハ正確ナラスト、之レ純理論ノ始メナリ。ヘーラクライトス「ニ關シテハ議論區々ナリト雖モ同シク純理論ノ傾向ヲ有シ、而シテ「エムペドクレース」ノ如キモ人類ノ知識ハ感覺ニ依リテ誤謬ノ雲ニ包マル、コト多キモノトナセリ。之レ等ノ學者ハ全ク經驗論ヲ捨テ、純粹ニ純理論ヲ取りタルニハ非サレトモ、純理論ニ基キ之ニ重キヲ置キタルハ疑ナキコトナリ。

「プラトーン」ニ至リテ純理論ハ其極度ニ達セリ、氏ノ說ニ據レハ感覺ニ依リテ知ル物象タトヘハ目ヲ以テ視、耳ヲ以テ聽キ、手ヲ以テ觸ル、外界ノ物ハ假リニ現ハレ居ルニ過キスシテ眞ニ之レ等ノ物カ實在スルニ非ス、之ニ反シテ概念ハ實在スルモノナリト言フナリ。故ニ此說ニ據レハ黃紅白ノ色ヲ呈スル東籬ノ菊ハ唯我等ノ感覺ニ觸ル、假現物ニシテ別ニ之レ等ノ個々ノ菊ト異リタル菊ト稱スル普遍性ヲ備ヘタル概念アリテ眞實ニ存在スト云フナリ。之ヲ法律ニ譬フレハ獨逸ノ法律佛蘭西ノ法律又ハ英吉利ノ法律ト言フハ假現ノ法律ニシテ唯一

時ノ現象ニ過キス然レトモ別ニ法律ト稱スル萬古不易ノ概念アリテ以テ實在
 スト言フナリ。此概念ハ菊又ハ法律ト言フモノ、一切ノ共通性ヲ備ヘタル無形
 ノ實在ニシテ我々ノ感覺スル菊又ハ法律ハ此無形ナル實在カ假リニ形ヲ以テ
 現ハル、ニ過キスト言フナリ故ニ此概念ハ經驗以上ノ知識ニシテ經驗ニ依リ
 テ得タル知識ノ如ク誤謬ニ陥ルモノニ非スト言フナリ。アリストテレースモ亦
 「ヘーゲル」ノ説ニ從ハハ理性ヲ以テ根本知識ト爲シ、學問ノ基礎ト爲シタルモノ
 ノ如シ。中世ニ及ヒテハ實念論レアリスムスニ屬スル學者ハ純理論者ニシテ概念ヲ以テ經驗
 ヲ離レテ生來固有ニ存在スルモノト爲セリ。第十七世紀ノ前半ニ於テ佛蘭西ノ
 「デカルト」ハ哲學ニ大改革ヲ爲サント企テ、近世ニ於ケル純理論ノ始祖トシテ大
 ニ感覺ヨリ得タル知識ヲ疑ヘリ。氏ハ始メ數學上ノ知識ヲ以テ理性ニ基クモノ
 ト爲シ正確ナルモノト信シタリシカ遂ニハ此數學上ノ知識モ亦信憑ス可ラサ
 ルモノト爲スニ至リ、種々推論ノ結果自我ノ存在ヲ以テ認識ノ端緒トスルニ至
 レリ。蓋シ氏ハ一切ノ知識ヲ疑ヒタル後遂ニ疑フ者ノ存在スルコトヲ信スルコ
 トヲ得タリ、何ントナレハ或ルコトヲ疑フトイフ作用アル以上ハ此疑フトイフ

作用ヲ爲スモノ、存在ヲ前提スレハナリ。斯ノ如ク「デカルト」ハ一切ノ知識ヲ疑
 フ者即チ自分ノ存在スルコトヲ信セサル可ラサルニ至レルナリ。已ニ自分カ存
 在スル以上ハ神ノ存在ナカル可ラス、而シテ神ノ存在アル以上ハ世界ノ存在ナ
 カル可ラストハ氏ノ論法ナリ。「デカルト」ノ自我又ハ自分トハ疑フ者ナリ、而シテ
 疑フ者トハ身體ニ非スシテ思考ナリ、考フルコトナリ。氏カ「我」ハ考フ、故ニ我ハ存
 在ス」ト言ヘルハ乃チ此意味ナリ。斯ノ如ク思考ハ一切ノ知識ノ根本ナリ。絶對確
 實ノ根據ハ一ニ茲ニ存スルナリ。故ニ明瞭ニ考フルコトヲ得ルモノハ眞理ナラ
 サル可ラス。此明瞭ナル考ヲ表スニ明確觀念ノ語ヲ以テスレハ眞理ハ即チ此明
 確觀念ナリ。而シテ斯ノ如キ觀念ヲ發見スルノ方法トシテ氏ハ左ノ規則ヲ置ケ
 リ。

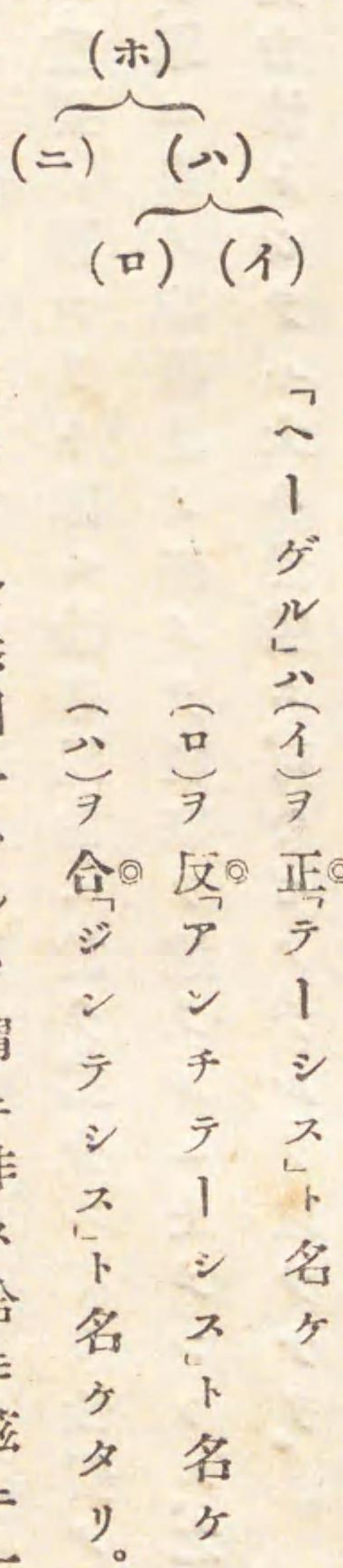
一、判明ニシテ疑フ可キ餘地ナキ迄ニ考フルコト能ハサルモノハ眞理トシテ
 許ス可ラス

二、各疑問ヲ出來得ル限り分析スルコト、各部ヲ明晰ニ考フルコトニ依リテ全
 部ヲ一層正確ニ知ルコトヲ得可シ(分析)

三、簡單ニシテ容易ナルモノヨリ進ミテ漸次ニ複雑ナル知識ニ達スルコト、
 四、必要ノ事項ハ一切省略スルコトナク、精密ナル計算ト觀測トヲ爲スコト、
 氏ノ考フル所ニ據レハ一切ノ觀念中最モ確實ナルモノハ外來ノ觀念即チ經驗
 ヲリ得タルモノニ非スシテ本來人類ニ固有ナル觀念ナリ。而シテ本有ノ觀念中
 自我ノ觀念ハ經驗ト離レ、之レトハ何等ノ關係ナクシテ最モ明晰ナルモノト爲
 シ之ヲ根據ト爲シテ知識ノ眞僞ヲ判斷セントシタルナリ。氏ノ後ニ至リテハ彼
 ノ「スピノーツア」ノ如キハ著シク純理論ノ傾向ヲ有シ、殊ニ數學的知識ヲ重シテ
 倫理ヲモ數學的方法ニ準據シテ論究セリ。ライブニツツ「ハ本有觀念ノ存在ヲ辯
 證シ、ウオルフ」モ亦頗ル獨斷的ニ純理論ノ方面ニ走レリ。純理論ト經驗論トヲ折衷
 シテ以テ認識論ヲ試ミタルハ「カント」ナリ。氏ノ後ニ出テタル哲學者ニシテ純理
 論ノ傾向ヲ有シタルハ「フイヒテ」ノ如キアリ、氏ハ「カント」ノ純理論ノ方面ヨリ立
 論シタル學者ナリ。又「シエーリング」ノ如キ、シヨツベンハウエル」ノ如キ「ヘーゲル」
 ノ如キ純理論者中ニ數フ可キモノナリ。「ヘーゲル」ハ一千七百七十年ヨリ一千八
 百三十一年迄獨逸ノ天地ニ呼吸シタル哲學者ニシテ其哲學論中殊ニ辯證法ハ

特質ヲ有シ大ニ學者ノ研究ヲ價ス。而已ナラス氏ノ學說ハ獨逸法律學者ニ影響
 ヲ及ホシタル所少ナカラサルヲ以テ氏ノ哲學的研究ニ基ケル國家論ヲ研究ス
 ルハ重要ノ事ナリト雖モ法學通論ニ於テ紹介ス可キ性質ノモノニアラサルヲ
 以テ、單ニ氏ノ辯證法ノ極メテ梗概ヲ述フルニ止メントス、之レ蓋シ純理論派ノ
 研究方法トシテハ大ニ參照ス可キモノナルヲ以テナリ。
 辯證法ニハ二個ノ形式アリ、其一ハ事實トシテ直接ニ觀セラレタル外界ノ範疇
 ニ適用スルモノナリ。直接ニ觀セラレタル外界トハ我等カ感覺ニ依リテ知ル外
 界ニシテ「ヘーゲル」ノ哲學系統ニ於テハ不完全ナル範疇ナリ。範疇トハ氏ノ用語
 ニ於テハ基本的ナル哲學上ノ概念ナリ。其哲學系統ニ於ケル基本的ノ概念ナリ
 而シテ此不完全ナル範疇ハ更ニ高級ノ範疇ニ達セサル可ラス。斯ノ如ク不完全
 ナル範疇カ更ニ一層高キ範疇ニ達スルコトヲ説明スルニハ現實ノ世界即チ我
 等カ感覺ニ依リテ知ル世界ハ其實際ニ於テハ諸多ノ事實ノ關聯セル世界ナル
 コトヲ示セハ足レリ。例ヘハ茲ニ「イ」ト「イフ」ノ範疇アリ又茲ニ「ロ」ト「イフ」他ノ範
 疇アリテ互ニ關係ナキ觀ヲ呈スルモ之ヲ分析スルトキハ「イ」ト「ロ」ト相關聯スル

コト、ナル。此(イ)ト(ロ)トノ關聯ハ「ヘーゲル」ノ考フル所ニ據レハ(イ)ヨリ(ロ)ニ推シ
 移ル際ニ觀スル事實ナリ。故ニ單ニ(イ)丈ニ就キテ其如何ナルモノナルカヲ判斷
 セント試ムル場合ニ於テ不思議ニモ(イ)カ或ル意味ニ於テ(ロ)ナルコトヲ發見ス
 可シ。斯ノ如ク一見矛盾ノ感覺中ニ兩者ノ關聯アルモノナルヲ以テ(イ)ヲ十分ニ
 説明セント欲スレハ須ラク(ロ)ヲモ考ヘサル可ラス、即チ一ノ範疇ヨリ他ノ範疇
 ニ推シ移リテ茲ニ(イ)ト(ロ)トノ關聯ヲ包含スルモノトシテ觀スルコトヲ得可キ
 (イ)(ロ)ノ合一ヲ認メサル可ラス。此ノ新ニ得タル合一ヲ形式ニ現シ、之ヲ名ケテ
 (ハ)ト爲ス。此(ハ)ハ連續系統中ノ高級範疇ニ屬スルモノニシテ前ト同一方法ニ基
 キ更ニ高級範疇ニ達スルコトヲ得ルモノトス。之ヲ圖ニ示セハ左ノ如シ。



「ヘーゲル」ハ(イ)ヲ正、テ(イ)シスト名ケ
 (ロ)ヲ反、アンチテ(イ)シスト名ケ
 (ハ)ヲ合、ジンテ(イ)シスト名ケタリ。
 (イ)(ロ)ノ合一トハ兩者ノ全然同一ナルノ謂ニ非ス恰モ茲ニ一ノ平面板アリテ左
 右ノ兩方面若クハ上下ノ兩方面ヲ有スルモノトセハ此上下左右ノ兩方面ハ別

ニ混スルコトナクシテ合一セラレ、且兩者ノ差別ヲ失フコトナシ。斯ノ如ク(ハ)ニ
 於テ合一セラレタル(イ)及ヒ(ロ)ハ別ニ其差別ヲ失フコトナク、唯全過程ヲ明瞭ニ
 外形ニ表ハシタルニ過キス。

其第二ノ形式ハ外界ノ關聯ヲ承認シタル後ニ於テ主觀的ノ意味ハ又客觀的ノ
 意味ナルコト、外形ニ表ハレタル概念ノ過程ハ絶對事實ノ本質ヲ表示スルモノ
 ナルコトヲ辯證スル爲ニ用キルモノナリ。此形式ニ於テハ純理論的過程及ヒ其
 包含スル複雑ナル關聯ノ發達ハ普遍性ヲ具備スルモノニシテ、外形ニ表現スル
 カ爲ニ會テ經タル各主觀的段級トハ獨立ナルモノナリ。從テ此發達ハ即チ事實
 ナルコト、眞理ノ法則ナルコトヲ明ニスルニ在リ。斯ノ如ク或ル思索ノ過程ニ於
 テ其過程ニ必然ニシテ避ク可ラサル性質ヲ發見スルニ於テハ乃チ其段級ニ於
 テ知ルコトヲ得可キ唯一ノ眞理ヲ發見シタルモノナリ例ヘハ或ル觀察即チ純
 理論的ノ説明ハ概念ノ一定ノ系統アルコト換言スレハ(イ)(ロ)(ハ)(ニ)(ホ)等ノ關聯
 ナカル可ラサルコトヲ要求ス。今此要求ニ相應スル客觀的眞理アリヤト言フニ、
 此純理論的要求ハ普遍通ト必然性トヲ以テ對象ノ具有シ得可キ一切ノ道理ヲ

含蓄スルコトヲ證示ス、即チ發達シタル概念ハ其要求スル對象ナルコトヲ辯明スルニ在リ。

「ヘーゲル」ノ此辯證法ニ對シテハ學者ノ批評甚タ多シ、ヘーゲル派ノ學者ハ之ヲ以テ絶對ノ眞理ニ達スルコトヲ得ルモノト信シタルカ如シト雖モ此方法ニ對シテハ「概念活動ノ眞相ヲ表示シタルモノニ非スシテ、唯概念ノ作用ヲ包含スルニ止ル。從テ採ル可キ點ハ後段ニ在リ、然ルニ之ヲ混同シテ抽象形式ト具體形式ト共ニ包含スルカ如ク思フハ誤謬ナリ」トノ攻撃アリ。蓋シ精神全体ヲ一個ノ系統トシテ表示スルコトハ到底不能ノ事ニシテ、概念ノ方面ヨリ系統ヲ建テントスレハ活動的方面ヲ逸セザル可ラス、而シテ又活動的方面ヨリ系統ヲ爲サントスレハ概念ヲ含マシムルコト能ハサルヲ以テナリ。今之ヲ心理學上ニ觀ルニ(イ)ト(ロ)トヲ結合關聯スル(イ)アル可ク、而シテ又(イ)ト(ロ)トヲ結合關聯スル(ロ)アル可シ、然レトモ(イ)ト(ロ)トカ腦髓ノ作用ナルカ識ノ統一ナルカハ明瞭ナラス。「ヘーゲル」ハ如上ノ辯證法ニ基キテ刑罰ノ原則ヲ説明シ、刑罰ヲ以テ辯證的ニ現實トナシタル法律概念トナシ、法律ノ概念上ノ權力ニ依リテ犯罪ヲ斷滅スルモ

ノトナセリ。法律ハ道理ヲ現實トナシタルモノニシテ國家的意思ノ道理ノ表ハレタルモノナリ。犯罪トハ個意ノ總意ニ抵抗スルノ謂ニシテ、本來自己ニ反抗スル無効ノモノナリ。何トナレハ個意ハ總意ニ對シテ到底勝ツコト能ハサルモノナレハナリ。然レトモ之ヲ外形ニ存在スル上ヨリ觀レハ其無効ノ表示、其假現ノ認證ヲ要ス、而シテ之ヲ爲スモノハ刑罰ナリ。斯ノ如ク刑罰ハ法律否定ノ否定ニシテ直ニ肯定トナル可キモノ即チ法律ノ回復ナリト。

余ハ今「ヘーゲル」ノ刑罰說ニ對シテ是非ノ評言ヲ挿ム可キ時機ニ非ルヲ以テ之ヲ避ケ、純理論ニ基ク研究ノ著シキ例トシテ之ヲ示スニ止ム可シ。此他純理論的研究者ノ内ニ加フ可キモノハ一派ノ自然法學者ナリトス。

純理論的ノ研究ハ單純ナル法律學者ノ到底堪フ可キ處ニ非ス、又法律ヲ科學トシテ研究スル上ニ於テハ斯ノ如キ超經驗ノ範圍ニ立チ入りテ論スル必要モナシ。然レトモ苟クモ古代ヨリノ法律學說ヲ詳細ニ研究センカ爲ニハ此研究方法ヲモ知ルニ非レハ能ハサル處ナルヲ以テ一言シタル所以ナリ。猶詳細ナル説明ハ他日法律哲學ニ於テ之ヲ爲ス可シ。

第八節 經驗論的研究

純理論ト相對シテ認識論上ノ一大論派ヲ成スモノハ經驗論ナリ。一概ニ經驗ト云フ、其意義極メテ、明瞭ニシテ三歳ノ童子モ猶之ヲ識ルモノ、如シ。然レトモ經驗ノ意義ハ然ク明瞭ナルモノニ非スシテ、古來幾多ノ變遷ヲ經タリ今日通俗ニ用ヰラル、意味ニ於テハ經驗論ハ直接ニ感官ニ依リテ得タル知覺ノ過程ヲ以テ認識作用トナス。而シテ生來人ニ備ハル觀念即チ本有觀念ノ如キヲ否定ス。經驗論トハ斯ノ如ク一切ノ認識ハ總テ後天的ニシテ毫モ本有若クハ生來ニアラサルコトヲ論據トスルモノナリ。極端ナル經驗論ハ上述ノ如ク簡單ナリト雖モ感官ニ依リテ得タル知覺ト外物ト全然同一ナリヤ又感官ニ依リテ得タル個々ノ知覺ニシテ普遍性ト必然性トヲ得ルニ至ルヤ等ノ問題ニ關シテハ學說一定セス、從テ確實ナル説明ヲ與フルハ甚タ難事ニ屬ス。

今經驗論ノ沿革ヲ觀ルニ西洋ニ於テハ已ニ希臘ニ其源アリ經驗的論理學ノ萌芽之レナリ。希臘人ハ哲學並ニ數學、星學等ニ於ケルカ如ク醫學ヲ重ンシタリ、而シテ醫學ハ經驗ヲ主トスルカ故ニ「アルクマエオン」ノ如キ「ヒツボクラテス」ノ如キハ經驗的ニ認識ヲ論セシ傾向アリ。アンチステテテス「ハ認識ニ關スル經驗的態度ヲ明ニシタリ。而シテ一說ニ據レハ「アリストテレース」モ「醫家及醫術ノ影響ニ因リテ、同一又ハ相異リタル種々ノ場合ノ對比、一問題ノ分析、若クハ特別ヨリ全般ニ論及シ或ハ全般ヨリ特別ニ説下スルカ如キ經驗論的法則ヲ編成セシモノナリキト云フ。是レ「アリストテレース」ヲ以テ或ハ經驗論派ニ屬スト謂ヒ或ハ純理論派ニ屬スト謂フ所以ナル可シ。然レトモ氏ハ前節ニ於テ述ヘタルカ如ク寧ロ純理論派ニ列ス可キモノナランカ、何トナレハ氏ノ認識ハ其心理學の方面ヨリ觀レハ經驗ニ依ルモノナレトモ、唯經驗ニ依リテ原則ノ存在ヲ知ルノミニ止リ原則其モノヲ説明スルコト能ハサルヲ以テナリ。

「ストア」學派ニ至リテハ極端ナル常名主義ハ其形而上的個別主義ニ隸屬シテ簡單ナル感覺論ヨリハ稍高尚ナル認識ノ典型ニ關スル構成ヲ説ケルカ如キ點ナキニ非スト雖モ通常經驗論派ニ列セラル。論理學即チ「ロジック」ノ文字ハ創メテ此學派ノ用キタル所ナリト謂フ。但其意味ハ廣汎ニシテ修辭學、詩學、並ニ音樂及

ヒ文法ノ理法ヲモ包含セシモノ、如シ、エビクルス學派ハ純然タル經驗論派ナリ此學派ニ哲學ノ名ヲ冠スルハ寧ロ過キタルニ似タレトモ、感官ニ依リテ得タル知覺ヲ直ニ疑ナキモノトシ殆ント器械的ニ認識過程ヲ説明スルノ類ハ實ニ極端ナル經驗論派ト言ハサル可ラス希臘時代ノ懷疑論者ノ如キ若シ論理學ノ成立ヲ可能トセシナラハ經驗的組織ニ之ヲ限リシナル可シ。中世ニ在リテハ別ニ言フ可キ程ノコトナシ。近世ニ至リ英國ノ「ベーコン」ハ經驗論派ノ建設者ト稱セラル、之レ即チ第六節ニ述ベタル「フランシス、ベーコン」ナリ。氏ノ研究方法ハ主トシテ經驗ヲ根本トナシ、之ヨリ漸次ニ眞實ナル結論ニ到達セント欲スルニ在リ。故ニ氏ノ經驗的ナリト言フハ其研究方法ニ在リト知ル可シ、今試ニ其要點ヲ舉クレハ

第一研究ハ格別ノ場合ヲ蒐集スルヲ以テ始マリ之ヲ完全ナラシメンカ爲ニ

ハ餘遺ナク蒐集セサル可ラス。

第二之レ等蒐集ノ場合ヨリ比較對照ニ基テ研究セラレタル現象ニ添ハテ

ルモノヲ排棄シ、

第三期クノ如クシテ層一層簡單ナル形式即チ實在ノ概性ニ到達スルニ在リ。而シテ排棄ノ方法ハ陵々遅々タリ。從テ説明ハ常ニ格別ナル命題ヨリ漸次普通命題ニ進ムモノトス。各場合ノ蒐集餘遺ナキ時ニ於テ比較及ヒ排棄ニ因リテ眞實ノ結果ニ至ルコトヲ得可キナリ。此研究方法ニ對シテハ「アリストテレース」及中世ノ「スコラスチク」學派ノ原因論ニ依據スル所多キト、思想ノ理論的方面ヲ餘リニ拘束シタルトノ二點ニ於テ批難アリト雖モ近世ニ於ケル經驗的研究方法トシテハ其魁ナリト言ハサル可ラス。然レトモ純然タル經驗論派ニ屬スルモノハ「ジョン、ロック」及ヒ「ホッブス」ナリ「ホッブス」ノ學說ハ佛蘭西ニ入リテ「コンデヤク」ヤ、ド、トラシー」ノ經驗論トナレリ「ロック」ハ人心ニ印セラレタル生來ノ原則アリト言フカ如キ說ヲ全ク不稽ノモノト信シタリ。氏ハ「人類悟性論」ニ於テ人類ノ能力ノ及フ範圍ヲ研究シ、人類認識ノ確實性ト證據ト擴張トヲ檢討シタル上ニ於テ同時ニ意見ト認識トノ境界ヲ探リ、且確實ノ認識ヲ有セサル事物ニ關シテハ如何ナル標準ニ基キテ之ニ同意ヲ與フ可キカラ吟味セント企テタリ「ヒューム」ニ至リテハ極端ナル經驗論トナリ遂ニ因果律ヲ以テ永久連續ノ經驗ニ外

ナラサルモノトナセリ、ジヨン、スチユワート、ミル、フ如キモ亦經驗的脚地ヨリ論
 理學ヲ建設シタリ。更ニ又、ボスチビズムト稱スル、アウギユスト、コントノ學派ハ
 經驗的脚地ニアルモノト謂フコトヲ得可シ。

經驗論發達ノ進路ハ斯ノ如ク複雑ナリ。或ハ心理學ト關係シ或ハ哲學ト密接シ
 テ經驗ノ意義モ頗ル錯綜セリ。今日ノ學者モ頻リニ經驗ヲ重シシ經驗ニ基カサ
 ル知識ハ悉ク信憑スルニ足ラサルモノトセリ。從テ法律學ノ範圍ニ於テモ、自然
 法若クハ理性法ノ如キハ排棄セラレントスル傾向アリ彼ノ歴史派ト謂ヒ、分析
 派ト謂フモノ皆其根據ヲ經驗ニ置クモノナリ。然ラハ經驗トハ如何ナルモノナ
 リヤ。經驗ノミニ依リテ外界ノ説明ヲ盡シ得ルヤ。此點ニ關スル「ラッド」ノ研究ハ
 大ニ參照ノ價アリ、左ニ其大意ヲ述フ可シ。

經驗トハ現在茲ニ存スル意識ナリ、其最モ廣キ意味ニ於テハ意識ニ關係ヲ有ス
 ル事項ノ全部ナリ。故ニ現在ノ意識ノ後ニ來ル意識上ノ事實ハ後ノ時間ニ經驗
 スル意識ノ全部ナリ。經驗ノ意義ヲ斯ノ如ク解釋スレハ、是レ一個ノ想像ニ過キ
 ス、從テ斯ノ如キ經驗ハ學問上何等ノ意味ヲモ運ハサルナリ。極端ナル經驗論者

ノ説ト雖モ其意義ハ猶廣シ、即チ其經驗ノ中ニハ主觀ノ存在ノミナラス繼續ヲ
 假定シ、經驗ノ對象ヲ假定セサル可ラス其他主觀ニ判斷ノ標準アルコトヲ假定
 シ、而シテ又經驗ノ條件即チ生理的又ハ物理的ノ條件ヲ必要ナリト論ス、之レ等
 ハ總テ超經驗的事項ナリ。夫レ然リ是故ニ超經驗的要素ヲ假定セスシテ經驗ヲ
 説明スルハ不能事ト言ハサル可ラス。之ヲ心理學上ヨリ觀ルモ擴延ナキ内部ノ
 感覺カ單ニ結合スルトモ擴延ヲ有シ且外界ニアリトシテ認識セラル、對象ガ
 意識中ニ何故ニ生起スルカヲ説明スルコト能ハサルナリ、是レ實ニ超經驗的ノ
 モノヲ認容ス可キ證ニ非スヤ、「ラッド」氏著認識哲學第十一章全部及同氏著叙述
 及説明的心理學三百二十五面以下參照)

「カント」ハ認識論上ニ於ケル純理論ト經驗論トヲ折衷セント試ミタリ。而シテ直
 觀ノ形式即チ時、空ノ如キヲ以テ先天的トナシ、茲ニ外界ノ經驗ヲ宿シテ認識ヲ
 生スルモノナリト説述セリ然レトモ「カント」ノ折衷説ニ於テモ猶不完全ノ點ヨ
 リ全ク自由ナルコト能ハス然レトモ「カント」カ各一局ニ偏セントシタル純理、經
 驗ノ兩派ヲ折衷セント企テタルハ誠ニ善シ。深遠微妙ナル天地間ノ現象ハ單ニ

一主義ヲ以テ貫クコトハ極メテ難事ニシテ、強キテ一系統ノ下ニ律セントスレハ偏頗タラサル能ハス。

然ラハ今日以後ノ學者ハ如何ナル態度ニ於テ法律ヲ研究ス可キカ。認識論カ大哲學者、カント以後再ヒ兩面ニ岐レ、遂ニ復タ「カント」ニ歸ラントスル傾向アルト同時ニ科學ノ原則ヲ哲學的ニ論評シテ其眞價ヲ定メントスル方向ヲ取ルニ似タリ。前者ハ遂ニ純然タル哲學論ニ入ルヲ以テ、余ハ寧ロ後者ニ則リ哲學的批評ノ態度ヲ以テ法律研究ニ一生面ヲ開カントス。是レ史的研究分析的研究ト相對シテ誠ニ必要ナル研鑽方法ノ一ナリト言ハサル可ラス。

第三章 法律學ノ範圍及研究問題

第九節 法律學ノ範圍

余ハ今法律學ノ定義ヲ簡單ニ述フ可キノ時機ニ到達セリ。現下ノ法律學者ハ定義ニ重キヲ置キ、殆ント定義ヲ以テ法律學ノ何タルカヲ盡サント欲スルニ似タリ。然レトモ定義トハ一語ノ意義ヲ言明スル命題ヲ謂フナリ。而シテ其意義ハ普

通ニ認容セラル、モノト演說者又ハ記者カ特別ニ定メタルモノトアル可シ。法律學ノ定義トハ即チ法律學ノ意義ヲ言明スル命題ナリ。此命題ハ已ニ述ヘタルカ如ク多種多樣ナリ、其結果法律學ニ廣汎ナル範圍ヲ與ヘ又ハ狹小ナル區域ヲ供ス。羅馬法律學者、ウルピヤースノ如キ近世哲理法學者中「スピノーツア」ノ如キハ廣キ意味ニ法律學ヲ解シタルモノナリ。之ニ反シテ「法律學ハ人定法ノ學問ナリ」ト定義シタル英國ノ「アウステン」ノ如キハ狹キ意義ヲ採リタルモノニシテ專ラ人定法ノ分析研究ヲ以テ法律學ノ能事了レリト爲スモノナリ。普通ノ定義ハ斯ノ如ク學者ノ觀ル所ニ因リテ差違アリ。英吉利ノ法律學者ハ判決例ノ數甚タ多クシテ法律ノ解釋ハ一ニ慣習ト判例トノ支配ヲ受クル狀態ナルニ係ハラス猶ホ且法律學ヲ形式的ニ定義セントスル傾向アリ例ヘハ「ホルランド」ノ如キ之レナリ。其言ニ曰ク、法律學ハ人定法ニ關スル形式的學問ナリト自然法ノ思想ノ如ク空漠ナル觀ヲ呈スル學說ハ英吉利ニ於テ其根據ヲ造ルコト極メテ困難ナリ。然レトモ單ニ法律學ヲ以テ人定法ノ學問トナシ又ハ人定法ニ關スル形式的學問ナリトスルカ如キハ一局ニ偏シタル定義ナリト言ハサル可ラス。獨佛ノ

法律學者ハ稍純理論的傾向ヲ帶フル者多ク從テ其定義ノ如キモ普遍性ヲ備フルモノ多シ人民ノ總意トノ定義ノ如キ法律ノ形式ヲ說述シタルニ過キサレトモ之ヲ英吉利學者ノ單ニ人定法ト云フニ比較スレハ其意味廣シ何トナレハ法律ハ人民ノ總意ナリ、而シテ此人民ノ總意ニ關スル學問的研究ハ直ニ是レ法律學ナリト言フニアレハナリ。

自然科學ハ自然現象ノ彙類綜合分析ヲ方法トシテ其現象ヲ支配スル通則ヲ發見シ之ヲ秩序的ニ說明叙述スルニ在リ。而シテ一定ノ行事ニ對シテ一定ノ結果ヲ豫定スルコトヲ得ルニ至ルモノナリ。法律學ハ自然科學ト異リ單ニ生活現象ノ彙類綜合ニ依ルモノニ非ス。生活現象ニ一定ノ價值ヲ與ヘ是ヲ取捨選擇スルコトヲ主眼トスル學問ナリ。而シテ法律現象トハ此生活現象ニ一定ノ價值ヲ附シタル狀態ヲ謂フモノナリ、學者或ハ曰ク法律學トハ法律現象ヲ彙類シ蒐集シテ一定ノ原則ヲ發見シ其原則ノ下ニ千狀萬態ノ法律現象ヲ整列スルノ學問ナリト。是レ法律學ノ一面即チ解釋學ノ定義ヲ示シタルニ止リ、未タ法律學ノ定義ト爲ス可ラス直ニ法律現象ト論スルニ先ンシテ法律現象ノ如何ナルモノナル

カヲ判斷セサル可ラス。而シテ之ヲ判斷シテ法律現象ノ明確ナルヲ得テ始メテ法律現象ノ彙類モアル可ク、蒐集モアリ得可シ、未タ法律現象ノ確定セサル前ニ其現象ヲ彙類蒐集スルコト能ハサルナリ。

法律現象ハ何ヲ標準トシテ之ヲ判斷ス可キカ。有法以後ニ法律生活アリ有法以前ニ法律生活ナシ。果シテ然ラハ法律現象ハ法律ノ有無ヲ標準トシテ之ヲ決ス可キカ、歴史家ノ傳フル所詩人ノ歌フ所ヲ以テ疑ナシトスレハ、人類少クトモ今日世界ニ生存スル各人種ノ往古ノ狀態ニ於テハ無法律ノ時代アリシナリ。復讐鬭爭戰亂ヲ事トシテ何等ノ秩序ナカリシ時代アリシナリ。此時代ニ於テハ法律現象アリシト言フ可ラス。然レトモ此時代ニ於テモ秩序的の生活ノ萌芽ナカリシニ非ス、而シテ有史以後トナリテハ秩序觀念ノ發達稍徵證トス可キモノアルヲ以テ之レヨリ以後生活現象カ漸次法律現象トナリシコトハ疑ナキモノ、如シ是ニ於テカ頗ル難問ヲ生ス法律思想ト法律現象ト何レカ先ツ發達シタルカノ問題之レナリ。獨逸ノ「イェーリング」ハ法律ヲ以テ目的律ノ發展シタルモノトナシ而シテ茲ニ法律アリテ漸ク茲ニ法律感覺ノ發生アリトナシ、而シテ茲ニ法律

感覺ノ發生アリテ漸ク茲ニ法律思想アリトナセリ。
 余ハ無益ナル論理上ノ誤謬ニ陥ランコトヲ恐レテ序論第一節ニ法律思想ノ一端ヲ説明シタリ。權力ヲ以テ維持セラル、公秩序ニ關スル思想ト論斷シタルモノ乃チ是レナリ。凡ソ人類ノ腦裡ニ先天的ニ法律生活ト離レテ法律思想ノ存在アル可キ理由ナキヲ以テ、此思想カ人類ニ本有ナリ、故ニ法律思想ハ法律現象前ニ存在スト言ハ、是レ獨斷誤謬ノ論タラサル能ハス然レトモ理想ヲ以テ判斷スルノ形式ハ法律現象以前ニアルモノタルコトハ何人モ之ヲ否ムコト能ハス而シテ生活現象中ニ在リテモ優劣ノ事實、正義不正義ノ行爲アリテ共同團體ノ各員ヲ支配セシコトハ想像シ得可キコトナル而已ナラス、多少歴史上ノ證明ヲ許容スル所ナリ。此判斷ノ形式ハ未タ團體員ノ全部ヲ包含スルニ至ラス、又將來ニ向ツテ支配ス可キ確實ナル保障ヲ生セサルヲ以テ今日ノ學者カ唱道スルカ如キ法律ヲ成サスト雖モ或ハ慣習トシテ或ハ内部ノ事實トシテ隱約ノ間ニ法律現象タリシナリ。唯外形ニ表ハレサリシノミ。唯法律トシテノ形式的効力ヲ得ルニ至ラサリシノミ。法律思想ハ此際ニ於テ已ニ存在セシモノナリ。而シテ此思

想ノ發動ニ由リテ法律ヲ生シ、法律成リテ然ル後學者ノ謂フ所法律思想ヲ生ス然レトモ有法以後ノ法律思想ト有法以前ノ法律思想トハ實質ニ於テ異ル所ナシ。唯後者ニハ法律ノ綯彩ナク、前者ハ法律ノ印象ヲ受ケ、法律ノ爲ニ一定ノ模型ヲ與ヘラル、差アルノミ。イエーリングノ説ク目的律トハ余カ言フ法律思想ノ一ナリ。

法律學ハ何レノ點ヨリ發足ス可キカ。有法以前ノ法律思想ヨリ發ス可キカ若クハ有法以後ノ法律思想ヨリ論歩ヲ進ム可キカ。之レ法律學ノ定義ヲ與ヘ且其範圍ヲ定ムルニ當リテ第一ニ決ス可キ重要事項タリ。自然法ヲ唱ヘタル學者ノ中ニハ純理論ノ根據ニ陣ヲ布キ殆ント本有觀念ノ如キモノトシテ法律思想ヲ論スル者アリ。然レトモ是レ余カ茲ニ述フル法律思想トハ聊カ相違アリ。余カ言フ法律思想ハ有法以前ノモノト雖モ社會現象トシテ學術的研究ヲ容ル、モノナリ。注意ヲ要ス。法律學ノ大體ノ意義ニ關シテハ第二節及ヒ第三節ニ於テ之ヲ説ケリ。法律學ハ實學ニシテ系統的研究ヲ主トスル精神科學ニ屬スト謂ヒ、權力ヲ以テ維持セラル、公秩序ニ關スル思想ノ進化發展ニ關スル研究ナリト論シタ

ルモノ之レナリ。抑モ公秩序ニ關スル思想ハ有法以前ノ思想ナリ、權力ノ觀念亦
 有法以前ノ觀念ナリ。法律ハ其進歩ノ方面ヨリ論スレハ此思想此觀念ニ依リテ
 構成セラレタルモノナリ。公秩序ハ更ニ之ヲ解説スレハ差別ノ思想ニ基キタル
 理想ノ實現ナリ。差別ノ思想ヲ更ニ詳述スレハ生活ノ實相ニ基キタルモノニ非
 スシテ理想ニ歸因シタルモノナリ。斯ノ如ク論スルハ或ハ歷史上ノ事實ニ反ス
 ルモノニ似タリ。然レトモ少シク注意ヲ拂ハンカ、却テ歷史上ノ事實ニ符節ヲ合
 スルヲ知悉スルニ至ル可シ。試ニ之ヲ説明センカ、法律以前ノ世界ハ言フ迄モナ
 ク暴力制先ノ状態ナリ。壓制殘酷恐ラクハ此時代ノ特色ナリシナラム。是故ニ理
 想ノ支配ヲ斯ノ如キ境涯ニ求ムルハ恰モ荒野ニ益裁ヲ探クルニモ均シカルカ
 如シ。然レトモ是レ事物ノ一隅ヲ舉ケテ直ニ他隅ヲ推斷セント欲スル論法ナリ
 暴力制先ノ實狀ハ秩序ノ觀念ヲ生セス、若シ戰亂鬪爭ヲ以テ有法以前ノ生活ナ
 リトスレハ此關係ハ永劫ノ未來ニ繼續ス可ク、一雄起リテ一雄滅ヒ攻伐掠奪常
 ニ斷ユルコトナカル可キナリ。然レトモ一方ニ生活要品ヲ得ルノ需求アリテ他
 方ニ仁君賢主アリ以テ團體結合ノ力ヲ強クシ、他ノ團體ト戰フ間ニモ同一團體

ノ内ニ在リテハ團體員ノ理想的價值ノ差別アリテ上下君臣ノ分茲ニ行ハレ、斯
 ノ如クシテ公秩序ノ觀念ノ發生ヲ見ルニ至リシモノナリ。國家思想ノ發達ノ旺
 盛ナル今日ノ如キニ在リテハ、兵馬ノ權船艦ノ威一ニ國家ニ在リ、故ニ快々トシ
 テ樂マサルノ徒ト雖モ兵馬船艦ノ威力ニ恐懼シテ屈從スルモノモアル可シ、然
 レトモ有法以前ノ人民ニ在リテハ文明ノ生産タル銳利迅速ノ兵器ナク、相互ノ
 力其距ルコト甚タ遠カラサリシヲ以テ、剛勇者ト雖モ力量ノ一點ノミニ因リテ
 萬衆ヲ服スルコト能ハサリシナリ、是故ニ優勝者ニシテ能ク其優勝ノ地位ヲ保
 持スル者ハ單ニ兵馬暴力ノ勝者ニ非スシテ徳ヲ以テ、仁惠ヲ以テ自然ニ服從セ
 シムルノ人ナリ。是レ古今東西ノ歴史カ明ニ證スル所ニシテ深ク辯スルヲ要セ
 ス。余カ差別ノ思想中特ニ理想ニ基キタルモノヲ以テ公秩序ノ起源ト爲スハ此
 理由ニ存ス。彼ノ「ヒューム」カ服從ヲ以テ法律ノ要件トナシタルモ蓋シ同一趣意
 ナル可シ。法律ハ此思想ヨリ發ス。故ニ學問トシテ之ヲ研究センカ爲ニハ須ラク
 此思想ノ進化發展及ヒ完成ニ關スル研究ヲ爲サ、爾可ラサルナリ。然ルニ英吉
 利ノ法律家タル「アウステン」ヤ「ホルランド」ノ如キハ法律學ヲ以テ人定法ノ學問

ト爲ス。故ニ彼等ニ若シ法律思想ノ如何ナルモノナルカヲ問ハ、必ス其唱道スル人定法ヨリ得タル思想ト答フルナル可シ之レモ亦法律思想ナルコト誰人カ之ヲ疑ハンヤ。然レトモ此法律思想ト余ノ有法前ノ法律思想トノ間ニハ實ニ左ノ如キ差異アルナリ。

(イ)有法以前ノ法律思想ハ理想ヲ基礎トス

(ロ)有法以後ノ法律思想ハ現實ノ法律ヲ根據トス

(ハ)有法以前ノ法律思想ハ惡法モ亦法律ナリトノ觀念ト相容レス

(ニ)有法以後ノ法律思想ハ此觀念ヲ含ムコトナシトセス

(ホ)有法以前ノ法律思想ハ科學的研究ヲ待ツテ發展ス

(ヘ)有法以後ノ法律思想ハ科學的研究ヲ容レサル場合アリ

余カ理想ト言フハ非經驗的理性ニ非ス、之ヲ以テ自然法ノ學說ト混同スルヲ許サ、ルナリ。腥風慘憺タル戰亂倥傯ノ世界ニ在リテ、此修羅場ヲ脱離セント欲スルモノハ實ニ公秩序ノ理想ナリ。有法以前ノ法律思想ハ此公秩序ヲ基礎トナス是故ニ法律ハ此理想ノ實現ナラサル可ラサルニ、實際ニ於テハ往々反對ノ結果

ヲ來シテ寧ロ此理想ト容レサル場合少シトナサス。ベンサムカ自然法ニ對スル攻撃ニ於テハ此事實モ亦有力ナル論點ノ一ナリシナリ。然レトモ氏ノ攻撃ハ自然法ニ對スル攻撃ナルヲ以テ余カ茲ニ言フ法律思想ノ攻撃トナスコト能ハサルナリ。理想ト現實トハ相反ス、然レトモ理想ハ自然法ニ非サルナリ。

法律思想ニシテ公秩序ノ理想ヲ基礎トスルモノトセンカ、果シテ然ラハ惡法モ法律ナリトノ觀念ト相容ル可ラス。蓋シ惡法トハ公秩序ヲ破壊スルノ法律ナレハナリ、之ニ反シテ人定法ヨリ得タル法律思想ニ於テハ主トシテ其法律タル効力ヲ有スル點ニ重キヲ置クカ故ニ法律ノ實質ヲ問フコトナシ。法律ヲ以テ主權者ノ命令ナリト定義スル學派ノ觀察ハ正シク斯ノ如カル可シ。何ントナレハ法律已ニ主權者ノ命令ナリ。苟クモ命令タル以上ハ如何ナルモノカ法律タラザラン。即チ惡法モ亦法律ナリトノ觀念ヲ含ムコトアル所以ナリ。

有法以前ノ法律思想ハ上述ノ如ク公秩序ノ理想ヲ根據トナス、是故ニ生活現象ヲ研究シテ人民性情ノ歸趣ヲ尋テ、如何ナル法律ヲ作成シテ此理想ニ適合セシム可キカヲ研究セサル可ラス。而シテ此研究ハ法律思想ノ研究ト稱スルニ於テ

毫モ不都合ヲ認メサルナリ。然レトモ有法以後ノ法律ヨリ得タル思想ハ善法惡法ノ混合ヨリ得タル思想ナルヲ以テ之ヲ記述スルコトヲ得可シ、然レトモ精神的科學トシテ系統的ニ之ヲ研究スルコト能ハサルナリ、故ニ通常科學ノ分類ヲ爲スニ當リ、歐米ノ科學者カ法律政治ノ學ヲ以テ記述的科學ニ列スルハ主權命令ニ重キヲ置ク法律論ニ基キテ說ヲ爲スモノト見ル可キナリ。

法律ハ法律トシテハ研究ノ途ナシ、唯解釋アルノミ、故ニ人定法ヲ基礎トシタルノミニテハ確實ナル根本義ヲ發見スルコト能ハサルコト寧ロ多シト言ハサル可ラス、人定法ノ研究即チ法律學トスル脚地ヨリ觀レハ主權者ノ命令ト人定法ト相矛盾スルコトナキヲ保セサレハナリ、假ニ矛盾スルコトナクシテ人定法ノ研究分析等ニ依リ根本義ヲ得テ一定ノ記述ヲ爲シ得タリトスルモ、前ニ出シタル命令カ後ノ命令ト相交渉スルノ理由ハ斯ノ如キ法律學ニ於テハ到底知ルコト能ハス果シテ然ラハ之ヲ法律學ト名クルモ實ハ學問ニ非サルナリ、故ニ余ハ法律學ヲ以テ單ニ人定法ノ學問ナリトスルノ定義ヲ採ラスシテ、法律思想ノ方面ヨリ觀察シ、法律學ヲ以テ公秩序ニ關スル思想ノ系統的的研究ヲ經トシ其進化

發展及理法ノ研究ヲ緯トシテ構成セラルル精神科學ナリト言ハントス、而シテ此思想ハ人類生活ノ方面ヨリ觀察スレハ、スピノーツアノ所謂生活ノ考案ナルヲ以テ、之ヲ稱シテ拘束力ヲ有スル人類生活ノ考案ノ研究ニ關スル學問ナリト定義スルモ差問ナシ、此思想此考案ニシテ一度法律トナランカ、是レ已ニ思想ニ非ス、又考案ニモ非サルナリ、故ニ此場合ニ於テハ解釋アレトモ學問ナシ、唯之ヲ學問的ニ研究スルハ其考案ノ側面ヨリ之ヲ爲ス而已。

法律學ハ即チ上來說述シタルモノナリトスレハ其範圍ハ人定法ニ限ル可キニ非ス、一層其範圍ヲ廣カラシム可キナリ、而シテ其如何ナル問題ヲ研究スルカハ次節ニ於テ之ヲ說カントス。

第十節 法律學ノ研究問題

法律學ノ範圍ヲ具體的ニ示サンカ爲ニハ其研究問題ヲ說カサル可ラス、今日ノ實際ヲ見ルニ法律學トシテ研究スルモノハ憲法、行政法、訴訟法、民法、刑法、商法、國際私法、國際公法、比較法制史、國別法制史、羅馬法、法學通論、法理學等ニシテ場合ニ

依リテハ國法學、法例、破産法、契約法ノ類モ特別ノ研究問題トナルコトアリ。此中
 已ニ人定法ノ範圍ヲ脱スルモノアリ。即チ獨逸等ニ於テ研究ノ一科目タル法理
 學中ノ法律學說ニ關スル研究之レナリ。又國際公法ノ如キハ精確ナル意味ニ於
 テ人定法ト云フコト能ハス。而シテ主權命令ノ學派ヨリ論スレハ法律タルコト
 能ハサルナリ。故ニ現今ノ實際ヨリ判斷スルモ單ニ人定法ノ研究ニ制限シタル
 法律學ノ定義ハ甚タ狹キニ失スルヲ知ルニ足ラン。

余ハ法律學ノ研究問題トシテ左ノ各項ヲ擧ケントス。

- 第一、公秩序ニ關スル思想ノ研究、
- 第二、公秩序ニ關スル思想ヲ形式ニ表ハシタル考案ノ研究、
- 第三、秩序維持ノ根源タル權力ノ研究、
- 第四、考案ニ密接ノ關係アル社會現象ノ研究、
- 第五、考案ニ密接ノ關係アル生理及心理現象ノ研究、

之レナリ。第一ノ研究問題ハ法律ノ未タ形式ヲ爲サ、ル前ニ於ケル思想ノ研究
 ナリ。如何ニシテ公秩序ノ思想ハ起リシヤ、其生起ニ必要ナル事項ハ如何、其進歩

發達並ニ考案トシテ法律トナルノ理由等ヲ説明スルモノナリ。此問題ハ未タ法
 律學ノ一科トシテ實際ノ研究ヲ經ルニ至ラスト雖モ社會心理學ノ研究事項ト
 シテ必要缺ク可ラサル問題ナリ。而シテ此問題ニ於テ主トシテ研究セラル、モ
 ノハ慣習ナル可ク、權利ノ思想ノ如キモ、權利ニシテ「デルンブルヒ」ノ説クカ如ク
 有法以前ノ思想ナリトスレハ勢本問題中ノ最モ趣味アル研究トナル可キナリ。
 第二ノ研究問題ハ人定法ノ研究ナリ。而シテ解釋ノ場合ニ於テモ考案トシテノ
 解釋ニシテ從テ命令的解釋ニ非ルナリ。今日主トシテ法律學トシテ研究セラル
 、ハ此問題ナリ。權利ノ如キモ法制ノ結果トシテ研究セラル、ハ此問題ニ屬ス、
 第三ノ研究問題ハ權力ノ問題ナリ。權力ハ契約ノ結果ナリヤ、君王ノ威力ナリヤ、
 國民ノ總意ナリヤ、團體ノ意思ナリヤ、之レ等ノ問題ヲ歷史上ノ發達其變遷ニ徵
 シテ研究スルナリ。

第四ノ問題ハ法律ニ密接ノ關係ヲ有スル社會現象ノ研究ナリ。法律ハ一面ヨリ
 觀察スレハ考案ナリ。秩序生活ノ考案ナリ。是故ニ社會現象ト關係アルハ何人モ
 想像シ得ル處ナリ。蓋シ人類ハ「アリストテレーヌ」ノ述べタルカ如ク社交性ヲ有

シ團體的生活ヲ營ムヲ以テ其本領トナス。水草ヲ逐ヒテ移住セシ未開人民ノ間ニ在リテモ多少團體全部ニ影響スル生活現象アリシモノニシテ、今日ノ如ク益進歩シテ遂ニ世界的交通ノ隆盛ヲ來シタルニ於テハ經濟倫理等ノ如ク人類全般ニ關係アル社會現象ト密接ノモノタリ。從テ之レ等社會現象ハ法律學ノ研究問題トナル可キモノナリ。

第五ノ研究問題ハ廣キ意味ニ於ケル生理現象及心理現象ニシテ公秩序生活ノ考案ニ密接ノ關係アルモノ、研究ナリ。民法ノ規定ニ入ル可キ事項ノ内ニハ人ノ出生死亡ノ如キ年齡健康等ニ關スルモノアリ。刑法ニ於テモ之ニ關係ノ問題多ク、而シテ行政法ニ於テモ密接ノ關係ヲ起スコト甚タ少ナカラス、更ニ又心理問題ニ至リテハ人類行爲ノ原動力ナルカ故ニ此問題ヲ研究シテ行爲ノ原因、其心理的影響等ヲ明ニスルハ立法上又解釋上甚タ須要ナリ。

以上ノ五項ハ何レモ法律學ニ於ケル研究問題ニシテ苟モ完全ナル考案ヲ得ンカ爲ニハ必ス研究セサル可ラス。然レトモ通常學校等ニ於テハ主トシテ考案ノ形式ニ重キヲ置キ、專ラ人定法ノ構成其解釋ノ研究ヲ事トシテ又他ヲ顧ミルノ

邊ナキカ故ニ大體ニ於テ第三ノ研究問題ニ全力ヲ注クト雖モ、是レ單ニ法律學研究問題ノ一部分ナルコトヲ記慮セサル可ラス。余ガ「ゾント」ノ分類法ニ準據シテ法律學ヲ系統的研究ニ屬セシメタルハ現今普通ノ意義ニ依リタル而已、若シ夫レ法律學ノ將來ニ在リテハ素ヨリ系統的研究ニ満足ス可ラズ、第一一節參照

第十一節 法律學ノ將來

法律學在來ノ研究法ハ第二章ニ於テ述べタルガ如ク而シテ其範圍及研究問題ハ前二節ニ於テ攻究シタル所ノ如シ。法律ノ解釋ヲ以テ單ニ法律學ノ研究事項ト爲スガ如キ淺薄ナル見解ヲ離レ少シク學問ノ大勢ニ着眼セシ學者ハ主トシテ純理若クハ經驗ノ陣地ニ立ツテ法律ノ研究ヲ爲シナリ、而シテ經驗論的研究方法ノ如キハ又幾多ノ肢分ヲ生ジテ法律學ノ研究方法ハ愈複雑トナレリ。斯ノ如クシテ研究方法ノ大綱ハ已ニ成レルガ如シト雖モ、駸々乎トシテ進展スル學問界ハ在來ノ方法ヲ墨株シテ止ムコト能ハザルナリ。之レ余ガ特ニ本節ヲ設ケタル所以ナリトス。今便宜ノ爲メ在來ノ研究方法ヲ示シ、更ニ進ミテ法律學ノ

將來ニ論及ス可シ。

(一)在來ノ法律學

(甲)純理論的研究

形而上之原理ヨリ發足シテ各現象ニ及ブ

(乙)經驗論的研究

各現象ノ研究ヨリ發足シテ原則ニ歸結ス

(イ)比較研究

(ロ)史的研究

(ハ)分析的研究

(二)將來ノ法律學

(イ)法制ノ史的研究

(ロ)法制ノ分析的研究

(ハ)法制ノ進化論的研究

(ニ)法制ノ比較研究

(ホ)現行法制ノ批評的研究

(ヘ)法律現象ノ統一的研究

在來ノ法律學中純理論的研究ヲ採リタルハ主トシテ哲學者ガ其哲學的脚地ヨリ法律ヲ論究セシ場合ナリ、例ヘバ第一章第五節及第六節ニ於テ述べタル多數ノ學說之レナリ。其方法ノ如キハ第二章第七節ニ於テ一端ヲ説明シタルヲ以テ茲ニ重説スルコトヲ避ク可シ。此研究方法ハ法律ノ概念ヲ求メ、其ノ道德トノ關係其ノ自由トノ交渉、及其ノ人類意思トノ本末ヲ説明スルモノニシテ、研究ノ基礎トナル所ハ研究者ノ先天的觀念ナリ、基本タル原理ハ經驗ヲ超越シタル形而上之認識ナリ。此學派ハ獨逸佛蘭西、伊太利等ノ歐羅巴大陸ニ多クシテ、英國ニ於テハ極メテ稀ナリ。此方法ニ於テハ法律學ヲ以テ或ハ形而上學ノ一部トナシ、或ハ心理學或ハ倫理學ノ一部トスルヲ通常トス。希臘ニ於ケル法理論ハ實ニ此方法ニ依據セシモノト謂ヒツ可シ。此研究方法タル英國ノ學者又ハ「ボシチビズム」派ニ屬スル學者ノ排斥スルガ如ク直ニ之ヲ非真理トスルコト能ハズト雖モ、研究ノ過程ニ於テ誤謬ナシト言フ可ラズ。即チ其過程ニ於テ法律現象ノ研究ヲ等

閑ニ付シ、形而上の原理ヨリ各種ノ法律概念ヲ歸結セントスル點之レナリ。經驗自體ノ中已ニ超經驗的假設アルガ如ク、科學的研究ハ其根本ニ於テ假設の原則ヨリ以上ニ出ヅルコト能ハザルガ故ニ此等科學ノ研究ヨリ得タル結果ハ究極ニ於テハ純理論的研究ヲ受ケサル可ラス、然レトモ此場合ニ於テハ其發足點ハ經驗ヲ基礎トスル諸多ノ科學ニ在リ、之レ從來ノ純理論的研究ト異ル所ニシテ從テ又後者カ其研究ノ過程ニ於テ誤レル所以ナリ。故ニ此研究方法ニ依リテ到達シタル原理及概念ニシテ、其研究者ノ天才ナルガ爲メ直ニ真理タルコトアリトスルモ學術的研究方法トシテハ大ニ修正セザル可ラザルナリ。

經驗論的研究ハ各現象ノ研究ヨリ發足シテ原則ニ歸結スルモノニシテ、何レモ經驗ヲ基礎トスルコト猶第二章第八節ニ於テ述べタルガ如シ。此研究方法ヲ採用セシ學者ト雖モ未ダ科學的研究ノ發達十分ナラザリシ際ニ於テハ純理論的研究者ト同一ノ筆法ヲ用非タルモノアリ、ホツブス¹、ロツク²等ノ學者ガ自然主義ヲ基礎トシテ自然狀態ノ說ヲ唱ヘタルガ如キ之レナリ。然レトモ之レ當時ノ風潮タリシ自然主義ニ薰化セラレタルガ爲メニシテ、經驗論的研究ノ本來ト云フ

可キニ非ズ。經驗論的研究ハ原則上經驗ヨリ得タル認識ヲ主トスルニ在リ、而シテ此方法ヲ法律學ニ應用スルニ當リテ三個ノ分派アリ、一ハ分析的研究ナリ、二ハ史的研究ナリ、三ハ比較研究ナリ。此等研究方法ハ時代ノ要求ニ應シテ漸次發達シタルモノニシテ各一長一短アリ、從テ此等ノ研究方法ニ對シテハ諸種ノ批評アリテ存ス、例ヘバ、ジエームス、ブライニス³ノ「史學及法律學研究」ニ於ケル第十二章ノ如キ之レナリ。

(イ)比較研究 此研究方法ハ在來ノ法律學ニ於テハ最モ後ニ發達シタル研究方法ナリ。而シテ此研究方法ハ各國民ノ法制ヲ比較研究シテ以テ法律認識ヲ明確ニセントスルニ在リ。即チ各國民ノ法制ヲ相對シテ比較スルニ在リ、希臘ニ於テ「アリストテレース」ノ如キハ已ニ此方法ヲ採用セシモノ、如シ(政治論參照)而シテ羅馬ニ於テモ萬民法^{ユスゲンチム}ノ如キハ比較研究ノ方法ニ依リテ發展セリト言フコトヲ得可ク、近世ニ至リテハ交通ノ進歩、各國殖民政策ノ必要等ヨリ特ニ此研究方法ノ發達ヲ見ルニ至レリ。蓋シ法律ノ實用上ニ於テモ又法律觀念ノ獲得ニ於テモ必要方法タルガ故ナリ。

比較研究ノ方法ハ外ニ猶三種アリ、一ハ人類學的研究方法ニシテ一ハ有史前エトノロキツシエリメトリヂ的研究方法ナリ、而シテ又一ハ法系的研究方法ナリ。人類學的研究方法ヲ唱ヘタル人ハ「ポスト」ルツルノー¹及「ヒルデブランド」ノ諸氏ニシテ有史前エトノロキツシエリメトリヂの研究ヲ採用シタルハ「ライスト」及「イーリング」ノ諸氏ナリ。此兩研究方法ハ未タ完全ナラザルガ爲メニ學者徃々ニシテ之ヲ非難スルモノアリ、ノイカムブ²ノ如キ之レナリ。氏ハ人類學的研究方法ニ對シテハ相環聯セザルモノヲ相環聯セリトシテ之レヨリ直ニ誤謬ノ斷案ヲ下スノ故ヲ以テ之ガ攻撃ヲ爲シ、又有史前エトノロキツシエリメトリヂ的研究方法ニ對シテハ本來明確ナラザル法律觀念ヲ說者ノ判斷ニ任セテ一定ノ形體トナシ、之ヲ基礎トシテ法律ノ通則ヲ發見スルノ故ヲ以テ客觀的ニ正當ナル結論ニ達スルコト能ハサルモノトシテ之ヲ論難セリ。蓋シ此論難攻撃ハ研究方法ノ不完全ナル點ヲ攻撃スルモノナルヲ以テ、人類學ノ研究ト共ニ人種相互ノ關係連絡明確トナルカ又ハ言語宗教傳説其他有史前ノ生活狀態ヲ斷定スルニ足ル材料ヲ得ルニ至リタル場合ニ於テハ一概ニ之ヲ排斥シ去ル可キニ非ス。

法系的研究方法ハ我國ニ於テハ穗積陳重博士之ヲ唱道シ世界ノ法系ヲ五分シテ(一)印度法系、(二)支那法系、(三)回々教法系、(四)羅馬法系、(五)英吉利法系ト爲セリ。「ジエームス、ブライス」氏モ亦法系レの研究方法ヲ採用スルモノニシテ氏ハ羅馬法系ト英吉利法系トヲ比較シテ歴史レの研究スル所アリ(同氏著「史學及法律學研究」參照)氏ノ言ニ據レバ比較研究ノ方法ハ空間(場所)ニ關スルモノニシテ恰カモ史的研究ノ時間(時)ニ關スルモノト相對ス、此研究方法ニ於テハ發達シタル各法系中ノ概念、學說原則及制度ヲ蒐集シ、之レヲ精覈シ以テ其間ノ連絡交渉ヲ發見スルニ在リ、或ハ少クトモ多數ノ法系中ニ於テ、異同ノ點ヲ標識シテ氏ノ見解ニ據レバ比較研究方法ニハ二様アリ一ハ比較文法學ニ比ス可ク兩系統ノ異同ヲ説明スルニ社會史及政治史ノ助ヲ籍リ來リテ普遍的ニシテ要用且永遠ノ觀念ヲ得、斯ノ如クシテ狹隘皮相ノ見解ヲ避クルニ在リ、而シテ他ノ方法ハ歴史ニ準據スル所アリト雖トモ時間ノ範圍狹ク多クハ同時代ノ各國法ヲ研究スルモノニシテ主トシテ實用的ナリ、法律學ノ研鑽方法トシテ

ハ實ニ第一ノ方法ヲ以テセサル可ラスト(同書二卷一八六面以下一九〇面參照)

(ロ)史的研究 此研究方法ニ於ケル根本的假設ハ法律ヲ以テ自然法學者ノ唱フルカ如ク萬世不變ノモノトナサスシテ斷ニス進化發展スル社會現象ト爲スニ在リ。法律ハ言語ニ比較セラレ而シテ史的研究ニ功勞アリシ「アイヒホルン」ヤ「サビニー」ヤ「プフタ」ノ諸先輩ハ語學ノ史的研究者タリシ「ウイルヘルム」フ「オン」フ「ンボルト」及「ヤコーブ」グ「リム」ノ諸氏ニ對比セラル。蓋シ史的研究ノ方法ヲ採用スル學者ノ見解ニ據レバ法律ハ社會現象ノ一ニシテ他ノ社會現象ノ如ク常ニ進化發展ノ過程ニアリ寸時モ底止スル所ナシ。即チ法律現在ハ忽チ法律過去トナリ又倏チ法律將來トナルモノタリ。故ニ時間ノ一定點ニ於テ觀察スル法律現象ハ直ニ又其前後ト關係アルモノニシテ、法律進展ノ方面ヨリ論スレハ僅カニ一部觀察タルニ過キス、故ニ能ク法律ノ沿革ヲ研究シテ一ハ法律ノ過去狀態ヲ明ニシ一ハ現在ノ法理ノ爲ニ資スル所アラントスルモノタリ。事物ヲ沿革的ニ研究ス可キコトノ必要ハ唐人劉知機モ亦之ヲ唱ヘタリ

史通ノ「書事」ニ曰ク、今更廣以三科。用增前目。一曰叙沿革。二曰明罪惡。三曰旌怪異。何者。禮儀用舍。節文升降。則書之云々。ト其沿革ヲ叙スルト言フモノ史的研究ニ資スル所アリシモノニ非スヤ。然レトモ沿革ノ文字ハ過現ヲ觀テ將來ヲ言ハス、之レ事物ノ過去ノ研究ニ於テ免レ難キ所ナリ。史的研究ニ於テモ亦然リ。彼等ハ法律ノ過去ヲ說キ現在ニ及ブ。之ニ反シテ法律ノ將來ヲ語ルモノハ法律學ノ埒外ニ逸出スルガ如ク思惟セリ。即チ史派ノ學者ハ法律ガ國民精神ノ發現ニ係ルヲ以テ、法律ノ國民ト共ニ生シ、國民ト共ニ發育シ、國民ト共ニ死滅スルヲ說ケトモ法律ノ將來ヲ語ルコトヲ欲セサルナリ。

史的研究ヲ唱ヘ又ハ史的研究ニ從事シタル學者ハ伊太利ニ於テ獨逸ニ於テ佛蘭西ニ於テ英吉利ニ於テ其數甚ダ少ナカラス、從テ又有名ナル學者アリシナリ。「グイコー」。「モンテスキュー」及前掲獨逸ノ諸學者ノ如キ又英國ノ「メイ」ノ如キ獨逸ノ「イエーリング」ノ如キ之レナリ。

「ブライス」ハ史的研究ノ効益トシテ(一)該研究方法ガ抽象論又ハ論理學ノ說明シ能ハサル多クノ概念、學說、及規則ヲ說明シ得ルコト(二)該研究方法カ一時期

ニ於ケル概念及規則ニシテ其時期ニ於テ合理且有益ナルモノト雖モ永遠ニ同一態ヲ維持シ得ザルコト即チ榮格盛衰アル可キコトヲ示シ得ルコトノ兩者ヲ擧ケタリ。而シテ氏ハ又其弊害トシテハ叨リニ既往ニ拘泥シテ進歩ヲ妨ケ若クハ普通ノ歴史又ハ政治史ニ終ル可キコトヲ說ケリ。(史學及法律學研究二卷一八四、一八五面參照)此外猶論難アリト知ル可シ。

(八)分析的研究 分析的研究ニ於ケル分析ノ意義ハ他ノ術語上ノ意義ト同一ナリ。此研究方法ハ自然科學ノ發達ニ促サレ、純理論的研究ニ對シテ起リタルモノトス。分析トハ複雑體ヲ剖解シテ簡單ナル構成分ト爲スノ故ナリ。例ヘバ化學ニ於テ物質ヲ分析シテ原素ニ歸結スルカ如シ、是故ニ法律學ニ於テモ亦分析スル所ノ對象ナカル可ラス。分析的研究ヲ採用シタル學者一二ニシテ足ラサルカ故ニ其對象素ヨリ相一致セスト雖モ、廣義ニ解スレハ法律觀念ヲ分類シ其内包ヲ説明シ、觀念相互ノ關係ヲ明瞭ナラシムル研究方法ヲ謂フナリ。學者ニシテ單ニ人定法ニ限リ此方法ヲ採用スルモノアリ、或ハ又廣ク功利主義ヨリ觀察シタル諸種ノ觀念ニ應用シタルモノアリ。ノイカムブ^{ノイカムブ}ノ如キハ前

者ニ屬シ、「ベンサム」、「アウスチン」ノ如キハ後者ニ屬スルモノナリ。

獨逸ニ於テハ史的研究ノ盛ナルカ如ク、分析的研究モ亦盛ナリ、而シテ「イェーリング」ノ如キハ其著「羅馬法精神論」ニ於テ、複雑多端ナル材料ヲ精鍊シテ單純簡明トナシ斯クノ如クシテ多數ノ材料ヲ支配スル學問的研究ヲ稱シテ法律化學ト謂ヒ、其技術ヲ稱シテ法律解剖術ト謂ヘリ(同書二卷ノ二第三章參照)其他「ビンデング」ハ「法則論」ニ於テ、「ラバンド」ハ「獨逸帝國國法論」ニ於テ、而シテ「ア」^{一、}「エス、シユルツエー」モ亦私法ニ關スル其著書ニ於テ分析的研究ヲ試ミタリ。英國ニテ分析的研究者トシテ有名ナルハ前述ノ如ク「ベンサム」及「アウスチン」ナリ。蓋シ「ベンサム」ハ浩瀚錯雜ニシテ端倪捕捉ニ困難ナル英國判例ノ大海ニ投スルニ革命ノ錨ヲ以テシタル勇將ニシテ、多數材料ノ整理策トシテ警眼直ニ分析的研究ヲ看破セリ、然レトモ氏ノ目的ハ法律ヲ簡便ナラシムルニ急ナリシヲ以テ主トシテ立法論ニ傾キ、有名ナル功利主義ノ鼓吹ニ熱中シテ法律自體ニ對スル分析的研究ノ苗ハ播カレテ秀テサル憾ナキ能ハス、然レトモ氏カ法律ノ基礎ヲ論シ更ニ法律ノ形式ヲ完成セントセシハ一面ニ於テ法律學

ヲ形式的ニ觀察セシナリ、而シテ形式的タルコトハ即チ分析的タルナリ、ホル
 ランド法律學六面參照、アウステンニ至リテハ分析的研究ヲ以テ殆ント畢世
 ヲ貫徹セリト言フモ誤ナカル可シ、然レトモ氏ハ羅馬法ヲ知レリト稱スルニ
 係ハラズ未タ深カラス、而シテ專ラ當時ノ英國的觀念及語辭ニ依ルコト多カ
 リシ爲メ、各時各國ノ法ニ亘ルコト能ハサリシナリ、之レ誠ニ已ムヲ得サル所
 ナリト雖モ之ガ爲ニ法律論ニ深遠ナル根蒂ヲ得ルコト能ハサリシナリ、ブラ
 イス史學及法律學研究二卷一八〇、一八一一面參照若シ夫レ英國分析派ノ功蹟
 ヲ舉グレハ其破壊の方面ニ在リト言ハサル可ラス而シテ、ペンサムハ人工的
 背理的ニシテ且正義ニ反シタル改革前ノ英國法手續ヲ打破セントシタル勇
 氣ニ於テ、アウステンハ系統的ニ法律學ノ教授ヲ開始シタル耐忍ニ於テ大ニ
 贊嘆ニ堪ヘサルナリ、(同書一八一、一八三一面參照)

以上説述セル所詳細ナルコト能ハスト雖モ、在來ノ法律學ニ於ケル研究方法ノ
 概要ナリ、之レ等ノ方法ハ其發達上各別途ニ出テタレトモ、法律學研究方法トシ
 テハ互ニ相反目ス可キモノニ非スシテ、三者須ラク相輔翼ス可キモノタリ、之ニ

加フルニ近世學問ノ進歩ハ在來ノ研究方法ヲ以テ満足セス如上三個研究方法
 ノ外ニ別ニ一生面ヲ開カサル可ラサルニ至レリ、而シテ、ドクトル、エルンスト、ノ
 イカムプノ如キハ實ニ其一人ナリ。

氏ノ研究方法ハ法律ノ進化論的研究方法ナリ、自然科學ニ於テ實驗的研究ノ結
 果遂ニ各種ノ力ト稱スル概念ニ到達シ、更ニ此等諸種ノ力ヲ研究シテ遂ニ「エテ
 ルギー」ノ概念ヲ得タルカ如ク、精神科學ニ於テモ同一ノ研究方法ニ準據シテ遂
 ニ簡單ナル同様ノ結論ニ到達セントスルニ在リ、スペインサーハ其著「社會學研究」
 ニ於テ心現象ノ如キ最高等ナル現象モ無生物ノ如キ劣等ナル現象ノ研究ト同
 一方法ニ於テ研究シ得可キコトヲ何故ニ人ハ覺ラザルカト怪メリ、而シテ「イエ
 ーリング」ハ其著「羅馬法精神論」ニ於テ高等ナル現象ニ對スルニ此等現象ニ對ス
 ル研究方法ヲ應用セリ、斯ノ如ク進歩發展シ來レル思想界ハ法律從來ノ研究方
 法ヲシテ一層良好ノ果實ヲ結バシムルコトニ努力セリ、法律學ハ精神科學ノ一
 部ナリ、而シテ精神現象ヲ研究スレバ自然界ニ於ケル力ニ相當スルモノアリ、動
 意之レナリ、而シテ「イカムプ」ノ企ツル處ニ據レバ法律ノ因テ以テ進化發展ス

ル原則及法則ヲ發見スルニ在リ、從テ其研究事項ニアリ、第一、法律發展ノ要素タル人類ノ「動意」ヲ發見スルコト第二、其「動意」ガ如何ナル方法ニ於テ法律發展ニ影響スルカラ説明スルコト之レナリ。氏ハ先ツ法律範圍ニ入ル可キ「動意」ヲ假設シテ少クトモ三種アリト爲セリ、就中二ハ自我的ニシテ(一)、自衛動意(二)、生殖動意之レナリ、而シテ他ノ一ハ非我的ニシテ(三)、社交動意之レナリ。此社交動意ハ人ニ「ゾーレン、ポリチコン」(政治的動物)ノ性質ヲ與フルモノナリト(同氏著法律發展史、序論二〇、二一面參照)

進化論的研究方法ニ於テハ疑モ無ク史的研究方法ヲ採用ス、然レドモ從來ノ史的研究方法ニ於ケルガ如ク單ニ法律生活ノ現象ヲ史の順序ニ從テ叙述スルモノニ非ズ、故ニ史的研究方法ト異ル所アル可キハ當然ナリ。今其研究方法ノ梗概ヲ舉グレバ左ノ如シ。

甲、説明ノ對象

- (一)、法律ノ内的發展、即チ法律ノ内部ニ包含セラレタル思想ノ開發

- (二)、法律ノ外的發展、即チ國民ノ文化發達殊ニ法律發展ニ影響アル素因ニ依リテ説明スルコト
- (三)、法律範圍ノ總發展ニ關スル内的環聯ノ説明、即チ法律發展ノ根據タル原則及法則ノ構成

乙、發展史ノ資料

- (一) 法制史及法律學說
 - 一ハ以テ法律發達ノ基礎ヲ内部ヨリ研鑽シ(甲、(一)一ハ以テ一定時ニ於ケル一定ノ國民ノ當時ニ於ケル法律狀態ノ認識ヲ知り得ル爲メニシテ甲(二)ノ研究事項ヲ解説スルニ要用ナリ

(二) 人類文明史

一般文化カ法律文化ニ影響セル範圍程度ヲ明確ナラシムル爲メ(甲、

(一))

- 丙、資料ノ選擇ニ付テハ必要資料ヲ不必要資料ヨリ分離スルニ在リ、必要資料トハ法律發展ニ最モ重要ナル意味ヲ有シ、事實上其發展ヲ進捗シタル

モノヲ謂フ。之ニ反シテ法律發展ニ毫モ影響ナクシテ過キ去リシ現象ハ排棄ス。

丁、資料ノ編成ニ付テハ學說的又ハ法制的ナルコトヲ必要トセス、之ニ反シテ法律資料ノ發展其機能的開發ヲ最モ能ク説明スルニ足ル可キ考察方法ヲ取ルヲ要ス。蓋シ此考察方法タルヤ發展ノ史的過程ニ付テハ特ニ注意ス可キコトヲ勸ムルモノナリ。發展カ如何ニシテ成立セシカヲ明確ナラシムル爲メ法律發展史上最意味アル先例ノ發生セシ時期ニ注目セザル可ラス斯ノ如キ觀察方法ヲ採リテ始メテ一定ノ法律現象カ發展期ノ何レニ屬スルカヲ測定シ得可キナリ。法律發展史一〇〇、一〇一面參照)

「ノイカムプ」ノ特質ハ單ニ過現ノ法制ヲ研究スルニ止ラスシテ、將來ノ法律ニ對シ、學術的豫定ヲ爲サントスルニ在リ、氏カ「法律政治論」ヲ以テ法律學ノ一部トナシ、法制ノ一極ニ踞踏セル在來ノ研究方法ヲ笑フハ之レカ爲メナリ。而シテ將來ノ豫定ハ科學的研究ニ於ケル要件ニシテ氏ノ法律現象ニ對スル研究方法カ現象其自体ノ研究ニ非ズシテ現象ノ生滅變遷ニ關スル理法ニ在ルコトハ法律學

上大ニ注意ス可キ所ナリ。蓋シ法律學ノ實益的方面ハ斯クノ如クシテ達シ得ラル、コト尠少ナラザレバナリ。

「ノイカムプ」ノ研究方法ヲ批評センカ、氏ハ法律學ヲ系統的研究方法ヨリ奪ヒテ之ヲ現象的研究ニ移サントスルニ在ルナリ。而シテ、氏ノ法律發展史ハ兩者ノ中間ニ位スル發展的研究法ニ屬スルモノナリ。現今ノ狀態ニ於テハ法律學ハ系統的研究ニノミ屬スレトモ斯ノ如キ思想ハ寧ロ幼稚ナルモノニシテ、將來ノ法律學トシテハ進ミテ現象的研究無カル可ラス、而シテ史的研究殊ニ「ノイカムプ」カ謂フ所ノ發展的研究ハ如上研究ニ一大利器ヲ供スルモノトス。

余ハ以上ノ確信ヲ有ス、故ニ法律學現今ノ狀態ニ在リテハ法律學ヲ以テ系統的研究ニノミ屬セシムト雖モ、時勢ノ進歩文運ノ發達ハ決シテ茲ニ停滯スルヲ許サス、果シテ然ラハ法律學ノ範圍ヲ一層廣汎ナラシメ本書ニ於テ多少其方針ヲ採用スルコトノ決シテ前後矛盾ニ非サルヲ思フ、而シテ讀者モ亦此點ニ留意シテ法律學ノ爲ニ盡力セラレンコトヲ切望シテ已マサルナリ。

法律學ハ系統的研究ノ方面ニ在リテモ猶諸多ノ科學ト關係アリ、而シテ現象的

研究ニ在リテハ其關係更ニ深キモノト言ハサル可ラス。蓋シ對象ノ叙述ニ於テモ他ノ學問ノ助ヲ得サレハ知り難キモノアレトモ、現象ノ法則原理ノ説明ニ於テハ其根本概念ニ到達スルニ從ヒ益他ノ科學ト密接スルモノトス。斯ノ如ク密接スルモ科學トシテハ其研究ノ結果ヲ統一スルコト能ハズ、是ニ於テカ法律現象ノ統一的研究ヲ要ス、法律哲學ハ斯ノ如クシテ法律學ト交渉ス。故ニ余ハ將來ノ法律學トシテ(イ)ヨリ(ヘ)ニ至ル六種ノ研究方法ヲ掲ゲタリ。而シテ(イ)(ロ)(ハ)(ニ)ノ四種中(イ)(ロ)(ニ)ハ在來ノ法律學ニ於テ述ベタル所ト其精神ニ於テハ大差ナク唯在來ノ法律學ニ於テ研究ノ對象一定セザルニ係ハラズ、余ハ法制即チ人定法ニ限定シタル相違アル而已。(ハ)トシテ舉ゲタル法制ノ進化論的研究ニ關シテハ已ニ「イカムブ」ノ學說トシテ掲ゲタル所ヲ以テ之ニ充ツ可シ。

(ホ)トシテ列記シタル法制ノ批評的研究トハ(イ)(ロ)(ハ)(ニ)ニ於ケル研究方法ヲ須ツテ得タル結果ト第十節ニ於テ研究問題トシテ掲ゲタル第一第三第四第五ノ研究ノ結果ト法律現象ノ統一的研究ニ於ケル結果トヲ綜合シテ得タル認識ヲ標準トシテ現行法制ノ批評的研究ヲ爲スヲ謂フ。之レ一面ニ於テ解釋ノ正經ヲ

得セシメ又一面ニ於テ立法事業ヲ進涉スルノ實益アリ。

法律哲學ト法律學トノ交渉ハ已ニ之ヲ說ケリ、然レドモ世上往々法律哲學ノ實益ヲ知ラザル者アルヲ以テ聊カ之ガ爲ニ辯明ス可シ。哲學ハ人類性情ノ欲求ヲ充スニ足ル唯一ノ學問ナリ。而シテ其發足點ハ諸種ノ科學ノ終極點ニ在リ。相獨立セル科學ノ研究結果ヲ統一シテ突衝ナカラシメ、科學ニ於テ使用スル認識ノ方法ト假設トヲ本來ノ原則ノ上ニ歸セシムル全般的學問ナリ。即チ科學ハ事實ト法則トヲ供スレドモ人心ハ茲ニ満足セズシテ真理ノ終極ニ到達センコトヲ冀フ、哲學ハ乃チ智識及事物ノ意義ニ對スル此欲求ヲ充ス可キ學問ナリ。(ヴント)哲學概論一九面及「バウル、ジャーチ」哲學問題史英文二六面參照)而シテ法律哲學ハ哲學中ノ一研究ニ屬スルモノニシテ完全圓滿ナル哲學ニ於テ缺ク可ラザルモノタリ。此學問カ如何ニシテ法律學ニ實益ヲ供スルカノ適例ハ羅馬法律之レナリ。ブライス¹⁾ノ曰ク「羅馬人ハ法律哲學ト稱スルカ如キ廣汎ナル方面ニ於テ言說セル所多カラサリシト雖モ、哲學的精神ヲ以テ法律研究ニ努力セリ、而シテ羅馬法系ノ卓絶ハ主トシテ此精神ニ負フモノナリ」ト(史學及法律學研究二卷二

〇〇面及二〇七面參照)

余ハ羅馬法學者ノ哲學的修練ニ鑑ミテ此言ノ余ヲ欺カサルヲ信セントス。本節ニ於テ余ハ將來ノ法律學ニ對スル卑見ノ一端ヲ公ニシタリ。此問題ハ現今ニ於ケル法律學研究方法ノ實狀ニ照シテ甚タ急務ナルヲ覺ユ。而シテ法律哲學ニ付キテハ別ニ研究ノ結果ヲ發表スルノ機會アル可ク、本書ニ於テハ次章ヲ以テ法律學ト諸多ノ學問トノ關係ヲ說カントス。

第四章 法律學ト他ノ學問トノ關係

第十二節 法律學ト心理學トノ關係

今夫レ社會ノ活動ヲ觀察スルニ主トシテ心理現象ヨリ發スルモノナリ、自由民權論ノ起ルカ如キ、政黨廢止論ノ絶叫セラル、カ如キ、實業萬能主義ノ唱道セラ、カ如キ、又社會問題、勞働問題ノ萌芽アルカ如キ之レ等ハ政治家經世家カ社會人心ノ歸趣ヲ觀察シテ之ヲ言論ニ發スルモノナリ。其他商業ノ活動、契約締結

ノ頻繁等皆心理現象ニ起因セサルハナシ。民法ニ意思表示ノ規定アリ、刑法ニ犯意ヲ要件トスル規定アリ、之レ等ハ直接ニ心理現象ニ關スルモノナリ。殊ニ人類日常ノ行動ノ如キ其心意カ外界ト動反動ヲナシ。互ニ目的トナリ手段トナリテ相發スルモノナリ。斯ノ如ク心意現象カ人類日常ノ行動ト關係アルヲ以テ法律ト心理現象トノ間ニ密接ノ關係アルコトヲ知り得可ク、此兩者間ニ關係アル以上ハ此兩現象ヲ科學的ニ研究スル法律學ト心理學トノ關係ノ如キハ誠ニ注意ス可キ問題ナリト言ハサル可ラス。然レトモ心理學ノ研究タル本來容易ノ業ニ非ス、而シテ此學科ノ如キモ近來ニ至リテ漸ク進歩ノ域ニ達シタルモノナルヲ以テ法律學者カ此學問ニ涉ルコト能ハサルモ亦答ム可キニ非サルナリ。唯之カ爲ニ契約ノ認定ニ於テ、刑法ノ適用ニ於テ獨斷誤謬ノ裁判アルコトハ國民ノ一日モ忍フコト能ハサル所ナリ。今日ノ裁判制度ハ心理學ニ關シテハ殆ント路人ノ如キ觀アリ、而シテ此裁判ニ服スル國民ノ如キモ未タ武陵桃源ノ夢酣ナルヲ以テ、一ニ司法權ニ服シ居レトモ一旦心理現象ノ研究ニ力ヲ致スニ於テハ著シク昔日ノ愚ヲ笑フニ至ランカ。

然ラハ心理學ト法律學トハ如何ナル關係アリヤ。一概ニ心理學ト謂フモ直ニ其如何ナル事項ヲ研究スルモノナルカヲ知り得サルナリ。試ニ其研究問題ヲ分類センカ、第一ハ心ノ本質ニ關スル研究ナリ、第二ハ觀念ト心トノ關係ナリ、第三ハ精神現象及ヒ之レ等現象ノ相互ノ關係ナリ、第四ハ心物ノ關係ナリ。此第一ノ問題ハ靈魂ト稱スル物質以外ノ存在者アリヤ、若シ之レアリトスレハ其本質ハ如何ナルモノナリヤ、若シ之レ無シトスレハ腦髓ノ活動ニ因リテ發生ス可キモノナルヤヲ研究スルモノナリ、第二ハ人類ノ心ニハ果シテ判斷力、想像力、記憶力ト稱スルカ如キ能力アリヤ、或ハ之レアリトシタル古來ノ心理學ハ誤謬ナリトスレハ精神現象ハ心ト如何ナル關係アリヤ、若クハ何等ノ關係モナキカ等ノ問題ナリ、第三ハ精神活動ノ法則ハ如何、觀念聯合法ハ何ソヤ、智情意トハ如何ナルモノナリヤ、之レ等ハ三分ス可キモノナリヤ、其關係如何ノ問題ナリ、而シテ第四ハ心物ノ關係ナルヲ以テ更ニ二個ノ研究問題ニ岐ル、即チ甲ハ心身相關ノ法則ニ關スル問題ナリ、乙ハ内界ト外界トノ關係ニ就キテノ研究ナリ、如上第一、第四ノ研究ハ何レモ宗教問題、哲學問題ト離ル可ラサル關係ヲ有シ、單ニ有益ナルノミ

ナラス大ニ趣味ニ富メル問題ナリ。然レトモ此兩問題ノ如キハ心理學本來ノ研究ト爲スコト能ハス、單ニ第二、第三ノ研究問題ニ附屬スルモノナリ故ニ純正心理學ニ於テ研究スルモノハ第二、第三ノ問題ナリトス。米國ノ心理學者「ラッド」ノ如キハ心理學ハ意識現象ヲ研究スルモノナリト定義シテ、更ニ意識現象ニ付キテハ毫モ説明スルコト能ハサルモノナリト説キ、「ホエフヂング」ノ如キハ心理學ヲ以テ廣ク心ノ事ヲ研究スル學問トナセリ。又「ヴント」ハ心理學ヲ以テ主體ト相關係スル經驗ノ全部ノ所含及ビ此所含ノ主體ヨリ直接ニ受ケタル性質ヲ研究スルモノトナシ、「ジエームス」ハ心理學ヲ以テ心生活ノ現象及狀況ヲ研究スル學問トナセリ。斯ノ如ク心理學ノ研究事項ハ略一定セルニ係ハラス、其定義ハ未ダ一定セザルモノト知ル可シ。而シテ心理學ニ於テモ心理現象ヲ研究シテ法律政治社會學等ニ應用セントスルハ乃チ應用心理學ナリトス。純正心理學ハ素ヨリ必要ナリ、然レトモ法律學ト關係アルハ應用心理學ヲ以テ深キモノト言ハサル可ラス、一例ヲ舉クレハ心理學上ヨリ情緒ノ事ヲ精細ニ研究シ之ヲ分類シテ相互ノ關係ヲ定メ之ヲ立法論ニ應用シテ民法並ニ刑法ノ基

礎ト爲サント欲シタル「ベンサム」ノ立法論ノ如キハ應用心理學ト稱ス可キモノニシテ法律學トノ關係淺カラサルモノト謂ヒツ可キナリ。

「ベンサム」ハ功利說ヲ主張シタル學者ナリキ。其倫理說ニ於テモ基礎ヲ茲ニ置ケルコトハ已ニ述ヘタル所ナリ。然レトモ功利ト云フモ區々ニシテ學者間ニ於テモ確定シタル意義ヲ運ハサリシナリ。「ベンサム」ハ之ニ對シテ牢乎奪フ可ラサル功利說ノ明確ナル觀念ヲ與ヘントシタリ。氏ノ言ニ據レハ自然ハ人類ヲ快樂及ヒ苦痛ノ王國ノ下ニ置キタリ。人類ノ一切ノ觀念ハ此苦痛ノ感ヨリ發生ス。人類ノ判斷、其日常ノ決行皆之ニ基ク。此服從ヨリ脱却セルカ如ク言フ者ハ自己ノ言フ所ヲ知ラサルモノナリ。人類ノ唯一ノ目的ハ快樂ヲ求メテ苦痛ヲ避クルニ在リ。其最大快樂ヲ排斥シテ最モ銳キ苦痛ヲ堪フル瞬時ニ於テモ然ルナリ。此永遠ニシテ抵抗スルコト能ハサル情緒ハ道德家及ヒ立法家ノ深ク攻究ヲ要スル問題タリ。功利說トハ如上ノ二動因ヲ以テ各物ヲ支配セシメントスル說ナリト、斯ノ如ク冒頭ヲ置キテ「ベンサム」ハ苦樂ノ種別ヲ研究シ單一快樂單一痛苦ヲ述ヘ、制裁トシテノ苦樂ヲ說キ、苦樂ノ測定ヲ論シ、進ミテ情緒ニ影響スル狀態ヲ精査

シ、原態及ヒ第二態ヲ區別セリ。氏ノ私法原理及ヒ刑法原理ニ關スル議論ハ斯ノ如キ泉源ヨリ湧キ出テタルモノナリ。氏ノ情緒ニ關スル研究ノ如キハ誠ニ有名ニシテ後世心理學者ノ參照ニ値ス。氏ノ原態トハ數多アリ。而シテ其第一即チ基本タルモノハ原質ナリ、原質トハ心理學ノ今日ノ程度ニ於テハ各人種ニ固有ナル心ノ根本的性質ニシテ第一ハ身體ノ構造ヲ基トシ第二ハ原始的又ハ遺傳的構造ナルコトヲ要スルモノトシテ説明セラル、ラッド著、叙述及説明的心理學六四七面參照故ニ身體ノ構造ヨリ説明スル言葉トシテハ多血性、膽汁性、黑膽汁性ト云フノ類ニシテ、精神現象ヨリ述フル言葉トシテハ急熱性、憂悶性、沈着性ト云フノ類ナリ。通常之ヲ四個ノ模型ニ區別ス。

強

弱

敏速

膽汁性(果斷)

多血性(急熱)

遲緩

黑膽汁性(憂悶)

粘液性(沈着)

例ヘハ「ヴァント」ノ如キ之レナリ。同氏、著生理的心理學二卷三四五面參照、「ラッド」ハ佛蘭西人ヲ多血性トナシ、獨逸人ヲ粘液性トナシ、英吉利人ヲ膽汁性ト粘液性

トノ混合トナシ、日本人ヲ黒胆汁性ト爲スニ於テハ甚シキ誤ナカル可ク、而シテ之ニ因リテ胆汁性ト粘液性トハ行爲ノ原質ニシテ多血性ト黒胆汁性トハ感情ノ原質ナリトスル評語モ亦事實ニ適スルカ如シト言フ(同氏心理學六五一面參照「ベンサム」ノ第二ハ健康ナリ、第三ハ力量ナリ、第四不具、第五知識ノ度、第六智能量、第七膽力、第八耐忍、第九性癖、第十功名心、第十一宗教心、第十二同情ナリ、而シテ同情ノ個人ニ及フモノハ友愛ニシテ、苦痛ヲ感スル人ニ及フモノハ惻隱若クハ相憐ナリ、團體ニ關スルモノハ黨派心ナリ、全國民ニ及フモノハ愛國心ナリ、更ニ延テ全人類ニ繫ルモノハ人道ナリ、同情ハ正經ナリ、然ルニ第十三トシテ「ベンサム」カ掲ケタルハ敵情ナリ。氏ハ此情緒ニ影響ス可キ状態ノ變則ナルヲ觀テ喜ヘリ、第十四ハ精神異常、第十五ハ財政ノ状態ナリ。

第二態トシテ氏ノ擧ケタルハ通俗ノ學者カ情緒ノ差異ニ關スル有力ノ原因ト誤想スルモノナリ。即チ一、男女ノ性別ナリ。二、年齢ナリ。三、階級ナリ。四、教育ナリ。五、常業ナリ。六、氣候ナリ。七、人種ナリ。八、政體ナリ。九、宗派ナリ。

「ベンサム」ハ以上ノ二態ヲ以テ情緒ニ影響スルモノトナシ、此關係ヲ明確ニシテ

以テ法典ヲ編纂セントシタル學者ナリ、情緒ニ關スル精細ナル研究ハ心理學者ニ讓リタリト雖モ、氏ノ分類ノ如キモ專門家ヲ凌駕スル價值アリト言フ可シ。此研究ニ熱心ナル「ベンサム」ハ晩年露帝米國ノ大統領「ベンシルバニヤ」州民、最後ニ世界ノ各國民ニ法典編纂ニ關シ俗人ヲ吃驚セシムルニ足ル提議ヲ爲セリ、之レ畢竟氏カ法律研究ノ爲ニ全心ヲ傾注シタル結果ナリト言ハサル可ラス。近年ニ至リ、法律學ト他ノ學問トノ間ニ離ル可ラサル關係アルヲ認メタル學者漸ク文明國ニ起リ、心理學ト法律學トノ間ニ於ケル關係ノ如キハ大ニ注意セラル、ニ至レリ。

心理學ト法律學トノ關係ノ殊ニ深キハ刑法並ニ訴訟法ニ存スト言フ可シ。近來ノ刑法學者ハ徒ラニ犯罪ノ外形ヲ觀察スルニ止ラスシテ、能ク犯人ノ内心ヲ省察センコトヲ期スルモノ、如シ。而シテ一派ノ刑法學者ハ犯人ノ意思ヲ犯罪行爲ノ構成要件トスルノミニ非スシテ又犯人ヲ以テ罰スル上ノ要素ト爲ス、意思ナケレハ自動的ノ行爲ナシ、從テ意思ヲ以テ犯罪行爲ノ構成要件トナスコト素ヨリ其處ナリト雖トモ意思ヲ以テ罰スル上ノ要件トス可キヤ否ヤハ問題ナリ

トス。獨逸ノ刑法學者、リスト「ハ意思ヲ以テ刑罰測定ノ標準トナシタルコト舊派
 刑法學者ノ採用セシ所ナレドモ、斯クテハ自由意思ノ有無ニ關スル心理學上ノ
 結論ニ拘束セラル、ヲ以テ寧ロ意思ヲ拋棄シテ、心象ニ依據ス可キコトヲ説ク、
 即チ之レ在來ノ意思説ニ對シテ起リタル心象説ナリ。獨逸ノ哲學界ニ於テハ自
 由意思ノ說殊ニ勢力ヲ占メタルコトアリ。而シテ今日心理學研究ノ結果トシテ、
 歐洲大陸學者ノ唱道シタルカ如キ意思ノ自由ハ之ヲ證明スルコト能ハサルコ
 トナリ。而シテ此問題ハ單ニ心理學上ノ問題トシテ研究ス可キモノニアラズシ
 テ、本問解決ニハ猶フアウスト曲中ノ「メフェイス」トクレースノ言ノ如ク前程遼遠
 ト觀スルノ外ナシト説クモノサヘアリ（ジュームス「心理學」二卷五七二面參照簡
 單ニ説明スレバ選擇ノ自由ハ依然トシテ人類ニ存在スルガ如キモ意思自由ノ
 論戰未タ歸結ヲ見サルカ故ニ意思自由ノ在來ノ觀念ヲ排斥シテ「リスト」カ心象
 説ヲ起サントシタル必スシモ惡シキニ非ス。然レトモ余思フニ意思ノ自由ナリ
 ヤ否ヤヲ以テ心象説ヲ採用センヨリハ寧ロ意思ハ人類精神中ノ活動的要素ニ
 シテ外面ヨリ揣摩スルヲ得ス、自ラ付度シタル他人ノ心ハ必スシモ精確ナラス、

設ヒ判官ト雖モ心現象ノ此事實ヲ逸出シテ、能ク照魔鏡タルコト能ハサルヲ以
 テ論理法則ニ從フ智的形式ニ憑據スト爲サンコト却テ當レリ。然レトモ智的形
 式ノ測定ニ據リテ實害ニ準シ刑罰ヲ科ス可キヤ、若クハ北亞米利加ノ「エルマイ
 ラ」ニ於ケル制度ノ如ク實害ニ從テ刑罰ヲ裁量セスシテ、強制化育ノ方法ヲ採ル
 可キカ之レ等ハ社會健全學ニ極メテ深キ關係アルト共ニ心理學ニ極メテ密接
 ノ關係ヲ有スル活問題ナリトス。訴訟法ニ於ケル事實認定權ノ如キモ本來自由
 若クハ認諾ヲ除キテハ確乎タル根據ナキニ猶且認定シ得ル權力タルニ過キス
 シテ今日ノ訴訟法ニ於テハ未タ係爭事實ノ真相ヲ得ルコト能ハス、從テ正義ハ
 已ニ裁判所ヲ去リテ虛々實々ノ掛引ノミ跋扈スルモノ、如シ、宣誓ノ制度ノ類
 モ證人ニ眞實ヲ語ラシムルニ足ラス、之ヲ救濟スル方法如何、余ハ信ス將來此問
 題ニ答フルモノハ應用心理學ニアルコトヲ、斯ノ如ク法律學ト心理學トハ相離
 ル可ラサル關係ヲ有ス、之レ特ニ本節ヲ設ケタル所以ニシテ讀者ノ三度思ヲ致
 サンコトヲ願フ所ナリ。

最後ニ法律學ト心理學トノ學問上ニ於ケル地位ヲ一言スレバ、法律學ハ其現象

的研究ノ方面ニ於テハ心理學ト同一ノ地位ニ立タザル可ラズ、唯其範圍ニ於テ兩者相同ジカラズト雖モ、互ニ交錯スル所之レ無キニ非ズ、例ヘバ動意ノ研究ニ於ケルガ如キ之レナリ。其他人格ノ研究ニ於テ思想發展ノ法則ニ關スル研究ニ於テ、兩者ノ關係唇齒ノ如キナリ。

第十三節 法律學ト倫理學トノ關係

倫理學ハ單純ナル科學トシテ研鑽セラル、コトハ寧ロ近來ノ事ニシテ、其發達ノ徑路ニ於テハ哲學ノ影響ヲ受ケタルコト多キナリ。是故ニ英獨佛ノ學者ニ各其特性アリテ概括シタル説明ヲ與フルコト極メテ困難ナリトス。然レトモ廣汎ナル意義ヲ以テ之ヲ解釋スレハ倫理學トハ人類ノ性格及ビ行爲ノ理想ニ關スル學問ナリ。理想トハ何ソヤ。或學者ハ之ヲ説明シテ最高至善ノ目的ナリト謂ヒ或學者ハ最高至善ニ到達シタル瞬際ニ於ケル滿足ノ狀態ナリト謂フ。今理想ノ意義ヲ觀ルニ人類カ之ニ到達シタル場合ニ於ケル最高ノ滿足ノ想像ヲ言ヒ表ハシタルモノナルヲ以テ、寧ロ後ノ説明ヲ採用スルヲ穩當ナリトス。斯ノ如ク理

想ニ關スル學問ナリトスレハ、各個人ノ經驗社會ノ秩序國家ノ發達等ヨリ生起スル行爲現象ヲ攻究シ、理想ノ規則ヲ標準トシテ行爲現象ノ善惡正邪ヲ判斷シ進ミテ之ヲ實踐シテ以テ理想境裡ニ到達センコトヲ教フルモノト解セサル可カラス。理想ノ心理學上ノ構成ニ關シテハ議論ノアル所ナレトモ、之ヲ論ス可キ場合ニ非サルヲ以テ余ハ單ニ理想自體ヨリ歩武ヲ進メントス。

倫理學ハ科學ナリトスルモ前述ノ如ク理想ノ上ニ建設セラルルモノニシテ寧ロ哲學ノ研究問題ニ近シ。而シテ今古來ノ學說ヲ假リニ二大別スレハ、第一ハ道德理想ノ特別ナル見解ニ基クモノニシテ第二ハ道德理想ノ眞價ヲ意識スル上ノ見解ノ差別ニ基クモノナリ、第一說ニ列ス可キハ快樂說、完全說、自己實現說ニシテ第二說ニ列ス可キハ直覺說、經驗說ナリ。快樂說トハ快樂ヲ増進シ苦痛ヲ滅却スルノ度ヲ以テ行爲ノ道德的價值ヲ判斷スル學說ニシテ、其系統的説明者ハ「エピクルス」學派ナリ。而シテ此學派ニ於テ唱フル所ハ單ニ淨雲流水ノ如キ瞬時ノ快樂ヲ指スニ非スシテ懽愉幸福ノ生涯ヲ謂フナリ。是故ニ諸種ノ煩勞ト諸種ノ注意戒心トヨリ遠サカラサル可カラス。此理由ニ基キ政治ハ幸福ノ爲ニ非ナ

リ。政治的事業國家ノ事務ハ幸福の生涯ニ有害ナリ。遁世無爲僅ニ交友ノ一郡同心香蘭ノ徒ヲ以テ足レリ幸福ナラント欲スレハ富ヲ増ス勿レ願欲ヲ減ス可シト是レ快樂説ノ正經ナリ。然レトモ其極端ナルモノニ至リテハ「飲メヨ食ヘヨ明日我ハ死スルコトアル可シ」ト唱フ。斯ノ如キハ素ヨリ倫理説ニ列ス可キ限ニアラス。快樂説ノ起源ハ希臘ニ在リ、希臘語ニテ快樂トハ「ヘドネー」ナリ感情ヲ基礎トスル語ナリ。之ニ反シテ同シク希臘語ノ「オイデモニア」ヨリ發シタル幸福説アリ「アリストテレース」ノ倫理説之ナリ。氏ノ説ニ據レハ幸福ハ肉欲ノ成果ニ非ス名利ノ得達ニ非ス、實ニ最高ノ徳ニ調和スル活動ナリ。設ヒ最高ノ徳ヲ有スルトモ活動セサル者ハ桃源ノ夢ニ睡死スルノ徒ナリ、幸福ハ猶オリンピヤノ競技ノ如シ賞ヲ得ルハ獨リ競争者ノミ、何程技能アリトモ競技ノ群ニ入ラサル者ノ到底獲取スルコト能ハサル所ナリ。此幸福説ハ後ニ至リテ快樂説ト混同セラレタリト雖モ余ハ「アリストテレース」ノ意味ニ於テ之ヲ自己實現説中ニ列セントス、猶後世ニ至リテハ「スピノーツア」ハ自己實現説或ハ自家保存説ニ列ス可ク、ライブニッツ「ハ完全説ニ編入ス可シ、フイヒテ及ヒ「ヘーゲル」モ之レ等ノ説ト相遠カラサルナリ。ヘーゲル「カ団体ノ意思ニ個人ノ意思ノ服従スルヲ以テ人類倫理ノ目的ト爲シタルカ如キ頗ル趣味アリ、カント」ハ議論ノ方面ヨリ觀レハ完全説ニ近キモノナリ、「グリーン」ノ如キハ實現説ナリ。

直覺説トハ其源ヲ「ストア」哲學ノ自然ノ法則論ニ發ス。而シテ遂ニ良心説トナリ道德倫理ノ原則ハ或ハ生レナカラニシテ備具スルモノトナスカ或ハ常識ノ原則ト同一ナリト爲ス。「シャフツベレー」及ヒ「ハチソン」ハ道德感官説ヲ唱ヘ普通ノ感覺ノ如ク道德上ノ感覺アリテ善ト感シ惡ト感スト云フニ在リ是レ直覺説ニ列ス可キモノナリ。「カント」ハ其無上命法ヲ説ク所ニ於テハ直覺説ニモ緣故アリト言ハサル可カラス。經驗説殊ニ進化説ノ學者ハ道德ノ進歩ヲ歴史的ニ説明スルモノナリ。此説ニ於テハ道德觀念及ヒ行爲ノ進歩發展ヲ論ス。而シテ萬古不易ノ大原則ト稱スルモノヲ許サ、ルナリ。「スペンサー」ハ折衷説ヲ唱フレトモ此範圍ヲ出テス佛蘭西ノ倫理説中社會ト倫理トノ關係ヲ明ニシタルハ「コント」ナリ氏ハ經驗説ニ列スル學者ニシテ倫理學ト社會學ト同一ナルコトヲ説ケル人ナリ倫理ニ關スル學説ノ繁多ナルコト斯ノ如シ而シテ「エビクルス」學派ノ如キハ

倫理道德ヲ以テ快樂ヲ得ルニ在リトナシ、無爲寡欲ヲ説ク所頗ル老子ニ似タリ。政治又ハ國家事務ト絶縁ス可キヲ教ヘタルノ類ハ老子道德經ニ於テ小國寡民ヲ説ケル章ニ近キニ非スヤ。試ニ之ヲ引照センカ。

小國寡民。使有什伯人之器而不用。使民重死而不遠徙。雖有舟車。無所乘之。雖有甲兵。無所陳之。使民復結繩而用之。甘其食。美其服。安其居。樂其俗。鄰國相望。雞狗之聲相聞。民至老死。不相往來。

ト余ノ觀ル所ヲ以テスレハ道德ノ根本ニ於テハ老子ノ説ク所遙ニ深遠ニシテ素ヨリ「エピクルス」ト同日ノ談ニ非スト雖モ怡愴無爲ヲ説キ巧智ノ害黨争ノ弊ヨリ脱離シテ質樸ノ快樂ニ是生ヲ終ラントスル所之ヲ相近シト謂フニ於テ毫モ不可アルヲ知ラサルナリ。此兩者ノ法律ニ對スル説ハ如何。エピクルスノ快樂説ハ羅馬思想ト相容レス、從テ其學説カ羅馬法ニ與ヘタル影響ハ殆ント皆無ナル可シト雖モ後世英國ノ「ベンサム」カ立法論ニ於テ説ク苦樂ノ感情ノ論ハ實質ニ於テハ大ニ快樂説ニ密接セリ、而シテ功利説ノ立法論ハ羅馬法ト其根柢ヲ異ニスルモノニシテ羅馬法ノ「ストア」哲學ニ影響ヲ受ケタルカ如ク、功利説ニ於テ

ハ「エピクルス」學派ノ影響ヲ無視スルコト能ハサルナリ。

老子ノ學説ト刑名法術ノ徒トノ間ニ關係アルカ如ク見ユルハ司馬遷ノ史記列傳ニ於ケル議論ニ依リテ推察シ得ルカ如シ。然レトモ余ハ此見解ヲ取ラス。老子ノ學説ハ之ヲ敷衍スルモ決シテ慘激言フニ忍ヒサル刑罰説ト相容レサルナリ。「絶聖棄智」ト謂ヒ、將以愚之」ト謂フモノ或ハ商鞅等ノ説ニ遠因ヲ供スル觀アレトモ酷法苛律ヲ設ケテ之ヲ爲スニ非スシテ可道可名ノ妄ヲ辨シ五音五味ノ幻覺ヲ明ニシ靜止的形式論ヲ斥ケテ動學的實力ニ據ラントシタルモノナリ道德經第三十五章ニ

執大象。天下徃。而不害。安平泰。樂與餌。過客止。道之出口。淡乎其無味。視之不足見。聽之不足聞。用之不可既。

ト謂フモノ豈此消息ヲ傳フルモノニ非スヤ。而シテ其第三十七章ニハ爲政論アリ其言ニ曰ク。

道常無爲。而無不爲。侯王若能守。萬物將自化。化而欲作。吾將鎮之以無名之朴。無名之朴。亦將不欲。不欲以靜。天下將自定。

ト蓋シ老子ノ道德說ニ於テハ爲政ノ思想アリト雖モ、未タ今日ノ學者カ唱フル法律思想ナシ然レトモ其爲政論ヨリ起ル可キ考案ハ繁文縟禮巧智ヲ闢ハシムル法文ニモ非ス、又法ニ繫ル命令ニモ非スシテ、侯王能ク道ヲ守リ以テ自然ニ天下ヲ定ムルノ大理想ナリ。故ニ老子ノ說ヲ發展シテ之ヲ倫理學トナサンカ人類生活ノ考案ニ關スル學問タル法律學ト甚深ノ關係アルコト疑ナシ。

「ホツプス」モ一ノ意味ニ於テハ快樂說ニ屬スル學者ナリ。氏ハ牛津大學ニ學ヒ青年ノ頃ヨリ已ニ國家論ニ興味ヲ有セリ。氏ノ說ニ據レハ人ハ自然ノ狀態ニ於テハ唯戰爭アル而已、從テ善モナク惡モナク正義モナク亦不正義モアルコトナシハ死ヲ恐怖スルノ情アリ。而シテ遂ニ平和ヲ欲求スルニ至ル。平和ニ達スル便法トシテ理性ノ教フル所ハ合意ナリ、之ヲ稱シテ自然ノ法則ト謂フ。此法則ハ生命保護ノ法則ナリ、之ヲ格言體ニ叙述スレハ、人ハ平和ヲ得可キ希望アル間ハ常ニ平和ニ務メサルヘカラス、然レトモ平和ノ希望絶エタル場合ニハ一切ノ方策ヲ用キ戰爭ノ利器ニ訴フルコトヲ得可シト言フニ在ルナリ、恰モ獨逸詩人「シムレ

ル」カ「ウイール」ヘルム、テル」ニ於テ

最後の手段として一切の施設効なくは彼に劍の與へられたるあり。ト謠ヒタルハ實ニ此趣意ナリ、「ホツプス」ハ此自然ノ法則ヲ區分シテ第一ヲ自然ノ根本法トナシ、平和ヲ欲求シ、之ニ從フコト、ナシ、而シテ其第二ヲ自然ノ權利ノ總額トナシ、一切ノ手段方策ヲ以テ人類自身ヲ防衛スルコト、ナセリ。即チ氏ハ自然ノ權利ト自然法トヲ區別シタルナリ。氏カ自然ノ根本法ヨリ發スル第二ノ規則ハ「他人モ平和ヲ欲シ、自己モ平和ヲ欲シ、而シテ自己ヲ防衛スル爲メニ必要ナリト考フル場合ニ於テハ一切物ニ對スル此權利ヲ休止シ、他人カ自己ニ對抗スルニ際シテ許容スル丈ノ自由ヲ他人ニ對抗スルコトヲ以テ満足ス可シト云フニ在リ。然レトモ此權利ノ制限ハ他人カ自己同様平和ヲ欲シテ武ヲ偃セ兵器ヲ棄ル時ニ於テ始メテ許ス可キモノニシテ、他人カ戰鬪ノ狀態ニ在リ而シテ葛藤境裡ヨリ脱セサルニ於テハ依然トシテ自然ノ權利ヲ行使セサル可カラス。蓋シ義務ナキニ此制限ヲ許スハ自分一人ヲ他人ノ食餌ト爲スモノニシテ、決シテ平和ヲ欲求スルニ非レハナリ、福音書ニ定メタル法則即チ「人ノ我ニ爲サンコトヲ我カ

欲スルモノヲ、我モ亦人ニ爲ス可シト云フハ上ニ述ヘタル第二ノ規則ト其精神ヲ同シクスルモノナリ、ホツブスハ斯ノ如ク論歩ヲ進メテ權利ノ移轉ヲ説キ契約ヲ論シ、遂ニ契約ヲ保障スルノ必要トシテ國家ノ成立ヲ論シタリ、國家ハ第三ノ規則タル、人々其締結シタル契約ヲ履行スルコトト云フニ其源ヲ發ス、而シテ國家成リテ茲ニ始メテ道德觀念ヲ生ス。例ヘハ契約ヲ破フルノ行爲ハ惡ナリ、不義ナリ、之ニ從フハ善ナリ、義ナリ道德倫理ハ斯ノ如ク法律ニ據リテ始メテ其形象ヲ執リテ茲ニ漸ク實行セラル、モノナリト云フモノ是レ「ホツブス」ノ議論ノ大要ナリ、氏ノ論ハ斯ノ如ク法律ヲ基礎トシテ道德ヲ説クモノナリ、而シテ法律國家ノ起源ハ人類ノ死ヲ恐ル、ノ結果平和ヲ欲求スルニ在リ、是故ニ先ツ國家アリテ然ル後ニ道德アリ道德ヲ行ヒ身ヲ脩ムルハ實ニ國家ノ治平ヲ前提スルモノナリ、ヘルウエチャス」ノ説ク所モ法律ヲ重ニスル點ハ略相似タリ、此説ト正反對ナルハ孔孟ノ仁義説ナリ、大學ニ曰ク

古之欲明明德於天下者、先治其國、欲治其國者先齊其家、欲齊其家者先脩其身、欲脩其身者先正其心、欲正其心者先誠其意、欲誠其意者先致其知、致知在格物。

ト是レ格物致知以テ意ヲ誠ニシ心ヲ正シクシテ然ル後ニ國家ヲ治メントスルモノニシテ團體ノ強制力ヲ頼ムノ必要ナク、自ラ倫理道德ノ理想ニ到達スルコトヲ務メテ、他人ヲ感化シ而シテ國家ヲ化育セント欲スルモノナリ、蓋孔孟ノ仁義説ニ在リテハ利欲ニ出テ權勢ニ依リテ漸ク維持スルノ平和ハ恃ムニ足ラサルナリ、王ヲ尊ヒ霸ヲ斥クルノ精神一ニ此ニ存ス、論語爲政ノ篇ニ、爲政以德譬如北辰居其所而衆星共之ト説ケルモノ又、道之以政、齊之以刑、民免而無耻、道之以德、齊之以禮、有耻且格ト斷シタルモノ是レ明ニ一人ノ明德能ク團體ヲ服スルニ至ルコトヲ示セルモノニ非スヤ、孟子ニ、以力假仁者霸、霸必有大國、以德服人者王、王不待大、湯以七十里、文王以百里、以力服人者、非心服也、以德服人者、中心悅而誠服也、如七十子之服孔子也、詩云、自西自東、自南自北、無思不服、此之謂也ト云フモノ亦同意ナリ、是ニ由リテ觀レハ仁義説ニ在リテハ化育ヲ以テ一切ヲ律セントスルナリ、政治論斯ノ如シ、法律論モ亦異ルコトヲ得ンヤ、試ニ孟子カ膝ノ文公ニ答ヘタル言ヲ讀メ、曰ク、民之爲道也、有恒產者有恒心、無恒產者無恒心、苟無恒心、放辟邪侈、無不爲已、及陷乎罪、然後從而刑之、是罔民也、焉有仁人在位罔民而可爲也

是故賢君必恭儉禮下取於民有制_ト是レ治國ノ具タル刑罰ハ直ニ放辟邪侈ノ徒ニ蒙ラシメテ以テ其目的ヲ達シ得可キモノニ非スシテ豫メ民人ニ恒産アラシメ仁政ヲ茲ニ行ヒテ而シテ始メテ刑罰アルモノナリ。民ヲシテ爭ナカラシムルノ考案モ亦此理ニ基ク徒ラニ法令ヲ設ケ明文ヲ布クノミニテハ何等ノ効力ヲモ生セサルナリ。民ヲシテ法ニ依リ得可キ資格ヲ有セシメサル可カラス。故ニ曰ク夫仁政必自經界始。經界不正。井地不均。穀祿不平。是故暴君汙吏必慢其經界。經界既正。分田制祿。可坐而定也。_ト不正ト不均ト不平トハ是レ惡事ノ根源ナリ。君ヲ怨ミ人ヲ怒ル皆此三事ヨリ發ス。經界是レ實ニ民事法ノ原則ヲ爲スモノナリ。而シテ之ニ加フルニ庠序學校ノ施爲ヲ以テシ。上人倫ヲ明ニシテ下小民ヲ親シム。斯ノ如クシテ法律ノ希望ヲ達スルコトヲ得ルナリ。猶仁義說ニ基ク法律論ノ研究ハ老子道德說ニ於ケル研究ト同シク能ク數葉ノ紙面ニ於テ盡ス可キニ非サルヲ以テ今唯兩者ノ關係密接ナルヲ述フルニ止メントス。

汎キ意味ノ快樂說ニ屬スル學者ニシテ倫理ト法律トノ關係ヲ說キ從テ倫理學ト法律學トノ交渉厚キヲ述ヘタルモノハ「ロツク」及ヒ「ヒューム」之レナリ。「ロツク」

ハ人類行爲ノ判斷ノ標準トシテ第一ニ神法第二ニ國法第三ニ輿論法ヲ舉ゲタリ。而シテ國法ハ有罪無罪ノ準尺トシテ強大ナル力ヲ有スルモノナリト說ケリ。國法ノ倫理觀念ニ及ス影響ハ決シテ看過ス可キニ非ス。例ヘハ奴隸又ハ人身賣買ト雖モ國法上之ヲ禁セサルトキハ普通人ノ思想ニ於テハ必スシモ惡徳ナラサルナリ。「ロツク」カ他ノ神法竝ニ輿論法ト同シク道德上ノ善惡ノ規則トシテ國法ヲ舉ケ且意思ハ自由ニ非スシテ人ハ自由ナリ、即チ人ハ其勢力ノ範圍内ニ於テ選擇ノ自由ヲ有スト論シタルカ如キハ倫理學竝ニ法律學ノ研究ニ貢獻シタル所多シ。

「ヒューム」モ亦快樂說寧ロ功利說ニ屬スル學者ナリ。氏ハ道德義務ノ二種ヲ說キ第一種ハ責務ノ一切ノ觀念ヨリ全ク離レテ自然ノ本能又ハ直接ノ傾向ヨリ發スルモノ第二種ハ人類社會ノ必要ニ基キ責務ノ觀念ヨリ生スルモノトナセリ第一ニ屬スルモノハ親ノ子ニ對スル感情、感謝ノ念、惻隱ノ心等ニシテ第二ノ類ニ入ルモノハ正義即チ他人ノ財産ニ關スル敬意及ヒ信實即チ約束ノ履行等之レナリ。而シテ「ヒューム」ノ說ク所ニテハ道德上ノ正義及ヒ信實ハ法律上ノ正義

及ヒ信實ト全然同一ナリ。何故ニ此正義ト信實トヲ義務トナシタルカ。是レ服從ノ義ニシテ苟モ服從ナキニ於テハ社會ハ存在スルコト能ハサルハナリ。ヒューム此服從說ニ基キテ民約說ヲ擊破セリ之レ其非凡ナル點ナリ。然レトモ氏カ民約說ヲ批論スル他ノ理由トシテ道德論ニ關スル疑義竝ニ批判ニ於テハ輿論ニ訴フル外ナシトシテ人類ノ共感、各國民ノ各時代ニ於ケル實歴ヲ擧ケ、之ヲ形而上學、自然哲學又ハ天文學ト異ルカ如ク思惟シタルハ氏ノ懷疑說ノ影響ニハ非サルカ。此理由ヲ以テ「プラトーン」ノ「クリト」中ニ「ソークラテース」カ脱獄セサルハ法律ニ從フコトヲ約束シタルカ故ナリトノ一事ノミ僅カニ存スレトモ、其他ニハ契約ノ事實ノ見出ス可キモノ古今未タ之レナキカ故ニ民約論ハ誤謬ナリト斷スルハ少シク妥當ナラス。國民ノ歷史上ノ事實トシテ約束ノ事ナキカ故ニ民約論ヲ非トスルハ大ニ可ナリ、然レトモ人民ノ普通ノ感覺ニ反スルカ故ニ眞理ナラスト云フハ薄弱ナラスヤ。殊ニ「キセノフオーン」ノ「メモラビリヤ」ニ據レハ「ソークラテース」ノ約束ノ意味ハ單ニ同意ノ義ニ過キサルカ如シ。故ニ斯ノ如クスレハ「ヒューム」ノ服從ト相隔ルコト寸尺ニ非スヤ。

「ヒューム」ハ一面ニハ民約論ヲ破壞シテ一面ニハ服從ハ悉ク社會ノ利害、公衆ノ實利ヨリ發スルモノト論シ、宇宙ハ滅フルトモ正義ヲ爲サシメヨトノ格言ハ本末顛倒ナルコトヲ説キ、人民ノ安全ハ無上法律ナリトノ格言ヲ以テ千世萬世ニ至ル迄人民ノ感覺ニ快キモノナリト述ヘタリ。

完全說實現說等ノ學派ニ屬スル「スピノーツ」ア「ライブニッツ」等ノ法律論カ倫理學正義學ト密接ノ關係ヲ有スルコトハ已ニ第六節ニ於テ述ヘタリ。ヘーゲルノ刑法說カ倫理說ト相離レサルコトモ第七節ト本節トヲ對比シテ之ヲ知ル可シ「カント」ノ法律論ノ類モ倫理說ヨリ出テタリト言フ可ク、而シテ經驗說ニ屬スル「コント」ノ倫理說ノ如キ利他主義ノ點ニ於テ社會主義ヲ基礎トスル法律論ト全ク獨立ナルコト能ハサルナリ。其他直覺說ノ倫理說ハ直覺說ノ法律論ト相關係ス。倫理法律ノ學說ハ親密ナルコト從來説明シタル如クナルヲ以テ倫理學ヲ完全ニ知ランカ爲ニハ法律學ノ研究ヲ必要トス可ク、後者ヲ研究センカ爲ニハ前者ノ知識ノ缺ク可ラサルコト誠ニ瞭乎タリ。之レ本節ヲ特ニ設ケタル所以ナリ。終リニ臨ミ法律學ト倫理學トノ差別ヲ一言スレハ、後者ハ専ラ個人ノ性格及ヒ

行爲ノ理想ニ關スルモノニシテ前者ハ主トシテ共存生活ノ考案ニ關スル研究ナリトス。而シテ學問上ノ分類ニ於テハ寧ロ哲學ノ部面ニ於テ兩者同一ノ地步ヲ占ム。是故ニ兩者ノ關係ハ主トシテ法律哲學ニ於テ攻究ス可キモノナレドモ法學通論ニ於テモ亦概般ノ智識ヲ供ス可キ必要アルヲ以テ特ニ本節ヲ設ケタリ。

第十四節 法律學ト醫學トノ關係

一概ニ之ヲ醫學ト謂フ、恰モ雲ヲ攫ムニ似タリ。然レトモ茲ニ醫學ト謂フハ人身ヲ中心トシテ其發育、健康、生存ニ關スル學術上ノ研究ヲ總稱スルナリ。醫學ト法律學トノ關係アルハ已ニ法醫學ノ一科アルニ因リテ之ヲ知ルコトヲ得可シ。蓋シ法律ハ法人ヲ除キテハ、人ト人トノ關係ナリ。而シテ其關係ハ場合ニ依リテハ身體ヲ要素トスルコトアリ。此場合ニ法律學ト醫學トノ交渉問題ヲ生スルナリ。法律文ノ規定ヨリ見ルトキハ單ニ身體ニノミ限ラスシテ精神即チ心ニ關スルモノアリ。斯ノ如キ規定ニシテ醫學ト關係アルハ其精神ノ作用カ主トシテ精神

病學ノ範圍ニ入ル部分ニシテ心理學ニ關スルモノハ包含セサルナリ。人類ノ相集リテ社會ヲ組成スルヤ、或ハ人口稠密ノ市邑ヲ爲シ、或ハ人煙稀少ノ寒村ヲ爲ス。從テ人口又ハ住戸ノ數ハ素ヨリ同一ナラスト雖モ、單獨ナル「ロビンソン、クルソー」的生涯ヲ送ルハ極メテ變則ニシテ、人性ノ自然ニ合セサルモノナリ。生物學研究ノ結果ニ據レハ、人類ノ今日ニ至リテ益々繁殖スルコトヲ得ル所以ハ生存競爭ニ於テ勝利ヲ得タルカ爲ニシテ、而シテ其勝利ノ原因ノ一トシテハ有無相通シ、同情相憐ミテ互ニ鞏固ナル團體ヲ組成シタルカ爲ナリ。即チ人類ハ單ニ共同生活ヲ營ム性質ヲ有スルノミニ非スシテ其必要アルモノナリ。而シテ共同團體ノ生活ヲ營ムニ當リテハ先ツ團體ニ對スル危害物ヲ排除スルヲ以テ要務トナス。蓋シ團體鞏固ニシテ且安全ナルニ非レハ到底各組成員ノ生存ヲ期スルコト能ハサレハナリ。是故ニ人類ノ歴史ニ遡レハ團體ニ關スル法律問題ハ主トシテ兵馬並ニ財政ノ二點アリシモノナリ。種族的生活ハ漸次國家的トナリ鬪爭相報ユルノ事實ハ次第ニ減スルニ及ヒテ世ハ益々平和ノ傾向ヲ呈スルニ至リ、人類團體ノ生活稍其根據ヲ得テ、團體ハ茲ニ衛生問題ニ注意スルニ至レリ。而シテ

醫學ノ進歩ニ因リテ在來ハ殆ント天災トシテ信セラレタル惡病疫癘モ之ヲ防禦スルコトヲ得ルモノタルコト明カナルニ及ヒ、其方法手段トシテ茲ニ法律ト相交渉ス種痘若クハ傳染病ニ關スル法律若クハ行政法上ノ命令ノ如キ之レナリ、更ニ精神病者ノ危險ニシテ良民ニ不慮ノ過害ヲ及スコトアルヲ知ルニ及ヒテハ精神病者監護法ノ設ケアルコトヲ要スルカ如ク、醫學ト法律學トノ關係ハ人文ノ進歩ニ從ヒテ益々密接スルニ至リタルコトヲ知ルニ足ル可シ。

更ニ民法ノ上ヨリ見レハ、成年ニ關スル規定ノ如キ、無能力者ニ關スル規定ノ如キ婚姻ニ關スルモノ、胎兒ニ關スルモノ、如キ總テ醫學ト關係ス。殊ニ近時世上ノ一問題トナリタル名古屋ノ船橋某對木下醫學博士間ノ手術中使用セル「ガ」ゼカ腹腔内ニ殘リタルカ爲ニ生シタル損害賠償ノ訴訟ノ如キ法律ト醫術トノ關係問題ナリ。又刑法ノ如キニ至リテハ、醫學トノ關係實ニ密接ナリ。ロンブロンノ犯人ヲ以テ一ノ病理的現象ト觀タルハ醫學上ノ説明ナラスヤ。而シテ其說ノ誤謬ヲ指摘スルモノモ亦醫學ニ非スヤ。斯ノ如ク醫學ノ進歩如何ニ依リテ刑事學說ニ一大影響アラントスルカ如キ最モ注意ス可キ事項ナリトス。

最後ニ一言セントスルハ醫業ノ法律上ノ意義ナリ。之レ獨リ刑法ノ問題トシテ實益アルノミナラズ、諸種ノ迷信ト各般ノ非專業的治療ノ流行トヲ見ル今日ノ社會狀態ニ在リテハ取締ヲ嚴ニスル必要アリ、而シテ這般ノ關係ヲ明瞭ニシテ以テ遺憾ナキヲ期センガ爲メニハ法律學ト醫學トノ智識ノ交渉ヲ要スルコト敢テ説明ヲ待タザルナリ。

第十五節 法律學ト社會學トノ關係

社會學ヲ廣義ニ解スレバ社會的集團ノ現象事實及其發達ヲ研究スル學問ノ一群ヲ謂フ、即チ英語ノ「ソシヤルサイエンス」獨逸語ノ「ゾチヤール」ウイツセンシヤフテン、佛蘭西語ノ「シヤンス」、ソシヤールナリ。從テ又法律學ハ社會學ノ一種タルコト改メテ説明スルヲ要セザル可シ。ゲオルグ、イエーリチツク「ハス」ノ如キ廣義ノ社會學ヲ以テ各個人ヲ「我」トシテ攻究スルニアラズシテ原子トシテ研究スルモノトナシ、心理學ニ於テハ個人ヲ以テ最高ナル説明ノ對象ト爲セドモ社會學ニ於テハ至ク個人ニ重キヲ置カザルモノト爲セリ、即チ社會研究者ノ眼

眸ニ映ズル者ハ廣ク人類ノ生活ニシテ、個人生活ノ如キハ何等ノ意味ヲ運バザルナリ(イエーリヲツク著「法律、不法律及刑罰ノ社會倫理學上ニ於ケル意義」序論 一一、一二面參照)

蓋シ此意味ニ於ケル社會學ハ精神科學中直接個人ノ心現象ニ關スルモノヲ除ク外、苟モ團體ニ關スル研究全部ト符合スルモノナルガ故ニ之ヲ以テ一科ヲ爲セル獨立ノ研究方法ト見ズシテ始メニ説明シタルガ如ク社會的集團ヲ研究スル一群ノ學問トスルヲ妥當ト爲ス。

余ガ本節ニ於テ社會學ト稱スルハ獨立ノ一學科ニシテ社會集合體ノ比較研究及發展的研究ヲ目的トスル科學ヲ謂フナリ。即チ佛蘭西語ノ「ソシオロジ」獨逸語ノ「ゾチオロギ」英語ノ「ソシオロヂー」之レナリ。社會研究ヲ歸納、演繹ノ兩方法ニ於テ完全ニ成就セント試ミタル學者ハ「アリストテレース」ナリ。然レドモ氏ノ研究ニ於テモ政治論ト全ク分離シ得ザリシナリ。

近代ニ於テハ社會現象ノ社會學的研究方法ハ漸次兩面ニ分岐シタルモノ、如シ、一ハ統計的研究方法ニシテ一ハ人類學的研究方法ナリ。而シテ最近ニ至リテ

ハ更ニ社會學ニ心理學的研究方法ヲ應用セントスル傾向漸ク其盛大ヲ致サントスルモノ、如シ。蓋シ社會現象ノ全部ハ又直ニ精神的現象ナルヲ以テ形體ノ研究ニ於テハ未ダ盡サルモノ多キガ爲メナリ。心理學的研究ニ貢獻シタル學者ハ「ウォルター」、バジオツト」ノ如キ、佛蘭西ノ「タルド」ノ如キ、北米合衆國ノ「バルトウイン」ノ如キ、「ロイス」ノ如キ之レナリ。余ハ今此三個研究方法ト法律學トノ關係ヲ説ク所アラントス。

一、統計的研究方法スタチスチツシエーメント 此研究方法ハ自然科學ニ於テモ必要ナルガ如ク精神科學ニ於テモ亦甚ダ必要ナリ。一定ノ社會現象ニ對スル統計的研究ハ其現象ノ生滅ニ關スル原理又ハ法則ヲ推知スルニ足ル可ク而シテ又其生滅ノ原因事由ヲ推斷スルヲ得ルニ足ル可シ、此ノ如クシテ將來ヲ豫定スルヲ得ルニ至ル可キナリ。今夫レ犯罪事件ノ如キハ社會現象ニシテ又法律學ノ研究事項タリ。然レドモ法律學ノ最モ知ラント欲スル所ハ如何ナル犯罪ガ如何ナル境遇及狀態ニ於テ如何ニ發生ス可キカ、如何ナル原因事由ニ基キテ如何ニ生起ス可キカノ原理若クハ原則ニ在リ。斯ノ如クシテ豫メ犯罪ノ根本タル各種狀態ヲ研究シタル後、眞

正ニ刑罰ノ目的ヲ達シ得可キ刑法其他ノ刑罰法ヲ制定スルコトヲ得可ケレバナリ。人文未ダ進化セザル時代ニ在リテハ刑罰ノ如キハ唯眼前ノ急ヲ救フニ在ルヲ以テ或ハ被害者ノ感情ヨリ打算シ或ハ行爲ノ實害ヨリ計測シテ刑罰ノ輕重ヲ定メ、斯ノ如クシテ刑罰法ヲ編成スルニ非ザレバ、政略上ノ理由ヨリ之ヲ設クルヲ常トス。故ニ立法ノ目的ヲ斯ノ如ク簡單ナルモノトスレバ其目的ヲモ達シ得可シト雖モ、人類全部ノ進歩ト社會的關係トヲ基礎トシタル立法ノ目的ハ簡單ナル方法ヲ以テ到底達シ得可キニ非サルナリ。立法ハ斯ノ如ク社會現象ニ關係アリ、然レトモ立法論ニ於テ研究ス可キ事項ハ社會學ヨリ得タル結果ニ在リ、而シテ立法論モ亦法律學ノ一部ナルヲ以テ此點ヨリ法律學ト社會學トノ關係ヲ知り得可キナリ。輒近法律學者ノ間ニ於テ喧シキ研究事項タル刑事法ノ原理ニ關スル論議ノ如キハ一面ニ於テ正義ヲ研究スル倫理學ト密接ノ關係アルト同時ニ他ノ一面ニ在リテハ犯罪ノ社會的影響及其原因等ヲ研究スル社會學ト相離ル可ラサルナリ。

二、^{エトノロバツシ}人類學的研究法^{エー、メ、ト、リ、テ} ハ社會ノ原始ノ狀態ヲ研究シ其歷史的發展ヲ説明スルヲ

以テ目的トス。家族姓氏團體種族等ノ發達ヲ穿鑿シ、風俗慣習法律狀態ヲ明ニスルカ如キハ其重要ナル研究事項タリ。法律ノ比較研究方法トシテ人類學的研究方法アルコト、而シテ此方法ニ對シテハ相環聯セサルモノヲ相環聯セリトシテ斷案ヲ下スコトアリトノ攻撃アルコトヲ第十一節ニ於テ論シタリ。然レトモ社會學ニ於テ此研究方法ノ大ニ發達進歩シテ各人種ノ文化、慣習、家族關係、種族的組織ノ實狀ヲ精確ニ斷定スルコトヲ得ルニ至ラハ比較研究ニ資スルコト多キハ論ヲ俟タサルナリ。故ニ此研究方法ニ依リテモ亦法律學ト社會學トノ關係深キヲ知り得可キナリ。

三、心理學的研究方法 ハ社會現象ノ精神的方面ヲ研究ス、同一時間ニ於テ生起セル社會現象ノ研究事項トシテハ社會組織ノ問題及社會精神ノ問題ハ甚々重要ナリ。今法律生活ニ於ケル各種ノ事件ヲ案スルニ精神ノ發動ニ因ラサルモノハ極メテ稀ナリ。即チ過失懈怠若クハ不知ノ場合ヲ除キテハ皆精神的發動ニ歸セサル可ラス。然レトモ此精神發動ハ單純ナル個人ノ心理問題ニ非スシテ社會問題ナルコトアリ、集合体ナル人類ノ精神狀態ナルコトアリ。例ヘバ模倣ノ場合

ノ如キ之レナリ。バジオット「タルド」又ハ「バルドウイン」諸氏ノ研究ニ據レバ「模倣」ノ如キハ社會進步ノ上ニ著大ナル意義ヲ有スルモノニ似タリ。華嚴巖頭青年ノ飛躍ハ幾多ノ模倣者ヲ出シ、其巖頭感ハ尠少ナラザル擬似文ヲ生セシメタルカ如キ模倣ノ社會的意義ヲ示スモノナリ。而シテ斯ノ如キ場合ハ犯罪行為等ニ於テ屢々見聞スルモノナルヲ以テ社會學研究ノ結果ヲ基礎トシテ立法、警察又ハ裁判ノ上ニ參照スベキ處極メテ多シト言ハサル可ラス。果シテ然ラバ此點ニ於テモ亦法律學ト社會學トノ關係深キヲ知ルニ足ル可キナリ。

猶兩者ノ關係甚深ナルヲ證明ス可キハ國家學ノ研究事項ト社會學ノソレト漸ク相近接スルニ至リタル事實之レナリ。模倣ト謂ヒ「種類的意識」ト謂ヒ「心」又ハ「自我」ト謂フモノ何レモ皆精神現象ナリ。此等ノ事項ヲ以テ社會學ニ於テ研究スル主要ナル對象トスレバ、國家學ニ於テモ「ヘーゲル」ノ如キハ單ニ精神現象ノ交渉其社會的發展ヲ觀ズルニ過ギズ。獨リ「ヘーゲル」ノミナラズ近代ノ學者中ニ在リテモ國家學ノ説明ニ當リ其社會的關係ニ重キヲ置クモノ少ナカラズ。ゲオルグ・イエーリチツク「ノ如キハ其一例ナリ。氏ハ其名著「近世國家法」ノ第一卷ニ於テ論

ジテ曰ク「團體ニ於ケル一切ノ行事ハ此等ヲ生起セシムル心的行為ヲ知ルコトニ於テノミ之ヲ了知スルコトヲ得可シ。蓋シ團體中ノ外部ノ行事ハ總テノ人類界ノ變遷ノ如ク意思ニ因リテ起リ、其方向及所含ハ人類ノ心的存在及活動ノ全部ニ依リテ定メラル、モノナレバナリ」(同書一二二面參照)ト氏ノ茲ニ意思ト謂ヒ心的行為ト謂フモノハ主トシテ心理學的社會學ニ於テ講究ス可キモノナルヲ以テ如何ニ法律學ト社會學トノ關係深キヲ知ルニ足ル可シ。其他近頃學者ノ唱フル法人實在說ノ類モ亦之レ一派ノ社會學ノ影響ト言ハザル可ラズ、即チ佛蘭西ノ「レテ、ウオルム」等ノ提唱スル社會實在說ノ影響ヲ受ケタリト觀ル可キナリ。

第十六節 法律學ト歴史トノ關係

茲ニ歴史ト謂フハ英語ノ「ヒストリー」ニ該當スル言葉ナリ。元來「ヒストリー」ト云フ文字ハ希臘語ノ「ヒストリヤ」即チ「知ラセ」若クハ「物語」ト云フ文字ヨリ來リタルモノニシテ佛語ノ「イストアール」伊太利語ノ「ストリヤ」等皆其語源ヲ同シクスル

モノナリ。獨逸語ニテ歴史ニ當ル文字ハ、ゲシヒテナリトス、此歴史ト云フ文字ハ概略左ノ三義ヲ有ス。

第一、事物經過ノ原因タル各種變遷ノ連續ノ義ナリ

第二、變遷ノ連續ニ關スル知識ノ所在ノ義ナリ

第三、連續スル諸種ノ變遷ヲ科學又ハ哲學ノ原則ニ準シテ説明スルノ義ナリ

此第一ハ現實ノ歴史自体ナリ、第二ハ記録ナリ、第三ハ史學又ハ歴史哲學ナリ、歴史ノ意義ハ斯ノ如ク汎意ニ解釋スルモノナルヲ以テ特ニ法律制度ノ沿革ヲ研究スル學問ノ類ハ一面ニ於テハ史學ナリ、一面ニ於テハ法律學ナリ、故ニ此意味ニ於テハ法律學ト歴史トハ單ニ關係スルニ止ラスシテ同一物ノ兩面ナリト解ス可キナリ。然ラハ法制史ノ類ハ法制ノ變遷沿革ニ關スル説明ニ屬スルモノナルヲ以テ之ヲ法律學ト稱ス可ク又能ク歴史ト稱ス可キナリ。現行法ヲ解釋スルニ當リテヤ若シ用語其概念意義ニ付キ明瞭ナル觀念ヲ得ルコト能ハサルトキハ母法ニ遡リテ沿革ヲ繹スル必要アリ、例ヘバ民法ニ於ケル

條件ノ概念ノ如キ單ニ其文字ヨリ觀レハ極メテ廣汎ニシテ一定ノ意義ヲ運ブニ至ラズ、然レドモ民法ノ編纂ニ際シテ立法者カ參照ニ供シタル佛獨等ノ法律若クハ其學說ノ沿革ヲ知り更ニ羅馬法ノ「コンヂチオ」ノ制度ヲ調査スルニ及ヒテ始メテ條件ノ如何ナルモノナルカヲ知ルコトヲ得ルカ如シ、現行法規ノ解釋ニ於テモ沿革ヲ知ルノ必要アル猶上述ノ類ナリ、從テ立法事業ノ上ニ法制ノ沿革ノ必要ナル論スル迄モナキコトナリ。民法ニ於テモ親族編相續編ノ類ハ歐西ノ制度ヲ採用セスシテ在來ノ日本制度ニ鑑ミ、以テ家族制度ヨリ個人制度ニ遷ラントスル過渡時代ヲ基礎トナセリ。是レ日本ノ歴史ニ重キヲ置キタル制度ナリ。刑法ノ如キモ現行法ニ不備ノ點アルカ爲ニ之カ改正ノ必要ヲ感シ政府ハ已ニ改正案ヲ議會ニ提出スルコト三回ニ及ヘリ、而シテ改正案ハ其精神ニ於テ大ニ現行法ト異ル所アリ。此當否ヲ決センカ爲ニハ單ニ法律案ノ文字ヲ精讀スル而已ニテハ十分ナラス、必ス一面ニ於テ沿革ヲ檢討シテ以テ今日ノ學說ヲ生スルニ至リタル所以ヲ究メ又一面ニ於テ我日本ニ於ケル刑法ノ歷史上ノ觀念ヲ知悉セサル可カラス、然ラサレハ其論議徒ラニ空理ニ奔リテ何等ノ得ル所ナキ

ニ終ランノミ、而シテ之レ等制度ノ沿革ニ關スル研究ハ能ク歴史タリ又能ク法律學タルナリ。然レトモ通常歴史ト稱スルハ一國ノ政治史ノ意義ナリ。政治團體ノ發達ニ關スル記錄ナリ。政治團體ヲ形成スル社會ノ生命、觀念及ヒ制度ノ發達ノ進步ニ關スル學理的ノ研究ナリ。此意味ニ於ケル歴史ハ法律學研究問題ノ一タル權力ノ觀念ヲ明ニスルノミナラス、權力ノ事實上ノ地位法律ノ制定ニ至リタル原因事跡等ヲ審究スルモノニシテ法律學トノ關係大ニ深キモノナリ。殊ニ一國ノ國體及ヒ政體ニ關スル法律即チ憲法ノ研究ノ如キハ單ニ一國ノ政治史ノミナラス萬國ノ政治史ニ涉獵スルノ必要アリ。英國ノ憲法ヲ解スルニハ英國ノ政治史ヲ知ルヲ要シ、日本ノ憲法ヲ明ニセンカ爲ニハ我國史ヲ知リ更ニ世界ノ政治史ヲ知ラサル可カラス。タシタス「ノ歴史ヲ讀ミテ、ゲルマン」人ノ古俗習慣ヲ知リ斯ノ如クシテ歐洲今日ノ「ゲルマン」民族ノ憲法ヲ解スルノ便ヲ得ルナリ。殊ニ法制ノ發達ヲ研究シ又ハ其發展ノ原理法則ヲ研究スルハ歴史ノ補助ヲ要スルコト多大ナリ。オットギルケ曰ク史的發展ノ普通ノ法則ハ團體的生活ノ行程ニ於テ共同生活ノ機能ヲ益分離セシメ而シテ益銳ク相對行セシム。幼稚ナル國

民ニ在リテハ其機能ハ生來ノ形体ヲ印セラレ寧ロ混沌ノ狀態ヲ以テ混流ス。文化ハ分離及獨立ヲ生ゼシム。斯ノ如クシテ生熟スルナリ。然レドモ又之レガ爲ニ裂開衝突ヲ來スモノタリ。文化ニ伴隨スル必然的ノ分離ヲ維持シ而シテ相同ジカラザル現象ノ間ニ一大調和ノ良音ヲ發セシムルハ精神的努力ノ新生面ニシテ、之ニ依リテ生命ト健康トヲ持續シ得ルナリ。蓋シ分離ヲ調和ス可キ力ノ消失ハ直ニ又滅亡ナレバナリ。法律生活モ亦此發展ノ法則ニ從フ「ギルケ」獨逸私法一二二面ト之レ法律學ノ研究ニ史的智識ノ缺如ス可ラザルコトヲ教フルモノニ非ズヤ。而シテ史的智識ノ淵源ハ實ニ歴史ナリ、史學ナリ、政治史ナリ。政治史ハ又法律學ノ第一研究問題タル公秩序ノ思想ノ研究ニ付キ必要缺ク可カラサル材料ナリ。羅馬ニ於テ先ツ訴訟法ノ發達アリテ然ル後ニ民事ニ關スル法律ノ發達アリシ理由ハ主トシテ之ヲ羅馬ノ政治史ニ求メサル可カラズ、法律思想ノ發達ニ於テモ國家觀念ノ強大ナルコトアリ。人民獨立ノ觀念隆盛ナルコトアリ、之カ爲ニ一國ノ法制ニ影響アルコト疑ヲ容レス。而シテ之ヲ明瞭ナラシムルモノ政治史ノ如キ實ニ其最タリ。

支那ニ於テハ歴史ノ發達決シテ西洋諸國ニ劣ラス、政治史ノ類モ亦甚タ浩瀚ナリ、而シテ史トハ本來ハ史官ノ意味ニシテ其數甚ク繁ク周官禮記ニ據レハ大史小史內史外史左史右史ノ名ヲ有シ、大史ハ國ノ六典ヲ掌リ、小史ハ邦國ノ志ヲ掌リ、內史ハ王命ヲ書スルヲ掌リ、外史ハ使ヲ四方ニ書スルヲ掌リ、左史ハ言ヲ記シ右史ハ事ヲ記セシモノナリキト云フ(史通削繁卷三外編史官參照之レ等ノ記錄ハ支那ノ歴史トシテ史學ニ大ナル材料ヲ供シ又法律學ノ上ニモ少ナカラサル影響ヲ及ホシ得可キモノナリ。

法律學ト歴史トノ關係斯ノ如シ。從テ歴史ノ研究ハ法律學者タルモノ、決シテ等閑ニ付スルコト能ハサルモノナリ。

第十七節 法律學ト經濟學トノ關係

法律、倫理、經濟ノ三學ハ互ニ相關係ス。倫理ト經濟トノ間ニハ單ニ深キ關係アルノミナラス、兩者ヲ比較對照シテ研究スルニ非サレハ、其一ヲ精密ニ理解スルコト能ハス、國民ノ倫理ハ直ニ其經濟活動ノ基礎トナリ又結果トナルモノナリト

ハ「エール」大學長「ハドレー」ノ說ナリ。又人事百般ノ現象ヲ二分シテ經濟現象及ヒ宗教現象トナシタルハ英國ノ經濟家「マーシャル」ナリ。更ニ眼ヲ東洋ニ轉スレハ支那道德論ノ多クハ經濟說ト關係アルコト第十三節ニ於テ引用シタル孟子ノ議論ニ據リテモ之ヲ知ルコトヲ得可シ。況ンヤ管子ノ如キニ於テ「ヤ、斯ノ如ク倫理ト經濟トノ間ニ多少ノ關係アルコトモ別ニ説明ヲ要セスシテ知ルコトヲ得可シ。抑モ經濟ト云フ文字ハ之ヲ漢語ニ據リテ判定スルトキハ主トシテ王侯ノ庶民ニ對スル政治方策ノ意義アリ。一國財政ヲ料理スル上ヨリ觀レハ或ハ適當ナランカ。之ヲ西洋ノ沿革ヨリ觀ケハ英語ノ「*Domestic*」ト云フ文字ニシテ希臘ノ學者例ヘハ「キセノフオーン」及ヒ「アリストテレース」ノ如キハ此意味ニテ家計即チ家政ノ事務トシテ之ヲ研究セリ。

其後經濟學ハ諸種ノ進路ヲ取リテ或ハ道德ノ一部トシテ論セラレ、或ハ法律ノ一部トシテ攻究セラレタリ。例ヘハ高利ニ關スル問題ノ如キ之レナリ。第十六世紀ニ於テハ單ニ財政ノ學問ノ如クニシテ其範圍稍狹小トナリ、兩論對戰ノ後遂ニ「アダム、スミス」ノ富國論ヲ見ルニ至レリ。「アダム、スミス」ハ經濟學ヲ以テ政治學