

「サヴィンゲ
ロー」「ペー
ズレル」は
當然説

ある。(Savigny, System. I. S. 146; Puchta, Gewohnheitsrecht. III. S. 66.) 「ヴァンゲ
ロー」「ペーズレル」等の新歴史派の謂はゆる法信は後者である。前者は、民族員が
一の原則は法なりと確信するが故に慣行を生ずるに至ると云ひ、慣習以前に
法規が存在するものと爲し、後者は、民族員が一の原則は法たらざるべからず
と信ずるが故に慣行を生じ、慣行生じて始めて法有りとするものである。故
に慣行説に依れば、慣習は法の発生原因(Entstehungsursache des Rechts)であり、歴
史派の法信説に依れば、慣習は法の發現形態(Erscheinungsform des Rechts)である。
また新歴史派の法信實現説に依れば、慣習は法の発生形態(Entstehungsform des
Rechts)である。法信説及び法信實現説は其孰れに依るも、法なる觀念の先存
を前提としなければならぬのであるから、法信は即ち法なりとは意義を爲さ
ざる語である。法信は法を生ずと云ふも亦同様である。法信は法なる目的
有つて始めて生ずるものであつて、法の結果である。故に法信は法を生ずと
いふは、法の結果を以て法の原因を説かうとするものである。法信有つて法

を生ずといふ者は、「ニュートン」の發見有つて然る後に始めて引力を生じたと
云ふ者と擇ぶところ無き者と謂はねばならぬ。

慣習法の起
原に關する
單元説と複
元説

慣習法の起原に關して、單元説を採つて法信即法なりとしても、又は複元説
を採つて法信、慣行の二者相合して慣習法を成すものであるとしても、共に法
信は慣習法の成立及び存在の要素であるから、法信に違ひ又は法信
に伴はざる慣習法規の存すべき理由は有り得ぬのである。然しながらい「メイ

「合理的慣
習は不合理
的慣習を生
ず」

法信の更改

ン」が「合理的慣習は不合理慣習を生ず」(Maine, Ancient Law. ch. 1.)と云うた
如く、慣習の起元は悠遠にして、其成立の理由は既に全く忘却せられ、又は時勢
の變遷に因つて其成立の理由は既に去りたる後と雖も、思想の惰力に依つて、
他の理由を附會して仍ほ其慣習を存續することは決して稀有ではない。此
第二の場合に於ては、法信論者は或は之を法信の更改であるとして、前には甲
の理由に依つて法なりと確信し、後には乙の理由に依つて法なりと確信する
と強辯することを得るであらうけれども、第一の場合に殊に普通に見るとこ

ろであつて、慣行者は單に慣習なりとの理由に依つて之を遵奉し、別に何等の確信の存在しないのが多いものである。若し此等の場合にも法信有りとするならば、一切の慣習は法なりと言ふに等しく、其實は法信を棄て、慣行説を採るものと謂はなければならぬ。

第六節 意思説

意思説

慣習法の効力は人民の意思に基因するものであるとする説を意思説(Willensstheorie)といふ。此學説を唱へる者は、慣習法は人民の全部若くは一部の企圖に成るものであつて、法慣習の原因となるべき各個の行爲は、將來に於て法的規範を生ぜしむべき志向を以て爲したるものでなければならぬとする。故に「チーテルマン」の如きは、寧ろ意思説なる名稱に代ふるに志向説なる題號を以てするを適當とした。(Zitelmann, Zeitschr. f. civ. Praxis. LXVI. S. 367.)

志向説

意思説は、慣習法の成立の意識的なるを要求する點に於ては法信説と同じ

意思説と法
信説、承認
説との異同

く、其執意的なるを要求する點に於ては法信説と異なり、成文法、不文法を同一の基礎に置くの點に於ては承認説と合致し、慣習法成立の原因たる心的作用の自動的なる點に於ては承認説に背反するものである。意思説に依れば、人民が立法権の主體として一の原則をして法性を有せしむべしとの意思を明示的に表示したるときは成文法を生じ、默示的に之を表示したるときは慣習法を生ずるものであるとし、又承認説に依れば、人民の全部又は一部の長期間に於ける同様行爲に因つて生じたる慣習を、國家又は國家の機關が認めて之に法効を賦與するものとする。故に承認説は慣習は承認に對する先存事實であるとして、意思説は慣習は意思に對する後發若くは同時事實であるとするものである。

意思説の三
種

(甲)強意説

意思説には種々の色合があるけれども、小異を捨て大同を取つて之を分類するときは、之を(甲)強意説、(乙)總意説、(丙)合意説の三種と爲すことが出来る。

(甲) 強意説

第五章 慣習の法性享受に關する學説

慣習法は國民中の強者の意思に出づるものであるとする説を強意説とする。例へば前に述べたる如く「ハルム」(Harum, Entstehung des Rechts. S. 23. u. 35.) 「スチンツィング」(Stintzing, Macht u. Recht. S. 11, 12.)の二氏の如きは強者の意思を以て法の原力と爲したものであるから、彼等が慣習法の効力は國民中の優强者の意思に生ずるものであるとするのは、自然の歸結である。たゞ「ハルム」は慣行者の意思は、多數者又は優強少數者の意思であるから、其意思にして法を立つる志向があるときは、慣習は法効を生ずるに至るものであると爲し、「スチンツィング」は、國民の優強部分が其法信を以て劣弱部分を制服するに因つて生ずるものであると爲すの差あるのみである。

(乙) 總意説

「アドルフ、シュミット」

(乙) 總意説
慣習の法効は人民の意思の集合より生ずるものであるとする説を總意説といふ。例へば「アドルフ、シュミット」は「法は總意である。」(“Das Recht ist Gesamtwille.”)となし、法が常に人民の總意なる所以は、各個人より直接に法

意思表示の二方法

何故に意思が規範たり得るか

規を生ずるのではなくして、各個人が一定の権力に服従するに由るものである。人民は権力者に服従するが故に、人民の總意は命令の形式となつて發現するものである。抑も意思表示の方法に二種ある。其直接且明示的なるものは言語に依り、其間接且つ默示的なるものは行爲に依るのであつて、國民が其總意を表示するも亦同様である。若し國民が明示的に言語に依つて其法的意思を表示するときは、成文法を生じ、默示的に行爲に依つて其法的意思を表示するときは、慣習法を生ずるものであると論じた。(Ad. Schmidt, Zur Lehre vom Gewohnheitsrecht. S. 6-8.)

意思主義論者は意思を以て法の原力と爲すものであるから、先づ何故に意思が規範たり得るかの問題を決しなければならぬ。規範とは、思想、動作、情緒等が其目的を實現する爲めに據らなければならぬ標準若くは元則を云ふのであるから、自己の意思が自己に對して規範であるといふことは、即ち己の欲する所に従つて行動するといふに均しいから、殆んど意義を爲さぬ言である。

然らば意思が法の原力であると云ふのは法の服従者より觀たる他人の意思であらねばならぬ。而して他人の意思は個人又は個體の意思なることもあり、社會又は一團體の全部の意思なることもあり、又は其一部の意思なることもある。其一部の意思も亦定まりたる部分の意思なることもあり、定まらざる部分の意思なることもあり、多數の意思なることもあり、少數の意思なることもある。而して意思主義論者は其意思の明示は成文法となり、默示は慣習法となるものであるとするから、右に擧げたる各種の意思中、法の原力たることを得べきものは如何なるものであるかを尋ねなければならぬ。若し之を個人又は個體の意思であるとするならば、君主、寡數主宰者又は立法議會等の表示する意思が成文法となり得るは明白ではあるが、其意思が慣習法となるのは承認説を許容するに非ざれば不可能の事である。又若し之を全部の意思は即ち「總員の合意」(consensus omnium)又は「總意」(Gesamtwille)であるとするならば、總員が慣習を成すべき各個の行爲を爲すに當つて、法を作るべき志向

法の原力たる
り得べき意
思とは何か

を有し、彼等の慣行は法則を生ずべしとの企圖あるものとするは、事實に存せざることと立論の爲めに假説したものである。前に論じたる如く、國民間に行爲の齊一的體様を生ずるの始めは、衆員の評價的商量の一致に因るものにはあるが、應價の認識あるが爲めに、之を以て將來に對し規範と爲すべき豫期ありとすることは出来ない。況んや之を法的規範と爲すの企圖に於てをや。應價の認識と規範の設定とは必然的因果を爲すものではないのである。若し又慣習法の原力たるものは國民一部の意思であるとするならば、例へば地方慣習の場合に於ては、主權體に非ざる一地方が全國に法を布くものと謂はなければならぬ。何とならば、慣習法はその一般慣習法なると特別慣習法なるとを問はず、其國法たるに於ては異なる所が無いからである。又「ローマ法に於て慣行者の合意」(consensus utentium)と云ふが如き場合に於ては、獨り其慣行者(utentes)に法規を生ずる企圖なきのみならず、何故に國民の一部たる慣習的行爲の實行者の意思が慣習に法效を與へ、其實行者以外の者に對しても、

一般的拘束力を生じ得るものなるや、意思論者の解説せざる所である。而して其之を解説せざるは、蓋し之を爲すこと能はざるに由るものである。或は、總意論者は之に對へて、總意は個人の意味と同じからず、個人の意味には立法的企圖は無いけれども、總意は法を作る意思となることがあると云ふであらうけれども、「チーテルマン」の云ふが如く、個人の意味は總意の成素であるか（Arch. f. civ. Praxis. LXVI. S. 370.）個人に立法的意思無くして總意に立法的意思が有るとするのは、無より有を生ずるものと謂はなければならぬ。

假に數歩を譲つて、人民が立法権を有する民主國に於ては、總意は慣習法を生じ得べしとしても、専制君主國殊に被征服國に於ては、人民の意思は獨り立法の原力たらざるのみならず、人民の意思を壓抑して法を立てることは決して尠くはない。斯の如き政體又は政況を有する國の人民は、明示的總意に依つて成文法を作ることが出来なけれども、默示的總意を以て慣習法を作ることが果して可能であるか。此詰問に對しては「アドルフ・シュミット」の如く、

「シュミット」

服従は總意なりと答へるの外、恐らくは他に答辯の途は無からうかと考へる。若し斯の如き詭辯を恃んで服従は總意なりと謂ふならば、強制的服従の場合に於て、人民全部の本意に反したる總意があるといふ背理の言をも爲すこととなるであらう。

(丙) 合意説

慣習が法性を享けるのは、人民の共諾に基くものであるとする説を合意説といふ。「ローマ」の法曹は概ね皆此説を唱へ、就中「ジュリヤヌス」(Julianus)の説は「デイゲスタ」法典中に掲げられて居るので、彼は此説の首唱者と稱せられるに至つた。彼は慣習法の基礎を論じて曰く、

舊慣習が成文法と同様に遵守せられるのは、當然の理由が無いではない。慣行に依つて成れる法即ち是である。抑も成文法が拘束力を有するのは、人民の判断を以て承諾せられたるに外ならざるものであるから、苟も人民の是認するものは、たとひ成文法規を成さぬものも、一般に對して拘

「ローマ」法
曹
「ジュリヤ
ヌス」

東力を有するは至當の事である。人民が意思を表示する方法に關しては、投票に依つて之を表はすと事實に依つて之を表はすとの間に何等擇ぶところは無_レ。 (I, 32. § 1. D. de leg. 1. 3.)

「ヘルモゲニヤヌス」(Hermogenianus)も亦慣習法の基礎は合意であるとして次の如く論じた。

舊慣にして制裁を有し且つ多年間依遵せられたる法規は、人民の黙約(cia civium conventio)に依るものと看做すことを得べく、成文法規と同一の效力を有するものである。 (1. 35. D. de leg. 1. 3.)

又「ガローウス」は慣習法を「合意に依りて採用せられたる法」(ius quod consensus receptum est.)と云ひ、(Gaius, Inst. III. 82.)「ウルピアヌス」は「慣習法は永續慣行に依る人民の黙諾」(tacitus consensus populi.)であると云ひ、(Ulpianus, Liber Singularis Regularum. 4.)「インスチチユーチオネス」法典第一編第二章第九節には、不文法の定義を下して次の如く記してある。

不文法は慣行に依つて定つた法である。何とならば舊俗は其慣用者の承諾(consensus utentium)に依つて法と同一の效力を有するものであるからである。 (§ 9. Inst. 1, 2.)

中世の註釋派(Glossatores)は慣習法の起原を論ずるに當り、始めには慣習法は人民の黙約(tacita civium conventio)に基くものであるとしたが、後に至りて慣習に服従する義務は、契約を遵守する義務の如く、必ずしも自己の意思より出づるものではなく、時としては自己の意に反する慣習といへども、團體の成員として依遵すべきことの有るを認識し、瘋癲、白痴、幼年者の如き意思能力の欠缺する者と雖も、尙ほ之に服従しなければならぬものであるから、之を契約と同一視するは不當であると爲す者有るに至つた。然しながら、慣習の基礎は人民の合意に在りとする「ジュリヤヌス」の説は仍ほ一般に行はれて、此合意は人民の全部(consensus totius populi)の暗黙的意思表示であるとした。而して、其合意の主體は必ず人民の全部であらねばならぬから、人民は其代表者に依

つて其意思を表はすことを得るも、多数者の意思のみについては慣習に法性を賦與するに足らぬものとした。(Brie, Die Lehre vom Gewohnheitsrecht. § 13, 14.)

後註釋派の
説

後註釋派 (Postglottatores) も大體に於て註釋派と其説を同じくし、慣習法發生の「直接原因」又は「最近原因」(causa immediata sive proxima) は人民の默示的合意 (tacitas consensus populi) であると爲し、其合意の内容は將來に向つて慣例を法規と爲すに在るとした。而して、後註釋派は常に慣習法の發生を成文法の制定に對比して論じたから、立法權無き人民例へば婦女、未成年者、精神病者等の行為は、たとひ慣習の成立には重要な元素であつても、彼等の意思は慣習の法性享受に關する合意の一部を成さぬものである。加之、成文法制定に關する立法體の明示意思は、多数決に依つて定まるものであるから、慣習法成立に關する默示意思も、人民の多数の合意 (consensus majoris partis) に依つて定まることを得るものとした。(Brie, Die Lehre vom Gewohnheitsrecht. § 20.)

民約論者

民約論者は、一切の法の基礎を人民の合意に置くものであるから、慣習法の

「ブラック
ストーン」

基礎も亦合意に在ると爲すは、論理上必然の結果である。近世に至つて、慣習法の效力を合意に歸せんとする學者中、「ブラックストーン」の如きは其最も著名なる者の一人であるが、彼は「ジュリヤヌス」の言を評して次の如く言うて居る。

「ローマ」に於て自由の未だ全く湮滅せざる時に當つて、慣習法を論ずる法曹の言は此の如くである。(中略) 英國の普通法 (Common Law) が慣習に基づくのは、實に「イギリス」自由の特徴の一であると謂はなければならぬ。此事實が自由の内包的證據である所以は他ではなく、慣習法は蓋し人民の自由合意 (voluntary consent) に依つて創始せられたものであるからである。(Blackstone, Commentaries on the Laws of England. Introduction p. 74.)

「オースチ
ン」

「オースチン」も亦「ジュリヤヌス」の説を評して
此説は、人民が集合體たる主權者として爲す行爲と、人民が個人として爲す行爲とを混同するものである。人民が主權團體として作る法と、人民

各個が臣民の一員として爲す自發的行爲の合致に因りて生ずる慣例とは素より其性質を異にするものであつて前者は成法であるけれども後者は更に主權團體なる人民が之を承認するに非ざれば成法たるの効果を生ぜざるものである。況してや單主政體、寡頭政體等に於ては、人民は主權者でないから法を作ること能はざるに於ては勿論である。

と云ひ、又彼は、大家としては惜むべき例の惡癖を出して、「ブラックストーン」の説を嘲罵して

「ジュリヤヌス」の奇想は、恰も「サー、ウィリアム、ブラックストーン」の嗜好に投じたる爲めに、彼は大喜悅を以て之を借受け、其謝恩として、之に自己の無稽を交へて、倍々原説の妄誕を大ならしめたものである。

と云ひ、且つ「ブラックストーン」の説を反駁して、若し人民が主權者なるときは、慣習法は人民の承諾に基づくものであると云ふことが出来るけれども、若し人民が主權者でないときは、人民は慣習法の發生に與ることを得ぬものであ

「オースチン」の「ブラックストーン」に對する批評

る。強ひて合意なる語を極めて廣き意義に解するときは、單主政體又は寡頭政體の國と雖も、人民は恐怖其他の原因に依つて其の政府に服従するを以て、慣習法も人民の合意に起因するといふことを得べきのみであると論じた。

(Austin, Lectures on Jurisprudence, p. 557-559.)

慣習は多數者の應價認識の合致に起因するものであることは、余輩の前に論述したところである。然しながら、認識の合致は合意ではない。認識の合致は獨立的心意状態の併存に因つて生じ得べきものであるが、合意は心意状態の意識的聯合に因つて始めて生ずるものである。故に、多數者の心意状態が同一状態に在つても、若し其間に聯絡が無かつたならば、決して之を合意と稱することは出来ぬ。慣習は多數者の企畫的合意に生ずるものでもなく、また企畫的合意に出づることを得べきものでもない。慣習は原始的社會に於て、人民が未だ意識的合意の利を自覺せず、又契約の觀念の未だ發達しない時期に於て、最も強勢なる統制力たるものであるから、慣習と契約とは互に反撥

認識の合致は合意に非ず

慣習は契約の觀念の發達に隨つて衰滅に向ふ

慣習と法律

一八二

的作用を有し、慣習は契約の觀念の發達するに隨つて衰滅に向ふものである。この二者相反する觀念を捉へて、其一を以て其他を説かうとするのは、蓋し亦難い哉と謂はざるを得ない。

慣習と法律終

附 錄

法 信 說 論 評

法信說

歴史派勃興の遠因と近因

「ザビニー」

法の原かを國民の法律確信に歸するものを法信說 (Ueberzeugungstheorie) と稱す。此説は獨逸歴史派の始祖たる「ザビニー」(Friedrich Karl von Savigny, 1779-1861)之を首唱し「プフタ」(Georg Friedrich Puchta, 1769-1845)之を祖述せる所なり。「ザビニー」は第十九世紀の始め、自然法學說の勢力旺盛を極めたる時に於て、驟然起つて歴史法學の旗幟を北歐に翻し、自然法論者の普遍性説を排して、法は萬國普通なるものにあらずして國民的現象なりとし、法の恒久性説を斥けて、法は萬古不易なるものに非ずして變遷盛衰するものなりとし、法の執意的創定論に反對して自然發展論を唱へ、成文法全能説を非難して慣習法本體説を唱へたり。而して、此歴史派勃興の遠因は佛蘭西革命の失敗にして、其近因は

「フランス」
革命の失敗

獨逸、普通法典、編纂論なり。佛蘭西革命は二千餘年の歴史を有する自然法説の空前の大實驗にして、革命論者は法の恒久性、普遍性、自由創定可能性を確信し、歴史を無視し、國民の特性を顧みず、一躍して理想法實現の域に達せんことを試みたるも、事其志と違ひ、革命論者の企圖は竟に全く失敗に終るに至れり。此般鑑は大に當時の識者の反省を促し、歴史の重んずべく、國民的、特性の、輕んず可らざるを悟らしむるに至れり。當時獨逸國は屢々佛國の侵略を蒙り、日耳曼民族の獨立將に危殆に瀕するの狀況にありたるを以て、其回復策として、日耳曼民族統一論 (Völkereinheit) 起り、一八一四年に「ハイデルベルグ」大學教授「チボー」(Thibaut) は「獨逸國普通民法法典の必要」(Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches fuer Deutschland.) と題する書を著し、歐洲の中原に在りて日耳曼民族の統一を爲して獨逸國の獨立を維持せんとならば、須らく先づ法律統一 (Rechtseinheit) を實行し、獨逸國普通民法を制定して、日耳曼民族をして同一の法を奉ぜしめ、同一の權利を享有せしめざるべからざ

「チボー」の
「獨逸國普
通法典の必
要」「ザビニー」
の反對説

る所以を切論せり。「ザビニー」は之に反對して、同年に「立法及び法學に對する現時の要務」(Vom Beruf unserer Zeit fuer Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.) なる書を著して、法の普通性を否認し、法は國語又は風俗の如く國民的なるものとし、法は國民の普通確信 (Die gemeinsame Ueberzeugung des Volkes) に基くものなりとし、又法の恒久性を否認し、法は發達物にして、製作物に非ずとし、法は國民的なるが故に「チボー」等の云ふ如く、謂はゆる自然法の原理に基きて直ちに法典を編纂することを得ず、法は自然發達物なるが故に法典編纂に依りて法律統一を爲すことを得べきものに非ずとせり。

此有名なる「チボー」「ザビニー」の法典、爭議は素と法律政策論なりしも、「ザビニー」が非法典論を唱ふるに當りて、法の國民的なること、法の發達物なること、及び法の國民的意識に基くものなることを立論の基礎としたるを以て、茲に自然法派の學説と全く相反せる法律本質論を生ずるに至りしなり。

其後「プフタ」(Puchta) も「慣習法論」(Das Gewohnheitsrecht. 1828.) 其他の論著

自然法派と
相反せる法
律本質論

「プフタ」

「ザビニー」の「近世羅馬法論綱」

に於て「ザビニー」と唱和し「ザビニー」は一八四〇年に「近世羅馬法論綱」(System des heutigen römischen Rechts.)を著はして、尙ほ前論を敷衍し、法の原力の國民的意識に存することを詳述せり。獨逸歴史法學派の唱道せる法律本質論にして、余の茲に法信説と稱するものは是れなり。請ふ次に此學説の概要を述べん。

獨逸歴史派は神學派の如く法の主格を神と爲す者に非ず。又之を自然法派の如く個人若くは人類と爲す者に非ず。彼等は法の主格を國民(Das Volk)と爲す者なり。(Puchta, Institutionen. § 10; Gewohnheitsrecht. 1. § 133. ff.) 「ザビニー」は「成法存在の主格は如何なる者なるやを問ひ、成法は如何なる主格の爲めに存在するものなるやを尋ぬるときは、吾人は其主格は國民なることを覺るべし」(Savigny System. 1. § 7.)と云ひ、尙ほ進んで國民の本質を説明して、國民とは人類の偶然的聚合體に非ざる多數者の共同生活にして、其間に心的共通の存在するあり、言語を同うすることに依りて其心的共通を表し、且つ之を維持發展

法信説の概要

成法の主格は國民

することを得る自然團體なり。斯の如き自然團體にして、始めて法律發生の原地たることを得べし。人類の隨意的又は偶然的聚合は法律發生の能力を有するものに非ず。而して前述の如き自然團體に於ては、死者往き、生者來り、新陳代謝して前後相繼ぎ、祖孫相承くるものなるを以て、過去あり、現在あり、將來ある多數の結合有るものなりとせり。(Savigny, System. 1. § 8.)

獨逸歴史派は法の原力を國民的精神(Volkgeist)に歸し、法は國民の法的確信(Rechtsüberzeugung)に存するものなりとす。故に法の本體は國民の心的状態にいて、其心的状態が未だ行爲に發現せざるも、既に法性を有するものなりとし、之を「國民法」(Volkrecht)と稱す。而して國民の法信が多衆の繼續的一致行爲の形式に現はるるものは、慣習法(Gewohnheitsrecht)なり。其法信が立法機關に依りて現はれたるものは制定法(Gesetzesrecht)なりとす。故に彼等は法信は法の原力たると同時に、法の實質なりとするものなり。「ザビニー」は法信を解して「法規の存在及び有效の一般的直接確信」(Die gemeinsame unmittelbare

法は國民の法的確信

慣習法

制定法、法信は法の原力にして法の實質なり

Ueberzeugung von dem Dasein und der Gultigkeit einer Rechtsregel."—Savigny, System I. § 146.) なりと云ひ「プフタ」は「法則存在の確信」(“Ueberzeugung von der Existenz des Rechtsatzes.”—Puchta, Gewohnheitsrecht. II. S. 33, 66.) なりと云ひ「二氏の説く所其辭を同うせずと雖も其意を同うするものなり。而して二氏共に此法信自體を以て法の本質となし、慣習學說判決法文等は只だ其現形 (Erscheinungsformen) たるに過ぎずとし、斯の如き法は外形を待たずして存するものなりとせり。

現今尙ほ此「ザビニー」「プフタ」説を奉じ、法信即法を説く者は「ゲルベル」(Gerber, Deutsches Privatrecht. § 28.)「テール」「ストゥック」(Stobbe, Deutsches Privatrecht. 2. Aufl. S. 150.)「シトマン」(Schuppe, Das Gewohnheitsrecht. S. 148.)等の數輩に過ぎず。「ストゥック」は慣行説論者が慣習を成文法の公布に比するの謬れるを論じ、一の原則は單に長期間實行されたる爲めに法と爲る理由あること無し、其原則が法力 (vis legis) を受くるは、此慣行が民族の法的確信に符合するが爲めなり、故に慣

「クマン」

「テール」

習は成文法の適用に比すべきものなりとし、獨逸法歴史に依りて之を證明せんとし、(Stobbe, Deutsches Privatrecht. 2. Aufl. S. 150.)「テール」は「慣習法は慣行より生ずるものに非ず、慣行は正義又は權利に關する既存の信條、感情又は確信より生ずるものなるを以て、慣行は既存法に關する先例又は法の適用上の事件たるに過ぎず、慣習あるが爲めに適法なるに非らずして、適法なるが爲めに慣習あり」と云ひ、又「一般的法信の存在は、必ずしも其法規が既に適用に實現せりと云ふことを豫定するものに非ず、話されざる言語なるものあること無く、行はれざる風俗なるもの有ること無しと雖も、行はれざる法即ち未だ適用せられざる法有ることを妨げず。」(Thoel, Deutsches Privatrecht. § 51, 52.)と云へり。

獨逸歴史派の學說の特性は、法の國民的なること、法の心理的なること、及び法の發達的事の三點に存すと云ふことを得べし。故に、今順次此三點に付き、其當否を査覈せんとす。

「ドイツ」歴史派學說の三特性

(一)法の國民
的觀察に對
する批評

歴史派の長
所と短所

「ザビニー」
の説

一 法の國民的觀察に對する批評

法の主格を國民なりとし、法の原力を國民的精神より生ずる法信なりとする歴史派の學説は、法を萬邦普通のものなりとする自然法派の學説に對して生じたるものにして、法の絶對的普遍的存在を否認して、關係的國民的存在を主張し、法と國民的特性との間に親密なる關係を認めたるは、歴史派の長所に於いて、彼等の功績たるを許さざるべからず。然れども、彼等は國民的特性に重きを置くに偏して、人類の通性を輕視するが爲めに、一方より觀れば、彼等の長所は即ち彼等の短所にして、彼等の功績は彼等の過失なりと云はざるべからず。「ザビニー」は此批難を豫想して曰く、個々の國民は成法即ち眞正の法の生産者にして且つ保持者なりとする説は、法の發生を個々の國民的精神に求めずして、人類的精神に歸せんとする論者に對しては、或は狹隘なるの觀を呈すること無きを保せずと雖も、仔細に考察すれば、此二個の思想は必ずしも相反するものに非ず。是れ他なし、一國民に行はるゝ所のものは、人類的精神が個

民族と國家
との關係

別狀態に於て發現したるものに外ならざればなりと。(Savigny, System. § 8.) 此言を聽けば、彼は寧ろ國民的法信論を拋棄して、人性説に歸依したるが如し。然るに、彼は直ちに語を續けて、然れども法の發生は行爲にして、而も共同行爲なり。故に共同思考及び共同行爲の可能なるのみならず、之を實行する能力を具ふる者獨り能く之を爲すことを得べし。此の如き思考及び行爲の共同は、獨り個々の國民に存するものなるを以て、眞正の法は獨り國民に發生することを得と云ふを以て觀れば、彼は法の國民的基礎を固執する者なるを知るべきなり。

法を民族精神の發現なりとし、民族を以て法の主體と爲すは、「ザビニー」の危懼する如く、狹隘に失するの説と謂はざるべからず。「ザビニー」は民族と國民とを殆んど同一視し、國家は其始に於て自然に一民族より成り、一民族に依りて成り、一民族の爲めに成る(Savigny, System. § 10.)ものにして、或は征服、分裂等に因りて、民族固有の唯一的存在を失ふことありと雖も、是れ概して變例たる

に過ぎずして、合併、分裂等の場合に於ても、民族は仍ほ國家の自然的基礎にして、外族の合同、混和したる者は原族の爲めに同化せらるゝに至るものなり。若し此同化作用にして效を奏せざるときは、國家は疾病状態に陥るべし」(Stavigny, System. § 10.) と云ひ、「民族に非ざれば、思考及び行爲の共同」(Gemeinschaft des Denkens und Thuns) なきを以て、法の發生主體たる能はずと爲すと雖も、人類が純然たる民族的生活を爲す間は、其範圍狭小にして、且つ其團體の膨脹も極めて遅緩なるを以て、容易に國家的組織を爲すに至らず。征服、兼併等に因りて數民族合同し、始めて國家的團體を爲すに至るは、假令「ザビニー」は之を「變例」なりと爲すも、歴史上却て常例なるが如し。羅馬建國の如きは其最も顯著なる例證なり。「ゲムブローウイツ」の如きは「ザビニー」とは正反對の意見を抱き、國家は一種族の自的發展に依りて生ずること能はざるものにして、必ず異族の征服、兼併に因りて發生するものなりとし、(Gumplovicz, Grundriss der Sociologie. III. § 2; Sociologie und Politik. § 24-27.) 且つ、「一族の如き、單位的團

「ゲムブ
ローウイツ」
の説

體は國家を形成する能はざるものなるを以て法の主格たる能はずとせり。

(Gumplovicz, Die sociologische Staatsidee. § 96.) 余は「ゲムブローウイツ」に與みして、絶對的に種族の單獨的國家形成を不能なりと斷言する者に非ずと雖も、國家の現實的起原は征服、兼併に因るもの多きに居るは之を認許せざるを得ず。或は征服者は小民族にして、被征服者の大民族なることあり。併吞者は一民族にして、被併吞者は數民族なることあり。一國の民數を算するとき、其大多數を占むる異種民族が、政權を掌握する一小民族の爲めに強壓を受け、辱を忍び、恨を吞んで其法に服従することあり。斯の如き場合に於ても、尙ほ法は民族的精神に出でたりと云ふことを得べきや。若し之に服従するは已むを得ざるに出づるものなるを以て、屈辱を忍んで従ふは即ち之を欲するなりと云はゞ、是れ意思を全滅せんとする詭辯なり。若し此の如き詭辯を容るれば、虐法酷律の存するも法信なりと云ひ、之を廢するは民意に反すと云ふことを得べきなり。

固有法と繼受法

半開以上の諸國に於ては、國法は固有法及び繼受法の二素より成り、人文の發展と共に繼受法の固有法に對する分量は漸く其比例を増すものなるは、法律進化の一原則なり。若し此理法にして誤なくんば、歴史派の民族精神論は之を維持すること能はざるに至らん。彼等の學說に従へば、固有法獨り法たることを得べし。少くとも固有法は最も純正なる法なりと爲さざるべからず。然るに、舟車の改良、道路の開通、動物力、蒸汽、電氣、其他の自然力の利用等は、漸く地域的、民族的、人種的特質を打破して、人類の觸接交通の範圍を擴め、其間に採長補短の作用行はれて、各國互に他國の美制良法を模倣するに至る。而して外法繼受は法の民族的特性を減じて、人類の通性を増すものなり。故に歴史派の說に従へば、法は人文の發展と共に其純性を失ふものと云はざるべからず。若し一層嚴格に論理的ならんとせば、文化は法を減すと云はざるべからず。歴史派の之に對する答辯は蓋し之を豫測するに難からず。彼等は必ず云はん、外法繼受は人民の總意より生ずるものなるを以て、即ち民族精神

外法繼受は法の民族的特性を減ず

の發現なりと。此答辯は、法に人類的基础あるを自認するものにして、假令繼受は總意に出づるものとするも、若し外法繼受は文化と共に増進するものなりとせば、各民族は文化の發展と共に、互に他の民族の法信より出でたる法を認むるに至るものなるを以て、國法は民族的特性を失ふに至るものなりと云はざるべからず。要するに、民族精神論は法の起原及び原始状態に關しては幾分の眞理を含むものなるを許さざるべからざるも、之を以て正確なる法の本質論と爲す能はざるなり。

二 法の心理的觀察に關する批評

獨逸歴史派は、法を民族的、精神又は民族的意識に生じ、法的確信に存するものなりとし、「ザビニー」¹⁾「プフタ」等は、法信を以て「法規存在の確信」(Die Ueberzeugung dass ein Satz Recht sei)なりとせり。既に「法規存在の確信なり」と云ふときは、其確信の目的たる法規の先存なかるべからず。吾人の知識及び信念は、其目的に對する心的状態なり。物あり、事あり、而して後ち吾人は經驗的に之

(二)法の心理的觀察に關する批評
法信を以て「法規存在の確信」とす

を信ず。假令漠然たりとも神なる觀念ありて、而して後ち神の存在を信じ、善悪なる觀念あり、而して後ち善なりと信じ、悪なりと信ず。故に法なりと信ずる以前に、既に法なる觀念の存在なかるべからず。然るに「ザビニー」「プフタ」等は法は法的確信に存すと云ひ、其確信の目的たる法規の何なるやの問題に對しては、民族の有する一般的「必要感」(opinio necessitatis)即ち法信に存するものなりと云ふの外、別に解説を與へず。是れ謂はゆる卵鶏因果論に等しく、鶏は卵より生ずるを説き、鵝て卵は鶏より生ずるを説く無窮循環論法の稀有の好適例なりと云はざるを得ず。要するに「プフタ」等の法信即法説は單に法なりと信ずるが爲めに法なりと云ふに止まり、何故に一種の心的状態は法信を生ずるかを説明せざるを以て、畢竟一個の獨斷教たるに過ぎず。「チーテルマン」が此法信説は上天より人間界に落下せるものなりと云ひ、又「一種の自然法説なり」(Es ist eine Art Naturrecht)と云へるは「Zitelmann, Archiv. f. civ. Praxis LXVI.)」敢て過酷なる批評と爲すべからざるなり。

「チーテルマン」の評言

法の形成の三期

獨逸歴史派は法を人民の總意なりとし、法の形成に三期ありとし、謂はゆる慣習法は直接立法の時代を表し、法曹法は代表立法の時代を表し、制定法は間接立法の時代を表するものなりとせり。故に此説に従へば、法は必ず人民の總意と合致せざるべからず。法曹は人民の法信の代表者なるを以て、其學說判斷は總意の寫影ならざるべからず。立法者は法信の機關なるを以て、其制定する法規は總意の化體ならざるべからず。是れ果して法の真相を描出するものなるか。

慣習法

法曹法

慣習法が總意の發現なるや否やについては、余は他日別に論述する所あらん。少くとも慣習法は多衆の意思の發現なりと云ふことを得べし。法曹の學說に至りては、甲乙丙丁各其見る所を異にし、其見地の異同に依りて學派を樹て、固く執つて互に相下らざることあるは、吾人の常に觀る所なり。氷炭相容れざる説を有する法曹は、各々總意の代表なるか。若し否らずとせば、歴史派は其孰れを擇んで民族的精神の代表者と爲すや。彼等は法曹は法信の代

表、者なりと云ふも、其代理委任状を示さざるなり。

立法者は専制君主制の如く個體なることあり。寡頭制、立憲君主制、又は民主制の如く團體なることあり。個體又は寡數團體の發する法令が、人民の總意に反することあるを説かんとするは、殆んど贅言に屬す。立憲制又は民主制の下に在りても、普通選舉法あるに非ざれば、立法議會は必ずしも總意の機關なりと云ふことを得ず。個々の法令は、民級間或は政黨間の爭議、交讓の結果に成り、或は立法議會に於て僅かなる多數に依りて決定すること稀なりとせず。而して立法議會の多數は必ずしも人民の多數と一致せず。其多數決に依りて成立せる法規も、人民多數の希望に反することあるは、通常の事たり。歴史派は、果して是等の法規は人民の總意に反するを以て法に非ずと主張せんとするの勇氣あるか。

又時ありては、立法者は法令を以て人民の未だ曾て夢想せざりし事項を制定すること尠しとせず。斯の如き法令は、立法者の知識と一般人民の知識と

法的確信に
基くものと
見る能はざ
る法規の存
在

の間に大なる懸隔ある場合、若くは社會に激變ありたる場合等に於て、屢々觀る所にして、我邦に於て維新以來發したる法令の如きは、此種類に屬するもの殊に多しとす。就中民意の發現たるべき筈の自治制すら、我邦に於ては立法者が英獨其他泰西諸國の法制に倣ひて、建國以來他治に慣れ、未だ自治なるものを夢みたることさへ無き國民に布きたるものにして、當時官報に詳細なる講義的説明を附載して之を發布し、明治二十一年法律第一號、人民は之に依りて始めて自治なるものあるを知り、實施以來殆んど二十年にして未だ其實を擧ぐる能はざるが如き狀況にあり。熱心なる歴史派の信者と雖も、蓋し我邦に於ける市町村制を國民の法信の發現なりと説くを難んずべし。

法信説の非なるは、法規中、法的確信より生ずと云ふこと能はざる性質のものあるに依りて之を知ることを得べし。「ヘーゲル」が謂はゆる「實際」上決定に必要なる俗的規定」(Hegel, Philosophie des Rechts, § 3.)の如きものは、此種類に屬するものなり。例へば期限、期間等に關する規定、法律行為の形式に關する規

定等の如きは、始より民族的法信ありて生じたるものに非ずして、慣習又は立法者の自由考量に依りて生じたるものなり。時効の期間は十年を以て適當とすべきや、二十年を以て適當とすべきやについては、必しも豫め人民に確信あり得べきものに非ず。此點に關して法信即法論の貫徹せざる所あるは「ザビニ」も之を自認するもの、如く、性質上比較的必要ならざる法規少しとせず、是等の法規は如何なるものなりとも、一定の規則の存在し且つ周知せらるるを必要とするに因りて生ずるものなりとし、此の如き法規については、慣行は「共働的發生原因」(Mitwirkender Entstehungsgrund)なりとせり。(Savigny, System, § 12.) 「ザビニ」プフタ説を奉ずる「テール」も、此の如き法規は法信説を以て説明すべからざるを承認せり。(Thael, Handelsrecht I. S. 46. ff.) 此自白は法信説の根據なきを證明するものなり。原則に例外を認むるものに非らずして、根本的に原則を覆すものと云はざるべからず。如何となれば、法信即法説は絶對的に法の心的存在を主張し、慣行は認識方法たるに過ぎずとするものなる

「テール」

を以て、一たび或る種類の法規は慣行に起因するものなることを許すときは、數量形式等に關せざる他の規則は、何故に慣行に依りて發生する能はざるやを説明すべき根據を失ふべきを以てなり。

歴史派の總
意説は獨斷
教なり

由是觀之、歴史派の總意説は獨斷教のみ。彼等の法源論は擬定の言のみ。法の實質は必ずしも總意を表するものに非ざるなり。法の効力は必ずしも總意より生ずるものに非ざるなり。總意説の主唱者の一人は、假令無意識的にもせよ、自説の誤謬を自白するに吝ならざるなり。「プフタ」は曰く、法律の一たび制定せらるゝや、其法規の効力は事實上民意と一致するや否やの審査に依りて定まれるものに非ず。若し此の如き審査を爲さんとすれば、立法者よりは尙ほ一層強大なる權力なかるべからず。若し之ありとすれば、其權力者は均しく立法者たるべきを以て、其權力者についても亦同一の問題を生ずべければなり。故に一たび憲法に従ひて定まりたる法令は、其内容の如何に拘らず、其發表の形式に依りて總意なり」として、效力を有するものなり」と。(Puch-

「プフタ」の
説

「ブルンス」の「説」

「ブルンス」の歴史派に對する批評は頗る適切なるものなり。彼は、法は民族の法的意識なりとするの説は、法は個體立法者の隨意に出づるものなりとの説に比して著しく優れるを認むと雖も、歴史派の説は法の常態のみを觀て其變態に通ぜざるが故に之を以て一般命題と爲すべからずとせり。立法者は必ずしも民族的精神及び民族の法的意識の保持者に非ず。征服又は篡奪に因りて政權を掌握し、民族精神に反し、其法的意識を害すべき法令を發する事例鮮しとせず。斯の如き場合に於ても國民は尙ほ枉屈を忍んで其法令を容れ、之に服従するが故に、其法令は民族的法信に基くものなりと云ふは、無意識價値の詭辯たり。要するに、歴史派の誤謬は、法規の内容を組成すべきものと、法規の外形上の效力との間に區別を立てず、民族の法信を採りて直ちに之を現實の法なりとするに在り（Brunns, Das heutige roemische Recht. § 5. Holtz. Encycl.）

「イェリッング」の評

歴史派は法の規範たるを忘却す

とせり。

獨逸歴史派は、法の認識、可能性を、不要とし、随つて、法の規範たるを忘却するものなり。彼等は法の心的獨立存在を説き、慣習、法文の如きは其形骸たるに過ぎずとして、之を其必要構成成分と爲さず。法は慣習以前より存在し得べきものとするを以て、法的團體員の依違すべき行爲の標準は唯だ一般的法信なるものあるのみとし、ザビニーは此法信を解説して、法を生ずるものは民族中の各個員の隨意なりと思考すべからず。是れ他なし、個員の隨意は或は同一の法を希求することあるべきも、多くは其擇ぶ所を異にすべければなり。成法を生ずるものは各個員に共通して存在し、活動成果すべき民族的精神に外ならず。故に法は各個員の意識に於て同一なるものならざるべからず。（Op. vigny, System. § 7.）とせり。假に此説に従ひ、各個員は其心裡に標準を有するものとするも、各員は如何にして自己の法信にして隨意的なるものと一般的法信と符合するものとを識別すべき標準を得べきや。「イェリッング」は法信説

を評して、歴史派の法泉は足到るべからず、目視るべからざる千仞の深底より地上に噴出す。故に斯の如き深淵不可測なる法源の秘密は、探検の進行を阻絶するものなり。試に彼等に説明を求むるも、彼等は常に民族的精神、法的感覺等の語を以て之に答へ、其餘の煩勞を避けんとするもの如し。故に彼等の「發生説は學問上の惰眠枕なり。」(“Die Emanationstheorie ist das Faulkissen der Wissenschaft.”)吾人若し彼等を喚び醒して事實の真相を覺らしめ、如何に此學説の幻影が彼等を欺きつゝあるかを悟らしめんとせば、須らく先づ此枕を奪ひ去らざるべからざるなり。Ihering, Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts, S. 18.)と云ひ、又「チーテルマン」は歴史派の謂はゆる「一般的法信」(Allgemeine Rechtsüberzeugung)の存在を否定し、歴史派は法信は「總衆の確信にして、必ずしも各個人の所信に非ず」とするが故に、法信は各個人の心象の總和に非ずして、民衆各人の確信と異なる「共同的心象」(ein psychisches Gesamtpheänomen)なりと謂はざるべからず。抑も確信なるものは決定的状態にして、自覺に因りて

「チーテルマン」の評

のみ其存在を知り得べきものなるを以て、性質上各個人の心的状態にして、其體軀と離るべからざるものなり。若し之を共同的心象なりとせば、其主格たる共同體の存在なかるべからず。民族を斯の如き共同體なりとするは、比喻たるに過ぎずとし、共同確信の支持者たる腦髓は那邊に存するや」との疑問を發して、反對論者を擲檢せり。(Archiv f. d. civilistische Praxis Bd. 66. S. 419 ff.)是等の語は、稍々奇矯に失する弊なきに非ずと雖も、歴史派の謂はゆる一般的法信なるものは、之を認識すべき確定の標準を缺くものなるを以て、之を以て法的團員の規範と爲す能はざるものなり。余は法の進化上、無形法の存在するところあるを認むるを以て、必ずしも絶對的に法規的形體の具備を以て法の存在要素と爲す者に非ずと雖も、規範的認識の可能は法の存在に缺くべからざる要素なりとする者なり。歴史派の首唱者が自然法派の普遍性論を斥けて、法の國民性を説き、恒久性論を非なりとして、法の發展性を説きたるは、假令其説の偏狹に失するの瑕瑾ありとするも、其偉功は素より没すべからず。然りと

規範的認識
の可能と法
の存在

「シュワ
ネルト」の
評

雖も歴史派の法源論が非歴史的にして、毫も理性論、人性論等に加ふる所なきは、彼等の爲めに惜まざるを得ざるなり。「シュワネルト」の言へるが如く、吾人が彼等を歴史派と稱することを得るは、單に彼等が從來法は理性より生ずるものなりとし、又は任意の創製物なりとする假定説を斥けて、法を國民生活の有機的發展なりと説けるの一點に存するのみ。(Schwanert, Gesetz u. Gewohnheit, S. 12.)

三 法の時間的觀察に關する批評

(三)法の時間
的觀察に關
する批評

獨逸歴史派は自然法派の法の靜的觀察に反して、動的に法を觀察し、法に絶對的靜止狀態の瞬間あること無し。(Savigny, Beruf. 2.)と云ひ、自然法派の恒久性説、不變性説を斥けて、法の變遷性を認めたるは、彼等の偉勳にして、彼等の論説が往々非歴史的なるにも拘らず、尙ほ彼等より歴史派の稱號を褫ふ能はざる所以のものは、實に是に在りて存す。然れども、此點に關して吾人の考究を要するもの二あり。曰く、法には動性ありて靜性なきものなるや。曰く、法は

法には動性
ありて靜性
なきか

發成するもの(Werden)なるや、作成するもの(Machen)なるやの問題是れなり。

第一點に關して、歴史派に屬する學者の説く所區々なりと雖も、其首唱者たる「ザビニー」等は、法の變遷發達を説くに急なるが爲めに、其恒久性を遺忘したるものい如し。法の時に依り、所に依りて其形狀を異にするは、寔に彼等の説く如しと雖も、其異なる所のものは法の形狀のみ、法の體様のみ。千態萬狀の法形中に自づから恒久不變の元素の潜在するは、宛も人類が人種、民族、國籍、皮膚、體格、相貌、性情等を異にするも、尙ほ其中に通性の存するが如く、法規の異同變遷の如きは法の體様の更態にして、法の元質の變化に非ず。

法の體様の
更態

「エネルギー」は熱と爲り、光と爲り、運動と爲るが爲めに、「エネルギー」に通性無しと云ふべからざる如く、法なる勢力も社會の變遷に應じて種々の變態を呈するが爲めに、萬古不易の通性無しと云ふべからざるなり。潜勢力狀態の法より現勢力狀態の法に移り、慣習法より成文法に進む如きは、法の形狀の變遷たるに過ぎざるなり。離婚の法あり。定婚の法あり。定婚法中に數夫一婦

婚、一夫數婦婚、一夫一婦婚の數法あり。或は併存し、或は繼續す。然れども、等しく是れ男女の性的共同生活の規定なり。村落共產もあらん。個人所有權もあらん。社會的共產もあらん。然れども、等しく是れ生活の物質的資料に關する規定なり。假令社會の狀況、時要の變遷の爲めに其法規に變化あるも、是れ畢竟社會力の狀態の變化たるに止まるものにして、之が爲めに法の靜素無いとすべからざるなり。

第二の點に關しては、ザビニーが「チボー」の法典編纂論を駁するに當りて、法を言語に比し、法は自然的發達を爲すものにして作成すべきものに非ずとし、法は「有機的發展」(organische Entwicklung)を爲すものなりとせり。此點に關して歴史派に挑戦せる者は「イエリング」なり。彼が「權利闘争論」(Der Kampf ums Recht)を著せせる目的は「ザビニー」の「立法及び法學に對する現時の要務」の如く、半ば政治的にして半ば學理的なりき。其政治的なるは、彼が「ヴィヤナ」大學を去るに臨みて、澳多利人の權利感想を鼓舞振作せんとするにあり。其

法の靜素

法は發成するものなるか作成するものなるか

「イエリング」の「權利闘争論」の説

學理的なるは「ザビニー」の「法律起原論」の誤謬を指摘せんとするにあり。彼は歴史派が法の「有機的發展説」を唱へ、法信は執意的に發せずして殆んど無意識的に生ずるものとするを非とし、意思力が法の起源の要素たるを説き、法の目的は平和なるも、其目的を得るの方法は戰鬥なりとし、法は闘争に因りて生じ、闘争に依りて存し、闘争に依りて進むものにして、歴史派の説く如く無爲無勞にして自然に發達する野艸の如きものに非ずとし、「ザビニー」が法の發達を言語技藝の發達に同じとせるは比喻を失したるものなりとせり。

「イエリング」は又た其遺著「羅馬法發展史」(Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts)に於て、力を極めて歴史派の法律發成論を駁撃して、執意作成論を唱へたり。彼は曰く、法律の無意識的、自然的形成を主張する學説が、其立論の根據となす所の原始時代の法律は、果して慣習法なりしや否やについては、歴史の之を證明すべきものあること無し。歴史の劈頭、既に完成せる法律が此状態に於て吾人の眼界に映じたりとの事實は、未だ以て吾人に原始的形成の方法

「イエリング」の「羅馬法發展史」の説

を示すに足らざるなり。吾人が作成(Machen)を證明し得ざるの事情は、未だ吾人に與ふるに發成(Werden)を推測するの權利を以てせざるなり。吾人は家屋の建築工事を實見せずと雖も、其家屋の建築せられたるものなるを知る。有史時代が慣習法の形に於ける法の無意識的發成作用の外に、法の意識的、企圖的作成作用の存することを眼前に指示して一點疑を挾むべき餘地なからしむるに於ては、吾人安んぞ有史以前は發成作用のみ獨り存せりと論斷するを得んや。吾人試に歴史以前は作成作用獨り存せるを主張して發生論に對抗せんとせば、是れ畢竟水掛論に過ぎずして、兩者共に他を屈服するに足るべき論證を提出すること能はざるべし。然れども、余の論ずる所は、有史時代の事實に基きて類推するものにして、確定事實に依りて不確定事實を推論せんとし、而も斯くありしに相違なしと斷ずるに非ずして、斯くもあり得しならんと言ふのみ。「ザビニー」も亦た素より類推論法を用ひて、自己の無意識發成説を證明し得べしと信ぜり。彼は法を言語に比し、言語が事實上全く無意識的

に發達せりとの點より類推せり。然れども、彼が法と言語との根本的差異を看過せることは、余の既に「法律闘争論」に於て論證せる所なり。類推論法若し用ふべしとせば、言語より法を推論すべきにあらず。寧ろ有史時代の法を以て、有史以前の法を推測するの勝れるに如かざるなり。靴が足部を壓して痛を感ずれば、人皆之を修繕し、又は之を新造せしむるを知る。太古人類の行ふ所も亦之に異なるの理あらんや。經驗一たび彼等に教ふるに殺人、賊盜が其存在を危くすべきを以てしたりとせよ、彼等安んぞ袖手災害を受くるを待つものならんや。必ず同族相謀り、力を協せて、共衆に對する侵害を阻止するの途を講ずる所ありしならん。是に至つて、吾人は實に殺人、賊盜を禁ずるの法規が製作せられたりと云ふの外なきにあらずや。

尙ほ一例を假りて説明に資せん。一路あり、深林荒野の中に通ず、其道や人皆之を行く、而も作りたるに非ずして成れるなり。數千人が逐次之を踏破せしによりて成れるなり。今や道路成れり、全く踏み固められたり。而も其始

に當りてや、道路未だ存せざりき。通行の方向は搜索して後ち甫めて得べかりしなり。最近最便の通路を發見するに至るまでには、數回の探検を要したりき。艾除すべき幾多の荆棘ありき。排水すべき幾多の沼澤ありき。而して尙ほ數多の行人之を踏んで過ぐるに及び、道路甫めて固きを得たるなり。今や衆人心を苦むることなくして之を行く。而も先人は實に其の爲さん、と欲する所を意識したかりき。故に道路の起因は、衆人が無意識に感じたる漠然たる衝動に存せずして、各個人の意識的企圖に在り。衆人をして各自の配慮を不要ならしめたるものは、實に道路を發見せる人々なり。慣習法は此道路に比すべきものなり。兩者共に其今日の状態に於ては、衆人の共同事業の結果たり。衆人の継続的同一行爲たる慣習なくしては慣習法あることなし。慣習法に於ても、各人は其行爲を以て之を固定せしむることに與りて力ありしなり。

何が故に衆人は慣習法に依りて示されたる道路を固守するか。蓋し事一

たび定まるや、人復た其理由を問ふことなく、現今に於ける慣習法の状態に於て、衆人を之に導くものは事實上歴史派の所謂必要感 (opinis necessitatis) なればなり。然れども、之を理由として、此一定の行爲を創始せる第一人、即ち慣習法の道路發見者も、亦た同一感覺によりて衝動せられたるなりと結論するは、大早計たるを免れず。彼等は道路發見者と同じく、十分に目的を意識せるものたるを得べし。傑出せる一個人が全く意識的企圖的に行動して、其社會に一風習を形成するに大なる勢力を及ぼせる多くの事例は余が自ら目睹せる所なり」と。(Ihering, *Entwicklungsgeschichte des roemischen Rechts*, S. 14.)

「ザビニー」の自然的發成論と「イエリング」の執意的作成論

「ザビニー」の自然的發成論と「イエリング」の執意的作成論とは、法の起源に關する兩極の反對論を表するもの、如しと雖も、余を以て之を觀れば、兩者の所説は畢竟本末の争に過ぎずして、必ずしも氷炭相容れざるものに非ざるなり。若し「ザビニー」の有機的發展論は法の質的原因を論じ、「イエリング」の意識的創作論は法の形的原因を説くものなりとすれば、二氏は兩面神「ヤヌス」の表裏を

争ふ者なり。法の社會に發生するに至るは、其社會を組成する人類が個體、生類として有する有機的組織の相互的關係より生ずるものなるを以て、法の發生を意識的、企圖的又は鬭争的、作爲なりとする「イエリング」の説は、其本を忘れて其末を説くものなり。然れども、法の原力たる有機力が規範的狀態を爲すに至るは人類の經驗に因ること多きに居るを以て、法を形相的に觀察するときは、法の發生は、少くとも意識的にして、執意的、企圖的又は鬭争的作成に因るものと云ふことを得べし。婚姻の法あるは人類に性愛あるが爲めなり。親權の法あるは親愛あるが爲めなり。所有の法あるは人類の生理的新陳代謝又は心理的欲求あるが爲めなり。刑罰の法あるは生命、身體、名譽、自由、財産を重んずるの情性あるが爲めなり。故に其法の發生する質料的原因は、自然的なりと言ふを當れりとすべし。然れども、愛情又は欲求の衝突より災害の生ずるを實驗し、或は愛情欲求の適當なる範圍を定むるの利あるを覺り、其他一定の規範が生活の需要に適應すべきを考ふるが爲めに、數星霜又は數世代の

間に於て、多數者の行爲に一致を生じて慣習法規を爲すことあり、或は立法者が成文法規を作ることあり。故に法規の形的原因を論ずれば、少くとも意識的なりと云ふことを得べしと雖も、其意識も亦た自然的原因より生ずるものなるを以て、若し法の起源に關する學理的解説として前舉二説の一を擇ばざるべからざるに至れば、余は此點に關しては寧ろ退嬰の弊ある「ザビニー」に黨するも、進取の利ある「イエリング」に與みする能はざるなり。

〔明治四十一年三月「法學協會雜誌」第二十六卷第三號掲載〕

原力論斷篇

原力論斷篇

内容目次

一 汎神説 三三

汎神説 法も神性の表象なり 「ストア」哲學 「ロゴス」 「クリシツ
アス」 「スピノザ」 絶對無限なる本體 自然法は神性の顯現

二 造化説 三五

造化説 法も造化の一部なり 萬世に互り萬國に通ずる唯一の
神法 國法の存在 國法の遵行は神意に基く 神は法を作り又は
作らしむ 法の制裁は神意に由る 法の原力を神性又は神意に
歸す 「ギリシヤ」の法源在神説 「ヘラクリツス」 「アルキタス」 詭
辯派 「ソクラテース」 「デモステネス」 「キケロ」 中世紀の統一主

義 小宇宙と大宇宙 「ダンテ」「オーケステーション」と「アタイナス」 神
 授君權説 「ヴェイクトリア」「ソトリー」「スアレーツ」「オーケステーション」
 神國三界論 「トマス、アクイナス」 永久法、自然法、人定法 「バルベ
 ーラック」 神性法源説と神意法源説 「クローテウス」「フランス」
 革命の動機 歴史法學派、宗教法學派の勃興 近世神學的法理學
 派 「ジョセフ、ド、マイストル」 法律は神意に基きたる大秩序の一
 部 「スタール」 個體道義と團體道義 法律は道義實現の限界を
 定むる規定 法は神の世界計畫の一部 「アフタ」 法は神的秩序
 なり 「ワルテル」 神性より生じたる道義的世界秩序の法則 「ロ
 リマー」 神は自然法の第一源 「ヴァレイン、ソムミュール」 神法
 と人法 自然法と神授成法 神法、人法共に其源を神意に發す

三 強 力 説

強力説 詭辯學派 「プラトリー」 正義は強者の利益 歐洲中世紀
 の人的主従關係 君主の實力 「マキヤベリ」 強力説に非ずして
 智略説、權力説に非ずして權謀説 「ホッブス」 協約に因る國家と

降約に因る國家 強力説の端緒 「スピノザ」 法の直接原力は強
 力なり 神權的強力説 「ハルレル」「マクスザイデル」 法の原力
 は優強者の意思 「イエリク」 法律は個人の實力即ち體力に發
 す 報酬と強制 法律は強制力の體様の一なり 「ケンプロウ
 イッツ」 不平等勢力關係は法律發生の第一因 加藤弘之博士
 強者の權利の競争 強力説發達の經過 純然たる強力説 「ルー
 ソー」の強力説に對する批難 強力説と民約説との相反 「ピーヤ
 リンク」の強力説に對する批難 右の批評 強力論者の誤謬

原力論斷篇

一 汎神說

汎神說

法も神性の
表象なり

「ストア哲
學

「ロコス」

神意説は其直接啓示説たると間接啓示説たるとを問はず、超越的神論(Transcendence)に基き、神と世界とを別視して神の超越的自然的存在を説くものなり。汎神論者は之に反して神の内在を説き、世界と神とを相即して世界は則ち神其物の顯現なりとするを以て、法も亦た神性の表象なりとするの結論を生ず。古代哲學中法律思想に偉大なる影響を及ぼしたる「ストア」哲學は、神と世界との關係を靈魂と肉體との關係に等しきものとし(Orioloff, Einfluss der stoischen Philosophie auf die roemische Jurisprudenz. 1797; 法理論叢第一篇)戸水寛人博士著すといつく「哲學と羅馬法」此宇宙靈魂を「ロコス」(Λόγος)と稱し、宇宙間

の秩序理法も此「ロゴス」の顯現に外ならず「ストア」派の實踐倫理の元則とせる「自然に順ふ」は即ち此「ロゴス」に順ふものなりとせり。故に「ストア」哲學は汎神教にして、萬有の理法は「ロゴス」の顯現なりとするものなるを以て、法の原力も亦此宇宙靈魂なりとなしたるものなり。「ストア」哲學を大成せりと稱せらるる「クリシッブス」(Chrysippus)が法の性質を説きて、「一般法は萬有に共通なる正理にして、宇宙の主宰者なる「ゼウス」(Zeus)と同一なり」と云へるは、即ち汎神教に據り法は世界神性の發現なりとせるに因るものなり。

中世以降汎神教を以て法理論の基礎と爲したるものは「スピノザ」(Spinoza, 1632-1677)を以て最も顯著なるものとす。彼は宇宙は惟一にして、絶對無限なる本體 (substantia) 即ち神なり、而して此本體に二箇の屬性 (attributa) あり、思想 (cogitatio) 及び外延 (extensio) 是なり、本體は此二屬性に依りて知覺の目的たるものなり、而して此屬性より體様 (modi) を生ず、體様とは無限絶對の本體が種々の状態に於て限定的形體を爲すものにして、恰も海洋に於ける波濤の如きものなり。

「クリシッブス」

「スピノザ」

絶對無限なる本體

自然法は神性の顯現

なり、故に宇宙に於ける萬有は、悉く此の唯一の本體即ち神の體様たるに過ぎずとせり。(Elves, The Chief Works of Spinoza. Introd.) 「スピノザ」が自然法を神性の顯現なりとし、自己が自然に有する力 (potentia naturae) を權利なりとせるは、汎神論に基きて萬有及び個人を神なる本體の體様なりとせるに因るものなり。

二 造化説

神は萬有の創造者なるを以て、國に法あるは造化の計畫に因るものなりとするの説を總稱して造化説と爲す。元始的信仰は概ね神は某種族、某國又は某事物を創造せるものとする神祕的傳説に依り、人種、地方又は事物の種類に依りて特別なる造物主ありとする分業的造化説行はるゝものなり。既に其種族又は其國は神の創造せるものなりとするときは、其法も亦造化の一部にして、法源は神意にありとするは、自然の結果なるを以て、特別造化説の行はる

造化説

法も造化の一部なり

萬世に互り
萬國に通ず
る唯一の神
法

國法の存在
國法の運行
は神意に基
く

神は法を作
り又は作り
しむ

る多神教時代に於て、既に法源在神説の存するを觀ることを得べし。
信仰の形式漸く發展して、多神教より一神教に進み、宇宙は唯一神の創造に
係るものなりとするに至るときは、法源在神説も亦統一的傾向を生じ、法は宇
宙創造の大計畫の一部なるを以て、萬世に互り、萬國に通ずる唯一の神法 (The
Divinum) ありとするに至るものなり。
神の屬性に關する信念は神を造物主なりとし、又は神は超自然的全能力を
有するものとす。神は宇宙の創造者なりとの信念より神は世界の主宰者な
りとの觀念を生ずるは自然の結果なり。神は世界の主宰者なるが故に、人類
及び國家は其支配を受け、國法の存在し、國法の行はるゝ所以も亦神意に基
くものなりとするに至る。

神は造物主なりとの信念に伴隨して生ずるものは、神は人類の保護者なり
との觀念なり。神は人類を造りたるものなるを以て、其造化の結果を愛護せ
むが爲めに法を作り、又は法を作らしむるものなりとす。

法の制裁は
神意に由る

法の原力を
神性又は神
意に歸す

「ギリシヤ」
の法源在神
説
「ヘラク
リス」
「アルキ
タス」
「ソクラ
テース」
「ソクラ
テ
ース」

神は全能力を有するものなりとの信念より、神の意思は人類之に服従せざ
るべからざるものなりとの考を生じ、又神は人類に禍福を降すものなりとの
信念より、法の制裁は神意に由るものなりとの考を生ずるに至る。故に神の
屬性を造物者とし、或は全能力者とする者は、概ね皆な法の原力を神性又は神
意に歸せざるものなし。

法源在神説は夙に「ギリシヤ」の古代の哲學者中に之を唱ふる者あり。「ヘラ
クリッス」(Heraklius) は「人法は神法に依りて育成せらるゝものなり」と云ひ、「ア
ルキタス」(Archytas) の如きも、神法人法の其基礎を同じうすることを説けり。
詭辯派は之に反對して、正義は人爲にして確乎たる基礎あること無く、統御の
智能を有する者の隨意に定むるものなりとせり。「ソクラテース」は、詭辯派の
説を斥けて、國家は人爲に非ずして、神の世界創造計畫の一部なるを以て、法を
尊重し之を遵守するは人の義務なりと説き、(Raumer, Geschichte Entwicklung
d. Begriff v. Recht, Staat u. Politik. S. 3.) 最後に災厄に遭遇するも躬行實踐を以

「デモステ
ネス」

て遵法の徳義を確守せり。「デモステネス」(Demosthenes)も亦法の神爲なるを説きて「法は各人が種々の理由によりて之を遵守せざるべからざるものなり、而して其最も大なる理由は、法は神の創制して之を人に與へたる恩賚なるにあり」と云へり。(Pulszky, Theory of Civil Society and Law. § 189.)

「キケロ」

「キケロ」も屢々法は神意の發現なることを論ぜり。法の起原に關しては「法は文書に記されたる時に始まりたるものに非ずして神の心と同時に發生したるものなり」と云ひ。(Cicero, De Legibus. II. 4.) 法の本質に關しては「真正にして至高なる法は上帝「ジュピトル」神の正理にして、或は命じ或は禁ずるものなり」と云ひ、又「法は神意より生じたる正理にして、正を命じ其反對を禁ずるものに外ならず」と云へり。(Phil. XI. 12.)

中世紀の統
一主義

歐洲に於ける中世紀の思想は統一主義に基き、宇宙は唯一の精神あり、唯一の法則に依りて支配せらるゝ有機體なりとし、宇宙と其各部殊に人類との間に密接なる類似を認め、後者を以て宇宙の小模像なりとし、之を小宇宙(Micro-

小宇宙と大
宇宙「オーグス
チン」と「ア
クイナス」

「ダンテ」

cosmos)と呼び、之に對して前者を大宇宙(Macrocosmos)と稱せり。故に當時の學者は、人類の全部若くは其一部なる國家個人に至るまで、各々宇宙の小模像にして、唯一眞神の主宰に依りて統一的調和を觀ることを得るものなりとし、(Gierke, Johannes Althusius. S. 60. et seq.) 小宇宙なる國家及び教會も大宇宙に倣ひたる單主統治ならざるべからずとし、君主及び法王の權力は神授にして、其統治は神の宇宙的統治の小模像なりとせり。「ダンテ」(Dante)の「單主政體論」(De Monarchia)の如きは、一に此主義に基き、國家は小宇宙にして唯一の主宰者之を支配すべき所以を論じたるものなり。「オーグスチン」(Augustinus)の首唱し「アクイナス」(Thomas Aquinas)の祖述したる統一主義(principium unitatis)の如きも、亦此思想に基きたるものに外ならず。

神授君權說

世界の統治は國家及び教會の二權力に分屬するものなりと雖も、其上に大宇宙の主宰者なる神ありて之を統一するものなりとする統一論(argumentum unitatis)より政教二權の爭議を生じたるは、神授君權說を論ずるに當りて之を

叙説すべきを以て、今茲に之を詳述するを須ひずと雖も、其論争は獨り權力の範圍に關する軋轢に止まらずして、權力の淵源に及び、帝王の權力の直接神授なるか、間接神授なるかの問題を生じ、政權、間接神授論者の説亦二派に分かれ、或は帝王は法王を経て其權力を受くるものなりとし (mediate Ecclesia) 或は神は人類に理性を賦與し、人類は其天稟の理性に因りて國家を組織するに至るものなるを以て、帝王は其政權を人民を経て神より受くるものなり (imperium a Deo et tamen a homines) とす。(Occam, Dialogus. III.) 「ヴィクトリア」(Victoria) が神は人類に社交性を賦與したるものなるを以て、國家は自然法即ち神性に基き (a jure naturali, ergo a Deo) 國家の權力も其社交性の結果として人民が之を君主に讓與するの必要を生じたるものなるを以て、自然法即ち神性より生じたるものなりとし (Relectiones Tredecim. Nr. 4.) 「ソト」(Soto) も、教權は直接神授なるも、政權は間接神授なるを説き、神は各人に自保權を與へ、之を實行する爲めに社交性を賦與したるものにして、人類は其社交性に因り、國家的團

「ヴィクトリア」

「ソト」

體を組織して其政體を定め、其政權を君主に讓與せざるべからずとの悟性を有す。故に「國權の設定は神意に基きたるものなり。君主の定立は政治團體の創始に因るに非ずして、神が人民に賦與したる性質に基くものなり」とせり。(Soto, De justitia et de jure. 1602. I.) 又「スアレーツ」は、主權は神が造物主 (primus auctor) として人類に賦與したる理性に基きたる自由合意より生ずるものなりとするを以て、君權は直接に人民より發し、間接に神より生ずるものなりとす。故に法律の原力は理性より生じ、其理性は天賦なるを以て、法の第一源は神性に在りて、國家及び法律の存在は、造化の大計畫の一部なりといたるものなり。

中世紀に於ける神權的法律哲學派中最も顯著なる者を「オーグスチン」(Augustinus, 353-430.) とす。彼は「神國論」(De Civitate Dei) を著して、國家及び法律に關し最も雄偉なる説を唱へ、宗教政治を哲學的基礎の上に置きて、大に「ローマ」法王の現世的權力を扶植せり。彼は「神國、三界論」を唱へて曰く、世界は一大神

「スアレーツ」

「オーグスチン」

神國三界論

國なりと雖も、現實に於ては三界の別あり。第一界を在天神國(Civitas caelestis)とす。上帝自ら大慈悲心を以て之を支配し、恒久不變の法行はれて、神的正義存す。第二界は在地人國(Civitas terrena)とす。人は強制力を以て之を支配し、人定法行はれ、人的正義存す。第三界は在地神國即ちローマ教會にして、前二界の中間に位し、下界に在りて在天の神國に擬し、在地人國の不信者及び外教徒を濟度して神聖なる域に達せしむる天職を有するものなり。抑も國家及び法律は人類の原罪に因る墮落より生じたる必要的秩序なるを以て、謂はゆる「已むを得ざる惡事」なり。故に國家法律は一時的假存のものにして、眞正なる神國の復興と共に絶滅すべきものなり。其時期の到達するまでは、在地神國なる「ローマ」教會は國家を統督せざるべからずとせり。

「オーグスチンの説は、其歸する所は法源在神説なりと雖も、其説自體は造化説に對して寧ろ消極的の位置を有するものなりと云はざるべからず。國家法律を以て人類の罪業に因る墮落の結果なりとするときは、是れ素と神明造

化の本旨に非ずして、造化の本旨に悖りたる人類墮落の状態を救濟せんとする方便たるに過ぎざるものなり。故に國家及び法律は恰も藥劑の如きものにして、食料の如きものには非ざるなり。

「トマス、ア
クイナス」
永久法、自
然法、人定
法

中世神學派に屬する法律學者中「オーグスチン」に亞ぎて著名なる者を「トマス、アクイナス」(Thomas Aquinas. 1225-1274.)となす。彼は其著「最高神學」(Summa Theologiae)に於て法を三分し、之を永久法(Lex aeterna)自然法(Lex naturalis)及び人定法(Lex humana)となせり。而して永久法は萬有を統治する神意中に存する大原理なり。自然法は天賦の理性を有する人類に當るべき永久法にして、之に依りて善惡を差別することを得るものなり。(secundum quam bonum et malum discernunt.)人定法は人の創案に係り、自然法の元則を特種の事實に適用したるものなりとせり。(Lex ab hominibus inventa, secundum quam in particulari disponuntur quae in lege naturae continentur.—Summa Theologiae. I.)「アクイナス」は此の如く法を三分せりと雖も、自然法は永久法の一部にして、人定法は自然法の

「バルベ
ラック」

適用なりとすれば、此三者は對等的區別に非ずして從屬的區別なり。故に彼は自然法、人定法共に永久法即ち神法の適用たるに過ぎずとするものなり。

「バルベラック」(Barbeyrac)は「ブーフエンドルフ」の「自然法論」の註釋中に法の拘束力の基礎を論じて、之を造物主たる神性に歸し、法を遵守すべき義務其他吾人に對する一切の拘束力の基礎は神が吾人に存在を與へたる一事にあり。神は人類を造りたるものなるが故に、人類は其創造者の支配に屬し、神意に服従せざるべからざるは當然の理なり。一人が他人に對して命令を下し他人が之に服従するは、其命令者の權力が神意に適合するが爲めなるのみ。然らざれば之を正當なる權力なりと云ふべからず。故に總ての正當なる權力は神意に基くものなりと。(Le Droit de la Nature, par Pufendorf. trad. par Barbeyrac. Liv. I. chap. VI. § XII. n. 2.)

神性法源説
と神意法源
説

中世に於ける神學的法理論は、神性法源説と神意法源説との二説に分れ、スコラ哲學者(Scholastiker)中實念論者(Realist)は、自然法の基礎は神意に非ずして

「グロウチ
ウス」

神性に基きたる悟性(Intellectus)なりとし、神は自ら立法者たるに非ずして人に理性を賦與し、其理性に依りて正義の元則を知ることを得しめたるものなりとす。故に自然法は指示法(Lex indicativa)なりとし、唯名論者(Nominalist)は之に反して、自然法は神意の發見にして即ち示命法(Lex praeceptiva)なりとせり。第十七世紀に至り、グロウチウス(Hugo Grotius, 1583-1645)が性法説を唱へ、法の基礎は人性に在りとし、假令神は存在せざるものとし、又は神は人事を支配せざるものと假定するも、(et si daretur... Deum non esse aut non curari ab eo negotia humana. — De Jure Belli ac Pacis, Proleg.)尙ほ人の理性に基きたる法あるべきを説きてより、自然法の基礎は一變して神性論より人性論に移れり。爾來性法主義の自然法學説は民權の發達と共に精神界を支配し、第十八世紀の後半に於ては其盛況の頂點に達し、其教義は竟に發して「フランス」大革命の動機と爲るに至れり。

「フランス」
革命の動機

「フランス」革命は人かに依りて社會を改造し、即時に自由平等親愛の理想界

歴史法學派
宗教法學派
の勃興

近世神學的
法理學派

を實現せんとする企圖に出で、竟に世界史中空前の大慘劇を演出するに至りたるものなり。此事變は當事の思想界殊に政治家法律家に激烈なる刺戟を與へ、殊に革命論者の説は、歴史を無視したると、人の自由能力を過信したるとの兩點に於て、其根本に誤謬ありたるが爲めに、失敗に終れりとする者多く、其結果は竟に歴史法學派及び宗教法學派の勃興を促すに至れり。前者は革命論者の歴史無視の失敗に鑑みて興り、後者は人の自由能力過信に對して起り、革命論者が人力に依りて理想的社會を造ることを得るものなりと信ぜざるの妄なるを説き、國家及び法律は神慮に基きたる造化の大計畫の一部にして、人爲に非ず、故に革命論者は人にして神の領域を覬覦せるものなりと唱へたり。「フランス革命の反動として起りたる近世神學的法理學派學者にして最も著名なる者は「カトリック」教派にありては「サルデイニヤ」の「ジョセフ・ド・マイストル」(Joseph de Maistre. 1764-1821.)とし、「プロテスタント」教派にありては「スタール」(F. G. Stahl. 1802-1861.)とす。其他「シュレーゲル」(Friedrich Schlegel)「ステッ

「ジョセフ、
ド、マイス
トル」

法律は神意
に基きたる
大秩序の一
部

フェンス」(Steffens)「バーデル」(Bader)「ミュレル」(Adam H. Mueller)「マンン」(K. L. v. Haller)「ヤルケ」(Jarcke)の諸氏も皆佛國革命の反動として、神意法源論を唱へたり。

「ジョセフ・ド・マイストル」は當時の國家論及び法律論が人を基礎とし、人類を不羈獨立なる實在なりとするの非なるを痛論し、佛國革命の如きも被造化物たる人類が僭上して自ら造化主に擬し、國家法律は人意に隨ひ自由に創造改造し得らるべきものなりとの迷信に基きたるを以て、竟に失敗に歸したるものなり、抑も人類は被造化物にして、國家及び法律は神意に基きたる大秩序の一部なるを以て、人類は先づ自主自治の念を抛擲して專心神意に服従し、政を爲し法を立つる一に神法を基礎として之に則らざるべからずとせり。(Considerations sur la France. 1806; Essai sur le principe générateur des constitutions politiques. 1810.)

「スタール」

「スタール」の教旨は、神の人性的存在を起點とし、神は原始的實在 (Das Ursain)

個體道義と
團體道義

法律は道義
實現の限界
を定むる規
定

なるを以て萬有の大原因たり。宇宙に存する原因結果の關係も總て神の、世界計畫(Weltplan)の發現なりとす。而して神の世界計畫に於いては人類は獨り個體として存するのみならず、團體としても現はるゝものなるを以て、道義(Das Sittliche)に個體道義(Einzelethos)及び團體道義(Gemeinethos)の別あり。個體道義は人が自己に關し又は他人若くは團體に對して守るべき道義にして倫理即ち是なり。團體道義は團體に對する道義の要求にして、團體の守るべき義務を示すものなり。神國に於ては此區別の存すること無しと雖も、原罪に因る人類墮落の現況に在りては、道義の完全なる實現を期すべからざるを以て、已むを得ず強制力を以て道義を維持せざるべからず。然れども強制力を以て悉く道義を實現せしむるは不能の事に屬するを以て、極めて必要なる場合に於てのみ強制力を以て限界を定め、人をして正路の軌道を逸することなからしむ。此限界を定むる規定は法律なりとす。(Grenzregulierungsprinzip) 故に「スタートル」は國家及び法律は人類の墮落に因り強制を以て道義を維持する

の必要に生じたるものなりとす。而して、法律は人民が國家なる單位的團體として定めたるものにして、神が直接に定めたるものに非ず。然れども、法を生じ、法を敬認せしむるに至る最終の原因は神の世界秩序の力なり。此世界秩序の力は、人民及び官憲を衝動して、多少其秩序に調和すべき規範を定めしむるものなるを以て、彼等は其規範を正なり理なりとして遵守せざるべからざるを認知するに至るものなり。故に「法が拘束力あるもの」として敬認せらるゝ最終の基礎は、法は神の世界計畫の一部なればなり」とす。(Stahl, Philosophie des Rechts. 3. Auf. S. 233-242.) 彼は、人類が原罪あるに至りて墮落したるも、亦太初に於ける神の造化計畫に因るものなるや否やは之を説明せざるも、兎に角法律は此墮落状態の現況に於て道義を維持する神の世界計畫の一部なりと爲す者なり。

「ザビニー」と相駢んで「ドイツ」歴史派の首唱者と稱せらるゝ「プフタ」にして法の超歴史的起因を説くは甚だ奇なりと云ふべし。彼は法は人類の意識に存

法は神の世
界計畫の一
部

「プフタ」

法は神的秩序なり

し、法信より生ずるものなりとするも、其意識は人類が神より受けたるものなるを以て、「法は神的秩序なり」(Das Recht ist eine göttliche Ordnung.)と云ひ、法則が人類の意識に達するに至るは、或は超自然的に天啓に依ることあり、或は自然的に人類の精神に存する感覺及び衝動に依ることありとするを以て觀れば、彼が法は國民的法信なりと説けるは、法の直接原因を指したるものにして、法の根本的源力は神にありとするものたるや明けし。(Puchta, Institutionen. § 10.)

「ワルテル」

「ワルテル」は最近に神學的法理論を唱へたる一人なり。彼の説に依れば、法律の基礎は人類固有の權利感念及び良心にして、權利感念及び良心は各人の行爲及び社會の諸關係が正義に適合せんことを希求するものなり。正義は道義的世界秩序なり。權利感念及び良心は神が人類に賦與したる「心眼」(Die Augen des Geistes.)にして、之に依つて此超官的世界秩序を認識することを得るものなり。「故に法律及び正義の最後の基礎は神性より生じたる道義的世界

神性より生じたる道義

的世界秩序の法則

「ロリマー」

秩序の法則なり。人類は良心なる機能に依りて其世界秩序は即ち神意にして超人的なる勢力なることを認識するものなり。(Walter, Naturrecht. S. 60.) 「エヂンボロー」大學の「ロリマー」教授の如きは、現時造化主義の法源在神説を唱ふる學者中最も有名なるもの、一人なり。彼は成法の第一源は自然法にして(Lorimer, Institutes of Law. Book III. ch. I.)自然法の第一源は神なりとせり。曰く、「造物主なる神は萬有の唯一なる本源にして、自然法の第一源なり」と。而して神の屬性は萬能性及び萬全性なり。(omnipotence and perfection) 萬能性あるが爲めに神に造化力ありて事物の第一原因たり、法律の本源たることを得、萬全性あるが爲めに神意は法の標準たることを得るものなり。而して神意の啓示の方法を直接及び間接の二に分ち、直接啓示は「モーゼ」の十令の如く

神は自然法の第一源

神が直接に人に授くるもの、(二)「マホメッド」の如き豫言者を通じて人に授くるもの及び(三)神が特に「ソクラテース」の如き聖賢を通じて人に授くるもの是れなり。而して間接啓示は人が神意を知る通常の方法にして、主觀的なるあり、

客觀的なるあり。主觀的啓示とは吾人の良心によりて神意を知ることを得るを云ひ、客觀的啓示とは外界の視察に因りて神意を知ることを得るを云ふものなりと説けり。(Lorimer, Institutes of Law. Book I. ch. 1.)

最近の學者にして精銳なる論法を以て熱心に造化主義の法源在神説を唱ふる者を佛國の「ヴァレイユ、ソムミエール」とす。彼は法を分類して「法を其起原より觀察するときは、之を神法及び人法の二種に分つことを得べし。前者は神の直接に制定したるものにして、後者は自然的若くは超自然的に神の授けたる權力に依りて人の制定したるものなり」と云ひ、又神法を細別して「自然法及び神授成法(Lois positives divines)とす。自然法とは神が人類に賦與したる本性の必然的結果として生じ、理性に依りて認識し得べき法則を云ひ、神授成法とは創世以來神の啓示したる法規を云ふ。神授成法中「モーゼ」の「十令」の如く、「キリスト」降誕以前に啓示され、舊約全書中に記載せらるる「神法を「舊法」(Lex vetus)と稱し、「キリスト」及び使徒の教旨に存し、新約全書中に記載せらるるもの

「ヴァレイユ、ソムミエール」

神法と人法

自然法と神授成法

神法人法共に其源を神意に發す

を「新法」(lex nova)と稱す。而して神法人法共に其淵源を神意に發す。「立法者なき法とは無意義の語なり。神は獨り神授成法の立法者たるのみならず、自然法の立法者なり。神は人類に理性の光燭を與へ、之に依りて事物の本性より、自然の法則を讀むことを得しめ、以て自然法を公布するものなり。故に自然法と雖も均しく神の制定公布したるものなりとし、若し法は神意の如き全智全能にして一切の造化を超越する大威力に出づるものなりとするに非ざれば、法規が論理上吾人を拘束すべき必然的基礎を認識する能はずと結論せり。(Vareilles-Sommières, Les principes fondamentaux du droit. II-V.)

三 強 力 説

法の原力は強者の力なり、法の發生存在する所以及び法の人民に對して拘束力を有し、其行爲の規範たる所以は優強者が劣者を制馭するに由るものなり、とす。此説を唱ふる者は國家は強者の弱者に對する

強力説

統御の形體なりとし、強者が弱者を制するは自然の定律にして、人意を以て之に違ふ能はざるものなりとす。(Jellinek, Das Recht des modernen Staates. II. Kap. VII.) 故に人民が國權に服従するは、恰も衆惑星が太陽の引力の爲めに軌道に沿ひて其周圍を旋回するが如きものにして、人は其悟性に由り強者の力は即ち不可抗的自然力たるを覺りて之に服従するに至るものなりとせり。

強力説は「ギリシヤ」の古代已に夙く詭辯學派に依りて唱へられ、又近く我國の加藤弘之博士に依りて主張せられ、其兩間にありて種々の形狀を以て現出せり。詭辯學徒の「Opinion」が國家及び法律は強者の爲めに存するものなりとするは「プラト」の「ゴルジヤス編」(Gorgias. 482.) 及び「國家論」に於て之を觀ることを得べし。「國家論」中に「トラシマクス」(Thrasymachus) が「ソクラテース」と正義を論じて「正義は強者の利益なり」とし、強者は政權を掌握して自己の利益の爲めに法を作り、自己の利益に反する行爲は之を不正にして且つ不法なるものなりとす、故に如何なる政體に於ても法の基礎たる正義は強者の利益なり。(Rep. I.

詭辯學派

「プラト」

正義は強者の利益

338, 339.) と論じたるが如きは其一例なり。

歐洲に於ける中世紀は國家發展史の過渡時代に屬し、「ギリシヤ」開化の市的國家は已に衰頹し、「ローマ」開化の世界帝國は既に崩壞し、近世の國民的境土國家は尙ほ未だ起らず、群雄割據して封建の勢を爲し、上諸侯伯より下士庶人に至るまで、層級を爲したる人的主從關係に基きて團結し、封土采邑は其人的關係の從件たるに過ぎざりしを以て、國家の體制尙ほ未だ完く備らず、侯伯互に相闘ぎて、強者は常に弱者を併呑し、或は婚姻相續、同盟等に依り數族合同し、或は十字軍又は内訌外患等に因り、小侯伯は頓に其勢力を失ひ、大諸侯に歸服して僅に亡滅を免るゝに至り、大侯伯の勢力は倍々増加し、幾多の小群は征服兼併に因りて漸く大團體を形成し、其結果人的關係は變じて地的團體と爲るに至りたるを以て、政治的關係の連鎖も隨つて從前の如く臣從盟約を恃む能はず、之に代ふるに他の強大なる求心力を求めざるべからざるに至れり。而して其求心力は君主の實力なりしは言を俟たずと雖も、實力は其各主體の勇武

歐洲中世紀
の人的主從
關係

君主の實力

統治權力に
關する體系
的理論の端
緒

「マキヤベ
リ」

強力説に非
ずして智略
説、權力説
に非ずして
權謀説

智徳に依りて張弛するものなるを以て、理論の根據ありて之を保障するに非ざれば、久しく其君權を維持すること能はず。故に其始に於ては神學的理論に依り君權を神授なりとしたるも、後に至りては神學に基かざる、獨立政治論を生ずるに至り、「イタリー」に於ては「マキヤベリ」(Machiavelli. 1469-1527)の「君主論」(Il principe. 1513.)出で「フランス」に於ては「ボードン」(Bodin. 1530-1596)の「國家論」(De la république. 1576.)現はれ、茲に始めて近世國家の發達と共に統治權力に關する體系的理論の端緒を觀るに至れり。

「マキヤベリ」の君權論及び「ボードン」の主權論は、共に純然たる強力説に非ずして、強力説の前驅たりしなり。學者往々「マキヤベリ」を以て強力説の首唱者なりとする者ありと雖も、(Ahrens, Naturrecht. I. § 15.)是れ彼の書を精讀せざるに起因する臆説なりと謂はざるを得ず。彼の政治哲學は、強力説に非ずして智略説なり。權力説に非ずして權謀説なり。彼は人性を惡なりとし、目的は手段を正くするものなるを信じ、「イタリー」諸國の獨立を維持して鞏固なる

國家を建設せんとするに熱狂せる爲めに、彼の眼中に映ずるものは唯だ國家あるのみ。故に國家の存立發達の爲めには何事を犠牲に供するも可なりとし、政治上に於ては徳義を不必要なりとし、偽善を以て君徳と爲し、君主たる者は仁愛、信義、禮讓、敬神の何たるを知り、而も其徳性を事實上に有せずして、外貌上に裝ひ、必要なる場合に於ては惡事をも爲し得べき性格を具へざるべからずとせるが如きは、(Il principe. c. XVIII.)是れ謀略を唱ふるものにして、暴力を説くものに非るなり。或は彼が「君主は敬愛せらるゝと畏怖せらるゝと孰れを擇ぶべきか」の疑問を設けて、「二者共に可なり、然れども若し其一を擇ばざる能はざるに至らば、寧ろ畏怖せらるゝに、若かず」と答へたるが如き、(Il principe. c. XVII.)或は彼が強力主義の君權説を唱へたりとする誤解を惹起したるものなるべし。強力は素より彼が政治の一手段として用ふるに遲疑せざる所なりと雖も、彼の主義とする所は智略にして強力に非ず。況んや彼が強力を論ずるに當りて「制馭の道二あり、曰く法律、曰く強力、是れなり。前者は人を治むる

に適し、後者は禽獸を制するに適す。只だ法律の力足らざる場合尠からざるを以て、屢々強力に依らざるべからざることなしとせず。故に人君たる者は、此二者に通じ、如何なる場合には其一を用ひ、如何なる場合には他の一に依るべきかを熟知せざるべからず」(II principe. c. XVIII.)と云へるを以て觀れば、彼は法律と強力は全く別物なりとし、政治上に於て強力は法律の及ばざる場合に於ける補充的作用を爲すものなりとせるや知るべきなり。故に彼は少くとも強力を以て法の原力と爲す者に非ざるなり。

「ホッブス」
協約に因る
國家と降約
に因る國家

強力説の前驅者と稱すべき者は「ホッブス」(Thomas Hobbes. 1588-1679.)なり。彼は國家の起原に關して純然たる協約に因る國家と降約に因る國家との二種あるを説き、前者は衆人の推立に因る君主(sovereign by institution)之を統治し、後者に於ては戰勝者たる君主之を統治す。戰勝國家に於て、勝者が統治權を得るは、敗者が目前に迫りたる殺戮を免かれんが爲めに、生命及び自由の保有を條件とし、明示の約言其他意思を表するに足るべき形狀を以て勝者の權力

に服従せんことを誓約したればなり。故に協約に因る場合も、降約に因る場合も、其約諾に因るに於て敢て異なる所なしとし、(Leviathan. ch. XVIII.)又曰く、「臣民服従の義務は君主が臣民を保護し得べき實力を有する間は繼續し、其實力を失ふと共に消滅す。是れ他なし。他人の保護なきときに自ら保護すべき自然權は約諾に依りて拋棄する能はざるものなればなり」と。故に彼は別に説く如く、民約説を唱へて法の原力を民意に歸する者なりと雖も、原始的國家にして純然たる協約に因る場合を除き、現今多數の國家は強者の壓迫に基ける約諾に因りて成るものとするを以て、彼の説は其一部分に於て強力説の端緒たりしと云ふことを得べきなり。

「スピノザ」
強力説の端緒

強力説が近世に於て稍々學説の體系を具ふるに至りたるは、蓋し「スピノザ」(Spinoza. 1632-1677)を以て始めとす。彼は汎神論を唱へて世界は神なる唯一の本體(substantia)なりとし、萬有は其本體の體様(modi)にして、萬物が存在活動する力は即ち神の力なり」(Spinoza, Tractatus politicus. ch. II.)とするを以て、人は神

の體様の一に於いて人の力は即ち神の力なりとの結論を生ず。故に彼は「自然権は自然力なり」(Jus natura est ipso naturae potentia.)とし「各個人は自己の力の有らん限り何事をも爲すべき全權を有するものなり」(Summum jus ad omnia quae potest.)とす。故に力と権利は同範圍にして、各自の能力は各自の権利を定むるものなり。賢者は道理に従ひて生活する権利を有し、愚者は情欲に従ひて生活する権利を有し、大魚は小魚を呑む権利あり。然れども、人類は自己の利害を知り、常に災害を避けて福利を求むる性情を具ふる者なるを以て、竟に道理の生活は情欲の生活に優るを悟り、契約に依りて國家を建て、各人の力に應じて個々に自己の生活を定むるの不確實なる有様を去り、團體全部の力に依りて生活の安固を圖るに至る。斯の如く契約に因りて國を建て主權者を定むるに至る時は、其主權は各人民が其固有の力の一部を割いて之を主權者に讓與したるものと云はざるべからず。何となれば、権利は權力と同範圍なればなり。故に主權は人民を強制し、必要なる場合に於ては死刑の威嚇を以て

法の直接原
力は強力な
り

人民を制御し得る力を有する人に屬し、主權者は自己の意思を強行し得べき實力を有する間は其位を保ち、其力を失ふとき其位を失ふ。若し然らざれば、彼は玉座の上に踰躑めき、彼より強き者は何人も彼に服従することあらざるべし」と云へり。(Tractatus Theologico-Politicus. ch. xvi.) 故に「スピノザ」は法の本性を神なりとするの點に於ては神權説を採り、國家を民約に成るものとするの點に於ては民權説を採るが如しと雖も、法の直接の原力は強力なりとし、民意に依る契約に重きを置かざるが如し。彼は曰く、「人の契約を爲すや、信義を尊重するが如き外貌を裝ひ、堅く其約束を守るべきを誓ふものなりと雖も、尙ほ其裏面に何物かの存するに非ざれば、何人も他人の約定に信賴すること能はざるべし。何となれば、各人は他人を欺き約束を破るべき自然の権利を有するものにして、只之を制するものは尙ほ一層大なる幸福を冀ひ、又は尙ほ一層大なる災害を恐るゝを以てなり」と。(Tractatus Theologico-Politicus. ch. xvi.) 是に由て之を觀れば「スピノザ」の學説は神權説、君權説、民權説に跨り、神權説を根據と

し、民権説を方法とし、神権説に基きて法の直接の原力を強者の権力に歸するものなり。

神権的強力説
「ハルレル」

前世紀の始に於て神権的強力説を唱へたるは、ルードウィヒ・フォン・ハルレル (Ludwig von Haller) なり。彼は強者が弱者を治むるは上帝の定めたる永久不變の天則なりとし、人類は不平等なるを以て優强者の常に劣弱者を制馭するは自然の状態にして、此自然状態は今に於て尙ほ繼續し、將來に於ても亦た決して止む時なかるべし。故に統治權は即ち優強力なり。而して君主が其優強力を享有するは天佑に依るものとせり。(Haller, Restauration der Staatswissenschaft.)

「マクス・ザイデル」

「マクス・ザイデル」も法の原力を現實的強力なりとし、國家の本質に關しては、國家は人の統治權力に服する土地及び人民の一體なりと云ひ、法律の起原に關しては、統治とは人が國家の上に現實的強力を有する事實にして、此事實の存在より法律を生ずるに至る。故に法律とは人類の國家的共存を規定する

法の原力は優强者の意思

「イエリッング」

法律は個人の實力即ち體力に發す

法則の全部なり。而して法律の淵源は統治者の意思なり」と云ひ、國家人格説、法人説、有機體説を斥けて、主權は國家の意思にあらず、又人民の意思にもあらず、國家は自ら意思を有するものにあらずして意思の支配を受くるものなり。故に國家には個人又は個體の優強力を有する者ありて民衆を支配し、其民衆の行爲の規準たるべき意思を發表せざるべからずとせり。(Max Seydel, Grundzüge einer allg. Staatslehre. I.) 故に彼は法の原力は優强者の意思なりとする者なり。

輒近に至り法原強力論を唱へたる學者中最も顯著なる者を「イエリッング」とす。彼は「ローマ法精神論」に於て法律の起原を論ずるに當り、之を個人的實力、即ち腕力に歸せり。其大意に曰く、法律は何れの國に於ても其起原を個人の實力、即ち體力に發せざるものなしと雖も、大初腕力の時代及び法の強制的形成時代は既に國民の記憶より忘却せられ、祖先が腕力を以て法治の基礎を置きたる事蹟は口碑に存せず、只だ神又は神の使命を受けたる者が人類に法律

を授けたりとの傳説を遺すのみ。「法律の起原に附着せる人間の汗と血は神授説の後光の爲めに眩せられて、其跡を認むる能はざるに至れり」と。(Thering, Geist des rom. Rechts. I. § 10.)

「イエリグ」は亦「法律目的論」に於て社會的動力の槓杆(Die Hebel der sozialen Bewegung)は報酬及び強制(Lohn und Zwang)の二なりとし、報酬は經濟的生活の基礎にして強制は國家及び法律の基礎なりとせり。國家は紀律ある強制力の主格たる社會なりとし、又國家と社會との差を説きて、國家は強制力を有する社會即ち社會的強制力の組織なり」と云ひ、法律は強制力行使の原則を表示するものなりとし、強者が弱者を犠牲として自個の生存を保續するは、一般の通象にして、劣等動物間に於ては強者と弱者と衝突するとき強者は弱者を斃して生存するを通常とすれども、人類は弱者との競争に於て弱者を滅亡せしむるもの必ずしも自己の利益に非ざるを悟り、自利の爲めに自己の強制力を節制し、以て強弱併存することを得るに至るものなり。斯の如く強制力よ

り法律の生ずるは強制力を抛棄し法律を以て之に代ふるものに非ず。法律は強制力自體にして、只其體様の一たるに過ぎず。法律は強制力の否定に非ずして其節制なりとし、或は「法律は規律ある強制力なり」と云ひ、或は「法律は強制力の政策なり」(Das Recht ist die Politik der Gewalt)とし、又或は「法律は一國に行はるゝ強制的規範の全體なり」と云へり。(Thering, Der Zweck im Recht. I. Kap. VIII.)

「グンプロウイツ」は國家の起原を異種民族間の競争に由る征服兼併に歸し、國家は一民族の蕃殖に因りて起るものに非ずして、強族が弱族を征服兼併するに由りて形成せらるゝものなりとせり。而して、彼は征服兼併の原因を「生活經營」(Lebensfuersorge)の需要に歸して曰く、人類は其生活狀態の進歩の爲めには他人の勞役を要するものなるを以て、此生活の需要を充たさんが爲めに他族を征服して之を使役せんとするに至る。是れ國家の生ずる所以にして、若し人類が生存競争上他人の勞務を要せざるものならんには、國家は決して

不平等勢力
關係は法律
發生の第一
因

起ることなかるべし。而して民族闘争の結果、勝者は命令し、敗者は服従し、強者は支配し、弱者は勞働し、敗者は竟に自己の劣弱なることを承認し、無益の反抗を息めて勝者に忍従するに至り、茲に始めて強者弱者なる不平等者間に繼續的平和状態あるに至る。此平和状態は秩序の原因にして、風俗、慣習、法律の由て生ずる所なり。故に不平等勢力關係は法律發生の第一原因なり。謂はゆる法律的秩序なるものは、強者が之を定め、弱者が之に依違する状態を云ふものにして、「法律は不平等者間の秩序なり。」他辭を以て之を詳説すれば、「法律は異種異力の民族の衝突に因りて生じたる共同生活の様式なり」と。(Gumplovicz, Grundriss der Sociologie. III. § 2.; IV. §§ 6.7.; Rechtsstatut u. Socialismus. I. § 10., Sociologie u. Politik. §§ 25-27.)

加藤弘之博士

進化論に基きて最も熱心に強力説を唱ふる者を加藤弘之博士とす。博士は「凡そ萬種の生物は遺傳と應化とに由て其心身の資質を得有するものなるに、其遺傳と應化とは各個の生物に於て相同じからざるが故に、隨て心身の資

強者の權利
の競争

質の異同を生ずることは固より當然のこと、云ふべし。(中略) 凡そ生物が其心身の資質に於て異同あるときは、隨て又心身の強弱優劣を生ぜざるべからざるは、甚だ賭易き道理にして、且つ其結果たるや、生物界に於て常に強者の權利の競争起りて、心身の優強なるものが劣弱なるものを打倒すに至るは、決して免るべからざることなり」と云ひ、強者の權利は「一定不變の天則に出るものにして、只だ開否文野の異同によりて其權力の度合ひを異にし、野蠻未開の人民にありては、強者の權利は専ら粗暴猛惡の權力となりて發現し、文明開化の社會にありては、之に反して専ら高尚優大なる權力となりて發現す」と云へり。(加藤弘之博士著「強者の權利の競争」第二章・H. Kato, Der Kampf ums Recht des Staerkern. II.)

強力説發達の
經過

法の原力を強力なりと爲す學者は、上記數名の外、其數尙ほ少からずと雖も、吾人は只中に就き最も著名にして且つ儀範的なるものを選びて、之を摘載したるに過ぎず。「ギリシヤ」に於ける詭辯派が正義は強者の利益なりと云ひた

るは、積極的に強力説を唱へたりと言はむよりは、寧ろ「ソクラテース」以前の正義説に對して懷疑的態度を取りたるものなりと云ふを以て當れりとすべし。彼等は正義に古哲學者の唱へたる如き儼然たる客觀の標準あることを疑ひ、學祖「プロタゴラス」(Protagoras)の語なる「人は萬物の尺度なり」との命題に依りて、個人各自が正と思ふ所は即ち正なるを以て、其究極する所は、優強者が自己の利とする所は法律の基礎的徳義たる正義と爲るものなりとしたるが如し。「マキャベリ」は君主專制論を主張したれども、強力即法説を唱へざりしを以て、單に強力説に思料を與へたるに過ぎず。故に彼は、強力論者の正系に屬すべき者に非ず。「ホッブス」の學説は民約説に基くものなるも、降約に因る場合は弱者が自保の爲め強者に服従するものなりとするを以て、少くとも彼の學説の一部は強力説なりと云ふことを得べし。「スピノザ」「ハルレル」の説は、強力が法の原力たるは、神性若くは神意にありとするものなるを以て、未だ純然たる強力説となす能はず。法の原力に關する神學的説明より純然たる強力説に

純然たる強力説

「ルソー」の強力説に對する批難

移らんとするの過激時代を示すものなりと云はざるを得ず。輒近に至り、イエリグが目的説に依りて強制及び報酬を以て社會的動力となし、法は強制の一種なりと説き、グムプロウイツが國家の起原を異族征服に歸して、法律は強者弱者の不平等勢力關係より生ずるものなりとし、加藤博士が生物間には遺傳應化に由りて心身の強弱を生じ、強者の權利の競争に因りて法律生ずるとするに及び、始めて純然たる強力説を生ずるに至りたるものと云ふことを得べし。

「ルソー」は「民約論」第三章に於て強力説を批難せり。其要旨に曰く、優強者と雖も、其強力が權利と爲り、弱者の服従が義務と爲るに非ざれば、永く其首長たる位地を保續すること能はず。是れ他なし、強力は必ずしも永續するものに非ざるを以てなり。單に優強力に屈從する事實は、強制に出づる必要行爲にして、自由に出づる意思行爲に非ず。強力は物理的勢力なるを以て、徳義上の結果を生ずること無し。故に強力關係より何等の權利義務を生ぜず。強

力は權利を生ずるものなりとするは、原因結果を轉倒するものにして、若し之を是なりとせば、何人と雖も權利者より強き者は取て代ることを得べきを以て、強力を有する者は正當に法を破ることを得べしと云はざる可らず。故に權利義務は畢竟無意義の語たるに至らんと。(Rousseau, Contrat social, ch. III.) 蓋し強力説は不平等關係に基き、ルソーの民約説は平等關係に基くものなるを以て、此兩説の氷炭相容れざるは素より當然にして、敢て怪むに足らざるなり。「ルソー」の徒は、人類は平等なるを以て權利義務は自由より生ずるものとし、強制に因りて生じたる状態は權利に非ず、又義務にも非ず、單純なる事實に過ぎざるものとし、強力論者は人類は不平等なるを以て權利義務は強制より生ずるものとし、自由より權利義務の生ずること無しとせり。人類の平等は自然法説の根據たりしを以て、自然法説全盛時代に於て強力説の異端視せられたるや、論を俟たずと雖も、輓近に於ける人類の社會的諸學科の進歩は、人類の平等は現實にし得べからざる状態なるを明かにせり。且つ自由と法

強力説と民約説との相反

律の關係を説くに當りて論ずべき如く、社會の發展が或る程度に達したるときは、自由なる觀念は進歩の動機と爲り、此觀念の存否は社會の隆替に至大の關係を有したるものなるを以て、竟に其方法たることを忘れて、之を人生の目的なるが如く誤認するに至れり。然れども、自由なる觀念と規範なる觀念とは、素と兩立すべからざるものなり。而して、規範は吾人の動作、思想、情緒等が其正當の目的を達せんが爲めに據らざるべからざる標準を云ふものにして、法律は規範の一種類にして吾人の自由意思を制するものなり。故に法の性質は強制にして自由に非ず。自由必ずしも善ならず。惡を爲すべき自由、善を爲さざるべき自由は惡自由なり。強制必ずしも惡ならず。善を爲さざる可らざる強制、惡を爲さしめざる強制は善強制なり。故に自由、強制共に夫れ自身にては善惡無差別にして、只其用ふる場合に由るのみ。故に強制を嫌ひ、法の原力は強力に非ずして自由なりとするは、思想の歴史的惰力に由る感情論たるに過ぎざるなり。

「ビイヤリング」は強力説を嘲りて、強力を權利なりと爲す者は、國權と幸運なる強盜の權利とは、其實質を同じうし、只其範圍と程度とを異にするに過ぎずとす。者なり。故に此説に依れば、謂はゆる國權の制限なるものは、之に對する他の優強力を措きて他に存することなく、通常に國權の制限と稱する者は、徳義又は智略の原則たるに過ぎず。憲法も實力に伴ひたる時に於てのみ法と稱することを得べきを以て、國家の首長は其實力の増加するに隨ひて憲法上の義務を解除せらるゝに至るべし。又臣民の全部又は一部にして首長より優強なる實力を有するときは、首長に對して權利を有するものなりと云はざるべからざるを以て、首長は優強力を有すべき多數の臣民が己に屬するときに於てのみ適法の命令を發することを得べしと云はざるべからざるに至らんと云へり。(Bierling, Kritik der juristischen Grundbegriffe. § 38.)

「ビイヤリング」の此批評は、其言辭の甚だ激烈なるに似ず、其論旨は頗る薄弱なりと云はざるべからず。蓋し強盜のかと國權とは均しくかについて、其實質

を同じうするものなることは、素より強力論者の許す所なるべし。「ビイヤリング」が此二者の區別を程度及び範圍の差なりとし、此二者の間には品質の別ありて、一は善良なる力にして、他は暴惡なる力なるに注意せざりしは、遺憾なりと云はざるべからず。其他憲法は實力に伴はざるべからざること、及び國權の制限とは徳義上又は智略上の規則なりとのことの如きは、蓋し多數の強力論者の素より首肯する所にして、彼等は之を自説に對する反駁と認めずして、却て之を眞理なりとし、國權は無上權なるを以て、謂はゆる國權の制限なるものは正確なる法律上の意義を有せず、道義又は智略上の規定を指すものなりとするに於て、敢て異議を唱へざるべし。

強力説は其名の稍々粗硬なると其理論の稍々高尚深遠の趣を缺くとに依りて、往々學者の嫌忌する所と爲り、或は此説は壓制政治の利器なりとして之を斥くる者あるに至れり。然れども是れ皆な事實を無視し、感情を以て立論の根據とする古學者常套の獨斷説たるに過ぎざるのみ。若し強力とは獸力

なりとせば、此論の誤れるは論を俟たず。若し強力とは體力なりとせば、此論の完からざるや辯を須ひず。然れども、若し強力は他人を制御し得べき心理的生理的實力なりとせば、此説は餘り明白にして論證を不要とする程の眞理なりと云はざるべからず。或は此説を難じて曰く、強力説は壓制君主の利器とする所なりと雖も、一朝革命黨の實力王師に抗するに足るに至れば、則ち亦其行爲を正當と承認せざるを得ざるを以て、畢竟我を助くる利器は亦我を害する利器たるに過ぎざるなりと。(Jellinek, Das Recht des modernen States, II, I. Buch, 7. Kap.) 此駁論は感情論を以て事實論に答ふるものなり。政治的徳義より觀察すれば、成功せる革命政府の正當ならざることあるは論を俟たず。然れども、吾人の茲に論究せんとする所は、法の原力は何なりや」と云ふ事實論にして、法の正當なる原力は何なりや」と云ふ徳義論に非ざるなり。「エリネック」等が強力説を排斥するは、之を以て國家の正當なる基礎にあらずとするにあり。歴史上の事實論としては、國家の創立維持の強力に依るは「エリネック」

も之を許し、其他多數の學者も敢て争はざる所なり。

然らば、余は強力説に與するものなりや。曰く否。余惟へらく、強力論者は法が強力なりとするに於て誤らずして、其強力の主體を個人、個體又は社會の一部なりとするに於て誤るものなり。彼等は社會を分解して強部弱部の二成素となし、法は其強部が弱部を支配する力なりとす。是れ強力説の根本的に法の本質を誤るものなりと云はざるを得ず。余は後に法の本質に關する卑見を述ぶるに當り、強力説を批評するを便宜なりとするを以て、其時に當りて前言の論證を試みんとす。

強力論者の
誤謬

原力論斷篇終

索引

原力論斷篇

二六六

索引

あ		
「アクィナス」	二二九・二三三	
「アックルシユス」	一一〇	
「アセトニスサ」(「アングロ、サキソン」語)	四九	
「アドルフ、シュミット」	一七〇・一七四	
「アルキタス」	二二七	
暗示説	二〇二・二二六	
暗示的法性享受	七八	
「イエリング」の説	二〇三・二〇八・二〇九・二一〇・二五三・二五九	
い		
「イギリス」の普通法	意思説	五八
意思説の三種	一六七	
意思が規範たり得る所以	一六九	
意思表示の二方法	一七一	
一般國法は慣習法	一七一	
一般承認説	一五八	
一般的法性享受	一五	
遺傳的訓練	七七	
「イルネリッス」	四二	
因襲の傾向	一一八	
「インスチチューチオネス」	四二	
法典	一七六	
「インド」の原始的民族	五一	
う		
「ウイリヤム」勝王の法	「ウイトート」	五四
「ウインドシャイド」	四九	
「ウエスト、ガリヤ」民法	一六〇	
「ウルピアース」	一七六	
「ウンゲル」	一六〇・一六二	
え		
「エー」(「アングロ、サキソン」語)	四九	
英國に於ける慣行説	一一三	
永久法	二二三	

「オーグスチン」	二二九・二三一	合意説	三七	強制的勢力	一〇六
「オースチン」	二二〇・二三三	合理的慣習は不合理の慣習を生ず	一七五	強制は國家及び法律の基礎	二五四
「オースチン」	二二四・二三五・二五一	加藤弘之博士の説	一六七	強力説の端緒	二四三
「オースチン」	二七九・二八〇	神は自然法の第一源	二四四・二五六	強力説發達の經過	二四九
「オースチン」の命令説	一五一	神は法を作り又は作らしむ	二四一	強力説と民約説との相反	二五七
「オースチン」に對する異論	二二六・二二九	神も慣習の羈束を免れず	二二六	強力論者の誤謬	二六〇
「オーストリー」民法	六四	神の定めたる世界秩序	八二	行政的處分	二六五
「オドフレダス」	一一〇	神の世界計畫	九八	「ギールケ」	一六一
「ラモス」	四九	「キケロ」	二三八・二三九	「キールルフ」	一六〇
「ガイウス」	一七六	擬制に依る慣習	二二八	近世神學的法理學派	二三六
「ガイウス」	二四八	規範的認識の可能	五二	「クラーク」の説	九七
「ガイウス」	二四八	詭辯學派の説	二〇五	「グランヴィール」の著書	五五
「ガイウス」	二四八	強意説	二二七・二四四	「クリンツプス」	二二四
「ガイウス」	二四八	強者の権利の競争	一六九	「グリニク」	一四一
「ガイウス」	二四八	強者の権利の競争	二五七	「グローチッス」	二三五

外法繼受は法の民族的特性を減ず	一九四	慣習の本質	三〇	の合致	一八一
慣行	一一八・二六一	慣習は社會力である	三二	慣習行爲者と慣習承認者	三三・三四
慣行説	一〇〇	慣習は人生の主宰吏	三九	慣習の時素	三六
慣行單元説の先驅	一〇二	慣習は萬物の王	三九・八三	慣習の數素	三二
慣行者の合意	一七三	慣習は良心を支配す	四三	慣習と公共的習性	四六
慣行は慣習法の發生要素	一〇一・一〇二	慣習の效力	三九	慣習と服従の習性	四六・四七
慣習の起原	一七	慣習は原始社會に於ける統制力	四八・五一	慣習の保守的勢力	四七
慣習の發生	二〇・二二・二七・二八	慣習の統制力の效果	四四	慣習の規範となる積極的並に消極的原因	三一
慣習發生の主觀的原因	二一・二三	慣習と類同意識	四五	慣習は法の認識標に非ず	一六二
慣習發生の客觀的原因	二四・二六	慣習は協同生活の原力	四七	慣習の公權力化	七〇
慣習の成立	二三	慣習は法律の前身	五一	慣習の法化と慣習固有の統制力の公權化	七五
慣習は偶然に生ぜぬ	二七	慣習と法律とは殆ど同一物	四九	慣習の法性享受	四七・六六・六八・七〇
慣習は一人にて作り得ぬ	二八	慣習は法の發現形態	一六六	慣習の法性享受の二種	七七
慣習發生の基本事實と完成事實	二九	慣習は法の發生原因	一六六	慣習の法性享受の範圍	七〇
慣習發生に要すべき最短期間	三八	慣習は法の發生形態	一六六	慣習の法性享受に關する學說	九四
		慣習は多衆的現象	三四	慣習の法性享受は司法的	
		慣習は多數者の應價認識			

承認のみに因らず	八八	とす	一一〇	原始的慣習	二五
慣習と契約觀念の發達	一八一	慣習法の根據に對する疑念	六一	原始社會に於ける慣習の效果	四五
慣習違反に對する制裁	四三・七六	慣習法は歴史派の愛兒	一五五	原始人民の不自由	一七
慣習の內的制裁	六六	慣習法變の三期	四七		
慣習の外的制裁	六七	慣習法論の起因	五七		
慣習に基づく法慣習と自由	九〇	君意即法の時代	八〇	固有法	一九四
裁定に基づく法慣習	九〇	君主の實力	二四五	公平法	九〇・九二・九三
慣習と裁判	八二・九六・一〇四	「グンブローウイツ」	一九二	公平裁判所	九二
慣習の慣習法に變化したる事例	七四		二五五・二五九	公權力の添加	六九
慣習法の起原	一八七・一九七	け		國家機關の一樣行爲	九四
慣習法を常態法とす	一六七	繼受法	一九四	國家の立法部は法の包括的源泉	一四六
慣習法と成文法	五八・五九	教會法	一一一	國權の承認	一三九
慣習法は國家的機關に依る社會力の發現	五七	教會法家	一一二	國法の存在運行は神意に基く	二二六
慣習法は獨立法源	七〇	教權は直接神授	二四八	國法は立法府の承認に基く	一三八
慣習法の完成期間を十年	一五四	協約に因る國家	一六〇	國民の法感覺	一四〇
		「ケルレル」	一六〇	國民の法的確信	一八七
		「ゲルベル」	一五八・一八八		

國民の普通確信	一八五	「ザビニー、プフタ」説	一八三・一八五・一八六	自然法論に對する大反撥	六五
國王の良慣習	一一九	「ザビニー、プフタ」説	一九〇・二〇八・二一〇	自然法の尊重	一四六
個體道義	二三八	「ザビニー、プフタ」説に對する異議	一五六・一五八・二六五・二八八	自然法は神性の顯現	二二五
後註釋派(「ローマ」法の)	二一八・二七八	「ザビニー、プフタ」説に對する異議	一六〇	自然法と神授成法	二四二
「ゴールドシュミット」	一六〇	「サルモンド」	一〇六・二二九・二四八	氏族慣習	二二五
在地神國	二二三			自治制	一九九
在地人國	二二三			執意作成論	二〇九・二一三
在天神國	二二三			十二表法	六〇・六一
裁判と慣習	八一			習性	一七・四一
裁判官の任務命令	一一九			習性の形成及び傳存	一七
裁判例は法慣習を生ず	八五			常慣習の法性享受	八六
造化説	二二五			社會力發動狀態の變化	六九
「サキソン」普通法	一一二			社會的規範より國家的規範へ	六八
「サー、ジョン、デービス」の語	一〇五			社會的效力を有する慣習	五六
「ザビニー」	一五五・二五六・二五八			自由思想の發達と承認説	一一六
				主觀的適應價值	二四・三九・四〇
				主權觀念の發達と承認説	一一五
				主權者承認説	一一〇・二二五

主権者命令説	一三六	神意の啓示	二四一	人類の原罪墮落	一七
主権者の間接命令	一三七	神意法源説	二三四	人類は慣習の奴隷	一七
主権者は慣習を製作し得る	五二	神権的強力説	二五二		
「ジュリヤヌス」	一七五・一七九	神國論	二六一		
「シュレーゲル」	二二六	神國三界論	二六一		
「シュワーネルト」	一四〇・二〇六	神授説	九四		
「シュッペ」	一五八・一八八	神授君權説	二二九		
順應作用	二五	神性法源説	二三四		
承認説	一一四	神性より生じたる道義的			
承認の主體	一一四・一一五	世界秩序の法則	二四〇		
承認の方法	一一四・一一五	「シンテニス」	一六〇		
承認の範圍	一一四	神法	二二六		
「ジョセフ、シャイン」	一四三	神法と人法	二四二		
「ジョセフ、ド、マイストル」	二二六・二三七	人定法	二二三		
司法的法慣習と行政的法慣習	九〇	人的主従關係（歐洲中世紀の）	二四五		
司法的承認説	一一五・一二四・一五〇	人民の黙約	一七七		
司法的認容は主権者の命令	一二五	人的複數は慣習の要素	三五三・三六		

正義の源泉たる國王	九二	先例は後發事件の模範	八一	「チーテルマン」	一四七・一五九・一六三・一六八・一七四・一九六・二〇四
正義確信	一六四				
正義は強者の利益	二四四				
政權は間接神授	二二〇				
制裁	六六	總意	一七二	「チーテルマン」に對する批評	一六四
制裁の變化	六八	總意説	一七〇・二〇一		
制裁の機關	六八	總員の合意	一七二		
制定法	一八七・一九八	「ソクラテース」	二二七	「チャンセロル」の裁判	九二
成法の主格は國民	一八六	祖先崇拜は原始社會の基礎	二〇	中世紀の統一主義	二二八
成文法時代	五九	祖先の遺風の遵守	二〇	長慣習より不文法生ず	一〇八
成文法を法の本態とす	五九・六一	「ソトー」	二二〇	註釋派（「ローマ」法の）	一七七
成文法全能説	六三				
成文法崇拜の傾向	一五三				
成文法を民權の基礎とす	六一				
世界秩序は神意	二四一				
絶對無限なる本體	二二四				
洗身の習俗	二四				
前例に依るの傾向	八〇				

「ディケ」 超越的神論 適應意識 適應價值と慣習の效力と の關係 適法なるが故に慣習なり 「デモステネス」 「テミス」 「テミステス」 「テミセス」 「テール」 特性	四九・九六・九七 二三三 三三・三七 三九・四〇・四一 一五七 二三八 四九・八一・九五・九七 八四・九五 九六 一五八・二八八・二八九・ 二〇〇	「ドイツ」歴史派の長所と 短所 「ドイツ」歴史派の慣習法論 同式行為の經時的反覆 「ドゥームス」 時は最大の革新者なり 時は事物を神聖にす 時は最頑強の保守者なり 特別的法性享受 特別承認説 「ドマス」(「アングロ、サ キソン」語の) 「ナポレオン」法典 「ノモス」	一九〇 一〇一 二九 八四 四一 四一 四一 七九・八一 一一五 四九 六三 九六	報酬と強制 「バイエルン」國法 法意識 法源在神説 法効は慣習の外より來る 法慣習と常慣習 法慣習は司法裁判例行政 處分例より生ず 法信 法信の意義 法信即法説 法信は慣行より生ず 法信は法の原力にして法 の實質 法信の更改	二五四 一一二・一三九 一六一 二二六・二二七・二二三 一〇八 一〇七 五四 八九 一八七 一六五 一〇一 一八七 一六七
--	---	--	--	--	---

法信説の概要 法信説論評 法性享受の期間を定む 法則存在の確信 法曹法 「バーデン」國法 法的確信 法的規範の發生 法的必要感 法の起原及び拘束力は神 より生ず 法の認識標式 法の原力たり得べき意思 法の原力を神性又は神意 に歸す 法の原力は神に在り 法も神性の表象 法は神秩序的なり	一八六 一八三 一一二 一八八・一九五 一九七 六四・一一二・三三七 一九五・一九九 八一 一五六・一九六 九八 一五七 一七二 二二七 二四〇 二二三 二四〇	法は神授なりとの信念 法の直接原力は強力 法の原力は優强者の意思 法は宇宙創造の大計畫の 一部 法は神の世界計畫の一部 法も造化の一部なり 法の靜素 法の動性 法の變遷性 法の形成の三期 法の體様の更態 法の有機的發展 法の制裁は神意に由る 法の時間的觀察に關する 批評 法の心理的觀察に關する 批評	九四 二五一 二五三 二二六 二二九 二二五 二〇八 二〇七 二〇六 一九七 二〇七 二〇八 二二七 二〇六 二〇六 一九五	法の國民的觀察に對する 批評 法律潜在期 法律は慣習の中に潜伏す 法律的效力を有する慣習 法律分化期 法律統一 法律は個人の體力に發す 法律は強制力の一體様 「ハルム」 「ハルレル」 「バルベラック」 「バルトルス」 「ヴァレイユ、ソムミュール」 汎神説 判例法は慣習法の初期 判例法と慣習法との關係 判例法の公敵	一九〇 四八 五一 五六 五六 一八四 二五三 二五五 一七〇 二二五 二二四 二二二 二二二 八五 八七 一三六
---	---	---	---	--	--

判事製作法 蠻族法	一三四・一三七 二二八	「ブラクトンの著書」 「プラトール」 「ブラックストーン」 「ブラセンチヌス」 「フランス」革命の動機 「フランス」の慣習法 「フランス」の地方慣例 「ブルンス」 「ブレートル」の宣示令 「プロシヤ」普通國法 「プロタゴラス」 「ヴァンゲロー」 「ヴィクトリア」	一八三・一八五・二〇一 二三九 五五 二四四 一〇三・二二三・ 二二二・二七九 一〇九 二三五 五八 一四五 二二八 六三 二五八 一六〇・一六六 二三〇	表決行爲 「ヴェヒテル」 「ペーブル」 「ヘラクリツス」 「ヘルモゲニヤヌス」 「ヘールン」 「ベンサム」 「ベンサム」 「ベンサム」 「オースチン」 「オースチン」 「オースチン」 「ポスト」の「アフリカ」法論 「ボーダン」 「ホップス」	一一八 一六〇 一六〇・一六六 二二七 一七六 二二八 二二四・二三三・二三五・ 一三六 一三六 一三五 八五 二四六 二四八・二三三・三四八・ 二五八
「ビヤリリング」の強力説 に對する批評 「ビヤリリング」	二六二 一四七				
「フーゴ」 普通法(「コンモン、ロー」)	一五四 九〇・一〇四・二一九・ 一三一・一三三				
物質的法源 不平等勢力關係は法律發 生の第一因 「ブーフエンドルフ」 「プフタ」	一〇八 二五六 二三四 一五五・二五六・一五八・				

「ホルランド」 「ポロック」の説	二七・二二七・二四八・ 一四九	「マイン」の古代法の説 「マイン」の古代法制史 「マイン」の村落團論 「メイン」に對する批評 明示的法的享受 迷信に基く慣習	一六〇・一九五 一五四 一九五 一八四 一七八 二二七	模倣説 「ヤルケ」 「ユスチニアヌス」帝の 法典編纂	二〇・二二・二六 二三七 六〇・六一
盲從 「マウレンブレッヘル」 「マキヤベリ」 「マクス、ザイデル」 「マシュー、ヘール」	四一 一四二 二四六 一四二・二五二 一三三・一三八				
民族的法信 民族的精神 民族統一 民約論者 「ミュルレル」	一〇五 一〇五 一八四 一七八 二二七				
民族的意思 民族の共同確信 民族と國家との關係 民族の共同確信 民族的意思 民族的意識	一一八 一三一 一九一 一五五 一六三 一五五・一五六・				
「モーゼ」の十令	二四一・二四二				
默示的承諾	二二〇				
流行と慣習 立法議會の發達と承認説 立法權の觀念の發達	二三・三七 一三七 六二				

立法者の自由意思	六二	忘却す	二〇三	王國の慣習	五五・九一・二〇六
立法者黙認説	一四四	「レーゲルスベルゲル」	一六〇	王國の法律	五五・二〇六
立法者の承認	一三九・二四七	聯想的適應價值	二四	王國慣例	五八
立法者の承認を表明する				「ウルテル」	二四〇
二方法	一四八	ろ			
立法者承認説は成文法全		「ロー」(英語の)の語義	五〇		
能主義の産物	一四七	「ロゴス」	二三三		
立法的承認説	一一五・一一六	「ロード、コーク」	二三二		
る		「ローマ」法家	一一二		
類同意識		「ローマ」法註釋派	一〇九・一一八		
「ルーン」	二五九	「ローマ」の慣習法時代	六〇		
れ		「ローマ」の成文法時代	六〇		
禮儀	五一	「ロバルト、フィルマー」	一一一		
歴史法學派	二二六	「ロバルト、フィルマー」	一一一		
歴史派の總意説	二〇一	の族父政治論	一一一・一一三		
歴史派は法の規範たるを		「ロリマー」	二四一		
		わ			
				索引終	

穂積陳重著述既刊書目

法典論	哲學書院發行(定價金七拾錢)
Ancestor-Worship and Japanese Law.	丸善株式會社發行(定價金貳圓)
同上獨譯	
Dr. Paul Brunn, Der Einfluss des Ahnenkultus auf das japanische Recht.	有斐閣發行(定價金五拾錢)
五人組制度	
佛蘭西民法の將來	
The New Japanese Civil Code, as Material for the Study of Comparative Jurisprudence.	丸善株式會社發行(定價金壹圓貳拾錢)
同上伊譯	
Maria Scialoja, Il Nnovo Codice Civile Giapponese, quale Materiale per lo Studio del Diritto Comparato.	帝國學士院發行
由井正雪事件と徳川幕府の養子法	帝國學士院發行
隱居論	有斐閣發行(定價金八圓五拾錢)
法憲夜話	有斐閣發行(定價金參圓五拾錢)

1601
た

祖先祭祀と日本法律

有斐閣發行(定價金 參圓)

「タブ」と法律

帝國學士院發行(賣價金貳圓五拾錢)

諱に關する疑

有斐閣發行(定價金 六圓)

五人組制度論

有斐閣發行(定價金 六圓)

五人組法規集

岩波書店發行(定價金參圓八拾錢)

法律進化論(第一冊)

岩波書店發行(定價金四圓五拾錢)

法律進化論(第二冊)

岩波書店發行(定價金四圓五拾錢)

實名敬避俗研究

刀江書院發行(定價金貳圓參拾錢)

法律進化論(第三冊)

岩波書店發行(定價金四圓五拾錢)

神權說と民約說

岩波書店發行(定價金貳圓五拾錢)

祭祀及禮と法律

岩波書店發行(定價金貳圓五拾錢)

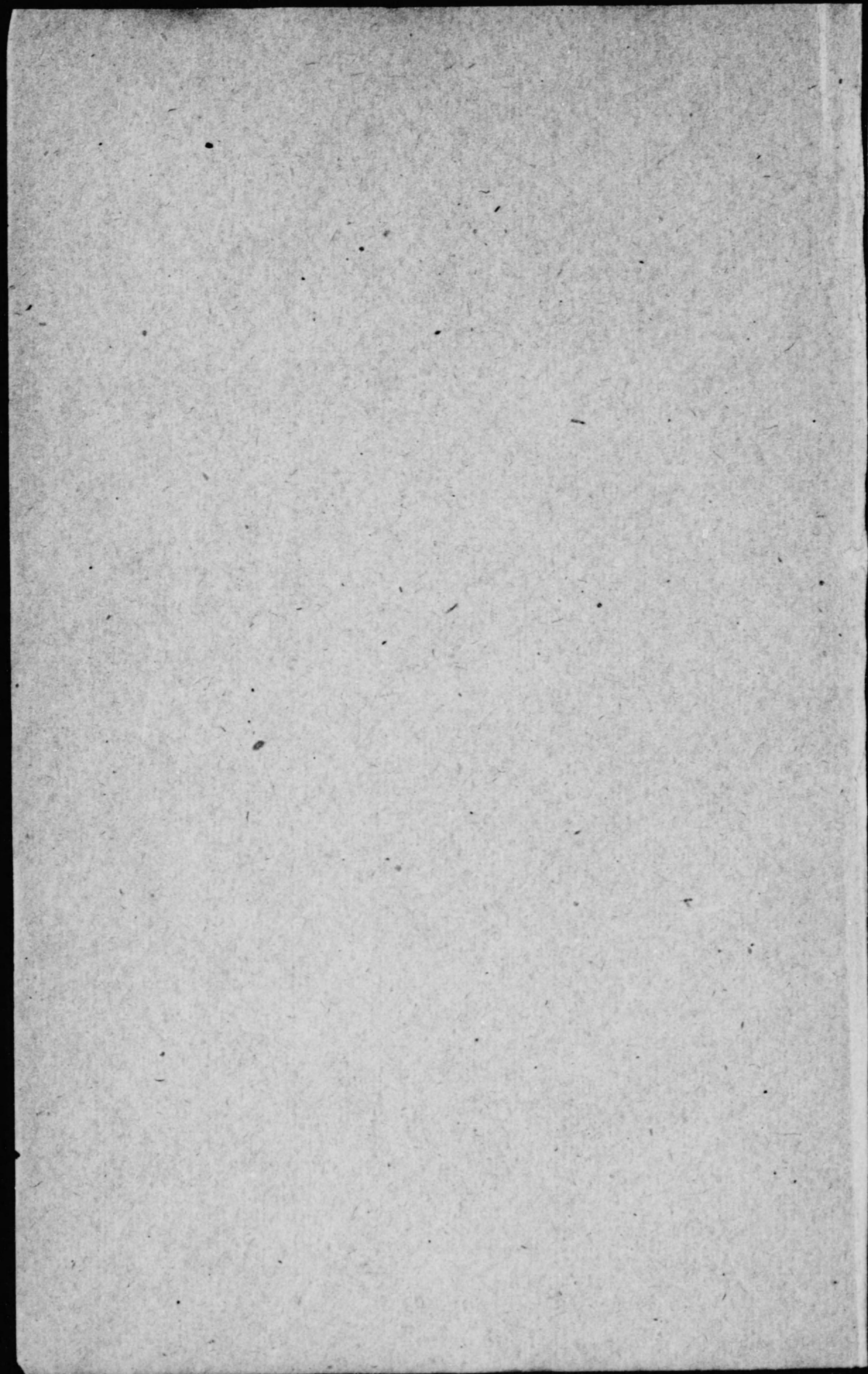
慣習と法律

岩波書店發行(定價金貳圓五拾錢)

以上生前刊行

欠

MISSING



~~574~~ 320.4

H 97

~~20~~

