

ノ類ニ屬スルモノトナシ、而シテ政學治ニ於テ最モ必要ナリトスルハ各國民ノ法律ノ基礎トナル可キ原理原則ヲ確ムルニアリト論シ、且富國論ニ於テハ其第三篇ニ各國民間ニ於ケル富榮ノ進歩ヲ説キ、或ハ長子制度ノ起源ヲ明ニシ、富國論ニ九五面或ハ土地世襲ノ状態ヲ究メタリ。此等ノ研究ニ依リ法律學ト經濟學トノ間ニ離ル可ラサル關係アルコトヲ知ルニ足ル可シ。經濟學ハ諸他ノ學問ト共ニ漸次進歩シテ、自由競争說トナリ、而シテ其反對ナル保護說トナリ、或ハ個人主義トナリ、或ハ國際貿易ノ議論トナリ、社會主義トナリ、斯ノ如クシテ獨逸歷史派ノ經濟說ヲ見ルニ至レリ。歷史主義ヲ極端ニ導カントスルヤ、ダルクウイン說ノ影響アル等今日ノ經濟學ノ現状ハ大ニ科學的トナレリ。故ニ直ニ經濟學ノ定義ヲ掲ケテ法律學トノ關係ヲ一瞥シ得可キニ似タレトモ事實ニ於テハ其定義ノ如キモ學者ニ依リテ異ル所アルヲ以テ之レ又容易ノ業ニ非ス。然レトモ社會現象ノ上ヨリ觀察スレハ經濟學ハ富ノ現象ヲ論スルモノナリ。心理現象ヨリ之ヲ觀察スレハ需要ノ問題ナリ、欲求ノ問題ナリ、欲求ト其對象トノ關係ヨリ之ヲ觀察スレハ價值ノ問題ナリ。余思フニ法律學ト經濟學トハ其系統的研究方法ヲ取

ル點ニ於テ形式上ノ一致アリ、而シテ法律學ハ經濟現象ニ關スル法制ノ發展的
研究ヲナシ經濟學ハ法律ヨリ生ズル經濟現象ノ結果ヲ研究スルコトニ於テ實
質上因果ノ關係アリ。從來ハ經濟學ニ於テ社會制度ノ起原ヲ論ジタリ。ダトヘハ
所有權ノ問題ノ如キ之レナリ。而シテ其起源ニ付テハ各學派其說明ヲ異ニス。法
制的ナルカ、自然的ナルカノ問題之レナリ。然レモ元來之レ法律學ノ研究事項ナ
リ、從テ又法制史上ヨリ觀察シテ法制的トナスコトヲ得可シ。之ニ反シテ法制ノ
結果ヲ經濟的ニ觀察シテ其實効如何ヲ研究スルハ經濟學ノ問題ナリ。例ヘハ使
用貸借、消費貸借ノ如キハ現行ノ我民法ニ於テハ無償ヲ原則トスレトモ更ニ有
償ニ賃金ヲ取得スルヲ原則トスル貸借アリ、此等ノ規定ノ範圍並ニ實質ハ如
何ニ之ヲ定メタル場合ニ於テ經濟現象ヲ良好ナラシムルカ、之ヲ研究スルハ經
濟學ノ任務ナリ。其他相續ノ關係商法ノ關係、行政法ノ關係ニ於テ經濟學ト法律
學トハ互ニ因トナリ果トナリ以テ相離ル可ラサル地位ニ立テリ。更ニ心意現象
ノ方面ヨリ論スルトキハ犯人ト經濟事情トノ間ニ少カラサル關係アル可ク、從
テ刑法ノ規定ハ經濟學ノ影響ヲ受クルコトアル可ク、又刑事學進歩ノ結果刑法

ノ主義ヲ變更セサル可ラサルニ至ラハ、其施設ニ關スル財政ハ如何ナル方法ヲ以テス可キカ之レ應用經濟學若クハ財政學ニ於テ攻究ス可キ問題ナリ。經濟上ノ生産機關ノ一タル勞動者ノ作業時間ヲ制限スルハ法律ノ問題ナリ。豫算問題ノ如キハ法律財政ノ兩者ニ影響ス。法律ヲ以テ共存生活ノ考案ト定義スレハ生活問題ト直接ノ關係アル富ノ現象ノ研究タル經濟學カ法律學ニ相交渉スルコト別ニ辨明スルヲ待タザルナリ。

法律發展ノ順序ヲ知り法制ノ解釋ヲ過タズ且立法ノ事業ヲ比較的完全ノ域ニ導カントスルニハ經濟學ヲ習得セザル可ラズ。故如何トナレバ經濟現象ハ人類社會的行爲ノ基礎ニシテ、法律生活ノ如キハ全然經濟現象ノ反映ナルカ故ナリト説明スル者アリ。例ヘハ「ヒルデブランド」ノ如シ、即チ氏ハ法律ノ進歩發展ハ諸國民ノ經濟的狀態ニ基キテ全然支配セラル、モノナリト説ケリ。經濟的文化ノ向上スルニ從ヒ、法律狀態ノ愈進歩スルヲ言フナリ。氏ハ此方法ニ據リテ強奪婚ノ賣買婚ヨリ後ニ發達セシコトヲ證明セリ。曰ク「矇昧ノ時代(獵漁民時代)ニ於テハ財産ナク而シテ財産上ノ利益ナシ、從テ財産欲ハ此時代ニ何等ノ萌芽ヲモ見

サリシナリ。稍進歩シテ牧畜民時代ニ至リテヤ茲ニ財産ノ發生アリ、從テ又財産欲茲ニ發生セリ。家父子女ヲ賣ルハ此時代ニ於テアリ得可キコトナリ。而シテ此賣買婚ノ事實ヨリ又強奪婚ノ發生ヲ見ルニ至レリ、之レ金錢無キ貧民カ貪欲ナル父ヨリ代金ヲ支拂ハスシテ意中ノ少婦ヲ得ル唯一ノ法ナレハナリト。此研究ノ結果ハ全ク羅馬法制史ノ研究ヨリ得タル多數ノ學說ト順序ヲ顛倒セリ。之レ經濟現象ニノミ偏スルヨリ起ル弊ナリト爲ス。之レ大ニ戒慎セサル可ラス。凡ソ婚姻制度カ財産ノ影響ヲ受ケシコトアリシハ事實ナリ、然レトモ財産ノミヲ以テ制度發生ノ要素ト見ルハ未タ研究十分ナラサル譏アリ。人類學者殊ニ生理學者ノ研究ニ據レハ生殖動意ノ如キ最モ重大ナル要素ナリ。而シテ同一血族團體内ノ婦女ト相關セサル原始人民ノ生活ハ他種族ヨリ強奪スルノ風ヲ爲セルコト之レ又強奪婚ト見ル可キナリ。故ニ經濟現象ヲ以テ法律生活ノ全部ト觀察スルハ非ナリ。須ク之ヲ一部ト爲ス可キナリ。

以上論シタル處ニ據リ國民ノ經濟的生活ニシテ法律的發展ヲ爲ス現象ハ之ヲ經濟學ノ研究事項ト爲サスシテ法律學殊ニ法律發展史ノ研究事項ト爲ス可キ

ナリ。此研究ハ重要ナル案件ニシテ從來ノ學者往々之ヲ經濟學ノ分野ニ歸セシメタレトモ余ハ「ノイカムプ」ト共ニ之ヲ法律學中ニ列スルノ優レルヲ信ス。何トナレハ法律的發展ヲ爲スニ當リテハ經濟的生活ハ概テ法律現象構成要素ノ一タルニ歸着スレハナリ。是ニ於テカ經濟學カ法律學ニ關係スル程度ヲ一層明ニ知ルコトヲ得可シ。

第十八節 法律學ト人類學トノ關係

人類學ト法律學トノ關係ハ之ヲ兩面ヨリ觀察スルコトヲ得可シ。一ハ學理的方面ナリ、一ハ實驗的方面ナリ。

人類學トハ人類ノ進歩發達ヲ進化論ノ上ヨリ研究スル科學ナリ。即チ人類ハ其高等ナル發達ヲ遂ケタル點ニ於テ萬物ノ靈長ナレトモ、萬古不變ノ靈體ニ非スシテ進化シ變遷シ來レルモノナルコト、人類ノ物の特性、他ノ有機體及環象トノ關係、人類ノ時間的及空間的分賦、人種ノ起源、社會團體ニ於ケル人類相互ノ關係、其他諸種ノ制度及各種製作物ニ表現セル人類ノ進歩ヲ攻究スル學科ナリ。而シ

テ其特別ナルモノニ至リテハ或ハ刑事問題ニ關スルモノアリ或ハ政治上ノ原理ニ關スルモノアリ、或ハ法制ニ關スルモノアリテ近來獨逸ニ於テハ其研究甚ク盛大ナリ。

今學理的方面ニ於ケル法律學トノ關係ヲ案スルニ第十一節ニ於テ説明シタル比較研究法ノ一ナル人類學的研究方法即チ人種ヲ基礎トスル研究方法ハ全ク人類學ノ進歩ヲ須ツテ始メテ發達スルコトヲ得ルモノナリ。近來此研究方法ニ於テ大ニ學術界ヲ驚嘆セシメタルハ「ルードウイツヒ、ゾオルトマン」ノ「政治人類學」ナリ。之レ人類ノ政治的發展ニ對シテ進化說ヲ應用シタルモノニシテ、人種ノ競爭ニ重キヲ置キ、國際問題ヨリモ寧ロ人種問題ヲ以テ相互ノ優劣ヲ決セントスル狀態ニ在ルコトヲ說示シ、團體ノ進化、發達、黨派ノ起源等ヲ人種ノ脚地ヨリ辨證セントスルナリ。此研究方法ノ進歩ハ法制ノ比較研究ニ資料ヲ供スルコト極メテ多カル可ク、從テ人類學的研究方法ヲ根底ヨリ否認シ去ラントスル論難ヲ漸次薄弱ナラシムルコトヲ得可シ。之ガ爲メ法制ノ研究ニ及ボス影響決シテ尠少ナラザルナリ。

猶特別ナル制度例へば祖先教ノ起源及法制ニ對スル其影響等ヲ研究スルニ當リテヤ或ハ神話仙譚アリ、或ハ「トートム」アリ、「トートム」トハ北米印度人ノ土語ニシテ一團體内ノ諸員ガ特別ノ關係ヲ有スルモノトシテ迷信的ニ崇敬スル動植等ノ類名ニシテ同血族内ニ在リテハ結合ノ社會的帶紐タリ。或ハ「ダブ」アリ、「ダブ」トハ「ボリ」チシヤ語ニシテ強ク標目セラレタルノ義ナリ。之ニ觸レ又ハ之ニ干與スルニ當リ危險ナリト思ハル、モノハ之ヲ「ダブ」ト爲ス之レ等ハ人類學ノ研究ニ依リテ漸次其意義ヲ明ニシ、遂ニ祖先教ニ關係アリ得キコト從テ又家族制度ノ發達ニ關係アルコトヲ説明スルノ材料タリ、「アンドリュ」ラング「慣習及神譚」二六〇面以下參照之レ等ニ據リテ人類學ト法律學トノ關係ノ一端ヲ知ルニ足ル可ク。又近來獨逸等ニ於テ研究事項タル刑事人類學ノ如キハ兩者ヲ合一シタルモノト言フモ不可無キガ如シ。

實際的方面ニ於テハ人類學ヨリ得タル智識ヲ法律生活ノ方面ニ應用スルモノニシテ、一言スレバ立法行爲、司法行爲、行政行爲ニ人類學的ノ根據ヲ與フルニ在リ。斯ノ如クシテ法律ノ實際的方面ヲ釐革シ、不自然ナル制度ヨリ漸次離脱シテ自然ニシテ完備セル法律生活ヲ現出セシメントスルニ在リ。即チ實際的方面ニ於ケル法律學ト人類學トノ關係ニ付テハ後者ハ前者ノ手段トシテ其目的ヲ達セシムル好資料タリト説明シ得可シ。

第五章 法律學ノ對象

第十九節 自然法及其存否

自然法ト自然ノ法則トハ之ヲ區別セサル可ラス。自然ノ法則トハ自然即チ天然界ニ行ハル、法則ノ義ニシテ必然ノ順序ヲ言フナリ。因果律ハ曾テ説明シタルカ如ク自然ノ法則ノ著明ナル例ナリ。茲ニ謂フ自然法トハ之ニ異リ各時代ニ於テ行ハレタル法律上ノ觀念ニシテ人類行動ノ規則トナリ人類ノ制定ヲ待タズ自然ニ人類社會ノ行爲ノ常經トシテ存在スルモノヲ云フナリ。從テ自然法ト自然ノ法則トノ差異ヲ明ニスルコトヲ得可シ。

自然法ノ觀念ハ已ニ希臘ニ於テ實現セリ。爾來近世ニ至ルマデ斷絶シタルコトナシ。然レドモ自然法ニ對スル學者ノ思想ハ多端ナリ。例へば羅馬法律學者中ニ

於テモ自然法ヲ以テ「ユス、ゲンチウム」ト同一ニ觀タルモノト、區別アリト觀タルモノトアルカ如キ、又上帝若クハ本体カ原始ニ於テ人類ノ爲ニ劃シタル法則ナリト確信セシ中世ノ法律學者ノ說ノ如キ、或ハ法律ハ人類性情ノ自然ニ基キテ發シタルモノナルヲ以テ人定法モ亦自然法ナリト解スル性法說ノ如キ、何レモ學者カ自然法ニ關スル種々ナル態度ヲ示スモノト解スルニ於テ毫モ不都合ナカル可キナリ。

古代ノ法律ハ皆其源ヲ神ヨリ發ス。「イスラエル」ノ神タルト「バビロン」ノ神タルト「梵天タルト」エゲリヤタルトヲ問ハサルナリ。ゲルマン民族ノ類ト雖モ猶裁判制度ノ神ヨリ出テタルヲ確信セリ。而シテ之レ等ノ神ハ種々ノ方法ニ依リテ法律ヲ授ケタリ。斯ノ如キ法律ハ神秘的自然法ト稱ス可キカ。羅馬ニ於テハ直ニ希臘思想ヨリ受ケタル思想アリ。キケロ「ノ如シ又法律學研究ノ結果トシテ出テタル自然法ノ理想中ニハ人獸共通ノ理法ト性情トヲ觀察シテ得タルガ如ク考ヘラル、モノアリ。而シテ此意味ニ於ケル自然法ハ猶今日ノ國際法ニ於ケルカ如ク國家思想ヲ超絶シテ汎ク人民ニ通スル法則ナルノミナラス、又禽獸ニモ共通ノ

法律ト解スルモノニ似タリ。ウルビヤ「ユス」ノ說ノ如シ。此ノ如ク羅馬ノ自然法ハ希臘哲學思想ノ影響ニ出テ思索ノ方面ヨリ發育シタル所アリト雖モ實質ニ於テハ遂ニ「ユス、ゲンチウム」ト同一軌道ヲ走ルニ至レルモノナリ。故ニ羅馬自然法ノ思想ハ單ニ人類ノ性情ニ基キ自然ニ發達シタル性法說ト同一ナリト論スルコトヲ得ス。「キケロ」カ全宇宙ヲ以テ政治組織ト想像シ、之レヨリ法律論ヲ演繹シ來リタルハ單純ナル心理現象ト觀タルニ非スシテ、自然界タル宇宙ニ行ハル、法則ノ一ト認メタルナリ。即チ法律ハ人類ノ精神ヨリ發スト雖モ、其ノ斯ル所以ハ全宇宙ノ主宰者カ特ニ人類ノ心裡ニ此大法則ヲ刻ミタルカ爲ナリト云フニ存スルモノナリ。然レトモ「キケロ」ノ畫キタル神又ハ主宰者ハ宗教的ノ意味ヨリモ寧ロ哲學的趣味ヲ帶ヘルモノナルヲ以テ之ヲ中世ニ於ケル教父等ノ唱道シタル自然法ト同一思想ニ出テタルモノト解スルハ非ナリ。近世ニ至リテハ「スピノーツア」ハ其本体論ヨリ發足シテ自然法ノ說ヲ唱ヘ、「ライブニツツ」モ亦自然法ヲ以テ法律學ノ研究事項中ニ加ヘ、其他「トマシウス」ト謂ヒ、「ヴォルフ」ト謂ヒ、「ブロー、グロチウス」ト謂フモノ皆自然法ノ系統ニ屬スルモノナリ。其他學者ニシテ

或ハ理性ノ法則ヲ論ジ、或ハ自然狀態ノ學說ヲ鼓吹シテ頻リニ自然法ヲ説ケルモノアリ。

一概ニ自然法ト謂フ然レトモ其錯雜セルコト誠ニ上述ノ如シ。是ノ故ニ英國ノ法律學者「ジエレミ」ベンサムハ立法論綱ニ於テ自然法ノ學說ヲ冷評シテ元來自然法ノ存在アル可ラス、之レ等ハ學者ノ空想ナリ從テ異論百出恰モ學者ノ相同シカラサルカ如シト言ヘリ。其說稍奇矯ニ失スル所ナキニ非スト雖モ、自然法學說ノ反對論トシテ參照スルニ足ルモノアルヲ以テ聊カ之ヲ抄述ス可シ。氏ノ說ニ於テハ自然法トハ自然ノ法則ト解ス可キモノナリ、而シテ其自然ノ法則トハ比喩的表語ナリ。即チ法律トハ通常ノ意味ニ於テハ立法者ノ意思又ハ命令ナリ、自然ノ法則トハ自然ヲ以テ活動体ト觀タルナリ。此活物ハ比喩的ニ法律ト稱スルコトヲ得可キ性質ヲ有ス。此意味ニ於テ人類ニ共通ナル一切ノ傾向、人類社會ニ超然タル諸性質殊ニ之レヨリ政治並ニ民事法ノ制定ヲ生起ス可キモノハ自然ノ法則ト稱ス可キモノナリ。之レ自然法トイフ語句ノ眞義ナリ。然ルニ世俗ノ學者ハ此意義ヲ解セス、比喩トセスシテ直接ノ事實トナス。故ニ彼等ニ從

ヘハ自然法ト稱スル眞實ノ法典アリテ存ス、彼等ハ此法典ニ訴ヘ之ヲ引照シ而シテ句々立法者制定ノ法律ニ對抗セシム。而シテ彼等ハ其謂フ所自然法カ自己ノ創意ニ係レルコトヲ知ラサルナリ。此法典ノ所含ニ付テハ議論殊ニ多ク、彼等ハ證明ナクシテ明リニ主張ス、是故ニ自然法ノ系統ハ主唱者ノ多キカ如ク多シ。斯ノ如ク自然法ハ空想法ナリ、故ニ常ニ嶄新ノ說ヲ立テ斷ニス論議スルコトヲ能事トス、然レトモ人類ニ自然ナルモノハ快樂又ハ苦痛ノ情緒ナリ。之レ傾向若クハ傾動ト稱ス可キモノナリ。然レトモ之レ等ヲ稱シテ法律ト云フハ危險ナリ。法律ハ之ヲ制限羈束スル爲ニ制定セラル、モノナルヲ以テ彼等ハ法律ニ非ス法律ニ從フ可キモノナリ、ベンサム著立論綱第十三章一〇參照。

以上ハ「ベンサム」カ自然法攻撃論ノ一節ナリ。氏ハ更ニ一步ヲ進メテ兒女ノ衣食等必需品ヲ給與シテ之ヲ生育スルハ兩親ノ義務ニシテ自然法ノ原則ニ基クモノナリトノ「ブラツクス」ト「ン」ノ說ヲ駁シテ大ニ痛快ヲ極ム、自然法ト稱スル法典アルカ如ク思惟スルハ「ベンサム」ノ如上ノ議論ノ示ス所ニテ明ニ誤謬ナルコトヲ知り得可シ、然レトモ國ニ依リテハ私法解釋ノ原則トシテ法典ノ規定モナ

ク又慣習モナキ場合ニ於テハ自然法ニ從フ可キ旨ヲ規定スルモノアリ。之レ等ハ自然法ト稱スル天然ノ法律アリテ、人類ノ理性ニ據リテ此法律ヲ認識スルコトヲ得ルモノト信スルカ爲ナル可シ。スピノーツア¹ノ説ニ從ヘハ本體行動ノ大法則アリ、之レ神法ナリ、自然法ナリ、然レトモ此法律ハ常人ノ認識ヲ超脱スルモノナルヲ以テ、通常學者ノ唱フル自然法ト同一ナラス。羅馬ノ自然法ハ其學說ノ方面ニ於テハ禽獸ト人類トニ共通スル法律秩序ヲ指スモノアリ。男女共棲ノ如キ幼者哺育ノ如キ之レナリ。神又ハ自然ノ創定シタル普通ノ法律ナリト論スルモノアリ。而シテ羅馬法學者ノ説ニ依レハ斯ノ如キ自然法制アルモノニシテ自然ノ法則ニ非スト云フナリ。羅馬、ユス、ゲンチウム²（萬民法）ハ自然ノ理性ニ基ケルモノナリトノ説明ヲ生シタルハ羅馬固有法ノ如ク偏狹窮窟ナラスシテ苟モ羅馬帝國內ニ在ル各國民ニ適用シタルカ爲ナリト雖モ羅馬ニ於テハ之ヲ自然法ト稱セサリキ。然レトモ實質ニ於テハ遂ニ兩者ノ合一ヲ見ルニ至レリ。ユスチニヤヌス³ノ「インスチチユート」ニ於ケルカ如シ。近世自然法ノ學者ハ理性ヨリ抽象的ニ法律ヲ想像シ、之ヲ以テ自然法ト稱セリ。グロチウス⁴以下ノ學者之レナリ。ホ

ルランド⁵法律學三三面參照此等ノ學說ハ希臘ノ自然法說ノ如ク主トシテ哲學論ナリ。今此自然法ノ當否ヲ論セント欲スルニハ須ラク理性ノ如何ナルモノナルカヲ講究セサル可ラス。進歩シタル心理學上ノ研鑽ニ據レハ萬古不易ノ理性ト稱スル能力ハ到底之ヲ認ムルコト能ハサルナリ。從テ單純ニ理性ノ示ス法則トハ實驗ノ範圍外ニ在ルモノニシテ法律科學ニ於テハ知ル可キノ限ニ非ス理性ニ依ル自然法ノ科學的ニ研究スルコト能ハサル斯ノ如シ。故ニ形而上學ニ於テハ趣味津津タル研究事項ナリト雖モ法律科學ニ於テハ進ミテ詳細ノ説明ヲ爲スコト能ハサルナリ。

英法ニ於テハ「エク非チー」ト稱スルモノアリ。之レ羅匈語ノ「エーキタス」ヨリ來レル語ニシテ獨逸語ニテハ「ビリヒカイト」又ハ「ダレヒチヒカイト」ト謂ヒ佛蘭西ノ「エクイテ」伊太利語ノ「エクイタ」ニ相當スルモノナリ。其意義ハ衡平又ハ正義ノ謂ニシテ英法ニ於テハ普通法ノ嚴格膠柱ノ點ヲ救濟スルヲ目的トス。而シテ一種ノ裁判制度トナリ、英人ノ先例ヲ逐フノ性情ト合シテ今日ニ於テハ法律行爲ノ衡平ナリヤ正義ナリヤヲ決スルニハ裁判例ニ據ルコト、ナレリ。從テ其緩和劑

タル効能ヲ失ヒタリ、メイン、古代法六九、七〇面參照羅馬ノ「ユスゲンチウム」モ亦斯ノ如キ歴史ヲ有ス、獨逸ニ於テモ、イエーリングノ如キハ法律ヲ以テ目的律ノ發展トナセトモ「ゾーム」ハ法律ハ正義ノ概念ヨリ發シ、而シテ正義概念ノ根本ハ神ニ存スルモノトナセリ。此衡平ト謂ヒ正義ト謂フ單ニ概念ノミヲ指スモノトスレハ法律ノ理想ヲ言ヒ表ハシタルモノニシテ素ヨリ法律ノ制定其解釋ニ於テ立法者解釋家ノ心ニ體ス可キモノナレトモ、衡平正義ノ實質ヲ以テ永遠不易ニ定マリタルモノト睹ル可ラス。故ニ之ヲ以テ自然法ノ原則若クハ自然法典ノ規定ト言フコト能ハサルナリ。夫レ然リ故ニ正義又ハ衡平ハ未ダ以テ自然法ヲ知ルノ標準ト爲シ得サルナリ。

獨逸ノ私法家ハ事物ノ本質ヲ以テ成文法ノ缺點ヲ補充スルモノト解ス。此事物ノ本質ニ關スル學說モ亦一致ヲ缺クト雖モ「デルンブルヒ」ノ解釋ヲ以テ正鵠ヲ得タルモノト信ス、其言ニ據レハ人類ノ生活關係ハ、多少發展シタルモノニ在リテハ、生活關係ノ標準及ヒ秩序ヲ備具ス。此生活關係ニ表ハレタル秩序ヲ稱シテ事物ノ本質ト云フナリ、此觀念ハ甚タ漠然タルニ似タレトモ、經驗ノ範圍ニ來ル

可キモノニシテ、自然ノ如ク超經驗的ノ思想ニ非ルナリ。ノイカムプノ法律發展史ハ若シ斯ノ如キ秩序アリトスレハ之ヲ研究セントスルナリ。然レトモ此法則ハ未タ直ニ自然法ト觀ル可ラス。

我國現下ノ論壇ニ於テハ未タ常識論ノ崇拜者甚タ多シ。此論者不幸ニシテ法律家中ニモ少カラス。曰ク現今ノ司法官ハ常識ヲ缺ク手形ノ判決ハ實業界ヲ紊亂ス、曰ク法律ノ解釋ニハ常識ヲ以テ足レリ、常識以上ノ智識ハ有害無益ナリト。余ハ斯ノ如キ言論ノ老衰耗弱者ヨリ唱ヘラル、ヲ聽キテハ別ニ意ニ介セス、到底法學壇ノ健全ナル學說ヲ上下スルニ足ラサルヲ知レハナリ。然レトモ徃々年少氣銳ノ徒ヨリ常識萬能ノ言說ヲ聽クニ及ヒテハ其學問界ニ如何ナル影響ヲ及ホスカハ措テ問ハス、唯其研究心ナキニ驚カサル能ハス。常識トハ如何ナルモノソ。常識ハ英語ニテハ「コンモン、センス」ト謂ヒ獨逸語ニテハ「ゲマイン、ジン」ト謂ヒ佛蘭西語ニテハ「サン、コンマン」ト謂ヒ伊太利語ニテハ「センセ、コンミユチ」ト謂フ。三義アリ、第一ハ科學ノ教フル所ニ相對シテ總テノ人ノ共有スル說又ハ事實ヲ云フナリ、第二ハ蘇國哲學上ノ用語ニシテ各人ニ共有ナル直覺ヲ云フナリ。

第三ハ諸種ノ感覺ノ統一セラル、モノト考ヘラレタル共通感覺ノ居坐ヲ謂フ、
「アリストテレ、ス」ノ「コイテ、アイステシス」之レナリ。我國人ノ唱道スル常識ハ如
上三義ノ何レニ該當スルヤ第一第三ノ說ハ之ニ當ラス恐ラクハ第二ノ直覺說
ナル可シ。健全ナル人間ノ理解力ニ依リテ知覺スル所ノモノヲ言フナル可シ。然
レトモ通常人ノ知覺ニハ屢々誤謬アリテ常ニ正確ナリト言フコト能ハス、學問
ハ此誤謬ヨリ脱シテ出來得ル限リ精確ノ智識ニ接觸セントスル方法的秩序的
ノ研究ナリ。法律現象ニ關スル精確ノ智識ヲ得ルコトヲ目的トスル研究ナリ。決
シテ常識ノ如ク空漠ナルモノニ非ス。斯ノ如キ常識ニ據リテハ自然法ヲ知ルコ
ト能ハス又否定スルコト能ハサルナリ。然ルニ我國人ハ恰モ常識ト稱スル一種
ノ的確ナル智識アリテ法律現象ヲ解析シ得ルカ如ク信ス、是レ猶自然法ヲ假定
スルト同一ナリト言ハサル可ラス。余ハ故ニ言ハントス常識ハ感覺ニ在リテハ
信憑スルニ足ル可キモ知覺ニ關シテハ學問上何等ノ價值ナク、自然法ノ存否ヲ
判定スル標準トナスコト能ハスト。然レトモ余ハ法律學ノ實踐的方面ニ於テハ
常識ノ輕ンズ可ラザルコトヲ知ル者ナリ。羅馬ニ於テ常識ガ羅馬萬民法ヲ大成

スルニ有力ナリシカ如ク我國ニ於テモ日常生活ガ健全ナル常識ノ爲ニ大ニ進
歩ス可キコトヲ信ズ。然レドモ常識ノ危險ハ淺薄ニ在リ、過誤ニ陥リ易キニ在リ。
之レ法律學者トシテハ大ニ戒慎セザル可ラザル所ナリ。羅馬法律ノ發達ハ羅馬
法律ノ特性ニ負フ所多シ、プライス曰ク羅馬法律家ハ三個ノ特性ヲ備フ。曰ク理
論渾成ニ對スル愛曰ク古俗舊慣ノ執着曰ク實際上便宜ノ感覺之レナリ、プライ
ス史學及法律學研究二卷一四三面參照ト常識ハ感覺的方面即チ實行の方面ニ
於テハ可ナリト雖モ之ヲ智識方面ニ擴張シテ漫リニ學問ノ進歩ヲ妨グルハ甚
ダ憂慮ス可キコトナリ

常識ニ據ルモ又科學ニ訴フルモ自然法ノ知ル可ラザルコト斯ノ如シ是故ニ積
極論的研究者ノ脚地ニ立ツテ斷案ヲ下サント欲スレバ先ヅ自然法ノ存在ヲ否
定セザル可ラズ。科學ハ經驗ヲ基礎トス。故ニ法學通論ヲ以テ、今哲學的研究ニ付
テハ何等關聯スル所ナシトスレバ自然法存否ノ問題ニ對シテ鍼默ヲ守ル可キ
ヲ當然トスレドモ、科學的研究ノ結果ニ於テモ猶哲學的研究ニ於ケルガ如ク遂
ニ永遠不變ノ一大法則即チ自然法ト稱シ得可キ假設ニ到達スルヲ以テ之ヲ在

來ノ理性ニ基キテ知り得ズトスルモ、自然法ノ存在ヲ主張スル議論モ亦決シテ薄弱ナラザルコトヲ示スハ敢テ法學通論ノ範圍外ニ非ザル可シ。然レドモ今說カントスル自然法ハ在來ノ自然法ト其意義ヲ異ニシ、過去ニ之ヲ遡ラシムルニ非ズシテ將來ニ之ヲ求ムルナリ。メイン^ノ所謂過去ヲ顧ミズシテ完全ナル模型ヲ將來ニ見出サントスルモノ之レナリ。之レ混同ニ非ズ、法律學上ニ於ケル一種ノ新思潮ナリ。(メイン^ノ古代法七四面參照)

希臘ニ於テ唱道セラレタル原子說ニ據レハ一切ノ自然物象ハ原子ノ器械的ノ結合ニ外ナラズ、而シテ原子ハ極小同形ノ固體ニシテ運動スルモノナリ。斯ノ如キ原子ハ生セズ、滅セズ、永遠ヨリ來リタル原子間ノ衝突ハ常ニ新運動ヲ發生セシムルモノニシテ、有爲轉變ノ世相中分量ニ於テ何等増減ナキ唯一ノ原因タルナリ。(ヴァント^ノ哲學概論三五六面參照)近世物理學ノ進歩ト共ニ原子ニ關スル説明モ頗ル詳密トナレリ。原子ノ狀態ニ關シテハ或ハ圓體ナリト謂ヒ、或ハ方形若クハ圓形ト稱ス可キニ非ズシテ引力ノ中心ナリト謂ヒ、更ニ進ミテ「スベンサー^ノ」ノ如キハ勢力ニ内外ノ區別アリトナシ、内有表外ト謂フガ如ク分類セリ。表外勢力

トハ電氣光線温熱等ノ如ク種々ノ狀態ニ變化シ得ルモノトナシ、内有勢力トハ原子自體ニ潜在シテ其性質ヲ永續セシムルモノナリトセリ。而シテ此勢力ハ何レモ活動的ノモノナリ。近世ニ至リ「ラプレー^ス」(佛名、ラブラー^ス、一七四九—一八二七)ノ唱ヘタル輪狀運動說ト稱スルモノアリ。之レ天体ヲ以テ輪狀様ノ運動ヲ爲スモノトスル假定說ニシテ宇宙ノ運動ノ原因此ニ存スト爲スモノナリ。ヘルムホルツ^ノ(一八二一—一八九四)ニ至リテハ宇宙ニ完全液体アリトナシ、而シテ、此液体ハ絶對的ニ粘性無キモノニシテ、此内ニ烟輪狀ノ二様ノ運動アリトナセリ、二様ノ運動トハ即チ部分回轉及全体回轉之レナリ。此運動ハ即チ物質ニシテ、此運動ノ缺如スル處ハ所謂真空ナリ。此運動タル永久ニ亘ル大運動ニシテ他ノ拘束ヲ受ケサルモノナリ。物質不滅ハ此理由ニ基クト。原子論ハ「ヘルムホルツ^ノ」ニ至リテ極點ニ達シタルモノト言フ可キナリ。之レ未タ假定說タルニ過キスト雖モ、物理學者ノ動學論ト相容ル、モノニシテ物質ノ説明ニ關シテハ有力ナルモノト言ハサル可ラス。近世ノ器械物理論的哲學ノ理想ハ數學的普遍ノ形式ヲ得ントスルニ在リ、之ニ依リテ一瞬時ニ於ケル一切ノ整列及運動ヲ知ル場合ニ必

要ナル幾何學、算術及論理的所含ヲ推敲シ以テ知ラント欲スル將來ノ瞬時ノ整列及運動ヲ豫メ計算シ得可シト「ジエームス」心理學二卷六六七面參照之レ恰モ「ヘルムホルツ」ノ假定說ニ於ケルカ如ク自然世界ニ於ケル格別ナル過程ヲ統轄スル一大法則ヲ發見セントスルニ外ナラサルナリ。心的方面ニ於テモ亦斯ノ如ク實驗的ニ心的活動ノ一大法則ヲ發見セントスルナリ、而シテ其法則カ彼器械物理論的哲學ノ形式ト合一ナリヤ否ヤハ別問題トシテモ、人類心的行動一切ヲ支配スル法則ナリトスレハ之レヲ指シテ自然法ト稱スルコトハ素ヨリ妨ケ無キ所ナリ。實驗學上ノ傾向トシテ已ニ今日ノ域ニ至ル迄進歩シタルヲ觀レハ、之ニ依リテ將來自然法ノ智識ニ到達ス可キヲ豫想スルモ敢テ根據ナキモノト言フ可ラス。定意說ノ議論ヲ主張スル者ノ如キハ少クトモ如上一大法則アルコトヲ假設シ居ルナリ。

第二十節 人定法ノ淵源

自然法ノ學說ハ實際ニ於テハ順序ヲ顛倒セリ。先ツ自然法アリテ人定法カ之ニ

則リタルニ非スシテ人定法ノ精密ナル研究ニ基キ、遂ニ萬國共通ノ一大法則タル自然法ノ如キ概念ニ到達スルヲ以テ順序ト爲ス可キナリ。從テ法律學研究ノ對象ノ重要ナルモノハ實ニ人定法ニ在リト爲サ、ル可ラス、英國ノ「アウステン」ハ法律學ヲ以テ人定法ノ科學ナリト定義シタリ。是レ法律學ヲ極メテ狹義ニ解釋シタルモノナリ。法律學トシテハ其研究事項ハ猶廣キヲ要ス、然レトモ法律學ニ於ケル固有ノ研究事項ハ實ニ人定法ニ在リト言フモ敢テ甚シキ誤過ナシ。已ニ人定法ト謂フ、是ニ於テカ其構成要素即チ淵源ノ問題ヲ生ス。獨逸新民法ニ於テハ法律ノ淵源殊ニ慣習法ニ關シテハ何ノ法規ナシト雖モ英國ノ如キ又我日本ノ如キニ於テハ猶此淵源ニ關スル問題ノ必要アリ。學者ニ依リテハ淵源ノ文字ヲ極メテ通俗ノ意義ニ解釋シテ學說ノ類ヲモ淵源中ニ包含セシムル者アリ、然レトモ之ヲ採リテ直ニ法律ノ構成要素ト爲スハ當ラス。進歩シタル國ノ法律ハ其制定ニ際シ學說ヲ參照スルコト疑ナシ、雖モ構成要素ト爲サ、ルノミナラス往々學說ニ反對ナル規定ヲ設クルコトアリ。故ニ余ハ斯ノ如キ漠然タル解釋ヲ取ラサルモノナリ。

獨逸ノ「ウインドシヤイド」ハ法律ノ淵源トシテ現行制定法及ヒ慣習法ヲ掲ケタリ。同氏「バンデクテン」第一卷第二章參照又「デルンブルヒ」ハ同シク現行制定法及ヒ慣習トナセリ。デルンブルヒノ慣習ハ猶ウインドシヤイドノ慣習法ノ如キナリ。故ニ用語ニ些少ノ差異アレトモ今茲ニ之ヲ辨明セサル可シ。而シテ余モ亦現行制定法即チ我國法上ノ用語ヲ以テスレハ法令及ヒ慣習法ヲ以テ人定法ノ淵源トナサントスルモノナリ。

慣習法ハ人類自然ノ性情ニ發ス。是レ純粹ナル理性法ナリ。設ヘハ「ウインドシヤイド」ノ如キモ理性ノ文字ヲ使用ス。果シテ然ラハ慣習法ハ自然法ナリ之ヲ人定法ノ淵源中ニ加フル理由如何トノ疑問ヲ生スルコトナキニ非サル可シ。然レトモ是レ自然法ノ意義ノ定メ方ニ依リテハ或ハ斯ノ如キ疑問ヲ生スルコトアル可シト雖モ、第十九節ニ於テ述ヘタルカ如ク理性ト稱スル萬古不易ノ心的元素ヨリ抽象的ニ想像シタルモノヲ以テ自然法ト解スル以上ハ慣習法ハ之ヲ自然法ト稱スルコト能ハサルナリ。「ウインドシヤイド」ノ用語タル理性ノ如キモ熟讀スレハ萬古不易ノ能力タル非經驗的理性ニ非スシテ、經驗的理性ナリ。果シテ然

ラハ氏モ亦慣習法ヲ以テ自然法トスル精神ナラサルコトヲ推知スルニ難カラス。從テ獨逸語ノ法源トイフ文字カ人定法ノ淵源ヲ指ス趣意タルコト亦自ラ明カナリ。之レヨリ余ハ人定法ノ淵源ヲ二項ニ區分シテ説明スル所アラントス。

第一、現行制定法、現行制定法ノ如何ナル種類ニ岐タル、ヤ又如何ナル方法ト順序トヲ經テ制定セラル、カハ各國政體ノ不同ニ由リテ差異ヲ生ス。專ラ帝王ノ命令トシテ制定發布セラル、アリ偏ニ議會ノ制定ニ待ツテ國王ハ不認可權ヲ有スルニ止ルアリ、議會ト國王トノ協力ニ依リテ成ルアリ。而シテ我日本ノ如ク議會ノ協賛ヲ經ルヲ要件トスル法律ノ外ニ猶議會ト關係ナク天皇ニ於テ發スル命令アリ。又將來ノ効力ヲ議會ノ承認ニ繫ラシメテ、緊急ノ場合ニ於テ發スル勅令アリ。其他又行政規則ノ如キアリ、余ハ之レ等ヲ總稱シテ現行制定法ト言ハントス。故ニ此意義ニ於テハ獨逸帝國ノ法律ト制定ノ形式ニ於テ異ル所アリト雖モ其實質ニ於テハ別ニ異ル所ナキナリ。何トナレハ獨逸帝國ニ於テハ法律ハ聯邦會議及ヒ帝國議會ノ合議ニ依リテ成立シ、官報ニ依リ帝國ノ爲ニスル公布ヲ以テ始メテ、遵守ノ効力ヲ生スルモノニシテ皇帝ハ執行及ヒ公布ノ權ヲ

有スルニ止ル「デルンブルヒ」バンテクテン第一卷第二十五節、獨逸帝國憲法第五條同法第二條同第十七條參照)是レ憲法上法律制定ノ形式ニ於テ我國ト同シカラサルモノアレハナリ。然レトモ獨逸ニ於テモ一般ニ學說上ヨリ論スレハ法律即チ「ゲゼツツ」トハ「ウインドシヤイド」ノ説明スルカ如ク某々ノ條項ヲ以テ法律タル可シトスル國家ノ布令ナリ、同氏「バンテクテン」第一章第一四節參照而シテ之レ實ニ命令說ノ學派ニ大ナル證據ヲ給スル所ナリトス。然レトモ之レ唯形式ニ於テ之ヲ云フ而已ニシテ、現行制定法ハ何カ故ニ効力アルカ、何カ故ニ遵由力ヲ有スルカ、是レ單純ナル命令說ニ於テ説明スルコト能ハサル法律哲學上ノ問題ナリ、國法ノ上ニ於テハ唯遵由力アリトスル論點ヨリ出足スルヲ以テ十分ナリトス。現行制定法ヲ前述ノ如ク解釋スレハ、憲法ノ如キ一國根本ノ法律ニシテ嚴格ナル成典ヲ爲セルモノハ此中ニ列スルコト能ハサルニ至ル。果シテ然ラハ憲法ハ人定法ニ非サルカ、司法ノ準則タル法令ハ人定法ナルコトヲ得レトモ、立法司法行政ノ根本法タル憲法ハ人定法タルコト能ハサルカ、之レ極メテ簡單ナル問題ノ如クシテ、實ハ頗ル煩鎖ナリ。之ヲ古昔ノ神話傳說等ニ一任シテ一國ノ

大本タル憲法ハ人間以上ノ靈體ヨリ受ケタルモノトスレハ、憲法ハ一ノ意味ニ於テ自然法ナリ。從テ人定法ノ範圍ノ埒外ニ置クコトヲ得ルナリ、然レトモ近來ノ如ク一大憲章トシテ國家及國民ノ上ニ臨ム以上ハ均シク人定法ト爲サル可ラス。已ニ人定法タル以上ハ現行制定法ト同シク淵源ニ關スル説明ノ要アルカ如シ、唯退キテ之ヲ稽フルニ如上ノ疑問ハ憲法ヲ人定法ト同一列ノ觀察對象トナシタルカ爲ニ起ルモノナレトモ少シク注意スレハ此疑問ハ釋然氷解スルニ至ル可シ、故如何ニトイフニ人定法トハ學問上ノ術語ナリ、人類生活ノ考案ニ關スル一切ノ條規ヲ學問上ヨリ觀察シタル用語ナリ、之ニ反シテ憲法ハ國法上ノ實體ニシテ學問上ノ用語ニ非ス。是故ニ學問上ノ術語タル人定法中ニ憲法ノ包含セラル、ヤ論ヲ待タス、唯憲法ヲ以テ特ニ人定法ノ淵源トシテ掲ケサル所_レ以ハ、一國統御權ノ活動ニ關スル大原則ニシテ、直接ニ司法ノ問題ニ關セサルト憲法ノ性質上法律ノ構成要素ト言ハンヨリハ法律ノ効力ニ關スル問題ト密着セル統治權行動ノ規範ニシテ寧ロ歴史及法律哲學ノ攻究ニ屬スルモノトスルコト却テ妥當ナルニ由ルナリ。夫レ然リ故ニ憲法ヲ釋義スルハ猶普通法學ノ職

分トスルコトヲ得可シ、然レトモ何故ニ憲法ノ規定ヲ生スルニ至リタルカ何故ニ憲法條規カ効力ヲ有スルカノ問題換言スレハ憲法ノ成立ノ理由ニ關スル問題ハ法律哲學ノ問題ナリ。

現行制定法ト關連シテ起ル次ノ問題ハ現行制定法ノ區別ニ關スルモノ是レナリ。法典主義ノ國ニ在リテハ概テ民法商法刑法ト言ハシカ如ク豫メ法律ニ區分ヲ設ケ一定ノ生活現象ヲ律スルニ一定ノ法典ヲ以テスルモノ、如シ。而シテ解釋家ハ通例法典別ニ基キテ其條規ノ解釋ヲ事トス、斯ノ如クシテハ、現行制定法ノ區別ニ關スル問題ノ如キハ殆ント一顧ノ價值ナキニ似タレトモ元來法典ヲ以テ優レリトスルカ、單行法ヲ以テ勝レリトスルカハ大ニ討議論難ス可キ問題ニシテ從テ現行制定法カ如何ナル區別ヨリ成立シテ以テ國法ノ淵源タルカハ各國ニ於テ特別ノ研究ヲ要スル所ナリ。

第二、慣習法、慣習トハ一定ノ行爲カ時間的ニ繰リ返ヘサル、意義ナリ。進化說ノ一度唱道セラレテ以來慣習ヲ重ニスルニ至リ、汎ク各方面ニ應用セラル、コト、ナレリ。而シテ進化說ニ謂フ所ノ慣習ハ通常英語ノ「ハビツト」ニ該當ス、是

レ羅甸語ノ「ハビタス」ヨリ來レル言葉ナリ。此意味ニ於テノ慣習ハ主トシテ個別ニ觀察シタルモノナリ。從テ心理學等ニテ說ク慣習法ハ法律學ニ謂フ慣習法ト相同シカラサルモノアリ。然レトモ唯是レ觀察點ヲ異ニスルニ由リテ生スル差別ニシテ實質ニ於テハ兩者ノ間ニ近キ關係アルモノナリ。

水ノ低キニ就クハ恰モ其性ナルカ如ク人ニハ四圍ノ境遇ニ適應セントスル性質アリ。此性質ハ應變的^{インテレシエン}智性ナリ。而シテ環象ニ適應スルコトヲ繰返スコト屢々ナレハ著シク利便ヲ感シ遂ニハ身體ノ構造モ之ニ從テ變化スルモノナリ。既ニ慣習トナリタル以上ハ又保守的トナル。而シテ一人ノ慣習ニ倣フ者次第ニ相加ハリテ茲ニ人類團體ノ慣習ヲ成シ、是ニ於テ慣習法ヲ爲スニ至ルモノナリ。慣習ハ或行爲カ動的原因ニ依リ繰リ返ヘサル、モノナリ。慣習法ハ形式的原因ニ依リテ殆ント先天的トナル。慣習ハ道德ノ子ニシテ法律ノ母ナリト謂フ短句ノ如キ又慣習ハ一個人ニ在リテハ道德ノ母ニシテ法律ノ女ナリト謂フ比喻ノ類ハ慣習ト法律トノ關係ヲ巧ニ言ヒ表ハシタルモノニ非スヤ。蓋シ一定ノ慣習カ遂ニ形式的原因トナリテ法律ヲ生スルニ至ルハ慣習カ法律ノ母タル所以ヲ示ス

モノニシテ法律カ原因トナリテ遂ニ一定ノ慣習ヲ成スニ至ルハ慣習カ法律ノ
 女タル所以ヲ明ニスルモノナリ、慣習法ハ人民自身ノ作成シタル法律タルコト
 ハ疑ナキ所ナリ、慣習カ法律トナル理由ニ關シテハ今日ト雖モ猶種々ノ學說ア
 リ、而シテ法律確信說ノ如キ國家默認說ノ如キハ兩々相對峙セル有力ナル學說
 ナリ、此兩說中何レヲ以テ正當トナス可キカハ素ヨリ茲ニ論評ス可キ限リニ非
 ス、然レトモ慣習法發生ノ順序ニ鑑ミルトハ法律確信說ヲ以テ優レルモノト爲
 サル可ラス、國家默認說ノ如キハ慣習ヲ以テ法律ノ効力ヲ有セシムル形式的原
 因ノ發生ニ關スル説明トシテ一應ノ道理アルニ似タレトモ、元來斯ノ如クスル
 トキハ法律ノ効力ニ關スル問題ヲ國家ノ承認ニ歸スルモノニシテ、命令說ノ脚
 地ヨリ觀レハ多少ノ眞理ヲ含ムモノナキニ非ラスト雖モ、法律ノ効力問題ハ前
 段己ニ述ヘタルカ如ク單純ナル法律科學ノ問題ヲ離ル、ヲ以テ一問題ノ説明
 ニ換フルニ更ニ困難ナル問題ヲ提擧スルモノト評セサルヲ得ス、余ヲ以テ之ヲ
 觀レハ慣習カ慣習法ノ形式的原因ヲ得ルニ至ル理由ハ現行制定法ノ法律タル
 効力ヲ有スル所以ト毫モ異ルコトナシ、余ハ法律ノ効力ヲ以テ人民ノ服從ニ歸

セントス、唯現行制定法ト慣習法トノ異ル重要ナル處ハ前者ニ在リテハ動意ヲ
 主トシテ起リ後者ニ在リテハ適應ヲ主トスル點ナリ。

慣習法ハ其成立カ主トシテ適應ニ在リトスレハ慣習法カ國民ノ性情ニ合致ス
 ル所多キハ當然ノ理ナリ、是故ニ學者或ハ慣習法ヲ以テ法律ノ精髓トナス、例ヘ
 ハ史派ノ法律學者ノ如シ、即チ此派ノ說ク所ニ據レハ法律ハ法律確信ニ基キテ
 發達スルモノナルヲ以テ國民ノ法律確信ヨリ成ル慣習法ヲ以テ醇乎トシテ醇
 ナル法律トナスモノナリ、サビニ「ノ」如キ碩學カ論スル所蓋シ亦此理由ニ基ク、
 慣習法ニ關シテ研究ス可キ事項甚タ多シ、然レトモ余ハ茲ニ詳論スル違ナキヲ
 以テ唯左ノ三項ヲ述フルニ止メントス。

(イ) 慣習法發生ノ要件、此問題ハ動的原因ニ基ク慣習カ遂ニ慣習法トナル
 過程ニ關スル説明ナリ、如何ナル慣習カ如何ナル要件ヲ備ヘテ慣習法ノ發生ヲ
 觀ルカノ問題ナリ、此問題ハ元來學術的ノ説明ヲ與フルコト容易ナルモノニ非
 ス、「ウインドシャイド」ハ之ヲ五點ニ分ツテ説明シタリ、(一)ニ曰ク法律上必要ナリ
 トノ確信而已ヲ動機トスルコト(二)ニ曰ク一定ノ繼續ヲ要スルコト(三)ニ曰ク同

形ナルコト(四)ニ曰ク確信ハ真正ヲ要シ錯誤ニ基カサルコト(五)ニ曰ク不合理ナラサルコト之レナリ(同氏、バンデクテン第一卷第十六節參照)又、デルンブルヒモ同シク五個ノ要件ヲ擧ケタリ、説ク所大同小異ナリト言フモ不可ナラス、其略ニ曰ク慣習法ニハ第一慣習即チ同形ノ行爲若クハ不行爲ヲ要シ、第二永年ノ慣行ヲ要シ、第三永年慣行ノ法律的慣行タルコト即チ法規トナリタルコトヲ要シ、第四國民全部又ハ其一部ノ慣行タルコトヲ要シ、第五常識ニ反シ又ハ善良ナル風俗ニ衝突セサルコトヲ要スト(同氏、バンデクテン第一卷第二十七節參照)慣習法ト爲ル上ハ秩序生活ノ考案トシテ須要缺ク可ラサルモノナルヲ以テ上來説述ノ要件アルコト素ヨリ明カナリ。然レトモ慣習法ハ學術的ニ豫メ規範ヲ設ケテ制定スルモノニ非サルヲ以テ系統的ノ理論ヲ以テ説明スルコト能ハサルコトアリ本來其性質上記述のモノナレハナリ。

(ロ) 慣習法ノ種類、慣習法ニハ民法ト法曹法トノ二個アリ、法曹法モ廣義ニ於テハ疑モナク慣習法ナリ、唯法曹法ニ在リテハ主トシテ法律ノ解釋ニ關スル慣行ヲ意味ス是故ニ獨リ慣習法ノミナラス、成文ノ現行制定法ヲモ交渉ノ目

的ト爲スモノナリ、唯法曹法モ永年慣行ヲ要スル點ニ於テ慣習法ト相一致スルヲ以テ之ヲ判決例又ハ裁判慣例トシテ慣習法ノ内ニ列スルモノナリ。猶法曹法即チ裁判慣例ト民法トノ異ル點ヲ詳言スレハ後者ハ國民團體ノ法律確信ニ基キテ直ニ行爲ニ表ハレ、前者ハ十分ナル證據ト推論トニ因リテ始メテ法律トナルモノナリ。然レトモ一旦慣例トナリタル以上ハ解釋トシテハ多大ノ勢力ヲ有スルモノタルナリ。

(ハ) 我現行法ニ於ケル慣習法ノ地位、之レ慣習法ノ實力問題ナリ。即チ慣習法カ現行制定法ニ對シテ如何ナル實力ヲ有スルカノ問題ナリ。茲ニ云フ實力トハ他ノ法律ト對比シタル上ノ用語ニシテ法律カ効力ヲ有スル所以ノ義ニ非ス故ニ之ヲ以テ前段ニ記シタル法律カ何故ニ効力ヲ有スルカノ問題ト混同スルヲ許サス。

慣習法ハ嘗テ法律生活ニ大ナル勢力ヲ振ヘリ、慣習法ニ廢止力ヲ認メテ異リタル慣習法ノ起リタル場合ニ現行法ヲ廢止スルカ如キ之レナリ、デルンブルヒノ言ニ據レハ羅馬法律學者、ユリヤース「ハ廢止力ヲ認メ、コンスタンチン帝ハ其

力ヲ拒絶シタルモノ、如シ。近世ニ於ケル立法例トシテハ史派ノ勢力アリシ國ニ於テハ概テ此廢止力ヲ認メタリ。獨乙ノ漢堡ハンブルグバイエルンバイエルン、プランシユプランスワイグワイグノ如キ之レナリ。宗教法ノ如キハ自然法並ニ神法ヲ廢止スルノ力ヲ慣習法ニ與ヘサリシト雖モ人定法ヲ廢止スルノ力ヲ認メタリ。穗積陳重博士ノ說ニ從ヘハ蘇國ノ如キ史派ノ勢力ハ敢テ及ハサリシト雖モ仍ホ慣習法ニ廢止力ヲ認メタリト謂フ。ツインドシヤツインドシヤイドイドハ慣習法モ亦法律ナルカ故ニ廢止力アルハ當然ナル趣意ヲ述フ。同氏、バンデクテンバンデクテン第一卷第十八節參照。純理上ヨリ論スレハ素ヨリ正當ナル可シ。然レトモ慣習法ハ實際ニ於テ認識ニ困難ニシテ其成立ニ關シテ爭議アル場合ニ於テハ裁判官ハ個々ノ事實ノ立證ヲ俟ツテ然ル後ニ決セサル可ラサル等煩雜ノ度僅少ナラサルヲ以テ近時ノ立法例ニ於テハ慣習法ヲ以テ第二段ニ位セシムルモノ多キニ似タリ。我現行法ニ於テモ亦慣習法ニ廢止力ヲ認メスシテ原則トシテハ補充力ヲ與フルモノニ似タリ。即チ現行制定法ノ明文ナキカ若クハ明文不十分ナル場合ニ慣習法ヲ以テ補充スルノ主義ナリ。法例第二條ニ據レハ法令ノ規定ニ依リテ認メタルモノ及ヒ法令ニ規定ナキ事項ニ關

スル慣習ニシテ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セサルモノハ法律ト同一ノ効力ヲ有スルコト、定メタルモノナリ。而シテ民法第九十二條ニ於テハ、法令中ノ公ノ秩序ニ關セサル規定ニ異ナリタル慣習アル場合ニ於テ法律行為ノ當事者カ之ニ依ル意思ヲ有セルモノト認ムヘキトキハ其慣習ニ從フト規定セリ。此規定ニ據レハ慣習法ハ當事者カ之ニ依ル意思ヲ有セルモノト裁判所カ認定シタル場合ニ於テ始メテ慣習法タル力アルモノナレトモ、慣習法ニ補充力ヲ認メタルモノト見ルニ於テ敢テ不可ナシ。唯此規定ヲ法例ノ規定ニ比較スレハ裁判ノ實際ニ於テ著シキ困難ヲ生スルノ弊害アリ。法例ノ規定ニ於テハ單ニ慣習法ノ存在ヲ知ルニ足ル事實ノ證明アレハ足レリ。然レトモ民法ノ定ムル所ニテハ單ニ之レノミニテハ十分ナラス。猶當事者カ之レニ依ル意思アリタルヤ否ヤヲ判定セサル可ラス。而シテ意思ノ有無ニ關スル判定ハ人間心理現象中活動的原因ニ關スル判斷ニ屬スルモノニシテ單純ナル論理形式ヲ以テ外部ヨリ之ヲ測知スルコト能ハサルナリ。今日ノ司法官ハ此點ニ關スル研究極メテ粗略ニシテ意思有無ノ判斷ヲ輕忽ニ付シ敢テ其非ヲ覺知セサルカ如キ態度ナキニ非サルヲ以

テ左マテ不都合ナキニ似タレトモ之カ爲ニ不公平ナル裁判ハ往々ニシテ法律生活ヲ害スルコトアルモノナリ。余ノ目撃スル所ヲ以テスルモ事實認定ノ權限ノ名ノ下ニ學問的判定ニ據ラサルモノ決シテ少ナカラス、慣習法有無ノ問題已ニ定マリタル上ニ於テ其力ヲ一ニ當事者ノ意思ニ一任スルハ猶可ナリ、然レトモ其結果裁判官ノ判定ヲシテ專斷ニ流レシムルハ大ニ寒心ス可キ次第ナラスヤ。思フニ法例ノ規定ト民法第九十二條ノ規定トハ明ニ矛盾セル原則或ハ平タク言ヘハ主張ノ相争ヒタル形跡アリ。後者ニ於テハ慣習法無視說ノ銳鋒側ニ見ユルモノアリ前者ニ在リテハ慣習法補充說ノ論議疑モナク勝ヲ制シタルモノナリ。然レトモ實際ノ適用ニ於テハ法律ノ解釋上法例ノ規定ハ徒ラニ空文ニ終ラントス。商法第一條ニ於テハ、商事ニ關シ本法ニ規定ナキモノニ付テハ商慣習法ヲ適要シ商慣習法ナキハ民法ヲ適要ス」ト定ム。此場合ニ於テハ明ニ慣習法ノ補充力ヲ認メタルモノナリ。商慣習法トハ如何ナルモノナリヤ、民法又ハ法例ト異リ特ニ慣習法ト規定シタルハ商慣習ト異ルモノナリヤ又商慣習カ如何ナル形式ヲ備ヘテ商慣習法トナルカ、之レ等ハ解釋學上大ニ研究ノ價値アル問題

ナレトモ、一般法理ノ論ヨリ言ヘハ慣習法トシテ之ヲ觀察スルヲ以テ足レリ。猶我法律ノ規定ヲ案スルニ慣習法ニ例外力ヲ與ヘタモノアリ。例ヘハ民法第二百六十三條入會權ノ規定又ハ同法第二百六十九條第二項地上權ニ關スル慣習法ノ規定ノ類之レナリ。終リニ臨ミ猶一言ス可キハ法例又ハ民法ニ於ケル慣習ハ余カ本節ニ於テ謂フ慣習法ト同意義ヲ有スルモノナリ。其理由ハ法例第二條ニ於テ慣習ニ與フルニ法律ト同一ノ効力ヲ以テシタルカ故ニ民法ニ慣習ト云フハ法律ト敢テ異ル所ナク、動的原因ニ基ク實質上繰リ返サル、範圍ヲ脱シテ法律ノ形式ニ入りタルモノナリ。獨リ怪ム可キハ商法第一條ニ於テハ明ニ商慣習法ト規定シタルニ係ハラヌ商法第二百八十三條ニ於テハ、法令又ハ慣習ニ依リ」ト規定シテ商法中ニハ商慣習法ノ外猶商慣習アルカ如ク思惟セラル、コト之レナリ。是レカ爲メ解釋上疑義ヲ生シ商法ニ於テハ慣習ノ外慣習法ト稱スルモノヲ認メタルヲ以テ第一條ノ商慣習法トハ已ニ商法編纂ノ當時ニ於テ慣習法ヲ爲セルモノニシテ之レハ恰モ商法ノ規定ニ補充力ヲ認メ商法ノ規定ナキ場合ニ適用セラル、モノナリ。然レトモ其他ノ慣習即チ新慣習ニ關シテハ單ニ除外

カヲ有セシメタルモノニ止ルト言フカ如キ解釋ヲ生スルニ至ル可シ。法典ノ用語上斯ノ如キ解釋ヲ生スルハ一應ノ道理ナキニ非レトモ、商法第一條ノ商慣習法ト云フハ唯商慣習アル以上ハ當事者ノ意思如何ニ係ハラズ、法律ト同一ノ効力ヲ有セシムルノ趣意ヲ以テ殊更商慣習法ト規定シタルモノト解釋スルヲ穩當ナリト覺ユ。

算二十一節 人定法ノ存在式

人定法ハ一定ノ存在式ヲ以テ要素トスルモノアリ、又之ヲ以テ要素トセサルモノアリ。一定ノ存在式トハ文書之レナリ、文書ヲ以テ存在ノ要式ト爲スモノ之ヲ成文法ト稱シ要式トセサルモノ之ヲ不文法ト謂フ。現行制定法ハ文書ヲ以テ要式ト爲スモノナリ故ニ之ヲ成文法ト稱スルコトヲ得可シ、之ニ反シテ慣習法ハ文書ヲ以テ要式トセサルモノナリ故ニ之ヲ不文法ト稱スルコトヲ得可シ。慣習法ノ如キモ猶文書ノ上ニ存在スル場合アリ、例ヘハ地方慣習法カ文書ニ以テ表ハサレ居ル場合ノ如キ又裁判慣例ノ如キ之レナリ。斯ノ如ク存在ノ要式ノ有無

ニ基キテ人定法ヲ區別スレハ不文法ト成文法トノ二者トナル。而シテ法律發達ノ順序ヨリ論スレハ不文法ヨリ漸次成文法トナリタルモノナリ。人類團體ノ存在アル以上ハ成文法ナシト雖モ法律關係ナシト論斷スルコト能ハス、而シテ文字ハ人類カ原始時代ヨリ已ニ有シタルモノニ非サルヲ以テ文字ナキ時代ニ於ケル法律ハ不文法タリシナリ。是故ニ時ノ順序ヲ以テ考フレハ不文法ノ成文法ニ先ンシタルコト疑ヲ容レズ。然ラハ不文法ハ如何ニシテ遂ニ成文法トナルニ至リタルカ、是レ大ニ趣味ニ富メル研究事項ナリ。最モ現今ニ於テハ猶不文法ノ國アリト雖モ大勢ハ漸次成文法ニ傾キツ、アルモノナリ。學者ノ研究シタル所ニ據レハ成文法ハ公示法ナリ。成文法ハ公示ヲ以テ須叟モ離ル可ラサル要件ト爲スモノナリ。獨逸ノ憲法ニ於テモ法律ノ公布ヲ以テ皇帝ノ權ニ歸セシメ我帝國憲法ニ於テモ公布ヲ以テ法律施行ノ要件ノ一ト爲スカ如キ之レナリ。元來法律ハ人類共存生活ニ關スル考案ヲ以テ其實質トナスモノナリ。而シテ人類團體ノ生活ニ於テ別ニ階段ヲ生セスシテ一團體内ノ人員相互カ略同一ノ力ヲ有シ一ハ以テ他ヲ壓セサル實情ニ在ランカ、法律關係モ亦簡短ニシテ法律ノ關係ヲ

成文ニ表ハスノ必要アルヲ見スト雖モ苟モ團體内ニ階段ヲ生シ兩者相争フカ
 若クハ英雄驟起風雲ヲ叱咤シテ自ラ他ノ團體員ノ上ニ立チ斯ノ如クシテ團體ニ
 優劣ノ關係ヲ生スル場合ニ於テハ優者ハ常ニ弱者ヲ壓スルモノナリ。優者弱者
 ヲ壓セハ弱者ハ必ス之ニ抵抗シ、力竭キ策絶エタル後ニ非サレハ之ニ服セサル
 コト歴史ニ於テ確ニ證明スル所ナリ、戰亂闘ハ斯ノ如クシテ發ス。是ニ於テカ民
 生ノ危難猶累卵ノ如ク、優者ト雖モ一日ノ安ヲ貪ルコト能ハサルニ至ル。然レト
 モ平和ノ欲求ハ人類ノ至情ナリ、法律ハ平和ニ至ルノ道程ナリ、從テ優者劣者ノ
 平和保障トシテ一日モ缺ク可ラサル法律ハ決シテ優者ノ獨占ニ歸セシムベカ
 ラス、然レトモ文字無キ時代ニ於テハ法律ヲ文字ノ上ニ存在セシムルコト能ハ
 スト雖モ苟モ形式ニ顯ハシ得可キ方便アラシカ必ス之ニ依ル可キハ理ノ當然
 ナリト謂ハサル可ラス。故ニ古代ノ法律タル「カムラビ」法典ノ如キ又「ケタ」及「ヒ埃
 及間」條約ノ如キハ文字ヲ以テ之ヲ彰ハセリ。斯ノ如ク兩者カ互ニ權利ヲ以テ
 相接觸スル場合ニ於テハ兩者ノ間ニ横ハル平和ノ款條ヲ明確ナラシムル爲メ
 均シク公平ニ兩者ニ知レ得ルノ方法ヲ選ハサル可ラス。法律ノ公示モ亦之レト

精神ヲ同クスルモノナリ。而シテ公示ノ方法トシテハ文字アル以上ハ之ニ依據
 スルヲ以テ最モ便利ト爲ス成文法ノ發生スル所以ナリ。成文法ハ民權ノ發達文
 字ノ發明ニ依リテ發達シタリト言フハ蓋シ此理由ニ基クモノナリ。成文法ニ非
 サルモノモ亦文書ニ掲クルコトアリ、然レトモ是レ唯文字ノ便宜ヲ利用シタル
 ニ止リ甚シク法律現象ト關係ナキモノナルヲ以テ敢テ説明セス、

第二十二節 法典ノ編纂

不文法ノ國ニ於テハ法典編纂ノ必要ヲ以テ其國ノ輿論トスルコト容易ノ業ニ
 非サル可シ、然レトモ一旦成文法ノ必要ヲ認メタル國ニ於テハ法典編纂ヲ以テ
 法律上ノ重要問題タラシムルコト深ク説明スルヲ須ササルナリ。蓋シ成文法ノ
 脚地ヨリ觀レハ其最モ完全ナルモノハ法典ナレハナリ。

已ニ法律ノ存在ヲ文字ニ繫ラシムル時ハ法律ニ關シテ精神ト形体トノ區別ヲ
 爲スハ學問上必要ナルノミナラス一國法律ノ上ヨリ論スルモ重要事項ナリ、法
 律ノ精神トハ法律自體ノ謂ニシテ法律ノ形体トハ法律ノ文字ノ謂ナリ。我國ニ

於テ法典編纂ニ關スル好著ハ法學博士穗積陳重先生ノ「法典論」ナリ。就テ參照セラレシコトヲ勸ム。

法典編纂ハ種々ノ方法ニ依テ之ヲ爲スコトヲ得可シ。穗積博士ノ著ニ據レハ第一沿革体ノ法典アリ、第二編年体ノ法典アリ、第三韻府体ノ法典アリ、第四論理体ノ法典アリ。沿革体ノ法典トハ法律發達ノ時ノ順序ニ從テ編纂シタルモノナリ。古代ノ法典ハ概テ斯ノ如シ。編年体ノ法典トハ法令發布ノ順序ニ從ヒ年月ヲ標準トシテ編纂シタル法典ナリ。韻府体ノ法典トハ猶、いろは字典ノ如ク法律ノ規定ヲ一國字音ノ順序ニ從テ排列スルモノナリ。穗積博士ノ著ニ據レハ北米合衆國、メリーランドノ法典ハ韻府体編纂法ノ唯一ノ適例ナリト云フ。法典論第三編第一章同第三章迄參照論理体ノ法典トハ法規ノ性質ヲ人類思想ノ順序ニ從テ編纂シタル法典ニシテ學術的ノ意味ヲ有スルモノナリ。而シテ文明國ノ法典カ此体裁ニ基キテ編纂セラレ、ハ法律カ人類生活ノ考案タル實質ヲ有スル所以ヲ證スルモノニシテ法律學上研究ヲ要スル理由モ亦茲ニ存スルモノナリ。法典ノ編纂ニハ諸種ノ沿革アリ、之カ爲ニ種々ノ論戰ハ法曹界ヲ賑シメタリ。例ヘハ獨乙ニ

於ケル「チーボー」對「サビニー」ノ法典編纂ノ論戰ノ如キ獨乙國ニ取リテ甚タ重要ナル問題タリシ而已ナラス、學者ノ議論トシテ能ク後世ノ注意ヲ惹クモノナリ。我國ニ於テモ民法編纂ノ第一回ノ企劃ニ對シテハ學者間ニ大議論アリシカ如キ是レナリ。今日ニ於テハ法典編纂ヲ以テ絶對的ニ非ナリトスル學者ハ甚タ稀ナルニ至レリ、而シテ學者ノ議論ハ法典編纂ノ可否ニアラスシテ、法典編纂ノ方法ニ在リ、而シテ其法典ノ如キモ學術的ニ編纂スルコトヲ主眼トスルモノニシテ沿革體、編年體又ハ韻府體ノ如キハ敢テ重キヲ爲サス。民法ノ編纂ノ如キ商法ノ編纂ノ如キ之ヲ證スルニ足ル可シ。現行民法ノ編纂法ハ獨逸ノ學者カ羅馬法ノ講究上案出分類シタル方法ヲ採用シタルモノニシテ羅馬ノ法典ト其編纂ヲ異ニス。第一編ニ總則、第二編ニ物權、第三編ニ債權、第四編ニ親族、第五編ニ相續ヲ置キタルハ獨逸學者「フゴ」ハ「イゼ」等ノ研究ノ結果ヲ採用シタルモノナリ。舊民法ノ如キハ大體ニ於テ羅馬式ノ編纂法ヲ用キタルモノナリ。法典編纂ハ法律ノ形體ニ關スル事項ナリ、然レトモ法律ニ精神アルヲ以テ法典編纂ハ法律精神ノ研究ト離ル可ラサル關係ヲ有ス、余ヲ以テ之ヲ觀レハ今日ノ

法典編纂ハ未タ甚タ幼稚ナリト謂ハサル可ラス。何トナレハ概テ外國ノ法制ヲ繼受スルニ忙ハシクシテ能ク自國ノ國情ニ適應スル法典ノ編纂ヲ爲ス程ニ發達セサレハナリ。法律ハ人類ノ性情ニ基ク生活ノ考案ナリ。是故ニ一國內ノ法典ハ其國民ノ生活關係一切ヲ法律學ヨリ研究シ、其研究ヲ基礎トシテ之ヲ編纂セサル可ラス。人類ノ性情大體ニ於テ相類スルモノアルヲ以テ羅馬ノ法律ヲ移植シ、獨逸ノ法律ヲ接木シ佛蘭西ノ法律ヲ繼受スルト雖モ表面甚シキ弊害ナキカ如シ、然レトモ國民生活ノ實際ヲ觀察スレハ之カ爲ニ受クル損害モ亦甚タ少ナカラサルナリ、且夫レ法制ノ繼受ハ法律ノ形式ニ重キヲ置クノ結果ナリ。法律ノ効力ヲ命令ニ繫ラシムル主義ヲ貴フノ餘波ナリ。法律ノ命令的形式ヲ以テ萬能力アリト信スルカ爲ナリ。然レトモ之レ皮相ノ見解ニシテ未タ法律ノ精神ヲ研究シタルモノト言フ可ラス。余ト雖モ外國ノ法制外國ノ學說ハ決シテ顧ミルヲ要セスト言フモノニ非ス、永年ノ研究ト實驗トヲ經タル外國ノ生活ニ關スル考案ハ素ヨリ研究ノ必要アリ、然レトモ之ノミヲ以テ法律ノ能事了レリトスルヲ非トスルモノナリ。我國人ノ性情ノ歸趣ヲ研究シ學術的ニ一ト正確ナル考案ヲ

編成シ以テ法典ヲ成サンコトヲ主張スルモノナリ。是故ニ刑法ノ如キ更ニ一大改正ヲ爲スノ必要アリトスレハ、徒ラニ外國ノ法制ノミニ依頼セスシテ、在來ノ經驗ト國人ノ性情トニ鑑ミ法典全部ヲシテ國民ノ生活ニ至便ナラシムル考案ヲ出ス可キナリ。英國ノ「ベンサム」カ感情ヲ基礎トシテ立法論ヲ樹テ以テ民法刑法ノ基礎トナシタルナ如キハ其說ノ當否ハ暫ラク措キ、學術的法典編纂論トシテ大ニ注意ス可キコトナリ。之ヲ獨逸ノ學者カ羅馬法ヲ研究シテ一意專心獨逸ノ法律ヲ改造セントスルニ比シ寧ロ優レルモノアリト言ハサル可ラス。刑法典ノ編纂ニ關スル議論ニ付テハ或ハ愚ナル情實論モアル可シ。然レトモ余ノ知ル所ニ據レハ刑法典ノ基礎ニ關スル議論カ必要ナル根據ヲ爲シタリ。一國ノ法律ニ主義ヲ伏在セシムルハ困難ナル可シ。然レトモ無主義ナルコト能ハサルナリ。無主義ナルハ猶可ナリ、然レトモ矛盾セル原則ヲ採用シテ叨リニ法典精神ノ所在ヲ失ハシメ、解釋ヲシテ難澁ナラシムルヲ能ハサルナリ。法律思想ノ進歩セサル時代ニ在リテハ一害ヲ視テ之ヲ除去センカ爲メ一命令ヲ出シ、他ノ害ヲ視テハ之ヲ防禦センカ爲ニ他ノ命令ヲ出ス。斯クノ如クシテ法律ヲ爲スモ亦已ムヲ

得サル所ナレトモ苟モ學術的研究ノ進ミタル今日ニ於テ法典ヲ編纂センカ爲ニハ社會現象ヲ彙類シテ之ヲ研究シ、之レ等現象ノ根本タル原則ヲ發見シ斯ノ如クシテ法典ノ編纂ヲ爲ス可キモノニ非スヤ。故ニ余ハ法典ノ編纂ハ法律學ノ進歩スルニ從ヒ益完備ノ域ニ達ス可キヲ疑ハズ。

第六章 法律ト他ノ社會現象トノ區別

第二十三節 法律ト道德

法律ト道德トハ同一ナリヤ又ハ區別アリヤ若シ同一ナリトスレハ如何ナル理由ヲ以テ之ヲ説明ス可キカ、若シ異レリトスレハ如何ナル點ニ於テ區別アリヤ之ヲ決スルハ容易ノ問題ニ非サルナリ。世ノ法律ヲ解釋スル者輒モスレハ「道德上ハ兎モ角モ法律上ハ無罪ナリ」ト謂ヒ或ハ「有効ナリ」ト謂フ。此用語ニ依リテ觀レハ法律ト道德トハ全然區別アルニ似タリ。然レトモ之レ唯法律ノ條文ヲ解釋

スル上ニ於テ通俗ニ用キラル、而已ニシテ法律ト道德トノ根本ニ於ケル區別ヲ說クモノニ非サルナリ。此用語ニ於ケル道德トハ或ハ道德ニ關スル理想ト言フ意味モアル可ク又風俗ト云フ意味モアル可ク、素ヨリ一定ノ術語トシテ之ヲ論スルコトヲ得サルナリ。然レトモ法律トハ單ニ法令ノ條規現行ノ法令ヲ指スモノタルコト別ニ疑ヲ容ル、ニ足ラサルナリ。

法律ハ形式ヨリ觀レハ命スルコトアリ、禁スルコトアリ、而シテ法律ノ命スル所ト道德ト通俗ニ稱スル風俗上ノ命令ト相反スルコトアリ、又倫理學ヨリ得タル結論若クハ道念高尚ナル人ノ理想ト相符合セサルコトアリ。此理由ヨリ法律ト道德ト相同シカラストノ思想ヲ懷クモノアルニ至ルナリ。或ハ又一步進ミテ道德ノ概念ト法律ノ概念トヲ探リ得テ茲ニ兩者ヲ對照比較シ以テ其差異ヲ論スルモノアリ。世ニ法律ヲ以テ外部ノ行爲ニ關スル規定トナシ、道德ヲ以テ内部ノ心意上ノ規則トナシテ兩者ノ間ニ儼然タル境域ヲ劃セントスル學者アルノ類之レナリ。法律ト道德トノ差異ヲ斯ノ如ク論シタル學說ハ從來我國ニ於テハ甚々多カリキ。然レトモ之レ果シテ兩者ノ區別トスルニ足ル可キカ、請フ少シク論

批スルコトヲ得セシメヨ。

法律ト道德トヲ内外ニ區別スル沿革上ノ根據ハ其證左ナキモノナリ。古代ニ於テハ法律ト道德トノ區別劃然タラサルノミナラス法律中ニ道德ノ規定ヲ含ミタルコトハ何處ノ古法律ニ於テモ之レアリシナリ。法律ヲ以テ道德ノ原因ノ一ト説ケル「ロツク」ノ如キハ恐ラクハ此邊ニ着目シタリシナル可シ。我國ノ制度ニ於テモ法律中ニ道德ノ規則ヲ含ミタルモノアリ、例ヘハ五人組制度ニ於テ不幸ノ罪ヲ規定シ勤勉ヲ勸メタルカ如キ(穂積陳重博士著五人組制度第六章第八節参照)之レナリ。行政法ノ如キハ内政ノ事項ニ關シテハ道德上ノ規則ニ於テモ當然注目セサル可ラサル衛生教化ノ條規ヲ包含ス。之レ法律ト道德トヲ沿革的ニ内外ニ區別スル能ハサルノ理由ヲ示スト共ニ又實質上ニ於テモ明確ナル區劃ヲ建ツルコト能ハサル所以ヲ證スルモノナリ。特ニ近代ニ至リテハ法律ハ單ニ外部ノ行爲ニノミ着目セスシテ内部ノ心意狀態ヲモ省察スルモノナリ。刑法ニ於テ酌量減輕ノ基礎トナル情狀ノ一部ハ單ニ外部ノ狀態ニノミ限ルニ非スシテ内部ノ精神上ノ關係モ亦重要ナルモノナリ。況ンヤ主トシテ刑法ヲ犯人ノ意

思ノ上ニ基カントスル制度ニ於テオヤ。例ヘハ北米合衆國ノ不定刑期制度又ハ刑ノ執行猶豫ノ制度ノ如キハ環象ニ對スル犯人ノ心意上ノ關係ヲ主眼トスルモノニシテ能ク犯人ノ内心ニ立チ入りテ詮考スルコトヲ許スモノナルヲ以テ法律ハ唯外部ノ行爲ニ關スルモノナリト言フコト能ハサルナリ。一步進ミテ研究スレハ民法ニ於テ規定スル所ノ法律行爲ノ如キモ意思ノ狀態ニ因リテ影響ヲ受クルコトナキニ非ス、而シテ其意思狀態ハ必スシモ外部ニ顯ハルモノニ限ラスシテ内部ノ狀態ニ關係ス。虛偽ノ意思表示ノ場合ノ如キ詐欺強迫ニ基ク意思表示ノ如キ善意ヲ要件トスル場合ノ如キ之レナリ。若シ法律ヲ以テ單ニ外部ノ行爲ニ關スルモノトスレハ虛偽ノ意思表示ノ如キモ外部ニ於テハ一ノ法律行爲ヲ形成スルモノナルヲ以テ之ヲ以テ有効トナシ、其實際ニ於テ虛偽ナリヤ否ヤヲ問フヲ要セサルナリ。然レトモ法律ハ猶此ノ表ハレサル眞意ヲ保護シテ表ハレタル虛偽ヲ無効トスルヲ以テ觀レハ法律ハ單ニ外部ノ行爲ノ準則タルモノニ非スシテ内部ノ心意ニ關スルモノタルコト明カナリ。詐欺ニ因ル場合又強迫ニ基ク意思表示ノ如キモ法律カ猶眞意ヲ保證スル所以ハ法律カ單純ナ

ル外部ノ行爲ノ規則タルニ止ラスシテ内部ノ心意ヲモ要件トスルコトヲ明カニ知り得可キナリ。カノ善意ト謂ヒ惡意ト謂フカ如キハ或ル事實ヲ知りタルカ又ハ知ラサルカノ問題ニシテ分明ニ心意ニ關スルモノナリ。故ニ法律ヲ以テ外部ノ行爲ニ關スル規則トナシ道德ヲ以テ内部ノ心意上ノ規則ト爲スハ根據ナキ説ナリ。法律ハ上來説明シタカ如ク能ク心意ニモ關係ス、然レトモ心意ノ如何ナル情態ニ在ルカハ容易ニ外部ヨリ推斷スルコトヲ得サルカ故ニ場合ニ因リテハ精神界ニ浮ヘル觀念ノ雲ハ法律上ノ問題トナルコトヲ逃ル、コトアリト雖モ之カ爲ニ法律ヲ以テ單純ニ外部ノ行爲ノ規則ト斷スルハ非ナリ。唯法律ハ心意者以外ノ他人ニ依テリ實行セラル、カ故ニ外部ニ表ハレサル場合ニ於テハ其心意ヨリ發スル行爲カ有効ニ法律ノ規定ニ支配セラレサルノミ。苟モ外部ニ表ハル、ニ於テハ其自由ニ因リタルト推論ニ基キタルトヲ問ハス法律ノ關與スルコト疑ヲ容レサルナリ。是故ニ法律ハ法律ニ知レタル場合ニ限り或ル行爲ニ關與スト言フハ可ナリ、然レトモ法律ヲ以テ單純ニ外部ノ行爲ノ規則トスルハ大ナル誤謬ナリ。

上來説明シタルカ如ク法律ト道德トハ内外ヲ以テ區別ノ標準トスルコト能ハサルノミナラス、學者ニ依リテハ法律ト道德トヲ以テ全く同一ノ範圍ヲ有スルカ如ク論スル者アリ。ホツプスハ已ニ第十三節ニ於テ紹介シタル所ニ依リテ略知リ得可キ如ク寧ろ兩者ヲ同一範圍ニ置カントスル學者ナリ。スピノーツアモ亦大體ニ於テ兩者ノ區別ヲ置カサル學者ナリ。スピノーツアカ法律ト稱スル所ハ「ホツプス」ノ法律ト異ル所アリ。故ニ法律ト道德トノ區別ヲ認メサル點ニ於テ相似タリト雖モ論旨ハ全く相異ルモノナリ、即チ「ホツプス」ハ後天的ニ戰爭ノ狀態ヲ假想シテ法律ヲ論究シ、法律ニ從フヲ以テ道德トナセリ從テ其説ク所ハ全ク形而下ノ脚地ニ在リ、「ホツプス」、「レビヤタン」十五章、他ノ自然法ニ就テ參照之ニ反シテ有名ナル和蘭ノ前掲哲學者ハ哲學上ノ基礎ニ立ツテ形而上的ニ論斷スルモノニシテ自然法モ道德モ共ニ人類ノ生活ニ關スル上帝ノ規則ナリト説明シテ法律ト道德トノ同一ナルコトヲ論スルモノナリ、辨證法ニ於テ有名ナル「ヘーゲル」モ亦法律ヲ以テ國家社會ノ意思ナリト説キ而シテ此意思ニ服從スルヲ以テ道德ノ本義ナリト論シ法律ト道德トノ間ニ區別ヲ置カサルモノト言フ

コトヲ得可シ。純理ヨリ先天的ニ論スルカ又ハ社會ノ或狀態ヲ想像シテ之レヨリ立論スレハ法律ト道德トハ同一範圍ニ屬シ其區別ヲ爲スコト能ハサル可シ然レトモ實際ノ上ヨリ觀察スレハ兩者ノ間ニ區別アルカ如シ。例ヘハ奴隸ノ如キハ道德上ヨリ論スレハ甚タ殘酷ナル制度ナリ。然レトモ羅馬ノ法律ニ於テハ之ヲ許シタルコトアリ、迦リテ希臘ニ於テモ、アリストテレース^ハ其政治論ニ於テ奴隸ヲ以テ財産ノ上位ニ置キ敢テ之ヲ非難セザリキ(政治論政體篇一卷第三章同第四章參照尤モ奴隸ヲ以テ人性ニ反シ不道理ナルモノトスル思想ハ道德ノ影響ヨリモ寧ロ宗教ノ感化ニ歸因スルモノナリ、ストア哲學ハ多クノ點ニ於テ羅馬法ニ道德的分子ヲ鼓吹シタレトモ奴隸ニ關シテハ必スシモ殘忍酷薄ナリトノ意見ヲ供セザリシナリ、タシタス^ハストア哲學ノ歸依者、カシウス^カ奴隸虐殺ニ贊成セル著明ナル事實ヲ傳ヘタリ。然レトモ今日ニ於テハ奴隸ノ不道德ナルコトハ殆ント各道德家ノ一致スル所ナリ。從テ奴隸ニ類スル行爲ヲ敢テ爲サル可ラサル人類アリトスレハ之ヲ許容スル制度ハ道德ト相容レサルコトハ別ニ説明ヲ要セサルナリ。然ルニ今日ノ實際ヲ見ルニ猶斯ノ如キ制度ノ公認セ

ラル、ハ果シテ如何ナル理由ナリヤ、他ナシ法律ト道德トヲ以テ同シカラサルモノト觀タレハナリ。更ニ一例ヲ舉クレハ訴訟法ノ立證手續ニ於テ道德上ヨリ論スレハ甲者ノ主張ヲ正當ト爲スコキ場合ニ於テモ適法ナル證據方法ナキカ爲ニ甲者ヲ敗訴者トセサル可ラサルコトアリ、手形法ノ如キニ於テモ手形要件ヲ欠缺シタルヲ理由トシテ確實ニ受取リタル金額ノ支拂ヲ敢テセサルハ道德上ニ於テハ誠ニ惡ム可キ所爲ナレトモ法律ノ上ニ於テハ手形要件欠缺ノ抗辯ヲ許サル可ラサルカ如キハ何レモ法律ト道德トノ相異ルコトヲ示スモノナリ。斯ノ如ク實際的ニ觀察スレハ法律ト道德トノ間ニハ區別アルモノトセサル可ラス、是ニ於テカ法律ト道德トヲ峻別スルノ學者ヲ觀ルニ至ル、タトヘハ「フイヒテ」ノ如シ。而シテ道德ハ萬世不變ノモノニアラサル而已ナラス團體ヲ以テ基礎トセサルカ故ニ國ヲ同ウシ郷里ヲ同ウスル者ノ間ニ於テモ多少ノ差異ヲ免レス、然レトモ法律ハ其効力ノ存續期間ニ在リテハ苟モ施行地ノ全部ニ對シテ一樣ニ行ハル、モノナルヲ以テ道德ヨリモ寧ロ嚴格ナル形勢ニアルモノナリ即チ道德ハ其取捨選擇一ニ各人ノ任意ニ在リト雖モ法律ハ其支配ヲ受クル者

ハ何人ト雖モ之ヲ遵奉セサル可ラサルガ如ク見ユル點之ナリ道德ハ品性高尚ノ人ハ必ス之ニ依リテ須臾モ離ル、コトヲ爲サスト雖モ、法律ハ劣等ノ人タリトモ之ヲ遵守セサル可ラサルナリ。故ニ此觀察點ヨリ論シテ法律ヲ以テ道德ノ一部分トナシ之ニ劣等道德ノ名稱ヲ附スル者アリ、然レトモ之ヲ以テ道德ト法律トノ區別ニ關スル説明トシテハ甚タ十分ナラサルモノト言ハサル可ラス。何ントナレハ法律ノ命スル所ハ劣等ノ道德ナルコトモアリ得可シト雖モ高尚ナル道德カ法律ノ爲ニ發生スル場合往々ニシテ之アリ、而シテ法律自體モ甚タ高尚ナル事項ヲ目的ト爲シ得可キモノナレハナリ。命セラレテ而シテ後之ヲ爲スカ故ニ劣等ナリ、命ヲ俟タス自ラ進テ之ヲ爲スハ高尚ナリトノ理由ハ正確ナラス。支那道德ニ於テ義ト唱フルモノハ西洋道德ニ於テ正義ト稱スルモノト同一ナリ。而シテ西哲ノ研究ニ據レハ或ハ法律ヲ以テ正義ノ規則ナリト稱シ又ハ反對ニ正義ノ德ハ法律ニ因リテ發生スト爲スモノ、如シ「ゾーム」ハ前説ヲ採リ「ヒューム」ハ後説ヲ主張ス、何レニシテモ法律ト正義トハ密接ノ關係ヲ有スルモノナリ。而シテ正義ハ道德上ノ他ノモノト優劣アルコトナキヲ以テ法律ヲ以テ劣

等道德ト爲スハ當ラサルナリ、「ヘーゲル」ノ如キハ人ノ精神ヲ以テ道理ノ作用ニ歸シ、更ニ進ミテ人類社會モ亦道理ノ作用ナリト論ス、而シテ人類社會ニ働ク道理ハ人ノ精神ニ働ク道理ヨリモ高尚ナリトナシ、人類社會ニ働ク道理ニ服従スルヲ以テ道德ナリト辨スルナリ、此人類社會ニ働ク道理トハ究極スル所法律ニ外ナラス、斯ノ如ク「ヘーゲル」ニ據レハ法律ニ從フテ以テ道德ナリト論スルモノナリ。故ニ法律ヲ以テ劣等道德ト爲スハ根據ナキ説ト言ハサル可ラス。或ハ道德ニ據レハ中心ノ悦服アレトモ法律ニ於テハ威壓ナルカ故ニ法律ヲ以テ劣等道德ナリトスル者ナキニ非ス、然レトモ之レ法律ト道德トノ好尚問題ニ非スシテ道德家ト非道德家トノ區別ニ外ナラス、之ヲ以テ法律ト道德トノ區別ニ擬スルハ甚タ非ナリ。或ハ又制裁ノ有無ヲ以テ法律ト道德トノ區別ヲナス學者アリ。一應正當ナルニ似タレトモ未タ兩者ノ區別トスルニ足ラサルナリ。蓋シ此説ニ據レハ法律ハ從ハサルモノニ應スルニ惡報ヲ以テス、然レトモ道德ハ從ハサルモノニ制裁トシテ不從順者ヲ威嚇セシムルニ足ルモノナシト言フニ在ルナリ。法律ハ優者ノ命令ナリ。故ニ之ニ服従セサル者ニ對シテハ制裁アルコトハ大體ニ

於テハ正確ナリ、然レトモ此解釋ニ從ヘハ法律ヲ以テ一國主權ノ命令ト解ス可
 キモノナルヲ以テ國際公法ノ如キハ此内ニ包含セシムルコト能ハサル結果ヲ
 生ス。其他國際條約ニ於テ兩國遵奉ノ責務アル點ニ於テ法律トスルニ毫モ不都
 合ナキモノモ猶制裁ナキノ一事ヲ以テ法律ナラストセサル可ラス。之レハ制裁
 ヲ基礎トシテ法律ト非法律トヲ區別スル觀察法ナルヲ以テ此觀察ヲ正當ナリ
 トスレハ素ヨリ其區別法モ亦間然ス可キモノナシト雖モ、此點ニ關シテハ強力
 ナル批評ノ餘地アリテ存スルナリ。(ゲオルグ、イェーリチツク著、法律、不法律、及刑
 罰ノ社會倫理學上ニ於ケル意義、五〇、五一面參照ス可シ)。
 制裁トハ一定ノ行動ニ對スル一定ノ人爲的應報ニ外ナラス、人類社會ノ實情ヲ
 觀察スルニ善樹ハ善果ヲ結ヒ惡樹ハ惡果ヲ生ス、即チ積善ノ家ニ餘慶アリ積不
 善ノ家ニ餘殃アリトノ原則ハ往々ニシテ之ヲ實現スルコトアレトモ總テノ場
 合ニ於テ證明セラル、モノニ非ス、是ニ於テカ天道是カ非カト嘆スルモノナリ、
 自ラ一條ノ解答ニ血路ヲ開キテ辛ウシテ不平ヲ慰ムル者アリ、或ハ又道德ヲ以
 テ虛妄ナリト斷定シテ人慾ヲ無制限ニ無規律ニ主張スルモノアリ、實際ノ上ヨ

ハ政權ヲ掌握スル輩ニ斯ノ如キ者ヲ觀ルコト稀ナラス、而シテ想像家トシテ
 ハ詩人小説家ニ此主義ヲ唱道スルモノアリ、極端ニ權威ヲ重ニスル主義又ハ「ゴ
 ルキ」主義ト謂フモノ恐ラクハ現代ニ於ケル此等主義ノ名稱ニ外ナラサル可
 シ。余ヲ以テ之ヲ觀ルニ現世ノ實際ニ於テハ道德ニ對シテ應報ノ實ヲ舉クルコ
 ト甚タ覺束ナキモノナリ。有爲轉變ノ世態ハ必スシモ善人ニ福祉ヲ與フルモノ
 ニ非ス主觀的ニ無上ノ快樂ヲ感シ善行ニ對スル應報茲ニテ盡セリト觀念スル
 者ハ暫ラク之ヲ措キ客觀的ニ萬人カ觀テ相當ナリト信スル應報ハ到底是ノ世
 ニ於テ望ムコト能ハサルナリ。之レ古來ヨリノ一大論點ニシテ、此秘密ヲ探リ得
 タル大智識ハ極メテ鮮シ、カント「ハ是ニ於テカ道德完成ノ爲メ人類ノ靈性不滅
 ヲ説クニ至レリ。斯ノ如ク道德問題ハ世間ト出世間トノ交渉問題ナリ。故ニ法律
 ニ於テ論スルカ如キ制裁ハ之ヲ望ムコト能ハスト雖モ道德ニ制裁ナシトハ到
 底斷言スルコト能ハサルナリ。然レトモ法律ニ言フカ如キ制裁即チ權威ニ依ル
 制裁ナキカ故ニ制裁ヲ以テ被制裁者即チ制裁ヲ受クル者ノ精神ニ影響スルノ
 如何ヲ問ハサルモノト解釋スレハ道德ニ於ケル制裁ハ法律ニ於ケル者ト異ル

ハ明カナリ。然レトモ制裁ヲ斯ノ如ク解釋スレハ制裁ノ本義ヲ没却スルモノナリ。制裁ハ罪人ニ對スル惡報ナリ。痛苦ナリ。制裁ハ罪者ニ痛苦ヲ與フルヲ以テ目的トス。已ニ痛苦ト言フ以上ハ單ニ身體ニ與フル痛苦而已ニ限ラスシテ精神ニ關スルモノヲモ包含セサル可ラス。ベンサムハ制裁ノ一タル刑罰ヲ説明シテ曰ク「意思ニ効果ヲ生スル力ナキ刑罰ハ無用ナリ」同氏立法論綱第三編刑罰論第一章參照ト余モ亦同一ノ意見ヲ有スルモノナリ。已ニ制裁ヲ以テ斯ノ如キモノトスレハ道德ニ於テモ亦制裁ナシト言フ可ラス。唯形式ニ於テ法律上ノ制裁ヨリモ緩慢ナル觀ヲ呈スルノミ。法律上ノ制裁モ其己ニ慣レタル者ニ對シテハ何等ノ力ナキコトアリ。此場合ニハ制裁アリト雖モ之レ無ニ同シ。是故ニ制裁ノ有無ヲ以テ法律道德ノ兩者ヲ區別スルコト能ハサルナリ。殊ニ余ノ觀ル所ヲ以テスレハ制裁ハ法律ノ結果ニシテ其要素ニ非サルニ於テヲヤ。

法律ト道德トノ區別ニ關シ更ニ遵由力ノ必然性ト普遍性トヲ具備スルノ有無ニ因ラントスル學者アリ。此說ニ據レハ法律ハ國民全般カ必ス遵由セサル可ラサルモノニシテ道德ハ歸從取捨道德者ノ任意ニ在リ。之ニ從ハントスルモ其任

意ナリ。之ニ背カントスルモ其任意ナリ。何人モ此服從ノ義務ヲ負擔セシメラレタルモノニ非スト。之レ唯制裁說ト説明ノ方法ヲ異ニシタルニ止リ。其實質ニ於テハ多ク異ル所ヲ觀サルナリ。制裁說ニ在リテハ結果ニ依リ此說ニ於テハ法律ノ効力ニ依リタルノ差アルニ過キス。道德ニ於テハ必然性ト普遍性トヲ備具スル點ニ於テ別ニ法律ト異ル所ナシ。中庸ニ曰ハスヤ道也者不可須臾離也。可離非道也。是故君子戒慎乎其所不睹。恐懼乎其所不聞。ト之レ道德ノ必然性ト普遍性トヲ說ケルモノナリ。最モ茲ニ述フル必然性及ヒ普遍性ハ相對的ニシテ絕對的ニアラス。道德ヲ以テ萬古不變ノモノト信スル人ヨリ觀レハ絕對的ナル可シト雖之ニ對シテハ法律ニ於テモ自然法ノ學說アリテ兩者ニ差別ナキ而已ナラス萬古不變ト謂フハ單ニ概念ニ止リ。其實體ヲ形容シタルモノニ非サルナリ。猶進ミテ評言ヲ插マンカ。遵由力モ法律ニ於テハ強制シ得ルノ状態ヲ有スルニ止リ。果シテ完全ナル遵由力アリヤ否ヤハ未決ノ問題ナリ。之レ服從ヲ以テ法律効力ノ基本トスル學說アル所以ニシテ遵由力ヲ以テ直ニ法律道德ノ區別トナスコト能ハサルナリ。斯ノ如ク論シ來レハ結局兩者ノ差別ハ形體又ハ作用ニ基クコト

ヲ得スシテ、別ニ其標準ヲ求メサル可ラサルナリ。
 法律ト正義トハ密接ノ關係ヲ有ス、正義ハ道德ニ於テ缺ク可ラサルカ如ク法律
 ニ於テモ缺ク可ラサルモノナリ、而シテ正義トハ甲ト乙トノ分界ニ關スル概念
 ナリ、仁惠ハ道德ニ於テハ重要ナル概念ナリ、東西古今ヲ通シテ仁惠ノ德ヲ重
 セサル道德家アルコトナシ、基督ノ道德ニ於テモ、佛家ノ道德ニ於テモ又孔孟ノ
 道德ニ於テモ仁惠ハ首位ニ在リ、仁惠ニ關シテ哲學者「ヒューム」ノ説ク所大ニ味
 アリ、有名ナル雅典ノ政治家「ペリグレース」カ臨終ノ際徒ラニ古英雄ノ功績ヲ贊
 嘆スルニ熱心ニシテ絶エテ其仁德ニ及ハサリシヲ責メタル言葉ヲ記載セル史
 家「ブルターク」ノ叙事ヲ援用セルカ如キ殊ニ趣味津津々タルヲ覺ユ、「ヒューム」ノ道
 德ニ關スル論說中仁惠篇參照ス、如ク仁惠ノ德ハ彼我ノ區別ヲ立テスシテ四
 海兄弟ノ觀ヲ爲ス者、一視同仁ノ德恰モ天日ノ善惡兩ツナカラ照スニ異ルコト
 ナケレハナリ、然レトモ仁惠ニ於テハ元來團體ヲ以テ必然的假設ト爲サス、他人
 ニ對スルト雖モ制限的ニ團體ノ一員トシテノ意義ニ非スシテ擴張的個人トシ
 テ相對スルナリ、之カ爲メニ團體ヲ責メズシテ個人タル自己ヲ責ムルナリ、身ヲ

殺シテ以テ仁ヲ爲ス場合ノ如キ乃チ之レナリ、仁惠ノ德ハ其大ナルコト斯ノ如
 シ、然レトモ裁量ヲ用非サル仁惠ハ現世ノ社會關係ニ於テハ恰モ羽翼ナキ鳥ノ
 如ク、遂ニ飛翔擲揚シテ人類ノ生活關係全部ヲ支配スルコト能ハサルナリ、實ニ
 之レ正義カ仁惠ト相俟ツテ大德タルヲ致ス所以ナリ、而シテ正義ノ概念ヲ猶詳
 細ニ分析スレハ通常二様ノ意味ヲ有ス、總テ法律ノ定ムル所ニ違フモノ之ヲ不
 正ト謂ヒ、法律ニ定ムル所ニ從フモノ之ヲ正義ト謂フ、今一層汎ク觀察スレハ法
 律又ハ自然ニ反スルモノ之ヲ不正不義ト稱シ、法律又ハ自然ニ從フモノ之ヲ正
 義ト稱ス、此等用語ニ於ケル正義ハ德ノ全部ヲ指スモノナリ、然レドモ單ニ兩者
 ノ分界トシテ觀察シタル正義ハ狹義ノモノナリ、「アリストテレース」ハ此正義ヲ
 分賦的正義及ヒ匡正的正義ノ二者ニ區別シ前者ヲ以テ幾何學的トナシ、後者ヲ
 以テ算術的トナシタリ、分賦的正義ニ在リテハ其ノ主眼トスル所ハ平等ニ在リ
 而シテ平等トハ大小兩極ノ中央ヲ謂フナリ、從テ分賦的正義ニ於テハ少クトモ
 二人及二物ヲ要ス、而シテ其分賦ハ比例的ナリ、匡正的正義ノ骨髓トスル所ハ損
 益ノ中正ヲ維持スルニ在リ、此正義ニ於テハ善人カ惡人ニ損害ヲ蒙ラシメタル

ト惡人カ善人ニ損害ヲ蒙ラシメタルトヲ問ハサルナリ、損益ノ點ニ關シ爭議アルニ當リテヤ裁判官ノカヲ借ルモノナリ。故ニ裁判官ハ又仲介者ノ名アリ。匡正的正義ニ於テモ亦平等ノ意味アリ、而シテ損益ヲ平等ニ判斷スルハ裁判官ナリ是ヲ以テ希臘語ニ於テハ裁判官ハ又均分者ノ名アリ、アリストテレーヌ倫理書第五編參照

「アリストテレーヌ」ノ正義ノ解説ハ大ニ余ノ意ヲ得タルモノナリ。分賦的正義ハ能ク道德ノ研究事項タルト共ニ又法律ノ研究事項タリ、然レトモ匡正的正義ハ今ヤ専ラ法律ノ研究事項タリ。世人カ法律問題ト道德問題トハ之ヲ區別シテ論セサル可ラスト言フハ蓋シ空漠裡ニ此區別ヲ言フニ過キサリナリ、然レトモ法律ハ單ニ匡正的正義ニノミ關スルモノニ非サルヲ以テ世人ノ區別ハ不當ナリ分賦的正義モ亦法律ノ關係スル重要事項ナリ。匡正的正義カ法律ノ研究事項ナリト言フハ法律ノ研究事項ハ悉ク匡正的正義ニ於テ竭キタリトノ趣意ニ非サルナリ。法律ノ研究スル所兩者間ノ分界タルコト疑ヲ容レス、是故ニ法律ハ少クトモ二人ト二部分トヲ要ス。且此二人ト二部分トハ團體ニ於ケル二人ト二部分

トノ意義ニシテ單ニ獨立シタルモノニ非サルナリ。而シテ二人間ニ各相當分ヲ區劃分賦スル關係ハ單ニ損ト益トノ問題ニ非サルナリ。私法ノ關係ニ於テハ主トシテ匡正的正義ノ問題ニ支配セラルレトモ、公法關係ニ於テハ分賦的正義ヲ計算中ニ置クコト論ヲ須タサルナリ。正義ノ區別ヲ爲スコト如上ニ依リテ其大體ヲ終リタリ。之レヨリ法律ト道德トノ區別ニ付キテ一言セントス。

法律ハ道德ノ一部ニシテ猶道德ト區別アル所以ハ道德ハ個人ヲ基礎トシテ團體ニ及ヒ法律ハ團體ヲ基礎トシテ個人ニ及フニ在リ。而シテ其終極ノ目的ニ於テハ兩者同一ナリ。道德ハ仁惠ニ於テ稍其面影ヲ見タルカ如ク總テ道德ヲ行フ者ヨリ發足ス。即チ道德ヲ行フ者ノ一舉一動ハ道德ニ在リテハ必要缺ク可ラサルナリ。是ニ於テカ道德ノ標準ハ常ニ道德者自己ニ在ルコトヲ知ル可シ、然レトモ法律ニ在リテハ之ニ反シテ其標準ハ自己ト相對シタル他人ニ在リ、他人ト自己トノ間ノ平等ノ關係ニ在リ。之レ恰モ正義ニ於テ其模型ヲ見タルカ如キナリ故ニ道德ハ衣冠ヲ正ウシテ鏡ニ對スルニ比ス可ク、法律ハ鏡ニ對シテ容儀ヲ改ムルニ喩フ可シ、道德ニ於ケル正義ハ經濟ト關係セス、而シテ其實行ノ方法ニ於

テハ先ツ譲リテ彼ニ其處ヲ得セシムルニ在リ、法律ニ於ケル正義ハ經濟問題ヲモ包含ス、而シテ其實行ノ方法ニ於テハ唯彼ヲ觀テ自家ノ脚地ヲ定ムルニ在リ從テ何等讓歩ノ存スルコトアルナシ。推讓ヲ以テ道德ノ如ク論シ、權利ノ主張ヲ以テ法律ノ如ク説クハ此關係ノ一面ヲ看タルモノナリ。

道德ト法律トノ區別ヲ主體ニ依リテ之ヲ爲セハ、道德ハ汎ク社會ニ於ケル自己ヲ中心トスレトモ法律ハ狹ク團體ニ於ケル自己ト他人トノ關係ヲ主眼トスルモノナリ。故ニ余ハ道德ヲ以テ人格ノ完成トナシ、法律ヲ以テ人格ノ對立ト爲サントス。人格トハ如何ナルモノソ、之レ説明セサル可ラサル言葉ナリ。法律學者ト倫理學者ト心理學者トハ各意味ヲ異ニシテ此同一語ヲ使用ス。即チ法律學者ハ人格ハ自主自存ノ目的ナリト謂ヒ、倫理學者ハ綜合的ニ不變我ナリト謂ヒ、心理學者ハ分析的ニ研究シタル後ニ更ニ綜合シテ人間全體ヲ人格ト謂フナリ、而シテ人格ノ基礎トナルモノハ自覺ナリ。自覺ニ於テハ感覺的要素ト動的要素トヲ備フルモノニシテ此兩者ノ調和シタル處ニ自覺アルモノトス。故ニ心理學ニ謂フ所ノ人格トハ自覺ヲ有スル心理及ヒ生理現象ノ結合ナリ。此現象中ニハ社會

的心理及社會的生理ヲモ含ムモノナリ。余ハ此心理學上ノ意味ニ人格ヲ解釋シテ以テ如上ノ區別ヲ説カントスル者ナリ。人格ヲ以テ自主自存ノ目的ト解スルハ巧妙ナルニ似タレトモ、此説ハ人ヲ主トセスシテ法律ヲ主トナシ、法律ニ因リテ一切ヲ説カントスルニ歸着ス、從テ人ノ存在セサル前先ツ法律アルカ如キ結果ヲ生スルモノナリ。法人ハ何か故ニ人格者ナリヤ法律カ自主自存ノ目的ヲ有スルモノト假定シタレハナリ。胎兒ハ何か故ニ人格者ナリヤ、法律カ自主自存ノ目的ヲ有スルモノト假定シタレハナリ。奴隸ハ何か故ニ人格者ナラサルカ、法律カ自主自存ノ目的ヲ有スルモノト假定セサレハナリ。斯ノ如ク人格ヲ以テ自主自存ノ目的トスル説ハ甚シク擬制ニ陥リテ遂ニ人以外ニ法律ノ存在ヲ許サ、ル可ラス、從テ法律ニ於テ關與スル處ハ自然人ニ非スシテ法律ノ認メタル人ナリ換言スレハ法律上ノ人ナリ人格ヲ斯ノ如ク説明スルハ法律解釋ノ上ニ便宜ニシテ其説タルヤ頗ル優力ナルコトヲ疑ハスト雖モ、此説ハ法律ト道德トノ區別ニ關シテハ何等ノ説明ヲ與ヘサルナリ。故ニ余ハ前段述ヘタルカ如ク心理學上ノ意味ヲ以テ人格ヲ解釋シ以テ法律ト道德トノ區別ヲ説カント欲スルナリ。

唯注意ヲ要ス可キハ余ノ此説明ニ對シテ、法人ハ人格者タルコト疑ナキニ係ハラス、心理及ヒ生理現象ノ結合ニ非サルヲ以テ法人ハ法律ノ以外ニ置キタルカトノ論難アルヘキコト之レナリ。社會心理及社會生理ノ研究未タ十分ナラサル今日ニ於テハ此論難ハ一應ノ道理アリ、人格ヲ以テ嚴格ナル個人心理學ノ意義トスレハ法人ハ人格者ニ非ス、然レトモ此人格ノ意義ヲ社會心理ノ上ニ擴張スレハ法人モ亦人格者ナリ然レトモ余ハ自然人ニ對スルト全ク同一ノ意味ヲ以テ之ヲ人格者トナサ、ルナリ。後ニ法律ノ認メタル人ト始メニ法律ヲ發生セシムル人トハ區別シテ觀察セサル可ラス。人格ノ對立ハ平等ナル生活ヲ營マントスル關係ナリ、法律ハ應分の對等生活ヲ以テ理想トスルモノナリ。而シテ法律トシテ一定ノ考案ヲ爲スニ於テハ法人ノ制度モ必要ナリ、胎兒ヲ以テ已ニ生マレタルモノト見ル制度モ必要ナリ。私權ノ享有ハ出生ニ始マルトスル制度モ必要ナリ、法律ノ與フル權利ヲ享有スル主體ハ必スシモ人格者タルヲ要セス。法律關係ノ發生カ此人格ノ對立ニ在ルコトヲ説明スル上ニ於テ之レ等ハ何ノ障礙ヲモ爲サ、ルナリ。然レトモ法律思想ノ進歩ニ伴ヒ始メ制度トシテ設ケタルモノ

ヲ後ニ實在スル人格ト認ムルハ素ヨリ差支ナキナリ、法律ハ人格ノ對立ナリ、是ニ於テカ秩序ノ問題ヲ生ス。道德ハ人格ノ完成ナリ、是ニ於テカ風俗ノ問題ヲ生ス。秩序ハ分賦的正義ノ行ハル、狀態ナリ。風俗ハ一定度ノ人格者間ノ慣習ナリ。法例第二條民法第九十條ハ法律ト道德トノ交渉規定ナリ。世ノ學者或ハ此條規ヲ解釋シテ公秩序ト謂フモ善良ノ風俗ト謂フモ、敢テ異ルモノニ非ス、法律ノ許シタル關係ハ公秩序ニシテ、此秩序ニ反セサルモノハ悉ク善良ノ風俗ナリト説ク之レ法律ト道德トヲ混同シタルモノニシテ餘リ精確ノ説ト言フコト能ハサルナリ。

如上説明ノ要旨ヲ擧グレバ法律ト道德トハ唯其目的ニ依リテ之ヲ區別スルコトヲ得ルニ止リ、在來ノ區別ニ關スル説明ハ概シテ不十分ナリト言ハザル可カラズ。道德ノ目的ハ全ク主觀的ナリ、道德ハ道德ノ爲ニ其存在ヲ有スルモノナリ。人格ノ完成ヲ以テ道德ナリト謂フハ乃チ此意義ニシテ、道德ガ他ノモノ、手段トナラサルノ謂ナリ。之ニ反シテ法律ハ人格ノ對立ナリ、定時的社會狀態ノ維持ナリ。主觀的ノ目的ニアラスシテ客觀的ナリ、他ノ目的ノ手段ナリ。(ゲオルグ、イエ

「リテツク」法律不法律及刑罰ノ社會倫理學上ニ於ケル意義五五面參照之レ法律ト道德トノ區別ナリ。猶本問ハ法律哲學上甚ダ趣味ニ富ムヲ以テ他日詳細ニ論ズル所アル可シ。

第二十四節 法律ト宗教

法律ト宗教トハ古代ニ於テハ分化セザリキ、宗教ノ精神ハ法律ノ形體ヲ以テ表ハレ印度猶太羅馬等皆兩者ノ間ニ區別ナカリシナリ。我國ニ於テモ徃古ハ祭政一致ニシテ「まつりごと」トハ神ヲ祭ルノ意味ト共ニ又政治ノ意味ナリキ。從テ上古ニ於テハ上皇室ヨリ下臣民ニ至ル迄神祇ヲ重シ、皇宮即神殿ニシテ神物官物ノ區別ナク臣民ニ在リテモ氏神ト云フモノアリテ居住ヲ同シクセリ。祭政ノ一致斯ノ如キ次第ナルヲ以テ允恭天皇ノ時姓名ヲ正サル、ニ當リ盟神探湯ノ方法ヲ用キラレタリ、之レ證據方法ノ一ニシテ宗教ト密接ノ關係アル證明法ナリ。羅馬ニ於テモ神法ト法律トノ兩者アリシコトハ少シク羅馬法ヲ學ヒタルモノ、知ル所ナリ。ゲルマンノ古代ニ於テモ宗教ト法律トハ近キ關係ヲ有セリ。バビ

ロンノ「カムラビ」法典印度ノ摩拏ノ法典イスラエルノ「モーセ」ノ法律等宗教ト法律トノ間ニ離ル可ラサル關係アリシコトヲ證スルモノナリ。斯ノ如ク兩者ハ密接ノ状態ニ於テアリシト雖モ世ノ進ムニ從ヒ法律ト宗教トハ漸次分離スルニ至リ、今日ニ於テハ兩者ノ間ニ確乎タル區別ヲ生スルコト、ナレリ。然レトモ親族相續等ノ規定ニ就キテハ宗教法ノ影響ヲ受ケ、又訴訟法ニ於テハ宣誓ノ如キ制度ヲ存スレトモ大體ニ於テ宗教ト法律トハ獨立シタルモノナリ。歐洲ニ於ケル宗教ト法律トノ關係シタル沿革ハ國家主義ト法王主義トノ權力消長ニ關スル歴史ニシテ大ニ參考ニ資ス可キモノアレトモ敢テ茲ニ述ヘス。唯現今ニ於テ此兩者ヲ區別スル標準ヲ述フルニ止メントス。法律ハ前節ニ於テ述ヘタルカ如ク人格ノ對立ナリ。人類ノ一切ノ生活關係ヲ調査シテ分賦的又ハ匡正的正義ニ基キタル生活ノ考案ヲ造ルヲ以テ其理想ト爲ス。道德ハ人格ノ完成ナリ。人格ヲ完全ノ域ニ進ムルヲ以テ其目的ト爲ス。宗教ハ新人格ノ樹立ナリ。宗教ハ道德ノ如ク人格ノ完成ト觀ルモ差支ナキカ如シト雖モ宗教ハ道德ト異リテ出世間ノ問題ニ關スルコト多シ。無神教モ有神教モ此點ニ於テ異ル所ナシ、故ニ單ニ人

格ノ完成ト言ハスシテ新人格ノ樹立ト言ハントス。宗教ハ斯ノ如ク高尙ナル新人格ヲ樹立スルニ在リ、利欲名達ヲ欲スル自然人類ノ性格ヲ變シテ博愛慈眼ノ新人物ヲ造ルニ在リ。從テ宗教ト國家主義トノ間ニ往々衝突ヲ來スコト無キニ非ス。然レトモ之レ素ヨリ一時ノ現象シテ本來兩者ノ間ニ氷炭相容レサルノ關係アルニ非サルナリ。然レトモ國家ニハ之ヲ形成スル國民ノ性格ニ因リ自ラ一種ノ風俗ヲ現出スル傾向アリ、而シテ宗教ハ此風俗ト水魚ノ關係ヲ有ス、印度ニ出テタル佛教モ漢土ニ傳習セラレテ自ラ漢土ノ風俗ニ化シ、日本ニ傳來シテハ自ラ日本ノ風俗ト同化ス。天台華嚴ノ壯高ナル理論的宗教ハ武斷政治ノ下ニ武人化シタル鎌倉朝以後ニ在リテハ勢日連淨土等ノ小乘的彩色ヲ帶ヒタル通俗ノ宗教ト變セサル可ラス。斯ノ如キ變法自在ノ宗教ナレトモ精髓ニ至リテハ容易ニ改廢スルコト能ハス、而シテ風俗ハ寧ロ守舊墨株ノ性質ヲ有スル慣習ノ化成ニシテ應變的智性ノ之ニ混セサルニ於テハ千歲渝ラサルヲ本則トスルカ故ニ一時ノ現象トシテハ風俗ト宗教トノ間ニ激烈ナル衝突ヲ來スコト無キニ非ス。漢土ニ於テ儒家ノ佛教ヲ嫌惡セルカ如キ、日本ニ於テ神道家ノ佛者ヲ甚シク排撃

セルカ如キ、而シテ近代ニ及ヒテハ基督教ヲ以テ邪宗門トナシ單ニ政治上ノ意味ニ於テ之ヲ制禁スルノミナラス、風俗ノ自然ニ於テ互ニ相容レサルモノトシテ世ノ詆誹スルノ類概テ此理由ニ基ク。是故ニ之レ等ノ關係ヨリ皮相ノ見解ヲ下シテ直ニ國家ト宗教トノ全然融和シ得サルカ如ク論斷スルハ大早計ノ擧ナリト言ハサル可ラス。日本ノ國家ト祖先教トハ今日ニ至ル迄離ル可ラサル關係ヲ有ス。祖先教ノ本旨ハ血族團體ノ鞏固ヲ計ルニ在ルヲ以テ余カ前段説明シタル新人格ノ樹立ト言ハンカ如キモノナリヤ否ヤハ直ニ斷言スルコト能ハス。然レトモ祖先教ニ顯ハレタル祖先敬慕ノ念ハ究極スル所新人格ノ樹立ニ到達セサレハ熄ムコト無キナリ。朱熹カ凡祭在於愛敬之誠而已ト述ヘタルカ如キ祖先教ニ於ケル祭祀ノ精神ヲ言ヒ表ハシタルモノニシテ祖先教ノ形骸ヲ逸出シタル見解ナリトス、孔子モ亦祭ルコト在スカ如シト曰ヘ、此思想ハ單純ニ祖先ヲ祭ルニ供物ヲ以テスルノ意味ニ非スシテ愛敬ノ念油然而シテ心中ニ起リ、恰モ膏雨ノ稻田ヲ潤スカ如ク、至誠ノ真情奔騰シテ祖先ノ心靈ニ向フノ義ナリ。夫レ惟然リ是故ニ祖先教ハ終ニ一轉シテ新人格ノ樹立ヲ以テ本義トセサル可ラサ

ルニ至ル可キナリ。果シテ然ラハ理論上ニ於テハ祖先教ヲ以テ新人格ノ樹立ト解スルモ敢テ不可ナカラン。

佛教基督教共ニ新人格ノ樹立ニ在リ、而シテ祖先教モ亦前段述ヘタル如キモノナルヲ以テ新人格ノ樹立ト相容レサルモノニ非ス。從テ人格ノ對立トスル法律トノ區別モ亦此點ニ存ス、對立シ得可キ人格ハ其資質ノ如何ヲ問ハス、各其有スル所ノ人格ニ從ヒテ對立セシム之レ法律ノ問題ナリ。之トハ異リテ宗教ニ於テハ各人格ヲ圓滿具足ナラシメ、宗教ノ主義トスル所ニ從ヒテ之ヲ鑄冶セントスルナリ。山澗谿流ニ臨ミ水聲喧聒ノ上ニ繁茂スル草木モ、海邊ノ潮風ニ浴シ濤聲ニ舞フ草木モ草木トシテ植物園内ニ於テ相對立スルハ別ニ異ルコトナシ。然レトモ草木ノ本質ニ至リテハ兩者相異ル所アル可シ。法律ト宗教トノ異ル所猶斯ノ如シ。相異ルカ爲ニ兩者ノ關係ハ依然トシテ親密ナリ。法律ハ人格ノ對立ニアリ、而シテ其對立ハ爭鬪戰亂ノ意味ニ於ケル競争ニ非スシテ秩序的對立ナリ。而シテ永遠ニ確實ナル秩序ヲ成サンカ爲ニハ人格ノ本質ヲ改正スル所アルヲ要ス。之レ宗教カ法律ト相對シテ必要ナル所以ナリ。然レトモ人類ノ迷信多キ必ス

シモ新人格ノ樹立ヲ以テ目的ト爲サス、邪教濫祠ノ跡ヲ絶タサル所以ナリ。是ニ於テカ法律ハ之ニ干涉セサル可ラス、然レトモ一切ノ宗教ニ對シテ禁遏手段ヲ取ルハ爲政治家ノ拙策ナリ。一時ノ衝突ヲ以テ將來ノ調和ヲ見サルハ智者ニアラサルナリ。目的ト成立トヲ異ニスル者ハ或點ニ於テ衝突ス、之レ自然ノ勢ナリ。是故ニ「アリストテレース」ハ政治論ニ於テ、人ハ其徳ノ完備シタル時ニ於テ善人ナルヲ以テ卓越シタル市民ハ必スシモ善人ヲ構成スル徳ヲ具備セサルハ必然來ル可キ結論ナリト言ヘリ。宗教ハ性格渾成完備ノ人ヲ造ラントシ法律ハ國家ノ安寧秩序ヲ目的トス。是故ニ國家ノ目的ニ依リテハ既成ノ關係ヲ破ラサルニ存スルコトアリ。此際兩者ノ衝突ヲ見ルナリ、亞米利加ニ於ケル奴隸廢止ノ戰爭ノ類之レナリ。奴隸ノ慘毒ハ實ニ名狀シ難シ。中世ニ於ケル奴隸ヨリモ近世ニ於ケル黒奴賣買ノ悲劇ハ地球ノ悲慘ヲ悉ク一堂ニ會セシメタルヨリモ猶甚シ。然レトモ永年ニ亘リテ民心ヲ毒シタル此制度ハ祖先ノ契約ニ成立セル社會制度ナルカノ如ク信セシメタルモノニシテ單ニ貪慾ト私利トノ問題ニ止ラサリシナリ。此場合ニ於テ人身ヲ重シタル宗教ノ先覺智者ハ之ニ反對シテ大戰爭ノ端

ヲ發シタリ。之レ現態ノ維持ヲ以テ唯一ノ政策ト信スル者ニ取リテハ驚愕ス可キ事ナレトモ雷鳴般々一天ノ墨雲墨ヲ翻シテ後大氣洞然廓清ニ歸スルト同シク却テ國家ノ維持ニ偉大ナル力ヲ供スルモノナリ。一時ノ衝突ノ憂フ可ラサル斯ノ如シ。之レ法律ニ於テ宗教ヲ禁セサルノミナラス。寧ロ之ヲ保護スル所以ナリ。行政法ハ乃チ宗教ノ保護ト共ニ其取締ヲ研究スルモノナリ。我民法ニ於テハ法人ノ設立ニ於テ宗教的法人ヲ禁セサルノミナラス、他法人ト同シク之ヲ規定シタリ。斯ノ如ク宗教ト法律トハ關係アルヲ以テ本節ニ於テ其區別ヲ説キ、且憲法第二十八條ノ解釋ニ資スル所アラントシタリ。

宗教ト法律ト區別アルハ上述ノ如シ。之ガ爲メ今日ノ學者中兩者全ク相反目嫉視スルガ如ク考フルモノ無キニ非ズ。然レドモ之レ又一方ノ極端ニ偏シタル觀察ナリ。他ノ極端ニ在リテハ未ダ兩者ヲ全然混同スルモノアリ。コーランヲ以テ無二ノ法律トナシ又無上ノ教典トスル「イスラム」之レナリ。エル、アヅア「ノ大學ニ於テハ全ク兩者ヲ同一視シテ學生ニ法律並ニ宗教的敎育ヲ施シツレアリト云フ。『ブライニス』史學及法律學研究二卷二一八面以下參照實ニ古代ノ面影ヲ殘

セルモノト言フ可シ。然レドモ文物進步ノ今日ニ在リテハ明カニ兩者ノ區別ヲ認メ宗教ハ一國主權ノ認許ニ依リテ始メテ公然ノ存在ヲ全ウシ得ルニ至レリ。迷信的宗教其跡ヲ絶タザル世態ニ在リテハ誠ニ當然ノ事理ナリ。

第二十五節 法律ト政治

若シ人類ニシテ「アリストテレース」ノ提唱シタルガ如ク社交的動物ナリトスレバ政治ハ人類團體ノ維持生存發達ヲ主宰スル第一義ナリト言ハザル可ラズ。政治若クハ爲政ノ概念ハ政治的發達ヲ遂ケタル國民ノ間ニ在リテハ極メテ遠ク極メテ古シ。科學的研究ノ起ラザル以前ニ於テ已ニ政治ノ概念ハ明瞭ナル構成アリシナリ。而シテ古代思想ニ於テハ政治ハ恒ニ道德ト駢馳シ倫理ト存在ヲ同シクセリ。余ガ第十三節ニ於テ説明シタルガ如ク支那ニ於テ已ニ政治ノ根源ヲ道德ニ求メタルコト知り得可シ。孔孟老ノ諸子夙ニ政治ニ關スル意見ヲ發表シテ政治ニ絶大雄渾ノ意義ヲ與ヘタリ。希臘ニ於テモ亦「ソークラテース」「プラトーン」ノ如キ諸賢ハ政治ト道德トヲ以テ離ル可ラザルモノト觀察セリ。而シテ實ニ

政治ハ道德ノ一部タリシナリ。此意味ニ於テ聖賢仁義ノ士ハ國民ノ立法者ナリキ。單純ナル法律問題ノ如キ狹隘ナル範圍ニ動作進退スルコトヲ欲セザリシ高尙ナル人心ニ對シテ彼等ハ實ニ法律ヲ畫綴セシナリ。(パウエル、ジャーチー等哲學問題史二卷一章參照)

此意義ニ於テ政治ノ概念ヲ求ムレバ理性ノ實行ナリ。然レトモ政治ハ單ニ理性ノ實行ニ止ラズシテ、道德ニ關スル思想ノ變遷ト共ニ其概念ヲ變ジタリ。支那戰國ニ於テ富國強兵ヲ以テ政治ノ本義トナシ、カ如ク歐洲ニ於テハ功利快樂ヲ以テ政治ノ根據トシタルコトアリ、或ハ又經濟問題ヲ以テ政治ノ根本想トシタルコトアリ、或ハ又自由民權ヲ以テ或ハ又王者ノ權威實行ヲ以テ政治概念ノ中心トシタルコトアリ。斯ノ如ク政治ニ關スル思想ハ區々ナリト雖モ理想的ノ方面ニ其概念ヲ求ムレバ之ヲ理性ニ歸セザル可ラズ。ウイリヤム、サミュエル、リリイ「ハ理想的記者ナリ。彼曰ク、國家ハ動物的共同團體ノ如ク本來必然的ニ發生スルモノナリ。唯彼ト異リテ理性的意思ノ自由ナル行動ニ依リテ構成セラレ且確立セラル、モノニシテ國家ハ要スルニ内心ノ反射タルナリ。」スピノーツア曰ク

人ハ理性ニ於テ成立スト、實ニ國家モ亦斯ノ如シ。ヘトゲル「ノ尊重ス可キ語法ヲ借リテ之ヲ言ヘバ理性ノ權利トシテ自顯スルモノ乃チ國家ナリ」ト(同民著政治ノ第一義「二四面參照」)

今政治ノ意義ヲ理性ノ實行ト解釋スレハ法律ハ理性實行ノ方法ナリ。政治ハ目的ナリ、法律ハ手段ナリ。故ニ政治ト法律トハ共ニ意思現象ノ發展ニ歸着シ、能ク目的トナリ能ク手段トナリテ形影相從フ。故ニ余ハ此觀察ヲ以テ、正義ヲ法律ノ基礎トスル觀察ト同一轍ニ出ツルモノト爲シ哲學的倫理說ニ根據ヲ有スル區分法ト評セントス。然レトモ事哲學論ニ屬スルヲ以テ本書ニ於テハ其詳細ニ亘ルコトヲ避ケ科學ノ方面ヨリ兩者ノ區別ヲ研究ス可シ。

經驗論的研究ヲ採用スル學者ハ直ニ政治ヲ以テ理性ノ實行ナリトスル斷案ヲ下サ、ル可シ。アリストテレース「カ其政治論ニ於テ各種政體ノ形式ヲ研究シタレトモ、敢テ政治ノ本義ヲ説カサリシハ彼カ「プラトーン」ニ比シテ經驗論的研究ニ傾キ居リシカ爲ナラサランヤ。故ニ近世ニ於テ經驗論的研究ノ一層重要視セラル、ニ至リテハ先ツ政治ノ實際ヲ觀察セサル可ラス。之レ研究ノ順序ナレハ

ナリ。

政治トハ換言スレハ國家ノ目的ナリ。國家ノ目的ヲ實行スル爲ノ施設ハ政治ノ通俗ノ意義ナリ。極端ナル唯物論ニ根據ヲ置キ一切現象ヲ以テ盲目ナル勢力ノ衝突ヨリ成ルモノトスレハ國家ニ於テ何等ノ目的アルコトナシ。斯ノ如キ學說ハ今日ニ在リテハ殆ント一顧ノ價值ナシ。國家カ客觀的目的ヲ有ストノ說ニ付キテハ在來二種ノ分派アリ一ハ普遍的ノ目的ヲ有スルモノトスル說ト一ハ特別目的ヲ有スルモノトスル說之レナリ。然レトモ之レ又學術的研究ヲ容サ、ルモノナルヲ以テ國家ノ主觀的目的ヨリ出發セサル可ラス。

國家ハ國家自体ノ目的ヲ有ス。之レ政治ノ概念ナリ。此目的ハ種々ナル施設ヲ以テ歷史上ノ事實トシテ發現ス。之レ政治ノ實際ナリ。政治ノ科學的研究ハ如上實際ノ問題ヨリ歸結シテ遂ニ政治ノ概念ニ到達セントスルナリ。而シテ此概念ハ三個ノ研究方法ニ據リテ到達スルコトヲ得可シ。一ハ人類學的研究ナリ、一ハ社會心理學的研究ナリ、一ハ倫理學的研究ナリ。人類學的研究ハ團體進化ノ理法ヲ示シ合セテ第一假設トシテ社交動意ノ根源ハ實ニ人種ノ生存慾ニ在ルコトヲ

主張スルナリ。心理學的研究ハ人類ノ國家的生活ハ行爲ノ歴史の連環ナルコトヲ示シ、國家ハ實ニ意思ノ發動ナルコトヲ主張スルナリ。倫理學的研究ハ國家ノ生存ハ倫理的生活ノ實行ニ依リテノミ維持セラル可キコトヲ主張スルナリ。此等ノ假設ヲ基礎トシテ國家ノ主觀的目的ハ其何レニ在ルカヲ決シ得ルナリ。ゲオルグ、イェーリッテック曰ク人類行爲ノ大部分ハ千紫萬紅其體様一ニシテ足ラズ且直接ニ得ント欲スル目的ハ多端ニシテ之ヲ識別シ難シ。然レトモ遂ニ一大目的タル個人ノ生存ト其福祉トニ歸着ス。此最高目的ニ達セントスル手段ハ種々ナリ、之ガ爲ニ中間目的ヲ生スルコトアリ。然レトモ諸種ノ中間目的ハ主トシテ此最高目的ニ達センコトヲ努ムルモノナリ。斯ノ如ク國家ハ各瞬間ニ於テ自己ノ爲ニ又臣民ノ爲ニ特別ナル目的ヲ實行セント欲シテ努力スル所アリト雖モ此等個々ノ目的ノ爲ニ一大目的ヲ認識スルハ素ヨリ何ノ妨ケ無キ所ナリト同氏著、近世國家ノ法律「一卷二〇面」政治ハ實ニ此最高目的ノ概念ナリ。現實政治ノ良否ハ主トシテ此目的ニ照シテ判斷セラル、モノナリ。此最高目的ハ人類學者ノ唱フルカ如ク單ニ人類ノ生存慾ニ限ル可ラス、單ニ意思ノ發動ニ限ル可ラス。

此兩者ニ倫理的生活ノ實行ヲ加味スルコトニ於テ始メテ完全ニ近キ概念ト爲シ得可キナリ。ジエームス、ブライス「ハ羅馬帝國及英吉利帝國ノ政治ヲ比較シ、兩者ノ長所ヲ治者ノ高尚ナル責務ノ觀念ニ歸セシメタリ。英國ノ印度ニ對スル政策羅馬ノ征服地方ニ對スル政治ヲ説ク所大ニ參照ノ値アリ」(同氏著、史學及法律學研究「一卷二六面以下參照」)

余ハ以上説述スル所ニ依リテ政治ハ國家ノ倫理的生存ナリト論結セントス。之ニ依リテ法律トノ區別ヲ概念的ニ知リ得可シ。即チ法律ハ人格ノ對立ナリ。而シテ人格對立ノ理由ハ國家ノ倫理的生存ノ爲ニ必要ナル方法ニシテ、要スルニ法律ハ政治ノ手段タルナリ。而シテ此手段カ如何ナル過程ヲ取リテ今日ニ至リタルカハ實ニ法律ノ發展的研究ニ須タサル可ラス。

然ルニ近世ノ學者ハ此根本目的ヲ科學的ニ研究スルカ若クハ哲學的ニ研究スルコトヲ好マスシテ一種ノ社會狀態ニ對スル淺薄ナル觀察ヲ基トナシ、直ニ一定ノ主義ヲ案出セント企ツルモノ、如シ之カ爲ニ或ハ極端ナル社會主義ニ陷リ又ハ無政府主義ニ淪落スルナリ。之レ誠ニ戒慎ス可キコトナラスヤ。

第七章 法律ノ分類

第二十六節 母法及子法

法律ハ一大社會現象ナリ。而シテ類ニ從ヒテ之ヲ區分スルノ方法モ亦種々アリ。本章ニ掲ケタル分類法ハ各國ノ現行制定法ニ從ヒテ小目ヲ立ツルノ謂ニ非スシテ、學說上ノ大別ニ過キス。而シテ其區分ノ方法ノ如キモ單ニ在來ノ歴史ニ依リタルモノニシテ素ヨリ正確ナル標準ヲ立テ、之ニ適應セシメタルモノニ非ス。法律ヲ母法子法ニ區別スルハ法制ヲ比較シテ研究シタル結果ニ歸ス、一國ノ法律丈ニテハ母法モ子法モ之レアルコトナシ。是故ニ法律ノ母子ハ動物學上ノ母子ト少シク趣ヲ異ニスル處アリト言ハサル可ラス。自然狀態ヲ基礎トスル自然法學派ノ論スルカ如ク法律ハ自然ニ宇宙間ニ存在スル法則ニシテ萬古不變ノモノナリトスレハ法律ニ母子ノ關係アル可キニ非ス。印度ノ法典ハ摩拏ニ於テ竭キ「アラビヤ」ノ法典ハ「コーラン」ニ於テ盡サレタリトスレバ而シテ之レ等ノ

法典ハ神又ハ梵ノ授ケタル万世不磨ノモノナリトスレハ法律ニ母子ノ關係アル可キニ非ス。然レトモ法律ノ進歩ハ猶ホ他ノ社會現象ノ進歩ノ如ク時々刻々新ナルヲ致ス事實ノ論斷セラレテ以來、歴史的研究ノ必要ヲ生シ、又諸國ノ法律ヲ比較シテ研究スルノ必要ヲ生シタリ。比較法制史ノ研究之レナリ。此研究ニ據リテ諸國ノ法律ヲ精細ニ比較スルトキハ各法律ノ間ニ存在スル關係ノ極メテ親密ナルコトヲ知り得ルナリ。例ヘハ羅馬ニ於テ千餘年ノ長日月ヲ經テ發展シタル羅馬法ト佛蘭西又ハ獨逸ノ法律トノ間ニハ母子ノ關係アリ。即チ佛蘭西法又ハ獨逸法ハ羅馬法ノ子法ニシテ羅馬法ハ之レ等ノ法律ニ對シテハ母法タルモノナリ又獨逸法ト瑞典那威等ノ法律ノ如キハ姉妹ノ關係アリ。之レ等ハ主トシテ比較研究ニ基キテ推知シタルモノナリ。蓋シ法律ヲ以テ單ニ命令ナリト考フレハ甲國ノ命令モ乙國ノ命令モ共ニ命令ナルヲ以テ此間ニ母子ノ關係ヲ見ル可キ理由ナシト雖モ法律ヲ以テ社會現象トナシ、而シテ其現象ハ共存生活ヲ完全ナラシムル考案トシテ發達進歩スルモノトスレハ、此現象ノ發達ニ最モ適シタル國ニ於テ完成シタル法律ハ自然他ノ之ニ關係アル諸國ニ採用セラル可

キナリ。此點ニ關シテハ法律ノ輸入ト他ノ文化ノ輸入トノ間ニ甚シキ差異アルモノニ非サルナリ。凡ソ母法子法ノ關係ハ法律ノ解釋上其精神及ヒ用語ノ概念ニ於テ母子ノ關係アルヲ言フモノニシテ成文法及ヒ不文法ニ共通スルモノナリ。而シテ特ニ母法子法ノ關係ヲ有セシムルコトニ於テ實益アル所以ハ(一)解釋上法律ノ精神並ニ用語ノ概念ヲ知リ(二)學問上思想進化ノ系統順序ヲ知ルニ在リ。之レ大ニ注意ス可キ點ナリ。法律ノ輸入ニ付テハ特別ノ術語アリ之ヲ繼受ト謂フ。繼受ノ方法ハニアリ、一ハ全部ヲ直ニ輸入スルモノニシテ一ハ多少形ヲ變ヘ自國ノ人情風俗ヲ斟酌シテ、之ヲ採用スルモノナリ中世ニ於ケル羅馬法ノ獨逸ニ繼受セラレタル狀態又ハ日本ニ於テ律令ヲ唐土ヨリ繼受シタル大寶ノ制度ハ實ニ前者ニ屬スルモノニシテ近世ニ於ケル法律ノ繼受ハ概シテ後者ニ屬スルモノナリ。羅馬法ノ繼受ヲ研究シタル學說ニ據レハ文藝技術ノ復古學者カ希臘羅馬ノ名家ニ籍リテ直ニ絶對ノ真理ト人像トヲ創設シ得可シト信セシ如ク法律家ニシテ「ポロニヤ」ニ羅馬法ヲ研鑽シ且之ヲ家國ニ適要セント欲シタル者ハ誠ニ同一ノ狀態ナリキ。彼等ハ自國民ノ異郷ノ法律ヲ輸入スルモノタルヲ知

ラス、羅馬法典ノ規定全部カ適用シ能ハサリシ事實ノ如キハ毫モ覺ラサリシナリ換言スレハ外國法ヲ輸入スルト云フ觀念ノ如キハ夢想ニタモ無カリシ所ニシテ、其發達ニ於テ最高潮ニ昇リタル真正ノ法律ヲ適用ス可キモノト信シタリシナリ（ストツベ氏獨逸法淵源史一卷六四〇面參照）又有名ナルサウゼンズビーゲル索遜法鑑ヲ適用シタル法廷ニ於テモ他ノ特別法ト調和スルヤ否ヤノ如キハ全ク研究セサリキト謂フ。日本ニ於テモ大寶律令編纂ニ當リ直ニ唐土ノ律令ヲ採用セシモノナル可ク、宮崎道三郎博士ハ當時ニ於ケル文物輸入ヲ評スルニ東坡ノ詩ヲ以テセリ曰ク墨雲翻墨未遮山白雨跳珠亂入船ノ眞景アリト以テ法律繼受ノ如何ナリシカラ推知スルニ足ル可キナリ。近時ニ至リ史的研究ノ精神漸ク盛トナルニ從ヒ法律ト一國ノ慣習風俗トノ間ニ密接ノ關係アルヲ知ルニ至レリ故ニ法律ノ繼受ノ如キハ直ニ外國法ノ全部ヲ採ルニ非スシテ大ニ自國在來ノ制度若クハ慣習ヲ加味スルヲ常トス。我國ニ於ケル舊民法ノ施行ニ關スル議論ノ一時喧囂ナリシ類之ニ因由スト言ハサル可ラス。唯今施行セラレ、民法商法ノ如キ獨逸法ニ近接シテ殆ント母法子法ノ關係アリト言フヲ妨ケス然レトモ其繼受ノ方法

ハ獨リ自國ノ風俗慣習ニ顧ル所アリタル而已ナラス猶諸多ノ外國法ヲモ參照シテ別ニ一家言ヲ爲シタルモノナリ。故ニ民事訴訟法ノ獨逸ノ國法ニ類スルカ如ク甚シカラス、母法子法ノ分類法ハ法律ノ系統的ノモノナリ。而シテ全世界ニ於テ幾許ノ法系アルカニ付テハ穗積陳重博士ノ詳密ナル研究アリ曰ク支那法系曰ク印度法系曰ク回々教法系曰ク羅馬法系曰ク英吉利法系之レナリ。此外巴比論法系ノ如キモ優ニ一系トシテ提示ス可キモノナリト信ス。

第二十七節 國內法及國際法

國內法ハ嚴格ニ言ヘハ人定法ナリ、一國ノ主權ニ依リテ行ハル、法律ナリ。之ニ反シテ國際法ハ一ノ主權ト他ノ主權トノ間ニ行ハル、法律ニシテ國內法ト稍其性質ヲ異ニスル所アリ。即チ國內法ハ現行制定法タルト慣習法タルトヲ問ハス主權ノ下ニ行ハル、法律ニシテ一個團體ヲ以テ其要素トナシ而シテ此團體ニ屬スル各員ヲ羈束シ斯ノ如クシテ人格ノ對立、共存ノ生活ヲ完備ナラシムルモノナリト雖モ國際法ニ在リテハ獨立主權ニ依リテ統一セラル、數個團體間

ニ於ケル相互ノ關係ニシテ法律ノ支配ヲ受ク可キ主體ヲ異ニシ、團體相互ノ間ニ存スル連絡ノ關係ハ一個獨立ノ主權ヲ基礎トシタル國內法即チ嚴格ナル人定法ノ支配ヲ受ク可キ各人民ノ間ニ存スル連絡ノ關係ヨリ緩慢ナルヲ常トス之カ爲ニ國內法ニ於ケル制裁又ハ強行力ハ之ヲ國際法ニ於テ望ム可ラサルナリ。是故ニ學者或ハ國際法ヲ指シテ法律ニ非スシテ國際禮讓ナリト謂ヒ、或ハ不完全ナル法律ナリト謂ヒ或ハ漸次法律トナル可シトノ議論ヲ主張スルナリ。國際法ニ關スル名稱トシテ始メテ「オックスフォード」大學教授「リチャード、ヅウチ」ノ用キタル語ハ「國民ノ法律」ナリキ、タゲツソ「ハ」之ニ對シテ「國民ノ法律」ト言ハンヨリハ寧ロ「國民間ノ法律」トスルヲ妥當ナリトノ評言ヲ下セリ。國際法ノ名稱ハ實ニ英國法律學ノ碩儒「ジエレミー、ベンサム」ノ始メテ用井タル處ナリキト謂フ。國際法ノ意義已ニ斯ノ如シトスレハ通俗ニ謂フ所ノ國際公法ノ義ニシテ國際私法ハ此内ニ包含セラレサルモノトス。國際私法ハ法律衝突ノ規定ニシテ國內法ナリ。即チ一國主權カ係争ノ私法關係ニ付キ自國法ヲ適用ス可キカ外國法ヲ適用ス可キカ而シテ又外國法中孰レノ國法ヲ適用ス可キカニ關スル規則

ナリ。從來國際私法ノ名義ヲ用キタルハ法律衝突ノ規定タル概念明瞭ナラザリシ爲ニシテ現今ノ學說ハ多クハ國內法說ニ傾キ我法例ノ如キハ此精神ヲ以テ立法セラレタルモノトス。

國際法ハ果シテ法律ニ非サルカ。英派法理學ノ大家タル「アウスチン」ハ國際法ヲ以テ人定道德ナリトシテ之ヲ人定法ト區別ス。同氏「法律學定圍論講第五、一七三」面參照人定道德トハ固有ノ法律ニ類似セル法律ニシテ人類ノ行爲ニ付テ人ノ主張スル意見又ハ懷抱スル感情ニ過キス。故ニ政治上ノ優者カ制定シタル人定法ト相同シカラスト言フナリ。人定道德ハ善惡ニ無差別ナル人類ノ法ナレトモ人定法ニ非スト言フナリ。故ニ氏ノ說ニ據レハ國際法ハ人定法ニ非スト雖モ人類法ナリ。法學原理ノ著者トシテ又國際法ノ教授トシテ有名ナル「ホルランド」ハ國際法ハ一國ノ主權者ニ依リテ保證セラレサル點ニ於テ普通ノ法律ト異リ、而シテ國家ノ規則ニシテ個人ノモノニ非サル點ニ於テ普通ノ道德ト同シカラスト説ク。同氏「法律學」一七章三六九面參照氏ノ說モ亦大體ニ於テ「アウスチン」ノ解釋ト相距ルコト遠カラサルナリ。此等ノ說ニ於テハ固有ノ法律即チ人定法ニ在

リテハ政治上ノ優者ヲ要ス、統治權者ヲ要ス。統治權者ヲ標識トシテ要素トシテ法律ト非法律トヲ區別スルナリ。統治權者ヲ標識トシテ法律ノ區別ヲ爲スハ一方法タルコト疑ナシ、然レトモ之ヲ要素トスルハ未タ法律ノ概念ヲ明カニセサルナリ、「アウステン」ノ如キ分析法派ノ學說ニ在リテハ普通法律ト認ムル現象ヲ彙類シテ之ヲ分析シ其結果トシテ統治權命令主義ノ學說トナリタリト雖モ今日ヨリ觀レハ氏ノ採集シタル材料カ寧ロ餘リニ狹カリシナリ。自然法ヲ法律學ヨリ離脱セシメタルハ法律ノ進歩ニ功アルコト少ナカラス、然レトモ國際法ヲ人定道徳トナシ之ヲ人定法以外ニ置キタルハ法律ノ本質ヲ説明スルニ當リ統治權ニ餘リ重ヲ置キタリト言ハサル可ラス。故ニ分析派ノ學說ニ從ヘハ國際法ハ法律ニ非スト雖モ余ハ國際法ヲ以テ法律ト爲スモノナリ、左ニ其理由ヲ述フ可シ。法律ハ其目的ヨリ言ヘハ人格ノ對立ナリ。而シテ自由ノ行動体タル團體ヲ以テ其要素ト爲ス。故ニ人格ノ對立ト説クモ個々獨立シタル人格ノ對立ニ非スシテ團體ニ屬スル人格ノ對立ナリ。國際法ハ直接ノ目的トシテハ國家ト國家トノ對立ナリ。此場合ニ於テハ國家ハ恰モ國內法ニ於ケル個人ト相似タリ。即チ國內法

ニ於テ統治權ノ下ニ個人相對スルカ如ク國際法ニ在リテハ數國結合ノ情勢ヲ基礎トシテ此情勢ノ下ニ國家相對立スルナリ故ニ「ホルランド」ハ此對立關係ノ相類スルヲ觀察シテ國際法ハ國內法ノ公法ニ比ス可キモノニ非スシテ私法ニ對比ス可キモノナリト論ス。國家相對立スル狀態ハ誠ニ氏ノ言ノ如シ。然レトモ國際法ヲ以テ別ニ人定法以外ニ列スル氏等ノ學說ハ國際法ト國內法ト同一範疇ノ法律ト觀察スルニ非サルナリ。余ノ觀ル所ヲ以テスレハ法律ハ團體情勢ヲ基礎トシテ其原素タル各自由行動体ノ共存ノ秩序又ハ規則ニシテ國際法ト國內法トニ於テ何等ノ差別アルナシ。國內法ニ於ケル團體情勢トハ乃チ國家ナリ。國際法ニ在リテハ團體情勢ハ未タ國內法ニ於ケル國家ノ如ク明確ナラス。然レトモ或ハ人種ヲ同クスルガ爲メ或ハ利害休戚ヲ同クスルカ爲メ或ハ文明ノ精神ヲ同クスルカ爲メニ團體情勢ニ在ルコトハ疑フ可ラサルナリ。法律ニ強制力アルハ主トシテ此團體情勢ニ因由ス。若シ各個ノ行動体カ個々獨立シテ互ニ何等連絡スル所ナキモノトスレハ契約アルカ又ハ專制主權アルニ非サレハ法律ノ保障ナシ。而シテ契約又ハ專制主權ノ場合ニ於テハ外見上保障アリト雖モ

強制力アルニ非サルナリ。何ントナレハ契約ハ之ヲ破ルモノアル場合ニ更ニ保障ヲ確實ニス可キモノ、無ク專制主權ハ之ニ背反スルモノアル場合ニハ單純ナル鬭争トナル可ケレハナリ。團體情勢ハ精神的系統ノ自覺ナリ、家族又ハ國家ニ在リテハ此自覺最モ明晰ニ發展シタリ、國家ト國家トノ關係ニ於テハ發展ノ過程ニアルナリ。而シテ法律ノ強制力ハ此自覺ノ程度ト正比ヲ爲スモノナリ。イエーリチツク曰ク團體ガ國際法ヲ以テ自己ヲ結帶スルモノト認識スル場合ニ於テハ總テ法律ノ心理學的性質ニ基キ其存在ニ對シテ鞏固ナル根據ヲ有スルモノナリ。然レドモ此認識ガ國家團體構成員ノ方面ニ存在スルコトハ今日ニ於テハ争ナキ所ナリ(同氏「近世國家法」三三八面)國內法ニ強制力アレトモ國際法ニ之レナシト謂ヒ國際法ハ未ダ幼稚ナリト謂フハ主トシテ此理由ニ基クモノト知ル可シ。

團體情勢ニ付テハ猶一言セサル可ラス。プラトン「レバブリカ」ニ於テ最少團體ヲ以テ精神的系統トナシ而シテ三要素ヲ包含スト説ケリ。三要素トハ一ハ自導的智性ナリ一ハ自衛的決心ナリ一ハ生々ノ爲ニスル體的生活ノ基礎タル願欲

及ヒ技量ナリ。最小團體ハ斯ノ如ク而シテ最大團體モ斯クアル可キナリ。歴史七ノ事實ヨリ觀察スルモ最大團體ノ自覺ハ漸ク斯ノ如クシテ發展シ來ラントスルナリ。法律ハ此團體ノ結果トシテ發生スルナリ故ニ法律ヲ以テ相獨立シタル個人ノ契約ニ成ルモノト見ルハ誤謬ナリ。政治上ノ優者カ劣者ノ爲ニ發シタル命令ナリト解スルハ片面觀察ニ過キサルナリ。此説明ハ近來史學及心理學發達ノ結果益眞理ニ近ケルモノ、如シ。

國際法ト國內法トノ關係斯ノ如シ、而シテ法律ヲ此兩者ニ分類スルハ團體構成ノ原素ノ觀察點ニ依ルナリ。法律ト非法律トノ區別ニ非スシテ法律ニ依リテ支配ヲ受クル行動體ノ大小ニ從ヒタル區別ナリ一國ノ法律ヲ解釋スルニ當リテハ國際法ノ必要ナシト雖モ法律學ノ研究トシテハ之ヲ除外スルコト能ハサルナリ。

「グロート」其他大陸學者ノ唱導ニ係ル國際法ハ純理論的ナリ、而シテ其觀察ノ由來ニ基キ之ヲ法律トナシ得可キコト國內法ト敢テ異ル所ナキナリ。

第二十八節 公法及ヒ私法

公法及私法ノ文字ハ羅馬以來學者ノ用キ來リタルモノニシテ、之ニ依リテ法律ヲ區別セントスルナリ。然レトモ公法私法ノ區別ノ標準ヲ何レニ置ク可キカハ極メテ難問題ニシテ今日ニ至ル迄論争斷エタルコトナシ。是故ニ學者或ハ此區別ヲ精確ナラストシテ強弁テ其必要ヲ認メサル者アリ、タトヘハ「アウステン」ノ如シ。又此區別ヲ全部承認セスシテ法律ハ悉ク公法ナリト論スルモノアリ、極端ナル社會主義ヲ採ル者之レナリ、公法私法ノ區別ヲ認メサル點ニ於テハ前者ト同一ナレトモ法律ヲ悉ク私法ナリト説ク者アリ極端ナル個人主義ヲ主張スル者之レナリ。然レトモ法律ニ公私ノ區別ナシトスル議論ハ法律ヲ狹義ニ解スルカ又ハ法律根本ノ概念ヲ構成スルニ於テ唯一面ノ觀察ヲ遂ケタルニ止リ之ヲ以テ妥當ノ言ト爲ス可ラス。

法律ニ公法私法ノ區別アリトスレハ其標準ハ如何。從來ノ學者之ニ關シテ種々ノ説明ヲ試ム今其重モナルモノヲ舉クレハ(一)公法トハ國家ノ利益ヲ目的トスル法律ナリ、私法トハ一人ノ利益ヲ目的トスル法律ナリト之レ利益ノ性質ニ基キテ公法私法ノ區別ヲ爲サントスル學說ナリ。然レトモ國家ノ利益ハ通常私法ト稱スル法律ニ依リテモ亦之ヲ保護シツ、アルヲ以テ此區別ハ未タ精密ナラス茲ニ於テカ説ヲ爲スモノアリ、(二)直接ニ一人ノ利益ヲ規定スル法律ハ私法ナリ直接ニ共同團體ノ利益ニ適切ナル法律ハ公法ナリ、(デルンブルヒ)「バンデクテン」第一卷一章二節參照ト此區別ハ直接ノ文字ヲ加ヘテ羅馬法律ニ於ケル區別ヲ採用シタルモノナリ、ウルビヤ「ヌス」ノ言ニ據レハ羅馬ノ國事ヲ主トスルモノハ公法ニシテ一人ノ利益ヲ主トスルモノハ私法ナリト是ニ由リテ之ヲ觀レハ羅馬法ニ於ケル沿革ヲ傳フル點ニ於テ「デルンブルヒ」ノ説ハ正鵠ヲ得タルモノナル可シ、氏又曰ク「羅馬ニ於テハ公法私法ノ區別ハ學問上及ヒ實務上ノ兩面ノ區別ナリ、何トナレハ或者ハ政治家トシテ公務ヲ執掌シ或者ハ私法家トシテ市民ノ法律事務ニ畢生ヲ獻ケタレハナリ、(同氏)「バンデクテン」第一卷一章二三節參照ト然レトモ此區別ヲ學術ノ進歩シタル今日ノ立法例ニ適用シ得可キヤ否ヤハ疑問ナリ、何トナレハ近世立法ノ趨勢ニ於テハ主體ノ利益ヲ基礎

トシテ法律關係ヲ定ムルニ非スシテ別ノ方面ヨリ法律關係ヲ分類スレハナリ。主體ノ利益如何ニ依ラスシテ直チニ主體ノ差別ヲ基礎トシテ公法私法ノ區別ヲ爲スモノアリ(三)國家ト臣民トノ間ノ關係ヲ規定スル法律ハ公法ニシテ臣民相互間ノ關係ヲ規定スル法律ハ私法ナリト、例ヘハ權利ヲ根據トシテ以テ公法私法ノ區別ヲ立セントシタル「ホルランド」ノ如キ之レナリ。然レトモ同一主體カ公法關係及ヒ私法關係ニ立ツコトヲ得ルコト恰モ「レーゲルスベルゲル」ノ言ノ如クナル處ヨリ考フレハ主體ニ重キヲ置クコト本說ノ如キハ未タ十分ナラサル所アリト言ハサル可ラス是ニ於テカ法律關係ニ於ケル主體ノ地位ニ依リテ公法私法ノ區別ヲ説クモノアリ(四)公法トハ權力關係ヲ規定シタル法律ニシテ私法ハ權利關係ヲ規定シタル法律ナリト此說ハ國家カ力ヲ以テ一私人ニ臨ム場合ヲ以テ權力關係トナシ、一私人相互ノ關係又ハ國家カ力ヲ有スルコトナク全ク對等ノ狀態ヲ以テ一私人ト法律行爲ヲ爲ス關係ヲ權利關係トナスモノナリ。此區別ハ大體ニ於テ公法私法ノ區別ト見ルコトヲ得可シ、唯此區別ニ於テ不完全ナリトスルハ權力ヲ以テ政治上ノ優者ノ力ナリトスルカ故ニ私法モ只管

ニ此權力ヲ基礎トシテ發生セル如ク論スルコト及ヒ公法ト私法トヲ全ク團體自覺ト無關係ナラシムルコトノ二點ニ在リ。此說ノ主張者ハ曰ク人類ハ自然ノ狀態ニ於テハ強弱不同ニシテ優勝劣敗ヲ以テ其本則ト爲ス、天賦ノ自由平等ノ權利ト言フカ如キハ到底此境涯ニ求ム可ラス。然レトモ優者ハ劣者ヲ征服シ之ヲ支配スルニ法律ヲ以テス、而シテ法律ニ於テ自然ノ強弱不同ヲ破リテ對等ノ地位ヲ有セシメタル相互ノ關係ハ即チ權利關係ニシテ、勝利者ノ征服者ニ對スル狀態ハ即チ權力關係ナリ、蓋シ此關係タルヤ絶對ノ服從關係ニシテ劣者カ單ニ優者ニ服從スル關係ナレハナリト。此說ノ如クスレハ私法ハ常ニ優者ニ關係ヲ有シ、優者無ケレハ遂ニ私法無シト言フモ差支ナシ然ルニ歷史上ノ事實ニ於テハ全ク之ニ反スル場合アリ、例ヘハ羅馬私法ノ如シ、イェーリング「曰ク國家カ私法ヲ生シ出シタリトハ總テノ歴史ニ反ス可シ、個人獨立ノ感覺ハ絶對的ニ最始ノモノナリ、國家カ統治權ヲ得タルハ多年ノ鬭争ノ結果ナリト」同氏羅馬法精神論一卷二一九面參照、余ハ私法發達ノ沿革ニ於テハ「イェーリング」ノ說ヲ妥當ナリト信ス。而シテ此事實ハ第四說ニ對スル故障ノ一タルヲ失ハサルナリ。又權

力關係ノ說ニ於テハ權利關係ヲ政治上ノ優者ヨリ發スルモノトスルカ故ニ私法發達ノ沿革上最モ重要ノ原素タル團體自覺ヲ無視スルノ傾向アリ。之カ爲ニ私法ヲ以テ他律的ノモノトナシタルハ事實ニ反スルモノニシテ第四說ニ對スル故障ノニタルヲ失ハサルナリ。イエーリチツクハ私法ヲ以テ公法ノ地盤ニ憩フモノトナス(近世國家法)一卷三四六面其意味ハ私法ハ相關聯ナキ獨立人ノ關係ヲ定ムルノ義ニ非ラスシテ團體員ノ同列的關係ヲ規定スルヲ言フナリ。社會的法律ナリトノ意義ナリ。故ニ氏ノ言ハ直ニ權力說ト同一ナリト觀ルコト能ハザルト共ニ「イエーリチツク」ノ說ニ反對スルモノニ非サルナリ。何レノ說ニ分類ス可キカト言ヘバ氏ハ寧ロ「イエーリチツク」ト同ジク利益論者ナリ。即チ個人若クハ國家ノ利益ノ輕重ニ依リテ法ノ公私ノ岐路トナスモノタリ。オットギルケモ亦公法私法ノ區別ニ付キテ稍詳密ノ研究ヲ遂ゲタリ。氏ノ說ハ社會法ヲ以テ獨立概念トナシ、公法私法ノ兩者ヲ中斷スルモノナリト說ク點ニ於テ「イエーリチツク」ト相反ス。「ギルケ」ノ說ニ據レバ社會法ハ人類的意思者ノ關係ヲ社會團體トシテ規定スル範圍ニ於テ法律ナリ。社會法ハ個人ヲ以テ之レヨリ高等ナル全團

体内ノ一員トナシ、人類ノ合同ヲ社會的全團體ト爲スカ若クハ更ニ高等ナル全合同團體ノ一部ト看做スモノナリ。即チ社會法ハ縱(上下)列ノ關係ニ其根抵ヲ有シ主體ノ拘束ヨリ發足スルモノナリ。之ニ反シテ個人法ハ人類的意思者ヲ個體相互ノ關係ト爲ス範圍ニ於テ法律タリ。個人法ハ就中個人ヲ以テ本來獨立シタル單體ト看做スモノナリ。人類團體ガ聯合シテ個人ノ如キ單體ト同一視シ得可キ時ハ同ジク個人法ノ支配ヲ受ク個人法ハ橫(左右)列ノ關係ニ基礎ヲ置キテ主體ノ非拘束ヨリ發足スルモノナリ(獨逸私法論一卷二六面參照)而シテ羅馬ニ於テハ法律ノ精神上社會直ニ國家ナルヲ以テ私法ニシテ個人法ニ非ザルハナク、社會法ニシテ國法ニ非サルハナシ。然レドモ現今ニ於テハ公私兩法ノ區別ハ之ト異ルモノアリト(同書二七面)斯ノ如クシテ氏ハ公法私法ノ間ニ猶社會法ノ錯綜アルヲ認ムルモノナリ。余ハ「ギルケ」ノ說ニ於テ從來ノ公法私法ニ關スル學說ガ今ヤ法律全部ヲ包含シタルモノニ非サルコトヲ教示セラレ、此點ニ於テ氏ノ識見ニ敬服スル者ナリ。

少シク社會進步ノ方面ニ注意スル學者ハ公法私法ノ關係ヲ以テ社會團體構成

ノ沿革ニ歸シ、此事實ヲ基礎トシテ概念的區別ニ到達セント欲スルモノ、如シ、血族團體全部ノ利害ニ關スル法律生活ヲ以テ公法ノ基礎トナシ、團體員相互ノ間ノ法律生活ヲ以テ私法ノ基礎トスルモノ乃チ之レナリ。羅馬法ヲ繼受シタル大陸學者ノ說ハ概シテ羅馬法律學ニ於ケル區別ヲ根據トシテ立論シ、社會學ノ研究ニ從事シタル學者ハ主トシテ國家團體構成ノ沿革ヲ論據トシテ其說ヲ立ツ。而シテ國權ニ重キヲ置ク者ハ權力權利ノ兩者ヲ區別シテ以テ公法私法ヲ分類セントスルナリ、デルンブルヒハ前掲ノ區別ヲ述ヘ直ニ之ヲ説明シテ該區別カ人間ノ社會上ニ於ケル兩面ノ地位ニ適合スルモノトセリ。兩面トハ第一自由ノ人格トシテ人ハ自己ノ目的ナリ、法律關係ニ於テ獨立シタル中心ナルヲ謂ヒ、第二之ト同時ニ自己ノ從屬スル大ナル範圍ノ一員タルヲ謂フナリ。之レ羅馬法ノ思想ト社會學上ノ發達トヲ調和シタル説明ナリ。

公法私法ノ區別ニ關スル學說ハ斯ノ如ク多端ナリ。此區別ノ理由トシテ之ヲ單純ニ沿革ニ歸スル者アリ。此區別カ法律發達ノ沿革ニ歸因スルコトハ蓋シ疑フ能ハサルナリ。然レトモ法律ハ目的ト理想トヲ有スル一大制度ナルヲ以テ沿革

上斯ノ如キ區別ヲ生ス可キ爲ニハ必ス一應ノ理由ナカル可ラス、學者カ公法私法ノ區別トシテ説明スル所ハ乃チ此理由ナリ。凡ソ現行制定法ノ解釋ノ上ヨリ觀レハ此區別ハ別ニ必要ナルモノニ非ス、法律命令ハ法律命令トシテ制定公布若クハ發布セラル、ニ當リ敢テ公法私法ノ峻別ヲ爲サ、レハナリ。然レトモ法律學ノ漸次進歩スルニ從ヒ立法ノ問題ニ關スル研究ノ精細ニ赴カン曉ニ於テハ此區別ハ重大トナル可シ。此場合ニ於テハ羅馬法以來ノ區別ニ依ラスシテ社會團體ニ於ケル生活現象ノ區別ニ基キテ以テ之ヲ爲スニ至ル可シ。余ハ實ニ斯クナラサル可ラサルコトヲ確信スルモノナリ。希臘ノ哲學者、アリストテレース「カ正義ヲ區別シテ分賦的及匡正的トナシタルカ如キハ團體倫理ニ於ケル正義ノ區別トシテモ亦之ヲ適用スルコトヲ得可キモノニシテ大ニ參照ノ價アリ又「ベンサム」ノ如ク功利說ヨリ立論シ利益ノ大小ニ依リテ區別スルモ亦參照ノ價アリ。余ヲ以テ之ヲ觀レハ法律ハ團體倫理ナリ。而シテ主體ヨリ觀察スレハ人格ノ對立ナリ。而シテ人格ノ性質ニ依ラスシテ各人均一ニ受クルコトヲ得可キ法律上ノ位地ハ私法ノ關係ナリ、人格ノ性質ニ依ルモノハ公法ノ關係ナリ。將來ノ

立法ニ於テ公法私法ノ區別ハ必ス此關係ニ依ル可キヲ疑ハス。現行制定法ハ主トシテ在來ノ沿革ヲ以テ成ルカ故ニ素ヨリ此標準ニ依リテ明確ニ區別スルコトヲ得ス。然レトモ大體ニ於テハ之ニ依リテ説明スルヲ得ルナリ。例ヘハ民法商法ハ私法ナリ、刑法國法ハ公法ナリ。訴訟法ニ關シテハ通常刑事訴訟法ヲ以テ公法ト爲スハ疑ナシト雖モ民事訴訟法ニ付テハ或ハ私法トナシ或ハ公法トナシテ其説明相一致セス然レトモ刑事訴訟法カ國家ノ利益ニ關スルカ故ニ公法ナリト言ハ、民事訴訟法モ同一ノ理由ニ依リテ公法ナラサル可ラス。直接ノ文字ヲ附加スルモ此論理ハ依然トシテ正當ナリ。何トナレハ一私人間ノ紛争ヲ裁斷シテ國家ノ平和ヲ得ンコトハ直接ニ國家ノ利益ナレハナリ。是故ニ民事訴訟法ノ公法私法何レニ屬スルカハ主トシテ公法私法ニ關スル學者ノ見解ニ依リテ分ル、モノト知ル可シ。余ヲ以テ之ヲ觀ルニ民事訴訟法ハ人格ノ性質ニ依ラサル法律關係ノ判斷ニ關スル規定ナリ。從テ同法ヲ貫徹スル精神モ亦人格ノ性質ニ依ラサルコト明カナリ。故ニ民事訴訟法ヲ以テ私法ノ部類ニ列セントスルモノニシテ獨逸學者ノ多數カ之ヲ公法ト爲スト否トハ余ノ問ハサル所ナリ。

第二十九節 實體法及ヒ手續法

此區別ハ法律ノ作用ニ基ク區別ナリ。凡ソ人事百般ノ出來事ヲ秩序的ニ治ムル法律ハ其作用ニ於テモ亦相異ル所アリ。即チ一定ノ事實ヲ標準トシテ之ニ向ツテ働ク法律ヲ制定スルモノナルヲ以テ、其事實ノ差異ニ因リテ法律モ亦同シキコト能ハサルナリ。今此事實ノ性質ヲ按スルニ空間ト時間トニ表ハル、モノニシテ人類ノ感官ニ依リテ知覺スルコトヲ得ル動的現象ナリ、カント「客觀ノ一ニ列ス可キモノ乃チ之レナリ。然ラハ此事實ハ悉ク法律ノ規定中ニ網羅ス可キカト言フニ然ラス、客觀全部ヲ舉ケテ法規ノ中ニ列セシメ之カ支配ヲ受ケシメントスルハ到底不能ノ事ナリ。是ヲ以テ法律ハ團體生活ニ於テ人格ノ對立ニ必要ナル事實ヲ舉ケテ之カ規定ヲ設ケントスルナリ、而シテ此事實トハ權利ノ發生移轉消滅ニ關スル原因ヲ爲スモノナリ、自然ノ狀態ニ於テ人ハ互ニ相争フ。其争フ所以ハ何レモ自己ノ人格ヲ主張セントスルカ爲ナリ。斯ノ如ク他人ニ對シテ人格ノ存在ヲ認メシムルニ必要ナル事實ハ絶エス主張シテ熄マス之レ實ニ

法律生活ノ上ニ於テ權利ト稱スル現象ヲ爲スモノナリ。此事實主張ノ作用タル權利並ニ權利ノ發生移轉消滅ニ關スル事實ニ一定ノ限界ヲ與ヘテ人格ニ各其處ヲ得セシムル場合ト、又已ニ得タル各自ノ地位ヲ混亂セラレタル、當リテ原狀ニ回復セシムルカ又ハ原狀回復ト均等ノ賠償ヲ得セシムル場合トハ法律ノ規定ヲ別ナラシムルコトヲ得可シ、法律ノ規定ノ異ルハ此場合ニ在リテハ其作用ニ由ルナリ。而シテ人格ニ其處ヲ得セシムル法律ハ或ハ主法ト謂ヒ或ハ實體法ト謂フ。之ニ反シテ已ニ得タル處ヲ攪亂セラレ又ハ其虞アル時ニ原狀回復ヲ與ヘ又ハ損害ノ賠償ヲ爲サシメ若クハ原狀ヲ維持セシムル作用ヲナス法律ハ之ヲ助法ト謂ヒ又ハ之ヲ形容法ト謂ヒ、又ハ之ヲ手續法ト謂フ。ベンサムハ主法ヲ以テ「ドロアー、アツデクチーフ」ト爲セリ、英吉利ノ法律學者ハ主トシテ此區別ヲ採用ス。富井博士ハ實體法一名原則法トハ權利義務ノ所在及ヒ範圍ヲ定ムル法律ヲ謂ヒ、手續法トハ其權利ヲ實行シ又ハ義務ヲ履行セシムル手續ヲ定ムルモノヲ謂フ(富井博士民法原論一卷三二面)ト説明ス。其趣旨ニ於テハ同一ナリト謂フ可シ。碩學「アウステン」ハ此區別ヲ以テ精密ナラストシテ更ニ自家ノ説ヲ立

ヲタリ、即チ氏ハ法律ヲ分ツテ(一)身分法(二)對物法ノ兩者トナシ、更ニ對物法ヲ區分シテ(イ)原權法(ロ)制裁法ト爲セリ。原權法トハ法律ニ於テ各人ニ認メタル權利ナリ。制裁法トハ原權法ニ於テ與ヘタル權利ガ種々ノ原因ヨリ侵害セラレタル場合ニ於テ之カ救済ノ方法トシテ設ケタル法律ナリ(同氏定圍論講一卷四三面以下參照)ス可シ。獨逸ノ學者ハ實體法及形容法又ハ手續法ノ區別ヲ採用ス。而シテ之レ猶主法助法ノ區別ノ如キナリ。無法律ノ世界ヨリ有法律ノ國家ヲ爲スニ當リテハ種々ノ政策ニ基キテ其考案ヲ設ケルコト歴史上ノ事實ナリ。而シテ最モ安全ナルハ國家ヲ形成スル團體各員ノ意思ヲ成ル可ク公平ニ行ハシムルニ存ス。政体ノ如何ヲ問ハス智愚ト勞力ノ多寡トニ因リテ各人ノ有スル地位ト財產トニ差異アルハ免レサル所ナリ。此地位ト財產トニ對シテ現狀ノ儘ニテ保護ヲ與フルカ又ハ多少斟酌シテ保護ヲ與フルカハ別問題トシテ、兎ニ角法律ニ於テ或狀態ニ對シテ保護ヲ與ヘサル可ラス、而シテ此保護カ實際ニ行ハレサル場合ニ於テ國家カ直接ニ行動スル法律ハ手續法ナリ。而シテ手續法ニ於テ最モ重要ナル役割ヲ演スルモノハ訴權ナリ。訴權ハ之ヲ分ツテ公訴權及ヒ私訴權ノ二

種トナス。國家カ國家トシテ分賦的正義ヲ實行スル爲ニ主張スル權利ハ公訴權ナリ。匡正的正義ニ關スル主張ハ其主体ノ國家タルト個人タルトヲ問ハス私訴權ナリ。訴權ハ公私ノ何レニ屬スルヲ問ハス原則トシテ保護ヲ要スル權利ノ存在ヲ要件トス。然レトモ唯危險ノ豫防ニ對シテ訴權ノ存在スルコト無キニ非ス已ニ存在スル權利ヨリ發生スル訴權ニ付テハ權利ノ實行ヲ得サル場合ト侵害セラレタル場合トノ區別アリ。之レ等ハ主タル手續法ヲ成ス民事訴訟法及ヒ刑事訴訟法等ニ於テ研究ス可キナリ。

從來學者ノ意見ニ於テハ沿革上實體法ヨリモ手續法先ツ發達セルモノトナセリ。印度羅馬ノ法律等ニ於テ先ツ手續法ノ規定ヲ設ケタルハ之ヲ證スルモノナリ。最近ニ發掘セラレタル「カムラビ」法典ハ今ヲ距ル約四千二百年以上ノモノナルヲ以テ此法典ノ沿革ニ依リテ實體法及手續法ニ關スル有益ナル結論ヲ得可シト雖モ、沿革ニ關スル材料未タ十分ナラス寧ロ遺憾ト言ハサル可ラス。故ニ簡單ニ歷史上ノ理由ニ基キテ理論ヨリ判斷セントス。抑モ社會進化ノ過程ニ在リテハ先ツ主權者アリテ先ツ法律ヲ與フルニ非スシテ法律關係ハ寧ロ不文慣行

ノ慣習法ナリ、而シテ爭議アル場合ニハ爭議者間ニ於テ之ヲ決スルコト能ハサルカ故ニ第三ノ批判家ヲ求メサル可ラス、此批判ニ付キテ國家ノ關涉スル場合ハ手續法發達ノ端緒ナリ。血族團體ノ間ニ於ケル各團體員ノ爭論ハ或ハ氏ノ長者ニ於テ之ヲ決シタルコトモアル可シ。又公明正大ナル判斷ヲ天下ノ智者ニ求メタル場合モアル可シ。虞芮ノ人ノ其決ヲ文王ニ求メントセシカ如キハ其一例ナリ。斯ノ如キ批判ニ關シ一國內ニ十分ナル力ヲ以テ臨ムコトヲ得ルハ手續法ノ完備シタルモノニシテ國家ハ先ツ此方法ニ依リテ各個人ニ關涉シ政治上優勢ナル主權者ノ生スルニ及ヒテ遂ニ實體法ノ制定若クハ完成ヲ計ルニ至リタルモノナリ。蓋シ國家ノ國民ニ對スル關係ニ於テモ焦眉ノ急務ハ先ツ發達シタリ。一種族ノ他種族ト相爭フ場合ニ於テ第一ニ急務トシタルハ兵馬ナリ、兵馬ニ必要ナル糧食ナリ。是ニ於テカ軍事財政第一ニ發達セリ。次ニハ軍事ニ關シ其團體員ノ一定ノ行爲ニ對スル制裁ヲ要シ、之ニ次キテハ團體内ノ各員ノ爭議又ハ犯罪ニ關シテ之カ相當ノ處分ヲ爲サ、ル可ラス。ゲルマンノ古代ニ於テハ重要ナル裁判ハ國民ノ總會ニ於テ之ヲ決シタリ、此ニ依リテ手續法ノ先ツ發達セシ

沿革ヲ知り得可シ。

猶手續法ト實體法トニ關シテ一言ス可キハ制裁ノ點ナリ。國際公法ニ在リテハ制裁ナキカ故ニ法律ニ非スト論スル學者ハ制裁ニ極メテ重キヲ置ク者ナリ。而シテ制裁トハ法律ニ違背シタル行爲ニ對スル惡報ナリ。ベンサムハ制裁ヲ以テ單ニ惡報ト爲サスシテ善報ヲモ含ムモノトナシ、而シテ制裁ヲ分ツテ(一)自然的制裁(二)道德的制裁(三)政治的制裁(四)宗教的制裁ト爲セリ。氏ノ言ニ據レハ制裁ハ法律ニ附隨セシメタル苦痛又ハ快樂ノ意義ナリ。廣義ニ於テハ制裁ハ善惡兩面ヲ指スモノタルコト疑ヲ容レス、然レトモ通常ノ意味ニ在リテハ制裁トハ惡報ナリ。然レトモ制裁ハ法律ニ附隨セシメタルモノニ非スシテ團體生活ノ結果ナリ、團體自覺鞏固ニシテ茲ニ法律確立シ、法律確立シテ制裁愈鞏固ナリ。故ニ制裁ハ又法律ノ結果ナリト言フコトヲ得可シ。法律ハ一定ノ事實ヲ保護ス、斯ノ如クシテ秩序的の生活ヲ爲シ得ルモノナリ。然レトモ之ヲ破ル者アル場合ニ於テ破壞者ニ何等ノ痛苦ヲモ與ヘサルニ於テハ野蠻ニシテ私利私慾ノ情炎ニ燃ユル徒類ハ秩序ヲ紊亂シ敢テ爲サ、ル所ナキニ至ル可シ。團體生活ハ斯ノ如クシテ攪

亂セララル、ナキヲ保セス。故ニ思慮淺薄ニシテ道念進マサル者ニ對シテハ破壞ノ行爲ニ對シテ一定ノ惡報即チ制裁ヲ與ヘサル可ラス。是ニ於テカ民法ニ在リテモ又刑法ニ在リテモ制裁ノ設ケアル所以ナリ。唯民法ト刑法トハ其規定ノ根本ノ差異ニ基キ制裁モ亦其原則ヲ異ニス、一方ハ分賦的正義ニ關シ一方ハ匡正的正義ニ關スルヲ以テナリ。斯ノ如ク實體法ニハ制裁ノ現定アリ、然レトモ之ヲ實行スルモノハ手續法ナリ、手續法ナケレハ制裁ノ方便ナキモノナリ。

匡正的正義ニ關スル手續法ニ於テハ實體法ニ於テ與ヘタル權利ヲ第三者ニ對立セシムル方法トシテ存在スルモノアリ。此場合ニ於テハ制裁ノ實行法又ハ侵害ノ回復法ニ非スシテ保全ノ方法ナリ。不動産登記法ノ類之レナリ。主法ト助法トノ區別ノ大要ハ上述ノ如シ、而シテ法律學ノ進步スルニ從ヒ此兩者ハ益分化ス可ク、斯ノ如クシテ始メテ法律ノ効用ヲ完ウシ得可キヲ以テ此區別ハ學者ノ注意セサル可カラサル所ナリ。

第三十節 普通法及特別法

法律ハ又之ヲ普通法及特別法ニ區別スルコトヲ得ルナリ。茲ニ普通又ハ特別ト謂フハ其行ハル、法境ノ全般ニ亘ルト一部ニ限ルトノ意味ニ非スシテ、法律ノ一系統ヲ成スモノト、系統ノ外ニ逸出スルモノトノ區別ナリ。故ニ普通法ト特別法トノ區別ハ相對的ニシテ絕對的ニ非ス。(「デルンブルヒ」パンデクテン一卷三三節參照)而シテ系統ノ根據ト爲ルモノハ生活關係ニシテ其全範圍ニ亘ルモノハ普通法ナリ其特別ノ部分ニ限ルモノハ特別法ナリト謂フナリ。(「ギルケ」獨逸私法一卷四三面參照)

人智未タ進マスシテ法律思想ノ幼稚ナル時代ニ在リテハ法律ハ必スシモ系統的の制度ヲ成スモノニ非ス。古代ノ法律又ハ戰亂後ノ法律ハ之ヲ證シテ餘アリ。然レトモ法律思想ノ進歩スルニ從ヒテ法律ヲ以テ秩序的平和生活ノ考案ト信スルニ至リ、法制ニ對シテ種々ノ研究ト工夫トヲ積ミ遂ニ一定ノ生活關係ヲ一定ノ系統ノ下ニ彙類スルニ至ル。而シテ普通法トハ此系統ヲ成セル法律カ系統ノ

外ニ出ツル法律ニ對スル比較相對的ノ稱呼ニシテ、其觀念ハ法律學ノ進歩ニ伴ヒテ發展シタルモノナリ。系統以外ニ出ツル法律ハ即チ例外ノ法律ナリ。故ニ學者ニ依リテハ普通法及ヒ特別法ノ名稱ニ代フルニ通則法及ヒ例外法ヲ以テスルモノアリ。(「ウインドシャイド」パンデクテン一卷二九節參照)特別法トハ或特別ノ理由ニ基キ一系統ヲ成シタル原則ヲ脫離シタル法律ニシテ其理由ノ如キハ生活關係ノ實際ニ於テ全ク區別スルヲ要スルヨリ生ス。此區別ハ學術上ノ研究ニ由リテ生スルモノアリ單ニ沿革的ニ生スルモノアリ、又實際ノ必要上ヨリ生スルモノアリ、(「デルンブルヒ」ハ實用風俗及ヒ公ノ福祉ノ三點ニ歸シタリ)「デルンブルヒ」パンデクテン一卷三三節參照)

私法ニ在リテハ民法ハ普通法ナリ、私法ニ關スル法律關係ハ一大系統ヲナシテ民法ノ規定スル所ナリ。殊ニ民法ニ於テ物權債權ニ關スル法律規定ノ如キハ私法關係ニ於ケル通則ヲ系統的ニ展開シタルモノナリ。商法ハ民法ニ對シテハ特別法ナリ。商事ト民事ト法律學上ノ觀察ヲ下セハ其性質ニ於テ相異ルモノニ非ズ、唯商事ノ關係ハ民事ノ關係ニ比シテ迅速ヲ要シ、自由ヲ要シ信用維持ノ方策

ニ於テ一層嚴密ナルヲ要スル等ノ沿革上及實用上ノ理由ニ基キ民法ニ對シテ
 例外法トシテ之ヲ特別法規ニ讓ルモノナリ。蓋シ社會ノ進歩スルニ從ヒ經濟上
 ノ理由ニ基キテ分業ノ必要ヲ生シ、商人ノ一階級ヲ生スルニ至リ商人間ノ取引
 ハ牧蓄耕作等ノ農業者間ニ於ケルモノト相同シカラサルヨリ漸次其特別ノ方
 面ニ發達シテ商事ト稱スル生活關係ヲ生シタルナリ。即チ商事トハ簡單ニ言ヘ
 バ商人ノ營業ニ屬スル私法的生活狀態ナリシナリ。我商法ニ於テハ商的生活ヨ
 リ生ズル一切ノ事件ハ商事ナリ。而シテ商的生活ノ正經ハ商行爲ヨリ發生ス。然
 レドモ單ニ商行爲ニ止ラズシテ不法行爲モ亦商事ナリ。從來ノ觀念上商行爲ハ
 主トシテ商人ニ依リテ標識セラル、ヲ常トス。商法中、絶對相對的商行爲ノ外猶
 附屬的商行爲アルハ之カ爲ナリ。商法二六五條一、二項從テ商人ノ行爲ハ商事ト
 非商事トノ差別ニ關シ重大ナル役割ヲ演スルモノナリ。例ヘバ商人間ノ消費貸
 借ハ商事ナレトモ、商法二七五條一項非商人ト非商人トノ間ニ在リテハ民事ナ
 ルガ如シ。(コーザック)商法教科書二〇面參照)而シテ人口ノ増殖國家ノ發達ト共
 ニ商事ノ必要ハ漸ク其多キヲ加ヘ民事ノ法ト相異リタル商慣習ノ行ハル、ニ

及ヒテ茲ニ遂ニ商法ノ規定ヲ要スルニ至リタルナリ。故ニ商法ハ民法ニ對シテ
 ハ特別法ナリ。若シ又商法ニ於テ會社法手形法等ヲ特別法律トナス場合ニ於テ
 ハ此等後者ト前者トノ間ニハ普通法ト特別法トノ關係アルモノナリ。斯ノ如ク
 生活關係ノ區別ヨリ私法ニ於テモ普通法特別法ノ區別アリ、然レトモ此區別ハ
 何レモ私法關係ト稱スル一大概念ノ下ニ排列セラル、モノニシテ全ク獨立無
 關係ノモノニ非サルコトニ注意セサル可ラス。學者ニ依リテハ此關係ヲ建築ニ
 比シ此區別ハ昔日ノ如ク相獨立シタル法材ノ建築ニ非スシテ特別法ハ普通法
 ト稱スル建物ニ從屬ノ建家ナリト言フモノアリ(ギルケ)、獨逸私法六節四四面
 參照)

上來説明シタルモノ、外猶法境即チ法律ノ行ハル、場所ノ關係又ハ法律ノ支
 配ヲ受クル主体ノ關係ヨリ普通法特別法ノ區別ヲ生スルコトアリ、法境ノ關係
 ニ付テハ統一ノ鞏固ナル我國ニ於テハ別ニ茲ニ説明スヘキ程ノモノヲ見ス、唯
 臺灣ノ領土其他國民ノ膨脹ニ依リテ加ハル可キ新領土ノ生スル場合ニ於テ或
 ハ斯ル必要ナキヲ期ス可ラス、主体ノ關係ニ付キテハ陸海軍刑法ノ如キハ普通

刑法ニ對スル特別法ナリ陸軍刑法及ヒ海軍刑法ハ軍事ニ關スル方面ヨリ觀察シタル特別法ト見ルコトヲ得可キニ似タレトモ數人共犯ノ規定ヨリ見レハ主体ヲ基礎トシタルモノト爲スヲ以テ妥當トセサル可ラス
特別法ヲ以テ直ニ之ヲ例外法ト斷シテ類推解釋ヲ許サ、ルカ如ク論スルモノアリ。然レトモ凡テノ場合ニ於テ之ヲ許サスト云フニ非スシテ唯例外ヲ成スニ至リタル論理上ノ理由ト矛盾セサル範圍ニ於テハ類推解釋ヲ許スニ於テ毫モ不可ナキナリ。(ウインドシャイト)一卷二九節註三又反對トシテハ(テルンブルヒ)一卷三三節參照特別法ナルカ故ニ直ニ類推解釋ヲ適用スルコト能ハサル理由アルコトナシ。

特權法モ亦特別法ナリ、單行法モ一ノ意味ニ於テハ特別法ナリ。前者ハ一定ノ人物又ハ法律關係ニ特別ノ保護ヲ與フル法律ニシテ沿革上ノ意義ヲ有スルコト多ク後者ハ國家眼前ノ必要ニ應シテ系統ヲ考フルノ違ナキ時ニ之ヲ發スルカ又ハ試験ノ爲ニ之ヲ發スルモノナリ。單行法トハ例ヘハ明治二十三年十月法律第九十九號屋外竊盜ノ罪ニ關スル法律、同年同月法律第百號公署公吏ニ關スル

法律同年同月法律第百一號有罪破産ニ關スル法律及ヒ明治三十四年四月法律第三十七號瀆職法ノ類之レナリ。此等單行法ノ解釋ニ關シテハ往々ニシテ疑義ヲ生スルコトアリ。即チ單行法ガ明カニ普通法ノ特別法タル場合ニ在リテハ普通法ノ總則ヲ適用ス可キコト素ヨリナリト雖モ獨立立法ナル場合ニ於テハ直ニ之ヲ適要シ得サル可シ。然レトモ今日ノ裁判例ニ於テハ別ニ此ノ如キ精密ナル調査ヲ爲サス之レ大ニ遺憾トスル所ナリ。瀆職法並ニ文部省令違犯ノ如キハ大ニ研究ス可キ問題ナリ人事訴訟手續法ノ如キハ民事訴訟法ノ特別法ト見ルコトヲ妥當トス可ク非訟事件手續法ノ如キハ寧ロ獨立シタル手續法ト爲ス可キナリ。然レトモ此等ノ法律ニ關スル立法ノ趣意甚タ明確ヲ缺クノ觀アリ。

普通法ト特別法トノ法律力ニ付キテハ特別法規ハ元來一定ノ理由ニ基キテ普通法ヨリ分離シタルモノナルヲ以テ第一ニ特別法ヲ適要シ其規定ナキ時ニ於テ普通法ヲ適用ス可キモノナリ。商法第一條ハ此意義ヲ明ニシタルモノトス。英吉利ノ普通法ハ茲ニ述フル普通法トハ少シク其意義ヲ異ニス。獨逸ノ普通法ハ地域ヲ基礎トシテ廢止セラレサル限りハ獨逸全部ニ適用セラル、モノ換言

スレハ全國法ナリ。英吉利ノ普通法ハ其名稱ノ起源ニ付テハ曾テ國內ニ行ハレタル三法律ヲ統一スルニ出テタリトノ説アレトモ實質ニ於テハ屬人主義ノ傾向ヲ有スル不文ノ私法ナリ而シテ此法律ハ私法ノ原則ニ關スル點ニ於テ本節ニ述フル普通法ト見ルモ差支ナシト雖モ本來慣習不文ノ法律トシテ漸次發展シタルモノニシテ學說研鑽ノ結果特ニ原則ヲ案出シテ普通法トナシタルモノニ非サルヲ以テ之ニ對スル特別法アルハ當然ナリト雖モ學說上ノ區別ニ依ルモノト言フハ稍精密ナラサルノ嫌アリ。故ニ英國ノ法律家ホルランド¹ハ普通法通ヲ以テ慣習ノ法律トナリタルモノナリトノ趣旨ヲ明ニセリ(ホルランド法律學五六面參照)「ポーロック」モ亦然リ(同氏法律學初步二四〇面以下參照)

第八章 法律ノ解釋

第三十一節 文辭解釋及ヒ論理解釋

余ハ法律ノ實質ヲ斥シテ人類共存生活ノ考案ナリト論シ、法律ノ極致ト其理想

トハ常ニ共存生活ヲ圓滿渾成ノ域ニ導クニ在リト説ク者ナリ。唯其生存ノ範圍ニ於テハ素ヨリ廣狹ノ別アレトモ自己一人ノ爲ニ法律ヲ制定スト言フカ如キハ到底許ス可ラサルコトナリ。斯ノ如キ法律即チ人類共存生活ノ考案ハ主權者ノ命令トシテ出ツルカ國民ノ慣行ニ出ツルカ法律發生ノ方法ニ於テハ國ニ依リ時代ニ依リ同シカラサルナリ然レトモ法律ハ已ニ考案タル以上ハ立法者²廣キ意味ニ於テノ思想ヲ言ヒ表スモノナルコト毫モ疑ヲ容レサルナリ。最モ法律カ立法者ノ思想ヲ直ニ言ヒ表シタリヤ否ヤニ關シテハ議論ナキニ非ス。例ヘハ「テール」³「ベンヂング」⁴「ヴァツハ」⁵「コーレル」⁶等諸家ノ學說之ナリ。今此等ノ説ヲ概言スレハ法律ト立法者ノ思想トハ何等ノ關係ナク時トシテハ立法者ノ使用シタル言葉ニシテ意味明瞭ナラサルモノスラアリト言フニ在リ。法律語ニシテ意味明瞭ナラサルモノアルコトハ事實ナリ。然レトモ法律ト立法者ノ思想トハ何等ノ關係ナシト言フニ至リテハ妄モ亦甚シト爲サ、ル可ラス。法律ハ立法者ノ思想ノ表ハレタルモノナリト雖モ、事物ノ關係ハ複雑多端ナルカ爲メ立法者ノ豫想シタル所ト結果ト往々ニシテ相符合セサル場合アルナリ。然レトモ之カ爲ニ兩

者ノ間ニ何等ノ關係ナシト斷スルコト能ハサルナリ。法律ハ斯ノ如ク立法者ノ思想ノ表ハレタルモノナリ、已ニ思想タル以上ハ何ヲ言ヒ表ハシタルカ、如何ナル脈絡ヲ有スルカ等ノ問題起ル可キナリ、是ニ於テカ成文法タルト慣習法タルトヲ問ハス解釋ノ必要ヲ生スルナリ、ユスチニヤヌス帝ハ其發シタル法典ノ一切ノ解釋ヲ禁シ、疑ハシキ場合ニハ帝ニ上申セシメキト言フ。然レトモ解釋ノ禁ハ其實効ナク、帝ノ命令ハ一片ノ空文ニ歸セリ。蓋シ言葉ハ又道理ナリ、唐ノ徐堅カ初學記ニ辭條言葉トアルハ言語ヲ秩序次第アル草木ニ比シタルナル可シ。斯ノ如ク言葉ハ道理ナルカ故ニ其明確ナルモノニ在リテハ一點ノ疑ヲ生ス可キ筈ナキニ似タレトモ複雑ナル人類共生活ノ關係ヲ支配センカ爲ニ法律トシテ表ハル、言葉ハ一二三ノ數字ノ如ク簡單ナルコト能ハサルノミナラス、句ヲ成シ章ヲ成スニ及ヒテヤ愈出テ、愈複雑トナリ、遂ニ解釋ノ已ムヲ得サルモノナリ、之レ法律解釋ノ問題アル所以ナリ。

法律解釋ハ法律組織ト區別スルヲ通常トス、アウスチン「ガ」之ヲ同一ニ視タルガ如キハ精密ナラズト謂フ可シ(定圍論講一卷六四面)解釋トハ法律規則ノ意義ヲ

釋ヲ進ミテ立法者ノ思想ヲ知悉スルノ謂ナリ、立法者トハ法律案起草者ヲ指スモノニ非ス、主權者ヲ謂フナリ。此區別ハ最モ明確ニセサル可ラス法律案ノ起草者ハ一定ノ意義ニ於テ法律語ヲ使用シタルモノナルヲ以テ如何ナル趣旨ヲ以テ法律語ヲ用キタルカニ關シテハ最モ直接ノ智識ヲ有スルモノナリ。然レトモ已ニ法律トナリタル以上ハ起草者ノ文章ニ非スシテ主權者ノ思想ナリ、而シテ法律文トシテ用キラレタル言葉ハ自由ノ解釋ヲ許スモノナルヲ以テ往々ニシテ起草者ノ考ヘタル所ト全ク異ル解釋ヲ生スルコトナキニ非ス。而已ナラス起草者ノ間ニ於テ已ニ意見ヲ異ニシ終ニ見解ノ一致ヲ得ルニ至ラスシテ法律トナルコトアリ。之カ爲メ起草者ノ解釋シタル所ハ法律ノ真正ノ解釋ニ非スシテ末々起草者ノ想到セサル解釋ヲ法律ヨリ得ルコトナキヲ保セス。法律案理由書ノ類ハ一見法律解釋ニ優力ナル資力ヲ供スルニ似テ却テ真正ノ解釋ヲ害スルコト無キヲ保セス、注意ヲ要ス。

「ウインドシヤイド」ハ解釋ヲ以テ法律ノ所含ヲ闡明スルノ義ナリト謂ヒ、法律ノ所含ハ多少表ハレ居ルモノトナシ、而シテ表ハル、コト少ナケレハ解釋ノ用ハ

却テ大ナリト謂フ「ウインドシヤイド」一巻二〇節「デルンブルヒ」モ亦法律ノ解釋ヲ以テ其所含ヲ確定スルノ謂ナリト説ク「デルンブルヒ」一巻三四節「レーゲルスベ」ルゲルハ曰ク解釋ノ目的ハ法律所含ノ闡明ナリト「ギルケ」ハ曰ク解釋トハ疑義アル場合ニ於テ法律ノ所含ヲ確定スルノ謂ニシテ裁判上ノ解釋ニ依ルモノナリト而シテ又「コーザツク」ハ曰ク法律規則ノ照索ハ法式ノ確定ニ止ラサルハ明白ノ事ニシテ法式ガ如何ナル精神ヲ有スルカラ確定スルモノナリ、即チ法式ヲ説明シ解釋スルナリ、而シテ爭アルトキ裁判上ノ解釋アリ從テ解釋ハ當事者間ノ問題ニ非スト又民法家ノ「エンデマン」ハ民法ノ關係ヲ析明スル爲ニハ二個ノ疑問ニ答ヘサル可ラサルヲ説キ而シテ二個ノ疑問トハ法律規則ノ精神ハ如何及ヒ其脈絡ハ如何ト云フニ歸着ス之レ解釋ナリト斯ノ如ク諸家ノ解釋ニ關スル學說ハ大同小異ナリト言フコトヲ得可シ、斯ノ如ク解釋トハ立法者ノ思想ヲ確知スルニ存スルモノニシテ法律ノ文字ノ意義ハ是レカ爲メノ基礎段階タルニ過キサルナリ。

組織ノ意義ハ斯ノ如ク廣汎ナラス「ウインドシヤイド」ニ據レハ法律關係ヲ分析

シテ其基礎タル概念ニ到達スルモノ之ヲ組織ト云フナリ、其例證トシテ同氏ハ脚註ニ於テ或ル點ニ於テ地役ニ似タル獨逸固有ノ「レアルラスト」ノ制度ヲ擧ケ、之ヲ組織スレハ物權ノ概念殊ニ復タ債權ノ概念ニ到達スルモノナリト説キ更ニ遺棄シタル物ヲ拾ヒ上クルコトニ因リテ得タル所有權ハ移轉殊ニ復タ拋棄ノ概念ニ組織スルコトヲ得ルモノト説ケリ、「ウインドシヤイド」一巻二四節及註ニ參照分折派ノ研究ハ主トシテ此解析ニ依ルモノニシテ分析ハ組織ノ手段タリ、之レ學術的ニ法律ヲ攻究シテ法律制度カ如何ナル概念ヨリ構成セラル、カラ知ルニ於テ必要ナルハ言ヲ須非ス、法律適用ノ上ニ於テモ亦必要ナリト言ハサル可ラス、故ニ獨リ解釋ノ補助トシテ此方法ヲ用キルノミナラズ、學問研究上甚ダ必要ナリ、イェーリングノ説明ニ係ル法律眞技ニ於テハ組織ハ甚ダ重要ノ位置ヲ占メタリ（同氏著「羅馬法精神論」二卷三七〇面以下）

解釋ハ如上ノ意義ニテ其大體ヲ知ルコトヲ得可シ、而シテ斯ノ如ク法律ノ所含立法者ノ思想ニ關シテハ法規ノ各部分ニ於ケルモノアリ、又其全部ニ於ケルモノアリ、全部ト各部分トニ付キテ解釋ノ方法ニ差異アリヤ否ヤト言フニ別ニ差

異アルコトナシ、各條ニ於テモ文辭上ノ意義アリ、又立法者ノ思想アリ、全部ニ付
 キテモ亦應サニ然ル可キナリ。唯異ル所ハ各條ノ解釋ニ在リテハ各條ノ法規ニ
 含蓄セラレタル立法者ノ思想ヲ尋テ、全部ノ解釋ニ在リテハ全部ニ亘ル立法者
 ノ思想ヲ繹スルニ存スル而已（ウインドシヤイド「一卷二三節」）
 解釋ハ元來學問ナリヤ又ハ技術ナリヤ、之レ無用ナルニ似テ一應ノ説明ヲ要ス
 ル問題ナリ、若シ解釋ヲ以テ單純ニ裁判上ノ解釋ニ限定セラレタルモノトスレ
 ハ之ヲ以テ技術トスルコト或ハ適當ナル可シ、此場合ニ於テハ「コーザツク」ノ説
 明ノ如ク爭論アル場合ニ限リテ裁判上ノ解釋アルモノニシテ從テ解釋ハ當事
 者間ノモノニ非レハナリ。又普通人ノ解釋換言スレハ常識的解釋ノ如キモ之ヲ
 技術ト言フニ於テ別ニ差支ナキニ似タリ。余ハ常識ノ尊重ス可キモノタルヲ疑
 ハス、然レトモ識ノ學問上ノ價值ヨリ言フトキハ常識ハ甚タ薄弱ナルモノニシ
 テ學問的向上心ハ到底常識ニ依リテ満足スルコト能ハサルナリ。常識的解釋ハ
 猶、コーザツクカ謂フ所ノ法式ノ確定ニ止マリ末々法律ノ精神ヲ明確ニスルニ
 足ラサルナリ。凡ソ解釋ハ立法者ノ思想ヲ確知スルニ在リ、人類共存生活ノ考案

タル立法者ノ思想ヲ繹スルニ在リ法律規則ノ立案ノ方法ニシテ常識ニ依リテ
 悉ク解釋シ得ラル、文字ヲ用キタリトスレハ常識的解釋ニテ已ニ十分ナリ何
 ヲ苦ミテカソレ以上ノ解釋ヲ求メンヤ。然レトモ法律規則ハ人類ノ生活關係ヲ
 支配スルヲ主眼トスルニ係ハラス猶其言語ニハ往々特別ノ術語アリ、是ニ於テ
 カ純然タル學術的解釋ナカル可ラサルナリ。余ハ世人カ解釋ト日常行爲トヲ混
 同セサランコトヲ切望シテ已マサルモノナリ。

解釋ハ通常之ヲ文辭解釋及ヒ論理解釋ノ二種ニ區別ス。是レ傳來ノ區別ナリ而
 シテ法律適用ノ歴史ヲ觀ルニ或時代ニ於テハ文辭解釋ヲ重ンシタリ羅馬帝政以後ノ如
 シ。我國ニ於テモ膠柱的解釋ト謂ヒ杓子定規ト謂ヒ文字ニ拘泥スト謂フヲ以テ
 觀レハ偏重偏輕ハ固ニ已ムヲ得サル人情ノ弊ナル可シト雖モ、法令ノ眞意ヲ確
 知スルニ足ラサル解釋ハ其何レニ倚ルモ非ナリ。法令ハ成文法ニ在リテハ法律
 ノ文章ヲ基礎トシテ解釋ス可キハ論ヲ俟タスト雖モ、唯文字ニ拘泥ス可キモノ
 ニ非サルナリ。

文辭解釋トハ法令ヲ文章トナシタル國語ノ規則ニ依リテ法令ノ意義ヲ定ムル解釋ヲ云フナリ。立法者ハ如何ナル意義ニ於テ法令中ノ文字ヲ用キタルカ立法者ハ如何ナル意義ヲ表ス爲ニ如何ナル文體ニ依リタルカヲ研究シテ先ツ法令ノ意義ヲ定ムルハ甚タ重要ナリ。而シテ文辭解釋ニ依リテ直ニ立法者ノ思想ヲ確知スルコトヲ得ル場合ニ於テハ些ノ疑ナシト雖モ意義ノ多岐ニ亘ルコトナキヲ保セス例ヘハ日本語ノ「權利」ト云フ文字ノ如キハ未タ文法上ノ語トシテ一定ノ概念ヲ成サス、選舉法ニ於ケル「供與」ノ文字ノ類モ亦同シ。此場合ニ於テハ文辭解釋ノミニテハ到底満足スルコト能ハサルナリ。是ニ於テカ論理解釋ノ必要ヲ生ス、論理解釋トハ「ウインドシヤイド」ノ說ニ據レハ文辭解釋ニ依リテ得タル結論以上ニ出ツル解釋ノ謂ナリ。「ウインドシヤイド」一卷二十二節立法者ノ思想ヲ最モ適切ニ知悉スル解釋方法ナリ。文辭解釋ニテ岐路ニ迷ハサルヲ得サル點又ハ不充分ナル點又ハ文辭解釋ニ依リテ到達スルコト能ハサル點ニ關シテ遺憾ナキ解決ヲ得ントスル解釋方法ナリ。論理法則ニ基キテ立法者ノ思想ヲ釋スル解釋方法ナリ。故ニ「アウステン」モ亦憲章法ノ解釋ヲ說クニ當リ文辭解釋ニ於

テ十分ナラザル場合ニ論理的解釋ノ如キ方法ニ依ル可キコトヲ言ヘリ(定圍論講二卷六二四面)法律ハ思想ノ連絡ヨリ成ル人類共存生活ノ考案ナリ、故ニ思想ノ眞ヲ得ントスルニハ論理法則ニ據ラサル可ラス文辭ハ通常思想ヲ運轉スル車輪ナリト雖モ文辭ト思想トハ全ク同一ナルコト能ハス、之レ論理解釋ノ必要アル所以ナリ。然レトモ法律ハ論理解釋ヨリ更ニ一步ヲ進メテ認識ノ範圍ニ入り各認識ノ確實ナリヤ否ヤヲ究明スルヲ要セス、法律哲學トシテノ研究ト解釋トノ異ル所モ亦此ニ在リ、然ラハ論理解釋ノ爲ス所如何、法律命令ノ意義ノ不十分ナルヲ補充シ、不明瞭ナルヲ明確ニシ、妥當ナラサルヲ更正スルノ類之レナリ。此點ニ關シテ「ウインドシヤイド」ハ稍詳密ノ研究ヲ遂ケタリ。先ツ如何ナル思想ヲ立法者カ有シタルカヲ知ラントスル標準トシテ(一)法律公布ノ當時ニ存在シタル法律狀態ニシテ立法者ニ知レタルモノ(二)法律ニ依リテ立法者カ達セント欲シタル目的ヲ擧ケタリ。斯ノ如クシテ法律文ノ不十分ナル意義ヲ補充シ、不明瞭ナルヲ明確ニシ、妥當ナラサルヲ更正シ得ルモノト說キ、又法律ノ表示カ三個ノ方面ニ於テ妥當ナラサル旨ヲ說ケリ。其一ハ多キニ過クルコトナリ、其二ハ少

キニ失スルコトナリ、其三ハ性質ニ於テ異レルコトナリ。此三點ニ對シテ制限擴張變更ノ三解釋アルヲ明ニシタルカ如キハ參照ノ價アリ、ウインドシヤイド」一卷二十一節及「ホルランド」法律學四〇〇面等參照ス可シ、今實例ヲ舉ケテ少シク之レヲ説明センカ、例ヘハ衆議院議員選舉法第八十七條第一號ノ「供與」ノ文字ノ如キハ其意味甚タ不十分ナリ。所有權ヲ移轉スルノ意味ナルカ占有ヲ移シタルノミニテ足レルカ民法上ノ用語ニ非スシテ又文字自體ヨリ直ニ概念ヲ知ルコト能ハサル文字ナリ。同法第二百條ノ規定ノ如キモ亦不十分ナリ。之レ等ノ意義ヲ補充シテ法律ノ精神ノ在ル處ヲ知ルハ論理解釋ナリ。又同法第一百一條同法ノ施行ニ關スル規定ノ如キハ不明ナリ。施行ニ關スル時期ヲ定メタルカ若クハ効力ノ範圍ヲ定メタルカ文辭ノ上ヨリ之ヲ知ルコト甚タ困難ナリ。而シテ之ニ明確ナル解釋ヲ與フルハ論理解釋ナラサル可ラス、更正解釋ハ文辭ト論理トノ衝突シタル場合ニ論理解釋ニ從フノ謂ナリ。況ク人ト規定スルモ其實際ニ於テハ財產權ノ目的トハ男子ニ限レル場合ノ如キ財產ト規定スルモ其實際ニ於テハ財產權ノ目的トナリ得ルモノ全部ヲ云フ場合ノ如キ、又質物ト規定スルモ其實質ニ於テハ動産

ヲ云フ場合(民法第三五二條、同法第八六條參照)ノ如キ之レナリ。論理解釋ノ大要斯ノ如シ。此場合ニ於テ特ニ注意ス可キハ法律命令ノ條文以外ニ「ウインドシヤイド」ノ説ク法律狀態ト立法者ノ目的トヲ基礎トスルコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ナリ。此問題ハ實ニ法律哲學上ノ問題ニシテ茲ニ詳細ニ論斷スルハ紙面ト時間トノ許サ、ル所ナルヲ以テ簡單ニ余ノ信スル所ヲ述フレハ法律ハ立法者ノ目的アル行動ノ發表シタルモノニシテ盲目力ノ發展シタルモノニ非サルヲ以テ單ニ條文ノ語辭ヨリ得タル意義ヲ以テ直ニ之ヲ法律ナリトスルハ甚シキ誤謬ナリ、一法令ノ出ツル必ス其理由ト目的トヲ備フ。解釋ノ基礎トシテ之ニ則ル可キハ誠ニ當然ナリ、唯此目的カ恒ニ如何ナル方面ニ向フ可キカハ解釋ニ於テ之ヲ定ムルヲ能ハス、之ヲ研究スルハ人世哲學ノ職務ナリ、唯解釋ニ在リテハ立法者ノ有シタル目的ト其目的ノ原因タル法律狀態トヲ基礎トシテ論理解釋ヲ求ムレハ足レリ。レーゲルスベルゲル」ハ論理解釋ヲ説明スルニ當リ(一)各法條ハ猶廣大ナル全體ノ一部分ナルコト(二)各法條ハ人類ノ實際生活ノ爲ニ作成セラレタルモノナルヲ以テ解釋者ハ法律ニ形體ト方向トヲ與フル事實上ノ關係ヲ活躍

セシム可キコト(三)各法條ハ一定ノ結果ヲ目的トシタルモノナルコト(四)多數ノ法條ハ一層廣遠ナル原則ヨリ發生シタルコト(五)解釋ハ法條ヲ其沿革ニ遡リテ研究ス可キモノナルコト等ヲ詳論シタリ、之レ趣旨ニ於テハ余カ前段ニ述フル所ト同一ナリト言フ可シ、レীগエルスベルゲル「バンデクテン」三六節參照

解釋ニ文辭論理ノ區別ナシト論スルモノアリ一應道理アルニ似タレトモ實ハ精密ナラス、蓋シ此種ノ學者ハ法律文ヲ以テ直ニ立法者ノ意思トナシ、法律文以外ニ法律狀態ト立法者ノ目的トヲ顧ミサルナリ、之レ實ニ近視眼の解釋ナリ、文辭論理ノ傳來ノ解釋ヲ排シテ更ニ解釋ノ四要素ヲ擧ケタル「ザビニー」ハ文辭論理歴史及ヒ系統的解釋ヲ案出シタリ、「ザビニー」雜著一卷二一四面然レトモ之レ文辭論理ノ兩解釋ヲ以テ無區別ナリトシタルニ非サルナリ。

論理解釋ハ慣習法ニ對シテモ猶成文法ニ於ケルカ如ク之ヲ適用シ得可キナリ、論理解釋ノ結果トシテ生シ來ル解釋ニシテ注意ス可キモノアリ類推解釋及ヒ反推解釋之レナリ、類推解釋ハ原則ヲ同ウスル場合ニ於テ法律命令中ノ或規定ヲ規定ナキ法律狀態ニ推及スル解釋ノ方法ナリ、之レ新ニ立法ヲ爲スニ非スシ

テ法律ノ論理解釋ノ結果ナリ、現行制定法上ノ類推解釋即チ準用ハ概テ斯ノ如キナリ、現行制定法ニ於テ準用セサル場合ニ於テモ法律上斯ノ如ク爲ス場合アリ、法典編纂ノ完成シタル法律ニ在リテハ類推ノ場合餘リ多カラサル可シト雖モ亦全ク之レナシト言フ可ラス、我現行法ニ於テハ抵當權設定後ニ抵當物ノ上ニ有スル地上權永小作權ノ効力ハ抵當物競賣ノ後ニ於テ如何ニナリ行ク可キカ之レ類推解釋ニ依リテ決ス可キモノナル可シ、反推解釋トハ類推解釋ヲ容レサル場合ヲ云フ、例ヘハ特ニ甲ノ場合ヲ規定シタルカ故ニ乙ノ場合ヲ含マサルモノト解釋スル方法ナリ此場合ニ於テハ立法者ハ乙ノ場合ヲ思想ノ埒外ニ逸シタルニ非スシテ、能ク考察シテ殊更ニ省略シタルモノナルカ故ニ類推ヲ許サルナリ、此他、況ンヤ解釋「ト稱スル解釋アリ情ノ輕キモノヨリ推シテ重キニ至ルモノ、余ハ之ヲ類推解釋ニ列ス可キヲ妥當ト信ス、唯普通ニ用キラル、カ故ニ特ニ茲ニ一言シ置ク。

刑事法民事法ノ解釋ニ關シテ猶述フ可キコトアリ、刑事法ハ公法ナリ民事法ハ私法ナリ、茲ニ刑事法民事法ト言フハ實體法ヲ指スモノニシテ手續法ヲ包含ス

ルモノニ非ス、故ニ刑事法ハ主トシテ刑法ヲ以テ之ヲ表シ民事法ハ主トシテ民法商法ヲ以テ之ヲ表スコトヲ得可シ刑法ノ解釋ニ關シテハ從來ノ學說ハ之ヲ嚴格ニ狹義ニ解釋ス可キモノトナシ、民法ノ解釋ニ關シテハ之ニ反シテ成ル可ク廣義ニ解釋シ類推解釋ヲモ許ス可キモノトナセリ然レトモ近來ノ裁判例ハ全ク其方針ヲ異ニシテ刑法ノ解解ハ寧ロ廣義ニ失スルモノ、如ク民法商法ノ解釋ハ寧ロ狹義ニ過クルモノ、如シ此等法律ノ解釋ニ關シテハ孰レヲ是トス可キカ暫ラク茲ニ論スルコトヲ得セシメヨ

刑法ヲ嚴格ニ解釋ス可シトノ規則ハ刑法ニ於テ明確ニ之ヲ規定シタルニ非ス唯明條無キ場合ニ於テハ何等ノ所爲ト雖モ之ヲ罰スルコトヲ得スト言フカ如キ規定例ヘハ我刑法第二條アルヲ以テ解釋上斯ノ如キ規則ヲ生スルニ至リタルナリ。又民法商法ニ於テ廣義ニ之ヲ解釋ス可シトノ規則ヲ生シタルハ民事ノ法ニ關シ裁判官ハ法律規則ナキノ故ヲ以テ其適要ヲ避クルヲ得サル法條ヲ設ケ明文ナキ場合ニ於テハ條理ヲ適用ス可シト云フカ如キ規定ヲサヘ生スルニ至リタルヲ以テ解釋上斯ノ如キ規則アルモノナル可シ。

如上解釋上ノ規則ハ果シテ法理上妥當ナリヤ否ヤ之レ余カ研究セント欲スル所ナリ。刑法ノ目的ヨリ論スレハ應報說ニ從フモ目的說ニ從フモ將又不定刑期說ニ從フモ主タル精神ハ公法トシテ團體生活ノ安固ヲ維持セントスルニ在ルコト何人ト雖モ承認スル所ナリ。故ニ社會ニ危害ナル人物ヲ漸次社會外ニ放逐スルノ傾向ヲ來シタルハ誠ニ當然ノ事ナリ。然レトモ應報說ノ刑法ニ在リテハ單ニ有害ナル犯罪者ヲ社會外ニ放逐スルニ止ラスシテ一定ノ犯罪行爲ニ對シテ一定ノ應報(刑罰)ヲ與フルコトヲ主眼トスルモノナリ。而シテ斯ノ如キ刑法ノ主義ニ於テハ所爲ト刑罰トノ權衡ヲ得ルニ汲々タル可キヲ以テ法律ノ規定ハ十分嚴正ノ解釋ヲノミ容ル可クシテ明リニ擴張解釋ヲ採リ以テ此神聖ナル權衡ヲ紊サハランコトヲ期スルモノナリ。故ニ余ハ應報說ニ基ク刑法例ヘハ我カ現行刑法ニ在リテハ法條ノ規定ハ嚴格ニ狹義ニ解釋スルヲ妥當ト信スルナリ、然レトモ近來ノ刑法學ハ團體自覺ヲ認識スルノ程度ニ達シタルト同時ニ犯人ノ個性ニ重キヲ措クニ至リ、漸ク類性ヲ基礎トシタル應報主義ヲ去ラントスルノ傾向アリ、目的說ノ如キ之レナリ。此場合ニ於テハ刑法ノ目的ハ必スシモ所爲

ト刑罰トノ權衡ヲ主眼トスルニアラサルヲ以テ必スシモ刑法ノ解釋ヲ民事法ト異ニス可キ理由アルヲ見サルナリ。然レトモ斯ノ如ク解釋スルニハ先ツ刑法根本ノ改正ナカル可ラス舊刑法ノ下ニ新解釋ヲ應用スルハ危險ナリト信ス、學者カ近時ノ裁判例ニ對シテ裁判立法ノ批論ヲ加フルモノ之レカ爲メナラストセンヤ。然レトモ法律モ亦時ニ對シテ租稅ヲ拂フ可キモノナリトセハ裁判例ハ時代精神ニ忠實ナルモノト謂ヒツ可キナリ。

第三十二節 有權解釋、訓示解釋、學說上ノ

解釋

有權解釋トハ法律ノ淵源ニ依ル拘束力ヲ有スル解釋ニシテ、其解釋ノ當否ハ之ヲ措キ、其權力ニ依リテ人民並ニ裁判所ヲ拘束スル解釋ナリ。前ニ出テタル法令ニシテ疑義アル場合ニ後ノ法令ヲ以テ其疑義ヲ決スル場合ノ如キハ有權解釋ナリ。(「アウステン法律學定園論講一卷九八面」ウインドシャイド)ハ此場合ヲ以テ已ニ前法令ニ於テ含蓄セラレタルモノト認ム可キモノナリトノ規定ヲ追加シ

テ一ノ新ナル法令ヲ制定スルモノトナシ、此場合ニ在リテハ該法令ハ舊法令ノ時ヨリ發生セシ事實ヲ支配スレドモ遡舊効ニ非ズトナセリ(ウインドシャイド)バンデクテン一卷二〇及三三節參照)而シテ氏ハ更ニ之ヲ批評シテ學問ニモアラズ又技術ニモ非スト言ヘリ。故ニ有權解釋ハ學說上其實質ニ關スル研究トシテ無味ナルモノナレトモ、有權解釋ノ種類並ニ效力ニ關シテハ誠ニ一顧セサル可ラサルモノアリ。有權解釋ハ嚴格ナル意味ニ於テハ新法令ニ依リテ舊法令ヲ解釋スル場合而已、然レトモ學者ハ又慣例ニ據ル有權解釋トシテ慣習並ニ裁判例ニ依ル解釋ヲ舉クルヲ常トス、例ヘハ「デルンブルヒ」カ慣例的有權解釋ト法律節然レトモ慣習ニ據ル解釋ノ如キハ法律ノ如ク未タ表外的效力ヲ有セサルモノナルヲ以テ法律ニ依ルモノト其效力ヲ同一ニ見ルコト能ハサルモノアリ。裁判慣例ニ據ル場合ノ如キモ一事件ニ關シテハ最高法院ノ爲シタル解釋ハ有權的ナルノミナラス。一旦大審院カ一種ノ解釋ヲ取リタル以上ハ判例トシテ後ニ起ル可キ同一ノ場合ヲ羈束スルヲ通例トスレトモ又反對ノ解釋ヲ取ルコトヲ

得ルナリ(裁判所構成法第四九條)斯ノ如ク慣例ニ據ル解釋ハ新法令ニ據ルモノニ比シテ稍不安固ノ状態ニ在ルモノト言ハサル可ラス。法律的有權解釋ニ付キテハ猶其遡舊效ノ有無ニ關スル議論アリ。即チ新法令ノ出テサル前ニ當リテ新法令ト異ル解釋ヲ取り已ニ確定判決ヲ經タル場合ニ於テ新法令ハ之ヲ覆スコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ニ關スル議論ナリ。然レトモ之レ法律ノ效力問題ニ非スシテ寧ロ訴訟法ニ於ケル確定判決ノ效力ニ關スル議論ナリ。而シテ訴訟法ニ於テ再審ヲ許サレル以上ハ遡舊效ナシトセサル可ラス。此點ニ關シテ「デルンブルヒ」ウインドシヤイド」ノ兩氏ハ共ニ同一ノ意見ヲ有ス(デルンブルヒ一卷三七節ウインドシヤイド一卷三三節註四參照)然レトモ又反對論ナキニ非ス「ヴェヒタ」ノ如キ之レナリ。純理ノ上ヨリ論スレハ反對論ニモ理由アルコト疑ヲ容レス、唯訴訟法ト關聯シテ解釋スレハ遡舊效ナシト論セサル可ラサルナリ。新法令ト雖モ唯舊法令ヲ解釋スルニ止リ、且舊法令ノ下ニ發生シタル訴訟ニシテ未タ確定判決ヲ經サル以上ハ遡舊效アルハ論ヲ須タス。唯新法令ニシテ舊法令ノ法律状態ニ新ナル解釋ヲ與ヘタル場合ノ如キハ遡舊力ナキモノト言ハサル可ラス、

此點ハ特ニ注意ヲ要ス。

訓示解釋トハ法律解釋ノ權限ナキ行政ノ官廳カ解釋ノ統一ヲ欲スル希望ヨリ或法令ニ對シテ其部下ニ意見ヲ表示スル方法ニシテ素ヨリ拘束力ヲ有ヒサルモノナリ。司法大臣ノ訓令ト謂ヒ内務省ノ訓令ト謂フカ如キ此例ナリ。其他司法省民刑局ノ訓示ノ如キ或點ニ於テハ便宜ナリト雖モ法律上ヨリ觀察スレバ權力ナキ解釋ナリ。

學說上ノ解釋ハ大體ニ於テ前節ニ述ヘタル文辭及ヒ論理解釋ト相距ルコト遠キモノニ非ス、ホルランド」ノ如キハ兩解釋ヲ以テ學說上ノ解釋ノ兩面トナセリ(同民法律學四〇〇面)唯制度ノ沿革ヲ尋テ而シテ別ニ條文ノ順序ヲ逐ハスシテ系統的ニ論述スル所寧ロ「サビニー」ノ分類ニ從フヲ正當トス可キナリ。然レトモ之レ唯法律ノ精神ヲ確知スル準備的方法タルニ過キスシテ此方法ヲ以テ直ニ文辭論理ノ兩解釋ヲ排撃スルコト能ハサルナリ。學說上ノ解釋ハ時トシテハ現行制定法ヲ批評スルコトアリ、從テ立法ニ贊助ヲ與フルコト多ク、且法律ヲ進歩發展セシムルニ與リテ大ニ力アルモノナリ。然レトモ學說上ノ解釋ハ有權解釋

ニ非ス、唯有權解釋ノ府ヲ指導スルノミ。現行制定法ノ如ク淵源ノ知リ易キモノニ在リテハ學說上ノ解釋ハ頗ル容易ナルモノアリト雖モ古法律若クハ慣習法ノ如キニ至リテハ解釋困難ヲ極ム。是ニ於テカ解釋學ノ一科ヲ生スルニ至ル。羅馬ノ法律即チ「コルプス、ユーリス、ツイガイーリス」ノ如キハ學說上ノ解釋ヲ要スルコト多キモノニシテ又解釋ニ際シ非凡ナル學識ヲ待ツテ漸ク其光輝ヲ發シタルモノナリ。

第九章 法規ノ區別

第三十三節 强行法規及ヒ聽容法規

人類ノ生活關係ハ千狀萬態ニシテ之ヲ個別ニ觀測スルヤキハ恰モ環ノ端ナキカ如ク何レヨリ發シテ何レニ歸結スルカヲ知ルコト能ハサルニ似タリ。然レトモ法律學者又ハ立法者ハ此錯雜セル生活關係ニ就キ一種ノ炯眼ヲ放ツテ特ニ法律關係ト稱スル狀態ヲ剔出シ、以テ之ニ一定ノ綯綵ヲ與ヘンコトヲ期スルモ

ノナリ。法律關係ノ如何ナルモノナルカニ關シテハ相對戰スルニ大論アリ其一ハ之ヲ以テ人ト人トノ間ニ於ケル生活關係ニシテ法律上ノ效力ヲ有スルモノナリト言フニ在リ、而シテ其二ハ人ト人又ハ人ト物益トノ間ニ於ケル關係ニシテ法律上ノ效力ヲ有スルモノナリト言フニ存ス。サビニ「ハ前說ヲ唱ヘテデルンブルヒ」ハ後說ヲ主張ス。前說ノ主眼トスル所ハ人ヲ離レテ法律關係ノアル可キ筈ナク、單ニ一人孤島ニ生ヲ送ルモノニハ法律關係ナシ。故ニ法律關係トシ言ヘハ必ス人ト人トノ間ニ於ケル生活關係ナリト之ニ反シテ後說ノ神髓トスル所ハ若シ法律關係ヲ以テ人ト人トノ間ニ限ルモノトスレハ物權殊ニ所有權ノ如ク羅馬法ニ於テモ獨逸普通法ニ於テモ直接ニ物ニ對スル權利トシテ觀察シ來リタル關係ハ單ニ消極的所含ヲ有スルニ至リ、法律上ニ於テハ他人ヲシテ該權利享受ノ狀態ヲ害セシメスト言フニ過キス。是レ在來ノ觀念ニ反シ、又事實ニ反スルモノナリ。例ヘハ羅馬人カ「レス、メア、エスト」ト言フハ物カ所有者ノ身體ニ鈎鎖セラレ、之ニ全然歸屬スルノ謂ニシテ他人カ之ヲ害セスト云フハ結果ニ過キス。故ニ此沿革ト事實トヲ離レテ法律關係ヲ人ト人トノ間ニ限ルハ妥當ナラス

トスルニ在ルナリ。〔デルンブルヒ〕一卷二二節註五參照此議論ハ法理論トシテハ極メテ趣味アル問題ナリト雖モ余ハ詳密ニ論究スルノ違ナキヲ以テ單ニ兩論ヲ批評スルニ止メントス。

法律ハ人格ノ對立ナリ。人ト物トノ對立ニ非ス故ニ法律ヲ以テ人ト物トノ關係ヲ定ムルモノナリト言ハ、其誤謬ナルヤ論ナシ。然レトモ法律關係ヲ以テ直ニ人ト人トノ關係ニ歸スルハ甚タ狹キニ失スルノミナラス、法律ヲ誤解シタルモノナリ。凡ソ人格ノ對立ニハ人格ノ存立ニ必要ナル一切ノ關係ヲ包含セサル可ラス。人ト物トノ關係ノ如キハ其最モ重要ナルモノナリ。故ニ余ハ「サビニ」又ハ「ウインドシヤイド」ノ說ヲ採ラス、寧ロ「デルンブルヒ」ニ左袒スルモノナリ。

斯ノ如ク生活關係ハ法律ノ下ニ法律關係ヲ爲ス。而シテ法律關係トシテ效力ヲ與フル法律ノ規定ハ人民ニ遵守セラルル方法ニ於テ必スシモ相同シカラス。或ル法規ハ儼乎トシテ人民ノ上ニ臨ミ、取捨選擇ノ自由ヲ與ヘサルモノアリ、之ヲ學說上或ハ解釋上強行法ト謂フ。羅馬法ニ於テ強行法ハ私約ニ依リテ變スルコトヲ得スト云ヘルモノ之レナリ。尤モ此解釋ニ關シテハ如何ナル法律ト雖モ國

家ノ法律タル以上ハ總テ一私人ノ約束ニ依リテ變更スルコトヲ得スト云フ意ニシテ特ニ強行法ニ限リタルモノニアラストノ說ナキニ非スト雖モ、暫ラク普通ノ解釋ニ依ル可シ。或ル法規ハ其取捨選擇ヲ當事者ニ任セテ、唯一旦之ニ據リタル以上ハ必ス其支配ヲ受ケサル可ラサルモノトスルモノアリ、之ヲ聽容法ト謂フ。〔デルンブルヒ〕ハ非強行法ノ文字ヲ以テ此法規ヲ説明シ、從來羅馬法中ノ「デスポヌント」即チ處分ノ文字ヲ採リテ聽容法ト名ケタルヲ非難シ、而シテ非強行法ノ文字カ最モ適切ナルヲ述ヘタレトモ。我國法ニ於ケル聽容法、聽許法又ハ任容法ノ文字ハ當事者ノ意思ニ自由ヲ與フル趣意ヲ有スルヲ以テ此用語ニ從フモ不可ナシ。

如何ナル場合ニ於テ強行法トナシ、如何ナル場合ニ於テ聽容法トナス可キカハ立法上ノ問題ナリ。如何ナル法規カ強行法ニシテ如何ナル法規カ聽容法ナルカハ解釋上ノ問題ナリ。學說ノ上ニ於テ通常強行法ト爲ス可キハ主トシテ法制ノ性質ニ因ル。其外公益ニ關スル規定警察ニ關スル規定ハ之ヲ強行法トナシ、又善良ナル風俗ニ關スル法規ハ之ヲ強行法ト爲ス。然レトモ正確ナル標準アルニ非

ス。立法ノ必要ニ應シ異ル所アリ、デレンブルヒハ法制ノ性質ヲ擧ケタレトモ、如何ナル性質ノモノヲ以テ強行法規中ニ列ス可キカヲ説カス(デレンブルヒ一卷三一面)余ノ觀ル所ヲ以テスレハ私法ノ規定ニ列ス可キモノハ人民ノ法律觀念ノ進歩ト共ニ漸次聽容法トナス可キモノナリ。然レトモ今日ニ於テハ未ダ斯ノ如ク斷定スルコト能ハス。公法上ノ規定ハ概テ強行法ナリ、然レトモ亦聽容法ナキニ非ス法律ノ規定ニ因リ、自治團體カ任意ニ制定シタル法律(廣キ意味ニ於テ)ノ如キハ團體以外ニ關シテハ聽容法ナリ。刑法ニ於ケル親告罪ノ如キハ聽容法ナリ、而シテ刑法ニ於テハ聽容法ト爲スノ趣意極メテ明瞭ナリ。即チ一ノ場合ニ於テハ全ク被害者タル一私人ノ利害ノミヲ原因トスルモノナリ、二ノ場合ニ於テハ國家ノ利害ト一私人ノ利害ト共ニ法現ノ原因トナレトモ特ニ國家ノ利益ヲ一私人ノ利益ノ爲ニ犠牲ニ供スルモノナリ(リスト)獨逸刑法教科書一卷四四節)刑法ニ於テハ此理由ヲ以テ規定モ略一定シ、解釋上直ニ之ヲ知ルコトヲ得レトモ其他ノ場合ニ於テハ特ニ法律ニ於テ疑義ナキ程分明ナル現定ヲ設ケタル外ハ解釋上之ヲ知ルコト困難ナルコト無キニ非ス。

強行法ノ規定ハ命令或ハ禁令ナリトス而シテ通常命令又ハ禁令ノ文詞ヲ以テ之ヲ表ハスヲ常トス、例ヘハ我私法ニ於テハ「要ス」又ハ「得ス」トノ語ヲ用ヰタルヲ以テ大體ニ於テハ一見之ヲ知ルコトヲ得レトモ斯ノ如キ語法ヲ用ヰタル場合ト雖モ悉ク之ヲ以テ強行法トナスコトハ解釋上期シ難キ所ナリ。法律ニ反スル場合ニハ一定ノ制裁アルコトハ已ニ述ヘタル所ナリ。而シテ命令法ニ背キタル場合ニ於テハ之ニ對スル制裁ハ種々アリ、羅馬法ノ説明ニ於テハ完全法規、比較的完全法規及ヒ不完全法規ノ區別アリキト雖モ之ヲ探テ以テ直ニ日本法律ノ解釋ニ用ヰルコト能ハサルナリ。聽容法ニ關シテハ唯私人ノ意思ノ不十分ナルヲ補充センカ爲ニ其存在ヲ全クシ居ルカ如ク論スル學者アリ、又私人ノ意思ヲ解釋スルニ止ル場合ト一旦之ニ依據スル以上ハ私人ノ意思ヲ許サ、ル場合トノ區別アリト説ク學者アリ余思フニ聽容法現ト雖モ單ニ私人ノ意思ノ不完全ナルヲ補充スルニ止ルモノニ非スシテ秩序的生活ノ考案トシテ獨立ノ存在ヲ有シ私人ノ之ニ據ラントスル場合ニ於テハ強行法ト同シク完全ノ法律力ヲ備具スルモノナラサル可ラス。

第三十四節 否定法規及宣言法規

此區別ハ純然タル論理則ニ從フ對稱ニ非ス、然レトモ法律ノ解釋上法規ニ否定法規及宣言法規アルコトハ最モ略易キ所ニシテ、テール、ウインドシヤイド¹及レール²等諸家ノ已ニ說示シタル所ナリ、オット、ギルケ³ノ曰ク法律トシテ認識セラル⁴モノハ、法律トシテ欲求セラル⁵モノナリ。夫レ惟然リ是ニ由リテ効力アルモノナリ。要用アリテ權力之ニ伴フ場合ニ命令的法規トシテ表ハル、然レトモ法律ハ決シテ命令法規トシテノミ成立スルモノニ非ス、而シテ又法規ノ仁核ハ決シテ命令法規ニ於テ竭キタルニ非ス。命令ハ唯衣冠而已、外部ノ裝飾ノミ、ギルケ獨乙私法一卷一一七面參照ト。法律ノ効力ニ付キテ精細ナル判斷ヲ下サンカ、ギルケ⁶ノ述ブル所誠ニ道理アリ。之カ爲メ私法ノ規定ト雖モ單純ニ命令及禁令法規即チ總括シテ之ヲ言ヘハ命令ニ止ラスシテ猶否定法規及宣言法規ト稱スルモノアルアリ。殊ニ公法ノ範圍ニ於テハ此ノ如キ規定少ナカラサルヲ見ルナリ。

否定法規トハ一定ノ事實ニ對スル命令又ハ禁令ノ効力ヲ否定スルモノニシテ、其場合三アリ、(一)一定ノ事實ニハ法律上ノ命令若クハ禁令ヲ附隨セシム可ラサルコト之レナリ、例ヘハ虛偽ノ意思表示ヲ無効トスルカ如キ、法律行為ノ要素ニ錯誤アリタルトキ其意思表示ヲ無効トスルカ如キ(民法九四、九五條)、法律ニ正條ナキ場合ニ或行為ヲ罰セサル場合ノ如キ(刑法二條)之レナリ。(二)一定ノ事實ニ對シテ効力ヲ有セシメタル命令若クハ禁令ハ他ノ事實ノ發生進入ニ依リテ其効力ヲ有ス可ラサルコト之レナリ、例ヘハ債務ハ辨濟ニ依リテ消滅シ、債權ハ十年間之ヲ行ハサルニ因リテ消滅シ、債權所有權以外ノ財產權ハ二十年間之ヲ行ハサルニ因リテ消滅スルカ如シ(民法一六七條)、(三)或事實ニ對シテ或種類ノ否定アル場合ニ更ニ其否定ヲ否定スル法規モ亦之ヲ否定法規ト謂ハサル可ラス。例ヘハ日本ニ於テ法律行為ヲ爲シタル外國人カ其本國法ニ依レハ無能力者タル可キ場合ト雖モ日本ノ法律ニ依レハ能力者タルヘキトキハ之ヲ能力者ト看做スカ如キ(法例三條二項)心神喪失ノ間ニ他人ニ損害ヲ加ヘタル者カ其喪失原因故意又ハ過失ニ在ル時ハ賠償ノ責ニ任ス可キカ如キ(民法七一三條)之レナリ。(ウ

インドシャイド「バンデクテン」一卷二七節及脚註二、三、四參照否定法規ノ實用ニ付キ「レーゲルスベルゲル」ハ辨ジテ曰ク「法律上ノ効果ヲ及サル可キ事實上ノ各原素ヲ備ヘタル事件アル場合ニ於テ、否定的規定微リセバ當然該効果ヲ發生ス可キ時ニ否定法規ノ要用アリ、例ヘハ夫婦間ノ贈與ヲ無効トナシ、卑族親ノ尊族親ニ對シテ行ヒタル竊盜ヲ罰セザルガ如シ」(同氏「バンデクテン」一卷二七節二參照)ト。斯ノ如キ現定ハ立法上ノ必要ヨリ設ケラル、モノナリト雖モ、解釋ノ上ヨリモ亦大ニ實益アルモノナリ。而シテ法律學ノ系統的研究ヨリ觀察スレバ一層意味深キモノナリ。

宣言法規トハ單純ナル命令若クハ禁令ニ非ズシテ、他ノ法規ニ於テ定メタル所ヲ更ニ法律的ニ決定スルヲ謂フ。學說上ノ解釋ニ非ズシテ、法律ニ依ル解釋ナリ。然レドモ解釋トシテノ解釋ニ非ズシテ、自體ニ於テハ法規ナリ、唯其規定ノ精神ニ於テ他ノ法規ノ意義ヲ一層詳細ニ定ムルモノナリ。「ウインドシャイド」ハ宣言法規ノ實例トシテ「遺言ハ七人ノ証人ノ面前ニ於テ之ヲ爲スコトヲ要ス」(幼年ハ滿七年迄トス)「契的ハ一方ヨリ發セラレタル意思表示ガ他ノ一方ニ承諾セラレ

タルトキニ成立ス」ト言フカ如キ場合ヲ舉ゲタリ(同氏「バンデクテン」一卷二七節脚註六)我民法ニ於テ「滿二十年ヲ以テ成年トス」(民法三條)各人ノ生活ノ本據ヲ以テ住所トス(民法二一條)トノ規定アルカ如キ、市制ニ於テ「凡市内ニ住居ヲ占ムル者ハ總テ其市住民トス」(市制六條)トノ規定アルガ如キ、刑法ニ於テ「凡法律ニ於テ罰ス可キ罪別テ三種ト爲ス」(刑法一條)此刑法ニ於テ親屬ト稱スルハ左ニ記載シタル者ヲ云フ(刑法一一四條)ト規定シタルカ如キ其他憲法第一章ノ規定ノ如キ之ヲ宣言的法規ト謂フ可キナリ。

「アウスチン」ハ宣言法ヲ固有法律ト區別シ、法規ノ形體ヲ備フレドモ法律上又ハ政治上ノ制裁ナシ、從テ比喩的又ハ形容的ニ法律中ニ分類ス可キモノナリト說ケリ(定圍論講一卷二一四面)而シテ更ニ宣言法ノ性質ヲ説明シテ曰ク「宣言法ハ法律ノ疑問ヲ司法上ノ手續ニ依リテ決スルモノニ非レドモ全般ノ事態ニ關シテハ裁判ノ作用ヲ有ス、宣言法ハ新規ナル法律ノ制定ニ非ズシテ已存法律ノ意義ヲ確定スルモノナリ」(同書二卷六三七面)ト。法典ヲ有セザル國ニ於テハ、宣言法トシテ「アウスチン」ノ唱フルカ如キ法律アル可キナリ、然レドモ氏ガ斯ノ如キ法

律ヲ以テ法律ニ非ズト言フハ命令說ノ脚他ヨリ觀察シタルモノニシテ、會、命令說ノ短所ヲ暴露スルニ過ギズ、何ントナレバ宣言法規ハ法典國ニ於テハ法律ノ一大系統中ニ於テ重要ナル構成分子ニシテ、之ヲ法律ト見ルニ非ザレバ完全ナル法典ヲ形成シ得ザレバナリ。

第十章 統治權

第三十五節 統治權ノ概念

統治權ト權利トハ法律生活ニ於テ最重要ナル活動的要素ナリ。法律ハ形式ナリ其法律トシテカアルハ統治權ノ形式的發表タルニ因ルナリ。統治權ハ斯ノ如ク活動的要素ナルヲ以テ其研究最モ困難ヲ極ム、然レトモ統治權ハ人類ノ歴史ト離ル可ラサル關係ヲ有スルモノニシテ實際上ニ於テ趣味アルノミナラズ學問上ニ於テモ甚ダ重要ナル研究事項ナリ。本節ニ於テハ左ノ順序ニ從ヒテ其梗概ヲ説明セントス。

一、統治權ノ概念 統治權トハ政治的生活ニ於ケル圓滿完全ノ活力ニシテ國家ノ行動ハ一ニ此權力ノ發動ニ係ルモノナリ。統治權ハ斯ノ如ク政治的生活ト相離ル可ラサル關係ヲ有ス。蓋シ人類ハ單ニ團體生活ヲ營ムノミニ非スシテ相依リテ以テ政治的生活ヲ營ムモノナリ。古來哲學上ノ議論トシテハ政治的生活ヲ以テ身心ヲ勞役シ名利ノ桎梏ヲ招クモノトシテ之ヲ排擊シタルモノ之レナキニ非スト雖モ人類進歩ノ歴史ニ於テハ政治的生活ハ漸次隆盛ヲ來シ遂ニ「アリストテレース」ノ「市ハ自然ノ所生ナリ人ハ本來社交的動物ナリ、而シテ偶然ニ非スシテ自然ニ結社ニ適セサル者ハ其何者タルヲ問ハス人ニ劣ルカ又ハ優ル者タラサル可ラス」(同氏政治論一篇第三章)ト言ヘル所ヲ事實ナラシメントスルノ現狀ナリ。而シテ政治的生活トハ如何ナルモノナリヤト問ハンニ共同シテ完全ナル獨立生活ヲ營ムノ謂ナリ(同書三編九節末段參照)從テ自己ノ自由ト幸福トヲ全ク拘束セラル、狀態ハ政治的生活ニ非サルナリ。生活ノ共同員タル個人ノ人格ヲ無視スルノ生活ハ政治的生活ニ非サルナリ。此意味ニ依リ統治權ハ壓制的暴力ニ非サルコトヲ知ルニ足ル可シ。統治權ハ圓滿完全ノ活力ナリ。圓滿完全

トハ其レ自體ニ於テ完全ニシテ他力ニ拘束セラレサルノ謂ナリ。統治權ニシテ他力ノ補充ニ依リ始メテ其力ヲ有スルカ又ハ他力ニ拘束セラル、モノトスレハ之ヲ以テ至高ノ權力ト言フコト能ハス。至高ノ權力ニアラサランカ統治權ノ働キヲ全ウスルコト能ハサルナリ。統治權ハ活力ナリ。統治權ハ空想ニ非ス。活動力ナリ。政治的生活ヲ現實ニ導ク活動力ナリ。而シテ國家ノ行動ハ總テ此活力ノ行動ニ依ルモノナリ。統治權ノ概念斯ノ如シ。統治權如何ニシテ斯ノ如キ活力ヲ有スルカ之レ統治權ノ組織ヲ研究スルコトニ依リテ知ルコトヲ得可キナリ。

二、統治權ノ組織　統治權ノ組織ニ關スル研究ハ統治權ノ實體ニ關スル研究ナリ。統治權ハ君主若クハ優勝者ノ有スル權威ナリトスレハ之ヲ組織ト言ハスシテ實體ト云フヲ適當トス。然レトモ君主又ハ優勝者ノ有スル權威ハ直ニ之ヲ統治權ト云フ可ラス。兩者ハ其概念ヲ異ニスルモノナリ。君主ノ權ハ必スシモ政治的ノ權ニアラス。君主ハ臣民ノ自由ト幸福トヲ認メサルモ猶君主ナリ。臣民ノ行動ヲ一ニ自己ノ意思ヲ以テ束縛スルモ猶君主ナリ。普天ノ下率土ノ濱王土ニアラサルハナシトノ思想ハ必スシモ臣民ヲ羈束スルニ限りタルコトナク、寧ロ臣

民ヲ視ルコト猶子女ノ如ク愛憐撫育ノ情具サニ至レルモノアル可シト雖モ之レ未タ政治的生活ニ非サルナリ。優勝者ハ劣弱者ヲ征服シテ之ヲ自己ニ從屬セシムル上ヨリ觀レハ權力者タルコト疑ナシ。然レトモ劣弱者ヲ征服シテ之ヲ從屬セシムル關係ハ之ヲ政治的生活ト言フコト能ハス。此關係ハ實際ニ於テハ戰爭ノ狀態ニシテ優勝者ノ權力ハ完全圓滿ナルコト能ハサレハナリ。統治權ハ斯ノ如ク權力ヲ有スル者ノ地位ヨリ立論シタルノミニテ十分ナラストスレハ權力者ト必スシモ離ル可ラサル關係ヲ有スルモノニ非サルコトヲ知り得可シ。之レ統治權組織ニ關スル説明ヲ必要トスル所以ナリ。余思フニ統治權ハ二個ノ活動力ノ調和ニ依リテ組織セラレタルモノニシテ組織要素ト全ク獨立シタル圓滿絶對ノ活力ナリ。何ヲカ二個ノ活動力ト謂フ。曰ク其一ハ積極的發動力ナリ。曰ク其二ハ消極的服従力ナリ。此兩者ノ調和ニ依リテ茲ニ始メテ圓滿完全ノ統治權アルナリ。統治權ヲ以テ單ニ命令ノ權トナシ服従ハ此命令ニ對スル結果ナリト見ルハ誤謬ナリ。單純ナル命令ノ權ハ其力ノ極メテ強大ナル場合ニ於テハ他ヲ服従セシムルコトヲ得可シ。然レトモ命令者ニシテ非常ニ優力ナルニ非レハ

此服従ヲ必スルコト能ハサルナリ。服従ヲ必スルコト能ハストスレハ之ヲ圓滿完全ノ統治權ト言フコト能ハス。又一面ヨリ觀レハ服従ノ關係ハ統治權ノ行ハル、狀態ノ如ク考フルコトヲ得ルニ似タレトモ斯クテハ又統治權ノ行ハレサル狀態アルコトヲ證スルモノナリ。行ハレサル統治權トハ之レ又統治權ノ概念ニ反ス。夫レ然リ是故ニ統治權ハ圓滿完全ニシテ常ニ其行動ヲ完ウスル力ナリト言ハサル可ラス。而シテ此事實ヲ現スルモノハ兩活動力ノ調和ニ由リテ生シタル活力ナリ。消極的服従力ハ國家ヲ成ス各人ノ意思ナリ、積極的發動力ハ國ニ依リテ同シカラス、國民ノ多數ナルコトアリ、單ニ仁政者一人ナルコトアリ。然レトモ國民多數ノ意思ハ直ニ統治權ニ非ス、仁政者一人ノ意思ハ直ニ統治權ニ非ス、兩者ノ一方ト各人ノ意思トノ合體シタル所ニ統治權ノ發生アルナリ。而シテ其合體ノ形式ノ如キハ契約ニ依ルニ非ス、壓制ニ依ルニ非ス。人類ノ政治的自然ノ性情ニ出ルモノナリ。イエーリングハ強制ヲ以テ政治的存在ニ缺ク可ラサルモノトナスモノナリ。而シテ氏ハ國家ニ於ケル實際道德ニ二面アリトナシ、其積極的方面ニ於テハ固有ノ方便タル權力ヲ完全ニ組織スルコトヲ說キ其消極的方

面ニ於テハ國家權力ヲ危地ニ陥ラシム可キ國民ノ力の方便ヲ阻礙スルニ在ルコトヲ說テリ(同氏著法律目的論一卷三一六面)斯ノ如ク積極的方面ハ權力ノ組織ナリ而シテ消極的方面ハ國家思想ノ道德力ナリ。道德力トハ氏ニ從ヘバ國家ト國民トヲ戰爭狀態ニ置ク場合ニ於テ國事ニ全力ヲ傾注スルノ心理的動因ナリ即チ國家的秩序ヲ必要ナリトスル洞見ナリ、法律及權利ニ對スル精神ナリ、秩序紊亂ニ因リテ生ス可キ人格及財産ノ危害ニ對スル疑懼ナリ、刑罰ニ對スル恐怖ナリ(同書一卷三一九、三二〇面參照)ト。余ハ氏ノ言中上來説述シタル積極消極兩力ノ調和ヲ必要トス可キ分子アルコトヲ否認シ得ザルナリ。之ヲ人類學ヨリ見ルニ社會構成ノ始ニ遡レハ一方ニハ社交慾及ヒ同情アリ、他ノ一方ニハ共同的生活ヲ支配スル積極力ニ對スル服従アリ、而シテ此積極力ト服従力トノ調和シタル處ニ統治權アルナリ。契約説ハ希臘ニ於テ已ニ之レアリシモノナリ、プラトーンノ對話集中ニ於ケル「ソークラテース」ノ言ノ如キハ此思想アリシコトヲ證ス可ク(プラトーン對話集英譯三九、四一面參照)又余カ屢引照シタル「アリストテレーズ」ノ政治論中ニ於テモ詭辯學者ノ言ヲ援用シテ法律ハ契約ヨリ成ルノ

趣旨ヲ賛成シタルカ如ク見ユル節ナキニ非ス(英譯「アリストテレース」政治論三編九章九七面參照)此思想ハ後年ニ至リ「ホツプス」「ロツク」「ウォルフ」等ノ主張スル所トナリテ強弱ノ度コツアレ各相應ノ影響ヲ歐米大陸ノ國民ニ與ヘ、殊ニ「ルソー」ノ説ニ至リテハ焰火ヲ吹キ廻スノ勢ヲ以テ當時ノ歐洲ヲ席捲セリ。然レトモ民約論ハ歷史上ノ事實ニ反スルノミナラス純理論トシテモ亦維持スルコト能ハサル學說ナリ。「ベンサム」ノ攻撃ノ如キ「ヒューム」ノ批評ノ如キ又亞米利加ノ法律學者「マルフォード」ノ駁論ノ如キ其缺點ヲ披瀝シテ餘ス所ナシ、之ニ反シテ優者ノ權利ヲ以テ法律トナシ國權トハ征服者カ劣敗者ニ對シテ有スル權力ナルカ如ク論スル學說ハ進化論ノ助勢ヲ得テ稍強力ノ觀アレトモ、征服者カ劣敗者ニ對シテ有スル權力ハ統治權ニ非ス暴力ナリ。進化論ニ於テ一面ノ真理ヲ認メタル人類ノ競争ハ鬪爭場裡ノ敗北ニ依リテ直ニ消滅スルモノニ非ス、此關係ハ永遠ニ持續スル不安固ノ状態ニシテ開闢ノ始メヨリ歴史ノ反覆シテ未タ熄マサル所ナリ。殊ニ一國カ他國ニ征服セラル、場合ノ如キハ弱國ト雖モ容易ニ服從セサルノミナラス、一旦屈從スルモ時機ヲ觀テ反抗ノ舉アル可キコト英杜

戰爭ニ依リテ之ヲ證明スルコトヲ得可シ。故ニ現代ノ臣民ヲ以テ戰爭ニ因ル服從者ト見ルハ不可ナリ素ヨリ人種ノ異ナルニ從ヒ競争ノ結果一ノ人種カ他ノ人種ヲ征服シテ茲ニ全ク服從者ノ一群ヲ生スルコトアリ、此場合ニ於テモ服從民族ト優者トカ直ニ君臣ノ關係ニ於テ國家ヲ形成スルニ非スシテ優者ノ一群ト服從者ト相合シテ一ノ國民ヲ成スモノナリ。而シテ此國民ト治者トノ間ニ統治關係ノ存立スルモノニシテ要スルニ統治權ハ積極消極兩力ノ調和ナリ從テ優者カ劣者ニ對スル權力而已トシテ統治權ヲ説明スルハ未タ盡サ、ルノ感アリ凡ソ完全ナル國家ノ成立ニハ必ス統治權ヲ必要トス。統治權ノ國家ニ於ケル關係ハ猶要石ノ建築ニ於ケルカ如キナリ。而シテ國家ノ成立ハ人類自然ノ性情ニ出ツルモノトスレハ統治權ノ組織モ亦人類自然ノ性情ニ出ツルト説明スルニ於テ必スシモ説明ヲ避ケタル解釋ナリト言フコト能ハサル可シ。統治權ヲ以テ二個ノ活動力ノ調和ニ發生スルト言フニ付テハ余ハ人類自然ノ性情ニ出テタルコトヲ説明セリ今進ミテ此調和ノ心理的狀態ヲ略述ス可シ。政治的生活ヲ營ム各個人ノ政治ニ對スル意思ハ何ヲ目的トシ何ヲ手段トナスカ。

自己ノ自由ト獨立トヲ欲シ自己ト其家族トカ相率非テ政治的生活ニ入り圓滿幸福ニ是世ヲ送り以テ其理想ヲ達センコトヲ目的トスルモノナリ而シテ其手段トシテハ最モ平和ニシテ最モ效力アルモノヲ選擇スルモノトス。各個人ノ意思ハ常ニ斯クノ如キ目的ヲ以テ活動シ外界ト動反動ヲナシテ進歩シツ、アルモノナリ。故ニ外界ニ於テ此意思ト因果ノ關係ヲ有スル活動力ニシテ此意思ヨリモ一層強大ナルモノアルニ當リ、比意思カ其強大ナル外力ニ對スル關係ハ唯二途アルノミ之ニ反抗スルニ非サレハ之ニ服従スルコト乃チ之レナリ。而シテ反抗ハ鬭爭ナリ服従ハ調和ナリ鬭爭ニ依リテ敗レタル時ハ屈服ノ外アル可ラス而シテ屈服ハ調和ニ非ス、一方ハ他力ノ爲ニ壓倒セラル、ナリ。其結果ハ新ナル力ヲ發生セシムルコト能ハスシテ寧ろ強大ナル力モ亦多少ノ損耗ヲ免ル、コト能ハス之ニ反シテ服従ニ因リテ兩力ノ間ニ成レル調和ハ一ノ新シキ力ナリ此力ハ之レヨリ以後ノ活動ニ於テ其成分タル兩力ノ何レニモ矛盾スルコトアルナシ、今反抗ト服従トノ差別ハ如何ニシテ生スルカヲ案スルニ茲ニ謂フ強大ナル意思トハ政治的生活ヲ爲サントスル意思ナリ、一私人ノ意思ニ非スシテ

多數ノ意思ナリ、若クハ又多數ノ意思ト相匹儔スル一人ノ意思ナリ、此意思カ單純ナル暴力ナル場合ニ於テハ一私人ノ意思ハ之ニ反抗スルヤ論ナシ、ヒュームハ此點ニ關シテ卓拔ナル見解ヲ有ス。曰ク「正義ニ服従スルノ義務ハ他人ノ財産ヲ侵害スルコトナク一ニ人類ノ間ニ平和ヲ維持スル爲ニシテ全ク社會ノ利益ヲ以テ基礎トスルモノナルニ因リ、正義ノ實行ニシテ有害危險ノ結果ヲ伴生スルコトアラシカ、斯ノ如キ非常危急ノ場合ニ於テハ正義ヲ中止シテ以テ公衆ノ利益ニ讓步セサル可ラス」ト又曰ク「人民ノ安全ハ無上法ナリ」ヒューム論集三五節消極的服従參照ト、ヒュームハ斯ノ如ク論斷シテ若シ非常ノ場合ニ在リテハ反抗モ亦可ナリト説ケリ。同所參照「反抗ス可キ事實アリテ反抗ス可キ理由アリ、故ニ此關係ヨリ統治權ヲ發生スルコトハ到底望ム可ラサルナリ。然ルニ彼ノ強大ナル意思ニシテ一私人ノ平和ト幸福トヲ以テ其目的トナスモノナランカ一私人ノ意思ハ目的ニ於テ相一致セル更ニ強大ナル活力ト相交渉スルモノナルヲ以テ茲ニ兩者ノ調和成ルヤ自然ノ勢ニシテ其速カナル之ヲ譬フレハ恰モ瑠璃板上ニ水銀ヲ轉スルカ如シ、而シテ統治權ハ實ニ此調和ノ成ル處ニ於テ組織

セラレ以テ永遠ニ活動セントスルモノナリ。統治權ノ組織上述ノ如シ、此組織ハ何レノ時期ニ於テ發スルカ之レ統治權ノ起源ニ關スル問題ナリ。

三、統治權ノ起源 統治權ノ起源ハ又完全ナル國家ノ起源ナリ。國家ナケレハ統治權ナク統治權ナケレハ完全ナル國家ナシ。而シテ統治權ハ活動的原因ナリ。國家ハ歷史上ノ事實ナリ、故ニ國家ノ起源ヲ研究スルコトニ依リテ又統治權ノ起源ヲ知り得可キナリ。我國ノ如キハ建國ヲ以テ國家ノ起源ト觀ルニ於テ毫モ不可アルコトナク而シテ統治權モ亦已ニ此時ニ於テ發生セリ、天皇ヲ「スメラミコト」ト稱ヘ奉レルハ乃チ天皇ヲ統治權ノ主體ト定メ給ヒタルモノナリ（小中村清矩著官職制度沿革史第一編一章二節參照）憲法發布勅語ニ於テモ亦此事實ヲ明ニセラレタリ、就テ參照セラレンコトヲ勸ム。歐洲ニ於テハ統治權ハ歴史並ニ學說ノ幾變遷ヲ經テ今日ノ域ニ達シタリ。「ポードン」ニ據リテ消極的ニ他力ニ拘束セラレサルモノトシテ説明セラレタル權力ハ「ホップス」ニ依リテ絶對性ヲ有スルニ至レリ、而シテ消極的性質ハ漸次變ジテ積極性ヲ備ヘ、統治權ノ概念ハ遂ニ兩面ヲ有ス。即チ消極的方面ニ於テハ他力ノ制限拘束ヲ受ケザルコト之レナリ。積

極的方面ニ於テハ自動的ニシテ自律的ナルコト之レナリ。斯ノ如クシテ統治權ハ活動的原因ナリト雖モ國家ノ歴史的全能力ニアラズシテ法律上ノ概念ナリ（ゲオルグ、イエーリツク、近世國家法一卷三編四三八、四三九面參照）

四、統治權ノ所在 統治權ハ第二ニ於テ述ヘタルカ如ク二個ノ活力ノ調和ニ因リテ發生スル圓滿完全ノ權力ナリ、而シテ此權力ハ能動的ニシテ一切ノ行動ハ自體ニ於テ之ヲ定ム、決シテ他ノ力ヲ待ツコトナキナリ。然レトモ冥々裡ニ活動スルニ非スシテ必ス一定ノ形體ヲ備具ス之レ乃チ所在ニ關スル研究ノ發生スル所以ナリ。アリストテレース「ハ已ニ此問題ヲ研究シテ統治權ハ完全良好ノ手續ヲ經テ作成シタル法律ニ宿ラシムルヲ最上トスト論シタリ（同氏政治論第三編一章末段參照）想フニ之ニ依リテ統治權ノ確定ノ形式ヲ知ルコトヲ得ルカ爲メナル可シ、此法律ハ即チ此憲法ナリ、憲法ニ據ル政治ハ即チ立憲政治ナリ。立憲政治トハ換言スレハ統治權ノ行動カ確定シタル形式ニ從フコトヲ明カニシタル政治ナリ。故ニ「マルフォード」カ統治權ノ確定形式ハ法律ナリトナシ、而シテ法律ハ其政治的ノ意味ニ於テハ政治的人民ノ意思ヲ形式的ニ主張シタルモノナ

リト述ヘタルト其精神ヲ同クスルモノナリ(同氏著國民八章一三七面參照余思フニ統治權ノ所在ヲ憲法ニ求ムルハ素ヨリ自由ト幸福トヲ人民ニ保障スル點ニ於テ大ニ便宜アリト雖モ元來統治權ハ積極的發達ノ意思ト消極的服從ノ意思トノ融合調和ニ存スルモノナルヲ以テ積極的發達ノ意思ニ在ル所ヲ以テ其主體トナサ、ル可ラス、故ニ苟モ此意思ノアル所ハ法律ニ非スシテ人格ナリト雖モ亦之ヲ主體ト爲スヲ妨ケサルナリ。而シテ此主體ニ依リテ統治權ノ行動スルハ毫モ統治權ノ組織ト相悖ラサルナリ。統治權ノ所在ニ關スル研究ハ之ニ依リテ概略ヲ述ヘタリ、次ニ研究ス可キハ統治權ノ作用ナリ。

五、統治權ノ作用、統治權ハ自律的ニ行動スル圓滿完全ノ活力ナリ。故ニ統治權ノ作用ハ他ヨリ之ヲ拘束スルコトヲ得ス、然レトモ統治權カ自律的行動ヲ爲スト謂フハ何等ノ徑道ニ依ラスシテ發動シ其神變ノ端倪ス可ラサル恰モ龍ニ似タルモノアルノ謂ニ非ス、自律的ノ行動トハ一定ノ徑道ヲ自ラ律シテ其上ニ行動スルノ義ナリ。之レ本節ニ統治權ノ作用ト稱スルモノ之レナリ。從來ノ歴史ニ徴スレハ統治權ハ遂ニ發展シテ三個ノ活動形式ヲ爲スニ至リタリ。立法司法及

ヒ行政之レナリ、佛國革命ノ際ニ於テハ之ヲ三權ノ分立ト唱ヘ、三個ノ獨立シタル權力カ互ニ相箝制シツ、其效力ヲ全ウスルモノナリト信シ、之ヲ以テ立憲ノ本義トナサントシタルコトハ第六節ニ於テ「モンテスキュー」及「ルソー」ノ學說ヲ述ヘタル際之ヲ明ニシタリ。國政料理ノ方法ニ於テ司法行政立法ノ三者ヲ區別スルノ必要ナルハ歷史上ニ於テ久シク知レ渡リタルモノナリ。設ヒ之ヲ區別スルモ最後ノ權力ニシテ一人ノ手ニ在ラハ此區別ハ遂ニ施ス所無キニ至ラシノミ。故ニ暴君ノ虐政ニ對スル反動トシテ三權分立ノ說ハ起リシナリ。然レトモ三權各獨立シテ存在スルニ非スシテ圓滿完全ノ統治權ノ作用カ此三個ノ作用ニ依リテ行動スルモノト説明セサレハ國家ノ統一ハ得テ之ヲ望ム可ラス。之レ三權分立說ノ誤レル證左ナリ。統治權ハ自律的活力ニ依リテ其行動ノ三面ヲ規定シ之ヲ憲法ト定ム憲法ハ斯ノ如ク統治權行動ノ大本ヲ規定スル法律ナリ。然レトモ統治權カ憲法的行動ヲ爲スハ國家ノ安寧國民ノ幸福ヲ目的トスルニ由ル故ニ若シ非常急變ノ場合ニ遭遇センカ、統治權ハ臨機ノ處置ヲ取リテ自由ノ行動ヲ爲スヲ妨ケス(帝國憲法三一條)之レ統治權ノ本質上當然ニ到着ス可キ

結論ナリトス。統治權ハ三個ノ分立シタル權力ヨリ成リテ、各權力自家ノ分野ニ行動スルモノトセンカ、非常急變ノ場合ニ於テハ如何ナル行動ヲ爲ス可キカ之レ三權分立說ヲ以テ缺點アリトスル所以ナリ、我憲法モ亦立憲ノ制度ヲ採用シ、統治權行動ノ原則ヲ規定シ天皇ハ統治權ヲ總攬シ帝國憲法ノ條規ニ依リテ之ヲ行ハル、旨ヲ明カニセリ、(憲法四條)統治權ハ茲ニ述ヘタル自律的行前ノ活力ナリ、而シテ憲法上ノ統治權ハ天皇ノ大權ニシテ自律ノ原則ニ依リ憲法ニ於テ行動ノ方式ヲ定メラレタルモノナリ、非常事變ノ場合ニ於ケル天皇大權ノ施行ハ又之ヲ非常大權ト言フ、蓋シ統治權一タヒ其行動ヲ律シタルカ爲メニ全ク自由ヲ失ハンカ是レ圓滿完全ノ本義ニ反ス非常大權ノ規定ハ此精神ヲ明確ニ言表シタルモノナリ。

統治權ハ團體生活ノ漸次發展スルニ從ヒ團體ノ生命トシテ之ヲ一貫シタル圓滿完全ノ統一力ナリ、鞏固ナル團體ニハ必ス此統一力ナカル可ラス、而シテ此統一力ハ精神的關係ナルカ故ニ之ヲ具體的ニ言表スルハ唯歴史上ノ事實ニ依據シテ積極的活力ヲ舉クルノミ、然レトモ積極的活力ノミニテハ未タ統治權ノ概

念ニ符合セサルナリ、積極的活力カ圓滿完全能ク統一シ得ルニ至リテ之ヲ統治權ト言フナリ、而シテ能ク統一ノ域ニ達スルニハ積極消極兩力ノ調和ノ常ニ相行ハル、ヲ要ス、故ニ又慣習カ統治權ノ組織ニ關シテ重要ナル役割ヲ演スルモノタルヲ記憶セサル可ラス、英吉利ノ法律學者ハ主トシテ統治權ヲ具體的ニ説明ス、アウスチン^ノ曰ク「一定シタル人類ノ優者カ相類シタル優者ニ服従スルノ慣行アルコトナクシテ或社會ノ多數ヨリ慣行的服従ヲ受クル場合ニ於テハ其一定シタル人類ハ該社會ニ於ケル統治權ナリ而シテ其社會(優者ヲモ含ム)ハ政治的獨立社會ナリ、アウスチン定圍論講一卷二二一面)ト氏カ慣行的服従ノ觀念ヲ捕捉シ來リタルハ甚タ佳シ、然レトモ國家構成上統治權ノ性質ノ如何ナルモノナルカニ就テハ説明不十分ナリト言ハサル可ラス、又「ホルランド」ハ各ノ國家ヲ二分シ得可キモノトシ其一ヲ統治權ト謂ヒ其他ヲ臣民ト稱ス「ホルランド」法律學四七面之レ極メテ通俗ノ區別ナリ、之ニ反シテ有名ナル「ホッブス」ノ市ヲ以テ一人格トナシ其意思ハ多數人ノ約束ニ依リテ彼等全部ノ意思トシテ承認セラル可キモノナリト説キタルハ(同所參照)却テ統治權ノ法理ヲ概念的ニ説明シ

タル點ニ於テ參考ノ價アリト言フ可シ。

凡ソ完全ナル國家ハ獨立ナラサル可ラス、條約ニ於テ互ニ相羈束スルハ獨立ノ範圍ヲ制限セラル、ニ非ス。外部ノ制限ヲ受クル國家ハ未タ完全ノ發達アリト言フ可ラス、故ニ完全ナル國家ニ在リテハ統治權ノ存在無カル可ラス。單ニ國權而已ヲ以テ足レリトスルハ未タ十分ナラサルナリ。余ハ此點ニ關シテハ特ニ我日本ノ國體ニ感謝スルモノナリ。蓋シ國初以來統治ノ大權ヲ以テ東海ニ屹立シ對外問題ニ於テ漸次偉勳ヲ奏シ、歐洲學者カ單ニ想像境裡ニ於テノミ存在スルモノト信シタル眞個模範的國家ヲ現實ニ觀ルコトヲ得タレハナリ。歐洲ノ學者ハ人民統治權ノ學說ニ満足スルコト能ハスシテ、帝王統治權ノ憲法ヲ編成センカ爲メニ苦心シタレトモ遂ニ我國體ニ於ケルカ如キ精華ヲ見ルコトヲ得サリシナリ、豈ニ偉觀ナラスヤ。

第三十六節 統治權ト法律

統治權ト法律トニ就キテ研究ス可キモノニアリ、一ハ統治權ト憲法トノ交渉ナ

リ、二ハ統治權ト現行制定法トノ關係ナリ、三ハ統治權ト慣習法トノ觸接ナリ。統治權ノ概念ハ近世法理ノ進歩ニ依リテ漸ク明確トナレリ、殊ニ我日本帝國ノ如ク法律上ノ統治權ト事實上ノ支配權ト相合一シテ萬世一系ノ大統ヲ爲セル國體ニ在リテハ禪讓攻伐其常ヲ得ザル歐洲諸國ニ比シテ統治權ノ研究ニ大ナル便宜ヲ供スルモノナリ。歐洲ニ在リテハ統治權者ノ外ニ實際上ノ優力者アリテ統治權ハ名義形式ニ止リ、法律上ノ擬制若クハ學者ノ空想ニ止ルガ如ク考ヘラル、狀態多シ之ガ爲ニ計治權ヲ區別シテ其一ヲ法律上ノ統治權トナシ、其二ヲ事實上ノ統治權ト爲ス學說サヘ起ルニ至レリ、ブライス「史學及法律學研究」二卷四九面以下一一一面ヲ參看セヨ、團體自覺ノ眞個ノ境域ニ達セサル國ニ於テハ往々ニシテ權威ヲ渴望スル不逞ノ徒、若クハ秩序破壞ノ無政府者アルヲ以テ「ブライス」ノ言必ズシモ一理無キニ非レドモ、統治權ノ概念ニ反スルコトハ深ク證明スルノ要無キナリ、何ントナレバ統治權ハ單純ナル文字上ノ權ニ非ズシテ實力ナレバナリ、内ニ對シテ圓滿外ニ對シテ絶對ノ活力ナレバナリ。統治權ハ斯ノ如ク活力ナリ、國家組織ノ要石ノ如キナリ、根蒂ノ如キナリ、是故ニ

統治權行動ノ經動無カル可ラズ作用ナカル可ラズ憲法ハ即チ統治權ノ經動ナリ、作用ナリ、形式ナリ、存續的團體ノ秩序ナリ、意思ハ之ニ基キテ其發展ノ過程ヲ現シ、範圍之ニ依リテ定マリ、團體員ノ團體内ニ於ケル位地並ニ團體ニ對スル位地ハ之ニ依リテ確定スルナリ。故ニ苟クモ國家ヲ爲スモノニ在リテハ憲法アラザルハナシ。憲法無キ國家ハ統治權ノ行動無キ國家ナリ、統治權ノ行動無キ國家ハ混沌タル状態ナリ無政府ナリ。而シテ憲法ニ於テモ成文ト不文トノ差異アルハ猶他ノ法律ト異ル所ナク、固定ト柔軟トノ別アルハ猶成文法不文法ノ間ニ於ケルニ似タリ。アリストタレース「ガ統治權ヲ法律ニ宿ラシムルヲ以テ最上ナリトシタルハ統治權ヲ形式的ノ法律ニ置キタルノ意義ニ非ズシテ、統治權行動ノ形式ヲ法律ニ彰ハシ旨目的行動タラシメザルノ趣旨ナリト信ズ」(同氏政治論三編一章末段參照)

統治權ノ事實上ノ發達ハ各國ノ歴史ニ依リテ之ヲ知ル可ク、統治權ノ法律上ノ形式ハ憲法ニ依リテ之ヲ覺ル可シ。之レ事實上ノ統治權及法律上ノ統治權ニ非ズシテ統治權ノ活動的方面及靜止的方面ノ差別タル而已。而シテ法律學上統治權ノ研究ハ主トシテ憲法典ニ依ラザル可ラズ。

「アリストタレース」ガ國家ノ根本則タル「ポリタイヤ」ト此憲法ニ準ジテ生ジタル「ノモイ」トヲ區別シタルハ憲法ニ形式的ノ最高効力ヲ與ヘタル觀察方法トシテ甚ダ有名ナリ。近世ノ憲法典ハ北米合衆國ノ獨立時ニ於ケル憲章ニ先驅セラレ、遂ニ一千七百八十九年ヨリ一千七百九十一年ニ至ル佛國立法ノ行動トナリ、斯ノ如クシテ「カルビン」一派ノ政治論ヨリ發シタル理想ニ其模型ヲ採ルニ至レリ。獨リ獨逸帝國ノ憲法ハ羅馬主義ニ脈絡ヲ通ジテ國民ヨリ「ケーザル」ニ統治ノ大權ヲ委付シ、ケイザルハ斯ノ如クシテ國民團體ノ代表者ト爲ルノ制度ナリ。イエーリチツクハ此主義ヲ批評シテ曰ク之レ立憲制度ノ假面ヲ有スル專制君主制ナリト獨逸憲法ハ此根本ニ於テ佛系國民統治權主義ヲ避ケントシタルナリ。(イエーリチツク近世國家法一五節殊ニ四八〇面參照)ト。

英國憲法ハ他ノ諸國ト異リ、憲法ハ普通ノ法律ト比シテ別ニ形式ニ於テ異ル所ナシ。之レ我憲法ノ天皇統治權ト相對シテ二大偉觀ナリト言ハザル可ラズ。

統治權ト現行制定法トノ關係ニ就テハ別ニ詳細ナル記述ヲ要セザル可シ、或點

ハ第二十節ニ於テ已ニ説明シタルバナリ。故ニ茲ニハ左ノ數言ニ止メントス、曰ク現行制定法ハ統治權ガ憲法ニ基キ人格對立ノ爲ニ制定シタル成文ノ法令ニシテ國家統治ノ形式ナリ。統治權ノ政治的發展ノ過程ナリ。即チ、法律ノ國家前ニ存在シタルニ非ズシテ、國家後ノ存在ニ係ルコトヲ示シツ、アルモノナリト。統治權ト慣習法トハ實質ニ於テハ相觸接スル所無キカ、現行制定法ハ統治權ノ作用ニ依リ自覺シタル目的ヲ以テ發生スルモノニシテ國家確立ノ後ニ係ルコトハ已ニ述べタリ、然レドモ國家確立前ニ於テモ猶社會團體ヲ存立セシムルニ足ル道德若クハ慣習上ノ規則アリシナリ(ホルランド「法律學五三面參照」蓋シ慣習ハ羅旬語ノ「ハピタス」希臘語ノ「ヘキシス」ニ該當スル言葉ニシテ「プラトーン」以後諸學者ノ研究ヲ經テ遂ニ二大學派ノ相對立スル學說ヲ成スニ至リタリト雖モ余ノ考フル處ニ據レバ單純ナル機械的重複ニ非ズシテ精神上ノ活動ヲ示スモノナリ(パウエル、ジャーネー「等哲學問題史」一卷一〇章及、エドワード、ハミルトン)「道德法」一〇三面參照故ニ慣習ノ漸次社會的性質ヲ帶フルニ至リテ人類共存生活ニ一定ノ理想ヲ與ヘツ、漸次進展スルモノニシテ、彼ノ史派ノ學者等カ慣習

法ヲ以テ國民ノ法律確信ナリト爲シ、醇乎トシテ醇ナル法律ナリト言フハ此意味ニ外ナラサルモノトス。慣習法ハ斯ノ如ク團體ヲ構成スル各員ノ一定ノ重複的行動ノ成果ナリ、果シテ然ラハ統治權ト何等ノ接觸無キカ、曰ク否ラス、慣習法ハ事實トシテハ團體内ニ行ハレ、法律トシテハ統治權ノ之ヲ承認スル時ニ於テ公然其形體ヲ明確ナラシムルモノナリ。即チ司法ノ實際ニ於テ統治權ト接觸スルモノナリ、慣習及慣習法ヲ全然根底ヨリ除去シタル立法例ニ在リテハ慣習法ト統治權ト何等相關スル所無シト雖モ、法律ニ於テ其存在ヲ規定シタルカ若クハ不文法ノ國ニ在リテハ裁判上ノ實際トシテ統治權ニ接觸シ、茲ニ慣習法ノ成形的狀態ト變シテ以テ法律ノ效力ヲ完ウスルナリ。故ニ遡舊的效果ヲ有スルモノト言ハサル可ラス、ホルランド「カ普通ノ承認及有益ノ一定ノ標準ニ達シタル場合ニ於テハ其慣習ニ對シテ國家ハ其代表員タル裁判官ニ依リテ疑モ無ク法律タルノ承認ヲ與フト言ヒ又遡舊效ヲ有スト言ヒタルハ巧妙ナル説明ト評ス可キナリ(ホルランド「法律學五七面法典國トナリタル今日ニ於テハ立法ノ主義トシテ慣習法ヲ全然否認ス可シト論スル者アリ、然レトモ此說ハ二個ノ缺點ヲ

有ス、國民ノ生活状態ヲ單純ニシテ直ニ統治權ノ立法的行動ノ支配ニ依リテ決シ得可キモノトシタルコト其ナリ、慣習ヲ器械的勢力ト見タルコト其二ナリ。余ハ此點ニ付キ如上論者ノ三省ヲ請ハントスルナリ。

法律ノ改正廢止ハ立法手續ナリ、統治權ハ立法手續トシテ之ヲ行フ。從テ改正廢止ニ就キテハ統治權ノ關與セサルコトアル無ク、不使用ニ由ル法律ノ廢止ハ現代ノ憲法ニ於テ認メサル所ナリ之レ一面ニ於テ統治權カ法律ニ從フ可キコトヲ示スト共ニ臣民ノ法律確信ヲ保障スルモノタリ。

第三十七節 立法行政及司法

立法行政及ヒ司法ハ統治權行動ノ三面ノ形式ナリ。實質ニ於テハ何レモ統治權ノ行動タルナリ。立法トハ議會ノ協賛ヲ經テ法律ヲ制定裁可スルノ謂ニシテ立法ニ主タル概念ハ議會ノ協賛ニ在ルナリ。帝國憲法第五條ニ、天皇ハ帝國議會ノ協賛ヲ以テ立法權ヲ行フト規定シタルモノ乃チ之レナリ。議會ヲ以テ立法ノ主體ト爲スハ誤謬ナリ。帝國議會ハ單ニ立法權行使ノ手續ニ協賛スルノミ。帝國憲

法第三十七條ニ於テ、凡テ法律ハ帝國議會ノ協賛ヲ經ルヲ要ストアルハ法律制定ノ手續トシテ帝國議會ノ協賛ヲ必要トシタルモノニシテ帝國議會ヲ以テ立法權ノ主體トナシタルニ非サルナリ。統治權議會ニ存在スル國體ニ在リテハ立法權ハ議會ニ在リト雖モ此場合ニ於テハ司法行政ノ兩權モ共ニ議會ニ在ルモノニシテ議會ハ換言スレハ統治權タルナリ。然トモ之レ我國體ニ適用ス可キニ非ス。我國ニ於テハ議會ハ天皇立法權ノ行使ニ協賛スルニ止リ統治權行動ノ形式ニ於ケル一要件ヲ充足スルニ過キササルナリ。本節ニ述フル所ノ法律ハ斯ノ如ク議會ノ協賛ヲ經タルモノヲ指斥スルモノニシテ汎キ法律ノ一部ヲ成スモノタリ。凡ソ臣民ノ權利義務ハ法律ニ依リテ定マル而シテ其法律ハ統治權カ任意無形式ニ作成スルニ非スシテ議會ノ協賛ヲ經テ制定スルナリ。世ニ憲法政治トハ主トシテ之ヲ言フナリ。立法ノ概念斯ノ如シ、而シテ立法ノ手續トシテハ帝國憲法ノ規定ニ據レハ第一法律案ノ提出ナリ之レ帝國憲法第三十八條ニ定ムル所ニシテ政府通常之ヲ提出スレトモ衆議院貴族院共ニ法律案ヲ提出スルコトヲ得ルナリ。第二ハ帝國議會ノ協賛ナリ而シテ協賛ハ可否ノ表示ヲ以テ三讀會

ヲ經テ之ヲ議決スルヲ原則トスルモノニシテ過半数決ニ依ルナリ(憲法第四七條)議院法第二十一條第三ハ天皇ノ裁可ナリ(憲法第六條)裁可ハ天皇大權ノ發動ナリ裁可ニ依リテ法律ハ始メテ成立スルナリ立法ノ手續斯ノ如シ而シテ公示法ヲ以テ原則トスル成文國ニ在リテハ臣民ニ法律ヲ知ラシムルノ必要アリ之レ法律ノ公布ヲ待テ遵由ノ效力ヲ生スル所以ナリ公布ハ天皇之ヲ命ス(憲法第六條)公布ハ通常官報ニ掲ケテ之ヲ爲ス公布ニ依リテ臣民ハ法律ヲ知ルコトヲ得ルノミナラス之ヲ知ラサル可ラス而シテ法律ヲ知リタル時ニ於テ遵由ノ效力ヲ生スルモノナリ然レトモ單ニ公布ノ方法アリタルノミニテハ事實ニ於テハ知ル者ト知ラサル者トアリ故ニ法律ハ公布ノ日ヨリ起算シ滿二十日ヲ經テ之ヲ施行スルヲ原則ト定メタリ(法例第一條)

行政トハ大權及ヒ法律ノ範圍内ニ於テ國家ノ安寧福祉ノ爲ニ統治權ノ行動スル形式ナリ(穗積八束博士行政法大意第一編第一節)參照專制政治ノ下ニ在リテハ行政ハ別ニ憲法上ノ大權ニ依ラス法律ニ據ルコトナクシテ統治權任意ノ發動アリシナリ故ニ行政ハ猶君主特有ノ權限ニシテ立法及ヒ司法ニ比シ君主ニ

密接ノモノナルカ如ク考ヘタル時代アリシナリ然レトモ立憲ノ政體ニ在リテハ行政ハ大權及ヒ法律ノ範圍内ニ於ケル統治權行動ナリ而シテ行政ニハ常ニ目的ヲ包含ス之レ注意ス可キ點ナリ行政ハ官府ニ依リテ之ヲ行フモノナリ故ニ行政各部ノ官制ヲ定ムル必要アリ(憲法第十條)行政ハ官府ニ據リ臣民ニ對スル統治權ノ行動ナルヲ以テ官府ニ對スル行爲ト人民ニ對スル行爲トノ兩式ノ行政行爲アルナリ即チ前者ハ監督及訓令ニシテ後者ハ規則及處分ナリトス行政ノ概念ハ上述ノ如シ而シテ其實質ニ至リテハ元來國家公共ノ安寧秩序ヲ保持スルカ爲ニ臣民ノ幸福ヲ増進スルカ爲ニ統治權ノ行動スルモノナルヲ以テ時世ノ變遷ニ依リテ差異ナキコト能ハス國家團體ノ成立未タ鞏固ナラサル場合ニ在リテハ兵馬財政外交ノ如キ其主要ナル部分ヲ成スモノナリ然レトモ國家團體ノ漸ク鞏固トナルニ及ヒテハ國家次第ニ充實スルヲ以テ行政ノ實質漸ク擴大シ獨リ國家團體ニ對スル妨害廢止ノ方面ノミナラス積極的ニ福利増進ノ問題ニ關與スルニ至ルモノタリ例ヘハ豫防警察ノ如キ教育ノ如キ之レナリ之レ團體進化ノ歷史上ノ事實ナリ現行ノ行政ハ其實質ヲ區分シテ左ノ五種

トスルヲ通常トス。

- 一、内政
- 二、司法
- 三、財政
- 四、軍事
- 五、外務

之レナリ(穂積博士行政法大意一編一節第三面參照)行政ハ斯ノ如キ實質ノ上ニ統治權ノ行動スルモノナリ。

行政ニ關シテ注意ス可キハ行政組織トシテ中央行政及ヒ自治行政ノ區別アルコト之レナリ。行政法ノ研究ハ特別ノ著書ニ之ヲ讓リ茲ニハ行政組織トシテ此二大別ヲ生シタル沿革及ヒ其必要ヲ一言ス可シ。

中央行政ハ統一ノ政治ナリ、國家團體漸ク鞏固ニシテ統治權ノ概念國家全部ニ認メラル、ニ至リテ完全ニ行ハル、モノトス。然リ而シテ行政ハ公共ノ利益ト共ニ一面ニ於テハ民生ノ福祉ヲ増進スルヲ目的トス、故ニ民情風俗ト共同ノ利

害休戚トヲ異ニスル地域團體ニ在リテハ自ラ他ノ地域團體ト異リタル政治ヲ要スルヲ以テ最小團體タル市町村ヨリ府縣ニ至ル迄自治ノ政治ヲ許シタルナリ。凡ソ天皇ノ統治權ハ日本帝國何レノ所ニモ、周ク及ヒテ到ラサル所ナシ、市町村其他ノ自治團體カ統治權ノ支配ヲ受クルハ最モ明白ナリ、蓋シ自治團體ハ社會的團體ナリ、社會的團體ハ團體ノ生存ト發達ト勢力範圍トヲ有スルコト猶自人ト異ルナキナリ。故ニ自主ヲ欲シ獨立ヲ冀フ、然レトモ無限ノ自主獨立ハ統治權之ヲ容サス、社會團體ト國家ノ爭議トハ此間ニ現實ニ行ハル、現象ナリ。而シテ國家カ之ニ對シテ國家ノ目的ヲ達スル制限内ニ於テ之レ等社會團體ノ自治ヲ許スハ即チ監督ノ關係ナリ。此監督ニ依リテ自治行政ハ國家ノ行政トナルナリ。

司法モ亦統治權行動ノ形式ノ一ニシテ法律ニ依リ、裁判所之ヲ行フモノタリ(憲法第五七條)司法ト行政ト異ル所ハ國法ノ定メタル形式ニ在リ、實質ニ於テハ何レモ國家公共ノ安寧臣民ノ福祉ヲ目的トスルモノナリ。司法ノ手續ハ裁判ナリ、嚴格ナル法律適用ナリ、判事ハ一ノ意味ニ於テハ法律ノ化身ナリ、之レ行政ト異

ル所ナリ。司法裁判所ヲ以テ通常裁判所ト爲ス、第一區裁判所第二地方裁判所第三控訴院第四大審院之レナリ。裁判所構成法第一條、通常裁判所ニ於テハ民事刑事ヲ裁判スルヲ原則トス、裁判所構成法第二條、非訟事件破産事件及登記ノ手續モ裁判所ニ屬スルコト、ナレリ。裁判トハ爭議アル一定ノ事實關係ニ對シ之ニ該當スル法律ヲ適用シテ以テ其爭議ヲ終局スルノ謂ナリ。故ニ事實關係ヲ明瞭ニスルト共ニ法律ノ解釋ヲ必要トシ更ニ判決及其言渡ヲ必要トスルナリ。司法手續ニ關スル機關ノ構成組織ハ裁判所構成法ノ規定スル所ナリ、裁判手續ニ關スルコトハ訴訟法ノ規定スル所ナリ、裁判所ハ別ニ上級官府ノ命令ヲ受クルコトナク獨立シテ司法權ヲ行フ、之レ行政ト異リタル特質ナリ。

民事刑事ノ區別ハ裁判所構成法ニ於テ定メタル所ナリ、同法二條而シテ各裁判所ニ民事部及刑事部ヲ設ケテ以テ事務取扱ノ區分ヲ爲サシム、同法一四、一六、一九ノ二、三四ノ二、四三ノ二、民事刑事トハ何ヲ標準トシテ之ヲ定メタルカ、構成法ノ趣旨ニ據レハ民事ノ訴訟及刑事ノ訴訟ヲ標準トシタルモノ、如ク裁判所構成法一四、一六、二六、二七、三八條及五〇條ノ第二而シテ其民事刑事ハ必スシモ訴

訟法ニ依據シタルモノトノミ見ル可ラス。構成法五十條第二項第二ニ於テ直ニ刑法ノ規定ヲ援用シテ其取扱ヲ定メタルカ如キ之レナリ、然レトモ已ニ訴訟法典ノ完結シタル今日ニ在リテハ其區別ハ主トシテ訴訟法ニ基キテ定マルモノト爲スコトヲ得可ク、從テ訴訟ノ區別ニ由テ來ル所ヲ解説スレハ自ラ民事刑事ノ概念ニ達シ得可キナリ。

訴訟法ハ汎キ意味ニ於ケル權利侵害ノ救濟ニ關スル手續法ナリ。而シテ權利ノ侵害ハ權利ノ區別ニ依リテ自ラ其種類ヲ異ニス。故ニ權利ノ區別ヲ舉ケテ侵害ノ種類ヲ列舉スルコト研究ノ順序ナルカ如シト雖モ、一大系統ヲ成セル法典國ニ在リテハ此等權利ハ更ニ一大概念タル公法私法ノ系統中ニ列セラル、ヲ以テ法典ノ系統ニ準據シテ之カ區別ヲ説クヲ便宜トス。即チ私法ノ規定ニ違背シタルコトヲ原因トスル訴訟手續ハ民事ナリ、之ニ反シテ公法ノ規定ニ違背シタルコトヲ原因トスル訴訟手續中殊ニ刑罰的制裁ヲ科シタル公法規定ニ違背シタルコトヲ原因トスル訴訟手續ハ刑事ナリ。更ニ學問上ノ言葉ヲ以テ之ヲ説明スレバ匡正の正義ノ實行ヲ目的トスル訴訟手續ハ民事ナリ。分賦の正義ノ中特

ニ國家カ刑罰ヲ科シタルモノ、實行ヲ目的トスル訴訟手續ハ刑事ナリ。匡正的正義ハ主トシテ計算的問題ナリ、分賦的正義ハ善惡邪正ノ中正ナリ、比例ナリ、故ニ實學ノ研究ニ屬スル生活關係ヲ基礎トスルモノタリ。以テ其甚タ重ンス可キヲ知ル可シ。民事中人ノ身分ニ關スル訴訟ハ特ニ人事訴訟ノ名稱ヲ附ス、人事ヲ以テ民事ト爲ス可キヤ否ヤハ疑モ無ク一應ノ好題目タリ。然レトモ性質ヨリ論スレハ民事ナリ、(第二十八節參照)

非訴訟事件トハ訴訟事件ニ對スル反對概念ナリ。訴訟事件ニ於テ特別ナル概念ノ要素ヲ爲スモノハ訴訟ナリ、訴訟ハ互ニ相争フ二個ノ當事者ヲ前提トス、民事ニ於テハ原告及被告ナリ、刑事ニ在テハ國家及被告人ナリ。訴訟ハ更ニ又其判決ニ付キ愛憎偏頗無キ第三者即チ裁判官ニ依リテ其終局ヲ見ル可キモノタリ、(イエーリング)權利目的論一卷三九五面、非訴訟事件ハ訴訟ニ非ズ爭議ニ非ズ、故ニ相對スル兩當事者ヲ以テ必要ノ概念ト爲サ、ルナリ。法律殊ニ私法ノ適用ニ制限セラル、點ヨリ立論シテ司法事件タリト雖モ争訟ニ非ズシテ私法的生活ヨリ起ル統治權ノ法律ニ依ル交渉ナリ。非訴訟事件ハ國法上之ヲ民事非訟事件及商事

事非訟事件ニ區別ス。其細目ハ非訟事件手續法ニ依リテ之ヲ了知ス可シ。

破産法ハ非訟事件手續法ナリヤ否ヤニ付キ多少議論アリ、又裁判所ノ實例ニ於テモ非訟事件ト爲シタル場合アレドモ、今日ノ通説トシテハ訴訟事件手續法中ニ列ス可キモノトスルナリ。而シテ其公法ナリヤ私法ナリヤノ議論ハ猶民事訴訟ニ於ケルガ如クナルヲ以テ茲ニ再說セズ。

登記手續ハ單純ナル匡正的正義ノ問題ニ而已限ルモノニ非ズシテ況ク權利及身分關係ノ公證手續ナリ。之レ法律ノ團體的生活ナル結果ニシテ又以テ法律生活ノ性質ヲ斷ズルニ必要ナル學問上ノ材料タルナリ。

第三十八節 統治權ト國權トノ異同

統治權ト國權トハ近來ニ於テハ區別シテ之ヲ用キルニ至レリ、例ヘバ、ゲオルグ、イエーリ子ツクノ學說ノ如シ、即チ氏ノ學說ニ據レバ國家概念ニハ必ズシモ統治權ヲ必要トセザルナリ。然ラバ統治權ト國權トノ差別ノ標準ハ如何。之レ重要ノ問題ニシテ又甚ダ難問タリ。

歐西ノ學者中統治權ト國權トヲ區別スルモノアリ、又統治權ヲ二分シテ事實主權及法律主權ト爲スモノアリ、前者ハ獨逸ノ法學者ニシテ後者ハ英國ノ法學者ナリ、前者ハ史的研究ニ概念的的研究ヲ加味シ、後者ハ專ラ史的研究ヲ重ンズ。前者ハ乃チ「ゲオルグ、イエーリ」子ツクナリ、後者ハ例ヘバ「ジエームス、ブライス」ナリ、兩者孰レモ統治權ノ研究ニ關シテ一大貢獻アルモノナリ。今二氏ノ說ヲ評シテ以テ余ガ區別ト信ズル所ニ論及ス可シ。

「ブライス」ハ統治權ニ關スル從來ノ學說ヲ以テ偏理想像ノ餘ニ成ルモノトナシ殊ニ「ベンサム」「アウステン」等ノ所說ヲ酷評シ何レモ歷史上ノ事實ニ符合セザルモノトシテ之ヲ排斥ス。即チ「ホツプス」カ當時ノ世態ニ激越シテ立論シタル統治權說ヲ何ノ顧慮スル所無クシテ直ニ定說トセントシタルヲ非難スルナリ、而シテ氏ハ更ニ統治權ニ就キ二個ノ概念アルヲ述ブ、一ハ法律主權ナリ、一ハ事實主權ナリ、主權ノ意義ハ通俗ニ言ヘハ卓越ナリ、服從ヲ命令スル權利ナリ、事實上ノ權力ヲ包含セサルニ非サレトモ、主タル觀念ハ支配ヲ行フ或種類ノ尊稱ナリ、世人ハ一國內ニ於テ他人ノ服從崇敬ヲ受クル者ヲ主權ト爲シ、言辭上ヨリ解説ス

レハ單ニ卓越超絶ノ義ニシテ、通常帝國ニ在リテハ帝王ヲ指スモノナリ、「ブライス」史學及法律學研究二卷五一面ト、然レトモ法律主權ノ概念ハ之ニ比シテ稍精確ナリ、即チ主權トハ個人又ハ團體ニシテ其指令ニ對シテハ法律カ法律上ノ實力ヲ賦與シ、之ニ因リ權利トシテ通則個則又ハ命令ヲ發スル最後ノ力ヲ有スルモノニシテ其力ハ直ニ又法律自體ノ力タルモノナリ（同所參照）之ニ反シテ事實主權トハ國內ニ於ケル最強力ナリ、而シテ此力カ法律上承認セラレタルト否トハ之ヲ問ハサルナリ（同書同卷五九面參照）ト、此ニ於テカ兩者交渉ノ問題起ル之ニ關シテ「ブライス」ハ左ノ如ク説明セリ。

一、法律主權カ最高ノ平和ヲ得タル場合ニ於テハ事實主權モ亦安固ナルヲ通常トス、換言スレハ後者ハ前者ノ蔭ニ潜ムモノナリ。

二、法律主權確實ナラサレハ事實主權ハ混亂ヲ始メントス。

三、事實主權安固ナレハ法律主權ハ一時消失シタリトモ、再現シテ遂ニ安固トナル。

四、事實主權混亂セラレレハ法律主權脅迫ヲ受ク（同書同卷六九面）

ト即チ兩主權ハ恰モ同一軌道ヲ走ラントスル二個ノ運動体ノ如ク或ハ合一シ或ハ離散スルモノナリ。而シテ兩主權ノ性質ヲ擧クレハ法律主權ハ分割シ得可キモ事實主權ハ不可分ナリ、法律主權ハ有限ナレトモ事實主權ハ概念上無限ナリ、何トナレハ法律ハ之ニ對シテ何等ノ交渉ナケレハナリト。今此說ヲ統治權ノ概念的研究所ニ比スレハ其主張ノ兩々相反スルコトヲ知ル可シ。蓋シ統治權ハ已ニ述ヘタルカ如ク不可分ニシテ無限ナレハナリ。殊ニ「ボードン」「ホツプス」等ノ說ニ據レハ絶對ナレハナリ。

「ゲオルグ、イエーリチツク」ノ曰ク統治權ハ獨立シテ法律上ノ自律ヲ爲シ得ルノ義ナリ、自己ノ意思ニ因ル定律及義務ハ獨立ナル支配權ノ標準ナリ、非統治權國ト雖モ其權限内ニ於テハ法律力ヲ有ス、然レドモ此力ハ上級團體ノ法律ニ依リテ制限セラル、モノナリ、(同氏近世國家法一卷四五一面)此非統治權國ニ於ケル法律力ハ即チ國權ト稱スルモノナリ、國家ノ主タル標準ハ國權ノ存否ナリ、而シテ國權ノ存在ハ獨立ノ行動機關ニ依リテ之ヲ知ルコトヲ得可シ、即チ固有ノ組織及之ニ關聯シタル權力分賦ヲ有スルト否ヤトハ國家ヲ其他ノ團體ヨリ區別

スル屈疆ノ標準ナリ、從テ支配權ヲ行フ團體ト雖モ、自己ノ上ニ位スル國家ヨリ其法律ヲ愛クルモノハ國家ニ非ズ、(エルザース、ロートリンゲン)ノ如キ之レナリ(同書四四六、四四七面)ト。

氏ノ國權ハ「ブライス」ノ事實主權ト或點ニ於テハ一致セリ、事實上ノ支配權ヲ行フコト及不可分ナルコト之レナリ。然レドモ全く同一ナルニ非ズ、事實主權ハ全然法律の觀念ヨリ分離シタルモノナレドモ國權ハ法律上ノ觀念ナレバナリ統治權ト國權トノ區別ヲ立ツルガ法律學上ノ觀察トシテ正當ナルカ又ハ法律主權ト事實主權トヲ全然分離スルガ歴史上ノ事實ニ合スルカ之レ難問ナリ余ノ觀ル所ヲ以テスレバ統治權ハ單純ナル歴史的事實ニ非ズシテ法律の觀念ナリ。統治權ガ歴史的事實トシテ發現スル形式ハ猶「ブライス」ノ事實主權ノ如キナリ、然レドモ之レ統治權ノ力の方面ニシテ其法律の方面ニ非ズ、法律の方面ニ於テハ統治權ハ不可分ナリ。何ントナレバ統治權ノ概念ハ國初ヨリ始終一貫實權ヲ行フ政治的勢力ノ法律上ノ觀念ヨリ抽象シ來リタルモノニシテ之ヲ分割シ得ザルモノナレバナリ。「ブライス」モ亦此道程ヲ認メタルモノ、如シ、唯氏ガ研究ノ

對象トシタル國家ガ未ダ此概念ニ到達セシメザリシ而已、氏曰ク事實權ガ法律權ニ伴隨ス可キモノナリトスル觀念ハ殆ンド英國人ノ心的構造ノ一部分ナルガ如クナレリ、之レ實ニ幸福ナル結果ニシテ永遠ナレト言フ可キモノナカリシ、ブライス「二卷一〇九面」ト氏ニシテ我國體ヲ觀レバ直ニ統治權ノ概念ニ到達ス可キナリ。即チ我國ニ於テハ事實主權ハ何ノ施ス所無ク統治權ガ恒久永遠ニ活動シツ、アレバナリ。國家ハ此統治權アリテ始メテ完全ナルモノニシテ一面ニ法律主權アリテ他面ニ事實主權アリト言フガ如キハ決シテ完全ニ國家的發展ヲ爲シタルモノニ非ザルナリ。凡ソ社會生活ニ於テ民心ニ偉大ノ影響ヲ與ヘ一代ノ歸趣ヲ支配スルモノハ一ニシテ足ラザル可シ。然レドモ之レ等ハ統統權ト言フ可ラス統治權トハ政治的生活ノ生命ナリ。國家存在ノ依リテ以テ繫ル所ナリ。事實主權ト法律主權トニ分離シ得可キモノニ非スシテ圓滿完全ナル活力ナリ。是故ニ統治權ノ在ル處ニハ必ス服從アリ單ニ服從ノ形式ノミニ非サルナリ、ブライス「ノ法律主權及事實主權ノ交渉ノ場合ノ如キハ團體的生活ノ未タ國家的概念ヲ構成セサル程度ナリ。故ニ統治權ノ歴史的發展ヲ説明スルモノトシテハ

大ニ價值アル研究ナリト雖モ統治權ノ法律的概念トシテハ未タ盡ササルナリ、然ラハ「イエーリチツク」ノ區別ハ奈何。

凡ソ國家ニ統治權國ト非統治權國トノ區別アリトハ氏ノ唱道スル所ナリ。之レ一ノ意味ニ於テハ正當ナリ、唯統治權ヲ以テ國家構成ノ要素トセサル點ニ於テ批評ス可キ餘地アリ。氏ノ說ニ據レハ統治權ナシト雖モ、苟モ國權アレハ國家ト爲スニ足ルト言フナリ。而シテ國權トハ自己固有ノ法律行政司法ノ權ナリ、唯統治權ト異ル所ハ猶此上ニ働ク支配權アルモノニシテ換言スレハ自己ヲ支配スル國家ノ消失ニ因リテ直ニ統治權國タルナリ。即チ憲法ノ更正ニ依リテ從屬附庸ノ國ハ統治權國トナルト言フナリ。斯ノ如ク國權ハ自發的憲法ヲ有セスト雖モ、或一定ノ憲法ニ從ヒテ固有ノ支配力ヲ有スルモノナリ。附庸國ノ如キ又聯邦内ノ各州ノ如キハ國家ナリト言フナリ。從テ國權ハ分割シ得可ラサルナリ。即チ此概念ヲ分析スレハ國權ハ内ニ對シテハ自働自律的ナリト雖モ外ニ對シテ未タ完全ナル獨立ヲ有セス、此ノ如キモノヲモ猶國家ト稱シ得クンハ統治權ハ國家ノ要素ニ非ストスル議論モ一應ノ道理アレトモ國家ハ元來外部ノ掣肘ヲ受

ケサル自律自働ノ政治的組織體ナリ外部ノ掣肘ヲ受クルカ又ハ外來ノ支配ヲ以テ成立ノ一要件トスル國家ハ完全ナル國家ニ非ス之ヲ詳言スレハ統治權ハ國權ニ或者ヲ加ヘタル結果ニ非スシテ獨立完全ノ概念ナリ。國權ハ其發展ニ依リテ統治權トナリ得可シト雖モ統治權ニ或者ヲ減ジタルニ非ズシテ未タ完全ナル發展ニ達セサル狀態ナリ。故ニ余ハ統治權ヲ以テ國家ノ要素ト爲シ、發展セサル國權ヲ以テ満足スルコト能ハス、蓋シ國權ハ獨立完全ニシテ他ヨリ何等ノ掣肘ヲ受ケサルコトニ於テ始メテ國家ノ性質ヲ成シ國家トシテ靜平安固ナル法律狀態ニ達シタルモノニシテ而シテ之レ實ニ統治權活動ノ狀態ナレハナリ國權發達シテ統治權トナリ得可シトハ統治權ハ國權ト同一ナリト言フニ非ス下等動物ハ發達シテ高等動物トナリ得可シトスルガ如キ程度ニ非スシテ幼者ト成年トノ差別ノ如ク觀察ス可キ場合ナリト雖モ、人ノ概念ハ成年ヲ標準トシテ定ム可キカ如ク、國家ノ概念モ亦完全ナル組織體ニ依リテ之ヲ定メサル可ラス、果シテ然ラハ統治權ハ實ニ國家標識ノ要素タルナリ。

第十一章 權利

第三十九節 權利思想ノ發展

人格對立ノ爲ニ法律ノ承認シタル自由ハ權利ナリ。法律ニ據リテ承認セラレタル此自由ノ主張ハ即チ人格ノ法律上ノ主張ナリ。人格ハ人類全部ナリ、故ニ又權利ハ人ノ存在及其存在ノ爲ニ要用ナル一切物ヲ包含ス。斯ノ如ク權利ハ法律ト其起源ヲ同クシ、法律ニ依リテ其範圍ヲ限定セラル。法律無キ時ニ在リテモ人類ニハ人格ノ主張アリ、然レトモ之レ自然的主張ニシテ法律上ノ主張ニ非ス。

權利ト稱スル言辭ハ屢々廣汎ナル意味ヲ有ス。宗教上又ハ道德上主張シ得可キ道理ナリト觀ラル可キ場合ノ如キ之レナリ。此意味ニ於テ權利ハ最高善ナリ若クハ其主張スルモノナリ。然レトモ此場合ニ於テハ權利ハ義務ヨリ發生スルヲ常トス。法律上ノ權利ハ之ト異リテ人格對立ノ自由ナリ。而シテ人格ノ對立ヲ以テ義務ナリトスル道德上ノ觀念ヲ基礎トセスシテ法律ノ承認ヲ基礎トスルナリ。是故ニ權利ハ直ニ權利ヨリ發足シテ其曲直正邪ハ道德ノ判斷ヲ受ケサルナ

リ。之レ權利ノ今日ノ概念ニシテ他ノ權利ト差別アル所ナリ。而シテ此權利ヨリ生スル觀念ハ即チ權利思想ノ根本ナリ。故ニ權利思想ノ發展ヲ説述センカ爲ニハ權利發生ノ沿革ヲ明ニシ且權利前ノ權利思想ヲモ講究スルノ必要アリ。法律學ノ未ダ進歩セザリシ時代ニ於テハ法律ノ觀念ト權利ノ觀念トハ屢混同セラレタリ。之レ兩者ノ概念明確ナラスシテ互ニ相錯綜シタルニ因由スルナリ。希臘ニ於テモ亦羅馬ニ於テモ兩觀念ヲ表ス言辭ハ同一ナリキ、即チ希臘語ノ「ヂケ」羅旬語ノ「ユス」ノ如キ之レナリ。獨逸語ニ於テモ「レヒト」ノ語ハ兩意義ヲ有シ、概念ノ分離シタルハ羅馬法繼受ノ後ナリト謂フ。「オツトギルケ」獨逸私法一卷一三面參照英語ニ於テハ法律ニ對シテ權利「ライト」ノ語アレトモ兩者ノ概念ニ於テ稍交渉スル所アリ即チ權利ヲ以テ廣ク正義ト觀ル場合ノ如キ之レナリ。何ントナレハ英語ノ「ロー」法律ト云フ文字ハ言語學上ノ起源ハ「レイ」置クト云フ働詞ヨリ來リタルコト恰モ獨逸語ノ「ゲゼツツ」ノ如シトスルモ、單純ニ主權者ノ定メタル法則ノ意義ニ解セスシテ無形ノ觀念ヲ含ミ「ホルランド」法律學一五面人類ノ幸福權利及正義ノ要求ニ必要ナル行爲ノ法則ニ解スルモノアレハナリ「エド

ワード、ハミルトン」道德法二三九面斯ノ如ク權利ト法律トハ混同セラレタリ。而シテ其混同ハ形式ニ非スシテ觀念ノ混同ナリ、思想ノ混同ナリ。而シテ法律ヲ以テ權利思想ト混同シタルナリ。此沿革上ノ事實ヨリ權利思想ノ其始メニ於テ如何ナル種類ナリシカヲ推斷シ得可キナリ。

權利思想ハ原始ニ於テハ正義ノ思想ナリキ。正義ノ思想ハ道德觀念ト經濟觀念トヲ有ス。而シテ權利ハ道德觀念殊ニ責務ノ觀念ヨリ發足シテ以テ其主張的實行的方面ニ向ヘリ。然ルニ法律ノ進歩發展スルニ從ヒ、權利ハ法律ノ承認ニ由リテ自由ノ主張トナリ、責務ト何等ノ關係ナクシテ其存在ヲ完クスルニ至レリ。之レ權利思想ノ道德ヨリ分化シタルナリ。然レトモ之カ爲ニ法律カ廣義ノ倫理ノ一部タルコトヲ忘ル可ラス。次ニ權利ハ財產自體ノ主張ニ非スシテ人格ノ主張ナリ、即チ財產上ノ權利ニシテ財產自體ニ非ス然レトモ經濟上ノ主張ハ物自體ナリ、此點ニ於テ權利思想ハ經濟思想ヨリ分化シタルナリ。權利思想ノ發展ニ伴ヒテ漸次分化シ來リタルハ公權及私權之レナリ。法律上承認セラレタル自由ト云フ點ニ於テハ兩者同一ナリ。故ニ形式ニ於テハ兩者ノ間

ニ區別アルコトナク、唯實質ニ於テ差別アルナリ。即チ公權トハ個人格又ハ團體人格ノ特質ヲ以テ成立ノ要素トスル權利ニシテ、私權トハ其特質ヲ以テ要素トセサル權利ナリ。然レトモ公權私權ノ區別ハ之ニ對シテ主張セラル、主體ノ國家ナルト否ヤトニ依リテ區別スルモノアリ又關係ノ性質ニ依リテ區別スルモノアリ。即チ一個人或ハ平等ノ關係ニ於テ主張スル場合ハ私權ニシテ國家又ハ不平等ノ關係ニ於テ主張スルモノハ公權ナリト云フナリ。權利主張ノ形式ヨリ論スレハ斯ノ如キ區別アリト雖モ要スルニ實質上ノ區別ニ非ズ。唯之ヲ實質上ノ區別トシテ分類スル場合ハ學問上精密ナル研究ヲ要スルカ故ニ學者往々在來ノ通俗的區別ヲ採用スルニ止リ、明瞭ニ兩者ノ概念ヲ攻究シタルモノアルヲ聽カス立法者モ亦私法或ハ公法ノ文字ヲ用ウルコトアリト雖モ概念的ニ其區別ヲ示ササルナリ。故ニ此概念ハ權利思想ノ展開ヲ待ツテ益明確ノ域ニ達スキナリ。今日ノ程度ニ於テモ實體法上ノ私權ハ其研究詳密ニ亘リ私權ノ概念ハ大體ニ於テ之ヲ了得スルニ足ルナリ。

第四十節 權利ノ概念

權利ト權利ノ形式トハ之ヲ區別セサル可ラス、權利ノ形式トハ權利ニ關スル法制ナリ。例ヘハ所有權、地上權、親權ト言ハンカ如シ。權利ハ活動力ナリ、人格ノ要求ナリ。共同生活ノ維持ハ意思ノ活動ニ依リテ之ヲ完全ニスルコトヲ得ルナリ。而シテ權利ハ人格ノ生存ト幸福ト發達トヲ欲スル意思ノ法律上ノ發展ナリ。統治權カ二個ノ活動力ノ調和ナルコトハ已ニ之ヲ説ケリ、而シテ權利ハ服從的活動力ノ要求ニシテ統治權ニ依リテ其活動ノ形式ヲ規定セラレタルモノナリ。是故ニ權利ハ徒ラニ自己ノ營利ヲ欲スル無規律無制限ノ淫欲ニ非スシテ生存ノ維持ノ爲ニ統治權ノ認メタル自由ナリ。故ニ範圍ノ方面ヨリ觀察スレハ權利ハ要求ノ區劃ナリ。活動ノ方面ヨリ觀察スレハ意思力ナリ。要求ノ區劃カ政治的利益ナル方面ヨリ觀察スレハ利益ナリ。而シテ更ニ又權利カ統治權ニ依リテ自由行動ノ範圍ヲ定メラレタル方面ヨリ觀察スレハ一人ノ我意ト他人ノ我意トヲ融合セシメ得キ條件ノ總體ニ依リテ與ヘラレタル強制力ナリ。權利ハ斯ノ如ク

種々ノ方面ヨリ觀察スルコトヲ得ルヲ以テ其定義ヲ與フルコトハ極メテ困難ナリ。宜ナリ權利ノ定義ニ關シ法律學者間ニ議論ノ絶エサルコトヤ。

「ウインドシヤイド」ハ權利ヲ定義シテ法律ニ依リテ與ヘラレタル意思力又ハ意思ノ支配ナリト言ヘリ(同氏バンデクタン一卷三七節)然レトモ意思力ナリト言フニ付テハ極メテ有力ナル批評アリ、氏モ自ラ之ヲ覺知シ、意思力ナリト言フモ權利者ノ意思ニ非スシテ法律ノ意思ナリ、法律カ權利ノ所含ヲ人ノ意欲ニ籍ル場合ト雖モ命令スル者ハ法律ニシテ人ニ非ス、唯權利者ノ爲ニ發シタル此命令ニ對シテ法律ハ權利者ノ意思ヲ重要トシタル而已(同所脚註第三、八版一三二、一三三面參照)ト蓋シ氏カ單純ナル意思力トナシタルヲ後ニ權利者ノ意思ニ非スシテ法律ノ意思ナリト解釋スルノ已ムヲ得サルニ至リタル理由ハ權利者ノ有スル權利ト權利者ノ意思ト全ク相關係ナキ事實ニ因ルナリ、例ヘハ意思能力ナキ者カ權利ヲ享有スル場合ノ如キ他人ノ所有地ヲ通行スル者ハ所有者ノ禁止無キモ猶所有者ノ權利ヲ侵害スル場合ノ如キ歸屬權ノ如キ之レナリ。斯ノ如キ場合ハ一見シタルノミニテハ權利ヲ意思トスル說ト相容レサルヲ以テ氏ハ頗

ル此點ニ於テ苦心シタルモノ、如シ、イェーリング^ハ曰ク權利トハ法律上保護セラレタル利益ナリ、權利ノ概念ハ法律上ノ安全ナル享受ナリ(羅馬法精神論三卷六一節三五一面)ト此定義ハ「ウインドシヤイド」等ノ定義ニ述ヘタル意思ヲ不當トシテ立論シタルモノナリ。然レトモ此定義ニ對シテハ權利ノ重要ナル性質ヲ言ヒ表ハシタレトモ權利ノ實體ヲ適切ニ言ヒ表ハサストノ非難アリ、「デルンブルヒ」ノ如シ又此定義ハ權利ノ實體ヲ利益トナシ此利益ノ保護ノ爲ニ與ヘラレタル請求ヲ含マサルカ故ニ不充分ナリトノ批評アリ。又法律カ權利ヲ賦與スルハ因テ以テ權利ヲ與ヘタル者ノ利益ヲ保護スルノ目的ニ出ツルコトヲ承認ス然レトモ權利ノ定義中ニ因テ以テ權利ヲ與フル所以ノ目的ヲ包含セシムルヲ許サ、ルナリト云フモノアリ。「ウインドシヤイド」ノ如シ、權利ノ定義中ニ法律ノ先ツ存在スルヲ要スルカ如キ意義ヲ加フルハ歷史上ノ事實ヲ顧ミサル缺點アリトシテ別ノ方面ヨリ權利ヲ立シタル者ハ「デルンブルヒ」ナリ。氏ノ定義ニ據レバ權利トハ人類社會ノ一員ニ歸屬スル生活要品ノ割前ナリ、「デルンブルヒ」バンデクタン一卷三九節)ト。此定義ハ權利ヲ以テ意識的國家秩序ノ發達スルニ先

チテ已ニ人類社會ニ存在スルモノトナシタル點ニ關シ、ギルケノ如キ反對論アレドモ民法上ニ於テ權利能力ト行爲能力トヲ區別スル屈彊ノ標準ヲ有スル點ニ於テ儘ニ權利ノ定義トシテ一日ノ長ヲ誇ルニ足ルモノアリ、然レトモ此定義ニ於テハ權利ノ中ニ活動力ヲ包含セサルヲ以テ力的分子タル請求ヲ以テ之ヲ補充セサル可ラス、之レ權利ノ歴史的ノ觀念ニ反スルモノナリ。權利ハ活動的ノ關係ニシテ絶エス或モノヲ支配シツ、アルナリ。故ニ權利ノ内ヨリ力ノ觀念ヲ除去スルハ權利ノ靜的方面ヲ捉ヘテ其動的方面ヲ等閑ニ付シタルモノト言ハサル可ラス、イェーリングノ定義ニ對シテモ同一ノ批評ヲ加フルコトヲ得ルナリ、イェーリチツクハ權利ヲ定義シテ、人類ノ意思力ノ承認ニ由リテ保護セラレタル利又ハ益ナリト言ヘリ此定義ハ意思力ヲ認メタル點ニ於テハ、イェーリングノ短所ヲ有セサレトモ、利又ハ益ヲ以テ主眼トスルハ未タ盡サ、ルノ憾ナキ能ハス。權利ノ定義ハ斯ノ如ク種々アリ、猶一ニノ哲學者ノ意見ヲ舉クレハ、スピノーツアハ權利トハ各人カ其生存ヲ維持スル爲ニ有スル自由ナリ。主權ノ命令ニ依リテ制限セラレ、而シテ唯其權威ニ依リテ維持セラル、自由ナリ、スピノー

ツア神學政治學論文一六章英譯二〇七面及同氏著政治論二章參照ト説ケリ、氏ハ定義トシテ之ヲ掲ケタルニ非スト雖モ其大綱ヲ領得シタル手腕ノ如キハ純粹ナル法律學者ノ應ニ三舍ヲ避ケサル可ラサル概アリ。同シク自由ヲ尊重シテ權利ヲ説キタルハ、カントナリ、氏ノ説明ニ據レハ權利トハ強制ス可キ權能ナリ而シテ氏ノ説ニ據レハ法律ト權利トノ間ニ其力ニ於テ著シキ差異アルニ非ス。即チ其法律ニ關スル説明ノ一ハ、一人ノ我意ト他人ノ我意トヲ自由ノ通則ニ依リテ融合セシムルニ足ル可キ條件ノ總体ナリト云フニ在リ、而シテ其二ハ、各人ノ自由ニ調和シテ遂行スルコトヲ得可キ相互的強制ノ可能ナリト云フニ在リ。條件ト謂ヒ可能ト謂フ之ヲ權威ト説クニ比シテ權利ト甚タ徑庭ナキヲ知ルニ足ル可シ、カントノ説ク所ニ從ヘハ權利ハ甚タ重大ナル地位ヲ占ム之レ氏カ人格ヲ重シタル結果ニ出テタルナル可シ、權利ノ概念ヲ定メントスルノ困難ナルハ上來ノ説明ニ依リテ之ヲ知ルコトヲ得ルナラント信ス、是故ニ英國ノ如ク實驗ヲ重ニスル國ニ在リテハ權利ヲ概念的ニ研究セスシテ寧ロ實質的ニ之ヲ數フルノ風アリ殊ニ功利説ノ大家タル、ベンサムノ如キハ權利ヲ以テ立法者カ

團體ノ各員ニ分配スル目的物トシテ觀察シ之ヲ享受スル者ニ取リテハ權利ハ直ニ自體ニ於テ功利ナリト説キ、而シテ生活ノ方便ト生活能力トノ實行ヲ保障スル爲ニ制定セラレタル保證ナリト論ス(立法論綱八四面及ヒ九八面參照)實際上ノ取扱トシテハ權利ヲ斯ノ如ク説キテ之ニ満足スルモ敢テ大ナル誤過ナカル可シ。然レトモ學問上權利ノ概念ヲ知ラントスルニハ極メテ不十分ナリ。從テ法律學ノ進歩發達ヲ期セント欲スレハ須ラク權利ノ概念ヲ明確ニセサル可ラス。唯權利ハ猶統治權ノ如ク極メテ複雑ナル研究ニ屬スルヲ以テ一ノ場合ヲ捉ヘタリト信スレハ、何時シカ他ノ場合ヲ逸シ、到底僅少時日ノ間ニ完備ニ近キ概念ヲ得ルコト能ハサルナリ。故ニ余ハ紙面ニ制限アル本節ニ於テ諸大家ノ意見ヲ論評スルノ繁ヲ避ケ僅ニ其長短ヲ一言スルニ止メタリ、余ハ權利ハ人格對立ノ爲ニ統治權カ各人ニ認メタル自由ナリト信スルモノナリ、而シテ茲ニ自由ト云フハ甚タ廣キ意義ヲ有スルモノニシテ單ニ各人ノ行爲ノ自由ノミナラス統治權カ人格對立ノ爲ニ必要ナリト認メタル一切ノ自由ナリ。從テ客觀的自由ト主觀的自由トヲ包含スルナリ。故ニ行爲ノ自由ハ云フヲ俟タス、自己ニ於テ未タ

行動ノ力ナキ時ト雖モ猶人格對立ニ必要ナルモノヲ享有セシムルカ如キ客觀的自由ヲモ除外セザルナリ。凡ソ意思ナク意思的行動ナキ時ニ於テハ其人ノ有スル自由トハ殆ント想像シ得サル所ナリ。然レトモ此場合ニ於テ法律カ權利能力ヲ承認スルハ、法律ニ依ル自由ト稱スルノ外之レナク、形式上ヨリ觀察スレバ制度トシテ表ハル、ナリ。然レドモ權利ハ本來活動的原因ナルヲ以テ主觀的自由ノ發生ヲ待ツテ始メテ完全ナルヲ致スナリ、例ヘバ胎兒ノ場合ノ如キ又歸屬權利者(民法八〇、八二、三項)ノ如キハ法律ノ規定ニ因リテ生ズル權利ニシテ主觀的自由ノ發生ヲ待ツテ始メテ完全ナル權利ト言フ可キナリ。

第四十一節 權利ノ分類

權利ハ二大別シテ之ヲ公權及私權ト爲ス。而シテ其區別ノ標準ニ付テハ學說相一致セサルナリ。主體ニ依リテ區別スルモノアリ、權利ノ起源ニ依リテ分類スルモノアリ、權利主張者ノ關係ニ依リテ之ヲ分類スルモノアリ。此等ノ區別ハ何レモ長短アリテ未ダ一切ノ場合ヲ盡シタリト言フコト能ハサルナリ。之カ爲ニ權

利中何レニ分類ス可キカ不明ナルモノヲ生スルニ至レリ。例ヘハ民事上ノ訴權ノ如キ之レナリ。以テ主張セラレタル主體ニ依リテ區別スル學者ハ訴權ヲ以テ公權中ニ列スルヲ常トス(オット、ギルケ獨逸私法一卷三二三面)之レ國家ニ對シテ主張スルガ爲メナリ。然レドモ訴權ノ實質ハ私法的ナリ、(レーゲルスベルゲル)パンデクテン一九一節六七九面)故ニ權利分類ノ標準ニ依リテハ之ヲ私權ト爲スモ何等ノ妨ゲアルコトナキナリ。其他一定ノ標準ヲ置クト雖モ猶公權トモ私權トモ爲シ難キモノアリ。而シテ學者或ハ此狀態ヲ指シテ法律ノ組織體タルコトノ證明ト爲セリ(同書一九六面)以テ分類ノ容易ナラサルヲ知ルニ足ル可シ。公權及私權ノ文字ハ現行制定法上ノ用語ナレドモ權利ノ學問上ノ分類トシテ果シテ妥當ナリヤ否ヤハ甚ダ決シ難キ問題ナリ。殊ニ今日ノ法典上ヨリ觀察シ得ルガ如ク私權ト言フモ一私人ノ權利ト言フ意味ニ非ズシテ、國家モ亦私權ヲ享有シ之ヲ行使シ得ルモノトスレバ、權利ノ主體ニ依リテ之ヲ區別スルコト能ハズ。然ラバ平等ノ關係ニ於テ主張スルモノハ私權ニシテ不平等ノ關係ニ於テ主張スルモノハ公權ナリトセンカ、民事上ノ訴權ノ如キハ一私人ノ場合ヨリ論

ズレバ公權ナリト雖モ、國家ガ國家ニ對シテ主張スル場合ハ何レニ之ヲ決ス可キカ、權利關係ガ對等的ナルガ故ニ國家ハ國家ニ對シテ一私人ト同ジク不平等ノ關係ニ立テリト説明シテ以テ公權ノ性質ヲ貫ク可キカ、國家ガ個人ト對等ノ權利關係ニ立ツト云フハ之ヲ理解シ得可シ然レトモ國家カ國家ニ對シテ不平等ノ地位ニ在リト言フハ大ニ解シ難キ所ナリ。刑事訴訟即チ公訴權ニ於テ此問題ハ愈五里霧中ニ人ヲ彷徨セシム可シ。刑事訴權ハ國家ガ國家トシテ訴權ヲ行フナリ。對等ノ地位ニ立テルナリ。果シテ然ラバ公訴權ハ之ヲ私權トナス可キカ。之レ甚ダ歴史的觀念ニ反スルモノナリ。

英國法學者中ニハ權利ノ依テ以テ連繫セラル、人ノ兩者ガ私人ナル場合ニ於テハ其權利ハ私權ニシテ、兩者ノ中一方ガ國家ナル場合ニ於テハ其權利ハ公權ナリト云フ者アリ、(ホルランド)法律學一二〇面)之レ主體ニ基ク區別ニ屬スルモノニシテ未ダ公權私權ノ實際ニ合スルモノト言フ可ラズ、私權中對世權ノ如キハ相手方トシテハ私人及國家ヲ包含ス、又國家ガ物ヲ所有スル場合ノ如キハ所有權ハ公權トナル可シ。之レ此分類法ノ未ダ精確ナラザルヲ證スルモノナリ。

權利ノ起源ニ依リテ區別スル學說ハ私法ニ出ヅル權利ハ之ヲ私權トナシ、公法ニ基ク權利ハ之ヲ公權トスルナリ。故ニ公權私權ノ何レニモ屬セザル權利ヲ生ズルヲ免レザルニ至ル(前掲)レールスベルゲル所說ヲ觀ル可シ。之ヲ前說ニ比スルニ兩者ノ趣旨正反對ノ位置ニ在リ、前說ハ權利ヨリ出足シテ法律ノ區別ニ及ビ、後說ハ法律ノ區別ヨリ出デ、權利ノ區別ニ終ル所乃チ之レナリ。

法律ノ沿革ヲ案ズルニ國家ノ發達スルニ從ヒ、法律生活ヲ經營スルニ面ノ道程アリ。人格ノ性質ニ基カザル對立ノ生活關係ヲ承認スルハ其一ナリ。人格ノ性質ニ基キタル對立ノ生活關係ヲ承認スルハ其二ナリ。人格ノ性質ヲ測定スルハ倫理ノ問題ナリ、故ニ人格ノ性質ニ基ク對立ノ生活關係ハ漸次倫理方面ニ向上スルモノ、如シ。然レトモ人格對立ニハ財產ヲ要シ、智能ヲ要ス、之ガ爲メ人格ノ性質測定ニ財產智能ヲ標準トスルコトアルナリ。

前掲第一ノ生活關係ハ私法ノ關係ナリ、第二ハ公法ノ關係ナリ。私權トハ私法關係ニ於テ法律ノ承認シタル自由ナリ、公權トハ公法關係ニ於テ法律ノ承認シタル自由ナリ、法典無キ不文法ノ國ニ在リテハ權利ヲ基礎トシテ法律ノ分類ニ及

ブヲ常トス、活動ニ依リテ法律ノ靜態ヲ知ルナリ。然レドモ法典國ニ在リテハ靜的方面ヨリ活動的權利ノ分類ニ遷ルヲ順當ト爲ス、之レ如上説明ノ生ズル所以ナリ。此標準ニ據レバ權利ニモ手續的性質ヲ有スルアリ、實體的性質ヲ有スルアリ。民事訴權ハ手續的私權ナリ、刑事訴權ハ手續的公權ナリ。民法商法上ノ權利ハ主トシテ實體的私權ナリ、選舉權、被選舉權、官公職ニ任就スル權利(憲法一九條)ノ如キハ實體的公權ナリ。

公權私權ノ區別ハ大要上述ノ如シ。而シテ公權ハ國ニ依リテ其實質相同ジカラズ從テ其法律學上ノ研究モ亦器械的ナル所多シ。之ニ反シテ私權ノ性質ハ文明諸國ニ於テハ甚シキ差異アルコトナシ。而シテ法律學上ノ研究モ精細ノ域ニ到達セリ。是故ニ學說設ヒ歸一スルニ至ラズト雖モ組織的説明ヲ爲シ得ルニ至レリ。法制中ニ一定ノ對象トシテ表ハレ來リタル權利ハ内包ニ依リテ組織シ而シテ又外延ニ據リテ之ヲ分類スルコトヲ得可シ。

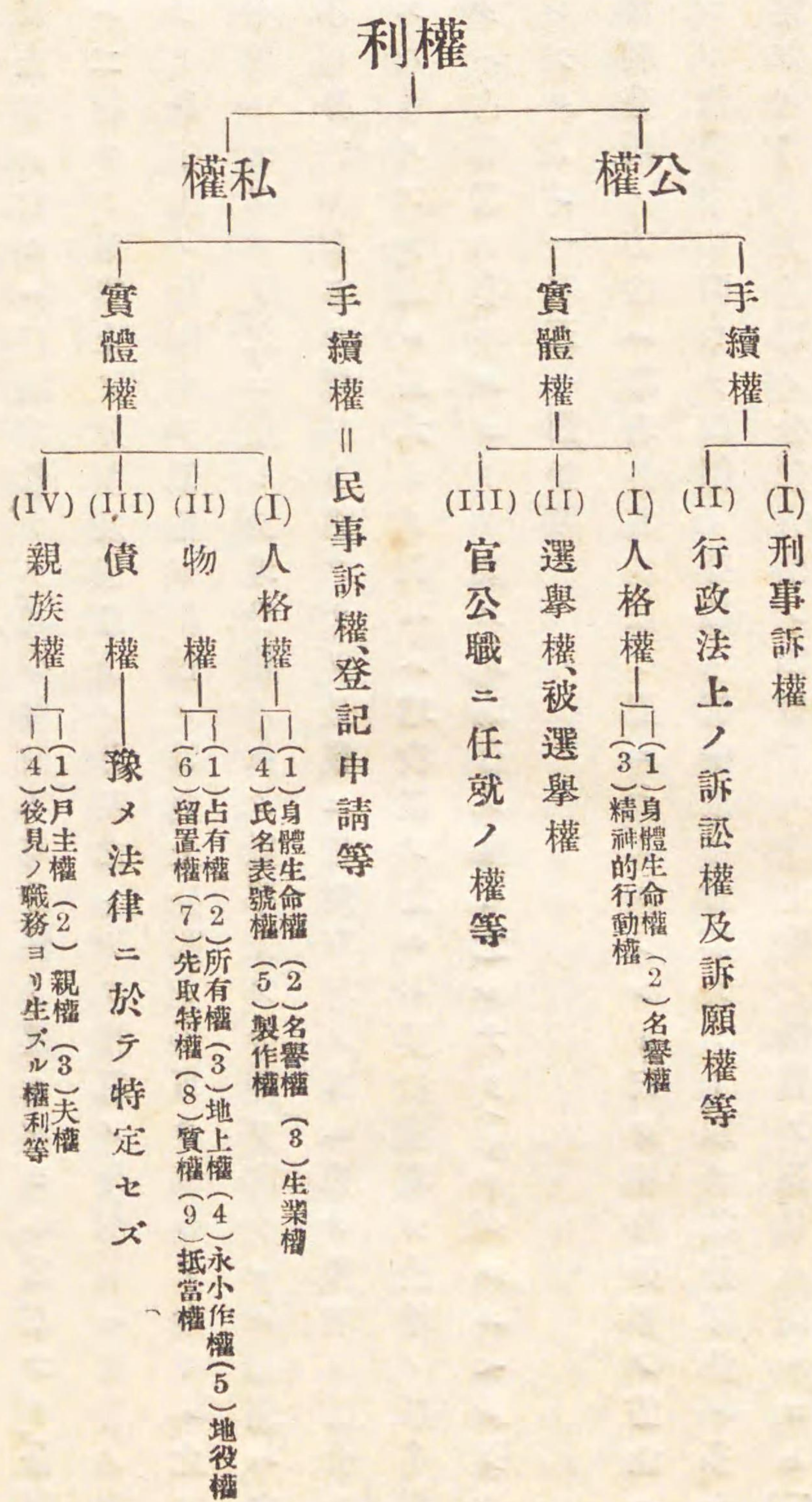
私權ヲ内包的ニ觀察スル場合ハ概略六アリ、絕對性及相對性ト爲スコト其一ナリ、絕對性トハ權利者以外ノ全般ニ對シテ效力アルノ謂ニシテ物權、親族權、人格

權ノ如キ之レナリ、絶對權ハ一名又對世權ト云フ。相對權トハ或特定ノ人ニ對シテ效力アルノ謂ニシテ債權ハ其主タルモノナリ、獨立性及從屬性ト爲スコト其二ナリ。他ノ權利ト何等ノ關係ナク獨立シテ存在スル權利アリ、夫權ノ如キ著作權ノ如キ所有權ノ如キ之レナリ。之ニ反シテ他ノ權利ノ確保又ハ延長ノ爲ニ存在スル權利アリ、保證ノ如キ、質權ノ如キ地役權ノ如キ之レナリ。此等ハ他ノ權利ニ從屬スルガ故ニ之レヲ稱シテ「從タル權利」トモ言フナリ。積極性及消極性ト爲スコト其三ナリ。或變化ヲ發生セシメザルコトヲ目的トスル地役權ノ如キ不作爲ヲ目的トシタル債權ノ如キハ消極性ニシテ、作爲ヲ目的トスル債權及占有權其他物權ノ大部分ハ積極性ナリ。物權ヲ對世的性質ヨリ觀察シ、他人ヲシテ侵犯セシメザル權利ナルヲ以テ消極性ナリト主張スル者アル可シ、然レドモ之レ註誤ナリ。物權ノ本性ハ物ニ對スル直接ノ支配ニ在リテ、對世的性質ハ餘響ニ過ギズ。「デルンブルヒ」バンデクテン一卷二二節四九面、及「レーゲルスベルゲル」バンデクテン一卷五一節二〇七面參照、讓渡性及沒讓渡性ト爲スコト其四ナリ。主体ノ變化ヲ許ス場合ハ即チ權利ニ讓渡性アルモノニシテ、主体ヲ變ジ得ザル權利、親

權夫權ノ如キハ沒讓渡性ナリ、可分性及不可分性ヲ認ムルコト其五ナリ。分割ニハ二種アリ、事實上ノ分割及思想上ノ分割之レナリ。權利ノ分割トハ後者ノ意味ナリ。數字上ノ分割ナリ、債權ガ給付ノ性質上分割シ得可キ場合ノ如キハ之ヲ可分性ト云フナリ、之ニ反シテ地役權ノ如ク數學上ノ分割ヲ許サル權利ハ之ヲ不可分性ヲ有スル權利ト謂フナリ。最後ニ權利享有ノ爲ニ他ノ權利ノ媒介ヲ要スルモノアリ、之レ其六ナリ、例ヘバ地役權ノ如キハ要役權者ガ土地ノ所有權若クハ占有權ヲ有スルコトヲ要スル場合ノ如キ之レナリ。「レーゲルスベルゲル」バンデクテン一卷五一節參照。

權利分類ノ方法ハ學者各其流派ヲ異ニス。ホルランド曰ク權利分類ノ方法ハ殆ンド無限ナリ、而シテ四個ノ分類ハ就中最モ首要ナリト、以テ其分類法ノ多キヲ察知ス可キナリ。氏ノ分類方法ノ四個トハ(一)主體ノ性質ノ公私ニ由ルコト(二)主體ノ身分ノ正則又ハ變則ニ由ルコト(三)權利對抗ノ相手方ノ有限又ハ無限ニ由ルコト(四)本來ノ行爲又ハ他ノ行爲ノ懈怠ニ由リテ生ズル行爲ヲ基トスルコト之レナリ。同氏法律學、一一八面此分類法ハ不文法ノ國ニ在リテ權利ヲ基礎トシ

テ以テ法律ノ分類ニ及ブモノニシテ直ニ法典國ニ採用シ難シト雖モ亦大ニ參照ノ價值アリ、殊ニ第二ノ分類法ノ如キハ學者ノ必ス熟讀ス可キ所タリ。余ハ今自己ノ妥當ナリト信ズル分類ヲ揚ゲテ本問研究ノ一塵トナサントス。



公權ハ廣キ意味ニ於テハ人格權ナリ。然レドモ猶人格權ノ外ニ公權ヲ認ムルハ國權行動ノ形式上一切ノ公權ヲ直ニ人格ノ主張トシテ之ヲ承認スルニ非ズシテ人格ノ或性質ヲ舉グルカ若クハ間接ニ人格ニ影響スル生活關係ヲ基本トシテ之ヲ公權ト爲スガ故ナリ。例ヘバ手續權及實體權中ニ於ケル(II)及(III)ニ掲記セラル權利ノ如キ之レナリ。

之ニ反シテ身體生命權、名譽權、精神的行動權ノ類ハ人格ノ主張トシテ國家ノ承認ヲ得タル權利ナリ。古代ノ刑法ニ於テ貴者賤者ノ傷害ノ刑事的賠償ニ差別アリタルカ如ク現代ノ公法ニ於テモ此等ノ人格權ニ對シテハ各其性質ニ從テ之ニ適應スルノ主張ヲ承認センコトヲ理想トスル傾向アリ。之レ余ガ特ニ公權中ニ其位置ヲ求メタル所以ナリ。獨逸ノ學者ハ人格權ヲ私權中ニ列スルヲ通常ト爲ス、公權私權ノ概念ノ定メ方ニ依リテハ素ヨリ斯ノ如ク爲スヲ妨ゲザル可シト雖モ、法律ヲ以テ人格發現ノ道程ト觀察スルコトヲ得可キニ至ラバ、人格權ハ寧ロ公權トシテ重要ナル役割ヲ演ズルニ至ル可キナリ。

余ハ法律生活ヲ以テ斷エズ進步發展ノ道程ニ在ル活現象ト信ズルモノナリ。而