

《論 說》

# 私の最終講義から日本の自然法へのみち

石 田 宣 孝

## 【目次】

- I はじめに
- II 日本人の自然法の理解の変遷
- III スタンレイ・ペリー先生の「律法に関する論文」の序
- IV 内村鑑三先生の律法に対する知識
- V 大澤章譯、シャルモン著「自然法の再生」という著作と英米判例法
- VI むすびにかえて
- VII 稲垣良典譯・法についての構成（スタンレイ・ペリー英訳との比較）
- VIII リフレイン・日本における自然法思想の根付かぬ理由

## I はじめに

読者はタイトルに奇異な感じをもたれるであろう。私の専門は、商法というわれわれの経済生活に関する極めて世俗・実証主義的な社会的事柄を扱う分野である。自然法は神の律法（以下、法と併用する）あるいは永遠の法の宗教的分析に関する極めて専門性の高い研究分野で、しかも哲学と宗教の概念把握を一つにすることのできない（善・道徳・正義）といった問題を扱う<sup>(1)</sup>。また生きた法律を扱う者が宗教を扱うことが、果たして許されるのか躊躇せざるを得ない。しかし、私の商法研究は実体法と訴訟手続法の架橋を終生の目的とした特殊な分野であり、訴訟法研究者からも商法研究者からも関心を持たれない異文化体験をもった。教師としての立場においては商法典を系譜的に学生諸君に語った。その最後の講義として『会社訴訟の系譜を通じてみたわが国の会社法』（奥島孝康先生古稀記念論集第一巻・平成 23（2011）年）を下にした最終講義を平成 24（2012）年

2月17日（レジュメ A4 版 4 枚）発表した。その折、上記授業の講義で必ずしも明らかにできなかった律法・法と信仰の話が構想として浮かび上がってこなかったことを後悔した。私法の商法と民法殊に後者におけるボアソナードの存在に商法が何の影響も受けなかったのか、ということが気になっていた。

私の四十二年の教員生活中、昭和 59（1984）年春の短い期間を利用して、アメリカ・ネブラスカ州オマハ市のクレイトン大学ロースクールに学んだ。その折り、英文の「聖トマス・アクイナスの律法・法に関する論文」スタンレイ・ペリー先生（ロースクールの教授ではなく、ノートルダム大学のアンダーグラデュエートの教師であり、学部長の要職にもつかれた経歴の持主）のことを John A. Gueguen, Jr 教授・イリノイ州立大学の政治学の名誉教授 1972～1996 年まで政治哲学の教授でもあった学者で、その「スタンレイ・ペリー：先生と預言者」と言う論稿から得た。先生には三本の論文があり、プロテスタントを基盤とするアメリカの大学では珍しいカソリックの信仰を自分の政治学あるいは政治哲学の研究に展開させ、極めて特異な方法でトマスの法理論を学生諸君或は 1950 年～60 年にかけてのケネディー（カトリック）民主党政権下の市民権運動に精力を集中させた学者であることがわかった。スタンレイ・ペリー先生の英文の著作は 116 頁で、さらに 10 頁程の司祭（聖職者で先生という肩書）の序の付いている B6 版冊子を購入（4 月 10 日）したことを思い出した。宗教の法における役割が何かもわからぬまま、私はおおよそ 2 年の歳月をかけて読み始めた。私が参照した稲垣良典、高坂直之両教授のトマス・アクイナスの法に関する論文集（*Treaties of Law*）の英文の論文との摺り合わせに何か意味がないかと考え始めたのは、この著作の取組には既に上述の宗教及び法哲学並びに憲法の先達二人がおられたからである。稲垣教授はギリシャ語でこれを翻訳され（昭和 33（1958）年有斐閣刊）、高坂教授もその著作「トマス・アクイナスの自然法研究」（昭和 46（1971）年創文社刊）の中に、この論文を参照されている。私の草稿の結論（本稿第 VI 章）

で稲垣良典譯との題目の比較を試みようと思う。

クレイトン大学はカトリックのイエズス会系の総合大学で、法科大学院をもつ。留学を許可してくれたのは同大学の most reverend father で副学長のジョン・デリー氏であった。お前の宗教は何かと問われれば、極めて曖昧で内村鑑三先生の宗教的信条に共鳴し、東京・西新宿の早稲田教会（奉仕園）の日曜礼拝に時折出席する程度の神との関わりはもっていたが、プロテスタントのクリスチャンであるとは、受け入れ先の事務方には回答していなかったし、大学がいわゆるカウンセラーとして付けてくれた職員ジャック・ツォイヒャー氏（イエズス会司祭）は私を異邦人として扱った。それゆえ、この草稿との出会いは、全くの偶然に過ぎない。まさに神の導きに依るものである。しかも、稲垣教授のトマスへの接近とは異なる、英文によるものであり、さらにスタンレイ・ペリー先生によるトマスの論文の概要が掲げている点でもあった。英米法においても神の信仰の絶大なことは、ヨーロッパのフランスやドイツと異なることはない。しかし、英米法が宗教を通じ、どのように法学や法哲学の分野に入り込んでいるのか、また英米法が、法律の体系あるいは体系化にあまり関心を示さないことは、私の実証法学の研究を通じてほぼ定着しつつあった（第Ⅵ章 cf）。つまり、私の研究に足らないのが、自然法の理論であることが退職後うっすら見え始めてきた。在職中の会社法や商法典の講義で、学生諸君へ話す法典編纂の歴史の中での、自然法に対する部分で、條理や法源論あるいはローマ帝国の衰亡と十二表法、各皇帝の造る法典（例えばユスチニアヌス法典）は、哲学や、論理学より寧ろ宗教の話しを理解しなければ、問題の解決に到達しないことが分かってきた。その反省から生まれたのが本稿である。

アメリカのロー・スクール（ハーバード大学）のカリキュラムの中にある Justice（正義）が延べ 14,000 人を超す履修者数を記録したことが日本の教育テレビで「ハーバード白熱教室」（2010 年）放送された、マイケル・サンデル教授の講演を翻訳（平成 22 年・早川書房刊）した鬼澤忍氏

の『これからの「正義」の話しよう』は、何が学生の興味を惹かないかの原因を示唆している。それは柔軟性を欠く体系構造の閉塞感である。

勿論、サンデル教授もリチャード・ポズナー氏やジョン・ロールズ氏の方法<sup>(2)</sup> またサンデル教授が正義という極めて宗教に密接した理解を通じて学生を法学に近づけるける方法は、ドイツやフランスの法学教育にも決して利用されない訳ではない。カソリックやプロテスタントの信仰を通じて、彼等も日常の生活を行っているからである。

否、一般的概念に我々の生活が縛られることの本質が一体どこから生まれるかを探究することが法の根本であることを宗教（キリスト教）程直截に現わすものはないことを、僅か116頁しかない英文のトマス・アクイナスの前著が示しているのに、退職後三年もかけて分かりかけてきた。稲垣氏や高坂氏のギリシャ語を土台にした原典の翻訳に直接飛びつくのではなく、まず自分の訳に徹することとした。なぜ英語訳のトマス・アクイナスの著作が、アメリカ・イギリスの中で読まれ、ドイツやフランスとは異なった法学教育の土台をつくるのかを見て行くのが、本稿の目標である。

時期を逸した草稿ではあるが、私の本学部創設五十周年のお祝いの気持でもある。思えば、私の研究自身が、実体法と訴訟法への架け橋を目的に掲げたゆえ、どちらの研究者からも疎まれることの多かったことは反省しなければならないが、日本の法体系がなぜ英法から、ドイツやフランス（旧法令の一時期）の下に定着したのか。さらには、アメリカ法やイギリス法やEU法といった国境を超越する法の変更（change）が一体何を目的になされるのかを、トマス・アクイナスのこの著作は明確に我々に示してくれるからである。

日本が導入したドイツ商法典は、ドイツ新商法（1897年）であるが、この中に自然法を意識する規定が含まれているのであろうか。わが国の民事立法は、民法典にしても商法典にしても、外国、就中フランスとドイツからの影響を多く受けていることは立法の変遷過程を見ればあきらかである。中でも、立法過程は、単に法律を通じて外国の影響を享受するという

より、それを運用する裁判の方法あるいは法律の運用の手續・行政においてもその方法を模倣し、国家の利益に資することを目的とする政策が先行した。日本政府は、それゆえ当時の欧州各国のコンテンポラリーな法律・司法・行政の動向の検討に余念がなかった。わが国の法典化がわが国の議會を通過するにはどうしたらよいかという点に専ら焦点が当てられ、法典が作成されると言う、日本（政府＝徳川幕府）が最初に立法に関して交渉を持ったイギリスにおける法典編纂運動の流れをベーコンやベンサムの議論を通じて<sup>(3)</sup>受けていたイギリスのやり方とは逆の方向から立法化を計ろうとした過程がうかがえることは、わが国の多くの法律の系譜に關心を示すわが国の研究者や法制史家の指摘するところであった<sup>(4)</sup>。政府がいかなる立法に関心を寄せたかを分析されているが、残念ながらこれ等の中に自然法に関する法令類は見当たらない。ただ、法典編纂局の版でない司法省の英国法律要訣・明治13（1880）年11月刊行の目録には第三篇人民諸部類に關係する国法第一章僧侶の条（翻訳者堀越愛国・鈴木唯一）・僧侶とは俗人と区別する称呼にて階級の上下を問わずいやくしく苟も教法の職に居る者は概して之を云う。凡そ僧侶は教法の事件を除く外一切俗務に与るべ可きに非ず、故に亦俗人の格を出て二三の特許あり、其の条下の如し。一般の僧侶は強いて軍事に役す可からず、陪審官に任ず可からず、郷里裁判庁或は十家（五人組の類）の列座に呼出す可からず。代官、副代官、区取締役等に選挙せらるゝことを得ず。下院の議員たるを得ず、且つ牧師管轄地の教務のために往返する時は転関税を免じ、或は祭事を勤むる間又祭事の為めに往来する途中は、民事につき訴訟を蒙るとも官より直ちにほぼく捕縛せず…とある。以下第三篇は十七章に分かれウイリアム四世の代の制定法に關し②ノーブル貴人及び平民の條、③パブリックオフィシール民官の條、④教会地の役人及び救貧法の條、⑤ジョイントストックコンパニー統合体の條、⑥合本会社の條、⑦仲間人の條、⑧被託者の條、⑨遺状執行人及び取扱人の條、⑩夫婦の條、⑪親及び子の條、⑫後見人及び稚子の條、⑬インファント文業師等品の條、⑭プロフェッショナルクラス商業本人代弁者代管者並に仲買人の條、⑮著述人発兌人印刷人彫刻人製図人及び新聞紙持主の條とあ

り、宗教上の規定を定めたものではない。特に⑥は会社法制を規定するもので、当時司法省がイギリス判例法を裁判の基礎としていたことを現わすものである。

- (1) 古代哲学の大家・藤井義男博士の初学者向けの著書：「哲学の誕生」・昭和31年6月河出書房刊には、宗教に関する問題を対象から外される。
- (2) 前者につき「正義の経済学——規範的法律学への挑戦」馬場孝一・国武輝久監訳1991年刊木鐸社、後者に付川本隆史・福岡聡・神島裕子訳2010年紀伊国屋書店刊)を使つてわれる。
- (3) 穂積陳重・「法典論」5-7頁、明治23(1890)年2008年新青出版。
- (4) 岩田新・「日本民法史」昭和3(1928)年、同文館、前注穂積が扱ったわが国の法典論争に関わる部分で触れたわずかな部分に過ぎない。附録の民法法規編年目録251-331頁は内地法・拓殖地法・世界戦争等関係法・関東大震災等法に分類登載されている。

## II 日本人の自然法の理解の変遷

a) 学者は、その主要な対象の事柄である著作という作業を、自らの初期の研究段階で得た直観や、対象を構成する仕組み、いわゆる学説というものに大きな影響を受けて、自己の思想を形成する。全く自身の直観だけで、自己の思想が形成されることはまずない。哲学者や思想家あるいは宗教家が、その生涯において自己の思考・論理を転向したり、今まで歩んできた理論の傾向を変更することはめずらしいことではない。哲学者アリストテレスにおけるプラトンの存在や使徒パウロの初期の行動は、キリストに敵対する立場に立つ者であったことが、聖書の言葉から窺われる(新約聖書・使徒行伝9章1節：『サウロは主の弟子たちに対して、なお恐喝と殺害との気を充たし、大祭司にいたりて、<sup>おびやかし</sup>ダマスコにある諸会堂への<sup>そえふみ</sup>添書を請う。この道の者を見出さば、男女にかかわらず縛りてエルサレムに曳かんためなり。』以下、アナニア(使徒行伝9章10節)という主の弟子を通じて回心を告白する)、また、ガリレオの天文学説上の理論はコペル

ニックス的転回をもとにするし、アウグステイヌスの生涯は告白録といわれる自己のある時期の経験を基礎に自己の宗教観を180度転換する。

そのある時期とは、哲学理論の思考の対立、科学の発達による従来の原理の破毀の必要、宗教上の対立、戦争による社会の変更（日本における明治初期の開国⇒戦前と比べ敗戦と一言でその時期の状況を証明することはできないから、その変化を近代化と呼んだりする。第二次世界大戦後の戦後については直接戦争と呼んでよからう。）をさす。

上に述べた、哲学・思想・宗教の分野の中でその論理の拠って立つ基盤が不変なものは、宗教すなわち神の存在である。それが不変であることが、事物の存在や、科学の発達に依って真理性に疑義を抱かせる。主キリスト・イエスは、なにも行うことなくある事柄を指示し、ときには言葉で方向を示さないまま正義を現わす場合もあるが、時間の経過を通じて事物の内容を変更することはない。旧約聖書の出来事が、新約聖書において変更されることは決してない。事柄のうちの何が真理であるかを探るのは人間の知恵（認識）であり、他人の思想を争うこともあろうが、それは大きくいって宗教論争であり、その論争も時を経て変更されることはある。宗教とは異なるが、イデオロギーもその社会を形成する政治体制が変われば論理は変更せざるを得ない<sup>(5)</sup>。学問の対象は、宇宙の事実であり、社会科学もあるが自然科学もある。法律や経済・政治・文学・美術といったものがはたして科学として成立つものかという疑問は、特に先頭の法律という学問について日本の高名な法律家<sup>(6)</sup>は、その時代とともに変更する社会を見て、法社会学の分野に彼の学派を創設した。

b) また、前述の明治の近代化は文明の西洋化の速度を早めるために、丁度わが国の戦国時代における宗教の取扱いを、功利を軸に転回させるのと同様な、宗教の取扱い方が行われた。明治の近代化は、西洋化という一点に力が注がれ、法典編纂のために司法省から招聘されたフランス人ボアソナードが主張した自然法への接近がそれである<sup>(7)</sup>。その著作はボアソナードのものであるが、それを当時の日本人の認識で翻訳したものであ

る。法典とは異なる別の体系を法典、ここではフランス民法あるいは刑法とどう摺り合わせようとしたが、463頁始めから476頁の終わりまでの間に明らかにされている。同著作は後に明治文化全集第十三巻法律篇463頁以下に収められているが、この文化全集の頁に依ってみる。但し、読み易くするための工夫や句読点及び（読み）〔意味〕《私見》を加えた。

性法・道德の解及び其區別《472頁》『前節中に於ては今より始めんとする所の学科の生質及び将来日本の為めに期望すべき此学科の拡張及び其勢力に付いて之を概論せしに過ぎず。又二三大家の説を引き以て性法の解を与えたり。即ち余諸君に語り曰く性法は人為法（立法官の制定せし諸法）の基本源要領なり、又必ず本源要領ならざる可からずと。且つ性法は真理至正（レゾーン・ビュール、ジュスチース・アブソリュ）に基きし者なるに依つて道德に接近して古今の諸哲も履々之を混するに至りし<sup>しばしば</sup>を述べたり。余輩は千万注意して之を混せざるを要す、<sup>(8)</sup>とした。

性法の諸元則を合して一と為し、曰く『人を害するなし』、又道学の諸元則を一と為し曰く『篤<sup>じつちよく</sup>実<sup>をたもつ</sup>に保正す』と。既に此二元則を見るに於ては性法と道德との間に大差あるを知るならん。性法は唯吾人と吾人の同類との關節を規定するのみ。道德は特に同類との關節を規定するのみならず又吾人<sup>わたし</sup>と吾人自己との關節を規定す。故に吾人の悪情〔モーベース・パッション〕を打破し、飲食の欲を節し〔ソプリエテ〕邪淫の念を止め、〔コンチナンス〕、誠実〔センセリテー〕ならん事を吾人に令する者は道学なり。然れ<sup>レ</sup>道学は固より同類との關節も亦之を規定するが故に、他人を害するを禁ずる事は全く性法の如くにして、更に異なる<sup>レ</sup>なし。然り而して特に他人を害するを禁ずるのみならず道学に於ては、尚ほ且つ他人に対して吾人の心力の及ぶ所は善〔ビヤン〕を為さん事を命ぜり。而して他人を害するなしと云う事<sup>マツ</sup>に付いては、道学は特に性法を禁ずる所の事<sup>マツ</sup>を禁ずるのみならず性法に



於ては人の自由に任せて、為さしむる所の事<sup>ママ</sup>も亦道学に於ては不正なりとして之を禁ずる事<sup>しばしば</sup>屢々あり、是れ殊に余輩<sup>わがはい</sup>の実践し難き所なり。

偏<sup>ひとえ</sup>に吾人<sup>われわれ</sup>の同類に対して善を為すと云う事<sup>たちま</sup>のみに依て見る<sup>は</sup>は忽ち純然たる道德の領地《限界の意》を知るを得べし。即ち既に引用せし<sup>ほん</sup>比喩に依て之を言はば、則ち吾人の職分の第二環（其広大なる<sup>ほん</sup>殆ど限界なし）〔所謂る道德の領域なり〕中の事なり。然れ<sup>は</sup>同類を害するなしと云うに至ては或は疑いなきやを免れず。然り而して、この時に当りては本然の区別に溯りて是を論ぜざるを得ず。即ち曰く吾人の直ちに達せんと欲する<sup>は</sup>目途は社会を保有し之を開達するにあらんか、然れば即ち是れ性法の職分なり。是れに反して其直接の目途は他人各自の利益を保有し開達するにあらんか、然れば即ち是れ道学の職分なり。《 》は私の解釈が加わった。

如<sup>かくのこと</sup>此<sup>も</sup>余は自ら二職分双方の境界を断然極定して更に躊躇する所なし。抑も教師たる者は其生徒の精神をして感激せしむる<sup>もつと</sup>為めに果<sup>おもいきる</sup>断、勇決、自ら其の責に任じて、敢て<sup>あえ</sup>畏懼（恐れるの意）する所なかるべきなり。余は常に萬般の適例を掲げ、以て余の敢て早卒《早合点》ならざるを諸君に証せんと欲す。

法律と道德との二語は余既に屢々之を発言せりと雖も未だ此語因り來たる所の本義を解せし<sup>り</sup>なし。蓋し語の本義を述ぶるは必ずしも常に大益あるに非らず。或は又た其語意に於て何の加うる所もなき<sup>り</sup>あり。法朗西にて日用事物を指示する為に用うる所の語は其因源を尋ぬるに多くは羅<sup>フランス</sup>旬語より來たり。尚古に溯りて之を尋ぬるに、羅<sup>ラテン</sup>旬語は其因源を希<sup>ギリシヤ</sup>臘語に取り、而して之を<sup>サンスクリット</sup>変換転用せし者なり。近世語家の説に依るに希臘語は又其源を梵語に取れりと。然れ<sup>は</sup>如此く因源を尋ぬるは是れ只学者の好事に過ぎず、法朗西にて通常用うる所の字義に付ては別に利益あるに非らず。

或人余に言い曰く『日本語に於ては法朗西語の「どろわ」は之を一箇の学と為し、之を譯して「ほうがく」と言う。而して「ほうがく」

とは「ろわー」(法)の「すしゃんす sciences」(学と言う意なり)]と。然りと雖も、何故に「ほう」は「ろわー」と云う<sup>レ</sup>なるや、又た何故に「がく」は「すしゃんす」と云う意なるやと論ぜば、余は固より之を知るを得ず。而して諸君も亦之を知らざりしならん。日本語は其源を支邦語に取りし<sup>レ</sup>は固より疑うべきに非らずと雖も、諸君は之を支邦人に問うも、亦其所以を知る能わざるならん。法朗西にては幸いに「どろわ」の本義を尋ぬるに難からず。「どろわ」の語は羅甸の「ぢれくとむ」と云う語より来たり。「ぢれくとむ」とは即ち曲がらざるの義にして、是れ実に達せんと欲する目的に吾人を誘導するの直線(リーニュ、ドロワット)なり。

有形の目途より見る<sup>レ</sup>は直線は必しも最短極近なる者に非ず。是に反して幾何学家に於ては直線は必ず最短なり。常に極近なりと言えり。是障碍を想像せざるの説なり。実際に地上に付て之を見るに山嶽を抜切して直行し、或は艱難を忍んで川河を徑<sup>ちかみち</sup>渉せんより、寧ろ之を回避するの近<sup>し</sup>きに如かざるなり。然れど、無形陰微の目途[メタフィジック・アブストレイ]に付いて論ずるときは、吾人を誘導する所の線路は必ず真直ならざる可からず。吾人の路上に横わる所の諸障碍(自身或は他人の情<sup>バッション</sup>欲は勇進して之を超過せざる可からず。決して此障碍に逢うて、或は回避する<sup>レ</sup>なかるべし。然らざれば是れ悪に与<sup>く</sup>みし悪に交わるなり。見るべし、吾人当行の線路は既に画<sup>えん</sup>して爰(ゆるやかな意)に在り必ず之れに由って、而して行かざる可からず。或は直道(シユマン、ドロワ)と云い、或は法律(ドロワ)と云うは、則ち是れの謂なり。

立法官(正統の主宰)の画せし道を人為法と云う。而して其用方に従つて或は之を公法と云い、或は之を私法と云う。又公法を細別して之を憲法と為し及び刑法と為す。私法も亦之を細別して民法と為し商法と為す<sup>(9)</sup>。

是に反して立法官の未だ行路を公認せず、極定せざるの間は国民は

性法（真理至正の画せし誘導の線）の権下に在りて其命を受く、又余の既に云いし如く立法官の法律を制定するに至りて之を校訂改正するは性法の学力に在り、且つ国民は常に人為法を遵守すべき者なりと雖も謹んで其不充分なる所を表出し以て之を改正せんことを願うを得るは是れ又性法の知れざる所を発見して之を上申するの義なり<sup>(10)</sup>。

蓋し「どろわ」の語に二義あり。上文に述べし所は即ち其第一義なり。第二義に於ては「どろわ」とは人の社会に生存して有する所の利益・権力・特権を云う。父の権、夫の権、所有物の利益等の如き、概して之を「どろわ」と云う〔之を譯して権利という〕、則ち権利は第一義の「どろわ」（法律）の許認する所にして、而して其保護を受けて存する者なるに依って権利を称して又「どろわ」と云えり。故に法律は因<sup>コース</sup>にして体なり、権利は果<sup>エヘ</sup>（faire 神の創造するもの）にして用なり。此第二義に於ては〔どろわ〕（権利）は職分<sup>ドボワル</sup>に反対するの語にして職分は又他人の権利に対応するの語なり。

然れに羅匈語の〔ぢれくとむ〕は法朗西語にて転用せし如く深長の意味あるに非ず。蓋し羅匈語にて法朗西語の「どろわ」の意（吾人の由り行ふべき規則の集合及び職分に反対せし権力・特権・の意味）には「ぢゆす」の語を用いたり。「ぢゆす」とは命令<sup>おるどる</sup>の事なり。故に「どろわ・なちゆれる」を「ぢゆす・なちゆるる」天命と云い本義の儘<sup>まま</sup>にて更に形容の意味なし。又「どろわ・で・なしょん」国民の法を羅匈語にては「ぢゆすぢゃんちよむ」と云えり。国民の法とは万国人民に普通の法を云う。是れ蓋し各人の自然に適する如く、各国人民の自然に適する法なればなり。法朗西にては又之を其字面<sup>まま</sup>の儘に譯して「どろわ・で・ぢゃん」と云う。古昔は之を「どろわ・どら・なちゆる・え・で・ぢゃん」と云えり。〔人の自然の法〕後世に至りては、各国平生の交際に付て条約のなきは、其間に起こりし争論は此法に依て之を規定せり。而して凶器を動かして其是非勝敗を決するの憂<sup>うれい</sup>なし。若し又既に開戦に至りしは和議を結び通交、互市を

なすの条約を結び又は条約の曖昧なる解釈する等、多くは此法に依て之を決定せざるはなし。今日<sup>どろわあんぶる・なしよなる</sup>「国際法」と称する者も是「どろわ・ど・ら・なちゆる・え・で・ちゃん」の適用実施に過ぎざるなり。

既に「どろわ」の語意は之を述べたり。依って「もらーる」の語も、亦学科中に於て屢々之を見る所なれば、茲に此語意を述べざる可からず。「もらーる」の本義は「どろわ」の語の如く分明ならず。「もらーる」の語は羅匈語の「もす」の語より来れり。「もす」とは<sup>くーちゆーむ・ゆぎーじゆ</sup>慣習・往來という義なり。羅馬にては通常の往來という<sup>フ</sup>を「もす・えすと」と言えり。又た複数（多数を云う文法上の語）にて諸慣習諸仕來、諸遺伝と云うときは之を「もれッす」と言えり。然れ<sup>レ</sup>法朗西にて用うる如き、特別の意味にも亦「もれッす」の語を用いたり。善美<sup>むゑるす</sup>の風俗・醜惡の風俗と云う如き是なり。故に羅馬語にて「まり・もれッす」とは不行状或は悪しき風儀と云う義なり。悪しき風儀と<sup>もーべーず・あびちゅーど</sup>は自己の徳を<sup>おさ</sup>脩めざるの義にして即ち飲食の欲を節せず、邪淫の念を止めず、誠実ならざるを云う。而して此悪しき風儀あるも一般には法律にて之を罰する<sup>フ</sup>なし。

羅馬共和政事の全盛なりし年代には醜惡なる風俗の檢察するの官ありて之を「サンシユール」と云へり。「サンシユール」は各人自己の行状を正すの官なるに依て、不行状の者あるときは之を<sup>けんせき</sup>譴責（貴は誤り）し之を制止せり。然れ<sup>レ</sup>、是れ人為法の支配すべき所に非ず。即ち一つの妄用弊害なり。故に其法は終に<sup>デシユイチュード</sup>從法に陥りて、之を實行する能はざるに及べり。其後に至りて不行状の者ありと雖も醜態を顕して世人の惡を為すの標目とならざる限りは、則ち今日西洋諸國の法の如く之を責罰せざりし。只如此き時は、本人の良心にて自ら其身を譴責し或は世論にて之を賤辱するのみなり。性法と道德との語意は既に之を述べたり。而して是れに付て更に一二の説明すべき事あり<sup>(11)</sup>。

余思うに諸君は必ず意中に疑團を抱き、將に自ら言はんとす。『余輩は性法と道徳とは其領地の広狭より同じからざるを知れり。然りと雖も未だ性法を人為法に記載せず。制定せざるの時にして人々皆な性法の管下に在るときは性法と道徳との差異は何れの処にあるや。又此の場合には、性法を施行するに臨んで、其保証となり其制裁となるは何者なるや。又道徳には保証と制裁とは成立せざるや。又道徳に背きし者は其良心の譴責世論の賤辱けんせき せんじよくを受けて後は何様の譴責をも受くるゝなきや』と。是れ諸君の必ず自ら心に於て疑問せし所ならん。余は茲に此の疑問を判決せん<sup>(12)</sup>。

余は此判決を為すに臨んで制定したる法律のあらざる国に身を置き以て之を論ぜんと欲す。是れ迄の日本の地位は則ち是制法なきの国なり。抑も公益と私益とを問わず『人を害するなし』の要領を遵守せざる者は特に其良心の譴責を受くるときは、余輩の既に知る所なり。

国の安寧を害し人に対して強暴を行い人の所有権を敬重せざる者は、古今共に嚴重の罰に処せられ、加之屢々苛酷くわえてしばしばの罰に処せられたるゝあり。又純粹の私益中に於て早卒或は不注意よりして損害を起し不正の利得を〔然れに重罪軽罪には非らず〕〔窃盜強盜の類は、不正の利得を為して、而して又重罪軽罪となる者なり〕を為し、或は自由に承諾せし約束を缺く等の事あれば裁判所より命じて其償金を払はしむ。若し又之を払はざるに於ては、法の定めし方法に依て、脅コントレイント迫して之を払わしむ。然れに如何にして之を行うを得るや。曰く政府より任せられたる日本裁判官は人民の権利とその職分との間に起りし争論には一つに性法の規則を以て之に當つるのみ。

現今日本の裁判官は真理至正の元則を十分に研究せしを証するにあらざれば、決して其職に任ずる能わざらんか、余は其然るを信ぜんとす。且つ裁判官は殊に日本の裁判上の慣習ユザージュ・トラデション伝記を以て標準となせり。而して此習慣伝記は又旧裁判官の同上の元則を学び得たる其成果ならんか。余は又其然りしを希い且つ其然るを信ず。然れに或人

余に告げ曰く日本の裁判官は常に支邦律に多く従えりと。依て余は諸君に告ぐ、欧州に於ては支邦律を以て都て煩雜不正慘酷なる事の俗諺となせり。故に日本に於ては其模範を撰むすべ、蓋し其当を得ざりしなり。

日本の古格旧例を伝えたる昔時の裁判官は、性法の元則と道德との區別を分明に知り得しや否や、余輩は實に之を保証する能わず。法朗西人も判然と此區別を為し得て誤らざるは未だ容易の事に非らず。法朗西人は「モイズ」「サロン」羅馬の法及び基督の道德を学ぶを得たり。而して尚未だ此の誤解あるを免れず。孔子、釈氏、神道家の徒弟は、其發明果たして能く法朗西人に勝るや。余は之を信ずる能わざるなり。

実施の甚だ難き事は之を除きて論ぜざるも、人為法の未だ備わらざる時にして裁判官の判決及び之れに属する正統の脅迫中〔裁判に従はざる者は脅迫して之に従はしむ〕に於て性法に外部の制裁あり。尚一步を進めて之を論ずるは西洋諸国に於ては十分に具備するの法ありと雖も、尚性法を学ばざるを得ず。是れ特に制定したる成文法を学びて其是非得失を檢閲する為めのみならず又其遺漏を充たし、其文義を明解し及び法意を斟酌し得て、之を実施せんが為なり。

英吉利に於ては性法の裁判所あり、又法朗西に於ては立法官は性法に依って其作業〔即ち法〕を充足するをを以て裁判官に委任せり<sup>(13)</sup>。

立法官の法を制定するに於て、其根拠となせし性法に依循いじゆん（順う意）せざる可からざるの例を掲げ、以て性法を学ぶの緊要と利益とを知らしめんと欲す<sup>(14)</sup>。

民法書の巻を開くや則ち第四節（article・條の意）に是あり、曰く『法の不言不委及び曖昧を以て口実として裁判を為すを肯せざる裁判官は、漫みだりに裁判をせざるの罪ありと訴えらるべし』と。是れ蓋し法の不言の場合に於ては裁判官は道理に照らし至正に従て、此遺漏を充足し又た法文の曖昧なるは同上の法方に依て立法官の意を明解せざる

可からざるを云うなり。且つ編集会議の草案〔法典編集のときの下調の諸書類〕立法会議の論説も亦裁判官の参考せざる可からざる貴重の書類なり。法朗西に於ては普く法を公告するに依て此書類を十分に検閲するを得べし。然れ<sup>あまね</sup>性法は法律の本源なるに依て、法文の分明ならざる場合に於ては裁判官は必ず此本源に溯りて真理を尋ねざる可からず。

如<sup>かくのこと</sup>此く性法に準拠する事は裁判官の爲めに一の権利にして〔故に準拠するを得〕。而して又た一の職分なり〔故に準拠せざる可からず〕。然れ<sup>あまね</sup>性法に準拠するの程度は刑事と民事とに依て同じからず。民事に付ては余の是れ迄で述べたる如く、裁判官は性法に準拠するに於て、更に限界なし。然れ<sup>あまね</sup>刑事に付ては法朗西其他西洋諸国に於ては（都<sup>と</sup>見<sup>にか</sup>格<sup>く</sup>は之を除く）法の明文あるに非らざるよりは決して裁判官は罰を命ずる能はざるなり。日本の刑法中にも此保護の要領は必ず採用せらるゝならん〔果して採用せられたり。刑法第二条に曰く『法律に正條なき者は何等の所為と雖<sup>レ</sup>、之を罰する<sup>レ</sup>を得ず』。抑も日本と法朗西とを問わず刑法を解釈するは善美<sup>かた</sup>を盡して其宜しきを得ざる可からざるなり。刑法を実施するに臨んで一の場合に当たるべき法文を以て他の場合に之を当つるを許るゝるは、是れ却て実施中に於て法意<sup>かえつ</sup>を穿索<sup>せんさく</sup>するを許るす所以なり。又情実に依ては罰を輕減し或は全く放免するの手段を搜索するを得べし。故に刑事の訴訟及び其吟味に付て裁判官に教うるに憐愍<sup>りんみん</sup>（あわれむ意）の処置を以てする者は性法なり。而して裁判官を補助して温和を以て事実を搜索せしめ脅迫又は詢<sup>しゅんかく</sup>嚇<sup>かく</sup>（たずねおどす意）を施し、以て事実を失わしめざる者も亦性法なり。

法に於て裁判官に委托して、其見識を以て性法を照準して判決せしむべき民事（私事）を再論する爲めに余は茲に民法第千三百三十四條及び第千三百三十五條を掲出すべし。此法文に依るに諸約束は善意を以て之を執行せざる可からず。而して是に付て裁判官は公平の許るす所に

依り兼務の生質に従いて、之れより生ず可き諸事件は其見識を以て之を処分せざる可からざるなり<sup>(15)</sup>。

本人の善意と悪意とに従て法に於て其処置を異にする場合は、尚ほ幾許いくばく（いかに少なくともの意）も之を掲載するを得べし。殊に後日相續の事を講ずるの片に於て此場合を見る事多かるべし。故に裁判官は自然の善意に関する其要領を詳らかに記得するに非らざれば、契約中に於て詐偽等より生じ來たる諸事件を考察して、是れに適する法則を適用する能あたはざるべし<sup>(16)</sup>。

c) 明治9(1876)年には、法例彙纂・商法、民法という法令集が司法省・士官編纂から出版される。一つのまとまった体系をもたない、法例の集積という形で、しかもこの年から、大審院が創設され大審院民事判決録の刊行が七月から始まるから、ヨーロッパのどこの国の法体系を範とするかは、定かでなくても、司法省は裁判制度そのものに一定の秩序を立てようとしていたことが分かる。『大審院の創設は司法卿の権限縮小にも繋がる』明治8(1875)年の裁判官事務心得(太政官布告103号)が、『民事の裁判に成文の法律なきものは習慣に依り習慣なきものは条理を推考して裁判すべし』との規定は、如上の通りフランス法からの影響を受けポアソナードの功績が、ドイツ法の体系を意識したロエスレルの影響に先行するのは当然といえる。また、性法講義・緒言には、イギリスについて欧州中に於て法学を以て尋常教育の一部と為し必しも司法行政等に関する官途に登るの要具と為さゝるの国あり、即ち英吉利の如き是なり。英国貴族の嗣子は衆人の上に位し世上に対して重大なる職務を有するに依って英国法律の大旨は之を講習す。然れに英吉利に於ては序を立て類を分けて編集したる法典なきに依りて之を研究するに甚だ容易ならず。是に反して法朗西に於ては編集の法典あるに依りて之を学ぶに難からずと雖も、方向を定め目的を立て自ら為にする所あるに非ざれば之を学ぶものなし。故に司法官と為り行政官と為り或は代言を業と為し又は博士を以て自ら任ずる者に非



らざれば法学を為すに稀れなり。

d) このポアソナードの性法講義の二年後（明治16年11月1883年）、司法省は、『法理論』第一篇・第二編という《第一篇762頁・第二篇1,042頁からなる》大著を刊行する。もちろん、フランス人のデジョン（Dijon）府律法大学校教師ペリーム法律博士の著を日本人井上正一、栗塚省吾、高豊三、黒川誠一郎四氏が翻訳したものが底本になる。その第一篇第四巻・性法の成文法に変遷する論（栗塚省吾譯）649頁の第一章から十七章までの目次は①性法ドローナチュレール・ドロウエクリーの成文法の変遷する論、②法律ロワーの意義、③法律ロワーの種類スペース、④法律ロワ・ソシエテの設立ロワ・ディストリビューション、⑤法律とがの頒布、⑥法律既往を咎めざる論、⑦法律スタチュレールの藩圃スタチュールベルソネル、国法及び人法、⑧法律の排除、⑨法律の文辞、⑩法律アクチームの弁明クチューム、⑪慣習エキテー、⑫條理ドクトリーヌ、⑬學儒の説ジュリスプリューダンス、⑭判決例コーディヒカシオン、⑮成典編纂及び非編纂論ノンコディヒカシオン、⑯法律の順序、⑰法学は更始一新あるを要する歟と、また第一篇第十二章（高木豊三譯）には①卷人の身位を論ず、②卷財産之部、③卷遺物相続の事を論ず、④卷義務、⑤卷契約の種別、⑥卷裁判上の証拠が、刑事の問題についても含め啓蒙という役割を果たしている。先のポアソナードの性法講義や更に先のトマス・アクイナスの律法に関する論文の構造を模倣する《自然法の人定法に占める》重要性がうかがわれる。この中で引用されている学説・文献にはグロシユース《グロチュース》、ピュフハンドルフ《プーフェンドルフ》、エゼール、セルリーンというフランス人学者だけでなく英米法学者ベンタム、ドイツ人、カント、ザビニー、ティーボー等のものが含まれ、中でも

第十二章 條理 [エキテー] 『條理は之を哲学より論ずる時は法律と混ぜず、尚性法とも同一ならず。今一二の例を掲げ其差異を説かん。負債者は其債主に対して義務を行う可しと命ずる。規則は即ち性法の規定なり。然るに債主は有福なれば負債者は甚だしき貧乏にて加うるに家族多く自身一人の努力にて之を養育する者なりと仮想せよ。双方此位置に於て債主は貸金を急に催促するにも及ばず。果たして其金の必需あるに非ずと雖も、負債者に迫り官に訴え其返金なきを以て之を禁固せしめたり。此場合に於

て債主は敢て性法には戻らず。然れ<sup>そむ</sup>に條理に乖きたりと謂<sup>べ</sup>う可し。

…故に條理と性法とは別義なる事あり。若し之を細密に分析して論究すれば、條理と性法との差異は道德と性法の差異と一様なり。故に條理は性法より廣く性法の許さゝる事有る可し。[前に論じたる道德と…故に條理と性法とは別義なる事あり。若し之を細密に分析して論究すれば、條理と性法との差異は道德と性法の差異と一様なり。故に條理は性法より廣く性法の許さゝる事有る可し。[前に論じたる道德と性法の區別を見る可し]《713 頁 4 行目》以降省略

…然れ<sup>そむ</sup>に通常此差異に注意せず、條理は人定法の反対なりとす。而して之を性法と區別せず、是れ蓋し人定法に対する時は條理も性法も殆ど同じ性質なるを以てなり。

夫れ人定法律は一般普通の場合を制するに止まり、特別格段なる場合を定めず細目問う能はざるなり。若し法律は特別格段なる場合をも制定する時は、制限の為に原則を毀<sup>こわし</sup>、変則の為に正則を失い訴訟は増加し、裁判は事実の認定の為に過<sup>あやまつ</sup>て専断に陥<sup>うれい</sup>るの患ある可し。然る時は、法律其原則に於ては、條理に合すると雖も特別なる<sup>なにがし</sup>某かの点に於て條理に違うと謂うなり。《714 頁 1 行目》

或は又立法者の錯誤より法律の原則の不正なる時は條理必ず其適用を禁ずる事を請求す。《714 頁 3 行目》

然れば條理は如何なる権力を有し可き者なるやを、今より論ぜんとす。人定法律及び格別に佛國法律に於て條理に於て條理に従う可きしと命ずる場合少なしとせざれば其如何なる場合に於て之に従う可きやを知るは最も簡要なりとす。《714 頁 7 行目》

裁判官は法律の明文なき時に非ざれば條理に従う可からず。或は権利を賦与し或る時は必ず法律を遵守す可し。《714 頁 10 行目》

若し法文曖昧にして二様の意義に解釈する事を得可き時は、裁判官條理に最も適する意義に従う可し。又或る事件に付て全く法律の欠缺する時は裁判官條理に基きて判決す可し。此場合に於ては條理に従う事裁判官の権

利ならずして義務なりとす可し。此の場合に於ては條理に従う事裁判官の権利ならずして義務なりとす。故に必ず之に従て裁判す可し。若し然らざれば裁判不受理の刑を受く可し（佛國民法第四条を見る可し）。其他稀なる場合に於て法律は一定の規則を設け難き時、條理に従い裁判す可き旨を命ずる事あり。佛法に於て一例を掲ぐれば即ち動産の附加（甲の動産に附加するを謂う）に関して民法は別に規定を設けず、天然の條理「エキテ・ナチュラル」に従う可しと。明文を以て定めたり（民法第五百六十三條）。以上條理に従う可き場合即ち其権力の及ぶ所を指定せり。然れに概ね法律家の説を見るに條理は、尚廣大なる権力を付与す可し。法律の明文ある時と雖も、之を捨て條理に従う可しち云う者あり。而して此説を為す者、裁判官に最も多とす。今裁判官に此説を為す者多き所以を尋ぬれば専ら左の二つ理由に歸す。《716 頁 2 行目》

第一の理由は不正を悪む心より生ず。是各人の天賦なる公明正大の心より發する所にして、実に賞す可き理由なり。夫れ實際に見るに詐欺を以て生活し、巧に法律の網の目を潜り他人の財を盗んで富を為す、狡猾者あり。法官其不正を知ると雖も法律に檢束せられ止むを得ず、其惡を逐けしむるに至る事無きに非ず。此の如き場合に於ては假令え法文には乖くと雖も條理に従い曲直正否を判定す可しと云うにあり。

第二の理由は裁判官の怠惰の心、或は其の無智に基く理由なり。即ち律法の原則は學ばず、或は熟知せずして名を條理に寄せ訴訟を審判するに在り。

人皆な條理は普通の感覺を以て其の何物かを知るに足ると信ず。而して法律は苦心して之を學ぶに非ざる可からずとす。是を以て裁判官は法律を論ぜず。事實に付いて裁判するとは、法律の如何を顧みず條理を主として事を決するを謂うなり。

哲學者の論説にては到底此一般の傾向を禁遏《禁止する意》能はざるなり。然れに吾輩の見る所に從えば、此傾向は咎めざるを得ざるに似たり。夫れ法律を適用するの任ある者は權謀策略を用いず一心に法律に従う可き

者なり。決して司法官の智より高しと称す可からず。裁判官は<sup>また</sup>単立法者の命に従服する有るのみ。若し條理のみを以て単一の<sup>きく</sup>規矩《規定の意》と見做し、是を實際に施行せば其の危険は計り知る可からず。実に條理の規は<sup>きわまり</sup>変化 究 無し。此地の裁判所に於て條とする所は彼地の裁判所に於て不條理とする事有る可し。法律に基かざる裁判を受く可き時は、訴訟の結局を予知するを得ず。各自随意に條理を解釈し己に理ありと信ずるを以て、訴訟日一日より多かる可く裁判官の言渡せる判決も亦專断若しくは愛憎に出でたるの疑いを受く可し。「カジー」(<sup>トルコ</sup>國の裁判官)の裁判は如何に美なるも土耳其に非ざれば行われず。《718 頁 4 行目》

是れ條理を善くも云い悪くも云う所以なり。條理は人を正義に誘う者と考うれば、誠に慕う可く又專断に導く者と看做す時は恐る可きなり。神に巴列曼《parlement パルルマン 高等法院 古法時代の最高裁判機関であり、国王の諮問機関である王会\* curia regis をその制度の起原としていたが、次第に法律家によって構成される独立の裁判機関となり、13 世紀に聖(ルイ 9 世) Saint Louis (Louis IX) によってパルルマンと命名された。》の條理を以て我等を保護せよとは、是れ我輩の祖先が條理の貴きを知り裁判官の能く條理を適用せしに感服して発せし言なり。然れ<sup>れ</sup>又サブォワー國の人民佛王フランソワ第一世に國を奪われし後、佛王に請うて曰く《何とぞ條理に従て裁判を為さゝる寛典を加えよ》と。是れ條理裁判の專断を訴えし一証なり。《718 頁 11 行目》

さらに英國の「エクイター・コート」の権能に付いての説明が続く。規範としての律法の底辺が、宗教を含むいかに広範な事柄から成り立っているか。逆をいえば、ローマ法のアクチオの分解、即ち実体法体系が訴訟法体系から分離した法体系をパンデクテン体系とすれば、民法典の中に訴訟の規定が混在する。フランスの律法の体系インスティチュウチオネン<sup>(17)</sup>体系は、如上の通り法制度發達の段階ではなく、フランス法の思考が英米法系に近いことを示す要因となっている点を見落としてはいけないことを、ポアソナードは若き裁判官達に繰り返し示している。法理論が多様な

社会的要素からでき上がっていることが、上記の二つのフランス人による著作で明らかになると同時に、私はオックスフォードの法学辞典「Dictionary of Law」2006年版を見てそこに、英米法がいかに多くの羅旬語、ギリシャ語、フランス語によって成立しているかに気が付いた。いささか古い話ではあるが、アメリカでは、留学先の購買で「The Attorney's Pocket Dictionary」1981年 Law and Business Publications Inc. という出版社から法律用語に判例を付加した辞書を購入した。しかし英米法が西欧の法制度を急速に取り込もうとしている事実をまのあたりにした。同辞典の裏表紙には、その特徴として合衆国統一法典からの註釈およびラテン語の区分を切離し西欧からの独立性が窺える。

もう一度ボアソナードの日本法に与えた影響について、彼が開講した自然法講義の開講の辞をここに紹介する。「おそらく日本で適用すべき法律は純然たるフランス法ではないでしょう。私は、貴国政府が四分の三世紀にわたる経験に照らしてわが国の法律のうち良しと判断したものに限りこれを取り入れるように切に欲するものです。私自身としましては、時の経過によって必要性が明らかになった改善、とりわけ他の西洋諸国の法律が賢明にも採択し、経験によって正当性が証明されている改善を為すべく最善を尽くす所存です。」<sup>(18)</sup> ボアソナードの日本法典の創設は決して、司法卿江藤新平が官吏箕作麟祥をして時間を期せて達成させた、速成のものでなかったことを銘記しなければならない。

- (5) 平野義太郎・観念論法学の批判、昭和24(1949)年、法律文化社刊、はロスコー・パウンドの「法律史観」昭和6(1931)年を史観に在らざる単なる法律史の解釈にすぎないものとされ、高柳賢三の翻訳を批判する。
- (6) 川島武宜編纂の法社会学講座全十巻・昭和48(1973)年、岩波書店刊。
- (7) 校訂増補性法講義・ボアソナード講義・井上操筆記《翻訳の意》明治14年3月刊。
- (8) [片仮名名はフランス語のルビ。] (平仮名名は日本読み。) とした。
- (9) 商法は、民法と同類として取扱っている。しかし、日本では商法典の中で自然法を僅に意識するのみ。旧商法第一條『商事に於て本法に規定なきもの

に付いては商慣習及び民法を適用す』と。新商法第一條『商事に関し本法に規定なきものに付いては商慣習法を適用し商慣習法なきときは民法を適用す』と。最終的に、法典外の法例の規定にその判断を委ねている。これは平成19（2007）年の商法改正にも残った。

- (10) 性法の取扱いに苦慮している点は、現状と変わらない。
- (11) 両者の相違は説明済。
- (12) 性法と道德の範囲の重複は複雑。
- (13) イギリスにおいては、エクイティ裁判所があり、裁判制度がフランスとは異なっているから、性法の内容をさらに徹底すべき点が強調されている。ロエスレルは商法草案を、民法典とは全く別に作成したが、ボアソナードの民法典との現在においても連絡は取れていない。
- (14) それ故、日本においては、なおさら裁判官の性法教育が必要であることをボアソナードは強調する。
- (15) 上記条文は日本民法人事編が明治23（1890）年・法98号であるから、ナポレオン民法を指す。
- (16) 日本の官吏への法理学教育の必要を説く。
- (17) 中村宗雄・学問の方法と訴訟理論（1976）年・成文堂、298頁参照。『アクチオの分解はドイツ法系、即ちパンデクテン・システムの民法体系の下において完成した。しかし英米法体系においては大陸諸国における事情のもとに、アクチオの分解が徹底されていない。結局において、国家権力と市民社会力とのバランスに帰する。法制度発達の段階ではない。同じく註13（301頁）『裁判官が事件の解決につき、一種の仮説をもつならば、この推理は実質において演繹的推理となる』註12（300頁）『世の中には、先例と寸分違わない事件などは稀であろう。先例に従う裁判の形式がとられていても、実は、先例からそのまま帰納されるのではなくして、先例に暗示される仮説から出発する演繹的推理の行われている場合も存在する。』『要するに、英米法下の裁判過程においては、大陸法のそれと異なり、「事実の認定」と「法律の適用」とが截然と分離していない。それには、「法の適用」と「具体的妥当の追及」との二つの思考過程を併存せしめているが、ともに「事実→法規範」の思考ベクトルとなっている。英米法の判例が、大陸法のそれの如く浮動的でなく、安固性をもつのは、このようなところに原因するといえよう。』しかし英米法殊に米法は新しい動きを続けている。
- (18) 「絹と光・日仏交流の黄金期（江戸時代～1950年代）在日フランス商工会議所規定企画・編集2001年12月アシェット夫人画報社刊」。

### Ⅲ スタンレイ・ペリー先生の「律法に関する論文」の序

法の哲学におけるアキナスは、法の構造についての哲学的分析を提供する。この分析の重要性は政治的秩序の中の道徳的義務の問題に存在する葛藤の数々あるいは、事実の客観性や解釈についてアキナスが橋渡しをしようとする数々の問題がそこに横たわっている。事実の客観性は、人間が社会において律法の下で生活しているという点である。すなわち事実の解釈とは律法に服従させる徹底的な強制力を課すというよりは、道徳的義務を課すことによって、律法が到達するところのものが何であるかということである。かかる解釈から、一体どんな問題が生まれるであろうか。この義務の根源は一体何であろうか。アキナスは人間が、何故《われわれ》が律法に依って生きねばならぬかについて答えていないばかりか、形式的に律法が道徳的義務を課すことが何であるかについて説明していない。彼の関心は、もっぱらただ一つの問題に集中する、すなわち義務の根源は一体何であるかということである。ただ唯一、神のみに従わねばならない力などない。若し人がその力をもっているならその力を行使できる範囲でしか力をもたない。それを問う故に、この問題が基礎となるのである。つまり、人としての立法者が何を担保《後盾》として自らの良心を拘束するのかということである<sup>(19)</sup>。

トマス・アキナスが、これ等の問題に与えた回答は唯一つ、即ち“人が枠組を造る律法というものは、正しいかそうでないかのどちらかである”。もしそれ等が正しければ、《彼の》良心が、何故そこに行着くかという永遠の律法によって拘束力をもつことになる（第九十六問題第四条）。この結果を導く理論は、それを完全に表現するのは難しいが、つぎの三つの単純で根本的な前提を通じて進展する。(1)義務とは事物の本性において本来的な財産である（第九十五問題第二条）。(2)だから人間は事物の本性を支配することができず義務の基礎的枠組を決定する力を持たない（第

九十三問題第五條)。(3)またそれゆえ、測定可能な事物の本性は、自ら説明のつかないものであり、義務の絶対的根源は事物の本性を決定する限定的な人の中に見出されなければならない(第九十三問題第四條)。故に、義務の根源は、宇宙における正しい秩序の中にある神聖な概念の中にしか存在しない。トマス・アクイナスの結論に依れば、“政治の計画は、主たる統治者の中の二次的統治者によって行使される。それ故、永遠の律法が主たる統治者の計画であるなら、下位の統治者の政治の総ての計画は、その永遠の律法から導き出されたものでなければならない”(第九十三問題第三條)。

この彼の回答の簡単なアウトラインは、ホッブスが立てた\*仮設に基づく議論とトマスの議論を区分するものであり、個人にしても団体にしても律法を造ることができるか否かである。その苦悶に満ちた、重大な真実こそ律法なのであるから、それ《真実》が道徳的に義務を負うべきものである限り、神《の意思》に基づくものでなければならない。たとえ人が、義務を課すこの権限の第一の所有者ではないとしても、自然の力に依って人の中に潜む人的能力があるかも知れない(第九十問題第三條)。アクイナスが神聖の法権利の《存在するという》理論を否定するのは、政治的権能が神聖なる公平な《状態を》齎らすことになる特徴に依って良心を拘束する律法の力を説明しようとするからである。たとえ、政治的権能が、絶対的権能でないとしても、事物の本性において、《それが》既に見えなくなっていない限りは、市民に義務を課すことができるのである<sup>(20)</sup>。

人の造った律法は、永遠の律法に適合しなければならないとしても、人たる立法者は、依然として永遠の律法が示すものが何であるかを発見する幾つかの方法をもっていなければならない。ロマン主義者は、古代の本性の内に彼が受け容れるものに依ってその問題を決定する。然し、この受容はアクイナスが承認できない、感情的や直覚的・本能的な基礎に支えられる。彼自身の判断、は主知主義的なものの一つで、その事実を以て始まる。即ち、“さて、人の行動の基準や衡量は人の行動の最も基本的なもの



でなければならないという理由が存在する…、結局、律法は理性に属する何ものであることを肯定することになる”（第九十問題第一条）。それ故、人の造った律法は、それが主題として知られるまでは義務を課されないのと同じように、永遠の律法もまた、その指標が幾つかの方法で立法者が明らかにするまでは、人としての立法者を導くことなどできない。それが時には、読者を迷わすことになる“正しき理性”や“自然法”という用語の使用は、それが行動を導く前に、人は、その律法の本質を知らなければならないことを思い出させるとき明確になるのである。義務は事物の本性の中に横たわっているものである。しかし、それは神の心の中に生まれ、人の心の中で終結するものである。自然法は、人の心と神の心の間を客観的に繋ぐものである。道徳的理由が何であるかを理解することを通じて、《知る》正しい永遠の律法は、人の理性に依る行動と事物の本性の中に不可避に内在するものとの調和によって成り立つ。神の創造によって、彼自身とは別の実存として、有限の人格が置かれる。アリストテレスが規定する、自然の理性あるいは事物の本性とは、“動いたり固定したりする主体それ自身に内在する事物である<sup>(21)</sup>”。今われわれが達成しようとする目的のためには、この主体にもっとも関連のある態様が、増大することである<sup>(22)</sup>。人の事件における増大は物理的秩序の中であって、最も明白に達成されるものである《止まってははいない》。しかし、人は他の方法においても成長する。“彼の頭脳もまた成長し、彼の意志は道徳的善き目標の上に固定して行く。しかしながら、かかる成長は、物理的秩序の成長と同一歩調をとるわけではないが、罪悪感を意識して造り上げられた行動の結果を伴うこともある。こういった行動の計画の一般的外枠は、人本来の性向によって予め想定することができ、ちょうど、人の身体の成長と同様、人の本性の物理的成長と似た固有の性向によって予知できるものなのである。人はそれゆえ、人の本性が完成（人格の完成）する方法によって行動の型を発見するために、本性を読まねばならない。なぜなら、永遠の律法は、本性の創造そのものによって、自然的秩序を発表《公布》

しなければならないから、自然法は永遠の律法とは異なるものでなく、“寧ろそれとの一致”なのである”（第九十一問題第二条）。つまり、人としての立法者は、神の意志の発見を学修しなければならないのである（第九十二問題第二条と第三条⇒同問題には第三条はないから第九十一問題の三条）（訳中の《 》は私が加えたもの）。

この永遠の律法の理念を公布することは、アクイナスの理論の根本であり、市民に対する義務が立法者としての人から神へと移ることを意味する。永遠の律法の理念、《つまり》事例は規範の法権利への移行ではなく、正しい支配者が行使する権威の源泉であるということ意識する下に保たれるものである<sup>(23)</sup>。

それ故、アクイナスがする義務の根源の説明は、彼がもつ自然法の発想に基づくものなのである。自然の規範を認識する心の能力を通じて、神は人と彼に対し正しい行動の基本的形体とは《何かについて》対話することになる。くわえて《言えば》、この過程のなかで、人はオートマトン（自らの意志をもつもの）の一部分を演ずるのではない。人は、宇宙の指人形の端を担うのではない。永遠の律法も自然法もいずれも、行為の統一化された形体である。また人はそれだから、人生の具体的な状況のもとの行動決定に当って、その行動の判断にながしかの寄与をなす（例えば義務違反に対する責任が生まれる）。三つの律法、即ち永遠の律法、自然法、そして人の造った律法がある。それ等は行動規範としてそれぞれ独立しているわけではなく、一つの多重に特定化された規範なのである。（第九十五問題第二条）⇒★については左の問題箇条を検討せよ。《人間→人とする》政府の形体としてかかる政治的問題や特殊な公共政策の知恵に関して論文集は、何も語っていない。しかしながら、もし政治の問題についての人としての意識について語ることが認められれば、その基礎は、おおいに律法と自由の間の黙示の立場《に立つ》ている。律法に関するトマス主義の哲学においては、人の自由は絶対的な状況にはない。人は、真実の真ん中に存在し、もし彼が人生を生きようとすれば、真実の真ん中に在るも

のを認識し尊敬しなければならない<sup>(24)</sup>。その律法は、一部である彼の全秩序を決定する。結局、自由も自由意思も、彼自らが行う現実の要求を決定する判断の能力の中に存在する。“個人の自己決定権は抽象的なものとしてのみ理解することができる”というラバーシンの云うように、自己の人生は、独立して実在するものとして行動する、考える人としての権利であるとかその現実の実存する条件によってのみ、《自己を》確認すると云う。自然の一般的命令に具体的な条件を当て嵌めない限り、律法は行動を副次的に制限はしない。それは、寧ろ《個人の》感情的認識であったり、または法人の行動の自然界における境界線上の特定化であったりする。それゆえ、律法は人に対する適正な自由とは《法人に対する自由が》完全に矛盾せず、寧ろ一致するものである<sup>(25)</sup>。

これは、律法を造る政府に対して起こる問題を否定しない。なぜなら、正しい律法はまた抑圧されるはずのものではないし、律法と自由の間の調和に追従するものではない。しかし、調和と云う前提に基礎を置く政治哲学は、衝突し始めるこの前提の哲学とは全く別のものである。たとえば、功利的思想は、律法とは自由ではないという行為の前提から始まる。この前提の背後には、自発行動は自由における本質的要素であるという思想が存在する。集団の名において市民がとる行動の規範に責任を課すことに依って律法は、この自発的行動の本質やその《市民》の自由を破壊するのである。

これらの二つ<sup>(26)</sup>の立場から、政治の問題には二つの異なる概念がある《ことが分かる》。トマス主義に対する問題は、律法と自由の神学的調和を実現する政治の組織を働かせることである。一方、功利主義に対する問題は、秩序の維持を自発行動を以てさせ、小さき自由として犠牲を被るように組織を働かせることである。一方の哲学は、総て人は完全な自由をおそらく達成することができるであろうという理論<sup>(27)</sup>が支えている。つまり、もう一方の哲学は、自由には何らかの犠牲が避けられないという想像によって《主義が》始まっているのである<sup>(28)</sup>。

- (19) トマスの目的は、義務の根源は何か、それは道德ということである。
- (20) 事物の本性を見届けるといことが肝要である。法哲学は、神を解さなければ理解できない。キリスト・イエス→プラトン→アリストテレス→トマス・アクイナス→ルッター→ホッブス→ロック→ヒューム→カント→ヘーゲルと続く論理の思想の遍歴を学ぶ必要があることをスタンレイ・ペリーは示唆する。
- (21) 則ち理性と事物の本性の一致。
- (22) 律法に当てはまる事実は多様に変化・増大し、固定してはいない。
- (23) 人間の判断だけではならず、最終的に神の決定に委ね、ばならない。
- (24) ★人は本来的に律法によって道徳的にも生物的にも《その行動を》限定されるものである。本稿 26 頁の印の意。
- (25) 人定法は自然法を起源とするという意味。
- (26) トマス主義と功利主義。
- (27) 功利主義→自由。
- (28) トマス主義→反自由。

#### Ⅳ 内村鑑三先生の律法に対する知識

序の最初の部分で触れた私と宗教の関係で内村鑑三先生からの影響を明らかにした。先生は昭和 5 (1930) 年 3 月 27 日朝 70 歳の生涯を閉じられたから勿論直接的な接触はない。先生は自分を神として崇める信者はむしろ自分の敵であると、それぞれの信仰の弱さを嫌われた。先生のみからみれば私もその一人である。先生が偉大な宗教家である一方、自然科学の分野の研究者であることは、広く知られている。しかし、律法について全く無知であったかという決してそうではない。為政者は嫌いであった。それでも、次の理を付し柏木聖書研究に参加する法科大学学生（東京大学法学部で将来身を立んとする）諸氏に語らんとして草せしものなり、とする明治 43 (1910) 年 5 月 10 日・聖書之研究 119 号につきのような研究論稿を著わしている。その研究の中心は自然法そのものであり、講話の真剣さやレベルの高さが窺える<sup>(29)</sup>。

余は法律には全くの門外漢である、故に余は法律に就いて語るの何の資格をも有たない者である、乍<sup>しかしながら</sup>然、法律は人間必要物の一つである、而して余も亦人間である以上は、法律に全く関係せざらんと欲するも得ないのである、余の日常の生活に於て、社会との交際<sup>あひまじり</sup>に於て、余の読書に於て、余の歴史、哲学、宗教等の研究に於て、余は法律問題に接触せざらんと欲するを得ないのである、故に余は未だ曾て特別に法律を究めし事はないが、然りと雖も法律に就いて少しも知らないということは出来ない、余と雖も法律に就いて少しは知<sup>し</sup>て居る、然し極めて少しである。而して余は今極少しに就いて諸君の前に述べようと欲<sup>おも</sup>う、と前置きされ。以下の五項目について聖書の言葉を理解される。其一 法律の神聖 其二 法律の目的 其三 法律の美 其四 モーセ律 其五 最大問題、がそれである。

#### 其一 法律の神聖

法典に顕れたる法律は余は之をしらない。然し法律其物の何である乎は知<sup>し</sup>て居ると思う。即ち法律の人に由て作られた者でない事を知<sup>し</sup>て居る。政府には法制局あり。議会は立法部と称ばる、より世間の人は良<sup>よ</sup>もすれば法律とは人に由て如何にでも制定する事の出来るもの、ように思<sup>おも</sup>うなれど、是根本的の大誤謬である。法律は素々議員の多数決に由て成るものではない。是は天然の法則と同じく、業<sup>す</sup>定まった者である。若し議員の多数決に由<sup>よ</sup>って法律が製出る者であるならば、ニュートンの発見せし引力の天則も亦同じ方法に由て製出るに相違ない。乍<sup>しかしながら</sup>然、如何に傲慢無智の議員と雖も天然の法則を議会の討議に附して、之を制定せんとする者はない。人と人との関係、人と物との関係、権理の区域、其効力、是れ皆な既に定まったる問題である、と。…往昔は聖人、祈祷を以て神に乞い、其黙示を蒙りて、之を律法と民に伝えたのである。故に法律は実に誠に神聖であったのである。然し今日は全く之と異なる。法律を定る人は神の人モーゼの如き者ではなくして、聖書に所謂「ベリアルの子等」即ち「邪僻<sup>よこしま</sup>なる人々」で

ある（申命記十三章十三節、士師記十九章二十二節等を見よ）、即ち酒を飲むに勇ましく、濃酒を飲むに丈夫たる人々である。是等の人々が祈祷をも捧げず、聖書をも探らず、唯大言壮語、杯盤狼藉たる間に決する法律であれば、其神聖たる理由は何処にもないのである。何にも必しも法律は億兆の休威《幸不幸》に関することであるが故に、慎重に密議を要すと云うに止まらない。是は宇宙万物を主宰する至聖者の聖意であるが故に、之を伝ふる者は敬虔を以て事に当たるべきであると云うのである。法律の何たる乎<sup>か</sup>を知っている議会は実に教会と化し、議場は聖殿と化すのである。法律の神聖を知らざるより、或は神聖の何たる乎を解せざるより、所謂政治運動なる者が行われ、茲に人の勢力を変えんとする褻瀆罪<sup>せつとくざい</sup>が犯さるゝのである。余は思う法律の此の根本問題が解らずして、他の問題が悉<sup>ことごと</sup>く解るも、法律に関する知識は皆無に等しき者であると。

『夫れ律法は聖し、誡め（いましめ・法令）も亦聖しと』との使徒パウロの言はモーゼ律の場合に於てのみにあらず、すべての法律の場合に於て適用すべき者である（ロマ書七章十二節）、信仰の立場より言えば法律は法文に現れたる神の聖旨<sup>みこころ</sup>である、若し科学の語を以て言うならば法律は人と人の間に成立する天然の法則である、二者孰<sup>いづ</sup>れの立脚地より見るも、法律の便宜的製造物でない事は確かである、茲に於て法律の数学の如き厳密なる科学であることが判明<sup>わか</sup>る、同時に又神学の如き神聖なる研究である事が判明る、法律は世の輕薄才子が面白半分<sup>わ</sup>に学ぶべき事ではない、国を憂い、民を思うの士が誠意、敬虔、以て探るべき学科である。

## 其二 法律の目的

法律は神聖である、乍<sup>しかしながら</sup>然、法律は自己を目的とする者でない、法律の目的は法律以外に於てある。道德に於てある、宗教に於てある、法律の目的は法律なき社会、法律を要せざる国家を造るに在る、法律はバプテスマのヨハネである、是は主の道を備え、その路筋を直くせ

よと野に呼べる人の声である、是は善果を結ばざる樹は之を斫りて火に投入れんとて樹の根に置かれた斧である（マタイ伝三章十～十二節）、法律は鞫く儀文である、殺す剣である、燬き尽くす火である、赦す福音ではない、活かす恩恵ではない、注ぐ聖霊の膏雨ではない、法律は福音の先駆である、而かも必要、欠くべからざる先駆である、法律は福音を世に紹介するために必要である、其目的は廓清（かくせい）的である、建德的でない、自己を荆棘（とげのある低木）掃攘（除く意）謙遜の地位に置いて、濟世の大業を贅る者である。

此準備的、先駆的の目的を過りて法律は自からその貴尊を傷るに至るのである、兵備がその獲得すべき平和を目的とせずして、自己を目的とするに方て、国は之がために亡ぶに至るが如く、法律も亦齋すべき福音を目的とせずして、自己とするに方って、民は之に由て害せられ、社会は之に由て毒せらるゝのである、世に厭べき者にして法のためにする法の如きはない、自由は之に由て縛られ、進歩はこれに由て阻められる、压制と称して、世が拏て以て何より嫌悪する所の者は自己の目的を忘れたる法律の励行より他の者でない。法律は斯かる性質の者であれば、是れは其れ自身をのみ究めて解るものでない、法律は其目的とする公道、公義、仁愛、和樂の何たるを知て、始めて瞭然たるを得る者である、而して余の知る範囲に於て大法律家と称せられし人はすべて高き道徳と深き信仰との人であった、即ち殆ど法律の範囲を脱して、説教師に類する地位に立った人であった、道を目的とし、法を手段とした人であった、法廷に立って、法文に依るよりは寧ろ良心に訴えた人であった、而して斯かる人が最も能く法律を解し、之を行う人である、彼の法以外に法あるを知らず、法のみを以て法を行わんと欲する者は法に最も暗き者である。…（以下省略）

### 其三 法律の美

法律の目的は福音の紹介、人道の進歩に於て在る。而して此目的を有する法律は自身其理想とする所に向て進むべきである、福音の主張

する所は公平である。

神は人を『偏<sup>かたより</sup> 視<sup>み</sup>ず各人の行に由りて鞭<sup>さばき</sup>き給う』(ペテロ前書一章十七節) 故に法律も亦之に準じて定められ、之に従いて行わべきである。福音は残忍を憎み仁慈を愛す、『エホバの汝に要め給う事は唯正義を行い、憐憫<sup>あわれみ</sup>を愛し謙遜<sup>へりくだ</sup>りて汝の神と偕<sup>とも</sup>に歩む事ならずや』<sup>(30)</sup>。

故に法律も亦之に則り、強暴を挫き、荏弱<sup>じんじやく</sup>(やわらかでよわい意)を授け、此世を化して強者が悪を行うに難く、弱者が善を行うに易き所とならしむべきである。福音は争鬪を忌み、平和を好む、

平和を求む者は福<sup>さいわい</sup>なり、其人は神の子と称えらるべければ也。

故に法律も亦努めて争鬪の禍根を絶ち、平和の福祉を増進すべきである。法律も亦其方面よりして此世を化してキリストの国と為すことが出来る。即ち神の聖意をして人の法律となすことが出来る。誠に法律の美は茲に在ると思う。法律にも亦積極的方面がある。法律は単に裁判ではない、又和親である。争鬪の除去と同時に又平和の<sup>イントロダクション</sup>誘<sup>よう</sup>入である。法律を学んで単に法廷に於ける訴訟の勝利をのみ目的とする者は未だ法律の善美を知らない者であると思う。…(省略)

故に大立法家と大法理学者とはすべて人類の大恩人である、ギリシャに在りてはリキルグス《リュクルゴス<sup>(31)</sup>》、ユダヤに在りてはモーゼ、羅馬に在りてはジャスチニアン(ユスチニアヌス)、英国に在りてはアルフレット大王、和蘭に在りてはグローシャス(グロテイウス)、仏国に在りてはモンテスキア(モンテスキュー)…(下省略) 彼等は皆法律家であって同時に又人道の大主道者である、彼等の功績は遥かに大軍人のそれの上に在て又遥かに永久的の者である。世に軍人のために建てられたる銅像は多くして法律家のために築かれたる石碑は少なしと雖も、而かも建国保安の功は寧ろ後者に帰すべき者であって、前者に譲るべき者ではない。

#### 第四 モーセ律



余は諸君が法律を研究するに<sup>あたっ</sup>方てモーセ律を不問に附せざらんことを望む、モーセ律は法律の中、最も古き者の一つであって、同時に又完全に最も近き者である、リキルグスがスパータ人に憲法を与えし前五百年、ロムラスが羅馬に王たりし前四百年、猶太人はモーセに由て既に最も人道的の法律を有ったのである。今の法律家の眼より見てモーセ律の中に多くの欠点を見るならんも、而かも今より参千五百年前に斯かる人道的の法律の既に世に出しを見て、二十世紀の文明と雖も余りに多く其進歩を誇る事の出来ない事が判明る。旧約聖書中の申命記に<sup>しる</sup>録されたモーセ律を見て、其如何に人道の本義に基づき、仁愛の真理に拠って立つ者である乎が判明る、試みに其二三の例を挙げんに、『汝等其兄弟の中の訴訟を聴き、此人と彼人との間を正しく<sup>き</sup>審判くべし。他国の人に於ても然り、汝ら人を見て審判きすべからず、小なき者にも大なる者にも聴くべし、人の<sup>かお</sup>面を<sup>おそ</sup>懼るべからず、審判は神の事なれば也』（申命記一章十六、十七節）→以下の章・節のみは申命記を指す）。

裁判官たる者の職分を示したる言にして之に勝りたる者はない。殊に『審判は神の事なれば也』と云いて、裁判の真に何たる乎が示されたのである。裁判は単なる社会国家の事でない。生命財産の保護に止まらない、神の事である、公道の維持である。是が廢れて社会は其根底より壊れて<sup>しま</sup>了うのである。裁判官は預言者と等しき重大の職分を神より授けられたる者である。

『父は其子の故によりて殺さるべからず、子は其父の故に由て殺さるべからず、各人已れの罪によりて殺されるべきなり』（二十四章十六節）。

是れ今日の法律として見れば平凡極まる者である、然れども今より三千五百年前の法律として見て、実に驚くべき者であることが判明る、我国に在りても<sup>ぞくちゅう</sup>族誅（族滅と同）は徳川時代まで行われた、罪は犯人自身に限る者であるとは猶太人を除いて極く近来の発見である。

汝鳥の巢の傍<sup>ほとり</sup>、又は樹の上、又は土の上に在るを見んに、雛又は卵其中にありて母鳥其雛又は卵の上に伏し居らば、其の母鳥と雛と共に取るべからず、必ずその母鳥を去らしめ、唯其雛のみを取るべし、然かせば汝福祉<sup>さいわい</sup>を獲、かつ汝の日を永うすることを得ん（二十二章六、七節）。

鳥類保護の法律である、蓋し此類の法律の嚆矢<sup>こうし</sup>であると思う、鳥類を其巢に於て掠む（かすめる意）べからず、若し止むなくば母鳥を逐いやり雛のみを取りて繁殖の途<sup>のこ</sup>を存すべしとの事である、情に於て厚く、智に於て深く、能く人情天然兩つなかりを解したる法律である。

人、新たに妻を娶りたる時は之を戦に出すべからず。又何の職務をも之に任すべからず。其人は一年家に閑居して其の娶れる妻を慰むべし（二十四章五節）。

軟弱と云えば軟弱である、然し大立法家の定めし律法として其中に温情の掬<sup>きく</sup>（すくう、汲む意）すべき者がある、家庭は国家の基礎である。之を固め、之を暖むるは国家建設上の要事である。新婦を慰めんために一年の閑暇を新郎に与えよとの法律である。如斯くにして彼は真の勇者となり、彼女は真の賢婦となるのであろう。新婦を奴隷に等しき地位に置き、之を慰むるを懦弱<sup>だじやく</sup>の行為と見做す国に於て家庭の幸福は見るべからず。循<sup>したがっ</sup>て国力は其根底に於て枯渴せざるを得ないのである。…以下省略

### 其五 最大問題<sup>(32)</sup>

茲に猶を法律上の大問題の解決が残って居る、それは国際的戦争廃止の問題である、法律は個人間の私闘を禁じた、国内の戦争を廃した、然れども未だ国家間の戦争を廃止することが出来ない、然し是れとても決して為し難い事ではない、法律が此事を成就<sup>なすとげ</sup>するまでは其最大目的を達したと云うことは出来ない、而して今や世界各国の大法律家は此問題の決解に熱注して居る、海牙万国平和会議は主として法律家の会合である、其外に万国々際協会なる者がある、又万国々会協同会

なる者がある、共に戦争廃止平和普及を目的とする会であって、歳々に其勢力範囲を拡張しつゝある、戦争廃止は決して痴人の夢ではない、始めに預言者イザヤに由て唱えられ、爾後二千七百年、常に世界第一流の思想家と實際家との賛成を博し来たりし理想である、法理学者としてはグロシアスとベンタム、哲学者としてはライブニッツとカント、文士としてはルッソー、実行者としてはウイリアム・ベン<sup>\*</sup>等は其錚々たる者である。法律最後の勝利は戦争廃止に於てある、余は諸君が茲に大なる聖望を起こし、此大事業を諸君の力量以外の事と思わず、之に諸君相応の努力を貢献し、世界の志士仁人と協同して、平和の君なる主イエス・キリストの聖旨を此世に実現せんとする壮図に出られんことを望む<sup>(33)</sup>。

内村鑑三先生は、明治 23 (1890) 年第一高等中学校嘱託となるが、翌年 1 月 9 日所謂不敬事件のために、東京大学の学生には教授することができなくなる。しかし、柏木聖書研究会は、札幌農学校の同期生であった新渡戸稲造校長の勧めで、多くの優秀な学徒の信仰の確立を委ねられた。亡くなった時が師の数ヶ月後である藤井武をはじめ三谷隆正、南原繁または直接の教授を得ていないが矢内原忠雄という信仰上の弟子をもつ一方、これらの信仰上の繋がりをもたない、田中耕太郎や横田喜三郎という当初の信仰の内容を変更したり、時局に応じた政治的関心から師とは異なる道をあゆむ<sup>もと</sup>元聖書会員達がいる。ある事件が原因で田中はプロテスタントの信仰を捨て、カソリックに転向し、世界法の理論 1~3 卷<sup>(34)</sup> また横田は、昭和 2 (1927) 年 6 月の第一次山東出兵を始めとする満州事変におけるわが国政府の方法に反対し、政府から攻撃を受け、法律学においては、ケルゼンの純粹法学に関心をもち自然法と専門の国際法の関係に自己の理論を展開する。しかし、戦後は、やはり天皇制という超国家的組織構造の究明に力を注ぎ、やはり最高裁判所長官を務める。自然法の意味を内村鑑三先生のように捉えてはいない。先生が、アマスト大学での履修単位を形成する

教育（明治18（1885）年～明治20（1887）年7月卒業）では上記論稿の知識に不足はなからう。そこで、先生は国際的争闘の廃止を訴えている。この時期は日清、日露の戦争があった。先生は先の戦争をコリアン・ウォーと呼ぶ。不戦、非戦を叫ばれた心情（朝鮮の窮状への配慮）はこの小論文に十分現れている。田中や横田とは逆に自己の信仰を変えないことが、世俗的な名誉の前に必しも容易くはないことを教えてくれる。

- (29) 内村鑑三全集第17巻215頁以下参照。聖書の言葉は日本聖書協会の旧版1955年以前のものを使う。
- (30) 米迦書→ミカ書旧約六章八節。
- (31) スパルタの法律制度を創設したと言われる伝説的な立法家、プラトンの国家・法律・饗宴等に出て来る。
- (32) 結論部分につき全体を再現する。
- (33) \*イギリスのクエーカー教徒、ペンシルバニア植民地の建設者。
- (34) 昭和7～9（1932～34）年、岩波書店刊の著作に従事、その発想は当初のドイツ団体法理に基づく設立中の会社の存在に関する「合名会社社員責任論」（大正8（1932～34）年、有斐閣刊）を中世スコラ哲学を基礎とするものに突如変え、戦後は教育基本法の立法に尽力し実証主義法体系の長たる最高裁判所長官を歴任する。

## V 大澤章譯、シャルモン著「自然法の再生」という著作と英米判例法

大澤章譯シャルモン著「自然法の再生」という著作が法律思想叢書第一が、昭和2（1927）年11月岩波書店から出版された。再生とは、ナポレオン法典下の人定法における自然法の精神を、百年以上たった《当時》今どう引継ぐかを、大澤章九州大学教授がフランスの文献に従って翻訳したものである。これには東北大学の木村亀二（専門は刑事法学）教授のサポートが見られる。その流れをおおよそたどると、フランスの法律学者がみた英米の法律学との関係がはっきりする。法律思想叢書は『明治以降西洋近代の実践的継受に力めた日本の法律生活<sup>つと</sup>が、その形式と実質とに於け

る矛盾の包蔵に依り、既に理論的自己批評の段階に到達したことは疑うべくもない。かゝる法律生活関係展開期に当り法律の各部分に関する理論及び歴史上の枢要な外国文献の訳出を試みることは変革の道を辿りつゝあるこの法律生活及びその思想に少なからず寄与をなし得るものと考え。』との構想のもとに、木村教授のメイトランド、ギールケによる法人実在論、シュタムラー、サレイユの歴史法学の批判、大澤教授のル・フェウル、パウンド、フェルドロスの国際法の哲学的考察、レオ十三世、シュタムラーの教会法秩序と国家が（近刊）として控えていた。当時、ザビニー、ギールケらの圧倒的なドイツ歴史法学派の基盤の確立、シュタムラーをはじめとする実証主義法学の台頭へと向かう状況のなかで、唯一の光明は神の法、永遠の律法すなわち自然法であった。

すなわち、英米法学者の自然法へ積極的取り込みの稀薄化が危惧される。日本における官吏養成学校、東京大学法学部の実証主義法律学が、若干の英米法学者（高柳賢三・伊藤正巳・末延三次・内田力蔵等）を除いて、積極的に自然法を考察の対象から外したこと、その対象国が第二次世界大戦の相手国という特殊な事情があったにせよ、純粋な実証主義法学に傾いたことを見逃すわけにはいかない。

上記大澤章譯の文献がその点をどう捉えていたかを以下に概観してみる。些か逆説的な響きを以てシャルモンは、目次・緒論において述べる。

『私は研究の題目としてあなた方に、自然法の諸原則に復帰しようとする現在の傾向を提供することが出来ると信じてきた。人は既にいくたびかこの傾向を指示した。1902年「民法雑誌」の最初の諸論文の一つの中でサレイユ氏は自然法の再生について語った、ブウグレ氏は「連帯主義」に関する彼の著作書の中で同じ考察をした。最後に「法律哲学の危機について」の一つの書物の著者ユジエヌ・エエルアル氏は彼の最後の諸章の一つを独逸に於ける法律的理想主義の再生に捧げている。《フランス語の表記は省略した。》

私は然しこの主題が貴方がたの精神の中に於て或る警戒を喚び起こしはしないかと恐れる。自然法学派は一つの忌まわしい追想を残してきた…それは同時に人がもはやその著作を読まない様な或る法律学者たちの名や、科学のそれと反対である所の一つの方法や退屈であるという一つの古い名声を博している法律的煩瑣主義の諸問題を喚起する。これらの警戒は非常に不当である。自然法の学派の不信用は、一部分はそれに値しているといいうる…我々はこの不信用の諸原因を研究考察する場合に、それに付いて考慮するであろう。この学派が大いなる諸々の功績をなしたこともそれに劣らず確かである。それは憲法を基礎づけ、国際公法及び私法の諸々の基礎及び原則を置き刑事法律の改善に貢献した。これは人がそれを忘れることを甚だ誘惑せられた所の一つの巨大な努力である。諸会議及び国際的協調の方法による国際法の制定は、若しも自然法の古い学派が、一種の理想を、法律家の共通の見解によって受け入れられた原則の一つの全体を、供しなかったならば、可能ではなかったであろう。《3頁》《頁数は緒論のもの。》

私は若しも貴方がたがこの研究の提起する諸問題に興味を有たないと思すれば、それは私の過誤であろうと考えることを禁じ得ない。それら自身によって、これらの問題は我々の時代の最も煩わしい最も情熱的なものである。それらを取扱うことは一種の不謹慎、恐れ知らずでさえある、何となれば、それらはこの国を分つ所の諸問題に余りに近く触れるからである。根本に於ては我々は特に、名誉、正義及び法についての同じ感情を有たないが故に異なるのである。而して私は、これらの問題を取扱うためには、貴方がたが私を信用して下さることを、而して貴方がたが、公平であり節度あるものでありとうする私の希望に信頼せらるゝことを私が必要とすることを感ずるものである。《4頁》

例えば、そんなに多くの年が経った後に於てさえも、我々を道徳的に市民戦の状態に置いたあの「事件」について、何うして穏やかに語

られよう？ 然しそれにも拘らず、この論争に於て沸騰した所のものは、自然法の一つの問題である、—— 真理に第一である所の —— ただ一人の人間の権利が一つの国全体の諸利益、生命を危うくすることが出来るかというそれである。一つのかくの如き問題が提示せらるゝのは、決して一つの悲劇的な事件に於てではない…それは無限に異なった場合に於て各瞬間に再び現れる、それは絶えず書物の中に於て新聞の中に於て、議会の演壇に於て論ぜられている。一方には、総てのものゝ上に一つの党派の利益、国家の都合を置くものがある、他方には、個人的の諸々の権利に、総ての利益に先立ち優先する諸々の権利の存在を信ずる者がある。我々は良心と法律との間の錯綜した抗争に参加している…同盟罷業の中に於ける軍隊の干渉、反軍国主義の問題、宗教政策の諸問題、損益勘定の際に於ける辞職、服従の拒否、軍事裁判所に於ける訴追、植民政策の企画に反対する土民の良心の自由。絶えずこれらの抗争は単に市民をその間に於てのみでなく、各人を彼自らと争わせつゝ、自らを新たに生じてくる。解決の唯一の原則は実際発見し適用するのに困難である様に見える…或る者は同盟罷業の中に於ける服従の拒絶を是認する、而してそれを損益勘定の中に於て否認する、又その反対に。我々の政治的将来は大部分は、この問題に対して与えられる解決に繋がっていると考えることが許されている。然りか否か、一体民主主義は総ての議論の上に個人的諸権利の尊重を置き、社会的正義の進歩と調和しうる一つの触ることの出来ない原則をそれから作ることに成功するであろうか？《5頁》

同じ様な諸々の感心が家族と国家との間に起こる諸闘争を支配している。「教育」の独占の問題に於ては、家族の父の権利は国家の上級な利益に反対する、国家はそれが主要なものであると考える諸原則を教育が揺るがしうることを許すことを拒む。彼等の間に、彼等の上に、其の家族にも国家にも属せず、彼自らに属することを望む所の、その自然的な保護者たちがそれを誤つことなく又隷属せしめることな

く保護すべきである脆弱な尚彼自ら自覚しない人格者たる子供の個人的権利が現われる。

最後に、法律の解釈と適用との中に於て自然法の役目は何であるか。法の註釈者、それを適用することを負課せられている裁判官は、如何なる程度に於て、若しもそれを訂正するのではないとすれば、自然法から、ジュエニイ氏の表現に従えば自由な科学的探求から借りてきた諸事実によって、少なくともそれを補完し、越えることができるか？ 又彼等は如何なる程度に於て、不確実な、捕捉し難いその意思に正義と衡平との一つの理想を代置するために、立法者の意向に関するそんなにも屢々空しい探求から自を解放することが出来るか？

法律と個人的良心との間、家族と国家の間、法律と衡平の間の闘争のこれらの総ての場合に於て、若しも法律哲学の諸問題を論議し、論争するのでないとすれば人は何をなしてきたのか、人はひきつづいて何をなしているのか。

これ等の矛盾を取扱う前に、自然法学派の歴史を、それが陥った不信用の諸原因を、其の再生の諸事由をざっと跡づけることが必要である』。《7頁》

続いて、英米における功利主義学派すなわち英米判例法学派への批判として、特殊にアレギイ<sup>(35)</sup>は、ベンタムを次のようにいう《130頁《頁数は目次四章功利学派のもの》》。

我々は、人が総ての時代に見出す経験主義の変種である所の、功利主義の歴史を要約しようとは欲しない。然し功利主義学説は特に、謂はば功利主義によって浸透せられている英吉利の道德哲学の特徴である。英吉利の功利主義は、ホブスとロックとのそれ等の様に相反する学説によって刺激せられている、それはその表現をベンサムとスチュアアト・ミルとに於て見出す。我々は特にスチュアアト・ミルがその弟子にすぎないベンサムに集注しよう、而して単にその形式のみではなく、功利学説の政治的重要



を示すアレギイ氏の美しい研究（ベンサム青年時代…功利学説の進化。）指導に取ろう。この学説は英吉利に於ては、フランスに於て自然法学派から流れ出たものに比較すべき自由主義の一つの運動を喚び醒した。ホッブスの思想に於ては絶対主義に導く功利主義が、ロック、ベンサム、スチュアアト・ミル等によって理解せられている所によれば、反対に、その發議権に反対する諸の障碍から個人を解放することを要求し、この發議権に於ての、諸の利益の同一と調和とに於て、信頼を喚び起すことを確認するのは、實際異常に奇なことである。かくの如く異なった見解を通じて、人間の権利の哲学と功利主義とは、同一の目的に向かって進む様に見える。「人間の権利の哲学は、大陸に於ては、1848年の革命<sup>(36)</sup>に到達するに至るであろう、諸の利益の同一性の哲学は英吉利に於て、且つ同時代に、マンチェスタア派の自由貿易の勝利に導くであろう」（エリイ・アレギイ、1巻、序論8頁）。（以下エリイと第をとり総て算用数字にする）

ベンサムは1748年に生まれて1832年に死んでいる…殆ど全く総て研究に捧げられた、彼の長い生涯事件なしである。人はただ彼の青年時代に於て、彼がフランスの影響を、十八世紀の哲学者たちのそれ、特にエルベシウスのそれを受けたといい得るのみである。その後、彼は革命的運動に与る人々と、例えばブリッソウと交際する。その教育によれば、彼は哲学者よりも寧ろ律法家である…然し彼は、法の実際には門外漢として止まり、且つ英吉利の立法の混沌と、裁判の恣意が法律家にとって金儲けの道具となり、其の品性を墮落せしめる様に彼には見えたので、弁護士職業を思い止まった（アレギイ1巻37頁）。彼は、全く濫用に満ちているこの立法の改革を準備することに、忍耐して努めた…而して包括的な明瞭な、然し抑揚のない精神である彼の師ブラックストオンが「法をそれがあるまゝに教えつゝ、」彼の時代の第一の法律学者として通っている間に、ベンサムは實際家の同意を意とすることなしに、それを「彼がそれがそうであることを欲する様に」表している。（アレギイ1巻50頁）彼の主要な著作は「道徳及び法律学原理序論」及び「民法及び刑事立法論」である<sup>(37)</sup>。

エルベシウスの例に従って、ベンサムは「道徳を他の総ての科学の如く取扱い、一つの道徳を一つの実験的物理学の如くにしよう」（アレギイ 1 巻 26 頁）と欲する。彼の野心でないとなれば、彼の夢は、ニュートンが物理的世界の法則を発見した様に、道徳的世界の大きな法則を発見することである。彼にとって他の総ての原則を支配し、総ての行動を刺激し、喚び醒し、その価値を決定する所の原則は「功利の原則」である。「この原則によって人は、一つの如何なる行動をも、利害関係の幸福を増し又それに反対する様に思われるその傾向に従って是認し、又は否認する所の原則を意味する」（アレギイ 1 巻序論 39 頁）。この原則の存在は、証明せらるゝことを要しない…これは明証の一つの事実である。総ての人間は、それを識り、それを適用する。それを争うものすら、彼等の論拠を、この原則そのものに借りる…若しも人が、私が有益であると考え一つの行為をなすことが誤りであると私に示そうとするならば、それは行動放棄又は他の総ての行為がそれよりも選まるべきであり、従ってより有益であるがためである。人は私の原則を争わない、人はただ、私がそれを悪く適用することに於て、一つの誤謬を犯すということを主張する。

更に又人は、この原則に何を対立することが出来るか？ 他の如何なる理念の上に、社会的基地を建設するのか？ ベンサムはそれらについて、二つのものより見ない…禁欲の原則、同情又は反感の原則。

禁欲の原則は「功利のその様に、人間の諸行動を、それらが利害関係者の幸福を増加し、又減少するために有すると思われる傾向に従って、評価する」（アレギイ 1 巻 42 頁）。ただ功利主義者が、快樂を得る行動を善いもの、苦痛を生ぜしむるそれを悪いものと呼ぶのに、禁欲主義の名の下に、人はそれらの同じ行動に一つの反対の性質を与える。かくの如く推理する人々は、一つの永続する然し遠い害悪を生じうる一つの直接の快樂を犠牲にすることが屢々思慮のあることであると言う経験のこの勧告に無意識的に従っていると考えることが、許されないのであろうか？ かくの如くして禁欲主義者は、彼の知らないのに、彼自らの快樂を求めている。尚

お、若しもそれがそうでなかったとしたならば、人は禁欲主義の原則を普遍化し、人々に、彼等を不幸にし得る総てのことをなすのが願わしい目的であるとして提議することの、可能性を思考するであろうか。《功利学派の章以下省略頁のみ 135 頁》

同情と反感との原則という名の下に、ベンサムは、それらが有ちうる諸の結果を度外視しつゝ、諸の行動を判断しようとする所の道德の総ての体系を理解する。彼は、これらの原則は恣意的であるか、或は功利の問題に導くことを示そうと努める。法、正義、善良等は、功利の理念を移すために定められた言葉にすぎない。

それらの功利の程度に従って諸の行動を評価するためには、諸の快樂と苦痛とは一つの共通の尺度にかゝること、評価せられ比較せられ得ることを許す必要がある。これはベンサムの学説の最も屢々引用せら最も巧妙な部分である有名な「算術」にその原理として役立つ所の理念である。実際に於ては、それは寧ろ英吉利の道德学者たちの集会的の作である、而してベンサムはそれを完成したにすぎない。諸の快樂と苦痛とを分類するために、人は四つの要素…強度、期間、確實又は不確實、接近又は隔遠…を考慮してそれらを評価するために定められた一つの方法を創り出す。人はかくして加え、引き、掛けられる所の価値の一つの系列を獲得する。人は価値の異なった諸の快樂を合算する、人は一つの快樂の価値を、それを感じる個人の数を以て加乗する。不調和に見えるのは、それらの評価が、諸の状況、気持、健康又は感受性の程度を事由として、一つの個人から他の個人に従って変わるといふことである。同じ様に立法者に評価の参考文書を供給するためにベンサムは、彼が第二級の事情と呼ぶ所の諸の事情の上に基礎づけられた諸分類を、個人の間を設定する…性、年齢、職業教育、気候、人種、政府の性質、宗教的見解。これらの事情を立法者は認識して、それらを考慮に入れることができる、例えば女子の感受性はより大であり、且つ女子と男子とに区別なく適用せられた同一の刑罰は事実には一つの不等の価値を有するであろうから、女子と男子と同じ刑罰によって

罰しないという様な。《137 頁 8 行目》

…法と道徳とは、彼には殆ど不可分のものに思われる。これは同じ諸原則によって規定せられ人間を彼等の幸福に関して指導するという同じ目的に向かっている所の二つの規律である（「道徳学及び法律学原理序論」第 8 章、第 1 節 2 頁）。立法者の使命は道徳学者のその様に、善きものと悪きものと、利益と不便との総和を秤って、功利の最大量を許す所の決定をなすことに於て成立する。《138 頁 2 行目》

民法及び刑法の立法に対してこの理念の主要な諸々の適用を示すのは、興味のないことではない…これらの適用の中に於てベンサム的全法律哲学が展開する（アレギイ 1 巻第 2 章）。《138 頁 6 行目》

この哲学は、絶えず功利の原則によって支配せられている。法の改革と進歩とは最も大多数のもの、最も大きな幸福を階級の諸利益の上記に、特にベンサムがそれを有害なものとして特色づけている法律家たちの階級の諸利益の上に克たしめることに於て成立する（アレギイ 1 巻 57 頁）。法律は二つの仕方ですら干渉する…相互性の方法によって諸の義務を包含する諸の権利を定義しつゝ、犯罪と刑罰とをつくりつゝ。

その最も広い意味に理解せらるゝ場合には、民法は我々の諸の権利を定義することを目的としている。これらの権利を定義しつゝ、立法者は私の利益が公の利益と一致する様に、人為的に持ち来すことを要する…その目的は、被裁判者が、法を犯すよりも尊敬することに於て、より利益を有する場合には達成せられている。自由の一つの侵害を包含する総ての義務は、このこと自身によって、一つの害悪を構成する。それは、それが生ずる混雑、煩はしさに優る所の一つの適応する役務を獲得することによってのみ、自らを正当とし得る。諸の義務を創定するために三つの事由が立法者を決定し得る…

第一のものは一つの上級の需要の存在のそれである。人はその重要さが義務づけられた者に対して、それから結果する負担よりも、遙かに優っている所の一つの仕事をなす様に、義務を正当に課すことが出来る。人は例

として、自己の子供たちを育て養うことを内容とする両親の義務を引用することが出来る。それは子供たちの生命を確保する、而して普通の場合に於ては、両親のそれを危うくすることが出来ない。

義務は尚以前になされた一つの役務の事実によって自を正当とすることが出来る。相互性のこの原則は、特に両親に対する子供の扶養の義務、物の保存のためになされた拋出を受寄者に返済する義務を説明する。

諸の善意を報償することは、それらを奨励し刺激する（ベンサム立法論、民法典、2部、5章、2節、ブリュッセル、第3版、1840年、1巻96頁）《140頁5行目》。

義務は最後に一つの協約から、一つの契約から結果し得る。然し法律家たちが契約を諸の義務の主要な淵源と考えるのに対して、ベンサムはそれを平凡にしか尊重せず、且つそれを最後の場所に於てのみ引用する。彼はヒュウムの感情を配つ、「〔約束又は契約の精神は、結局に於ては、一の或る意向によって伴われた一つの或る形式が、一つの外部的目的物の性質及び一つの人間をさえ全く変える所の変体（訳者註聖晚餐に於て麵麩と葡萄酒とが<sup>キリスト</sup>基督の身体と血になるといふ信仰教義）と聖獻（訳者註ミサに於て司祭が麵麩と葡萄酒とを神に捧げること）の神秘に比すべきものである。〕」「ヒュウム」エリイ・アレギイによって引用1巻70頁。ベンサム前掲、1巻、98頁参照。）而してその施行が公の利益に適合する場合に於てのみ契約に一つの価値を賦与する。同じ様に彼は、法律が契約を破棄し、それを有効と看做すことを拒まなければならない比較的に数の多い場合を挙げている（ベンサム1巻79頁）。功利の原則は、利益より多くの不便宜を呈する総ての契約の無効を宣告すべく、彼を論理的に導く様にさえ見える。ベンサムは然しそこまでは行かない、而して生じた損害が偶然な且つ契約の後の一つの事実から結果する総ての場合には無効を認めない。彼は契約に対する尊敬から、この意味で宣言するのではない、却って、彼が諸の契約の維持を、原則に於ては公の利益に適合すると考えるからである。総ての契約は仮定的に、経済学者が一つの「主観的余剰」と呼ぶ所の便益

の一つの補充を包含する。これは、交換の場合には明瞭である。これは同じ様に、総ての譲渡に対して真である。一つの土地を売却する者は、彼がそれを保持し、収益し、改良するために都合のいゝ状態にないということをおぼせる…それを買い取る者は反対に、その財産の善き利用に好都合な状態にいることを推定せられる。諸の契約の全体から結果する便益の総和は従って、仮定的に不便宜の総和に優勝する。《141 頁 12 行目》

人が尚ベンサムに於て見出す所のものは、人間の主要な諸需要の巧妙な分析である、それを彼は次の如く命名し、分類する…生計を立てること、豊富、安全、平等。法律は、最初の二つの需要を満足せしむるために干渉すべきではない。それ等は充分に命令的である、而して大多数の場合に於て、人間は彼の生計をたてることを確保し、貯蔵をなすために必要な努力を、自発的になすであろう。之に反して、安全は立法者がそれに対して配慮することを要する需要の一つである。人間にその生活を組織することを許すためには、彼の諸の努力に一つの充分な連続性を与えるために、各人に「偽かれた期待の苦痛」を避けることが肝要である…これはベンサムが（失望を予防する原則）と呼ぶ所のものである（ベンサム、立法論、民法典原理、1部7章、前掲1巻62頁。—アレグイ1巻77頁参照）。この原則は彼にとっては、実際に於ては人が占有する物から或る利得を抜き出すことの正当化せられた期待に外ならない所の、所有権の真の根拠である。…「所有を構成する所のこの関係を説明し得る何等の形象も、何等の絵画も、何等の見得る特相も存しない。これは、所有が物質的でなく、形而上的だからである。それは全然、精神の概念に属する」（刑法及び民法立法論（民法典、1部8章）。一つの衣服の、一つの道具の、所有者であるということは、それを利用するというのではない、それは人がそれを保有しうることを確保せられていると信ずることである。或る条件に於て現在の又は古い占有を合法化しつゝ、所有を確認するという事は、労働を奨励し、正当な期待の感情を満足せしむることである（アレグイ1巻79頁）。《144 頁 4 行目》

同時に立法者は、平等を設定することを求むべきである。ベンサムが平等ということによって解する所は、諸の財産の平等の重要、諸の財貨の平等の分配である。平等に対するこの傾向は、何故奨励し、愛育する必要があるのか？ ベンサムは、我々がそのことを知っている様に、ア・プリオリの諸原則への総ての訴えを自ら禁じている。彼は人間の一つの自然的平等の理念、彼等の人格の平等の発展への一つの権利のそれを介入せしめない。功利の原則が、こゝに於ても尚総てを正当化するのに充分である。この原則は、それと同じ様に経験に基づいた諸の命題の一つの全系列を暗示する」(アレギイ 1 巻 82 頁)《145 頁 1 行目》

第一、富の各の部分に幸福の一部が対応する、第二、最も裕福なもの、幸福に於ての余剰は、富に於ての彼の余剰と同じ様に大ではない、第三、従って、「富の一部分の控除は、各人の幸福に於て、残余の部分に対する控除せられた部分の比例に準じて多かれ少なかれの差はあるが、一つの大きな減少を生ずる」(ベンサム、立法論、民法典原理、1 部、6 章、前掲、1 巻 62 頁)。言葉を換えていえば、若しも保存せられている富の量が需要に対して非常に優って居れば、控除せられた富の量は非常に微妙である、而して対比する割合に対して劣っている。若しもその反対に、控除が必要な部分を損ずるならば、減少の重要さは非常に強く感ぜられ、対比する割合に対して非常に優っている。人はこれらの命題が、全体に於ては平等の綱領に都合のいゝものであることを見る。人は他のものに必要なものを確保するために或るものを控除することに依って、幸福の総量を増加する。然しそれらのもの、間に二律背反が存在する以上、何うして平等の原則を安全の原則と調和せしむべきであるか。ベンサムは一つの精緻な工夫によって、その各のものを斟酌する。困難を複雑にする所のものは、彼の意見によれば、人が或るものたちから奪うことによってなす悪は、他のものたちを富すことによってなす善に匹敵しないというこの他の原則を要するというこの他の原則を考慮するを要するということである。「獲得の善は喪失の悪に相応しない」(この形式の下に例えば、ポオリエンヌの行動の場合

に適用せられた「損害を避くることを要す」と「(利益を求むることを要する)との区別を再び見出すのは興味の多いことではないか?」。

人は次の二つの理念の助けによって自ら決することが出来る…諸の財貨の流通に対する総ての障碍を抑止することが望ましい。それは、取得しようとする者が、譲渡しようとする者よりも、管理するのにいゝ状態に在ると思考せられる理由があるからである。時を、相反する利益の間の大きな仲介者として、認めることを要す。「あなたが安全のそれに背反することに平等の諸の勧告に従おうと欲するならば、諸の希望と諸の危惧とに終局を置く自然の時期を、死の時期をお待ちなさい」(民法法典原理、1部、12章、上述の版、1巻67頁)この瞬間に立法者は、彼が一つの不時の干渉によって始めの所有者の期待を傷つけたと同じ様に鋭く相続者たちのそれを傷つることなく、干渉することが出来る。相続の法は、一つの三重の目的を有するべきである。それは生まれ来る世代の生計を立てることを配慮し、欺かれたる期待の苦痛を防止し、諸財産の平等化に向かうべきである(ベンサム、立法論、民法典、2部、3章、1巻91頁《147頁10行目》)

これらの原則からベンサムは、諸の結論の一つの全系列を演繹する。それが浪費に対する一つの奨励となるであろう点まで、遺言する能力を制限することが適当である。総ての子供は、同様な割合で彼等の両親の相続を受ける。両親は、少なくとも或る尊属親は、彼等の子供たちが先に死んだ場合には、一つの終身年金についての権利を有つのみである。傍系親は、殆ど完全に排除せられている。彼等実際に於て「自然的資源として彼等の親の財産」を有っている、「而してこの根柢の上に彼等の期待を置き生活についての彼等の計画を確定し得たにすぎなかった」(ベンサム、民法及び刑法立法原理、(民法典、2部、3章、11条)。要するにベンサムの望む所は、中庸を得た平等主義である、それは恐らくは、エリイ・アレギイがそういつている様に(アレギイ1巻91頁)危機の諸時期に於ては長い間は功利主義の信奉者たちには充分ではないであろう。然しベンサムの見



解に於ては、平等と安全との間の争いが元に還し得ない場合には、安全が優勝すべきである「安全と平等とが相争う場合には、一瞬間も躊躇すべきではない。譲歩すべきは平等である」（ベンサム。民法典、1部、11章、1巻66頁）149頁の頭《比較する対象は平等と安全と言うようにその内容を区分しない。》。

ベンサムの諸の思想のこの簡略な叙述は、（我々にとっては民法哲学よりも少くか興味を有たず、而も其の当時の関心にはより以上に順応した彼の刑法哲学については、我々は語るまい。それは功利の原則の上に築かれた刑罰の一つの科学的理論である。刑罰は法律の權威を以て行わるゝ一つの反犯罪である…然し、唯一人のものゝ利益に於て行われた罪が、一つの普遍的害悪を生ぜしむるのに、唯だ一人のものゝ苦痛による罪は、一つの一般的善を生ぜしめる。それは、裁判の原始的な且つ有益な形式である復讐が得るよりも、より良く分量せられたより利益のある一つの対等である。功利の原則は、刑罰が有効であるためには、犯罪の利得を超越すべきであるという結論に導く。この評価についての、総ての誤謬を警戒することを要する、然し最も危険なのは、より少なくする誤謬である、何となればそれは刑罰を無効力にするであろう<sup>(38)</sup>から。ベンサムは然しながら、「より多くするという方面の誤謬は、反対に、人間の精神と立法者たちとの自然的傾向であることを認めている。」（アレギイ1巻93～131頁を見よ）は功利主義の全体についての観念を与えるのに充分ではあり得ないであろう。それをその諸の発展に於て追及し、それが大きくなり、ベンサムの弟子たちシュチュワート・ミル、サムナア・メエン、ハアバート・スペンサアなどによって純化せられ且つ人間の諸権利がフランスにとって長い間そうであった様に、又国民意識についての歴史学派の学説が独逸にとってそうであった様に、英吉利の国民的観念となった所のそれ（功利主義）を見ることが出来ることを必要とするであろう。欧羅巴の三つの大いなる民の各が謂わば彼に固有な、法についての一つの理念を採用した（ア・エフ・フワイエ、「法の近代的理念」を見よ）。仏蘭西は人間の自由を獲得し

保護するという一つの理想的な目的を追及する、独逸に於ては、法は国家の活動及び権力と混同するように傾く、英吉利に於ては、権利は社会的に保証せられた一つの利益として考えられる。この功利的な観念が自ら尊敬し、自らを尊敬せしむる所の、力強い諸性格を形成したこと、それが英吉利の政策の偉大、先見、讃称すべき活動に貢献したということは、それは疑いの外にある。然しながら、この高められた功利主義が、それそう見える様にそんなには経験的でないということを考慮することが適当である。それは無意識的に理想主義の屢々<sup>しばしば</sup>非常に大いなる一つの部分を包容する。《150 頁 5 行目》<sup>(39)</sup>

而して最初に、個人的利己主義に社会的利益を代置することの中には、理想主義が存在する。人は若しも個人が集合的利益のために何等の犠牲を払おうと欲しないならば社会的生活は解体するということを認むることを、殆ど拒み得ない。如何にして人間を、その家族の諸義務を満たす様に、その祖国を守る様に、献身する様に、決定すべきであるか？ これは、総ての功利主義者に課せられる所の問題である。而して、提示せられた解決の多様なことは、そこには非常に満足なものが存在しないということを考えさせる。《151 頁 2 行目》

理想主義をなしで済ませようと欲するものは、ヒュウムの学説、「諸利益の技巧的合同」である。(アレギイ 1 巻 23 頁) ヒュウムにとっては、総ての人間は、原則として一人の悪者として考えなければならない…「総ての人は皆悪者のように振舞うものである。」政治の術は、行動の諸の低い動機を公の利益の中に於て利用し、収益し、野心、虚栄心、貪欲、恐怖を利用することに於て成立する。かくの如く、戦争に於ける勇氣は、逃走の一つの形式、前方への逃走にすぎない、何となれば、兵士は若し彼が背を向ければ不可避免的に滅亡する位にも、包圍せられているから。前方へ進むことは、彼にとっては、自らを救う唯一の方法である。根柢に於て、これこそベンサム<sup>ベンサム</sup>の学説である、而して殆ど総ての時代に於て又総ての国に於て政治を刺激したものは、非常に恐らく、この学説である。幸福にも、或

は不幸にも、利己主義は人が信ずるより以上に狡猾である、而して、そうたやすくは誤らない。それは満足せしめられることを欲する、而して最もしばしば屢、ただ公の利益の損失に於て満足せしめらるゝにすぎない。諸の性格を墮落せしむることに於て、人は国家の衰滅に達する。そこには、社会をして存立せしむるに必要な、理想主義の最少量も存しない。

反対の意味に於て、人は他の人々の幸福が我々のそれに対して必要であるが故に、私の利益は自然的に公の利益と同一となると主張してきた。これは同情の道德、好意の道德、同じく功利主義者と考えられ得るハッチソンやアダム・スミスのそれである（アレギイ 1 巻 16 頁）。《153 頁 5 行目》然し経験は、この幻想を否認する。利他的の諸傾向は、大部分の人々の許に於ては薄弱である、而して例外的な場合に於てのみ、行動の一つの動機を形成するにすぎない。疑いもなく、我々は屢々他の人々のそれを配《わか？→分配する意》つことに於て我々の快樂を見出す、——然し、若しもこの好意が我々に対して一つの余りに強い煩累《心配事》を、一つの余りにつらい犠牲を課せなければならぬとすれば、それは直ちに効力のないものとなる。確実に社会的利益は、若しもそれが人々の相互に対する同情のみに依拠すべきものであるとするならば、不完全に確保せらるゝであろう。《153 頁 11 行目》

その中間的の論綱は、利己的諸利益の調和のそれである。利己主義は圧倒的である、然し諸の利己主義は「それら自ら相調和し、且つ機械的に種の幸福を発生せしめる」（アレギイ 1 巻 20 頁。ベンサム。刑法典原理、1 部 8 章、1 巻 125 頁）。《154 頁 3 行目》これは交換、競争、労働分業によって彼等自身の利益を追及しながら、個人が一般的福祉に協力することを、我々に示そうと主張する経済的快樂主義である。こゝに於ても亦、現実には、これらの確信に一つの惨酷な否定を与えた。特殊の利益の総和が一般的利益と反対していることを、各瞬間に於て見ないためには、眼を覆う必要がある。《154 頁 7 行目》

かくの如くして、如何なる説明も、真に決定的ではない。若しも人が理

理想主義に対してその配分を与えようと欲しないならば、諸の私の利益の犠牲、服従を獲得し、それを正当化する方法は存在しないのである。

理想主義の他の一つの部分は、浄化せられた一つの功利主義の概念の中に、スチュアアト・ミルのそれ、スペンサアのそれの中に再び見出される。《155 頁 1 行目》

ベンサム彼自身が法の感情を有っていたことは疑いがない。彼の功利主義は、一つの不正の目撃によって喚び起された良心のこれらの運動から彼を避けしめなかった。我々は例として法律家が濫用によって生活した一つの時期に於て、弁護士の経歴に対する彼の嫌悪を引用することが出来るであろう（アレギイ 1 卷 37 頁）。考慮して、彼は彼の父の願望に抵抗する。「私が辿る道に於て、私は快樂と希望とに満ちて進む他…の総ての道に於ては、私は昇揚《しょう》もなく、いやいや自らを引きづって行ったことであろう。父よ、あなたにそのことを単純にきっぱりと宣言することを私に許して下さい」と 1772 年に彼は書いている（アレギイ 1 卷 37 頁引用）。

その同じ年に、彼は大学生及び大学関係者を英国国教会の三十九の条章に参加する義務から免除するために、ケムブリッジ大学の中に於て組織せられた、騒動に結合して。彼の様に功利主義的道德学者であり、加之神学者であ彼の同時代の人ウイリアム・パレイは「彼が一つの良心の奢侈しょうしよに払う所のものを有たないと主張しながら」（ジオオジ・ウイルソン・ミイドレユによる「ウイリアム・バアレエの追憶」第 2 版 1810 年 89 頁）それから脱する。加之「諸の本能的くわえての上に立てられた道德の一つの体系は、与論及び制定せられた慣習を理由のあるものとする」ということを考慮すれば、彼は論理的ではないであろうか。ベンサムはこの問題を一層真剣に考える…「彼はその生涯の間、彼がオックスフォードに研究していた時代に放校せられるのを如何なる恐怖を以て見たか、如何なる恐怖を以て彼が、信仰もなしに三十九の条章に参加するのを自ら余儀なくせられたかを記憶するであろう…この日に彼が嘗たなめ諸の試練を彼は十字架に釘づけられたイエスのそれに比較している」とアレギイがいう（アレギイ 1 卷 36 頁）。

理想主義のこの混交は、スチュアアト・ミルとスペンサアとの性格の中に、且つより一層その学説の中に再び見出される。スチュアアト・ミルは、功利に関する彼の思想を経験的と考える場合に、彼自ら幻想を抱いている…彼がそれによって解する所は、「言葉の最も高い意味に於ての功利、進歩的存在としての人間の総ての恒久的な利益の上に建設せられた功利である」(スチュアアト・ミル、自由 19 頁—ブウダン、179 頁参照)《158 頁 3 行目》諸の利益間に、彼は階段を設ける…かくして尊厳は、彼にとっては、快樂よりも上級の価値を代表する。「この尺度は、この形式の下に於ては、可なり不確実なように見える…然し、諸の傾向の自然的普遍性の考慮にこゝで附加するのは、実に理想的価値の一つの要素である。諸の快樂の比較は、一つの理性的の而して作用である、而してただ単に一つの経験的所与のみではない」とベルネスがいう(「哲学講義に関する詳しい草案、道徳」6 頁)。其故自然法学派の理想主義者たちと同じ様に、人間の権威と自由に対する同じ尊敬が存在しても、(「人間に対して、個人的又は集合的に彼等の同類の或るもの、行動の自由を乱すことを権利づける唯一の目的は、彼自身の保護である、その構成分子の一人に対して強力を用いることについて一つの共同体が有ちうる唯一の正当な理由は、彼を他の人々を害うことから妨げるということである、彼のみには利害関係のないことに対しては、彼の独立は絶対的権利の事柄である」(「自由」17 頁))。驚くことはない。彼の思想は、彼の体系の中に幽閉せしめられない…それはそこから免れ出る。《158 頁 8 行目》

人はスペンサアを読みながら同じ様な意見を有つことが出来る。疑いもなく、社会が個人を圧制すべきでないのは、社会自らのため、且つそれ自の利益に於てである、何となれば、若しも諸の個性が尊重せられないならば、社会は力のないものだからである。然し、この思想から出発しながら、スペンサアは、個人権についての一つの非妥協的な観念に到達する。「多数への少数の隷属は、それが所有と自由とに対して、この所有と自由との最もいゝ保護に必要なそれら以外の他の制限を包含しない限りに於て

のみ、正当である、而して同時に、一つのかくの如き制限は、それを越えては正当でない…実際に於てそれは、それらの権利を保護するために必要でない位に、より強い個人の諸の権利への一つ侵害を意味するであろう、このことは、防護することを要する重要な原則の一つの侵害を惹き起す」(スペンサア、「国家に対する個人」153頁)。《159頁5行目》人は、我々にとって一層意義深く見える諸の引用を、彼の自伝から借りることが出来る。スペンサアは、その同じ会社に属していた彼の友だちの一人が、その上長たちの一人の犠牲となった、めに、彼が鉄道会社の中で占めいた一つの有利な地位を放棄しなければならないと信じたと物語っている。この機会に於ける彼の動作は次の如き反省を彼に起させる…「この場合に於て他の多くの場合の様に支配したのは、総てのもの、中で最も抽象的な正義の感情である。この感情は私の許に於ては、私が人のそれを尊敬しないのを見る時には、私がそれを侵す者について今まで私自身正当に有っていた善き評価が、それによって消滅する結果を生ずるという位にまで、他の諸の道徳的感情に優っていた」(自叙伝、バアリニイ訳、74頁。彼の友だちの一人への手紙の中で、彼は彼自らこの正義の感情の分析をしている。「従って我々は、正義の感情は同情の一つの他の能力との結合であると考えることを要する。私はこれは一つ「人格的諸権利の意識」であると信ずる。一つのかくの如き能力が必要な刺激を生じ得るということは明瞭である。正義は、他の人々の個人的権利に対する同情とさえ呼ばれ得る、而してこのことの真理は、彼自らの諸の感情の分析によって証明せられ得る。暴政及び人間の圧制の話しを読みながら、あなたが感ずる憤慨の諸感情を若しもあなたが分析するならば、あなたは、その情緒は人があなたの特権の中の一つを少しづつ侵害する場合にあなたの中に生ずるそれと厳格に類して居り、且つその感情が一層強烈になれば、その類似が一層強くなるということを見出すであろう」。1843年10月ロットにあて、書かれた手紙、自叙伝97頁)。《160頁12行目》

若しもかくの如く解釈せられた功利主義が、一つの非常に高い且つ非常

に美しい法の理念を包含するものであるとすれば、それは、それが知らない内に、理想主義の或る量を包含するからである。これが功利主義的道徳に、一つの偉大な国の特質を形成し、支持することを、許した所のものである。《161頁3行目》

然しそれにも拘らず、「功利主義は、その当初の原則に固着している、人は、それが鋳付けにされているということが出来る。それが諸の結果によって自由主義に接近する場合に於てすら、それは精神に於て、自由主義から深く異なることを続ける…機会が来れば、これらの傾向について二つのもの、間に存在する諸の差異は、深刻に再び現れる」。一つの乱された時期に於て、一つ国民的又は社会的危機に於ては、功利主義は、目的の主権性の信奉者たちに対して、一つの異様に不安な武器を提供する。(民の幸福は最高の法である)。人は功利主義の学説に対しては、共同意志に関するルソオの学説に対すると同じ見解を適用することが出来るであろう。最高的に照明せられた、最高的に公平な一つの意思のこの概念は、非現実的である…実際に於ては、共同意志は何ものもそれを制限しない一つの権力を賦与せられた情熱的な治者たちのそれであであらう。かくの如く、ベンサム、スチュアアト・ミル、スペンサアは、正義の感情を有する所の自由主義者である。然しながら、功利主義は屢々専制主義の使用に供せられて、大きな諸の不正を是認することがあるであらう。英吉利に於て個人主義の諸の風習と伝統とによって支持せらるゝとはいえ、それはそれに劣らず多くの場合に於て、英吉利の政治をその刻印を以て記しつづけた。総ての民は、不正を、暴力を、弱き者たちの圧制を、行ってきた…然し場合によっては、英吉利はこれらの不正を平静を以て行った。その諸の利益がその法の感情と混合したがために、与論の全体はそれによって混乱せしめられなかった<sup>(40)</sup> 《162頁10行目》

(35) 「ベンサムの青年時代：功利学説の進化」第一巻。

(36) 1848年ヨーロッパ革命、2月13日(仏)第2共和政成立(2月革命)。

- (37) 自然法との葛藤。
- (38) 刑罰が有効であるためには、犯罪の利得を超越すべきである。苦通が一般善を作る⇒ベンサムの結果論
- (39) フランスの法典と比較しイギリスの法典化の問題点を浮き上がらせている。→法典化に適さない。
- (40) 勿論、英米判例法体系は、先に述べた自然法の理解によりその体系を自己のものにしていくのであるが、それには、フランス民法・商法典が取ったあゆみとは異なった方法がとられる。アレギイの指摘によるイギリスにおいて徹底される民法・商法の法典化への欠陥を見ると、当時のフランスの状況とさらに、ナポレオン法典設置後二百余年を経た今が、一つのエポックであることを再確認させてくれるような気がする。

## Ⅵ むすびにかえて

結論として、稲垣良典譯の聖トマス・アクイナスの「法について」の題目とスタンレイ・ペリー先生の聖トマス・アクイナスの「律法に関する論文」の題目の比較を掲げ、英米法体系の自然法すなわち性法のつかみ方の相異を見てみたい。日本における同じトマス・アクイナスに依る「神学大全」の神学大全の全体の翻訳が高田三郎監訳らによって創文社から出版されているが、その掲げた問題及び条の題目と必ずしも一致しない疑問が現われたからである。それ等三つの翻訳の一致が本当の意味での本来の自然法であると考え。まことに心もとない結果となったが、現在の段階での私の理解の限界である。国士舘大学法学部、比較法制研究所は、2007年マーク・ラムザイヤー教授（経済に関する法制度に関心をもつアメリカの法律学家）と二度目の研究会をもった。その質疑の折り、英米法が体系としての法改正にあまり興味を示さない理由を尋ねた。その理由が自然法の存在であるとのヒントを得たように思えてきた。



## Ⅶ 稲垣良典譯・法についての構成（スタンレイ・ペリー訳との比較）

序言 稲垣良典譯

英語訳（スタンレイ・ペリー訳）

### 第一章 法の本質

### 第九十問題 律法の本質について

(一) 法と理性 2 頁

1) 律法は理性に属するものか。《律法とは人為法か？》

(二) 法の目的 5 頁

2) 律法は必ず共通善を導くものでなければならぬか。

(三) 法の制定者 9 頁

3) あらゆる人間の理性は律法を造るに適するか。

(四) 法の公布 11 頁

4) 律法の本質は公布か。《公布＝人定法か》

### 第二章 法の多様性

### 第九十一問題 律法の種類について

(一) 永遠法 14 頁

1) 永遠の律法は存在するか。

(二) 自然法 17 頁

2) 自然法は存在するか。《永遠の律法＝自然法》

(三) 人定法 20 頁

3) 人間の法律は存在するか。《理念か》

(四) 神法 24 頁

4) 神の律法にはどんな必要があるか。

(五) 旧法と新法 28 頁

5) 唯一の神の律法以外に存在する《何か》があるか。

(六) 罪の法 32 頁

6) 罪の扇動 (Fomes) の中に律法は存在するか。

### 第三章 法の効果

### 第九十二問題 律法の効力について

(一) 法の効果 37 頁

1) 律法の効力は人間を善くすることか。

(二) 法の働き 42 頁

#### 第四章 永遠法

(一) その本質 46 頁

(二) その認識 50 頁

(三) すべての法の源泉としての 54 頁

(四) 永遠法とその必然的存在 58 頁

(五) 永遠法と偶然的存在 61 頁

(六) 永遠法と人間的な事柄 64 頁

#### 第五章 自然法

(一) 本質 70 頁

(二) 内容 73 頁

(三) 自然法と倫理徳 78 頁

(四) 自然法の普遍性 81 頁

(五) 不変性 86 頁

(六) 恒久性 90 頁

#### 第六章 人定法

(一) 必要性 93 頁

(二) 其の源泉 97 頁

2) 律法の行為は配置されるに適當か。

#### 第九十三問題 永遠の律法について

1) 永遠の律法は神の中に絶対的比率を《有》するか。

2) 永遠の律法は全て知覚されるか。

3) あらゆる律法は永遠の律法に由来するか。

4) 必然かつ永遠の事物は永遠の律法に属するか。

5) 自然の偶然性は永遠の律法に服従すべきものか。

6) あらゆる人間の上に起こる事物は永遠の律法に従うものか。

#### 第九十四問題 自然法について

1) 自然法は習慣か。

2) 自然法は幾つかの指針あるいは規律を含むかまたは一つのものか。

3) 徳に関するすべての行為は自然法によって規定されているか。

4) 自然法はあらゆる人間に同じか。

5) 自然法は変更するものか。

6) 自然法は人間の心から消去することができるか。

#### 第九十五問題 人間の律法について

1) 人間による枠組は律法に有益か、

2) あらゆる人間の律法は自然法を出発点とするものか。

(三) 特性 101 頁

3) 実証法の本質についてイシドール<sup>(41)</sup>の発言は適当か。

(四) 区分 105 頁

4) イシドールの人間の律法の分類は適当か。

## 第七章 人定法の力

## 第九十六問題 人間の律法の効力について

(一) 共通性 111 頁

1) 人間の律法は個人のためというより共同体のために粹組されるべきか。

(一) 共通性 111 頁

(二) 人定法と悪 115 頁

2) 人間の律法は全ての非行を抑圧するに適当か。

(三) 人定法と徳の行為  
119 頁

3) 人間の律法は全ての有徳の行為を規定しているか。

(四) 人定法と良心 121 頁

4) 人間の律法は人間の良心・道義心を縛れるか。

(五) 人定法の権限 125 頁

5) すべて《の事物》は人間の律法に従うか。

(六) 人定法の解釈 130 頁

6) 律法の下にある人間は《律法の》文言を超えて行為することができるか。

## 第八章 法の改変

## 第九十七問題 律法の変更について

(一) 可能性 134 頁

1) 人間の律法はどんな方法で変更されるべきか。

(二) 改変の条件 137 頁

2) 人間の律法は何か善きことが起こるときはいつでも変更すべきものか。

(三) 法と慣習 140 頁

3) 慣習は法律の効力を得る《持つ》ことができるか。

- (四) 法の裁量 143 頁                      4) 人間の律法は人間の支配者たちを  
免除することができるか

(41) 第九十五問題中のイシドールは、紀元 560～636 年スペイン、セビリアの大司教。西方教会最後の教父。「語源論」は中世を通じ百科事典として利用されたとされるが、アキナスは自説をこれと比較し自己の主張の整合性を確かめている。

(補遺) スタンレイ・ペリー先生が用いるトマススの文献にふされた表題は、その対象が主に学生に向けてのものであるとされる。ジョン・A. グーゲン Jr. 「スタンレイ・ペリー：先生と預言者」ミネソタ州セント・トーマス、セント・ポール大学のロゴス出版 2007 年 10 月 2 日発行の資料による。

## Ⅷ リフレイン・日本における自然法思想の根付かぬ理由

本稿で取り上げた文献をもう一度並べると以下の通りとなる。何れも律法の欠落か自然法を模索する。

明治 8 (1875) 年 大審院創設 大審院民事判決録の刊行 7 月から始まる。

司法統治の構想

明治 8 年 裁判官事務心得 太政官布告 103 号 條理・性法関係 律法の  
欠缺への不安

明治 9 (1876) 年 司法省・士官編纂 法例彙纂、民法・商法 日本独自の  
事例蒐集 著作全体

明治 13 (1880) 年 11 月 司法省 英国法律要決 第三篇 堀越愛国・鈴木  
唯一譯 1-213 頁 合本会社の章は 213 頁 ここまで英米法あるいは  
宗教の影響強し。

明治 14 (1881) 年 3 月 性法講義 ボアソナード講義・井上操筆記→明  
治文化全集第 13 卷 463-476 頁

明治 16 (1883) 年 11 月 司法省 法理論第一篇、第二篇 ベリーム・リ  
ヨン大学法律博士 栗塚省吾譯「性法の成文法に変遷する論」649 頁

711-716 頁

日本の旧民法及び商法は前者が明治 23 (1890) 年法 28 号・法 98 号、後者も同年公布されるが、その後、いわゆる法典論争が巻き起こり両者は施行されることはなかった。論争の火種は、英法の側が提起したものでこれに力を貸したのは東京大学教授穂積陳重であり法学博士富井政章、法学士宮崎道三郎、法学士伊藤悌次、ドクトル・バイベルトの諸氏であり法理学叢書の一巻として明治 23 (1890) 年 2 月出版された。穂積は著作が『時事論のために刊行されたものでない』と述べながら民法典・商法典の核心となるべく法体系を何とするかの重大な要素である自然法・性法については之に触れず。専ら、体系を為す法典・ドイツの民法・商法の成立過程を概観するに留めている。自身の英米法律学の影響については、ただベンタムの法典化の動向すなわち外国人立案法典の利を説く《シャルモン・大澤訳自然法の再生、160 頁》という内容の消極的功績《ただベンタムの名称は各所に現われる》に触れるのみであり、法典化の本質に触れていない。また、ポアソナードの功績についても触れてはいるが僅かであり、それよりザビニー・テイボウあるいはロエスレル、テヒヨーらのドイツの法典関係者の説明に終始しているから当時の明治政府の傾向を体現したものにすぎない。英米の法典化の問題点などは全く無視され、嘗ての論争の当事者の立場などは霧消してしまう。それより、わが国の経済状況は合本主義を積極的に推進させようとする渋沢栄一らの提言に従う地盤が出来あがり会社の設立のラッシュが続いた。それゆえ商法は会社の部分と手形および破産の部分で明治 26 (1893) 年施行されることになる。しかし、「法典論」の序の協力者の中にフランスの民法・商法典・手形・破産法典の絶大な力を注いだ梅謙二郎の名も出てこない。

なお穂積は渋沢栄一の長女歌子の娘婿 (明治 15 (1882) 年となりイギリス法からドイツ法への転向を、加藤弘之東京大学総長・枢密顧問官とのとの交流・接触 (加藤自身ドイツ・プロイセンのフリードリッヒ二世 (大王) を絶賛、キリスト教排撃・天賦人權否定論者) が幸いし、明治 14

(1881)年の政変(国会開設・憲法制定→薩長藩閥体制の確立)により欧州留学から帰国早々東京大学法学部教授(法理学担当)・法学部長に任命され、渋谷の屋敷内に居住する<sup>(42)</sup>。上記、明治16(1883)年までの国家の自然法に対する態度や、法典論争の騒動とは全く関係なくドイツ法主義の功利主義の前に、法典の理念は、消えていく。ドイツの近代化された律法と英米の功利主義的法体系の目的は一致する所が多い。

- (42) イギリス法の精神と穂積陳重の法思想について、白羽祐三・「民法起草者穂積陳重論」126頁。平成7(1995)年10月中央大学出版部刊。