



末弘巖太郎評論新集

資本主義・法治・人情・デモクラシー

書肆心水

本書は末弘徹太郎の一連の評論集（いずれも日本評論社刊）『法窓閑話』（一九二五年刊）『法窓雑話』（一九三〇年刊）『法窓漫筆』（一九三三年刊）『法窓雜記』（一九三六年刊）から選んだ文章を集めた評論集である。右記四書には法が直接話題になっていない社会論等も含まれているが、本書では法治に関する議論であるものを選択し、また川島武宜編の末弘徹太郎評論集『嘘の効用』（上下、富山房百科学庫）が収めるものとの重複を概ね避けて選択した。本書収録三九篇のうち川島編『嘘の効用』と重複しているものは六篇。川島編『嘘の効用』以外の評論集諸版（紙書籍、電子書籍、オーディオブック）にも収められていた著名な文章——「嘘の効用」「役人学三則」「役人の頭」「小知恵にとらわれた現代の法律学」「法学とは何か」——は本書には収めていない。

目次

序（法窓閑話 自序） 11

I 司法・立法

不当勾留と国家の賠償責任 14

誤判賠償の根本原理 21

司法官と社会思想 56

司法の権威とデモクラシー——法廷侮辱罪新設の議に接して 78

帝人事件と司法権の威信 90

陪審法に対する一の疑い 96

山本宣治氏兇死事件に関連して 100

汽車機関手の過失殺傷 103

交通機関と公衆の安全 107

自分の財布を拾った話 110

司法警察と新聞紙 113

裁判官は弁明しない 115

Ⅱ 経済・産業

最低賃金問題——国際労働会議と最近の海員争議とについて 118

法人妄語 132

小工業と労働法 144

成年年齢の話 155

弁護士報酬問題について 159

落糞拾いと窃盗 165

不動産取得税の話 169

Ⅲ 政治・官庁

時事雑感〔選挙と政党〕 174

現内閣と社会政策——労働組合法案その他について 180

収賄罪に関する雑感 186

「代理人ハ能力者タルコトヲ要セズ」 190

国家試験の試験科目 193

下級官吏と法学的素養 196

「役人より市民を」 199

IV 文化・学芸

著作権は差押え得るか 202

著作権問答 211

「著作権問答」について——広津和郎氏への答え 217

人は永遠に神を作る 224

良い新聞記者を作る法律の話 230

法律と美術 235

判決の文体 238

誤訳から生れた法律術語 241

V 家族・親族

淳風美俗と親族法の改正 244

子に罪をさせる話 310

子福者に勲章を与える法律の話 314

母子扶助法 317

末弘 巖太郎 評論新集

—— 資本主義・法治・人情・デモクラシー

本書での表記について

一、本書では左記の通り表記の現代化をはかっている。法文を含む引用文においてもその処理をおこなった。

一、新字体漢字（標準字体）、新仮名遣いで表記した。合略仮名は通常の仮名におきかえた。また「卅」「卅」数字の「拾」はそれぞれ「二十」「三十」「十」におきかえた。「聯」「互」は旧字体ではないが、現在一般に使われる同義の「連」「亙」におきかえた。

一、現在一般的な文章において漢字表記が避けられる傾向のあるものは仮名表記におきかえた。なお、「偶」を「たまたま」とおきかえることに伴って、現在も普通に漢字表記が使われる「偶々」を「たまたま」とする処理もおこなっている。

一、送り仮名を現代的に加減したところがある。

一、読み仮名ルビを加えたところがある。

一、読点を加減調整したところがある。

一、踊り字（繰り返し記号）は「々」のみを使用し、その用法は現代一般の慣例の範囲にとどめた。

一、片仮名語は現在もつとも一般的な表記におきかえたものがある。

一、漢字の用い方を現在標準的なものにあらためたところがある（過り↓誤り、偽瞞↓欺瞞、など）。

一、鉤括弧の用法は現在一般の慣例によって整理した。

一、片仮名書きの法文（外国のものを含む）等の引用は読みにくいので平仮名におきかえ、当該箇所のみ冒頭一文字に「※」のルビを記すことでそれと示した。

一、疑問文であることが明らかである文末に「？」が置かれている場合があるが（同形式の疑問文末尾に「？」ではなく句点が置かれている場合もあるので）、これは句点におきかえるか削除するかした。一、書肆心水による注記は「」で括って記した。

序（法窓閑話 自序）

本書『法窓閑話』は主として『嘘の効用』以後に発表した文章を蒐録したものであるが、前著に比すると遙かに純法律的な題目を取扱ったものが多数を占めている。

従来純法律的な問題はほとんど法律家の間においてのみ論議せられ、一般の公衆は全く自己に関係なき事柄として自ら局外者の態度をとるのが通例であった。しかしながら、法律は結局民衆自らの法律であらねばならぬ。法律は決して法律家ないし官僚のみの独占すべき物にあらざりて民衆自らのものである。この故に、民衆が法律に関する正しき理解と確かな智識とをもつことは法治国最小限度の要件であらねばならぬ。

著者もまた以前には、法律思想の如何の如きは専ら法学ないし法律学者のみの問題であつて、一般社会にとつては大して深い関係をもつものでないように考えていた。けれども、法律学者が学問的形式を以て説いている法律思想はともかくとして、官僚ないし一般民衆がそれとなく抱いている法律思想の当否如何が社会そのものにとつて少なからざる関係をもっており、現に誤りたる法律思想が如何に多くの社会悪を助長しつつあるかに気付いた私は、法律思想の改造もまた社会改造問題の一方面として大いに研究されね

ばならぬものであることを信ずるに至つたのである。

最近政府においても、法制経済ないし公民教育の名の下に、法律智識の普及を計ろうと企てているけれども、法律の根本問題についての正しき理解をすすめることに努力せずして——従来一般の中等教科書において見るが如く——徒らに法律全般に関する形式的の解説を羅列してこれが記憶を強制するようなことをしても、到底法制教育の眞の目的を達することが出来ないのみならず、反つて法律に関する誤つた智識思想の普及に因つて社会悪を助長する虞れがあると思う。

本書は主として一般人士もまた興味を以て読み且つ理解し得べき形式を以て法律問題を取扱つたものであるが、これが多少とも一般人士が現にそれとなく持つておられる法律思想に向つて或る革新的の刺戟を与え、今後諸士が興味を以て正しく法律の問題を考えらるることに向つて多少とも貢献することが出来るならば、誠に著者望外の幸である。なお本書は元来一般通俗を目的として書かれたものであるが、同時にこの中には法学の根本問題に付いてかなり一般法律学者の通説と異なつた著者独自の法律思想が開陳されていると思う。著者は将来一層學術的なる形式を以て同じ思想を体系立てて見たい希望をもっているが、差当り本書に現われている程度においても法律専門の方々にお読みを願ひ御批正を乞ひ得べき或る物があるように考える。〔以下謝辭省略〕



司法・立法

不当勾留と国家の賠償責任

—

親殺しの嫌疑を以て九年この方未決監に縛がれていた人が証拠不充分の故を以て無罪を言渡された。

もしもこの「証拠不充分」が真に犯罪事実の全然なかりしことを意味するのならば、仮に嫌疑をかけられたその人に梨下に冠を正し瓜田に履を入れた過失はあつたとしても、無根の嫌疑によつてムザムザ九年の長年月を未決監裡に過ごさしめられ、それがため独り身心を損じたるのみならず、自ら世間の信用を失い又妻子親族までをも極度の不幸に陥らしめたその人のために、人誰か一掬の涙なきことを得よう。

無論、神ならぬ人間のなす起訴であり、又同じく神ならぬ人間のなす裁判である。検事の見込み正しきか、判事の裁判当を得たるか。神ならぬ吾々の素より憶断し又批評し得べき限りではない。又仮に検事の起訴が不当であつたとしても神ならぬ人間をして検事の職を執らしめてゐる以上——しかして執らしむるの外なき以上——吾々は到底検事を非難することは出来ない。何故なれば、吾々人間は人間に向つて人間以上のことを求めることは出来ないからである。又仮に判事の裁判が失当であるとしても、吾々は同じく

これに向つて非難の声を放つことは出来ない。彼が人間としての最善を尽したにも拘らずなお且つ過誤を生じたのならば、吾々人間は毫も非難すべき資格をもたないのである。

けれども吾々は、ともかくも長年月に亘る未決勾留の後ようやくにして釈放された被告人その人の身になつて静かに考へて見る必要がある。彼が一旦の嫌疑によつて長時間身体の自由を奪われたるのみならずその他有形無形多大の損害を蒙つた事実に向つて吾々は到底無関心でいることは出来ない。彼を起訴した検事に過失があろうとも又なかるうとも、彼がともかく損害を蒙つたと云う事実その物に何等損益する所はない。その明瞭なる事実に向つて吾々は無関心でいることが出来ないのである。

彼に無罪を言渡した裁判官は同時に彼の平素不行跡なりしことを指摘して自ら嫌疑を招くに足るべき過失ありしことを教え今後改心して善に赴くべきことを訓諭したと伝えられている。

私はこの判事の教訓を至極もつともなことだと考へる。毫もこれに向つて批評を加へる気があるのではない。けれども、判事が如何に親切に訓戒してくれようとも、彼が不当勾留によつて蒙つた損害はこれのため少しも填補されないと云う事実を、どうしても私は無心に見過すことが出来ないのである。世人或いは「ともかく無罪となつたのだから喜べ！ 不平を云うことはない」と云うかも知れない。けれども、有罪となるべき場合を仮想しこれと比較して無罪を喜べと云うのは無理である。吾々はどうしても起訴せられざりし場合の幸福を仮想しつつ事実起訴に因つて与えられた損害を悲しみ且つこれを救済すべき道を考へねばならぬ。

しかるに、吾が国の現行法中には、如何に理由なく不当の勾留を課せられたものにして、何等これを

救済すべき方法が講ぜられていない、かくの如きことが果して正当であろうか。

二

なるほど、現行法においても不当の起訴をした検事その人に対して救済を求める途が全然ない訳ではない。けれども、検事もまた人間であり過失もあり見間違いもあるであろうところの人間である以上、特に悪意がない以上これに向つてその責を問う訳にはゆかぬ。彼が人間として最善の注意を施している以上、これに向つて非難を加えることは出来ない。又その責任を問うべきでもない。しからざる限り、検事の如き危険なる公務は人間として何人も容易にこれを引き受けることを躊躇するに違いないからである。

けれども、検事が最善の注意を施したと云うことは、決して必然に被害者を救わずとも差支なしと云う結論を生ぜしむるものではない。検事が最善の注意を施したりや否やは唯検事に非難すべき点ありや否やを決するの標準となるに過ぎない。国家の不当起訴に因つて被告人の被つた損害を填補し能うべきや否やの問題とは全然無関係である。

従来法律思想によると、国家は悪をなし得ざるものである。国家は法の上においてのみ存在するものであり、適法なる目的のためのみ存在するものなるが故に、国家の官吏に違法の行為あるとき、それは単にその官吏個人の違法行為を成立せしむるのみであつて、国家の行為としての違法行為を成立せしむるものではない。国家には唯適法の行為のみがあり得る。これが従来一般に行われている法律思想である。

この故に、国家の裁判官が誤判によつて無辜の民を罰したとしても、それは単に裁判官個人としての責

誤判賠償の根本原理

本文はもと大正十二年〔1923〕七月の『改造』紙上に発表したものであるが、最近新聞紙の伝うる所によると司法当局においても誤判賠償法を制定すべく努力していると云うことであり、輿論もまたしばしばこの問題を論議するに至りつつあるが故に、再び本書に載せて一般読者の批判を乞うことにした。この小稿が本問題の實際的解決に向つて多少とも貢献することが出来れば望外の幸である。

はしがき

誤りたる刑事裁判のために長く牢獄の惨苦を嘗めさせられた人々、又甚しきに至っては死刑に依つて生命までも奪われた人々、それ等の罪なくして罰を受けた人々は異日その無辜の明白となりたる暁において、当然国家に向つて何等か求むる所があつてしかるべきである。国家も必然これに対して責任を感じてしかるべきである。

吾々の胸に潜んでいる「社会的正義」はかくの如くに叫ぶ。しかも大声を以て叫ぶ。それにも拘らず、

今日吾が国の法律はかくの如き責任を否定している。国家はその責任を負わないのである。しかし、それは果して正しいことであろうか。否々、私にはどうしてもかく考えることが出来ない。

けれども、国家をしてこの種の責任を負担せしむべしとする主張は、一方においては在来の損害賠償理論と衝突する。又他方においては従来一般に行われ来りたる国家思想、国家理論と相容れない。従って、この主張を一般人士の間に徹底せしむるがためには、先ず第一に損害賠償に関する新しき理論を提唱せねばならぬ。同時に在来の国家理論に向つて更に新たな批判検討を加えねばならぬ。

この故に、私は信ずる。この問題は決していわゆる「法律家」のみに依つて研究せらるべき事柄ではない。弘く国家を研究し來るべき社会を考うる人々に依つて考慮せられねばならぬ問題である。何故なれば、それは国家理論の根本と深い関係をもっているからである。私はかく信ずるが故に、従来主として「法律家」に依つてのみ論ぜられ来りたるこの題目を、新たに公衆の前に提出して一般論壇の批判攻究を乞ひたいと考えるのである。

第一 損害賠償の社会化

1

損害を受けた者は必ずその賠償を希望する。被害者の立場のみよりすれば、加害者の何人たる問わず、その個人なると国家なると又その小兒なると狂人なるとを問わず、ないしは又加害者に過失ありたると否とを問わずして、いやしくも損害を受けた以上、その賠償を要求するのは当然である。

けれども、その賠償は何人をしてこれをなさしむべきか、一度思いを転じてその賠償をなさねばならぬ者の立場をも考え合わせるとき、問題は最早決してしかく簡短ではない。被害者はその損害の填補を希望するにきまつている。けれども、例えばその損害が全く過失なき他人の行為に起因するとき、その他人をして絶対に賠償責任を負担せしむるのは彼にとつて惨酷である。もしも、いやくも他人に損害を与えた以上過失の有無を問わずしてすべてこれを賠償せねばならぬものだ、とすれば、吾々は到底安んじて日常生活を営むを得ない。吾々は各場合の事情が要求する通常の注意——法律にいわゆる「善良なる管理者の注意」ないしは「善良なる家父の注意」——を加えて行動していさえすれば、たといこれがため他人に損害を加えるようなことがあつても原則として何等賠償責任を負わぬことになつていたのでなければ、到底安神して日常の活動をすることが出来ない。この加害者の立場を参酌して賠償責任法理の根本を築いているのが則ち在来のいわゆる過失責任主義であつて、現行民法第七百九条「故意又は過失に因りて他人の権利を侵害したる者はこれに因りて生じたる損害を賠償する責に任ず」なる規定は正にその主義を宣明したものである。

2

なるほど、加害者の立場を考え合せれば、この過失責任主義は正しい制度だと云うことが出来よう。各人の注意を促して将来の害悪を予防せんとする見地から云うても加害者の行為を非難する倫理的の立場から見ても、この主義には立派な根拠がある。けれども、加害者が道徳上非難せらるべきものなりや否やの

II

經濟・産業

最低賃金問題——国際労働会議と最近の海員争議とについて

一

今年の第十一回国際労働総合においては最低賃金法の問題が主要議題の一つになっている。この際あたかも時を同じうして社外船主と海員組合との間に最低賃金問題を中心として労働争議が勃発し、交渉旬日の後、遂に最低賃金に関する——わが国において従来全く見るを得ざりし——大規模なる労働協約の成立を見るに至ったことは極めて興味ある事実なりといわねばならない。私はこの機会に最低賃金問題に関する多少の卑見を述べて見たい。そうして読者諸君に向つてもこの問題に関して一応の考慮をめぐらされんことを切望する次第である。

二

そもそも労働争議の事として好ましからざるは素よりいうを俟たない。しかしながら、現在の如く社会経済が原則として自由放任主義の上に築かれており、賃金その他労働条件の決定にしても国家は原則とし

て何等の準則を設けず、契約自由の名の下にすべてが当事者の自由協定に放任されている以上、協定の過程においてたまたま不調和を生じ争議の発生を見るに至ることあり得べきや、けだし当然なりといわねばならない。

資本家の立場から見れば、従来資本家的企業経営の立場のみから一方的に労働条件を決定し、もつてこれを労働者に申渡すことの出来た過去は、確かに彼等の黄金時代であつたに違いない。しかしながら、契約自由の原則は決して資本家専ら決定してこれを労働者に言渡すことを是認する制度ではない。万事を当事者の自由意思に一任しその自由協定を尊重せんとするところに制度の根本精神が存在するのである。この故に、契約自由の原則が支配している現代労資の関係においては、資本家が単にその企業的立場のみから労働条件を決定し、個々の労働者はひたすらこれに盲従するの外なきが如き状態は極めて非理想的である。労資の両当事者が互いに平等的立場に立ちつつ、平等自由の意思をもつておのおの自らよしとする労働条件を協定し得てこそ、契約自由制の精神は發揮されるのである。この故に、契約自由制が労資の関係を支配している以上、労働者が団結によつてその労働者たる実力を發揮し、これにより資本独占者たる資本家と対立することによつて、労資の間に平等の協定を成立せしむることはむしろ喜ぶべき現象なりといわねばならない。

かくして、労働者にも自ら自己の労働条件を決定し得たりとの喜びを与え、彼等をして労働の喜びに燃えしむることは、契約自由制の正に期待する結果である。従つて、協議の中途当事者の意思容易に一致せず、たまたま遂に争議の勃発を見るに至るが如きは、事それ自身如何に悲しむべきことであるとしても、

制度必然の所産として我々の当然に堪え忍ばねばならない所である。事それ自身それが如何に悲しむべき事柄であるとしても、従来自由契約の名の下に、実は資本家専ら決定してこれを労働者に命令していた時代に比すれば、事の公正にして現代的自由平等の精神に合致することを、我々心より喜ばざるを得ないのである。

この故に、今回の海員争議の結果一時に多数船舶の繋船を見るに至ったことは、わが国の経済上それ自身極めて不祥の事柄であつたには違ひないけれども、争議の結果海員の秩序統制ある団体的行動によって、最低賃金制に関する極めて大規模な労働協約の成立を見るに至つたことは、自由放任制度の上に経済万事を築いているわが国としては、むしろ甚だ喜ぶべき事柄である。船主もしこれを単なる不祥事としてのみ考うるにとどまるならば、それは全く現代自由制の精神に目醒めざるもの、吾人のむしろ心より悲しまざるを得ざる事柄である。

共産主義の下におけるが如く極度の統制経済が行われざる限り、賃金その他労働条件が船主対海員の団体的対立によって協定されるのは極めて自然の現象である。従つて国家としてはその協定が平和且つ公正に成立するよう極力意を用うべきであるけれども、団体的賃金協定の現象それ自身は国家としてもむしろ大いに歓迎すべき事柄であるといわねばならない。私はこの際政府当局者が今回の事件に鑑みて、関係ある各種の問題について深甚なる考慮を払われんことを希望してやまないものである。

しかれば、この際当局者として特に考慮研究を要すべき事柄は何であるか。その一は最低賃金制度について国家の今後執るべき政策如何の問題である。その二は賃金協定の当事者たるべき資本家および労働者

の団結、殊に労働組合に関する法制を完備することである。しかしてその三はかくの如き協定期ち労働協約に関する法制を研究整備することである。私は政府当局者が今回の事件に関連してこれ等の諸問題を研究し、もってこれに関する完全なる制度方策を一日も速やかに樹立せんことを希望してやまないものである。

三

元來賃金の中には二つの矛盾した要求が現われている。賃金は一面資本家にとっては労働買取の代金であり、彼等生産費の一部を成すものである。従つて、彼等の立場のみよりすれば、彼等の企業が金融市場の要求する利潤を産み出し得べきや否やが、如何程の賃金を支払い得べきかを決定する最後の標準を成すのであつて、万事は彼等の資本家的企業経営の立場から決定せらるべきことを要求するのである。ところが、労働者の立場から見ると、賃金はいうまでもなく彼等生活の唯一の資源である。従つて彼等から見れば賃金決定の標準は彼等の生活需要でなければならぬ。彼等並びにその家族が人らしき生活を営み得べきや否や、それこそは正に賃金額決定最後の標準でなければならぬのである。

故に、労働者の立場よりすれば、彼等の生活需要を標準とせずして賃金額を決定することは明らかに正義でない。けれどもいやしくも資本主義経済組織が継続する限り資本家的企業の立場を全然無視して賃金その他労働条件を決定し得ざるもとより明らかである。この故に現代経済社会における賃金額の決定は畢竟この互いに矛盾した二つの要求の妥協によつてなされるべく予定されているのであつて、最低賃金問題

Ⅲ

政治・官庁

国家試験の試験科目

今年度の高等試験が近く始まるうとしている。高等試験の試験科目は主として法科的学科から成り立っているけれども、昭和四年〔1929〕以来は二科目まで哲学概論・倫理学・論理学・心理学・社会学・国史・国文及び漢文等文科の科目を選択し得ることになって今日に及んでいる。この改正はいわゆる法科万能を非難する世論に促されて実現されたものであるが、私はこの改正の当否に対して初めから深い疑いを抱いている。

元来いわゆる法科万能なる非難は決して官吏一般が文科的学科に関する智識を欠いていることのために起った非難ではない。実を言うと従来官制の關係上法科出身者は官吏として比較的榮進容易なるに拘らず、理工科ないし文科の出身者の昇進が比較的困難であったことがこの種の非難を惹起した最大の原因である。それならば、官制俸給令等を改正して事務官と技術官との区別を明瞭にし、技術官には専ら理工科ないし文科出身者を任用すると同時に彼等に対して——局長等高級の事務官的地位につかずとも——官等俸給等について一般事務官と同等の待遇を受け得るようにすればいい訳である。しかるに従来技術官の官吏として昇進し得べき範囲は著しく局限されている。たまたま技術出身者が高級官吏になるがためには彼等とし

てはむしろ不適任な事務官的地位に就かねばならないような極めて不合理なことが行われている。技術官は技術官として——局長課長の如き事務官的地位に就かずとも——官等俸給等については事務官同様の待遇を受け得るようにしさえすれば、かくの如き不合理を行わずに事が済むのである。しかもかくの如き不合理を行うの外なき所にそもそも法科万能の非難を惹起すべき根本的病源が伏在するのである。

そもそも近代的デモクラシー国家と法学的に鍛錬された官僚とは離るべからざる密接の関係を有するのである。専制君主は神権を背景とするによつて能くその権威を保持し得るから——例えばフリードリッヒ大王の場合の如く——彼等は一般に法律家によつて形式的制肘を受けることを好まなかつた。これに反して「人」に依る「人」の支配を基調とするデモクラシー国家は「法律に依る公平」によつてのみ能くその権威と信用とを保持し得る。一面において法律は国民総意の表現なるが故にそれ自身必然に正義たることを主張すると同時にその法律を基準として公平なる政治を行うことがデモクラシー国家がその権威を保持する唯一の途である。この故に、近代的国家と法学的形式主義とは離るべからざるものであり、法学的に鍛錬された官僚は近代的国家の支配者にとつて必要欠くべからざる武器であり機関手である。この故に、法科出身者が近代的国家の官僚として適任者たるは事物の性質上当然の事柄であつて、この事こそ法科出身者が一般に官吏として最も歓迎される最大の原因である。そうだとすれば、事務官の採用に當つて専ら法科的科目の試験を行うのはむしろ当然でなければならぬ。この故に法科的試験科目を必要以上に減少しつつ、事物の性質上むしろ不必要なる文科的科目を加えんとするが如きは、近代的国家における官僚の性質を正当に理解せざるがために起る俗論であつて、吾人の到底賛同し得ざる所である。無論私といえども一

下級官吏と法学的素養

下級官吏の末に至るまですべて完全な法学的素養を持たねばならぬと言う程無理な注文を出す訳では素よりない。しかし法規に依つて事を処理するに際しその法規制定の精神を考え章句文字の末に捉われずして先ず誰が見てもなるほどと思われる程度の判断を与え得る能力をもつことは官吏として有すべき最小限度の資格であると思う。かくの如き能力をもたない者は一般に法規を知らない場合の方が反つて常識的に振舞うことが出来る。生中法規を知ると反つてそれに縛られて没常識な行動をするようになる。この故に法学的素養のない者に法規を取扱わしめるのは一般に甚だ危険であつて、吾々が今ここに下級官吏の法学的素養を問題にするのもけだしその危険を恐れるからである。

最近新聞紙の報道する所に依ると、選挙肅正運動の結果、取締が不当に嚴重となり、極端な事例としては通行人がたまたま路傍に倒れている立看板を立て直したために選挙法違反に問われたと言うような馬鹿馬鹿しい事件があつたそうであるが、吾々の考えに依るとかくの如き笑話にも類する事柄が實際上発生する原因は警察官憲の法学的素養が不足していることにあるのだと思う。某紙はこの事件を批評してその原因を当該警察官の常識不足に求めているけれども、吾々の考えに依ると彼に欠けていたものは常識ではな

くして法学的素養であったのだと思う。彼の常識が現在のままであったとしても、彼がたまたま「議員候補者、選挙事務局長、選挙委員又は選挙事務員に非ざれば選挙運動をなすことを得ず」と言う取締法規の存在を教えられていさえしなれば、決してかくの如き没常識な行動をする恐れはなかつたのである。しかるに彼は法規の存在を教えられつつ不幸にしてこれを正しく運用するに必要な法学的素養をもっていないかつた。その結果通常人としては立派に常識をもっているはずの彼が職務に忠実なるの余り警察官として極度に没常識な行為を敢えてしたのである。欠けていたのは常識ではなくして実は法学的素養に外ならない。もしも彼に普通の法学的素養があつたならば通常人としての常識は現在のもままであつても決してかくの如きことはしなかつたであらうと吾々は考える。

最近大審院第二刑事部は島根県木炭検査規則第一条(本県内において生産したる木炭は本令に依り検査を受くるに非ざればこれを県内において授受し運搬又は県外に移出することを得ず)の規定に付いて、[※]「自家用として製造したる木炭を引取ること」は同条にいわゆる授受又は運搬に該当せずとの解釈を与え、これに依つて養蚕実行組合の組合員等が経費節約の目的を以て他人をして製炭をなさしめ検査を経ずして直接これを引き取りたる行為を無罪とする旨を判示しているが(昭和十年(335)六月二十七日集刑、七三八頁以下)、吾々から見るとこの判旨を賞揚する前に、むしろ先ずかくの如き事件を問題にした警察検察その他の関係者の法学的素養を問題にせざるを得ないのである。法規制定の精神を正しく理解することさえ出来れば、農村経済の自給自足化が力強く要求されている今日、かくの如き行為を犯罪視するようなことが当該官憲に依つて行われるはずは全然あり得ない。少なくともかくの如き事件が大審院の判決をまで煩

IV

文化·学芸

著作権は差押え得るか

—

著作権は差押え得るか。著作権者の債権者は債権の満足を得るために著作権を差押えて競売に附し得るか。この問題に関しては多くの国において二つの互いに相反した考え方が対立して存在する。既に問題が或る程度まで立法的に解決されている国においてすら、考え方の対立は依然として存続している。そうしてそれが解釈論の上でそれぞれ特異の働きを示している。

元来著作権は人の精神的労作の成果であるから、同時にそれが財産的価値をもち従って財産権として取扱わらるべき方面をもっているとしても、これを純然たる財産権と全然同様に取扱う訳にゆかない。出版その他の方法によって金銭に代え得る方面だけを考えると確かに財産権的性質をもっている。しかし著作者の精神的作出物でありその人格の発露である方面を考え合わせると、たとい出版その他公表の後といえども全然これを著作者その人と切り離して取扱う訳にゆかない。この財産的及び人格的なる二つの性質が併び存している所に著作権の特質があり、その性質のいずれに重きを置くべきかについての見解が分れ

る所に学者の意見の対立が生まれるのである。

ドイツのギールケ (Otto Gierke) のようにこの権利の人格的方面の重要性を強調する学者は、これを一種の人格権 (Persönlichkeitsrecht) なりとする。従ってたとえ著作者の意思を以てするもそれを「本体的」(seiner Substanz nach) に著作者から引き離して他人に譲渡すことは出来ない、その譲渡の許されるのはわずかにその「行使において」(der Ausübung nach) のみである。いわんや著作者の意思によらずして著作権の人格的本体が著作者から引き離されることはあり得ない。著作者自らの著作権行使から流出する財産権的諸権能は差押えることが出来ても、その人格的本体はこれを差押えることが出来ないと言っている。

これに反してコーラー (Josef Kohler) は著作権を財産権的範疇に入れるために「無体財産権」(Immaterialgüterrecht) なる概念を作出した。無論彼もまた同時に著作権に人格権もしくは個人権的方面の存することを認め、従って財産法的原理がそのまま無制限に適用されることはこれを認めていないけれども、ギールケが著作権の本体を人格権なりとしているのに対して、その本体をむしろ財産権なりとする点において明らかにギールケと対蹠的立場に立つものと言うことが出来る。従ってコーラーによれば既に著作が出版その他公表された以上著作者の人格を離れて独立の存在を取得するに至り、従って債権者も自由にこれを差押え得るに至るのである。

もともとコーラーその他著作権の財産的方面を強調する学者も決してその人格権的方面を尊重することを忘れてはいない。殊に明文上この人格権的方面について何等規定する所なきフランス著作権法の下においてすら、学者が一般に著作権の内容として「道徳的権利」(droit moral) の存在することを認め、これに

よつて財産法的原理の適用を調節緩和し、以て著作者の著作物に対する人格的利益を極力保護することに力めてゐることに注意する必要がある。この事は明文上専ら唯財産権的方面のみを規定しているに過ぎない吾が著作権法の解釈についても同様に注意せらるべきであつて、この注意を怠る限り著作権差押の問題は勿論、著作権に関する一切の問題を適当に取扱うことは出来ない。

二

かくの如く著作権の性質及びその差押問題に関しては互いに対立する二つの見解が行われている。しかし問題は要するに著作権の財産権的性質と人格権的性質との調和を如何にすべきかの点に存するのであつて、調和の方法についてこそ意見の鋭い対立があるものの、調和の必要を認めずして専ら一方の性質のみを強調する学者は存在しないのである。ギールケのように人格権的性質を強調する学者も、著作権が行使される過程において現われる財産的流出物を差押えることは勿論これを認めている。唯彼が否定しているのは著作権それ自身を本体的に著作者から引き離すことである。これを引き離すによつて著作物に対する著作者の人格的支配が根本的に破壊されることを彼は恐れているのである。同様にコーラーの如く著作権の財産権的方面を強調する学者といえども人格権的原理によつて財産法的原理の適用を緩和することを忘れてはいない。著作は唯著作当時における著作者の人格を表現するものに過ぎないから、絶対にこれを著作者の全人格と分離すべからざるものとする必要がない、著作が完成し且つ公表された以上著作はその時において外物化する、従つて以後は主として財産法的原理の適用を受くべきが当然であり、唯著作者の

V

家族
・
親族

淳風美俗と親族法の改正

本篇は先頃法制審議会が議了した民法親族篇改正要綱を批評したもので、大正十四年〔1925〕六月から七月へかけての『国民新聞』に発表されたものである。

一 はしがき

法制審議会は長い幾度かの審議を重ねた上、先頃終に民法親族法の改正要綱を議了した。

その詳細は今日なお未だ正式に公表されていないため、局外者には充分その内容を知るの途が開けていないけれども、雑誌を通じて新聞紙を通じて吾々の知り得た所だけを以てしてもその議決された事柄が一般国民の私生活、殊に身分関係にとって極めて重要な関係をもつものであることを知ることが出来る。

この故に私はこの改正問題に向つて一般国民の注目を促し、これをして一般輿論の論題たらしむるの必要があると考ええる。従つて政府当局者に向つても一日も速やかに改正要綱の詳細を発表して一般輿論の批評を聴かれんことを希望してやまないのである。

なるほど法制審議会の組織は独り吏僚のみから出来てゐるのではない。広く法曹界の元老先輩ないし最

高知識を網羅した立派な委員会である。しかしながら法律の制定は決して法律技術者としての法律家のみによって完全になし遂げ得るものではない。又審議会の包容している法律家は多く法曹界の元老であり先輩であつて、日に日に新たな新しき日本のために新しき法律を考えねばならない委員会としては余りに保守的分子のみから組み立てられている。

吾々はかくの如き審議会によって議決された改正要綱がそのまま立法技術者の手に引き渡されて改正法律案となり、そうしてやがて議会に提出されて、充分輿論の批評を聴くこともなく、単に利害問題や党争の片手間を以て深い慎重な研究審議を経ることなしに——恐らくは精々一、二字句の修正を加える位のこととで簡単に可決されるに至るであらう将来を予想すると、どうしても今の内に、即ち問題が立法技術者の手に渡らない内に、事柄を一般公衆の眼前に公示してその遠慮なき批評をきくことが絶対的に必要であると考ええる。

制度上より云えば議会は法案に対する一般輿論の批評をきくための機関である。けれども今日議会の実情を以てこれを推せば、利害問題と党争とに忙しい議会は実質上最早法案の内容に向つて批評を加え得る機関とはなっていない。重要な大法律案といえども議員の利害ないし党利に関係なき限りほとんど吏僚ないし立法技術者によって立案された原案のまま易々と通過するのが一般の例である。果して然りとすれば、今日制度上民選議会の協賛を経て制定されるはずの法律が、実は吏僚ないし立法技術者の手によって勝手に作られており、そうして一般民衆には有効に批評を述べべき機会がほとんど与えられていないこととなるのであつて、かくの如きは或る意味において議会在が私利党争のみ没頭して専心国民幸福を考えること

を怠っている間に官僚専制の政治が復活しつつあるものと謂わねばならぬ。

なるほど最近政府が重要な法律案を立案する前には法制審議会その他委員会の意見をきくのを通常の例としている。そうしてそれ等の委員会には多くの場合いわゆる民間の学者ないし有識者専門家等をも入れている。けれども、かくの如き人々の選定が全く政府の意見に一任されている以上、これを通して真に一般国民の公平な意見批評をきき得べしと予想するのは全然誤っている。吏僚は結局において彼等のきかんことを希望する意見のみを聴き得ることとなって、真に遠慮なき公正な批評をきくことが出来ない。かくして名は議会政治にして立法の実ほとんど吏僚ないし立法技術者の手中に壟断せらるるの実状を呈しつつある。

私は決して吏僚の民福を思う誠意を疑うのではない。又立法技術者の優秀なる技能を否認するのでもない。唯いやしくも立憲政治を標榜し民衆のための国家、民衆のための法律たることを口にする限り、今日事実において行われつつある立法過程の余りにその標榜する所と離れつつあるを遺憾とするのである。それも事が刑事訴訟法の如き又民事訴訟法の如き直接一般国民の日常生活に関係する所なき法律に関するならばまだしも、民法殊に親族法の如き直接吾々の身分関係に関係する法律がかくの如き手続を以て擅断的に制定せらるることは立憲治下における一般国民の到底堪え得べき処ではない。

政府が委員会を組織して専門家ないし有識者の意見をきくのは無論大いによろしい。しかしながら同時に委員会の決したる所を一般に公表して各方面の遠慮なき批評をきくことはそれにも増して更に必要である。私は吾が国政府の当局者もよろしく欧米諸国において行われつつあるが如く立法手続の中途において

なるべく速やかに原案を公表して一般民衆の批評をきくべく努力されんことを希望してやまないものである。私が今この小稿を起すに至った理由は実にこの立法に対する民衆の批評を盛んならしむべき一機縁を作り出さんとするにある。素より批評の対象たるべき改正要綱の詳細は未だこれを知り得ざるが故に、ここには単に主として新聞雑誌を通して知り得た程度の事実を材料としつつ、審議会において議せられた事柄の如何なるものであるかを説明すると同時に、これに対する一応の批評的意見を述べ得るに過ぎない。更に一層学術的なる精緻の議論は将来改正要綱の詳細が正式に発表せらるるの日を俟つにあらざれば到底これをなし難い。私はその日の一日も速やかならんことを国民一般のため切に希望してやまないのである。

二 行為規範としての法律と裁判規範としての法律

立法のことを論ずるに際して、吾々の常に先ず考えねばならない事柄は、社会的行為規範としての法律と国家的裁判規範としての法律との区別及びその相互的關係である。世の中には吾々が日常生活を営むに際して守らねばならない幾多の社会的行為規範がある。その中には道徳的規範と名付くべきもの、礼儀と名付くべきもの、単なる仕来りとして名付くべきもの、その他色々の種類を認め得るけれども、その中に法律的規範として認め得べきものの多数存在することもまたこれを否定し難い。例えば、借りたものは返さねばならぬ、故なく他人に損害を加えたものはこれが賠償の責に任ぜねばならぬ。その他吾々の日常生活上守るべき行為の規範にして「法律的」と名付くべきものの多数存在することはこれを否定し難い。素より具体的個々の規範についてその何れが道徳的であり何れが法律的存在かを具体的に分別することは

子に罪をきせる話

子供がイタズラをして他所の子供に怪我をさせる。「何分まだ物の解らない子供のしたことですからどうぞ悪しからず。」これがそうした場合の親の口から出る世間普通の詫口上である。ところが法律の世界ではうっかりそんな詫口上を言おうものならトンダ損をする。利巧な親はなるべく罪を子供に着せて「家の子供は利発者ですから自分のなしたことの悪いことは重々存じているはず、お小言があるなら直接子供に言つて下さい」と言うような返事をするに限るのである。

と言うのは、吾が民法によると、

「未成年者が他人に損害を加へたる場合においてその行為の責任を弁識するに足るべき智能を具へざりしときはその行為に付き賠償の責に任ぜず」(第七一二条)、即ち未成年者が自己の不法行為に対して責任を負うのは「その行為の責任を弁識するに足るべき智能」を具へている場合にのみ限り、それを具へない場合には未成年者自らに責任なく、その代わり「これを監督すべき法定の義務ある者」例えば親権者が「その無能力者が第三者に加へたる損害を賠償する責に任」ぜねばならない(第七一四条)。即ち子供に「その行為の責任を弁識するに足るべき智能」があれば子供自ら賠償責任を負うべきであつて、親には何

等の責任なく、これに反して子供に智能がない場合に始めて親が責任を負うこととなるのである。ところで吾が国現在の財産法は極めて個人主義的に出来ているから、子供の財産と親の財産とは全然別物である。従って子供が賠償責任を果たすについては子供の個人的財産のみがその引き当てになるのであって事実上子供に何等の財産がない以上、親が如何に富裕であろうとも、被害者は事実何等の賠償を受け得ないと言ふ不都合な結果となるのである。だから被害者の側から言ふと——子供は通常ほとんど財産をもっていない吾が国現在の実情に鑑み——なるべく子供を被告とせずに親を被告とする方が有利である。しかしそれには加害者たる子供自らに「行為の責任を弁識するに足るべき智能」なきことを明らかにせねばならぬ。これと反対に、加害者の側ではなるべく——財産をもっていない——子供を矢面に立てて法律上の責任を負わせ、そうして親はその陰に隠れて責を免れてしまふ方が利巧である。しかしそれには直接の加害者たる子供に「行為の責任を弁識するに足るべき智能」あることを主張する必要がある。つまり「何分まだ物の解らない子供のしたことですから」と言つてあやまる代わり、「イヤ宅の子供は利巧者ですから自分のなしたことの悪いことは重々存じております」と言ふようなことを言わねばならないことになり、反つて被害者の側で「どういたしましてお子さんは別に悪いと言ふことが気がつかずになさつたので何の罪もありません」と言ふような挨拶をせねばならない一種奇怪な現象を呈することとなるのである。

これは無論現在の法律が悪いために生ずるアブノルマルな現象である。子供の不法行為に対しては——子供自らに責任を負わすべきや否やの問題と離れて——常に親をして責任をもたせるように法律を変えさえすれば決してこんな不都合は起らないのである。しかるに現行民法は子供自らをして賠償責任を負わし