



実情の民法学

民法雑記帳正統新選

末弘巖太郎

書肆心水

目次

第I部

(民法雑記帳)

民法雑記帳	はしがき	13
続民法雑記帳	はしがき	15

民法の独自性	19
民法の商化と民法の将来	20
予防法学としての民法学	23
行政的解釈の法源性	26
日本民法学の課題	31
技術の貧困	36
目的ある権利と目的なき権利	40
人格概念の中毒	42
法人学説について	49
私法学説としての国家法人説	52
三の団体型	55
無償契約雑考	60

第Ⅱ部

(続民法雑記帳)

委任雑考 64

信託法外の信託 69

無過失賠償責任と責任分散制度 74

不法行為としての殺人に関する梅博士の所説 76

被害者としての家団 80

同時存在の原則に対する疑い 85

民法学と民事政策 93

判例の法源性と判例の研究 98

法源としての条理 106

理論と立法者の意思 111

法律関係と道義則 116

事実たる慣習 122

法定の型と実在の事実 132

死亡の認定 134

実在としての法人と技術としての法人	138
機関関係の理論的考察	142
公法人私法人の区別	147
任意的記載事項の法律的性質	160
人格なき社団財団の法人化	162
団体財産と信託法理	169
一般信託法形成の必要とその方法	171
土地の概念	176
定義規定の解釈方法——天然果実の意義について	183
考え方の順逆	188
法定果実	192
株式配当金と法定果実	198
名義貸与者の責任	202
時効期間の逆算	211
立木の売買と民法第百九十二条	216
消極的契約利益	221
Clean hand の原則	235

第Ⅲ部

(附録)

- 再び Clean hand の原則について 240
- 不法行為法の再編成 243
- 不法行為と「法なければ罪なし」の原則 255
- 殺人と賠償額算定方法 259
- 団体責任の原理 262
- 法源としての学説 271
- 適法行為による「不法行為」 280
- 音響・煤烟等の災害と法律 288
- 法律と慣習——日本法理探究の方法に関する一考察 292
- 立法学に関する多少の考察——労働組合法に關連して 302

実情の民法学

——民法雑記帳正統新選

凡例

- 一、本書は末弘厳太郎著『民法雑記帳』（一九四〇年、日本評論社刊行）『続民法雑記帳』（一九四九年、日本評論社刊行）が収録する各篇から選んで合冊としたものである。
- 一、『法律時報』に「民法雑記帳」として連載されたもののうち『民法雑記帳』に収録されたものを第Ⅰ部とし、『続民法雑記帳』に収録されたものを第Ⅱ部とした。第Ⅲ部は二書それぞれの附録として収録されたものである。
- 一、本書では左記のように表記の現代化をはかっている。その処理は（引用文が一字一句正確な引用でないこともあり）引用文でもおこなった。
 - 一、新字体漢字（標準字体）で表記した（「欠缺」を除く）。「聯／互／劃／廿」のそれぞれは、現在一般に使われる同義の「連／亘／画／二十」におきかえた。
 - 一、現代仮名遣いで表記した。
 - 一、送り仮名を現代的に加減調整した。
 - 一、鉤括弧の用法は現在一般の慣例によって整理した。
 - 一、句読点を（相互に）加減調整したところがある。
 - 一、踊り字は「々」のみを使用し、その用法は現代の慣例の範囲にとどめた。
 - 一、片仮名語は現在最も一般的な表記におきかえたものがある。
 - 一、同一語の表記揺れを统一的に整理したものがある。
 - 一、片仮名書きの引用文は平仮名書きにおきかえ、引用文冒頭の一字に「▽」のルビを記してそれと示した。
- 一、文中の参照指示の内『民法雑記帳』と『続民法雑記帳』相互に関するものは本書内での参照指示に書きかえた。
- 一、「〔 〕」は書肆心水による注記である。

民法雜記帳 はしがき

『法律時報』に書き続けて来た「民法雜記帳」が大分たまつた。人の勧めにより一本にまとめて出版するにととした。

「民法雜記帳」はもともと特に論文を書くと言ふような重苦しい気持を離れて、唯平素自分の疑問としてゐる事柄を疑問のまま研究題目として同学の土の前に提供して置きたいと言ふ考えから、思い当るままに兼々ノートして置いた事柄を順序もなく拾つて書き綴つたものに過ぎない。従つて中には論旨の十分徹底してゐないものもあり、重複してゐるものもあり、彼此比較して見ると多少の矛盾をさえ感ずるようなものすらあるが、すべてを原文のまま再録することとした。論ずる所多くは甚だ未熟、同学の土の叱正を期待する素よりであるが、もしも私が疑問としてゐる所を同じく疑問と感ぜられて教えを垂れて下さる方があればこれに越した幸いはないと考へてゐる。

附録として掲げた四の短文は雜記帳と前後して別の場所に書いたものの中論旨の多少これと関連するものを選び出したものである。〔附録部分は第三部として収録〕

昭和十五年〔一九四〇〕二月四日

著者

昭和十五年〔1940〕にこの本を出版してからこの方引続き『法律時報』に書いて来た「民法雑記帳」が一冊の本になる程にたまつたので、初めはこの本に載せた分をも合せて序列を新たにし、全体を二巻にして出版したいと考えたのであるが、後に至り幸いこの本の紙型が戦災を免れていることが発見されたので、予定を変えてこの本の分は元のまま重版することとした。新たな分は別にまとめ近く「続民法雑記帳」の名で出版する予定である。

昭和二十三年〔1948〕四月二十八日

続民法雑記帳 はしがき

昭和十五年〔一九四〇〕に『民法雑記帳』を公にしてからこの方、引続き終戦間際まで『法律時報』誌上に同じ題で毎月書き続けて来たものをまとめたのがこの本である。

前の「はしがき」にも書いたように、もともと民法関係の諸問題について平素自ら疑問としてノートして置いた事柄を順序もなく拾って書き綴ったものに過ぎないから、今改めて読み直して見ると中には論旨の説いてなお足らずと思われるものも少なくない。重複して同じことを説いているものもあれば、時には多少矛盾しているときさえ考えられるものもあるが、大体においてすべてを原文のまま再録することとした。

終戦この方関係法令の改正されたものも少なくない。中には主題とした事柄それ自身が廃止されたものもある。しかし、私がかもともとこれ等の諸論で問題にしているのは、物事の考え方それ自身であって、現行法の解釈そのものではないから、関係法令の改廃如何は深く問題とするに足りない。既に改廃されている法令もすべてもとのまま掲げて議論の材料にしているから、予めその点を御承知の上お読みを願いたい。

なお附録として掲げたものの中、「法律と慣習」は、戦時中日本諸学振興会の招きに応じて行った公開講演の原稿に多少の手を入れたものであり、「立法学に関する多少の考察」は終戦後政府の委嘱を受けて労働組合法案の立案に参画していた当時『法学協会雑誌』の需めに応じて書いたものである。いずれも「雑記帳」の諸文と相俟って、私の法学者としての物の考え方を明らかにするのに多少とも役立つと考えて、ここに収録

した次第である。(附録部分は第Ⅲ部として収録)

私は、本書の末尾に掲げた論文「立法学に関する多少の考察」を昭和二十一年(1946)正月の『法学協会雑誌』に発表したのを最後として、その年の三月に大学を去ると共に、労働委員会の実務にたずさわることになった関係から、以後はほとんど純学術的な文章をゆっくり考えながら書く時間をもたないようになった。これは一生を法学の研究に捧げて来た私にとって誠に淋しいことであるが、同時に過去三年間の労働委員会における仕事も学者としての私にとって決して無駄な体験でなかったことを心から喜んでいる。この委員会における活々とした仕事を通して、私は一面永年に亘ってとって来た法社会学的の立場に自己批判を加える多くの機会を与えられたと同時に、他面自分の立場の正しさに関する信念をいよいよ固めることができた。そうした関係から今改めて本書に再録した文章を読み返して見ると、一面自ら反省させられるところが少なくないと同時に、そこに展開されている私の考え方を新たに再び学界の批判にさらして見たいという勇氣を感じるのである。

昭和二十三年(1948)十二月二十五日

末弘敏太郎

第I部

(民法雜記帳)

民法の独自性

民法は一般に私法的普通法だと言われている。民法的法律関係の単位者たる「人」は法律上の標準人であり、彼等相互の間に結成される「法律関係」が最も標準的な合理的な法律関係だと考えられている。そうして「商人」は「人」の中特に商的なものであり、商法は商人の行為又は「人」が特に商的に行為する場合に關する特別法であると考えるのが従来一般の考え方である。

ところが現在の私法原理を心静かに省察して見ると、かくの如き原理をそのまま当てはめて差支ない標準人は商人であつて、商人こそそのまま民法上の「人」として取扱われる資格をもつもののように思われる。商人及びその商的行為は私法原理に依つて割り切れる。これに反して非商人たる一般人は「人」として取扱われるべく余りにも多種多様である。従つて民法こそ反つてその多種多様性に應じて特別法的原理を多分に具備する必要があるように思われる。

資本主義はすべての人をして商人たらしめる傾向をもつ。従つて資本主義的私法の下においては、商人こそ反つて標準人であつて、さればこそ民法が漸次「商化」するのである。

マルクスは資本主義社会における標準人の性格に付いて「諸商品は自身で市場へ出かけ且つ自身で自分と交換することは出来ない。だから吾々は彼等の保護者を、商品所有者を、見付けねばならぬ。諸商品は物であり、且つそれ故に人間に対して無抵抗である。もしもそれが従順でなければ、人間は強力をを用いることが出来る。言い換えればそれを掴むことが出来る」との説明を与えているが、パシュカーニスはこれに法学的

説明を与えて「資本主義社会は先ず第一に商品所有者の社会である。この事は生産過程における人の社会的関係がここでは労働の生産物の中に物質的なる形態を獲得し価値として互に関係し合うことを意味する。商品——これは有要なる本質の具体的なる多様がその中において、一定の比例で他の商品と交換せられる手段たる・価値の抽象的性質のただ簡易なる物質的な外被となる所の・対象である。この本質は人の意思からは全く独立してその背後に存在する自然法則によつて物自体として存在するものである」と言っている。しかしこの「人の意思からは全く独立してその背後に存在する自然法則によつて物自体として存在するもの」、それこそは資本主義的私法の想定する「人」に外ならないのである。この故に資本主義社会では有償的行為のみが合理的であつて、義理人情その他寛容的なものはすべて不合理として排斥される。

ところが實際社会における——商人にあらざる——普通人は「商品所有者」としての性格の外にもつと複雑な「人間」としての性格をもっている。彼等は商品所有者としての「人」である以上にもつと複雑な性格をもっている。

さればこそ権利濫用の法理・公序良俗の原理・信義誠実の原則等が民法の世界において特にその価値を發揮するのであつて、これこそ資本主義原理に反抗して人々の人間的要求を認容せんとする民法的原理に外ならないのであると私は考える。この原理を学理的に組み立てる仕事こそ今後の民法学者に課せられた重いそして興味ある責務なのではあるまいか。

民法の商化と民法の将来

かつて「民法の独自性」と言う標題の下に、現在の民法及び民法学がその基礎的概念と認めている「人格」に付いて私の平素抱懐している疑いの一部を述べて置いた。ところがその後当時私が同文に依つて言わんと欲していた趣旨が読者に依つて十分に理解されなかつたらしい事実を発見したので、ここに重ねて同じ問題を取扱つて置きたい。

従來の通説に依ると、民法は一般私法である。商法が商人もしくは商取引に関する特別私法であるのに対して、民法は一般人の一般私生活に関する一般私法であると考えられている。即ち民法のいわゆる「人」が一般私法關係の單位者であつて、商人は「人」プラス α であると考えられている。しかるに實際上いつの間にか「人」と「商人」とが置き換えられて段々に「商人」的なものが一般私法の標準人として考えられ、その結果従來商人にのみ妥当すと考えられた私法原理が段々に普通の「人」一般に適用されるようになる傾向がある。學者の「民法の商化」と稱する現象が即ちそれである。しかしてこの事は資本主義社會においてはすべての人が段々に商人化し、商人的に振舞うことが人として合理的に振舞う所以であると考えられるようになる傾向に対応するものである。ところが實際の人間社會を事實に付いて觀察すると、なるほど人間が一般に段々商人化する傾向はこれを否定し得ない。従つて従來商人社會にのみ妥当すと考えられた私法原理を押し拡げて一般人にもこれを適用する必要が漸次増大する傾向は確かにこれを認めなければならぬけれども、しかも商人ならざる一般人は結局かくして商化した私法原理をそのまま受け容るるに適しない人間性をもつており、従つて民法が「商化」すればする程商人ならざる一般人は彼等の性格に適合するように私法原理が修正されることを要求するようになるという傾向を看逃し難い。

即ち民法の商化と言う現象は資本主義社會においては一般人が段々に商人化する傾向があると言う事實に基礎を置く法律變化の傾向を現わすものに外ならないのであつて、しかも現實においては一般人は法學者が

普通に考える程一般に商人化しない。従つて商化した私法原理をそのまま適用されるに適しない性格を多分にもつてゐる。従つて民法が商化すればする程一般非商人は彼等に適用せらるべき私法原理に「人間」的モディファイケーションの加えられることを要求するに至り、かくして事を極端に考えると民法が段々に商化すると結局商法が一般私法になつて民法が反つて到底商人になり切れない一般普通人のための特別私法になるのではあるまいかと言ふ疑いを私は抱いてゐるのである。現在でも公序良俗、権利濫用の法理、信義誠実の原則等の修正原理が商法におけるより遙かに多く民法において必要とせらるるものは、現在の民法原理すら既に余りに商化し過ぎており、従つて一般普通人はその適用に堪えないと言ふ事実を物語るものではないかと考えられるのである。

商法の適用に堪えることが出来ない商人はよろしく商人をやめるがいい。商人をやめてもなお活きる道がある。民事訴訟法の適用に堪えない弁護士はよろしく弁護士をやめるがよろしい。弁護士をやめても別に活きる道はいくらでもある。ところが民法の適用に堪え得ない人間は人間をやめる訳にゆかない。人間をやめることは死ぬことである。如何に民法が商化するのが当然であるとしてもそれがために人間を殺す訳にゆかない。さればこそ権利濫用や信義誠実の原則が商法や民事訴訟法におけるより民法において遙かに意義をもつと私は言うのである。

無論民法が如何に商化する傾向があるとしても身分法がその傾向の外に立つことは言うまでもない。又物権法は財に関する一般私法であつて、財に一定の法的定型を与えることを目的とする法律に外ならないから、それが民法商法の別なく同様に妥当するのは当然である。これに反して民法総則中法律行為に関する規定及び財産的取引に関する債権法の規定は、その内容が商化すればする程、反つて商人にのみ妥当するものとなり、一般普通人のためには反つて或る修正原理を必要とするようになる。ところが現在ではその修正原理が

どうも目の子算的にしか適用されず、商化された民法に民法的な独自の修正を加える原理とその適用とが未だ全く科学的に整備されていない。

予防法学としての民法学

予め法の何たるかを明らかにして争いを事前に防ぐことが法学の大理想でなければならぬことは今更言うまでもない。ところが在来の民法学は争いの存在を前提としつつそれに適正な法的解決を与えることを主たる目的としており、予防的方面は第二次的にしか考えないのが今まで一般の傾向である。

この事は、現在の民法を構成している法規の多数が裁判規範であることと密接に関係している。民法法規の多数が直接社会に構成的作用を与えることを目的とせずして、社会関係の構成はむしろこれを自然に放任しつつ、単にその間に発生すべき争いを裁断する規準を用意すると言う考えで作られている以上、これを材料とする民法学が対訟法学的になるのは当然であるけれども、裁判規範たる法規にも間接的には社会構成の作用あること、及び、民法法規の中にも裁判規範たると同時に直接社会構成の作用を目的とするもの又は主として社会構成的作用を目的とするものが多々あることを考えに入れて見ると、在来の民法学が主として対訟法学的であって、予防的方面を看却していることは確かに甚しい欠点であると言うことが出来る。

民法的法規の中でも、物権法及び身分法上の諸法規は社会構成的作用の顕著な法規である。債権法の諸法規は自由に放任せられたる社会関係を前提としつつその間に発生すべき争いを裁断する規準として用意されているのに反し、物権法は現実の物権関係をすべて民法の用意した形式に従って構成せしめることを理想としており〔七五条参照〕、身分法もまた現実の身分関係をすべて民法の規定する形式に従って構成せしめることを理想としている。しかしてその関係の現実的存在を明確ならしむる道具として前者のためには登記、後者のためには戸籍の制度が用意されている。現実の物権関係を登記簿に記入せしめ、現実の身分関係を戸籍簿に記入せしむるに依ってこれを明確ならしめ、以て争いの発生を事前に予防すべき用意がなされているのである。

従つて、学者がこの種の法規を解釈法学的に取扱うに當つては、その法源として単に判例に注目するのみならず、司法当局に依つて与えられた指令通牒回答等行政的の解釈ないし取扱例にも注意する必要がある。法曹会決議の如き半官的解釈さえ軽視することが許されないのである。この種の法規においては行政的解釈が登記簿ないし戸籍簿の實際的構成を支配する。これに依り法律関係の記帳が正確なることに依つて、法的安全が確保され、争いの発生が予防されるのである。この故にこの種法規の研究においては、学者も従来よりは一層行政的解釈例の重要性に留意すべきであつて、判例の研究のみを以て足れりとすべきではない。裁判所が裁判を与えるに當つても、行政的解釈例の如きは理論上何等の法源的価値がないなどと軽く考へて、登記簿ないし戸籍簿を通して確立されている現実的秩序を濫りに破壊するが如き態度をとるべきではない。無論制度上裁判所には独自の解釈権能があるけれども、その解釈に當つてはそれに依つて与えられる裁

判がかくして一応確立されている現実的秩序の上に如何なる影響を及ぼすかを十分に考慮する必要がある。この事は素より当然、今更言うを要せざる事柄のようであるが、今までのように対訟法学的にのみ民法を考へるとかくこの種の考慮が怠られ易いから、特に注意を促す次第である。

かつて大審院が工場法の解釈に当つて内務省社会局年来の解釈例と矛盾した判決を与えたため無用に實際上の不都合を生ぜしめたことがあるが〔昭和七・三・三二民一判決「民集」二卷五六五頁、かくの如きは工場法その他労働法の法規が一般に裁判規範たるよりはむしろ主として社会構成的作用を旨す法規であり、従つて物権法身分法におけると同じくここでも実際上は行政的解釈例ないし取扱例が法源として重要性をもつことを忘れた不当の態度であると私は考へている。

ただし裁判所をしてかかる過誤に陥らしめるについては、従来対訟法学的にのみ事を考へ勝ちであつた学者の法源論にも責任があるし、又行政官庁の解釈がややともするとその場その場の特殊事情に捉われ過ぎて慎重な一般的考慮を忘れることになり易い欠点があることも同時に一の原因として考へることが出来る。予防法学的見地から考へると、なお大いに研究を要する重要問題がこの間に伏在していることを指摘せざるを得ないのである。

三

債権法、殊に契約法の如き主として裁判規範たることを使命とする法規に關しても、予防法学的見地から見ると大いに考へねばならないことが非常に多い。

先ず第一に、現在我国では証拠法の価値が非常に軽く見られているけれども、予防法学的に考へると法定証拠主義的の考へ方を加味して事前に争いを予防する方法をもつと完全にする必要がある。事を合理主義的

に簡短に考えると、法定証拠主義の価値を軽視する弊に陥り易い。法定証拠主義に依って許さるべき証拠を限定することが如何にも不合理であるように考えられるけれども、予防の見地よりすれば証拠の限定に依って証拠の自然的保全を計り、引いては契約の定型化を計り、これに依り法律関係を明確ならしむるに依って争いを予防することの価値を重視せざるを得ないのである。

次に又法的実践においても現在では、弁護士対訟的作用が公証人の予防的作用に比べて遙かに重く視られてゐる傾向があるけれども、弁護士の仕事に付いてすら吾々は今後益々それが予防的方面に向けられることを希望するし、実際にもまたその傾向があるように見受けられる。殊に吾々が最も望むのは、公証人の予防的職能が今より一層重要視せられ、大いにこれを利用して現実的法的安全を樹立するような各種制度の改革が行われることである。

従来でも学者はしばしば法的安全を口にするけれども、対訟法学的考え方に依って作られる法的安全は抽象的であり観念的であるに過ぎない。その現実社会に及ぼす効果は間接的に過ぎない。今後吾々の目指すべきは予防法学的見地よりする具体的現実的の法的安全を樹立することであつて、吾々は民法学者の注意が今後一層この方面に向けられることを希望してやまないものである。

行政的解釈の法源性

改正前の工場法施行令においては、工業主の支給すべき扶助料の金額を規定するに付き、賃金日額を基準として賃金何日分以上を支給すべしと言うような規定をしていた。しかして当時内務省社会局では、この賃金何日分以上なる文句を解して、法定の何日分までは法律上の義務としてこれを支給すべきも、それ「以上」は工業主において道義上なるべく支給して欲しいと言う訓示の意味である、即ち工業主に対し特に恩恵としてその支給をなすべきことを勧告するの趣旨であると解していた。この解釈の当否に付いては初めから疑義を挟む余地が大いにあったと私は考えるのであるが、ともかくこの解釈が社会局の有権的解釈として永く工場法施行当局の間に行われていたことは事実である。

ところが昭和七年〔1932〕に至つて大審院は突然この点に関して全く異なりたる解釈を与え、工場法施行令第八条は「賃金[▽]三百六十日分以上の遺族扶助料を支給すべし」と規定しているが「三百六十日以上幾日分の金額を支給すべきやは各場合における諸般の事情に依り判断すべきものなれば」原裁判所が原判示の如き事情を斟酌して「遺族扶助料として四百五十日分金七百五十六円を被告人に支給すべきものと判断したるは不法に非ず」と判示した〔昭和七・三・三二民〕判決『民集』一巻五六五頁。この解釈によると、法定の何日分は支給せらるべき扶助金額の最少限度を示すものに過ぎず、それ以上は「各場合における諸般の事情に依り」実害の最大限度まで支給せねばならぬと言うのであるが、これは明らかに扶助制度の根本精神を無視した不当の解釈である。工場法が民法の規定する不法行為の一般原則を離れて、故意過失の有無に関係なく又損害金額の如何を問わず、一定の事故に対して一定の基準化された扶助金額を支給すべきこととしているのは、これに依つて一面扶助義務の有無及び内容を明確にしてその履行に関しなるべく争いを残さざらしめんとするもので

あり、他面においては工業主に無過失責任を課する代わりにその責任額を法定化してなるべく経営上予知し得べきものたらしめんとしているのである。従つてもしも大審院の言うように、事情の如何に依つては法定日分以上いかほどでも要求し得るものだとすれば、扶助制度の精神は根本的に否定されることとなるのである。

そこでこの判決に接した社会局はやむを得ず工場法施行令の改正を企て、その結果現在のよう扶金額の規定中から全く「以上」の文字が取除かれることとなつたのであるが、この事件に接して吾々の氣付いたことは、先ず第一に行政官庁の解釈は下級官庁に対して法律上正規の拘束力をもち、従つて民間の關係業者にとつても事実上極めて強い強制力をもつものなるにかかわらず、裁判所に対して制度上全く無力であり、それがため裁判所が行政官庁多年の慣行的解釈を無視した判決を与える、その解釈の上に築かれた多年の慣行も一挙に覆されることになる、次に考えさせられたのは裁判所はかくの如く行政的解釈を無視するに付いて無制限に自由であろうか、又自由であつて差支ないものであろうか、もし差支があるとすればその限度は何所に置かるべきかと言ふことである。

事変この方行政のあらゆる部門に統制的傾向が強く現われつつある。それがため在来の形式的法律主義の思想よりすれば甚だ法的安全を害するの虞れありと考えられる程行政的裁量の余地を広く残している法令が数多く制定された。しかしその運用の公正を期するため主務官庁においては多数の通牒を下級官庁に發し、これに依つて行政の實際が組織され又動いている実情であるが、もしも上述の通りこれ等の通牒に現れた行政的解釈が裁判所に対しては全く無力なものであるとすると、今後問題の起る余地が大いにある。私はその将来を憂うるが故にここにその対策に関して多少の意見を述べて置きたいのである。

そこで先ず第一に注意すべきは、従来司法省当局が登記戸籍その他に関し指令通牒回答の形で与えていた行政的解釈が裁判所において如何に取扱われていたかと言うことである。

ここでもこれ等の行政的解釈が法律上下級官庁を拘束しそれによって實際上法的秩序を組織するに役立つことは疑いなき事実であるが、裁判所は法律上全然かくの如き解釈に拘束されない。裁判所は行政的解釈を与えたものが司法省当局なると否とに関係なく全く自由に解釈するの権限を有する。この点形式上の理論として疑いを容るべき余地は全く存在しないのである。

しかし、従来裁判の実際を見ると、上述の昭和七年(1932)の大審院判決が社会局多年の解釈を無視した程露骨に司法省当局の行政的解釈を否定した例はほとんど全く見当らない。制度的に言えば、行政的解釈はたとえ司法省当局に依つて与えられたものといえども裁判所を拘束する力なきことは素より言うまでもない。それにもかかわらず、それが事実上裁判所に依つて尊重されているのは何故であるか。この点に関しては司法省と裁判所との間に人的な密接の関係があり、法律の解釈等に関しても自ら両者の間に諒解が成り立ち易いことが事実上この種の結果を惹き起す原因であると言うような常識的な解答も一応成り立ち得るけれども、私はこの点をもう一層深く理論的に掘り下げて合理的な原理を見出す必要があるように考えるのである。

元来判例が何故に法源性を有するかの問題でさえも、その根拠を制定法に求むる限り解決は全く不可能である。それにもかかわらず、今日学者の多数が判例の法源性を肯定するのみならず、大審院自らもまたしばしば「云々は当院多年の判例とする所なり」と言うような理由附けに依つて裁判を与えているのは、法的安

全確保のためなるべく先例を尊重することが望ましい、必要やむを得ざる理由なき限り無闇に先例を無視



第II部

(統民法雜記帳)

民法学と民事政策

刑事に刑事政策があると同じように、民事に付いても民事政策があつていいはずである、否、あるべきであるとは考えている。

しかるに、従来の民法学は、争いの存在を前提としつつ、それに適正なる法的解決を与えることを主たる目的としており、予防的方面は第二次的にしか考えていない。この弊を矯むるの必要あることを私はかつて「予防法学としての民法学」と題して多少論じたことがあるが〔本書三頁以下〕、ここにその考えを更に一層推し拡げて民事においても民事政策的考慮の必要なる所以を明らかにし、それを可能ならしむべき方法に付き多少の意見を述べて見たいと思う。

民法法窮極の目的が民事的法秩序の社会的実現を期するに在る以上、吾々が一面において極力民事に関する争いの発生を予防することに努力せねばならぬのは勿論であるが、同時に他面において発生したる争訟に対して法的解決を与えるに当つても、その解決が事件の実質に対して如何なる影響を与えるかを考へて、当該の生活関係に正しき法的調整を与えることに最大の注意を払わねばならず、ひいてはその解決が社会に及ぼす影響をも考へて同種紛争の発生を一般的に予防することにも留意せねばならぬ訳である。しかるに、従来民事の裁判官は与えられたる争訟に対して合法的な法的裁断を与えることにのみ腐心して、それが窮極において当該事件の実質的処理として具体的に妥当するや否やを多く意としないように見える。無論刑事にお

いても実際の裁判がすべてそうした意味において理想的に行われているや否や大いに疑問であるとしても、少なくともそこでは裁判の理念として特別予防並びに一般予防的效果を考慮に入れることが要請されているのである。これに反し、民事に付いては唯単に当面の争訟に対して合法的な裁断を与えることのみが要求されているだけで、現行の民事訴訟法も専らその目的に合うように出来ており、民法及び民法学もその線に沿って作られ又考えられている。

しからば、これは民事裁判の本質上当然のことであって、必至やむを得ざる事柄なのであるうか。否、私は決してそう思わないのである。民事においても裁判窮極の目的が当該事件そのものに実質的に法的調整を与えて民事的秩序を社会的に実現するにあらねばならぬのは勿論であって、民法及び民事訴訟法をその目的に沿うように改革する必要も絶対的であると私は考えるのである。

しからば、かかる改革は可能であろうか。それを可能ならしむべき条件は何であろうか。

二

何よりも先ず第一に注意せねばならぬことは、現行の民法が法的安全の要請を貴重するの余り、簡単な少数の原理に依つて機械的に万事を律しようとしていることである。

かかる民法の基本的機構が、如何に民事の裁判を民事政策的に見て不当なものに陥らしめているかを、人々は一 generally 認識していないのであるが、それは結局現行制度の下に住み慣れて吾々一般の法的感情が麻痺している結果に外ならないのであって、もし視界を広くして法史的にもしくは比較法学的に事を考えて見れば、吾々は容易に現行民法におけるこの種の欠陥に気付くことが出来るのである。

手近な例をとって見ても、『法律時報』第十五卷十一月号に掲げられたスポモ氏の論文は、インドネシア

の村落裁判が吾々の場合に比べて遙かに複雑な原理の下に行われていることを教えている。そうして、かかる裁判が吾々のそれに比べて遙かに民事政策的に妥当なものであることは吾々の容易に気付き得る事柄である。吾々の場合どうしてそのような裁判を行うことが不可能なのであろうか。社会的諸条件が互に相当違うと言ふことは無論これを無視し難い。しかし、それを考慮に入れて見ても、彼において可能なものが必ずしも我において絶対に行われ得ないとは考え得ないのである。スポモ氏の論文の一筋に次のようなことが書かれている。

「ヨーロッパ体系における『物権的権利の法』と『対人の法』との区別をアダット法に適用することは困難である。何故かと云うに、物に対する或る人の権利の擁護は、アダット法に依れば、特に裁判官に委せられているのであるが、裁判官は権利に関するすべての争いを『利益法学』(Interessenjurisprudenz)のやり方で審理するからである」。

「例えば、Aがすべてのアダット法規を考慮した上で、Bからサワー(水田)を買ったとする。Aはそのサワーを実際にBの所有物であると信じ、そうして村長の承諾を得てそれを買った。後になって、そのサワーの所有者はBでなく、Cであることがわかった。ヨーロッパ的体系によればAはそのサワーを自分の物にすることが出来ない。何故かと言うに、Aの権利は『物的な』或いは『絶対的な』(完全な)性質を有するCの権利に対抗して主張することが出来ないからである。アダット法の体系においてはそうはならない。この法律体系においては裁判官は一方では買主(A)の利益を、他方ではサワーの持主(B)の利益を判断しなければならぬ。サワーに対するCの権利は保護されねばならない。しかしアダット法に従って誠実に行動し且つアダットの酋長の助力を信頼したAも保護されなければならない。この様な争いにおいては裁判官はその土地とこれを所有する人(C)との関係如何を審査しなければならないであろう。仮にその土地がCの祖

先伝来のものである場合——そうしてC及びCの親族がそれを非常に尊重している様な場合——には、勿論その土地を永久に持つについてのCの利益は、例えばその土地を単に売買の目的物として買入れたAの利益よりも重要である。他方において、もし兩人にとつて、CにとつてもAにとつても、そのサワーが単に売買の目的物に過ぎないならば、Aの誠実が保護されるであらう。そしてサワーはAの手中に維持されるであらう。CはただBから賠償を得るための方法を採すだけである」。

これを読んで私が直に思い起したのは、かつて我大審院に依つて取扱われた次の古い案件である。或る村が小学校を建築する敷地としてAから土地を買つた。ところが後に至つてA家に相続争いが起り、裁判の結果Bが正当の家督相続人であることが明らかとなり、それがため真実の相続人、従つて所有者ならざりしAから土地を買つた村はBの請求に依つてその土地を返還せねばならないことになった。村はAの所有名義になつている土地を登記を——恰もインドネシア人がアダットの首長の助力を信頼すると同じように——信頼して買ったのである。その上その土地を村の小学校敷地としたのである。それにもかかわらず、民法に依ると不動産登記には公信力がないと云う一理由だけから、Bの所有権は絶対に保護され、村はその土地を返還せねばならぬこととなつたのである。それのみではない。仮に村が小学校を建築して村の学童達がそこに学ぶこと幾十年の永きに及んだ後に至つても、Bの権利が所有権であると言う一理由に依つて、村はその土地を取り戻され、校舎はこれを取り毀たねばならぬこととなるのである。そうしてBがその土地を取戻すに付き具体的にどれ程考慮に値すべき個人的利益をもっているかの如きは全く顧慮されないのである。

かくの如くにして与えられる裁判が一般道義の観念から考えて如何に不当であるかは何人も容易に気付き得ることであるにもかかわらず、現在学者はこれを当然のことと考へ、現行民法の仕組み全体から考へてこの結果を避けることは絶対に不可能であると言うのである。

しからば我民法の上ではどうしてかかる結果を避け得ないのであるか。それは畢竟法的安全の名の下に裁判に際して考慮される要因が著しく単純化され機械化されているために外ならない。

先ず第一に、吾々が比較考量する利益は当該事件における当事者の有する具体的利益にあらざして、抽象化された客観的利益である。取引の安全とか所有の安全と言うようなことを言っても、それは畢竟抽象化された利益に過ぎずして当事者にとつての具体的利益ではない。具体的利益の如きは個人的ないし主観的事情に外ならずとしてこれを考慮に入れないことが法的安全の要求に合致していると考えられているのである。

第二に、吾々は、物的要因を重んじて人的要因を軽視する。吾々が多くの場合考えるのは取引の安全と所有の安全との調節であつて、人的要因を考慮に入れない。実を言うと、財産関係の事件においてさえ實際的には多く人的利害関係がからまつているのであるが、吾々はそれ等を除外して物的要因のみを考慮するのが当然だと考えているのである。しかし、静かに考えて見ると、かくの如きは民法の不当なる「商化」に外ならないのであつて、「民法の商化と民法の將來」本書二〇頁参照、それこそ民法と社会とを乖離せしめ、民事裁判に対する民衆の不信用を誘起する原因に外ならないのである。

民法の本質から言うと、この種の考え方は決して民法にとつて必然的なものではなくして、単に現行民法と民法学とが不当に法的安全を過重視すると同時に、不当に人的要因を軽視していることを表現するもの以外ならない。しかして民事裁判を非道義的たらしめ、民事裁判に関して民事政策的考慮を介入せしめることを不可能ならしめている原因が正にこの点にあることを考えて見ると、民事政策的に考えて民法に加うべき改正要点の第一はここにあると私は信ずるのである。

判例の法源性と判例の研究

—

判例法の重要性が認められるにつれて判例の研究が日に日に盛んになりつつある。しかるに、現行法上の問題として判例が何故に法源性をもつかの問題は今までの所ほとんど何人に依つても十分理論的に究明されていない。又判例研究の重点を何所に置くべきかの問題も十分検討されていない。唯判例は事実上拘束力をもっているから、これに関する知識をもたなければ、裁判所を中心とした法運用の実際を知り得ないと言う極めて卑近な実用的の考えから研究が行われているに過ぎないように見受けられる。

大正の中葉頃までは、「判例批評」の名の下に判決がその理由付けとして使っている理論的説明に対して理論的批判を加えることが、多くの学者に依って行われていたが、それ等はいずれも判決の理論的説明を学者の学説と同一視して、これに抽象的の批判を加えたに過ぎなかった。勿論判例から法が生まれると言うようなことを考えていなかったから、判例の法源性を問題にする訳もなければ、判決中の何所に真に実質的の判決理由があり、将来に対して法として先例たるべき価値あるものがあるかを研究するが如きことは全く考えられなかった。唯判決理由中に或る理論が述べられているのを機会に、それに批評を加えながら、自己のその点に関する見解を述べるに過ぎざるものが当時の判例批評であった。

これに反し、今日の学者の判例研究は一般に判例法を肯定する立場から出発しているのであるから、何故に判例から法が生れるかの問題について、研究者自ら一定の理論をもっていなければならぬのは勿論、判例

を如何なる態度、如何なる方法を以て研究すれば、法を見出し得るかに付いても一定の意見をもっていないなければならぬ訳である。しかるに、一方において判例法を肯定しながら、研究態度が全くそれに適応していない判例研究が今なお多く見出されるのは甚だ遺憾であつて、これでは如何に判例研究が盛んになつても、これによつて判例法を闡明し得ざるは勿論、判例法の確立に貢献することも出来ない、と私は考えるのである。

二

判例が事実上拘束力をもつことは何人もこれを認める。その事実上拘束力をもつ所以を説明して、穂積博士は「或る裁判所が或る判決をすると、同一裁判所は以後同実質の事件には同趣旨の判決を繰返す傾向があり、又他の裁判所も特別の反対理由がない以上その判例を踏襲するであろう。殊に上級裁判所の判例があると、下級裁判所は反対判決をしても上級審で破毀されるであらうと考へて、好んで異を立てないのが普通である。そこで人民は同実質の事件には同趣旨の判決があるだらうと云う予期の下に行動を規律する様になる」〔民法総論 四四頁〕と言つてゐるが、裁判所が事実上先例を尊重する理由も又人民が判例に信頼する理由も正に博士の言われる通りであると思ふ。

しかし、裁判所が「同実質の事件には同趣旨の判決を繰返す傾向」は、法的安全を重んずる司法の本質に基づく政策的考慮から自らに発生すべき傾向に過ぎないのであつて、事実上この傾向があると言ふことだけからは、判例から法律的に拘束力ある法が生れる所以は説明され得ないのである。もしも法秩序が一定の内容をもつた静態的存在として客観的に存在し、裁判所は単にその存在するものの内容を明らかにすることゝを任務とするに過ぎないとすれば、正しい解釈は唯一のみあり得る訳であるから、前の判決が後の判決を束縛することは理論上許され難い。何故なれば、前の判決が既存法秩序の解釈として常に必ず正しいはずはな

い。裁判所を束縛するものは独り客観的に存在する正しい法であつて、前の判決ではないと言わねばならぬからである。従つてこの考え方に従えば、裁判所も学者と同じように解釈上——正しい法の探究者として——全く自由でなければならず、判例の一貫性を求めるが如きもそもそも誤りであると言ふことになる。唯その理を貫いて各裁判所の自由を無制限に許すことは、法的安全保障の見地から考へて、司法政策上面白からざるは勿論であつて、これ裁判所構成法第四十九条が「大審院の或る部において上告を審問したる後法律の同一の点に付きかつて一もしくは二以上の部においてなしたる判決が相反する意見あるときはその部はこれを大審院長に報告し大審院長はその報告に因り事件の性質に従ひ民事の総部もしくは刑事の総部又は民事及び刑事の総部を連合してこれを再び審問し及び裁判することを命ず」と規定している所以である。この規定は法規解釈の統一を求める司法政策的考慮から設けられたものであつて、法秩序そのものを一定の内容をもつ静態的存在と考へながら、唯大審院における解釈をなるべく統一し、これに依つて自ら下級裁判所にも解釈上の指針を与えることを目的とするものである。しかし、法秩序を一定の内容をもつ静態的存在と考へる限り、法規の正しい解釈は唯一のみあり得る訳であるから、この規定の本質は飽くまでも司法政策的のものであると考へざるを得ないのであつて、この政策の実施から生まれるものは法規解釈の事実的統一であり、事実的統一から生ずる「事実上の拘束力」に過ぎないのである。

従つて、本規定が判例法理論の根拠となり得ないのは勿論であり、真に法律的にも拘束力をもつ判例法が判例から生まれることを主張するがためには、更に別途に理由を求める必要がある。

同趣旨の判決がしばしば繰返されるに因つて慣習法が発生すると言ふ意見は従来多数学者の言う所である。しかし、繰り返されたる判例から慣習法が生まれることと判例それ自身が法源性をもつや否やとは全く別箇の問題であつて、前者が肯定されても、それに依つて後者までが理論的に肯定される訳はない。判例が法源

性をもつならば一回の判決もなお法源性をもつと言わねばならぬ。無論同趣旨の判決が繰返されることによって實際上その法源力が強くなることは勿論であるが、法源性の存否と法源力の強弱とは別問題である。だから穂積博士が「判例に法律上の拘束力はなくとも事実上の拘束力があるのであって、この拘束力に基づき同趣旨の判決が繰返されることによって判例法を生ずる」〔前掲四四頁〕と言われても、それに依つて判例そのものが法源力をもつことは毫も理論的に説明されたとは言ひ難いのである。

そこで穂積博士は、更に三権分立論に基づいて、裁判所は法を創成せずと主張する判例法否認論に答えるために、「今日の裁判官は成文法によつてすこぶる自由裁量の能力を制限されているが、しかし裁判によつて法律が発生確定する作用はなお留保されているのである。且つ又裁判官は単にその事件限りの便宜的仲裁人ではないのであって、その是非曲直の判断は一般的原则に立脚するのであるから、一事件の裁判によつて後の裁判官が法律を作るのではない、裁判によつて法律が出来るのである」〔前掲四五頁〕と言われているが、この意見は当面の問題を解決するにつき極めて重要な点に触れている。しかし、この理を明らかにするためには一層詳細な説明が要るし、又かくして発生する法が法律上法として拘束力を有し、従つて後の裁判を拘束する所以を理論的に論証するためには、博士の説かれている以上に特別の理論が必要であると思う。

三

裁判官は——穂積博士の言う通り——「単にその事件限りの便宜的仲裁人ではない」「その是非曲直の判断は一般的原则に立脚」せねばならぬ。凡そ裁判官が或る具体的の一事件に付き裁判をする場合には、その事件に適用せらるべき法規範を脳裡に画きながらそれを適用するのである。しかして法規範を脳裡に画くと言

うことは、必然もし別に当該事件と「同実質の事件」あらば、その法規範をその事件にも適用して差支ないと言う意識を伴うことを意味するから、裁判官自ら主観的には当該事件を裁断することだけを考えているとしても、客観的に観察すると、そこに必ず他の「同実質の事件」にも適用し得べき法規範の伏在しているのを見出し得る訳で、博士が「裁判官が法律を作るのではない、裁判によって法律が出来るのである」と言っているのもその意味に外ならないと思う。

しかし、この理を認める前に、も一つ考えて置かねばならないのは、博士のいわゆる「一般的原則」は裁判より以前に既に存在するものと思うべきか又は裁判の都度各裁判官が一つ作るものと思うべきかである。法秩序の完全無欠性を信ずる通説に従えば、答は無論前説でなければならぬが、この説に従う限り裁判官は既存の法を見出すに過ぎずして作るのではない。従って又「裁判によって法律が出来る」と言う結果も認め難い訳である。そこで、如上の理論を認めるためには、法秩序は完全無欠なる既存者にあらずして、裁判官は裁判の都度一々当該事件に適用せらるべき法規範を作らねばならぬものだと考えざるを得ない。裁判官の前に現われる具体的事件の実質は千差万様であるから、それにそのままキツチリと適用せられるに適する法規範が前々から用意されているはずはない。無論事件の種類に依り色々程度の差はあつても、必ず或る程度までは法規範の創造を必要とする。これは裁判の出来上る過程を実証的に研究すれば必ず認めらるべき事実であると思う。通説は「法律に依り」裁判すると言うことを文字通りに機械的に考えるから、「法律」は必ず裁判の前に存在せねばならぬと考へ、その結果法秩序の完全無欠を仮説せざるを得ないような立場に置かれていたのであるが、かかる考へ方は事実上立脚しない架空の論に過ぎない。凡そ裁判官が「法律に依り」裁判せねばならぬのは法治の根本原則であるが、それがため「法律」は常に必ず裁判の前に存在せねばならぬと言うのは無理な話であつて、穂積博士のいわゆる「一般的原則」に依つて裁判をしさえすれば、それが

「法律に依り」たる裁判であり、法治の原則の要求に合うのである。換言すれば当該事件限りの便宜処置をなすことなく、もし別に「同実質の事件」あらば、それにも適用して差支ないと信ずる法規範を脳裡に画きつつ、それを適用して裁判すれば、「法律に依り」たる裁判なりと言ひ得る訳である。

かくの如くに考えれば、条理を法源の一と考え、条理法の充填に依つて法秩序が結局完全無欠になつていふと言ふような自己欺瞞の説明も無用となる訳で、条理は畢竟裁判官が法規範を創造するための一道具に過ぎないと言わねばならない。又ドイツ・パンデクテン法学の遺産として古くから我国に行われている「類推は法の解釈なりや否や」の問題も、かく考えるに依つて容易に解決されるのであつて、類推もまた裁判官が法規範を創造するための一道具に過ぎない。裁判官によつて創造せらるる法規範は既存の法規全体と調和均衡のとれたものであることを要するのは理の当然であるから、類推が法規範創造の具として有用であり、裁判官がそれを使用する権利もあり義務を負うのも理の当然であると言わねばならない。

四

しからば、かくして裁判官に依つて創造せられたる法規範が何故に後の裁判官を拘束するのか。それが法規範であると言ふだけではその拘束力の法律的根拠は説明され得ないのであり、それを説明し得ない所に従来の判例法論の根本的弱点が存在するのである。

しからば何故に従来の学者がその点を十分理論的に説明し得ずにいるかと言ふと、以上に述べたように、凡そ裁判官が裁判をする場合には——程度の差こそあれ——必ず当該事件に適當せらるべき法規範を創造すると言ふ事実を看逃しているからだと思う。裁判官が裁判の都度一々法規範を創造せねばならぬものであるとすれば、その際裁判官が考慮に入れるべき事柄は色々ある訳で、既存の成文法規に従ふこと、法規全体と

の調和をとること、条理の要求に従うこと等の外、司法全体との調和をとることも是非考慮せねばならない。各裁判官は制度上それぞれ独自の判断を以て裁判をなし得るとは言え、彼等も畢竟司法全体の一部に外ならないのであるから、極力全体との調和を計ることに留意すべきは彼等当然の職責なりと言わねばならない。従つて彼等が極力先例を重んじ好んで異を立つるが如きことなかるべきは正にその職務上当然の責任であつて、制定法上この点に関して何等の規定なしといえども、その故を以てこの理を否定すべき理由はない。凡そ法的安全の確立に努力することが司法に對する政治的要請の根本義たることは自明の理であつて、裁判官が先例を重んじ、司法全体の動きに留意して、それとの調和を計ることに努力すべき義務はこの要請に基いて自ら発生するのである。

無論、各裁判官はそれぞれ独自の判断を以て裁判する権限をもつ。判例に盲従するの義務なきは、勿論である。しかしながら、与えられたる具体的事件を裁断するにつき、それに適する法規範を創造するに当り、上述したるが如き諸事項を全体的に考慮することなく専ら既存の成文法規に關する自己の——學者としての——解釈的意見にのみ捉われて、他の同時に考慮すべき多くの事柄あるを忘れ、殊に判例を無視し司法全体との調和關係を忘れて裁判するが如きは善良なる司法官の注意義務に違反するものと言わねばならない。

ただし、判例を重んずると言うのは、決して他の裁判所がその裁判の理由付けとして使用した法的技術、殊に成文法規に与えた解釈的意見に追従すべきことを意味するのではない。法的安全確立の要請から言つて最も重要なものは、「同実質の事件」になるべく同様の法律的取扱を与えることである。重要なものは理論の一貫にあらずしてむしろ事件の実質的取扱方の一貫である。従つて裁判官が先例たる判決を検討するに當つては、その判決において取扱われている事件が如何なる実質のものであるかに注意し、それと今彼に与えられている具体的事件とが類型的に同種のものなりや否やを究明することが大切であつて、それが同種なりと考えら

れる場合に初めて前の判決の先例力を尊重する義務を生ずるのである。従来、我国においては判例法理論が一般に十分研究されていないため、学者の間にも判決中判例として真に先例力をもつものが判決の中のいづくに存するかを各事件の実質について具体的に研究することを忘れて、唯判決理由中に使われている法技術の中から抽象的原理を見出すことが判例研究の目的であるかの如くに考えている向きが少なくない。大審院でさえも、自院の判例を援用するに際し、単に旧判決中に使われている技術的理論に留意するのみであつて、旧判決のもつ実質的先例力を検討してそれを当面の——自ら同実質なりと考える——具体的事件の裁判に対する実質的理由付けとして利用するの用意を欠いていると考えられる場合が少なくないのは甚だ遺憾である。

五

判例とは何か。判例法が法律的拘束力をもつとは如何なる意味であるか。これ等の問題を以上に説明したように考え得るとすれば、学者が判例法を研究するに当つて、その重点を何所に置くべきか、又その研究方法を如何にすべきかも自らその線に沿うて決定されねばならない。

判決の実質の本体は——上記の如く——裁判所が当該事件を裁断するために創造した法規範に在る。裁判所は当該事件の実質を類型的に捉えて、それと類型を同じゅうする他の事件にも適用し得べしと考えられる法規範を創造した上、それを適用して当該事件に裁断を与えているのであるから、判例研究者の何よりも先ず努力すべきはその法規範が何であるかを当該判決全体の中から読み出すことであらなければならない。それは、例えば大審院判例集作成者が「要旨」として摘記している部分に現われているのでもなければ、判決理由の中に技術として使用されている理論的説明そのものでもない。それを読み出すためには、先ず第一に当該事件において具体的に問題になっている事実関係の実質が何であるかを判決全体に付いて研究確定する必要がある。

ある。何故なれば、裁判官はその事実関係の實質を類型的に捉え得たればこそこれを規律すべき法規範を創造し得たのだからである。しかして研究者はその事実関係の實質を確定した上、裁判官がそれを規律するものとして創造した法規範が何であるかを、更に判決全体の中から読み出す必要があるのであって、かかる研究的操作を通じて見出された法規範のみが正しい意味における判例であり、後の裁判官に対して法律的拘束力をもつ判例である。

判例研究の目的は過去の判決中に現われたる——かかる意味における——判例即ち法規範を探究するに在る。しかして判例研究の効用はかかる法規範が後の同實質の事件にも適用せらるべき必然性もしくは可能性あることを前提として、将来発生すべき具体的事件が裁判上如何に裁断せらるべきかに付き「予言」をなすに必要な知識を与うるに在る。過去の事件が法律上如何に取扱われたかを知るに依って、将来の事件が如何に取扱わるべきかを知る。これこそ実用法学最大の任務であると言わねばならない。

法源としての条理

ほとんどすべての民法書が条理を法源の一として認むべきや否やに付き何等かの意見を掲げている。そうして、昔は条理を法源と認めることに強く反対する意見も相当広く行われていたが〔例えば松本『註釈民法全書第一巻』一八頁以下〕、今では反対にこれを法源と認める意見がむしろ有力である。もっともこれを法源と認める理由の

説明に至ると、学者に依つて説く所が区々である。これを大別すると、条理を以て法なりとし、制定法中に必要な法規を見出し得ざるときは、条理法を適用して裁判すべきが当然であるとする説と、条理は法律ではないけれども裁判所は裁判の本質上条理を適用して裁判し得るとする説とに分れるが、実際上はどちらの説をとつても大した差異は生じないように考えられる。

従つて、ここではそれ等の説の批判に立ち入ることをやめて、むしろこの問題に付いて一般には多く説かれておらず、しかも是非共考えねばならぬと思ふ事柄を一、二雜感風に書き記して置きたい。

二

学者は一般に、当該事項に関し適用すべき法規が制定法中にも又慣習法中にも存在せざるときは、条理を適用して裁判すべきであると言っているが、一体その法規が存在しないとは何を意味するのか、問題の核心はむしろここに在るのだと私は思う。

裁判所が法の不存在を理由として裁判を拒み得ない以上、いよいよ法規が存在しないとすれば、条理を適用するなりなんなりして裁判をするの外はない。唯その際かくして与えられた裁判を、「法律に依り」たるものとして説明するにはどう言う説明を与えればいいのか、そこに理論的説明の必要が残るのは当然で、一般民法書の議論も専らこの点に集中されている。

しかし私の考えでは具体的に如何なる場合に法規の不存在と考えるかがむしろ大事な問題であると思う。そもそも条理が裁判に関連して問題となる場合を仔細に考えて見ると、ほぼこれを次の三に分けることが出来る。第一は条理の解釈的作用であつて、凡そ法の解釈は条理に従つて行われねばならぬかと言うことである。第二は条理の補充的作用であつて、法が存在しない場合には条理に依つて裁判すべきであるかと言うこ



第III部
(附錄)

法源としての学説

解釈法学上学説はこれを法源の一と考えることが出来るか。この問いに対する我国通説の答は「否」である。しかるに他方法律解釈論として解釈の創造的作用を認むる傾向はむしろ漸次に強化しつつある。この二の事柄の間に何等の矛盾なしと言い得るであろうか。学説が実質的に法の創成に寄与することを認むる以上、その寄与は如何なる形式において行われるのか、レーゲルスベルガーの適切な言葉を借りて言えば、学説は単に法的意見 *Rechtsansichten* を述べるに過ぎないのか、それとも又法的原則 *Rechtssätze* を作るのであるか、「裁判官が法的意見に依って裁判せずして法的原則に依って裁判する」と同じように、法学者もまた「法の内容」 *Inhalt des objektiven Rechts* 即ち法的原則を發展せしめるものではあるか、か *[Regelsberger, Pandekten, I, S. 88]*。学説が法の創成に寄与するという意味が単に法的意見に依って間接に法の發展に貢献すると言うだけのことであれば即ちやむ。いやしくも学説から直接法的原則が生まれると言うのであれば、その如何にして如何なる形式において生まれるかの点を理論的に明らかにする必要がある。

学説の法源性に関する問題を全般的に論ずるためには、法律史及び学説史上の事実について特に叙説を要すべき事柄が少なくないのであるが、本稿においては専ら現代においては何故に学説の法源性を否定する意見が通説をなしているかの点を理論的に討究して、この問題が未だ決して窮局的に解決し尽されているものでないことを明らかにすることに論述を限局したいと考える。

学説史上当面の問題が最も顯著な形で論議の対象となったのは第十九世紀前半におけるドイツ法学界であるが、当時同国法学界の大勢を制していた歴史法学派の法に関する見方から始まって、法を社会の所産と考へ、法学の研究対象たる法を社会の内的秩序として現にその社会の社会関係を規律する法それ自身なりとする実証的社会学的法律思想が漸次に有力化したことが、学説の法源性を否定する考えを通説化するに最も力強い影響を与えたのである。

實在の社会関係はすべて法に依つて規律されている。その法的規律あるに依つてのみ社会は成り立ち得る。この理が明らかにされたのは法の社会学的研究の結果であるが、もしも解釈法学的意味における法、即ち裁判その他法的判断の典拠たるべき法がこの社会学的意味における法と同一物でなければならぬとすれば、学説から直接法が生まれることを認め得ないのは勿論、立法から社会学的意味における法が生まれることさえ容易にはこれを説明し難い。この故に法を以て民族精神 *Volkgeist* の発現に外ならずと解し、法は習俗言語と同じく一般的人間関係の広い基礎の上に民族生活の中から発展し且つ民族共同意識の中に活きていると言ふ考え方を提唱したサヴィニーは立法からいわずや学説から法の生まれる所以を説明するに付いて相当の苦心をしているのである。

サヴィニーは言う、「立法は民族法 *Volkrecht* の機関である」、立法者は民族の外に立つものにあらずし、その中心に立つもの、従つて「民族の精神、意向、需要を自己の内に集中」しているものである。この故に吾々は立法者を「民族精神の眞の代表者」 *wahre Vertreter des Volksgeistes* と考へねばならぬ [Savigny, System des heutigen Rechts, Bd. I, S. 39]。この考え方は当時一般に行われた素朴な代表原理に依る説明に外ならないのであるが、

その後国家の異常なる発展に伴って、その間に理論の形式に多少の変化こそあれ、漸次に通説化して今日に及んでいる。

次にサヴィニーは学説の法源性を説くについても同じ代表原理を利用している。曰く、法発生当初においては民族それ自身の内から直接に法が発生するけれども、文化の発展につれて民族のすべての活動が漸次に分化し、かつては共同的に行われていたことが各種階級に分属するようになる、法のためにも法曹 Juristen なる特別の階級 Stand が生まれることとなる。かくしてかつては民族全体の意識の中に生きていたものが法曹の意識に帰属するに至り、この点において民族が法曹に依って代表されることとなり、法は「その大綱においては民族の共同意識の中に生存を続けつつ、その個々の詳細なる仕上げ及び適用は法曹階級の特別の仕事となる」[Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, S. 12 ff., System des heut. röm. Rechts, Bd. I, § 14]。

つまり本来は民族全体の精神の発現に外ならない法が、社会の複雑化、従って社会的分業の発達につれて漸次に一部分民族の代表者としての法曹の手に移属し、かくて法曹の手に帰した法が代表 *Repräsentation* の原理に依って民族の法と看做されると言うのがサヴィニーの説明であるが、この同じ考え方はプフタに依っても述べられている [Puchta, Gewohnheitsrecht, I Theil, S. 165-166, II Theil, S. 18-20]。

このサヴィニー及びプフタの解説に理論的無理があることは今日から見れば初学者といえども容易に指摘し得る所であるが、当時彼等にしてなおこの種の解説をなさざるを得なかつた所以のものは、ドイツの当時の政治法律社会の諸事情が一面において法を民族精神の発現として解することを要求しつつ、同時に他面学説の法源性を肯定する実際的必要が存在したからである。そうして彼等は当時の政治ないし法律思想として一般に力を持っていた代表の原理を利用してこの二の要求の矛盾を解決せんと試みたものに外ならないのである。