

現時における立法政策の意義：立法政策學試論の一

菊池，勇夫
九州帝国大学法文学部教授

<https://doi.org/10.15017/14399>

出版情報：法政研究. 14 (1), pp.37-58, 1944-11. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

現時における立法政策の意義

——立法政策學試論の一——

菊池勇夫

一

法學界における最近の二十五年間を回顧するとき、著しい對照をなすのは往年の社會立法時代に對し今日經濟立法時代を現出してゐることである。もつともドイツの如きは第一次歐洲大戰當時及び戰後の時期に既に經濟立法時代を経験して經濟法學も新興法域として問題となつてゐたのであるが、日本においては註一はもつぱら經濟關係が自由主義的民商法の支配下に在り、之に對して「法の社會化」あるひは社會立法制定を以て修正する状態であつた。ところが昭和六年を境として先づカルテル政策的産業統制立法が現はれ、やがて支那事變、大東亞戰爭と戰時經濟の進展につれて經濟立法時代を現出したのである。註二このやうな新立法の要求される背後には、往年の社會政策、又今日の經濟政策が在つて、新立法の内容と方向を規定してゐるのである。しかしながら他面において之らの諸政策を立法に具体化する点について見れば、立法政策が一貫して認められるべき筈である。

およそ新立法の要求される反面には常に既存法の機能喪失がある。特にその明瞭なかたちをとつたものとしては、往年の社會問題に關しての實力抗争や、最近の經濟界における闇取引などの事實が顯著であつて、つひには

司法的權威に關する問題を生ずるまでに至つたのである。しかもこの司法的權威を保持するために強調される遵法論も亦立法政策論へ向はざるを得ないものである。それゆゑに立法政策研究の重要な意義は、特に今日の事情に即して考察することにより、之を最もよく明らかにすることができると思ふのである。

今日統制經濟の推進せられるについては、實におびただしく多數の法令が制定されてゐる。それらの法令は次から次へと新たななる方面に立法されてゐるばかりでなく、制定の後いくばくも經たないうちに改正又は廢止される場合が少くないのである。このやうな法令の制定及び改廢に關しては、その前提に立法の需要と立法者の予測との間の適合の困難がうかがはれる。それは指導的立法に期待し得る機能の限界を示すものであると共に、むしろ急激なる社會經濟的需要の變化に對して立法活動が追隨する状態をも語るものである。したがつて、立法活動については、社會經濟的變動の實狀に對する適應性の問題と、進んで之を指導する基本的方針としての立法政策とが考へられることになるのである。

他面には、統制經濟の強化されてゐる今日において、遵法精神の涵養が特に強調されるのである。このやうに遵法精神を鼓吹し喚起せねばならないのは、云ふまでもなく實際上法令の趣旨がよく守られないことによるのである。したがつて遵法は法令によつて規律される國民の側の問題であるが、しかし遵法の不十分な反面にはさかのぼつて法令そのものの規定の側にも問題が存することを考へねばならない。單に法令を周知させる方法に工夫を要するだけでなくすくなくとも法令の趣旨を國民に徹底せしむるについての適當な立法技術が要求されるので

ある。さらに根本的には立法政策そのものの宣明についても關心を生ぜしめることになるのである。この小稿において、われわれは立法政策の現時における重要な意義を注意すると共に、之を機縁に立法政策の特質を考察し、さらに立法政策學の必要に論及したいと思ふ。

註三

註一 菊池『近代法と經濟との關係』（牧野教授還曆祝賀法理論集所收）參照。

註二 菊池『經濟統制法の一般的考察』（本誌、一二卷二號所載）參照。

註三 この小稿は、はじめ昭和十七年に慶應義塾三田新聞學會創立二十五周年記念出版の爲論文を依頼され、昭和十八年二月末に執筆、『立法政策の理論』と云ふ題名で永田清編「時代と學問」（昭和一八年九月、慶應出版社發行）に收められたものである。右の論題はかねて筆者の興味を持つてゐたものを自ら撰んだのであるが、たまたま執筆中に病臥し、締切に迫られて註記はもとより文章の推敲もできない未定稿のまま送つたものである。それで之を書き直して置くことを必要と考へ筆を加へて見たが、結局字句を輔ひ註記を附する程度にさどまつた。本稿においては題名を限定し、立法政策學について將來の續稿を期することにしたしである。

二

立法政策は法政策一般の中においていかなる地位を占めるものであらうか。そもそも法政策一般と云ふ場合には、法を對象として持つところのすべての政策を意味することになるであらう。ところで國民生活の創造的形成を目的とする政策一般の中から法政策を區別する特色は、國民生活を法規範によつて形成する点に認められるのである。したがつてこのやうな法政策目的を達成するためには、まづ法規範そのものの創造又は形成が行はれねばならない。すなはち法政策の直接的或ひは中間的目標は、實定法秩序の形成に存するのであり、さらに具体的

には現行法を評價することによつて將來の立法を行ふところに認められるのである。^{註四}この意味において法政策はもつばら立法政策として取り擧げられると云つてよいのである。

法政策一般の中から立法政策を區別するとすれば、その他の面は之を法執行政策として認めることができるであらう。それは司法行政における政策であると共に裁判における政策であるから、司法行政政策と狭く限定しない意味においては廣義の司法政策となるわけである。ところで、司法は法的理念たる正義の顯現を高い目的として持つのであるが、實際には實定法規範内容の實現を任務とするのであるから、その前提には論理的にも歴史的にも法規の存在が予定されてゐるのである。それゆゑ司法における政策は、適用されるべき法規によつて指示されてゐることになるわけである。そこには司法政策に對する立法政策の優位が認められなければならない。之を立法政策の側から云へば、司法における政策をあらかじめ立法の中に明確ならしめることによつて法政策の一貫が期待されるわけである。したがつて立法政策は司法政策の見透しを含むものとして立ててられねばならないことになるのである。

しかし司法の前提たる法規範の存在が國家的立法に限るものではないことを考へるならば、立法政策と司法政策との關係も右に述べたところと異なつたものとなるのではあるまいか。つまり司法政策がむしろ立法政策よりも包攝的であり、優位を占めるものではあるまいか。このやうな意味で問題となるのは國家的制定法以外の法源と、その適用する司法の意義である。

非制定法源の主要なものは、古來不文法と稱せられる慣習法である。慣習法においては社會的慣行の存在が要件となるのであるが、慣行の成立に當つては立法目的を意識的に自覺されることを要しない。慣行が法的規範たり得るには、それが先づその慣行を遵守する團體社會において内部規律として承認されてをらねばならない。もとよりかかる内部規律は國家の政策的意圖に基づいて認められたわけではなく、時としては國家の政策に反しても成立するのである。ところでこのやうな社會的內部規律がその實現に關し國家的保護を求める場合には、そこにはじめて裁判による司法政策との關聯を生ずるのであり、慣習法規範も國家の法としての評價を受けることになるのである。すなはち判事が慣習法を法源として援用するに當つては、まづその法源性すなはち現行法たることを確認せねばならない。もとよりかかる現行法性の確認を判事各人の任意に委ねることができないのであつて、確認の基準は法規上明瞭に指示されることを要する。わが法例第二條は正に慣習法の現行法性確認の基準を一般的に定めたものである。^{註五} それゆゑ社會的慣行を根據として成立した慣習法も亦現行法源と認定されるについては制定法を通じて法秩序全体との矛盾なき統一の中に包攝されることを要するのである。この意味において非制定法源に依つて行はれる裁判に現はれるところの司法政策も亦立法政策によつて貫徹されてゐると云ふことができるのである。

法の成立を神の意志や自然法によつて觀念的に基礎づける立場に對して、之を民族社會の歴史的生産物と認め民族確信に基礎づけた歴史法學派の建設者サヴィニーは、法を作られるものでなくして成るところのものとし、

民族における言語の成立に類似を求めたのである。^{註六}したがつてかかる説によれば慣習法源の優位を主張することになり、裁判に現はれる司法政策が立法政策へ一貫することも甚だしく明瞭を缺くものとなるわけである。しかし右のやうな見解から出發しても、統一國家の下においては法政策が自覺的に明瞭となるにつれて制定法優位の法秩序に統一され、司法政策が立法政策に下屬するに至ることを指摘できるであらう。之を言語との類似について云へば、右と同様の場合が統一國家における標準語の確立過程において見られるのである。言語は民族生活の久しい歴史と共に生成するものであり、地域を異にし、生活環境の多様なるにしたがつて雑多であるが、政治的支配勢力の言語に對してはそれらがおのづから方言となる。^{註七}さらに統一國家においては統一語の確立が自覺的に政策問題とせられ、國語政策として標準語優位の下に方言の認容又は矯正が行はれるのである。之を外國語又は外來語が一般的に習得され、國語化する過程について見れば、その輸入される言語の本國の政治經濟的勢力が浸潤してゐることを意味するのであり、特に政治的支配が確立する場合においては、支配國により國語政策乃至文化政策として明瞭な指示が行はれるのを見るであらう。このやうな点は外國法の繼受關係において一層顯著な事例として認められるのである。かくして慣習法源に對する制定法源の優位が認められる限り、司法政策に對する立法政策の優位は全般的に承認されることになるわけである。しかもなほそこには裁判と政治との關係が問題となるのであつて、進んで司法權の獨立についての考察を必要とするのである。

註六 Gungler W, *Rechtsschöpfung und Rechtsgestaltung*, 4. Aufl., 1931, S. 31.

註五 法例第二條「公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セサル慣習ハ法令ノ規定ニ依リテ認メタルモノ及ヒ法令ニ規定ナキ事項ニ關スルモノニ限り法律ト同一ノ效力ヲ有ス」

註六 サヴィニーは實定法の成立においてそれが言語風俗制度と同様に民族特有のものであり民族の共同の確信、換言すれば法律の偶然的並びに恣意的發生の思想を排斥する内面的要求たる感情によつて一の全体のものとして結合せられてゐることを述べた。そして法においても言語におけると同様絶對的に靜止することなく、必然的に民族の他の傾向と等しく同一の運動と發展に支配せられてゐるとなした。(Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Neudruck nach der dritten Auflage, 1840, S. 5ff; Stern, J., Thibaut und Savigny Zum hundertjährigen Gedächtnis des Kam-pfes um ein einheitliches bürgerliches Recht für Deutschland, Berlin, 1914, S. 76ff.)

註七 ここで標準語と方言との關係をとり擧げたのは、もとより方言成立における中央語の波及を問題としたものではない。したがつてシュライヘルの樹系説とか、シュミットの波動説などの比較言語學的理論の論證とは無關係な考察である。

三

司法權の獨立は、周知の如くモンテスキューの三權分立思想に根據するものであり、近代法治國家に於て實現されたのである。註八法治國を前提として考へれば、法を定立する立法權限と、法による行政及び法による裁判を含まむ廣い意味の司法權限との二權分立となるのであるが、しかしこのやうな考へ方は、立法と政治との純粹な分離を前提した場合にのみ、合理的なものを認められる。すなはち立法は正法の實現として現實政治の干渉から無關係なものとされ、行政も裁判と同様に法執行の任務を擔當するものとしてでなければ右の理論が正當とされないのである。實際には法治國の立法府たる議會は政黨的現實政治勢力の支配を受け、又かかる現實政治力が政府をも支配する。逆に現實政治力が議會外において強化された場合には先づ政府をその影響下に置き、更に立法

府を支配する状態となる。それらのいづれの場合においても、司法權の獨立と云ふことが立法行政兩權限における政治力に對するものとしてその意義を認められるのである。なほ司法部内においても檢察機關は司法行政上指揮命令を受ける關係にあるゆゑ司法權獨立の問題は具體的には裁判權の獨立に限定されるのである。すなはち司法權の獨立としては、何よりも裁判がその法執行を政治から干渉せられないことである。さらに進んで裁判官が執行すべき法規範を、現實政治の影響下に制定された個々の實定法よりも高次の基準たる法によつて確認し得ることを意味する。つまり裁判官は全法体系の精通者として法政策原理の基準により具體的事案の判決に適用すべき法規範を確定するばかりでなく、基本法に指示される法政策を護持する者としては個々の立法を審査する權限さへも認められることになる。そこに護法者としての裁判官の地位の保障が司法權の獨立と不可分とされる理由がある。又三權分立の機構を徹底する場合に却つて司法權優越を生ぜしめるのも右のやうな事情によるのである。註九

かくして裁判官によつて實現される法政策は、直接には司法政策であるが、なほさかのほつて立法政策を明確に把握する權威者も亦裁判官であるべきだと云ふことができるのである。

司法權の獨立は、政治的權力支配に對する人身の自由の保障に出發した沿革から見て、特に刑事裁判において顯著な効果を示した。ところで刑事法においては同様の目的のために罪刑法定主義が近代法の原則となつたのである。註一〇わが國においても明治十三年制定の舊刑法第二條が「法律ニ正條ナキ者ハ何等ノ所爲ト雖モ之ヲ罰スルトヲ得ス」と規定することによつて罪刑法定主義を明らかにした。現行刑法には右のやうな明文を除かれたが、

しかしそれはむしろ罪刑法定主義が當然の原則として認められた結果と考へられるのであり、現行刑法に先だつて明治二十三年に制定された憲法第二十三條「日本臣民ハ法律ニ依ルニ非スシテ逮捕監禁審問處罰ヲ受クルコトナシ」との規定にも明示されてゐるのである。云ふ迄もなく右の憲法第二十三條に法律と云ふのは憲法第三十七條に規定されてゐる議會的立法を指すのであり、刑事裁判においては制定法によつて明確に指示された立法政策を嚴格に司法へ貫徹せしめることを要求されてゐるのである。もとよりそれは擅斷主義の裁判を排する趣旨であつて、條文の字句に拘泥することなく刑法全体の精神により、法條の趣旨を明らかにして行ふ解釋適用を妨ぐるものではない。^{註一一} 裁判官が果して眞に立法政策の權威であり、現實政治の勢力から獨立を保ち得、具体的に妥當な裁決をなす能力ありとすれば、むしろ罪刑法定主義を超えて道義裁判をなすことをも期待されるわけである。ところで罪刑法定主義を明定したドイツ刑法第二條がナチス政權により一九三五年に改正され、「法律上罰スベキモノト宣言セラレタル行爲又ハ或刑罰法規ノ基本思想及健全ナル國民感情ニ照ラシ、處罰セラルベシ、此ノ行爲ニ對シ直接ニ適用セラルベキ特定ノ刑罰法規ナキトキハ基本思想ニ於テ最モヨク其ノ行爲ニ適合スル法規ニ依リ之ヲ處罰ス」となつたことは、罪刑法定主義との關係において學界に問題を捲き起した。ただし司法權の獨立がこの問題の根本に存するのであり、『法の精神』の著者が「もし裁判權が立法權と結合すれば、市民の生命及自由に對する權刀が恣意的となるだらう。なぜなら裁判官が立法者となるわけだから。もし裁判權が執行權に結合されれば、裁判官は壓制者の力もち得よう。」^{註一二}と述べた弊害の有無に關することであらう。之を立法政策の問

題として見れば、一面において立法政策の司法政策への一貫性が法條を超えて要求されてゐることを明らかに示してゐる。しかも他面において現實の裁判官の人間の、殊に平準的能力を考慮し、制定法を以て立法政策を明示すべき必要とその成文化の技術が考へさせられるのである。すなはち立法政策を正義の理念あるひは「健全ナル民族感情」によつて指導されるものとしても、之を複雑多様な具体的事件の裁決に基準となる指示を規定の内容として成文化するところに立法技術としての立法政策がさらに必要となるわけである。

司法權の獨立は民事に關する法の執行をも包含するのであるが、しかし民事の裁判そのものに政治的干渉が直接的に行はれる場合なく、民事的自由の保障はもつばら立法權との關係で問題となる。之についてはわが憲法第二十七條の所有權の保障とその制限の例を考へれば明らかである。むしろ民事の裁判においては、訴訟あればすべて受理して判決せねばならないことから云つて、^{註一四}裁判官による法創造作用が予定されてゐるとも云ふことができる。

明治八年太政官布告第百三號裁判事務心得に「民事裁判ニ於テハ成文アルモノハ成文ニ依リ成文ナキトキハ慣習ニ依リ成文慣習共ニ存セサルトキハ條理ヲ推考シテ裁判スヘシ」と明示されたことは學者のよく援用するところである。^{註一五}もつとも裁判官の法創造作用はいはゆる「法の欠缺」を前提條件となす点で立法者の法創造權限

のやうに無條件ではない。けれどもスウイス民法第一條第二項に明示するやうに、成文も慣習も援用できない場合には裁判官が「モシ立法者タラバ制定スベカリシ法規」を創造して適用せねばならない。^{註一六}したがつて、先に述べた制定法及び慣習法の適用における立法政策の司法政策への貫徹を問題とした場合よりも一層明瞭に、裁判に

おける立法政策の重要性を指摘できるのである。そしてこの場合においても、法の欠缺を補充するための法創造に際して立法政策上の理念あるひは條理を擧げるだけでは足りないのであつて、具体的事件に適用すべき法規を創造する手續の技術が問題となる。それは一般的立法における技術と區別されて解釋論と呼ばれるのであるが、法規創造の技術たることにおいて兩者その本質を等しくすると見られるのである。かくして一方に法律の解釋論と稱されるものの中に立法政策論の潜在を指摘できると共に、他方に立法政策が指導原理として、又特に立法技術として法律適用に貢献することが明らかにせられるのである。

註八「各國家には三種の權力 (pouvoirs) がある。立法權 (la puissance législative)、萬民法に關する事項を執行する權 (la puissance exécutive des choses qui dépendent du droit des gens)、及び市民法に關する事項を執行する權 (la puissance exécutive de celles qui dépendent du droit civil)」。

第一の權により君主又は執行官は一時的又は恒久的の法を作り、及び作られたる法を改正又は廢止する。第二の權により彼は媾和又は戰爭を爲し、大使を派遣接受し、治安を保持し、侵入に備へる。第三の權により彼は犯罪を罰し、又は個人の争訟を裁判する。人はこの最後のものを裁判權 (la puissance de juger) と呼び、他を單に國家の執行權 (la puissance exécutive de l'état) と呼ぶだらう。「(モンテスキュー)「法の精神」宮澤俊義譯上卷二二七頁)

註九「法の精神」の理論は、各國の憲法に影響したが特に一七八七年の北米合衆國憲法に強く現はれた。そして同國憲法において、その中に私法的原理が規定されたことによるものではあるが、實際に司法權の優越がもたらされたことは注目すべきである。

(Edouard Lambert, Le rôle du droit comparé dans l'ensemble des disciplines juridiques et ses domaines d'application, dans Mélanges juridiques à Sugiyama, 1940, p. 159.)

註一〇 罪刑法定主義はチェザレ・ベッカリアの「犯罪と刑罰」(一七六四)において主張され、一七九一年九月三日のフラン

ス人權宣言に明らかにせられたものである。

人權宣言第八條「法律ハ絶對ニ必要ナル刑罰ノ外之ヲ定ムルヲ得ズ、何人モ犯罪ノ前ニ制定セラレ且ツ公布セラレ、及適法ニ適用セラレタル法律ニ依ルニ非サルハ、處罰セラルルコトナシ」

註一 明治三年の新律綱領、名例律には斷罪無正條なる條文があつて、明律及び清律の同様の條文をそのまま假名交り文に書き下したものである。「凡律令ニ該載シ盡ササル事理、若クハ罪ヲ斷スルニ正條ナキ者ハ、他律ヲ援引比附シテ、加フ可キハ加ヘ、減ス可キハ減シ、罪名ヲ定擬シテ、上司ニ申シ、議定ツテ奏開ス。」

右は律を援引比附して案を具し上裁を乞ふものであるから、裁判官が自己の職權を以て法律發見をなすものではない。然るになほ不應爲律なるものがあつて比較的輕微の罪に付いては、律に比附すべし成文なくとも裁判官が法律發見の職權を認められた。即ち新律綱領雜犯律不應爲條に依れば「凡律令ニ正條ナシト雖モ、情理ニ於テ爲ヌヲ得應カラサルノ事ヲ爲ス者ハ、管三十ノ理重キ者ハ杖七十。」となつてゐる。(穂積陳重「法律進化論」第一冊二二四—二四八頁參照)

註一 一 Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches vom 28. Juni 1935. Art. 1. 2節 Bestraf wird wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach dem gesunden Volksempfinden Bestrafung verdient. Finder auf die Tat kein bestimmtes Strafgesetz unmittelbar Anwendung, so wird die Tat nach dem Gesetz bestraft, dessen Grundgedanke auf sie am besten zutrifft.

右の譯出については刑法學者の間に多少用語の相異があるので、筆者はそれらを參考として一應本文の如くにした。

註一 三 「法の精神」、宮澤譯本、上卷二二八頁參照。

註一 四 Code civil. Art. 4. Le juge qui refuse de juger sous Prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.

ちなみに裁判所が凡ゆる民事的訴訟を拒否することなく受理して決定を與へることを必要とするのは近代國家が自由放任した國民經濟に對する國家的統一作用として要請されるものと解し得る。(菊池「近代法と經濟との關係」牧野選譯法理論集六二—四頁參照)

註一 五 明治八年(一八七五年)太政官布告第一〇三號裁判事務心得、第三條「一、民事ノ裁判ニ成文ノ法律ナキモノハ習慣

ニ依リ、習慣ナキモノハ、條理ヲ推考シテ裁判スヘシ」

右の「條理」について、穂積陳重博士は、その源を新律綱領不應爲條（前掲註一一參照）が「情理ニ於テ」なる文字を從來の支那律及び我が中古律の規定するところに加へて不應爲の標準を示した所に認めてゐる。（穂積、前掲、二二八頁參照）

註一六 一九〇七年スウイス民法第一條第二項「該當スベキ法規存セザルトキハ、裁判官ハ慣習法ニ從ヒ、慣習モ亦存セザル場合ニ於テハ、自己ガ立法者タラバ法規トシテ設定シタルベキ所ニ從ヒ裁判スベシ」

Schweizerisches Zivilgesetzbuch Art. 1 Abs. 2. Kann dem Gesetze keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde.

四

立法技術は何よりもまづ立法事業において問題となる。

立法事業が提唱される場合、その立法政策における最高指導目的としては社會哲學的理念が掲げられ、又時代

精神或ひは世界觀が立法政策を支配することになるであらう。^{註一七}かのベンサムの如く社會正義に「最大多數の最大

幸福」と云ふような定式を與へて立法事業の理想とした例も想起されるのである。^{註一八}

立法事業の實際においては、國家の經濟政策、文化政策等々もろもろの政策内容をいかに立法化するかと問題であり、いかなる法形態を與へるならばそれぞれの政策の實現に必要とされる法的機能を之に期待できるかが技術的に考慮されねばならない。社會立法や經濟立法においては、その立法目的が社會政策又は經濟政策として與へられたものである。又政治行政上の政策（軍事・外交を含む）や教育、道德、技術等あらゆる社會的制度及規

範も立法化されるのである。しかもその立法化については同じ法形態において異なる機能を持つ場合、或ひは異なる法形態において同じやうな機能を持つ場合、さらに同一法形態においても機能變化により反對の效果を持つに至る場合が生ずるのである。このやうな事例を古來の東西に互る複雑多様な立法を擧げて示したのは、かの法學の古典たるモンテスキューの『法の精神』である。なほ近代法學者としては、エールリッヒが『法律社會學の原理』においてこのやうな法律の社會的機能の種々相を（慣習法源をむしろ中心とするものではあるが）博識を以て展開してゐるのである。

立法技術が、立法政策の中で問題となるのは、立法の特に形式的方面についてである。その顯著なものは綜合的立法事業たる法典編纂において見られる。わが明治時代の近代法典編纂期に當り、穗積陳重の『法典論』（明治二十三年刊）なる注目すべき著述がある。註一九註二〇同書によれば、「法典編纂とは一國の法律を分科編制して、公力ある法律書となすの事業を云ふ」のであり、「法學者の法典編纂論と稱するものは、法律實質の良否を論ずるには

あらずして、法典編纂の目的、方法、順序、体裁、文章、用語等の事を論究する者を云ふ、故に法典編纂論は、固より法律の形体論に屬すべきものなりとす。」しかして「立法者は此機會を利して、法律の實質に大改正を加ふる事尠なからず……然れども、此の如き法律の實質問題は、寧ろ政治論に屬すべき者」と云ふのである。又法典編纂の目的については、「種々の政策によりて定まる者なりと雖も、古來各國の立法史に據りて之を彙類すれば、大凡そ左の五政策中の一二に歸すべきなり。第一治安策、第二守成策、第三統一策、第四整理策、第五更新

策」と述べてゐる。^{註二一}

周知の如く十九世紀初頭における有名なティボーとサヴィニーの法典論争の重点も、「全ドイツに適用さるる唯一の法典を作成すること」の可否に在つたのである。先にティボーが立法事業の意義を論じて（一）法律學上、（二）法律教育上、（三）政治上の三方面からの利益を主張したのに對し、サヴィニーはもつぱら政策的意義を排斥し、法源の問題に限局した上で實定法生成の過程における立法の創造的機能を否定した。彼は特に法律家の任務を重視し、立法事業の可能が常に法律家の技術の如何によること、法律家に缺くべからざる歴史的、組織的・二重の才能が十八世紀において除外したこと、ドイツの法律的文獻は一般の文獻よりも遅れてゐることなどを指摘して、^{註二二}法典編纂が當時において不可能なる理由としたのである。

法律家なる職分者の専門的任務を民族の共同確信たる法源を認識することであるとしたサヴィニーは、法律の一般的民族生活と關聯する方面を政策的要素と稱し、之に對して法律に特別なる學問的生活の方面を技術的要素と名づけて區別した。^{註二三}之こそ法律學に自然法思想から獨立して科學性を基礎づけたところの重要な宣言であつた。かくして法に關する政策と技術の峻別が法律外的政策と法學的技術との間に認められたのは正當であつたけれども、他方法學的技術を法政策から全然分離し去ることの危険も伏在してゐたのである。サヴィニーは、法律學者のためには、ドイツ精神を以て生成され、實生活と矛盾することなくかつ哲學的理論を以て取扱ひ得る研究對象たる法源の存在を明らかにし、大學における法學生のためには自國語で法律を學びかつ哲學と實定法とを關聯した

講義に臨み得るやうにし、ドイツ民族のためには、単一同胞としての愛國心を多様な法源の固有性を尊重する司法の前の平等によつて確立しようとする主張したのは正當であつた。しかしながらやがて彼が立法專業に参畫する時代が来た後には、歴史法學派は制定法源の概念解釋技術に没頭するいはゆる概念法學に變化したのである。この行詰りを打開したのは、ドグマチック法律學の内部において、かつ法律解釋の名によつてなされたにもかかはらず、實に法政策の再認識に外ならなかつたのである。われわれはそれゆゑに法學史の展開の中において立法政策學の地位を問題とすべき場合に到達したのである。

註一七 立法政策の基礎となる世界觀について、グルンクラーは存立 (Seinsbestand) 生成 (Werdensvorgang) 行動 (Betätigungsfeld) の三種類を挙げてゐる。そしてそれぞれの指導的思想として、第一に對し秩序の原理 (Prinzip der Ordnung) 第二に對し自由の原理 (P. der Freiheit) 第三に對し創造的行爲の原理 (P. schöpferischen Handelns) を述べてゐる。

(Günzler, W., *Entwicklung und Gestaltung als Prinzipien der Rechts- und Wirtschaftspolitik*, München 1931, S. 7.)

註一八 ヴンサムの「正義の具体的内容」"The greatest happiness of the greatest number." (Benham, Fragment on Government; *Trinité de législation civile et pénale*) と定式化したものがそれはベッカーが述べた言葉を採用したものとせられる。(ベッカーは「犯罪と刑罰」風早八十二譯一四四頁参照) しかもこの定式が正義を規定したものとては極めて不十分なところである。ヘンリックが批判してゐる。(Ehrlich, E., *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, unveränderter Neudruck, 1913, S. 168ff.)

註一九 法典編纂の意義について、穂積陳重「法典論」二一三頁参照。

註二〇 法典編纂の語に當る英語 Codification は、ヴンサムの造語であると考えられる。この点に付、ヘンリー・Murray's Dictionary, S. V. を援用し、且つヴンサムの著書によつてその意義を明らかにしてゐる。(Ilbert, *Legislative Methods and Forms*, 1901, P. 122.) なお穂積「法典論」十頁はヴンサムの造語に付、Stobbe, *Geschichte der Deutschen Rechtsque-*

Jhan I. S. 429. を援用してゐる。

註二一 穂積、前掲、四三頁參照。

註二二 Stern, G., Thibaut und Savigny, 1914. 長場正利譯「ザウニール・タイホー法典論議」(早稻田法學別冊第一卷昭和五年)。なほ木村龜二「タイホーの立法論と現時の問題」(法協、四〇卷)參照。

註二三 'Der kirche wegen nennen wir künftig den Zusammenhang des Rechts mit dem allgemeinen Volksleben das politische Element, das abgeänderte wissenschaftliche Leben des Rechts aber das technische Element desselben' (Savigny, a. a. O. S. 8.)

五

「法の二つの基本問題が人類の精神につねに新たなるものとして働きかける。それは法定立の問題と法理解の問題である」。グルンクラーは第一のものを法政策的問題とし、第二のものを法ドグマチックの問題と名づける。前者の内容は正法を問題とするものであり、後者の内容は現行法を問題とするものである。彼によれば、これらの問題に對する過去幾世紀に互る思索の成果は、第一に習俗、倫理及び宗教から法を分離したことであつた。

「しかもこの利得は極めて高價なものであつた。なぜならばそれは概念上の區別には止まらなかつた。習俗、倫理及び宗教からの法の解放は、法哲學に關する法律家の斷念をもたらした。又現行法からの正法の解放は、そのほかに法政策に關する法律家の斷念をもたらした」^{註二四}からである。法律學が近代法秩序の整備により制定法の解釋技術に陥つたいはゆる概念法學時代はまさにそのやうなものであつた。しかしながら社會經濟事情の推移はやがて法の機能的、立法的變遷と法ドグマチックにおける法政策の導入とを生ずるに至つたのである。

フランスのナポレオン法典制定以後一世紀余の法學界を概觀するならば、大別して法典註釋時代、判例活動時代、學說再建時代とされる。右のうち法典註釋時代には、もつばら法典の註釋に終始した時期と、純然たる註釋學派ではあるが科學的体系化を行つた時期、すなはち「法律解釋に關する傳統的方法」(デュニーの言葉)、あるひは「法律に關する第十九世紀のフランスの古典」(ボヌカーズの言葉)、と稱せられた近代的フランス法學建設の時期がある。^{註二五}この時期に法學雜誌『ラ・テミス』を創刊したアタナズ・ジュウルダンは、ドイツの歴史法學をフ

ランスに移植し、法律科學を建設したのである。次に判例活動時代は、裁判官が社會の實際に適應せしめる必要上學說に反する新判例を開拓せざるを得なかつた時期と、之らの新判例に對して法學者が評釋を加へて追隨したところのいはゆる判例學派を出現せしめた時期とに分たれる。最後の學說再建時代においては、法律解釋の方法を検討して自由法論を生じ、さらに新自然法學あるひは社會法學の如く法律學の新構成が行はれた最初の時期につづくのである。

ドイツにおいては、歴史法學がほぼ十九世紀の間を生き延びた。^{註二六}歴史法學には、フランスのアンシアン・レヂームにおける自然法論を、そして特にドイツのグスタフ・フーゴの自然法論を繼承した保守的一面が強く、當時のドイツにおいて官許法學たるに適したものであつた。『ドイツ法律學史』の著者ランツベルクは、歴史法學派の發展を、(一)基礎時代(二)初期繁榮時代(三)最盛時代の三期に分けてゐる。その第三期の代表的學者はブフタであるが、この時期においてこの派の中のロマニステンとゲルマニステンとの内、後者の勢力が著しく

強く現はれて來た。しかも歴史法學が概念法學化するに及び、イエリソグの目的法學又は利益法學が現はれ、自由法運動、感情法學等の主張を生じたが、殊に十九世紀の末にはスタムラーの新自然法説の批判を被つて歴史派的法實證主義が没落した。又一方にはアントン・メンガーの如き社會立法學の主張が現はれたことも注意せねばならぬのである。

註二八

註二四 Gtingler, W., *Rechtschoepfung und Rechtsgestaltung*, 4. Aufl., München, 1931, S. 27ff.

註二五 「La méthode traditionnelle d'interprétation juridique (Gény) : les classiques français du XIX siècle en matière juridique」(Bonnerse)

註二六 Bonnerse, Julien, La Thémis (1819-1831) Son fondateur, Athanase Jourdan, Paris, 1914.

註二七 ランツベルクは Gustav Hugo (1764-1844) を新法律學一般の基礎を與へたものとし、彼が法律の歴史的經驗的考察及び運用を行つた点を指摘してゐる。歴史法學派の發展については之を三期に分ち、その第一期の定礎時代にサヴィニーを、第二期の初期繁榮時代(ハーゲル、ガンス、スタール等)を経て、第三期の最盛時代には Puchta (1798-1849) を擧げてゐる。(Landsberg, E., *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft, Dritte Abteilung*, München und Berlin, 1910, S. 186ff.)

註二八 Menger, A., *Über die soziale Aufgaben der Rechtswissenschaft*, Inaugurationsrede gehalten am 24. October 1895. 上田操譯「法學の社會的使命」(大正一五年)。

六

法律學は科學であるか、技術であるか、は前世紀以來法學界において常に問題とせられたところである。裁判官が法律を適用する者として見れば、裁判は法に關する技術であらう。しかるに法律學が裁判のための侍女或ひは助手たることをその任務とするところへ云はれるのである。この場合なほ法律學が學としての權威を保つのは、

法規範の体系的認識をなすところに在りとせられる。しかし法律學はむしろ裁判官に對して法政策を指示する面において、眞にその權威を確立すべきものではあるまいか。

法學者は法体系の認識をなすのであり、之を矛盾なく統一されたる秩序として論理的に把握するのである。しかしながら單に全法令を形式的效力について矛盾なき体系となすことだけでは、社會的規範たる法の体系的認識とは云へないのである。全法秩序は實質的にその規範内容においても矛盾なく統一されることを要するのであるから、立法政策の階層的統一の理解こそ正に法學者の任務と云ふべきである。かかる意味の立法政策の導入は、在來の解釋法學においても、或ひは指導的學說として、或ひは解釋における立法論として、或ひは裁判の創造的機能として、之を認めて來たところである。しかしして立法政策の体系的認識は、立法政策學又は法政策學を獨立的に構成することによつてはじめて明瞭にせらるべきものである。しからば、立法政策學は法學の諸學科といかなる關係に立つであらうか。

まづ、立法政策は實定法を評價することによつて將來の立法を指示するものであるから現行法の解釋學と密接な關係に立つ。すなはち現行法の解釋理論と稱せられるものの中においては、實定法によつて示された過去の立法政策と、實定法によつて條件づけられた今日における立法政策との對決が行はれてゐることになるのである。次に、實定法の認識について、その歴史的研究と比較法的研究とが必要なことから云へば、法律史學と比較法學とが立法政策學に關聯せしめられるのである。註二九更に、實定法の社會的機能を考量する意味においては、法律社會學

的研究と關聯する。なほ慣習法の精神を深く民俗確信にまで探究し、或ひは制定法の理想を高く正義の理念と關聯せしめるところには、立法政策學の哲學的面が見られるであらう。したがつて立法政策の原理は、これらの諸方面に關聯するものとして研究されねばならない。すでにこのやうな研究を我々は法律學における最大古典たるモンテスキューの『法の精神』の中に見ることが出来る。又近くはエールリックの『法律社會學の原理』や、わが穂積陳重の大著『法律進化論』の中にも之を汲むことが出来るのである。なほ立法政策學を法律諸學の一分野として、且つ實用的内容をもつものとして考へる場合には、立法技術的内容をもつものとして、いはば立法學として、構成せらるることになるであらう。その取扱ふべき對象の範圍や敘述の系統などについては別稿を期することにしたと思ふ。

註三〇

註二九 立法政策と法律史並びに比較法との關聯については、Sauer, W., Lehrbuch der Rechts- und Sozial Philosophie, Berlin, 1929, S. 18ff. besondere S. 22. Gungler, W., Rechtswelt und Lebens grundgefühl 2. Auflage 1935, S. 13ff., In solchem Sinne sind Rechtsgeschichte und Rechtsphilosophie, Rechtsdogmatik und Rechtsvergleichung Vorstufen der Rechtspolitik."

註三〇 立法政策における學と術との關係については、Gungler, W., Rechtspolitik als Kunst, 1932, S. 13. なほ法典編纂の技術については、穂積、前掲「法典編」、又イギリスの立法については、Ilbert の前掲書、北米合衆國の文献として Walker H., Lawmaking in the United States, 1934. を参照。(昭和十八年二月稿、十九年六月加筆)