慶應義塾大学学術情報リポジトリ

Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	中世基督教会と婚姻 : 古代中世に於ける自然法理とその実証法的適用
Sub Title	
Author	打村, 鉱三
Publisher	慶應義塾理財学会
Publication year	1936
Jtitle	三田学会雑誌 (Keio journal of economics). Vol.30, No.7 (1936. 7) ,p.991(37)- 1042(88)
JaLC DOI	10.14991/001.19360701-0037
Abstract	
Notes	
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00234610-19360701-0037

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって 保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

- 10. Charles F. Roos, Dynamic Economics, 1934
- 11. Oskar Anderson, Die Korrelationsrechnung in der Konjunkturforschung, 1929
- 2. M. Ezekiel, Method of correlation analysis, 1930
- 13. Henry Schultz, Statistical Laws of Demand and Supply, 1928
- Rosenstein-Rodan, Das Zeitmoment in der mathematischen Theorie des wirtschaftlichen Gleichgewichtes, Zeitschrift f. N.Ö. 1930.
- Oskar Lange, Die Preisdispersion als Mittel zur statistischen Messung wirtschaftlicher Gleichgewictsstörungen, 1932.
- 16. Bd. IV. 1923 Die allgemeine Interdependenz der Wirtschaftsgrössen und die Isolierungsmethode, Zeitschrift f. Nationalökonomie
- 17 Elmer C. Bratt. Relations of institutional factors to economic equilibrium and long-time trend. Econometrics, vol. No. 2. 1936

中世基督教會と婚姻

一古代中世に於ける自然法理とその實證法的適用

打 村 鑛 三

illicit と看て、例へば若し前者の存立する中に後者の混淆せしめられんとするが如き時は、法を以て之れを峻拒す 式が本質的に規範のそれとしての以外に、純粹に政策的、若しくは技術的の出發點より來るものがある。最も極端 婚姻ではあり得ないが、然も此れはたゞ單に方式を缺如せるに止まるといふ限りに於いては、必しも常に不法婚姻で る。(2)(3) 尤も社會が當該社會の制度たる婚姻、すなはちその社會に於ける正統婚姻に要求するところの要件は、 も、また不當婚姻でもない。Ca)而して此の方式はまた、時と處によつて必しも同一でない。Ca)更にまた所定の方 形式的のそれである。(4)故にすなはち例へば、ある社會の法規が定むる方式を缺如せる婚姻は、固より遂に正統 すくなくとも、正統の婚姻と做し、之に向つて共同の社會的保護を加へ、之れと矛盾する結合關係は不義なるもの 會に於いても、 特定雨性の(1)永續的•排他的結合關係を以て、姑らくこれを婚姻と指稱するに妨げない。乍併社會は、何れの社 不可避的に或は必然的に、この兩性關係の中より一定要件に適合する或るもののみを拔いて真質の、

Frauung がそれである。 なる場合には、全く他の動機からする或る一社會の婚姻規準の實力的な存在がある。中世に於ける所謂 Kirchliche

- (1)特定兩性は、常に必ずしも一男一女を意味せぬ。婚姻當事者は、一男一女の單婚主義の確立する以前に、又は以外に 於て、一男數女、數男一女、或は又數男數女の複婚關係に於いて在り得る。然もかくる事實は當事者の不定といふことと は異る。婚姻に於ける當事者は常に特定人である。すなはち例へは雙複式婚姻と雖も、婚姻は畢竟混媾狀態 Promiscuity とは異る。尙ほ詳しくは拙稿『婚姻儀式の公示性と婚姻概念の二構成要素』(本誌第二十七卷第十一號、一〇三頁・註二)
- (2) すなはち、各國、各時代が、それと一の婚姻法を有つて、この目的に向つての規定を設けて居るのを看るのである。 は實に婚姻の本質を示唆する重大な意味を含む。詳しくは、前掲拙稿、並びに同じく『婚姻の制度的特性或は經濟性』(本 Eversley, Law of domestic relations 其他。尚ほ、栗生博士『婚姻立法に於ける二主義の抗爭』及び『婚姻法の近代化』 ※看。 法規については、三浦博士『法制史の研究』二八三頁以下、五一五頁以下。瀧川博士『日本法制史』二一五頁以下その他、及 五、七七七各條その他。(穗積教授『親族法』、中川教授『略說身分法學』各該常章條參照)。なほ我國古代中世に於ける婚姻 现行民法七六五、八七〇、七六六、七八〇、七六八、七八〇、七六九-七七一、七七二-七七四、七五〇、七四一、七七 comparé européan et américain, Le droit de Famille; Roguin, Traité de droit civil comparé, 2e vol., Régime matrimoniale; び中田博士『法制史論集に第一卷)四六七、四七二頁以下その他。外國の例については Francesco この事は、婚姻が婚姻たる限り、古來必ず社會的關心事、詳しくは社會的制約の對象となつたことの一事例で、之れ Cosentini, Droit civil
- 謂ふところは、既に前註にも述べた如く、婚姻が婚姻たるには、古来いづれの社會の實際に觀るも、必ず之れに

然として婚姻の婚姻たることに對する社會的承認の必要を語るものと云はなければならず、斯くてこのことは婚姻の本質 **乍併今筆者が注意を向くるところは、その質質が、婚姻少くとも正統婚姻たるには、社會が一定の方式を必ず豫定すると** 向つて存在しなければならず、またした事を指す。斯くて固より方式は、關係の成立に關する社會的承認獲得の一方便に 對する社會的承認が必然とせられたことを知るのであるが、この社會的承認を得る方法-社會の側から云へば與へる手段 の把握にまで役立つ大きな示唆たる可きことを、事の序ながらに、弦に再び記して置く。 それが社會的承認の必要を放棄したことにはならぬし、寧ろ尚ほそうした法規や判例が生じたといふその事ぞれ自身、依 concubinatus の法制や、大正四年一月二十六日大審院民事聯合部判決や或は更に獨民法一三二四條の規定や、佛民法一九七 natus の事例、また我國現行婚姻法上屢々問題とされる「內緣」の問題の如き實にこゝに根を有する問題と云はねばならぬ。 過ぎないには相違ない。從つてこれを有しなくとも婚姻關係たる實質は成立する。羅馬法側上の usus の歴史、concubi-條 possession d'état の規定が、法律の事質に對する、屈服であらうが、なからうが、 いふ事に就てゞある。而してこの事は、また婚姻が社會的承認を必要とするといふことで、 この限りに於いては gg や 、當然、何等かの習俗的或は宗敎的儀式を要するか、又は法律的形式を必要とするか、ともかくも或る方式が、この目的に すなはち、その何れであるにしても、

(6) 既掲拙稿『婚姻儀式の公示性』 一〇十二二〇頁。本稿・本齣註(2)掲出諸著。

-

に人を造り給ひし者は之を男女に造れり。是故に人父母を雕れて其妻に合ひ、二人のもの一體と爲るなりと云へる に好合ひ二人一體となるべしに第二章第三二十二四節)と。斯くてイエスも問ひ試みるパリサイ人に答べて、『元始 **け此とそわが骨の骨肉の肉なれ此は男より取りたる者なれば之を女と名くべしと。是故に人は其父母を離れて其妻** 創世記に、コエホバ神アグムより取れる肋骨を以て女を成り之をアグムの所へ指きたりたまへり。アグム言ひける

『彼等は善きなり。」たじ。若し自ら制すること能はずば婚姻するもよし」(6)と「許す」(7)のである。洵に「天國の爲 獨身生活の極端なる形態に於いて、童貞を尊重戒持したのであつて、(9) こは當に然かる可きのところと云はねば 會に於いても亦決して捨てたのではない。敎會は奉敎仕神の戒律たる限り猶ほ確然としてその禁欲主義を支持し、 め」に修め、闘み、愼むべき人々にとつては、婚姻は本來障礙でしかあり得ない。(8) すなはち基督敎は、その純粹 らぬ飛律であることは勿論、一般に就いても、例へば若し未だ結婚せざるもの及び寡婦にしてこの原則に從はん歟、 叉天國の為に自らなる寺人あり之れを受納ることを得るものは』(馬太傅前掲章第十二節)嚴かに受納け守らねばな なほ善、同三十八節)である。されば禁慾の原則は「それ母の腹より生れ來れる寺人あり又人にせられたる寺人あり 有つら(『哥林多前書』前掲章)ことを寛恕したのであるが、畢竟それは「寬恕せらるべき人間の過失」たることを失は 掲)ることで、『人みなの受納ること能』はぬことであることを知る(5)が故に、『人各々其妻ある可く、女も各其夫を 各人の賜を神より受けて居るのであるから(『馬太傅』第十九章第十一節)『唯だ賦けられたる者のみ之を爲しら』(前 洵にイエスは『衆人の我が如くならんことを願ふ』(前掲。七節)ものである。然し彼も一般に就いて云へば、各人は ぬ、mala necessitaとしてのみ許されたものと云はねばならぬ。一應『嫁ぐはよし』と許容しても、素と『嫁がざるは る。パウロも峻嚴なる彼の意(4)を體して『男の女に觸れざるは善き事なり』(『哥林多前書』第七章第一節)と教べる。 を未だ讀まざるか」(『馬太傅』第十九章第四一五章)と云つて居るが、然もその弟子達には禁慾の原則を率勵縱臾す **教圏たる限り、そもそも婚姻に對しては無視乃至否定の立場に在るものである。而してこの立場は中世加特力教**

(4) 新約全書・馬太傳第五章第二十八節の如きその一例なり。

- 哥林多前書第七章第一節以下、及馬太傳第十九章第十一節以下照應。
- (6) 哥林多前書第七章第八一九節。
- (7) 同書同章第六節、二十八節。
- 8 章第三十二一三十四節)ふ。 の事を思ひ煩ひて心分るゝなり。婚姻せざる女と處女とは身心共に潔からん爲めに主の事を思ひ煩』(『哥林多前書』第七 『婚姻せざる者は如何にして主を悦ばしめんかと主の事を思ひ煩ふに、婚姻せしものは如何して妻を悦ばしめんかと世
- 故に、姑らく玆にこの歴史的事實ありしことの記述を爲すに止め、之れが縷述を爲すことなく過ぎる。 た) 熾烈なる論爭に於ける童貞擁護論の終始は、之を考察記述するの價値と興味と而して用意の必しも存せざるには非ら 神學的論據より出發しつゝも、夫れが自然法一舊い意味の夫れに非らざる一的、生理學的解釋よりする婚姻是認論を執つ ざれども、論究の多岐羽長に亙り本篇の潜かに期して、その論攷の重點となすところの記述に累ひあらんことを惧るいが この飛律護持の一つの事實的表れとしての、教會側と所謂宗教改革者達との間に行はれた《宗教改革者達は、同じく

と全然同一の態度を徹底せしむることは、到底不可能のこと、做さねばならぬ。然も教會が教會たる限り、その教 ふ可きであるが、この立場と任務からして俗界にまで伸びた教權の下に、その支配の對象となった一般社會生活面の 渡すべき文化の相續者としての立場と任務とを有した。洵にこのことは、茲に多言を須ふるの要なきところと云 然るに茲に中世加特力教會は、その純粹に宗教團體たるの以外に、羅馬帝國崩壞後の世界を承繼いで次代にまで讓 -婚姻も亦質にその一つー **ーを、之れが規律制約する場合それが純粹なる宗教的戒律としての觀點よりする**

あるが、「1ン俗界婚姻事の制約の規準と雖も遂に聖典の典據は之れを去り難く、また去るべからざるものである。 會的、敦條的立場を去ることも亦、不可能なことである。、敎會はこの二律背反を適當に止揚しなければならないので **(1) これと同じ事情の他の事に於ける經緯は、效會—教權の經濟生活面に於ける關心たるかの所謂スコラ哲學者、教法學** 國に於ける貴重なる文献は高橋教授論文『基督教會と徵利問題』本誌第十五卷第七號—第十二號所載。同教授著『經濟學前 者達の Justum Pretium 論 usura 論、(dammum emergens, lucrum cessans 論) に見ることが出來る。(これ等に就いての我 史』第二編。尚は筆者のこの問題に對する考へは、なほ未熟のものなれども拥著『中世教會法的徴利論考』)。

れるのである。 **説教である。而してその説く天國は『此處に視よ彼處に視よと人の言ふ可き者』ではない。彼の福音は固と現世的、** いてか舊約の默示的•神法的章句(及びその宣布的言說)が、新約に於いて特に改修せられざる限り、嚴格に典據せら 社會學的なものではない。(2)(3)従つてこの場合直接に之れに典據することは出來かぬる道理であつて、茲に於 なはちイエス自身の言葉は畢竟するに戒行者の、その弟子達に對する勢戒である。「神の國」宣布者の託宣である、 エスの敎滅であり、夫れは、更に舊約に依據せらるべき默示的或は神法的字句の注釋的•擴充的言說を除く限り、す すなはち、かゝる場合に典據せらるべきは新約、舊約の兩聖書であるが、新約に於いて依據せらるべき聖句はイ

- るところは、「幕督教理のそも」へ一元始形態のうちよりして存する、その超現世的精神主義を、それだけになほ素朴、率直 に知らしむるものと思ふ。 『馬太傳』第三章第一節二節、同第四章第一節以下、同第五章第二節十第十二節。なほ『約百紀』一篇を通じて語られた
- 高橋教授『原始基督教と社會問題』本誌第十七卷第五號一〇—一三頁參照。阿揚抽著、二九六頁以下。

『生よ繁殖よ地に滿盈よ』と云つ居る。Cb)すなはち『はや一には非ず一體なり神の合せ給へるもの人これを雕つべか らず。」(6)とれが現實社會制度として觀たる場合の婚姻に對する基督教の批判或は進んで規範の出發點である。 で、途にアグムを睡らしめ、彼の肋骨をとつて女を造り、兩者は『二人一體になるべ」きものとして彼等を祝禱し、 を彼の為に造らん」と諸の家畜、天空の鳥、野の諸の獣とを造つたが「アダムには之に適ふ助者みえざりき」と。そと ましい『人即ち生靈とな』つたのであるが、これがアダムである。然るにエホバは『人獨なるは善らず我彼に適ふ助者 エホバ神の婚姻観は極めて自然法的のそれである。すなはち『エホバ神上の塵を以て人を造り生氣を其鼻に嘘入た 然るに茲にヘブライの宗教は、少くとも直接には婚姻事項に對して冷淡無關心であつたと謂はれる。(4)他方、 4 宗教でも婚姻に對してその戒行的立場よりする限りは、少くとも一應は否定の態度に出づることの自然を思ふと同時に、 社會事象としての夫れに對しては、多く無關心であらうことの常然さが考へられべきである。佛教國、囘敎國の實際に 於いて觀るも、乃ちまた然るが如くである。 (Westermarck. ibid.)。 乍併何等かの理由によつて一たび宗教-宗教團體が對 俗支配の興味或は必要に際せんか、婚姻事項は、その咨意的、性情的特徴の大よりして、返つて他の社會的事象に超へて之れ つても首肯せらることころであらうが、エホバも亦猶ほモーゼに訓へてすべての近親骨肉の相姦を禁じ、且つ姦通を戒む 第十三節上 節)と命じて居るのは、積極的な「婚姻法」的命律として注意せらるべきものとさへ考へられる。なほ『申命記』第二十二章 る婦またはけがれたる婦妓女等は娶るべからず、たゞ自己の民の中の婦女を妻に娶るべし『同第二十一章』第十三-十四 るを見る(『利未記』第十八章第六節-二十節、同第二十章第十節-廿一節)。殊に、『彼妻には虞女を娶るべし。寡婦休れた が規制の對象たるであらうことは、本稿中心題目として後段詳述せらるべき中世羅馬加特力教會の婚姻主權把握の事によ E. Westermarck, The History of Human Marriage, 3rd. ed., London 1903. p. 425. 元來宗教たる限り、恐らく何れの -十九節、同三十二節—二十九節。同第二十四章第一節—四節。同第二十七章第二十節—二十三節の記述を注意

すへし

(6)『馬太傳』第十九章第六節。而して『創世記』第四章第十五節の『又我汝と婦との間および汝の苗裔と婦の苗裔の間に怨 (5) 『創世記』第二章第七節、十八節、十九節、二十一、二十四節等。同第一章第二十八節。『馬太傳』第十九章第六節。 恨を置かん」といふ言葉、又た『汝は夫をしたひ彼は汝を治めん』(第十六節)といふ言葉は注意せらるべきものである。 を愛するは已を愛するなり」とあり、また同様のことを『哥羅西書』第三章第十八、十九節に於いても見る。 書』第十一章第八、九節)と云ふ。但し『以弗所書』第五章第二十八、二十九節には『夫その婦を已の身となじて愛すべし婦書 パウロも『男は女より出ずして女は男より出で男は女のために造られずして女は男のために造られたるなり』(『帯林多前

Щ

了つた。斯くて教育の法的制度は、遂にその實力に於いて皇帝の法を凌ぐに至つたのであるが、(2)洵にかくの如 於いて占めた加特力教會の特異なる文化的地位は、いつの間にかその手中に俗世間に對する支配權をも握らしめて 自らの法を俗法に一致せしめんとするが如きことは勿論のこと、同時に敢えて俗法を改修して之れを神法に隨從せ つゝありながら尙ほ、現世的政治組織からは隔絕し、時にこの隔絕を一層大ならしめたる事情こそ存したれ、「1) た。斯くてこの神法の下にある一團の人々は、國家の傍らに在つて次第にその準政治態としての實力を增加せしめ 見ないが、準政治態としての夫れも、神法を認むることによつて國家とその法律からは、また本質的に他人であつ にして商取引、 しめんとするが如きことの割てられることもまた無かつたのである。然も時移つて羅馬帝國崩壞の後、中世社會に 「教團」としての基督教會が現世的政治態とは全然他人であるべきこと」 金錢賃借と云ふが如き教會には谌だ緣遠かるべき事項さへもがっ ーまた、あつたことは、茲に繰返す要を - 或はかへつて正反對なるその性

目標たるべきことを思へば、所謂婚姻主權が教會の握るところとなつたのは、その對俗教權伸張の手段として是れ 質の故にといふ理由の覓め得ざるに非らざるを姑らく措けば、その神治的、教條的訓令の支配の下に置かれたるこ ち來らされぬ筈とてはない。否、一たび敎會が敍上の如き優越なる對俗地盤を築き得たる後に於いては、昔日の他 傳ふものであるかも知れない。斯くて教會は先づ宣言して曰ふ。『婚姻は神の Sacrament (4) である』と。 が最も有效適確一目的觀から云つても、結果論から云つても一なるものであつたが故だと言ふ方が、よりその真を 界主義に對しては寧ろ反動的に、意識して對俗教權の仲張を劃すべき必然を思ふの時、然もこの目的の爲めに收む と旣記の如くなるに際して(3) 心情的、咨意的、否人格的要素の多分に含まるゝ婚姻のことが、同じ制約下に擂 べき强制の對象として、婚姻は上記の諸要素よりして最も容易に、且つ完全に幾くその手中に掌握し得べき好箇の

- (1) 捕稿『教會法の理論として現はれたる自然法の觀念』本誌前號七〇頁參順。
- (2) 前揚拙稿。七一頁。註(2)
- (3) 本篇第三齣註(1)參照。
- (4) サクラメントとは、教會の定義するところに從へば、"Die Form, hinter der sich eine nicht durch den Verstand wahmchmbare Wahrheit。である。すなはち之れこそ教會の婚姻支配權を確立する原理的根據であるが、洵に教會はこの 婚姻秘蹟原則に據つてのみ、その神政的權威を婚姻事項に及ばしむるを得るのである。

本ではある。所はで物間の部類です。

會は永く婚姻成立の鍵を握つた。(5) すなはち一人の女は所謂 Kirchliche trauung によつてのみ一人の男に嫁す 一切を擧げて敎會の掌るところとならざるを得ない。事實に於いてトレント第二十四囘宗敎會議(一五六三)以來敎 旣にして婚姻は神のサクラメントである。斯くて婚姻を支配し規範するの大權は一に教會に屬し、婚姻の事たる

- る。言葉を換へて言へば、婚姻が婚姻たるは實に敎會の宗敎的儀式 Sacramentum によつてのみ然るのである。(6) (5) 基督教會が、人間の性生活に干渉し、自らその規範者、監督者たらんとしたことはその信徒達の一般生活に對して國 れたる自然法の觀念』七〇頁參照)。 法的規制以外の神法的制約を加へんとしたことゝ共に必じも中世加特力教會を俟つことなく、可成りその以前に溯り得る 手中に於ける婚姻規制こそは、その全き實力を發揮せるものと稱せらるべきである。〈前掲抽稿『教會法の理論として現は と云はなければならぬが、たゞ中世加特力教會の對俗世的權威の確立は旣述の如き經緯に於いて特別のものであり、その
- を公けの分離故障 impedimentia dilimentia publica と做したが、これある場合でも、婚姻は尚ほ當然無效となるの ではなく、判決によって無效とされ得たのである。(9) づかに之れを取消す途の存したるのみ。教會法は、不適令 œtas (®) 姻族 affinitas 相姦 adultrium 重婚 ligmen たとへ能力に欠缺があり、意思に瑕疵があり、動機に違法があつても、當然には無效になることがなく、流石にわ れない。婚姻がその成立要件を缺けばとにかく上 は、婚姻の無效といふ觀念が一般に排斥せられた。否、寧ろ排斥せられざるを得なかつたと云ふべきであるかも知 由からして固より『人これを離つべからず』。すなはち離婚は絶對に禁ぜられたのである。(7)元來教會法に於いて 婚姻は斯くして『神の合せ給へるもの」である限りに於いて祝福せらる」ところとなるのであらうが、また同じ即 (6) その儀式の内容は、所屬教區の僧侶の面前で二人或は三人の證人立會の下に、婚姻意思の交換を爲すことであつたと 云ふ。(Decretum "Tametsi" des Trictentium.—seccio 24 vom II Nov., 1563)。而して婚姻の締結 sponsalia—per verba de proesanti は所謂 copula carnalis を得るとき、完全に成婚 Matrimonium rati et consmmatum すと做されたのである。 一との場合は、始めから婚姻は成立して居ない道理であらう。
- (1-) C. Trid. S. XXIV. de Sacr. matr. 7.

- (8) 教會法に於ける婚姻適齡は女十二歲、男十四歲。
- るであらうが、その然れるは、不適歸婚を公益違反と見ることによつて取消さしめたものと見るべきであると云ふ。C栗生 博士。既掲『婚姻法の近代化』一七頁)。 例へば教會が不適齢婚の取消權者を當事者以外に、親族、檢事に及したるが如き、 この間の消息を語るものと云ひ得

夫妻相互の終生の貞節であつた。

(ロ) 殊に夫の貞操が明かに命ぜられたことは、非自由人との通婚が許されたこと れは教會法の婚姻史上の功績として認めて可なるものであらう。 ゝ併せて、(12) 之れが質績、質際については今姑らく云はずとするも、その宣言があつたといふことだけでも、こ 既にして成婚を得たる一對の男女に向つて歌獎、否嚴命せらる」ところのものは完全なる一體主義であつた。(10)

- (1)) 洵に聖典は曰く『然らばはや二に非ず一體なり』(馬太傳、第十九章第四節)と。 而してかの copula carnalis を以て完全 を分たしめて居る。 成婚の要件と做す教會法的婚姻法は、婚姻者に身分の共同、財産の共同を命じ、妻に對する家事權の分配、財産管理の權
- する一夫多妻である。 教會法は再婚を禁する。『もし別れなば嫁がずして居れ』〈『哥林多前書』第七章、第十。十一節)。洵に再婚は時を異に
- (12) 但し異教徒との通婚は之を禁ずる。

はない。 然しながら、旣に縷說したるが如く、敎會は、その本來より之れを云へば、遂に婚姻否定の原則を捨つるもので

とれ等は寧ろ大體婚姻法の定石的規定とも稱し得らるいであらうが、然もその血族婚禁の場合の如き七等親まで、 教會法は先きにも述べたるが如く、不適齢婚、血族婚、緣族姻 一定範圍の 相姦婚、 軍婚等を禁ずる。

ない。素と教會は婚姻事項を規範すると雖も、これは必しも婚姻の爲めに婚姻を規範するに非ずして、遂にこれと ざるを得ぬ。茲に到つて筆者は肯へて敎會の「婚姻を惡くむ」のこゝろは遂に覆ふべからざるものありと云ふを憚ら 洵に之れはその嚴重煩錯なる要式主義と相俟つて、自ら敎會の婚姻觀、その婚姻立法精神の如何を示すものと云は ぐるを見るの時、誰れか斯くも不必要なる範圍にまで婚姻故障を擴大して存置するの理由を疑はぬものがあらうか。 障として一定親等内の婚約者の血族(3)、配偶者の姻族(14) 配偶者の第二姻族(16) 内縁配偶者の血族(16) を舉 これを禁ずるし は別のもの」ために婚姻を規範するものである。(17) -後に至つて四等親にまでに緩和されたが――の態度に出でたが如き、また以上の外に所謂婚姻故

- (3) これを準姻族 quasi affinitas といふ。
- 14 これを第二姻族 affinitas secundi genenis といふ。
- 15 これを第三姻族 affinitas tertii genenis といふ。
- これを不法姻族 affinitas illegitima といふ。
- 頁。同『婚姻立法に於ける二主義の抗爭』一三十二一、二四十二八、六〇一六五の各頁及び一〇五頁以下、一八四頁以下等 なほ数會法の婚姻規定については Friedberg, Kirchenrecht. St. 440 ff. 栗生博士。前掲『婚姻法の近代化』 二六十三二

云へばかくつて茲に存するのであるが、筆者はなほ姑らくいま一步進んで敎會的婚姻立法或はその法理の究明に入 この秘蹟論より出發する神法的支配によく服せしむべきや否やの一事である。(19) 本稿一篇の論攷の重點は、實を 併しながら、更に茲に問題と爲さねばならぬことは、問題をその本質論(18) に闘聯せしむるのとき、婚姻をして

込むことを續けなければならない。

(18)C19) それが爲には先づ筆者の婚姻本質論の何たるかを表明しなければならぬことは勿論であるが、これに就いては旣 て見られんことを望む。 二構成要素。同『婚姻の制度的特性或は經濟性』及び『婚姻に於ける「生物學的」と「社會學的」』(木誌第二九卷一號)に就い ものとして引くに止め、本篇に於いては再び是が論證を行はない。詳しくは、旣出抽稿『婚姻儀式の公示性と婚姻概念の に嚮きの機會に於いて考ふるところを述べて置いたことではあるし、後段必要の場合に於いて、その結論を旣に論證濟の

1

既に婚姻は教會法 ius canonicum(1)の律するところである。

(1) その法典的形態に於けるものが所謂教會法典 corpus iuris Canoniti である。すなはち教會法典は一口に云へば信徒の て、次三世紀に亙る間の法王の教書が追加されて現在に到つて居る。 條規、法王の親簡及訓令、悔罪定例等やその註釋、義解から成るものであるが、之れが修補は三世紀からはじまり、十二 支配に對して初期及中世基督教會の制定競布せる律令 waxyvec の集聚である。使徒、教父、僧正達の citation、教法會議の 世紀の中葉ボロニアの修道僧 Gratianus の手によつて略今日に傳る體裁に大成し、而してその後もその追補は屢々行はれ

quædam hominibas inventa の行はるく人間の國 civitas terena が出現したのは、人類の堕落に因る。されば人定 による諸制度は畢竟神の國完成の手段としてのみ存在し、萬有は尚ほ竟窮に於て神意 voluntas Dei によりて支配せ に依れば、元來世界は神法 lex divina に依つて支配せらるべき單一の神の國 Civitas Dei である。然るに人法 lex と云ふ。而して更に市民及び敦會法は後者の二分岐なりと做すのであるが、そもそも神學的法理學の考ふるところ 教會法典はその初めに規定して、總ての人類は二種の法に依りて支配せられる、一は自然法にして他は成法なり

けであるが、人の現世的支配に闘する限り、その永久法は自然法になつて現れる。すなはち成法の觀念をなすもの 謂成法―はこの自然法の原則を個々の實際に適應して表したものである。すなはち總べての法は永久法に歸するわ lex zterna と呼ばれるのであるが、この永久法の人類を支配する部分を自然法と做す。而して實證法―教會法に所 られる。この神意を聖。Augustinus。以來の(Thomasso d'aquino も亦同様の使用にあり)用語を以てすれば永久法 は自然法の觀念である。(2)

(の) 本條は主として Berolzheimer, System der Rechts-und Wirtschaftslichen Philosophie, Bd. II 及 Erdmann, History, op cit. に據る。なほ聖 Thomas の Summa Theologica Prima Secundæ, qu. XC. art. 2 以下其他。

その源を希臘哲學に於ける自然。phusis。自然則 ho koinos 及自然法。phusei dikaion の觀念に發するものであつて、 夫れであったといふことを知らねばならぬ。(4) 洵にこのことは、後段論ずるが如き、注意すべき意味を有するの 馬法に於ける自然法であつたと言はねばならぬが、(3)然も彼等のこの援用は畢竟基督教理の異教的表現としての この観念が教會法學者によつて先づ採用せられたのは、之れがそのうちに於て、特殊の形に於いて發達を遂げた雛 教會法的婚姻法に於ける根本理念も斯くて固よりこの「自然法」理に存するのであるが、そもそも自然法の觀念は、

(๑)(4) R. Pound, An Introduction to the Philosophy of Law. 1922. chap. I. 以下。高橋教授。既出『經濟學前史』四六 八頁、三七三頁參照。

大

凡を自然法と謂ふ。普通に自然法理論 或は自然法學を以て呼ばれるのは自然科學及びその影響の下に於ける意

Hobbes, Locke, Hume 或は Pufendolf, Leipniz 等其他、一群の人々によつで述べられた理論を指して謂ふのであ 法は、所謂「自然法學派」の自然法(3)とは別箇のものであることは素より、彼れと相違するその特質に就いて先づ 理想的國家狀態或は理想法を描く點に於いては、兩者は之を一括して思考せらるいに妨げないものではあるが、然 の自然主義的・質利主義。Utilitarianism 的色彩に對して、その目的論的或は超自然主義的特徴によって彼れとは區 一應理解し置くの要がある。 であるべきものである。固より共に人類自然の狀態 statu naturali; state of nature; naturzustund に出發して 彼此兩者の間に於て、その「自然」或は「自然の狀態」の觀念に相違ある點(2)よりすれば、希臘羅馬及中世自然 同じく自然法論を以て呼ばれても、今茲に云ふ希臘羅馬及び中世教父の哲學或は法學に於ける夫れは、前者 自然そのものを以て最高決定的なりと做す自然主義ー ーの洗禮を受けて興つた(1)

- (H) Thomas Hobbes, Elements of Philosophy, pt. 1. ch. 6; David Hume, A Treaties of Human Nature, bk. 1. pt. 111.
- (2) Paund の言へるが如く、希臘人にとつては所謂自然の林檎とは栽培せられざる以前の野生の林檎と云ふ意味に非ずし 間の一切の努力、一切の活動に先立つて法の理想が實現せられたりと做される。この點に於では、一寸希臘羅馬に於ける 極的條件として、これに對し之れに先行して存在することを豫定せられたる狀態である。この自然の狀態に於いては、人 他ならぬ。かくて自然の狀態とは理想の狀態である(R. Paund, loc. cir.) て寧ろ女神へスペリデスの黄金の林檎を意味する。彼等の謂ふ自然物とは、最も完全にそのものゝ概念を表現するものに 純客觀的な理想法である。然るにかの「自然法學派」の自然或は自然狀態は、公民的・國家的狀態の消極的又は積 - 隨つで彼等の自然法とは、後に、詳しく論ぜら

中世基督教會ご婚姻

に基く法である。詳しくは F. Harms, Begriff, Formen u. Grundlegung der Rechtsphilosophie, Leiptiz, 1889. を見よへ第 姓に基ゐて人間に備る法」は、人間も、而して神も亦如何ともなし難い、そは一般に意思に倚存することのない單なる自然 達せらるべき目的ではなく、これに對する努力に先立つて現實性を與へられた原始的狀態である。そこに見出される「天 自然法の觀念と一致するやりに見えるが、しかしこの自然狀態は時に不充分であり、時に誤りでさへある。即ちこれは到

(3) 抽稿『教會法の理論として現はれたる自然法の觀念』(本誌第三十卷六號七三十七八頁參照)。

則及び自然法觀念に發する。 羅馬法學を經て、中世教父哲學或は法學に移入せられたる自然法の觀念は、旣に述べたるが如く希臘哲學の自然

府國家社會を形成するに到り、進んではその殖民地の開發、發達をさへ見るに至る。斯くて既に早く希臘に於いて agraphos 或は ho koinos を與へ、これに基いて phusei dikaion が問題とせられたのである。 は、その法律が單純に神法的信仰のみを以てしては維持し難くなりついあつたと共に、法律の中に於いて、法の絕 對的性質と、民族的要素を如何に調和せしむべきかの問題が起りつゝある。(1)即ち現實的制限の限界を確定する 一方、人間相互の關係を規定すべき絕對的なる唯一の法則が求められ、これに對して彼等の「自然」觀は、Nomos ho 古代希臘社會が、純然たる氏族的社會に止まつて居たのは、さう長いことではない。やがてそれは、漸次所謂市

(1) R.Pound は日ふ。『古來の法律哲學に於いて、如何に法律の實際的要求、殊に一般的安全と、變化する利益との調和 が合理化されたか。』『希臘に於いては、法律は寧ろ原始的な活躍性を有した。斯くて哲學者の注意は自からその不確實と 不統一とを救ふことに向けられ、現實的法律の背後に在る動かざる法律的實在を要求した』と。(An Introduction, op. cit.

また高橋教授。前掲書。二〇八十二〇九頁參照。

横はる常住なる實在が求めらる」のであるが、希臘初代の思想家達は之れを「自然」 phusis と呼び、 時間的・空間的制限を受けざる普遍的質在の特殊的發現と做すの方法である。すなはち、茲に萬有生成化育の根原に 活動の連鎖、すなはち時間的歴史的に神々の所爲と做す。乍然やがて之れに代るところのものは、宇宙の諮現象を、 於いて神、或は神々を觀る。即ち宇宙の根元及その生成を、自己と同様なる人格を備へたる倜鶻、竝にその意識的 凡そ人類は殆んど總ての民族を通じてその最初に於ける宇宙觀、世界觀に於いて、宇宙及びその諸現象の根底に 以てすべての

哲學、眞の意味の自然主義(4) であつたことに就いては、多言を須ひずして旣に何人も能く首肯するところと信 の「人生」を對象とせる思索に際しても亦有したるその特徴に對する意味に於いて、(3)それを一般に「自然哲學」と 呼ぶことの以外に、廣く希臘人の世界觀、人生觀し 洵に希臘哲學がその最初期に於いて、(2) 具象的、物質的意味に於ける「自然」を對象とせる意味に於て、また後 -希臘哲學が、自我を無媒介に自然に沒入せしめる直觀的・藝術的

(2) 玆には大體イオニア派、即ち所謂ミレトスの三人(Tales, Anaximandoros, Anaximenes)より、Phuthagoras を經て Herakleitos が宇宙を以て過去、現在、未來に 通じて永遠に生くる火である、萬物は火より絶えず發生し、絶えず火に復 考へ、その現實の動的なる、水を以てして、變化流轉して熄むことなき世界を説明すべき根本原理と做したが如き、 の眞相如何に在つたには相違ないが、例へは、Halesが變化する現象世界の根本に於ける統一的なるあるものとして水を Empedcres, Anaxagoras 等西紀前五世紀の頃までの夫れを謂つた。彼等の思索の劉象とても、素より畢竟は世界(及人生)

観(Hylozoismus)的哲學である。 この永遠なる交換運動によって一切の秩序ある宇宙が形成せられると做したが如き、その他すべてその哲學は物活

(3)《彼等の哲學に於いて、世界及人生の眞相は「自然」Physis に現されるのであるが、この自然は未だ内外の區別が明か る世界を「統一ある世界」 Kosmos と見たのである。即ち最初の哲學は Physiologishe u Kosmologisch であり、而して主 觀的の方面が主とならなかつた點から云へば、客觀的である。而して斯かる physis を見る見方は、前註にも述べたが如 ならず、肉なる心的の事が、その儘外に自然界の一部として投射され、一様に物の世界、即ち自然と見られ、而してから ある。すなはち最初期希臘哲學の如上の特質をとつてこれを「自然哲學」と呼ぶならば、またこの當時に於いて、是れと「人 次第に自然學-例へば數學、天文學、醫學など-と主觀の方面を反省する學の意味に於ける哲學との分化を見るので 彼上の場合に於けるとは異つた意味に於いて**猶ほぞれは**「自然哲學」である。 -とは潮く分化しつゝあつたとも云ふことが出來やう。然もその分化したる「人生哲學」も、希臘哲學たる限りに於 - 一一元論的であつたが、前五世紀頃に到るや漸く。Materialistisch-pluralistisch となる。斯くてその頃に於い

(4) 自己經驗の組織に際する方法にして、全體と個體とを無媒介、即ち直接に結合せしむるもの、個我が没却せられて全 宇宙の内に攝入せらるゝ形式は藝術的である。・・・『この意味に於て一般に「何が」として「それ」を規定せんとする限りは、 否をれによりて逆に我等の生活が組織せらるゝ所のものなり。斯くて狹義の藝術的のものゝ生活組織は、之を眞の自然主 るものとは區別して、之を特に科學或は哲學と稱す。然も廣義に云へば其何れにても皆我等の生活そのもの」投影なり、 **之れを藝術的の方法なりとも云ひ得。然れども・・・・抽象的の概念や具體的の概念を以てするものは不自由なる材料を用る** 義(naturalism)と云ふ。或は靈肉一致(否正當には靈肉末剖)の狀態といふ。内外の調和を藝術的の調和に求め、共調和の上 より、一切を解決せんとする立場なり。然も抽象力の弱き間こそ純なるを保持し得べけれ、旣に抽象力が此の調和(感情)

象的概念の世界なり。即ち語の轉用に過ぎずと云ふべし。眞の自然主義には非らざるなり。故に古代の希臘人や、我邦の 理學の如きをも、亦自然主義と呼ぶことあれども、その「自然」とは、後に明にせらるこが如く自然科學が組織せる所の抽 大化新政に到るまでのものが眞の自然主義なり。只紀平博士。『行の哲學』五六一五九頁)。 より力强くなれば、最早純粹性を持續し得ず。・・・・又自然科學的のもの、例へば人間を自然物の一と見ての進化論的倫

主観的なる自己は自然の大法に廻入せらるべきである。 の戸帳がかいげられたのである。洵に遂にスフィンクスの謎も希臘人によつて「人間」と解かれた。斯くて茲に最 然るにこれが希臘に於いて Athena いては「個」は「全」と無媒介に結合する。寔にらい、なは、元のである。すなはち個は全體に購入せられるのである。 したる先づ初めのものであるが(歴史的には Socrates を以て最初のその人とするであらう)、この世界觀に於 人は自ら終始の能爲者たることを得るに至つたのである。斯くの如くして希臘人は、自ら自からの世界を組織 サイスなる。Neith 女神の神像は永久に秘せられ、「可死的なるもの」のその戸帳を掲げ得ざるべきものであつた。 神となるに及んで、希臘人がこれを十二女神像に刻して表現したのは、畢竟そ

ろ當然の歸趨と稍すべきであらう。 家も、またその法律も、その本質を「自然」と闘聯せしめ、これを永久普遍なる「自然の法則」に繋らしめたことは寧 斯の如きその特有の思索的傾向を以つてする希臘人が「自然」を以てその精神生活の指導原理とし、從つてまた國

·Ł

の人々)によつて、就中その客觀主義 以上に述べたるが如き希臘的自然觀、希臘的自然主義の法理學的發現は、既に Puthagoras (及びピニグゴラス派 これを法理學的に云へは理想法主義 - に關する限りは寧ろ代表的に、爲

logikon-nous (思考力)と、nœron (理性)となる。而して思考力は精神を有するもの(即ち動物)に共通なるが故に、 間のみの法が存すると。 koinon dikaion hēnin psuchēs が存在す可きと共に、理性は人間にのみ特有なるものなるが故に、これに對して人 されて居る。すなはち Pnthagoras にあつて被造物の個別的精神は宇宙の精神(1) の一部であるが、宇宙の精神の **全動物は是れを通じて神との共同態を造り得るのであつて、人間も動物の一たるが故に、人間、動物に共通なる法** 一部たる被造物の個別的精神は二分して logikon(知力)と alogon(理性なき力)となる。前者は 更 に一分 して

(1) Puthagoras に於いては周知の如く數が萬物の根元である。Monas即ち一は最高の神の精神であり、從つて全宇宙に普 れき精神となつて現はれ、全宇宙に於ける凡ゆる生命はこれから創造される。倘ほ前掲抽稿『教會法の理論として現はれ たる自然法の觀念に本誌第三十卷六號八一一二頁)參照。

て理である。それは常住にして萬物之れに從つて生ずるもの、これに就いて聞かざる前に知り得べきもの。logos を越えて永遠に在るものを見得るのではないか。(2)然らばまた茲に一つの自然法の觀念が既に存在することを云 は nomos である。とすれば猶ほ、Herakreitos の場合に於いても、logos に於いて、萬法流轉の間にその生成變化 永遠の火から成る。この火と萬物との永遠の交換に際して從ふ法則がすなはち logos であるが logos は言葉にし 然るに Herakreitos にありては永續的なる實在なるものなし。たじ發生と消滅があるのみ。洵に宇宙は明滅する

(2) 前揚拙稿八三頁。

ソフィストは前者等に比べて著しく實際的である。從つて彼等は法の規定のみならず、道德的規制も亦時と處を

異にするに従って異るの事實を觀察し、その大部分のものは歴史的に、人爲によつて發生せるものなることを云ふ のであるが、然も彼等は、それ等が普遍的なる效力を有するは、自然 phusei が總ての人に對して同樣に與へたる

(3) 前揭拙稿。八三頁參照。

的見解よりして人の主觀を重じた結果、これを國家に該て、國家の主觀によつて制定せられた法のみを認めて法と 來つたのみならず、またその個人主義的見解からは、法及び國家の否定せらる」ことのあつた一方、同じ個人主義 體的に、觀察せられたことからして、法則といふが如きものは、自然的な人間を拘束するものだといふ結論も生じ 但レソフィストの云ふ「自然」は時に人間の本性といふ意味に於いて思考せられ、然もその人間の本性が現象的肉 生じ來つたのである。(4)

(4) 船田教授。『希臘に於ける自然法の適用』(1)法學協會雜誌第二卷第一號。 七二十七三頁參照。

現實的にも單一に神法的なる自然法に歸せられた。 と人為は、法律に於ける普遍單一の窮極原理に對する實際要求と共に、今や對立的に思考され來るのを見るのであ ほぞの初期に於いて希臘自然法論は概して一元的であったことは之れを否み難い。そこに考へられたところの法は 法理論上に於けるソフィストの相對主義は、漸く實證法に對立する意味に於ける自然法の觀念を形成するもので 人事界に於ける Phusis と nomos との間に存する區別は旣に Archelaos によつて設けられると做すも(5)な と言つて宜いと考へるが、茲にソフィストに到つて漸く自然

(も) 高橋教授。既出書。二〇八頁。

中世基督教會を婚姻

※ の の り慣習若しくは一般的合意によりて正なるものと、本質上正なるものとの間に重要なる區別を設くるに至れり。從來國家 - の存在に對する十分なる理由として承認せられたる「自然」なる名曰は、今や、人爲的のものに對する自然的のものとして、 「法律」に對立せしめられたりに既出書二〇九頁)と云はるこのも、之れを指されるものである。 高橋教授が『ツピストは軈がて純然たる成法と、倫理生活及び社會組織の根柢を成せる究竟原理― 換言すれば、唯

Socrates はソフィスト達の相對主義に對し、再び普遍妥當なる知識を信じて個人を超越せる規範の存在を思考し

nomoi と成文法 nomoi poleos の二者となる。前者は市民の手によつて定められ、その效力は時と處によつて異る 法」は、一の自然法である。 が、後者は神によって創られたものなるが故に、總てのところに於いて選奉せられると。(7)すなはち茲に「不文 andreia 正義 dikaiosnē の三者となる。而して正義を規定するもの即ち法 nomoi であつて、これは不文法 agraphoi 抑も眞理を體得するを知。Sophia と云ひ、諸德皆これに歸する。而して「知」は三分せられて節制 enkrateia 勇敢

(7) 前掲拙稿。八四頁。

ア或はエピクロス學派に受け機がれたが、 Socrates、思想の主觀的方面は、キュニコス、メガラ、キュレナイ等の學派に繼承せられ、メガラ派の思想はスト その客観的方面は、Platon, Aristoteles によつて傳承されたと稱せられ

八

Platon に於いて精神は、理念、感性兩界の中間に位し、(1)固より理念そのものではないが、不滅の性質を有し、

序されるのである。(2) andreia 感性には節制 sophrosune の三德が對應して樹立され、而してこの三德は正義 dikaiosume によつて統合整 三位に分れる。而してその夫れぐ〜は、等しくその完全性の故に理性には聰明 sophia, philosophia 之れは知覺の世界に對應する性質を有する一方、理念の世界に對應する理性 nouos 或は合理性 logistikon を有す る。而して理性は更に精氣、thumos 感性 epithumia に分れると做されるから、精神は先づ、理性、精氣、感性の 精氣には勇敢

- する憧憬に騙られて理念の世界に向ふのである。(理念は現象に於いて實現せらるべき目的である)。 (1) プラトン哲學の中心は云ふまでもなく、その理念論であるが Platon は理性認識 noëis の對象たる理念の世界、即ち 神力の働きによりて關係せしめられる。即ち未だ思化せざる精神は、理念と現象とが分離して存在する不安と、これに對 傎の實在世界と、感情認識 aithesis の對象たる知覺の世界、即ち生成變化する現象の世界とを分ち、この兩界は唯獨り精
- を得る。神は凡ゆる點に於いて不正なることが無い。彼は無飲の正道である。而しで害人の中に在つで最も正直なるもの 近似である。而して神は「蕾」にして絕對の正義なるが故に、吾人は正義 dikaiosune に於いてのみ、唯獨り神に近似する は、最も克く神に近似せるものである。(Theceterus, 176.)。 (2) Platon に於いで、人間は自然の目的にして、理想は人間の目的である。至高の善は、人間の神に對する最も完全なる

彼に於いて國家は最高の道德である。斯くて彼の國家論は即ち彼の「德」論であるが、斯くてその國家生活に於ける よってのみ得られる。人をして徳によつて幸福ならしむることこそ、國家の使命である。洵に屢こ云はるいが如く、 最高の徳はまた「正義」である。(3) 然るに人間の至高至隔の生活は、Platon に於いて、德の生活である。而してこの德の生活は、理想的國家生活に

3) 前撂拙稿。八六頁

中世基督教會ご婚姻

亦變化するものではあるが、然し素とこれは人間の不完全から發生せるもの、從つて理想國家には存在することな ならざる、常に變易して拘束力なき anomonであるが、今一つは商業その他市民生活を制規する法であつて、これ れる法には、之れと關係なき他の要素が含まれることがあり得る。その一は、理念と矛盾し、それ自ら惡にして真 國家法とは理想國家の中に於いて支配者が理念によつて創り、且つ行ふものであるから、實際の國家に於いて行は 唯精神的法則及び國家法 ta nomizomena, ta dogmata kai psephisnota, dogma pleos に具體的に現れる。但し茲に 絶對永遠なる真の法であつて、具體的なる法を通じて實現せらるべき目的であるが、固よりそれ自身具體的でなく、 く、たゞ現實國家に於いて、その拘束力の基礎が許されるのである。 として有すると共に、他面具體的現象として現はれる。理念としての nomos すなはち nomos katauto は普遍唯一、 最高の德正義は自ら規定するための規定を有する。法 nomos 即ち之れである。この nomos は一方に於いて理念

の濃き理想主義的傾向、目的觀的色彩を見るのであるが、これが Aristoteles の經驗主義に遭ふに及んで、果して 如何なる展開を爲したであらうか。 以上 Platon の法理論に於いて、我れ等は自然法の實證法に對する關係の一層明ならんとするを見ると共に、そ

ない。 として居る。理念は經驗し得べき事物そのもの」特有の本質であり、その規定的內容として認められなければなら Platon に於いて至く分離して考へられた理念の世界と感性の世界とは、Aristoteles に於いては同一視されやう

そのうちにのみ一般的規定 eidos が實現される。ousia が單なる可能性 dunamis から實現 energeia に進み行く過 彼に從へば真の實在的なるものousiaは、その變化し行く狀態に對して、概念的に思惟せられた個別者であつて、

ととによって完成するのである。 程 gevesis (生成)は、原質 hule の中に含まれたる可能性が、同じく原質中に作られた形式 eidos に形成せられる

とせざる思惟、即ちかの思惟の思惟 noesis nocseos である。 べてのもの〜運動の原因たる純粹形式は、洵に純粹精神たる理性(神)であり、これはそれ自らの他に何者をも内容 となき純粹形式であるの3) 斯くの如きその運動 kinesis に於いて、すべてのもの、體系的結合の頂點にあり、す ては原質として關係する。とゝに段階が生ずるの道理であるが、その段階の最高位は他に對して決して原質たるこ ものが生ずるが、しかもこの關係は相對的で、一方に於いて形式として關係するものも、他方より高い形式に對し 種々の個別者間にあつて一方が原質の狀態にあり、他方が形式の狀態にあるときは、兩者の交互作用から第三の

(3) 而して最下位に在つて他に對して決して形式たることなきものは、案材」である。

粋精神として、人間にのみ外から附加された神性である。 あるが、人間に於いて動物的精神を原質とする形式は「理性」である。すなはちこれは、すべてに對して形式たる純 の形式たる精神の區別に從ひ、植物的精神は動物的精神の、動物的精神は人間的精神の、失れな)原質をなすので 宇宙に在る凡てのものは、この純粹形式たる神と素材との間に改階を爲すこと、例へば生物に於いては、各々そ

「理性」の根本作用は思索であるが、理性による思索は欲求の原因となるが故に、「理性」の作用はかくる作用の他 は、nomosによつて規定せられる。而してこの「優越」中の最高位に在るものは、即ち正義 dikaisume であつて、こ であるがいこの「理性」の支配によつて欲求の中庸を得しめられたる狀態は「優越」 aretē と呼ばれ、すべての「優越」 に思索に基く欲求と、欲求に基く行動とを指導するに存する。 茲に理性の欲求に對する命令 nomos が發生するの

の正義に對應する nomos が即ち、法」dikaion である。(4)

○ C42 前掲抽稿。九〇頁、註(6)參照。

が、後者に於いては補正的 diopthotike 正義が保持せられるでも) 分配すると云ふこと」、各人相互間に種々なる取引關係に於いて生する不平等を平均するといふことに分るゝが故 に「法」もまた、dikaion dianametiken と dikaion dispthotikon に分れ、前者にあつては分配的 dianametike 正義 て各人にその分を得しめることであると做した。然るにまたこの場合、中庸を得しめることは、或るものを各人に 求の範圍を侵かさゞらんでとを規定する。この場合の各人の要求を規定する標準は、正義も亦「優越」の一なるが故 に、中庸であるべきであるが、中庸はこの場合、各人の主觀なるが故に、彼はこれを客觀的に見るとき、「平均」し 然るに、Aristoteles はまたこの廣義の「正義」の一部として、單に人の主觀及び滿足を動機とする財、自己保存、財 名譽等々に闘する狹義の「正義」を區分した。この「正義」は、これ等の動機による人の努力が他人の正當なる要

(5) 分館、補正兩正義論に就いて詳しくは、髙橋教授旣出書『經濟學前史』] 「五―一一七頁。

關係を規定するものとしてまた德律に基くべきことは勿論であるが、實際に於いては無關係、時にこれと矛盾する ものあるに對して、「自然法」は、自然即ち神に歸するが故に、全く nomos と一致する。斯くて「自然法」を完全に なはち「國家法」は再び「制定法」 nomikon dikaion「自然法」 phusikon dikaion の一つに分たれ、前者も人間相互の ことは勿論であるが、その他にそれは歴史的存在として具體的なる内容を有し、特殊の規定を受けるのである。

す かくる法一般に對立して「國家法」 politikon dikaion を置く。斯くて後者の前者に規定せられ、これと一致すべき 以上に所謂法は、その特殊的現象形式のすべてに對應すべき「法一般」haplos dikaion であるが、Aristoteles は

これを補正して正義を保持するものは不文法である。(6) 條件の下に存在するものであつて、この條件の以外には存在の理由なきものである。而してこれ等の條件以外に、 明にし、これを實行するを以てその任務とするものである。すなはち成文法は民族の相違、施行の場所の相違等の 制を附加して、その命令として之れを與くると解せられる。故に制定法は或る特定の條件の下に、自然法」の命令を 認識し得るものは、完全なる理性を有する賢者であるべきであるが、然らざる一般に對しては賢者が是れに外的强

前獨抽稿。九一頁。

はそれ自ら不動であつて、aitionの働を俟つてはじめて具體的活動を示す。而して aition の氣は萬物を貫いて存 活動せる統一的且つ物質的實在と觀、この實體の成立する要素として原動力 aition及び原質 hule を立てた。hule し、萬物を維持形成する。すなはち是れは logos ton pontos であり、また parter panton である。(1) ストプ學派の宇宙論、物理論は略 Aristoteles の夫れに幾いものゝ如くである。彼等は宇宙及びその諸現象を、

(1) 前掲拙稿。九三頁。

神の命にして人の生活を規範するものが法 dikaion である。 をして最高の生活を得しむる。畢竟人の理想は、神の命すなはち自然の大法に從つて生活することにあるが、この の活動に變ぜしめる力を有するが故に、理性をして優越なる力を振はしむること、すなはち自然に從ふことは、人 ものは避ける。然るに人の理性は種々なる感情を統一して意識を構成せしむるのみならず、能く感覺の衝動を意思 生活の第一原理は自己保全及自愛の衝動であるが、是れは自己保全に貢献するところのものは求め、これを破る

效力を有する。併してれは理想社會に於けることで、現實の社會に在つては人定法を必要とせざるを得ない。然も 自然法は人定法の傍にあつて絕對的效力を有し、人定法は之れと調和する範圍に於いてのみその效力を有するが故 法は自然法 Phusei dikaion に基し、從つて不文の狀態に於いて時空並びに人爲を超越して永久不變の存在及び に、二者抵觸する場合には、前者のみが效力を有するのである。(2)

(2) 前揚抽稿。九四頁。

齎した思想と做さるべきであるが、然も之れは從來の封鎖的理想國家主義的傾向から、自然法論を解放するもので あらねばならなかつた。 Aristotelesの國家觀にその典型を觀るー 傾向の然らしめたところのものと云はなければならぬ。洵にこのストアに於る世界主義は、希臘的愛國心―Platon, く明確に對立せしめられんとしつ」あるを知るのであるが、これはストアに於いて最も注意すべきその世界主義的 吾人は希臘自然法論を觀來つて茲にストアの理論に到り、自然の法に對して歷史的、經驗的なる人爲の法の著し −の對象が、盡く消え去つた當時の希臘社會・政治事情が必然的 に 彼等に

くては、法源としての自然と人為との間には、自からなる價値の差等を生じ、寧ろ人為は自然によつてその價値を といふが如き意味を有すべく、すなはちこの意味に於いて「自然」はまた、理想を意味することを知る。(3) 斯 量られさるを得ない。茲に希臘的自然法論の一元的傾向。又、目的論的特質を見るのであつて、(4) ストアの世界 味するものなるが如くである。然も現象發現の實體なる意味は、屢々轉じて人が人爲を以つて近附かしむべき目的 を支配する原理といふが如き意味を有し、これはまた生成變化する現象に對應してその現象を生ぜしむる實體を意 乍併、先段觀來つた希臘諸哲學者の言説に於いて所謂自然とは、凡て全宇宙及びそれに內在して宇宙間の諸現象

質は之れを全然失ふことがないのである。 その議論をして他と比較して著しく二元的たらしめたと云つても、然も彼等に於いても猶ほこの特

- 共に、他方「理想」或は「理想的」なる意味を有したものゝ如くである。(Pol, I. iii.; I. ix; I. x; I. iv.)。尚ほ詳しくは高(3) Aristotles の所謂「自然」或は「自然的」なる名瞬は、大凡そ「本性」、「本質」、若しくは「本原的」と云ふが如き意を表すと 橋教授。既掲書。一一五頁以下。一二三十二二四頁。二〇八頁以下。二二一頁。
- (4) 希臘法理學を支配せる三思想として、不自由意思論 Determismus 及び審美心 die ästhelisch Pantasie と共に目的觀 teleologische West-u. Naturansicht が擧げらるゝは、洵に肯綮に當るものと云ふべし。

0

希臘に於いて理論的に生長した自然法の觀念は、羅馬に於いてその實際的內容を得た。

が羅馬に入るに及ぶや、はじめて現實に實證法との接觸を見たのである。 旣に知り得たるが如くであるが、その實際的適用の方面に於いては、なほ未發達たるを脫れなかつた。然るにこれ 自然法の實證法の理念たる性質は、希臘に於いても、 少くとも觀念の上では、漸次明にされ來りつゝあること、

る要因の完成(すなはち希臘に於て國家の統一的發展の達成)或はその持續を見なかつたことから云つて、畢竟を して普遍的なる法的體系を求めたことがあつたと言つても、これが實際要求を爲した實際事情の側に於ける充分な 希臘法學はなほその哲學の一部として、是れより分離することが充分でなかった。 小市邦割據の狀態を歴史的にその根本に有する希臘社會・政治事情の下に於いて、時に何等かの經緯によって全一に 希臘自然法が、畢竟理論的特質に終始したのは、一つには希臘人の思想的特質、希臘哲學の特徴ー ―に由るものではあるが、また 一而して然も

入つてその實際的內容を得たのは、是れが萬民法(1)との結合によつていある。 れは觀念上のことに止まらざるを得ないものであつたと云ふことが出來る。然るに斯くの如き希臘自然法が羅馬に

(1) 萬民法―時に「一般法」、或ひは「諸國民法」と邦譯せらるてもの、即ち ius gentium は羅馬市府の世界的版圖擴張に從 係の事件に際して、異邦人の慣習、その固有の法 ius proprium を參酌しつよ、羅馬固有の法律の解釋に適當の 民法 ius civil とは別箇に制定せられた法である。兹に制定と云つたが、萬民法成立の實際は、異邦人掛法曹が、異邦人關 のて、漸く頻繁複雑となって來た、對異邦人、或は異邦人相互間の法的關係を規定するが爲めに、羅馬市民に固有なる市 へて適用したそれが告示、判決等の集積であつて、されが法たるの拘束力を有するに至つたものである。 更を加

て强制すると云ふが如きてとは到底不可能事たらざるを得ないであらう。すなはち茲に必然的に求めらゝものは、 自由にして普遍妥當なる法の理由でなければならぬ。 れ、その普き服從を要求すべきに際しては、最早法律を以つて唯單に神(而してこの神は羅馬の神である)の命令とし した萬民法の世界法的性質、すなはち是れが各々その慣習を異にし、固有の法制を有する異邦人に向つて制定せら いて行はれたその變化は當に革命的なものであつた。(3)而してこの羅馬法に於ける革命的展開の事實的中核をな がら羅馬版圖の擴大につれて生じた羅馬法の世界法的發展、すなはち Augustus より第三世紀に到るまでの間に於 と云ふが如きものに對する思辨の如きは、先づ閑却せらる」ところたらざるを得なかつたのである。(2) しかしな て羅馬に於いて法律は、寧ろ當然、「神」の命令として無條件に邁率せられたのであつて、從つて法の理由Ratio legis 羅馬の法律は、元來血緣共同態たる氏族社會的色彩を去ること遠からぬ一市府の法、一市民の法であつた。斯く

- 前揭抽稿。一)、九九頁參順。 一〇〇頁參照。

なる規準を求むるものがあつたのである。 洵に何事も事件が要求する以上に durius に、又たは remissius に決定するの要がなら(Marcianus)道理は羅馬に於 いても亦存したのである。茲に羅馬法にあつても、嚴格にして形式的なる法的規準以外に、より自由にして普遍的 の理 ratio juris も衡年の寬仁 æquitatis benignitus も共に堪えざるところ(Modesius)であることを知つて居た。 るものに、峻嚴なる解釋 durione interpretatione を施して是れを刻薄なるものと化し、人民の不利となすことは法 が峻嚴を以つて鳴つたのも亦この特性からであるが、然も、法規にして人民の幸福と便宜との爲めに採用せられた | 羅馬法はその本來の性質よりする當然の結果として、著しく形式的にして嚴格なるを特徴とした。(4) | 羅馬法曹

(4) 前揭拥稿。九九頁。

對する辭持、(9) 等主觀的評價に對する公正の要求の他方、法律關係に於ける平均、(10) 機會の均等、(11) その他 法律關係に於ける客觀的平均に對する要求之れである。 義に基くべきこと、(?) 或るものゝ地位と他のものゝ地位との平衡(8) 一定の原理によりて生じたる一定狀態に 而してその要求するところは、或る法律行為の一方の悪意が他の利益となり又は損害となることなきこと(6) 信 的規範の成熟まで之を補ひ、或は嚴格なる成文法に對して進化し行く法の倚據すべき原理等として考へられた。(5) 發現乃至は一種の法的自覺であり、謂はゞ實證法以外に存した潜在的なる法的法則であつたのであるが、敍上の如き **次第から、これが羅馬法學に採用せられるに及んでは法規適用の妥當を得んが為めの法規解釋の原理、或は新しき法** ところのものであるが、この衡平或は衡平及び善の觀念は、古くから羅馬人の間に固有に存した倫理觀の無意識的 「衡平」æquitus 或は「衡平及び善」æquitus et bonum の要求はすなはち右の如き場合の規準的要求と做された

gentium der Römer, Bd. I. 1856, SS. 21 ff. (16) Hildenbrand, Geschichte, a. a. O. Bd. I. S. 624; Voigt. Die Lehre vom jus naturale, 憲大八首然勝門村於督京軍為八四人 英官のお婚へける aequum et bonum, u.

- (6) Iulian. lib. 2, digest; D. 2, 10, I 3, § 1.
- (A) Ulpian. lib. 4, ad edict.; D. 214, l. l. pr.
- (co) Ulpian. lib. 28, ad edict.; D. 14, 3, l. 5, § 17.
- (5) Ulpian. lib. 16, ad edict., D. 6, 1, 72: Paul. lib. 22, ad edict.; D. 9, 4, D, 17 pr.
- (A) Ulpian. lib. 29, ad edict.; D. 15, 1. l. 11, § 2.: Ponpon. lib. 9. ex ver Leatt.
- (日) Ulpian. lib. 24, ad edict.; D. 17, 2, 1. 29, § 2.: Poul. lib. 34, ad edict.; D. 14, 2, 1. 2, pr.

を通じて認められた夫れであつて、その規範的竟究の原理は遂に之れを缺いたのであつた。成程從來はそれでも尙 爲したと。すなはち實證法の以外にあつて人の法的生活を規範する普遍的準則たるの點に於いて衡平と相通じ、然 に對して果して何物が能く對え得たであらうか。曰く偶々羅馬に向つて入り來りつゝあつた希臘の自然法が之れを も希臘に於いて思索的に、而して倫理的に究明せられた自然法の觀念は、當にピタリとこの所要に對えるものであら ほ足りたかも知れない。然し今は夫れでは足りぬ。然らば今や不可避的に要求せられつ」あるこの「缺けたるもの」 が法規の解釋、法官の告示に際して顧みられた場合、その衡平は常に具體的なる場合に現はる、便益或は古人の慣習 的に覚められなければならぬものは、その衡平の要求が依つて以つて基くべき寛極の原理である。然るに従來衡平 茲にかの衡平の觀念は、更に一段熾烈なる實際的要求を以て顧みられたのであるが、この時に際して理論的に必然 然るに旣述の如き萬民法の發達、換言すれば羅馬法が萬民法として(或は之れを通じて)諸異邦人と接するの時、

ねばならなかつたのである。

及び善。及び、(4)「正義」となり、この二者が合して再び法となると解せられる。(7) de off: II, 12, 22, 23; de rep., I. 32.)、且つその場合の法とは、神法人法の分ちなき法である結果は、彼に於い (2) Ciceroの衡平論は質にまた、彼の「法」論でもある。(3) 洵に彼は衡平を法一般の本質と解し (de fin. 衛)と復讐とれである。而して後者はまた三つに分れ、法規に基し、合意に基し、先人の慣習に基すると。(top. 23.)。 て衡平は法の原理として、正義(5)の本質として、法や正義と同一に用ゐられ(6)これが更に分れて狹義の「衡平 Cicero(1)に従へば衡平には二種ある。一は自然にして、他は人為による。前者はまた二に分れ、報酬(自己防

- (1) 希臘自然法は先づ Cicero によつて羅馬に移入されたと做される。洵に希臘、羅馬兩自然法理論の境界點に立つもの 。ものである。。而して「德」とはこの理性によって宇宙の自然に從ふことであるが、斯くて彼に於ける「自然」は「人間生活に 高の善は自然に從へる生活であると做し、自己保全の衝動及び自愛の理から出發してその思索體系を展開するのである。 してに現はれたる自然法の概念に九六頁參照じ。 於ける規準法則そのものであり、この意味に於いて「自然」は宇宙の自然法則と同一である。(旣揚掤稿。『敎會法の理論と 理性は彼に於いても人間に特有のものであるが、これは全宇宙に内在する理性の一部として人間が自然から賦與せられた Ciceroである。彼は希臘思想、就中そのストア學派から享くるところが基だ多い。彼はストア學派の人々と同じく、最
- (2) 前揚拙稿。一〇四頁。
- Cao Cicero に於いて、法は先づ自然 natura と法律 lex に分たれる。即ち自然法と實證法に分たれるのである。而して自

事務の政治を持つのというないというできませんできました。

然法はまた神法 fus divinum と人法 fus humanum とに分れ、神法は基を宗教 religio に置き、人法は基を衡平に置く。 (Orat part 37.)。 然るに衡平は一方正當,眞理、正義に分れ「衡平及び善の理」によりて確保せられる(top. 23. に於ける 酬と復讐に分れると云ふ。(ibid.)。尚ほ前揚捫稿。九九頁參看。 「人爲による衡平」に當る)。他方に自己の受領の返還を分類し〈先の分類に於ける「自然による衡平」に當るもの)、これは報

- (4) Cicero 以後の法學は、彼の廣義の衡平を以て、意識的に、或は無意識的に狹義の衡平の基礎となし、特別稀有の例外 を除き彼等の謂ふ彼平は常に狹義のそれを意味した。
- (5) Cicero の正義論は、あまり明瞭でないが、彼は正義の德を二つに分ち、一を各人の感情を共同生活の爲めに抑制すべ き狹義の正義 iustitia となす一方、他の一つを博愛 beneficientia と做した。
- と、自然的なるものに分つたのである。 彼の廣義の衡平は廣義の法へ自然法と實證法の分ちなきもの)の本質と做される。故に彼は更に衡平を實證的なるもの
- (7) 船田教授『羅馬に於ける自然法の適用』(3)法學協會雜誌。第四三卷:第一一號四七頁參照。

希臘自然法の確立するところは正義であり、法の倫理的基礎を爲すものなるが故に、衡平が自然法の觀念と相結ぶ 法の理想が自然法であるといふと同様の意味に於いて衡平は實證法の基礎たるの意義が確立したのである。然るに 一般的性質に實證的基礎を與へらるゝに至つたのである。然り、而して是れが具體的なるものは、先きにも云へる や、それはまた倫理的に観察せられるに至つたのであるが、一方自然法それ自身は、この經緯によつてその抽象的・ 洵に斯くの如くしてはじめて衡平の要求は意識的にその根據を與へらる」に到つたと謂ふべく、(8)。從つて實證

(8) 前揚掤稿。一〇五頁參照。斯くて法の本質―正義の本質は衡平である。その衡平を本質とする自然法は遂に法の理念

たるであらう

に関の競技は機能を表の数を持て流す。 最終にある ゆきにあり

結合點を爲したものは衡平の觀念であつた(9)換言すれば、この觀念に對する理論的究明であつたと云ふととが 萬民法の自然法と相結ぶべき質際的要求或は經緯については既に述べた。而してこの兩者の理論的結合の接觸點 來るのであるが、今茲に觀來りたるが如く、先づこの勞作に從つたものは Cicero であつたのである。

(5) S. H. Main, Ancient Law, its connection with the early history of society and its relation to modern ideas, 1915, p.

つて茲に自然的衡平 paturalis æquitas なる觀念の認められることによって、(14) 自然の理は即ち衡平の理に一致 とによつてい 然」の有する整序力は、やがて「自然の理」 ratio naturalis を以て表はされるのであるが、この「自然の理」の命ずる 整序するもの、或は力を意味するものであるが、(ロン・一方彼れ等の謂ふ「自然」 natura, natura rerum とは、事物 の法則 lex æquii bonique たる衡平の自然則と同ぜしめられ、それが内容をなす衡平及び善の自然法と做さる」と れたのである。CB)然も一方衡平の理の要求するところを具體的に表す衡平の自然法と結ばしめられ、衡平及び善 及びその集團に對してその獨自的存在を附與するものであつて、或る規制的整序力を有する(12) 斯くでこの「自 とてろが「自然則(或は自然法則)」lex naturale であり、この自然則に基く法が「自然法」、ius naturale であると做さ の對立となつて思考せられた。(10)。茲に羅馬人の謂ふ「理」とは畢竟事物又はその總體たる宇宙に內在して是れを た於いて法の理 ratio iuris 衡平の理 ratio æquitatis、の對立、或は自然の理 ratio naturalis、國民の理 ratio civilis Ciceroに於いて、彼の狹義の衡平は正義と對立して法の原理を做すものであつたが、この對立は彼以後の法學者 但しこの場合少しく衡平の觀念はその意義を變じて、法、更に自然法の原理として認められ、從

實であり、今一つは觀念上の理想である。さればよし萬民法と自然法との一致を曰ふも、それは萬民法の理想を謂 とが出來るのではあるまいか。 いところで、この點から云へば、希臘の自然法は、羅馬の萬民法に於いてはじめてその實證的內容を得たと云ふこ ふものと解すべきであらうが、但だ萬民法の國民法 ius civile に比してはるかに自然法的要素の多いことは争ひ難 一を以て主

の同一を推す謬を犯すものと云ふべく。兩者が等しく普遍的效力を有すると云ふも、一つは現實の事 時・處に普くい總での人々に選率せらる」といふ點等よりその同一が導き出されたと爲さんか、すなはち賓辭の同 るが、(16)然も萬民法は遂にどこまでも實證法であり、自然法はまたどこまでも理想法である。これをしも若しその 義さる~に到らしめたのである。(16) 洵にこの限りに於いては萬民法と自然法とは同一たるべきにも該る道理とな しめたことである)ことは、やがて萬民法をして自然の理の制定する法。ius quod paturalis ratio constituit. と定 せしめられた。この事は他面より之れを云へば萬民法に於いて要求せられた衡平の觀念に理論的內容或は根據を得

(10) 前揚杊稿。一〇六頁參照。

- 一一○頁參照。Voigt, Die Lehre vom jus naturale, Bd. I. 1856. SS. 210 f.
- (12) 前揭拥稿。 1○九—1 1○頁參照。 "Natura enim reum conditium est, ut plura sent negotia quam vocabula". に注意すべし。すなはち彼の專ら宇宙の大則、或は理想を意味するに對して、これは多く事物の本性を意味する。 (Ulpian, lib. 30, ad Sabin; D. 19, 5, 1. 4)。羅馬に於ける「自然」の觀念の、希臘哲學者の夫れとの間に自から相違する點
- (A) Cicero, Tusc. disput, I. 13; cf. de off., III. 6, 17.; de nat. de or., I. 14; de leg., II. 4; uf. de rep. I. 2; de off., I. 43; de inv. II. 22; Orat. port. 37. Ulpianus は自然法を定義して、『自然が一切の動物に教ふる法なり。此の法の人類に特 有にあらずして、陸上と海中とに生るゝを問はず、一切の動物に共通するの故を以てなり。鳥類も亦その中にあり。雌雄

間の結合にして人類にあって結婚と稱するもの、また見女の生殖及び養育の如きものは皆この法に基す。・・・』Clib. 1, inst.; 京は 本語 は はまってい

- Gaius, Inst. I. 1.
- (11) 前揭拙稿。一一六頁。

然法が自然の理の命令たる法として説明されたと同じ論法を以て、そは國民の理 ratio civile に基するといふにあ 效なりと云ふ事實の基礎についても疑問を生ぜしめるやうになった。而してこれに對して答へられたところは、自 つた。然らば「國民の理」とは如何なるものを指して謂ふか。 自然法論の以上の如き發展は、また、長い間唯その儘に受けとられて來た ius civile が特定權力團體內にのみ有 · 情報無限的公司 · 是是是是

即ち國民の理であるが、從つて國民の理は或る特定の歴史的經驗的條件の下に、或る特定の整序力を有すると做さ rerumに自然の理が内在する如く、この「國民狀態」に、その理が存するが故であると思考したのである。この理が ないばかりでなく、時に之れに反することさへあり得る。にも拘はらず、これが時・處によつて事實上效力を有する 處を異するに從つてその效力を變ずる法的規範が存し、時にこれに服することは、理性本來の命令の拘るところで は、一定國内には、その國内なるが故に歴史的に有する諸種の關係即ち civilis status rerum が存し、恰も natura 洵に自然法は固と人間の理性の要求として總てのところ、總での時に效力を有する。然しながら事實に於いて時·

(1) 前揭拙稿。一一五頁。

的存在としてこれに國民法を從はしむべしと考べたと共に、國民法を歴史的存在としていその歴史的制約の下に、 通法と特別法の關係に置かれ、或る場合にはその變更を認めたと考へられるのである。(a)このことは自然法と理論 自然法以外のものを含めてこれを制規せしむべしと做したものと言ふことが出來る。 かくて國民法の理論上自然法をその指導原理と爲すべきは當然のこと、ならねばならぬが、實際上との兩者は普

《2》前揭拙稿。一一六頁。註(13)

この事業は法の観念を、他の一般的規範より明確に分離せしめたる事業と共に、或は關聯して、編馬法學に残され 法の傍に於いてそれ自らの根據を有し、それ自ら特定の整序力を有する實證法の存在を明かにしたことであらう。 たる任務であったと共に、能く之れを爲しとげた彼等の貢献と云はなければなるまい。 以上の如くにして、羅馬法學に於ける自然法理論の特徴、或はまたその功績とも稱すべきものは理想法たる自然

と稍して差支ないであらう。而してこのことはまた軈て自然法の本質、本領を明かならしむるものであらねばなら すなはち希臘に於いて遂に不充分に終つた自然法理論の二元的展開は、羅馬法學に於いて美事に爲し遂げられた

か。素よりそは、特殊の意圖の下に、敎會法學の理論的手段として採用せられたのであるが、是れが終始に就いて は次齣以下に於いて論究するところがあらう。 さて然らばこの自然法が中世加特力教會の手 一教法學者の手に入るに及んでは如何なる變化を爲したであらう

5200 5200 5200 5200 5200

Isidorus Hispalensis 等の手に依ると謂ふ。 自然法の觀念が致父哲學、 -教會法學に移入せられたのは、先づ Lactantius Firminaus, Aurelius Augstinus,

を以てする自己防衛は是れなり。Coriginum. XX, I. v. c. 4.)と云つて居る。 に於いて捕獲せられ得べき物の取得、貸付けられたる財貨及委託せられたる物品の囘收、最後に暴行に對する强力 て男女の結合、子女の産生及び教育、一切諸物の共有及び一切平等の自由、空中に於いて、地上に於て、又た水中 にして、是れは自然的本能に依りて人間に知悉せられ、而して國憲及び成法に依らざる總でのものを包含す。而し すべき百科辭典として知られたるものであるが、その中に於いて彼は ius naturale を定義し『萬民に共通なるもの セヴィルヤの Isidorus によつて編纂せられた Origium seu etimologiarum libri XX. は中世初期に於いて信頼

物に共通と做したのに對して、Isidorus は是れは全人類に共通し munis に関する思考(Marcian. lib. 1, inst.; D. 1, 3, 1. 2. に於て表れたる)と共通するところあるを見ると共に、 自然が一切の動物に教ふるの法になりと做したのと同じい。但し、Ulpianus は嚮にも云へる如く、自然法を以て全動 のである。すなはち、Isidorus が、そは『自然的本能によりて人間に知悉せられ』といふは。Ulpianus の『自然法は 用したる Marcianus の思考(Marcian. lib. I, inst.; Inst., 1, 2, § 11. に表れたる)、またその共通法 lex com-今での定義を見るに、Isidorus の自然法(自然権)(1)、就中その效力の問題に関して嚮きの機會に於いて(な)引 - のものと考へたところに相違があるが、(4) 自然法が少くとも全人類に對して法の法たる地位に在る Clpianus の自然法の定義(Ulpian. lib. 1, inst.; D. 1, 1, 1, 93)(3) と共通するところあるを見る ーこの點は。Ulpianus を除く他の羅馬法學者の態

appetitus procrandi causa)「自己及び自己の生命身體の保護」(ut se, vitam corpusque tueatur, delineque ea.... 「子女の養育」、「雌雄間の結合」及び「自己防衛の權」はまた各々會でCiceroの人の動物と共通に有する本能として舉 onquirat)と相通する。 けたる「出生せるもの」保護」(cura queadam corum, quæ procreata sunt)「生殖の爲めの結合」(coniunctionis を排斥するに暴力を用ふるを許容すべきことはカシウスの言べるところなり。而してこの權利は自然の命ずるとこ といふに順應せらるべく、更に「Isidorus に於ける自然法による「暴行に對する自己防衛」の權は、Clipianus の「暴力 は Ulpianus に於ける『雌雄間の結合にして、人類にありて結婚と稍するもの、また子女の生育及養育の如きもの」 ろなり』、Ulpian. lib. 69, ad edict.; D. 43, 16, 1: 1. 8 27.)といふに對比せらるべきであらう。而して Ulpianus の べきことを思考する點に於いては相等しいと云ふことが出來る。また Isidorus の見男女の結合、子女の産生及教育自

- 加入(T) 拉丁語に於ける ius-人の實際使用例に於いて見るも亦その一定、明確を欠くことが甚しい。時に、而して時には同時に、「法則」の意に、「法規、法 の文字上同氏のこの飜譯は正當である。然も筆者は弦に於いては猶ほ姑らく之れを肯へてイジドールスの「自然法」と云つ た。監し彼れの「自然權」は畢竟彼れの「自然法」理論が一段精緻な形で表示せられたものであり、且つ今筆者が、彼れの自 XX. I. V. c. 4 に於ける ius naturale を「自然權」と譯して居られる(同氏、旣出書。」三七五頁。)が、此の場合殊にその章句 律」の意に、然してまた「権利」の意と 然法理を云々するに當つては、寧ろ姑らく、しかく云ふが便なりと考へたからである。 一從つて ius naturale は、既に他の機會に於ても云へる如く元來甚だ曖昧なる語であり、その各 ーius そもくの字義は寧ろ是れであらう に用ゐられる。高橋教授は
- (2) 前掲拙稿。一二二頁。
- (3) 本篇第一一齣、註(3)

(4) Ulpianus が他の羅馬法學達の自然法を全人類に共通とするに對して、是れを動物に共通のものと做した特徴及び之れ 「べたるが如くであることを、再び数に云つで置けば足りる。前揚<u>拥稿。一一三頁、丁三七十一一八頁參照。</u> ても、彼の所謂全動物に共通なる自然法の他に、人間のみに共通な自然法を認めて居ること、既に先きの機會に於いて述 をその他の者に比し、就中域に於いて Lidorus との對比に於いて論ずることは充分の興味、否寧ろ或は必要のことである に されを 譲るを以て足る、 寧ろ賢明を信じたが故に、 肯へて されをその機會に俟つごとにした。 但だ、 Ulpianus にあつ かも知れないが、本篇の目的とする論證には必ずしも不必要ではない迄も、然も議論のやゝ多岐に亙るを惧れて別の機會

に歸すると云ふが如き矛盾をさへ生ぜしめてゐるばかりでなく、そのことは亦彼が『國憲及び成法によらざる』云 のである。換言すれば、彼の自然法はその出發點に於て「羅馬的」でありながら、他方敎父的精神は素より是れを去 るい神法及び教會の權威を失ふことなく、然も非教會的事項――例へば私有財産制、商取引い徴利貸借その他に對 あるのであつていてれを他面から云へば、自然法と實證法-をと謂ふ事に於いてその二元論的展開を劃しながら、結局に於いて充分とれに成功することなく終らしめてゐると らざる結果、「一切諸物の共有及び一切平等の自由」と物の獲得所有、債權の囘收と云ふが如きものを同一自然權 する許容、進んではそれ等の正當化の根據を與へんとする意圖に於ては、不充分の結果を來さざるを得なくなつで 自然法論(も)であると云はなければならぬ。然も彼の自然法論は、一方に於いて當時の學僧たちが一様に意圖した 能」という、この限りに於いて、是れより出發する彼の ius naturale 論を以つてすれば、その自然法論は寧ろ羅馬的 なる内容を有するものであるかに就いては遂に筆者の茲に充分精しく知るを得なかつたところであるがい既に「本 Isidonus は ius naturale の「人間に知悉せら」るゝは、その「自然的本能」によると云ふ。彼の謂ふ「本能」が如何 一神法と人法等を『使ひ分ける』事に失敗し去つてゐる

得ない。 ぬが、然も自然法理論の二元論的發達に闘する限り、やく後返つて、不明瞭たらざるを得なくなつたと云はざるを 人権そのものを人類に分配せるが故なり。L(ibid)と云ふのはい教父たる彼としては寧ろ當然の言説と云はねばなら 非ずして單に人権に依る」(In Evangelium Joannis tract. vi. 25)と謂つたのもまた同じ意味の展開であらねばな 此の地所は我が有なり、此の從僕は我が有なり、此の家屋は我が有なりと稱し得るは、神權 jure divino によるに 論それ自身の發展といふことでもある)と云ふべきであらうが、聖、Augustinus、が所有權を論じて、『或るものが 得で居る(この事はまた教父達の「自然法」理をその論説に移入した目的の達成といふことでもあり、また自然法理 が正當なるものとなるのだと做した(Summa Theologicæ, iii, qu. 27.) 議論に到つて漸くその二元論的展開を遂げ らぬ。唯彼が續いてその『人權によるは帝權に依るものなり。何が故に然るか。神は現世界の帝王を通じて、是等の 共産は正當、公正且つ善良なるものであつたが、人性堕落の狀態 in statu naturalse coruptoe に於いては私有財産 云はざるを得ぬ。この點、との矛盾を指摘したヘールスの、Alexander が、自然の狀態、in statu naturali に於いては、

(6) 玆に「羅馬的」と云ふは、嚮きに述べたるが如く羅馬法學に於ける自然法、その自然法の寛極原理たる「自然」の意味が 態度に在ることより、羅馬法學に於けるとは反對の結果、即ち自然法の二元論的展開に失敗して居るのである。 然的本能」に出發するは、明に羅馬法學的自然法論である。然も一方に於いて彼は、その神法的優越性を固執しやうとする 先天的原本といふが如き意味たると同趣の「自然」より出發すと見るべきを謂ふ。すなはち Isidorus の ius naturale の「自 れが一轉して理想又は規範の意味上 希臘法學に於ける自然法に於ける自然の意味と相違し、後者の宇宙或はその中に生起する事物に對する支配原理、或はこ ーこれは時にまた神、或は神意の語を以て表されるであらう。 -を意味するに對して

四

然るに之れを除く、前記三者に各々 Thomaso が占居せしめたる段階的關聯は、希臘•羅馬自然法論に於ける自然或 啓示せらる。が如き神の意志にであると説明せらるくのであるから、畢竟とれば、これ以外の三者永久法、自然法、 人法の間に存する一連の牽連關係とは始らく別にして考へらるべき、純宗敎的生活部門の法であると云つて可い。 とが補充せられ、而して人間が確實に其の出世間的目的、即ち永劫の福祉に導かるゝもので『舊約及新約の聖書中にして法の敗壞』(ibid., qu. xcv. art. 2.) だといふ。而して最後に神法とは其の助によつて人間の理性の限界と缺點 を享有し、之れと低觸せざる範圍内に於てのみ眞の法たるもの。自然法と相容れざる人法の規定は孰れも法に非ず 是れは人間の理性によつて特殊の現世的狀態に自然法の條理を適用せるものであ る。故に それ は『自然法の性質 然らばこれは言辭の上で、他三者と共に等しくレックス何々と呼んだが爲めに、單純に他三者と共に法を四分類した 神法 lex divina に分たれる。然るに Thomasso によれば、永久法は「神の御心に存する宇宙の統制計劃」である。 永久法、即ち神の理性に参加出來る道理であるが、この媒介が「自然法」である。また人法とは特殊國家の成法で、 る。然るにまた彼に從へば人間は、「幾分帥的理性を享受する理性的被造物」であるから、或る反映、媒介によつて そはそも 2.) と。即ちこれによれば、 Commune et ab es qui curam communitatis habit promulgata (Summæ Theologicæ, prima Secundæ, qu. xc. art 一として表はされてはゐるが、その質は寧ろ「法の法」である。」而してこの「法の法」は神の意志、神の至高理性であ 然るに茲に Thomasso d'Aquino は法 lex の概念を定義して曰ふ。 | 〜 「理性の命令」である。而してこれは永久法 lex æterna, 自然法 lex naturalis 人法 lex humana 及び 法は共同の福祉を目的として、共同態の支配者によつて發布せられるものであるが、 Quaedam rationalis ordinatio ad bonum,

觀念を成立せしむる點よりして云へば、嚮きに Isidorus の自然法論を「羅馬的」と謂った意味に於いて、それは「希 に理性の存在を肯定し、その理性を神の理性の一部として、これによって神の理性に参加することに於て自然法の は自然則と自然法、自然法と實際法の關係と全く同じく、而してその最高基準を神の至高理性とし、然も一方人間

く希臘的なりと称せらる。 Cicero の「法」論も Chomasso の夫れに比すれば、充分により羅馬的である。 Cicero の係参 (1)。 之れを尙ほ甚だ多く希臘的なる。Cicero の「法」論に比しても、なほこれはより希臘的である。 言葉を換へて云へば、多 照。なほ前揚拙稿、九七一九九頁參照。

適合すること、例へば財産の如し。』(ibid., Secun. Secundæ, qu. 1, vii., art. 3) と云つて居るのであが、 二に或る事物は絕對に思料せられたる儘に發生するに非ずして、之れより生する一定の結果に從ひて自然に他人に 斯くて「男性は其のものに由りて女性と適合し、之れによりて子孫を得、又親は其の子と適合して之れを養育す。 其の本性其のものよりして他人と調和せしめられ、若しくは適合するものと做し、而してそは二様に發生し得べく、 なる文字の意義を離れ、絶對に自然なるものと、結果より觀て自然なるものとの區別を樹て、ius naturale(2)は 功せるものと云ふべく、このことを他面より云へば、美事に自然法と實際法との分立を確立することに於いて、自 然法の優越を樹立することを得たとも云ひ得るであらう。而も更に Thomasso は從來一般に認められたる自然法 xciv, art. 5. 参照)が如き、その自然法論に於いて毫も敎法的權威を失ふことなく、人法的事項の合法的許容に成 し、人間の福祉に貢献する所のものを附加するに由りて内容を擴張せられ得るものと做した(Summa, la.2æ, qu Thomasso の自然法論は巧妙精緻を極むるものである。殊に彼れが自然法を以て不變なるものに非ずと做

る」ところありたるかの Isiodorus の ius naturale 定義中に於ける矛盾は、茲に於いて實に美事に解決せられて

- に用ゐて居ると云ふことが出來るやうに思はれる。尤もこの雨語の用語例は元來混雜してゐるものであるが。 Thomasso は、その用語例に於いて lex naturalis と ius naturale 兩語の使用法を羅馬法學者達のそれと比して略々逆
- (3) 尙ほ Cicero, Ulpianus の自然法論を想起すべし。
- (4) なほ Thomassoの自然法論については、高橋敎授。既出書。三七九頁以下。四七六―四七八頁を參讀することによつ

としての地位を確立することを得たと云ふことが出來やう。(?) を得たのであるが、こゝ至つたその自然法は、一方に於いて充分二元論的展開を遂げると共に、その實證法の理念 めて巧妙精緻に希臘哲學と結び、茲に敎會の自然法論は更に一廻步、完全に幾い程度に敎會法的(6)に成立する事 るべき必然的傾向を辿つたものと云ふべきであらう。殊にThomasso に於ける希臘的要素、就中そのアリストーテ の時間的關係にも依るところであらうが、それよりも質にこれは敎會法學それ自身の特質から云つて、元來その辿 たが、(5) 後に至るに従つてそれは希臘的自然法たるの色彩を濃くする。之れは彼等の間に於ける希臘的知識獲得 ース學の彼に於ける重要性については普く人の知るところ、然も、その Thomasso に於いて、他面羅馬法理は極 以上すなはち教會法學に移入せられたる自然法の理論は、その始めに於いてより多く羅馬法學的自然法論であつ

そのまた源は希臘哲學に於ける自然法である。斯くて軈てこの希臘自然法の觀念に直接觸れるやうになつて來ると八羅馬 ける初期の自然法は何等かの意味で羅馬法理の影響を受けてゐる自然法であつた。俳しながら、羅馬法に於ける自然法の 事質、自然法の觀念が、教會法學者に知られたのは、先づ羅馬法を通じていあつたと云つて可い。だから、希臘に於

結んで、教會法的自然法理展開の過程の裡に育まれたものは、遂に畢竟、希臘的たらざるを得なかつたであらう。 法的自然法の現實的傾向に比して)その思索的、哲學的傾向或は特質と教會法學の教會法學的特質とは必然的に相通じ相

- (6) 謂ふ意味は、玆に至つて敎會法が、その理論的發展の點から云つても、その實踐的目的の點から云つても、敎會法學 となり得たといふに在る。 に於ける自然法-- 羅馬法の自然法とも、希臘哲學の自然法とも自から別簡の特質を得、特別の任務を果し得るもの
- (7) Thomasso の羅馬法學援用及びアリストテレース解釋、就中その後者についてはなほ甚だ多く論ずべき問題が残され **論稿を必要とする分量に及ぶべきを以て他日を期し、本稿に於いては以上を以て姑らく止めた。** てある。否、その自然法論に就いてもなほ、論究すべくして残した點が少くないが、これ等に就いては夫れらく充分單獨

ħ

云はざるを得ないが、然も個別的、特殊的、實際的規範の限界を定むると同時に、それ等の法の背後に於ける法の の點希臘に於ける自然法理の發生、發達及び羅馬に於けるその援用再發展の經緯とは自から相違する事情にあると を得なくなり來りつゝあつた俗界事――それは本質的に敎條的規律を以てしては律し得難いものし 一たい教會法學が羅馬法から自然法の觀念を移入したのは、屢と述べたるが如く畢竟當時その支配下に置かざる 普遍的大法を確保せんとした意味に於いては、共に相同じきものである。 神法的原理を失墜することなく許容し、且つ規範せざるを得なかつたが爲めの苦心努力の結果である。こ ーを、一方敎法

際社會生活に於ける諮行動に適用せしめんとするか敷。それは全く不當である。否それなればこそ、敎會法學者達 斯くて自然法が實證法の理念として存在することは、その限りに於いて理由あることであるが、之れを直接に實

の當然であらう。洵に茲に婚姻に於ける秘蹟主義(又《Kirchliche Trung》の存在があるのである。 範が前方に押し出されて、直接規範すべからざるものを實力的に規範するの危險が生じ易すかつたことは、寧ろ理 會が、然も意識的にその教権を一般社會に向つて張らんとした當時にあつては、動もすればその「理念」―教條的規 るとしても、教會法執行の實際方面に於いて、依然としてその本質に於いて教團たる特質を失ふことのなかつた教 にも云へるが如く尙低本質的には蟬脱されきつては居ない。よし彼によつて新段階にまで止揚せられ得たものがあ たらずして「希臘哲學的」となつた。その所以も質にこゝに存するのであるが、この點は Thomasso に到つても、先 要素を残すのであつて、之れを理論方面より云へは、嚮きにも云へるが如く、その自然法理論が畢竟「羅馬法學的」 立場に置かれて前述の如き目的を有した場合の教會の教理の異教的表現である。(1)茲に洗ひ落し難いその教條的 を見たと云ふことは、質にそれが法の理念としての地位を明確になし得たといふ意味に於いてどあらねばならぬ。 理の實際的結果に刺撃されて上 が自然法理の展開に努めたのであって、教會法學に於ける前記自然法理論の發展始末は寧ろその故に **乍併この場合の法の執行者は元來教會である。僧侶である。教會法に於ける自然法と云ふも、畢竟は前述の如き** 一行はれたものと言ひ得るのである。然り而して、それが Thomasso に至つて完成

Systemgeschichite Untersuchungen. 2 Bde. 1931—2. 就中、口:11. S. 212—214)。なほ高橋教授。既出書。三七三貞參看。 いて神の萬能を論證する必要から必然的に要求された視角を確く把持するのである。(A. Faust, Der Möglichkeitsgedanke, 決して原理的のそれではない。その羅馬式自然法論の内容の根本は遂に畢竟基督教理である。このことは、Duns Stotus や その自然法論、就中その初期に於ける、羅馬自然法論の殆んど引寫し的援用も、質は形式上、技術上のぞれであつて、 接用に於けるその解釋振りについても亦云はることころで、彼等はこの場合に於ても究極に於

の如く全面的に、徹底的に彼れに服せしむることはけつして正鵠を得たものではない。 の行為の性質からして全然失敗に終つた一のに比して、婚姻事は、一面その要素に容意的、亦精神的なるものを含 理である。 あらすして interigence humaine に関するものである。(3) 斯かる婚姻事に直接教像的制約を加へようとするのは無 い然も强く婚姻が教會の支配に服し來たつてゐるのであるが、それだからと云つて之れを先の Kirchliche Trnung 然るに婚姻は制度である。(2) institutum である。抑も婚姻は本来 l'ordre de la natur physique に屬するものに 自然法的支配を受け易い傾向を有すること旣に述べたが如くである結果、歐洲にありては、中世以來長 たゞ中世基督教會が商行為や徴利慣行等々に對して同じ根から行つた强壓ー ーそれは既記の如くそれ等

- (2)、既出抓稿(本誌第二七卷第二二號及び同二八卷第三號所載)、參照で
- み、それを社會的に方式化される。拙稿。『婚姻に於ける『生物學的』と「社會學的』』。(本誌第二十九卷第一號)參照。 同し、住所を共同し、性を共同する一方、財産を共用する共同關係である。それは廣義に生活を共同にする。然しながら この共同態に於ける特質的要素は、何と云つてもこの性共同であらう。而して異性間の性關係は、只獨り人間に於いての 。或は人類社會に於ける一定の異性共同關係に與べられた社會方式であると云つでもいく。婚姻は特定異性が、姓を共

術的の夫れであり、その社會が、所謂藝術的國家であつたことは、即ちこれである。然るにこの藝術的方法はやが て宗教的のそれ、換言すれば、最初に於ける藝術的社會はやがて宗教的社會に移る。CA)中世の社會が即ち夫れで ある。斯くて中世社會に於いて教會がその支配を握つたことは必然の事である。否、言ひ方に依れば、又見方に依 もしれない。洵に人がその生活を組織するにあたつてとる最初の方法は藝術的のそれである。希臘人の世界観が藝 尤もこの婚姻に對する教會法的制約も中世社會に於けるかぎり、時に必然且つ正當であると云ふことが出來るか

失はしめられなければならね。つう 教的社會もやがて更に他の原理による社會に轉入するのであつて、中世の近世への轉入が即ちそれであるが、

(6) 既 會的に制約せられたのも、その時に關する限り、寧ろ正當否必然な事であると云はなければならぬ。乍併、この宗 に然る以上は、中世に於ける限りは尙ほ正當視せらるゝであらう婚姻に對する敎會法的制約も、最早その正當性を れば、教會そのものが中世の社會であると云ふことも出來るのであつていることの時に當つて婚姻の事が宗教的、教

(4) 『・・・希臘人は勝れて調和を愛好する民族なり。而してそを自然の内、現實の當面に認め、自己をその内に沒却して、 有の儘を享樂せんとす。而して斯かる民族を率ゐて之を統治せるものは實に英雄にてありき。即ち藝術的調和はデモクラ 以外のものへ補助を借らざるべからず。之を宗教的の意識となす。ストア派其故に先づ宗教的色彩を帶び來り、後にロー 欲求感々其力を高め來らん。然もそは最早自己の力を以てしては、如何んとも爲し得ざるここなるが故に、人以外、世界 力を失はしめられる。『斯く抽象することによつて。自己の力を失ひ、其無價値性を意識せる場合には、救済を得んとする 失ふと、同時に迎想として描き出されたところのものは、愈々圓滿性と完全性とを得、更にそれに對して個人は愈々その 率ゐて調和せしめざるべからず。然るにベルシャの壓迫が取り去られて、民衆一般が漸次自覺し來つては、貴族制と民衆 シーの社會組織とは逆にして民衆一般が自選的に之をなすにあらず、主宰的の統一者たり、特別の能力あるものが、之を 七六頁)。かくて Epicureans 及び Stoics 續いて各種の懷疑論が必然的に出現したのであるが、個人的自己が憨々その力を 離れ去りたるものとならざるを得ず。又この調和の世界と聯關しては、社會制度の上に賤しき職業と爲すべき奴隷を必要 モスの力は、斯る藝術的調和の世界を全く彼岸の幻影として飛去らしめしぞ由なき。只紀平博士。既出『行の哲學』七五十 となせり。即ち藝術的組織が一般を組織し得ずして特殊なるものゝみを撰擇せる組織なるに相腹す。然も既に得來りしデ 制とが政治上に對立して相爭ふに至れり。斯くてプラトーンの「理想國」も藝術的調和の世界として始めより現實より一步

マに入るや、恰んど宗教化したりき。只同書。八〇一八一頁D。 尚は詳しくは同書七二一八二頁。 八三十二七八頁を参照すべ

- (五)。紀平博士。鹿出書。一六〇頁以下。
- (6) 侗。山三宝五真以下。二五二頁以下。
- (7))この事は、所謂社會力學上の問題として説明されゝば、一層平易明瞭であらう。中世敎會が絕對的な權威を以て婚姻 seiner Entwichlungsgeschichte, Ordenburg, 1744. SS. 242, 243. 更に既出拙稿(本誌第二七卷第十二號十二二頁)。 的關係の變じた社會にあつては、無意味、無價値である。尚ほA. H. Post, Die Grundage des Rechts v. die Grundzüge 自らの自らなる意味と價値を持つ。然しながら、それは、そうした社會に於いてのみ、そうであるのであつて、その力學 に對する支配権を握つたのは、その社會に於ける僧侶階級、教會の社會的權力の反射であつて、この社會に於いては、それ

|蹟原則を是れに適用しやうと云ふが如き提言、主張であるならば、不幸にしてこれに賛成することが出來ない。 **堕落的傾向を救ふ」の途として、婚姻事項に對する自然法の復古的適用を主張するものがあるを見る。そは或る意味** が、婚姻に於ける人性的、精神的側面に強くアクザンを打つ人々の中には、最近に於いても、「婚姻思潮上に於ける ふ意味であるならば筆者の考ふるところも亦必しもこれを否定し去るものではないが、若し再び直接に、例へば秘 からは尊敬に償する提言ではあるが、而してその所謂自然法理の採用が、婚姻法の法源として尊重せらるべしと云 斯くてすなはち佛蘭西革命憲法は、婚姻秘蹟原則に代つて是れを『民事契約に過ぎざるもの』と宣言したのである

当大

批判を要求することは當然である。但しこの場合法律理性の理論的使用と、實踐的使用とは根本的に峻別せられな 法律は、夫れが歴史的・社會的存在たる一方社會規範たるの故に、而してその自律性を完くせんが爲に法律理性

ければならない。すなはち茲に嚴重なる二律背反が設定せらるのである。

規範とは、截然區別されなければならぬものである。(2) 用したり、又はそれに反對したりすることの誤謬であることは勿論であるし、(1) また法律と道德その他の社會的 て、その當然の結果、自然法に上訴し、立法者の制定にかゝる法律に之れを對立せしめて、逐條、々々自然法を引 て既に Bentham が謂つたやうに、宛も自然法といふ眞實の法 a real code fo natural laws が存在するが如く解し 人も異論のないところであらうが、この見地よりすれば經驗的現實に存在する法のみが法である。この意味に於い 凡そ現實法としての法律が時、處の制約の下に歷史的必然にのみ成立する、すなはち經驗的に實在することは何

- (H) J. Bentham, Traité de Legislation, Eng. trans. by Atkinson-Bentham's theory of Legislation, 1914., p. 87.
- (2)何とならば、眞に質證法のみが法だとすれば、その法律が道德的でなければならぬ理由もないし、これを峻別するこ とが寧ろ法を眞意義に徹底せしむる所以であらう。Bentham. ibid. p. 60.

律内容のみが、法として採擇せられ、それのみが人の法律認識を構成する。今 Giorgie del Veahio に従へば、こ る。すなはち實證法の實證的な認識も亦先天的に法の論理的價值が豫定せられ、その價値に關係せしめられ得る法 **範がら自らを區別するか。こゝに於いてか實證法を認識するに當つても、常に法の論理的•先天的目的が豫定せられ** の法律認識に對する構成作用を營む理念を彼は法の論理的形成と呼ぶ。(The Concept of "Nature and the Princi-であるが、然らばこの法律は如何にしてそれ自らの特に法たるの認識を要求し得るか。如何にして他の非法律的規 し、裁判所またとれによつて適當なる判例を作ることによつてはじめてその生ける妥當性を有するに至るを知るの たゞ然し、斯く法を實證的にのみ考察し來れば、成文法も實は、民衆がこれを條理によつて支持し、理解し慣行

なければならない限り、是非とも實践理性の批判の對象とならなければならぬ。こゝに倫理的意義に於いて要求せ これに對しては必や別に、實踐的、倫理的當為が要求されなければならない。

洵に實證法はその内容が合理化され 論理的形式は單に法律實在を限定、加工、構成する作用を限つて、その法律内容を質質的に合理化する能力は無い。 ple of law," Eng. frans. by Lisle. 1921. p. 81)。(๑) 然しながら、—尚姑らく del Vechio に従つて—茲に法の らる〜理想法―法の法、法の理を表すに del Vechio は再び自然法の語を取り上げて之れに當てるのである。

(3) del Vechioの精しい議論に就いては、わざと弦では省略した。詳しくは前掲の著書について見よ。尚ほ Vechio の「自 然法」論については平野義太郎氏による解説的紹介論文『自然法の私法に對する適用に就いて』(法學志林 第二七卷第八號 以下所載)がある。

きも亦嚴重にこれを滅しめて居るのである。 ら、それは決して自然法の私法的事項に對する直接な適用を意味するものでないこと論を俟たぬ。dcl Vechioの如 洵に法の倫理的理念としての自然法の再採用は、再び茲にも新しい意味に於いて論ぜられつゝある。しかしなが

古版經濟書解題

ルイス・ロバーツ著一千六百四十一年版『外國貿易論』

高橋誠一郎

Company)の雨者に加入せる商人であつた。彼れの埋葬の目附は一千六百四十年三月十二日となつてゐるが、實際 Dedicated to the High Court of Parlament now assembled.)に於いて理論の領域に進出してゐる。本書の出版者 Common-Wealth or Kingdome, by the skilfull Merchant, and by a well ordered Commerce and regular Traffike. of Traffike. or A Discourse of Forraigne Trade. Wherein is shewed the benefit and commoditie arising to a Roberts or Robert) は其の死去の年一千六百四十一年を以って刊行せられた。其の『外國貿易論』(The Treasure Matter of Trade is compendiously handled, & c, 1638.)の著者として知らるコルイス・ロバート(Lewes or Lew is は一千六百四十一年と推定せられてゐる。 は倫敦王立取引所南門の書肆ニコラス・ブーアシ(Nicholas Bourne)である。ロバートはボーマーリス (Beaumaris) 經濟文献史上主として『商業地誌』(The Merchant's Mappe of Commerce; Wherein the Vniversall Manner and 一千五百九十六年北部ウェールズのアングルシー島に生れ、東印度會社及び東邦會社(The Levant

古版經濟書解題

八九(一〇四三)