

學界展望

日本法理の探究

——戰時法理論の回顧——

吾妻光俊

本誌編輯委員の需めに應じて學界展望欄への寄稿を承諾した當時、しきりに筆者の腦裏を去來しつつあつたのは、わが法律學の戰時中の動向を、法理論の性格といふ角度から畫いて見たいといふ思ひであつた。しかるに締切期日の約一ヶ月前、はからずも身邊を見舞つた雑事は、爾來筆者から讀書と思索の餘裕を奪ひ、一時は執筆を斷念すべきかを思つたのであるが、私事を理由として本誌の豫期を裏切り、委員諸氏に累を及ぼすに忍びず、不本意ながらテーマを極度に縮少し、しかも充分の推敲さへ加へざるままに、寄稿の責を塞ぐの止むなきに至つた。もとより右の事情が内容の蕪雜の口實たり得ざることを知らないではない。しかも一言これに觸れた所以はひとへに一橋論叢の名を傷けざらんがためにほかならない。

個性たらんことを求めつつも同時に普遍的たらんと欲するは、ひとり個人の心情に止まらない。總體としての國民的心情の中にも常にこの互ひに反撥する要請が交錯するのである。

明治年代に於ける歐米文化の擷取が、わが政府ならびに國民の普遍的たらんとする心情を基調として行はれたことは周知の事實であるが、特に近代的法律制度確立の過程に於て、また當時の法律學の態度に於て、この傾向は著しかった。舊民法を繞つての法典論争の如きも、それはたしかに個性的なるものを求むるの心情を以てこの勢ひに對抗し、しかも形式的には勝利をさへ克ち得たのであつたが、それはあくまでも反撥たるに止まり、大勢はまさに文化國家の列に伍せんとする要請に基いて、普遍への心情の側に傾いたのであり、しかもこの傾向は、大正年代を経て遠く昭和の初期にまで及ぶのであつた。

もとよりこの永き年代の間、わが法律學は、これを支へる法思想に於ても、またその法理論について見ても内容としては複雑な様相を示す。しかしその思想なり理論なりが歐米のその意識的な接取を通して成立したといふ一事に於て共通であつた。

この普遍への要請の永き支配の中に、やがてこれに對抗する個性への要請が萌芽し、遂にそれが支配的たらんとする勢を示すことは、事の性質上當然であり、また事實わが法律學は滿洲事變前後からこの方向に動きつつあつた。そしてこの傾向を代表し、且つこの要求を眞向に振りかざして登場したものが日本法理探究の事であつた。

日本法理の探究は時期に於て滿洲事變前後に發したばかりではなく、當時の國際ならびに國內の政治的要求と結合

した。しかしその政治的経緯を追及することは本稿の目的ではない。本稿の狙ひは、日本法理の探究を旗じるじとして発表された法律學上の研究をその法理論としての性格に着眼して批判的に吟味するにある。しかもその對象としても、もつばら今次戦争中、特にその末期に頻々とあらはれた日本法論をとり上げることとした。そして個々の理論の内容をそれとして吟味するといふよりは、この一般的傾向としてあらはれた研究態度を全體として觀察し、その共通の相に於て吟味しようとするのである。

* * *

日本法理の探究をモットーとする研究を組上に乗せようとする者に課せられる仕事はそこから眞に法理の名に價ひするものを選び分けること、いひかへればまづその名に價ひしないものを篩ひ落すこととなければならぬ。しかしまた、一應法理論の名に價ひするものとして選り分けられたものについてもそれがどの程度に理論的な確かさを持つものであるかをその研究態度に注目しつゝ吟味しなければならない。本稿ではこの兩者を、つぎの三つの批判の基準に當てはめて處理して行かうと思ふ。

ここに三個の基準といつたのは、まづ第一に日本法論の法哲學的基礎づけを、第二にその現行法理論の構成を、第三に法史上の實證を指す。いやしくも日本法理と銘を打つて、日本法の個性を明らかにしようとする試み、その獨米ヨーロッパ的な法律學からの獨立を求めようとする限り、それが独自の法哲學上の基礎づけを行ひ、新たな法理論の構成原理を呈示し、また法史の上に日本独自の法理を論證するものでなければならぬからである。

(一) 日本法理の探求は日本法の根本原理の解明に集中された感があり、この意味で私のいはゆる法哲學的な基礎

づけを行はんとするものがその大半を占めるのであるが、それらの多くは充分に「法哲學」的でないばかりか、「哲學」的でもない。そこには「みことのり」「のり」「むすび」「まつらふ」等々の古典的用語の極めて平板な言語論的分析と、その獨斷的な解釋とがあるのみであつて、近世的法哲學乃至哲學一般の、いや凡そ學問上の研究の生命たる批判的態度を缺如してゐるのである。

このいはば哲學以前の神話的法律觀の結果として右の用語が果して哲學的範疇であるか、歴史的範疇であるか、論理的範疇であるか法的範疇であるか等々の反省をすら伴はず、またもし法的範疇であるとしてもそれは果して法理念として主張されてゐるのか法概念として理解されてゐるのかも不明である。またそれは單に研究態度に於て混亂を示すのみならず、研究者の近代科學に對する素養の有無をすら疑はしむる場合が少なくない。事實日本法理の探究を唱道する人々の多くが、法理學研究に當つた時代の學問教育の低さの故を以て充分の近代的科學精神の洗禮を受けざるままに法實務に従事し、爾來實務に關係する限りに於てのみ學問に關心を持つたにすぎない高齡の法實務家であるか、又は政治的動搖期に際會して本格的な學問研究に没頭する餘裕なかりし若き學徒であるかのいづれかであることがこの間の關係を實證する。

日本法理探究の名のみあつて實なきこの種の論稿について一々その論者の名を挙げ、その内容を紹介することは筆者の忍びざるところであり、またそれは不必要なことだと考へる。只日本法の個性的なものを求むるといふ、それ自身正しく——また永き外國法理への他屬に鑑みて——且つナチュラルな要請が何故かかる混亂に滿ち、弛緩し、且つ素材きはまる諸論稿を生み出したかについて、恐らくそれは個性的なものを求める心情が普遍的なものを全面的に拒

否するといふ反動的態度に墜したること、この反動性が當時擡頭しつつあつた獨善的近視眼的な政治に端を發し、日本法論の多くが法學をこの政治目的に奉仕せしめんとする卑俗な態度に於て科學性を缺如したといふ事實を指摘して置けば足るであらう。

しかしこの種の日本法論の中にまじつて、法學界に著名な學者によつて試みられた日本法理の探究の中には、充分の法學的素養を伴ふものであるだけに、注目されるべきものがなかつた譯ではない。そして問題の性質上法史家のこの方向への努力に見るべきものがあるのであるが、これを後にゆづり、ここでは法哲學的基礎づけを試みられる小野・廣瀨兩教授の名を擧げて置きたい。

小野教授が「日本法理の自覺的展開」と題するこの方面での唯一の體系的著作をものされ、從來西南學派の強い影響の下に文化哲學的傾向を示した學風を一擲して、佛敎者としての立場に立つて「ざとり」といふ言葉の上に日本法理の獨自性を主張されたのは學界著名の事實である。「日本に於ける法は西洋の法そのまままでよいものであらうか」といふ問題提出に發して、法の歴史的・民族的性格を主張し、明治以來のわが法學界が西洋法學の強い影響の下に成長した事實を指摘される。その當の敵手は田中耕太郎教授の世界法の理論と牧野博士年來の主張である自由法論であり、共に西洋近代の倫理乃至法思想を地盤とし、日本歴史の立場に立つものでないとして、日本法理の自覺的展開の必要を唱道される。結局教授によれば日本法理は道義そのものに外ならず、そこに到達すべき道は佛敎にいはゆる「ざとり」であり、主體的直觀であるといふのがその結論であつた。そして聖德太子の十七條憲法を正に法にして道義たるものの典型として援用されるのも周知の事實である。

小野教授の日本法論はその基礎づけの體系的整備において、他の日本法論のナイーヴな態度から一頭地を抜くものであつた。しかしわれわれはその結論とそこに至る論理の中に幾多の疑問を持つた。「さとり」といふ如き宗教的直観をたよりに日本法理を自覺せんとする態度が客觀的に論證されてゐるかどうか、佛教的な直観はただ日本法理を捕捉するときのみ有効であるのか、それとも東洋的法理一般の認識に到達する道なのか、「さとり」は西洋法理をこれによつてとらふべき普遍的意義をもたないのか、また日本法理は道義にして法であるといふ結論に於て法と倫理との關聯の哲學的解明が充分であらうか、等々實際なき疑問に逢着する。そして一言にして云へば日本法理の獨自性を論證せんとするに急なるのあまり、それが世界的法秩序乃至理論の中で占むべき普遍的意味が閑却され、この態度が往々にして日本の實定法乃至その解釋原理を不必要なまでに日本獨自のものとして強調される結果に導くのである。しかしこの最後の點は、小野教授の日本法理の主張をきつかけにまき起された刑罰論争を中心に——他の日本法論の實定法理論との結び付きの問題とならべて——次段に吟味しようと思ふ。

廣瀨教授は戰時中とみに日本法理の哲學的基礎づけに意を用ひられるに至つたのであり、例へばその「日本法について」(法學、十二卷一號)「徵用の法理」(法學、十二卷一〇號・十三卷一號)等に日本法の獨自性を明らかにすべくつとめられてゐる。前者は日本法の特質を天皇の「みことのり」たる點に求め、それが御稜威に基く拘束と、臣民の遵奉とを不二一統のものたらしめると説き、日本法の特質を國體に即するものとして理解せんとしたものであり、そこに日本法の構成原理についての客觀的學問的論證と稱すべきものを見出し難いのであるが、後者は徵用を兵役と同視すべしとする主張の下に、教授のいはゆる法の三重構造が説かれる。即ち法はこれを全體的に把握するためには、組織規

範、行爲規範、整序規範の三重構造をもつ綜合體として理解しなければならぬ。國家あるところに必ず組織規範——その宗をなすものが憲法——があり、これを根幹としてあらゆる法秩序が保持される。人の行爲を他律的に命ずる規範としての行爲規範と、各般の法律事實を評價裁決する規範としての整序規範がそこから派生し、かつ組織規範によつてその存在を理由づけられる。

この法の三重構造觀が徵用の法理とどう關聯するか。教授は徵用の本質は兵役と等しくそれが翼賛であるといふ組織規範上の意味を持つこと、また徵用は積極的な行爲規範としての意義を持ち、且つそれはわが法律制度の傳統が、聖德太子の「十七條憲法」や「武家法」の如き行爲規範を優越せしめてゐる點に照應するものであるとし、「應徵士服務規律」の如き、徵用の積極的行爲規範性を昂揚せるものとしてその價値を絶大なりとされる。

教授のいはゆる法の三重構造は精密な論證を伴ふものでないために、ここでもわれわれは數々の疑問に逢着する。それが法の發現形態として考へられてゐるのか、法に對する思考乃至思想形式であるのか、またこの三重の構造はすべての法の中に含まるべき契機であるといふのか、又は法がこの三箇の形式に分類されるといふのか——恐らく後者であらうか——等々について更に明確な論證を求めたい。

しかしそれよりもこの三重構造觀が戰時にあらはれた徵用制度と結びつけられる唐突さにわれわれは一驚を吃する。殊に徵用制度のもたらす社會的影響とその故に要請される絶大の法技術的配慮とに當面して勞務統制の社會經濟的な複雑さを痛感したわれわれとして「應徵士服務規律」の如きは——たとへば皇國勤勞觀の提唱などと並んで——法技術的な行き詰りを觀念論によつて糊塗しようとしたものだときへ見たのであつたが、もしそこに日本法の精神と特質

とがあるとするならば、われわれは反つてそこに日本法の近代性の缺如を見、今次戦争並びにその惨酷たる結末の原因を見なければならぬ。

更に教授の——そしておしなべて日本法論の——論調の中に、凡そ歴史に對する極めて素朴な觀念を見出すやうに思ふ。聖徳太子の「十七條憲法」は日本法理の寵兒ともいふべきであるが、その社會的要素に對する歴史的研究への意欲の如きは毫も之を窺ふことが出来ない。現に廣濱氏の所論では「十七條憲法」と「武家法」と「徵用」との間にある遙かなる時代的間隔は無視されてゐる。

かくしてわれわれは日本法論の中理論體系を備ふると見られる少數の例外についても、一面に於て哲學的な論證の嚴しさを窺ふことが出来ないと同時に他面事物のありのままの相に直下せんとする歴史的な精神に觸れることもない。歴史はいつしか哲學的紛裝の下に觀念化され、哲學は歴史教科書的知識によつて置きかへられてゐるのである。

(二) われわれは日本法理の法哲學的基礎づけを吟味しながら、そのいはゆる根本法理が極めて唐突に實定的法秩序と結びつけられ、一面に於て實定的法秩序の理由づけに用ひられると同時に、他面實定的法秩序をこの根本法理を實證するものとして安價に利用する態度に接して來た。これ、比々皆然り、ともいふべき程度に日本法論に共通の態度であつて、個々の論稿の中にその實證を求める必要すらない。

しかし日本法理と實定的法理論との關係に於てわれわれは注目すべき例外に接する。それは小野教授の前掲著書をめぐり、日本法理をさしはさんで刑法學者の間に戰はれた刑罰論争である。それは、日本法理の提唱が法理論に向つて最も深刻な反省を求めた場合に屬し、従つて、日本法理を支持する學說の側についても、又之と對抗する側につい

ても、その鼎の輕重を問ふに絶好の素材を供する。従つてここではやや立ち入つてこの論争の経緯を畫いて見たい。前段にも述べたやうに小野教授はその「日本法理の自覺的展開」に於て——田中教授の世界法理論と並んで——牧野博士の自由法論に攻撃を集中し、それを西洋派の偏見思想に基く進化論的態度の影響の下に立つと批判されるのであるが、この批判は刑法理論に於て牧野博士年來の主張たる教育刑論に對して、これまた小野教授が久しく唱道されて來た應報刑論を以て對立されるといふ點に展開されて行くのである。

牧野博士が刑を以て犯人改善の手段としていはゆる教育刑主義を唱道されて來たのは著明の事實であるが、小野教授は之に眞向から反對され、殊にその日本法理の提唱を機會に、日本の刑法は道義刑法であり、犯罪は國民道義に反する行爲であつて、これを否定して行爲者の道義的責任を明らかにするのが刑罰の目的だとされて「自業自得」の法則を骨子とする應報刑思想を展開された。牧野博士の刑罰論は——後に述べる木村龜二教授とともに——犯罪の社會的要素なり、犯人の性格なりの科學的探究の基礎に立つて、結局刑は改善であり、教育であるべきだとの結論に到達されるのであつて、社會學的・實證的色彩の濃いものであるが、小野教授によればこれこそまさに進化論的・ヨーロッパ的な思想といふことになるのである。

しかしこのやうな攻撃が、豊かな比較法論素材を驅使しつゝ、わが刑法理論をいはば世界的水準に向けて普遍化せんと努力せられつゝあつた牧野博士にとつて堪へられぬものであつたことは當然に過ぎない。「日本法的精神の比較法的自覺」といふ露骨な對立の態度を示す表題を掲げた博士の論著は、小野教授の評言を以て「われわれの先輩の業績に對し甚だしく禮を失するものであり、われわれの年來の努力に對し全く理解を缺くもの」だと反駁され、小野教

授の態度をいたづらに傳統的・回顧的なものとして進歩性を持たざるものと批判され、應報刑主義はヨーロッパに於ても廣く説かれてゐるが、かかる刑罰は弛緩した刑政となるか、不當に非人道的なものとなるかのいづれかであつて、決して犯人に道徳意識を自覺せしむる方法たり得ずと主張される。

應報刑主義、教育刑主義をめぐる刑罰論争に介入することは私の任ではない。ただここに、いはゆる日本法理の名の下に求められる個性的なものと、比較法的とされる普遍性への要求とがあざやかに對立すること、しかしこの二つの矛盾し對立する要請が何故に道義的な應報刑理論と實證的な教育刑主義との對立に導かれなければならぬかが必然性ある基礎づけを伴つてゐないこと、刑を一義的に應報なりとし、教育なりとすることが果して刑の面目をその總體に於て明らかならしめる所以であるかについて疑問があること等を指摘して置かう。

この日本法理と比較法的態度との對立はその形式に於て烈しきものあるに拘らず、牧野博士の主張は比較法的態度の必要を強調され、この角度から日本法理論者の態度の固陋を難ぜられるに止まつて、日本法理の研究態度に立ち入つて内在的に批判を加へるものとはいひ難く、その限りに於てこの論争は平行線の上に各々の主張が展開される感が深い。しかるに教育刑論者として牧野博士と同一傾向に立つ木村龜二教授が、小野教授の著書に對抗して、その立場を日本法理の上に實證されんと試みられるに及んで問題は日本法理そのものの内面に移されたのである。

木村教授は「法律學に於ける日本的なるもの」(法律時報十二卷十一號)以來日本法の個性を、國家法からの解放ではなくして道義としての國家法の展開にあるものとする立場を採用され、「刑法に於ける社會倫理」(法律時報十四卷六號)、「應報刑と教育刑」(法學十一卷五號)その他によつて教育刑の原理が國家的道義の上に立つことの論證につとめられる。

しかし教授の立場はその「刑法と國家的道義」(法律時報十五卷六・七・八號)以來とみに日本法理の歴史的解明へと進んで行つた。この論稿はまさしく小野教授の日本法論に對抗してものされたのであるが、ここに木村教授は聖徳太子の憲法をとり上げ、歴代天皇の詔を引用しつつ、十七條憲法によつて教育刑論を基礎づけようと試みられる。またこの論稿中教授は國家を道義的なものとする日本固有の思想を強調され、(1)公共性と全體性の價値を基本とし(2)正義の實現を基礎とし(3)信義を基本原理とし(4)教育に根本を置き(5)和を尙ぶ點に日本國家の道義性を求めつつ、他面「ツミ」といふ國語を分析しつつ、犯罪の本質が「邪き心」即ち叛逆・裏切の心としての反社會性にあり、不忠の心に發するものである、といふ風に論結される。

かくて問題の日本の刑罰の本質論へと進み、近くは明治二年の「刑律改撰ノ詔」の中に、又遠くは記紀の記述の中に、その本質が「紹り直し」であり「寛恕」である所以を求め、この寛恕の思想たるや刑の應報としての加へ方が寛大だといふに止まらず、刑の内容が寛恕を本質とするとして、小野教授が刑は罰を惡むの心情のあらはれとしての應報だとされるのに對抗される。尙ほ木村教授には別稿「十八條憲法と刑法」(法學十三卷二號)があり、その十一條を以て——小野教授の如く——應報刑の表現とは見ず、むしろ教育刑を宣明したものと解されることを附加して置かう。

年來その實證的な刑法理論とこれを裏づけるヨーロッパ的法哲學への深い造詣を以て知られた木村教授が近來とみに日本法理の探究に精進されつつあることは——他の日本法論の素朴な態度とは異つて——注目すべきものがある。その體系的立場こそ明らかにされるところがないが、教授の哲學的素養と實證的態度が日本法の個性を把握する上に大なる寄與をなすであらうことを期待せしめる。しかし刑罰論争をめぐつての同教授の態度の中には——日本法理探

究の在來の方法に無意識に影響を受くることによつて——われわれをして危懼を抱かしむる點も絶無ではない。そして、それは、私が日本法論の多くに向けて放つた批判、即ち古典の無批判的引用に關してである。

さすがに同教授は、問題の十七條憲法をとり上げるに當つて、その歴史的研究、系譜學的研究、偏理的研究の三者があることを指摘し、この第三の關係に於てのみ、それと現行刑法との關係が存するとされてゐるのであるが、その十七條憲法の解釋その他歴史上の考證から教育刑論に到達せられる論理の中には、逆にそこから應報刑論を基礎づけようとする小野教授と同様の哲學的・歴史的態度の缺如を感じしめられる。私の推測を許さるるならば、これ木村教授がその刑罰理論に於て自己の立場を基礎づけんとするに急なるのあまり、巧みに相手の刃を奪つて相手を倒さんとする戦法を用ひられたことが、反つて思想的・方法論的に相手方の影響の下に立ち、その弱點をも受けつがれることになつたのではなからうか。私の危懼は、従つて古典の援用が、哲學的論證と歴史的實證の裏づけを缺くことによつて教授の實證的且つ哲學的な學風が傷けられてはゐないかといふことである。

小野教授の日本法理提唱をめぐつて激化された刑罰論争は、戰時法律學の最も注目すべき現象たるを失はない。しかしそれは日本法理と結びつけられることによつて果して新しい展開を見せたといふことを得るであらうか。日本刑法の個性を求めんとする動機に於てそれが何物かを附加したことに異論はない。しかし刑法學自體として、刑罰論が充分の歴史的研究の上にはなく、古典の文學の思ひ思ひの解釋の上に展開せられるに至つたといふことは、寧ろ悲しむべき事態であると考へる。

かくして法哲學の領域に於ても、法理論の分野に於ても日本法論は殆んど常に日本歴史との間に關聯を求められる。

しからば單なる古典の恣意的援用に止まらない本格的な歴史研究は日本法理の提唱によつて刺戟され、推進せしめられたであらうか。次段にこれにふれる。

(三) 日本法理の探究が日本法の個性に向けられる以上、その焦點が法史の領域に置かれ、その研究を擔當するものが法史學者を中心とすることは當然である。殊に在來の日本法理探究が、法哲學的立場からされる場合にも、また法理論について行はれる場合にも、著しく歴史的精神を缺如するものであつたことを思ふときに、本格的法史研究が負はされる任務は極めて重大なものとなる。

しかし率直に言つてこの方向からする日本法理の探究にも見るべきものが殆んどない。もつともそれは當然の事でもある。といふのは史的研究は旺盛な歴史的精神を以て、また綿密な資料批判を手段とし、また學界と稱し得べきほどの一群の法史學者が研究成果の統一の意味を信念しつ分業することによつてはじめてその成果を期待し得るものであり、わが法史學がいづれの意味に於てもこの域を去ること遠きを思ふとき、日本法理の探究をテーマとする研究も、法史學の方向からの成果を期待するに性急であつてはならないからである。

このやうな意味で、さきに法哲學的基礎づけの部門で述べたやうな「のり」「みことりのり」等々の文字解釋——多くは法史の門外漢によつて試みられる——がこの領域から放逐されなければならない。尤もその間高柳眞三教授の「ノリ(法)の意味と意識」(法學十三卷九・一〇號)に於ける「ノリ」の觀念の史的分析、牧教授の「日本の世界觀と家及び字の精神」に於ける「いへ」の觀念の分析等、法史學者によつて試みられた、やや注目に價ひするものもなしとしないが、それは例外たるに止まり、またこれについてもその史的解明の態度に疑問を持つこと後述の如くである。

但し牧教授が前掲論文中日本法理探究の方法に關して説かれるところは、日本法理の個性を求める心情が、普遍的・世界的なものを求むる心情を排斥することなく、これと調和すべきことを指摘される限りに於て最も注目に價値する。

日本の世界觀は日本に對してのみ價値あるものではなく、世界的に價値あるものでなければならぬ、といふ出發點に立つて日本法理の探究に當つて次の二點を戒心すべきものとされる。まづ國體尊嚴の思想に由來する獨善主義であるが、その原因としては、日本國家を特に選ばれたものとする神國意識がその一であり、支那思想の影響による中華思想がその二であり、家族國家の傳統がもたらした閉鎖的態度がその三である。つぎに戒むべきは編入主義であり西洋學の既成の型にはめて能事畢れりとする學風が日本の學問の發達を阻害したのである。

以上の點を警戒しつつ日本の世界觀を探究するに當つては一方で哲學的攻究を進め、他方で歴史的探究を深めつつこの兩者を綜合して行く必要がある。在來の研究では哲學的研究が十分の素材を伴はない形式論に墮し、歴史學的研究が相對論に墮した嫌ひがあり、この意味で歴史研究と哲學との結合が喫緊である。尙ほまた日本の世界觀の法學的・研究は單なる精神論に終るべきではなく、組織論・構造論に及ばねばならぬ。從來の日本法理研究に缺けたるものは組織論である。

牧教授は右に紹介した研究上の態度に關する意見に續いて「いへ」と「宇」の二つの言葉をとり上げてその意義を分析し、そこに日本の世界觀の構造を明らかにしようとする。その詳細にふれるのはそのところでないが、場所的生活體としての家、血縁的生活體としての家、經濟的生活體としての家、道德的生活體としての家、宗教的生活

體としての家、法律的生活體としての家、歴史的生活體としての家といふ七箇の意味に於て「いへ」をとらへ、日本國家が家族國家としての性格に於てこの「いへ」を「おほやけ」の精神によつて高めたものであり、更に世界的宇に進まんとすることを論證されんとしてゐる。

牧教授の論稿は日本法理探究の方法を指示される點に於て、特に在來の偏狭固陋な日本法論者の態度に警告を發せられる點に於て極めて注目すべきものたるを失はない。まゝ日本法理の探究が哲學的研究と歴史研究との綜合によるべきことを主張される點も——組織的研究が必要だといふ見解を、實定的法秩序の把握を必要とする意味に解して、これを併せ考へるならば——問題の核心を突くものとしてよいであらう。しかも私の考ふところでは問題はこの綜合とされることの意義にある。またこの綜合とされるものが法史家によつていかに實踐されてゐるかの點に存する。

牧教授をはじめ若干の法史家の研究が、他の局外者からする日本歴史の援用とは異つて、はるかに豊富な史的素材によつて裏づけられ、従つてその論證に於て、他の場合に見られる如き飛躍の窺はれざることとは當然である。しかしそれはそれとしてわれわれはここでも法史家の法史學の立場からの日本法理の探究に對しても必ずしもその態度を以て充分なりとし難いのである。

問題はまさに法哲學の側からの日本法理探究と逆の方向に於てあらはれる。法哲學的研究が日本法理の解明を史的事實——しかも充分に歴史的に實證されたものではなく、常識的に斷定されたもの——に移讓して、哲學的論理の嚴密を回避してしまふ態度を指摘した私は、ここでは法史學の側からの歴史研究が、世界觀といふ名に借りて、哲學的論理（乃至宗教的直觀）を援用することによつて、眞の史的事實の實證を回避してゐることを指摘しなければならぬ。

たとへば「いへ」の史的解明は、「いへ」について觀念的に想定されるものを歴史的事實の上に當てがふといふ結果になつてゐないであらうか。われわれが日本法の個性の抽出を法史家に期待する場合に、われわれは日本の史實の分析をあくまで歴史的精神に即し、歴史の實證を伴つたものとして、即ちあらゆる觀念論から離れた生きた現實把握として求めるのである。

もとより私は世界觀的基底なき歴史研究を可能なりとするものでもなく、また史的現實を離れた哲學を夢想するものでもない。しかし史學者は史學者なりの、哲學者は哲學者なりの研究方法に徹すべきであるといふことは、この不可分の關係にも拘らず常に主張し得ることであり、この方法への徹底に於てのみ學問の進歩が期待されると信ずる。

われわれが吟味して來るところによれば、日本法理の探究は、それが唯性急に法律學を政治目的に奉仕せしめんとして行はれた場合はもとより、然らざる場合にも、その學問研究に對する效果に於て必ずしも積極を意味せず、むしろ哲學的研究を弛緩せしめ、歴史研究を觀念化するに役立つたかの感あることを指摘して來たのである。元來明治以來の法律學が普遍化の一面に偏したことを理由として、日本法理の個性的把握が唱道されたのであるが、從來西洋的學問の影響の下に立ちつつも研究の方法と成果に於て見るべき發展の跡を示した過去の法學に比して、この新たな提唱がその研究の方法に於て混亂し、その成果に於て貧しきものであるならば、なまじ日本法理の探究の如き無きに如かずといふの外ない。果して然るか。戰爭終了後の狀況が恐らくは普遍化への要望に拍車をかけると豫想されるべき、そして日本法理の探究がその政治との結合に於て責任を問はれんとする狀況の下に於て、答は肯定なるが如くである。左に之に答へることによつて本稿を閉ぢたい。

もし眞向から日本法理の探究を旗じるしとするもののみを、ここにいふ日本法理探究であるとするとすれば、私は少數の例外——この例外が更に研究の一部についてのみ云ひ得るに過ぎないのであるが——を除いて、右の問ひに肯定を以て答へるにいささかも躊躇しない。しかしその故を以て私は日本法理探究の必要を抹殺するものでもなく、この方向への動向を非難するつもりもなく、またこの方向への眞の努力が始まつてゐないと考へるものでもない。

日本法理の探究とその提唱とは同じ物ではない。學問上の研究の評價は、研究方法の確しかさど、研究成果の正しさによつて客觀的に行はるべきものであり、その表題によつてではない。かくて過去の日本法理をこの客觀的規準に従つて判斷するならば、哲學的・歴史的精神いな學問的精神一般の薄弱をこそ日本法論の特色としなければならぬ。しがしひるがへつて、法學界の底流に、永き外國法への適應の後に、わが法律學研究の内面的要求に基いて、極めて自然に萌芽し來つた、日本法の個性的把握への動向を看過し得ない。戰爭は一面に於て法律學に政治への奉仕を要請し、ためにその着實な發展を阻止したことは事實である。しかし戰爭の體驗が法をわが國民生活殊に國民經濟との密接な關聯に於て、個性的に捉へることの必要を痛感せしめたことも否定し得ない。

普遍性を生命とする哲學の領域に於て日本に個有なるものをとり出すことの困難の故にか、またこの方面に永く支配した神話的法律觀の壓迫の故にか、尙ほわれわれは注目すべき法哲學的研究に接するに至つてゐない。寧ろ日本に個性的なる法律學への動向を示唆するのは近來法律學の分野に擡頭しつつある歴史的精神である。それは尙ほ學派と稱すべきものを形成するに至らず、なかんづく法史學の側にこの動きの明らかなるものを看取し得ないのであるが、

近來法社會學の唱道の下に試みられつつある研究がいちぢるしき歴史的精神を伴ふといふ事實を私は極めて注目すべきものと考へてゐる。

意識的な表現を用ふれば、日本法理は、その意識的な外國法理との對抗の態度を脱し、したがつて日本法理の旗じるしをかかげることを止めることによつてはじめて眞に日本法理の名に價ひするものを生み出すのである。換言すればそれが法哲學上の論理の嚴しさに徹し、歴史的な實證の精神に生きつつ、しかも實定的法理論の煩瑣にひるまぬとき、即ち科學としての法律學の樹立に向つて一步を進めるとき、そこに自から日本独自の法律學が普遍性あるものとして世界の法學の中に席を占むることを期待し得るであらう。