

（最終講義）

法について思うこと、あれこれ

—— 法の本質と公平について ——

佐 伯 直 秀

只今、身に余る御紹介の言葉を載き、誠に有難う御座いました。

ところで誠に、月並みな言葉ではありますが、歳月の立つのは早いもので、私もいよいよこの三月、定年退官の日を迎えることに相成りました。顧りみますと、浅学非才の身を以て、免にも角にも大過なく、此所に退官できますことは、偏に本学教職員の皆さん、ならびに学生諸君の暖かい御支援の賜であつたと、今更の如く感謝に堪えません。そしてまた、本日は、ここに最終講義の機会を与えて下さいまして誠に有難う御座いました。

想えば私が、母校東北大学に入学して以来、早くも四〇有余年の月日が流れて居ります。そしてその間、私達の祖国は、戦争、敗戦、荒廃、そして異民族による占領、さらに再建、復興へと史上稀れにみる激変の時代を迎えた訳であります。それに伴ないまして、私の人生もまた、それなりに転変の月日を重ねて参りました。そしてその間には戦争、商社勤務、高校教師時代という、直接的には法学研究を離れた時期もありましたが、私の人生の大半は、法というものに、大なり小なり関係して来た訳でありますので、本日の最終講義に当たりましては、御覧のような題目を付けさせて載きました次第であります。

しかし乍ら、あの偉大なるニュートンですら、自分の学識の至らなさを「浜の真砂」にたとえたという、有名なる述懐があります。まして私らの如き、非才かつ不勉強な者などは、実に法学研究の玄関先にすら、近寄れず、唯それを、遠くから垣間見たにすぎない有様であったと思います。そういう次第でありますので、御覧のような、身の程知らず的な題目、を付けてしまったことに対しては、今更の如く、忸怩たるものを感じて居ります。

ところで前置きは、この位にしていよいよ本番に入らせて載きます。

さて法について、第一に思うことは、今日、法令の量の、余りにも尨大なことであります。

ところで法といえは、誰でもが直ぐ、連想するものに六法全書があります。そして其所でいうところの、六法とは、いうまでもなく憲法を中心として、民法、商法、刑法さらに民事訴訟法、刑事訴訟法などの、いわゆる六法を指すものであります。六法全書に搭載されている法令の種類は、これらのみには止まりません。したがって六法全書というよりは、いかなれば万法全書とでも、いふべきであると思います。そしてさらに法律関係の書物となると、中国の古い表現に、汗牛充棟という言葉がありますが正に、それかまたはそれ以上の観ありといつてもよいであらうと思います。

そこでこのこと、すなわち法令の数と量との尨大なことは、私達に取って喜ぶべきことか否かということが、次ぎに問題となつて参ります。もっとも法は、人間の権利を守るためのものであるといわれて居ります。したがってそういう考え方に立てば、このことは正に、喜ぶべきことかも知れません。しかしながら漢の高祖の、あの有名な『法三章』の故事を考えると、必ずしも喜んでばかりは居れないような気が致します。またこれと同じ様な話が、我国の戦国時代、北条氏の小田原城下でも起つて居ります。すなわち同城下で布告の高札を見て、一人の旅僧が「嗚呼北条家も終りだなあ」と言つたというのであります。そしてこれを聞き咎めたところの役人に対し「拙僧は三十数年前に、当御城下を通つたことがあります。その時は御触れ書は僅かに数ヶ条でございました。しかるに只今は、三十数ヶ条になつて居ります。それで思わず、嘆声を発したわけでありませう」と答えたという話があります。勿論、昔日の法令と、今日の法令とは、その制定の目的や

機能は異なつて居ります。すなはち昔日の法は、いずれかと言えば、人民を支配し規制するためのものでありましたが、これに反して、今日の法は、人間の権利・利益を守るためのものでありますし、社会機構も亦、昔日のそれとは比較にならない位にまで、非常に複雑となつて来て居ります。したがつて一概には、批評はできません。しかしながら、このことは法に關係する者にとつて、心すべきことではないでしょうか。

次いで法について、第二に思うことは、法典、言い換えれば立法の力の、誠に強大なことであります。

ところでこのことについては、先ず中世末に行なわれたローマ法の継受を挙げることが出来るかと思ひます。そしてこれに關しましては、イェリングがその大著(ローマ法)の序文の中に於いて述べたところの、有名なる言葉、すなわち「ローマは曾つて、世界を三度、征服した。一度は武力を以てであり、二度は宗教を以てであり、そして三度目は法律を以てである。そして最後の、すなわち法による世界征服こそは、前二者の世界征服にまさる、遙かに大きな影響を後世にもたらした」という、彼のこの言葉が、正にこれを雄弁に物語るものであります。そこで、このことを私なりに敷衍してみますと、ローマは、伊太利半島は、チベル河の中流域に在る、いわゆる七丘のほとりの、小さな聚落より起つて、やがて半島を統一し、北はアルプスを越えてライン・ドナウの両河に、南は地中海を越えてエジプトへ、東はユーフラテス河から、西は大西洋に、そしてさらにドゥヴァ海峽を越えてイングリランドへと、その版圖を伸ばしましたが、これがいわゆる「武力による世界征服」であります。また第二の「宗教による世界征服」であります。ローマもまた、初めからキリスト教の支配下に在つた訳ではありませんでした。そしてこのことについては、セルジエンスキーの有名な『クオヴァデイス』がこれを物語つて居ります。そしてこれによれば、聖ペテロが、ローマに於けるキリスト教の弾圧に耐えかねて、ついにローマを後にしてアッピア街道を歩いて居つた時、突如、彼の前にキリストの像が現われた。そこで驚いたペテロは、それに対して跪いて「我が主よ、何所に行き給う(クオヴァデイス)」と叫んだ。これに対し像は「汝、我が民を捨てんとするを以て、我、汝に代りて十字架にかからんとしてローマへ行く」と答えた。そこでペテロは、今更の如く自己の使命に

氣付き、再びローマに帰り、そして彼の鮮血で以て、七丘の一つを彩ったのであります。

しかしながらかかる苦難を経て、やがてキリスト教は、ローマを支配し、そしてローマは中世のヨーロッパを精神的に支配して行く訳であります。そしてこれを示すものとしては、時のドイツ皇帝ハインリッヒ四世を、法王グレゴリウス七世の前に土下座せしめたところの、カノッサ城の屈辱という、あの有名な事件があります。そしてローマの宗教的征服は中世ヨーロッパを支配しただけではなく、今日もなお、億を以て数える世界カトリック教徒の大本山として、世界にその影響を及ぼして居ります。そしてこれが宗教による世界征服であります。

しかし乍ら、イエリングに言わしめるならば、この二つの偉大なる世界征服にもまして、大きな影響を及ぼしたものは、実に「法律による、ローマの世界征服」だということになります。ところでこれについて、さらに附言するならば、前に述べた、この二つの世界征服、特に軍事的な世界征服は、一見華やかなものではありません。正に旗旗を立て、軍鼓を打ち鳴らして、行く手を阻むものはすべてを打倒し破壊しながら進軍して行く、それは恰かも大雨の後の、大洪水の狂奔さにも、たとえられます。これに比べると、第三の、「法律による世界征服」は、物静かであつて、決して華々しくはありません。それは恰かも砂地の中に、水がしみ込んで行くような征服だということが出来るかと思ひます。しかしながら洪水のそれに比べると、その影響は、一方が一過性的であるのに対して、こちらは永続的でもありまた広範囲でもあります。とにかく「法律による」、ローマの世界征服は、英米法の不文法であるのに対し、大陸法の成文法であることの主な原因の一つに、ローマ法の継受如何があることだからだけでも分かるように、今日の法律学に対しては、ゲルマン法とらんで、というよりは、むしろそれ以上に、大きな影響を与えているのであります。

また世界歴史上の三大法典の一つとも言われる奈法典も、制定者ナポレオンは一八二一年五月五日、絶海の孤島セントヘレナで死去したのであります。が現在もなお、脈々としてその息吹きを伝えて居りますし、さらに古代のハムラビ法典もまた、四〇〇〇年の時間的距離を隔てても、なお今日の我々の記憶のなかに、生々しくよみがえつて参るのであります。

しかもこのことは決して歴史的法典、すなわち過去の法典にのみは、限定されません。そしてその一つとして、たとえばムッソリニの伊太利民法典を挙げることができるかと思えます。

ところでこの法典は、一九四二年に制定されたのでありますが私達、特に商法学者達に取っては、大きな意味を持って居ります。それというのは御承知の如く、この法典は一九一年のスイス債務法などにみられる民商法統一どころか、労働法、経済法などをも一儲にして居るからであります。そしてまたこれは、すべての国民の活動は、社会全体の利益ともなるべき生産性に向けられている。したがって経済活動の中で、商に関する法のみが独立して存在すべき、なんらの理由はないという、あのファッシズムの原理に基づいているからでもあります。

ところで制定者ムッソリニは、その翌年すなわち一九四三年には、バドリオのクーデターにより失脚し、さらに同四五年には、蜂起したバルチザンのために、愛人と共に、逆吊りの刑に処せられたのであります。しかしながら彼の残した、この法典は今日もお、脈々として活き続けて居るのであります。

以上、述べて参りましたように、法典、別言すれば立法の力には、誠に偉大なるものがあります。しかしながら、これとは逆に、残念なことは、これら立法関係者達の生涯というものは、必ずしも全員、その終りは幸福ではなかったことでもあります。その例として、私は奏の商鞅と明治初期の江藤新平の例とを挙げて見度いと思えます。

先ず商鞅であります。彼の制定した法によって、秦は強国となり、遂には他の六国、すなわち趙、魏、韓、斉、燕、楚をも滅ぼして、いわゆる始皇帝の統一国家を作ることができたのであります。その点では彼は、正に奏の大功労者でもあったわけでありませう。しかしながら後年、彼が失脚して国外に逃亡しようとした際、山中で、とある家に一夜の宿を請うたところ、家の主人に「商君の法により、身元の分からない者には宿を貸すことが禁ぜられて居ります」と言われて、宿を拒否されたということがあります。そこで彼は「法を作る者の悲哀、ここに極まれるか。我、法を作って我、法に縛らる」と言って嘆いたというのであります。そして彼はその後、捕えられて、自らの制定した車裂の刑に処せられて居り

ます。またこれと似た話は、明治新政府の江藤新平にもあります。江藤もまた、その司法卿時代に「速訳すべし。誤訳も妨げず」として、法を作らせたのでありますが佐賀の乱失敗後、捕えられ裁判にかけられて、遂に自分の作らせた法により、処刑されて居ります。何んと皮肉な話ではないでしょうか。

さらに第三に、法について思うことは、それならば法の本質とは、一体、何んであるかということでありませぬ。

ところで、これに就きましては、私は、古代ローマ人達の考えた『法の女神』の像のことを頭の中に思い出す者であります。そしてその像の中にこそ、彼等の考えていた、法の本質なるものが表象されているのではないかと考えられるのであります。申すまでもないことでありますが、その像は、第一に目隠くしをし、そして右手に剣を、さらに左手に秤を持って居ります。そこで先ず、女神像が第一に、目隠くしをしているということは、一体、何を意味するものだろうかということでありませぬが、このことを考える時に、私は、次のような話を思い出します。それは日本の江戸時代の話であります。或る名奉行が居て、彼は罪人を裁く際には、何時も障子を閉めて、障子越しに茶臼を引きながら、被告の訴を聞いたというのであります。そこで部下の者達がその理由をたづねたところ「私も人間であるので、年若い女が涙を浮かべながら訴えて来たならば、つい初めからこれは無実であるうと思つてしもうだらうし、また反対に、目付の憎らしい中年男が訴えて来たならば、つい初めから有罪者であるうと思つてしもうだらうから、そういうことのないように、こうするのだ」と言つたといひます。もっとも障子の奥で聞いて居つても、声色などで男女の性別や年齢は分かるわけではありませんが、兎に角、その言わんとするところは、人は先入観に囚われてはいけないということだつたらうと思ひます。要するに法を解釈するには、先ず先入観を捨てて、かかることが大切であり、そしてこのことがまた、女神像の目隠くしをしている意味だらうと思ひます。しかしながらこのことは、いふなれば法解釈の心得ではあつても、ここで求めている法の本質ではありません。次に、剣でありますがこれは、法には強制力がなければならぬということを教えるものであると思ひます。すなわち法を実効あらしめるためには、いわゆる信賞必罰が必要であります。そしてこれについても、先に挙げた商鞅の例があり

ます。彼はその作った法を、始めて実施するに当たって、街の東門に一本の木を置き、これを西門に移した者には金五〇金を与えると布告致しましたが、誰もその真意を疑って実行しなかった。そこでさらに百金を与えると布告したところ、ある物好きな男が居て、試みにこれに移したといひます。そうしたところ彼は即座に、百金を与えた。そこで皆は、彼を見直したというわけでありますが、そうして置いて、彼は法を布告したとのことであります。ところが彼の法に、人もあろうに皇太子が違反した。しかし皇太子を罰するわけにはゆかない。さりとて違反を看過することは、法を殺すことにもなるとして、処置に困った彼は、皇太子の側近を罰することにしたという、有名な話があります。

さらに韓非子の本の中に「小石につまづく人は多いが、小山につまづく人は少ない。それは小石は小さいから、人はこれを馬鹿にする。反対に、小山は大きいから、これを注意するからだ」というようなことが書かれてあります。同様なことは、三国志の諸葛孔明の「泣いて馬蹏を斬る」という、有名な故事もそうであります。そしてこのことは、程度の差こそあれ、現代に於ても変らない道理だと思われまます。

たとえば中国山東省に青島という都市がありますが、ここには今次大戦前から、当時の中国では珍しく美観を誇る街路樹がありました。これは街を建設したドイツ人が最初、街路樹を折角、植えても植える一方から、中国人が枝を切つて薪にしてしまったので、遂に業を煮やしたドイツ当局では、有名な立て札をした。すなわち「一枝折る者は一指断つ」と。つまり街路樹の一枝を折る者の指を一本、切り落とすという、随分乱暴な話であります。これを強行したので、街路樹は立派に育成されたといひます。またシンガポールなどに行った人達が「街は非常に綺麗だった。塵一つ落ちていなかった」とよく言いますが、聞くところによれば、あすこでは道路に塵を捨てると非常にきびしい罰金を課せられるとのことでもあります。要するに、以上のことは、何を意味するかという点、いろいろと批判や意見はあろうかとは思いますが結局のところ、法というものには、強制力がなければならぬということを教えるものであると思ひます。しかしながら、これもまた、法執行の手段ではあつても、ここで求める法の本質ではありません。

それならば一体、法の本質とは何んであるかということになりますがそれは結局、これを説明する鍵は、女神像の、左手に持っている『秤』であるということになるのではないのでしょうか。そして『秤』とは、別の言葉で言い直すと、それは『公平』ということでもあります。そしてまた、この公平ということが本日の、私の講義の副題にもなるわけでありますが、ここで注目して戴き度いことがあります。それは、表意文字である漢字が法について『さんずい』を付けていることでもあります。ところでこの『さんずい』というものは元来、水をあらわし、そして水は公平に通ずるものであります。この点に於て、古代中国人もまた、古代ローマ人と同じく、法の本質は公平なりとみていたといえるのではないのでしょうか。これらのことからしてみても、法の本質は公平であるといつて差し支えないのではないかと思います。したがってまた、次ぎのようにも言えないでしょうか。すなわち法の目的とは、公平を見付けることだと。しかしながら他面に於て、この公平を見付けるといふことは一見簡単のように見えて、いざとなれば、仲々に至難なことでもあります。そこでその理由は何かということが次に起る問題となりますが、これに対する解答は唯一つ、すなわちこれを一言でいえば、公平なるものを持つ相対性にあるといえると思います。そして公平は、その持つ相対性の故に、次のような二個の問題点を内包致して居ります。

すなわち先ず、その第一の問題点であります。たとえば権利の尊重そのものは必要なことではありません。しかしながらこれにも限界のあることであります。と言いますのは、たとえば当事者の一方の権利を余りに尊重し過ぎることは、時としてその相手方、さらには第三者の権利侵害にもつながる恐れが生ずるのであって、したがって他とのバランスを取る必要があります。そこで絶対を必要とするかに見える、権利、特に人權の尊重にも、一定の限度が必要となつて来ることであります。そしてこのことは、その限度を奈辺に置けばよいかという、基準算定の難かしい問題に直面するのであります。

曾ってシンガポールでの、ハイジャック事件の際、当時の福田首相は、人間の生命は地球よりも重いと云って、いわゆる超法規的措置を取つて乗客を救つたことがありましたし、また当時の輿論も^{こそ}挙つて、これを支持致しました。このよう

に人間の生命、また人権は、他の何物にも代え難い至高なものであります。したがって例えば麻薬患者、精神病者らの人権も雖も、また尊重すべきであることは言うまでもありません。しかしながら他方において、これらの患者の野放しによる通り魔的殺傷事件が近頃屢々起つて居ります。そしてこのことは、保安処分立法案などにもみられる如く、彼等の人権尊重にも、ある程度の歯止めをかける必要があります。しかしかといふ問題提起をさせて居るのであります。けだし彼等の人権の、過度の尊重が、他の弱い、善良な一般市民の不安と危険の可能性の犠牲の上に支えられる、いい換えれば一匹の狼権の尊重が他の九十九匹の羊権の無視、または犠牲の上に成り立つといふことにでもなれば、これもまた、ここでいう公平の原則に反することにもなり兼ねないからでもあります。そしてこのことはまた、私の専攻して居ります商法の分野でも同様であります。一例を挙げてみますと、たとえば会社更生法に於て、そしてその更生手続を進めてゆく過程に於て、商法に於ける大原則たる『企業維持』の原則の下に、更生会社の権利や利益の尊重のみに眼を奪われることにでもなれば、そのことは、いわゆる一将功成りて万骨枯るを地で行く、一会社、更生して関連の下請業者倒産するという、公平の原理に悖り兼ねない危険を内包して来るのであります。要するに、公平のためには、権利の保護や行使に適正な限界が必要であります。その限界を奈辺に置けばよいかといふ基準の算定は、なかなか困難であります。

続いてその第二の問題点であります。これは、たとえ第一点のそれ、すなわち基準算定の困難性を解決し得たと致しましても、なお公平は、国により異なるだけではなく、また時代によつても異なる、換言すれば変遷するといふことでもあります。そして特に、公平といふものも、固定せずして絶えず変遷するといふところに問題があります。

そこで次ぎには、公平すなわち法の相対性による問題点の第二点、その中でも特に法の変遷といふことについて触れてみたいと思ひます。

ところで私は、法は変遷すると申しましたが、しかしながらそれは、すべての法が皆、同時に、また一様に変遷をするというわけでは決してありません。すなわちたとえば離婚法については、ラブレールは「あらゆる革命に随伴して、必らず

現われるものがある。それは離婚の法である」と言っているかと思うと、また海法については、バルドシュは、その著『十八世紀の海法集序説』の中で、つぎのようにも言っています。なおこの本は「最悪の民法とは、すべての国民を無差別に取扱うものであり、最悪の海法とは、一国民のみの特別な利益や風俗に影響されたものである」という、彼の言葉でも有名ですが、この本の中で、彼は海法について、それは「社会混乱の渦中に於て、不動であり、三〇世紀の後に於ても、航海交通の初日の姿で現われる」と言っています。

もっともこれらと関連して一言、触れて置かなければならないことがあります。すなわちそれは、商法の政治的無色性ということであり、そして学者は、その例の一つとして、ドイツ株式法を挙げて居ります。ところで同法の制定されたところの一九三七年は、三三年一月のヒットラー内閣の成立、さらに同年三月の授権法の国会通過などにより、ナチが合法的に独裁権限を掌握してより既に四年、今や漸く、その基盤を固めて来た時でもあります。したがってナチの指導者原理によって、同法は貫かれていることは否定できません。そして若しもそうだとすれば、四五年のドイツ降伏という、ナチの全面的崩壊によって、この株式法も廃止と迄はゆかなくとも、当然大改正されるべきだったと思われれます。しかるに同法の改正は、結局六五年に迄、延ばされて居ります。もっともこれに對しましては、反論として、あるいは昭和二〇年の敗戦に続いて行なわれたところの同二五年の、我が商法の大改正の例が挙げられるかとも思われれます。けだし同改正は、同二二年七月一二日の株式の全額払込制が大きな引金となったことを考慮しなければなりません。これは財閥の復活を抑えんとするマックスアーサー司令部の命令によるものであったからであります。しかしながら、これとても、もっと深く考察すると、分割払込制度には、企業の実績不振の際の、未払込株金の徴収難という問題があったので、戦前、早くも高橋是清蔵相らも、全額払込制に賛成して居られた程であって、株式払込制度の流れとしては、早晩、採用すべき歴史的な流れであったということもできるのであります。兎に角、商法の諸制度には、政治的変動とは無関係といえる面があるということはいえると思われれます。

以上要するに、法というものは、程度の差や態様の違いはありますが、何れも時代とともに変遷するものであるということだけは否定できないと思います。そこで変遷するものであるとするならば、その変遷の態様すなわちパターンは、如何なるものであるかということが次に問題となつて参ります。そしてそれは結局、「法」というものは作られる、すなわち自然発生するものなのか、または作る、すなわち権力で制定されるものなのか」ということが争点になるかと思ひます。

ここで想ひ起されるものに、一八一四年、ドイツ法典論争中での、ザヴィニーの言葉があります。すなわち一八一二年の、ナポレオンの露西亜遠征の失敗、これを契機として起つたヨーロッパ諸国民の、いわゆる解放戦争、そして特に十七世紀の三十年戦役による後遺症の一つとして、英仏などの他の列強に対して、著しい遅れを取つていたドイツの政治的統一への機運に乗じて、法律的にも亦、この際、統一法典を作るべしとする動きが澎湃として高まりつつあつたのであります。それが、それらの動きのなかで、今こそ統一法典を制定すべきであると唱えるチボーに反対して、彼は時機尚早を唱え、その中で、「法は *Machen* すべきものではなくして、*Werden* するものである。換言すれば作られるものであつて、作るものではない」と言つたのであります。そしてその結果、兎に角、ドイツの統一法典成立は、その政治的統一とともに、それからなお数十年も待たねばならなかつたことは、皆さん方の御承知の通りであります。

ところで彼の、この主張の当否の検討は一応、差し置きまして、彼の、この時の言葉を借りて、前述の争点に答えるならば、私は、法というものは *Machen* もするし、また *Werden* もするものであると言へるのではないかと思ひます。そこで、次に、法変遷のパターンについて、これを *Machen* 型の変遷と *Werden* 型の変遷との二型式に分けて述べることに致します。先ず法変遷の第一のパターンであります。これはまた、前述の分類に従いますと、*Werden* 型の変遷であると思ひます。そしてこのパターンの原動力は、慣行であり慣習であります。なおこれは、次の *Machen* 型のと比較するならば、法すなわち公平を求める間接的な動きということにもなるであらうと思ひます。そしてその変遷の態様は、『例外の一般原則化』という態様を取つて居ります。そしてこのことを、私の専攻して居りますところの商法で、その例を挙げてみますと、

商法第一条の、商慣習法の、制定法に対する優位性、また第二〇五条の記名株式の譲渡方法が昭和二五年の『裏書または譲渡証書』によるそれから、同四一年の『株券の交付』によるそれに改正された経過、さらに手形法第一〇条の、手形の厳格なる要式証券性に、一見矛盾するかの如く、見えるところの、白地手形法認などの事例によつても、これをみる事ができます。

しかしながら反面、このパターンの変遷方式には次のような危険があります。すなわちそれは、よく世間で言われている言葉に「赤信号、皆で渡れば恐くない」という、実に困った言葉があります。正に、これであると思います。何故ならば、これは結局「赤信号、皆でこれを青にする」ということにもなり、さらに進めば集団の力で「邪を正にする」ということにもなり兼ねないからでもあります。そしてまたそうなることによつて、法に取つて大切な『法的安定性』というのが阻害されてしまうからでもあります。要するにこのパターンの法変遷には、この種の危険が伴なうのであります。

続いて法変遷の第二のパターンであります。が前述の分類によりますと、これは、Machen 型の変遷方式であると思いません。そしてこのパターンの原動力はいわゆる Checks and Balances であり、そしてそれは、すなわち権限の強大化し過ぎたものに対しては、チェックすなわち牽制を加えて、そうすることによつて公平、すなわち法を求めるといふ、いろいろなれば前述のパターンに比べれば、直接的ともいえる動きであるということになります。

ところどころかかる考え方の最初は、私の知る限りでは、ローマの史家ポリビュウスのローマ史論のなかに現われていると思います。そこでこれに触れる前に、そもそもポリビュウスとは如何なる人物であったか、そしてまた彼は、どうしてこのローマ史論を書くに至つたか、またその内容は如何ということなどについて、先づ述べてみたいと思います。

それは時は、紀元前一四六年、第三次ポヘミ戦争のカルタゴ最後の日のことであります。さんさんと輝く北アフリカの太陽の下、長らく地中海の女王として、古代西方世界での最大の富と繁栄とを誇つて来た、美しいカルタゴの街が今や戦火の中に燃えて行く、そしてカルタゴの老若男女は、捕えられて敵の奴隸になるよりはと、次ぎ次ぎにその猛火の中に身を投じて行く。それは如何なる画家と雖も、描き得ないであろう程の、劇的な光景であつたらうと思ひます。そしてこの時、

攻陣軍の総司令官であったところのローマの名将小スキピオは、小高い丘の上に立って幕僚と共に、カルタゴ最後の、この光景を俯視しながら「アツシリヤは既に滅び、ペルシヤ、マケドニヤもまた滅んだ。しかしてカルタゴは今や、火中に在り、嗚呼思うに、ローマの滅ぶる日もまた、ついで来るであろう」という嘆声を洩らしたとあります。

ところで、ここにいうポリビュウスもまた、この時、スキピオの幕僚の一人として、同じ光景を眺めていたわけでありませんが、彼の胸中に湧き起った感懐は、一体どんなものであったのでしょうか。彼もまた、曾ってはギリシヤは、アカイア同盟の有力者の子であり、自らもまた政治にも関わっていたのでありましたが、ローマのマケドニヤ征服の際、人質としてローマに送られたがその学識により、スキピオ家の家庭教師になっていたという経歴の持ち主であったので、その感懐はまた、一しおのものがあつたことと思います。

そしてそれは、恐らくは次のようなものであつたらうと思えます。すなわち自分達の祖国ギリシヤもまた、ローマと同じく、都市国家であつた。しかるにギリシヤは、ローマに滅ぼされて亡国の悲運に泣いているのに反し、ローマは今や、カルタゴをも滅ぼして世界の主となりつつある。その原因は一体、奈辺に在るのであるうかということだつたらうと思えます。そして彼がその原因を探求せんとして愛国の至情に燃えて書いたものが、この『ローマ史』であつたといひます。

そしてその中で、彼は、この両国の運命を左右させたものは、それは政局安定の期間の長短に在つた。そしてギリシヤが、長期安定の出来なかつた所以のものは、政体順環の原理に在る。およそ一国の政体なるものは、君主政体、専制政体、貴族政体、寡頭政体、民衆政体、衆愚政体そしてまた君主政体へと、絶えず順環して止まないものであり、したがつて何んらかの方途を講じて、この順環の動きを断ち切らない限り、政局安定の長期化は望めないものである。そしてギリシヤは、正にそうであつた。しかるにローマは、その統治組織に、Checks and Balancesの原理を加味して、たとえは国家権力をコンスル(執政官)、元老院、民会に分け、しかもコンスルは二人置いて、互いに牽制せしめ、また非常の際に設けるディクテーターには絶対権限を与える代りに、その任期を六月に短縮した。そしてかかる諸措置を講じたので、順環は

漸ち切られ、政局安定は比較的長期を維持し得て、そこにその国力の涵養ははかれることになったと、して居ります。もつともこれらの考え方は、今日の眼から観れば、問題ないわけではありません。しかしながら兎に角、この Checks and Balances の原理に着眼したところに、彼の卓見があったと思います。

ところでこの変遷方式にもまた、問題と限界とがないわけではありません。すなわちそれは、理念追求のあまりに、現実を離れてしまう危険のあることであります。そして現実に足を置かないところの、立法は、法としての実効力を持たず、したがってまた永続も致しません。私達は、その例の一つを、米国の禁酒法制定などに見ることができると思います。さて次には、この Checks and Balances の原理が法の変遷の上で、如何に機能して来ているかということを見てみたいと思ひますが、そのためには、私の専攻して居りますところの、株式会社法の制度発展の歴史の中で、これを検討してみること致します。なお私は、株式会社法の制度の発展を、次の三つの時期に区分致して居りますので、それにしたがって、述べることに致します。

先ず第一期であります。これには株式会社法の制度成立より一八〇六年のナポレオン商法典制定前までが入ることになると思ひます。もつとも株式会社法の起原に就きましては、学者によって異なつて居りますが、ここではカール・レーマンの、一八九五年発表の『株式会社法の史的発展』の中での、説に従ひ、一六〇二年のオランダの東印度会社成立を、その起原と致します。

ところでこの時期の株式会社に於ては、その経営は、専ら大株主と、政府任命の官吏とによつて行なわれ、反対に小株主は経営から排除されて、したがつて今日の如き株主総会なる制度は、存在していなかったのであります。そこで権限の集中したところの、この大株主と官吏とに対し、牽制を加えて、会社全体の公平をはかる必要が起り、そのために小株主や個々の株主の権利保護をはかることが次の第二期の、立法の狙いとなつた次第であります。

次に第二期であります。これには、一八〇六年のナポレオン商法典成立より現在までが入ることになります。そしてこ

の時期の立法は、小株主や個々の株主の権利保護のために、一方では株主総会、監査役制度の整備、強化と、他方では理事者に対する規制の強化とを目的としたのでありますが結局のところ、その行き過ぎを生じ、そして前者では、たとえば日本商法でもみられる如く、総会屋対策としては、昭和五六年の改正法でも、利益供与禁止、額面額の引上げ、単株株制度採用などが立法化された反面、また後者に対しては、Business Judgement Rule の再検討が必要となりつつあります。

兎に角、この時期の株式会社立法は、一方では、小株主や単独株主を中心とする会社株主や会社債権者の利益、またはその権利の擁護に狂奔するの余り、その他の会社従業員や利害関係者への配慮を欠く憾みがないではなく、また他方では、個々の株式会社の制度・機構整備に熱中するの余り、株式会社相互間の連関を等閑視する嫌に陥ってしまったとしても、いえるのであります。そこでその反省として、すなわち第二期のそれに対する牽制として、次の第三期の立法が考えられて来るのであります。

最後に第三期の立法であります。これは一言にして言えば、現在から将来への株式会社法の法変遷、別言すれば明日の株式会社法の姿像は、如何に在るべきかということにもなります。そしてこれについては、私には、次の三個の姿像が考えられて参ります。

すなわち先ずチェックの第一と致しましては、第二期の株主重視に対するチェックがあります。すなわち古典的表現ではありますが生産すなわち価値の増殖は、生産手段プラス労働力によってなされるものであり、また今日はA社の株式を買ってその株主となっても、明日はそれを売ってライバルのB社の株式を買ってB社の株主となるという如き、変動常なき、別言すれば「朝に呉客を送り、夕に越客を迎える」という、いわゆる遊女にも比すべき株主に対して、従業員は特に我国では、終身雇傭を原則としているので、生産手段の供給者たる株主や債権者のほかに、労働力の供給者たる会社従業員の存在や役割をも考慮すべきは当然であります。しかるに我が商法などに於ては、従業員の権利擁護の規定は殆んどなく、僅かに第二九五条の先取特権規定のみしかない実情であります。そこで従業員の権利擁護を配慮するような立法考慮の必

要が考えられて来るのであり、またその考え方に沿った動きが、既に若干の国々に現われつつあるのであります。そしてその先駆の流れと致しましては、早くも第一次大戦後に、『企業自体』の考え方が、ラテナウ、ランズベルガーらによって唱えられたのでありますが、この考え方も、ここでいう株主重視に対するチェックの一つであるといえると思われれます。しかしながら特に注目すべきは、第二次大戦後、支配の流れとなって来た『参加』、特に従業員参加の考え方であります。

ところでこの『参加』はまた、次の三つに分類できるかと思ひます。すなわち先ず、第一のグループには、『持分による参加』がありますが、これには一九一七年の仏、そして同二四年のニュジランドの、労働者参加株式会社と、第一次大戦後、米英独に盛行し、第二次大戦後、我国でも盛に取り入れられるようになって来たところの、従業員持株制度とがあります。続いて第二のグループには、『経営参加』がありますが、そしてこれは、第二次大戦後ドイツでは、オーダー河畔までもが社会主義化した(東独の誕生)ことも、その一因であつたろうとは思ひますが、上述の Checks and Balances の原理によることがもまた、その原因であることは否定できません。なおこれらに就きましては、時間の関係上、内容の詳述は割愛致しますが、西独の、一九五一年の共同決定法、五二年の経営組織法、七五年の新共同決定法などが考えられます。そしてさらに第三のグループには、『利益参加』がありますが、これには一九六七の仏の参加令などが考えられます。

次にチェックの第二と致しましては、従来の孤立的な会社観に対するチェックがありますが、これにはまた、次のような動きがあります。なおこれについての内容の詳述もまた、省略し、項目の列挙だけに止めさせて戴きます。すなわち法人格否認の法理、連結財務諸表制度化の動き、親会社の監査役、会計監査人の、子会社に対する調査権、監査役兼任禁止規定の範囲拡大(子会社にまで)、株式相互保有の場合における議決権制限などであり、その幾つかは我国でも既に立法化されて居ります。

そして最後にチェックの第三として、私は、株主、債権者、従業員らに対するチェックとして、Business Judgment Rule を再検討すべきであることをも付言して、置き度いと思ひます。

さて以上、私は「法について思うこと」と題しまして、法の本質とは何か、そしてそれは公平である。しかしながら公平を見付けるといふことは、誠に至難の業である。そしてその原因は、公平そのものが相対的であること、特に、時代とともに変遷するものであるからといふことなどについて、話して参りました。しかしながら仮令、至難の業でありましても、法を学ぶ者は、その困難性を克服して、公平なるものを発見して行かなければなりません。また法学研究の目的も、そこに在ると思います。そこで次には法、すなわち公平を見付ける、というよりはそのための手段たる法学研究の心得というようなものにつきまして、甚だおこがましい次第であります。簡単に愚見を申し上げて、私の話を終り度いと思ひます。ところでこれに就いての私の見解は、次の三点に分けられます。

先ずその第一点は、正しい立場で見、かつ考えることであります。ところでこのことに関連して、今はなくなりましたが、曾って東京に、あつたお化け煙突のことを私は想い出します。これは何の変哲もない五本の煙突が一直線に立っていただけのものでありましたが、不可思議なことに、見る場所により、五本に、また一本に、さらに三本に見えたので、この名称が付けられたのであります。ところでこのことは私達に、何を教えるでしょうか。これは何事も、正しい場所を立て見ないと、五本あるものも、一本または三本にしか見えないといふことを教えるものだと思います。

続いて第二点は、物事は全体的に眺め、かつ考えるべきであるといふことであります。私の聞くところによりますと、登山家の間に、「山で迷つたら尾根に登れ」といふ心得があるそうであります。すなわち山で迷つたら、人間の常として、早く下界に下りようといふ心理が働き、そのために下へ下へと行き、何時の間にか深い谷間の中に入り込んでしまひ、遂には帰れなくなつてしまふ。そこでそんなときには、登山の友人達は、回り道のようにだが、思い切つて山の尾根に登つて、そこで先ず山全体を見渡し、そして自分は今、どの位置に居るか、そして自分の行くべき道はどの方向かと、いふことを判断して、しかる後にその方向に向つて行くといひますが、これは、物事は全体的立場に立つて眺め、かつ考えるべきことを教えた例だと思ひます。とに角、よくいわれる「群盲、象を探る」とか、「木を見て森を見ない」といふようなことで

はいけないと思います。

最後に第三点は、脱先入観ということですが、このことにつきましては、既に法の女神像の目隠くしのところで、御話したのでありますが、私が小学校時代に読んだ雑誌の中に、第一次大戦中のスパイ物語りとして、次のような話がありました。すなわち逮捕したスパイの一人の掛けていた眼鏡に気付き、それを取り上げて、自分の眼に掛けて、押収した書類をみたところ、その書類のなかには、今まで見えなかった機密地図が見えて来たという話であります。もっともこの話は、特殊な化学インキを使っただけの話であります。このことは私達に、物事を見るには、それに応じたところの、正しい眼鏡でみなければいけない。換言すれば、先入観を脱して、物事は見、かつ考えなければならぬということを教えているのだとも考えてよいと思います。

終りに、以上ながながと取り止めのないことを喋って参りましたが、私に与えられた時間もそろそろ参ったようでありますので、これを以て、本日の、私の講義を終ることに致します。長時間の御静聴、誠に有難う御座いました。また最後に、鹿児島大学法学科の発展と皆様方の御多幸と御健闘とを御祈りして、降壇させて戴きます。(終り)