

私の学究生活——商法研究の回顧（01・9・15）

上 柳 克 郎（昭16・文甲）

はじめに—私の研究と講義

ただ今ご紹介いただきました上柳でございます。いまご説明がありましたように、私は京都に住んでおりますけれども、こういう三高関係の会があるということは全く存じませんでした。ところがその会で話をせんかと言われました。三高は私にとって非常に懐かしいところであります。その懐かしいという気持を分析しますと、いろいろのことがありますが、とにかく喜んでお引受け致しました。

そのとき、私の専門に近い時事問題で、日常新聞などにもしばしば出ていることについて話すことを御期待になったかもしれないと推測させる発言も、川又さん（昭25・文甲）からありました。法制審議会というところで、商法改正の中間試案というものが発表されました、そこでは社外取締役という制度を大会社について義務づけるという提案がなされ

たということがありました。これはある意味で画期的なことです。社外取締役を置きたいと思う会社が、社外取締役制度を採用することは自由ですが、いやな会社にまで社外取締役制度の採用を法律で義務づけることには、経済界で強い抵抗があることが予想されます。私はそういう試案が容易に実現するとは思いませんでしたが、注目すべき時事問題として「社外取締役制度について」というような話をしようかと、和田さん（昭25・理）に申しました。しかし実際に準備を始めますと、これは私には無理だと思いました。というのは、私は現在七十九才で、体力気力の衰えは否定し難い状態であります。頭の働きも卒直に言つて鈍くなっております。ところが、この種の時事問題につきましては、学問的なものから実務的なものまで、多数の文献資料が出ておりまして、そういうものをよく整理して考えをまとめるということは、到底無理だというように思い直しました。そこでもっと楽に話せるテーマは何だろうかと考えました。

私は、昭和六〇年に定年で京都大学を辞めまして、その後十二年間、ということとは七十才まで、大阪の吹田市にあります大阪学院大学で、法学部の教授をやっております。これは戦後でできた大学ですが、皆さんの中にはそのような大学があつたかと思われる方もかなりおられるかと思う程度の知名度の大学であります。私が在職中に最終講義というもの、辞める人間がやるという制度ができました。私は、それはやらなければならぬ

というようなものではなく、やりたい者がやればよいという性質のものだと思っていたのですが、「やれやれ」と一部の人々から強くいわれまして、私は人間が温厚ですから、辞める時に角を立てたくないと思い、引受けました。そのときに、私は殆ど雑談に近いものですが、名称だけは高級に聞こえるかもしれない「商法と比較法学」というテーマを掲げまして、丁度一時間半ほどの話をしました。今日もほぼ一時間半ほどといわれています。そしてその最終講義は、後で少し手を入れたものですが、印刷になったものがあり、今日ここに持って来ております。今日はそれを、重点の置き方は多少変更しますが、利用させていただけようと思います。

私は長年京都大学及び大阪学院大学で教授をやっておりましたが、学生に話をするのに、学生にまるでわからないことを話すのは、非常にきらいでした。大学の先生にはいろいろな性格の人がおられます。学生にわがわがわかるまいが自分は自分の考えていることをいうのだという信念でおやりになる方もあるでしょう。それを私はとやかく論評する気はありません。しかし、講義でまるでわからない話をするのを私は好まなかった。できるだけわかるようにしゃべろうと努力してきたつもりです。京都大学でも大阪学院大学でもそれが成功したかどうか、それは何とも申しません。主観的には努力してきたというだけです。

ところが最終講義となりますと、これが私の最後の講義だと思つと、自分が最も情熱をもつて研究してきたことは何かということ、しゃべりたいという慾求が出てきたのです。だから、一方では少々熟してはいないことでも、自分はこういうことで一生懸命やってきたのだということ、を言つてみたいという気持が出てくる。ところが私の年来の考え方である、学生にわからないことをいうのは好まない気持と、そこには矛盾するものがありまして、どうもその話はうまくいかなかつたように、今でも思つております。

今日の話は、いくらか重点の置き方などを変えますが、果してうまくいくかについては自信はないことを予めお断りしておきます。

法律用語と常識

私が最も情熱を持つて研究してきたことは何かと言われれば、それは商法なのです。私の専門は商法なのですが、しかし商法というものを研究するについて、私の基本的な姿勢は何であつたかという、法律家の使う言葉の使い方に対する関心が、極めて強かつたということです。私が具体的に取り扱つたテーマそのものは、多くの商法研究者とそんなに違ふものをしておりません。私の主としてやつた商法の領域は、会社法と手形法、あるいは手形・小切手法とも言いますが、会社法と手形法なのですが、それ以外にも商法には

いろいろの分野があります。川又さんのやっておられる保険法だとか、そのほかいろいろあるわけですが、私が主としてやった具体的問題は会社法と手形法で、これは商法の研究者でやっている人がたくさんある領域であります。扱った具体的問題そのものは、別に私に何ら特徴があるものではない。ただ、私はそういうものをやりながら、何のためにやっていたかというところでは、法律家の言葉の使い方というものに非常に興味をもっていたのであります。このことはいろいろ具体例を挙げて申し上げないと、到底よく理解していただけないと思いますが、一つの例を申し上げます。

いま大相撲が行われておりますが、あれをやっているのは財団法人日本相撲協会といわゆる財団法人なのです。初歩的なことを申し上げますが、日本の民法では法人を社團法人と財団法人というのに区別しておるのです。法人といふのは何かといふのはまた問題ですが、これは普通の説明によると、自然人つまり人間以外のもので、権利を持ったり義務を負担したりできるものことです。例えば建物の所有権を持つ、日本相撲協会は立派な建物を幾つも持っているだろうと思います。それから義務を負担する、何かの資材を買ったら代金を支払わなければならない。誰が義務者といふと、日本相撲協会です。そういうふうに法人なのですが、あれは法律によりますと財団法人なのです。

財団法人といふのは何かといふと、人の団体が法人として扱われるものが社團法人であ

り、特定の目的のための財産が、法人として扱われるのが、財団法人だと、どの民法の教科書にも殆ど同じことが書いてあります。ところが私の手許にある百科事典を開いてみまして、日本相撲協会というところを見ますと、これは相撲の興行を目的とする団体であると書いてあります。この部分を執筆された方は法律家ではありません。むしろ、相撲の研究をやっておられる方ではないかと思いましたが、その人の書かれたものには団体と書いてある。これは常識的には何もおかしいことはないのです。日本相撲協会というのは親方がいる、力士がいる、行司がいる、その他いろいろな人がおるのです。そういう人が集まって相撲の興行をやっておるのですから、相撲の興行を目的とする団体だと言っても何もおかしくない。百科事典としては何も間違っていないと思うのです。

ところが、法律家はあれは人の団体ではないというのです。人の団体は社団法人、社団法人は人の団体です。ところが日本相撲協会は相撲の興行の目的のために使われる財産だと、説明するのです。これ以上の事を、専門以外の方に納得していただくように説明することは、相当な時間がかかる、それだけで一時間半ぐらいかかるので申しませんが、法律家というものは常識とは違うような言葉の使い方をすることのわかりやすい例として申し上げているわけです。

法律の世界ではこういうことがいろいろあるのです。勿論法律家の使う言葉にも常識が

基礎にあることは事実です。だから常識の言葉をそのまま使うことは沢山あります。これは言うまでもありません。けれども、常識では使わない言葉も使う。大体人間以外のものを人と呼ぶことも必ずしも常識ではありませんが、日本相撲協会は人の団体ではなくて財産だという考え方は常識とは違う。

そういうふうに、法律家の言葉の使い方には特徴があるわけです。そういう法律家の使いが常識とは違うのはどういう違い方か、またその違いはどうして出てきたか、というようなことを理論的に明らかにしてみたい、という気持がかなり若いときからあったのです。なぜそんなことを考えたかということは何もなくあとで申し上げますが、なお、もう一つ付け加えて別なことを申します。私は、そういうふうに法律家の言葉の使い方に対する関心が非常に強かったのと同時に、私は、これは私だけではありませんけれども、最初から比較法学ということに強い関心を持っておりました。

比較分析法学

私は先に申しましたように手形法をかなりやりましたが、私の手形法に関する最初の論文は『イギリス手形法成立史の概観』というものでありました。世界的に見ますと、ドイツ・フランスを中心とするいわゆる大陸法・ヨーロッパ大陸の法と英米法との二つの系統

があるわけですが、日本の手形法の研究というのは、戦前は殆ど大陸法の文献だけ使ってやっていたことが多かったと思うのです。私は最初の論文でイギリスのことを書いておるのですが、そういう大陸法と英米法の比較をしようという気持が、会社法でもまたそういう考え方でやろうとしたのですが、非常に強うございました。

そして先に申しました言葉の使い方の研究と比較法というものとを結びつけるというのが私の究極の願いであつたのですけれども、それを私は自分の言葉で言えば、法の比較言語論的研究という言葉で呼びたいのですが、これは全く私の作つた言葉でありまして、一般には法律家の世界でも通用しない。今まで使われてきた言葉で、私の比較言語論的研究というのに比較的近いものは、コンパラティブ・アナリテイカル・ジュリスプリユデンス (comparative analytical jurisprudence) という英語ではないか。ただし昨日調べてはじめて気がついたのですが、私はこの英語は英語として定着していると思つていたので、どうもそうでもないようです。コンパラティブ・ジュリスプリユデンスのアナリテイカル・パート (analytical part) という英語はあります。これはイギリスのラズ (Joseph Raz) という最近亡くなりましたが、非常に有名な法哲学者がそういう言葉を使つていますが、comparative analytical jurisprudence という言葉は、これも私の作つた言葉であるかもしれません。それに近い言葉が英語にはあつて、英米の法律家にはコン

パラティブ・アナリテイカル・ジュリスプリウデンスと言つても、まあまあ通用するのはなからうかと思つています。

そこで話を少しそらすのですが、どうして私がこんなことに関心を持つようになったかということをお願いします。私は中学校、京都一中ですが、の三年生の時に、宮西光雄という先生に英語を習いました。この先生は戦後京都大学の教養部の教授になられまして、英語を担当しておられました。あるいはここにお習いになった方がおられるかおられないか、それは知りませんが、私は昭和何年でしょうか、昭和十一年ぐらいですか、京都一中の三年生のときに英語を習ったのです。非常にたくさんさんの英語の課目がありました、同じ学年で、英文和訳、英作文、英文法、など色々な科目があつたのですが、おそらく週に六、七時間ぐらい宮西先生に英語を習いました。この宮西先生の英語の教え方は、徹底的に文法的だったので。

この頃、日本で英語教育のやり方が問題になりました、今までの英語教育は役に立たないとか何とかいう批評もあるようです。そういう英語教育のありかたについて、私は何らかの提唱をしようという気は全く持っておりません。私はそんなことを論ずる程の英語力があるわけではありませんから。私の経験を事実として申します。私は宮西先生の文法

中心の教え方というのに非常に興味を感じました。必ずしも多くの同級生が興味を持っていたのではないということは、私も気がついていました。例えば発音などはあまり重視されなかった。間違った発音、下手な発音をしてもほとんど直したりはなさらなかった。にもかかわらず、文法のことは実に詳しく、一つ一つ単語の品詞は何だとか、この関係代名詞の先行詞はこれだとか、そういうたぐいの説明は実に丁寧でした。これは私の同級生は必ずしも歓迎していなかったように思うのですが、私には非常に興味がありました。英文法というものは実に面白いものだと思います。もちろん中学三年の英文法ですから、そんなに詳しいものでもなかったのですが、しかし非常に興味がありました。

それから、さらに宮西先生と関係があることですが、京都一中というのは、高等学校・専門学校の受験についてかなり熱心な学校だったので。中学校の三年生で、英語の受験参考書に何が良いかという話をされた。そのときに宮西先生は、山崎貞の『新々英文解釈研究』という本が良いと勧められました。私はそれを早速買いました。ただし正直に申し上げますが全部は読まなかった。この本は本文の後で例題がたくさん付いておるのです。例題を私は一切やらなかった。本文だけ読んだのですが、これが私には非常に面白かったです。この本は文法そのものの本というよりは、一通り英文法をやった人を前提として、構文成句の説明をした本だということのようなことが序文には書いてあったと思います。これが私には

非常に面白いものでありました。そういうことから私は言葉というものに対する興味を植え付けられたのです。私は中学生のときに大学の法学部へ行くと言うことすら考えていませんでした。いわんや法律学者になるというようなことを考えていたわけではないのですが、何か言葉というものに対する興味を植え付けられたという感じが致します。宮西先生は、実は私が長い間誤解していたのですが、英文学ではなしに英語学の先生だとある時まで思っておりまして。京大を定年でお辞めになるときに、お付き合いが多少あったからですけれども、御著書を頂きました、それを見ますとミルトンの研究家である、英語学者ではなしに最も得意とされたのはミルトンの研究だったというのを始めて知ったのですが、それはそれとしまして、宮西先生から受けた影響というものは極めて大きかったです。おそらく中学校で宮西先生に習わなければ、今日のような私の学問のやりかたというのは出て来なかっただろうということだけははっきり言えるという気がしておるわけでありまして。

比較法講座

それからついでに申しますが、比較法学の方ですが、これにも私、多少の思い出があります。私が京都大学の学生だった時に、当時神戸商科大学、この大学は戦後神戸大学という名称の大学になりましたが、この大学の教授だった田中保太郎先生が、京都大学の非常

勤講師として英法概論という講義をされました。この講義は戦後の京都大学では英米法概論という名称に改められましたが、戦前の日本の法学界ではアメリカ法はあまり重視されなかつた為でしょうが、講義課目名は英法概論となっていました。もともと私の聞いた田中先生の講義には、くわしいことはやめませんがリステートメントというイギリスにはないアメリカ合衆国特有の問題にもふれられたことを覚えています。田中先生の英法概論の講義を私は昭和十六年一年生の時に聴きました。昭和十六年、太平洋戦争がまさに始まりんとする年であり、その年の十二月八日に始まりました。しかし私は別にそういうことで、英米法というものに特別な感情を抱いて聴いていたということとはなかつたと思います。私は面白い講義だと思って聴きましたが、当時の政治情勢とは全く切り離して聴いていたのです。田中先生の講義は非常にオーソドックスな英米法の講義でして、こまかいことはやめますが、コモンローと衡平法の関係とか、先例拘束の原則とか、そういう英米法のごく基本的な特徴を極めて堅実に丁寧に説明された講義でした。これも私には興味がありました。前に申しました私の比較分析法学ということの比較の方に、学生の時にかなり私の考え方が傾いていったかと思っております。

実は私は京都大学で専ら永年商法講座を担当しておりました。そしてその他の講座を担当することはありませんでした。ところが私が定年で辞める前三年か四年のことですが、

比較法講座という新しい講座が文部省によって認められました。そしてその講座の講義として私が比較法概論いう講義を担当することになりました。今から考えると冷汗がでるような話なのですが、私は比較法概論という講義を最後の三、四年やっているのです。比較法講座という講座が認められた時に、当時の法学部長が私に比較法概論という講義をしないかと言われましたので引受けました。今から考えると大胆だったと思うのです。比較法学というものに興味がありましたので、そして特にダビッド (René David) というフランスの有名な比較法学者の本をかなり丁寧に読んでおりましたので、比較法学という講義を担当することに踏み切りました。私は比較法学というものについて、決して専門家であると思ってもいなかったし今も思いませんが、ダビッドの本を私なりに要約したような講義をしました。

大阪学院大学でも京都大学での私の実績を誰かが知っていました、やはり辞める前三、四年間比較法学という講義をしました。

手形法・小切手法の日米比較

そこでもう少し私の研究の基本姿勢ということをお話ししたいのです。あらかじめご了承を得ていただきたいことがあります。以下私は単に手形法といたり、手形小切手法と

いたりして用語法が統一されていないことがあります。実は現在の日本では手形法という法律と小切手法という法律とは別の法律としてあります。内容はかなり重複している、重複というのは言い過ぎで、似ている部分もありますが、正確には手形法・小切手法と言ふべきなのでしょうが、両方合わせて単に手形法ということもめざらしくありません。

私はさつき申しました比較法をやりたいと早くから考えていたのです。それで私の手形法の最初の論文は昭和二十五年発表した「イギリスの手形法成立史の概観」というものであったのですが、しかしその後は殆ど英米法については書いておりません。そこで多くの研究者からは、あいつは若いときにあんなことをちよつとやっておったけれど、難しいからやめたのだらうと思われても仕方がないのですが、実は私は自分の気持としては決してやめたつもりはないのです。ただ、これは非常に難しい。日本人、我々のような日本の法学部での日本の手形法・小切手法を学んだ、そして卒業後も日本の裁判所の手形法・小切手法の判例とか、あるいは学者の本とかを主として勉強してきたものには、英米の手形法というものは非常にわかりにくいものであります。

大体言葉の使い方が、基本的な言葉が、違ふのです。例えば、日本の手形法の本には有価証券、無因証券、文言証券、一方行為、形式的資格と実質的権利、これらは何れも独特の法律用語でして、日本法のもとでも、これはどういう意味かということについては、い

いろいろな論議が必要なものですが、こういう言葉が何度も出てきます。ところが、アメリカの手形法の本を見ますと、こういう私が今読みましたような言葉にそのまま当たるような、または、極めて近いような言葉は殆ど無いのです。その代わりにネゴシアビリティ (negotiability)、デフェンス・アンド・クレーム (defence and claim)、コンシダレーション (consideration)、バリュー (value)、ワランティ (warranty)、パロール・エビデンス・ルール (parole evidence rule)、等々、これはまた日本語に的確に訳すことは非常に困難です。日本の法律用語と英米法の用語とは、頻繁に出てくる基本的なテクニカルタームが違うのです。もちろんある程度は似ています。似ているものはありますけれども、しかし法律用語が著しく食い違っているということがありまして、英米の手形法の理解は非常に困難であります。

そして私の知る限りで申しますとこれは日本だけのことではないのです。手形小切手法の比較法を全体として体系的にやった本はまだ一冊もありません。個々の問題についてはあります。いくつかの個々の問題についてなら、かなり優れた大陸法と英米法を比較したものはありますが、しかしその全体を総合的に今述べたような基本概念をも含めて明快に説明した文献は日本語にも、英語にも、ドイツ語にもフランス語にもありません。その他 のことは知りませんからわかりませんが、恐らくほかの言葉でも無いでしょう。それ程法

律用語については比較の困難という問題がある。勿論そんなことをやったからと言ってどれだけ役に立つかという話になりますと、これは何とも言えないと思うのです。そんなことまでわからなくても、アメリカのことならアメリカの弁護士に相談したら何とかやってくれるだろうという程度で、実際の商売はできるといふことも知れませんが。また、もちろん比較法学の問題が、私が今まで言ってきたような言葉の問題に尽きるとは決して思っております。

例えば会社法でも似たような問題があります。けれども、もっと経済的・社会的な法の機能の相違も重要な問題です。例えば日本では、会社が相互に株を持ち合うという現象が非常に発達しており、これが日本経済の一つの大きな特徴であると言われていまして、これを何とかしなくてはいかんという意見もあるわけですが、こういう問題はほかの国ではどうなっているか、例えばアメリカではどうなっているか、ドイツではどうなっているか、というような比較、これも非常に重要な比較法学の問題でありまして、私が問題にしてきたようなことだけが、比較法学の唯一の問題だというわけではないのですが、しかし私の言う比較言語論的研究として、まだやるべきことがたくさん残されておるといふのが現在の私の心境であります。

哲学の言語論的転回

今までのところは比較的話しやすい事を話していたのでして、実は私が自分の考えがまた固まっていないということを意識しているのは、これから先にお話することなのです。私は言葉の問題という事について、私の考えでやってきたのですが、これについて私なりに心強く思っている事が一つあります。それは何かと言いますと、哲学の言語論的転回ということが現在哲学界の一部で論議されているのです。例えは、東北大学の野家啓一という哲学の教授が、近代の哲学は観念というものを問題にしているが、これからの哲学は言語を問題にする、人間の理性というのは言語を使う能力と考え、そして観念よりも言語を中心にしてものを考えていくと説いていられます。これは私が年来考えてきたこととある程度は関係があると私は推測しております。私はそういう哲学的文献を十分に理解するだけの力はありませんが、そういう流行の哲学に影響されて私が考えているのではないということには、私はいささか自信を持っております。これはひとからの借り物ではないので、自分なりに長年考えて来たことだということで自信をもっております。しかし、言葉、言葉と言ったら法がわかるのか、言葉の面だけから法というものがわかるのかといえは、そうでないこともはつきりしたことであります。大体、法というものは人間の行動を規律

するものなのです。行動を規律するというのはどういふことかといふのは、難しいことで、そう言ったからといって何の説明になつてゐるかと言われれば疑問ですが、法といふのは、法の立場から望ましい方向に人を動かそうという技術だといふような言い方もできると思ひます。もつとも、望ましいといふのは、誰が望ましいと思ふのかといふ問題があつて、その誰といふのはどうして決まるかといふようなことを言いますと、これもまた非常に難しい議論をしなければならぬので、こんな常識的な言い方では何の役にも立たないかも知れませんが、とにかく言葉、言葉と私は言つていますけれども、それは法の一面に過ぎないので。そのことは私は充分承知しておるつもりです。法律家がと言ひましても、色々な種類の法律家があります。裁判官もあり、弁護士もあります。のみならず行政官や国会議員も仕事をするときに法律を意識してやらねばならないから、法律家なのです。のみならず民間人であっても、契約上の書面を作るときには法律を意識して作つてゐることが多いのです。その限りでは法律家と言つてもよい。法律家という言葉も非常に多様な意味で使われる、その範囲ははつきりしないものです。とにかくその法律といふものは、法律家が言葉を使うといふことで運用されてゐるといふことは事実ですが、単に言葉が法律家かと言へばそうではない。殊に法の重要な一つの機能といふのは、物理的強制といふことです。法律に従わないものには刑罰を科する。あるいは、法律に従わないものに対して

は損害賠償を命ずる。損害賠償をしないときには強制執行をして財産を差し押さえる。刑罰とか強制執行というのはまさに物理的強制である。権力による強制なのです。そういう面があるので、言葉言葉と言ったからと言って、それは法の一面に過ぎないのです。そこで私のように法律家の言葉の使いかたというものに興味を持つものは、言葉を使うということが法の機能の中でどういう位置を占めておるのか、そして言葉を使うことの別の面というものはどういう面であるかというような問題を、さらに突っ込んでゆかなければならないはずであります。

ハートの学説とその展開

ところがこれについては、私の考えでは非常に難しい問題があると感じているのであります。ただし、これは私の独創的なものではなくないのでして、この点について私が非常に興味を持っておりますのは、イギリスのもう亡くなりましたがハートという学者であります。ハート (H. L. A. Hart) には *The Concept of Law* という有名な著書があります。これには日本語がありまして、矢崎光圀というかつて大阪大学におられ、今は定年で辞められた先生が、若い人にいろいろの部分を担当させて全体を監修された翻訳が出ております。このハートの本は一九六〇年に初版が出版して、第二版が亡くなってから出ているの

です。本文は変わっておりませんが、完成された原稿ではない遺稿を付け加えた版が一九四四年に出しております。ハートについて言えば、日本でも多数の法哲学者が関心をもって読んでおられるようですが、実は私も非常にこの本に興味を感じております。ただ私は法哲学の専門的勉強はやっておりません。これも全くアマチュアの愛好者ですので、到底これを理解したとは言えないのですが、私のようなアマチュアがこのハートの説を勉強しようとするのがあります。このハートのお弟子さんといいますが、ハートのもとで法哲学を勉強した人の間からは、かなり優秀な研究者が出ておるのですが、ハートの考え方を発展させようとしている人が何人かあるのです。ところがそれにまたいろいろな方向の考え方があつた。さつきちよつと名前を言つたかと思いますが、ジョセフ ラズという人の *The Concept of a Legal System* という本があります。先生の方はコンセプトオブローナなのですが、お弟子さんの方はコンセプトオブアーリーガルシステムです。本の名前からして似ているのです。この本は私、わからないなりに非常に興味を感じたのですが、この人は非常に多作で、私はついてゆけないようになりました。それからもう一人マコーミック (Neil MacCormick) と云ふ人の *Legal Reasoning and Legal Theory* と云ふ本も私には非常に興味があるのです。これは初版は一九七〇年ですが一九八〇年に再版が出て、初版に対するいろいろな批評にこたえる文章が付け加えられております。この二人ラ

ズとマコーミックは、ハートの説を高く評価しながらこれを発展させようという姿勢は一致しているのですが、書いておられることの内容は大分違う。そういうことで私には到底齒が立たないというほかはありません。

ただ私が何が問題で気になっているかということだけを申します。それは法というものにとらえ方がいろいろあるのですが、一つの有力なとらえ方というのは、法というのは結局は義務を課し、そしてその義務を守らないものに対しては強制を加えるという考え方です。ここで言う強制には大別して刑罰と強制執行があると思いますが、先づ損害賠償を命ずる、損害賠償をしない時には強制執行をする、そういうことになる場合もあると思います。その辺、民事と刑事とでかなり違ふところもあり、話が複雑なのですが、要するに法というものは望ましくない行為をするな、あるいは望ましい事をせよと、そういう命令禁止をして、そうして命令禁止に違反したものに対しては刑罰とか強制執行とかいうものを強制する。このような強制は広い意味での制裁である。そういうものが法だ、これが一つのとらえ方なのです。

このとらえ方は法の社会的機能の非常に重要な一面をとらえております。一面なのだけども、それだけでは理解しきれないというのがハートの基本的な考え方だと私は考えております。そしてハートの考え方の発展のさせ方がまたいろいろあるようで私には齒が立

たない。ハートの使っている言葉をそのまま使いますと、*duty imposing rule* と *power conferring rule* の二種類のルールがあるというのがハートの学説の基本的な部分です。ある種の法のとらえ方というのは、ハートのいう *duty imposing* ということだけで法というものを説明してしまう考え方です。これは非常に有力な考え方であり、いろいろな人がこういう事を言っていると思います。比較的新しい思想家としてはケルゼン (H. Kelsen) がこの立場といえるかと思えます。

ところが私の考えでは、長年私法をやってきたものの感覚で申しますと、*power conferring* ということも法の機能の重要な一面です。ハートは *duty imposing* のほか *power conferring rule* があるということを強調しています。パワーというのは力という意味です。権利ではないのです。法は権利義務の問題であるという考え方は伝統的になりますが、ハートの考え方はそのような伝統的な考え方と同じではありません。何故私がこのようなことを言うのかと言いますと、私は長年手形法を研究してきましたが、手形法の規定の大部分は強行法だどどの手形法の教科書にも書いてあります。強行法だというのはどういう意味かという、法律で決めたとおりのことをしないと、手形としては認められないということ、強行法だといっているのです。例えば約束手形を出すときには、手形法にこれとこれを書け、例えば手形金額とか、支払期日とか、いろいろあるのですが、書

いてなかつたら無効であると、ちゃんと規定しているのです。そういう手形法は強行法だといふのです。けれどもこれはいわゆる強制をしている、命令禁止をしていると、言葉の使い方ですから言つて悪いことはありませんけれども、しかし守らないから罰せられるとか、強制執行を受けるとか、といふのは違ふのです。

これから言うことは、全くの私の思いつきの比喩でして、専門家からはおかしいと言われるかもしれませんが、私は一つの比喩としてはおもしろいと思つています。手形法が強行法であるといふのは、レストランのメニューであつて、メニューにのつていない料理はご注文されても応じませんというようなものなのです。手形法は強行法であるといつても約束手形を振り出すか、為替手形を振り出すか、小切手を振り出すか、これは自由なのです。どれかを使わねばならないといふことはありません。いやならそんなものは使わないでもいいのです。金を貸すときに、借りた人間に手形を書かさなければならぬといふこととはない。借用証文を書かしてもよい。手形の方が何らかの便利があるから手形を振り出すといふだけの話で、手形をどんな場合に使わなければならないといふことについては、手形法は何も規定していません。それから金額がいくらといふことも自由、何円未満ではいけないとか、何円以上はいけないとか、いふことは何もない。レストランに入るか入らないかは自由なのです。必ずレストランに入らなければならぬといふことは法的には強

制されていない。入った時にもそのレストランはメニューにのっていない料理はお断りします、それはうちは出しません、お断りしますというだけのことなのです。そういうことも命令禁止の一種だと、言葉の使い方としては言えないこともないかもしれませんが、法的強制の典型的なものと考えられている刑罰とか、強制執行とかいうようなものの意味に於ける強制とは違う機能が、法には、ある部分であるわけです。

これは私法だけの問題ではないのです。国会がどういう法律をこしらえるかということについても、国会で決めればどういふことでも決められるという部分もかなりあります。ただし例えば基本的人権に関する憲法の規定に反したらこれはどうなるかという問題があります。そういう制約の範囲内なら、どんな法律をこしらえなければならぬという強制があるわけではない。憲法が法をつくる権限を与えているのと同じような意味で、手形法は手形を振り出すとか、裏書するとかの行為をする権限を与えているのです。このことをハートは法が手形を振り出すパワーを与えていると言います。守らなければならぬルールはパワーの行使によってつくられる。そういうふうには法のルールというものは、単に義務を課して義務を履行しないものには刑罰とか、強制執行とかいうような強制を加える、ということに尽きるかという点必ずしもそうではない。普通の常識としては、法というのは権利義務に関する規定だということもできませんが、権利といわれているものには非常に

多様なものがあります。京都大学の於保不二雄先生は財産管理権ということを強調されました。代理権というようなものを権利の一種としてとらえられたのです。代理権というのは、例えば他人に代わって契約を締結できる権限を代理権というわけです。普通の意味で権利義務といつているときの権利と同じものかという点に非常に問題がある。於保先生は新しい権利概念として財産管理権というものを提唱された。これはほかの学者にも影響を与えているのですが、権利と権限は普通の使い方では必ずしも同じ意味ではないということについての明快な説明が必ずしもできていないと思うのです。こういう問題になってきますと、私の力ではどうにもなりません。ハートの本には非常に興味を感じたし、ハートのお弟子さんとまた違う発展のさせ方もあるかも知れない、と思っているということを私の結論とさせていただきます。

どうも失礼いたしました。

(京都大学名誉教授)