

牧野英一著
張蔚然譯

法律之矛盾與調和

春秋書店出版

大言炎炎

江庸題



版 權 之 證



一九三二年十月初版

法律之矛盾與調和

著

者

牧野英一

譯

者

張蔚然

總

代售處

春

秋

書

店

北平西城絨線胡同

分

代售處

朝大消費社

朝野書店
北平東城海運倉

每册實價大洋五角

法律之矛盾與調和目次

第一 反對論法與類推論法

- 一 法律之靜的確實與動的確實。
- 二 『惡法亦法』與社會必要。
- 三 電氣竊盜之例。
- 四 法律生活之充實與安全及法律之使命。
- 五 法律之慣習與手工及科學

第二 法律生活之鬭爭與和平。

- 一 伊葉林對於歷史派之目的論。
- 二 罰馬呢斯頓與日耳曼呢斯頓。
- 三 警察國思想，自然法說，歷史派，與實證精神之轉

化。

四 馬爾薩斯人口論中之人生矛盾，

第三 國家與個人關係之矛盾及個人與個人關係之矛盾。

一 國家法人論與立憲制，

二 國家主權觀念之發達與立憲制之起源，

三 國家自己限制說與法規說，

四 過失責任與結果責任，

五 契約自由及其限制，

第四 由法律所見之人的矛盾

一 權利之利益說與法律之目的說

二 法律進化中之意思自律作用

三 刑法新理論中之意思必至及意思自由

第五 由法律所見之人生矛盾

一 由古代法所見之行爲能力與婚姻能力

二 由生物學所見之人生特質

三 由法制史所見之手的性能

四 由經濟學所見之器具

五 器具作用之勢力論的觀察

第六 法律學之性質及使命

一 法律與社會學之關係

二 法律之被動的構成與自動的構成

三 規範科學之法律學的意義

四 法律發達中之類推意義

五 所謂『正當違法』

第七 結論

一 法律之必至的關係與自律關係

二 規範意識之客觀性

三 裁判官之解放

反對論法與類
推論法

法律之矛盾與調和

日本 法學博士 牧野英一 著

藁城 張蔚然 譯述

一

第一 依法律探究事物之重要方法有二：其一，爲反對論法 *Argumentum a contrario*，其二，爲類推論法 *Analogie*。

法律之規定，無論其如何審慎周詳，日常之事，尙不能包羅無遺，則意外之事，法律不能豫爲規定，自屬當然。是故法律之運用，不能

法律之矛盾與調和

不待乎解釋以濟其窮者，勢使然也。顧此不獨于法律無特別規定時爲然，假令有之，當其適用之際，欲均能適當確切，亦不可得。蓋一定之規定，文理上雖含有一定之意義，然他種規定，則有與之具反對精神者。在此種情形之下，究應如何調和法律上種種規定之原則，而適用之。有問題焉？

就一定之情形而言，苟法無明文，論理上適用反對解釋既可，適用類推解釋亦無不可。由此以觀，所謂論理的探究法律，結局，強吾人入于矛盾之途。

主折衷論者，謂有時須依反對論法，有時須依類推論法，果其如斯，則何時當用反對論法，何時須用類推論法耶？以論理而定，果係可能也歟？

以予輩之管見觀之，若以論理而決定時，則係不可能之事也。蓋所謂反對論法，以法律的確實 *Rechtssicherheit* *Securite juridique* 爲基礎，依之法律之規定，始得明白。反之，類推論法，係以公平分配爲基礎，從而法律之適用，乃能適切。故對於一定事實，適用一定之規定時，究應依反對論法？抑應依類推論法？吾恐非抽象的思考形式論，所得決定者也。在適用上，希望法律的確實時，須依據前者，然在以公平分配爲必要時，又須依據後者。換言之，法律之適用，非單純論理之問題，必以法律之內容定之，始得知何種法則之宜于適用。

一 法律的確實云者，有種種之意義焉。對於同一法律事實之法律效果，常爲一定不變者，乃其意義之一（此爲最普通之意義）。

利益之分配，在法律上常爲公平允正者，乃其意義之二。前者，稱之爲靜的確實 *Securite statique*，後者，稱之爲動的確實 *Securite dynamique*。由斯而言，反對論法，乃靜的確實之方法，類推論法者，動的確實之方法也。

予輩對於一般所謂『法律之使命，係完成法律的確實』一語，雖不反對。但如謂法律的確實，僅係靜的確實時，則不敢苟同。蓋完成動的確實，亦屬法律使命之一。類推論法，在法律適用上，有不容不採用者，職是故耳。且類推論法之應用，在法律進化上，具有偉大之貢獻，徵諸事際，亦屬昭然若揭者。

(a) 類推論法，究屬論理方法與否？學說紛紜，莫衷一是。多數學者，均主否定說，顧予輩則是認之，且謂爲係思考法律之正確方法。蓋類推論法與論理方法，僅分量

上之差異，性質上則無何等之不同。此種問題，非本論所及，茲姑從略，欲詳細論究，請俟諸異日。

(b) 關於適用法律之派別，茲有一異軍崛起而與歷來樹反對之幟者，此派為何？即自由法運動是也，為參考計，略述于下：

自由法運動者，乃對於論理的適用法律之反抗運動也。蓋自由法運動，側重法律確實之動的作用，因其側重動的作用，故有謂歷來之論理解釋，與類推解釋，失于過狹，而主張在完全自由中，以為法律之發見 *Rechtsfindung* *Rechtsgewinnung* 者，亦有主張擴充歷來之類推論法者。前者，謂探考法律之缺陷，不受成文法之限制，須離開成文法而完全自由探究之。後者，則謂歷來之類推論法，雖失之過狹，然由自由立場，而為類推解釋時，亦不能置成文法于不顧。蓋吾人之探究法律，在于使法律適用，有適應新社會需要之可能故也。

類推解釋者，自由思想也，在歷來特重論理解釋之思潮下，類推解釋之適用，實有未

法律之矛盾與調和

六

可忽略者。故如徹底以考類推解釋時，吾人不僅知其適用範圍之廣大已也，且亦可知法律之適用，有非依類推解釋，不能適應新社會需要之概。故現今法律，對於新生之社會現象，有待乎類推解釋，始得補其缺陷，達其目的者，正不知尙有多少也。

二 『惡法亦法』一語，乃說明法律之使命，在完成法律的確實（即靜的確實）者，亦即所謂『法令（各個的）雖不完善，法律（整個的）乃完善者』之意也。在此種意義之下，一方言之，法律規定，有包羅萬象之概，他方言之，如以法律爲整個的而理解時，得發見法律之適當規定。法律家有時解釋法律，結果對於事案，不得適當之解決時，乃曰：『此論理上所不得已者，然惡法亦法耳』。用是其他法律家，于探究法律時，遂于其文理上稍加限制，施以所謂論理的解釋，即視爲解決事案之適當方策矣。蓋此種主張之要旨

，謂此種論法，在論理的形式上，雖不無不合，然以法律爲整個的而考察時，此種論法，實爲適應社會所必須且不可缺者云云。法律家探究法律方法之形式，有如斯之矛盾存焉。若然，則法律家相互之辯難，果孰是孰非，何捨何從耶？吾恐不得而決焉。最低限度，基于形式的論理而求是非者，亦恐終如緣木求魚耳。

三 電氣竊盜是否竊盜之問題，即前述解釋方法之適例。現行刑法設有竊取電氣之明文（刑法第二四五條），視電氣與財物相同。然舊刑法中，則付之闕如。是以實際問題，因之而生，第一審與第二審，以法有竊取財物之明文，而無竊取電氣之規定，故以竊取電氣爲無罪。反之，大理院以竊取財物之規定，其所謂財物者，不限于有體物，故電氣實含于財物之中，因之而科竊取電氣者以刑。

其在歐西，亦復如是，法意以竊取電氣爲有罪，德意志則否。法之論斷，固不徹底，德之論法，亦不得謂爲確切。蓋僅由形式的論理以立論者，類皆不得其正鵠也（穗積博士『電氣與法律』法學協會雜誌第二一卷第二號第四號，拙著『刑事學之新思潮與新刑法』第一章）。

我邦（指日本而言，以下倣此）現行刑法，雖設有竊取電氣之明文，然電氣以外之無體物，則無何等之規定。是則前成爲問題者，仍殘留爲問題也。蓋法蘭西之大理院，其宣告騙取冷氣公司之事件，依電氣爲財物之例而判之。苟此問題發生于我邦，豈將依反對論法耶？抑將依類推論法耶？（拙著『對於無體物竊盜罪之成立』志林第一六卷第一號第二號，拙稿『刑法之解釋方法』志林同卷第四號參

照)

四 動的確實與靜的確實二語，倡自陶茂庫氏，顧予輩所論者，則與之不同。蓋陶氏所謂之靜的確實，乃指權利主體，被保護時而言，動的確實，則指因權利主體意思以外之原因，而移轉于新主體（即新取得者），被保護時而言（Demogue，*Les notions fondamentales du droit prive*, 1911, P. 70 ets.）。換言之，即保護原所有者，為一法律的確實，保護新取得者，為一法律的確實是。我邦鳩山博士所論之『靜的安全及動的安全之調節』（穗積先生還曆祝賀論文集所載鳩山博士論文），要不外乎斯旨，畢竟，此二種確實，常相抵觸衝突，故所謂調筆者，遂成為以法律現象為組織的研究者之重大且有興味之問題焉。

予輩更擴張以上之思想，且就予輩所謂之靜的確實與動的確實，略一言之。鳩山博士在其論文中有曰：『嚴正適用法律之結果，與法律生活之安固，其對稱問題』，爲『社會生活之充實與安全問題之一部』，但『非以積極的指導社會生活，爲法律之主要目的，倘與社會生活之安全，相背馳時，捨此而取彼，在今日法律與道德分化之秋，恐誤認法律之目的也』（右論文第一五，一六頁）。雖然，其所謂靜的確實與動的確實者，究不過在社會生活中之秩序與交易安全之對稱耳（鳩山博士以秩序與交易之對稱一語爲不當，但于其旨，頗表贊同，前揭論文第二五頁）。孔德以調整秩序 *ordre* 與運動 *mouvement*，爲一重大問題（*Demogue, op cit, P, 73* 參照）。且其所謂之交易安全，即個人活動，在社會生活中，得適當之保