

學界展望

制度法學の展開

米 谷 隆 三

目 次

- 一 は し が き — 國家社會哲學上の課題 — ネオ・トミズム — ランス・テイ・ウ・シヨナリスト — 一橋とトミズム — 自然法と協益 — 制度の語義 — 制度社會と協同社會
- 二 制度法學の生成 — 伊・太利制度理論 — 伊・太利制度理論 — オ・リ・ユ・の佛蘭西制度理論 — ロ・マ・ノ・の
- 三 制度法學の發展 — 制度理論より制度法哲學へ — ル・ナールよりデ・ロス・ヘール、フ・ユールの批
- 四 制度法學の適用 — 制度法學の實體法への展開 — 憲法・行政法・國際法・刑法・民法・商法
- 五 あ と が き — 私の制度法學 — 制度社會學 — 制度哲學 — 制度世界觀 — 日本制度社會觀 —

一 は し が き

この展望は、國家・社會・哲學上の大問題を包藏するものに一介の商法學徒が大膽にも觸れるのであるから、近時流行語を借用すれば相當心臓の強いことをものしてゐるので、先づ以つてこのことを御斷りして置かなければならな

制度法學の展開

いのである。扱て、佛・伊・ラテンに生成しつゝある制度理論 (La théorie de l'institution) は世の法律學者に依つて「契約より制度へ」の合言葉によつて代表せらるゝには、最早、餘りにも根本的な課題となりつゝある。Delos は「制度理論は法律哲學に引用せらるべき權利を獲得した」と、彼の仕事の冒頭に於いて言ひ切つて居る (Delos, La Institution, Archives de Philosophie du droit, No 1-2, 1931, p. 97)。然り、制度理論は之がトミズムを意識的にその武器とするに至りたる限り、今や、一つの社會哲學へ昇格し、又、一つの法律哲學たるの地位を主張するに至つたものと云ふも最早遅くはないのである。それは、單なる法律社會學的「理論」ではなく、それは既に「制度法學」と稱呼せらるゝに値するものなのである。即ち、之は法律社會學的・形而上學的法律哲學として、又ネオ・トミズムの新自然法の一派として法律哲學にその地位を承認せられねばならぬものと私は考へるものである。尤も、之は今猶ほ、生成・發展の過程に在り、従つて、Desqueyrat の評するが如く、「制度理論は未だ建設されては居らぬ」と、人は云ふかも知れない (Desqueyrat, le droit objectif et la technique)。併し乍ら、私にはアリストテレスの哲學よりトマス社會哲學を経て、之がネオ・トミズムとして Renard や Delos の法律社會學的哲學によりて再生し、その法律哲學としての意義を立派に廣らしたものと考へられるのである。更に、結論的臆測を許さるゝならば、ネオ・トミストの正系は、正にランステイチュシヨナリストに在らねばならぬのである。ランステイチュシヨナリストこそ、ネオ・トミストそのものと理解されなければならぬ。Renard は明白に云へてゐる。「Je suis thomiste; Je tiens mon (institution) pour une adaptation du thomisme。」(Renard, L'institution, 1933, Avant-propos, p. 6) と。私はこの課題が初期に於いて我が學界に紹介せられつゝありたるに拘はらず、その價值が意識的に又積極的に評價せられなかつたことを不思議に思ふものである。牧野博士は上田辰之助博士のト

マス研究の理解に於いて制度理論の價値を意識せられたとのことであるが、恐らくは從來、我が法律學者にトマスがフレムドであつたがためではあるまいか。之は、兎に角、私はこの制度法學は少くとも、今や、法律哲學乃至法理學に於いても、必ずや一編一章が興へられて然るべきである、と考へるものであるから、この然るべきを紹介し、更に進んで私の大膽極まる野心をも一言附加して見たいのである。

制度法學は既述の如くトミズムに於いて、その現代的意義を獲得するものである。我國に於いて初めて福田徳三博士に依つて明治三十六年來トマスの思想が受け入れられたことは周知のことではなければならぬ。(福田徳三、トマス・ダキノの「明徳」三十八年)。然るに、長く、その儘になつてゐたこの思想が、先年來福田博士の學統を引く上田(辰)博士によりトマスの社會思想が徹底的に解明せられ、又展開せられつゝあることも人の知る所であらう。(特に、上田辰之助、聖トマスに於ける「職分社會思想」の研究、東京商科大学研究第二卷所収参照)。併し乍ら、之等はトマスの經濟學的方面の解明であり、法律學的方面に重點を置いてゐるものではない。今、かかる我國に於けるトミズムを一つのシェーレとする雰囲気の中に私はトマスの法律學的方面を代表する制度法學を解明したいがために、敢て本論叢を借用する所以なのである。

一體、この制度法學の源泉に二つある。「一つはトマスの自然法(Lex naturalis)であり、一つはトマスの協益(bonum commune)である。この二つは、Renard が、その小著 *L'institution, fondement d'une rénovation de l'Ordre social*, 1933 の第一章を *Sources de la théorie de l'institution* と表題し、之を I. Le problème du droit naturel; II. La notion thomiste du Bien commun として二分してゐることでも明かなのである。即ち、自然法をトミズムに於いて理解せずしては、協益を制度に於いて理解出来ないものである。又協益をトミズムに於いて理解せずしては、

二、橋論叢 第一卷 第五號

自然法を制度に於いて理解出来ないものである。我國に於いては、この二つの要素の綜合的解明は未だ充分になされてゐるとは云へないであらう。然し、前者は田中耕太郎博士の「自然法の過去及びその現代的意義」(カトリック研究(第一輯昭和五年))及び船田教授の「聖トマス其自然法論の史的研究」(法學新報第四十卷第五號、第六號、第九號)等に依り知ることが出来やう。又後者は上田博士の諸々のトマス研究より之を覗くことが出来やう(別稿文獻)。そこでトミズムそのものには私は立入らないであらう。又生の材料で専門的に立入る力もない。

我國に於いて初めて「制度理論」なる譯語が現はれたるは恐らくは、杉山直治郎博士の「附合契約の觀念に就て」なる啓蒙的な仕事の中であらう(法學協會雜誌第四十二卷、第十二號五九頁參看)。由來、「制度」なる言葉は随分朦朧たるものがある。既に、廣濱教授はその「制度考」なる仕事の中で制度と云ふ日本語の持つ意味を検討せられ、又之が institution との交渉に多少觸れられてゐる(法學第一卷第七號、昭和七年七月)。又、恒藤恭氏も「制度の本質について」なる仕事の中で(法と經濟、第一卷第三號、昭和九年三月)更に、三木清氏も「構想力の論理」に於いて制度の意味を展開せられてゐる(思想、第百八十三號乃至第百八十五號昭和十二年)。之等に依ると形式的な意義を有つ制度なる語が漸次、實質的・社會的・現實性を有つ有機的・機能的存在と理解されて來たことを示してゐる。牧野博士もその制度理論に關する啓蒙的な仕事の中で「制度の語は institution を翻譯したるものである。之も語として適切なりやについては疑があるが、假りに、さうして置きたい」と云はれる(法律における信義の要請と保護法學、併し乍ら、之は日本語の「制度」なる語のみが日本人に實質的の意味に於いて熟せないのではない。元來、その原語である institution なる言葉がそれ自ら法律語として實質的の意味に於いて熟せないものである。Jennings もその制度理論の紹介に於いて次の如く云つてゐる。"The word 'institution,' in English as in French, means something which has been

established, set up, instituted, and has a continuing existence." (Modern theories).^o 又 Renard 自身も *société* と云ふ語では之が法律語として、今日は契約概念に關連するし、又 *communauté* と云ふ語では共有財産と云ふ法律概念が思ひ浮ぶし、さればとて *corporation* と云ふ言葉では人の制度のみに關連する。そこで、未だ法律語として熟せない *institution* なる語を用ふる所以があると抗辯するのである (Renard, *La 1^{re} orie de l'institution*, 1930, p. 36, et *Archives de*).^o やうだとすると、日本語での制度と云ふ譯も當らないことはあるまい。新興の學説には却つて、既成概念に積極的をずらはされない言葉が都合が良いと云ふことになるのである。そこで、私は敢て制度と云ふ語を用ふる。

尙ほ、右の用語に關連して一言したいのは、後に、紹介する Haunou の *institution* や Romano の *istituzione* 殊に、Renard, Delos の *institution* を社會學的に理解する場合は私は制度の下に社會を附加して、「制度社會」と云ふことにしてゐる。併し乍ら、少くとも、私の理解では、我國に流行してゐるゲルマン社會學、殊に、Tönnies の意味する協同社會 (*Gemeinschaft*) の概念とは些か異なると解するのである。同じく協同體でも、又假令、Tönnies が協同的自然法思想、殊にアリストテレスの正義の理念を近時になつて導入して來ても (Tönnies, *Einführung in die*), 制度社會はトマスの *corps sociaux* であり、又 *ordo* なのである。そこには、立體があり、階序があり、而かも、時間と場所とに於いて、同時に觀念されなければならぬものであると解する。茲には、ラテン的・カトリック的な血と肉と土とがものを云ふてゐるのである。

二 制度法學の生成

制度法學の展開

制度の思想は今更に新規なものではない。既に、アリストテレスは古く *Metaphysique* (Ch. VII) 及び *Morale* (Ch. IX) の中で *Bien Commun* を論じてゐる。又、後世になつて、カトリック教會も天命を有する一ツの團體 (*corps*) として常に考へられて來たのであつた。更に、その教父達も司祭職が一つの奉仕 (*ministerium*) であると云ふことは忘れられたことはなかつたのである。而かも、中世から現代に至るまで、スコラの哲學に於いては *Bien Commun* がその道徳理論及び法律理論を決定的に支配してゐたのである。處が、十七世紀以來と云ふものはデカルトに依つて生れた當時の支配的哲學の中に *Bien Commun* も一時は蝕ばまれて了つたのであつた。然し、十八世紀の哲學に於いて人は再び制度的問題の復興の徴候を見出して來たのである。

斯くの如く、制度的思想は長い過去の歴史を引いてゐるのであるが、之が法律學に於いて、先づ再生したのは、全く、今日まで支配的な個人主義的・主觀主義的・意思主義的な佛蘭西革命を契機とする法律及び G. Jellinek あたりを代表とする主觀的法律觀の現實生活への缺點と不充分とを暴露したのに由來するのである。尤も、當初に於いては、この法律及び法律觀は時代の經濟的・社會的組織と左程大なる不一致はなかつたのである。併し乍ら、十九世紀より二十世紀に亘り、人間及び事物の蒙つた變遷に直面しては、それは顯著なる一つの不充分性を示すに至つたのである。法律家は少しづつ人間の連帶性や、權利の依存性や、又、何等かの協同的目的への服従性を承認し、然らざれば無秩序であり、又不正義であるとして個人主義法律觀を漸次放棄して來たのである。茲に、主觀主義法律觀に對蹠的に、Duguit 等の客觀主義法律觀が生じたのである。即ち、それは、實定法への社會規範の優越であり、社會學的には個人の代りに社會を置き換へ、又哲學的には意思自立の代りにそれ自ら意思に前置的な且つ優越的な社會規範

を置き換へるのである。殊に、Duguit の客觀主義法律觀は社會的環境をば個人の意識の上に置く Durkheim の社會學的思想を背景としてゐるのである。

扱て制度理論は個人と社會との協力を要求し、又規範と意思との妥協を問題とする制度思想に於いて、從來の法律觀たる主觀主義と又新興の法律觀たる客觀主義との調和乃至止揚の理論として現はれたのが主なる契機なのである。少くとも、この理論の創設者たる名譽を擔ふ Maurice Hauriou に於いては然りである。而かも、彼こそは法律學に制度思想を再生せしめた功績者であると云ふことには何人も一致して異論なき所であらう。

制度理論は Hauriou に依つて、千九百六年に現はれて來たものと云はれてゐる。このことは彼自身がこの頃から制度理論に没頭し始めたことを漏してゐる(Hauriou, Précis de droit const., 成程、彼の千八百九十二年の Science sociale traditionnelle に於いては、未だ豫想せられてゐた構想に過ぎなかつたのである。従つて、千九百六年の Précis de Droit Administratif, 1re éd. 及び L'institution et le droit statutaire (Rev. de Legis.) に於いて漸く具體化し體系化されたと云ふべきであらう。尤も、この制度理論は彼が Recueil Sirey に於いて約四十年間(千八百九十二年より千九百二十九年に亘り)少しづつ註解してゐた佛蘭西の行政判例を批判するに當つて暗示されたものとのことである(Renard, L'institution, 1933, p. 13)。

扱つて Desqueyrat は制度論者の代表的なものとしてその歴史的研究の所で、先づ Hauriou の所謂社團制度(L'institution corporative)の理論を扱ひ、外に Rigaud の Le Droit réel の仕事に在る所謂物的制度(L'institution-chose)の理論、Renard 及び Delos のトミスト的理論、Walsh の實證主義理論並に Gurvitch の社會形而上學を取

扱つてゐる(Desqueyrat, *L'institution, le droit objectif*, la technique positive, 1934, p. 13-134)

佛蘭西以外に於いて制度論者を探して見れば、伊太利の Santi Romano である。彼は Hauriou と殆んど同時代に制度法學を以つて立つてゐる。殊に、彼の *L'ordinamento giuridico*, pisa, 1918 はその優なる仕事である。而かも、この仕事には可成トミスト的背景が看取し得る。又獨逸に於いても Gierke, Mayer の如きも制度論者に入れられる(Ferrara, *Teoria delle persone giuridiche*, 1923, pag. 61; e *Trattato di diritto italiano*, vol. I, pag. 13.)

私の考では、既述の如く制度論者はトミストに於いて正系でなければならぬ。そこで、上述の所謂制度論者の中でトミスト的背景を素朴的にでも有つものと認められるものに限界せられなければならぬ。さうすると、私には素朴的なトミストとして Hauriou, Romano を承認しネオ・トミストとして Renard, Delos を理解せられるから、この四人を主として問題とすることになる。先づ、前二者を茲に問題とし、後二者は別に問題としよう。

擬て、Hauriou の制度理論とは如何なるものか。由來、彼の學説は極めて、複雑・多岐にして、且つ混沌として、その理解と捕捉とに困難なるものがあるのは、既に世の定評ある所である。この點は、既に Geny が二十年前に批評して巧妙なるものがある(Geny, *Science et technique en droit*, Desqueyrat & Hauriou の學説の敘述に手を付けて、先づ彼の思想の了解が困難なることを述べてゐる(Desqueyrat, op. cit. p. 13.)。然らば如何にして彼の學説及び思想の複雑性を克服して行くか。その先決問題は Hauriou にトミスト的背景があるか否かの解決である。蓋し、彼の仕事では明白にトミズムを標榜してゐないからである。然るに、Renard は Hauriou を以つて法律哲學に於けるトミズム復興の先驅者であると云ふのである(Renard, *La Théorie de l'institution*, non, 1930, Avant-propos, XIII.)。之を反し、Gurvitch の如きは Platon, Proudhon, Bergson 的系統

にあるものとも解釋してゐるのである(Gurwich, *Les idées maîtresses de m. Hauriou*, Arch. de phil. du). Jennings に云はしむれば、Hauriou がトマス哲學を意識的に採用したものは思はれないが、無意識的にはトマス哲學が伏在してゐると云ふてゐる(Jennings, "The institutional Theory", in *Modern Theories of Law*, p. 69)。更に Desqueyrat に云はしむれば、若し Hauriou にトミズムがあるとしても、それは純粹なものではない。又 Renard の解するほど然かく明白には現はれては居らぬ。少くとも、その體系に於いて「主觀の優越」を齎らしむる所にはトミズムは存在してゐないのである(Desqueyrat, op. cit. p. 42)。然し、全體的には彼の哲學は恐らくはトミズムであらう。而かも、彼の道德哲學は恐らくはトミズムであらう。然し彼の法律哲學に至つては不完全なのである(Desqueyrat, op. cit. p. 13)。そして Desqueyrat は「主觀の優越」と云ふことは常に Hauriou に存在してゐる。之では全く舊式個人主義より現はれたもので Rousseau の問題と異なる所がないと附言してゐる(Ibid. p. 43)。然し、何れにしても Hauriou の複雑、多岐且つ混沌の裡に素朴的なりとは雖もトミズムが存在してゐることは承認される。實際、Hauriou は生活の現實性・複雑性を餘りにも多く且つ強く感じ過ぎる學者なのである。そのために、その獨創力に拘はらず、彼の思想は混雜し、雜音が入るのである。惟ふに、彼の思想は前世紀末に於ける佛蘭西の發達したる社會學の影響の下に在りたることは慥かである。而かも、彼は法律學者、殊に、行政法學者として社會學と法律學との連結乃至綜合に力を致し、社會學の成果に依つて、從來の法律家に反抗せんとしたことは明かである。彼は、一方、或は Rousseau に源を發し、後 Kant, Hegel に發展したと解されてゐる意思理論に、他方、或は Comte を經て、Durkheim, Duguit に發展したと解されてゐる社會理論に反抗せんと企圖したことは明かである(Jennings, op. cit. p. 72)。尚ほ、人は同時に彼に行政法の實際的智識が先入主となつて居ることは注意しなければならぬ(Desqueyrat, op. cit. p. 12)。

扱て、制度理論がその彼の思想の複雑性に拘はらず、相當集成され要約されたりと考へられるものは Hauriou, La
 théorie de l'institution et de la fondation, 1925 である。之に依つてその理論を摘要して見よう。「一つの制度とは
 社會的環境の中に法律的に實現され、又永續すべき仕事又は企圖の理念である。斯くて、一方、この理念の實現のた
 めに、權力が組織され、機關を齎らすのである。他方、この理念の實現のために、利害關係ある社會的結合の各員
 中に權力を有つ機關により統制され又手續に依つて規整付けられたる協和の表示を齎らすものである」(Hauriou, op.)
 彼はかくて制度に二つの型があるとする。一つは、人的制度 (institutions personnes ou institutions corporatives)、
 二つは物的制度 (institutions-choses) であるとする。而して、彼は前者に就てのみ發展せしめて、曰く「人的又は社
 團制度の要素は次の三つある。(1) 社會的結合の中に於いて實現すべき仕事の理念 (l'idée de l'œuvre)。(2) この理念の
 實現のために、その理念に奉仕する組織されたる權力 (le pouvoir organisé)。(3) この理念及び理念の實現に關し結
 合の中に生ずる協和の表示 (les manifestations de communion) 之である」(ibid., p. 11)。要するに、彼は全ての制度の最
 も重要な要素は社會的結合の中に、又その團體の中に在るその利益のために實現すべき仕事の理念であるとする。
 そうして彼はこの三つの要素を具體的に且つ法律的に展開せしめ、更に、制度の内面化 (intérieurisation) を取扱ひ、
 之を化體化 (incorporation) と人格化 (personification) との二段階に展開せしめ (ibid., p. 8)。兩者共に社會的環境に於
 ける客觀的理念の實現を強く保證する。前者は制度の指導理念にとつて客觀的持續性を實現し、後者は主觀的持續性
 を實現する (ibid., p. 8)。斯くて、彼は制度の生理論に及びその出生、生活、及び死亡に於いて全て法的なることを論ずる。
 (ibid., p. 8) 結論に於いて制度の實在性を明かにし、法體系に於ける法規の地位に及び、制度はその行動と持續に於いて

之を同時に現はすが故に、第一位に立ち、法規は持続性を有するも行動を有せざるが故に第二位に在るとする。斯くて、法體系に於ける眞の客觀的要素は制度であり、それが指導理念と組織されたる權力とに依り法規より上位の法的價值を有するのである。故に、制度が法規を作るので法規が制度を作るのではない。要するに、理念こそは社會の生活原理にして、そこに個人の生命よりは異なる生命が與へられるとするのである (ibid. P. 42-45)。

Haurion の制度理論に關しての摘要の結言として Desqueyrat の文句を引用することは價值のあることと思はれる。曰く「Haurion の仕事をば若し特徴付ける必要があるならば、それは制度的問題の技術的方面に光明を齎らした點に彼の功績を承認する必要がある」と (Desqueyrat, op. cit. p. 392)。或は然らぬ。

次に、伊太利の Santi Romano が制度論者であることは餘りにも注目せられて居らぬ。然し、人は現代ナチスの人氣學者たる Carl Schmitt が Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 1934. S. 54 へ Romano を Haurion と共に引用してゐるのを氣付くであらう。Schmitt 一派の云々所の Konkretes Ordnungsgedanken は實は Romano の Ordnamiento giuridico なのである。この Ordnamiento こそは制度の別名なのである。Romano が彼の仕事を L'ordinamento giuridico, studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto, 1917 を出版したる時は彼は未だ Pisa 大學に居つた時のことである。後に、彼は羅馬大學の行政法の教授となり、又行政裁判所長官を兼ねてゐる。この仕事は非常なる名著であるが、Haurion の Renard, Delos に於けるが如き後繼者が宣傳しないのである。尤も、彼の子息は二人とも私法學者として Pisa 大學に在つて父の學說を維持して居る。而して、少くとも伊太利法學に注意して居る人は Romano の、この仕事が大いに活躍して居ることに氣が付くであらう。私はその例として私

の伊太利に於ける友人であつた商法學者、而かも、二十七歳と云ふ若い年で去年死んで行つた Bernardino Geotza の最後の仕事で纏つた *Gli Statuti degli Enti a tipo associativo*, 1934 を擧げさして貰ふ。

扱て、Haurion と全然別個に制度を創始した所の Romano の制度とは如何なるものか。それは、次の如く要約出来る。[制度(*istituzione*)の概念はそれが一つの内部的構造、即ち組織を有するに在る。この組織は法學的存在である。而かも、各制度は法的秩序體それ自らである。従つて、各秩序體は制度である。(*ogni ordinamento giuridico è un'istituzione*)] 制度と法的秩序體とは同一性(*identici*)がある。故に制度は客觀法(*diritto obiettivo*)の場(*sfera*)である(*Romano, Studi*)。而かも、各制度のそれ等の間の關係は全て一つの制度が、それ自ら他の制度に或は低次に存在してゐる所に決定される。而かも、各秩序體の存在・内容・及び效力は他の高次制度に、相對的に條件付けられる。この制度の關係は彼の所謂高攝の理論(*Teoria della rilevanza gerarchica*)に基くものである。この理論は次の如く分解される。(1)一つの秩序體はそれが包攝的な他の秩序體を構成する所に於いて從屬的である。(2)綜合されたる秩序體は他の秩序體に對して前提的である。(3)二つの秩序體は共通高次の秩序的に獨立的に依存してゐる。(4)而かも固有の内容及び效力に於いて從屬的である。(5)斯くて、一つの秩序體は最後の、最高の秩序體まで高攝されるのである」(*Romano*)。斯くの如く、Romano は Haurion と同じく社會學的態度(*procedimento del sociologo*)を採つてゐる。そして、社會體(*corpo sociale*)より法・制度・秩序體を引出し、そして、その所に展開させてゐる(*F. Ferrara, 1921, 13*)。Romano も Haurion と同様に、意識的ではないが、多分にトミズムの *Ordo* を展開してゐることを看取し得る。殊に制度の立體觀を明かにする所に *Romand* の制度理論に先驅してゐるやうに私には思はれる。殊に、近頃 *Ro-*

naud が Analogie を援用するが如く Romano は identico を援用する。そうして、Haurion と同じく社會學と法律學との連結を問題とするのであるが、同時に、Haurion と異なり法の客觀主義への徹底が看取出来るのである。

三 制度法學の發展

制度思想の展開に於いて、假令、それが素朴的なりと雖も、恐らくは、之が決定的地位を與へられるものは Romano よりも Haurion であらう。蓋し、後者には美はしくも Renard の如き後繼者が現はれ、又 Delez の如き協力者が現はれその理論が發展したからである。

扱て、Haurion は彼の制度なるものゝ發見に拘はらず、千九百二十八年死んで行つたのである。茲に、Renard は謙讓的にも又感傷的にも、身ナンシーに在つて直接師匠でもないツールズの Haurion をは Mon maître と稱して現はれ、卷頭に “A la memoire de Maurice Haurion” とインディケイトして制度理論を世の問題たらしめた、かの有名な大著 *La Théorie de l'Institution, Essai d'ontologie juridique*, 1930 を公にしたのであつた。成程、彼は事實 Haurion の非常なる大きな學問的理論の傳統の一つの繼承者であつた。即ち、彼は崇敬する師匠の學統を繼續し、又之を新規にし且つ自らの獨創を加工したのであつた。而かも、最も彼に於いて刮目すべきことはトミズムを大膽に標榜して現はれたことである。この書は八講より成り、外に四つの附録を加へてゐる。Renard の思想も亦 Haurion とは異なつた意味で相當難解なるものがあると思はれてゐる。加之、其後の仕事で、その論旨は絶えず動搖し又變化してゐるのである。事實、千九百三十三年に公にしたる小著 *L'institution* では相當纏まつて來た。又更に三年後の

千九百三十五年の *De l'institution à la conception analogique du droit*, (Arch. de phil. du droit, 1935, No 1-2, p. 81-145) に於いては積極的に批判者に突撃してゐる。

千九百三十年の大著では完全には制度の問題に解答を與へたことになつて居らなかつた。全卷に亘つて制度とは何かと云へば *être collectif* を取扱つてゐる。併し乍ら、¹Hauriou に於いて制度が一つの社會現象であつたものが、Renard に於いては同じく制度は社會現象ではあるが、自然法的・客觀的な法を生成し、又生成しなければならぬ社會現象である。ここに、Renard 於いては「自然法の復活」があるのである (ibid. p. 70-71)。更に、Renard に於いては制度は實現せらるべき指導理念であるとする。これは Hauriou と同様であるが、然し、この理念は協益に一致するものとして存在する又存在しなければならぬ。この協益は法の目的であり、且つ道德の目的である。斯くて、Renard に於いては意識的にトミズムが進出する。彼の制度理論は自然法と協益、而かもトミズムに於けるそれ等を二つの支柱とするのである。

何分、この千九百三十年の大著は評判通り、無體系のもの (unsystematische Werke) であるから、(Homer, Das Aktienrecht u. seine Reformprobleme.) 私には手にあまるので、Paul Vignaux に要約せしめよう (Annales Sociologiques, Serie C, Z. f. d. G. H. u. K. 1934, H. 99, S. 184) (Sociologie juridique et Morale, p. 90)。即ち第一の點は自らの使命を自覺する法律家は法と法律とを同視してはならぬ。第二の點は何等かの理念の存在せざる法はなく、又正義の感情なき法はない。そうして、正義は交換正義と配分正義が階序付けられ、組織化されたる集團の内部に現はれる。第三の點は正義は法の一要素に過ぎぬ。他の要素は安定 (Sécurité) である。その結合が「累進的内容の自然法」(un droit naturel à contenu progressif) によつて働く (Renard, p. 70)。而かも、この自然法は

正義と同じ理念に同化する。第四の點は人は解釋せんとする法律行為の形式に妨げられず、その意思に於いて解釋すると同時に理念に於いて解釋することを要求する。第五の點は、彼の背景たるトマスの問題である。今日、トマスは註解者に依り種々異なる價值を與へられてゐるが、彼は神學に於いて之を解せず、理性而かも經驗に出發する理性で解する。第六の點は、契約より制度へのすべり込みを問題にする。尤も、この著書は附録の外に、制度的現象と私法——家族及び結婚及び制度的現象——公法と國際法の取扱がある。又所謂物的制度は敢て之を問題としてゐない。

Renard に於いて特に有名であつた點は第六の點、即ち、契約と制度との關係である。彼に於いては、この二つは激しい對立として取扱はれた。彼に於いては契約的 (contractuel) と云ふことと、制度的 (institutionnel) と云ふことは法現象に於ける別個の範疇であり、終局は、一方が他方に還元されない兩極であるが、而かも、彼は「契約より制度への入り込み」を問題とする。更に、而かも、一方が他方に依つて相補はれ、且つ不定量の割合にて混在するのである (leçon)。

私は進んで、Haurion の制度の三要素の展開を Renard に於いて之を見やう。即ち「制度は各員の環境であり又場であり、更に信頼の關係である。——*fidēs*——ここに親和 (intimité) がある。——Renard は Haurion の協和 (communio) の概念を哲學的と云ふよりも寧ろ倫理的な概念で置き換へるのである。——この親和は理念 (*Idee*) が制度の各員に働く企圖より結果する。理念が一定の人間的環境に根差す限り組織化されることに依つて一つの力 (*un pouvoir*) を昇現して一つの制度となる。理念——即ち目的——それが代表するものは協益 (*Bien commun*) である。制度的力に結果する權威 (Autorité) の到來に依り親和が實現する」(Renard, op. cit. p. 288). Renard は尙ほ曰く「全て、制度は法

律體系の場である。そこには、制度的權力の下に在る法律體系がある。制度は機關相互間の關係を構成し、それ自らの内部生活を有する。制度は組織化されてゐる、之を組織體と云ふ、制度は一つの權威の場である (ibid. p. 230)。權威の起原は制度に在る。權威的構造を失ふ制度は直ちに分解され、又法律體系は解消するのである (ibid. p. 231)。

私は難解極りなしと云はるる Renard の制度理論を更に角度を變へて記述して見る。そうして、今度は彼の千九百三十三年の小著 *L'institution, fondement d'une rénovation de l'Ordre social* に於ける發展せる考を參酌する。この小著と前の大著との間には Delos の制度觀に影響せられ又自らの思想も進展してゐる。殊に、トミズムは愈々露骨に活躍し、制度の立體觀は愈々明かになつて來る。即ち「制度は之に屬する個人を包容しつゝ而かも之に上位する。制度に於いて個人と全體とは調和する。制度に於いて特殊利益は協同利益に秩序付けられる。即ち、個人の利益は全體の利益に一致する。この協益はトマスの *bonum commune* である。神は全て普通の *Bien* である。普通の協益は全て完全である。即ち、神である (p. 82. et p. 83)。制度には階序がある。低次の制度は累次高次の制度に包攝されつゝ最高の次程に於いて神の統制に在る人類全體の普通の制度がある。規範は異次程の制度に應じて累進する。ここに、「累進的内容の自然法」(un droit naturel à contenu progressif) が存在する。最高の制度に於いて規範は最高の自然法である。斯る場に於いて個人は人間性を啓現し制度の職員として行動し、而かも、制度の目的に従つて行動する。斯くて、個人は最高の制度に於ける神の最高の目的に制約される」(ibid. p. 22)。更に Renard に於いては「社會正義それは殆んど協益の別名である。社會正義は自然法自らの原理である。自然法は歴史的環境に於いて結合されたる正義である。自然法は環境よりの要請に對する正義の解答である。「累進的内容の自然法」は制度の上に流れる。之が

Delos

115

法の制度的概念それ自らとなつて来る」(ibid.)。そうして Renard も制度理論をば法律哲學へ昇格せしめたのである。斯くて彼は千九百三十年の大著の第二篇として哲學篇をものすることを約束してゐる(ibid.)。

私は以上で Renard の制度理論を極端に要約して而かも、私の理解に於いて之を描き出した。ここに、Renard に協力し、而かも Renard の哲學篇の發表を待たず、トミストとして、制度理論を哲學付けたるは、リール大學の Delos である。Delos の如き哲學的素養を有つ協力者が現はれたることは、制度思想の發展に決定的意味を齎らすのであつた。蓋し制度理論は制度法學に引揚げられたからである。Archives de Philosophie du droit et de Sociologie juridique, 1931 No 1-2 は「制度理論號」とも云ふべき特輯であるが、その中で Delos は La théorie de l'institution と題し、大力作をものしてゐる。彼は先づ自らの抱負を述べて曰く「現實的基礎の上に打ち建てられたる制度理論たるよりも、寧ろ法の制度理論にまで引張られないものであらうか。法律一般論に型箝めるべく、その基礎を擴大すべく又法律哲學の一石たるためにそれ自らの原理の名に於いて望まれないものであらうか」(ibid., op. cit.). Delos はこの仕事に於いて、最初は主として制度理論を紹介しながら、自ら之に修正を加へつゝ而かも、最後に自らの制度法哲學の建設に及んでゐる。即ち、第一の點は制度の現實的理論としての意義を述べ、第二の點は制度とは何んであるかを Hauriou, Renard に付き説明し、第三の點は制度理論と法人格の問題の解決を論じ、第四の點は制度理論と法の一般理論を詳論してゐる。彼に於いて注目すべきは最後の點である。この處で Renard の契約と制度との對立乃至移行の問題を止揚して、法の制度的概念に於いて制度は單に契約の對蹠的地位に最早あるのではなく、それ自らを全て包括するもので契約自身を包括するものであるとするのである。即ち曰く「制度は一つの理念の組織である。」「契

約自らも亦一つの理念の組織ではないか」(ibid. p. 133)と。又 Renard は契約・制度及び法の三つの範疇を有つのであるが、「之等は之れ實質的な同一の源泉を表示するものではないか。」「それ等は内部的に同一の構造を有するものではないか」(ibid. p. 133)と。Delos は云ふのである。又彼は「契約の手續の中に二つの要素の結合を發見する。二つの要素とは理念の優越自らを伴ふ所の意思と理念之である。」と云ふ(ibid. p. 133)。斯くて、彼は契約に於ける約因の理論 (la théorie de la Cause) をこの問題の解決に齎らすのである (ibid. p. 137)。更に、進んで曰く「契約概念を二つの意思間に於ける平衡として現はし、それ以上のもではないと云ふことは放棄されなければならぬ。正確なる平衡を爲すものは契約者の意思ではなく、交換される給付である。」(ibid. p. 140)又曰く「約因は契約に化體してゐる。——約因は契約にその組織する理念を齎らす。それは法の理念と同様に客觀的である」(ibid. p. 142)。斯くて、彼は「契約自ら制度的性質を有するものゝ優なるものとする」(ibid. p. 142)。「全ての法律行為は一つの目的の周圍を結付ける關係である。契約に於いて約因自身その中に完全なる一つの體系を構成する」(ibid. p. 144)。「目的は慥かに法の全關係の基礎である」(ibid. p. 145)と云ふ。更に制度に於ける社會學と法律哲學との連帶を問題にし (ibid. p. 145) 正義を問題にし (ibid. p. 147)「法と社會學との結合は正義の理念自らの心臓に内接してゐる」とする。「正義の内容は相互交換の中に人を置く」と云ひ、トマスを引用する (ibid. p. 149)。「二つの主體はその目的に依つて關係付けられ、又ここに、その關係を限界付ける。更にその關係に秩序の原理を齎らす。」とする。「正義の支配の實現は客觀的社會秩序の創成と同値である」(ibid. p. 149)。「斯の如き秩序は本質的に一つの社會關係の秩序である。そうして客觀的な關係である。同時にかゝる秩序は個人に内在してゐる」(ibid. p. 149)。「實定法は正義の、この社會秩序の表現である。又それは規範的表現である。正義の秩序は正に社會的秩序である」(ibid. p. 150)。結言して曰

く「制度理論は體系ではない。それは現實への出来る丈の順應性を有する一つの解釋である」「そのために、制度理論は法律哲學及び法律社會學の發展に殆んど無限の將來性を展開するものである」(ibid.)。斯くして、Delos はトミズムを徹底せしめて制度理論を Renard よりも先に Renard の課題を法律哲學の課題に前進せしめて了つたのである。要するに、Delos も「協益概念の優越的役割」を以つて契約より意思を放逐し、そこに法律哲學を構成せんと試みを行はしたる所に、その特徴を見出されるのである。既述の如く、Renard もこの Delos の仕事に教へられ、例の千九百三十三年の小著 *L'institution* 以來 Delos に接近したのである。否、近時になつて Renard は曰く「Delos は餘りにも正しく、制度はその法的秩序の構造に、一つの修正の形に於いて、一つの觀念が附加さるべき又再建さるべき何等かのものである、と觀察した。それは、契約それ自身をもその形に従屬せしむる所の一つの法律哲學である。今迄保持して居た制度理論より吾々はこの暗示に於いて法の制度的概念にすべり込んだ。それこそアリストテレス及び聖トマスの社會哲學の法律的解釋に外ならぬ。」と(Renard, *De l'institution à la conception analogique du droit*, dans *Arch. de phil. du droit*, 1935, No 1-2, p. 87)。

以上で、私は制度理論乃至制度法學の發展の敘述を終ることにする。然し、洵に、この制度理論乃至制度法學に就いて先年來、愈々各國に於いて注目されて來たことは當然なことである。或は野次つて「ギルケ理論にカトリックの衣を着せたものに過ぎない」(Heimer, *Z. f. d. R.*, 99, 6, 193)と云ひ、或は「制度理論は神祕的容態で不必要なものである」(R. E. de droit, 1931)と云ひ、或は「各人自立の犠牲を作る」(Morin, *Arch. de phil.*)と云ひ、或は「制度理論は社會學的理論に過ぎない」(Jennings, *The institutional theory*)と云ひ、或は賞讃して「制度理論は期待以上のものを齎らす。それは佛蘭西法律哲學の將來に對して、雄大且つ壯嚴なる證左である」(Gény, *La Notion de droit en France*, *Arch. d. phil.* 1930 p. 41)と云ふ。併し乍ら、反對論者と雖も

この問題に相當の價值を承認する(*Le Fur, Le droit naturel et la théorie de l'institution, La Vie intellectuelle, du 10^o*). 私は現代佛蘭西第一流の法律哲學者 *Le Fur* の批判を以つて最も眞剣にして且つ權威ある批判のものと認めるから、ここにその要旨を *Desqueyrat* の著書の序文に基き摘出して見よう。曰く「制度論者は次の四點を問題としてゐる。(1) 全ての法を契約に基礎を置く意思理論たる主觀主義に對する反抗、(2) 法人擬制説に對する反對、(3) 法の靜的な概念に對する反抗、(4) 法律哲學への新しき基礎付への試み之である。第一の點で制度理論の大なる役割を述べ、制度が協同的意思に要約せられるとし、そのために然し、個人意思の役割も否定する必要はない。第二の點で、法人擬制説が今日既に放棄されてゐるが故に、この理論は特に法人論の論争に役割が大なりとは云へぬ。第三の點に於いて、制度には動的要素があり契約には靜的要素があるとするのは些か誇張がある。契約もそれ自ら絶對的な不動性があるとは云へぬ。尤も、一般的には然く考へられてゐるが、然らばこの理論の導入は意義がある。第四の點で全て法を制度の上に依存せしむるは危険があるとする。殊に論者が制度と協益との間に打ち樹てんと欲するかに見える論理的關係に就いての説明に不安がある。又論者はその二つの概念が必然的に關連があることを證明する必要がある。自分に於いてはその二つは毫も不可分の概念ではない」とする(*op. cit. Préf.*)。更に曰く「制度は權威・協益・職務の要素の綜合を有する。併し乍ら、自由・個人利益・權利の要素を有しない。而かも、之等も人間のことを考慮してゐることは慥かである」と。結言して曰く「人間の尊嚴なる概念に立つ人間のな人を眼中に置き、之が綜合も缺くべからざるものである。蓋し、法は生活の規範である。生活は簡單なる何等かの要素に於いて解決出来ない。如何にして、それは實現されるか。それは法律哲學の課題である。制度理論はその順應性とその寛大性のために、慥かにその解決を助けることが出来る

う。然しそれ自らでは成功しないであらう」(ibid)と。

私は Le Fur の論評を一讀して、直ちに、之こそ制度理論乃至制度法學を承認せざるものゝ通説を代表してゐるものと思つた。然り、人格の尊嚴を教へられ且つ個人主義的思想の洗禮を受けたる前時代及び前々時代の人々には、權威の方面より人間の生活を考へせしめらるゝことは無理な註文であるかも知れない。併し乍ら、現實の人間の生活は既に死したる過去の世界に在ることは許容されないと云ふことが自覺するべきではあるまいか。そこには「中世主義の現代化」(後野博士法律時報第八卷第一號)と云ふことが到來することになる。制度理論乃至制度法學の生成及びその發展の意義はここにあるのではあるまいか。

四 制度法學の適用

制度理論乃至制度法學は既に早くも、公・私法の全域に亘つて適用されつゝある。元來、之は Hauriou に依り行政法に於いて發見されたものであるから、之が行政法への適用は當然である。然し、今は憲法・行政法・國際法・刑法・民法・商法の各實體法に適用されつゝあるのである。

先づ憲法に於いて注目さるべきは、先に觸れたるが如く獨逸に於いて、Romano の Ordnamanto giuridico が、Marten Wolff に依り千九百二十三年 Instituts-garantie なる語により輸入され、Carl Schmitt に依り Konkrete Ordnungsdenken の思想に現はれ、今日、ドイツ的・ナチス的に宣傳せられつゝあることである。行政法に於いては、Hauriou はその上に體系をものし、國際法に於いては Renard が制度現象として公法中、國際法に適用し、又 Delos

も自己の理論を國際法に展開せしめてゐる。刑法に於いては牧野博士が既に法學志林に於いて、*La théorie institutionnelle du droit et le droit pénal humain* なる佛文の仕事を公にせられてゐる。又近時獨逸に於いて Schwinge u. Zimmerl が *Wesensschau u. Konkretes Ordnungsgedanken im Strafrecht*, 1937 を現はし、刑法學界に問題視されてゐる。民法に於いては、所有權論・法人論・及び身分法にその制度理論が適用されてゐる。その中で注目されて然るべき仕事は所有權論に於ける Chaufardet, *Problème de la perpétuité de la propriété*, 1933 又法人論に於ける Ciérens, *Personnalité morale et personnalité juridique*, 1935. 更に、身分法に於ける Renard, *Doctrines institutionnelles du mariage, Vie intellectuelle*, 1931 であらう。商法に於つては Gaillard, *Société Anonyme de Demain*, 1932 が株式會社法に制度理論を展開してゐる。又伊太利に於いて制度思想を私に暗示し且つ啓蒙したる Mossa は制度により商法の體系付を試みてゐる。即ち *programma del corso di diritto commerciale per l'anno 1929—1930 nelle R. Università di Pisa*, 1933 は企業を制度として展開してゐる。拙著 *System des Unternehmensrechts*, 1937 も私が在外中に、制度法學を意識的に適用したるものを *Hanseatische Rechts-u. Gerichts-Zeitschrift* 1935 に發表し之を改版したるものである。上述は、制度理論乃至制度法學の實定法への適用の中、主なるものを代表的に例示したに過ぎないのであるから、詳細は別稿「制度法學に關する文獻」を一覽せられたい。

尙ほ、私の憶測に依ることを許さるれば、制度法學は全法律體系に於いて展開が可能であり、社會法、殊に勞働法に於いてもその好適用例を見出すであらう。吾々の手形法、殊に有價證券法一般に於いても之が徹底的に適用が可能であり、既にその試みは實行しつつあるのである。

五 あ と が き

私は紙數に制限ありとは云ふものの、餘りにも大問題を粗雑にも、壓縮し過ぎてゐる。殊に、「四 制度法學の適用」は簡單になつた。然し、「學界展望」の場所であるから許して頂きたい。そこで、讀者は私の丁度二年前の仕事である「制度理論と商法」(民法法學雜誌 第三卷第六號)を並讀されることに依り多少とも、補つて貰ひたい。最後に、私自身の制度法學に關する大膽極まる次の放言を許されたい。

私の理解する制度法學は大體 *Hauriou, Romano, Renard, Delos* に據るのであるが、その源泉はトミズムの *Ordo* の展開に在る。即ち、ここに、自然法と協益との二要素を承認し、制度の階序性に於いて二者は累進に依つて合一すると考へる。又、制度の構造性は制度哲學の有つ一つの大きな特徴にして、その所に、「思惟の場」と「法の場」と「個體と全體との融合の世界」を承認する。場のなき普遍と個別とは永久に連結しないのである。

斯くて、私の理解する制度の構造は最高・最廣の包攝的な團より遞次小にして遞次低い團の階序へとピラミット型に組織せられ、而かも制度の協益に向つて各員が行動し、之がより高次の制度の協益のために行動し、而かも、低次の制度の規範に妥當しながら行動し、より高次の規範に方向付けられながら、即ち所謂「累進的内容の自然法」に妥當付けられながら行動するのである。この制度の構造は價值より見ればピラミットの逆立である。之を組織より見れば、理念・權威及び協和を要素とする正三角型であり、之を行動より見ればその構造への附合であり、斯くて法行為は全て附合に於いて理解される。要するに、組織として見たる制度(*institution*)であるものが、行為として見たる

附合 (adhesion) に於いて理解される。

尙ほ、私の野心を一言附加することを許されるれば、制度は法律學の分野に展開せらるるのみならず、將來せんとする社會科學の全域に、殊に經濟學に於いても展開されるものである。それは米國に於ける Institutional Economics 學派の如き似而非なるものではなく、トミズムに於いて展開されなければならぬものである。即ち、之は制度社會學であり、又制度哲學であり、更にネオ・トミズムそのものであるからである。否な、之はネオ・トミズム的世界觀たる思想的地位を主張することが出来るがためである。

擬て、このラテンの文化的武器は新しき日本及び日本人の中に深く根差す社會觀の探究に展開されるのではあるまいか。即ち、Thering の句調を真似て云へば、「西洋の方法」を以つて「西洋の上」に、吾々日本人の生活態度を開明することによつて、新日本原理の發見が出来るのではあるまいか、吾々は靈の生活に於いても、又現實の生活に於いても、大和民族の大本源たる「いのち」に全ては還元されなければならぬ。この「いのち」は日本固有の場に於いて實現される。而して、之は次の三要素に分析せられる。

(1)之れ「むすび」であり、「創造」であり、「彌榮」である。大和民族の理念であり、大理想である。世界にユニクなる家族制度を低次の國とし、之を通しての「家門の譽」を考へ、高次の國家大理想に追進し、而かも、之に依つて保全される。

(2)之れ「みいつ」である。西洋の權威の如き冷やかな權力ではない。そこには、恩の自發性がある。而かも包容的にして、自主的な「なさけ」があり「まつりごと」がある。

(3)之れ「ことだま」であり、「まこと」である。大和である。縦に長幼階序あり、横に兄弟信義あり、而かも「みいつ」による「むすび」への方向付がある。

斯くの如くして、日本人の「いのち」は制度に於いて、現人神を樞軸とする報恩の原理に依つて創造の道に各自の本分を致す所に武士道的神道として展開されるのである。報恩の原理は縦に展開して忠義奉公となり、横に展開して義理人情となる。茲に、日本人の倫理があり、法が生れるのである。又各自の本分を職分と考へられる所に日本人の經濟が展開されるのである。斯くて、ここに縦横十文字の日本制度社會觀が承認せられなければならないのである。

洵に、思想なく、哲學なき學問は死せるものである。思惟の働く場の意識なきテクニクは無なのである。全て、人間の法に於ける倫理と技術とに決定的なる生命を吹き込むものはその場の意識ではあるまいか。

今や、過去の世界は死し新しき世界は生れんとする。而かも新しき世界は生れ出づべく力は弱い。それにも拘らず、思惟の力に生命を與へんとする者は新しき世界を求める!!

——昭和十三年三月、流感と戦ひつゝ——