

法の所與に付て

吉 永 榮 助

一 序 言

法の所與とは法の立場を通して見たる法以外の領域總てを指す。それは法を通して法に意味づけられたる法以外の凡ゆる事物を含み、之等の事物は常に法に對立され、又法と交渉するものと理解される。立場によつては法も勿論所與に入り得るが只立場を法に求めて法より見たものが法の所與である。従つて法と所與との區別は相對的のもの、又便宜的のものであり、法を如何に解するかその立場立場によつて所與の範圍と意味とが異つて來ることは云ふまでも無さ。

然らばこゝに所與と對立せしめられる法とは何であるか。現在私は一應私法中心に考へて居るもので之を國家の定めたる成文法とし、更にそれは國家的正義を理念とする第一次的には技術的なる裁判規範、或は行政規範であるが第二次的には（妥當性と實効性によつて）社會規範として實現されるべきものと解して置く（尙、之に付ては後日研

法の所與に付て

究の上省察する積りである)。従つて所與の中には規範的のもの、又ウェーバーの社會學的觀察方法による法の存在を含み得るものであつて、純然たる事實状態のみを指すとは限らない。その何れなりやは後述の如くに所與の構成並に立場の問題である。

この所與を理論づけることは所謂法律事實探求の方向に従つて法律事實を蒐集するに止まらず、更に之を一定の觀點より積極的に意味づけ、その構成を試みんとするものである。又それは法律社會學、或は法事實學と稱されるものの中に大體屬する。然し本稿ではこの學問體系を考へずに唯問題の形を示し、之が今後の法律學に於て重要な地位を占むべきものなることを明かにせんとするに止まる。

扱て、法と所與とを區別することは法を通して所與を觀察することではあるが實は又同時にそれは所與によつて法の意味をより正確にせんとするものである。又法と所與とは經濟と與件の區別を聯想させるものではあるが、然し乍ら前者の關係を後者の關係と全く同様に考へることは法學と經濟學との特性を無視することになるは云ふまでもないが、それにも拘はらず何れも便宜的、相對的なる境界を設けて、總體的なる社會現象に於て法（又は經濟）の意味をより明瞭にせんとする意圖を有するに於ては軌を一にすると云ひ得る。従つてこの點ポイントよりの比論は可能であらう。

然らば如何にして之を行ふか、ザウアーは法の文化的影響に關して法に對する影響（*Wirkung auf das Recht*）と法による影響（*Wirkung durch das Recht*）とを分けて考察して居るが、私も大體之に近いが之をその影響のみに限定しないので先づ或る特定の所與の法に對する關係と特定の法の所與に及ぼす關係とに分けて見度いと思ふ。そして前者を靜態的所與理論とし、後者を動態的所與理論と假に稱することにする。それは前者にあつては先づ特定の所與

を定めてそれと法との關係を探求するが後者は特定の法を定めてその効果の所與に對する波及の方向も考へんとするからである。前者にあつては過去より流れ來つた所與を先づ或る一點に停止せしめてこゝで之と法を考へるが、後者は先づ法を定めてその効果の未來に及ぶ方向を見究めるものといひ得よう。勿論法も所與と共に流れて發展し行くものではあるが、私は前述の如く法を國家の制定せる成文法といふ固定せるものに中心的立場を置いて考へて居るのであるから、之よりして右の如き觀察區分の方法が成り立つものと思ふ。

二 ジェニーの所與とフーバーの現實物

言ふまでもなく法律學に於て所與と構成とに分けることを提唱せるはジェニーである。この區別は法律的加工の二領域を意味するものであるが、同時にその加工の差異をも結果するものである。彼によれば法律學者が單純に社會的性質を顯現するものをその顯現するがまゝに解釋したり、或は高き理念に鼓舞されてそれを確證せんとする場合に基となるべきものを所與 (domes) としふのであり、之に對してこの所與から出發してそれを更に法秩序の必要に應じて形を整へるためにそれに加工を施し、或は變形、軟化を試みる場合その努力の結果を構成といふのである。前者にあつては出來る限り生地の状態に於て生ずる法の原則を方式化せんとするのであり、後者にあつては法の最高目的のために之を生活の中に入れて生活を生動させ得る律たらしめんと試みるものとされる。元より右の所與と構成は截然と分たれて居るものではなく、兩者混合し交又しつゝ法律生活に必要な方向を與へるし、又、構成は次第次第に所與の量を増すことにもなるのである。

法の所與に付て

かくの如き對象の差異は加工の方法の差異に轉化せられるのでジェニーは之に應じて實定法に於て、法律家の努力の内容を形づくものとして「科學」と「技術」なる名稱を使用する。「科學」とは要するに自然及び事實の所與を本質上確證せんと試みる法の事物の加工と理解し得るものであり、又「技術」とはこゝで技能の觀念即ち應用機械論といつた觀念その中に取入れて居る如く、之には専門的なる、幾分職業的なる意味を持たしめて居るものとされる。要するに所與の特色は總ての人爲的なるものを排除せる法の生地そのものと見るべきものである。

この所與をジェニーは四個の主要なる態様に於て認識するが、之等は總て合して實定法の主要なる方向を示唆するものとされる。この四個とは現實的（若くは自然的）所與、歴史所與、合理的所與、理想的所與を云ひ、之を婚姻の例によつてジェニーの説明する所は大體次の如きものである（尙田中（誠）博士、「商法學の近時の傾向と商大法學の地位」一橋論叢、一卷五號六四一頁參照）。

現實的所與は人間の位置する事實狀態の中に存する。之等の現實は直接法規を創造するものではないが、その輪廓を素描するもの、少くとも必要なる環境を作るものなのである。婚姻に付ていふならばこの主なるものは男女といふ異性の事實であつて、この異性といふことは直接婚姻を規定しないが、然し同性間に婚姻が成立しないといふ觀念を明確にする。之によつても實定法の基礎にある自然的要素を否定することは實に馬鹿氣てさへ居るが然しかゝる事實資料それだけでは勿論法規を構成するものではない。然しその力は總て恣意的のものを奪ひ又總ての技術的なる規律を凌駕するものである（ローマ人の *naturalis ratio* に略々當る）。この自然的所與は法の原則の確定を條件づけるものとして非常な重要性を有する。

現實的所與に續く歴史の所與といふのは人間生活、若くは社會生活の現實及び環境を指すのであるが、之等の力の競合の全體から人間の行爲の框になる掟が得られる。婚姻の例でいふならばそれが宗教上たと世俗上たとを問はず社會的權威の統制によつて常に少くとも規律されて居る所に歴史の所與が存する。かくの如く歴史の所與は大まかに見れば漠然且つ普遍的なものであるがこの細目に於ては遙に細かに一々に亘つて居る。假令その内容範圍が變易的なものであつても輕視することを得ない。即ち過去は合法的權威を行使するは勿論、その權威は批判され得るものではあるが一應確定されたものにして、過度の改革精神に水をさすものであるからである。かくの如き意味に於て歴史の所與は強固に確立したるものであり、法の科學的探求に重要な基礎を提供するが尤も精神の最も高き能力の統制には服する。例へば議論多き所有權論もその歴史的發展の中に強固なる支持を有するに至るのである。

理性的所與は古典的自然法の重要な基礎を現はすものであり、故に理性が人間の性質及びその世界との接觸から取り出す所の行爲の規律であり、その規律は普遍的、不動的であると同時に必然的な性格を有し、法の規律の中に卓越せる地位を分與されて居る。それを支配するこの必然性が道德的のものであるが故に本來の自然法を構成するに値する。婚姻の例で云ふならば、人間の性質は理性が解する如く婚姻が野合と異つて嚴肅なる合意より出づる恒常的なる永久の結合なる事を要求する如き之である。この理性的所與の内容は理解の行く、又その範圍を充分に正確にする單一の方式に歸することを得ないので唯理性が人間の性質から法的規律として採り出す領分を證明するに止まつて居る譯である。

49 最後に理想的所與であるが、之は實定法の進歩のためにする人間の總ての欲求が集注する所のものとなる。その

純粹なるものは法關係の望ましき組織に向ふ單なる傾向に歸着する。之は法律的論議に際して現はれるものであり、例へば立法の如き場合に物理的必然性、或は固有の意味の合理的要求からでもなく輿論若くは文明の實際の状態が要請する欲求の根源に於て利用する數多くの考慮を見出す。之等の考慮は暗黙の内に道德並びに法の論争の中に前提されるものであり、そしてこの議論を使ふことによつて實は道德秩序、若くは法秩序の潜在的なる特定の原則の重要性を確認せんとするが唯この由來の弱點を理想に固有なる力によつて補はんとする。それは精神に或程度押し迫るものであるが故に、又之によつて技術ではなく本質的に所與たることを保持する。唯嚴格に科學的の性格を賦與することに困難であり、理性的認識の影響よりも信仰、感情といふ力より出づるもので寧ろ直觀がこゝで問題になるものである。

以上が大體ジェニーの所與の主要なるカテゴリーの説明であるが、然らばこの四個の所與は相互に如何なる關係に立つか、又全體として如何なる調和に立つか。ジェニーは矢張理性的所與に重きを置くものでこれ以外の他の現實的所與並びに歴史的所與は總て加工の確乎たる據點として役に立つに過ぎなく、理想的所與は理想が自然、若くは歴史を解釋して示す行爲の方向を精練し完全にする場合にのみ干與するものとされる。之によつてジェニーが所與に對する理性の働きを重視して居るのが分り、正義の原則の發見も主として事物の性質を探求し、それを歴史によつて解明し、理想の中にそれが欲求する進歩の要素を見出すことによつて行はれると解して居る。

ジェニーと略々似た思想を述べて居るのはオイゲン・フーバーである。彼の法の現實物 (Reallion) の觀念はラートブルフも解して居る如く大體に於て所與を示すものといひ得る。唯彼は法の要素を *Philos, Logik, Macht, Ges-*

talung, Realien の五つとし、最後のものを殊に法の實現化の觀點に於て考察せんとする。現實物も所與と同じくその内容が極めて多彩多面のものであるが、唯立法に關してはそれは事實的關係、現實的勢力として現はれるものとされる。而して事實的關係は立法に對して利益及び需要の形態に於て影響を與へるのみならず、それが實に各立法法の不可缺の前提を爲す意味に於ても影響を與へて居るが然し利益及び需要が現實物ではなく之等の基礎になつて居る事實、而かも利益とか需要とかの形態の變遷にも拘はらずそれに超越して依然として存する事實が現實物であるとされる。

この現實物は立法を中心として理念と對せられる。理念は立法を内面より、即ち理性的意識より規定を導き出すものであるが、現實物は之に反して法規の形成を、經驗から意識に提供される現存の實在性に從つて影響を及ぼす事によつて外側から作用するものと考へられて居る。この現實物の立法に對する關係は恰かも藝術家の素材に對するそれを思ひ浮べて考へることが出來るとされる。即ち造形藝術家が如何なる作品を作るか、木、青銅、大理石等の素材に依存すると同じく立法者の作品の内容は現實物によつて規定され、事實的關係に依存するものであるといはれる。

この現實物をフーパーは三つの觀點より分類を試みて居る。一は人間であり二は自然物であり三は傳來物である。人間は人類學的存在に於て立法に對して無視することを得ざる現實物であり立法者は肉體的力、特性、老幼男女、徳の寡少を前提として法を作らざるを得ない。そして又彼もジェニーと同じく婚姻に於て男女の結合は人間の異性的性質によつて與へられる現實物であるとして居る。自然物として考察されるのに自然力、有體物等であるが殊に事物自然の性質、經濟的關係、生活資、勞働條件、技術に付き論じて居り、又傳來物としては既存の法、秩序等が考察されて居る。之等の現實物總てに對して立法者は正にそれに對して適應せる法律制度を作る任務を有するとされて居るの

法の所與に付て

である。

今こゝでジェニーとフリーバーを比較するに兩者何れも法に對立するものとして所與、乃至現實物を考へて、之によつて法が規定される形、或は條件を考へて行く點に類似のものを有つ。だからラートブルフの如くこの兩者を一括して同一視して了ふのも全然誤りではない。然し乍ら仔細に互つて検討するならば重要な差點のあることも看過すべきではないと思ふ。(尙ラスクの「所與」に付ても觸れるべきであつたが紙數の都合上略する。)

三 所與の靜態理論

ジェニーの所與の理論は既に一言せし如く自然法の基礎乃至條件として所與に關するものであつた。又自然法の發見といふ觀點から見た所の所與でもあつた。この所與は勿論科學若くは信仰によつて把握されるが實はこれを彼が四個の所與として取り出した場合には既に純粹な生地のままの所與ではなく、寧ろ自然法の發見といふ目的のために或る觀點に立つての所與が構成されたものと云ひ得る。即ち所與と構成に於て前者は自然法の發見といふ目的のために純粹なる所與を「構成」するものであり、後者はこの構成せられたる所與から取り出せる法の原則を更に實定法の中にある技術を以て加工し法の目的のために、生活の生きたる規律たらしめんとして更に「構成」せるものに過ぎない。同じ構成であり乍ら目的と段階に相異が存するだけで所與には全然構成的要素がないと見るべきではない。只法以外の立場からその立場に固有の統整概念を以て構成するに過ぎない。換言すればジェニーの現實的或は自然的所與といふのは純粹なる所與を人間の事實状態といふ觀點に於て加工構成せるものであり、歴史的所與は人間の社會

生活の事實及び環境、殊に社會的權威といふ觀點の下に構成せるものであり、理性的所與は理性の働きによつて人間の性質及びこの世界の交渉から加工構成せるものであり、理想的所與は追求しつゝある理想の觀點より構成せるものと云ひ得る。唯我々は何故に所與を四個の觀點よりのみ構成せるものか、又その相互に如何なる關係を又全體として如何なる意味を有するかに關しては充分明瞭とは云ひ得ない。従つて *Le Fatale* の云ふ如く理想も理性の示す以外に有り得ないとするならば合理的所與と理想的所與とは重複することになるであらう。又同様の論理をそれ以外の所與に對して向ければ結局理性的所與が唯一のものとなる（これが古典的自然法の思想と同一に歸着する）。又自然的所與及び歴史的所與は果して理性的所與と理想的所與と同一の意義を有するものなりや否やに關しても疑がある。

更に何故に所與より法の原則を取り出すことを得るのであるか。若し所與が單なる事實、或は素材を示すものであるならばそれは所謂 *Sein* (或は *indicatif*) より *Sollen* (或は *imperatif*) を導き出すことにならないであらうか。若しそうだとすると *Duguit* が連帶といふ社會事實の認識より直ちに法の原則を取り出したと同じ誤を犯すことになるであらうか。或は又ラートブルフの云ふ如く素材 (*Stoff*) の中に理念を觀照せんとするものであらうか。若しそうだとするならばそれは直觀の僥倖であつて認識ではないと云ひ得るかも知れない。更に又 *Guarvitch* の如くジェニーの所與は規範的事實 (*fait normatif*) と解してよゝであらうか。

然し私は之等は何れも充分にジェニーの所與の理論を理解して居るとは思はない。私は前述の如く彼の四個の所與の理論は所與の夫々の觀點に於ける構成と考へるものであるから、右の如き批評はかゝる所與の一々に亘つて検討すべきものではあるまいかと思ふ。従つて現實的所與に付ては若しそれから直ちに法の原則を導き出さんとするならば

法の所與に付て

事實より規範を導き出したことになるであらう。同様なことは歴史的所與に付てもそれが規範的なものを歴史的事實として構成する限りは云ひ得るであらう。この二つの所與の意味は恐らく大體フーバーの現實物との法に對する意味に解してよいと思ふ。然し理想的所與に至つては著しく之と趣を異にする。之は理想と云ふ *Sollen* より構成せる規範的のものであつて之より法の原則を取り出すことは *Sollen* より *Sollen* を導き出すことを意味するのではあるまいか。又理性的所與はジェニー自身が以上の三つの所與の頂點に立つと考へた如くに理性の働きのものに主眼を置いたものであるから之によりて構成せられる所與が事實(素材)なりや、規範なりやは一概に云ひ得ないことになる。だからかくの如き所與から法原則を取り出す場合この各々の所與に付て個々別々に法原則を見出さんとするのではなくて、之等總ての所與の綜合して即ち理念をも含めてのものより法原則を導き出すのであるならば、デュギーが社會連帶の事實より法の原則を取り出したと同じく誤りを犯さず、又ラートブルフの非難も免れるであらう。ジェニーの眞意はこゝにあつた如く思はれる。兎も角も所與の問題を法の問題として之に分析を加へたジェニーの功績は不朽である。

フーバーにあつては法が立法といふ形において具體化される、この立法に影響を及ぼす事實、或はその前提を爲す所の事實として彼の現實物なる觀念を考へ、立法者は恰かも藝術家が素材に適合せる作品を作ると同様に現實物に依存し適應せる法を作るとされるが之は逆に云へば現實物が立法者の作品を規定することになるのである(ラートブルフの云ふ *Stoffbestimmtheit der Idee*)。然し彼はこの關係は唯物理的因果の關係に立つものではなく、彼によれば理念は現實物とは別個の存在であり、之がプランを作り、他のものは總て材料と道具であると見て居るのである。こ

ここでは即ち彼はジュエニーの如く自然法の代りに立法なる形式的法規の成立を考へてゐることゝ、現實物の中に理念を含まないといふこと、又現實物が法を規定するといふことがジュエニーに對して顯しい特色を爲すものと云ひ得るであらう。ジュエニーにあつては理念的所與をも含む各種の所與より如何なる自然法が導き出されるか、又それが後に成文法に含まれる技術によつて構成さるべきかの問題が中心になつてゐるが、こゝにあつては唯立法が現實に如何に事實状態に依存し、それに規定されるかを明かにしたに過ぎない。唯兩者ともこの目的のために自然法、或は立法と所與との關係を問題の斷面に於て先づ法に對する所與を前提して定めて置いて前者は自然法の導出の觀點から、又後者は法の素材より規定される觀點からとの相異があるとは云へ、夫々所與の構成を試みたものと解してよい。之を前述の如き意味に於て靜態的所與理論と稱してよいであらう。

又この靜態的所與理論に於て、若し我々がジュエニーの如くに主要なる所與のカテゴリーとその態様に留まらず、更に彼のいふ科學と信仰とによりこの所與の理念及び理論を純化させて、その規模を雄大に又統一的に、且精緻ならしむるに努むるに於ては法原則乃至自然法發見の道は之よりして益々容易に、又確乎たるものになることは疑を容れざる所であらう。又フーバーの如くに恣意的に三個の現實物の概念を取り上げる代りにもつと理論的に明確な標準を以て現實物を構成することが出来たならば法のこれに依存し、之に規定される關係は益々明白になつて來るであらう。そしてこの場合、若し逆に所與より出發して考へるとき假令法原則乃至自然法は直接導き出し得ざるとしてもこの理論によつて新たに構成された所與の内容を仔細に亘つて認識せしめることが正確なれば正確なるほど之に適合する性質の法規もその範圍及び條件に於てそれだけ狭められることになり、唯理念さへ加はれば之によつて形成さるべき法

法の所與に付て

規が直ちに見出されることにならう。之が實際の需要にとか社會の通念に適合する法の發見課程といひ得る。然らば我々はジェニーの所與の理論とフーバーのそれとは互に連續を爲して居るもので唯後者にあつては別に理念を考へてゐるので之だけからは直ちに法原則の發見が行はれないに過ぎないと解してよいであらう。

そうすると若し我々が理念を含まざる所與の理論を考へる場合に於て、若し之を解釋原則として法發見の理論たらしめんと欲するならば同時に理念の側の理論を必要とし、兩者併せて初めてそれが行はれるものなることを知らねばならぬ。かくて所與の側に於てその理念構成により之に適合せる法の性格、條件を明かにして行く一方、理念の側に於ても抽象的上位規範より漸次下位規範を経て具體的事實に關する規範の導出を試み、兩者の過程の合一點に於て、即ち最も與へられた所與の條件並に特性に適合し、而かも一方法の理念より導き出される具體的なる法を發見することが可能となるであらう。之が靜態理論の究局の目標でもあらう。

右の如き所與の理論をこの方向に向つて明瞭にして確乎たるものを築くものとして私は制度法學と利益法學をこゝで擧げたい。制度法學は理念を含めた最も卓越せる所與の法理論であると思ふ。唯この所與を法を含めて考へるか、(即ち社會現象として)或は自然法發見の基礎(自然法の總論)として考へるかによつて相異が生じる。制度とは米谷教授によれば、「人間の生活關係に於ける一の理念の現實的展開の場であり組織である」とされるのは所與の構成理論の意味に私は理解するものであり、又「制度と秩序體との關係には同一性の論理があり、類似の論理がある」と云はれるのはかく構成せられた制度と法秩序との間に右の論理によりてより法發見の過程を明確に示したものと見るものである。只制度も一つの觀念であり所與の構成方式であるので純粹の生地の所與を加工してこの形に構成すること

が又、制度を立場とする所與の理論になるし同時に之が實在としての制度であるのである。かうして出來た具體的の制度に於て今度は制定法の立場より法發見の理論が始めて可能となるのであらうし、又若しこの法をも所與の中に含めて構成するならば制度法學としての立場より法の意味づけが行はれることになる。その何れを行ふかは所與に對する立場の問題である。

利益法學はヘック、ミュレル・エルツバッハ等により創唱され、私法殊に商法に於て解釋論として顯著なる業績を残してゐることは周知の如くである。之等に關して既に田中(誠)博士の權威ある解説があるので(「橋論叢一卷五號」)之の詳細は之に譲るが只私の考へて居る立場からすればそれは所與の利益較量といふ方式を以て所與を構成して行くものと思ふ。即ちヘックの云ふ、生活探求と生活評價といふことは所與の理論及び分析構成を指すことであり、この法の理論に對する優越といふことは所與の理論を法の論理より重視するといふ事を示すものであつて、この所與の構成の方式が利益較量に他ならない(之に對して概念法學は法の論理、即ち第一次概念の下に事態の論理的包攝を重視する)。然し利益較量だけでは單に所與の事實を構成するだけであつて、之は基礎、條件を成すに過ぎないことは前述の如くであるから、之には勿論、法の側からの論理或は規範の導出が附加されることを要する。この二點を明瞭に區別して居るのはこの派に屬する *Wissenschaftler* であらうと思ふ。彼の社會學的法發見とは「社會科學的認識に因り明かにせられた裁判官の法感情に基いた法發見の方法」をいふのであるが之を彼は次の二つに區別して述べて居る。

- 1) 先づ當事者はその法律行爲を以て特定の利益即ち、經濟的若くは倫理的、或は經濟倫理的(社會的)、若くは國民的の、凡ゆる種類の努力、若くは希求を追求する。彼等は或る利益目的の達成に取りかゝる。この際同時に第

法の所與に付て

一次的な、手近な利益と、第二次的なる遠い利益とが問題になる。法發見にとつて考慮の中に入るのには總ての有因的法律行為に於て、周知の如く直接に行爲自體の内容に屬する第一次的の利益目的である。當事者の意思からする所の社會學的法發見は當事者の事實上の第一次的なる合一的なる利益目的を取り出し、そしてそれから法律の下にする法律行為的事實要件の包攝に關して歸結を引き出すか（當事者の目的からの間接法發見）若くは、求められたる規範の内容に關して歸結を引き出す（當事者の目的からする直接法發見）。

(2) 法律はその規範を以て利益衝突の決定、利益規律を與へるものである。この利益規律の具體的形成を以てそれは社會的目的を追求する。法律からする所の社會學的法發見の任務は法規範の有用なる社會目的を取り出しそしてそれから求められた規範の内容に關する歸結を引き出すことである。社會的目的を規範の規律者にまでするといふことは、具體的事件の利益地位を規範の思索されたる事實要件の利益地位とを比較することの條件を爲すものである。規範の歴史的に與へられたる社會的目的の下に服する代りに、法規範の目的論的に有用なる社會的目的を樹立するといふことは、文化の進歩、社會全體にとつてより重要であると思はれる如き所の利益を保護する目的のためにする、及びかゝる結果を生ずる利益較量の條件を爲すものである。然し目的樹立、及び利益較量は裁判官の自由なる恣意によつて行はれるものに非ず。法の安全性と法の恒常性はそれが外見的には法及び法慣習に可能な限り依據しても、内面的には特定の價值判斷に依據して行はれとを要求するのである。

之によるとき(1)は私の所謂所與の理論構成に該當するのであり、(2)は法の論理に當るものである。兩者全くして始めて法發見が行はれるが然し(1)に重點を置くものなることは明瞭に看取し得るであらう。

之を要するに制度法學、利益法學とを問はず近時の私法學の方法論が大體に於て法の論理より所與の理論構成に力を注いで居り、之は正當である。殊に商法學に於て我國の先覺者達の開拓せられる所はこゝであり、田中（誠）博士が新派の商法學といはれるのは、右の所與の理論、及び構成に重きを置く學派と解する。又博士のいはれる「商大法學」の特色の一半はこゝに存するものといはねばならない。

四 所與の動態理論

右の如き靜態的所與理論及び所與構成に對して法の所與（或は存在^{ザイン}）に對する形成、或はその效果に關する理論構成を我々は動態的所與理論と稱することを得よう。蓋しこゝでは所與を之迄の如く靜止的の或る特定の時點に於て與へられたものとして考へずに、法によつて形成されて行くもの、法の效果を受けるもの、法がその中に實現されることによつて所與自身に秩序が齎されるもの、云はゞ現在より將來に向つて法によつて動態的に發展せしめられて行くものとして出現するからである。

かゝる動態的所與理論は先づ法そのものゝ機能を重視する。マニックによれば法は效果と作用と併せ有する。これはゾレンであると共にザインである。その譯は今日の法思想に於ては法の規範的把握から轉じて生活と實際とに向つて法の根本觀念を形成し、その實現を計らんと努めて居るからである。かゝる法の本質、並びに目標は生活の實際の形成の中に於て到達せられるのであり、法はゾレンよりザインへ押し進んで行く。各々の法規は意欲的宣言であり、その實在の形成に向けられた意欲である。法は理念によつて、又秩序によつて見てもこの名宛人に向けられたる命令

法の所與に付て

のみに留まつて居るものでなく、若し名宛人がそれに適應せる行動を採らないならば法規の實現へと赴くのである。かくて法は所與の中に形成的効果の原因となるのである。

かくの如き法の所與に對する形成力を主眼とする動態的所與の理念に關して最も注目すべきは私の知る限りに於ては Milloniet であらうと思ふ。彼の法の實現性の理論が即ち之に屬するものと考へる。彼によれば法の實現性は經驗的法律學の對象であり、果しなき現實の自然的心理的世界の一部であると爲す。この法の實現性は方法論的に見ればそれは自然科学的要素と精神科學的要素との兩者を内に含む。蓋しそれは内容的に價値科學的對象を自然科学的方法によつて把握せんとするからである。かくてその原理は所謂一般化的觀察方法と個別的觀察方法によつて發見することを得る。

右の法實現性の一般化的方法による理論が全體に於て動態的所與理論を表はすものと見てよい。こゝではミュレルアイゼルトによると法は自然科学的對象として現はれ、各個人相互及び最強力の社會勢力の側からの動態的請求として理解される。この種の觀察方法の材料は價値より遊離せる自然過程であり、この不斷の力の運動は時間的、空間的に因果關係、その目的論的被制約性によつて検討され、評量され、比較される。

こゝに於ては法律を定めるといふことは、それは特定の間協同體にとつて標準を與へる最強力の社會勢力を特定の方向に置くこと、及びこの方向を思考の産物たる法律規定によつて表示することである。この行爲によつてその機能の特定の方向に向けられたる社會勢力及びその方向に於けるその先へ先へと及ぼす影響と他方、直接の當事者との間に或る特定の範圍に亘つて因果關係が現はれる。動態的干渉、及び、かゝる直接の干渉なくとも最強力が勢力がそ

の従者に不斷に與へる壓力とが各個人の力の運動及び特定の靜態的狀態の特定の修正の原因となるのである。扱て一般的法律價値は二つの方法に於て實現される。その一は社會勢力の特定の組織を定めることであり、他はこの社會的動態行爲の効果として各個人の具體的、動態的組織を生ぜしめたことであるが、然し乍らその際眞の原因として作用するのは價値ではなくて社會的勢力であると見る。

次にこの觀察方法による力の運動の種類はミュレルアイゼルトによると次の如く分類される。

1、法律の制定、即ち思考的標準の發見並びに同時に特定の方向に向つて統一的なる實行を以てする社會的勢力の狀態を導入すること。2、この最強の力による各人の不斷の動態的請求 3、各個人相互の動態的請求となるのである。

然らばかくの如き所與理論を以てミュレルアイゼルトは所與自體を如何に構成したか、一言にして云へば「力」の觀念 (Kraftbegriff) を以てする。彼によれば人間の集團は人間の力の最大の組織として理解され、又個人は人間の力の存する最下部の有機的統一體とされる。この力といふのは決して有體物でもなく事物でも、又就中運動の原因でもない。力の概念は恐らく我々の自然認識の形式である。人間の力は永遠なる、不變の自然法則に従屬するのであり、家族、國民、國家なる個體は單なる人間の力の個體ではなく、人間の多くの力をその統一的の運動に規定する機能をも有すると見ることが有益とされる。

之を法律的に觀察すれば各個人の力の中心は他の力の個體に對して動態的關係、即ち實に力の量と力の質との受領、交付を示す權利義務の關係に立つ。この關係の間に法の絶對價値に合致する關係を作ることが法の機能であり、この

法の所與に付て

關係といふのは動態的等價の關係であり、それは自動的に自づと出來上るものではなくて、等價關係が置かれる自然法則的前提が創られたる場合に初めて出來上るものである。法の絶對的價值といふのは具體的法秩序を以て實に特定の平衡、特定の等價が個人の各個動態的發現に於て、各個人の力を指導し又指揮するだけの強力を有する最強の力によつて、確定される如く、この中に干渉することであり、法の實現性とはかくてその全體性に於てその等價組織の理念たる意味を、物理的心理的最強力を以て實現する人間の社會的力の統一體の力の法規として現はれるものと解されてゐるのである。

以上がミュレルアイゼルトの法の實現性に關する考より私の動態的所與に關する理論に該當するものを取り出して敘べたものであるが、私も以前よりこの點に思を凝らして居る一人であり、「力」とか或は「支配」を中心にする所與の構成は實は最初民事責任を研究した時以來念頭を離れなかつたものである。今、彼のこの點に關する思想を知るに及び重要な資料を得たことを喜ぶ。然し問題はかゝる一般的所與の構成と並んで各法律及び法規（例へば不法行為法、會社法、或は會社の機關の規定）の立場よりする夫々所與の具體的構成及びその理論づけに存する。之が今後の吾々の行くべき方向と信ずる。勿論「支配」とか「力」とかは法（前述の意味）の中に使用されて居る概念ではなく、所與の構成概念として云はゞ法理論上のものであるが、民事責任に於てすらも、之のみを以て充分なりや否や疑がある。從來のこれに關する私の考へは些か一面的の觀がないでもない。之は綜合的の考察にまで進まなかつたためであつて、今後はこの點より研究を續けたく思つて居る。

こゝでミュレルアイゼルトに對する私の批評を簡單に云ふならば彼は法の實現性を法則的に理解し、その法則を自

然科學的法則と見て居るやうであるが、寧ろ單なる運動的法則ではなくて發展的法則とすべきではあるまいかと思ふ。勿論彼の自然法則、自然科學といふのは對象によりて規定されるものではなく、方法論的には一般化的方法によつて把握されるものを指すのであるが之は日常語として物理法則、化學法則又は物理學、化學、生物學等を聯想させるので適當ではない。この如き意味ならば社會法則、社會科學と稱した方がよいのではあるまいかと思ふ。之は名稱の便宜の問題に過ぎないが卑見によれば法實現性の問題は法の所與に對する形成力的効果をその種々の可能性に於て現在より將來に亘つて如何に洞察するかに重要な意義を有するものである。従つてその効果の波及する方向、及び之によつて所與が如何に形成され之により所與自體の發展が如何なる形相を呈するかを把握する事に存するのであるから物理學の運動法則に一見紛らはしき彼の名稱は避くべきものである。

動態的所與の理論は先づ所與自體が不斷に發展して行くものとして考へる。そして法は實現されることによつて所與の中に突入し、所與の一部となりそして之に因つて形成的効果を及ぼすのである。この効果が如何に所與に波及するか、之によつて所與の反動が如何なるものであるか、又所與が發展の方向が如何なる變化を受けるか等を洞察することが動態的所與理論の中核を爲す。従つて之等を把握する方法は波及法則的と發展法則的との大體二つに分れるが具體的には當該の事項を之を廻る凡ゆる隣接學問（例、經濟學、經營學、會計學、商業學等）の成果を利用してこの法則の力を借りて見透しをつけ、之を所與の將來の可能性として豫斷する外はない。それは過去より現在に至るまでの經驗法則によつて現在より將來の發展の相を豫測せんとするものといひ得る。又それだけ法に隣接する諸科學の成果に依存する所が頗る大きいと同時に之を如何なる法學的立場より綜合的に洞察するかと問題なのである。

法の所與に付て

五 結 語

以上によつて私は所與の靜態的理論と動態的理論とに分けて問題を示したが次に兩者の關係につき簡単に觸れる。

先づ法發見の觀點からするならば靜態的所與の理論がその基礎並びに條件を爲すものとして、それに負ふこと頗る多きは疑を容れない。然し乍ら更にその先を考へて行くならば之を基礎として第一段に發見されたる法の原則は成文法に示されたる技術を以て構成され、そして裁判所によつて適用されて判決になるか或は之を條件として裁判官が更に立法者の意思を法規より解釋して判決を下すときこの判決によつて所與の中に具體的秩序が形成され、又實現されると思得る。然るときは法原則乃至法發見に當つてもこの法の實現による形成的効果を全然無視して行く譯には行かない。従つて第二段に於ては動態的所與理論が之に關する限りに於て顧みらるべきものと云ひ得る。殊に裁判所の形成力が擴大さればされる程この第二段の動態的理論が重要性を増して來る。我改正商法に於てはこの裁判所の形成力を擴大せる條文(例、商法五八條、一〇七條等)が多數見受けられ、之等の條文の適用に當つてはその効果の見透しをせずして爲すことは得ないものと云ひ得る。而してこの傾向は今後も益々進んで行くものと考へられる。

次に立法の觀點からすれば、立法者は當事者の利益を保證し、之を規整する目的を以て法を制定するのみならず、更に彼は法をその實現によつて形成的作用を及ぼす原因を考へて制定する。然る時は法規が將來及ぼす所の之等の效果の發展の方向を充分に考へ抜いた上で、若し或る可能な作用が立法者の欲する所に合致する所のものであるならば、之を及ぼす原因としての法規を形成する譯である。かくの如き法の實際的效果の洞察を與るものが動態的所與理論の

任務といはざるを得ない。又近時命令契約と稱し、國家又は國家機關が特定人に對し或る給付を特定人に爲すべきことを命ずるとき、之によつて恰かも當事者間に契約の締結ありし如き状態を齎す規定(例、産金法第二條、輕金屬製造事業法第二五條等)を設ける場合には最も顯著に動態的所與理論の必要性を物語るものであらう。然し乍ら立法者の有する法原則自體は當初、所與の構成を基礎として取り出されたものであるからこの限りに於て靜態的所與理論も意味を有する譯である。要するに動態的所與理論は第一段に於て靜態的所與理論、及び構成を基礎として抽出せられたる法原則乃至法を第二段に於て種々の將來に於ける可能性の効果を考慮して選擇的、修正的作用を及ぼすものと考へられる。

最後に、所與に對して形成的効果を及ぼすものは裁判所立法者のみに限らない。實に現下に於ては行政機關こそかくの如き國家の重大なる作用を大部分擔當して居るのであり前述の命令契約に於ても之を具體化するは行政機關である。所謂經濟法は現今に於てその殆ど全部が所與に於ける經濟的秩序形成の目的を以て制定せられたる第一次的行政規範であるから、之が所與への實現に當つては正しく動態的所與理論がその効果の洞察を得せしめることによつて、法の執行の態様方向に於て國家の理念に合致する結果をもたらすであらう。

かく考へるに於ては所與の靜態的理論はさることながら動態的理論は今後法學就中新派商法學及び經濟法學に於て益々重要性を増して來ねばならぬ。然し繰返して云ふ、所與理論は法學に於て一半を爲すのであり、之に對せられる法の論理と相俟つて初めて法學上の意味を得られるのであるからこの限度を踰越してはならない。

(昭和十六年度開講の辭の一部を加筆)