

書肆心水提供サンプル／個人使用の範囲でお願い致します



法と世の事実とのずれ

SAMPLE

Shoshi-Shinsui.com

書肆心水



書肆心水提供サンプル／個人使用の範囲でお願い致します

目  
次

SAMPLE  
Shoshi-Shinsui.com

はしがき 11

## 第一章 法と事実の関係

一 法における規範と事実	14
二 法的に意味のある事実	22
三 法と事実の闘争	30
四 法と事実の融合	42
五 問題の展開	52

## 第二章 法と道徳的事実

一 法と道徳共同体	58
二 道徳共同体に対する法の不干涉主義	67
三 道徳共同体の崩壊	80
四 法と道徳的事実との間のずれ、 法と道徳的事実との間のずれの調整	87

## 第三章 法と経済的事実

一 法と経済的慣習	102
二 法と経済的事実との間のずれ、 法を裏切る経済的事実	108
三	115

SAMIIHE  
ShishiShinsu.com

## 第四章

### 法と政治的事実

四 法を裏切る経済的事実に対する措置  
五 経済的利害の対立とその法的調整

1  
2  
3  
2  
5

## 第五章

### 成文法と慣習法

一 慣習法の成文法改廃力	188
二 成文法主義と慣習法主義	191
三 慣習法の理論	200
四 慣習が法となるための条件	212
五 慣習法の法段階上の位置	225
六 慣習法と判例法	241
七 むすび	247

SAMPLE ShoshinShirui.com

書肆心水提供サンプル／個人使用の範囲でお願い致します

法と世の事実とのずれ

SAMPLE  
Shoshi-Shinsui.com

凡例

一、本書は尾高朝雄著『法と事実』（一九四九年、朝倉書店刊行）の新組復刻版である。本版の書名「法と世の事実とのずれ」は内容を分かりやすく伝えるために本書刊行所がつけたものである。

一、漢字は新字体に置き換えた。（「欠缺」を除く。）元の本は基本的に新仮名遣いで表記されているが、一部に旧仮名遣いが混じっているので、それは新仮名遣いに置き換えた。

一、促音の「つ」は小字に置き換えた。踊り字（繰り返し符号）は「々」のみを使用し、それ以外は仮名に置き換えた。

一、明らかな誤り（大義明分）の如きはそれと示すことなく訂正した。

SAMPLE  
Shoshi-Shintsu.com

## はしがき

昭和二三年の五月に設立された日本法哲学会は、その出版方面の事業として、一方では「法哲学四季報」を刊行すると同時に、他方では「法哲学叢書」の編集を行っている。その目標は、法哲学的基本原理と実定法学の具体的な諸問題とを結びつけ、法哲学と実定法学との架橋を実現するため、多方面の実定法学者あるいは政治学者の協力を求めると同時に、その成果をもってひろく一般の知識人や実際家に訴え、社会問題の解決の一助たらしめようとするにある。法哲学は、単なる学者だけの法哲学であつてはならない。法哲学は、それと同時に実務家の法哲学となり、実際問題の解決に役立たなければならない。それが、日本法哲学会の仕事の最大の狙いである。

本書は、和田小次郎教授の「法と人間」につづいて、「法哲学叢書」の第二篇として刊行される。法と事実の関係は、一見して地味なテエマではあるが、その中にさまざまの生きた実際問題がふくまれている。しかも、その問題は、民法や商法や刑法や政治の諸領域にまたがって、複雑・多岐な綾を示している。実定法学の素養に乏しい私にとっては、これらの複雑な問題をこなすことには、すこぶる困難であった。さいわい、前に法学協会雑誌に書いた「法と事実の関係について」、

および、京城大学法学会論集に載せた「慣習法の成文法改廃力」という二つの論文があつたので、それを土台として、できるだけ多角的な論述を試みて見たが、もとよりはなはだ不十分なものであることをまぬかれない。さらに将来の検討を期したいと思っている。

日本法哲学会の出版物は、すべて朝倉書店の手によつて刊行されている。朝倉書店がこの事業のために示してくれている熱意は、一般の営利企業には容易に期待し得ないものがあるといってよい。本書の上梓にあたつて、その誠意と協力とに深い敬意を表すると同時に、同書店編集部の安保清嗣君の一方ならぬ骨折りに対して、心から感謝して置きたい。

昭和二四年七月一日

尾高  
朝雄

SAMPLE  
Shoshi-Shinji.com

第一  
章

法と事実の関係

SAMPLE  
[Shoshi-Shinsui.com](http://Shoshi-Shinsui.com)

## 一 法における規範と事実

法と事実の関係は、すこぶる複雑・微妙であつて、この関係を手がかりとして考察をすすめて行くと、さまざまな法哲学上の重大問題をたぐりよせることができる。

いや、事あらためて問題をたぐりよせるまでもなく、そもそも法は規範であるか、あるいは事実であるかということが、すでに根本の問題なのである。

一方からいうと、法はたしかに規範である。人間の生活は、法によつてあまねく規律されている。借家人は家賃を支払わなければならぬし、国民は国法の定める通りに租税を納めなければならぬし、官吏は法規を按じ、国民の総意にしたがつて、国家の公務に精励しなければならない。それらは、いずれも法の規範性のあらわれであつて、決して単なる事実ではない。それは、それに違反する事実があつても、なおかつ守られなければならないところの準則であり、捷である。だから、学者は、法は規範であり、当為の法則であるといふ。

しかしながら、他方からいうと、法たる規範は、原則として社会生活上の事実となつて行われている。借家人は家賃を払い、国民は租税を納め、國家公務員は日々の職務に精励している。もしも借家人が家賃を支払わなければ、家主は最後には裁判所に訴えるであろう。裁判官は、借家人にその債務を履行することを強制するであろう。もしも国民が租税を納めなければ、税務署は督促状を発するであろう。それでも怠納をつづけるならば、財産差し押さえの処分を行うであろう。それは、いずれも、人間の事実上の行為である。そうして、そのような事実の連鎖の中に

法があり、秩序がある。したがつて、法学は、まさにかように、法が社会生活の事実として行われている有様を探究しなければならないということも、同じく真理なのである。

たとえば、過去の時代の法を研究する法史学にとって、その研究の対象となるものは、決して単なる規範ではない。むしろ、或る時代には事実いかなる法が行わっていたかが、その考察の目標となるのである。古代ロオマの法律訴訟はどういう仕方で行われていたか、ゲルマン民族の所有は事実上いかなる形態のものであつたか、中国の唐代にはどんな種類の刑罰があつたか、等々、歴史上の事実現象となつて実現されていた法こそ、まさに法史学の研究しなければならない、「法」なのである。イエリングのいう通り、「法の機能は、一般に、自らを実現すると」ところに存する。実現されないものは、法ではない。逆に、この機能をいとなむものは、それがまだ法とは認められない場合にも、なおかつ法である<sup>(1)</sup>。こういう見方からすれば、いかに法規があり、法典が存しても、その中に自らを事実として実現する機能をいとなまない部分があるとすれば、それは法ではないといわなければならぬであろう。

故に、法をその実現された形において見た場合には、法は単なる規範ではなくて、むしろ事実であるという理論が成り立つ。いや、單にそればかりではない。法は、それを、その定立される根源にさかのぼつて考察した場合にも、同じく事実に立脚するものであることが知られる。

法は、人間の意志によつて定立される。もつとも、むかしば、ほとんど例外なくすべての民族が、法は神の意志であると考えていた。近頃の国法学者は、法を国家の意志として説明し、民族全体主義者は、法は民族の意志であると主張した。けれども、神の意志や、国家もしくは民族の

第二章

法と道徳的事実

SAMPLE  
Shoshi-Shinsui.com

## 一 法と道徳共同体

人間の共同生活の第一次秩序は、主として道徳から成り立っている。そこには、自然の和合があり、強いられることなしに行われる扶助があり、相互の協力がある。そのような第一次秩序だけで事足りる世界では、人間生活を維持するための物質的条件は、多くの人々の共同の利用に供せられる。したがって、自分が独占して、他人の使用を絶対に排除することのできる個人所有権というような観念は、稀薄であり、かつ漠然としている。かように、物の面で自他の限界がはつきりしていないという状態と対応して、心の面でも或る意味で同じような自我意識の不明確さがある。というよりも、自我の観念が他人の上にも拡大され、他人が他人でありながら、しかも自我の一部分として意識される。むしろ、或る場合には、他人の存在の方が、小さな肉体で限界づけられている自我よりも、はるかに貴重なわれであるとさえ観ぜられる。それだけ、人間の利己性の上に、美しい人間の利他性が優越する。人間の利己心が貪婪な排他性をもつて自己を主張しないところでは、人ととの間の和解し得ない鬭争も起らない。鬭争の起らないところでは、争いを裁くための法も必要でない。中国の古人は、法三章にして足りることをもつて、統治の理想となした。その意味で、第一次的な道徳秩序だけで成り立っている社会は、原則として法を必要としない共同生活の形態であるといつてよい。

このような道徳一元的な人間共同生活の秩序は、きわめて素朴な形態において人類の歴史の起点たる原始共産社会の中に存在したと想像される。原始社会の状態や内部構造は、今日では科学

的に推定することは困難である。しかし、古代社会の研究や未開社会の民俗学的調査の結果から推して、単純な構成をもつ氏族や部族、等の血縁団体の内部では、個人の独立した存在は認められず、すべてを全体本位に規律する幼稚な共同体倫理が支配していたと見てよいであろう。逆に、マルクス主義が人類の歴史の窮極点に想望する完全な共産主義社会も、その規模においてこれとは全く比較にならぬ人類全体の勤労者社会ではあるが、内部構造の本質からいようと、このような道徳一元的な秩序と多分の共通性をもつ。そうして、そのような高度共産主義の社会では、もはや強制秩序としての法の必要はなく、強制秩序の維持のために設けられた国家の制度もまた、自然に枯死してしまうものとされているのである。

かようすに、強制秩序としての法を必要としない一元秩序の社会構成は、あるいは、歴史の起点において小規模な血縁社会として推定され、あるいは、歴史の終点において大規模な人類社会として望見されている。しかし、それよりももっと現実性の多い歴史の中間段階においても、これと或る点までの類似性をもつ道徳共同体が存在していることは、たしかである。そのような道徳共同体は、その存立の条件として、一面では親近な血縁社会であり、他面では密接な地縁社会であることが必要であろう。したがって、それは、現実には、比較的に単純で小規模な社会構成としてのみ可能であろう。そこでは、人々は、ギデイシングスのいう強い「同類意識」によって結ばれている<sup>(1)</sup>。そこに生活する人々の自我観念は、排他的な個我意識ではなくて、フィイアカントのいわゆる「我等意識」である<sup>(2)</sup>。そうして、意識の面でのかのような共同性には、人間の生存の物質的条件を利用する面での共同性が照応する。典型的な血縁社会である家族の内部では、——市民

第三章

法と経済的事実

SAMPLE  
Shoshi-Shinsui.com

## 一 法と経済的慣習

法は道徳的事実を重んじなければならぬ。法は道徳的事実によって裏づけられていないければならぬ。したがつて、もしも法が道徳的事実から遊離しており、しかも、その道徳的事実を陋習として斥けるべき何らの理由もない場合には、立法の作用や解釈・適用の技術によって法を矯めなおし、できるだけそれを「法外」の事実に近づけて行くように力めなければならぬ。

ところで、法によつて尊重せらるべき道徳的事実は、多くの場合、決して単なる道徳ではなくて、同時に経済上の意味をもつてゐる。道徳の中には、経済からはなれた高踏性をもつことをもつて尊しとするものもあるが、法によつて尊重され、法によつて保護される必要のある道徳は、むしろ、きわめて現実的な人倫関係であり、したがつて、深く経済と結びついてゐる。さきに述べた家族共同体の生活や内縁の夫婦関係などにしても、道徳関係であると同時に、明らかに経済的な関係である。法によつて尊重せらるべきであるのは、単なる道徳共同体としての家ではなくて、同時に消費共同体であり、ときには生産共同体でもあるところの世帯である。法によつて保護せらるべきであるのは、単に精神的に琴瑟相和している夫婦関係ではなくて、夫が死亡すれば妻は生活に窮し、妻の負仕事に頼らねば病床にある夫の口を糊する道もないような場合も起るところの、経済上の夫婦生活である。故に、法によつて保護せらるべき道徳的事実から、かりにその道徳的意味を捨象して見たとしても、そこにその同じ事実が経済的事実として残る。社会経済を保護し、尊重するのは、法の重大な任務である。経済の要求にしたがい、経済活動を秩序づけ、

経済目的を事実生活の中に実現せしめて行くのは、法の本質的な機能である。かくて、法と経済的事実との間にも、法と道徳的事実との間に見られるのと同じく、いや、或る意味ではそれよりももっと密接な関係が見出される。

しかし、ここで問題にしようとするのは、法と経済との関連一般ではない。法があまねく経済の要求と合致し、経済が常に法の規律にしたがつて行われている場合は、法と経済的事実との間の不合致は生じない。それは、成功している法であり、円滑に行われている経済ではあるが、そこには、実定法の理論として特に取り立てて考察すべきほどの問題はない。法学にとつて問題となるのは、法の規定が完全でなく、法と経済生活の事実とがずれている場合、あるいは、法が一つの政治目的にしたがつて経済を規律しようとしているのに、経済がかならずしもそれに追随しないために、両者の間に表と裏の背反関係が生じている場合である。その意味で、ここで取りあつかわれる問題の性格は、法と道徳的事実との関係を考察した場合のそれと、全く同様であるといつてよい。

社会経済の活動は法の規律の下に行われる。いかなる自由経済といえども、法の規律を必要としないほどに自由ではあり得ない。自由経済は、私有財産制度を基礎としていたとなまれる。自分で働いて得たもの、あるいは、親からゆずられたものは、自分の財産であり、自分で自由に使用・収益・処分することができる。したがって、それを消費生活にふりむけてもよいし、有利と考えられる企業の資本として活用してもよい。そこに、物の使用の自由があり、消費の自由があり、企業の自由がある。しかし、それらの自由が現実に保障されるためには、他人によつてそれ

第四章

法と政治的事実

SAMPLE  
Shoshi-Shinsui.com

## 一 政治における不寛容の体系

法は政治と不可分に関係する。或る国、或る時代の政治が或る一定の方向にむけられると、その政治動向の根本の方針を明らかにするための憲法が作られ、その憲法の下に、さらにさまざまな具体的の政治目的にしたがう法令が制定される。人間社会の内面的な道徳秩序や経済慣行といえども、それが一元的な国法秩序の中に取り入れられる場合には、かならず直接・間接にその国の政治の基本的動向の影響を受ける。かくて、政治は法の内容を決定する。それと同時に、法は、法の内容を決定しているところの政治目的の達成を容易ならしめるために、その政治目的を阻害するような行為を抑制し、禁止し、処罰する。いいかえると、法は、政治活動の筋道を明らかにすることによって、政治において何が合法的であるかを決定する分界線を引く。

法によって、或る政治社会の内部に何が合法的な政治であるかを決める分界線が引かれると、その分界線から逸脱する事実行為は、違法となり、不法となる。これらの違法または不法の事実行為は、かならずしもすべて政治的な意味をもつとはかぎらない。けれども、それらの事実行為が、法を牙城とする支配的な政治動向に対抗し、これを倒壊せしめようとする統一的・計画的な目的によつて指導されている場合には、それは、明らかに一連の政治的な意味をもつ事実行為である。かような反対の政治動向が強化されて来れば来るほど、その攻撃を受けている既存の支配勢力は、ますます法の防壁を固めて、これを阻止し、抑圧しようとする。かくて、合法の政治と非合法の政治とがはつきりと対立して来る。それは、一方からいえば、政治と政治との対立であ

るが、他方からいえば、法と政治との対立であり、法と、非合法の政治的事実との衝突である。法と事実との間には、これまで考察して来たような多面・多角の、ずれや対立が生ずるが、その中でも、最も尖鋭化した形態にまで発展し易いものは、かくして生ずる法と政治的事実との間の対立である。

ところで、法が多様な政治の動きに対し、どこに合法・非合法をわかつ線を引くかは、法の根柢にある基本的な政治原理の如何によつて、著しくことなる。すなわち、法の根柢にある政治原理が寛容であればあるだけ、現実の政治活動に対して引かれる合法性の分界線は、それだけひらく拡大される。これに反して、法が不寛容の政治の城塞として構築されている場合には、この線の劃する合法的政治活動の範囲は、それだけ狭く限定される。それと同時に、政治に対して寛容な法は、よしんば、それによつて引かれた合法性の枠を越える政治活動がなされても、これに對してできるだけ温和な態度でのぞもうとする。<sup>(1)</sup>逆に、合法的政治活動の限界を狭く劃そうとする法は、この限界をふみ破る政治に対し、峻厳な刑罰をもつてのぞむこととなるかたむきが強い。

自己の立場にそむこうとする政治動向に対し、合法性の枠をきわめてせまく劃すると同時に、非合法の政治的事実に対し強い弾圧の方針をもつてのぞむ態度は、専制主義によつて代表される。

専制主義は、その下で行われる「合法」の政治の内容が、はたしてどのようなものであるかを深く問わない。そこでは、人民に対する施される仁政も、もとより合法であり得るが、それが実

第五章

成文法と慣習法

SAMPLE  
Shoshi-Shinsui.com

## 一 慣習法の成文法改廃力

これまで、道徳・経済・政治の各領域にわたって考察して來た法と事実との関係のうち、實際問題として最も重大であり、深刻であるのは、法と政治的事実の対立である。しかし、この対立をどう処理するかは、主として政治それ自体の問題であつて、法理論の上からこれに調整を加え得る余地は、きわめてすくない。支配的な立場に立つ政治動向が、政治活動の合法性の線を或るところに引けば、その線を逸脱する政治的事実は、不法となり、犯罪を構成する。けれども、あえてその不法を犯そうとする反対の政治動向の側から見れば、正邪のけじめは全く逆転する。したがつて、もしもそういう反対の政治動向が勝利を占めれば、それまで不法として排斥されていた事実が合法となり、逆に、今までの合法が不法に転化する。そういう具合に、不俱戴天の敵対関係にある二つの政治動向の間には、公分母がない。公分母のない二つの政治的世界の間に何らかの調整の道を求めるることは、政治的実践の当面する大問題であつて、単なる法理論の処理し得るかぎりではない。

これに反して、道徳や経済に関して考察された法と事実との対立の多くは、それが対立であるにもかかわらず、その間に公分母をもつてゐる。法は、法の規律にしたがわない事実の中に、尊重すべき道徳的意味や、尤も至極な経済的理由があることを知つてゐる。ただ、それが法の規格からはずれているために、法はそれらの事実を「法外」の現象として、法の保護の外に置いているにすぎないのである。しかも、法がそれらの事実を法外の世界に拒斥している以上、いかにそ

の中に尊重すべき道徳的意味や尤も至極な経済的必要があつても、それを正面から合法の事実と認め、それに正規の法的保護を与えることは、法の規定を破る結果になる。したがつて、そこに「違法」の問題が起る。このような形式的な違法の問題を、筋道立てて解決して行くのは、まさに法理論の問題である。とくに、形式上法の保護の外に置かれている道徳上・経済上の事実は、主として慣習の形態を備えている。したがつて、慣習的な道徳上・経済上の事実を、どこまで、また、どういう筋道によつて合法性の枠の中に取り込むかは、慣習法の理論の重要な任務となつて来る。

慣習法の理論の出発点となる問題は、慣習法が成文法を改廃する力をもつかどうか、ということである

成文法とともに慣習法を重んずる必要があることは、今日、いかなる学者も認める。単に学者が認めるばかりでない。成文法それ自身が、慣習法の重んずべきことを認めている。スイス民法第一条が、成文法につづいて慣習法を裁判の規準たらしめ、日本の法例第二条が、法令の認める慣習、および、法令に規定のない事項に関する慣習に、法律と同一の効力を賦与しているのは、その典型的なあらわれである。この場合には、慣習は、成文法の「委任」を受けて、成文法と同等の効力をもつものと見なされているのである。しかし、それは、――「法令の認める慣習」を別としていえば、――その慣習が「法令に規定のない事項に関する」かぎりにおいてである。法令に規定のある事項については、それとことなる慣習があつても、成文法は慣習に優先する。第三章で述べたように、成文法は慣習に法令を「補充」する効力を認めてはいるが、法令を「改廃」