

第二三章 社會團體の組織

四七 社會團體に於ける全體と部分

國家の本質を究め、國家の實在の基礎を概観し得た我々は、いまや國家に於ける全體と部分、國家に於ける法と政治の組織關係を當面の論點とすべき時機に到達した。國家實在論の考察は、主として立體的複合成態たる國家の底脚に向けられて居たが、國家の組織の論究に當つては、考察の焦點は、國家本質論に於けるが如く、再び客觀的精神成態としての國家の意味構造の上層部に注がねばならぬ。しかも、國家本質論が國家を社會・法・政治、の三側面から分析的に觀察したのに對して、國家組織論の任務は、社會團體としての國家に於て法と政治の兩側面が相互に如何に聯繫して居るか、を、総合的に明らかにする點に在る。國家構造の理論は、國家の實在の檢討より國家の組織の論究に移ることによつて、正にその問題の核心に突入しようとして居るのである。

國家は始原本來の意味で一つの社會團體である。故に、國家の組織は先づ第一に社會團體の組織として考察されねばならぬ。社會團體の組織は、専らその全體と部分との意味的及び實在的關係に

よつて決定される。社會團體に於ける全體と部分との意味的關係は、團體の支配組織の原理である。これに對して、社會團體に於ける全體と部分との實在的關係は、團體の基本形態の分類原理を提供する。かやうに、意味及び實在の兩様相から規定された社會團體の組織の中に、更に法及び政治の兩觀念形態が互に重疊交錯し來ることによつて、實在國家の複雑微妙なる構造が顯現する。

國家に限らず、一切の社會團體は、意味の聯關によつて構成された單一の全體である。全體は單一體であるが、如何なる全體も單純無組織な單一體ではなく、常に必ず多くの部分から組織された複合的單一體である。複合的ならざる全體は、眞の全體ではない。部分は全體の中に在り、全體は部分によつて組織される。全體は、外部から見れば單一不可分の存在者であるが、内部に於ては多數の部分から合成され、そこに全體と部分との相對的對立關係を示して居る。全體としての社會團體に於て部分たる地位に立つものは、原則として個人である。團體が部分團體によつて構成される場合にも、部分團體の内部關係を更に分析して行けば、結局最後の部分として個人が現れ、個人が部分團體を通じて包括的社會團體の部分を作成して居る。故に社會團體に於ける全體と部分の關係は、究極的には團體と個人との組織關係である。

社會團體は觀念態であるが、しかもそれは、決して單なる觀念態ではなく、多様な事實現象の中に自己を實現し、それによつて同時に實在するところの觀念態である。社會團體に於ける全體と

部分との關係を觀念及び實在の兩側面から見れば、全體は團體の觀念性の中心であるのに對し、部分たる個人は事實的社會現象の主體として、團體の實在性の基礎を成して居る。事實的社會現象の主體たる個人の存在は、活動であり、變化であり、多様である。これ等の活動や變化や多様は、部分より全體への意味の聯關によつて團體そのものに歸屬せしめられ、團體が個人を通じて多様な活動を行ひ變化を示すものと見做される。否、單にかく見做されるばかりでなく、觀念態たる團體は、その組織原理に基き、個人の活動に於て實在的に活動し、個人活動の變化に牽聯して實在的に變化しつゝある。しかも、そこに現れる變化は、なほ且つ團體の構造の外廓に於ける變化に過ぎず、觀念的意味を中核とする團體自體の存在までが、それによつて變化するのではない。團體の活動は多様であるが、團體そのものの存在は多様の統一である。團體は部分活動に於て變化の相を現すが、全體としての團體はその變化の中に自同性を維持する。團體の持つ觀念性、統一性、自同性は、全體に歸屬し、團體の活動の事實性、多様性、可變性は、その部分によつて體現される。社會團體は全體と部分との組織的綜合態なるが故に、觀念にして且つ實在であり、無限の多様に於ける統一であり、不斷の變化に於ける自同たることが出来る。

社會團體に於ける全體と部分とが、外部に向つては相互に牽聯して組織的單一體を形成しながら、内部に在つてはなほ且つ相對的に對立しつゝあることによつて、全體と部分との間の一つの重要な

關係が生ずる。それは部分に對する全體の支配である。團體に向つての個人の服従である。

若しも社會全體が全く組織を持たぬところの單一體であるとすれば、團體は外部に對して他の團體を支配し、または他の團體の命令に服従しつつあるとしても、團體の内部關係に於ては、個人から成る團體と、團體を成す個人とは互に合致融合し去るが故に、その間に支配服従の關係の成立する餘地はない。自己がそのままの自己を支配し、自己がそのままの自己に服従すると云ふことは、無意味である。然るに、社會團體に於ける全體と部分とは、互に組織的統一を成すと同時に、なほ且つ、組織された者と組織する者との對立を形作つて居るから、その間にはまた支配者と服従者との特殊の上下關係の成立する餘地がある。否、支配者たり服従者たることは、團體に於ける全體と部分との最も根本的な關係である。部分に對する支配力を持たぬ全體は、もはや實在する團體ではなく、全體の支配に最後まで服従しない部分は、その團體の部分とは見做され難い。多數個人は團體を構成しつつ、しかも自らの構成する團體の支配に服従する。それは、組織構成態たる團體我の、組織作用態たる個體我に對する支配に他ならない。

組織構成態たる團體我の、組織作用態たる個體我に對する支配は、然しながら、その直接の状態に於ては未だ現實の支配の機能を發揮することを得ない。何故ならば、現實に行はれるところの支配は、事實上の社會關係の一形態であるのに對して、社會團體に於ける全體と部分との間の關係は、

觀念態と事實態との間の關係であり、從つてそれ自身なほ觀念的な關係、意味的な關係の域に留まつて居るからである。かくの如くに觀念的な支配の關係が、更に事實上の支配關係として實現されるためには、全體としての社會團體を代表する個人が存在し、それ等の個人が團體の名に於て他の多數個人を支配することを必要とする。即ち、團體を代表する個人によつて行はれる支配が、團體そのものの行ふ支配として意味づけられ、事實關係として成立する支配が、觀念的な團體の支配の實在性を基礎することを必要とするのである。かやうに、團體を代表して團體の支配を實行し、團體の名に於てする支配の實行によつて觀念的な團體の支配を實在化するところの個人は、その團體の「機關」である。觀念的全體としての團體は、その部分たる個人を團體の機關として意味づけ、その個人が行ふ事實上の支配を團體の支配にまで高める。逆にまた、團體の機關たる個人は、その事實上行ふところの支配によつて、團體の支配を實在的に基礎する。團體の活動は全てその機關を通じて行はれるが、中にも團體の行ふ支配の活動は、機關活動に於ける意味實現を通じて始めて實在の世界にその機能を現すのである。

さきに述べた如く、個人によつて爲される社會團體の代表には、個人が團體を直接に代表する場合と、かかる團體の代表者が更に他の個人によつて代表される場合とがある。それに伴つて、團體の機關にも、團體の直接の機關と、間接なる團體の機關とが區別される。團體が複合的であればあ

る程、代表及び機關の關係はその複雑性の度を加へる。單純なる社會團體は、その活動のためにかかる複雑な機關構成を必要としないが、如何に單純な團體であつても、それが一つの全體として多くの部分から組織されて居る以上、それ等の部分を全體の機關たらしめ、全體の活動を部分によつて代表せしめるところの、意味の聯關を缺くことを得ない。機關の存在は團體の存在の必須の要件である。觀念的なる全體は機關を通じて事實の世界に自己を具現し、事實的な部分活動の効果は、その部分の機關たる地位に基いて全體に歸屬される。觀念と事實、統一と多様、自同と變化が、單一對象たる社會團體の兩極に現れ、しかもこれ等の諸様相が互に伸張して決して分裂するに到らないのは、専ら全體と部分とを結合する機關聯鎖の弾力性による。

團體の部分たる個人は、かくの如く、一方に於て單なる個人として存在すると同時に、他方に於ては團體の機關として自己の中に全體を體現し、自己の活動を通じて全體を活動せしめる。ゲルハルト・ライプホルツの言葉を以て云へば、そこに社會團體に於ける「人間存在の二重性」(Duplizität der personellen Existenz)がある。團體の機關たる地位は、通常は法によつて資格づけられた特定の個人のみ^(一)に歸屬し、他の個人は單なる個人としての私生活を營む、と考へられるが、それは機關概念の法的限定の歸結に過ぎない。若しも團體の活動が法的支配の作用のみに限られるとすれば、團體の機關たる地位は、當然に團體構成員の一部分の上に局限される。徹底した直接民主主義を採

る國家に於ても、國民の機關活動は年齢その他の點で法による制限を受けて居る。これに對して、團體の經濟的、道德的、文化的活動を團體そのものの作用と認めるならば、團體の機關活動もそれに應じて法の限界を越え、團體員の全般にまで推し擴められ得る。ここに、後に述べるが如き國家の法的機關概念と政治的機關概念との區別の根據が存する。

一切の個人は、團體の部分たる資格によつて社會的全體の構成に参加し、少なくとも最小の限度に於て團體の支配に關與して居る。何故ならば、團體員の服従は團體の支配の實效性の基礎であり、從つて、團體に服従するところの各個人は、正にその服従を通じて團體の支配を可能ならしめて居るからである。けれども、團體の作用を分掌する個人の活動は、如何なる場合にも決して絕對に同質平等ではなく、その間には常に必ず、特に明瞭に社會的全體の意味を體現するものと、然らざるものとの差別が認められる。此の差別に基いて、團體の權威を直接に且つ全般的に代表する個人と、團體の權威に服する一般人との間に、本質的な地位の相違が生じ、一般個人は團體そのものに服従すると同時に、團體の權威を全般的に代表する個人に對し、忠誠を捧げる。即ち、團體の個人に對する支配が、個人の個人に對する支配の上に反映するのである。此の場合には、支配的地位に立つ個人は、ただに團體の權威を直接に體現するがために尊嚴であるばかりでなく、團體的權威を具現する個人として既に尊嚴である。國王が、國家を直接且つ全般的に體現することにより尊嚴である

と同時に、國家を體現する地位に立つ個人としても亦尊嚴なのは、これに由る。共和國の大統領の權威と雖も、決して國家の代表者としての權威のみに盡きるものではない。單に國王や大統領のみならず、一般に團體活動を代表する個人の地位には、その活動に現れる全體の意味の濃淡に従つて、特殊の榮譽が賦與される。アリストテレスのいはゆる「平準的正義」は、團體を構成する個人を一視平等の個人として、各人に彼のものを與へることを求めるが、その「配分的正義」は、團體を組織する個人の特殊の地位に基き、全體と部分との組織關係を個人と個人との關係の上に反映せしめようとする原理に他ならない。

(一) 第二篇、第九章、第三節。

(11) Gerhard Leibholz: Das Wesen der Repräsentation, unter besonderer Berücksichtigung des Repräsentativsystems. Ein Beitrag zur allgemeinen Staats- und Verfassungslehre, 1929, S. 106.

(12) 本篇、第四章、第五節參照。

四八 社會團體の基本形態

全體と部分との意味聯關によつて決定される組織は、いづれの社會團體にも共通して認められる

觀念的な契機であるから、これを以て直ちに團體の類別原理とすることは出来ない。何故ならば、觀念の様相は同一性であり、差別性ではないからである。これに反して、團體の組織關係を實在の聯關から考察するならば、實在性の中心が全體に在るか、部分に置かれて居るか、あるひは全體と部分との調和に存するか、によつて、社會團體を三つの基本形態に分類することが可能である。意味の聯關から云へば、團體に於ける全體と部分との關係は一定不動である。團體の觀念性、統一性、自同性の中心は飽くまでも全體に存し、團體活動の事實性、多様性、可變性は常に部分の尖端に集結し、兩者處を代へることは決してあり得ない。然るに、獨り團體の實在性の中心のみは、必ずしも常に全體にのみ存せず、團體の實在を基礎する事實關係の變化と共に、あるひは部分たる個人に偏局し、あるひは全體と部分との交錯調和の裡に現れる。團體の實在性が全體に集中すれば、部分たる個人の實在性は自らに極めて微弱となり、逆に部分たる個人の實在性が偏局的に高まれば、全體としての團體そのものは次第に實在性を喪失し、單なる假在態に接近する。獨りただ、個人の自覺が高められつつ、なほ且つ多數個人の共同社會關係が維持される時に、個人は團體に於て實在し、團體は個人を通じて實在するところの、社會團體の最も調和した第三の形態が成立する。

テンニイスの共同社會及び利益社會の理論が、一方に於ては社會關係の二形態を意味しながら、他方に於ては社會團體の二つの對立する基本形態を明らかにせしめようとする企圖であつたことは、

前に指摘した如くである。テンニイスによれば、多様を部分とする統一的全體は、或る時には部分たる多様に先立つて存し、多様は既に與へられた統一から派生的に成立する。此の場合の統一は、「現實的」(real)であり、眞の物それ自體である。これに反して、或る時にはまた、部分の多様が全體に先行し、統一的全體は此の既存の多様によつて始めて構成される。此の場合の統一は「觀念的」(ideell)であり、本質的に人間の思惟によつて制約されて居る。それは、單に「表象」としてまたは「概念」として作り出されたところの全體に過ぎない。感覺され得る自然の世界に於ては、此の二様の全體は有機體と合成體との對立となつて現れて居る。有機體は部分によつて作り出された全體ではなく、多様な部分に先立つて在り、多様を部分として自己に於て統一する現實の全體である。これに對して合成體または機械體は、多様な材料から人によつて作り出された全體、觀念としてのみ存する全體である。此の對立は更に人間の社會にも存する。社會的全體は、或る場合には多様な個人に先立つて存し、個人を最初から部分として規定して居るのに反し、或る場合には獨立自存する多數個人によつて特定の目的のために合成され、單なる觀念的全體として部分たる個人をその中に包攝する。第一の社會的全體は「共同社會」であり、第二のそれは「利益社會」である。——これがテンニイスの社會團體論の梗概である。部分に對して全體の實在の優越する團體形態と、全體の存在が實在する部分の利益によつて決定される團體形態とを明らかに區別した點で、

この理論の價値は充分に認められる。けれども、テンニイスの社會學理論は、社會團體と社會關係とを絶えず混同し、共同社會團體と共同社會關係、利益社會團體と利益社會關係を、用語上のみならず實質的にも區別して居ない點で、社會的對象界の立體性の洞察を缺くばかりでなく、社會團體に就いて、共同社會團體と利益社會團體とを綜合する第三形態の存在することを全く看過したところに、更に重大な缺陷を含んで居る、と云はなければならぬ。

これに反して、社會團體の三つの基本形態を剩すところなく分析し、その各形態の構造を深く闡明した者は、ヘゲルである。ヘゲルの説く「道義態」(Sittlichkeit)の辯證法的發展は、社會團體に於ける全體中心、部分中心、及び全體部分調和の三基本形態の歴史的繼起交替の過程に他ならぬ。道義態は、自由なる意志の理念がその即自向自の一般性にまで高められたるものであり、從つて超個人的な普遍者を意味するが、意志に含まれた特殊性または個別性は、ここに到つてもなほ意志の普遍性あるひは一般性の反極として現れ、普遍が特殊を即自的に包攝するか、特殊が普遍を自己の背後に蔽ひ隠すか、あるひはまた普遍と特殊とが即自向自の調和と綜合を實現するか、により、道義態の三段階に岐れた自己展開が行はれる。

道義態の第一形態たる「家族」(Familie)は、直接自然に存在する道義的精神である。家族の統一は愛によつて結ばれる。愛によつて成立する家族の統一に於ては、各個人は獨立の單一人として

は存せず、ただ家族的全體の構成部分としてのみ存在。ここでは家族全體の統一のみが眞理であり實在であつて、個人そのものの實在性は認められない。即ちヘーゲルのいはゆる家族は、全體のみが實在であるところの社會團體に他ならぬ。家族の統一を最初に成立せしめるものは婚姻である。婚姻とは、自己の個人格性を放棄して、單一の人格者たる家族を作り出すための、男女の自由な合意を意味する。婚姻のための合意は、個別性の放棄の點から見れば自己制限であるが、かやうに自己を制限する人人は、それによつて同時に高次の實在的自己意識を獲得するのであるから、それは寧ろ眞の自我の解放であると云ひ得る。婚姻による男女の道義的結合は、そこに成立した合意の儀式的表明と、此の新たな結合に對し教會や地方團體等の客觀的權威の與へる承認とによつて、形式上の成立を見る。然しながら、婚姻による家族の結合に實在性を賦與するものは、夫婦相互の感情生活以外には存せず、且つ、感情は本來偶然的に作用するものであるから、感情上の結合が反感または敵意と化する時は、家族の分裂を來たすことを免れ難い。婚姻を強制によつて成立せしめることは出来ぬが、感情上全く疎隔した夫婦の結合を、外部からの法的手段によつて維持せしめることも、それと同様に不可能である。故に、家族の統一を基礎づける夫婦の愛情が失はれ、婚姻を成立せしめた意志の合致が解消する時は、家族は離婚によつて消滅し去るのである。直接自然の社會單一體たる家族に對して、道義態の第二の段階を構成するのは、「市民社會」

(bürgerliche Gesellschaft) である。市民社會は形式上なほ道義態であり、従つて普遍性をその根柢に持つて居る。けれども、ここでは家族の場合とは正反對に、特殊個別の自我が決定的の位置を占め、團體の普遍性は個我の背後に蔽ひ隠されるのである。故に、市民社會に於ては先づ道義態の喪失が現れる。然しながら、此の道義態の喪失は決して道義態の全き消滅ではない。道義態は市民社會の中にもなほ假象として存する。故に、市民社會は「道義的なるものの假象界」(die Erscheinungswelt des Sittlichen) である。道義的普遍者が市民社會に於ては單に假象として存するのに反し、ここに根本の實在性を發揮するものは個人である。具體的なる個人は市民社會の第一の原理を形作る。然し、個人は自己の欲求の満足のために他の多數個人の存在を必要とし、これと形式的に結合する。それによつて、市民社會の第二の原理としての「普遍性の形式」(Form der Allgemeinheit) が作り出されるのである。即ち、市民社會も、亦普遍者たることを失はないのであるが、それは單に「形式」としての普遍者たるに過ぎない。市民社會的統一を形成する根本の契機は慾望の體系である。市民社會に生活する多數個人は、それぞれ自己の慾望の満足のために働きながら、同時に他人の慾望の充足のために寄與しつつある。その活動形式は「分業」である。各人はいづれも結局自己のために利得し、生産し、享受して居るが、此の自己のための利得、生産、享受が、同時に他人の享受のための生産となり利得となるところに、分業の意味があり、市民社會の統一の辯證法的根柢が見

出される。但し、分業によつて成立する市民社會の統一は、本來の普遍性を持たず、従つて内面の保障を缺くが故に、それは是非とも「外的秩序」によつて維持されて行かなければならない。かかる外的秩序の典型的表現は、法律、裁判、及び警察であり、三者相俟つて個人の權利を肆意の侵害から防衛するの任務を遂行する。

市民社會は實體的統一の喪失であり、實在する普遍性の分裂である。しかもヘゲルは、此の喪失した統一、分裂した普遍の裡に、更に進んでの道義態の積極的展開の萌芽を見出すのである。市民社會的普遍者は、個人の存在を擁護し、その利益を保全するために作られた普遍の形式に過ぎないが、手段として構成された此の普遍の形式は、やがて意志の獨立の對象となり、自己目的の存在者たるべき必然性を示して居る。此の必然性によつて、市民社會の持つ單に形式的な普遍性がやがて内面化し、家族の中に存した自然の道義的實體の契機がこれと結びつく時、そこに道義態の第三の、最高の段階たる「國家」(Staat)が出現するのである。道義的普遍者は國家に於てその完全な實在性と眞理性とを獲得する。けれども、家族に於ける普遍が個人の存在を没却する普遍形態であつたのに反し、國家に於ては普遍性と並んで個別性もその獨自の機能を發揮し、個人は明らかな自覺と自己の判斷及び意欲によつて普遍者の構成に參與し、國家そのものを個我の目的と爲して、そのために活動する。従つて、ここでは普遍者も個別者も單獨には實在せず、普遍者は個別者を通

じ、個別者は普遍者に於て始めて實在する。國家は、かくて道義的理念の誠の實在であり、自ら知るところのものを自ら知る限りに於て遂行する實體的意志の自覺である。國家は個人の自覺に於て自己自らを覺知し、個人はまた國家によつてのみその自己完成に到達する。理性的なるものは國家に到つて具體眞實の實在となるのである。

ヘゲルは、かやうに普遍者と個別者との相互關係の辯證法的發展に基き、道義態の三基本形態を區別した。普遍に於ける個體の喪失、個體に於ける普遍の喪失、普遍と個體との相互聯關的自己實現は、それぞれ、家族、市民社會、國家、の構成原理である。しかも、家族に於て個體が全く無に歸して居るのではないと同様に、市民社會に於ても普遍は決して絶滅し去つて居るのではなく、なほ形式として存在するのである。故に、此の三段の推移は普遍と個體との實在面に於ける交替であり、調和である、と見らるべきである。その思辨哲學的色彩を取り除き、これに實在科學の立場からの再構成を加へるならば、我々はそれによつて社會團體の基本形態論を確立することが出来る。

ただ、團體のこれ等の三形態のためにヘゲルの選んだ名稱は、必ずしも適當とは云ひ難い。何故ならば、實在する團體の中には、形式上の家族にしてなほ且つヘゲルの云ふ家族の構造を持たぬものがあり、國家であつてしかも典型的な市民社會の構造を有するものも稀ではないからである。

故に、以下ヘエゲルの團體形態論の實質を採り、その名稱としては、「家族」を「共同社會團體」(Gemeinschaft)、「市民社會」を「利益社會團體」(Gesellschaft)、「國家」を「協成社會團體」(Körperschaft)と呼び、これら三基本形態の實在構造を改めて考察することとする。

(一) 第二篇、第九章、第三五節。

(二) Tönnies : Zur Einleitung in die Soziologie. Soziologische Studien und Kritiken, 4. Bd., 1925, S. 65 f.

(三) Tönnies : Gemeinschaft und Gesellschaft, S. 3.

(四) ヘゲルの意味に於ける「道義態」は、客觀精神または客觀意志の辯證法的展開の最後の段階に位置する。客觀的なる意志は、自由なる意志として、本能や慾情や嗜癖の如き、個別意志の偶然の表現から解放され、意志の眞理性に復歸して居る限り、「普遍性」をその本質とする。然し、此の自由意志の普遍性は、客觀精神の即自態たる「抽象的法」(das abstrakte Recht)に於ては、ただ單純直接の状態を以て現れて居るに過ぎない。自由なる客觀意志は抽象的法を起點として、一たびその普遍性の反對極たる主觀的個別性——「道德」(die Moralität)——の立場に還り、然る後に始めて即自向自に普遍的な存在たる「道義態」(die Sittlichkeit)の段階に自己を具現するのである。道義態は、それ故に、個人意志を超越した社會的な普遍者であり、本質上我々の解するところの社會團體に他ならない。

社會的普遍意志としての道義態は「普遍性」を第一の契機とするが、此の普遍性は決して個別性を含まない單純なる普遍性ではなく、個別性と結びついた普遍性、個別性を通じて自己を實現する普遍性である。換言すれば、普遍性と並んで「個別性」が道義態の第二の契機を成すのである。「意志はこれ等の二つの契機の統一——自己の裡に復歸し、それによつて普遍性にまで還元されたところの特殊性——個別性である」(Hegel : Grundlinien der Philosophie des Rechts, S. 7)。ここに道義態に於ける普遍性と個別性との相互牽聯が生じ、それによつて道義態の三段階——家族、市民社會、國家——が

交替して現前する。優越せる普遍性が家族の原理であり、優越せる個別性が市民社會の特質であり、普遍性と個別性とは互に諧調して、即自向自に自由なる意志の理念を最高の實現に到達せしめたものが、即ち國家である。

(五) Hegel : Grundlinien der Philosophie des Rechts, Lessons Ausgabe, § 157, 158.

(六) A. a. O., § 162, § 163.

(七) A. a. O., § 164, § 176.

(八) A. a. O., § 157, § 181.

(九) A. a. O., § 182.

(一〇) A. a. O., § 182.

(一一) A. a. O., § 189 ff. § 199,

(一二) A. a. O., § 157, § 209 ff. § 230 ff.

(一三) A. a. O., § 250 ff.

(一四) A. a. O., § 257 ff.

(一五) 以上のヘゲルの道義態理論の略説に當つては、原著の字句に必ずしも拘泥せず、本論に於ける前後の意味の聯絡に重きを置いた。

四九 共同社會團體

共同社會團體とは、團體的普遍者が優越した實在性を示し、個人はこれに對して未だ誠の個人と

しては實存せず、薄弱微小な部分として全體の背後に埋没して居る團體形態を云ふ。

共同社會團體は原始未開の社會存在様態である。その最も純粹な形態はトオテム氏族に於て見られる。トオテム崇拜の本質に就いては民俗學上種種の學說が岐れて居るが、それが血縁團體たる氏族の團體的信仰であり、神祕的の意味を持つ一定の事物——主として動植物、時にはその他の自然物、稀には人工物、これをトオテムと呼ぶ——と氏族との類縁合致の體驗に基く、一つの原始宗教形態たることは、大體として疑ひなきところであらう。トオテムは氏族の祖先であると同時に、また、同じ祖先から岐れて氏族と並び現存する氏族の類縁者でもある。トオテムには氏族を護る神祕力が宿り、此の神祕力は血を通じて個々の氏族員の體内にも内在して居る。従つて、氏族の各員は、一方、トオテムと内的に合致すると同時に、他方また、その血によつて他の全ての氏族員と融合して居る。ここに、血を媒質として具現し、トオテムを通じて再現する氏族の強烈な一體感が生れる。トオテムは氏族の信仰の對象であるが、此の信仰は翻つて氏族をば個體を超越する單一全體と化し、その民族的全體の實在性を極限にまで高める。宗教と社會との間に密接な關係の存することは、一般に認められて居るが、トオテム崇拜の團體化の力は、その信仰が原始的であるために、また、その信仰によつて結合された社會が單純であるために、他に比類を見ない程に強い。エミール・デュルカームは、トオテム崇拜のための各種の儀式的の場合に見られる未開人の異常な社會的體驗の昂潮

を敘し、宗教が團體化の作用を営むのではなく、逆に、社會の強大な統制威壓の力が非合理化されて信仰の對象となるのである、と説いた。その説の當否は別として、トオテム氏族團體の普遍者としての意味の純粹であること、此の普遍者を實在たらしめる氏族員の共同社會關係の鞏固なることは、殆ど近代人の理解を超絶するものがあると思はれる。田邊元博士は、トオテム氏族の構成の中に特異なる社會存在の論理の含まれて居ることを看破され、「トテムイズムの含む論理の特色は、血縁共同體に於ける全と個との異にして同なる矛盾の統一にある、」と説かれた。然し、トオテムイズムの思惟の重心は全く「全」の立場に偏在し、具體的なる「個」の意識は未だ萌芽の状態にも達して居らないが故に、「全」と「個」との異にして同なる矛盾は、ここでは現實の矛盾に先立つ即自有の状態に留まつて居る、と見らるべきであらう。

トオテム氏族を典型とする共同社會團體は、客觀的精神成態であり、構成された意味的普遍者であること、他の社會團體と異なるところを持たぬが、その意味構成の歴史は原則として模糊たる過去に葬り去られ、團體成立の由來は神祕と傳説の中に包み隠されて居る。即ち、共同社會團體の成立は一般には自然發生的である。ただ、ヘエゲルの説くやうな、婚姻による新家族團體の意識的建設の場合は、これに對する一つの重要な例外を成して居るが如くに見える。けれども、古代未開の社會生活に於ける婚姻は、多くの場合二つの異なる社會團體の構成員相互の性的結合を意味し、

婚姻によつてたかだか婚姻當事者の一方が他方の團體に歸屬するに過ぎず、それによつて新社會團體を成立せしめるものではなかつた。換言すれば、婚姻は二つの既存社會團體の對外關係であるに留まり、未だ第三の社會團體の成立を意味するには到らなかつた。外婚制度の場合がそれである。トオテム氏族が信仰團體であると同時に外婚團體であり、氏族員相互の通婚は固く禁止され、一トオテム氏族の成員は一定の他のトオテム氏族の成員とのみ結婚することが許され、夫婦の間に生れた子は原則として母系的にその既存トオテム氏族に歸屬するものと定められて居たことは、著名の事柄である。稀に内婚的共同社會團體も存したが、その場合の婚姻は、外婚制度の場合とは逆に、單一團體の構成員間の相互關係たるに留まり、これ亦新社會團體を成立せしめるの意味を持たなかつた。婚姻が團體構成の原理となつたのは、寧ろ遙かに後の時代に屬する。自然發生的なる共同社會團體は、その構成員にとつては、常に「既に與へられた」全體であり、構成員は出生と云ふ自然の事實に即して、あるひは母系的に、あるひはまた父系的に既存團體に包攝された。全體に對する部分のその歸屬は絶對であり、全人格的であり、生涯的である。人は、目的を超え選擇を絶した非合理的必然性を以て、既存の共同社會團體の部分となり、その權威に服し、そのために一生を通じての忠誠を盡して變るところがなかつたのである。

共同社會團體員の相互關係は、極めて純粹に近い共同社會關係である。共同社會團體に屬する多

數個人は、自己と團體そのものとの合致の體驗により、更に此の體驗に媒介された自己と他の團體員との一體感により、相互に卒直非合理の親和關係に結び合はされて居る。此の一體感を更に強化するものに、血の同一性があり、土の共同性があり、同一の名稱、同一の紋章、同一の信仰がある。民俗學の發達する以前には、原始人の社會生活をば、不斷の鬭争状態か、さもなれば不斷に鬭争の危険に脅やかされて居た状態、と想定する學者が少なくなかつた。けれども、事實はこれに反し、同一團體に屬する未開人の關係は本來極めて親密平和であり、鬭争の危険は専ら團體の外部關係に存したのである。個人の存在に先立つて存立する團體的普遍者の意味は、此の團體員相互の共同社會關係に基礎されて濃厚なる實在性を發揮し得た。これに對して個人はなほ極少の實在性を有するに過ぎず、社會的活動の單位は團體であり、團體を特質づける個性はあつても、個性的單一體としての個人の存在意義は認められるに到らなかつたのである。パウエル・バルトは、始原時代の血縁團體生活を敘して、そこには「眞實の個人なるものは未だ存在して居なかつた」と云ひ、^(五)ファイアカントは、日常の苦樂を共にし、勞働にも閑暇にも、戰爭にも儀式にも、深い共同性を體驗しつつある生活共同態に於ては、團體の内部に更に自我の區別を立てることは、殆ど不可能に近い、と説いて居る。^(六) 他を以て他と爲さざる共同社會人は、他のための犠牲の中に自己の實現を見出し、他に加へられた危害を自己の直接の損傷と觀じて、これに對する報復を企てる。未開社會に廣く見られる復

警制度の意義は、此の自他の共同性に基いて始めて十分に理解され得る。

共同社會團體に於ける支配は、最も純粹な全體の支配である。此の種の團體に屬する個人は、自己の個人としての存在を意識せず、従つて、これに何等特殊の價值を置かず、ただ無條件に團體そのものの價值と權威とを信じ、反省や自覺に妨げられることのない盲目的な服従を、團體に向つて捧げる。それ故に、共同社會團體の權威を體現する個人——例へば氏族の首長——の下す命令は、そのままに團體の命令としての意味を有し、團體員は外的強制の保障を俟つことなしにこれを遵奉し、その下に行動する。かやうに共同社會團體の價值を絶對化し、これに無條件の權威を賦與するものは、トオテム氏族の構成によつても明らかに知られる如く、宗教上の信仰である。共同社會團體は原則として宗教團體であり、且つその宗教は殆ど例外なく祖先崇拜の意味を持つ。團體の權威は同時に神の權威であり、團體の首長の命令は神の意志の表現として、個人の生活を統制指導する。共同社會團體の支配はかくの如き絶對的な全體の支配であり、共同社會團體員は此の支配の下に相互に緊密一體の親和關係を形成して居るから、その社會秩序は専ら社會規範によつて維持され、未だ強制規範の發達を必要とするに到らない。強制規範の萌芽たる復讐の法則が適用されるのは、主として團體の對外關係に於てである。此の意味で、共同社會團體の持つ法は、法以前の法、法と道徳との分離に先立つ規範である。かかる生活共同性は最後に物の所有の形態の上にその特色を發揮する。

單一行動主體としての個人の分化が行はれて居ない共同社會團體に於ては、生活の資源たる「物」を使用収益處分する者も、もとより團體自體であつて個人ではない。従つてその所有の形態は純粹の「總有」(Gesamteigentum)である。テンニイスの云ふが如く、「共同社會の生活は相互の所持及び享受であり、且つ共同の物資の所持及び享受である」。

共同社會團體は共同社會人の歸屬する唯一の團體であり、單一の團體にして一切の機能を營むところの全體的社會生活主體である。支配、秩序、宗教、經濟、等の活動は、此の單一團體によつて營まれ、また此の團體によつてのみ營まれ得たのである。然るに、社會生活の發達と共に、一方には共同社會團體の外部に包括的な異質社會團體が形成され、他方には團體員の個人的活動の領域が廣まり、共同社會團體は個人と包括團體との間の單なる中間段階となつて、次第にその存在意義を失ひ、遂にはその團體性をも喪失するに到つた。かくの如くに、その團體性を喪失し、包括社會團體の基底に、且つ個人的自覺の背後に沈澱し去つた共同社會團體の生活共同性が、さきに述べたところの基盤社會の根本形態に他ならない。

(一) トオテム崇拜の最も顯著な形態が見出されたのは、北南兩アメリカ印度人及びオオストラリヤ土人の社會に於てであるが、アフリカ、オセアニア、その他の諸地方の未開社會にも同様の現象が存在する。更に進んでは、現代の文化諸民族の多くも遠い過去に於てトオテム的信仰と社會形態とを有した、と云ふ想定が成り立ち得る。ヴントは人間文化の發達過程

- を民族心理學的に四つの時代に分けて説明した。(一) 原始人時代、(二) トオテムズムの時代、(三) 英雄及び神の時代、(四) 人間態 (Humanitat) の時代、がとれるもの (W. Wundt : Elemente der Völkerpsychologie, 2. Aufl., 1913)。
- トオテム崇拜の研究に就くは、Durkheim : Les formes élémentaires de la vie religieuse, 1912; Frazer : Totemism and Exogamy, 4 vols., 1910; Freud : Totem und Tabu, 1913; Gennep : L'état actuel du problème totémique, 1920; Lévy-Bruhl : Les fonctions mentales dans les sociétés inférieures, 1909; Wundt : Völkerpsychologie, 4. 5. 6. Bde., Mythos und Religion, 1905; 等が主要文獻とされ得る。以下はその詳細には立ち入らな。
- (I) Durkheim : op. cit., pp. 293—342.
- (II) 田邊元博士『社會存在の論理』哲學研究、第二二五號、一七頁。
- (III) トオテム崇拜と外婚制度との關係に就いては、Frazer : Totemism and Exogamy, vol. 1, vol. 4 參照。
- (IV) Paul Barth : Die Philosophie der Geschichte als Soziologie, 1. Teil, 3. u. 4. Aufl., 1922, S. 833.
- (V) Vierkandt : Gesellschaftslehre, 1. Aufl., S. 212.
- (VI) Tönnies : Gemeinschaft und Gesellschaft, S. 23.

五〇 利益社會團體

共同社會團體に於ける全體と部分との實在的關係が逆轉し、個人が唯一の眞實在、唯一の眞價值、唯一の始原者となり、此の個人の立場から此の個人の利益のために形式としての全體が構成される

時、そこに第二の團體形態たる利益社會團體の成立を見る。

利益社會團體は、個人を主眼とする團體であるが、それが團體である以上、利益社會團體と雖も、部分たる個人に對立する全體として個人の上位に立ち、個人に優越して存在すること、觀念上は共同社會團體と何等異なる點を見ない。ただ、此の觀念的な團體の内部構造が、共同社會團體に於ては同時に眞に實在的であるのに反し、利益社會團體に於てはそれは單に觀念的であり、誠の實在性を持たぬところに、兩者の根本の相違が存する。共同社會團體は既に個人の存在に先立つて在り、疑ふべからざる實在性を以て個人を威壓統制する全體である。然るに、利益社會團體は、個人によつて作られ、絶對の實在者たる個人の認證を受けて、始めて相對的に實在する全體に過ぎない。故に、共同社會團體の成立が原則として自然發生の過程であるのに對し、利益社會團體の成立は根本に於て人為構成に因る。利益社會團體はかやうに作られた全體であるから、それはまた任意に改廢もされ得べき全體である。個人は、團體が自己の利益に役立ち、自己の目的の手段となる限りに於て、その存在を承認肯定するが、若し團體の存在が個人の利益と調和しなくなつた場合には、あるひは團體の組織を合理的に改造し、あるひは既存團體を解散破壊して新たなる團體を構成し、あるひはまた自己の從來の團體的歸屬關係を斷つて他の團體に歸屬し、以て自己の利益の保全と増進を計る。一定の利益社會團體に對する個人の歸屬關係は、個人の目的に應じて便宜に變更される可能

性を持ち、且つその目的に役立ち得る範圍内に於てその個人を拘束するに過ぎない。個人は、他の生活領域に在つては、全く此の團體の拘束から離れ、任意に他の團體に所屬して生活し、更に不羈獨立の自由人として活動する。利益社會團體は、個人が作り、個人が認め、個人が進んで自己をその部分とするところの全體である。個人の價值、個人の平等、個人の自由は、利益社會團體の基調を成す三つの大きな生活原理である。

利益社會團體は、思想上は近代個人主義及び自由主義の産物であり、經濟的には資本主義の發達と密接に聯關する團體形態である。經濟上の利益を主眼として純粹に人爲的に構成された團體の最も著しいものは、株式會社である。株式會社の設立の第一義的な目的は、出資者各自の利得に存する。株式會社に於ては、互にその名を知らず、互に袖觸れ合ふの因縁をも持たぬ多數人が、否、互に嫉視反目する商敵すらもが、單に利得の共通性のみ故に相集まつて單一團體を構成し、同一名簿上に株主としてその名を連ねる。株式市況の上下と共に、昨日は甲の會社に投資し、明日は乙の會社に乗り替へ投資を行はうとする者も、今日一日はなほ且つ甲の團體構成員たることを失はない。誠にテンニイスの云ふが如く、株式會社は利益社會團體の典型である。然しながら、經濟上の利益以外の目的のために構成された團體も、それが個人の目的に立脚し、個人の目的活動によつて作り出されたものである以上、全て利益社會團體の範疇に屬する。進んで、近代の利益社會人は、その

目的のために新たなる利益社會團體を構成することを以て満足せず、更に既存の社會團體の利益社會的改装を企圖し、若しくは、これに利益社會團體として認證され得べき合理的根據を與へることに努力した。かかる努力の最も重要な對象となつたものは、國家である。近世啓蒙主義の時代思潮に乗つて高度の自覺に到達した個人我は、既存の權力團體たる國家の存在理由に就き徹底した批判を下し、自由平等なる個人を主體とする國家組織の再構成を企てたと同時に、この企ての理論的背景として、國家はその最初の由來に於て既に個人の利益の擁護を目的とし、自由なる個人の合意に基いて成立した、と云ふ假説を樹てた。國家契約説が即ちそれである。かくの如き自由主義の國家改造工作は第一八世紀の末葉以來着着として實行され、多くの專制國家を立憲民主の國家組織に轉換せしめた以外に、北アメリカ合衆國の獨立による新國家の建設を成就した。近代の諸國家がこれ等の轉換過程の直後に於て著しく利益社會團體の構造に接近したことは、否定出来ない。

利益社會團體の意味を實現せしめる事實生活過程は、團體員相互の間に繰返される利益社會關係である。利益社會人は、團體そのものを自己の利益のための手段とすると共に、團體内部に在る他の個人の存在をも自己の手段と見做し、内面の對立や分裂に拘らず、外面これと結合し、これと親和するのである。尤も、團體の利益社會化が極限にまで達すれば、同一團體を構成する人人は互に何等の交渉を持たず、親和もなく鬭争もなく、従つてもはや利益社會的の結合もなく、ただ名のみ

共通の團體構成員たるに過ぎない場合も起り得る。株式會社の株主相互の關係の如きは概ねこれである。けれども、利益の獲得や目的の實現のためには、一般に多數個人の單に無關心なる共存を超えた積極的の協力が必要とされる。殊に、利益社會の生活を特質づける慾望の分化は、その充足のための技能及び勞働過程の特殊化を要求するが故に、その反面に於ける特殊技能及び特殊勞働過程の相互補足を缺くことを得ない。即ち、分業の必要が、分業を通じての多數個人の積極的結合を促すのである。廣義に解された分業には、二つの形態が區別され得る。同質協働及び異質協働がこれである。同質協働は同種の勞働力を量的に結合して行ふ協働であり、異質協働は全く異種の勞働を相互補足的に組織して行ふ協働である。その中、嚴密な意味での分業の名に値するものは異質協働であり、利益社會に於て特殊の發達を遂げるのも、亦この協働形態である。而して、異質の協働は、特殊化された作業に従事すべき個性の發達を促進し、既に個人我として自存する利益社會人に、いよいよ明確な自我意識を與へる。個人我は利益社會團體の構成員であるが、構成された利益社會團體は、翻つて個人我をばますます著しい個人我たらしめる。かくて無限に多くの個人我が分岐しつつ、その個人我がの協働によつて利益社會の生産能率が高められて行く。しかも、そこに生産された物資は、最後には個人の手に歸屬し、個人によつて消費され、個人のためのみに蓄積される。故に、利益社會的所持の基本形態は絶対の「個人所有權」(Privateigentum)である。

利益社會團體の支配は、實在の支配ではなく支配の形式である。唯一の眞實在たる個人が、假構的な全體の支配に服する、と云ふことは、單なる觀念上の關係でしかあり得ない。それはただ、形式としてのみ認められる支配なのである。けれども、若しも利益社會團體の支配が純粹の形式と化し、全く實効性を失ふに到れば、利益を中心とする多數個人の社會生活は、同時にその秩序の保障を失はねばならぬ。秩序なき社會生活は危険であり、それぞれ自身また個人の利益に反する。利益社會團體の支配は、本來實在性を持たぬところの形式でありながら、しかもなほ團體構成員の利益たる秩序を維持するために、一定限度の實効性を發揮して行かなければならぬ。利益社會人は、此のディレンマを避けるために、利益社會團體の支配を實効的ならしむる三重の意味聯關を構成し、以て全體の支配と個人の立場とを極力調和せしめようと努める。

全體の支配と個人の立場とを調和せしめるための、第一の、しかも最も基本的の意味聯關は、利益社會團體に於ける支配の行使に當る權能を個人の總體に歸屬せしめ、形式上の團體の支配を實質上の個人の支配と一致せしめるところのそれである。國家に就いて云へば、此の意味聯關は民主主義の理論となり、國民主權の觀念となつて現れて居る。然し、團體を構成する多數個人の全部が、直接に支配權の行使に當ることは、少數の例外的場合を除き、事實上不可能である。そこで利益社會人は、第二に、團體構成員全部の意志を代表する機關を設け、此の機關をして全個人の行ふべき支

配を代表せしめる。國家に於ては此の第二の意味聯關は、國民代表の概念の中に示されて居る。かやうに團體員全部の意志を以て支配を行ひ、且つその意志をば一定の機關をして代表せしめようとする場合、現實に全ての個人の意志の合致を見ることは甚だ困難であるから、この困難を除去する方法として、更に第三に多數決の原理が採用される。即ち、團體員の多數の意志をば團體員の「總意」と見做し、かやうに擬制された總意を以て團體員の代表機關を選定し、更にその代表機關自體が複數個人を以て組織されて居る時には、機關意志の構成をも亦多數決によつて決定する。利益社會人はこれ等の複雑な理論の技巧を用ひ、團體の支配をば、個人の手により、個人の利益のために、個人の認證する手續を経て行ふことを期するのである。

かくの如き利益社會團體の支配の形式を保全するものは、強制規範の體系としての法である。共同社會團體の法は、法以前の法、社會規範の複合態としての法であつた。これに反して利益社會團體の内部生活は、不斷の鬭争化の危険を藏する利益社會關係である。利益社會關係の發達が強制規範の發達と不可分の聯關を持つことは、既にこれを詳論した。即ち、利益社會團體の基調を成す利益社會關係は、必然的に強制規範の組織化を促すのであるが、かくして組織化された強制規範は、翻つて團體そのものの支配作用を規律する。強制規範の定立する強制効果は、社會秩序を攪亂した行為者に向けられて居るけれども、團體の強制権力が強制規範の規定通りに行使されることは、一

般個人にとつての自由及び利益の保障を意味するのである。故に利益社會人は、一方に於て、強制規範の組織化により社會秩序の維持されることを求めると同時に、他方に於てはまた、強制規範が團體の行動の規律として發達し、個人を本位として構成された團體の支配の機構が、常に必ず此の規律に従つて作用することに就き、強い關心と要望とを持つのである。團體は秩序維持のために必要な権力を具備せねばならぬ。然し、その権力の行使は必ず強制規範に従ふことを要する。團體の行動を規律する強制規範は、形式上は團體そのものによつて定立される。けれども、團體の規範定立作用の直接の實行をば、團體を構成する個人の全部またはその代表機關の手に歸屬せしむるならば、團體の行動が少數者の肆意によつて左右される危険は、完全に防止される。團體員たる個人自ら直接に、あるひはその代表機關を通じて規範を定立し、此の規範を以て團體の行動を規律し、規律ある團體行動によつて個人の利益のための秩序の保全を計りつつ、しかも個人の利益を侵害する懼れのある團體の行動を羈束しようとするのが、個人の立場を中心として構成された利益社會團體に於ける、法の定立と適用の根本原則でなければならない。

(1) Tönnies : *Gemeinschaft und Gesellschaft*, S. 200.

(2) トオマス・ジエッフアソンによつて起草された北アメリカ合衆國の獨立宣言書(一七七六年)は、個人本位の國家建設及び國家改造計畫の大膽直截な見取圖と云ふことが出来る。宣言の根本思想を表現したその最も著名な部分を、高木八

尺教授の譯文によつて示せば、——「我等は次の如き諸眞理を自明なりと信ず、即ち、凡ての人は平等に造られ、各々造物主によりて、一定の不可譲の權利を賦與せられ、之等の「權利」中には生命、自由、及び幸福の追求の含まれることを信ず、又、之等の權利を確保せんが爲めに人類の間に政府が組織せられたること、而して政府は其の正當なる權力の根據を被治者の同意に有するものなることを信ず、而して如何なる政府の形態と雖、若し如上の目的を破壊するものとなるに至る場合には、人民は、之を改廢し、其の安全と幸福に適すと認めらるる主義を基礎とし又權限の組織を有する、新なる政府を創設する權利を有することを信ずる」(高木教授『米國政治史序説』昭和六年、二五九頁)。

五一 協成社會團體

これまで考察された二つの團體形態に於ては、實在の中心は全體または部分のいづれか一方に偏局して存し、部分の盲目無自覺なる服從の上に全體の權威が支持されて居るか、さもなければ、逆に、部分たる個人が唯一絶對の實在者として全體を手段化して居るか、であつた。然るに、團體の第三の基本形態たる協成社會團體に在つては、全體たる團體そのものと部分たる多數個人とは共に誠に實在的であり、全體は自覺せる個人の相互依存の關係によつてその實在性を發揮し、個人はまた絶對の個人としてではなく、全體の部分たる地位に於て始めて眞實在たることが出来る。團體なくして個人なく、個人の力によらずして團體の活動もあり得ないところに、協成社會團體に於ける

全體と部分の相互牽聯の關係が實現される。

協成社會團體の根本原理は、全體に於ける個人の自覺であり、個人の自覺を通じての全體の自己實現である。此の團體形態を形作るところの個人は、もはや共同社會團體の構成員の如く無自覺に全體の中に埋没した部分ではなく、特殊の個性と自主自律の意志とを以て行動する單一人格者である。然しながら、彼等はまた利益社會人とも異なり、自己の個人的存在に終極の意義を置かず、團體的普遍者の一員として活動するところに、眞の自己完成の存することを意識して居る。故に、これ等の個人にとつては、團體の部分としてこれに服従することは、自己を越えて更に自己に還る所以であり、決して徒らに自己を否定するところの盲従または屈從を意味しない。かかる自主自律の個人が、進んで全體の部分たる立場に自己を置き、全體の意志を構成すべき組織を定め、自ら全體を代表し、全體の機關として活動し、その活動の共同性によつて全體の實在を力強く基礎して行くところに、協成社會團體の本質が存する。

全體と部分とがかくの如くに調和して實在する團體は、その純粹の形態に於ては未だ一つの指標たるに過ぎず、現實の世界には見出され得ない。けれども、その純粹の形態に於て現實の世界に見出され得ないのは、ただに協成社會團體のみには限らない。純粹の共同社會團體、純粹の利益社會團體もその意味では共に非現實的であり、純粹の協成社會團體と同様に理念型的存在である。協成

社會團體の理念型を樹てることは、社會哲學または國家哲學の立場から見ても、重要な意義を持つてあらう。シュタムムラアは法の理念を定立して、これを「自由に意欲する人人の共同團體」(Gemeinschaft frei wollender Menschen) と做した。此の理念の中心は聊か個我の立場に偏重して居る嫌ひがあるけれども、その點を除いて考へれば、「自由に意欲する人人の共同團體」は、大凡協成社會團體の構造を持つもの、と云つてよい。何故ならば、若しも眞の自由が單なる無拘束の状態を意味せず、自主的自覺的なる自己拘束をこそ自由と指稱すべきであるとすれば、協成社會團體人はいづれも誠の自由人であると云はなければならぬからである。然し、いまここで問題とされるのは、かかる實踐的社會理念としての協成社會團體ではなく、實在認識のための一指標、純粹の理論科學の立場が要求する一理念型としての協成社會團體である。我々は、ここではただ、渾然たる歴史的現代的社會生活面に共同社會團體、利益社會團體、協成社會團體の三標識を設け、これと現實態との距りを測ることによつて、實在する社會團體の構造を明らかならしめようとするのである。此の目的のためには、全く現實からかけ離れた理念型を立てることも無意味であるが、特定の個別實在團體の構造と完全に一致する概念を設けることも効果が少ない。理念型は、現實態と一定の伸張の關係に置かれた時に、始めてその理論認識のための機能を有効に發揮することが出来る。協成社會團體の理念型は、他の二つの基本團體形態の理念型と等しく非現實的であるが、その非現實性の中にもなほ現實態との近似性を持ち、此の理念性と現實性との伸張關係によつて實在認識のために役立つのである。

共同社會團體は原始未開の社會形態であつた。利益社會團體は近代に到つて完成した社會形態であつた。これに對して協成社會團體は、今日成りつつあるところの社會形態である。社會團體は此の意味で、大凡ヘーゲルの示した辯證法的發展過程を経つつあるもの、と云ふことが出来る。

協成社會團體の成立過程には、大別して二つの経路がある。その第一は、共同社會團體がその自己發展と自己擴大により、利益社會的契機を取り入れつつ、協成社會團體の構造に接近する経路であり、その第二は、利益社會團體の利益社會化がその極點に達して、却つて協成社會團體の構造に逆轉する経路である。これを國家に就いて云へば、第一の経路は、純粹の君主國家が個人の自由平等の要求を容れ、立憲主義を採用し、衆民政を行ふ場合に見られる。君主は國家的全體を體現し、國家的全體は君主を中心とする國民の統合過程によつて實在性を示すと同時に、各個の國民も直接間接に國家の作用に参加し、全體に於ける個人活動の自覺を持つのである。勿論、立憲君主國家の全てが全體と部分との此の諧調を實現して居る、と云ふのではないが、立憲君主制と協成社會團體の構造との間には、現實の矛盾にかかはらない本質上の聯關が存する。次に、國家に於て協成社會團體の成立する第二の経路は、共和國家がその民主主義を徹底して、分散の極限から求心の傾向に

轉換する場合の過程である。民主主義は利益社會團體の重要な構成原理である。けれども、民主主義が最後まで推し進められる時、國家の作用に參畫する個人の量的總計と、國家自體の觀念的全範域とが次第に接近し、一たび背反對立の關係に置かれた個我と全體とが、その相互反撥の極限に於て再び相聯繫するに到る。一匹夫と雖も全體を荷ふ一員たることを失はない、と云ふ自覺は、利益社會を通じての協成社會的契機の誕生である。國民の大多數が此の自覺によつて全體との合致を體驗する時、衆民政を特質づける政治的對立はその限りに於て止揚され、全體の意志を表現する、と考へられる單一指導者を中心として、國家の實在性を基礎する活潑な統合機能が營まれる。その後、反對分子に對する如何に不合理な彈壓や排撃が行はれて居るにせよ、指導者を中心とする政治形態は、大體として協成社會團體の實現を目指すものと云ふことが出来る。ここに現代ファシズムの社會學的意義が認められ得るであらう。

協成社會團體の構成員の相互關係は、全體の實在を基礎する點で共同社會關係であるが、個人の自覺に重心を置く點では利益社會關係である。若しも、今日世界の何處かに純粹の協成社會團體が實存するとすれば、その團體員相互の事實關係は共同社會關係と利益社會關係との綜合形態を示すべき筈であるけれども、實在する不純な協成社會團體に於ては、團體員の相互關係は、寧ろ共同社會性と利益社會性との交替として現れる。利益社會關係が表面に結成される時には、個人の自覺が

高まり、基底に横たはる共同社會關係が、利益社會關係の上層結成を打破して國民生活の地表に湧出する場合には、全體の實在性が強化されるのである。現代の國家は、共同社會團體の契機と利益社會團體の契機との錯綜交替の裡に、漸次に協成社會團體の構造に接近しつつあるが如くに見える。更にこれを法に就いて云へば、共同社會團體の法は主として社會規範から成り、利益社會團體に於ては強制規範が著しく發達するが、協成社會團體の法は兩規範形態の均衡を原理とする。成文法萬能の思想に對する自由法思想の擡頭、法に於ける道德的契機の重視、權利本位の法律觀より義務本位、社會本位の法律觀への動きは、利益社會團體から協成社會團體への推移と平行する現象である。所有の形態が總有より絶對なる個人所有權を経て、「所有權は義務を負ふ」(Eigentum verpflichtet)の形態に進み來つたのも、一たび分裂した全體と部分とが、再び綜合に向つて動きつつある一徵標と見做さるべきであらう。協成社會團體の理念は、これ等の過程の裡に單なる可能態から次第に現實態に轉化しつつある、と云はねばならぬ。

(一) 協成社會團體の思想は、ヘゲルによつて組織立てられた以外にも、重點の置き所に多少の變化を見せつつ、實質上幾多の法學者及び社會學者によつて展開せしめられて居る。中にもギエルケは、人間團體の本質を深く洞察し、全體と部分との間の協成社會的關係をば、單なる理念としてではなく、寧ろ實在をそれ自身の姿として説いた。曰く、

「我々は、人間が、到るところ且つ全ての時代を通じて、個人そのものであると共にまた一つの種屬團體 (Gattungswesen)

band) の肢體である、と云ふ二重屬性を本來的に持つものである、との歴史上確乎たる事實から出發する。これ等の屬性のいづれの一つも、他の屬性なしには、人を人たらしめ得なかつたであらう。個體の特殊性も、個體の普遍態への歸屬性も、人間の本質を否定することなしには考へ盡され得ない。故に我々は、人間の存在が、一つには自己を自己自身に關係づけ、二つには自己を自己の上に立つところの共同態に關係づけて居る、と云ふことを、ただに自然に與へられた事實と見做すばかりでなく、これを人間の概念的徴標として定立するのである。このことと一致して、我々は人間の意識及び人間の本能の二重方向を確認する。人間は、自己を特殊性として且つ同時に普遍態の部分として知るに非ずしては、決して自我意識を持ち得ない。人間の意志は、ただ部分的のみ内容と方向とを己れ自らから享ける。他の部分に於ては、その意志は他の多くの意志によつて決定されて居る。而して、我々が人間の存在に一つの目的を認める以上、人間の個別生活は、我々にとつて絶対の自己目的でもなく、また絶対に種屬の發展のための手段たるものでもない。寧ろ我々は、個人と普遍態とが先づそれ自身として、しかも同時に互に他のために存在すること、及び、人類の任務が、特殊者及び、普遍者と云ふ、互に補足し合ふところの二契機の間の調和の確立に存すること、を信するのである。

此の出發點よりして、我々は、人間個人及び人間共同態の兩者に等しく完全の現實性及び統一的、本質性を認めねばならぬ。我々にとつては、それ自らのみで存立し、それ自らの上に關係づけられた個性は、自然の且つ實在の生統一である。然し、多數個人の總計をばそれら個人の個性の部分的止揚によつて一つの新たな獨立の全體に結合するところの人間種屬團體も亦、我々にとつて、いづれも個性と同様に自然的且つ實在的な生統一なのである。何故ならば、人間存在の總體は、全個人の生内容の單なる總量によつて盡きるものでもなく、また、それは、種屬生活の統一的諸契機の單なる高揚のみによつて表現されるものでもないから。かくて、我々に對して、個個人の存在秩序の上に、第二の獨立の存在秩序、即ち人間の普遍態の存在秩序が現出して來る。我々は、個人精神、個人意志、個人意識を越えて、數限りなき生表現の中に、團體精神、團體意志、團體意識、の實在することを認識する。さうして、我々は、形像的ではなく、固有の語義を以て、個體者を超越する『團體意識』(Gemeinwesen) に就き語るのべきである。Gierke : Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatslehren. Unveränderter Abdruck der in der Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 1874, Heft 1 und 2 erschienenen Abhandlung, 1915, S. 92 ff.)。

(II) Stammler : Lehrbuch der Rechtsphilosophie, S. 199.

(III) ドイツ國民社會黨の法學者も、協成社會團體の理念に近い國家觀を宣明する。例へば、ケルロイターは、普遍主義の國家觀の基本觀念を次の如くに説明して居る。

「普遍主義の國家觀は、さまざまの哲學上及び宗教上の基礎づけを以て、國家團體をば客觀的に妥當する、獨立の自己活動的本體と見る見解から出發する。此の本體は、その諸部分の總計に解消し去るものではなく、一つの獨立にして且つ有機的な全體を形成する。國家は一つの價值全體の統一として思考される。此の價值全體の中に於ては、各個人はその業績と固有性とに應じて彼に値するところの地位を占めるのである」(Koellreuter : Grundriss der allgemeinen Staatslehre, S. 24.)。

第一四章 國家に於ける全體と部分

五二 國家の社會的構造

社會團體を全體と部分との實在の關係に基いて分類すれば、共同社會團體、利益社會團體、協成社會團體、の三基本形態が區別され得る。然らば、國家はこれ等の三基本形態のいづれをその本來の構造とするか。國家の社會的構造を分析することは、實在國家の認識にとつて如何なる意義を有するか。

既に國家が複合異質の社會團體として始めて成立したものであるとすれば、純粹の共同社會團體としての國家の存立の不可能であることは、原理上、明らかである。これを國家本質論の見地から云つても、國家は必然的に強制規範の體系によつて組織立てられた團體でなければならぬ。然るに、共同社會團體は、發達した強制規範を具備せず、嚴密な法團體とは云はれ得ない。もとより、最も緊密な共同社會團體の内部にも最小限度の個我の對立は存し、従つて鬭争の可能性があり、鬭争に對する個別具體の強制規範の定立とその即時執行とが認められねばならぬであらう。原始未開

の社會に往往にして極めて重酷な刑罰の行はれることは、人の知るところである。然し、それはなほ強制規範の斷片であつて、強制規範の體系ではない。強制規範の體系を組織原理とする團體でなければ、未だ國家とは見做され得ぬのである。殊に、國家は單なる法團體たるに留まらず、また同時に政治團體たる資格を具へなければならぬ。政治は、團體内部に現れる分裂の契機をば、理念と實力の不斷の競合により常に新たに克服止揚して行く過程を意味する。純一の傳統に支配された原始未開の共同社會團體には、かかる活潑な政治活動は未だ行はれるに到つて居らない。純粹の共同社會團體は未だ國家たらざる團體、國家以前の團體形態である。

國家が國家たる所以は、團體の内部に分裂と鬭争の契機を孕みつつ、此の鬭争が法によつて規制され、彼の分裂が政治によつて統合されて行く點に在る、とすれば、利益社會團體及び協成社會團體は共に國家たるべき素質を具備して居る。何故ならば、無限の個我に分散しようとする利益社會團體にも、全體の意味が失はれない限り、なほ統一が存し、個人我が全體の實在に向つて不斷に集中協和して行く協成社會團體にも、なほ全體と部分との對立があり、個人我と個人我との衝突も亦免れ難いからである。法的政治的社會團體たる國家は、時に利益社會團體の構造を有し、時にまた協成社會的の團體として成立する。これを逆に云へば、利益社會團體または協成社會團體が自主獨立の目的を有し、その目的を達成するための主權的な實力を具へ、その目的を周つての政治活動を

行ひ、その政治活動を統制する法秩序を具備する時、當該の團體は即ち國家に他ならない。

共同社會團體、利益社會團體、協成社會團體、の三基本形態を理念的に區別し、その各々を國家の意味内容に結びつけて考察すれば、右に述べたやうに、その中の第二及び第三の兩形態のみが國家の社會的構造たり得るものとして示され、第一の共同社會團體の形態は、そのままでは未だ國家たる存立要件を具備するに到らない、とされなければならぬ。けれども、さればと云つて、國家が近代の利益社會團體の成立と共に始めて成立した、と考へるならば、それは勿論全く事實に反する。國家は、近代の典型的な利益社會團體の成立するより遙かに以前から、既に國家として存立して居たのである。これ等の古い國家形態は、もとより未だ協成社會團體の構造を具備せず、さりともはや純粹の共同社會團體でもなく、寧ろ共同社會團體と利益社會團體との混合形態または中間形態とも名付けらるべき段階に在つた。此の中間の國家形態にもさまざまな陰翳があり、その詳細な分析は特殊國家學の研究と相俟たずしては試みられ得ないが、これを主たる特徴に従つて區別すれば、その中でもなほ明らかに共同社會團體の中核を有する國家と、既に著しく利益社會團體的構造に接近した國家との、概略の對立を認めることが出来る。單純な共同社會團體は未だ國家を形成するには到らないけれども、始原的共同社會團體が次第に領域を擴大し、異質の社會構成員を自己の内部に包攝する時は、その團體は、秩序維持のための強制權力の組織を備へ、支配服從の政治的

關係を確立することによつて、次第に國家の實質を佩びて來る。かやうにして成立した國家に於て、最初の共同社會團體が永くその團體性を失はず、此の中心の共同社會團體が國家の支配的權力の源泉たるの役割を演じ、中心的共同社會團體の首長がその身分上の權威によつて同時に國家の支配權を行ふが如き場合には、その國家は、全體として見れば、既に純粹の共同社會團體の構造を失ひながら、しかもなほ明らかに共同社會團體の中核を持つ國家である、と云ひ得る。古代の「族長國家」(Patriarchalstaat)は、共同社會團體の中核とする國家の最も鮮明な形態であるが、「封建國家」(Feudalstaat)の如きも、大體として此の種の國家形態に屬するものと考へて差支へあるまい。ただ、族長國家の場合には、族長の直接に支配する中心團體の團體性が際立つて明らかに残されて居るのに對し、封建國家の場合には、最高單一の支配者の支配の下に、それぞれ固有の支配者を有する多數の共同社會團體が相對的獨立性を保ちつつ結合され、これら多數の被支配的團體の團體性が中心團體の團體性よりも遙かに明瞭に保存されて居るのである。これに反して、國家の成立と共に單一國家に包攝された異質社會團體の團體性が急速に崩壊し、支配者と被支配者との對立が國家内部の階級の對立となつて現れ、階級相互の鬭争の間に次第に個人意識の分化と強制法秩序の發達とが行はれる場合には、その國家は、國家以前の共同社會團體から一躍して利益社會團體の構成に接近する。貴族と平民との政治抗爭を基調として發達したロオマ共和制の如きは、近代國家の

成立に遙かに先立つて出現した利益社會團體的國家組織であつた。

社會團體の三基本形態を基準として國家の構造を測量し、國家の過渡的・中間的段階を併せて概観した結果を綜合すれば、國家にはその社會的構造上大凡三つの異なる歴史的・現代的實在形態がある、と云ふことが出来る。(一) 共同社會團體圈の支配を中核とする國家、(二) 主として利益社會團體の構造を有する國家、及び、(三) 協成社會團體の構造に向つて動きつつある國家、がそれである。これら三種の國家形態は、恰も此の順序を追ふて歴史的に出現し來つたと同時に、それぞれその構造に適合する異なる支配の組織を備へて居る。

第二の、共同社會團體圈の支配を中心とする國家の支配組織は、原則として「專制君主制」(absolute Monarchie)である。それは、國家の支配的權力が單一人——君主——によつて獨專的に行使され、此の權力の實効性が國家の中心に位する共同社會團體圈の實力によつて直接に支持されて居る場合である。君主は、一面に於て國家全體の權威を體現すると同時に、他面に於ては、單一個人として身分上神聖絶對の權威を有する。此の君主の身分上の權威の故に、君主制は「世襲君主制」(Erbmonarchie)たることを本質とする。「選舉君主制」(Wahlmonarchie)は特別の例外に過ぎない。これに對して、第二の、主として利益社會團體の構造を有する國家は、個人の自由と平等と利益とを根本原理とするために、本來の性質上君主制と相容れない。従つて、此の種の國家は、ある

ひは在來の君主制を變革して、あるひは自ら新國家として成立するに當つて、「共和制」(Republik)を採用するのを常とする。發達した共和制に於ては、先づ、國民の意志を以て國家の支配の源泉とし、次に、國民の意志を代表する機關を設けて支配權の直接の行使に當らしめ——「議會制」(parlamentarisches Regime)——、若しくは、國家の支配的機能に性質上の區分を劃し、異なる國家機能をば各各獨立の國家機關に分屬せしめ、以て、權力の濫用を防止しようとする——「權力分立的共和制」(gewaltenteilige Republik)——。かかる支配組織は、第一八世紀以後の近代國家によつて完成された。更に、第三に、共同社會團體圈を中心に持つところの國家が、その共同社會團體的の性質を保有しつつ、同時に利益社會團體の契機を取り入れることによつて、次第に協成社會團體の構造に接近する時、その支配組織は「立憲君主制」(konstitutionelle Monarchie)として實現される。ここでは、國家の權威は單一世襲の君主によつて具象され、國家的全體者が君主の人格に於て實在的に體現されると同時に、部分たる個々の國民も亦、その獨立の意志により、直接に、あるひは代表機關を通じて、國家の根本の支配機能に參畫する、とされるのである。逆に、主として利益社會團體の構造を有する國家が、その利益社會化の極限にまで到達することによつて、分散の極致にかへつて全體への統合を實現する場合にも、その國家は、同じく協成社會團體の構造に接近し得る。現代の二三のヨオロッパ諸國に現れ來つた「獨裁制」(Faschismus)または「指導者國家」

(Führerschaft) の形態は、利益社會的分散より協成社會的求心への轉換を目指すものである、と推測されるが、その確立の日は淺く、未だ疑問の組織であり、なほ試圖の時代を脱して居らない。

國家の社會的構造の諸形態の分析は、かやうにして、國家の支配組織の諸様相を考察の前景に浮き立たしめ來つた。然し、國家の支配の真相は、その團體構造の上からのみでは到底具體的には明らかになれない。何故ならば、國家は主權的實力を有する法的政治的社會團體であり、團體の支配としてのその支配は、當然に法及び政治の兩側面から更に立ち入つて規定されなければならないからである。かくて、國家に於ける全體と部分の關係の敘述は、自らにして「國家の支配」の問題の法學的政治學的論究に推移する。

(一) 指導者國家の現實形態の概要に就いては、清宮四郎教授「指導者國家と權力分立」國家學會雜誌、第五〇卷、昭和十一年、第六號參照。

五三 國家の法的支配

國家の支配は、社會的全體としての國家が、國家を構成する諸部分に對して行ふ支配である。全

體は國家自體であり、部分も亦國家の部分である。此の意味から云へば、國家の支配は國家の行ふ自己支配に他ならない。しかも、國家に於ける全體と部分との相對的對立の關係に基く時、國家の行ふ自己支配の中に、自らにその支配作用の主體と客體との分岐が認められる。

國家の行ふ支配は、法及び政治の兩側面から考察されねばならぬ。何故ならば、單なる社會的全體の部分に對する支配が國家の支配たるのではなく、全體の部分に對する支配に更に法及び政治の意味内實が加はり、且つその支配の實效性を支持する主權的の實力が與へられる時に、その支配は始めて國家の支配たるの資格を完備するからである。

法の側面から考察された國家の支配を名付けて、「統治」と云ふ。統治は、國家が強制秩序維持の目的を實現するために、自己固有の權力を以て行ふ法的支配の機能である。此の機能を營むことは、國家の強制規範上の義務であるが、しかもその義務は、國家にのみ課せられた義務であり、一定の國家の内部に於ては、その國家の委任なくして他の何者もこれを行ふことを許さない。統治は國家の獨占的義務であり、それ故にまた國家独自の權利である。ここに國家の「統治權」が成立する。

國家と統治權との關係は、國法學上の重大且つ至難な問題として取扱はれて居る。イエリネツクの學説は、此の問題に就いても我々に考察の出發點を提供する。イエリネツクによれば、國家を法

的に把握するためには、三つの可能な道がある。即ち、國家は統治權の客體であるか、統治權の關係であるか、あるひは統治權の主體であるか、のいづれかでなければならぬ。第一の、國家を以て統治權の客體とする説は、マックス・ザイデルによつて提唱された。然し、此の見解は論理的に云つて成り立ち得ない。一切の權利客體はその權利の主體の存在を前提とする。故に、國家を以て統治權の客體とするならば、統治權の主體は國家を操縦する單一若しくは多數の個人となり、此の統治權者は國家の外に立つて國家を統治することとなる。かくの如きは、國家の最も主要な構成要素の一つを國家と對立せしめるものであり、國家の觀念を分裂せしめるが故に、到底背理たることを免れ難い。これに對して第二の見解は、國家の中に統治者と被統治者との對立を認め、此の統治權の主體と客體との關係を以て國家の法的性質の全てと解する。此の見解はイギリスの國家學者によつて代表された。然しながら、若しもかやうに國家を統治權の關係と見做すならば、國家に於ける統治者や被統治者が變化交替する度に、國家そのものの統一性と自同性が失はれる、と解されなければならない。國家の示す統治關係は單一でなく多數である。それはまた歴史と共に變化するものである。故に、統治關係としての國家は單一體たることを得ず、恆存性を示すことも出来ない。これ亦承認すべからざる背理である。かくてイェリネックは、必然的に第三の、國家を以て統治權の主體とする見解に到達する。國家の行使する統治權の主體は國家自體であり、且つ國家自體での

みあり得る。統治權は團體的單一體たる國家そのものに歸屬する。換言すれば、團體的單一體にして統治權の主體たるものが——その統治權力の始原性、及びその團體構成員の定住性と結びついて——イェリネックの意味する「國家」となるのである。

イェリネックは、かくの如き論據に基いて、國家を統治權の主體と見ることが、國家の統治權に關する唯一の可能な法學上の解釋なる所以を説いた。けれども、これを單に形式論理的に考へるならば、國家を統治權の主體と見ることが、國家を統治權の客體と見るザイデルの説と同様に成立不可能とならなければならない。何故ならば、若しもただ漠然と國家自體を統治權の主體となす時は、國家の統治權によつて統治されることの客體、即ち一般の國民は、國家の外に却斥され、國家が國家の外に在る國民を統治することとなり、その結果としてこれ亦國家の最も主要なる要素の一つを國家以外に置くの背理に陥らざるを得ないからである。故に、國家に於ける統治權の問題は、空虚な論理の關係としてではなく、觀念的にして且つ實在的な全體と部分との意味構造に基いて理解されねばならぬ。換言すれば、統治權の主體は、全てを包攝する國家自體ではなく、國家に於て國家の部分と對立する國家の全體と解されねばならぬ。従つてまた、統治權の客體は、國家の外に在る個々の國民ではなく、國家に於て國家の全體に服従する國家の部分でなければならぬ。此の關係を國家の外部から見るとすれば、國家の統治は、國家の行ふ自己統治である。またこれを國家の内部

から考察すれば、それは、國家に於ける全體の國家に於ける部分に對して行ふ法的支配である。かくの如く、全にして個、一にして多なる國家の複合構造が、國家内部の統治權の關係を可能ならしめ、且つこれを必然ならしめる。

これを以て見れば、國家の統治權の主體たる者は、複合態としての國家そのものではなく、國家に於ける全體である。全體は客觀的精神成態たる國家の意味中核であり、本來の觀念態である。意味であり觀念であるところの國家の全體は、そのままの存在様態を以てしては未だ直接の事實活動を營むことを得ない。しかも、統治權は實定法的の支配として飽くまでも事實上の機能に移されて行く必要がある。それ故に、いづれの國家に在つても、國家的全體を體現する單一または多數の個人の存在が必要とされ、國家の統治はこれ等の事實人の行ふ統治となつて事實の世界に實現される。國家の統治が、全體としての國家を體現する個人によつて行はれるのである。故に、國家の統治の根柢は國家に於ける全體と部分との法的支配關係であるが、その支配關係の實現形態に就いて見れば、國家の統治は、全體を體現する特定個人の、全體の部分たる不特定個人に對する法的支配に他ならない。此の意味で、イエリネックによつて排斥された統治權關係説は、寧ろ大きな眞理を含んで居る、と云はねばならぬ。ただ、此の場合に統治を行ふ個人は、決して單なる事實人ではなく、國家的全體を體現すべく意味づけられた事實人である。また、これによつて統治されるところの多

數個人も、同様に決して單なる事實人ではなく、國家の部分として意味づけられた國民である。イエリネックは、國家の示す統治關係は單一ではなくして多數であり、且つ歴史と共に變化するものであるから、統治權關係説を以てしては國家の單一恆常の存在を説明し得ない、と論ずる。然しながら、國家に於ける統治權の關係は、單なる事實關係ではなく、全體と部分との意味聯關の具體化であるが故に、それはその事實様態の多様性にかかはらず、恆存持久の關係たることが出来る。國家の統治は、事實の基礎によつて實効性を發揮する意味聯關であり、意味によつて自同性を保つところの事實關係である。國家統治權の本體は、理念と實在、意味と事實の兩側面に跨がつて存する國家の立體構造に基かずしては、到底的確には闡明され得ない。

國家に於ける統治權の關係をその觀念態から事實の機能に導く意味聯關の形式は、別言すれば、國家意志構成の組織である。國家は社會的全體者として客觀的に存在し、獨自の目的を追求し、固有の任務の達成を期する。國家の本體は客觀精神であり、國家の活動は目的活動である。而して、一定の目的に向つて働く精神の作用を「意志」の作用と名付けるならば、國家の作用も亦意志の作用であり、國家は一つの意志主體と見做されなければならぬ。此の場合に於ける國家の意志は、心理學に云ふところの事實上の意志ではない。それは、國家本來の目的に向けられた客觀精神の「志向性」(Intentionalität)である。その意味では、ケルゼンの云ふが如く、「國家意志の概念は心理

學的な意志の事實とは何等の關係をも持たぬ」のである。けれども、客觀精神の志向性としての國家の意志が現實に働き得るためには、その意志は事實上の個人意志によつて體現される必要がある。事實意志によるところの體現を缺く國家の意志は、單に觀念的な意志であつて、實在國家の意志ではない。一定の意味聯關の組織により、一定の個人的事實意志が國家本來の目的活動と結合し、國家全體の意志を體現する、と見做される時、その事實意志の作用は國家の全體意志の作用として意味づけられ、觀念的な國家の意志に實在性が與へられるのである。觀念と實在、意味と事實の此の聯關から見ると、ケルゼンの云ふところとは全く反對に、國家意志の概念は常に必ず心理學的な意志の事實との關係を持たなければならない。かやうに、國家の全體意志として意味づけられ、以て國家そのものの意志を組織構成するところの事實意志は、即ち國家を體現する個人の意志であり、國家の名に於て行はれる個人意志の作用に他ならぬ。中にも、統治は、國家存立の意味志向によつて認證された法的支配の根本形式であり、その機能は國家の法的意志の發現である。従つて、統治に關して國家を體現する個人は、その事實意志によつて國家の法的意志を構成するのである。國家の統治權の行使に就いて國家的全體を直接に體現し、全體の統治意志を始原的に構成する個人を標準として、國家組織の根本の形式が區分される。先づ、單一人が國家の統治意志を始原的に構成し、その單一人の事實意志を以て統治權を獨裁的に行使する國家組織は、「專制君主制」である。

次に、國民一般の意志が統治權の行使の淵源を成す國家組織は、「共和制」である。最後に、國家全體の權威を直接に體現しつつ、しかも、同時に單一人として身分上絶對の尊嚴性を發揮する君主が、個人我の自覺に於て進んで國家全體の活動を分掌する一般國民の參與を受けて、國家の統治に當る國家組織は、「立憲君主制」である。これによつて、法的統治組織に基く國家の三基本形態が區分され、しかもその三基本形態は、さきに社會的構造上の見地から分析された國家の實在形態の三類型と、完全に一致する。他に、特定の少數者の意志を以て國家意志を構成する「寡頭制」(Oligarchie)、あるひはまた、一定の階級のみが統治意志の直接構成に當る「階級制」(Klassenher-schaft) を、独自の國家形態として掲げる場合があるが、それ等の國家形態は國家の社會的構造に照らして本質上の重要性を持たず、歴史的に見ても、過渡的または變則的の意義を有するに過ぎない。なほ、「獨裁制」または「指導者制」の國家組織が今日未だ試圖の域を脱して居らないことは、既に國家の社會的構造に就いて述べた如くである。

國家に於ける全體と部分との統治關係は、國家的全體とこれを體現代表する單一または多數の個人との間の意味聯關によつて、實在の支配機能を發揮する。けれども、巨大複雑な觀念態としての國家全體の意志は、かかる單純直接の意味聯關のみを以てしては、到底限なくは事實活動の領域にまで導かれ得ない。ここに於て、國家の統治意志を直接に構成する單一または多數の個人に對し、

更にその意志を代表實現する事實意志の存在が必要とされる。それは、國家意志の體現者の代表であり、國家の再代表または間接代表である。かかる國家意志の再代表の組織は、專制君主制に於てもこれを缺くことを得ない。殊に、一般國民の意志が國家の統治意志の根源となり、あるひはそれが國家の統治機能に參畫するものと定められて居る場合、即ち、共和國家または立憲君主國家の場合に在つては、特定の重要事項に就き國民投票を行ふ時を除いては、一般の國務に關し、一々に國民全部の具體的意志決定を行ふ方法は存在しない。故に、これ等の國家組織に於ては、特定の資格を有するところの國民から成る一つの合議態が設置され、此の合議態がその權限の範圍内で國民一般を代表して國家の統治意志の構成に専任または參畫するものと定められる。ここに、共和制及び立憲君主制にとつて殆ど不可缺の意味を持つ制度として、いはゆる國民代表の機關たる「議會」が成立する。

國民代表の機關としての議會の機能は、近代の立憲的法治國家の構造に關する理論上、恰かも一つの公理の如くに取扱はれ來つた。然し、最近二三の有力な學者によつて指摘された如くに、議會が果して眞實に國民を代表するものであるか否かは、甚だ疑問とされなければならない。議會の構成員が國民によつて公選される場合は、國民に對する議會の代表的地位は一應首肯され得るが如くに思はれる。然し、議會の構成員は必ずしも國民によつて選舉されるとは限らず、他に、公選に基

かざる議員によつて組織された議會も存する。公選に基かざる議員によつて組織された議會が、なほ且つ民意を代表すると云ふことは、法論理上到底根據づけられ得ない。のみならず、議會の構成員が公選によつて定まる場合にも、選舉資格を有する者の範圍は必ず大なり小なり法的に限定され、如何なる場合にも事實上の國民の全部には及ばない。加ふるに、選舉權者と雖も單に議員の選舉に携はるに留まり、一たび選舉されて後の議員の見解や行動と、これを選舉した國民の意志との間には、もはや何等の必然的聯關も存しない。宮澤俊義教授の説明を借りて云へば、「いづれの國においても有權者の數は國民の一部分にすぎぬ。多數の者は實定法上政治的無權利者である。しかもこれ等の有權者たちはただ議員を選舉する權能を持つだけである。議員が一度び選舉されてしまへば、選舉人は議員に對して何らの法律的な統制手段をもたぬ。彼はここで他の選舉權のない者と何ら異るところはない。」それにも拘らず、國民の意志が議會によつて代表されて居る、と考へるのは、一つの假構に過ぎない、とも云はれ得るであらう。故に、宮澤教授は、科學的實定法的に分析された國民代表の概念は、純粹の「イデオロギイ的性格」を持つ、とされる。また、ケルゼンは、國民が議會に對して單に「選任機關」(Kreationsorgane)たるの意味を有するに過ぎぬこと、國民は議會の成立に就いてただ「選任機能」(Kreationsfunktion)を營むに留まること、を指摘し、「議會の選舉といふことだけに限られた國民と、議會との間に、特殊な代表の關係がある、と做す主張は、そ

れ故に一つの露骨な擬制である。」と断定して居る。

元來、國民主權の理念から出發した近代の國民代表の制度は、少なくとも根本の精神に於て一切の個人我の自存性と平等性を認め、かかる個人我の總體としての國民の意志をば議會をして代行せしめることを、その本來の趣旨とするものでなければならなかつた。然るに、事實存在者たる國民の總體と、限られた有権者の選舉により單に選任されたに過ぎぬところの議員の合議態との間、ましてや公選によらずして任命された議員の合議態との間には、右に述べたやうに、代表の聯關を斷ち切る幾多の罅隙が横たはつて居る。故に、此の罅隙を避けて、國民代表の概念を飽くまでも支持しようとする學者は、「國民」をば事實存在者たる個人我の總體とする代りに、これを事實を越えた觀念的な「全體」として理解し、國民の全ての代表ではなく、國民全體の代表をば國民代表の本質とする。此の論理の技巧を以てすれば、國家の代表は、觀念的な「全體」の代表として、それ自身一つの純粹に觀念的な關係となり、従つてもはや代表される者と代表する者との間の事實上の意志の聯關を問ふ必要がなくなるのである。例へば、ライプホルツの如きは、代表の關係はただ觀念的な價値の領域に於てのみ可能である、と做し、觀念的な代表の關係は個個の國家所屬員の總計の代表としては成立せず、獨りただ「政治的觀念的單一體」(politisch-ideelle Einheit)としての國民のみが代表され得る、と論ずる。これによつて、平等に獨立自存する個個の國民の總體の意志

を代表する、と云ふ、利益社會團體的な國民代表の概念は否定されると同時に、その代りに觀念的單一體たる國民の代表の概念が定立され、個個の國民と議會その他の代表機關との間の事實上の意志聯關の缺如は、此の意味での國民代表の概念の存立を妨げないものとされ得るのである。然しながら、かやうな論理の技巧を更に突きつめて行けば、國民の代表はもはや誠の國民代表ではなく、結局は「國家」の代表に歸着せざるを得ない。何故ならば、事實存在者としての國民の總體ではなく、國民の全體を觀念的に包攝する單一體が「國民」であるとすれば、その國民は即ち國家そのものであり、もはや國家の概念から區別された國民とは考へられないからである。「國民は實際上は國家の要素、『國家領人』(Staatsvolk)、ではなく、一つの政治的觀念的價値共同態である。

此の價値共同態は國家と同一であり、國家をば單に一つの事實上與へられた實在とするばかりでなく、またこれを精神的の實在とする、」と云ふライプホルツ自らの言葉は、國民代表によつて代表される國民が國家自體に他ならぬことを、最も明確に表明して居る。かくて、國民の代表は、國家の統治意志を行ふ國民の意志の再代表としての意味を失ひ、國家の直接の代表に復歸する。それは、一面に於て、國家の利益社會團體的分散の極限が却つて國家全體の意味と結びつき、いつしか協成社會團體の構造に向つて轉換する必然性を示すと同時に、他面に於ては、利益社會團體的國家の基本原理たる國民代表の概念が、純粹の法的概念としては徹底的には構成され得ぬことを物語るも

のでなければならぬ。國民の全てが直接に、あるひはその代表機關を通じて國家的全體の支配に參與する、と云ふ理念の完全なる實現は、單なる法の意味構造のみを以てしては不可能である。國民の何人もが國家の全體的活動に携はり、少なくとも最小限度に於て國家を代表する、と云ふ關係は、法的には根據づけられ得ず、獨りただ政治的にのみ認證されることが出来る。ここに、國家の法的支配の限界があり、ここに、國家の法的支配とは異なるところの國家の政治的支配の考察が必要となつて来る。

- (I) Jellinek : Allgemeine Staatslehre, S. 162 ff.
- (II) Max Seydel : Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre, 1873, S. 4.
- (III) イェリネックは、ウィリアム・ブラックストンの名を擧げて居る。William Blackstone : Commentaries on the Laws of England. Ed. by Sharwood, vol. 1, 1870, 146.
- (IV) Jellinek : a. a. O., S. 169 ff.
- (V) Kelsen : Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, S. 184.
- (六) 宮澤俊義教授『國民代表の概念』美濃部教授還曆記念、公法學の諸問題、第二卷、昭和九年、二四六頁。
- (七) 宮澤教授、前掲論文、二七〇頁以下。宮澤教授によれば、「その本質上現實と一致しなくてはならぬ科學的概念として自らを主張する表象であつて實は現實と一致しないもの」を、イデオロギイと呼ぶのである(二二三頁)。
- (八) Kelsen : Allgemeine Staatslehre, S. 312 f.
- (九) Leibholz : Das Wesen der Repräsentation, S. 46 f.

(10) A. a. O., S. 128 f.

五四 國家の政治的支配

さきに政治と國家との關係に就いて論究したところに従へば、支配は決して國家の行ふ政治の全ではない。凡そ何等かの法超越的目的のために營まれる國家の活動が、實力に支持された矛盾と對立とを含み、しかも此の矛盾と對立とが再び實力を背景として止揚統一される時、その國家活動は即ち國家の政治を意味する。かく解する限り、國家の機能の全てに大なり小なり政治の意味が含まれて居る、と云はねばならぬ。然し、國家が諸般の目的を實現するに當つては、部分相互の間に不可避免的に生じて來るところの對立關係を、實力を以て克服し統一して行かなければならぬ以上、その國家の活動は當然に支配の色彩を佩びて來る。國家全體の立場から部分相互の反對關係を實力によつて統制する支配は、國家の政治の基調である。故に、國家の政治は支配に盡きるものではないが、支配以上の意味を持つところの政治作用も、常に必ず支配を通じて行はねばならぬ。此の意味で、支配の作用は國家の全政治活動の基幹でなければならぬ。

國家の政治的支配は、一般には國家の法的支配——統治——と重疊して行はれる。兩者は決して

全くその範圍を異にするものではなく、概ね同一範域内で互に渾然と融合して居るのである。故に、國家の統治の根本形式は原則として同時に國家の政治的支配の根本形式を意味する。即ち、專制君主制は專制君主政であり、共和制は共和政であり、立憲君主制は立憲君主政なのである。けれども、國家の變遷の過渡期に際しては、國家の法的支配とその政治的支配との間に時として明瞭な喰ひ違ひの生ずることがある。法は國家の靜態原理であり、硬化守舊の本性を有するのに反し、政治は本來生命であり、活動であり、飛躍であるために、政治的變遷の急激に行はれる場合には、法は自らに政治の動きに取り残され、國家統治の形式は依然として舊態を存しつつ、その法的統治形式を通じて行はれる政治的支配は、全く新たな實質を具ふるに到ることがあり得るのである。その顯著な例として擧ぐべきは、ロオマ共和制の末期に現れた、アウグスツスの政體である。アウグスツスの政體は、ロオマに於ける共和制より君主制への過渡期に在り、實質上は君主制の特色を充分に發揮して居たのであるが、しかもアウグスツスは、民意を重んずるロオマの傳統を尊重し、法の權威を支持するロオマ的精神を遵奉しようとしたために、彼による統治形式はなほ共和制の外觀を失ふに到らなかつた。即ち、歴史家の論議的となつたアウグスツスの政體は、法上は共和制であつながら、政治上は既に君主政の實質に推移して居り、正に法的支配形態と政治的支配形態との喰ひ違ひの状態を現出して居た、と解さるべきであらう。下つて近代に到り、民主主義的法治國の原理が次

第に廣く採用され、國家の支配の及ぶ限りの法的形式化が試みられるに及んでは、一切の政治をば法を通じて行ふ、と云ふ要請が確立され、法的ならざる政治的支配の可能性は、一たびは全く排除され得たかの如くに見えた。然し、今日に於ても、否、特に今日に於て、時代の轉換と共に、政治的支配の實質は往往にして法的支配の形式と矛盾しようとする勢ひを示して居る。民主主義的統治のための議會をば有名無實の制度に化すところの獨裁政治の擡頭は、法的支配の形式に矛盾する政治的支配の自己實現と見らるべきであらう。のみならず、如何に完備した法の體系を具備するところの國家と雖も、その機能の實質を詳細に吟味すれば、そこに法的には規定し盡され得ぬ政治的支配の範域の残されて居ることが知られる。國家の政治的支配の場面は、法的統治の場面と重疊しつつ、なほ廣く後者の外に及ぶのである。

法的支配としての統治に關する限り、直接あるひは間接に國家意志の構成に携はる個人の地位及び權限は、實定法上の根據を持つものでなければならぬ。しかるに、共和制や立憲君主制の國家に於ては、觀念上は國民の全部が國家の統治意志の構成に參與すべきものと考へられ、且つそのために國民代表の制度が設けられたにも拘らず、個々の國民の事實意志と、構成された國家の統治意志との間に、實定法上の必然的な意味聯關が缺けて居ること、前節に述べた如くである。繰返して云へば、國民の全てが國家的全體の支配に關與する、との利益社會團體的若しくは協成社會團體的

支配原理は、法的には徹底せしめられ得ず、ここに國家の法的支配の限界が劃されねばならぬのである。これに反して、國家の支配意志の構成をば政治の側面から眺めれば、實定法上の権限を與へられた國民のみが國家を代表し、國家を再代表するのではなく、それ以外の一般國民と雖も、その國民たる資格によつて既に極徹的に國家の支配意志に參與しつつある、と云ふことが出来る。國家の支配は主權的實力によつて實効的な支配たり得るのであるが、國家の支配を實効的ならしめるところの國家の實力は、國民一般の精神的服従によつて支持された力たることを要する。故に、國家の支配に服従し、國家の支配に服従することによつてこれを實効的な支配たらしめつつある國民は、その限りに於て既に政治的に國家の支配の運載者たるのである。かかる極微の國民の精神的支持を無限に集積合成して、國家の政治的支配が行はれる。國民代表の實定法的根據は缺如しても、新聞紙上その他の輿論の機關を通じて議會の政治的論議を監督批評する一般民衆は、政治の實質に於て國家の支配機能を分掌するものでなければならぬ。また、議會が無能無力の制度と化した獨裁制の國家に於ては、街頭に雲集して「指導者」の演説に歡呼陶醉する老若男女こそ、議員以上に支配的國家意志の構成者たるものでなければならぬ。此の意味では、選舉權者以外の國民も國家の代表者たることが出来、搖籃に眠る幼兒にも將來の國家の支配を運載すべき希望と力とが潜んで居るのである。法的支配の限界を越え、國民生活の隅隅にまで行き互つて全體への部分の参加を可能ならしめるものは、かくの如き政治的支配の現實でなければならぬ。

國民一般の政治的支持は、國家的全體の實在の基礎であり、且つ、國家的全體を實在化することによつて、國家の支配を實在の支配、實効的の支配たらしめるところの契機である。國家の支配は全て個人の手を経て行はれるが、個人の手を経て行はれるにも拘らず、國家の支配がなほ且つ眞の國家の支配たるためには、支配する國家的全體に一定限度以上の實在性が認められて居なければならぬ。元來、國家の支配意志を構成するための代表の關係は、觀念的な意味聯關である。しかも、此の觀念的な意味聯關は、代表されるところの國家が、鞏固な實在性を發揮する場合に於て、始めて同時に實在する意味聯關たることが出来る。かかる場合には、事實上表面に現れて作用し行動する個人は、意味的には却つて背後に隠れ、その作用と行動とは誠の全體活動と見做され得るのである。これに反して、國家的全體がその實在性を喪失し、單なる假在態に化すれば、個人の代表活動はただ名のみ全體の活動であるに留まり、その實は個人の活動、個人の作用に過ぎず、意味の聯關と實在の聯關とは全く背馳するに到る。かやうな國家の支配は、名を國家に藉りて行はれる個人の支配であり、支配の實益はもはや國家に歸屬せずして、國家を代表する個人の壟斷するところとなる。君主個人の利益のため、または君主を周る特權階級の利益のためのみ爲される暴政は、此の種の變態國家支配の典型的な場合である。利益社會團體の構造を持つ共和國家に於ては、國家の支

配を代表する者は觀念上は國民の全部に及ぶから、國家の實在性が失はれても、その支配が特殊の個人の利益のために濫用される懼れはないかの如くに見える。然し、既に述べた如く、利益社會團體には傳統の權威の代りに資本の權威があり、身分の支配の代りに多數の支配が行はれるが故に、徹底して利益社會團體化された國家の支配と雖も、一部の國民、特定の階級の利益のための手段に墮するの危険を免れ難い。國民に對する國家の支配の實在は、國家的全體の實在の前提の下に於てのみ認められ得るのであり、國家の實在的支配の前提たる國家的全體の實在は、國民一般の政治的統合の作用の基礎を俟つて始めて可能となるのである。^(四) 政治的統合の作用を営む國民の全ては、此の意味でも國家の實在的支配に直接に参加しつつあるものと云はねばならぬ。^(五)

(一) 第一篇、第七章、第二六、二七、二八節。

(二) 紀元前二七年、オクタヴィウスがアウグスツスの稱號を受けて以來、實質上ロオマの君主制が確立された、と云ふのは、多數の歴史家の見解である。然し、アウグスツス自らは、「二七年に獲得したその地位についても、それが『全國民の同意』によつたものであるとし」、「アウグスツスの稱號も『元老院議決に依』つたとし」、「その取得した權力が、たとひ通常のものではないにしても、何れも適法のものであることを示すために細心の注意を拂ひ、決して古來の共和政組織を變改するものではないと云ふ形式を整へることに腐心してゐるのである。」此の事實に基き、アウグスツスの政體をその形式の點から見て、逆にロオマ舊來の共和的國家形態の恢復と做す者もある。かやうに、アウグスツスの政體は實質上は君主政であり、形式上は共和政であるために、「近時のローマ法學者の多くは、二員政(Dyarchie)の概念をもつてアウグスツス

の政體を説明しようとしたモムゼンの見解の影響の下に、これを君主政または共和政のいつれかの概念に簡單に當てはめ得ず、一層複雑なものであり、複合的なものであるとする見解をとる。」例へば、ブルンス(レーネル)は、ローマ法史の第三期を以て『共和政的帝政』の時代とし「て居るのである。(船田亨二教授『キケロの國家論とアウグスツスの政體』京城帝國大學法學會論集、第四冊、昭和六年、三四三頁以下、による。)

カエザルよりアウグスツスを経てディオクレティアヌスに到るまでのロオマ國家組織の過渡期をば、「共和制的君主政」(das republikanische Kaiserium)の時代と名付けたブルンス・レーネルは、此の時代の國家組織の特質を次の如くに敘述して居る。——「共和制的國家組織より君主制的國家組織への推移は、既存の秩序の再三の動搖、及び失敗に歸した復古の企圖を通じて、永い以前から準備されて居た。カエザルは、その終身の獨裁を基礎として、國王的支配を事實上更新することを企圖した。彼は、貴族主義的の傳統を完全に打破し、國民及び軍隊を自己の地盤とした。此の點では、アウグスツスはカエザルの方針を踏襲して居らない。彼は二七年にその異常なる權力を辭し、公の記述の示す如く、再び共和制を樹立した。法上は、アウグスツスの國家組織は、最高の支配權力をば、國民の始原終身の官吏としての總統(Princeps)と、執政官の指導の下に立つ元老院(Senat)との間に分割した状態——「二員政」(Dyarchie)——であつた。然し、皇帝の權力は法上、而して更に遙かに多く事實上、優越して強大なるものであつた。皇帝は軍隊に對する絶対の命令權、將校の任命權、及び對外關係の指導權を有し、宣戰、媾和、同盟締結の權限を兼備した。……(君主制への)改造は、ディオクレティアン及びコンスタンティン一世によつて始めて完成されたのである。」C. G. Bruns: Geschichte und Quellen des römischen Rechts, neu bearbeitet von Otto Lenel, Holzendorfs Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 7. Aufl., 1915, 1. Bd., S. 347 f.

此のロオマ公法史の最も興味ある時代の詳細に就いては、船田教授の近著『羅馬元首政の起源と本質』京城帝國大學法學會叢刊第二、昭和十一年、參照。

- (三) 第一篇、第七章、第二八節、參照。
(四) 第二篇、第一〇章、第三九節、參照。
(五) 周知の如く、アリストテレスは、國家の組織を分類して、一人の支配する君主政、少數者の支配する貴族政、多數の支配する共和政、の三基本形態を擧げ、その各に独自の意義を認めると同時に、運用の方法の如何によつては、そのいづれもが、劣悪な政治形態に轉化し得る、と主張した。君主政の墮落せるものは暴君政、貴族政の悪用されたものは寡頭政、共和政に似て非なるものは愚民政である。國家組織の同一の觀念形態が、代表的意味聯關の實在性の喪失と共に、全く反對の政治上の效果を示すに到ることを暗示した學說として、卓拔した意義を有する。The Works of Aristotle, edited by W. D. Ross, vol. X, Politica, translated by B. Jowett, 1921, Book III, Chapter 7.

五五 國家の機關

國家を代表し、國家の名に於て行動し、その行動の効果が直接間接に國家自體に歸屬せしめらるべき關係に於て、國家意志の構成に參與するところの國家の部分は、國家の「機關」である。國家と國家機關との關係は、社會團體に於ける全體と部分との組織關係を基礎とする。全體の意味を前提とせずしては、部分の機關性を認むべき餘地なく、機關としての部分を具備しない社會的全體は、實在の世界に何等の活動能力をも現し得ない。一切の社會團體は機關を通じて働く活動態である。機關の概念は此の意味で本來社會的な概念である。

ギエルケやプロイスの社會有機體說に淵源する國家機關の概念は、ラバンド、イエリネック等により次第に明確な法的色彩を與へられ、社會概念たるよりも先づ國法學上の概念として論究され來つた。社會概念としての國家機關は、國家と云ふ單一團體の肢體である以上、決して完全に獨立な存在者ではあり得ないが、國家を構成する部分たる地位に於て、それはなほ相對的に獨立した人格性を有し、その人格活動によつて國家の活動を代表する。従つて、社會の觀點から見れば、國家機關の概念の重心は機關たる「人」に置かれるのである。例へば、ギエルケは、國家の人格性を認めると同時に、國家機關にも亦不完全な人格性を認め、これを「機關人格」(Organpersönlichkeit)と呼んだ。これに反して、法の見地から考察された國家機關は、法の規定する機關權限に基き、國家の法的意志を構成する抽象的な「制度」であり、機關たる地位に立つ「人」は、此の抽象的な制度の背後に隠れ去らなければならない。機關たる人が國家の機關なのではなく、機關たる權限が國家の機關なのである。勿論、社會的機關論と雖も、機關としての權限を無視して機關たる人を機關と見做すのではない。此の立場から見れば、機關としての權限を荷ふ人が、國家の機關なのである。それと同じく、法的機關論も亦、機關たる人を全く論外として、抽象的な機關の權限のみを機關と考へるのではない。然し、此の見解に従へば、機關たる人はそれぞれの個性を持つが、個性ある事實人によつて分掌される機關權限は、個性を離れて法により抽象一般に規定されて居る以上、機關

權限が機關概念の中心を成さねばならない。何故ならば、如何なる人が機關の地位に就いても、法的に定まつた機關の作用は確乎不動たることを要するからである。

かやうな法的機關概念を最後まで徹底せしめる時は、ただに機關人から離れた機關權限が重要視されるに留まらず、機關權限そのものも、擬人的な國家意志の構成といふ見地からではなく、國法體系の機能的基點と云ふ意味に於て解釋されることとなる。機關の人格性が否定されるばかりではない。機關によつて國家なる法主體の意志が作り出される、と云ふ説明も廢棄され、國家は純粹の法體系となり、國家機關は國法體系の自己創設の段階として、恰も法機能の結節點の如くに取扱はれる。かくの如き純粹法機能的機關概念は、云ふまでもなく、ケルゼンによつて提唱された。但し、ケルゼンと雖も、機關の機能が現實には人の行態として行はれることを、否定するのではない。然し、その場合に於ける人の行態は、法規範を創設し、法的要件を定立する行態として、初めて國家學的考察の目標となるのである。しかも、國家の内部で或る一定の内容を持つ法規範を創設することは、もとより事實の世界から法を作り出すことではなく、上位の效力を有する法規範の制約の下に、下位の法規範を生み出す過程に他ならない。従つて、そこに法規範を創設する作用も亦、根本に於て、その法規範の效力を制約する上位法規範の作用に淵源する、と見做されなければならない。事實考察の立場から云へば、法創設の作用は或る定まつた人の行態であり、その行態の歸屬點はその人以外には求められ得ぬ。けれども、規範論理的に見るならば、法創設の作用は、飽くまでも上位の效力を持つ制約的法规範に歸屬せしめらるべきである。此の、創設される法规範より創設する法规範への歸屬の接合點が、純粹に法機能的に理解された國家機關である。國家機關は國家法秩序の全創設段階に於ける歸屬の通過點である。法が法より生み出される過程は、澱みなき絶對の流動態を示さず、隨所に規範と規範との結節を形成して居る。かかる法规範の相對的結節が國家機關の本體であり、法創設の事實作用に携はる「人」は、法规範の要件が常に人の行態から成る、と云ふ意味に於て、國家機關の概念と關係を持つに過ぎない。

ケルゼンによる國家機關の此の純粹法機能概念化は、規範論理的には極めて徹底した考へ方であるが、規範論理的に徹底して居れば居るだけに、それは實在の認識から隔絶し去つた、と云ふ憾みを免れ難い。國家を純粹に觀念的な法规範の複合態と見れば、その法機能の要素所に置かれた國家機關は、法要件として意義づけられた行態を産出する自働機械たることを以て足り、何等の人格的個性的意義をも持つに及ばぬであらう。然しながら、實在國家の活動を分掌する國家機關は、決して規範論理的に觀念された自働機械ではなく、その個性と人格とを以て法規を解釋し、法的權限を行ふところの生統一體である。國家機關の權限は法規の定めるところであり、従つて嚴正確實な國家機能の可能態たるを要するが、此の可能態を現實化するものが、生きた人間存在である以上、

機關權限と機關人との微妙な聯關を斷ち切つて、實在國家の構成を理解することは出来ない。「問題に制度にあらずして人にある」と云ふ卑近な言葉には、規範論理主義の國家機關概念とは對蹠的な意味で、否定すべからざる一つの眞理が含まれて居る。機關權限と機關人とを觀念的に區別することは、もとより飽くまでも正しい。人の個性を以て左右すべからざる權限の客觀性、人の死亡や更迭によつて中斷されざる權限の自同性は、此の區別を認めることによつて初めて説明され得る。然し、その故に權限機能のみを以て機關の本質とし、機關の人間の側面を無視することは許されない。ハンス・ウォルフは、權限としての機關概念と人としての機關概念のいづれにも別個の法的重要性を認め、前者を「機關」(Organ)と呼び、後者を「機關擔當者」(Organwahrer)と名付けた。區別の趣旨に於て正當であるが、機關權限のみを機關と呼ぶことには用語上の難が伴ふ。眞正の國家機關の概念は、機關權限の意味と機關人の意味とを併せ含むものでなければならぬ。換言すれば、ウォルフの云ふ「機關」と「機關擔當者」との綜合態が誠の機關なのである。ウォルフはこれ等の兩概念に等しき法的意義を認めて居るけれども、兩者を區別しつつ、なほ兩者の併用を必要とする根本の所以は、國家機關に於ける法と社會との構造上の聯關に存する、と云はねばならぬ。

國家機關の概念は、權限を中心として見れば、一つの法概念であるが、我々は、法概念としての國家機關と並んで、なほ政治概念としての國家機關の存することを認める必要がある。此の必要は、國家の支配に法と政治の兩側面があり、國家の代表にも亦法と政治の兩意義が存することから見て、自らに首肯さるべきところであり、國家そのものが社會・法・政治の構造複合態たる點から考へても、當然に歸結され得る筈である。政治概念としての國家機關も、社會概念としての國家機關人を基礎とし、これと必然的に結びついて居ること、法概念としての國家機關と全く同様である。然らば、政治概念としての國家機關は、如何なる程度まで法的國家機關と一致し、如何なる點でこれと相異なるであらうか。

國家の政治的支配が一般には國家の法的支配たる統治と重疊して行はれるが如く、政治的意味での國家機關も亦、主要な部分に於て法的意味での國家機關と合致する。國家の法作用を分掌する機關が、同時に國家の政治活動を實行し、且つその政治活動を實行するに就いて法の認證を受けて居るのである。近代の立憲的法治國家に在つては、特に國家の法機關とその政治機關との嚴密な合致が要求される。けれども、國家の變遷が急激に行はれる場合に當り、守舊性を佩びた法的統治の形態が、飛躍性に富んだ政治的支配形式のために取り残されることがあるのと同様に、國家の歴史の過渡期に臨んでは、法の認證を離れた國家活動の淵源が形成され、此の國家活動の中心に位する單一人または多數人が、無力な法的國家機關に對立して政治上の實權を掌握する場合がある。即ち、常時にあつては同一機關の上に融合統一されて居た國家の法機關作用と政治機關作用とが、動亂

の事態に際して分裂を來たすのである。革命やクウ・デタアの場合に於ける實力行使者は、その地位が新憲法によつて認證されるまでの間は、法機關たらざる政治機關である、と云ふことが出来る。ケルロイタアは、國家機關の概念を専ら政治的意義に解し、「現存する憲法律の中に豫見されて居ない實力運載者も、國家機關たる事が出来る」と云つて居る。多くの國家の歴史的變遷の跡に顧みる時、此の言葉にも亦一つの眞理が認められねばならぬ。

法の認證を受けて居ない實力行使者が國家の實權を掌握した後に、やがて此の實力行使者の地位を認證する法が創造される過程は、イェリネックがその「事實の規範力」説の適證として擧示するところである。然し、國家を動かす支配力が、如何なる場合にも決して單なる事實力ではなく、理念によつて意義づけられた事實力、社會規範を實在化する事實力であることは、さきにこれを説いた。國家の舊法體系を覆し、新法體系を創造するものは、赤裸裸の事實に非ずして、事實に基礎された新理念であり、事實の裡に自己を具現する新社會規範である。そこでは、秩序が破壊されると同時に、新たな秩序が作られつつある。此の、成りつつある新秩序の中心に立つ人的契機としてのみ、非法なる實力行使者の機關性が認められ得る。ケルゼンが、「凡そ秩序を離れて機關を考へることは出来ない」と云つて居るのは、此の意味で極めて正當である。

國家の法機關と政治機關との區別は、單に國家組織の變革期に於て明瞭に現れて來るばかりでは

ない。常態に在る國家、否、民主主義の要請に従ひ、統治權の行使に參與する資格が最大限まで一般國民に擴められて居る國家に就いて見ても、法的機關の地位には常に一定の限度が存するのに反し、政治的機關の地位は必ずしも實定法の規定を條件とせず、従つて一切の國民の上にもこれを及ぼして考へることが出来る。國家は全體と部分との組織統一體であり、國家の部分は國家に所屬する國民の全部である以上、その部分たる國民は、如何なる者と雖も國家的全體の構成に参加し、最小限度に於て國家の活動を分掌して居る筈でなければならない。然しながら、法の指定する機關活動は必ず權限によつて制約されるから、その權限を與へられて居ない國民は、法的には機關活動を營むことを得ず、法的權限を與へられた國家機關人と雖も、その權限外の行爲を爲す場合には、もはや法上國家の機關とは認められない。議會構成員や大統領を選擧する權限を持つ國民は、法的なる國家の機關であるが、それ以外の國民は此の權限に關しては機關たる地位の外に立つて居る。故に、如何に徹底した民主主義的組織を有する國家に於ても、國民の全てを國家の機能に携はらしめると云ふ要請は、純粹に法的には到底貫徹され得ないのである。

然るに、此の困難は、國家機關の法概念と並んで、國家機關の政治概念を樹てることにより、完全に除き去られる。政治的支配に於ける國家の代表が、法の制限を越えて國民の全部に及び得るが如く、國民の全ては、國民が國民であると云ふ意味に即して、政治上國家の機關活動に加はりつつ

ある。政府の行動を批判し、統治の方針を質疑する法的権限は、議會に與へられて居るが、新聞雜誌に現れる國民の輿論は、法超越的に國家の政治活動を規制する。外國と樽俎折衝する全權使節は、法の與へる權限に基いて外交關係の調整と打開とに努めるが、學問や藝術や競技を通じて行はれる國民外交は、國際間の理解と融和とを計る上から、或る場合には全權使節の行ふ外交よりも一層有效である。國家の目的が單に法秩序の維持にのみ限られるならば、國法を定立執行する地位に在る者のみが國家機關である、と見られねばならぬが、經濟、文化、宗教、道德、等の法超越的價値も國家意志の對象となる以上、これ等の分野にそれぞれの業務を有する國民の全ては、法超越的に國家機關の職責を負ふ、と云ふべきである。官吏の身分を持つ者は、法上はその權限の範圍内に於てのみ國家機關であるが、法超越的にはその法的權限以外にも、即ちその常住坐臥の間にも、なほ國家を代表する立場があり得る。國家機關の概念をば、社會・法・政治の綜合態として構成する時は、全ての國民は少なくとも「最小限度の國家機關人」でなければならぬ。

(一) Gierke : Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, 1887, S. 169 ff.

(二) Hans Wolff : Organschaft und juristische Person. II, Theorie der Vertretung, 1934, S. 226 f. Vgl. Jellinek : Allgemeine Staatslehre, S. 559 ff.

(三) Kelsen : Allgemeine Staatslehre, S. 262 ff. ケルゼンの國家機關論に就いては、『ケルゼンの純粹法學』(昭和七年)に清宮四郎教授の要約した紹介がある(一二九頁以下)。

(四) ケルゼンの國家機關論は次章に述べるその法段階説と不可分の關係を持つ。ケルゼンによれば、國家の機關は即ち國家の法創設機關に他ならない。「國家秩序はその全ての段階に於て人により創設される。これ等の人の法定立機能は秩序自體により規定されて居る。即ち、上位段階の規範が或る條件を確定し、それ等の條件の下に下位段階の規範が創設されるのである。國家秩序を創造する道具の意味での國家機關は、従つて、上位段階の規範によつて規定された、下位段階の規範の定立者である」(Kelsen : a. a. O., S. 262)。

(五) 第一篇、第六章、第二三節、註一、参照。

(六) Wolff : a. a. O., S. 228 ff.

(七) Otto Koellreuter : Grundriss der allgemeinen Staatslehre, S. 261.

(八) Jellinek : Allgemeine Staatslehre, S. 342 ff.

(九) 第一篇、第六章、第二三節、第七章、第二八節。

(一〇) Kelsen : a. a. O., S. 270.

第一章 國家の法組織

五六 國法秩序の段階的構成

社會團體としての國家の構造は、國家に於ける全體と部分との組織關係を意味する。此の國家に於ける全體と部分との組織關係は、一般に法によつて確定されて居る。法が國家を組織立て、法によつて組織立てられた國家の部分が、法の制約の下に更に具體的に法規範を定立適用し、以て國家の法內在的秩序的秩序を維持する。國家の組織をば、秩序維持の目的のために各種の法規範を定立し適用する國家機關の統一態、と見るならば、その觀點にはなほ法と社會の兩側面が結合されて居る。これに反して、純粹に法の側面から考察された國家の組織は、それぞれの機關權限に基いて定立適用される法規範そのものの統一態に他ならない。法が法を制約し、法が法を産出する國法秩序の全體系が、即ち純粹の意味での國家の法組織である。

かくの如き國法秩序の純粹構造を、再び社會の基體から切り離して論究することは、國家の綜合考察から分析考察へ復歸する所以であり、その點ではこれまでの理論の建設過程の逆轉を意味する。

けれども、國家構造論にとつて残された最も重要な課題は、國家に於ける法と政治との關係の全般的研究であつて、此の任務を達成するためには、是非とも先づ國法秩序の純粹の構造を究めて置かなければならない。發達した法體系を持つ近代國家に於ては、政治は法とその質を異にして居るにも拘らず、なほ原則として法を通じて行はれ、法の作用が政治の作用の大部分を自己の背後に蔽ひ隠して居る。ただ、政治の範域は如何なる場合にも法の範域に比して一層包括的であり、且つ、如何に堅固な法の城廓にも時と共に次第に腐蝕崩壞の箇所を生ずるために、やがて法體系の被覆を貫いて政治の露出面が現前し來ることを免れない。それ故に、法と政治の聯關を知る捷徑は、國家の法組織を究めた後、法の被覆の内部に燃える政治の様態を探り、法の破綻を衝いて湧出する政治の生命を検討するにある。即ち、我々がいまここに國家の法組織を特に取り出して考察しようとする目的は、飽くまでも法と政治との構造聯關の綜合的認識に存しなければならぬ。既に述べられた國家に於ける全體と部分との社會的意味聯關の上に、更に國家に於ける法と政治との構造聯關を織り合せて行くことが出來れば、綜合的實在科學としての國家構造論の任務はそれを以て一通り果され得たこととなるであらう。

近代國家の法秩序の持つ著しい特色の一つは、その段階的構成にある。近代的國家の實定法秩序に屬する法規範は、その規定の意味内容の一般性または特殊性により、大別して數種の段階に排列

され得る。即ち、より一般的な法規範はより特殊な法規範に比し原則として上位の段階に在り、上位の段階に屬する一般法規範は、下位の段階に屬する特殊法規範の妥當性を根據づけ、下位の法規範は上位の法規範から規範論理的必然性を以て創設されるのである。上位の段階に遡れば遡るほど、法規範の意味内容は一般性の度を増し、従つて少數の規定を以て廣範圍の法領域を蔽ふことが出来る。これに反して、下位の段階に下降すればするほど、法規範の意味は特殊化され、上位段階に於ては單一の一般法規範を以て規定されて居た法領域内にも、多數の特殊法規範の定立される必要が生ずる。法規範の数は上位に遡るにつれて減少し、下位に降るにつれて増大する。それ故に、全體として觀望するならば、國家の法體系は、最も一般的な内容を有する極めて少數の規範を頂點とし、最も特殊な内容を持つ無数の個別規範を底面とし、恰も一つの圓錐形の如く末擴がり廣まつた規範意味の空間を占位して居る。

國法秩序の此の立體的段階的構造は、周知の如く、メルクル及びケルゼンの「法段階説」(Stufentheorie des Rechts) によつて精密に分析された。法段階説の用語を以て云へば、法規範意味の圓錐形空間の頂點に在る最も一般的な規範は、「根本規範」(Grundnorm) である。その底面を占める最も特殊な個別規範は、「裁判判決」(Rechtsprechung) 及び「行政處分」(Verfügung) である。最上位の根本規範から最下位の裁判判決及び行政處分に到る間には、一般性より特殊性への順序を追

うて、「實定法的意味に於ける憲法」(Verfassung im positivrechtlichen Sinne)、「法律」(Gesetz)、「命令」(Verordnung)、等の諸段階が區別され得る。これ等の中間段階に屬する法規範は、下位段階の規範に比しては原則として一般的であるが、上位段階の規範に較べては原則として特殊である。これに反して、根本規範はそれ以上の一般規範を持たぬ最高規範であり、裁判判決及び行政處分はそれ以下の特殊規範を持たぬ最低規範なのである。

國法秩序の段階的構成は、靜的及び動的の二つの觀點から考察されることが出来る。靜的に見た法秩序の段階性は、「法の妥當性」(Geltung des Rechts) の關係である。何故ならば、下位段階に屬する特殊な規範は、上位段階に屬する一般的な規範をその妥當性の根據とするからである。例へば、殺人の罪を犯した甲を死刑に處す、と云ふ裁判判決は、甲の犯した殺人行爲と云ふ制約的要件に對して、死刑と云ふ被制約的要件——強制效果——を歸屬せしむべきことを宣言する、具體個別の法規範であるが、此の法規範は自己の妥當性の根據を自己自身に持つのではなく、必ずこれを上位段階に位する一般法規範に仰ぐことを要する。我國に於ては刑法第一九九條に規定があつて、殺人の罪に對しては死刑を以て最も重しとする刑の範疇が定められて居るから、此の裁判判決は——甲の性情や犯罪の動機及び方法の具體的衡量の下に——妥當なる判決として認められ得る。これに反して、若しも同様の判決が死刑を廢止した國家の裁判所に於て下された、とするならば、その

判決は、規範意味の内容上は前の場合と何の差別も存しないにも拘らず、妥當ならざる法規範、法律違反の判決、とならなければならない。

かやうに、下級規範たる裁判判決は上級規範たる法律にその妥當性の根據を持つのであるが、裁判判決に妥當性の根據を與へる法律と雖も、自己の妥當性の根據に關しては、更に上級の法規範の制約の下に置かれて居る。裁判所が法律を根據として裁判判決を下す、と云ふことは、それ自體として妥當的であるのではなく、此の關係を認證し、此の關係を規範論理的に必然ならしめる上級規範の規定があるために、妥當的と認められるのである。我國の憲法はその第五七條を以て、司法權は天皇の名に於て法律により裁判所これを行ふ旨を定めて居る。ここに明示された「法律」とは、決して形式的な意味に於ける法律のみに限られるのではないが、形式的な意味に於ける法律が憲法第五七條に云ふ「法律」の主要部分を成して居ることは、疑ひを容れない。甲なる殺人犯人を死刑に處する、と云ふ裁判判決は、その妥當性の根據を形式的な意味に於ける法律規範たる日本刑法第一九九條に仰ぎ、裁判所が此の法律により右の裁判判決を下した、と云ふ事態は、法律以上の一般規範たる憲法の條項を更にその妥當性の根據として居る。靜的な法の妥當性の聯關は、かくの如く、下位段階の法規範より次第に上位段階の法規範に向つて遡るのである。

次に、此の法秩序の段階構成をば動的に觀察するならば、それは「法の創設」(Erzeugung des

Rechts)の聯關として示され得る。即ち、一般的な上位規範は特殊な下位規範の中に自己を創設し、自己を實現して行くのである。一般的な上位規範は、若しもそれがその一般性の状態のままに留めて置かれたならば、法規範としての具體的な拘束力を發揮することは出来ない。法規範が法規範としての作用を實現するためには、是非とも自己を下位の規範の中に特殊化して行かねばならぬ。我が憲法第五七條は、裁判所が司法權を行ふに當つては、法律によるべき旨を定めて居る。此の極めて一般的な意味を持つところの憲法規範が、凡そ廣く具體的の機能を發揮し得るためには、裁判の規準を示すべき多くの「法律」が定立されることを必要とする。法律の定立——それが形式的の條定によるにせよ、あるひは單に實質的に行はれるにせよ——なくしては、裁判の法律準據性を定めた此の憲法の條項は、全くその意味を失ふ。その限りに於て、憲法の一般規定が法律の特殊規定の中に自己を創設し、自己を實現して居るのである。

かくて、數數の特殊な法律規範が一般的な憲法規範の自己發展として定立されるのであるが、法律規範は憲法に比して特殊であるとは云へ、それはなほ比較的高次の一般性を有する上級法段階に屬し、それと個別規範の段階との間にはなほ大なり小なりの距離が残されて居る。例示した日本刑法第一九九條は、殺人の罪に對し、三年の懲役より死刑に到る相當範圍の刑を定めて居り、そのままだは未だ個別具體の拘束力を持たない。此の規範が法としての職分を果し得るためには、

自ら一定の殺人罪に對し一定の刑を歸屬せしめる裁判判決にまで下降し、そこに自己の具體的實現を求めねばならぬ。憲法の規定が自己を具體化して法律の規定を創設し、法律の規定が自己を具體化して裁判判決を創設する。法秩序は法規範の單に靜止した體系たるに留まらず、常に下位段階に向つて進む法規範の動的自己實現の統一態である。法の妥當性の點から見た法秩序の段階的構成は、規範意味の上升聯關であるが、法の創設の點から見たそれは、規範意味の下降聯關を成して居る。

下位段階の規範より上位段階の規範に遡る法秩序の上升聯關に於ては、下位規範は上位規範の制約の下に妥當するもの、即ち「被制約者」として意味づけられ、上位規範は下位規範の妥當性を制約するもの、即ち「制約者」として意味づけられる。此の制約の關係は純粹に規範論理的な制約である。上位規範の認證によつて、下位規範の妥當性が制約される。下位規範は上位規範の「委任」(Delegation)を受け、その委任の範圍内で自己の妥當性を主張することが出来る。法秩序の妥當性の聯關は此の意味で一つの「委任の聯關」(Delegationszusammenhang)に他ならぬ。委任の聯關に從つて法規範の妥當性の根據を遡り求めて行けば、最後には、一定の實定法秩序に屬する全ての法規範の妥當性を制約しながら、自らは如何なる實定法規範の委任をも受けず、規範論理的には何者によつても制約されることのない、最高制約規範としての根本規範に到達する。根本規範は實定憲法上の多くの條項に對しても上位規範であり、制約者である。例へば、司法權は天皇の名に於て法律により裁判所これを行ふ、と云ふ我が憲法第五七條の規定は、「萬世一系ノ天皇」の統治を國家存立の最高絕對の理念とする我國固有の根本規範を前提とし、その制約の下に始めて妥當性を持つのである。かくて、根本規範と實定憲法上の特定の規範との間にも段階の上下が分かれたる。ケルゼンは根本規範を「法論理的意味に於ける憲法」(Verfassung im rechtslogischen Sinne)と呼び、これを「實定法的意味に於ける憲法」から區別する^(三)。ケルゼンの場合には、法論理的意味に於ける憲法は形式的には條定され得ぬものの如くに説かれて居るが、大日本帝國憲法第一條の如きは、我國の根本規範の中心の意味内容の表明と解されねばならぬ^(五)。根本規範は、かくて法秩序の全觀念態の中核に位置し、一切の法創設作用に委任を與へ、一切の實定法規範の妥當性を根據づけるのである。

根本規範の反極として、規範論理的には最後の被制約者となり、上級規範の委任の下に不斷に新たに創設定立されるものは、純粹の個別法規範である。前に一言した通り、此の法的最個別者の段階に現れる法規範には、裁判判決の他に行政處分がある。裁判判決は裁判所と云ふ特設機關を通じて創設される個別法規範であるが、裁判所とはその形式上の構成を異にする行政官廳が、法律及び命令の委任の下に定立する行政處分にも、法本質的には裁判判決と同種の個別法規範が多く含まれて居る。裁判判決及び行政處分は、上位に在る各種の法規範の制約を受けるが、それ自らは他の何等の法規範をも制約することがない。裁判判決または行政處分として定立された規範は、もはやた

だ「直接執行行爲」(unmittelbarer Vollziehungsak)として事實化されるばかりである。それは、規範論理的の純粹被制約者として規範意味の領域の最低限を劃し、直ちに事實行爲の領域と相接して居る。

しかも、裁判判決や行政處分は、正しくそれ等が規範論理的の純粹被制約者であり、直ちに事實の世界と境を接して居ることにより、上位の各段階に在るもろもろの法規範の實在性を基礎し、これを實定的な法規範たらしめるのである。一切の上位規範は裁判判決及び行政處分にまで下降し、最後に直接執行行爲にまで自己を實現すべく定められて居る。此の自己實現の過程を経ない法規範は、規範論理的には如何に充分な根據を以て認證されて居ても、未だ實定的な法規範たることを得ない。法律の豫期する要件が生起したにも拘らず、その規定する効果が裁判上これに歸屬せしめられないならば、または、命令に該當する事態が発生した場合に、命令に基く何等の行政處分も定立されず、命令を實現する何等の執行行爲も爲されないとすれば、その法律や命令は實効性なき法律、實定的ならざる命令と云はねばならぬ。即ち、規範意味の聯關に於て純粹の被制約者たる個別法規範は、實在の聯關に於ては逆に上位規範の基礎者である。ケルゼンは法秩序の段階性の問題と法の實定性の問題とを結びつけ、根本規範による規範論理的制約を以て法の實定性の根據と解した。然し、此の關係は實は反對であつて、法は根本規範の規範論理的制約を受くるが故に實定的なのでは

なく、法の規範意味を不斷に實現する個別法規範の定立と執行とが、觀念態としての法秩序を實在的に基礎し、これを實定法たらしめて居るのでなければならぬ。

上級法規範の委任を受けて下級法規範が創設される過程は、法の動的過程である。上級法規範がその一般性に留まり得ず、常に繰返して下級特殊の法規範に下降して行くのは、明らかに法の動きである。故にケルゼンは、法の創設の過程を法の妥當性の聯關と對立させ、前者を國家動學の、後者を國家靜學の對象とし、法段階説を國家動學の中心理論として構成した。けれども、此の場合に於ける法の動きは、法の規定そのものに基く法の動態であつて、決して法が法を否定して動いて居るのではない。上級法規範の委任の下に行はれる下級法規範の定立は、既に上級の規範が一般的に區劃した規範意味領域の内部に生ずる法の創設であり、法はこれによつて動くにもせよ、その動態は法內的の動態に過ぎず、法超越的な立場から云へば、法は依然として自己完足性の領域を脱せず、法は未だ毫も動かざるもの、とも見ることが出来る。法は法の構造上の脈管を通じて忠實に流動しつつあるのであり、法の構造自體は確乎として動かない。それは法の靜態に於ける法の動態、法の構造に於ける法の機能である。ケルゼンの國家動學は、國家靜學と對立する國家動學ではなく、國家靜學に内在する國家動學である。法の眞の動態は、純粹法內的見地よりする考察を以てしては、遂に發見され得ない。

(一) ケルゼンの國家機能論がその多くをアドルフ・メルクルの法の段階的構成の理論に負ふて居ることは、ケルゼン自身の繰返し認めるところである (Kelsen : Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 2. Aufl., Vorrede S. XV f.; Allgemeine Staatslehre, S. 402)。法段階説に關する本文の敘述は、ケルゼンの『一般國家學』二二九頁以下を主たる典據として居る。

(二) 宮澤教授によれば、大日本憲法第五七條の「法律による裁判」の規定の意味は、下の如くに解釋さるべきである。「裁判官は法律のみに拘束され、法律以外のものには拘束されぬ。ここに『法律』とは普遍的・抽象的法規範である。裁判官は、すなはち、個別的・具體的法規範には拘束されぬ。さうした法規範が行政機關によつて定立されようと、立法機關によつて定立されようと。司法に關する個別的・具體的法規範は常に裁判官のみの専ら定立しうるところである。これに反して裁判官は普遍的・抽象的法規範には拘束せられる。さうした法規範が立法機關によつて定立されようと、行政機關によつて定立されようと、將又それ以外の形式をもたうと」(宮澤俊義教授『法律による裁判』寛政遺稿祝賀論文集、昭和九年、七四三頁)。

(三) Kelsen : Allgemeine Staatslehre, S. 248 ff.

(四) 何故ならば、ケルゼンの云ふ根本規範は實定法を超越する規範であり、單なる前提であり、單なる假説だからである。従つてケルゼンの場合には、「前提された」(Vorausgesetzt)ところの根本規範と、「條定された」(Gesetzt)ところの法規範とは、飽くまでも區別される。ケルゼンの意味での根本規範は一切の條定に先立つ規範、それ自らは、條定を許さぬ規範である (A. a. O., S. 251 ff.)。根本規範が法超越的な規範である、と云ふ意味からは、これを實定法規範の外に置かうとするケルゼンの企圖は正しい。然し、根本規範はそれにも拘らず一つの實定的規範であり、従つてこれを條定するとは可能であり、また現に多くの國家が何等かの形式で條定表明して居るところである (次節以下参照)。

(五) ケルゼンによれば、根本規範は、始原的に法を創設するところの機關を定立する規範である (A. a. O., S. 249)。

それは「君主、國民總會、議會、等ノ法的權威ノ命ズルガ如クニ行動スベシ」と云ふやうな内容を有する (A. a. O., S. 30)。即ち、ケルゼンの場合にも、根本規範の内容を具體的につきつめて行けば、國家支配の根源に關する規範命題に歸着せざるを得ないのである。

五七 根本規範

根本規範は、一定の國法秩序に屬する一切の法規範を規範論理的に制約する。根本規範は最高の制約的規範であり、他の如何なる實定法規範も根本規範に對しては被制約的規範たるに過ぎない。然しながら、根本規範はそもそも如何なる意味で他の實定法規範を制約するか。一般に、國法秩序に屬する比較的の上位規範は、いづれもその下位の規範の妥當性を規範論理的に制約して居る。それでは、根本規範が一切の實定法規範の妥當性を制約するのは、比較的上級の法規範がその下級規範の妥當性を制約するのと、單に上下の段階を異にして居るに留まり、規範論理的の制約たる性質に於ては全く同一であらうか。少なくともケルゼンの純粹法學の立場から云へば、根本規範の制約は最上級規範の制約であり、純粹個別規範を除く他の法規範の下級規範に對する制約は、比較的上級規範の制約であり、その間に質の差別は認められ得ないやうに見える。然し、此の見解は果して

正當であらうか。

元來、或る規範が他の規範の妥當性を制約する、と云ふことには、本質的に見て、二つの異なる意味が含まれて居る。第一に、一定の規範は、その規範意味の外延性の大きさによつて、此の外延的な規範意味を特殊化する他の規範に對し、妥當性を制約する立場に立つのである。此の場合に於ける規範意味の制約は、形式論理學に云ふ三段論法の制約關係と趣を一にして居る。(一) 他人ノ財物ヲ窃取シタル者ハ窃盜ノ罪ト爲シ、十年以下ノ懲役ニ處ス。(二) 甲ハ他人乙ノ財物ヲ窃取セリ。(三) 甲ヲ三年ノ懲役ニ處ス。——かやうな論理の聯關により、第一の法律規範が第三の裁判判決を制約するのである。實定法秩序の段階性に於て、上位段階の法規範が下位段階の法規範を制約する場合には、明らかに此の種の普遍と特殊の制約關係が多く含まれて居る。これに反して、規範が規範を制約する第二の意味は、社會規範による強制規範の制約である。法は社會規範と強制規範との複合態であり、強制規範は社會規範の實効性を保障し、社會規範は強制規範の妥當性を制約する。窃盜の罪に對し十年以下の懲役刑を科する旨を定めた法律規範は、法律が裁判の根據たるべきことを定めた憲法規範の下位規範として、その制約の下に立つと同時に、他人の財物の窃取を禁ずる社會規範と構造的に聯關し、此の社會規範によつても直接にその妥當性の制約を受けて居るのである。即ち、規範による規範の制約には、一般規範による特殊規範の制約と、社會規範による強制規範の制約の二大別が存する。

此の區別を明らかにした上で、翻つて考へるならば、いま問題とされて居る根本規範による實定法規範の制約には、一般規範による特殊規範の制約の意味も、もとより含まれて居ることが知られる。根本規範が如何なる性質を持つ規範であるにもせよ、それは最も抽象一般の意味内容から成る規範であり、その一般的包括性によつて他の一切の具體的法規範の妥當性を制約するのである。けれども、かかる一般性による特殊性の制約は、決して根本規範の制約性の全てではなく、またその最も重要な點でもない。根本規範は一切の實定法規範の妥當性を制約するが、それ自身は、如何なる實定法規範によつても妥當性の制約を受けないところの規範である。ケルゼンの云ふが如く、根本規範は國家に於ける規範的最高制約者である。然るに、根本規範が國家に於ける規範的最高制約者である、と云ふ命題には、根本規範が一般的な規範である、と云ふ意味以外に、必ず更に進んでの實質的な意味、即ち、根本規範は社會規範であつて強制規範ではない、と云ふ意味が、論理的に内在して居なければならない。何故ならば、如何に一般的な規範と雖も、若しその規範が強制規範であるとすれば、それはその本質上必ず先行社會規範の制約を受けるが故に、決して規範的最高制約者とはなり得ないからである。強制規範は假言的の當爲命題であり、當然に一定の社會規範を前提とし、此の前提たる社會規範の制約の下に始めて自己の妥當性を發揮する。強制規範

は如何なる場合にも社會規範に對する被制約規範であり、従つて、相對的には他の規範に對する制約者たり得ても、決して絶對的な最高制約規範たる資格を持たない。それ故に、一切の規範を制約するところの規範は、單に最一般的な規範たるに留まらず、更に社會規範たるの性質を具備することを必要とする。一定の規範意味の體系の最高制約者は、最一般的な社會規範であり、必ず最一般的な社會規範でなければならぬ。従つて、國家を組織立てる規範意味の複合態の最高制約者たる根本規範も亦、必ず最一般的な社會規範でなければならぬ。根本規範は、最一般的な社會規範なればこそ、一方、國家の一切の社會規範の妥當性を制約すると共に、他方、國家の一切の強制規範の妥當性を制約するのである。根本規範による實定法規範の制約は、一般規範による特殊規範の制約たると同時に、社會規範による強制規範の制約たるのである。ここに、根本規範の制約性が、法の段階的構成に於ける單なる上級規範の下級規範に對する制約性と、大いに性質を異にする點があり、此の點を充分に明らかにしなかつたところに、純粹法學的な法段階説の重大な缺陷が残されて居る。

根本規範は一つの社會規範である。ケルゼンの用語法を再び想起して云へば、根本規範は一つの「第二次規範」(sekundäre Norm)である。第二次規範は、強制規範としての「第一次規範」(primäre Norm)に先行し、自己に對する違反行爲をば第一次規範の制約的要件として規定する。従つて、第二次規範は第一次規範の前提となるのであるが、第一次規範から切り離された第二次規範は、

未だ法規範としての品質を具備しない。法規範の法規範たる所以は、被制約的要件として強制効果を定立する點に在るが故に、第一次規範のみが最も嚴密な意味での法規範なのである。第二次規範は、第一次規範と結びついて始めて法的に意義づけられるところの規範、それ自身獨立しては法的意義を持たない規範、法超越的の規範である。根本規範は社會規範であり、社會規範はかくの如き法超越的な第二次規範である。従つて、根本規範が全實定法體系の前提となり、全實定法規範の妥當性を制約する、と云ふことは、全實定法體系が法以上の契機を前提とし、全實定法規範が法超越的な規範の制約の下に立つ、といふことを意味する。國家の法組織は根本規範を頂點とする規範意味の圓錐形空間であるが、此の規範意味の圓錐形空間の頂點を扼する根本規範は、それ自身としてはもはや法を超越する規範、政治的・道德的の意義を有する規範である。

純粹法學によつて確立された法段階説は、國法秩序の立體的構造を明らかにした點で、法理論の發達に大きな貢獻を與へた。而して、法段階説は國法秩序の妥當性の制約の關係を辿つて、遂に根本規範の概念に到達した。純粹法學上根本規範にはさまざまの神祕的な役割が認められて居る。第一に、根本規範は一切の實定法規範の妥當性を根據づける。法秩序を構成する全ての要件が規範的意義を發揮するのは、一に根本規範の制約に基くのである。第二に、根本規範は一切の實定法規範の創設作用の淵源を成して居る。根本規範は國法秩序に於ける法定立の最高權威を確定し、その委

任の下に全ての法規範が段階的順序を追うて産出される。第三に、根本規範は國法秩序の統一の中心である。國法秩序の妥當性は根本規範の妥當性に歸趨し、國法秩序の全動態は根本規範に淵源するのであるから、根本規範が國法秩序の統一の中心たることは、云ふを俟たない。第四に、根本規範は國法秩序の——純粹法學上は國家そのものの——自同性の中心である。よしんば實定法的の憲法が變更されても、根本規範に變化が生じない限り、國法秩序の自同性は維持される。第五に、根本規範は法の實定性の最後の根據である。法は、それが根本規範の制約を受けて居る限り、實定法である。ここに、實定法と、無制約的妥當性を有する自然法との、根本の相違點が存する。第六に、而して最後に、根本規範は實定法の理解と認識とのための究極の立脚地を提供する。我々は根本規範の前提の下に立つて、始めて國法秩序を規範意味の統一複合態として把握することが出来るのである。——根本規範の概念は、法及び法の認識に關し、かやうに重大な諸機能を營む基礎理論として、純粹法學により構成定立されて居る。

然らば、法の機能及び法の認識に關してかくも重大な役割を演ずるところの根本規範とは、果して如何なる性質を持つ規範であらうか。

此の問題に到るまでの純粹法學の論究は、比類を求め難いほどに精密である。然し、一たび此の問題に當面する時、純粹法學の論究は卒爾として進行を停止し、問題の周邊の旋廻運動を開始する。

根本規範は國法秩序に於ける法定立作用の最高權威を確定する。如何なる形式によつてか。事實としてか。もとよりさうではない。規範論理的に云つて、事實から規範が生れ出づる筈は絶対にないからである。革命によつて舊法秩序が顛覆し、事實上の権力行使者が新たに法を定立する場合にも、そこに既に新しい根本規範が成立し、此の根本規範が新たな事實を既に法的に意義づけて居るのである。根本規範は飽くまでも規範である。然らば、根本規範は如何なる規範か。實定法規範であるか。さうではない。根本規範は全ての實定法規範の前提たる規範であるから、それ自身は實定法秩序の外に立つ規範、實定法により單に前提されるところの規範である。それでは、かかる實定法の前提としての根本規範は何によつて定立されるか。根本規範は定立された (Gesetz) 規範ではない。それは前定立された (Vorausgesetz) 規範である。重ねて問ふ。何によつてか。純粹法學は答へる。何によつてかを答ふることは出来ない。何故ならば、根本規範は一切の實定法規範の妥當性の根據として、一切の實定法規範の認識の基礎として、前定立された「假説」(Hypothese) であるから、と。

かくの如く、純粹法學の説明は如何にしても根本規範の本質の問題の核心に觸れず、遂にこれを假説として回避し去るのである。何故であらうか。云ふまでもない。純粹法學の體系にとつてかくも重要な意義を有する根本規範は、その本質上もはや純粹の法規範ではなく、法超越的な第二次規

範なるが故である。根本規範の本質を明らかにすれば、實定法秩序の最高制約者は政治的・道德的の規範たるものが暴露するからである。政治及び道德の契機を、法學的の認識態度からのみならず、法學的認識の對象からも完全に除外し、法を常に法の制約の下にのみ置いて理解しようとする純粹法學の體系は、かくて致命的の破綻に到達せざるを得ないからである。ケルゼンが、根本規範による一般の實定法規範の制約と、上級實定法規範による下級實定法規範の制約との差別を、充分に論じ得ない理由も、亦ここに存する。けれども、純粹法學の此の破綻は、實在科學としての國家學の建設のために、當然に到來せざるべからざる破綻である。純粹法學の論理の被覆を除き、根本規範が社會規範であること、根本規範が第二次規範であること、根本規範が法超越的な政治規範であり、道德規範であること、を闡明するのは、社會・法・政治の複合精神成態たる國家を、その觀念性の中核に於て把握する所以である。純粹法學が國家の認識態度の中に政治的・道德的契機の混入することを極力避けようとして居るのは、誠に正しい理論科學の立場である。然し、認識對象としての國家に法超越的の契機が含まれて居ることは、純粹法學と雖も最後にはこれを承認しなければならぬ。若しも實在國家の純粹理論を提供することが純粹法學の眞使命であるとすれば、根本規範の本質の問題に於て逢着する純粹法學の破綻は、實は、行き詰まつた純粹法學のために新視野の展望を可能ならしめる、更生發展の契機をこそ意味せねばならぬ。

根本規範はその本質上法超越的な規範である。然しながら、その故に根本規範をば法的意義づけを持たぬ單なる政治規範または道德規範とすることも、亦決して正當でない。根本規範は、社會規範として國家の全強制法秩序の妥當性を制約し、國家に於て定立される各種の強制規範と構造的に聯關し、それによつて自らを同時に法的規範として資格づける。法の法たる最後の所以は強制の契機によつて決定されるが、強制規範は決して單獨孤立の妥當性を持たず、必ず一定の社會規範の制約の下に立ち、社會規範の秩序を強制の手段によつて保障する。法は社會規範と強制規範との二重構造を有する。法は社會規範に於て道德及び政治の内容を取り入れ、道德及び政治は強制規範との結びつきにより法の形式を獲得する。根本規範は國家的觀念體の最高規範として、國家の法組織に道德及び政治の生命を賦與すると共に、國家の法組織と結びつくことによつて、法そのものの妥當性の中心點となるのである。根本規範は法超越的規範たることを本質とするが、強制法秩序との聯關に即して見れば、それはなほ法的に意義づけられた規範たることを失はない。國家の法超越的の最高規範たる根本規範は、此の意味で同時に國家の法組織の最高段階を成す規範である。

純粹法學によれば、根本規範は實定法秩序の單なる前提であり、それ自身は非實定法的な規範である。法を嚴密に概念し、法秩序の意義を強制法秩序のみに限定するならば、その法超越性に於て理解された根本規範は、法秩序の外に在つて法秩序を制約する規範となる。かく解する時は、根本

規範は、純粹法學の云ふが如く、非實定法的な規範である。然しながら、根本規範が非實定法的な規範である、と云ふことと、根本規範が非實定的な規範である、と云ふこととは、全くその意味を異にする。根本規範は實在國家の最高規範であり、従つてそれ自身も亦決して單に觀念的な規範ではなく、實在する規範であり、實定的な規範でなければならぬ。根本規範が實定的な規範であるのは、二つの根據に基いて居る。第一に、根本規範は實在國家の中心理念の規範的意味表現であり、その故に國家の實力によつて支持され、此の理念を不斷に實現する國民の統合活動に基礎され、以て實在性を發揮し、實定性を維持する。根本規範は、かかる直接の基礎の聯關により實在の世界に對する自己貫徹性を現すのである。第二に、根本規範は實定的なる強制法體系と意味の上の聯關を有し、一切の國家的強制規範の妥當性を制約すると同時に、一切の國家的強制規範により實効性の保障を受け、そこに重ねての實定性の根據を持つて居る。根本規範の制約の下に一切の國家的強制規範が機能し運行する、と云ふことが、根本規範自體の實定性を基礎づけるのである。かくして、根本規範は、超實定法的な規範でありながら、なほ且つ自ら實定的な規範として實在國家の構造と機能の大綱を決定する。實定性の根據を缺く根本規範、實在的ならざる根本規範は、もはや實在國家の根本規範ではあり得ない。

根本規範の内容は國家によつて同一でない。また、それは、同一國家に於ても時代と共に變化することがある。革命の場合には、實定法的な憲法のみならず、根本規範までが變革されることがあり得るのである。しかも、革命が必ずしも新舊國家の交替を意味しない以上、純粹法學の主張とは異なり、根本規範の變化が國家の自同性を中斷するとは限らない。かやうに、根本規範は國家の異なるにつれて異なり、同一國家に於ても時代によつて變化して行くことがあるけれども、そのいづれの場合をも通じて、根本規範の主要内容は國家の支配の根本形式に關する規定から成つて居る。これを法的に云ふならば、根本規範は統治權の關係に就いての最高原理を確立する規定である。故に、國家が君主制を布くか共和制を採るか、常に根本規範を以て規定されなければならない。同一國家に於て君主制と共和政、または共和制と君主政の同時交錯が行はれるやうな場合には、法的に意義づけられた舊根本規範と、未だ法的意義づけを受けない新根本規範とが、あるひは尖鋭化された對立を成し、あるひは過渡の推移状態に置かれて居るのである。かやうに、國家の支配の根本形式に關する規定は根本規範の必須の内容であるが、根本規範の内容は國家支配の根本形式の規定に盡きるのではない。國家の支配は多くの場合無目的の支配ではなく、何等かの目的のためにするところの支配である。従つて、國家の支配の根本目的も亦、支配の形式の規定と共に、根本規範の内容に併せ含まれて居る。君主國家に於ては、國家の尊嚴と並んで、時には國家の尊嚴にも優つて、君主の尊嚴が國家的支配の根本義となり、根本規範の規定内容に含まれて居る。また、國民の自由、

平等、幸福、等は、君主國家たると共和國家たるとを問はず、少なくとも一たびは近代國家の存立の目的として自覺されたところであり、その意味で近代國家の根本規範の内容を成すことがあり得る。更に進んで、如何なる國家が如何なる道徳的文化的の目的を有し、且つこれを如何に根本規範の内容として宣明して居るか、を論ずるのは、もはや特殊國家學の任務に屬する。一般國家學の立場からは、國家の本質と背馳するところのない如何なる目的も、特定の國家の根本目的となり得ること、従つてその根本規範の内容となる可能性の存すること、が、認められるに留まる。

- (一) 第一篇、第六章、第二節、參照。
- (二) Kelsen : Allgemeine Staatslehre, S. 98 f., S. 102 ff.
- (三) A. a. O., S. 248 f.
- (四) A. a. O., S. 105 f., S. 248 f.
- (五) A. a. O., S. 249.
- (六) Kelsen : Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, S. 10 ff.
- (七) A. a. O., S. 21 f., S. 25 f.
- (八) Kelsen : Reine Rechtslehre, S. 67 ff.
- (九) Kelsen : Die philosophischen Grundlagen, S. 20.
- (一〇) Kelsen : Allgemeine Staatslehre, S. 104 ; Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, S. 97, Anm. 1.

五八 憲法

根本規範は、國家の組織を法及び政治の兩側面に跨がつて基礎づける最高原理である。法超越的理念の表現たることを本質とする根本規範は、同時に國家の法組織の全體を制約し、それによつて自らを法的に意義づける。かやうに自らを法的に意義づけたところの根本規範が、更に自己の意味内容を具體的に展開布衍することにより、實定法內在的規範意味の最上位段階として「憲法」が構成される。純粹法學の言葉を以て云へば、「法論理的意味に於ける憲法」が「實定法的意味に於ける憲法」に自己を具體化するのである。

尤も、近代國家の條定する成文憲法には、實質上の憲法的規定のみならず、根本規範の成型的表現を中心條項として含むものが少なくない。根本規範と實定法的意味での憲法とは、法論理上は段階を異にした規範形態であるが、それ等はなほ時として成文上同一の形式の下に包攝されることがあり得るのである。大日本帝國憲法がその第一條により「萬世一系ノ天皇」の統治を國家の根本義と定めて居るのは、國家の進運、臣民の康福の増進、及びその懿徳良能の發達を、大憲制定の目的とする上諭の聖旨と照合して、我國独自の根本規範を宣明せるものと、と解されなければならない。

また、ドイツのワイマール憲法がその第一條を以て、ドイツ國が共和國家であること、及び、その國家權力が國民より出づること、を條定して居るのは、共和國家の根本規範の代表的なものと云ふことが出来る。かやうに成文憲法は根本規範の成型的表現を含むことがあるから、若しも成文憲法をおしなべて實定法的意味に於ける憲法の形式と見るならば、「實定法的意味に於ける憲法」は時として「法論理の意味に於ける憲法」と部分的に合致し、純粹法學の與へた兩者の區別はその嚴密性を失はざるを得ない。然し、一方、成文憲法により條定された根本規範的條項は、必ずしも國家の根本規範の意味内容の全體を示すものではなく、國家の根本規範はその成型的表現以外になほ大なり小なり含蓄を残して居ると同時に、他方、成文憲法には根本規範的條項以外の多くの實定法的な憲法規範が包攝されて居るが故に、根本規範と實定法的意味に於ける憲法との間に段階の差別を認めることは、なほ法理論上の重要性を保有する。此の見地からは、成文憲法の全體が實定法的意味に於ける憲法の形式を意味するのではなく、成文憲法は實定法的意味に於ける憲法の形式たる以上、更に根本規範的條項、即ち法論理の意味に於ける憲法の條項をも含むことがある、と考へられねばならぬ。

根本規範的條項を除いた以外の成文憲法の規定は、實定法的意味に於ける憲法の形式である。これ等の成文憲法の諸規定は根本規範の直接の制約の下に立ち、根本規範の意味内容を具體的に布衍し、國家の法的基本組織を定めて居る。これを、根本規範的條項に對して、狹義の憲法規範と名付けることが出来る。狹義の憲法規範は、法段階の上から根本規範的條項に直接に下屬するのである。根本規範的條項と狹義の憲法規範との限界を具體的に決定することは容易でないが、或る成文憲法上の規定がそのいづれに屬するかは、實質上、その規定が法的手続きによつて變改され得るか否か、によつて決定され得る。我國の憲法はその第七三條によつて憲法改正の手續きを定めて居るが、その手續きによつて例へば憲法第一條や第四條を變更することは出来ない。憲法第一條や第四條の如きはもとより根本規範的條項であつて、狹義の憲法規範ではない。法的に改正され得るのは、狹義の憲法規範に限られるのである。かくの如く、狹義の憲法規範は根本規範的條項を除いた成文憲法の規定であるが、これを實質上の見地から見れば、實定法的意味に於ける憲法は狹義の憲法規範に盡きるのでなく、法律や命令の形式によつて條定された規範の中にも、直接に根本規範的制約の下に立ち、従つて本來の憲法的規範あるひは憲法補足的規範と見做さるべき若干の法規範が存在する。我國に於ける議院法、貴族院令、衆議院議員選舉法の如き、それであると云はれる。また、成文憲法を持たない國家に於ては、専ら法律の形式によつて實質上の憲法的規範が條定される。更に、いはゆる不文憲法國はもとより、成文憲法を有する國家に於ても、未だ成型化されない不文慣習の憲法的規範が存在し得る。實定法的意義に於ける憲法は、成文憲法以外のこれ等の實質上の憲

法的規範をも包攝するのである。

一般に憲法と指稱されるものの中に、國家組織の基體を成す根本命題と、かかる根本命題の前提の下に始めて妥當する派生的規範とが含まれて居ることは、カアル・シュミットの明確に説くところである。

一般に、"Verfassung" の語は極めて多義的に用ひられるが、シュミットによれば、國家の "Verfassung" に關する限り、人は絶對的な憲法概念と相對的な憲法概念との區別を明らかにしなければならぬ。絶對的な憲法概念は、第一に、國家と呼ばれる政治的單一體の存在様態の全體を、第二には、國家に關する最高且つ最後の諸規範の統一的全體を意味する。次に、相對的概念としての憲法は、特殊の性質を有する法律的個別規定の多數を意味する。此の第二の意味での憲法はもはや全體ではなく、個別的な諸規範の集合に過ぎない。絶對的意義に於ける憲法は「憲法」(Verfassung)そのものである。これに對して、相對的意義に於ける憲法は個個の「憲法律」(Verfassungsgesetz)に他ならぬ。多くの憲法學者はこれら二つの憲法概念を混同し、「憲法」を「憲法律」に還元し、且つ、憲法律の形式的特質をその相對的不可變性に求めた。なるほど、いはゆる「硬性憲法」(starre Verfassung)を持つ國家では、憲法律の改正には特別の慎重な手続きを必要とし、此の相對的不可變性の徵標によつて憲法律と一般の法律とが識別される。ドイツ憲法第七六條が、議會の總

議員數三分の二以上の出席とその三分の二以上の同意により憲法の改正を行ひ得ること、を定めて居るのは、憲法律の改正と一般法律の改正とを手続き上區別する趣旨に他ならない。然るに、イギリスの如き「軟性憲法」(Biegsame Verfassung)の國家に在つては、實質上他の國家の憲法に相當する規定——例へば上院と下院との關係に就いての組織法的規定——も、一般の法律と同様の形式を以て定立され、従つて一般の法律と同様に改正され得る。ここでは憲法律と一般の法律との間には形式上何等の區別も存しない。これを以て見れば、憲法律と法律との區別は所詮根本的の意義を有せず、その改正のために如何に困難な形式的手続きを必要とする成文憲法の條項と雖も、それが凡そ法的に改正變更され得る規定である限り、本質上は法律——憲法律——であつて、未だ憲法ではない。

これに反して、シュミットの本質的に重要視するものは、憲法と憲法律との區別である。シュミットによれば、此の區別を明らかにすることによつて始めて、實定的な憲法概念が確立される。憲法をば先づ個個の憲法律の多數に分解し、然る後に憲法律をばその何等かの外的徵標——特にその變更手続きの特殊性——によつて特質づけようとする試みは、憲法學の根本概念を見失ふ所以に他ならない。何故ならば、憲法學の論究の出發點は憲法と憲法律との區別にこそ存するからである。憲法律は憲法の下に始めて妥當する。その點に於て憲法律は他の法律と毫も異なる點を持た

ない。これに對して憲法は、憲法を定立するところの實在的な政治意志に基いて妥當する。此の政治意志が儼存する限り、憲法は如何なる法的手續きによつても變更され得ない。等しく成文憲法の條項として條定された命題の中にも、憲法的命題と憲法律的規定との本質上の差別がある。ドイツ國が共和國家であり、ドイツ國家の權力が國民に淵源することを定めたワイマール憲法第一條の如きは、憲法律ではなく、ドイツ國家の全組織の基體を確立する憲法命題である。故に、これを變更することは、到底一片の法文、一回の議決のよくなることではあり得ない。ドイツ憲法第七六條の改正手續規定は憲法律には適用され得る。然し、此の規定を以てその第一條を變更することは出來ない。また、非常例外の事態に際して國の大統領が成文憲法の特定條項の效力を停止し得ることを定めた第四八條第二項の規定は、その明文の示す如く、國民の基本權に關する諸條項——第一一四、一一五、一一七、一一八、一二三、一二四、一五三條——に對して、その適用を見る。然し、此の種の規定を以て憲法そのものに觸れることは出來ない。否、かかる規定は正に憲法の維持保全のためにこそ行使さるべきものである。憲法律は法的に動かされるが、憲法は法上全く不可侵である。憲法を定立するものは、法ではなくて法を超越する政治的權力、即ち「憲法定立權力」(verfassungsgewaltige Gewalt) である。

シュミットが憲法の更に根柢に在ると做す「憲法定立權力」の本質に就いては、後に改めて吟味

が加へられなければならない。また、法段階説の立場からは、憲法律と法律との差別を全く相對化するシュミットの見解にも、俄かには同意し難い。然し、シュミットが成文憲法の條項に就き、法を以て觸れ得ない最高規範と、此の最高規範を前提とする派生的規範とを分別した點は、上來の我がの論旨と一致する。前者は根本規範的條項であり、後者は狹義の憲法規範である。前者は後者の妥當性を制約し、後者は前者の委任の下に定立される。かやうに、成文憲法の規定の中にも、既に規範意味の段階性が明瞭に認められ得るのである。

(I) Carl Schmitt: Verfassungslehre, 1928, S. 3 ff., S. 11 ff.

(II) A. a. O., S. 16 ff.

(III) A. a. O., S. 20 ff.

(IV) A. a. O., S. 25.

(V) A. a. O., S. 21.

五九 法律及び命令

根本規範に下屬する憲法——實定法的意味に於ける憲法——は、あるひは成文憲法の形式により、

あるひは單なる法律の形式により、あるひは形式なき不文状態に於て定立される。法理論上の憲法たることと、憲法の形式を具へた法規範たることは、決して全てに互つては一致せず、また全てに互つて一致する必要もない。此の實定法的意味の憲法に更に下屬する相對的の上位法規範が、法理論的に云ふ「法律」である。法律は憲法の直接の下位法規範、根本法規範から數へて第三段階に位する法規範である。法律はその上位法規範から眺めれば下位法規範であり、從つて特殊の規定を内容とするが、更に一層の下位法規範から仰ぎ見れば、なほ抽象一般の規定内容を持つ上位法規範たることを失はない。その妥當性が憲法の直接の制約の下に立つこと、及び、その規範意味内容が或る程度の抽象性と一般性を有することは、法律が法律たるための法理論上の要件である。

成文法國の法律は、多くの場合「形式的意味に於ける法律」として條定される。形式的意味に於ける法律は「法律」と明稱された成文法規範であり、その定立のための特殊の手續きの定められたものを意味する。多くの近代國家の法制上、憲法の直接の委任の下に、法律の制定に關し最も主要な役割を演ずる機關は、議會である。また、議會の閉會中緊急の必要に應じて定立される「緊急命令」(Notverordning)は、憲法により法律に代るべき法規範と定められ、從つて實質上のみならず形式上も法律と同等の取扱ひを受ける。然し、實質上の憲法規範が形式上は法律として定立されることがあるのと同様に、實質上の法律も時に法律以下の法規範の形式——例へば命令の形式——により定立されることがあり得る。例へば、我國の憲法第五七條に云ふ「法律による裁判」が、必ずしも形式的意味に於ける「法律」による裁判のみを意味しないこと、さきに述べた如くである。それでは逆に、實質上の法律がより上位の法規範の形式——憲法の形式——によつて定立されることがあり得るか。カアル・シュミットは、ワイマール憲法の中には、單にその制定當時の歴史的及び政治的情勢により「憲法律」の形式を與へられたに過ぎぬところの、多くの法律的規範が含まれて居ることを指摘して居る。これによつて一般にシュミットの意味での「憲法律」と法律との同位段階性を説くことは不當であるが、法理論上の法律が憲法規範の形式により定立されると云ふ可能性は、決して絶無ではないと考へられ得るであらう。

法律は、憲法の直接の制約の下に立ち、憲法的規範意味を布衍し具體化しつつ、なほ相對的上位段階に留まるところの一般法規範である。此の法律的規範意味は、或る場合には自己を直接に純粹個別規範に具體化することがあり、また或る場合にはその自己實現のために中間段階の法規範の媒介を必要とすることがある。「命令」は、かやうに法律と純粹個別規範との間の規範意味聯關を媒介する中間法規範の主要形態である。命令の本質は、法律の意味を更に具體的に布衍し、これを個別規範の段階に導くところの規範たる點に在る。命令は形式上法律とは異なる手續きを以て——いはゆる立法機關及び司法機關と區別された國家機關により——定立され、その效力に於ては法律に

及ばず、命令を以て法律を變更することは出来ない。命令は法理論上も形式上も法律に下屬する。然し、形式上の命令であつて法律の實質を具へたものがあることは、前に述べた如くである。

それでは、法律と純粹個別規範との間の意味聯關を媒介する中間法規範の形態は、命令に盡きるのであらうか。

此の問題に就いてケルゼンは、「法律行爲」(Rechtsgeschäft)の法創設機能を重要視し、法律行爲をば、法律と純粹個別規範とを結ぶ中間法規範の定立作用と見て居る。法律行爲——例へば契約——は、一方に於て當事者そのものを拘束し、これを一定の行爲に向つて義務づける。けれども、一當事者が契約上の義務に違反した場合、他の當事者の訴へにより此の契約違反行爲に強制効果を歸屬せしめる者は、もはや契約の當事者ではなく、裁判官である。裁判官は、法律行爲によつて定立された規範意味に基き、具體的な裁判判決を下すべき義務を負うて居るのである。従つて、法律行爲は、一方に於て當事者を拘束すると同時に、他方に於てはまた裁判官を拘束する。而して、法律行爲の裁判官に對する此の拘束は法律によるところの拘束であるから、法律は此の場合、裁判判決を制約すべき具體規範の定立行爲をば、法律行爲の當事者に「委任」して居ると見ることが出来る。恰も多くの國際法規範が條約によつて創設されるが如く、國家法規範も亦、法律行爲、特に契約によつて定立されるのである。法律の委任の下に法律行爲の定立する規範は、概ね極めて具體的な意

味を持つ規範であるが、組合契約、労働契約、鐵道貨銀の協定、等に於ては、相當高度の一般性を持つ規範も定立される。法律行爲はかやうに、法理論上法律と裁判判決とを媒介するばかりでなく、その一般性に於ても最個別規範たる裁判判決の上位規範として資格づけられること、命令と異なるところがない。

法律行爲をば法律と裁判判決との間に位する規範段階と見做すならば、法律行爲の當事者は此の段階に於ける法規範の定立者となり、従つて、これに一種の法的國家機關性が認められなければならない。一般に法の定立は國家の法作用であり、國家の法作用を分掌する者は國家の法機關たるが故である。ケルゼンは此の意味で、國家機關の概念と法律行爲當事者及び臣民の概念との間には、決して普通に考へられるやうな嚴密な區別はない、と云つて居る。

(一) 本章、第五六節、殊にその註二、参照。

(二) 例へば、第一二三條、第二項、「屋外集會ニ付テハ國ノ法律ニヨリ届出ノ義務ヲ負ハシムルコトヲ得、公共ノ安寧ニ對シ直接ノ危害アル場合ニ於テハ之ヲ禁止スルコトヲ得」、第二二九條、第三項、第三段、「官吏ノ身分調書ハ其ノ官吏ヲシテ之ヲ閱覽スルコトヲ得シムベシ」、第一四三條、第三項、「公立學校ノ教員ハ國邦ノ官吏タル權利ヲ有シ義務ヲ負フ」等。
G. Schmitt: Verfassungslehre, S. 12. (譯文は土橋友四郎氏『世界各國憲法』による。)

(三) 清宮教授、ケルゼンの國法理論『ケルゼンの純粹法學』一〇五頁以下、参照。

(四) Kelsen: a. a. O., S. 236.

六〇 裁判判決及び行政處分

根本規範を頂點とする國法秩序の段階的構成は、實定法的意味に於ける憲法、法律、命令、の順次を追うて下降し、最後に純粹個別規範の定立にまで到達する。此の最低段階に於て定立される純粹個別規範は、「裁判判決」及び「行政處分」である。判決及び處分は、上位規範の劃する一般的規範意味内容の範圍内で、個別特殊の要件と個別特殊の効果との當爲聯關を確定する。例へば、甲なる殺人犯人を死刑に處すべきことを定めるのが裁判判決であり、乙なる食料品店の販賣する不良清涼飲料水の廢棄を命ずるのが行政處分である。従つて、判決及び處分は共になほ規範意味の世界に屬し、その定立する強制効果の直接の執行——甲を現實に死刑に處し、乙の店頭にある商品を直接に廢棄せしむる行爲——とは、明らかに區別して考へられねばならぬ。かかる直接執行行爲は、純然たる事實行爲であつて、もはや規範的意味を持たない。個別規範としての裁判判決及び行政處分は、事實行爲たる直接執行行爲を意味的に制約する。しかも、規範たる裁判判決及び行政處分は事實上の執行行爲の中に自己を實現し、それによつて實在的規範となり、更に一切の觀念的な上位規範の意味を實在化する。裁判判決及び行政處分は法的規範意味の圓錐形空間の廣い底面を形作り、

その底面に於て直接に事實の世界と相連なり、事實行爲の基礎を受けて法秩序の全規範意味に實在性——實定性——を與へるのである。

裁判判決は形式上裁判所と云ふ特殊の機關——司法機關——によつて定立され、行政處分は立法機關及び司法機關以外の國家機關——行政官廳——によつて定立されるものと考へられて居る。然し、裁判判決及び行政處分の本質は、一般規範の委任を受けて定立された純粹個別規範として、最具體的要件に最具體的效果を歸屬せしめる點に在り、此の本質に於ては兩者の間に別段の差別は存しない。従つてまた、形式的には上位段階の法規範の定立と同じ手續きを以て定立された規範であつても、それが實質上純粹の個別規範である場合には、その規範は裁判判決または行政處分と同じく規範意味の最低段階に屬する。特定の鐵道を買収し、特定の土地を收用するが如き決定が、法律あるひは命令の形式によつて與へられたやうな場合には、その法律あるひは命令は、實質上は處分であり、そこに憲法より處分への規範意味聯關の直接の飛躍が行はれたのである。かく、全般を通じて、實質上の法規範の段階は必ずしも形式上の法段階と一致せず、兩者の間には多くの離隔や矛盾が存し、法理論上及び實定法學上のさまざまの難問を提供して居る。

一般規範と特殊規範、制約規範と被制約規範、委任規範と受任規範の關係により、國家の法體系の全體を説明しようとする法段階説は、傳統的な權力分立の理論に對し、國家機能の法一元的解明

を與へたものとして、正に劃期的な意義を有する。立法と司法と行政とをそれぞれ獨立の國家機能と見做し、それ等の三機能が各別個の機關によつて分掌されることを説く權力分立論は、最初は、かくして國家權力の相互牽制を行はしめ、權力の濫用を防止しようとする、明白な實踐的目的の下に提唱された學説であつた。然し、此の學説も後には次第に國家の理論認識の性質を佩びて來るやうになつた。事實、多くの近代國家が權力分立論の影響の下にその組織の改造を行ふに及び、對象たる國家自らが漸次に此の説の政治要請として掲げる構造に接近し、此の説にある程度まで實在認識たるの實を與へるに到つたのである。けれども、若しも法段階説の論ずるが如く、いはゆる立法機關による法律の制定のみが立法ではなく、裁判判決を下し、行政處分を行ふ行爲も、全て法規範の定立を意味するとすれば、立法の作用と他の國家作用との間には何等の本質上の區別も存しない、と考へられねばならぬ。また、司法機關としての裁判所が下す裁判判決も、行政官廳が行ふ行政處分も、共に純粹個別規範たる性質を一にするとすれば、司法作用と行政作用の差別もその限りに於て法理論上止揚される筈である。これを更に他の觀點から見ても、立法は純粹に法を定立するが、司法は専ら法を適用し、行政は主として法を執行する、と云つて、立法、司法、行政の質的差別を肯定しようとする考へ方もあり得るけれども、立法も上級規範の自己實現としては執行であり、司法も個別規範の定立としては立法であり、行政に於ける法の執行も上級規範の適用なくしては行

はれ得ぬ。清宮四郎教授の云はるるが如く、「結局、所謂立法、司法、行政の殆んど全部が、同時に定立、適用、執行の要素を有し、これらは何れもその本質を同じくする。右三者の差異は、立法は上級規範の定立、適用、執行であり、司法、行政は、下位規範の定立、適用、執行である點に存するのみである。」要するに、權力分立の國家構造が近代國家の制度の上に或る程度まで實在化し來つたことは否定出來ないが、法段階説による國家の法組織及び法機能の分析は、權力分立論のそれと比して數段の透徹性を示したものと云はなければならぬ。

然しながら、純粹法學的法段階説の眞理性に對する承認は、決して無制限の承認ではなく、一定の限界——純粹法理論としての限界——の内部に於てのみ與へられる承認である。純粹法學の明らかにした國法秩序の段階的構成は、實在國家の純粹なる法組織である。然しながら、純粹なる法組織が實在國家の全組織を意味するのではない。また、法段階説の説いた法秩序の全創設過程は、實在國家の純粹なる法作用である。けれども、法組織の内在的運行としての純粹なる法作用が、實在國家の全機能を示して居るのではない。立法、司法、行政の作用が全て國家の法作用であると解せられる限り、三者の質的差別を止揚し、法創設の段階的差別を以てこれに代へようとするケルゼンの主張は正しい。ただ、國家の全組織が純粹なる法組織を出でず、國家の全機能が純粹の法作用に盡きる、と論ずるところに、ケルゼンの純粹法學的國家論の根本の誤謬が存する。何故ならば、國

家の構造には單なる法組織たる以上の政治的意味が含まれ、國家の機能には純粹法作用に還元し盡され得ぬ政治的作用があり、法と政治とが國家に於て、あるひは互に調和し、あるひは互に反撥しつつ、構造上の聯關を形作つて居るからである。法段階説に準據する國家の法組織乃至法作用の解明は、以上を以て粗略ながら終つた。かくて、此の國家の法組織及び法作用の中に如何に國家の政治的契機が現前し來るか、を究めることが、最後に残された我々の仕事となる。

(一) 法規範の意味内容の一般性または特殊性による段階が、法規範の形式的效力の段階と一致して居る場合は、問題でない。問題は、二つの段階性が合致しない時に生ずる。即ち、極めて特殊具體の意味内容を持つ法規範が、形式上比較的上位の段階の規範として定立された場合、その規範は法理論上は下位段階の妥當性を持つに過ぎない筈であるにも拘らず、實定法上は上位段階の效力を保有する。例へば、特殊の意味内容を持つ規範が法律の形式で條定された場合、これを命令——その命令が如何に一般的な意味内容を有するものであつても——を以て變更することは出来ない。實定法上法律を變更するには、法律の形式を以てせねばならぬ。命令を以て法律を變更しようとするれば、兩規範意味内容の一般性の段階が如何にあらうと、その命令は法律違反の命令として實定法上の效力の阻却を受ける。かかる場合を理論上如何に説明するか、は、極めて困難である。問題の闡明は國家機能論の將來の發達に俟たねばならぬ。

(II) Kelsen: Allgemeine Staatslehre, S. 255.

(III) 清宮教授『法の定立・適用・執行』京城帝國大學法學會論集第四冊、法政論叢、昭和六年、二九頁。

第一六章 國家の法組織と政治

六一 根本規範と政治

根本規範は、國家存立の中心理念が當爲命題として自己を確立宣明したものである。根本規範の自己宣明は必ずしも成文の形式を以ては行はれないが、近代國家の有する成文憲法には、根本規範の意味内容を主要條項として條定して居るものがある。根本規範は、不文状態に在る場合と成文化された場合とを問はず、實定法的意思に於ける憲法規範の上位に立ち、國家の法秩序全體の妥當性を制約し、全法秩序の制約者として自らも法的規範たる性質を佩びる。けれども、根本規範はその本質に於て社會規範であり、従つて政治的・道德的の固有性を有し、國家の總體的目的活動に指標を與へる。根本規範は國家の法を制約することにより、自らも亦法的規範として意義づけられるが、根本規範を法的規範として意義づけるところの國家の法秩序は、その政治的・道德的の生命を根本規範に仰ぎ、根本規範を通じて國家の政治的・道德的目的の達成に奉仕する。此の意味で、根本規範は國家に於ける法と政治の分岐點を形成する。

根本規範の制約の下に各種各様の法規範が段階的に定立され、適用されて行くのは、法内在的に見れば法の自己實現であり、法の自己目的の達成を意味する。然し、これを國家全般の立場から云ふならば、法をして法の目的を達成せしめること自體が、根本規範の志向する法超越的目的の手段となるのである。此のことは、秩序の維持が他の一切の國家活動の土臺として要求される、と云ふ意味から認められるばかりではない。宏壯堅牢な法體系を持つ近代國家に於ては、國家の活動が法を通じて行はれ、國家の作用が法の軌道を経て實現される、と云ふことそのことが、個人の自由と權利とを擁護しようとする政治的・道德的目的の手段たるのである。國民自ら法を作り、その法によつて國家の行動を規制する、と云ふ近代法治國の原理は、單なる法内在的の要請ではなく、法内在的の要請を通じて示された法超越的の要請である。即ち、そこに個人の自由及び個人の權利を主眼とする民主主義的根本規範の意味内容が現れて居るのである。法は如何なる場合にも國家の最後の目的ではない。國家の最後最終の目的と見られる法は、實は法を越えた法であり、法超越的の正義であり、政治的・道德的の理念である。如何に法治國主義に徹底した國家の根本規範も、此の意味で法超越的の原理を基礎として居る。純粹に法内在的の意味のみを持つ根本規範は、論理的に不可能であり、實在的にも存立し得ない。

政治規範または道德規範としての根本規範の立場から見れば、國家の法秩序は根本規範を前提と

する規範意味の複合體系として、正に根本規範の實效性を保障すべき任務の下に構成されて居る。一切の法規範の定立が根本規範の自己實現、自己具體化の意味を持つと同時に、一切の不法要件は根本規範の意味實現の阻止または障礙として、これに歸屬されるところの強制規範により制壓止揚されるのである。殊に、根本規範に對する直接公然の違反行爲——例へば、大逆罪、内亂罪の如き——は、最も重大な犯罪として、最も重酷な強制效果の定立を條件づける。かやうに、根本規範は強制法秩序の運用によつてその實效性の保障を受けるのであるが、強制法秩序による根本規範の實效性の保障は、實は、原則として消極的な保障たるの意義を有するに過ぎない。全ての強制規範は、自己に先行する社會規範の違反行爲を要件とし、これに一定の強制效果を歸屬せしめることにより、當該社會規範に實效性の保障を與へる。けれども、如何に嚴正確實な強制規範の適用と執行も、決して直接には社會規範そのものの積極的自己實現を意味しない。何故ならば、一定の法違反行爲を如何に的確に處罰しても、その行爲を不法要件たらしめる先行社會規範の積極的遵守が行はれない限り、犯罪の数は決して減少しないからである。國家の基本社會規範たる根本規範が確立されるためには、強制法秩序の發達と運用とを必要とするけれども、單なる強制法秩序の保障のみを憑みとする根本規範は、未だ進んでの積極的自己發展を行ふ力を持たないのである。

これに反して、根本規範の實效性を直接に保障し、これが進展向上の原動力となるものは、根本

規範を支持し、根本規範の目指すところに向ひ協和統合する、多數國民の事實行爲である。かかる事實行爲の基礎によつて國家の中心理念は實在理念と化し、國家の根本規範は眞の實效性を發揮する。根本規範の實效性は、消極的には強制法秩序を支柱とするが、積極的には國民の統合的事實力を地盤とするのである。根本規範によつて宣明される國家の理念を周つて、國民の不斷の事實活動が行はれ、此の事實活動が力となつて根本規範を作用せしめ、國家を政治的動態に赴かしめる。國家の一隅に占據する對抗理念に對し、國家の中心理念が克服統一の政治活動を営み得る所以は、一に根本規範を支持運載する一般國民の事實力に存する。ここに國家の理念が國家の實力と結びつき、理念によつて指導された實力、實力を背景とする理念が、國家の全機構の原動力となるのである。

國家の最高規範が事實力によつて基礎されて居る、と云ふ此の事態は、しばしば人を、事實そのものが規範の淵源であり、赤裸裸なる事實力が理念の實體である、と云ふ見解に導く。現代のドイツ國法學に於てかかる見解を最も徹底して代表する者は、カアル・シュミットである。シュミットは、前述の如く、憲法の二義を分かつて「憲法」(Verfassung)と「憲法律」(Verfassungsgesetz)の對立を明らかならしめ、憲法律は法定の手續きを以て變更され得るが、憲法はいはゆる憲法改正の規定によつても動かすべからざる國家の政治的統一の全状態を意味する、と做した。國家的統一の全状態としての憲法は、また、國家の最高規範の統一的全體としても表明される。一切の憲法律は

此の憲法の基礎の上に妥當し、従つて必ず憲法を前提とする。これに反して、憲法の妥當性を基礎づけるものは、もはや如何なる規範でもなく、憲法を定立するところの政治的の意志である。換言すれば、「憲法定立權力」(Verfassungsgebende Gewalt)を掌握する者——例へば、共和國家に於ける國民、純粹の君主國家に於ける君主、等——の事實上の政治的決定が、國家の統一の根本状態を定め、従つて憲法を基礎づけるのである。此の實存する政治的決定に比しては、如何なる規範も第二義的の意義をしか持ち得ぬ。政治的統一の「存在の認證」(Existenzberechtigung)は、その「存在」(Existenz)の事實に在つて、規範の正當性や有効性に存するのではない。一切の規範はかかる政治的決定の實存から導き出されるのである。故に、あらゆる法規範は憲法定立權力によつて認證されるけれども、憲法定立權力自體は何者の認證をも必要とせず、その存在そのものに於て正當であり、その存在そのものによつて自己を貫徹する。——かやうにしてシュミットは、規範の根據を更に上級規範に求める規範論理主義を排撃し、一切の規範が事實としての政治的決定及び政治的實力に淵源することを力説する。

此の見解は、單なる觀念態としての規範が實在國家の最後の組織原理たり得ぬことを明らかにした點で、誠に正鵠に當つて居る。如何に崇高な理念も、如何に莊重な規範も、社會的な事實力による支持を缺く時は、畢竟空理空文に過ぎない。けれども、逆に云つて、一切の規範の妥當性の根據

に赤裸裸な事實力があり、此の事實力が國家の究極の組織と作用とを決定する、と論ずるのも、本來の觀念態たる國家の本質を没却した根本の謬見である。理念は力によつて支持され、規範は事實によつて底礎される。然し、力が理念を支持し、事實が規範に實効性を與へるのは、その力が既に此の理念によつて規定され、その事實が此の規範に従つて動いて居る場合に限られる。換言すれば、理念によつて意義づけられた力のみが此の理念を支持し、規範に従ふ事實のみが此の規範の實効性を根據づけるのである。理念なき事實力も時に突發的な破壊作用を營むことがあり得ようが、建設的に作用し恆常的に活動する力は、常に必ず理念によつて指導された力である。理念によつて方向づけられて居ない事實力は、絶えず自己自身を裏切つて働くが故に、到底永く同一國家の組織の根柢たることを得ない。シュミットの云ふ憲法定立權力も、それが單一國家の構成原理たるのは、その核心に理念が潜んで居るためでない。シュミットは、國家が憲法の廢絶更新に際しては同一國家として持續する根據は、憲法定立權力の同一性に在る、と主張する。かやうに國家の同一性の根據として想定された憲法定立權力は、もとより理念に基く力であつて、理念に先立つて存する沒價値無意味の力では、斷じてない。

一般にイエリネック以來國法学上の根本問題として論議されて居る「事實の規範力」の現象は、事實によつて新規範が作られ、事實によつて既存規範が破壊されることなく、事實によつて實在的に底礎された規範が、實在的底礎の地盤を失つた規範と置き換へられて行く過程なのである。歴史上新らしい社會理念が生れ、新らしい社會規範が成立する時には、その新理念や新規範は決して最初から明確な自覺と表現とを以て定立されるのではなく、多くの場合極めて漠然たる形態の裡に漸次に社會意識を指導し、知らず識らずの間に新機運を醸生して行くのである。故に、これを表面から眺めれば、理念は背後に隠れて、ただ事實の動きのみが眼に映する。此の事實の動きが強大な力と化し、既に形骸として殘存する舊理念または舊規範の體系を崩壊せしめようとする時、その事實力の中に潜在して居た新理念は始めて明白に覺知され、顯然たる新規範形態として自己を確立するから、外觀上は、恰も事實が舊規範を倒し、更に新規範を創造したかの如くに見える。けれども、事實と規範との矛盾が現前し來る時には、その事實は既に舊理念に對する新理念を運載し、舊規範に對する新規範を底礎して居るのである。従つて、規範に對する事實の勝利と見えるものも、實は、確乎たる實在的底礎の地盤を持つ新規範の、底礎の聯關から切り離された舊規範に對する勝利に他ならない。かやうな歴史的轉換の過程を根柢づけるところの、理念の交替、規範の變遷そのものの究理は、歴史哲學の問題に屬する。實在科學としての國家學は、規範と事實との立體的相互聯關の原理に基き、「事實の規範力」說に對する一步を進めた釋明を與へることを以て、満足せねばならぬ。

(I) Carl Schmitt: Verfassungslehre, S. 22 f.

(II) A. a. O., S. 75 ff.; S. 87 ff.

(III) A. a. O., S. 93 ff.

六二 憲法と政治

國家に於ける法と政治の分岐點に立つ根本規範が、法の側面に於て自己具體化の一步を進める時、そこに實定法的意味の憲法規範が定立される。憲法はその名の示す如くに法である。然し、根本規範から直接に流出したばかりの憲法には、政治の色彩、道德の内容が最も豊富に盛られて居る。憲法が法である以上、法の形式を離れて憲法は存在しない。けれども、法の形式を通じて理解さるべきは、憲法の語るところの政治的、道德的の理念である。憲法の語る政治的、道德的の理念を理解する、と云ふことは、憲法を政治的、道德的の態度を以て理解する、と云ふことは全くその意味を異にする。憲法を單なる法の形式として理解するのではなく、法の形式を以て示された憲法の政治的、道德的意味、内容を理解することが、理論的實在科學にとつて重要なのである。ハインリッヒ・トリエベルは、「政治的契機と没交渉に國法の諸規範を全面から把握することは、全く不可能である」と云つた。國法學の方法に政治を導き入れる必要、ではなく、國法に含まれた政治を把握する必要、を説いた

ものとしてならば、此のトリエベルの言葉は誠に正當であると云はねばならぬ。

國法學者は、一般に實質的意義の憲法と形式的意義の憲法とを區別し、實質的意義の憲法は國家組織の根本法であり、如何なる國家もその成立と共に此の意味での憲法を有するが、形式的意義の憲法は、實質上の憲法の主内容が、通常法律とは異なる形式によつて條定されたもの、即ち成文憲法であつて、その整備は漸く第一八世紀末葉、第一九世紀初頭の近代國家に始まる、と説く。此の説明を表面から解すれば、各々の國家の成立當初から存した實質的意義の憲法が、近代に及んでそのままに成文化され、形式的に確立されるに到つたかのやうに見える。然し、成文憲法の制定は、如何なる國家に於ても決して單なる既存憲法の形式化に留まるものではなく、常に何等かの新興政治理念の法的自己具現を意味したのである。或る國家に於ては、成文憲法の制定と共に國家の根本規範までもが變革された。大革命の後に於けるフランス憲法の制定が、君主國家としてのフランスの根本規範を共和國家のそれに變革した如き、その最も顯著な場合である。これに反して、他の國家に於ては、建國以來の根本規範が、成文憲法によつて更に明確に表現確立された。我國に於ける欽定憲法の發布が、我國固有の根本規範の成型的自己實現を意味したのは、その無比の事例に屬する。根本規範のみに就いて見れば、成文憲法の制定の持つ意味は、かやうに國家によつて同一ではないが、成文憲法の制定と共に實定法的意味の憲法の實質が多少とも變化した、と云ふ點は、多く

の近代國家に共通して認められ得る事柄である。然らば、近代國家に於ける憲法の成文化は、如何なる意味で憲法の實質を變化せしめたか。

一言にして云へば、近代國家に於ける憲法の成文化は、個人主義及び自由主義の理念を具體化し、自由人の自由活動に法的保障を與へようとした意味で、個人の自由に對する多くの障壁が存すると考へられて居たところの、舊來の憲法の實質を變化せしめたのである。民意を代表する議會を設け、議會に於て嚴正な手續の下に法律を條定し、行政の作用及び司法の作用を此の法律によつて規制し、以て國家權力の濫用を防止し、個人の自由及び個人の權利の法律によらざる制限を不可能ならしめる、と云ふことが、近代國家に於ける成文憲法制定の共通の主要目的の一つとなつたのである。國家は強大な權力團體である。國家は、社會の秩序を維持し、個人相互の鬭争を制壓し、自由競争によつて醸し出される奸詐不正を排除するために、是非とも強大な權力を以て裝備されなければならない。けれども、若しも國家が、此の強大な權力を以て逆に個人の自由の上に不當な壓迫を加へるならば、かかる權力は即ち肆意的權力であり、その行使は國家そのものの存立の目的に反する。故に、國家の權力行使は必ず一定の規準によつて羈束される必要がある。かかる國家權力行使の規準は、法たるべきであり、法以外の何者でもあるべきでない。しかもその法は、自由なる個人の意志に基き、自由なる個人の認證によつて妥當する法でなければならぬ。そのためには、法を定立す

る形式が確定され、此の形式が他の國家機能から獨立した權威を保持することを要する。一定の形式に適つた法の定立を他の國家機能から分立せしめること——權力分立主義——及び、政治を行ひ裁判を爲すには必ずその法に據ること——法治國主義——は、國家生活の合理化のために必須不可缺の原理である。これ等の諸原理の樹立は、それ自身特に嚴正な法の形式によつて行はねばならぬ。かくの如き特に嚴正な法の形式は、即ち憲法の形式に他ならない。成文憲法の制定は、此の意味で國家の組織に新しい政治的生命を與へた。その限りに於て、憲法の形式化と共に近代の諸國家に於ける憲法の實質が變化したのである。

此の憲法の實質の變化が、或る國家に於ては國家の利益社會團體化を意味し、或る國家に於てはまた協成社會團體的構造への接近を意味したことは、さきに説いたところである。これに對する價値の判斷は、もとより此の際に問ふべき限りではない。ただ、多くの近代國家に行はれた憲法の形式化が、個人の自覺に伴ふ近代政治理念の法的表現であることは、ここに充分に明らかに置かねばならぬ。法の根本原理を確立し、國家の全機能を蔽ふに足るべき法機能の發達を期成し、國家の全目的に同時に法内在的目的たるの意味を與へようとする事、そのことが、立憲主義によつて表明された近代國家の法超越的目的に他ならない。

法内在的目的を通じて自己を實現しようとする近代國家の法超越的目的は、先づ憲法の成文化を

先決問題とした。然しながら、此の目的を達成するためには、成文憲法の制定は單なる第一步を意味し得たに過ぎぬ。成文憲法は、個人の自由が法律によつてのみ制限され得ること、個人の権利が法律によつて保護されるべきこと、裁判は必ず法律によつて行はるべきこと、等を條定する。これ等の憲法規範は、國家がその各方面の活動に於て法律により義務づけらるべきこと、を宣明して居るのである。此の憲法的規範意味が充實されるためには、更に進んで各種各様の法律が定立整備されて行かなければならない。法律の定立整備を見ずしては、これ等の憲法規範は空虛な觀念態に留まるの他ないのである。しかも、その法律は、憲法と同じく成文の形式によつて條定される必要がある。何故ならば、成文によつて條定されて居らない法律に就いては、爲政者の側からの如何なる解釋も可能であり、如何なる適用も意のままであり得るからである。かくて、第一九世紀以後の近代國家に於ては、法律の成文化が最も重要な仕事のひとつとなり、ロオマ時代をも凌ぐ成文法の發達が成し遂げられた。成文法の堅牢巨大な體系を構築し、此の法によつて國家の機能を萬遍なく規制し、一切の肆意の介入を排除することが、成文憲法制定の趣旨の延長として企畫遂行されたのである。

近代國家の成文法の體系はかやうにしてその完備を見た。けれども、法律の本質がその規範意味の一般性に存する以上、如何に詳細な成文法の規定を以てしても、具體個別の國家活動の全てを明文により規律し盡くすことは出来ない。條定された法規と具體的な法の適用との間には、常に何等

かの規範意味の間隙が残されて居る。而して此の間隙を充填し、一般的な法規を具體的な事實の上に當てはめて行く法適用の技術が、いはゆる「法律の解釋」である。法規の意味は解釋を俟つて始めて個別具體の事實の上に擴充される。成文法の完備は決して解釋を不必要ならしめず、却つて解釋の必要を切實ならしめたのである。故に、成文法發達の目的が充分に貫徹されるためには、解釋の手續きに就いても一般的な原則が確立され、法の運用の變轉性が極力阻止されねばならぬ。何故ならば、成文法の完備した後になほ何處かに肆意の介入する餘地があるとすれば、それはただ解釋の一點にのみ存し得るからである。ここに於て、法律解釋のための最も確實な方法として、形式論理學の三段論法が採用され、成文法と共に「概念法學」の異常な隆昌を見るに到つた。成文法の整備による法硬化の工作は、概念法學の發達に於てその畫龍點睛を了し、確乎不動の法體系を以て國家活動の全領域を蔽ひ去らうとする目的に、最後の徹底を與へたのである。

個人の自由の保障は國家の自由の拘束に在る。而して國家の自由の拘束は法による國家活動の拘束である。故に、個人主義、自由主義の政治理念は、法體系の完成にその全力を集中し、極力法超越的目的の法内目的化を計つた。此の過程を略敘することによつて、我々は、憲法と政治との關係に附隨して、一般に「立法」と稱せられる國家活動に含まれて居るところの、近代的な政治上の意味を知つたのである。然るに、近代國家の實定的制度に於ては、立法の他になほ「行政」及び

「司法」の二つの國家活動領域が區劃されて居る。法一元的に見るならば、行政も司法も立法と其の本質を異にするものでないことは、正に法段階説の論ずるが如くである。けれども、これを政治の觀點から見るとすれば、行政にも司法にもそれぞれ独自の法超越的意義が認められる。それは、如何に發達した法體系を持つ國家に於ても、單なる法内在的目的に還元され得ぬ目的活動が「行政」に含まれて居るからであり、また、如何に硬化固定した法秩序の統一態に於ても、「司法」の中に法の漸進的な法超越的變遷が現れて來るからである。かくして我々の考察目標は、殘る「行政と政治」の關係、及び、「司法と政治」の關係の問題に移される。

(1) Heinrich Triepel: Staatsrecht und Politik, 1927, S. 20.

(1) トリエペルは、ただに國法を理解する上から國家の政治的目的の考慮を必要とするに留まらず、進んで、國法はその對象に適合した方法として政治的衡量に基づく目的論的方法を採用しなければならない、と説いて居る (V. a. O., S. 28 ff.)。即ち彼は、法學的認識の對象に政治的目的が含まれて居ることを、明らかにしようとするばかりでなく、法學的認識そのものに政治的目的的態度を導き入れようとするのである。實踐的法解釋學の立場は別として、理論的實在科學の立場としては、トリエペルの此の主張はもとより容認され得ない。

(三) 本篇、第一四章、第五二節。

六三・行政と政治

行政官廳が法によつて行ふところの行政は、上級一般の法規範の意味をば下級特殊の法規範の定立によつて具體化し、これを直接に事實と結びつけて適用して行く國家の機能であり、その限りに於ては純粹の法作用たること、裁判所の行ふ司法の作用と異ならない。これは純粹法學の力説するところであり、その主張に疑ふ餘地のない眞理の存することは、我々も亦充分に認めねばならぬ。行政の作用には確かに純粹の法作用が含まれて居る。然し、純粹法學は此の認識を以ては未だ満足しない。純粹法學によれば、單に行政の作用に純粹の法作用が含まれて居るばかりでなく、行政の全作用が純粹の法作用なのである。何故ならば、國家の本體は法であり、國家の作用は悉く法の作用であり、國家の作用としての行政も亦従つて法作用であり、法作用以外の何者でもあり得ない筈だからである。此の主張は純粹法學によつて果して最後まで徹底して貫かれて居るであらうか。

ケルゼンが、國家の全活動をば、根本規範を淵源とする法規範の段階的自己實現の過程と見、立法や司法はもとより、行政をも法創設の一元的作用に歸着せしめ、以て國家に於ける政治の契機を悉く法の背後に隱蔽し去らうとした場合に、彼は實質上一つの大きな暗礁に逢着したのである。そ

の暗礁は、國家の「直接行政」(unmittelbare Verwaltung)の作用を如何に説明すべきか、の問題である。國家がその行政の作用に於て種種の法律規範や命令規範を定立し、これ等の規範に對する違反行爲を要件として、それに特定の強制効果を歸屬せしめるのは、國家の「間接行政」(mittelbare Verwaltung)であつて、その本質は、裁判判決の上に自己を實現する司法の作用と全く同一である。何故ならば、かかる行政行爲は裁判判決と同じく、具體的個別的な強制規範——行政處分——の定立を目指す法の段階下降作用に他ならぬからである。然しながら、國家が病院を建てて患者を治療し、學校を設けて教育を施し、鐵道を敷設して交通の發達に資する等、直接に國民の福益の増進や文化の向上を計る行爲、即ち「直接行政」の作用は、もはや強制効果の歸屬關係を定める規範定立作用でもなく、また、強制効果の直接執行行爲でも勿論ない。かくの如く、強制効果の定立や執行とは積極的の關係を持たぬ直接行政行爲は、如何にして、その最後の強制効果との聯關によつて始めて法の作用と觀念されるところの、國家の作用の中に包攝され得るであらうか。ケルゼンは此の問題に對しても極めて論理的な解答を與へたのであるが、その解答によつて純粹法學の暗礁は首尾よく取り除かれ得て居るであらうか。

ケルゼンは、直接行政の作用を法作用として理解するために、先づ、強制法秩序の自己實現作用としての國家作用——「形式的法作用」(formale Rechtsfunktion)——の他に、「法内容的意味に於

ける國家作用」(Staatsfunktion im rechtsinhaltlichen Sinne)の概念を樹て、直接行政作用をば此の概念の下に包攝せしめた。純粹法學の立場から嚴密に云ふならば、國家の作用は強制効果の定立に向つて進む強制規範の作用に限定されねばならぬ。此の意味での國家作用は、即ち「形式的法作用」である。然しながら、法の概念を推し擴めて、單に強制効果の定立に終るべき作用のみを法の作用と見ず、一般に法的要件の定立作用を法作用と做すならば、直接には強制の契機との結びつきを持たない國家作用も、これを法作用と解することが可能となる。いま問題となつて居る國家の直接行政行爲は、嚴密な、あるひは形式的な意味では、法作用とは認められ得ない。けれども、これ等の行爲を遂行することは、豫め一定の國家機關の義務として定められて居るのであり、若しもこれに對する國家機關の義務違反行爲が爲された場合には、此の義務違反行爲を要件として、これに一定の強制効果が歸屬せしめられる。例へば、官立學校の教官が教室に於て授業する行爲は、それ自身は強制効果の定立に何等の關係をも持たない直接行政行爲であるが、若しも彼が此の教育の衝に當るの義務に違反した際には、これに對して特定の行政法上の制裁が加へられるのである。此の最後の強制効果の見地から眺めれば、國家機關が直接行政行爲を爲すのは、それを爲す限り、強制を回避し得るところの行爲、即ち「強制回避行態」(zwangvermeidendes Verhalten)である、と云ふことが出来る。換言すれば、直接行政行爲は、それが爲されて居る間は豫め規定された強制効果は成立

しない、と云ふ消極的な意味で、やはり法上の要件を定立する作用なのである。かくの如く、強制効果と積極的の關係を持たず、ただ強制回避行態としての意味のみを有するところの要件を定立する作用を、ケルゼンは「法内容的意味に於ける國家作用」と呼ぶ。彼は、此の法内容的國家作用の概念の下に於ては直接行政行爲も法作用であり、國家の作用たることを失はない、と論するのである。

然し、かくしてまで直接行政行爲の法作用性を主張することは、單なる論理の技巧であり、表面上の理論扮装であるに過ぎない。國家が病院を建て、學校教育を興し、交通機關を發達せしめるのは、これを行はなければ強制効果の歸屬を免れない、と云ふ消極的な意味——強制回避行態としての意味——の故に國家の機能たるのではない。それは、直接に國民の福益を増進し、文化の向上を計るその積極的の意味のままに、國家の機能たるのである。かかる福益増進・文化向上の目的を樹て、これに向つて努力する國家の活動を、強制回避行態として「法的」に意味づけようとするケルゼンの論旨は、純粹法學に論理的自己満足を與へる以外に、實在國家の認識として積極的の價値を持たぬ。勿論、近代國家が直接行政行爲を爲すに當つては、豫めその準據すべき詳細な規範が定立される。それ等の規範の定立は、あるひは法律の形式を以て、あるひは命令の形式を以て行はれる。けれども、直接行政行爲に關するこれ等の規範は、多くの場合強制規範との本質的聯關を缺く社會

規範であり、ケルゼンの意味での第二次規範なのである。國家機關の直接行政行爲上の瑕疵または懈怠に對し、一定の制裁を加ふべきことを定めた強制規範——例へば官吏懲戒令——は、直接行政のものに現れた國家の建設的目的から見て、全く隨伴的の意義を有するに過ぎず、かかる特殊の強制規範の缺如した國家制度を想定しても、直接行政の作用を國家作用として認識することに、何等の支障も生じない。法的に見て單に第二次規範の内容を成すに過ぎない國家行爲の多く存することとは、ケルゼン自らが明らかに認めるところである。第二次規範——社會規範——の内容を成すに過ぎない國家行爲は、その本質上法作用の意味を持たぬ國家の政治作用でなければならぬ。直接行政作用は、ケルゼンの立場から云つても、單に第二次規範にのみ準據する國家作用、社會規範または政治規範によつて積極的に目標づけられた國家作用、即ち、法作用ならざる國家の政治作用、と解されねばならぬ。

これを以て見れば、國家の行ふ行政には、相互に明らかに區別さるべき二つの系統が存するのである。第一の系統は、根本規範の意味を専ら法的側面に向つて發展せしめ、上級法規範の制約の下に下位段階の強制規範を定立しつつ、個別要件に對して個別強制効果を歸屬せしめる行政處分は、下降し、遂に行政處分の直接執行行爲に終る。これが「間接行政」であり、その法作用としての本質上、司法と何等異なるところがない。これに對して第二の系統は、根本規範に含まれた政治的

意味を直接且つ積極的に布行し、特殊具體の社會規範を定立し、その規制に従ひつつ、福益増進、文化向上の活動を営む。これが即ち「直接行政」であり、純粹の秩序維持を志向する司法及び間接行政とは、その性質を異にする。大日本憲法第九條の用語を以てすれば「法律ヲ執行」するため、または「公共ノ安寧秩序ヲ保持」するために爲される行政は、主として間接行政であり、「臣民ノ幸福ヲ増進」するために行はれる行政は、大凡直接行政の系統に屬する。間接行政は法作用であり、直接行政は政治作用である。前者は秩序そのものを目的とし、後者は秩序以上の目的を追求する。ここに行政に於ける法と政治の分界が存する。

間接行政の作用は、形式上のみならず實質上も、國家の法的機關により排他的に分掌される。これに對して、直接行政の作用に關しては、國家の機關と一般私人との間にはただ形式上の區別が存するに過ぎず、實質上兩者の間に差別を設くべき限界はない。病院を建て、學校を經營し、鐵道を運轉する行爲は、形式上の國家機關のみに行ふところではなく、私人も亦同様にこれを行ふことが出来る。國民の保健、教育の普及、交通の發達に資する私人の活動は、國家の福益増進、文化向上の作用たる實質から云へば、法超越的に國家の機關活動と認められねばならぬ。これ等の一般私人の法超越的機關活動と雖も、行政法上國家の直接の監督に服して居る點、規則違反の經營に就き國家の制裁を蒙る點で、形式的な國家機關によつて行はれる直接行政作用と、全くその性質を一にするのである。

(1) Kelsen: Allgemeine Staatslehre, S. 238 ff.

(2) ケルゼンの言葉を引用すれば、「國家行爲と指稱される行政行爲の中には、それが第二次規範により強制回避行爲として指定されて居る、と云ふ意味でのみ法行爲であるに過ぎないところのものも存する。例へば、國立學校官衙の活動は法的にはただ第二次規範の内容としてのみ理解され得る」のである (A. a. O., S. 238)。

六四 司法と政治

國家の行ふ行政が法の側面（間接行政）と政治の側面（直接行政）とに明確に分界づけられるのに反し、國家の行ふ司法は本質上法一元的な作用であり、そこに政治の契機の介入すべき餘地はないが如くに思はれる。司法の目指すところは、原則として嚴正なる法の適用であり、強制規範の指定する強制効果の一步も過たざる定立であり、純粹の法内在的正義の實現である。司法はただ法によつてのみ制約される。法によつて制約される司法は、それ自身また具體個別の法——裁判判決——を定立するが故に、司法もその意味で立法の性質を有すること、法段階説の説くが如くである。然し、いはゆる立法は上級高位の法規範の定立であり、いはゆる司法は下級低位の法規範の定立で、

ある點に、立法と司法との間の階級的差等が現れて居る。司法は立法の制約の下に立ち、立法以外の何等の制約にも服せざる、法の具體的作用である。それにも拘らず、我々が司法の政治的意義を説き得るとすれば、その根據はそもそも何處に存するであらうか。

第一に、嚴正に法内在的目的を追求する司法の作用は、正しくその嚴正なる法内在的目的の追求の中に、近代國家に於て成文法を發達せしめたと同じ法超越的目的を含み、その意味で既に政治と没交渉ではあり得ないのである。近代の個人主義及び自由主義の政治理念は、先づ成文憲法の制定を促し、次いで成文法の宏大な體系化を必然的ならしめ、法律解釋の原理を確立し、國家活動を規制する理路整然たる法の軌道を作り上げた。國家の活動が法の軌道を走つて進み、最後に具體的な事實要件に接して、此の要件に所定の強制効果を結びつける時、その作用が司法——及び間接行政——となるのである。従つて司法の作用は、それが法内在的の確であればあるほど、法によつてのみ秩序を維持し、法によつてのみ個人の自由を制限する、と云ふ近代的の政治理念に適合する。即ち、ここでも亦、法内在的目的と全く一致した法超越的目的が、司法の作用に政治の生命を賦與して居るのである。

然し、如何なる政治上の目的と雖も、社會的歴史的の實在形象としては、時代の推移に伴ふその具體的内容の變化を免れ難い。これに反して、政治上の目的を盛る法の形式は、本來固定的であり、

硬化的であるために、法超越的目的と法内在的目的とが一たびは完全に合致し得ても、時と共に靜的なる後者が動的なる前者のために過去に取り残され、兩者の間に大なり小なり疎隔矛盾の關係が生ずる。かかる場合には、徒らに法文の意味に忠實な法の解釋はもはや必ずしも正義の要求に適はず、單に論理的な法の適用は決して司法の任務を充たす所ではない、と考へられて來るのである。それは、法内在的な司法と法超越的な司法との分離であり、政治の生命を失ひ、従つて形骸と化しつつある法の運用と、新たなる政治の生命を實現するための法の運用との對立である。ここに司法と政治との間の第二の、實在科學的に見て一層重要な意義を持つところの牽聯が存する。

第一七世紀から第一八世紀に亘つて興隆し來つた個人主義的自由主義的政治理念は、當時の専制主義を基礎とする實定法秩序に對し、自らを「自然法」として絶對化せしめた。實定法は時によつて變化し、所によつて相異なる。これに反して自然法は、時と所とにかかはらざる永遠の妥當性を有し、不完全な實定法に對し理想絶對の價値を持つ。自然法は實定法の模範たるべきであり、實定法は自然法に基いて變革さるべきである。而して、既に一たび自然法の理念に従つて實定法が變革され、個人の天與の自由と權利とを保障する新法秩序が樹立された上は、此の法秩序はもはや永久に動かすべからざるものであり、従つて、これに一切の可變性を奪ふところの固定性が與へられねばならぬ。かくの如き法固定化の第一原理は法の成文化であり、その第二原理は成文法の嚴正確實

な解釋及び適用である。かくて、個人主義的自然法理念の實踐的成果として、第一九世紀に於ける成文法と概念法學との驚嘆に値する隆昌を見た。

然るに、成文法の正に最も著しく發達した第一九世紀の間に、人間存在の根本様態は理念の上からも事實の上からも急角度の轉回を遂げ、既にその世紀を終る頃には、嘗つて絶對の眞理と考へられて居た、個人の權利及び個人の自由の尊重は、種種の方面から疑問とされ、修正を必要とされるに到つた。即ち、永遠性を持つと信せられた近代の自然法理念は、僅か百年の間に、或る意味では過去に取り残され、また或る意味では他の政治理念のために置き換へられねばならなくなつたのである。此の新興政治理念の内容に就いてはさまざまの解釋を下す餘地があらう。然し、我々は此の法超越的理念の變遷の裡に、人間存在の利益社會團體的構成より協成社會團體的構成への推移を見る。個人を絶對の價值原理とする社會觀は、轉じて、個人の自覺を通じて自己自身を實現しようとする社會的全體者の價值觀となり來つたのである。かくの如き價值觀の變遷は、法の運用の衝に當る者をして、既成法體系に對し大なり小なり批判的の態度を執ることを餘儀なくせしめる。法を法超越的な立場から眺めるならば、法はもはや單に法なるが故に正しいことを得ず、よく新興理念に順應し得るところの法にして、始めて正當なる法としての認證を受ける。ここに於て、既存の法を「惡法」として排斥する態度が可能とされ、従つて法律の改正が問題となり、若しも法律の改正が

速急に實現され難い場合には、法律の解釋あるひは法律の適用によつて法を時代の要求に合致せしむべき必要が説かれる。それは、近代諸國家の成文法體系の中に自己を内在せしめたところの舊政治理念に對する、自由奔放なる新政治理念の擡頭であり、法に據つて自己を主張する政治と、法を越えて自己を貫徹しようとする政治との間の、著しい對立を意味せねばならぬ。かくして、法による法の運用たるべき司法の領域にも、次第に法の外からの政治の契機の浸潤を見るに到つた。

司法に於ける法内在的目的と法超越的目的との離隔を最も雄辯に物語るものは、第一九世紀の末年から現代に亘つて法解釋學上の論議の焦點となつた、「概念法學」と「自由法學」との對立である。概念法學の本領とするところは、成文法の最も忠實な適用であり、法規を前提とする解釋手續きの形式論理化である。勿論、概念法學と雖も、決して法の生命を否定しようとするものではない。然し、概念法學にとつては、法の生命は成文法の裡に無缺の完全性を以て織り込まれて居る。故に、法の生命は成文法の機械的運用によつてこそ維持されるべきであり、解釋によつて成文法の意味を濫りに補充變革することは、却つて法の生命を毀損する所以でなければならぬ。法は動くべからざるもの、動かすべからざるものであり、「法の確實性」(Rechtssicherheit)の維持は解釋の本義たるべきである。かやうにして概念法學は、「上方の孔より事件を挿入し、下方の孔より判決を抽出する自動機械」——カントロウイッチ——たることを以て正に自らの使命を達成し得るものとする。

これに對して自由法學は、社會事情の變遷に伴ふ法目的の進展性の考慮から出發し、硬化固定した成文法規に缺陷の生ずることを當然と思惟し、事件の個性を主眼として法規の自由なる解釋と適用とを計らうと努める。法規の形式的效力に對して判決の具體的妥當性を、死せる法の確實性に對して法適用の流動的生命を第一義とする。自由法學の立場から云へば、缺陷を含むところの成文法規は、當然に解釋の手續きによつて補充規正さるべきであり、動く社會に伴ふ動く判決の可能性が法の適用の中に與へられて居らねばならぬ。「法規範は既に成りたるもの、過ぎ去れるもの、固定せるもの、靜止せるものである。これに反して判決は、一つの動的過程、一つの體驗過程である。判決は從つて生命であり、發展であり、活動である」——イザイ——^(三)。故に、自由法學は、成文法規を偏重して判決の動きを束縛する概念法學の態度をば、凡そ本末顛倒の業として非難する。概念法學によれば、法の動かざることが正義であつた。自由法學によれば、法の動くこそ正義である。彼は法内在的正義を固執し、此は法超越的正義に據る。

法規の意味を擴充具現する解釋の作用は、それが實定法に内在する理念のみに基いて行はれて居る限り、未だ法變革的の性質を持たない。成文法規が一般的に定立した法要件と法效果の聯關を、個別的な事件の上に具體化して行く作用は、法規の意味を理解しつつこれを具體的に構成する働きであり、純粹の法内在的作用である。然るに、成文法上明らかに規定を缺く事件が起つた場合、ま

たは法規の明文に執着する判決が却つて正義の要求に相反すると思惟される事實が現れた場合には、解釋は——自由法學の影響の下に——法規の缺陷を補充し、あるひは法規に明示された意味に大なり小なり變容を加へ、以て成文法體系と社會事實との妥當なる連繫を計る。此の場合の解釋は、もはや純粹の法内在的作用ではなく、法作用の裡に法超越的變化を潛入せしめて居るのである。トリイベルは解釋の操作にかかる二形態の存することを指摘し、前者を「理解的構成」(verstehende Konstruktion)、後者を「缺陷補充的構成」(lückenfüllende Konstruktion)と呼んだ^(四)。我々は、これを更に、それぞれ「意味理解的解釋」及び「意味擴充的解釋」と名付けることが出来る^(四)。いはゆる法の缺陷が單に該當成文法規の缺如のみを意味する時には、これを補充することは、純粹の實定法内在的理念の下に於ても可能である。然し、實定法上の缺陷の最も多くは、動かざる法體系と動く世界觀との伸張の關係によつて生ずる。常に遅れ勝ちな法體系を、常に進み行く世界觀の立場から「解釋」によつて補充するのは、既に法内在的法作用の範圍を逸脱し、漸時緩漫に行はれる法の法超越的變革を意味する。それは、刻々に「惡法」的腐蝕面を現出する實定法體系をば、解釋の下に補修是正して行く作用なのである。

現代の最も進歩した立法の技術は、解釋によるかくの如き缺陷補充の機能をば成文法の條項を以て豫め認證し、法内在的立場と法超越的立場との調和を計ることに努める。スウィス民法第一條の

規定の如きはその最も著名な實例である。然し、空隙補充の規準として裁量される目的や利益や條理などに、動く世界觀の意味内容が盛られて行く以上、明文の規定を以て空隙補充を認める成文法は、それ自ら法超越的自己變遷を許すところの法でなければならぬ。また、現代の合理化された解釋理論は、全ての事情の變化に應じ得る、最も弾力性に富んだ規範意味を解釋の根源に置き、解釋による法の法超越的變化を法内在的に意義づけようと試みる。シュライヤアが、純粹法學の立場と自由法學の主張とを綜合するために、根本規範に解釋の最高原理たるの意味を持たしめて居るが如き、それである。^(五)けれども、既に根本規範が本質上法超越的な規範であり、根本規範そのものの歴史的可變性も亦否定され得ぬ以上、根本規範にまで遡及する解釋は、もはや法の法内在的補足ではなく、明らかに法の法超越的擴充でなければならぬ。かやうにして、政治は司法を通じても法を動かす。しかも、此のことは司法に就いてと同様に、間接行政に就いても認められなければならない。何故ならば、司法と間接行政とは本來その性質を一にするものなるが故である。かくて我々は、純粹法學が最も純粹に法一元的な説明を與へようとした司法及び間接行政に於ても、法超越的政治理念の介入が、蔽ふべからざる實在現象として行はれて居ることを知り得たのである。

(一) Hermann Kantorowicz: Rechtswissenschaft und Soziologie, 1911, S. 5.

(二) Hermann Jay: Rechtsnorm und Entscheidung, 1929, S. 25.

(三) Triepel: Staatsrecht und Politik, S. 22 ff.

(四) これらの用語の意味、及びその法の解釋との關係の詳細に就いては、拙著『法哲學』二八二頁以下、参照。

(五) Fritz Schreier: Die Interpretation der Gesetze und Rechtsgeschäfte, 1927, S. 4 ff.

第一七章 國家に於ける法と政治

六五 法治國家と政治國家

國家はその本質上一つの法的社會團體である。故に、如何なる國家も、法なくして國家たることを得ず、従つてまた、如何なる國家の活動も必ず、法の認證の下にその正當性を主張しようとする。その法が如何なる手續きによつて定立されるか、を度外視して云へば、全ての國家は此の意味で法による統治を行ふところの國家、即ち「法治國家」である。ケルゼンは、法治國の概念の二義性を明らかにし、一切の國家は強制秩序に基いて作用するが故に、形式上の意味では專制主義の國家と雖も民主主義の國家と同様に法治國たることを失はない、と説いた。此の第一の、形式的意味での法治國概念には、更に第二の、實質の意味での法治國概念が對置せしめられる。實質の意味での法治國とは、民主的立法、元首の執行行為の責任ある大臣の副署への拘束、臣民の自由權、裁判所の獨立、行政裁判、等の特殊の法制度を有するところの國家である。かかる民主主義的な法治國概念が樹立されるに及んで後は、法治國とは、ケルゼンのいはゆる實質の意味での法治國のみを指稱する

るものの如くに考へられて居た。然し、今日のドイツなどでは、民主主義・自由主義の法治國は、實は單なる「法律國家」(Gesetzesstaat)に過ぎず、法律國家の概念機構を打破する國民社會主義の國家こそ、眞の「法治國家」(Rechtsstaat)である、との主張が行はれつつある。肆意も神意の假面(三)の下に法となり、實力も理念の認證を受けて法となる。法を破る者も、なほ法によつて法を破らうとするのは、正に法的社會團體としての國家の本質現象でなければならぬ。

然しながら、國家は單なる法的社會團體ではなく、その更に根柢に於て一つの政治的社會團體である。政治の目的は國家存立の觀念的中核であり、此の中核から迸り出づる政治的生命は、全ての國家活動の原動力である。國家存立の觀念的中核たる政治理念は、自らを當爲命題として表現することによつて、政治的社會規範たる根本規範となる。根本規範の指し示すところを日に新たに實現しようとする國民の統合的生活過程は、觀念態としての國家を同時に鞏固なる實在態と成し、國家目的の自己貫徹性を基礎してこれに主權的な實力の支持を與へる。國家の全法秩序は、觀念的には根本規範の制約の下に妥當するものであり、實在的には主權的實力によつて實定性を發揮するのである。故に、國家の法は全て政治によつて内容づけられて居るのであり、一たび政治の生命から離れた法は、忽ちにして死せる觀念の形骸と化せざるを得ない。專制制や獨裁制の法體系に於ては、法の基礎に働く政治の動向は何人にも容易に看取され得る。神意の假面の下に肆意を法たらしめ、

法を破砕する實力になほ法の認證を與へようとするが如き場合には、法を動かす政治の意圖は、法の薄い皮膜を通して明瞭に現象表面に露出して居るのである。けれども、法が全く政治を蔽ひ隠して國家に於ける萬能者となつたかの如くに見ゆる場合、即ち、近代的民主主義の法治國家に於ても、かかる法の萬能的優位を確保しようとする事それ自身が、法によつて個人の自由と權利を保障しようとする政治的意圖の實現を意味する。故に、國家の行ふ法的統治は、如何なる場合にも政治の目的のためにする統治であり、決して政治的に無色な統治ではない。此の意味で、形式的な意義に於ける法治國のみならず、實質的な意義に於ける法治國すらもが、何等かの政治的指導理念の下に存立する。全ての國家は「法治國家」であるが、法治國家たる全ての國家は、更に一層根本的な意味で、また「政治國家」でなければならぬ。

「法治國家」(Rechtsstaat)の反對概念を定立しようとする時、人は、多く「政治國家」とは云はず、好んで「實力國家」(Machtstaat)の語を用ひる。如何に整備された法體系を持つ國家と雖も、法に對立する事實上の力が決定的な勢ひを以て擡頭し來る時は、法はもはや無力の制度と化し、實力が國家に於ける最高の決裁者となる。實力による「法の破砕」(Rechtsbruch)が時に不可避的な現象として行はれる以上、國家の本體は法ではなく力であると考へられなければならない。殊に、國際關係の現狀に鑑みる時、法は假象であり、粉飾であり、法として行はるるものの實質は、獨り

ただ力でのみある。實力が正義の名の下に世に行はれるのである。かくて人は、法治國家の概念を否定して、實力國家たることを國家の本質と解する。

なるほど、法がしばしば實力によつて破砕されることがあるのは、否むべからざる眞實である。けれども、立ち入つてこれを考察するならば、法を破砕するところの實力は、決して理念を伴はない赤裸裸の事實力ではなく、實は新たに隆興し來つた政治的理念の實力であることが知られる。國際法を破砕する國家の實力と雖も、帝國主義的または軍國主義的政治理念に指導されることによつて、始めてその自己貫徹性を發揮する。まして、國內關係に於ける法の破砕に到つては、常に法超越的政治理念による法内在的政治理念の超克を意味し、従つて必ず何等かの政治的意義づけを以て行はれる。故に、謂ふところの實力國家は、畢竟一つの政治國家に他ならないのである。しかも、一たびその實力によつて法を破砕した政治は、その法の破砕の後に必ず自ら新たな法體系を建設し、此の新法體系によつて自己を固定確立しようとする。即ち、實力國家は同時に政治國家であり、政治國家はまた自らに法治國家に歸着して行くのである。

國家に於て法と政治とが分裂した場合に、政治が法を超克して法の超越的變革を來たすことは、國家組織の細部に於てこそ極めて頻繁に見られる現象であるが、その變革が國家組織の中心を衝いて成就されるまでに到るのは、比較的稀有の事柄に屬する。革命はもとより國家の常態ではない

のである。即ち、常態に在る國家は、堅固なる法の組織を有し、法内在的なる正義の理念を確保して居るが故に、たまたまその内部に法と政治との分裂の機運が醸し出されても、國家は法の權威と合法的の實力行使とによつて反對政治理念を克服制壓し、法中心的に自己本來の統一を恢復することが出来る。これを以て、力に對する法の勝利、實力國家に對する法治國家の優越と見るならば、それは言葉の相對的な意味に於て正當とされねばならぬ。然しながら、如何に整備された法の體系と雖も、實力を背景としない單なる觀念態に於ては、到底反對的政治理念を制壓することは出来ない。政治を克服し得る法は、自ら傳統的の政治理念を内容とする法であり、政治の實力によつて立つところの法でなければならぬ。故に、政治の動搖に打ち克ち得る法治國家は、それ自身一つの政治國家であり、同時に一つの政治國家たるところの法治國家は、従つてまた結局一つの實力國家なのである。全ての國家は法と政治とに構造的に聯關する社會團體であり、此の社會團體は、法に内在し、政治を推進する社會的實力の支持を受けて、實在國家としての生命を維持する。「法治國家」と云ひ、「實力國家」と云ふのは、要するに、國家の立體構造の一側面を捉へて國家を品質づけた言葉に過ぎない。

(1) Kelsen: Allgemeine Staatslehre, S. 91.

(2) 法治國理論の史的發達に關しては、鶴岡信成教授『史的に觀たる法治國の諸理論』京城帝國大學法學會論集第七冊、

國家の研究、九五頁以下、參照。

(3) 例へば、Otto Koellreutter: Der nationale Rechtsstaat, 1932; Heinrich Lange: Vom Gesetzstaat zum Rechtsstaat, 1934, 參照。

六六 國家に於ける法と政治の相互牽聯

國家はその本質上法治國家であり、法治國家は法に内在する政治の觀點から見て政治國家であり、政治國家はまた政治を行ふに足りる實力を持つ國家として實力國家であるとすれば、法、政治、實力、の三契機は國家たる單一對象の中に綜合歸一され、法は政治であり、政治は法であり、法即政治は實力に基礎されて實在國家の内實を形成し、これを分析對置するの實益は全く失はれるが如くにも見える。否、國家の持つこれら多様な諸契機が、實在國家の對象面に於て互に綜合歸一して居る有様を、その實在形相のままに認識することが、とりも直さず國家構造論の目的に他ならなかつたのである。然しながら、概念的に分析され得る國家の諸様相は、實在對象たる國家そのものに於て決して純一不二の渾然態を成して居るのではなく、なほ且つ相對的に獨立した分野を保ち、互に不斷に歸一しつつ、しかも互に不斷の分裂を繰返しつつある。殊に、國家に於ける法と政治の、

一にして二、二にして一なる相互牽聯の關係は、國家の構造と國家の機能との分岐點として、最も深刻微妙なる意義を有する。

國家の持つ法は、その本來の性質に於て國家の靜態原理である。觀念的規範意味の複合態たる法が客觀的精神成態としての國家の骨幹を成し、國家の組織を固定確立せしめる上に、最も大きな役割を演ずるのである。然し、法の存在は決して絶對の靜態ではない。生命ある實在國家の法は、國家の生命を内に藏して動き、國家の作用を法的作用として實現する。此の場合の法の動きは、法の法内在的動態である。國家が嚴密な法の規定に従つて作用するのである。けれども、法はただに法内在的に動くばかりでなく、また法超越的に、即ち自己自身に背いて動いて行く。法超越的に法が動く、と見られる場合には、實は法自らが動くのではなく、法が法以外の契機によつて動かされるのである。憲法が憲法改正の手續きによらずして變革される場合から、憲法違反の法律が定立され、法律に反する命令が實効化する場合を経て、解釋の技巧により次第に法の豫期しない法の變遷が行はれる場合に到るまで、法の法超越的變化の生じ得る場面は、實に法の全般に及んで居る。かやうに、法を法超越的に動かす契機は、國家の政治である。硬化守舊する法をば政治が牽引して、急激にまたは緩徐に、國家の歴史的生命を展開せしめて行くのである。

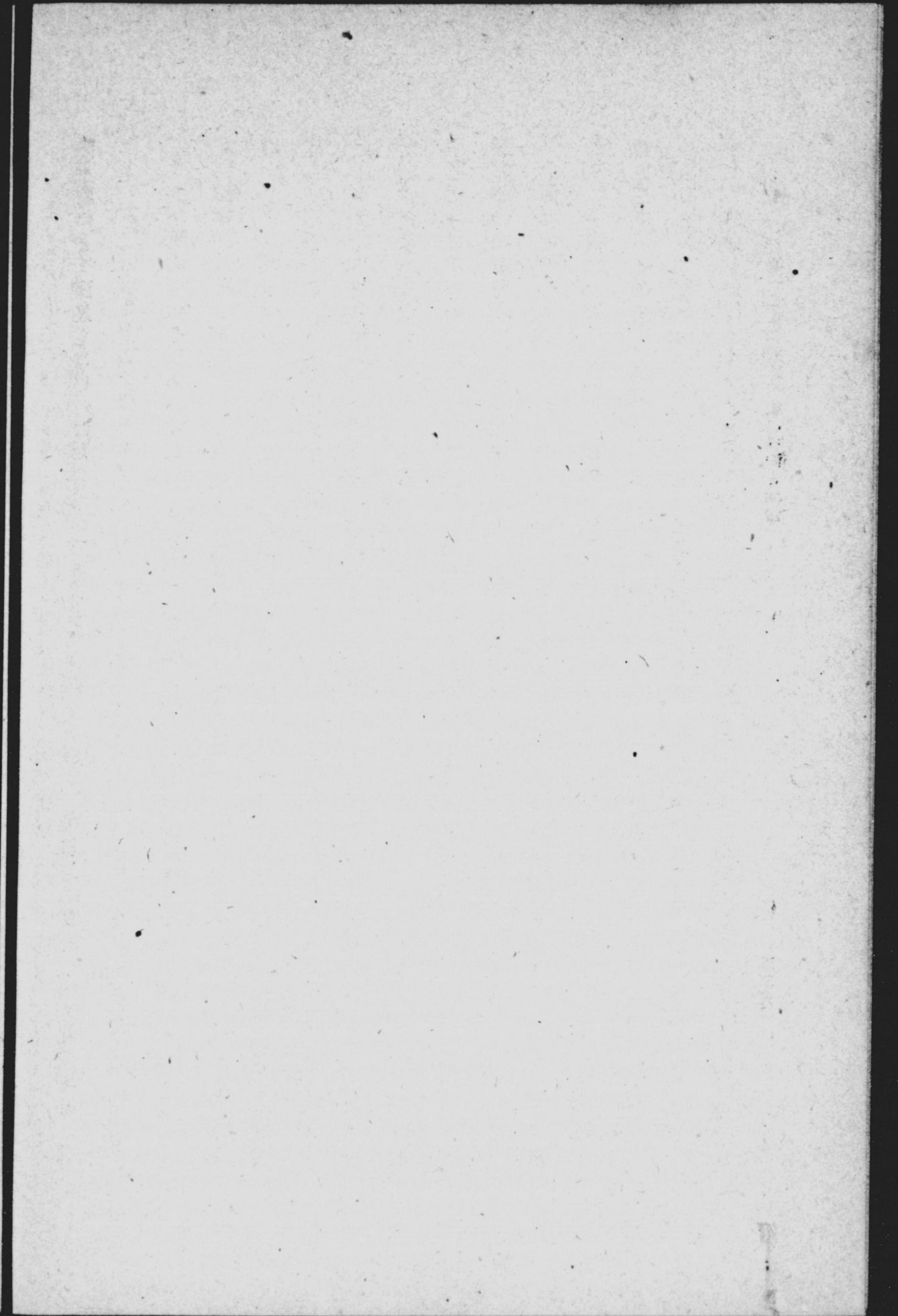
故に、政治は國家の動態原理である。政治は動くことを本態とし、自己の動きによつて國家の靜

的契機たる法をも動かすのである。然し、政治の根柢が國家の實踐的理念に存し、理念には事實の變化にかかはらざる恆常性が含まれて居る以上、政治の活動は、如何なる場合にも決して無意味の推移、無方針の轉變ではあり得ず、必ず一定の目標に向ひ、一定の軌道に従つて行はれようとする動向を持つ。かくの如き政治の軌道はやがて自己を法として形式化する。而して、法の形式の下に無限に多様な規範が定立され、段階的に排列された法規範の複雑な統一體が築造される。政治はかくて法を通じて行はれ、政治の作用は法的作用となり、動態たる政治が靜態たる法に歸一するのである。政治は絶えず法を乗り越えて非合理なる自己發展の過程に進出するが、非合理的に進展した政治はやがて合理的なる法の外廓によつて自己を緣取り、法の認證の下に自己を靜止安定せしめる。法が政治を蔽ひ、政治をして法治たらしめ、奔放なる政治の活動を羈束統御するのである。政治は法を牽引してこれに動的生命を與へるが、法は政治を牽制してその靜的體制を整へる。單一存在者たる國家團體に於ける法と政治の此の相互牽聯を、その靜的歸一の斷面によつて見たものが國家の構造であり、その動的發展の過程に就いて眺めたものが國家の機能に他ならない。

國家構造論は、國家團體に於けるかやうな法と政治の相互牽聯の關係を、主としてその靜的歸一の斷面によつて考察した。従つて、國家構造論の論究は、先づ國家の法的組織を見て、然る後にその中を通じて流れる政治の動きを捉へる、と云ふ方針に基いて爲された。近代の民主主義的法治國

家は、政治を規制拘束するための最も完備した成文法體系を作り、國家の機能の殆ど全般を蔽うてこれに法的意義づけを與へることに成功した。しかも、法の背後に烈烈として燃ゆる政治の炎は、最も堅固なる成文法の鐵壁を以てしても、なほ且つ永きに互つて掩蔽し盡すことを得なかつたのである。完備した國家法秩序の構成に於ても、法の頂點に位する根本規範は、それ自身一つの直截なる政治的理念の表現であり、法の底面に在つて法を實定法たらしめる事實生活過程は、これまた規範意味の領域を離れた社會的政治的の現實態である。即ち、政治は法の上限と下限とに於て常に法を超越した露出面を持つのである。そればかりではなく、法による政治の掩蔽部に就いて見ても、政治の炎焰は絶えず法の掩蓋に對して内部から腐蝕浸潤の作用を營み、やがて厚い法の被覆をも貫徹して政治の焰火が部分的斷片的に外部に向つて迸出されるに到る。法の緩徐あるひは急激なる變革力は、かくて法内在的な政治の作用の中に、何時しか準備され蓄積されて居るのである。かやうに、法と政治とが互に重なり合ひ、纏れ合つて進む有様は、もはや國家の構造の問題領域を逸脱する。國家構造論の任務はここに終り、國家機能論の分野がここから展開されるのである。而して、ここから展開される國家機能論は、國家の法内在的機能と法超越的機能とを綜合的に考察することによつて、國家構造論を補足布衍し、以て實在科學としての一般國家學の體系を完成すると同時に、國家變遷の非合理的過程の眞髓を把握しようとする試みに於て、最後には實在科學と歴史哲學との

限界點にまで到達しなければならないであらう。



人名索引

ア

アリストテレス……44, 133, 197, 390, 448

イ

イエリネック……10—14, 24, 42, 47, 57, 86
—97, 175, 210—214, 217, 224, 242,
358, 367, 429—433, 440, 449, 454,
502

イエリング ……173

イザイ ……522

ウ

• ウィイゼ……52, 78, 81, 132

ウインデルバンド……46, 271, 275

上杉慎吉……70

ウエスタアマルク ……303

ウエバア, マックス…9, 14—17, 24—25, 41,
78, 81, 115—117, 118, 132—133,
138—140, 146, 161, 246, 250, 286—
287, 291, 356

ウオルツェンドルフ……218—219

ウオルフ, ハンス……452

鷗飼信成 ……530

白井二尙 ……316

ヴント, マックス ……70

ヴント, ウィルヘルム ……302, 360, 364,
405—406

エ

エエアリッヒ……186, 189, 190, 193—194,
344, 346, 349

オ

オッペンハイマア ……295, 360

カ

カウフマン, エリッヒ……29, 34—35

カウフマン, フェリックス……178, 192

カエザル ……365

寛克彦……70

カント ……28, 198—199, 358

カントロウィッチ ……521

キ

ギエルケ……62, 65, 87, 97—100, 105, 133,
419—421, 449

キスチアコフスキイ ……42, 47

ギディングス ……295

清宮四郎……428, 453, 491, 495, 496

ク

グムプロウィッチ……359—360

クラッペ……218—219

クロオナア ……251

ケ

ケルゼン…9, 25—26, 28, 34, 47, 57, 58, 63,
64, 78, 81, 92, 159, 164—165, 171,
173, 176, 178, 181—185, 191—192,
203, 209, 212, 214, 216, 218, 245,
254, 256, 258—259, 328—330, 333
—335, 433—434, 437, 450—451,
454, 456, 457, 460—472, 476, 490—

491, 495, 511—517, 526
ケルロイター……57, 59, 63, 64, 421, 454

コ

コオエン……28, 34
コオル……152
コント……51, 142

サ

ザイデル……430—431
ザヴィニイ……345

シ

ジエツファソン……413
シェフレ……142
シエラア……35, 302
ジメル……42, 47, 51—52, 55, 78, 81, 131
—132, 134, 145—178, 149, 310, 316,
324
シュタイン, エディト……35
シュタムラア……165, 170, 185, 200, 346,
352, 356, 416
シュツツ……117
シュパン……77, 80—81
シュミット, カアル……57, 63, 233, 255,
257, 484—487, 489, 500—502
シュライヤア……178, 524
ショムロオ……175, 340
シンドラア……45

ス

末弘殿太郎……194—195
スメンサア……51, 142
スミス, アダム……293
スモンド……45, 59, 64, 269—270, 327—330

タ

高木八尺……413
高田保馬……134, 136, 152, 156, 157, 221,
223
立作太郎……228
田中耕太郎……176, 356, 357
田邊元……36, 276, 401, 406

ツ

ツェツヒ……245
恒藤恭……236

テ

ティボウ……345
ディルタイ……43, 47, 76, 101, 104, 109,
112, 113
デュギイ……9, 57, 189—191, 194, 211—212
デュルカイク……400
テンニイス……134, 292—298, 391—393,
405, 408

ト

トオマ……63
戸澤鐵彦……236
トリイメル……504—505, 510, 523

ナ

ナヴィアスキイ……18
中島重……152, 156—157, 221, 223

ハ

ハイデッカア……120, 133, 324
バック……35
バルト……403

ハルトマン, ニコライ……30, 32, 75, 109—110

ヒ

ビンダア……45, 174

フ

フィアカント……52, 132, 287, 302, 312, 403
フェアドロス……159—163, 226
フッサアル……32—33, 35, 36, 70—71, 107,
108, 109, 110
船田享二……447
プフェンダア……302
フライヤア……45, 52, 59, 64, 117
ブラックストオン……440
ブラトン……21, 70, 197, 241
ブルクハルト……218—219, 259, 340
ブルンス……447
フレニザア……171
プロイス……449
フロイド……304

ヘ

ヘゲル……44, 45, 62, 65, 73, 241, 242,
331, 393—398, 398—399, 401, 417,
419
ペトラジェック……176
ヘラア……17, 45, 100, 247, 255, 257, 340
ペロルツハイマア……70, 261

ホ

ボザンケット……70
ホップス……134, 293
穂積重遠……193, 216, 291
穂積陳重……175, 193, 307, 340
ホルネッフエル……34, 54, 329, 370—373

マ

マキイヴァ……152, 156—157, 220—221,
320—322, 340
牧野英一……193
マルク, ジイグフリイド……30, 45, 209
マンハイム……52, 61

ミ

三谷隆正……247, 252
美濃部達吉……176
宮澤俊義……437, 440, 463

メ

メルクル……460, 463

モ

モオア, トオマス……21
モムゼン……447
森口繁治……261
モンテスキエウ……53

ヨ

横田喜三郎……176, 192, 227—228, 250

ラ

ラアドブルッフ……165, 173—175
ライナッハ……35, 71, 283
ライブニッツ……335
ライブホルツ……388, 438—439
ラスキ……152, 156
ラスク……42, 46
ラッツェンハウファ……360
ラバンド……449
ラレンツ……45

リ
リッカアト.....28, 42, 46, 271, 275
リット.....45, 327
リエンフェルド.....142

ル
ルウソウ.....358
ルナン.....328

レ

レエネル.....447

ロ

ロタッカア.....61
ロック.....58

ワ

和辻哲郎.....133, 136
ワルター, ゲルダ.....35, 305

昭和十一年十二月二十五日 第一刷發行
昭和二十三年九月二十日 第九刷發行
國家構想論
定價參百五十圓



著者 尾高朝雄
發行者 東京都千代田區神田一ツ橋二丁目三番地 岩波雄二郎
印刷者 東京都千代田區神田多町一丁目七番地 富士雄

發行所 東京都千代田區
神田一ツ橋二丁目三番地 岩波書店

會員券號 A-109004號

三秀堂印刷・田中製本

23年(2月)9日 1349

24.22									
24.17									

1349

313

017

(7)

