

法の形而上學が法の理念に満ち満ちた自然法の構圖を描くのに對して、法學を嚴密な科學として研究しようとする立場は、法の中からできるだけ理念の要素を除き去つて、實定法があるがままの實定法として考察しようとする。この傾向を徹底させたものが、法實證主義である。法實證主義は、法を道德から峻別し、法の中への政治の介入を排除し、法をば世界觀的に中性な規範の體系として説明することに力める。ケルゼンの純粹法學は、この態度を最も純粹につらぬこうとした。しかし、いかに法の科學が自然法の理念を排斥し、法を純粹に實定法として考察しようとしても、實定法の中に道德の理念や政治上の世界觀が大きな影響を及ぼしているという事實を抹殺することはできない。したがつて、實定法があるがままの實定法として分析して行くならば、その中にならずさまさまな意味での理念が内在しているのを見出すことにならざるを得ない。ここにおいて、現代の法哲學の關心は、實定法の彼岸にある理念でもなく、あらゆる理念から切りはなされた實定法の骨格でもなく、實定法の現實に内在する理念——理念に立脚し、理念によつて動かされている實定法——の上に注がれる。その意味で、現代法哲學の根本課題は、「法における理念と現實の結合」であるといふことができるであらう。

自然法のドグマを排斥し、法の中にあらゆる意味で形而上學的な概念が入り込んで來ることを拒否し、法の現實を現實あるがままの姿において考察した點では、フランスのデュギイの理論はドイツの法實證主義に劣らぬ徹底さを示している。しかも、デュギイによつて示された法の現實の中には、否定しようとしても否定することのできない理念が内在していて、現實主義たることを標榜するかれの理論に、蔽い隠し得ない理想主義の彩りを與えている。故に、デュギイの法哲學は、法における理念と現實との結びつきを、經驗主義の立場から立證したものであるといふことができる。

デュギイによれば、人は社會に共存し、互に他人に依存し、ともに連帶の利害關係によつて結ばれている。人間は、一方では多數の個人に共通した要求をもつと同時に、他方ではまた、それぞれに特殊の要求をも有する。社會の共通的な要求が多數人の協力によつてはじめて達成されることはいふまでもないが、人々のもつ個別的な要求といえども、相互の勞働の結果をもつて相補うことなしには、とうてい満足せしめられ得ない。人は複雑な分業の機能をいとなみ、それぞれの活動によつて互に他人のために奉仕しつつある。社會の進歩はかくのごとき相互奉仕の進歩である。各人はこの進歩に何らかの寄與をなすことによつて、同時に自己自身の生活目的を實現して行くのである。ここに「社會連帶」(solidarité sociale)の偉大な事實が存する。社會の連帶關係は、直接の觀察によつて認識される事實であつて、その認識は何らの形而上學的概念をも含まない。法および國家の實證理論は、この社會連帶の事實のみを基礎とすべきである。

社會連帶の事實に即して、社會には一定の法則が行われる。この社會法則は、人々に對して社會の

連帶關係を攪亂することを禁じ、すすんでは、社會の連帶關係を促進するために行動することを命ずる。かかる社會の法則は、すなわち社會の規範であり、事實によつて基礎づけられた人間行動の準則である。社會規範には三つの種類が區別され得る。「經濟規範」(norme économique)、「道德規範」(norme morale)、「および」[法規範](norme juridique)がそれである。法規範は、社會規範のうち、最も重要な位置を占めるが、それは、その内容からいつて經濟規範および道德規範と異なるものではない。或る社會に行われる經濟規範や道德規範の重要性が、その社會に住む人々によつて意識され、社會集團自身もしくは集團の権力者はこれらの規範の違反行爲を抑壓・制御すべきであるという觀念が、一般に成立するとき、當該の社會規範は、すなわち法規範となるのである。故に、法規範が法規範たる所以は、その規範がいかなる内容を有するか、には存せずして、その規範の遵守が社會的強制の行使によつて保障されている、という形式にのみ求められ得る。

法規範は、その遵守が社會的強制の行使によつて保障されているところの社會規範である。したがつて、法規範が成立する場合には、かならずそれにもなつて、その法規範の違反行爲に對し、いかなる強制がいかなる手つづきを経て加えられるべきか、に關する法則が定立される。ここに、法規範に特有の規範構造の複合性が成立する。デュギイはこの法規範の複合性を明らかならしめるために、本來の法規範を「規範的法規」(règle de droit normative)と呼び、規範的法規の違反行爲に對する社會

集團自體の反作用を規律し、それによつて、失われた秩序を回復せしめるために定立される規範を、「構成的または技術的法規」(règle de droit constructive ou technique)と名づけた。規範的法規は、社會に生活する一般人の行動の規律である。これに對して、構成的または技術的法規は、集團の權力を掌握し、社會の秩序を維持すべき任務にあたる者が、いかにして争いを裁定し、いかなる手つづきによつて規範的法規の機能を圓滑に維持すべきかを定める規律に外ならない。

故に、法の基礎をなすものは、規範的法規であつて、構成的または技術的法規は、それにくらべば第二次的な意味しかもたない。しかし、近代立法では、成文法として條定されるものの大部分は構成的または技術的法規であつて、規範的法規はその前提として豫想されているにとどまる場合が多い。例えば、一八〇四年に制定されたナポレオン法典の中にあらわれている規範的法規は、私所有權の尊重、契約の自由、過失にともなう責任の三原則ぐらいのものであつて、それ以外の歴大な條項はほとんどすべて構成的または技術的法規から成り立つてゐる。しかるに、社會連帶の事實にもとづく社會生活の筋道は、時代とともに變化する。社會の實情が變化するにつれて、私所有權の尊重にも限度があり、契約の自由にも制限があり、無過失の場合にも損害賠償の責任があるということになつて来る。それでも、一たび法典化された構成的または技術的法規の體系は、立法手つづきによる法律の改正が行われなにかぎり、成文の外形の上では變化しない。しかし、その根柢にある規範的法規が時

代とともに變化して來ている以上、外形の上では變化しない成文法の容器の中には、すでに新しい時代の新しい法が盛られているのである。デュギイは、このような觀點に立つて、ナポレオン法典以後百年の間におけるフランス私法の内容的變遷を洞察し、解明した。

さて、一定の社會集團の内部に、權力を掌握し、權力を行使する立場に立つ者と、この者の下に權力に服従する立場に立つ者との間の分化が生ずるようになる、その集團は「國家」と呼ばれる。故に、國家においては、權力の行使をつかさどる職能が分業的に發達して、政府という組織體を形成するのである。しかし、政府の權力は、社會の秩序を維持し、共同生活の連帶關係を圓滑ならしめるために存在するのであり、その行使の筋道は、したがつて、社會連帶の法則たる法によつて定められている。國家の組織は、法を行うために發達したのであつて、法が國家のために發達したのではない。しかるに、從來の國家理論、特にドイツの國家理論は、國家の超個人的人格性を獨斷し、その國家人格の無制限の權力を主張する。かくのごときは、國權絕對主義を擁護しようとする底意に出でるところの形而上學的ドグマにすぎない。國家の權力は、法によつて制限されている。故に、それは最高でもなく、絶對でもない。國家において權力の行使をつかさどる者は、それによつて社會連帶の福祉を増進するために、公共のための奉仕を行つていたのである。デュギイは、かように論じて、從來の國法學の不可疑の前提とされてきた「主權」(soveraineté)の概念を否定し、これに代うるに、「公共

の奉仕」(service publique)の概念をもつてする。

否、社會連帶の法理をつきつめて行くならば、ただに國家の主權が否定されるばかりではない。デュギイによれば、在來の法學が固執する權利の概念も、畢竟形而上學的獨斷の產物である。ドイツの法學者、例えばウィンドシャイド⁽²⁾は、權利をば、「法秩序によつて賦與された意志力または意志支配」(eine von der Rechtsordnung verliehene Willensmacht oder Willensherrschaft)と解した。また、イエリングは、權利を定義して、「法によつて保護された利益」(rechtlich geschützte Interessen)と見た。しかし、第一の意志説は、何故に意志作用の全く缺如する主體が權利を享有するか、を説明し得ない。また、第二の利益説は、そのいわゆる利益をば何人の評價によつて決定するかという問題において、避くべからざる難關に逢著する。すなわち、兩説はともに論理上の難點を有し、科學的に承認されるに値しない。デュギイにしたがえば、人が社會に生活するかぎり、人はその社會において占める位置に應じて、それぞれ一定の機能をいとなく義務づけられている。それは、法規範によつて定められたところの、社會連帶關係の義務に外ならぬ。もしも人がその義務に違反するときは、かかる違反行為に對して國家により一定の制裁が加えられる。この制裁を加えることも、法による國家の義務でなければならぬ。社會には法規範が行われ、法規範からは義務が生ずる。それがすべてであり、その外に權利なるものを認める餘地はなく、またその必要も毛頭存しない。かくて、デュギイの實證的

法理論は、公法學上の主權概念を否定したのと同じ論法によつて、私法學の根本前提とさえ認められて來たところの「權利」(droit subjectif)の概念をも否定するのである。

私法學上の權利概念は、近代自然法が不可疑の前提としてかかげた理念である。人間は、生れながらにして天與の權利を有するという命題は、近代法思想の格率とさえされて來たのである。その權利概念を否定したデュギイの法理論は、實定法の中から一切の自然法的殘滓を驅逐するという方向にあくまでも徹底したものだといつてよい。しかし、そのデュギイが、實定法の現實を凝視し、すべての社會現象の根柢にあるものとしてとらえた「社會連帶」の事實は、それ自身また決して單なる事實ではない。社會に生活するすべての人々は、いかに自己自身の利益のために没頭しつつある場合にも、正しくそうすることによつて互に他人との間の相互依存の關係を維持しているということは、確かに一面の眞實であろう。けれども、飽くなきまでに利潤を追求する人々と、そのために貧窮の淵に沈淪する人々との間にも、なおかつ社會連帶の事實があるというならば、それは、もはや階級的に對立している兩者の間の險しい事實關係ではなくて、そのような事實を克服し、そのような對立を調和しようとする理念であり、當爲であるといわなければならない。それにもかかわらず、社會連帶關係の遍在性を主張し、それを人間共同生活の本來のあり方であるというデュギイの思想は、新しい自然法の承認さえある。ただ、その自然法をば、現實の彼岸に置いて實定法と對立させる代りに、どこまで

も、實定法そのものの中に見出して行こうとするところに、この種の内在的理想主義の根本性格があるといふことができるであらう。

(1) Léon Duguit (1859—1928) : L'Etat, le droit objectif et la loi positive, 1901; Le droit social, le droit individuel et les transformations de l'Etat, 1911; Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon, 1917; Traité du droit constitutionnel, 1921—25, 3. éd. 1927—30.

(11) Bernhard Windscheid (1817—1892) : Lehrbuch des Pandektenrechts, 1862—70.

二 新自然法論

第二十世紀初頭の哲學は、一時は著しく形而上學否定の方向に傾いた。この傾向が、一方において經驗主義の基礎の上に立つものであることは、いうまでもない。しかし、經驗主義の克服を自ざしたところの新カント哲學も、反形而上學的であるという點では、經驗主義と歩調を一にする。認識の批判とその限界の嚴守ということを重ねる新カント哲學にとつては、絶對の普遍妥當性を有するものは、あらゆる内容を捨象した純粹の形式にかぎられざるを得ない。したがつて、内容のある世界觀を立てて、その絶對の眞理性を主張することは、認識批判の約束に反する態度として否定される。かく

て、新カント主義もまた、經驗主義とならんで形而上學を排斥し、その點では、それとともに相對主義にむかつてすすむ必然性を示したのである。

けれども、形而上學を否定して、現實を見つめて行く者は、やがて現實の現象形態そのものの奥底に、現實をしかあらしめているものの本質を求めざるを得なくなる。他面、新カント哲學のように、單に形式的な抽象原理についての普遍妥當性を認める立場は、論理の上ではいかに高い整合さを示しても、骨身に迫る生死の問題に對しては、何らの頼るべき據りどころをも與え得ないという不滿を抱かせる。人間が解決を迫られているのは、人間そのものの生の問題である。實存する人間の生の問題に哲學の關心が集中して來るとき、人々は、人間をば經驗界の一存在として冷靜な科學考察の對象とする經驗主義にもあきたらず、さればといつて、人間生活を眞・善・美の形式理念にあてはめて、現實生活に對する價值判斷を下すことにも甘んじ得ないことになるのは、當然であるといわなければならぬ。かくて、平盤な經驗主義にも、形式的な先天主義にも、ともに行きつまりを感ずる現代人の知性が、ふたたび形而上學に心を惹かれるにいたつたのは、當然のいきおいであつたといふことができよう。

哲學一般におけるこの形而上學復興の動向は、やがて法哲學の上にも反映して、自然法論の復活となつた。新カント學派の批判的法哲學が、法の普遍妥當的原理を求めらるるのに急であつたために、かえつて極端な形式主義に走り、法哲學の體系を外觀のみ宏壯な空洞と化したのに對して、法の根本原理に世界觀的生命を盛り、しかも、この世界觀的生命に時と處との制約を超えた普遍性を認めようとする企圖が、ふたたび學者の注目の的となるにいたつたのである。

もつとも、批判的法哲學の代表者たるシュタムムラアは、「變化する内容をもつ自然法」を説き、法解釋の方法に新機軸を出した自由法の運動もまた、時と場合とによつて變化する法の適用の中に、誠の正しさがあると考えた。その點で、シャルモン⁽¹⁾が、これらの動向の中にすでに「自然法の再生」(la renaissance du droit naturel)を認めているのは、もとより正當であらう。しかし、自然法の眞に自然法たる所以は、單に空漠・無内容の正義の指標を定立するにあるのではなく、具體的にこれと語り得る法の絶対原理を明示する點に存する。現代に再生した法の形而上學は、かくて、名目の自然法から次第に實質の自然法に復歸しつつある。

とはいえ、現代の新自然法論は、批判主義の洗禮を経たのちの自然法論である。したがつて、それは、細目の規定までを含めた理想法の體系を構想して、その萬古不易の絶対性を主張した、近世初期の啓蒙的自然法論に追従しようとするものではない。かくのごとき試みは、徒らに自然法を硬化せしめ、時代の進歩にともなう法の弾力性を奪い去るために、とうてい永くその權威を保持することを得ない。これに對して、今日唱えられる自然法論は、若干の根本原理——人間の本性に即してかならず

かくあるべきところの、かならずかくあらざるべからざるところの根本原理——についてののみ、その普遍妥當性を認めようとする。かかる弾力のある自然法の理念は、かえつてアリストテレスの系統を引く中世の神學的自然法論、特にトマス・アクィナスのそれの中に見出される。故に、現代の自然法論は概ね新トマス主義の色彩を帯びる。かような新自然法論は、フランスにおいてはルナル、ル・フェウル、ドイツにあつてはホエルシャア、ペトラシエック、シリング等によつて説かれた。この傾向は、わが國では特に田中耕太郎博士によつて代表されている。故に、ここでは、田中博士の所説によつて新トマス主義の自然法の論旨を要約することとしよう。

田中博士によれば、人間が團體生活をいとむのは、人間それ自體の本性にもとづく。そうして、團體生活がいかにいとなまるべきかに關する根本原則もまた、およそ人間であるかぎり、何人といえども、「自然の理性の光」(Lumen rationis naturalis)によつて明らかに知り得るはずなのである。人はその本性において他の動物と異なる理性を有し、何をなすべきか、何をなすべからざるか、を識別することができる。すなわち、他人に對して善をなすべきであり、他人を害し、他人を欺くがごときことをなしてはならないことを知つてゐる。かかる素朴な道德的原理は、たとい時と處とによつて具體的な適用を異にし、また、これに對して一時的部分的に病的現象があり得ても、最も多數の人間によつて健全な常識として承認されてゐるところのものである。この素朴な道德的原理であつて社會生活

の基礎をなしているものが、すなわち自然法に外ならない。

故に、廣義においては、自然法とは自然的道德原理のすべてを意味する。また、狹義においては、自然法とは、社會生活をいとなんでいる人間の、各人にかれのものを與えることを規律する原理である。各人にかれのものを與えるという積極的義務には、その半面に、何人に對しても不正を行つてはならない、という消極的義務が隨伴する。「汝殺スナカレ」、「汝盜ムナカレ」、「汝姦淫スルナカレ」^(一)「契約ハ之ヲ遵守スベシ」、等の命題は、この根本義務の必然的歸結であつて、いずれの民族、いずれの時代にも通ずる妥當性をもつ。その妥當性は、國家の立法をまつてはじめて生ずるのではなく、たまたま沙漠の上に相會した無國籍人相互の關係においても效力を有するのである。

けれども、複雑・多面な人間の社會生活は、自然法のみをもつては規律しつくされ得ない。自然法は、一般的抽象的の原理であるから、各個の場合に關しては別に細目的な規範が示されることを要する。例えば、自然法は他人に對する義務を忠實に履行することを命ずるが、現代において、自動車の運轉手はいかなる義務を負擔するか、また、株式會社の重役の責任はいかなるものであるか、を具體的に示す必要がある。自然法のみでは法的安定に缺くところがあり、このために實定法を必要とする。すなわち、社會生活上權力を行う者は、自然的な法の原理を具體化すること、または實定法化することを、その義務とするのである。ここに、自然法の原則規定に對する實定法の細目規定の意味があ

り、ここにまた、自然法の不變性に對する實定法の可變性が認められる。

田中博士によつて代表される新トマス主義の自然法が、實定法と對立する理想法の體系をではなくて、實定法と不可分に結びつき、實定法の中に渾然と具體化している法の普遍人類の原理を意味することは、ここに要約した論旨にも明らかに示されている。田中博士は、一方では、このような弾力性に富む自然法が、啓蒙時代の硬化した自然法と根本の性格を異にするものであることを力説すると同時に、他方では、自然法の理念と實定法の諸學との架橋を圖る必要があることを主張される。田中博士が、その商法學や國際私法學の該博な造詣を活用して、小切手法や手形法の領域では、すでに普遍人類的な世界統一法が實定法化される段階に到達していることを詳細に論述されたのは、世界の法學文化への誇るべき寄與の一つに數えられてよい。

しかしながら、法の世界觀的基礎について最も切實に問題となるのは、法と政治との關係である。民法や商法のような私法といえども、もとより政治と深い關係があるが、何といつても、政治と不可分に結びついているのは、憲法をはじめとする公法の領域である。その公法の領域において、「自然の理性の光」によつて「普遍人類」に正しい原理とされるものが何であるかは、「汝盜ムナカレ」、「汝姦淫スルナカレ」といふような具合に簡單には決定され得ない。しかも、政治的な世界觀の間には、妥協を許さぬ險しい對立があり、激しい鬭争が行われる。したがつて、一つの政治原理を絶対に

正しいとするものにとつては、それ以外の原理に立脚する公法組織は、あくまでも排斥されるべき反價値ですらある。そのように世界觀が險しく對立している公法の世界において、いかなる政治原理が人類普遍の自然法として確立されるべきであるのか。人類普遍の承認に値する自然法的政治原理が見出され得るものとして、それと、互に氷炭相容れ得ぬ關係に置かれているさまざまな實定公法秩序との間を、いかにして萬遍なく「架橋」することができるか。もしもそれが不可能であり、その中の一つを採つて他を排斥しなければならぬとすれば、その一つを撰ぶべき根據はいかに説明せらるべきであるか。これらの問題の多くは、田中博士によつても、また、他の多くの新トマス主義の自然法學者によつても、かならずしも、明確には示されていない。しかも、法哲學は、正にその問題に明確に答えなければならぬのである。

- (一) J. Charmont: *La renaissance du droit naturel*, 1910.
- (二) Georges Renard: *Le droit, la justice et la volonté*, 1924; *Le droit, la logique et le bon sens*, 1925; *Le droit l'ordre et la raison*, 1927; *La valeur de la loi*, 1928; *La théorie de l'institution*, 1939.
- (三) Louis Le Fur: *La théorie du droit naturel depuis le XVII^e siècle et la doctrine moderne*, 1928.
- (四) Emil Erich Holscher: *Sittliche Rechtslehre*, 1930.
- (五) Karl Petraschek: *System der Rechtsphilosophie*, 1932.
- (六) Otto Schilling: *Christliche Sozial- und Rechtsphilosophie*, 1933.

(七) 田中耕太郎博士の法哲學に關係する主要著作Ⅱ法律學概論、現代法學全集、第三十一卷以下、昭和五・六年。法と道德、岩波講座「哲學」、昭和八年。世界法の理論、三卷、昭和七・八・九年。ケルゼンの純粹法學の法律哲學的意義及び價值、寛教授還曆祝賀論文集、昭和九年。法律哲學概論、第一分冊、昭和九年。法律哲學論集、一、昭和十七年。法律哲學論集、二、昭和二十年。

三 全體主義の法哲學

新カント主義の衰退とともに訪れた形而上學復活の傾向は、一部ではヘゲル哲學の再興となつてあらわれた。この新ヘゲル主義の哲學は、法の哲學においては「全體主義」の形を取る。なぜならば、ヘゲルによれば、法の本質たる自由を實現するものは、特殊の限定を受けた普遍意志であり、さような具體的な普遍意志は、國家の全體意志としてはじめて最高の實在性に到達するということになるからである。このころ、ドイツでは、第一次世界大戰後の難局に際會して、民主主義の議會政治は行きつまりの状態に陥り、國民全體の結束を固める新らしい政治形態を求める聲が高まりつつあつた。それとともに、民主主義の基礎にある個人主義および自由主義の世界觀もまた、新興政治勢力の非難的となり、この世界觀に哲學的な表現を與えた新カント主義も没落して、全體主義の世界觀へ

の急激な轉換が行われるにいたつた。そのとき、このような政治の轉換に棹さそうとする法哲學者が、その理論の根據をヘゲルに求めたことは、自然のいさおいであつたといわなければならぬ。

新カント主義から新ヘゲル哲學の全體主義への轉換をさわめて露骨に行つた法哲學者は、ビンダア⁽¹⁾である。ビンダアは、最初は、シュタムラアに對する理解深い批判者であり、自己自身も明らかに新カント哲學に立論の基礎を置いていたにもかかわらず、やがてその立場を曖昧にして、多分にその中にヘゲル主義を加味し、最後には、「ヘゲル法哲學の現代版」といわれるほどにまでこの方向に徹底するにいたつた。

ビンダアによれば、實在の本質は精神であり、歴史は、客觀的な理念の自己發展の過程に外ならない。歴史の世界に顯現する精神の作用は意志であり、意志の本體は絶対の自由である。しかも、かように絶対に自由な意志は、決して單なる個人の意志ではなくて、客觀的に實存する共同體の意志、特に、具體的な「民族」(Volk)の意志でなければならぬ。なぜならば、民族こそ、人間の精神が歴史的な實存としてその目的を實現して行く本來の主體だからである。したがつて、民族全體から區別された個人の存在は、普遍と特殊との辯證法的關係によつて、普遍者たる民族の立場にまで止揚され、民族の普遍意志の絶対の規定の下に置かれなければならない。この超個人的な普遍者たる民族の生活意志の自由な表現形態が、すなわち國家であり、國家として組織された民族の政治的な存在形式

が、すなわち法である。ビンダアは、かくのごとき民族全體主義の理論によつて、一九三三年以來政權を掌握したナチス・ドイツの絶對主義・權威主義の指導者國家の原理をば、法哲學的に理由づけようとした。

ビンダアの新ヘゲル主義の法哲學は、「客觀的觀念論」(objektiver Idealismus)と呼ばれる。それは、理念の實存を強調する點で、觀念主義であり、實存する理念が、個人の主觀精神や個別意志ではなくて、民族の客觀精神もしくは全體意志であることを力説する點で、客觀主義である。この客觀的觀念論の陣營に参加して、觀念辯證法の魔法の杖を打ちふるつた學者に、ラレンツ(二)がある。

ヘゲル哲學は、普遍意志の自由を強調する。そうして、ヘゲルによれば、法の本體は自由であるから、絶對に自由な普遍意志はすなわち法でなければならぬと説く。この論理は、法を最高度に肯定するがごとくに見えて、實は、現實政治的には法を根本から否定しているのである。なぜならば、絶對に自由な意志に對しては、何らの拘束もあり得ない。そうして、自己自身の自己規定以外には何らの拘束をもたないところの意志は、自らその權威には服さざるを得ないような法の規律を認めるはずがないからである。しかも、絶對に自由な普遍意志は、普遍意志としては、目に見えない。しかし、現實政治の決定は、目に見える者の意志によつて下されなければならぬ。そこで、新ヘゲル主義の哲學が現實政治と結びつく場合には、目に見えぬ普遍意志を目に見える形で示すためのからくり

を作らなければならぬ。そのからくりは、すなわち「指導者原理」である。民族の最高指導者は、民族の普遍意志の體現者であり、指導者の命令は、あらゆる法の權威の上にある最高の權威であるという組織である。このような論理を裏づけ得る新ヘゲル主義の哲學が、ナチス・ドイツ指導者國家にとつて大きな利用價值をもつと考えられたことは、怪しむに足りない。

けれども、ヘゲルの哲學においては、絶對に自由な普遍意志の主體は、「國家」であつて、民族ではない。これに反して、ナチス全體主義の世界觀が絶對の價値にまで高めたものは、「民族」であつて、國家ではない。ナチスの原理にとつては、國家は民族の目的のための手段にすぎないのである。ここに、ヘゲルの國家至上主義とナチスの民族全體主義との間の喰い違ひがある。したがつて、全體主義の法哲學がナチス指導者國家の御用をつとめ得るためには、民族と國家との關係を程よく説明する論理をもたなければならぬ。この工夫は、徹底したヘゲル祖述者たるビンダアの理論の中にも見出される。しかし、ヘゲルを大宗とする立場に立つかぎり、いかなる工夫、いかなる苦心を凝らしても、國家を主とし、民族を従とする考えの根本を拂拭し去ることは困難である。それに、ヘゲル哲學は、徹底した論理主義であり、合理主義であるが、ナチス・ドイツのそれは、「血のミユトス」に立脚する極端な非合理主義である。ここに、新ヘゲル學派がナチス・ドイツにおいてかならずしも全面的に支持され得なかつた理由がある。

この困難を避けるためには、むしろヘーゲルから離れて、民族に重點を置く法および國家の理論を構成するに如くはない。その理論によれば、歴史的生命の主體は、あくまでも全體としての民族である。しかし、民族が存立・發展して行くためには、自らの生命活動にふさわしい政治形態を採用する必要がある。それが國家である。そうして、法とは、民族の採用した政治形態のもつ生きた秩序に外ならない。ナチス・ドイツの法學界において指導的な地位を占めたケルロイターは、おおよそかくのごとき論法をもつて、全體主義の政治的世界觀の充滿した法および國家の哲學を説いた。^(三)

全體主義の政治を擁護するための法哲學は、ただ一つのみあつて二つあることを許さぬ絶対の立場を確立しようとする。それには、その立場それ自體の基礎づけも必要であるが、それと同時に、その立場の確立を妨げるような一切の理論を排斥することにも、あわせて力を注ぐ必要がある。ナチス・ドイツに見られたような全體主義と正面から對立するものは、いうまでもなく法萬能主義であり、規範至上主義である。もしも法規範が絶対の權威を有し、あらゆる政治上の權力はこの法の權威の前にはあくまでも恭順でなければならぬ、ということになれば、全體主義國家の政治意志といえども、もはや絶対の權威を主張し得ないことになる。故に、全體主義の法哲學は、まず、ケルゼンの純粹法學に見られるがごとき規範主義の克服に力を注ぐ。

このように、法規範の至上性を克服する立場は、一般に實力至上主義に歸著する。しかし、そうすると、全體主義の政治原理も、單なる實力萬能論にすぎないものとなり、政治に必要な理念の粉飾を自ら求めて洗い落すこととならざるを得ない。そうなることを防ぐためには、全體主義の法哲學は、その立場が單なる實力決定主義とも趣を異にするものであることを明らかにしなければならない。かくて、全體主義の法哲學は、一方では規範主義を斬ると同時に、他方では、實力決定主義をも克服して、新しい法秩序の根本原理への道を拓くための雙刃の劍を備えることが必要となつて来る。このような腹案にもとづいて、法學的思考の三つの形態を分析し、全體主義の法哲學のために新生面を拓くことを試みたのは、カール・シュミットであつた。^(四)

シュミットは、まず、從來の法學的思考の二つの類型の對立を浮き立たせる。第一は規範主義であり、「規則または法律の思考」(Regeln-oder Gesetzesdenken)である。これに對して、第二は決定主義であり、「決定の思考」(Entscheidungsdenken)である。規範主義は、規範を規範から導き出し、その規範の根源を更に規範に求めることによつて、すべての權力の上に法を君臨せしめる。それは、人の支配する世ではなくて、規範の支配する世界である。王者は REX ではなくて、REX の上にある LEX である。規範主義は、かようにして、政治社會を生命のない規範の堆積に還元しようとする。これと正反對の立場に立つものが、決定主義であつて、この法的思考の類型にしたがえば、すべての法的決定は人間の意志によつて與えられる。社會において最高の權力をもつ人間は、主權者であ

り、法は主權者の命令に外ならない。すべての秩序、すべての規範、すべての法律、法律のすべての解釋は、ここでは、主權者の決定以外の何ものでもあり得ない。そうして、主權者とは正統の王でもなく、権限のある裁決者でもなくて、實にただ、主權的に決定する力をもつ者そのものなのである。第一の規範主義の思考を代表する理論が、ケルゼンの法實證主義であるとするれば、第二の決定主義の思考は、ホッブスにおいてその古典的な表現を見出した。

しかし、シュミットによれば、これらの二つの法學的思考は、ともに法の問題を根本から解決する力はない。第一の規範主義は、權力を規律するものが法規であることをもつて満足するのであつて、その法規がいかなる内容のものであるかを問わない。さような、人間の生命の要求に何のかかわりももたない規範が、生きた人間を支配するということは、およそ無意味である。さればといつて、第二の決定主義は、法の成立する以前の狀態が、全くの無秩序であつたことを豫想する。そうして、何人が、どういふ仕方でこの無秩序を克服するかということは全然問題外として、誰でもあれ、また、どういふ仕方であれ、何人かがその無秩序狀態に終止符を打つ決定を與えさえすれば、そこに法狀態が成立するものと見る。しかし、法は、そのような無秩序からでき上つて來るものではない。法は、常に、その根柢に、生きた共同體の具體的秩序を豫想している。共同體の具體的秩序が、その共同體の生活にふさわしい生きた法を形成するのである。故に、法の根柢にあるものは、生命のない法規範の

堆積でもなく、是非善惡を問わぬ實力主義の決定でもなくて、共同體の具體的秩序とその法形成の力であると考えられなければならぬ。シュミットは、この第三の法學的思考の形態を名づけて、「具體的秩序および形成の思考」(konkretes Ordnungs- und Gestaltungsdenken)と云う。

シュミットのこの具體的秩序の理論は、數多いナチスの法學者の思想の中では、學問的に最も高い内容をもつていふことができるであらう。法の方向を規定するものが、世界觀的な内容の如何にかかわりをもたない單なる規範や實力の決定ではなくて、人間共同生活の現實の要求にかなつた具體的秩序でなければならぬという主張は、そのかぎりにおいては確かに正しい。

しかし、問題は、その具體的秩序とはいかなるものであり、それを、誰がいかにして決めるかである。もしも、それが、共同生活をいとむ人々の自由に表明された意志によつて見定めらるべきものであるとするならば、この理論は、そのままに民主主義の基本原則と合致するであらう。しかるに、シュミットの考えた具體的秩序とは、そういうものではなくて、すべての個人を職能や階層によつて身分的に位置づけるところの共同體の全體秩序であり、その典型は、忠誠・信從・紀律・名譽、等の基本概念によつて形成され、獨自の指導者原理をもつて上から下まで貫かれた民族國家の秩序なのである。かように見ることによつて、シュミットの具體的秩序の理論は、忽ちにしてナチス・ドイツ民族全體主義に奉仕する御用法哲學と化する。それのみを絶対に正しいとし、それ以外のいかなる要素

の介入することをも許さぬ「具體的秩序」は、これがその具體的秩序であると宣言する權威を單一の「指導者」に賦與することによつて、獨裁主義のための露拂いをつとめる。そうして、單一絶對の指導者が、これが共同體の具體的秩序であると決定すれば、それがそのままその共同體の法となつて、この法は、シュミット自らの克服しようとした實力決定主義の法學的思考以外の何ものでもあり得ないといわなければならぬ。

- (一) Julius Binder: Rechtsbegriff und Rechtsidee, 1915; Philosophie des Rechts, 1925; Grundlegung zur Rechtsphilosophie, 1935; System der Rechtsphilosophie, 1937.
- (二) Karl Larenz: Das Problem der Rechtsetzung, 1929; Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart, 1931, 2. Aufl., 1935; Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie, 1934.
- (三) Otto Koellreutter: Der nationale Rechtsstaat, 1932; Grundriss der allgemeinen Staatslehre, 1933; Deutsches Verfassungsrecht, 1935.
- (四) Carl Schmitt: Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen, 1914; Politische Romantik, 1919; Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, 1923; Verfassungslehre, 1928; Legalität und Legitimität, 1932; Der Begriff des Politischen, 1933; Politische Theologie, 1934; Ueber die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens.

四 民主主義の法哲學

全體主義は、一つの強烈な政治的世界觀である。それは、ナチス・ドイツの民族全體主義の場合には、民族の固有價值を絶對の高みにまで高揚する絶對主義となつた。絶對主義としての全體主義は、その立場の絶對の正しさを主張する。自己の立場の絶對の正しさを主張する全體主義は、それ以外の立場の正しさを認めない。いかえると、それは、その立場と對立する他の立場に對して、あくまでも不寛容の態度を採る。この態度は、現實政治の上では、一つの政黨の主張のみの絶對性を認めて、他の政黨の存立を許さない、一國一黨主義となる。いくつかの政黨の對立を前提とし、その間の言論討議の自由を重んじ、最後の決は投票の多數によるこの議會立法は排斥され、單一政黨の黨首に政治指導の絶對權を賦與する獨裁制が確立される。ナチス・ドイツの民族全體主義は、一九三三年一月三十日の總選舉での勝利と、それにつづくいわゆる授權法の制定とによつて、議會政治から獨裁制への轉換を遂行した。

これに對して、民主主義の政治原理は、各人の思想と世界觀との自由に立脚する。そこでは、すべての人間が、その正しいと信ずる世界觀を表明し、それにしたがつて行動することの自由が認められ

る。ただし、國民のすべてが政治の實務に自らあたることは不可能であるから、多くの場合、國民は自己の信賴する人物を選んで、これを代表者とし、國民代表の議會が立法を行い、政治方針を決定するという制度が採用される。議會では、議員たちが、それぞれの政治的世界觀にしたがつて行動し、政見をともにする人々が團結して、いくつかの政黨を結成する。そうして、異なる政黨の間で立法および政治の方針についての論議をたたかわせ、その中のいずれを採用するかは、多數決による。このような政治運営の方法を採る民主主義の根本精神は、そのかぎりにおける相對主義である。相對主義は、或る一つの政治的世界觀のみが絶對に正しいとは斷定しない。逆にまた、それ以外の世界觀は絶對に正しくないという斷定も下さない。かかる相對主義の寛容性を基礎としないでは、政黨政治・議會立法は成り立たない。ここに、全體主義と本質を異にする民主主義の根本性格がある。

この民主主義の根本性格を深く掘り下げて、それに法哲學上の優れた基礎づけを與えたのは、ラアドブルッフである。

前に述べたように、ラアドブルッフは、法哲學の方法として、相對主義を採用した。法の理念は正義であり、正義は各人にかれのものを配分することである。しかし、何が各人にふさわしいかのものであるかは、法の目的の立場に立つて、はじめて具體的に決定され得る。しかるに、正義は一如であるが、法の目的が何であるかについての見解はいくつかにわかれる。個人主義は、個人の完成を

法の目的とし、全體主義は、民族や國家の繁榮をば法の奉仕する目的と見、文化業績主義は、個人をも團體をも越えた文化價值の建設に法の最後の目標を求める。そのいずれが正しいかは、法哲學の立場からは決定し得ない。各世界觀主體は、その良心にしたがつて、その正しいと信ずる目的觀を撰ぶ自由を有する。ただし、各人各様の意見が對立したままでは、法的決定は與えられない。そこで、法哲學は、法的安定性の理念にもとづいて、對立する政治的見解のうち、最も有力であり、したがつて、自らが法と定めたところのものを法として有効に行い得るだけの資格をもつものに、法定立の權威を賦與することを認める。それは、單なる實力決定主義ではなくて、法的安定性の「理念」によつて與えられるところの、最高實力者の立法指導權の認證に外ならない。ラアドブルッフは、このように説いて、正義に對する法的安定性の優位を認めた。

ところで、ラアドブルッフによれば、この法哲學上の相對主義の精神こそ、民主主義の政治原理と根本において合致するのである。なぜならば、民主主義は、思想と言論の自由を認めることによつて、政治の舞臺に千紫萬紅色とりどりの主張がその正しさを競うことを許し、その中の最も有力な見解に立法上の決定權を與える制度だからである。

ただし、民主主義が、對立する政治的見解のどれか一つに立法上の決定權を與えるための條件とする「力」は、もとより、武力や警察力や身分上の特權や財産の力などではない。民主主義は、すべて

の人間を人間として平等に尊重する。したがつて、そのように、一部の人々の専有する「力」に立法上の權威を賦與することは、民主主義の原理とは全く相反する。これに對して、民主主義が立法上の指導權獲得のための條件とする力は、「數の力」である。すなわち、國民の多數によつて支持された政黨は、その數に應じた黨員を議會に送ることが出来る。そうして、大小さまざまな政黨が議會で討議を重ねた上で、對立する意見のどれを採擇するかも、多數決で定める。したがつて、民主主義は、多數を占めた或る一つの政黨に立法の指導權を賦與するけれども、それは、その政黨がいつまでも、法的決定の權威を保持することを認める意味では決してない。そうではなくて、ただ、その政黨が議會での絶對多數を占めている間だけ、その政策によつて立法を指導することを許すにすぎない。次の選舉で、その政黨が第二黨・第三黨となり、別の政黨が過半数を制するならば、今度は、その新らしい政黨の世界觀が立法の方向を指導することになる。民主主義の本質に内在するところの相對主義の精神は、この政黨交替の組織の中にもはつきりとあらわれている。

ラアドブルッフは、このように説いて、民主主義の本質が法哲學上の相對主義に立脚することを明らかにした。そうして、この著想の下に、近代民主主義の主要な諸政黨の類型を世界觀的に分析し、卓拔な法哲學的政黨論を展開した。

しかしながら、もしも、民主主義に内在する相對主義的の性格が、際限のない相對主義であるならば、いかなる政黨が勝利を占めても、法をしてその多數の力に追隨せしめることとなるであろう。また、もしも相對主義のこの寛容性がいかなる世界觀に對しても無差別に示されることになれば、かかる民主主義の相對主義そのものを否定しようとする政黨が擡頭して來た場合にも、それについて何らの對策をも講じ得ぬこととなるであろう。それは、民主主義をば世界觀的に何らの定見も信念もない機會主義に陥らしめることであり、多數の赴くところには唯々としてつきしたがう無節操な娼婦的態度へ墮落すること以外の何ものでもあり得ない。かくては、民主主義は、民主主義を破壊しようとする矯激絶對主義に軒を貸すことによつて、民主主義の母屋をみすみすこれに奪われることを許す結果に陥らざるを得ない。なぜならば、そのような矯激絶對主義は、民主主義のこの寛容性を利用して、議會における勢力を擴大し、一たび議會の絶對多數を占めた暁には、獨裁政治を採用することによつて、民主主義それ自體を根本から抹殺してしまふであろうからである。ナチス・ドイツの全體主義政黨は、正しくかような戰術を用いて、やすやすと議會の乗取りに成功したのである。これを見て、ラアドブルッフがその論調を改め、民主主義の相對主義にも踏み越えることを許さぬ絶對の限界があることを認め、民主主義はあらゆる立場に對して寛容であろうとするが、民主主義の生命とする思想の自由を否定し、自己の見解のみが絶對に正しいと僭稱する立場に對してまで、寛容であることはできないと宣言するにいたつたのは、けだし當然であつたといわなければならぬ。

確かに、民主主義には相對主義の精神がある。しかし、民主主義がさまざまの世界觀的立場に對して相對主義的に寛容であるのは、何が正しいかを知ることが不可能として斷念する、不可知主義によるためではない。民主主義にとつても、正しい法はただ一つでなければならぬのである。ただ、そのただ一つの正しい法を、頭ごなしの權威をもつて決めてかかることは、政治を取りかえしのつかぬ失敗の淵に顛落せしめる危険がある。故に、民主主義は、取りあえずの決定としては多數決によるのが無難であると見るのである。けれども、多數の意見も正しくないことがあり、少數の意見の方がかえつて正しい場合もすくなくない。それは、やがて、政策の結果の中に、良識ある國民の誰しもが知り得るような形であらわれて来る。そうなれば、國民の多くは、正しい少數の意見を支持して、これを多數意見にまで成長せしめるであろう。そうして、今度は、その新らしい多數意見が立法の指導權をにぎることになるであろう。多數決の結果は、このようにして、次第次第に客觀的に正しい方向と一致するようになって行く。かような正しい方向への不斷の發展の可能性を信ずるのでないかぎり、多數決による立法は建設的な意味をもたないであろう。民主主義は相對主義である。しかし、それは、絶對の正しさへむかつてすすむ道程としての相對主義でなければならぬ。したがつて、民主主義の法哲學もまた、正義の何たるかを見定めることを斷念して、單なる法的安定性の立場のみから多數の力に立法の決定權を興えるのではなくて、多數決そのものの中に正しさへの道を求める確乎たる信念

を培わなければならぬ。多數という「現實」の力の中に、正義という「理念」が宿るようになるまで、「多數」の質の向上を圖つてやまないという態度があつてはじめて、法哲學は民主主義を唯一の正當な政治原理と認めることができるのである。

(1) Gustav Radbruch: Le relativisme dans la philosophie du droit, Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique, 1934.

五 法の現象學

法の理念を現實の彼岸に求めるのではなく、これを法の現實そのものの中に見出して行くとするのは、經驗主義である。しかし、經驗によつてとらえられる現實が、沒價值・沒理念の實力の角逐・抗争する場所ではなく、現實の人間社會の中に歩々に法の理念が顯現して行くことを認めるのは、そのかぎりにおいての超經驗主義である。故に、民主主義の法哲學が、現實の多數決を通じて正義の理念が歩々に自己自身を實現することを認め得るためには、經驗主義と超經驗主義とを綜合する確乎たる一般哲學上の立脚地を求めなければならぬ。

この要求を満たすことのできる哲學上の立場は、フッサアルの現象學である。⁽¹⁾ 勿論、フッサアルの

現象學は、そのままでは、實踐哲學にほとんど觸れるところがない。したがつて、それを、そのままに法哲學にあてはめることはできない。しかし、現象學は、個物の中に普遍を見る立場である。それは、感性知覺に與えられた實在界をば、感性知覺を超えて直觀せられ得る意味に、満たされた世界として把握する。故に、現象學は、すべての意味や理念を経験の世界の中に探究しようとする點では、徹底した經驗主義である。けれども、また、すべての經驗的實在對象には、感性知覺の意味での經驗をもつてはとらえることのできない理念が内在していると見る點では、むしろ徹底した超經驗主義であるともいえる。そのような物の見方を法哲學の中に取り入れることは、法の現實の中に法の理念を見出すための有力な方法的根據とするに足りるであらう。

フッサアルの現象學は、「純粹意識」(reines Bewusstsein)の本質學である。更に詳しくいえば、純粹意識の立場に還ることによつて、すべての實在およびすべての真理の最後の根據を窮めようとする嚴密科學を意味する。すなわち、實在および真理の意味を明らかにすることが現象學の窮極の目的とするところであり、そのために、まず純粹意識の領域に立ち戻り、そこからすべての問題を見直そうとする點に、現象學の態度が存するのである。

フッサアルは、現象學の任務を達成する目的の下に、最も確實なものを求めるためにまずすべてのものを疑つたデカルト(二)の範にならない、對象の實在に關する肯定・否定の一切の提言を保留して、認

識の作用と認識の客體との關係を意識の内在面に還元して考察するという方法を試みた。常識や經驗科學の立場においては、人は、個々の對象が自己を離れて客觀的に存在することを、最初から疑うべからざる事實として認めている。かように、主體と對立する對象の客觀的存在をそのまま承認して、これについて語り、これの上に働きかけている態度は、「自然的態度」(natürliche Einstellung)と呼ばれる。しかるに、現象學は、その考察の出發點においてこの自然的態度を全く排除し、客觀的對象がある、という判断をも、客觀的對象はない、という判断をも、ひとしく「括弧の中に入れ」(einklammern)、一切の判断を中止することを要求する。かかる判断中止の過程によつて、そこにあると見られた物は、その物をそこにあると見る作用とともに、意識の單一面に内在化される。主觀と客觀との對立關係を意識の内在面へ還元するこの手つづきを指して、「先驗的還元」(transzendente Reduktion)という。現象學は先驗的還元の方法によつて、對象が意識に對してもつ超越的存在性格を排除し、主觀と客觀との關係を單一意識面に投影せしめて考察し、意識の純粹構造を吟味する。現象學は、このかぎりにおいて意識の現象の學であり、それ故にまた、「現象學」と名づけられる。

現象學は意識の學ではあるが、意識の「事實」の學ではない。意識の事實學は心理學である。しかし、心理學は現象學ではない。心理學が意識の事實現象を考察するのに反して、現象學は意識そのものの純粹の姿を、すなわち意識の「本質」を論究する。意識の事實には個別・偶然の要素が含まれて

いる。これに對して、意識の本質は、かかる個別・偶然の要素にかかわりをもたないところの、そうして、いかなる意識の事實についても、それが意識であるかぎり、かならず認められなければならないところの、意識の「形相」(Eidos)である。故に、意識の本質が求められるためには、物の素材を去つてその形相に還る「形相的還元」(eidetische Reduktion)が行われなければならない。形相的還元は、本質を照らして見ることに、すなわち「本質觀照」(Wesensschau)である。純粹意識は、先驗的還元と形相的還元とを併せ行うことにより、その純粹の内在性と純粹の形相とにおいて眺められたところの意識に外ならぬ。現象學は純粹意識の學であり、純粹意識の立場が現象學の立場である。

意識は、「志向性」(Intentionalität)をその本質とする。意識は常に或るものの意識であり、したがつてまた、常に或るものを志向する作用である。この意識の志向性にもとづいて、意識そのものの中に、意識するものと意識されるものとの相關的な對立が見出される。知覺する作用に對しては、それによつて知覺されるものがあり、判斷する作用に對しては、それによつて判斷されるものがある。否、知覺や判斷にかぎらず、情意の作用には情意されるものが對立し、欲求の作用には欲求されるものが對立する。この、意識における志向的作用的側面は、現象學上「ノエシス」(Noesis)と呼ばれ、ノエシス的作用によつて志向された意識の對極は「ノエマ」(Noema)と名づけられる。ノエシスとノエマとの聯關は、意識の根本の特性である。それは、一切の自然的態度を排除し、あらゆる事實的考察を離れて、なお認められるところの、純粹意識の構造である。

意識のノエシス的作用は、無限の多様であり、刻々の變化である。しかも、無限の多様性を示し、刻々に變化の相をあらわすところの意識のノエシスは、單一のノエマを志向することによつて、統一あるものの多様となり、恒存するものの變化として意味づけられる。われわれは、われわれの常用する机を、近くに見、遠ざかつて眺め、晝はこれを窓より射し込む日光の中に、夜はこれをほの暗い卓燈の下に見出す。これらの場合に、われわれが机について現實に知覺するところは、色といい、形といい、嚴密には常に相異なつて同じからざるものであるが、それらの變化する知覺のノエシスは、單一・恒常のノエマの中心をもつことによつて、一にして二ならざるこの机の諸様相として統一される。机を知覺する多様な意識の作用が、常に單一の机を志向することによつて、机そのものを「そこにある机」として與えているのである。机の知覺が机そのものを「そこにある」として構成しているのである。したがつて、そこにある机を「そこにある」と認めしめるものは、机を知覺する多様な意識の作用でなければならない。換言すれば、机がそこにあることの根據は、机をそこにあるとする知覺の作用の中に求められなければならない。

この、意識のノエシス・ノエマの關係は、われわれが自然的態度に立ち戻り、先驗的還元によつてひとつたび括弧の中に入れた存在定立の主張を、ふたたび括弧の外に取り出した場合にも、同様の相關

關係として存在する。すなわち、われわれの常用する机の客觀的實在性を根據づけるものは、その机についてのわれわれの現實の知覺である。われわれは、外出中も、書齋の隅に自分の常用する机の實在することを知つてゐる。この知識の眞理性は、われわれが歸宅した場合に、その机をその場所に現實に見出し得ることによつてのみ確證される。對象の實在性を立證するためには、人はかならずその對象を現實に把握する直接經驗に立ち戻らなければならない。眞理を確證するものは、ひとりただ經驗あるのみでなければならない。——かように斷言するところに、現象學の徹底した經驗主義の立場が表明されている。

けれども、實在する對象の中には、單なる感覺——「感性知覺」(sinnliche Wahrnehmung)——によつては把握され得ないものがある。例えば、幾何學上の純粹圖形は、感性的には知覺され得ない。それにもかかわらず、幾何學上の純粹圖形は、感性的に知覺される現實的の事物と同様の客觀性をもつて實在するのである。かくのごとき超感覺的——觀念的——對象の實在性は、何によつて確認されるか。觀念的對象の實在に關する判斷の眞理性は、そもそもどういふふうにして確證されることができるか。

現象學は、この問題に答えるために、直接經驗の作用をば、單なる感性知覺と、感性知覺よりも高次の直觀、すなわち「範疇直觀」(kategoriale Anschauung)とに區別し、現實的・自然的の對象は感性知覺の中に直接に與えられるが、觀念的・精神的の對象は、その對象と相對應する現實的對象の知覺を基礎としつつ、感性知覺とは次元を異にした範疇直觀によつてはじめて把握され得る、と論ずる。例えば、紙の上に兩脚器をもつて描かれた圓は、一つの現實的對象であり、その實在性は感性知覺によつて直接に確認される。しかし、紙の上に現實に描かれた圓は、もとより幾何學上の純粹の圓ではない。純粹圖形としての圓は、感性知覺とは次元を異にするところの範疇直觀によつて把握される。しかも、純粹圖形としての圓の直觀は、現實に描かれた圓の知覺と没交渉に成立するのではなく、現實に描かれた圓の知覺を基礎として、はじめて純粹圖形としての圓が直觀され得るのである。われわれは、紙に描かれた圓を眼に見ることによつて、その知覺の基礎の上に、眼に見えない幾何學上の圓を直觀する。かように、範疇直觀の基礎にはかならずこれと對應する感性知覺が横たわつてゐる。範疇直觀によつて把握される觀念的對象の實在は、常にかならず、これと對應する現實的對象の實在によつて「基礎」(Fundieren) されてゐるのである。

フッサアルは、觀念的對象の實在性をばこのように説いたのであるが、この關係は、ひとり幾何學上の圖形のような純粹に形式的な對象のみにかぎらず、廣く精神的對象の實在性格として認められ得るのである。例えば、國家の政治組織というような對象は、これをそのままに目に見ることはできない。民主主義の「精神」というがごときものは、感性知覺の對象にはなり得ない。しかし、われわれ

は、國家を構成している多數の國民が、あるいは選舉のための投票を行い、あるいは議員に當選して議會での討論や採決をなし、法律が制定・公布され、その法律によつて稅務署の吏員が租稅の徵收を行うというような事實上の社會生活過程を、目に見、耳に聞くことができる。國家の政治組織とか民主主義の基本原則とかいうような精神的・意味的の對象は、かくのごとくに目に見、耳に聞くことのできる事實上の社會生活過程によつて「基礎」されつつ、その上に「實在」しているのである。その場合、國家の政治組織や民主主義の基本原則の實在性が認識されるのは、もはや感性知覺の働きのによるのではなく、それよりも高次の意味的直觀によるのである。現象學は、かように、直接經驗の範圍を感性知覺の働きの超感覺的の直觀作用にまで擴大し、そこにあらゆる精神的・意味的對象の實在性の根據を求める。その意味では、現象學的實在論は、普通にいう經驗主義とは大いに趣を異にして、むしろ徹底した超經驗主義に立脚しているとも考えられる。

しかしながら、人間がそれに頼つて生活しているところの「經驗」とは、よく考えれば、すべてかくのごとき超感覺的の直觀を含んでいるのである。例えば、机のように「目に見える」と考えられる對象といえども、机全體としては、机の部分知覺を通じて作用する志向的體驗によつてのみ把握され得る。まして、机を机たらしめているところの「意味」や「目的」は、決して單なる感性知覺によつてはとらえられ得ない。人間の住む經驗界は、このような「意味」に満たされた世界である。そこに實在する對象は、すべて意味的な對象である。文化の世界、道德の世界、法の世界、藝術の世界のごときは、中でも、高次の精神的意味に満たされている。しかも、そこにある文化や道德や法や藝術は、さような意味的な對象として、正に「實在」しているのである。これらの精神的對象の世界が、なおかつそのようなものとして「實在」しているということは、現象學によつて最も的確に立證されたといつても決して過言ではないであらう。

現象學は、さような意味的直觀をも含めた「經驗」に、すべての真理の最後の根據を求める。真理を確證するものは、經驗であり、經驗以外の何ものでもない。カント哲學は、經驗による知識はすべて相對的であるといつた。確かに、經驗による知識は、絶えず新たな經驗によつて修正されなければならぬ。しかし、それによつて、知識は不斷に進歩し、經驗は一步一步と真理に接近して行くのである。經驗を頼りにならぬものとして輕視するならば、人間は、いずこに頼りとすべき真理の根據を求めることができるか。獨斷や妄信や神がかりは、經驗の蔑視を温床として、その上にはびこるのである。このことは、政治上の知識や法哲學上の真理にも、そのままにあてはまる。中でも、民主主義の政治良識を高めるには、經驗を積む以外に頼りとすべき方法はない。政治の經驗を輕んずる者は、かならず獨裁主義に走るのである。このような考え方は、イギリスの經驗主義の理論や實踐を一貫する精神であつた。現象學は、ドイツ哲學の概念と論理とを用いつつ、實はイギリス流の經驗主義のため

にきわめて有力な方法論的基礎づけを與えたものであるといつてよい。

この方法をば法學の上に適用するならば、法學は何よりもまず法的經驗を重んじなければならぬといふことになるであろう。社會に生活する人々が、現實にいかなる法意識をもち、それによつてその現實の行動をいかに方向づけているかを探究する法社會學は、あらゆる法學的知識の基礎となるであらう。しかし、法社會學は、決して單に法的な事實を探究するだけではなくて、法的な事實によつて基礎された客觀的な法規範の「意味」を把握して行かなければならないのである。そのように、事實によつて基礎された規範意味の體系が、すなわち實定法なのである。法の現象學は、實定法の姿を正しくとらえなければならぬ。そうして、實定法を通じて、實定法の奥にあるところの生きた法の理念を窮明して行かなければならぬ。そこにまですすめば、法の現象學は、すなわち法の哲學である。現象學は、かくて、法哲學のためにも、問題を解決するための最も信頼すべき據りどころを提供しているのである。

勿論、フッサアルの現象學が著名になつて以來、多くの學者が、その方法を應用して精神科學や社會科學の新しい基礎づけを試みた。マックス・シエラア^(三)の倫理學における、リット、クラカウエル、ゲルダ・ワルター^(六)の社會學における、ライナツハ、フェリッククス・カウフマン、シュライヤアの法哲學におけるがごとき、それである。しかし、これらの學者の用いる現象學の方法は、主として本質觀

照によるところの「本質學」の方法であつて、フッサアルの現象學における經驗主義の根本精神からは、かなり遠ざかつたものとなつてゐる。現象學は、眞理を求めるにあつて「事物そのものへ」(die Sachen selbst)むかつてつとすすむことを本義とするものであり、單なる事物の「本質法則」を探究することは、眞の現象學的方法によるものとはいひがたい。これにくらべると、裁判官の下す判決こそ眞の法であつて、法規範は單にそのインデックスにすぎないというイザイの主張や、同じように裁判判決の中に實定法の尖端を求めようとする現代アメリカの新現實主義の法學、例えば、ルウエリ^(九)の理論などが、或る意味でかえつて現象學の方法を實際に適用したものであるともいひ得る。なお、フッサアルの現象學は、ハイデッガー^(一〇)によつて人間學的方向に轉換せしめられたが、このいわゆる「解釋學的現象學」(hermeneutische Phänomenologie)には、思ひつきの面白さはあつても、それだけ哲學の視野を狭い人間の實存の問題に跼蹐せしめるにいたつてゐる憾みがあることを免れない。

(1) Edmund Husserl (1859—1938) : Logische Untersuchungen, 2 Bde, 1900—1901; Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie, 1, 1913; Formale und transzendente Logik, 1929; Méditations cartésiennes, 1931.

(11) René Descartes (1596—1650) : Discours de la méthode, 1637; Méditations de prima philosophia, 1641; Principia philosophiae, 1644.

- (三) Max Scheler (1874—1928) : Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik, 1913—16; Wesen und Formen der Sympathie, 1923; Die Wissensformen und die Gesellschaft, 1926.
- (四) Theodor Litt: Individuum und Gemeinschaft, 3. Aufl., 1926.
- (五) Siegfried Kracauer: Soziologie als Wissenschaft, 1922.
- (六) Gerda Walther: Zur Ontologie der sozialen Gemeinschaften. Jahrbuch für Philosophie und phänomenologische Forschung, 1923.
- (七) Adolf Reinach: Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts. Jahrbuch für Philosophie u. s. w., 1913.
- (八) Hermann Jssay: Rechtsnorm und Entscheidung, 1929.
- (九) Karl Llewellyn: Bramble Bush, 1930; Praejudizienrecht und Rechtsprechung in Amerika, 1933.
- (一〇) Martin Heidegger (1889—) : Sein und Zeit, 1927; Kant und das Problem der Metaphysik, 1929.

第二篇 法哲學の問題

△ 第一章 法の本質

一 規範と事實

法の本質は何かという問いに對しては、まず、法は規範であるという見解と、法は事實であるという主張とが對立する。

法の本質を規範の世界に求めるのは、もとより通説である。法は存在の法則ではなくて、當爲の命題であるといひ、あるべき行為の規準であつて、人間の事實あるがままの生活状態に甘んずるものではないといふがごとき説明は、すべて法を規範としてとらえているのである。これに對して、法は事實であると主張する論者も、法の表現形式が規範であること、特に、成文法の規定が規範意味を表示していることを、かならずしも否定するわけではない。しかし、成文の法規が規範として定立されても、それはいまだ法ではない。法は六法全書の中にあるのではなく、ましていわんや、紙の上に刻印

された活字の羅列が法であるのでもない。法は人間の社會生活の中にある。社會に生活している或る一人が一定の行爲をした場合、他の一人はこれに對していかなる反應を示すか。兩者の間に争いが起つた場合に、裁判官はどういう判決を宣告するか。それらの事實行爲の中に法がある。故に、法を單なる規範としてとらえているだけでは、法の實體は見失われてしまわざるを得ない。法は事實であると見る人々は、このように論じて規範主義に反對する。

法とは何かという問題の出發點にあつて、すでにこのように正反對の意見が對立するということとは、法という對象がいかに複雑な存在性格を有するものであるかを、よく物語つてゐる。法は規範であるという通説に對して、法は事實であると論ずる説は、確かに法という對象のあり方を鋭くとらえているのである。なぜならば、法は、二つの意味で事實と不可分に結びつてゐる。すなわち、第一に、法は現實の人間の意志にもとづいて定立される。專制時代には、權力者が人民に家畜を人間以上に敬わしめようと思えば、その意志が法として行われた。議會立法を常例とする現代では、議會の多數黨が、重要産業の國家管理を實行しようと思えば、その意志によつて法律が制定される。このように、法は、一方では現實の人間の意志に淵源するのである。そればかりでなく、第二に、法は現實の人間の行爲の中に實現される。生類御憐愍令が施行されれば、人々はやむを得ず惡犬をも大切に取らあつかう。たまたま人を噛む犬を撲殺した者があれば、警吏はこれを捕えて嚴罰に處する。法は、こ

のように、人間の事實行爲となつて行われているのである。故に、これらの面のいずれから見ても、法は人間の意志や行爲の「事實」の中に存在するという主張には、充分の理由があるといわなければならぬ。

しかしながら、法の「表現形態」が規範であるということは、それにもかかわらず依然として眞實である。法は、人間の意志によつて作られるが、それが「主觀的」な意欲である間は、まだそれを法とは認め得ない。法を作る意欲は、「客觀的」な形で表明されることによつて、はじめて法となる。人民をして家畜を優遇せしめようとする權力者の意志は、それだけではまだ法ではない。辻々に制札を立て、生類を虐待する者は嚴罰に處せらるべしという命令が、規範として公示されたときに、人はそこに新たな法が定立されたことを知るのである。この規範を新たな法として受け取つた專制時代の人民は、俄かに汲々として犬猫を優遇したのである。惡犬を撲殺する者があれば、警吏はこれを捕えて嚴罰に處したのである。しかし、それらの事實行爲は、制札に表示された規範にしたがつてなされてゐるのであつて、その規範がなければ、そのような事實行爲もなされないに相違ない。故に、法は、それらの事實行爲の中に實現されてはゐるのであるが、法そのものは、それらの事實行爲をそのように方向づけているところの規範なのである。したがつて、法は事實上の意欲によつて成立し、事實上の行爲の中に實現されるものではあるが、法それ自體の本質は、それにもかかわらず規範であると見

るのが正しい。

法は規範である。したがつて、法は事實を規律する。法は現實の人間の現實の意欲によつて定立されるが、一たび規範として定立された法は、それを定立した人間の行爲をも規律する。生類を虐待すべからずという規範には、生類憐れみの掟を發した「大公方」といへども、したがわなければならぬ。議會の多數黨が食糧管理の法律を多數決で成立せしめたならば、その多數黨の議員たちといへども、食糧の配給統制を守らなければならぬ。もとより、それらの規範は、それと同時に、一般國民の行爲を規律する。しかし、食糧の公定價格が法律で定められても、國民はその規律を守るとはかぎらない。食糧管理法を通過させた議會の議員たちの中にも、闇食糧で生活している者がすくなくないかも知れない。それらの場合には、法たる規範と社會生活の事實との間に、明らかな喰い違ひが生じているのである。その際に、法は規範の側にあるか、事實の側にあるか。事實説を主張する人々は、國民が守らない規範は法ではないというであろう。確かに、國民の誰しもがそれを守らず、國民の誰しもがそれを守らないのに、警察や裁判所は見つめぬふりをしていような規範があつたとすれば、それをしも法と認めることはできないであろう。しかし、すでに規範が規範として定立されている以上、それと社會生活の事實との間に大なり小なり喰い違ひのあるのは、當然のことである。その場合に、規範と喰い違ひつていふ事實が法であるといふのは、法を否定すること以外の何ものでもあり得ない。

い。事實が規範と喰い違ひつていても、規範は規範として守られなければならないところに、規範の存在意義がある。そうして、法は、正しくさような意味において規範なのである。

けれども、法たる規範は、その反面において、事實によつて裏づけられていなければならない。社會生活の事實が大體として規範に合致しているといふことは、法に實定法としての効力が認められるための條件である。前にもいつたように、國民が法を破ることを日常茶飯事と心得、官憲もまた法を破る行爲を默認するといふ有様になれば、その法規範がいかに規範として「妥當」していても、それを法と見なし得るか否かはなほ疑問となる。これに反して、國民生活の事實が法たる規範に合致している場合には、その事實の中に法は「實現」せられているのである。したがつて、實現されている法こそ法であるといふ意味では、法は事實であるとする見方も、確かに法のあり方の一面をとらえているのであるといわなければならない。

このことから、法の「事實からの距離」ということが問題となる。法は規範である。規範であるから、法と事實との間には喰い違ひがあり、距離がある。その場合、もしもその規範が法ではなくて、道徳であつたならば、規範と事實との間に大きなへだたりがあつても、規範が規範としてもつ權威はそれによつて傷つけられることはないであろう。或る意味では、事實から遠くへだつた規範、すなわち、普通一般の人にはとうてい實行し得ないような要求であればあるほど、それは道徳としては崇

高であるともいえるであろう。「汝らの天の父の全さがごとく、汝らも全かれ」というキリストの教えは、古往今來何人によつてもそのままに實行されたことはないが、それにもかかわらず、それは、道德の教えとしてはそれだけ崇高な響きをもつ。これに反して、法たる規範は、規範としては事實からへだたりをもつけれども、そのへだたりが或る程度以上に大きくなつて、國民の大部分がそれに追隨することができないようになると、「行われぬ法」と化してしまふ。行われぬ法は、法としては意味がないのである。故に、法は、慣習のように事實の中に埋没している規範でもなく、また、道德のように事實から大膽にへだたり得る規範でもなく、「事實からの距離」において正しく道德と慣習との中間に位置している。ラアドブルッフは、このように説いて、事實からの距離による法の位置づけを試みた。法は、事實から遠くかけ離れることを戒めなければならない。法は、事實によつて裏打ちをされていなければならない。現象學の言葉を用いるならば、法たる規範意味は、事實によつて「基礎」されていなければならないのである。

(1) Radbruch : Einführung in die Rechtswissenschaft, 7. u. 8. Aufl., S. 13 ff.

二 法と道德の區別

法は規範である。道德も規範である。したがつて、法と道德との間には、同じ社會生活の規範として密接な類縁關係がある。しかし、法と道德とは同じものではない。兩者の間には明らかな相違點がある。その類縁關係において見た場合、法と道德とは、互に他に依存している。けれども、また、兩者は別個の性格を有し、別個の根據の上に存立している別個の規範形態であるために、しばしばその間に對立が生じ、矛盾が起る。法と道德との間にはこのように複雑で、かつ微妙な關係があるために、これに對する學者の見解もまちまちであり、古來さまざまな角度から論議がたたかわされて來た。

法と道德との類縁關係を重んずる見解は、概して自然法論者に共通する。自然法論にしたがえば、自然法は法以上の法であり、實定法を超越する人倫の大道である。それ故に、自然法は道德の原理に本質的に接近し、もしくは道德の原理そのものと根本において一致する。かくて、自然法論的法哲學は、自らに道德を法の根柢に置くこととなるのである。これに反して、法の現實形態に論究の主眼點を置く學者は、法と道德とを峻別する見解に傾く。現實の社會に行われる法と、現實の社會の理想化を目ざす道德との間には、大きな相違があるために、法を道德と結びつけて考察すると、法のあるが

ままの形態を見あやまることとなり易いからである。もつとも、自然法論の傾向に屬する學者の中でも、トマジウスやカントは、むしろ例外的に法と道德との區別を充分に明らかにした。しかし、道德と異なる法の特質に最も敏感なのは、何といつても法實證主義の立場に立つ學者である。ケルゼンの見解はこの點で正にこの傾向の尖端に位する。

法と道德とを區別するにあつて、法的規律の「外面性」を道德的規律の「内面性」と對立せしめるとするのは、一方の有力な學說である。この種の學說は、例えばシュタムラアによつて代表される。しかし、法の規律は外面の行爲を目標とし、道德の規律は内面の心情にむけられているという、この見解は、問題の核心を正しくとらえているとは見なし難い。法の規律が主として外部にあらわれた行爲にむけられていることは、疑いのないところであるが、法は、人間の行爲をば決して單なる外部的な行爲としてのみ取扱うのではなく、行爲を主觀的に意味づけている行爲者の動機や意圖をも、併せてその評價の重要な對象とする。法の規律は、行爲の規律を通じて内心の規律に及ぶのである。逆にいつて、道德の規律が内心の動機を主たる目標として行われることは明らかであるが、道德の問題とする内心の動機といえども、決して單なる動機としてのみ終るべきものではなく、外的な行爲にむかつて自己を實現すべき必然性を有する。動機たるにとどまつて行爲たり得ない動機は、道德上もさわめて低くしか評價され得ない。人間の心情は行爲の世界に發展するものであり、行爲は客觀化さ

れた心情に外ならない。心情の表現として意味づけられ得ないような行爲は、もはや人間の行爲ではない。それにもかかわらず、内面の心情と外面の行爲とを切り離して考え、前者を道德の、後者を法の規律の對象と見るのは、生きた人間生活を死んだ構成部分に分析して、そこに法と道德との區別の標準を求めようとする試みであるといわざるを得ない。

道德は内心の規律であり、法は行爲の規律である、といつて兩者を識別しようとする立場は、道德をもつて單一人の守るべき道とし、法をもつて人と人との間に行われる道、すなわち社會的に守らるべき道とする見解に歸著する。ここでは、法の「社會性」が道德の「分立性」と對置されるのである。シュタムラアが法を結合意欲とし、これを分立意欲としての道德から區別したのは、その適例である。けれども、道德と法との相違點を規律の内外の別に求める見解が不充分であるのと同じく、道德の分立性と法の社會性とに兩者の差別を置く説も、支持し難い。勿論、法が社會生活の規範たることについては、何らの疑いもないが、社會生活の規範たる點では、道德も決して法と異ならないのである。道德は人間の道であり、倫理學は人間の學である。しかも、人間は社會的の生物であり、人間の道は社會生活の規準である。和辻哲郎教授が「倫理問題の場所は孤立的個人の意識にはなくしてまさに人と人との間柄にある」ことを指摘し、倫理學を人間の學として規定することの意義は、「倫理を單に個人意識の問題とする近世の誤謬から脱却することである」といつておられるのは、道德の

社會性を最も明白に示したものと云わなければならぬ。法も道德も社會において行われる。道德の規律も社會的の規律である。その點では兩者の間に何らの相違もない。いいかえれば、社會性は法を道德から區別する特徴とはならぬ。

法の外面性、道德の内面性ということは、普通には、法の規律は外面の行爲に、道德の規律は内面の心情にむけられるという意味で、兩者の區別の標準とされるのである。いいかえれば、それは、法と道德の「適用領域」(Anwendungsgebiet)の外面性・内面性の區別に外ならない。しかし、法と道德の區別の標準を兩者の適用領域の外面性・内面性に求めるのは、きわめて素朴な考え方であつて、それによつてこれら二つの規範形態を識別することが無理であるのは、いま述べた通りである。ところで、これに對して、同じく法の外面性・道德の内面性ということの問題としつても、それをその「適用領域」の意味ではなくて、その「關心方向」(Interessenrichtung)の意味に解し、そこに兩者の本質の相違を求めようとする學者がある。ラアドブルッフが、すなわちそれである。ラアドブルッフによれば、法は内面の心情や性格を評價している場合にも、その關心をば、それらの心情や性格から豫想される將來の行爲にむけている。これに反して、道德は、外面の行爲を價值判斷の對象としている際にも、行爲を通じて表示されているところの内面の心情に重點を置いている。そこに法と道德との關心方向の外面性・内面性があり、そこに法と道德とを區別すべき標準が求められ得る、と。

けれども、法は内面の心情を評價の對象としている場合にも、その心情から將來いかなる行爲がなされるであろうかに關心をむけているというが、それもはなはだ疑問である。ラアドブルッフは、その場合、主として刑法を念頭に置いているものと思われるが、例えば教育刑の理想などになると、犯罪者の心情や性格の改善をば刑罰の目的としているのであり、その點でその關心方向は明らかに「内面の心情」にむけられているといわなければならぬ。また、道德は、外面の行爲を價值判斷の對象としている場合にも、内面の心情に主たる關心をむけているというけれども、倫理學が問題とする人格者とは、決して心情だけ善良な人間ではなくて、正しく行動し、毅然として進退する人物を意味する。その點で、道德の關心方向もまた「外面的」である。故に、法の外面性、道德の内面性という區別をば、兩者の關心方向の意味に解した場合にも、それをもつて法と道德の決定的な性格の相違と見ることは、決して妥當な見解であるとは考えられ得ない。

これに對して、法の外面性、道德の内面性ということが、兩者の區別の標準として意味を有すると見られるのは、それを法および道德の「效力の保障」としてとらえた場合である。社會に生活する人が法にしたがつて行動するという保障は、かならずしもそれらの人々の内面の義務意識に求められる必要はない。法は、行爲が規範に合致することを要求しているのであつて、いかなる動機によつて人々が規範の示す通りに行動しているかは、かならずしも法の問うところではない。カントのいう通

り、法の求めるものは、行爲の「正當性」である。動機の如何を問わずに、單に行爲の正當性を要求するところの法は、そのための保障をば外面的な「強制」に求める。しかるに、道德の立場からいへば、人々は動機においてすでに規範にしたがつて行動するという意圖をもつていたのでなければならぬ。行爲の「道德性」を保障するものは、行爲者の内心における義務意識である。したがつて、道德は強制さるべきものではなく、強制によつて規範に合致した行爲をなすことは、道德としては價値がない。故に、法はその效力の保障を外面の強制に求め、道德はそれを強制には求めないで、内面の義務意識の中に見出す。かくて、法と道德との區別は、結局において強制の有無ということに歸著する。

そこで、古くはトマジウスおよびカント、近くはイエリング、デュギイ、ケルゼンなど、法と道德とをはつきりと區別しようとした學者は、概して強制との必然的な結びつきをもつて、道德に對する法の特質を見た。例えば、ケルゼンにならつていへば、法は規範であり、しかも強制規範である。法は一定の要件にむかつて一定の強制効果を歸屬せしめる。法によつて定立される強制の効果には、さまざまな形態がある。國內法上の刑罰および強制執行、國際法上の復讐および戦争のごときがそれである。未開社會に行われる法の場合には、私人の加える復讐もまた、公的な強制効果を意味し得た。いずれにせよ、一切の要件の連鎖の最後の歸屬點において強制効果を定立するところに、法の法たる

所以がある。實定法上の規定には、一見して強制の契機を含まないと思われるものも多くあるが、その規定のみを切り離して觀察せず、これを複合的な規範意味聯關の一分節として見れば、かかる規定も終極的には強制効果の定立を目ざすものとして、法的に意義づけられ得る。例えば、日本民法第一條の三に「私權ノ享有ハ出生ニ始マル」とあるのは、それだけでは強制の意味をもたないが、この規定があればこそ、いやしくも人と生まれた者は、襁褓の中にある嬰兒といへども權利能力者であり、したがつて、その權利を侵害した者があつた場合には、その法定代理人の提訴により、強制に訴えてこれが救済を求めることができるのである。また、例えば、衆議院議員選舉法第五條第一項の「日本國民ニシテ年齢二十年以上ノ者ハ選舉權ヲ有ス」という規定、および、第二項の「日本國民ニシテ年齢二十五年以上ノ者ハ被選舉權ヲ有ス」という規定のごときも、これによつて衆議院の構成員が公選され、衆議院と參議院とから成る國會の議決によつて法律が制定され、その法律にもとづく裁判において、刑罰や強制執行の効果が定立されることを思えば、結局やはり強制の契機と必然の聯關を有することが理解される。契約自由の原則にもとづく私法上の任意法規といへども、すでに、當事者の意志によつて要件の確定を見た上は、豫定された條件の成立——債務の不履行、債權者の訴訟提起、等——とともに強制効果の定立を志向すること、強行法規と異なるところはない。この意味で、法をして法たらしめる最後の契機は強制である。イエリングの言葉をかりていへば、強制をとまなわぬ法

規はそれ自身として矛盾なのである。^(四)

法は強制の契機によつて道德から最も截然と區別される。故に、法を道德から明らかに區別しようとする者は、當然に法における強制の契機を重要視する。これに反して、法と道德とを根本的に接近せしめ、法の效力を道德の妥當性に依存せしめようとする學者から見れば、強制は、法を道德から孤立せしめる無用の障壁を意味せざるを得ない。

なるほど、法の現實形態は概して強制の契機を含み、多くの場合強制權力を背景として行われる。けれども、法に法たるの生命を興え、法を文化的に價値づけているものは、決して強制ではない。法が多く強制を伴うということは、法にとつて必然的な意義をもたない。強制がなくても、法は法であり得る。今日の社會では、法の強行性を最も有力に保障するものは、國家である。したがつて、強制を法の本質に數えるときは、法の概念は國家の概念と不可分の關係に結びつけられざるを得ない。しかし、法はかならずしも國家においてのみ、あるいは國家によつてのみ行われるものではなく、國家以外の社會にもそれぞれその法がある。法諺に「社會あるところ法あり」である。したがつて、また、國境を超えた法、諸民族を横につらねている法、道德および經濟の「普遍人類的基础」の上に行われている法も、法でなければならぬ。法は國家法にかぎらず、社會法も法であり、世界法も法である。それらの、國家以外の社會の法を法と認めるためには、法をば強制の契機から切り離

して觀念する必要がある。強制を法の本質とする見解は、いたずらに法學の視野を國家法のみ局限しようとする謬見たることをまぬかれぬ。――強制説に反對する學者は、このように論じて、ふた

たび法の特性をばその規律の外面性に求めようとする。^(五)

法と強制とを結びつけることによつて法を道德から峻別する説と、法と強制との必然的聯關を斷ち切つて法の基礎に道德を置く説とは、いずれも深い根據をもつものであつて、簡單にその一つを採つて他を棄てることはできない。否、社會的歴史的實在界の複合構造に著目するならば、これらの兩説はともに眞理を含み、互に相補うことによつて法の眞相を、そうして法と道德との構造聯關を明らかにすべき立場にあることが知られる。法は道德と離れてあるものではない。しかし、法と道德とは互に異なる。互に異なる法と道德とが、その相違性にもかかわらず互に相牽聯するところに、複雑多岐であつて、しかも綜合歸一する實在の眞相が見出される。

法の特色がいかなる點にあるにせよ、實在の世界では、法は決して單に法としての孤立した純粹領域を劃して存するのではなく、法と見られるものは、その中に道德の内容を含み、道德と考えられるものは、やがて自らに法の形式を整備し、兩々相俟つて人間の生活を統制規律している。しかも、かかる相互依存の關係は、法と道德の間のみにかぎられたことではなく、道德は宗教と接觸し、法はまた政治の動向によつて左右され、政治は更に經濟や技術と結合し、それら一切の社會現象はいずれも

人間生活の事實を基礎として存在し、互に交錯して文化の世界、歴史の世界を形づくつてゐるのである。故に、法至上主義の偏見に捉われぬ以上、いいかえれば、法の完全な自己目的性を認めない以上、法の中に作用する道德や政治の生命を尊重することは、實在を理解するための當然の態度でなければならぬ。道德や政治の内容から全く切り離された法は、生命を失つた法、死んだ法の形骸にすぎない。

しかしながら、實在の科學的認識は、まず概念の分析を経て行われる。對象としての實在が複雑であり、立體的であればあるほど、科學はますます精密な諸概念を樹立し、その概念によつて實在の各側面を充分に照明し、一つの對象領域をひとたびは他の對象領域から明確に區劃し、しかるのちに、それらの諸對象の相互關係を窮めて行く必要がある。法を法として他の社會的現象領域から截然と區別することは、この意味で法の認識の第一著手とされなければならない。中でも、法は道德と親密な關係をもつただけに、道德に對する法の科學的特質づけは一層嚴密に行われることを要する。そうして、法を道德から區別する最後の標準は、強制の契機を措いて他には求められないのである。法は強制によつて道德から識別されつつ、しかも道德によつてその生命を賦與される。強制のみを法の本質契機と見れば、法は一つの平盤的な對象と化するが、強制の外廓に包まれた法の内容を取り出せば、そこに道德が法の生命として不斷に脈動していることが知られる。ここに、法の複合性があり、

ここに法の重層構造が存する。

- (一) 和辻哲郎教授・人間の學としての倫理學、岩波全書、昭和九年。
- (二) 同・倫理學、上卷、昭和十二年、一一三頁。
- (三) Radbruch: Einführung in die Rechtswissenschaft, S. 15 ff.; Rechtsphilosophie, S. 36 ff.
- (四) Jhering: Der Zweck im Recht, 1. Bd, 5. Aufl, 1916, S. 250 f.
- (五) 田中耕太郎博士・世界法の理論、第一卷、昭和七年、第二章、法の概念と國家の概念、参照。

三 法と道德の牽聯

法と道德との構造上の聯關を明らかにするためには、法を道德から峻別することに全力を注いだケルゼンの法本質論を吟味するのが、最も便宜な道であろう。なぜならば、ケルゼンのあらゆる努力にもかかわらず、法と道德との牽聯は、純粹法學上も決して否定され得ないことが、それによつて明らかにされるからである。

すでに詳しく述べた通り、ケルゼンは法をもつて強制規範とし、強制規範の複合態としての實定法秩序をば法學の唯一の對象とした。しかし、強制規範は、いかなる場合にも決して單なる強制規範と

して獨立に妥當するものではない。すべての強制規範は、かならずそれに先行する別個の規範の妥當性を豫想し、その先行規範の違反行爲を不法要件として、これに強制効果を歸屬せしめるのである。例えば、契約當事者の義務違反行爲に對して、その責任を強制的に追及することを定めている強制規範は、契約の遵守を義務づけるところの先行規範を前提として妥當する。殺人の罪に對して重い刑罰を加えるべきことを定める強制規範は、「殺すなかれ」という先行規範の妥當性の下に通用する。かゝのごとくに、強制規範の妥當性を制約する先行規範——「契約を遵守すべし」「盗むべからず」、等——は、社會生活の一般準則であつて、それ自身としては強制の契機を含まず、したがつて、強制規範ではなく、法規でもない。故に、ケルゼンは、これを法的に見て第二次的な規範——「第二次規範」——であるとし、第二次規範をば本來の法規範たる強制規範、すなわち「第一次規範」に附隨的に論究している。

しかし、第二次規範が第一次規範に對して附隨的であるということ、第二次規範が強制規範たる第一次規範に對して第二次的な規範であるということは、法の純粹概念の立場から見た場合にのみ認められるのであつて、兩者の間の實在の關聯に著目するならば、第二次規範は第一次規範に先行し、前者が後者の妥當性を制約するのであるから、第二次規範こそ第一次的な規範であり、第一次規範は第二次的な規範であるといわなければならぬ。契約は遵守されなければならないものであるからこそ、

契約違反の行爲に對しては損害賠償の義務が強制されるのである。竊盜は犯すべからざる犯罪であるからこそ、これに刑罰が科せられるのである。先行規範の意義づけなしには、強制規範は規範として成立し得ない。故に、先行規範を第二次規範と呼ぶケルゼンの名づけ方そのものが、そもそも論理的に不適當であるとされなければならぬ。第一次、第二次、という順位はきわめて紛らわしいが故に、ケルゼンのいう第一次規範を、その内容から見て「強制規範」と名づけ、その第二次規範と呼ぶもの、すなわち社會生活の一般準則を「社會規範」と呼ぶならば、社會規範は強制規範に先行し、強制規範の妥當性を制約する。「盗むなかれ」という社會規範があればこそ、竊盜行爲が「不法要件」とされ、この要件に一定の強制効果——例えば「十年以下の懲役」——が歸屬せしめられる。社會規範が「約束を守れ」と命ずるにもかかわらず、約束を破つて他人に損害を及ぼす者があるからこそ、強制規範によつてその損害の賠償が要求されるのである。

強制規範に先行する社會規範そのものには、強制の契機は含まれていない。故に、強制をもつて法の法たる根本特質とする以上、強制規範から切り離して考察された社會規範は、法規範ではない。社會規範の主要形態は、むしろ、道德的の規範なのである。「他人の生命財産を尊重せよ」「偽るなかれ」「姦淫するなかれ」「個人の自由を尊重せよ」「契約を遵守すべし」「各人にかれのものを與えよ」等々の社會規範は、いずれも人間の社會生活における人倫の要求であり、形式上も内容上も道德規範と見

なされるべきである。しかし、これらの道德規範は、或る一定の行爲をなすべきこと、またはそれをなすべからざることを定めているだけであつて、人々がその規定に背いた場合、これに對していかなる處置を加えるべきかということについては、何も定めていない。したがつて、單なる道德規範だけでは、しばしばきわめて無力であることをまぬかれない。そこで、人間共同生活の秩序を維持する必要上、道德規範とならんで強制規範が發達して來る。これらの強制規範は、數多くの道德規範のうち、それだけは是非とも社會に生活する一般の人々が守らなければならないようなものを選び、その道德規範の違反行爲を「不法要件」として、これに強制効果を歸屬せしめる。殺す者、盜む者、欺く者には、刑罰を科すべきことが定められ、等價交換における報償の要求が破られた場合には、強制的に利害の平均を求めべきことが規定される。かくて、強制規範が、社會規範たる道德規範の中でも、特に必要缺くべからざるものの實效性に、強制による保障を與え、かつ、これを法的に色彩づける。故に、イエリネックが、法は「倫理的の最小限度」であるといつたのに對して、シユモリアは、これを實效性の面から考察し、逆に、法は「倫理的の最大限度」であるといつた。

それであるから、法の純粹概念を定める上からは、強制をもつて法の本質的契機とし、法を強制規範そのものと解するのが正當であるが、この純粹な意味での法は、必然的にそれに先行する社會規範と結びつき、社會規範の制約の下に置かれているのである。そうして、強制規範を制約する社會規範

は、それ自身としては強制の契機を含まない規範、法的であるよりもむしろ多くの場合道德的な意味をもつ規範である。ここに法と道德との相違があると同時に、ここにまた、兩者が互に不可分の關係に結びついている所以も明らかにされている。道德から切り離された法は強制規範であるが、強制規範はかならず社會規範の妥當性を前提とし、したがつて、道德の内容によつて制約されているのである。故に、法の純粹概念にはなく、法の實在形態に著目するならば、法は強制規範とともに、社會規範をも併せ含み、強制規範において法の特異性を發揮し、社會規範において道德の世界とつらなつていふことができる。法は、この意味で社會規範と強制規範との二重規範である。

ケルゼンは法の核心を強制規範に求めつつ、なおかつ強制規範に對する社會規範の先行性を認めなければならなかつた。強制規範に對する社會規範の先行性を認めることは、道德による法の被制約性を認めることであり、法の中への道德的契機の介入を認めることである。純粹法學の方法純粹性の要求といえども、法と道德との實在的な關連性を切りはなすことはできない。

法と道德との關連性を否定し、法をただ法一元的に説明しようとする純粹法學の立場は、立體的な實在對象を平盤化している點で、實定法のあるがままの姿を見あやまつたものといわなければならぬ。けれども、法と道德との密接な關係を明らかにするために、法を特質づける強制の契機を否定しようとする見解も、純粹法學とは逆の意味で正當とはいひ難い。われわれは、むしろ、法における社

會規範と強制規範との複合性があるがままに把握することにより、法の法たる所以をあくまでも強制に求めつつ、しかも、法と道德とが互に相互に牽聯しつつあるかを知るべきである。否、法の特質を強制に求め、それによつて法を道德からひとたびは明確に區別すればこそ、われわれは、次に、法と道德とを結びつけ、道德ならざる法と法ならざる道德との關係を、法の角度から綜合的に觀察し得るのである。法と道德との親近關係を確認するために、法を強制の契機から切り離すことは、何ら必要でない。法を強制の契機から切り離して、しかも法を道德と近接せしめるならば、純粹法學の法一元主義とは反對に、法の道德一元的考察に終るおそれがあるであらう。

(I) Kelsen : Allgemeine Staatslehre, S. 51.

(II) Jellinek : Die socialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, S. 42.

(III) Gustav Schmoller (1838—1917) : Grundriss der allgemeinen Volkswirtschaftslehre, 1. Teil, 2. Aufl., 1923, S. 57.

四 社會規範と強制規範

これまで述べたところをまとめて考えて見ると、法については狹義の概念と廣義の概念とがあることが知られる。すなわち、狹義における法は、強制規範そのものである。これに對して、廣義における法は、社會規範と強制規範との複合態である。法は強制規範によつて法たるの特色を發揮し、強制規範の妥當性を制約する社會規範を通じて道德の生命を法の内容に取り入れている。道德の方面からいえば、最初は法的の意味をもたない純粹の社會規範が、強制規範と結びつくことによつて法的に意味づけられ、それによつて、道德が法の内容を形成するにいたるのである。

社會規範と強制規範との關係を發生的に見れば、後者は前者にくらべて概して遅れて發達した。古代・未開の單純な社會生活は、原則として社會規範によつて規律され、強制規範は、組織的には何ら整備されていなかつた。古代・未開の社會では、時としてきわめて苛酷な制裁の行われることがあつたが、それは、決して強制規範が發達していたためではなく、むしろ反對に、強制規範がはなはだ不備であつたために、稀に生ずる社會規範違反行為に對して、そのたびごとに嚴しい威嚇を加える必要があつたことを意味するのである。元來、強制規範の任務とするところは、社會規範の違反行為を不法要件として、これに強制効果を歸屬せしめ、それによつて社會規範の實效力を保障するにある。例えば、「盗むなかれ」という社會規範のみでは、その効力は薄弱である。「盗むなかれ」といつても、なおかつ盗む者が大いにあり得るからである。これに反して、まず「盗むなかれ」と規定し、しかるのちに、「盗む者は處罰さるべし」と規定するならば、盗んではならないという義務意識と、盜めば罰

せられるという考慮とが、行爲者の盗みに近づこうとする氣もちを二重に阻止するから、社會規範の實効性は強制規範の保障により著しく高められる。傳統の力が強く、社會團體内部の結束が緊密であった時代には、大體として社會規範のみをもつて秩序維持の實を擧げ得た。特に、私所有權の發達していない未開社會では、竊盜という犯罪類型そのものが、まだはつきりした形をなして存在するにいたつていなかつた。それが、社會生活の複合化と、人間の目的活動の多様化と、個人相互の對立關係の發達とにより、社會規範のみでは秩序を維持することが次第に困難となつて來たために、その第二段の保障として強制秩序を整備することが必要となつて來たのである。エニアリッヒのいう通り、ロオマ的・近代的の成文法の體系は、その主たる内容において、社會内部の鬭争に刺激されて發達した強制秩序の成型化されたものに外ならない。

われわれはこれまで、法の二重構造を専ら法と道德との聯關として考察し、法において強制規範と結合する社會規範を、主として道德規範の内容を有するものとして説いてきた。しかし、廣義の法の内容を成す社會規範は、決して道德規範のみにはかぎられない。社會生活が複雑化し、經濟關係が錯綜するにつれて、道德規範の外に、道德的には全く無色なさまざまな技術規範が行われるようになつて來る。例えば、交換經濟の圓滑を圖り、取引の安全を期するために、意志の表示や合意の成立に關する各種の形式が發達し、その形式が規範として現實の法律行爲や契約を拘束することがとき、それ

である。また例えば、交通の安全を保つために左側通行の原則を定め、交通機關の運轉につき種々の取締り規則を制定するがときも、それである。商人が一定の形式にしたがつて取引さを行うのは、それ自身としては道德上の要求とはほとんど何の關係もない。まして、左側を通行すべきか、右側を通行すべきか、にいたつては、本來は道德上全く白紙の問題である。それらの規範は道德規範ではなくて、純然たる技術規範である。しかも、かかる技術規範は社會規範として社會的・經濟的の諸關係を規律し、その規律の効果は國家の強制權力によつて保障される。そうなると、それらの技術的社會規範が法の内容に取り入れられるのである。本來の道德規範は社會規範の主要形態であるけれども、その數はかならずしも多くなく、その變遷もまたかならずしも急激には行われぬ。これに反して、技術規範は、社會關係の多様化とともにますます多様に分化して行く。

しかも、社會生活の目的の多様化は、單に道德的に無色な技術規範の發達をうながすだけでなく、政治・宗教・經濟・教育・衛生、等、ほとんどあらゆる社會活動の面に、それぞれ特色のある社會規範を成立させる。君主の尊嚴を侵すべからざるものとする政治規範もあれば、逆に、國民の自由を擁護すべしとする政治規範もある。一定の宗教を國教とする宗教規範が定立された時代には、その反面に異教に對する厳格な禁令が施行される。自由經濟に制限を加えるところの獨占禁止の規定や、物價統制の規律は、經濟的な社會規範である。その他、義務教育を施行する教育的社會規範があり、種痘

や豫防注射を命ずる衛生的社會規範があるという風に、社會規範の目的内容は、ますます分化して行く。しかも、このように分化した目的にしたがつて成立する各種・各様の社會規範は、その違反行為に對して制裁を加える強制規範が隨伴することによつて、いずれも法となる。それとともに、法は、ますます多様な社會生活領域にまたがり、いよいよ多岐の目的内容を包攝して行く。

これらの社會規範、すなわち最初から道徳的に無色な技術規範をはじめとして、その他の政治的・宗教的・經濟的・教育的・衛生的な意味をもつ社會規範は、それ自身の本來の性格からいえば、かならずしも道徳規範ではない。しかし、それにもかかわらず、それらの、最初はかならずしも道徳的な色彩をもたない社會規範も、それが何らかの仕方で客觀的に定立され、一般の社會生活において尊重せらるべき規律として行われるようになると、やがて同時に道徳としての意味をもつようになつて来る。左側を通行することは、交道德であり、選舉を公明に行ふことは、政治道徳であり、公定價格によつて取引さするのは、經濟道徳であり、住居や衣服を清潔にして傳染病を豫防するのは衛生道徳である。それであるから、強制規範と結びつくことによつて法の内容を形成するもろもろの社會規範は、道徳・政治・宗教・經濟・技術・衛生、等の多彩の意味をもつものであると同時に、それがまたひろく社會道徳の領域に包攝される。かくて、社會規範と強制規範との關係は、結局においてふたたび道徳と法との構造聯關に歸著するのである。

社會規範と強制規範とは、それぞれその規範意味内容を異にしているばかりでなく、前者は強制の契機を含まないのに反して、後者は不法要件に對して強制効果を歸屬せしめる點で、全く違つた規範構造を有する。そうして、この規範構造の相違は、更にこれら二つの規範形態の規律の對象の相違となつてあらわれる。

社會規範の規律の對象となるものは、社會に生活する一般人の行為である。盜まず、殺さず、偽らないのは、社會に生活する誰しものひとしく守るべき義務である。これに反して、強制規範の規律の對象となるものは、一般人の行為ではなく、特に強制規範の適用をつかさどることを任務とする人々の行為にかざられる。盜む者に刑罰を科し、債務不履行の當事者に對してその履行を強制するのは、一般社會人のなすべきことではなく、その衝にあたるように、あらかじめ定められているところの、國家機關の職責である。もしも一般社會人が、濫りに社會規範違反行為者を捕えて、これに制裁を加えるならば、その制裁は私刑の一種としてそれ自身強制規範上の不法要件を構成し得る。一定の不法要件に對して一定の強制効果を歸屬せしめるように義務づけられている者は、國家の機關であり、特に裁判官である。強制規範は國家行為の規律であり、中でも裁判の標準を示すための規範である。竊盜の罪を犯す者があつた場合には、裁判官は——日本刑法上——これに對して十年以下の適宜の懲役刑を宣告すべきであると同時に、たとい累犯加重の場合といえども、これを死刑に處することは許さ

れない。社會規範は一般社會生活の規範であり、強制規範はひろい意味での裁判の規範である。ここに、兩種規範の間のいわゆる「受範者」の本質的の差別が見出される。

法がこのような二重構造を有すること、法が社會規範と強制規範との二重規範であることは、ケルゼン以外の多くの法學者および法哲學者によつても説かれてゐる。

すなわちエニアリツヒは、法の根柢に横たわる「社會團體の内面的秩序」と、「判決規範」から發達した成文法規とを明確に區別し、争いのために攪亂された社會團體の内面的秩序を、裁判を通じて維持・回復して行くのが、法規の主たる作用である、と説いた。また、デュギイは、法規の複合性に著目し、社會連帶の基本事實に即して妥當する一般社會人の行動の規律を「規範的法規」と名づけ、規範的法規に違反する行爲がなされた場合、これに對して行われる社會集團自身の秩序回復のための機能の準則をば、「構成的または技術的法規」と呼んだ。更に、マックス・エルンスト・マイヤアは、「法規範」と「文化規範」との聯關を明らかにし、文化規範は社會生活の中に行われてゐる宗教的・道德的・習俗的の規範であり、社會に生活する一般の人々を受範者とするのに對し、法規範は強制を手段として行われる社會的法益保護のための規律であり、したがつて、法益の保護に任ずる公共の機關、とりわけ裁判官をもつてその特殊の受範者とする、と論じた。エニアリツヒのいう社會團體の内面的秩序、デュギイのいわゆる規範的法規、マイヤアの説く文化規範が、われわれのこれまで論じて

來た社會規範に當り、エニアリツヒが判決規範と呼び、デュギイが構成的または技術的法規と稱し、マイヤアが法規範と名づけるものが、我々の意味での強制規範と一致することについては、もはや多言を要しない。

次に、純粹法學の傾向に屬する學者の中では、フェリックス・カウフマンが、ケルゼンのいわゆる第二次規範と第一次規範とを綜合して、これを純粹法規の圖式として表示してゐる。わが國の法學者の中で純粹法學に最も近い立場を採る横田喜三郎教授もまた、義務命題と制裁命題とを結びつけた二重當爲命題を法規範と解される。強制規範のみを法規と見たケルゼンの見解に比し、いずれも一步をすすめた説明であるといふことができる。更に、末弘嚴太郎博士は純粹法學とは關係なく、社會に生活する一般國民の社會規範としての法と、裁判にあつて適用される裁判規範としての法とを明瞭に識別し、民法のごときも、その主たる内容から見て裁判規範としての性質を有するものであることを指摘しておられる。最後に、廣濱嘉雄氏は、法の二重構造の分析をもつては、いまだ不充分であると、立體的に把握された法は、組織規範・行爲規範・裁決規範の三重構造を有する複合體であると主張される。行爲規範・裁決規範の二重構造は、大體として上述の諸學者によつて指摘された法の二重構造と一致するのであるが、廣濱氏の學説は、これに更に組織規範の聯關を加味する點に特色を有する。組織規範といふのは、一定の社會團體の組織原理に關する規範であり、國家の場合には憲法がそ

はるかに越えて、それ自體の中に政治や宗教や經濟の意味内容を含むようになる、道德それ自身の間に複雑な對立の關係が生じて來る。例えば、暗愚の君主にも忠勤を勵む道德と、人民の困窮を救うために、専制政治を打倒しようとする義憤とは、互に相容れ得ない。國教に忠順であろうとする信仰と、異端者として極刑に處せられても、己れの信ずる神に歸依しようとする不動心とは、絶対に矛盾する。高度資本主義の組織の中での商人道と、社會主義の經濟を築き上げようとする情熱とは、あくまでも對立せざるを得ない。それは、道德と道德との對立であるばかりでなく、政治と政治、宗教と宗教、經濟と經濟の矛盾であり、更に、政治と宗教、經濟と政治、政治と道德の相剋である。そうして、それらの多様な目的動向からは、それぞれその目的にかなつた社會規範が定立されるために、それらの社會規範のどれか一つと結びついた法と、法の内容となつた社會規範を排斥しようとする目的動向との間にも、同じような對立が生ずる。それは、法と政治、法と宗教、法と經濟の對立であり、したがつて、ひるがえつてまた法と道德との深刻な對立となつてあらわれざるを得ない。

これを法の立場からいふと、道德・政治・宗教・經濟などの目的動向の中に矛盾が生じ、對立があらわれた場合には、法は、その中のどれか一つの目的動向と結びつき、他の傾向を排斥するという態度を採らざるを得ないのである。君主制の政治を擁護しようとする法は、共和制を實現しようとする「進歩的」な政治動向を排斥する。共產主義の經濟組織を強化するための法は、資本主義的な言論や

運動を「反動」として取りしまる。竊盜罪を禁壓する法は、盜賊團の内部での「仁義」を假藉することはできない。人間が何をよしとし、何を正しいと考え、何を好ましいと思うかは、多岐・多様であるが、それらの多岐・多様な目的觀や價值尺度が無統制にならび存して、互に對立・抗争をつづけていたのでは、人間共同生活の秩序は混亂と破壊とに陥ることを免れない。したがつて、法は、その中のどれか一つと構造的に聯關することによつて、社會秩序の一元化を圖らなければならない。法は、道德・政治・經濟、等に奉仕し、その防塞たるべき強制秩序を構築する。しかし、その場合、法は同時にさまざまの道德・政治・經濟の動向に對して選擇を加え、その中の或るものをもり立てて、そのための強制秩序を築き上げているのである。そのような法の選擇作用なしには、法による社會秩序の統一は成り立たない。

このことは、一定の社會生活圏の内部に、何をもちて法と定めるかを決する單一の權威がなければならぬことを物語っている。互に矛盾する道德觀や政治觀がならび存している場合、各人が勝手にその中の一つを選んでそれを法と定め、これに強制力を賦與しようとするれば、人間の社會の中に互に矛盾する法がいくつでもでき上ることになる。その結果は、秩序ではなくて、無秩序でしかあり得ない。故に、或る一つの社會の中には、ただ一つの法定立の權威があつて、そこで法と定めたものが、法としてその社會に行われるのでなければならぬ。この法に反する行爲は、いかに純眞な道德上の

信念にもとづくものであらうと、いかに確乎たる政治上の目的觀に立脚するものであらうと、法の立場からは不法として排斥され、場合によつては犯罪として處罰される。しかも、或る種の道德を排斥し、或る傾向の政治行爲に不法の烙印を押すところの法は、それ自身、一定の道德的・政治的世界觀に立脚し、その世界觀にかなつた強制秩序として自己を強化し、自己を實現して行くのである。

一定の社會生活圏の中にただ一つあつて、二つあることを許さない法定立の權威は、すべての法を生み出す淵源である。しかし、この統一的な權威によつて生み出された法は、多くの場合一般的な法規範であつて、そのままではただちに具體的な社會生活を規律するのに適さない。そこで、社會には、法の「定立」をつかさどる權威とともに、法を具體的な場合に「適用」し、更に、法の定めるところを實際に「執行」するための部署が確立されていなければならない。故に、法が法として確定され、法として有効に行われるためには、法の定立・適用・執行の組織を定めることが必要となる。その場合、法の定立・適用・執行の組織についての定めもまた、「規範」として確立される。法律は議會で制定するという規定は、反面からいえば、政府が法律を作つてはならないという規範である。裁判所が法律の適用をつかさどるといふ組織もまた、行政官が裁判をしてはならないといふ掟を含む。かように、法の定立・適用・執行の仕組みを定めているものは、社會規範とも強制規範とも性質を異にするところの「組織規範」に外ならない。法は、組織規範の定める組織を通じて定立・適用・執行さ

れるところの社會規範・強制規範の複合體である。しかるに、法の定立・適用・執行の組織を定める組織規範も、もとより法の重要な一形態に相違ない。かくて、法は、組織規範・社會規範・強制規範の三つの形態から成る統一的な規範複合體であるといふ認識が成立する。

法の規範構造を分析するにあつて、社會規範と強制規範の重層性が法の特色であることは、多くの學者によつて指摘された。しかし、法には、法の定立・適用・執行の組織に關する組織規範の形態があるといふことは、これまで法哲學上あまり問題とされることがない。わずかに、スウィスの法學者ブルクハルトが、法には、社會生活の行動の準則を定める「行爲規範」(*normae agendi*)と、法の定立の組織を定める「組織規範」(*normae constituendi*)の二種別があることを指摘した程度である。⁽¹⁾これに對して、法が組織規範・社會規範・強制規範(裁決規範)の三重構造を有する規範複合體であることは、わが廣濱嘉雄氏によつてはじめて明確に説かれた。法に組織規範という獨特の重要な形態があることを明らかにしないでは、憲法・議會法・裁判所法などのごとき國家組織法の法的性格は、さわめて不明瞭なものとならざるを得ない。その點を明示した廣濱説の功績は、法哲學理論上高く評價されなければならない。

一定の社會生活圏の内部に、法定立の單一の權威があつて、その權威がその社會で行われる法を終極的に決定し、それによつてその社會生活圏の組織と秩序とが一元的に統一されている場合、その社

は、國家がそれに法としての效力を認める前から、共同生活を営むすべての人間の履み行うべき道を示していたのである。故に、自然法論者は、かくのごとき「素朴な社會道德の原理」をば自然法であるという。

けれども、それらの規範は、單に社會規範として行われているだけでは、まだ「法」ではない。それが法となるためには、その社會規範に對して強制規範の裏打ちが與えられなければならない。すなわち、國家が殺人の罪を罰し、詐欺行爲を不法として、これに對する強制を定めた場合には、それらの「素朴な社會道德の原理」は、それによつてはじめて法の内容に取り入れられたことになるのである。その意味では、それらの「普遍人類的」な社會規範も、それが法となつたときには、すでに國家の「實定法」なのであつて、自然法ではないといわなければならない。

人間の社會生活の中には、そのような「普遍人類的」な規範ばかりでなく、民族によつて異なり、時代によつて變化するさまざまな社會規範が行われている。その中には、道德的な性格の強いものもあるが、また、經濟生活の具體的關係を規律している規範もある。特に、國家の立法作用によつて制定され、國家の司法作用によつて保障されている成文の法規規定が、實際の社會經濟の關係に適合しない場合には、それに代つて、もしくはそれを補つて、經濟生活の實情にかなつた規律が行われるようになる。それが、いわゆる「慣習」である。地方地方によつて特殊な形式を履んで行われる婚姻の慣

行であるとか、農村の灌漑用水に關する慣習のごときが、それである。慣習は、それが道德的な意味をもつ場合にも、高次の道德のように事實から遠くへだたつた規範ではなくして、むしろ、事實の中に深くうもれている規範であることを特色とする。そうして、國民生活の事實の中に深く根ざしている道德的および經濟的の慣習は、國家の立法行爲によつてはじめて定立された規範ではなく、國家法とは次元を異にした成立の基盤をもつ點で、自然法論者のいう自然法と似かよつた性格を有する。しかし、それらの慣習規範もまた、いわゆる自然法と同様に、單なる社會規範としての段階にとどまつているかぎり、いまだ「法」とは認められない。それらは、國家の立法作用によつて正規の強制力が賦與せられるか、または、裁判所が慣習によつて裁判することを適當とし、慣習の効果を法的に保障した場合に、はじめて「法」となるのである。故に、慣習も、それが「慣習法」となつたときには、すでに國法秩序の一部分に取り入れられているのであるといつてさしつかえない。

(1) Walthar Burekhardt : Methode und System des Rechts, 1936, S. 133.

第二章 法の效力

一 法の妥當性と法の實効性

法は規範である。規範としての法は「妥當」する。妥當するというのは、規範が事實の如何にかかわらず行われなければならないという要求をもつことである。他人の財物を盗んではならぬという社會規範は、濱の眞砂のように盗人の數の減ることのない世の中でも、否、そういう世の中であればあるほど、各人の遵守すべき格率として妥當する。竊盜罪に對して十年以下の懲役刑を科すべしとする強制規範は、犯人の何割かが逮捕を免れ、逮捕された犯人の何人かが證據不充分で無罪となつても、なおかつ、その通りに行わるべき裁判の準則として妥當する。行政査察の制度を定める組織規範は、人事の銓衡に行き惱んで、まだ査察官の任命を見ず、したがつて、その制度が何らの機能をも發揮していないときでも、その規定通りの陣容を整えて行政事務の監査を行うべきものとする制度として妥當する。法が規範である以上、このような「妥當性」(Gültigkeit)を有するのは當然である。妥當しない命題は規範ではなく、したがつて、また法ではない。

けれども、規範が規範として單に妥當しているだけでは、それはまだ實際に效力のある法——實定法——とは認められ得ない。法が實定法であるためには、法たる規範が事實を動かし、社會生活の事實が規範の示す通りに行われ、したがつて、法のもつ規範意味が社會生活の事實によつて實在規範として「基礎」されていなければならない。社會生活の事實による基礎の地盤をもたない法は、單に紙に書かれた空文にすぎないのである。法たる規範が事實を動かし、事實の中に自己を實現しつつある状態をば、法の妥當性から區別して、法の「實効性」(Wirksamkeit)と名づけることができよう。法が妥當性と同時に實効性を備えるものでなければならぬことは、規範であるとともに事實と深く結びついているという法の存在性格の、當然のあらわれなのである。

もつとも、法が實効性を備えるものでなければならぬという程度には、それが社會規範であるのと強制規範であるのによつてかなり違ふところがある。勿論、社會規範といえども、國家がその重要性を認めてこれに強制規範の裏打ちをしている以上、その規定が、單に規範として妥當するだけであつて、實効性がともなわなくてもよいというわけのものではない。しかし、社會規範に關するかぎり、いかに國民の遵法精神が強くて、あるいは、いかに嚴罰をもつてその違反行爲に臨んでも、大なり小なり法網をくぐらうとする者が絶えないことを免れない。そうして、法として認められた社會規範が、それだけ社會生活の事實と合致しないでも、それでその規定がただちに空文と化するわけで

はないのである。これに反して、社會規範の違反行為に對して制裁を加え、もしくは、社會規範上の責任について争いが起つた場合に、それを裁決するための強制規範は、高度の實効性を備えている必要がある。法の排斥する犯罪が起つても、それが等閑視され、争訟裁決のための要件が備わつていない、その法的効果を保障する裁判が行われないううでは、その法は效力のある法とは認められ得ない。故に、法の妥當性と實効性とを兼備する必要は、特に強制規範の場合に著しいといふことができる。

しかし、それにしても、強制規範の場合といへども、妥當性と實効性とが常に完全に一致するといふことは望まれ得ない。第一、法の妥當性は、「すべての法主體が夢をも見ずに熟睡している」場合にも、なお中斷されることのない規範論理的な屬性であるのに反して、法の實効性の方は、法規範の意味内容が人間の事實行為の中に實現されている状態であるから、いかに完全に行われているはずの強制規範といへども、該當要件の發生しない間は、その實効性は明らかに中斷されている。まして、該當要件が發生しても、法の規定する効果が常にならず法の規定する通りにこれに歸屬せしめられるといふことは、容易に望まれ難い。ことに、裁判の場合とはかくとして、行政官廳の法執行行為においては、官吏の裁量や、官廳事務の手違いや、あるいは、行政官の故意・過失・怠慢などによつて、違法の法的措置が行われることは、かならずしも稀であるとはいへ得ない。故に、法の妥當性と

實効性とは、かならずしも合致しない。それは、妥當性が法の規範的屬性であり、實効性がその事實的屬性であることの當然の歸結である。しかも、法の妥當性と實効性とは、それにもかかわらず本來合致すべきものである。かような妥當性と實効性との矛盾の統一の中に、法の「效力」がある。效力ある法、すなわち實定法は、それ自身の中に、互に矛盾する妥當性と實効性とを併せ備えていなければならぬ。

法が實定法であるといふこと、すなわち、法が、互に矛盾する規範的な妥當性と事實的な實効性とを併せ備えているといふことは、次のような状態として説明され得る。

法が規範として定めていることは、かならずしも事實その通りに行われるとはかぎらない。法が規範としてもつ妥當性は、規範違反の事實行為によつて攪亂される。また、強制規範の定めている法的効果は、それを條件づけている該當要件が發生しないかぎり、何年でも實際には行われる機会がない。その意味では、法の妥當性は、單に規範違反の行為によつて攪亂されるばかりでなく、それに照應する事實が永い間發生しないといふことによつて、實効的には中斷されている。しかし、法規範が一部の人々によつて侵犯されることがあつても、それが多くの人々、中でも、強制規範の適用や執行をつかさどる人々によつて、規定の通りに實行されるという「可能性」は、原則として失われることはない。また、例えば、内亂罪のような大規模な犯罪を處罰する規範は、該當要件が發生しない平穩無事

の永い年月を通じて、實際に適用される機會はない。しかし、それにもかかわらず、その法規は、不幸にして内亂が計畫され、實行されるといふ事態が起つた場合には、規定通りその事實の上に適用されるという「可能性」をもつてゐる。このように、法の妥當的な規範意味内容が、事實の上に實効的に適用され得るといふ「可能性」(Chance)こそ、法の效力と名づけられるものの本質である。なぜならば、その可能性において、法の妥當性と實効性とは、兩者の間の現實の矛盾や不台致にもかかわらず、統一的に結合されているからである。法は、この可能性をもつかぎり、現實の規範違反行為があつても、なおかつ實定法たることを失わない。これに反して、法が現實に行われるといふこの可能性が法たる規範から全く脱落してしまえば、法の改廢が形式的に行われなくても、もはやそれを實定法とは見なし得ない。ナチス革命が成就したあとのドイツでは、特に憲法を廢止するといふ宣言は行われなかつたが、しかも、ワイマール憲法は事實上全くの空文と化し去つた。この場合のごときは、法たる規範が、規範としての形式をもちつづけていたにもかかわらず、實際に適用されるという「可能性」を喪失し、したがつて、實定法としての效力を失うにいたつた顯著な實例と見ることができである。

しかし、普通の場合には、法の效力は、法が法として定立され、施行されたときにはじまり、それが廢止され、または他の法によつて置きかえられたときに終止する。よしんば、形式上改めて法令を改廢するといふ宣言がなされないでも、その法令と同じ段階の法規が新たに定立され、舊法の内容が新法のそれと矛盾する場合には、「後法は前法を廢止する」(Lex posterior derogat priori)といふ原則によつて、舊法は廢止されたものと見なされる。故に、法の效力には「始期」と「終期」とがある。いかえれば、法の效力には時間的な限界があり、したがつて、それは歴史上の制約の下に置かれている。かように、時間的な效力の範囲内で行われているのが實定法の常であつて、その點で、それは「永遠」に效力があるものと考えられるところの自然法と區別される。

實定法の效力は、このような時間的な範囲によつて限定されているばかりではない。それは、同時に、空間的な範囲の中に限定されている。いかえると、實定法は、原則として或るかぎられた場所の中で效力を有するのである。

前に述べたように、國家には單一の法定立の權威があつて、その權威は、他に自己を凌駕するような異質の法定立の淵源が存在することを許さない。國家における法定立の權威のもつそのような排他的な性質を名づけて、「主權」といふのである。しかし、主權は、或る國家の内部での法定立の權威の最高性を意味するのであつて、それが他の國家の内部にまで及ぶものでないことは、いうまでもない。したがつて、或る國家の内部で定立された法の效力は、原則として、その主權の及ぶ範囲内に限定されている。それが、その國家の「領土」である。そればかりでなく、國法の中には、最初から國

家の領土内の一定の地域をかぎつて、そこで行わるべきものとして定立される規定もすくなくない。それと同時に、法には、その國の國民のすべてに對して適用を見るものと、國民の中の一定の資格や性質をもつ人々に對してのみ適用されるものがある。すなわち、法には、「空間的效力領域」と「人的效力領域」とがある。しかるに、人間は移動性をもつものであり、或る國の國民が外國に居住することもあるし、外國人が自國の領土に生活することもある。その場合には、法の「屬人的效力」がその「屬地的效力」の限界を越えて、他の國法の效力領域の内部にまでもちこまれることになる。そういう場合に生ずる法の效力の屬人性と屬地性との衝突は、主として國際私法によつて調節される。

(1) Gerhart Husserl: Rechtskraft und Rechtsgeltung, 1905, s. 7.

二 法の段階構造

一つの國法秩序の體系の中には、非常に數多い法規範が含まれている。それらの法規範は、原則としていま述べたような意味での效力を有するのであるが、法の效力を特に規範的な妥當性として見た場合、各の法規の有する效力は、決してすべてが對等であり、平等であるわけではない。國法秩序の中に含まれた法規範の效力には、むしろいくつかの段階がある。いいかえると、統一的な實定法秩序

に屬する法規範の中には、效力の點で上級・下級のいくつかの區別があつて、上級の段階に遡れば遡るほど、それに屬する法規範の數はすくなくなり、最高の段階ではさきわめて少數の、もしくはただ一つの規範に歸著している。そうして、その最高の法規範が下級の段階にある法規範の效力を根據づけることによつて、多數の法規範が統一のある法秩序の體系にまとめ上げられている。それが實定法秩序の段階構造である。この、法の段階構造は、純粹法學の主要な理論の一つである「法段階説」(Stufentheorie des Rechts)によつて詳細に分析された。

法段階説では、法規範の效力の段階性は、主として規範意味の一般性と特殊性、抽象性と具體性の段階差として説かれている。すなわち、上級の段階に遡れば遡るほど、法規範は一般的・抽象的となる。逆に、下位の段階に下降すればするほど、法規は特殊・具體の規定となる。例えば、故意または過失によつて他人の權利を侵害した者は、それによつて生じた損害を賠償する責に任ずる、という法律の規定は、一般的であり、抽象的である。これに對して、過失によつて乙の所有權を侵害した甲に對して、損害賠償をなすべきことを命ずる裁判判決は、個別の不法要件に對して個別の強制効果を歸屬せしめる、最も特殊・具體の法規範である。しかし、いま述べた法律の規定といえども、一般に國民の權利を保護する旨を宣明した憲法の規定に比べれば、特殊的・具體的な法規範たることを失わない。このように、法規範の段階は一般性と特殊性、抽象性と具體性の段階であるから、論理的にい

つて、上位の規範が下級の規範の效力を制約するのは、當然である。それは、人間の生命は有限であるという一般命題が、ソクラテスの生命は有限であるという具體命題を制約するのと、同じ論理の法則による。法段階性は、このような著想によつて、國法秩序の效力の關係をば、憲法・法律・命令・裁判判決および行政處分というような主要な段階に分けて、これをきわめて論理的に説明した。

なるほど、法秩序の中にある規範の效力の段階が、原則として規範意味内容の一般性と特殊性、抽象性と具體性の段階であることは、確かである。しかし、それは原則であり、大體の傾向であつて、實定法規範が常にならずそのような論理的法則のみによつて分類されているとはかぎらない。なぜならば、國家によつては、特殊の銀行の設立と組織とを法律で定めることもあるし、その國家の領土はどことどこであるというようなきわめて具體的な事柄を、憲法によつて條定する場合もあるからである。實定法秩序の中にある憲法・法律・命令、等の規範段階の區別は、論理的な普遍と特殊の段階であると同時に、否、それにもまして、最初から法規の重要性の順位であり、規範的妥當性の段階なのである。そうして、具體的な法決定をば憲法とか法律とかいうような上級規範の制約の下においてのみ妥當するものとしているのは、それによつて法の名の下に權力者の恣意が作用することを防止しようとする目的にもとづくのである。憲法や法律がなければ、政府はその意のままにどんな政治でも行うことができる。裁判官は、神の名を藉り、君主の權威を笠に著て、いかような裁判をもすること

ができる。近代立憲國家における法の段階構造は、そのような權力の濫用を防ぐことを主眼として發達した法治主義的な制度であつて、決して單に論理的な一般性と特殊性との段階にとどまるものではない。したがつて、過去の專制國家には、そのような法の段階構造は存在しなかつたし、最近の獨裁國家では、逆に、立憲主義の法段階を崩壊せしめる傾向があつたことに注意しなければならない。

それはともかくとして、法段階説もまた、實定法秩序の段階構造をば法規範相互の間の效力の關係を説明する原理と認める。すなわち、上位の法規は下位の法規の妥當性の淵源となり、下級の法規は上級の法規にその效力の根據を仰いでいるのである。例えば、裁判上の判決や行政上の命令は、法律に準據するかぎりにおいて妥當する。同じ行政命令であつても、下級の命令は上級の命令に違反しないが故に有效である。更に、法律が效力を有するためには、それは憲法にしたがつて定立され、憲法と牴觸しないものでなければならぬ。ケルゼンは、このように、すでに定立された下級の法規が上級の法規に效力の根據を仰ぐ關係をば、法秩序の「靜的」な關係として説いた。

しかし、同じ法秩序の段階構造はまた、同時に「動的」にも考察される。動的に考察された場合には、法規範の位階秩序は、法の「創設」の關係としてとらえられる。法律は憲法にしたがつて創設され、憲法は法律の中に自己を具體化する。命令は法律によつて作られ、判決もまた法律にしたがつて宣告される。そうして、法律の一般的な規範意味内容は、命令や判決の中に自己を實現して行くので

ある。この法創設の段階を最も具體的な規範にまで下降して行くと、そこで創設されるものは、裁判上の判決と行政上の處分とである。前に述べたように、裁判判決は個別要件に對して個別効果を歸屬せしめる個別規範であるが、行政處分と稱せられるものも、これと本來の性質を異にするものではない。例えば、清涼飲料取締りの警察法規にもとづいて、某食料品店の販賣する特定の不良清涼飲料の廢棄を命ずるがごとき、それである。故に、判決も處分も、全く個別的な規定ではあるが、それらはいまだ「規範」の領域に屬する。その點で、それは、判決や處分を事實行爲として實行する「直接執行行爲」とは、明らかに區別して考えられなければならない。

ところで、今度は、それとは逆に、國法秩序の段階を判決から法律、法律から憲法へと上昇して行くと、最後には、憲法の段階をも乗り越えて、その法秩序に屬するすべての法規範の創設の淵源となり、すべての法規範の效力を根據づけているところの、憲法以上の最高規範に到達する。ケルゼンの用語によれば、それが「根本規範」(Grundnorm)である。根本規範は、憲法創設の根源であり、憲法の效力の根據である。この根本規範がすべての法規の創設過程と效力關係とを一點にまとめて基礎づけているために、その下にある無数の法規が單一の法體系の構成分子として意味づけられている。したがつて、根本規範は、法創設の最高の淵源であり、法の效力の最後の根據であるばかりでなく、同時に、無数の法規範を統一的な法秩序として認識するための前提ともなるのである。

法段階説は、實定法秩序の構造をばこのように説明する。そうして、この説明は、法の效力は何によつて根據づけられているかという、法哲學上の最も困難な問題の一つに對して、きわめて整然とした解答を與えているのである。それによれば、或る特定の法規範の效力は、それより上級の法規範によつて根據づけられている。その規範は、上級規範にもとづいて創設され、したがつて、それと矛盾するものでないかぎりにおいて妥當する。或る法秩序に屬するすべての法規範は、直接・間接に單一の根本規範にもとづいて定立され、根本規範の規範意味内容から逸脱しないかぎりにおいて有効である。故に、法の效力の根據の問題は、法規範が上級法規範の、そうして最後には根本規範の委任を受けて定立され、そのかぎりにおいて妥當するという、「委任の聯關」(Delegationszusammenhang)の問題に外ならない。

しかしながら、この説明は、本質的に見て法の「妥當性」の根據の説明であつて、「實効性」をも含めた意味での法の效力の根據の説明ではない。なるほど、一定の法規範は、上級の法規範の效力の委任によつて妥當する。しかし、實際問題としては、妥當しているはずの法規範が、實効的には行われぬこともある。妥當すべきでない事實が、現實の效力を發揮して、法として行われてしまうこともある。規範論理的には憲法の委任を受けて妥當的に定立された法律が、社會の實情に適合しないために、空文と化してしまふ例もある。殊に、規範論理的には明らかに違法であるような行爲が、實際

には法としての效力をもつてしまう場合も、決してすくなくない。法段階説からいえば、「違法の法」ということは絶対であり得ない事柄であり、よしんば違法の法定立行爲がなされても、それはあくまでも無効であり、したがつて法ではないはずなのである。⁽¹⁾しかし、現實には、行政官廳が違法の處分を行つたり、法律違反の命令を發したりして、それが無効とはならず、法としての實効性を發揮してしまうことは、かならずしも珍らしくない。まして、憲法を破砕する革命やクウ・デターが行われて、それが違法として處斷されるかわりに、革命政府が新たな憲法を作り、武斷獨裁者が舊制度を變革する命令を次々に發するような場合には、それらの行爲は、どこから見ても規範論理的の妥當性もたないにもかかわらず、それが立派な實効性を有する法として行われてしまうのである。このような「違法の法」の現象は、法段階説によつては絶対に説明され得ない。それはまた、法段階説が、法の效力の根據の問題の一面だけを説いて、その一層深い核心を究明するには全く無力であることを物語るものといわなければならぬ。

(1) Kelsen : Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 2. Aufl., Vorrede, S. XV f. ; Allgemeine Staatslehre, S. 231 ff. ; u. s. w.

(1) Kelsen : Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, S. 113 f.

○ 三 根本規範の實體

法段階説は、法秩序の哲學的考察に對して色々な問題を投げかけているが、その中でも最も深刻な問題とされなければならないのは、そのいわゆる根本規範の實體は何かということである。

法段階説によると、根本規範は、すべての法規範の創設の淵源であり、すべての法規範の效力の根據であつて、それ自身一つの「規範」なのである。しかも、根本規範以外の他の規範は、いずれも根本規範を前提とし、その制約の下においてのみ效力を有するのに反して、根本規範は、他のいかなる規範から派生したのでもなく、それより上級の何らかの規範に效力の根據を仰ぐこともない。したがつて、根本規範以外の法規範は、いずれも條件つきの規範であるが、根本規範は「無條件」の規範である。そうして、ケルゼンは、すべての法規範が根本規範を前提とし、その制約の下に效力を有するものであるということの中に、法の實定性の意味があると考へた。かれは、すべての法規範は根本規範の委任の下に創設されていると見、それによつて、法が法のみから導き出されるものであつて、法以外の何ものによつても制約されてはいないという、純粹法學の主張を貫くと同時に、すべての法の「被制約性」の中に、實定法が實定法であつて自然法ではないことの根據があると論じた。

けれども、いまいち通り、實定法の被制約性とは、すべての實定法規範が根本規範の下にのみ效力を有するということを意味する。しかるに、すべての實定法規範に效力の根據を與えている根本規範そのものは、何ものによつても效力の制約を受けていない規範であり、無條件に妥當する當爲命題なのである。して見れば、根本規範そのものは實定法規範ではなくて、自然法であると認めざるを得なくなつて来る。したがつて、すべての實定法規範は自然法から派生し、自然法の下に效力を有するということになり、實定法の理論から一切の自然法の要素を排除しようとした純粹法學の企圖は、根柢から崩壊する。

もつとも、自然法は、單に無條件に妥當する法であるというだけでなく、「永久不變」の效力を有する法でなければならぬといわれる。これに對して、ケルゼンの純粹法學は、實定法秩序の根本規範の效力が永久不變であるとはいつていない。むしろ、それは、根本規範が急に變化する場合があることを認めている。その意味では、根本規範は自然法ではないといえよう。けれども、根本規範は、自然法ではないにしても、一般の實定法規範とは全く性質を異にする規範である。なぜならば、根本規範はそれ以上の他の規範によつて制約されてはならないのに反して、實定法規範はすべて根本規範によつて制約されているからである。

ところで、實定法規範が他の規範によつて制約されているということには、二つの意味がある。第一に、それは、「上位段階の規範」によつて制約されている。第二に、強制規範としての法規は、それらに先行する「社會規範」によつて制約されている。ケルゼンは、第二の意味での制約をば、「第二次規範」による「第一次規範」の制約として認めているのである。しかるに、根本規範は、無條件の規範であるから、これら二様の意味での制約のどれをも受けていない。いいかえると、それは、單に最高の段階の規範であるばかりでなく、その本質上、社會規範であつて、強制規範ではない。したがつて、強制規範だけを法規範と見る純粹法學の立場からいへば、根本規範は、自然法ではないにしても、法規範ではない他の性質の規範であると考えられなければならない。現に、ケルゼンは、根本規範の例として、「君主・國民總會または議會、等の法的權威の命ずるがごとくに行動しなければならぬ」という命題を擧げている。もしも、根本規範がこの命題のような内容をもつとすれば、それは明らかに一つの「政治的」な規範である。したがつて、すべての實定法規範が根本規範の制約を受けるということは、いいかえれば、すべての法は政治の下に效力をもつということの意味する。かくて、法の中から一切の倫理的・政治的要素を排除しようとした純粹法學の企圖は、ここでもまた、結局やはり根柢から崩壊せざるを得ない。

そればかりではない。前にもいふ通り、ケルゼンは、一つの實定法秩序の根本規範が時によつて急に變化する場合があることを認めている。また、實際、或る時代の或る國の根本規範が、「君主の

命令をもつて法定立の最高の權威とする」という内容をもつていたとして、それが、革命によつて、「すべての法は最後には國民の意志にもとづかなければならない」という命題をもつて置きかえられるというようなことは、歴史上決して稀な出來事ではないのである。かような變化は、一體何によつて生ずるか。根本規範がそれ以上の別の規範の制約の下に置かれてゐるものでない以上、かかる變化が何らかの規範の委任によつて生ずるはずのないことは、明らかである。さればといつて、根本規範が、自己自身を否定するような内容に、自己自身を切りかえるということも、全くあり得る道理がない。そうであるとすれば、根本規範の變化は、ただ一つ、「實力」によつて生ずるものとして説明される外はない。根本規範は、それより上位の規範によつて動かされることはない。しかし、それは、實力によつては動かされ得る。法を定立する最高の實力の所在が變化すれば、根本規範も變化する。その場合には、國家に新しい實力の中心ができて、それが、根本規範という形式を通じて法に變化するのである。故に、ケルゼンは、最後には、根本規範をば「實力から法への轉化」(Transformation der Macht zu Recht)の轉轍器と認めざるを得なかつたのである。

これは、法の效力をば法によつてのみ根據づけようとした純粹法學の企圖が、結局失敗に終つたことを物語つてゐる。確かに、安定した實定法秩序においては、法は法から生まれる。上級の法規範の委任によつて下級の法規範が生み出され、それが下級規範の效力を根據づけてゐる。時としては、上級規範に違反した法定立行爲がなされ、違法の法行爲がそれにもかかわらず法としての實効性を發揮する場合もあるけれども、それは例外にすぎない。しかし、法を生み出す法は、更に何から生まれて來るかを見さわめて行くと、最後には、憲法が何によつて生み出されるかという問題に逢着する。純粹法學は、この問いに對して、憲法は根本規範によつて作られると答えた。けれども、根本規範は、もはや法規範ではなくて、政治規範である。そうして、一國の根本の政治規範を支持するものは、その國の政治を左右する實力の中心である。したがつて、實力の中心が變化すれば、根本規範は變り、憲法も變革される。それが「革命」である。故に、法を作り、法を動かし、法の效力を根據づけてゐるものは、最後の段階においては法ではなくて政治的な實力である。かくて、法の效力の根據に關する純粹法學の規範論理主義は、法の根柢にあるものは實力であるという實力説の前に屈服せざるを得ない。

かつて、イェリネックは、國法學上の最大の問題は、いかにして非法が法となるかということであると説いた。法は原則として法から生ずる。けれども、それと同時に、また、法でも不法でもない單なる非法の事實から法が生ずることも、稀ではない。慣習が法となるのは、その著しい場合である。更に、法をくつがえす革命的な實力が、新たに法を生み出すこともある。その場合には、法から法が生まれるどころか、最も露骨な不法が法創造の原動力となつてゐるのである。イェリネックは、これ

らの場合をば、その有名な「事實の規範力」(normative Kraft des Faktischen)の理論によつて説明した。事實には規範となる力が内在している。非法の事實や不法の實力から法が化成するのは、このよ
うな、事實の規範化の力によるというのである。⁽ⁱⁱⁱ⁾ケルゼンは、イエリネックの國法理論から出發しつ
つ、新カント主義の批判哲學にもとづいて、事實から規範を、存在から當爲を導き出そうとする「事
實の規範力説」を克服し、法一元主義の實定法理論を貫き通そうとした。しかし、その試みは、根本
規範の問題において破綻を示し、ついに、事實上ふたたび事實の規範力を認めざるを得ない破目に陥
つたのである。ここにおいて、われわれの法哲學もまた、規範論理主義の法效力論から離れて、實力
によつて法の生成と效力とを根據づけようとする理論系統の検討に移らなければならぬ。

(i) Kelsen : Allgemeine Staatslehre, S. 99.

(ii) Kelsen : Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, S. 21 f., S. 25 f.

(iii) Jellinek : Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., 1914, S. 337 ff.

四 法と實力

法と實力との關係は、古來の法哲學上、常に問題の焦點としてはげしく論議されて來た。なぜなら

ば、實力は、一方からいうと法にとつて缺くべからざるものである。法は、社會規範と結びついた強制
規範であり、したがつて、法の定める強制が有効に行われるためには、是非とも實力によつて支持さ
れていなければならない。その實力は、國際法の場合などにおいては、強大な國家の武力であること
をさえ必要とする。しかし、實力は、他方から見れば、法の反對概念である。法を破るのも實力であ
り、法秩序を顛覆させるのも實力であり、國際法を破碎するのも侵略國家の武力行動である。故に、
法は、實力を頼りとしつつ、實力とたたかわなければならない。しかも、もしも法を破る實力が、法
を守る實力とのたたかひに勝ちを制するならば、法は實力に屈せざるを得ないであろう。そうして、
法を破つた實力は、新たにその意になつた法を作り出すであろう。そうであるとするれば、法はつい
に實力に臣事しなければならないのか。それとも、法の權威は、いかなる實力をもつてしても侵すこ
とを許さないものであるのか。そこに、法哲學上の根本見解の重大な分岐點がある。

ところで、純粹法學の線に沿つて法の效力の最後の根據を探ねて來た、いままでの論述の結果から
見ると、實力は所詮、法に優越するものであり、法がいかに独自の權威を主張しても、結局は實力の
動く通りに動かされることを免れないように思われる。純粹法學は、徹底した法一元主義である。し
たがつて、法は法自體の原理によつて動くのであつて、法以上または法以外の力によつて動かされる
ものではないことを、純粹法學ほどにつきつめて主張した理論はない。しかも、その純粹法學による

法の世界の自己完足性の主張すら、根本規範の問題をめぐつて、ついに實力決定主義の前に膝を屈せざるを得なかつた。そうであるとすれば、純粹法學以外のいかなる理論が、法の原理は實力の上に卓越する權威を有するということを立證し得るであろうか。マイトはついにライトであり、ノモスは地上の權力によつて意のごとくに操られる道具にすぎないのであるか。

實定法現象の現實を見つめる學者は、大體この問いに對して肯定の答えに傾く。事實の規範力を肯定し、法を作り、法を動かし、法に效力を與えるものが、結局は實力であることを認める。しかし、その場合にいう「實力」とはいかなるものであるか、それは一體「何者」の實力であるか、については、さまざまな見解の分岐があり、對立がある。それらの見解をいくつかの類型に分類しつつ、その歸結を批判的に考察することによつて、このような「實力説」がどういうところに落ちつくかを見定めて行くこととしよう。

實力説の中でも最も素朴な形態は、法を作り、法を動かす實力の主體をば、「支配者」であるとする見解である。支配者は少數であり、被支配者は大多數の民衆である。多くの場合には、支配者は單一人であり、君主であり、國王であり、あるいは獨裁者である。これらの支配者は、かれの支配する社會での絶対權を掌握している。君主は、一般臣民とは全く隔絶した高い身分を有し、その一言一行は傳統の權威と論議を越えた榮光とにつつまれている。更にその上に冠絶して、神の意志が君主をその地位にあらしめ、君位に永久不動の尊嚴性を與えている。現代の獨裁者は、そのような傳統の權威や神意による授權はもたないが、そのかわりに、國家とか民族とかいふがごとき超越的全體者の尊嚴性があつて、獨裁者の命令の絶対不可侵性を根據づけている。支配者は、かかる絶対に高い地位にあつて、人民に命令を下す。それが法である。故に、法を作り、法を動かすものは、支配者の意志であり、君主または獨裁者の實力である。法をして效力あらしめ、人民をして法の規律を遵守せしめていゝるものも、さような支配者の實力以外の何ものでもない。

素朴な實力説は、かように説く。しかしながら、支配者は何故にそのように卓絶した實力を有するのであるか。支配者の實力は神によつて授けられたというけれども、君權の神授ということが實際に行われたと信じ、それ故に、君主の命令を絶対に尊崇する者は、被支配者たる一般民衆ではないのか。獨裁者は、民族全體の意志するところを意志し、國家全體の動向にしたがつて命令するといふけれども、超個人的な全體者としての民族や國家が實存すると信じ、さような全體者の意志が獨裁者の命令として示されると考え、それに隨順する者は、國民大衆以外の何ものでもないのか。そのような神秘的もしくは非合理的な要素を問題外として、支配者の實力の本體をさわめて現實的にとらえるならば、それは、支配者の命令を強行せしめるところの側近の警察力や武力であるとも見ることができよう。しかし、そのような「實力」といへども、警官や親衛部隊の軍人たちが、信念の故

か利益の故かは別問題として、支配者の地位を擁護しようとする意圖をもつていかぎりにおいてのみ、その支配者の實力たり得るのである。もしも、君主や獨裁者の親衛部隊が、そのもつ劍の鋒先を「本能寺」にむけるならば、王者の地位といえども一日にして崩壊するであらう。しかも、君主側近の親衛部隊のように現實に實力を把持する人々は、支配者ではなくて、むしろ支配者たる君主の命令に服従する被支配者なのである。そうであるとすれば、支配者の實力と稱せられるものは、實は支配者その人が所有する力ではなくて、支配者の命令に服従する多數人に歸屬する力であるといわなければならぬ。かくて、法を作り、法を動かし、法をして效力あらしめていくところの「實力」は、支配者をもつていゝのではなくて、むしろ「被支配者」の側にあるという認識が成立する。

イギリスの經驗主義の哲學者ヒュームは、「力は常に被治者の側にある」といつた。法は實力によつて作られ、法の效力は實力に支えられている。しかし、その實力は、多數の被支配者が支配者の命令を法と考え、それに服従する氣もちをもつことによつて、はじめて實力として作用することができ、故に、法が法として行われるのは、その法の下に生活を規律せられている多數の人々が、法たる規範を自分たちの遵守すべき行動の準則として「承認」しているがために外ならない。この承認の支柱が取りはずされてしまえば、いかなる法の權威も失われ、いかなる刑罰の威嚇も効果はなくなる。かくて、「上からの力」をふりかざしていた實力説は、「下からの承認」に法の效力の根據を求めざる

論、すなわち、ピアリングによつて代表される「承認説」へと轉化する。

承認説は、法の效力の根源を衝いている。法は、一般民衆が法を法として承認し、法にはしたがわねばならぬという觀念をもつことによつて、はじめて有効に行われる。その觀念は、かならずしも、法を正しい法と信じ、積極的にそれを支持しようと考えていることを意味するわけではない。そういう場合もあるが、そうでない場合もある。そうでない極端の場合には、民衆は、強制を怖れ、刑罰におびえ、自分たちの無理・非道と信ずる法に、やむを得ずしたがっている。「長いものには巻かれる」といい、「泣く子と地頭には勝てぬ」というのは、民衆が苛酷な法に對して與える「封建的」な承認である。このような承認さえもなくなつてしまえば、したがつて、民衆が彈壓にひるまず、極刑を覺悟して、法秩序への反逆をくわだてれば、いかめしい法の牙城もついに崩れる。そういう結果にはならないで、奉行の手勢や王宮の親衛部隊が反亂軍を鎮壓し、既存の法制度の擁護に成功したとしても、その法の效力は、結局やはり、奉行の手勢や王宮の親衛部隊が、法を擁護すべきものとして「承認」していたことによつて、根據づけられているのである。

しかし、承認説をもつてすれば、既存の法の「效力」は説明できるが、新たな法が「成立」する根據は説明できない。承認説は、法が民衆の前に法としてすでに與えられていることを豫想する。その法に對して與えられる承認は、「受動」の作用である。けれども、もしも民衆が法への承認を拒み、

實力に訴えて既存の法制度を打ち破つた場合には、その民衆は、法を空白の状態に残して置くかわりに、民衆の利益にかなつたような新たな法を作り出すであろう。それは、もはや、既存の法を承認する作用ではなくて、新たな法を能動的に創造する力である。かくして、新たな法が形成され、その法がよい法であると考えられている場合には、法を更に變革する必要はないであろう。これに反して、一たび法を作つては見ても、時代の變化とともに、その法が社會生活の目的に合致しないようになれば、民衆は自分たちの意志によつて既存の制度を改革し、更に新たな法を作り出して行くであろう。このように、よい法は存続させ、悪い法は改廢して行こうとする民衆の能動的な意向は、承認ではなくて、「輿論」である。したがつて、輿論は、單に法を支える力であり、同時に法を作る力である。輿論こそ、法の效力の根據であり、かつ、法の創設の淵源である。イギリスの公法學者ダイシイは、かような著想の下に、第十九世紀以降のイギリスにおける立法が、常に輿論の力によつて指導された経過をば、さわめて明快に論述した。

法の效力は、法の生成・變化とともに、輿論によつて根據づけられるという理論——「輿論説」——は、進歩した社會の實定法の基盤を深く明らかにしたものであるといつてよい。法哲學者や法學者の中には、法の根柢を「社會意識」に求め、法は社會意識が規範として表現されたものであるという風に説く人々がすくなくないが、輿論説は、そのような社會意識説の内容を特に明確ならしめた理論

であるといふことができよう。

しかしながら、社會意識とか輿論とかいわれるものは、一體いかにしてとらえられるか。或る時代の或る社會において、何が正しい秩序であるかという問題に對する見解は、決して一つではない。例えば、經濟上の生産や配分についても、資本主義がよいとする者、社會主義が正しいとする者、その中間が適當であるとする者など、意見はさわめて多岐にわかれて對立しているのが常である。その中のどれがその時代の社會意識であり、どの見解が輿論となつて法の根柢を形づくるかは、容易には見定め得ない。輿論説は、この問いに答えて、輿論とはその時代の社會の「多數」によつて支持された意見であるといふであらう。ダイシイも、輿論とは、一定の法を有益と認め、他の法を有害と見なすところの、社會にひろく行われている信念である、と説明している。けれども、社會にひろく行われている信念が輿論であるとしても、その輿論は決して固定して動かないものではなく、絶えず變化して行きつつある。したがつて、十年前の輿論はもはや今日の輿論ではなく、今日ではまだごく少數の人々によつて唱えられていることが、十年後には社會の多數の信念にまでひろまつて行くことも、稀ではない。そうであるとするれば、或る一つの信念が現實に立法を指導するのは、それが社會にひろく行われる信念となり、多數の人々の輿論となつた上でのことであるにしても、そのような輿論を輿論として形づくる眞の原動力は、決して單なる「多數の信念」ではないといわなければならない。多數

の信念も新たな思想動向によつて押しつけられ、法を作る力を喪失することがあるとすれば、輿論は輿論なるが故に法を動かす最後の力となるとはいひ得ない。

例えば、ダイシイは、第十九世紀のイギリスの歴史を三つの時期にわけ、世紀のはじめから一八三〇年ごろまでは保守主義の時代で、ほとんど立法活動が休止していたのに反して、一八二五年ごろから一八七〇年ごろまでは、ベンタム流の個人主義の立場からの新立法がさかに行われ、一八六五年ごろからは更に社會主義の時代に入つて、労働立法・社會立法が發達するようになった、と説いている。ところで、第一期の保守主義の時代を指導したのは、ブラックストオンの自然法思想であるが、第十八世紀の終りごろ、ベンタムがオックスフォード大學の一學生としてブラックストオンの講義を聞いたときに、その説が正しいかどうかに疑いをもつたのは、ベンタム一人であつたといわれる^(五)。そのように、ただ一人の先覺者の心に點火された新思想が、次第に世の人の共鳴を得るようになって、ついに、第十九世紀中葉の鬱然たる「立法輿論」にまで成長したのである。もしも輿論が「多數の信念」として法を基礎づける力を有するのであり、法を安定させるのも、法の變革を指導するのも、かくのごとき「多數の信念」であるとするならば、第十九世紀初頭の保守主義の輿論が、どうしてベンタムと、その説に共鳴する他の少數の人々の唱える社會改革の意見を押し切ることができなかったのか。どうして、最初は單に奇抜な新説としての意味しかもたなかつたベンタムの理論が、壓倒的多數によつて支持されていた保守主義の思想を驅逐することができたのか。單なる輿論説によつては、この現象を説明することはできない。

故に、法を作り、法を支持し、または法を變革するものは、輿論の力であるとしても、輿論が輿論としてそれだけの力をもつようになるのは、輿論が輿論なるが故ではないといわなければならぬ。そこには、輿論が多數の信念となつて社會にひろがり、法を作る力となるに先立つて、まず、輿論を輿論として作り上げるだけの力をもつたものがなければならぬ。それは何か。それは、或る社會・或る時代のさまざまな要求を、いままでの制度や組織よりもよく満足せしめ得るような思想であり、目的であり、理念である。いままでの制度や組織をそのままに維持していたのでは、もはや人間共同生活の諸要求を合理的に解決することができなくなつて來ているのに、多數の人々が、變化を嫌う社會心理によつて、依然として在來の法制度を支持する氣もちをもちつづけていたとしても、そのような「多數の信念」はやがて新たな思想動向によつて急激に蠶食されてしまふことを免れない。これに反して、新たな時代の要求に合致する新たな理念は、よしんば最初は、先見の明をもつたごく少數の人々によつて説かれていたにすぎないでも、いつの間にか次第に多數の人々の共鳴を獲得して、力強い輿論となり、既存の法制度を變革して、法秩序に新たな生命を吹き込むようになる。つまり、法の生成の根源となり、法の效力の根據となる最後のものは、單なる多數の信念としての輿論ではなく、

輿論そのものを形成する思想の力であり、理念の力であることが知られる。

かくて、法と實力との関係についての法哲學の考察は、新たな段階に到達した。

法は實力によつて作られ、實力に支持されて效力を發揮する。實力説は、この関係を説明するにあつて、まずその實力をば「支配者」の力であると見た。しかし、支配者が力をもっているのは、被支配者が支配者の命令にしたがう意志を有するからである。そう考えることによつて、「力は常に被治者の側にある」というヘヒウムの言葉が肯定され、それとともに、實力説のとらえた實力は、「上からの力」から「下からの力」に轉化する。この「下からの力」を消極的に理解しようとしたのが承認説であり、それを積極的に解明したのが輿論説である。けれども、輿論が輿論として力であり得るのは、その輿論の内容が時代の要求に合致した理念で満たされているためでなければならぬ。輿論の指導理念がその適格性を失えば、法を作り、法を支える力もまた、輿論から脱落する。したがつて、法の根柢にある實力の本体をよく見つめれば、それは、結局において「理念」の力に歸著する。法と實力との関係を主題として來た法哲學は、ここにおいて、「法の理念」を正面から問題としなければならぬのである。

このような理念論的の法效力論に對しては、更に唯物史觀の立場からの非難が加えられることを覺悟しなければならぬ。

唯物史觀にしたがえば、時代が變化して、新しい理念が社會思想を指導し、それによつて新たな法が生まれ、新たな政治組織が形づくられるようになるのは、「理念の力」によるのではなくて、あらゆる理念、あらゆる思想の根柢にある經濟上の「生産力」の變化にもとづくのである。生産力が變化すれば、前段階の生産力の状態に適合するように形成されていた生産関係と、新しい生産力の状態との間に、回避できない矛盾が生ずる。この矛盾は、從來の生産関係を維持することを利益とする階級と、新たな生産力をその掌中に握つた階級との間の闘争となつて展開される。そうして、新興階級がこの階級闘争に勝利を占め、いままでの下積みの状態から逆に政治の主導権を獲得するようになれば、從來の生産関係は、その「上部構造」として構築されていた一切の理念や思想とともに崩壊して、新しい法組織と政治形態とが作り上げられる。したがつて、理念や目的の變化が歴史を動かす、法を變革すると説くのは、事の皮相を見て、現象の奥底を度外視する謬見である。唯物史觀は、このように論難するであらう。

けれども、唯物史觀が歴史の動態を規定する最後のものとしてかかげる「生産力」は、決して單なる「物質的」な力ではない。機械を動かし、工場を運轉する蒸氣の力や電氣の力は、物質力には相違ないが、それを利用する方法を發明し、それを工場に應用し、それによつて生産の増加を圖り、利益を擧げようとするのは、すべて人間の目的活動であり、精神的な努力である。その背後には、すべて

の人間が人間として生存し、人間らしい幸福を追求しようとする目的が働いている。しかも、新たな生産の様式によつて得られた新たな利益が、一部の人々の手中にのみ吸収されるようになれば、そのために福祉への道を阻まれた多数の人々は、自分たちの當然の分け前を要求して、そのような社会組織を動かそうとするに相違ない。その結果として法制度が變革されたとするならば、その法變革をもたらした力は、すべての人間の平等のユウダイモニアを實現しようとする「理念」の力であるといわなければならない。アリストテレスのいうがごとく、ユウダイモニアは人間生活の根本動因であり、各人にかれにふさわしいユウダイモニアを與えようとする配分の正義は、人間社会における歴史の原動力である。唯物史観といえども、この眞理を否定する別個の眞理ではなくて、この眞理を布衍・補足する眞理の部分内容であるにすぎない。

(I) David Hume (1711—1776) : *Of the First Principles of Government*. *Essays*, vol. 1, p. 110.

(II) Bierling : *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, 1. Teil, S. 3 ff.

(III) Albert Venn Dicey (1835—1922) : *Lectures on the Relation between Law and Public Opinion in England during the Nineteenth Century*, 1905, 2. ed., 1914.

(IV) *Ibid.*, p. 3.

(V) 穂積陳重博士・法窓夜話、大正五年、二五三頁以下。

五 主權の本質

法の效力の問題に關聯し、特に法と實力の關係の論究と結びつけて、ここで考察して置かなければならないのは、「主權」の本質はいかに考えらるべきかという問題である。

前に述べたように、國家には法定立の最高の權威がある。この、國家において法を定立する最高の權威を、主權と呼ぶのである。そうして、その内部に主權的な、いかえれば、最後決定的な法定立の權威をもつていことが、國家の國家たる所以と考えられている。ところで、規範論理主義を徹底させて行くと、規範は規範から生まれ、法は法の委任を受けて定立されるはずであるから、主權もまた一つの「規範」としてとらえられなければならない。だから、純粹法學は、すべての實定法規範を定立する最後の淵源も、やはり規範でなければならないと論じて、それを「根本規範」と名づけた。そうして、根本規範が同時に始原規範であること、すなわち、すべての法規範は根本規範の下に創設されると同時に、根本規範は他のいかなる規範の制約をも受けないということが、或る實定法秩序の「主權性」に外ならない、と解した。

けれども、規範は、雞が卵を生むように規範を生む力をもっているわけではない。規範から規範が

生まれるためには、上級の規範にしたがつて下級の規範を定立する「人」がなければならぬ。例えば、法律を解釋して判決を下すのは、裁判官という人である。法律を執行するために命令を發するのは、行政官廳の公務員である。憲法に準據して法律を制定するのは、議會の議員たちである。それでは、憲法は一體だれの意志によつて定立されるか。或る國家では、それは「君主」である。現代の多くの國々では、憲法は「國民」の意志によつて作られることになつてゐる。しかるに、君主が憲法を作り、あるいは、國民の意志が憲法のあり方を決定するというのは、何らかの規範の授權によつて定められた事柄ではない。よしんば、憲法は君意によつて作らるべきことを定めた規範があつたとしても、國民がそれを不當として、憲法を作る力をわが手に掌握し、それによつて現に憲法を作つたとするならば、君意によつて憲法を定立すべきであるとする規範は、この事實の前に規範としての效力を喪失せざるを得ない。故に、いわゆる根本規範は、君主または國民に憲法を制定することを授權する規範ではなくて、君主または國民が憲法を作つたという「事實」を表明する命題であるにすぎない。このように、その意志によつて憲法を作る力を有するということが、主權なのである。君主が憲法を作る力を有する國では、主權は君主にある。國民の意志によつて憲法が作られる國では、國民が主權者である。かくて、主權は、純粹法學のというような規範の最高性ではなくて、誰が憲法を作る力を有するかという事實問題に歸著する。

主權とは、憲法のあり方を、したがつて、その國の政治のあり方を最終的に決定する力である、という考え方は、法の效力の淵源についての實力説と平行する。實力説の場合にも、法の效力の根據となるものは實力であり、その實力は、同時に、法を作り、法を動かす最後の力であると見なされる。否、むしろ逆に、一國の法はその國の中にある最高の實力によつて定立されたものであるから、その實力がその法を支持しているかぎり、法は有効に行われるのである、という風に説明される。故に、法の效力の根據に關する實力説の主張は、主權をば、憲法のあり方を最終的に決定する力であると解する説と、單に平行するばかりでなく、それと全く同一の理論であるといわなければならぬ。

ところで、法の效力についての實力説は、その實力をば最初は「上からの力」と見た。すなわち、國民の上に立つ「支配者」の實力が、法を作り、法を支えているのであると考へた。しかるに、この素朴な實力説は、やがて行きつまりに逢著して、同じ實力をば「下からの力」としてとらえる説に轉換した。それも、國民が法に對して與える承認に法の效力の根據を求め理論から、更に積極的に、有害な法は排除し、有益な法を創造しようとする國民の輿論こそ、法を作り、法を支持する根本の力であるとする學説へと發展した。そうなると、その力は、もはや「下からの力」ではない。國民は、法の拘束に服する立場に立つかぎりにおいては、法の下に生活してゐるのであるが、その法そのものは、國民の上にある支配者の命令ではなくて、國民が自らの輿論によつて作つた規範なのである。し

たがつて、國民の輿論、あるいは、國民の立法意志は、すべての法の規律の上にあることになる。これは、正に、主權の所在に關する根本觀念の轉換を意味する。すなわち、支配者の實力が法を作る淵源であると見るのは、支配者主權説であり、特に君主主權説である。これに反して、國民の意志が法を法として定める最後の力であると考えるのは、國民主權の理論である。單に理論の上ばかりではない。實際の制度としても、多くの國々は、歴史のすすむにつれて君主主權から國民主權へと移り變つて來たのである。

故に、今日では、大多數の國々が「國民主權」をもつて建前としている。そこでは、法は國民の意志によつて作られることになつてゐる。なかんづく、憲法を作る力は、國民にあるとされている。しかし、國民の意志で一々の法律を作るとは、技術的にいつても困難であるから、多くの民主國家では、國民が自分たちの代表者を選んで、それが議會を組織し、議會が國民に代つて立法のこゝを取り行う仕組みになつてゐる。けれども、その場合にも、立法權の最後の淵源は國民にあるのであつて、議會は單にそれを代行しているにすぎない。そのような組織の根本には、國民の意志はすべての法の上にある、という觀念が横たわつてゐる。すべての法の上にある國民の意志は、自分の作つた法以外の何ものによつても拘束されない。そればかりか、もしもその必要を認められた場合には、從來の法を廢止して、全く新たな法を作ることまでできる。その意味で、國民の主權は、何ごとをもなし得る萬能の力である。故に、フランス革命の指導理論家たるシエイエスは、國民の主權をば「憲法制定權力」(Pouvoir constituant)としてとらえ、國民の意志は一切の法の上にあるのであるから、國民が何をなしても、それはすべて自然法の認めるところであつて、決して不法にはならないと主張した⁽⁷⁾。主權をばあらゆる法の上にある實力と解する以上、シエイエスのように説くことは、當然の結論であるといわなければならぬ。

しかしながら、國民の主權の絶對性・無拘束性を説いたシエイエスの理論が、當然の主張と考えられたのは、それが、正にフランス革命の前夜に際會してゐたからである。人間の自由を壓迫し、貴族のもつ身分上の特權を擁護する封建・專制の法秩序は、すみやかに崩壊せしめなければならぬという時代思潮が、國民大衆の間にみなぎつてゐたからこそ、國民本來の主權を國民の側に取り戻し、國民の意志によつて、新たに自由と平等の法秩序を作り上げることの大きな必然性が、心あるすべての人々によつて肯定されたのである。そこには、一方、專制主義の法制度を打ち破ることは、決して不法でも不正でもないという信念があつた。他方、國民の自由な意志を立法の基礎とすることは、國民の當然の權利であるという確信があつた。すなわち、人々は、國民の自由を抑壓する制度は「不正」であり、國民の思う通りの政治を行うのが「正しい」ということを、固く信じて疑わなかつたのである。いゝかえると、國民の主權についての強烈な要求は、國民の主權こそ「正しい」という理念によ

つて基礎づけられていたのである。シエイエスが、國民は何ごとをもなすことができるといい、何ごとをもなし得る國民の主權こそ、正に「自然法」の認めるところであると論じているのは、國民主權の主張が、國民の主權は正しいという「理念」によつて裏づけられていたことを、明らかに物語っている。

それでは、國民の主權はなぜ正しいか。國民が何ごとをもなし得るような制度が正しいと考えられたのは、何故であるのか。その答えは次のごとくである。

國民が自由を獲得し、國民が主權をもてば、國民は自分たちの權利を擁護するような法を作り、自分たちの幸福を増進するような政治を行うに相違ない。それによつて、國民すべての平等な福祉が圖られる。故に、國民の主權は自然法であり、國民の思う通りの政治をするのが正しいのである。これに反して、君主が權力をほしいままにすることを許すならば、君主は自己自身とその側近との利益をいやが上にも増大させるような政治を行うであろう。貴族に強大な特權を許して置けば、貴族階級のみが幸福であり得るような制度を固執するであろう。そうして、その結果として、庶民はますます困窮の淵に陥れられて行くであろう。そのような組織は、正しくないものである。だから、主權は國民に存しなければならぬのである、と。

すなわち、この答えの根柢を成しているのは、國民の間に利益と幸福とが「平等」に行きわたつてゐるのが、正しい社會生活のあり方であるという思想である。いいかえれば、それは、「公共の福祉」をもつて正義とする理念である。國民の主權が正しいとされるのは、それが公共の福祉に合致した政治の前提であるが故に外ならない。

それでは、もしも國民自らが主權をもち、國民の思うがままの政治をやつて見て、それによつて國民の幸福を根本から破壊するような結果がもたらされたとするならば、それでもなおかつそれが正しい政治であるといひ得るであろうか。シエイエスをはじめとするフランス革命當時の國民主權主義者は、さような結果が生ずることは絶対にあり得ないと考えていたに相違ない。しかし、それは、國民の現實の意志や行動に對する過信である。もしも、國民が近視眼的であり、群衆心理に驅られて行動するならば、もしも、國民の中に隠れた煽動家があつて、國民の判断をあやまらせることに成功するならば、國民の思うがままの政治は、しばしば公共の福祉に反する結果を招き得る。それにもかかわらず、いついかなる場合にも、國民の思うがままの法を作り、國民の勝手氣のままの政治をするのが、國民の主權であるというのは、恣意をもつて正義をふみにじることを許す所以であるといわざるを得ない。これに反して、國民の現實の意志がどうあつても、それは常に正義と公共の福祉との示す線にしたがうように規律されなければならないと見るならば、國民の主權は、法の上にある絶対・無條件の實力ではなくて、逆に法の理念によつて制約されていると認めることになるであろう。

この點をはつきりと示しているのが、ルウソオの説く國民の總意の思想である。ルウソオは、シエイエスの先驅者であり、もとより徹底した國民主權主義者である。したがつて、かれは、いかなる政治形態を採用する場合にも、國民の意志をもつて法となし、その法によつて政治を行わなければならないと論じた。しかし、法たるべき國民の意志は、決して單なる個々の國民の意志の總計や多數ではない。例えば、國民の精神が墮落して奴隸根性となり、權力者に徒らに迎合しようとしているような場合には、國民の間に容易に全員一致の意志がでさる。けれども、そのようにしてできた全員一致の意志——「總計意志」(volonté de tous)——は、決して國民全體の幸福とは合致しない。したがつて、それは決して正しくない。故に、法たる國民の「總意」(volonté générale)と、國民の總計意志とは、あくまでも區別して考えられなければならない。國民の總意は、常に「公共の福祉」(bien commun)と合致する。故に、國民の總意は「常に正しい」。主權を有する國民の意志は、かくのごとくに常に正しいところの國民の總意でなければならぬ。

かく説くことによつて、ルウソオは、主權的な國民の意志をば、法の理念にまで高めているのである。常に正しい國民の總意とは、もはや現實の意志ではあり得ない。なぜならば、現實の意志は、君主の意志であろうと、獨裁者の意志であろうと、少數の意志であろうと、多數の意志であろうと、あるいはまた國民全員の一致した意志であろうと、かならずあやまりがあり得るし、したがつて、常に正しいとはいへないからである。常に正しいということは、一つの理念である。故に、常に正しい國民の總意は、實は法の理念なのである。法を作る最後の淵源としての主權は、現實の實力意志ではなくて、いかなる實力といえどもそれにはしたがわなければならないところの「正しさ」なのである。そうになると、その「常に正しい」主權意志を、現實にいかなる方法でとらえるかが大きな問題として残されることになるが、主權の本質が、法を思うがままに動かし得る「實力」ではなくて、常に正しかるべき立法意志の理念であることは、ルウソオによつて最も明確に示されているといつてよい。かくて、われわれは、主權の本質を検討することによつて、法を作り、法を支える最後のものが、決して單なる實力ではなくて、むしろ法の理念であることをつきとめ得た。これは、法と實力との關係を考察した場合に到達したのと、全く同じ結論である。しからは、法の理念はいかなるものであるか。法の理念はいかにして實現され得るか。われわれの論述の焦點も、法の本質ならびに法の效力の問題から離れて、順次それらの新しい問題の上に移されて行かなければならぬ。

(1) Emmanuel Sieyès (1748—1836) : *Qu'est-ce que le tiers état ?* 1789, éd. par E. Champion, 1888, pp. 65—68.

(11) Rousseau : *Du contrat social*, livre II, chapitre, 1, 3.

第三章 法の理念

一 正義の形式と内容

法は正しかるべきものである。正しくない法は、法たるに値しない。したがつて、およそいかなる法といえども、自ら不正の法であることを承認するものはない。客觀的に見れば、世に正しくない法はすくなくないであろう。しかし、客觀的には正しくない法も、自己自身は正しいことを標榜するところに、法の法たる所以がある。故に、正しいということ、すなわち「正義」は、法が法たる以上、かならずかけざるを得ない理念であり、かならず準據せざるを得ない價值である。したがつて、古來の法哲學者は、法の理念をば正義に求め、正義とは何であるかを明らかにしようと力めた。

正義とは何であるかを問題とするにあたつて、一應區別して置く必要があるのは、正義の形式と正義の内容とである。ここに正義の形式というのは、その内容の如何は別問題として、正義と呼ばれるものが外形上備えていなければならないところの性格である。それは、あたかも、法が強制を本質的な契機とするものであり、直接または間接に強制との結びつきをもたない規範は、法とは認められ得

ないのと同様であり、かつ、そのことの理念の面での平行現象に外ならない。

形式の面から見た正義の特色は、力を背景としてその要求を貫くものであるという點にある。むかし、ピュタゴラス學派の哲學者は、正義の客觀的基礎の問題を論じ、數理哲學の立場をこの問題に適用して、正義の本體をば自乗數の基本形態としての「四」と見なした。四は圖形としては正方形をもつてあらわされ、その形のごとくに均分・平等・衡平の意味をもつ。いま、これにならつて正方形を正義の象徴と見るとき、われわれはそこから更に一つの寓意を汲み取ることができるであろう。すなわち、正義が正方形であるというのは、正義は角のある形象であつて、角のない圓とは異なることを意味するのである。正義を角のある正方形とすれば、角のない圓は道德上の善を象徴する。圓は圓轉滑脱であつて、他の物體と衝突することがすくないが、正方形は、四方に直角の尖端をむけ、それによつて、他の物體に對して對峙・拮抗の體勢を示している。善の立場は、自らを屈しても他と調和しようとするが、正義は、他を排撃しても自己の主張の貫徹を期する。善は力の行使を否定するのに對して、正義は力によつて自らを實現する。法が強制權力と必然的に結合するがごとくに、正義もまたかならず力を背景とし、力を手段として行われる。力のない正義は、曳かれ者の小歌を口ずさみ得るにすぎない。

正義が力の行使を必須の手段とするのに對して、力の行使を否定する純粹の道德は、力以上の力を

絶對の人間愛に求め、人が人に加える報復および刑罰に代えるに、神の叡智による最後の審判の信仰をもつてしようとする。キリストの教えは、この態度を最も徹底して示している。

「『目には目を、齒には齒を』と云えることあるを汝ら聞けり。されど我は汝らに告ぐ、惡しき者に抵抗うな。人もし汝の右の頬をうたば、左をも向けよ。なんじを訟えて下衣を取らんとする者には、上衣をも取らせよ。」「なんじの隣を愛し、なんじの仇を憎むべし」といえることあるを汝らさけり。されど我は汝らに告ぐ、汝らの仇を愛し、汝らを責むる者のために祈れ。これ天にいます汝らの父の子とならんためなり。」

キリストは、かくて、いかなる理由づけによるにせよ、およそ力を行使することを否定した。力の否定は、正義の善への絶對の還元であり、道德と對立する法の否定である。法の否定は、更に地上の裁判の否定となつてあらわれる。故に、キリストは、「なんじら人を審くな、審かれざらんためなり」と説いた。しかし、これは、おのが目に梁木あるものによる審きの否定であつて、もとより神の審きの否定ではない。審き得る者はひとり神であり、神の子イエス・キリストあるのみである。「我は誰をも審かず。されど我もし審かば、我が審判は眞なり。我は一人ならず、我と我をつかわし給いし者と偕なるによる。」故に、いやしくも自らその罪を知る者は、法に訴えず、力に頼らず、絶對愛・絶對道德の境地を守つて、ただ神の審きを待て、と教えるのである。

かくのごとき純粹道德の世界が實現されるならば、人の定める法や、劍に守られた正義は、すべてその存在の意義を失うであろう。しかし、神の教えにもかかわらず人が人と争ひ、人類愛の理想を蹂躪して國と國とが戦ひ、争う者、戦う者の是非曲直が審判されなければならない現實界は、道德に對する法の發達をうながし、善とは異なる正義の規準の確立を要求する。そうして、正義が善と區別されるかぎり、その特質は力による自己貫徹性に求められなければならないのである。法は強制の契機によつて道德から識別され得た。それと同じく、正義の理念もまた、強制權力を背景として正邪曲直を審くところの裁判の概念と結びつく。正義は審きによつて實現される。殺人・傷害の犯人を罰し、不法に他人の下衣を賣却した者には、損害賠償の義務を強制的に履行せしめるのが、正義である。劍をふるつて行方を拒む者を斬るところに、正義の正義たる眞面目がある。

正義はかような實力による自己貫徹性を特色とするが、それは、正義の形式上の特色であつて、正義の内容を示すものではない。もしも内容の如何を問わないで、實力による自己貫徹性のみによつて正義のすべてが決定されるとするならば、自己の利益のためにする強者の實力行使も、また正義であるといわなければならない。その結論は、「實力は正義である」というソフィスト的見解に歸著する。ソフィストの正義觀は、主觀主義といわれるが、實力的自己貫徹性を正義の本質とするのは、決して主觀主義ではない。實力的自己貫徹性は、實に正義の客觀的性格なのである。ソフィストの見解が主

觀主義となるのは、實力によつて貫徹される正義の内容は、實力をもつ者の利益以外の何ものでもない。見たがために外ならない。それは、正義に對する虛無主義であり、正義の客觀性の否定である。故に、正義の客觀性を立證し得るためには、正義の形式的徴標を捉えただけでなく、この正義の形式に、普遍的に認證され得るような實質を盛る必要がある。正義の客觀的内容を示すことができなければ、正義として残るものは、實力的自己貫徹性の形式のみとなり、實力即正義の立場が承認されざるを得ない。それでは、實力的自己貫徹性の形式に盛らるべき正義の内容は、何か。

正義は、その形式的徴標においては、道德上の善と全く趣を異にするものであつた。しかし、その形式をしばらく置いて、正義の内容が問題となつて來ると、正義はふたたび道德上の善に著しく接近する。否、道德上の善の要求がその純粹の實力否定の態度を離れ、實力的自己貫徹性の形式の中に取り入れられるとき、道德の理念はすなわち法の理念と化し、道德上の善が法的正義となるのである。善と正義とは、この意味で、形式を異にしつつ、内容を一にする。内容の點から見れば、正義は倫理的な價值である。したがつて、古來、正義の問題を取りあつた多くの學者は、正義を道德の一種として、あるいは、むしろこれを最高の徳として論じた。プラトンが徳をばまず叡智・勇氣・節度の三種にわかち、更にこれらの三原徳調和の状態を正義と名づけ、正義をもつて最高の徳となしたごときは、その最も著しい場合である。しかも、プラトンが力説した通り、また、アリストテレスが洞察

した通り、正義は單一人の徳ではなく、社會生活の徳であり、國家によつて配慮せらるべき政治の最高の目標である。もしも正義の實現のために國家を必要とせず、政治上の權力も無用であるならば、その正義は、もはや正義ではなくて、道德上の善以外の何ものでもない。それだけで充分であり、それ以外のものは不要であるといふのは、無政府主義の立場である。しかし、人間性の現實は、よき共同生活の實現のために國家を必要とし、權力を要求する。それによつて、道德上の善が正義に轉化する。それと同時に、正義を目ざすことによつて國家の價值が倫理的に肯定され、政治上の權力が恣意の行使から區別される。かくて、徳が力と結びついて正義となり、正義が法の理念として國家の實力行使の正しい目標を定めるのである。

この、正義と善または徳との間の不即不離の關係は、法と道德との間に存する緊密な相互牽聯の關係と照應する。前に論じた通り、法は、一面では強制の契機によつて道德から區別されると同時に、他面ではまた道德と密接に結合し、道德規範をば法規範の内容として取り入れ、強制の外廓の中に道德の生命を脈動せしめている。組織規範を別にしていうならば、法は本來の二重規範であり、強制規範によつて法の法たる特質を發揮しつつ、社會規範を通じてひろく道德の世界と相連なるのである。正義と善との關係もまたこれと同じく、正義の形式たる實力的自己貫徹性に著目すれば、それは道德上の善と明らかに對立する實踐的態度であるが、實力的自己貫徹性の形式の中に盛られる正義の内容

は、それ自身道德の理念と共通し、道義の精神が正義の生命としてその中を貫流している。純粹の社會規範の目標が善であるとすれば、強制規範の保障の下に實現さるべきものと定められた社會規範の目的は、すなわち正義である。善そのものが正義なのではないが、不善の正義は正義ではない。理想社會の純粹道德を度外視して、現實社會の目標を分析するならば、善と正義とは、統一された複合實踐理念の兩側面であるといひ得る。

(一) マタイ傳福音書、第五章。

(二) マタイ傳福音書、第七章。

(三) ヨハネ傳福音書、第八章。

二 法内在的正義と法超越的正義

いままでのところでは、正義の形式と内容を區別して考察し、内容から見た正義は道德上の善と異なるものではないが、その内容が實力的自己貫徹性の形式と結びつくことによつて、道德的善は法的正義となり、法的正義となることによつて、道德的善とは違つた性格を有するにいたるものであることを明らかにした。しかし、その場合、正義の内容がいかなる人間關係であり、いかなる社會生活

のあり方であるかについては、まだ一言も觸れるところがなかつた。しかも、問題は正にそこにあるのであるが、その點に立ち入るに先立つて、もう一つ別の角度から、正義の二種別を論じて置く必要がある。

法は、社會規範と強制規範との複合規範であり、社會規範を通じて、道德や政治の内容が法の中に流れ込んでいる。そうして、これらの道德や政治の内容が、強制規範の外廓によつて鑿われた法秩序を、「正しい秩序」として意味づけているのである。したがつて、實定法の中には、かならずそれを正しいとする道德や政治の理念が内在している。後の時代からは狂暴な壓政の手段として斷罪されなければならぬような法組織も、その時代においては、あるいは傳統の道德により、あるいは君主の神性の信仰によつて、正當な根據をもつものと考えられていたのである。歴史上、或る實定法が法として確立されるにいたるまでには、常にそれ相當の大きな社會的必然性が働いていたものと見なければならぬ。その必然性の中には、唯物史觀のいうように、社會經濟上の地盤が決定的な要素として含まれていると同時に、その實定法を正しい制度として價值づけるための道德や政治の理念が、さわめて重要な役割りを演じていることも、疑いを容れない。その意味で、すべての實定法には、かならず何らかの正義が内在している。これを名づけて、「法内在的正義」ということができよう。

しかしながら、實定法に内在し、實定法の正當性を根據づけているところの、この正義は、社會お

よび歴史の制約を受けているために、もとより永遠性・普遍妥當性をもつものではあり得ない。或る時代に人を感奮・興起せしめた正義の理念も、社會情勢の變化とともにやがて歴史の過去に取り残され、新しい時代の指導理念がこれと對立するにいたるのである。また、或る社會では疑う餘地もなく正しいとされることも、他の社會あるいは他の民族から見れば、さわめて不當・不合理な制度として非難されることもあり得る。ここに、法に内在する正義に對して、更にその正當性の如何を判断する別の正義の立場が成立する。法内在的正義も評價の規準であるが、この評價の規準が重ねて評價の對象となり、正邪・當不當の別にしたがつて、あるいは是認され、あるいは排斥される。それは、實定法を超越するところの正義の理念、すなわち、「法超越的正義」に外ならない。

法内在的正義も法超越的正義も、ともに正義である點に變りはない。けれども、法内在的正義は實定法の組織の中に織り込まれた正義であり、それ故に、あくまでも法的な正義である。その實質は道德の内容と相通するにせよ、實定法に内在する正義は、強制秩序の隅々にまで浸潤して、法的意義づけを受け、純粹の法の理念と化している。實定法秩序の現實機構に屬するあらゆる強制規範が、この正義の實現にむかつて作用しつつあると同時に、ひとたびこの正義を侵害する行爲をなす者があるとせば、國家の強制權力はただちにこれに對する反作用をいとなく、その奉仕する實踐的理念の擁護に力める。これに反して、法超越的正義は、原則として組織化された強制秩序との結びつきをもたず、

強制權力の支持を缺くために、同じ正義であつても、著しく道德の色彩が強い。それは、實定法に對して批評的であり、極端にまですすめば、實定法を否定する理念ともなり得る。故に、法超越的正義に則る行動は、しばしば法内在的正義の立場から警戒され、往々にして實定法上の犯罪を構成し、さわめて重酷な刑罰の對象ともなる。いわゆる「確信犯」(Uebersetzungsverbrechen)の場合が、それである。かくて、法内在的正義と法超越的正義との間に悲劇的な對立が生ずるのであるが、これをもつてただちに法と道德との對立と見るのは、かならずしも正當でない。法超越的正義は法内在的正義に比して明らかに道德的色彩の濃厚な理念であるが、それは正義として、すでに何らかの——よしんばいまだ全く組織化されていないにしても——社會的實力によつて支持され、そのかぎりにおいて實力的自己貫徹性の形式を具備している。それ故にこそ實定法は、法超越的正義の興隆を危険視し、必要に応じてこれが彈壓のためにあらゆる手段をつくすのである。純粹の道德は、たとい法を根本から否定するものであつても、實定法にとつては無害な觀念の浮遊態にすぎないことが多い。

法内在的正義の見地から眺めれば、實定法そのものがあくまでも正當なのであるから、そこでは、實定法の嚴正・的確な運用が絶対に必要とされる。技術的に高度の發達を遂げた法組織の下にあつては、實定法の嚴正・的確な運用のために、まず成文法の體系が完備され、つづいて、完備した成文法の寸分あやまることのない解釋と適用とが要求される。成文法萬能の思想および概念法學の極端な形

式主義は、法内在的正義の過信に淵源するのである。成文法は、固定した法内在的正義の表現形式である。成文法に内在する正義を固く信ずる立場からいえば、成文法を瑣末な個別的事情によつて動かすことは、固く戒められなければならない。また、かかる信念がゆらがないかぎり、感情的もしくは感傷的な主観道德の立場から實定法に對してむけられる「惡法」の批評に耳を傾ける必要もない。實定法の内容に信賴し、實定法を超える價値の尺度を否定する態度から見れば、「法的安定性」(Rechtssicherheit)こそ法生活の最大の要請である。法的安定性を重んずるかぎり、惡法も法として冷厳な適用を受け、秩序維持のためにする強制効果の確な實現が何よりも重要視される。實定法の正當性を絶對の前提とすれば、正義は確乎不動の「秩序それ自體」以外の何ものでもあり得ない。

これに反して、法超越的正義は實定法の立場そのものを修正または否定しようとするから、法が固定不動の堅確性を示せば示すほど、法の適用が嚴正・的確であればあるほど、その法の作用を正當性の要求にそむくものとし、動くまいとする法を極力動かして行くことに努める。法超越的正義の見地よりすれば、實定法上の規定はしばしば惡法である。しかも、惡法はあるべからざる法、適用されることを許さない法である。惡法の確實性は、社會の正常な發達を阻止する最も忌むべき障壁である。法が動くところにこそ、正義の實現が期待される。それにもかかわらず、實定法が頑迷にその牙城を守つて動くまいとするときは、法超越的正義に據る者は、最後には、過激な實力の行使によつて實定

法秩序を破砕し、革命の手段に訴えて新法秩序を建設しようとする。かくて、實定法上は最大の不法とされる法の破砕が、法超越的正義の立場からは天命に適つた英雄的行爲として讚美されるにいたるのである。かかる極端な場合は別としても、法超越的正義の理念は、常に何らかの形で實定法の中に浸潤し、堅確な法の組織を柔軟化し、成文法上の概念を變容し、法規の新たな解釋を可能ならしめつつある。第十九世紀の個人主義的法體系が、新たな社會事情の必要と新興世界觀の影響とのために、一々に成文法改正の手つづきを経ることなしに、その實質を大いに變化せしめてきたことは、多くの學者の説く通りである。概念法學に對する自由法論の主張も、要するに、法内在的正義の獨斷の微睡にむけられた、法超越的正義の覺醒運動と解されよう。

しかも、法超越的正義といえども、それがひとたび確實な勝利を占めて、實定法の急激または緩徐な變革に成功した暁には、それ自らまた、かくして變革された實定法に内在することとなり、いつしか法内在的正義に轉化する。そうして、ここに成立した新たな法内在的正義に對しては、やがて、更に新たな社會の實情に應ずる新たな法超越的正義が崛起し、兩者の間にくりかえされる交替・轉變の過程の中に、歴史の辯證法的發展が進行する。現に、第十九世紀のヨオロッパ大陸諸國に複雑・精緻な成文法組織を發達せしめ、自らこの成文法體系の中に内在することによつて、法的確實性の要求に最も徹底した表現を與えたところの近世個人主義の理念は、第十八世紀の末葉にいたるまでは、在來

の専制主義の國家機構に對抗する新興世界觀として、さわめて華々しい法超越的正義の役割りを演じていたのである。しかるに、この個人主義・自由主義の理念が、法超越的正義の立場から法内在的正義の立場に轉化して以來、經濟上の平等を一舉にして實現しようとする社會主義や共產主義が、新たな法超越的理念としてこれと對立し、個人主義・自由主義の法體系に對して執拗な攻撃を加えはじめた。その上に、更に第二十世紀になつてからは、矯激な全體主義の政治理念が勃興して、同じくこの既存の法體系を別の角度から排撃し、二三の國々ではついに法の根本からの變革に成功して、獨裁主義の政治形態を樹立するにいたつた。そうして、一たび法の變革に成功した全體主義の政治動向は、自己の立場を確乎不動のものとするために、武力と秘密警察とに護られた強制秩序の鎧を著ることを忘れなかつたのである。この傾向は、第二次世界戦争の武力抗争の結果として完全に敗退するにいたつたけれども、個人主義・自由主義の延長・發展である資本主義の法體系に對する共產主義の立場からの攻撃は、依然として繼續されつつある。かくて、法内在的正義と法超越的正義との抗争は、絶えず新たな様相の下にくりかえされつつあるのである。

法内在的正義と法超越的正義とは、このように、互に交替して法の價值尺度としての役割りを演じて來た。したがつて、或る時代における或る實定法に内在する正義といえども、かつては法超越的正義であつたのであり、今日の法超越的正義といえども、將來は何らかの形で實定法内在的な正義とな

る可能性をもっている。その意味では、兩者の對立は相對的なものであり、常に歴史的の制約の下に置かれていたのである。それ故に、法超越的正義のみが絶対・永遠の理念であると考え、これに「自然法」という名を與えて、それと實定法とを固定した對立の關係に置いてしまふことは、歴史の感覺に缺けた態度であるといわなければならぬ。確かに、古來多くの人々が自然法と名づけたものは、その當時における法超越的正義であつた。しかし、その自然法も、やがて實定法を動かす力となり、實定法に内在する正義を押しつけて、それに代つて實定法を指導するようになった場合には、それ自身すでに實定法に轉化しているのである。故に、實定法が歴史的であるならば、自然法も歴史的である。いいかえれば、實定法と永遠に對立するのみで、實定法の上に働きかける力をもた得ない自然法の存在は、否定されなければならないし、それを單に言葉の上で肯定することは、法哲學上無意味であるといわなければならない。

ただ、用語の問題としては、これら二つの正義をともに正義と呼ぶことは、いささかまぎらわしいし、單に兩者を正義とのみ名づけていたのでは、兩者の間の矛盾の關係をはつきり理解することを妨げる場合がないとはいえない。その意味では、單に「正義」といつた場合には、實定法そのものの正しさを批判すべき價值尺度を指すものと見るのが適當であらう。これに對して、實定法に内在する正義を重んじ、したがつて、實定法の規定をそのまま嚴格に適用することを正しいとする理念は、むしろ

る、「秩序」と呼ばるべきであろう。法超越的正義といえども、新たな秩序を實現しようとする理念としては、秩序の原理である。しかし、その要求が激しくあらわれた場合には、それは、秩序を破壊する革命の原理ともなる。逆に、法内在的正義は、恣意によつて法を曲げることを不正とし、法律を忠實に適用する裁判官の態度を正しいとする點では、確かに正義の原理である。けれども、實定法の正しさを外から批判することを嫌つて、ひたすらに既存の法秩序の安定を求める點では、それは、際立つて秩序の原理である。そのかぎりにおいては、法超越的正義と法内在的正義との對立は、正義と秩序との對立に外ならないということが出来るであろう。

三 人間平等の福祉

さて、しからば、人類が永い歴史を通じて、法によつてその實現を求めて來たところの正義とは、そもそも何であるか。これは、具體的に考えれば、無限に複雑な、したがつて、かぎりなく困難な問題である。しかし、抽象的にいうならば、正義は何かという問いに對しては、すでに二千數百年の昔から、まぎれない一つの答えが與えられていたということが出来る。それは、「正義は人間の平等である」という答えに外ならない。

人間の平等を正しいとする思想、いいかえれば、不公平・不平等に義憤を覺えるという感情は、古今東西を問わず人間の本性に共通のものであつて、この抽象的な原理に關するかぎりにおいては、人間平等の正義こそ自然法の大原則であるといえぬことはない。東洋では、孔子がこの思想を表現して、「國を有ち家を有つ者は、寡さを憂えずして均しからざるを患う」といつた。朱子の註には、「寡は民のすくなきをいう」とあるが、「家を有つ者」が民のすくなきを憂えるというのは、筋が通らない。したがつて、この言葉は、財産や物資のすくないことを意味するものと見てよいであろう。これに對して、「均はおのおのその分を得るをいう」というのであるから、正に「各人にかれのものを」の原則と全く同じ意味である。下つて、唐代の女論語は、夫に對する妻の心構えとして「同甘同苦」たるべきことを教えた。これを一般の社會生活に推しおよぼすならば、甘さを同じうし、苦しみを共にすることこそ、正しい人間關係のあり方であるということが出来るであろう。

西洋で、人間平等の正義の理念にまず客觀的な表現を與えたのは、ピュタゴラス學派である。さきには、ピュタゴラスの正義の正方形から正義のもつ實力的自己貫徹性を類推したけれども、これは、ピュタゴラス學派の正義の象徴から汲み取られた寓意であつて、それがもともとそのような意味をもつていたかどうかには關係がない。ピュタゴラス學派の正義論の原意からいえば、正方形は均分・公平であり、まさしく平等の象徴に外ならないのである。この均分性は、一方からいえば、私法上の等

價交換の原則を表示する。商品とその代價とは等しかるべく、給付と反對給付とは釣り合いの取れたものでなければならぬのである。他方から見れば、正方形にあらわされた均等の原理は、「目には目を」の對等報復と通じ、刑法上の犯罪と刑罰とのバランスを意味する。しかも、給付と反對給付、損害とその賠償、犯罪とこれに對する刑罰が釣り合わなければならぬという原則は、人によつて差別のあるべき事柄ではない。その意味では、正方形の均分性は、同時にすべての人間を對等に取りあつかうという平等の正義を、すでにその中に含んでいるといつてよいであろう。

このような人間平等の正義思想に、最も深い意味と、最も周到な解釋とを加えたのは、いうまでもなくアリストテレスである。アリストテレスの正義の分類からいえば、ピュタゴラスの正義の正方形によつて象徴されているような給付と反對給付、損害と賠償、犯罪と刑罰のバランスは、「平均的正義」にあたる。それは、すべての人間を全くの等價を有する個人として取りあつかひ、その間の差別を排除することを要求しているのである。人間の共同生活においてそのような頭割りの平等の重んぜらるべきであることは、いうまでもない。しかし、それは正義の一面であつて、全面ではない。他面からいうならば、人間の間には人格・才能・經驗・勤惰、等において大きな差等がある。そうして、人格が高く、優れた才能と深い經驗とを有し、精勵事にあたる人物は、社會全體の福祉の増進に大きな寄與をするのに反して、無爲・無能・怠惰であつて、人格も低劣である人間は、社會に迷惑を及ぼ

し、他人を不幸に陥れることが稀でない。それを對等に取りあつかうことは、明らかに正義の要求に反する。そこで、アリストテレスは、平均的正義とならんで「配分的正義」の理念をかかげ、團體生活における各人の價値に應じて、精神的な名譽と物質的な利益とを配分することが、正義の缺くべからざる要請であるとなした。^(三) キテロやウルピアヌスが、正義を定義して「各人にかれのものを與えること」であるとし、^(四) ラアドブルッフが、「等しいものを等しく、等しくないものは等しくないように取りあつかうのが、正義である」と説いているのは、^(五) すべてアリストテレスの正義論の要約であり、あるいはその布疋に外ならない。

正義は平等である。それは、人間をひとしく人間として取りあつかうことであり、しかも、人間の價値に應じて、適正な配分を行うことである。それが人間共同生活の正しいあり方であるという點では、法の理念は道德の理念と一致する。なぜならば、道德もまた人間の間柄の眞實にかなつた共同生活の實現をめざすものであり、各人がその分に應じた位置にあつて共同の福祉に寄與することこそ、人倫のあるべき姿に外ならないからである。ただ、法の理念としての正義が道德の理念と異なるところは、内容は共通のこの正しい人間の關係を擁護するために、強制の手段を用い、これを破壊するよきな行動があれば、實力に訴えてもこれを排除しようとする點にある。前に述べたように、内容においては道德と一致するところの理念が、實力的自己貫徹性の形式を以て自己を鎧うとき、それが法的

の正義となるのである。

正義とは、かようなものである。そうして、かようなものとしての正義は、時により處によつて異なるべきはずはないのである。それにもかかわらず、正義が、或る時代の實定法に内在して、既存の配分關係を秩序づけているのに對して、更に、これを批判し、これを排撃する法超越的正義があらわれ、両者が互に交替しつつ、矛盾・對立・抗争をくりかえさなければならぬのは、何によるか。何故に單一の正義がいくつにも分裂し、一方が自己の立場の正しさを固執するのに對して、他方は、あたかもその「正しさ」と稱するものこそ不正の極であるとして非難するようなことになるのか。何故に、人間平等の正義そのものは、時と處とによつて左右されることのない普遍の理念であるにもかかわらず、それが具体的な人間共同生活の目標としてかけられた場合には、法内在的正義にせよ、法超越的正義にせよ、かならず歴史的な制約を受け、人間の立場をば妥協しがたい陣營にわかれへだてることにならざるを得ないのか。

それには、いくつかの根本の理由がある。

正義、特に配分的正義は、人間を人格とか才能とか識見とかによつて色々に価値づけ、各人の価値に應じてそれぞれにふさわしい社會的地位や精神的名譽や物質的報酬を配分することを正しいとするのであるが、その場合に人間を価値づけるところの尺度は、世界觀によつて異なるし、時代によつて

變化する。例えば、神を絶対に尊崇する信仰が人間の理性を盲目にしていた時代には、君主は神の子孫であり、君權は神から授けられたものであるという理由で、いかに暗愚の君主であつても、その人格が信ぜられ、君位の榮光と豪華とが當然のこととされた。君主が絶対に尊嚴であるということになれば、君主の側近にある貴族たちが桁はずれの高い身分と特權とを有していても、人はこれを怪しまなかつた。あるいはまた、國家全體とか民族全體とかいうものを絶対の價值尺度とする世界觀に立てば、國家に功勞のあつた政治家や武將が最高の榮譽を受けることになるし、民族全體の意志を代辯する獨裁者が不可侵の權威をもつて民衆にのぞむことになる。これに反して、個人こそおしなべて不可還元的の價值の擔い手であるという世界觀に立脚するならば、神とか國家とか民族とかいうような超絶者の權威を借りて、人間の間で動かし得ぬ價值の階層を定める配分秩序は、不合理さわるものとして排斥されるであろう。更にすすんで、科學や藝術のような文化價值の建設に社會生活の窮極の目的を求めらば、そのような文化業績への寄與を尺度として人間の値打ちを定めるのが至當であるという見方も成り立つであろう。ラアドブルッフは、その意味で、法哲學上の目的觀を個人主義・超個人主義・文化業績主義の三つの型にわけ、その間の矛盾によつて正義の内容が相對的に分岐・對立せざるを得ないことを明らかにした。

しかも、同じく個人主義の世界觀に立脚するとしても、すべての個人の間で公正な配分をいかにし

て實現するかという方法について、相異なる見解の間の深刻な對立が生ずる。個人主義は、すべての個人が自由にその能力を伸ばし、自らの努力によつて自らの幸福を築き上げて行くことを保障しようとする。それは、すべての個人に平等の機會を與え、與えられた平等の條件を基礎にして、自己の生活を思う通りに經營する自由を認める。かくて、個人主義は必然的に自由主義と結びつく。しかるに、自由主義は、人々の間の自由競争を生む。法は、自由競争の出発點たる諸條件の平等を保障すると同時に、その同じ條件の下でいとなまれる自由競争については、できるだけ干渉を加えないという建前を取る。その結果として生ずる優勝劣敗は、各人の才能・手腕・勤惰によるところの當然の配分として是認されるのである。しかし、實際には、このような自由競争は、法によつて保護された私所有權を「資本」として、生産に従事する者の立場を、際立つて有利ならしめることとなつた。しかも資本は、それが大きければ大きいほど、經濟上の自由競争において壓倒的な威力を發揮するにいたつた。かくて、資本の一方的な集中が加速度に行われて、大資本は獨占資本にまで發展すると同時に、それとの競争に堪えられない中小資本家は無産階級に顛落し、人間の才能や勤惰とはほとんど全く關係のない、貧富のはなはだしい懸隔が生じて來た。かくのごとき不公正な配分關係を是正するためには、經濟上の自由主義を強力な統制の下に置く必要がある。特に、生ぬるい手段では獨占資本主義の弊害はとうてい取りのぞき得ないと考える立場は、生産財貨の私有を禁ずる社會主義の主張に到達す

る。これに對して、自由競争の長所を生かし、利潤追求の意欲を利用して生産の向上を圖る必要があると信ずる人々は、資本主義の制度の急激な變革に反對する。かくて、資本主義と社會主義との間に險しい對立が生ずることを免れない。

これらの對立は、一方では、世界觀的な立場の相違によつて生ずるのであるが、他方では、人間の間の正しい配分を實現するための方法についての意見の分裂に起因するのである。しかし、方法の問題をしばらく度外視して考えるならば、正しい人間共同生活のあり方について、萬人の一致して認める目標をかかげることは、決して難事ではない。それは何か。それは、すべての人間の間に精神のおよび物質的な福祉があまねく行きわたることである。

正義は平等である。しかし、いかに平等であつても、すべての人間がひとしく貧困の状態に沈淪し、明日のパンに飢える運命を平等にしたところで、それが正しい社會生活であるといふことはできない。人間の目的は幸福である。人間が精神の喜びを悦びとし、文化の價値を心の糧とする者である以上、人間の求めるものは精神的な幸福でなければならぬ。しかも、いかなる精神の喜びといえども、快適な物質的生活條件が備わらないでは、單なる口頭禪に終るであらう。故に、人生の目標は、アリストテレスのいうがごとくに、物心兩様の意味での人間性の完足・充實であり、エウダイモニアの實現でなければならぬ。人間の社會生活の目標は、そのようなエウダイモニアが、すべての人間に

あまねく行きわたつた状態でなければならぬ。イギリスの實利主義の哲學は、この状態をば、「最大多數の最大幸福」という言葉で簡明に表現した。フイヒテは、誰しもが安んじて勤勞に従事し、それによつて衣食住に憂いのない生計を立て、その上に更に仰いで文化の蒼空を眺める餘裕をもつことが、人間の人間らしい生活であると説いた。マルクスは、共產主義の最終段階の理想として、「各人がその能力に應じて働き、各人がその欲求に應じて享有する」という社會状態を描いた。そこへいたる道程を含めての社會正義のあり方については、氷炭相容れ得ぬ立場の對立はあつても、その彼方に描かれた社會正義の指標はただ一つ、「人間平等の福祉」に歸著する。法の窮極の理念はそれであり、それ以外の何ものでもない。

- (一) 朱熹集註・論語、季氏第十六。
- (二) 女論語・事夫妻第七。
- (三) Aristoteles : Nikomachische Ethik. Philosophische Bibliothek, 1933, S. 96 ff.
- (四) Cicero : De officiis, I, 4, 14; I, 5, 14. Ulpianus (170—228) : Digesta, liber primus, I, 10.
- (五) Radbruch : Rechtsphilosophie, S. 30 ff., S. 50, S. 70.
- (六) Bentham : Deontology, or the Science of Morality, 1834, II, 17.
- (七) Fichte : Der geschlossene Handelsstaat. Sämmtliche Werke. 3. Bd, S. 402 f.
- (八) Marx : Zur Kritik des sozialdemokratischen Parteiprogramms. Die neue Zeit. IX, 1, S. 567.

四 個人主義と團體主義

人間平等の福祉をば社會生活の正しい目標と見るのは、根本の立場において「個人主義」の正義觀である。なぜならば、それは、個人以外に福祉を享有する「主體」があることを認めないからである。けれども、個人の幸福を社會生活の窮極の目標とする立場といえども、そのための手段として、個人の生命・財産を保全し、個人相互の争いを裁決する超個人的な權威が存在する必要を否定してしまふことはできない。かくのごとき超個人的な權威は、國家である。個人主義の立場からいえば、國家はもとより個人の利益のための「手段」でなければならぬ。しかし、地球上に數多くの國家がならび存している實情においては、手段たる國家が衰亡すれば、國民の個人個人の生活も沈淪の運命を免れない。そこで、個人の福祉を向上させるためには、まずもつて國家の繁榮を圖る必要があるという主張が起つて來る。特に、國際間の競争が激しい場合には、何ごとを措いても國家の衰運を防ぎ、民族全體の興隆を實現しなければならぬということが力説され、いさおいの窮まるところ、個人の利益を犠牲にしても國家公共のために奉仕すべきであるという世界觀が打ち立てられる。それが「團體主義」である。法の理念を検討するにあつては、個人主義と團體主義との間のこの對立にも考察の

焦點をむけなければならぬ。

個人主義は、近代的な人間の自覺を基礎として發達した。したがつて、近代的な個人の自覺に到達しない社會では、原則として、團體主義の方が個人主義よりも優勢である。殊に、古代・未開の社會にあつては、ひとり團體主義のみが生活の原理となつていた。なぜならば、未開人は個人意識が稀薄であり、個人は全體の背後に埋没し、むしろ、團體が實在する生活主體として活動していたからである。未開人の心理について民俗學者や心理學者の説くところによれば、かれらの自我觀念は個人の限界を越えて、社會全體の上に擴大されていた。したがつて、いわゆる「我等意識」(Wirbewusstsein)が個人意識に對して優越し、人は團體の宗教を信じ、團體の慣習を守り、團體の繁榮をそのままに自我の繁榮として祝福した。ここでは、自由・獨立に行動するものは團體であり、團體内部での個人の自由は問題とされる餘地がなかつた。財産の形態から見ても、私所有權はいまだ發達せず、團體の總有が所有の主要形態として行われた。かかる社會では、團體構成員の團體のためにする奉仕はさわめて自然に行われ、今日から見て重大な犠牲と考えられる行爲も、唯々諾々として實行され得た。それと同時に、團體構成員の或る者が他の團體の所屬員によつて殺傷されるようなことがあれば、人々はこれを直接に自我の上に加えられた打撃と感し、加害者に對する報復に力めた。未開社會にひろく見られる復讐は、もともとは、自我に親近關係のある他、我の蒙つた生命・財産の損傷に報いることではな

く、自我そのものの毀傷に對する應報を意味したのである。この種の團體構成の典型的なものは、例えばトオテム氏族において見出される。

部分に對する全體の絶對的優越性を特色とするこのような團體構成を、特に未開社會に限定しないで、文化民族にもあてはめ得るような形に一般化すると、ヘーゲルのいう「家族」となり、テンニエスの説いた「共同社會」となる。テンニエスの「共同社會と利益社會」の理論によれば、人間の形成する社會的全體は、或る時には多様な個人に先立つて存在し、個人をば、もともと非獨立的な部分として規定する。これに反して、他の場合には、最初から獨立自存する多數の個人が、或る定まつた目的——殊に經濟上の利益——を實現するための手段として、單に觀念上の社會的全體を作り出す。前の場合には、社會は眞實の有機體であるが、後の場合における社會は、むしろ機械體または合成體にすぎない。前者が「共同社會」の實體であり、後者は「利益社會」の本質である。共同社會の中に生活する人々は、元來單一の全體の部分にすぎないのであるから、その相互の關係は、いかなる對立をも超越する結合である。しかるに、利益社會は、利益のためにする理知的構想の所産であるから、そこに生活する人々は、目的の共同性のためにいかに緊密に結合しているように見えても、個々の目的主體としては互にあくまでも對立しているのである。テンニエスは、このように説いて、社會團體の構成の根本的な二類型を分析すると同時に、その内部での人間の結合關係を、全く趣を異にする二つの

形態に分けてあざやかに説明した。

ヘーゲルやテニニスの場合には、個人に對する社會全體の絶對的な優越性を特色とする社會構成は、社會團體の唯一の形態として説かれてゐるのではない。ヘーゲルの「家族」は、「市民社會」を経て「國家」にいたる道義態の發展の、單なる即目的の段階に位置するにすぎない。また、テニニスの「共同社會」は、最初から「利益社會」と對立する特殊の社會構成原理を意味した。

これに反して、社會はただに、或る時、或る場合に全體の絶對的優越性を示すばかりでなく、社會そのものとしてすでに部分を超越する全體であり、全體として部分に對し常に始原的な意義を有し、部分たる個人の總計に還元すべからざる價值をもつ、と主張する理論がある。シュパンの「普遍主義」の社會哲學がそれである。その説にしたがえば、個人に先立つて存するところの社會の外に、個人によつて合成された社會があるとする見解は、論理的にいつて背理であるばかりでなく、實在の認識としても成り立たない。部分は全體があつてはじめて部分たるのであるから、部分が全體に先立つてあるべきはずはなく、また、全體としての社會のみが眞實在である以上、社會から離れた個人の獨立の存在を認める餘地はない。始原的實在者は、いかなる場合にも社會であり、ひとりただ團體でのみあり得る。シュパンは、このように論じて、全體主義の社會觀の最も極端な代辯者となつた。

かような團體の始原性の認識は、團體に至上の價值を與える。團體主義の正義觀がここに形づく

れるのである。世に絶對の價值をもつものは團體である。個人は、團體の肢體として、ただ相對的の價值をもつにすぎない。したがつて、社會全體の立場から見れば、正義とは各部分が互によく調和して全體のために奉仕することである。個人が團體の繁榮にむかつて活動し、團體によつて與えられた分を守り、必要なときは、何時でも團體のために生命・財産を犠牲にするのが、正義の要求である。個人にとつては、團體の部分たること以外に、自己の存在意義は見出されない。故に、いかなる犠牲といえども、それが全體への奉仕として役立つものであるかぎり、部分たる個人にとつての眞の自己實現でなければならぬ。犠牲に自己實現たるの意味があるとすれば、犠牲はもはや犠牲としての苦難の性格を失い、より高い自我の完成への歡喜の調べとなる。かくて、團體主義の正義は、個人の個人としての存在を否定し、個人に對する團體の要求に絶對不可疑の權威を賦與する。これを國家と個人との關係についていえば、國家の價值の至上化であり、國家の命令の絶對化であり、したがつて、個人の國家への剩すところのない歸依と奉仕とが要求せられる。

かくのごとき團體至上主義または國家絶對主義の世界觀と對立するものは、個人の自由と幸福とに窮極の價值を置く個人主義の正義觀である。

個人主義の正義觀は、個人本位の社會觀をその理論上の基礎とする。この社會觀といえども、それが社會觀であるかぎり、個人以上の社會の觀念を否定するものではない。ただ、その場合には、單な

る個人とは別に存在するとされるところの社會は、個人の權益を保護するために、個人自らが作製した一種の道具であり、したがつて、個人がその有用性を認めている間だけ、實在性を有するにすぎない。社會は、それ自身としての權利能力をもつ單一の主體であり、法的に見て一個の法人である。しかし、社會が單一の權利主體となり、一個獨立の法人格をもつと考えられるのは、かかる社會の權利主體性または法主體性が、その社會を構成する多數人の利益を保障するからである。この個人の利益の保障を離れては、社會的單一體の存在する根據は全く失われる。眞に實在するものは、ひとり個人の利益であり、利益を追求する多數の個人である。これに反して、團體の存在は單なる假在であり、法人は實在ではなくして「擬制」(Fiktion)にすぎない。かくのごとき原子論的の社會構成は、ヘーゲルによつては「市民社會」として説かれ、テンニイスにおいては「利益社會」の概念を形づくつた。

ヘーゲルの「市民社會」は「家族」の反指定であり、テンニイスの「利益社會」は「共同社會」と對立する社會構成の第二の特殊原理を意味する。これに對して、近世の自然法論者によつて説かれた社會契約説は、——シユパンの普遍主義の社會哲學が全體本位の社會のみを社會と見たのとは正反對に、——個人本位の社會組織を社會の唯一の可能形態と考え、自然状態にある多數個人の絶對自由の生活から、いかにして社會的拘束の生活が派生し得たかの過程を、拘束の利益を認める個人の自發的意志によつて説明した。

社會契約説の關心の主要な對象となつたものは、國家權力の由來とその限界の問題である。故に、社會契約説は實質上國家契約説と一致する。國家契約説は、國家權力の行使について正反對の二つの結論を提供した。一つはホッブスの絶對專制主義であり、他の一つはロック等によつて代表される自由擁護主義である。ギエルケは、國家契約には、孤立していた人間が社會的共同生活に入ることを約する「社會契約」と、社會の中心權力に服従することを約する「支配契約」の、二つの意味が含まれているといつた。この支配契約をば、各人の自然にもつていた權力を支配者に「讓渡」することを内容とするものと見れば、ホッブスのような君權絶對主義が成立する。これに反して、人民は、その本來所有している主權の行使を政府に「委任」したにすぎないと考えるならば、ロックのような自由主義の國家觀に到達する。近代國家が、互に力を競い合う多くの他の國家の間にあつて、主權國家としての地位を確保し、國內の統一を強化するためには、或る程度まで第一の結論のような國家觀をも必要としたものと思われる。しかし、近世における人間の個人としての自覺が高まれば高まるほど、第二の結論に見られるような國家理論が指導的な地位を占めるにいたつたことは、當然の成り行きであつた。國家は、一面では人間の自由を拘束する。しかし、それは、無制限の自由と自由との衝突によつて各人の生命や財産が侵害されることを防ぐために必要だからであり、また、その必要に應ずるた

めにやむを得ない範圍内にかぎられなければならない。國家は、この必要を認めたとすべての人々の自發的な意志によつて、すべての人々の生活の安全と利益とのために作られた制度である。國家は、人間の個人としての生活を擁護するための保安・防衛の城塞である。故に、國家はいかに強力・巨大な存在者のように見えても、もともと國家あつて個人があるのではなく、個人あつてはじめて國家が成立したのである。全體によつて部分が規定されたのではなく、自由獨立の個人が自己の生存の目的のために社會的全體を作り、必要な限度内において自らをこの全體の部分たらしめたのである。かような自由擁護主義の國家觀は、絶對專制主義の國家觀に比較して、國家契約説のはるかに自然な歸結であるといわなければならない。

國家契約説によつて代表される近世個人主義の社會觀は、「自由」を法の根本目的と定めた。個人の自由は歴史の出發點であり、またその窮極點である。國家の權力は、個人の自由を侵害する社會の禍惡を制壓する手段たる場合にのみ、正しい。これに反して、國家の權力が個人の自由そのものを侵害するにいたるときは、國家權力それ自體が社會の最大の禍惡と化する。國家のなすべきことは、自由社會に背をむけて、自由擁護の楯となるにある。したがつて、逆に、自由社會にむかつて矛を擬し、個人の自由に不當の干渉や壓迫を加える國家は、正義の破壊者として斷罪されなければならない。國家をして正義のこの限界を守らしめ、いやしくも權力濫用の弊に陥ることがないようにするための規準

は、法である。しかし、法がそれ自身正しい法であるためには、何よりもまず、立法の權力を國民の手に委ねることを要する。國民の總意によつて、あるいは、國民の意志を代表する機關によつて作られた法のみが、國家統治の方針を正當に定立することができる。しかも、國民の意志に則つて制定された法の原則を、嚴正・的確に裁判の上に適用し、行政の上に實現して行くためには、一方では、國家の法を周密な成文法の體系に組織立てることが大切であり、他方では、國家の機能を立法・司法・行政の三部に分掌せしめ、特に司法權の獨立を確保することが必要である。かくて、個人主義は「自由主義」と結びつき、個人主義・自由主義の正義觀は、更にすすんで、國民主權および國民代表の觀念、法治主義・權力分立主義・成文法主義、等の諸制度を、正しい政治のための不可缺の手段として發達せしめたのである。

國家は社會の秩序維持のために構築され、國家の活動は法の原則によつてあまねく規律される。故に、法の規律の目的は、個人の生活を拘束することよりも、むしろ國家權力の行使を限界づけることに存しなければならない。これに對して、個人の自由と個人の利益とは、法に先立つて存し、正に法の保護の客體となるところの絶對の價値を意味する。個人が他の個人の利益と衝突しない限度内において自由に活動し得ることは、法によつて保障されたその個人の意志力のあらわれであり、法によつて保護されたその個人の利益である。かように、法によつて保障された意志の力、または、法によつ

て保護された利益は、すなわちその個人の「権利」に外ならぬ。自由は個人天與の權利であり、天賦の人權の擁護は法に課せられた最大の任務である。權利の具體的な内容にはさまざまの種類があり得るけれども、その中でも最も重大な意義を有するものは、物を使用・収益・處分して、個人生活の基礎を確立するところの所有權である。個人主義の法制上は、所有權は根本において「私所有權」であり、私所有權は法を超越する絶對性をもつものとして尊重される。

北アメリカ合衆國の獨立とフランス革命とを發端とする歴史の大きな變革は、ここに略述したような個人主義・自由主義の正義思想をば、ひとたびは確定的な勝利にみちびいた。しかしながら、國家の中での個人の自由活動の範圍が廣くひろげられて行けば行くほど、その自由は經濟的利潤追求の自由として利用される。そのような自由經濟が資本主義の急激な高度化をうながした結果として、經濟的配分がはなはだしく一方に偏るにいたつたことは、前に見た通りである。個人主義の正義は、自由と平等とを併せ重んずる。しかし、自由をあくまでも立てれば、平等が破壊されるということになつては、個人主義の世界觀も一つの大きなディレンマに逢著せざるを得ない。その場合に、もしも社會正義が、經濟的配分の不合理な急傾斜を是正して、勤勞に従事する人々にその勤勞にふさわしい「かれのもの」を與えようと決意するならば、經濟上の自由に對して國家の法による強力な統制を加えることが必要になつて來る。すすんで、生産財貨を公共の所有に移し、大企業を國家の手に獨占するとい

うところのままで到達しようとするならば、その態度そのものは、すでに個人主義から團體主義への再轉換を意味せざるを得ない。まして、いわゆる「後進資本主義」の國々が、國內では強力な經濟統制を実施し、「公益は私益に先んずる」ということを力説すると同時に、他方、對外的には實力によつて自己の利益と勢力圏とを擴大しようとするれば、その立場は、個人主義・自由主義を否定する全體主義となり、極端な國家主義および侵略主義へと飛躍する。第一次世界大戰のちになつて、突然に、いまだかつて比類のないほどの矯激な全體主義の世界觀が擡頭して來たのは、正義思想發展の世界史的過程における、一つの重大なアンティエゼであつたといわなければならぬ。

かくのごとき矯激全體主義の攻勢は、第二次世界大戰によつて完全に挫折せしめられた。個人の自由と幸福とを窮極の價値とする世界觀は、この試鍊を経て更にその確信を深めた。勿論、現段階における個人主義の世界觀は、第十九世紀初頭のそれとは、色々な點で變化した性格を示している。個人の利益が一方に偏することを防ぐために、人間の自由に對する法の統制を著しく強化しているのは、その主要な相違點の一つである。個人の利益を重んずる態度は、法的には個人の權利を尊重することになるが、その權利もまた、かつて考えられたような絶對性をもつものとしては取りあつかわれ得ない。個人の權利は、公共の利益と矛盾するものであつてはならない。個人の權利は、それによつて「公共の福祉」のための奉仕すべき責任を、その權利主體の上に課しているのである。そのような點

では、現代の個人主義は、團體主義の要素をもその中に含んでいる。

しかしながら、「公共の福祉」といつても、福祉を享有する主體として、個人の外に「公共」という超個人的な或るものが實在するわけではない。したがつて、「公共の福祉」とは、結局において、國家を構成する多數の國民の個人的福祉の總和であり、平均であり、その水準の向上でなければならぬ。個人の福祉に還元され得ぬ公共の福祉があり、國民の繁榮をもつて残りなく割り切ることのできない國家の繁榮があつて、そのために個人の犠牲と奉仕とを強要することができるという政治觀は、ふたたび獨裁主義を可能ならしめる。そのような政治觀を排斥し、公共の福祉とは「最大多數の最大幸福」以外の何ものでもあり得ないと見て、そのためにする各個人の互譲と協力と責任とを要求する態度は、根本において個人主義の世界觀に立脚しているのである。

現代の法理念は、個人主義の正義觀である。しかし、正義の理念が「人類普遍」の原理であるべきかぎり、人間平等の福祉の及ぶ範圍がそれぞれの國家の劃する國境によつてへだてられていなければならぬという理由はない。それと同時に、これまでの世界が國家單位の構造をもつていた關係上、國民の享有する福祉の水準が國によつて著しく異なることもまた、否定する餘地のない事實である。ここにもまた、法の理念と國際社會の現實との間の矛盾が存する。この矛盾は、これまで、國際的に不利な立場に置かれていと信ずる國々をして、國際法を破る實力行動に訴えて、國際的配分關係を

己れに有利なように變革しようと企てしめる口實となつた。そうして、それがまた、それらの國々の國內體制を矯激な全體主義に豹變せしめる原因となつた。この企圖は、第二次世界大戰によつて完膚なく覆滅せしめられたけれども、人類平等の福祉を求める動向は、共產主義の思想攻勢となつて續行されつつある。傳統的な個人主義の世界觀がこの攻勢をも挫折させ得るとするならば、それは、武器の力ではなくて、思想の力であり、實行の證明でなければならぬであろう。國家を單位として構成された世界において、いかにして國境によつてはなはだしくわけへだてられることのない人間平等の福祉を實現して行くことができるか。それは、のちに改めて論ぜらるべき法の理念の實現の問題に屬する。

(I) Tönnies : *Gemeinschaft und Gesellschaft*, 1. Buch.]

(II) Othmar Spann : *Gesellschaftslehre*, 1914; *Der wahre Staat*, 1921; *Gesellschaftsphilosophie*, 1928.

(III) Gierke : *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien*, S. 76 ff., S. 82 ff.,

五 正義と秩序との調和

法の理念は正義であり、正義は人間平等の福祉である。人類の歴史は平等への流れであつた。君主

の神格的權威や貴族の身分的特權は次々に崩壊して、一般庶民も人間としてこれと異なるものではないことが明らかにされた。父權の絶対性もはるかな歴史の過去に取り残され、男女の社會的および政治的地位は、近頃になつて全く同じようになりあつかわれることになつた。

しかし、一つの點で人間の平等が實現されると、他の點で新たに人間の不平等が問題となつて來る。すべての人間の法的な機會の均等を保障する制度は、原則としてはすでに百五十年前に確立されたけれども、均等な機會を地盤として行われる經濟上の自由競争は、富の分配の不均衡を助長し、その弊は獨占資本主義の發達によつていよいよはなだしくなつた。この弊害を根本から取り除くために、すべての人間に勤勞の義務を負わせると同時に、すべての勤勞者への配分を公正化し、一舉に人間の經濟的平等を實現しようとするのは、社會主義である。しかし、一口に社會主義といつても、その中には、さまざまな程度の差があつて、そのどの程度が適當であるかは、容易に見定め難い。しかも、社會生活の目標は、人間平等の正義であるが、それは「困窮」の平等ではなくて、「福祉」の平等でなければならぬ。その點から見ると、資本主義による生産の効率と自由競争による適者の優越は、かえつて社會主義よりも人間の福祉に貢献するところが多いとも見える。さればといつて、それを理由として經濟社會化のいきおいを阻止しようとするれば、經濟的配分の不公平はいつまでも是正されない。その上に、更に世界全體を通觀した場合には、國際的な配分の歴史的な不均衡があつて、これが

さまざまな意味で深刻な問題を投げかける。人間平等への流れは歴史の大勢であるが、その流れは、或る場合には激湍岩を嚙む急流となり、或る場合には流れるとも見えぬ淵をなしてたゆたい、左に轉じ、右に折れ、複雑さわまる進路を辿つてゐる。法は、これに對していかなる態度を取るべきか、また、いかなる態度を取ることが餘儀なくせられるか。そこに、法哲學の當面する無限に困難な問題がある。

法は正義の理念を目標とする。しかし、この目標にむかつて單純に一直線にすすもうとするのは、法の態度ではない。なぜならば、人間平等の福祉を内容とする正義は、抽象的には簡單にとらえられ得るが、或る與えられた歴史の段階において、いかなる社會的配分の關係が正しいかを決定することは、至難の業である。したがつて、この至難な問題については、當然にさまざまな立場の對立が生ずる。それらの對立を一舉に止揚して、高い水準の平等の福祉に到達すべき直線コースは、見出されない。そこで、法は、或る一つの政治の立場と結びついて、一應その立場を満足させ得るような配分の關係を確立し、それによつて社會の秩序を安定させる。そうして、さまざまな目的を實現し、多角多様な福祉を増進しようとする社會的活動のために、動搖するおそれのすくない地盤を提供しようとする。これに對して、法の據つて立つ世界觀の立場に反對する者は、さような秩序こそ、正義の實現を妨げる障害であるとして非難するであらう。しかし、秩序に反對する立場が、現存の秩序に比して

はたして正義への前進であるか後退であるかは、容易に判定し得ない。そこで、法は、何はともあれ現存の秩序を安定させて置いて、安定した秩序の上に、歩々に人間の福祉建設のいとなみがつづけられることを期待する。いいかえると、いかなる正義への熱情によるものであるうとも、そのための手段として秩序を破壊する行動に對しては、あくまでも反對の態度を採らうとする。この態度は、法にとつて本質的である。そこに、正義とならんで法の生命とすべき「秩序」の理念がある。

正義と秩序とは、法が仕えるべき二つの根本理念である。したがつて、そのどちらを缺いても、法は法たるの資格を喪失する。正しさを目ざさない法は法ではないし、秩序を守り得ない法も法たるに値しないのである。その意味では、これらの二つの理念の間に高下の差別はないといわなければならぬ。

けれども、いままでの考察が充分に示しているように、或る社會が或る時代に置かれていく具體的な歴史的條件の下で、何が最も正しいかを決定することは、人間の判断をもつてしてはしばしば不可能に近い。それ故に、法が正義のみに一途に凝つて、急激に正しい社會生活と考えられるものを實現しようとするれば、見解は對立し、對立する見解は抗争を生み、ついには秩序の混亂と破壊とを招くことを免れない。しかるに、秩序の破壊は、人間の福祉を奈落の底に失墜せしめる。その危険を避けようとするならば、法は、正義を或る意味では二の次にして、何はともあれ秩序の安定を圖ることに努

かせざるを得ない。そのような事情が、法哲學をして、しばしば正義よりも秩序を第一とする態度に傾かしめる。

秩序をば正義よりも更に切實な理念であるとする思想は、ラアドブルッフによつてさわめて深刻に説かれた。ラアドブルッフは、法の理念が正義であること、正義は平等であり、平等とは等しいものを等しく、等しくないものは差別して取りあつかうにあることを、明確に示した。しかし、何によつて等しいものを等しいとし、等しくないものを差別するかは、法の目的觀によつて異なる。個人主義・團體主義・文化業績主義のいずれを採るかによつて、何が正しい配分であるかの結論は、分岐し、對立し、抗争する。その間にあつて、どれが「絶對」に正しいかは、人間の叡智をもつては決定し得ない問題である。さればといつて、法が拱手傍觀してこの抗争を捨てて置くならば、人間の共同生活は不可能とならざるを得ない。故に、ラアドブルッフは、法の根本の態度として、何はともあれその中の一つによつて秩序の安定を圖る必要があることを力説した。そこから出て來るものは、秩序第一主義の法哲學である。故に、ラアドブルッフはいう。「正義は法の第二の大きな課題である。しかし、法の第一の課題は、法的安定性であり、平和であり、秩序である」と。

この立場を立證するために、ラアドブルッフは、次のように説く。「革命によつて成立した政府が第一に約束することは、いまだがた革命によつて混亂に陥れられた平安と秩序とを回復し、維持す

るということである。——このことは、革命政府の興えるすべての約束の中の第一のものでなければならぬ。なぜならば、平安と秩序とを維持することによつてのみ、革命政府は正當な政府たることを證明し得るからである」と。⁽¹⁰⁾ 反革命主義者は、もとより、かかる政府を正しいとは認めないであろう。また、過激な革命主義者は、革命政府が確立しようとする秩序に満足しないで、更に正義の旗を前進せしめようとするであろう。政府がそのいづれにも耳を傾けるならば、秩序はふたたび混乱に陥る。故に、その場合、實力によつて法定立の權威を手中に收めた者は、事の是非・善惡の論議を越えて、秩序の安定に全力を傾けざるを得ない。なぜならば、マックス・リウメリンのいうがごとく、「不法によつて成立した新たな秩序といえども、全く秩序のないよりも優つてゐる」からである。⁽¹¹⁾ ラアドブルッフの引用する「われわれに平安を興えるもの、それが主である」というゲエテの言葉も、秩序を第一義とする法の態度を明示するものといわなければならぬ。⁽¹²⁾

なるほど、秩序は法の生命である。實定法を一まとめにしていうとき、人はそれを「法秩序」と呼ぶ。秩序なき法秩序が無意味であることは、この言葉一つからだけでも明らかである。

しかしながら、さればといつて、もしも法が秩序の安定のみをこれこととして、その秩序の「正しさ」を度外視するならば、そのような法もまた法たるの生命を失う。單に、その法が法たるの生命を失うばかりではない。法が何を措いても確保しようとする「秩序そのもの」といへども、かかる態度

をもつてしてはとうてい永く維持することはできない。なぜならば、事の正邪にかかわらず、現状の秩序のみを維持しようとする法は、どうしても固定した制度となる。したがつて、最初からその法を「正しくない」と信じていた人々はもとよりのこと、一應は現状に満足し得た人々といへども、進展する時代の要求に對して耳を借そうとしない秩序には、やがてあき足らぬものを感じるようにならざるを得ない。かくて、人心は次第に法から離れ、秩序を見かぎり、快刀斷麻の變革を待望するにいたる。人間平等の正義への歴史の流れは、時に遲滯し、時に逆流するように見えても、世界の大事勢として徐々に進展する。いかに實力をもつて支えられた秩序の牙城といへども、もしもこの大事勢を徒らに阻止しようとするれば、ついには崩壊の運命にさらされざるを得ない。故に、固定した秩序は、安定した秩序ではない。秩序の安定は、單なる秩序第一主義によつては維持され得ない。秩序は、正義への不斷の志向をその中に含むことによつてのみ、眞に安定した秩序たることができるのである。

このように、秩序の破壊を避けると同時に、安定した秩序を通じて不斷に正義を實現して行こうとする志向と努力とが、法を作り、法を動かす力なのである。不斷に正義を目ざしつつ、しかも安定した秩序の枠をふみ越えまいとする精神は、法の生きた効力を支える力である。正義と秩序とは、互に反撥する理念である。兩者の間には、往々にして俱に天を戴かない抗争の關係が惹き起されることもある。しかも、それにもかかわらず、秩序をして正義を無視せしめず、正義をして秩序の破碎をあえ

てせしめないとところにこそ、法の最高の、そうして、唯一の使命がある。法の理念は、秩序に内在する人間平等の正義であり、人間平等の福祉へむかつて動く生きた秩序でなければならぬ。法は、互に不斷に反撥しようとする正義と秩序とを、なおかつ不斷に調和せしめるといふ、原理的にはきわめて簡単な、しかし、実際上は無限に複雑で困難な任務のために存在する。この任務の重大性を深く理解し、この目的のためにあくまでも努力しようとする決意なくしては、實踐哲學としての法哲學は存立の根據を失わざるを得ないであろう。

(I) Radbruch: Rechtsphilosophie, S. 82.

(II) A. a. O., S. 81.

(III) Max Rümelin: Die Rechtssicherheit, 1924, S. 24.

(IV) Goethe (1749—1832): Faust, Teil II, Akt IV.

第四章 法の理念の實現

一 法の理念を實現する者

法の理念を實現する者は、人間である。

人間は、原則として生きて行くことを求める。生きて行く以上、できるだけ快適に生活することを求める。何をもちて快適な生活とするかは人によつて千差萬別であろう。金殿玉樓、後宮三千人にかしづかれるのは、昔日の王侯の求めた豪華な生活であつた。しかし、王侯といえども、人間である以上、人間と人間との率直な愛情と信賴の交流を渴望する者であるとすれば、人間以上の神位に祀り上げられ、自己の意志に對しては盲從以外の何ものをもつても報いられることのないような金殿玉樓の生活は、かえつて無限地獄と觀ぜられる場合もあつたであらう。反對に、一簞の食、一瓢の飲、陋巷に起居する境涯は、人のその憂いに堪えない生活であらう。けれども、賢者顔回は、その中にあつて求道精進の樂しみを改めなかつた。程子はいふ、「顔子の樂しきは、簞瓢陋巷を樂しむにあらず」と。(一)貧窮は、顔回にとつても苦痛であつた。ただ、その貧苦の故に眞理探究の樂しみを改めなかつたこと

るに、顔回の偉大さがある。かくて、人間は、いかに物質的の快樂に酔うときにも、精神の悦びを棄て去り得ない。いかに精神的の樂しみを求める場合にも、最低限度の物質的生活條件を必要とする。すべての人間が生活の快適と幸福とを求める意欲は、一方では、人間の間にも不斷に禍福の偏在を生ぜしめると同時に、他方では、絶えず禍福の偏在を是正して、社會生活を不斷に利害の均等へと導く。そこに、法の理念を實現する原動力がある。

人間は利己的な動物である。己れの利益のためには、他人の利益を犠牲にしてはばからないという貪婪性は、確かに人間の本性の中に内在している。そのみが人間の本性であり、その人間の本性の⁽¹⁾みが露骨に活躍するならば、ホッブスのいうような「萬人に對する萬人の闘い」に陥る外はないであらう。しかし、ホッブスのいう通り、人間には理性がある。合理的な打算がある。争いの不利を知り、他人の存在の必要を知り、己れの利益のためには他人の利益をも認めなければならぬことを知つてゐる。それによつて、人と人との間に、根本の對立にもかかわらぬ結合と協力の關係が成立する。それが、ヘーゲルの説いた市民社會における慾望の體系であり、テンニイスのいわゆる利益社會の目的の結合であり、イェリングのいう無数の利己的目的の間の相互依存のメカニズムである。

しかも、人は、そのようにして成立する利慾と打算とに動かされた利益社會的結合を、「淺間し」と感ずる。人間は、かつては完全に近い共同社會の中に生活してゐた。個人の我執を越えた同胞愛を

もつて互に融和・協力し、いかなる表面の對立の奥底にも眞率な和合と理解とが流れている共同社會的結合は、人間の斷ち切り得ない郷愁の對象である。キリストの説いた人類愛は、決して單なる彼岸天國の消息ではない。クロポトキンの強調した相互扶助の精神が、そのまゝ人間自然の本性のすべてであるとするのは、ホッブスのいわゆる「人間は人間にとつて狼である」という命題とともに、人間に對する一面觀であるが、それが一面觀であるといふのは、そこに半面の眞理があるといふのと同義である。デニギイの説く社會連帶の事實は、事實であると同時に理念であるが、理念であると同時に事實でもある。人間の共同生活は、事實の中に理念を孕み、理念を實現しようとする事實によつて動く。利潤追求の貪婪性が經濟的配分の急傾斜を作り上げるのも事實であると同時に、高度資本主義社會の不平等に對する義憤に燃え、あるいはそれへの憎惡に驅られて、社會變革への前進を企てる多數の革新運動家のあることも事實である。歴史を推進するのは、かくのごとき事實の力である。そうして、かくのごとき事實の力は、あるいは一方的に、あるいは遍在的に、人間のエウダイモニアを求めてやまぬ精神の力であり、目的の力に外ならない。

人間の求める福祉は多種多様である。原始社會では、人間の目的はさきわめて卑近な生活の需要を満たすことにかぎられていた。しかし、人間は、自らの力で、その生活目的を充足するための手段を創造する能力を有する。しかも、目的のために考案された手段は、やがてそれ自身が人間の欲求の對象

となり、目的と化する。呪禁的な起源を有するといわれる衣料が、寒暑を防ぐための衣服となり、その衣服そのものが装飾の目的となつて發達し、更に、人間の身分や、人格や、精神的態度をあらわすにいたつたときは、その一例である。ヴェントは、このように、手段が化して目的となり、それによつて目的の無限の分化が行われる過程を、「目的の多様化」(Heterogenie der Zwecke)と名づけた。人間の住む世界は、かくて、多様化した目的の世界としての性格をもつ。

ところで、多様化した目的は、更に多様化した手段を必要とする。かかる目的のための手段をひろく「道具」と名づけるならば、人間の住む世界は、道具の世界である。ドイツ語で、道具は *Werkzeug* であり、道具を作る働きは創造——*erschaffen*——である。數かぎりない道具の中でも、人間の生存と福祉のために最も重要な意味をもつものは、「生産」のための道具である。新しい生産は、新しい生産の道具を必要とする。そうして、新しい生産の道具が作り出されると、生産の様式も更新され、それが人間生活や社會關係の全般にわたつて大きな影響を與える。その意味で、人間の生活様式の向上も、人間の福祉の新たな偏在關係も、「物質的生産力」の變化によつて規定されている。それがまた、人間の精神的な勞作や、文化的な建設の基盤となり、更にすすんで、具體的な配分の理念をも制約する。それは、唯物史觀の説く通りである。しかし、あらゆる人間生活の「上層建築」の根柢にある生産力なるものも、無限に遠い過去から改良に改良を重ねて來たところの「道具」の組織であり、

自己の利益のため、または社會の福祉のために、その道具を使つてなされる精神的な目的活動ならぬものはない。物質的な生産力が突然に變化し、それが原因となつて一切の上部構造の變革が行われるという現象も、鐵瓶の蓋を押し上げる蒸氣の力をもつて機械を動かすことを發明した精神の作用によつて、大木を縦に引き裂く電氣の力を利用して工場生産の効率を高めようとする工夫と創造とによつて、規定されていないものはない。

しかるに、唯物史觀は、「物質的生産力」の變化に規定されて生ずる生産關係の變革と、それにもなうすべてのイデオロギイの上層建築の崩壊とは、最後のところでは、人間の意志や意識によつて左右されることのない必然の過程を辿つて行われると斷定する。しかし、唯物史觀が歴史の動態の根本動因とする「物質的生産力」の變化も、人間の生活目的のためにする工夫と創造との巨大な蓄積であり、その絶えざる變化以外の何ものでもない以上、それを人間の意志や意識によつて左右し得ぬものと見るのは、誤謬である。それにもかかわらず、さような變革の唯物必然性を力説するとするならば、それは、變革されるものから「價值」を剝奪し、變革するものの「必勝」を豫言し、それによつて變革への政治動向を鼓舞するための戰術に外ならない。逆に、もしも唯物史觀が、すべての社會變革の基礎をなす生産力の變化の中に、人間の目的活動の要素が強く働いていることを認識し、その意味で、歴史における人間の主體性を強調するならば、その態度はすでに内在的理想主義に變質してい

るのであり、したがつて、唯物必然論の立場は放棄されているのであるといわざるを得ない。

それがいづれであるにせよ、唯物史觀を理論上の根柢とする共產主義の運動は、労働者の横の團結の力によつて、ブルジョア階級の支配と搾取の機構を顛覆させ、労働による價値の創造者へ、創造された價値をあまねく配分することを期する、強力な社會變革運動である。したがつて、その理論的な立場の如何にかかわらず、それは、人間平等の福祉を實現しようとする激しい急進主義であり、正義の理念への道は一つのみあつて他にはないとする絶対主義である。唯物論の粉飾によつて十重二十重に包まれているとはいえ、共產主義運動の本體がこのような急進理想主義の立場であることを知るには、多くの洞察を必要としない。また、それなるが故に、共產主義は、ますます強く、ますます廣く「同志」の結束を固めて、人間平等の正義への最短通路へと急ごうとする。その運動によつてすでに高度資本主義の弊害の何割かが矯正され、勤勞大衆の地位の向上が或る程度まで圖られ得たとするならば、その事實は、正に法の理念を實現するものが「人間の力」であり、意志と努力によつて推しすすめられる「目的活動」であることを、何よりもよく物語つていゝといわなければならぬ。

しかしながら、法の理念は單純な平等ではない。それは、一方では人間の「福祉」の平等を意味すると同時に、他方では社會の「秩序」の保全と不可分に結びついている。共產主義が、人間生活の福祉を、特に經濟上の福祉の水準を、一般的に向上せしめるのに適しているものであるか、それにはい

かに複雑で困難な多くの條件を必要とするものであるかは、いまは問わない。しかし、共產主義がその目的を達成するために採らうとする手段は、かならず激越な鬭争に傾く。レニンの暴力革命必然論がロシア革命前後の特殊の條件によつて制約されたものであるにせよ、マルクス主義が階級鬭争必然論であることは、天下周知の事實である。そうして、それがいわゆる「無血革命」としてたたかわれる場合にも、暴力革命にいたらぬ範圍内でのあらゆる鬭争の手段が用いられることは、いかに共產主義の「平和的性格」を強辯する論者といえども、否定し得まい。かような鬭争は、それが鬭争として繼續されているかぎり、社會の福祉を阻害し、もしくは、大なり小なりそれを破壊する。それがまた、同時に秩序の攪亂を意味することも明らかである以上、破壊を否定し、秩序を尊重する政治勢力が、共產主義の急進性を抑えようとするのは、當然のことといわなければなるまい。それによつて、正義と秩序とのバランスの取れた社會關係を維持することに成功したとするならば、その場合にも、そのような形で法の理念を歩々に實現せしめているものは、それを目ざし、それにむかつて努力しつつあるところの多數の「人間の力」に外ならないのである。

(一) 菊池寛氏作・忠直郷行狀記、參照。

(二) 朱熹集註・論語、雍也第六。

(三) Piotr Alexeievitch Kropotkin (1842—1921) : Mutual Aid, 1902.

(E) Wundt : Ethik, I. Bd, 4. Aufl. 1912, S. 284 ff.

(H) Nikolai Lenin (1870—1924) : The State and Revolution, 1917.

二 國家における法と政治

人間が利益を追い、福祉を求めて行動する場合、各人の行動に限界があり、準則がなければならぬことは、當然である。その限界または準則は社會規範として定められているのを原則とする。そうして、それらの社會規範が強制規範によつて裏打ちされ、社會規範の違反行為に對しては一定の強制が加えられることが定められると、この強制規範と相俟つて、それらの社會規範が法となる。故に、法は、社會に生活する各人の利益を追求する行動を限界づけ、その間の配分の關係を規律すると同時に、それらの規律の遵守を強制することによつて、社會的配分の秩序を維持しているのである。このように法によつて秩序づけられた社會的配分の關係に對しては、その法を超越する立場からさまざまの評価や批判や、あるいは痛烈な非難さえも加えられ得るであろう。しかし、その法それ自身としては、そこに維持された配分の秩序を「正しい」としてあるのであり、そのかぎりにおいて、すべての法は何らかの形で正義と秩序との調和を圖つているのである。

ところで、前に述べたように、法によつて或る一定の配分の關係が統一的に秩序づけられ得るためには、その法の行われてゐる社會生活圏の内部に、法を法として定立・適用・執行する人間の組織が確立されていなければならない。かかる組織もまた、組織規範としての法によつて定められる。そうして、或る一定の社會生活圏の中に、法定立の最高の權威があつて、その權威はそれより上位の他の權威から派生したのではなく、自己自身の中に最後の根據を有すると考えられるとき、その社會的統一體は「國家」と名づけられる。故に、國家は、それ自身の中に最高の法定立の權威を有する團體であり、したがつて、その權威から派生した各種の法によつて組織立てられたところの社會的統一體である。國家の國民は、その國家の法の下に生活している。國民が、國家の法にしたがつて行動し、法の認める權利を土臺として、各自の福祉を追求するのは、法的に見て「正しい」生活である。實定法に内在する理念は、その實定法が「正しい」と認める國民の行動を通じて實現される。これに反して、實定法に反する行為は、いかにそれが強い法超越的正義の確信に立脚するものであつても、その法制度の下においては不法であり、犯罪であり、實定法上の理念の實現を阻害する行動として排斥されることにならざるを得ない。

しかしながら、このように、實定法を超越する正義の口を封じて、ひたすらに法に内在する理念の正しさと、その理念を基礎とする秩序のみを守り通そうとする國法秩序は、やがて歴史の動きから取

り残される。そうして、硬化した秩序の維持が、ただ單に獨善的な「正しさ」であるにすぎず、進歩した時代の要求からはむしろ「不正の極」として攻撃されるようになる。さしも堅牢に見えた法の牙城も、根柢から動搖をきたさざるを得ない。したがつて、いかなる國法秩序といえども、その法に内在する「正しさ」に或る程度までの幅と弾力性をもたせることが必要である。いいかえれば、一つの立場から正しいと考えることだけが、有無をいわせず正しきとして通用するのではなく、それとは別の立場から、その正しさを疑い、これを批判し、これと異なる正しさを主張する餘地を残すことが、かえつて法秩序を強靱なものたらしめる所以となる。そのような正しさに關する異見・異説に對して最も寛容であり、したがつて、法秩序のもつ弾力性の最もよく發達したものが、民主主義の國家制度である。しかし、專制主義や獨裁主義の國家においても、かかる弾力性が絶無であるわけではない。專制君主の側近にも、諫言をもつて君意を是正する臣下があり、獨裁者の幕僚といえども、政治の方針について激論をたたかわす勇氣をもたない者ばかりではない。さような批判に絶對に耳を傾けぬ絶對者は、その絶對の地位を永く保つことはできないであらう。

故に、法内在的正義といつても、ただ一つの絶對不可疑の内容をもつものではなくて、それについて大なり小なり意見の對立を内に包むだけの幅を備えている。まして、法に内在するさまざまな目的を、いかにして實現して行くかという手段に關しては、更に多くの見解の分岐があり、意見の對立を

生ずるのが常である。それらの對立する意見や分岐する見解は、その主張をつらぬき得るために、力をもたなければならぬ。專制主義の時代には、その力は君主の恩寵であつたであらう。獨裁主義の國家では、獨裁者の信賴を得ることが、自己の主張を實現する最短通路であらう。しかし、いかなる時代にも、民衆の支持がなくては、有效に自己の考えを實行して行くことはむずかしい。まして、民主主義の國家では、あらゆる目的活動を推進する根本の力は、國民の輿論である。そこで、國家の内部には、かならず大なり小なり分岐した意見と對立した方針とがあつて、それらがそれぞれの目的を達成するために民衆の力を獲得し、その力によつて互に他の立場に打ち勝とうと相争うことになる。それは、理念と理念、目的と目的、見解と見解の争いであると同時に、また、力と力の争いである。この争いは、その一方が法内在的正義に立脚し、他の一方が法超越的正義の貫徹を求める場合には、最も激しい抗争となつて展開する。けれども、その抗争が國家を全く二つに分裂させてしまわないかぎり、いかに激しい争いも、やがては單一の國家の内部現象として統一されて行く。このように、國家の内部に理念の對立、力の抗争が生じ、それがまた、國家の單一性の下に統合・止揚されて行く過程を名づけて、國家の「政治」という。

それであるから、政治は、一方ではかならず對立であり、矛盾である。對立もなく、矛盾もないところには、政治もまた行われぬ。しかしながら、政治は決して單なる對立、單なる矛盾ではなく、

他方においてはまた、對立の統一、矛盾の止揚を意味する。對立が絶對の背反に終る場合は、一つのものの二つのものへの分裂であつて、もはや一つのものの中での政治ではあり得ない。政治は統一の相對的否定であり、かつ、統一の相對的否定の再否定としての、統一の回復である。ここに、政治の辯證法的根本性格が存する。

この意味での政治は、決して國家のみに特有の現象ではない。いやしくも統一的な團體の中に、理念と理念、力と力の抗争が起り、その抗争がふたたび團體の統一性によつて克服止揚されて行くならば、その過程はすでに明らかに政治である。故に、教會にも政治があり、文藝團體の中でさえも政治が行われる。ただ、教會や文藝團體、その他の目的團體においては、團體の目的が最初からおおむね單一・明確に定まつているために、政治は主としてその目的達成の手段の如何の問題のみをめぐつて行われ、その結果として、比較的に激化する危険がすくない。これに反して、國家は、きわめて多様な目的活動をいとなむ團體であり、その目的活動の世界觀的基礎もまちまちであり得るために、それらの目的ならびにその手段に關する激しい政治抗争の舞臺となり勝ちである。殊に、國家は、強制秩序の維持に任ずべき強大な權力を有するから、國家における政治は自らにこの國家權力の爭奪戦となつて展開し、往々にして腥慘な騷擾と化するにいたることがある。國家は、政治によつて不斷の歴史的生命を保つと同時に、政治そのもののためにしばしば分裂の危機にも逢著する。政治の行われるの

は國家にかぎらないが、國家に行われる政治は、原則として最も多彩・複雑な政治である。その意味で、國家は最も典型的な政治團體であるといわなければならぬ。

國家は、一面では、法によつて組織立てられた社會的統一體であり、他面では、最も典型的な意味での政治團體である。したがつて、その當然の歸結として、國家における法と政治との關係が重大な問題となつて來る。

政治は、國家の辯證法的な動態である。政治の行われぬ國家は、生命のない國家、自己の觀念的同一性の上に眠つてゐる國家である。矛盾と對立の危険を冒しつつ、常に高次の複合的統一にむかつて進むところに、國家の政治の大きな發展性が存する。しかも、一たび國家における統一の中心たるべき地位と實力とを獲得した政治勢力は、國家の法定立の組織を通じて、その方針にかなつた法を定立する。しかるに、法は、政治の力によつて生み出されるものであると同時に、その政治體制を組織化し、その政治活動の筋道を確定する。その意味では、法は國家の靜態原理を意味するのである。法の靜態原理としての特色は、法が全般的に成文化され、成文法の體系が國家作用の大綱・細目を規定する場合において、最も著しく發揮される。なぜならば、法の凝固性の頂點に達したものが、成文法に外ならないからである。そうになると、政治が絶えず進展しようとするのに反して、法は國家の作用を原則として靜止・固定させる。その意味では、國家における政治と法の關係は、動く者ととどまる

者との間の不斷の伸張の關係であるといつてよい。

もつとも、國家の活動を指導する一定の政治原理が確立され、その政治原理に忠實に立脚して法の體系が構築されている間は、政治と法との伸張の關係は概して適當に調節されるから、兩者の間にはなほだしい龜裂を生ずるおそれは、まずない。それは、國家生活の平穩・正常な状態である。しかるに、一つの政治原理の法的組織化が完成した後に、更に新たな政治理念が擡頭して來るときには、法は、過去の政治原理の防衛の城塞となつて新らしい政治理念を抑壓しようとし、新たな政治理念は、過去の法體系を修正・改變して自らの支配を確立しようと努め、ここに法の立場と政治の立場との分裂が現出する。故に、法と政治の對立は、實は、法によつて鎧われた舊政治理念と、法の甲冑を著ない自由な新政治理念との間の抗爭なのである。兩者の間の抗爭が舊政治理念の勝利に終れば、國家の組織は依然として舊態を改めない。これに反して、新政治理念が勝利を占めれば、國家の歴史に新紀元を劃するような變革が行われる。その最も急激な過程は革命である。第十八世紀のヨオロッパにおいて、個人の自由・平等を主張する新政治理念が勃興し、この理念が専制主義の舊法體系を變革して民主主義の國家組織を形成したとき、また、第一次世界大戰後のイタリイおよびドイツにおいて、個人主義・自由主義の政治形態に對する國家・または民族全體主義の世界觀が急激に興隆し、民主主義の法秩序から獨裁主義の政治組織への急轉換が行われたとき、ともに政治による法の革命であつた。

た。しかも、革命に成功した新政治理念は、間もなく自らを法の甲冑によつて強化し、自己を法體系の中に固定せしめる。政治が法を變革し、法を變革した政治がまた自ら法と化する。法を超越して法と對立していた政治理念が、法そのものの中に内在化して法の原理となるのである。

國家における法と政治とは、このようにして、對立しては結合し、結合してはまた對立する。それは、法に内在する理念と、法を超越する理念との對立・結合であり、法を守ろうとする實力と、法を變革しようとする實力との對立・結合であり、つまるところ、秩序と正義との對立・結合に外ならない。法の理念は、國家の政治を舞臺とするかくのごとき對立・結合の歴史的交替を通じて、次第次第に實現されて行く。

しかし、人間平等の福祉という根本目標から見て、國家における政治の動きがどれだけ法の理念への接近を意味するのか、あるいは、それがそもそもこの根本目標に近づく動きなのか、または、逆にそれから遠ざかる後退・反動の過程であるのかは、容易には見定めがたい。さればこそ、かかる迂餘曲折を辿るのみであつて、一舉に窮極の正義にむかつて進もうとしない國家制度そのものが、往々にして急進絶對主義によつてあたかも罪惡の權化のごとくに非難せられるのである。けれども、法の理念が正義と秩序との調和に存する以上、人間の生活が秩序維持の制度として最も有力な國家という組織から全く離れ去ることは、不可能であらう。そうであるとすれば、國家によつて秩序の基礎を確保

しつつ、國民の協力によつてその基礎の上に人間平等の正義を著實に實現して行くには、いかなる政治體制が最も適當であるか。その問題を解決することが、法哲學の根本の任務となつて来る。

三 獨裁主義と民主主義

或る與えられた具體的な條件の下で、何が正しい秩序であるかを決定するのは、きわめて困難な問題である。したがつて、それについては、世界觀の相違、政治的意見の對立によつて、互に兩立し得ないようなさまざまの判斷が分岐する。しかし、それらの分岐・對立する判斷の中に、どれか一つはかならず最も正しい筋道があるはずなのである。その正しい筋道は、どうすれば發見し得るか。それは、法の理念を實現するための根本前提である。それは、法哲學の根本問題であると同時に、政治哲學の根本問題でもなければならぬ。

正しい法秩序は、正しい政治意志によつて定立される。さような正しい政治意志を決定する者は、人間でなければならぬ。昔は、どこの國でも、どこの民族でも、「神の意志」をもつて法であるとするのが常であつた。なぜならば、法は正しかるべきものであり、神の意志は絶対に正しいからである。しかし、神の意志は神の意志であつて、人間の意志ではない。人間の意志でないものは、人間に

は測り知り得ない。かつて、人は、祭司のいうことは神の意志であると信じた。あるいは、神によつて定められた帝王の命令は、神の意志を地上に行う筋道であると信じた。しかし、祭司は人間であり、帝王も人間である。祭司が神の意志として伝えるものは、祭司の判斷する神の意志であり、祭司の判斷である以上、それは人間の判斷である。まして、帝王の意志は、あくまでも「人間帝王」の意志であつて、神の意志ではない。そうして、それを神の意志であると民衆が信ずるのも、「人間民衆」の信仰であるにすぎない。さような、人間の意志や人間の判斷を、神の意志であるとして絶對化することの危険と害悪を、人間は度重なる經驗によつて、次第にはつきりと認識した。その結果として、正しい政治意志は、人間の意志として決定されなければならないことを知つた。しかれば、正しい政治意志を決定する人間は誰か。そこに、政治哲學の根本の分岐點がある。

そこに分岐するのは、政治哲學上の二つの根本的な立場である。

第一の立場からいうと、正しい政治意志を構成する者は、國民の中の最も優れた人でなければならぬ。なぜならば、國民の大多数は目前の利害のみにとらわれている衆愚である。したがつて、多数の意志によつて政治の方向を定め、立法の方針を決定するならば、道理から外れた正しくない結果に陥る場合が多い。さような近視眼的衆愚政治の弊害を防ぎ、政治の方針をできるだけ正しく決定して行くためには、少數の優れた人々、否、最も聰明な洞察力をもつただ一人の賢人の意志にしたがふの

が最もよい。かように考えることによつて、この立場は政治哲學上の「指導者原理」を主張する。

これに反して、第二の立場によれば、國民の中の最も卓越した賢人といえども、人間である以上、その判断にはあやまりがあることを免れない。故に、ただ一人の指導者に政治上の最高の決定権を與え、國民大衆はひたすらにその決定に追隨するという組織では、指導者の陥つた誤謬を訂正することはできない。政治の方針は、やはり、できるだけ多くの國民が政治に參與して、問題を自由に討議した上、その中の多數意見によつて決定して行くべきである。多數で決めたことが間違つていたら、次の改めての多數決によつてこれを是正すればよい。そうしている内に、多數の決めたことの内容が次第に正しい方向に導かれて行く。かくのごとくに論ずることによつて、第二の立場は政治哲學上の「多數決原理」に到達する。

指導者原理に最も高貴な哲學的表現を與えた者は、プラトンである。プラトンは、ソクラテスに對して無實の斷罪を宣告したアテナイの民主政治の弊害を痛感し、最高の哲人に政治上の指導権を委ねる哲人政治の理想を説いた。しかしながら、哲人政治が理想の國家組織であるとしても、その最高の哲人を撰ぶにはいかなる方法によるか。すでに初代の哲人政治家が正しく決定された上は、その初代の哲人は自己の後繼者を正しく選定するであろう。しかし、初代の哲人政治家そのものは、さような方法によつては選定され得ない。もしもそれを神の意志によつて定めるといふならば、それは哲人政治に

治にあらずして、神權政治である。これに反して、もしもそれを國民の選舉によつて決するといふならば、それは、誰を哲人政治家とするかを衆愚多數の判断に委ねることに歸著する。しかも、かりに何らかの方法によつて適當に哲人政治家を撰ぶことができたとしても、その哲人政治家の單獨の意志によつて萬機を決するといふ政治組織の下では、衆愚はいつまでも衆愚であつて、自發的に政治に參與し、政治上の識見を磨くといふ機會は與えられない。これに對して、哲人政治の下では、哲人の指導よろしきを得て、國民のすべての知性が向上し、やがて國民の多數の意志によつて事を決してさしつかえないようになるというならば、それは、つまりは多數決原理に歸著することであり、哲人政治は單に過渡的な意味を有するにすぎないことになるであろう。

多數決原理を否定する指導者原理は、指導者の意志のみが正しいとする絶対主義であり、その現實政治上の形態は「獨裁主義」である。獨裁主義の政治は、獨裁者の意志に絶対の權威を與えるために、民族全體とか國家全體とかいう超個人的全體者の絶対價值をかかけ、さような全體者の全體意志が獨裁者によつてとらえられるのであると主張する。しかし、獨裁者によつてとらえられた全體意志は、祭司によつてとらえられた神の意志と同様に、獨裁者個人の意志に外ならない。そのような獨裁者の個人意志が絶対に正しいことを立證するためには、獨裁者の行ふ政治が常に輝かしい成功をもたらし必要とする。そこで、獨裁主義は、現實には免れがたい失敗をひたすらに隠して、成

功の上に成功を積み重ねようとする。その意味で、獨裁政治は成功に強いし、勝ち得た成功を基礎として、一つの政治方針にまっしぐらにつきすすむには適している。しかし、人間の行うことに失敗がないということは、事實上絶對にあり得ない。それを蔽い隠しつつ、臍を得て蜀を望む獨裁主義は、ついに取つかえしのつかぬ失敗の奈落の底に顛落し、國民の福祉を根本から破壊することにならざるを得ない。かくて、多數決原理の弱點を巧みに衝いた指導者原理は、多數決原理の弱點とは比較にならない致命的な缺陷を暴露する結果に陥る。

これに對して、多數決原理は、何人の判斷といえども、人間の判斷である以上、あやまりがあり得ることを認める。したがつて、それは、絶對主義に走ることを避ける。それと同時に、この立場は、何人の意見にも眞理があり得ることを豫想する。それ故に、できるだけ多數の國民の政治への參與の道を拓き、何人にも、自己の正しいと信ずる見解を表明する自由を認める。その結果として、一つの問題についてさまざまな見解の對立が生ずるであらう。その中のいずれもが眞理である可能性があることを認める點で、多數決原理のよつて立つ立場は、「相對主義」である。相對主義は、あらゆる世界觀に對して寛容である。しかし、互に對立する見解のどれもが正しかるべき可能性をもつとして、その間の抗爭がつけられるのを放任して置いたのでは、法的決定に到達することはできない。そこで、一應の論議をつくした上で、意見の一致を見ない場合には、最後の決定は多數決による。多數決

の結果は、もとよりかならず正しいとはかぎらない。けれども、その決定が正しくないにしても、なるべく多數の人々の意志をもつて法となし、それによつて人々の生活を秩序づけるならば、それは、多數の人々の自由と自律とを重んずる所以であるといわなければならぬ。多數決原理のもつかような哲學的な意味は、ラアドブルッフによつてさわめて論理的に明らかにされた。

ラアドブルッフのいう通り、多數決原理の根柢にある相對主義の世界觀こそ、「民主主義」の精神である。民主主義の根本思想は、平等である。すべての人間が人間として等價であり、したがつて、すべての人間を人間としてひとしく尊重するという態度は、民主主義の本質でなければならぬ。民主主義が、すべての人々の信念にひとしい尊敬を拂うのは、そのためである。したがつて、民主主義は、一つの立場のみが眞理を獨占して、他の立場の存立を頭から否定することを認めない。民主主義は、それ自身が寛容の精神を堅持すると同時に、すべての世界觀的立場が互に他に對して寛容であることを求める。そうして、異見・異説の對立の決着をば、多數に求める。しかし、多數を占めた意見が政治の方向を決定し、立法の方針を指導するのは、その意見を支持する者が多數である間だけなければならぬ。一つの立場のみを絶對に正しいとすることに反對する以上、多數の説なるが故に絶對に正しいとすることも、また許されない。それ故に、多數の意見が少數の意見となり、それに代つて、他の意見が多數を占めるようになれば、今度は、政治の指導權、立法の決定權は、當然に第一の立

場から第二の立場に移つて行く。このように、立法および政治の指導権が、「多數」の所在によつて互に交替し、時とともに移り行くという筋道を制度化したものが、間接民主主義の議會政治である。そこでは、各政黨が互にその政策の正しさを競い合う。そうして、議會での多數を占めた政黨の政策が、國の立法の方針を決定する。しかし、やがて反對黨が勢力を得て、議會での多數を獲得すれば、今度は、その反對黨が内閣を組織して、政治の方向と立法の方針とを指導する。かくすることによつて、何をもつて正しいとするかについての意見の對立が、ことごとく憲法の劃する「合法性」の枠の中に取り入れられ、正義觀の動搖によつて破られるおそれのない高度の弾力性に富んだ秩序が確立される。それは、正義と秩序との矛盾を調和するための、最もすんだ國家機構であるといつてさしつかえないであらう。

けれども、民主主義の陥り易い弊害は、その世界觀的寛容性が限度を見失つて、底のない相對主義に墮することである。底のない相對主義と化した民主主義は、法の正しさを追求しようとする強靱な意志を喪失する。そうして、議會の多數でありさえすれば、事の是非善惡にかかわりなく、その決定を強行しようとする。それが、いわゆる「多數黨の横暴」である。多數黨の横暴を許す民主主義の行き方は、多數の赴くところには唯々諾々として追隨する日和見主義であり、源平藤橘四姓の人と枕を交す無節操な娼婦的態度である。議會政治が全體として、多數には無條件で身を賣る無節操さに陥る

ときは、各政黨もまた、その政策を正義と眞理とに接近せしめようとする努力を見失つて、手段を撰ばず、ひたすらに數のみを獲得しようとして狂奔するにいたる。金權と、買収と、欺瞞と、煽動とが、眞理に代つて一國の政治を指導する。そのように墮落した議會政治が國民の信頼を失うのは、當然である。かくて、國民は、難局に直面して動搖せず、強烈な信念によつて一直線に危機を打開し得るよるな、新しい政治勢力の出現を待望するようになる。その虚に乗じて擡頭する矯激絶對主義の政治勢力は、議會政治を壊滅させる意圖を有するにもかかわらず、それが決定的な力を獲得するまでは、議會政治との正面衝突はしないで、かえつてこれを利用する。なぜならば、無際限の相對主義しか知らない議會政治は、自己を否定しようとして企てている政黨に對してすら門戸を解放し、それが絶對多數を得れば、これにあらゆる權力を與えてはばからないからである。かようにして、矯激絶對主義は、易々と議會政治の牙城を占領する。そうして、それを思うがままに料理し、議會の立法權を行政部の手に奪い取つて、完全な獨裁政治へと轉換してしまふ。

故に、民主主義は、一方では、相對主義の寛容性の精神を堅持すると同時に、他方では、合法性の廣い枠の中に競い立つ數多くの立場の中から、「最も正しい」ただ一つの立場を撰び出すために、不斷の努力をつづけなければならない。

民主主義が數多い立場の中から一つを撰び出す技術的な方法は、多數決である。しかし、多數で決

めたことは、決してかならず正しいとはかぎらない。多数決が正しいとはかぎらないということは、少数意見の方がかえつて正しい場合もすくなくないことを意味する。故に、民主主義は、いかなる少数意見にもその信念を吐露する自由と機会とを與える。かような「言論の自由」によつて互に正しいと信ずるところを主張し合つた上、一應の決定は多数決によつて下される。しかし、もしも多数決が正しくないならば、その正しくない結果は、やがて實際の政治や立法の推移の上にあらわれるに相違ない。そこで、國民は、改めて、かつての少数意見の方が正しかつたことを知ることが出来る。そうすれば、國民は、今度はその少数意見の方を支持するから、かつての少数黨はやがて多数黨に成長するであろう。そして、かつての多数決の結果を修正し、政治と立法とを一步でも正義と眞理とに接近せしめて行くであろう。ジョン・スチュアアト・ミルは、人間の理性が眞に尊敬に値するのは、それがあやまりを犯さないためではなくて、討議と經驗とによつて、そのあやまりを是正する力をもつているからである、と説いた。⁽¹⁾これは、偉大な言葉である。多数決原理によつて運用される民主主義が信頼に値するのも、それが多数決によつて陥つたあやまりを不斷に是正し得るからでなければならぬ。かくて、相對主義的な言論および批判の自由と、人間平等の福祉を目ざす不斷の努力と、國民の政治的良識の絶えざる向上とによつて、民主主義の「數の政治」は次第に「理の政治」へと接近する。民主主義の弾力性に富んだ秩序の枠を破ることなしに、その秩序を通じて常に新たに法の理念を實現すべき道は、ここにある。そして、ただ一つ、ここにのみある。

(1) Radbruch : Rechtsphilosophie, Vorwort, S. VIII; S. 62 ff.

(11) J. S. Mill : On Liberty, Oxford University Press, p. 27.

四 個人の権利

法の理念を實現する者は、このように主張し、このように討議し、このように努力し、このように實行するところの人間である。それは、結局において多数の「個人」であつて、多数の個人以外の何ものでもなし。

勿論、これらの多数個人の間には、組織があり、協力がなければならぬ。かような協力の組織として最も大規模に發達しているものは、現在のところ國家である。その意味で、いま述べたような健全な民主主義の組織をもつ國家は、法の理念を實現するための高度の適格性を有するということができよう。しかし、民主主義の國家こそ、できるだけ多くの國民が「個人」として政治に積極的に參加することを求めるのである。したがつて、個人を離れた國家という全體者があつて、その國家全體が正義を實現するために、自ら意欲し、行動するという觀念は、民主主義とは相容れ得ない。これに反し

て、獨裁主義の思想的基礎をなす全體主義の世界観は、個人を越えた民族全體・國家全體が、法の理念を體現し、法の理念を運載して行動する「主體」であると考えられる。けれども、民族全體・國家全體と稱せられるものは、多様な個人の活動の意味的統一體であり、志向的體驗の歸一點であつて、現實の世界に現實に活動する主體ではあり得ない。現實の世界において行動する主體は、意欲し、努力するところの個人でのみある。それらの意欲し、努力する個人の活動が、國家の組織の下に正しく統一されているとき、それが相寄り相俟つて法の理念を實現する「力」となるのである。

法の理念は正義であり、正義は人間平等の福祉である。しかし、人間の現實の生活には、歴史の傳統や、地理的の條件や、その他、あらゆる非合理的な要素が競合しているから、福祉と負擔の配分が眞に公正であるということは、實際にはほとんど望み得ない。ただ、與えられた具體條件の下で、できるだけ福祉と負擔とを公平に配分し、各人の値するところに應じた地位と利益とを保障するのが、正しい秩序のあり方である。そのような正しい配分の秩序において、配分せられ得る福祉を享有する者もまた、結局のところ多數の「個人」である。個人は、正しい秩序を建設する主體であると同様に、正しい秩序のもたらす惠福を享受する主體である。

ところが、全體主義の世界観は、正義を實現する主體としてばかりでなく、福祉を享有する主體としてもまた、何よりもまず民族全體や國家全體を考える。繁榮すべきものは民族であり、國家であつ

て、個人は民族の繁榮のため、國家の興隆のために、すすんで犠牲となるべきであると説く。しかしながら、民族や國家を構成する多數個人の福祉から離れて、民族自體・國家自體の繁榮なるものあり得ようはずはない。それを、強いて、そのような個人の福祉に還元され得ぬ「公益」があるというのは、多數の利益を犠牲にして、公益の名に隠れた少數者の野望と利益をほしいままにするための、單なる粉飾であるにすぎない場合が多い。それ故に、眞實の民主主義は、政治のもたらす福利を享受する者が國民であつて、國民以外の何ものでもあつてはならないことを強調する。リンカーンは、このように、正しい政治を行う主體が國民であることを、したがつて、正しい政治は國民自らの手によつて行われなければならないことを、「國民の政治」、「國民による政治」といい、正しい政治のもたらす福祉を享有する主體もまた國民であることを、「國民のための政治」といつた。

國民が個人として占めるかくのごとき立場は、法的にはまず「權利」として規定される。

いま考察して來たように、個人は、法の理念を——或る場合には正しく、或る場合には曲りなりに實現して行くにあつて、二様の意味で最も重要な立場に立つ。一つは、法の理念の實現に積極的に參加する政治の主體としての立場である。他の一つは、政治のもたらす福祉を享受し、法的配分の利益を享有する主體としての立場である。第一の立場が權利となつてあらわれたものを「參政權」という。第二の立場は、それを保障する法が、公法であるか、私法であるかによつて、あるいは「公

權」と呼ばれ、あるいは「私權」と名づけられる。しかるに、第一の立場の法的表現たる參政權も、もとより公法上の權利であるから、公權には、能動的に政治に參與する權利と、受動的に政治のもたらす福祉を享受する權利との、二つの側面があるといつてよい。

「公法」と「私法」との區別については、色々な説明の仕方があり得るが、ここでは、國家における法の定立・適用・執行の組織と權限と手つづきを定めている法が公法であると解して置くこととしよう。この概念からいえば、憲法や國會法や選舉法や内閣法や行政官廳法などは、もとより公法である。裁判所法や、裁判の手つづきに關する民事訴訟法・刑事訴訟法なども、公法である。更に、いかなる行爲を犯罪とするかを定め、これに對していかなる強制を加えるかを明らかにする刑法も、直接に國家の強制權力の發動を規定している法であるから、やはり公法に數えられる。國民は、これらの公法の規定を運用する場合には、常に「公人」としての立場に立つている。國會議員を選舉し、自ら國會議員となつて法律の制定に與り、政府や行政官廳の公務員として法の執行にあたり、裁判官として法の適用をつかさどるのは、すべて、國民の公人としての活動である。しかし、國民は、その反面また、公人としての資格から離れた「私人」としての立場において、生活を建設し、福祉を追求し、事業を經營している。これらの國民の私的生活および活動の關係を定めている法が、私法である。民法および商法が私法の二大部門であることは、いうまでもない。ただし、私法といえども、國家の法

定立の組織を通じて定立される法であり、その意味ではもとより國家の法なのであつて、内容から見ても、單に私人相互の關係を規律する社會規範たるばかりでなく、裁判の準則を定める強制規範としての性質を多分に備えている。

國民は、すべてこれらの國法規範の規律の下に生活していると同時に、すすんで、これらの國法規範の定立・適用・執行に參與し得る立場に置かれている。國民は、自らの意志によつて憲法を作り、作られた憲法を改正することができる。その場合、國民は「主權」をもつものとして資格づけられ、自ら主權行動に參加しているのである。更に、國民は、自由に自己の代表者を撰ぶこともできるし、自分自身、國會議員や行政官や裁判官になつて、國家の公務にたずさわり得る立場に立つている。それが、能動的な意味での國民の公權である。

もつとも、國民がすでに國會議員となり、行政官や裁判官となつて、法の定立・適用・執行にたずさわつてゐるのは、國家の「機關」としての「權限」の行使であつて、もはや「權利」の域を脱してゐる。これに對して、國民の權利は、そこにいたるまでの状態であり、何人といえどもそのような機關たる地位に就き得るといふ資格であると解せられなければならない。國家機關の權限行爲は、普通には立法・行政・司法の三作用に區分して、それらのいずれかに屬するものと見なされる。しかし、立法とは法律の定立であり、行政とは命令や處分の定立であり、司法とは裁判判決の定立に外ならな

いのであるから、それらは結局、いずれも、さまざまな段階における法の定立行為であるといつてさしつかえない。故に、いま述べたような意味での國民の公法上の權利は、國民が國家の機關として法の定立に參與し得るといふ状態である。その意味で、ケルゼンが、その法段階説によつて、權利をば「法創設への參加」(Teilnahme an der Rechtserzeugung)であると説いたのは、能動的な公權の性質をよくいいあらわしているといふことができる。⁽¹¹⁾

それと同時に、國民は、その當然に享有し得るところの福祉を侵害されることがないといふ保障を、法によつて與えられている。そのような福祉享有の保障が、公法によつて與えられているとき、國民のその状態は、受動的な意味での公權である。憲法が、すべて國民は、健康にして文化的な最低限度の生活を營む權利を有することを規定し、思想・信教・學問、等の自由に對して最大の尊敬を拂うことを明らかにし、身體・生命・財産が不當に侵害されるおそれがないことを固く保障しているがごときは、この意味での公法上の權利の主要な形態である。權利をば、このように、國民の福祉に對する法的保護と解するならば、イェリングの有名な定義にある通りに、「權利は法によつて保護された利益である」(Rechte sind rechtlich geschützte Interessen)ともいふことができる。⁽¹²⁾

權利が、一面から見れば「法創設への參加」であり、他面から考察すれば「法によつて保護された利益」であるといふことは、私法上の權利、すなわち「私權」についてもいわれ得るであらう。

國民は、「私人」としての立場においても、複雑な社會生活を營み、さまざまな目的活動を行つてゐる。その場合、人々は、各種・各様の社會規範の規律にしたがつてゐるのである。それらの社會規範は、人々に種々さまざまな「義務」を負わせてゐる。約束は守らなければならないとか、借りた金は返さなければならないとか、他人に配分された分け前を横取りしてはならないとかいふような義務が、それである。しかるに、社會生活は人と人との間の相互關係であるから、一方の側に義務が課せられていれば、他方の側はその義務が履行せられるといふことを期待し得る立場に置かれてゐる。甲が乙から借りた金を返す義務を負うている場合には、乙は、甲がその金を返すことを期待し得る立場にあるのである。この、他人の義務履行に對する「期待」は、權利の基礎をなすものであるが、それは、それだけではまだ法的な權利とはならない。ところが、社會規範が強制規範と結びついている法の組織の下においては、人々は、他人が自己に對する義務を履行しない場合には、裁判所に訴えてその救済を求めることができる。甲が金を返さなければ、乙は裁判の作用をうながして、強制的に返金を求めることができる。それが、乙の「債權」である。丙の持ち物を、丁が勝手に持ち去つた場合には、丙もまた裁判所の裁きによつて、その品物が自己に所屬することを確認させることができる。それが、丙の「所有權」である。乙や丙が裁判を求めれば、裁判所は、それにもとづいて、乙や丙の主張を擁護するところの判決を下さなければならない。故に、乙や丙は、事件を裁判所に提訴すること

によつて、裁判官の行う裁判判決の定立に「参加」しているのである。その意味で、私法上の権利もまた、裁判判決という形での法の定立行為に對して、國民が私人としての立場において参加し得る状態にあることを意味するといつてさしつかえない。

このような権利の制度は、原則として、権利を行使する者の「利益」を保護するために設けられている。返金債務の履行が強制規範によつて保障されていることは、金を貸した者の側から見れば、確かにその利益の保護である。自己の所有に屬する財産がみだりに侵されることがなく、もしもそれが侵された場合には、裁判をうながし、強制に訴えて、その救済を求め得るといふこともまた、明らかに財産を所有する者の利益の保護である。故に、裁判判決の定立に参加し得るといふ状態は、権利の形式であり、法によつて保護された利益であるといふことは、権利の内容である。法は、國民のすべてに對してかくのごとき権利の保障を與えることによつて、國民がひとしく自己の生活を經營し、自己の利益を追求し、自己の福祉を建設することができるよう配慮しているのである。そうして、近代の權利本位の法體系は、各人がそれぞれ自己の働きによつて自己の働きにふさわしい利益を得、さようにして得た各人の利益の配分については、正當に法の保護を受けることができるという組織を確立することによつて、「正しい配分の秩序」を維持しようとしたのである。

すべての人間を出生とともに私法上の「權利主體」として取りあつかひ、その利益に對してひとしく法的保護を與えるといふのは、人間平等の正義のあらわれである。それによつて、各人の生活條件を均等にし、各人にひとしい福祉追求の機會を與えることができるからである。

しかしながら、各人の生活の法的條件が均等になつたからといつて、すべての人間の福祉が、各人の價值と努力とにふさわしく配分されたことにはならない。近代市民社會は、すべての人々に平等の「權利能力」を賦與した。しかし、人間は、権利の「能力」を食べて生きて行くわけにはゆかない。人間の經濟上の福祉を保障するものは、権利の能力ではなくて、権利の「中味」である。もしも権利の中味が人によつて千差萬別であり、一方には巨大な利益をもたらす権利の中味をもつ者があり、他方には権利の容器の中に入れるべき何物をもたない者があるならば、それらの権利を一樣に法的に保障することは、人間の平等を保障するどころか、極端な人間の不平等を固定せしめる結果になる。近代市民社會の權利制度は、人間の利己的な利潤追求の貪婪性と結びついて、そのような經濟的利益の偏在性をますます増大させるという結果を招いた。

故に、今日では、権利の概念も、權利主體の利益というよりも、むしろ社會一般の利益を増進するための制度として考えられるようになってゐる。社會に生活する人々が、各人の權利を土臺としてさまざまな經濟的・文化的の活動を營むのは、各人各自の利益のためであると同時に、それ以上に更に社會公共の福祉のためでなければならぬ。その意味で、大きな權利をもつ者ほど、それだけ、その

權利を活用して、公共の福祉に奉仕すべき大きな責任を擔つているのである。己れの權利であるからといつて、社會生活に不利益をもたらすような仕方ではそれをを用いることは、權利の正當な行使ではなくして、權利の不法な濫用である。殊に、私法上の權利の中でも最も強力な私所有權は、公共の福祉に、善惡ともに至大な關係があるのであるから、その行使には、單に道徳的な義務だけではなく、同時に法的な義務をともしなければならぬ。ワイマール憲法の「所有權は義務づける」(Eigentum verpflichtet)という命題は、このような新らしい權利觀念に最も適切な表現を與えた。

しかし、そのように權利に義務をともしなわしめて見たところで、私所有權を認める以上、その制度はどうしても所有權者の利益のためのみに役立つて、經濟上の福祉の平等を破壊するかたむきがあるから、生産財貨の私有を原則として禁止してしまふ外はないというのは、社會主義の主張である。これに反して、私有財産制度と、經濟上の自由經營とは、生産活動を活潑に行わしめるための必要な條件であるから、その弊害を防止するための十分な措置を講じつつ、その長所を生かして行くべきであるといふのは、社會化された資本主義の立場である。故に、社會主義と資本主義とは、社會の福祉を法の理念として志向している點では、同じ目標を目ざしているのである。それにもかかわらず、社會主義と資本主義とが互に分岐・對立するのは、この共同の目標に到達するための方法について、兩者の間に見解の相違が存するために外ならない。

(I) Abraham Lincoln (1809—1865) : Gettysburg Address.

(II) Kelsen : Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, S. 618 ff., Reine Rechtslehre, S. 39 ff., S. 49 ff.

(III) Thering : Geist des römischen Rechts, 3. Teil, 6. Aufl., S. 339.

五 法と世界

國民の共同生活のために一日も缺くことのできない秩序を確立し、更にすすんで、國民の福祉の増進のために各方面の配慮を実施することは、國家の最も重要な任務である。

民主主義が自由主義と内面的に矛盾なく融合していた時代には、國家の任務は秩序の維持と外敵の防衛とに局限せらるべきであり、それ以外の積極的な經濟活動や文化建設は、自由社會の自由活動にゆだねらるべきであるという考え方が、強かつた。かような考え方をつきつめて行けば、國家は、ただ消極的に自由社會の自由活動を攪亂する行爲の取りしまりに任ずべきであるとする、いわゆる「夜警國家」の思想に歸著する。ラスキヤやマイクイヴァアなどによつて唱えられた「多元的國家論」(Pluralistic theory of the State)も、⁽¹⁾ほぼ同様の消極的な國家目的論に屬する。しかし、自由社會の自由活動なるものが、とくに經濟上の富の分配に關して、いかに大きな不平等と病弊とを生み出すかが明らか

にされた今日では、國家の任務がそのような消極限のみに限定されてはならないことは、識者のひろく認めるところとなつていゝといつてよい。例えば、炭鑛の國家管理を實行することになれば、經濟活動への國家の介入はそれだけ強くなる。まして、社會主義政策を全面的に行うことになれば、經濟上の仕事の大きな部分が國家公共の任務に移される。その度合いには色々な段階があるけれども、國民の福祉のために配慮すべき國家の責任が積極化しつつあることは、現代における世界の趨勢であるといつても、あやまりではないであらう。

しかしながら、國家が——といつても、人間の福祉のための活動をする「主體」は、結局は色々な資格における個人なのではあるが、——國民の福祉の増進のためにいかに積極的に配慮をしても、その國の産業や資源の状態の如何によつては、或る程度以上のことはいかにしても望み得ない。かぎられた自然的條件と貧弱な資源としかもたない國では、資本主義ですすもうと、社會主義に轉換しようと、國民の生活水準を高めることはできない。それにもかかわらず、その國の經濟生活を繁榮せしめようとすれば、いさおい外國の資源や領土に目をつけることになる。國家の武装を強化し、武力抗争に訴へても、市場の擴大を圖り、領土の獲得を目ざすことになる。このような傾向は、地球上の未開の土地がことごとく諸國家の繩張りの中に取り入れられるようになってからこの方、特に最も有力な戰爭の原因となるにいたつた。そして、市場と資源の獲得を焦る後進資本主義の國々は、まず國內

體制を全體主義的に固め上げた上で、抵抗の弱い方向にむかつて武力を背景とする強引な外交政策を行之、民族の興亡を賭して恐るべき戰爭の骰子を振つた。第二次世界大戰が、このような全體主義國家群の攻勢によつて起つたことは、改めていうまでもない。

國際的な領土や資源の配分が、多分に偶然な歴史的由來に制約されており、したがつて、すこぶる不合理な状態のままに今日の國家間の繩張りの關係ができ上つてゐることは、確かである。したがつて、國際秩序の現状の打破を企てるものは、かならずそのことを口實とし、戰爭に訴へるのが正義の要求であると主張する。

しかしながら、そのような危険が大きければ大きいほど、國際社會の法は、戰爭の防止といふことを、いかなる理由によつても動かすべからざる定言命令としてかかげる。なぜならば、その理由の如何にかかわらず、戰爭が人類の運命に深刻な不幸をもたらすことは、あまりにも明白な事實だからである。しかも、戰爭の災禍は、戰爭の規模が大きくなればなるほど、戰爭の手段が酷烈となればなるほど、幾何級數的に増大する。えびらに梅の枝をかざして駒を陣頭にすすめた昔の戰爭には、詩もあり、人情美もあり、道義もあつたであらう。しかし、戦闘員と非戦闘員たるとを問わず、老若男女の別にかかわらず、擧げて戦火の犠牲となり、その間に、あらゆる悪徳と暴逆と破壊とが行われるようになったて以來、戰爭はその名譽を喪失したといふ、ラアドブルツフの言葉は正しい。戰爭は、絶對に