



320
a
72

0<sup>m</sup> 1 2 3 4 5 6 7 8 9 9<sup>m</sup> 0 1 2 3 4 5

始





エト5P-77

# 法 哲 學

東京大學教授  
尾高朝雄著



幼草書房



尾高朝雄著

法  
哲  
學

勁  
草  
書  
房



a 320  
72



231705

## 序言

法哲學は、英語では *philosophy of law*、ドイツ語では *Rechtsphilosophie*、フランス語では *philosophie du droit* といひ、文字通り法の哲學を意味する。この學問の主流をなす形而上學的な自然法論が幕末の頃にオランダから日本に傳えられたとき、これを傳えた學者は譯して「性法」と名づけた。明治十四年に東京大學法學部でこの學科を擔任した故穗積陳重博士は、主としてイギリス流の經驗主義の立場を採つたために、わざと哲學という語を避けて、「法理學」という名稱を選んだ。更に、大正時代に入つて新カント學派の影響の下に法價値論や法學方法論がさかんに論ぜられるようになって以來、これと竝んで「法律哲學」という名稱が好んで用いられる。それを更に「法哲學」と呼ぶのは、別に深い理由がある譯ではない。ただ、法律といふと、國會で制定される特殊の成文法の形態と紛らわしいから、法一般の根本原理を探究する學問であることを明らかにする意味で、ここではこの用語を冠するに過ぎない。



しかし、法の根本原理を探究するからといって、法哲學の探究の結果が實定法から隔絶してしまふようなことがあつてはならない。法哲學が論ずる法の本質は、現實に人間の社會生活を規律している法——實定法——のそれではなければならぬ。法哲學の考察すべき法の目的は、實在から遊離した抽象・假空の法の理念であつてはならぬ。なぜならば、現實の社會に生きて働いている法、それが法であつて、それ以外に法はないからである。故に、法哲學は哲學の一部門ではあるが、あくまでも具體・特殊の實在に即した哲學であり、實存の哲學でなければならぬ。法哲學は實定法の本質を論じ、實定法に内在する目的を明らかにし、實定法のむかうべき指標を確立することを任務とする。したがつて、法哲學は、常に緊密に實定法學と連繫することを要する。法の根本原理と實定法學との架橋を圖り、實定法學の研究に確乎たる據點を與えるのが、現代法哲學の關心の焦點であり、またその最大の使命である。

本書では、まず緒論でギリシヤ時代以來の法哲學の發達を敘述し、本論では、右に述べたような趣旨から法哲學の主要問題を概観することとする。しかし、限られた頁數では、きわめて簡単に要を約する程度を出で得ない。したがつて、更に進んで法哲學の諸問題を研究しようと

する讀者諸賢のために、比較的新らしい日本語文献の主なものゝを左に掲げる。

## 著 書

- 高柳賢三 法律哲學（日本評論社版、社會科學叢書、第五編）昭和二年。  
 高柳賢三 法律哲學原理、昭和四年。  
 田中耕太郎 法律哲學概論、第一分冊、昭和九年。  
 三谷隆正 法律哲學原理、昭和十年。  
 恒藤 恭 法の基本問題、昭和十一年。  
 尾高朝雄 改訂法哲學、昭和十二年。  
 廣濱嘉雄 法理學（日本評論社版、新法學全集、第二十八卷）昭和十二年。  
 小野清一郎 法學評論、下、昭和十四年。  
 中島 重 法理學、昭和十六年。  
 尾高朝雄 實定法秩序論、昭和十七年。



法 哲 學

- 田中耕太郎 法律哲學論集、一、昭和十七年。  
和田小次郎 法律哲學、上卷、昭和十八年。  
田中耕太郎 法律哲學論集、二、昭和二十年。  
尾高朝雄 法の窮極に在るもの、昭和二十二年。  
淡野安太郎 社會哲學としての法律哲學、昭和二十三年

翻 譯

- ケルゼン (黒田 覺譯) 自然法學と法實證主義、昭和七年。  
ケルゼン (横田喜三郎譯) 純粹法學、昭和九年。  
デル・ヴェキオ (和田小次郎譯) 法哲學原理、昭和十六年。  
ラレンツ (大西 芳雄譯) 現代ドイツ法哲學、昭和十七年。  
シュタムラア (和田小次郎譯) 法及び法學の本質、昭和十七年。  
やや詳細な内外の文献については、拙著・改訂法哲學の卷末參照。

は し が き

この小著は、はじめ、東京大學法學部における法哲學の講義案として書かれたものである。そのときには、別にこれを公刊するつもりはなかつた。しかるに、終戦後、昭和書房が新法學叢書を出す計畫を立て、法哲學の執筆を私に依頼したので、ちようど分量も注文通りであつたところから、それに必要な修正を加えて渡した。最初は、全集もの的一篇として豫定され、單行本になるはずではなかつたので、表題は、前に日本評論社から出した拙著と同じ「法哲學」でもさしつかえないと考えた。それが、途中で豫定が變つて、單行本となつたために、「法哲學」が二種類あるという、妙なことになつてしまつたのである。

それを、今度、逸見俊吾君の經營する勁草書房から、裝を新たにして出すことになつたのは、逸見君から私のものを何か出版したいといつて、強く迫られた結果に外ならない。逸見君は、早稻田大學の出身で、學生のころから有名な文化事業家である。その出版界における門出に何かはなむけをしたいと思つたが、新らしいものを書いてゐる餘裕はないので、とりあえず、



昭和書房の了解を得てこれを廻すことにした。したがって、装は新たになつてゐるが、内容は、かなづかいを改めただけで、何の變更も加えてない。

一方、日本評論社の「法哲學」も新版を出したいといふので、この方は内容に大きな修正を加え、現在それを印刷に附している。内容も新たになり、分量も増加したので、こちらの方は「法哲學概論」とするつもりである。それが出れば、拙著「法哲學」に二種類あるという變態現象は、解消することになるであろう。

この小著は、最初に書いたように、もともとは講義案であるから、細かい議論や説明は一切省いてある。したがつて、内容が非常にコンデンスされているし、難解のところも多からうと思ふ。そこで、いまはやむを得ないけれども、この次に版を改める機會があつたならば、これをもう少し一般むきに書きなおし、題名も「法哲學序説」ということにしたいと思つてゐる。そうなれば、日本評論社の「法哲學概論」とはかなり性格の違つたものとなり、二つの拙著がならんで存在する意味も、もつとはつきりするであろうと考へてゐる。

昭和二十三年八月十日

尾 高 朝 雄

## 目 次

序 言……………一

はしがき……………五

緒論 法哲學の發達……………五

第一章 法形而上學……………七

第一節 自然法論……………七

第二節 古代の自然法論……………一八

第三節 中世の自然法論……………三

第四節 近世の自然法論……………二天

第五節 自然法の法超越性……………三七

目 次



目次

第二章 實定法の基礎理論……………三九

  第一節 歴史法學……………三九

  第二節 目的法學……………四一

  第三節 自由法論……………四三

  第四節 法社會學……………四四

  第五節 一般法學……………四六

第三章 現代の法哲學……………四九

  第一節 批判的法哲學……………四九

  第二節 法學方法論……………五一

  第三節 法の價值哲學……………五一

  第四節 純粹法學……………五二

  第五節 法現象學……………五七

  第六節 新自然法論……………五九

本論 法哲學の主要問題……………五五

第七節 全體主義の法哲學……………六一

第一章 法の本質……………六七

  第一節 社會生活の秩序と組織……………六七

  第二節 法規範……………七〇

  第三節 法の複合構造……………七四

  第四節 法の效力……………八〇

  第五節 法の效力の根據……………八五

第二章 實定法の性格……………九七

  第一節 法の道義性……………九七

  第二節 法の政治性……………一〇三

  第三節 法の經濟性……………一〇八

目次



目次

第四節 法の技術性……………二四

第五節 法の事実性……………二六

第六節 法の調和性……………二三

第三章 法と國家……………二七

第一節 法共同體としての國家……………二七

第二節 國家の目的……………三一

第三節 國家の組織……………三五

第四節 國際法……………四〇

第四章 國法秩序の構造……………四五

第一節 法定立の機構……………四五

第二節 國家の機關……………五一

第三節 公法と私法……………五三

目次

第四節 權利と義務……………一五

第五節 公權と私權……………一六

第五章 法學……………一六

第一節 法規範學……………一六

第二節 法事實學……………一七

第三節 法哲學……………一七



法  
哲  
學



緒論  
法哲學の發達



## 第一章 法形而上學

### 第一節 自然法論

哲學がまず形而上學として發達したごとくに、法哲學もまた最初は法の形而上學として成立し、法形而上學はいわば法哲學の主流となつて多様な發達を遂げた。

形而上學は、感覺によつて認識される現象界の奥に、もしくはさような現象界を超越して、真知の對象となる恒久不變の眞實在が存すると斷定し、その探究をば哲學の任務とする。しかも、眞の實在界をば現象界を遙かに卓越する存在と考へ、したがつて、そこに人間生活の理念



を求め、それを一切の價値の尺度とするのは、形而上學に共通の性質である。同様に、法形而上學も、政治上の權力によつて左右され、あるいは人間生活の不合理性によつて歪められた現實の法の彼岸に、天理自然に基づく不易の理法の存することを豫想し、かような「自然法」を以て法の理想と考え、自然法をば實定法に對する評價の標準たらしめようとする。故に、法形而上學の發達は、すなわち自然法論の發達に外ならない。

## 第二節 古代の自然法論

自然法の理論は、遠くギリシャ哲學に淵源する。ギリシャの哲學者が主として宇宙論にその關心を向けていたころ、すでにピュタゴラス (Pythagoras, 580—500) およびその學派は、法の理念たる正義の本體を均分・公正な自乗數または正方形を以て現し、ヘラクレイトス (Herakleitos, 536—470) は、流動轉變する森羅萬象の流轉の法則たる理法 (logos) を捉え、理法はまた人間の社會生活の則るべき標準であると説いた。そのうち、ギリシャ哲學の焦點は人間の問題に

移り、ソフィストたちは相對主義の立場に立つて、法も結局強者の主觀によつて動かされるものと見、「強者の權利」の思想を提唱した。これに反して、主觀のうちに客觀的な天地の公道の儼存することを發見し、法および道德の基礎を確立しようとしたのは、ソクラテス (Sokrates, 469—399) である。

永遠なるもの、絶對なるものは、現象を超越した世界に求めらるべきか、あるいは現象そのものの中に見出され得るか。——ここに、同じく理想主義の立場を堅持する形而上學が、一つは超越論・二元主義に向い、他の一つは内在論・一元主義に傾く分岐點がある。

プラトン (Platon, 427—347) は、常住絶對の理念 (idea) の世界は現象界たる個物の世界に超越して存すると考え、感覺に捉われることなく、概念による普遍者の認識に徹することによつて、人は始めに眞知に到達し得ると論じた。人間はもとイデア界に屬していたが、現世では肉體によつて繫縛されている。したがつて、人間は概念によつてイデアの姿を想起し、理性を以て意志を統御し、更に慾望に節度を與え、叡智・勇氣・節度の三原徳の調和を圖つて行かなければならない。そこに正義が實現される。正義は、個人の徳ではなく、國家によつて始めて



行われ得る最高の徳である。すなわち、哲人の指導の下に武人・生産者がそれぞれその職責を守り、特に教育に關してはこれをすべて國家の管理に移し、徳育・智育・體育・情操教育の全體を規律・統制するのなければ、正義の實現は望まれない。かように、プラトンの描いた國家は、その規模においてギリシャの都市國家を現實の素材としたとはいへ、その内容から見れば、現實を超越して構想された一つの理想國家であつた。

プラトンが理念を現實から超越せしめ、理想の社會生活を事實上の人間生活と二元的に對立せしめたのに對して、個物そのものの中に普遍を見るところという内在論の立場を採り、理念をば現實を向上發展せしめる原動力であると考えたのは、アリストテレス (Aristoteles, 384—322) である。

アリストテレスによれば、事物を形成する「素材」(hylē) は、その「形相」(eidos) によつて規定される。形相は、或るものをしてそのものたらしめる本質であり、しかも、そのものの生長を促して形相の實現に向わしめるところの動因である。かように、彼れの形而上學は、形相を個物に内在するものと見るに留まらず、形相と素材との關係により、對象をその發展の相

において考察しようとしたところに、きわめて重要な意義を持つ。ところで、人間の本質は國家的の生物たる點に在る。故に、人間の生活は國家において始めて完い。しかも、人間の國家生活は、あくまでも正しい國家生活でなければならぬ。しからは、何が正しい生活であり、何が正義であるか。アリストテレスは、正義をば最高の徳と解する。それは社會の徳であり、廣くいえば、人の心情および行動を共同生活の一般原則に適合せしめることを意味する。更にこれを狹義に解すれば、正義は各人の利害を均等ならしめることであり、各人の値するところに應じて配分を規律する「配分的正義」と、交換や賠償や刑罰に當つて利害・報償の平均を期する「平均的正義」とに岐れる。なお、法は正義に基づいて定立さるべきであるが、法の規定は一般的であり、社會生活は具體的であるから、その間に生ずる間隙は、常に衡平によつて補填せられなければならない。

ギリシャ哲學の末期に屬するストア學派は、アリストテレスに倣つて人間をば社會的の生物と解すると同時に、人間の形成する社會は國家を越えて普遍人類的な擴がりを持つべきものと考へ、世界主義の立場を採つた。その「自然理法」(lex naturalis) の思想は、ロオマに傳えら



れ、ロオマ法學に大きな影響を及ぼした。すなわち、ロオマの法學者は、自然理法思想から出發して、實定法の指標たるべき「自然法」(jus naturale)の理念を掲げ、實定法に自然法を補足・布衍する役割を認めると同時に、アリストテレスの正義論を典據として、「各人に彼れのもの」(suum cuique) 與えることを正義であると解した。

### 第三節 中世の自然法論

中世の哲學は、キリスト教理の解明と組織化とを主題とする宗教哲學であり、カソリック教會の教義の確立を目ざす神學である。最初、優れた教父たちの思索によつて次第に理論構成を見た時代の神學説を教父哲學といい、教會附屬のスコラ(schola)において主として考究された教義哲學をば、スコラ哲學と稱する。中世哲學は、神の信仰を中心とする神秘主義・非合理主義において、比較的合理主義の色彩の強い古代哲學と趣を異にするが、理論の典據としては、プラトンおよびアリストテレスの影響を受けているところがきわめて大きい。

キリスト教神學に立脚する法の宗教哲學は、法の根本をば神の意志・神の攝理に歸著せしめる。教父哲學を代表するアウグスティヌス(Augustinus, 354—430)によれば、世界は神によつて創造せられ、歴史は永遠なる神の計畫に基づいて展開する。全能なる創造者の法則は、世界の隅々までをも規定して、これに調和と秩序とを與える。人間の生活ももとよりそれによつて規律せられるのであつて、人は何人といえども神の世界計畫たる永久法にしたがつて行動しなければならぬ。しかしながら、人間の世界には悪がある。なぜならば、人間は意志の自由を有し、そのために原罪を犯して、悪魔の國との交渉を持つにいたつたためである。故に、人類の歴史は、贖罪によつて醜惡を淨化し、神の恩寵に歸依して神の國を實現して行く過程でなければならぬ。現實に存在する國家は、罪ある人間の恣意によつて支配される。しかし、罪ある人間の社會に秩序を與え、その壞滅に陥るのを防いでいるものが國家である以上、國家もまた、神の攝理の下に否定を通じて肯定せらるべきである。更に、人間の惡を淨化してその贖罪を完からしむるための施設は、教會であるが、教會といえども、現實の人間惡との結びつきを持つかぎり、いまだ神の國ではない。かように、神の國と悪魔の國とを對極を成す二つの原理



として、その間に介在する教會および國家の任務を説いた點に、アウグスティヌスの歴史哲學が示されている。

スコラ哲學の時代を通じて論議的となつたものは、「普遍」(universalia)の實在という問題である。けだし、もしも普遍者が單なる名目に留まり、實在するものは個物に過ぎないとするならば、最大の普遍者たる神の實在は立證され得ず、また、人類は單なる個人の集積に外ならないこととなるが故に、アダムの原罪を全人類が負うという教義も確立されず、更に、カソリック教會すなわち普遍教會もまた、多數の信徒もしくは多數の小教會の總稱に墮して、その實在性を喪うにいたるが故である。この問題につき、初期のスコラ哲學者はプラトンに倣つて概念的普遍者の實在を説き、しかも普遍者は個物に先立つて實在すると論じたが、のちにはアリストテレスの影響を受けて、普遍をば個物の裡に内在すると見る學説が優勢となつた。かように概念的普遍者の實存を認める理論を、個物のみを主張する「唯名論」に對して「實念論」という。スコウトス・エリウヴェナ(Scotus Erigena, 810—877)はプラトンの實念論を説き、トマス・アキナス(Thomas Aquinas, 1225—1274)はアリストテレス的實念論に屬する。

アウグスティヌスの場合には、人間の歴史は神の國および惡魔の國の二元性によつて規定され、したがつて、現實の國家は、神の攝理の下に否定を通じて肯定せられたとはいへ、その役割はきわめて消極的な意味に限定されざるを得なかつた。これに對して、スコラ哲學の最大の組織者たるトマス・アキナスは、アリストテレスの思想を繼承して、人間をば社會的の生物と認め、それ故に、國家は人間生活のために缺くことを得ない制度であると説いた。ところで、アリストテレスの場合には、國家の目的は人間をしてその共同生活を通じて道徳を成就せしめるに在つたが、トマスにとつては、歴史の使命は單なる市民道徳の實現にとどまらず、更に、神の恩寵によつて人間を救済するところを求められなければならない。ここにおいて、トマスの社會哲學は、救済の施設としての教會をば國家の上位に置くこととなり、その點で國家至上主義のアリストテレスから離れる。法についていえば、人間は、神の攝理たる「永久法」(lex aeterna)に參與することによつて「自然法」(lex naturalis)を認識する。しかし、自然法は人間に啓示されたかぎりでの神の意志であつて、永久法そのものの全貌ではない。また、國家の法たる「人定法」(lex humana)は、自然法を基礎とし、自然法を布衍・補足しつつ



現實の人間生活の秩序を定める。したがって、自然法と並んで實定法の存在理由が積極的に肯定せられるが、もとより實定法は自然法と相反するものであつてはならない。かくて、トマスの場合には、教會と國家との位階秩序とともに自然法と實定法との位階秩序が認められ、それらがすべて絶対なる神の叡智のもとに調和を保つこととなるのである。

#### 第四節 近世の自然法論

##### 一 啓蒙時代の自然法論

近世の初期、いわゆる啓蒙時代の自然法論は、自然という言葉をば人間自然の本性の意味に解した。それ故に、人間自然の本性をいかに見るかによつて、法または國家についても異なる結論が生れて来る。人間本來の社會性から出發すれば、いかに利害が衝突し、いかに人と人とが相争つてゐる場合にも、その間に自らに遵守さるべき行動の準則がなければならぬ、とい

うことになるであろう。また、人間はもともと反社會的な性格を有し、したがつて人間の原始生活は「萬人に對する萬人の闘い」であつたという想定に立てば、かような状態から法や國家が成立したのは、全く人爲的な打算と合意との結果に外ならない、という結論に到達するであろう。これら二つの立場は、それぞれグロチウス (Hugo Grotius, 1583—1645) およびホッブス (Thomas Hobbes, 1588—1679) によつて代表された。また、兩者の中間に在つて折衷説を説いた學者に、プウフェンドルフ (Samuel Pufendorf, 1632—1694) がある。

近世初期の自然法論にとつて最大の關心事となつたものは、自由と拘束との矛盾をいかにして解決するかという問題である。當時の自由主義の世界観は、人間が最初から個人として自由であつたということを前提とする。しかるに現實には人間は自由ではなく、國家の法によつて拘束されている。しからば、何故に自由を享有していた人間が今日では國法の拘束の下に生活するようになったか。この問題に對する解答として用意された假説は、すなわち「國家契約」の觀念に外ならない。

人間は生れながらにして自由であつた。故に、人間の原始状態には勞働の自由があり、勞働



による所得の自由が與えられていた。けれども、原始生活には、これらの生存條件の安全を保障するための制度がない。そこで、人々は自ら進んで相互に契約を結び、統一ある國家生活を創始し、國家の法に服することとした。故に、國家生活に伴なう拘束は、これを必要と認められた自由人の自由意志の合致を基礎としている間は、自由の根本原則と矛盾しない。しかし、自由の根本原則と矛盾しない拘束は、國民の意志に基づいて定立された法による拘束でなければならぬ。民意を基礎としない法を以て、権力者が濫りに國民の自由を制限し、國民の利益を不當に剝奪するがごとき制度は、明らかに自由の理念と矛盾する。現實の法秩序がかような制度を維持しようとするならば、これを打破して國民の意志による憲法を創定し、國民の自由を保障するような國家組織を建設するのは、自然法に立脚する國民の正當な権利である。かくて、自然法は專政制度に對する革命の指導原理となり、自由主義的民主主義、特に國民主權主義の基礎理論となるにいたつた。

かような近世自由主義の線に沿う國家契約理論は、ロック (John Locke, 1632—1704) によつて説かれ、イギリスの立憲制度發達の礎石となつたが、大陸においてこの思想を鋭く展開

し、フランス革命への情熱に點火した學者はルウソオ (Jean Jacques Rousseau, 1712—1778) である。

ルウソオは、その『社會契約論』の冒頭に當つて、「人間はすべて自由に生れた。しかるに、人間はいたるところで鐵鎖につながれている」といい、更に語を繼いで、「どうしてそうなたか。私はそれを知らない。どうすればそれを是認することができるか。この問いには私は答え得ると信ずる。」と述べている。そうして、ルウソオもまた國家契約の假説を以てこの問題に對する答えとしたのである。

すなわち、ルウソオによれば、本來自由なるべき人間が到るところで國家の法に拘束された生活をしているという状態は、その國家が國民の合意を基礎として存立していると考えられることによつて、始めて正當な状態として是認され得るのである。しかも、「どうしてそうなたか。私はそれを知らない。」という言葉によつて知られる通り、ルウソオは、國家契約をば歴史上の事實として推定したのではなく、國家存立の論理上の根據としてこれを掲げたのである。すでに、國家が國民の合意を根據として存立するものである以上、國家の法は、國民の「總意」



(*volonté générale*)によつて作らなければならない。法が國民の總意によつて作られ、その法によつて國民生活が規律せられるのは、他律の拘束ではなくて、自律の統制である。自律の統制は自由の理念と矛盾しない。かように、ルウソオは、國民の總意による立法ということを前提として、國家制度を肯定し、是認したのである。しかも、ルウソオは、國民の總意は單なる國民の「すべての意志」(*volonté de tous*)ではなく、常に正しかるべき立法の根據であることを力説し、國民の持つ立法權といへども決して單なる「權力」ではなく、一切の權力の淵源たるべき法の「理念」であることを明らかにした。

## 二 カントの法哲學

啓蒙時代の自然法論は、人間本來の自由の理念から出發して、自由解放の政治運動の旗じるしとなつた。すなわち、理論の出發點では理念として掲げられた自由は、實踐運動の目標となつた場合には、現實の政治的自由を意味することとなつたのである。しかし、フランス革命その他の政治變革によつて專政制度が崩壊したのちにも、しばらくは社會の混亂状態がつづい

て、人々は容易に現實の自由には到達し得ないことを知つた。かくて、西洋近世の自由主義は、一たびは現實の自由に対する懷疑の洗禮を受けて、更に當爲としての自由の確信にまで深められなければならなかつた。かように、自然法論のかかげる自由の理念を、現實としての自由から當爲としての自由に轉換せしめたところに、カント (*Immanuel Kant, 1724—1804*) の批判哲學の大きな歴史的意義がある。

カントによれば、現實の人間は自由ではあり得ない。なぜならば、自然の世界は因果の法則によつて支配されている。したがつて、自然界の住民としての人間の意志は、あくまでも因果律によつて拘束されているからである。しかしながら、人間は決して單なる自然界の存在者ではなく、それより一層高い意味において道德上の人格者である。ところで、因果律は、悟性認識の作用が自然界を自然界として構成する法則であるから、自然界には固く通用するけれども、自然界の彼岸に在る道德の世界にまでその支配力を及ぼすことはできない。故に、道德上の人格者としての人間は、意志の自由を有する。人間の胸に在る道德律は、星を鏤めた大空のごとくに尊嚴である。そうして、道德律の妥當性は、人間が道德律によつて行動し得るとい



自由を豫想する。そこに、道德上の當爲としての自由がある。すなわち、人間は、自然の存在者としては自由ではないが、道德上の人格者としては自由である。それは、人間存在の本質に根ざす大きな二律背反である。

それでは、必然と自由との間に横たわっているこの二律背反は、絶対に克服され得ないような矛盾であろうか。——この根本の問題を周つて、カントの法および國家に關する哲學が展開される。

現實の人間は自由ではない。その行動の動機は慾望や感情によつて支配されている。故に、動機に對して強い影響を與え得るような手段を用いるならば、少くとも外面的には人間の行爲を共同生活の法則に合致せしめることが可能となる。その手段は強制である。人が強制によつて外面的にその義務を行うのは、もとよりいまだ「道德性」(Moralität)の實現ではない。しかし、その行動が外面に現れた行爲としては義務の履行である點からいえば、それは「合法性」(Legalität)の要求に適っている。人々が合法的に行動することによつて、人間の恣意は相互に限界づけられ、秩序ある共同生活が可能ならしめられる。現實の人間が自由ではあり得ない以上、現實人の恣意を拘束して、人々の生活をば少くとも外面的に義務の法則に合致せしめて行く

のは、自由の實現にいたるための前提である。故に法は、社會に生活する人々の恣意をば、自由の一般法則にしたがつて相互に結合せしめ得べき條件の總體に外ならぬ。いかえると、法は、強制を手段として人間の恣意を拘束し、人間の恣意を拘束することによつて、道德上の自由への道を拓く。かくて、法は人間存在の自由と必然との媒介者として位置づけられ、それと同時に法生活を可能ならしめる制度としての國家の役割も、哲學的に承認され得たことになるのである。

### 三 ヘゲルの法哲學

カントにとつては、國家は、法の下に共存する多數個人の結合態である。故に、カントの法哲學は、超個人的な普遍者としての國家を認めない。國家生活を營む多數個人は、法にしたがつて行動することにより、恣意の自由を排して道德の自由に近づくが、國家そのものは、道德への途を拓くための手段であつて、それ自身としての道義的實體性を持たない。ドイツ觀念論の哲學は、カントから出發しつつ、かくのごとくに國家を單なる多數個人の結合と見る見解か



ら次第に脱却し、國家の全體性を認識したフイヒテ (Johann Gottlieb Fichte, 1762—1814) を經て、國家を至上の道義態とするヘエゲル (Georg Friedrich Wilhelm Hegel, 1770—1831) の法哲學に到達した。

ヘエゲルによれば、法の基礎を成すものは意志である。しかるに、意志の本體は自由であり、自由ならざる意志は、誠の意志ではない。意志の自由とは、意志の純粹な自己規定性である。いいかえると、自己以外のものによつては制約されないということである。故に、意志は本來、遍在無碍の性格——無規定性——を有する。意志の本質は、かくて普遍性であり、自由なる意志は普遍意志でなければならぬ。しかし、意志は、それと同時に自己を限定するという働きを營む。この面から見ると、意志には普遍性の契機とともに個別性の契機が含まれている。故に、自由なる意志の實現過程は、普遍性と個別性とを兩極として辨證法的に進展する。すなわち、最初に現れる普遍意志は、個別性を持たない無限定の普遍意志であつて、この段階ではまだ自由は實現せられない。次に、意志の普遍性が否定されると、限定された個別意志が現れるが、そこでは意志の本體たる普遍性が失われているから、これまたもとより自由な意志

ではない。これに反して、意志がふたたびその本來の面目たる普遍性の立場に立ち戻りながら、しかも一たび個別的に限定された特殊性の契機をそのうちに包藏し、具體的な特殊の普遍意志となるとき、それは始めて實在する自由意志の段階に到達する。すなわち、自由なる意志は、主體性のない無限界の普遍意志でもなく、普遍性を喪うまでに限定された個別意志でもなく、具體的な普遍者の意志である。ここにおいて、ヘエゲルは、個人の意志には現實としても當爲としても自由はないことを認め、その點でカントの立場をも超越し、超個人的な普遍者の自由を強調するにいたつたのである。

これを特に法の實現段階として眺めると次のようになる。意志は、まず第一に、外界の事物を支配することを以て自由の實現であるとする。しかし、物の支配によつて成り立つ自由は、單なる「抽象的權利」(abstraktes Recht) に過ぎない。自由實現の辨證法的過程は、外界に向けられていた支配の要求を自己自身にふり向けて、第二に、自己の意志による自己の規律、すなわち「道德」(Moralität) 上の自律の段階に達する。けれども、かような個人道德は、普遍性の契機を缺くが故に、これまた眞の自由の實現さるべき場所



たることを得ない。第一の、抽象的權利をば自由の實現と見たのは、啓蒙時代の自然法論である。第二の、内省された自己支配の自由を強調したのは、カントの道德哲學である。ヘゲルは、これら兩者をともに超越して、法と道德の綜合態としての「道義態」(Sittlichkeit)の世界に自由の實現を求めらる。

道義態は、個別性の契機によつて限定された普遍者である。したがつて、そこでは、普遍性の契機と個別性の契機とが、交互に前面に現れる。すなわち普遍意志が個別意志を蔽い隠している段階は、「家族」(Familie)であり、逆に、普遍性の色彩が薄らいで、個別意志の跳梁する場所と化したものが、「市民社會」(bürgerliche Gesellschaft)である。道義態は、これらを包攝しつつ更にこれらを乗り越えて、最後にその窮極の段階たる「國家」(Staat)に到達する。國家は、完全に現實化した道義態の理念であり、自らの理念にしたがつて自らの目的を實現して行く絶對自由の普遍者に外ならない。

ヘゲルは、自由を求めて個人の立場を超越し、法と道德を綜合して國家の道義性を最高度に強調した。しかし、飽和した自由は、逆轉すれば徹底した自由の否定となる。精神の辨證法

を裏返せば、物質の辨證法となる。ヘゲルによつて最高潮に達したドイツの觀念論哲學は、ヘゲル以後は次第に凋落して唯物論哲學に壓倒され、社會哲學の方面では、生産力の變化と階級闘争とによつて歴史の動態を説明しようとする唯物史觀の擡頭を見るに到つた。

### 第五節 自然法の法超越性

古來の自然法思想を通觀すると、自然法と呼ばれているものは、いづれも名は法であるが、實は法を超越する何らかの價值理念であることが知られる。自然法論は、かかる法超越的の價值理念を掲げて、これをば實定法の基礎と做し、あるいはこれによつて實定法を批判・變革しようとしたのである。中でも、古代の自然法は最も道德の色彩が強い。ギリシヤの哲學者が自然法と呼び、プラトンやアリストテレスが正義と名づけたものは、最高の道德原理に外ならなかつたのである。中世の自然法論も、法の基礎に道德を置いているが、道德の根本は神の意志であり、神の攝理であると信ぜられていたのであるから、結局その自然法は宗教の理念に



歸著する。更に、近世初期の自然法論者は、自由人の自由社會の秩序をば自然法と考え、その見地から自由を壓迫する專政主義の實定法秩序を變革しようとした點で、最も濃厚に政治の色彩を帯びている。轉じて、法をば經濟上の生産過程の上層建築に過ぎないものと做した唯物史觀も、經濟の力が法を動かす專主であるとする一種の法形而上學であると見ることが出来る。法形而上學は道德・宗教・政治・經濟等の力を法の基礎に置き、それによつて實定法を評價し、または、それによつて實定法の動態を説明しようとしたのである。

## 第二章 實定法の基礎理論

### 第一節 歴史法學

法は、道德・宗教・政治・經濟等の力によつて動かされる。故に、法を法の外から眺めると、道德・宗教・政治・經濟等が法の根柢であるということになる。しかし、法は他面また、道德や宗教の理想を現實と結びつけ、政治や經濟の動きを牽制して、社會生活の調和と秩序とを保つという固有の役割を演じている。實定法は、法を動かそうとする力と、法を動かす力を牽制しようとする力との均衡状態である。この状態を更に立ち入つて考察しようとするとき、



法哲學の發達は、自らにして自然法の考察を中心とする法形而上學の立場から離れ、實定法そのものの基礎理論に主眼點を移さざるを得ない。

自然法論が道德、宗教または政治の理念をば永遠不易の自然法として絶對化し、これを實定法の基礎たらしめようと試みたのに對して、始めて實定法そのものを當面の問題として取り上げ、歴史とともに變遷する實定法の本體を見窮めようと努力したのは、歴史法學である。もつとも、ヘゲルのごときも、理念と現實とは合致すると見たのであるから、その考察の對象となつた法は、單なる自然法ではなくて、理念を具現しつつある實定法であると見ることができよう。しかし、ヘゲルの法理論は、あくまでも思辨哲學を基礎として構想されているのに對して、歴史法學は正面から歴史的な實在としての法を問題としようとした點で、實定法の基礎理論はここから始まるといつて差支えあるまい。

歴史法學の創唱者たるサヴィニイ(Friedrich Karl Savigny, 1779—1861)は、自然法の思想に據つてドイツ統一民法典制定の急務を説いたティボオ(Anton Friedrich Thibaut, 1772—1840)に反對し、法は民族精神の現れであることあたかも言語のごとく、成るべくして作らるべきものでないと論じた。サヴィニイによれば、法は民族の歴史とともに、あるいは繁榮し、あるいは衰退する。故に、いかなる立法者の意志を以てしても、民族精神の歴史に根據を持たぬ法を制定することは不可能であり、逆に、民族精神の中に深く根ざしている法を改廢することもできない、と。

この説は、法の變化の相を捉え、民族の特殊性と實定法の個性との關係に鋭い科學眼を向けた點で、卓越した意義を有する。しかし、法が人間の目的活動によつて意識的に創造され、政策的に移植され、政治や經濟の變化につれて人爲的にも改廢され得るといふ側面を閑却している點では、法の一面觀たることを免れない。

## 第二節 目的法學

歴史法學と並んで自然法の思想に反對する第二の立場は、目的法學である。

目的法學は、法をば目的の所産と見る。法は人間共同生活の目的を達成する必要によつて作



り出されたものであつて、目的を離れては法はあり得ない。しかも、その目的は、現實の社會に生活する多數個人の目的意識の結晶であるから、法の生成變化は社會心理の動きに基づいて實證的に考察されなければならない。目的法學は、かように考える點で、絶對不易の自然法の理念を固守しようとする法形而上學とは正しく對蹠の立場に立つ。しかし、それと同時に、目的法學は、法が目的によつて創造される側面を強調するのであるから、法をば歴史とともに成るものであつて、意識的に作られ得るものではないと解する歴史法學とも、全く袂を分かつ。その代表者はイエリソグ (Rudolf Jhering, 1818—1892) であるが、「最大多數の最大幸福」を以て法の目的と見るベンサム (Jeremy Bentham, 1748—1832) の實利主義、利益の概念をば立法および解釋の規準たらしめようとするヘック (Philipp Heck) の利益法學なども、これと似た傾向に屬する。

目的法學の功績は、法とその目的との不可分の關係を明らかにした點に在る。實定法は道徳・政治・經濟等の目的によつて存在し、目的に動かされて變化する。法をその目的から離れて考察しているかぎり、法の法たる所以は窮明され得ない。しかし、法の目的とは、社會に生

活する多數の個人が法について抱く主觀的な目的意識ではなく、法を通じて作用する道徳・政治・經濟等の客觀的な理念である。それらの客觀的な理念があまねく調和して實現された状態を「最大多數の最大幸福」と名づけるならば、ベンサムの實利主義も高遠な法の理想を把握したものである。あるいはまた、法の目的を卑近な實用と結びつけて、法の任務をば社會生活の効率を高めるに在ると見たパウソド (Roscoe Pound, 1870—) の學說も、かえつて實際に即した理論として、深く玩味するに値するといふべきである。

### 第三節 自由法論

近世の個人主義的な自然法の思想は、權力の濫用を防ぎ、個人の自由と權利とを確實に保障するために、政治や裁判の行われる筋道をあらかじめ法規によつて確定して置くことを必要とし、その結果として特に成文法の發達を促した。すでに成文法が發達し、かつそれが自然法の理念に適つているものと信ぜられる以上、法の解釋および適用もまた、忠實に成文法にしたが



つてなきるべきであり、いやしくも成文法規の劃する規範意味の範圍を逸脱すべきでないと考えられるのは、理の當然である。故に、成文法の發達に伴わない、法規を嚴格な論理の法則によつて解釋・適用しようとする概念法學の興隆を見た。しかるに、第十九世紀の中葉以來、自然法思想は退潮し、社會生活の様相は變化し、成文法の不備が次第に明瞭に意識せられるようになった結果として、法規の嚴格な論理解釋に終始しようとする概念法學に對して、社會の實情に順應する柔軟自在な法の運用を圖ろうとする自由法論の擡頭を見るにいたつた。

概念法學は、専ら法の安定性を保障し、實定法秩序の變化を阻止しようとする。これに反して、自由法論は、社會の目的、歴史の情勢に基づき、立法手續きによらないでも法の進化を可能ならしめようとする。すなわち、裁判官に法の自由發見の餘地を與え、實社會の要求に應じて法規の缺陷を補足し、法規の意味を擴充する權能を認めようとするのである。この立場は、社會生活の實態調査を重んずる點で、實證主義に立脚するが、解釋の根柢をば成文法を超越する法の理念に求めようとする點では、自然法の再生であるともいふことができる。

#### 第四節 法社會學

自由法論の發達とともに、現實の社會生活の中に生きている法を、社會學の方法によつて研究する必要が自覺せられ、法社會學の發達を見た。中でもエエアリッヒ (Eugen Ehrlich, 1862—1922) は、法の生成過程を歴史上の事實についてつまびらかに考察した結果として、外見上宏壯に築造されている成文法の體系も、法秩序全體から見れば所詮第二義的な意味をしか持たぬことを示し、以て成文法偏重の傾向を匡正しようとして試みた。

エエアリッヒによれば、法の基礎を成すものは社會團體の內面的秩序である。社會團體の內面的秩序は平和の秩序であり、平和の秩序を維持するものは第一次の規範である。しかるに、第一次の秩序が闘争のために攪亂される機会が多くなるにつれて、闘争の關係を裁定し、攪亂された秩序を恢復する必要が生じ、この必要からして裁決のための規範が發達して來る。かかる判決規範は、争訟を裁くための第二次の規範に外ならない。成文法規は、かような判決規範



が明文を以て表示・固定せられたものである。故に、成文法は社會團體の内面的秩序を基礎としている。前者は後者を鬭争の荒波から防ぐための堅牢な防波堤に等しい。後者こそ、眞に社會生活の中に働いている「生きた法」(Lebendes Recht)である。法社會學の主たる任務は、生きた法を探究するに在る。生きた法の理解から遊離している法の解釋は、正しい意味での法の解釋ということとはできない。

### 第五節 一般法學

實定法の理論は、大體として自然法論とは反對の立場に立つてゐる。しかし、歴史法學は民族精神の實在を前提とし、目的法學は法の目的を掲げ、自由法論は法の理念を根據とする、といったような具合に、その理論には大なり小なり自然法論の殘滓ともいふべきものが附著してゐる。これに對して、徹底した法實證主義に立つ一派の學者は、法の中から一切の法超越的契機を拂拭し、實定法の在るがままの姿を忠實に考察すべきことを主張する。

その主張にしたがえば、法とは實定法であり、實定法以外に法はない。それ故に、例えば法の理念とか道德の目的とかいうような觀念を導き入れることは、實定法の法的性格を曖昧ならしめ、法學の立場を不純化する。法を道德から截然と分離せしめることは、實定法の本體を把握するためには是非とも必要である。法學は、實定法の研究に専念すべきであり、實定法以外の問題を取り上げてはならない。そうになると、實定法學以外に法の哲學と稱すべきものの成立する餘地はなくなる。ただ、個々の法領域を研究する特殊の實定法學に對して、實定法一般に通ずる諸概念や諸原理を考察する部門——一般法學——がなければならぬ。かように、一般法學を以て法哲學と置き換えようとする學者に、ドイツのベルグボルト(Karl Bergbohm, 1849—1927)、ライプツィング(Rudolf Bierling, 1841—1919)がある。また、ハンガリーのシュムロオ(Felix Somló, 1873—1920)の法學原論や、イギリスのオオステイン(John Austin, 1790—1859)の分析法學も、一般法學と傾向を同じくする。

一般法學が實定法のみを以て法と做してゐるのは正しい。しかし、實定法は、決して一般法學のいうように道德から截然と區別されてゐるものではない。實定法は道德と結合し、政治と



牽聯し、經濟とも深く交錯している。その綜合認識を企てるのが、法哲學の任務である。道德や政治や經濟から切り離された法は、死んだ法であり、したがって、もはや實定法ではない。

### 第三章 現代の法哲學

#### 第一節 批判的法哲學

現代の法哲學は、一方では法形而上學の永い傳統を繼承し、他方では實定法の基礎理論への反省と結びついて、まず批判主義の立場に立つ批判的法哲學となつて現れ、更に、法學方法論・法の價值哲學・純粹法學・法現象學・新自然法論等を生んでいる。

法形而上學は永遠絶對の自然法の理念を掲げ、法實證主義は歴史とともに變化する實定法を問題とする。前者によれば、法は不變不動の理想法に準據すべく、後者によれば、法は可變可



動の歴史現象の一つに過ぎない。その間に立つて、カントの批判哲學の精神にしたがい、法の「形式」と「素材」とを明らかに區別し、法の形式は絶対に不易であるが、法の素材は時代により社會情勢に應じて變化する、と説いたのは、シュタムラア(Rudolf Stammler, 1856—1938)の批判的法哲學である。

シュタムラアによれば、カントは、認識論および道德哲學については批判主義を徹底せしめ、普遍的に妥當する純粹形式と、純粹形式の制約を受けつつ相對的に變動する素材とを截然と分けた。しかるに、法に關しては、カントもまた啓蒙時代の自然法思想の影響を受け、内容のある法の根本原理を樹立し、しかも、さような法原理の絶対の妥當性を信じていたように見える。しかし、これは批判主義の精神に反する。故に、シュタムラアは、法の概念を説く場合にも、法の理念を窮める場合にも、現實の法現象の中から次第に經驗的な素材を捨象して、法を法たらしめる本質、または、法を正しい法として規正する理念をば、何らの素材をも含まぬ純粹形式のうちに求めた。その理論はきわめて嚴密、その體系はすこぶる宏壯であるが、結局得られた結論は、純粹形式なるが故にあまりに抽象的であつて、實定法の現實からは遊離して

了つてゐる。

シュタムラアにしたがえば、法は正當性の尺度によつて評價されなければならない。しかし、何が正當な法であるかは、時代の推移、社會の變遷によつて相違する。故に、具體的な内容を以て充たされた自然法を構想し、その内容を絶対不易のものと考えようとしても、やがて事情の變化とともに、かつて正當であつた法が、もはや正當とは認められなくなる時代が來る。これに對して、法はむしろ、時代とともに流動變化する内容を有するものであつて始めて、常に正しい法であることができる。シュタムラアは、かような正法の理念をば、「變化する内容を有する自然法」(Naturrecht mit wechselnden Inhalt)という言葉によつて表現した。法の原理をあまりに高く、現實から遊離した純粹形式の世界に引き上げて了つたシュタムラアも、その正法論においては、自由法の思想と相通する現實への深い關心を示した。

## 第二節 法學方法論



新カント學派の哲學者は、認識の形式によつて對象が構成されると見るカントの構成主義の認識論を繼承して、認識の方法による科學の分類を試み、科學方法論に新生面を拓いた。この系統に屬するラスク (Emil Lask, 1875—1915) は、進んで法學の方法を論じ、法學は法價値に結びつけて實在を整理する文化科學であると做した。しかも、法學は、一方では、法現象の個性を捉えることによつて歴史的文化科學となり、他方では、法現象の類型を論ずることにより、組織的文化科學として成立する。更に、組織的文化科學としての法學は、法現象を一つの社會事實として考察するか、あるいは、法規の規範意義を闡明して行くかによつて、法社會學と法解釋學とに岐れる。故に、法を考察するにあつては、事實認識の方面と、意味理解の方面とが相伴なわなければならない。ラスクは、法學に特有のこの認識態度の兩面性を名づけて、法學的方法二元論という。

### 第三節 法の價値哲學

同じく新カント主義の哲學から出發して、法理念と法實在との結びつきを深く洞察した學者に、ラアドブルッフ (Gustav Radbruch, 1878—) がある。

ラアドブルッフによれば、法は、法理念または法價値に奉仕するという意味を持つところの實在である。しかるに法の理念は正義であり、正は眞・善・美と同じく、他のいかなる價値からも導き出されない獨自性を有する。それでは、正義とは何であるか。ラアドブルッフは、「各人に彼れのもの」という傳統的な正義觀を繼承して、正義は平等であると説く。すなわち、等しいものを等しく、等しからざるものには異なる取扱いを與える社會秩序が、正しい秩序なのである。けれども、何を以て等しいもの、等しくないものの區別の標準とするか、等しくないものをいかに取扱うのが正當であるかは、單なる平等の原理そのものからは導き出され得ない。そこで、法の理念は、具體的な法價値の尺度を示すために、法の目的と結びつく。

ところで、法の目的は、個人主義の立場に立つか、超個人主義に立脚するか、客觀的な文化價値を以て至上のものとするかによつて、それぞれ違つて來る。したがつて、法の目的と結びついた法の價値は、もはや絶對一如の理念ではなく、世界觀の相違によつて變化し得るところ



の相対的な評價尺度とならざるを得ない。法哲學は、これらの相異なる法價値のいずれか一つを選んで、他の立場と相容れ得ぬ對立の關係に陥るべきではなく、むしろ、政治情勢の變化に應じ、そのいずれにも相対的な發言權を認めることによつて、高度の彈力性を備えた法秩序の安定を圖らなければならない。ラアドブルッフは、かような法哲學的相對主義の精神に立脚して、民主主義の政治機構の基礎理論を展開した。すなわち、民主主義が議會を中心として立法を行う場合、單一の立場を固執することもなく、他の立場を絶對に排斥することもなく、國民の支持するところに應じて大小各種の政黨が併存し、互に論議を盡した上で多數決で法律を定めるのは、正に相對主義的寛容の精神の現れであり、それによつて、變轉する時代の要求に適つた法的安定性を保つことができるというのである。

#### 第四節 純粹法學

批判哲學の精神を徹底せしめると、理念と實在、精神と自然、當爲と存在は、互に介入を許

さぬ二つの世界として截然と區別されることになる。この見地から、法は純粹の當爲であつて存在ではなく、したがつて、當爲法則としての法規の構造と聯關とを明らかにするのが、法學の唯一の任務である、と主張したのは、ケルゼン (Hans Kelsen, 1881—) の純粹法學である。純粹法學によれば、法は規範である。しかも、法たる規範は、必ず強制の契機を含む。法規は、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ところの強制規範である。實定法秩序は、かかる強制規範の複合的統一態であり、最高の根本規範の下に段階を追うて排列されている法規の體系である。法の段階構造を見ると、上位の規範は、下位の規範が定立されることによつて具體化せられる。また、下級の規範は、上級の規範の委任に基づいて定立された場合にのみ、その效力を有する。人は、かように段階的に構築された法規の體系を擬人化して、これを國家と呼ぶ。しかし、擬人化された概念構成の假面を取り除けば、國家とは統一ある實定法秩序以外の何ものでもない。かくて、純粹法學上は、法と國家とは同一である。更に、法學上權利と稱せられるものは、法の定立への参加であり、いわゆる國家の機關とは、法定立過程の通過點に外ならない。純粹法學は、かくのごとくに、法に關係があつて、しかも法そのもの



とは區別して考えられていたところの概念を、ことごとく法規および法規の聯關として説明しようとする。いかえると、國家とか權利とかいうような法超越的な概念をば、すべて自然法の殘滓として排除し、これを法そのものに還元して了おうとする。そうして、それが、法を純粹の法として考察する實定法の理論の任務であると主張する。その態度において、純粹法學は、批判哲學から出發するものでありながら、しかも、徹底した法實證主義に立脚しているのである。純粹法學は、實定法秩序の構造をきわめて精細に分析・敘述した點で、法理論の展開に重要な新生面を拓いた。しかし、それと同時に、法を事實から切り離し、更に法を道德や政治からも切斷することによつて、法の骨格を描いてこれを法であるとするの一面觀に陥つてゐる。殊に、法と國家とを同一視するその説は、共同體の組織原理としての法と、法によつて組織立てられた共同體としての國家とを混同するものであつて、國家の實體から遊離した抽象論であるといふ非難を免れ難い。

### 第五節 法現象學

批判哲學は、對象をば認識作用の所産と見たために、認識の方法に對する反省を大いに促したが、對象そのものを直截に把握するには不適當な點が多かつた。これに對して、哲學的考察の焦點を實在それ自體に向け、實在界の構造と、實存對象の意味とを深く窺明しようとしたのが、フッサアル (Edmund Husserl, 1859—1938) の現象學である。もつとも、現象學は、實在界の實在性を素朴に前提とするのではなく、實在界の實在性を確證するために、まず客觀的對象と主觀的意識作用との對立をば單一なる意識の現象面に投影せしめ、純粹意識の構造を調査した上で、再轉して實在を實在として把握する方向にむかおうとするのである。故に「事物そのものに向つて」(an die Sachen selbst) 進もうとするのが現象學の態度であるが、事物を單なる個體として見るのが現象學の意圖ではなく、個體の中にも感覺を超越する意味があり、現象の偶有性の奥にも客觀的な本質法則が行われていることを見窺めて行こうとするところに、現



象學の本領がある。

現象學の立場を法哲學の上に應用して、法の本質法則を發見して行こうと試みた學者に、ライナツク (Adolf Reinach, 1883—1918) がある。ライナツクは、例えば、契約によつて一當事者の權利と對手方の義務との相關關係が生ずるのは、實定法の規定の如何によつて左右されることのない法の先天的な本質法則である、と説く。しかし、かように實定法の規定から離れた法の本質法則を考察しても、それによつて實在としての法の姿を明らかにすることはできない。現象學の任務は、實在の根柢を見窮めて行くにある。したがつて、法現象學もまた、進んで法實在の中に沈潜し、その中核に横たわつてゐる複合的な理念を解明し、實定法現象の全貌をば綜合的に敘述することを以て任務とすべきであらう。

法の現象形態をその現實性の尖端において捉えると、規範としての法の姿は消えて、裁判官の下す判決が法であり、それ以外に法はない、という見解に到達する。イザイ (Hermann Isay) は、辯護士としての體驗に基づいて、判決に重點を置く法の把握を試み、これを現象學の方法によつて基礎づけようとした。アメリカの新現實主義の法理論もこれに類似した著想に立脚す

る。しかし、法は、單にその時々々の判決として明滅するに過ぎないものではなく、判決や社會生活の事實によつて確證された法規範としても、同様に社會現象の世界に實在するものと考えられなければならない。

## 第六節 新自然法論

現代の法哲學のうちでも、特に純粹法學のごときは、法の中から道德や政治の要素を捨象して、法をば純粹に法として考察すべきことを主張する。しかし、實在する法は、決してしかく純粹ではない。むしろ、道德を基礎とし、政治上の世界觀に立脚して成立しているのが、實定法の生きた姿である。故に、實定法の生きた姿を明らかにするためには、法を單なる法として眺めるだけでなく、更にその世界觀的淵源に遡り、その道德上の根柢を深く掘り下げて行く必要がある。かような法の世界觀的根柢をば確乎不動の道德上の確信に求めようとするとき、その試みは、やがて古來の自然法の傳統に復歸することとなるであらう。そこに、現代の新自然



法論の意義が見出される。

もつとも、自然法の傳統に復歸するといつても、現代の新自然法論は、細目の規定まで含めた理想法の體系を構想し、その不變不易の絶對性を主張した、近世初期の啓蒙法哲學に追従しようとするものではない。かかる試みは、徒らに自然法を硬直せしめ、流動轉變する社會の實生活との結びつきを困難ならしめる。これに對して、新自然法論は、アリストテレスからトマス・アクィナスにいたる道徳的自然法論の精神を汲んで、彈力のある自然法の理念を確立し、それと實定法とを圓滑に連繫せしめて行こうとするのである。すなわち、法の根柢には、萬人のひとしく認めざるを得ないような道徳の原理が横たわつてゐる。それが自然法である。しかし、社會生活は複雑であり、歴史の情勢は變化する。故に、自然法の根本原則は、常に實定法上の細目の規定によつて布衍・補足せられなければならない。新自然法論は、かように、高き道徳の理想と低き人間生活の現實とを結合せしめ、徐ろに現實生活の道徳的向上を圖つて行くところに、法の獨自の任務を見出そうとする。

かくのごとき見解は、ドイツやフランスの新トマス主義の法哲學者によつて説かれてゐる

が、わが國では、田中耕太郎博士が夙にかかる見地に立つて、法哲學の世界觀的基礎と實定法に關する諸學との間の架橋に力めておられる。

### 第七節 全體主義の法哲學

第一次世界大戰後やがて擡頭した全體主義の世界觀は、ドイツやイタリイでは巨大な政治力と化し、法制度や國家組織の上に急激な變化をもたらした。この現實政治の變貌に伴わない、法哲學や政治哲學の世界にも、個人主義と全體主義、民主主義と獨裁主義の險しい對立が生じた。概していうと、新カント哲學に立脚する法哲學説には、個人主義の色彩が強い。これに反して、全體主義の法哲學は、普遍者の實在を強調したヘーゲルに接近する。この傾向は、特にドイツの法哲學に強く現れ、新カント主義は激しい批判的となり、ビンダア (Julius Binder) や、ラレンツ (Karl Larenz) の新ヘーゲル主義がこれに代つて登場した。

ただし、全體主義の世界觀は、必ずしもすべてヘーゲルのような國家至上主義を採つた譯で



はない。イタリアのファシズムは國家を絶対至高の全體と見たが、ドイツの民族社會主義にとつては、民族が最高の目的であつて、國家はその手段に過ぎない。故に、新ヘーゲル學派の法哲學も、ドイツでは民族至上主義の政治動向に順應して、法は民族共同體の意志であるといふ見解に到達した。しかし、法が民族共同體の意志であるとするならば、民族の意志するところ、民族の行動せんとするところ、法ならざるはない、という結論を認めなければならぬ。あろう。それでは、法は特殊の民族の利害によつて左右せられることとなり、民族共同體の行動を規正すべき法の客觀的權威は、見失われて了うより外はない。法は、法共同體の活動によつて實現されるが、法共同體の活動の目標を定めるものは、法でなければならぬ。法は民族や國家の特殊性によつて擔われながら、しかも、民族や國家の特殊性を超越する客觀・普遍の意義を持つものでなければならぬ。ナチス・ドイツの法學者は、ケルロイター (Otto Koellreuter) を始めとして、いずれも法に對する政治の契機を強調するが、法を動かす政治の力も、窮極においては法の根本理念を政治の矩として仰がねばならぬ。また、カール・シュミット (Carl Schmitt) は、法學的思惟の三形態を分析し、規範主義と決定主義との對立を越えた具體的な民

族共同體の秩序の原理を力説したが、いかなる具體的な秩序の根柢にも、具體秩序の特殊性を越えた法の普遍原理の存することを閑却した點で、重大な誤謬に陥つてゐる。

全體主義の政治動向は、政治を法の優位に置き、普遍秩序としての法に對して民族や國家の特殊の政治理念を絶對化し、自己の意に満たぬ法秩序を破碎してはばからぬ力の哲學を強調した。その結果、濫に國際法秩序を蹂躪する武力行動に出で、遂に法を護ろうとする諸國家の結束した力の前に屈服した。そのちに來るべきものは何か。それは、あらゆる政治上の力の上に立つ法の權威の再建設でなければならぬ。ギリシャの詩人ピンダロスは、「ノモスはすべて人間および神々の王なり。」といつた。しからば、あらゆる政治上の権力の上に君臨すべきノモスとは何か。政治の矩たるべき法的な正しさとは何を意味するか。この問題の解決こそ、現代および將來の法哲學に課せられた最も切實な任務でなければならぬ。



本論 法哲學の主要問題



## 第一章 法の本質

### 第一節 社會生活の秩序と組織

人間は社會生活を營んでいる。隣保親善の狭い附合いから、國家や國際社會のような廣大・複雑な人間結合の形式にいたるまで、社會生活には大小幾多の規模があり、繁簡無數の形態があるが、それらはすべて人間の存在する場所であつて、およそ社會を離れて人間の生活というものを考えることはできない。したがつて、人間の存在する仕方は、社會によつて規定されている。男女別あり、長幼序ありで、人と人との間柄は社會的に秩序づけられている。人は、そ



それぞれ社會の中で一定の立場を占め、一定の役割を演じているが、その立場や役割も、社會全體の構成の一部分として、組織的に意味づけられている。すなわち、社會には秩序があり、組織がある。さような社會の秩序および組織の原理のうち、最も重要な意味を有するものが、法である。

社會という言葉には二つの意味がある。第一の意味で社會というのは、多數の個人相互の間柄である。人が普通、社會に生活するというとき、その社會とは多數の人々の相互關係の連鎖を意味する。夫は妻を扶養し、妻は夫と同居し、親は子の監護教育に任じ、子は出でて學校に學び、學友と交わり、卒業ののちは職場に働き、更に、生活の本據を定めるために家を借り、妻を迎え、家財道具を購入し、向う三軒兩隣りと懇親を結ぶ、等、層々相重なる對人關係の網の目の中に在つて活動しているのが、人の社會生活である。これらの複雑な人と人との間柄には、それぞれ秩序がなければならぬ。人々が互に約束を破り、財産を奪い、命令に背き、相剋・鬭争してやまないならば、社會生活は根本から破壊される。かような混亂は、主として法によつて防がれる。故に、秩序は社會生活の前提であり、法は社會秩序の支柱に外ならない。

第二に、社會という言葉は、多數個人を包攝しつつ、しかも個人の生命を越えて存続する統一體の意味に用いられる。この意味での社會は、單なる多數個人の相互關係ではなく、社會關係の流動轉變にかかわらず、世代の變化を超越して恒存持久する共同體である。親は死し、子は父母の財産を繼承し、娘は嫁して他家に入り、妻は迎えられ、子は生れ、家の構成員は次第に變遷するが、家そのものはかかる變化にかかわらず、客觀的に一つの家族共同體として存続する。同じようなことが學校についても、教會についても、都市についてもいわれ得るが、中でも、超個人的な共同體として最も複雑・大規模な發達を遂げているものは、國家である。これらの共同體にはおのおのその組織があつて、全體と部分との關係を定め、部分部分の持場を配當し、指導・命令の系統を明らかにしている。組織なき社會は烏合の衆であつて、共同體ではない。しかるに、共同體の組織もまた主として法によつて規定されている。されば、組織は社會構成の骨組みであり、法は社會組織の原理である。共同體の組織が複雑となり、その規模が大きくなればなるほど、それだけ共同體の組織原理としての法も複合的な發達を遂げる。故に、國家の法は、法の中でも最も複雑であり、かつ大規模である。



法は、かような二重の意味で、社會存立の前提を成す。社會あるところ法あり、というが、法のない社會というものもまたあり得ない。もとより、秩序の様相は時とともに變化し、組織の形態も時勢に應じて改廢される。しかし、舊い秩序が廢れば新たな秩序が生れ、過去の組織が崩壊した跡には、現代の組織が建設される。法の權威が疑われているとき、すでに新たに權威ある法の誕生が要望されているのである。故に、人間の社會的實存の姿を把握するためには、その前提となる法の實相を明らかにせねばならぬ。社會の激變期には、兎角に法が輕視せられ勝ちであるが、實は、歴史の變動するときこそ、變動の中に安定を保ち、動搖のうちに諧調を維持する法の機能は、一層重要視されなければならぬ。

## 第二節 法 規 範

社會關係の秩序を維持し、共同體の組織を定めてゐるところの法は、規範として行われる。規範たることは、法の根本のあり方である。規範の概念は事實の概念と對立する。事實、右側

を通る者があつても、道路の左側を通行しなければならないというのが、規範である。實際には、上司の命令に背く者があつても、下剋上は許されないというのが、社會組織の常規である。故に、規範は事實を超越する。規範と事實との間には、大なり小なりの距離がある。事實と完全に合致して了つた規範からは、規範としての意味もまた脱落する。人間の事實行爲が、ややもすれば秩序と組織の常道から逸脱しようとするとき、これを制御し、これを規律して、社會の存立を完からしめようとするところに、規範の意義があり、法の機能が認められる。

しかしながら、法は規範ではあるけれども、事實から隔絶した當爲法則ではない。法と並んで社會秩序の維持に大きな役割を演じている道德は、法と同様に規範である。そうして、道德規範もまた、法と同じように人間の事實行爲として實現される。けれども、道德の要求は、それが崇高なものであればあるほど事實からかけ離れ、事實として行われ難いものとなつて來る。常人の行い得ないような献身や奉仕であればあるほど、それは道德としては高い價值を有する行爲として萬人の敬仰の的となる。これに對して、法は、常人の容易に行い得る程度の規範であることを原則とする。したがつて、法は、規範であるけれども、大體として現に社會生活の



うちに實現されている。そこに、法の生命がある。規範として定立されながら、事實としては行われておらないということは、法にとつては致命的である。故に、法は規範ではあるが、事實と深く融合している。法は、事實となつて行われつつある規範であり、規範意味を實現しつつある事實である。道德に比較して、事實ときわめて近い距離を占めているということは、正に法規範の特色であるといわなければならない。

法は、事實として行われることを求めている規範であり、かつ、法規範は、少くとも原則的には社會生活の事實の中に實現されているのである。法が事實として行われることを求めているのは、それが社會秩序の維持のための不可缺の前提であるがために外ならない。法が行われなくなれば、社會の秩序は混亂し、共同體の存立は危殆に瀕する。故に、法は單に原則的に事實として行われているということに満足せず、進んで規範の事實化を保障するための有効な手段を採用する。それが強制である。すなわち、法たる規範は、一方では、人間の社會生活上の準則を定めていると同時に、他方では、定められた準則に違反する行為がなされた場合、これに對して一定の強制を加うるべきことを規定する。かように強制の契機と結びついた規範であ

るということは、法の顯著な特色であつて、ここに法と道德とを明確に識別する標準が求められ得る。

法と道德とを區別するためには、前者の外面性、後者の内面性を以てしようとする學說も有力であるが、法が外面の行為の規律であり、道德は内面の心情の規範であるというのは、大體の傾向の相違を示すことを得るにとどまり、兩者を截然と分類する標識とはなり難い。

人間の社會生活は、道德によつて規律され、政治を通じて活動し、經濟を以て内容としていゝる。その他、宗教・學術・教育・交通・衛生等、いずれも社會生活の目的ならぬはない。これらのさまざまな社會目的からは、その實現のための筋道として、各種各様の行為の準則が發達して來る。道德が規範であることはもとよりであるが、政治も、經濟も、宗教も、學術も、教育も、交通も、衛生も、すべて人間に一定の行為を命令し、あるいは他の一定の行為を禁止するところの規範を定立し、その規範の遵守を要求する。これらの行為の準則は、それ自體として見れば、道德規範・政治規範・經濟規範・宗教規範、等としての性格を有する。しかも、かような規範が、單なる社會生活の準則として行われているにとどまらず、これに違反する行為



に對する強制の規定を伴なうようになると、それが法の内容に攝り入れられ、同時に法としての性格を具備するにいたるのである。故に、法は、道德・政治・經濟・宗教等とは異なるものであるが、また同時に、道德をも政治をも經濟をも宗教をもその内容とするものである。法と法以外の文化領域とは、概念上明らかに區別さるべきそれぞれの特性を有するとともに、また互に深く相交錯して、廣い共通場面を占めているのである。

しからば、法の内容を成している道德・政治・經濟・宗教等と、法として意味づけられておらないそれらのものとの限界線は、いすこに劃され得るか。その標準もまた、結局強制との結びつきの有無以外には求められない。

### 第三節 法の複合構造

故に、法は、一面から見れば、道德・政治・經濟・宗教、等の意味を持つ行為の準則である。約束を守れ、選挙の公明を期すべし、關取引きを行うべからず、邪教を信するなかれ、と

いうがごとき「行為規範」は、いずれも法の中に攝り入れられ、法規範として行われる可能性を持つ。しかし、これらの行為規範が單獨に行われている場合には、それは、道德規範・政治規範・經濟規範・宗教規範ではあつても、いまだ法規範とは認められ得ない。それらの行為規範は、これに違反する行為に對して一定の強制が加えられるという規定と相俟つことによつて、始めて法規範として意味づけられるのである。したがつて、法は、他面から見れば、或る行為規範の行われていることを前提としつつ、その行為規範に對する違反行為を要件として、これに強制効果を歸屬せしめるところの「強制規範」である。行為規範は、強制規範と結びつくことによつて、始めて法規範の内容となるのであるが、強制規範は、最初から紛れのない形での法規範である。前者は、道德・政治・經濟・宗教、等の文化領域と相連なつて、法に多彩・多様の生命を與え、後者は強制秩序の維持を主眼とすることによつて、法の法たる固有性を最も純粹に發揮する。兩者の牽聯によつて成り立つ複合規範たることが、規範面から見た場合の法の本質である。

かような法の重層構造は、これまでに多くの學者によつて、色々な角度から説かれてい



る。

例えば、マックス・エルンスト・マイヤー (Max Ernst Mayer, 1875—1924) は、これを文化規範と法規範との結合として説明した。すなわち、マイヤーのいわゆる法規範は、單獨に效力を有する規範ではない。法規範が通用するのは、それに先立つて一定の文化規範が通用しているためである。文化規範というのは、一般の社會生活のうちに行われている行為の規律であつて、各種の文化的の意義を有し、その規律の對象となる者は一般の社會生活主體である。これに對して、法規範は、文化規範の效力を前提とする。そうして、文化規範によつて一通り維持されている社會秩序が攪亂された場合、これを救済して、國民の法益を保護するという任務を有する。しかも、法規範の規律を受ける者は、もはや一般國民ではない。法規範の運用を擔當するところの典型的な受範者は、裁判官である。故に、法規範の特性は「國民のために、裁判官に向けて」、とこの標語によつて示され得る。

また、デュギイ (Léon Duguit, 1859—1928) によると、法規範は道德規範や經濟規範とともに社會規範に數えられるが、その内容からいえば、法規範は道德規範・經濟規範と別個のもの

ではない。むしろ、一定の道德規範や經濟規範が社會に行われている場合、その效力が社會的強制によつて確保せらるべきであると認められるようになる、それらの道德規範や經濟規範が、すなわち法規範となるのである。したがつて、法規範が成立する場合には、同時に、その法規範の違反行為に對していかなる制裁がいかにして加えられ、法義務上の争訟をばいかなる規準によつていかに裁くべきかの規準が定立されなければならない。その場合、本來の法規範をば「規範的法規」(les règles de droit normatives) と呼び、法を攪亂する行為に對して加えられる社會集團自體の反作用の規準をば、「構成的または技術的法規」(les règles de droit constructives ou techniques) と名づける。成文化されている法規は、その大部分が前者ではなく、後者から成り立つている。

更に、ケルゼンは、本來の法規範は強制規範であるが、強制規範の不法要件は、これに先行する他の種類の規範の違反行為として成立する、と説く。例えば、竊盜罪に對して十年以下の懲役刑を歸屬せしめる強制規範には、盗むなかれ、という別個の規範が先行し、後者の違反行為たる竊盜罪が前者の不法要件となる。前者は、純粹の法規範であり、法的に見ての第一次規



範であるが、後者は、前者と結びつくことによつてのみ法的に意味づけられる規範、すなわち第二次規範である。強制規範たる法規は、第二次規範の違反行爲を要件として、これに強制効果を歸屬せしめるところの假言當爲命題である。

これらの諸説は、それぞれ重點の置きどころや用語の意味、説明の仕方を異にしているけれども、法が行爲規範と強制規範との重層規範たることを示している點では、何ら變りはない。人間の社會生活は、まず行爲規範によつて秩序づけられる。しかし、人間は往々にして恣意によつて行動し、そのために行爲規範に違反することがある。また、人間相互の利害が衝突する結果として、行爲規範によつて保障されている社會秩序が攪亂されることも稀ではない。その場合には、警察・訴追・裁判・行刑・強制執行、等の手段によつて、治安を維持し、不法行爲の責任を追及し、利害の均等を圖り、争訟を裁決し、犯罪者を處罰する必要がある。それによつて、破綻を生じた社會秩序を修復し、共同生活の平安を確保することができる。かような社會秩序の修復工事の筋道を定めているのが、強制規範としての法である。故に、行爲規範は社會の第一次秩序の原理である。これに對して、強制規範は、破れ易い第一次秩序をば強制に

よつて裏打ちする第二次秩序の原理に外ならぬ。

ただし、強制規範とは、單に警察法令や刑罰法規や強制執行の規定のように、直接に強制権力の發動の筋道を定めている規範のみを意味するのではない。一般に、裁判の規準として第二次秩序の確保に役立つところの法規は、すべて廣い意味での強制規範に屬する。民法のごときも、その大部分は争訟裁決の規準を示しており、したがつて、ここにいう強制規範である。あるいはこれを「裁決規範」と名づけてもよい。

行爲規範や強制規範は、社會生活の慣行によつて自らに生成することもあり、また、明らかに法定立行爲によつて條定せられる場合もある。しかし、社會生活の慣行のうち法が自らにして生成する場合といえども、それが法秩序の體系の中に取り入れられ、裁判や訴追の制度と結合するにいたるためには、法定立の權威によつて認證され、共同體の法規範として有効に適用されることが必要である。慣習は、單なる慣習としてすでに法である譯ではない。慣習は立法によつてこれを法と認めるか、もしくは、裁判官が裁判に當つてこれに準據するか、いずれかの過程を経ないでは慣習法とはならない。すなわち、人間の共同體の内部には、一定の法定



立の組織があつて、各種の規範はこの組織を通じて法として定立され、適用されるのである。  
かような共同體の組織は、行爲規範・強制規範とは更に性質を異にする別個の規範形態によつて定められている。これを「組織規範」と名づける。

組織規範は、法定立の組織を定める規範であるから、それ自身また一つの法規範である。殊に、國家のような大規模な共同體は、憲法を始め、國會法・行政官廳法・裁判所構成法のごとき複雑な組織規範によつて組織立てられている。そして、行爲規範や強制規範にかぎらず、組織規範そのものもまた、これらの上級組織規範の定める法定立の組織を通じて定立される。故に、法は、全體として見れば、行爲規範・強制規範・組織規範の複合態であつて、それらが相倚り相俟つて社會生活、特に國民生活を秩序づけ、人間共同體、中でも國家を組織立てているのである。

#### 第四節 法の效力

法は規範ではあるが、事實から隔絶した規範ではなく、絶えず人間の事實生活の上に働きかけ、事實を動かし、事實のうちに實現されつつある。しかし、それであるからといつて、法たる規範は決して常に事實と一致している譯ではない。行爲規範が行われているにもかかわらず、これに違反する者がある。強制規範が儼存するにもかかわらず、裁判の場合にそれが正しく適用されないこともないではない。組織規範が法定立の権限を定めているのに、権限外の行爲がなされるような場合もある。かかる場合に、事實として行われていない規範は、それによつてただちに法たるの意味を喪失して了うかという、決してそうではない。事實の如何にかかわらず、法には法として行われなければならないという要求が内在している。故に、法規範と事實とは、一面では相對的に合致するが、他面では相對的に合致しない。法は、そういう複雑な状態で社會に行われている。それが實定法であり、その状態が法の「實定性」(Positivität)である。法の實定性は、これを法の「效力」(Geltung)ともいう。

法が效力ある法、すなわち實定法として成立するためには、まず何らかの形での法の定立が行われなければならない。法が、組織規範の定めるところの共同體の組織を通じて、成文法規



として條定されるのは、法の定立の最も典型的な場合である。しかし、社會生活のうちについてとはなしに行われている慣習や、成文法規と社會情勢の變化との間に生ずる間隙を補填する條理なども、組織規範上の權限を有する共同體の機關、特に國家の裁判官が、これを法の適用の根據として採用した場合には、嚴密な意味での法——慣習法又は判例法——として定立されたことになる。かような仕方では定立された法は、成文法規が改廢せられ、慣習法が否定せられ、または判例法が變革されることによつて、その效力を喪失する。故に、實定法には、普通その效力の始期と終期とがある。更に、實定法は、原則として或るかぎられた空間範囲の中で、大なり小なり限定された人々に對して適用せられる。したがつて、法の效力の範圍は、時間及び空間の兩方面から限定されている。いしかえると、歴史的・社會的な制約の下に效力ある法として行われているのが、實定法の常態である。

それでは、時間上および空間上限定された範囲の内部で、法が效力を有するということがいかなる意味に解せらるべきであろうか。

法は規範であるから、事實として行われなければならない、という要求を持つてゐる。けれども、この要求が單なる要求たるにとどまつて、現に少しも事實を動かす力を持たないならば、その法は——形式的には時間上・空間上の效力範囲の中に置かれていても、——もはや實質上は效力のある法とは認められ得ない。法が現に事實として行われているということは、法の效力の重要な一面である。それでは、現に事實として行われている法のみが、效力ある法であるといわれ得るのであるか。しかしながら、法は決して絶えず事實として行われているものではない。法たる規範は存立していても、その規定する該當要件が発生しない間は、法が事實として行われるという状態は、當然に中斷されているのである。しかも、法が現に適用せられていない間といえども、その法の效力は依然として存続している。また、たまたま法の規定に違反する行為がなされたからといつて、それがただちに法の效力を死滅せしめる譯のものでもない。故に、法の效力は、規範が事實として行われなければならないという要求——法の「妥当性」(Gültigkeit)——と、規範が現に事實として行われているという状態——法の「實効性」(Wirksamkeit)——との兩方に跨がつている。いしかえると、法の效力とは、法の規範的な妥当性と法の事實上の實効性とが結合している状態に外ならない。



法の妥當性と法の實効性とは、互に矛盾する法の二つの性格である。しかも、矛盾するこれら二つの性格が法の效力において結合しているというのは、法の妥當なる規範意味が事實上の行爲として實現され得るという「可能性」を持つことである。例えば、内亂罪を處罰する刑法の規定は、國內秩序の確保されている永い期間に亘つて、事實上適用される機會はない。しかし、その間といえども、萬一不幸にして内亂罪の構成要件に該當する行爲がなされた場合には、その法規はいつ何時でも現實に適用され得るという可能性を有する。また、不法行爲によつて生じた損害を賠償せしめるといふ民事法規は、裁判官の誤審により不法行爲者の責任が不問に附せられることがあつたとしても、次の同様の機會には正しく適用されるという可能性を失わない。かような規範意味實現の可能性は、法の妥當性の現れであると同時に、法の事實化の潜在態であるという意味で、妥當性と實効性との結合した状態である。そこに法の效力がある。これに反して、該當要件がいくたび發生しても、その規定の適用せられる見込みがないというような状態になつて了えば、その法規ははまだ改廢せられていないにしても、もはや效力ある法、すなわち實定法とは認められ得ない。

### 第五節 法の效力の根據

法の效力が何に據つて生ずるかは、法の本質に關する最も根本の問題であり、これを周つて從來各種の學說の對立がある。

#### 一 法 段 階 說

純粹法學は、法規の段階構造に著目し、これによつて法の效力を説明しようとする。すなわち、法秩序は、最高の根本規範から始まつて、最低の裁判判決や行政處分のごとき個別規範にいたるまで、憲法・法律・上級命令・下級命令というような階層を成して排列されている。そして、上級規範は下級規範を通じて具體化され、下級規範は上級規範の委任を受けて妥當する。そこに法の效力の根據がある。これに反して、上級規範の委任を受けずして定立された規範、または上位法規に違反するような意味内容を有する法規は、妥當性を持たず、したがつて



無効である、と論ずる。

この説は、法の效力の常態の説明としては正しい。安定した秩序に在つては、法律は憲法に準據することによつて效力を有し、命令は法律に違反しないかぎりにおいて妥當する。また、法は論理の要求を重んずるものであるから、外延性の廣い上級規範が、その廣い意味内容の中に包攝された下級規範の效力を三段論法的に制約するのは、理の當然である。しかし、法定立の現實に當つては、往々にして違憲の法律が有効に成立したり、法律、命令に違反する行政行為が效力を發揮して了つたりすることがある。殊に、歴史の變革期には實力によつて憲法が破碎され、しかるのちに、憲法を破碎した實力を基礎として新たな法秩序が作り出されることがさへもあり得る。かかる現象は、法の妥當性の委任關係からは説明され得ない。また、さような違法の法の無効あるいは不存在を主張して見ても、違法の法が有効に行われる場合があるという實定法現象の現實を、如何ともすることはできない。

## 二 事實の規範力説

故に、多くの實定法學者は、法の成立の上に及ぼされる事實の力を重要視する。例えば、成文の規定のない事柄について事實上の慣行が存する場合、その慣行がやがて法となることがある。否、事實上の慣行がつもりつもつて行くうちに、成文法の意味内容がその影響の下に變化して了う場合もある。これらの場合には、事實から法が生れるのである。更に、不法の實力行動によつて舊秩序が崩壊し、その廢墟から新たに憲法が創造せられるがごときは、最も大規模な事實の規範化である。これらの現象を観察していると、法は一方では法價値や法理念に基づいて發達するが、他方では事實を根據として成立し、事實の支持を受けて效力を發揮する、と考へざるを得なくなつて來る。かような見解の礎石となつたものは、イェリネック (Georg Jellinek, 1851—1911) の「事實の規範力」(normative Kraft des Faktischen) の説である。イェリネックは、國法學上の根本問題として、「いかにして非法が法となるか」を問ひ、その主要な場合をこの理論によつて説明しようとしたのである。

けれども、法が單なる事實から生れると見るのは、實定法現象の正しい認識ではない。慣習法のごときも、單純な事實行為が積み重なつて規範に化成するのではなく、事實を法にまで高



めることが、多くの場合、秩序安定の目的に適うからこそ、事実上の慣行に法たるの意味が賦與せられるのである。瑕疵ある行政行為が有効に行われて了うような場合にも、既決の事態について紛更を醸すまいとする目的が働いて、やむを得ず違法の事實を法とするのである。更に、革命などの場合に働く實力は、決して單なる事實の力ではなく、舊制度を打破し、新制度を建設しようとする政治上の目的が、時代思潮を動かして、大規模な法變革を成就せしめるのである。故に、法を生み出し、法を法として支持している力は、決して事實そのものの中に内在しているのではなく、事實を素材としてこれに規範意味を賦與する客觀的な目的の力であるといわなければならない。

### 三 實 力 說

事實の規範力説は、事實の力によつて非法の世界から法が化成すると説く。特にその一つの場合として、不法の實力が法を破砕して、しかるのちに、更に自ら法を生成せしめる過程を論ずる。これは、主として法の變化する有様を捉えて、その原因を明らかにしようとした試みである。

が、更に觀點を變えて考察すると、法の變化の動因が實力であるとすれば、法が安定している際にも、その法の効力は結局やはり實力によつて根據づけられている、という見方が成立するであろう。すなわち、法は實力の支持を受けることによつて有効に行われ、實力の基礎を失うことによつて崩壊する。法は、實力把持者の意志または命令であり、最高支配者の支配の形式に外ならぬ。かように説くのが、實力説の立場である。ラッサアレン (Ferdinand Lassale, 1825—1864)、グムプロウイッチ (Ludwig Gumplowicz, 1838—1909) などは實力説の代表者であるが、法を以て主權者の命令と解するオオステインも、これに屬するといふことができよう。

實力説によれば、法は支配者の意志によつて定立され、支配者の實力を背景とするが故に效力を有する、という。その場合、實力説は、支配者は支配者なるが故に法を支持する力を有するということ、當然の前提としているのである。しかしながら、支配者が法の效力を根據づける力を有するということは、決してしかく自明な事柄ではない。何となれば、或る時代の支配者が、支配者でありながら實力を喪失し、篡奪者のためにその地位を奪われるということも、歴史上決して稀ではないからである。實力説は、法は支配者の實力によつて效力を發揮す



めることが、多くの場合、秩序安定の目的に適うからこそ、事実上の慣行に法たるの意味が賦與せられるのである。瑕疵ある行政行為が有効に行われて了うような場合にも、既決の事態について紛更を醸すまいとする目的が働いて、やむを得ず違法の事實を法とするのである。更に、革命などの場合に働く實力は、決して單なる事實の力ではなく、舊制度を打破し、新制度を建設しようとする政治上の目的が、時代思潮を動かして、大規模な法變革を成就せしめるのである。故に、法を生み出し、法を法として支持している力は、決して事實そのものの中に内在しているのではなく、事實を素材としてこれに規範意味を賦與する客觀的な目的の力であるといわなければならない。

### 三 實 力 說

事實の規範力説は、事實の力によつて非法の世界から法が化成すると説く。特にその一つの場合として、不法の實力が法を破碎して、しかるのちに、更に自ら法を生成せしめる過程を論ずる。これは、主として法の變化する有様を捉えて、その原因を明らかにしようとした試みであ

るが、更に觀點を變えて考察すると、法の變化の動因が實力であるとすれば、法が安定している際にも、その法の効力は結局やはり實力によつて根據づけられている、という見方が成立するであろう。すなわち、法は實力の支持を受けることによつて有効に行われ、實力の基礎を失うことによつて崩壊する。法は、實力把持者の意志または命令であり、最高支配者の支配の形式に外ならぬ。かように説くのが、實力説の立場である。ラッサアレン (Ferdinand Lassale, 1825—1864)、グムプロウウィッチ (Ludwig Gumplowicz, 1838—1909) などは實力説の代表者であるが、法を以て主權者の命令と解するオオステインも、これに屬するといふことができよう。

實力説によれば、法は支配者の意志によつて定立され、支配者の實力を背景とするが故に効力を有する、という。その場合、實力説は、支配者は支配者なるが故に法を支持する力を有するということ、當然の前提としてるのである。しかしながら、支配者が法の効力を根據づける力を有するということは、決してしかく自明な事柄ではない。何となれば、或る時代の支配者が、支配者でありながら實力を喪失し、篡奪者のためにその地位を奪われるということも、歴史上決して稀ではないからである。實力説は、法は支配者の實力によつて効力を發揮す



るといふ前に、まず何故に支配者が法の效力を支持し得るだけの實力を有するかの理由を明らかにせねばならぬ。しかるに、支配者の實力は、服従者の支持を離れては存立し得ない。支配者の命令は、服従者がこれを法として承認し、あるいは唯々諾々として、あるいは不承不承にこれを遵奉することによつて、始めて有効に行われ得る。すなわち、法は上からの命令なるが故に行われるのではなく、むしろ下からの精神的支持によつて法たるの效力を發揮する。かように考へて行くことによつて、實力説はやがて承認説に轉換せざるを得ないのである。

#### 四 承 認 説

法は社會に行われる。法が效力を發揮するのは、社會に生活する多數の人々が、法規範の行われていることを承認し、これを遵守しつつあるがために外ならない。もつとも、法に對して與えられる承認は、必ずしも法を積極的に肯定し、進んでこれに従おうとする態度であることを要しない。強制を恐れ、權力に屈し、不承不承にこれを守るといふような意識であつても、法に對する承認たることを失わない。いずれにせよ、規範服従者の側から與えられる承認が、

法の效力の根據である。否、法とは、一定の社會生活圏に屬する人人によつて承認された規範である。かように説くのが、ピアリングの承認説である。

この見解は、法の效力の根據が社會に生活する一般人の、法に對して與える精神的支持に在ることを指摘した點で、問題の一面を解明したものであるといふことができる。しかし、世には現存の實定法秩序を全く承認しようとする無政府主義者もあり得るが、法はかかる者の上にも有効に適用される。また、法の何たるかを全く意識しない幼児や白痴といへども、能力に關する民法の規定、納税についての行政法規、等の適用を受ける。承認説を以てしては、かかる現象を説明することはできない。承認説は、法の認識を持たぬ者の上にも法の效力が及ぶことを説明するために、無意識の承認も承認たることを失わない、と論ずるのであるが、無意識の承認といふがごときものは、全くの擬制に過ぎぬ。また、社會に生活する多くの人々が、法の何たるかを辨え、法の效力を承認しているとしても、さように法が承認せられる所以は、法の中に一般人の承認に値するような意義があり、目的が内在しているためである。故に、法の效力の最後の根據は、法に内在する目的に求められなければならない。この點を見窮めずに、單なる承



認の作用を法の效力の根源と做すのは、問題の表面を捉えて、いまだその真相に徹せざるものといわなければならぬ。

## 五 輿論説

法は、輿論によつて動かされる。社會の輿論が現存の制度を支持している間は、法秩序は安定し、法は有効な法として社會生活を規律する。しかるに、輿論が變動し、新たな要望が大勢を支配するにいたると、法制度もそれによつて變革される。すなわち、舊法は改廢され、新法が制定され、制定された新法が有効に行われるようになる。故に、輿論こそは法定立の原動力であり、また、定立された法の效力を支持する根據でもある。ダイシー (Albert Venn Dicey, 1835—1922) はかような著眼の下に、第十九世紀のイギリスにおける法と輿論との關係を詳述した。

輿論説は、承認説を更に一步前進せしめた有力な學説である。たしかに輿論は、法の生成の推進力としても、法制度の存立の根據としても、重要な役割を演じている。しかし、社會に行

われている輿論は、必ずしも單一ではなく、その動向はしばしば多岐に分れる。特に、歴史の變動期においてしかりである。かかる際に、一つの輿論が他の輿論に優勝して、有効に新法の創設に成功し、または舊法の陣營を擁護し得るのは、そもそも何によるか。その決定を與える最後のものは、決して單なる「數」ではない。なぜならば、例えば新たな立法輿論が擡頭して、遂にそれが法の改廢を成し就げた場合、その最初の段階を考察してみると、その輿論は數において遙かに現状維持の輿論に劣つているに相違ないからである。しかも、少數の輿論が次第に多數を制し、有効な立法輿論として作用するにいたるのは、かかる新興輿論の中に、歴史の轉換を指導するに足りるだけの客觀的な社會理念や社會目的が内在しているためでなければならぬ。すなわち、輿論は輿論なるが故に、または多數の輿論なるが故に、法を創造し、法を支持する力を有するのではなく、時代の情勢に適合した客觀的な法の目的を志向する輿論にして始めて、法の生成を促し、または秩序の安定を根據づけることができるのである。

## 六 團體意志説



輿論が必ずしも法を創造する原動力たり得ぬ場合があるとすれば、眞の立法輿論としからざる輿論との差別は何によつて生ずるか。ヘーゲルは、輿論について、單に多數個人の意見の集積に過ぎぬものと、共同體の普遍意志が多數個人の意見を通じて現れているものとを區別する。前者は輿論の假象であり、後者は輿論の本質である。特に、國家の普遍意志が多數國民の自覺を通じて顯現する場合、その輿論は法の基礎であり、また、それ自體が法なのである。かように、ヘーゲルは、輿論を通じて法の本體たる國家の普遍意志を把握し得るものと做した。

この立場を更につきつめて考察すると、必ずしも輿論という媒介者を考慮するを要せず、法は結局共同體の普遍意志であり、個人の意志を超越する團體意志に外ならない、ということになる。ラレンツは、ヘーゲルの客觀的觀念論の思想を繼承しつつ、國家よりも民族を重しとする民族社會主義の世界觀に立脚して、法をば民族共同體の團體意志の現れであると見る。ラレンツによれば、法は實在する民族共同體の意志であり、それ故にそれ自身また一つの實在である。それが實定法である。故に、實定法の效力とは、實在する民族團體の意志が自己を實現して行くところの力を意味する。それは、實在する力であつて、決して單なる規範ではない。法

はただ、民族の意志から逸脱しようとする個人の行動に對してのみ、規範としての意味を有する。これに反して、民族そのものの行動は、それ自身が法であつて、民族の意志を規律する法が民族の意志を離れて在る譯ではない、と。

しかしながら、前に述べたように、かような考え方によると、民族の意志するところ、民族の行動するところ、法ならざるはなし、という民族至上主義の獨善論に陥るより外はない。しからば、一つの民族の意志と他の民族の團體意志とが衝突する場合には、そのいずれが法であるか。團體意志説を以てしては、この問題を解決する道はない。結局は、力の立ち優つている團體意志が他の團體意志を克服して、自己の意志を強行するという結論に到達するより外はないであろう。それは、強者の權利・實力即法の思想の再現に外ならない。法は團體意志であるというが、團體意志が法と認められるのは、その共同體の意志なるものが客觀・普遍の理念に立脚しているが故である。法の中には、共同體の活動によつて實現さるべき客觀的な目的が内在している。したがつて、法は、共同體に對しても規範としての意義を有し、その行動の正邪曲直を判別すべき規準となる。法が、個人及び共同體の行動の準則となり、その活動を通じて



實現せられて行くのは、法の中に、人間生活を動かす客観的な目的が横たわっているためな  
ければならぬ。故に、目的こそ法の存在理由であり、法の效力の最後の根據である。實定法は  
いかなる目的に適い、いかなる目的論上の性格を有するか。この問題を離れては、遂に法の効  
力の根據を明らかにすることはできない。

## 第二章 實定法の性格

### 第一節 法の道義性

法の效力は法の目的によつて根據づけられる。法には、強制を手段として社會の秩序を維持  
しようとする固有の目的があるが、この目的に奉仕する強制規範は、更に道徳上・政治上・經  
濟上、等の意味を有する各種の行爲規範によつて制約されている。したがつて、法の中には、  
秩序の目的とともに道徳・政治・經濟等の諸理念・諸目的が内在しているのであつて、これら  
の多様な目的が法を法として成立せしめ、法に實定法たるの效力を賦與する根據となつている



のである。故に、實定法は、きわめて複雑な性格を備えている。實定法の性格は、道德の理念によつて規定され、政治の動向によつて彩られ、經濟の進展によつて變化し、秩序の目的によつて調和を保つのである。かかる法の複合性格を検討することは、實定法の實用を認識する所以であると同時に、實定法の變遷の根源を窮め、更に實定法の正しい姿はいかにあるべきかを省察する道ともなるであろう。

法と牽聯し、法に内在し、法の作用に内部からも外部からも大きな影響を與えている目的の一つは、道德である。

道德は、その固有性からという、法とは異なる。道德の理想は遙かに事實を超越しているのに對して、法は深く事實に根ざし、事實を尊重し、事實と妥協している。道德は、常人の達すべからざる境地を以て崇高な理念の所在とするが、法は、常人のひとしく行い得る程度の規範を定め、したがつて、原則として現實に行われているということをも以て生命とする。純粹の道德は、強制を背景としない。強制によつて行われた道德は、もはや純真なる道德たることを得ない。これに反して、法は直接・間接に強制の契機と結びついている。法と強制する權能と

は一つである。強制を背景としない道德は、あくまでも和の精神によつて貫かれてはいるが、強制を通じて秩序を維持しようとする法は、權力によつて暴力を抑え、刑罰を以て不正を破摧することを厭わない。道德の根本性格は圓滿具足の愛であり、法の窮極目的は破邪顯正の正義である。彼此相異なる面を捉えて見るならば、道德と法とは全く對蹠の方向を指さしているときえいえる。

しかし、それにもかかわらず、法と道德との間には密接不可分の關係がある。なぜならば、純粹の道德のみの力では、現實の人間生活を有効に秩序づけることはできぬ。醜惡・混濁・利己・鬭争の契機を含む人間性を教化して、人倫の秩序を建設して行くためには、道德もまたその本來の高みから降つて事實に接近し、法的強制の裏打ちを受け、自ら法の内容と化して現實生活の規範としての實效性を發揮せねばならぬ。また、法の立場から見ても、法は單に無意味に強制秩序の維持に當つていてのではない。法たる強制規範は、必ず一定の行爲規範を前提とする。強制規範の前提となる行爲規範には、道德以外に政治・經濟・宗教・交通・衛生等のさまざまな意味が含まれているが、直接には道德としての意味を持たぬ行爲規範——例えば交通



規則や衛生上の準則——といえども、すでに客觀的な社會生活の規準として確立されている以上、これを遵守することはやはり人間共同關係の道德——交通道德・社會道德——としての色彩を帯びて来る。故に、法はほとんど全面的に道德を前提とし、道德に奉仕しているといつても、過言ではない。また、法は、國民が進んで國法に隨うという道德的遵法心を有するのでなければ、到底充分に實効性を發揮することはできない。法と道德とは、性格を異にしつつ、しかも互に深く交錯した共通領域を占めている。その共通領域を取つて見れば、それは、法にして道德、道德にして法である。そこに、道法一如の一體化の關係が見出される。

かように、道德と法とが合體している場合、その理念を指して「道義」と名づけることができよう。道義とは、道德の實踐が同時に法的正義の要求に適うことである。正義が道德的内面性を以て貫かれることである。正義とは何かについては、古來さまざまの學說が唱えられている。古代ロオマの法學者は、正義をば、「各人に彼れのもの」享有せしめようとする意欲である、と做した。かかる配分の公正は、確かに正義の根本の目標であるが、法は、單に配分の公正を意圖しているばかりでなく、強制により裁判に訴えてこれを確保することを任務として

いる。しかも、公正な配分關係が、強制によらず、裁判を俟たずして、自らにして維持せられているとするならば、それは、法の目的がすでに道德的に達成されている状態であるといわなければならぬ。そこに、配分の道義性が存する。その意味で、道義的な配分秩序は、法と道德との共同目標であるといはねばならぬ。

強制の契機を含まぬ道德は、和を以て貴しとする精神に立脚する。これに對して、破邪顯正の正義には、障礙を排除して自己を貫徹しようとする力が含まれている。道義は、これら二つの側面を兼ね備えた理念であり、したがつて内面的に矛盾しているがごとく見えて、しかも、矛盾の多い人間生活の現實に最もよく適つた實定法の性格である。

例えば、民法は、人と人との間の争いを裁くための數多くの裁決規範から成り立つており、裁決の規準を明確ならしめるために、あらかじめ權利と義務とを截然と對立せしめている。しかしながら、民法は、權利はあくまでも權利として主張せしめ、義務は單に法上の義務として外面的に履行せしめることを以て満足するものではない。むしろ、醇風美俗によつて權利の濫用が戒められ、信義誠實の精神によつて義務履行の内面化が行われるところに、民法の道義性



がある。また、刑法は、もともと應報の正義に立脚して發達した。けれども、發達した刑法は、單なる應報としての刑罰を科することを以て満足せず、進んで刑罰を通じて犯罪者の教化・改善を圖りつつある。しからば、刑罰の理念は、應報刑の性質を拂拭して、教育刑に徹するところに在るであろうか。しかし、教育は、慈愛善導の精神に基づくと同時に、信賞必罰の態度をも伴わなければならない。したがつて、度し難い邪惡に對して、最後には斷乎たる顯正の刑罰を以て臨むのでなければ、教育の目的も實現出來ない。そこに、刑法の道義性がある。更に、國際法は、戰爭を否定する平和主義の理想と、戰爭によつてすべてを解決しようとする實力主義の現實との間を縫つて發達して來た。その結果として、今日の國際法は、世界平和の確立のために、政治目的達成の手段として武力行動に訴えることを禁ずるといふ原則を確立するに到つた。しかも、それにもかかわらず侵略戰爭を行なおうとする國家がある場合には、諸國家の協力によつてこれに對する武力制裁を科することは、現代國際法の認めるところであるばかりでなく、むしろ國際聯合憲章上の義務でさえある。そこに、國際法の道義性が明瞭に示されている。

## 第二節 法の政治性

法は、道德と緊密に牽聯していると同時に、政治とも深く結びついている。

政治は目的活動である。政治上の目的活動の内容は、道德の實現であることもあり、經濟の發達であることもあり、一定の宗教の擁護または他の一定の信仰の禁壓である場合もある。故に、道德も經濟も宗教も政治の内容となり得るのであつて、その點で政治は、道德・經濟・宗教等と深く交錯しているところの法と同じような位置を占めている。更に政治は、對立を克服し、反對を制壓し、人間共同體の統一を確保しようとする目的活動である。したがつて、政治は必ず實力と結びつき、實力を背景として行われる。しかるに、法もまた、道德上・經濟上・宗教上等の行爲規範をば強制規範によつて裏打ちし、強制權力を背景として強制秩序を維持することを目的とする。それであるから、政治と法とは單に人間の目的の體系の中で同じような位置を占めているばかりでなく、實力を背景として目的の實現に當るといふ點でも、きわめて



がある。また、刑法は、もともと應報の正義に立脚して發達した。けれども、發達した刑法は、單なる應報としての刑罰を科することを以て満足せず、進んで刑罰を通じて犯罪者の教化・改善を圖りつつある。しからば、刑罰の理念は、應報刑の性質を拂拭して、教育刑に徹するところに在るであろうか。しかし、教育は、慈愛善導の精神に基づくと同時に、信賞必罰の態度をも伴わなければならない。したがつて、度し難い邪惡に對して、最後には斷乎たる顯正の刑罰を以て臨むのでなければ、教育の目的も實現出來ない。そこに、刑法の道義性がある。更に、國際法は、戰爭を否定する平和主義の理想と、戰爭によつてすべてを解決しようとする實力主義の現實との間を縫つて發達して來た。その結果として、今日の國際法は、世界平和の確立のために、政治目的達成の手段として武力行動に訴えることを禁ずるといふ原則を確立するに到つた。しかも、それにもかかわらず侵略戰爭を行なおうとする國家がある場合には、諸國家の協力によつてこれに對する武力制裁を科することは、現代國際法の認めるところであるばかりでなく、むしろ國際聯合憲章上の義務でさえある。そこに、國際法の道義性が明瞭に示されている。

## 第二節 法の政治性

法は、道德と緊密に牽聯していると同時に、政治とも深く結びついている。

政治は目的活動である。政治上の目的活動の内容は、道德の實現であることもあり、經濟の發達であることもあり、一定の宗教の擁護または他の一定の信仰の禁壓である場合もある。故に、道德も經濟も宗教も政治の内容となり得るのであつて、その點で政治は、道德・經濟・宗教等と深く交錯しているところの法と同じような位置を占めている。更に政治は、對立を克服し、反對を制壓し、人間共同體の統一を確保しようとする目的活動である。したがつて、政治は必ず實力と結びつき、實力を背景として行われる。しかるに、法もまた、道德上・經濟上・宗教上等の行爲規範をば強制規範によつて裏打ちし、強制權力を背景として強制秩序を維持することを目的とする。それであるから、政治と法とは單に人間の目的の體系の中で同じような位置を占めているばかりでなく、實力を背景として目的の實現に當るといふ點でも、きわめて



相似た性格を有する。しかも、政治を遂行する實力と、法的強制を行う權力とは、原則として同一の根源から流出する。したがって、兩者は、常態においては互に全く重なり合つて表裏一體の關係に在る。その意味では、政治は法の生命であり、法は政治の制度化に外ならない。

しかしながら、これを他面から考察すると、政治の本體は活動であり、進展であり、變化である。これに對して、法は秩序の安定を主眼とし、歴史の激變を制動することを任務とする。この點のみを取り上げていうならば、政治は社會の動態を現し、法は共同生活の靜態を代表する。勿論、政治といえども、一定の統治機構を確立した以上は、その機構の安定を要する。また、法といえども、單なる舊套の墨守のみに甘んぜず、必要に應じて歴史の新たな段階にむかつて進展しようとする。けれども、よく見ると、安定した政治は、すでに法と化した政治であり、進展する法は、政治によつて動かされつつある法である。故に、政治そのもの、法そのものの固有の性格からいえば、その間には動と靜との相違性がある。したがつて、一たび互に結合して一體と化した政治と法も、やがて時とともに次第に疎隔し、政治は法を乗り越えて進もうとするし、法は政治の變化を阻止して留まろうとするによつて、兩者の間の對立が生じて現れる。

て來る。その對立は、時としては、新興の政治勢力と既存秩序の維持勢力との間の激突となつて現れる。

故に、法の性格は、政治によつて規定されつつも、政治の動向を牽制し、政治の對立を調和し、共同體の統一を保持しようとするところに見出される。かくして得られた秩序の安定は、政治から遊離した安定ではなく、政治を包容する秩序である。政治を包容する法秩序の根本義は、いかにして政治上の對立を調和し、變化しつつも動搖せず、進展しながらも挫折する虞れない社會生活の安定性を保つかに存する。すなわち、もしも法が一定の政治動向と選一的に結合し、他の政治の動きに對してあくまでも不寛容の態度を固執しようとするときは、かえつて對抗政治勢力を内攻せしめ、これに急激な爆發力を與え、ために法と政治の正面衝突を惹起する虞れがある。これに對して、政治の變動をなるべく廣く合法性の枠の中に取り入れて、そのいすれにも立法上の發言權を與え、「多數」の歸著するところによつて立法方針を決定するという法制度を設けるならば、保守主義から進歩主義に移つても、自由主義が統制主義によつて置き換えられても、そのために法秩序全體の安定性が破壊せられることはないであろう。



ここに、近代民主主義の法組織の持つ意義がある。特に民主主義の中核を成す議會制度は、交替する政治勢力に、その數に應じて立法方針を左右する権能を與えるという點で、高度の弾力性を有する法組織である。ラアドブルッフは、その相對主義の理論をこの問題にむかつて展開せしめ、法哲學的政黨論に犀利な洞察力を示した。

しかしながら、いかなる政黨であつても、一たび多數を制しさえすれば、これに立法上の決定權を與えるという法體制は、結局において政治的確信を持たない機會主義に立脚する。かかる機構を以てしては、政治上の單一目標にむかつて傍目もふらぬひたむきな前進をつづけることはできない。特に、人間共同體の運命を賭するような危機に際會しては、いわゆる議會政治は、多數を制しようとする政黨相互の摩擦相剋によつて、共同體内部の不統一を露呈する。しかも、法が依然として議會中心主義の形態を墨守しようとするれば、その法秩序は、議會制度の發達を歴史的に指導した民主主義の政治理念と選一的に結合することにならざるを得ない。かくて、議會を牙城とする民主主義の法秩序に對して、單一指導者の權威を法定立の根源たらしめようとする獨裁主義の政治が澎湃として興り、新たな形で法と政治との激突を見るにいたつ

た。

單一の指導者を中心とする獨裁主義の政治は、對立を醸し易く、動搖に陥り勝ちな議會政治よりも、強大な目的貫徹力を發揮する。しかし獨裁政治の組織は、成功には強いが、失敗に弱い。したがつて、ひたすらに失敗を押し隠して、成功の上に成功を積み重ねようとする。その結果、無理な政策を強行して挫折・崩壞の運命に陥る。殊に、現代の獨裁主義は、その目的を達成するために法を破ることを意としないところの無法の政治原理である。かような無法の政治は到底永續性を持ち得ない。かくて、獨裁主義の政治が悉く慘澹たる末路を遂げた今日の世界は、ふたたび民主政治の常道に立ち戻りつつある。

しかしながら、今後の民主主義は、事の理否に對する確信を持たず、單に多數の赴くところに追隨する機會主義の弊に陥つてはならない。民主政治は、相對主義的な寛容性を持つことを特色とするが、その相對主義にも限度がなければならぬ。それは、多角の側面から法の正しさを追求するための相對主義たるべきであり、客觀的な正しさを求める努力を斷念するがごとき懷疑主義であつてはならぬ。「多數」は民主政治における力であるが、その力が絶對なのでは



なく、その更に上には、いかなる「數の政治」も踏み越えることの出来ない政治の矩がなければならぬ。さような政治の矩は、法の根本原理としての正しさである。その意味で、政治は單に法を動かす力ではなく、法の根本原理に基づいて具體的に法を作り、法を行う活動たるべきである。

### 第三節 法の經濟性

道德および政治と並んで廣く法の内容となり、法の規制を受けつつ、法の形成を促して來たものは、經濟である。

經濟は、道德とも政治とも性質を異にするところの人間共同生活の分野である。しかし、さればといつて、經濟は決して道德や政治と無關係ではない。否、經濟は、それ自體が道德の行われる場所であり、あるいは政治上の目的活動の内容である。經濟は、物の生産・配給・消費に關する人間の社會的目的活動であり、したがつて、人と人との間の指導・協力・分業・相互

依存の關係を通じて運營される。しかるに、人と人とのこれらの關係は、道德を根本の紐帶として成立する。されば、道德と無關係な經濟というものは、最初からあり得ないのである。また、發達した經濟は、主として國家を單位とする國民經濟として營まれる。そうして、國民經濟が圓滑に運轉されるか否かは、政治上の方策の適否によつて左右されるところがきわめて大きい。故に經濟は、道德と聯關していると同時に、政治とも密接に結合する。そうして、經濟は、道德や政治と相牽聯して法の形成を促すと同時に、その反面また、法の規制の下に秩序ある經濟生活として發達を遂げる。法と經濟との間には、かような相互依存の實在關係が存立している。これに對して、道德や政治の契機を度外視して、單なる物質上の生産力が法形成の原動力となると見たり、逆に、法が論理上の形式として社會生活の素材たる經濟を制約すると説いたりするのは、共に法と經濟との間の實在聯關から遊離した謬見であるといわなければならない。

現代社會の經濟類型として特に重要な意義を有するものは、自由經濟と統制經濟との對立である。



自由經濟は、經濟主體の自由なる企劃・採算を基礎として運営せられる。しかし、自由經濟は、決して法の規制に對して不羈・奔放であるという意味で自由ではない。自由經濟にいわゆる自由は、あくまでも法によつて規制せられた自由である。それは、第一には物の使用・収益の自由を意味し、第二には交換の自由を意味する、ところで、人が物を自由に使用・収益し得るといふのは、物に對する私所有權が認められている結果である。また、自由交換經濟が行われ得るといふのは、自由なる契約の効果が客觀的に保障されているために外ならない。しかるに、私所有權といひ、契約の自由といふのは、ともに一つの法制度である。自由經濟は、かような法制度の保護の下に高度の發達を遂げた。それと同時に、自由經濟の發達は、ますます所有權その他の物權、ならびに各種の契約およびその効果に關する精巧な法規範の組織化を促した。これらの法規範は、概ねいわゆる私法の領域に屬する。私法の構造は、その豊富な内容を形成する自由經濟の性格を離れては、到底正しく理解され得ない。

私法の特徴は、私法自治の原則を基礎としている點に在る。すなわち、賣買にせよ、貸借にせよ、法的要件の決定が原則として私當事者の意志に委ねられているといふところに、私法の

本質が存する。ところで、經濟の運営に關して自治を認められている經濟人は、相互に他人の權利を尊重し、自己の約諾を重んじ、義務を正確に履行して行かなければならない。これらの心構えを缺く者は、經濟上の落伍者とならざるを得ない。そこに、自由經濟上の道德として、信用とか、誠實とか、公明とかいふようなものが發達する。かかる道德は、更に強制規範の裏打ちを受けて法と化し、以て自由經濟の基礎を確立する。かように、法と道德とは、車の兩輪のごとくに相並んで經濟活動を運轉して行くのである。

自由經濟の基礎を成す世界觀は個人主義であり、その推進力となるものは私益の追求である。しかし、自由經濟が私益を中心とするからといつて、その趣旨は、決して最初から單なる個人の私益または一部階級の利益のみを目標とするに在つた譯ではない。むしろ、自由經濟は、「私益は公益と調和する」といふ信條に立脚している。すなわち、經濟人の活動に對してでき得るかぎり廣汎な自己經營の餘地を與えるならば、その結果として活潑な自由競争が行われ、優勝劣敗の法則によつて自らにして優秀な經營能力を有る者が經濟機構の主導者となり、それによつて國民經濟は繁榮し、結局公益の増進に役立つことになる、というのが、自由經濟



の根本觀念なのである。かかる根本觀念は、それ自身一つの政治的な世界觀である。自由經濟は、自由主義の政治思想の所産であり、自由放任の經濟政策の具現に外ならない。その意味で、それは、經濟にして同時に政治である。かような政治則經濟の作用を、經濟人の自覺によつて規律して行くのが道徳であり、これを更に強制の手段によつて確保して行くのが法である。かくて、自由經濟の機構は、道徳・政治・法のいづれとも深く結びついて運轉せられ、高度の資本主義經濟の段階にまで發展して行つた。

しかるに、資本主義經濟が高度化するにつれて、その基礎を成す自由經濟そのものの中に大きな變動が生ずる。すなわち、經濟を支配する資本の力が増大するにつれて、自由競争の結果は、企業經營上の適者を優勝せしめるかわりに、大資本を擁する經濟主體の地位を一方的に有利に導き、無産大衆の立場をいよいよ不利に陥れる。したがつて、所有權の保護も契約自由の保障も、この傾向に拍車をかけるのみであつて、國民全體の福祉を保護するという効果は望まれ得なくなつて來る。更に、企業の獨占が行われるために、生産物資の種類、市場價格の決定、勞働力の需要等は企業家の都合によつて左右され、國民生活の不安定性を増大せしめる。

かくては、もはや「私益は公益と調和する」こととはなり得ない。そこで、法によつて企業の統制を行い、價格の變動を阻止し、勞務契約の條件を規制する、等の必要が起る。この傾向は、國際關係の緊迫と戦争の脅威とによつて加速度に進展し、自由經濟より統制經濟への急角度の轉換が行われるにいたつた。

統制經濟が全體主義または國家主義の世界觀を背景として行われる場合には、道徳上は「公益は私益に優先す」という原理が掲げられる。すなわち、公益と矛盾する私益を認めず、すべての經濟活動を全體の立場から企劃・統制して行こうとするのである。この傾向は、全體主義國家の戦争目的の線に沿う國防經濟として異常な發達を遂げたが、戦争が終つた今日といえども、經濟の社會化は世界の趨勢であり、そのための經濟統制の必要は今後といえども繼續さるべき勢いにある。いずれにせよ、この傾向が法の面に現れると、所有權や契約に對する公法的な規制が強化され、私法の私法性は稀薄となり、更に、民法や商法の外廓に各種の經濟統制法が發達する。けれども、いかに統制經濟が高度化しても、少くとも消費面での財貨の私有は否定され得ないし、經濟取引きに流動性を與えるための契約の自由ということも、到底完全には



抹殺されることは出来ない。經濟の現實の動きを無視して、人爲的な統制を押し進めれば、表面での法的統制を裏切つて、自然經濟がいわゆる闇の現象として横行することになる。今日の統制經濟は自由經濟の上にあてはめられた政治の枠であり、したがつて、法の形態としての經濟統制法の根柢には、なお厚い層を成して自由經濟の法が生きている。かような自由經濟の法を掃蕩するのになければ資本主義の宿弊は根絶し得ないというのは、マルクス主義の主張である。これに對して、自由經濟法の根幹を成す權利概念を否定し、義務と奉仕の觀念をそれと置きかえることによつて、これと相似た効果を擧げようとするのが、デュギイの「社會連帶」(solidarité sociale) および「公共奉仕」(service publique) の理論である。

#### 第四節 法の技術性

法は經濟の目的にしたがつて發達する。ところで、人間の經濟生活には多分に技術の要素が含まれている。故に、經濟を内容とする法もまた、いきおい高度に技術化した性格を帯びること

となる。商取引の形式をいかに定めるか、會社をいかに組織するか、等は、もとより經濟目的の内容に大きな關係があるが、それとともに、それ自體きわめて技術的な問題でもある。更に、經濟上の流通につき、交換の媒介、價値の蓄積、等に重大な役割を演ずるところの貨幣の制度をいかに定めるか、あるいは、統制經濟において、物價の騰貴を抑制し、國民生活の不安を除き、しかも物資配給の圓滑を期するために、市場價格をいかに公定するか、などに關しても、立法上・運用上多くの技術的な考慮が拂われなければならない。國民經濟の運営は、これを統制する法の技術に俟つところがすくぶる多い。技術性は實定法の備えている非常に顯著な、そうしてはなはだ重要な性格の一つである。

しかも、實定法の技術性は、經濟生活の面についてのみ認められるものではなく、廣く國民生活の全般にも互つている。滿二十歳を以て成年と定め、成年に達した國民には選舉權を與える、ということごときことは、もとよりさまざまな道徳上・經濟上・政治上の理由に立脚する。しかし、千差萬別な人の性能を度外視して、二十歳を行爲能力發生の時點とし、その年齢を選舉權賦與の限界とするのは、取扱ひを簡易化し、疑義・紛更の發生を防止しようとする法の技術



性の現れである。道路の左側を通行せねばならぬというのは、それ自體としては全く技術的な交通の規範である。種痘・豫防注射を強制し、居住・寄留の届出を勵行せしめ、不動産の登記制度を設け、相隣地の關係につき複雑な規律を定めるのは、衛生・行政・經濟・道徳等を以て内容とすると同時に、多分に技術性の要素を含んだ法の規制の態様である。これら僅少の例示より類推して行くなれば、法がいかに技術的な性格を有するかは、けだし思い半ばに過ぐるものがあるであろう。法は、行爲規範として社會生活の第一次の秩序を維持する。しかし、行爲規範に違反する者があり、または行爲規範上の權利義務につき紛争が起つた場合には、法はこれを裁いて、攪亂された秩序を修復して行かなければならない。かような第二次的な秩序を確保するのは、強制規範としての法の任務である。強制規範としての法は、主として裁判の上に適用せられる。しかるに、裁判の手續きは慎重嚴密であつて、恣意の介入する餘地のないことを本義とする。そこで訴訟に關するきわめて技術的な手續法が發達する。

訴訟法は、裁判に當る者の行爲と整然と規律する特殊の行爲規範であり、その目的は、強制規範の嚴正的確な適用を圖るに在る。訴訟法は、審理の正確を期するために、複雑な審級制度

を定める。しかし、あまりに審理の慎重を期する結果として、裁判手續が徒らに遷延するがごときは社會生活の速度の要求に適わない。そこで、或る點で審理を打ち切つて確定判決を下すことが必要となる。その限度をどこに求めるかは、慎重の要請と速度の要求との妥協點に關する法の技術性の問題である。

強制規範は、裁判を通じて具體的な事件の上に適用せられる。その場合に、いかなる法規を、いかにして、いかなる事件の上に適用するかは、法の解釋に關する重大な問題である。ところで、法は論理を尊ぶ。論理的に矛盾がないということは、法の備えなければならぬ重要な性質である。したがつて、法の適用は、原則としては法規を大前提とし、事件を小前提とする三段論法の形で進展する。それによつて、法秩序の安定を有効に維持することができるのである。しかし、その反面また、社會は進歩し、歴史は變遷する。それとともに、固定した法規と、流動する事實との間に隙が生ずる。そうなると、法の解釋は、もはや三段論法の一律を墨守することを許されなくなる。かくて、類推が行われ、反對解釋が用いられ、進んで條理による法の發見が要請せられるにいたる。しかも、法の自由發見も、その度をすぎせば、社會秩



序の安定を破壊する。法の中には、安定の要求と進歩の必要とが競合している。成文法規の運用につき、兩者の調和を圖るのは、法解釋の重要な技術である。それは、法解釋上の妥協の技術に外ならない。

これら多くの場合を通じて、法は理想と現實、普遍と特殊、慎重と速度、進歩と安定の間の妥協點を求めらる。故に法の技術性は、すなわち法の妥協性であるということであろう。

### 第五節 法の事實性

實效性の面から見ると、法は、法規範を實現しつつある事實である。債務者が債権者に債務を辨済しているとき、國民が期限内に租税を納付しているとき、裁判官が犯罪事實を確證して刑の言い渡しを行つているとき、そこに法の實現がある。かように、法は規範ではあるが、廣く事實と結びつき、次々に事實と化しつつある。故に、事實の動向と規範の構造との間には、常に密接な關係がある。事實が規範に照應していれば、法は安定する。事實が規範から逸脱す

れば、法は強權に訴えて、事實を規範の繩張りの中まで引き戻そうとする。あるいは、規範そのものの變容を行つて、新たに規範と事實との調和を圖ろうとする。事實を尊重するのは、法の大きな特色である。事實性は、實定法の備えている顯著な性格である。

ここにいう事實とは、人間の事實行爲である。あるいは、行爲と態度とを併せ含むという意味で、人間の事實行態である。人間の事實行態には意味があり、目的がある。人は、道徳を重んじてこれを履み行い、宗教に入つて信仰生活を實踐し、政治の動向に共鳴してこれに協力し、生産・配給・消費に關與して經濟生活を營んでいる。したがつて法がこれらの事實生活を尊重するのは、單に無意味な事實を事實なるが故に尊重しているのではなく、道徳・宗教・政治・經濟等の目的に立脚して事實に對する評價を加えているのである。法が、自然の事實を捉えて、これを法的規制の素材としている場合、例えば、出生の事實とともに權利能力の發生を認め、聾・啞者等を準禁治産者とする制度を設けて、その行爲能力保佐の規定を置いているような場合にも、人はすべて權利を享有し得るものでなければならぬという理念、または不具者が不當の損害を受けることを防止しようとする目的が、これらの法制度の根據となつてい



る。故に、法は事實を重要視するものではあるが、法が事實に對して大きな關心を持つのは、必ずそこに何らかの目的論的な理由があるからでなければならぬ。

しかし、或る場合には、全く無意味な事實が法の成立の機縁となり、または、法に反する事實態から新たな法が生れ出でるように見えることがある。事實上の慣行が法と化し、違法の行爲が法としての效力を發揮するような現象が、それである。事實の規範力説は、かかる現象を捉えて、事實そのものの中に規範化の力が内在しているのであると論じた。

けれども、事實上の慣行と稱せられるものも、その起源に遡つて見れば、必ず何らかの道徳・宗教・經濟等の意味を以て発生したものであることが知られる。故に、法がそれらの意味を尊重して、これを規範の世界にまで高め、これに強制規範による裏打ちを興えるのは、決して單なる事實の規範化ではない。また、よしんば現在では全く無意味な事實となり終つた慣行があり、あるいは明らかに社會の進歩を阻害する陋習があつたとしても、法は、これを單純に否定して了うかわりに、これに法たるの効果を認める場合がある。そういう際にも、徒らに民心を動搖せしめることを避け、秩序の平安を保持して行こうとする目的が働いて、無意味な事

實や固陋な風習にあえて規範たるの意味が賦與せられているのである。されば、事實が化して法となるのは、かかる場合にもやはり事實に對する規範意味賦與の作用によるのであつて、決して單なる事實に規範化の力が内在している譯ではない。

同様に、違法の行政行爲が、違法なるが故に無効となるかわりに、あたかもそれが適法の行爲であつたかのごとくに有効に行われることがあるのも、やむを得ない事情から違法の事實に對して規範意味の賦與が行われるために外ならない。行政官廳が法令に違反する處分を行つた場合、その非違を咎めてこれを匡正するのは、もとより法の要求するところである。しかしながら、行政行爲の適法・不適法の判定がきわめて困難であつて、これを争うことがかえつて秩序の紛糾を醸し、行政官廳の權威を失墜せしめる原因となることも稀ではない。これに對して、よしんば、なされた行爲は違法であつても、これを既決の處分としてその實效性を認めることが、かえつて秩序安定の目的に適う場合もあり得る。國際法上の「既成事態」(fait accompli)が、在來の法秩序から見ても不法な實力行動によつて発生したにもかかわらず、事後においてこれに法的認證が與えられることがあるのも、同じく秩序安定の切實な要求に基づく。



かように、事實には、最初から法に適つてゐるものと、法的に見て無意味なものと、明らかに法と矛盾するものがある。いいかえると、事實は、法と一致しているが、法と無關係であるか、あるいは、法と相反するか、三つのうちいずれかである。事實が法と一致していれば法は最もよく安定する。これに反して、事實が法と相反すれば、法の安定性は動搖する。その場合、法と相反する事實を排斥・剪除するのは、法の本來の態度である。しかし、時としては、法は自己と相反する事實の前に膝を屈して、これに法たるの意味を認めることもある。不法の事實に法たるの意味が認められるのは、法の道義性の否定であるが、それはまた同時に、道義を犠牲にして得られた法の安定性でもある。更に、法は、時にはまた、可もなく不可もない單なる事實を、規範の高みにまで引き上げることがある。そこでも、法は、秩序の安定を圖るという目的に奉仕するために、無意味の事實に法たる意味を認めているのである。されば、法が事實を尊重するのは、結局、秩序の安定という目的を重んずるからである。その意味で、法の事實性は、いいかえれば法の安定性に外ならぬ。

## 第六節 法の調和性

法の領域は、道德・政治・經濟等と深く交錯している。したがつて、法の中には、道德・政治・經濟等の諸目的の力が強く作用し、あるいはそれによつて法の存立が確保せられ、あるいはそのために法の變動が生じ、法の改廢が行われる。

ところで、これらの異種の目的の間には、互に矛盾もあるし、衝突も起る。また、同じ道德、同じ政治の間であつても、目的動向の分化が行われ、道德と道德とが對立し、政治と政治とが相剋することも稀ではない。かかる目的の對立は、歴史を進展せしめる原動力であると同時に、それが激化すれば、人間の社會生活を混亂・破壊に導く虞れがある。これに對して、法に課せられた最も重要な任務は、目的相互の矛盾を緩和し、對立を調和し、人間共同生活の圓滿な發達の基礎を確立して行くに在る。故に、法の根本の目的は、社會的諸目的相互の調和である。實に、調和性こそは、あらゆる實定法の具備せねばならぬ根本性格であるといわなければ



ばならない。

法に内在する道德・政治・經濟等の目的は、目的なるが故に、必ずしも現實とは合致していない。特に、道德や政治が、法を通じて高遠な理想の實現を求めているような場合には、法を動かす理念と、人間共同生活の事實との間には、相當の距離の存することもあり得る。しかるに、法は、他方では、その事實性によつて深く事實と結びついている。現實を無視し、事實を離れては、法の實定性が失われて了うのである。ここに、法における理念と現實との矛盾がある。事實を乗り越えて道德の高みに向上しようとし、あるいは、事實を克服して政治の理想を追求しようとするのは、法の態度である。けれども、事實を尊重し、秩序の安定を本義とし、場合によつては、違法の事實にさえ規範としての認證を與えて了うことがあるのも、また法の立場たることを失わない、かように、理想と現實との間に立つて、矛盾の解決に不斷の努力を つづけているのは、これまた法に特有の調和性の現れである。

實定法が多様な人間諸目的の間の調和を保つことに成功すれば、それによつて社會生活の秩序は安定する。しかし、もしも法の維持しようとする秩序の安定が、單に變化を許すまいとす

る社會状態の固定性を意味するならば、歴史の動きとともに、道德・政治・經濟等の要求と法の體系との間に大きな喰い違いの生ずることを免れない。故に、調和を以て旨とする法秩序の安定は、硬化した守舊性ではなく、時代とともに圓滑・柔軟に動き得る彈力的な安定性でなければならぬ。さればといつて、柔軟性も行き過ぎれば、社會生活の軌道が絶えず變化して、人をして去就に迷わしめる結果に陥る。そこで、法はまた、時により場合によつて濫りに個別の事情に左右せられることがないという、一般性と確實性とを兼ね備える必要がある。すなわち、堅確不動の體系たることと、可變動の復原力を有することとは、實定法に對して要求される二つの矛盾した性格である。これを互に兩立せしめ、秩序の目的と進歩の動向との均衡を圖るところに、法の調和性の實現がある。

法に課せられた任務の矛盾が最も深刻に現れ、したがつて、法がその調和に最も苦心しなければならぬのは、正義と秩序との關係である。アリストテレスは、正義をば平均的正義と配分的正義とに分け、後者は、各人の値するところに應じて精神的榮譽および物質的報酬を適正に配分することであると説いた。それは、「各人に彼れのもの」という言



葉で表現されている西洋の正義思想の骨子である。ラアドブルッフは、これを、等しいものを等しく、等しくないものを等しくなく取りあつかうことである、と做した。しかし、ラアドブルッフ自身の認めている通り、各人の値するところをいかなる標準によつて決するかは、價値觀の相違によつて無限に變化し得る難問である。これに對して、フイヒテは、すべての人間が人間らしく勤勞と享有との生活を營み、しかも仰いで文化の蒼空を眺め得る餘裕を持つことが各人に彼れのものとの與えられた状態であると説明した。しかるに、かような配分の正義を實現しようとするれば、必ず現状の變革が必要となる。そうして、過激に現状を變革しようとするれば、大なり小なり秩序を犠牲にしなければならない。現状の秩序を尊重して正義の要求を閑却するか、秩序を破つても正義の急速な實現を圖るべきか。それは、法の前に投げかけられた深刻な二律背反である。この二律背反の前に位して、その中の一方のみに偏ることなく、秩序を通じて正義の實現に向つての不斷の歩みをつづけて行くのが法の調和性であり、法的な正しさの眞の意義である。

### 第三章 法 と 國家

#### 第一節 法共同體としての國家

人間共同生活の諸目的は、規範化せられて法となる。ところで、法規範が現實の效力を發揮し、道德・政治・經濟等の活動が互に調和を保ちつつ實現されて行くためには、法の目的を目的とし、法の運用を任務とする特殊の共同體がなければならぬ。人は、法規範を遵守し、これを實行に移す、それが、法の實現である。しかし、法規範そのものは、人々がこれを遵守・實行するに先立つて、すでに何らかの仕方客觀的に定立されていなければならない。この法



の定立という作用もまた、同じく人間の行爲を通じて行われる。しかも、法を定立する作用が、個人個人の恣意に委ねられていたとするならば、社會生活の統一は全く失われ、法の調和性も根本から破壊されて了うであろう。故に、法の調和ある實現が可能となるためには、多數の人々を單一なる全體の理念の下に統合する共同體があつて、その内部に整然たる法定立の組織が定められ、定立された法規範の効力が、多數個人の生活を通じて、確保されで行かなければならない。かように、法の實現は、法の實現を擔當する共同體の存在を前提とする。その中でも特に重要な意味を有するものは、いうまでもなく國家である。

國家は共同體である。しかも、法によつて組織立てられ、法を通じて作用する「法共同體」である。國家の組織は組織規範たる法によつて定められている。すなわち、國家の内部には組織規範の體系があつて、國家を構成する多數の人々を組織・排列し、これに各種の法定立の権限を授けている。組織規範の授權を受けて定立された法は、一般國民の生活の準則となり、また、強制秩序の維持に任ずる人々の権力行使の規準となる。組織規範の授權を受けて各種の行爲規範や強制規範が定立され、行爲規範は國民の生活を規律し、行爲規範違反の行爲に對して

強制規範の適用を見るのは、國家の法作用である。故に、國家は、第一には、法によつて組織立てられた共同體であるという意味で、法共同體であり、第二には、法の組織を通じて法作用を營む共同體であるという意味で、法共同體である。されば、法共同體の概念を離れて國家の本質を理解することはできない。

法の作用は、法の定立に始まり、法の適用を経て、法の執行に到る。その中でも、特に根本的に重要性を持つものは、法定立の作用である。従來、學者は、國家における法定立の作用の源には、もはや法によつて拘束されない權力があると考え、これを統治權と名づけた。統治權は、一切の法作用の根源であると同時に、すべての政治的な目的活動の淵源である。かように法および政治の作用の源に位する統治權が、それより以上の權力によつて拘束されることがないという最高性を備えている點から見て、これを主權とも名づける。そうして、主權が君主に存する國家は君主國家であり、それが國民に歸屬する國家は民主國家であると考えられて來たのである。

しかしながら、統治權または主權というものを、すべての法の上に在る權力という風に考え



ることは、果して正當であろうか。なるほど、現實には、法は何者かの意志によつて作られる。專政君主の意志によつて法が作られ、獨裁者の決定が法として行われるがごとき、それである。ところで、民主主義は、かような法定立の方式を否定し、法は國民の意志によつて作られなければならないという國民主權主義の理念を確立した。けれども、國民主權といつても、國民の意志ならばいかなる法を作り、いかなる政治を行つても差しつかえないということにはならない。國民主權主義の下においても、國民の意志は最後の點で一定の目標から逸脱することは許されない。その目標とは、法の作用および政治の方針を常に正しからしめるといふ目標である。ルウソオの思想に現れている通り、國民主權主義の根本概念たる國民の總意とは、現實の國民すべての意志ではなくて、常に正しかるべき法の理念でなければならぬ。正しい法の理念に基づき、國民の公論討議によつて政治の筋道を規律して行くというのが、民主主義の下での主權概念でなければならぬ。故に、主權とは、すべての法の上に立つ最高の權力ではなく、一切の權力を規正すべきノモスであり、法的な正しさである。さような法の理念の下に、權力行使の筋道を正して行くのが、眞の意味での法治國家である。

## 第二節 國家の目的

國家が法を以て組織原理とし、法を通じて作用し、法を支撐してその實現を圖るといふことは、國家の目的が法の目的と合致している場合に始めて可能である。しかるに、法には、道德・政治・經濟等の各種の目的が含まれており、更に、多様な目的相互の調和を圖るといふ目的が内在している。故に、これらの諸目的は、いずれも同時に國家の目的でなければならぬ。法は、國家の目的が規範として體系化されたものであり、國家は、法の目的を綜合的に實現するための大規模な目的共同體である。規範體系としての法と、人間共同體としての國家とは、かように、目的の同一性によつて相互に不可分に結びついている。

もとより、人間の構成する目的共同體は、國家のみにかぎられている譯ではない。信仰を共にする教會、政見を同じくする政黨、學問上の協力を目的とする學會、等は、その統一の緊密度に對しては精粗さまざまであるけれども、いずれも特殊の目的のために構成された目的共同



體であるということが出来る。しかし、これらの國家以外の目的共同體は、すべて國家の内部に包攝され、國家の法の規律を受け、國家の統治機構の制約の下に置かれている。世界教會や國際學會といえども、特定の國家の中に存立し得るためには、その國家の法作用の規律を受けなければならない。その意味で、國家は、他のあらゆる目的共同體の上に立つて、これを國家自身の目的活動の領域として包攝する。國家は、單なる目的共同體ではなく、最も包攝的な目的共同體であり、その點で、被包攝的な他の目的共同體とはその本質を異にする。國家より広い世界には、國家間の協力の關係、結合の關係はあつても、國家を部分とするような高次の共同體は今日のところまだ存在しない。

國家目的の範圍は、時代により、場合によつて、あるいは廣く擴大され、あるいは狭く縮小される。

國家に對する考え方が消極的になると、國家の目的もまた次第に積極性を喪失する。そうして、秩序の維持および外敵の防衛という二つの目的だけが國家の任務として残され、他の建設的な目的活動は、原則として個人または國家以外の共同體の手に委ねらるべきものであるとい

う風に考えられて来る。すなわち、それだけ、自由社會の自由活動の範圍が擴大されるのである。イギリスの自由主義的國家理論を代表する「多元的國家論」(the pluralistic theory of the State)は、かような消極限の國家形態を捉え、國家と他の目的共同體とを平等の地位に置いて説明しようとした。

しかしながら、自由社會の自由活動にも、もとより秩序がなければならぬ。しかるに、秩序の維持が國家の任務であることは、多元的國家論といえどもこれを認めるのである。ところで、國家が社會の秩序を有効に維持して行くためには、法によつて個人の自由活動の限界を定め、集會・結社を取締り、保護・助成すべき目的としからざる目的とを區別して、これを適當に管理する必要がある。特に、國防の必要に迫られた場合には、國家は積極的に自由社會の自由性を制限して、道德・政治・宗教・經濟等の目的活動を統制し、物心兩方面に互る國力の強化・擴充を圖ろうとする。故に、よしんば秩序および防衛が國家の最小限度の目的であるにしても、これらの兩目的は、その本來の性質上他の目的と異なり、國家をして道德の醇化、政治の統一、宗教の監督、經濟の統制、等の任務に關與せしめざるを得ないのである。かくて、國



家は、當然他の目的共同體の上に立つて、これを包攝・統合するという機能を営むことになる。いかえれば、國家の目的は、單なる秩序の維持および外敵の防衛の範圍を越えて、各種の社會目的の上に及ばざるを得ないのである。

國家の目的が多様・複雑となればなるほど、その相互の間の對立を調整して、その圓滑な實現を圖る必要が増大することは、いうを俟たない。その場合に、多様な目的相互の調和を保たしめるための必須不可缺の手段は、調和性をば根本の性格とするところの法である。國家の目的的活動は法を通じて營まれる。國家の目的が變化した場合、あるいは國家に新たな目的が負荷せられた場合には、それに適うように法の改正が行われ、また新たな法の定立を見る。故に、法の進化は國家目的の進展と平行する。

もつとも、法の變化する速度は、必ずしも常に國家目的の進展の速度とは一致しない。したがつて、一時的には、法に内在している目的と新たな國家目的との間に齟齬の生ずることがあり得る。例えば、國防の強化のために國家經濟が高度の統制經濟に移ろうとしている場合、經濟生活を現實に規律する法は、なお自由經濟法の狀態に留まつているようなことがある。そこ

では、統制經濟の國家目的と自由經濟の法目的とが互に對立しているのである。しかし、やがて、經濟の轉換を圖ろうとする政治目的が強く法を動かして、各種の經濟統制立法が行われる。また、所有權や契約の内容についても、私益中心の觀念を變革するような新たな經濟道徳が發達する。それとともに、法は、新たな國家目的の支柱たるにふさわしい外形と實質を備えるようになつて來る。しかも、その反面また、法は政治動向の行き過ぎを戒め、歴史の激變によつて國內秩序が攪亂されることを防ぎ、躍進しようとする國家目的を法の基盤の上に安定せしめる。國家の政治が全體主義的な國防體制から、民主主義的な平和國家の狀態に立ち戻る場合にも、これとほぼ同様のことがいい得られる。かくて、法の目的と國家の目的とは、一たび離隔したのちに、やがてふたたび合致し、國家の目的活動が法の軌道の上を汪洋として流れることとなるのである。

### 第三節 國家の組織



國家は、法の理念に立脚して政治活動を営み、政治を原動力として諸般の法目的を實現して行くべき使命を持つ。この使命を達成するために、國家は、その歴史や民族の特殊性に應じて各種の組織を備えているが、その國家の組織もまた、それぞれ法によつて定まつていのである。

國家の主權と稱せられるものが、法の上に在る單なる權力ではなく、すべての權力の筋道を定め、あらゆる政治に對して規矩準繩となるところの法的な正しさを意味すべきであることは、すでに述べた。しかし、その法的な理念にしたがつて、正しかるべき統治意志を構成する者は、もはや理念ではなくて、現實の人である。いかなる人がいかなる手續きによつて現實の統治意志を構成し、國家の實定法を定立して行くかは、實在國家の組織の問題である。そうして、その組織がどこまで國家の目的に適い、法の理念に合致しているかを検討するのは、法哲學上の評價の問題である。

古い時代には、すべての權力は神に由來すると考えられていた。なぜならば、神の意志は絶對に正しいと信ぜられていたからである。しかし、絶對に正しい神の意志があるにしても、神

は語らず、神意は目には見えない。したがつて、神意はここにあるとして統治する者は、神の權威を背景とする現實の人であり、その神意と稱するものは、實はその現實人の意志に外ならない。しかも、現實人の現實意志がどういふ内容のものであつても、それを神意であるとして國民に絶對服従を強要することによつて、いかなる不正・暴虐な政治をも行うことができる。

かような神權政治は、やがて世俗化して君權政治となつたが、君權政治の場合にも、王座の背後には神秘の權威が幻妖の光を放ち、王座の上からは專政君主の恣意が批判を許さぬ絶對命令として發せられた。近世民主主義の思潮は、かかる神權政治や君權絶對主義の非合理性に對する人間理性の反抗から出發して、國家の組織を不斷に合理性の高みへと發達せしめて行つた。

民主主義の政治原理は、政治の正しさを識別すべき根據を國民の意志に置く。これを、主權が國民に在るといい、國民の總意によつて法を作るといふのである。かような國家組織の根本體制は、必ずしも君主制と兩立し得ぬものではない。なぜならば、國民主權の下において、君主がなおかつ統治の實權を掌握するということは、もはやあり得ないが、國民の總意を以て統治の規準としつつ、君主を以て國民共同體としての國家の全體性の體現者とすることは可能で



あり、君主制の傳統を有する國家の特殊性をば、民主主義という普遍的な政治原理の中に生かして行く所以ともなるからである。

民主主義は、國民總意を以て法とし、その法によつて統治を行うことを建前とする。この建前をできるだけ現實の政治の上に貫徹して行こうとする國家組織は、直接民主制である。直接民主制は、法の制定については國民投票や國民發案を認め、國家の公務員は國民の選舉によつて選任し、不適當な公務員に對する國民審査の制度を設ける。しかし、一々の立法を國民投票や國民發案によつて行うことは、技術的にいつて、すこぶる困難であり、實際から見ても必ずしもよい法を作る所以ではない場合が多い。そこで、現代の多くの民主國家では、實際に適した制度として間接民主主義の國家組織が發達を遂げている。間接民主制は、統治の中心機能たる立法作用を國民代表の議會に委ね、國民の意志を間接に法の上に反映せしめようとする制度である。しかし、議會の構成員は國民の投票によつて選任されるけれども、すでに成立した議會を國民の意志によつて動かす方法は、法的には存在しない。したがつて、間接民主主義の國家組織は、議會を統治の中心とすることになる。そうして、議會での審議の結果は、多數決に

よつて決定される。しかるに、議會に於ける多數は、國民全體から見ればきわめて少數である。かような少數の決定によつて立法や政治の方針が決せられるのは、一面からいえば、達識・練達の人に統治の運用を委ねることであり、他面からいえば、議會での多數黨のヘゲモニーを許すことである。そこに、議會中心の國家組織の長所があると同時に、またその弊害の生ずる所以が存する。

議會政治の陥る弊害は、議會の多數決が國政を左右する絶大な力を發揮するために、理非にかかわらず多數黨の横暴が行われ得るといふ點にある。更にまた、數を制しさえすれば、いかなる政治をも行い得るといふことになると、單なる多數を獲得するための政争が激化し、黨勢擴張のためには手段を擇ばないといふ權道政治が行はれるようになる。そうして、民主主義を否定するような獨裁主義の政黨が、議會の多數を獲得してこれを乗取るといふ隙をさえ與えることになる。議會政治のかような軌道逸脱を防止する方法としては、二院制の場合に、一院の「數の政治」をば特殊の構成を持つ他の一院の「理の政治」によつて牽制すること、司法部に違憲立法審査權を與え、議會の立法を最後の決定とせず、最高裁判所をして多數黨の獨善を抑制する



護法の機能を営ましめること、等がある。しかし、議會中心の民主政治を眞に法の理念に適うように運用して行く最も根本の道は、國民の政治的自覺を高め、責任ある選舉によつて議會の内容の向上を圖り、正しい輿論を以て議會政治を督勵・鞭撻・制御して行く外にはない。

#### 第四節 國際法

國家は、他の多くの國家とともに世界に併存している。したがつて、國家と國家との間にも、その行動を規律し、その關係を調整するための規範が行われている。國際法は、主としてかように併存する國家相互の關係を秩序づけるところの法である。

國際法は、慣習または國家間の條約によつて成立した國際行爲規範の複合態であり、これに素朴な強制規範が結びついている。一つの國家が國際行爲規範上の義務に違反すれば、相手國または第三國は、復讐・經濟封鎖、等の手段に訴えてその救済を求める。更に、一國が侵略的な戰爭行爲に出た場合には、國際的協力によつてこれに對する武力制裁が加えられる。故に、

國際法は單なる國際禮讓や國際道德ではなく、むしろ酷烈な制裁手段と結びついた素朴な法である。しかも、第一次世界大戰の中には國際聯盟が成立し、第二次世界大戰の末期には國際聯合が組織されたことによつて、國際法は或る程度まで組織規範をも持つこととなつた。國際聯合も、主權國家の法の前での平等の原則に立脚しており、したがつて、それは單一の組織化された世界共同體——世界國家——でないことは明らかであるが、その總會や安全保障理事會などの組織および權限に關する規程は、組織規範としての性格を具備している。かくて、國際不法行爲に對する國際聯合憲章の制裁規定の實效化ともなつて、國際法は法として飛躍的な發達を遂げようとしている。

國際法は法である。故に、國際法は法一般と同じ理念を理念とし、一般に法と同じ目的を目的とする。しかるに、法の最も一般的な理念または目的は、正義の要求を實現すると同時に、秩序の安定を圖り、これら二つの契機を互に調和せしめるにある。ところが、國際社會は最も利害關係の複雑に對立している世界である。しかも、國際社會における領土や資源の配分は、きわめて非合理的な由來によつて規定されている。それ故に、國家の中には現状の變更を強く



要求するものが現れることが稀でなく、これに對して現状の維持を主張するものとの間に深刻なる紛更を生じ、その紛更については烏の雌雄を知り得ない場合が少くない。したがつて、現状の國際配分關係に何らかの變更を加えようとする、どうしても戦争にまで發展する危険がある。その意味で、國際社會は常に戦争の脅威に曝されている。戦争を避けて秩序を維持しようとするれば、現状を尊重してこれに手を加えないようにする外はない。これを不満として現状の變更を強行しようとする國家が現れば、一觸即發の戦争の危機が迫ってくる。この矛盾した關係の間に立つて、國際法はこれを調整しようとする懸命な努力を続け、苦難・峻険の道を辛うじて前進しては、いくたびか惨めな後退を餘儀なからしめられて來た。

しかしながら、戦争の規模は幾何級數的に擴大し、戦争の慘禍は無際限に深刻化して行く。今にして戦争に終止符を打たなければ、永い歴史を通じて發達して來た人類の文化は潰滅し、世界は塗炭の苦しみに沈淪しなければならなくなるであろう。故に、國際社會では、平和は何はともあれ守り通さなければならぬ切實な價值である。國內法上は、秩序そのものよりも、秩序の内容が問題であるが、國際法においては、いかなる秩序であるかを問題とするよりも、

まず以て現状の秩序を安定せしめて行く外に、手がないのである。ヘゲルは、國家間に紛争が起れば、最後には戦争によつてこれを解決する外はなくなるといつた。正にその通りである。しかし、だからといつて、ヘゲルのやうに戦争を世界史の審判として是認するのではなく、全く反對に、だからこそ深刻な國際紛争を起すことそのことが飽くまで避けられなければならないのである。國際間の主張を互に強くいい立てれば、戦争となり、止め度もない戦争の危機は遂には全人類を永遠の墓場へと驅り立てる。カントの論じた通り、「永久の平和」とは地球全體を蔽う墓場の墓標の言葉となるか、現状の國際關係に立つて戦争をふたたびすまじきものとするか、人間の理智はその岐路に臨んで最後の選擇を下すべき時に際會している。そうして、國際聯合は、正に後者を選んで戦争の防止に最大の努力を傾倒することとしたのである。この採擇は、世界全體の良心によつてあくまでも支持されて行かなければならぬ。

勿論、さればといつて、國際法は、人類全體の正しい配分を全く度外視してしまつてよいという譯ではない。國際法は、何はともあれ秩序と平和とを維持することを最大の急務とするが、それと同時に、地球上のすべての人間に人間らしい生活の保障が與えられるようにするた



めの努力を、戦争によらない他の方法で續けて行かなければならない。それは、もはや、國家を單位とする領土や資源や市場の再配分によるのではなく、國家の繩張り、現狀のままに据え置いて、經濟上の生産や配分を世界全體として企劃・統制して行くことによるのでなければならぬ。法的政治的な單位としての國家の存立はそのままに認めつつ、それにかかわらざる世界經濟の企劃中樞を設け、強力な國家の指導と配慮との下にその企劃を實行して行くこと、世界經濟上の指導國家は、同時に他の國家の水準を遙かに卓越する武力を備え、世界警察の役割を演ずること、他の各國家はその企劃の下に世界經濟上適材適所の活動を営みつつ、それぞれの民族の特殊性を生かして千紫萬紅の文化の華を競い咲かせて行くこと、それが、法の理念と人間生活の現實とに適つた將來の世界構造の輪廓であるということができよう。

## 第四章 國法秩序の構造

### 第一節 法定立の機構

國家の活動は、道德・政治・經濟・文化の廣きに互る。しかも、これらの廣範圍の目的活動が、すべて同時に法の作用として行われるというところに、法共同體としての國家の面目がある。

國家の法作用は、法の定立に始まつて、法の適用、法の執行に及ぶ。しかし、法の適用・執行といつても、その中には同時に法の定立としての意味を有するものが少くない。法律を適用す



ることによつて裁判判決という個別規範が創設され、命令を執行することによつて行政處分という具體規範が定立されるというがごとき場合が、それである。強制規範に準據する直接執行行為や、行為規範上の義務の躬行實踐などは、法の事實化であつて、もはや法の定立としての意味を持たぬが、かかる法の事實化といえども、まず事實化せらるべき法の定立を豫想している。故に、法の定立は國家の法作用の根幹である。したがつて、國家には、國家活動の筋道を示すための法定立の機構が確立されていなければならない。

國家において定立される法のうちで、最も基本的な意味をもつものは、「憲法」である。したがつて、憲法を制定することは、統治の根本作用であり、何人が「憲法制定權力」(Pouvoir constituant, verfassungsgebende Gewalt)を持つかによつて、主權の所在が示されるといわれる。すなわち、君主が憲法制定權をもつ場合が君主主權であり、國民の意志が憲法の淵源である場合が國民主權であると考えられている。憲法制定權力の概念をはじめて明確に説いたシエイエス(Emmanuel Sieyès, 1748—1836)は、この權力は國民にのみ歸屬すべきであり、憲法制定權力が國民に在るということは自然法に基づくと做した。したがつて、國民はその憲法制定權力に

よつていかなる憲法をも意のままに創設し得ると論じた。しかしながら、國民主權主義の下において、國民はその意のままにいかなる法をも定立し得るといふ譯ではなく、國民の憲法制定權力といえども、常に正しかるべき政治の矩にしたがわなければならないことは、すでに繰りかえして述べた通りである。その權力行使の正しい筋道は、普遍的な正義の理念であるといふ點では、自然法であるといつてもよい。が、しかし、國家の特殊事情と民族の歴史的傳統とを生かした具體的な秩序の原理であるといふ點から見れば、それは、やはり一つの實定法的な理念であるといわなければならない。

憲法に次いで重要な成文法の形式は、「法律」である。法律は憲法に基づいて定立される。故に、憲法は法律の定立に關する機構を定める。近代の民主主義國家の憲法は、法律制定の衝に當る主要機構として議會を設けている。國民代表の議會を設けて、法律の制定は必ず議會の議を経ることを要するものとなし、法律によつて行政および裁判の筋道を明らかにしているのは、民主主義の一つの現れとしての立憲主義の本質である。したがつて、議會を廢止し、または、議會から法律制定の權限を奪うことは、立憲主義の放棄を意味する、立憲國家の議會は、



いくつかの政黨に岐れていることが多い。これは、法の目的の變動を政黨勢力の消長の上に反映せしめ、以て法と政治の激突を避けるという機能を持つ。しかし、その反面、政黨の對立は國內不統一の根源となる。故に、危機に際會しては、特に政黨の間の協力が必要となるが、さればといつて、執行権の介入によつて政黨を解消し、いわゆる議會の舉國一致の體制を人為的に作り上げることが、すでに立憲政治の獨裁政治への轉換の一過程を意味する。

法律を布行し、統治の作用を具體化する法規範として、行政上大きな役割を演ずるものは、行政官廳の發する「命令」である。命令は、政治の實際に應じて、迅速機敏に國務を處理し、國家の目的を敏活に實現して行くに適している。したがつて、歴史の變動期に當り、臨機應變の處置を特に必要とする場合には、法律によるべき事項を一括して命令に委任し、政治に圓轉滑脱の流動性を與えるという方法が講ぜられる。政府に、命令によつて重要な國務を處理する廣汎な權限を與えるのは、いわゆる執行權強化の措置である。この措置が憲法に準據し、法律の委任によつて行われているかぎり、それは必ずしも立憲主義の精神と牴觸することはない。法律や命令は、原則として一般的な規範である。そこでは、法の目的が、一般的な形で規範

化せられている。かかる一般規範は、二つの筋道を経て、個別規範にまで具體化される。その一つは、裁判所が行うところの裁判判決の宣告であり、他の一つは、行政官廳によつて行われるところの行政上の處分である。いずれも、一般的な法規をば具體的な場合に適用して、ただちに執行に移さるべき個別規範を定立する行爲に外ならない。ただ、裁判所の行ういわゆる司法作用では、強制規範を適用して強制秩序を維持するという目的に重點が置かれている。これに對して、行政作用の場合には、單なる強制秩序の維持——間接行政——ばかりでなく、殖産・興業・交通・厚生・教育等の積極目的の促進——直接行政——に主たる力が注がれる。しかし、司法作用といえども、強制秩序の前提を成す積極目的を衡量し、條理を按じ、慣習を參酌して、法規の活きた適用を圖ることを主眼とすべきものであること、いうを俟たない。

立憲制度の下にあつては、法の定立・適用・執行の機構は、立法・司法・行政といふ三つの部門に區分されている。立法とは、議會の議を経て行われる法律の定立であり、司法とは、裁判所といふ特殊官署によつて分掌される法規の適用であり、行政とは、行政官廳によつて行われる法規の執行である。三者を截然と分ち、互に相侵すべからざるものとするのは、モンテ



スキュウ (Montesquieu, 1689-1755) の唱えた権力分立制の原理である。

しかし、法律を制定することは憲法の適用であるから、いわゆる立法も法の適用としての意味をもつ。また、行政官廳が命令を發することは一種の立法であり、行政上の處分を行い、司法上の判決を下すこともまた、個別規範の段階での法の定立であるといひ得る。故に、國家の法作用は、すべて法定立の作用であつて、いわゆる、立法・行政・司法の區分は、法理論的に見れば、同じ法定立の過程の段階の相違に過ぎないとも考えることができる。純粹法學は、そういう見地から、権力分立論に對する規範論理的な批判を下した。

けれども、法律という段階での法の定立は議會のみがこれを行い、行政上の命令權を以てこれを侵害することを許さず、判決という形で個別規範定立の權限は、専ら裁判所のみを歸屬せしめて、これを政治の便宜から獨立せしめるといふ意味の権力分立制は、純粹法學の批判にもかかわらず、法治主義的な實定法制度として重要な存在意義を有する。この制度を無視して、政府が法律制定權を掌握し、更に進んで司法權をも政治的權力に從屬せしめるようになれば、その國家體制はもはや完全に獨裁主義に變質しているのである。

## 第二節 國家の機關

國家の法作用は、前節に述べた通り、色々な段階で法を定立する作用であるということができ。そうして、この法定立の作用はすべて現實の人によつて行われるのであるが、國家を構成する國民が法定立の作用を分掌するときには、その現實人は原則として私人としての立場を離れ、國家の全體を直接または間接に代表する公の地位に立つものと見做される。かように、國家の部分たる個々の國民が、統治作用を分掌して法定立の衝に當るとき、その地位を國家の「機關」と名づける。國家機關たるの地位に在る人は、國家の「機關人」である。制度上國家機關たる地位が設けられていて、しかも、その地位が現實の人によつて充員されていないことがあり得るから、機關と機關人とは概念的には區別せられなければならない。しかし、現實の問題としては、國家機關たる地位に立たぬ機關人はなく、機關人によつてその地位に充たされていない國家機關は、實定法上の機能を營み得ない。故に、一般に國家機關といふ



場合には、機關たる地位と、その地位に立つ機關人とを併せ意味するものと解せらるべきである。

國家機關には、單一人によつて充員せられる單獨機關と、複數人によつて構成せられる複合機關とがある。複合機關がそれ自身の組織をもつことはいふまでもないが、單獨機關といえども、他の國家機關と連繫することによつて、同じく複合的組織の中に置かれている。かような國家機關の組織は、組織規範としての法によつて定められている。更に、組織規範は、國家機關に對して、國家目的の達成を分掌し、或る一定の範圍内で法の定立に携わるべき「權限」を授けている。その意味で、組織規範は同時に授權規範としての性質を備えている。憲法・國會法等によつて國會の、憲法・裁判所構成法等によつて裁判所の、行政官廳法によつて行政官廳の組織や權限が定められているがごときはそれである。

國家機關たる地位は、現實の機關人によつて占位せられて、始めて實在國家の活動部署となる。されば、國家機關にその人を得ると否とは、國家の目的活動の遂行に多大の影響がある。國家機關の權限は、法の定立を分掌するにある。しかも、その權限によつてなされる法定立行

爲は、法の目的に適わなければならない。法の目的には道義があり、政治があり、經濟があり、文化があり、更に人間諸目的相互の調和の目的がある。これらの目的に立脚して、與えられた權限の範圍内で、最も有効に法を定立し、適用し、執行して行くのが、國家機關の責任である。統治の全作用は、法の根本理念に立脚しつつ、各系統の國家機關の責任ある執務を通じて、國家活動の末梢に及ぶのである。

國家機關の活動は、その權限によつてかぎられている。權限ある地位から離れた場合の國家機關人は、もはや一般私人と異なるところはない。けれども、國家機關の機關活動は、機關人が常住坐臥の間も人格を陶冶し、公務に關する工夫を凝らすことによつて、ますますその能率を發揮する。國家の組織は、法の制度であると同時に人の組織である。故に、實定法の運用は、制度と人との兩方面に互つてそのよろしきを得なければならない。

### 第三節 公法と私法



法の定立は、議會による法律の制定にせよ、行政官廳による命令の作製にせよ、裁判所による判決の宣告にせよ、権限ある國家機關の手によつて分掌せられる。しかし、法定立の作用を細かく分析して見ると、國家機關たる立場に立たない一般の私人が、或る段階での法の創設に重要な役割を演じていることが發見される。例えば、私人甲と私人乙とが賣買契約を結んだ場合には、この契約は、まず甲および乙の行爲を規律する。しかし、もしも乙が契約に違反したときには、甲はその事件を携えて裁判所に訴訟を提起し、相手方の義務の履行を要請することができる。これに對して、裁判官は、事案を審理し、甲の主張が正當であることを確認したならば、乙にその義務の履行を命じなければならない。故に、甲乙兩當事者間の賣買契約は、兩當事者の行爲を規律する行爲規範であるばかりでなく、裁判所の行ふ判決行爲を制約する強制規範でもある。甲および乙は、賣買契約を結ぶことによつて、相互の行爲を拘束する自律的行爲規範を定立すると同時に、裁判上の判決の前提たるべき裁決規範の内容をも創設しているのである。かくのごとくに、私人の法定立行爲の介入する法領域を「私法」といい、しからざるものを「公法」と呼ぶ。

公法と私法との區別に關しては、さまざまの説がある。

一説によれば、法的に關係づけられている主體の一方または双方が國家あるいは公共團體であるときには、その法關係を規律する法は公法である。これに反して、法關係に結びつけられている二つの項が、ともに私人であるならば、これを規律する法は私法である、——と。これを「關係説」と名づける。なるほど、私法を單なる行爲規範と見るならば、その規律する法關係の二つの項は、ともに私人であるということができよう。例えば、契約は私人相互の關係であり、これを規律するのは私法である。しかし、契約法は、決して單なる行爲規範ではない。契約に關する民法の規定は、契約當事者の行爲の規準ともなるけれども、その主たる性質からいへば、裁判の準則となり、判決の根據となるところの強制規範である。この面から見ると、契約法の規律するところは、決して私人相互の關係ではなく、國家の司法作用なのである。故に、規律の對象たる法關係が私人を双方の項とするか否かによつて、私法と公法とを區別しようとするのは、法規範の重層構造に照らして適當でない。

關係説に次いで有力な學説と目されるのは、「利益説」である、利益説は、國家または社會



の公益を擁護する法が公法であり、私人としての國民の利益を保障する法は私法である、と主張する。しかしながら、公法の中にも、國民の私益を保護・促進するという意味が多分に含まれているし、私法はまた、公安秩序を保つといふ役割を演じている點だけでも、明らかに公益保全の目的に適っている。されば、私益・公益の別を以て私法・公法の區別の標準としようとする試みは、支持され得ない。政治上の世界觀の如何によつては、公法制度も私益中心に理解されることがあり、私法制度も公益本位に運用され得る。故に、公法・私法の別は、法の定立が終始國家機關を通じて行われるか、私人の自律意志による自治規範の定立が廣く認められているかの別である、という外はないであろう。

私法は、法の定立について、私人の自治が認められている法領域である。故に、「私法自治」の原則は、私法の私法性を端的に表示している。私法上の自治とは、法關係の「要件」の内容が、私當事者の意志決定に委ねられていることを意味する。すなわち、私法は、いかなる要件によつて法行為がなされるべきかを、いわば白紙の状態において當事者に委任し、または、例示的に法行為の内容を規定している場合にも、當事者が別段の意志を表示したならば、その意志

に従うという態度を採るのである。しかしながら、當事者の自治に委ねられているのは、法行為の要件の決定にとどまるのであつて、一たび要件が決定した以上、それに基づいていかなる「効果」が発生するかは、もはや當事者の随意を以て左右することは許されない。私法は、決定された要件から発生する効果をば、厳格な法的強制力によつて保障しようとする。それは、私法が強制規範たることの當然の歸結である。また、それによつて、私當事者の定立した自治規範が、單なる行為規範たることにとどまることなく、進んで裁判判決を制約する裁決規範の性格を帯びて來るのである。

私法自治の原則は、自由經濟の發達ときわめて密接な關係を有する。自由經濟は、物の支配の自由と取引の自由とを基礎とする。これを法制度と化したものが、私所有權ならびに契約の自由の外ならない。所有權者が自己の所有物を意のままに使用・收益・處分し得ること、契約當事者の意志が合致した以上、公序良俗に反しないかぎり、その法効果が保障せられること、この二つの制度は互に緯となり經となつて自由經濟の發達を促した。更に、自由經濟の發達は、ひるがえつて物權法や債權法の確立を促進した。特に、所有權は資本主義經濟の根柢とな



り、契約の自由は自由交換經濟の根幹を成したのである。しかるに、經濟の目的が轉換し、自由經濟が統制經濟に切り換えられた結果として、私法自治の原則にも大きな制限が加えられることとなつた。契約上の要件は、統制法によつてあらかじめ規定され、所有權の行使についても、さまざまに規制が加えられることになつたのである。人は、この現象を名づけて「私法の公法化」という。しかし、統制經濟の高度化は、私人の自律意志による自己經營の餘地を抹殺し去るものではない。また、私人の自律意志を否定しては、統制經濟の運營も停頓せざるを得ない。その意味で、經濟法の領域における私法性と公法性とをいかに調和せしめるかは、現代の實定法の當面する切實な問題の一つである。

#### 第四節 權利と義務

法は規範である。規範は人間をば、一定の行爲をなし、または一定の態度をとるよう義務づける。規範によつて一定の行態をなすように義務づけられている人間は、「受範者」である。

受範者は、特定人であることもあり、不特定の多數人である場合もある。法の中には、一般國民を受範者とする規範もあり、特に國家機關の行動の準則を示す規範もある。行爲規範は主として一般國民を受範者とし、強制規範は特に國家機關の活動を規律する。しかし、いずれにせよ、受範者を持たぬ規範はあり得ない。法の受範者が、法規範の規定を遵守・勵行することによつて、國家の組織は確保され、國民共同生活の秩序は維持せられ、法はその實效性を發揮する。その意味で、法の作用はすべて義務づけの働きである。

ところで、人間の共同生活は、常に相關的に營まれている。したがつて、甲が法規範によつて一定の行態をなすように義務づけられている場合には、甲と相關關係に在る乙は、甲が自己に對してその法上の義務を履行することを期待し得る状態に置かれている。この關係は、特に行爲規範について明瞭に現われる。例えば、甲と乙とが約束をした場合、甲が乙に對する約束を守らなければならないということは、乙にとつては、甲がその約束を守ることが期待し得る状態に在ることを意味する。また、一般に人が他人の所有物を侵してはならないという義務を負うているとき、牛を所有する丙は、牛に對する自己の所有關係が行爲規範によつて保護されて



いるという立場に立つているのである。かように、人々は、互に他人が自己に對する行爲規範の義務を履行することを期待し得る地位に在る。この状態は、すなわち、「權利」と呼ばれるものの素材に外ならない。

けれども、行爲規範上の義務と相關的に生ずる他人の義務履行への期待は、權利の素材であつて、權利そのものではない。これを假りに行爲規範上の權利と呼ぶならば、行爲規範上の權利はいまだ眞の法的な意味での權利ではない。法は、行爲規範と強制規範との複合態である。故に、行爲規範上の權利は、強制規範の裏打ちを受けることによつて、始めて法的權利として確證せられる。例えば、乙に千圓を貸した甲は、乙が行爲規範の命ずるところにしたがつて千圓を返還するであろうことを期待し得る立場に在る。しかし、それにもかかわらず、乙がその返金債務を履行しなかつた場合、甲に何らの救済の手段も與えられていないとするならば、甲が乙の義務履行に對して抱く期待は、法的に確證された權利とはならない。しかるに、實際には、返金債務に關する行爲規範は、その違反行爲を不法要件とする強制規範と結びついてゐる。すなわち、乙の債務不履行があつた場合には、甲は裁判所に訴えて強制規範の發動を促

し、裁判上の判決を経て乙の債務履行を實現せしめることができる。行爲規範上の權利は、それによつて、確乎たる法の保障を受ける。それが嚴密な意味での權利である。いかえれば、權利とは、他人の自己に對する行爲規範上の義務履行が、更に強制規範によつて保障されてゐる状態である。

權利の本質についても、各種の學説が行われている。

一方の代表説たる「意志説」は、權利とは法秩序によつて賦與せられた意志力または意志支配である、と説く。しかし、この説を以てしては、意志能力のない法主體がいかにして權利を享有するか、を説明し得ない。意志とは、法主體の意志ではなく、法秩序そのものの意志であると改説して見ても、權利の實體は依然として明らかにされたことにはならない。これに對して、他方の有力説たる「利益説」は、權利とは法によつて保護された利益である、と主張する。これは、意志説よりも前進した學説ということではできるが、權利をば權利者の主觀的利益と見るのは、適當でない。權利は、多くの場合、權利者の利益を伴なうであろう。しかし、利益そのものが權利ではなく、自らの享有すべき社會生活上の利益をば、強制規範に訴えて



保障することを求め得る状態に在ることが、すなわち権利なのである。意志説・利益説ともに、権利の本體を正しく捉えた學説とは見做し難い。

権利は、強制規範に訴えて、自己の期待する裁判判決の定立を促し得る状態である。それ故に、ケルゼンは、権利をば「法創設への参加」(Teilnahme an der Rechtserzeugung)であると説いた。この見解は、権利の形式面を捉えた理論としては、確かに卓見である。権利者は、自己の権利が他人の義務違反行為によつて侵害されようとした場合、裁判所にこれを提訴し、その保護を求めることによつて、個別強制規範たる裁判判決の定立に「参加」しているのである。しかし、ケルゼンは、権利のような形式面のみを見て、権利制度の目的を全く顧みまいとする。それは、純粹法學特有の一面観であるといわねばならぬ。法に目的があるように、法律制度としての権利にも目的がある。個人の利益を擁護しようとする目的、多數個人をして活潑な自己經營を行わしめ、それによつて全體の福祉の増進を圖ろうとする目的、あるいは、權利觀を匡正して、私益追求の貪婪性を抑壓しようとする目的などが、權利制度の發達を促し、またはその内容を變遷せしめているのである。目的の觀點を離れては、權利の存在理由も、權利思想

の變遷も、これを理解することはできない。

權利は、共同生活の單位としての國民に、自立自存の活動を営み得るための根據を與える。かように、自立自存の生活單位と認められているところの權利の主體は、すなわち、法的な意味での「人格者」である。權利の主體は、一般には個人である。しかし、經濟生活の複雑化と人間活動の規模の擴大とに伴ない、特定の條件を具備する團體または目的財産に法主體性を認め、これに直接に權利・義務を歸屬せしめしめる必要が生じて來た。いわゆる「法人」がそれである。これらの法的な人格者は、國法秩序によつて保障せられた權利を基礎として、あるいは産業を興し、あるいは金融を掌り、あるいは流通を圖り、進んで公益事業を經營し、文化の發達に貢獻する。それら諸般の建設生活が統治作用の下に統合せられることによつて、國家の目的的活動はいよいよ廣く深く擴充されて行くのである。故に、權利の行使は、同時に公共の目的への奉仕として義務づけられる。法は、ここでも權利と義務との調和を要求しているのである。



## 第五節 公權と私權

權利は、國家機關としての立場に立たぬ私人が、自己の生活を經營することによつて公共の目的活動に參與するための根據である。權利主體たる私人は、その生活目的の達成のために互にさまざまな自律の行爲規範を創設し、行爲規範の効力が脅やかされようとする場合には、國家の司法作用の發動を促して、その保護を求めることができる。故に、權利は、その本質上私法的な制度であり、私法の領域においてまず著しい發達を見た。いかえると、權利という言葉の第一に意味するところは、私法上の權利、すなわち「私權」なのである。

しかし、今日の實定法秩序は、私權の外に國民の「公權」というものを認めている。狹義の參政權、廣義の參政權、および國民の基本權がそれである。

「狹義の參政權」とは、一定の資格を有する國民が、法律という形式の法規範の定立に直接または間接に參與し得るといふ状態を意味する。近代の立憲國家には、國民を代表する議會があ

つて、法律の制定はすべて議會の審議・決定を経るものとされている。そうして、議會の構成員は、一定の手続きを以て國民の中から選任せられる。かように、議會の構成員となつて直接に法律の制定に參與し、または、議會の構成員を選ぶことによつて、間接に法律の定立に寄與し得るといふ状態が、狹義において參政權と呼ばれるものの内容に外ならない。

ただし、その場合に明らかにさるべきは、法律の制定に參與し得る立場に在るといふ状態と、現に法律の制定に直接・間接に參與しつつあるという立場との區別である。國民が現に議會の構成員となつて法律の制定に携わつてゐるのは、組織規範の授權による國家機關の機關權限の行使であつて、もはや「權利」ではない。また、選舉權を有する國民が、總選舉に當つて議員候補者に對する投票を行つてゐるのも、選舉法という組織規範の定めるところにしたがい、議會構成員を選任するという「權限」を行つてゐるのであつて、やはり「權利」の行使ではない。ましていわんや、國民主權の建前に立つ民主國家の國民が、國民投票によつて大統領や國會議員を選挙してゐる場合のごときは、少くとも觀念上は統治權の直接の行使と解せらるべきものであつて、もとより「權利」ではない。そうなつて來ると權利としての參政權とは、



個々の國民が、一定の資格——住所・年齢等——により、議會の構成員を選挙し、もしくは自ら議會の構成員に選挙され得るといふ漠然たる状態——「能動的状態」(der aktive Status)——に過ぎないということになる。

参政権といふ言葉を廣く用いる場合には、その中に、右のやうな狭義の参政権——立法上の参政権——の外に、國民が法令の定める資格に應じて國家機關人に任ぜられ、またはその他の公務に就くことを得るといふ權利——行政上・司法上の参政権——が含まれる。すべてを併せたものが、「廣義の参政権」である。國民が、法令の定める資格に應じて現に國家の官吏となり、行政上の命令を發し、處分を行い、あるいは司法上の判決を下すのは、もとより組織規範上の機關權限に基づく法定立行爲であつて、權利としての公權ではない。公權としての参政権は、國民の何人もが一定の資格に應じてかような法定立行爲の分掌者たり得るといふ状態である。それは、狭義の参政権よりも、更に漠然とした「能動的状態」であるが、萬民衆庶いすれもその能力に應じて國家の公務に參與し得るといふことの保障として、立憲主義の政治理念の重要な具現たることを失わない。

最後に、憲法の規定する「基本權」は、國民の生命・身體・住居・財産を保全し、居住・移轉・通信・信教・言論・結社等の自由を確認し、進んで人間の人間らしい最低限度の生存を保障する。もしも、權利という言葉で以て、直接または間接に法の定立に参加し得る状態を意味せしめるとするならば、基本權の權利としての性格はきわめて稀薄であるといわなければならぬ。基本權は、國民の自由活動の本據と範域とが、國民自らその代表者を通じて制定した法律によらずして制限されることがないという保障であつて、國民が法定立の作用に能動的に參與することをその内容とするものではない。それは、むしろ、國民の生活の安全および行動の自由が、故なくして侵されたり制限されたりすることはないという「消極的状态」(der negative Status)を意味する。

しかしながら、法の理念、特に民主主義的な法の理念に照らして見るならば、基本權のもつ意義はきわめて重大である。すなわち、憲法による基本權の保障は、政治上の權力を以て濫りに國民の人間としての生活を侵害してはならないという定めであるばかりでなく、國家の政治が根本において國民の福祉のために行われるものであることを宣明しているのである。したが



つて、それは、國民の生存權の保護であり、勤勞の權利の保障であり、法の前での平等の宣言である。しかも、國民のすべてが、平等に生存權を保障せられ、人間たるにふさわしい生活を営み得るようになるためには、他面において、各人が勤勞の義務を負わなければならない。そうして、勤勞によつて築き上げられた物質上および精神上の富は、できるだけ公正に國民に行き互るよう配分せられなければならない。國民が、さような生活の安定の上に立つて、更に積極的に經濟や技術や文化の向上に努力することは、國民の權利であると同時に、その貴重な義務であり、公共のための奉仕でなければならない。かかる國民の公共的な活動によつて、國家を通じての法の目的の實現ということが始めて可能となる。かくしてのみ、法は、國民生活の他律の拘束ではなく、國民の力による公共の福祉の自主的な建設の筋道としての意味を發揮することができるのである。

## 第五章 法 學

### 第一節 法規範學

法學は、實定法を對象とする科學である。しかるに、實定法は效力のある法である。そうして、法の效力とは、法規範が人間の事實行態として實現され得るといふ可能性を意味する。實定法は、事實となつて實現されることを求めている規範であり、規範を實現しつつある事實である。したがつて、實定法には、規範としての面と事實としての面とがある。そのうち、實定法の規範面を捉えてこれを考察するのが、「法規範學」であり、實定法の事實面を對象として



これを研究するのが、「法事實學」である。法學の任務は、法規範學と法事實學とが相倚り相俟つことによつて、始めて完い。

法規範學は、古來「法解釋學」として發達した。實定法は法規範の複合態である。しかるに、法規範は、これに筋道の立つた解釋を加えることによつて、始めて具體的な場合に的確に適用され得る。故に、法規範學が法解釋學として發達したのは、對象それ自體の性質からいつて當然である。

ところで、實定法にはさまざまな目的が内在している。實定法とは、人間共同生活の中に客觀化せられた道徳・政治・經濟、等の目的が、規範となつてその實現を求めているものである。したがつて、法の解釋は法の目的に立脚しなければならない。法解釋學は、目的論的な方を採らなければならない。例えば、憲法には、國家存立の意義を決定する政治の目的が内在している。故に、一國の憲法の解釋は、その國家の政治理念に立脚して行われねばならぬ。また、刑法は、道義を顯彰し、犯罪を防止し、犯人を改善する、等の目的によつて定立せられている、されば、刑法の解釋は、刑法定立の根本を成すそれらの目的から出發して、各本條の意

味に及ぶを要する。目的を離れては、文理解釋も論理解釋も意味を成さない。否、いわゆる論理解釋を用い、法規を大前提とし、事件を小前提とする三段論法の推理を行う場合にも、それは成文法の劃する規範意味の範圍を逸脱すべきではないという、法的安定性の目的を指標としている。法解釋學は、目的論の立場に立つ、法解釋學が單なる理論科學ではなく、法の運用に關する實踐科學であるといわれる所以も、そこに存する。

法解釋學が實定法の規範意味を解釋する場合、その第一の據りどころとなるものは、成文法規である。ところで、成文法規は、大なり小なり一般的な規定として定立されている。これに對して、法の實現せらるべき事實の世界は、すべて個別的な行爲、個別的な事件の連鎖である。したがつて、一般的な法規範意味と、個別的な事件との間の空隙は、法の解釋によつて充填せられなければならない。しかも、國民の事實生活の様相は、國家の目的活動の進展とともに次第に變化する。その間、成文化した法規の意味には、少くとも文理上の變化は生じない。それ故に、規範と現實生活との間には、單に空隙があるばかりでなく、更に喰い違いの起ることもある。その場合に、法解釋學は、成文化した法規の意味を固執し、動く事實を動かぬ法に



よつて抑制することもできるし、逆に、變化する目的を按じつつ、流動する事實生活に順應するように、法の意味擴充を行うことも可能である。前の場合には、法の安定性の目的が優勝し後の場合には、道徳・政治・經濟等の要求が安定性の目的の上に卓越する。それは、すなわち、概念法學と自由法論との分岐點に外ならない。

しかしながら、實定法は、多様目的の互に對立する世界であると同時に、對立する多様目的相互の調和の圖らるべき場所である。したがつて、概念法學の安定主義も自由法論の進歩主義も、決して相對立すべきものではなく、實定法の根本性格に立脚して互に調和を保たねばならぬ。それは、單なる妥協の問題ではなく、法を實定法の全體目的にしたがつて解釋しようとする法解釋學の、當然の態度であるといわなければならない。

法規範學は、これまで主として法解釋學として、いいかえれば、一種の實踐科學として發達して來た。けれども、實定法は實存する規範の複合態であり、それ自身一つの實在である。故に、法規範學には、實在する法秩序を冷靜に觀察し、その規範構造を理論的に分析・綜合するという面もなければならぬ。例えば、法史學が過去の實定法を理論的に解明・説述すると同

じような態度は、現在の實定法に對しても採られ得る筈であり、採られてしかるべき筈である。かかる實定法の理論考察は、ひるがえつて、法解釋學の目的論的な任務の達成の上にも大いに寄與するところがあるであろう。

もつとも、かくいえばとて、必ずしも、法解釋學の外に別途に理論科學としての法規範學を樹立すべきであると主張する譯ではない。實際上は、今日の實定法解釋學の中には、すでに多分に理論科學としての要素が含まれている。ただ、かような理論研究は、法解釋學者の當面する法實踐の要求に掣肘せられて、いまだ充分に普及・透徹するにはいたつておらない。國法秩序の段階構造とか、法規範の重層構造とかが、近頃になつて漸く明らかにされ始めたときは、法構造の理論考察がこれまで閑却せられていた證據である。したがつて、この方面には、將來の法規範學によつて開拓せらるべき問題の餘地が少からず残されているものと思われる。

## 第二節 法事實學



よつて抑制することもできるし、逆に、變化する目的を按じつつ、流動する事實生活に順應するように、法の意味擴充を行うことも可能である。前の場合には、法の安定性の目的が優勝し後の場合には、道徳・政治・經濟等の要求が安定性の目的の上に卓越する。それは、すなわち、概念法學と自由法論との分岐點に外ならない。

しかしながら、實定法は、多様目的の互に對立する世界であると同時に、對立する多様目的相互の調和の圖らるべき場所である。したがつて、概念法學の安定主義も自由法論の進歩主義も、決して相對立すべきものではなく、實定法の根本性格に立脚して互に調和を保たねばならぬ。それは、單なる妥協の問題ではなく、法を實定法の全體目的にしたがつて解釋しようとする法解釋學の、當然の態度であるといわなければならない。

法規範學は、これまで主として法解釋學として、いかえれば、一種の實踐科學として發達して來た。けれども、實定法は實存する規範の複合態であり、それ自身一つの實在である。故に、法規範學には、實在する法秩序を冷靜に觀察し、その規範構造を理論的に分析・綜合するという面もなければならぬ。例えば、法史學が過去の實定法を理論的に解明・説述すると同

じような態度は、現在の實定法に對しても採られ得る筈であり、採られてしかるべき筈である。かかる實定法の理論考察は、ひるがえつて、法解釋學の目的論的な任務の達成の上にも大いに寄與するところがあるであろう。

もつとも、かくいえばとて、必ずしも、法解釋學の外に別途に理論科學としての法規範學を樹立すべきであると主張する譯ではない。實際上は、今日の實定法解釋學の中には、すでに多分に理論科學としての要素が含まれている。ただ、かような理論研究は、法解釋學者の當面する法實踐の要求に掣肘せられ、**いまだ十分に普及・透徹するにはいたつておらない。**國法秩序の段階構造とか、法規範の重層構造とかが、近頃になつて漸く明らかにされ始めたときは、法構造の理論考察がこれまで閑却せられていた證據である。したがつて、この方面には、將來の法規範學によつて開拓せらるべき問題の餘地が少からず残されているものと思われる。

## 第二節 法 事 實 學



法事實學は、事實となつて現れている法現象を對象とし、その趨勢、その法則を明らかにしようとする理論科學である。法事實學は、これまで主として「法社會學」といふ名稱の下に研究されて來た。法規範の規範意味と照應して現れる法の事實現象は、人間の社會的行態の連鎖であるから、これを法社會學と呼ぶことも、必ずしも不適當ではない。

法事實學は理論科學であるが、その成果は、法の定立に、また法の解釋に役立つところが大きい。なぜならば、社會生活の實態を無視してなされた立法は、失敗に終る危険が多いし、法の目的に立脚する法の解釋、常に規範と事實との接合に注意して行われなければならないからである。その意味で、法事實學は、立法政策および法解釋學の補助科學としての役割を演ずる。現に、法社會學の研究の必要が力説されるようになったのも、概念法學の成文法規偏重の方針に對する反動として起つた自由法論の主張と、相呼應する意味を持つていたのである。

法事實學の對象となるものは、人間の事實生活であり、事實行態である。しかも、それは、無意味な事實ではなく、法規範の意味を實現しつつあるところの事實である。したがつて、法事實學の態度は、事實を無意味な事實として研究する自然科學の方法ではなくて、事實をば意

味に結びつけて理解する精神科學のそれではなければならない。その場合に、事實を理解するための手がかりとなるところの意味は、成文法規の意味であることもあり、そうでない場合もある。成文法規が整備されていても、社會生活がなお進歩した成文法の運用を受け入れ得ないような段階にとどまつている場合、あるいは、逆に、社會生活の實態が成文法の豫想している段階を乗り越えて進んでしまつている場合には、成文法の示す規範意味と、法事實學を通じて探り當てられた規範意味との間に喰い違いが發見されることになる。いいかえると、成文法の體系と、社會生活を動かしている「生きた法」との間の偏差が見出されることになる。法事實學の效用は、かような偏差の發見において特に著しく發揮される。

組織規範を別として見れば、法は行爲規範と強制規範との複合態である。しかるに、行爲規範の多くは一般國民生活の慣行のうちに實現され、強制規範は主として裁判官の裁決行爲によつて實現される。故に、法事實學は、一方では社會生活の中に生きて働いている法慣習の調査となり、他方では裁判官の下す判例の研究となる。いま述べた、成文法と生きた法との間の偏差は、これら兩方面の研究・調査によつて發見せられる。概していえば、法慣習の調査は、成



文法よりも遅れている生きた法をつきとめることとなり、判例の研究は、成文法を乗り越えて進みつつある生きた法の發見に役立つであろう。成文法を主たる對象とする法規範學は、これら兩方面の法事實學の成果によつて、常に法の實態から遊離せぬように補正せられる必要がある。

事實の側面から法を見る場合には、單に適法の事實現象を考察するばかりでなく、更に進んで違法の現象を捉え、その實態とその原因とを窮明することが大切である。特に、犯罪現象の研究は、法事實學の重要な一部門を形成する。犯罪學または犯罪社會學が、すなわちそれである。すでになされた犯罪に對し刑罰を科することは、道義の要求からいつても、また、犯罪者の改善・教化のためにも、もとより寸毫もなおざりにさるべきではない。しかし、國家秩序の安寧を保ち、人間共同生活を犯罪の脅威から防衛するためには、犯罪發生の原因を探ねてこれを除去し、犯罪を起し易い傾向を有する者に對して刑罰に先立つ對策を講ずることが、きわめて必要である。犯罪學は、かかる刑事政策の遂行に對して、あたかも水路案内のごとき役割を演ずる。

法規範學や法事實學は、ただに現在の實定法現象を對象とするのみでなく、ひるがえつて過去の法現象の歴史を研究・調査して行こうとする。そこに、「法史學」の成立を見る。大體として、法の歴史の古きに遡れば遡るほど、成文法規は斷片的となる。また、古い時代の成文法規が今日に傳へられている場合にも、その規定の意味には、現代法の概念を以て律すべからざるものが少からず含まれている。したがつて、法史學は、記録や古文書などを通して過去の法生活の實態を探り、法の歴史を貫流する精神を把握することに努めなければならない。イエリングが、ロオマの歴史を探ねて「ロオマ法の精神」を明らかにし、ロオマ法の發達を指導した普遍性の思想と合目的性の契機を浮彫のように描き出した手法は、法史學の範型を示したものであるといふことができよう。

### 第三節 法 哲 學

法哲學も實定法を對象とする。なぜならば、實定法のみが、すなわち社會生活のうちに現實



の效力を發揮している法のみが、眞の意味の法であるからである。法哲學は、實定法の哲學でなければならぬ。その意味では、法哲學は、法規範學や法事實學と別個の對象をもつものではない。

しかしながら、法規範學や法事實學は、實定法の局部現象を主たる問題とする。これに對して、法哲學は、實定法の全般に眼を配つて、その本質を明らかにし、その性格を窮明し、その根本目的・根本理念を洞察することを任務とする。故に、法規範學や法事實學と法哲學との關係は、各種の實在科學と哲學との關係に等しい。哲學もまた、一般の實在科學と同じく實在を問題とする。しかも、實在の根柢を問題とする。同様に、法哲學も實定法を問題とする。しかも、實定法の根柢を問題とする。法哲學が實定法の根柢に遡るとき、その考察は、單に實定法の「在る」姿を窮めるにとどまらずして、進んで實定法の「在るべき」目標を按じ、その歴史の原動力を捉えようとするにいたらざるを得ない。その意味で、法哲學は單なる法の理論哲學ではなく、同時に法の實踐哲學であり、法の價值哲學であり、また、法の歴史哲學でもなければならぬ。

法哲學は實定法の哲學である。しかし、法哲學が實定法の哲學であるというのは、いわゆる自然法の問題をば、法哲學の領域の外に疎却するという意味ではない。古來、「自然法」と呼ばれて來たものを概観して見ると、それは、あるいは實定法の根柢に横たわつてゐる道德の原理であり、あるいは既存の實定法を變革しようとする政治の理念であり、あるいは實定法を超越する宗教上の攝理であつたことが知られる。これらの法超越的の理念は、法を超越する領域にその本據を有するものではあるけれども、しかも、絶えず法の上に働きかけ、しばしば實定法を動かす力として作用している。すなわち、いわゆる自然法の實定法化が行われた場合も、少くないのである。かように、實定法を動かす力を持ち、または自ら實定法と化する可能性を有する自然法が、實定法の哲學たる法哲學の重要な問題となることは、いうを俟たない。

ただ、法哲學上の概念を整理して行く上からというとき、多様な理念を包藏し、多様な内容を採擇し得る「自然法」という漠然たる言葉をを用いるよりも、むしろ直截にその實質を捉えて、道德は道德、政治は政治、宗教は宗教としてこれを取扱い、それと實定法との關係を見窮めて行くのが、正しい方法であると考えられる。法は、道德・宗教・政治・經濟等と深く交錯し、



それらの文化目的を規範化して、これを事實の世界に實現しようとしているのである。しかも、相交錯する多様な文化目的の間の諧調を保たしめ、正義の理念と秩序の理念とを綜合し、進歩の目的と安定の目的との調和を圖つて行くのが、實定法の最大の使命である。かかる實定法の使命は、主として國家を通じて達成される。故に、法哲學は、實定法をば道德・政治・宗教・經濟等と結びつけて考察し、かつ、實定法作用の主として行われる場所としての國家の問題を取扱うことによつて、道德哲學・政治哲學・宗教哲學・經濟哲學ならびに國家哲學等の隣接社會哲學と、緊密に連繫・協力して行かなければならない立場に置かれる。

法哲學は、實定法の根本原理を考察する。しかし、實定法の具現する姿は、日本の憲法であり、フランスの民法であり、ドイツの刑法である。これらの實存する實定法の形態は、それぞれ日本憲法學・フランス民法學・ドイツ刑法學等の實定法の諸學によつて研究される。故に、法哲學は、その考察する實定法の原理が、これらの實定法の諸學によつて研究される法の實存形態から遊離し去ることがないように、不斷の注意を拂わなければならない。いいかえると、法哲學は、單なる法の根本原理の探究のみに満足することなく、これと實定法の諸學との間の架

橋を圖つて行かなければならない。かくて、法哲學は、法の根本原理を取扱う法哲學總論と、憲法哲學・民法哲學・刑法哲學・國際法哲學等の法哲學各論とに岐れつつ、これらを包攝・綜合する法哲學體系にむかつて發達して行かねばならぬ。それは、法哲學の將來の大きな目標である。法哲學は、法哲學者と實定法學者との協力によつて、この目標にむかつて歩々に前進しつつある。その意味で、法哲學は、きわめて古い歴史を有しながら、しかも不斷に荆棘を切り拓いて新たな道に進もうとするところの、常に新たな學問である。



割當事務庁  
讓渡図書

昭和二十三年九月二十五日印刷  
昭和二十三年九月三十日發行

法哲學  
定價 一五〇圓

著者 尾高朝雄

發行者 逸見俊吾



印刷所 明治印刷株式會社

發行所 東京都中央區銀座  
七丁目一丁目イワ座

勁草書房

電話銀座(57)三〇九〇番

會員番號 A 211371 號



ET-5P-77



終

