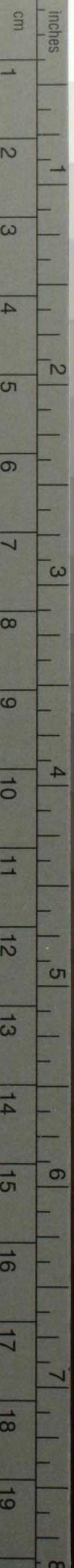


Kodak Gray Scale



© Kodak, 2007 TM: Kodak

A 1 2 3 4 5 6 M 8 9 10 11 12 13 14 15 B 17 18 19



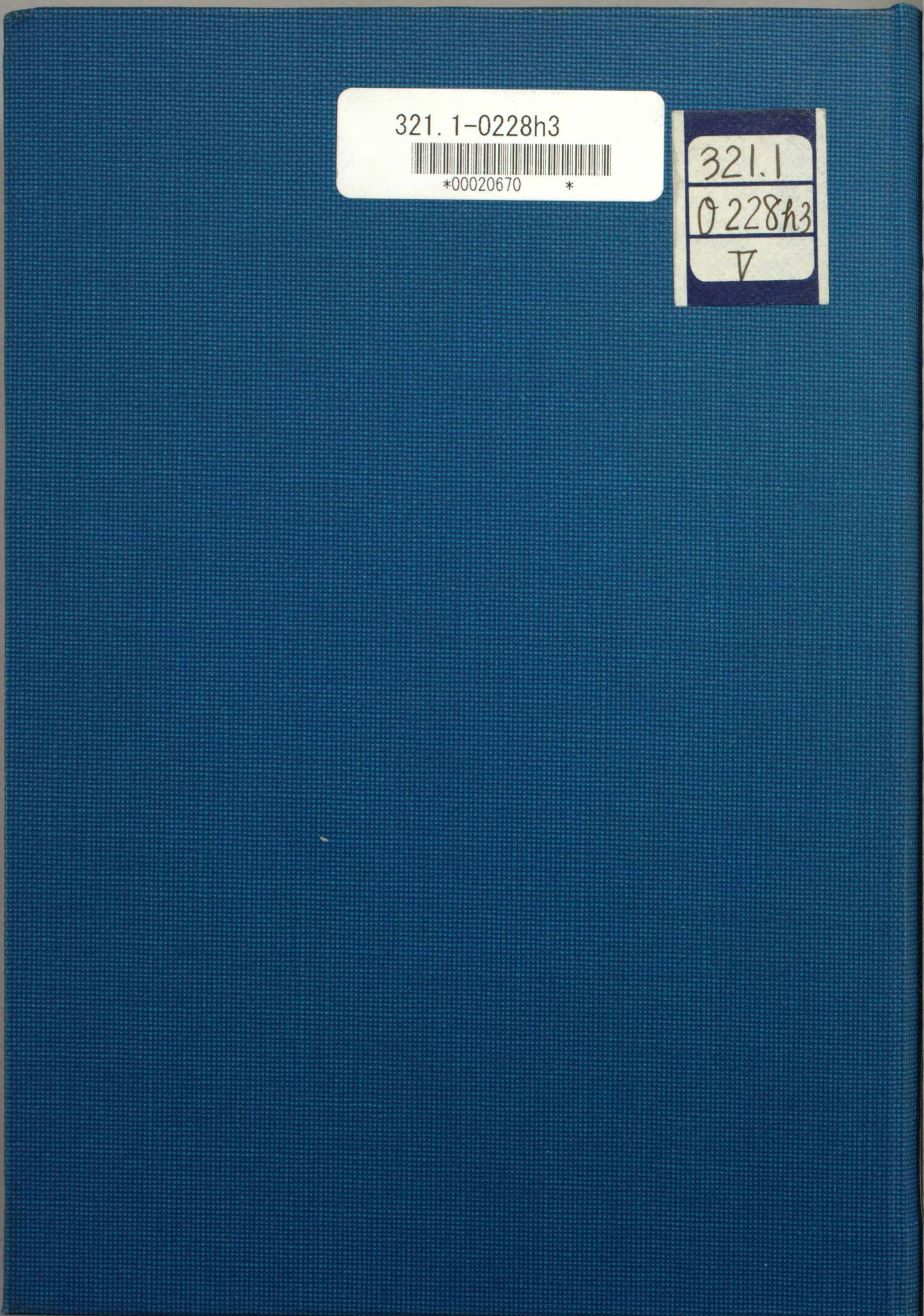
Kodak Color Control Patches

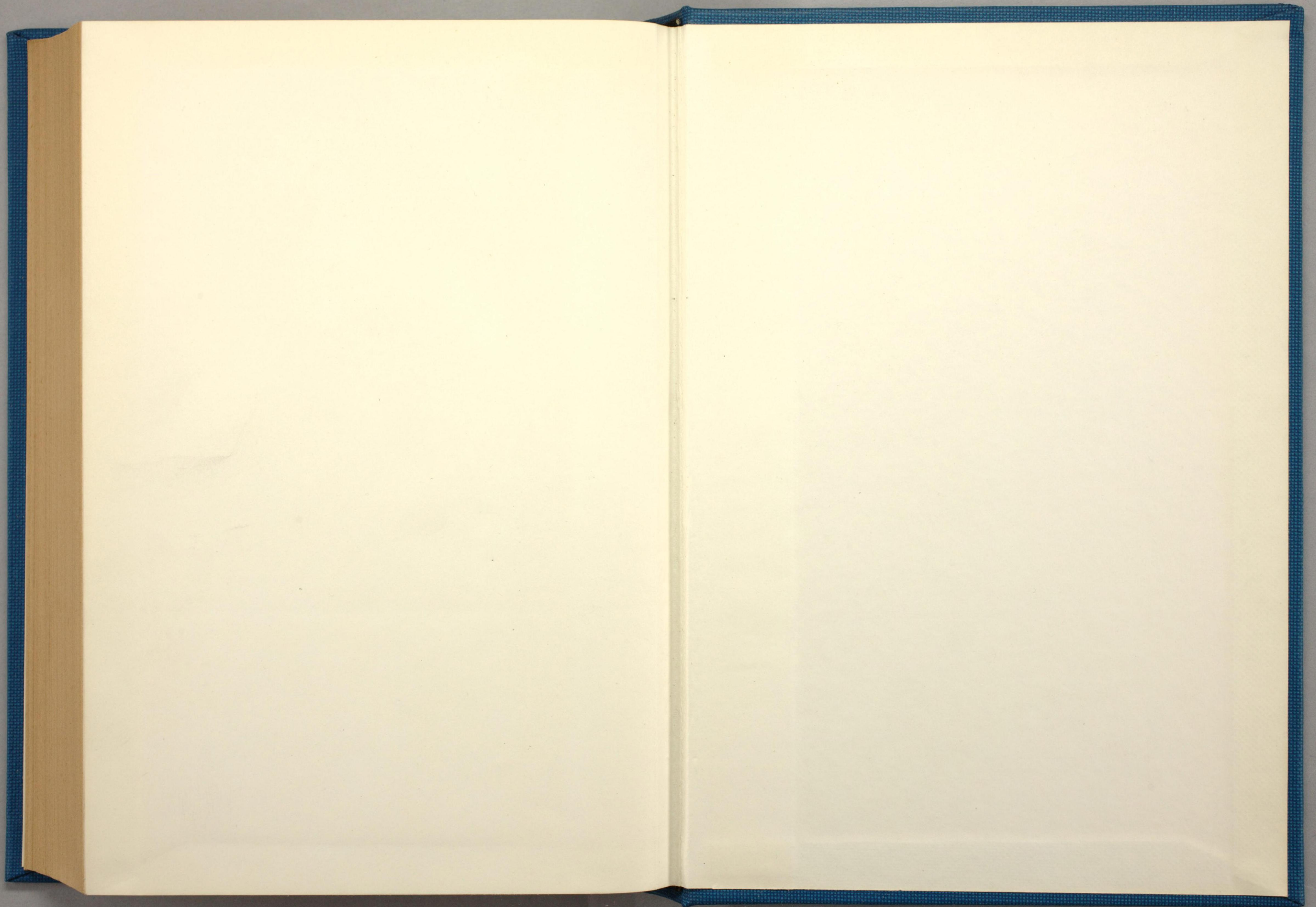
© Kodak, 2007 TM: Kodak

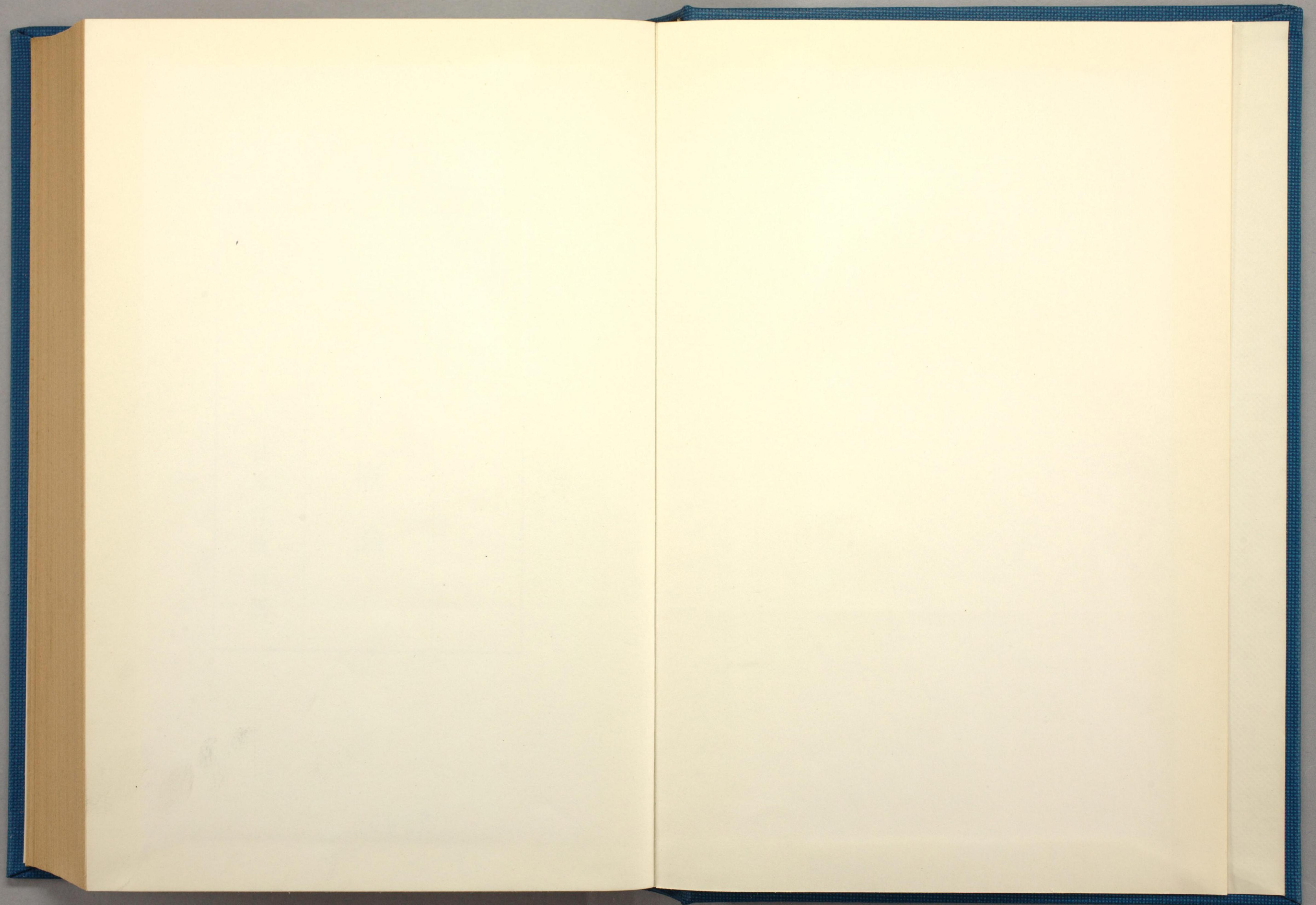


321.1
0228h3
A

321.1-0228h3
00020670







J96

尾高朝雄著

法哲學概論

日本評論社版



50830

321.1
0 228h3
V

~~320~~
~~99~~



日本補遺
法哲學叢書
法哲學叢書



20670

はしがき

ここに『法哲學概論』と題して刊行する著書は、昭和十年出版の小著『法哲學』の延長であり、發展である。昭和十二年にこの小著の改訂版を出したとき、私は、その序文の中で、「今後も機會のある毎に本書を修正増補し、遅々たるながらにこの『法哲學』を生長せしめ」て行きたい、と書いた。この『法哲學概論』は、その念願をかなり大幅に實現したものであり、量・質ともに舊著の枠をよほど越えたものとなつたので、題名もこのように改めることとした。

このたびの増補では、法哲學の傾向を論じた第一篇にも相當に手を加え、舊著では繁簡よろしさを得ていなかった各章の比重を、全體として均衡がとれるような形に書き改めた。さらに、法哲學の基本問題を考察した第二篇は、舊版ではむしろつけたりのようになつていたので、すつかり書きかえるとともに、新たに二つの章を書きおろして、第一篇との釣りあいを圖つた。かような體裁の上ばかりでなく、内容について見ても、稚拙な舊版にくらべて、相當に改善されたものとなつてゐるつもりである。

しかし、舊版の中で、そのまま生かして置いてよいと思つた部分は、多少の字句の修正を加えた

はしがき

けで残してある。そのために、その部分と、新たに書き加えた部分との間に、文章の表現の不ぞろいなところができてしまった。つまり、前者はなお生硬であるのに對して、後者は、それにくらべれば幾分か平明なのである。このような不ぞろいをなくするためには、全部を書き改める以外に方法は無い。この次の機會には、それを實行すると同時に、さらに内容の充實を圖つて行くこととしたい。

この『法哲學概論』は、概論というよりも、むしろ、總論といった方がよいかも知れない。そこでは、法哲學史のほかに、法の本質とか、法の理念とか、法の理念の實現とかいうような問題が、一般的に取りあつかわれているのである。

しかるに、「總論」には「各論」がともなわなければならぬ。法哲學の各論は、憲法の哲學であり、私法の哲學であり、刑法の哲學であり、國際法の哲學である。そこでは、議會制度とか、政黨とか、財産とか、契約とか、婚姻とか、相続とか、企業とか、労働とか、犯罪とか、刑罰とか、國際政治とか、世界經濟とかいうような問題が、原理的に、法哲學的に論ぜられなければならない。そういう具體的問題を、全般にわたつて考究することは、一生かかつて也不可能であるに相違ない。しかし、私は、今後はそのような特殊・具體の問題領域に少しづつでも足をふみ入れて、法哲學各論の部門の開拓に志して行きたいと思つている。そうして、この『法哲學概論』をば、總論のみならず各論をも備えた『法哲學體系』に近づけて行きたいと念願している。

新版を出す機會に、卷末の文献目録にも増補を加え、人名索引を整備すると同時に、事項索引は省略した。事項索引は、それほど必要ではないと考えたからである。法哲學は、個々の事項のモザイクではなく、個々の問題は、常に全體の連關の下に理解されなければならないからである。

終りに、本書の完成に終始親身に協力した日本評論社の鶴岡正美君に、深く感謝したいと思う。

昭和二十三年十一月十五日

尾 高 朝 雄

目次

緒論

一	哲學と科學	一
二	社會哲學	七
三	法哲學	一三
四	法哲學の問題	一八
五	法哲學の傾向	二六

第一編 法哲學の傾向

第一章	法哲學の成立	三五
-----	--------	----

目次	一	ギリシヤにおける法哲學の成立	三五
----	---	----------------	----

二	プラトンの法哲學思想	四二
三	アリストテレスの法哲學思想	四四
四	ストア學派、エピクロス學派、およびキケロ	四八
五	中世の神學的法哲學	五三

第二章 法の形而上學

一	近世初期の自然法論と國家契約説	五七
二	カントの法哲學	六九
三	カントからヘゲルへ	七六
四	ヘゲルの法哲學	八一
五	ヘゲル法哲學の影響	八九

第三章 經驗主義の法哲學

一	歴史法學	九六
二	實利主義の法哲學	九九

三	目的法學	一〇六
---	------	-----

四	自由法の運動と法社會學	一一三
---	-------------	-----

五	一般法學	一二八
---	------	-----

第四章 批判主義の法哲學

一	新カント學派と法哲學	一三三
二	批判的法哲學の體系	一四〇
三	法學方法論	一四九
四	法の價值哲學	一五七
五	純粹法學	一六八

第五章 法における理念と現實の結合

一	社會連帶の法理	一八一
二	新自然法論	一八九
三	全體主義の法哲學	一九六

四 民主主義の法哲學……………二〇五

五 法の現象學……………二一一

第二編 法哲學の問題

第一章 法の本質……………二二三

一 規範と事實……………二二三

二 法と道德の區別……………二二九

三 法と道德の牽聯……………二二九

四 社會規範と強制規範……………二四四

五 法の定立・適用・執行の組織……………二五三

第二章 法の效力……………二六三

一 法の妥當性と法の實効性……………二六三

二 法の段階構造……………二六八

三 根本規範の實體……………二七五

四 法と實力……………二八〇

五 主權の本質……………二九三

第三章 法の理念……………三〇三

一 正義の形式と内容……………三〇三

二 法内在的正義と法超越的正義……………三〇八

三 人間平等の福祉……………三二六

四 個人主義と團體主義……………三三五

五 正義と秩序との調和……………三三七

第四章 法の理念の實現……………三四五

一 法の理念を實現する者……………三四五

二 國家における法と政治……………三五二

三 獨裁主義と民主主義……………三六〇

四 個人の権利……………三六九

五 法と世界……………三七九

第五章 法學の方法……………三八八

一 法學における理論と實踐……………三八八

二 法解釋學の任務……………三九七

三 法規範學……………四〇五

四 法社會學……………四一三

五 法哲學……………四二二

参考文献
人名索引……………四三三



緒論

一 哲學と科學

人間は世界の中に生存する。世界の中に生存する人間は、世界に對して常に切實な關心をもつ。人間にあらゆる生活の基礎と資源とを提供するのも、時には反對に人間の生活に重大な脅威を與えるのも、人間を取りかこむ世界である。しかし、人間は世界に對して、ただ受身の立場に立つてゐるだけではない。人智がすすむにしたがい、人間は次第に積極的に世界にむかつて働きかけ、世界の上に絶えず新たに人間の刻印を押し、世界の中に常に廣い人間の領土を築き上げて行く。世界の中に生活する人間は、また、不斷に世界の人間化を行つてやまない。そこに、文化の世界が作り上げられて行くのである。

かように、世界の上に働きかける人間の立場には、さまざまな段階がある。その第一は、「常識の立場」である。常識の態度では、人は、客觀界の存在をそのままに認めて怪しまず、自己に興味のある範囲内でこれを觀察し、自己に直接の利害關係をもつかぎりにおいてこれを攝取し、これに加工し、

これを利用してゐる。人は、自己の前に與えられた対象をば、観察しつつ利用し、利用しつつ観察する。その立場は、理論的であると同時に實踐的であり、實踐しつつ行われる理論考察である。したがつて、常識の立場は實踐・理論の未分の状態にある。

それと同時に、常識の態度にとどまつてゐる場合には、人は客観界にある事物を、時には自己と全く隔絶した存在と見、時には自己と全く融合した存在と考える。わが手のとどかぬ高嶺の花を眺めて、われとわが身の卑賤・微力を歎ずるのも、人間であり、山川草木ごとくわれとともに喜び、われと悲しみを同じうすると観じて、世界とわれとの一心同體を體驗することがあるのも、人間である。かように、主観が極小の自我に收縮することがあるとともに、また、客観が容易に主観に同化されてしまうこともあり得る。故に、日常の世界は、實踐・理論の未分の状態であると同時に、主観・客観の限界のはなはだ不確定な境地でもあるといふことができる。

この常識の立場に安住してゐた人間が、ひとたび客観界の現象に深い疑問をもちはじめるとき、そこに第二の、「科學の立場」が生れる。科學の立場は、客観的對象のあるがままの姿を理解しようとする要求から出發する。それ故に、科學は、まず對象への實踐的興味を除去し、純粹理論の見地から現象世界をひややかに觀察・分析することに力めるのである。雷雨・洪水・地震・海嘯の脅威の前にひたすら怖れ慄くかわりに、これらの自然現象のよつてきたるところを冷靜に考究し、その原因・結果

の法則を明らかならしめようとするのが、自然に関する科學的態度のはじまりであつた。それ故に、常識の態度が實踐・理論の未分の状態にとどまつてゐるのに反して、科學の態度は實踐・理論の明確な分離を根柢とするものであり、かつ、この分離に立脚して、あくまでも理論の立場を維持して行くとするものである。

しかるに、實踐の立場は客観と主観との不斷の混淆・合致を意味するから、實踐の立場を排除して純粹理論の考察に終始しようとするところの科學は、いさおい客観と主観の截然たる隔離を必要とせざるを得ない。常識の態度においては、主観・客観の限界がはなはだ不確定な状態に置かれていたのに對して、科學は兩者の明らかな對立を豫想する。主観と對立する客観の世界をば、客観に働きかけようとする主観の實踐的興味を抑えつつ、純粹に理論的に考察して行こうとするのが、科學の立場である。もとより、科學の探究もまた人間のする仕事である以上、科學といえども客観に働きかける主観の作用であることを失わない。しかし、眞理への意志を直接行動の意志から區別し、知識の要求に他の生活要求からの獨立性を認めるかぎり、科學的理論の見地を直接の生活實踐の立場から限界づけるべき充分の理由がある。

科學は、かように、理論の考察を實踐の要求から明らかに區別し、日常・目前の利害によつて惑わされない冷靜さをもつて對象を研究する。したがつて、科學の提供する知識が常識の判斷に比較して

原則として遙かに精密・確實であることは、いうを俟たないところである。しかしながら、この精密・確實を誇る科學の知識をもつてしても、人間が人間の住む世界に對し、人間が人間そのものの存在に對して懐く窮極の疑問を解決することはできない。なぜならば、科學の立場は、まず實踐と理論との分離から出發し、次に客觀と主觀の對立を豫想する。そうして、科學は、これらの出發點やこれらの根本豫想に立ち戻つて深い反省を加えることなしに、前もつて決定された理論の立場から、主觀を離れて存在すると豫想された客觀對象の考察に没頭して行く。それ故に、科學の知識は、常に一定の前提の上に築き上げられた知識であり、絶対無前提の眞理ではない。したがつてまた、その前提を認める者の窮理心を満足せしめ得ても、その前提そのものを疑う者の懷疑心を解消させる力をもたないからである。ここにおいて、あくまでも疑つてやまない人間の精神は、ひとたび確立された科學の立場をも超えて、科學的認識の最後の根據を問ひ、主觀と客觀の對立の根本の意味を窮め、實踐し理論する人間存在の眞の存在意義にまで徹底することを求める。かくて、人間の態度の第三の段階として「哲學の立場」があらわれて來るのである。

哲學の立場は、人間の根本の反省によつて成立する。それ故に、科學が豫想する主觀・客觀の對立も、哲學の前には當然にその根據を問われざるを得ない。客觀の世界は、はたして科學の豫想するよりに主觀を離れて實在するものであろうか。もしも客觀界が主觀を離れ、主觀と對立して實在すると

すれば、主觀はいかにして自己を離れて實在する客觀界を認識することができるのであろうか。哲學は、實在および認識の根本原理についてのこれらの問題に答えるために、科學が信じて疑わない主觀・客觀の對立を、あるときは客觀一元的に、あるときは主觀一元的に解消せしめ、それに應じて、ある場合には主觀を客觀の規定によつて説明し、ある場合にはまた客觀を主觀の制約の下に把握しようとする。いずれにせよ、哲學の態度は、科學の態度のごとくに主觀・客觀の對立を絶対化しない點で、或る意味でかえつて常識の態度に接近しているといふことができよう。

のみならず、哲學は實在および認識の根本前提への反省によつて成り立つのであるから、その問題の窮極點には、哲學的に反省するところの人間それ自體の眞の姿が、自らを語り、自らを顯現して來なければならぬ。人間を客觀的世界像の一微粒と見るにせよ、人間を世界構成の最後の規定根據とするにせよ、人間の根本の態度を離れて哲學の立場は成立しない。しかるに人間の根本の態度は、單に理論する態度ではなく、理論しつつ實踐し、認識しつつ意欲する態度である。したがつて、科學が實踐の立場を離れた理論の立場を堅持するのに反して、哲學の態度は理論の立場および實踐の立場に最後の人間的統一を與える。常識の世界に見られる實踐・理論の未分の状態は、ここでもまた、科學の態度における兩者の截然たる分離を経たのちに、ひるがえつて哲學の態度の中に深く洗練された形で再現されるのである。

哲學は、科學の前提に立ちかえつて反省を行い、科學の到達し得ない深みに問題を求める。故に、一切の科學は哲學に立脚するものでなければならぬ。實在の部分認識に従事し、眞理の特殊探究にたずさわるところの科學は、實在一般の實在性の根柢を窮め、眞理そのものの確證の根據を求める哲學の立場に常にふりかえつて、自己の認識目標と認識方法の當否を検討しなければならぬ。哲學を無視する科學は、その據つて立つ根本前提への反省を怠ることによつて、獨斷に陥ることを免れない。

とはいえ、哲學の問題は人生とともに深く、歴史とともに永い。これに對して、具體・特殊の問題についての科學の知識は、日に月に進歩・發展してやむところを知らない。そうして、かように日に月に進展する科學の研究は、哲學の問題が最後の解決に到達する日を空しく拱手して待つことを許さないのである。ここにおいて、科學は、哲學の迷路に深く立ち入ることを避け、主として經驗に立脚しつつ、知識の具體的な進歩に専念せざるを得ない。したがつて、哲學もまた、その取りあつかう問題の深さをもてあそび、いたずらに晦澁な概念を羅列し、無用の疑惑を提出して、科學の暢達な研究を阻害するようなことがあつてはならない。否、哲學の態度が科學の立場の根本反省たる點に存する以上、哲學はむしろ經驗科學の提供する具體的な知識を絶えず攝取しつつ、經驗によつて認識される實在の全體像を構成し、實在に對する人間の根本の態度を確立して行かなければならないのである。

故に、哲學と科學とは常に互にその成果を豫想する。哲學は科學とともに進むべきであるし、分化

する經驗科學は、その扇のかなめとしての哲學をもたなければならぬ。哲學の立場と科學の立場との關係は、一方による他方の排斥でもなく、兩者の單に無關心な併存でもなくて、相互の間の不斷の協力・提携をこそ意味しなければならぬ。

二 社會 哲學

人間の存在は世界の中の存在である。しかるに、人間の住む世界の中でも、その生活に最も密接な關係をもつものは社會である。なぜならば、人間は本來社會的の生物であり、人は常に社會において生活し、社會を離れて人間は存在しないからである。人間にとつては社會生活がその生活のすべてであり、社會の發展がとりもなおさず人間の發展である。社會は人と人との間、すなわちその字義通りの「人間」を意味する。人の生活は社會生活であり、社會はまた人間自體に外ならぬ。したがつて、社會を離れて人がないのと同じく、人を離れて社會もまた存し得ない。動物の社會は、人間社會の單なる類推としての意味を有するにすぎない。かように考えるならば、社會と人間とは畢竟同義であるといわねばならぬ。ただ、人を個體として抽象的に觀察するとき、人はそのかぎりにおいて社會と對立し、人の住む世界としての社會が、個人から區別して考えられてくる。

人がその住む最も手近な世界としての社會に對して臨む日常の態度は、端的な實踐の態度である。人と交り、人と争い、多數人が寄つて集團行動をなし、獨立自存の目的團體を組織し、經濟を興し、道徳を躬行し、宗教を信じ、文化百般の活動を行うことは、人間の社會生活の主たる内容を形づくつてゐる。人の住む世界としての社會は、行動主體たる多數人の行うこれら各種各様の實踐活動の舞臺であり、これら各種各様の實踐活動の成果がつもりつもつて、社會的歴史的實在の世界を形成してゐるのである。かような社會の實踐活動にあつては、人の行爲にせよ、人の行爲の成果にせよ、決してただ冷靜にあるがままに觀察されるのではなく、常に一定の世界觀の立場からの價值づけを受ける。社會に生活する人々は、經濟の價值、道徳の價值、政治の價值、宗教の價值、藝術の價值等の見地に立つて、社會現象に評價を加え、價值に反する行動は、これを否定・排斥すると同時に、價值を實現する對象や價值を建設する活動は、これを肯定・讚美して、社會の發展、文化の向上に力めようとする。社會的實踐の根柢を成す立場は、この意味で價值判斷の立場であるといふことができよう。

社會に對する人間のこの第一次的な實踐の態度から、更に一步をすすめた理論認識の立場が分岐するるとき、そこに社會に關する科學——「社會科學」——が成立する。社會生活は實踐生活であり、社會の實踐生活は價值判斷の立場を基調としてゐるが、社會科學は實踐生活の理論認識である。したがつて、社會科學は、生活そのものに内在する價值判斷の立場から離れて、それ自體としては價值判斷

に立脚して營まれるところの社會生活を觀察し、記述していこうとするのである。社會科學は、かような冷靜な觀察の態度をまず自然科學から學んだ。

しかし、自然がそれ自身としては何ら實踐の營みを行わない對象であるのに反して、社會は不斷の實踐活動を生命とする現象領域である。したがつて、社會生活を對象とする理論科學は、自然に關するそれに比してはなほ遅れて發達し、その認識の理論性の要求も自然認識の場合に比してはまだまだ著しく不徹底な状態にある。この状態に鑑みて、社會科學の純粹理論性を徹底せしめようとする主張と、社會科學上の知識の實踐的性格をば、その對象の特殊性による當然の歸結として認めようとする見解とが對立する。第二の見解によれば、社會科學の對象たる社會的實踐生活そのものは、科學する者自體が實踐生活そのものの中に立つて、これを「主體的」に把握してはじめて、その生きた姿のままに認識され得る、というのである。一應尤もな考えではあるが、現代の科學者には「主體的」に把握する方法のない過去の社會生活の歴史といへども、立派に學問的な研究の對象となるところから見ても、社會現象の認識のために學問が實踐に關與することを必須の要件とするのは、理由のないことといわなければならない。のみならず、社會科學の純粹理論性を否定し、その實踐への同化を要求する主張は、しばしば學問の獨立性を危うからしめ、これを政治の傀儡と化する結果を招く。故に、社會科學も、科學としてはあくまでも理論の立場を堅持しつつ、生きた社會現象の意味を理解し、社會的

歴史的實在のあるがままの姿を考察することを任務とすべきである。その意味で、社會生活に對する人間の態度についてもまた、評價し、實踐する態度と、觀察し、理論づける態度——常識の立場と科學の立場——の二つを區別することが、可能であり、かつ必要でなければならぬ。

ところで、社會についてのこれらの二つの態度、すなわち社會生活の實踐と社會現象の理論とは、それぞれその據つて立つところの根本の原理を求めらる。

社會生活の實踐にたずさわる人々は、いずれも何らかの目的を追求して行動しているのであるが、その目的は、多くの場合單に個人個人の主觀的な目的であるにすぎない。また、人が自己および他人の行動に對して下すさまざまな價值判斷も、時によつて動き、處とともに變り易く、そのままでは到底客觀的に妥當するものとは認められ得ない。たとい或る社會、或る時代に通用する評價の尺度が、一定限度の統一性を示しているとしても、その評價の根據たる世界觀の立場が日常・常識の態度によつて規定されているかぎり、これをもつて眞に客觀的な價值の規準とすることはできない。かくのごとき主觀的價值觀に甘んずる者は、權力や宣傳によつて左右される價值判斷と、客觀的に妥當する善惡・正邪の道理とを混同することによつて、ついには理想の權威を否定し、時流への迎合をこれこととするの結果に陥ることを避け難いであろう。これに對して、人間の社會生活の最後の目的を見定め、實踐的價值判斷の最高の標準を確立しようとする人間精神のやみ難い要求は、かかる主觀・相對の價值

觀を排除し、哲學的反省の根柢において、一切の實踐生活の意義づけをなすに足るべき絶対的價值理念を把握することに力める。ここに、社會的實踐の根本原理としての哲學——「社會哲學」——の成立を見るのである。

それと同時に、社會生活の理論認識に従事する社會科學もまた、自己の窮極の立場をかえり見ることによつて、必然に哲學の態度と結びつくことになる。社會科學の求めるところは、社會現象に關する確實な知識を得るにある。けれども、目前に置かれた具體的な對象の研究に専念するものは、とかくに、事實の細目・枝葉にとらわれて、知識成立の根本條件についての省察を怠り勝ちとなることを免れない。個別特殊の社會科學は、自己の當面する個別特殊の社會現象領域を既存の對象として受け取り、ただちにその詳細な分析と記述とに立ち入るために、一般に社會現象はいかなる意味で客觀的實在として認められ得るか、社會科學の認識はそもそも如何なる性質の認識であり、いかなる方法で成立するか、等の根本問題を問う暇をもたない。この意味で、社會科學も他の一般の科學と同様に、認識の對象の本質やその實在性、ならびに對象認識の方法についての一定の既成判斷を前提とせざるを得ないのである。ここにおいて、社會現象の認識に關するかかる根本前提にまでさかのぼつての反省を行い、個々の社會科學があえて問題にしようとしないうところの既成判斷を問題とし、それによつて社會科學の成立の基礎を確立することが、科學以上の科學、理論以上の理論の任務として要望され

る。かような要望によつてもまた、個別特殊の社會科學の根柢にさかのぼる社會哲學の成立が必要となつて來なければならぬ。

故に、社會哲學は、一方においては、社會的實踐の根本原理であり、一つの實踐哲學として資格づけられるとともに、他方においては、社會的理論の基本考察として、理論哲學たるの性格をも兼ね具えるのである。ここに社會哲學の、實踐の態度および理論の態度にまたがる両面性が存する。けれども、この両面性は、決して社會哲學に内在する矛盾ではない。否、一方では實踐哲學であり、他方では同時に理論哲學であるところにこそ、社會哲學の眞の特色が見出されなければならない。なぜならば、さきにも一言した通り、哲學は世界に對する人間の根本態度の決定であり、したがつて、一面に實踐活動を營み、他面に理論認識を行う人間の立場が、哲學によつてはじめて最後の統一に達しているはずでなければならぬからである。社會生活の實踐と社會現象の理論とは、一つは行動の態度であり、他の一つは認識の態度である點で、相互にその性質を異にしているけれども、そうして、科學の立場においては、兩者のこの相違性は明らかに區別されていなければならないけれども、それらの二つの態度は、結局はいずれも社會に生活する人間の態度であり、したがつて、最後には人間そのものの根本のあり方によつて統一されている。それにとりなつて、實踐哲學たり理論哲學たる點に両面性を有するところの社會哲學も、人間存在の窮極的自覺の立場としては一にして二ならざる統一性を示すのである。社會哲學は、この意味で、あくまでも單一の人間哲學たる性質を失わぬ。

三 法 哲 學

人間の社會生活は、價值判斷の立場を基調とする複雑な實踐活動過程である。しかるに、人がひとたび價值の見地に立つて社會の現状や人間の行動を見るときは、かならずその状態や行動について、あるがままの事實と、そうあるべきところの要求との對立が生じ、その結果として、そうあるべきところの目標にむかつて人間の心情や行爲を規律するために、各種の當爲の法則、すなわち規範が定立されて來る。これらの規範の中には、さわめて主觀的・個人的な意味をしかもたぬものから、萬人に對し、古今を通じて變らない通用力を有するものにとりなつて、無限にことなる妥當性の程度が存する。しかし、そのいずれたるを問はず、およそ人間の生活が價值實現のため實踐活動であるかぎり、規範の拘束から全く切り離された社會というものを考えることはできない。「社會あるところ、法あり」(Ubi societas, ibi ius) という言葉は、法をひろく社會的諸規範の意味に解する場合には、最も疑いのない普遍の眞理である。この面から見れば、規範を立て、規範を守り、規範を破り、規範違反者に制裁を加え、規範と事實との絶えざる葛藤、當爲と存在との不斷の矛盾をくりかえしつつ、歩

一步と價値を建設し、理想を實現して行くのが、人間の歴史であるということができよう。

かくのごとくに、およそ規範は人間の存在によつて不可缺の意味をもつものであるが、その中でも、一面ではさわめて機械的な仕方であり、ひるく社會生活の秩序を維持すると同時に、他面では、ふかく民族ならびに人類全體の福祉と相つらなるところの最も重要な規範の形態が、すなわち法である。

法は、人間共同生活の秩序の原理である。そうして、共同生活の秩序は、人間の一切の目的活動の支柱であり、基盤であつて、これなくしては、經濟の發達も文化の興隆も望まれないばかりでなく、共同生活そのものが文字通り無秩序の混亂に陥る外はない。したがつて、法は、經濟の目的、文化の理念に立脚して、それらの目的活動を向上・發達せしめるのに適した秩序を維持すると同時に、この秩序を攪亂・破壊するような行動に對しては、斷乎たる強制の手段をもつて臨むのである。ところで、法が有効に行われ得るためには、一定の社會生活圏の内部に、何が法であるかを定め、法と定められた規範を現實に適用・執行して行くための組織がなければならぬ。そうして、かように、法の定立・適用・執行に關する社會の組織を定めるものもまた、法なのである。故に、法は、人間關係の秩序の法則であるとともに、社會生活の組織の原理である。人間の營むあらゆる實踐的な目的活動は、法の秩序と法の組織とを基礎とする。價値を建設し、理想を實現しようとする一切の人間の努力は、この意味で、すべて法秩序の安定と法組織の整備とを前提とするといわなければならぬ。

しかしながら、法は、ただ單に社會生活の秩序を維持し、組織を定めていれば、それでよいというものではない。社會の目的活動が法を通じて圓滑に行われ、人間の理想が法を基礎として一步一步と實現されて行くためには、秩序を維持し、組織を定める法が「正しい法」でなければならぬ。しかるに、法は、現實には政治上の權力意志によつて作り出される。民主主義に徹底した社會においても、法は國民の「多數」の力により、または、議會の「多數黨」の意見によつて作られるのである。かように、現實の權力意志によつて作り出された法は、正しい場合もあり、正しくない場合もある。したがつて、もしも現實に行われている法が正しくない場合には、いままでの法を改廢して、新たに正しい法を作り上げて行くことが必要となつて來る。法は、社會生活を營む人間の行動の正邪曲直を審査する規準であるが、人間の行動の正邪曲直を審査する法の規準は、ひるがえつてまた、社會に生活する人々によつて、それ自身正しいか正しくないかの審査を受けなければならぬ。故に、法についての實踐生活は、あらかじめ定立された法規範にしたがつて行動し、これを事實上の行爲の上にそのままに解釋・適用する働きであると同時に、既存の法規範に批判を加え、既存の法を改廢して新たな法規範を創造して行くところの活動をも意味する。かように、法を改廢・創造して、法秩序を不斷に變化・發展せしめて行く活動の根柢には、正しい法と正しくない法とを鑑別するための價値の規準が確立されていなければならぬ。いいかえると、あるところの法規範に對して、あるべき法規範が考えら

れ、ある規範が、そのあるべきところにしたがつて評價され、修正されることとならなければならぬ。法價値の尺度は、あたかもヤヌスの首のごとく、法の規律の下に立つ社會生活の事實に向けられているとともに、その半面ではまた、社會生活の事實を規律すべき法規範そのものの上にも向けられているのである。ここに、法的實踐活動の複雑な二重側面がある。

かように二重に錯綜する法的價値判断の立場は——すべての社會の實踐過程がそうであるのと同様に——その窮極の指導原理にさかのぼることを求め、その根本の價値理念を確立することを必要とする。この要求にこたえて、法生活の最高の理念を問ひ、法的價値判断の最後の標準を窮めて行くのが、すなわち社會哲學の一分科としての「法哲學」(Rechtsphilosophie, Philosophie des Rechts; legal philosophy, philosophy of law; philosophie du droit)の任務に外ならぬ。法的實踐生活の窮極の指導原理を求める法哲學は——一般の社會哲學と同じく——その任務の本質から見て實踐哲學に屬するのである。

けれども、法哲學の任務は、決して單なる法の實踐哲學たるに盡きるものではない。すべての社會哲學が實踐哲學たるとともに理論哲學としての側面を有するように、法哲學もまた、法的實踐生活の最高の指導原理を窮めると同時に、すすんで法の理論認識の成立の根據を明らかにし、それによつて理論哲學としての職分をも併せて遂行する。

人が法に對する本來の實踐的態度をしばらく留保し、特定の社會、特定の時代に行われる法を實在の姿のままに研究し、或る社會の法秩序と他の社會の法秩序とを比較し、あるいは時代時代による法秩序の變遷の跡を辿つて行くのは、法に對する理論認識の態度であり、この態度によつて嚴密な意味での法の科學——「法學」——が成立する。ここでは、當爲の法則たる法規範そのものが存在の世界に屬する客觀的對象の一つとしてとらえられ、實踐的價値判断から離れた實在規範形態の理論考察が行われるのである。かような法の理論、法學の認識の基礎には、法とはそもそも何か、法と名づけられる對象の認識はそもそもいかなる意味で可能であるか、等の問題が、根本の前提として横たわっている。なぜならば、法とは何かということを明らかにしないで、法の具體的研究に立ち入ることは、論理上不可能なはずであり、法がどういふ方法で認識され得るかを批判することなしに、法學の理論を構成することは、法の知識の據つて立つ基礎を見失うものとなるからである。すべての理論科學がその理論認識の根柢に哲學の反省を豫想する通りに、法の理論科學たる法學の基礎にもまた、根本の法哲學的反省が豫想されなければならない。そうして、ここに豫想され、ここに成立するところの法哲學は、その本來の性質上理論哲學の一部門と見做され得る。

かくのごとくに、法哲學は、一面では實踐哲學であり、他面では理論哲學である。それは、法哲學が社會哲學の一分科であることの、そうして、社會哲學が一面では實踐哲學であり、他面では理論哲

學であることの、當然の歸結に外ならない。しかも、實踐哲學たる方面と理論哲學たる方面とを併せ備えている社會哲學が、人間存在の根本の立場によつて單一の人間哲學として統一されているように、實踐哲學としての法哲學と理論哲學としての法哲學の二部門もまた、法そのものが單一の對象であることによつて、また、法を考察する主體自身が結局は人間としての一つの立場に立つてることによつて、相互に不可分に結びつき、單一哲學たる法哲學の二側面として、これに包攝されているのである。

四 法哲學の問題

實踐哲學としての法哲學は、法の最高の「目的」を探究することをその主要な任務とする。法生活は一つの實踐生活であるが、この實踐活動としての法生活は何を窮極の目的とするか。何が法によつて達成さるべき最後の目標であるか。——法哲學はまずこの問題に答えようとして發達した。

法の目的は何であるかについては、すでに最初から一つの答えが與えられている。すなわち、法は正しいものと正しくないものとを判別する作用を営むのであり、したがつて、法の目的は正しい社會生活を実現することに求められなければならない。いいかえれば、法は「正義」の実現を目的としなければならない。法は正しいもの、正しかるべきもの、正義の要求を遂行すべきものなのである。しかし、かように答えただけでは、問題はいまだ具體的な方向には一步も前進していない。法の目的を正義として規定するのは、法の目的を單にそう名づけたというにすぎないのであつて、それをもつて法の目的の何たるかについての實質上の解答とすることはできない。法の目的の何たるかを問う法哲學は、正にこの正義の内容を具體的に明らかにすべき任務を負わねばならない。

正義は法によつて達成さるべき目的である。したがつて、社會に行われる法規範は、いずれも自らこの目的に奉仕し、この目的を実現しつつあることを標榜する。けれども、或る時代、或る社會に行われる法秩序が、自ら正しい社會生活のあり方であるとして規律しているところのものも、これを一層高い立場から見た場合には、かえつて法の根本目的に反すると考えられなければならないことが多い。そこで、偶然の事情や、不合理な傳統や、權力者の主観によつて左右されている實定法の目的に對して、これを批判し、これを規正するための客觀的な正義の規準を確立する必要が生ずる。正義は、かようにして、主觀的な法の目的から客觀的な法の「理念」にまで高められる。法の理念としての正義は、一切の法現象に對する評價の尺度たるの意義を有する。すなわち、法的正義の見地からは、社會生活を營む多數個人の個々の行爲が評價されるばかりでなく、現實の社會生活過程を規律している實定法秩序上の個別規定、および實定法秩序の全體もまた、正當もしくは不當の法として批判され、

正しくない法を改革し、正しい法を定立することが要求される。傳統によつて確立された法規範といえども、また、現に強權によつて實行されつつある法秩序といえども、それが客觀的な正義の理念に適合していない以上、これを變更・修正・廢棄することが必要であるとされなければならぬ。正義はかくて、法を價值づけるもの、法を不斷に價值に接近せしめるもの、富貴も淫する能わず、威武も屈する能わざる法價值そのものを意味する。

實踐哲學としての法哲學が法の目的や理念や價值の問題を考察の中心とするのに對して、理論哲學としての法哲學が第一の問題とするものは、法の「本質」である。法とはそもそも何を意味するかが、法の理論認識の根本において問われるのである。もとより、特殊の實定法の問題を考察する個々の法の科學といえども、すでにその對象を「法」として研究する以上、法の本質についてすくなくとも一應の見解を用意しているはずでなければならない。しかし、法の特殊科學がたてる法の本質概念は、その取扱う法の特殊性によつて左右され易く、かつ、法學者各自の興味や研究方針にしたがつて特色づけられ勝ちであるために、一切の法現象に通ずる法の普遍本質からは遠ざかつたものとなるおそれがある。これに對して、客觀・普遍の立場から法そのものの一般的な本質を決定しようとするのが、理論的法哲學の課題なのである。

かようにいうとき、人——中にも實定法學者——は、逆に揚げ足取りのような態度をもつて、古

來多數の法哲學者が競つて提供したところの法の本質概念といえども、これまでのところ徒らに多様性のみを示し、將來ともに到底何人にも異論のない結論に到達する見込みはないではないか、と反問するのである。「法學者たちは今もなお彼らの法の本質概念のための定義を求めている」といつたカントの言葉は、法學者に對してよりも、よりよく専門の法哲學者に對してあてはまるのである。

けれども、法哲學が法の普遍本質を求める、ということとは、法哲學がこれまでにすでに萬人の承認する法の概念を立て得た、または、今後近い將來においてこれを立て得る、ということの意味するのではない。萬人の承認する法の本質の決定は、普遍的に妥當する正義の把握と同じく、法哲學の從事すべき永遠の課題であろう。そういう永遠の課題を追求するところにこそ、法哲學の獨自の存在意義があるのであつて、その課題をいつ完全に解決し得るか、あえて問うところではないのである。法學の諸領域が、その特殊の對象に應じてそれぞれ暫定的な法の概念を立て、そこからただちに轉變し易い法現象の研究にすすみつつあるのに反して、一切の法現象に通ずる法の本質を闡明するために、事象の轉變性を越えた永遠の問題を論究して行くところにこそ、法哲學の特權と使命とがあるといわなければならない。

殊に、法の本質を的確にとらえるためには、われわれは、錯綜する實在の世界からただ法だけを切り離して考察するのではなく、法をその置かれた實在世界の「場所」において、すなわち、法を法に

隣接する他の社會現象形態、中でも、道德・政治・國家・經濟・技術などとの關係において論述しなければならぬ。それには、法を法の立場から見ればかりでなく、法を時には法以外の對象領域の立場から眺めることも必要となつて來る。

かような総合的な考察は、法の特殊の領域だけに視野をかぎつてゐる個別法學の力ではとうてい充分に遂行することはできない。そこで、法哲學がこの総合考察をその手に引き受け、ただに法の特殊領域を越えた普遍性の立場に立つにとどまらず、すすんで法自體の領域をも超越した大所・高所にたつて、法と法に近接する社會現象領域との差別および關係を鳥瞰し、法の機能と存在性格とを全面的に窮明しようとするのである。法哲學は、この至難な任務を達成するために、社會哲學中の隣接諸部門、特に道德哲學・政治哲學・國家哲學、等と密接に協力すべき立場に置かれる。

實踐哲學としての法哲學は、法によつて實現さるべき目的を問い、理論哲學としての法哲學は、法をして法たらしめる本質を窮める。ここに法哲學の問題の両面性がある。けれども、法の目的を明らかにしようとする者は、同時に法の何たるかを知ることが必要とする。また、法の本質を論じようとする者は、常に法に内在する目的を見定めて行かなければならない。法の目的の問題は畢竟「法」の問題である。われわれは法の本質を豫想せずして法の目的を探ねることはできないのである。それとともに、法の本質の問題もまた法の「目的」の問題をその中に含んでゐる。およそ何らかの精神的目

的を有する對象を把握するためには、人はかならずその對象を意義づけてゐるところの目的を理解しなければならぬ。例えば、われわれが一つの机を机として認識する場合にも、われわれは机として机たらしめてゐる目的を理解することを必要とする。書物を読み、食器を排列する、というその目的を度外視して眺められた机は、單なる木材・鐵材その他の材料の合成物であつて、決して眞の「机」ではないのである。それと同じく、われわれは、法の法たる所以を明らかにしようとするにあつても、同時に、法に法としての生命を與えてゐるところの目的を洞察しなければならぬ。この意味で、法の目的の問題と法の本質の問題とは、相互に密接・不可分に聯繫してゐるのである。そうして、法の目的の問題と法の本質の問題とのこの必然の聯繫は、法の目的を求めざる實踐哲學としての法哲學と、法の本質を窮める理論哲學としての法哲學とが、結局は單一の哲學であることを明らかに物語つてゐる。

理論哲學としての法哲學の立場からは、ただに法の本質が論ぜられるばかりでなく、同時に、法學の方法に關する學問論的の反省が試みられなければならない。なぜならば、法學の方法論上の反省は、法の本質概念の決定とともに法の理論研究の根本前提をなすからである。それによつて、法學の方法はいかなるものかという問題が、法の目的および法の本質とならぶ法哲學の問題として提出される。法學はいかなる科學であるか、法學はいかなる手つづきによつてその對象たる法を研究するか、

法學にはいかなる分科が區別され得るか、等がここで論ぜられる。

今日の法學の研究はさわめて多方面に分岐しているが、その中でも最も古い歴史を有し、最も組織的な發達を遂げ、實際上に最も重要な役割を演じているものは、「法解釋學」である。しかるに、法解釋學の方法論上の反省が行われはじめたのは、法解釋學自體の歴史の古くかつ長いのに反して、さわめて近頃の事柄に屬する。すなわち、新カント哲學の普及とともに一般に科學の方法の問題が盛んに論議されるようになり、殊に社會科學・文化科學の方法の特異性が學者の注目を惹き、やがてその方法論的興味がローマ法學以來の傳統を誇る法解釋學の上に向けられるにいたつたのである。

ところで、社會科學や文化科學についての方法論上の反省は、法解釋學の方法の問題において最大の難關に逢著しなければならなかつた。なぜならば、法解釋學は、理論上、他の社會科學や文化科學と同じような學問上の構造をもつべきはずであるにもかかわらず、事實上は、これと或る意味で全く違つた複雑な思考方法を採用しているからである。法解釋學の方法の複雑性は、のちに改めて詳しく論ずるように、このいわゆる法の科學が、法の理論認識を目標としないうで、最初から主として實踐的な目的によつて左右されていたことに起因する。法解釋學を今日のごとくに發達せしめたものは、もともと純粹理論の興味ではなく、法の運用および法の發見のための實踐的動機に外ならなかつたのである。法哲學は、法學の方法の問題を論究することによつて、この複雑・特異な法解釋學の性

質を明らかにする必要がある。そうして、理論よりもむしろ實踐の動機を基礎とする法解釋學の方法を分析することによつて、法哲學は、ここでもまた法に關する理論と實踐の微妙な接觸面を見出すのである。

以上の考察によつて、法の根本目的、すなわち法の理念、法の本質および法學の方法が、法哲學の三つの基本問題を形成することを明らかにし得た。法哲學上の問題はもとよりこれに盡さる譯ではないが、その他の問題といえども、いずれもこれらの三問題から派生したものであり、それ故に、結局はこれらの三問題に還元せられ得る。

法哲學の歴史をかえりみるならば、これらの三問題は、正しく右に掲げた順序——(一)法の目的または法の理念の問題、(二)法の本質または法の概念の問題、(三)法學の方法の問題、の順序——を追うて取り上げられた。けだし、一切の科學の發達の順序と同様に、法の根本考察についても、人間の興味がまず實踐の問題に向けられ、それから次第に理論の問題に及んだためである。しかし、組織的な論述を行うに當つては、發生の順序の如何にかかわらず、第一に法の本質の問題を検討し、しかるのちに法の理念を論究し、最後に法學方法論の吟味に移るのが正しいであろう。なぜならば、法の本質の問題と法の目的の問題との間には、さきに述べたように相互に先後を區別し難いほどの必然の聯關があるが、なおかつこれを單一の問題とせず、二つの問題として取りあつかう以上、法の何たるか

を一應明らかにした上で、次に法の窮極目標を窮めるのが、當然の筋道だからである。

(1) Kant: Kritik der reinen Vernunft, Werke, Cassirers Ausgabe, Bd. III, S. 496, Anmerkung.

五 法哲學の傾向

いま概観したような法哲學上の根本問題が、全體としていかなる態度によつて取りあつかわれるかによつて、法哲學の諸傾向が區分される。法哲學は法に關する實踐および理論の根本態度の省察によつて成立するのであるが、この根本態度の省察そのものが更にその省察の態度如何によつて制約され、法哲學的問題の論究方向をさまざまに分岐せしめるのである。法哲學の傾向の問題は、法哲學を研究しようとする者の哲學的立場の問題であり、それ故にまた法哲學それ自體の方法の問題でもある。

法哲學の傾向を知るためには、あらかじめ、まず、一般哲學の主要傾向を略述して置くことが必要であらう。

最も古くは、哲學は、*philosophia* とするその語原——*philos* は愛であり、*sophia* は知である——の示すように、眞理を愛し求める人間の知的活動とその成果の總稱であり、一種の普遍學を意味するものであつた。しかるに、そのうち特殊諸科學が分化・發達するにつれて、哲學も次第に當初の廣汎な

普遍學の性格から離れ、一切の科學の根本原理に關する基礎學として独自の領域を開拓するにいたつた。そうして、この意味における哲學を最初に方向づけた傾向は、いわゆる「形而上學」であつた。

形而上學は經驗を超越する眞實在の學たろうとする。すなわち、確乎不動の眞理を求めてやまない人間の理性が、轉變生滅する感覺界の彼岸に常住絶對の實體界があると考え、その本質を窮めようとするところに、形而上學が生れたのである。古代ギリシヤに榮えたプラトン、アリストテレスの哲學も、近世の初頭にあらわれたデカルト、スピノザ、ライブニッツ等の諸體系も、その主とするところはこの種の形而上學的考察であつた。けれども、形而上學が疑うべからざる眞實として定立する二つの前提、すなわち常住絶對の實體の世界が經驗の及ばない彼岸に存する、ということ、および、この實體界は理性の力によつて認識され得る、ということは、ともに論證の範圍を越えたところの問題である。しかるに、多くの形而上學者は理性認識の權能および限界についての反省を缺き、それぞれ思い通りに眞實在の姿を描き出そうとしたために、形而上學の獨斷論化の危険が生ずるにいたつた。

獨斷的形而上學に對立してあらわれた哲學の第二の傾向は、「經驗主義」である。經驗主義の典型は第十七・八世紀のイギリスの哲學者、特にロック、ヒュウム等の思想に見出される。これらの經驗主義者の功績は、知識成立の根據を探ねて、認識論の問題を開拓した點にある。しかし、經驗主義は、すべての知識の成立の基礎を感性知覺に求めるために、普遍妥當の眞理の可能性を疑う「懷疑論」に

陥るおそれがある。なぜならば、経験によつて與えられた知識は、新しい経験によつて變更される。したがつて、経験にもとづく眞理は、経験の限界を越えた絶対性をもたない。そこで、経験主義は相對主義に歸著する。この立場を實踐哲學の上に及ぼして行くと、道德上の善悪や法的正邪の規準も、歴史とともに變化し、民族によつて相違することになり、その客觀的妥當性が疑われることにならざるを得ない。その結果、法や道德は社會生活における強者が弱者を支配するための道具であり、正義とか善とか稱せられるものも、つまりは強者の利益に合致するように仕組まれた行爲の規準に過ぎないといふ、露骨な實力説が唱えられることにもなる。

ここにおいて、形而上學の絶対主義と經驗論の相對主義とを綜合する第三の哲學上の立場が、カントの「批判主義」となつて登場する。批判哲學は、知識の形式と素材とを區別し、知識の素材は經驗によつて與えられるから、相對・可變であるけれども、知識の形式は先天的に認識主觀に具わつてゐるから、絶対であり、普遍妥當的である、と論ずる。すなわち、批判哲學は、知識の實質上の淵源を經驗に求める點では經驗主義と共通し、しかも、眞理の客觀性および絶対性を主張する點において形而上學と一致する。その半面また、認識の先天的な形式が一切の經驗の基礎を成していることを認める點で、經驗主義と袂を分ち、知識の普遍妥當性をその形式に限定することによつて、形而上學の獨斷を批判する。批判哲學は、この形式主義をば認識の領域から意志および感情の領域にも推しひろ

め、意志活動および審美判斷についての普遍妥當的法則を求め、もつて、知識の場合と同様に道德および藝術の理想に客觀的な權威を與えようと力めた。すなわち、批判哲學の目指すところは、知識、道德、および藝術に關する最高の價值規準の確立にある。故に、カントの精神を繼承する新カント學派の哲學者は、哲學を定義して、「普遍妥當的價値の批判科學」であるとする。

カントにはじまるドイツ理想主義哲學の主潮は、フイヒテ、ヘゲルによつて思辨的形而上學に發展し、更に逆轉して唯物論的形而上學から自然科学萬能の時代を経たのち、第十九世紀の末葉における新カント學派の勃興とともに再生した。新カント學派の哲學は、カントの批判主義を純化徹底せしめようと力めた傍ら、科學一般の方法に對する自覺と反省を深め、社會科學・精神科學の方法論の發達に貢献した。しかし、この科學方法論の吟味は、一方では、あまりにも方法を重んじ、方法によつて一面的に對象を規定せしめたために、認識の一次元性に偏るといふ弊害を生じた。新カント主義の思惟の優れた明快性は、その半面に、對象の非合理的生命と絶縁し易いといふ缺陷をとともなつたのである。

この新たな批判主義の哲學は、單にその方法偏重の弊においてのみならず、更にその極端な形式主義のために、また、その歴史的發展の過程に對する洞察の不充分なために、人に一層大きな不滿を感ぜしめる。新カント學派の哲學が普遍妥當的の原理の確立に力めたのはよいが、その普遍妥當的の原

理なるものが知識・道德・藝術の純粹形式にすぎぬかぎり、これをいかに努力して把握して見ても、知識や道德や藝術に關する現實・具體の問題を解決すべき何らの確かな手がかりも與えられ得ない。また、新カント學派は、個別化の原理と價值に關係づける方法によつて歴史學の方法を明らかにしようとしたが、歴史そのものに内在する動的發展の契機は、この方法によつてはとうてい根本からは窮明され得ない。かかる難點が存するために、第二十世紀の初頭に榮えた新カント學派の哲學は、まもなく時代の流れから取り殘され、その後の哲學思想は、方法よりも對象を、形式よりも實質を、歴史の合理的解剖よりも生命の非合理的發展への沈潜を、その興味を中心に置こうとしている。人間と對立する對象ではなく、人間的存在そのものの實在の姿を見窮めようとする「實存哲學」、社會的歴史的實在生命の構造と機能とを深く省察する「生哲學」、當爲と存在、規範と事實、理念と實有の矛盾の統一の裡に歴史の發展を理解しようとする「辯證法の論理」、等が現代哲學の新たな問題として検討され、それとともに、ヘーゲル哲學への復歸、唯物史觀の再吟味、實存の形而上學の建設、などの試みが行われつつある。それらの潮流の間にあつて、純粹意識の構造の分析により、實在および眞理の明證の根據を直接經驗に求めたフッサルの「現象學」の立場は、イギリス流の經驗主義にドイツ流の正確な論理的基礎を與えたものとして、きわめて重要な意味を有するといふことができる。

法哲學は、大體として一般哲學のこれらの諸傾向にしたがつて發展して來た。

遠くギリシヤに成立した法哲學は、最初から主として形而上學の立場を採り、經驗的法現象を超越する「自然法」の理念を高くかかげた。一般の形而上學は、現象界の彼岸に永遠絶對の眞實在の世界を求め、この實體界の認識をもつて誠の眞理とし、その中に現象界の追求すべき理想を見出そうとする。それと同じく、自然法論もまた、轉變する實定法の彼岸に萬古不易の自然法の妥當することを認め、自然法の認識をもつて眞の法認識とし、そこに實定法に對する價值判斷の規準を求める。法の形而上學としての自然法論は、古代から中世を経て近世にいたる法哲學思潮の主流を成しているばかりでなく、今日の一般哲學の形而上學化の傾向にともない、自然法復興の機運——新自然法論の主張——があらわれている。

この形而上學的傾向につづくものは、法哲學における經驗主義である。經驗主義的傾向に屬する法哲學思想には、一方に、歴史の非合理的發展の中に法の無意識の形成を認める「歴史法學派」があり、他方に、法の目的を社會の現實の利益に求める「實利主義」の立場がある。また、實利主義の目的論的立場と多分に相通ずるところを有する「自由法論」の主張は、法の解釋に法創造的機能を認めると同時に、解釋の基礎として社會生活の事實を重んずる結果、法の事實現象を探究する「法社會學」を發達せしめた。その他、法哲學の成立の意義と可能性とを否定し、法の認識を實定法の認識のみに局限し、實定法學の一般的部門の確立をもつて法哲學に代えようとする「一般法學」、ならびに、社會連帶

の事實に立脚して、法の客觀的存在形態を深く窮めようとしたデュギイの法理思想なども、大體として經驗主義の傾向に數えられ得る。

形而上學的法哲學は永遠普遍の法の根本原理を自然法に求め、經驗主義的法哲學は法の歴史上の發達過程を重んじ、法價値の根據を經驗に依存せしめた。これらの二つの傾向を綜合し、法の形式と法の素材とを峻別しつつ、法の素材において經驗的可變的要素の介入を認め、法の形式については法の普遍妥當的原理を確立しようとする法哲學の第三の傾向は、「批判的法哲學」である。批判哲學の創設者はカントであつたが、カント自らは、法の問題に關するかぎり、なお自然法の傳統にしたがつたために、批判的法哲學の建設は、新カント學派の法哲學者、殊にシュタムラアの業績に委ねられなければならなかつた。しかし、シュタムラアの法哲學は、新カント學派に共通の形式主義に最も徹底しているために、内容があまりに空疎であるという非難を免れがたい。これに對して、同じ批判主義に立脚しつつ、しかも法經驗の内容を重んじ、それだけ相對主義に傾いたのは、ラアドブルッフである。かように、新カント哲學は、法哲學上の批判主義の確立に功績があつたばかりでなく、また法學の法論的基礎づけに關しても大きな役割を演じた。すなわち、ラスクの法學方法論は、價値哲學的または文化哲學的法の基本問題の論述とならんで、批判的法哲學の顯著な收穫に數えられる。

新カント主義の傾向に屬する法理論の中、異色のある學說體系を形成したものに、「純粹法學」があ

る。ケルゼンの純粹法學は、第二次世界大戰前の約二十年間にわたつて、法學の各分野にまたがる熾烈な論争の焦點となつた。純粹法學は、實定法の一般理論たろうとするものであつて、法哲學の建設を直接の目標としたわけではない。しかし、法規の構造、法と權利の關係、法と國家の關係、實定法の段階構造、等の重要問題についての純粹法學の論究は、いずれも深く法哲學的興味のコルに觸れてゐる。

新カント主義以後の法哲學の傾向は、獨裁主義の政治力の介入のために混亂状態に陥り、その正常な發達の軌道から著しく逸脱した觀がある。しかし、それも、大きな目から見れば、法の根本原理を深く掘り下げて行く上からいつて、あながち消極的な意味しかもたないわけではない。なぜならば、それは、法と政治との關係を反省するための重要な材料を提供したからである。それと同時に、この動向は、法哲學におけるヘゲル主義の復興と結びつた。その間にあつて、法哲學と形而上學との再結合による新自然法論の擡頭も、注目すべき動きである。いずれにせよ、新カント哲學の分析主義や方法萬能主義を排斥して、法を道德および政治の契機と結びつけて考察し、法の複合的現實形態を把握しようとする動向が、現代の法哲學を支配しつつある。かような動向に對しては、實在それ自身の構造を根本から明らかにすることを企圖する現象學の哲學が、方法として大いに役立つはずであるが、いわゆる現象學的法哲學は、法の本質法則の論究に重點を置いたために、法の實在現象からはそ

れだけ遊離している憾みがある。今日の法哲學の任務は、むしろ、現實の法現象の中に深く沈潜して、實定法そのものの窮極にある理念を明らかにし、法の根本理念と實定法學の諸部門との間に、實際に役立つような架橋を試みるにあるといふことができよう。

そこで、本書においては、まず、法哲學のこれらの諸傾向を順次に考察し、その中に法哲學の根本問題がいかに展開されているかを見て、しかるのちに、その成果を要約しつつ、いま述べた法哲學の任務にむかつて百尺竿頭に一步をすすめる努力を試みることにする。第一篇を「法哲學の傾向」とし、第二篇を「法哲學の問題」としたのは、この方針にもとづく排列である。しかし、第二篇では、法哲學の基本問題についての概略の理論を展開することをもつて満足しなければならぬ。なぜならば、法の根本理念と實定法學の諸部門との架橋を行うという大事業は、各方面の實定法學者の側からの協力なしには、とうてい遂行し得ないからである。したがつて、ここでは、法の本質、法の理念、法學の方法について一應の立場を確立すると同時に、法の效力の問題および法の理念の實現の問題をその間に挿入し、法哲學と法の具體的な現實問題の考察とを結びつける手がかりを作つて置くことにする。この手がかりを基礎として、憲法や民法や刑法や國際法などの哲學的基本原理を探究するという仕事は、法學界全體に共通する課題として、將來の討議・検討にゆだねられなければならない。

(1) Windelband: Was ist Philosophie? Präjuden, 1884, S. 28.

第一篇 法哲學の傾向

第一章 法哲學の成立

一 ギリシヤにおける法哲學の成立

古代の哲學思想の中で法の根本原理に觸れているものは、もとよりすくなくない。バビロニアのハムムラビ法典や、イスラエルのモオゼの立法のごとき著名な古代立法は、すでにそれぞれの民族的法思想を背景とするものであるし、古い印度哲學や支那哲學なども、神秘的な宗教思想や幽玄な倫理學説とともに、それぞれ特色のある法理論上の根本觀念を含んでいるに相違ない。しかし、その方法的組織的な點で、またその後世に及ぼした影響の深遠な點で、法哲學の主たる淵源となつたのは、やはりギリシヤの哲學思想である。法哲學はギリシヤにおいて成立した。法哲學の傾向の概観はギリシヤ哲學を出發點としなければならぬ。

法の根本原理に關してまず考察の對象となつたものは、法の本質の問題ではなく、法の目的・法の

理念・法的價值判斷の尺度としての正義の問題であつた。すなわち、ギリシャの法哲學思想は、正義の客觀的標準があるかどうか、という疑問を中心として萌芽しはじめたのである。もしもこの問題に對して肯定の答えが與えられるならば、法價値の規準はそれによつて確立され、權力によつて左右されず、時流におもねらない法の權威が維持されることとなる。これに反して、もしも世に正義の客觀的尺度がないとすれば、正不正の判別は主觀的な恣意によつて決せられ、正義は、單に事實上のみならず理論上も強者の權利に外ならないということになるであらう。客觀主義と主觀主義との對立は、ギリシャの昔にはじまつて、今日にもなおくりかえされつつある、無限に回歸する法哲學の中心問題である。

客觀主義の最初の代表者としては、ピュタゴラスとその學派、およびヘラクレイトス⁽¹⁾を擧げることが出来る。

ピュタゴラスおよびその學派は數理哲學を創唱した。ピュタゴラス學派の中心思想は、物はすべて數から成る、という命題に歸著する。すなわち、宇宙の萬物はいずれも數によつてあらわさるべき定形を有し、したがつて、數理によつて整然と支配されている、と説くのである。この法則は單に有形物のみにあてはまるものではなく、無形の事象にも共通する眞理であり、正義もまたその例に漏れない。ピュタゴラス學派の見解にしたがえば、正義は自乘數、嚴密に言えば自乘數の基本形態としての

「四」である。四は均分・平等・公平を意味し、幾何學上の圖形としては正正方形となる、そうして自乘數の有するこれらの屬性が、人がそれを考えると否にかかわらず、客觀的に實在するのと同じく、正義もまた、人の主觀的判斷や好惡を超越して儼存するものでなければならぬ。したがつて、人 גם 正義に違反し、またはこれを毀傷するときは、數理的必然性をもつてそれに對する應報または賠償が要求される。刑罰と賠償とは正義の本質に即して行われる客觀的の法則であつて、決して單なる人の爲の制度ではない。

ピュタゴラス學派が常住の數理によつて正義の客觀性を論證しようとしたのに對し、ヘラクレイトスは世界をむしろ瞬時もとどまらない變化の相において眺め、變化の中に變化を越えた原理の存することを指摘して、これを人間の實踐活動の規準と解した。ヘラクレイトスの哲學上の中心思想は、「萬物は流轉する」の一語に盡さる。世界における一切の事物は絶えず生滅・變化しているから、世に在るものは一つもなく、すべてはただ成りつつある。けれども、この萬物の生成過程は決して無秩序の變化ではなく、常に或る定まつた合法則的律動を示している。すなわち、事物の對立には自らの調和があり、その變化にはまた軌道的の循環がある。この調和、この律動、この秩序のみが、世界の中に認められる唯一の恒存的存在者である。ヘラクレイトスは、かかる秩序の原理をば「理法」(Logos)と呼んだ。理法は物質界の變化の原則たるばかりでなく、人の行動や思想もすべてこれにしたがうべく

定められている。人はただこの宇宙の理法を正しく認識し、これに服従し、これに安住することによつて、はじめて幸福であることができる。道德の原理もまた、人間の社會生活における宇宙理法の遵守に歸著する。最高の徳は、言語においても、行動においても、宇宙の理法、すなわち、「自然」に遵うことに外ならぬ。——かく説くことによつて、ヘラクレイトスは、すでに後世に發達した自然法思想の礎石を置いた。

ピュタゴラス學派およびヘラクレイトスが數理もしくは自然理法にもとづいて實踐的客觀主義を力説したのに反して、やや遅れてあらわれたソフィストたちは、宇宙論的考察を離れて、問題を倫理・宗教・政治、等の人事に集中し、かつ、これらの問題のすべてにわたつて客觀的な價値の尺度を否定し、主觀的相對主義を提唱した。この根本思想はプロタゴラスの「人間は萬物の尺度である」という言葉によつて要約される。すなわち、ソフィストは、認識論的には感覺説を採り、認識の唯一の根源は感覺にある、と説く。しかるに、感覺に示された事物の姿は變轉してとどまるところがなく、また、感覺それ自體も人により時によつて千差萬別である。したがつて、感覺を基礎とするところの知識もまた、全く相對的であることを免れない。それと同じく、倫理および政治の實際についても、感覺主義の立場から客觀・絶對の標準を見出すことは、不可能である。人は自己の利益をもつて實際生活の目的とし、自己の利益と合することを正しいと見る。けれども、いかに各人が自己の利益を主張しよ

うとしても、その主張を貫くだけの力がともなわなければ、それによつて人を支配し、世を動かすことはできない。それ故に、結局、強者の利益に合致することが正義として世に行われる。だから、法を規定するものは、つまるところ力である。——かように論ずることによつて、ソフィストは、實踐

哲學上の實力主義を鼓吹し、ようやく輕佻浮薄に傾こうとする當時のアテナイの民心に投じた。

この時に出でて、ソフィストの主觀的相對主義を排斥し、人間の實踐生活の信念に確乎たる基礎を與えようとした者は、ソクラテスであつた。ソクラテスの立場は、或る意味で主觀主義である。しかし、その主觀とは、ソフィストのいうがごとき個人的の主觀ではなく、超個人的の客觀性をもつ主觀である。いいかえれば、ソクラテスは、主觀を離れた客觀主義を説くかわりに、主觀そのものの中に客觀的原理を見出そうとしたのである。

ソクラテスは、主觀に内在する客觀の原則をば、専ら道德の原理として説いた。かれによれば、道德は個人個人の好惡によつて左右せらるべきものではなくて、「標準人」の意識の中に見出される公道の規準を意味する。かような公道の規準は、何人もが自己の信念をふりかえり、その中から個人個人の偶然の氣持を除き去ることによつて、明らかに把握することができる。しかも、知と行とは本來一つに歸著すべきものであるから、公道の規準を把握した以上、それにはかならず實行がともなわなければならない。人は正しい自己認識によつて眞知に到達し、眞知に到達することによつて徳行を實現

する。かようにしてソクラテスは、ソフィストの懷疑主義的實力説を排斥するとともに、自己の立場が單なる獨斷論に陥ることを防いだ。その論旨は、主觀の先天的原理を反省することによつて、客觀の普遍の認識および道德の根據を確立しようとした、後年のカントの批判哲學の先驅者としての意味をもつ。

ソクラテスは、一面では、かようにして客觀・普遍の道德の原理を基礎づけると同時に、他面また、一市民としては國家の實定法に服従する義務があることを説いた。したがつて、晩年、無實の罪によつて死刑の宣告を受けた際、友人や門弟が切に脱走を勧めたにもかかわらず、良い市民が悪い法に服するのは、悪い市民が良い法に背くことを防ぐために必要であるといつて、アテナイの牢獄の中に從容として毒を仰いだ。すなわち、ソクラテスは、實定法を超越する正義の客觀性の確信と、實定法に内在する秩序の安定性の尊重との間の矛盾を、その悲劇的な最後によつて如實に示したのである。

(I) Pythagoras, ca. 580—500.

(II) Herakleitos, ca. 536—470.

(III) Protagoras, ca. 480—410.

(E) Sokrates, 469—399.

二 プラトンの法哲學思想

ギリシャ哲學は、ソクラテスの高弟たるプラトン^(c)によつて大成されると同時に、法の根本原理もまた、かれによつてようやく大規模な哲學體系の中に組織的に論述されるにいたつた。

プラトンは、一方では、プロタゴラスにしたがつて、感覺的な認識が眞實在の姿を寫し得ないこと、および、それ故に感性知覺は必然的に主觀・相對の域にとどまるものであることを認める。しかし、かれはまた、他方では、ソクラテスの敎説を祖述して、感性知覺と對立する眞知の可能性を信じ、人はただ普遍的な概念によつてはじめてこの眞知に到達することができると説いた。すなわち、プラトンによれば、相對的な感覺の對象は轉變してとどまるところを知らない個物であり、概念による理性的認識の對象は恒存する事物の本質——イデア (idea)——である。個物の世界は生成・變化する假象界を意味し、イデアの世界は常住絶對の實在界を意味する。前者は物質の世界、後者は非物質的の靈界である。そうして、人間の精神は本來靈的存在としてイデアの世界に所屬し、したがつて、その本質上ただちにイデアを觀照し得べきはずであるが、現世では、靈魂は肉體の殻の中に幽閉されているために、人間はただ記憶の力によつてイデアの眞相を臚げに想い起すのみである。いいかえれば、

概念によるイデアの認識は、イデアそのものの完全な再現ではなく、記憶に浮ぶイデアの不完全な認識、すなわち一つの「想起」(anamnesis)にすぎない。

かように、人間の靈魂はもともとイデア界に属しながら、現世では肉體の束縛の下に置かれているために、その性質と作用とは決してイデアそのもののごとくに純粹ではあり得ない。プラトンは、靈魂が肉體の拘束にもかかわらずイデアに近づき得る程度に應じて、これを上・中・下の三部分に分かち、肉體を離れてイデアを直観し得る部分を理性、肉體の影響を受けながら、なお比較的に高度の靈性を保つ部分を意性、最も下等であつて、全く肉體に隷屬する部分を慾性と名づけた。人間は、すべてかような三性を具えて現世に生活する。したがつて、人間が全く肉體を棄て去つて現世を離脱し得ないかぎり、靈魂の三部分をできるだけイデアの姿にかなつた調和した状態に置くことを、その理想としなければならぬ。それが道徳である。プラトンによれば、理性の徳は叡智であり、意性および慾性の徳は、これらを理性の下に適當に規律すること、すなわち勇氣および節度に外ならない。そして、これらの三原徳がそれぞれその所を得て互に調和している状態を指して、プラトンは最高の徳としての「正義」(dikaiosyné)となすのである。

しかしながら、この三原徳調和の理想状態たる正義は、個人の生活においてはとうてい完全には達成され得ない。なぜならば、個人にして三原徳のすべてを兼ね備えることは、現實には全く不可能だからである。したがつて、正義をこの地上に實現するためには、それぞれの個性をもつ多數の個人が集まつて、統制された社會生活、すなわち國家生活を営む必要がある。この意味で、正義は個人の徳ではなく、社會の徳、國家の徳である。元來、すべての人間はその道徳上の素質において、叡智・勇氣・節度の、いずれか一つに長ずるところをもっている。それ故に、國家を組織する人々の間には、自らにその長ずるところにしたがう階級の區別が生じて來なければならぬ。叡智に優れた者は哲人階級となり、勇氣に長ずる者は武人階級を形成し、他の多數國民は節度を徳とする生産者階級に屬するのである。そうして、個人の生活において、理性は意性および慾性を指導し、意性は困難を克服して所期の目的を追求し、慾性は人間の肉體生存の基礎を形作つていふと同様に、國家の生活においてもまた、哲人階級は國政の總理ならびに法の制定の衝にあたり、武人階級は外敵の脅威を斥けて社會防衛の責に任じ、生産者階級は國民生活の經濟的基礎を産出・増殖するといふ機能を營むことを要する。かように、三つの階級がそれぞれ本分をつくし、相互に長を發揮し、短を補うところに、國家による正義實現の可能性が生ずる。プラトンの國家觀によれば、最高の智者の指導の下に國民の生活を完全に統制し、各人の性能をその宜しさに應じて育成・教化し、もつて現實界に最高の徳たる正義を實現する國家こそ、眞の理想國家である。この意味で、國家は、現世の人間生活をでき得るかぎりイデア界本然の姿に立ち戻らしめるための、大規模な心靈修養の機關に外ならない。

(1) Platon (427—347): Politeia (Staat, oder Republik); Nomoi (Gesetze).

三 アリストテレスの法哲學思想

プラトンとならんでギリシャ哲學の双壁と稱せられるアリストテレスは、その師プラトンが概念の對象たるイデアを個物に對して「超越的」に實在すると見たのに反し、概念的普遍者たる實體は個物に「内在的」に含まれているものと認め、理想と現實との對立を一元化して、これに動的・發展的な説明を與えた。

アリストテレスにしたがえば、概念的普遍者たる「形相」(eidos)は、個物を離れて存在するものではなく、個物の中にある。けれども、個物に内在する形相は、純粹の形相ではなく、「素材」(hylē)と結合した形相である。いかえれば、個物は形相と素材との結合によつて成るのである。個物に内在する形相は個物の發達の目的であり、したがつて個物を動かすもの、個物の動因である。個物を形成する素材は、形相の實現にむかつて動くもの、常に形相たらんとするところのものである。素材は形相たろうとしていまだ形相たらざるもの、すなわち可能性であり、形相はその可能性の實現されたもの、すなわち現實性である。一切の事物は、絶えず形相化しつつある素材、絶えず現實化しつつある

可能性に外ならぬ。例えば、櫻の種子は、形相としての櫻にむかつて成長しつつある素材または可能性であり、成長し終つた櫻は、櫻としての形相の實現、すなわちその現實性である。かように、萬物はそれぞれその形相を現實化しようとして動き、かつ、絶えず上級の形相を目指すところの發達の系列に置かれている。

形相と素材との關係に重點を置くアリストテレスの形而上學は、同時にその實踐哲學の基礎をも成している。すでに一切萬物がそれぞれその形相を有し、かつその形相の實現を目的として發達しつつあるものとすれば、人間にもまた、人生において實現さるべき形相、すなわち人間の終極の目的が與えられていなければならぬ。それでは、人間に内在し、人生において實現さるべき目的は何か。アリストテレスによれば、人間はいずれも獸性と理性とを兼備する。しかし、人間精神の形相は理性であり、獸性はこの形相を實現するための素材にすぎない。理性の作用によつて、はじめて肉體的の衝動は意志となり、感覺的な表象は認識に高められる。したがつて、理性は人間の生活の全般にわたつて指導的地位に立たねばならぬ。人は、理性の指導の下にその自然の性能の各方面に節度ある活動を與え、その相互の間に調和を保たしめることにより、道德上の要求に適うと同時に、また平安幸福の状態、すなわち「善福」(eudaimonia)の境地に達することができる。そうして、善福の境地への到達こそ、人生において實現せらるべき最高の目的でなければならぬ。

しかしながら、人間の本性を完全に圓滿に發揮させるという理想は、決して単一人の生活によつては實現され得ない。なぜならば、人間は本來「國家的の生物」(zoon politikon)であり、その本性の現實化は必然的に多數人相互の秩序ある共存、すなわち國家生活を前提とするからである。國家は個人を部分とする全體であり、個人はただ國家においてのみその自己完成を期することができる。したがつて、アリストテレスは、プラトンと同じく、國家をもつて、道德の完成の必須・不可缺の要件と見た。しかし、アリストテレスは國家の組織に關しては決して唯一の理想形態を固執せず、それぞれの國家はその環境と歴史とに應じて、各自適當な政治組織を採用することを得るものとなした。その説くところにしたがえば、國家統治の基本形態には三つある。第一は、單一人が統治の權能を掌握するところの君主政體、第二は、少數者によつて支配されるところの貴族政體、第三は、多數者の統治によつて成立する共和政體である。これら三種の政體はそれぞれの長所を有するが、ひとたび運用を誤るときは、三者ともに腐敗に陥るおそれがある。三種の健全な政體に對して、その腐敗した形態は、專制政體、寡頭政體、愚民政體、と呼ばれる。國家形態の腐敗は、統治の目的が國民公共の福祉から離れ、權力者がその利益のために權力を濫用することによつて生ずる。故に、正しい統治は、常にかならず萬人のエウダイモニアを平等に實現することを目標としなければならない。

かような國家理論の根柢をなすものは、アリストテレスの最も著名な正義論である。

アリストテレスも、プラトンと同じく、正義の問題をばまず倫理學の見地から考察し、正義をば人の履み行ふべき最高の徳となすと同時に、正義は單なる個人の道德ではなく、各人が他人との關係において實現すべき道、すなわち、あくまでも社會的な道德であると考へた。けだし、人間はその本性上社會的・國家的の生物である、と説き、道德の完成は社會生活によつてのみ可能である、と論じたことの、當然の歸結に外ならない。

アリストテレスは、正義を廣狹の二義にわかち。廣義における正義とは、人間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。これに對して、狹義における正義は、法の具體的原理にもとづき各人の物質上および精神上の利害を均等ならしめることである。狹義における正義は、乍らに二つの種類に區別される。その一つは「配分的正義」(dikaion dianametikon, distributive justice, verteilende Gerechtigkeit)であつて、名譽および財産を人々の値するところに應じてわかち與えることを本義とする。この正義にしたがうときは、社會に生活する人々は、それぞれその分に應じて榮譽と富とを享受すべきである。その場合の各人の間の均等は、幾何學的的比例にもとづく。次に、狹義の正義の第二は「平均的正義」(dikaion diorthotikon, rectificatory justice, ausgleichende Gerechtigkeit)であつて、人々の享ける利益、またはその蒙る損失を算術的比例によつて平均する原理を意味する。例えば、交換の場合に相互の利得を等しからしめ、不法に他人に加えた損害を賠償せしめ、ま

たは、犯罪に對して相當の刑罰を科するがときは、いずれも平均的正義の機能である。配分的正義は、團體生活における各人の價值に差等を認め、これに應じた配分を行うことを正しいとする。これに對して、平均的正義は、社會生活を營む人々の頭割りの平等であり、その根本には人間の等價性の要求が横たわつてゐる。これら二つの正義が兩々相俟つて實現せられるところに、社會生活の眞に正しいあり方が存する。

正義の問題は、かようにアリストテレスによつて精密に分析され、その説は後世の正義論に決定的な影響を與えた。

(1) Aristoteles (384—322) : *Ethica Nicomachea* (Nikomachische Ethik) ; *Politica* (Staatslehre).

四 ストア學派、エピクロス學派、およびキケロ

アリストテレスは、道德と幸福との兩立を認め、兩者が調和して實現された境地をエウダイモニア、すなわち「善福」と名づけた。しかるに、アリストテレス以後のギリシャ哲學においては、道德と幸福との矛盾が意識され、道德を完成するためには、快樂もしくは幸福を犠牲にしなければならぬとする立場と、快樂を追求すること以外に道德はないと見る立場とが分岐した。第一の立場はストア學

派によつて代表され、第二の見地はエピクロス學派によつて主張された。

ツエノオン⁽¹⁾を中心とするストア學派の實踐哲學上の根本命題は、自然にしたがえ、というにある。ここにいう自然とは、第一には大自然、すなわち宇宙全體を意味する。この意味での自然にしたがうとは、宇宙の法則たる自然理法にしたがうことに外ならない。しかるに、人間は元來それぞれ一個の小宇宙であつて、その肉體の中に宇宙物質を分有すると同時に、その精神においてもまた宇宙理法を體得することができる。それ故に、自然にしたがうとは、第二には、人間精神に啓示される理法、すなわち良心に従ふことを意味する。かくて、ストア學派は、良心の聲にしたがつて宇宙の大道に合致することを道德の眞髓となし、人は一切の煩惱を避けて不動心の境地に達することに力むべきであると説き、極端な克己主義・嚴格主義を提唱した。その自然理法 (*lex naturalis*) の觀念は、自然法思想の發展の重要な一段階を成すものである。

ストア學派の嚴格主義の實踐哲學は、これとほぼ時を同じうするエピクロス⁽²⁾およびその學派の快樂主義と著しい對立を形づくつてゐる。ストア學派が道德を至上絶對の目的と見たのに對して、エピクロス學派は、道德を快樂または幸福に到達するための單なる手段となした。しかし、社會哲學の見地から見て、この倫理觀の對立以上の重要性をもつものは、兩者の間に存在する社會觀の對立であるといふべきである。

ストア學派は、一方では、アリストテレスの思想にしたがつて人間を社會的の生物と見なし、團體的共同生活を送ることは人間自然の本性からいつて最初から必然的であると説いた。しかし、ストア學派は、他方では、プラトン、アリストテレスの國家本位の見解に對して世界主義的の立場を採り、人間の形成する社會は、決して特定の國家に限定さるべきではなく、全人類を包攝する理性的な生活共同團體——世界國家 (civitas maxima)——にまで擴大されなければならぬ、と考えた。この信念の下に、ストア學派は、個々の國家の對立・鬭争の關係や、人間の自由を無視・没却する奴隸の制度をば、理性の要求に反する現象として排斥し、萬民に及ぶべき法の遍在性を強調したのである。

しかるに、これとは全く反對に、エピクロス學派にしたがえば、人はもともと利己的孤立性を有するが故に、人類が自然のままに共同生活を營むことはない。ただ、人間自然の本性に放任して置くときは、多數個人の間を不斷の鬭争を免れ難いが故に、人はその本來の自己保全・快樂達成の要求を満たすために、打算的に相互の利益の侵害を避け、外面上の社會的共存の關係を維持しているにすぎない。かように、個人の利己・打算の動機から、人間本來の無政府的傾向を曲げて合意により作り出された共同生活維持のための制度が、すなわち國家なのである。——このエピクロス學派の思想は、後世の國家契約説の先驅として學說史上注目すべき地位を占める。

ストア學派の學説を繼承し、これを理論上よりもむしろ實際上社會生活の上に適用したのは、ロオ

マ人である。すなわち、ストア學派によつて抽象的な理念として説かれた世界國家の思想は、當時のヨオロッパに知られた世界の大半を領有するロオマ帝國の建設によつて現實化し、民族の障壁を越えて萬民に及ぶべきものとされた正義の要請は、ロオマの「市民法」(Jus civile)に對立する「萬民法」(Jus gentium)の中に、次第にその實現を見た。殊に、ストア學派の提唱する自然理法の觀念は、ロオマ法學の基礎理論となり、宏壯・精緻なロオマ法の發達を合理的に根據づける上に役立つたのである。

ロオマ法哲學を代表する學者はキケロである。キケロは、ストア學派にならつて宇宙の攝理たる自然理法の儼存することを認め、自然理法から導き出された社會生活の根本原理を「自然法」(Jus naturae)と名づけた。自然法は、支配者の恣意を超越し、歴史の變化、民族の差別にかかわることなく、普遍的に妥當するところの法の原則を意味する。故に、社會生活はもとより根本において自然法にもとづいて規律されなければならぬ。けれども、現實の社會生活は、その歴史的民族的の由來に應じてそれぞれの特異性を帯びる。したがつて、單に普遍妥當的な自然法のみによつては、すべての現實の社會關係を規律しつくすことはできない。ここに、超歴史的の自然法が歴史的社會的な實定法によつて補われる必要が生ずる。ただし、實定法はあくまでも自然法を基礎とすべきであり、これと牴觸する規定は、もはや正當の法とは認められないのである。かようにして、キケロの法哲學を通じて、古

來の悠遠な自然理法の思想から次第に實際に適した自然法の觀念が導き出され、かつ、自然法と實定法との關係がようやく合理的に説明されるにいたつた。

なお、キケロはアリストテレスの配分的正義の思想を繼承して、正義をば「各人にかれのものを」(suum cuique) わかつことであると定義した。ロオマの法學者ウルピアヌス^(四)はこれを更に布衍して、正義は「各人にかれの權利を配分しようとする恒常不斷の意志」(constans ac perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi) であると説いた。

(一) Zenon von Kitium, ca. 340—265.

(二) Epikuros, 341—270.

(三) Cicero (106—43) : De republica; De legibus ; De officiis.

(四) Ulpianus, 170—228.

五 中世の神學的法哲學

ストア學派以來次第に具體的の體裁を整えて來た自然法の理念は、更に中世に入つてキリスト教神學と結合し、實定法に正しい目標を與えるところの自然法は、完全なる神の意志、永久なる神の法則

の顯現として理解されるにいたつた。もとより、ギリシャ哲學にあらわれた自然理法の思想といえども、その超現實的な性質においては、すでに或る程度の宗教的色彩をおびたものであるといひ得る。けれども、ギリシャ哲學の構想した自然理法は、もともと非人格的な萬有の原理であつて、唯一・絶對の人格神の信仰から導き出されたものではない。ギリシャの神々は人格神には相違ないが、それらの神々は、人間と同じく自然の理法によつて行動すべき法則服従者にすぎず、決して理法の定立者たるの權威を有してはなかつた。これに對してキリスト教神學は、自然理法をば萬有の創造者たる神の攝理として理解し、神の「計畫」によつて法および國家の意義を説いたのである。

古代哲學によつて考察された人事の問題は、主として個人と國家との關係に集中されていた。そうして、ストア學派のごとき世界主義的思想の場合には別として、一般に古代人の思想傾向は國家本位であり、したがつて、個人の生存の意義は良き市民たることにあるとされ、個人は國家に奉仕することによつてその道德的責務を完うし得る、と考えられていたのである。これに對して、中世の社會思想には、國家對個人の關係の外に更に一つの一層重要な契機が加えられ、法および國家の問題はそれだけ複雑な内容をもつことになつた。その新しい契機とは、いうまでもなく、現世において人間の靈魂を淨化することを使命とするところの「教會」である。すなわち、キリスト教の普及とともに、人間生活の目的はもはや地上の善福には存せず、神の意志への絶對の歸依による地上の罪惡からの救濟

に求められるにいたつた。それにともない、政治的權力によつて地上の支配を行う國家は、神の權威を奉じて人間に永遠の淨福を與えるための制度としての教會の前には、自らに第二義的な地位にまで引き退くことを餘儀なくされた。しかもなお、國家が依然として教會と對立しつつ存在するとすれば、その國家の存在はいかなる理由により、いかなる限度において容認されるべきであらうか。教會には神の法が行われ、國家には人間の法が行われるとすれば、これら二つの法は、それぞれいかなる意味で個人の生活を拘束すると考えらるべきであらうか。

カトリック教會の偉大な教父アウグスティヌスは、神の信仰によつて結ばれた教會の權威と、地上の權力によつて成立した國家の權威との關係をいかに解決すべきか、という問題に思いを潜め、教會の國家に對する根本の優越性を確認すると同時に、國家にもまた、人間生活の秩序を維持するための手段としての相對的な意義を與えた。アウグスティヌスによれば、教會はキリスト教徒の心靈を救済し、これを神の國に導くための崇高な任務の遂行にあたるのに對して、國家の職責は、地上の存在に淵源するもろもろの下級的事務の處理に任ずるにある。それ故に、國家はもとより教會に從屬すべきであり、國家それ自體の存在もまた、神の國の地上での實現とともに遂には全く無用に歸し去るべき運命にある。ただ、原罪の桎梏に悩む人々によつて攪亂され勝ちな地上の平和を、ともかくも外面的に維持して行くことは、教會の發展のためにもまた暫定的に必要な條件であるから、國家の權力の存

在は、その意味で教會の目的的手段として相對的に役立つ。國家の法は、このかぎりにおいて教會員に對しても拘束力をもつのである。

アウグスティヌスの哲學は主としてプラトンの二元論の影響を受けている。「神の國」(civitas Dei)と「惡魔の國」(civitas diaboli)とを象徴的に對立させ、神によつて創造せられた人間の世界が、なおかつ罪惡に満ちているのは、人間がその與えられた意志の自由を濫用したためであると説明し、教會による罪惡の淨化を歴史の永遠の課題と見たのは、いづれもプラトンの二元論のあらわれである。したがつて、教會は國家とともに「地上の國」(civitas terrena)に屬し、神の國の完全性をそのままに具備しているわけではないけれども、その高貴な使命からいつて、惡をもつて惡を制する國家との間には比較にならない價値の差別がある。これに對して、スコラ哲學の最大の組織者たるトマス・アクィナスは、アリストテレスの影響の下に、國家の成立を人間本來の社會に由來せしめ、したがつて、これに、アウグスティヌスよりもはるかに積極的な意義づけを與えた。

勿論、トマスの場合にも、人間共同生活の組織としての教會が國家よりも高い地位にあることは、いうまでもない。國家は教會の從屬者であり、教會の目的のための奉仕者であつて、教會をないがしろにするような國家權力の行使は、否定せられなければならない。しかし、各人にかれのものを與えることによつて、「公共の福祉」(bonum commune)を實現することを任務とする國家は、神の意志に

かなつた地上の制度として、教會とともに發達して行くべきものとされたのである。

教會と國家との間のこのなごやかな相互補足の關係と平行するものは、トマスによつて説かれた自然法と實定法との調和である。トマスにしたがえば、法には三つの根本的な區別がある。永久法・自然法・人定法、の三者がそれである。「永久法」(Lex aeterna)は、世界を支配する神の叡智そのもの、神の意志それ自體であり、人間のかざられた智能をもつてしてはとうていその全貌を認識することはできない。これに對して、「自然法」(Lex naturalis)は、人間に啓示された永久法であり、神の攝理たる永久法への人間の參與を意味する。人間は、永久法への參與によつて原罪による理性の麻痺から目覺め、善惡正邪の妥當な判別を下すことができる。けれども、理性を通じて閃めく神の叡智は、そのままでは不完全な人間社會の隅々にまでは行きわたり得ない。ここに、自然法が、人間によつて定められ、地上の權力によつて行われるところの「人定法」(Lex humana)をもつて敷衍・補足せらるべき必要が生ずる。人定法は、自然法の原則にしたがつて人間を道徳的に教化し、社會生活の秩序を維持し、裁判の根據を確立するために定立されるのである。それ故に、人定法の規定はもとよりあくまでも自然法の原理に則るべきであり、決して地上の權力者の恣意によつて左右されてはならない。

(1) Augustinus (354—430) : De civitate Dei.

(11) Thomas Aquinas (1225—1274) : Summa theologiae.

第二章 法の形而上學

一 近世初期の自然法論と國家契約説

自然法論は、法の形而上學である。それは、權力者の意志によつて作られ、社會に生活する人間を現實に規律強制する實定法に對して、いかなる權力意志によつても破ることのできない自然法を想定する。かような自然法は、古代哲學においては、大自然の理法が人間社會の準則となつてあらわれたものと考えられた。また、それは、中世のキリスト教神學においては、人間に啓示されたところの神の攝理を意味した。これに對して、近世自然法論の特色は、自然法をばさような超人間的な根據からではなく、人間そのものの本質から演繹した點にある。自然法は、それによつて、いまやあくまでも人間的な理念となつた。そうして、人間的な理念としての自然法は、深く人間の自覺と結びつき、したがつて、政治の現實問題と密接に聯繫して、歴史の轉換期における世界觀的指導原理たるの役割を演ずるにいたつたのである。

近世のはじめ、いわゆる啓蒙時代の自然法論は、個人主義に立脚し、合理主義によつて推論する。

教會の傳統と教義とによつて拘束されていた人間が、長い他律の状態から脱して、自律・解放の要求に目覺めたとき、そこにまず發見された自我は、自由・獨立の個我である。そうしてさような個我を出發點として人間のあり方を規定し、神の存在を確認し、世界の問題を考察し、社會の組織を究明するにあつて、主として用いられた方法は、合理的な論證である。この合理的・個人主義的な自我の自己解放の要求が、文化生活の上では文藝復興となり、信仰生活については宗教改革となり、思索生活においては啓蒙哲學となり、最後に政治生活に關しては自由主義的自然法論となつて實現された。

近世初期の自然法論にいわゆる「自然」とは、「人間自然の本性」を意味した。すなわち、人間が個人としていかなる本性を有するかという問題をまず考察し、そこから出發して合理的に社會秩序の本然の姿を論究して行くというのが、近世初頭の自然法論に共通の方法であつた。しかしながら、いかに共通の方法を用いても、その場合に前提とされる人性觀の如何によつては、正反對の結論すらもそこから導き出され得る。なぜならば、もしも人間が本來社會的の性質をもつものとするれば、法は人間本來の平和な社會生活を基礎とする自發自生の秩序と見なされるのに反して、もしも人間の本性が反社會的鬭争的であると假定するならば、法は、人間相互の鬭争の危険を防止し、共同の生活を可能ならしめるために、理性によつて考案された人爲の法則と考えられることになるからである。これらの相對立する二つの見解は、ほぼ時を同じうしてあらわれた二人の代表者によつてそれぞれ典型的に

説かれた。一つはオランダのグロチウス、他はイギリスのホッブスである。

グロチウスは、當時のヨオロッパを支配した不信不義の國際關係と、各地に頻發する戦争および内亂の慘害とを見て、深く感ずるところがあり、平時・戰時を通じて諸國家の遵守すべき共通普遍の法の存することを主張し、かかる超國家的の法秩序——國際法——の妥當性を根據づけるために、ストア學派以來の自然法論の觀念を用いた。グロチウスによれば、人間は生れながらにして「社會本能」(appetitus societatis)を有する。すなわち、人はその何人たると、またそのいずれの國家に屬するとを問わず、相互に平和の共同生活を營もうとする通有性をもつ。すでに人類がすべてかかる社會本能を有するとすれば、この本能にしたがつて秩序ある社會生活を營むことは、自然の理法にもとづく正義の要求である。これに反して、社會生活の安寧を破壊し、同類相喰む鬭争をこれこととするのは、人間の本性を無視するものといわなければならぬ。條約を守らざるべからざる所以、戦うてなお慘害を恣のままにすることを許さざる所以は、社會本能を基礎とする自然法の要求に外ならない。

グロチウスとは正反對に、人間本來の反社會性から出發して、しかも、社會または國家成立の必然性とその機構の本質とを説いた者は、ホッブスである。ホッブスにしたがえば、人類は決して本性上社會的な生物ではなく、むしろ、各個人は本來ただ自己のためにのみ行動する。そのためには他人を犠牲にかえりみないのが、赤裸々な人間であり、その意味で「人間は人間に對して狼」(homo ho-

mini lupus)である。したがつて、人類の原始生活を想像するならば、それは常に相互的侵害および衝突の危険に脅やかされた状態、すなわち、「萬人に對する萬人の鬭争」(bellum omnium contra omnes)でなければならぬ。しかしながら、かくのごとき状態をつづけることは、それ自身人間の自己保存の本能と矛盾する。しかるに、人間は、一方ではあくなき利己本能を有すると同時に、他方では冷靜な理性と創意とを備えている。そこで、人々は、その理性によつてかかる原始鬭争の状態から脱出する方法を案出した。それは、各人の間の契約によつて國家的生活に入ることである。しかも、常に鬭争の原因となるところの強韌な利己性に活動の餘地を與えないためには、個人の自由をばすべて國家の支配者の手に移し、萬人が國家權力の絶對性の下に服することを必要とする。すなわち、國家は各人の自發的に締結した契約によつて成立したが、ひとたび契約によつて成立した國家は、その本質上絶對專制の組織を備えなければならぬ。なぜならば、國家の支配が絶對專制的であればあるほど、人間相互の侵害・鬭争の危険は、それだけ有効に排除され得るからである。

グロチウスおよびホッブスによつて兩極端の論據から説かれた自然法論は、ドイツ、オランダ、イギリス、フランス等の諸國にそれぞれの繼承者を出し、北アメリカ合衆國の獨立およびフランス革命を頂點とする、解放および自由の時代思潮を醸成した。

ドイツにおいては、まずプウフェンドルフ^(三)があらわれ、グロチウスとホッブスの見解を折衷した自然法論を唱えた。かれは、一方、人間自然の社會性を認めると同時に、他方、人間は社會性と同時に反社會的利己性をも有するために、その原始生活には決して平和の確實な保障がなかつたと考え、そこから、國家の起源をば權利の保障と危険の防止とのための契約に求めた。プウフェンドルフの場合には、國家契約は半ばは歴史上の事實のごとくに、半ばは國家存立の合理的根據のごとくに説かれ、その間の方法論上の分界はいまだ明らかにされておらない、次に、トマジウスは人間の行動の窮極目標は福利にあるとなし、法および道德の問題をばこの前提の下に説明した。トマジウスの學説は、法と道德との明確な限界づけを與えた點で注目すべきである。かれによれば、法は人と人との關係の規律であり、専ら外面にあらわれた行動を義務づける。したがつて、法的義務は強制によつて履行せしめられ得る。これに反して、道德は人間の良心の規律であり、内心の平安をもつてその目的とする。それ故に、道德は強制され得ず、また強制されるべき性質のものでもない。トマジウスは、かくて、強制の可能性をもつて法を道德から區別する徴標と定めた。強制の有無によつて法と道德とを識別する標準とする見解は、トマジウスにはじまるといつてさしつかえない。

プウフェンドルフがグロチウスとホッブスとの間の折衷説を唱えたのに對して、これと時を同じうするオランダの合理主義形而上學の代表者たるスピノザ^(五)は、その汎神論的決定觀にもとづいて、人間の行使する實力はそのままその自然の權利を意味すると考え、人間天賦の本能の發揮はただ國家契約

によつてのみ制限され得ると論じて、ふたたびホッブスに接近した。しかし、法および國家は人間生活の利益のために設けられた制度であり、ただその效用の故にのみ存続し得る。したがつて、いかなる政府も國民の福利を尊重しなければならぬ。もしも政府が國家の存在理由を無視して壓政を行うときは、その國家は革命によつて崩壊する危険がある。かくて、スピノザは、專制政治にはそれ自らを破綻に導くべき契機が含まれていることを指摘し、その點でホッブスの絶對主義を訂正した。

イギリスの思想の特色は經驗の尊重にある。大陸の形而上學に對して、知識の淵源を感性知覺に求めたロックは、法および國家の根本原理を探究するにあつても、單なる合理主義的推論を排して經驗主義の方法によつた。したがつて、從來の自然法論が國家の始原を論ずるにあたり、事實を無視して推理に頼つたのに反し、ロックは、國家成立の由來を明らかにするため、まず現存する國家の實態を調査し、その中から、國家自身の發達の結果生じたと認められる現象を排除して行くことによつて、國家成立以前の人類の生活狀態を推定しようと試みた。この方法によつて得たロックの推定にしたがえば、自然狀態にある人類は本來自由かつ平等であつて、相互に支配服從の關係に立つことなく、かつ、何人といえども勞働および占有によつて財産を取得する權利を有していた。しかし、かくのごとき自然狀態には確乎たる安全の保障がなく、したがつて、暴力による侵害を受けた者は、實力によつてその侵害を排除する外はない。そこで、人類は、その不安定な自然狀態を去つて、相互の合意に

より國家を設けるにいたつたのである。ただし、國家の目的は共同生活の安寧を保全するにあるのであるから、人々はその目的に必要なかぎりの自由と權力とを國家に委ねれば足りるのであつて、決してホッブスのいうがごとくに個人の自由および權利の全部を放棄すべきではない。故に、ロックは、國家が行政、裁判、刑罰の權力を有することを認めつつ、その權力は國民の自由と權利とを保護するためにこそ存在すると見る。しかも、國家制度そのものが國民の合意によつて設けられている以上、國家における一切の權力の根源は國民の意志に存せねばならぬ。これに反して、もしも權力者がその權力を濫用して人民の自由や權力に不當な壓迫を加えた場合には、それは、自然狀態における暴力行為となるところはない。したがつて、人民は、やはり實力によつてその救済を求めることができ。かように説くロックの自由主義的國家觀は、イギリスの政情に適した理論であつて、その立憲政治の發達を指導する上に與つて力があつた。

個人主義の自然法論と國家契約説は最後にフランスに入つて、その緊迫した社會狀態と情熱的な民族性に迎えられ、革命の思想的背景となつた。

中でも、人間の政治的自由を重んじ、したがつて、權力濫用の危険から自由を守るための政治組織について、新らしい構想の下に卓抜な理論を展開したのは、モンテスキューである。モンテスキューによれば、政治上の權力は、一點に集中すると、かならず濫用される危険が生ずる。故に、それを

防ぐためには、權力を分散させて、その間の均衡が自然に保たれ、いわば機械的に相互の牽制が行われるようにするのがよい。同じ人間が、法を作つてそれを適用したり、法的決定を下してそれを執行したりすることは、あらゆる政治上の弊害の生ずる源である。そこで、モンテスキューは、國家の權力をば立法と司法と執行とに明確に區分し、これをそれぞれ別個の獨立した機關に分屬させて、互に相侵することがないようにすべきであると論じた。有名な權力分立の理論がそれである。かれは、イギリス國民の享有している自由を讚歎し、その原因は、イギリスの政治組織がこのように仕組まれているためであると考えた。しかし、實際には、イギリスでは、立法權と執行權とは緊密に結びついているから、モンテスキューのこの認識は正當でない。むしろ、かれは、イギリスの制度を一つの素材として、その上に自己の創意を加え、權力分立制をば政治的自由を保障するための最善の政治組織として構想したのであつて、その理論は近代國家、なかんづくアメリカ合衆國の民主主義的組織の上に大きな影響を與えた。

次に、ジュネエツ生れのスウィス人ではあつたが、フランス語で著書を書き、フランスの學界で活躍したルウソオ^(ル)は、國家契約をば歴史上の事實としてではなく、國家存立の論理的基礎としてとらえ、近世の自然法理論に深い内面化の轉期を劃した。

ルウソオ以前の國家契約説は、國家のない状態において個々別々の生活をいとなんでいた人類が、

或る時期にいたつて、國家の必要を認め、相互の合意によつてはじめて實際に國家を作つたかのように説くかたむきがあつた。しかし、それは、事實に反する物語りにすぎないばかりでなく、國家および法の保障の下にはじめて有効に行われるべきはずの契約をば、國家および法の成立の根據として豫想するといふあやまりを犯すことになる。故に、ルウソオは、いかにして國家が成立したかという事實上の由來は問題外として、すでに事實として存在している國家が、人間の自由と矛盾しない制度として是認され得るためには、國家の制度はどうあらなければならぬかを考察し、國家存立の論理的な根據をば、國民の合意に求めた。かれが、その『社會契約論』のはじまりにあつて、「人間は自由に生れた。しかるに、人間はいたるところで鐵鎖につながれている」といつているのは、問題の提出である。つづいて、「どうしてそうなつたか。私はそれを知らない」と自問自答しているのは、國家契約をば歴史上の事實として説く意圖はないことを明らかにしている。そうして、さらには、「どうすれば、それを正當なものと認めることができるか。この問いには、私は答えることができると信ずる」と書いているのは、ルウソオの契約理論が國家制度を正當化するための論理的な考察であることを示すものに外ならない。

人間の生れながらの自由と、現實の國家生活にともなう權力による拘束とは、互に矛盾する概念である。しかし、もしも國家がすべての國民の合意によつて成立したものであるかのごとくに組織され

ているならば、したがつて、政府の権力があくまでも國民の意志にもとづいて運用されているならば、國民がいかにその権力によつて統制されても、それは「自律」であつて、「他律」ではない。しかるに、自律の拘束は、自由の理念とは矛盾しない。故に、ルウソオは、すべての國家は、國民の意志によつて組織され、國民の意志によつて作用するものでなければならぬと考へた。國家がそのような組織をもち、そのような作用をいとむかぎり、われわれは國家をば正當な制度として是認することができる。しかるに、國家の組織や作用は、すべて法によつて定まる。故に、國民の意志はすべての法の淵源でなければならぬ。いいかえれば、法と権力との最高の淵源としての主權は、國民に存しなければならぬ。かくて、ルウソオは、論理的に要請された國家契約の理論から出發して、國民主權主義を確立した。ルウソオによれば、権力の行使にあたる政府が、どういふ組織であろうと、すなわち、君主が政府の首腦者であろうと、少數の者が政府を組織することにならうと、あるいは、國民の多數が政治の衝にあたる仕組みになつていようと、主權は常に國民にあるのである。

ところで、主權者としての國民の意志は、個々の國民の意志の單なる集積ではなくて、國民の「總意」(volonté générale)でなければならぬ。國民の總意は、國民の「すべての意志」(volonté de tous)とはことなる。いいかえれば、すべての國民の意志が現實に合致することがあつたとしても、それはかならずしも國民の總意とはいひ得ない。なぜならば、國民の總意は常に「公共の福祉」(bien commun)を目ざすものである。故に、國民の總意は常に正しい。これに反して、國民のすべての意志が一致しても、それが個々の國民の特殊意志の偶然の一致にすぎないかぎり、それは公共の福祉をめぐすものではなく、したがつて、決して常に正しいものではあり得ないからである。ルウソオは、かように論ずることによつて、法の正しさは公共の福祉に合致するところにあるという見解を明らかにした。

しかし、常に公共の福祉に合致し、それなるが故に常に正しい法は、もはや現實の實定法ではあり得ない。なぜならば、現實の制度は、いかに合理的に形づくられたものであつても、決して常に正しいというわけには行かないからである。したがつて、常に正しい法の淵源となる國民の總意もまた、國民の現實の全員一致の意志や多數意志ではなくて、あらゆる現實的な意志決定の準據すべき法の理念でなければならぬ。かくて、ルウソオは、すべての政治的権力の根柢にある國民の總意をば「常に正しい」と見ることによつて、これを現實を越えた理念の世界にまで引き上げたのである。

ルウソオのいう國民の總意は、現實の立法意志ではなくて、一切の現實の政治決定の根柢をなすべき、正しい立法意志の「理念」である。そうなると、その正しい立法意志の理念を現實にとらえるには、いかなる方法によるべきかという、大きな問題が残る。そのための方法として、實際には多數決による外はないと見るのは、民主主義の常型である。しかるに、ルウソオは、國民のすべての意志が

一致しても、それはかならずしも、國民の總意ではないといつた。この言葉は、多數決原理を否定しているものともとれる。なぜならば、全員一致の意志でさえ正しくないことがあり得るとすれば、多數の意志だから正しいということも、いふ得ないはずだからである。しかし、かれは、他方ではまた、國民の總意は國民投票の多數の中にあられるといつて、明らかに多數決原理を肯定している。その點から見て、ルウソオの法哲學が近世民主主義の基礎を築いたことは、確かである。これに對して、もしも國民の總意をば超個人的な普遍意志と解し、そのような普遍意志は、理念であると同時に現實的なものであると見るならば、ルウソオの法哲學は直接にヘーゲルにつらなる。ルウソオの理論は、その意味で、近世の法および國家思想の二つの流れ——個人の自由を重んずる民主主義と、普遍意志の自由を主張する全體主義——の分岐點となつたものといつてよい。

- (一) Hugo Grotius (1583—1645): De jure belli ac pacis, 1625.
 (二) Thomas Hobbes (1588—1679): De cive, 1642; Leviathan, 1651.
 (三) Samuel Pufendorf (1632—1694): De jure naturae et gentium, 1672.
 (四) Christian Thomasius (1655—1728): Fundamenta juris naturae et gentium, 1706.
 (五) Baruch Spinoza (1632—1677): Tractatus theologico-politicus, 1670; Ethica, 1677.
 (六) John Locke (1632—1704): Two Treatises of Government, 1685.

(七) Montesquieu (1689—1755): De l'esprit des loix, 1748.

(八) Jean Jacques Rousseau (1712—1778): Discours sur l'origine et les fondemens de l'inégalité parmi les hommes, 1755; Du contrat social, 1762.

二 カントの法哲學

ルウソオが、國家契約説をば發生論的な事實の説明と見ず、それによつて、國家が自由の理念と矛盾しない制度と認められ得べき論理上の根據を明らかにしようとしたのは、大きな卓見である。更にまた、法を定立する權威としての國民の總意についても、それを現實的な立法意志としてとらえるかわりに、それが、常に正しい立法意志の理念であることを示したのも、かれの深い洞察を物語っている。現實の法と權力との根柢には、現實の權力をもつて左右すべからざる普遍的な立法の理念が儼存している。それは、事實の説明ではなくて、普遍的な人間理性の要請である。かようにして、近世啓蒙時代以來の法および國家に關する論究は、單なる事實の問題から離れて、論理の問題、理性の問題となつた。この問題考察の方法論的轉換の意義を深く掘り下げ、これに透徹した哲學上の根據を與えた者は、批判哲學の創設者として不朽の偉業を成しとげたところのカントである。

カントの批判哲學は、一方では、認識の權限についての反省を閉却して絶對的眞理の把握に急ぐ獨斷論を排すると同時に、他方では、事實のみを重んじて相對論または懷疑論に陥る經驗主義をも批判し、「權利の問題」(quaestio juris)が「事實の問題」(quaestio facti)とは全く次元を異にすることを明らかにし、それによつて、因果必然の法則を超越した尊嚴な理性的自由の根據を確立しようとした。事實の如何にかかわらない當爲の確信、自然發生の由來に左右されることのない法および國家の原理は、批判哲學によつて最も深い基礎づけを與えられたのである。

カントによれば、因果律のような自然科学の根本原理は、經驗から歸納して得られた法則ではなく、知識そのものの成立の前提となる悟性の先天形式であり、したがつて、經驗の如何によつて動かされることのない普遍妥當性を有する。因果律は主觀を離れて客觀の世界に行われる法則ではなくて、認識主觀がそれによつて客觀界を構成するところの原理に外ならない。原因があれば結果があるという法則が自然界のいたるところに絶對の確實性をもつて行われるのは、自然そのものがこの法則を枠とし、その枠の中にあてはめられて構成されているためである。それ故に、因果律は自然界には普遍的に妥當する。しかし、因果律が妥當するのは、經驗の世界にあらわれた自然現象に關するかぎりにおいてのことであつて、超經驗的な道德の境地、人格の世界には、自らに別個の原則が行われなければならない。しからば、道德の世界に行われる法則は何か。それは自由の原理であり、當爲の法

則である。道德的信念の主體たる人間が、その確信にもとづいて定立する意志の普遍的法則は、因果の關係の如何にかかわることなく、かならず履み行われなければならないのである。因果律を根據とする自然科学の知識は、自然界における眞理性を主張することを得るが、これによつて道德的自由の要請を否定することは出來ぬ。ここに經驗的悟性認識の限界があり、ここにカントのいわゆる「實踐理性の優位」(Primat der praktischen Vernunft)が認められる。

もつとも、實踐理性の定立するところの道德法といえども、それが何らかの内容を含むかぎり、かならず經驗的事實の制約を受ける。したがつて、それは相對的であり、蓋然的であることを免れない。具體的に意志の準則を示す道德律が、民族によつてことなり、歴史とともに推移するのは、これによるのである。批判哲學は、自然科学的知識についても、それが悟性認識の先天的形式に關するかぎり、普遍的の妥當性をもつものとするが、知識の内容にいたつては、經驗とともに變化し、したがつて、絶對的ではなく、相對的であり、必然的ではなく、蓋然的であることを認める。同様に、道德律もまた、内容を含んだ行爲の準則としては決して絶對的の普遍性・必然性を主張することはできない。これに對して、道德が道德として認められるための純粹形式にいたつては、環境の相違・事情の變化に支配されることがないから、あらゆる民族・あらゆる時代を通じて普遍・不易の權威を有する。カントは、かかる道德の純粹法則をば「定言命令」(kategorischer Imperativ)と名づけ、これに次

のごとき表現を與えた。——「汝の意志の格率が常に同時に普遍的立法の原理として妥當し得るがごとくに行動せよ」(Handle so, dass die Maxime deines Willens jederzeit zugleich als Prinzip einer allgemeinen Gesetzgebung gelten könne.)²⁰

意志の普遍妥當的法則たる定言命令は、人間が自己以外の權威に仰ぐところの他律の命令ではなく、人間が自己自身の中に見出すべき自律の原理である。人は認識の領域において自然界に法則を與える立法者であるのと同様に、道德の世界においても、自ら自己の意志を規律すべき立法者でなければならぬ。したがつて、人格は常に道德法の創設者としての尊嚴性をもつて遇せらるべきであり、いかなる場合にも他の目的の單なる方便となり、奴隸となることを許さない。ここにおいて定言命令はすすんで、「汝は人をば、それが自己自身たる²¹と他人たる²²とを問はず、常に同時に目的として取扱ふ、決して單なる手段として用ゐることがないように行動せよ」(Handle so, dass du die Menschheit, sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden andern, jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloss als Mittel brauchest.)と命ずる。道德法の立法者たる人格は、自己目的を有する自主的存在であり、自己以外の規定根據を排除し得る自由意志の主體である。道德の世界は自由の世界であり、意志の自由は道德の根本豫想である。自然界は因果の法則によつて支配されているが、道德界にあつては、當爲の法則が存在の法則を克服する。「汝はなやめるべからざるが故になし能う」(Du kannst, denn du sollst.)

というカントの大膽なる斷定は、道德的人格の自律性にその根據をもつのである。

けれども、人間は、一方では自由な道德的存在者であると同時に、他方においてはまた經驗的事實の世界にも所屬している。そのために、人間の道德的自我は絶えずその心理的自我によつて不純化され、理性の要求はややもすれば個人的の欲望や感情によつて動かされることを免れない。ここに人間生活における理想と現實、當爲と存在の「二律背反」(Antinomie)があり、ここにまた、人間社會の秩序を攪亂する恣意と恣意との衝突の危険が生ずる。それ故に、人間が歴史の窮極點において眞の自由の世界を實現することが可能であるためには、まず、人と人との間の恣意の限界を定め、社會生活の秩序を現實に保障するための諸條件を設けて置かなければならない。そこで、道德の理想と現實の生活との接觸面に、道德に奉仕しつつ、なおかつ道德から分化した特殊の規範形態の發達が必要となる。このように、道德に奉仕しつつ、しかも、道德とは違つて、單に恣意と恣意との間の外的關係だけを規律する規範が、法である。すなわち、カントの定義によれば、「法とは、一人の恣意と他人の恣意とが自由の一般法則にしたがつて相互に結合せしめられ得るための條件の總體である」(Das Recht ist der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des andern nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit zusammen vereinigt werden kann.)²³

故に、カントの解する法は、道德に對して二重の關係に立つ。第一に、法は根本において道德に従

屬するものでなければならぬ。法的共同生活は人間の實踐行動の規律ある相互關係であるから、その法則はあくまでも實踐理性の原理から導き出さるべきである。けれども、道德の原理から導き出された法の法則は、第二に、道德から分化した特殊性を有する。法は、義務の實行を命ずる點では道德と異ならず、かつ、法義務は道德義務から派生したものでなければならぬが、道德が義務の履行の内面的動機を直接の問題とするのに反して、法はあえて動機の如何を問わず、その行為が外面的に義務に合致することをもつて満足する。だから、「道德性」(Moralität)は、道德律に基づく義務の觀念が動機となつて行われたところの行為について認められる。これに對して、「合法性」(Legalität)は、いかなる動機によるにせよ、行為がともかくも外面的に法則に適つてゐることを意味する。行為の單に外面的な合法性は、「強制」(Zwang)によつても實現せしめられ得る。これに反して、道德性は強制の契機を含まない。強制された道德は、もはや眞の道德ではないからである。故に、法と強制する權能とは根本的に一致する。自ら法を定立し、自らの恣意をばその法にしたがうように強制するのは、決して自由の否定ではなく、むしろ、眞の自由を實現するためにならざる經なければならぬ段階である。かように、カントにおいては、法と道德との區別の標準は、法の外面性、殊に法に結びついた強制の契機に求められた。

このような法の概念から出發して、カントは、それまでの自然法論者と同じように、國家契約説に到達した。

カントによれば、人は生れながらにして自由を行使する權利、すなわち、自ら法則を立て、これにもとづいて行動する權利を有する。けれども、實際には、人はしばしば自由と恣意とを混同し、恣意的な自由によつて他人の自由を侵害する。それでは、人間の共同生活は成り立ち得ない。そこで、現實の人間生活には、各人の恣意的自由を制限する必要が生ずる。このように、人間の恣意的自由を制限し、それによつて社會共同の生活を可能ならしめるものは、法である。この法にしたがうことによつて、人々の間にはさまざまな法的關係が成立する。ところで、多數の入々が互に法的關係に結びつけられその法が強制をともなつて有効に行われ得るためには、單なる個人意志の上に位してこれを規律・統制する總體意志が存在して、各人の權利を保護すると同時に、かれが他人に對して負う義務を履行せしめて行かなければならない。かような總體意志は、國家においてはじめて存立し得る。いかえれば、一切の法的關係は、國家の中においてのみ可能なのである。

それでは、一體、國家そのものはどうして成立したか。この問いに對しては、カントもまた、契約による、と答える。これは、表面上は明らかに矛盾した答えである。何となれば、前にもいつたように、契約は一つの法的關係であり、しかも法的關係はすべての國家の總體意志の下に成立するとすれば、國家の成立の基礎を更に契約に求めるのは、國家以前に國家を豫想することになり、一種の循環

論法に陥るからである。けれども、カントは、この問題について、ルウソオよりも更に明瞭に歴史的
事實の説明から離れた。すなわち、かれは、すべての契約の法的拘束力を保障すべき國家は、その法
的構成において、論理上、國家契約を前提とせざるを得ないと考えたのである。國家の存立が論理上、國
民すべての合意を前提とするというのは、國家が事實上いかなる事情の下に發生したかにかかわら
ず、國家の組織とその權力の運用とは、かならず國民の意志にもとづかなければならないということ
を意味する。すなわち、カントにとつては、國家契約もまた「事實の問題」ではなくして、あくまで
も「權利の問題」であり、そこから、國民の意志を基礎とする民主主義の國家組織の論理的必然性が
導き出されたのである。

かように、國家の内部では、國民の意志にもとづく法が行われ、國家の權力が法の強制を確實に保
障することによつて、各人の恣意と恣意との關係が合法性の枠の中に秩序づけられる。國家の内部に
おける人間共同生活の平和は、それによつて保たれるのである。それでは、國家と國家との間の恣意
の相互關係は、いかにして規律せられるか。不斷に戰爭の脅威にさらされている國際社會の平和と秩
序とは、何によつて維持され得るか。

國內社會では、國家の法が強制力を有し、それによつて個人個人の恣意が制限される。これに反し
て、國家と國家との間には、國家以上の法的權威が存在しないために、戰爭の絶えるときがない。し
かるに、國際平和は、何にもまして重んぜらるべき政治上の最高善である。故に、世界永久の平和を
確保するためには、多數の個人の上に國家が存立しているように、多數の國家を越えた世界單一の
「萬民國家」を作るのが、最も合理的な方法であろう。しかし、カントによれば、現存する多くの國家
が一齊に自らの主權を放棄して、世界單一の政治社會に統合されるということは、いづくして行わ
れ難い。いいかえれば、世界國家の建設は、「理論上」(in thesi)は正しうが、「實際上」(in hypothesis)
は行われ得ない。そこで、かれは、すべての國家が民主的な法治國家となること、および、それらの
民主國家の間の協定によつて國際聯盟を組織すること以外には、永久平和のために實行すべき適當な
方法はないと説いた⁽¹⁾。これは、カントが、國際聯盟によつて永久平和の基礎が確立されるということ
を、安易に期待したことを意味するものではない。國際聯盟を作つても、平和が破れる時が來ること
は免れないであろう。それでも、永久平和が政治上の最高善であるかぎり、そうして、人間が理性を
有するものであるかぎり、その確立のためにあらゆる努力をつづけて行くべきであるというのが、カ
ントの固い信念に外ならなかつたのである。

(1) Immanuel Kant, 1724—1804.

(1) Theoretisch-philosophische Schriften von Kant: Kritik der reinen Vernunft 1781, 2. Aufl. 1787; Prole-
gomena zu einer jeden künftigen Metaphysik, 1783.

(III) Ethische Schriften von Kant: Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, 1785; Kritik der praktischen Vernunft, 1788; Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre. 2. Teil der Metaphysik der Sitten, 1797.

(IV) Rechtsphilosophische Schriften von Kant: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre. 1. Teil der Metaphysik der Sitten, 1797.

(V) Zum ewigen Frieden, 1795.

三 カントからヘゲルへ

カントが主観の超個人的構成作用によつて知識および道德の客観性を立證した後を承けて發達したドイツ觀念論の哲學は、カントの發見した先驗的超個人的主観をば實在の根柢にある絶對者として實體化し、ふたたび認識批判の限定を越えて「思辨的形而上學」の立場に還つた。すなわち、フイヒテは、カントの實踐哲學から出發して形而上學に入り、世界は道德的絶對我がその目的の實現のために産み出した對象である、と論じ、シェリングは、スピノザの汎神論の影響を受けて、自然と精神とをば絶對者の二つの顯現様態と見、絶對者は自然の段階を経て次第に精神に發展する、と説いた。そうして、最後にヘゲルは、ふたたびフイヒテの立場に近づいて絶對者を精神的理性的の存在と考え、

萬有をこの絶對理性の「辯證法的發展」と解することにより、「理性的なものは現實的であり、現實的なものは理性的である」(Was vernünftig ist, das ist wirklich; und was wirklich ist, das ist vernünftig.) という動的一元論を主張するにいたつた。

これらの三人の哲學者の前にカントを置いて、それらの巨大な體系の中で取りあつかわれている法および國家の理論を通觀すると、そこに、カントによつて代表される個人主義思想からヘゲルにおいて頂點に達した國家主義思想への大きな轉換が見られる。そうして、その轉換を自己自身の思想の變遷の中に示しているのは、フイヒテであり、その意味で、フイヒテは正しくカントからヘゲルへの移り行きの媒介者であつたことが知られる。これに對して、シェリングは、國家をば歴史的に發展する精神的な有機體と見、それにともない、法をば歴史的に考察する必要を認めている點で、むしろ、自然法論から歴史法學への轉換を示唆したものである。(一)

フイヒテの法および國家に對する初期の見解は、カントに酷似している。すなわち、かれは、理性的存在者としての人間の共存が、道德目的の實現のために不可缺である以上、各人は他人の自由を認めることによつて、自己自身の自由を制限せねばならぬと説き、そこに法の必要があると考えた。この法は、權力によつて保障されなければならぬから、法の必要からは當然に國家の必要が導き出される。フイヒテによれば、國家は、「強制する自然力」となつたところの法そのものに外ならない。「強

制する自然力」として法の實現に當る國家は、もとより完全な「法治國家」(Rechtsstaat)でなければならぬ。そうして、法治國家の任務は、人間の共同生活における道德の完成のための地ならしをするにある。したがつて、この地ならしの仕事は完了すれば、國家の效用もまた消滅する。故に、フィヒテは、統治そのものを無用ならしめることが、すべての統治の目的であるといつて、國家をば、人間の道德的自己實現の過程における暫定的の制度と見なした。これは、その當時のかれが、主としてその時代の警察國家を念頭において構想をすすめていたためであるといわれる。

ところが、第十八世紀から第十九世紀への移りかわりのころになつて、フィヒテは、このような消極的國家觀を修正し、國家に次第に積極的な任務を認めるようになった。すなわち、一八〇〇年に刊行された『封鎖商業國家論』では、かれは、經濟を統制して各人の配分を正し、すべての國民が人間らしい生活の基礎を築き得るよう配慮することをば、「理性國家」(Vernunftstaat)の使命として説き、個人主義から國家主義への接近を示した。しかも、人間の人間らしい生活とは、單にすべての人が不安なく勤勞に従事し、それによつて快適な經濟生活をいとむことを意味するだけではなく、すすんで、文化の青空を眺め、精神的教養を高める餘裕をもつ生活でなければならぬと論じた。そこでは、なお、國家は個人の正しい共存を保障するための「手段」と考えられているけれども、その中に、すでにフィヒテの「文化國家」(Kulturstaat)への關心が強くあらわれている。フィヒテのこの思

想傾向は、ナポレオン戦争による神聖ローマ帝國の滅亡に刺激されて急速に強化され、一八〇八年の『ドイツ國民に告ぐ』において、ドイツ國民國家建設への情熱として結晶するにいたつた。かくて、フィヒテによつて發見された國家の自己目的としての價值を更に強調して、眞の自由を實現するものは、個人ではなくて國家であるという國家至上主義に到達したのが、ヘゲルに外ならない。

(1) Johann Gottlieb Fichte (1762—1814) : Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre, 1796; Der geschlossene Handelsstaat, 1800; Reden an die deutsche Nation, 1808.

(11) Friedrich Wilhelm Joseph Schelling (1773—1854) : Neue Deduktion des Naturrechts, 1795.

四 ヘゲルの法哲學

近世の自由主義の世界觀は、個人の自由を求めた。しかも、國家生活における現實の政治的自由を獲得するために、専制主義とたたかい、封建主義を克服した。しかし、哲學的な意味での自由は、政治上の自由とはかならずしも一致しない。政治的な自由が獲得されても、もしも人がその自由と放縱とを取りちがえ、慾望のおもむくままに我意を貫こうとするならば、それはむしろ高貴な精神的自由

を蹂躪することに外ならぬであろう。それ故に、ルウソオは、國民の總意によつて個人の特殊意志を拘束することは、決して自由の否定ではなく、かえつてそこにこそ眞の自由があると考へた。更に、カントは、經驗界の存在者としての人間の意志は、感情や慾望によつて支配されているが故に、決して眞の意味での自由ではあり得ないと見て、先驗的な道德の世界に意志の自由を求めた。しかし、先驗的な道德の要請としての自由は、もはや現實の自由ではない。自由をば最高の價值として追求する近世自由主義は、非現實的・先驗的な自由のみを認めることによつては、満足せしめられ得ない。そこで、ヘゲルは、再轉して自由を現實の世界に引きもどすとともに、自由の理念をば超個人的・普遍的な主體と結びつけ、國家の普遍意志の無礙の自由を説くにいたつた。しかも、正しくそこに、ヘゲルの「普遍意志」(der allgemeine Wille)がルウソオの「總意」(volonté générale)の概念の繼承であり、發展であることが見出される。

ヘゲルによれば、法の本體は意志であり、意志の本質は自由である。そうして、意志の自由とは、意志が自己自身以外の何ものによつても限定されないことを意味する。したがつて、自由なる意志は、限定せられていない意志、すなわち「普遍意志」でなければならぬ。しかし、單なる無限定の普遍意志は、現實的な「主體」の意志ではない。意志が現實的な自由に到達し、そこに法の理念を實現し得るためには、意志は何らかの主體と結びつかなければならぬ。その主體が個人にまで限定

された場合には、意志は「個別意志」となる。けれども、個別意志にまで限定せられた意志は、もはやその本質たる自由を喪失する。故に、眞に現實的な自由意志は、何者の意志でもないような普遍意志でもなく、單なる個人の個別意志でもなく、それらの兩者を綜合しつつ、特殊への限定を受けた普遍意志としてあらわれる。それは、特殊の普遍者としての社會の意志であり、その最高の段階に位するものは、國家の普遍意志である。法の本質たる自由は、國家の普遍意志において、はじめて理念的であると同時に現實的となる。このように、肯定・否定・再肯定の三段階をくりかえしつつ、次第に理念と現實との相互包含にむかつてすすむ辯證法の動的論理が、ヘゲル法哲學の最も著しい特色であることは、改めていうをまたないところであろう。

「即自態」(An-sich-sein)から出發しつつ、即自態の自己疎外たる「向自態」(Für-sich-sein)を経て、即自・向自(Can und für sich)の自己完成に達する辯證法的發展は、法の世界では、まず、「抽象的權利」(abstraktes Recht)から「道德」(Moralität)へ、道德から更に「道義態」(Sittlichkeit)への三段階となつてあらわれる。それはまた、抽象的な普遍意志が、自己を次第に限定しつつ、具體的な普遍者の立場に到達する過程に外ならない。

抽象的權利は、直接態にある自由意志であり、一般にただ抽象的な「人」(Person)をその主體とする。人は、理性的の存在となるために、まず自由の外的領域として「物」(Sache)をもたなければ

ならぬ。ここに「所有權」が成立する。所有權は物に對する特定の意志の支配であるが、或る特定の意志の支配がその物から取り除かれた場合には、その物は更に他の人の意志の支配の下に置かれ、他人の所有に歸することが出来る。この過程を名づけて、「所有權の讓渡」という。讓渡の場合には、同一の物の上に、一つの意志の支配と他の一つの意志の支配とが繼起的に成立するのである。これに反して、二つの意志が同時に同一の物の上に支配を及ぼし、しかも兩者がその物の上において互に調和するとき、兩者ははじめて普遍性の契機にまで高められる。かくのごとき普遍意志成立の形成は、すなわち契約に外ならない。しかし、契約による普遍意志の形成には、時として普遍性の實質をとまわらないところの意志合致の假象が起り得る。一當事者の特殊意志によつて一方的に、しかも偶然または故意に、普遍意志の單なる外觀が形成される場合がそれである。他人を欺いてこれを錯誤に陥れ、それを利用して自己にのみ有利な契約を結ぶ場合のごときは、故意に成立した普遍意志の假象である。ここに、法の否定としての「不法」が生ずる。法の否定は、民法上の不法行為からはじまつて、刑法上の犯罪にいたる。不法は法の否定であるから、これをふたたび法にまで恢復し、眞の普遍意志の形成を可能ならしめるためには、更に法の否定に對する再否定の手段に訴えなければならぬ。犯罪に對する刑罰は、かくのごとき「法の否定の否定」(Negation der Negation des Rechts)として、積極的な意義を發揮する。それ自身一つの不法たる刑罰は、不法を止揚してこれを法に復歸せしめるための媒介として辯證法的に肯定されるのである。

抽象的權利は即自に自由な意志であるが、この即自的な自由意志が、その本來の普遍性の立場からひるがえつて個別性の立場に沈潜し、客觀的な「物」の支配の自由ではなくて、主觀的な自我に對する自己支配の中に自由を見出そうとするとき、そこにヘーゲルのいう道德の世界があらわれる。道德は、個別意志の自己反省であるから、よしんばそこに自由があるとしても、それは客觀的に實現された自由ではない。したがつて、それは、客觀精神の發展過程から見れば、止揚されるべき中間の段階にすぎない。本來普遍的なるべき意志は、この個別意志の道德性を乗り越えて、更に普遍者と特殊者とを綜合する道義態の立場に還らねばならぬ。道義態は、特殊なるものとして限定された社會的普遍者であり、個人を超越する全體である。ヘーゲルにとつては、かかる社會的全體としての意志の自己實現のみが眞に道義的に自由であり得る。「物」を支配することによつて成り立つ自由は、啓蒙期自然法論の求めた自由であり、「自己」を支配することをもつて本義とする自由は、カントの説いた道德的人格の自由であるが、ヘーゲルによれば、それらはいずれもいまだ即自向自に現實的な自由ではない。道義態は、超個人的な普遍性をその主たる契機とする。けれども、意志に含まれた個別性の契機は、ここでもまた社會的全體者と對立して道義態の中にあられ、普遍者が個別者を無自覺の狀態において包容するか、個別意志の跳梁によつて普遍者が假象と化するか、あるいは、普遍者と個別者と

の綜合の段階に達するかによつて、道義態それ自身の辯證法的發展が行われる。「家族」(Familie)、「市民社會」(bürgerliche Gesellschaft)、「國家」(Staat)の三階梯がすなわちそれである。

道義態の第一形態は家族である。家族は、直接・自然に存在する道義的の精神であつて、その統一は愛によつて結ばれる。家族を構成する各個人は、ただ家族の統一の部分として存するにすぎず、その獨立の單一體としての實在性は認められ得ない。そこでは、家族的全體のみが眞實在であつて、個人は全體としての家族の背後に埋没している。家族はそもそも婚姻によつて成立するのであるが、婚姻の出發點となるものは、一男と一女とがその個々の人格性を放棄して、統一的な單一人格を形づくろうとするところの合意に外ならない。すなわち、そこでは、個別性の没却が道義態の成立の條件をなしていることが知られる。

これに反して、道義態の第二の形態たる市民社會にあつては、逆に個別者が主要な位置を占め、普遍者は跳梁する個別意志の蔭に蔽いかくされる。故に、市民社會の出現は、あたかも道義態の喪失を意味するがごとくに見える。けれども、道義的意志の普遍性は、市民社會の中でも決して全く消滅してしまふのではなく、なお形式上の存立を保つてゐる。なぜならば、普遍性の形式がなくては、多數個人の共同生活そのものが不可能とならざるを得ないからである。すなわち、市民社會に生活する多數の個人は、無限に分化する慾望の満足を求める。かかる慾望の満足には、社會的な分業の發達を必

要とする。しかも、分業の組織は、社會的統一體の立場からのみこれを合理的に按配することができるのである。また、慾望充足のためには所有權の保護が必要であり、多數個人の利益を保全するためには、裁判制度および警察の整備を缺くことを得ない。これらの必要によつて、市民社會においてもまた、普遍性の形式が維持されて行くのである。ただ、市民社會の普遍性は、個人的利益の手段としての普遍性であるから、それ自身の實在性の根拠を缺いてゐる。市民社會は個人のために設けられた社會であり、したがつて、「道義的なるものの假象界」(Erscheinungswelt des Sittlichen)にすぎなす。

道義態は、この假象的な自己喪失の段階からふたたび自己の恢復にむかつて動き、それとともに、市民社會における普遍性の形式が、家族の中に直接に含まれてゐた道義的實體性の契機をもつて充實されることによつて、最後に國家の實現を見る。道義的普遍者は國家にいたつて完全な實在性と眞理性とを獲得するのである。しかしながら、家族における普遍者が個人の特殊存在を没却する普遍形態であつたのに對し、國家にあつては、普遍性とならんで個別性もその獨特の存在意義を發揮し、個人は明らかな自覺と、自己の判斷および自己の意欲とによつて普遍者の建設に參與し、國家の隆興を自己の目的として、そのために活動する。したがつて、ここでは普遍者も個別者も單獨には實在せず、普遍者は個別者を通じて實在性を保持し、個別者はまた普遍者によつてはじめて實在の精神にまで高められる。國家はかくて道義的理念の誠の實在であり、自ら求めるところのものを自ら求めるかぎり

において遂行する完全な自由意志の主體である。國家は全體と部分との調和であり、社會と個人との合致である。それ故に、國家は正しく最高の道義態でなければならぬ。

ヘゲルは、かくのごとくに客觀的精神の自己實現の過程を展開せしめることによつて、徹底した團體實在論と國家至上主義とを説いた。ヘゲルが至上の理念の自己實現と見た國家は、道義態の最高の段階である點で「道義國家」であり、個人の自覺を通じて客觀精神の結實をうながす點で、「文化國家」である。その意味で、それは、カントにいたるまでの單なる「法治國家」をはるかに越えた價值形象であるといつてよい。しかし、その反面、それは、完全に現實化するにいたつたところの自由意志の主體であり、その意味では、そのなさんとするところのものをなし得ないことのない「實力國家」である。ヘゲルは、法も道義も、國家においてきわまると見た。それは、いいかえれば、國家の外には、更にいにかえれば、國家と國家との間には、その關係を規律すべき法も道義もないということの意味する。したがつて、國家間の紛争は、戦争によつて裁決する外はなく、戦争となれば、强者の勝利に歸著する外はない。かくて、ヘゲルの道義國家論は、裏がえせば、國際法の否定となり、實力制覇主義の提唱とならざるを得ない。しかも、實力の歸趨によつてもろもろの國家が興亡をくりかえすうちに、世界史によつて運載された絶対精神は、著々としてその自己實現の歩みをすすめると考えたヘゲルは、平和の理想をば萬有神の祭壇に犠牲として捧げる戦争肯定者であつたといわなければならぬ。

(1) Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770—1831): Ueber die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts, 1802; Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821.

五 ヘゲル法哲學の影響

ヘゲルの死後のドイツ哲學は、觀念論の正統を繼承するものと、觀念論とは正反對の唯物論に轉換するものとの二派にわかれた。しかし、はじめにあるものはロゴスであり、イデアであるという立場に立つ場合、その前提から出發して展開される理論は、ヘゲルによつて一つの極致に達したものと見られ得る。したがつて、ヘゲル以後の觀念論哲學は、いずれもヘゲルの單なる祖述者または亞流の域を脱し得なかつた。これに反して、はじめにあるものを物質と考え、精神や理想はその反映にすぎないと見るならば、ヘゲル哲學とは正反對の、物質一元的な世界像を構成することができる。そのような著想の下に唯物辯證法を説き、光輝あるドイツ理想主義哲學の系統に終止符を打つたものは、ルウドウィッヒ・フォイエルバッハであつた。

ヘゲルの遺産を墨守しつつ、保守主義の法哲學や國家哲學を説いた學者に、古くはシュタアルStülpnagelお

よびラッソン^(三)などがある。やや下つて、コオラア^(四)ならびにベロルツハイマア^(五)は、法を文化の發展段階の一樣相として進化史的に記述し、自ら法哲學における新ヘエゲル學派をもつて任じた。しかし、このいわゆる新ヘエゲル學派は、辯證法の論理を閉却することによつて、むしろヘエゲルの精神を實證主義的に平盤化することに終つた。その他、イギリスでは、ボザンケ^(六)の國家論が、この經驗主義の國でヘエゲル國家哲學を祖述したものととして、異色を示している。

このように、ヘエゲルの祖述者たちの中からは格別新しい境地を開拓する學説は生れ出なかつたのに對して、ヘエゲルの觀念論を逆轉させたフォイエルバッハの唯物辯證法の影響を受けつつ、あらゆる社會思想や社會制度の根柢を經濟的生産力に求めることによつて、思想の世界にも政治の世界にも革命的な衝動を與えたのは、マルクス^(七)およびエンゲルス^(八)によつて代表される「唯物史觀」(materialistische Geschichtsauffassung)である。

唯物史觀によると、すべての歴史的變革は、物質的な生産力の變化によつて規定される。すなわち、一切の社會經濟上の生産關係は、その時代の生産力の状態を基盤として築き上げられているのであつて、かような經濟的基盤から離れては、いかなる人間の意志をもつてしても、いかなる目的意識をもつてしても、そこに成立している生産關係を動かすことはできない。そうして、法秩序とか政治組織とかは、かくのごとき生産關係が制度的に確立されたものに外ならないのである。したがつて、

或る時代の生産力が變化しはじめると、生産力と生産關係との間に喰い違ひが生じて來る。それと同じ時に、從來の生産關係を維持するために構築された法秩序や政治組織と、新たな生産力や生産様式との間に大きな矛盾が起る。この矛盾は、それまでの生産關係を維持することを利益とする階級と、生産力の變化によつて發達した新しい階級との間の闘争となつてあらわれる。しかるに、物質的生産力の變化は、個人の意志や一つの階級の躍起の努力によつては阻止し得ない必然性をもつて行われるから、やがて、この階級闘争は革命による總決算にまで發展せざるを得ない。そうして、それにともない、在來の生産關係は、法制度や政治組織のような一切の「上部構造」(Überbau)とともに、したがつてまた、思想や道德や哲學のごときすべての「イデオロギイ」とともに、徐々に、もしくは急激に崩壊するにいたる。

これを近代社會の動向にあてはめて見るならば、産業革命による生産力の變化は、主として農業生産を基盤として安定していた封建社會の組織を崩壊させて、近代的市民社會の生産關係を急速に發達せしめた。そこでは、工業生産がさかんになつて、すべての財貨は、商品として等價交換の法則にしたがい、流動的に取引されるようになった。それとともに、財貨に對する私所有權が重んぜられ、商品交換經濟の圓滑をはかるための契約自由の原則の確立を見た。そうして、すべての個人はひとしく所有權の保護を受け、自由な契約の主體と見なされることによつて、法的形式の上での人間の平等

と自由とが保障されることになつた。

しかしながら、すべての個人にひとしく保障されているはずの所有権が、消費財貨のみならず生産財貨をその支配力の下に置くようになると、その財貨はその所有権者の「資本」となる。そうして、資本家はその資本を投じて企業を經營すると、資本をもたない大勢の労働者がそこに傭われ、自己の労働力をば「商品」として、生計の資たる賃金と交換する。その場合、工場で生産される商品の価値は、労働によつて生み出されるのであるが、このような生産様式の下では、労働によつて生み出された価値から賃金を差し引いた残りの「剰餘價值」は、すべて資本家によつて「搾取」される。その結果として、社會の富は次第に資本家の手に吸収され、その逆に、無産階級の數はますます増大して行く。しかも、資本主義の經濟組織においては、大資本は中小資本に對して絶對の優位に立つから、富の偏在は幾何級數的にはなはだしくなり、自由競争に敗れた中小工業者や、都市の資本によつて壓迫された農民の中からは、いよいよ多數の無産勤勞大衆が生れて来る。それらの無数の労働者は、辛うじて生計の資を得るための働く「手」以外のあらゆるものを資本家に吸い取られてしまふが、働く「手」をもつ無数の労働者が團結して資本家と對抗するようになると、その反撥は俄然として迫力を加える。かくて、ブルジョアジイとプロレタリアアトとの階級闘争は次第に激化し、いさおいのさわまるところ、ついにプロレタリアの革命となつて爆發する。そうして、ブルジョアジイの

支配と、その支配を保全するための一切の法制度や政治組織と、それらの機構を尊いものと思ひ込ませるためのあらゆるイデオロギイとは、礎石を取り除かれた大建築のように崩壊する。

プロレタリアの革命が成就すると、資本主義の經濟組織は顛覆し、生産財貨の私有は否定されて、社會主義の生産關係が確立される。それと同時に、プロレタリアに對するブルジョアジイの階級支配の道具としての國家制度もまた、根本から變革される。しかし、そのことは、國家制度そのものを無用ならしめるものではない。なぜならば、革命が行われても、ブルジョア階級の再起を抑壓するため、權力による強い統制を行うことが必要だからである。ただし、その權力は、もはや完全にプロレタリアによつて掌握される。すなわち、それは、「プロレタリアの獨裁」である。この國家形態においては、すべての人間は、その能力に應じて生産に従事し、その労働に應じて享有することができ、しかし、プロレタリアの獨裁によつてブルジョアジイが全く掃蕩され、階級の對立のない完全な共產主義社會になると、階級支配の道具としての國家も無用の長物と化し、自然に枯死する。その段階になつてはじめて、人はその社會の旗の上に、「各人はその能力に應じて働き、各人はその欲求に應じて享有する」(Jeder nach seinen Fähigkeiten, jedem nach seinen Bedürfnissen)と書くことができる。

唯物史觀は、このように論ずることによつて、プロレタリア革命の必然性を強調し、共產主義の政治運動を理論的に基礎づけた。その歴史觀は、「唯物的」(materialistisch)と呼ばれてはゐるけれども、

その根柢においては、不徹底に終つた市民革命のあやまりを是正して、完全平等な勤勞者のみの社會を實現しようとする矯激理想主義に立脚している。しかも、その目標に到達するために歴史の歩む道は、人間の意志によつて拓かれるのではなくて、經濟的生産力の變化という客觀的な力によつて打開されて行くを見る。その力が階級闘争を通じて現實的な法變革力となつて作用し、それによつて實定法の體系が次々に崩壊して行くのであると説く。それは、法の最後の規定根據をば、一切の實定法を超越する經濟の動きにあるとする點で、いいかえると、實定法の根柢にある經濟的な自然法則が法を動かす最後の力であるとする點で、しかも、その自然法則によつて歴史が動き、法が變革されることを、單に必然的であるとして拱手・傍觀するのではなく、それを是認し、それを肯定し、全力を擧げてそれに拍車をかけねばならぬ、としている點で、正に一種の自然法論——經濟的自然法論——であるといふことができるであらう。

(I) Ludwig Andreas Feuerbach (1804—1872) : Kritik der Hegelschen Philosophie, 1839; Wesen des Christentums, 1841.

(II) Friedrich Julius Stahl (1802—1861) : Die Philosophie des Rechts, 1830—1837.

(III) Adolf Lasson (1832—1917) : System der Rechtsphilosophie, 1882.

(IV) Joseph Kohler (1849—1919) : Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 1909.

(H) Fritz Erolzheimer (1869—1920) : System der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, 1904—1907.

(K) Bernard Bosanquet (1848—1923) : The Philosophical Theory of the State, 1899.

(F) Karl Marx (1818—1883) : Die deutsche Ideologie, 1845; Das kommunistische Manifest, mit Engels, 1848; Zur Kritik der politischen Oekonomie, 1859; Das Kapital, 1867—1891.

(E) Friedrich Engels (1820—1895) : Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staates, 1884.

第三章 經驗主義の法哲學

一 歴史法學

一般に哲學が形而上學と經驗主義とにわかれて發達して來たように、法哲學にもまた同様の二つの傾向がある。法哲學上の經驗主義は、時と處とを超越する自然法を認めず、法をば民族生活の歴史的發達の所産と見なし、または、法をば社會の實益という見地から説明しようとする。故に、歴史法學および實利主義は、經驗主義の法哲學としてまず考察されるべき二つの主要傾向である。經驗を一切の知識の基礎に置くことは、經驗科學以外に哲學を認めない立場であり、したがつて、經驗主義の法哲學を論ずるのは、名稱自身に矛盾があるともいわれ得ようが、經驗主義が自己の立場を唯一の正當な立場とする以上、それはすでに一つの哲學的な態度を採るものとされなければならない。また、歴史法學は種々の意味で形而上學的な契機をも含んでいるが、それが自然法論と最も著しい對立を成している點で、法哲學上これを概括して經驗主義的傾向に數えることを妨げない。

歴史法學は、自然法論に對抗して第十九世紀初頭のドイツに興つた。元來、民族をもつて一つの精

神的實體と考え、民族生活の基體としての民族精神の實在性を説くのは、ロマンティックの時代思潮のあらわれであり、また、法をば人間精神の歴史的發達過程の一樣相として見る態度は、すでにシェリングおよびヘゲルの哲學にも認められ得るが、この傾向が法の實際問題と結びついて「歴史法學派」と呼ばれる一派を成すにいたつた直接の動機は、ドイツ民法典編纂の問題に關してテイポオとサヴェイニイとの間に行われた有名な論争である。すなわち、一八一四年にテイポオが、ドイツの國家的統一を成就するためには、まずドイツ一般に通ずる民法典を編纂する必要がある、という見解を發表したのに對し、サヴェイニイは、法は民族固有の法的確信にもとづいて歴史とともに生成するものであるという見地から、人爲的な共通法典の編纂に反對し、歴史法學の立場を樹立した。

サヴェイニイにしたがえば、法・言語・慣習、等の社會現象は、いずれも民族精神にその根據を有する。殊に、民族發達の原始状態にあつては、これらの諸現象は渾然として相互に融合していたのであつて、それらが別々な領域を劃して發達するようになつても、結局は一つのもの多様な顯現であることに變りはない。したがつて、法は、民族精神の特性と有機的に聯關し、常に民族の興亡とその運命を共にする。法は民族とともに生長し、民族とともに發展し、民族がその個性を失うにつれて衰退する。法はかくのごとくに民族精神の有機的表現であるから、その形成は數世代にわたる社會の法意識の動きによるのであつて、立法者の意志によつて自由に制定・改廢されるべき性質のものではない。

それは、あたかも、言語學者が文法と辭書とを作ることによつて、言語が作り出されるのではないのと同様である。法は、歴史の所産である。法は、その本質上成るべきものであつて、作らるべきものではない。——このサヴィニイの見解は更にプフタの周密な慣習法理論によつて布行され、歴史法學は一時ドイツ法學界に有力な地歩を占め、ティボオの提唱した民法典編纂の事業は、そのために第十九世紀の末まで保留されるにいたつた。

歴史法學は法を歴史的發達過程の中に置いて説明しようとしたが、歴史法學の功過もまた、歴史とともに明らかにされた。法の中には、確かに歴史法學のいうように、民族生活の非合理性と深く結合し、したがつて、人爲的な立法の作用によつてはとうてい一朝一夕に改變しがたい部分がある。このことは、親族法・相續法のように、人間の身分に關する法について、特に著しく認められる。けれども、法には、他面また、さわめて合理的な性質を有する分野があり、これらの分野においては、民族生活の自然の發達を俟たないで、人爲的に法を制定し、人爲的に法を統一することが可能である。明治年間に行われた我が國の立法事業の歴史は、法の人爲的移植または制定の可能性を雄辯に物語るものである。更にまた、今日の日本では、國法の全體系にわたる民主化立法が行われ、その範圍は親族法・相續法の領域にもひろく及んでいる。他方、更に商法のごとき技術的法規範にいたつては、民族を超えた世界的普遍性をもつものであるために、小切手法・手形法などについては、諸國家に共通する統

一法の制定が可能でもあるし、必要でもある。民族をもつて法體系の動かすべからざる單位とする歴史法學派の主張は、かかる實例に照らして、當然に訂正され、限界づけられなければならない。

(I) Anton Friedrich Thibaut (1772—1810) : Ueber die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches für Deutschland, 1814.

(II) Friedrich Karl Savigny (1779—1861) : Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1814.

(III) Georg Friedrich Puchta (1798—1846) : Das Gewohnheitsrecht, 1828—1837.

一 實利主義の法哲學

歴史法學は法の無意識的な生成過程を重要視したが、これとは反對に、法の目的は社會の實利と多數の幸福と以外にはないと考え、人間の意識的な目的活動こそ法を作る原動力であると解するのは、實利主義の法哲學である。實利主義は、一方では、不變・不易の法の絶対理念をかかげる自然法思想に反對する。その點では、實利主義は歴史法學と共同の側に立つ。しかし、他方では、社會の利益と幸福とのために法を絶えず改善し、共同生活の目的によつて常に新しい立法を行う必要があること

を認める。その點では、實利主義は、歴史法學のように、歴史と傳統とをそのままに重んずる立場とは正反對の立場に立つことにならざるを得ない。

實利主義の法哲學は、主としてイギリスに發達した。その著名な創唱者はベンタムである。イギリスの學風は概して經驗主義を重んずるが、その反面、また、イギリスの國民性は概して保守主義的である。特に、イギリスでは、ロック以來の自由主義の傳統があり、立憲制度が早くから發達していたので、ヨオロッパ大陸に民主主義の革命が起つても、それと同じ理念によつて社會制度を改革する必要はないという自信があつた。したがつて、自然法思想は、大陸では革命の指導原理となつたのに反して、イギリスでは逆に保守主義と結びついた。かような保守主義的自然法思想は、ブラックストオンによつて代表される。ところで、ベンタムは、正しくこのブラックストオンの保守主義の法理論に反對し、法は社會生活の實益を増進することを任務とするものであるから、實益にかなわない法は、舊來の制度といえども大いに改革すべきであり、いままで閑却されていた施策であつて、社會の實利に寄與するものがあるならば、立法によつてそれを著々と實現して行くべきであると論じて、第十九世紀前半における進歩主義の動向を指導した。

ベンタムの根本思想は、「最大多數の最大幸福」(the greatest happiness of the greatest number)と云ふ標語によつて要約される。すなわち、できるだけ多數の人々にできるだけ多くの幸福を與えるといふことが、道德の規準であり、政治の目的であり、したがつてまた、法の善惡も、舊法の改廢も、新法の制定も、すべて、この尺度にしたがつて評價され、考慮され、實行されるべきであるといふのである。ベンタムは、このきわめて簡單明瞭な原理から出發して、立法の原則をばざまな角度から理論的に分析し、法制度の改革について幾多の新らしい、現實的な提案を試みた。その影響は第十九世紀の中葉にいたつて顯著にあらわれ、一八三〇年ごろまでは保守主義の體制を堅く守つていたイギリスにも、それ以後は個人の福祉を目的とする新立法がさかに行われるようになったのである。それと同時に、ベンタムにはじまる實利主義の理論に對しては、主として超經驗主義の倫理學の立場から嚴しい批判が加えられた。その批判の第一は、幸福をもつて人生の目的とし、それを法や道德の價値の規準とするのは、卑俗な快樂主義であつて、人格の尊嚴性を冒瀆するものである、といふにある。批判の第二は、幸福は人間の主觀に訴ふるべきものであり、したがつて、何をもつて幸福と考へるかには人によつて千差萬別であるべきなのに、「最大幸福」などといつてこれを量的に取りあつかふとするのは、人間精神の幅と深さを無視する態度といわねばならぬ、といふにある。批判の第三は、實利主義によれば、人々の自利心に拍車をかけることとなり、かつ、内面の動機を問わないで、その結果のみによつて行爲の價値を評價することになるから、倫理說としては本末を顛倒する謬見である、といふにある。

實利主義は、ベンタムからジエムス・ミル^(三)を経てジョン・スチュアアト・ミル^(四)にいたり、第十九世紀のイギリスの指導的な社會思想となつたが、中でもジョン・スチュアアト・ミルは、これらの批判に答えて次のように論じた。

すなわち、實利主義は、幸福を人間生活の目的と見るが、その場合にいう幸福とは、決して物質的な快樂のみを意味するものではない。幸福の中には、さわめて高い精神的な愉悅も含まれている。人は、人生の苦しみ避けて豚の安逸をむさぼろうとするものではない。愚人の快樂よりもソクラテスの諦觀を高く評價する。それらの點を深く考慮する實利主義は、幸福の「量」だけではなく、その間に「質」の相違があることを充分に認めているのである。殊に、實利主義は、「自己」の幸福だけを標準として行爲の評價を行おうとしているのでは決してない。自己の幸福も重んぜらるべきであるが、社會には多數の「他人」が生活していて、それらの人々は、すべてひとしく幸福を追求し、幸福を享受する権利をもつているのである。故に、行爲の善悪は、その行爲がどれだけ多數の人々の上にとれだけの幸福をもたらすかを目安として、評價されなければならない。その意味で、實利主義は、確かに行爲の結果をもつて倫理的價值判斷の規準とする。しかし、いかに「動機」を重んずる倫理學說といえども、動機だけが善であつて、その結果としては萬人の福祉を破壊するような行爲を、倫理的に高く評價することはできないであろう。實利主義は、行爲の倫理的價值が社會生活における幸福の増進

によつて定まるものであることを主張し、その點で、直觀的倫理學といえども實利主義の立場を否定することは不可能であるという信念に立脚しているのである、と。

しかし、行爲をばそのもたらす結果によつて評價するといつても、或る一つの行爲がおよぼす影響は、無限といつてもよいくらいに多様であるために、結果から見ての行爲の倫理的評價はほとんど不可能な場合がすくなくない。しかも、人は、それにもかかわらず、或る行爲はそれ自身として善であり、他の行爲は最初から悪であると判斷せざるを得ないことが多い。人は、事實上の問題として、道徳と幸福とがかならずしも平行しないことを認めざるを得ないのである。しかし、この矛盾は人間の不完全性と社會生活の缺陷とによるものであると考えるならば、そこに問題の一應の解決は求められ得るであろう。現在は、社會の發達がまだ充分でないために、そのような矛盾が生ずることを免れない。けれども、社會が更に次第に進化して行けば、道徳と幸福とは、それとともに追々に完全に平行するようになる。このような著想の下に、デアウイン以來の進化論の思想を社會現象の上に適用し、それによつて實利主義にともなう難點を取り除こうと試みたのは、イギリスの社會學を代表するスペンサーである。^(五)

かくのごとくに、道徳上の善と人間生活の幸福とは、社會の進化、歴史の發展とともに次第に兩立して實現されるようになると思つている點で、イギリスの實利主義思想は、アリストテレスの社會哲

學と多分に相通するものをもつてゐる。いいかえると、人間のエウダイモニアの實現をば歴史的発展の目的因とするアリストテレスの形而上學を経験主義的に徹底させ、それを少數の哲學者の理論としてではなく、ひろく國民精神の共同財としたものが、イギリスの實利主義思想であると見てよい。ここでは、その實利主義の思想をば法よりもむしろ道德に重點を置いて説いたが、この傾向の理論においては、法と道德との區別は重要な意味をもたない。したがつて、ここに述べた實利主義の理論はそのまま法の「正しさ」の規準であると考えて差しつかえない。その點でも、實利主義の立場は、正義をば最高の「善」として論じたアリストテレスの思想に酷似してゐる。

直接間接にイギリスの實利主義の社會哲學の影響を受けつつ、現代のアメリカの法哲學を代表する學者は、バウンド(六)である。バウンドは、一方、法の歴史的發達の由來を尊重し、社會的事實の上にあつた法現象の研究を重要視すると同時に、他方、將來にむかつて法の改善と發達をはかる必要を力説し、事實に立脚した法の目的論的考察を試みた。それでは、人は何をもつて法の改善、法の發達の目標とすべきであろうか。過去の法哲學はこの問題の解決に全力を注ぎ、法に對する價值判斷の絶對の規準を見出すことに力めた。しかし、バウンドは、かかる絶對的な價值判斷の可能性を疑ひ、法學者に與えられた任務は、すべての社會の利益を衡量し、その相互の平均または調和をはかることにある、と見る。すなわち、法は、できるかぎり僅少の犠牲をもつてできるかぎり多くの人間の欲求を

満足せしめるための社會制度たるべきであり、その發達は、法がこの意味で常に一層有效な「社會機能」(social engineering)を營むところに存するのである。——かように論ずるバウンドの學説は、次に述べるイエリングの目的法學にも近似してゐる。ただ、バウンドは、社會實利主義の主張を社會學や心理學の研究によつて裏づけて行く必要を認めてゐる點で、豊富な洞察力に頼りすぎた觀のあるイエリングの理論よりも、科學的であり、實際的であるといふことができる。

(I) William Blackstone (1723—1780) : Commentaries on the Laws of England, 1870.

(II) Jeremy Bentham (1748—1832) : A Fragment on Government, 1776; Introduction to the Principles of Morals and Legislation, 1789; *Traité de législation civile et pénale*, trad. par Etienne Dumont, 1802 (Bentham's Theory of Legislation, translated by G. M. Atkinson)

(III) James Mill (1773—1836) : Elements of Political Economy, 1821.

(IV) John Stuart Mill (1806—1873) : System of Logic, 1843; Principles of Political Economy, 1848; On Liberty, 1859; Utilitarianism, 1863.

(V) Herbert Spencer (1820—1903) : Principles of Ethics, 1879.

(VI) Roscoe Pound (1870—) : Spirit of Common Law, 1921; An Introduction to the Philosophy of Law, 1922; Law and Morals, 1924.

三 目的法學

ベントムは、ブラックストオンの自然法思想に反對して實利主義を主張した。これに對して、ドイツにおいては、優れたロオマ法史學者たるイエリングが、サヴィニイの歴史法學を批判しつつ法哲學に轉じ、實利主義と多分に共通する立場から目的法學を説いた。^{七〇}

イエリングによれば、法は民族精神のあらわれであるという歴史法學の説は、まさしく歴史上の事實に反する。近代ヨオロッパの大陸法がロオマ法の遺産を繼承するものであることは、誰よりもサヴィニイなどのごときロオマ法學者が、最もよく知つてゐるはずである。しかるに、中世のヨオロッパ大陸諸國においてロオマ法の繼受が行われた際には、ロオマ法はそれらの諸國民の「民族精神」とは何らの關係もない異質の文化財であつた。それなのに、ドイツやフランスでは、そのような異質の法が閉ざされた「民族精神」の扉をたたき、やがてそれらの「民族精神」によつて迎え入れられ、それら諸民族の法となり、遠く現代にいたるまで、ドイツ法やフランス法の中に血となり肉となつて融け込んでいる。かような現象は、歴史法學の公式では説明し得ない。また、かかる歴史上の大きな出來事を説明し得ない歴史法學が眞理であるはずはない。

そこでイエリングは主張する。——法はすべて目的の所産である。單に法だけにかぎらず、すべての人間の社會的行爲は、目的によつて決定され、左右される。すべての自然現象を支配するものが機械的の因果律であるのに反して、人間生活の根本法則は目的律である。換言すれば、人の行爲は常に何らかの目的によつて決定されるのであつて、決して單なる無意味・無意識の原因によつて動かされてゐるのではない。目的は人間の社會生活一般の原動力となり、一切の制度・文物の創造者となる。したがつて、法もまた、永い歴史的過程の中に自然・無意識に發達したのではなく、すべて人間の意識的な努力と活動とによつて生み出されたのである。目的は、この意味で、すべての法秩序の創造者でなければならぬ、——と。

それでは、法の體系を創造し、法の歴史的發達を指導している目的は、そもそも何であるか。イエリングはこの問題をば心理學的に解釋し、結局、利益の増進をもつて人間社會の目的と解した。すなわち、人間生活を動かす目的には、二つの基本的な形態がある。その一つは、個人的目的であつて、自己は自己のために存在する、という利己主義に歸著する。他の一つは、社會的目的であつて、社會の福利のために、自己の利益をさしひかえようとする利他的精神から出發する。これら二つの目的が互に結びつき、さまざまな形で實現されて行くことによつて、人間の複雑な社會生活が營まれる。しかし、いずれにせよ、人間の社會活動は利益を目的として行われるのであつて、精神的にせよ、物質

的にせよ、自分のためにせよ、他人のためにせよ、何らかの意味で利益を目ざさぬ人間の行爲はなく、それを目的とせぬ社會制度もあり得ない。

すべての社會制度は、——したがつて、すべての法は、——利益を求める人間の目的活動によつて生み出され、それを原動力として運用される。しかし、その中でも、特に強力に作用するものは、人間の利己心である。自己の利益を獲得し、自己の幸福を追求しようとする本能ほど強力なものはない。しかも、それにもかかわらず、人と人との關係が利益争奪の修羅場とはならず、原則として共同生活の秩序が保たれ、社會的な共存共榮が實現されて行くのは、何によるか。イエリングによれば、その理由もまた主として人間の利己心によつて説明される。

すなわち、人は、何人といえども自己の力だけでは生活を維持し、需要を満足させて行くことはできない。人間の生活は、かならず他人の力を必要とする。したがつて、人は、自己の勤勞によつて得たものを他人に提供することによつて、他人から自己の生活に必要なものを得ようとする。社會に生活するほとんどすべての人々は、かようにして、他人からの「報償」(Tönnies)を求めて、他人のため、社會のために働いているのである。各人がそれぞれ自己の利益を求めてやまないにもかかわらず、無数の人々の間のもちつもたれつの共存關係が秩序づけられているのは、各人の利己心が互に他に依存して、互に他人からの報償を求めるようになっていゝがために外ならない。しかしながら、もとより

それだけでは不充分である。世の中には、自己の利益のために他人の利益を侵害する者がある。他人を欺き、他人の利得を奪い、他人の生命をすら脅やかす者がある。社會の共存關係が、秩序正しく保たれ得るためには、そのような行爲を制壓し、禁絶する手段が講ぜられなければならない。この必要に應ずるものが「強制」(Zwang)である。自己の保全を求める人間は、強制を避けようがためにも、社會共存の規律を守らざるを得ない。

故に、すべての人間が自己の利益を求めて活動しているにもかかわらず、無限に多數の人々の間の平和な協力關係が維持されて行くのは、「報償」および「強制」という二つの動因が強く働いているからである。そうして、これら二つの動因を用いて、共同生活の秩序を保ち、社會に共存する人々の利益を圖るために發達した制度が、すなわち法に外ならない。法は、勞務や物品の給付に對する報償を確實にし、給付を拒み、報償に應じない者には、強制によつて義務を履行せしめる。このような法の機能によつて、はじめて人間の社會的共存が可能となる。故に、法は「社會の生存條件」(Lebensbedingungen der Gesellschaft)である。社會の生存條件たる法は、社會の生存を脅やかすような行爲に對する強制をとまなう。したがつて、法的強制をとまなわない法規ということは、それ自身矛盾であり、燃えざる火、照らざる燈というにひとしい。強制を必須の要素とするところの法は、強制を有効に行い得るだけの權力によつて裏づけられる。權力を背景としない法は、現實には行われぬ。そ

うして、現實に行われぬ法は、法の名に値しないのである。イエリングは、かように説いて、社會の生存條件としての法と、權力および強制との必然的な結びつきを認めた。

法は目的によつて作られる。社會の生存條件を整えるという目的にしたがつて、現實に法を作るものは、權力である。しかし、社會の生存條件を整備するために法を作つたところの權力は、自らの作つた法を思うままに破ることはできない。なぜならば、もしも權力が、自ら作つた法を自ら破つてかえりみないならば、法の規律の下に生活すべきは多くの人々もまた、法を破ることを意に介しないこととなり、社會の生存條件としての法は、根本から崩れてしまふからである。故に、法を作つたところの權力は、原則として自ら法の規律に服する。法治は、その意味で、權力の最良の政策である。しかし、もしも、法を守ることがかえつて社會生活を危殆に陥れるような場合が起れば、いかえると、法にしたがうか、社會の生命を救うか、二者いずれかを撰ばざるを得ない場合に立ちいたれば、權力は法を破つても生命を救うであらう。それは、難船に瀕した際の船長が、船と乗員の生命とを救うために積荷を海に投下するにひとしい。イエリングは、かように論じて、いわゆる「國家緊急權」(Staatsnotrecht)を是認した。

イエリングが、法を作り、法を動かす原動力をば人間の「目的」であると見たのは、正しい。何らの目的もない法というものは、存在しないし、存在しても全く無意味である。否、全く無意味・不合理的と思われる法であつても、それが法として社會生活を規律しているということ、そのことの中に、秩序の安定を圖るといふ目的が働いていることを見出し得るのであらう。故に、法はすべて目的の所産である。人間は、その社會生活の多様な目的を實現するために、法を作る。しかも、或る目的のために或る種の法を作らうとする動向がある場合、その目的に反對であり、したがつて、その法の成立を阻止しようとする勢力があれば、その結果として、力と力との對立・抗爭が行われ、結局はその中の強い力が法を作る。民主主義の政治原理が行われている場合にも、法を作るものは、「多數」の力に外ならない。その意味で、イエリングが法における「力」の要素を重んじているのも、正當な見解であるといふことができる。

しかしながら、イエリングは、單に法が權力によつて作られることを主張するばかりでなく、更にすすんで、權力が必要に応じて法を破ることを認めている。すなわち、法を作つた權力は、「權力の最良の政策」にしたがつて、自ら法の規律にしたがうことを原則とするけれども、やむを得ぬ必要が起れば、社會生活を保全するために、「手段」としての法を破棄するにいたるといふのである。

なるほど、歴史の現實としては、そのようなことがしばしば行われたに相違ない。しかし、既存の法の下ではもはや社會生活を維持できなくなつているとすれば、その法は「正しくない」法なのである。もしも、その法を破る以外には社會生活を「正しく」維持することができないとすれば、さよう

な法を破る力は、缺陷に満ちた法を排除して、正しい秩序への道を拓いているのである。いいかえる
と、その場合にも、力が法を支配しているのではなくて、法的な正しさが方に方向を與えているので
ある。このように、現實の力を方向づけるところの法的な正しさは、もはや社會生活の「手段」では
なくて、むしろ、その「目的」でなければならぬ。しかも、社會生活の中に實現せらるべき法的な
正しさは、個人個人が恣意的に追求する「主觀的」な目的ではなくて、法そのものに内在する「客觀
的」な目的であり、法の「理念」でなければならぬ。しかるに、イエリッングが、法の目的をば、も
つばら個人の主觀的な目的としてとらえ、個人の利己心や權力者の打算というようなものを越えた、
法の客觀的理念の考察をないがしろにしたことは、あまりにも現實主義的に法現象を見たために生じ
た、かれの理論の蔽いがたい弱點であるといふべきであらう。

(1) Rudolf Jhering (1818—1892) : Geist des römischen Rechts, 1852—68; Kampf ums Recht, 1872; Zweck im
Recht, 1877—83; Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, 1885.

四 自由法の運動と法社會學

イエリッングは、法を創造するものは人間の社會生活における目的であることを明らかにした。法が

目的によつて作られるものであるとすれば、すでに作られている法を解釋する場合にも、目的の立場
が重んぜられなければならない。法は、成文の法規として制定されたことだけによつて、法としての
機能を十分に發揮し得るものではない。成文法は、これを社會生活の目的にかなうように解釋するこ
とによつて、はじめて實際に役立つ規範意味の體系となる。そうして、實際に役立つ規範意味の體系
であつて、はじめて具體的な事件の上にも圓滑に適用され得るようになる。ことに、成文の法規に缺
陥がある場合とか、社會生活の實體が時代とともに急速に變化しつつある場合とかには、目的論的な
解釋なしには、法は全くの死物と化してしまふ外はない。このような見地から、法規の形式論理的な
解釋に終始しようとする「概念法學」(Begriffsjurisprudenz)に痛烈な批判を加え、法の自由解釋・自
由發見の必要を力説したのは、「自由法の運動」(Freirechtbewegung)である。

第十九世紀のはじめ以來、ヨオロッパ大陸諸國では、續々として成文法の體系が成立した。そうし
て、その思想上の根據となつたものは、啓蒙時代以來の自然法の理論である。この時代の自然法論
は、人間の自由と權利とを擁護するための永遠不易の法體系がなければならぬと考え、それを成文
の形で精密に構築して置くことが、權力の濫用を防止するための最上の方法であると見た。そのよう
な考えに立脚して宏壯な成文法體系が作り上げられた以上、今度はその成文法規を最も忠實に事件の
上に適用するための解釋理論が整備されなければならない。この解釋理論は、確乎不動の成文法規か

ら出發しつつ、確乎不動の論理の筋道を経て、法規の指定する通りの判決を導き出すことを任務とする。しかるに、そのような確乎不動の推論の筋道は、形式論理學にいう三段論法である。すなわち、法規を大前提とし、事件を小前提としつつ、その必然の結論として判決を導き出すことが、法解釋の原則でなければならない。なぜならば、この原則が嚴守されているかぎり、成文法を具體的な事件の上に適用する隙間に、權力者の恣意や裁判官の主観が介入するおそれはないからである。それが、概念法學的な法解釋理論の狙いであり、またその信條に外ならない。

しかしながら、いかに永遠不易と考えられる自然法の原理であつても、人間がそれを構想し、それを布行することによつて作つた成文法は、完全無缺というわけには行かない。また、よしんば一たびは、歴史の或る段階の社會情勢に完全に適合するような成文法の體系を作ることができたとしても、時代が推移し、事情が變化すれば、法規と社會生活の實情との間にならず大なり小なりの喰い違ひが生ずる。例えば、各人の社會活動における自己經營の自由を重んじ、自己のなした行爲に對する自己責任の原則を認める市民社會では、人は故意と過失とに對してのみ責任を負うべきである、という原理が確立される。しかし、大企業が發達し、高速度の交通機關が街路を疾驅したりするようになる、工場の經營者や自動車の運轉手に何らの過失がなくても、労働者や通行人が災害を受ける率が多くなる。その場合、過失責任の原則に立脚する法規を楯に取つて、工場主や自家用車の持主には損害

賠償の責任はないものとするれば、不幸にして災厄に遭つた者、またはその遺族は、一片の慰藉料を受けただけで泣き寝入りをしなければならない。それは、概念法學上は正しい解釋であつても、その結果は著しく公平を失ふことになる。そこに、法規の欠缺があることは、明らかである。それにもかかわらず、概念法學が、依然として成文法體系の無缺陷性を主張することは、大きな時代錯誤となることを免れなす。

そこで、自由法論者は、法の解釋をば形式論理の機械的適用から解放すべきことを主張する。成文法には明らかに欠缺がある。あるいはまた、適用せらるべき法規があつても、その法規が、移り行く社會生活の實體から見て、明白に不當・不合理な規定である場合もすくなくない。それにもかかわらず、法規を大前提とする三段論法の機械的な運用をこれこととし、たかだか類推解釋や反對解釋によつて多少の融通を利かせようとするがごとき解釋理論は、死んだ論理のために生きた法を犠牲としてばばからない態度といわなければならない。成文の規定があつても、それが時世に適合せぬ惡法であるならば、それはもはや法ではない。法に欠缺があり、もしくは、法がもはや法とするに足りない場合には、裁判官は、解釋によつて新たな法を發見し、正しい法を創造して行かなければならぬ。前に述べたような過失責任の原則が、そのままではもはや新たな事態に適應し得ないならば、解釋によつて無過失損害賠償の責任を認めて行くべきである。成文法は動かない。しかし、社會生活は不斷に動

く。したがつて、動く社會生活を正しく合理的に規律するためには、解釋によつて成文法に不斷の發展性を與えて行かなければならない。ここに、自由法運動の目標がある。

このような自由法の理論は、第十九世紀の末年以來、フランスのジェニイ、ドイツのフックス、カントロウイッチ、ヘック、オオストリアのエアリツヒなどによつて主張され、法解釋學の性格に大きな影響を與えた。その影響は、同じような成文法國たるわが國にも及んだが、中でも、終始一貫して自由法論のために豊かな論陣を展開して來られた學者としては、まず指を牧野英一博士に屈しなければならぬ。

成文法および概念法學的な解釋理論は、法の安定性にとつての強力な支柱である。しかし、法は、ただ安定しておりさえすればそれでよいというものではない。法の目ざすところは、生きた社會生活を正しく秩序づけるにある。社會生活が變化すれば、正しい秩序のあり方も當然それとともに變化しなければならぬ。變化する法の正しさを度外視して、固定した秩序の安定性のみを固執しようとすれば、法は次第に社會生活の生きた要求から遊離することを免れない。自由法の主張は、この弊害を明らかに指摘し、解釋に法創造的機能を賦與することによつて、法の弾力性を回復しようと試みた點で、没すべからざる功績を残した。もつとも、行きすぎた自由法的解釋は、裁判官の主觀に大きな發言權を與える結果、法的安定性をおびやかす危険があるけれども、法の解釋が立法の繼續であり、補充で

あつて、この作用なしには、いかなる法典も法たる生命を發揮し得ないということについては、今日ではもはや異論がないといつてさしつかえないであらう。

自由法論は、成文法規が法解釋の規準としてもつ絶對値を否定することによつて、法學者の關心を生きた社會現象の事實の上に集中せしめた。もしも自由法論の要求するように、裁判官は法規の形式的意味内容に拘泥せず、轉變する社會の實情に即した法の適用を圖るべきであるとすれば、かれは、一方では法の目的を明らかに把握すると同時に、他方においてはまた、社會の實生活の中に生動する法の現實形態を十分に研究して置かなければならない。自由法論者は、この意味で、法解釋の方法の刷新とともに法の事實探究の必要を力説した。そうして、ここに新たにその必要を認められたところの法の事實探究に冠するに、セコントを始祖とする「社會學」の名稱をもつてした。かくて、「社會學」のない解釋學は空虛であり、解釋學のない社會學は盲目である（カントロウイッチ）という標語を示すように、自由法の運動と車の兩輪のようにならんで「法社會學」の登場を見たのである。

法の社會學的研究を行つて、最も生彩に富む成果を挙げた學者は、エアリツヒである。かれは自由法運動の先覺者の一人として、法規を偏重する從來の法解釋學の通弊を排斥すると同時に、豊富な法史學上の知識を基礎として社會生活の中に生きて働く法の實相を叙述し、法の事實探究のために新

らしい展望を與えた。

エニアリツヒによれば、法の社會學的考察は、法の研究の中心をどこに置くかについて、これまで廣く行われていた謬見を、根本からは正する。今日まで法學の主たる研究對象とされてきたものは、成文法規である。けれども、法規は、もともと裁判のための單なる一つの規準にすぎない。したがつて、成文法規が法の全部でないことはもとより、それはまた法の主要部分と解さるべきものでもない。歴史的に見るならば、法規は一般に「判決規範」(Entscheidungsnormen)から發達した。しかし、争訟に對して下される判決の規範がはじめて法を作るのではなく、法は争訟に先立ち、判決に先立つて、すでに社會に自發・自生の秩序として行われているのである。いしかえれば、法の根柢には常に「社會團體の内面的秩序」(innere Ordnung der gesellschaftlichen Verbände)がある。法の核心を成すものは、實にかかる社會團體の内面的秩序であり、判決規範および法規は、社會團體の内面的秩序が争訟によつて破壊されようとするとき、これを救済するために發達した、法の派生的發現形態にすぎぬ。かかる法の外面形態のみにとらわれて、法の内面的基礎を閑却しているかぎり、法の生きたあり方を正しく理解することはできない。

社會團體の内面的秩序は、社會生活の中に自らに發達した平和の法秩序である。しかし、この平和の秩序は、それだけでは闘争による秩序の攪亂を防止し得ない。したがつて、人間の集團が最初の實質結合の状態から出發して、次第に複雑な異質結合の段階にすすみ、その結果として團體生活の内部に利害の對立が起り、闘争が頻發するようになるにつれて、團體の内面的秩序の外に、主として闘争を裁定し、平和を回復するための制度が必要になつて來る。裁判および強制の制度が、それである。すなわち、争訟に對しては裁判が行われ、判決が下され、責任が追及され、更に、秩序破壊の行爲に對しては刑罰が加えられるのである。しかも、裁判が權力者の恣意によつて左右されることのない客觀性を保つためには、その規準として、何らかの一般性をもつ規範、すなわち判決規範が定立されなければならない。この種の判決規範が次第に一般的原則となり、文書の上に表現・公示されて、法規となり、法典が作られるにいたつたのである。故に、社會團體の内面的秩序こそ第一次的の法秩序であり、判決規範および法規は、この第一次的秩序が破壊された場合、これを元の調和状態に立ち歸らしめるために形成された、第二次的の法秩序にすぎない。前者は後者の淵源であり、したがつて、後者は前者を豫想する。この關係は、社會發達の原始状態について明らかに認められるばかりでなく、現代の複雑化した社會生活においても、同様に眞實である。すなわち、今日では無数の法規が組織化されて、成文法の宏大な體系を成しているが、その今日ですら、法の中心はこれらの成文法規に存するのではなく、社會團體の内面的秩序が法の基礎を形づくる。それであるから、法の何たるかを理解するには、われわれは派生的な法規よりも、まず團體の内面的秩序を探究しなければならない。なぜ

ならば、それこそ正しく社會に現實に行われている「生きた法」(lebendes Recht)の研究を意味するからである。

エニアリッヒは、自由法運動の先驅者として「生きた法」を重んずべきことを力説し、この主張を理論的に基礎づけるために、法社會學の必要を唱えて、法の事實研究に新生面を拓いた。しかし、これの場合には、學問の方法論的基礎がかならずしも明確でなく、規範たる法がいかにして社會生活上の事實としてとらえられ得るかという根本の問題は、未解決のままに残された観がある。これに對して、この問題を正面から取り上げ、法社會學の方法に確乎たる基礎づけを與え、それによつて、特に「法と經濟」との關係を明らかにしようとした學者は、マックス・ウェバーである。

ウェバーは、社會學をば「社會的行爲」の學と解する。社會的行爲は、人間の行爲である。人間の行爲には色々な意味がある。農民が土地を耕す行爲は、農業生産を行つて、生計を維持しようとする「意味」によつて方向づけられている。牧師が聽衆にむかつて説教する行爲には、それによつて聽衆に神の道を傳え、その信仰心を深めて行こうとする「意味」が含まれている。このように、意味のある人間の行爲は、その意味に結びつけて「理解」され得る。社會學とは、人間の行爲をば、行爲者が主觀的に抱いているところの意味に結びつけて理解し、それを記述して行くところの科學に外ならない。もつとも、社會學は、意味のある人間の行爲のすべてを對象とするわけではない。社會學が對象

としてとらえるのは、人間の「社會的」な行爲である。社會的行爲とは、行爲者の抱く主觀的な意味において、他人にむけられた行爲である。不動産の買入れを申込み行爲、取引先に對して手紙を書く行爲、等は、その行爲を方向づけている「意味」において他人にむけられている。社會學は、さうな社會的行爲を對象として、その意味を理解し、その経過を記述する經驗科學として成立する。

このような社會學の方法によつて法現象を考察するならば、法もまた法的な意味をもつた社會的行爲の系列に還元せられるであらう。

ウェバーによると、法は二つの違つた方面から二つの違つた仕方でも考察され得る。すなわち、法解釋學者によつて考察されるところの法は、規範意味の複合態である。その場合の法は、或る一定の要件が成立したときには、それからいかなる効果が生ずべきであるかを規定する。法解釋學は、そのような「規範」としての法の意味をば、論理的に正しく考察することを任務とするのである。これに反して、社會學の立場から見た法現象は、そのような法規範の「論理的に正しい意味そのもの」ではなくて、現實の社會に生活する人々が、法規範の意味を主觀的に意識することによつて、その社會的行爲がいかに方向づけられるか、という「事實上の可能性」に外ならない。例えば、或る一定の政治運動を犯罪として處罰する立法が行われた場合、その種の政治動向を支持していた人々の多くは、刑罰を恐れてそのような運動から手を引くであらう。しかし、中にはまた、彈壓に遭えば遭うほど、ますます

すその政治的信念を強く燃え上らせて、果敢な地下運動を開始する人々も、すくなくないであろう。法社會學は、そのように、法規範の意味によつて色々な方向にむけられる社會的行爲の「可能性」とらえ、これを、行爲者によつて思念された意味に結びつけて理解し、記述して行こうとする。この方法によつて、規範意味の領域に位置する法が、なおかつ、社會的事實の學としての社會學の對象となるのである。

法社會學は、法の規範意味によつて方向づけられた事實上の社會的行爲を、研究對象とする。しかし、嚴密にいうと、法社會學の對象は、社會に生活する人々が實際に行つてゐる事實上の社會的行爲そのものではない。事實上の社會的行爲そのものは、無限に多様であつて、それを一々に記述することはとうてい不可能である。法社會學の任務は、そのような事實上の行爲の經過を一々に記述することに存するのではなくて、一定の法規範が有效なものとして定立されている場合、それによつて社會に生活している人々の行爲がいかに向づけられるか、という「可能性」(Chance)を考察するにある。しかるに、一定の法規範が定立されているのといないのとで生ずる社會的行爲の可能性は、大體としていくつかの類型をなすであろうから、法社會學の對象は、法規範の意味によつて方向づけられた社會的行爲の「類型」であるといつてもよい。この行爲の「可能性」もしくは「類型」の概念は、ウェバーの社會學方法論の中でも特に重要な意味をもつてゐる。

ウェバーは、法をばかような法的に意味のある社會的行爲の可能性として考察することによつて、はじめて「法と經濟」の關係を科學的に論述することが可能となる、と考えた。法は規範であり、經濟は事實である。そうして、規範と事實とがそれぞれ全く性質を異にした別々の領域にへだてられてゐるかぎり、法と經濟とを相互に關係づけることは、方法論上不可能とならざるを得ない。これに反して、いま述べたような社會學の方法によつて、法たる規範を事實上の社會的行爲の類型に引きもどして見るならば、それによつて法と經濟とは同一の對象平面に置かれたことになるから、兩者の間の關係を科學的に記述し得る。例えば、個人所有權を保護し、契約の自由を保障する市民社會的私法の原則は、その下に生活する多數の人々の事實上の生活過程に一定の方向を與える。その場合に、それらの社會的行爲の過程は、企業を經營し、利潤を追求し、商品を取賣するといふような經濟的意味によつて、あわせて方向づけられてゐる。したがつて、近代的な自由交換經濟が、いかにして近代市民法の發達を必要としたか、逆に、個人の權利と自由とを重んずる近代私法の體系が、いかにして資本主義經濟に不可缺の地盤を提供したか、といふような法と經濟の關係をば、法的經濟的に意味づけられた社會的行爲の可能性を通じて、正確につきとめて行くことができる。そのような法と經濟との關係の社會學的研究のために、單に方法論上の根據を明らかにしたのみならず、ゆたかな具體的成果をも示したウェバーの功績は、永く没すべからざるものがあるといつてよい。

法とその隣接文化領域との關係、中でも法と經濟との關係の考察をば法社會學の任務とするという見解は、自由法運動の闘士の一人たるカントロウィッチによつても説かれた。しかし、それは、兩者の間の「相互關係」を考察するという意味であつて、その中の一つのものが、他のものを一方的に規定すると見ようとしてゐるわけではない。その點は、ウエバアの場合も同様である。これに對して、法をば主として社會經濟の動きにつれて動くものと考えらば、そのような理論は、著しくマルクスおよびエンゲルスの唯物史觀に接近する。マンハイムは、マルクス主義の影響を受けて、科學や哲學のような觀念形態がいかに社會的存在によつて規定されているかを論究し、知識の「存在依存性」(Seinsverbundenheit)を明らかにするところの知識社會學を構想した。同様の考察方法を法に適用することもまた、法社會學の一つの行き方と見ることができらるであらう。

人間相互の社會關係には、色々な型がある。それらの型をば、法とか經濟とか宗教とかいうような内容から切り離された社會生活の純粹の形式として考察し、それによつて社會學の固有の對象領域を確立しようと試みたのは、ジムメルである。ジムメルの「形式社會學」は、その名稱の無味乾燥さにもかかわらず、人間社會の諸様相をさわめて意味深く描寫してゐる。しかし、社會關係の諸形態がいかに法との結びつきをもつかについては、觸れるところがすくない。これに對して、社會生活の基本類型を「共同社會」(Gemeinschaft)と「利益社會」(Gesellschaft)とにわかれ、それらの二つを特

に法と關聯させて、興味深く論述したのは、テンニイスである。

テンニイスによると、人間相互の結合には、純粹な結合そのものための結合と、結合以外の目的のため、殊に利益のための手段としての結合との二形態がある。前者は共同社會であり、後者は利益社會である。共同社會に生活する人々は、生來・自然の愛情によつて相互に他の存在を必要とする。かれらは、個我的對立を越えて單一の全體を成し、全體のためにはすすんで個人の利益を犠牲に供する。その結合は生涯的であり、かつ全人格的である。これに反して、利益社會に生活する人々は、單に自己の利益のために他人の存在を必要とするにすぎない。したがつて、その結合は理智の所産であり、打算の結果であり、そこで人の拂う犠牲は、かならずそれより以上の利益によつて償われることを目あてにしてゐる。利益社會に生活する人は、本來の個我として互に他を排斥しようとしながら、しかも、露骨の鬭争の不利を知るために、ただ外面的に秩序に服し、表面上の統一を形成してゐるのである。かくのごとき社會結合の二形態の特性は、それぞれのもつ法の上にも、はつきりとあらわれる。共同社會の法は、家族的な平和の生活をその根源とし、したがつて本質的な和合の秩序である。これに對して、利益社會の法は、あたかも交戰國の間に締結された平和條約のごとく、實力の保障の下にのみ保たれる秩序である。それは、根本において契約的・債權法的の秩序に外ならない。

この、テンニイスの共同社會および利益社會の理論は、社會哲學上はヘンゲルの道義態の理論に似

て、しかもその辯證法的綜合形態を缺いている。また、法史學上の系譜を辿るならば、テンニイスの理論はメエンの影響を強く受けている。すなわち、テンニイスのいう共同社會的法秩序より利益社會的法秩序への推移は、正にメエンが「身分より契約へ」(From Status to Contract) という公式によつて示した變化と一致する。

社會學の近時の發達は、この科學を自然科學の分野から精神科學の領域に高めつつあるが、それとは逆に、法の實證研究を一層自然科學化したものは、法の人種學的または人類學的考察である。この方面では、バコフエンの「母權」(Mutterrecht) に關する研究、ポストによる法の原始形態の調査、等が知られている。また、イタリイに興つた「刑事人類學」(Kriminalanthropologie) および「刑事社會學」(Kriminalsoziologie) は、犯罪を専ら人類學的または社會學的現象として考察し、その結果を利用して犯罪對策を講ずべきことを力説する。刑事人類學を創設した者はロンブローゾであり、刑事社會學の代表者はフェリである。更にヴェントも、その民族心理學を通じて法の民俗學的社會學的考察に一生涯を開いた。

(I) Francois Gény (1831—) : Méthode d'interprétation et source en droit privé positif, 1899.

(II) Ernst Fuchs (1859—1929) : Recht und Wahrheit in unserer heutigen Justiz, 1908; Juristischer Kulturkampf, 1912.

(III) Hermann Kantorowicz (1877—) : Der Kampf um die Rechtswissenschaft (im Pseudonym „Gnaeus Flavius“), 1906; Zur Lehre vom richtigen Recht, 1909; Rechtswissenschaft und Soziologie, 1911; Der Aufbau der Soziologie in Erinnerungsgabe für Max Weber, 1. Bd., 1923; Aus der Vorgeschichte der Freirechtslehre, 1925.

(IV) Philipp Heck: Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, 1914; Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932.

(V) Eugen Ehrlich (1862—1922) : Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft, 1903; Grundlegung der Soziologie des Rechts, 1912, Juristische Logik, 1919.

(六) 牧野英一博士・現代の文化と法律、大正七年。法律に於ける矛盾と調和、大正八年。法律に於ける正義と公平、大正九年。法律に於ける進化と進歩、大正十三年。法律に於ける意識的と無意識的、大正十四年。法律に於ける具體的妥當性、大正十四年。法律に於ける價値の論理、昭和五年。法律に於ける倫理と技術、昭和九年。法律に於ける文化と價値、昭和九年。刑法研究、民法の基本問題、等。

(七) Auguste Comte (1798—1857) : Cours de philosophie positive, 1830—1842. コントの社會學論は、その師サン・シモン (Saint-Simon, 1760—1825) の思想に多少深く影響を被つた。

(八) Max Weber (1864—1920) : Wirtschaft und Gesellschaft, 1922; Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, 1922.

(九) Karl Mannheim: Wissenssoziologie, in Handwörterbuch der Soziologie, 1931; Die Gegenwartsaufgaben der Soziologie, 1932.

- (10) Georg Simmel (1858—1918) : Soziologie, 1908; Grundfragen der Soziologie, 2. Aufl., 1920.
 (11) Ferdinand Tönnies (1855—1936) : Gemeinschaft und Gesellschaft, 1887, 8. Aufl., 1935; Einführung in die Soziologie, 1931.
 (12) Henry Sumner Maine (1822—1888) : Ancient Law, 1861.
 (13) Johann Jakob Bachofen (1815—1887) : Das Mutterrecht, 1861.
 (14) Albert Hermann Post (1839—1895) : Grundriss der ethnologischen Jurisprudenz, 1891—1895.
 (15) Cesare Lombroso (1836—1909) : Genio e follia, 1864; Uomo delinquente, 1876; Le crime, causes et remède, 1899.
 (16) Enrico Ferri (1856—1929) : Sociologia criminale, 1892.
 (17) Wilhelm Wundt (1832—1920) : Elemente der Völkerpsychologie, 1912; Völkerpsychologie, 9. Bd., Das Recht, 1918.

五 一般法學

法學上の經驗主義または實證主義を徹底させるならば、ついには法哲學の無用化に歸著する。經驗主義や實證主義の立場から見れば、法としてあるものは實定法にかぎられるから、もとより自然法の

認められる餘地はない。法學の任務は實定法の研究にあり、また實定法の研究にのみある。ただ、個々の特殊法學はそれぞれ法の個別領域の研究に専念せざるを得ないから、それとは別に、法の各部門に共通する一般の問題を論ずる「一般法學」(allgemeine Rechtslehre)の存立が必要とされる。かくて法哲學は、各特殊法學の總括的部門としての一般法學によつて置きかえられるにいたるのである。

かくのごとき一般法學は、メルケル、ベルグボオム、ビンディング、ビヤリング、等によつて代表される。

メルケルは、法哲學の對象としてあるものは、ただ實定法のみであるとし、科學としての法哲學は獨り法學の一般的部門、すなわち一般法學としてのみ成立し得る、と論じた。次に、ベルグボオムは、その自然法論に對する徹底的攻撃によつて知られる。かれは、歴史法學による自然法の否定が表面だけにとどまつて根柢に達しなかつたことを指摘し、法感情・法理念、等の概念をすら形而上學的自然法的概念として排斥しようとした。また、ビンディングは實定法規範の構造を分析することによつて、刑法理論上の「規範論」(Normenlehre)を基礎づけた。このビンディングの規範論を布衍・發展せしめた者は、ビヤリングである。ビヤリングによれば、法は、或る一定の社會に生活する人が、共同生活の準則として承認している規範である。法が實定法として有効に行われるのは、社會に生活する人々が、唯々諾々として、または不承不承に、法にしたがう氣持をもつてゐるがために外

ならない。かように、ピアリングは、法の效力の根據を現實の多數人による「承認」に求めたが故に、その説は「承認説」(Anerkennungstheorie)と呼ばれる。

一般法學は自然法論を根柢から排撃し、實定法を實定法としてそのままに認識することを法學の任務と見る。故に、その立場は、「法實證主義」(Rechtspositivismus)と名づけられる。この立場を方法的に洗練し、規範論理的に純化することによつて、後に述べるケルゼンの純粹法學が成立した。一般法學が素朴・無批判の實證主義であるのに對して、純粹法學は批判的實證主義たるところに、兩者の顯著な相違があり、前者より後者への劃然たる發展が見出される。

ドイツの一般法學と相似た見解は、イギリスの「分析法學派」(analytical school of jurisprudence)によつて説かれた。分析法學派を代表する者は、オオステイン^(五)である。オオステインも、ベンタムと同じく、ブラックストオンの自然法論を非難する。そうして、法は主權者の命令に外ならないと説き、法と道德とを峻別することによつて、道德の立場からみだりに法を批評する態度を排斥した。法學に對して與えられた職分は、實定法を正確に理解するにある。換言すれば、法學はあくまでも實定法の學であり、したがつて、何が法であるかの問題を論ずべくして、法はいかにあるべきかの問題にまで立入るべきでない。オオステインはこの根本態度をもつて實定法上の諸概念を精細に分析した。分析法學は今日でもイギリス法學の有力な一派を成している。

一般法學と共通した立場を採る者に、なおハンガリーの法學者シヨムロオ^(六)がある。シヨムロオによれば、法學は法規範の内容を解釋し、理解することを任務とするが、法とはそもそも何か、法規範とは何を意味するか、等の根本問題にいたつては、個々の法學によつては明らかにされ得ない。したがつて、法學は、それらの根本概念を、すでに明らかにされたものとして前提しているのである。このにおいて、法學が前提とする法の一般概念を論じ、法學によつて殘された根本問題を窮めるために、個々の法學とは異なる法の原理、すなわち「法學原論」(juristische Grundlehre)が必要となる。法學原論は、しかし、經驗を基礎とすべきであり、法の基盤たる社會的事實を尊重しなければならぬ。なぜならば、法は規範の一形態であるにせよ、この規範の拘束力は、あくまでも社會の事實力によつて支持されるものだからである。法の實効性の根據は「法實力」(Rechtsmacht)にある。法は、包括的かつ恒常的な最高實力の支持を受けて、はじめて通例的に遵守される。法とはかくて、「通例的に遵守される、包括的にしてかつ恒常的な最高實力の諸規範」(die Normen einer gewöhnlich befolgt, umfassenden und beständigen höchsten Macht)に外ならぬ。

法の根柢を社會の事實力に求め、もしくは、法をば社會の事實力そのものと認める見解は、實證主義的の傾向を佩びた法學者の間に廣く行われている。例えば、國法學の發達に一時期を劃したイエリネック^(七)は、法規範とは、(一)人間相互の外的行爲のための規範であり、(二)或る承認された外的權

威にもとづく規範であり、かつ、(三) 外的實力によつてその拘束性の保障を受けた規範である、と定義する。これらの三つの徴標によつて、法は宗教規範・道德規範・慣習規範、等から區別されるのである。また、例えば、法の進化の諸様相を實證的に論述したわが穂積陳重博士によつては、法は力として、力の規範化として理解された。いわく、「法は力である。法は社會力である。法は社會力が公權力状態に於て行爲の規範と爲るものである」と。

- (一) Adolf Merkel (1836—1896) : Juristische Enzyklopädie, 1885.
 (二) Karl Bergbohm (1849—1927) : Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, 1892.
 (三) Karl Binding (1841—1920) : Die Normen und ihre Uebertretung, 4 Bde., bis 1919.
 (四) Rudolf Bierling (1841—1919) : Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, 2 Bde., 1877—83; Juristische Prinzipienlehre, 5 Bde., 1894—1917.
 (五) John Austin (1790—1859) : Lectures on Jurisprudence, 1832.
 (六) Felix Somló (1873—1920) : Juristische Grundlehre, 1917.
 (七) Georg Jellinek (1851—1911) : Die socialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, 1878; System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1895; Allgemeine Staatslehre, 1900.
 (八) 穂積陳重博士・法律進化論、第一冊、大正十三年、一頁。

第四章 批判主義の法哲學

一 新カント學派と法哲學

カント哲學の根本の特色の一つは、理想と現實とを峻別する二元論の立場にあつた。すなわち、カントは、プラトンの理念論の流れを汲んで、現象界の背後にいわゆる「物自體」(Ding an sich)の世界の存することを認め、現象界の範囲内における數學および自然科学の知識の確實性を立證すると同時に、自然科学の原理は現象界以外には推し及ぼされ得ないことを明らかにした。このように、自然科学的概念構成の限界を決定することによつて、カントは、實踐理性にもとづく道德の理想、および、意志の自由の要求を根據づけようと試みたのである。理想は人間の努力によつて實現さるべきもの、すなわち「當爲」(Sollen)であり、したがつて、それは、事實あるところの「存在」(Sein)と混同されてはならない。事實の世界は、寸毫の例外をも許さない因果律の下に支配されている。しかしながら、理想によつて規定された道德の世界には、事實の如何にかかわるところのない當爲の法則が儼然として行われる。當爲の法則の根本豫想は自由である。故に、理想と現實との二元性は、また、自由

と必然との二元性である。

このカントの理想主義の哲學は、そののち間もなく、一度はほとんど崩壊の運命に陥つた。それは主として二つの事情にもとづく。

第一の事情は、カント直後のドイツ觀念論の哲學が、フィヒテを経てヘゲルにいたる發達過程において、カントの強調した理想と現實、自由と必然の二元的對立を止揚し、あらゆる存在に理念の現實化の一段階たる意味を認めるにいたつたことである。もとより、ヘゲルのごとくに、實在的なものすべてを理性的なものと考えるのは、理想主義の否定ではなくて、理想主義の絶對化である。けれども、絶對化された理想主義は、理想と現實との間に何らのへだたりをも認めないために、かえつて理想の意義を見失うという結果に陥る。故に、理性をもつて萬有の規定根據と見るヘゲルの哲學は、物質をもつて絶對の規定者とする唯物論の勃興を抑えることができなかつたばかりでなく、むしろ、唯物論への轉換の契機を自己のうちに包蔵していたのである。

このように、極限にまで達した理想主義哲學から唯物論哲學への百八十度の轉換を、更に外部から促進した第二の事情は、たまたま時を同じうして行われた自然科学の異常な發達である。第十九世紀になつてから、物理學・生理學・生物學などの實證科學が、それぞれ長足の進歩を遂げたために、學者の注意は主として外的な自然にむけられ、自然現象を支配する普遍法則の發見が學問の第一の目的と解されたのみならず、人間の精神および社會の生活をも自然と同様に因果必然の理法によつて説明しようとする傾向が盛んとなつた。かくて、遂には、精神の作用を腦髓の内部での物質の機械的變化によつて説明しようとする極端な唯物論も現われ、理想の權威は失墜し、人格の自由は否定され、しばらくは機械的必然論の跳梁を見るにいたつた。

しかしながら、人間の理想は、單なる唯物論哲學の流行によつて根絶され得るような薄弱なものではない。よしんば、人間の精神活動のすべてが腦髓や神経系統の物理作用によつて説明され得たとしても、人間が精神をもち、自覺を有し、理想を抱き、價值判斷を下すという儼然たる事實は、決して否定され得ない。腦髓が精神を生むにしても、精神は腦髓ではない。物質に還元され得ない精神は、價值を判別し、理想を追求する。唯物論者は、唯物論が眞理であつて、意志の自由を認めるのは誤謬であると考えてあろう。その唯物論者は、その場合、明らかに一つの學問的價值判斷を下しているのである。唯物史觀を信奉する者は、階級闘争を擴大させ、プロレタリアの革命を促進するのが、マルキシストの使命であると思つてゐるであらう。そのマルクス主義者は、その場合、明らかに一つの實踐的な價值意識にしたがつて行動してゐるのである。まして、いわんや、マルクスのいわゆる「各人がその能力に應じて寄與し、各人がその欲求に應じて享有し得る」完全な共產主義社會の構圖のごとくは、古來のあらゆるユートピア論に勝るとも劣らぬユートピア的理想であるといわなければならぬ。

5. このように、いかなる唯物論者といえども、その胸奥に輝く價值意識や理想を抹殺し去ることはできない。したがつて、唯物必然論や自然科学的機械觀が一度は理想主義の立場を根本から覆没させてしまつたように見えても、やがてその廢墟の中から新しい理想主義哲學の萌え出て來る時が來る。第十九世紀末のドイツにおいても、すでにこのような傾向が顯著にあらわれ、第二十世紀の初頭にいたつては、その傾向は、ふたたび事實に對する理想の尊嚴を主張し、存在に對して當爲の權威を確立しようとする運動にまで發展した。この時代の新理想主義の運動は、その據りどころをカント哲學の眞精神の復興に求めたが故に、ひろく「新カント學派」(Neukantianer)の運動と呼ばれる。しかし、この學派は單なるカントの祖述をもつては満足せず、「カントを理解することは、カントを超克することである」(Kant zu verstehen, heisst, Kant zu überwinden)と考へ、カントによつて基礎づけられた批判主義の徹底を期し、かつ、批判哲學をひろく一般の文化領域に適用して行くことに力めた。

新カント主義の哲學は通常二つの分派に區別される。「マアルブルグ學派」(Marburger Schule)および「西南ドイツ學派」(Süd-west-deutsche Schule)がそれである。

マアルブルグ學派のコオエン⁽¹⁾は、論理學においてはカントの認識論を徹底せしめて、「純粹思惟」(reines Denken)の動的な知識生産の作用を認めると同時に、倫理學においてもこれに對應する「純粹意志」(reiner Wille)の概念を定立し、道德法の形式はこの純粹意志の概念から導き出さるべきである、と説いた。純粹意志は純粹に自ら働くところの意志である。自ら働くところの意志は、慾望の制約の下に置かれてはならない。慾望によつて動かされる意志は、自ら働く意志ではなく、したがつてもはや眞の意志ではない。眞の意志は自らの法則にもとづいてのみ動く。眞の純粹意志は、自らの裡に自らそれによつて動くべき當爲の法則を定立し、この當爲の法則にしたがつて、更に行爲の世界に能動的に自己を實現する。かくて、當爲にもとづく意志の作用はやがて人間の道德的行爲となり、人と人との關係の規律を成立せしめ、自律的人格者の共同生活を形成する。それによつて、道德は法となり、法が社會の存立を基礎づけるのである。——コオエンのこの思想は、更にナトルプ⁽²⁾によつて發展せしめられ、カントの人格主義に立脚する社會理想主義の實踐哲學の建設を見た。

次に、ウインデルバント⁽³⁾によつて創設され、リッケルト⁽⁴⁾によつて組織化された西南ドイツ學派の哲學は、當爲と存在との對立を認識論的に解釋することによつて、素朴な模寫主義を排斥し、對象の構成をあくまでも方法によつて制約せしめた。當爲は先驗的超個人的な規範意識の法則であり、一切の實在はこの當爲の法則によつて規定される。當爲の法則としての規範は評價の原理であり、したがつて價值をその根柢とする。價值は、心理的な好惡の判斷によつて定まるのではなく、論理的な絶對價值として、主觀の判斷の如何にかかわらず妥當せねばならぬ。知識、道德、および藝術は、それぞれ

この意味での固有價值を豫想し、その實現を目指すものとして成立する。哲學はかかる絶対價值の學として、單に眞理を論ずるばかりでなく、一般に「文化」の根本原理を窮むべきである。故に、西南ドイツ學派の見解に従えば、哲學はすなわち「價值哲學」(Wertphilosophie)であり、價值哲學は同時に、文化價值を中心問題とする「文化哲學」(Kulturphilosophie)でなければならぬ。

これらの新カント學派の哲學は、法哲學の領域にそれぞれその影響を及ぼし、多くの有力な法哲學者を生んだ。

マアルブルグ學派の社會理想主義の哲學を法の根本原理に適用して、批判的法哲學の體系を樹てた者は、シュタムラアである。純粹法學の創設者たるケルゼンも、當爲と存在との峻別から出發する根本の態度において、コオエンの影響の下に立つ。また、西南ドイツ學派の陣營からは、法學方法論について独自の領域を開拓したラスクがあらわれた。法哲學を價值哲學として構想するラアドブルッフも、ラスクとともにこの學派に屬する。

新カント學派は、哲學一般としては、もはや全く過去のものとなつた。しかし、第二十世紀の二十年代から三十年代にかけて法哲學上最も積極的な活動をなし、最も建設的な業績を残したものとしては、まずこの學派に指を屈しなければならぬ。新カント學派の法哲學の形式性、その思考の「一次元性」に對しては、エリッヒ・カウフマン^(五)をはじめ、多くの學者が非難のほこさをむけている。しつての重要な仕事であるといわなければならぬ。

(一) Hermann Cohen (1812—1918) : Logik der reinen Erkenntnis, 1903; Ethik des reinen Willens, 1904; Aesthetik des reinen Gefühls, 1912.

(二) Paul Natorp (1854—1924) : Sozialpädagogik, 1899; Sozialidealismus, 1920; Vorlesungen über praktische Philosophie, 1925.

(三) Wilhelm Windelband (1818—1915) : Präjuden, 1884; Einleitung in die Philosophie, 1914.

(四) Heinrich Rickert (1863—1936) : Der Gegenstand der Erkenntnis, 1892, 3. Aufl., 1915; Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung, 1896, 2. Aufl., 1913; Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft, 1899, 3. Aufl., 1915; System der Philosophie, I, 1921.

(五) Erich Kaufmann : Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie, 1921.

二 批判的法哲學の體系

カントの批判主義をカント以上の嚴格さをもつて法の根本問題に適用し、「批判的法哲學」の宏壯な體系を樹立した學者は、マアルブルグ學派のシュタムラアである。

批判主義によれば、およそ或る對象について普遍妥當の原理を確立しようとする者は、常にその對象の純粹形式を求めて行かなければならない。一定の對象の純粹形式はその對象の成立を論理的に制約する。或る對象が思い浮べられているとき、または、或る對象について何らかの判断が與えられるとき、その思考あるいはその判断は、かならずその對象の純粹形式を前提としている。それ故に、一定の對象の純粹形式は、そのものの認識またはそのものの價值判断に關するかぎり、普遍妥當性を有するのである。これに反して、一定の對象にその形式とともに含まれた素材は、すべて經驗を根據とするから、かならず相對的であり、時と處とによつて變化する。したがつて、もしも法哲學が法に關する普遍妥當の原理を確立しようとするならば、その努力は、何よりもまず、法の純粹形式の探究にむけられねばならぬ。この約束を無視して、内容のある自然法の體系を構想し、その被制約的な具體内容に無制約的の妥當性を認めようとした點に、一切の自然法論の誤謬と獨斷とが存する。否、

批判主義の確立者たるカントすらもが、例えば、死刑の普遍妥當性を認めたとする點で、この誤謬から免れ得なかつたのである。これに對して、シュタムラアは、カント自らによつて犯された自然法の獨斷を排除し、法哲學の考察を純粹の批判的方法の下に遂行することを、自己の課題とした。

シュタムラアによれば、法の無制約的原理としての法の純粹形式は、法を法として思考するための根本前提であり、かつ、法に對する一切の價值判断の根本尺度である。法の純粹形式を豫想しないで、人は、或る現象を法現象と認めることもできず、また、その現象が法的に正しいかどうかを判別することもできない。故に、法の純粹形式はすべての具體的な法の思考に先立つのである。しかし、その場合、法の形式が法の思考に先立つ、というのは、論理的制約の意味での先行であつて、決して時間的因果の意味での先行と解されてはならない。いいかえると、法の法たる所以の形式が現實にその素材から離れて存し、しかるのちに、この法の形式から内容のある法が導き出されるのではない。同様に、法の最高目標が定立されていなければ、われわれは法の價值を客觀的妥當性をもつて決定することはできない。しかしながら、事實上の社會生活では、人々は、法價值の根本尺度を定立する前に、すでに法現象の正邪および當不當をさまざまな仕方で行断しているのである。法の純粹形式の問題は、あくまでも論理の問題であつて、事實の問題ではない。

かように、法の純粹形式は單に論理上法の思考に先立つにすぎないのであるから、われわれは、一

切の法的經驗を無視して法の形式を先天的に把握しようとしてはならない。法の純粹形式の發見は、事實上は、やはり、與えられた法の經驗内容から出發しなければならぬのである。さりとてまた、われわれは、いわゆる歸納の方法によつて、まず多くの法的現象を集め、その間の共通性を抽出して、これを法の形式と定めることもできない。なぜならば、われわれが多くの現象を蒐集してこれを「法的」現象と見なし得るのは、われわれが、あらかじめ何をもつて法とするかについての既成判斷を下しているからであり、歸納の方法はこの意味で、最後に求めようとするものを最初に豫想するという矛盾を犯すことを免れないからである。それでは、法の純粹形式の檢出は一體いかなる方法によつて行わるべきであらうか。

法の純粹形式を檢出するための出發點となるものは、われわれの現實に有する法的經驗である。この現實の法的經驗には、法をして法たらしめるもの、または、法に法たる價值を與えるもの——すなわち法の純粹形式——と、法の形式によつて法として規定され、あるいは法の形式にもとづいて法的に價値づけられているもの——すなわち法の素材——とが併せ含まれている。したがつて、もしもわれわれが、われわれ自身のもつ現實の法的經驗内容を自ら批判的に分析し、その中から、それを度外視しても法を法として考えることのできる要素、または、それを取り除いても法の價値を客觀的に定め得る契機を、次第に思考の外に除外し、それなくしてはもはや法を表象し得ないところのもの、

それを無視しては法的價値判斷が無意味に終るべきところのものを求めて行くならば、われわれは、最後に、一切の法的思考の整序原理としての法の純粹形式に到達することができはすである。一言にしていえば、法の純粹形式檢出の方法は、法の偶有性を除外して法の論理的制約に還るところの自己省察の手續さでなければならぬ。シュタムラアは、この手つづきを「批判的自己省察」(kritische Selbstbestimmung)の方法と名づけた。

シュタムラアは、このような方法によつて、まず、法を法として認識せしめる原理は何であるかを問ひ、つづいて、具體的な法に對して正當性の評價を下すための原理は何かを探究する。第一の原理は、法の「概念」または法の「本質」であり、第二の原理は、法的價値判斷の根據としての法の「理念」に外ならぬ。

シュタムラアによれば、法は對象を目的・手段の關係に置いて考察する。法の態度は、一定の目的のためにいかなる手段が選ばれるべきかに關する。故に、法の屬する領域は、「意欲」(Wollen)の世界でなければならぬ。しかも、法は、二つ以上の個別的な意欲を互に目的・手段の關係において結合せしめるところの意欲である。甲の目的は乙にとつては手段であり、乙の目的は甲の手段として役立つ場合に、甲と乙との間の結合を成立せしめるのが、法の根本の機能である。したがつて、法は一つの「結合意欲」(verbindendes Wollen)であり、意欲相互の結合を外的に規制する働きを營む。その點

で、法は、分立した意欲の内面の純真性を目標とする道德と異なる。法は、意欲相互の結合に對する外的規制の原理である。その場合に、その結合の仕方は法的意欲によつて自主的に決定される。更にまた、法が決定した意欲結合の方式は、法自らによつて尊重せられなければならない。いいかえると、法の定めた社會的結合の方式は、不可侵的でなければならぬ。法は、このように、「自主性」(Selbstherrlichkeit)を備えている點で、個別意欲を結合に「勧誘」するにすぎないところの習俗律と異なり、「不可侵性」(Unverletzbarkeit)を有する點で、自ら定めた事柄を自ら破つてかえりみない恣意的權力から區別される。故に、法の本質は、「不可侵的に自主的に結合する意欲」として規定される。

結合意欲としての法は、多くの個別意欲を目的・手段の關係に結合し、それによつて多數個人の間「共同體」(Gemeinschaft)を成立せしめる。しかし、現實の法は、かようにして成立した共同體の内部關係を、決して常に正しく規定しているとはかぎらない。人間の意欲は、何を目的とし、その目的のためにいかなる手段を選ぶにせよ、自ら目的を求め、自ら手段を選択するという自由をもたなければならぬ。故に、もしも法が、多數の人々の意欲の自由を奪うような仕方ですれを結合せしめている場合には、その法は正しい法ではあり得ない。これに反して、法の下に結合されている多數の人々の意欲が、法によつて外的に規制されつつも、なおかつ意欲本來の自由を少しも損われることがないならば、その法は正しい法である。したがつて、法が正しいか否かを判別するための普遍妥當的な理

念は、「自由に意欲する人々の共同體」(Gemeinschaft frei wollender Menschen)でなければならない。「自由に意欲する人々の共同體」は、法の純粹理念である。したがつて、それは決して一つの社會的な「理想境」(Utopie)を意味するものではない。それは、將來いつかは實現されるべきものと考えられたところの理想社會ではない。理想社會は、いかに遠い將來に實現の期待がかけられているにせよ、いやしくもその實現が豫想されている以上、かならず何らかの具體的な内容をもつ社會生活として表象されざるを得ない。しかるに、具體的な社會生活状態は、かならずその結合における目的・手段の關係の中に被制約的な素材を含んでいるから、決して普遍妥當性の要求を充たすことはできない。そうして、いかなる理想社會といえども、それがひとたび實現されれば、事情の變化とともにいつしかその中に缺陷を生じ、不當な法の規律の下に置かれるにいたることを避け難いのである。これに反して、ここにいう法の理念は、一定の法秩序または一定の社會状態の正當性を評價すべき形式的の尺度であるから、それは全く實現の期待の外に横たわると同時に、いかなる現實の社會制度の上にもあてはめられ得べき眞の普遍妥當性を有する。いかなる社會も現實に「自由に意欲する人々の共同體」たることはできないが、いかなる社會といえども「自由に意欲する人々の共同體」の理念によつて方向づけられ、それによつてその場合場合に正しい法秩序をもつことができる。かくのごとくに、法の純粹理念によつて規正された實定法秩序を、シユタムラアは「正法」(richtiges Recht)と名づける。

故に、實在する法秩序について望まれ得ることは、それが絶対の完全性をもつ理想法たることではなくて、その實定法が歴史とともに變化する内容を具えつつ、しかも、恒常的な法の理念によつて隅まで規正されていること、すなわちその實定法が正法たることにつきる。この原則を無視して、具體的な内容を具備する理想法を求めたのは、古い自然法論の獨斷であつた。また、實定法秩序が歴史とともに轉變・推移する側面のみを見て、それを恒常的に規正する原理の存することを認めなかつたのは、近き歴史法學の偏見であつた。シュタムラアの正法論は、これらの兩極端の見解を綜合して、内容上は變化する法秩序が、その規正の純粹理念に關するかぎり、なお絶対永遠の正當性の尺度に準據し得ることを認め、内容不變の自然法を否定して、「變化する内容をもつ自然法」(Naturrecht mit wechselndem Inhalt)を説いたのである。

ここに略述したシュタムラアの批判的法哲學の體系は、嚴密な方法と莊重な論理とをもつて築き上げられ、外觀はさわめて堂々としてゐるけれども、その内容の點にいたつては、法哲學上の根本問題の解決に多くの寄與をもたらしたとはいへない。それは、普遍妥當的な法の原理は、内容を取りのぞいた法の純粹形式を求めることによつて、はじめて確立され得るといふ、シュタムラアの徹底した形式主義の立場からいへば、むしろ當然のことであるかも知れない。しかし、内容のない空虚な法形式の普遍妥當性によつては、生きた社會問題の解決を求めることはできない。生きた社會問題の解決に

役立ち得ない法哲學は、實踐哲學としての意味をもたない。このような世界觀的内容の稀薄性は、一般に新カント主義の法哲學に對して加えられる非難であるが、この非難は、もつとも適切にシュタムラアにあてはまるといわなければならぬ。

具體的な法經驗から出發しつつ、普遍的な法の本質や法の理念を求めるといふシュタムラアの批判的自己省察の方法は、方法それ自身としては正しい。しかし、この方法によつて得られたかれの法概念は、とうてい多くの人々を承服せしめるに足りないであろう。シュタムラアは、法とは人々を一定の仕方で結合せしめる「意欲」であると説いた。けれども、法は意欲ではない。實定法が何人かの――支配者や権力者か、あるいは國民の多數か、更にあるいは國民の代表者の多數かの――意欲によつて作られるということは、確かである。しかし、意欲そのものが法なのではなくて、意欲が客觀化され、現實の人間の意欲から離れた規範となつたものが、法なのである。そればかりでなく、そのようにしてできた法が、人間結合の外的規制の原理であつて、その點で、分立した意欲の内的規制の原理たる道徳と異なるというシュタムラアの説も、正當とは認めがたい。なぜならば、道徳もまた、人と人との結合の正しいあり方を規定するものであつて、その意味では、法と同じく「外的」規制の作用を營んでいるからである。その他、法の自主性によつて法と習俗律とを、法の不可侵性によつて法と恣意的權力とを區別しようとしたシュタムラアの試みも、失敗であるといわざるを得ない。なぜなら

ば、習俗律にも、個人の意欲を「自主的」に抑壓する強力な傳統があり得るし、法の中にも、専制君主の朝令暮改の法のように、明らかに恣意的權力の所産と見らるべきものがあるからである。總じてシュタムラアの法概念論は、徒らに難解でのみあつて、法の法たる所以の的からは著しく外れているという誹りを免れない。

これに對して、シュタムラアの法理念論は、カントの高貴な自由主義を繼承した氣高さを備えている。しかし、「自由に意欲する人々の共同體」という理念は、複雑な人間生活の現實から見てあまりにも高踏的であり、實定法の諸問題に對する迫力をもち得ない。ただ、シュタムラアの法理念から導き出された「變化する内容を有する自然法」の思想は、啓蒙時代の硬直した自然法を排斥し、自然法の理念に流動性と弾力性とを與えた點で、注目に値する。法は、確乎不動の秩序として正しいものはあり得ない。歴史の變化に順應し、事態の個性に適合する可變・可動の正しい秩序こそ、人が法に求めるところのものでなければならぬ。その意味で、この動的自然法の思想は、社會生活の變化にしたがつて常に流動的に法の正しい運用を圖るべきことを主張した自由法の主張に、深い哲學上の根據を與えたものといふことができるであらう。

(1) Rudolf Stammler (1856—1938) : *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung*, 1889 ; *Die Lehre vom richtigen Recht*, 1902 ; *Theorie der Rechtswissenschaft*, 1911 ; *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 1922 ; *Praktikum der Rechtsphilosophie*, 1925 ; *Rechtsphilosophische Abhandlungen und Vorträge*, 2 Bde., 1925.

三 法學方法論

シュタムラアがコオエンの純粹意欲の概念から出發して、批判的法哲學の宏壯な體系を築き上げたのに對して、ウインデルバンドによつて著手され、リッケルトによつて發展せしめられた文化科學の方法論に立脚しつつ、法學の方法論的根據を明らかにしたのは、ラスクである。

リッケルトは、それまでひろく行われていた對象による科學の分類方法を排斥し、構成主義の認識論にもとづいて、方法を規準とする科學の特質づけとその區分とを試みた。リッケルトによれば、科學的認識の素材として與えられた實在界は、それ自身すでに、時間・空間・因果、等の實在範疇によつて構成された世界であるが、精密な科學的知識は、この實在界を所與としつつ、これに更に方法論的認識形式による再構成を加えることにより、はじめて客觀的に體系づけられる。かくのごとくに科學の成立を基礎づける方法論上の形式には、二つの重要な區別がある。第一は「普遍性の形式」(Formen des Allgemeinen)であつて、對象をその通有性によつて整序し、對象の存在および變化の法則

を定立する。第二は「個別性の形式」(Formen des Individuellen)であつて、個々の對象の固有性を明らかにし、事物をその一度性において記述する。前者は自然科学の態度であり、後者は歴史學の方法である。しかるに、事物の個性が歴史學的考察の主題となるのは、それが何らかの意味で文化價值と關係をもつからである。文化的に意義のある個性が、歴史學によつて記述されるのである。故に、歴史學の認識は、對象を價值に關係づけて考察する文化科學的の認識たることを原則とする。これに反して、自然科学の用いる普遍化の手つづきは、もつばら價值に無關係に對象の法則を求める。かくて、經驗科學は、その方法の區別によつて、根本の對立を成す二つの部類に分けられる。一は、「普遍的自然科学」(Generalisierende Naturwissenschaft)であり、他は、「個別化的文化科學」(individualisierende Kulturwissenschaft)である。

この經驗科學の二分法は、リッケルトによつて更に複合的に展開された。すなわち、自然科学は普遍化の方法を主眼とするが、價值無關係の認識手つづきは、かならずしも普遍化の方法のみに歸著するわけではなく、時には個別化的にも行われ得る。例えば、地質の變化を年代的に區分し、地表の山川湖沼をその特性によつて記述するがごときは、それである。ここに「個別化的自然科学」(individualisierende Naturwissenschaft)の成立する餘地がある。また、文化科學は個別化的の方法と結びつく必然性をもつが、對象を價值に關係づけつつ、しかも對象の通有性を認識することも、決して不可能ではない。現に社會學のごときは、文化現象としての社會現象を類型化して把握することに力める。ここに「普遍的文化的科學」(generalisierende Kulturwissenschaft)が成り立つ。かくて、リッケルトによる經驗科學の分類は、單純な二分法から複雑な四分法にむかつてすすむのである。

ラスクは右に述べたリッケルトの方法論を繼承しつつ、特に文化科學の方法について詳しい論究を試みた。

ラスクによれば、文化科學の素材たる實在界は、時間・空間・因果、等の自然的範疇のみによつて成立した沒價值の世界ではなく、すでに前科學的な價值關係の手つづきによつて構成された文化の世界である。すなわち、自然の所與と文化科學的知識との間には、常識的に法・國家・政治・經濟、等として意義づけられた文化現象の段階があり、文化科學はこの前科學的の文化現象の世界をいわば一つの半製品のように取扱ひ、これを更に精密な知識にまで加工して行くのである。例えば、われわれは、經濟學が經濟に關する精密な概念を構成する前に、すでに常識的に經濟の何たるかをおぼるげに知つてゐる。そうして、經濟學の方法論的加工は、かかる常識的な經濟概念の基礎の上に行われるのである。かような科學的加工の手つづきは、一方、文化現象の個性にむけられ、他方、その同質的な類型を目標としてなされる。第一の方法によつて成立するのは、「歴史的文化科學」(historische Kulturwissenschaft)であり、第二の場合に成立するのは、「組織的文化科學」(systematische Kulturwissenschaft)

である。

ラスクはこの根本見解にもとづき、法學が一つの文化科學であること、および、法學が第一には歴史的文化科學として成立し得ること、を論斷した。その點では、法學は他の文化科學と異なるところをもたない。しかし、更に一步を進めて、組織的文化科學としての法學の構造を詳しく吟味しようとするとき、われわれはそこで法學にのみ特有の困難な方法論上の問題に逢著する。

ラスクによると、法學の概念構成は、法學に獨特な方法論上の二元性によつて著しく困難ならしめられる。他の組織的文化科學は、特定の文化現象を事實上の生活過程として研究することによつて、その任務をすでに充分にはたし得る。例えば、社會學は、複雑な社會現象をば多數個人の事實行爲に還元し、これを社會的な價值に關係づけて認識すれば、それをもつて一個の文化科學として成立することができる。もとより、法學もまた社會學と同じく、多數人の事實行爲をば法的意味に結びつけて認識することにも力めなければならぬ。しかし、法學の任務は決して單にそれだけでは達成され得ない。法學は、ただに法現象をば文化的意味をもつ「社會事實」として考察するばかりでなく、各種の實定法規をその純粹の「規範意味」(Normbedeutungen)のままに闡明して行かなければならない。むしろ、この第二の任務が傳統的な法學の發達を指導して來たのである。故に、法學は、一方では事實上の法行爲を對象とし、他方では事實以上の法規範自體を對象とする。一般の組織的文化科學の方法

は一元的であるが、法に關する組織的文化科學の方法はこの故に二元的である。ここに法の研究に獨特の「法學的方法二元論」(der rechtswissenschaftliche Methodendualismus)がある。

ラスクはこの法學的方法二元論によつて、組織的法學を更に二部門に區別する必要を認めた。その一つは「法社會學」(Sozialtheorie des Rechts)であり、他の一つは「法解釋學」(Jurisprudenz)である。法社會學は、事實現象としての法、現實の生活過程の上にあらわれた法を研究し、法解釋學は、規範意味の複合態としての法、規範の組織的意義内容としての法を考察する。法社會學の對象たる法は、一つの文化實在であるが、法解釋學の對象たる法は、實在面から遊離した規範意味である。しかし、法解釋學の對象たる法が純粹の規範意味であるからといつて、これを哲學的な普遍妥當的規範と解することは、科學と哲學との間の方法論的境界線を無視するものといわなければならない。もとより、法解釋學は、哲學と同じく、存在を對象とせずして、意味を對象とし、在るものを考察せずして、在るべきもの、または遵守を要求するところのものを考察する。けれども、この對象の當爲性は、哲學にあつては何らの實在權力にも依存しない絶対價值性にもとづいてゐるのに反して、法解釋學にあつては、それはあくまでも社會意志の現實の命令を形式的根據とするからである。かくてラスクは、法解釋學を哲學的な規範科學から嚴密に區別し、思念された意味の世界を純經驗科學的に取扱うといふ、他に類例のない方法を、法解釋學の方法と見なすのである。

ラスクは、右の法學方法論によつて、法の事實研究と法の規範意味内容の研究とがともに可能であることを立證すると同時に、一方では、かかる法の組織的研究と法史學との差別を、他方では、法學の立場と法哲學の立場との限界を明らかに定め、法の認識の自己反省を洗練された論理をもつて遂行した。その功績はさきわめて顯著であるといわなければならぬ。

ただ、その場合に問題とされなければならないのは、ラスクの説く法解釋學の學問上の性質である。法解釋學は、ラスクによつては實定的な法規範意味の理論科學と解されている。法解釋學は一つの組織的文化科學として、社會に行われる法規範を法價値に關係づけて認識しようとする。そうして、西南ドイツ學派のいわゆる「價値關係の方法」は、あくまでも理論的な認識態度であり、實踐的な評價の態度とは嚴密に區別して考えられているのである。けれども、古來、法とともに發達した法解釋學は、客觀的に條定されている實定法規の意味を、その既定の意味内容のままに認識するという、理論の態度にとどまるものではなく、その機能の中には、法の規定を解釋によつて補足・布衍するといふ、實踐的技術的な手づきが多分に含まれている。殊に、近代社會生活の急激かつ複雑な變化にもない、立法者の豫想しない事情が頻發し、法規の意味に拘泥してはとうてい満足な解決を求め得ないような事件が多く起つて來たために、解釋によつて法規を補い、硬化し易い成文法の意味に柔軟性を與え、それによつて裁判上の法の適用を社會の實情に適合せしめることが、ますます必要となるようになった。

今日法解釋學は、かような實際上の必要に應じて法規の意味を擴充・補正することを任務とするのであるから、これを單なる理論科學の一部門と見なすときは、法解釋學の本質をば根本的に見あやまる結果に陥らざるを得ない。ラスクの法學方法論には、法解釋學の實踐的機能を閉却した點に、一つの原理的缺陷が含まれている。

しかしながら、法解釋學の特質がその實踐的技術的機能にある、ということとは、ラスクによつて洞察された實定法の純粹理論的研究の可能性を決して否定するものではない。實定法の規範意味そのものを對象とする法の理論科學は、實踐的な法解釋に専念する法解釋學とは全く別に、独自の發達を遂ぐべき必然性を有する。前者にあやまつて後者の名を與えた點は、ラスクの過失であるが、前者の方法論的基礎を明らかにした點は、その過失によつて毫も減殺されるところのないラスクの功績に數えられ得る。故に、われわれは、法學と通稱されているものの中に、法史學および法哲學を別として、すくなくとも三つの異なる法考察の種類が含まれていることを知らなければならぬ。その一つは、傳統的な法學であつて、法の理論認識よりも法の實踐的技術的活用をその主眼とする。法解釋學がすなわちそれである。その二は、事實現象としての法の考察であつて、ラスクの法社會學と名づけたものにあたる。その三は、法規範をば、その事實上の適用から離れた規範意味内容として純粹に理論的に研究する法考察であつて、ラスクによつてあやまつて法解釋學の名を與えられたものに相當す

る。三者はそれぞれ別個の基礎の上に成立すべきであり、その一の故に他の存在意義を否定することは許されない。

これら三つの法考察の方向は、それぞれ別々に現代の法學方法論の問題となつた。第一に、法解釋學の實踐的技術的特質を立ち入つて明らかならしめたのは、いうまでもなく自由法の思想である。第二に、法を社會的事實として考察する必要を説いたのは、自由法論と平行して起つた法の社會學的または事實學的探究の主張である。第三に、法の考察から一切の實踐的態度を排除すると同時に、實定法の理論を社會學的な事實考察からも嚴格に區別し、實定法規の規範意味を純粹理論的に論究しようとしたのは、ケルゼンの純粹法學である。ラスクの法學方法論をかかると多彩な法研究の諸方面の分岐點として見るとき、われわれはそこに、ラスク自らによつてもいまだ明確には意識されなかつた重要な意義を見出すことができる。

(1) Emil Lask (1875—1915) : Rechtsphilosophie, in „Philosophie im Beginn des 20. Jahrhunderts“ herausgegeben von W. Windelband, 1905.

四 法の價值哲學

西南ドイツ學派は、文化の問題を主として取り上げ、文化價値の普遍妥當的な原理を明らかにすることを、哲學の任務となした。この立場からいふならば、法を文化現象として取りあつかひ、法を法たらしめるところの價值を中心として、文化現象としての法の本質を窮めることが、法哲學の課題とならなければならない。このように、法哲學を價值哲學として基礎づけ、法價値の問題を中心として生彩に富む理論を展開したのは、ラアドブルッフ⁽¹⁾である。それと同時に、ラアドブルッフの法哲學は、普遍的な法價値と具體的な法實在とを密接に結びつけることによつて、非難の多いシユタムラアの形式主義から脱却し、新カント哲學をば内容豊富な相對主義に轉換せしめた。

ラアドブルッフは、まず、世界に對する人間の態度をば四つに區別して考察する。第一の態度においては、われわれは對象の考察から一切の價值の要素を取り除き、主觀的な價值判斷によつて對象の認識がゆめられることを避けようとする。それは、「價值盲目の態度」(wertblinde Haltung)であり、この態度によつて自然科學の基礎づけが行われる。第二に、われわれは、對象に含まれた意味、對象が實現しようとする目的を考慮しつつ、しかも、對象に對して直接の價值判斷を加えることなく、價

値的な現象とともに反價值的な現象をもその實在の姿のままに把握しようとする。これは、實在を價値に關係づけて認識する態度、すなわち「價値關係の態度」(wertbeziehende Haltung)であり、文化科學の方法となるところのものである。第三の態度においては、われわれは、ただに對象を價値に關係づけて認識するにとどまらず、すすんで、對象の價値づけを行い、自ら價値判断の尺度を定立して行く。ここに「評價の態度」(bewertende Haltung)があらわれる。評價の態度が組織的に基礎づけられることによつて、哲學の立場が成立するのである。第四に、そうして最後に、われわれは價値と反價値との對立をも超越し、一切の存在をそのあらゆる反價値性にもかかわらず價値的に肯定しようとする。それは結局において價値そのものをも克服する態度、「價値克服の態度」(wertüberwindende Haltung)であり、宗教の立場を特質づける。

これら四つの態度のうち、法に對して採られ得る態度は、後の三つ——價値關係の態度、評價の態度、價値克服の態度——にかぎられる。なぜならば、法は常に何らかの目的に役立つべきものであり、したがつて、法の理解は法の目的を離れては成立せず、法の考察はかならず何らかの意味で價値との結びつきを豫想するからである。價値盲目の態度による法の自然科學は、それ故に不可能である。價値盲目の態度が法の問題から除外されることによつて、法に關する三つの可能な考察が成り立つ。法を法價値に結びつけ、法を一つの文化的に意味のある實在として考察するのは、法の科學である。

法を價値づけ、法のもつ文化價値そのものを把握しようとするのは、法の哲學である。法の價値と法の反價値との對立を超越し、法を價値克服的に考察するのは、法の宗教哲學である。

法哲學は、かくてラアドブルッフにより、法の評價的考察——シニタムラアの意味での「正法論」(Lehre vom richtigen Recht)——として特質づけられた。この法價値の考察は、ラアドブルッフにおいては、更に二つの方針による限定を受ける。

第一に、ラアドブルッフはカントの二元論の立場に則り、存在するところのものから存在すべきところのものを、價値無關係なものから價値あるもの、正當なるものを推斷することを、原理的に不可能であるとする。法の當爲を法の現存の状態に依存せしめる實證主義、法の當爲を法の過去の由來から導き出す歴史主義、法の當爲を法の將來の發達方向によつて規定せしめる進化主義は、いずれも否定されねばならぬ。法の當爲と法の存在とは、それぞれ固有の原則によつて支配された全く別個の世界を形成するのである。ここにラアドブルッフの「方法二元主義」(Methodendualismus)がある。

次に、第二に、ラアドブルッフは、一つの法問題について分岐・對立するいくつかの價値判断のうち、どれが最も正しいかを決定することは、各世界觀主體の良心に委ねらるべきであるとし、その中の一つを最後のものとして撰ぶかわりに、さまざまの法的價値判断をばその各々の據つて立つ世界觀にもとづいて、公平に理解することを法哲學の任務と見る。法價値の判断は多様・多彩であるが、

これらの多様・多彩の法的價值判斷は、それぞれその出發點に特定の世界觀を豫想する。これに對して、法哲學は、俄かにその一つを取つて他を棄てるという態度に出でるよりも、むしろ、一切の可能な法價値の立場を列擧し、その各々の世界觀的根據を明らかにすることを任務とすべきである。かくて、單一の法哲學體系の建設ではなく、あらゆる可能な法價値の體系を學問的に整理して示すことが、法哲學の課題となる。これが、ラアドブルッフの「相對主義」(Relativismus)の精神に外ならぬ。

ラアドブルッフは、法哲學の研究の根本方針として、方法二元論と相對主義の立場を採ることを明らかにした上で、まず、法の概念を論じ、つづいて法の價値、すなわち法の理念の検討に移る。

ラアドブルッフによれば、法とは、法價値に關係づけられた實在であり、法の理念に奉仕するという意味をもつ實在である。故に、法の概念は、論理的に法の價値または法の理念を豫想しているのである。しかるに、のちに改めて述べるように、法の理念は正義であり、正義は平等である。ここにいふ平等とは、しかしながら、すべての人々を無差別に取りあつかうことではなくて、各人の價値や才能に應じて、各人にかれにふさわしいかれのものを與えることを意味する。故に、ロオマの法學者ウルピアヌスは、正義とは、「各人にかれの權利をわち與えようとする恒常不斷の意欲」であるとした。けれども、ラアドブルッフによると、正義は、各人にかれのものを與えようとする「意欲」で

はなく、各人にかれのものが與えられているところの客觀的な社會生活の「状態」なのである。法とは、このような正義の理念に照らして何らかの意味をもつ對象であり、正しい配分の秩序の實現に奉仕するところの實在に外ならない。

このことは、ラアドブルッフが、法をば社會的配分關係の「外面的」な規律としてとらえていることを物語つてゐる。いいかえると、正しい配分關係を實現しようとする「内面的」な意欲は、ラアドブルッフにとつては、道德の世界に屬するのであつて、法ではないのである。更にいいかえると、ラアドブルッフは、シュタムラアと同じように、法の規律の外面性、道德の規律の内面性をもつて、法と道德とを區別すべき兩者の根本の特性と見てゐるのである。

けれども、この區別は、法の規律は外面の行爲のみを對象とし、道德の規律は内面の意欲や心情だけにむけられてゐる、ということの意味するのではない。なぜならば、法も、行爲の動機を評價の對象とし、道德も、よき動機がよき行爲となつてあらわれることを求めるものであることは、明瞭だからである。したがつて、法の外面性、道德の内面性ということは、二つの規範形態の「適用領域」(Anwendungsgebiet)の區別と解せらるべきではない。そうではなくて、それは、兩者の「關心方向」(Interessenrichtung)の相違なのである。すなわち、法は、内面の動機や心情を評價の對象としてゐる場合にも、常に、そのような心情や性格が將來いかなる外面的な行爲となつてあらわれるかに、關心

をむけてゐる。これに反して、道徳は、外面の行爲を規律してゐる場合にも、それらの行爲がいかなる心情や性格の徴標であるかに、主たる關心を注いでゐる。ラアドブルッフによれば、法が外面的であり、道徳が内面的であるというのは、かくのごとき關心方向の相違として、はじめて兩者を識別する標準たり得る。

法は、人間の外面の行爲に關心をむけつゝ、各人にかれにふさわしいかれのものが與えられるような、正しい社會的配分關係の實現に奉仕してゐるのである。故に、法の窮極の目標となり、實定法に對する價値の尺度となる理念は、「各人にかれのものを」わから與えるところの平等の正義でなければならぬ。いいかえると、等しいものを等しく、等しくないものを等しくないように取りあつかうことが、法の理念としての正義でなければならぬ。法の理念は、かくのごとき平等の正義としては一如であり、絶對であり、學問における眞、道徳における善と同じように、他のものに還元することのできない意味をもつ。

しかし、正義は平等であり、平等は各人にかれのものを與えることであるといつただけでは、具體的な法の問題について何が正しいかを決定することはできない。なぜならば、正義は、等しいものを等しく、等しくないものを等しくないように取りあつかうことであるが、何と何とが等しく、何と何ととはどのように違ふかを決めるためには、それ以外にもう一つ別の價値規準を用いる必要があるから

である。ラアドブルッフは、抽象的な正義の理念と結びついて、具體的に何が正しいかを決定せしめる價値規準をば、法の「目的」であると考へた。しかるに、法の目的は、正義のように絶對一如の理念ではあり得ない。すくなくとも、法の目的には、個人の福祉を第一とするものと、全體の繁榮を中心とするものと、個人をも團體をも越えた文化業績を主眼とするものとの、三つの基本形態がある。それによつて、法に對する價値觀は、個人主義と團體主義と文化業績主義との三つにわかれる。個人主義からいへば、すべての個人が等しく尊重されることが、法的に正しい社會狀態とされる。團體主義からいへば、團體の權威を體現する人と、一般庶民との間には、大きな價値の差等があるのが當然であるということになる。更に、文化業績主義からいへば、文化價値の建設に寄與する度合いに應じて各人に與えられるものが加減されるのが正しい、ということになる。何が正しい配分の秩序であるかは、このような法目的の立場からのみ具體的に判斷され得る。

ところで、相對主義の法哲學の態度においては、これら三つの法の目的觀のうち、そのいずれを採るべきかは、各々の世界觀主體の良心に委ねられなければならない。法哲學は、その中のどれか一つが絶對に正しいという判決を下すべき裁判官ではない。したがつて、實踐生活をいとなんでゐる現實の人々は、それぞれその信ずるところにしたがつて、自己の信念の正しさを争うべきであるということになる。しかし、その中のどれが最も正しいかを判定する客觀的規準は、各世界觀主體の信念以外

にはないということになると、この争いはいつまでたつても解決され得ないであろう。それでは、社會生活の秩序を保つことはできない。しかも、人間の共同生活には、一日も秩序を缺くことはできない。そこで、法哲學は、相争ういくつかの價值觀の立場の中で、何をもちて法とすべきかを決定し、法として決定した秩序を有効に維持するだけの力をもつたものに、法定立の權威たるべき資格を認める。人は、何が正しいかを終局的に決定し得ないでも、何を法とすべきかは、決定することができる。そうして、それは、秩序の安定のために是非とも必要なことなのである。かくて、ラアドブルッフの法哲學は、正義および法の目的とならんで、否、それら二つのものにも増して、「法的安定性」の理念を重んじ、その立場から、法を法として遂行し得るだけの實力をもつものに、法を定立し、法の效力を維持するという任務を負わしめようとするのである。

この、ラアドブルッフの生彩に富む相對主義の法哲學については、立ち入つた批判と論述とを必要とする點が多い。法の外面性、道德の内面性をば、兩者の「關心方向」の相違であるとする見解は、この種の法本質論の中では最も深い洞察に立脚するものといひ得るが、しかし、法と道德との區別の問題はそれではたして解決され得たものと見なすことができるか。あるいは、ラアドブルッフは、法の理念をば、一如の正義と三つの法的目的觀との結びつきとして多角的に論述し、それを更に單一の法的安定性によつてしめくくることによつて、一種の實力決定論に到達しているのであるが、法哲學

はこのような立場をはたして最後まで貫き得るであろうか。これらは、改めて第二篇において批判的に検討されなければならない。また、かれは、法の目的についての世界觀の對立を許しつつ、これを「多數」の力で決定する必要を認めることによつて、民主主義の法定方法を法哲學的に基礎づけているのであるが、これについては、次の章でもう一度ラアドブルッフを取り上げるときに述べることにする。

このように、ラアドブルッフの法の價值哲學には、批判を必要とする多くの重要な問題が含まれているが、それは、あたかもかれの思想が、新カント哲學の形式主義の常型を脱して、きわめて多彩な内容を盛り上げていることを物語るものに外ならない。その意味で、ラアドブルッフの法哲學は、單に新カント主義の温床から收穫された最大の結實であるばかりでなく、現代における法哲學の諸體系の中でも、最も稔りゆたかなものの一つであるといつて差しつかえないであろう。

ラアドブルッフの分析した世界觀的立場の第三の形態、すなわち文化業績主義の立場は、法の基礎に文化價值を置き、文化建設の目標の下に法の存在意義を評價しようとする。かような見解にもとづき、新カント主義の文化哲學と法哲學との結合を圖つた學者に、ミュンヒ(Munich)およびマックス・エルンスト・マイヤー(E. M. Meyer)がある。中でもマイヤーは、法規範の「受範者」(Normadressat)の問題から出發して、法規の構造に關する精密な論究を行つた。

マイヤアによれば、「法規範」(Rechtsnormen)の根柢には「文化規範」(Kulturnormen)がある。文化規範は社會生活に深く根ざした宗教的、道德的、習俗的の規範であり、一定の社會に生活する人々の行爲は、その社會に内在する文化規範によつて規律されている。各人が互に他人の身體および利益を尊重するということは、文化規範の定めによる社會人各個の直接の責務である。これに對して、法規範は、文化規範に違反する行爲がなされ、社會人の利益がそれによつて毀損された場合に、その毀損された利益を救済し、社會人の利益を保護するために設けられた規範であり、したがつて、その本質上、法益の保護に任ずる公共の機關、特に裁判官を拘束する。法規範の受範者は一般の社會人ではなく、裁判官である。國民の利益のために、裁判官にむけて定立された規律が、すなわち、法規範に外ならぬ。法規範は、法益保護のための手段として、一定の物理的な強制の行使を豫想する。しかるに、外的強制の手段は、今日では國家によつて獨占されているから、國家の法が現實には最も完全な意味での法秩序を形成する。しかし、法の目的は、國家の強制力を背景として法益の保護に任ずることとに存するのであるから、法的な國家權力の行使は、法益の保護というその根本の文化的任務によつて制限されていなければならない。強制的な法規範の効力は、文化規範の目的によつて制約される。いふかえれば、法規範は、その内容が文化規範と一致する場合において、はじめて正當な規範として是認される。

カント主義のひろい地盤の上に立つて、法と道德との根本の共同性を認めつつ、しかも「相互拘束性」(bilateralité)および「強制可能性」(coercitivité)の中に法の独自の性格を規定しようとしたのは、イタリーの代表的法哲學者たるデル・ヴェキオ^(註)である。

デル・ヴェキオにしたがえば、法と道德とはともに人間の行動の規範であり、その點では共通の根據を有する。しかし、道德が單一主體の行爲の選擇についての規準を示すのに對して、法は、相異なる主體相互の行爲に關して單一の規律を定立する。一方のなし得ることを他方は妨げ得ないというのが、法の規律の根本形式である。故に、道德が「一方的」(unilateral)に行爲を拘束するのに對して、法の拘束は「相互的」(bilateral)である。法はかような行爲の相互的制限の規律であるが、もしもこの制限が遵守されず、法によつて或る主體に認められた權能の範圍が、他の者のために侵害された場合には、この侵害に對して強制的な救済の手段が採られる。故に、法は本質的に見て強制可能なものであり、強制可能性こそ法規範を他の規範形態から截然と區別するための徴標でなければならぬ。デル・ヴェキオは、かくのごとくに法の本質を規定したのちに、法の合理的根據の問題を論じ、この根據をば人間の超經驗的な本質に求めることによつて、自然法論への接近を示した。

(1) Gustav Radbruch (1878—): Einführung in die Rechtswissenschaft, 1910; Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1914; Rechtsphilosophie 1932.

(I) Fritz Münch (1879—1920) : Kultur und Recht, 1918.

(II) Max Ernst Mayer (1875—1924) : Rechtsnormen und Kulturnormen, 1903; Rechtsphilosophie, 1922.

(III) Giorgio Del Vecchio (1878—) : Lezioni di filosofia del diritto (Leçons de philosophie du droit), 1930.

五 純粹法學

法の本質、法の理念、および、法學の方法に關する根本問題は、これまでに概観された法哲學の諸傾向によつて、すでにさまざまな角度からさまざまな態度をもつて論究された。それらの論究は、法の哲學的根據を見窮め、法をその根本理念によつて價值づけ、あるいは、法解釋學の任務を明らかにした點で、法哲學の建設にそれぞれ貢獻するところがあつた。しかし、その中でただ一つ比較的に閑却されて來たのは、實定法の構造をば冷靜に、純粹に理論科學的に考察するという態度である。人は古來絶えず實定法の研究を怠らなかつたけれども、その場合の研究目標は、あるいは自然法の原理により、あるいは正義衡平の理念にもとづき、あるいはまた社會公共の利益の見地から出發して、實定法をいかに實際問題の上に適切に適用して行くべきか、という點に求められていた。それは、法解釋學の發達の歴史の明らかに示すところである。この法解釋學の實踐的任務は、自由法論によつて最も

鮮明な自覺に到達した。けれども、實踐的な法解釋學が法の運用の上いかに重要な役割りを演ずるにしても、その重要性は決して實定法の純粹理論的研究の必要を排除するものであつてはならない。實定法の純粹理論は、實定法の實踐的解釋および適用とは全く獨立して、かつそれとは全く別個の根據の上に築き上げらるべき必然性を有する。

しかも、ここに建設さるべき實定法の純粹理論は、法の事實研究を目標とする法社會學とも混同されてはならない。法の事實現象は、法規範にしたがい、または法規範に反してなされる、多數個人の社會的行爲の複合態に外ならぬ。かかる事實行爲は、法的に意味づけられた行爲として法學的認識の對象となり、その認識によつて法社會學が成立する。しかし、法的に意味をもつ事實行爲は、いかに法的に意味をもつとはいへ、それ自身としては、單なる事實にすぎないのであつて、法そのものではない。法そのものは、事實行爲を規律する法規範である。かかる法規範の組織としての實定法體系である。法規範は、事實行爲を規律するように定められたものであるが、法規範の意味内容は、それによつて規律される事實行爲とは離れて、それ自體の固有法則性をもつて把握され得る。かくのごとくに、法規範の規範意味内容をば——その規範意味によつて規律された事實行爲から離れて——純粹に、それ自身として把握するのが、實定法の理論である。實定法の理論は、一方において、實踐的な法解釋學から識別されると同時に、他方においては、事實のみを對象とする法社會學からも明らかに

區別されなければならぬ。

實定法の規範意味内容そのものを對象とする實定法の理論は、すでにラスクによつて方法論的に根據づけられたが、ラスクの場合には、實定法の理論を「法解釋學」と名づけるといふ名稱上の混亂があつたばかりでなく、その論究はいまだ方法論上の示唆の程度を出でなかつた。これに反して、明確な哲學上の立場から實定法の理論を構想し、これをひろく法の諸領域にわたつて體系づけた者は、ケルゼンである。ケルゼンの「純粹法學」(Reine Rechtslehre)は、内容上から見れば法哲學の固有領域に屬しないともい得るが、その立場自體は明らかに法哲學的であり、その論ずるところもまた深く法哲學の問題と關聯する。故に、法哲學の諸傾向を概觀するにあつては、純粹法學の理論を叙述することを怠るわけには行かない。

ケルゼンの哲學上の立場は、當爲と存在とを峻別する規範論主義を徹底せしめている點で、明らかに新カント主義に屬する。また、認識の對象は認識の方法によつて規定されるとなし、法學の方法によつて認識される對象は、ひとり法でのみあり得ると論ずるケルゼンの法一元主義は、新カント哲學の方法萬能の思想の適用に外ならない。法學の對象としての國家は法秩序そのものでなければならぬといふケルゼンの法國家同一説のごときも、明らかにエオニンの學說の影響の下に構成されたものである。しかし、法思想史的に見れば、ケルゼンの純粹法學は、實證主義的な一般法學の系統に屬する。自然法の觀念をあくまでも排斥し、問題の範圍を實定法にかぎろうとするのは、ケルゼンの法實證主義の顯著な態度である。そればかりでなく、ケルゼンの哲學思想は、その門下に屬するフェリックス・カウフマンおよびシュライヤアを通じて、或る程度まで現象學の影響をも受けている。これらの諸傾向を綜合して成つたかれの純粹法學は、独自の色彩を持つ法理論の體系であり、當爲命題たる法規範の世界を、絕對規範の世界としてではなく、實定規範の世界として把握するという、微妙にしてかつ困難な問題をその問題とする。

ケルゼンの純粹法學は、「實定法の理論」(Theorie des positiven Rechts)である。すなわち、それは第一に、「實定法」の理論として自らを「自然法」の論究から明確に區別する。自然法は歴史を超越する絕對の妥當性を要求するが、實定法は歴史的な制約の下に立ち、したがつて、その妥當性は相對的であつて、絕對的ではあり得ない。純粹法學はかかる實定法のみをその對象とし、自然法の要素の法理論への混入をさわめて嚴重に拒否する。法の研究が自然法の立場と結びつくことは、法學が理論の態度を棄てて、實踐的要請の前に膝を屈することである。自然法は一定の道德的政治的要求を絕對化し、實定法をこの要求によつて肯定し、または實定法をこの要求によつて變革しようとする。自然法の立場は、本質上道德的政治的實踐の立場である。純粹法學は、かくのごとき道德的政治的實踐の立場を排除して、純粹の法の理論を築き上げようとする。そのために、純粹法學は自然法論と最も鋭

く對立するのである。

純粹法學は、次に第二に、實定法を純粹に法として、純粹に實定法として研究するために、一切の社會學的事實認識の立場を排除する。法は「規範」であり、規範は「當爲」の法則である。これに對して、社會學の對象は、社會に生活する多數人の事實行爲であり、したがつて、それは當爲の世界に屬せずして「存在」の領域に屬する。存在としての事實行爲にあらわれた法は、もはや嚴密な意味での法ではないのである。勿論、實定法の理論もまた、種々の角度から人の行爲を問題としなければならぬ。しかし、その場合に問題とされる人の行爲は、法規範の「要件」として意味づけられた行爲である。したがつて、それは、單なる事實ではなくて、規範意味の部分内容を成すところの行爲である。盜賊が竊盜を働く行爲は、刑法規範の不法要件として、裁判官が判決を下す行爲は、個別的な法規範の定立作用として、それぞれ法理論の考察目標となる。それは、社會學が事實をあくまでも事實として考察するのとは、全く性質を異にする。法規範の客觀的意味内容にむけられた純粹法學の立場は、社會學的要素からの純化を俟たずしては確立され得ない。

かくて、純粹法學は二つの點において方法論的に「純粹」である。第一には、政治的・道德的の態度を毫も含まない點で。第二には、社會學的事實研究との混同を絕對に避けようとする點で。

純粹法學の立場からいへば、法は實定法であり、實定法は「法規」(Rechtsatz)の統一態を意味する。故に、法規の構造を分析することは、實定法の理論の出發點であり、また、一切の法制度を理解する根柢でなければならぬ。

ケルゼンによれば、法規は一定の要件(制約的要件)と他の一定の要件(被制約的要件)としての強制効果)とをば當爲の關係に結合する強制規範である。これを三點に分けて説けば、第一に、法規は一つの「規範」(Norm)である。規範は當爲の關係を表示する法則であつて、その點で存在の關係を示す自然法則と嚴格に對立する。自然は、因果必然の理法によつて支配された存在の世界である。したがつて、自然法則は常に因果關係を表示する。一定の原因があれば、それによつてかならず一定の結果が生ずるといふのが、自然法則の規定するところである。これに反して、法規は最初から當爲の法則であつて、自然的存在の關係とは何らの交渉をもたない。自然法則が「Aがあれば、かならずBがある」といふのに對して、規範法則は「Aがあれば、かならずBがなければならぬ」と規定する。法の關係はあるべき關係であつて、ある關係ではない。自然關係においては、竊盜の罪を犯しても、なおかつ罰せられないことがしばしばあり得るのである。しかしながら、法規は、自然の關係の如何にかかわらず、竊盜の罪を犯した者は、かならず一定の刑罰に處せらるべきである、と規定する。かように、法規をば純粹の當爲の法則と見て、これを一切の存在の關係から切り離して考察することは、純粹法學の終始變らない根本態度である。

第二に、法規は、無制約的な妥當性を主張する規範ではなく、一定の「制約的要件」(bedingender Tatbestand)の下に一定の「被制約的要件」(bedingter Tatbestand)——「効果」(Folge)——を結びつけるところの規範である。故に、法規は、論理的に見て一つの「假言命題」(hypothetischer Satz)の形式を備える。例えば、單に「盗んではならない」と規定するのが法規ではなく、「竊盜の罪を犯したものがあれば、これを處罰しなければならない」と定めるのが、法規の特質である。この場合、竊盜行爲が制約的要件となつて、これに被制約的要件または効果としての刑罰が結びつけられる。實定法上の規範は、無前提の效力をもつとされる自然法規範と異なり、かならず或る前提を豫想し、その前提の下に或る効果を定立する。制約的要件に對する効果の定立は、因果の聯關ではなく、當爲の聯關である。ケルゼンは、法規によつて定められた要件と効果との當爲の聯關を、自然的に定まる因果の聯關から區別するために、特にこれを「歸屬」(Zurechnung)と名づけた。法規は制約的要件に對して効果を歸屬せしめる假言的當爲命題に外ならぬ。

第三に、法規は、一定の制約的要件の下に、一定の「強制効果」(Zwangsfolge)を歸屬せしめる規範である。法規の定立する被制約的要件、すなわち効果は、強制行爲をその内容とする。強制行爲の典型的なものは「刑罰」である。竊盜行爲を制約的要件として、これに刑罰——例えば十年以下の懲役——が歸屬せしめられる、というような規定が、それである。しかし、法規の被制約的要件としての

強制行爲は刑罰にはかぎられない。現代の法制上、刑罰とならんでひろく定立される強制行爲は、「強制執行」である。例えば、「契約に違反して相手方に損害を與え、かつその損害の賠償に應じない者があれば、相手方の提訴によつて、これに強制執行を加えなければならない」という法規においては、損害賠償義務の不履行を要件として、これに強制効果としての強制執行が歸屬せしめられている。強制効果の定立を制約する要件は、その効果が強制行爲であるのに對應して、「不法要件」(Unrechtlagebestand)としての性格を有する。犯罪および義務違反は、不法要件の類型である。法規は不法要件に對して強制効果を歸屬せしめる規範であり、したがつて、その本質上一つの「強制規範」(Zwangsnorm)でなければならぬ。

強制規範としての法規は、法の法たる所以をあまり具備している。法は規範であり、かつ、強制規範である。強制は、かくて法の本質的契機を形成する。しかしながら、強制規範は、決して純粹の孤立性において妥當する規範ではない。強制規範は一定の不法要件の下に一定の強制効果を定立する。そうして、不法要件が不法たるのは、それが更に何らかの——強制規範とは異なる——他の規範の違反行爲であるからである。強制規範に先立つて、或る他の規範が妥當し、かつ、この規範に違反する行爲がなされたとき、その行爲が強制規範上の不法要件となつて、これに強制効果が歸屬せしめられるのである。例えば、「竊盜の罪を犯した者は、十年以下の懲役に處せられなければならない」とい

う強制規範は、これに先行して「他人の財物を竊取してはならない」という規範の妥當することを豫想する。他人の財物を竊取することが禁ぜられているからこそ、それにもかかわらず他人の財物を竊取した者があつた場合には、それを不法要件として、これに強制効果が歸屬せしめられるのである。かように、一切の法規は、かならず自己に先行する或る他の規範の妥當性を前提とし、その規範の違反行為を自己の制約的要件とする。法規に先行するこの規範は、法規の成立を制約するものではないが、それ自身としては強制の契機を含まず、したがつて純粹の法規範ではない。それは、法規と結びついてはじめて法的に意義づけらるべき規範、法的に見ては第二次的の意味しかもたぬ規範である。故に、ケルゼンはこれを「第二次規範」(sekundäre Norm)と名づける。これに反して、強制規範としての法規は、本來の法規範、法的に第一次的の意味をもつ規範、すなわち、「第一次規範」(primäre Norm)である。第一次規範は法の中核を成し、第二次規範は法の周邊に位する。しかし、第一次規範の妥當性は、実際には第二次規範を前提とし、その制約の下に置かれているのである。

純粹法學は、このように分析された法規の概念から出發しつつ、國法秩序の構造をば、かかる法規の統一的體系として説明する。それによると、國法秩序は、その一般性または特殊性においていくつかの段階に排列された、法規の複合態であつて、下位の法規は上位の法規にもとづいて創設され、上位の法規は下位の法規の效力の根據を成している。例えば、法律は憲法にもとづいて創設され、裁判

上の判決は法律にもとづいて定立される。そうして、法律が效力を有するのは、それが憲法にしたがつて創設されているがためであり、判決が妥當であると認められるのは、それが法律に準據して下されているが故である。かくのごとき國法秩序の段階構造の頂點には、憲法をはじめとするすべての國法規範の創設の淵源となり、すべての法規の效力を根據づけているところの最高規範、すなわち「根本規範」(Grundnorm)がある。根本規範は、無限に多様な國法規範が、それにもかかわらず單一の法秩序として構成されるための根本前提である。そうして、法學的認識方法の對象となるものは、すべて法でなければならぬという純粹法學の立場からいへば、根本規範の下に統一體として構成されている國法秩序の體系そのものが、すなわち國家なのであり、權利・義務の主體として實體的に考えられた國家は、この國法秩序が擬人化されたものに外ならない。

ところで、國法秩序は、法の最もよく發達した形態であるが、國法秩序だけが法であるわけではないことは、いうまでもない。國法秩序の枠の外にあつて、國家間の關係を規律するものは、國際法である。國際法の法的性質については色々議論があるが、國際法もまた、一定の不法要件に對して一定の強制効果——例えば、「復仇」(Repressalie)あるいは「戦争」(Krieg)——が歸屬せしめらるべきことを定めた法規の複合態であり、法たる性質において國內法と異なるところはないのである。そうになると、國際法と國內法とは、互にどういふ關係に立つかが、實定法の理論の大きな問題となる。ケ

ルゼンによると、法學上の思惟は、すべての法現象をば一元化して説明することを求める。したがつて、國際法と國內法とは、單一の全體秩序の組織の中に位置する法領域として理解せられなければならない。その場合に、國際法が全體秩序であり、各國の國內法はこの全體秩序の部分秩序をなしていると考えるのは、國際法優位の構成である。逆に、或る一つの國內法秩序が全體秩序であつて、國際法も、他の國々の國內法も、その國法秩序の根本規範の委任を受けたかぎりにおいてのみ法たるものと見るのは、國內法優位の構成である。ケルゼンは、これら二つの構成のいずれを採るかは、世界觀の問題であつて、理論的には決定され得ないと説いた。しかし、ケルゼン自らの見解が國際法優位の構成に傾いていることは、疑いを容れない。

ケルゼンは、かくのごとくに、すべての法秩序をば、上位・下位の段階をなして單元的に構成された法規の體系と見た。この、純粹法學の中心思想たる「法段階説」(Stufenheorie des Rechts)については、のちに法の效力の根據を論ずる場合に、改めて立ち入つた検討を加えることとしよう。また、法段階説から導き出されるケルゼンの權利本質論についても、第二篇において觸れる機會があるであらう。

いずれにせよ、ケルゼンの純粹法學は、實定法の理論研究の上に幾多の寄與をもたらすと同時に、また幾多の問題を提供した。中でも、法の段階構造の頂點に位する根本規範の本體は、そもそもいかなるものであるかという點には、法哲學上の最も重大な問題がひそんでゐる。實定法の理論の中に一切の政治的世界觀の立場が混入して來ることを排斥したケルゼンは、この根本規範がいかなるものであるかについては、明確な解答を與えないで終つた。なぜならば、根本規範こそ、法定立作用の最高權威の所在を示す、國家の政治的基本原理に外ならない。したがつて、根本規範の正體を明らかにしようとするれば、どうしても、法と政治との關聯を認めざるを得なくなるからである。しかし、根本規範の正體には觸れずに、ただ單にこれを法定立作用の最高の淵源として前提する純粹法學の立場は、あらゆる政治的世界觀に對して中立的な、徹底した法實證主義となることを免れない。それなるが故に、純粹法學が、實定法の理論を純粹に客觀的に築き上げるのに役立つことも事實であるが、それなるが故に、それが、一切の政治的内容の虚脱した極端な相對主義の理論として、法の中に政治的世界觀を充滿させようとする絶對主義の立場からはげしい論難を蒙ることになつたのも、またやむを得ない運命であつたといわなければならない。

ケルゼンがウィーンにあつて純粹法學の建設に努力していたころ、その周圍には多くの學者が集まつて、色々な角度から法學の理論研究に従事し、潑刺たる活動をつづけた。これを、ウィーン學派という。中でも、國際法のフエアドロス、行政法のメルクル、法哲學のフェリックス・カウフマン、シュライヤア、社會學のフエニゲリンなどが著名である。このうち、カウフマンおよびシュライヤアは、

フッサールの現象學の立場を採用することによつて、ケルゼンに見られる新カント哲學の形式主義の弊を補正しようと試みた。ケルゼンをはじめとして、カウフマン、フェエゲリンなどは、今日ではアメリカ合衆國にあつて學界に活躍してゐる。

- (I) Hans Kelsen (1881—) ; Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 1911, 2. Auflage, 1923; Ueber Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, 1911; Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, 1920; Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, 1922; Allgemeine Staatslehre, 1925; Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, 1928; Reine Rechtslehre, 1934; General Theory of Law and State, 1945.
- (II) Alfred Verdross; Die Vorlesung der Völkerrechtsgemeinschaft, 1926; Völkerrecht, 1937.
- (III) Adolf Merkel; Das doppelte Rechtsantrittz, enthalten in „Juristische Blätter“, 1918; Die Lehre von der Rechtskraft, 1923.
- (IV) Felix Kaufmann; Logik und Rechtswissenschaft, 1922; Die Kriterien des Rechts, 1924; Die philosophischen Grundprobleme der Lehre von der Strafrechtsschuld, 1929; Methodenlehre der Sozialwissenschaften, 1936.
- (V) Fritz Schreier; Grundbegriffe und Grundformen des Rechts, 1924; Ueber die Lehre vom „Möglichen Recht“, in Logos, 1926; Die Interpretation der Gesetze und Rechtsgeschäfte, 1927; Schuld und Unrecht, 1935.
- (六) Erich Voegelin; Der autoritäre Staat, 1936.

第五章 法における理念と現實の結合

一 社會連帶の法理

法哲學は法の理念を求める。法哲學の求める法の理念は、それが理念であるかぎり、法の現實とは大なり小なりへだたつてゐる。特に、法の現實にあさたらない立場は、それだけ、現實からかけ離れた高みに法の理念を求めることになる。この傾向は、概して法の形而上學に共通してゐるといつてよい。法形而上學は、法の理念をば現實の法たる實定法の彼岸に求め、これを實體化して、自然法の概念を構成した。しかし、もしも自然法が實定法と永遠の對立をなしているならば、自然法は實現の見込みのないユートピアにすぎず、現實の社會生活への迫力を喪失したものとならざるを得ないであろう。これに反して、自然法の思想が、現實の制度を變革しようとする政治運動を方向づけ、人間の集團的な意志と努力とによつて、著々として革新の實を擧げ得るようになった場合には、自然法はもはや實定法を超越する單なる理念ではなくて、それだけ現實と結びつき、現實を動かす力となつたものと見なければならぬであらう。