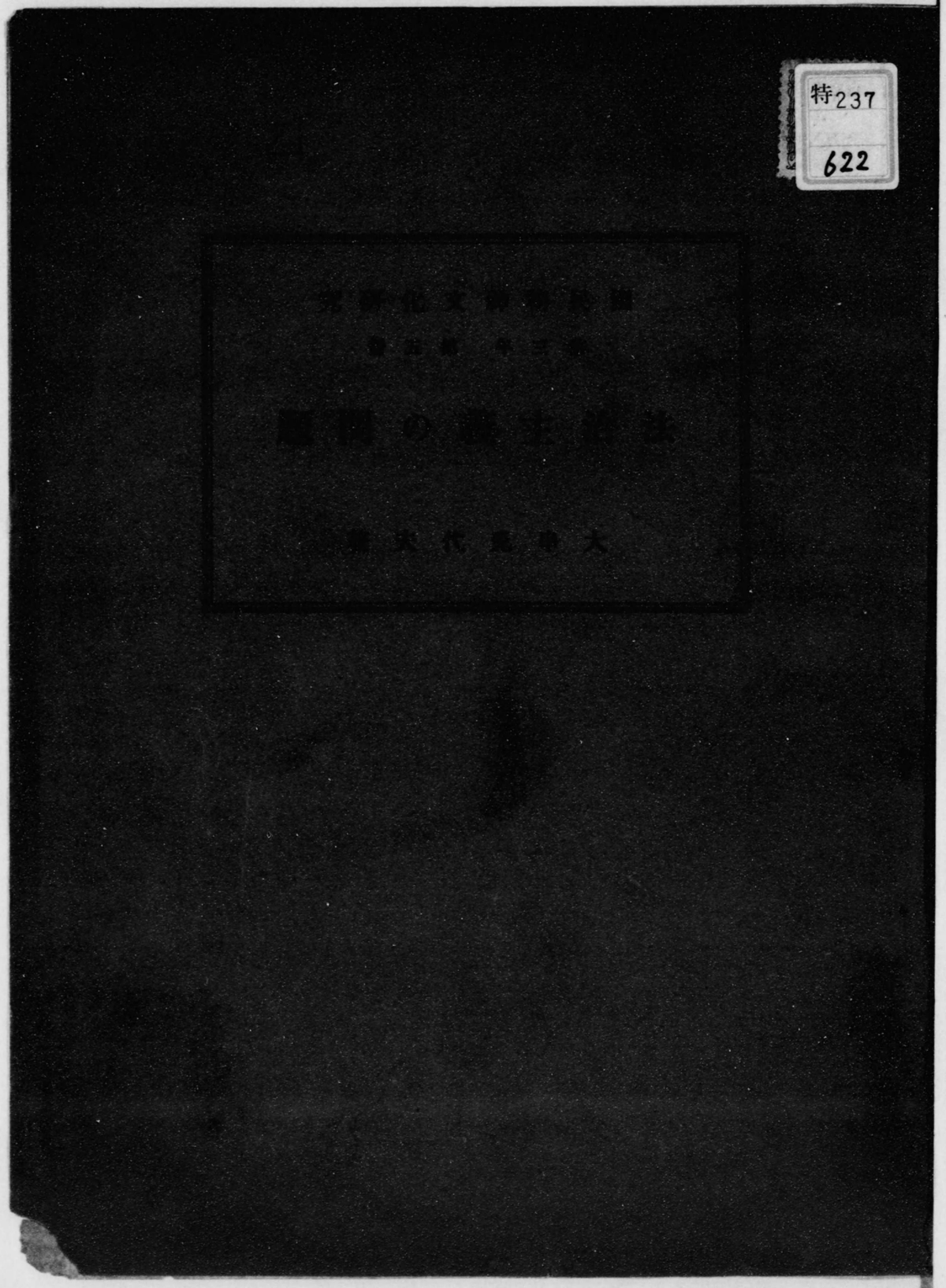
特237
622



0011771000

0011771-000

特２３７－６２２

法治主義の問題

大串兎代夫・〔著〕

日本文化協会出版部

昭和１１

ACA

771

乙

特237
622

國民精神文化研究
第三年 第五册

法治主義の問題

大串兎代夫著

特237
622

法治主義の問題

國民精神文化研究 第三年 第五册
（國民精神文化研究所藏版）

大串兎代夫

日本文化協會發行

法治主義の問題

大串兎代夫

一

法治主義は色々の點で問題となるのであるが、普通誰でも常識的に直ぐ考へ及ぶ點は法治主義が德治主義の反對として有する缺點である。殊に東洋に於て法治主義が問題となる場合に、直ちに德治主義の立場から色々法治主義が批判されるといふのは、元來東洋に於ては德治主義が政治の本則とされ、所謂法家の思想はどちらかと言へばその缺點の側を多く云爲される傾向があるからであらう。法治主義が問題となる場合に道德が根本問題となつて來るのは當然の事であり、何人も異論のあるべき筈ではないところであるが、現代で法治主義といつて居るのは何も直接德治主義の反對概念ではないのである。法家の思想の樣に嚴罰を掲げることによつて、綱紀を肅正する方が、生ぬるい德治主義よりもよいといふのではなく、西洋輸入の法治主義はそれ自身一つの德治思想を表すものである。明治の初期に法治主義或は法治國家といふことが何故に朝野を擧げての大問題となつたかと言へば、外から來た西洋人も日本が法治主義を採用せず依然たる專制主義であるから文化の劣れる國なりと言ひ、內側の日本人自身も日本を化して法治主義の國たらしめることを、文明開化の國として西洋諸國と對等の地位に立つ前提なりと考へたからであつた。法治主義の國卽ち文明國であり、法治主義ならざる國卽ち非文明國なりとす

る考へは極く最近まで存在して居た思想で、之を決して荒唐無稽の思想と一笑に附する譯には行かぬ。卽ち法治主義と現代で言つて居るものは、專制主義反對概念としての法治主義で、決して德治主義の反對ではなく、德治といふ點から言へば、專制主義を惡と見、法治主義を文化的水準の高い德の政治と見る考へが法治主義の中に包含されて居るのである。それ故、法治主義は單に成文法によつて國を治めて行くといふ考へだけでなく、一方には國民を法治國民として敎育して行くといふ思想を伴つて居る。この點は東洋流の法家の思想とは違ふのである。法治主義は、法律的、政治的の思想であると共に、他方には道德的、敎育的の考へであつて、かゝる廣汎なる領域に亘る思想の根本には個人の自覺が前提されて居る。

法治主義は專制主義の反對として生れたもので、それ自身德治主義の反對ではないから、法治主義を問題とするに當つて道德の方面から直接に出發する常識的考へは、間違ひではないが、的を外れるのである。現代の法治主義が如何に道德的弊害の基となつて居ても、その匡正は法治主義の思想に立つ者自身も切に之を希望して居るのであつて、德治は元よりその望むところである。法治主義の弊害は法治主義自身には存せず法治主義成立の根基たる可き個人の自覺が足りぬところに生ずると爲すのが法治思想の建て前である。卽ち法治主義の側に立つ者から言へば法治主義の弊害匡正は個人の敎育より他にないといふことになるのである。

法治主義を問題とする者は先づ右の樣な事情を知悉せねばならぬ。かゝる事情を知らずして法と道德の一致を說くのは、文字通り机上の空論であつて毫も問題の要點に觸れる事が出來ぬ。

二

法治主義の根本問題は規律と人間との關係に在る。單に法と人と何れが主にして、何れが從なる可きかといふ如き問と之に對する答へで簡單に決せらるべき問題ではなく、法は人により生ずといふ一方の重大なる眞理を含む具體的物の見方の體系と、人は法によりて生くといふ人間の客觀的、文化的態度を表す世界觀との間の相克である。卽ち前者の立場から言へば法と雖も人ありて始めて法である。人を離れたる意味の法といふものは存しない。法が形式に墮して人間生活の眞內容を却つて阻害するが如きは耐へられぬ事である。如何に理論の價値は尊く文化の形式には從はねばならぬかも知れぬが、要するに人間が大切である。人間はすべての文化行動の始めであり又その最終の目標である。規律はかかる目標に從つてのみ尊いのであつて、それ自身一つの目的を表すものではない。規律に從ふことそれ自身既に道德的價値のあることではあるが、それのみにては我々が何故法に服從すべきかの根據とはならぬ。法に服從するといふことは自己目的ではなく、我々が之によつて具體的人間として卽ち　陛下の臣下たる日本人として生くることを得るからである。法は自ら自らを立つる事の出來ぬものであつて、法自ら法に服從せしむべき保證をなすことは出來ず、又服從を强制することは元より出來ぬ。法はその現實的姿に於ては自立して居るものではなく、常に人間の具體的社會關係に依存して居るものである。從つて法治主義といつても、人が人を治むるに法を以てする事は出來るが、法の支配を以て人の人の上の支配に代へんとし、法自立の原則によつてすべてを解釋せんとする法治主義は現實と規範を顚倒するもので誤りも亦甚しいとするのである。

右に述べ來つた如き態度立場によつて法治主義は問題にされるのであるが、かゝる立場には例へば官廳に於け

る形式主義の過重によつて、規律一點ばりで、人格的責任による自由裁量の餘地が少いとか、或は法規の形式が整へば整ふ程、内容が實際生活に遠ざかるとか種々の具體的原由が附加して居るのは勿論であるが、こゝには先づそれには觸れず、法治主義を批判する側の一般的態度を表して見たのである。

之を要するに國家の優越を根本にする現實的態度が基になつて、この立場から法治主義が批判されるのである。但し直接に法治主義が問題化するのには法治制度の爛熟といふ現實の段階が達せられねばならぬ。それは議會制度の行詰り及び司法權の政治色彩獲得といふ現象で現れて來る。然し乍ら何故に議會の行詰りと司法權の政治的色彩といふことが、法治主義の爛熟を意味するかについては、先づ法治主義自身の内容について説明する事が必要であることは勿論であるが、又かゝる内容の檢討が從來の法律家のなしたのと反對に、法外部に立ちて法を批評する立場によつて爲されねば意味がないのである。單に意味がないのみでなく、法治主義の内側から法治主義を眺め、その弊害の方面の表れとして議會制度の行詰りや司法權政治作用の變化を論じても、かゝる弊害の是正については、結局何等積極的意見は出て來ぬのである。

社會存在としての法がやはりそれ自身自立するものではなく、法が法として存在するにつきては社會の現實的結合關係を前提するといふ立場に立つて、かゝる一應法の外にある立場を以て法を眺めて行くときに始めて、法治主義全體の姿が明らかとなる。山を愛する者は山に入らず、明治維新以降現實の制度として確立したる法治主義を、又再び之より出でてふり返り眺め返すことが必要となつて來た。法治主義はその成立後未だ半世紀を經ないのであつて、今之を問題とするのも、之を顚覆し封建專制の昔に返さんとする意味では元より無い。法治主義をして眞に日本の法治主義たらしむるためには、明治以降守り立て來りたる西洋的法治の思想をその根柢に於て檢討し、その誤れるを正して新たに之に國民的精神を注入するの要がある。

三

法治主義を問題とする場合に一番誤解の原因を作るものは、法治主義といふ言葉を廣い一般的の意味に解するか、或は特に現代法治主義を指して狹い意義に用ひるかの別にある。若し一人が廣い意味にこの言葉を用ひて話して居り、他の者が狹い意味に使つて居る場合には、根本的には同一の立場を執りつゝ、一人は法治主義擁護を爲し、他は法治主義攻撃に終る樣な結果になり易い。從つてこの語の用法には特に注意を要するのである。

法治主義といふ言葉は廣い一般的意味に於ては、國家生活に於て客觀的法規が尊重せられ、又特に或人及び團體に屬する主觀的權利であつても、それが既得のものである場合には、既存權として認められるゝ如き制度及び思想を謂ふ。卽ち一般的意味に於ける法治主義は單に法により治め法が重んぜられるといふ意味とは異なり、法が客觀的規準として破る可からざるものとして取扱はるゝために、社會の Status quo 現在狀態が保持される制度に關する思想を指すのである。單に法により治めるといふ事であれば、何の程度に法によるのか、又如何なる意味の法によるのか、ハッキリしないし、又法治主義がかくの如く單に法を尊重する思想或は制度として解釋せられるれば、何れが法治國にして、どれが法治國でないのか區別がなくなるのである。カントの樣に法治の思想を理想化し、理想を現實視して了つて、法治主義をありとあらゆる國家の本來の性質と見る如き結果になるのは、あまりに法治主義の倫理的一面のみに偏して見るため、法治主義の他の一面である現實的性質を忘れるからである。國家が國家として成立する以上最も廣き意味に於ける法を有せぬものはないから、かゝる意味で言へばあらゆる國家が法治國家である。然しあらゆる國家が法治國家であり、法治が國家本來の性質であるならば、特に法治といよ必要も可能性もない譯である。特に法治國と言ひ、法治主義といふ制度思想が生ずるのは、國家一般に對し

て特殊なるものであるからで、ユリユス、スュタールはカントに對して特にこの點を明らかならしめ、法治國家は或特定時代の特定國家の態様であるといつて居る。この點は先づ明らかにされねばならぬ。法治國家或は法治主義といふのは、國家及びその制度の現實と離れ得ぬ言葉で、單に倫理的理想によつて如何なる國家及び制度についても言ひ得られる事ではない。若しこの點に氣付かずして、議論して居ると、既に法治主義を問題とする事すら理解出來なくなり、法治主義反對論は法を破る非合法主義の主張であるかの如くに考へらるゝに至る。然し經驗上から言ふと、かゝる淺墓な物の考へしかせぬ者が大部分であると言つてもよい。

法治主義は特殊時代、制度に對する思想である。而してその重點は、法を客觀的にして破る可からざる規範として尊重することによつて、現存狀態を合義化し常態化せんとする點に存する。既存權の尊重が法治主義の重大な特徴となるのもこの爲めであつて、如何に强大中央權力であつても、法により認められたる既存の權利を奪ふことは出來ぬ。法を楯にとつて現有勢力の保持をはかる思想が法治主義である。一般人によりて理解せられて居る法治主義の語はもつと倫理的であつて、法治主義の特徴を現有勢力の保持といふ點に見ることなどは如何にも過激にひゞくのであるが、西洋で發達した法治主義を見る場合には常にこの點を閑却してはならぬ。東洋流に細い事は法でやれ、愈〻大事な場合には根本解決をせよといふ樣な考へでは、法治主義といふ事はあり得ぬのである。國家の中央的統治權の根本解決を必要とする如き場合であつても、法の規範性、客觀性が幅を切かすのでなければ法治主義は生れ出す事も出來ぬ。之が東洋に西洋的語の用法に於ける法治主義の未だ嘗て存在しなかつた理由である。統治權の根本まで喰ひ入るのでなければ、法で治めるといふ事は言へぬのが西洋流の語の意味である。法治主義とは統治の根本までも規範により、人の既存の權利を飽くまで尊重する政治思想である。かゝる法治主義の一般的意味が理解されねば、法治主義の問題は起り得ぬ。神聖ローマ帝國の最末期がやはりかゝる意味

の法治國であつたし、又かくの如き法尊重の現象が起つたのは、既に亡國の前兆で、只最後に法を以て人がその勢力を救はんとした事から起つた。法治國といふのと、法治主義といふのとは内容上は言葉の上に表れる程の區別はない。然し大體法治主義は上述の如き制度的思想（單なる思想にあらず）を、法治國といふ場合にはかゝる制度の現存する國家をいふものと考へて差支へない。

狹い意味に於て法治主義といふ場合には現代の法治主義即ち主として十九世紀を中心として發達せる自由主義的法治主義をいふ。即ち第一には現存の法制の根本思想であるといふこと、第二には個人自由及び之に基く個人自由權の尊重を中心として居る事を考へに置かねばならぬ。自由主義的法治主義即ち封建的特權階級に反對して特に市民の自由を主張する事に依つて成立し、市民自由權の擁護が中心思想となつて居るから、市民的法治主義と呼ぶ人もある。カントは市民的法治主義の原則として、社會各員の人間としての自由、社會各員の臣民としての平等、共同體の各員の市民として有する獨立の三つを擧げて居る。人間としての自由といふことも、普通に考へらるゝ如き抽象的一般原則だけを表すものではなく、之を歷史的に見れば市民の獨立といふことゝ同義になるのである。人間としての自由は當時の人心に永遠的理想の炬火を點じ、自由は人間にとりて永久的眞理であり、生命そのものであるとの確信と情熱を懷かしめたのであるが、さて飜つて之を見れば、自由といふ美妙なる言葉もその用ひらるゝ歷史的背景によつて生くるのであつて、過ぎし歷史として之を見れば、市民の解放獨立に伴ふ大いなる精神の動きに過ぎないのであつて、特にその時代に人間歷史の全將來を貫く永久的眞理が確定、發見せられたる譯ではない。人間自由を永久的眞理と見る立場は、人間自由の原則による現代法治主義を事物本來の道理によつて成立する、理の當然の制度と見る考へであり、從つて法治主義を一種の永久的制度として倫理化する態度となつて來て居る。自由主義的物の考へ方の根本特徴はこの永久化と又それに伴ふ概念の一般化にある。か

かる考へ方によれば結局眞に歴史的なるものは死んでしまふ。現代法治主義はそのまゝ事理の必然に伴ふ制度ではなくして、やはり歴史必然の産物であり、現代的特殊性を有する制度である。市民の獨立といふ歴史的現實を離れて、現代法制の根基となれる人間自由の原則を考へてはならぬ。この歴史的現實に於て物を見る事が、法治主義についても全體把握となる事であつて、之は現代法治主義の原則、人間自由の確信の中にのみ住する人には出來ぬ。

市民の獨立といふ内容から見る場合に始めて自由權規定が何故に現代法治主義の根基を爲して居るか、又私有財產制、契約の自由が之によつて擁護せられるか、或は又之に伴うて三權分立原則及び成文法主義が法治主義の重要なる楯となつて居るかゞわかるのである。狹き意味に於ける法治主義の語は、この個人自由權擁護のために三權分立の原則及び成文法主義の執らるゝ制度思想である點に特徴を有する。廣い一般的意味に於て法治主義が個人或は團體の既存權の權力に對する擁護に特徴を有すると述べたのであるが、現代法治主義は單に既存權の擁護といふ事から形を一步進めて、既存權の考へ方を原則化一般化して了つて、人は生れ乍らにして自由であり、自由の權利を享有するとの一つの事理を作り出した事に大いなる歴史的特徴がある。法を以て既得の地位を保持するために權利を主張するのと、かゝる地位の固持主張が眞理なる故に法を以て守らるべしといふのとは根本的に考へ方が違ふのである。眞理學問を地位擁護の具にするのと、單に制度を以て之を爲すのとでは徑庭あまり大にして、最早單に程度の差といふことは出來なくなる。現代法治主義の問題が非常に困難なる理由はこの點に在るのであつて、法治主義の批判は自由主義的立場に於ける學問性を破棄し、論難する態度でなければ出來ぬ事になつて居る。單に法制を作つて市民の自由權の擁護をするのとは異なり、人間は元來自由にして、他人の自由を害せざる範圍に於て權力によつて侵さるゝ事は出來ぬものであるといふフランス革命人權宣言第四條に表るゝ如き、眞理的確信表明によつて法制の基礎が出來て來た。從つて法治主義といひ立憲制度といひ單に一つの法制といふとは意味もスケールも異なるのであつて、その基礎は眞理的確信にあるから、法治主義の思想から言へば單に憲法を設けて法制を作るだけでは法治主義の確立とはならぬのであつて、何處の國でも一般國民といふものは何も法治主義的確信を有するものではないから、法治國民として一般國民を教育するといふ事が强調せらるゝ譯である。單に法制を布くだけであれば、民をしてその法制の内容を知らしむるか、或は場合によつては德川氏の御定書百ケ條の様によらしめるだけで知らしめなくても濟むのであるが、現代の法制は單に法制たるに止らず、根本に於て一定の方向を有する教育といふ事を前提して居る法精神的全國家組織を要求して居るのであつて、かくの如く法治の考へが、國家體制の全部に透徹するところに現代法治主義の根本的特徴がある。

今日に於ける法は單に明法家の場合の様な特殊技術ではなく、國家全體の指導統治に滲透する一種の精神であつて眞に法治主義の語に最も典型的に當てはまる様な組織となつて來た。それも東洋流に法で治める意味の法治主義ではなく、現代の法治主義は法が治める、法が主格的位置に立つ意味の法治主義である。然し乍ら法治主義の思想によりて成れる現代法制もやはり法制には相違ないのである。如何に市民的自由は擁護せらるゝ可く、或は人間自由は永久的眞理なりとするも、三權の分立はやはり一つの法制を成す事は明らかであつて、三權分立が眞理的絶對の制度なりとは言へぬのである。三權分立原則の可否の問題は別として、之が一つの特殊の制度であることに變りはない。

三權分立の思想自身はアリストテレスの昔より存在するが、現代的三權分立の制度が人間性の必然より生ずる永久的制度とは考へられない。先づ個人自由權を法制の根本に据ゑて置いて、個人の有するかゝる自由權の領域については勅令であつても、閣令であつても兎に角權力的命令で規定する事が出來ぬ。自由權領域について議會

を通じて法律でやらねばならぬとなす處に、三權分立主義の最も重要な鍵がある。一口に法令といひ、俗に法律と呼び慣してしまふが、現代法治主義の思想から言へば法と令とは非常なる相違であつて、法律と命令との區別は法治主義にとつては缺く可からざるものである。法律と命令との區別は學者に言はせると、法律が一般規範的規律であり、命令が箇々の具體的事項についての規律であると言ふけれ共、かゝる區別の仕方では何故にこの命令と法律の區別が法治主義の基本ともなる可き意味を有するかゞわからない。命令が行政的權力行爲であつて爲政者の自由なる判斷による、謂はゞ、人間的、政治的要素の澤山入つた國事の處置であるのに對して、法律が議會の討論を經た立法行爲であつて、規則的考へ方仕方を經て出て來る規律であつて、人間的政治的要素を成る可く僅少にして規範的規律、つまり法律で世の中を支配しようといふのが、法治主義の考へである。命令の及ぶ範圍をなるべく狹くして、成る可く法律でやつて行く、其處に法治主義思想を益々進めやうとする者は法律支配の範圍を廣く見ようとし、憲法に自由權の列擧があつても、之は單なる列擧であつて、之だけは法律により、規律せよといふ意味ではなく、個人自由一般の規定を斯くの如く列擧したに過ぎぬ。法律でやるべき範圍は猶廣いのであつて、自由權は列擧されたものに止らぬと主張するのである、之に反して命令卽ち大權の直接及ぶ範圍を廣く見て、立法事項を狹く見ようとする論者は自由權の範圍を列擧されたるものに止め様とする。要するに法律と命令の區別といふのは、法と權力の區別であつて、法で權力を縛らうとするところに區別の必要が生じ、從來封建政治に於て行政も立法も一人一處に出でたのに對して、特に立法機關としての議會を設けて、內閣の行政權から之を區別し、立法權をして行政の權力行爲を制肘せしめるところに三權分立の內容がある。司法權にしても、裁判官は行政權から獨立であつて、しかも法律の下に裁判をやつて行くのであつて司法權獨立の旨趣は權力の防害を避け、一般規範たる法律をして全國家統治の基準たらしめるにある。

從つて法治主義の精神は、權力要素の法による制肘、人の人の上の支配に代へて法の支配する制度を造り上げるところに存するのであつて、この精神は又成文法主義の採用に於ても表れて居る。權力の濫用を制肘する爲めには、權力の及ぶ範圍卽ち權限の境界を豫め明らかにして置かねばならぬ。あらゆる國家的權力行爲が手續化せられ、法規手續の準行に過ぎなくなる。之によつて幾萬幾千の法條が出來、國家は法規の細目より組立てらるゝ法秩序の一大自動機械となつて居る。嘗ては法三章を以て整然たる社會秩序を成した時もある。社會秩序自身が團體的關係に於いて確固として組立てられて居れば、生きたる團體の法が嚴存するから、成文は簡單でも濟むのであるが、今日の如き「自由」を原則とする非團體的時代に於ては、生きたる團體法が殆ど混沌の狀態に置かれて居る代りに、法規は人類歷史創始以來の盛觀を呈して居る。自由を原則とする法治主義といふものは、この點から言へば所謂個人自立時代の最高潮を示すもので、理論で固めた法の組織を以て、あらゆる團體的現實秩序に代へんとして居るのである。個人の家族關係に於ても、父子の縱の關係に代ふるに橫の友人關係を以てし、個人自由の眞理確信は家族存立のための權威原則よりも重いとせられる。この自由主義的精神の最も大いなる最も現實的なる國家的表れが今日の法治主義である。家族に於ける實際の事情を問題とするものは、之よりも廣き範圍の社會に於て又同樣の惱みが存在する事を知らねばならぬ。自由主義的精神がこのまゝ存續する以上は教師は眞の教師たる事が出來ず、官吏は二重人格者となり農民の心は土を離れて了ふであらう。社會に於ける自由原則と權威原則の爭ひは之を全體として見れば國家に於て表れて居る。現代に於ては國家こそ最も自由主義化し理知主義化せるものであつて、之が法治主義の問題である。法治主義は今日現存の制度の精神であつて、之を問題にする事は容易ならざる事であり、又淺薄なる見解しか有せぬ者からは危險視せらるゝ怖れがあるけれ共、その內容に於ては一家の父長たるものが家兒の養育について、或は又學校の教師が兒童の教育について有する問題と同一

のものである。今日家族制度を心より憂ふべき問題を包藏すると考ふる人、現代教育制度の危機を痛感する者は、必ず及んで國家組織全部の有する問題、法治主義に至らねばならぬ。

現代法治主義は他のあらゆる制度がさうである様にやはり前代制度の反對として生れて來たものであつて、その全組織を貫く精神は權力反對或は權力嫌惡に存するのであるから、單に前時代への反對といふ意味だけでなく、やはり積極的精神を生じて來るのである。之を法治主義制度の發展成熟といふ意味から見ても、この二つの面がよく表れて居るのであつて、單に議會中心主義の傾向の强い時代に於ては法治主義は猶前代的遺物に對しての反動的役割を有して居るから、發展途上にあるのであるが、議會の地位が略確立し法規の大組織も完成に近づいた時代が來ると、國家生活に於ける中心觀點が議會より司法權的作用、即ち裁判所に移る傾向が生じ、裁判所の判決は單に法の適用としてだけではない、一種の國家全部の指標となるべき政治作用を獲得するに至るのである。之は法治主義の究極の理想が國家生活の司法化にあるためであつて、立法機關といふものは今までの權力國家を變じて法規律國家を作り上げる過程に於ては重要なる中心的役割となるが、一旦法規律國家が完成するとその積極的意味を失ひ、國家行動の全部が法規手續化されて了ふから、國家機構の動きに於ける桿杆は言はゞ法權威の所持者としての裁判所に移る事になるのである。法治主義に於てかゝる現象が起る事は卽ち法治主義の爛熟を意味するのであつて、議會勢力の失墜といふことは普通に言はれる如き政黨の腐敗であるとか、議員の非人格とかいふ如き議會內部の具體的條件よりも、寧ろ法治制度自身に內在する條件から起るのであつて、言はゞ必然的內部崩壞であり、議會は既にその役目を果し終つたのだとも言へるのである。從つて單に議會內部の一部組織を改へるとか、議員の人格的緊張とかいふだけでは大勢は動かない。問題は法治主義制度全部について起つて居るのであつて、單に議會と政黨だけが問題であるのではない。

司法作用の政治化といふ事は議會の問題以上に尖銳化された問題である。こゝに至ると之が單に裁判所內部の人的問題ではなくして法治主義全部卽ち國家全體の問題である事が明瞭である。法治主義が爛熟して司法權が政治作用を伴ふに至る事は法治主義の內容から之を見れば一種の自己破產を意味する。元來法治主義の目的は主觀的權力要素を排斥して、客觀的法の要素を勝たしめるにあつたのであるが、司法權が政治的作用を帶びるといふ事は客觀的法自身が權威を要求する事を意味するのであつて、法治主義はその元來の客觀化を停止して、再び新たなる意味の主觀要素への要求をなすに至るからである。之を一言にして言へば權力から法に移つた十九世紀の國家は今や法より權威へ移らんとして居るのである。權威への要求といふ事が現代の全體的現象である。只問題は再び權力に還り、非合法的暴力是認に還る事の出來ぬ現代人にとつて、如何にして權力とは異なる權威を現實に發揚せしめ、法治主義を問題としつゝ、法治主義を棄てずして、自由主義的法治主義より國民的法治主義に移し得るかの一點に存するのである。若しかゝる態度に非ずして現存制度である法治主義を問題としてあげつらふならば、非合法の誹りを甘受せねばならぬであらう。然し乍ら權威を思ふは法を活かすの唯一道である。かゝる死中に活を求める氣持より始めて法治主義が眞摯の問題となつて來るのである。

以上で略現代法治主義卽ち狹義の法治主義の概念を述べ終つた。勿論途中にて色々と論議も入つたけれ共、現代法治主義の旨趣とするところは大略出て居ると思ふのである。法治主義を問題とする場合には、先づ如何なる意味に於てその言葉を用ふるかを明らかにせねばならぬ。法治主義は先づ第一に通俗的には單に法によつて治め、法を尊ぶ思想として考へられて居るが、第二に之を學問的に事實法治主義なる語の正確なる用法として言ふ時には廣き一般的意味に於て、法治主義とは統治の根本に於て法による制度思想であつて、既存權の尊重にその特徴を有する。第三に狹き語の用法に於ては法治主義は現代法治主義を意味し、市民の自由權を根基とする法制度思

想であつて、權力に反對して法規範を以て國家統治の權限及び權限行使の準則たらしめ、そのために三權分立原則及び成文法主義を採用するものである。以上の三つの異なれる語の用法に於て、第一の通俗的解釋の場合が殆ど問題とならぬのは勿論である。

法治主義を問題とする事は直ちにその趣旨に於て、決して法を尊ぶ可からず、法を破りても差支へなしと言ふが如き事を意味しないのである。卽ち問題となるのは第二、第三の學問的語の用法の場合に限るのであるが、殊に第三のものが問題の中心となるのは勿論で、普通學問上の論議に於て單に法治主義と言ひて論議する場合には第三のものを指して居る。この主として第三の意義に於ける法治主義の包藏する問題について、原理的なるものより始めて具體的な諸問題への順序で私見を申し述べて見たいと思ふ。

四

法治主義に對して一般に如何して一應よい思想であるとの感じを懷くかといふと、法で治める主義であるから確實穩健であると思ひ、之に反對するといへば、如何にも法そのものに反抗するものであるかの如く思ひ做すからである。ところが現代的法治主義に於ける「法」と云ふ語は一般にいふ法ではなく實定法である。現代法治主義は原則として成文主義を採用して居るから、それは成文法治主義であり實定法による統治形態である。成文卽ち文字に書き表された法はいはゞ表現であつて本質ではない。形式であつて實質ではない。形式を立てゝ實質を見ぬと云ふことであれば明らかにそこに問題が生じて來る。一般人の法に對する氣持からいへば、法規がどうなつて居ようとそれは問題ではない。かくあるべしと云ふ正義觀念から法を見たがるからそれはいはゞ實質のみあつて、形式のない法槪念である。法治主義の法と云ふ字はこれに反して形式をとる法であり、然もそれは法治の治と云ふ字と離れ得ない一體の文字である。法治主義の法は成文法であるばかりでなく、この成文法が集つて法典を成せば法典卽ち治に當らなければならないのが、法治主義の精神である。法典卽統治とは法典の組織が全國家組織を蔽はねばならぬと云ふことである。卽ち第一には國家の根本的政治權力が法化され、第二には國家のあらゆる組織及び行動が成文化されることを意味して居る。かくの如くになれば法典は最早形式ではなくして實質的に支配する精神であり、個々の法典をとつて見れば形式であつても全法典を合して一體としてみれば獨自の規範精神である。是が法典卽統治といふ意味であり、法治と云ふ文字は離れては意味をなさないといふ所以である。法治主義は法で治める主義ではなく、法が國家全部をおほうて統治權力となる主義である。法で人が治める主義であれば尙專制政治であつて法治主義ではない。法治主義は專制制度の反對として生れて來たものであつてこの

究極に於ける人の支配に代へて法自體の支配を以てせんとしたのである。

法治主義は國體の基礎までも法化し、成文化せんとするから、是を規則的文句に書き現すことが正當であるかどうかが既に問題となる。一般人の有する法概念からいへば我が國體は建國以來の歴史と國民的信念に基礎を置くものであつて、是を固定したる文字に書き現し、是を法的規範として表現することは國體の本質にそのまゝに合致するところではないから、例へかゝる法規が出來たとしても之を以て本質そのものとは考へない。表現は本質以上に尊いものではないから、この表現から問題の出發點をとることはないのである。

然るに明治以降の國家學、憲法學の發展を見て見れば、既に表現せられたるものゝ中に立つて此の上で問題を取扱つて居るから、法學に於ける國體に關する論爭は一般から云へば形式的論爭としかみえない。卽ち統治權の性質並びに主體に關する憲法學上の爭ひがそれであつて、その結果が如何にならうとも一般人の國體觀念には何ら決定的影響を及ぼして居らぬ。天皇機關說に對しては是が直に古來の日本國體をよく表現する學說であると考へたものはあるまいと思ふけれども、此の說の內容に立入つて國情を働かす事が少なかつたのは要するに主權の所在に關する論爭が法上の爭ひに過ぎないと思はれたからである。憲法第一條に「大日本帝國ハ萬世一系ノ天皇之ヲ統治ス。」とあるのは本質の表現で統治權といふ既に表現せられた觀念の主體を決定する規定ではないのに、從來憲法學に於ける論爭は、天皇統治權を主張するものも、天皇機關說を唱へて國家が統治權の主體なることを主張せるものも、共に統治權なる概念を自明の前提として、出發せることに於ては共通である。統治權の概念は、明治時代に移入せられし以降今日に至る迄憲法學の根本概念として疑を入れられないのであるけれども、かくの如く社會學的概念とも解せられ、同時に又法學的概念とも取られ得るものはその概念自身が問題を包藏して居るのであるから、是をそのまゝにして置いて問題の解決がある譯はないのである。

現代的法治主義思想で言はれる統治權は謂はゞ所有と表裏をなす概念で、國家の統治意志に關する上から下に向ふ關係の概念規定であつて、所有は宛かも之と反對に下から上に向つて國家の實質的團體內容を人的社會的に規定する概念である。所有を考へなければ統治權の姿は明らかにならず、統治權を前提しなければ現代的個人的所有權もその意味をなさない。之が封建制度の時代であれば國家の人的、社會的結合が基礎になつて居るから、統治と所有は混然一體をなすものであつて、現代の如くに表裏の關係には立つて居ない。統治と所有との分離によつて、一方には統治權を中心とする法治組織が觀念的に整然たる姿を現して來ると共に、他方に於ては封建的人間結合が全く破れ去つて所有の事實に現るゝ個人を中心とする社會の無統制を現出して居るのが現代である。

統治權が既に斯くの如き現代的法治主義の概念であるとすれば、この概念の上に立つて憲法上の爭ひをなしても之が單に形式に見えて何等內容上の影響を及ぼさぬのは當然のことゝ云はねばならぬ。若し一歩を讓つて、法治主義組織の中に入り、統治權の概念を認めてかゝるとすれば、爭の中心となつた統治權の主體は國家でもなく又天皇でもなく、むしろ法自身がその主體であるとなさなければなるまい。憲法主權論を唱ふるものは現に我が國にもあるし、又斯く如き法の現代に於ける自主的地位を主張するものは外國の國家學に於ても數が多い。憲法自身を以て主權者となすことは形式的論理を以て見れば矛盾であるけれども、現代法典組織の實際を見れば先に述べた如く法卽統治の精神が主となつて居ることを忘れてはならない。憲法主權論には贊成することは出來ないけれども法治主義のかくの如き傾向を最もよく理論化したケルゼンの純粹法學によつて自分の立場を述べて見たい。

法治主義に於ける法が原則として成文法であるといふことは、一般の法概念が今日に於ても尙自然的なるに反

して人爲法であるといふ重大なる區別を齎して居る。自然に存する法ではなくして人によつて作られたる法が主となつて居り、然もかゝる人爲法が相集つて逆に人に對する支配的規範性の世界を形成して居るのが現代法治主義の姿である。ケルゼンは法學に存する自然法的要素を完全に排除して、純粹に實定法に依つて實定法を見んが爲めに、所謂その純粹法學を樹立した。成文法即ち人爲法の形成せる觀念的「法」の世界を法論理に卽して見ようとしたのである。卽ちケルゼンの純粹法學は法治主義の思想を窮極まで追究したる法學であり、國家學である。從つてケルゼンによつて法治主義の長所も缺陷も純粹の理論の形で表現されて居る。

ケルゼンによると、純粹法學は實定法を純粹に把捉するについての理論である。かやうな理論を以て實定法を實際に把捉して行くことが、彼によると法律理論の任務である。法律理論は任意なる理論ではなく、實定法を純粹に把捉してゆく實定法の理論である。單に論理の可能性を辿つて成立する主觀的理論ではない。

純粹とは如何なる意味か。實定法を純粹に把捉するとは、非實定法的一切の要素の混入を排除し、實定法に卽して實定法を把捉することである。卽ち社會的、政治的、倫理的等の非法律的な一切の考慮を排除することである。卽ち純粹とは、法を法的獨自の規範性によつて把捉することであつて、この法的規範性の獨自性を他の考察方法から確保することである。

ケルゼンは法規範性の純粹さを確保する爲めに特に排除すべき二つの方向を强調した。一つは社會的考察であり、他は倫理的政治的考慮である。

ケルゼンによると、法律を社會學的に考察することは、法律を自然の一部分のやうに因果的方法によつて把捉することである。社會學者は法律を事實的の群を支配する力として觀察し、法律は彼にとつては群心理的事實である。卽ち法を實在的心理的過程として、自然的なる存在として、自然法則に依つて把捉せんとして居る。然るに法律は規範であつて自然法則ではない。自然法則とは全く異なる個有法則性である。事實的に斯うあらねばならぬと自然法則性で云ふ場合には、若し事實の關係に於て、さうでない事が起るとすれば自然法則はすでにその妥當性を失ふ事になる。然るに法則的規範性の妥當は事實的因果關係からは獨立なるものであつて、例へば人を殺したるものは死刑或は十年以上の懲役に處すと云ふ法の規範があり、一方に社會の事實として人を殺してなほ罰せられぬものが居るとしても、これによつて法規範の妥當性の成立する事に係りはない。自然法則或は因果關係と法の範規性とは全く違つた分野に立つて居るからかゝる法則性を基とする社會學的考察で法の規範性を把捉する事は出來ない。かくの如くケルゼンは社會的考察を排除してこの方面に於ける法規範の純粹性を確保せんとして居る。

他の一面に於てケルゼンは實定法の認識から倫理的政治的考慮を排除せんとして居る。實定法は前にも述べた如く人爲法であつて自然法とは異なる。ケルゼンはその實定法理論たる純粹法學から自然法的考慮卽ち善を基とする倫理的考慮や正義を主觀的價値として主張する政治的考慮を排除せんとして居る。自然法は自然的秩序なるものを想定しておいて、その規範が神、自然、理性等から出るものとなし法規範が妥當するのはそれが善であり正當であり或は正義に合するが故であるとなす所にその特徴がある。然るに實定法は人爲法であり人間的權威の恣意より出で來つた所にその特徴があるのであつて、その妥當根據は自然法に存するのではなく善や正義の要求から妥當性が基礎付けられるのではなくして實定性そのものに妥當の根據があり之に對する服從は自明なる根據を有しないから實定法は强制秩序である。徒つて實定法の認識にあたつては善や正義の要求、倫理的或は政治的考慮は法認識の根據とはなり得ない。たとへ、事實に於て法の認識者が倫理的或は政治的考慮を加へるとしても法はその最終的妥當根據としては倫理性或は政治性と全く異なる法的規範根據から出て來るものである。從つて

法認識に於ては法規範性そのものが根據をなすと看做さるべきであつてこの爲めには倫理的政治的考慮を排除して法の純粹規範性を保持せねばならぬとケルゼンは主張するのである。

實定法論即ち現代法治主義が原則として成文法主義である事を根本において實定法は自然法とは異なる人爲法なるが故に倫理的政治的考慮も社會學的考察をも排除せねばならぬと云ふケルゼンの見解は實定法の本質から出發する以上正當なるものと云はねばならぬ。實定法が一大組織を形成して自立的規範性を獲得するのは前述したやうに現代法治主義の根本的特徴である。從つてこの特徴に卽してものを見ると云ふ前提を付ければ我々はケルゼンの見解に贊成せざるを得ない。

斯くの如く現代法治主義において法の認識が社會的事實の關係からも亦善惡正邪の判斷からも獨自なるものになつて居ると云ふ事が法をして一般の人心から如何に緣遠く形式主義的なるものになすかは今更多言を要しない。法治主義と云ふ言葉に對して人が一應よい感じを有ち或確實さを感じるのは法を正義や善惡の要求と離れないものと見、又法が直接社會關係に卽する存在であると考へるからである。然るに現代法治主義の法はその規範性に就いて見ればかゝる一般人の法に對する信念を裏切るものと謂はねばならぬ。法治主義の法は善や正義の要求とは離れたる規範である。從つて法治主義の法典編纂が進めば進む程、一般人心の法に對する氣持は遠ざかり行くものと見ねばならぬ。法治主義の實際上最も大切なる問題はこの點に存する。法治主義が進展すればする程、法は形式化し技術化し、この技術を離れては、法典編纂、法の解釋運用は考へられぬに至り、外面的に見れば、如何にも法學、法技術の發達がある如くであるけれども、この技術が眞に法に生命を與へる技術であるかが問題である。最も優れたる法律學、最も優れたる法技術は法に事實上の妥當卽ち生命を與へるものでなければならぬ。優れたる法技術による法は、單に內部の規範關係に於て矛盾がないばかりでなく、法の事實的適用に於て、一般人の心と結びつくものでなければならぬ。現代法治主義はその規範性に於ては優れて居るけれ共、その一般人との結びつきに於ては、これ程人心と緣遠く、その大綱に屬する精神方向をさへ理解されざることに於て、恐らく未だ嘗て在らざる形式法の時代を現出して居るのではなからうか。

若し現代法治主義が壞れて行くと假定すれば、今日に於ける法に對する人心の離反が最大の理由となるであらう。現代的法治主義が元來東洋に存せざりし特殊の近代的法制思想であつて、人格的自由人の積極的心理を前提として居る事すら理解せざる一般人は、同時に亦法の爲めに法域を守る法治主義者一流の倫理的情操に對しても、何等の理解も有せぬであらう。法治主義の思想に立つ者も、將又之を批難するものも、この間の消息に就ては深甚の注意を拂ふ必要がある。たとへ法を破つても君國の爲めに盡すといふ心理は、日本人に於てそれ程特殊者にのみ限られた心理ではない。大事の事柄を決するについては寧ろ理外の理を執るのが一般日本人の態度ではあるまいか。飽く迄も實定法の要求する處に從つて、法の純粹なる規範性を辿るといふことは、それ自身に於て一つの倫理的情操を伴つて居るのであるけれ共、かゝる倫理的情操が一般國民の性向と合致するや否やは別問題である。

五

現代法治主義の法規範が社會學的考察や倫理的政治的考慮を排除して獨自の規範性を獲得してゐると云ふ事は一般の人が考へるやうに法規範そのものが倫理性から全く離れた冷酷なものになると云ふ意味でなく、却つて反對に法はその規範の內容として法治主義的特殊の倫理性をその中に含むと云ふ意味である。現代法治主義の法が要求するのは法の獨自性或は純粹性即ち法が客觀性を確立する事であつて、かゝる客觀性確保の要求自身は一定の社會學的及び倫理的政治的立場から出發してゐるのである。從つて法はその外部關係に於て社會學的倫理的政治的考察のみならず一切の主觀的考慮を排除するけれども、法の內部に於てはこれらの關係を法自身の內容として保持してゐるのである。法治主義は直ちに德治主義に反對する思想ではなくむしろ德治主義の一種であると前に述べたのもこゝから出て來る事柄である。

從つてケルゼンの純粹法學を通じて現るゝ法治主義の問題は、單に法と道德との關係を如何にして近接せしめるかといふことには存せずして、第一には法規範性自立の結果として、法は法治主義に於て如何なる最終根據を有するに至るか、その最終根據は國家と如何なる關係に立つかといふことゝ、第二には法治主義の法概念がその內容として含む倫理的、政治的乃至は社會學的要請は何であるか、法治主義が飽くまで法の客觀性を確保せんとする倫理的政治的要求の內容は何かといふことになるのである。第一の問題については、ケルゼン自身がその所謂根本規範に依つて答へて居る。先づこの問題から檢討しよう。

六

根本規範とは、法認識についての科學的必然の假設であるとケルゼンは言つて居る。前にも述べたやうに、現代法治主義の法は規範として獨自の領域を形づくるに至つた。それは自然的因果律とも、善惡や正義の判斷とも異なる規範性の世界である。即ち法規範は善や正義の如き客觀的價値に基く絕對的性質の規範とは異なり、立法者の主觀的價値に基く相對的意味の規範である。即ち法律が當爲を表すのは、全く相對的な形式的な意義に解せられなくてはならぬ。規範に表るゝ立法者の意志が善であり、正義に合するものであつてもそれは絕對でもなければ常則でもあり得ない。單に立法者が主觀的に正しいものとなすに過ぎない。從つて法律が或事を爲すべしとする當爲として妥當するのは相對的であると共に、假設的であつて、單に一定の前提の下に於てのみ妥當性が基礎づけられて居ると見ねばならぬ。法律が神の意志や善、正義等によつて妥當するものであれば、かゝる法律規範を基礎づける神の意志、善といふ如き根本規範は絕對的であるが、さうでない人爲法たる實定法の根本規範は假設的なるものに過ぎない。

當爲は當爲からのみ抽出さるべきもので、事實は當爲を生ずねとなすのがケルゼンの考へである。從つて法律的命令が單に事實を定めるものとしてゝはなく、法律規範として認められるのはそれが法律に基く命令であるからであり、法律が何故に單純なる事實としてゝはなく、法律規範として認められるゝかと言へば、それが憲法に基いて制定されたからである。然らば憲法が何故に單なる事實ではなく、法律規範として認められるゝかと問ふならば、そこには憲法自身を規範と定むる根本規範があるものと考へねばならぬ。かくの如き根本規範があるものと考へられて始めて、憲法が單純なる事實の域を脫して法律規範として妥當するものと考へられ、法律や命令も單

に事實を定むるものに非ずして規範妥當性を有するものと考へられることが可能となるのである。根本規範はかくの如く、法律規範の認識根據であり、妥當根據である。（＊）

（＊）以上ケルゼンの一般法律理論に就ては、「ケルゼンの純粹法學」横田喜三郎教授外數氏共著、昭和七年、の中にて横田氏論文參照

然らばかくの如きケルゼンの根本規範の内容如何。ケルゼンは根本規範の内容については種々の異なる説明の仕方をして居る。或場合には、根本規範とは、王、議會と言ふ如き立法者の定むるところに從へとなす法源そのものなりとし、又或場合には、根本規範を歷史的に説明して、歷史的に最初の立法者を法律上の立法者と定める假設であるとなして居る。然し乍ら此等は何れも根本規範の概念として有する意味の説明たるに止まり、その具體的内容の説明ではない。根本規範が眞に實定法の妥當根據をなして居る爲めには、具體的内容を有せねばならぬ。この點について、ケルゼンは二つの相反する根本規範の内容を指示して居る。即ち一つは國家優越といふ根本規範であり、他は國際法優越といふ根本規範である。（＊）

（＊）Kelsen: Allgemeine Staatslehre. S. 128.

而してこの二つの根本規範は、我々が任意にその一つを選擇すべきものとなして居る。實定法に卽して實定法を認識することが、純粹法學の目的であり、實定法が完全統一せる規範の一體系をなすためには、根本規範がなければならぬとなすのであるから、愈〻その根本規範の實定的内容を見んとするに當つて、二つの相反する場合を想定し、しかも法認識者が任意にその一つを選擇し得るとなすのは全く自己矛盾である。これが明白なる矛盾であることは純粹法學の流派を汲むもの自ら之を認めて居る。（＊）然し乍ら我々にとつて興味の中心となることは、かゝる論理上の矛盾ではなくして、ケルゼン自身何れを以て根本規範の内容として選擇するかと言ふことである。ケルゼンは國際法優越を以て根本規範の内容と見て居る。

（＊）横田氏前揭論文、四六頁

如何にして國際法が法規範認識及び妥當の最終根據と見られたかと言へば、それが客觀主義的世界觀の上に立つ立場であり、實定法の規範性が客觀性によつて自立して居るからである。之に反して國家優越の立場はケルゼンによると主觀主義的世界觀の上に立つもので、客觀的法の世界に於ては執る可からざるものである。從つて我々の立場から之を見れば、始めから實定法に卽して實定法を見んとする純粹法學にとつては、國際法の優位のみが根本規範として始めより確立して居るべきであつて、二つの内何れかといふ問題は起るべきものではない。ケルゼンが之を書いて居るのは、自分の立場の爲めにする説明上の方便としか見えぬのである。

國際法はあらゆるものに優越する最高の法權威である。この權威の下に國家法も始めて法として成立して居る。國内に於ける憲法及び諸々の法律命令が規範として認められる〻所以のものは、國際法優越といふ根本規範が法認識に當つて萬人の胸に在るべきであるからである。かゝる根本規範によつて國家も始めて一つの法秩序として成立して居ると爲すのが純粹法學の立場である。

實定法を一の法體系として規範性に卽して見ることは、現代法治主義の基調である。かゝる法治主義の基調によつて、先には社會學的考察及び倫理的、政治的考慮が法から排除された。今又法治主義の基調は、法の最終妥當根據として國家の主權を排除せんとして居る。こゝに現代法治主義の根本問題がある。

この點についても、私は純粹法學の立場は、現代法治主義の基調を理論的に代辯して居るものと考へる。現代法治主義の基調は、法を獨自の一體系として法客觀性を確保せんとするものにあることは既に述べた。法が獨自の體系をなし、法の客觀性原則の下に國家が統治さるゝことを要求する以上、國家が一つの法秩序に過ぎず、又

國家が一つの法秩序たりうるには、その上に國際法といふ世界的法權威が存し、之によつて始めて國家の法としての妥當根據が與へられて居るとなすのは、ケルゼンのみならず、法治主義の基調を辿る者の當然到達すべき歸結であると考へる。

從來の國家學の通說たる國家二面說卽ち國家を法的竝びに社會學的二面より觀察せんとする者にとつては、ケルゼンの如く、國家と法とは同一の觀念であり、法卽國家に外らぬといふ立場は「頗る奇怪なる結論」(*)に到達せるものとなされて居る。

(*)美濃部達吉敎授、「ケルゼン敎授の國法及國際法理論の批評」國家學會雜誌、第四十四卷第九號、四七頁

然しながら我々から之を見れば、旣に從來の通說に於て、國家法人說がとられ、法治主義の基調たる法體系の客觀性が强調されて居たのであるから、事此處に至つてもそれ程奇怪なる結論とは思はれぬのである。ケルゼン自身もその純粹法學が從來の通說たるエリネックの國家二面說に表面反對しながら、その內容から言へば、之を純化し發展せしめたるものなることを述べて居る。

右の如く法治主義は封建的專制制度に反對するの餘り、人間の恣意的支配に代ふるに、法の客觀的支配を以てしたのであるが、かゝる要求は同時に國民の世界的自覺に基いて居たのであつて、之によつて狹隘なる國家心を超越せんとする傾向を內在して居た。國家の境域を超脫せる「社會」生活への認識は、世界大戰後に至つてその具體的國家批判の思想態度を一般化して來た。ロシヤ革命によりて表されし思想のみならず、ウヰルソン宣言及び國際聯盟の成立に表明された當時の一般的世界主義の傾向は、之を一言にして言へば在來國家の基礎をなせる主權ドグマの批判であつた。國家的恣意による統治根據の動搖である。

ケルゼンの純粹法學も亦かゝる傾向による產物であつて、國際法の優越が根本規範と認められるゝ意味は卽ち國家權力の否定、主權なる在來の國家の根本概念の排除となるのである。國家は國際法の下位に屬する法秩序であるとは、國家は單に法の機械に過ぎず、自ら法を作ることは出來ぬのみならず、統一體としての權力卽主權をも有せざるの謂である。

以上ケルゼンの純粹法學に依つて法治主義思想の赴くところを見た。法治主義が單にその法典編纂のみでなく、所謂法治國家の理想を追求するところ、國家の人的要素は捨象せられて、法の主權的作用の實相が起ると共に、從來の人的支配の概念たる主權はその根柢を危くし、主權概念は實相の伴はざるドグマと思惟せらるゝに至る。かくの如きは今日に於ても猶「國憲ヲ重シ國法ニ遵」ふことを以て、忠良なる臣民たるの道なりと信ずる一般國民の豫想だもするところであらうか。ケルゼンの純粹法學の理論そのものは、これを信奉する者指を以て屈すれば足りるであらうが、法治國家の理想そのものが內包するところの傾向は國民全部に向つて支配的に働く力である。固陋なる國家主義的偏狹から脫して、世界的良心を有することは、文化を進展せしめる上に重大なる意義を有するのは勿論であるけれ共、かゝる文化的態度が發展し、具體化して法治國の理想となつて表れ、法治國民たるの敎育方針となりて行はるゝところ、國家の人的結合の基礎たる主權は、その內容を益々空虛ならしめるのである。

前にも述べたる如く法治主義の問題は、今日の狀態に於て一家の父がその子に對し、學校の敎師がその兒童に對して有する問題と同一の內容を有する。所謂文化的自由主義的態度と人的結合を基調とする態度との相克たることに於て、何の變るところもなく、只法治主義の場合に於ては、その問題の規模餘りに大にして、その表れ方も餘りに複雜なる爲めに、家庭或は學校に於ける如くに直接に感ぜられること少きのみである。然し乍ら現代人があらゆる社會結合の關係に於て有する問題は、之を全面的、全體的に見れば法治主義の問題によつて表さるゝ

のである。

國際法或は世界法優位の意識によつて、國家主權の根柢が危くせらるゝ事は、右の如き文化的連關を有する問題であるから、單に愛國的な舊來の立場によりて解決され得ないのである。問題の眞の姿は寧ろ兩面的であつて、法治主義の立場より言へば、かゝる境地によりて既に達せらるべきものは達せられ、再び何等か無理なき形に於て、人的結合への要求が起ると共に、人的結合を主とする立場より言へば、何等かの形に於て法治主義に表るゝ文化的意識を包含する要求を有して居る譯である。若しかゝる問題の內容を見謬り、單に法治主義を貶し去つて、人的結合の破るゝことのみを怖れ、或は國家至上的偏狹性を眼の敵として、飽く迄文化人たることのみを以て自ら居るならば、問題は永久にその解決の道を失ひ、單に無政府的或は虛無的將來のみが我々の前に在るであらう。

七

法治主義に於ける法の最終根據の問題は右に見る如くであるが然らば法治主義の法がかくの如く客觀性を要求し、その規範の他の主觀的考慮よりの獨立を要求する所以のものは何處にあるのであらうか。前述する如く法治主義的法概念が社會學的或は倫理的政治的考慮を排除せんとするのは、かゝる考慮の主觀的要素を排斥して、規範體系の客觀性を維持せんが爲めであつて、社會的、倫理的、政治的內容を排除せんとするのではない。寧ろ反對に一定の社會的、倫理的、政治的立場を前提とすればこそ、法治主義は法規範の客觀性を維持せんとしてあらゆる努力を惜まぬのである。この點は法治主義思想家自身は認めぬところであつて、法規範の客觀性の保持は人間自然の文化的或は人格的目的の必然性の上に根差すものであると認めて居る。然しながら法治主義の理想を自然化し、永久化せんとするのは背理であるのみならず、法治主義自身を危くするものである。前述したやうに一般國民が法に服從するのは偏へに忠君の精神に基くのであつて、規範的精神によるのではなく、法に服從することのことを以て人格向上なりと思惟するからではない。明治以來の法治國民的敎育にも拘らず、我が國に於ける權利思想の發達は單に表皮的一面に止り、人格的內奧より發する體のものではないから、法治國的理想によつて苟且にも國民の忠君愛國的至情に抵觸するものあらんか、數十年にわたる從來の法治國民的敎育の努力は一朝にして水泡に歸し去り、國民一般の心は法を離れ、法治の現狀に對して怨嗟の聲を發するに至るであらう。しかも猶明治以來の法治國思想をそのまゝに繼承し、そのまゝに現狀に强壓して、これを永久化せんとするならば、或は恐る法治主義の根柢をまで失ひ去るに至らむことを。

現代法治主義は又市民的法治主義とも呼ばれて居る。それは市民的自由を確保することを目的とするからであ

る。若しも市民的といふ言葉が如何にも階級的なる響きを有し、單に一階級の利益のみを擁護するとの考へを含むと思はるゝ爲め、我が國情に合せぬと考ふる者があるならば、この市民的なる語は法治主義によつて確保せらるゝ自由の性質を表すものと解し、市民的自由とは人民が平等に政治權力の干渉より解放、確保せられ、その經濟的發展の自由を權利として享有するものであると解すればよい。これが又文句の正當なる解釋である。

現代的法治主義に依つて確保せらるゝ自由は右の市民的なる名稱でも明らかであるやうに、特に個人の自由なる經濟發展といふことにその特徴があるのであるが、私はこの一面と共に、やはり現代法治主義の齎した大いなる文化的意義を認めて、個人人格の自由なる發展といふ他の一面をもその內容として見て置き度いのである。我が憲法に於ても確保さるゝ個人の自由權の內には財產的自由權と共に、信敎の自由の如き文化的、人格的自由權も存する。寧ろこの經濟的、文化的自由の兩面が元來離る可からざるものであるのに、今や經濟的自由が文化的自由と現實に於て相反する如き狀態となつて居るところに現代法治主義の問題が生じて居ると見たいのである。

右の如く現代法治主義の法規範が內藏する立場は個人の文化的竝びに經濟的自由の國家的確保に存する。一方には個人の自律的立場が要求さるゝと共に、他方には個人の積極的なる人格發展及び法上竝びに政治上の權利主張が要求されて居る。而して是等はすべて自由の國家的確保なるが故に、それが全體として見れば政治的自由であることに特徴を有するのである。現代法制は單に個人の所謂自由的生活を要求して居るのではない。それ等の自由をば國家に對しても主張する政治的立場を前提として居るのである。その故にこそ今日の立憲制度があり、國家は自らその政治的權力の制限を行つて居るのである。若しいつまでも個人の自由を政治的意味を有するものと感じないやうな立場が執られるとすれば、立憲制度は名のみであつて、その實績を擧げることは絕對に不可能となる。而して過去四十數年の立憲制度の運用の結果に於て、かゝる自由的立場が我が國民性に合し、猶今から

も敎育によつては合せしめ得られると言ひ得るであらうか。

三浦周行博士は日本人は法治國民たるの資格ありやとの問ひを發せられ、之に答へて現代に於ける日本人は立憲制度實施の實績に照せばその資格なしと言はねばならず、又是は德川時代の後を受けたる現代のことであるから無理からぬことであるとなされ、然し鎌倉時代に於ける日本人が如何に强烈なる權利思想を保持して居たかの例を引いて博士は將來に向つては猶一縷の望みを囑して居られる。（*）

（*）法制史の研究　一一五頁

然し乍ら鎌倉時代に於ける法律は日本的固有性の强い法律であるから、たとへこの時代の日本人が權利主張に於て正確であつたとしても、それを以て直ちに、その大體の傾向を西洋に仰ぐ現代法治主義に對して國民の性格が合致し得るとは言へない。問題は寧ろ法制の側にも存するのであつて、如何にして法治主義と我が國民性とを合致せしむるかを考へねばならない。權利を主張すること自身は人間の本性であつて、法治主義をとる以上、國民的性格に合致する如き國民的法治主義が生るれば、國民が權利の主張、義務の遂行に於て正確なる可きは當然のことである。只同じく權利を主張するのであつても、それが人間的義理に合せぬものであつたり、或は忠義の心情に緣遠いものである場合には、我が國民元來の性格として、如何にこれを敎育するもかかる權利主張の境地に導き得るものとは考へられない。

現代法治主義は上述の如く、政治的なる個人自由權の思想の上に立つて居る。個人がその自由を振起するのは國家に對しても爲さるべきであつて、若しも國家の動きに對する批判的心情がなかつたならば、個人の政治的自由は確立することが出來ぬ。かくの如き國家に對する批判的心情を我が國民の幾パーセントが有して居るであらうか。又かくの如き徹底したる意味の個人自由意識を我が國民に植え付けることが必要であり可能であらうか。

忠良の臣民たるは我が國民の生來の心願であるけれ共、この忠良の臣民たる爲めに、一旦心境の上に於て國家を超越し、文化的心情によつて、國家の動きを批判することを、一般國民に求めるのは餘りに苛酷なる要求であると謂はねばならぬ。又斯くの如き自由心情の要求は如何なる教育的努力によるも、國民性格より不可能なることである。

立憲制度採用以後の教育はその大綱を教育勅語に仰いで居る。憲法と教育勅語は相賴り相俟ちて、一は法律政治の根本法、他は國民教育の根本規範として、國民的法治主義の確立運用を基礎づけ來る可きものであつた。然し乍ら立憲制度の運用に際して、國民中直接にその根本精神を教育勅語より仰ぎしもの果して幾許ありしや之を疑はねばならぬ。從來の指導的地位にありし者を見ても、憲法を講ずるものは單にその法律的一面に捉はれて教育勅語の存在を忘却し、教育の大本を說くものも單に忠孝一本の理想を說くことに急であつて、法制の教育に當りては之を附隨的に取扱ふ傾向があつたのではなからうか。法學者は教育學者が現實を離るゝを笑ひ、教育學者は法學者が文字形式の末に走つて、精神を忘るゝを批難したことはあつたであらうが、この兩者が依つて以て立つ兩根本規範の相關に至つては殆ど忘却されて居たと言つても過言ではあるまい。

然し乍らこの兩規範の內容的相關を考へて見れば、忠孝一本の人的結合を基礎とする道德理念と、個人の自由なる人格發展といふ規範的道德律とが、その內容に於て相合致することが認定されて居るのであつて、我が國に於ける法治主義の採用は、既にその當初からかゝる文化的根本問題の難點を明確なる形に於て包藏して居たと謂ふ可きである。

法治主義に於て、個人自由の政治的確保が根本となつて居るのは、國家的見地よりして、かゝる個人の自由なる發展が全體として之を見れば、富國强兵の目的を達する最良の道たることが考へられて居るからであるのは勿

論であるが、他方に於てかゝる考へが起るのは、社會の實狀の然らしむるところであつて、社會の實際に於て士農工商の身分的制約と土地を基とする住所の制限を脫して、庶民の自由平等なる活動を必要とする如き條件が備つて居たからである。單に文化的關係に於てのみならず、政治的經濟的關係に於ても、法治主義の採用は一種の社會的必然であつた。かゝる社會條件の下に於て始めて、法治主義に於ける法客觀性確保の要求が理解せられる。市民的自由を確保する爲めには、法治主義によつて二重の國家保證が爲されて居る。臣民の權利及び財產の憲法による保證がその一であつて、かゝる法規範の客觀性による保證の外に、重ねて三權分立の制度による自由の制度的保證が採用された。規範的に一般原則として臣民の權利及財產の國家權力によりて侵されざる可きことが規定さるゝと共に、今度はかゝる臣民の自由權が、積極的なる制度組織の方法によつて、第一には如何なる國家機關と雖もその法令によりて與へられたる權限內に於てのみ、國家權力を行使し得べきことにより、又第二には臣民の自由權及び財產に關する限り、臣民の政治參與による議會の協贊を經たる法律によるに非れば規定すべからざることによつて確保されて居るのである。而してかゝる制度による自由權確保の最終的表現が、司法權獨立の原則であつて、司法權はあらゆる政治的人的要素を排除して規範による規範の適用なることに於て、法治主義の純粹なる表象を爲して居る。

以上の二重の保證に於ても明らかであるやうに、市民的利益の確保といふことは、單に消極的ではなくして、積極的であり、單に法的ではなくして、法の表現に依る政治要求である。法治によりて政治權力を排除することは、卽ち法治をして內容上政治たらしむることである。從つて法治主義の理想は猶官府を中心とする專制的政治權力の殘存する間は、議會中心主義となりて表るゝのであるが、一旦議會が政治の中心勢力となるや否や、司法權的作用が國家機能の中心的地位を占むることが要求され、單に民事、刑事の裁判のみならず、政治的事件をも

裁判的手續によつて處理せんとする憲法裁判所設立の要求が起り、法治國理想の最終段階たる司法國家の形態が從來の立法中心の國家に代らんとするに至る。若しも法治主義の發展が憲法裁判所の設立にまで至るならば、ケルゼンの純粹法學に表れたる理論は、單に思想傾向としてではなく、社會現實の表面に出で來つて、國家主權はドグマ化することが考へられねばならぬ。

市民的利益の擁護は、之を全體として見れば國家的利益に歸すべきものとして、法治主義がこゝより出發せることは既に述べたけれ共、かゝる認定は市民の自由なる發展が國際性を獲得し、或場合に於ては國家を超越する關係となり得る時期に達すれば、その正當なるやを疑はるゝに至る。個人自由の法制による擁護が眞に國民全部の利益を意味するや否や、そこに現代法治主義の運命的決定點がある。若しも個人の自由なる經濟發展の餘裕が猶存して個人のイニシャチィブによる經濟活動が全面的に認められ得る社會狀勢であれば、現代法制は猶發展の餘裕を存するであらうが、若し之に反して經濟の組織化、機能化によつて、個人的獨自の活動の餘地が狹小となるに至るならば、現代法治主義は事實上その立つ地盤を失ふことゝなる。現代に於ける經濟の實際が若し前者に非ずして、後者を意味するとすれば、法による個人自由の確保は直ちに國民全部の利益を意味せざるに至るから、司法の職に在る者は、法の爲めに法を守ることが、國民的利益と背反することに矛盾を感ぜざるを得なくなり、かゝる問題の分岐點から法治主義自身の運命が決せられるであらう。

八

伊藤博文はその「三十四年の官途に於ける努力」が、常に西洋文明移入の目的に向けられ、この目的の爲めにはは「單に文明移入を助けるのみならず、度々頑迷固陋の奴共を權力を以て壓迫することが必要であつた」と述べその憲法起草に就ての苦心を次のやうに語つて居る。「余は　天皇の命令によつて、新日本憲法草案の大綱を確立する困難なる任務を帶びて、長期間日本を離れ、諸國の憲法を研究したのであるが、日本には元來近代的意味に於ける憲法は存せず、新法典の大綱に資すべきものもなかつたので、この任務は困難なるのみならず、非常なる熟慮を必要とした。日本は非憲法的、專制制度の國家であつて、その過去の斷片の中より立所に一つの憲法を作り出すことは困難至極であつた。」と言ひ、その憲法起草に就て最も苦心せるところは、「就中重要なることは、神聖にして傳統的なる統治者の權利を擁護する必要を固守することであつた」(*)と言つて居る。

(*)「我が祖國日本」(Unser Vaterland Japan : Leipzig. 1904.) S. 1. ff. は伊藤博文外數名の共著に成り、當時の日本を外國に紹介せるものである。この著より筆者が飜譯したのが上揭の文である。

外國文化の移入は先人の功業である。法治主義の思想制度の確立も確かに一大功業たるを失はない。現代法治主義が確保する自由權は、ルドルフ、スメンドが指摘したやうに、文化の憲法として、永く國民文化の促進要素とならなければならぬ。然し乍らそれは自然的意味に於ける天賦の人權ではなくして、歷史的民族傳統の內在的產物であつて、天皇權威と離れたる存在ではない。卽ち法治主義の採用はかゝる民族の內在的產物としての自由意識の上に於て始めて可能なのであつて、明治維新に於て天皇親政の復活が我が國民にとつては、その封建的權力への反抗運動の全體的指標となつた所以も亦玆に存するのである。法治主義が權力に反抗する個人自由の主張

であることに於て、外國も我が國も變りのある可き筈ではないけれ共、權力反抗或は批判が、現人神の信仰に依る權威の指標の下に行はれる最終點に於ては外國にその比を見ない。「之ヲ古今ニ通シテ謬ラス之ヲ中外ニ施シテ悖ラ」ざる實質的自由の心境は、我が國法治制度の前提條件であつて、若しかゝる條件を逸脫して、自由の純粹規範的、或ひは超國家的性格にのみ重點を置くならば、現代法治主義は終に國民的法治主義たるの通路を失つて了ふであらう。神聖にして傳統的なる統治者の地位は、單に權利としていい擁護さる可きものではなく、實に法治主義の法をして法規範たらしむ可き權威の基礎を爲して居る。

明治以降の世局の進運は、或意味に於ては既に一段落に達して、單に個人自由を確保することが、直ちに全體的福利とならない狀勢を現出して居る。國民が今日に於て欲する自由は、國家より放任せらるゝことではなく、寧ろ國家の動きに參與し、國家に對して直接連關を欲する如き自由である。他の言葉で言へば、邦と人民との全體的連關を欲して居るのが今日の國民である。而してかくの如き實質的自由要求の根柢には、民族傳統的精神が橫つて居るのであつて、單に一方的權利主張ではなく、かゝる權利主張が、忠義の義理と合一し、何等かの形に於て、人間關係の規範となることを望んで居るのである。人間的要素が加はらなければ、我が國民性は法治主義的權利を理解することは出來ない。

我が帝國憲法及び皇室典範は、「皇祖皇宗ノ後裔ニ貽シタマヘル統治ノ洪範ヲ紹述」するものであり、天皇が臣民の「懿德良能ヲ發達セシメム」が爲めに欽定せられし成典である。この憲法の精神は永世渝る可きものではなく、我々が國民的法治主義を以て、現下の世運に徵して必ず樹立の要あるものと主張する所以も、この御聖旨に基礎的信念を求むるが故である。憲法がその欽定の始めよりかくの如き根本精神を基として成立せることは、現代法治主義が猶自然的變質の可能性を有する根據であつて、只かくの如き變質は單に法制のみならず、全體的根本態度の革新に基礎を置かなければならないのである。

九

以上は筆者が昭和九年十一月と同十年二月に國民精神文化研究所々報に發表した論文の所々を省略して再錄したものである。（＊）

（＊）國民精神文化研究所々報第六號及第七號

而して其の後の狀況は寧ろ法治主義の問題が益〻緊急緊要となたつことをこそ示せ、決して之が學究的なる問題として閑却さるべきことを表しては居らぬのである。只筆者は此の問題についてその内容を紹介したのみで、然らば法治主義の弊害を匡救する爲めには如何なる方向が採られねばならぬかに就いては十分之を述べなかつたのである。

明治維新以來七十年、我が國運の發展は誠に世界史に誇るべきもので、先人の功業赫々たるものがあるが、この先人の奮闘努力も偏へに日本の世界に於ける自立を希へばこそであつた。法治主義の採用も我が國の世界に於ける地位の確立を根幹として行はれたもので、決して國内に於ける個人自由の確立のみを目標として爲されたのではない。國内に於いて如何なる思想の對立があつても、全體として之を見れば總べて是國運發展の一目標に盡きる。斯くの如き先人の努力を經て、我々は今や精神の上に於いても日本が世界に自立すべき時運に遭遇して居るのである。一國の國民が精神文化の上に於ても己れの存在を自覺し來るといふことは蓋し當然の事であつて、かゝる自覺に立脚して法律制度組織或は思想の上に改革を加へるのも亦必要の成行きである。現代法治主義の行詰りを論じ、その内容を問題として來るのは、單に問題を問題としてあげつらう爲めではなく、こゝから何らかの新しき道を發見せんが爲めである。

現代法治主義の行詰りは議會制度に付いて、司法裁判に付いて、行政官廳の組織に付いて、教育制度に付いて或は如何なる他の國家的組織に付いても表れて居り、國家全體の組織作用の問題であつて、例へば議會制度のみを改良して解決の出來る問題でもなければ、教育制度のみを改善しても眞にその改革の目的を達し得るものでない關係になつて居ることは既に述べた如くである。何となれば之を解決せんとする機關自身が法治主義的權限の下に縛られて居るし、豫算制度の制肘を受けて居るからである。改革は常に或意味に於いて政治的性質を帶びて居るのに反して、現代の國家機關は總べて法律權限の表れで文字通り機關的存在であつて、政治的思慮と責任を感ずる決斷力に缺けて居る。政治的思慮の缺乏と責任觀念の稀薄なることが現代法治主義の齎した最大の缺陷である。他の言葉で言へば現代法治主義は人物を殺しつゝある。眞に信賴の出來る指導者は斯くの如き制度の下では次第に減少するのみでなく、又その素質を有する者があつても、制度はその素質を伸張せしめる爲めには、あまり狹溢なる限界を以て、機關と機關とを相制肘せしめて居るから、その自由發展を阻止して居るのである。

小野梓は我が國憲政の準備期に於ける最も賢明にして又最も學識の豐富なる法治主義思想家であるが、官吏たるべきものの素質に就いて德義、聰明、黽勉の三つを擧げて居る。（＊）

（＊）小野梓、國憲汎論、明治十五年、五十二頁以下

而してこの三つの「三大原質」について更に分說して曰く、「說テ玆ニ至レバ讀者必ズ問テ謂ハン如何セハ能ク官人ヲシテ其德義ヲ全フセシメ能ク之ヲシテ聰明黽勉ナラシムヘシト余既ニ其必至ノ問案ナルヲ了知シ嘗テ先哲ノ所說ヲ擇ヒ吾說ヲ定ムルモノアリ、請フ今試ミニ之ヲ以テ之ニ答ヘン官人ノ德義ヲ勸ムルニ七箇ノ要則アリ

一ニ曰ク宜シク一國ノ輿論ニ原キ其官人ヲ進退スヘシ

二ニ曰ク其暴威ヲ逞フスルニ足ルヘキ權力ハ勉メテ之ヲ減殺シ之ヲ官人ニ付與セス

三ニ曰ク宜シク勉メテ官人ニ附托スルニ金幣ノ數ヲ減スヘシ
四ニ曰ク宜シク勉メテ金幣ヲ附托スル時日ノ間隙ヲ短縮スヘシ
五ニ曰ク宜シク勉メテ會計ニ從事スル官吏ノ數ヲ減少スヘシ
六ニ曰ク眞成ニ格外ノ勞役ニ服セシモノニアラサレハ格外ノ給與ヲ爲サス
七ニ曰ク宜シク各官ノ責任ヲ明カニシ重ク之ヲ責ムヘシ」（＊）

（＊）上揭國憲汎論　五三頁

以上の如く小野梓が德義を勸むる爲めに擧ぐる要目は一として制限的、限定的ならざるものはなく、惡いことをせぬやう、暴威を逞くせぬやうに、權力は減殺すべし、金錢は多く附托してはならぬといふやうに、總べて消極的なものである。小野梓は大隈氏の幕下にあつて、改進黨に屬して居つたのであるから、この項目を以てその通りに法治主義の思想全體に宛てはめることは勿論出來ぬことであるけれども、此の權力制限的なる行き方が明治以降の官廳組織の基調となつて居ることは否めない。責任政治は飽く迄も日本法制の根本とならねばならぬのであるが、法規組織に依つて責任を責むる法治主義は却て官吏の責任觀念を空虛ならしめて居るのが法治主義の現狀である。法規的にのみ考へられた責任は有限責任である。この有限責任の觀念が現代法治主義の病根である。元來責任の責任たることが出來るのは、その無限なるところにある。有限責任は責任の形式あつて、責任の實無きものである。宛かも明治の商法が有限責任を認めて商人をして株式會社を創設するの便宜に赴かせ、利得と道義とを法組織に依つて分離せしめた如く、國家自身の組織についても、法規上の責任觀念は之が形式的に規定によつて明らかとなればなる程、却つて官吏の絕對的責任觀念を稀薄ならしめて居る。國の機關たる者が機關たる地位に捉はれて、却つて　天皇に對し奉る絕對服從の根本的境地を忘るるが如き危險を釀して居るのは、從來の法治主義が德を勸むるのに、惡德を犯さざることのみを以てし、法を以て人間行動の最終規範たらしめ、法によつて規定しさへすれば、それだけで何事も出來るやうに思惟したことと相伴ふ結果と謂はねばならぬ。

斯くの如き消極的、權力制限的、從來の法治主義思想は「官人の聰明黽勉」を勸むる「三箇ノ要則」として小野梓が揭げて居るものには猶明瞭に表れて居る。

「一ニ曰ク宜シク各官職ニ就テ一々事務ノ章程試法ヲ定メ其責任ノ所在ト權力ノ限界トヲ明示スヘシ
二ニ曰ク宜シク各官職ヲシテ其章程試法ヲ明示スル職分ヲ盡シ並ニ之ニ明示スル權限ヲ確守スルノ實アラシムヘシ
三ニ曰ク宜シク其人品ヲ檢閱シ才能ニ應シテ其職ヲ授クヘシ
以上通シテ十則ハ官人ヲシテ夫ノ三大原質ヲ具備セシメ其ノ職分ヲ盡サシムル手段ノ綱領ニシテ世若シ之ヲ擴充シ能ク之ヲ活用スルアラハ其官職ヲ應當セシメ立憲ノ大歸旨ヲ全ウスルノ道ニ於テ余レ大ニ得ル所アルヲ知ル也」（＊）

（＊）上揭、國憲汎論　五四頁

各官職に就いて一々事務の章程試法を定め、其の責任の所在と權力の限界とを明示する法治主義の實行が、決して「官人の聰明黽勉」を勸むる良法ではなかつたことは其の後の立憲政治の實際の示して居る通りであつて、同じく聰明と言ひ同じく黽勉と言つても、それが權力の法的限界を知ることの聰明であり、事務章程を過ち無く充當するのみの黽勉であつては、「立憲の大歸旨」を全うする所以ではないのである。而して之は法治主義思想家自身も亦、我々が今日官吏の人格、力量に就いて希望する程には期待を懸けて居つたのではなく、官吏は行政の分局に就いてその任とする所を忠實に誤りなく、しかも黽勉に勤むることは期待して居つても、直接國家の大局

に就いて政治的考慮をめぐらし、此の考慮に依つて適宜の時機を察して或大事を決斷する如き働きは、行政官吏にも司法官吏にも期待しなかつたといふ方が適當であらう。明治の維新が斷行せられ、立憲制度が確立せられた當時に於て人傑が廟堂に在つて大政を輔佐し奉り、國家の根本方針に就いてあらゆる國家機關を指導した如き狀態を前提として官吏の働きを考ふれば、上掲の小野梓の如き意見は正當に理解せらるるのであるが、憲法制定以後に於て是等の廟堂にある人々も亦、法制の當然として單に上級官吏の名の下に一括せらるるに至ると、政治の中心は最早行政の府を去つて、官廳的制限の存しない議會に移り、立法即政治の法治主義時代を現出するから、憲法制定以前に於いてあれ程强く政黨內閣の制度に反抗し來つた伊藤公が自ら政友會總裁となる如き時代の轉換が行はれたのである。國策指導が行政府で出來たのは憲法制定以前に於ては行政府が立法の作用を爲して居たからで、立法が行政から分離すれば、政治の本據が議會に移るのは當然の事である、伊藤公の經驗したこの矛盾は伊藤公個人の經驗に止まるのではなく或意味に於ては又法治制度全體の矛盾である。帝國憲法の條章は今日に於ても政黨內閣制度を認めない精神を示して居るのに、憲法發布の後に於て憲政の實際が公然と政黨內閣制度への道を辿り來つたことは人の知る如くである。憲法制定以前に於て憲法の起草に與かつた爲政者が豫期したことと憲政の實際とが何故にかくの如き喰ひ違ひを生じたのであらうか。それは要するに法治主義に對して爲政者が猶十分の認識と豫見を有しなかつたからであると認定せざるを得ないのである。如何なる點の認識が十分でなかつたかと言へば法治主義に於ける法律は手段としての法律ではなく、法即統治を意味するに至るべきこと、即ち法が人を支配する制度であり、究極に於て人間的權威の否定に導く精神的要素を包藏する思想制度であるといふことである。卽ち憲政實施の後に於ては、法制定以前の人傑による指導の時代と異なり、法の自己活動によつて人材の活動とその活動範圍の狹隘となる時代が始まるといふことである。人間の型も、人間の有し得る勢力も一定の組織形式によつて規定さるるに至るべきことである。人間の活動がその個人の本來有する資性の發揚ではなくなり、組織形式を通して組織を指導せんとするに至ることは、當然理解せられ得る態度である。憲法制定以前に於て執つた根本的態度はたとへその表面に表るる形式を異にして居ても變る所はないのである。

一つの法制を作る場合に、その法制の出來る前の人間を前提することは誤りである。殊に法治主義制度の如く國家行爲の全般にわたつて法律規定が爲される場合に於ては、猶然りであつて、全く異なる人間及び人間活動の型が生じて來るのである。上述した小野梓の官人及び官人活動の型でも、憲政の實施に伴つて生じ來つた政黨人及び政黨人活動の型であつても、或は教育制度の固定に從つて生じ來つた教育者及び教育者活動の型であつても、すべて同樣の關係に立つて居る。法治主義は單なる一つの制度と異なり、法規の人の上の支配であるから、國家活動の各班に汎つて、組織制度が人と人の活動の型を規定する結果を生じて居る。卽ち生きたる人間を國家機能の部分的機關化するのである。教育と謂ひ試驗制度と謂ひ、或は學校を出で試驗を終了したる者が、愈〻社會に出でて一組織の中に入り來る場合と言ひ、各人はその元來有する性質傾向そのものの上に、組織の支配力を受けて之に適應する變化を爲して居る。

現代は或意味に於ては組織と人の鬪爭であつて、人間生活の手段として生み出された組織が遂に人間を支配して居る現狀である。斯くの如くになれば、この組織の中に在る人と組織外の人との間には越ゆべからざる間隙が生ずると共に、同一人であつても、その組織內にあるときと一旦その組織を去りし後とは雲泥の差を生ずる。組織內にある時、絕大の力を有する如く見えし人も、一旦この組織を去れば無力の一般人に過ぎない。支配する者はその組織であつて組織內の人ではないから、組織を組織內にあつて、改造することには一定の限度があり、若

し倘く迄も改造の趣旨を貫かうとすれば、殆ど同樣の目的使命を有する組織を他に設くるか、或は弊害の責任を他に轉嫁して、一組織が他の組織を制肘支配せんとするの傾向を生ずるのである。責任の他者への轉嫁が共通の現象となつて來るのも、現代法治主義が責任の有限性を認めた必然の結果であつて、絕對的責任感、絕對服從の境地は益〻失はれて行くのである。

人が失はれて組織が支配する法治主義の現象は、議會及び政黨に最もよく表れる。多數人支配の現象及び多數決主義卽ち是である。その人を選擧するに非ずして、その黨を選擧し投票の意味は數學的比例式の充足と同樣に見られるに至る。量の支配は質の觀念を空虛ならしめるから、議會によつて國家的人材を選擇しようとした古き議會主義者の期待は實現困難である。元來法治主義の建前から言ふならば、行政府及び行政官吏から政治的性質を拔き去つて立法府をして政治の府たらしめるにあるのであるから、前述した小野梓の思想の如きも、この建前から理解せられるところであるが、然らば議會及び政黨は人間の全人格的活動に適して居るかと言へば、この點は初期の自由思想家の理想は全く裏切られて居るのである。議會こそ最も組織支配の端的に表れる場所である。議會の活動は結果として政治力を有するだけであつて、議會內部或は政黨內部の人の活動は全人格的では決してないのである。行政府と切り離された議會自身の働きは何等政治的影響力を有し得ないことは今我々が眼前に見つつある如くである。政黨の頭目として無類の光彩を放つた板垣伯が寂寞の中に自由黨を去るに至つた事情は宛かも伊藤公が廟堂にある時反對し來つた政黨に自ら投ずるに至つた事と對照して、憲法政治本來の精神とその實際との相去る遠きことを想はしむるに十分である。

第一期帝國議會の終了後板垣伯の命によつて起草せられた自由黨の議會報告書に曰く、

「今ヤ利益ノ爭ニ由テ社會上ノ大變亂將ニ起ラントス、代議政體ハ愚者ヲシテ智者ノ働ヲ爲サシムルニ由リ、智者ガ愚者ヲ凌グノ弊ハ漸ク熄ミタリト雖モ、富者ガ貧者ヲ壓スルノ弊ハ愈々甚ダシク、其反動ハ或ハ同盟罷工トナリ、或ハ勞働者時間制限法トナル、是レ社會上大變亂ノ兆候ナリ。文明ノ進歩ハ人力ヲ省キ、勞役者ハ資本家ノ爲メニ制セラルルノ勢アリ、夫レ如斯ク社會自然ノ勢ニ任ズルモ、富者ノ貧者ヲ壓スルハ免レザル所ナリ。然ルヲ況ヤ政府人爲ノ法ヲ以テ此勢ヲ助長セシムルニ於テヲヤ」（＊）

（＊）國家學會編、明治憲政經濟史論、伯爵板垣退助、我國憲政ノ由來　八七頁

然るを況んや政府人爲の法を以て、富者貧者を壓するの勢を助長せしむといふのは、自然主義的自由思想家の言としては面白いのであるが、既に憲政の實施以後に於ては通用せぬ考へ方であつて、人爲の法を作成する場所は既に政府を去つて議會に移つて居るのであるから、憲政實施以前の狀態に捉はれて、政府のみに責任を轉嫁することは出來ないのである。若しも倘くまでも富者貧者を壓するの勢ひに抗し之を統制せんとするならば、政黨自ら議會自らがその責めを果すべきである。

「我國最初ノ政黨タル愛國公黨結盟以來、予ハ自カラ全國ニ遊說シテ自由民權ヲ宣傳シ、足跡海內ニ普ネキニモ拘ラズ、猶且ツ予ヲ以テシテハ到底鋤犁ヲ入ルル能ハザル政界ノ分野アリ、即チ實業家並ニ舊官吏ノ階級コレナリ。然カモ帝國議會開設以來破壞的ノ時代既ニ去テ建設的ノ時代トナレル以上ハ、政黨ノ大ヲ成シ勢力ヲ扶植スルガ爲メニ、新タナルコノ分野ヲ閑却スベキニアラズ、之ニ加フルニ建設的ノ時代ニ入ルニ從ツテ、黨內ニ在テ政權ヲ渴望スル者漸ク多キヲ加ヘ、且ツ初期議會ニ在テハ其總選擧ノ如キハ頗ル緊張ヲ見タリト雖モ、明治二十五年ノ選擧干涉以來、黃金ノ魔力ハ常ニ政界ヲ壓シ、議員ハ解散ヲ恐ルルコト虎狼ノ如ク、到底斯カル狀態ニテハ黨員ヲ結束シテ藩閥ト戰フベカラザルヲ悟リ、予ガ嚴格ノ天性ハ斯ノ如キ黨員ヲ率ユルニ適セザルヲ切ニ感ズル所アリ、コノ上ハ更ニ自家ノ性ノ適スル所ニ從ヒ、一般人民ノ自覺ヲ促ガシ、其智德ヲ養ヒ、

社會政策ニヨリテ根本的ノ改革ヲ成就スルノ外ナキヲ思ヒ、始メ後藤ヲ訪フテ後事ヲ依囑シタルニ、彼ハ之ヲ承諾スルニ至ラズ、後チ伊藤ノ『板垣ノ自由主義ナラバ同意スルコトヲ得ベシ』ト謂フヲ聞キテ遂ニ自由黨ヲ之ニ譲リタルニ、果シテ實業家並ニ舊官吏ヲ網羅シ得テ尨大ナル政黨トナレリ。」（＊）

（＊）上掲、板垣伯、我國憲政ノ由來　九一頁以下

我が國憲政の二長老は一は自ら泥中に投じて、之をその本來の趣旨に誘導せんことを試み、他は、最早我が嚴格の天性に適せずとして、俗事を脫して獨り蘭花を採るの態度に歸り去つたのである。積極消極何れにしても、立憲制度實施以後に於ける狀態が此の兩者の豫期せる所と全く相反するものであつたことに相違はないのである。而してこの兩長老が之を憂へ、之を不滿とせる如き、狀態は爾來五十年益〻國家社會の風潮を支配しして今日に及んで居る。憲政の本義は理想である、帝國憲法の條章は今日に於ても之を改むるを要しないが、憲政の實際はその本義と相距ること遠く今にして之を改むるのでなければ最早匡救すべからざる事態を惹起するに至るのである。

而して從來の憲政を支配せる法治主義思想及び之に依る運用は、生きたる人の經濟を忘れ、人間を支配するに制度組織を以てし、人心をして金權の支配下に委するの狀勢を馴致して居る。法の組織も經濟の組織もそれ自身決して惡を意味するものではない。只組織は人間を生かす爲めに存し、人間を制肘し支配する爲めに存するものではないのである。卽ち組織は人間の經濟として始めてその本來の意味を獲得するのである。人は機關たり細胞たる爲めに在るのではなく、その自然に固有する神を生かさんとして在る。全體人として己れを表し、全體人として働くことが本來の使命である。部分的自由ではなくして、全體としての人間權威の表現が本來の姿である。

十

「今市制町村制ヲ設クルハ地方ノ自治、及分權ノ主義ヲ實行スルニアリ、自治分權ノ法ヲ施スハ、卽チ立憲ノ制ニ於テ、國家基礎ヲ鞏固ニスル所以ノモノナリ。蓋シ町村ハ、自然ノ部落ニ成立チ、百端ノ政治、悉ク町村ノ事務ニ係ラサルモノナシ、今ヤ中央政府ノ制度ヲ整理スルニ方リ、之ニ先チテ地方自治ノ制ヲ立テントスルハ目下ノ急務ナリ。地方ノ制度整備セスシテ、獨リ先ツ中央ノ組織ヲ完備センコトヲ求ムルハ、決シテ順序ヲ得タルモノニ非サルナリ。故ニ國家ノ基礎ヲ鞏固ニセント欲セハ、必ス先ツ町村自治ノ組織ヲ立テサルヲ得ス。之ヲ喩ヘハ町村ハ基礎ニシテ、國家ハ猶家屋ノ如シ、基礎鞏固ナラスシテ、家屋獨リ能ク堅牢ナルノ理アル可カラス」（＊）

（＊）國家學會編、明治憲政經濟史論、公爵山縣有朋談、徵兵制度及自治制度確立ノ沿革　三三頁以下

山縣公に依つて主張された此の意見は五十年後の今日に於ても猶傾聽さるべき意見である。或は五十年後の今日に於て始めてその十分の意味を發揮し來ると言ふべきであるかも知れない。町村は基礎にして國家は家屋の如し基礎鞏固ならずして家屋獨り堅牢なるの理あるべからず。今日の國家組織は中央にのみ重心の置かれた國家組織であるから、その基礎は益〻萎微し薄弱となつて組織の全體が動搖して居るのである。

町村が基礎であり國家が家屋であるとするならば、府縣は柱である。町村の自治制度が確立されても、府縣が之に密着せず、却つて國家に依存し、國家の延長たるに過ぎない現狀であるから、自治の制度は名のみであつて、その實を有して居らない。家屋の構造のみは尨大となり、綴密となり、人は益々中央にのみ蝟集して居る。頭巨大にして胴も足も痩せ細つて居るのが日本國家の現狀である。

法は一般的であり、劃一的である。現代法治主義が觀念的組織のみに終始して居るのも、國家の組織が中央に集中して、基礎たる地方が劃一せられるからである。現代法治主義は現實の土地を忘れて、土地と區劃とを同一視する(*)から、政治が現實を離れて觀念化するのである。

(*)例へば現行民法三十六條は行政區劃を以て法人と認めて居る。土地と區劃との同一視は現代思想のあらゆる方面に表れて居る。土地と區劃とを同視したり地圖の上で國家を考へ、國家を敎ふることは根本の誤謬である。

土地を離れた政治は觀念的組織に終始し、土地を離れた人間は組織人であり部分人であつて、完全なる人格ではない。現代法治主義を匡救するには、組織が人間の全體責任を基とする如く編成せられねばならぬと共に、又組織が土地と密着して居らねばならぬ。

統治者が土地と不可分であらせらるる所に國體の基礎がある。統治者の御稜威を輔翼して一地方の官吏たる者はその地方の出身者たるべきことが原則として確立されなければならぬ。全體者としての責任はその土地と永續的關係に立つ場合にのみ考へられる。然るに現在日本の指導者たる人々は多くは明治時代にその土地を離れたる人々であり地方の長官たる者もその地方と永續的關係に立つて居らぬ現狀である。國家の制度組織が法的觀念的となり不自然となり、生きたる人間が機關化するのも又止むを得ぬと謂はねばならぬ。

廢藩置縣は封建七百年の弊風を打破して國政一新の實を擧げたが、その趣旨とする所は一君萬民の國體の本義に立歸る所にあり、決して土地と離れたる遊動する政治を齎さんが爲めではなかつた。封建制度に反對するの餘り、舊きものはすべて封建制度の餘習の如くに思ひ做すことが現代日本を毒して居る。人間が一定の土地の上に永住することは、如何なる國家にとつても基本的前提であつて、決して封建制度のみが土地と密着する政治であつたのではない。遊牧の民は國家を成すことが出來ぬ如く、土地が商品化し、土地所有權とその經營とが遊離して、人心が土地を離れ、利益を逐つて遊動する所では國家の根柢は動搖せざるを得ない。一君萬民の政治は日本の如何なる地方と雖も住み好き土地とすることを本旨とするものであつて、明治維新の本義も帝國憲法の精神も此の國家の全體化にあつたことは言ふまでもない。日本の各地方をして　天皇に直屬する土地たらしめることが廢藩置縣の意味であつて、この本義を擴充し、從來の區劃的地方政治を廢して、中央地方を一丸とし、全體も個も共に生きる日本的政治形態を樹立することが法治主義改造の根本の方向である。之は歷史の流れであり、當然に此處に赴くべき所であるから、この方向を常に明らかに心の中に置くならば、立法、行政の各制度を始めとして政治、經濟、文化、敎育等の制度組織の各々について具體的に法治主義匡正の方策を考究することが可能となるのである。

十一

我が國の法制は法制自身として獨立なるものではなく、國體を基礎として居ることは言ふまでもない。憲法の第二十八條には臣民たるの義務といふ文字が用ひられて居るが、臣民たるの義務は絶對であると共に全體的である。兵役や納稅の憲法に規定せらるる義務だけが臣民たるの義務ではなく、臣民たるの義務は我々の全人格を包擁して居る。生命も財產も君國に獻げ奉る絶對的境地が確立して始めて臣民たるの本分を盡すことが出來るのである。世の中では兵役の義務と納稅の義務を以て國民の二大義務と考へて居るものがあるが、兵役は身命を捧ぐる義務を內包して居るから兎も角として、納稅の義務を二大義務の一とすることはその意義が貫徹しない。憲法の第二十七條は所有權について規定して居るが、ここに言ふ所有權とは財產權一般を指して居り、日本臣民たる者はその財產權を憲法に依つて保證せられるとともに、臣民たるの本義に於てはこの財產權も亦究極の義務に依つて生じて居ることを知らねばならない。財產權が究極に於て義務たるものであればこそ納稅の義務が法に規定せられて居るのであつて、納稅の義務だけを切り離してもその獨立の意義を有しないのである。

即ち我が國體に於ては生命も財產も君國に獻げ奉る絶對的境地があり、之に伴ふ國家倫理が成立して居つて、その源から法上の義務も流れ出すのであるから、法規のみを獨立の意義に見ることは正當ではないのである。(*)

(*) 國家倫理に付いては、拙稿、法と國家倫理、國民精神文化研究所々報、第四號

國家倫理は臣民たるの本分を示してゐるが、法は之を具體的行爲に表現する場合の臣民の分を表して居る。分を守らなければ、本分を盡すことが出來ず、本分を忘れるのは、分を守る本義ではない。法を守らなければ、眞に國家倫理を實現することが出來ず、法あるを知つて、國家倫理を忘るるものは、國體の本義を失ふことになる。

本分と分とは異なるものであるが、相離れては各その意味を失ふのである。法と國家倫理とはその職能を異にするが、相離れては各其の意義を爲さぬのである。

如何に臣民たるの義務が絶對であり、全體的のものであつても、我々の生命や財產が輕んずべきものでないことは勿論である。各その分を守り、各その所を得るに就いて、その分を守る所以を忘れてはならないといふ意味である。絶對的境地に徹するのあまり、その分を忘れるやうでは、本分も亦亂れるのである。

我が國の法治主義が臣民たるの全體的義務を基礎とすることは、各人をして全體責任を擔當せしむる制度を樹立することの根柢である。單に法規的權限の分界に依らないで、上下の統率關係に依つて、各官吏に全體責任を擔當せしむる制度組織が採用せられなければ、法治主義の弊害は匡救せられない。信任を基礎とせぬ政治は人と人とを結合することは出來ないのである。法を生かす爲めには先づ人を生かし、人を信任してかからなければならない。人を信賴せず、徒らにその權限のみを限定せんとする現代法治主義は日本人の國民性に合せぬのみならず、又我が帝國憲法の精神でもないのである。

十二

以上法治主義の問題について、その内容を紹介し、その弊害を除去するについての大體の方向を述べたのである。然し乍ら最後に明らかにして置き度いことは、我が國ぐらゐ理想的な意味の法治國はないといふことである。高き意味に於いての法の國が日本である。建國以來常に國家を成す所以の法が道として實現せられて來て居り、たとへ實權力を手中に收めたものでも之を犯すことなく、その權力すらもこの法を尊ぶことによつて始めて可能であつた。かかる高き意味の法を國體と呼ぶ。國體は日本民族が國家を成す所以の法である。國體は卽　皇祖皇宗の御遺訓であるから　天皇が之を尊ばれ臣民も亦之を基として生を完うして居るのは勿論、明治以降に於ける立憲政治も之を國體の表現であり、皇祖皇宗の御遺訓の延長であると見て始めて憲法の永久不磨の大典たる理由がわかるのである。我が國は立憲政治の行はるる現在でも國體が不文の法として守られた過去に於ても、常に國體法の嚴然たりし法治の國であつて、國民が國家の根本法を重んずること斯くの如く深淵なる國は他にその類例を見ない。只立憲政治に於ては不文の法に變ふるに成文の法を以てせられ、國民は未だ成文法治の政體に習熟せず、指導者の側に於てもその解釋とその實際への運用に於て、帝國憲法の精神を誤り、歐洲に發生せる立憲政治の移入にのみ急であつて、從つて立憲的教育もその當を得なかつたため、國民が之を理解せず、却て成文法規を忌み嫌ふ危險を生じて居るのである。歐洲に發生せる立憲政治が現代的の自由主義的法治主義に立脚せるもので、その移入とその教育が我が國の歷史に合致せず、その內容には却つて國民性を破壞し國體の基礎を危ふからしめる要素を含んで居るのであるから、今や現代的法治主義の弊害の百出せる現在に於ては、我が憲法に基く立憲政治の內容を明らかならしむるとともに、之を實際に運用する法令及び法令運用の組織が憲法に基いて改正されなければならぬ。我が國立憲政治の內容が如何なるものであるか、又之に附隨し之を實際に活かす法令が如何に改正されねばならぬかといふ點については直接に觸れなかつたのであるが、之を考ふるに當つての前提として現代的法治主義思想を批判し、之に代はる國民的法治主義思想の指すべき方向を述べたのが本篇である。

（昭和十一年三月）

昭和十一年十月一日印刷
昭和十一年十月五日發行

著作權者　國民精神文化研究所

發行者　東京市日比谷公園東京市政會館內
日本文化協會出版部
右代表者　矢野重雄

印刷者　東京市豐島區西巢鴨二丁目二七一二
山下謙之助

發行所　東京市日比谷公園東京市政會館內
日本文化協會出版部
電話銀座一一七四番
振替東京七三九八七番

取次所　東京堂・北隆館・大東館・森江書店
崩文社・青年教育普及會

不許複製

著者檢印

法治主義の問題

定價金參拾錢

（合資會社光文社印行）

國民精神文化研究

日本文化協會發行

第一年第一册	古事記の成立	松本彦次郎	一五（絶版）
第一年第二册	眞理とは何ぞや	紀平正美	三〇（六）
第一年第三册	教育勅語渙發以前に於ける小學校修身教授の變遷	小島威彦	三〇（品切）
第一年第四册	國民科學の成立	吉田熊次	三〇（六）
第二年第一册	古代詩歌に於ける神の概念	後宗臣	一五（四）
第二年第二册	我が上代の國體觀念	作田莊一	一、二〇（一二）
第二年第三册	天地開闢卽國家建立と皇道	久松潜一	一五（四）
第二年第四册	詩教と皇道	河野省三	一五（四）
第二年第五册	共産治下に於けるロシア農民の生活	西晉一郎	三〇（六）
第二年第六册	日本學としての學問教育	加藤虎之亮	三〇（品切）
第二年第七册	日本精神と社會の本質構造との關係に關する研究序說	山本勝市	三〇（六）
第二年第八册	教育勅語渙發以後に於ける小學校修身教授の變遷	小野正康	五〇（八）
第二年第九册	家族の起源	川合貞一	二〇（四）
第二年第十册	政治指導原理としての皇道	海後宗臣	六〇（八）
第二年第十一册	經濟生活に於ける創造者としての國家	吉田熊次	二五（六）
第二年第十二册	思想左傾の原因及び其の經路	河村只雄	一五（四）
第三年第一册	蓮華王座	藤澤親雄	二五（六）
第三年第二册	我が國體觀念の發達	作田莊一	六〇（一〇）
第三年第三册	計劃經濟の試行	岡田恒輔	二五（六）
第三年第四册	國家の問題	紀平正美	二〇（四）
第三年第五册	法治主義の觀念	河野省三	三五（六）
第三年第六册	地理辯證法のデザイン	山本勝市	二五（四）（近刊）
		川合貞一	三〇（四）（近刊）
		大串兎代夫	二五（四）（近刊）
		小島威彦	

370
187