

## 法と国家の関係について

——特に近代に於ける——

稲田陽一

## 一 序

「人間は生れつき自由であるが、あらゆる場合に鉄鎖にしばられてゐる。」<sup>(一)</sup>特に「ひとは近代の世界においては、すべて或る一つの国家に属してゐる。かれは法律によつて国家の命令に従はされてゐる。」<sup>(二)</sup>かくて、人間は自己の意志によらずして、生れながら国家の住民となり、その法律の下にある。それは彼にとつて第一の自由の束縛、即ち強制である。しかも、彼はその国家と、法律とによつて行動を規制される。それに服従しない場合は不利益を受ける。

かくして、国家と法律とによつて、二重の意味に於て強制を受ける。特に近代に於ては、それが益々著しい。國家と法律とは、益々人間生活の重要な部分に介入する様になつてゐる。

それ故にこそ、國家とは何か。法とは何かといふ問が人生にとつて、本質的な問題なのであり、古来より多くの人人が常に考へて来たのであるが、近代社会にとつては、特に重要な意味をもつのである。

併し乍ら、この二つの課題は各々別々に提出され、別々に答へらるべき性質のものであらうか。否、既に両者が共に、人間生活にとつての強制である点に於て、予想されてゐるのであるが、國家の本質の考察に當つて、ラズキが「かれの生活の外貌は國家の設定した規範によつて制約される。この規範は法律である。國家の本質は何のな

かに見出されるであらうか。」<sup>(三)</sup>と問うたとき、或は又法実証主義が法とは何か。それは実定法に外ならないと述べたとき、両者の密接な關聯性、更に不可分性を洞察してゐるのである。

それ故に、この国家及び法の本質如何といふ問題は両者の關聯性、或は不可分性に於て答へられねばならぬ。

こゝに於て、先づ我々はその不可分性、關聯性の意味如何、即ち法と国家とが如何なる關聯をなすかを考察しなければならぬ。ここに問題提起の意味があるのである。

而してこの問題は昔から、法が国家に「優先する」か、又は国家が法に「優先する」か、といふ形式で問はれて来た。

所謂実力説なるものは、国家特に国家権力の法に対する優位を主張し、之に対し自然法論者は国家構成の原理を社会契約に求めることに於て法の——それは淵源を究極に於て個人の意志に置く——の国家に対する究極に於ける優位を説いて来た。なほ又、国家法人説は国家を權利主体とすることによつて国家を法の中に入れ、或は法主權説は法による国家権力の制約を主張することによつて、解決の道を見出さんとするのである。

然し乍ら、これらの見解は、一方国家は実在なり。他方法は規範なりとの認識を前提としつゝ、なほ一方より他方を導き出さんとする如くに見える。さればこそ、存在と當為、従つて事実と規範の対立を無視するものとの非難を免がれ得ない。特に、実力説の見解に対して新カント学派は実力は必然を生じ得るが當為をば惹起し得ないと非難する。<sup>(四)</sup>

かくして、以上の諸見解は論理上、方法論上の難点に遭遇しなければならぬ如くである。それにも拘らず、實際において之等の見解は、政治勢力の背景の下に常に自己の主張を貫徹せんと互に相争ひ、政治的勢力の絶対的優勢のみがこのイデオロギー的闘争の終止符をうつことが出来る如くである。

かくの如く、存在と当為との「超え難き溝」に加ふるに科学的客観的認識態度の困難性は、問題の解明にとつての容易ならざる障碍であらう。我々は何よりも先づこの事を銘記すべきである。

之に対して、純粹法学の首唱者、ケルゼンは政治的倫理的立場からの絶縁を宣し、且又問題を規範的対象として眺める事によつて解決を求めんとした。然し乍ら、かゝる彼の所謂不偏不党の立場そのものが客観的に見れば、自由主義的政治勢力のイデオロギーに他ならぬことも同時に併せ考慮すべきことである。それは兎も角、ケルゼンの規範論理的立場が法が規範であることから出発したことは、法が単なる規範であるに過ぎぬかどうかは問題であるにせよ、この前提は自明の理であるが故に、我々も亦ケルゼンと共に法の規範なる事より出発しよう。

## 二 法の規範性

ケルゼンによれば、(規範科学たる)法学の対象としての国家は、法秩序でなければならぬ。即ち国家は実定法秩序そのものであると結論する。

即ち彼によれば、法は制約的要件と被制約的效果から成り、その本質は従つて一定の條件に強制行為を効果としてある命題に於て表はされる。(一)而して前者と後者とは自然法則に於ける原因結果と同様な意味に結合されず、特に法的な意味に於て結合されるだけである。(二)この法の固有法則性を表すのに、「べし」といふのが用ひられる。(三)従つてそれは一の当為判断であり価値判断の評価である。且つそれ故に、法規範又は法を命令として特色づけるは許し難いことである。(四)かくて法は当為であり、規範であると共に何よりも強制規範である。

彼は強制規範を以て、第一次規範とし、それに対する制約要件中、人間の行態は、その矛盾対当が強制制裁に服する、即ちⅡ或る強制行為の制約である限り於てのみ、或法義務の内容である。(五)こゝに第二次規範の概念が生ずる。更に第二次規範の概念からその内容の矛盾対当を表はす要件は違法不法として特色づけられる。

かゝる法規の分析から始めて、彼は個々の法規範の妥当性の根拠をその上位規範に求め、即ち命令は法律に、法律は憲法によつて規範的妥当性を与へられる。最後に、憲法はその妥当性の根拠を根本規範に求める。かくして、あらゆる法規範の妥当性の根拠は、終局に於いて根本規範に淵源することになり、かうして統一的法体系として実定法秩序が成立する。

かゝる根本又は始源規範の典型的内容は、その表現するところが法上拘束力あるものと認めらるべき或る権威、或法源が設定されることである。即ち、根本規範は汝等は法權威—君主、領民會議、議會等が命ずるやうに行態すべしといふ<sup>(六)</sup>。この根本規範は—前提上—これ以上問題にされない。それは仮設であり、それ自身は条定されるものではなく、法認識によつて前提されるものである<sup>(七)</sup>。

以上は彼の法及び国家に就いての所論の要旨である。

かくの如く、彼は純粹法学的立場より、根本規範を頂点とする法の段階構造を説いたのであるが、彼の学説の中心点である根本規範そのものが既に曖昧である。

蓋しリードブルフが批判するやうに「特定の法秩序の中に捕はれ閉ぢこもつてその意味を探索することを唯一の任務とする限り、法秩序の効力をば常に唯自己の効力の要求に従つて測定し得るが、一の法秩序の効力の要求について、他の秩序との關係に於てこれを公正に決定することは、到底不可能である<sup>(八)</sup>。ケルゼン自身「所謂義務の衝突、規範の衝突に陥ることがないといふやうな思想ではない<sup>(九)</sup>」ことを自認する。(然し乍ら!!この否認し難い事實は)「當為命題として觀察する立場からは生ぜぬ<sup>(十)</sup>」と述べて問題を打切る。

かくして、あらゆる規範の衝突を公平に裁判する爲には、意味の世界から存在の世界へ飛躍することが不可欠のやうに思はれる。我々は「事實の規範力」へ進まねばならぬ。

併し乍ら、果してケルゼンは規範論理を徹底せしめてあるであらうか。彼の根本規範はこれ以上問題にされ得ないであらうか。併し「法権威が命ずる様に行態すべし。」との命題は当為命題である。その限りに於て、価値判断であり、彼の峻別せんとする道徳的規範と何等形式に於て異なる所がない。しかも、それは現存の国家秩序を批判する事がない故に、結果に於て是認する事になる。従つて彼の主観的意図に拘らず、客観的には一つの政治的なる世界観である。それは一種の自然法であると批判されるのも当然である。

それ故に亦、純粹法学を標榜する彼が、根本規範を法認識に於ける仮設であり前提であるとして、問題を打切つたのも、彼としては止むを得ない。然し乍ら、それによつて彼は法の規範たる所以を究明する事を放棄したのである。

かくて我々はこゝに於てケルゼンを超えて論理を進めねばならない。

抑も、当為 Sollen とは何であるか。当為の意味が問はれねばならない。

先づ何よりも、当為が人間にとつて、真の意味で当為たる為には、論理必然的に主体的なる人間の自由を前提しなくてはならない。

カント曰く、「自由は云ふ迄もなく、道徳法の存在根拠であり……」<sup>(十三)</sup>と。それ故に、当為は自由を離れてあり得

ないわけである。かくて人間の意志の外部的表現としての行態に対する価値判断、即ち評価の可能なる為には、「自由意志」が存在しなければならぬ。あらゆる社会規範はそれが人間の行態に関する限り、評価規範として、価値判断の尺度であらねばならぬわけである。

従つて、法もそれが規範として妥当し得る為には、前提として自覚的存在としての、自主的人格が確立されねばならぬことは論理必然的帰結であり、後述する如く近代市民社会の成立に於て歴史的にも実現されたのであつた。

かくして、法はとりわけ、倫理によつて裏づけられねばならず、且現実には於て裏付けられてゐる。

かゝる見解は、法と倫理を峻別するカント的立場に反する如くである。即ち、その立場によれば、法は他律的規範であり、倫理と異り義務に基いて行為をなすべきことを要求するのでなく、たゞ一定の義務に適合した客観的な容態を要求するに過ぎず、<sup>(十三)</sup>即ち法は合法性のみを要求するのであると主張する。それは即ち、道徳は個人とその動

機を対象とするが、これと反対に法は共同生活、個人の外部的な（唯間接にのみ又内部的な）<sup>(十四)</sup>行態のみあらはれ、その動機そのものが表はれて来ないところの共同生活を対象するという事実を意味するに他ならぬ。併し外部的行態も道徳的評価を、内部的行態も法的評価をうけ得る。法と倫理に於ける上述の區別はかくの如く相対的である。

それは兎も角、倫理的意味で、自主的主体的人格が観念的にせよ、認められてゐる社会に於てはその主体の法的行為はそれが自主的主体の意識作用の所産として把握される限り、彼が合法的態度を如何に外部より強制されようとも——例へば刑罰を恐れて法に服従するにせよ——そこには受動的であることもあらうが、なほ最小限度の自発性が存在することは否定することは出来ぬ。即ち、自主独立の人格の行為たる限り、抽象的な自由の一片が残されてゐると観念することが出来る。

かゝる最小限度の意味に於ける抽象的な「自由意志」すら認められぬ場合は、「法は法的に何等義務づけない」こととなるであらう。かくの如く、「最小限度の自由」が認められる限り、少くとも法義務の主体としての意味でも、人間は法の主体である。換言すればそれは最小限度の意味に於ける倫理主体である。

かくして、法が規範として人間を拘束し得る為の前提として、自主的人格の自由意志が存在すべきことは明かであるが、然らば次に人間にとつて法は如何なる意味に於て規範であり、当為であるのか。

元來、客観的なる価値としての規範は価値判断主観、従つて人間を離れて考へる事は出来ない。もし各人の利害

要求、目的が対立し矛盾せる現実社会に於て、一つの妥協点も見出せぬなら社会は存立出来ぬ。こゝに各人の要求の最大公約数が求められる。それは「秩序の安定」である。「秩序の安定」は社会の存続上不可缺である。かくして、この最小限度の、併し乍ら最も普遍的な社会の要求が客観的な価値、当為として人間の眼に映るのである。而して法は如何なる法といへどもそれは其の内容を離れて存在自体によつて秩序の安定に奉仕するといふ一つの価値を有する。<sup>(七)</sup>社会存立の最低要件としての秩序安定こそ、法の根本理念である。ラードブルフは言ふ、「その第一の任務は法的安定性、平和秩序である」<sup>(八)</sup>かくの如く、法的安定性といふ価値を法はその中に内在せしめるが故に、自主的な人間にとつて当為たり、規範たり得るのである。そこで実定法に従ふことも道德上の義務となる。誠に道德のみが、法の義務づける力を基礎づけることが出来る。<sup>(九)</sup>

かくの如く、道德は実定法に服従すべく、人間を義務づけるが併し乍ら、法が単なる一部分領域として道德に合併され、法規範が一定内容の道德的規範にされることは決してない。むしろ道德はこゝに於て、立法に服従し、法の領域に於て初めて確定さるべき義務内容を、いはば白地引受の署名によつて承認する。即ち、その内容の確定を立法に委ねるのである。かくて、立法者は道德より白紙委任状を与へられる事になつた。「或る共同体の中に一つの最高の権力所持者が存在するならば、彼の命ずることは服従されるべきである」蓋し、彼のみが法的安定性を支へ得る。<sup>(十)</sup>前述せるケルゼンの根本規範もこれと同じ事を表したものと考へ得られる。今や我々はエリネツクの事実の規範力への契機を見出す。

併し乍ら我々は、以上に於て法の規範性を究めて法的安定性に辿りついたが、厳密に考へるなら、それは単なる実定法に内在する目的とか、理念とかに過ぎぬものでない。むしろ実定法こそ法的安定性の実現そのものである。それ故に、実定法は当為そのもの、規範そのものたり得るのであり、且人間の行態の評価の尺度たり得るのであ

る。併し乍ら決して崇高なる規範でなく、飽迄も社会の存立にとつて必要な倫理的諸規範の最小限である。<sup>(五七)</sup>  
 かくして法の規範性の根拠は道徳と自由との相互依存関係に於て、各々の最小限度に求めることが出来ると結論  
 し得る。

註 (一) ケルゼン 一般国家学 清宮四郎訳 一〇六頁

(二) 同右 同頁

(三) 同右 同頁

(四) 同右 一一二頁

(五) 同右 一一五頁

(六) 同右 二二八頁

(七) 同右 二三〇頁参照

(八) ラードブルフ 法哲学 田中耕太郎訳 一一三頁

(九) ケルゼン 前掲 二二二頁

(十) 前掲 二二二頁

(十一) ラードブルフ 前掲書 一一四頁

(十二) Kant: K. I., v., s. 4. Fasnott S. 4 続いてカントは「だが道徳律は自由の認識根拠である」と述べて両者が相互に  
 前提し合ふこと従つて両者の不可分性を認めている。

(十三) Kant: Metaphysik der Sitten Einl. in d. M. d. S. III 恒藤博士訳 三一頁

(十四) ラードブルフ 前掲 五八頁

(十五) 同右 五五頁

法と國家の關係について

- (十六) J. Binder: Philosophie des Rechts S. 819. f.  
 (十七) 田中耕太郎 法と道徳 五二頁  
 (十八) ラードブルフ 前掲 一一〇頁  
 (十九) 同右 六二頁  
 (二十) 同右 六三頁参照  
 (二十一) 同右 一七〇頁  
 (二十二) G. Jellinek: Die soziologische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe 1878 S.42

### 三 法の国家への依存性

前述の如く、我々は法の規範性の根拠を「法的安定性」と「最小限度の自由」に求め、更に法の内容を立法者の決定に委ねたのであるが、然らば立法者たり得るものは誰か。

矛盾対立せる人間社会に於ては、我こそは立法者なるべしと各々が相争ふ。併し乍ら共同の生活の秩序は争によつて維持出来ぬ。かくて何人かが何が法であるべきかを確定する事を要する。その為には法の制定は一切の抵抗する法律観に対して、自己を貫徹し得る意志の権限に属しなければならぬ。法を実現し得る者はその事によつて、法を制定する権限を有する事を証明してゐるのである。かくて実力を有するものが王となる。こゝに實力説の一面の真理がある。

およそ法にして政治的権力を背景としないものはない。蓋し法よりそれを覆ふ規範のベールを取去れば、赤裸々なる力が現はれる。故にイエーリングは「実力のない法は、何らの現実性をも持たぬ空虚な名前である。何となれば、法の諸規約を実現するところの實力があつて始めて、法は法として在ることが出来、法として在るべきところ

のものとなる事が出来るからである。」と述べた。(三) 法は窮極に於て Macht 的なものに基礎づけられねばならぬ。こゝに於て、法が命令であり、力の秩序であるといはれる根拠がある。又オースティンによれば法は命令でなければならぬ。命令とは命令を發する者がこれを拒む者に対して、制裁を加へることによつて確實に實現せしめて行かうとするところの欲求の表示である。(四) 故に命令は力を背景とし、強制を手段として實現される。これを誇張していへば、Macht ist Recht といふ事になる。然し乍ら、こゝに我々は法が権力者の侍女として、彼に奉仕するものである事を注意しなければならない。蓋し單なる力の秩序、命令の秩序が法により神聖化される。しかもそれは法の規範性に負うてゐるのである。

それは兎も角、我々が法の窮極に力を求めてゆく場合最強の力のあるものは誰であらうか。中世社会に於ては教会や、封建諸侯も亦立法者たり得た。然し乍ら近世に於けるブルジョアジーの擡頭は今や信教の自由の獲得、封建制度の打破を完成し、自主的個人人格の上に近代国家を打ち立てた。かくて近代に於て、国家が社会の最高の支配者である。多元的国家論者ラスキすら、「国家は近代の社会機構における頂冠である。国家の特質は實に国家が國家を除く他の一切の社会的団体に對して、断然優位を占めてゐるといふ点にある。」(五) と指摘せざるを得なかつた。(六) 故に法は國家を前提とする。法は國家に先立つて在るものでなく、國家の中に於て始めて在り得るものである。かくの如く、法はとりわけ近代に於て國家に依存せざるを得ない。前述のオースチンの命令説も、具体的には主権者の命令を以つて法であると考へた。(七)

近代社会に於ける主権者は國家に他ならない。(八) 勿論こゝに於ける國家とはラスキのいふ如く、権力組織としてのそれを意味することは当然である。巨大なる權力機構こそ、他の如何なる社会的力をも摺伏し得るのである。かゝる國家は、それが支配を目的とするが故に、概念必然的に支配の対象たる國民、領土を内包するわけであるが、かゝる支配の客体を求心的に支配する權力主

体、従つて国家権力が中枢をなしそれが本質たるのである。されば、国家権力こそ国家を構成する原動力であり、中心である。従つて厳密にいへば、法が国家に依存するとは、国家の中枢たる国家権力、即ち国家の主権者に依存する事を意味するに他ならぬのである。

かくて法は国家権力を背景として自己を貫徹し、法的安定性を実現し、真の意味で実定法たり得るのである。

然し乍らかゝる見解に対して近来、法社会学の立場より、「国家法のみが法でない。社会ある所に法あり *ubi societas, ibi ius* との反対がある。

エーリツヒによれば、法規の大部分は、歴史的にこれを見れば、裁判所の判決規範から形成された。けれども判決がはじめて法を作るのではない。法は争に先立つて、現実の社会生活自体のうちに、一定の秩序として行はれてゐる。法の大部はたとへば婚姻、親族、団体、占有、契約、相続のような社会関係の内部的規律として、直接に成立し法規の形とはならないのである。それは国家によつて制定せられたのではなく、社会団体の内部的秩序 *innere Ordnung der gesellschaftlichen Verbände* として、おのづから存在するものである。これこそ現実の社会における<sup>(十)</sup>生きた法 *lebendes Recht* といふべきものである。

ところでこの生きた法は社会の内に自然發生的に生じた平和の秩序であり、平和が破れんとするとき社会の中心勢力によつて、再び秩序回復されねばならない。そのために中心勢力即ち権力者によつて、裁判が行はれる。その際権力者による恣意的不公平を防ぐ為には裁判規範を定立するにしくはない。かような事情によつて、判決の基準とすべきものが形式化せられ文字の表現をとまふと、それが法規となる。<sup>(十一)</sup>

従つてエーリツヒによれば、ケルゼンとは逆に、生きた法としての行為規範こそ、第一次の法の存在形態であり判決規範従つてケルゼンの表現すれば強制規範は行為規範の侵害を防止し、或は侵害された場合に、秩序を回復

する為の第二次的な法の存在形態に過ぎない。

更にエーリツヒは「生ける法」を更に具体的な一定の事実関係、彼の所謂 *Taschen des Rechts* に還元した。

かくて法社会学によれば法規の終極的根拠乃至淵源は現実の社会的諸関係の中にある、法規を作る人間の精神活動はその単なる媒介的契機にすぎない。<sup>(五三)</sup>

併し乍ら、エーリツヒ等の法社会学の立場は宗教道德習俗等の他の社会規範と、法規範とを分つ基準が明かでない。従つて生ける法を法として定義づけることは、法の概念を曖昧ならしめる。之は法社会学の方法論上の難点である。

更に、エーリツヒは「生ける法」を平和な社会関係の面に於て把へる傾きがある。然れども社会の現実には矛盾にみちてゐる。生ける法の存在そのものが社会諸個人の間<sup>(五四)</sup>に存在する対抗矛盾関係を含み、かつ対抗矛盾関係の結果なのである。生ける法は相対立し相矛盾する当<sup>(五五)</sup>時者の間に於て自己を貫徹する。しかもかゝる社会的強制は倫理的如き社会規範も有する。

しかも社会の發展は矛盾対抗関係を益々激化せしめる。もはや「生ける法」を以ては、規律し得なくなる。こゝに於て、社会に内在する秩序安定の要求はかゝる対立を抑圧するものを求める。かくして強力な組織的政治権力が社会の上に現れる。それは社会の矛盾の深刻化に伴ふものであり、従つて量より質への転化が生じたわけである。

かくして生じた政治権力、従つて国家権力は「生ける法」をそのまま認証するのではない。「生ける法」は法規の素材として立法者の立法活動に直接間接影響を与へるが、立法者は自己の主體的立場より合目的、意識的に取捨選択を加へ、「生ける法」を或は放任し或は抑制し、或は助長し或は禁圧する。

かくの如く法が窮極に於て国家権力によつて保障されねばならず、現実にそうである事は明かである。法社会学

の重大な誤りは、先述の量より質への転化を見逃し、従つて法よりかゝる権力関係を捨象して了つた点にあるのである。

とりわけ、近代社会は商品の等価交換社会であり、そこでは商品交換の円満に行はれるを維持し保証せんとする社会意識の下に一定の秩序が形成せられる。<sup>(五五)</sup>

かゝる等価原理に基づく客観的秩序は資本主義社会に於ける「生ける法」である。かゝる「生ける法」は資本主義経済が順調である限り、国家権力の保証を要しない如くに見える。

アダムスミス時代のイギリスを例にとつて見ても、そこでは「国家からの自由」が謳はれた。「夜警国家」の語が生れた。併し乍ら、彼等は国家を抹殺しようとしたのでない。彼等の主張は国家の干渉の「最小限度」を期待した。彼等にとつて、国家は「必要なる悪」であつた。蓋し、資本主義社会はそれを破壊せんとする内外の敵から国家権力によつて保護されねばならぬ。(特にこの段階に於ける資本主義の正面の敵は今日の如く労働階級でなく、反動的封建勢力であつた。)

かくしてフランス革命に勝利せるブルジョアジーは内外のアンシャンレジムと戦ひ、封建的桎梏を打破し、或はナポレオン法典を制定して、国家権力を背景として封建的慣習を駆逐したのであつた。

かくの如く、近代実定法秩序は、国家権力を媒介として、資本主義社会の上に築き上げられたものである。

註 (一) ラードブルフ前掲 一一九頁

(二) 同右 同頁 参照

(三) Rudolf Jhering: Der Zweck im Recht 1Bd 5. Auf. 1916 S. 196

(四) John Austin: Lectures on Jurisprudence of the philosophy of Positive law vol. 1. 5th ed. 1885 P. 88. 89

- (五) ラスキ 前掲 二頁
- (六) Max Seydel: Grundzüge einer allgemeine Staatslehre, P73 S. 13
- (七) John Austin: ibid, P330
- (八) ラスキ 国家—理論と現実— 石上良平訳 十二頁
- (九) Ehrlich: Grundlegung der Soziologie des Recht, S141
- (十) Ehrlich: Grundlegung der Soziologie des Recht, S138
- (十一) Ehrlich: Die Soziologie des Rechts 高柳教授訳 十五頁参照
- (十二) 川島教授 法社会学に於ける法の存在構造 二〇一頁
- (十三) 同右 三三二頁
- (十四) 同右 三三三頁
- (十五) 戒能通孝他 法社会学の課題 一〇七頁 金山正信教授著同題

#### 四 国家権力の法への依存性

法、特に近代法が国家権力によつてその実効性を保証されるべきであり、且現実には保証されてゐる事は明にされたがそれでは法と国家権力の関係は、かゝる一方的なる依存関係に尽きるであらうか。

かの実力説的見解を徹底せしむれば、「力は正義なり」といへる如く、法は支配者にとつて無用であり、束縛にすぎざる如く見える。パシユカーニスはいふ、「階級支配の組織としての、及び対外戦争指導の組織としての国家は、決して法律的解釈を要求するものではない。否かゝる解釈を許容することさへしない。これは、赤裸々な合目的性の原則に他ならないところの所謂国家理性の支配する領域である」<sup>(一)</sup>かゝる徹底した力の世界に於て一片の法な

く、法は無用の長物に過ぎない如くである。古代の奴隷主の奴隷支配、中世の封建的領主の農奴支配の關係は正にかうであつたといへる。かゝる秩序は力の秩序であり、権力の秩序であるにすぎぬ。

併し乍らかゝる支配關係はウイザーの指摘する如く、少数による多数への支配として行はれてゐる。(11) かくの如く、一見自然法則に反する現象は何によるか。それは何よりも先づ少数が組織されて最大限の力を發揮し、多数が個々に孤立されて居らねばならぬ。支配階級は團結しなければ、多数なる被支配者を支配することが出来ぬことは自明の理である。

かくして先づ支配階級の階級組織が必然的に生じてくる。それは階級支配を達成する為の権力組織であり、支配階級を構成する各成員にはその相互の地位と任務とを指示しそれを通じて支配階級を組織するが故に、しかも各成員には互に相對的なる自由が認められてゐるが故に——反面被支配階級には自由の一片だに与へられて居らぬ——支配階級の内面的秩序としての組織規範である。併し、それはエーリツヒの「生ける法」としての組織規範が無意識的自然發生的であるのと異なり、意識的、目的的であり従つて後者よりもより組織的であり緊張せるものである。(12)

支配階級は自らをかゝる強固なる権力組織に頼んで、被支配階級に対し支配を、従つて強制を行ふ。かゝる強制は組織規範の下に規定され規則的に行はれるが故にそれをケルゼンの用語を借用すれば「強制規範」と呼ぶ事が出来る。然し乍ら、かゝる強制は自由なき人民にとつてはもはや規範的意味をもつものでなく単なる命令であり、極端に言へば暴力としか映らぬであらう。

我々が民主制の一つの典型とする所の古代ギリシヤのアテネの都市国家も亦かくの如きものでしかない。そこに於ては支配階級たる奴隷所有者達の民主制があるのみであり、彼等の数倍に当る奴隷達はその支配の下にあつたのであることを忘れてはならない。

従つて先に述べた組織規範、強制規範を十全なる意味で法と呼ぶ事は躊躇しなければならぬ。それが完全なる意味で法となる為には、すべての人民が形式的にせよ、「最小限度の自由」を獲得すること、及びこれらの人々も含めた全体的社会組織が成立することが必要である。かゝる前提が充されて始めて規範としての法がすべての人間を把握することが出来、社会のすべての人を構成員とする国家が成立するのである。かゝる条件は労働生産物の交換に基礎を置く所の近代資本主義社会に於て始めて達成されるのである。

それは兎も角、私はパンユカーニスに対して、古代の奴隷支配、中世の農奴支配といへども、以上述べたる如き意味に於て、支配階級自体のみの法を要するものであり、それなくして支配は不可能である事を主張するものである。之、即ち国家権力の法に依存する第一の場合である。

然し乍らかゝる組織された権力による支配も単に物理的力を基礎とする限り、力と力の関係に過ぎず、常に不安定なるを免れぬであらう。かのナポレオン一世はロシア遠征に失敗して、「この世に於て余を驚嘆せしめたものを汝は知るか。それは物理的なる力の無力なり、この世に二者あり剣と精神これなり。永き目を以て見れば、剣に勝つは常に精神なり。」と慨嘆せざるを得なかつた。<sup>(五)</sup>先のオースティンも「政府は人民の服従によつて存続するものであるから、そうして、人民の服従は自発的であり、または自由であるからすべての政府は人民、若しくは大多数の同意によつて存続するのである。」と、述べた。<sup>(六)</sup>こゝに彼の實力説より、所謂承認説への転機を見出す。

支配の基礎を被支配者の下よりの精神的支持に求める承認説は、それにも拘らず一面の真理に過ぎぬ。それは承認といふ心理的事実に拘泥する限り実証的に反駁されるであらう。それは承認をすべての人に迄拡大せんとする限り、「強制された承認」「無意識の承認」をも承認の中に含めざるを得なかつた。けれどもかゝる修正も承認する対象すら認識し得ない白痴や幼児がこの世に存在するといふ事実の前には遂に破れざるを得ない。それを

も無視するならば、擬制たるに終るであらう。(七)

然し乍ら、承認説の説く所は全部間違つてゐるのでない。其の主張は一部の現実と合致する。即ち、被支配者の全部でないが一部の人が現在存続せる一定の支配秩序を不承々にせよ、承認してゐる事は否定出来ない事実である。かゝる事實はその秩序の中に少くとも何等かの意味又は目的が内在してゐる事を物語つてゐる。彼等は色々の動機で承認するが、彼等に於て共通なものは支配秩序がその存在自体によつて、共同生活の秩序を維持安定せしめると判断するからに他ならぬ。かゝる判断のある所には、当然秩序に内在する客観的価値即ち理念を予想することが出る。蓋し自由に判断しうるは自覚的人間のみであり、彼等は崇高な理念に従はんが為に止むなく秩序に反逆しようとも、普遍的な倫理的最小限としての秩序の価値は否定しないであらう。(一)秩序なくして社会は存立し得ない(一)その他の理念と並んで「秩序」の理念はかくてすべての自覚的人間にとつて当為として妥当する。従つて「秩序」の理念は彼にとつて、一つの価値判断の尺度である。

自覚的人間は盲目的他律的に行動することを欲しない。常に何等かの価値判断によつて、行為しなければ承知出来ぬ。彼は何等かの理念に従ふ場合にのみ、自覚的人間の誇りを充すことが出来る。理念の表象が彼を行動へと駆り立てる。それによつて彼は自己満足する。かゝる人間に対して、単なる力の支配は不可能である。かくて国家権力は「秩序」の理念を媒介として、規範の型態をとることによつて、彼等に客観的に通用し、服従義務を生ぜしめる外ない。(八)その結果、又承認説の説く如き心理的実効性を得ることが出来るのである。

こゝで述べた「秩序の理念」とは即ち法的安定性に他ならぬ。もはや独立自由なる近代的人間にとつて、単なる暴力の支配は耐え忍ぶ事は出来ぬ。近代国家権力は法といふ規範のペールを彼らねば人間を支配することは出来ぬのである。

「最も強い者でも腕力を法に、服従を義務に変化せなければ充分強くない。」(ルツソー)<sup>(九)</sup>  
 かくして国家はこの意味に於ても、法に依存しなければならぬ事は明になつた。

然るにかゝる法の機能はバシユカーニスによれば「純粋な物神崇拜」<sup>(十)</sup>に過ぎず、中世に於ける宗教的神学的思惟と區別されない。

ロマ書十三章第一節に曰く「人各上に立てる諸権に服すべし。蓋し権にして神より出でざるなく、現にある所の権は神より定められたるものなり。」云ふ迄もなく、宗教はかく神の前にひれふす所の、現世的には価値の認められぬ人々に教へることによつて、権力支配を神聖化した。然れども之に反し近代人は「自由意志」の担ひ手として法の前に対決する。

この明白なる相違を忘れ、法と宗教との作用を同視してはならない。歴史は自覚的人間が宗教的イデオロギーの支配を打破して法の支配を確立した事を教へるのである。

註 (一) バシユカーニス マルクス主義と法理学 佐藤栄訳 一四八頁

(二) Friedrich Wieser: Das Gesetz der Macht 1921, SI 参照

(三) かゝる組織規範は対外的矛盾の結果であるが同時に階級支配なるが故にその利益の配分の為に支配階級内部の軋轢も発生しうる。そこに彼等自身に対する強制規範も必要とされる。それは場合によつては個々の支配者を抑へ、被支配者を保護する。

(四) この強制規範は先行する行為規範をもたぬ、蓋し被支配者は自由を認められぬ点で家畜と異ならぬ。従つてこの意味でも法としては不完全である。

(五) ラードブルフ 前掲 一二四頁

法と國家の關係について

(六) Austin: Lectures on Jurisprudence of the philosophy of Positive Law vol I, 5th ed. 1885 P296

(七) 尾高朝雄博士 実定法秩序論 二一頁以下参照

承認説は支配階級の相互信頼に基く組織に於て真の処を得るのであらう。

(八) 従つて結論として最小限度の自由もつた人間以外には法義務はないという事になる。

(九) ルツソー 社会契約論 井伊玄太郎訳 九頁

(十) パシユカーニス 前掲書 一五一頁

## 五 結 語

かくして我々は国家と法の関係の解明に當つて、法の規範性といふ周知の事柄より出発し、法的安定性を契機として、事実の世界に飛躍しながら、再び法的安定性を媒介として再び規範の世界に歸らざるを得なかつた。

然し乍ら、かゝる「さすらひ」は決して無駄ではない。蓋し、かくして国家特に国家権力といふ「存在」Sollenが法といふ規範 Sollen と相互に依存し合はねばならぬことを見出した。しかもそれは特に自由なる人格の確立されてゐる所の近代社会に於て実現されたのであつた。

従つて我々が両者の依存関係を具体的に如実に把握せんとする場合、どうしても近代社会との聯関に於て把握しなければならぬのは当然であらう。

等価交換を媒介として成立する所の、近代商品社会、特に資本主義社会に於て、交換が成立する為には、分業の成立、そして人間が何者にも束縛されず彼の自由に生産物を処分し得る事と、人間が相互に尊重し合ひ、その労働が同質同等、従つてその本体たる人格が平等であることが何よりの条件であり、又社会はかゝる独立、平等の人格を必要としこれを作り上げる。歴史的、發生的には生産力の發展に伴ひ、人間は労働生産物の商品への転化の社会

的過程に於て法的人格たり得る。(一)更に具体的にいふなら、この社会に於て、すべての人間は商品の所有者として現れる。即ち、一方には資本家が巨大なる資本の所有者として、他方には無所有者も自己の一部なる労働力の所有者として、その限りに於て自由、平等なる対等の立場で関係し合ふ。云ふ迄もなくかゝる法主体は先述せる如く、ブルジョアジーの政治権力を媒介として成立した。

(二)かくして、ブルジョアジーは自ら国民すべてのために自由平等の法秩序をつくりあげたのである。即ち、フランス革命に於て国民主権、天赋人權、所有権の不可侵をかかげる憲法を「憲法制定権力」として制定した。かくして彼は近代国家の主人公となつた。

しかも彼はかゝる形式的なる自由、平等の秩序が安定してゐる限り、彼は資本の利潤を確保出来る故に、国家権力が等価交換を保証するこの法秩序を乱すことを欲しない。従つて自由平等の法秩序の保護者を以て自任する国家権力はその型態及び内容迄も法によつて嚴重な規制をうける。之れ、即ち「憲法制定権力」より「被制定権力」への転化である。かくて、三権分立、立法府の優越が成文憲法に規定されることによつて、所謂「法治国家」の理念はもはや動かし難いものとなる。

かくて、更に法の下に立つことになつた近代国家は、實質的には支配の下にある他の法主体に対しても平等の立場で現れざるを得ぬ。即ち自由平等なる法秩序に於ける一人格として登場する。私法に於ては「国庫」として、公法に於ては「国家法人」として。国家人格化の覆面は人間の人間に対する支配といふ、民主主義の理想に反する事実を覆ふものである。(三)

(四)かくして、国家に立法の使命を與へる法的安定性の思想は、同時に国家自身の拘束をも要求する。我々は「法主権説」或は「国家の自己義務づけ」の学説に於て、一層よくそれを見ることが出来る。

以上に於て我々は特に近代社会に於て、国家と法とが不可分の関係にあるかを見た。近代に於てもはや法と国家を離して認識し得ぬ。之れ、即ち国家と法との同一なることが唱へられる所以である。

註 (一) Radbruch: *Der Mensch im Recht*. 1927, S. 5. 参照

(二) 尾高朝雄博士著 法の窮極にあるもの 二〇七頁

(三) ケルゼン 前掲書 一五二頁

(四) ラードブルフ 前掲書 二七〇頁