

書肆心水提供サンプル／個人使用の範囲でお願い致します



実定法秩序論  
尾高朝雄  
**SAMPLE**  
**Shoshi-Shinsui.com**



目次

はしがき 13

第一章 法の立体構造

第一節 法の垂直断面 16	
一 規範と事実 16	
二 法と道徳 21	
第二節 法と強制 26	
一 強制による法の実現 26	
二 行為規範と強制規範 31	
第三節 法の水平断面 36	
一 道徳・政治・宗教・経済、等と法 36	
二 法の領域の立体性と複合性 42	
第四節 法の純粹領域 44	
一 法の領域における調和と秩序 44	
二 純粹秩序の理念 48	
第五節 法の立体構造と国家 51	
一 法の支担者 51	

SAMPLE  
Shoshi-Shinsui.com

## 第二章 法の効力

二 法と国家 56  
三 行為規範・強制規範・組織規範 59

### 第一節 法とその効力 66

一 実定法の本質 66  
二 法と力 74

### 第二節 法の効力の多義性 78

一 法の効力範域 78  
二 法の妥当性 84  
三 法の実効性 91

### 第三節 法の実定性 96

一 妥当性と実効性の不合致 96  
二 妥当性と実効性の結合 101

## 第三章 法の効力の根拠

### 第一節 法の効力の根拠に関する諸学説

一 法段階説 112  
二 法の効力の段階性 112

SAMPLE  
Shoshi-Shinsui.com

第三節	二	法の段階構造の存在理由	一一〇
	三	法の段階構造の破綻	一〇四
第四節	四	法段階説より事実の規範力説へ	一〇八
第三節	一	事実の規範化	一〇五
	二	実力による法の生成	一三〇
第四節	三	事実に対する規範意味の賦与	一三五
	一	事実の規範力説	一三五
第五節	一	法の効力の根拠としての実力	一四七
	二	主権者命令説	一五二
第六節	三	法実力説	一五七
	一	承認説	一六一
第七節	四	法の効力の根拠としての承認	一四七
	一	擬制としての承認	一六一
第八節	二	文化規範説	一七一
	三	法と文化	一七五
第九節	一	輿論説	一八一
	二	法と輿論	一八一
第十節	三	真正の輿論と疑似の輿論	一八六
	一	輿論の真偽の鑑別	一九〇
第十一節	二	團体意志説	一九四

SAMPLE  
Shoshi-Shinsui.com

## 第四章 法の目的の対立と調和

### 第一節 法の効力の根拠としての法の目的

- 一 法とその目的 209
- 二 法の絶対目的と法の主観目的 211
- 三 法の客観目的 216

### 第二節 法の目的の対立 221

- 一 法の目的の多様性 221
- 二 多様目的相互の対立 224

### 第三節 法と道徳の対立 229

- 一 法と道徳の結合 229
- 二 自然法と道徳 231
- 三 実定法と道徳 237

### 第四節 法と政治の対立 244

- 一 法と政治の結合 244
- 二 法と政治の反撥 249
- 三 議会制度の効用と限界 251

- 一 輿論と普遍意志 194
- 二 団体意志と法 200
- 三 団体意志と法の目的 204

209

SAMPLE  
Shoshi-Shinsui.com

第五章 国家と実定法	256
第六節 法と経済の対立	256
一 法と経済の結合	256
二 法と自由経済	260
三 法と統制経済	267
第七節 法と事実の対立	272
一 法の素材としての事実	272
二 法と慣行	277
三 法と違法	279
四 法と実力状態	282
第八節 法の目的の調和	286
一 法の内在面における法目的の分化	286
二 正当性と実用性と安定性	292
三 法目的の調和的目的	300
第一節 国家における法目的の実現	305
一 法の目的と国家の目的	305
二 国家における法の定立	311
三 国家における法の適用および執行	318
第二節 国家の基本構造	323

SAMPLE  
Shoshi-Shinsui.com

第三節	国法秩序の主要概念	346
一	法的作業共同体としての国家	342
二	国家における統治権の主体と客体	347
三	国家の根本規範	341
第四節	民主主義の原理	372
一	国家における法と力	372
二	自由主義と民主主義	376
三	民主主義の国家構造	381
第五節	独裁主義の原理	390
一	自由主義より独裁主義への転換	390
二	独裁主義の国家構造	402
第六節	立憲君主国家の原理	410
一	君主制の原理	410
二	立憲君主国家の構造	414
三	立憲君主国家の求心性と遠心性	419
人名索引		426

SAMPLE  
Shoshi-Shinsui.com

書肆心水提供サンプル／個人使用の範囲でお願い致します

実定法秩序論

SAMPLE  
Shoshi-Shinsui.com

## 凡例

一、本書は尾高朝雄著『実定法秩序論』（一九四二年、岩波書店刊行）の復刻版である。底本には第三刷（一九六九年）を使用した。底本の印刷欠字は第一刷に拠って補つたが、第一刷においても不明瞭な場合は妥当と考えられる字を「」で括つて補つた。

一、本書では新漢字・新仮名遣に変更して表記した。ただし人名の漢字はそのままにし、和書（和訳書）引用文の仮名遣も（尾高自身の著作を含め）そのままにした。

一、読み仮名ルビを付加した。

一、底本において、行が変わるために「々」の使用が避けられたと考えられる場合、本書では「々」を使用した。

一、「」による挿入は本書刊行所によるものである。

SAMPLE  
Shoshi-Shinsui.com

## はしがき

本書の中で私が何を説こうとしているかは、本書そのものが物語るであろうから、ここでその内容を不完全な仕方で要約するのは、差し控えることしたい。ただ、あらかじめ断つて置かなければならないのは、本書には、いわゆる「方法論」と名づけられるような部門がないということである。私は、いかなる哲学上の立場から、いかなる方法を用いて実定法の現象を研究しようとしているか、ということを明らかにしないで、ただちに法の立体構造を論じ、法の効力とか法の効力の根拠とかいうような根本問題に向つて突き進んで行つたのである。

しかし、私の貧しい体験からいわせると、法とか国家とかいうがごとき複合対象の正体を見窮めるためには、始めから方法論上の立場に捉われているよりも、むしろ対象そのものと直接に取り組んで行くのが、一番正しい「方法」ではあるまいかと思われる。いわゆる方法論は、対象の持つ固有性を引き出して、これを学問の画布の上にはつきりと浮び上らせるには適している。けれども、その結果として、対象が生きた実在の聯関から切り離され、生命のない形骸として科学の俎上に横たえられることになる虞れがある。実定法現象の複合性を論理のメスによって傷つけるとなしに、これをそつくりそのままに科学の世界に移して見るためにには、いわゆる方法論的な成心を去つて、まず学徒自ら実定法現象の中に沈潜して行くに如くはない。私は、個々の実定法解釈学についてはきわめて乏しい素養をしか持たぬけれども、本書の想を練るに当たり、少くとも大局的に私の採ろうとした態度は、それであつた。これをも一つの「方法」であるというならば、それは、対象自体の中に身を置いて見る総合認識の方法であり、「事物そのものに向つて」(an die Sachen selbst) 進む現象学の方法であるといふことが出来るであらう。

本書の中で取り扱っている問題は、法の効力にせよ、法の効力の根拠にせよ、幾多の先人があらゆる辛酸を嘗めつ

くして解明に努力して來た法学のアポリアである。また、法の目的相互の複雑な対立関係を論じ、その間の調和の原理を見出そうとしたことは、今までの法学や法哲学では部分的にしか取り上げられなかつたような仕事である。更に、国家と実定法との関係に論及して、国家の基本構造や現代国家の諸類型を考察するに当つては、国家の法共同体性・統治権の主体と客体・立憲君主国家の構造、等、国法学上の最も重大な問題にまで立ち入つてゐる。本書は、私が十年来これらの大問題について重ねて來た苦吟・摸索の跡を一応取りまとめて記録したものであるに過ぎない。したがつて、一応の解決と見ゆるものも、更に新たな問題を生んで、ほとんど窮まるところを知らない。ここにあえてかかる未熟な試論を公にする所以は、これによつて広く学界の叱正を仰ぎ、今後ともに微力を傾けて遙けき窮理の道に進みたいという念願以外にはないのである。

なお、実定法秩序論という以上、当然に、実定国際法秩序の問題を取り上げなければならない筈であり、本書に著手した際には私かにその計画をも立てていたのである。しかし、それは問題領域をいよいよ広大複雑ならしめる結果となり、それについて一応の試論を組み立てるこことすら私の現在の能力の及ぶところではないばかりでなく、今日の激動する世界情勢が或る安定点に達するまでは、軽々に国際法理論の構想を試みることは差し控えらるべきであると考えたので、本書では専ら実定国法秩序の考察のみに留めることとした。

本書の成るに際して、畏友、船田享二・清宮四郎両教授の並々ならぬ高誼に篤き感謝を捧げると同時に、京城帝国大学法文学部勤務、高尾嘉四郎・樋口正克・中吉功の諸氏の協力、ならびに岩波書店編輯部の布川角左衛門・本堂繁松の両氏の高配に対し、衷心の謝意を表する次第である。

昭和十七年二月十一日

尾高朝雄

# SAMPLE Shoshi-Sinsui.com

謬った命題は、普通、同じように謬った反対命題によつて押しのけられる。のちになつて始めて、人はその中間に存するところの真理を発見する。それが学問の運命である。

—— フィヒテ ——

# 第一章 法の立体構造

## 第一節 法の垂直断面

### 一 規範と事実

法は人間生活の秩序である。人間の社会生活は不斷に流動転変しているが、流動転変する社会生活過程の中に常に一定の軌道があつて、混乱破壊に陥ることを防いでいるのは、すなわち法の機能に他ならない。社会が人間生活の軌道に沿うて秩序正しい状態を保っているのは、そこに法が実現されているからである。その意味では、法は一つの大好きな「事実」である。しかしながら、人間の複雑多岐の生活は、必ずしも常に法の軌道のみに従つて営まれているとはかぎらない。なすべからざる行為と識りながら、法の軌道を踏み違える者もあり、あるいは、何らかの信念や目的に基づいて、殊更に法の規定に反する行動に出づる者もある。それらの人間の事実生活と対比するときは、法は決して単なる事実そのものではなく、事実上の人間生活の準拠すべき「規範」であると考えられなければならない。故に、法は、事実であると同時に規範である。存在すると同時に当為である。かように一見矛盾した二つの性格を併せ有するものが、すなわち実定法なのである。

SAMPLE  
ShopShinsui.com

このことは、既に、実定法が平盤的な対象ではなく、立体的な構造を有するものであることを物語っている。平盤的とか立体的とかいつても、それはもとより一つの比喩であって、法が実際にさような文字通りの空間性を有している訳ではない。しかし、仮りに精神的対象を以て構成された空間というようなものを考えて見ると、法は事実の層を地盤としながら、事実の層を越ゆる規範の層にもり上つて、いわば三次元的な領域を占めているのである。いかえると、実定法は、事実の世界と規範意味の世界とに跨がつて築かれている人間社会生活の秩序態であり、したがつて、これを単なる事実と見ることも、これを単なる規範であると考えることも、共に法に関する一面觀であるに過ぎない。

法をば事実と全く没交渉な規範と見るのは、いうまでもなく純粹法学の立場である。純粹法学は、法をば純粹の當為法則として説明しようとする。ただし、法をば純粹の當為法則と見るからといつて、純粹法学は、そこに實在性のない「自然法」を考えている訳ではない。むしろ、全く反対に、純粹法学は何處までも法をば一つの實在として説明しようとしている。實在する法の理論、すなわち「実定法の理論」を組織立てようとするのが、純粹法学の最初からの意図なのである。<sup>(1)</sup> それでは、実定法が自然法と同じく純粹の規範でありながら、自然法と違つて社会的歴史的な「實在」であるのは、一体、何によるのであらうか。——純粹法学をしていわしむるならば、自然法は無条件に、したがつて時と処とを越えて、普遍的に妥当する規範と考えられているのに反して、実定法は一定の条件の下に妥当する規範であり、それ故に、時と共に変化し、処によつて相違する法である、と<sup>(2)</sup>。しかしながら、一定の条件の下に定立された法規範が、時により場所によつて変化し得るからといって、それだけでその法規範が実定法であるといい得るであろうか。專政君主がいかに物好きに朝令暮改の法を制定して見ても、あるいは、議会においていかに法をたびたび改正して見ても、もしもそれが實際には一向に社会生活の中に行われ得ないものであるならば、これを厳密な意味で実定法と見做すことが出来るであろうか。法は、單に時と処とによつて変化するというだけの理由で、実定法と認められる訳ではない。実定法の実定法たる所以は、それが現実の社会生活の上に働きかけ、その中に事実として行われ得る、という点にある。だから、仮りに絶対無条件に妥当する法があつて、それがその絶対不易の内容のままに

常に事実上行われているとしたならば、これを実定法と見るのに何の差支えもない筈なのである。実定法は規範である。しかし、それは、事実として実現されつつある規範である。実定法は、事実生活に深く浸潤している規範である。故に、事実から切り離された規範をいかに論理的に分析して見ても、それによって実定法の実定性を明らかにすることは出来ない。実定法の研究は、まずこの事態を直視することから始められねばならぬ。

しかしながら、それであるからといって、法の規範性を否定し、これを単なる事実と同一視することが出来るであろうか。

経験主義的な傾向の強い法学者の中には、法の存立の根拠をば、事実に帰着せしめようとする者が少くない。「事実の規範力」を以て窮屈の法源と見たイエリネット<sup>(3)</sup>を始めとして、法をば一定の社会生活圏内での最高実力の現れとして説いたショムロオ<sup>(4)</sup>、憲法の効力の根源は政治上の権力意志の決定であると倣すカアル・シュミットなど、いずれも結局は法を何らかの意味での事実に依存せしめているものということが出来よう。しかし、それらの見解は、法の根本を事実に求めている点で、明らかに純粹法学の純粹規範主義と対立しているとはいえ、その反面、それは決して法の規範性を否定している訳ではない。むしろ、イエリネットの「事実の規範力」説などによつて明瞭に示されているように、法の淵源は事実であるが、法そのものは規範である、という見方が優勢なのである。もつとも、この方面に更に徹底して、法の規範性を全く否定し、裁判官が現実の事実について現実に判決を下す行為というようなものを取り上げて、それが法であると見る考え方もない訳ではない。例えば、アメリカの尖端的な新現実主義の学説などが、それに属するであろう。これも一つの見方ではあるが、しかし、それでは、裁判官が裁判官であつて教会の牧師ではなく、判決が判決であつて俳優の台詞ではないということとの根拠は何処に存するか。結局、それは、裁判官をして裁判官たらしめ、判決を判決として通用せしめているところの、法的規範意味でなければならないであろう。故に、事実は決して單なる事実として法であるのではなく、一定の規範意味を実現しつつある事実として始めて、一つの法現象と見做されるのである。かように、いかに事実の尖端を捉えてそれが法であると考えようとして見ても、決して規範性の領域から全く絶縁し去ることは出来ないのである。

それであるから、法は間違いもなく規範の一種である。法の規範性を否定することは、法を法と認めぬことである。しかし、そうであるからといって、法は事実から隔絶した単なる規範ではない。法たる規範は、絶えず事実の中に実現されることを求めており、また、その規範意味の大部分は実際に社会生活の事実を動かしているのである。かように事実生活の中に実現された相を捉えていえば、法は一つの事実なのである。けれどもまた、さればとて、無意味な事実生活や事実行為が、そのままただちに法である訳ではない。社会生活の事実は、その中に一定の規範意味を実現せしめているかぎりにおいて、始めて法と認められるのである。法は、事実の中に実現されることを求めている規範であり、規範意味を実現せしめつつあるところの事実である。故に、法の基底は事実であり、法の上層は規範である。すなわち、事実の層を底面としながら、規範意味の領域に聳え立っているのが、実定法の存在様相であると考えられなければならない。

(1) 「純粹法学は実定法の理論である。」ただし、それは「ただ単に実定法の理論であって、或る特殊の法秩序の理論ではない。それは一般法學であって、特殊の国法規範または國際法規範の解釈ではない。」 Hans Kelsen : Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, 1934, S. 1 : Vgl. derselbe : Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtsatz, Vorrede zur 2. Aufl., 1923, S. V.

(2) 「自然法の理念に対しても、その規範の絶対的な効力といふことが照應するが」とくに、実定法の理念には、その規範の單に仮言的・相對的な効力といふことが対応する。実定法規範の効力が仮言的・相對的であるといふのは、それが、「一定の前提の下において始めて、すなわち、法創設の最高権威を指定する根本規範を予想して始めて、効力を有するという意味である。」「自然法が、一定の絶対価値に淵源を有し、したがつて絶対的の効力を主張するといふことは、いいかえれば、それが——その純粹理念に相応して——一つの永久不変の規範として現れるというのと同じ」とである。これに反して、單に仮言的・相對的の効力を持つに過ぎぬところの実定法は、それ自体に含まれた意味において、無限に流動する、空間上・時間上変転的な諸関係に順応する秩序なのである。」 Kelsen : Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, 1928, S. 12, S. 14.

(3) 「或る民族の中に行われてゐるすべての法は、最初は事實上の慣行以外の何ものでもなかつたのである。一定の慣行が永く続けれられてゐる内に、その慣行は規範に適つてゐるという表象が生じて来る。そうして、それと共に、規範そのものが共同体の權威ある命令として、すなわち法規範として認められるようになるのである。」 Georg Jellinek:

Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl, 1914, S. 339.

(4) 「従ひば、一定の、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を意味する。」「一つの實力がいいで用ひられる言葉の意味において最高の實力であるためには、その實力の發する命令が、一定の人間範域の中で通例的に行われ、他の實力に比して一層実効的に遂行され得る、と云ふことが必要である。」「一つの規範が法としての性質を持つかどうかの問題は、常にただ、その規範を制定したといふの實力が、自己の要求を『通例的』に実現し得るかどうか、によつて決せられるのである。」 Felix Somlo: Juristische Grundlehre, 2. Aufl, 1927, S. 105, S. 93.

(5) 「實際のといふ、一つの憲法が效力を有するのは、それが一つの憲法制定權力（すなわち實力または權威）に淵源し、その權力の意志によつて定立されているからなのである。」「憲法は、憲法を制定した者の、實存する政治的意志によつて通用するのである。」「憲法の基礎に一つの規範があり、憲法はその規範が正當なるが故に妥当する、という風に考えらるべきではない。憲法の基礎に在るもののは、政治的の存在である。その政治的の存在が、自己の存在の様式と形態とについて政治的の決定を与えたといふ」とが、憲法の根柢を成すのである。」 Carl Schmitt: Verfassungslchre, 1923, S. 9, S. 22, S. 76.

(6) この種の考え方によれば、「ある特定の事実關係についての法は、それらの事實についての、そして人に対する裁判所の判決そのものなのである。したがつて裁判所がそれらの事實について判決を下すまでは、その点についての法はまだ存在しないのであり、その判決以前においては、その事實についての法に関する法律家の意見だけしか存在しないのである。かかる意見は現実には法そのものではないので、裁判所の判決の、したがつて法の推量にすぎないのである。」それは、「即ち法は個々の判決につきるのであり、いはゆる一般的抽象的な法は名目にすぎない、言葉にすらない、と主張することを意味する。」高柳賢三教授・独裁政と法律思想、昭和十三年、二四二頁以下。

## 二 法と道徳

法は、事実を基礎としつつ、規範意味の領域に聳え立っているところの、人間社会生活の秩序態である。しかし、法が規範意味の世界に聳え立っているといつても、その聳え立ち方は、決して事実から隔離して鋭角的にそそり立っているような意味に解されはならない。むしろ、広い事実層を底面として、緩やかな曲線を描きながら、丘阜状に規範意味の世界にもり上っているのが、実定法の姿なのである。だからして、法の規範性の頂点に在る法規を取つて見ても、それと事実性の底面との距離は、決して著しく大きいということはない。何故ならば、法規範の内容が事実から距たれば距たるほど、それが事実となつて実現される可能性は、それだけ少くなる。いいかえると、事実から余りに遠ざかり過ぎた規範は、實際に行われることが非常に困難になつて来る。ところで、實際に行われない規範は、非実定的な規範であつて、実定法規範としての資格を持たない。故に、法は規範として定立されるのであるが、法規範の規範意味内容は、容易に事実化され得るということのために、必ず事実と近接した距離を保つ必要がある。かように、規範として定立されながらも、しかも決して事実から遠く隔絶してはならないということは、実定法によつて常に守らるべき限界である。そうして、この限界の中に、法を特質づける一つの顯著な性格が見出されるのである。

というのは、この点に、法と道徳とを区別する大きな相違性があるからである。道徳もまた、規範として定立され、規範として事実生活への実現を求めている。その点は、法も道徳も同じである。ところで、法にとつては、この規範的な要求が単なる「要求」たるに留まらないで、實際に人間の行為となつて「実現」されて行くということは、本質的に重要な意味を持つ事柄である。百人が百人まで法を遵守しないまでも、それが百人の中の例ええば九十人によつて実行されているということは、法の本質に属するのである。これに反して、道徳の規律は、その規律の内容が現実の人間によつてはほとんど実現され得ないようなものであつても、それが道徳であるという本質は、それによつて毫も

## 第二章 法の効力

### 第一節 法とその効力

#### 一 実定法の本質

実定法とは、人間社会に現実に行われることを求めている法であり、また、現に人間社会に行われているところの法である。社会に現実に行われることを求めているというのは、法の規範性であり、現に社会に行われているというのは、法の事実性である。かように、社会に行われることを求め、また、現に社会に行われているという状態、すなわち、法の規範性と事実性との結合状態を法の「効力」(Gehung) と名づけるならば、実定法とは効力のある法であり、効力は実定法の実定法たる所以の本質である、といわねばならぬ。

かくのごとくに、法の効力を直ちに法の本質に結びつけて考察しようとするのは、最も困難な問題提出の方法である。何故ならば、法の効力という言葉の意味が既にきわめて不明確なばかりでなく、法の効力の根拠如何を探ねるにいたっては、ほとんど茫洋として行手を見定め得ぬほどの迷路に踏み入ることとなるからである。故に、一応、法とは何かという問い合わせて置こうとする場合には、法とその効力とを切り離して、効力の問題には触れずに直ちに法の本質を明らかにするのが、比較的に安易な理論構成であるということが出来る。加うるに、法の効力という言葉遣

いは、効力の問題から離れて法の何たるかを決定することが可能でもあり、それがまた、考察の当然の順序でもあることを示しているように見える。法の効力という以上、法は効力を有する対象であり、効力は法という対象の属性であって、法とその効力とは別個の概念であるとも考えられ得よう。したがつて、最初から強いて「効力ある法」を「法」として取扱うことなく、法をまず法としてその概念を定めて置いて、しかるのちに徐々に法の効力に論及しても、一向に差支えないと思われるであろう。そうして、実際、法の理論の多くは、そういう風に形式上はすこぶる当然な順序を踏んで、第一には実在の地盤から遊離した法の抽象的な概念構成を試み、次に第二または第三の問題として、法の効力ならびに法の効力の根拠に考察の焦点を向ける、という行き方を選んでいるのである。法は「規範」であるといって、その類を定め、更に、法は「強制」の契機を含むところの規範であると做して、その種を明らかにするというような方法は、かかる形式的な法の概念構成の典型に他ならない。

こういう方法を用いると、法の概念は確かにきわめて截然と決定され得る。法は規範である。規範は当為の法則である。当為の法則であるから、法は、存在の法則からは明らかに区別されねばならぬ。「物体を熱すれば膨脹する」というのは、因果関係による存在法則であるが、「他人の所有物を借りた者は、これをその所有者に返しなければならない」というのは、当為の要求に立脚する規範法則である。しかし、規範法則は、そのすべてが法である訳ではない。規範には、道徳の規律もあり、宗教の戒律もある。法規範と法規範ならざるそれらの規範形態との区別は、いかなる点に求められ得るか。それは、強制の契機との結びつきの有無によるのである。他人から物を借りたならば、それを持主に返還しなければならない。その品物を傷つけたり紛失したりした場合には、然るべき賠償を支払わなければならない。それは、それだけではまだ一つの日常的な社会道徳上の義務である。しかるに、この義務の履行が強制手段によって保障され、この義務の履行を期待し得る者の利益が訴訟・裁判の方法によつて保護せられるに及んで、道徳の要請は化して法となる。一定の宗教を信ずる者が、その戒律を守つて求道精進するのは、それだけではなお純然たる宗教生活の範囲に属するが、異端者を处罚し、戒律の遵守を強制する制度が存在するにいたれば、宗教上の戒律は同時に法規範としての性質を具備する。故に、法は、強制の契機を含むところの規範である。強制の有無は、法

たる規範と法たらざる規範とを判別する規準である。そこで、法とは、直接間接に強制の契機と聯関するところの規範である、という法概念が確立され得ることになる。

ただし、こういう法概念の立て方に對しても、決して異論がない訳ではない。法は直接間接に強制の契機と聯関しているというが、法の中には全く強制との結びつきを持ち得ぬものがある。例えば、親族法上の夫婦の同居義務のごときは、法の規定する義務ではあるが、これに対して強制を加えることは出来ない。故に、強制を以て法の必須の要素と見るのは妥当でない。むしろ、法の特色は、その規律の外面性・社会性に求めらるべきである。規律の対象が外面上に現れた行為であるということ、および、それが単なる個人生活ではなく、共同生活上の対人的行為であること、その二点に法規範の本質が見出される。これを主として問題となるところの道徳と法との区別についていうならば、道徳は内面の動機の純真性に重きを置き、君子はその独りを慎むの境地を以て範とするのに対して、法は外面に現れた行為、特に人間共同生活上の諸関係を捉えて、正当性の尺度によつてこれに評価を下すのである。――こういう見解が、強制説に対する異論の中でも、最も有力であるということが出来よう。<sup>(1)</sup>

しかしながら、道徳は内面の動機を規律し、法は外面の行為を規制するといつても、それは道徳と法との大体の関心方向の相違を示しているだけであつて、決して両者を截然と区別する標準とはならない。まして、法は対人関係・社会生活の規律であり、道徳は個人意欲・一身生活の規範であると考えるのは、大いなる謬りである。法が社会生活の規律であることはいうまでもないが、道徳といえども人間相互の眞実の間柄を規定する原理であり、法と同じくやはり社会生活の規律でなければならぬ。人間相互の眞実の間柄は、単なる動機のみの世界において実現されるものではない。互讓互助の社会生活を規律する道徳は、動機と共に当然に、純真な動機に適うた行為を問題としなければならない。逆にいって、法の規律の対象となるところの社会生活は、疑いもなく行為の世界であるけれども、それが人間の行為である以上、内面の心情を無視した機械的な動作に留まるものでないことは、いうを俟たない。故に、法もまた、行為する人間の動機と心情とに対して、その評価の尺度を當てはめる。道徳の規律が内面的であり、法の規律が外面向的であるというのは、きわめて皮相な見解である。むしろ、内面・外面の相違は、規範的要求の実現を何によ

つて保障するかの点について認めらるべきであろう。すなわち、純粹の道徳は、その要求するような生活態度の実現を、外面向的な手段によつて保障しようとはしない。道徳の実現の最後の根拠は、内面向的な「良心」である。これに対して、法は、規範の実行を各人の良心のみに一任することを以て満足せず、外面向的な手段を設けてこれを的確に保障しようとする。しかるに、法の用いる規範実現のための外面向的な手段は、つまり「強制」に他ならない。それであるから、外面向的・内面向的という区別は、結局、強制の有無ということに帰著するのである。強制を背景として規範内容の実現を計るというのが、法の法たる根本の特質である。夫婦の同居義務のごときは強制し得ぬ法的規定であるといふが、かかるものは、純粹の道徳上の規律がたまたま成文法規の中に混入しているに過ぎないと考えればよいのであって、これを強いて法として説明する必要は毛頭存在せぬ。かように反対説を駁論して行くならば、法の本質の問題は、形式上は比較的に容易に片づけることが出来るのである。

けれども、それは、法とは何かという問題に対する一応の形式的な答えであつて、それを以て法という実在現象の本体を捉えたことにはならない。何故ならば、概念上は法たる「形式」を備えた——すなわち、強制の契機と直接または間接の関聯を有する——規範があつたとしても、もしもそれが現に社会に行われていないものであるならば、もとよりこれを現存の法と認めるることは出来ないからである。ロオマの十二表法は、ガリア人の掠奪に遭つて滅失したけれども、その内容は後世の記録や学者の研究によつて大体として今日にも伝えられており、その中には各種の裁判規範が含まれていて、それが嘗つて名実共に整つた法として行われていたことはいうまでもない。しかし、よしんば十二表法の原典がそのままに今日まで保存されていたと仮定しても、十二表法がそれによつて「法」として現存していることにはならない。また、ドイツ民法第一草案は、民事上の行為規範・裁判規範の複合体として、今までに述べて来たかぎりでの概念上の法の要件は完備しているけれども、それは遂に施行されずに終つたが故に、「法」となるにはいたらなかつたのである。前者は法としての生命を終つて了つた法であり、後者は法としての誕生を見ずに終つた法である。それらは、共に法でありながら、しかも法ではないという奇妙な意味合いを持つてゐる。それが法であるというのは、十二表法にせよ、ドイツ民法第一草案にせよ、形式上は法たるの本質を備えているからである。そ

## 第三章 法の効力の根拠

### 第一節 法の効力の根拠に関する諸学説

法の効力とは、法的規範意味が事実の世界に実現され得るという「可能性」である。この可能性は果して何から生じ、何によって根拠づけられているのであろうか。そこに、実定法の理論考察における最大の難問が横たわっている。法の「効力の根拠」(Geltungsgrund) の問題は、あたかも前人未到の氷雪の峻峯のごとくに、法の世界の科学的探究者の前にそり立っているのである。

この問題は、今日でもなお前人未到の処女峯のごとくに法に関する諸問題の上に屹立しているけれども、これに対する登頂の試みは、これまでといえども決して閑却されていた訳ではない。否、これまでにも、多くの学者が周到な用意と、精密な探索と、果敢な科学的精神とを以て、しばしばこの峻峯に向つて突撃を企て、それぞれ重要な成果を齎らして來たのである。ただ、そのいずれもが、いまだ以て眞の頂点を窮め得たものとは考えられないのは、眞の頂点の所在そのもの、すなわち窮明さるべき問題の意義が、必ずしも明確に把握されていなかつたためであるといわざるを得ない。

ここに窮明さるべき問題は、法の効力である。法の効力が何から生れ出て来るか、である。しかるに、前章の考察によれば、法の効力には「妥当性」(Gültigkeit) と「実効性」(Wirksamkeit) の両側面がある。法の妥当性は、法の規

範意味に内在する「実現への要求」であり、法の実効性は、法の規範意味が事実行態として「実現せられていること」である。これら二つの法の様態は、互に明らかに区別るべき特色を有するにもかかわらず、しかも法の「効力」(Geltung)において相互に密接に結合している。法の効力とは、妥当なる法規範意味が実効的に実現され得るという可能性である。それが、法の「実定性」(Positivität)である。故に、法の効力または法の実定性とは、法の単なる妥当性でも単なる実効性でもなく、両者に跨がって両者を包摂する一つの総合的な状態である。法の効力の根拠は、かような法の妥当性と実効性との結合が何によつて可能となるかの問題として、いいかえれば、法の妥当性と実効性とを分離せしめず、常に両者に跨がる総合的の問題として、論究されなければならぬ。

これに對して、従来、法の効力の根拠を論じた学者は、概ね法の妥当性と実効性とを分岐対立せしめている。そして、そのいづれか一つを以て法の効力と解し、その根拠を窮めようとしている。すなわち、一部の学者は、法に内在する規範論理的な「実現への要求」だけが法の眞の効力である、と考えている。また、これに反対する多くの学者は、法が社会生活の中に「現に実現されている」という状態が、正しい意味での法の効力である、と見ている。したがつて、これまでの法の効力の根拠に関する学説は、その多くが一面的である。一面的に突き進んで、それぞれ問題の頂点を窮めるための重要な前進基地を占拠してはいるけれども、一面的であるが故に、その反面の欠陥に禍されて、更に一步の向上を実現し得なかつたのである。法の効力の根拠の問題が、幾多先人の果敢な登頂の企図にもかかわらず、依然たる未到の嶮峯として聳え立つてゐる所以も、結局は選ばれた登頂計画の一面性に在つたといわなければならない。

法の妥当性を以て法の効力とする見解は、法の立体構造の垂直断面に現れた規範層を捉えて、そこに法の法たる所以を見出そうとしているのである。法は規範であり、規範は事実からの隔たりにおいて存立する。規範は、事実から隔たつてこそ規範たるのであるから、法たる規範の効力は、法の内容が現に行われているという事実と同一視されてはならない。むしろ、事実がどうであろうとも、法は法として行われなければならないというのが、法の効力である。それは、法の「規範論理的」(normologisch) な妥当性である。故に、法の効力は、規範論理的に根拠づけられなければ

ならぬ。一つの法規範が妥当するというのは、その妥当性が上位の法規範によって根拠づけられているからである。上位の規範が効力を有するというのは、それが更に上位の法規範の効力によって制約されているからである。例えば、「判決」の効力は「法律」に準拠することによって根拠づけられる。「法律」が有効に行われるのは、それが「憲法」の効力によって制約されているがために他ならない。かように、規範論理主義の立場から法の効力を論じ、法秩序の段階構造を明らかにして、それによつて法の効力の根拠の問題を解決しようとした学説は、ケルゼンの「純粹法学」(reine Rechtslehre)であり、ケルゼン、メルクルの「法段階説」(Stufentheorie des Rechts)である。

これに反して、他の多くの学者は、法が事実上の社会生活過程の中に実現されている様相に考察の焦点を注ぎ、法の効力をば専ら法の実効性の意味に解して、その根拠を追求しようとする。さような立場は、法の垂直断面における事実層にまで法の領域を掘り下げて、そこにいたつて始めて法の法たる実相を捉え得るものとしているのである。この立場から眺めるならば、法は規範ではあるが、それが現実に行われていないかぎり、いかに規範としての形式を整備していても、これを法と見ることは出来ない。妥当すべき規範であつても、それが現に行われていなかつては、その規範は法ではないのである。逆に、規範論理的な関係からは違法なるべき筈の行為が、往々にして有効に行われ、しかもそこから新たな法が成立して來ることがある。法律に違反している行政行為が、なおかつ法として行われ、憲法を破碎する実力が、かえつて新たな憲法を創造する場合があり得る。妥当性を有しても、効力を喪失して了つてはいる法があり、妥当性を持たぬ事実行為にして、やがて法と化するものもある。故に、法は、規範として妥当するが故に効力があると認められ得るのではなく、社会の事実を動かし、人間生活の中に現実化しつつあることによつて法たるものである。法の効力とは、かかる「社会事実的」(sozial-faktisch)な実効性をこそ意味せねばならぬ。

それでは、社会事実的な実効性の意味での法の効力は、何によつて根拠づけられるのであるか。前に述べたように、経験主義的な色彩の強い学者は、ここで一様に「力」という概念を援用する。法は現実の力によつて成立し、現実の力を背景とすることによつて実効的に行われ得るのである、と論ずる。しかば、法に現実の効力を賦与するところの「力」とは、何の力であろうか。この問題について、最も直截に、しかしながら実はきわめて漠然と、その力は

「事実」の力である、と答える立場がある。法は規範であるが、規範たる法は事実から化成する。事実の中には、自ら規範と化し、有効な法として現実生活を支配して行く力が内在している。事実上の慣行から慣習法が生成するのも、それである。国家機関の権限外の事実行為が法として行われるにいたるものも、またそれである。更に、法を破碎する事実力が新法秩序を創造するのは、その最も著しい場合である。法は事実を基礎として成立し、事実を地盤として存立する。故に法を作り、法を動かす力は、「事実の規範力」(normative Kraft des Faktischen)でなければならぬ。——かように論ずるのは、イエリネックの「事実の規範力説」であり、今日にいたるまで法哲学および実定法学の上に広くかつ深い影響を及ぼしている。

しかし、事実の規範化によって法が生成するといつても、事実という言葉の意味はすこぶる漠然としている。何が一体、法を作り出すところの事実なのであらうか。この点を明らかにしない以上、法の効力の源泉は依然として迷霧の中に隠されているといわなければならない。のみならず、イエリネックの事実の規範力説は、主たる関心を法の「成立」の過程に向けている。慣習法が事実上の慣行から化成し、新たな法秩序が秩序変革の実力行動から生れ出で来る所以を、事実の規範力によって説明している。かくのごとき法の生成変化が、実定法現象の重要な一面であることはいうを俟たないが、実定法の中には、他面また、既存の制度を堅持して濫りにその変革を許さない、という力も強く働いている。現存の法秩序を安定せしめると同時に、合法的な立法意志を以て漸進的に法の改正を行い、これを時代の要求に適合せしめようとする力が作用している。法の根柢に横たわるこの力をば、單に漠然と「事実」の力と解することは、適当な説明であるとは考えられ得ない。法を支持し、法を動かす力は、むしろ、特定の人格者の把握する「実力」である。一定の社会生活圏——特に国家——の内部において、主権的な実力を以て支配を行うところの人格者の命令が、すなわち法として行われるのである。反対勢力を克服して、有効に支配を行ひ得る者の定立する規範が、とりもなおさず法なのである。かように考えて行くことによつて、経験主義的な法理論の他の一形態としての「実力説」(Machtheorie)が成立する。

実力説は、法の効力を根拠づけている力をば、支配者、すなわち「規範定立者」の意志に求めているのである。し

## 第四章 法の目的の対立と調和

### 第一節 法の効力の根柢としての法の目的

#### 一 法とその目的

法が法として行われるのは、法の中に社会の諸要求の結晶ともいいうべき種々の目的が内在しており、それらの目的が法を通じて実現を求めているからである。の中には、「正義」と呼ばれるような崇高な理念も含まれているであろうし、経済生活の「利益」とか「実用」とかいうがごとき卑近の目的も存するであろう。政治上の支配も法の目的の一つであるし、道徳上の醇風美俗を維持し、宗教上の信仰を保護するのも、重要な法の任務であろう。更にまた、社会生活の安定を保つという「秩序そのもの」の目的にいたっては、法の存立の根柢を成す最も固有な使命であろう。それらの諸目的が法を通じて調和して実現されているかぎり、法は変化すべき事情もなく、革新さるべき必要も生ぜず、安定した状態のままに有効に人間共同生活を規律して行くことが出来る。これに反して、時代の推移と共に法に内在する諸目的相互の均衡が破れ、新たな歴史的の理念に立脚する新たな目的の実現が必要になって来ると、秩序安定の目的を大なり小なり犠牲にしてまで、法の内容を更新変革せざるを得ないことになつて来る。故に、目的は、法を支持する力でもあり、また法を変革する力でもある。法は目的に適うことによつて効力を發揮し、目的から遊離す

ることによって効力を喪失する。すなわち、目的こそ、あらゆる場合を通じての法の「効力の根拠」でなければならぬ。

法の目的は法の効力の根拠である。しかるに、目的は実現されることを求めているものであると同時に、多くの場合、現に実現されつつあるものである。故に、目的の第一の様態は、実現されねばならぬという要請であり、その第二の様態は、実現されつつあるという現実である。法の目的の第一の様態から見るならば、法は現に実現されておらないでも、実現されねばならぬという要求たることを失わない。そこに法の「妥当性」がある。これに対し、法の目的の第二の様態に著目するならば、法は単に実現さるべきであるという要求を有するだけではなく、現に実現されつつある事実現象に他ならない。そこに、法の「実効性」がある。それであるから、法の妥当性と実効性とは、法の目的の二つの様態であるということによって、互に結合しているのである。法の目的は、それがいま現に実現されていないでも、実現さるべき事態が生ずれば、人間の意志を牽引し、人間の行為を規制して、その意志行動の中に実現され得るという可能性を有する。この可能性が、すなわち法の「実定性」に他ならない。この可能性を根拠づけるものは、法の目的である。故に、法の目的こそ法の実定性の基礎である。実定法は、実現さるべき法の目的が、実現さるべきであるが故に「規範」として定立されたものである。しかも、その規範は、実現さるべきであるが故に実現され得る可能性を含んでいる点で、「事実」と緊密に連なっている。実定法が、規範層と事実層とに跨がる立体領域を劃している所以も、また、法の目的の当為性と存在性との結合に在るといわなければならない。

法の実定性は、法の目的によって定まる。故に、法の目的は、法をして実定法たらしめるところの本質なのである。故にまた、法の目的を問題の外に置いているかぎり、いつまで経っても実定法の本質を明らかにすることは出来ない。前に述べたように、法をその形式の方面から捉えて、法とは強制の契機と聯関するところの人間共同生活の規範である、という風に定義しただけでは、実定法の実定法たる所以はいまだ毫も明らかにされ得たことはならない。これに対して、この形式の中にいかなる目的が盛られているか、ということを吟味するのは、実定法の本質の中核に迫るところの設問である。何故ならば、法の目的こそ、法を実定法として効力をあらしめている根本の根拠だからである。

およそ、法にかぎらず、人間の生活に關係のある対象は、いざれもその目的を以てその本質としている。例えば、「家」を説明するためには、家の形式を語ることは、家の本質と無関係ではない。家はいかなる形態を有し、いかなる材料を用い、いかに区劃されているか、というような点を問うことも、決して不必要である訳ではない。しかし、その場合に、人々は家の最も根本の本質をば自明の事柄として前提しているのである。その、家の家たる眞の本質は、「人が住む」という目的によつて決定されるのである。家の形をしていても、それが倉庫に用いられ、または工場として設計されたものであるならば、それは十全の意味での家ではない。これに反して、現在は人の住んでいない「空家」であつても、人が住むために建てられ、人が住む「可能性」がそこに存すれば、それは依然として家たることを失はない。これは、ごく卑近な例であるが、しかし、宗教にしても学問にしても、人間の生活や活動に關係のある対象の本質は、すべてその目的によつて規定されている。宗教の本質は、礼拝の形式や祭祀の外觀に存するのではなく、神の信仰を中心として現世を超越しようとする目的によつて規定される。学問の本質は、いかにこれを学び、いかに学び得たものを表現するかの仕方に在るのではなく、真理を探究しようという目的を以てその第一義とする。同様に、法の本質もまた、法の目的を離れては遂にこれを理解することは出来ない。その意味で、法の目的を窮めるのは、法という既知数に附隨する單なる未知数的の「属性」を明らかにすることではなく、実は、法という未知数そのものを検討する所以であると考えられなければならない。

## 二 法の絶対目的と法の主觀目的

それでは、法の効力の根柢ともなり、また、法そのものの本質をも成しているところの法の「目的」とは、そもそも何を意味するのであらうか。この問題に答えるためには、法の目的の内容を考察するに先立つて、まず、法の目的という言葉がいかなる意味合いを以て用いらるべきかを明らかにして置く必要がある。

法の本質は法の目的によって定まるという場合、この命題の意味に關してまず二つの對蹠的な解釈が成立し得るで

あらう。その一つは、法の根柢には時代と場所とを超越する「絶対目的」が横たわっていて、それが法を法たらしめる本質を成している、という解釈である。他の一つは、法を法として基礎づけているものは、一定の法共同体に属する多数個人が法について抱く「主観目的」である、という考え方である。しかし、それらは、共に実定法の存立の根拠を明らかにするには不適当であり、また不充分であるといわなければならぬ。

第一に、法について絶対的目的を掲げ、この目的に適い、この目標を目指すことを以て法の法たる所以とする見解は、結局において自然法の思想に帰着する。古來の自然法論は、天理自然に基づく絶対不易の人間共同生活の理念を前提とし、この理念を実現するための自然法をば、可変可動の人間秩序たる実定法と対立せしめた。しかし、かよう、実定法と対立するものとして掲げられている自然法の理念は、それが実定法と対立せしめられているということがだけで、既に実定法の存立の基礎としての不適格性を示している。自然法は、永遠の理想を実現するための法秩序であるといわれる。けれども、永遠の理想は実現すべきものであつて、現に実現されではおらないからこそ、これを「理想」として現実の実定法秩序と対立せしめる必要が生ずるのである。したがつて、自然法は実定法に対する評価の尺度とはなるけれども、必ずしも実定法を認証する根拠とはならない。否、むしろ、自然法は実定法を根本から否定する論拠となる場合すらある。そういう場合には、自然法の側から見れば、実定法は実効性を有するけれども妥当性を持たぬ法である。逆に、実定法の立場から見れば、自然法は空虚な妥当性を主張するのみで実効性の欠如している法である。かように、妥当性と実効性とが遊離した関係に置かれているかぎり、自然法の絶対目的を以て実定法の効力の根拠となし得ないことは、いうを俟たない。

そればかりでなく、法の絶対目的といつても、それがいかなる内容を有する理念であるかという点になると、自然法を論ずる人により、自然法の論ぜられる時代によつて、決して同一ではない。古來の自然法論が、それぞれ法の理想を求めてこれを絶対不易の真理として主張したにもかかわらず、実はいづれもその時代の世界觀によつて制約され、したがつて時代の変遷と共に盛衰交替の運命を免れなかつたことは、法哲学の歴史の示すがごとくである。中世のスコラ哲学の系統をひく現代の新自然法論にいうよくな、「素朴的道徳原理にして社会生活の基礎たるもの」は暫く別

## 第五章 国家と実定法

### 第一節 国家における法目的の実現

#### 一 法の目的と国家の目的

法は目的の体系である。否、目的の体系が規範化され、その規範が事実となつて実現されることを求めているものである。法は、事実化しようとしている規範であり、規範を実現しつつある事実である。しかるに、規範の実現される場所は、人間の行態の世界でなければならぬ。いいかえれば、規範を実現するものは、行動する人間でなければならぬ。「約束を守れ」という行為規範は、人々が約束を守ることによって実現される。「窃盜の罪を犯したる者は十年以下の懲役に処す」という強制規範は、裁判官がこの規定に従つて判決を下し、かつその判決が現実に執行されることによって事実となる。かよう、個々の規範は個々の人間の行為によって実現され得るが、多数の規範の複合的の統一体としての実定法は、組織的な人間共同体の活動によつて始めて実現されることが出来る。中でも、法を実現する人間共同体として高度に組織化されているものは「國家」である。故に、法の目的は主として国家によつて実現される。法目的の実現者として最高の適格性を有するものは、すなわち国家である。

ところで、国家が法の目的を実現して行くためには、法の目的が同時に国家の目的としての意味を持たなければな

らぬ。いいかえると、法の目的と国家の目的とが合致しておらなければならぬ。国家は、人間の社会生活の中に自らにして存立している各種の目的に取捨選択を加え、保護すべき目的、または促進るべき目的をば法の中に攝取して、法を通じてこれを実現して行こうとする。あるいはまた、国家独自の目的を掲げて、これを法として規範化し、法の実定性を確保することによって国家目的を有効に実現しようとする。いずれの場合にも、法目的と国家目的との合致ということが、目的体系の事実化の前提となるのである。しかるに、法の目的には道徳があり、政治があり、宗教があり、経済がある。更に、正当性の目的があり、実用性の必要があり、安定性の要求がある。故に、法目的と国家目的とが合致することによって、これらの諸目的は、いづれも同時に国家の目的として意義づけられることになる。道徳・政治・宗教・経済、等の諸目的を法の中に包摂綜合し、法を正当にして実用的な、しかも安定した秩序として維持しながら、法を通じて目的体系の調和ある実現を計つて行くのが、国家に課せられた任務である。

かくのごとくに、国家の目的をば綜合的な、複雑多面な内容を有するものと見る立場は、既成の国家学説の或る方面からの反対を受けるであろう。法の認識について見ても、法の目的を多面多角に押し拡げて、しかもそれを綜合的に取扱おうとする試みは、分析的な傾向の法学説と反撥することを免れない。特に純粹法学や分析法学のように、法を道徳や政治から切り離して、純粹の法として考察しようとする立場からは、法の中に道徳や政治や宗教や経済の目的を包摂せしめる綜合法学的な試みは、法学の対象を不純化する企図として排斥せられるであろう。しかし、実定法の実在形態は、かかる綜合的な観点に立って、始めてこれを鳥瞰し得るのである。同様に、国家の考察についても、法の複合目的をそのままに国家の目的に攝取して、国家の作業領域を綜合的に拡大しようとする企ては、分析主義の国家理論と正面から対立することを覚悟して置かなければならない。何故ならば、国家に関する近代的の学説は、國家の概念と社会の概念とを明らかに区別し、国家と社会とに分業化した別個の活動領域を指定するという考え方方に親しんで来ているし、それをまた「科学的」に進んだ思想であると見做す傾きが強いからである。中でも、社会を多元的な構成に分析して、国家をその中の單なる一個の特殊社会と見ようとする「多元的国家論」(the pluralistic theory of the State) は、国家の目的の特殊性・局限性を強調して、国家を「全体社会」と同一視する」ことを極力排斥しようとする

る。故に、法の目的の綜合性を認め、かつ、法の目的と国家の目的との合致を説くためには、あらかじめ多元的国家論の誤謬を指摘して置かなければならぬ。

多元的国家論は、むしろ「多元的社會觀」を基礎とする国家理論であるというべきであろう。すなわち、それは、まず人間の社会生活を、包括的な「共同社会」(community)——我が國ではこれを「部分社会」と名づけることが多い——とに区分する。そうして、共同社会を地盤として存立している多数の組織社会は、それぞれ分業的に発達した特殊の職能を営むことによって、共同社会の目的のために寄与しつつあると見るのである。例えば、人間の共同社会には宗教の目的が存するから、特にこの目的を実現するための組織社会として、教会が発達する。人間の共同社会のために経済の興隆を計る必要があれば、この必要に応じて例えば株式会社という組織社会が成立する。学問の研究・教育の普及といふ目的に対しても、研究所や学校のごとき特殊の職能社会が設けられる。かようにも元気化する職能社会構成の中で、主として「秩序」の維持という目的のために発達して来た組織社会が、すなわち国家に他ならない。国家は、秩序を維持するために法を制定し、法を施行する。法は強制を必要とするから、国家には法を強制し得るだけの権力が内在している。国家に備わるこの力は、同時に、外敵に対して共同社会を「防衛」するという役割を演することになる。したがつて、国家は、強大な実力を擁して秩序および防衛の目的を達成する特殊の組織社会である。国家には法があり力があるために、人はやもすれば国家に、他の各種の組織社会の上に君臨する優越した地位を認めようとし易い。しかし、国家に法があるのは、秩序および防衛という特殊目的のためにそれが必要であるからであつて、特殊の職能を分担するために成立している特殊の組織社会であるという点では、国家は他の組織社会と全く平等・対等の地位に立つてゐる。この特殊職能を以て共同社会の発達に貢献しなければならないという意味で、国家は、共同社会に奉仕する一つの手段であるに過ぎぬ。——多元的国家論は、かくのとくに国家の立場を相対化・手段化して、その奉仕する目的を「秩序」と「防衛」とに限定して行こうとする。<sup>(1)</sup>

多元的国家論が、故意に国家の存在意義を相対化そうとする自由主義の政治理想に立脚していることは、ここに改

めていうまでもない<sup>(2)</sup>。しかし、その点は別としても、多元的国家論が国家の目的を強いて秩序と防衛とに限定しようとするのは、理論的にいって不当である。何故ならば、秩序にせよ防衛にせよ、決して單なる秩序・单なる防衛としては実現され得ないからである。いいかえれば、国家が秩序を維持し、外敵を防衛しようとする以上、必ずそれとともに、道徳・宗教・経済、等、社会百般の目的活動を自ら把握掌掻して行かなければならなくなつて来るからである。国家が法によつて秩序を維持するという任務を有することは、多元的国家論のいうがごとくである。しかし、およそ秩序には内容がある。そして、秩序の内容は、道徳であり、政治であり、宗教であり、あるいは経済である。國家は、秩序を維持するために、法によつて不法行為の責任を追及し、犯罪に対しては大小軽重の刑罰を科する。けれども、不法行為といふ犯罪というのは、あるいは道徳に違反し、あるいは政治の目的を妨害し、あるいは社会経済の運転を阻止する、等の行為であつて、道徳や政治や経済、更に宗教や風紀や衛生、等の目的から離れては、法もなく、また不法もあり得ない。故に、国家は、単なる秩序維持の任務のみを達成して行くためにも、道徳や政治や経済その他の目的に立脚して、反価値の行為を制圧・排除し、価値建設の行為を助長・育成して行かなければならぬのである。この点は、防衛の任務についても全く同様である。国家が国土を外敵から防衛するためには、もとよりまず武力を具備しなければならない。しかし、武力は精神力を基礎とし、経済力を背景とする。兵士の熾烈な愛国心と旺盛な責任観念とは、軍備充実の第一要件である。その意味で、国防ということと、国民道徳の醇化徹底ということとは、切り離すべからざる関係を有する。その他、国民精神の統一のためにには政治力を強化する必要があり、兵器・装備の改善向上を計るためには科学を振興せねばならず、経済戦に備えるためには生産力の拡充・配給消費の規制を行わなければならぬ。かように、防衛という一点から考えただけでも、国家の活動分野は、道徳・政治・宗教・経済・科学・教育・交通・通信・厚生・衛生、等、あらゆる方面的目的と積極的の聯閥を持つことになる。このことは、今日のいわゆる「高度国防国家」の体制を見るならば、正に思い半ばに過ぐるものがあるであろう。

故に、国家存立の第一の目的が秩序と防衛とに在るとしたところで、これらの第一目的達成の必要からして、国家の目的活動は、單なる秩序・防衛という狭い範囲を越えて、あらゆる社会生活分野を包摂することとならざるを得な