

原始憲法の概念について

ON THE CONCEPTION OF CONSTITUTION PROTO-TYPE

教 授

中 村 彌 三 次

PROF. Y. NAKAMURA

1 9 4 0

目 次

序 説 國家の實在性と原始憲法	1
第一 國家の規範的實在性	1
第二 實定法の妥當根據	5
第一章 主觀主義妥當說の當否	9
第一 規範者決定說	10
(イ)命令說(10)・・・・(ロ)政治的決定說(13)・・・・(ハ)社會契約說(18)	
第二 受範者決定說	25
(イ)承認說(26)・・・・(ロ)自己制限說(33)・・・・(ハ)慣行承認說(37)・・・・	
(ニ)法確信說(42)	
第二章 客觀主義妥當說の當否	44
(イ)神意說(44)・・・・(ロ)本體說(48)・・・・(ハ)實效說(55)・・・・(ニ)根本 規範說(58)	
第三章 原始憲法の基本概念	62
第一 原始憲法の意義	53
(イ)組織規範としての原始憲法(64)・・・・(ロ)作用規範としての原始憲 法(65)・・・・(ハ)決疑規範としての原始憲法(66)・・・・(ニ)不可侵規範と しての原始憲法(66)・・・・(ホ)法秩序の統一契機としての原始憲法(67) ・・・・(ヘ)國家の自同性及び恒常性保證規範としての原始憲法(68)・・・・	
(ト)法律科學の方法論的自律性と原始憲法(69)	
第二 原始憲法と實定憲法	70
第三 原始憲法の認識と明證	72
結 び	74

原始憲法の概念について

中 村 彌 三 次

序 説 國家の實在性と原始憲法

第一 國家の規範的實在性

國家の實在性は、我々の日常體驗に照すならば、一應疑もない事實のやうである。ゆえに、人は總じて、國家が何のやうな意味合において實在し得るか、とりわけ如何なる法則及び條件の下において實在し得るのであるか、といったやうな問題は、殆ど自明な事柄として、一般にこれを看過し易い傾きがある。

(1) 然しながら、體驗なるものは、主觀・客觀の分かれたれない状態の下に、而も智・情・意といふ全心理機能を統合した各人格者の、いはば衝動的な經驗にしか過ぎない。ゆえに、體驗の結果は、たとへ各人格者をして國家の實在的意味を直接體得せしめ得るものだとしても、これを一度び學問的な反省や整序の對象として觀んとするとき、人はそれが甚だ不精確なものであり、漠たる概念をしか得られないことに氣付くであらう。殊に、國家の實在性に關する問題を、法律學といったやうな精密規範科學の對象として考究せんとする場合において、特に然りといはれ得る。

よつて、人はまづ第一に、國家の實在性に關する自己の體驗が、果して一般的にも通用し得るだけの正確な認識を得てゐるか否かについて、一應も二應も反省し検討して見なければならぬわけである。而もさうした意味の反省や検討を加へるためには、まづ現に我々の體驗しつつある實在の國家を、我々自身の個人的體驗から切り離して、これを客觀的な對象として觀照する努力が必要で、かくしてこそ始めて、國家の實在性に關する客觀的・普遍的な眞理の認識が保證せられ得るのである。蓋し、リッケルトもいつたやうに、事物を認識するといふ概念には、認識者たる主觀即ち自我 (Ich) のほかに、認識される對象が、別言すれば客觀性のための基準が與へられてゐなければならぬ。即ち、認識が正しいもの又は客觀的なものとなるやうに方向づけられるためには、必ずその認識の主體から獨立した何ものかがなければならぬのであつて、單なる日常體驗の如く、主觀と客觀とが未だ分化せられてゐないやうな状態の下では、眞の學問的認識は不可能だからである (H. Rickert, *Der Gegenstand der Erkenntnis*, 6 Aufl. 1928, Tübingen, S 8——)。

次に、國家の實在性に關する我々の日常體驗が、學問的意味において充分精確且つ統一的な知識となるためにも、また人は、その體驗を基調としながら、而も體驗的な直接經驗を超絶した獨自の觀點、即ち理性的な認識の立場において、これを科學的に整序する手續が肝要であり、加へてそのために必要な一定の

認識方針 (Erkenntnisrichtung) と、これが處理に適した一定の方法 (Methode) の確立に對する工夫も必要である。かくして始めて國家の實在性が統一ある學問的眞理としての意義を得ることになる。

(2) なほ又、我々の日常體驗は、體驗の目的物についても、何等の分析や選擇を伴はぬ概括的・衝動的な經驗たるに止どまる。然るに、國家といつたやうな複雑多邊の生活型態は、曰く法律・政治・經濟・社會、曰く軍事・外交、曰く宗教・道德・教育・學問・藝術等々と、種々雜多な現象面をもち、さらにはそれらの各象面にも、なほ幾多の様相を呈するものなのである。随つて、さうした複雑多邊な象面と様相とは、また自らそれぞれ互に相異なつた存在の條件と固有の法則とを有するもので、決して單なる概念的衝動的な體驗のよくの確に把握し得る所ではない。ゆえに、國家の實在性に關する我々の認識が、充分的確なものであり得るためには、我々のこれに關する日常體驗を基盤としながら、而も體驗の如く、概括的でなく分析的に、衝動的でなく靜觀的に、これを選択し、考究する科學的態度を保持しなければならないわけである。而も、さうした體驗の目的物に對する分析や選擇は、あくまで對象本位^{〇〇〇}であるべきで、單なる我々の主觀的肆意に委ねべきものではない。

對象本位の分析及び選擇とは、對象がその各個具體的な現象の面と諸相とにおいて示す存在様式 (Seinsart) と、その條件

(Bedingung) と、これを可能ならしめる契機 (Moment) と、その固有の法則性 (Eigengesetzlichkeit) とについて、それぞれ區別し整序して、互に他と混同する所なき用意をいふのである。随つて、人は國家の實在性に關する問題の考察にあたつても、自己が直接關與する所のない現象の面及び相については、一應現象學にいはゆる『判斷中止』(Urteilsenthaltung) の手續を加へることが必要で (E. Husserl, Ideen zu einer reinen Phänomenologie, Bd. I. 1928, Halle, S. 55)、かくして始めて、問題たる國家の實在性に關する純正個別科學の認識が保證せられ得るのである。

(3) 然らば、現に我々の當面する法律學の立場から觀た國家は、如何なる面と相とにおいて、その實在の様式と、その條件と、これを可能ならしめる契機と、その固有の法則性とを呈露するであらうか。

勿論、我々と雖も前述の如く國家が政治・經濟・社會・軍事・外交と種々の象面及び様相を呈露するものであり、随つてこれを取扱ふ各個別科學の觀點から、それぞれ固有の實在性を規定し得ることを決して否認するわけではない。然し苟も法律學の領域において捉え得る國家は、あくまで法律的規範現象としてのみ實在し得べきものであり、かくして、その最も基本的な實在の仕方は、徹頭徹尾、法規範として妥當 (gelten) することであつて、實物として存在 (sein) することにあるのではない、と主張したいのである。『法律學の對象は法でのみあり得るわ

けだから、法律學の對象たらしめられるためには、國家は法であり、かつ法のみであり得る』といった場合の、ケルゼンの主張は、國家の實在性に關する問題の追究にあたつても、また無條件に妥當するものといはなければならぬ (H. Kelsen, Allgemeine Staatslehre, Berlin, 1925, 8. 7)。

以上これを要するに、苟も人が國家をその法律學の意味において把えんとする限りは、國家はあくまで法規範それ自體として、乃至はその實定法的現象型態としてのみ現はされ、隨つてその實在性も、またあくまで、法的意味における妥當それ自體 (Gelten-an-sich) として示されなければならない(註一)。かくて然らば、國家は實定法的に妥當することによつて、始めて法律學的に實在するといひ得るのであつて、假りにこれを國家の法規範的實在性と規定することができよう。

註一 本文にはゆる國家の妥當それ自體といふ觀念は、決して論理學的又は哲學的意味のものではなくて、法律的に觀て、國家が諸他の實在現象から獨立に妥當する、といふ程度のものであることを注意せられたい (W. Windelband, Einleitung in die Philosophie, Tübingen, 1923, S. 212—)。

第二 實定法の妥當根據

(1) 以上において、國家の實在性が實定法的意味における妥當それ自體であることは、略ぼ明かにされ得たと思ふが、然らば國家がかくの如く實定法的に妥當するといふことは、一體いかなる意味を有するであらうか。

元來『妥當する』といふ用語は、ロツツエが認識論上の一概

念として創用したところで、そのいふ所によれば、すべての判断は、勿論事物として實在するわけではないが、論理上の眞實として認識上の價值を有する、といふ意味を現はすものである（Lotze, Logik, 2 Aufl. (Leipzig, 1880, S. 510——）。かくて法規範も、また人の行態に關する價值判断の結果である以上、認識論上の判断と同様、具象的な事物としてでなくて、或種の法則的價值として與へられたものであること疑ふべくもない。が然し、論理的判断は、それが『眞理に合する』といふ意味において認識論上の價值を有し得べきものであるに反して、國家の實在性についていはれる場合の實定法の内容たるべきものは、それが果して論理上の眞理に適合するか否かは第二義的であつて、唯それが實證的に定立されてゐるといふことだけで、人の行態を規律し得べき價值あるに過ぎない。惡法もまた法なり、といふ法諺はよくその間の事態を物語つてゐる。ゆえに、法の妥當性といふことは、實定法規範の内容が、その眞否如何に拘らず、各個の事案に對する『適用性』(Anwendbarkeit) と、その『貫徹性』(Durchsetzbarkeit) とを有することに盡きるといつてよい。

要するに、論理的判断の究極的妥當根據は、それが眞理に適合するか否かに求めれば好いわけであるが（Windelband, *op. cit.* S. 212——）、實定法規範の内容は、前述の如く必ずしもその論理的眞否に關するわけではなくて、單にそれが實定されてあることのうちに、これが妥當性を有するに過ぎないのであるから、實定法規範の

内容については、その『妥當根據』(Geltungsgrund)を法論理的判斷の眞偽に求めることは不可能であつて、必ず他に何等かの手懸りを求めなければならないわけである。

かくて、既にさうした問題それ自體が、論理的眞偽以外の點にその解決の鍵を見出さうといふ學問的作業である關係上、極めて困難な課題であり、且つその解決を試みんとする學說も、また自ら雜多である。私は、その理論構成において多少異なつた考へをもつのであるが、然し結果においては大體ケルゼンの示唆と、エー・フッサールの現象學的手法を藉りて、この問題の解決を、本稿の表題に掲げたやうな原始憲法(ursprüngliche Verfassung)の理念に求めんとするものである。然し、解説の順序として、まづ第一に従來試みられてゐる種々の異説を批判しつつ、何故にかかる原始憲法の概念を定立しなければならないかつたかの理由を闡明し、然る後、私のいはゆる原始憲法それ自體の意味を明かにして見たいと思つてゐる。

(2) 實定法の妥當根據について、従來行はれた見解は、文字通り多種多様であつて、その全部を茲に網羅しつくすことは、到底この小論のよくし得る所ではない。唯そのうち最も代表的なりと思はるるものだけを擧げて、その大要を窺ふこととしよう。

説明の便宜上、今これらの雜多なる諸説をその大體の傾向について分類するならば、(イ)一方には規範者たる國家又は權

力者の意思又は實力とか、或は受範者たる國民の側の承認又は法確信といったやうな『主觀的契機』(subjektiver Moment)に、あらゆる實定法の妥當根據を求めようとする主觀主義的妥當説があり、(ロ)他方には神意、正理、自然法、道義、社會的事實若くは假說的根本規範といったやうな客觀的契機 (objektiver Moment) のうちに、これを求めんとする客觀主義的妥當説とがある(註一)。

註一 法律哲學及び憲法學の領域で、實定法の妥當根據を比較的詳細に取扱つてゐるのは、ドイツではピアリング及びゲー・イエリネックであり、わが國では美濃部博士である。ピアリングは、この問題の取扱に關して、在來の諸説を立法權者優位説と規範優位説とに大別してゐるが (E. R. Bierling, Juristischer Grundbegriff, Gotha, 1877, S. 19——)、イエリネックは、細部の區分については多少異なるにしても、大體、本文で私の掲げたと同様、法の觀方に主觀主義と客觀主義との二大傾向のあることを前提として、この問題の解決を計つてゐる (G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 2 Aufl. Berlin, 1905, S. 324——)。美濃部博士は、略ぼピアリングの分類に従つてゐられる(法の本質、東京、昭一〇、八三頁以下)。

第一章 主觀主義妥當説の當否

實定法に關する主觀主義妥當説は、法規範の通用の根據を規範當事者の主觀的な契機のうちに見出さうとする立場である。尤も、さうした主觀的又は客觀的契機を何う觀るべきかは、かなり異説の存するところで、イエリネックの如きは、『人間から獨立し、かつ存在の客觀的本質に基調した力』をもつて、法の客觀的要素と解し、『人間の内部的現象』即ち内部的精神現象を法の主觀的要素と理解して、さうした區別の下に、實定法のあらゆる妥當性理論を解説しようと試みてゐる（G. Jellinek, op. cit. S. 324—325）。然しながら、法の妥當性に關する限り、その主觀・客觀の別かれる所は、その妥當性の契機が規範當事者に内在するか否かによつて決するのを至當となすべく、人間の精神現象に出づるか否かによるべきではないと思ふ。蓋し『實力』といったやうな一見客觀的要素の如く見なされる事象も、それが人間社會のものである限り、人の内部的精神に基く渉外的現象に外ならぬから、嚴密にいふと、終にはその主觀・客觀の分界を明かにし難いやうな結果にも陥るからである。

ゆえに、私は法の妥當根據に關する主觀と客觀との區分原理（Einteilungsprinzip）は、（イ）法の妥當性の契機が、規範當事者、即ち規範者（der Normierende）たる國家（君主又は民主）の意思、命令、契約、權威又は實力等に發すると理解し、或は受

範者 (der Normierte) なる人民の承認、法確信等に發すると理解するか、(ロ) それともかかる規範當事者のあらゆる屬性から獨立した存在のうちに起るものと理解するか、といふ觀方の相異に求めた方が、規範科學上、合理的だと信じてゐる。

第一 規範者決定説

ここに規範者決定説とは、上に一言觸れておいたやうに、實定法が法として妥當するに至る契機を、専ら規範定立者たる君主又は民主の、概括的にいへば國家の命令、意思、權威又は實力等のうちに求めんとする立場を綜合した學說であつて、主觀主義妥當説のうちでも、概して古典派に屬するものと觀てよい。

(イ) 命令説

(1) ジョン・オースティンは、實定法を國家の命令と解して、國家といふ人類の政治團體の權威に還元し得られざる法則は、法に非ずと主張した。さうして彼は、かかる人類の政治團體が或場合には、一人の君主をもつて首長とすることもあれば、他の場合には少數施政者の合議體若くは議會の如き多衆者の會議體を主權者とすることもあり得る、と認めてゐるから、君主國體の國家では一人の君主の意思に、民主國體の國家では少數又は多衆の會議體の意思に還元し得べき規範をのみ、實定法と理解するものの如くである(J. Austin, Lectures on Jurisprudence, vol. I. p. 96—)。約言すれば、彼にあつては、法が法として妥當し得る所以の根據は、それが主權者たる(君主又は民主)の命令であることに求むべき

だとなすのである。

命令とは、これを法律學的意味において解する限り、規範者がその受範者に對して、一定の行爲不行爲を要求する意思表示の義に外ならぬから、實定法の妥當根據に關する命令説は、一種の主意主義的妥當説ともいふべきものである。

ドイツでは(註一)、ザイデルが『實質的意味における法律は、支配者の意思作用であつて、臣民に對して拘束力ある法規をその内容となすものである。……法の命題は、それが強制力を備へるとき始めて法律となる。……法の強制力は、國家にあつては支配權のみがその唯一の存在根據をなし得るに過ぎない。蓋し、支配者のみがその固有の權力によつて命令し、その固有の權力によつて強制し得べきものだからである』と述べて、やはり命令説の一派をなしてゐる(Max von Seydel, Bayerisches Staatsrecht, Bd. II, Leipzig, 1896, S. 308—310)。わが國において、今日なほ命令説を採る學者は、清水澄博士である(憲法篇_{九五—九七頁})。

註一 ゲー・イエリネックも、古くは命令説に類する考へをとつてゐた。即ち彼によると、慣習法の如く、それが事實上行はるることによつて當然に規範力を有し得るものは別だが、國家權力に基いて制定される法律は、すべて國家の意思として妥當すべきものと主張した場合がそれである(G. Jellinek, Die rechtliche Natur der Staatsverträge, 1880, S. 2)。

(2) 然しながら、國家の命令又は意思をもつて實定法の妥當根據と考へることについては、多大の疑問がある。

まづ第一に、法を國家の命令又は意思だとする場合の、所謂

命令又は意思は果していかなる意味のものであるか。若しそれが、主権者たる君主又は民主若くはその機關たる者によつて表示された心理學的意味のものだとすれば、かかる意思は人の心裡に生起する切那的な、自然的な心理現象に過ぎないから、これに規範的持續性を認めることはできない。かくて然らば、かやうな心理學的な見解をもつてしては、到底法秩序の如き持續的通用力を有するものの妥當根據を明かにすることは不可能であらう。然らずして、若しそれが何等かの規範的持續性ある所の精神現象だとすれば、かかる君主又は民主の意思表示即ち命令に對して、さうした一定の規範的持續性を與へるための、何等かの客觀的契機が、君主又は民主の意思以外の點に求められなければならないわけである。

次には、たとへ君主又は民主の自然的意思表現が、それ自體直ちに法として通用し得べきものだとしても、何故に或特定の者のみの意思表示が、とりわけ或國では一人の君主の意思表示のみが、他の國では人民又はその代議體の意思表示のみが、直ちに國家の法規範として妥當し、他の者の意思表示では然らざるべき所以の法理は、一體何處に存するのであらうか。それを再び君主又は民主の意思又は命令に求めることの不可能なのは、論理上恐らく自明の理かと思はれる。随つて、さうした君主又は民主等の意思表示だにあらば、それを直ちに法として妥當せしめ得べき、何等かの客觀的・規範的根據が他に求められ

なければならないと思ふ。

(ロ) 政治的決定説

ここに政治的決定説とは、或君主又は民族共同體が現に政治的權力を把持するといふ事實からして、その政治的決定にあらゆる實定法秩序の妥當根據を認めんとする學説をいふ。先に掲げた命令説と、その趣意においては略ぼ同じであるが、然し政治的決定説にあつては、その理論構成が稍異なつてゐるので、それぞれ別箇に取扱ふべきだと信ずる。さうして、その説の唱者はドイツではカール・シュミットであり（C. Schmitt, Verfassungslehre, Leipzig, 1928, S. 1—）、わが國では山崎又次郎博士である（帝國憲法要論、昭一三、東京、五一頁以下）。概していへば、最近のナチス・ドイツにおける國法學者は、法律に對する政治の優越性を唱へる關係上、大體において民族共同體の政治的決定力に憲法の、延ては一般國法秩序の究極的妥當根據を求めんとするものの如くである。

(1) さて、カール・シュミットの説く所によると、(イ) まず第一に、憲法は絶對的意味のものと、相對的意味のものに分かたれる。前者は、國法秩序の根本法規であり、最高・最終規範の統一的・自足的な體系である。この意味の憲法は、單なる實在的な狀態でもなければ、また動態的な生成體でもなく、或規範的なもの、即ち單なる當爲でしかない。而も、そこでは個々の法律が問題なのではなくて、國家生活一般の全體的規範化といふことが問題なのである。即ち、自足的な統一性の意

味における根本法規が重要であり、法中の法を立てることが問題となるのであつて、その他のあらゆる法律又は規範は、結局かうした一根本規範に還元せらるべき性質のものである。(ロ)かかる言葉の意義においてすれば、國家は根本規範としての憲法に立脚した一法秩序、即ち法規範の統一體となる。ここでは、憲法といふ言葉が統一性と全體性とを示すことになる。かくて、また憲法と國家とを同一視することも可能となる。然しながら、憲法と國家の自同性に關する命題は、國家が憲法と同一だといふのではなくて、その逆の意味に解すべきである。蓋しここでは國家を規範的にあるべきものとして取扱つてゐるのであり、人は國家のうちに専ら規範的體系、即ち法秩序だけを見ようとしてゐるに過ぎないからである。(ハ)而も、この絶對的意味の憲法は、決してそれ自身の固有法則性によつて妥當し得べきものではなくて、それが或憲法制定權者に出自し、かつその意思によつて定立された事實によつて妥當するのである。意^〇思^〇といふ言葉は單なる規範に對して、當爲の源泉としての實在的權力 (seinmässige Grösse) を示す。純粹規範の自足的憲法秩序といふが如きものはあり得ない。(ニ)要するに、この絶對的意味における憲法は、民主國ならば國民といふ、君主國ならば君主といふ憲法定立權力掌握者の基本的な政治的決定たることに、その存在と妥當の根據を有するものである、といふのである (Schmitt, op. cit.)_{S. 3-25}。

(2) オットー・コエールロイターが、(イ)すべての法律を政治的意味に理解して、これを政治的實體たる國家の形式及び態様なりとし、随つて國家の法秩序の型態は、その政治的現實からのみ解明せらるべきものとし、(ロ)かくて一切の國法秩序は、それが或特定國家の政治的意思によつて構成されたものである、といふ理由の下に、始めて實效的に妥當するのだと述べてゐるのは(O. Koellreutter, Grundriss der Allgemeinen Staatslehre, Tübingen, 1932, S. 71—75)、現代ドイツ國法學の最も代表的な政治的決定説といひ得よう。

(3) ホッブズが『我々の人爲團體たる共和體とその支配力とが、法を作る。而も、かかる政治的共和體はその代表者として一人の君主を戴くに過ぎないから、雑多な法律の間にも、なほ何等の矛盾をきたすことはないのである』云々と述べてゐるのは(T. Hobbes, Leviathan, Everyman's Library, London, 1924, p. 14)、またシュミット一派の考へ方と略ぼ同巧異曲である。

(4) 政治的決定説は法秩序の、就中憲法の存立根據が一國の政治的權力にあることの一面を主張して、ケルゼンの唱へるやうな法論理的な假説規範をもつてしたのでは、到底この實在的國法秩序の終局的構成原理を闡明し得ない所以を指摘した點で、慥かに、一の啓蒙的意義ある學説だといへよう。然しながら、(イ)若しその所謂政治的決定力又は權力なるものが、全く法を超絶し、法に先在した意味での實在的權力即ち實力であるとすれば、如何にしてさうした權力者の主觀的決定に、法本

來の特質たる客觀的・持續的な通用力を與へ得るであらうか。蓋し、プラトン以來、規範科學一般の公理として認められてあるやうに、法は單なる事實より導き出すことは不可能だからであり、また客觀的法則は單なる主觀より導き出すことは許されないからである。(ロ) 權力者の實力は、如何に強大であらうとも、單にそのことをもつて直ちに事實上の力たる意味を止揚し得るものではない。それが法律上意味ある規範力たり得るためには、必ず自己を法規範化する契機をば、何等かの規範的價值に求めずしては不可能である。同様に、また權力者の意思は如何に盛大なものであらうとも、それによつて直ちに自己の主觀的性格を脱却することはできない。それが客觀的妥當性を有する法規範となるためには、何等かの客範化的契機を自己以外の點に求めざるを得ないものである。(ハ) 縱しんば假に一步を讓つて、權力はその強大なることによつて直ちに妥當し得べきものと認めるにしても、なほ他の疑問を残すこととならう。蓋し、かかる實力は、事實上の弱者に對してこそ無條件に妥當し得るであらうが、事實上のより強大な勢力に對しては、つひにその通用力を喪失するの外ないからである。(ニ) 加之、實力による支配は、さうした實在的な支配の現實に行はれた時間のみ、一時的・衝動的な支配にしか過ぎないものである。然るに、國家の法的支配は、持續的な永劫の支配でなければならないし、また國民一般のこれに對する服従の如きも、等しく持續

的な規範的拘束としての服従でなければならない。ゆえに、若しその所謂政治的決定力及びそれへの服従が、普遍的かつ持続的な支配關係にあるべきものとすれば、必ずさうした政治的實力關係本來の一時性乃至斷續性を止揚して、持續的に妥當し得る規範關係となす契機が、必ず何等か他の根據の上に求められなければならないまい。

(5) かくて然らば、この所謂政治決定説も、實際においては強者が權力を把持すれば、それが直ちに權利となり、弱者はこれに従ふべき義務ありとする根本法理を不言の前提となすものであり、或は少くとも『人は君主又は國民會議の決定に服すべきものなり』との根本規範の理念を前提としての論議にしか過ぎないのである(註一)。況や、或國においては一人の支配者の政治的決定だにあらば、それが直ちに憲法として妥當するに反し、他の國では却つて國民一般又はその代議體の政治的決定あるによつて、始めてそれが憲法として妥當し得るに過ぎない、といったやうな差異も、またさうした政治的決定前に存在する原始規範の掟としてのみ成り立ち得るに止まるのであるから、その所謂政治的決定力が、苟も法律學上の對象としてある限り、結局は法の所産としてのみ思惟せられ得べきものといはなければならない(註二)。

註一 尾高博士も、現象學的な觀點から、このシュミットの説を評して次の如く述べてゐられる。即ち『如何に崇高な理念も、如何に莊重な規範も、社會的な事

實力による支持を缺く時は、畢竟空理空文に過ぎない。けれども、逆に云つて、一切の規範の妥當性の根據に赤裸々なる實力があり、此の事實力が國家の究極の組織と作用を決する、と論ずるのも、本來の觀念態たる國家の本質を没却した根本の謬見である。理念は力によつて支持され、規範は事實によつて基礎される。然し、力が理念を支持し、事實が規範に實效性を與へるのは、その力が既に此の理念によつて規定され、その事實が此の規範に従つて動いて居る場合に限られる。換言すれば、理念によつて意義づけられた力のみが此の理念を支持し、規範に従ふ事實のみが此の規範の實效性を根據づけるのである』と（國家構造論五〇一乃至五〇二頁）。

註二 發生學的にいへば、法もまた或一定の社會的實力に源泉するものであつて、それが或規範的な力にまで成熟し、かつこれに一定の強制要素が附加せられて始めて法的規範力となるものであるに相違ない。その意味からいへば、『力は法なり』（*Macht ist Recht*）との命題は、法律制度永遠の眞理であらう。然し、純然たる規範科學の觀點からいへば、ピアリングも注意してゐるやうに、寧ろ『法なくば權力なし』（*Ohne Recht, kein Macht*）との命題をこそ採るべきである（Bierling, op. cit. S. 51）。

（6） マルクス學派の如く、法を解して、經濟的優勝階級のプロレタリアートに對する搾取力の表現だとする立場も、法の妥當根據については、經濟的決定説をとり、結局有産支配階級の政治的決定説をとるものであるから、その趣意においては、上述の如き政治決定説に準ずべきであらう（F. Engels, *Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats*, 21. Aufl 1922 Berlin, S. 105—）。

（ハ）社會契約説（總意説）

社會契約説は、フーゴー・グロチウスの創唱するところであつたが（註一）、これを完成したのは、ルソーの社會契約論（*Du Contrat Social*）であつた。ルソーの社會契約説は、ルソー自身

の意圖においては勿論、一般にも、人民相互の社會契約をもつて國家及び國法秩序の、唯一の妥當根據だとなす説のやうに解されてゐる。然し、仔細に彼の主張を考察すると、その理論構成は、大體において自然法理を基調とした社會契約説であることに問題はないが、然し同時に、總意説ともいふべき一種の意思決定論に基く方面も、また決して看過され難いものがある。

註一 『契約を遵守すべきは、自然法の掟である。この源泉よりして國內法が生起する。……國內法の母體は國民相互の約束から生ずる義務である』云々といつてゐる場合のグロチウスは、近代的社會契約説の眞髓を述べたものである (H. Grotius, *De Jure Belli ac Pacis*, trans. by F. W. Kelsey, London, 1925, Bk. I, p.14—15)。このグロチウスの主張は、當時の個人主義思想と共に、就中ドイツの學界を風靡した。カントもまた有名な社會契約論者の一人である。

(1) 法の妥當性に關する問題について、まづ第一に注意すべきは、ルソーが『そこで若し社會契約から、その重要でない部分を取り除いて見ると、それは次のやうな言葉に要約される。即ち、我々各自は共同に、その人格とそのあらゆる能力とを擧げて、總意 (*volonté générale*) の最高指揮の下に委ね、かくてまた我々全體が、寧ろ擧つて各員を全體の不可分的成素として受容することになる』といつてゐる場合であつて (J. J. Rousseau, *Du Contrat Social*, Paris, 1902, p. 129)、その所謂社會契約の本質は、人民各自が總意又は全體意思に對して服從を約するの意味において理解され、隨つてさうした契約の成り立つためには、實は豫め、かかる總意の存在を前提としなければならないわけである。

そこで、ルソーはその所謂社會契約が、單に主權(總意)に對する服從の約束としての一面ばかりでなく、人民相互がさうした總意の擔荷者たる一共同體を結成する社會的公約としての一面をも説いてゐる。即ち、『この共同體形成行爲は、公共體と個人との相互的約束を含んでをり、また各個人は、いはば自己自身と約束をなしたわけであるから、二重の關係において約束してゐることになる。即ち、主權者の一成員としては他の個人に對し、國家の一成員としては主權者に對して約束してゐるのである』と解した場合がそれであつて(Rousseau, op. cit. p. 131)、社會契約は一個の行爲をもつて、一方には政治共同體としての國家を形成し、他方においてはその國家の主權又は總意に對して服從關係を設定するものと理解し、さらにさうした總意の擔荷者たる國家は、『人民集會がそれへの投票權と同數の成員によつて構成された人格的集合體であつて、この人格的集合體は、その合成行爲たる契約から、その統一性と、その共同我と、その生命と、その意思とを承ける』といひ(op. cit. p. 130)、さらに『社會契約によつて、我々は政治體に存在と生命とを與へた。さて今度は、立法によつてこれに意思と行動とを與へなければならぬ』ともいつてゐる(op. cit. p. 166)。ゆえに、ルソーの考へでは、法律も國家の總意も、すべて人民の社會契約に、その唯一の存立及び妥當根據を有することとならう。

然しながら、ルソー自身も既にいつたやうに、『人間は、法

律のない以前から、既に法律によつて成るべき状態に成つてゐることが必要である』のと同様に(^{op. cit.}_{p. 176})、各個人は國家のない以前から、既に國家となるべき状態になつてゐることが必要なのである。即ち、國家成立の前に既に、所謂社會契約によつて、國家といふ總意の主體を構成し、かつ『立法によつてこれに意思と行動とを與へ』得べき權利の問題が、何等かの根本規範によつて解決されてゐなければならぬ。恐らく、ルソーはこれに答へて、自然法 (le droit naturel) の根據を擧げるであらう。自然法説の當否については、項を改めて述べよう。ここでは單に、(イ) 社會契約説も、結局自然法又はそれに類似する何等かの根本規範なしには不可能であり、(ロ) 隨つて眞に究極的に妥當するものは、社會契約ではなくて、さらにその社會契約それ自體をも妥當せしめる自然法に外ならない、といふ點だけを指摘するに止めておく。

(2) ルソーは、また人民相互の社會契約によつて全體意思又は總意を設定し得るものの如く主張するのであるが、然し社會契約はその契約たる性質上、多衆の意思を合致せしめることはできても、それ以上に及ぶことはできない。即ち、それはルソー自身のいはゆる『全部の意思』(la volonté de tous) を形成することはできても、『全體意思』(la volonté générale) を創定し得べき性質のものではない(^{op. cit.}_{p. 151})。ゆえに、若しあくまで社會契約によつて全體意思の創定を導かんとするならば、社會

契約によつて形成せられた全部^{〇〇〇〇〇}の意思を、全體^{〇〇〇〇}意思に轉化せしめるための契機が、社會契約以外の何等かの源泉に求められなければならないと思ふ。

(3) なほ又、ルソーは國家權力の基調を論じて、『何人も、生れながらにして、自己の同僚を支配し得べき自然の權力を有するものではなく、また實力は如何なる權利をも齎らし得べきものではないから、人間同志の間における一切の合法的權力の基礎は、契約にある』と主張した^(op. cit. p. 115)。『實力は如何なる權力をも齎らし得べきものでない』との斷定は、洵にルソーの説く通りである。然らば、契約もまた單なる實力であつてはならない筈であり、必ず實力以外のものでなければならぬと信ずる。而も、それが法の領域に求むべきものであること、言ふを俟たないであらう。蓋し、契約といふ作用は、それ自體既に一個の法律行爲であり、法によつて意味づけられた規範現象に外ならないからである。ゆえに、若し社會契約によつてルソーのいふが如き人間同志の支配權を創定し得るものとすれば、人が彼等相互の合意によつて、互にその内容に應ずる一定の權利義務又は權力服從の關係を創定し得べき旨の根本規範^(註一)を、不可缺の前提條件としなければならない。人は、人民が社會契約を結ぶ行爲を云爲し得る以前に、まづ人民各自がさやうに契約し得べき資格と、その法的根據とを闡明しなければならないからである^(註二)。

註一 ゆえに、グロチウスは、さすがに法律學の蘊奥をきはめた學者であつたから、かかる社會契約の效果について、『契約を遵守すべきことは自然法の大則なり』といつて (op. cit. p. 14)、自然法が契約そのものの究極的妥根據たる所以を示してゐる。自然法説そのものの當否は別として、一の卓見といふべきであらう。

註二 ルソー自身も、『社會秩序は一の神聖不可侵な法律 (droit sacré) をなすもので、それが他のあらゆる諸法の基調をなす』といつてゐる場合には (op. cit. p. 107)、やはり一種の社會的根本規範を認めてゐるわけであるが、而も直ちに齟つて、かかる神聖不可侵法の根據を問ふ場合には、再び社會契約を提示して、つひに救ふべからざる循環論法に陥るのである。さらに彼が『いかなる強者も、若しその實力を權利に、服従を義務に變へるのでなければ、永久に支配者たる地位を確保し得るほど、充分強力であることができない』といつてゐる場合にも (op. cit. p. 113)、さうした實力關係を法律上の關係に轉化すべき唯一の契機たる根本規範の要請が含まれてゐるにも拘らず、つひにその考へを徹底せしめることを企てなかつた。

(4) 次で指摘すべきことは、ルソーの所謂全體意思が如何なる行程を通して形成されるに至るかの疑問である。彼は前にも引用しておいたやうに、國家といふ政治的共同體は、『集會が有する投票權と同數の成員によつて構成』されると説き、かつこの共同體をもつて所謂全體意思の歸屬體と規定し、人民會議をその全體意思構成體と解するものの如くである。然しさうした人民の集會が、會議參加能力なき未成年者、その他の精神的若くは肉體的缺格者等々をも含めた全人民會議でない以上、決して嚴密な意味における全體意思の構成を、かかる人民會議の作用に期待することは不可能であらう。それにも拘らず、若

しさうした人民會議の決する所が直ちに全人民に對して政治共同體の全體意思として妥當し得べきものであるとすれば、その決する所をもつて直ちに當該政治共同體の全體意思として通用せしめ得べき旨の根本規範があつて、始めて是認し得らるべき筋合のものである。

なほ又、當の人民會議それ自體の全體意思構成手續にしてもが、若し豫め多數者の意思をもつて會議體そのものの意思と認むべき旨の掟が、而も會議體そのものに先在するのでなければ、全員一致の望めない限り、少數派が多數派の意向に従ふ義務の根據は、一體何處から起源するであらうか。或る事項を意欲する五〇〇人の者が、それを意欲しない一〇〇人のために、その事を可決し得べき權利は、何處にその根據を求むべきであらうか。これを再び契約に求めることは、明かに循環論法を弄ぶものである。要するに、人民會議における多數決支配といふことそれ自體が（而もそれは全員一致の容易に期待され難い人民會議の如き龐大な會議體にとつて一の宿命的な性格である）、既にかかる多數決原理を定めた始原規範の存在を前提としなければならないわけである。

（５）尤も、如上のことは、決して社會契約說そのものの全的否定を意味するものではない。それが少くとも民主國家及びその法秩序の存立乃至妥當根據に關して、或程度の眞理を含むことは、疑ふべくもない。また縦しんば、さうした社會契約の

事實が、各民主國の成立史について實際上見うけ難いものだと
しても、それによつて社會契約説自體の價值を上下するに至る
べきものでないこと勿論である。蓋し、それは單に民主國及び
その法秩序に對して、一の合理的な解釋を與へんがための理論
的努力であつて、その法制史的解説を企てたものではあり得な
いからである。私のいはんと欲する所は、唯さうした理説の成
り立つためにも、また等しく何等かの根本規範を前提としなけ
れば、その理論構成の不可能なる所以を指摘したまでのことであ
る。

第二 受範者決定説

受範者決定説とは、法規範の支配を受ける者の側の自由なる
意思決定によつて、始めて法規範はその客觀的通用力を有する
に至るべきものと解する立場である。その主なる學説として、
承認説、自己制限説、慣行承認説及び確信説等を挙げ得る。
前述の契約説も、また觀點を受範者の側におけば、承認説等と
同様、一種の受範者決定説と看做し得るであらう。蓋し、契約
説においては、極端な民主的自治觀をとつて、規律者と被規律
者 (the governor and the governed) との人的自同性を理想と
する關係上、人民は一方において規範者であると共に、他方では
同時に受範者であると理解されてゐるからである。

ルソーが『共同體の總力をもつて、各成員の生命財産を防護
し、かつそれによつて各個人は全體に結合しあつてはゐるが、

而も依然として自己にしか服せず、以前と同様、自由であるやうな或一定の聯合型態を發見すること、それこそ、社會契約によつて解決を與へんとする根本問題なのだ』といつてゐるのは（^{op. cit.}
p. 127）、まさにかうした規範觀の發露だといつてよい。ゆゑに、契約説は法の妥當根據に關する規範者決定説と觀てもよければ、また一種の受範者決定説と觀ても差支ないわけである。然し、契約説はその思潮的性格から觀て、市民階級の總意決定説と解すべきを至當と考へるから、私はこれを受範者決定説の一種と觀なかつたのである。よつて、ここには受範者決定説中の最も典型的なものとして、承認説、自己制限説、慣行承認説及び確信説の四種を擧げるに止どめたい。

（イ）承認説

（１）ハーバート・スペンサーが、『すべて法律上の義務は個々の利害關係者自身の承認に基く』といひ、或は『すべて法は個々の利害關係者の承認（consensus of individual interests）に基調する』といつてゐる場合も、また等しく受範者の承認又は同意をもつて法の妥當根據となす立場であるが（Herbert Spencer, *Principles of Sociology*, Vol. II. London, 1902, p. 527—）、然し承認説の最も代表的な主張者は、エー・エル・ビアリングである（E. R. Bierling, *zur Kritik der juristischen Grundbegriff*, Gotha, 1877,）。彼の説く所によると、（イ）すべて國家生活の規律として、國民の側から繼續的に承認された規律をのみ法と理解し、（ロ）而も、その承認は單なる思念上のものではなくて、現實的な承

認であり、斷續的なものでなくて、繼續的な承認でなければならぬとする。(ハ)單に國法のみならず、國權さへもがまた等しく國家の承認のうちにのみ、その法的羈束力の根源を見出し得べきものだといふ^(op. cit. p. 12, 24, 66, 82, 138)。(ニ)さうして、かかる承認の效力は、一面においては法承認者が規範を彼自身に關聯せしめ、他面においては規範の承認を共にする團體員同志に對して關聯せしめるもので、第一の關聯性からは承認者自身の規範遵守の義務を生じ、第二のそれからは、承認者各自が他の共同承認者に對して、法規範の遵守を要請し得べき請求權を生ずると解しゐる^(op. cit. p. 44)。

(2) わが國において、このピアリングの見解に賛する學者は、美濃部博士であつて、博士によれば『法ハ社會心理ニ基キテ存ス。社會一般ノ心理ニ於テ人類ノ利益ノ爲ニ破ルベカラザル意思ノ規律トシテ認識セラルルモノガ即チ法ナリ』といつてゐられるのは^(憲法撮要第五版昭和七年、東京、八頁、)、即ちそれである(註一)。

註一 同博士「法の本質」(昭和一〇年、東京、一〇四乃至一〇六頁)も、また同趣旨を説いてゐる。勿論ピアリングは、承認(Anerkennung)といひ、美濃部博士は認識といふも、その主意とする所は、同一に歸着する思ふ。なるほど心理學的意味においていへば、認識とは直接に賦與せられた對象の心理的經驗全部を綜合した概念であるに對して、承認とは或對象の意味を受容する意思表示なのであるから、明かに區別せらるべき二個の心理作用であるが、然し規範の意味においていへば、承認も認識も共に、對象たる規範の拘束の意味を是認する精神的態度の義に外ならないのであるから、特に別段の制約を附さない限り、兩者は結局一種の同義異語に外ならないであらう。

(3) 然しながら、承認説は次のやうな點に於いて、その理論構成上種々の疑問を藏してゐる。

まづ第一に疑點となるのは、法の妥當根據を受範者の承認にかからしめることが、果して、法の本質たる他律的性格と適合し得るか何うか、といふことである。蓋し、法規範は受範者の承認不承認に拘らず、外部的・強制的に通用すべき、所謂強制法規範だからである。勿論、ピアリングも、この點に關して全然無關心ではなかつた。これに關聯して、そのいふ所によると、(イ)法の承認は法の強制前に存立するもので、強制によつてなされるものではないとし、(ロ)さらに刑罰又は強制執行の如き強制手段は、法の遵由を強制するものではなくて、遵由されなかつた法の内容に代はるもの (Surrogat) を強制するものでしかない。制裁的強制をもつて威嚇することのみが、精々法の實踐に對する一種の強制として示され得るに止どまる。要するに、通用力の確保といふことは、實際にあらゆる法の本然的徵表であるに相違ないが、然し遵由の強制は、法の本質的要素とはいへない。(ハ)況や或種の法律は、全然さうした意味の強制手段を缺いたものすらある、とさへいつてゐるからである (op. cit. S. 139—152)。

然し、我々と雖も、決して法が刑罰とか強制執行といつたやうな強制を、その本質的徵表とするものと理解してはゐない。法が他律的強制的規範であるといふことは、法規範の意味内容

たる一定の判断が、受範者の好むと好まざるとに拘らず、またその是なりと承認するか乃至は認識するかをも問ふことなく、規範者の定めた規範内容のあるが儘に、これが遵由を要請するの義に外ならないのである。ゆえに、法は刑罰又は強制執行の加へられる以前に、既に他律的であり、強制的であるのだ(註一)。受範者の任意の判断や選擇を許さずして、規範者の定めた一定の意味内容に従はしめる、といふことが、法の固有の強制的性格なのである。よつて、かかる法規範の意味内容に關する強制を、人は法の内在的強制(immanenter Zwang)といふべきであり、それを定めた第一次規範の實踐を確保すべき刑罰又は強制執行の如きは、寧ろ第二次規範の、而も單なる外在的強制手段にしか過ぎない事態を明察しなければならない(註二)。

註一 カントが『人は、行爲の動機如何に拘ることなく、單に或行爲が法則に適合するや否やをいふとき、これを適法性(Legalität)と呼び、これに反して、法則から生ずる義務の觀念が同時に行爲の動機であるとき、これを道義性(Moralität)と呼ぶ』といつてゐる場合にも(I. Kant, Metaphisik der Sitten, Sämtliche Werke herausg. von K. Vorländer, 3 Aufl. Leipzig, 1919, S. 21) 結局法が、人の動機如何に拘らず、客觀的にその行爲を規律すること、即ち人が或規範の意味内容を承認して、彼の行爲の動機となすべきか否かについて選擇の餘地を許さず、直ちに當該規範の内容に即して行爲すべきことを強制し得べき性質のものである所以を指摘したものと思はれる。

註二 固より、我々の日常體驗からすれば、法は刑罰や強制執行によつて、その遵由を強要されてゐるものの如くである。然し、よくその事態を分析すると、そこには常に二個の互に異なつた法規範が存在し、かつその各々に對する二個の強制的別在する事實を知るであらう。即ち、その一は第一次規範(die primäre

Norm)であり、他の一は第二次規範 (die sekundäre Norm)であつて、前者は人の行態を義務づけることがその本質的機能をなすものであるから、義務規範 (Pflichtsnorm) と呼ぶべきであるに反し、後者はさうした第一次規範の違背者に對して、一定の不利益なる制裁的法効果を加へんとするものであるから、制裁規範 (Sanktionsnorm) と呼ぶべきであらう。さうして、第一次規範は、人がその義務内容を是認してこれを彼の行爲の動機となすや否やに拘らず、客觀的に妥當するといふ意味合において強制的であり、第二次規範は、人がその制裁内容を是認してこれを甘受するや否やに拘らず、客觀的に妥當するといふ意味合において、強制的である。ゆえに、その孰れもが等しく他律的な強制規範 (Zwangsnorm) をなすのである。刑罰や強制執行の如きは、第二次規範に關してすら、單なる外在的な強制手段にしか過ぎない。眞の規範的強制は、或種の違法行爲に對して如何なる制裁を課するを正當となすべきや否やに關する評價と選擇とを、一切受範者の側の自律的判断に任かきぬ、といふ點に存するもので、いはば一種の判斷強制に外ならないのである。

ゆえに、憲法、行政法規の大多數乃至は國際法の如く、刑罰や強制執行の如き制裁的強制手段のない法規に於つても、苟もその法規としての意味内容が、受範者の任意の判断、承認又は是認の如何に拘らず、客觀的に妥當し得べきものであり得る限りは、やはり一種の強制規範だといはなければならぬ。

加之、ピアリングの所謂承認といふ作用は、彼の解する所によると、必ずしも人の意識的意欲又は確信の義に解すべきものでなくて、自由ならざる承認もまた等しく承認なのである。單に要請され、強制された承認のみならず、さらには無意識的な、無意思的な承認をも含むとなし、而もそれは關係法規に對する一時的な作用ではなくて、繼續的な態度に外ならぬ、とさへ主張するのである (op. cit. S. 81—82)。

(4) かかる補説は、惟ふに受範者たる國民中には幼兒その

他の法認識能力を缺くか、或は甚しく不十分な者があり、かつ被征服者群の如き自由意思の全然認められない者の存在を考慮に入れた結果であらう。して見ると、彼のいはゆる承認も、實は人が關係規範の意味内容を自律的に承認するか否かに關するものではなくて、精々これが^{〇〇}遵^{〇〇}由^{〇〇}義^{〇〇}務^{〇〇}の承認を他律的に強制せられてあることをいふに過ぎないのだ。果して然らば、法の通用力は、これに對する受範者の主觀的承認にあるのではなくて、さうした承認をすら強制し得べき他律的・客觀的契機の中に發源するものといはなければなるまい(註一)。また、さうした承認が、一時的な作用でなくて、繼續的な態度であるとするれば、それも既にもはや純然たる現實的心理作用ではなくて、規範的な習俗といふのほかあるまい。即ち、自體一個の不文則といふべきである。それを承認といふか、それともケルゼンの如く根本規範と名づけるかは、單なる用語上の相異であつて、その實體は、共に法の客觀的妥當性理論に歸著すべきものである。

註一 況や、「強制された承認」、「要請された承認」、「無意識の承認」といふが如きは、恰かも「無形な形體」、「不透明な透明體」といふにも等しい一種の形容矛盾 (contradictio in adjecto) ですらある。

(5) 承認説では、一般に法の妥當根據を國民一般の、即ち或特定領域の人類共同體に共屬する者の、承認に求めんとするるのであるが、若し假りに一步を譲つてさうした承認が必要だとしても、かかる國民的承認が行はれ得るためには、(イ)

まづ豫め承認の主體たるべき或特定人類の集團が、或特定の生活領域に、就中國家又は民族共同體に共屬することを前提としなければならず、(ロ)殊にさうした所屬性を決定すべき始原規範の存在も、また必然に豫定されなければなるまい。蓋し、ピアリング自身も既に認めてゐるやうに、かかる國家的共同體への所屬性は、法なしには全然不可能だからである(*op. cit.* S. 82—83, 105)。かくて然らば、國民による法の承認といふことが、始原的な所與ではなくて、國家といふ政治的共同體の結成を定め、これに對する國民の所屬性を規定し、その支配關係を規律する根本規範こそ、法規範科學の意味における唯一究極の始原的な所與だと認むべきではあるまいか(註一)。

註一 ピアリングは、『實際上、あらゆる共同體は、その特性を條件づける何等かの規範が承認されることによつてのみ肇立せられ得る。……かかる規範には、或主體への關係が……當初から内在し、さうして、かうした事實から推して、然らば法の成立には、元來如何なる者の承認が必要であるかといふ問題も決せられ得る。曰く、その共同生活に對して共同體の規範が現實に關係ある一切の者の承認を要する』と述べて (*op. cit.* S. 134)、その疑問に答へんとするものの如くである。然しながら、國家といふ共同體の特性を決定する規範に、當初からその受範主體に對する關係が内在するとすれば、それは既に受範者の承認以前に豫定されてゐる事實でなければなるまい。蓋し、法が當初から或特定範圍の受範者のみに關係づけられ、かつその特定範圍の受範者によつて承認せらるべきものであるとすれば、(イ)少くともその範圍及び資格の如何を決定するだけの根本規範は、受範者の承認以前に豫定されてゐなければならないし、また特にそれだけの範圍の者の承認にあらば、承認せられた當該規範が、國民一般に對して客觀的通用力を取得し得べき旨の民主的根本規範が、法

論理上、避くべからざる前提條件でなければならぬからである。ゆゑに、受範者の特定範圍、即ち國民の範圍如何は、法によつて決せられ、而もその法自體は國民の承認によつて妥當し得ると説くが如きは、一種の循環論法である。

(6) 以上これを要するに、承認説の如く、あらゆる法規範の通用力を、受範者一般の意思にのみ還元して説かんとするが如きは、すべての存在を個人の價値にのみ歸さうとする個人主義的人生觀の過ちであり、『汝は汝の欲する所をのみなすべきなり』といふ自由主義法律觀の表現にしか過ぎないものであつて、國家といふ政治共同體及びその全體的法秩序の把握には適しない。若しまた承認説のいふが如くであれば、法は唯國民各個人が承認する場合において、かつさうした承認の存續する限りにおいてのみ妥當し、その承認を撤回するによつて、直ちにその通用力を喪失するの外ないから、つひに法は、その一の特性たる客觀的・持續的妥當性をも得難い結果に陥らざるを得ないであらう。かくて然らば、承認説はその論理の必然の歸結として、結局法の否認説とならざるを得ないのである。

(ロ) 自己制限説

(1) 承認説は、受範者の意味を何う解するかによつて、二の方面から考察せられ得る。ピアリングのやうに、受範者を専ら國民一般の義に解すれば、前述のやうな意味において考察せられるの外ないが、さらに國家もまた法の規律に服すべきものとするならば、國家も等しく一箇の受範者と考へなければなる

まい。随つて、ピアリングの承認説では、國民一般に對する法の妥當根據は、不満足ながらこれを説き得るにしても、國家それ自身に對する法の妥當性を明かにすることはできなかつた。

よつて、ゲー・イエリネックは、その所謂國家自制限説 (Selbstverpflichtungstheorie) をもつて(註一)、この點に關する疑問に答へんとした (G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, Berlin, 2 Aufl. 1905, S. 324)。即ち、イエリネックは、法の一般通用力については後述の如き確信説をとるに反して、國家と法との關係問題については、在來の如き國家の絶對無拘束説を排して、國家も亦等しく法の羈束に服すべきものと主張した。その説明する所によれば、(イ) 國家も、また法律的形式においてのみ制定改廢せられ得る一定の確定的法規に従つて作用すべきものである。(ロ) かかる法規は、各種の國家機關に對する羈束力をも含んでをり、それだけでも、既に法は國家を羈束することになる。蓋し、國家機關の作用は、結局國家の作用に外ならぬからである。(ハ) 而もすべての法規は、單に國家及び國家機關の作用の規準たるばかりでなく、さらには一般國民に對しても、法規はこれを適法の手續を経て改廢しない限り、國家機關によつて遵由せらるべき旨の保障を與へるものである。(ニ) さうした意味の保障のうちに、法は苟もその通用力の存續する限り、國家それ自身をも義務づける意味が藏されてゐる。かくて國家は、臣民に對して何等かの立法行爲に出づる場合、常にこれが適用及び實施に對して、

國家自らをも義務づけることになる。(ホ)かくの如く自ら表示した自己の意思に對して義務づけられることは、既に民法の領域においても、その例に乏しくない。(ヘ)かかる認識によつて、始めて人は國家自身の權利義務の可能性を云爲し得ることになる。(ト)國家の最高權力を主權といふ。主權の特性も、また排他的な法律上の自決能力を有することにあり、かつそれが自己の定立若くは承認した法律的制約の範圍内において、自由に自己の權能を規律し得るところの、自決・自制限の能力を有することにある(*op. cit.* S. 357—358, 463—470, 481)、と述べられてある。

註一 自己制限説の創始者は、元來ベルグボームであたといはれるが(Bergbohm, *Staatsverträge und Gesetze als Quellen des Völkerrechts*, 1877)、それを第十九世紀末におけるドイツ國法學界及び第二十世紀初葉におけるわが日本憲法學界の通説的見解として登場せしめた者はゲー・イエリネックであつた。

(2) 然し、このイエリネックの自己制限説も、その立論の根底においては、またピアリングの承認説について述べたと略ぼ同様の法論理的な誤りを犯してゐる。蓋し、自己制限説は、法の羈束力に對する國家の自己承認説に外ならぬからである。が、とりわけ次のやうな理由の下に、私の到底賛し難い説である。即ちまづ第一に、自己制限説では、國家を法規範の定立者と考へてゐるのは好いとして、さうした自定法秩序の成立以前には、何等の法規範にも關係することなき超絶的存在と考へてゐるのは支持し難い。而も、イエリネックは、一方においてはかやうに國家の法超絶的存在性を主張しながら、他方において

は、直ちに國家を一箇の法人格として、國權・統治權その他の權利義務の主體と觀念し、隨つてこの場合には[○]法人格化された國家の前提條件として、[○]法の[○]存在[○]を[○]豫定[○]する、といったやうな前後相矛盾した論理を弄ぶのである。若し法規範を定立する作用が法作用に外ならぬとすれば、既に國家がさうした立法作用に出で得ることの根底に、必ず一箇の根本規範が伏在してゐて、國家をして當にさうなさしめ得べき所以の掟が豫定されなければならぬと思ふ。

(3) また國家は、イエリネックの考察したやうに、慥かにその實力的な存在としての實在性を有することは慥かであり、その部面からすれば、疑もなく超法律的實在であるのだ。而も、それが國家に關する法律的實效性(rechtliche Wirklichkeit)の[○]側面[○]としては、等しく法律學的考究の一對象たり得べきもので、必ずしもケルゼンの考へたやうに、全然法域外の事象として一概に排斥し去るべきではないと思ふ (H. Kelsen, Staatsbegriff, 2 Aufl. Tübingen, 1928, S. 132—; Allgemeine Staatslehre, a.a.O. S. 75.)。然しながら、それかといつて、法律學的觀點よりする場合の國家が、單なるその實效性からのみ規定されて好いといふわけには行くまい。蓋し、この觀點からするも、その究極の源泉を問へば、結局法以外に求むることは不可能だからであり、國家の所謂實效性も唯さうした法源泉の實在的象面としてのみ品質づけられ得るに過ぎないからである。その意味において、ケルゼンが『法は法よりのみ生ずる』といつ

た言葉は、不變の眞理といはなければならぬ (Staatsbegriff, S. 133)。ゆゑに、イエリネックの如く國家に對する法の規範力を論ずるに當つて、法以前に存在する國家の實在的地位を、法の究極の妥當根據となすことは、明かに國家に關する法律學の第一の出發點を誤まつたものといふべきであらう。ゆゑに、彼もまた國家の法人格性を論ずるに當つては、法論理の必然的要請からして、結局國家を法それ自體と觀念しなければならぬやうな破目に陥つたのであつた。

(4) 縱しんば、また假りに國家が法と別立の存在として、その立法權が獨立國家の自決・自制限の權力だとしても、なほイエリネックの自制限説は問題となる。蓋し、かかる自決・自制限の權力が苟も事實上の支配力でなく、かつ行使の度毎に斷續するが如き實力としてでなく、法律上の、繼續的な國家的能力だとする以上、それは既にさうした實力を規範力にまで轉化すべき一契機としての、法を前提とせずには、到底思惟し得べからざる觀念だからである。なほ又、かうした國家の主觀的實力を客觀化するための契機があつてこそ、國家の自定する規範が、單なるその主觀的意思表示としてでなくて、客觀的妥當性を有する規範として、ひとり國民一般に對してのみならず、國家それ自身に對しても、等しく客觀的に妥當し得べき所以の根據を得るのである。

(ハ) 慣行承認説

(1) 今日の通説的見解では、慣習法の客觀的妥當性も、また一種の承認説によつて説かれてゐる。蓋し、一般の慣行とこれを法として認識することとが、その法たる所以の唯一の根據だとされてゐるからである。ゆゑに便宜上、これを慣習法の妥當根據に關する、慣行承認説といつておくであらう。

(2) 惟ふに、イエリネック一派の有名な『事實の規範力説』(Theorie von der normativen Kraft des Faktischen) が、この説の最も有力な源流の一をなしてゐると見て大過あるまい。かくて、その主張する所によれば、(イ) 或流行が導入されると、それは直ちに規範として承認せらるべき要請をもつ。道義的なものをさへ、人は決して一般的原理によつてでなくて、或特定民族又は社會において、事實上かかるものとして承認せらるるとき、始めて通用し得べきものとなる。これを事實の規範力といふ。(ロ) 隨つて、かかる事實の規範力の根據を意識的又は無意識的な理性のうちに求めようとするのは誤まつてゐる。事實的なものは、漸く事後において合理化され得るに過ぎない。その規範的意義は、我々の人間性の究極的な性格、即ち人が新規なものよりも、寧ろ既存の慣用物を再現することが、肉體的にも精神的にも遙かに容易である、となす性格のうちに存在する。ゆゑに、すべての民族において、事實上法として慣行されるものが、法としては第一義的に通用するわけである。(ハ) 而も、さうした事實的慣行は、必ずこれを法として承認すべき

ものだとする確信を伴ふことになる。かかる確信の缺けた場合には、到底、慣習法の存続は困難である。然るに、或所與が慣行の形ちにおいて表現された承認を通して、規範にまで高められると、局外者にはなほ極めて不公正と思惟せられてゐた状態までが、つひには適法なものとして受け容れられるやうになる（*op. cit.* S. 329—333）、といふのである。

ゆえに、この説もまたその根底においては、慣習法の究極的妥當根據を受範者一般の承認に求めんとするものと解して大過あるまい（註一）。

註一 尤も、イエリネックは、屢々慣行の承認（Anerkennung）といひ、或は確信（Ueberzeugung）といつて、兩者を混用してゐるやうだが、後にも述べる通り、確信といふ言葉をその原義においてでなくて、寧ろ疑なく承認するといふ程度の意義に理解したものと觀るの外ないから、その主意とする所は、明かに法の妥當根據に關する一種の承認説をとるものと見てよいと思ふ。かくて然らば、イエリネックも、また慣習法の妥當根據に關しては、今日の通説と等しく、慣行承認説をとり、また受範者一般の慣行意識を、事實の法規規範化的契機と觀る意味においては、やはり一種の受範者決定説によるわけである。

（2）慣行承認説の最も根本的な缺陷は、慣習法の成立の根據（Entstehungsgrund）と、その妥當根據（Geltungsgrund）とを混同したことにある。なるほど、慣習法は、法生活者間の慣行と、これに對する受範者一般の法的承認意識とにおいて成立することいふまでもない。然し、そのことのために、慣行及びその承認といふ生活事實をもつて、直ちに法規範に轉化せしめ得べき契機となすことはできない。蓋し、それは單に慣習法を

して法たらしむべき法要件を揃へ得たといふに止どまるからである。よつて、更にこれを法として 妥當せしめ得るためには、必ずさうした成立條件の外にあり、而もそれらの諸條件をして慣習法成立の要件たらしめた規範的基本原理がなければならない筈である。それは、恰かも例へば成文法律の成立には、帝國議會の可決と、君主の裁可とを 絶對不可缺の條件とはするが、それによつて法律が法律として妥當し得べき根據を與へたことにはなり得ないもので、むしろさうした諸條件の具備するときは、これをもつて直ちに形式法律たらしめ得べき旨を定めた當該憲法の條規あることによつて、始めてその規範的妥當根據を得るに至るのと略ぼ同様である。惟ふに、慣習法の成立には、固より通説のいふが如く、必ず一定の慣行があつて、これを受範者一般が法として承認しつつあることを條件となすわけではあるが、然しその場合注意しなければならないことは、さうした慣行及び承認の當事者は、決して彼等自身の個人的地位及び利害においてではなくて、その事の國內法生活に關する限り、國家の一立法機能を擔荷する者としての地位及び資格にあること、恰かも上代において國家の專屬的な裁判機關が特設されず、裁判が多く當事者間の復讐行爲によつて行はれてゐる場合に、それら當事者相互が、單に彼等の個人的利害の主體たる地位及び資格のみならず、同時に國家生活に關する一種の自主裁判機關たる地位及び資格をもつてゐたのと同様である(註一)。

註一 上代では、一般に國家の立法機能も、また他の諸作用と等しく國民各自の自主立法權に委ねられてゐた。文字の未發達や、一般抽象的な思惟能力の幼稚なために、不文法制度によらざるを得なかつた關係上、蓋し必然の結果といはなければならぬ。随つて、文字が發達し、かつ人の一般抽象的な思惟能力が發達し、加へて國家生活における分業組織の發展するにつれて、漸次計畫的な成文立法の技術及び專任機關の成立を見、また國家權力の擴大強化されるに従つて、今まで國民一般の處置に委ねられてあつた自主立法權も、漸次制約されるやうになつてからは、慣習立法といふことは、むしろ例外的な立法手續に局限されることとなつた。然し、そのことのために、慣習立法が、成文立法と等しく國家の立法手段であり、慣習立法當事者が他の立法機關と等しく、國家の一立法機關たる意味を看過してはならない。

随つて、慣習立法に關する受範者相互の權能も、實は他の立法機關と等しく國家よりの授權によるものといふべく、彼等固有の權利と見るべき餘地はない。なほ又、慣習立法と雖も、また等しく法定立作用である限り、それは明かに一種の法作用なのであるから、その根源を單なる生活事實に求めることは許されない。蓋し、一定の慣行及びその羈束力に對する承認が、慣習法の成立に決定的の條件をなす所以のものは、それらの事實現象が、既に法の理念(規範原型)によつて規定せられ、かつさうした法理念を掲げた根本規範の定めによつて動いてゐるために外ならないからである。

(3) 然らば、受範者一般に對する慣習立法の授權即ち委任は、如何なる仕方において行はれるであらうか。それには、大體二の方法が考へられ得る。その一は暗黙の授權であり、今一

は明示の授權である。(イ) 暗黙の授權又は委任は、後述の如き各國原始憲法に基く立法權者が、受範者一般に對してその自主的法律生活を擔保して、一切の外部的妨害からこれを保障することによつて行はれ、(ロ) 明示の授權又は委任は、立法權者の一般的若くは個別的な立法行爲によつて行はれてゐる。随つて、前者は受範者一般の自主的法律生活に對する國家の安全保障制度を通して間接的に行はれ、後者は法の明文を通して直接的に行はれる所に、兩者の基本的な區別がある。成文立法の未發達な時代は、主として前の方法が選ばれ、成文立法の盛行される近代においては、概ね後の方法が執られてゐる。例へばわが法例第二條、府縣制・市制・町村制各第二條、樺太施行法律特例第一條Ⅰ、商法第一、三一五條、民法第二一七、二一九Ⅲ、二二八、二三六、二六三、二六八Ⅰ、二六九Ⅱ、二七七、二七八Ⅲ、二七九、二九四、五二六條等、民法施行法第四七條Ⅱ、漁業法第一四、二〇條等々の如き、その數例である。就中、法例第二條は、その一般原則を定めたもので、たとへ受範者相互の慣行及び承認を得た生活則であつても、(イ) 公序良俗に合し、(ロ) 法令の規定によつて認められ、(ハ) または法令に規定のない場合に該當するものでなければ、慣習法として妥當し得ない旨が定められてある。

(二) 法確信說

(1) ビアリング一派の承認說に關聯して、是非ここに附言

しておかなければならないのは、ゲー・イエリネックの法の妥當性に關する確信説である。即ち、そのいふ所によれば、(イ) すべて法の不可缺な徴表は、その通用性 (Gültigkeit) といふことである。法規範はそれが通用するときにおいてのみ、法秩序の成分となる。(ロ) 而も法規範は、人の意思を規律する動因として作用し得べき機能をもつとき、始めて通用するといひ得られる。(ハ) さうしてかかる機能は、我々が當該規範を遵守すべき義務ありとする確信、即ち最早やそれ以上に溯る餘地を残さぬ究極的法確信から由來するものなのである。(ニ) かくして法の實證性は、結局の所、法の通用性に關する確信の上に立脚するものといふべく、かかる純然たる主観的要素の上にこそ、全法秩序は構築されてあり得るのである。このことは、法が我々人間のうちに内在し、人類共同體の作用は純然たる心理的要素の上に基調しなければならぬ、といふ認識の必然的歸結なのである (op. cit. S. 325—326, 361)、といふのである。

(2) イエリネックは、ピアリングの承認云々といふ用語法に代へて、確信といふ言葉をとつてゐるが、然しその所謂確信は、後述の如き形而上學的意味の民族的法確信といふことでもなければ、また嚴密な心理學的意味の確定的信念といふほどのものでもなく、單に法の通用力を疑なく承認するといふ程度を出でないのである。蓋し彼の説明では常に承認 (Anerkennung) といふ言葉と、確信 (Ueberzeugung) といふ用語とが、互に混

用されてゐるのでも、自ら明かであらう（^{op. cit. S.}₃₂₆）。よつて、イエリネックの所謂確信説の當否は、大體、ピアリングの承認説に對する批判において盡くされ得たと信ずる。敢て再言の必要を見ない。

第二章 客觀主義妥當説の當否

客觀主義妥當説とは、規範者又は受範者といふが如き規範當事者の主觀を離れた或客觀的源泉に、法秩序の究極的妥當根據を求めんとする立場をいふ。然し、これにもまた種々の觀方があつて、或はこれを超絶的な神の意思又は權威に求めんとする者があり（神意説）、或は法理念若くは民族精神といふが如き形而上學的本體概念のうちに求めんとする者もあれば（本體説）、或は逆に法の實效性といふが如き極端な事實的要素に求めんとする者もあり（實效説）、或は法は法よりのみその源泉を汲み得るとして、法の究極的妥當根據を一個の根本規範に求めようとする者もある（根本規範説）。

（イ）神意説

（１）神意説とは、あらゆる法規範が神の意思に源流し、神の權威によつて妥當するものとなす見解をいふ。人類の思惟能力の原始的發展の段階においては、或何等かの超絶的存在に對する信仰をもつて、一切の思惟及び行動の規範としたから、たとへ神意説といふが如き體系的な思想をなすに至つてないにせ

よ、ともかく原始人類は、總じて神意説的な規範觀念をもつてゐたといはれ得る。

然し、それが最も明確な形ちにおいて、一個の學說的體系をなすに至つたのは、ギリシヤ哲學におけるプラトンの思索をもつて始まるといつてよい。即ち、プラトンによれば、法の根源は神と自然に出づるもので、その本質は理性であるとされてゐる(The Laws of Plato, trans. by A. E. Taylor, London, 1934, p. 1—)。さうして、これをローマの法律思想に導入した者は、セント・オウガスチン(西紀三五三—一四三〇年)と、この説を亞いだトーマス・アキナス(西紀一二二八乃至一二七四年)とであつた。即ち、前者によれば、(イ)教會は國家に對して絶對の支配權を有する。(ロ)教會は天上永劫の救ひを保證するに對して、國家は單に地上の保護を擔保するに過ぎない。(ハ)ゆえに地上の國家(civitas terrena)は、天上の國家(civitas Dei)に服すべきものであり、終局においては地上の國家が解消して、天上の國家のみが支配する。地上の國家は、ただ地上の平和を維持するに必要なためにのみ是認せられ得る。(ニ)このゆえにのみ、國家の法律は遵守せらるべきものとなるに過ぎない、と説かれてある(St. Augustinus, De civitate Dei, XV, Chap. 1, XIX, Chap. 11)。さらに、後者のいふ所によると、すべて實定法の基調は、自然法(lex naturalis)にその源流を汲み、さらに自然法は神意に發源する永劫法(lex aeterna)、即ち神の絶對則にその根源を起こしてゐると理解されてゐる(F. Schregelyvogel, Ausgewählte Schriften zur Staats- und Wirtschaftslehre des Thomas von Aquino, 1927, Jena, S. 50—)。

結局、あらゆる實定法(及び自然法)の妥當根據を神意に求めんとしたわけである。

近代の法哲學者でかうした説をとる者は、シュタールであつた。その説く所によれば、(イ)法律も慣習も、共に神の意思に源泉するものであり、(ロ)道義態はそれが神意によつて、全體として人類に適用される限り、客觀的若くは共同的な慣例である。さうして、この道義世界の客觀的存在を維持する必要上、永劫にして且つ強制的な世俗の權力を要することになる。これが、即ち法である。(ハ)人類に適用されたものとしての神の命は、この人類社會を維持するに、人間的秩序をもつてしなければならぬ。而も、この人間的秩序は、人類社會の設定する所であり、かつその權威をすべての個人に及ぼすこととなる。かかる秩序が、即ち法である。(ニ)すべて法律は、現に國家において實現せられ、人民の意識より生起してはゐるが、然し結局の所、法を作り、これに通用の權威を與へるものは、實に神の秩序に基く權力に外ならぬ(J. Stahl, Die Philosophie des Rechts, Bd. II. 5 Aufl. Tübingen, 1878, S. 191—192, 210, 233—238, 241)、とされてゐる。

(2) 神意説が、地上國家における實定法規範の究極的妥當根據を、等しく規範たる天上國家の根本規範に求めようとした純規範論的な態度は、一般に高く評價されてよいと思ふ。プラトンもいつたやうに、單なる事實から規範を導き出すことが許されないとする以上、この説は法認識論的に觀て、慥かに首尾

一貫した見解といふべきであらう。然しながら、若し事實から規範を導き出すことができない、といふことが眞理だとすれば、それは蓋し事實と規範とが、互にその内在的な固有法則性 (Eigengesetzlichkeit) を異にするがために外なるまい。果して然らば、宗教上の規範と法律上の規範とも、また互にその固有法則性を異にするものなのであるから、法規範の妥當根據を直ちに宗教上の法則世界に求めんとするが如きは、到底許され難い企てであらう。蓋し、宗教上の法則世界は、即ち神を信ずることによつてのみ妥當し、これを信ぜざる者にとつては、全くその通用力をもたない領域であるに反し、法の世界は人がこれを信ずると信ぜざると、或は好むと好まざるとに關せず、客觀的・強制的に妥當し得べき領域だからである。加之、ピアリングも指摘してゐるやうに、法律は神を信仰せざるが如き者にとつてこそ、いよいよその通用の偉力をもつてゐなければならぬ底の規範でさへある (op. cit.³¹)。ゆえに、宗教と法律又は神定法と人定法といふ二個の法則世界の間には、これに架橋すべき何等の手懸りもあり得ないのである。

(3) 勿論、規範内容の上からいへば、聖なる宗教上の法則が、この俗なる國家の實定法の内容として攝取され、その理想の極致においては兩者完全に一致して、天上の國家をその完全な意味においてこの地上に建設し得ること、固よりいふを俟たない事柄である。然し、(1) そのために外部的・強制的通用

力をもつといふ法規範の法則性と、信仰的・自律的にしか妥當し得ないといはれる宗教的規範の固有法則性までが、互に混同歸一せしめられ得べきものと考へるのは、明かに行き過ぎである。(ロ) 況や、規範内容的にも、法は屢々反宗教的な規定を掲げ、而もそれが明白に通用しきたつた事實などを見るにおいては、猶更といふべきである。(ハ) よしんば、また假りに神を信仰する者にとつては、法が神意説の如き意味の妥當性をもち得べきものだとしても、その所謂神意如何は、固より神の啓示に俟たなければならぬ。而も啓示は、それをうける人の主觀如何によつて、種々雜多である。かくして、神の啓示といふことも、結局は人間の精神的所産にしか過ぎないのである。果して、かつ如何なる意味において神の啓示があつたか、それを確實に測定し得るやうな客觀的な基準は、不幸にして未だ發見されるに至つてゐないのである (Bierling, op. cit. S. 33)。

(ロ) 本體説

ここに本體説とは、絶對理念とか、或は民族精神といふが如き形而上學的意味の本體概念を呈示して、法をも(他の一切の人事及び自然と共に)その具體的な一現象型態なりと規定し、随つてそれが存立し妥當する根據も亦究極的には、すべてかかる形而上學的本體概念に源流するものだと解する立場をいふ。勿論、かかる本體 (das Wesen) の何であるかは、それを説く人の世界觀如何によつて、かなりの差異なきを得ない。然し何

等かの本體が、この世界において最高最究極の地位を占め、自らは何等の實在性を有せずして、而もよく一切の現象、随つて我々の課題についていへば一切の法現象に對して實在性を賦與し、人間行爲の實踐規範として客觀的に妥當し得る機能を賦與し得るものだとなす點においては、すべて共通である。

(1) かうした考へ方をとる最も典型的な學者は、ヘーゲルであつて、そのいふ所を要約すると、(イ)世界は自然といはず、人事といはず、すべて絶對者としての理念(Idee)の辯證法的發展の現象であるとし、(ロ)さうして、この絶對理念が辯證法的な行程を辿りつつ、まづ自然に展張し、次で精神に發展し、さらにこの精神が主觀的、客觀的、絶對的精神といふ三段階に展開するといひ、(ハ)さらに法律は、國家と共にこの客觀的精神の展開した一種の人倫態(Sittlichkeit)なのである。即ち、法律は一般に理念としての自由であり、絶對理念における實體的内容の本質的發展型態である、となすのである(G.W.F. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts; Sämtliche Werke, herausg. von G. Lasson, Bd. VI. 3 Aufl. Leipzig, 1930, 37—45)。要するに、ヘーゲルの立場においては、法を絶對理念の辯證法的に發展した一現象型態と觀てゐるわけで、その性格は客觀的精神における自由の定在たることにある。ゆえに、その實質は自由であり、またその妥當性は、法が客觀的で、また合理的な存在たることにある。さうして、これが究極の妥當根據は、あらゆる事物の合理性と客觀性との本體たる、絶對理念の世界にあるもの

と解するのである。

(2) ヘーゲルが、この宇宙を規定し表現する絶対理性といふ形而上學的な本體概念を立て、而もこの本體は、それ自らのうちに、自己をば自然乃至精神の各種現象型態にまで展開し具象化し得る契機と、固有の法則(辯證法)とを有するものと理解し、随つて、我々の課題についていへば、國家及び法律といふ人倫態も、またかうした絶対理念の自動的契機によつて、辯證法的に展開したものの一種と規定し、それが規範として有する通用力の根據も、また結局はかかる絶対理念に源泉するものと考定して、法の妥當性を能ふ限り客觀的に理由づけんとした點においては、さすがに偉大なる哲人の示唆として、充分高く評價されて然るべきだと信ずる。

(3) 然しながら、法が直接には、客觀的精神に基いて發展し、間接には世界を表現する絶対理念に基いて辯證法的に發現する、といふだけでは、精々法の客觀的乃至絶対的妥當性は示し得ても、未だもつて法といふ人倫的現象型態そのものの固有法則性を摘示し、その他律的・強制的通用力を闡明し得たことにはなるまい。尤も、ヘーゲルは、立法權者がこの絶対理性乃至客觀的精神のよき表現者(Mund)たることに、その制定にかかる實定法の他律的妥當根據があるのだ、と説明するかも知れない(^{op. cit.} S. 45—, 219—)。然し何故に立法權者といはれる者のみが、さうした客觀的・合理的精神の表現者たり得べきであるか、とい

ふことは、客觀的・合理的精神それ自體からは明かでない。ゆえに、そのためには必ず、如何なる者において或規範を定立すれば、それが直ちに客觀的・合理的精神の表現となり、かつそれが法規範として客觀的・強制的に妥當し得べきものとなるか、といふ旨の根本規範が、さうした客觀的・合理的精神以外の點に求められなければ、ヘーゲルの主張は決して合理的な根據をもち得ないことにならう。

また例の措定・反措定・綜合といふ辯證法的發展の法則を示した所で、未だ不充分たるを免れない。蓋し、それは精々法の生成發展の法則性を示すことにはなり得ても、法の他律的法則性には何等相關する所がないからである。法が如何にして成り立つかといふ存立の法則乃至發展の法則と、それが何故に通用するかといふ妥當の法則とは、明かに區別されなければならぬ。

(4) 惟ふに、ヘーゲルが『合理的なるものは現實的であり、現實的なものは合理的である』といふ場合から推すと (^{op. cit.}_{S. 14})、法の合理的妥當性を説いて、その強制的通用力を明かならしめんとしてゐるのかも知れない。然し、合理性又は眞理性といふことをもつて妥當し得べきものは、ヴァインデルバントも指摘したやうに、論理學的法則の如きものに限らるべきものであつて (W. Windelband, Einleitung (in die Philosophie S. 212—)、法規範の如く『惡法もまた法なり』として超合理的に妥當する法則世界には、到底通用しない論議である。

(5) さらに、ヘーゲルは法を理念及び客觀的精神の自由なる決定に基く定在(Dasein)として規定することも(Grundlinien, a.a.O.S.42—45)、高々法それ自身の自律性は示し得るにせよ、それが何故に受範者一般に對して他律的・強制的に妥當し得べきかの根據を闡明し得たことにはなり得ない。

要するに、ヘーゲルの場合には、新ヘーゲル學派の一人たるビンダー自身も認めてゐるやうに、その所謂絶對理念がもつ世界體系の構成的機能(die konstitutive Funktion)を論證することには、遺憾がないとしても、未だその規範的機能(die normative Funktion)に至つては、全然缺けてゐると評しても過言ではあるまい(J. Binder, Philosophie des Rechts, Berlin, 1925, S. 770—)。

(6) 新ヘーゲル派を代表するといはれるビンダーの説も、結局は法理念(Rechtsidee)を根幹に、その法理論體系を立ててをり、さうして一面には、法理念の妥當性と實定法秩序のそれとを一應區別してはゐるが、然し實定法も結局は、法理念の本體たる合理性によつてのみ通用し得るものだとして、實定法の究極的妥當根據を常にその所謂法理念に求めんとする立場に立つものであるから(op. cit. S. 256—, 749—, 770)、多少の補説はあるにしても、ヘーゲルの根本思想は、このネオ・ヘーゲリヤンによつても、依然繼承されてゐるものと考へて大過あるまい。随つて、これに對する批判も、またヘーゲル自身に對する批判をもつて、充分答へ得らるべきものと信じたい。

(7) なほ等しく合理主義的本體説の一派を擔ふものとして、新カント派の法哲學者たるシュタムラーを挙げ得る。我々の課題に關する點で言及さるべきは、彼のいはゆる正法説 (Theorie des richtigen Rechts) の理念である。が然し、その正法の理念は、極めて廣義な法概念を意味するもので、單に現在の實定法のみならず、過去の法律乃至將來の法律にも關係して、その正否を評量する評價規範に外ならぬものであるから (R. Stammler, Die Lehre von dem richtigen Rechte, Halle, 1926, S. 51—)、現實の實定法秩序のみに關する妥當根據を示さんとする我々の課題については、餘り重要な關係をもち得ないので、これが解説及び批判の煩を避けておく。實定法が必ずしも正當なりや否やによつて、その妥當性を上下することのない理由については、既に我々の知る所である。

(8) 歴史法學派の創始者として知らるるザヴィーも、民族精神といふが如き形而上學的な本體概念をもつて、法の根源なりと主張する限りは、やはり一種の本體説をとるものであらう (F. C. von Savigny, System des Heutigen Römischen Rechts, Bd. I, Berlin, 1840, S. 13—)。

如何なる國にあつても、その發生の源泉を問へば、何等かの意味において、必ず當該國家共同體をなす一民族又は諸民族の民族精神又は民族的法確信を顯現しないものはあるまい。君主國においてすら、君主がその立法をなすに際して、まづ第一に考慮すべきは、受範者たる民族一般の規範的需要とその法確信であるに相違ない。然しながら、それは精々法律的内容の存立

根據 (Entstehungsgrund) に關する事柄であつて、法の客觀的通用力に關する妥當根據 (Geltungsgrund) に關聯するものではない。固より、法律の規定内容が民族の精神又は法確信を發露するとき、最もよくその客觀的な通用力を保證し得ることは明かだ。然し、それは法の妥當性を確保するための常素 (naturalia) とはなり得ても、法の客觀的通用力それ自體の要素 (essentialia) をなすものではない。加之、法律が民族精神の發露であるといふことの前に、何故、民族精神の發露あらば、それが直ちに法として妥當すべきであるか、といふ根本問題もあらう。蓋し、風俗や道德なども、法律と等しく民族精神又は確信の發現型態であるにも拘らず、何故に法律の如く他律的・強制的に妥當し得ないか、といふことが疑問とされるからである。

また假りに一步を譲つて、あらゆる法律は民族精神又は確信を表現した場合でなければ客觀的に妥當し得ない、といふ見解をとるにしても、(イ)一體その所謂民族精神又は確信とは何をいふのか、(ロ)殊に或國家が數種の民族を包含する場合には、その何れのをもつて眞の民族精神と認め得るか、また如何なる地位及び資格ある者において民族精神の何であるかを認定し得べき權力を有するのであるか、(ハ)その認定の形式はどうか、(ニ)既存の法律にして民族精神又は民族確信に反するかの疑問又は爭議を生じた場合には、如何なる機關によつて、これが判定をなすべきであるか、といつたやうな種々の問題を

生ずることとならう。然るときは、民族精神を法律に表現する以前において、まづさうした諸問題について規定する始原規範がなければ、その解決は不可能であらう。

(ハ) 實效説

(1) 實效説とは、實定法の妥當性を専らそれが現實に具體化されてある事實の上に求めようとする學説で、最近尾高博士がその現象學的な立場において唱へられる所である。曰く、(イ) 法律が規範又は當爲の法則として觀念的對象の一領域を形成することは疑を容れない。(ロ) 觀念的對象としての法律の中核を成すものは、その規範意味であつて、社會的に生活する人間の精神活動が生み出したものである。(ハ) 然しながら人間精神の意味構成作用によつて法的規範意味が成立しただけでは、その法律は未だ實在する法律、即ち實定法にはならない。法律が實定法となる爲めには、その法律の觀念的一般的な意味がこれと對應する個々の「事物」の地盤によつて實在的に底礎されなければならぬ。この底礎を缺く法律は實在する法律ではなく、従つて實定法ではない。(ニ) さて法律の實在性を底礎するものは、その法律の規範意味に應じて行動する多數人の行爲である。ゆゑに例へば、國家が契約の内容に就いて特殊の關係を規定した法律を制定しても、その規範の豫想して居るやうな契約が事實上決して成立せず、よしんばかかる契約が成立しても、國家がこれにその法律の規定する効果を結びつけよう

としない場合があるとすれば、かかる法律は如何に正規の手續を経て制定されても、實定法にはなり得ない、と解されてゐる（法律時報第五卷第一〇號一八一—二〇頁）。

（２）然しながら、この説は法の通用力に關する原因の問題と結果の問題とを混同したものであつて、支持し難い。蓋し、實定法は現實に人の事實行爲を通して實踐されることに相違はないが、然しさうした法實踐の事實行爲は、それが實定法を基礎する云々といひ得る前に、既に實定法によつて意味づけられ、法實踐行爲として品質づけられ、かつ強制せられてさへるのであつて、かかる事實行爲によつて當該實定法規の實踐されることは、むしろ實定法そのものによるさうした意味づけや、品質づけ、乃至強制の一結果に外ならないからである。見やうによつては、逆に實定法こそ、さうした法實踐の事實行爲を基礎するともいはれ得る。要するに、法はこれを實踐するのゆえをもつて妥當するのではなくて、妥當するがゆえにこそ實踐されたのである。

（３）契約法規の不適用に關して、論者の掲ぐる設例の如きは、或は永年にわたる廢用（Desuetudo）の慣行によつて、慣習立法の形式の下に當該法條の廢止された場合と觀るべきであり、また國家機關の不適用は、或はその不適用が違法である場合については他に救済の途を講じ得べく、若しさうした不適用が違法とせらるべき筋合のものでなければ、恐らくそれは當該

法規に對する國家の廢止作用とも解すべきもので、そのために、法的事實行爲による底礎が、實定法そのものの通用力を左右し得べき例示となすには足りないと思ふ。

(4) 恐らく論者の所期するところは、在來の如く法の妥當性を規範者又は受範者等の主觀にかけて説かんとする立場を避けて、現象學的對象論の意圖の下に、法規範の事實的對象たる實效性 (Wirklichkeit) そのもののうちに、法が客觀的又は間主觀的に (intersubjektiv) に妥當し得べき契機を見出さんとするにあつたかと思はれる。それは、ゲー・フッサールが法の通用力を法實踐作用の創造する所なりとして、あらゆる法規範の客觀的妥當性を受範者の法服從行爲 (Unterwerfungsakte) に求めてゐるのと、一脈相通ずるものがある (G. Husserl, *Rechtskraft und Rechtsgeltung*, Berlin, 1925, S. 11, 47, 80, 132—)。

(5) 然しながら、法律學的方法論として、現象學的對象論の手法を適用するについては、さうした極端な經驗主義的對象論に走るよりも、寧ろゲー・フッサールの暗示するが如く、卒直に實定法をその在るが儘に觀照し、これに固有されてある存在の様式 (Seinsart) そのものをこそ發見して、これに内在する法則性を確定すべきではあるまいか (G. Husserl, *Ideen*)。論者の如く實定法それ自體は、全くこれを度外視して、却つてその實踐の一結果をのみ考察の對象となすが如きは、決して現象學的對象論の正道を行つたものとはいへないのである。むしろ、英

米學者の屢々陥り易い一種の經驗論的方法にしか過ぎないであらう。

(二) 根本規範説

(1) 根本規範説とは、法は單なる事實より導き出すことを得ず、法は法よりのみ生ずとの規範一元觀を基調としつつ、あらゆる實定法秩序の究極的妥當根據を、何等かの意味の根本規範に求めて、その客觀的通用力を確定せんとする立場をいふ。

(2) 觀方によれば、グロチウスに起こり、カントに至つてその大成を見るに至つた自然法説も、また一切の時空を超絶する自然法をもつて、あらゆる實定法秩序の究極的妥當根據と理解したのであるから、やはり一種の根本規範説ともいはれ得る(H. Grotius, op. cit. 38—; I. Kant, op. cit. S. 116—)。然しながら、(イ)すべての時間空間を通じて不變不動な自然法といふが如きは、それ自體既に死物であるか、或は單なる假構の要請にしか過ぎない。(ロ)若しカントのいふが如く、たとへさうした自然法が法認識論的に假定し得られるとしても^(op. cit. S. 116)、自然法が一切の時空を超絶して同一であるにも拘らず、何故この雜多な各國實定法秩序の、異別的な通用力の共通根據となり得るのであるか。了解に苦しむざるを得ない。

(3) フランス學派の社會連帶説や(註一)、最近再び登場するに至つた社會規範説なども(註二)、また事實上社會に行はれつつある社會規範が、法規範としての實定法を制約すると稱して、

その所謂社會規範をあらゆる實定法秩序の究極的妥當根據なるかに説いてゐる。

註一 フランスの學者は、總じてコント以來の社會連帶の觀念を支持し、それをあらゆる種類の社會制度の基調として論ずる傾きがある。憲法學者として令名高かつたデュギーの如きも、またその一人であつた。その主張する所によれば、(イ)人は社會的存在であり、社會においてのみ生活し得る。社會的に生活し得ることは、即ち人が社會的連帶の關係にあることを示し、かつ社會規範に従つて行動すべきことを意味するものである。(ロ)法規範(règle de droit)は、社會共同體員各自における社會連帶の意識と、或社會規範の破壞者に對しては團體的制裁を加ふべしとなす正義觀とに發現する、といふのである(L. Duguit, Traité de Droit Constitutionnel, T. I, 3éd., Paris, 1927, p. 65—94)。かくして、デュギーの見解によれば、法は社會的共同生活者の強制規範意識に發現し、社會連帶の關係及び社會規範に基いて通用するとなすものの如くである。

註二 社會規範の法規範に對する優越的效力を主張して、結局實定法の究極的妥當根據を社會規範にかけて説かんとする者は、古くはオイゲン・エーアリツヒの如きがあり(E. Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts, Leipzig, 1913)、近くはわが尾高博士も、大體かうした傾向をとつてゐられる。即ち、尾高博士は、最近の著作『國家構造論』において、一面にはケルゼナー派と等しく根本規範の觀念を採用されてゐるが、然しその所謂根本規範は、『社會規範であつて強制規範ではない』と主張されるから(四六九—四七〇頁)、結局社會規範の第一次性を説くこととなり、實定法の妥當根據をさうした社會規範の上に求めることとなる。然しながら、社會連帶の關係又は社會規範等をもつて、法の妥當根據となすことは、單なる社會事實より規範を導かんと企てるものであつて、贅し難い。また社會規範説の立場は、法の強制性を刑罰や強制執行によつてその實效性の保障されることの意味に理解した結果、第一次規範としての義務規範を、強制性なき社會規範なるかに誤解し、第二次規範としての制裁規範のみ強制規範となすに至つたもので、正しくない。

(4) 根本規範説を最もよく體系的に理論づけた者は、ハンス・ケルゼンである。その主張する所によると、(イ) 國家作用は法作用であつて、國家作用論は法を作用において捉え、法独自の自己運動を理解せんとするものである。(ロ) ゆえに、國家作用は法創設の作用であり、段階的に展開する規範定立の行程である。随つて、國家作用の全領域には、互に規制的な法創造段階の上下の依存關係が見うけられる。この段階的構造は、自己運動における法秩序の統一を基礎づける根本規範に至つて終止する。(ハ) さうしてこの根本規範は、まづ第一に法を創造すべき主體を設定し、それによつて法論理的意味の憲法をなすものである。かくして創定せられた立法主體が、彼自身の立法作用を規定するためのより具體的な規範を定立することによつて、ここに實定法的意味における憲法の成立を見る。(ニ) 然しながら、元來この法論理的意味の憲法は、單に前提せられた根本規範に過ぎないもので、現實的に條定せられたものではない。蓋し、それは實定法秩序のあらゆる部分が、互に矛盾なき規範的意味の統一的聯關として體系化され、各國家に對してその自同性を保證する唯一の論理的根據として、一應假定せられた規範に外ならないからである(H. Kelsen, Allgemeine Staatslehre, S.84, 248—321)。

(5) 私は、前述する所において、問題たる實定法秩序の妥當根據に關する在來の諸説を解説し批判する際、殆ど常にその結論として、それらの諸説も、また必ず何等かの意味の根本規

範を前提とせずには、到底問題の解決に對して、法論理的に満足な歸結を齎し難い所以を明かにし得たと信じてゐる。かくて、かなり廣汎にわたるそれら舊説への批判も、實は期せずして、ケルゼンの所謂根本規範説に對する近接の準備行程ともなつたわけである。ゆえに、かかる根本規範説の當否も、大半は、さうした舊説への批判に際して述べ得たものと思ふ。

(6) 然しながら、私にとつては、ケルゼンの説にもまた全然異論の餘地がないわけではない。その最も基本的な見解の相違は、根本規範の構成に關する形式論理主義への疑問から生ずるものである。惟ふに、ケルゼンの根本規範は、それが客觀的に妥當し得べき各種の實定法的規範型態にまで自動的に下向展開して行き、而もそれらのあらゆる部分秩序に對して、統一的な規範的意味の體系的聯關性を賦與し、かつそれによつて國家秩序の自同性を表象すべき唯一の契機を與へ得るものであるにも拘らず、それは單なる一個の法論理的假定として與へられてゐるに過ぎないのである。然し、單なる法論理上の實體なき假定が、如何にして多種多様な實定法秩序の諸内容にまで展開し得べき契機をもち得るであらうか。到底容認し難いところである。(ロ) 加之、ケルゼンも既に主張するが如く、すべての法律學が實定法の科學として、現實に定立せられた法的所與のみ對象となし得るに止どまるなら(H. Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 2 Aufl. Tübingen, 1923, Vorrede zur zweiten Auflage, V—)、その實定法學の最も決定的なモメントた

る根本規範の段階について、非實定法的な論理上の假説を構へるといふことは、明かにその所謂實定法學的方法的純正 (Methodenreinheit) を害するものといはなければならぬ。むしろ、エー・フッサールのいふが如く、純粹無假定 (Voraussetzungslosigkeit) の原理をこそ、純粹法學の眞に選ぶべき唯一の途といふべきであらう (E. Husserl, Logische Untersuchungen, 4 Aufl. Halle a. d. S., 1928, T. I. S. 19)。 (ハ) なほ又、ケルゼンの主張するが如く、苟も法學的意味においていふ場合の國家は、あくまでこれを法としてのみ把握し法との自同性においてのみ論ぜらるべきものとしたら、その所謂根本規範を規定するに、これを單なる論理的假定となすに止どめて、それ自身、國家と別異の所與となすが如きは、明かに自家撞著の企てといはなければなるまい。

第三章 原始憲法の基本概念

ケルゼンの意味における根本規範の定立には、前述の如く多少その定立方法及び理論構成についての矛盾や、不徹底を藏してゐるに拘らず、法は法よりのみ導き出し得る、といふ純粹規範科學の基本命題から出發して、實定法秩序の唯一の妥當根據を何等かの統一的規範原型に求めようとした態度は、他のいづれの學說よりも、遙かによく我々の課題の核心に觸れ得たものといふべく、随つて我々もまたこの點のみは、無條件の賛意を表さざるを得ないと思ふ。

よつて残された問題は、ケルゼンの根本規範説における方法的缺陷は、これを如何なる手段によつて補整し得るか、といふことのみだと思はれる。單的にいふならば、(イ) 私はケルゼンの根本規範の概念に代へて、原始憲法の概念をもつてし、(ロ) 單なる假定に代置して、法本體 (Rechtswesen) としての始原規範(規範原型)を確定し、(ハ) 根本規範を國家前に與へられた法解釋の手段となす立場を捨てて、原始憲法こそ端初的な國家それ自體と觀る立場をとり、(ニ) 隨つて、假説的な根本規範と實定法秩序とを二元的に措定する方法を排して、原始憲法もまた一種の實定法なる所以を闡明しつつ、それら兩者を一元的に把へんとし、(ホ) 而も原始憲法は當初から自己そのもののうちに、あらゆる實定法規範への多岐多様な發展の契機を固有する所の、[○]法[○]本[○]體たる意義を確認し、(ヘ) かくして原始憲法が、一切の實定法秩序に對してその統一的、自主的かつ排他的な通用力の根據を與へ、併せて國家の自同性と恒常性を保證し得べき所以の法理を考定せんことに努めたい。これが課題に對する私の根本的解決方針の大要である。次にこれを分説しよう。

第一 原始憲法の意義

ここに原始憲法とは、あらゆる國法秩序の端初的規範原型 (Prototyp der Rechtsnormen) をいふもので、その規範内容は、(イ) 國家的統治關係における規範者と受範者との間の地位及

び分限の大則を定めて、これを國家秩序の基構となし、(ロ)加へてあらゆる國家規範の統一的發展の要因及び通用の根據をなす法本體の義に解すべきである。ゆえに、原始憲法は、この定義における(イ)の部面においては、統治態たる國家の基本組織を確立するための、組織法規範としての意味をもち、(ロ)の部面においては、國家秩序の動態的發展及び歸屬の關係を定める作用法規範としての意義をもつわけである。随つて、この意味における原始憲法は、國家秩序の規範原型であり、端初的型態における國家それ自身なのである(註一)。

註一 かかる原始憲法を國家の端初的規範型態と見る學者として、人はカール・シュミットを挙げ得るであらう。蓋し、シュミットは、各國家の政治的統一性と社會秩序との統合状態をもつて、絶對的意味の憲法と解してゐるからである(C. Schmitt, op. cit. S. 4)。

(イ) 組織規範としての原始憲法

原始憲法は、如上の定義から明かなやうに、その一規範内容として、各國家秩序の構成上、何人がその最高規範者にして、何人がその受範者たるべきかを規定して、まづ統治態(Herrschaft)としての國家の基構を確定し、それによつて、各國家の形相的本質ともいふべき國體の本義を摘示するものである。例へば、これをわが國についていへば、『人ハ萬世一系タル 天皇ノ定メ給フガ如ク行爲セヨ』との掟が、古來の大法、原始憲法として妥當する。これによつて、人はまづ第一に、わが國家的統治關係において、その唯一最高の規範者として君臨し給ふ

御方が、萬世一系の 天皇に在すことを知り、人民はすべてその受範者として臣従の分限にある事態を知るであらう。かくして君臣の地位及び分限が基本的に定まり、君主國體といふわが皇國國體の形相も確立されるわけである。これに反して、例へばアメリカ合衆國の如き國柄についていへば、『人々人民會議ノ決スルガ如ク行爲セヨ』との掟が、その建國以來の大法、原始憲法をなすのであるから、人民は國の規範者たる地位及び分限と同時に、受範者たる地位及び分限をも兼ね有することを理想とした所謂民主國體を示現することになる(註一)。

註一 なほ又、原始憲法が、かくの如くして各國家の基本的統治組織を規制する始原規範だといふ意味は、その反面において或政治社會の實力の支配關係を、法律上の統治關係にまで轉化せしめるための最も決定的な規範契機である所以をも示してゐるものである。なほ又、支配權者の人的交替あるも、かかる原始憲法の規範内容に變革をきたさざる限り、これへの投錨 (verankern) によつて、國家秩序の自同性は、保證せられ得るのである。

(ロ) 作用規範としての原始憲法

國家は統治態たることが、その最も基本的な存在の様式である。随つて、國家の最も端初的な型態にあつては、その作用もまた自ら統治といふことのみに終始する。統治とは國家的支配の別語であり、國家の支配とは、國家人格を體現する支配者の優勢な規範力をもつて、國民のあらゆる行態を規律するの謂ひに外なるまい。よつて、これを前掲のわが原始憲法に照しても明かなやうに、國民はすべて萬世一系なる 天皇の規律し給ふ

所によつて行爲すべきことが、その絶大な無上命令 (kategorischer Imperativ) として嚴示されてゐるわけである(註一)。

註一 かくて、發生史的には、或社會における優勢な事實的支配力であつたものが、かかる原始憲法に自己を關係づけることによつて、法的な規範力となり、事實上の弱者たる被支配者の服従が、かかる原始憲法の掟に關係づけられることによつて、法的義務となるべき轉換の契機を得るのである。

(ハ) 決疑規範としての原始憲法

かくして原始憲法は、その組織規範の方面からいへば、靜態の意味において、またその作用規範の方面よりいへば、動態の意味において、共に各國國體の根本義を創定するところの始原規範である。ゆえに、若し何等かの時期において、國體乃至諸般の重要な國事についてその解決の至難な疑義又は爭議を醸した場合、これが決裁のために訴ふべき最後の規範は、かうした原始憲法上の國體規範なのである。ゆえに原始憲法は、ただに各國國體法規範として示され得るばかりでなく、さらには國事の疑義又は爭議に關する決疑規範 (kasuistische Norm) としての機能をも有することになる(C. Schmitt, op. cit. S. 4)。

これをわが國家制度史について見るも、國家機構又は社會制度が何等かの時期において行詰りを生ずるとか、或は階級間の利害の調和し難い對立狀態に陥るといつたやうな際に、人が最後の決定的打開手段として訴へたところは、常にわが尊貴なる皇國國體への反省といふ形ちをとつてゐる。

(ニ) 不可侵規範としての原始憲法

原始憲法が國家秩序の端初的規範型態であり、その内容が國體規範の原型であるといふ事實は、また當然にその不可侵性をも伴ふことになる。蓋し、後述するが如く原始憲法は、國家そのものの自同性と恒常性とを保證するための根本規範としてある以上、國家は國家それ自身を破壊することなしには、到底その原始憲法を侵すことは不可能だからである。これに反して、實定憲法は時勢の進運や、一國政情乃至民情の行詰りによつて、屢々その根本的改廢の斧鉞をこれに加へることが必要となる（Schmitt, op. cit. S. 26[—]）。而も實定憲法の改廢は、必ずしも國家それ自體の自同性や、その恒常性と何等直接相關するところがない。

（ホ） 法秩序の統一契機としての原始憲法

原始憲法は、法組織的にいへば、あらゆる實定法秩序の極限規範（Grenznorm）であつて、他の如何なる規範の制約にも服せず、他の如何なる源泉にも汲むことなく、而も自らは、無限に多様な實定法的現象型態に展開しつつ、なほよく自己の自同的發展を保證し得るところの、或獨特の契機を包藏するのである。ケルゼンにあつても、またその所謂根本規範は、略ぼこれと同様の意味が賦せられてある。即ち、ケルゼンによれば、各國法秩序における自律的展開の契機は、常により上級規範からの下級規範に對する委任關係（Delegation）にあるものと解されてゐる。曰く、（イ）法秩序の統一は、本質的には法創設關係の統一である。（ロ）法秩序の體系を基礎づける根本規範の典

型的な内容は、その表現する所が直ちに法的羈束力あるものとして通用し得べき或權威、或法源が設定されることにある。即ち、根本規範は、『汝等ハ法的權威タル君主、人民會議、議會ノ命ズルガ如ク行爲セヨ』と定めるのである。(ハ)然しながら、これより低次の段階に立つて妥當する各種の規範も、また逐次より低次の法的權威を設定して、その低次段階に屬する規範の定立を授權することになる。かくて、君主は地方長官に委任し、中央議會は地方議會に委任し、かつこれらの者も、また再び裁判官若くは行政官等々に委任するのである (H. Kelsen, Allgemeine Staatslehre, op. cit. S. 98-99)。

これを若し逆にしていへば、より低次の法規範は、常により高次の法規範に基いて妥當し、つひに原始憲法に至つて、最高かつ唯一の妥當根據を見出すこととなり、かくして始めて一國法秩序の全體的統一性と、その調和ある妥當性とが保證せられ得ることになる。要するに、原始憲法は、かうした委任關係を唯一の契機として、一國法制の極めて複雑多岐にわたる諸型態に對し、その自動的展開の要因と、その自律的妥當性とを與へるための規範である。その意味においては、いはば一種の法本體をなし、ヘーゲルの言葉を藉りていへば、即自・向自の絶對法理念 (Rechtsidee an und für sich) とも稱すべきものである。

(ヘ) 國家の自同性及び恒常性保證規範としての原始憲法

上述の如くにして、原始憲法が各國法秩序の自動的展開の決

定的要因であり、その自律的妥當性の規範契機である、といふことを、その主觀法的意味において捉えるならば、それは各國家の自律性、即ちその主權性 (Souveränität) を言ひ現はすことにもなる。別言すれば、國家秩序はかかる原始憲法に依存する限りは、他の如何なる外在的要因からも自由に、國家自らの權威によつて、自律的意思の主體となり、最高獨立の主權者となる。恰かも個人が、自由なる意思の主體として、始めてその人格的自同性を保證されると同様に、國家もまたかかる自律的意思の存在によつて、始めてその國家的自同性と、その歴史的恒常性とを保證せられ得るのである。ゆえに、原始憲法の變更せられざる限りは、如何に各個の實定法秩序に重大なる變革をきたすことがあつても、なほ當該國家の自同性や、その時間的恒常性には、何等の影響を及ぼすことはない。

(ト) 法律科學の方法論的自律性と原始憲法

前にも屢々繰返し述べた通り、『法は法よりのみ導き得る』との認識方針に基き、客觀的に妥當する原始憲法の存在を定立して、これにあらゆる實定法秩序の妥當根據を求めんとし、あくまで法の自主法則性を確立するに努めることは、ただに國家秩序の自主的妥當性を保證するばかりでなく、さらには、國家のあらゆる法現象を追究の對象となすところの法規範科學に對して、その科學的認識の唯一の、決定的規準を供給するものであり、かつその學問的自律性を保證するための必須條件ともな

る。ゲー・イエリネックの如き國家秩序の社會學的及び法律學的兩面説や、カール・シュミット乃至オットー・コエールロイターの如き國家秩序の政治學的及び法律學的兩面説は、歸するとこゝろ、かうした法律科學の第一の出發點に關して充分の反省と理解とを缺くために起つた方法論的混合主義(Methodensynkretismus)に外ならないのである。かくの如きは、單に國家の規範的本質を的確に把握し得ないばかりでなく、法律科學そのものの自主權をも喪失することとならう(H. Kelsen, Hauptprobleme, S. 352—353)。

第二 原始憲法と實定憲法

(1) 原始憲法が、實定法秩序の妥當根據であり、その多様な法型態への展開的要因である、といふことは、以上の説明で略ぼ明かだと思ふが、すべての實定的法秩序は、アー・メルクルも指摘したやうに、一定の段階的秩序をなすものであり、判決又は行政處分・諸命令・法律・憲法の順序をもつて上昇し、その最頂點には必ず何等かの意味の始源規範がある(A. Merkl, Die Lehre von der Rechtskraft, Leipzig, 1923, S. 213—218)。さうして、法律の上部に接著する憲法は、一般にこれを實定的意味の憲法又は單に實定憲法といふ。然らば、我々の立場にあつては、憲法に原始憲法(ursprüngliche Verfassung)と實定憲法(positive Verfassung)との二種を見出すわけであり、カール・シュミットの區分法に従へば、さらにこれを憲法條例(Verfassungsgesetze)との三種にすら分ち得る(op. cit. S. 20—)。

(2) 然らば、原始憲法と實定憲法とは、如何なる徴表を擧げて、これを互に區別し得るであらうか。(イ) 原始憲法は、それが國家の端初的規範原型であり、國家とその起原を等しくするものであるから、その本質上不文の憲法である。然るに實定憲法は、國家成立の後において、國家の最高規範者を通して人爲的に制定されたものであるから、多くは成文法の形式をとる。勿論、英國の如く不文憲法の國家もなくはないが、部分的には、そこでも、必ず何等かの成文典據をもつてゐる(註一)。(ロ) 原始憲法は、その規定の對象が常に國家秩序の形相的本質、即ち國體の基本法理のみに限られるに反し、實定憲法は主として政體法理を規定した規範體系にしか過ぎない。勿論、實定憲法の上にも、また屢々國體法理の掲げられてゐることがある。例へば、わが憲法第一條の如きは、それである。就中、各國國體に關する所の、より具體的な規定は、概ね各國實定憲法の定むる所である。然し、それは單に原始憲法そのものの注意的宣言規定か、乃至は敷衍規定に止どまるもので、決してこれが創設規定をなすものではない(註二)。(ハ) 原始憲法は、國家の規範原型の表象に外ならないから、國家と共に自ら成るものであつて、人爲的に制定した規範型態ではない。然るに、實定憲法は、不文的にも成文的にも、國家の當該制定機構を通して、人爲的に制作せられた規範型態である。ゆゑに、前者は自らに成つた憲法といひ得べきものであるに對して、後者は人爲的に

作つた憲法ともいふべきである。然し、いづれも現實に定立された所謂實定法であることに、變りはない。唯、人爲的に制作したものであるといふ意味において、後者をのみ便宜上、實定憲法といふに過ぎない。(=) 原始憲法は、國家第一次の根本的制約規範であつて、自らは他の如何なる源泉にも權威を汲むことなく、而も自餘の法型態に對しては無盡の權威を與へ得べき第一原因 (*prima causa*) なのであるが、これに對して、實定憲法は國家第二次の被制約規範にしか過ぎない。その權威は悉く原始憲法にその源泉を汲むものである。(ホ) なほ又、前にも述べた通り、原始憲法は國家それ自體の端初的型態であるから、國家そのものを破壊することなしには、國家自らの手によつてこれを改廢し得ない不可侵規範であるに反し、實定憲法乃至各個の憲法條例に至つては、時宜に従つて、國家の任意に改廢し得べき可變規範なのである。

註一 例へば一二一五年の大憲章 (*Magna Charta*)、一六二八年の權利請頭 (*Petition of Right*)、一六八八年の權利章典 (*Bill of Rights*)、一七〇〇年の王位繼承法 (*Act of Settlement*)、一九一一年の議院法 (*Parliament Act*) の如きは、いづれも成文憲法條例の著例であり、現に效力を有するものである。

註二 「規定」といふ言葉の最も嚴格な意義においては、必ず何等かの新法理を創定することではなければならぬ。ゆゑに國體法理は、たとへ實定憲法の上に明示されてある場合であつても、それは單なる注意的宣言に止どまる。蓋し、それは専ら原始憲法上の規定事項だからである。

第三 原始憲法の認識と明證

(1) 原始憲法は、屢々繰返し述べたやうに、端初的型態に

おける國家それ自體であつて、ケルゼンの根本規範説にいふが如き法認識のための論理的假説ではないから、その認識の方法も、また原始憲法そのものの存在様式に即して、これをその在るが儘に把える用意が肝要である。即ち、(イ)まづ第一に原始憲法は、國家それ自體と全く同様に、實在的に與へられた一種の定在 (Dasein) としてあり、随つて一種の實在的秩序なのである。ゆえに、その認識方法の如きも、また各國家秩序について、『今此處に』 (hic et nunc)、『曾て彼處に』 (tunc et ibi) 具體的に與へられた史實または現實を通して體驗し、直觀し、演繹し、歸納する態度がとられなければならぬ。(ロ) また原始憲法が、端初的型態における國家それ自體だとしたら、その追究に當つては、何よりまづ當該國家制度に對する深い考察がなされなければならぬこと、言ふまでもあるまい。

(2) 然しながら、原始憲法の理念自體は、決してさうした各國家及び各國法制度の史實または現實を通してのみ認識し得らるべきものでもない。蓋し、人はまづ豫め原始憲法の基本概念及びその對象性等に關する一般的考定なしには、たとへ各個具體的に與へられた多くの史實または現實に當面するも、そこに課題の對象それ自身を識別して、その意義及び性格等を把握することは不可能だからである。ゆえに、人はまづ一應、その深い洞察に基く原始憲法の基本概念を考定し、次で各個具體的な關係史實または現實に照して、その確固たる明證を得る手續

がとられなければならない(註一)。

註一 かかる企てとして、私の試みたものに、拙著憲法學提要第二章日本憲法の沿革がある。

結 び

以上において、私は、國家の規範的實在性に關する在來の諸説を、その首要なるものについて解説批判しつつ、そのいづれをも採り難い理由を略ぼ明かにし、また縦しんばそのいづれかの立場をとるにしても、結局これを徹底せしめるにおいては、つひに何等かの根本規範が豫定されなければならない所以をも、略ぼ闡明し得たと信ずる。なほ又、ケルゼン一派の根本規範説については、その方法論的意圖の正しかつたに拘らず、その餘りに形式論理的な行き方のために、その所期する所とは、凡そ縁遠い反實證法學の歸結に陥らざるを得ない過程をも指摘した。よつて、私は寧ろ現象學の教へる所に從ひ、何等の假定をも立てることなく、能ふ限り原始憲法の概念をその實定法的所與として、その在るが儘の姿様において捉えることに努力し、またヘーゲル流の單なる形而上學的概念の遊戲に陥ることをも避けんがために、各國家秩序の各個具體的な史實及び現實に即して、その的確なる意義を確定し、その明證を舉ぐべき方法をも暗示し得たと信ずるものである。

——をはり——