

早稲田法哲学の伝統⁽¹⁾

矢崎光圀

一

本日は創立百周年記念のたいへんめでたい晴れの場合にお招きいただきました。光栄に存じます。私はもともと東京育ちでございませうけど、長い間関西の方におりまして、早稲田法学の特色というような大テーマに一体どれだけ取り組めるのか、はなはだ自信がなかったのであります。たまたま佐藤篤士教授から和田小次郎先生、それから井上茂先生おふたりのお仕事について話をしたら、とアドヴァイスしていただき、それならばと思ひました。⁽²⁾と申しますのは、ここにお集りの皆様はご存じのとおり、このおふたりともわが国の法理学、あるいは法哲学という学問の分野の発展にたいへん大きな貢献をなさっております。私自身、おふたりのお仕事、あるいはさらにおふたりのお人柄によりまして、いろいろと啓発されてきた思い出がございます。

ますので、それならば何か少し報告させていただこうと考え直しました。

最近、早稲田の若い方々は、和田先生のことをあまりご存じないと伺ったことがあります。私なんかにとりましては和田先生はいまでも眼の前でいろいろと話されているような気がしますが、考えてみますと、お亡くなりになったのが昭和二十九年（一九五四年）の七月二二日でありまして、もう、ずいぶん昔でありますから、ご存じない方がいらしても、けっして不思議ではございません。が、やはり大先輩のお仕事ぶりというのはいろんな角度から今日なお嚆矢めて学んでいくことがたくさんあるのではないかと思ひます。また井上先生は現在ここに出席されておりました、ご健在ぶりは御覧のとおりでありますけれども、井上先生のお仕事についても、私なりにほどほどに和田先生の後に申したいと考えております。個人的な思ひ出もばあ

いによって間に少しサンドウィッチみたいには喜んで申し上げるかと思えます。

二

まずひとつお断りしておきたい点がございます。和田先生に關してはさきほど紹介くださった佐藤教授が「和田小次郎の法哲学」という論文をお書きになっております。これは法哲学年報の特集号、『日本の法哲学』Ⅱに掲載されております。佐藤さんのお仕事はやはり和田先生のお考えの特徴、そしてまた早稲田法学の特色というような側面からもたいへんよく押えられた勝れた作品であると私は思いますので、そしてまたここで、それになるべく重復しない恰好でお話したいと考えますので、みなさんができましたら、この佐藤さんの「和田小次郎の法哲学」を一度ひもとして、かつての大先輩の敬虔な仕事ぶりを思い出していただきたい、またご自分なりに活用してもらいたい、そういうことを最初に申し添えておきます。

和田先生、と申しまして、私の目の前に浮んでまいりますのは、髪がたいへん黒々としていて、細面の感じがする先生であります。非常に笑顔の優しい先生でもありません。そのかわり、真剣に議論する段になりますと、眼光炯炯としてというようなどころがあります。やはり厳しいなという感じのする先

生でもありました。おそらく杉山（晴康）先生初め、その時代の方々はおそらく、私と同様の思い出があたりだろうと思えます。

ここでいちいち、和田先生と呼んでもやや硬いものですから、和田さんと、気軽に呼ばしていただきます。また、井上先生に關しましても。

私が和田さんに親しくしていただき、いろいろと教えていただくようになったのは、やはり一九四八年（昭和二十三年）五月三〇日。これもずいぶん昔であります。この日に日本法哲学会という学会がつけられました。その前後に学会を創設するため、こまごました用事、あるいはその他の関係で、和田さんにお会いしいろいろとお話を伺う機会がしだいに増えてまいりました。ちょうどそのころ私も、他の同学の先輩と共に、とりわけ井上さんは先輩として、尾高朝雄先生の下で勉強しておりました。そういう関係で井上さんと共に、というと僭越かもしれませんが、よく警咳に接するようになったことを加えておきます。

和田さんは一九〇二年（明治三五年）にお生まれになって、一九五四年（昭和二十九年）に亡くなっております。現在からいえば、大変短いご生涯で惜しみても余りあるものがあります。この大体52歳のご生涯のなかで和田さんがお仕事なさった跡

を追ってまいりますと、ほんの僅か拾っても、つぎのようなものが出てまいります。私はさきほど申しました佐藤さんの「和田小次郎の法哲学」の終りについでいる和田さんの略歴をここで利用させていただいております。一九四三年（昭和一八年）『法哲学』⁽⁵⁾上巻。これが和田さんが専門分野を正面きって扱った書物であると思います。惜むらく下巻が出ておりません。それから、第二次大戦を終えました段階で、一九四八年（昭和二十三年）になりますと、『法と人間』⁽⁶⁾。これもまた和田さんのお考えの様子を知る上で、たいへん重要であります。それから一九四九年（昭和二十四年）に「人文」という当時の雑誌がありまして、この「人文」のなかで「法哲学」というのをお書きになっております。さらに一九五〇年（昭和二十五年）には「アメリカの法学と我國の法学」⁽⁸⁾、短いエッセーをお書きになったりしております。翌年の一九五一年（昭和二十六年）に『近代自然法の発展』⁽⁹⁾。これはご承知の名著であります。この後一九五二年（昭和二十七年）3月に法学博士をお取りになっておりますが、いまのお仕事と関連があつたはずであります。一九五三年（昭和二十八年）に中央公論に「日本人の法意識」⁽¹⁰⁾というのをお書きになつておりまして、これも短いですが、なかなか興味深いものであります。同じ年に『法をめぐる闘争と法の生成』⁽¹¹⁾。有斐閣から出ているものでありまして、和田先生が、単行本としてお出

しになったこれが一番終りのものだろうと存じます。そして一九五四年（昭和二十九年）には急逝されております。

杉山先生が初めにお話しになったように、イギリス系の学問がこの大学でかなり広く講じられていたということでございますけれど、いまの和田さんのご足跡を見まいりますと、和田さんのばあいはずい分ドイツの学問に対する傾倒の跡が見られる。いうまでもなく一八世紀、一九世紀、二〇世紀と非常に詳細な研究が積まれていることは、すでにご紹介した、いくつかのお仕事のなかにきわめてはっきり伺えるわけです⁽¹²⁾。しかし、また第二次大戦後の段階におきましてはアングロ・サクソン系の学問、あるいは学問を育てていく大学の制度、そういうものに関してもかなり鋭い眼を向けられているのでありまして、⁽¹³⁾けつしてドイツ一本槍ということではないことも注意しておきたいのであります。

さて、ここから後、和田さんの法哲学のほんのお粗末なスケッチをまいります。すでに申しました一九四九年（昭和二十四年）の「法哲学」というペーパー。このペーパーは六ページ程の短いものでございます。しかし、これを拜見しておりますと、当時の雰囲気がよくわかります。たとえばようやく日本法哲学会が誕生した。そして近く機関誌が創刊される。それが待たれるというようなことをお書きになっております。またそれ

をきっかけにしてわが国で法哲学が大いに発展する機運は高まっていることや、あるいは外国雑誌がなかなか手に入らない、何とかこれを手に入れて早く身につけたいと、こういう押え難い衝動に駆られるところが書かれております。⁽¹⁴⁾ いまのように外国からの書物や雑誌が氾濫するような恰好で山ほど入ってきている時代では、おそらくそういう衝動は理解しにくいかもしれませんが。よくいまのわれわれのよみ方は積読^{つんどく}というよみ方であって、本当のよみ方ではないといわれますように、結局、ゼロックスとってしまうと、もう後はよんだような気になって、まさに積読^{つんどく}であります。おそらくいま和田先生がこれを御覧になりましたら、どのようなお顔をなさるでありませんか、なかなか想像がつくような気がします。

ところで、当時の雰囲気をおつたえになっているなかで、法哲学に関してこういうことを書かれております。「法学一般と同様に、法哲学もヨーロッパ法哲学の輸入にはじまって、その影響のもとに発達してきたが、その端初をなしたのは、文久二年（一八六二年）に徳川幕府の命を受けてオランダに留学した西周と津田真道の二人であった。両者は当時の Leyden 大学の教授であった Visering について法学を学び、慶應元年（一八六五年）に帰国して幕府に仕え、傍ら青年に教えて多大の影響を与えた。」このように明治の前夜の状況を少しおつたえにな

った上で、そういう事情からしてわが国では、英語で申しますと、「Law of nature」、性法論がこの私どもの研究（分野）の出発点になっていく。「性法」。ただしこれは「How to seek」ではないわけであります。そういう性法論が現われてくるけれども、これと同時に「theory of law」といった感じの法科理論もまた題名として現われてくる。さらに法理学で、これも杉山先生のお話にすでに出ておりますが、法理学という名称の書物も登場する。そして法哲学というのはしばらく後になってからであると、明治から後の、ちょうど step by step で私どもの学問が根づいていく過程を描かれ、つづいて、またつぎのようにいわれております。「元来、「性法」といい、「法科理論」といい、「法理学」といっても、法の一般的基礎原理を目指した点においては共通であったが、「性法」においては実定的立法を超越した永久不変の自然法の仮定が発点であるのに対して、法科理論は永久不変の超実定的法を認めない実証主義の立場によるのであり、これを受け継いで現われた「法理学」も思想的にはイギリス流の jurisprudence の影響をより深く受けていたとみられる。実際に、Benham, J. S. Mill などとならんで、Austin, Maine などの法理論が明治期のわが法学界にかなり深い影響を与えている。ヨーロッパ大陸において、十九世紀末から二十世紀はじめにかけて実証主義的な一般法学（Allgemeine

Rechtslehre) が支配したが、二十世紀に入ってから、殊に著しくは第一次ヨーロッパ戦争後に、主として新カント派の影響のもとに法哲学の復興を見、わが国においても、これに刺激されて、この学問の研究が一段と活発になったのであり、「法律哲学」の名称は概ねこの時代から一般的に用いられるようになったのである。新カント派殊に Stammler, Lask, Radtuch, Kelsen などの影響はわが国においても甚大なものがある。しかるに昭和一〇年(一九三五年)に現東京大学教授尾高朝雄博士の著「法哲学」が公刊されるにおよんで、法哲学の名称が用いられるようになり、漸次にこれに傾きつつあると見られる。去る5月にはわが国における法哲学研究者を網羅して、日本法哲学会が組織された⁽¹⁾。少し長い引用をいたしました。

以上をもう一度思い出してみますと、ここには法の一般的基礎原理の研究を目指すということがあげられております。法哲学といおうと、あるいは法理学といおうと、その目指すところはこれであると、そういう恰好の短い指摘が見られるのであります。自然法論とか、実証主義とか、新カント派とか、いろいろな学派はそれぞれが彼らのもっている問題意識を通じてこういつた問題をとり上げていき、そこから勢いまた分化が生じてきているんだけれども、学問の名称もそれに応じてニュアンスが生じる。それがさきほどのような法科理論であるとかになる。

私どもは、もちろん和田さんが言及した明治期の学問について、最近に入るほどに、研究が深められてきていることを承知しています。たとえば、ここにいらっしやる佐藤さんや、あるいは杉山さん、あるいは向井(健)さんのご研究などもおそらくそのあたりに非常に深くメスを入れられていると思えますし、したがって、いま紹介したものがそのまま現在通用できるかどうかは別としたいのであります。ですけれど、やはり草創期のこの学問というものに、それなりの真剣な取り組みがあり、その取り組みからいわばヴァリエーションが生じ、そしてそのヴァリエーションがまた学問の名称ときわめて微妙に連なっていく、といった運動の過程がたいへん簡潔にのべられているのではないかと思うのであります。その点をここでは申し上げたのであります。またこうしたデリケートなヴァリエーションを和田さんは敏感に汲み取り、そしてそれをこんどはご自分の法哲学のなかに再構成していこうとなさったと考えるのであります。

法哲学という短いペーパーに沿って和田さんのお考えを紹介するのはこのぐらいにいたします。その後本格的に法哲学を論じるさいに以上のような歴史的考察がどう生かされているかを少し拾ってみます。たとえば『法哲学』(上)という書物のなかでこういわれております。法学というものは何かを根本的に仮

定しているところがある。つまり法の概念とかいろいろんなものを法学は扱っているけれども、そのばあいには、およそ法的だというのは、これこれこういう趣旨のものであるということが、基礎的に仮定されている。基礎的仮定にもとづいて法学はいろんな仕事をしていくんだけれども、この基礎的仮定そのものを掘り下げていくことは、かならずしも、おこなっていない。それをむしろ正面から取り上げて、そしてその基礎的仮定、およそ法というものはこういうものであるという仮定が、じつは世界観的制約のもとにあるんだという恰好でもう一度それを検討し直していく、そういうところに法哲学の重要な任務があるのではないかと指摘されているのであります。⁽¹⁶⁾そしてこんどは、法哲学がそういう法的なものについての仮定を検討し研究していく、そのさいに和田さんは「法」と「法規」をいろんな機会にくり返し区別する必要があると説いていらっしやいます。⁽¹⁷⁾

たとえば、『法をめぐる闘争と法の生成』のあの書物のなかではこういうわけております。「近代諸国において、法は最も普通には成文法規によって表徴されている。いいかえれば、近代諸国において、成文法規は法の最も通常の、かつ最も重要なシンボルであり、現象形態である。されば、今日法といえは、ただちに成文法規を連想するのが、一般のひとびとの通常の考え方ともなっている。しかし、法は成文法規を重要な現象形態

としながら、それにつぎるものではなく、成文法規に表徴されながら、それみずからは現実の社会意識の領域において、現実的規範として不断に生成するものである、といわなければならぬ⁽¹⁸⁾」。このように法というものを生成するものとして捉える。成文法規は法の現象形態にはかならない。そしてまた法というものをつぎれば社会的な人々の、社会的な規範意識の流れと関連させながら説いていく、そのような説き方は、かなり和田さんの法哲学、あるいは法哲学に限られない関連する分野での、研究態度の基礎にあるものように思えるのであります。成文法規は重要である、しかしそれは現象形態にすぎない。法は実定法である。しかし、それだからといって成文法規が法のすべてではないというふうに両者を分けながら、しかも広い社会の動態のなかから法のありようを真剣に捉えていこうとしている。そしてまた人々の自由、あるいは人権のような、あるいは人間の尊厳のようなものを、そういう流れのなかで位置づけていくとする動きが和田さんの法哲学のなかにはかなり顕著にみられると私は思えるのであります。⁽²⁰⁾

以上で和田さんに関する粗末な話を切り上げて、つづいて、こんどは井上さんの法哲学に移りたいと考えます。

三

さきほどと同じように、井上さんに關しても、お仕事の概略からはじめます。井上さんは、一九一六年（大正五年）に生まれて、現在なおバリバリと仕事をなさっております。井上さんのお仕事は、ずいぶん分たたくさんでございますが、一番詳細な文献表は、おそらく昨年でございましたか、出ました『現代の法哲学』という井上さんの還曆祝賀論文集がございます。その結びに井上さんのご略歴と主要な文献が網羅されておりますので、もし詳しく御覧になりたい方はそれを利用していただきたい。私はそのなかの若干を拾い出すにとどめます。

古い時代に「燃える薪木」。“Brennendes Holz”というドイツ語の訳名のついでにございます。これはさきほど和田さんが法哲学会の機関誌が近く出て、とおっしゃっていた、あの「法哲学四季報」という機関誌の第五号に掲載されたものでありまして、これは一九五〇年（昭和二十五年）であります。

それから一九六〇年（昭和三十五年）には『司法権の理論』⁽²²⁾が、翌年一九六一年（昭和三十六年）には『自然法の機能』⁽²³⁾が出されます。少しとんで一九六七年（昭和四二年）に『法規範の分析』⁽²⁴⁾。さらに一九七〇年（昭和四五年）『現代法』⁽²⁵⁾。一九七一年（昭和四六年）の間に『法哲学研究』⁽²⁶⁾と題する論文集が第一巻から第三巻まで

三冊出されております。一九七三年（昭和四八年）『法秩序の構造』⁽²⁷⁾。それから一九七六年（昭和五一年）『人権叙説』⁽²⁸⁾、一九八一年（昭和五六年）『法哲学』⁽²⁹⁾がそれぞれ出ております。いま私がアト・ランダムに拾い出しました井上さんのお仕事をあえて分類させてもらいますと、ご本人がいらっしゃる前で勝手なことをするのは気がひけるのですが、分類させていただきますと、四つぐらゐの分類がおそらく可能ではないかと思いません。

第一、歴史的、あるいは政治的であります。第一のところには、私は「燃える薪木」、それからもうひとつ、E・H・カーという人の『危機の二十年』⁽³¹⁾と題する書物が出まして、その翻訳を井上さんがなさっております。いまの二つあたりは、第一のジャンルの歴史的、政治的かなど。

それから第二であります。それは法思想史的であります。『司法権の理論』とか『自然法の機能』などはこの第二のジャンルでみたらどうか。

そして第三、法理論的。法理論的というとき、『法規範の分析』、それから『人権叙説』がそのなかに入らないか。

第四、体系的。体系的のなかに『法秩序の構造』、それからさきほど一番最後に申し上げた『法哲学』あたりを位置づけることができないうか。以上の四つであります。

私が一、二、三、四、の順でおよその分類をいたしましたのは、井上さんのお仕事のなかに含まれている微妙なニュアンスをいくらかでも方向として示してみる、いま申し上げたような形容詞に要約できるならば、という単なる便宜上の分類にすぎません。ただ一番最初にあげました井上さんのお仕事の年表的な例示と、ここでさきほどの一、二、三、四、とを重ねていただきますと、便宜上の分類ではあるんですけども、第一は第一期、第二は第二期、第三は第三期、第四は第四期にあたるのではないか。こういうふうに一、二、三、四、というのがひとつのピリオド、あるいはエポックからつぎのエポックへという形の歩みを同じに示しているかもしれない。そんなつもりで私なりにまとめさせていただきました。もちろん、この点に関して私の考えの足りないところがあると思いますから、また疑問がございましたら、色々と教えていただきたいのであります。

もう一つ、井上さんのお仕事を紹介してまいりまして、私自身がつい告白をしなければならぬ心境になってまいりました。告白、どうもおおげさな言い方ですが、さきほど『人権叙説』の名をあげました。私が叙説と申しますときには、あるいは英語の“introduction”のような感じでお聞きになったかと思えます。じつはこのintroductionではなくて、“discourse”、そういう趣旨の叙説でございます。私はある機会にこの『人権

叙説』を紹介いたしました。中味の方は私としてはずい分丹念によんだつもりでしたが、じつは表題をとりまして、叙説でなく『人権序説』と書いてしまったことがあります⁽³³⁾。明らかなく誤りで、大変申しわけないことをしたのであります。が、井上さんが表題一つでもおろそかにしない、全体を眺望できる深い意味をあたえていたことを、この、おソマツな経験から汲みとっていただきますと幸いです。

以上の要約でおわかり下さったように井上さんのお仕事というの、それだけでも、ものすごくヴォリュームがあります。それこそビフテキの、こんなにかいやつを喰ったような感じになるのであります。どうしても、これを残された時間でたいらげることはできません。そこで私は和田さんについてと同じように、井上さんのお仕事のなかにある、いくつかの興味深いトピックを拾い出すだけになりたいと思います。

まず第一に、井上さんのお仕事には歴史的というキャラクターがはいっていること。たとえば、第一期と申しました「燃える薪木」の歴史的検討から井上さんがいろいろと関心方向を伸ばしていかれた。その後は歴史的方向が、いつか消えているようにみえるかもしれないけれど、それにもかかわらず、おそらく今日においても歴史的視点というのは井上さんのなかに依然として重要な位置を占めているようにみえるということが、ひ

とつであります。それと同時に、井上さんはまたこの歴史、あるいは歴史的な展開のなかに原理、あるいは原理的なものをよみ取ろうとする。そういうところがもうひとつ、第二に注意されてよいのではないかと思いません。

たとえば、一番最後にご紹介しました『法哲学』⁽³⁵⁾。これに即して、少しだけ拾ってまいりますと、つぎのようなことが出てまいります。法哲学をどういうふうな位置づけていくか、と申しますと、法哲学はやはり原理の考察、あるいは原理的考察である⁽³⁵⁾。では原理とはなんか宙に浮んでいるようなものかという、井上さんのばあいにはそうではない。つまり、集団生活には秩序があり、社会生活にもまたそれがある。秩序とか、社会生活のきまりに沿った人間集団のありかた、こういうものが井上さんのいわれる原理の経験的な基盤ということになるように見えます。そのような原理との関連で、法、または法というものも捉えられてくる。ある箇所ではこう書かれています。およそ法であるというようならば、古い時代には自然法の考えもそれを体現していたであろう。しかし、今日のような段階になると、どうだろうか。「人間の尊厳性を体現すると考えられる個人の尊重および基本的権利を社会的・人間的な生存の実際において実現し保障する「法のあり方」が、現実⁽³⁶⁾に定立される法律への原理的な批判基準とされる。現代社会のばあい、人

類が過去の諸時代と諸社会とでのさまざまな経験と思索との積み重ねの中から到達した人間観および社会観に立つ法のあり方が、現代において「およそ法であるもの」の基本性として構想される。それは、現代の民主主義社会体制の基本原理として、それぞれの社会の実質的な諸条件に合わせて、それぞれの法体系に体現される⁽³⁶⁾」といわれておりまして、そのような基本的な法のあり方がまた法律への原理的（批判）基準になっていくというふう⁽³⁷⁾に捉えられているのであります。

ところで、いま言及されていた法律という点にもう一度眼を向けてみます。それは、さまざまなものをそのなかに含んでいる実定法規準であった。この実定法規準のなかには法基準、法原則、法規定、判決規準（判例）等々が含まれるわけであり⁽³⁷⁾ます。そして、この実定法規準それぞれを言葉という点に注目して考えますならば、この法規準はさまざまな言葉で表わされ、言葉からできています。芯^{しん}にあたる部分があると同時に柔い縁^{えん}の部分がある。言葉がそうであれば、やはり法規準にもそうした堅い中心になる芯の部分と、それをとりまいてる縁の部分⁽³⁸⁾がそれぞれありうるわけであり⁽³⁸⁾ます。そして、社会の変化⁽³⁸⁾といつためまぐるしい動きに対応しようとするときには、固定した芯ではなくてはならない。縁の方で弾力的に、柔軟に対応していか

られたものではないんだと、いわれております。⁽³⁸⁾

もっとも開かれているといたただけでは問題が残ります。実定法というものは、開かれっぱなしであったら、これは困るじゃないかと。ゆるみっぱなしだったら、どうしようもないじゃないか、ずれてきちゃったら、どうにもみっともない。やっぱりどこかにけじめがないと、いけないだろうと、だれもが考えるわけでして、一体そのけじめをどこへ求めるかというとき、井上さんは基礎規範を提示されるのであります。

「法体系の諸規準は、法秩序の現実の具体化が行われる方向および道筋をあらわし、示すものである。しかし、実際には現実の社会的・人間的諸条件がさまざまな力となって働き、法体系の指示する方向ないし道筋を動揺させる。本来、この方向と道筋とは、法秩序の基礎規範としての社会体制の原理およびそれらを明示する法体系の基礎法規である憲法の諸基準によって設定されたものである。それらは、むしろ方式ないし形式に重点がおかれている基礎条件であり、いわば初期条件でもある⁽³⁹⁾」。

「法秩序」とは、本来その社会に現実⁽⁴⁰⁾に生起し形成される秩序態が社会体制の原理にもとづいて整序され公共性を与えられた秩序形式であると理解される。その秩序形式は言語表現において示されそれが「法体系」として観念される……、その表明する法秩序の基礎（社会体制の原理）は、当然に法体系の基礎

法規ということになる。このことによって、社会体制の原理が社会構成員から受けた社会的承認……を法体系自体が引き継ぐことになる⁽⁴⁰⁾」。

ここにいくつかの、細かな表現がございますが、簡単にそれをまとめて「基礎規範」と呼んでみますと、そういう基礎規範がいれば開かれている実定法規準というものに何らかの方向づけをする、ただ広がりっぱなしではなく、まよめ役をさせているかと思えます。基礎規範に関してはまだいろんなおもしろい話題が出てくるわけでして、基礎規範との関連において法規準それぞれの位置と役割が、あたえられていくし、そういう基礎規範、あるいは社会体制の基本原理から離れていくばあいには、こんどは疑法（疑わしい法）の問題が生じる。かりに悪法のようにみえる事態があってもまずこれは一体法になつていくかを疑ってみる、そういう疑法批判⁽⁴¹⁾の方向が理由づけられていくといわれておりまして、システムティックな関心のほどが伺われます。

一方において基礎規範は規範性をもっている⁽⁴²⁾と強調されますと同時に、他方においてはこの基礎規範が、事実性にかかわっていくともいわれております。事実性、一体それをどのように説明するかと申しますと、おそらく社会の大多数の人々がこの社会体制の原理について、法体系の基準についてたがいに承認

し合っているということでありまして、基礎規範はそのような意味で社会的承認⁽⁴³⁾を介して存在すると、こういった説明がもう一つ出てくるかと思えます。そして人々がおたがいの間で、何かについて幅広く諒解しあう、相互承認的なプロセス、状況を基礎としながら、秩序は成り立ち、秩序の基本的な原理というもおのずと存在していく。そのような論法が控えていると私には思えるのであります。

以上と関連して、たとえば井上さんの独特の捉え方、つまり、法規範というものの第一次的な機能は一般の人々がそれを自主的に用いていくところにあるのであって、裁判所とか行政機関がそれを第二次的に使うところにみられるものではない……⁽⁴⁴⁾そういうふう⁽⁴⁵⁾に強調されるのも、いまの社会的な承認レベルを重視されることとある程度関連するんではないかと思えます。

最後のところ、すこし時間を気にいたしまして、舌足らずなコメントになってしまいました。けれども、そういう流れが井上さんのなかに見受けられます。これから後ではまた和田さん、井上さんのおふたりにもどって、ごくささやかなまとめをしたいと思えます。

四

おふたりのお仕事をみてまいりますと、もちろん、おふたり

はそれぞれのパーソナリティをもった、そしてそれぞれの時代に生きた、あるいはそれぞれの「現代」に生きている、そういう人格者でありますから、違いがあっても、むしろ当然というべきであります。しかし、私は違いがあることを当然のこととしながらも、なおかつこの和田さんと井上さんおふたりのお仕事を眺めてまいりますと何かそこに共鳴しあう、あるいはかなり近い恰好で現われる類似のファクターといったものを頭のなかに思い浮かべるのであります。

簡単に申しますと、一つは日本法哲学会がさきほど申しましたように、戦後発足していく、そしてやがて発展していくとうとするその段階でおふたりが活躍し、そして学界との関連でもきわめて重要な支えの役割をなさってきたところ、これは外見的にも、容易に気のつくことであります。

二番目というんでしょうか、もう一つは戦後民主主義との関連であります。和田さんは、どちらかといえば、早い時期にこういった側面につきましても積極的にこれを擁護する姿勢をとり、発言をなさっております。井上さんはまた井上さんの角度で、あるいは井上さんのペースで、たとえば△体制▽の基本を考え、それとの距離がずれていくばあいには、法は疑わしいものとなるという、あの疑法批判を出すのも一例であります。こんなわけでやはり醒めた眼で体制の固定化、動脈硬化

に対処していく、そのような態度が、同じではないんですけど、何か関連したかたちで私の頭には浮んでまいります。

これにつづいて、第三番目の態度をあげることができましょ。第三番目の態度というのはおふたりの《現代》を見詰める眼、もちろん和田さんはすでに亡くなられておりますが、和田さんが生きられたその当時の現代を見詰める眼が過去への思索と連動しているということであります。あるいは歴史的な検討を怠らないということでありましょうか。このことはクドイほど折りにふれて申しました。もちろん私がこう申しまして、おふたりが、何かすべてを歴史のせいに行っている、アナクロニスティックな、時代錯誤的な態度だというふうにおとりになりましたなら困ります。ありし良かりし日よ、もう一度というこども、むろんないのであります。

近代を例にしていえば啓蒙期自然法の考え、あるいは歴史法学派、その他の諸理論、あるいは諸思想、あるいは考えの遺産というものの、そのような、一九世紀なら一九世紀の理論がわれわれに対して一体何を語りかけているのか、あるいはそこからわれわれが一体何を汲み取るのか、あるいは何を汲み取るべきであるのか、そういう対応の視点を交えながら、歴史的に積み重ねられた理論的、あるいは思想的な遺産を踏まえ、そしてそこから現代に生きるものの立場として考え直していく、それが

やがてまた現代を見るさいの豊かな栄養になり、豊かなコンテンツになる。⁽⁴⁶⁾ そんなところで、おふたりの考えの進め方には意外に共通した、そうでなくても、近いものがあるんじゃないだろうか。

そしてまた、とくに、いま私が申し上げました三つのなかで二番目、それから三番目あたりに、強いて申し上げますと、何か早稲田法学の、もう少し限定していえば、早稲田法哲学の特色、あるいは早稲田法哲学の伝統めいたものを見い出すことができはしないかと思うのであります。

注(1) 本稿は昭和五十七年十月六日に早稲田大学法学会百周年記念行事の一つとしておこなわれた筆者の報告をもとにしている。本稿のうちで、「本文」は報告時の口語体そのままで、内容にもほとんど手を加えていない。違いといえば、言葉づかいをいくらか修正していただである。これに対し、「注」は本文を補い、その主旨をパラフレーズするために、新に書き加えたものであって、この「注」の方は、本文が口語調、人名について「……さん」づけであるのに、敬称略の論文調となっている。そのため、よみづらく違和感があるかもしれないが、以上の事情をお含み下さった上で、ご寛容願えれば幸いである。注のなかでとくに注意していただきたいのは法や法理論を支えている社会的慣行というか、社会的プラクティスのことであって、本文の和田、井上両氏の簡述ではそれぞれふれているのに、最後のまとめではかならずしもクロージアップされていない憾みがあったためである。これについて

は以下の関連注(46)を参照されたい。

- (2) 早稲田大学で法哲学、ないし法理学、また名称は少し違ってもこれと関連する学科を講じた人々としては本稿でとり上げた和田小次郎、井上茂のほか、古くは穂積重遠、井上周三、第二次大戦後では和田が亡くなった昭和二年からは尾高朝雄、野田良之らがいるといわれる。この間の事情は当日の会合(1)の席上、何人かの方々から伺った。これを付記してご好意に感謝したい。
- (3) 佐藤篤士「和田小次郎の法哲学」、法哲学年報一九七九、特集、日本の法哲学、有斐閣。
- (4) 尾高は日本法哲学会を創設するさいの提唱者であり、中心人物であったことはいうまでもないが、近い年代の和田、峯村光郎と緊密に連繋しながら、学会のための軌道をしいていったようにみえる。和田の亡くなった同じ年、一九五四年、昭和二十九年に刊行された法哲学年報「法の解釈」には和田の同名の論文とともに尾高による「和田小次郎教授の法哲学」が掲載されている。文字どおり、和田の学問的、また実際の活動の両側面にわたる位置づけを含めた、すぐれた論文であり、同時にあまりにも足早やに世を去った同学の士を悼むおもしろい文面に漂って胸を打つ。しかし、尾高もまた翌々年(一九五六年昭和三十一年)には不帰の人となっている。
- (5) 和田「法哲学」上巻、日本評論社一九四三年昭和一八年。
- (6) 和田「法と人間」朝倉書店一九四八年昭和二十三年。なお矢崎による書評、法哲学四季報一号、自然法と実定法特集号一九四八年昭和二十三年所収、参照。
- (7) 和田「法哲学」人文特集号、日本の人文科学——回顧と展望

早稲田法哲学の伝統

——、人文科学委員会編一九四九年昭和二十四年。

- (8) 和田「アメリカの法学とわが国の法学」法律のひろば、一九五〇年昭和二十五年十号、
- (9) 和田「近代自然法学の発展」有斐閣一九五一年昭和二十六年。
- (10) 和田「日本人の法意識」中央公論六八巻一号、憲法改正問題特集一九五三年、昭和二十八年。
- (11) 和田「法をめぐる闘争と法の生成」有斐閣一九五三年昭和二十八年。
- (12) 前掲(5)、(9)はこの点で典型的であろう。
- (13) (8)、(11)参照。
- (14) (7)二〇—二二頁参照。
- (15) (7)二〇八頁。
- (16) 法学における基礎的仮定とそれを明らかにする法哲学の役割について和田はこう書いている。
「元来、自然科学が因果法則や時間空間を基礎仮定としてあるやうに、すべて学問には何らかの基礎仮定が必然的であるのであるが、このことは歴史的还是社会的象徴に関する学問においては、殊に顕著に認められるであらう。けだし、歴史の世界においては何もかも直接に与へられてゐるものはないのであり、換言すれば、そこではすべてのものが媒介されて与へられてゐるのであるからである。すべてのものを被媒介の關係において把握することは歴史の世界における認識にとって必然的であるのであるが、ディルタイの「類型」やウェーバーの「理想型」もかやうな歴史の世界における認識の必然性に基くものであらう。認識者が実在に対するとき実在はすでに一定の意義關聯のうちにおいて与へら

れるのであって、かやうな一定の意義關聯の下において一定の「類型」または「理想型」が認められるのである。

かやうにして、法学には例へば法の概念、または、法の対象性、あるひはまた、法的事象従て法的經驗の「法的」性格がすでに基礎的に假定されてをり、この基礎的假定に基いて素材選択が可能たらしめられるのであるが、この基礎的假定にはすでに世界觀的制約が作用してゐるのであって、かやうな世界觀的制約の下に基礎的假定の性格が特徴づけられ、従てまた、それに出立する法学的方法的特徴が制約されるのであり、法学についてもまた、その歴史的「類型」または「理想型」が語られうることになるのである。……

かやうにして法は概念は夫々の世界觀的制約の下に夫々の法学における基礎概念として假定されてゐるのであるが、その世界觀的行詰りが、やがて、法学の行詰りを招来するのである。そして、法哲学の推進的機能はそれがかやうな基礎假定に対して批判的反省をなすことを任務とすることに基く。法学に屬しながら、法学の基礎假定に批判的反省を加へることが法哲学の任務であり、これが他の特殊の諸法学と異なる点である。……

一般に特殊科学が何らかの假定に出立するに反して哲学は無假定の学である、といはれてゐる。しかし、哲学といへども何らかの假定にも出立しないのではない。哲学の無假定性は、その前提とする假定そのものに対して批判的反省を加へ、これを理論的自覚にもたらし、といふことにおいて認められるのである。法哲学も法学一般の基礎的假定に出立するといふ点において、他の特殊の諸学と異なるものではない。しかし、この基礎的假定そのものに批

判的反省を加へつつ、これを理論的自覚にもたらさうとすることにおいて、法哲学は他の特殊の諸法学と異なるのである。(5) 一三一—一五頁。

(17) 「前述のやうに法哲学は普遍性における法を、特殊法学は特殊性における法を対象として求める結果、等しく法的事象の一つとしての法規を素材として取り上げる場合においても、法哲学と特殊法学とはその研究態度において相異ならなければならない。

例へば、法解釈は與へられた法規を通して法の現實的規範的意味内容を現實的生活行動との關係の下に明かにし、この規範的意味内容の性質に応じて分類し組織して諸種の体系を立て、以て現行法の体系的説明を企てるのである。また、法史学は各国民各時代の法的事象、従て、その一つとしての法規を素材とし史料として各国民各時代における法及び法生活を探究し、また、これら相互の歴史的關係を追求し、かくして各国民各時代の法及び法生活の様相を史的に整序することを任務とする。更にまた、法社会学は社会現象の一つとして社会法則的關聯の下における法の様相、他の社会諸現象との相互關聯を追求し、かくして社会における法の存在及び機能の態様を實証的に明かにすることを目的とする。しかるに、法哲学は與へられた法規を一般に法規の一事例と見、これをもって法規の一般的構造を分析することに役立て、法規の一般的構造の中に法の普通的特性の表現を洞察し、また、普遍的な法における法規の地位及び意義を明かにすることを心がけなければならない。(5) 一八一—一九頁。

(18) (11) 一頁。

(19) 「法は現實のなかで、しかも、現實のために機能しながら、現

実とともに、つねに生成の過程にある。そのようなものとして、法は規範的機能の現実的過程である、といってもよい。またあるいは、シェーンフェルトのいったように、「法であることは、法への道にあることである」といってもよいであろう。法はその「法への」において、不断に「法をめぐる闘争」を媒介とするのである。「法への道」は、立法や裁判や学説や世論を通じて、いかな終極的には一般世人の社会的規範意識を通じて、生成し進展するのであり、法の生成は、それらをもつて「法をめぐる闘争」を媒介として展開することである。法の生成も歴史の現実のなかであり、歴史の一端であるから、歴史の諸条件の制約をまぬがれないこともちろんであるが、歴史そのものが人間の営為を抜きにしてありえないように、法の生成も人間の営為を媒介とすることとなしにありえない。のみならず、現実のなかで、しかも、現実のために、規範的機能をはたらく法の生成にとっては、人間の営為の媒介が不可欠であることは、ことに顯著であると、いわなければならぬ。そのゆえに、法の生成には「法をめぐる闘争」が、不可避的である。(11) 二三四頁。和田における法と社会的規範意識の問題にふれているものとして、ここでは(3)九七頁以下、(4)一三三頁以下をあげておく。

(20) 社会的規範意識をなぜ和田がそれほど重視したのか、人は疑問に思うかもしれない。(10)であげた「日本人の法意識」を例にすると、当時(昭和二八年)において和田は日本人の間に批判的精神が根づいていないし、したがって法意識が成熟していない現実注目する。新憲法は国民主権と基本的人権を宣言するが、現実では主権意識も権利意識も未成熟である。逆に前近代的な規

範意識は強くて、そこに問題がある。和田にとっては、したがって生活諸条件の改善からの近代的法意識、主権意識、権利意識の底着、進展がのぞまれるのであるが、問題の基礎はタテマエや形式より社会の实情、例の社会的規範意識——この論文ではそこまで言っていないが、——の動向如何にあると見られているのである。またヨーロッパにおける近代的意識の形成、成熟のテンポ、近代自然法論と社会契約論のそれがわが国との対比で言及されているが、これももう一つ掘り下げると、やはり彼の社会的規範意識への配慮、問題関心に起因するともいえるようか。なお、後出注(45)(46)参照。

(21) 井上「燃える薪木」法哲学四季報五号、法と政治特集号一九五〇年昭和十五年。

(22) 井上「司法権の理論」有斐閣一九五〇年昭和十五年。

(23) 井上「自然法の機能」勁草書房一九六一年昭和三十六年。

(24) 井上「法規範の分析」有斐閣一九六七年昭和四十二年。

(25) 井上「現代法——思想と方法——」NHK・市民大学叢書、日本放送出版会一九七〇年昭和四十五年。

(26) 井上「法哲学研究」全三巻、有斐閣一九七一年昭和四十六年。

(27) 井上「法秩序の構造」岩波書店一九七三年昭和四十八年。本書に対する田中成明の書評、法哲学年報一九七三年、法哲学の課題と方法特集号所収。また深田三徳の書評、民商法雑誌六九巻二号一九七三年昭和四十八年所収参照。

(28) 井上「人権叙説」岩波書店一九七六年昭和五十一年。本書に対する上原行雄の書評、法哲学年報一九七六年昭和五十一年、法哲学と

実定法学特集号所収参照。

- (29) 井上『法哲学』岩波書店一九八一年昭和五十六年。
- (30) 井上の作品に対して矢崎がおこなった紹介、書評、参考までにあげると、以下のとおり。(23)に関して法学セミナー六二号一五六年昭和三十七年。(24)に関して「法規範の分析」についてのおぼえがき「法哲学年報一九六九年昭和四四年、法思想の諸相特集号所収。(27)に関して法学セミナー二九号一九七四年昭和四九年一月。(28)に関して週間読書人一九七七年昭和五二年一月三日、なお注(33)と関連。(29)に関して法哲学年報一九八一年昭和五十六年、法・法学とイデオロギー特集号所収。個々の論考に対する詳細については、これらを参照していただく所幸である。
- (31) E・H・カー『危機の二十年』井上訳、岩波書店一九五二年
- (32) 第一、歴史的、政治的。第二、法思想的。第三、法理論的。第四、体系的。この四つはあくまでも目安であって、第四が体系的だからといって、ほかは体系的でないということには、もちろん、ならない。それぞれは相互補完的だといってもよいであろう。
- (33) 注(30)のうち(28)に対する紹介参照。
- (34) この書物をここでとり上げたのはそれが最近のものであるということ、井上の法哲学理論を簡潔に集約し、東洋とのかかわりをもたせはじめているということによる。
- (35) 「法を考察することは、法学者・法の実務家はもとよりほとんどの人びとによってそれぞれに行われている。本書もその一つであるが、ここでは考察の焦点を法的基本性におき、その特性に適応すると考える方法をとって、法を理解することをめざした。その特性を体系性と過程性とにみることで法を法秩序として考察

し、その実体を明確にしようとする原理的認識が、本書での法の考察の基本である。

この原理的考察の対象である「法」は、法規定として読みとることができ法規律として体験される実定法である。そのばあい、実定法に「法」固有の要素を究明し、その要素の実定法における存在性を論証することが原理的考察の課題である。この考察の焦点をしばっていくため、本書では、「基本」とか「原理」という表現が繰り返して出てくるが、それらはいずれも法現象の実態分析から帰納される経験性ないし、事実性の機能である。現実態の複雑性を直視し重視することが、原理的考察のはじめであり最後までの基軸である。(29) はしがきiii頁。

- (36) (29)頁。
- (37) (29)一五〇、一五八頁。
- (38) (29)一三十一―四頁参照。この考察の方法は井上の重要な道具の一つであり、たとえば、(24)一七七八頁と比較されたい。古くから温められてきた手法であることがわかる。なお、(24)に関する矢崎の書評(30)所収、参照。
- (39) (29)一九五頁。
- (40) (29)一九九頁。
- (41) 「法の規定としての外形……のみが整備され強調される状況において、前述のような疑義のある法規にかぎって「従うことを控える」姿勢がとられるとしても、そのような姿勢も外見的には法律に従わない行動としてとりあつかわれるであろう。しかし前項で述べたように、この姿勢は、むしろ体勢の原理＝法体系の基幹に立って、この特定の法規をみているのである。それは、この法

現が法体系に位置をもつことに対して、上述の視点なし判断基準から、暫時「待った」をかけているのである。その法規を直ちに「悪法」ときめつけるのではなく、その前に採るべき法行動の「余地」があるとして、その余地の場に立って上述の意味で「従わない」姿勢をとっているのである。

この姿勢と行動とは、社会構成員の法体系に対する法的義務であり、ひいては社会体制への前述の意味での「道徳」的義務である。さらに、そのような疑点をふくむ法の規定・規律をつくりだした公機関の側において、改めて体制の原理『法体系の基準にてらして、指摘された疑点が解消されなければならない。それまでは、それらの規定・規律が「法」の資格をもつことについての疑問は残っているわけで、その意味で〈疑法〉とよばれるべきである。特定の法の規定・規律を疑法とみなす姿勢は、悪法と断定する態度とはちがって、すぐれた法的行為である。』(29) 九九—一〇〇頁。

(42) (29)五一—五頁参照。

(43) 「社会的承認」とここにいるのは、承認という事実の複雑さを一般化しての表現である。承認をめぐる社会構成員の思考・姿勢・行動は当然に多様である。自発的・意志的に受け容れる姿勢に立つ積極的な支持から、それに否定的な思考に立ちながら無為傍観する態度まで含まれる。そのなかには、他を模倣したり外部から影響されての受け身の支持があり、諸種の打算・分別からあるいは不可抗力・あきらめ・無関心などらかの黙従もあり、反対の思想をもちながらの忍従もある。それらが一括されて「承認」とされるのである。もちろん不承認を明示する人びともあろうが、少

数者として、形式的多数の「承認」におしきられる。

「承認」の実態はこのように幅の広い姿勢・態度をふくむのであるが、その多様さが民主主義政治の方法原理——代表制と多数決制との二重の擬制の活用——によって「社会的」承認の觀念に一括される。それだけに、基礎規範が社会構成員から受けたことになつて、この「承認」を、制度上の立法・行政・裁判の具体的な行為において具体的な関係者をはじめその時代の社会構成員によって実質的承認を現実を受け得るものにしていくことが求められる。このことは、公機関の法行動の基本として要求される。要求するのは、社会的承認を受けたという前提(仮定)に立って、法制度に実現・具体化される社会体制の原理である。(29) 五四—五五頁。なお、本書(29)に関する矢崎の書評(30)所収、一一六—一七頁、また別の書物についてであるが、田中成明の書評(27)一一五—一六頁、一三三頁参照。この考え方も井上にとっては以前からとり上げられてきたものであって、多くの仕事に現われてくるが、たとえば(26)の第三巻所収「体制とは何か」二三七—八頁参照。

(44) (29)七二、一三三—一三四頁参照。古いところで、たとえば(24)二四九、三三九—三四一頁参照。また(24)についての矢崎の書評(30)所収、二四九—二五〇頁参照。あるいはさらに、(26)の第二巻所収「憲法の最高法規性」一一二頁参照。

(45) 和田のばあいと井上のばあい、戦後民主主義がプラス・イメージで論じられていることは印象的である。井上のそれを護教的という人もいるほどである。ただし、和田がこれを日本の近代化と結びつけた方向で肯定的に捉えるのに、井上のばあいは日本の法

文化の把握の点では何かもつと屈折したのを見て、いるように思われるのはなぜだろうか。

(46) ここで注目しておきたいのは法や法原理、法思考を支えるという社会的文脈、社会的コンテクストである。和田、井上の視線は期せずしてここに向けられており、その限りで近い距離にあるような気がする。(A) 井上のばあい、基礎規範とか社会的承認の言及はその一例であろうし、また人々が『日常』でおこなうルールの一次的使用が注目されるのも同様と思われる。ただ社会的承認、一次的使用の見られる日常生活世界についてはまだ一層つっ込んだ考察の余地が残されているようである。(20) に関する矢崎の書評、(30)所収、一一五―七頁参照。(B) 和田のばあい、社会的規範意識が法との関連で重視される。しかし、法を考える和田にとっては、慣習や慣習的規範もまた少なからず重要な意義をもつ。たとえばこういつている。「古代社会においては慣習規範が法の本体をなしてゐたのであり、中世紀の法もまた主要部分において慣習規範を内實として成立してゐたのである。のみならず、ケルゼンによって凡ゆる法規範の終極の効力淵源とせられた「根本規範」なるものも、現実的には結局「事實的なるもの」の規範力」に、従て、慣習規範のなかに帰着しなければならぬであらう。そして、ある意味においてはケルゼン自身によつてもこのことが是認されてゐるのである。(17)

かやうにして、事實的なものの上に成立し、つねに事實的なものを求める社会的慣習が、かやうなものとして社会的規範の一つであるのである。

(1) Kelsen, Die philosophischen Grundlagen der

Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, 1928, S. 12 ff. 参照。なほ同書六五頁に曰く、「根本規範はある意味において力の法への転換に外ならぬ」と。(5) 二六八頁。

井上のばあいと比べても、いささか興味あるところであろう。和田のものでは、このような慣習は『人為的』につくられるもの、人々の社会的営為のなかでルーチン化し、いつか『自然な』ものとみなされていくと語られている。(5) 二六三―四、二五五頁参照。また和田は(11)においては「生きた法」とか「国家的法」といった現象、ないし観念を考察する。それらと、社会的規範意識と、慣習的規範とは、おそらく近代の形式的国家法ほど目だたないが、これを包み支えている、まさに社会的コンテクストの位置をあたえられる……和田の考えをそのように理解できるとしたら、それは、井上のばあいと同様、今日なお興味を惹く思索への手がかりを提供しているようにみえる。

(C) それにもう一つ、尾高朝雄の考え。尾高もまた法の考察のさいに、そればかりか国家の考察のさいに、人々の事実上の行動に『底礎』されるものとして人々の、法への意識的対応にふれていたことがある。詳細はひかえる(これについて矢崎「尾高朝雄の法哲学」法哲学年報一九七九年、日本の法哲学Ⅱ特集号所収、および「海外諸理論の受容と変容について——国家および法についての精神的把握と現実的把握の系列——」井上教授還暦記念『現代の法哲学』有斐閣一九八一年所収、さらに「法・国家の柔構造的把握をめぐる一系列——尾高とデイル

タイ——』『法と政治の現代的課題』大阪大学法学部三十周年記念論集一九八二年所収、を参照。が、ここでも、前掲の人たちの考えと相いまって、わが国の法哲学的思索の歩みをさぐる上で、何か断層めいたものにいきあたるのである。