

# 法の基礎概念

—— デュギー法理論の一面 ——

實方正雄

## 目次

- 序言
- 第一節 法の概念
- 第二節 行爲準則（社會的規範）の意義
- 第三節 行爲準則と法（客觀法）
- 第四節 法と道德
- 第五節 法と國家
- 結語

## 序 言

佛蘭西の一大法律社會思想家レオン・デュギーの法理學の一面を語るに當り、その前提として、彼の方法論及び思想内容の特色について若干の理解を得度く思ふ。要するに彼は個人主義思想を排斥して實證的法律學の社會的職分を高調するのであつて、彼自ら、近時に於ける法律學變遷の特色は、哲學的及び個人的法律組織 *Système juridique d'ordre métaphysique et individualiste* より實證的及び社會的法律組織 *Système juridique d'ordre réaliste et socialiste* への推移にありと稱してゐる。従つて彼の法律學は、その方法論に於て實證的であり、その内容に於て社會的であると云ひ得る。

その方法論が徹底せる實證主義なることを、私は彼自身の言葉によつて説明し度い。曰く、「私は如何なる政黨にも又如何なる教會にも屬しない。私は如何なる種類の信仰に對しても敬意を表するけれども、然し何等のドグマを認めぬ。私は専ら科學を事とし、事實の公平なる觀察を基礎とする」と。又彼は云ふ、「法律の世界は閉鎖せられた世界でもなければ又實在から切斷せられた世界でもない。それは理想界ではない。感觸し得る事實の世界こそ之を説明分類することが必要とせら

れる。その具體的表現の姿に於て把握せらるべきものは諸々の人間の意思である。この意思によりて結果せられた社會的效果、この意思によりて動かされた物質的實力こそ確定評價することが必要である。私の總ての努力はこの目的に向けられて來た」と。

又、彼の思想はその内容に於て社會的である。彼は法律の基礎を社會に求め、「法律は社會的なり」と高調する。然し彼は社會を以て個人より獨立せる獨自の存在とは見ない。彼は、弧立的個人を否認する如く、個人より離れた獨自の社會的實在を否認する。換言せば、個人にして社會關係に入らざる者なく、個人の關係に非ざる社會も存在せぬ。「個人は社會的になればなる程多く人間的である。」此の基本概念から彼の總ての思想は出發するのである。

デュギーは多くの點に於て特質ある主張を唱へてゐる。かの權利否認論・主權否認論は最も特異なると共に又非難の多いところである。是等の點を考察することなくして彼の思想を語るは早計である。然し此の點に關する評論は之を後日に期し、今は彼を理解する第一段階として否認論の根柢をなすところの「法の本質」に關する思想を検討せんと思ふ。こゝに「法」とは所謂 *Règle de droit* を指す。「法規」と云ふを適當とするかも知れないけれども、その内容は法規範或は法の根本原則の意味であるから、他面には成文法の法條の意に解せらるゝ危険を避くる點をも考慮して、之を

「法」と指稱する。従つて以下論ずるところは *Règle de droit* の基本概念である。

## 第一節 法の概念

一、法の一般的考察——二、自然科学的法則との差異——三、問題の順序

一 法は個人の中に存在せずして社會にのみ存在し得る。法は排他的に社會的であつて個人主義的自然權の基礎の上に立つものではない。法は又、社會權力の所産に非ざること恰もそれが個人の力に非ざるが如くである。それは社會連帶に基く事實である。それは客觀的原則である。法は、カントの主張する如き實踐理性の無上命令でもなく、功利主義者・快樂主義者の唱ふる道德規範でもない。それは事實の原則である。人がこの原則を有するは、先驗的形而上學的原理に由るのではない。人は社會に生存し且社會を離れて生活し得ざるの事實に由る。法は人が社會的生活をなすに至るや存在するものであり、將來に於ても社會の存續する限り、其の適用形態に於て變化を來すとも本質的基底に於て變ることなく存在を續けるであらう。従つて法は社會人の原則である。斯くて法は社會の事實と共に發現し來つたものであり國家の創造に非ざるが故に、成文法と雖もこの社會總

員に適用せらるゝ原則の表現に非ざる限り、何等の社會的意義をも有せざる結果となる。

二 上述の如く法は社會連帶の事實に基く社會規範であつて、等しく實在する事實に基くと雖も、それは自然科學的法則と異なる。自然法則は因果律であり社會規範は目的律である。自然現象は原因によつて決定せられ、その發現の必然的であると自發的であると太した差異はない、然るに、人の行為は意識的に選擇せられた目的によりて決定せらるゝ。これ社會規範が文化現象として目的律たる所以であつて、總ての目的は社會規範に適合する限り正當であり、此の目的成熟のために爲された行為は總て社會的價值を有し、従つて法的價值を有する結果となる。然らば法とは目的適正の原則であり、因果律たる自然法則とは全く面目を異にする。かくの如しとせば、法は人の意識的意思に適用せらるゝものであり、且つ人の意識的行為の相對的價值を決定するものであるから、行為準則 *Règle de conduite* と稱するも不可ないであらう。それは行為自體の個人的絶對的價值を決定するものでないから、倫理法則たるものではないのである。

三 かくて、行為準則は社會規範であり法となるものであるから、先第一に行為準則の本質的内容及びその特質を述べ、次に行為準則と法、法と道德及び法と國家との關係に言及し、以てデュギの主張する法の輪廓を明かにし度いと思ふ。

## 第二節 行爲準則(社會規範)の意義

- 一、社會連帶の理解——二、行爲準則の内容——(1)、第一の準則——(2)、第二の準則——(3)第三の準則——  
(4)、三準則の要約——(5)、客觀的地位の意義——三、行爲準則の一般的特質——(1)、——(2)、——(3)、

一 社會連帶の理解 デュギーの法理論にありては社會連帶の理論は不可缺の前提であるが、今は必要の最少限度に於て之に言及するに止める(註)。

(註) 社會連帶論に就きては「國家論」中に詳論あり、且之に關する邦文の論も少くない。此の觀念はデュルケイムの分業論より想を得たものであつてデュギー法理論の根柢をなすもの故、他日詳論する機會があるであらう。兎に角、彼はこの連帶理論よりあらゆる社會問題をも解決せんとし、社會分裂主義たるマルキシズム乃至革命的サンデイカリズムの階級闘争説を強く排斥する。而して、部分社會による職業的分權制と政黨の比例代表制並びに職業的部分社會の職業團體的代表制を以て、近代經濟社會に最も適當であり且實行性ある政治組織なりと主張するのである。

誠實なる實證的分析研究の結果によれば、あらゆる人類社會形態に於ける唯一の實在は個人の意識及び意思である。この個人性は社會團體に於て其の意義を發揮する。即、人は個人的であると同時に社會的であつて個人性と社會性とは相反するものではなく、それは密接に結合して不可分の一體をなし交互作用をなすのである。人がかゝる社會結合をなすの要素は類似連帶及び分業連帶に還

元し得る。この連帯による社會的相互依存の事實こそ總ての理論の出發點である。人が社會生活を欲する理由は、類似連帯意識——協働生活によりてのみ充足し得る需要共同の意識を有し、又分業連帯意識——互に相異せる能力に基いて役務を交換することに依りてのみ各種欲望の充足が可能なりとの意識を有することに存する。即、人は個人性の意識を有すると共に、自己を他と結合する二重の連帯意識を持つ。個人性は社會性の發達に比例して成長するものであり、社會性は個人性を伸長せしむるものである。個人と集團との對立を主張する議論は事物の真相に合致せぬ。兩者は一體に融合するものであり、この一體こそ人それ自體なのである。

要するに連帯とは、需要の共同と分業とによつて、人類社會の構成員、特に同一社會集團の構成員を相互に結合するところの相互依存の事實である。この結合關係の態容は時間的空間的諸條件によつて變移するものであつて、法學者の任務は正にこの諸條件の配合關係の認識検討に存する。然し一般的には、類似連帯に比し分業連帯がより重要な役割を演じ來るの傾向あり、分業連帯の發達によりて社會連帯による社會結合は益々緊密となるの傾向があると云ひ得る。

この人を結合するところの相互依存の事實に基いて社會規範としての行爲準則は必然的に存在する。何故なら、之無くしては社會は存立し得ないであらうから。人は社會なくしては生活すること

を得ず、社會はかゝる社會規範なくしては存續すること不可能とならう。この社會規範の存在を否認するならば、敢て之を要請するに躊躇せぬ。ユウクリットが彼の幾何學を平行線の要請の上に建築したやうに、近代人の總ての社會的體係は總員に適用せらるゝこの行爲準則の要請の上に建築することが出来る。然らば、かくの如く必然的存在を有する行爲準則とは何を意味するであらうか。その内容特質に就て暫く検討せねばならない。

二 行爲準則の内容 行爲準則とは何か。此の問題を解明せずしては如何なる社會科學上の諸問題の解決も不能である。デュギーの見解にありては、經濟問題並びに法律問題は總てこの行爲準則の問題に還元され得る。扱て、行爲準則とは意識的行爲に適用せらるゝ人間意思及び行爲の規律を云ふ。そは因果律に非ずして目的達成の規範である。以下内容について述べる。

(1) 第一の行爲準則

吾々が社會生活をなし外部的行爲に依つて意思を表現した場合にはその價值判断が必要となる。而して、個人の意思行爲が社會的價值を有するのは、明かにそれが類似連帶及び分業連帶に適合する目的に依りて決定せらるゝ場合である。かゝる目的に依りて決定せられたる個人意思が社會構成員全體の上に力を有するは、連帶意識の論理的必然的歸結であると云はねばならない。絶對的に靜

止状態にある社會を想像せば行爲準則の問題は發生しよう筈がない。外部に現はされた意思が他の社會構成員の上に効果を齎すや否やの問題の確定に直面するに至るや行爲準則の概念は發現する。意思が社會連帶に適合する目的に従つて決定せらるゝときその効果を持つ。此の點より第一の行爲準則が發生する。

社會連帶ノ目的ニ依リテ決定セラレタル各人ノ意思行爲ヲ遵奉セヨ。之ガ成熟ヲ妨グルガ如キコトハ何事モシテハナラナイ。出來得ル限リ之ガ達成ニ協力セヨ。

此の行爲準則の概念は極めて早くより人類意識の中に發生したるに相違ない。人は常に他人と共に生活し來つたものであり、斯くて自己は個人的であると同時に社會的であると云ふ觀念——従つて社會連帶の意識が、よし不明確にせよ、その心意を支配し來つたことは明白である。かくて人は社會連帶に服従す可きものなりとの情操を持つに至り、社會協働によりてのみ生存し得ることを自覺し、此の社會連帶を鞏固ならしむるに奉仕する各人の行爲を遵奉す可きであることを理解した。従つて如何に原始的な社會にせよ、ある行爲準則に服従すとの意識を有せざるものはない。この第一の行爲準則は社會連帶の意識と融合し、連帶と同様の進化をなし、連帶に應ずる遷移をなし來つた。かくて、此の準則は時代により場所を異にするに従つて表現形態に於て變化こそあれ、その内

容に於て普遍妥當的である。換言すれば、此の準則に適合する行爲は時間的空間的諸條件に従つて變移する社會的承認を受けるものと云ひ得る。

(2) 第二の行爲準則

上述せる所が行爲準則の第一概念であるが、若し社會連帶の目的によりて決定せられたる個人的意思行爲が社會構成員總體の遵奉を受くるとせば、斯かる條件を缺除せる個人的行爲はかゝる遵奉を受け得ざる可きは見易き理である。即、社會連帶への協働を無視する行爲は之を遵奉するの義務を負ふ可きでない。此の觀念は發達して社會連帶を破壊するが如き行爲をなさざることが各人の義務であるとの意識を生ずるに至つた。従つて第二の準則は第一のものより論理的に發展したものである。次のものがそれである。

個人各自ハ、社會連帶ニ背致スル目的ニヨリテ決定セラレタル行爲ヲ慎ム可キデアル。

此の準則も亦第一のものと根底に於て同様であり社會連帶の意識に包含せらるゝものであつて、時間的空間的諸條件の變移に應じて連帶の種々相を正確に反映するのである。

斯くて、社會連帶の意識は二個の行爲準則の概念を含む。一は社會連帶に適合する個人的意思行爲を遵奉するの義務であり、他は社會連帶に合致せざる目的に何等關與せざるの義務である。

### (3) 第三の行爲準則

社會結合に於ける人の行爲準則は之を以て足り、之以上に出でざるものであらうか。社會構成員は、社會連帶に適合する行爲を遵奉する義務あるのみならず、更に社會連帶を促進せしむ可き積極的義務を負担すとの觀念を抱持するに至らなかつたであらうか。人は個人的であると同時に社會的であり、自己は他無くしては生存することを得ず、他は我無くしては生活し得ざるの關係を確信してより、人は社會連帶に能動的に協働す可き自己の義務を感じたのである。換言せば、社會的行動を遵奉し反社會的行動を慎むを以て足れりとせず、社會連帶を増進し得る總てのことを遂行す可き積極的社會的義務を理解したのである。斯くして第三の行爲準則は、

社會連帶ノ實現ニ協働セヨ

と云ふこと之である。

### (4) 上述三準則の要約

以上の考察よりすれば、行爲準則の觀念は本質的に社會連帶と結合し、且これに依存するものである。此の二者は同一のものなりと云ふも不可ないのであつて、その進化は平行する。社會構成員を結合する連帶の紐帶が緊密複雑度を増すに従つて社會的義務の觀念は嚴格廣汎なるものとなり來

る。個人が他と連帶し且之を欲するは、連帶的ならざるを得ざるがためであり、又此の故にこそ連帶を欲す可きである。

而して、此の準則は人類の心意に發見する限りに於てのみ社會科學の對象となる。行爲準則は一個の社會的事實であつて、總ての社會的實在と等しく、社會構成員が之を意識するが故に、かくて之を知り得るが故にのみ社會に實在する。

かくて、社會構成員は互に連帶的であるとの事實より抽出し得らるゝ行爲準則は次の如くに要約せらるゝであらう。

類似連帶或ハ分業連帶ヲ削減スルガ如キ事ハ何事モシテハナラヌ。此ノ二形態ニ於ケル社會連帶ヲ増進スルタメニ個人ニトリテ可能ナルコトハ何事ヲモナセヨ。

此の準則は、個人の爲にも社會の爲にも何等眞の權利を確立するものではない。實證的研究の結果によれば、眞に實在するものは、人は社會集團の一部を構成するが故に行爲準則に服従せしめらるゝの事實、及び總ての個人は社會的存在なるが故に或る一定の使命を遂行す可き社會的義務を負擔し此の使命遂行の爲に要求せらるゝ一定の行爲をなすの能力を有すとの事實のみである。

(5) 客觀的地位の意義

以上の行爲準則、即社會規範に關する實證的研究は次の結論を導く。即、此の社會規範は、個人たると集合體たるとを問はず何人にも權利——自己の人格を他の人格に對して強制し得る能力を附與するものではなく、この規範によつて課せられた種々の社會的義務を自由に遂行する能力を容認するに過ぎない。それは唯、總ての個人に對して、社會的環境に於て他人の地位と緊密に相依する一個の地位を與へるに止まるのである。かゝる状態を、吾々が否認せんとする權利と對立せしめて、「客觀的地位」*situation objective* と稱する。かくて、人は、同一社會集團の成員を結合する相依の組織即社會連帶に於て、自己の有する客觀的地位によりて強制せらるゝとも云ふ可き社會的職分を遂行する能力以外の能力を有せざることとなる。此の點に關し、コントの言こそ此の上なき確證として援用し得る。彼は云ふ。

“Le mot *droit* doit être autant écarté du vrai langage politique que le mot *cause* du vrai langage philosophique. De ces deux notions théologico-méthaphysique, l'une (celle de droit) est désormais immorale et anarchique, comme l'autre (celle de cause) est irrationnelle et sophistique..... Il ne peut exister de droit véritable qu'autant que les pouvoirs réguliers émanent de volonté surnaturelles. Pour lutter contre ces autorités théocratiques, la métaphysique des cinq derniers siècles introduisit de

prétendus droits humains qui ne comportaient qu'un office négatif. Quand a tenté de leur donner une destination vraiment organique, ils ont bientôt manifesté leur nature anti-sociale en tendant toujours à consacrer l'individualité, Dans l'état positif qui n'admet pas de titre céleste, l'idée de droit disparaît irrévocablement. chacun a des devoirs et encurs tous, mais personne n'aucune droit poprement dit... En d'autres termes nul ne possède plus d'autres droits que celui de toujours faire son devoir." (op. cit., A. Comte, Système de politique positive, édit. 1890, I, p. 361.)

かくて實證的研究によれば、實在するものは社會連帶に基く個人の義務即「社會的職分」なる義務のみであつて、權利なるものゝ存在する餘地はないのである。個人又は國家を以て權利主體となすは、抽象的、個人的、形而上學的、先驗的概念であつて上述の實證に反する。そは近世社會の實證的組織の中に地位を有す可からざる思想である。權利主體の權利關係は實在するものではなく、社會的職分なる義務の社會關係であるところの客觀的地位のみ實在する。自然權の主張の如きは一の夢想に過ぎない。由來權利思想は形而上學的概念であつて、ローマ法の體系は *imperium* 及び *dominium* なる思想にその基底を有するのであるが、斯くの如き先驗的概念が決定的に排除せらる可き社會經濟制度が今や作られつゝあるものと思はるゝ。

三 行爲準則の一般的特質 以上なし來つた説明を要約すれば、社會規範は社會と共にあり、その存在は要請せらる可きものであつて、學者の努力はその認識に向けらる可きものである。かくて吾々は實證的社會學的方法を採り、社會連帶の事實によりてこの規範を把握し、權利は實在するものに非ずして實在するものは社會的職分のみなることを明かにし得た。次の課題は、上述の内容を有する社會規範は如何なる特質を有するものであるかと云ふことにあらねばならぬ。以上これを述べらる。

(1) 行爲準則は社會の事實に基礎を有する

既に明かになりたるが如く行爲準則は社會連帶より發生せるものであつて、社會連帶と同様の特質を以て現れ、社會連帶の如くに個人的であると同時に社會的である。

規範の基礎が個人的なりとは、それは人が社會生活をなすが故に存在し、然らざれば斯かる規則は存在し得ずとの意である。そは人類結合の存する限り常に存在する。此の點よりすれば、法及び道德を以て自生的なりとなし社會進化の自然的產物なりとなす純正社會學の見解に一致する。従つて吾々は、社會に先在する個人的權利義務に基礎を求むる見解に反對せざるを得ない。行爲準則は正しく社會的產物であつて、社會の存在は行爲準則の存在を意味する。

行爲準則が個人的なりとは次の理由に基く。第一にこの觀念は個人の意識にのみ存し得るが故である。所謂る社會意識は單なる假定であつて、社會連帶の觀念は排他的に個人意識に存するものであり、社會連帶の發展は個人意識の擴充に一致する。意識の内容は社會的であらうけれども、意識自體は個人の意識である。而して社會連帶の觀念と行爲準則の觀念とは同一なるが故に、行爲準則の觀念は排他的に個人の意識である。個人の意識の中のみ吾々は行爲準則或は社會連帶を見出すことが出来る。ドイツ歴史學派の所謂る民族意識は社會學者の社會意識と等しく一の擬制である。次に、行爲準則は個人にのみ適用せらるゝが故に個人的である。それは意識と意思の主體のみを羈束し得るに過ぎない。此の意識と意思とが行爲準則の適用を可能ならしめる。是等なくしては、因果律は存在し得るであらうが、目的律は存在し得ぬ。而して行爲準則は目的律であり意識と意思との主體は個人である。如何なる集團もその意識と意思との實在が科學的に立證せられざる限り之が適用を見る事を得ぬ。

(2) 行爲準則は強弱の區別なく適用せらる。

社會連帶は同一集團に屬する個人を例外なく包含するものであり、従つて行爲準則は總ての個人に例外なく課せられ、社會連帶の紐帶によりて結合せらるゝ個人の間には差異を見ない。故に國家も

亦その適用を受ける。由來國家とは爲政者の團體であつて、個人より分離せる獨立の人格ではない。國家の意思と稱することあるも、それは表現上の便宜に外ならない。國家とは、人類社會に於ける個人或は個人の集團が當該社會の一定範圍の強制力を獨占するに至つたとき發現するものに過ぎぬ。即、治者と被治者との永續的分化である。實證し得るものとは個人意思の發現のみであつて、個人意思より離れた國家の單一意思は形而上學的假説である。それは科學的價値を有せぬ。國家の意思は實在せずして實在するものは爲政者の個人意思のみである。従つてかゝる爲政者も亦社會連帶の義務を負ふ。後述する如く、此の行爲準則が客觀法なりとせば、國家も亦法に服従するとは容易に理解し得るところである。

(3) 行爲準則はその内容に於て普遍的永續性を有し、その形態に於て可變性を有する。

總ての社會は連帶であり總ての行爲準則は社會連帶に於ける協働を命ずる。總ての社會關係は類似と分業との連帶關係であり、従つて行爲準則の普遍的内容は永續的である。

之と同時に、此の二種の連帶がとる所の形態は時間的空間的諸條件の差異によりて變化する。故に行爲準則の適用形態に於ける變化性は必然的の歸結である。歴史家及び社會學者の任務は、連帶進化の現象を考察し特定時期に於ける社會事實の觀察によりて當該時期の行爲準則の内容を把握表

現することにあらねばならない。

斯くの如く、行爲準則の内容に普遍性と永續性を認むることを以て、直ちに自然法を許容するものと解してはならない。自然法は幾何學的眞理を含んだ絶對的の法であつて、總ての人類社會が之に向つて努力す可き社會理想である。然るに行爲準則は理想に非ずして一個の事實である。それは適用形態に於て人類社會と同様に變化し、多様な生活關係に従つて變化する。それは社會の無限に多様な構造から流れ出でるものである。

要之、行爲準則は社會連帶に基いて存在し、人が他人と連帶的なるを意識するとき行爲準則を意識する。従つてこの二個の觀念は同一でありその進化は平行する。行爲準則はその基礎に於て社會的であり、その適用及び意識に於て個人的である。それは基底的内容に於て永續的であり適用に於て間斷なく變化する。斯かる行爲準則は法でないであらうか、これ次に研究せんとするところである。

### 第三節 行爲準則と法(客觀法)

一、行爲準則は即法である——二、反對論の根據及びその批判

一 以上述べ來りたる所によりて、行爲準則は、社會に先在する個人權なる形而上學的概念に依據するものに非ずして、類似及び分業の連帶の事實に基く社會規範なることを理解し得た。而して又、個人は社會的存在なるが故に此の規範に服従する義務あること、此の規範に違反する個人行爲は社會的反動を喚起すること、及び此の規範に適合する總ての個人行爲は社會的是認を受けるものなることも認め得た。此の社會連帶の觀念に包含せられたる行爲準則の觀念は即法 *Règle de droit* たるものである。社會連帶の意識より行爲準則は、國家が之を宣言し之に拘束力を附與する以前に既に法である。社會相依の關係に基いて、人は自己の行爲に對する規範を明確度の差こそあれ常に意識する。此の行爲準則は、社會によりてその違反に對する制裁が組織せらるゝ以前に既に法である。行爲準則は社會連帶の結果なるが故にそれ自體に社會的制裁を持つ。法を以て國家の創造するところとなしその拘束力は國家によりて與へらるゝとなすは、形而上學的個人權の假説の上に立つものであつて實證的見地よりは排斥せられねばならぬ。

思ふに、強制による制裁の問題はこの準則に服従する者が意思に基く行爲をなせる場合に發生す

る。若し行爲がこの準則に合致するものならば必然に社會的效果を齎す。蓋し行爲準則に適合する行爲は社會連帶に協働するものなるが故である。従つてそれは、社會連帶を意識する個人の集團に自然に満足を與ふる結果となる。

社會連帶を觀念するに當り、人は之に合致する行爲を觀念し希望し、且之を遵奉する。若しも行爲準則に脊致する行爲ありとせば、社會連帶に對する侵害となり社會連帶の意識を有する個人によりて侵害なりと解され、従つて個人集團よりの反動を挑發する。換言せば、行爲準則違反の行爲は社會連帶の侵害となり反社會的なりと考へらるゝ。然らば、行爲準則に適合する行爲に對する社會的承認か、或は之に反する行爲に對する社會的非難か何れかの一が存在せねばならないこととなる。斯かる社會的是認と反動との意識は時間的空間的諸條件の差異によりて異なる形式をこそ採れ、社會連帶の意識存するところ常に存在するのである。故に社會連帶の觀念は行爲準則の觀念を包含し、従つて社會的制裁の觀念を包含すると云ひ得る。斯く觀察し來れば、行爲準則は敢て實力的制裁組織を有せずとも既に法である。従つて、社會連帶の事實が法の基礎であつて、之を要約すれば、「社會事實、即社會連帶、即進化、即法」となるであらう。これ所謂る客觀法 *Droit objectif* の本質である。かくて、法は社會連帶の事實に基いてそれ自身に拘束力を有し國家に先在するもの

なるが故に、治者も被治者も共に之に服従せねばならない結果となる。

二 社會連帶の理論に基く法の概念に對し、種々の反對論がなされ得るであらう。主要なる反對論の根據を分析せば次の如きに歸着する。即ち、法は社會的規範であつて個人の意思力では無く、社會相依は社會結合の基本的要素なることは容認するも、それは單に一個の事實を認めたるに過ぎない。然し、單なる事實が法の基礎となり得ざるは、恰もそれが直ちに道德律の基礎となり得ざると同様である。かくて、單なる社會事實に基く全體系は崩壊するであらうと。

此の推論は道德律に關しては一應正當なる可きも、法に關しては承認し難い。道德的原則を確立する爲には善惡の標準を確定することが必要條件であつて、道德律は善なるが故にある行爲を要求し惡なるが故に他の行爲を禁止する。道德律はそれが命ずる行爲の内在的價值にその根柢を持つ。禁止せられ又は要求せらるゝ行爲の標準が事實以外に存する場合の外は眞の道德的命令たるを得ないであらう。

反之、法に適合する行爲は社會的なるものに適合する行爲である。法は社會的なるが故にあることをなせ、反社會的なるが故に或る行爲を慎む可しと云ふのである。法的義務とはそれ自體内在的に善なることを爲すの義務ではなく、社會的價值を有することをなすの義務、反社會的行爲を爲さ

ざるの義務である。法たるや否やの標準が規律違反によりて惹起せらるゝ社會的反動にありとして一般に認めらることは之がよき證左となるであらう。然らば、法は自己を事實に適合せしむるの規律なる限り事實に依據せずと云ふ可きでない。事實こそ、眞にそれが社會的であるならば、法の眞の基礎である。従つて法に關する全問題は社會相依、即、社會連帶が事實なりや否やの問題に歸着する。而して社會連帶が社會の事實なるや疑問の餘地ない所なるが故に、法——客觀法の基礎は社會連帶の事實なりとするは極めて妥當である。

#### 第四節 法と道德

以上述ぶる所によりて、形而上學的ア・プソオリ概念から隔れた法の構成が大略明瞭になつたと思ふ。其處で吾々は、法の地位輪廓を明かにする爲に、その隣接區域とでも稱す可き道德との關係について簡単な考察を加へることとする。

吾々は行爲準則を以て法なりとなした、何故に行爲準則は法にして道德でないのか。

法が一定の行爲を禁止し或は命ずるのは、その行爲自體の先驗的原則に従つて善であり惡であるが爲ではなく、特定人類集團の社會關係に背致し或は適合するが爲である。それは人間意思の外部

的表現のみに着眼し、人の内部的思惟欲望を規律するものではない。それは他の意思との關係に入りたる意思のみに適用せらるゝ。然るに、倫理は行爲自體の内在的價値を評價する原則を確立するのであつて、行爲を評價しその善惡を知らしむる規準なる限り倫理的である。而して吾々が既に探及した行爲準則は斯くの如き性質の規準ではない。人は社會連帶に協働す可しと云ふのは、斯かる協働がそれ自體内在的に善なるが爲ではなく、人として社會連帶によりてのみ生存し得るが故である。問題は善惡の價値判斷ではない。若し然りとせば實證科學の關與せざるところである。吾々の行爲準則は行爲の内在的價値評價の規準ではないのであつて、それは行爲の社會的價値決定の標準であり、個人の行爲が生ぜしむる社會的效果の上に基礎を置く、故に行爲準則は法にして道德ではないのである。之本質的の差異である。

## 第五節 法と國家

一、法は國家に先在する——二、國家も法に服従する——三、實定法と法

一 法と國家との問題は極めて多くの課題を包藏し、デュギー法理論の構成は結極此の問題解決

に向けられてゐたのである。然し今は多岐に涉らず、法の本質究明に必要な限りに於てのみ國家との關係を考へる。

以上の數節に於て吾々は、法は社會連帶の事實に基くものであり、法の拘束力はそれ自體の性質に基くもので國家によりて附與せられたるものに非ざることを理解した。従つて法は其の發現に於て國家と無關係であり之に先在するものである。國家は法律<sup>Law</sup>を制定して既存の法を確認明示する。斯かる場合には法の効力は極めて大とならう。かくて國家組織は極めて大なる意義を有するのであるが、法そのものの發現とは關係を有せぬ。法律は國家が制定したるものなるが故に法が性質を有するのではなく、既存の法に合致するが故に然るのである。法は社會構成員の意識によりて發現し國家とは關係を有せぬ。「法は國家の創造ではない。國家の外に存在する。法の觀念と國家の觀念との間には何等の牽連はない。法は個人を拘束すると同様に國家をも羈束する。」

政治的分化の跡を辿らざる社會の實例は社會學者によりて示されて居る。然もその成員は行爲準則を意識する。これ法たるに妨あるであらうか。然らば國家狀態に發達せる社會の有無は法の存否に取りて重要でない。それ自體に社會的制裁を有する社會規範として理解せられた法は完全に國家概念とは獨立であり、且之に先行し之より包括的である。吾々は未だ國家に就いて語るところなき

に、單に社會の一般的構成の觀察、社會連帶の事實よりして、既にその根抵及び制裁に於て社會的なる行爲準則の觀念に到達したのである。これが法たらざるの理由はない。

更に文化の高き程度に達し政治的權利の組織を有する社會にありても、個人の集團によりて理解せられ、その起源に於て社會的であり、之が侵害に對しては社會的反動による制裁あり、之に適合するときには社會的承認を受くるところの行爲準則存在し、然も國家によりて採用せられざるものがある。是等と雖も法たるに毫も妨なしと云はねばならない。

二 上述の理論に反對するものは、法を以て國家の創造物なりとなし、その源泉として主權の概念を構成し、その歸屬主體として國家の人格を主張する。國家の人格化は個人とは獨立せる集團の實在を豫定するものである。ある者は國家の人格化は法律の眼にのみ存在するものであるとなし、ある者は擬制であるとなし又は一の抽象であるとする。然し乍ら法學は閉鎖せられたる世界ではなく實在の世界である。それは現實の事實を取扱ふものであつて擬制や抽象を取扱ふものではない。實證的研究によれば、基本的であり争ふ可からざるものは個人の意識と意思のみである。而して又、人は社會的であり他と連帶することを示す。此の連帶は個人目的及び社會目的の永續的合致である。社會的であり個人的である人はこの連帶によりてのみ生存し得る。此の事實に依據する法は

其の適用形態に於て變化性を有し、その内容は永續的であり、その效力に於て普遍的であつて總ての社會成員に同等の義務を課する。國家は治者と被治者との政治的分化なるが故に、治者も被治者も法に服従する。治者も亦客觀法に従ひて行動す可く、その範圍に於てのみ適法に行動し得る、治者の意思は被治者の上に生來的優越性を有するものではなく、又治者の權力はそれ自體の性質上合法的なるものでもなく、社會連帶に於ける協働を保證する爲に行使せらるゝ限りに於てのみ正當である。かくて國家は社會連帶の保護を義務とする意識的の力である。それは個人的利益及び集合的利益の便宜的綜合である。吾々の眼には主權の主體としての獨自の人格は存在せずして國家も亦客觀法に服従する。従つて法は主權の命令であり國家の創造なりとなすは何等價值なき獨斷であると云はざるを得ない。

三 最後に實定法と法との關係について考へる。思ふに、或る文化程度に達したる社會にありては、實定法を制定することは國家の重要なる職能の一である。それは一般に國家主權の創造なりとせられてゐる。然し乍ら、吾々の考察にありては、實定法は既存の法を確認明示せるものに過ぎずして、法の遵守を保證する爲の組織的手段に外ならない。實定法が拘束力を有するのは、治者の命令を包むが爲でなく、それ自體に拘束力を有する法に合致するが故である。實定法は法を實現する

ときにのみ命令たり得る。實定法は法と一致する限り法と同一性質を有し、普遍的であり總ての人の上に拘束力を有する。法は治者にも被治者にも權利を與ふるものではない。それは客觀的地位を創造するものであり、この法的地位は法的義務及び是等の職分を遂行する能力と、その遂行を妨ぐる障害を除去する能力とを包含する、かくて、治者も被治者も此の職分遂行の爲の權利を有するに過ぎないこととなるのである。

## 結 語

以上述べ來りたるところを以て法の本質に關するデュギアの説明を終る。要するに彼の學説は、「社會事實、即社會連帶、即進化、即法」と云ふことに歸着すと云ひ得るであらう。而して其の主張は「權利本位より義務本位へ」である。即、連帶事實を基礎として義務のみの存在を説き、客觀法は此の義務事實に關する社會意識を基礎とする法則であつて、その規律するところは權利主體の關係ではなく「法的地位」に基く義務の關係であるとする。斯くて客觀法本位は治者も被治者も社會に對する奉仕義務者に過ぎないとなすこととなり、従つて個人主義國家主義の否定となる。此の根本的立場より、彼は公法に私法にあらゆる斷案のメスを振ふ。彼の所謂實證的社會法説」

doctrine positiviste du droit social は正に上記論じられる如き法の基礎概念より出發するのである。

(以上は大學に於ける法理學の單位論文に多少の筆を加へたるものであつて、その未熟なる筆者自らよく自覺するところである。他日稿を改めて論評する機會ある)