慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	古代及び中世に於ける社會契約思想
Sub Title	
Author	島田, 久吉(Shimada, Hisakichi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1925
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.4, No.4 (1925. 12) ,p.83- 130
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19251228-0083

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

古代及び中世に於ける社會契約思想

島田久吉

私は本篇の表題を古代及び中世に於ける社會契約思想として掲げた。然し乍ら茲に謂ふ社會契約說とは嚴格なる意味に於てではない。嚴格なる意味に於ける社會契約說が古代及び中世に存在したか否かは問題である。羅馬法學者並に中世神學者の思想中に發見せらるるものは社會契約說(Pactum societus, Original or Social Contract, Gesellschaftsvertrag に非ずして國王と人民との契約(Pactum subjectionis, Governmental Contract, Herschaftsvertrag)或は同一の思想傾向に屬するも、然かも明白に契約なる語法を用ひてない人民同意說(Consent Theory)となす方が適切であらう。然共、國王の權力を民約若しくは被治者の同意に歸せしむる說は社會契約說の未熟なる形式或は聽て之を構成すべき要素と見做す事が出來るのである。又、希臘詭辯學派及び其の後繼と見做すべき快樂論派の抱懷したと稱せらるる契約說は本來、倫理的假定であつて特に國家成立の理論として關說したものではない。只、本篇に於て聊か彼等の所說と覩つたのは彼等が後代、ホッブス其の他の功利主義學派の論調に頗る近似してゐるのに興味を覺ゆるからである。

猶、一般に亙る民約論の沿革並に『新民約論』の理論に關しては板倉先生『新民約論』(慶應義塾大學編。現代思潮講演集一八一頁—二三一頁)に透徹明快なる所說がある。拙稿を草するに當つて多大の指導を受けたものである。記して學恩を謝し併せて讀者諸君の參讀せられん事を希望す。

(一)

法律規範を構成するものは時並に處によつて極端に相違すゝものである。同一の事柄と雖も、國家の異るに隨ひ、時代の隔るに隨つて、法律は其の解釋を異にしてゐる。由之看之れば法律規範を構成するものは全く人類の自由選擇に歸存するものであつて、法律は人類の人爲的所產に外ならずと思はるゝに至るであらう。(N. M. Korkounov; Cours de Théorie générale du Droit 1914 p. 129) 正義及び權利は時並に場合によつて變轉する偶然的協定なりや。此の轉變の背後に是非、正不正の永久的觀念の存在するや否や。成法の多種多樣に驚異した希臘人は實に斯かる疑問を發したのであつた。(P. Vinogradoff; Commonsense in Law p. 235)自然にして永久、且普遍なる法と人爲的にして轉變、且地方的なる夫れとの對立は外界の自然のみを對象とした時代より進んで人間社會を其の對象となすに至つた古代希臘哲學者の蓬著した問題である。こは文化の進步に從つて人間の蓬著した最初の難問の一であつて吾人の心中を支配する道德義務の法と、之と相反することあるべき國家制定法との干捨である。

吾人は希臘古代よりして二の思想傾向の對立してゐたのを見ることが出來る。一は客觀論にして他は主觀論である。客觀論は正當なる行爲に對して客觀的標準の存在を見、之に反して主觀論は斯かる標準は存在することなし、正當なる行爲とは人間の選擇に過ぎないとの見地を採つてゐる。中

世に於ては客觀論は加特利教會の教義を通して神の意志として表現せられ、主觀論は神の不信、異端として、詆詆せられた。現今に於ても、客觀論は『正當』の內在的觀念 Rechtidee の存在を主張し、之に反して主觀論は Macht ist Recht なる見地を採つてゐる。希臘に於ては斯かる客觀主觀兩說の思想抒格は正當なる行爲は φύσει 自然によりて存するものなりや νόμῳ 人爲によりて然るやの問題の形態をとりて顯はれた。而して主觀論はソフイストに於て著しき且明白なる發展をなした。彼等は寔に其の時代の唯理主義の代表者であつたのである。(Berolzheimar, World Legal Philosophy pp. 49-57 參照) 彼等以前の哲學者は主觀的意識は客觀的實在に倚存し客觀の世界は全智識の始源なりと信じてゐた。之に反して、ソフイストに隨へば物象は單に、それが個人に顯るるが故にのみ存してゐるのであつて、絕體的眞理なるものは存在する事はないのである。ヘラクライトスが萬物流轉の說、ッエノーが物象界に對する辯證は凡ての確定せる客觀的眞理に向つての懷疑的攻擊に武器を供したものであつた。曾て、客觀的に打立てられたる總てのものは彼等が主觀的辯證によりて蹂躪せられた。主觀は彼等自身を以て客觀的外界、殊に國家の法律、因習、宗教、傳統、信仰、よりも勝れたるものと認めしめた。彼等は彼自身の法を以て外界に適用せんとした。彼等は外界の內に理性の歷史的實現を見ずして、單に死滅せる精神なき物體を認めたに過ぎない。神の信仰並に其の基

礎の上に立つ因習に對する尊敬は消滅しつつあるも、然かも他方に於て新哲學的見地は未だ成熟しなかつたのである。(A. Schwegler; A History of Philosophy in Epitome 1913 p. 52—)斯かる時代は等しく破壞を以て特徴とする。彼等は精神的省察を支持すべき根本的信條の欠如を明にした。自由思想家たりし彼等は又破壞主義者たらざるを得なかつたのである。

社會科學の初めて自然科學より分離せし時に於ては其の考察は轉變的にして且人爲的なるもののほか認識することがなかつたのである。斯くて、デモクリトスはatom及びVacuumは自然によりて存するに反して法制は人間の發明に過ぎざる事を教へた。(T. E. Holland; Element of Jurisprudence 1916. p. 32) プロタゴラスに隨へば人間は萬物の尺度である。何物も夫れ自體存することなく、總ては單なる主觀的觀念に過ぎないとの原則はソフイストによつて殊に倫理法律の方面に適用せられた。(プロタゴラスは往々社會契約說の最初の支持者なりとの考證あり。Dr. Jellinek; Allgemeine Staatslehre 1921. S. 202. H. Rehm Geschicht der Staatsrechtswissenschaft 1896. S. 14) Diogenes Laertius の傳ふる處によると、雅典のアーケラウスは自然學者の最後の者で、法律正義に關して講義をなしたる最初の倫理學者であり、而して又、人事界に於て自然と人爲との區別を立てたる最初の人である。彼に隨へば高貴及び低俗は因習によるものであつて自然によるものではない。ヘロド

トスは種々の國民中に互に相反する見解及び習慣の行はるるを見て、道德は全く人爲的性質のものなる事に結論した。自然界の法則は今日も昨日も希臘も波斯も變ることはないのである。火は何處も常に燃ゆ。之に反して婚儀及び葬儀に關しては百拾の習慣がある。何處も共同にして、同一なる事一としてありや。然らば自然の所產なるもの一として莫かるべきである。凡ては人の所產である。法律は協定にして、國家は契約に基く。寔に道德正義は法律の所產である。而して法律は因習妥協に過ぎないとはソフイストの一般學說であつた。(E. Barker; Greek Political Theories pp. 53-77 參照)

吾人は次にプラトーンの書中に表明せられたソフイストの見解を窺はなくてはならぬ。

不正を爲すは本來善である。不正を蒙るは惡である。然共、惡は善より甚しい。然らば、不正を加へ又は之を蒙り、兩者の經驗を得、しかも一を避けて、他をなす能はざるを知らば、人は兩者を共になさざる事を協約するを以て勝れりと思ふに至る。玆に於て、法律を生じ相互的契約を生ず。而して法律によりて命ぜられたるものは合法にして正當なりと呼ばるるに至る。(Rep. 358E-359A)

プラトーンは彼の兄にして Republic の Dramatis Personae の一人なるグラオコンの口を藉りて、ソフイストの見解の一端を洩してゐる。グラオコンは正義を以て强者の意思なりとした、トラシマー

コスの見地を採らなかつたけれども、然かも彼と同一の精神に於て、正義を以て人爲的にして、協約の所産なる事を支持した。彼は近代の社會契約論者の或者の支持した見解を持つてゐたものであつて、人は自然の狀態に於ては自由に且無制限に不正を加へ或は是を蒙るものとした。然共、斯かる狀態は之を忍ぶ可きでない。依つて、弱者は不正を蒙るの、不正を加へるより大なるを見て、不正を加へざること、及び不正を蒙らざることの契約を結び、之の契約を履行せんが爲に法律を制定した。而して此の法律の因習は爾來、行爲の準則となり、正義の法典となるに至つた。最後に此の契約及び因習の結果として、人性は自己滿足なる其の本能を捨て、法律の力によりて之を撓むるを許すに至つた。寔に正義は恐怖の兒である。それは不正をなして、然かも罰せられざるべき最善の場合と不正を蒙るも、然かも復仇する功無き最惡の場合との間の妥協である(Rep. 359A)

グラオコン、トラシマーコスの採つた見地はソフィストの一般態度であつた。斯くて、カリクリーズは總ての法律は弱者が强者の權利を欺害せんが爲に創つた單なる契約の產物として排斥し、クリティアスに至つては、神を以て社會生活確保の爲に賢人の發明せるものなりとし、神の恐怖が惡を爲さんとする意志を止むる事、猶賢人の設定した法律が其の外的行爲を止めしむるが如しと論じた。アンティフホンは正義とは各個人が市民として任ずる國家の法律を侵害せざる事を意味し、而し

て法律の規範は契約によりて創設せられたるものなる事を述べ、リコフロンも亦、法律は單に協定にして相互に正義の保證たるに過ぎずと論じたと傳へられてゐる。(Barker; op. cit. p. 83 Pol. iii 9. 8) 更に以上と同一なる思想は之を後代、ストア學派と對立した懷疑派、キリーネ哲學派の中に求むる事が出來る。即ちカルニアーデスは權利は强者の力の表現なりとの說を力說し、國家の法律に服從するは正義の觀念によるものでなくして、自己の利益を考へたる狡猾なる政略に出でたるものであるとなした。アリスチプスはソフィストに隨つて行爲の基礎を快樂論に求め、正義は自然の結果に非して、制定の結果なりと稱へ、テオドルスは之の見解を極端に進めて、賢人は事情によりては人爲的法律を無視し、竊盜姦通瀆神も亦許容せらるべしと論じた。(Berolzheimar; op. cit. pp. 75-77)

エピキユラスは曰く。『自然的正義とは吾人相互に損傷せず、又損傷せられざる可きを目的となしたる効利的契約に外ならず。相互に損傷せず、且損傷せられざる可き目的に於て契約をなす能はざる生物については不正もなく不當もなし。之は又、斯る契約をなす能はざりし或はなすを欲せざりし人々についても然り。(中略) 正當なりと思料せられたる事柄の中、共同社會の必要にとりて有益なりと認められたるものは、それが總の人士にとりて然ると否とを不問ず正義の性質を有するなり、

而して又、或る事柄が法律によりて設定せらるるも若し共同社會にとりて有益ならざるものあれば、斯かるものは正義の性質を保有する事莫きなり」。と。(Diog. Laert X 150)

以上に於て吾人は聊かソフィスト並に懷疑派の論調を窺つた。而して彼等の或者は粗笨なる社會契約說を抱懷したと稱せられ得べきも、其の一般的態度は寧ろ、倫理及法律の主觀的性質を高唱するか、若しくは法律制度の効利的起源を主張したものと見るべきであつて、國家權力の始源或は國家成立の根底を人民の契約に基かしめんとする政治理論を構成せんとせしものではない。殊に、彼等の思想的影響は後代に感得せらるること少く、僅にルクレシウス (On the Nature of Things, Bohn's Popedar Library 參照) を除けば始んど何等の勢力を及さなかつた。而して、ソクラテス、プラトーン、アリストテリーズ、ストア學派の思想は一般に行はれて、人生に對して倫理的基礎を發見せんとする人士に多く訴ふる處あつたのである。

更に、嚴密なる意味に於ける社會契約說に非るも、國王と人民との契約 (Pactum subjectionis) の思想は又、プラトーンの書中に見えてゐる。即ち、ペロポニーサスの歷史中に於て、吾人は治者及び被治者を等しく支配する共同の法に從つて國王及び人民の祈誓するを見る。國王は彼の誓言に逆きて支配を專肆にせざらん事を誓ひ人民は國王が彼の誓言を遵守する間は國家を擾亂せざらん事を

誓ふのである。(Laws III. 684.) 斯かる例證は又之を舊約全書中に發見する事が出來る。『かくイスラエルの長老皆ヘブロンにきたり王に詣りければダビデ王ヘブロンにてエホバの前に彼等と契約を立てたり。彼等すなはちダビデに膏を灌ぎイスラヘルの王となす。』(撒母耳後書。第五章三節)とある。更に、サウルを王に擇むについての神の民との契約(撒母耳前書第十章)並に列王紀略下には第二十三章に於て、『是に於て王、人をつかはして、ユダとエルサレムの長老とことごとく集め而して王エホバの前にのぼれり。ユダの諸の人々、エルサレムの一切の民、および祭司豫言者ならびに大小の民皆之にしたがふ。王すなはちエホバの家に見あたりし契約の書の言をことごとく彼等の耳に讀みきかせ、而して王、高座の上に立てエホバの前に契約をなしエホバにしたがひて歩み心をつくし精神をつくしてその誡命と律法と法度を守り此の書にしるされたる此の契約の言をおこなはんと言へり。民皆其の契約に加りぬ。』云云とある。更に大洪水の後、神とノアの契約は、ジョン、ロックも曾て之を引用した。(Two Treatises on Civil Government, Bk. II. ch 18)(猶、出埃及記。十九。四—八申命記。二十九。九—十三等參照) 誠に、人民は自由なる同意によらずんば契約せしめらるることなく、而して法律は神を人民との間になされたる契約によりて生ずと云ふは猶太の原則であつた。(A. Sudre, Histoire de la Souveraineté, L'Antiquité; p. 28——)

（然るに、デヴィド、ヒユームは其の Of the Original Contract 中に於て、古代に於て政府への服從が契約に歸せしめられたる唯一の例證はプラトーンが Crito 中に於てソクラテスが法律に服從したるの故を以て牢獄より逃亡するを拒否したる場合のみなりと云つてゐる。Political Discourses, Of the Original Contract 章末の註參照）

（二）

キケロは其の De Republica に於て Scipio Africanus の口を藉りて人間を孤獨にして唯利己的なる反社會動物として只相互防衛の爲に社會を組織するものなりと倣した快樂派の契約說を極端に排斥し、アリストテリーズ並にストア學派の地位をとりて人性の本然社會的性質ある事を揚言した。(De Rep. I. 25. 39. 40)即ち我々は自然に人を愛すべき性質を賦與せられてゐるのである。而して此の事實は實に法律の根基たるものである。(De Leg. I. 15. 43)而して彼は國家の眞の秩序を以て法律に表現せられ一般の幸福を確保する正義の原則の上に打立てた、斯くて彼は各市民をして其の性質及び器能に應じて政治生活に參與せしめざる可からざることを主張した。蓋し、國家は家族の自然的結合の組織的發達であつて、同時に共同の意志及び同意の表現に外ならぬからである。彼が此の觀念を說述するに當つて、吾人は頗る契約說に近似せる思想を De Republica 中に發見する。

正義は自然の原則であつて、宇宙の法の表現たるものである。而して全法律の根底に横はる窮極の原理である　其は眞個の理性と同じ樣に恒久不變であつて、人をして其の義務を行はしめ、且、虛構を爲さん事を畏れしむるものである。其の法は羅馬に於て甲たり雅典に於て乙たるものに非して永久不變である。即ちそは神の命の表現である(De Rep. iii. 22)而してキケロは國家の法律を以て之の永久不變の自然法の表現並に適用に過ぎないことを指摘した。

人間は本來、社會に向つて創造せられ國家なる大社會は人間結合の原始的形式即ち家庭の上に次第に發達したものである。(De Off. i. 17. 54)斯くて、彼は國家を以て人間生活の自然的方法なりと思料した。然共、彼は國家を以て人類の偶然的結合と見たのではない。即ち國家が國家たるに於ては、そは正義及び法律の上に築かれ而して全人民の共同の福利の增進の爲めに存在しなくてはならぬ。即ち彼に隨へば、Est Republica res populi; Populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis juris consensu et utilitatis communione societus (De Rep. i. 25. 39.)國家とは全人民の謂であつて、玆に人民とは如何なる方法を以て結合せるを問はず、そは單なる集團にあらずして、共同の法律及び共同の福利の下に結合せる團體ならざる可からずと。彼は國家を以て共同なる法律及び福利の下に結合した人類と觀じた。エピキュラスの徒が正義を以

て契約となし之を社會的起原に歸せしめたるに反して、キケロは國家を法律の上に建て之に法的基礎を與へた。斯る變化は即ち、エピキユラス學派とストア學派の距離並に希臘公法と羅馬公法との差違である。キケロは羅馬法理學に於ける指導的精神であつた。而して、彼が斯かる地位を占むるは彼が獨創的思想を有した爲ではなくして希臘の傳統的哲學即ちストア哲學の仲介者としてよくそれを羅馬法の條件に適應せしめた爲である。ストア哲學の自然法思想と羅馬法學の個人主義思想が互に相錯雜せる渦中に彼の哲學が發生したと見るべきである。故に、彼は Societus を以て Familia の自然的發展となしたけれども、それが國家の形式に到達するには一般同意の法 Juris consensu を必要とした。Juris consensu を伴はざる結合は單に群集に過ぎないのである。Civitas は國民の團體であつて是が羈束たる Lex は即ち契約である。

國家は如何なる形態を採るも其の基礎は正義共益の維持でなくてはならぬ。而して又、國家にして存續せんか政府なかる可からず。故に政府は是の結合の最初の原則の上に打ち建てられ及び之の表現でなくてはならぬ。政府は一人の手中に或は數人の手中に若しくは全人民の手中に在るを問はず、結合の最初の羈束即ち正義及び共益にして確保せられんか、其は合法なるものである。之に反して若し此の羈束にして確保せられざらんか政府は不正なるべく、政府にして不正ならんか、之は國

家の腐敗と呼ぶべきに非ずして寧ろ國家の存するなきものであると。Quid civitas nisi juris societas (De Rep. iii. 31)

國家に對して這般の一般的定義を下せるキケロは更にアリストテリーズ並にポリビオスに倣つて國家の三政體について論じた。政體の價値は其の到達すべき目的によつて批判しなくてはならぬ。若し國家にして正義及び共同の福利を維持せば政體の如何は何等重大なものではよい。此の點に關して、彼は三政體の何れにも滿足しなかつた。各政體は各其の長所を有すると同時に又腐敗の萠芽を藏するものである。斯くて彼は各政體の長所をとり其の短所を捨てたる一の混合的政體を以て必要と考へた。然共、政體の如何を問はず主權の始源は全人民の手中に存するものである。國家生活を以て人類の社會性に歸せしめたるも、然かも其の結合を同意せられたる法の上に置いた彼は誠に人民主權の觀念を藏したものであつた。此の點に於て彼は羅馬法學者と同一の立場に立つ者である。彼は又、de Republica の一章句中に於て論者をして、Pactum subjectionis の思想を吐かしめてゐる。其は即ち人民と治者との間に結ばれたる準契約である。Quasi pactio fit inter populem et potentes (De Rep. iii. 13)

キケロは希臘の諸學派の流通說、殊にストア學派の學說を轉寫するに嘆賞すべき成功を收めた。

『彼は之れ以上企圖する事莫く又、到達する事莫かつたのである。何人も彼が哲學上準哲學上の作品の全部中に何等新奇なる思想を發見し得ざるべし』(F. Pollock) とするも、吾人は彼の時代の思想に Pactum subjectionis の一斷片を見るは興味多き事と信ずる。而して之は又、彼が國家の始源を歸せしめたる Pactum unionis に近似せる人民同意說と同一なる思想より生じたるものと見做す事が出來るであらう。(Frédéric Atger; Essai sur l' Histoire des Doctrines du Contrat Sócial, pp. 24-34 R. W. Carlyle & A. J. Carlyle; A History of Medieaval Political Theories in the West, Vol. I. pp. 3-18 F. F. Abbott; Roman Politics, p. 55. 56.)

(三)

主權は國家最高の意志である。(W. W. Willoughby; Nature of the State p. 280) 之の意味に於てそは寔に自己の意志に依らずんば拘束せられる事なく、又自己以外の何等の權力によつても制限せらるる事のない國家の特性である。(Jellineck; Recht des Modernen Staates S. 421 ff) 故に國家あれば必ず主權あり。國家をして他の政治團體と相異らしむ點は實に國家が主權を有するが爲である。已に主權を以て國家の最高意志なりと見る。然らば國家の最高意志を構成するものは何人の意志なりや。這般の疑問は吾人をして主權の問題を離れて、主權者の問題に入らしむ。蓋し國家に與ふる

定義は各人によりて甚しく相違する處（例へば P. Leroy-Beaulieu; The Modern State in relation to Society and the Individual. p. 1 參照）であるけれ共、若し國家を以て單に吾人の腦中に翩飜する一主觀的觀念の所產にして、何等現實の世界に確然たる對象を認めずとなすの見地を離れて、客觀の世界の一實在と觀ずる時、國家は一個の組織體に過ぎない。而して組織體の意志を以て其の組成分子の意志より離れて思考すべからずと見做す時、吾人は國家自體を以て一の主權者と見做すことより進んで國家內に主權者を求めなくてはならぬ。（此の點に關しては J. C. Gray; The Nature and Sources of the Law ch. 3 參照）國家內に於ける主權の歸屬如何は該國家の政體の如何の標準として屢々訴へられる處である。主權が國家の全部に歸屬するや或は其の一部に歸屬するやに隨つて國家の政體は識別し得るとせられる。一人に存するや少數に存するや多數に存するやは嚮て專制政治、少數政治、多數政治を區別する事はアリストテリーズの採用した處であつて（Pol. iii. 6）之は又、ビンダー、（ロドトスの時代に迄遡ると稱せられる。（W. W. Willoughby; Political Theories in the Ancient World, p. 108）

然共、吾人は茲に事實上に於ける主權の所在と名目上に於ける主權の所在（Sovereignty de facto et jure）とを區別しなくてはならぬ。之は又法的主權と政治的主權（de politico）との相違である。

（『政治社會の眞個の支配者が何人であるかは全く發見に苦しむ迄である』とはグレー教授の嘆じた處であつて、前掲 p. 77『或は一匹の猫であつた事すらある』（板倉先生。前掲二二六頁）との言は事、諧謔に似たりと雖もよく這般の實情を道破せられてゐると云ふべきである。）

一見、抽象漠然たるの觀ある主權が如實に其の効果を表す時、吾人は主權を以て法律を制定し並に是に効力を附與する不斷の活動力なりと認む。（W. Wilson; Old Master and other Essays, p. 81）而して這般の法律を制定し之に効力を附與するに一個の主體の名目並に權威を以てするは是れ法的主權であつて、斯る法的主權者の背後にあつて、其の名目並に權威の始源たるものは政治的主權者である。法律を以て主權者の意志なりと見る時、吾人は寔に法的主權の立場にあるものであつて又、法律を以て其の始源及び効力を事實上に於ける立法者に歸せしむる時吾人は洵に政治的主權の見地に存するのである。而して事實上に於て、政治的主權者たる立法機關が如何なる權能を有するかを問はず、法律が法律たるの權威を有するは法的主權の手を經なくてはならぬ。一は法理論上に於ける主權にして、他は實際政治上に於ける主權である。其の行使機關の如何を問はず兩者の觀念は判然之を區別するを得るのである。主權なる觀念に與ふる內容が屢々相異るは實に兩者の別が存してゐる爲である。

（法的主權と政治的主權との區別については J. Bryce; Studies in History and Jurisprudence pp. 505-523 Garner; Introduction to Political Science pp. 240-248. 參照。猶、法理的主權論の立場に關しては W. W. Willoughby; The Fundamental Concepts of Public Law 1924 ch. VIII 及び主權抹殺論に關しては A. D. Lindsay, "The State in Recent Political Theory," Political Quarterly, February 1914 參照）

恰も希臘に於て政治學が第一位に位した社會科學たりしが如く、羅馬に於ては法律學が第一位に位した學問であつた。唯一の世界的國家の樹立は政治學の理論的研究を衰退せしめ、諸民族の抱含ぼ支配及び行政の便宜必要よりして膨大なる法律體系を構成せしめた。故に彼等の間に政治學說を求めんとせば其の法理論に表明せられた若干の觀念を以て滿足しなくてはならない。而して其の主なるものは國權の始源に關する學說である。即ち主權論である。

羅馬法學者は法的主權の權利と、事實上に於ける政治的主權の權力との間の混同に落入る事はなかつた。蓋し彼等は政治哲學者の地位に非して、單に法理學者の地位に於て、法的主權のみを考察したからである。

Republic の下にあつては立法的權力は Comitia に會合せる人民に歸屬し、行政上の若干行爲は『忠告の權利』よりして事實上元老院 Senatus に委ねられた。然共、元老院の這般の行政上の權力

と雖も、人民は之を剝奪し得るものと見做すべく、嚴格なる意味に於ては元老院は行政上に於てすら何等の主權を有するものではなかつた。爾來五百有餘年、人民は何等主權を行使せる事實莫かりしと雖も然かるユスチニアヌスの Institiniones 並に Digesta は猶依然として、羅馬人民を以て最高立法權を有するものと見做してゐる。羅馬法學者は皇帝を以て實際上、立法權を持てるものと認てゐるけれども、彼等は之の皇帝の權利を人民の委任から演繹してゐるのである。而して彼等の言辭を嚴格に用ひれば、這般の委任は皇帝たるの地位に永存的に與へられたるものでなくして、個々の皇帝に逐次的に與へられたものに外ならない。蓋し、羅馬人は丁度十七世紀の英國人の如く合法性の斷乎たる尊崇者であつて、革命の根跡を抹消するに細心の注意を拂つたのである。斯くて彼等は一人の手中に最上權の掌握せられし過程を以て單に假の一時的の過程なりと思料した。新皇帝の登位の時、通過すべき所謂 Lex de Imperio 中に形式上表明せられたる這般の委任說がユスチニアヌスの時代以前數百年よりして已に單なる陳套語であつて、何等實際の情態を表はすものに非ること、猶、英國の國王に關する文式が國王大權の現狀を表明するものでないと同じであるのは云ふ迄もない事である。ユスチニアヌス及び彼の後繼者は完全なる意味に於て、無缺の無限の並に獨裁の立法權を有し、而して、Digesta 中に於て第二、第三世紀の法學者によつて皇帝の權力の始源なりと表

明せられた人民は皮肉にも紀元五百三十三年に於てはユスチニアヌスが事實上の臣民に非して東ゴート國王 Athalarich の支配の下に服しておつたのである。(J. Bryce, Studies, op. cit. pp. 524-526)

確に、一の思想が其の現實的對象たる事實の確立に先じて出生するのは往々認めらるる處である。然共、又之に反して、思想が其の對象たる事實の消滅の後、長く殘存することあるは之を認めなくてはならぬ。而して事實の消滅後に於て、單に抽象的遺跡に過ぎない思想の亡靈が、新しい事實、或は思想に接觸して、是によりて再生し或は、是に更に大なる力を與ふることあるは又閑却するを許さないことである。羅馬法學に於ける民主主權論は其の法理の設定時代に於ては單に過古の事實の亡靈に過ぎなかつたのである。然れども、斯かる亡靈が再び新しい事實の前に蘇生せるの事實は吾人をして、這般の法理に其の時代に於ける事實上の効果に比し、より大なる價値を發見せしむる所以である。以下少しく羅馬法學者の所說を窺はんとする。

（四）

第二世紀以降の羅馬法學者は簡單ではあるけれども然かも明確に國家權力の始源に關する問題を考察し、而して其の範圍に於いては彼等はキケロによりて代表せられた傳統を維持した。キケロは自由と云ふ觀念を以て國家支配への參與と云ふことと同一視した頗る興味ある傾向を藏したのであ

る。かくて、彼等は羅馬の市民を以て、何等羅馬帝國の事實上の爲政に直接の參與をなすものと思惟する事はなかつたけれども、然かも猶羅馬市民を以て立法及び行政の如何を問はず國家權力の最高始源なりとなした。彼等の見解とキケロの學說との關係は興味あるものであるが、更に重大なるものは彼等の學說と中世並に近世の民主主義學說との間の交涉である。中世期に於ける社會契約說は本來、チュートン人種の政府に關する觀念並にチュートン帝國及び其の諸王國の歷史の經過に關するものであるが、併し乍ら之と同時に市民を以て國家權力の最高始源なりとした羅馬法學者の學說は明に社會契約思想の未熟なる一要素と見て差支いない。吾人は彼等の所說を以て人民同意說と呼ぶべくして社會契約說と同一なるものと稱するを得ないけれども、斯る說は軈て社會契約說に成長すべき萠芽である。中世期學者の所論を檢する時は吾人は彼等の間に這般の法理的見解の根跡を發見するのであつて、彼等が其の學說を已に知了せるかの如き事實を認めざるを得ない。吾人は羅馬法學者を以て依つて以て中世及び近世の民主的國家觀の生じたる學說の一方面を表明せしものと考へるのである。

羅馬の世界は意志の世界である。即ち法律及び政治の世界である。斯る世界にあつては意志は一方、國家の不撓の統御的秩序に現はれ、他方、個人權の形式に於て其の發展を始めるのである。

Miraglia; Comparative Legal Philosophy, p. 5) かくて羅馬人の法律的天賦は契約、私有財産、利子の權利を高唱した。而してかゝる個人主義的制度の發達は新社會的態度の勃興、並に社會責任觀念の增進にとつて甚しく打擊であつたけれども (E. S. Bogardus, A History of Social Thought p. 119) 實に、社會契約說が確然たる形式を裝ふに至つた遙か以前に於て、羅馬契約法の語法は主として權利義務の相互性を記し、而して是は又主權者と人民との間に於ても存在すると思はれたのである。(Sir H. Maine, Ancient Law, 2nd ed, p. 345) 私法は其の反映を公法の上に投ずるのである。社會を以て契約の上に設立し、且つ社會並に契約なる二法的觀念を結合せるは實に羅馬法の思想である(Atger, op. cit. Essai p. 30) "Quod principi placuit, legis havet vigorem" 羅馬法典中に於てウルピアヌスの此の言葉程人口に會炙せるものは少い。併し乍ら彼が其の後を受けて "utpote cum lege regia, quae de imperio ejus lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat." (Dig. I. 4. 1.) と加へしは往々忘却せらるる處である。『皇帝の意思は法律たるの効力を有す。何となれば、皇帝の權力を設立する王法(Lex regia)に依つて人民が彼に最高權を移轉したからである』と、純然たる民主的基礎から出發して、絕體的個人權力の高唱に終つた本章句の如き逆說法の例は僅少である。然れども、ウルピアヌスの此の言葉は一章句に於て、よく全法學者の一般說を綜合し

てゐるものである。蓋し羅馬法學者にとつては之の外の見解は知らるることがなかつた。第二世紀の初葉に於けるユリアヌスより第六世紀のユスチニアヌスに至る迄皇帝は法律の始源たりしも、それは偏へに人民が其の立法行爲によつて、彼をして然かあらしめたによる爲であるとせられた。

羅馬市民法の背後に横つてゐる國權に關する Digesta 中、最古の論議はハドリアヌス時代の法學者たるユリアヌスよりの引用中に含まれてゐるものである。彼は法律に於ける習慣の地位を說明し、而して慣習を以て當然法律たるの効力を有するものと做した。蓋し法律は其の權源を人民より惹き來つたものであるからであると。故に人民が其の意志と投票によつて宣言するも慣習を以て宣言するも何等異る處あらんや。と。(nam quid interest suffragio populus voluntatem suam delaret an rebus ipsis et factis?)(Dig. I. 3. 32.) 法律の制定及び停止の上に於ける人民の權を主張せる斯かる斷乎たる聲明を見るは誠に面白い。

吾人は茲にガイウスの見解を窺はなくてはならぬ。(Gaius, Inst. i. 2-7) 彼に隨へば一見、法律に諸種の形式があると同じ樣に其の權源も數多存するが如く思はるるけれども、嚴格なる觀察は凡て是等の諸形式は遂に全 Populus なる權源に歸還せしめ得べきを示すのである。總ての Lex を制定するは全 Populus であつて、獨り全 Populus のみである、他の階級を除き獨り Plebs 平民のみに

依つて定められたる法律即ち Plebiscitum 平民法は lex Hortensia（ホルテンシア法は紀前二百八十六年に制定せられたもので、ホルテンシウスの名を冠してゐる。ホルテンシウスは内亂後元老院に於て創定せられた大都統の官職にあつた。）によりて法令として發布せしめられたるが故にのみ法律たるの効力を有するのである。是と同じく皇帝の命令は皇帝が法律によつて per legem 其の imperium を有するが故にのみ法律たるの効力を有するのである。即ち王法によりて人民は其の全權全力を元首に附與したるが故である。Magistratus 保安官は jus edicendi 告示法を有してゐる。然かれども、之は明に彼等の被選出によつて其の權限を取得したものである。Responsa prudentium 法學者の解答が一致せる時法律たるの力を有すとせば、こは明に斯る權限が法學者に許與せらるるが爲である。ガイウスの以上の所論より人民に歸還せしめ得ると斷じ得べき唯一の形式は Senatus consultum 元老院議決である。ガイウスは此の形式に於ける法律が承認せらるるに至つた過程を定義することなかつたが、ポンポニウスは羅馬の人口が次第に增加するに隨つて、全人民を團結せしむるのが漸次困難になつた事實に歸せしめんとした。（Dig. i. 2. 2, 9.）

國權の始源に關するガイウスの說と同一なる思想は又、今掲げたポンポニウスの羅馬法律制度の發達史中に表白せられてゐる。（Dig. i. 2, 2.）其は Romulus の時代より帝政組織に至る迄の羅馬法

の歴史である、其の重要なる點は次の如し。即ち當初に於ては國家に lex も jus も存することなく全ては君主の命ずる處であつた。Romulus に至つて始めて、彼は一定の法律を人民に提示した、併しながら其の後、君主放逐に次いで這般の法律は其の用を失ひ、暫の間、羅馬は確定の法律に依らず、慣習によつて支配せられておつた。處が遂に羅馬を法律の上に建設せんとする企圖が起つて、之が爲に十人の人を擇んで希臘に至つて法律を求めしめた。而して、此等の法律を整理し必要に應じて之を訂正し及び之を解釋せんが爲に一年を限つて其の人々は國家内の最高權を附與せられた。十二銅表の法律と云ふ名稱を付せられた這個の法律はかくして採用せらるるに至つたのである。而して之等の法律は大法學者によつて解明せらるる事を要し、而して此の解明は jus prudentium を生じ更に此等の法の上に legis actiones 法裁判手續は設けらるるに至つた。後に至つて平民 plebs と貴族 patres との間に紛爭を生ずるに至り、Plebs は彼等自身の爲に法律を設定し斯くして其の法律は plebiscita と呼ばるる樣になつた。(Dig. i. 2. 2, 8.)其の後 plebiscita を以て leges として承認すべきことなり lex Hortensia によつて裁可せらるる事となつた。然るに一方、人口の增加は Populus 若しくは plebsすら之が集會を見ること困難となるに至つたから、時勢の必要は senatus を設けて是に國家施政を委託するの已む莫きに至り、かくて元老院は命令を發し、之の命令の形式に

於ける法律は元老院議決 Senatus consultum として知らるる處である。之と同時に保安官 Magistratus は法律を宣言し布告を發し、かくて市民は自ら其の係爭の依つて判決せしめらるべき jus を適確に了知せしめらるるに至つた。然共、漸次に國家の施政を一人に委任するの必要を生じ、遂に君主の出現を見、君主の命ずる處は法律たるの力を有するの權力を附與せられたのである。(Dig. i. 2. 2, 11.) 遂に彼ポンポニウスは元老院決議を除き他のすべての法律を以て其の始源を全 Populus に求めんとした。彼が說述の歷史的價値は別問題であるけれども、吾人は彼が法律沿革觀中に於て、よく羅馬法學者の政權始源論が表明せられて居るのを見るのである。

第三世紀の初葉に於けるマルシアヌスに隨へば、全ての人が幾多の理由によりて從はざる可からざるものは法律である。殊にそは神によりて顯はされ神によつて與へられたものであるからである。そは又賢人の判斷たり、故意或は偶然の違反の匡正であつて、國家の共同なる同意である。そは國家に住する全人民の服ひて生くべきものである(Dig. i. 3. 2.)と。此の章句中の後半の定義即ち法律は全國家の共同なる同意と云ふことはマルシアヌスと同時代のパピニアヌスの採る處である。(Lex est commune praeceptum, virorum prudentium consultum, delictorum quae sponte vel ignorantia contrahuntur coercitio, communis republicae sponsio Dig. i, 3. 1.) 國家の共同なる同意と云ふ定義中

には國家に於ける法律の權源を全人民に求めた見解の含まるることは明である。

吾人は君主の意志は法律なるも、斯かる君主の權力は人民が lex regia によりて彼等の全權力を彼に附與せるの事實より生ずとしたウルピアヌスの所說のすべて初代の法學者の意見と一致してゐるのを檢した。而して斯かる通說は之をユテチニアン自身の時代に至る迄其の跡を尋ぬることが出來る。四百二十九年のテオドシウス及びバレンチニアヌスの答書中に於て皇帝の權力と法律との關係が明白に說述せられてゐる。彼等は云ふ。君主は法律によつて拘束せらるるのである、蓋し彼の權力は法律の力より生ずるものなればである。と。(Cod. i. 14. 4.)此の說述に越えて明確なるものはない。斯くて吾人はウルピアヌスの學說の猶依然として五世紀の學說なることを證した。Digesta に前接せる上諭中に於て、ユスチニアヌス自身も亦明白な言葉を以て羅馬の人民が彼等のすべての權力を皇帝に移轉した古法について語つてゐる。即ち羅馬人の全權力は『王の法』lex regia と名けられたる古への法によつて皇帝の一身に移轉せられし(cum enim lege antiquae regia nuncupabatur, omne jus omnisque potestas populi Romani in imperatoriam translata sunt potestatem. cod. i. 17. 1, 7)ものである。

ユスチニアヌスの法典中に於て又、軈て王權神授說の發生すべき觀念の端緒も之を發見し得ると

するも、(例へば、我が手の中に帝國の統率を授け給びし神明の加護の下に云云。deo auctore nostrum gubernautes imperium, quod nobis a caelesti majestate traditum est. Cod. i. 17. 1.)這般の言葉は單に神の攝理が國家を支配すると云ふ意味以上にとる事は出來ないと云ふべきである。

寔に羅馬法は二世紀より六世紀に至るまで政治權力の唯一の至高なる始源を知つた。人民の權力即ち是である。而して這般の所說は單なる抽象學說に過ぎなかつたことは言を俟たざる處であつて、此の時代を通じて帝權は如何なる方法によりても獲得せられ且つ決して人民の委託によつて附與せられたことはなかつた。人民の立法的權力は單に名儀にして虛構に過ぎなかつたのである。ユスチニアヌスは恰も羅馬全人民の立法が全然廢滅に歸せしが如く、皇帝を以て唯一の legis lator 立法者と語つた事すらある樣である。(Cod., 1. 14. 12, 3. 4.) 然しながら、單に法典上に於ける空文であつて何等現實に其の表現を有することの莫かつた最高權在民の這個の思想は斯く忘却せられ抹消せらるる事無くして中世に傳へられた。是の思想が遂に國家の全部を離れて國家の立法權を思考することなかりしチユートン思想と接觸するに至つて其の効果を發揮し、社會契約思想に法理的形式を與へたのは聽て吾人の視る處である。

全政權は人民より生ずとなす法理說は少くとも社會契約說のよつて以て生起すべき始源の一であ

る。そは社會契約說と何等同一のものではないけれども、同じき觀念の未熟なる形式と見ることが出來るであらう。(A. J. Carlyle; A History of Mediaeval Political Theories in the West, vol. I. The Second Century to the Nineth pp. 63-70)（社會契約說と封建制度に關しては横敎授に深到該博なる研究がある。參讀を望む。『社會契約說の起原と封建制度』史學第三卷第四號所載。）

（五）

James Bryce が言つた樣に中世期は古代及び近世に比ぶれば本然、非政治的である。(Holy Roman Empire, ch. VII.) 而して此の時代を通じて政治上の唯一の大問題は敎俗兩權の論爭であつた。されば中世期が如何に豐富なる論爭を有すと雖も、理論的政治學の研究及び收獲としては貧弱なる文獻たるに過ぎず(Jellinek; allgemeine Staatslehre 1921 S. 57) 政治學にとつては誠に不幸な時代であつた。然共、顧つて思ふに敎俗兩權の此の激烈なる爭鬪がなかつたならば、アクイノの聖トマス、ダンテ、巴里のジアン、パドウワのマルシリオ、クサのニコラス、オクアムのウイリアム等の如き哲學者の思索は生じなかつたであらう。之に由て之を觀れば政治學にとつて此の論爭程有利なものはなかつたとも見る事も出來る。敎俗兩權は等しく最高權を熱望し、互に其の敵手の主張を詮索し、其の權力の證査は轉て主權の始源、性質、基礎に關する或は國家及び敎會の目的に關する、或は君

主司教の特權に關する一大探索を惹き起すに至つた。政治權力は正當なりや。其の始源は何處に發するやの問題を提出してこれを整然解決せんとした功績を負ふ者は實に中世神學者であつたのである。洵に十二世紀十三世紀の神學は斯る思想の殿堂たるの觀を呈したものであつた。(Atger, op. cit. p. 45. 46. L. Duguit, Traité du droit constitutionel, 1921 Tome I p. 424.)

中世の思想は恰も神政が如實に行はれてゐるかの如きを前提とせるものであつた。さればあらゆる思想的考察は常に神と云ふ名辭の核心を離ゐることはなかつた。社會契約說は寔に此の神政的思想に繼いで現はれたものである。(Otto Gierke; Johanus Althusius und die Entwicklung der Naturrechtlichen Staatstheorien 1913 S. 76 參照) 普通一般には社會契約說は十七、十八世紀の思想だと考へられてゐる。然しながら實際はそは中世期の觀念であり且つ中世社會組織の特徵たる思想並に狀態より本來生起したものである。吾人は已に社會契約思想はチュートン人種の政府に關する觀念、並にチュートン帝國及び其の諸王國成立の歷史過程に關せるものである事を述べた。古代及び羅馬法學の抽象的契約論が中世の實際的社會組織に合致してはじめて社會契約說なる假定を生ずるに至つたのである。寔に Esmein の所言の如く封建制度は即ち相互契約の社會に非ずして何であるか。(Cour d' Histoire du Droit 1899, p. 176) 然共、已に度々繰りかへした樣に、神學的思想が一切を

支配した時に當つては社會契約說も亦其の外被を脫することは出來なかつた。即ちそは神學的形式の中に織り込まれた契約理論であつた。且つ亦其の理論の形式は其の對象なる實際政治組織の體樣によつて決定せられざるを得なかつた。由つて、吾人の中世に發見するものは純社會契約說 Pactum subdictus に非して、統治契約說 pactum subjectionis に外ならない。

統治契約の思想は法王グレゴリオ七世と皇帝ヘンリー四世の葛藤中に先づ見はれたものである。然かれども此は本然、人民の主權を主張せんとする政治學的企圖に出でたるものでなくして、地上の政權を人民の契約に歸せしむることによつて、其の神聖性を剝奪し之を詆蔑し、以て神及び其の司敎の手に之を確保せんとする神學的企圖に出でたるものであつた。寔に吾人は社會契約說が人君の地位を攻擊せんとする神學的武器として出生せるのを見るのである。

斯る思想の最も古きものは叙任權問題に關する論爭中に現はれた Alsatia の僧侶 Lautenbach の Manegold がグレゴリオ七世辯護の爲に Gebhard に與へたる手簡(Ad Gebhardum 1096)中に表はられたものである。

彼曰く。『國王は自然の名目に非して官職の稱號である。人民が彼を擧げて高き地位に就かしむのは暴政を覽らしむる自由の權力を與へんが爲ではない。そは偏に外部からの暴力より彼を拒がん爲

である。國王にして若し暴政を行はんか、彼は附與せられたる威嚴より失墜し且つ人民は彼の支配より脱すること明白ではないか。蓋し、彼が由つて任命せられし所以の契約を破つたものであるからである。若し我等、相當の報酬を以て豚を飼養せんが爲に或人を雇傭したと假定し、然かも其の人にして、豚を飼養せずして却つて之を竊み或は之を殺さんとせば彼は解雇せらるること莫きや否や』と。又曰く。『各人は自ら帝王或は國王になり能はざるが故に、正當なる支配を受けん目的を以て、一人を擇んで王位に就かしむるのである。若し其の一人にして、彼が依つて以て王位に就かしめられたる所以の契約を破ることあらんか、人民は最早、服從の義務を負ふことはない。蓋し最初に破約した者は即ち王であるからである』。」(Monumenta Germanecae Historicae, Libelli de Lite. p. 365. cited in R. L. Poole; Illustrations of the History of Mediaeval Thought and Learning, 1920, pp. 203-204.)

斯かる契約の明白なる說述は典型的と云はんよりも寧ろ例外的であると云ふべきである。而して其の全句調は人君は神及び人君に對して義務を負擔し神の意志のみならず、國家の法律にも從はざるべからざるものであつて、若し其の一に背くことあらんか、人民又彼に逆くことあるべきを主張したものである。マネゴールトはグレゴリオ七世及び其の徒が要求せる以上に進んだものであつて、

中世期に於ける人民主權學說の先蹤者中、吾人に知らるる最初の人である。(H. Rehm, Geschichte, op. cit. s. 165)

神學的動機からして地上の政權を神の司徒の手に奪はんとした企圖の、其の人君を貶黜せるよりして遂に人民主權の裏書に墮したのを見るべきである。是が又轉て、司教の君主たる法王の地位に其の攻擊を轉づるに至るのは固より當然である。蓋し近世國家內に生起した民主主義思想は教會內に於ける夫れの必然的類推して勃興せるものと見る事が出來るのである。

Songs of Lews は英國のヘンリー三世と貴族との間の角逐に際して生じた多くの政治的俗謠の一である。そはシモン公の黨與の一人によつて作られたものであつて彼が同志のパンフレットとして貴族側の立場を解明したものである。曰く。神獨り眞の國王にして人君は迷道に陷り易きものである。人君は神に對して義務を負擔し若し這の義務にして履行せられざらんか人民又服從の義務より解かる可し。眞の君主は彼が蒼生の福利を求めざる可からず且つ法律に從つて民草を治めざるべからずと。(cited in H. P. Farrell, Political Philosophy, p. 110)

神學的思想より一切を量定せんとした時代に當つては人君の非妄を攻擊するに神の權威に訴ふる處あつたのは當然である。中世期を通じて神は一切の泉源として存し一切は神に歸還せしめられた。

されば神の司徒と地上の有司との爭ひは應に神に對する彼等の關係を互に排斥せんとするにあつた。恰も希臘の思想が自然と云ふ名辭の周圍を轉回してゐた如くに中世の思索は神と云ふ言葉の中に低迷しておつたのである。

（六）

中世期を通じて敎俗兩權の幾多の論爭中、最も執拗なりしものの一は十四世紀に於けるババリアのリウスと法王ジョン二十二世との間に起りたる紛擾であつた。一千三百二十一年獨乙皇位繼承の內亂は同翌年遂にババリアのリウスの勝利に歸したが王位欠缺の場合に於ける古來の法王の權利を主張せるジョン二十二世は獨乙に於ける各競爭者を排して伊太利に於ける Guelf 黨の勢力を擴張しインノセント三世の如く斷乎たる權力を獨乙に振るはんとした。斯くて、リウスの獨乙皇位に登りて伊太利皇帝たるの權利を主張するや Avignon の法王宮廷は數多の敎分を發して彼及び彼の支持者を破門し彼が皇位を承認せる地方を宗籍より除き茲に於て叙任權に關する有名なる紛爭を再出することとなつた。斯くして其の端を發したる爭鬪は幾多の成敗を經て一千三百四十七年リウスの死に至るまでの中、多くの論爭を惹き起すに至つた。（W. A. Duming;—Political Theories Ancient and Medieval. pp. 235-238 參照）然るに、斯る論爭の始まりたる年即ち一千三百二十二年、ジョン

二十二世は福音の清貧 Pauperitas Evangelica を教義とせしフランチエスカ僧團を異端として誣謗したから法王は該僧團並に其の同情者なる Padua の Marsiglio, Jandum の John 及 Ockam の William の如き人々より甚しき非難を買つた。斯くして、王權、教權の爭鬪は更に後者中に發せる紛爭により一層熾烈の度を加へたのである。蓋しリウスを勵して法王との爭鬪に力戰せしめし者は Bryce の呼んで uncompromising theorists となせる是等の人士であつたからである。

實にジョン二十二世とババリアのリウスとの爭鬪は Sacerdotium と Imperium との中世紀に亙る長き葛藤の最高潮に達せるものであつて　兩派の思想は最も完全なる表現を得たるもの（John N. Figgis:—— Studies of Political Thought from Gerson to Grotius p. 33.）であるけれ共、吾人は單に該論爭中に見はれたる政治思想中 Pactum subjectionis の傾向を有せしもののみを考察するを以て已まなくてはならぬ。

Marsiglio de Maynardius はパドッアの平凡なる一市民の家庭に生れ（千二百七十年生——千三百四十三年死）彼が生地の大學に於て、普通の課程を收めた。長じて、醫學に轉じたが彼が彷徨不常の生活の詳細は千三百十二年彼が巴里大學の牧師となる迄知る事を得ない。而して此の時代に於て唯名論の第二の創始者なりと稱せらるるオクァムのウキリヤムは巴里の學徒間にありて、確然たる

優越の地歩を占めつゝあつたのである。されば、マルシリオが彼の政治及び哲學上の思想を該英國スコラ哲學者に負ふ處ありと云ふは失當でない。オクァムのウキリアムと共にマルシリオは彼等の屬する『自由なるも然かも用心深き』大學に仍りて設けられたる『思索の限界』を超へて進んだ。斯くて彼等は大學を去りてババリアのリウス辯護の爲に彼等の理智を委ねるに至つたのである。而して該獨乙國王の周圍に集りたるフランチエスカ僧團の中、彼マルシリオは公認の領袖だつた。然共、彼は其の朋黨と異りて在家の牧師であつて醫師を業として居つた。一千三百二十四年彼が巴里を去らんとせし時、彼と同じき精神を有せる Jandum (Champagne の一村) のジョンと友情を結び斯くて中世第一の獨創的政治論なりと呼ばるる Defensor Pacis は彼と彼の友人の手によりて世に出でたのである。(Reginald L. Poole;—op. cit. pp. 231-232.)

『平和擁護論』は Dante 或は Peter du Bois が彼等の政治論の第一原理として撰べるものと同じき出發點より出發した。即ち政權は平和を確保せんが爲に設立せられたと云ふ事是である。マルシリオはアリストテリーズが政治學の教ゆる處に隨ひて、政治結合の始源を探求した。即ち國家の存在は人類が幸福に生活せんが爲である。彼は又アリストテリーズの分類に隨ひて、這般の目的を到達せんとする國家の諸形式を列擧せる後、君主制を以でより完全なるものと結論した。共然、君主

制を以て彼は無條件に贊すべきものと做したものではない。君主制に附したる彼の制限は寔に彼をして當時の一般王權派論客より異彩あらしむるものなのである。彼が國王の性質に附せる條件、法律の定義、國家の性質に關する所說は全く王權論者と相反離してゐる。彼が社會組織の根本なりと主張せる處は一般王權論者の全く無視せんとした處である。即ち彼に隨へば國家の主權は國民に存し、法律は國民によりて制定せらる可く、法律の有効性は是が制定者たる國民に歸存するものである。洵に彼に隨へば凡ての權力は國民より生ずるものである。

彼はアリストテリーズに隨ひて國民を以て彼の身分に應じて審議或は司法の權限を以て國家に參與する者（Civiem autem dico qui participat in communitate civili, Principatu autem consiliativo nel judicativo secundum gradum summ.）なりと做した。而して最良の法は全國民の審議及意志よりのみ生ずるものなる事を主張した。彼は實に斷乎たる主權在民論者だつたのである。彼進んで曰く。

（Defensor Pacis; Bk. I. ch. XII）

『吾人は已に獨り全國民の審議及び意志よりのみ最良の法の定めらるるを證したり。何となれば多數は小數より制定せらる可き法律の欠點をよりよく識別し得ればなり。全國家は其の如何なる部分よりも重大にして價値あるものなればなり。而して一般の福利は全社會より生ぜしめられたる法律

中に多く發見せらるる處なり。蓋し何人も故意に自ら損傷するもの非るべければなり。猶、斯る事態の下に於いては提議せられたる法律が社會の利益よりも寧ろ小數者の利益の爲に圖られたるや否やを檢する事を得べく而して之に對して抗議するを得るなり。斯る事は法律が共同の利益よりも自己の利益を求むる一個人或は小數者の手に依りて制定せらるる處に於ては不可能なる事なり。吾人は吾人の主要なる結論に立戻るべし。即ちそは、本一の立法的權威は最良なる法律が以て生じ其の法律が最よく遵守せらるべき所以の權威なり。即ちそは國民全體なり。國民は立法の權限を有す。遵守せられざれば法律は無効なればなり。第二の命題は次の如く述べらる可し。國民の各員は彼が自ら彼自の上に課したる法律を最もよく遵守すべきが故に、最良なる法律は國民全體の審議及び命令によりて制定せらるべきなり。第一の命題は殆んど公理と言ふを得べし。蓋し國家は自由民の團體なればなり。若し一個人或は少數者が彼等自身の權威を以て國民全體の上に法律を課制せんか、そは自由民の團體なりと言ふ事を得ず。法律を定めしものは他の者の專政者なればなり。斯かる場合に於ては多數の國民は其の法律が如何に善良なるものと雖も之に悦へざる可し。而して其の法律を侮蔑して言はん。其の制定に參與する事なし。そを遵奉する要なしと。反之して法律にして全人民の審議及び同意を經て制定せられしものとせんか、如何に粗莽なるものと雖も彼等は之に堪へ服。

すべし。そを彼の上に課制せるものは實に彼自身なればなり。

人類は便宜を得、生活を充足し不便不足を避けんが爲に政治的結合をなせるものなり。斯るが故によく福利を探求し損害を排除せんが爲には、全體の利害に關する事は又全體の聞知する處ならざる可からず。斯くして吾人は法律を有するなり。一般人民の安寧の大部は寔に法律の適當なる配置にあればなり。而して立法の權限は國民の全體或は大多數に屬すべきものなり。同じ理由により法律の認可解釋停止は又本一の立法權威に歸すべきものなり』と。(Denfensor Pacis, Bk. I. ch. XII. Goldast, Monarchia vol. II. pp. 154-312 F. W. Coker, Readings in Political Philosophy pp. 163-165 猶 Social and Political Ideas of some Great Medieaval thinkers, ed. by Hearnshaw. pp. 167-191. 參照)

(七)

專門階級としての羅馬法學者漸く消滅せんとし、加ふるに羅馬帝國の瓦解に伴ふて西部歐羅巴全社會の文化次第に凋落せんとせし時に當りて、僅に法律知識を有せし基督教僧侶の自然法と神法とを混同したのは當然の事と云ふべきである。吾人は第七世紀の初葉に於て著はされたる Seville の Isidorus が章句中に是が明白に表明せられてゐるのを見る。Isidorus は言ふ。全ての法は神授若し

くは人爲なり。神の法は自然に基き人の夫れは習慣に基く而して各相違せる國民は相違せる法律を好むが故に後者は多岐に亘る。Omnes leges aut divinae sunt aut humanae. Divinae natura, humanae moribus constant, ideoque hae discepant quoniam aliae aliis gentibus placent, 又教會法の最も古き部に屬する Gratian の Derectum に於て彼(グラチアヌス)は語りて言ふ。人類は自然法及び習慣てふ二のものに仍りて支配せらる。而して自然法とは己の欲する事と人に施すべき事を各人に命ずる所以のものにして法律並に福音に含まるるものを指す、と。已にストア學派及び若干の羅馬法學者によりて暗示せられたる自然法及び神の法の混同は基督教の舞臺に現はるるや洵に避く可からざるものとなつた。斯くて聖パウロは人々の心の中に神によりて書かれたる法律ある事を認識した。聖オーガスチンは神の國 Civitas Dei を支配すべき永久の法 Lex aeterna に就いて語つた『吾人の自然を語る時吾人は神を意味するなり。世界を創りしものは神なればなり。』(聖クリトストーム)聖クリトストームの言へるが如く基督教徒にとりては自然は即ち神であつたのである。從ひてスコラ哲學者は自然法を以て神の仕事なりと解した。

自然法の存在及び其が人間の立法者より優越せる泉源より來り、隨つて、立法者の上に絶體的拘束力を有する事は疑はるゝ事莫かつたのである。法律の本質が意志なりや理性なりやに關するスコラ

哲學論爭中最も深刻なる問題に對して如何なる解答が發見せられしとするも這般の思想は決して變ることはないのである。如何なる場合と雖も神は自然法の窮極の原因としてあらはるるのである。是は Ockam の William, Gerson, d'Ailly の如き神の意志より生ずる命令を自然法の中に發見したる人々にも同一である。こは又、Hugh de St. Victor, Gabriel, Biel, Almain の如き自然法の構成的要素を神の存在中に置くも、然かも神に依つてすら變更すべからざる永久理性の命令を發見せんとせし人々にも同一である。而して之は又、聖 Aquinus 及び其の徒の如く一方自然法の內容と神の存在中に內在し神自身に含まるる Natura rerum によりて決定せらるる理性より惹き來るも他方其の拘束力は神の意志に遡らんとする人々にとつても變ることはないのである。(James Bryce; — Studies in History and Jurisprudence pp. 593-594. Gierke, Otto. Political Theories in the Middle Ages; Note 256)

オクアムのウキリヤム（一千二百七十年—一千三百四十七年）は斯くの如き自然法より出發した。彼は又アリストテリーズの分類中君主制を以て、政治組織の中最も贊すべきものなりとなし特に、覇道と王道 Principatus regalis との區別を論じ王道を述べて自然の法に隨はざる可からざることを揚言した。(Diologas Pt. T. I. Bk. 2)

俗界に於ける法王の主張を否定せる彼は又皇帝を以て俗界に無制限に權力を行使し得るものとしたものではない。他の凡ての國王と等しく彼は又彼の政治にして正當なるべく且人民に對して有益ならざる可からずとの要件に適さなくてはならないのである。即ち俗界に於けるPlenitudo Potestatis主權の問題に關して、アリストテリーズの言に倣ひ奴隷を治むるは最良なる國家の徵に非るが如く恰も奴隷の上に行使するが如き權力は理想的治者に屬する能はざるものなる事を說いた。斯くして、Plenitudo Potestatis とは神法に悖らざる凡ての事項に行使し得る權力なりとする。彼は各個人の自由を以て自然法の命ずる處なる事を斷定した。されば個人の自由を拘束する事あるべき國家政權の行使は自然法の命ずる範圍內に爲されなくてはならぬ。斯くして彼は凡ゆる人爲的國法の上に存する自然法の條件を以て彼の最も優れたる政體なりとせる君主制を制限した。私有財產は又自然法の命に悖るものである。物による人の支配は人の自由と兩立しないからである。寔に政治的隸屬並に物的隸屬は自然法に背戾する二大惡でなくてはならない。

共有及び自由が自然及び神の法 jure naturale et divino にして且、自然法及び神の法が永久にして不變ならんには如何にして私有財產並に從屬は生起せりや。オクアムのウイリアムは這個の問題を揭げて是を解決せんとした。

茲に於て彼は人間の道德に三個の階段を設けた。墮落前 anti Lapsum 墮落後 Post Lapsum 及び不正腐敗時代是である。而して自然法も以上の三階段に伴ふて自ら三種に分るるのである。Anti Lapsum の狀態にありては人は自然の正義に隨ひて生活し制度習慣は存することはなかつた。凡ゆるものは共同に所有せられ全ての人は自由であつたのである。聖インドーラスが自然法を以て Communis omnium possessio et omnium una libertas と做せしは此の階段を考慮したからである。Post Lapsum の階段となるに及んで正しき理性は人を導いて姦通虛言等を爲す可からずして共同自由に生活すべきを命じた。第三の階段は Propter iniquitatem 不正に隨ひて起つた。私有財產及政治的支配即ち經濟的政治的不平等の生起せるは當に此の時代のことである。

Ex jure naturali omnia sunt communia ... et si post lapsum omnes homines secundum rationem viverent, omnia diberent esse communia, nihil porprium, Proprietas euum propter iniquitatem inducta est. 自然の法に從へば凡ては共有であつた。而して墮落後に於ても、全ての人は理性に隨ひて生活し、凡ては共有にして財產なるものは無かつた。私有財產は不正によりて輸致せられたのである。

支配及隷屬は等しき原因より生起した。そは jus naturale et divino に非して jus gentium et civile によりて輸致せられたるものである。然らば支配及隷屬の現狀にある此の人間過程の第三階段は如

何にして自然法の性質を分等するのであるか。以上の疑問に對するオクアムの解答は彼が體系中最も獨創的なる部分であつて彼をして彼の先驅者を異らしむる所以である。即ち彼の解答に隨へば、私有財産制度並に政治はそれが被治者の利益及び同意を以て輸致せられたる時は自然にして合法となるものであると。獨り人民の同意によりてのみ這般の制度は正當衡平たり即ち自然法たるものであると。(Max Beer;—History of British socialism, vol. I. pp. 17-18 參照)

彼は支配並に隷屬を以て自然法に背戻するものと見做したけれども、而かも斯かる極端なる自然法と現實の世界とを妥協せしむるに於て人民の同意なる橋梁と介入した。國家の政機は人を支配し人を隷屬せしむるが故に本然邪惡の性質を有するものである。然共被治者の同意は斯る邪惡として正當に轉せしむるものである。曾て聖オーガスチンが人間の意志を以て始源の罪によりて汚曲せるものと做して之に歸據するを欲せざりしに反してオクアムは人民の意志を以て理想と現實との間の鋏子となしたのであつた。

彼がババリアのルキに獻じたる Defendas me gladio ego te defendam Calams の外 Octo questiones super protestatem sunnii Pontificis 及び Clerus et Miles に題せる Dialogus は說述晦迷にして眞意を補捉するに苦しむと稱せらる。嚴密に言へば彼が書中に Contrat Social の所說を發見する事なく

Concessio の方法によりて人民が皇帝に Potestatis を轉與せしとの思想を發見すと稱するを正當なりと解す可きが樣である。(F. Atger, op. cit. p. 83 參照)

（八）

Cues の Nicholas は(Cues は萊因川に沿へる獨逸の一小都會より)千四百〇二年に生れ千四百六十四年 Todi に於て死去した。彼は法律を學び次で神學に參した。Liège の副僧正及び法王首席書記として千四百三十一年 Basel の會議に出席した。Concordantia Catholica 三卷を了したるは正に此の間の事である。千四百四十年のフロレンスの會議に於て彼は Oeneas Sylvius の影響並に政治的利害よりシルヴヰウスと共に法皇側に變説し以て法王の權威を辯護するに至つた。彼は樞機員として死去した。

Concordantia Catholica は法王の上に宗諮問會議の優越を宣言したるコンスタンスの會議（千四百十八年）の影響の下に著はされたるものである。此の非常に著名なる書は其の獨創並に特異なる力勢の點に於て一世紀以前に於けるマルシリオの夫れと比肩すべきものである。彼が學説中特に吾人の注目すべきは調和 Concordantia の學説と、並に政治の基礎は被治者の同意なりとの學説である。其の調和の學説に於て彼は物質的精神の凡ての現象の本質的調和を斷定し全ての部分は最も微細

なるものと雖も全體に緊切なる事を述べてゐる。神の宇宙は其の凡ての要素が重要なる所作を演ずるが如き組織に出來上つてゐると同じ樣に人事界に於ても全組織は小要素の集合よりなり、各要素は全體の完全なる目的に向つて動くのである。教會及び帝國は人事の組織せられたる二大制度である。而して其の各自は多くの部分より成り部分と全體との關係は教會も帝國も相違ることはない。即ち彼は教會の內部組織と國家の內部組織とを同一視した。彼に於て教會及國家の Paralellism は最も明白なる表現を發見するのである。斯くして彼は教會及び帝國の同一性組織體なる事を述べ、兩組織體は共に部分對全體の關係に於て等しき事を云ひ續て「全部」の高唱に發せる教會內の一般主權 Popular Sovereignty の思想は同時に又國家內に於ける夫れに轉ずるを見るのである。實に教會內に於ける一般主權の思想を凡ゆる方法に於て最も高唱せらるる者はニコラウス、キユザヌスであつたのである。

彼にとりては一般主權は神及自然の不滅の法の規律である。教會權力の主體は全團體である。全團體のみ獨り神の命を受けたるものである。(l.c.12-17) 教會に於ては國家に於けると等しく凡ての優越は同意及び任意的服從に基かなくてはならぬ。神は人を援けて教權の設立をなし而して凡ゆる教權は神より出でたるものであるけれ共、神によりて直に與へられたるものは獨り惠み許りであ

る。(II. c. 19)强制の力は人爲的にして任意的の交附行爲によりて賦與せられたるに過ぎないものである。(II c. 34.) 全ての官職の神授權は大僧正職も雖も俗界長官 Temporal Magistracy によりて生せしめられたる性質を有するに過ぎない。(I. c. 16. II. c. 13. 34) 而して政治に必要なる權力の交附をなすべき一般の同意 Communis consensus に定形を與ふるものは選擧である。(II. c. 14. 18-19) 斯くて彼は一般の同意を以て選擧せられたるものを以て組織する宗會議は各〻各教會を代表し更に進んで全教會を代表するものなれば此の理由に仍りて、そは法王の上に位す (II. c. 17-34) るものであつて、決して法王の權力に據るものではないとなした。然らば宗會議は必要の場合には自ら動機を出して聚り法王なくして事務を遂行し得るものである (II. c. 2. 8.) 選擧によりて與へられたる代表の性質によりて宗會議は立法の權を行使し得るものである。何となれば凡て法律の拘束力は自ら其の上に法律を課制せんとする一般の同意 Concordantia subjectionalis eorum qui per eam legem liganturに基くものであるからである (II. 12)

即ち彼に隨へば、凡て法律の効力の基礎となすものは、其の法律を適用せらるるものの受諾並に同意である。義務の唯一の泉源たるものは一般の同意であると云ふ事は神の即ち自然の權利の原則なのである。(ibid) 人は本然自由なるものであるからして成法の形式に於けると治者の意志の形式

に於けるとを不問はず、凡て政治は獨り人民の同意よりして生ずるものである。而して人は本然平等の力を賦與せられたるものであるからして一人の優越なる地位は只他の者の選擇及び同意にのみ歸せしめなくてはならない。ッ。 Cum natura omnes sunt libeli, tunc omnis principatus, sive Consista in lege scripta sive viva apud principem····est a sola concordantia et consensus subjectionis. Nam si natura aeque Potentes et aeque libeli homines sunt, vera et ordinata Potestas unius ···non nisi electione et consensu aliorum constitui potest, siut etiam lex ex consensu constituitur. (ibid. 14)

Vox populi, vox Dei. 此の法理はキュースのニコラスが教俗兩政治論の全部に横はる思想である、俗權は神より出でたるものなれ共、神が其の意志を現す器關は即ち神によりて感得せしめられたる一般意志である。人民の自由なる協意によりて設立せる權力のみ獨り神の根柢を有するものである。法律は自ら其の上に法律を課制する一般の同意 Concordia subjectionalis corum qui per cam legem liguntur の上に基かれたるものなれば、凡ての立法 juridicatio 行政 administratio は其の源を一般意志及び其の表現たる直接の選擧に求めなくてはならない。

洵に人民の任意及同意の道 per vium voluntariae subjectionis et consensus によることなくして設立せられし正當なる政府は存することを莫きものである。 (Otto Gierke; Political Theories op. cit. p.

54. Atger, op. cit. 84-86. Dunning, op. cit. 270-276)