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

Title	国家と法
Sub Title	
Author	村田, 岩次郎
Publisher	三田学会
Publication year	1913
Jtitle	三田学会雑誌 (Keio journal of economics). Vol.7, No.4 (1913. 10) ,p.799(177)- 821(199)
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	雑録
Genre	Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00234610-19131022-0177

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.

且つ棉花、木材、羊毛に就きて云ふも亦同じ。尤も、生產技術の進步は幾分か生產費用を輕減し、又支那及び亞弗利加の發達は或は原料の供給を增加することある可けれども、概して吾人は貨物生產費の增加を豫期するを得可し。

第二、需用の增加　歐洲に於ける人口の增加は將に其極點に達せんとせるが如し。殊に佛蘭西、瑞典幷に墺太利を以て然りとす。されば、貨物需用は人口の增加の爲めに膨脹するが如きことあるまじ。然りと雖も、歐洲諸國が外國に對して債權國と爲りつゝあるの結果、歐洲に於ける貨物の需用は益々增加す可し。又支那、日本、南米諸國等の需用も漸次增加す可し。

第三、金の增加　金の產出は是迄の率を以て將來增加す可くも思はれざれど猶ほ大に增加す可きは明かなり。

斯くの如く、物價をして騰貴せしめたる諸原因が猶ほ將來に於ても依然として存在す可きものなるが如きを以て、現今の物價騰貴は一時的現象に非ずして、猶ほ幾年か繼續す可し。勿論、個人の所得は軈て物價騰貴と同一程度迄增加し茲に物價と所得との均衡は恢復せらるゝに至る可し。

物價が將來依然として騰貴す可きは前述の如し。然らば、之に對する救濟策は如何。尤も、如何なる手段を講ずるとも、物價騰貴の大勢を挽回することは不可能にして、單に幾分か其弊害を緩和するに止まる可し。而して此目的を達する爲めに採り得可き政策の數例を擧ぐれば內外商業政策の改善、稅法及び其他國民經濟に關する法律の改正等なりとす。

國家と法（國法學研究之一節）

村田岩次郎

（本篇は「ゲオルグ・エリネック」著「近世國家の法」第二篇第十一章「國家と法」を譯出せるものなり。）

【其の一】法の問題

偖而國家と法との關係を決定するに當つては、先づ其先決問題として諸種の點に於て了解するに困難なる法の性質を明かにするの必要有り。而して此の目的を達するには二樣の方法を存せり。法を以て吾人人類より特立したる實在界に客觀的の存在を有する權力として研究するは其第一の方法にして、之に反して法を主觀的卽ち內在的の現象として研究するは其の第二の方法たり。第一の方法は卽ち哲學的の研究法にして斯の研究法は人類の意思より特立したる法の存在を認識せんとするものなり。

卽ち「グローチュース」の謂ふ所の「上帝在ま さずとも夫れ自身に於て行はる可き法」其の物を研究するに在り。蓋し人爲の制度の優秀なる價値を研究するのみが吾人の任務にもあらざる可し。第二の研究法は法を單に心理的の、又內在的の現象として觀察するに在り。卽ち法は吾人人類の觀念の一部を成し、而して又吾人の頭腦の中に存し、從て法の詳細なる規定は吾人の意識の如何なる部分を法として表現す可きかの問題に歸着するものなり。

法が吾人人類の行爲を羈束する一定の規則の集合より成ることに付ては別に異議を存せず、然りと雖も、此の性質は宗敎上の戒則、道德上の範則も亦均しく具有する所なり、然らば則ち法規の特徵は果して那邊に之を求む可きや？

抑も凡べての行爲は一定の目的を有するものなるが故に、法を他の範則より區別す可き標準も亦之れを法の目的に求むるは當を得たるが如し。此の法の目的に付ては萬人容易に一致する

所の見解を見出ずことを得可し。疑もなく法の目的は此の作爲不作爲に依り其の財産又は利益を且つ保護し且つ維持し、而して又或る狹少なる範圍内に於ては之を增進するに在り。法律に尙ほ他の目的を附加する論者と雖ども猶且つ以上の目的を以て法の最も直接なる目的となすなる可し。されど此の利益保存の目的は或る程度まで他の意思に基きて作用する大なる社會的勢力も亦均しく具有する所たり。從て之を以て嚴格なる差別標準となす可からざるなり。されば適當なる標準は法規の種類にのみ之を求むることを得可し。法規は次の如き特徵を有するものとす。

「イ」 法規は人々相互の間に於ける外部の行爲に對する範則なり

「ロ」 法規は一定の公認せられたる外部の權威に依りて發せらるゝ所の範則なり

「ハ」 法規は其の拘束力が外部の權力に依りて保障せらるゝ所の範則なり。

是等の特徵に依りて法規は他の宗教上、道德上の範則と區別せらるゝ、蓋し是等の範則は法規の特徵の何れかを缺けばなり。

凡そ法は其の缺く可からざる特徵として「行はるゝことを」要す。一箇の法條は其行はるゝ時に於てのみ法規の一部をなすものなり。既に行はれざる所の法又は將に行はる可き法は眞正の意義に於ての法にあらざるなり。一箇の法規は以て吾人の意思を決定す可き力を有する場合に於てのみ行はるゝものなり。而して此の法の能力は吾人が互に遵由す可き義務ありとの動かす可からざる確信より發す、されば法の存在は畢竟常に其の効力に付ての吾人の確信に基由するものなり。全體の法規は此の純然たる主觀的の要素に其の基礎を置けり。這は法が吾人の內部に存在し又法は人類共同の作用にして、從つて純心理的の要素に其の基礎を置くものなりとの

認識の必然の結果たるなり。

法が適用せらるゝが爲めには其の心理上の效果が保障せらるゝことを要す。併し法は其の規定の意思決定力が社會心理的の勢力に依りて强めらるゝ時に於て始めて保障せらる、即ち其規定が之に反對する個々の動機に對して能く行爲の動機となる可き期待が是認せらるゝことを要す、私法學者は今日に至るまで自然法學の故智を襲ふて通例强制を以て唯一の保障となし、又從て之を以て法の特徵となす。然らば强制は如何なるものなるやと云ふに是れ主として强迫的强制にして、即ち法は動機に依て吾人の意思を決定せしむることに依り其の目的を達せんとするものなり。然りと雖も何故に法律上の不利益に對する恐怖、强迫、乃至同樣の手段のみが法の保障たる可きやを說明せざるなり。自然法學の時代には法の上に影響する幾多の社會的勢力の研究は全く等閑に附せられたり。國家の權力が法の唯一の保障たりし時代に於ては法が如何に無勢力なるかは殊に認識せられざりしなり。併し乍ら、寺院法を一瞥するときは既に法規が普通に法の强制の下に了解せらるゝ手段以外のものに依て保障せられ得る事を知る可し。然り、自然法も亦良心の强制を認め、法の强制を外部的强制として之に對立せしめたり。而して唯良心の强制に依て保障せらるゝものは自然法學に於ては法と認めざりしなり。

此の學說は其の最近のものに至るまで法規の實行に付て重要なる保障を供與する社會的勢力の存在することを看過したり。一般の社會的慣習、特殊の社會的階級及び職業に關する例規、寺院の團體、出版物及び文書が個人並に社會に與ふる所の非組織的の壓迫は公認せられたる國家的强制よりも更に遙かに有力なるものなり。また一方に於て非國家的の保障のみにて國家的の强制なくんば、法規を維持すること不可能なる可

きも、他の一方に於て、社會的勢力の壓迫終熄するときは法規其物も消滅す可し。何となれば法の强制は單に國家以外の保障を必要上有力ならしむる所の要素たるに過ぎざればなり。深き根底を有する社會上乃至宗教上の慣習が法規に反對する場合に於て法の强制が全く無力なることは敢て其の事例に乏しからず、從つて法は其の存在を主張し得ざる場合あるなり。

又法規の全部が强制を缺き、又其の性質上强制するを得ざるものありとは殊に公法學者の主張する所なり。卽ち私法の範圍に於ける不完全法、憲法の大部分、又國際公法の全部は之に屬す。舊來の標準に依て判斷する法律家及び法理學者は殊に以上の法規を以て全く法律の性質を缺くものとなせり。是に於て乎、斯かる法規が實際に適用せらるゝ場合に於てのみ學術上の意義に於ける法として主張することを得可し。然れども其の適用せらるゝが爲めには常に保障の存在を前提とす。性質上法の强制を爲す可からざる國法及び國際法の大多數の有する保障は一切の法律上の强制規定よりも屢々遙かに有力なるものあり。國法の保障は第一に國家及び公法上の團體に屬し、國際法の最も重要なる部分は國際交通關係、其の他文明國相互の共同利害關係に依つて保障せらる可く、從て行政契約は屢々個々の國家に依り其れ自身の法規よりも重視せらるゝ所なり。

されば法の觀念の特徵をなすものは强制にあらずして保障なり。强制も亦保障の一種と見る可きのみ。法規は强制規定にあらずして寧ろ保障せられたる規定なり。

さて以上の結果に依て國家と法との關係を確定するに當り、先づ第一に解決を要する二箇の問題有り、卽ち一は國法、卽ち國家の法規其のもの、本質如何の問題にして、他の一は國家と其の領域内に行はるゝ法との關係如何の問題なり。此の問題を各種の方面より觀察するに當りては尙ほ、國家の國際法に對する地位に付て短簡なる說明を附加す可し。

【其の二】個々の問題

(一) 國法の問題

玆に二問題あり、一に曰く、「國家自身は法規を作成するの能力ありや？」　二に曰く、「國家に對する法ありや、而して幷は何に基くや？」

國家の意思は人の意思なり。玆には國家を表現する人の意思に對して拘束力を有する法規の存在の確定に付て論ず可し。斯かる法規の發せらるゝに當りては其の存在と適用とが治者と被治者とに依りて均しく承認せらるゝことを要す。

此の根本の問題を解決せんが爲めには前述したる法の心理上の淵源に遡及するの要あり。

〔イ〕　法規的關係の存在に付ての確信は吾人の事實に對する一定の心理上の關係に其の起源を存するものなり。吾人は常に吾人を圍繞するもの、絕えず其の經驗するもの、又絕えず其の實行する所のものを單に事實とせずして、之を判斷の標準となし依て非を難じ、以て異を正さんとす。さればとて直に倫理法律の事に想倒す可からず、吾人の日常生活を支配する凡百の準則、交通及び慣習の上に現はるゝ價値判斷に於ても總べて其の然るを見るなり。多數の人は自家の調理したる食物を美味と感じ、自己の種族を偉なりとし、自己の屬する階級の偏見を可なりとし、自己の屬する社會的階級の生活方法を以て正當なりとするが如し。

斯く事實を直に取て以て規範となすの傾向は兒童の場合に於て最も明白に研究することを得可し。兒童は一度聞きたる物語をば同一の曲折を以て再び聞かんことを望む。若夫れ之と異なる點あらんか、之を以て直に誤謬なりとして非難す可し。兒童は一個の玩具の事實上の占有を

以て法律上の所有と看做し、從て其の占有を侵するものを不法侵害と見る可し。系統發生と個體發生との竝行に依り歷史的に云へば規範の觀念は當初前述したる所と同樣の方法に於て事實より發達したるものなることの結論を慥かむることを得可し。

風習、社會的慣習、例規に如何なる規範力有りやは更に詳述するの要なし。一つの風習にして始めて行はれんとするときは开は飆て規範としての承認を得んとす。道德に付てすら吾人は屢々普遍の原則に依らずして、恰も充分世界の事情に通ぜず、地方に依り、國民に依り、將た又社會に依り幾多の相違の存することを多く知らざる輩が自己の經驗したる所に滿足するが如く、特定の國民、又は特定の社會の內部に實際に行はるゝ所のものに依りて判斷せんと欲す。

事實の規範力の根據を其の意識せられ、又は意識せられざる合理性に求めんとするが如きは全く誤れる所なり。事實は事後に至りて合理的と看做さるゝものにして、其の規範的意義は吾人の離る可からざる特性の中に存す。此の特性あればこそ既に經驗あるものは生理的にも、將た又心理的にも新奇のものより容易に再生せらるゝなれ。

法及び道義的觀念の發達を觀察するに當りては事實の規範力を認識することは極めて重要なりとす。敎主幷に君主の命令は或は恐怖より或は其の他の動機より直に遵守せらる。而して又是より屢々繰返さるゝ命令は其の命令者の如何に拘はらず、其の內部の遵由强制力に依て唯々服從す可き道德的の規範たるの觀念を發達せしむるに至る。宗敎上の一切の命令的敎義は开が承認せらるゝ所の敎主の實際の意思の內容をなすものなりとの觀念に基きて遵守せらるゝなり。古代猶太の敎義が遵守せられたるは「余は

主人なり、爾の神なり」との觀念に基けり。最古の宗敎上の敎文は敎主の裁可を以て發せられたるも、之を强制する何等の動機を具備せざりき。然り、其の存在は直に以て之を遵守せしむる正當の理由となるなり。

遮莫、事實の規範に對する關係は法の發達の場合に於て更に一層緊密なるものあり。何れの國民に於ても實際上に正當として行はるゝものが第一に法としての効力を有するに至る。不斷の慣行は自から此の慣行をして規範たらしむるの觀念を生ず。其の規範と認めらるゝものは共同團體の國權的命令、從て法規となる、是に由て慣習法の問題も亦解決せらる可きなり。慣習法は之を承認する國民精神に胚胎せず、其の內部の必要に因り法たる可しとの社會的の確信より發せず、又國民の暗默の意思行爲に因るにあらず、卽ち常に反覆繰返さるゝ事實を以て規範と看做す一般の心理上の特性より發するものなり、慣習法が拘束力を有するに至るは猶ほ禮儀若くは風習が拘束力を有するが如きなり。

併し乍ら、單に法の發達のみならず、其の存する事實も亦事實の規範力を研究してこそ始めて正當に之れを理解することを得べきなれ。事實は一般に適用せらる可き心理上の傾向を存するものなるが故に法制の全範圍に亙り現實の社會狀態は正當なりとの前提を生ず。從て此の狀態を變更せんとするものは一層優良なる法を提供せざる可からざるなり。占有の保護も亦第一に現在存する所の占有關係を保護するものなり。「ザヴィニー」以來の法學者が個々の問題に拘泥することなく、法規の全體との關係より此の問題を解說したりしならんには、之れに關する論爭も亦容易に其の落着を見たりしならん。蓋し、不法の占有も係爭中は尙ほ保護せらるゝのみならず、無效の婚姻も亦之を無效とする判決の下るまでは保護せらる可く、又取消し得可き遺言

書に依りて相續したるものも裁判官が取消請求者の爲めに判決を下すまでは尚ほ保護せらる可きものとす。議會の一院に選ばれたるものは其の當選の無效とせらるゝまでは通例其の地位を維持することを得。又選擧の違法は議院に於て爲されたる表決には何等の影響なきものとす。若夫れ戸籍吏が一人の子供の姓氏を戸籍簿に誤りて記入したるときは裁判官より戸籍簿の必要なる修正を爲す可き注意を受くるまでは其の正しき姓氏を示す所の出產證明書を缺くことゝなるなり。又手續の上より云へば原告は擧證の責任を負ふものなり。是れ卽ち現狀は正當なりとの推定を受くる一般の原則の適用せられたる一つの場合たるに過ぎざるなり。簒奪者に依る國權の行使は新しき法律狀態を成すものなり。何となれば簒奪の事實は法に依りて之を阻止する能はざればなり。國際法上今日一般に承認せらるゝ既成事實の學說も亦同一の思想に胚胎するものなり。國權の事實上の掌握者は獨り能く國家を外部に對し正當に代表することを得。簒奪せられたる正當の主權者は其の主權者の地位より遠けられたりとの單純の事實に依て斯の權を失へるなり。一八六〇年英國が以太利王國を承認するや、英國の首相は直に兩「シ、リー」王の使節との公の交通を絕ちたり。國家に關する學說は事實の規範的意義を根本的に認識することに依て著しき進步を見たり。國家と社會との關係に付て社會學說の主張したる所のものは事實の規範力を說明の基礎とし、又是に依て始めて之を理解することを得可きなり。此の學說に從へば國家の制度は互に支配權を爭ふ個々の團體の間に於ける恒久的の妥協に外ならず、又憲法は各社會的要素の伸張關係を顯示するものに外ならざるなり。而して國家の成文の憲法と事實上の憲法とは之を區別するを要す。後者に於ては國家の實際生活を反映し、成文上の規定を離れて獨立に存在する事實上の權力分布の關係なり。

尚ほ此の學說に依れば法其のものも亦互に反撥する各種の利害の間に於ける妥協なり。但し此の妥協は利害の强弱に依り、又同時に利害關係者の社會的勢力に依て定まる。從て是れ法制の根柢に橫はり、又法制の上に反映する事實上の權力關係其のものに外ならず。

此の學說は複雜なる社會現象を唯一の原因に歸せしめんとする他の總べての學說の如く、全體の法制及び國家制度の本質を說明するを得ずと雖も、猶且つ公法の重要なる部分は其の發達及び作用を之に依て始めて理解することを得可きなり。此の學說は事實上の關係其のものに規範力を存し、卽ち是より事實上の支配關係が正當なるものとして承認せらる可き確信を生ずるものなりとの觀念に依つて補足せらる可きなり。此の確信を缺くときは事實上の制度は只外部の權力作用に依て保持せらる可きものなりと雖も、這は固より永續を期す可からず、慣習終に之を破るか、左なくば純然たる外部の制度其のものゝ破滅を見る可きなり。然も一定の狀態が慣習上規範として承認せらるゝときは、外部より見て如何に無法なるも猶且つ正當なりと認めらる可し。殊に奴隸制度の歷史に付て見れば明かなり、例へば中世紀の幾多の隸屬關係は一般に、從つて奴隸自身も亦皆に之を事實上の服從としてのみならず、法律上の制度として承認したるが如し。

是に於て乎吾人は國權の法に對する地位、及び國權に對する法、卽ち國法の存在の可能なる所以を明かにすることを得可し。大多數の場合に於ては新に國權の組織せらるゝ際に全く何等法律上の關係に基かざることあり。國家の組織及び解體は幾多の形式に於て現はるゝ權力に依る場合最も多し。併し國家の成立が法律行爲に

依一準備せられたる場合と雖も國家成立の事實其のものは法律の範圍外に存するものなることは既に述べたるが如し。又革命及び非常手段等の權力行爲に依て國家の組織に根本的の變革を生ずる場合も亦同じ。國家最高機關の事實上の權力關係の移動に依つて憲法の條文には一言半句の變更を見ざる場合にも猶且つ國家制度の上に新關係を生ずることあり。英國に於て國會政治を行ふことを規定したる法律一も存することなし。國王の特權は權利條例以來法律に依て重要なる變更を蒙りたることなしと雖も、國情に慣れざる外來の「ハノーヴァー」王家の弱點と議會の事實上の權力とは漸次王と下院との間に於ける今日の關係を成立せしめたり。

國家の純然たる事實上の權力が法律上の權力となるは常に此の事實は規範的なり、又規範たらざる可からずとの觀念に由るものなり。從て此の經過は全く內的にして吾人の頭腦の內部に於て行はるゝものなり。法も亦一切の社會現象の如く吾人の中に存し、吾人の以外に存せざるものなりとの正當なる認識を有する者は何人も敢て之を怪しまざる可し。されば爾後甚しく無法なりと思はるゝ或る社會に於ける權力の分布關係、治者の被治者に對する壓抑も亦が單に權力に依つて命ぜらるゝが爲めにあらずして、服從者も亦之を承認することに依つて法の性質を取得するものなり。されば古代埃及乃至波斯の專制政治も其の被治者に對しては猶法の性質を有したるなり。然り而して後世の法律觀念に依て此の種の國家組織を思量せんことは啻に非歷史的なるのみならず、又非法律的の思想と云はざる可からざるなり。

法の觀念を全からしむる爲めには規範としての事實の確信の外に權力關係に於て顯現せらるる法の保障を附加せざる可からず。此の保障は殊に權力關係の中に存在す。權力關係に移動なき限り、之に適應する法規を自から保障す可し。次に國家の組織の中に存する保障を擧ぐることを得。各種の機關の間に於ける權力の分配と一機關に於ける權力の集中、獨立の官吏、隷屬的の官吏、中央集權と地方分權、獨占的官治行政と廣濶なる自治行政、强大なる常備軍と微力なる國民軍、最高官吏の責任制と無責任制、司法權の擴張と縮少等凡べて是れ國家組織の現狀維持を保障し、從て法規としての性質を有する作用をなすものとす。個々の强制權の外に國家の强制權ありて公法の總べてにあらざるも猶其の大部分を保障することを得べし。總べて是等の保障は如何に强力なりとも、固より絶對の性質を有するものにあらず、蓋し人事に於ける此の種の事項は概して全きを期す可からざればなり。法を變更する歷史上の勢力に對しては既に述べたるが如く、法其のものも亦無力なり。併し乍ら是れ總べての法に於て然るものにして只國法のみの事にあらざるなり。

茲に述べ來りたる思想は公法の性質に關する各種の學說を以て複雜なる現象の片面的觀察なりとしたり、并は卽ち法は結局常に長時日を通じて行はれたる事實關係の認識に由來すとの正統學說の骨髓をなすものなり。されど國家を只權力關係として、又弱肉强食の事實として觀察する學說も亦公法の一要素を認識するものなり。兩說は權力と法とを絶對に相容れざるものとして觀察する點に於て誤まれり。唯夫れ規範の觀念に依て伴はれざる權力は不法として認めらる可き而已。

國家の權力關係を法律關係に變ずる手續は各具體的の場合に於て種々に分別せらる。國民の性格の活潑不活潑、公共的精神の鋭敏なると否と、民衆を同化する主權者の能力、及び各個の歷史的事項を決定する幾多の歷史上の事情の如何に依り、政治上の事實をして法としての認識

を得せしむるまでに時間の長短を生ず可きなり。されば國民生活の中には同時代の人に依り、又後世の人より無法の統治及び粗暴の專制と認めらる可き時代を存す可し。然も此の狀態たるや反覆せらるゝも猶未だ適法の確信を生ぜざるものに對して僭奪及び不法と認めらるゝ事情を取去るを得ば法律上の意義を有し得るなり。

「ロ」、併し乍ら茲には法の成立及び發達に於ける第二の重要なる要素を確定し攻究せんと欲す。未だ規範として認められざる狀態と或る目的を標準として現在の法律的關係を批判すること、は之を區別するの要あり。社會上の關係の變動と共に現に行はるゝ法規の價値にも自から變動を生ず可きものとす。社會上には絶えず變動變革の行はるゝものなるが法規も亦之に應じて變移す可きものなり。蓋し此の變動は現在の法を變更し、補正する努力を隨伴すればなり。此の努力の高度に達するときは必ず法の性質に關する半ば明確にして、又半ば曖昧なる學說を生ず。殊に現に行はるゝ法に對して一層有效なるの理由を以て他の法規を對立せしむるに至る、即ち新に承認を得んとする請求を實現する所の法を發生せしむるなり。近世の革命が總べて自然法の力を藉りて起りたるは偶然にあらざるなり。自然法の根本思想は時代の推移と共に變更せられたる社會又は個々の社會階級に法の作成に關する權力を賦與せんとする要求の全部に外ならざるなり。

併し自然法は單に權力に基きたるものにあらず、否其の適用に關する直接の確信は主として事實上の慣行に依り、支配的勢力を有するものの暗默の承認に依り、制定法となるものなりとの實際的の觀念に基くものとす。既に述べたるが如く法を生ずるものは事實なるが此の場合には主客を顚倒して法の觀念が事實を生ずることゝなるなり。

近世の法制史に依て之を詳說するは充分尊敬を拂ふ可き事業なりと雖ども、茲には國家の法律上の觀念に關する近世史上の特に顯著なる二三の例を擧ぐるに止めんとす。

古代獨逸帝國憲法に依れば領土は國家にあらず、領土高權は內部の關係に於ては恐らく相關せざる公法上及び私法上の要素の混合せる權利に外ならざりしなり。其の後に及び領土は即ち國家なりとの獨乙公法學者の說明を見るに至れり。而して其の之を說明するや「普通國法及び國際法、即ち自然法の眞正の原則」に據りたり。此の自然法的觀念は制定法の發生を促し、領土國法の形成に直接の影響を與へたり。是に由て第一に領主の權力は國權にして個人の私權に依りて避く可からざる制限を蒙るも國權の發達に抵抗する何れの權利よりも有力なりとする確信を生ずるに至れり。此の領土を以て國家とする自然法の學說は領土を國家に變更する上に於て重要なる影響を與へたり。後に至りて立憲國の性質より各國家に直接適用せらる「普通憲法」となり暗默の間に此の普通憲法の各種の原則は多數の國家に於て採用せらるゝに至れり。

此の自然法の制定法化（斯くの如き語を使用し得可くんば）の手續が最も顯著に行はるゝは革命の時なり。就中佛蘭西に於ける革命運動の當初、吾人の當に記憶す可き一七八九年六月二十三日に於ける臨幸會議の當時に於て其の然るを見たり。第三階級は王命に服せず、自から憲法制定權を有する國民議會なりと宣言し、然も之を適法の主張なりと思惟したり。

此の大革命を指導したる人々は舊王國も亦實際國民主權の原則の上に立ち、國王も亦社會公共の意思を行ふ官吏に外ならずとの確信を有したり。併し乍ら此の確信は第三階級の革命的なる、然も何等重大の支障に遭遇せざりし行爲に依て法の效力を有するに至れり。一七九一年九

月三日の第一次佛國憲法は全然民主權在民の原則に則り、國王は全く「ルッソー」が其の社會契約說に於て與へたる地位を有するに止まりたり。

一八四八年の獨逸革命運動の際も「フランクフルト」に於ける憲法制定議會は獨占的に國民に歸屬せる憲法制定權を代表し、各聯邦政府は「フランクフルト」議會の委任の範圍を超越す可からざることを明かにしたり。從て憲法の成立に各聯邦政府の同意を要するや否やの問題は曾て解決せられざりし所也。國民議會は其の立法的決議が其の命令に基きて公布せらるゝことに依り、直接各聯邦政府幷に獨逸國民を拘束するものなりとの確信を有したり。國民議會は乃ち獨逸手形法を發したり。此の手形法は二三の聯邦に於ては帝國法として採用せられ、他の聯邦に於ては其の聯邦の國法として採用せられ、又帝國假政府は一八四八年十二月廿八日國民議會の議決したる獨逸國民基本法を公布したり。聯邦の一部に於ては單に政府の公布に依りて帝國法としての效力を有し、他の聯邦に於ては國法として採用せられ、普漏西、墺太利、巴威倫及び「ハノーヴアー」に於ては全く公布せられざりき。此の獨逸聯邦政府の態度の一定せざるは國民議會が自然法の學說に歸せしめたる主權の觀念に關する見解の相違を表明するものなり。後に至り「フランクフルト」基本法の法律としての拘束力を確認したり。此の法律としての拘束力は固と聯邦議會の採用せる見解に依れば全く缺如したる所のものたり。然も其の聯邦議會自身も猶且つ「將に然る可き事項」が適法なりとの確信に依て直接法としての效力を有するに至り得ることの觀念を排斥し得ざりしことを偶々以て證明するものなり。

既存の權利としての法の觀念は現在にも存することは今日の社會主義的運動幷に之に關係する文書を一瞥すれば明かなり。生存に對する權利、勞働に對する權利、勞働に對する充分なる報酬を受くるの權利等は凡べて今日の社會主義的自然法に屬する事項たり。而して社會主義者は恰も十八世紀の佛蘭西急進派が社會契約說に依て其の主張を貫徹せんとしたるが如く「經濟的基本法」に依て其の主張の適法なる所以を辨明せんとするものなり。

又將來に於ても疑もなく、既存の權利としての法の觀念は法を形成する上に於ける有力なる一要素たる可し。自然法の存在を否定せんとする科學的批判は自然法が多樣にして變化するを以て適用せらるゝことなく、從つて法の性質を缺如するものなりとして自然法其のものを否認せんとす。併し右の學說は自然法の現象を說明せず、吾人が法の本質を攻究し始めたる其の最初の時より人爲の規定に依らず、寧ろ人爲の規定に對して一層優等なる規範を示す所の自然法の存在を認めたる歷史的事實は近世の法律的批判に依ては之を理解する能はざるなり。「ソクラテス」之を創唱し、「アリストテレス」最も明白に組織し、「ストア」派の倫理及び法律哲學の基礎を爲し、「キケロ」及び羅馬の法律家の自然法學說を產み、斯くて自然法は中世紀を通じて盛んに行はるゝに至りしものなるが今日尙ほ多數のものが信ずるが如く、近世に於て「ブーゴー」「グローチユース」及び其の他の者が創唱したるものにはあらず、只舊來の神學的臭味を脫し、舊說の新たなる影響の下に一層明瞭、又正確なる學說を建てたるなり。而して是れ遂に革命說を產むに至れり。併し乍ら今日も尙ほ之を否認する法學者の觀念より全く脫離することなく、寧ろ法學は專ら自然法を前提とし、又之より演繹することに努むとは「ベルグボーム」が詳細に且つ敎訓的に叙說したる所なり。

斯かる重大なる歷史的の現象は自然法を反駁し、又之を否定しては理解するを得ざるなり。

近世の法學が制定法と相並び又其の上に存在す可き法を主張する一切の思想を排斥せんとするは恰も宗教に眞僞を分つことが宗教上の現象を歷史的に了解する能はざらしむるが如きものなり。近世の法學に缺如し、又單に法の制定を論述することに依て明かにせられざるものは法を發生する勢力に關する深刻なる研究是なり。卽ち法の淵源として慣習と法規とを擧ぐるを以て滿足し、僅かに二三の概括的注意を與ふる位に止まり、此等の淵源の經過に付ては多く意を致すことなきなり。根本的の大問題たる「不法は如何にして法となるや」てふ問題に至りては法律家は之を法律哲學者に委し、其の問題の解決は或は之を無視し、或は之を冷視せんとす。若夫れ法と既に法にあらざるものとを正確に區別せんと欲せば、先づ法を發生し、從て法の前提となる可き勢力の本質を根本的に了解するの必要あるなり。（中略）

「八」是を以て國家の制度を法規たらしむる根本の作用をなすものは二個の心理的要素なり。第一は事實上の慣行に依て規範を發生する卽ち保守的の要素なり。第二は制定法の上に存在する法の觀念を發生せしむる合理的、進化的、又進取的にして現在の法律狀態を變更せんとする要素たり。

政爭に際しては此の兩種の要素を代表するものは必要上合同する場合を除き、互に對抗して現はるゝものとす。既に證明せられたるが如く、國法の法的性質に付ての確信の基礎を爲すことに於て、成法的要素の中の第二の要素は大なる意義を有するものなり。卽ち特殊の方法に於て第一の要素と結合し、既存の國家制度に反對する狀態を正當ならしむるが爲めに共同の作用をなす。但し幷は既存の制度の變更に對する自然法上の要求に胚胎する場合たる可し。

然れとも亦現行の制度を確保する上に於ても

成法的合理的要素は重要なる參加作用をなすものなり。蓋し法律制度其のものゝ形體を根本的に變更することなくして、然も一定の時期に適當と認めらるゝ目的を實現することを得ればなり。人爲の制度が能く連綿として歷史的繼續を保持し得るは適當と認めらるゝ社會の目的に應じて舊來の制度を改むることの可能なるに由る所極めて大なり。法制史は現行制度を合理化する不斷の措置を伴隨したり。吾人は今日永き歷史の結果たる單婚制度を以て合理的婚姻制度と認む、然れども其の合理的なる所以は家政と關聯して婦人の社會上に於ける地位に對する道德的觀念の變化に基き漸次に此の法律的制度を完成せしめたるに因るものなり。吾人が或る制度に付き既往に於て永き間に得たる經驗は卽ち將來其の制度を合理的なりとする觀念を發生せしむる基礎をなすものなり。斯くて制度自身は普通の思想に從へば制定法の基礎を離れて合理的なる理性の直接促したる社會的制度たるの特色を有するに至る可きなり。

斯かる合理化的作用は國家的制度に付ても亦之を認むることを得可し。熱心國家否認說を唱道する少數の者を除くなれば、國家及び其の制度は吾人に取りて合理的なり。開闢以來人民の運命は國家と離る可からざる關係に在るの事實は國家の事業を以て他のものに依り代替す可からざるものなりとするの確信を生せしめ、從て國家を合理的なりとし、又其の存在を適法なりと認るものなり。歷史家に取りては此の結論は自明の事にして、敢て其の根底に横はる心理上の要素を理解せんとせざるなり。

遮莫、法を成立せしむる第二の保守的要素は單獨にては法の不斷の發達を保障する上に寄與する所大なりと云ふ可からず。然れども他の一方に於て合理思想のみ吾人の思想を支配し、保守的歷史的の要素と全然何等の關係を有せざる

に於ては法の發達の繼續は著しく危うせらるる可し。歴史的要素を全然否定する場合に於ては一切の現行制度を無視する主觀的批判を發生せしむ。此の傾向の極端は國家を專ら片面的の合理的思想より批判し、從て之を否認せんとする範圍内に於て無政府主義となるものなり。斯くて一方に於て片面的の歴史的要素を存すると共に他方に於て偏面的の合理的要素を存するも、國家を殘忍無法なる權力とするの觀念は只狹隘なる區域と短少なる時間の範圍内に於て行はるゝのみ。從つて人民の全體の意識に於て國家は單に事實上のみならず、法律上の又合理的の權力たり。是れに由て又國家的制度自身が法律上の制度たるの確信を生ず、又同時に法なりとの主張をなし得るものは法其のものゝ淵源なりとの確信を生ず。是れに由て公法の法たる性質は否定するを得ざる程明白となる可し。

以上述べたる所よりして國家生活の實際の事實と國家の法規との間に區別の存することを知る可し。總べて法は判斷の規範たり。從て判斷せらるゝ事實關係とは一ならず。此の事は殊に二個の方面に於て大なる意義を有す。其の一は既に叙べたる所なり。國家的生活に於て事實上の關係は之に依て生ずる法規の前提となるものなり。されば國家の組織せらるゝ場合又は强力的革命の行はるゝに際して國家の制度が全く純然たる事實上の權力として現はるゝことあり。而して斯が歴史的となり、吾人の思想に於て合理化せらるゝ場合に於て始めて法律上の權力たるの性質を取得す。然れども、法は決して國家内部の根底に於ける權力上の爭議を解決するの能力なきものなり。何となれば公法の制度を以て完全なるものと觀察し、各場合に於て判決を求め得るものなりと想定するが如きは私法より藉り來れる最も排斥す可き比喩たり。法規完全說は只裁判官が各場合に付て終極の決定權を有する部分の法規に對してのみ認む可し。裁判官は只自己の前に提供せられたる事件を裁判するの義務を負ふのみ。民法々典が裁判官に對して明確に定むるが如き規定は公法上の最も重大なる爭議に付ては全然不能の事なり。唯國家と個人との間の訴訟、乃至各種の國家機關の間に於ける權限爭議に於ては裁決に依つて決定することを得るも、國家最高の機關の權限が憲法上に定められざるとき、是等の機關が其の職務を執行することを拒絶するとき、若くは其の他の理由より之を執行せざるときは裁決に依て事を決するを得ず。從つて斯かる場合には恐らく「最高の地位に在るものは何人に依つても裁判せらるゝことなし」との原則行はるゝものと云ふ可し。又裁判官存する場合に於ても、其の直接關係せる機關が義務の履行を拒絶したる場合には其の判決を强制するの途なきなり。佛蘭西共和國大統領は兩院の合併せる國民議會に於て絶對多數を以て選擧せらるゝの規定なるが、「グレヴィー」の再選せらるゝに當りては王權黨は憲法に違反する方法を以て其の選擧行爲を妨害せんとしたり。若夫れ議長と共に國民議會の多數が選擧を行はざることを決し、從つて大統領の選擧を拒絶したる時は其の結果如何？國民議會は法律上新なる憲法上の規定を單獨制定するを得ず、兩院に於て議決し、然る後國民議會に於て總議員の多數に依て可決せらるゝことを要すればなり。一の大統領が選擧せらるゝまでは執行權を行使するの義務ある政府が大統領任期の經過若くは死亡する少しく前に責任を負ふ能はざるの故を以て辭職し、其の事務を行ふことを拒絶したるときは、如何にして「無欠缺」なる國法が是より發生する問題を解決す可きぞ。斯かる場合法律上執行權は果して何人に屬するや？將た又大統領を選擧す可き憲法上の要求は如何にして貫徹するを得可きや？

專制國に於ける一例を擧げんか。一七二二年二月五日「ペテル」大帝の勅諭に依り露西亞の皇位は現皇帝に於て其の繼承者を指名するの規定なり。然らば卽ち露國の皇帝が其の後繼者を定めずして死亡したる時は如何？斯る事例は屢々存する所なるが、此の場合無欠缺なる國法に從ひ露國の皇帝たりし者は果して何人なりしや？

法規完全說は法と國家との基本關係を誤解するものなり、總べての法は國家存在の事實に依て避く可からざる制限を蒙るものなり。從て國家的生活の根底に於ける變化は實際に法を破毀することを得るものなり。然も法には危機に際して國家生活の運命を決定す可き力なきなり。然り而して國家の制度を明かに侵害したる場合に於て之を辯護するに國家緊急權、換言すれば權力は法に勝るとの原則を以てせんとす。されど治者又は被治者に依る强力的革命は法の標準を以て計量するを得ず。然らずば歷史は刑法に依に判斷せられざる可からざるなり。全然法の範圍に屬せざる斯の如き事項は法規を以て悉皆之を除外するを得ず、否充分發達したる法規を存する場合に於ても、猶且憲法上の缺點を存し其の各場合に於て法規の欠缺は事實上の權力關係を以て補塡せらるゝを見る。是に於て乎法學者は其の處決に惑ひ、結局論證法を藉りて既成の事實は合理的なりとするを得可きのみ。然も是れ其の激しく攻擊したる自然法が熱心以て唱道したる事實の合理性を認むるに過ぎざるものなり。一八六二年より同六年に至る豫算なき普漏西が少なくとも或る程度まで適法なることを證明することに付き吾人は如何に無益の勞を費せしか。此の事實の合理性を認むることが如何に廣き範圍に及ぶかは英國の實例以て能く之を明かにす可し、卽ち英國の法學者「ヤコップ」二世の貶謫逃亡を以て單に讓位と解釋したるのみならず、之を以て爾後發生す可き同樣の場合に

對する先例となしたり。乃ち「ブラックストン」氏は說明して曰く、「將來君主にして君民間の契約に違反し、以て帝國憲法を侵し、國家の基本法に背きて逃亡したるときは、此の場合君主は讓位したるものと看做され、從て王位は空虛となる可きものなり」と。

遮莫此の種の法律上の空位は單に例外的の場合にして或は爭訟を許し、或は又事件の性質上爭訟を許さゞる場合に於ては事實を法規とすることに依つて斯かる場合の缺點を補はんとするの傾向を存す。されば革命及び憲法の侵犯は常に新法規發生の機會を與ふるものなり。併し乍ら大騷擾の際中僅かに國法の一部分のみ停止又は全く破毀せらるゝことを得。然も法規の大部分は斯かる場合にも尙ほ其の作用を妨げらるゝ事なき也。文化の發達したる社會に於ては全部的の無政府狀態を現出することは實際に有り得べからず。佛蘭西に於ては法の繼續性を確保するが爲めに各正統及び革命的主權者に共通する範疇を設け、卽ち「王」「皇帝」「大統領」等は一に國家の元首なる名目の下に一括せられ、此の元首なる稱號を有するものは新憲法の規定上の相違を勿論別として直に前任者の全權限を以て元首の地位に就くものとす。

〔二〕 國家と法の作成

第二に吾人の當に解決す可き問題は國家が其の領域內に成立する法に對して有する地位如何の問題なり。之に關しては第一に法は國家に先ちて存在するや否やの古き問題有り。今日も尙ほ論議せらるゝ所の此の問題は內部に曖昧不明の點を存す。殊に發達したる國家觀念を自明の事として前提に置くを以て問題其のものを混亂せしむ。蓋し國家を以て近世の國民の政治團體と同一視するに於ては國家に先ちて法の存在したることは疑なき所なり。然れども國家を動的に觀察し、或る時代に於ける最高の統治團體と

解するときは其の解答は前の場合と全然相違す可し。

法は專ら社會的任務を果すものにして、從て人類の共同團體を前提とするものなり。孤立せる人類より發せる自然法も亦多數人の間に在りて始めて發達することを得可し。又全く組織せられざる團體は歷史的にも存在せざるを以て法は縱令如何に粗なるも一定の組織を有する社會團體を前提とするものなり。斯くの如く組織せられたる社會團體にして更に優等なる團體を其の上に戴かざるものは國家なり。此點こそ政治的發達の最も幼稚なる時代に於ける國家と今日の發達せる主權國家とに共通する唯一の特徵たるなれ。然も斯くの如き原始的の國家組織は曾て存在せざりしことなく、又今日に於ても最も劣等なる社會生活を爲せる人民の間に存する所なり。人類共同生活の原始的形體は古今其の例に乏しからずと雖も個人々々各別に孤立して存在したる例は先史有史の時代を通じて之を證明する能はざるなり。上述の意義に於て法は曾て國家に先ちて存在したることなし。斯かる原始的の組織は其の文化の程度に於て法の施行に必要なる保障を供與し得たる唯一の權力たりしなり。

上述の如く、法は國家に先ちて存在することなしと雖も、一切の法の作成は獨立の國家のみに留保せらるゝものなりと斷ず可からず。若夫れ唯一の團體が存在する場合ならんか、法規の存在及び維持に對する必要なる社會組織に付て國家は法又は法の運用に關する唯一の淵源たる可し。然れども總べての法は恐らく其の初めに於て國家內部の狹き團體に發し、然る後一層廣き團體に及ぶ可し。泰西に於ける文明國最古の法は初め家族の內部に發達し、團體の構成と關係ある宗敎は初めは家族的宗敎にして、後種族的宗敎となれり。「アーリヤ」人種が原始的組織

に優越する國家組織を形成したるときに當り公法は多數家族の聯合法たるの性質を具へ、家族の自治は非聯合法の範圍に於て繼續したり。此の關係は更に複雜なる國家の組成分子に付ても尙ほ存する所たり。又國家が幾多の種族より成る場合に於ては其の對當權者たると服從者たることを問はず、之に廣濶なる獨立立法權を賦與するの例なり。新舊の世界的國家が能く其の地位を維持することを得又得たりし所以は其の服從者にも一定の範圍に於て固有の權を認めたるに由る。國權の未だ充分發達せざる時代に在りては國家內部に存する新舊の各團體に於て法の作成幷に實施に關する尠なからざる事務を管掌したり。而して此の經過は國家が統治權の唯一の掌握者となるに及んで已む。是に於て乎法の法律上の保獲(全部の立法作用にあらず)は國家の專ら管掌する所となる。裁判權は乃ち國家の獨占に歸し、裁判は國家自身に依り、又は其の委任に基いて行はる。斯くの如くして終に國家の領域內に行はるゝ法を規定するは國家の權利となり、從て近世の國家に於ては法は總べて國家之を作成し國家之を發するものなり。

今日に於ても國家より獨立したる法を有する團體あり、例へば敎會幷に一切の組合團體の如し。是等の非國家的法規は一定の範圍に於て法律上の組織に依らず、總て法の强制の觀念に屬せざる社會的保障を存ず。斯くの如き法に對する法律上の强制は統治權の作用として獨り國家に屬する所なり。されば團體法が其の團體員に對して法たるの性質を有するが爲めには國家の委任に基くか、又は自主權の形體に於て國家の承認を得ざる可からず。而して團體法は只國家の意思に依りてのみ國家に對して客觀的法たることを得るものにして、卽ち斯くして始めて國家法規の一部たるを得るなり。團體法の作成は今日に於ては國家に專屬する事項たり。