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

Title	労働法の研究方法
Sub Title	
Author	奥田, 忠雄
Publisher	慶應義塾理財学会
Publication year	1930
Jtitle	三田学会雑誌 (Keio journal of economics). Vol.24, No.5 (1930. 5) ,p.707(19)- 772(84)
JaLC DOI	10.14991/001.19300501-0019
Abstract	
Notes	
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00234610-19300501-0019

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.

ほ不完全なりし時代の産物なり。第二十世紀の今日に於いてすら金輸出解禁前後の對策として偏へに緊縮政策、國産奬勵を行ひ、以つて國際貸借の平衡を企圖しつゝあるに依りて觀るも、第十七世紀の昔に於いて國際貿易の發達によりて、中世的貴金屬輸出禁止の制破れ、通貨資料の缺乏に惱める商人等が所謂ゆる「有利なる貿易差額」によりて自國に金銀財寶を收受せんとせる所以を了解し得可きなり。

勞働法の研究方法

奥田忠雄

目次

第一、カント主義の法律學研究方法の批判
（一）學問研究の出發點としての方法論の意義
（二）カント主義は二元論なり
形式と内容の二元論――形式主義の法律學、シュタムラー
規範と存在の二元論――規範主義の法律學、ケルゼン
（三）形式主義の法律學の批判
イ、内的批判
ロ、超絶的批判
（四）規範主義の法律學の概要
（五）其の批判
第二、法律學に於ける社會學的方法
（一）法律社會學とは何ぞや
第三、勞働法の研究方法

（二）　從來の理論法學と法律社會學との關係
（三）　法律社會學の方法原理としてのマルクス的方法
（四）　社會學的方法の特に勞働法の研究に必要なる所以
（五）　勞働法の研究と社會政策並に工業政策との關係

一

私が茲に勞働法の殿堂への長き遍路に旅立つに先立つて、豫め如何なる道に沿うて進む可きかの問題を取扱はうと思ふ。然し學問構成の出發點に於て、常に必ずしも方法原理の研討を必要とするものではない。恐らく吾人は或る確固たる本能に導かれて、其の目的に通ずる唯一の道を顧慮することなく、而も正しき結果に到達し得るであらう。恰かも藝術家が天才的手腕に依つて、直接美の殿堂に參加するが如く。夫故、科學的認識を得しむるものは、唯一の最初から規定された道ではなく、恐らく學問研究の道と目的との關係は、正に反對に道が目的に導くのではなく、目的が何等かの道を切開くのである。此の場合全くハメルリング(Hamerling)が、失つたエロス(夫たる愛の神キューピット)を探してあちらこちらの道を尋ね歩いて居るプシュケに對して云つた意味深い言葉が當て塡る。『汝を神(即ちエロス、眞理、愛)に導くものは道に非ずして流浪なり。』(1)と。

然し道を尋ねずして、容易に眞理の殿堂に參加することは小數の天才に限られて居り、他の多くの者に取つては、其の爲に長き流浪の時期を必要し、而も多くは眞理に達せずして迷路を彷徨ふか、高々長き流浪の時期に得た雜然たる巨大な知識の累積を齎らし、其處に科學の要求する統一性、體系を缺くは余りに屢々目擊する所である。斯る困難と危險とより脱する爲め、茲に豫め目的への通路、方法原理を敢へて研討するのである。然し專ら勞働法の研究方法のみに限らずして、廣く法律學一般の方法原理に關し鄙見を述べやうと思ふ。

蓋し、吾人にして其の眼を過去に於ける經濟學並に法律學の發展過程に向けるならば、兩者の間に全く平行的類似を見出すであらう。斯る平行的類似を見出すことは何等遇然な事ではない。否な、兩者は同一の社會組織の發展を反映する觀念形態に外ならないからである。吾人は自然法說に對して、古典的經濟學說を見出すであらう。又ザヂニイに依つて提唱された歷史法學に對して、ロッシャーに依つて創設された歷史派經濟學說を見出すであらう。更に墺地利學派の心理主義に對して、ティテルマン一派の心理主義の法律學說を見出すであらう。最後に、最近に於ける數理經濟學說に對して、極端な形式主義に立つシュタムラー一派の形式主義の法律學と、ケルゼン一派の純規範的法律學とを見出すであらう。筆者は是等近世初頭より今日に至る凡ゆる法學派の方法論を分析し、批判するのを此の小論文の目的とはしない。唯自然法に於けるが如き、獨斷論的、形而上學的な唯理論と、單なる心理主義的な經驗論とを止揚した最高の認識論と看做されて居るカント主義に其の基礎を置く法律學の研究方法の分析と批判とに出發しやうと思ふ。と云ふのは、最近現象學の對立を見るに至つたとは云へ、今日猶ほカントの哲學は世界の公認哲學であり、其の基礎に立つ法律學の方法論も大體猶ほ世界的承認を保持して居るからである。

蓋しカントの立場は人の知る如く二元論であり、二世界主義である。彼の先驗的分析に依つて統

一せる事實の世界は感性と悟性、主觀と客觀、自發性と感受性、形式と內容、事實と權利（價値）、存在と當爲（規範）自然と自由、因果律と目的論とに分離せられた。此のカントの二元論に基附いて法律學を構成せんとせる主要潮流をして、次の三つを擧げ得る。一つは形式と內容との二元論に出發して、法律學を形式に關する科學なりとするシュタムラー一派の形式主義の法律學であり、他は存在と規範の二元論に出發し、法律學を以つて規範に關する科學なりとするケルゼン一派の規範主義の法律學とである。筆者は嘗てシュタムラーに關しては同雜誌に於て論じて居るが故に、前者に關しては比較的簡單に述べ、後者に關し詳細に論じやうと思ふ。

カント主義に立つ形式主義の法律學はシュタムラーに依つて發展された。彼は先づ先驗的方法に依つて社會現象を形式と內容に分析し、『外的規制』(die äussere Regelung)としての法律に其の形式を、社會經濟に其の內容を見出したのである。更に彼は形式は先驗的範疇であり、從つて常に論理上經驗に依つてのみ初めて與へらるゝ內容に先立つて存在するものなるが故に、夫自體獨立して論じ得らるゝも、內容は常に先驗的形式に條件附けられてのみ存するが故に、形式から全く獨立して論じ得られざるとするカント的の形式と內容の特徵を法律學と經濟學の研究方法に適用して、次の如く結論して居る。[2]『獨立して科學的に取扱はれ得るのが形式の一般的特徵である。されば、物理學は科學としてただ數學的形式に於てのみ可能なるも、數學は別に獨立して研究され得るのであつて、夫と同じく社會經濟は法律を公然と、或は暗默の內に包括せずしては取扱はれ得ないが、――然し、法律は獨立の科學的研究がなされ得る。』と。更に彼は言葉を續けて、法律學の課題に就て述べて居る。『後者の課題の遂行は純粹の法律理論に基附ける專門的法律學の仕事である。法律學は歷史上に現はれたる法的規制を其の形式的存在に於て觀察し、夫等を確固たる概念に於て捕へ、且つ熟知せんとするのであつて、斯る概念は人間相互の一定の規制せられた關係を表象する爲めの統一的取扱方を常に意味する。論理學が斯の如き概念構成を論じ、直觀自體の多樣性に對立して、思惟の形式を敷衍する如く、法律學は規制的形式を敍述す可きであつて、斯くて概念上可能ならしめられた社會生活は其の形式の下に行はるゝのである。』[3]と。

吾人は先づシュタムラーの論理の發展の出發點を全く正しきものと假定し、果して彼が斯る前提から正しき演繹を行つて居るか否かを研討してみやう。即ち內的批判を試みて見やう。彼の前提をなすものは既に述べた如く、カントの先驗的認識論である。先驗的認識論に於て形式と稱するは、人間の思惟作用に先驗的に存する、經驗から全く純粹なる思惟形式である。斯る論理上經驗に先立つ純粹思惟形式は、經驗に依つてのみ與へらるゝ思惟內容と何等關係することなく、獨立に論理上の先在性の故を以つて研究し得可き筈である。故に、確かにシュタムラーの云ふ如く、人間の純粹思惟形式を取扱ふ數學は物理學に獨立して研究し得る。論理學も同樣である。更に社會現象一般の純粹思惟形式としての彼の所謂外的規制(die äussere Regelung)としての法律一般は、其の內容をなす社會經濟一般から獨立に思惟し得る。此の點に至る迄の彼の演繹には何等誤りはない。然し更に一歩を進めて、彼が法律學の對象をなすものとせる『歷史上に現はれたる法的規制』をも、社會現象一般の純粹思惟形式としての法律一般と同一視し、其の形式の故を以つて、『法律は獨立の科學的研究

がなされ得る。』との結論を導びき得るか。否な、『歴史上に現はれたる法的規制』は最早純粹思惟形式の特徴たる內容からの獨立性を保持しては居ない。夫は特殊なる具體的社會形式として、具體的の社會經濟の制約の下に於てのみ思惟し得る。故に我々はシュタムラーが經濟學の方法原理として演繹したのと全く同一の結論を、法律學にも下さざるを得ないことになる。即ち、『法律は社會經濟を公然と、或は暗默の內に包括せずしては取扱はれ得ない』と。

吾人は內的批判より離れて、更に彼と異る前提より出發して、彼の法律學の方法原理に對して超絕的批判を試みやう。蓋し、カント主義を法律學に援用する者は、多くの場合形式主義に墮入らざるを得ないのである。シュタムラーも明かに上の引用句に於て、『法律學は歴史上に現はれたる法的規制を其の形式的存在に於て觀察し、夫等を確固たる概念に於て捕へ、且つ熟知せんとするものである』と云ひ、或は『論理學が斯の如き概念構成を論じ、直觀自體の多樣性に對立して思惟の形式を敷衍する如く、法律學は規制的形式を敍述す可きである』と述べて居る。カント哲學と之を社會諸科學へ適用した結果生ずる形式主義との間には、或る必然的關聯が存するのである。カントの立場は人の知る如く、哲學の問題を事實の問題(quid facti)と權利の問題(quid juris)――今日の用語を以つてすれば價値の問題――とに峻別することから出發する。然し此等の問題を區別することは實を云へば前者に對して後者の問題を發見することであつた。コペルニクス的偉業と稱せらるゝものは、事實の外に價値を發見し、價値に依つて事實を理解し、批判せんとする批判主義に外ならぬのであつた。從つて彼の哲學の本來の問題は價値の問題であり、公理の妥當である。此の問題を解決する爲に彼は從來の發生的方法(die genetische Methode)に對立して、批判的方法(die kritische Methode)を用ひたのである。即ち、『發生的方法に取つては、公理は人間の表象、感情及び意志決定の發達に於て、自然と形成せられ、又茲に於て妥當を得たる事實的解釋樣式であり、批判的方法に取つては、斯る公理は――其の事實的妥當が如何ばかりの範圍に及ぶものであるかと云ふことに全く關係なく、――思惟は眞なる目的を、意欲は善なる目的を、又感情は美なる目的を達成せんとするものであると云ふ前提の下に妥當す可きところの規範である』。(14) 然し乍ら、發生的方法を以つてしては人は單なる事實以上に出づるものではない。因果的に制約せられたる人類生活の過程が、或る命題を意識する樣に成つたと云ふ事情は決して其の命題の絕對的妥當若くは其の權能を證明するものではない。されば、『事實的承認が如何ばかり廣き範圍にまで及ぶかと云ふことには關係なく、批判的方法は唯、次の如き確信――即ち普遍的價値なるものの存し、それを達成せんとするならば、表象、意欲及び感情の經驗的過程は、其のもの無くんば目的の實現が考へ得られざるところの規範に從つて運動せねばならぬと云ふ確信の上に立つものである。』(15) 『かるが故に批判的方法の前提は、普遍妥當的目的及び夫が經驗的意識に於て認識せられると云ふ其の能力に對する信仰である。』(16) と。

斯くて、批判的方法を採用する者は必づ普遍妥當的目的の存在に對する信仰に出發する。故に此の方法を法律學に適用する者は、必づや普遍妥當なる法律制度の認識可能性に對する信仰に出發する。而して此の法律制度の發見の爲に、『歴史上に現はれたる法的規制』より出發して、批判的過程に依り、より具體的法規からより普遍的な法規を求め、遂に普遍妥當なる法規を見出し、之よりし

て逆に諸種の法規を體系化せんとするのである。斯る方法に對して向けらる可き超絶的批判の第一は、夫が非現實的なり(Lebensfremdheit)との非難である。現實の歴史の流れの内に生起し作用する生きた法律は、唯、多様なる特殊的規定の内にのみ存し得るのである。カント的方法は現實性の唯一の條件たる特殊性を排除して、普遍的概念への形式的硬化へ墮入る。勿論學問と實踐とは其本質に於て異なると雖も、學問は學問其のもの、爲に存す可きではなく、常に實踐の爲に存す可きである。學問の研究は常に實踐的關心に出發し、其の理論構成の眞否は唯、實踐の内に於てのみ立證せらるゝのである。然も、實踐は常に具體的特殊的現實の制約の下に於てのみ實現せらるゝのである。故に實踐の爲に存す可き學問は現實性の把握を共目的とす可きである。故に、此の點に於てカント哲學の如く、主觀的形式をして與へられたる現象を積極的に綜合せしめ、普遍的に形式化さんとする主觀主義よりも、意識面を出來るだけ平かにすることに依つて、其處に與へられたるもの、――創始的に與へられたる(originär gebende)現象の姿を具體的に眺めんとする客觀主義的なるフッセール一派の現象學或は『現實の世界――自然と歴史――を何等先入の觀念論的妄想を持たずして、其等に面接する各人に自ずと與へられた如く、夫等を理解せんとし、即ち夫等本來の關係に於て理解せられ、何等幻想的關係に於て理解せられざる事實と一致せしめられざる凡ゆる觀念的妄想を無慈悲に犧牲に供さんとする……以上の何事をも意味せざる』の マルクスの唯物論の方が、遙かに實踐的見地よりするならば學問上正しき方法であると云はなければならぬ。此の場合我々はマルクスがフォイエルバッハに對してなせる批評の意味深き第二の命題が想ひ起されるのである。『人間の思惟が客觀的眞理を獲得するや否やの問題は、決して理論の問題ではなく、寧ろ實踐的問題である。人間は實踐に於て自己の思惟の眞なること、即ち現實性及び權力、現世的なることを證明す可きである。思惟の現實的なるや否やの論爭、――實踐から引き離された論爭――は全く煩瑣學者流の問題である。』(8)と。斯くてカント的方法を法律學に適用する者は現實の具體的法律を普遍的の概念に形式化し、其結果現實世界を去つて自己の姿を象牙の塔の内に見出すことになる。彼の理論は現實の實踐の前に全く生命なきものとして横たはる。

超絶的見地よりする批判の第二としては、夫の硬化(Erstarrung)である。カントは既に述べたる如く、普遍妥當なる公理の認識可能の信仰に出發し、經驗的所與を普遍妥當ならしめる公理を先驗的なる純粋思惟、感情、意欲形式に於て見出したのである。此の方法を法律學に適用する者は普遍妥當なる法律制度の認識可能の信仰に出發し、歴史上に現はれたる法規を普遍妥當ならしめる法律形式を見出さんとする。斯る普遍妥當性は先驗的なる純粋形式の世界に於てのみ可能なるにも拘らず、多くの者は歴史上に現はれたる諸法規の内から眞の純粋形式に非ざる、或る内容を既に其内に含む法規を見出し、之に普遍妥當性を附與し、從つて其の法規に依つて構成された或る特定の歴史上の法律制度を以つて、人類社會の永劫不滅なる法律制度に迄硬化せしめるに至る。彼等は一度戸口から追出した歴史的の現實が窓から再び入つて來て居ることに氣附かぬのである。斯る危險は既にカント自身にも存したのである。事實カントは『實踐理性批判』(Kritik der praktischen Vernunft)に於て、多くの獨斷論的混合物から逃れ得なかつたのである。彼の至上命令(kategorischer Imperativ)

は未だ猶ほ內容的であり、更に詳しく云へば個人主義的に規定された命題であつた。(9) 更に彼は『法律哲學』(Metaphysischen Anfangsgründen der Rechtslehre)に於ては其の批判的方法を全く放棄し、形而上學的な法律の觀察、即ち自然法――支配權を獲得せんとしつゝあつた十八世紀のブルジョワイデオロギー――の基礎の上に立つて居つたのである。(10) 彼は法律の純粹形式から經驗的の法律實在を導き出さんとし、或は歷史的に規定された法律內容を絕對的法律規範として示さんとした。此場合、カントは形式と內容を混同したのであつて、彼が『凡ての法律命題は先天的命題である、と云ふのは夫等は理性い法律(dictamina rationis)であるからである』(11) と云ふ場合、夫は眞の形而上學であり、眞の自然法である。又シュタムラーが法律の價値判斷の純粹形式として見出した『自由に意欲する人間の共同生活』(die Gemeinschaft frei wollender Menschen)を可能ならしむる法律も亦純粹形式非ずして、其內に內容を含み、何等普遍妥當性を有せざることはディールの述べる如くである。(12) 斯のに如く、普遍妥當なる法律制度の可能なることの信仰に出發し、現存の歷史的に規定された法規の內に之を見出し、從つて現行法律制度を永劫不變のものとして正當視せんとする危險はカント的方法に內在するものであつて、夫故に又屢〻カント的方法を以つてブルジョワ・イデオロギーと看做すに至るのである。彼等カント主義的法律學者は歷史的發展過程に於て現はれ、而も既に其自體社會の發展に對する桎梏に化した或る法律制度を變革せんとする『革命的實踐』(revolutionäre Praxis)の前に自ら戶を立つるに至るのである。

我々は今や他のカント主義の法律學、即ち法律學を純規範的基礎の上に建設せんとする他の潮流に目を轉じやう。斯る傾向はカントの批判的、先驗的哲學の基礎に橫たはる存在と當爲の二元論に基附いて居るのである。當爲は存在とは原理上異なるものであり、獨自の或るもの、即ち一つの本原的範疇を表はして居る。規範意識は經驗意識に對立して存し、後者に對して立法的に或ることを眞或は僞、善或は惡、美或は醜なりと認む可きことを命ずるのである。然し眞、善、美を意志せざる者に對しては、吾人は先驗的當爲を何等證明し得ない。規範意識の全立法は其の規範一般の妥當を認めんと意志する者に對してのみ拘束力を有する。斯る者に對しては規範は命令的であり、義務を附與せんとする。斯くて吾人は美的、論理的良心に就いて語り得るのである。(14) 斯の如く、直接規範に關係することなく、現實の經驗の流れの內に因果的必然性に於て自ずと發生する存在――之は說明科學の對象である――と其等存在が眞、善、美たらんとする目的論的見地に立つ場合、必然的に夫に準ぜざる可らざる當爲との原理上の相違は、規範の發生、適用乃至夫が現實の經過を何等研究せずして、專ら純規範的觀察及び其等規範を體系化することを得しむる。夫故論理學は論理的規範の體系である。之に反して論理的規範の發生と夫が遵奉、約言すれば夫の事實的經過の認識は發生的竝に心理學的觀察方法の對象をなすのである。斯くて又倫理學及び美學は規範の體系である。而して之と同一の方法原理を法律學の領域に適用せんとする者がある。斯る規範的方法を法律學に適用せんとする者は法律學を全く心理學的方法及び社會學的方法から自由ならしめんとする者である。

彼の有名なる新カント派のヘルマン・コーヘン(Hermaun Cohen)は斯る傾向への思想を暗示的に

其著『純粹意志の倫理學』(Ethik des reinen Willes)に於て展開して居る。即ち、彼は倫理學に於て取扱はれる『人格』『行爲』の概念に對する先驗的相關概念を法律學の取扱ふ『法的人格』竝に『法律行爲』の概念に於て見出し、斯くて倫理學と同一の方法原理、即ち規範的方法を法律學に適用す可きことを暗示して居る。蓋し倫理學は人間の概念を確定せんとするも、夫は心理學的或は人類學的の人間概念ではない、――斯る概念は常に個物即ち個人を意味す――又夫は民族心理學的或は社會學的の人間概念でもない、――斯る概念は常に多數に於ける個物を、個物の集合を意味するに過ぬ――凡ゆる他の觀察方法に先立つものは人間の倫理學的概念である、――夫は特殊性の普遍性に於ける統一を意味す。然し、斯る普遍性の純粹構成(註、純粹構成とは經驗の助けを藉りずに先驗的に綜合的に思想を組立つることを意味す。以下構成なる字句は屢〻此の意味に解されたし。)の一例を何處に見出し得るであらうか。其の顯著なる例は法律學に於ける『法的人格』の構成に於て見出し得る。(15) 斯る法律概念に於て、倫理學上の意志主體の概念が認められ、承認せらるゝのである。と云ふのは法的人格の概念は正に『多數人格の斯る(倫理的)意志が分離せる意志として妥當せず、寧ろ斯る意志に於て、否な斯る意志に於てのみ眞の意志の統一が、從つて權利主體の概念が正確に妥當するに至ること』(16) を意味するからである。斯くて彼は倫理學の確證を法律學に見出すと共に、更に法律學の新たなる方法原理を提供したのである。更に又法律は『法律行爲』を『法的人格』の行爲として、行爲の個々の要素を一つの行爲統一に總括する。從つて法律上の行爲概念は純粹意志の倫理學に對して頗る意義あるものとなる。『倫理學には何等の物も對象もない、此の場合行爲のみが內容と對象の問題をなして居る』(17) 從つて倫理學上の行爲概念は其の先驗的相關概念、即ち普遍の統一を法律行爲の概念に見出す。斯くてコーエンは以上指摘した法律と倫理との關係からして、法律學の方法原理を新たなる方面から解決したと信じた。彼に取つては法律學は現實の生活實在の體系ではなく、全く新たなる統一の體系であり、新たなる價値意味の體系であり、實在でもなければ、單なる抽象でもないのである。

新カント派のエミイル・ラスク(Emil Lask)も亦其の著『法律哲學』に於て、法律の概念構成に同一の方法原理を發展させて居る。(18) 總ての文化科學と同じく法律學も二つの研究をなさねばならぬ。第一には、豫備科學としての法律の社會理論――夫は法律を社會的具體性に於て實在現象として、現實の文化の一面として觀察する――と、第二に本來の法律學の研究、即ち法律學的觀察法――此の方法に從へば法律は思惟された意味(19)、より正確に云へば規範意味の總體として現はれる――とである。從つて法律學的方法は法律規範の現實內容を離れて、單に法律意味の體系的、論理的上下秩序を取扱ふのである。我々は心理學的或は社會學的觀察方法とは異つて構成された世界を得る。『物件』が物體と等しからざることは『人格』が人間と異るのと同樣である。自然的に云つて永續的なものは法律的に云つて非永續的であり、自然的に云つて多數の集合は法律的に云つて單なる集合と異なる統一である。從つて法律學的方法は事實法律現象の心理的內容から分離する。『と云ふのは法律學的觀察に取つては、心理的存在は物體界と同一の意味に於て、單に行爲の實際の世界に於てのみ初めて研究に取入る可き素材であるからである。』(20) 夫故心理主義を法律學に採用することは本來の法律學

に關係なきものであり、唯、法律學の豫備科學たる法律の社會理論にのみ屬す可きである。法律學は法律概念相互の論理的、體系的關聯の理論たるに止まる。

露西亞の法律學者イワン・イルジン（Iwan Iljin）は法律概念を如何に取扱ふ可きかの方法論的分析を試みた。(21) 彼は方法論上の多元論に出發して居る。法律は複雜な、多面的な構成物である。從つて法律學には多くの研究方法があり、且つ其等の孰れも他を全く排斥せんとする要求をなし得ないし、又す可きではないと。夫々の方法論的體系の間には多少の類似と相違とが存し得る。夫故又法律の認識に就ては方法論上無差別の系列が存する。故に例へば、法律規範の社會學的分析と理論的研究（die dogmatische Bearbeitung）とは一定の關係に於ては無差別の認識系列の狀態にあり、從つて一定の問題に於て正に正反對の結論に達し得る。方法論上の無差別の原理は社會的事變の實際的關係と何等矛盾するものではない、と云ふのは斯る無差別の原理は法律の他の側面を分析する際には論理上或る側面を抽出することを意味するに過ぬからである。彼は此の方法論に關する見解を明かならしめる爲に、之に應じて『權利と權力』(Recht u. Macht)の問題を解決せんとした、と云ふのは、彼に取つては此の問題は法律理論一般の中心問題であるからである。彼は權力の概念を一般的意味に於ける力の概念と解した。夫故明かに權力の概念は實體論的意味を持ち、常に實在的系列の內に存するも、一方權利の概念は全く實在的系列の外に存し、存在の屬性は其の賓辭に屬し得るのである。(22) 權力の概念の素朴なる實在論的、或は形而上學的、或は批判的觀察方法――是等は總て權力の概念を實在の系列に置くものである。此の場合、『權力』の下には常に物的或は心理的能力が理解され、此の能力には更に夫の何等かの所持者の觀念が結び附けられ、結局此の能力は廣い意味での作用の能力となる。夫故、權利の概念が權力の概念と方法論上類似して居る筈であるとしたならば、權利も亦實體論的意味を持つ筈だし、實在の系列に入れられる筈だらう。

さてイルジンは客觀的法律の觀察に出發して居る。夫は彼に取つては客觀的法律規範の總體である。然し、彼は規範をば一定の秩序を存在當爲として主張する命題と解して居る。其の際、彼は秩序、當爲、及び命題の概念を說明して居る。秩序は多數の構成要素間の一定の永續的關係を意味する。秩序は當爲として規範に現はされるが、之に反して實證的認識方法は秩序を存在する現實在として取扱ふ。夫故、規範は多數の構成要素間の一定の永續的關係を實在するや否やを問はず、妥當するものとして特徵附ける。最後に命題とは何かと云ふに、幾つかの概念、即ち思惟內容、更に云ひ換へれば主辭と賓辭との結合を意味し、此の場合此の結合は論理的一致からなる。さて總ての法律規範は一つの論理的命題であるか、或は又二三の論理的命題から成り立ち得る。斯る洞察は法規の論理的、規範的、約言すれば『法律學的』(Juristische) 觀察方法を可能ならしめる。斯る觀察法は總ての時間性と現實性から抽象する點に其の本質が存する。斯ることは第一に規範が作用するや否や、即ち規範が適用されるや否や、又之が適用は如何なる結果を齎らすや否やに全く關係なく、規範をば當爲規制として其の形式的關係に於て、且つ當爲の內容に從つて科學的に研究し得るし、又研究す可きであるが故に、斯ることは可能である。更にイルジンは他の觀察方法は此の方法に取り代り得ないことを主張して居る、と云ふのは他の方法は他の課題を、更に詳しく云へば前の方法

の課題が既に解決されて居ることを前提とする他の課題を設定するからである。規範を時間及び現實性から分離することを可能ならしめる第二の理由は、『規範』と『規範の意識』とが同一でない點に存する。規範は其の内容に從つて觀察され得るのであり、更に詳しく云へば、規範は現實の或る誰かの思惟として、或は一定の人間團體の思惟として現はされるのではなく、思惟された内容一般として、又内容其のものとして現はされるのである。夫故我々は心理學的、社會學的、政治的、歴史的、見地から全然分離された法律の純規範的觀察法を可能ならしめ得る。斯る觀察法にあつては、法律は如何なる關係に於ても、或る實在として現はれずして、全く實在面の外に存する。

斯くて、命題及び規範としての法律と權力としての法律とは方法論上の無差別の領域に存する概念であると云ふことになる。從つて、若し吾人が概念を一つの系列から他の系列へ、即ち權力を法律學的觀察法に移すならば、方法論上の限界を踏み誤ることになる。法律學的意味に於ける法律は決して『權力概念』(Machtbegriff—Gumplowicz)でもなければ、『社會力』(sozialer Foktor—Merkel)でもなく、『意欲の表現』(Ausdruck des Wollens—Thon)でもなければ、『强制規制』(Zwangsregel—Jhering)でもなく、『結合意欲』(verbindendes Wollen—Stammler)でもなければ、『平和秩序』(Friedensordnung—Gareis)でもなく。之に反して、法律は他の心理學的、社會學的觀察方法に於ては『權力』即ち『實在』となる。と云ふのは、後者は法律規範を其の人間に對する適用、其の心理的經驗、其の現實的作用に於て、約言せば、法律規範の全現實化の經過に於て研究するからである。然し凡ての法律の認識方法は常に例外なく法律規範の形式的、法律學的研究を前提とする。斯く法律學的方法は社會學的、心理學的方法から開放せらるゝことに依つて、法律規範の獨立の科學たる地位に高めらるゝのである。

斯くの如く、イルジンは法律の研究には多くの方法が存し、孰れも法律の獨自の方面を研究するものであつて、他を排斥し得ずして、方法論上の無差別の原理が存し、法律を純法律學的方法に於て觀察する時は規範科學となり、他の心理學的、社會學的方法を用ふる時は存在科學となり、前者は後者の前提をなすものなりと說くのである。

イルジンに依つて要求された純規範的方法はハンス・ケルゼン（Hans Kelsen）に依つて極點に達したのである。彼は此の方法原理を其の包括的な著書『國法學の主要問題』(Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze)に於て發展させて居る。此の著書をばエワルド(Ewald)は『論理の力と、論理的嚴密さとを持つて遂行された、先驗主義を法律哲學に移入せんとする企である』(23)と評して居る。此の書に於ては國法に關する諸問題は附隨的の、單に例を示す意味しか持たぬのである。此處に於ける主眼點は法律哲學上の知識、即ち『法律學の小宇宙と普遍的哲學體系の大宇宙との間に存する關係を發見せんとする』(24)方法論的研究にあるのである。故にケルゼンは既に述べた存在と當爲との先驗的二元論の基礎に立つ方法原理を法律學の全領域に徹底的に實施せんと試みたのである。故に彼に取つては、純規範的な法律學的方法と心理學的或は社會學的、非法律學的方法との間には常に嚴密なる區別が存する。然し乍ら、後の方法は當爲の純規範的構成を前提とする。當爲は本原的範疇であり、窮極の根本的意識樣式である。當爲は決して

存在の世界から導き出され得ない。當爲は又意欲と論理上混同す可きではない。行爲と同樣に意欲は唯、事實的經過であり、心理學的事實であり、且つ單なる形式たる當爲の可能なる內容たるに過ぬ。何となれば當爲が指導する心理的意志活動と當爲そのものとは全く同一ではないからである。唯、規範のみが純論理的に適應した當爲の表現形式である。規範は規範が夫から生ずる主觀的意志や、其の規範が向けらるゝ可能なる人々や、規範から生ずる實際の結果等には無關係である。規範の當爲的性質は夫が事實上遵奉されると云ふことゝは獨立して居り、規範の特殊な當爲妥當性に取つては、其の規範の目的が實現されると云ふことは問題ではない。何んとなれば、規範は夫が實現せられざる時と雖も『妥當する』からである。更に『遵奉される』と云ふことと『遵奉さる可きである』と云ふことゝは論理上嚴密に區別す可きである。規範は其の命令に從はざる者に對しても亦『妥當する』。然し規範に違反することは規範の妥當其ものゝ例外ではなく、寧ろ事實的作用たる規制の例外である。斯く導びかれた論理上の區別は法律規範の觀察に取つて特に重要であり、必要なものである。と云ふのは慣習法が重きをなして居つた間は、總ての法律規範の領域に於て、全く規範的觀察方法と事實的觀察方法とが混同されて居つたからである。唯、自律的道德の場合にのみ斯る同一視は今日猶ほ許さる可きである。何となれば、此の場合には規範を設定する權威と規範に從ふ主觀とが同一である結果、當爲と意欲とが一致するからである。一般的に觀察するならば、慣習法は之と類似の規範を與ふるものである、と云ふのは夫は事實全體に依つて行はれることを規範として與ふるが故である。之に應じて事實法律學に於ても、規範的觀察方法は全く現はれずして、歷史的方法が一般に行はれた。而して、慣習法が立法に依つて、即ち意識的に法律が創定されることに依りて變ぜられると共に、初めて當爲と事實上の態度、即ち規範を設定する主體と規範に從ふ主體との間の二元論が明らかにされ、法律規範の他律的性質が明かになつた。從つて形式上最早看過し難き對立が法律的當爲と存在との間に存し、夫故法律規範の內容は最早事實上行はるゝことの抽象に依つて確定されずして、事實的法律發展から形式上全く獨立の法律創定行爲に依つて明瞭に確定せらるゝのである。夫故法律の歷史的認識と其の理論的觀察との間には今や原理上の相違があるばかりではなく、又夫が必要でもあれば、方法論上缺く可らざるものでもある。(25) 此の法律觀察の規範的領域に歷史的社會學的、又心理學的概念構成を移入するならば、夫は恐る可き概念の混亂に墮入る。何んとなれば、上に述べた非法律學的認識系列を共に採用する法律學は一般に法律學たることを放棄するものであり、高々法律、より正確に云へば法律生活の歷史、社會學或は心理學たるであらう。

斯くの如く、ケルゼンは規範一般が事實的過程の如何に拘らず客觀的妥當性を保持し、後者に對して他律的に命令する如く、法律規範も法律の事實的過程の如何に拘らず、客觀的妥當性を保持し、後者に對して他律的に命令するものなるが故に、純規範的な、所謂法律學的方法に依つて研究す可く、之を以つて理論法學本來の課題として居る。(26) 斯く形式的規範的觀察方法を可能ならしむる根據は法律規範の他律的性質に存する、と云ふのは法律は最早法律遵奉者の行爲ではなく、寧ろ統一的法律意志の支持者は法的人格たる國家であり、法規を制定し、遂行せんとするものは其の權威であつて、個人の規範的良心ではないからである。且つ全く國家が法律の唯一の支持者として觀察され

るが故に、又法律の妥當は純形式的性質のものである。此の場合法規が事實上『遵奉されること』と、『遵奉される可きであること』との間の論理上の對立は明瞭に現はれる。

然し乍ら、斯く形式的法律學的方法は國家を法律の支持者として觀察すると雖も、夫に依つて事實國家が法律の創造者なりと云はんとするのではない。事實に於ては寧ろ法律は國民、公共團體の內部に於て成立するのである。然し法律の生成變化は社會的觀察方法の對象である。然し、明かに取り殘された問題は客觀的法律の法律學的構成の問題である。從つてケルゼンは法規の客觀的現象形態の法律學的分析に到達した。

形式的法律學的に觀察するならば、法規とは何か。其の答は『國家意志』である。然し乍ら、此の場合何等心理學的意志概念が考へられるのではなく、法律學に於ては斯る概念は一般に無用である。心理學に於ける意志は目的の觀念と結附いた努力を表すが故に、夫は常に存在、即ち事實上の心理的體驗を表はす。然し乍ら、法律學は意志を全然精神生活の事實として觀察しない。法律學は內的に精神的に行はれる意志過程を取扱はない。夫が課題は主體と外界の事實との特殊な結合を確定せんとする純然たる當爲である。吾人にして私法に於ける意志を取つて考へて見るならば、其の場合內的心理的意志が問題でないことは、先づ第一に（事實上、心理的に既に存する）意志を表示せざるは（reservatio mentalis）法律上無效なることが證明して居る。[27]

斯く法律的意志は決して現實の心理的事實でもなく、內的過程でもなく、寧ろ特殊な法律學的思惟構成である。刑法にあつても同樣である。過失の罪の形式は決して心理學的方法に依つては構成され得ない。此の場合、其の結果は意欲されたのでもなければ、豫知されたのでもない。然るにも拘らず、此の際罪が課せられて居る。何故であらうか。其の理由は此の際、其の結果は豫知されて居る可きであり、又避けらる可きであるからである。夫故、過失は其の罰し得る結果と何等かの關係ある心理的事實を含んでは居ない。と云ふのは過失の罪の形式は全く法律的性質であり、規範的當爲觀察に依つてのみ明かにされ得るからである。[28]

法律上の罪の概念は意思の內にも、故意、利害の缺除の內にも見出されない、否な一般に何等心理學的實體の內には見出されないのである。と云ふのは或る者が或る事に『罪がある』と云ふのは、彼が或る事を意欲したり、知つて居つたが故ではなく、寧ろ彼が此の或る事を爲す可きではなく、或は阻止す可きであつたからである。何となれば、罪は人間の心理的狀態を云ひ表はすのではなく、寧ろ全く規範違反、即ち規範主體と規範客體との間に生ずる一定の關係を確定するに外ならぬのである、――法律上の罪の概念は唯一規範的概念としてのみ觀察されるのである。斯くし吾人は意志概念の法律的構成に到達するのであつて、夫は特殊な歸責の過程、即ち法律規範に基附いて生ずる主體と外的事實との間の結合の過程を意味するに外ならぬ。此の場合、斯る結合は因果的でもなければ、目的論的でもなく、寧ろ純規範的意味に取る可きである。然し規範主體は倫理的、法律的統一であるからして、法律的『意志』は『人間の心の內で思惟された、歸責の目標としての役目をなす構成』（ein im Innern des Menschen gedachte, als Endpunkt der Zurechnung fungierende Konstruktion）[29] なりと名附け得る。或は又正確に云ふならば、法律的『意志』は『歸責目標の限定』（die

Lokalisierung des Zurechnungsendpunktes)[30] に外ならぬ。

斯くの如くして、ケルゼンは法律的意志概念を分析した後、更に次の問題に立歸つて居る、――客觀的法律の唯一の支持者たる國家意志は法律上如何に構成す可きか。國家意志は今日猶ほ法律學上屢〻、現實の實體として取扱はれて居る。成程心理學は總意の現實的可能性を決定的に否定すると云へ、然し之に反して、民族心理學は斯る現實的存在の事實も肯定する。民族心理學は事實的精神相互作用に依つて或る事實的精神紐帶の存する限り存在する所の精神的共同態の事實に出發する。此の事實的精神紐帶は民族心理學的、社會學的統一であつて、之に反して國家は法律的共同態であり、個人の精神的關係を本質的の前提としない。と云ふのは、國家は法的人格であり、法的統一であつて、從つて民族心理學的、乃至社會學的實體と混同する譯にはゆかぬからである。國家有機體說の主張する如く、果して國家意志は國民意志であるか。斯る主張は法律經驗の事實に矛盾する。何となれば、精神共同態たる國民意志は遙かに國家の限界を越ゆるからである。社會學的に觀察するならば、國民意志は多數の精神的共同態に分離して居るが、之に反して國家意志は統一的意志である。畢竟、何人も專制君主の意志が國民意志と同一なりとは主張しないであらう。或は恐らく國家非有機體說が主張する如く、國家意志は國家機關たる個人の意志であらうか。斯る同一視も亦失敗である、と云ふのは吾人は決して國家機關たる夫々異なる個人意志から、何等かの方法に據つて統一的國家意志を構成することは出來ないからである。

國家有機體說も、非有機體說も共に同一の方法論的缺陷に墮入るのであつて、兩者共に國家意志の法律的統一を社會學的實體と同一視するからである。國家意志の概念は法律的意志一般の概念、即ち『法律上の歸責目標』として以外には何等構成しやうがない。國家行爲を營む國家機關の心的意志活動は單に法律的歸責の通過點たるに過ぬ。國家機關の國家行爲に依つて行はるゝ歸責系列は是等國家機關の外部に共通に存する目標、即ち國家意志に統一さるゝのである。夫故、國家意志の法律的構成は『國家行爲たる資格を與へられた國家機關の活動に對する歸責目標の限定』(die Lokalisierung des Zurechnungsendpunktes für die als Staatshandlungen qualifizierte Tätigkeit der Staatsorgane) を意味するに外ならぬ。

結局國家は法的人格、即ち權利義務の主體として現はれる。權利主體としての國家は他の權利主體の上位に立つものではなく、寧ろ必然的に同位に置かれる。從つて國家の他の權利主體に對する支配關係、命令關係に就いて語るのは無意義である。と云ふのは總ての上下秩序、支配關係、權力關係は純然たる事實上の狀態であり、從つて法律上は不可量物である。と云ふのは法律は義務者と權利者との關係以外に何等他の關係を知らぬからである。

然らば如何にして國家は他の權利主體から區別されるのであらうか。形式的、法律的に觀察するならば、唯〻他の權利主體が違法行爲をなし得るに、他方國家に於ては斯る行爲は全く排除されて居ると云ふことに依つてのみ區別さるゝのである。何となれば、吾人は其の意志が法律たる國家が何等かの場合法律即ち自己の意志に反して行爲し得るとは認め難いからである。國家の意志は統一的意志であり、國家の法的人格性は此の統一的意志に基附いて居る。且つ吾人にして違法的國家意

志を認めんとするならば、又必づや國家人格の統一と矛盾する二つに分離した意志を前提としなければならぬ筈であらう。從つて國家の違法に就いて語ることは全く不可能である。國家意志は客觀的法律であり、斯るが故に何事をも違法的に且つ法律に對して無關心に意欲し得ない。唯、他の權利主體のみが可能なる法律違反者として觀察され得る。國家意志は斯る主體に對する關係に於ては、違法に對する反作用として、即ち『刑罰竝に執行意志として』(als der Wille zur Strafe und Exekution)(31) 現はれる。と云ふのは、法律違反は正に國家意志の干渉、即ち本來の法律規範適用の條件であるからである。且つ、國家意志は國家的刑罰及び執行意志に外ならざるが故に、國家意志を以つて國家の事實的行爲なりとは考へられぬ。國家の事實的行爲は國家の當爲、即ち法律義務とは屢〻一致し得ぬからである。法律的構成は唯〻違法事實を法律に從はしめること、從つて刑を課し、執行せんとする國家意志を指摘するに過ぬ。

以上が法律學の純規範的方法の概樣であるが、我々は今や筆を斯る方法の批判に向けなければならぬ。然し乍ら、純規範的方法の全般に亙る詳細なる批判は此の小論文の範圍内に於てはなし難きが故に、主として純規範的方法の完成者たるケルゼンに批判のメスを加へやう。然し最初からコルンフェルト(Kornfeld)(22) 等の如き社會學的法律學者の見地に立つて超絶的批判を下すことは無意義である、と云ふのは斯る批判はケルゼン其人には當塡らぬからである。即ちケルゼンとコルンフェルト等の社會學的法律學者等に依つて提出された認識系列とは全く反對の方向に動いて居り、彼等は異つた出發點から出て、異つた認識目標に向つて居るからである。コルンフェルト等の出發點はケルゼンと異つて法律規範の事實的妥當であり、其の方法は經驗的說明的方法であり、其の所產は社會關係の經驗的規制の體系である。故に我々は最初には斯る批判的立場を採らずして、ウヰーリコウスキイ (Wielikowski)(33) と共に規範的觀察方法の立場に立つて、此の見地よりケルゼンの法律理論の正否を研討しやう。即ち內的批判を試みやう。

先づ規範としてのみ現はる〻純粹當爲の範疇が存すと假定しやう。然し夫からして、必づしも個々の規範領域が純粹當爲の性質を保持して居る筈だとは云へぬ。夫々の種類の規範は最早純粹當爲理念に適應しない。純粹當爲理念を特殊化する要素は專ら『存在』からしてのみ導き出され得る。何となれば、倫理を論理から、法律を倫理から、倫理を美學から區別するものは最早純粹當爲の領域には存せずして、寧ろ『存在』の要素から導き出されるからである。即ち純粹當爲が論理、倫理、美學、法律に特殊化するのは、人間の思惟、人間の行爲、人間の美的感覺、人間の社會關係と云ふ存在と夫々結び附いてこそ行はれるのである。新カント派のナトルプでさへ次の如く云つて居る。『或る當爲の賓辭の內には總て既に不可避的に或る存在が含まれて居るのであつて、更に詳しく云へば三樣に含まれて居るのである。第一に、或る當爲は唯〻或る存在からしてのみ云はれるのであつて、存る事柄に就ては夫はさうある可きであるとか、さうある可きではなかつたとか判斷され、又ない事柄に就てはさうある可きであり、さうある可きではなかつたとか判斷する。第二に、當爲そのものは存在或は非存在の要求であつて、夫故然る限り夫自體理解され得るが爲には、存在の意味を既に理解されたものとして前提する。第三に又、夫はさうある可きであり或はさうある可きではないと

云ふことは存在する或るものとして判斷されるのである』(34) と。既にケルゼンがなした自律的規範と他律的規範の區別は最早純規範的觀察方法に基附いては行はれない。何んとなれば、純規範的方法は專ら純粹當爲のみに就て語り、誰から其の規範が生ずるかの問題を全然度外視するからである。然し乍ら、如何なる權威が規範を設定するか、即ち內的權威か外的權威かの問題は總て發生的な、從つて說明的認識問題である。然しケルゼンは法律規範を最初から他律的なりと指摘して居るが故に、其の結果既に出發點に於て、即ち云はゞ猶ほ法律的觀察方法の門口に於て、規範的認識樣式は最早其の純粹性を保持し得なくなる。

法律規範が他律的性質のものであると云ふ認識は發生的、心理學的方法に於てなされる、と云ふのは夫は私が如何にして規範を外部から、或は內部から來る規範として感ずるやの問題であるからである。事實吾人は規範知覺者からではなく、規範設定者から出發し得るであらう。然し斯る觀察方法も前と同樣に說明的觀察方法であらう。と云ふのは規範設定者から出發する方法は規範を設定する權威を定めるからして、從つて說明的に觀察す可きであらう。他方規範知覺者から出發する方法は常に規範知覺者に立歸る可きであらう。そして規範を設定する權威が內的であるか外的であるかに就ては、唯〻規範の知覺のみが判斷し得る。

ケルゼンも亦規範知覺者の見地からして、慣習法と成文法の內容上の區別をなさんとした。然し彼は其の結果、更に彼の思想を演繹するに當つて破滅に導くやうな誤つた結論に達した。即ち他律的な成文法に對して、慣習法は規範を設定する主體と規範に從ふ主體とが同一である限り自律的規範であると。然し乍ら斯る結論は如何に解す可きであらうか、一體誰が誰と同一なのであるか。總意が總意と一致するのであらうか。斯る總意が總意と一致するとの構成は頗る疑問である。然し假りに斯る總意が存するとしても、然し總意は何等規範を知覺し得ないし、從つて何等の規範にも從はない。規範は唯〻知覽し、夫に從ふ能力ある個人意志に向けられ得るのみである。從つて、恐らく規範を設定する主體と規範に從ふ主體との同一性は個人意志に關してのみ云はる可きではなからうか。斯く解釋してもケルゼンの結論は誤つて居る。と云ふのは、個人意志は成文法の規範と同樣に慣習法的規範と雖も他律的に感ずるのである。慣習法的規範と雖も外部から來つて、社會的慣行、社會的所與物として個人意志を支配し、拘束するのである。他方、個人が慣習法を自律的にも感ずることは疑はない。何となれば、個人は慣習法を同時に自ら決定した意志と一致する規範として、即ち自己の法律良心の內的命令として感ずるからである。慣習法が『盜むなかれ、受けたる借入金を返濟す可し』と命ずる場合、個人は此の命令を社會的所與物として意識し、且つ同時に夫は又彼の內的命令、內的良心でもある。個人意志は總意と一致し、稀に矛盾するのである。慣習法は他律的であると同時に自律的なのである。

然し乍ら、成文法は專ら他律的法律であらうか。個人意志は慣習法の規範と同樣に成文法的規範をも感ずるのである。と云ふのは、個人は法律が誰から生ずるか、即ち總體から生ずるか或は國家から生ずるかを問はないからである。唯〻內的法律良心が總ての法律を命令として感ずるのである。個人の多く、否な國民の多數は法典を一般に知らない。國民の多數が知り、認めるものは國民總體

の法律であり、否な事實上行はれて居る慣習法である。成文法の効力基礎は慣習法の夫と同一であつて、此の場合現はるゝものは同樣に外的な社會的權威である。國家が慣習法の一部を成文法の形式に結晶せしむると云ふ事實からしては、決して成文法と慣習法との內容的區別は生じて來ない。成文法の形式は單に慣習法の一部の組織化を、即ち慣習法の組織された現象形態を意味するに過ずして、內容上はさほど變化し得ない。他方、國家が高度の法律發展段階に於て、成文法の代りに自由法を行はしめ得ると云ふことは全然否定するを得ない。と云ふのは成文法は國家から必然的に導き出される現象ではないからである。

法律が國家から直接に生ずるか、或は國民から間接に生ずるかする事實は法律規範の權威を何等變更しはしない。保證の可能性は孰れの場合に於ても同一であつて、唯〻非組織的共同社會に於て行はるゝか、組織的國家に於て行はるゝかが異るだけである。孰れの場合に於ても、吾人は外的保證を問題とするのであつて、其の外的保證が組織的形式に於て現はるゝか、非組織的形式に於て現はるゝかは法律規範の權威に取つては問題ではない。從つて、慣習法と成文法との間には何等內容上の區別を設けることは出來ぬのであつて、ケルゼンの如きは余りに意識的立法の形式的性質を過重し、其の結果成文法と不文法との間に內容上の區別を設けたのである。

然し乍ら慣習法と成文法との間には形式上の相違も存さないであらうか。規範の作用內容から見れば、我々は何等の相違も確證し得ない。慣習法も成文法と同じく外的規範として現はれる。慣習法に於ては當爲と意欲とが一致するのであるが、何故成文法に於ては當爲と意欲が分離す可きだらうか。

私は斯る當爲と意欲との不一致の可能なることを否定しはしないが、斯る不一致は慣習法に於ても現はれるのである。慣習法と成文法の形式的相違は唯〻發現樣式即ち成立形式にのみ存するのである。慣習法に於ては法律現象は無意識的、非組織的に現はれるに反し、成文法に於ては夫が意識的組織的に現はれるのである。內容上の差別は吾人は見出し得ないのであつて、孰れの場合にも當爲と意欲の同一性が殆んど等しく確證される。

斯くて吾人は慣習法と成文法とは單に成立形式が異なるだけで、其の作用內容に於ては等しく他律的であると同時に自律的であるとの結論に達した。而して此の結論はケルゼンの存在（意欲）と當爲（規範）との二元論に基附く法律學の純規範的方法を根據なき、不當な方法として暴露するに至るのである。即ち、既に述べた如く、ケルゼンに從へば規範一般は事實的存在の如何に拘らず、常に存在に對して客觀的に斯くある可きことを他律的に命ずるものであつて、存在とは本質的に異つた或るものである如く、法律規範も事實的存在（意欲）の如何に拘らず、他律的に斯くある可きことを命ずるのであつて、存在（意欲）とは異つた或るものなるに拘らず、慣習法に於ては當爲と意欲とが一致して居るが爲めに、即ち自律的な爲めに法律の單なる存在とは異つた規範的性質が不明瞭となるに、一度慣習法が立法に依つて成文法に化すや、法律は他律的なものとして現はるゝが故に、夫が單なる存在（意欲）とは異つた純規範的性質として現はれ、斯くして法律學は純規範的方法に依つてのみ研究す可きであると。然し乍ら成文法自體も既に慣習法と等しく他律的であると同時に自律的

であり、換言すれば專ら他律的な當爲としてゞはなく、同時に自律的な意欲（存在）としてのみ現はるゝが故に、最早法律の純規範的方法は成立し得ない。

更に又、ケルゼンは法律規範を以つて國家自身の態度を確定するものなりとなす以上、法律規範は全く他律的性質のものではあり得ない。と云ふのは、規範設定者たる國家と、規範遵奉者たる國家とが同一である以上、何處に他律性が存するか。國家が事實何等違法的に意欲し得ない以上は、何處に當爲と意欲との二元論があるか。國家が事實法律的當爲と意欲との絶對的統一であり、同一性である以上、何處に規範設定者と規範遵奉者との二元論があるか。斯くて結局、法律學に於ける規範的純形式的方法を基礎附ける二元論は何處に存するのだらうか。反對に國家自身から生じ、國家自身の態度を規定する規範なりと解された法律規範は結局純自律性の顯著な例とさへなるのである。然しケルゼンは斯くなさずして、法律規範の他律性に固着し、從つて凡ゆる思惟の原理、即ち論理的同一性の法則を無視したのである。彼に取つては絶對的他律性は法律概念の決定的標識たるのみならず、又其の方法原理の核心であり、出發點でもある。然し此の事は以上に述べた形式的矛盾が暴露さるゝや、崩壞す可き筈である。

更にケルゼンに依つて設定された『法律が遵奉されること』と『遵奉さる可きであること』との區別は同樣に誤つて居る。と云ふのは、成文法に就ても當爲と意欲との同一性が證明された以上は、此の同一性の例外、即ち法律違反を法律適用の本來の場合として取扱ふ理由は何等存さない。事實成文法に於ても、一般的に觀察するならば、法律的當爲と意欲とは一致するが故に、此の同一性との分離は唯、例外として定む可きである。夫からして次の重要な結論が生ずる。即ち法律的當爲と法律的意欲とは同一であるが故に、法律規範は法律的意欲から獨立に存さずして、法律的意欲の內に、否な一般的同一性に於て法律的意欲と共に作用し、且つ効力を有するのである。假りに國家に依つて多くの成文法が發布され、且つ夫は何人に依つても遵奉されもしなければ、遵奉しやうとも思はれないものであると假定する。ケルゼンに從へば本來單に發布された國家命令に過ざる斯る成文法は効力を有するのであると云ふのは、ケルゼンに從へば、此の成文法が何人に依つても遵奉されずして、違反さるゝと雖も、觀念上適用は可能であり、法律規範の本來の効力は存するからである。然し乍ら、吾人は既に法律的當爲と意欲との同一性を確證したる以上は、斯る効力は最早全く問題とはなり得ない。法律規範の効力は法律的當爲と意欲との同一性の內にのみ存し、之に反して意欲の分離は唯、例外として定む可きである。然し乍ら、我々の例の如く、國家の法律命令が何人に依つても遵奉されない場合には、例外に就いて語り得ないからして、此の場合には法律的當爲と意欲との一般的同一性と法律効力の範疇とは必然的に分離する。然し既に述べた如く、當爲と意欲との同一性あるが爲に、法律的當爲も存在から全然引き離すことにはならぬ。コーエン及びラスクが特殊な法律の意味に就いて語つて居る場合、夫は正しい、否な攻擊し難い思想である。と云ふのは、彼等の云ふ法律の意味とは法律的當爲の理念に依つて特殊な統一に制約された文化事實であり、新たなる價値統一は唯、法律當爲或は價値に依つて實現された心理的、社會的事實の結合、綜合であるからである。

之に反して、イルジン及びケルゼンの構成は凡ゆる存在を法律規範から排除せんとし、斯くて夫自體正しきコーエン及びラスクの思想を極端化し、誇張したのである。彼等は全然凡ゆる規範に內在する自律的性質を看過したのであつて、此の自律性にして無かつたならば、規範は凡ゆる妥當性と實在性とを失ふであらう。然し乍らケルゼンは法律規範を凡ゆる他の規範から分離する決定的標識を得んが爲に、他律性を誇張した。斯くすることに依つて、ケルゼンは法律規範の特徵を指摘し得たと信じて居る。斯る區別は全然他の規範に對して法律規範を特殊化するものでない。論理的規範と雖も他律的性質を有し、絕對的强制を以つて思惟意識に迫ると云ふことは近代の認識論に依つて明瞭に指摘されて居る（ヴィンデルバンド、リッケルト）。美的規範も同樣に他律的性質を有することは周知の事柄である。私は屢〻自分の好みと矛盾する客觀的美の規範に從つて藝術品を判斷する。更に他律的な宗敎規範が存することは多言を要せずして明かである。吾人にして、唯〻信仰家が實行し、實行しなければならぬと信ずるも、自己の內的宗敎的良心と決して一致せぬ形式を想起せば充分である。最後に他律的な道德規範の存することはケルゼン自身も認めて居る。

斯くて、他律的法律規範に竝んで、他律的認識規範、他律的道德規範、他律的美の規範、他律的宗敎規範をも確認しなければならぬ。明かに法律規範の他律性のみが其の特徵ではない。然らば一體何が法律規範を凡ゆる他の規範と區別するかゞ問題となる。此の問題に對して、我々はケルゼンに於ては何等の解答をも見出さない、否な此の解答は一般に見出し難い。と云ふのは、區別を可能ならしめる存在の要素に何等關係せずして、專ら規範的基礎に立つては法律の概念を充分に構成することは出來ないであらう。蓋しケルゼンに依る他律性の概念とは何を意味するのであるか。彼は次のリップスの定義に從つて居る。『之に反して道德的命令が全く私の外部に客觀的に存する命令として現はれ、且つ其の內容よりするも同時に私自身の性質の命令ではなく、或は私の意志の法則としても現はれざる限り、私は他律的に意志し、或は行爲す』(35) と。此の定義を法律に適用するならば、或る規範が法律規範たるには、其の命令が全く私の外部に客觀的に存する命令として、且つ其の內容よりするも同時に私の內的性質の命令を表はさゞる筈である。斯る全く私の外部に客觀的に存し、同時に私の性質の命令として現はれざる法律規範は如何に解釋す可きであらうか。私は盜みをせず、私の借金を返濟し、私の租稅を納附すると云ふ是等の命令は、事實私の意志の命令であり、私の良心の命令でもあるに拘らず、以上の理由からして何等法律規範ではないであらうか。ケルゼンは斯る、又之に類似した場合に於ては一般に何等の法律も見出さぬ筈であり、寧ろ倫理と宗敎とを見出す筈である。然し、其の結果ケルゼンは又法律の大部分を、否な法律の全部を明かに刪除するに至る筈である。と云ふのは凡ゆる法律規範は他律的、自律的性質を有するが故である。

ケルゼンは客觀的法律を『法律的に』(Juristisch)、換言すれば共同團體と形式上對立する國家意志の表現として構成せんが爲に、法律を專ら他律的なものとして構成することが必要であつた。然し乍ら、既に其の構成の出發點に於て著しい矛盾が存するのである。彼に取つては、『法律的』構成とは法律規範を國家意志に歸せしむることを意味するのである。然るに、國家は更に彼に取つては法的人格であり、法律的構成を表す以上、斯くて循環論に墜入るのである。國家意志は法律的方法

の論理上の前提なるにも拘らず、再び此の前提たる國家意志をも法律的方法に依つて構成せんとする以上は、斯くの如く先づ法律的に構成しなければならぬ國家意志の概念其ものを法律的方法の論理上の前提とする譯にはゆかぬ。ケルゼンは斯る內的矛盾あるにも拘らず、法律的方法を固執し、夫よりして更に演繹を行つて居る。

既に述べた如く、彼に取つては國家意志は何等現實の實體ではなく、專ら法律的構成であり、國家行爲たる資格を附與された國家機關の活動に對する歸責目標を意味するに過ぎない。夫故、彼に取つては國家意志は法律的意志一般と等しく何等現實的統一ではなく、寧ろ觀念上の歸責目標であり、夫以上の何物でもない。

然し乍ら、法律的意志が總ての心理的及び他の存在の屬性を缺き、唯〻觀念上の歸責目標として考へらる可きであるならば、事實次の如き疑問が生ずる。何故意志のみが歸責目標とされ、他の理性や、知性が目標とされぬのか。更に何が故に意志なる概念を專ら觀念上の歸責目標とのみ解するか。斯る假構は頗る危險なものであり、同一の意志なる概念を或る認識領域に於ては一定の存在を表はしめ、他の領域に於ては其の存在たる標識を悉く奪ひ去るものである。事實的法律經驗は『意志』を特殊な實在の意味に取る。法律秩序は法律上重要な意志要素の內に實在的心理現象を含ましめる。然し心理學、倫理學、或は美學と同樣な方法に於て現在的心理現象を意志に結び附くるのではなく、寧ろ法律價値に獨特な方法に於て結合するのであつて、決して意志概念から心理的實在一般を刪除しない。否な法律は一般に心理的、社會的實在と分離され得ないのであつて、法律は法律的思惟が法律の價値に從つて心理的、社會所與を特素材たる實體と合一するのであつて、唯〻法律的思惟が法律の價値に從つて心理的、社會所與を特殊な法律文化實在に構成し直すのである。

斯くの如く、法律的『意志』一般に對してなされた反駁は、又『國家意志』の規範的構成に對しても力强くなされるのである。と云ふのは、國家は單に國家行爲たる資格を附與された國家機關の活動に對する歸責目標として考へられ、且つ國家に內在する凡ゆる社會的存在から全然分離さる可きである以上、何故に我々は國家のみを歸責目標とし、他の構成體を歸責目標としないかゞ問題となる。國家は單に他の法律的統一と竝んで一つの法律的構成體に過ぎざる以上は、何故正に此の一つの法律的構成體が他の凡ゆる法律的構成體に對立し、且つ後者の規範決定の基礎として必然的に考へらる可きであるかの理由が覺らない。然し國家の規範上の優位は其の社會的存在、其の現實の地位に存する以上、吾人は事實法律的に構成し直されて居るとは云へ、必づや國家の社會的實在性に立歸つて、夫から國家の優位を導き出さんとす可きであらう。事實吾人は社會的實在と全然分離した國家概念を取扱ひ得るであらうが、其の場合此の概念は他のものと同位に置かれた法律的構成の一に過ずして、斯る國家概念を客觀的法律の規範上の基礎と確定するは全く任意なことである。他方歷史上の法律發展の流れの內には國家に類した多くの歸責目標が現はれたのであつて、古代に於ては神、中世に於ては敎會、專制主義の時代には君主の人格、立憲主義の時代には國民が歸責目標として現はれ、孰れも任意的な法律構成體である。

歷史に於て前後して現はれたことは、近代の法律秩序內にあつては並存して現はれて居る。多く

の法律權威は相互に交叉し、又屢〻分離し、全體の法律秩序の內に組入れられ、配列されて居る。然るにケルゼンは國家權威のみを認め、教會、君主其他の權威を認めざるが故に彼はラウン（Laun）の適切に指摘せる如く、當爲の領域を去つて或る存在の領域に移つて居る。ラウンの言葉を借りて云へば、『ケルゼンの理論は全く孤立したものと考へられた近代的統一國家に當塡るのであつて、其の國家は國法以外に何等他の法律を認めづ、又凡ゆる法律を完全に編纂して居り、從つて慣習法、本來の意味での自由裁量、自由な法律發見其他に對して何等活動の余地が與へられて居らぬ國家である。聯合國家に於ける法律、國際法、教會法、自治體が國家から獨立に存する限り、夫から生じ、其の機關に依つて適用された法律、中世の領地內の法律關係等は全然說明されず、又說明し得ないものとして止まり、又ケルゼンは狡猾に斯る問題には好んで論及しやうとはしない。』(36) と。

斯くの如く、國家はケルゼンが考へる如く客觀的法律の唯一の必然的支持者ではなく、可能なる諸支持者の一人である。然し國家意志を論理上優先せしめんとするならば、既に述べた如く吾人は國家の社會的存在內に橫たはる斯る優先の基礎を見出すか、それとも任意の、根據なき構成を眞の法律學たらしめるかしなければならぬ。

さてケルゼンに從へば、國家意志は刑罰及び執行意志を意味する。と云ふのは、法律は合法的行爲に於ては適用されずして、斯る行爲は一般に法律とは無關係であり、寧ろ國家意志の干涉の條件たる違法行爲の場合にのみ適用されるからである。從つて又客觀的法律は國家の刑罰及び執行意志を意味するに外ならぬ。ケルゼンは法律的當爲と意欲との二元論的相違に基附いて、刑法學者的色彩を帶た法律哲學に到達し得た。然し乍ら、當爲と意欲との同一性が成文法に於ても證明された以上は、ケルゼンに依つて導き出された結論は直ちに失はれて終ふ。然る時は、斯る合法的な公民の行爲も國家の刑罰、執行活動と竝んで法律の研究に關係ある主要なる對象として現はれる。

ケルゼンの法律規範の概念規定は法律を消極的に、單に防禦、權利附與、保護機能として解するカント流の法律解釋に歸されるのである。彼には全く法律の積極的機能は失はれて居り、彼は法律の實證的觀察の基礎に立つては居ない。彼の構成は法治國の理念に出發して居る。然し法治國は單に國家一般の歷史的形態の一であるに過ぎぬ。ケルゼンは理想型としての法治國に出發し、其の結果實證主義的法律の認識を放棄し、自分自ら否定する自然法に墜つて居る。

以上に於て、筆者はウォーリコウスキイの所說に從つてケルゼンの法律學の純規範的研究方法の內的批判を試みた。斯くして得た結論を繰返し約說すれば、

第一に、規範的方法を純粹に保持することは不可能である。規範を自律的規範と他律的規範に分類することは此の考へを證明する。

第二に、純規範的觀察は法律規範を他の規範から何等區別し得ないのであつて、斯る區別は唯、存在要素と關聯してのみ初めて可能である。

第三に、規範的觀察に依つて設定された法律的當爲と法律的意欲との二元論は保持し難いことが證明された。成文法に於てさへ、法律的當爲と意欲との一般的同一性が證明される。從つて又法律規範の効力は如上の同一性に於てのみ見出す可きである。

第四に、國家意志は法律規範を設定する唯一の權威ではなく、國家は單に法律秩序の全體に依つて決定された法律秩序の一部に過ぎない。然し、吾人にして正に國家を規範設定の權威として認めんとするならば、斯くて吾人は暗默の内に規範的觀察方法の基礎を決定的に放棄するものである。

第五に、國家の刑罰及び執行意志は客觀的法律の全部を盡しはせずして、客觀的法律は法律秩序の合法的内容を包括する。

斯くケルゼンの如く、凡ゆる社會的存在から引き離された法律體系を構成せんとする者は、其の體系の内面的空虛と矛盾との爲に、必づや崩壞の已むなきに至るであらう。此處にサヴニイ(Savigny)の言葉が生々として甦つて來るであらう。『即ち法律は何等獨立の存在を有さずして、寧ろ其の本質は特殊な方面から觀察された人間生活其ものである。唯〻科學が此の自己の對象から分離さるゝならば、科學的研究は法律關係其ものゝ適當な觀察から導かれずして、其の一面的道を辿り得るであらう。斯る時は、科學は著しく形式的には完成するに至り得るが、然し凡ゆる本來の現實性を缺くであらう。』と。(37) 筆者はケルゼン一派の規範主義の方法に對する反駁として、讀者の印象を深からしめん爲に次の二點を繰返し强調して置く。

第一に、當爲、規範一般は唯〻先驗的純粹理念の世界に於てのみ絶對に存在と對立するも、一度當爲、規範が特殊化して現はるゝや、斯る特殊化された當爲、規範は既に其の内に存在を含み、否な存在と關係してのみ特殊化は可能なのである。特殊化せる當爲、規範としての法律は既に其の内に社會的存在を含み、從つて純粹の規範的方法を以つては研究をなし得ない。

第二に、ケルゼン等は社會的存在に於ける當爲と存在との同一性、辯證法的統一性を知らざる者である。既にヘーゲルは形而上學的色彩を帶びて居るとは云へ、當爲と存在の同一性の思想を表明して居る。否な彼は從來の觀念論が現實性に對して當爲を對立させ、主觀的當爲を以つて客觀的の現實性を規制せんとする態度を取ることに力强く反對し、哲學の眞理を總て客觀的世界内容其ものゝ把握から得んとする實在論的方向を取つたのである。彼は其の著『哲學總說撮要』(Encyclopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse) に於て、現實性に對して當爲を對立させることは一般に如何に誤つて居るかを、又斯く對立させることは、現實性の概念を其の單なる經驗的表明を超越して、現實性其ものを理性的なものとして解し得ざる者に取つてのみ可能なることを指摘して居る。斯く現實性を理性的なものとして解せざる者は觀念を持つて現實に接するに至り、『理念、理想(即ち當爲)は幻影に外ならずして、哲學は斯る幻想の體系であるか、或は反對に、理念、理想(當爲)は現實性たる可く余りに優秀なものであり、又同樣に現實性を自ら造り出す可く余りに無力なものであるかになる。』斯くの如く『理念(當爲)から現實性を分離せしむることは特に自己の抽象の夢を或る眞理と看做したり、自己が豫め又政治的方面に於て好んで規定する當爲を自負して、恰も世界が事實さうでないに、如何にある可きか…を經驗せんとして、當爲を待つて居つたかの如く自負するが如き悟性に於て好んでなされる。』斯る現實性から分離された理念を哲學は本來取扱はぬ。『哲學は單に當爲たるに過ずして、現實的たらざるが如き無力なものに非ざる理念のみを取扱ふのであつて、從つて現實性…を取扱ふ。』(38) と。斯くの如く、ヘーゲルは現實性、即ち存在に對し

て理念、即ち當爲を對立せしむる時は理念、當爲は觀念的妄想に化して終ふことを指摘し、眞の理念、當爲を現實性其もの、內に見出さんとして居る。更に換言すれば當爲と存在の同一性を見出さんとして居る。斯くて彼は次の有名な命題に到達したのである。『理性的なものは現實的なり、現實的なものは理性的なり。』(39)と。

ヘーゲル哲學の影響を受け、其の哲學の核心を唯物論――夫は何等本體論的形而上學ではなく、單に實證論的なものである――に置代へたマルクスも、既に一八三七年十一月十日に父に與へた手紙の內で、カント、フィヒテ流の觀念論の本來の缺陷として、『現實的なものと當爲的なものとの對立』(Gegensatz des Wirklichen und Sollenden)(40)を指摘して居る。然し彼はヘーゲルの如く、現實性と當爲との同一性をば、理性即ち世界精神の現象形態としての現實性の內に見出さずして、社會化せる合規範的な人間の實踐活動としての『社會的存在』に見出したのである。(41)

筆者は以上を以つて、純規範的方法原理の內的批判を終らう。更に此の方法に向けらる可き實踐的關心よりする超絕的批判は、既に純形式的方法に向けられた場合と同樣に、Lebensfremdheit と Erstarrung の二點に歸し得らるゝ事は多言を要さずして明かであらう。

我々は最早法律學一般、否な其の一分科たる勞働法の研究方法原理としてカント主義を採用することは出來ぬ。內的批判の見地に立つに止らず、更に實踐的關心に立つて見る時は、カント主義の繫縛の下から法律學を全く自由ならしめなければならぬことになる。實踐に理論的根據を與ふるが如き學問の構成を可能ならしむる方法原理は、實踐が夫に立脚してのみ行はるゝ現實性其のものゝ把握に最も適した方法でなければならぬ。斯る方法を得る爲にはカント哲學の如き主觀主義、觀念論を棄てなければならぬ。そして客觀主義、實在論、實證論否なマルクス的意味に於ける唯物論へ轉向しなければならぬ。吾人にして少しく哲學史を繙くならば、如何に社會組織の固定せる時代には前者の思想傾向が强く、社會組織の變革期に於て實踐的關心の橫溢せる時代には後者の思想傾向が强きかゞ領れるであらう。我々は恰もマルクスがヘーゲルの理性即ち世界精神を『社會的存在』に置代へた如く、又觀念論的純粹形式及規範としての法律を『社會的存在』に置代へなければならぬ。而して、一度我々が法律を『社會的存在』として其の現實性に於て把握せんと試みるや、諸種の社會的存在を有機的、統一的關係に於て觀察することに依つて、夫等の現實性を把握せんとする社會學的方法に方向を轉じなければならぬ。

(1) Hamerling, Amor und Psyche, 4. Gesang.

(2) 此の演繹の論理の發展に關しては拙稿三田學會雜誌第二十三卷、第一號『ルドルフ・シュタムラーの經濟學方法論』を參照せられたし。

(3) Stammler, Wirtschaft u. Recht. 5 Aufl. S. 155-156.

(4) Windelband, Kritische oder genetische Methode? in: Präludien. 3 Aufl. 1907 S. 328.

(5) ebenda. S. 341.

(6) ebenda. S. 342.

(7) Engels, Ludwig Feuerbach u. der Ausgang der klassischen Philosophie. in: Marxistische Bibliothek 3 Bd. S. 50.

(8) Marx, Die Thesen über Feuerbach. in: Marx-Engels Archiv. I Bd. S. 227.

（9）vgl. Simmel, Einleitung in die Moralwissenschaft. I Bd. S. 10.『夫故カントは非實、否は尚ほ常爲一般の概念から至上命令の普遍的形式を演繹した場合、既に余りに多くを爲して居つたのであつた。』

（10）vgl. Stammler, Theorie der Rechtswissenschaft, 1911, S. 35-36.

（11）Kant, Metaph. Anfangsgründe der Rechtslehre, S. 54. Herausg. von Kirchmann 1870 Heft 103.

（12）vgl. Diehl, Theoretische Nationalökonomie, I Bd. S. 18-19.

（13）vgl. Die Thesen über Feuerbach, Marx-Engels Archiv. I Bd. S. 228.

（14）vgl. Windelband, Präludien, S. 278-317, Norm u. Naturgesetze. Simmel, Einleitung in die Moralwissenschaft, Bd. I S. 8-83. Natorp, Philosophie, ihr Problem u. ihre Probleme, S. 79.

（15）Cohen, Ethik des reinen Willes, S. 212-240.

（16）ebenda. S. 218.

（17）ebenda. S. 177.

（18）Lask, Rechtsphilosophie, Festschrift für K. Fischer, Heidelberg 1905, Bd. II S. 27-46.

（19）思惟された意味とは思惟作用に對立して云はれるのである。我々の思惟作用と思惟された意味とは一つの物ではない。思惟作用は個人の意識現象として時間、空間、因果の關係の下に立つのであるが、考へられたる意味は一般的である。此等の作用に超越的である。例へば私が青いものを考へた時、青いと云ふ意味が私の精神現象の中にあるのではない。青と云ふ意味は唯が何時、何處で考へても同一でなければならぬ。意味は存在でない。然し意識作用に對しては客觀的である。

（20）ebenda. S. 70.

（21）Iwan Iljin, Die Begriffe von Recht u. Macht, Archiv für systematische Philosophie, herausgegeben von Ludwig Stein, Berlin 1912, Bd. XVIII.

（22）ebenda. S. 69.

（23）Ewald, Kant-Studien, 1912, Bd. XVII S. 397.

（24）Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, S. 12.

（25）ebenda. S. 38.

（26）vgl. Kelsen, Über Grenzen zwischen juristischer u. soziologischer Methode. S. 1-15.

（27）vgl. Kelsen, Über Grenzen, S. 54-58.

（28）vgl. Hauptprobleme, S. 133-142. Über Grenzen, S. 37-47.

（29）Kelsen, Hauptprobleme, S. 145. Über Grenzen, S. 54.

（30）Kelsen, Über Grenzen, S. 54.

（31）Kelsen, Hauptprobleme, S. 206, 249.

（32）Ignatz Kornfeld, Soziale Machtverhältnisse, Grundzüge einer allgemeinen Lehre vom positiven Rechte auf soziologischer Grundlage, Wien 1911.

（33）G. A. Wielikowski, Die Neukantianer in der Rechtsphilosophie. München 1914. S. 150 ff.

（34）Natorp, Philosophie, ihr Problem u. ihre Probleme. S. 32.

（35）Kalsen, Hauptprobleme. S. 18.

（36）Laun, Grünhuts Zeitschrift für privates u. öffentliches Recht der Gegenwart, 1912, Bd. 39 S. 325.

（37）v. Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung u. Rechtswissenschaft, Heidelberg 1828, S. 30.

（38）Hegel, Encyclopädie der philosophischen Wissenschaft. in: Sämtliche Werke herausgegeben von G. Lasson, Bd. V

S. 37-38.

(39) Hegel, In der Vorrede zu seiner Grundlinien der Philosophie des Rechts. S. XIX.

(40) vgl. Neue Zeit, XVI, S. 44 ff.

(41) vgl. Max Adler, Marx als Denker, S. 73-74.

二

吾人は以上に於て、法律はシュタムラーの云ふ如く單なる形式に非ずして、既に內容として社會經濟を其內に含み、又他方ケルゼンの云ふ如く純規範に非ずして社會的存在なることを知つた。斯く社會經濟と統一的關係にある社會的存在としての法律は最早純形式的方法を以つてしても、又純規範的方法を以つてしても其の本質を把握し得ざるは、木に魚を求むると同樣である。唯一社會的存在としての諸種の社會現象を其の統一的關聯に於て把握せんとする社會學的方法を適用してこそ、法律の本質を、否な其の現實性を把握し得るのである。

斯る態度に於ける法律學の研究を一般に『法律社會學』(Rechtssoziologie oder Soziologie des Rechts) と云ふ。斯る理論はカントロウヰチ (Kantorowicz) の云ふ如く、『全然新らしいものではなく、……寧ろ至つて古く、即ち社會學其ものゝ概念と同樣に古いものである。』[5] 既に古く佛蘭西に於ては Auguste Comte (Cours de philosophie positive, 1830-1842, IV.)、獨乙に於ては Lorenz von Stein (Gegenwart und Zukunft der Rechts-und Staatswissenschaft Deutschlands, bes. S. 112 f., 117, 146.) が斯る態度を持して居つた。且つ此の理論は多〜の追從者を佛蘭西、伊太利、露西亞に見出した。例へば、Alex (Du droit et du positivisme. 1876)、St. Marc (Droit et Sociologie, in: Revue critique de législation 17. 1888)、Alvarez (Une nouvelle conception des études juridiques. 1904)、R. Brugeilles (Le droit et la sociologie, 1910)、Brugi (Di un fondameto filosofico della considetta interpretazione storica delle leggi, in der Festgabe für Ciccaglione 2, 1910)、更に伊太利の社會學的刑法學者 Ferri、Garofalo 等及び露西亞の Muromzew 等を擧げ得る。殊に獨乙に於て有名な者としては Rudolf v. Jhering (Der Zweck im Recht. 1877)、Ernst Fuchs を擧げ得る。最近獨乙に於て斯る立場を代表する者としては、Eugen Ehrlich (Grundlegung der Soziologie des Rechts. 1913)、Franz W. Jerusalem (Soziologie des Rechts, I Bd. 1925) 更にマルキシズムの立場よりして斯る態度を取る者として、Joseph Karner (本名は Karl Renner, Die soziale Funktion der Rechtsinstitute, Marx-Studien, Bd. I) 等がある。

勿論是等の人々の間には、其の對象に於て、其の方法に於て多少の相違がある。極く最近の人々の所說を述べれば、イェルサレムの如きは從來の觀念論的主觀主義に對して、『純客觀性の方法を法律社會學と名附け』[2] て居る。又エールリッヒは『法律發展の重心は總ての時代と同樣に現代に於ても、立法或は法律學或は裁判に存せずして、寧ろ社會其ものゝ內に存す』[3] との根本命題に出發して、從來の法律學の如く單に成文法規、殊に判決規範の解釋、分類、體系化を事とする裁判官、辯護士の爲の實踐的（即ち技術的）研究[4] に對して、社會團體內に發生し、社會團體の秩序を規制する『生きた法律』(lebende Recht)[5] の研究を行ふことに依つて、法律學は技術論から社會學の一

部として眞の科學に迄到達し得るとなして居る。故にエールリッヒは法律社會學の課題、對象を次の如く定義して居る。『社會學的法律學の第一の而も重要な課題は夫故社會を規制し、秩序附け、規定する法律要素を單なる判決規範から區別し、其の組織的性質を明かにするにある。』(6) 更に其の對象を明かにすれば『法律の科學的認識に取つて問題となる法律領域に於ける社會現象は就中法律事實其物であつて、即ち人間團體内に於て各人に其の立場と任務とを規定する慣行、支配關係、所有關係、契約、定款、遺言處分、其他の指圖、及び相續等である。次いで、法規は其の實踐的適用及び解釋の點からではなく、單に事實として、從つて專ら其の起原及び作用に從つて觀察さるゝに至るのであつて、最後に法律を構成せしむる凡ゆる社會力が觀察さるゝに至る。』(7) 而して、斯る對象の認識手段として、エールリッヒは第一に法律證書（Rechtsurkunde）、第二に生殘つて居る法律（überlebende Recht）、第三は新たなる法律たり得る萠芽（lebensfähigen Keime eines neuen Rechts）を研究す可き事を主張して居る。(8)

一方カルネルの如きはマルキシズムの基礎に立つて單なる法規ではなく、其の法規が實際社會關係に於て營む機能を研究し、以つてマルクスがブルジョア經濟學を批判した如く、ブルジョア法學を批判せんとして居る。即ち彼は法律制度の二面性、即ち法律制度の規範的構成（Normbestand）と社會的機能との區別に出發して居る。『法律制度は、恰かもこのブルジョア世界の殆んど總てのもの、即ち例へば、商品、生產又はヴェルネルソムバルトがさうであるやうに、二面的性質を有つて居る。形式法律學的には、法律制度は章節に分たれ、辛抱强い紙の上に印刷せられ、或ひは巧みに或ひは拙く綴られた命題、即ち、規範であり、恰かも株式中に於ける鐵道の軌道及び車輛、若しくは、銀行券中に於ける棒金と同樣に、抽象的な存在を有つものである。……商品といふ偶像が使用價値なる自然的事實と相竝んで存在すると同じく、法規といふ偶像は、人類相互の事實的關係と相竝んで存する。形式法律學的にはあらゆる法律制度は、規範の總體、即ち、命令の總計である。……法學の課題は、全規範材料の技術的取扱ひ、體系的把捉、論理的加工及び實際的適用と云ふ點に完全に盡きて居る。』(9) と。斯る法律制度の規範的構成のみを研究するブルジョア法學を彼は形式主義的な、生命なき抽象理論となし、之に反して唯物史觀の見地より、上層建築としての法律制度が其の下層建築たる經濟關係に基礎を置く社會組織内に於て營む機能、即ち彼の所謂法律制度の社會的機能の研究を以つて本來の法律學の課題として居る。『こゝに始めて、單なる法律學（Rechtskunde）でも、單なる法學（Jurisprudenz）でもなく、寧ろ法律科學（Rechtswissenschaft）である所の、法律理論（Rechtslehre）の一部門が生ずる。』(10) と。彼は斯る方法に基附いて、所有權の規範的構成に何等變更なきに拘らず、其の社會的機能は經濟關係の變化に從つて如何に變化し來つたかを詳細に論じて居る。所有權規範は『何人も、Aに屬する物を、彼の處分から奪つてはならぬ、何人も、Aの平靜なる物の占有を、妨げてはならぬ云々』である。『所有權の法律的定義に於ては、權利客體は差別されず、客體の何であるかは問題ではない。所有權の規範的構成は、代數式のやうに、$V=\frac{a}{2}t^2$のやうに、無害なものである。併し、この加速度の定式の中に雪なだれを嵌め込んで見よ。然るときは、この定式は、お前を壓しつぶすであらう。規範の空白の中に機械を嵌め込んで見よ。然るとき

は、この空白は、世代を殺戮するであらう！』(11) 所有權の同一規範は單なる商品生産社會と資本主義社會とに於て、夫々如何に異つた社會的機能を營むに至つたゞらうか。『苦鬪の結果封建的束縛から脱した所の、小商品生産者の社會、その中に於ては窮局生産者が自由に自己の生産手段を處分する所の小商品生産者の社會、斯かる社會の宣言する所は、各人は各〻自己の勞働條件を所有し、各人は自由に他人と自己の勞働の産物を交換する、といふことに外ならない。法規は各人に、各人が合目的と考へる所に從つて、自己の勞働手段を使用し、勞働することを委せる――そして、又勞働生産物はひとりでに彼の所有に歸するから、法規は斯くすることが出來るのである。法規は各人をして自己の子孫を扶養せしめる――そして又、父の所有は、相續する所の子供にとつては、榮養基金であるから、法規は斯くしても差支へないのである。斯る素朴な單純な、所有權秩序は、この社會の生存條件を法律的に固定することを目的として居るのである。然るに眼を開いて見よ。自己の物の平和な所持は、他人の勞働力の苛酷なる支配に轉化し、多くの場合に封建時代やファエーラオーネンのそれよりも苛酷、より殘忍、より殺戮的な勞働秩序を生み出した――幼年工勞働を想ひ起して見よ！――自己の物の斯かる平和な所持は、他人の勞働の産物の不斷の擅有となり、剩餘價値名義となり、全社會の生産物を遊墮階級に利潤、利息、地代として分配し、活動的階級には保存と繁殖との必需品のみを分つに至つた。それは、畢竟、その總ての本原的機能を逆轉せしめた。』(12) 斯くの如く、所有權の規範的構成は同一なるに拘らず、其の社會的機能は單純なる商品生産社會にあつては勞働者自身に生産手段を占有せしむる機能を營んで居つたに、經濟關係、殊に所有權客體の變化と共に其の社會的機能は勞働者自身の余剩勞働を搾取する資本機能に迄變化した。即ち所有權の社會的機能は『所有權者の手中に於て、相次で、權力名義、利潤名義、利息名義、利得名義、地代名義となつた。換言すれば、資本若しくは資本に等しいものとなつた。斯くして、今や所有權の客體は、産業資本、商品取引資本、貨幣取引資本、利息附資本又は土地所有權であり、且つこれらの形相の何れに於ても、所有者に一つの分化された假裝の刻印を捺す所の特異の機能を有つて居る。それと同時に、所有權なる法律制度は、その獨自性と自足性とを失ひ單純なる商品生産者が、直接に、第三者の干渉なしに、人格者として物に關係したのに反して、たゞ他の法律制度との不斷の結合に於てその機能を盡すにすぎない。所有權と――賃銀契約、所有權と――賣買契約、所有權と――消費貸借、所有權と――小作、等々と云ふが如き、連結制度との類型的結合によつて、』(13) 其の機能を盡すと。

筆者は、エールリッヒの如く、單なる判決規範、否な成文法規に限らず、廣く社會團體内に於て自ずと生じ、其の團體秩序を規制する『生きた法律』を、カルネルの如く、其の『社會的機能』に於て研究することを法律社會學の課題なりとする。而して、斯る法律社會學のみが眞の法律學、即ち社會科學の一部門としての法律科學たり得ることを强く信ずるのである。勿論、從來の理論法學（Rechtsdogmatik oder dogmatische Rechtswissenschaft）、即ち『各時代に於て効力を有する法律規範を蒐集し、研究をなして一箇の科學的體系となし、其等の缺點、矛盾を無くし、且つ一般に有効な法律材料に對して夫を適用するに最も適した形式を與へることを課題とする』(14) 理論法學に對して、斯

る法學を眞の法律科學に非ずとなし、之に置き代へるに法律社會學等を以つてせんとする試みに對しては、從來多くの反對論があつた。既に早く、一八八二年に於て、露西亞の法律學者 Pachmann は『法律學に於ける現時の運動に就て』(Über die gegenwärtige Bewegung in der Rechtswissenschaft) と題する講演に於て、Ihering 等が法律社會學を以つて理論法學に置代へ、斯くて法律學を科學たる地位に高めんとする運動を批評し、之に對して方法論上の二元論を强調し、法律社會學の法律哲學及び法律の歷史的研究に對する意義竝に、或る程度迄理論法學に對する意義をも認めるが、法律社會學を以つて理論法學に置代へんとする事は夫々獨自の研究領域を有するものを混同するものなりとして、强く否定して居る。之より十年遲れて、Jellinek は其の著『主觀的公法の體系』(System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1892) 竝に『一般的國家論』(Allgemeine Staatslehre, 1900) に於て、等しく方法論上の二元論に基附き、國家論を規範としての法律と、社會的事實としての法律との區別に基附いて構成せんとし、法律社會學を以つて理論法學に置代へることを否定して居る。又既に前章に於て述べた如く、イルジン、竝にケルゼンも斯る試みを否定して居る。更にカントロウヰチも一九一〇年の第一回獨逸社會學者大會の席上に於て、『法律學と社會學』と題する講演に於て、同樣に否定的態度を示して居る。彼に據れば、法律社會學とは『社會生活が其の法律規範との關係に於て研究される場合』(15) を云ふのであつて、『從つて法律社會學は理論的に、社會生活の現實性を法律目的てふ文化價値と關聯して、普遍化的に研究する學問である。之に反して、法律規範の內容と體系とに關する理論たる理論法學 (die dogmatische Jurisprudenz) は斯る樣式の外に存する、と云ふのは、夫は古い合理主義的な法律學理論を克服した後容易に知る如く、――理論的に――價値に關係せしめて取扱ふのではなく、寧ろ――規範科學として――夫自體價値判斷がなされ（更に詳しく云へば普遍化的方法の下に於てなされる）。』『今や吾人は、法律學が常に社會學に依つて置代へられ得るし、且つ今や其の時に至つて居るとか考へるのは如何に全く間違つて居るかゞ覺る。』(16) と。

斯る非難あるにも拘らず、法律社會學を以つて眞の社會科學の一部門としての法律學なることを主張する者としては、Kornfeld g、Ehrich、Gumplowicz(8) 及びブルジョア法學に對してマルキシズムの法學を建設せんとする者として Karner 等がある。筆者も亦斯る立場を取るものである。何んとなれば、從來の所謂理論法學は技術論に外ならずして、何等社會科學たるの資格を有さないと信ずるからである。筆者は社會科學一般の課題を、實踐に對して理論的根據を與へ得るが如き、社會現象の現實性、自體の把握にあると信ずる者である。從つて、從來の所謂理論法學の如く、法律規範のみを取り來つて、之に論理上完全なる體系を與へんとする概念的遊戯を以つて終始し、其の法律規範が現在の社會生活に於て如何なる機能を營むかを全然顧慮せざるものを、煩瑣學者的態度として强く非難する。夫は最早社會科學たるの僭稱を許し難いものである。そが實踐に寄與するとしても、高々官吏、裁判官、辯護士の實踐的關心を滿すに過ぎないであらう。否な、恐らくエールリッヒが正當に指摘した如く、從來の理論法學は意識的に或は無意識的に、斯る狹小なる實踐的關心を滿す爲に構成せられた技術論に過ぎないであらう。即ち『法律體系の論理的完成の原理は科學的に確證された事實を意味するに非ずして、寧ろ裁判官に判決規範の豐富なる貯へを備へ、且つ出來得る

限り彼を此の規範に拘束せんとする、單なる實踐的努力を意味するに過ぎない。』[19] 洵に社會科學の一部門としての法律學は、法律規範の現實性、即ち『生きた法律』の『社會的機能』を體系的に把握することを課題とす可きである。カルネルの言葉を借りて云へば『（從來の理論）法學が終止する所に於て、始めて、法律の科學が始まる。而して、この科學は、法律を、我々の生活の總ての非法律的事實の聯繫の中に置き、且つ、一つの小車輪として、生起の總聯動裝置の中に織込むものである。』[20] 否な斯ることを課題とする法律社會學のみが眞の法律學である。

現代の如き革命的實踐の聲高き時に於て、我國大學の法學部教授連の多くは、猶ほ理論法學の世界に立籠つて、權利、義務の概念的遊戯に終始して居る。『單なる形式的法律の背後に支配階級的利益が隱されて居る』と云ふ前世紀中葉に打たれた一大警鐘は未だ彼等の眠りを醒し得ないのである。筆者は亦我國大學法學部の無能と衰退とを此處に見るのである。

斯くして、眞の法律學は法律社會學に外ならぬとすれば、次に夫は如何なる社會學を方法原理として採用す可きかの問題が生ずる。近代の社會學は Troeltsch、Vierkandt 等に從へば[21]『歴史哲學的、百科辭典的傾向』と『分析的、形式的傾向』とに分類され、又 Wilhelm Sauer[22] に從へば『內容的（具體的）社會學』と『形式的（分析的）社會學』とに分類される。然るに、法律社會學は法律規範の實質的社會的機能を取扱ふものである以上、最早單に結合形式のみを取扱ふ形式社會學的方法を採用し得ない。寧ろ、前者の內容的（具體的）社會學の方法を採用す可きである。然し從來の多くの內容的社會學は、確かに形式社會學者の非難する如く、歴史哲學的獨斷論に墮入るか、或は百科辭典的に、單なる巨大な知識の累積に過ずして、何等科學の要求する體系的統一を有さなかつた。然るに、筆者はマックス・アドラー[23] と共に、マルキシズムは其の本質に於て社會學に外ならずして、而も其の社會學は內容的社會學を從來の缺陷から救ひ出したものであることを信ずる。筆者は既に『マックス・アドラーに於けるマルキシズムの社會學的基礎附け』と題する卒業論文に於て、可成詳細にマルキシズムは其の本質に於て社會學に外ならざることを論じた。そして、今之を再び此處に論ずる余裕を持たない。唯、簡單にマルキシズムの基礎をなす唯物史觀は社會諸現象の有機的、統一的關聯を明かにすることに依つて、社會組織並に其の變革過程の統一的把握を可能ならしめたものであり、即ち內容的社會學の最高峯に立つものであることを指摘するに止める。又本塾の加田教授もマルキシズムの基礎の上に社會學を建設されんとして居る。

蓋し、マルキシズムはよしや事實に於て、現在の社會制度を變革せんとする激情的、實踐的關心に出發せるにせよ、夫が唯物史觀に基礎を置く以上は、其の理論的本質に於ては、社會生活一般の法則を認識せんとする努力なりと看做す可きである。何人も知る如く、マルクスは唯物史觀の根本觀念を次の如く表明して居る。『彼等生活の社會的生產に於て、一定の、必然的の、彼等の意志より獨立した關係に、即ち彼等の物質的生產力の一定の發展階段に適應する所の生產關係に入り込むものである。此等生產關係の總和は社會の經濟的構造を成すものであつて、それは法制上及び政治上の上層建築が據つて以つて立つ所の、又一定の社會的觀念形態が之に適應する所の、眞實の土臺である。物質的生活の生產方法は一般に、社會的の、政治的の、及び精神的の、生活過程を條件付け

る。人類の意識が其の存在を決定するのでなく、寧ろ之に反して、彼等の社會的存在が其の意識を決定するのである。』(24) と。此の唯物史觀の根本觀念を新たなる社會學的意味に於て解釋するならば、畢竟するに、經濟關係を基礎とする全社會組織の構成と、全社會現象の有機的、統一的把握とを與へ、更に辯證法に於て社會の發展法則をも與へたものであり、即ち社會學に外ならぬのである。故にアドラーは『マルキシズム理解への入口は吾人が單に一つの經濟理論、或は、全く單なる政黨の教理を其の內に見出すに非ずして、寧ろ夫が社會學と同一なる事を認識するにある。』(25) と云ひ、又カウツキーもマルキシズムは『根本に於て、プロレタリヤの見地に出發せる社會に關する科學に外ならぬ』(26) と云つて居る。

斯るマルキズムの社會學を社會科學一般、從つて法律學の方法原理として採用することは、一體何を意味するのであらうか。既に、唯物史觀は經濟關係を基礎とする社會組織に依つて、社會的觀念形態の制約され、條件付けられることを說く。此の事は、社會的觀念形態たる科學、即ち社會科學的認識が一定の經濟的發展階段に於ける社會組織其ものに依つて制約される事を意味する。即ち、マルクスの唯物論は、カントの觀念論の如く、認識の形式、即ち認識を制約し、條件付けるものを、主觀の先驗的範疇に求めずして、反對に、主觀自體の實踐活動に依つて構成されたとは云へ、主觀に對して客觀的に存する社會組織其ものに認識の形式、制約、條件を求めるのである。アドラーは、猶ほカント主義的殘滓を留めて居るとは云へ、斯る方法原理としてのマルキシズムの社會學を『精神生活の社會的、歷史的制約としての認識の社會學』(Die Soziologie des Erkennens als die sozialhistorische Determination des Geisteslebens)(27) と名付けて居る。

我々マルキストは最早社會現象の認識條件を主觀の先驗的形式に求めずして、寧ろ、我々の主觀から客觀的に存し、經濟關係に基礎を置く歷史上の一定の社會組織其ものを認識條件とする。否な斯る認識條件の下に於てのみ、我々は對象たる箇々の社會現象を其の現實性に於て把握し得るのである。

既に、マルクスは斯る社會學的方法原理を經濟學に適用して居る。彼は徒に彼の經濟學上の二主著を『經濟學批判』と名附けはしなかつた。彼は之に依つて、一定の社會組織、即ち市民的生產關係なる認識條件の下に、箇々の經濟現象を批判的に認識せんとした事を意味したのである。吾人にして、單にマルクスの資本概念を想起すれば、以上の事は明瞭とならう。即ち、彼は資本現象を市民的生產關係なる認識條件の下に把握することに依つて、資本の現在に於ける社會的機能、即ち搾取機能が明瞭にされたのである。

筆者は此のマルキシズムの社會學的方法原理を法律學に適用せんとするのである。斯る試みは從來マルキシズムの經濟學的方面の研究が盛んであつた爲め、其の背後に追ひやられて居つた。僅かに古典として見出し得るものは、既に引用した、Karl Renner の Die soziale Funktion der Rechtsinstitute あるに止まる。唯、最近に至つて漸く、露西亞に於て、此の方面の研究が盛んになつて來た。例へば、E. Paschukanis (Allgemeine Rechtslehre und Marxismus. deutschen Ausgabe 1929)、Podwolozki (Marxistische Rechtslehre. russ. 1923)、Rasumowski (Probleme der marxistischen Rechts-

theorie. russ.)、Stutschka (Die revolutionäre Rolle des Rechts und des Staates. russ) 等がある。

筆者は一定の歴史上の法律規範を其の認識條件たる生産關係に基礎を置く一定の社會組織の下に批判し、理解し、以つて其の規範の背後に隱れたる階級性を暴露し、其の現實の社會的機能を把握せんとする。バシュカニスも『マルキシズム的批判の課題は、單に市民的、個人主義的法律理論を否定するのみならず、又法律形式其ものを分析し、其の社會學的根柢を暴露し、法律上の根本概念の相對性と歴史的制約性とを實證するにある。』(28) と云つて居る。

彼バシュカニスは上掲の『一般的法律理論とマルキシズム』なる著書に於て、法律理論の基本概念をなす『主體』の概念を商品生産社會なる認識條件の下に批判して居る。『總ての法律關係は主體と主體との關係である。主體は法律理論の原子で、其の最も單純な、夫以上分析し難き要素である。夫故又我々は分析を此の主體に初める。』(29) と云つて居る。

蓋し、從來の觀念論的法律理論は主體の概念を何等かの普遍的理念から發展させて居り、即ち純思辯的方法に據つて居る。プヒタ (Puchta) に於ては、『法律の根本概念は自由である。……自由の抽象的概念は何等かに對して自己を決定する可能性である。……人間は自己を決定する可能性が彼に屬するが故に、即ち彼は一箇の意志を有するが故に、權利主體である。』(30) と。又ヘーゲルに於ては、『人格は一般に權利能力を含み、且つ、抽象的な、從つて形式的な權利の概念と夫自體の抽象的な基礎とを作る。夫故、法律命令は、人格たれ、且つ他人を人格として尊敬せよと云ふことである。』(31) と。所謂理論法學は此の概念を形式的方面から用ひて居る。夫に取つては、主體は法律上の取引に參加する資格があるか、ないかの見地から、或る現象に法律上の資格を與へる手段に外ならない。從つて、理論法學は一般に、如何なる原因に依つて、生物學的個人としての人間が法律上の主體に變つたかの問題を設定しない。夫は完全に最初から與へられた形式としての法律上の取引に出發する。

之に反して、マルキスト的理論は總ての法律形式を歴史的なものとして觀察する。夫故、夫は何等かの法律範疇を實在たらしめた一定の歴史上の物質的條件を明かならしめんことを課題とする。法律共同態或は法律上の主體間の取引の物質的前提は既にマルクス自身に依つて、暗示的ではあるが、『資本論』第一卷に於て、確說されて居る。然し此の暗示は、一般的法律理論に關する浩瀚なる著書よりも、遙に人間關係の法律的要素を理解する爲に多くのものを與へて居る。マルクスに於ては、主體の形式の分析は直接商品形態の分析から導かれる。資本主義社會は就中商品所有者の社會である。此の事は、生産過程に於ける人間の社會關係が勞働生産物なる物的形態を帶び、且つ相互に恰も價値の如くに關係することを意味する。商品は一箇の對象であり、其の內に於ては、具體的多樣なる有用性は單に物的外皮を帶びた抽象的な價値性となり、更に其の商品の價値性は他の商品と一定の割合に於て交換せられる能力として現はれる。斯る性質は人間の背後に、彼等の意志から全く獨立して作用する或る種の自然法則の爲に、恰も物其もの、內に內存するものとして現はれる。

然し、斯る恰も商品に內在する價値を交換過程に於て實現する爲には、商品所有者の意志活動を必要とする。即ち、マルクスの云ふ如く、『商品はみづから市場に行つて、みづから相互に交換し得

るものではない。そこで我々は、其保護人なる商品所有者のことを考へなければならない。商品は物であるから、人間に對しては抵抗力がない。若し商品が從順でないとすれば、人間はこれに對して强力を行使し得る。換言すれば、それを所有してしまふことが出來るのである。此等の物を商品として相互關係せしめる爲には、商品の保護人たちは其意志が此等の物に宿る所の人として、相互關係することを要する。即ち一方の者の同意を以つてのみ、換言すれば各人とも共通の意志行爲に依つてのみ己れの商品を讓渡して他人の商品を占有するに至ることを要するのである。』(32) と。

從つて、勞働生産物に物化した生産過程に於ける人間の社會關係が實現される爲には、生産物の處理者としての、即ち『其の意志が此等の物に宿る所の『主體』としての人間の特殊な關係を必要とする。夫故、人間は同時に勞働生産物として、商品性を帶び、且つ價値の支持者となると共に法律上の主體及び權利の支持者ともなる。

從つて、同時に社會生活は一方に於ては、自發的に成立する物化した關係の總體（價格標準、余剰價値率、利潤率等の全經濟關係はさうである）に、――即ち我々に取つて人間は物以上の何物も意味しない所の關係に、――又他方に於て、人間が物と對立して置かれ、即ち主體として置かれることに依つて、人間のみが決定的となる所の關係とに分離する。後者の關係は正に法律關係である。此の二つの基本形態は原理上相互に區別されるが、然し同時に相互に條件附け、且つ共に密接なる關係にあるものである。生産に基礎を置く社會關係は同時に二つの不合理な形態を現はす、即ち商品價値として、及び權利主體たる人間の能力としての形態を現はす。

恰も生産物の自然的の多樣なる有用性が商品に於ては單に價値の外皮として現はれ、且つ具體的の多樣なる人間勞働が價値の創造者として、抽象的な人間勞働に變ずるのと丁度同じく、具體的の多樣な人間と物との關係は抽象的な所有者の意志として現はれ、且つ特定の人間を他の人間から區別する凡ゆる具體的特殊性は人間一般即ち法律上の主體としての人間と云ふ抽象に變ずる。

物は經濟上商品として社會關係を物化するが故に、人間を支配し、他方人間は法律上所有權者としての性質に於て、抽象的な、非個人的な權利主體に、即ち社會關係の純産物に化身するが故に、物を支配する。マルクスの言葉を以つてすれば『此等の物を商品として相互關係せしめる爲には、商品の保護人たちは其意志が此等の物に宿る所の人として相互關係することを要する。即ち一方の者は他方の者の同意を以つてのみ、換言すれば各人とも共通の意志行爲に依つてのみ己れの商品を讓渡して他人の商品を占有するに至ることを要するのである。從つて、商品所有者たることを認めなければならないのである。』(33)

經濟を營む主體は法律上の主體として珍しい贈物を受ける。即ち、彼は他の商品所有者間にあつて、彼を絶對に自由平等ならしめる所の、法律上彼に歸屬された意志を受けるのである。『凡ての者は自由であらねばならぬし、何人も他人の自由を破つてはならぬ。……各人は彼の意志の自由なる道具として、自己の身體を持つ。』(34)

之は自然法學者の出發點をなす公理である。此の夫自體完成せる人間人格の理念は全く商品生産に適應するものであり、商品生産社會に於ては、生産者は形式上相互に獨立して居るのである。『凡

てが自由たる可く、又一人の自由が他人の自由を破壞せざる可き、多くの自由なる被造者の同時に存する』法律狀態は理想化された、哲學的抽象の天空に置き換へられた、且つ卑しき經驗から自由ならしめられた市場に外ならずして、其の市場に於ては獨立の生產者が出逢ふのである。即ち、多くの法律家は權利主體を人格一般として、否な一定の歷史的社會的條件を無視して、永遠の範疇として取扱ふ。斯る見地よりすれば、權利主體たることは理性的意志を備へた本質としての人間一般に特有なことである。現在に於ては、權利主體なる範疇は明かに市場に於て行はるゝ交換行爲から抽象される。正に、此の交換行爲に於て人間は實際に自己決定なる形式上の自由を實現する。

斯くして、市民的關係が完全に發展された場合にのみ、法律は抽象的性質を帶びる。總ての人間は人間一般に、總ての勞働は社會的に有用な勞働一般に、總ての主體は抽象的權利主體となる。同時に又、規範は論理上完全な抽象的な、一般的法規の形式を帶びる。夫故、法律上の主體は天空に置き換へられた、抽象的な商品所有者である。(35)

以上はマルクスの社會學的方法原理を用ひて、『形式的な、自己決定的な法律上の主體』なる範疇を一定の生產關係に基附く社會組織なる認識條件の下に批判し、斯くて其の現實性を把握したのである。

筆者は一般に此の社會學的方法原理を用ひて、單なる成文法規に止まらず、廣くエールリッヒの所謂『社會團體內に於て自ら生ずる生きた法律』を客觀的に批判し、其の社會的機能と現實性とを把握せんとする。且つ、斯る研究のみが眞に社會科學の一部門としての理論法學の課題なりと認める。而して、一度歷史上に與へられた一定の法律が其の現實性に於て把握されるや、否な一定の法律の社會的機能が既に社會の發展に對する有用性を失つて、夫が桎梏に化して終つて居ることが認識せらるゝや、必づや此の法律を撤廢して、一定階段に於ける社會の發展に適應した法律を設定せんとする實踐的關心を刺戟するであらう。洵にラッサアルが云ふ如く、『新時代の黎明は常に唯、從來存せし現實性其ものゝ如何なりしかに就て得られた意識の內にのみ存する。』(36) のである。夫故、法律の現實性を把握せんとする斯る理論法學は實踐に對して理論的根據を與へ、又斯る科學のみがマルクス的意味に於て、凡ゆる煩瑣學者的繫縛の下から自由ならしめられた眞の科學たり得るのである。而して、斯る理論法學の研究の結果刺戟された實踐的關心を滿す爲に、社會發展の一定階段に適應した法律の構成を研究することを課題とするものは、正に立法的法學 die legislative Rechtswissenschaft) である。(37)

斯る研究方法は法律學の一部門をなす勞働法の研究に取つて、特に必要なのである。勞働階級の保護と發展とを其の目的とする勞働法は、當然ブルジョア立法の下に於て、完全な成文法規として現はれ難い。勞働法に屬す可き多くの法律規範は未だ成文法規とならずして、單に經濟的社會團體內に自ら生じた、生きた法律としてのみ存する。故に勞働法の研究對象は單に成文法規に止らず、廣く『生きた法律』を含むのである。更に、假りにブルジョア立法の下に、勞働法が成文法規として形式上完全な體裁を備ふるに至つたとしても、其の法規の現實性、即ち其の社會的機能は果して勞働階級の保護と發展とを確保するか否かは頗る疑はしい。此處に於てか、社會學的方法に據つて、勞

働法規の社會的機能の認識が重要性を帶びる。

筆者は從來の所謂理論法學の如く、勞働法規の概念的體系化を以つて、單に裁判官其他の官吏或は辯護士の實踐的關心を滿すに過ぎざる法律技術論なりと看做す。寧ろ、眞に社會科學の一部門としての理論法學たるの資格を有する勞働法の研究は、勞働法規（成文法規に限らず）の社會的機能を客觀的に認識するにある。斯る勞働法の理論的研究を筆者は『勞働法原理』と名附ける。他方、斯る理論的研究の結果惹起された勞働法の改造に對する實踐的要求を滿す爲の政策的研究を『勞働立法』と名附ける。約言すれば、勞働法の研究は『勞働法原理』と『勞働立法』との二部門に分れる。

最後に、勞働法の研究と社會政策竝に工業政策との關係に一言して、此の論文を終らう。從來、屢〻、勞働法の研究を社會政策或は工業政策の一部と看做し、獨立の研究領域たることを認めなかつた。然し、以上に述べた意味に於ける勞働法研究の一部門たる『勞働法原理』は理論的研究なる以上社會政策或は工業政策と本質に於て相違するものである。若し、兩者を混同するならば、夫は明かに理論と政策との本質的相違を無視したる者である。而も猶ほ敢へて兩者の關係を求むるならば、前者は政策に對して刺戟材料と出發點とを提供するものであると云ひ得る。他方、一度勞働法の研究が第一の部門を去つて、第二の部門たる政策的研究、即ち『勞働立法』の研究に至つて、初めて勞働法の研究は社會政策或は工業政策と密接な關係に齎らされる。即ち、社會政策の目的が、奥井教授の定義された如く、基本社會の決裂を防ぐにあるとすれば、或は斯る目的よりする社會立法の一部として、勞働階級の保護と發展とを目的とする勞働立法は屬するかも知れない。然し、若し其の基本社會が資本主義社會の夫であり、斯る基本社會の決裂を防がん事を社會政策が目的とするならば、筆者の考ふる勞働立法の目的とは全く相反するのである。と云ふのは、筆者は勞働立法の窮極目的を勞働立法自體の自己否定にあると見る。即ち勞働法の理想は勞働者階級を消滅せしむるにあると見る。此の意味に於て、勞働立法は歴史的範疇に屬す可きである。我々は多くの政策學者が自己の研究對象の歴史的範疇を永劫不滅なる普遍的範疇に掬摸替へんとするブルジョア的イデオロギーから脱しなければならぬ。

他方に於て、勞働立法は工業政策と密接なる關係にあるとは云へ、其の對象に於て多少異ならざるを得ない。工業政策は本來一國に於ける工業生産力の增進を計るを目的とするものであらう。而して、若し一定の勞働立法が工業生産力を增進せしむる結果を齎すものであれば、當然工業政策の一部に入る可きであらう。然し乍ら、若し勞働階級の保護と發展と云ふ本來の勞働立法の目的よりして、或る勞働立法が勞働者の罷業權を認めた場合はどうであらう。斯る場合に於ける勞働立法はブルジョアの利潤獲得をのみ目的とする見地よりした工業生産力の增進とは明かに矛盾するに至る。假りに一歩を讓つて、凡ゆる勞働立法が工業生産力の增進を助成するにした所で、勞働立法の對象とする勞働と工業政策の對象とする勞働とは其の範圍に於て異なる。ジンツハイマー（Hugo Sinzheimer）が適切に定義した如く、勞働法の研究對象をなす勞働は『從屬的勞働竝に之と同位に置れた勞働』（Die abhängige Arbeit u. die der abhängigen Arbeit gleichgestellte Arbeit）(38) であり、從つて工業政策の對象とする工業勞働に止まらず、農業勞働、商業勞働其他廣く從屬性を帶びた勞働

一切を含むからである。唯、工業勞働が從屬的勞働の主要形態たるに止まる。斯くて、勞働法の研究は社會政策或は工業政策と異つた獨自の研究領域を有するものである。

斯る勞働法の研究の所產は、唯、夫を基礎として行はゝ勞働階級の不斷の努力と實踐とに依つてのみ、新なる勞働法を創造し得るのである。筆者は次のイエーリングの格言を記して此の論文を結ぶ。

„Im Kampfe sollst du dein Recht finden.“ (39)

(1) Hermann Kantorowicz, Rechtswissenschaft und Soziologie. in: „Verhandlungen des Ersten Deutschen Soziologentages.“ S. 297 ff.

(2) e. W. Jerusalem, Soziologie des Rechts. I Bd. S. V.

(3) e. Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts. Vorrede.

(4) vgl. ebenda. I. Abschnitt „Der praktische Rechtsbegriff.“

(5) vgl. ebenda. S. 33, 399, 402, 406,

(6) ebenda. S. 33.

(7) ebenda. S. 382.

(8) vgl. ébenda. S. 399 ff.

(9) Karner, Die soziale Funktion der Rechtsinstitute, in: Marxstudien I Bd. (1904)
此の原本は獨逸にして、容易に手に入り難いものであるが、幸にして後藤治氏の訳書『法律制度【特に所有權】の社會的機能』（マルクス主義名著叢書第一卷叢文閣版）があるので、之を參照して置く。同書一六頁。

(10) 同書一七頁。

(11) 同書　七四——七五頁。

(12) 同書二二六——二二七頁。

(13) 同書一三二——一三三頁。

(14) Anton Menger, Über die sozialen Aufgaben der Rechtswissenschaft, Inaugurationsrede gehalten am 24. October 1895. (Wien u. Leipzig. 1895) S. 5.

(15) Kantorowicz, ebenda. S. 276.

(16) ebenda. S. 297.

(17) vgl. Ignatz Kornfeld, Soziale Machtverhältnisse, Grundzüge einer allgemeinen Lehre vom positiven Rechte auf soziologischer Grundlage, Wien 1911.

(18) vgl. Ludwig Gumplowicz, Rechtsstaat und Sozialismus. 1881. Die soziologische Staatsidee. 1892.

(19) Ehrlich, ebenda. S. 15.

(20) カルネル、同書一七頁。

(21) Troeltsch, Weltwirtschaftliches Archiv Bd. 8, S. 260 ff. Vierkandt, Gesellschaftslehre 1 Aufl. S. 1.

(22) Wilhelm Sauer, Lehrbuch der Rechts-und Sozialphilosophie. S. 25 ff.

(23) vgl. Max Adler, Die Soziologie im Marxismus. in: Die Gesellschaft. ein Sonderheft der Gesellschaft zu Karl Kautsky 70. Geburtstag. S. 9.
Die Staatsauffassung des Marxismus. in: Marx-Studien. 4 Bd. S. 17-18.

Verhandlungen des Vierten Deutschen Soziologentages.

(24) Marx, Zur Kritik der politischen Oekonomie. S. 11.

(25) Adler, Die Soziologie im Marxismus. S. 9.

(26) K. Kautsky, Die historische Leistung von Karl Marx. S. 30.

(27) Adler, Verhandlungen des Vierten Deutschen Soziologentages. S. 199.

(28) E. Paschukanis, Allgemeine Rechtslehre und Marxismus. Marxistische Bibliothek. Bd. 22 S. 6.

(29) ebenda. S. 87.

(30) Puchta, Institutionen, Bd. I, 1850, S. 4-9.

(31) Hegel, Philosophie des Rechts, § 36.

(32) Marx, Das Kapital (herausgegeben von Engels.) Bd. I. S. 50-51. 高畠氏譯（新潮社版）『資本論』第一卷、七三頁。

(33) ebenda. S. 50-51.

(34) Fichte, Rechtslehre. Leipzig 1912, S. 10.

(35) vgl. Paschukanis, Allgemeine Rechtslehre u. Marxismus. bes. 4 Kapitel: Ware und Subjekt.

(36) Lassalle, System der erworbenen Rechte.

(37) vgl. Hugo Sinzheimer, Ein Arbeitstarifgesetz. S. 7.

(38) vgl. H. Sinzheimer, Grundzüge des Arbeitsrechts. bes. 2 Kapitel. I. Die abhängige Arbeit.

(39) vgl. Rudolf von Ihering, Der Kampf ums Recht,

米國印刷業勞資團體概觀

——其相互關係其態度及方針等——

小島榮次

目次

一　各勞働組合間の關係
二　各雇主組合間の關係
三　勞資團體間の關係
四　各勞資團體の態度及方針
五　雇主及勞働者の組織程度
六　結論

此一文は事實上昭和四年十一月號本誌所載拙稿「紐育を中心として見たる米國印刷業に於る勞資團體の沿革及組織——米國勞働運動に關する報告一斑——」の續編をなすものである。

一、各勞働組合間の關係

次の五の國際組合に屬する紐育印刷業諸勞働組合は、是等國際組合の組織する國際印刷業勞働組合合同協會（International Allied Printing Trades Association）に屬し、其支部なる大紐育印刷業勞