

法の性格

——マルクス学説と法社会学説との対照——

伊藤道学

はしがき

一 序説

二 観念論的法思想概観

三 マルクス法学説の検討

四 法社会学的な観点

あとがき

はしがき 本稿の構想は、偏に、パリー大学名誉教授、アンリ・レヴィブルール著・「法社会学」 H. Lévy

Bruhl, *Sociologie du Droit*. P.U.F. 1967. 《Que sais-je?》N 951. におうている。こゝでは、紙数の条件から、法社会学での「法の概念と性格」とを、特にマルクス学説との対照で検討し、その他は別の機会をえたいと思う。

法の性格（伊藤）

一序 説

第一の仕事は、法を定義づけることにあるが、われわれは、まず、この語の示めす多様な意味から選択せねばならぬ。語源学は、こゝでは大した助けとならないだろう。フランス語の《droit》[right(E), Recht(G), diritto (I), etc.]は、幾何学的図形と関連し、はじめに道德的、次に法律的な意味にとられた。すなはち、法は、「直線」であって、曲線や斜線と対立し、人間関係における「公正、卒直、誠実」などの観念と縁組した。しかしすぐわかることは、かゝる概念が、われわれに極めて大よそのものしか与えないのでそれよりもむしろ法について行われる用法を検討する方がより価値がある。

(一) 主観法と客観法 たとえ表面的にしろ、一見の観察でたしかめることは、法ということばが、通常、全く異なる二様の意味にとられ、主観的、客観的という形容語で指示しながら区別する習慣があるということだ。

まず、主観法(権利)とは、本来、個人もしくは集合体にぞくするとみなされているもので、それは、ある活動を行使するために賦与された、もしくは持って生れた「能力」*faculté* 例えば、投票権、教育や労働に対する権利などである。例の種々なる「人權宣言」は、この主観的な意味に解している。われわれは、後述の理由から、とりわけ他の一般的な局面である客観法(義務)という意味に専念する。人は、そのことを、個人もしくは集合体に適用される規定ないし規定の全体と解し、それは、もし違反すれば、ある制裁 *sanction* をうくるものとして遵奉されねばならぬも

のである。この極めて広い用語は、本稿が明確にすることを目的として与えられているものだが、ある程度、前の者(主観法＝権利)と対立している。何となれば、先述するごとく、主観法は、能力や自由であるのに反し、客観法は、本質的には「義務」*obligation* であり制裁を伴うからだ。然らば、どうして、法という同じことばが、かくも違った二概念を含むのか、また、こんなに矛盾したことを言えるか、問題である。

惟うに、主観法は、たとえそれが個人のある征服として出現し、従って同時に、拘束の観念など思いもよらぬようにみえるにしても、「実は、その主観法(権利)が宣言するところの能力や種々なる自由権の運用を確保するために用意された制裁規定の全体をも構成するということだ。」もちろん、それらが同一様式で適用されないとはいえ、義務の観念が、客観法と同じく、依然として主観法の基礎にあることはたしかだ。われわれが、原則として客観法にのみ専心するわけはそこにある。つまり、権利といっても、それを保障するすべがなければ無意味である。

法規は極めて多種多様であるので、その明瞭な観念をうるにはそれらを若干の種類に区分せざるをえない。

(二) 私法の公法化、収縮化 法・政間の密接な関係により、諸法規が適用される国家によって、人は、仏法、独法、英米法ないしローマ法、アテネ法…を語る。しかし、若し、その規定事項にむすびつけるなら、一般に採用される区分は極めて多数となる。その最も重要な一つは公私法のそれだ。

しかし、この区分は、外見的には単純のように見える。たとえば、国家間を規定するもの(国際法、万民法)、もしくは、個人と集合体との関係を規定するもの(憲法、行政法など)が公法。これと反対に、民・商法の場合のごとく、個人的利害にのみかゝりあわされるものが私法の事項など。

ところで、現実はずっと複雑である。つまり、多数の諸状況内に、同時に、一般的と個人的な利害とが同時に含まれる。例えば、最初、被害者を傷つける軽犯罪を考えれば十分だ。それは、単なる個人間の現象ではなく、全体としての集団への侮辱(侵害、攻撃)として感じとられ、いつでもどこでも、公共的圧力の対象ともなる。このことは、もっと低度の市民的諸紛争についてもやはり真実である。ある極めて低い文明からすべての近代社会おけるまで、ともかく、諸紛争の規制に責任を持ちそれらにある解決をもたらすのは集合体である。そうすると刑法もしくは訴訟法はどこに分類すればよいのか？。一般に、教育や実際上の必要に従って、それらが無頓着に、或は公法或は私法に整理されるが、もっとそれ以上に、従来、私法の事項であった民法自体が、現在、私人間の関係の中への集合体(国家)の強い介入により、公法から借用した諸要素で滲透されている。このことは、特に「契約」について現われ、人は、ずっと前から、資本主義国内ですら、「契約の公法化」*publicisation du contrat* といったあまり精練されない名称で呼んだことを留意せしめた⁽¹⁾。まして、ソ連のごとき社会主義的構造の国家でも同様であることはいうまでもない。ここでは、私法は極端に縮小されていると言いうる⁽²⁾。

(1) L. Josserand, *La publicisation du contrat*, in *Introduction à l'étude du droit comparé*. 1938. t. III. pp. 134 ss. Cité. H. L-B. p. 8.

(2) René David, *Le droit soviétique*, 1954. cité *ibid*.

その他多くの分類が提供され用いられているが、一般的には経験的もしくは教育的価値しかない。(例、人の法、物の法など)。そこで、より重要なことは、法の定義そのもの及びそれからつくられる適当な観念などがより基本的な問題である。しかしこゝでも意見がまちまちであるので、それぞれの細かい色調を無視せざるをえないが、人がその中

で集めうる三大理論を次のように叙述しよう。

- 1 観念論的学説
- 2 マルクスの学説
- 3 法社会学的学説

二 観念論的法思想概観

観念論的学説のもつその共通性は次のごとくである。法というもの——それが合理的であろうと超自然的であろうと重要でない——とにかく、「それは、人間の魂に産みつけられた一つの印象であって人の辿るべき道や、とるべき行為を表わしたもの」であるといった指導理念にもとづいている。

(一) 古代の概念 (1) キケロ(シセロまたシセロンともいう。BC. 106—43.) ローマでのギリシア哲学の注釈者、代表著述「共和制」*De Republica* で次のごとく述べた。「法とは、すべての人々にひろがっている永久不変の本性に合致する正しい条理たる真の法則であって、人の為すべきことを命ずると同時に、法が禁止する悪を思いとまらせるものである。しかし、たとえ善人に対しては、命令や禁止は無駄であっても、その命令や禁止によって、悪人を変化しないものはない。それは、神聖な制度であって、何人も、この法則を廃止しようと企だてることはできないし、またそれに違反することも許されない。だから、*Aelius Sextus* のいとき注釈者や解釈者を求む必要がない。それは、ロ

ーマでもアテネでも、現在でも未来でも同じだ。唯一、永久そして不動の法、それは、すべての国民、すべての時代に対してもまた然りであろう……」と。(2) セルス(紀元Ⅱ世紀、プラントン派哲学者)にとっては、「法とは善と正義の術」。(3) ウルピアヌス(170～228 パピニアヌスとともにローマ法学の双璧で、ユスチニヤヌス法典(ローマ法大全)に多く引用された)。彼は、次の三格言で法を要約した。「立派に生きよ!。隣人を害するな!。各人にその権利を帰属せしめよ」、それこそ最高の正義!。

以上みたごとく、それらは、法の明文というよりも、むしろ、強く道徳性のしみこんだ行為の理想的教訓である。人は、それらを、各国 *civitas* の個有法規たる市民法と対照するため、「自然法」と呼んだ。そして、市民法は、常に上述の大原則(自然法)によって鼓舞されねばならないと考えた。もっとそれ以上に、法とは、一つの手続、つまり「裁判行使の術」として一般に認められた。ともあれ、ローマ法は、いかに現実的でも、やはり依然として、大体これらの格言に忠実であったといっても誇張ではない。

(二) 中世の概念 古代文明が、ゲルマン民族とクリスト教との組会わされた圧力で瓦解すると、法学は、少くとも西欧では、たしかな衰えをみせた。人は、封建制という全く新しい型の社会の建設に参加し、そこでの法規は、ローマ法の平等の原則によって^(一)はなしに、むしろ反対に「階統と従属の原則」で基礎づけられた。^(二)しかし、この法制が暴力で基礎づけられたと考えるのはおそらく正確でない。すべての社会と同じく、封建社会もそれなりの法がある。この法律体系の本源的要素は契約であるが、しかし、ローマ法の契約もしくは近代的なそれとは根本的にちがった一契約である。まず第一に、それは、公法にも私法にも属した。何故なら、国家主権の観念は殆ど完全に消滅し、その

種々なる公共的機能も広範囲において世襲的となったからである。とりわけ、この中世的契約は、「自由にして平等な二つの意思の所産」(理論的には)といったローマ法的、近代法的な定義とは全然一致していない。それは、一種の「慣行取扱」*traite* により近く、一定の権利と義務を含む明文の中で、人や土地を位置づけもしくは維持するものである。その上、少くとも中世の前半では、法は、口頭で伝達され、慣習の形式で慎重に守られ、それに対しては、なんらの批判的な反省も行われなかった。これらのすべての理由から、中世法は、現代人の側からの、深い学説の丹精の対象とならなかったと説明される。

(一) H. Lévy-Bruhl, *Le droit romain est-il égitaire?* 1961.p.p. 47-56.

しかし、カトリック教会内の神学者や教会法学者 *canonistes* たちの発表によって、一つの法律学説らしい諸要素がみいだされるようになった。しかし、その学説は、彼等の異教(非カトリック教)であるにも拘わらず、大体、ローマ法学者たちと接合していた。かくして、中世時代の最も著名な学者、トーマス・アクイナス(トーマス・ダキン 1225-74)は、三種の法を区別した。その第一はもちろん「神法」*droit divin* であって、聖書や法王並びに宗教会議の諸決定に基礎をおくもの。その第二は、彼が「自然法」*d. naturel* と呼ぶものだが、ローマ人たちがそのように指名したものと一寸とも区別されないものだった。彼の言う法律規定は、ある一つの合理的な基盤を持ち、セント・トーマスからすれば、理性と信仰とは対立するどころか、むしろ、その理性の中にこそ、信仰の最も輝かしい表現をみなければならぬものである。^(一)されば、法規間にある矛盾が起こる場合は、これらの法規(神法、自然法)が、「第三の実定法」に優先することは当然である。かくして、彼は、ある場合には、自然法——それは同時に間接的には神法とい

ゝうるところのもの——の尊重を確保するため、「実定法への不服従 *désobéissance*」を称揚するように導いてゆくのである。

(一) M. Villey, *Leçons et histoire de la philosophie du droit*, 1957. pp. 43 et s.

(二) **ローマ法の再生** ほとんど同時期に、これまで修道院図書館内に人知れずうずもれていた若干の博学な僧侶たちにだけ認められてきたローマ法が、俄然、おどろくほどの力と輝きをもって現われた。十一世紀の終り、ボロニャ派の運動が、主として伊仏国内でおこり、やがて西欧に、燎原の火のように広まった（ボロニャ大学は、中世で最も著名な北伊の大学「特に法学」仏のソルボンヌ大学と並ぶ中世欧州の学術の中心）。こうしたおどろくほどの復活の原因は、未だ、絶対的に決まっていらないが、一般に人の考えの一致することは、第一に、当時起った社会経済の変化に起因し、それが、ひいて、封建的法律制度に甘んずる気になれないところの都市住民の創造となったということである。いずれにせよ、このロー法の目ざめは、他の諸効果のうち、とりわけ、諸法規を反省する努力を起こさせたことにある。しかし、このことは、「注釈者」*Glossateurs* と呼ばれる最初のローマ法学者たちの間では未だそれほど著しくなかった。彼等は、むしろ碩学の実際家であったが、それらに続く第二の波に対し、人は「後期注釈者」*post-glossateurs* もしくは、それらのうちで、最も著名なバルトール *Barthol* (1313—56) の名をとってバルトリスト *bartolistes* の名称を与えた。彼等は、種々なる法的構成を組立てることを躊躇しなかった。それらのあるものは大いに独創性と有益性があったが、依然、技術の領域にとどまった。それで、真向から法の性格を論議する法学者たちを見るためにはルネサンスの解放的な大きな息吹きを待たねばならなかった。それがグロチウスである。

(四) 自然法の世俗化とグロチウス

特に論議をもたらしたのは自然法の観念についてである。しかしどちらかというと、それが問題にされなくなったというよりは、むしろ、自然法そのものの概念自体が変化したということである。中世時代の全過程を通じ、自然法だけでなく、神法そのものも合理的なものとみなされたのに反し、自然法は、たまたま「世俗化の過程」*processus de laïcisation* に従った。それについては、少しおくれて、かのオランダの偉大な法学者、グロチウス *Grotius* (1583—1645) のもとに有意義なあとかがみいだされる。彼は事実次のごとく書いた。^(一)

「われわれがいうのには、いうだけのなんらかの根拠がある。たとえ、神が存在しない、またあっても、人事に関与しないと仮定しても、なんら罪にならないと想像しうるところのものだ。▽換言すれば、自然の本性にもとづく合理的な個人の法は、仮に神が存在しなくとも存在するとまで極言し、一切を神の意志にかゝらわせた中世の宗教から法を解放した。

(一) *Grotius, De jure belli et pacis. prol. § 11.* (戦争と平和の法)。近代自然法の立場にたつ彼は、社会 (*socialitas*) という概念をつくり、社会の成立には社会契約説をとりながら、国家の成立が自然発生的なものと考えている点で未だ徹底を欠いた。十八世紀の社会契約説。(次項参照)

それこそ、まことにみごとなものでないか——しかも、法は、たとえ神の意志であろうと、いかなる外部的意志にも依存しないというほどの、彼のさらした危険をも考えるなら、まことに大した度胸ではないか (H. Lévy-Bruhl. p. 13) ともあれ、グロチウスは、自然法の概念に最も完成した形を与えるために理性をもってした。彼は、自然法を国際

的な諸關係に、換言すれば、これまでいかなる規制にも従わせられなかった領域にまでそれを適用せしめた。それこそ著しい進歩を実現し、かつ、この事実から人類の恩人とみなされることが出来る。

しかし、自然法の觀念が、法律事項において一つの決定的役割を果たすに適當であるという結果にはならなかった。それは、先きにみたごとく若干数の法諺の中に要略される。われわれは、三つを勘定するが人は更に他のものを付加えることもできよう。しかし、それらが、依然としてこの様式に止まるかぎり、せいぜいある行為を指導する上に役立ちうるだろうが、適正な方法による明確な異議の申立てを決して解決しえないだろう。

(五) 十八世紀の思想 自然法の理論は、その合理的な基礎によって、古代の法学者たちの学説と結びついた。それはまた、十七世紀の思想家特に十八世期の思想家たちを鼓舞した精神とも完全に一致した。当時、社会・政治的な諸関心は、個人主義的傾向を強化するようになったが、さきに合理主義理論がそれを芽生えさせたものである。ホッブス及び小数の学者を除いて、^(二)英仏の著者たちは、「法を、自然的な志向(憧憬 *aspiration naturelle*)の中に見、それが、人間たちに、その個人的幸福と社会的福祉とを調整するのに最適な諸解決をもたらすもの」と考えた。

しかし当時出現して、人々の精神だけでなく諸制度にも深い影響を与えた二つの理論を指示するのが適當である。その二つとも、J・J・ルソー J. J. Rousseau (1712—48) に帰せらるれが、少くとも、最も明確さと雄弁でそれらを説明したのがルソーである。

第一は、《善良な原始人》の神話。人間というものは、創造者の手によって徳の高いものとして出発したが、社会によって墮落させられたという思想。始め、人間は孤立であった。それは、かのデホー Daniel de Foë (1660—1731,

ロビンソン漂流記の著者) がロビンソン物語で説明したもの。

第二に、人間は、その孤立からぬけ出すため、一緒に生活しようという考えを持ち、一つの規約 *pacte* によって社会を基礎づけた。これが、有名な「社会契約」*contrat social* で、この哲学者の最も有名な書物の一つの表題とされた。

(一) ホッブス (1588—1679 英哲学者) は、個人間の斗争が自然状態と考え、服従契約によって自然権を主権者に寄託したものと説き、それが絶対王制に導いたが、ロック (1632—1704 英哲学者) やルソーのごとき英仏の哲学者は、批判の根拠を社会においた。そして、国権の根拠を契約に求め、国民主権主義を確立。特にルソーは、主権者である人間の意志を、全体意志 *volonté de tous* とは区別された「一般意志」*v. générale* に求めた。

ところで、民族学や歴史学は——誤りだというのはないが——これら二つの理論のいずれもが「もろさ」を持っていると指摘。また現実にも相応しない。せいぜい、個人の努力を賞揚する上に役立つ神話とみなされるにすぎないと批判した。

人が、一言で自由主義と名づけうるこれらの学説は、十八世紀の後半におけるフランス以外、その普及に、より都合のよい地域をかって見出さなかったことは確かである。事実、これらの自由学説は、「第一の人権宣言」(一七八九)の中に最も完全な表現をみいだし、かつ、人は、ついでに、この点については「法」ということばの主観的意味と客観的な意味との間の有意義な接近をつくりだしたことを確かめることが出来よう。つまり、人々は、客観法、つまり法律規定を、個人を保護し、それに最大限の幸福と自由とをえさせ、要するに、個人に「その権利」を確保するのを、主要な終局目的とするものと認めた。われわれは、これらの思想が、その外見に反して、今なお極めていきいき

としており、現在の世界でもその効力を失わなかったことを知っている。

(4) 法史学派 十八世紀の終り、十九世紀の始めにおいて、観念論的理論——その最も目立った表現が自然法である——が、ドイツ歴史学派からの第一のばげしい襲撃を受けた。その主役が、いうまでもなく、サヴィニー Fr. Ch. de Savigny (1779—1861, 法史学派の祖) であった。その名が示めす通り、この新学派の選択領域が「歴史」であった。それこそ、事実、今まで支配した理論(特に自然法)の最大弱点の一つであった。つまりそこでは、法規というものが、すべての時間・空間内で同一な理性の所産として認められた。たゞ、それら法学者たちのうちで、モンテスキュー (1689—1755, *L'Esprit des lois*, 1748, 法の精神、諸国民の制度を地理—社会的条件より研究)——だけが、法律規定の極端な多様性に注意を払ったが、未だ、彼が依然固く結びついた合理主義的学説を批判するために、こうした検証(法の時空的多様性、相対性)を利用しなかった。⁽¹⁾

(1) 「法の精神」第一の結論(第三章)で、*「法律というものは、一般的に、地上のすべての民族を支配するものとしての人間理性 *raison humaine* であり、各国の政治・市民的な法律は、この人間理性がそこで適用される特殊な場合でのみあるはずだ。」* たゞ彼は、社会科学の法則と法律学の法律とを混同した。

ところで、サヴィニー及びその弟子たちは、それと全くちがった観点から出発する。諸法規の起原を探究する彼等は、民族の国民意識、民族精神 *Volksgeist* の中にその起原をみいだしうると確信した。各共同態は、それに相当する個有法を作成し、しかもそれは、慣習の中で完全に表明されるので、法律よりも一層、自己の要求や深い志向を表現すると考えた。歴史学派は、一般的普遍的な法の代りに、理論的には、御互に無関係な、よりげんみつに国民的であればあるほどより完全な特殊法の開花をわれわれに提示する。

一方からいうと、若し、古典学派が、その発展に必要な「明瞭にして特殊な」観念を好んだとすれば、法の第一の原動力を、本能や無意識の中にみいだす新学説(歴史学派)とは同一でなかった。そうはいうもの、両傾向間の紛争は人がそれを想像しうるほど顕著でもまた尖鋭でもなかった。これは、とりわけ、歴史学派の主長たるサヴィニーの見解の広大さと関連するとみなされている。彼は極端の中におちこんだり自分等の最後の結論に至るまで自分たちの原則を追求することを、さけることができた。もっとそれ以上に、この偉大な法学者は、自己の学説に対し依然として忠実でありながらも、すべての法の間に、生まれつきの親縁関係があるという思想を述べることを忘れなかった。彼のフランスの弟子の一人、ミシュレ J. Michelet (1798—1874) は、彼の著述の一つでそれを証明した。とにかく、観念論的学説の方法や精神に、ある著しい打撃がもたらされたことはやはり真実である。(H. Lëyz-Bühl, pp. 15—17)

三 マルクス法学説の検討

(1) 法・国家観 十九世紀中項の二人のドイツ思想家・マルクス(一八一八—八三)とエンゲルス(一八三〇—九五)に帰する法の新概念が現われた。それは先在した思想家たちとは根本的に区別される。たゞ、彼等の関心が、社会を革命するということを頭におかないとその法概念も理解しえないだろう。彼等は特に英仏社会主義者の系統に位置し労働者たちの条件やそれを改善しうる改革案につき極めて多数の著述を書いた。そのうち特に、K・マルクスは、ベルリン法学部で研究したが法学者というより一層経済学者であった。⁽²⁾

(一) 法や法学者に対する彼の反感は、H・レビー・ブルール教授によれば、既成秩序の理論家たちに対する、社会革命家としての反感、つまりマルクスによれば、学者は、既成秩序の弁護者でしかありえないと考えるところにある。実際の経験の示めすところでは当時の法学者たちが保守主義者であったからだろう。しかし、必ずしもそうとばかりは言えない。マルクスと同時代の有名な社会主義的法学者の中には、少くともF・ラッサール(F. Lassalle, 1825—64)が勘定されるからだ。また、事実、法の深い研究は現行法への弁護ではなく、一層その批判に導くからだ。

マルクスは同時に哲学者でもあり、彼は、しばらくの間 ヘーゲル (1770—1831) カントに始まるドイツ古典哲学の完成者、巨大な観念論体系の構成者——の教育に魅惑され、彼の法思想はある程度までこの師匠によって鼓舞されたといわれる。^(一)

(一) K. Sloyanovitch, *Marxisme et droit*. Paris. 1964. Cité H. L-Bruhl. op. cit.

マルクス法理論を特性づけるもの、それは先在したものと反対に、ある政治・社会的な組織と密接な不可分の関係にある。マルクスにとって、法は国家なくして存在せず、またその逆も真である。そして、その国家は、一階級 (*la bourgeoisie*) の他階級 (*le prolétariat*) に対する支配の道具と別物でない。従って、法というものが存在するためには、階級化され、階級に区分された一社会を前提とする。また、法は、労資階級が専心する階級斗争用の武器だと断言した。そのことから、いかなる法も、いかなる国家もすべての時代に存在しないことになる。だから、奴隷制以前 (原始共産制) の時代ではもちろん原始民族のもとでも、何人も法を語りえないとする。そこでは、すべての訴訟は、示談、仲裁ないし家長からでてくる至上命令的な採決で解決された。と。

しかし、歴史的連鎖の終りにおいて、被支配階級が自分らの敵にうちかつとき、法は、ただそのことによって存在するのを止めるだろう。なぜなら、一定調和が、自然、何等の障碍なく、各人のまた万人の幸福のために実現されるだろうからだ。

従って、法とは、一つの制度もしくは諸制度の全体であり、しかも全く一時的なそしてやがては廃止さるべき運命にあるもの、もっと正確にいうと、その歴史的役割を果たせば、自滅する運命にあるものだと言く。

こうした法概念は、多くヘーゲルにおうている。ヘーゲルもまた、法と国家とを密接にむすびつけた点で共通性をもつ。しかしながら、根本的な相違がある。ヘーゲルにとっては、国家というものが、すぐれて尊重すべき、すなわち、準神聖的な一制度、換言すれば、社会に秩序と平和を維持し理念を実現することを使命とする指導原理でありかつ組織者であった。

しかし、マルクスの考えはこれと全く反対に、国家というものは、上述のごとく、「抑圧の道具である」ので、あらゆる手段をもって斗いかつしまいには破壊さるべきものとみなしている。

こうした立場は、大部分感情的なもので、あるいは、次の二要因によって鼓舞されたことはたしかである。(1) 就中彼が目撃しえた産業地方 (特に英国、より広く考えれば、仏国) において、当時、猛威をふるった悲惨なる光景、(2) この制度の受益者たる資本家たちに支配階級の地位を与えるように社会が支持したことである。そして、国家のすべての装置が、既成秩序を弁護し、掠奪者階級の利潤と特権とを保護したことは全く真実である。このことは、一八四八に出版された、ヴィレルメ Villermé (1782—1863) の「綿、麻、絹のマニュファクチャー内で雇われた労働者たちの肉体・精神的状態」に関する調査を読めば、当時の労働によって、人間が、いかに非人間化され愚鈍化されたかにつ

いてのマルクスの見解の正確さをたしかめるに十分である。またこの現象は、この外、他の多くのクリスト教徒によっても指摘された。だから、何人も、こうした事物状態が完全に消滅するなど夢にも主張するものがなかった。

(二) マルクス学説の検討 それにもかかわらず、マルクスの法・国家に関する学説が、歴史的な面で種々なる誤謬におちいつていることは確かなようにみえる。そればかりでなく、観念論学説の主張者たちに対して非難されたものと同程度に大きい。ここでもなお、民族学や歴史学が、マルクス学説のなんら根拠のない諸断言を訂正せねばならなかった。かくして、いわゆる原始的社会に法が存在しないということは誤りである。何故なら、その法は特に宗教と混合されるという特殊性を示めすからである。そしてまた、ここでは、慣習法体系が問題であることもまた真実である。人は、原始的社会でも、法の本質をなすところのもの、つまり、「集合体によって規定された諸制裁」によって強制され防禦されている事実をいたるところで見受けるからである。

同様に、すべての法律組織が、その存在理由(階級抑圧の道具)を失うので、資本主義制度が没落した日から消滅するだろうといった断言は、確実に空想である。現実なんらそれを検証していないからだ。(ソ連もまた中共も。)

もちろん、われわれが、現にソ連及び人民共和国内で行われているのを見ることから、さきのマルクス断言に対抗するだけの強い論証を引きだすことは出来ないだろう。何故なら、人は、容易に次のごとく答えるだろうからだ。曰く、(一) そこでは、社会主義が未だ十分に確立されていない。(二) いろいろな外敵のおびやかしがある。従って、(三) 制度の安全やその継続する可能性などの理由で、極めて厳格なある国家装置の一時的(過渡的)な維持を必要とする。

(四) しかし、こうした事物の状態は、本質的には仮のものであるから、その危険がさけられさえすれば、その中央権

力は直ちに廃止されるだろう。もっと正確に言えば、中央政權がもはやその対象がないので自滅するだろうと……というだろう。^(二)

(一) 1 「階級なければ国家なし」(マルクス「哲学の貧困」邦訳、マル・エン選集第一巻、四五〇頁)

2 「国家の死滅」(エンゲルス「反デュリング論」邦訳マル・エン選集第十四巻、四七四頁、同「家族、私有財産及び国家の起原」邦訳、岩波文庫、西訳二二九頁、ノレーニン「国家と革命」国民文庫、岩波文庫、特に第一章。

そこにこそ、楽観的な見解及び必ず不意にやってくるかも知れないところの《千年至福説》*millénarisme* (クリスト再来、千年間絶対に幸福になるという思想)に近い見解がある。人々は、長い間、現在の悲惨さからのがれるため、或は大昔において、或は極めて遠い未来において、なんらの区別なしに位置づけられる「黄金時代」なり、すべての紛争と暴力から保護されて、ある友愛団体の中で、人々が平和に生活しうるだろう「幸福な時代」なりを夢みた。そうなれば、国家もまた法も、その果たすべき役割をもたないだろうことは明らかである。

しかし、現在の人々の前に、かかる理念をちらかせてもあまり現実的にはみえないだろう。もちろん、種々なる武力的紛争が止み、いづれ無階級社会が建設されるだろうことを期待することは正当であるし、また、おそらく実現される日も遠くはないだろう。その代り、一社会、もしそれが同質化されるなら、なんらの行為規定がなくとも生活できるだろうとか、また、これらの規定があっても、何らの疑義もなんらの紛争も起こらないだろうといったすべての予想は排除されるように思われる。換言すれば、すべての人々の利益が、自動的に各自の満足を調整するような社会制度を夢想することは合理的に不可能であろう。さりとて、紛争や犯罪が、人類の進歩にとって必要だといった考えも決して望ましい思想ではなからう。マルクス学説は、国家と法の廃止を夢みつつ、断乎として、観念論的ないし

牧歌的な態度を示めすことが常道だ。もしそうだとすると、この学説が好んで自慢するところの「唯物論という形容詞」は、それに適しないか、それとも他の意味に解されねばならぬものである。

人はまたこうも観察しうる。つまり、マルクスやエンゲルスたちは、国家について誤った、そして頭や手足のかけた観念をつくったのではないか。彼等は、十九世紀の中頃、英仏内で横行しているのをみた「抑圧の装置」を国家の名で指示した。その象徴が「憲兵」かもしれないが「刑務所」としての国家であった。もちろん、既得の諸状態や既成の秩序を保護することが、国家の本源的機能の一つであることは疑いないが、しかしそれだけではない。国家、とりわけ近代国家は、それらと並んで、公正な裁判をなし、教育を普及し、公衆衛生に留意するなど他の重要な機能を果たし、現在、福祉国家として活動している事実も否定しえない。その上、驚くことに、社会主義者たちは、国家が歴史の中でしばしば果たし、また多くの場合、今なお果しているところの《解放の役割》を無視して、ただ、マルクシズムの公式で包括的に非難していることである。十九世紀論理の普遍化である。

国家、換言すれば「包括的社会」は、真の抑圧を行使し、貧欲にいじわるな第二次集団（会社、企業など）に對抗して、個人のために斗った。国家は、その鉄鎖をたちきり、かつその地平線を広げた。このことについては、ここでノートルダム寺院の有名な説教師、アンリ・ラコルデル H. Lacordaire (1802-61) のことを思い起こそう。

《富者と貧者との間、弱者と強者との間で、抑圧するものこそ自由(放任)であり、解放するものこそ法律である》だから、人が、国家に対し、それがしばしば果たし、また果たしつつある重要な役割をなんら考慮しないで、ただはげしい攻撃だけを向けることは、科学的というよりも、むしろ部分的にしてかつ感情的な偏見でしかない。

実際、国家というものは、政治的社会的法律的局面と別物でない。ブルジョア社会ではブルジョア的、ブルジョア階級が廃止された社会ではプロレタリア的。一国民は、それを表明するところのこうした機関がなくとも存在するとは考えられない。事実、マルクスは、かつて、人間の解放を資本主義の崩壊に望みをかけた。ところで、レーニン、スターリンのソ連マルクシスト並びに支那のマルクシストも同じく、この移行を永遠の未来に繰延べた。人間を解放しようとする意志を表明しながら、実現されたマルクシズムは疎外のうちで最も悪い「政治的疎外」に帰着した。人間は、人間解放の唯一の指導者として唯一のものだと公認された——ソ連憲法第一二六条——共産党や国家によって横領された政治的権力に隷属される。より集団的指導への復帰にも拘わらず、フルシチョフの思想や行為の中にこれらの一般的見透しが修正されたと肯定しうる何ものもない。しかも無限にくりのべられたある理想社会への希望と、永続する政治的疎外との間に、根本的な矛盾が、マルクシズムの内部に依然として続き、かつ更に悪化するだろうと考えられる。絶対根絶されずにたゞ墮落させるだけだ。

(三) 結論 これらのすべての批判にもかかわらず、法に関するマルクス学説が、法律学に大きな貢献をしたことを認めなければならぬ。しかし、そのことは、認めがたいように思われるところの彼等自体の概念によってではなく、(1) その学説が完成した、(2) また、旧学派（観念論的学説）がそれを理解したとき、いわゆる「法律規定の合理的基礎」をくつがへすため、歴史学派の説によって変化するに至った——批判的な研究によってである。

また、マルクス学説は、法を有効に世俗化した。——人は神秘性を除去したといえたもの——。法は、ただ、社会生活の規範的与件以上でもまたそれ以下でもないと看做すように貢献した。マルクスは、その与件を、芸術、国語

などの全社会の他の諸要素と同じように観察しうるし、また観察せねばならぬとした。それ以来、「法事実の実証的概念」に、換言すれば、フランス社会学派が主張する概念に道が開かれた。その概念こそ、これから辿ろうとする展開の対象となるものである。^(一)

(一) フランス社会学派の創始者E・デュルケームの主要思想は、(1) 社会事実の特殊性。(2) 社会事実を「事物」として研究せねばならぬという主張に帰する。その結果、社会事実の説明に個人心理を無視した弱点がある。それにもかかわらず実証的社会学が著しい進歩をとげたことは否定しえない。(拙著、「産業社会の社会学」一九六九、広文堂書店、二二―二五頁、四五―五九頁参照)

なお、マルクシズム一般については、拙著、「社会経済の教理」一九七〇、広文堂書店、マルクシズムの項一七―二二八頁を参照されたい。

四 法社会学的な観点

社会学者にとって、法というものは、とりわけ一社会現象である。H・レヴィ・ブルール教授の定義によれば、
《法とは、人の所属する社会集団によって常に強制されるところの、諸々の社会関係を条件づける義務規定の全体である。》この定義から種々説明を要する次の三要素をとりあげよう。

- (一) 諸々の義務規定が問題である。
- (二) これらの規定は一定の社会集団によって強制される。

(三) これらの規定は社会集団の変化とともにたえず変わる。

(一) 法・義務・制裁の関連性 義務 obligation は、疑もなく、法の基本的要素である。一見したところ《権利》ということばが、拘束とは全く反対の、能力や自由の観念を一層よびおこすので逆説のようにみえるかもしれぬ。通用語では、一般に主観的な意味にとられ、ある点からすれば、集合体によって強制される規定と反対におかれるからである。われわれは、この意味を別におこう。

人間は、その社会的行動において、たとえばんかくに規定されても、万人にそれほど明瞭にあらわれない。何故なら、われわれがこれらの規則に従うように習慣づけられれば、ある程度の肉体的拘束が重苦しいと感じられないと同じく、法の拘束にちっとも苦しまないようなものである。そのことは、一般的にまた明瞭に、これらの規則が、われわれの考え方や感じ方に一致しておればおるほど一層真実である。個人の意志にまかされる余地は、たとえ最も自由な法制のもとでさえ、やはり依然として極端に減らされる。このことは、人がしばしば自由が最も完全だとみなしている法の領域、例えば契約法の中でさえ現われる。多くの学者たちは、そこで《意志の自主性 l'autonomie de la volonté》が支配するのをみたが、現在は、人が力強くそれを指摘したごとく、この《自主性》が、最も狭い範囲内で動き、かつ、それを包囲する種々なる社会的枠組が、すべての独創的な歩き方や重要な新軌軸を妨げている。ただ種々なる様式だけが——実際的にはたしかに重要だが、理論的にはさしたる効力がない——当事者の自由処分にまかされているにすぎない。契約の構造は、集合体の法律のもしくは慣習的な規定によって決定され、また、集合体がそ

の構造に対する意見を変えた範囲内でのみ修正される。

(一) *Emm. Gounot, La doctrine de l'autonomie de la volonté. 1912. H. L-Bruhl. cité. op. ct. p. 23.*

ところで、「制裁 Sanction」なき義務は存在しえないだろう。従って、法を、「制裁の体系」と定義しうるだろう。しかしながら、ここで明確さと色調とを与えるのが適當である。

まず最初に必要なことは、純粹に、宗教的・道德的な諸制裁を、法の領域より切りはなすことである。(詳細後述)ここでは、とりあえず、諸制裁が法律的存在のためには、現世の社会的な平面でその効果を持ち、また、人もしくはその財産の条件を変更するはずだというだけで十分である。

しかし、これらの法律的制裁そのものは、極めて多種多様であり、従って多くの範疇に分類せねばならぬ。これらの区分のうち最も重要なものは、民法と刑法との間のそれである。その詳細に入らずにその主要なものをとりあげれば、民法が特に報復的 *rétributif* であるのに反し、刑法の制裁は抑圧的 *répressif* であるといいうる。然らば、それをどう理解すべきか。

民法——それには、この関係下に区分されない商法を加えうる——人の身分、世襲財産の条件、経済秩序の諸関係の様式や効果などを主たる対象とする。それは、原則として、情念的な秩序の問題を起こさないか、もしくは、少くとも、深く世論を動かす性質のものでない。そのことは、それが公事に関連するとはいえ、純粹に行政的な事項についても同様である。それゆえに、かのフランス社会学派の創始者デュルケームが、社会学的な術語を用いて、民事的即ち、報復的な制裁は「集合意識の弱い諸状態」*états faibles de la conscience collective* に関係するといった。

これと全く反対に、刑法の規定に対する諸侵害は、その社会集団のはげしい反応をひきおこし、その上、この反応の強さは、犯された犯罪なり、その集団が損害を被った人や物などの対象とむすびつける重要度なりに従って変化する。よって、刑事法の制裁については、ある情念的な要素で複雑になり、單純に報復的ではありえなくなる。何故なら、その行為が「集合意識の強い諸状態」*états forts de la conscience collective* に衝突し憤慨させたからである。

(二) 「社会あれば法あり」とは すべて社会は、それに相当する法を持っている。前述のごとく、法規というものは、自己の所属する集団によって各人に強制される。しかし、こうした断言はもっと明確にする必要がある。「社会あれば法あり」*Ubi societas, ibi jus.* という有名な法諺を引用したり、またこの集団が社会であるといってみても、未だ十分にそれを明らかにしていない。このことばもまたあいまいである。何となれば、無数の社会があり、また、事実、各人は、それらの多数に所属しうるし、現に所属しているからだ。そこから、どんな社会集団から法規が出現するのかという問題がでてくる。

しかし、それには次の先決問題が提起される。(一) ある社会——そのことばの意味がどうであれ——は法なくして生活しうるか。(二) 換言すれば、「社会あれば法あり」という諺が果して普遍的であるか。

人はそれを議論した。かくして、ある人は言う。法は、国家と不可分にむすびつけられたし、ある社会型にのみ存在するといった。法は、特にいわゆるの原始社会では欠如するだろうと。(先述のマルクシズム参照) われわれは、そんなことは一寸ともないとすでにいった。(なおあとでとりあげよう) 同様に、将来の無階級社会 (共產主義) では、諸々の社会関係が、すべての規定が無用であるほど完全になるだろうと考えうる何等の根拠がない。かかる予測は全く

空想のようにみえる。

われわれは現実の領域内だけにとどまり、いかなる社会集団がその構成員に法規を課しうるかを自問自答しよう。いかなる集団も、それぞれの固有法を持ちうるということは果して真実であるか。若しそうでないとしたら、それらの中のどんな集団が、法を作成し、またそれを作成しえないのか。この問題については、二学派があり、一つは法一元論、他は法多元論である。

(A) 法一元論と法多元論——(a)法一元論は、ほとんどすべての法学者たちがそこで出会うもので、唯一型の社会集団たる政治的集団——ここでは取あえず、一般的に包括的社会(例・国家)——だけが種々なる法規を作成する資格ありと考えている。(b) 法多元論は、若干の法学者の外に社会学者や哲学者たちを含むが、前者とはちがって、ある安定性をもつ社会集団ならどんなものでも、真の法律規定の効力もちうる、単なる規則を越えた「活動規定」を自分に与えうるし、また大概与えている^(二)。それで、理論的考察よりも、むしろ、現実の検討の方が有意義をつくることを可能にするだろう。

(一) 多元論の主張者 G・Gurvitch ギルヴィチは多くの著述でそれを弁護した。特に彼の編輯した *Traité de Sociologie*, t. II, 1960. p. 173 et s.

一般に指摘されるごとく、ヘーゲルやマルクスと縁組し、また最も古典的な法学者によっても教えられる、先述の一元論は明らかに誤謬である。社会生活を一見しただけでも、公権によって課された法規の外に、種々なる法律上のもしくは裁判上の規則があることを納得させる。つまり、包括的社会の諸機関の権限から生じない種々なる法が、か

つて存在したし、また現在でも存在している。換言すれば次に述べる超国家法 *droits supra-étatiques* (宗教法、国際法など)、下部国家法 *droits infra-étatiques*. など。

(B) 超国家法——(a) 宗教法 これは、超国家法中最も顕著な例で、カノン法(カトリック及びプロテスタント)、回教法、古代ユダヤ法、東洋や極東の宗教法：などである。これらの宗教体系の諸規則は、否定しえない法律的性格をもっている。例えば、バイブルやコーランを読むだけで、これらの条文が神と人間との関係といった宗教的領域だけに制限されずに、家族、財産、相続、債権債務など、げんみつにいえば、人間的な問題に関する、ときには詳細、多数の規定であることをたしかめるに十分である。

ところで、これらの規則がでてくる権威というものが、ときとして、政権と混同されるにしても——例・神政国家の場合——政治的権力ではない。だから、ときによると、教権と政権との衝突が起こり、世俗権(政権)が、宗教的権威(教権)によって定められた規定に対し、いかなる拘束力をも認めないということも起こりうる。これこそ、国家が世俗化されて教会と分離された若干の近代国家内で生じたものである。しかしカノン法が少くとも結婚のごときある事項に適用されるところの別な国もある^(二)。宗教は、魂、人間性、家庭などに対する国家の全能を断乎排撃する。

(二) こうした関係から、宗教的事項に関する、法王とある政府との間に、「政教条約」*concordat* が締結され、最も古くは一二二二年に始まり(ヴォルムス条約)その後、フランスでは、一五一六、一八〇一年などのものがあり、殊に一八〇一年の条約は、一九〇五年の政教分離法制定まで続いた。〔拙稿・「フランス宗教制度の研究」、早稲田法学第九卷(一九二九)第四四—五三頁所載、コンコルダの項参照〕

同様に、契約当事者の国境や国籍とは無関係に普及されているところの職業慣習的な若干の制度を超国家法の例と

して挙げることができる。その最も特色あるものは、中世時代に普及し、かつしんちょうに、国家法と同程度に遵奉された「海商法」*jus mercatorum, droit des marchands*であった。(H. Lévy-Bruhl.)

(b) **国際機構と国際法** より微妙なものは、種々なる国際機関によって制定された規則の場合で、現在ちくじ増加しつつある。しかも、その活動そのものは、国際的統一を自覚するように努力している人類のたしかな指標でもある。人はこゝで、社会あれば法ありとい格言を逆にして「法あれば社会あり」といふえたものである。

尤も、これらの機関の大部分は、およそ技術的もしくは文化的なものであるが、しかし、それは、明らかに法律的性格をもっているものである。かの第一次大戦の成果として生まれ、第二大戦の犠牲となった「国際連盟」に対して、理論的には、同じ民主主義精神によって活気づけられたすべての国民を包含するところの「国際連合組織」が継起した。

また、より制限された平面で、われわれは、現在では西欧、明日では、おそらく、アフリカもしくはアジアまたはこれらの大陸のそれぞれの部分といった広大な全体の上で、種々なる隣国からなる諸団結を目撃する。かつて、経済的な面でもまた法律的な領域でも、種々なる技術的な機関がつくられたが、それらの諸禁止令 *injonction, injunction* が、果たして、すべての「政治的権力の欠如」にもかゝらず、それを実行せしめうるだけの法律的性格を持たないかどうかを自問自答させるが、これは国際法の性質に関する永久の問題である。

それは、果して真実の法であるか？

ある学者たちは、まさに「この政治的権力の欠如」を根拠として、それに未だこの名称を与えることを拒否する

が、最近ではちくじ稀になった。国際法は、道徳の領域にも置かれたいし、また「自然法」とも別物である。われわれは、さきに知ったごとく、たとえすべての法規が、原則として義務的であっても、その制裁は、多く、不明確かつ不確実である。国際法の場合も同様である。かの国際連合もしくは国際司法裁判所(ヘーグ)の諸「勧告」*recommandation* は、未だ国家権力によって実行されてないけれども、もちろん法律規定と呼ぶに値する。ともかくわれわれは、一つの「生成法」*droit en formation* または「懐胎法」*droit en gestation* の前にあり、しかもその法は、必ずしも構成された政治的組織を拠点としない。

これと反対に、かの中世時代ときにはその後におけるローマ法のごとき世界法を、超国家法とみなすことを警戒せねばならない。もちろん、ローマ法は、諸国内に普及したが、それは、合法的な権威によって慣習もしくは法律として受け入れられ、国法の一要素としてその中に合体されたものである。だから、その拘束力は、その支持に役立った政治的機関の崩壊以来 自国の権限に属しなくなった。

(c) **下部国家法**——国家より下級の、また政治的社会より劣る集団によって作成された法が存在するか。もし歴史を検討するならば肯定によって答えようと努めるだろう。もちろん、古代に対してはその答は疑わしい。何となれば、ローマ、ギリシャ、ゲルマン人などでは、種々なる家族的慣習が極めて狭い範囲内で認めうるが、ゲンス(*gens*, 父系氏族) クラン(*clans*, 母系氏族)、シブ(*siib*, 氏族の総称)、シップ(*Sippe*, 近親)など——組織的な国家が殆んど存在しないにもかゝらず、政治的機能を果たしているかぎり、いわゆる国外法の証拠とならないだろう。

それよりも、中世時代の西欧特にフランス内で行いうる検証の方がより確実である。カロリング王朝の崩壊以来、

局部的もしくは、地方的な法律的慣習が膨張し始めるのをそこで観察されるが、その地域は、封建的な權威の動揺と必ずしも一致しないし、またするところではない。それを納得するためには、フランスの慣習のよき一覽表を考察するだけで十分である。これら慣習の起原は、依然として疑わしいが、しかしともかく、政權と親密関係にあるところではない。

この問題は、甚だしく集中化された近代都市内でも提起され、特に論議された。人は特に、種々なる第二次集団が果して、国家のように法律規則を作成しうるかどうかを問題とした。国家にのみこの独占を留保する一元論とは反対に、すべての人間集団に認める多元論者たちは、一国民と同じく、スポーツクラブ、商事会社、労働組合、宗教・芸術・科学の諸集団も各自の法を持つと主張する。

そこで、彼等の明らかに誇張した断言をさけながら、彼等の理のあることを認めねばならぬように思われる。しかし、ある結社(団体)が自己の規則を作成するたびごとに、一般法と対立する団体法を創造するのだと主張することも全く正しくない。また、二つの私人がある契約をむすぶたびごとに、新法を形成するということもまた同断である。第二次集団は、大概、一定の法律や慣習によって描かれた枠内にとどまり、自己の決定をそれに一致させる。しかしこれまで従ってきた法律的な実践から遠ざかることも起こりうる。この場合には、その新軌軸は、次の二種である：(一)或は、それらが、依然として共通法の線内にとどまり、たゞそれを(共通法)明確にさせたりまた補足させたりするにすぎない。即ち、その際は、真に、新法の創造があったとはいへない。(二)ところで反対に、この創造は次の場合に生ずる。諸種の第二次集団が、通常な法律規定の中に、自己の活動を行使したり、自己の定めた役割を果たした

りする可能性がみつからない場合に、意識的にもしくは無意識的に、反法律的な、ときには明らかに違法的な規則によって、一般法の規則を修正する場合である。

然らば、こうした違法なる実行が、いかにして、一社会の法の要素としてみなされうるのか。これこそ次項でみようとするものであるが、こゝでは、たゞ、この明瞭な逆説を次のように指示するだけで満足しよう。

(1) ある包括的社会(国家)内で、ある集団が、一般に観察される規定と異ったものを自分に与え、(2) それらの規定が、当事者(関与者)たちによって、なんらの反対なく適用されるなら、(3) われわれは、法律規定の面前にある。(4) そして、それらは、潜在的な、ときには内密の状態にあるが、(5) いつかは大きく伸張して、一定法律体系に合体されるだろう。(H. Lévy-Bruhl. pp. 24—31)

(三) 社会変れば法も変るとは (A) 法の一時的性格——長く支配し、現在でもなお普及しているある学説とは反対に、社会学者にとって、法律規定というものは、安定した永続的な性格をもっていない。その「一時性」*précarité* というものが、先きに提唱した法の定義そのものから演繹することができる。

実際において、もし、法というものが、一定の社会集団より出現するものとすれば、法は、この集団そのもの以上に安定性をもちえないだろう。

ところで、人間集団とは何か。曰く、異った性と年齢よりなる個人たちの、多少、自然的、意志的もしくは偶然なある結合、しかもその集団は、それを構成する諸要素が、たえず時の効果によって変化する、いわば、決して自己同一ではありえないものでなくて何であろう。故に、もし例えば十年の間隔でそれらの存在の二期において考察するな

ら正確に同一人で構成される(実際は稀なことだが)と仮定しても、その同一人自体が変化する。つまり、壮年が老人、青少年が大人の男、女となり、その年令の効果が、必然、事物に対する見解、価値観の相違をもたらすだろう。なおある時の終りでは、この集団は、或はある者の死亡により、或は他の影響力に敏感な新成員の導入などによって、多少全面的に更新されるだろう。故に、法が、ある集団の意志の表明であるとすれば、その集団がたえず変化しているのに、どうして、法のみ不動でありうるだろうか。

なお、法がたえず変更する傾きがあるということがおどろくほど観察によって提示される。たしかに、人は、長い間、この真実を認めないで来た。けだし、人は、自国法にのみ関心をもち、また、自分らの時代の現行法だけに留意したからであろう。つまり、「歴史的、比較的な観点」が、その計画、方法、精神などに導入されたのはごく最近のことである。過去と現在、自国と他国との法体系を比較すれば、法律規定の多様性を理解するに十分である。そして人は、結局、普通的にして永久的な法のいかなる原則も存在しないことをたしかめた。

人々は、「自然法」を述べるが、先述のごとく、それに惑わされてはならぬ。自然法は、いつでも、どこでも「誠に生き、義務を果たせと厳命した」が、しかし、それは極めて一般的な道徳的な訓誡にすぎず、従って法はそれを考慮に入れえないだろう。何故なら、問題はすべて、これこれの社会集団が、誠実さということはどう理解するかを知ることになり、また、各自が、自己の義務を引きうけたと思っても、実際の解決は、極めて多様であり、かつ極めて矛盾することもあるからだ。そこで、自然法のある主張者は、やむなく、一概念を発明し、それに△可変的内容を持つ自然法△*droit naturel à contenu variable* という名を与えた。⁽¹⁾

(1) R. Stammler, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 1928. Cité H. Lévy-Bruhl, p. 33.

この点に関して、H・レヴィ・ブルール教授は、「実をいえば、それは、実のない貝殻に等しく、よくいって、ことばの中に一つの矛盾を含む概念にすぎない。何故なら、この概念は、ある不動なる法(自然法)と、その中の変化する諸要素との不可能な連結を実現しようと考えているからだ……」と批判している。(法社会学、三三頁)内容が変わる自然法という命題は、自然法といえども常に変っていると考えてよい。

更にこのことは、刑法でさえも、この永久変化の法則に従わせられる。比較法上、いかなる人間行為もそれ自体では、無罪でも有罪でもない。例えば、「親殺し」*parricide* のとき最も憎むべき大罪が、土人のある社会集団では許され、また他の集団たとえば古代の住民では、タブー違反としてきびしく所罰されるが、われわれにはわれわれの観点がある。(日本刑法第二百条)

そこでわれわれは、それを解決せねばならぬが、H・レヴィ・ブルール教授は次のごとく答える、「法不滅の諸原則」*immortels principes de droit* は、一つの「わな」*leurre* であるから、現実的な精神だけがそれをみやぶることができる。しかし、法の永久性というものが、過去にも現在にもみいだされなかったが、おそらく未来において、ある程度まで実現されるだと期待しても何等差支えない。ともあれ、法律規定の常に変化する性格は、種々なる問題をひきおこすので次にそれを検討しよう。

(B) 法とその表現 先ず第一に、法が動くとしても、その表現が依然として固定し、少くともその動きのリズムに従わないか、また逆に遅れることがしばしばおこり、ときには——そうしばしばではないが——法の動きより表現

の方が進みすぎることもおこる。そのうち最もしばしばおこるケースは、ある法規が、口頭もしくは文書で表現されて、長年の間、世代より世代へ同じ用語で伝えられるときに出会う。こうした規定は、それが、一定集合体もしくはその代表者たちから発生するという事実と関連し、相当な敬意を払うよう押しつけられ、従ってそれを変更することは一般に極めて困難である。しかし、やがてその表現がもはや十分でない一時期が来る。

その時からすでに、それを適用する任にある者——それは、通常、裁判官であろう——に対し、ときには劇的な光景を示めすところの、《良心にもとづいた真の判決》*véritable cas de conscience* を下すように強制される。その際裁判官というものは、本職上、等しく命令的な次の二つの義務に服従させられる。

一、裁判をする、換言すれば、彼に任かされている訴訟に対し、最も公正と思われる解決をもたさなければならぬこと。

二、しかも同時に、自己の決定の基礎として用いなければならぬ法規の条項によって拘束されること。何故なら、自己の個人的意見をすてゝ解釈し、集合体の名において判決を下さねばならないからだ。

自分に不正と思われる、もしくは多少不相当とみえる、ある法規に当面して、裁判官は何を為すべきか？

先きに提示しようと努めたごとく、もし法というものが、いつも存在するとき、従って裁判官が判決を下すときに存在する「社会集団の意志の表明」であることを納得するなら、「不完全にして硬化した法規というよりも、むしろ生きた法の奴隷たる裁判官」は、自分のできるあらゆる手段によって、公正な解決の方へこの規定の意味を屈折し、もし必要なら、それに、ぬけめのない、ときには過度の解釈を施さねばならぬだろう。

そうはいうものの、次のことは避けえない義務である。裁判官は、法律規定に基づくことを命ぜられる。法はそれを表明する法規と任意に切り離しえない。故にもし、法の社会的性格からして、その實際が、社会集団の諸志向に一致することを要するとすれば、その認識もまた、当然、各人の認識可能な範囲におかれねばならない。万人の安全がこれと引換えに保障されるからである。もちろん、法は、社会集団の作品であるので、その全成員が、多少おぼろげながらも、各状況でそうあらねばならぬ行動を意識しているはずである。こうした与件こそ、「何人も法律を知らないとはみなされない」という格言の基礎にあるものである。（尤も、この格言は、少くとも近代社会では、ときおり不当に適用された。）

ともかく、いずれにしても、裁判官に対し、自己の採決と既成法とをむすびつける義務を強制するということは、(一) その裁判が、一般的に、一定社会集団の諸志向(憧憬)に一致し、かつ、(二) それが(裁判)、どこでも同一基礎の上で行われるということが、人々が持ちうる唯一の保証となる。(H. Lévy-Bruhl, op. cit. pp. 33-5)

(c) **法と道徳との衝突問題** 法と道徳とは、相互に極めて接近しているので仲介地帯が存在しないほどである。

かくして、法は、ローマ法以来、いわゆる「自然債務」*obligation naturelle* という準制裁を伴うところの不完全な債務を認めた。即ち、それをすでに履行した債務者が、自分の方で不当のものを支払ったのでその払戻しを要求すると主張しうるなら、債権者は、強制執行をちとるために裁判所に訴えることが出来ないという意味である。(仏・民・二三五)道徳は、法が栄養をとる無限の貯蔵所であるので、それが精鍊されてその要請がより命令的となるに従って、その単なる義務が、法律的な債務に変化する。比較的稀ではあるけれども、その反対の進化にも出会う。法律

規定がちくじ退化して、法律的制裁を備えることをやめて、たゞ道德的良心にまかせる場合がそうである。

他の点で、両者の密接な関係は、ある場合に種々なる紛争を生ぜしめることもある。とりわけ、ある規定が、たとえば法の領域で強制されても、道德の名において、良心上、それに従いえないと考える共同態の諸成員によって拒否されることが起こる。例えば、ある軍人が、自己の宗教的もしくは哲学的な信念に反する行為を行うべしと命令された場合である。（良心の理由から兵役を拒否する兵隊、教会の財産目録を作成することを要求された役人など）

そこで、法律規定が道德規定の前で譲歩せねばならぬか、それともその反対の解決が称揚さるべきか。

法社会学者にとっては、何等の疑いを起こさない。

(1) 従うべきは法律規定である。何故なら、それが現に実施されているかぎり、社会集団の意志を表明しているからである。(2) これに反し、道德規定の方は、個人的意見、せいぜい社会の小部分の中に広がっている意見の表明であるので、それが集団の同意を結集するまでは法律規定に従属させられねばならない。(3) たしかに、法律を批判しそれに反対の運動をおこしてその廃止に努力することが許されるにはちがいないが、廃止が実現されないかぎりそれに従わねばならぬ。

そこで、こゝではたゞ、次の二つの留保をするのが適當であらう。

(1) 立法体系が、全然、国民の全体によって認められずに、暴力で強奪した強制力の結果であるために非合法である場合がある。かゝる場合には、服従の義務は、重大な攻撃のまとなりうるし、またそうされねばならないことは明瞭である。

(2) これと同じような考えで、ある権力がたとえ合法的でも、強制力の濫用で維持され、その命令がもはや社会集団の意志を表明しない場合は、それへの不服従は、一つの権利であるだけでなしに義務でもある。全体的にみて、今日の合法的な権力も、もとは、一つの反抗から始まるといっても過言ではないといわれる所次である。

H・レヴィ・ブルール教授は、この点に関し、一つはフランス憲法から、他はカトリック法学者たちの見解を次のごとく援用している。（法社会学、三八頁）

(一) 「政府が人民の諸権利を侵害する場合には、それへの反抗 *insurrection* は、全人民及び人民のどの部分にとっても、最も神聖な権利であり、また絶対に必要不可欠な義務である」（一七九三・六・二四日の憲法・第三五条）。

(二) カトリック法学者たちは、もし、世俗法 *loi civile* —— 神法 *droit divin* に対する——が、上級のものと判断された諸命令と衝突するかぎり、それに対する不服従 *désobéissance* を正当なものとして認める傾向がある。（P.

Coste-Floret, *Les problèmes fondamentaux du Droit*. Paris. Dalloz. 1946.)

あとがき 上巻の所述によって明らかなごとく、H・レヴィ・ブルール「法社会学」で一貫している思想は、法とは「社会集団の意志や志向の表明」であるということである。この考えは、「法源論」にも及び、一般に法源として挙げるところのもの（法律、慣習、判例乃至学説）は、社会集団の意志という本源の態様に外ならず、学説のときも社会集団によって採用されないかぎり法律生活に影響を与えないとしている。また、「法進化論」でも、法の本源たる社会集団の意志に対して作用するすべてのもの（経済、政治、思想、宗教、道德など）は、その法に対して間接に反響

するので、技術・経済に限らないとする。最後に「法統一論」にふれ、同一な法律規定がすべての人間を規定するに至るかという未来論では、「法の統一は、過去にも現在でも存在しなかったが、少くとも、この統一の諸条件を提起することが可能だとし、こゝでも、法が社会集団の意志の表明であるから、この意志がどこでも同じになるかぎりにおいて統一されうるとなし、その諸徴候を国際司法裁判所の存在、威光、道德的権威及びその構成員たちの技術的諸能力を認め、また、一九四八、四八ヶ国によって署名された「人權に関する世界宣言」を重要な与件とし、かつ、より技術的観点から、異った諸法を互に接近させるように推進している潮流を指摘するのを忘れていない。

最後に結論として、^(一)人々が、今、黒色、黄色の人種の大陸内で専心している強度な「文化変容 acculturation」異文化の接触による」の努力は、現在の壮観な相違性をぬきにしてはあまり可能性がなかるう。なぜなら、それぞれの相違の重要性をかくすることが問題でありえないし、また、空想だと非難されずに期待しうるような、しかも、未来の人類の共通法を構成するための堅固な支柱となるような、若干の基本原理の根本的な一致が、遺憾ながら未だ存在しないから、である^(二)と述べている。

(一) H. Lévy-Bruhl. *Sociologie du Droit*. 1967. p. 39 et s; p. 80 et s; p. 121 et s.

(付) 先述したごとく、法が、流動的にたえずかわるとすれば、「慣習法」につき、もっと広意な解釈をしても、ことばの濫用ではない。なぜなら、慣行は、除々に新法を創造しているからである。つまり、法律制度の生命力であるということ。従って、それは、無限の適用範囲を持ち、法源の中の一つではなくって、むしろ唯一の法源だといってもあながち誇張ではないということだ。要は、いわゆる慣習法を単に既成法としてではなく、「生成法」としても考察すべきだということ。

(一九六九・一〇・完)