

「法と道德」論(二)

——その批判的考察——

寿田竜輔

三 私見 (続)

(二) 道徳

道徳というものは、——これまでみたように——法・道徳論においては一般に人間個人が彼の自由な意志なしは良心によって自己自身を規律する規範であるというように理解されているわけであるが、そのような自律的規範としての道徳なるものが現実には存在し得ないということは、前号において述べたとおりである。⁽⁶⁾

(6) しかしながら、自律的規範としての道徳という観念は今日のわが国において——学説的にも通俗的にも——余りにも根強いものとなっている。そこで、煩をいとわず、ここでそのような道徳観念の批判を補足しておきたいと思う。

例えば、大島康正博士は、その「道徳の本質」(大島編「道徳」所収)において「道徳の本質というものは、一つの

「法と道徳」論

出来上つて外に高く掲げられた旗印としての普遍妥当的法則や、社会理想にあるのではなく、そういう法則や理想を不断に求め、課していこうとし、また何かそうせずにはおれないような我々の在り方に根差しているのである。」(同書四〇頁)というように説かれているのであるが、ここでは思索する個々の人間の主観・心理的プロセスがそのまま道徳であるというように解されざるを得ないのであり、その反面道徳の——本来、客観的社会的な存在としての——規範的側面というものが不当に軽視されて了つていゝほかないのである。道徳の自律性というような誤れる考え方が生まれるゆえんもそこにあるといえよう。とはいへ、道徳についてのそのような觀念が倫理学の全領域を支配しているとは、決していえないのであつて、先に挙げた(註(2)参照)和辻博士のほかにも道徳の問題が個人の粹のうちにとどまつては決して理解し得ないことを指摘する学者もいることを忘れてはなるまい。たとえば、佐藤俊夫「倫理学」、特に一九九頁参照。

右のような意味において、道徳についての思考的混乱から脱却するためには、本来社会的他律的な存在としての道徳規範とそれによつて規律される個人の心理的状况とはつきりと區別してかかることが最も肝要であると筆者は思うのである。

すなわち、いわゆる道徳の代表的な例として挙げられる「殺すなかれ」、「盗むなかれ」といふような規範は、それがインスピレーションのように人間の内心に突然に浮かびでて彼の行動を規律するといふようなものではなくて、これらは——社会的な存在としての規範一般がさうであるように——行為者としての人間と社会関係にある他の人間からする他律的な要求にほかならないといふことを忘れてはならないのである。(「ティマシエフ「法社会学」」訳一六六頁参照)

処でそれでは、右のような道徳的な諸要求を社会的な人間に対して提出する他の人間とはいかかなるものであろう

か。それはどのような社会的立場にたつ人間の規範的要求といえるのか。「殺すなかれ」「盗むなかれ」等々の要求はAだけがこれをもち、BやCはそれをもたないというような性質のものであろうか。そうではない筈である。幼児や精神異常者でもない限り、人間は誰しも生命は惜しいし、生活のために自分が所有する財産を他人に奪われたくないのが普通であらう。そのように考えると、右のような諸要求というものは、ノーマルなすべての人間が彼の隣人たちに対して——いわば自己保存本能的に——いだいているものといえることができるのであり、そのことはより近代的、抽象的な表現形式をとる「自由」さらには「平等」といったような道徳的諸要求についてもいえることなのである。それ故に、このような道徳規範の規律主体が誰であるかといえ、それは社会生活をいとむノーマルなすべての人間（或は社会の大多数のひとびと）ということにならう。ただ、その場合注意すべき点は、すべての人間が道徳規範の主体たり得るとはいっても、それは彼の隣人に対する関係においてであって、自己自身に対しては規律主体たり得ないということである。すなわち、より正確には、道徳的要求とは社会生活をいとむすべての人間が自分以外のすべての人間に対していただく処のものといわなければならないであろう。それはとにかくとして、このようなわけで、道徳規範の規律主体というものはことさらに特殊な社会的立場ないしは性格を必要としないのであり、それは社会的人間でありさえすればよく誰彼を問わないわけなのである。そうして、そのような社会的人間のすべてが有する処の規範的要求がほかならぬ道徳の実態ではないかと筆者は思うのである。⁽⁷⁾

(7) その意味では、ある社会階級、ある民族といったような特殊な社会にのみ通用するような社会的要求は真の意味の道

「法と道徳論」

徳とはいえないであろう。たとえば、過去のわが国において国民道徳とされた「忠孝」のようなもの、また現在のよう
な、階級的分裂の社会における支配階級の道徳―被支配階級の道徳といったようなもの（末川・天野「法学通論」参
照）がそうである。なおまた、道徳はしばしば聖賢の書あるいは、道徳教科書などのかたちで存在することは事実であ
るが、そうかといって、それらのものの著書がそのまま道徳規範の主体というわけではないのであって、むしろそれら
の著書の内容がすべての人間の内心の要求に合致するようなものであればこそ、それが道徳とされるのである。いつて
みれば、それらは既に存在する人間の道徳的要求のインデックスにすぎない。

右のようなわけで、道徳規範の主体はノーマルな社会的人間のすべてであるといえることができるのであるが、
それにしても、社会生活をいとなむ個々の人間が彼の隣人に対していざとところの要求といえるものは十人十色、
千差万別である以上、それらがそのまま道徳規範の内容となるわけではないということに注意する必要がある。う。
それでは、彼らの如何なる種類の要求が道徳の名で呼ばれているかといえば、彼らに共通のいわば最大公約的
な要求がそれではないかと思うのである。そのことは、先にあげた「殺すなかれ」「盗むなかれ」、あるいは「自
由」「平等」等々の諸規範を考えてみればわかるであらう。逆に、道徳規範の内容がそのようなものであってはじ
めて、道徳の規律主体というものが――真の意味で――社会的人間のすべてであるといえるわけなのである。

(8) もちろん、社会的人間に共通の要求以外のものを道徳と呼ぶことも、それが用語の問題であるかぎり可能であらう。

たとえば「汝らの天の父の全きが如く、汝らも全かれ」というキリストの教えがしばしばそう呼ばれているように。し
かしながら、平均以上或はそれ以下の非凡ないしはアブノーマルな人間の理想や要求は――それがいかに高尚なもの
はいえても――結局個人的なものの私的なものとどまり、人間の社会生活において重要な役割を演ずるものとはいえ

ず、従つてそのような自称道徳を社会的に殊に法との関連において考察する必要はうすくならないのである。それよりもむしろ、われわれの関心の対象となるのは、倫理的慣習ともいふべき平均的な人間の要求としての道徳であつて然るべきではなからうか。この点に関しては、パウンド「法と道徳」(高柳・岩田訳)一〇九—一一〇頁、また矢崎光圀「社会における道徳の役割と法の機能」(法律時報三四卷二二号)参照。

要するに、以上のような意味におけるすべての社会的な人間に共通の要求、つまり社会的人間一般のいづく規範的要求こそがいわゆる道徳の本質とみるべきではなからうかと思ふのである。いつてみれば、個々の人間は社会的自己保存本能からして右のような諸要求を提出するのであるが、そのようにしてお互同志が拘束しあふことによつてはじめて彼らは社会生活、共同生活をいとなむことができるわけなのである。したがつて、その意味において道徳はその規範的要求を通して人間の社会生活一般をなりたしたしめるものといふことができよう。しばしば道徳の理念として掲げられる処の「善」なるものは、このようにして可能になる人間の社会生活そのものをしめす言葉以外の何ものでもないのである(川島「近代社会と」)。右のように考えるならば、いわゆる道徳的諸規範は人間の社会にみられる各種の規範のうちでも最も基礎的、一般的な規範あるいは普遍妥当的なものであるといわなくてはなるまい。それ故、道徳を人間のふみおこなうべき道とするような通俗的な説明は決して理由のないものではないのみならず、これほど道徳の本質を簡潔に表現している所説はほかに見当たらないと思ふのである。⁽⁹⁾

(9) たとえば、「辞海」(三省堂)道徳の項など。なお、和辻博士も倫理とは人間の道であるとはつきり述べられているし(前掲書、九頁)また佐藤教授も倫理を人間のあり方、道徳を特に典型的な(?)人間のあり方というように説明され

ている（前掲書参照）ことを指摘しておく。

ところで、以上のような社会生活をいとなむノーマルなすべての人間がいだく共通の要求にほかならぬ道徳規範に違反したものがあつたような場合には、いかなる事態が生ずるのであるか。そのような場合、——規範一般がそうであるように——道徳規範の規律主体である行為者以外のものよりする社会的な反応がみられるということは既に述べたとおりである（ティマーシェフ、前掲書一六四頁、またH・ケルゼン著『General Theory of Law and State』一五—一六頁参照）。しかも、規範の規律主体よりする規範違反者に対するの反応というものは、まさに当該規範主体の社会的性格によって特色づけられるものなのであつて、道徳規範の場合、その規律主体というものが社会の一般の人間（いわゆる世間のひとびと）であることからして、その反応もそれなりのかたちをとらざるを得ないわけである。すなわち、彼らは自分たちの要求が無視された場合でも、一般的にはそれに報いるべき強力な制裁手段をもちあわせていないのが普通である。したがつて、道徳違反者に対する彼らの反応は違反者の非難というような消極的なそれにとどまるかの如くである。また、道徳的制裁というものは、——その規範主体相互の組織化が充分でないため——それが組織的におこなわれるということもない（ケルゼン、前掲書二六、二〇頁）。しかしそれにも拘らず、このような道徳的な非難に加えてしばしば違反者の社会的追放がこころみられるという事実注目するならば、道徳規範違反者に対する社会的な反応すなわち制裁が決して微弱なものとはいえないということも既に述べたとおりである。さらに、最近における各種の報道機関いわゆるマス・コミの非常なる発達に伴うその利用可能性ということをも考慮に入れるとき、道徳違反者に対する社会的反応についての従来の所説というものは少からず修正の余地があるといわなければならないであろう。¹⁰

(10) なお、道徳違反者の良心の苛責とか自責の念とかいわれているものは、道徳的制裁の違反者における心理的対応物にすぎない(ティマーシェフ、一六七—一六八頁参照)。

更にまた、道徳はその違反に対して右のような社会的反応をとまうが故に実践されるということ——この点も他の社会規範の場合と本質的には異らないと思うのであるが、道徳規範の実践にかぎって、通説は——その前提である道徳自律説とも関連して——それが強制によらず行為者自身の良心によって自発的におこなわれるというように説明しているわけである。とはいへ、そのような説明が誤りであることも既に述べた処であって、道徳もその違反者に対して規範主体からの反応を当然に伴う規範的要求であるという事実によって、それが行為者に心理的に強制されるものといわなければならないのである(ティマーシェフ一六四頁、またケルゼン、前掲書三三頁参照)。ただ、なにゆえ道徳規範の実践が自発的におこなわれるような錯覚を生ずるのかといえ、道徳というものが元来すべての人間をその規律主体とする規範であり、行為者自身も自分以外の他の人間に対する関係においてはその規律主体たり得るがため(規律の相互性)、行為者には自己の実践行為が社会的反応を伴う規範的要求によって強いられているという自覚症状が失われるからではないかと思うのである。それ故、道徳規範の実践に際して、行為者がすべての社会的人間の共通の要求である該規範にすべてのものが従うことによって人間の社会生活が可能になるからというような認識、すなわち良心といわれるような心理的状况からもっぱら行動したとしても、彼の行動から強制という要素を排除することは決してできないのである。そのさい、行為者が規範違反の場合における社会的反応はつきりと意識していなかったとしても、それは問題にならない。そのことはむしろ道徳的制裁が不明確なこと

「法と道徳」論

に起因しているのであって、社会的反応に対する漠然たる不安こそが彼を行動へと駆りたてたとみるべきだからである。⁽¹¹⁾

(11) ケルゼンも、道徳がその規範違反に対して社会的反応をとまなう点からみても、純粹に規範自体への顧慮が動機となつてそれが実践されることは殆どあり得ないとしている（前掲書、一五一―一六頁）。また、道徳が善を理念とする規範であるというような動機づけによつておこなわれること自体が、その実践行動における強制的要素を觀念的にカムフラージュしようとしているともいえるのであつて（川島、前掲書三三三頁）、それをそのまま事実と判断することは人間の規範的行動の本質を見誤ることにのみならずかねないのである。

以上要するに、道徳とはノーマルなすべての社会的人間がその規律主体となり、彼らに共通の社会的要求とでもいうべきものをその内容とする基礎的な社会規範といえるのであつて、社会生活をいとなむ誰かがこれに違反するようなことがあれば、その場合には規範主体よりする反応即制裁がそのものに加えられる結果、そのような規範的制裁を恐れて——それが意識的であれ無意識的であれ——大多数の人間がそれにしたがうのである。このようにして、道徳の存在によつてわれわれ人間の社会生活一般が可能になるといふわけなのである。

道徳が右のようなものであるとして、これと比較対照されるべき法はいかなる特色をもつ社会規範であるか——それを次に考察することにしよう。

(三) 法

道徳の場合と異り、法が社会的他律的な規範である——それが社会関係にある一方の人間が他方の人間に対してなす要求であるという点については論者のあいだに見解の相異はない。また、いま述べた道徳のような社会規範を法の名のもとに（自然法として）理解しようとしてもしなない限り、いわゆる法（実定法）の規範的特色についての所説のあいだにそう大きな開きもないようである。¹²⁾ それ故、ここでは法についての従来の所説を規範という観点から整理補足すれば充分であらう。

(12) もっとも、これは問題をわが国の場合に限っていつているのであって、「法とは何か」という問題に関しては、外国殊に西洋諸国において、古来種々の解答が試みられていることを忘れてはならないと思うのであるが、そのことはこの問題が道徳の場合同様用語の問題であるためにほかならない（早川武夫「法の定義について」法律時報三三卷四一号一頁以下参照）。

しかし、それにも拘らず、通俗的な意味における法の観念というもの（これが学問の対象としてむしろ重要なのだが）はそう多義的ではないのであって、そのような現実的な意味をもつ法観念として川島教授は次の二つのものを指摘されている。すなわち、その一つは、政治権力の強制即制裁をともなう規範——権力規範としての法という観念であり、もう一つは、権利の保護調整を内容とする規範——権利規範としての法という観念である。（川島「法社会学」上、六五—八一頁、また「近代社会と法」三八—四二頁。）とはいえ、これら二つの法観念のうち権力規範としての法という考えの方がわが国では一般的であるし（川島、前掲書）、また権利の保護調整ということも、結局はそれが政治権力による強制をともなわなければその充分な実現が期待できないという意味では、権力規範としての法という観念の方が实际的にいつてより重要なものということができらるであらう。

すなわち、まず、いわゆる法も社会的な要求つまり社会規範であるとして、その規律主体は誰か——いかなる社会的な立場にあるものがそのような要求を提出するのかという点が考察の中心とされねばならないことはいくまでもあるまい。それには、六法全書に掲載されているようなもろもろの法を念頭において考察をすすめていくのが実際的であろう。処で、具体的にいつて、国民の基本的な人権やそれを保障するための民主的な政治制度を規定している「日本国憲法」なるものが、また個人に物権・債権等の財産権をみとめたり、夫婦親子等の親族相互に扶養の義務を定めている「民法」が、更には殺人・強盗その他の罪を犯したものを種種の刑で罰することを定めている「刑法」といったような諸法がいかなるものの規範的要求であるかということを考えてみるならば、それらが国家的な要求ないしは規範であることに疑いの余地はないであろう。しかも、国家という社会は、そこにおいて権力を背景として人間が人間を支配するという現象すなわち政治というものが顕著にみられる社会組織である以上、そのような国家的な要求というものは、その実際は国家なる社会において政治権力を所有、行使して自らの要求を実現し得る立場にあるものの規範的要求以外の何ものでもないということになるのである。勿論、法は右のような国家の政治権力者の要求としてのそれに限らないわけであり、殊に最近とみにその重要性をましつつある国際法（条約その他よりなる）についてみれば、それは国家がかたちづくる国際社会における権力国家相互間の規範的要求にほかならないといえよう。したがって、いずれにしても、いわゆる法規範の規律主体というものが社会における政治権力の所有者（単数または複数）であることはあきらかであろうし、そのような政治権力者の提出する処の規範的な要求がとりもなおさず法といえるのである。しかも、このような権力者の規範的要求である法が存在することによって、もろもろの社会における政治的な統一ないしは政治的支配が実現達

成されるのであって、その意味において、法は政治的規範さらには権力規範の名をもって呼ばれるにふさわしい社会規範なのである。⁽¹³⁾

(13) (12)を参照。なお、小野博士が「政治——広い意味の——なくして法というものはあり得ない。——とされ（「法学概論」二二頁）、また小林・碧海両教授も法を政治的に組織された社会との関連において理解されている（それぞれ「法理学」上、一七頁および「法哲学」概論、六二—六三頁）ことをもつけ加えておこう。

ところで、右のようにいわゆる法が政治権力者の規範的要求として特色づけられるとしても、その場合の権力者というものは——すくなくとも、近代国家についてみれば——複雑な構成をとる多数者なのであって、自らの要求を権力的な手段（警察力ないし軍事力のような）によって実現し得る立場にあるすべてのものがその限度において権力者であるといっても過言ではないのである。従ってまた、その要求と一口にいっても、その内容というものは経済的なそれをはじめとして多種多様にわたるわけであり——それらはしばしば権利の名で呼ばれるのであるが⁽¹⁴⁾——、いわゆる法とは彼らのそのようなもろもろの要求の合成物にほかならないわけである。そのような意味において、法規範の場合、規範的要求の実現に先だって、まずその前提として、実現さるべき規範的要求の定立ないしはその内容的確定ということが問題とならざるを得ないのであり、権力者たちのそのような活動すなわち立法というものを組織化するということが是非とも必要になって来るのである。それからまた、立法活動によって定立された多数の法規範を国家の如き複雑且つ大規模な社会において適確に実現するためには、規範的要求の実施執行（違反者に対する制裁を含む）——司法および行政——をも組織的、画一的におこなう必要も生ず

る。そうして、これらの諸要求を具体化するところの特種の法規範がうまれるのである。この種の法規範は複数権力者たちの規範の定立ないし実施のための活動を相互に組織化するという意味においてとくに組織法と呼ばれるべき性質の法なのであるが、憲法はその最も重要なものである。とにかく、政治権力者の被治者（一般国民）に対する要求にほかならぬ本来の意味における法規範はこのような組織法にもとずいて定立され実施されることになのであるが、それらを組織法と区別して行為法と呼ぶことにすると、そのような行為法的な規範というものは彼ら権力者の社会的要求の多様化細分化にもなつて非常な数にのぼっているのが実情である。更に、法規範には、このような行為法に対応してその規範的内容を効果的に実現する目的で行為法違反者に対して科すべき権力的制裁（後述）を規定する処罰法ともいふべき法があることも忘れてはなるまい。因みに、民法あるいは刑法などの法はいずれも右のような行為法プラス処罰法の性質をもつた法といふことができるのであるが、これらはそのうちの基本的なものにすぎず、同様の性質を有する法はほかにも無数に存在するのである。以上のようなわけで、法規範の場合、規範の分化ならびに量的老大化^{us}という現象が顕著にみられるのであるが、このような点も政治的権力的な規範としての法がもつ規範的な特色といふことができよう。しかし、それにも拘らず、これら諸種、無数の法ないし法規範というものは憲法——さらにはケルゼンのいわゆる根本規範——を中心として法論理的に整然たる体系、システムをかたちづくっているわけであり、そのような意味において、いわゆる法を全体的には政治権力者の規範的要求というように説明することは、学問的にいってまさに妥当ではないかと思うのである。

(4) 権利なる觀念はしばしば法に特有のものとしてされているが、権利を規範的要求を通して保護される利益というように解するならば、そのような実態は道德その他の社会規範の場合にも存在するといわなければならないのであって、その意味ではそのような所説は必ずしも当を得たものとはいえない。

(5) 尾高博士は、法ないし法規範のこのような分化を組織規範・社会規範・裁判規範という立体構造として説明されている。「法哲学概論」二二四—二二五頁、二二五頁。

また、法が成文法、制定法（憲法・法律・命令などの）および不文法、非制定法（制例法など）というように法源的に分化している点もひとつの特色といわなければならないであろう。

(6) このことはまた技術的な法規範の増加というようにも説明できるであろうが、田中（耕）「法律学概論」九二頁以下、また尾高、前掲書二一六—二二七頁参照。

処で、それでは、以上述べたような国家その他の社会における政治権力者の規範的要求としての法——といっても、行為法の性質をもつそれであるが——に違反するが如き行動を被治者が敢えておこなった場合、いかなる社会的な反応がみられるであろうか。いまさらいうまでもないことであるが、国家の場合、法規範違反者に対しては該規範の規律主体である権力者から刑罰あるいは強制執行といったような特有の反応、というよりはむしろ制裁が加えられるのが普通になっており、一般にはそのような強制（制裁の意味における）こそがまさに法を法たらしめる本質的な要素とされているわけである。しかしながら、前述のように、法規範違反者に対する右のような制裁というものは理論的にも実際的にも法規範の存在を前提としてはじめて考えられるのであって、逆になんらかの規範がそのような特殊の制裁を伴うことによって、それが法規範となるというわけのものではないという

ことを注意すべきである。¹⁰⁾従つてまた、法的強制即制裁にみられる特色というものが既に述べた如き法規範そのものの特色から導きだされるといわなければならないのである。すなわち、法的制裁が右のような特有の形態をとるそのわけは、とりもなおさず、法規範の規律主体が社会における政治権力者であり、該規範が彼らの支配的要求にほかならないからである。社会の権力者はその名のしめすとおりの強大な権力を所有し行使し得るが故に、彼らは自らの要求に従わぬものに対して刑罰の如き制裁手段をもつてのぞむことができるのである。その意味において、刑罰・強制執行などの法的制裁というものが、——非権力的な規範主体をしか有しない道徳のような社会規範のそれと比較した場合——一般的に強力かつ積極的なものであるということは間違いないかといえると思う。

——先にも述べたように——それ自身が規範化されており、行為法につづく処罰法のかたちで定型化されているということを注目する必要がある。 (いわゆる法規範の二重構造) このような規範違反者に対する制裁の規範的定型化という事実もまた道徳などの場合にはみられぬ法的制裁の特色といえるのであつて(ケルゼン、前掲)、そのことはまた被治者たちの反規範的行動を予め防止し、彼らに規範的行動を促すのに役だっているわけなのである。更にまた、国家の場合、法規範違反者に対する制裁がその目的で設置された権力的強制機構(裁判所・刑務所など)の活動を通じて組織的に、従つて適確におこなわれるようになってゐる点も、道徳などの場合とは異なる法的制裁の特色といわなければならないであろう。要するに、法的制裁は単にそれが強力であるというにとどまらず、さらにそれが定型的、組織的に実施されることによって法規範違反者に対する制裁としてきわめて効果的な手段たり得るのである。¹⁰⁾

(17) 法を政治権力者の規範的要求と解することによつてはじめて、刑罰の如き制裁を必ずしも伴わない種類の法——憲法、更には国際法など——の法的性質が肯定されるといえよう。

(18) ケルゼンも、道徳的制裁に対して、法的制裁の規範的定型化および組織化という特色を強調しているが、それは適切といえよう(前掲書、二〇頁)。

処でさらに、法は規範違反者に対しての右のような権力的、組織的な制裁を準備することによつてその規範的内容の実現を期するものであるが、行為者たる被治者がそのような法的制裁に対する恐怖からして規範的行動へと強制されるという事実は否定すべくもない。とはいえ、そのような規範的強制なるものは、それが行為者の心理を媒介とするという意味での心理的な強制であるという点では、前述のように道徳その他の社会規範の実践にさいしても同様にみられるものなのであつて、それは法だけに特有の現象ではないということに注意する必要がある(ケルゼン、二二三頁)。勿論、法規範の実践者の心理的プロセスにおいて、規範的制裁への恐怖のしめる比重とも法的制裁の効果に比例して大きいということは当然であろうが、それにも拘らず、規範的制裁を伴わぬ規範的要求というものは現実には考えられないという意味において、道徳実践者の場合のそれとの差異はあくまでも量的なものにすぎないということを忘れてはならないのである。

以上述べた処によつて、簡単ながら、いわゆる法ないし法規範のもつ規範的特色の学問的な反省ならびに整理をおこなつたつもりであるが、要するに法とは社会における政治権力の所有者をその規律主体とする規範的要素——社会規範であるといえよう。したがつて、そのような法規範に違反したものに対しては当然該規範の主体

よりして権力的な制裁が科せられるわけであり、またかかる法的制裁への恐怖から大多数のものが規範的行動を強いられるのである。このようにして、法規範の実現を通じて、もろもろの社会に政治的な秩序がもたらされるわけであり、国家をはじめとする政治的社會が形成されるとみななければならないのである。

(四) 両者の規範的差異

法・道徳両者はそれぞれ以上のような特色をもつ社会規範なのであるが、これまで述べて来た処にしたがって両者の規範的な差異を確認してみよう。

すなわち、法・道徳両者は同じく社会規範として規律主体である一方の人間が他方の人間に対してなす処の要求にほかならないわけであるが、それにも拘らず、それぞれの規律主体の有する社会的性格ないしは立場という点において両者のあいだには重要な規範的差異がみられるわけである。つまり、道徳規範の場合についてみれば、その規律主体は社会生活をいとむノーマルなすべての人間であるといえることができるのに対して、法規範の場合には、その規律主体が社会における政治権力の所有者であるといったちがひがあるのである。そうして、法・道徳両規範のもつこのような根本的な差異からして、規範違反者に対して両規範が科する処の制裁の態様ないしはその強制的効果などの差異が派生するわけであるし、また、道徳的規範が実践されることによって人間の社会生活一般が可能となるのに対して、法規範の実現によっては社会の政治的統一がもたらされるといふように、両規範の機能的な差異も生ずるといわなければならないのである。

したがって、右のような法・道徳両規範をそれぞれ簡潔に表現するならば、いわゆる道徳はあらゆる人間の社

会生活に不可欠の規範であるという意味において、それは普遍的な社会規範であるということが出来るのに対して、特に権力による人間の支配関係としての政治的社會をもたらす処の法は政治的権力的な規範であるということになる。道徳の普遍性・一般性に対する法の政治性・権力性。法・道徳両者の差異というものをこのようにいいあらわすことによつてはじめて、両者の差異に関する従来の所説にみられる理論的な諸欠陥を克服し得るものと筆者は思うのである。⁹⁰⁾

(90) 法・道徳両者の差異に関しては、通説的な見解のほかにも諸種の見解があるが、それらはいずれも両者の差異についての本質的なものを含んでいるとは考えられないので、それらについての批判はここでは省略した。詳細は、善家幸敏「法と道徳についての一考察」(法学研究(愛知学院大学論叢)四卷一号五一頁)以下、また末川・天野、前掲書二〇—三一頁などを参照されたい。

(五) 両規範の関連の問題

処で、以上述べた如き差異ないしは特色を有する法・道徳両規範は相互にいかなる関連をたもつかということ——この問題はこれまでみた両規範の差異に関するそれと並んで法・道徳論のもう一つの、実際的にはより重要な部分といえるのであるが、この点についての筆者の考え方を最後に述べてみようと思う。

まず、このような法・道徳両者の関連については、法、道徳の問題を論ずるものの多くが、これら二つの規範はその内容からみて必ずしも完全に一致するものではないが、しばしば両者が一致することを認めているわけで

ある。²⁰⁾それが事實があることは、先にあげた「殺すなかれ」「盗むなかれ」或は「自由」「平等」等々の道德的規範が同時に憲法・民法・刑法等いわゆる法の内容となつてゐることからも一応肯定できようが、ただ——本論のはじめにも述べたように——法・道德両者が内容的に一致する場合が多いというだけでは、両規範の関連の問題の説明としては表面的形式的にすぎ、学問的に充分なものとはいえないであらう。²¹⁾なぜならば、それだけでは、両者の内容の一致なるものはいわゆる同姓同名の如く単なる偶然的なそれにすぎないかも知れぬからである。そうして、法・道德両者のそのような内容上の一致が偶然的なものにとどまり、両者のあいだにそれ以上の必然的な関連がないとするならば、法、道德の問題が法学研究の基本的課題としてこれほどまで義務的にとりあげられなければならぬ理由もなくなろうというものである。しかしながら、法・道德両者のあいだには単なる内容の一致以上の関係が存在するといわなければならぬのであって、そのことは両規範がそれぞれの規律主体を通じて歴史的、現実的に密接な関連をたもつてゐるという事實のうちにこれを見出すことができると思ふのである。両規範の内容的な一致というものは、むしろそれから生じた結果にほかならないといえよう。なお、逆説的にいえば、法・道德両者の規範的な差異が学問上特に問題とされるといふ、そのこと自体が既に両者の現実的な関連とつていふものをぬきにしては考えられないのである。

²⁰⁾ 田中(耕)「法と道德」四六一五〇頁、その他を参照。

²¹⁾ 社会規範プラス強制規範という二重構造をとる法の社会規範の部分において、法は道德とむすびつく(尾高、前掲書二二〇—二二四頁)といつてみても、五十歩で百歩であらう。

すなわち、具体的にいえば、いわゆる法が社会における政治権力の所有者の規範的要求にほかならないとしても、その規律主体である権力者というものは彼らの思いのままに自らの過大な要求を法の内容として実現し得るかという点、必ずしもそうはいかないのが現実なのである。ところで、その理由を考えてみるならば、政治権力者といえども権力者であるまえに社会的な人間であることに変わりはないからには、彼らもまた——ノーマルな他のすべての人間と同じように——「殺すなかれ」「盗むなかれ」などの自己保存的な要求を当然いだいてよい筈である。しかも、彼らがそのような要求を権力的に実現することになれば、そのことによって社会一般のひとびとが共通にいただく道徳的要求が法の内容とならざるを得ないということになるのである。勿論、その場合、権力者自らの生命・財産の保護に重点がおかれることはいうまでもないが、それと同時に、彼らからすれば被治者である多くのひとびとのそれをも権力的に保護することによってまた、彼ら自身の生命・財産ないしはその支配的地位がさらに安泰となろうというものである。これに反して、権力者が被治者のいただく道徳的要求の保障に消極的であったり、彼ら自身それを無視するが如き政治をあえておこなったような場合には、その連鎖反応は逆に彼ら自身の身にもおよびであろうということを忘れてはなるまい。以上のように考えるとき、権力者たちが社会一般の道徳的要求を原則的には法規範の内容として採り入れざるを得ないことはあきらかであろう。しばしば、「法は道徳の最小限である」といわれるのも、その意味においてなのである。それ故、法・道徳両者が内容的に一致する場合が多いという事実の背後には、右のような事情があるということが指摘されてしかるべきである。

② 福田敏一「政治と倫理」(政治学事典(平凡社)所収)、小林、前掲書六〇頁、川島「近代社会と法」四二頁以下など
参照。なお、道徳が裁判において法と接触するという説明については、パウンド、前掲書(訳)八〇―八四頁参照。

しかし、それにも拘らず、政治的権力者というものはその保持する権力の故に、被治者の道徳的要求と多かれ少かれ相容れないような自らの過大な要求(たとえば、重税など)を、しばしば法の名において強行せんとする傾向を有するということもまた歴史のしめす処である。それ故にこそまた、法・道徳両者の内容的な不一致ということが殆どつねにさげがたいものとなって来るということを注意しなければならないのである。²³

③ 福田「政治と倫理」、小林、前掲書五七―五九頁、川島、前掲書四九―五〇頁など。

もっとも、社会の発展にともなつて、権力者自らがそのような反道徳的行動へはしり得る可能性というものは徐々に少くなりつつあるといわなければならないのであつて、すなわち、被治者たる人民の力が増大するにつれて、彼らは直接間接に権力者のおこなう政治に参加することを認められるわけであるが、そのような民主的な政治制度のもとにおいては、彼らが共通にいだく処の道徳的要求を権力者が無視するというようなことは以前にもまして困難となることはあきらかであろう(川島、前掲書五〇、五二―五三頁)。²⁴ というよりもむしろ、民主的な制度のもとでは、一般人民もまた政治権力を分有する権力者としての立場にたつわけであり、権力者として彼らの道徳的要求を実現しようとするわけなのである。それ故に、このような歴史的段階においては、社会における法規範の規律主体と道徳規範のそれとのあいだの組織的、制度的な自同化という現象がみられるわけであり、そのことによつ

て、法・道徳兩者の関連はより密接なもの必然的なものへと変化することになるのである。因みに、「自由」さらには「平等」といったような人民の道徳要求を保障するいわゆる権利宣言や人民参政の政治制度を規定する成憲法の現代的普及は、右の事実を裏付けるのに充分なものということができる。

とはいえ、社会の政治制度が——右のように——すべての人民の参政をみとめるようなものになったとしても、実際的には代表民主制という形態を採用せざるを得ない処からして、当該制度のもとでは、人民の代表者たちが政治の実権をにぎるようになるのが通例であり、その結果、彼らは——権力者一般がそうであるように——社会の道徳的要求を等閑視して、自らの不当なる要求を法の名において強制しようとする傾向がないとは決していえないということも忘れてはならないのである。従って、その限りにおいて、一般人民の道徳的要求の完全なる実現が阻まれるといわなければならない(福田、前掲論文)。人間の社会的な平等(いわゆる「正義」²⁴)というような道徳の理想が容易に達成されないのもそのためである。右のようなわけで、真の意味で、すべての社会的人間が均等に権力を所有、行使し得る如きが状態がもたらされないかぎり、法・道徳兩者の完全なる一致ということは期待し得ないといえようし、またそのときまで兩者はそれぞれ独自の存在ないしは機能をいとなみつつけるであろう。

24 「正義」は普通法の目的ないしは理念とされているけれども、これを人間の社会的平等というように解するかぎり（たとえば、尾高、前掲書二六七頁以下参照）、それは社会的人間に共通の道徳的要求以外のなにもでもなからう。

要するに、法・道徳兩者は密接不可分の関連をたもつといえるのであるが、それは現実的には両規範の主体で

「法と道徳」論

ある政治的権力者と被治者たる一般人民との関係の反映にほかならないからである。それ故にまた、これら二つの規範の関係というものは、結果的にはこれを道徳による批判を通じて法の内容的進化がもたらされるといふようにいいあらわすこともできようけれども(田中(耕)(法律学)「概論」一二九頁)、それは両規範主体の対立相剋の歴史を通じてであるということ忘れてはならないのである。いってみれば、両者の関係は——本質的には——相補協同の関係(小林、前掲書(五九―六一頁))といえるようなまぬるいものではなくして、むしろ絶対的背反のそれともいふべきものではなからうかと思ふのである。(福田、前掲(論文参照))右のように理解することによってはじめて、法道徳両者の規範的な関連というものが学問的に妥当に把握され得るといわなければならないのである。

(完)