

多數決と全會一致

——多數決原理研究序説——

町 田 實 秀

既に十九世紀の末に、イェリネックも指摘している通り^(註一)、團體の意思を決定せんとする場合に、夫が法制上のものたるか否かを問はず、常に多數決原理が行はれる、と言ふことは、今日では殆ど自明のこととされているが、しかし夫が余りにも自明であるが故に、多數決原理そのものを深く掘り下げて、之が本質を究明せんとする試みは極めて稀である^(註二)。たとへ偶々論議されたとしても、夫はただ個々の場合につき、如何なる多數に依るべきかと言ふ技術的な面に關するものが多いのである。

しかし果して多數決原理は自明なものであらうか。全會一致を以て表示された意思を以て、全體の意思となすのは、極めて自然に思はれるが、多數決はしかく自然ではあり得ない。功利主義者は、最大多數の最大幸福と言ふモットーで、多數決原理の合理性を基礎付けんとするが、最大多數とは言つても、相對的であるが故に、直に夫が全體に等しいわけではあり得ない。多數 (Majorität) は概念上當然に少數 (Minorität) の存在を前提とするが^(註三)、事實上も、異なる少數意思が明に存在するにも拘らず、之を無視して、何故に多數の意思が、異なる少數意思の主體をも含めての

全體の意思と看做され得るのであらうか。しかも多數とは言へ、出席者の單純多數の如きは、全體の極く小部分であるに過ぎないこともあり得るのであらう。況や議會に於ける多數の如きにいたつては、國民全體の數に比すれば、極めて微々たるものに過ぎない。それにも拘らず何故に、かうした極く小部分に過ぎないもの意思が、全體の意思と看做され得るのであらうか。かうした疑問が先づ第一に起らざるを得ない。

(註一) 美濃部達吉譯「少數者の權利を論ず」、人權宣言論、九一頁。

(註二) 多數決原理のみを取扱つた著書としては Sarosolsky, Das Majoritätsprinzip, 1916; Sawaki, Le principe de la majorité, 1920 があるに過ぎない。

(註三) Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie, S. 53.

しかし假にこの疑問に答へ得たとしても、自明の理とされる多數決原理が屢々又否認されるのは何故であらうか。

近く我々はナチ政府時代のドイツにその例を見た。議會主義と共に、多數決原理が排撃されて、指導者原理 (Führerprinzip) が確立されたのは、ヒットラーの主張(註一)に基いたとは言へ、よつて來たるべき原因と事情とが存したのであるまいか。(註二)又我々は現に終戦後の日本にその例を見る。定足數のからくりと、自由な討議の回避とに依つて、少數意思が恰も多數意思であるかの如く巧みに偽装され、民主主義の假面の下に、事實上少數者の獨裁が行はれてゐるかと思へば、他方に於ては、明白な多數者を、單なる「偶然の數」なりとして、之を否認し、「多數の横暴」を唱へて、之を攻撃し、敢て之に従ふことを拒否せんとする。かうした状態を見る我々は、更に次の如き疑問をいだかざるを得ない。曰く、如何なる社會的心理的基盤の上に、多數決原理は正しく運営され得るか、如何なる條件の下に、多數決

原理はその本来の使命を果し得るか。

多數決原理が問題となるとすれば、それは専ら政治的分野に於てである。蓋し、多數決原理は純粹の法律的概念と言ふよりは寧ろ政治的概念であるからである。しかも夫が民主的原理とされるところからして、その合理的根據を求めんとする者は、或は自由の理念から出發し、或は平等の理念から出發する。前者にケルゼンあり、後者にラートブルッフがあるが、結局のところ、實力決定主義に歸着せざるを得ない。^(註四)しかし多數決原理は、歴史的にも、多數のもつ實力を法が承認することに依つて、成立したものはあるまいか。かうした豫想の下に、多數決原理の歴史的發展を跡付けることに依つて、その本質を明かにすると共に、第一、第二の問題に對して、何等かの解答なり暗示なりを得んとするのが本稿の目的である。

(註一) Hitler, Mein Kampf, II, 參照。

(註二) 町田實秀「指導者原理の意義と其歴史的背景」、一橋論叢第四卷第二號、參照。

(註三) Kelsen, Vom Wesen and Wert der Demokratie. & Radbruch, Rechtsphilosophie. と取扱はれてゐる多數決原理の問題については、いづれ他の機會に論評を加へたい。

(註四) 尾高朝雄「數の政治と理の政治」、八九頁、九八頁。

凡そ原始社會は、殆ど同種同質の人間に依つて構成され、物質的にも精神的にも、個人生活が未だ分化しない状態

にあるから、個々人の生活は、物質的にも精神的にもほぼ同一で、従つて宗教的心理的經濟的に、各人は同じ考をもち同じ行動をとり、しかも夫等が協同的に行はれるところから、公生活と私生活との區別もなく、強ひて言へば一切の生活が公生活であるとも言へるところの完全な生活協同體をなしてゐた。従つて、かうした社會に於ては、今日から見て立法司法行政等に當る事項や役員の選舉の如きを初めとして、平時の宗教的經濟的行事についても、將又、宣戰媾和の如き非常事態の處理についても、一切萬事何もかも、當該社會を構成する成員の全部が、一定の場所に集つて、全會一致で之を決定し、決議の結果は、同じく又成員全部の一致せる行動で、之を執行するのが常である。かうした社會に於ては、決議をなすについての所謂定足數の定めとか、決議方法としての多數決とかは、もとよりあり得ないし、考へも及ばぬところである。

かうした協同體的生活が行はれ得るがためには、團體生活の規模が、地域的にも成員の數についても、極めて小さいことを前提とするが故に、ゲルマン古代の部族 (tribes) の場合のやうに、定期的には満月新月の如き規則的な自然現象を頼りに、部族構成員の全部が、一箇所に參集して「民會」(Thing) を開くことが出來たし、又一朝事有る時には、何等かの合圖によつて、構成員の全部を召集することが可能であつた。しかし召集が可能であるばかりでなく、人々は宗教的乃至習俗的に、心理的壓迫を受けて、否應なしに集らざるを得なかつた。しかも集つた者は、皆殆ど同じ意識、同じ考へ、同じ利害をもつていたから、自然必然的に全會一致で、その決議と執行とが行はれることになる。ところが社會が稍々進化する、物質的精神的に個人生活が分化し始めると、團體生活の全體に對する關心の度合に個人差が生じ、關心の薄い者の中には、本來構成員全體の集會であるべき民會への出席を、いろ／＼口實を設けて、

怠る者が現れる。さうすると、所謂「民會出席義務」(Dispflicht)と言ふ法律制度が発生して、出席を法律的に強制する必要が生じ、缺席者には何等か法律上の制裁が加へられることになる。斯の如くして、民會への出席を促す契機は、宗教的乃至習俗的なものから、法律的なものへと進化はするが、いづれにしても、構成員の全部が集り、全會一致で事を決することを原則としていることには變りがない。従つて、常に構成員全體の集りである民會は、原始的國家である部族の代表とかシンボルではなくして、現實に部族と言ふ團體それ自身である。

參集の目的は、要するに團體生活の平和の維持とその運営に必要な事項を決定するにあるが、原始社會のこと故、何時なるとき外敵の襲撃を受けて、平和を攪亂されるかも知れないから、萬一に備へて、成員全部が武装して集合するのが常である。たとへばゲルマン古代の「民會」(Ding)では、全員が武器を携へて集つたし、ローマ古代の民會である「ケントゥリア會」(comitia centuriata)では、全員が戦闘隊形で集つた。ケントゥリア制が成立した頃(前五世紀頃?)のローマの社會は、既に貧富の差が著しく、物質的にも精神的にも個人差が大きくなつていたから、個人主義的な傾向が現れ始めてゐて、多數決制度のやうなものが行はれてゐたが、古代ゲルマン人は(紀元後に於ても)まだ生活協同體的な生活を營んでゐたから、その民會の議決は常に全會一致で行はれてゐた。

タキトゥス(Tacitus)のゲルマニア(Germania)に據れば、指導的地位に在る者が先づ提案し、その説明を聞いた後で、賛成の意思表示は、携へて來た「武器を互に打ち合はす」音に依つて、反對の意思表示は、不平不満の「ざわめき」の聲に依つて行はれ、この兩者が渾然と融合して、そのいづれか優勢な方が他を壓倒して、一つのドミナントな音響となることに依つて、單一の意思が表示され、結果に於ては常に全會一致となつたのである。^(註二)と言ふことは、

當時の社會が既に眞の意味での原始社會の域を脱して、人々の考が最早同種同質ではなく、多かれ少かれ、分化し始めてゐたことを物語るものである。さればこそ、指導者が先づ以て會衆一同に對して提案の理由を説明し、指導者の權威を以て之を説得して、出来るだけ一同の意思を一つの方向に流れしめるが、それでも尙大多數の者と調子を合せない意思が若干残る場合が起り得る。さうした場合に、その少數意思は、夫が表示された瞬間に、一層優勢な多數の意思に依つて物理的に壓倒されるか或は無視されるかして、結果に於ては常に全會一致の形をとつたのである。

(註一) 田中周友「古代ローマの民會に於ける投票」、佐藤教授退職記念論文集。町田實秀「ローマの軍制と支配體制」、一橋論叢第二十二卷第一號、二二七—八頁参照。

(註二) 町田實秀「指導者原理の意義と其歴史的背景」、一橋論叢第四卷第二號、四四頁参照。

しかし社會が更に進化して、多數意思が物理的に少數意思を壓倒したり、その存在を無視したりすることが、最早出来ないほど、少數意思の存在が判然として來ると、多數者は、この少數者を極力説得して、意思を纏して多數の意思に追従し、之に合流することを勸告する。この場合、多數者の説得にも拘らず、少數者が多數者の勸告に従はないで、あくまで自説を固執し、しかもその數がたいして多くない時には、多數者はこの少數者を強迫し、實力を以て之を強制し、それでも尙従はない時には、一時的又は永久的に、この少數者を團體から排除する。若しくは、少數者自身、自發的にその場で棄權したり退場したりして、一時的又は永久的に、團體から脱退する。斯の如くして、構成員の中から異分子を除いておいて、後に残つた同じ意思をもつた多數者だけで、全會一致の原則を維持する。^(註)

(註) かうした形での全會一致は、中世のスラブ民族の法制に著しく現れてゐる。スラブ法では、多數の意思に従はぬ少數者は、

答で打たれ、どうしても従ふことを肯ぜぬ者の財産は焼き棄てられたと言はれる。(Sárosi skyj, 前掲書、一九頁、註三四) 中世のローマ教皇の選舉や、ドイツ國王の選舉に於ても、かうした形での全會一致が行はれ、その結果、屢々二重選舉となつたことについてはいづれ稿を更めて詳論するつもりであるが、第二次世界大戰以前の國際會議も國際聯盟もこの段階にあつたものと考へられる。いづれも全會一致の原則を固執し、國際聯盟の如きは、この原則を維持するために、或は勸告し或は脱退を認めたのである。この意味に於て、戦前の國際社會は、未だ原始社會から余り進化せず、精々のところ、中世的状態に在つたものと言へるであらう。

しかし、この少數者が更に強力となり、最早勸告や強迫では之を強制することが出来なくなると、全體が、多數者側と少數者側との二つに判然と分裂して、互に實力を以て戦ふことになる。(中世に於けるドイツ國王の選舉に關して屢々この例を見る。)しかし結局、多數者は、多數の力を以て少數者を屈服せしめ、全會一致の目的を達する。イエリネツクの言ふ、意見の合はぬ黨派間の「秩序なき鬭争」(der ungerichtete Kampf)^(註)とは、この段階を指すものと考へられる。

(註) Jellinek, Das Recht der Minoritäten S. 1, 美濃部譯「少數者の權利を論ず」、人權宣言論、九二頁。

しかるに社會が更に進むと、少數者は理性的判断に従つて、勝算なき鬭争は寧ろ之を避けて、戦はずして多數者に屈服するようになるが、必ずしも常にさうとは限らない。少數者は、勝つ見込の無い鬭争でも、一か八か一應は戦つて見ようと思へる場合もあり得るわけである。しかしさう考へ乍らも、無用な鬭争は全體の利益の爲に、出来るだけ避くべきであると思へて、鬭争を断念するほど全體的考慮と理性的判断が行はれるやうになると、ここに初めて法が干渉する余地が生ずる。即ち法は、多數者側に存する事實上の優勢を承認して、勝敗の結果を豫め宣言し、勝つ見込

のある方に法律上の勝利を得しめ、多數者の意思したところを、少數者も同様に意思すべき法律上の義務を、少數者に負はしめる。^(註一)従つて決議の成立は、この少數者に課せられた義務が果して履行されるかどうか依存することになるが、しかし、それには、多數者側と少數者側との數の開きが著しく大であつて、勝敗が初から歴然と明白であることを前提とする。斯の如く少數者が、多數者の強制を待たずに、又は鬭争を斷念して、自發的に自己の意見を引込めて、平和的に多數者に屈服して、多數者の意見に合流する時、初めて多數決制度の端緒が現れる。中世後期のゲルマンの世界に於ける殆ど凡ての決議は、右の如き形で多數決に依つて、全會一致の結果に到達してゐる。^(註二)

註一 たとへばドイツ國王の選舉に關する Sachsenpiegel (III, 57 § 2) や Schwabenspiegel (Kap. 130) の規定の如きがやうである。

註二 Gierke, das Deutsche Genossenschaftsrecht, II, S. 483 ff.

しかし目的はどこまでも全會一致である。従つて初期の多數決制度は、全會一致を目的として、「秩序なき鬭争」の代りに又は之と相並んで、現れたところの一つの平和的手段に過ぎない。夫は理性的判断の結果であると共に、法が命ずるところではあるが、しかし依然として、一方の物理的な優勢と心理的な壓迫強制が、その背後に於て大きな役割を演じている。

蓋しこの段階に於ては、多數者が少數者よりは物理的に優勢であるのが普通であるから、少數者が心理的な壓迫を蒙つて、之に従ふのではあるが、優劣は必ずしも常に表意者の數量だけできまるとはかぎらない。異なる意思を表示した者が、少數であれば直に、多數者に屈服して、その意思に従ふことになるのではない。イエリネックも「若し一

人の勇者が戰場に於て五人に打勝ち得べしとせば、何故に議論に於て必ず多數に従はざるべからざるの理あらんや」と言つてゐるが、たとへ少數でも、體軀容貌腕力等で衆を威壓する者や、地位經歷學識聲望等で影響力の大きい有力者が少數者側に居れば、少數者が却つて多數者側よりも優勢で、結局その意見の方が尊重される場合が起り得る。その極限的な場合、即ち少數者が極端に少數であると共に、その權威が比較を絶するほど大である場合には、指導者原理 (Führerprinzip) に殆ど近きものとなる。それ故に、多數者の意思が少數者の意思よりも優勢であるが爲には、人數の點で優ると共に、表意者の「質」に於ても亦優勢でなければならぬ。しからざれば物理的に優勢となり、心理的に他を壓倒し之を強制して、自説に合流せしむる力が無い。即ちこの段階に於ては、量のみならず質が、と言ふよりは寧ろ「量よりも質」が問題となり、時には量は、質を構成する單なる一要素として、僅かに問題となるに過ぎないこともあり得る。その上、選舉の場合には、單に投票者のみならず、候補者についても亦、その質が問題となる。かかる場合には「多數決原理」(Majoritätsprinzip)と言ふよりは寧ろ「優秀決原理」(Sanioritätsprinzip)とも言ふべきものが支配することになる。之は中世に於て、教會法學者に依つて主張され、ローマ教皇の選舉や司教選舉に於て行はれたものであるが、ドイツ國王の選舉や等族會議等に於ても亦行はれ、「健全性に於て優る者」(pars sanior)之を決すべく、多數者 (pars maior) 之を決すべからず」と言はれ、又「票は算數的に數へられないで、寧ろ重さが量られる」と言はれたのである。

(註一) 美濃部譯、前掲書、九二頁。

(註二) イェリネックの原著 (Das Recht der Minoritäten, S. 2) には、明らかに pars sanior とあるにも拘らず、美濃部

多數決と全會一致

博士は綴りを見誤つて、*pars senior* と思ひ込まれたため、「長者 (*pars senior*) 宜しく決すべく……」(前掲譯書九二頁)と譯されている。誤讀の二因は *pars senior* (年長者) も亦 *pars sanior* であると考えられるためであるが、今日に於ても、得票数同数の候補者が二名以上あつた場合に、年長者を以て當選者となすのは *Sanioritätsprinzip* の名残りである。尙、中世教會法學者の *Sanioritätsprinzip* の展開については Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, III, S. 324 ff. 參照。

(註三) "The voices were rather weighed than counted." "Die Vota werden gewogen, nicht gezählt." は擧手を拍手等による投票を、目で見たり耳で聞きわけたりして、大雑把に、多數か少數かをきめた、と言ふ意味に通常解釋されてゐるが、計算を一一正確にしなかつた、と言ふ意味ばかりでなく、數よりも質を重視した、と言ふ意味に解すべきであらう。

しかし量概念と質概念とは、もともと論理的には互に相容れざるものであり、従つてこの兩概念は一個の概念の中に綜合され得ざるものである。それにも拘らず、中世カトリック教の社會に於ては、この相矛盾する二つの概念が神秘的に結び付けられて、所謂「優秀決原理」(*Sanioritätsprinzip*) として行はれてゐたのであるが、かうした形での多數決原理を、質概念との結合から解放し、多數決の「多數」(*pars maior* 一層大なる部分) と言ふ概念から「一層健全なる部分」(*pars sanior*) と言ふ質概念を驅逐して、之を純然たる量概念に還元することに依つて、即ち中世の原則とは反對に「票は重さが量られないで、ただ算數的に數へられる」(*Die Vota werden gezählt, nicht gewogen*) やうになつて、初めてここに嚴密な意味に於ける「多數決原理」(*Majoritätsprinzip, Mehrheitprinzip, majority-rule*) が確立されるのである。今日行はれてゐる多數決原理は、この意味に於て、近代的思惟の產物である。

蓋しルネッサンス以來、自然科學的合理主義は一切のものを量概念に還元したが、中世的カトリック教的多數決制度も、近代精神に依つて世俗化され、非合理的な「質」に對するよりも、「物量」それ自體に力を認むることに依つて、

初めてここに多數決原理が成立したのである。即ち原子論的自然法社會契約説を生んだ十六世紀の思想は、中世的多數決制度から、質を問題とする要素を追放する^(註一)と共に、思想的にも多數決原理を近代的な形に於て確立したのである。即ち、凡ての人間は原子と同じく平等な價值をもつた個人と考へられ、かかる個人によつて國家社會は構成されると考へられたが、平等な個人の意思は又凡て平等な價值をもつものとされることに依つて^(註二)、意思に「代替性」と「可算性」とが與へられ、初めて一定數量の意思を以て、全體の意思と看做すところの多數決原理が確立されたのである。この意味に於て、又多數決原理は民主的原理であると言ひ得るが、之がやがてフランス革命に依つて政治的に實現し、爾來凡ゆる團體の意思形成原理となつたのである。

(註一) 祕密投票の採用に依つて、質を問題とする余地がなくなつたのである。次頁の註参照。

(註二) この意味に於て、國際社會は未だに近代化されてゐない。この度の大戦まで堅持されてゐた全會一致の原則は、國際連合に於ては漸く棄てられ、多數決を原則とする様になつたと言はれるが、夫には未だに質概念が結び付いてゐる。國際連合の成員には、大國あり小國あり、強國あり弱小國があるから、その意思表示に價値の差等を設けることが、當然のことのやうに考へられてゐるが、國內に於ける表決には、知性と政治的識見を缺く一市民や、社會的實力に於て極めて微弱な一市民の一票にも、大學者や大政治家や大實業家の一票と全く同じ價値が與へられてゐる。團體構成員の凡ての者の意思表示に同じ價値を與へるところに近代精神があり、多數決原理の據つて立つ基礎があるのであるが、國際連合に於ては、たとへば、實質事項に關する安全保障理事會の決定には「常任理事國の同意投票を含む七理事國の賛成投票」を要すとなして、七つの理事國や五つの常任理事國の票に特別の價値が置かれてゐる。(國際連合憲章第二十三條、第二十七條。大平善楯編、國際條約集、第一部六、七頁参照。)即ち國際連合で行はれる多數決原理の中には、未だに量概念に質概念が結び付いたものが残つてゐる。この意味

多數決と全會一致

に於て、國際連合は未だに中世的社會を完全にはぬけ出ていない、と言ふことが出来るであらう。尙その上に、右の條項は、最も重大な問題については、戦後の國際社會を牛耳る五大強國の全會一致を必要とする、旨を規定したものと解釋することが出来るであらう。國際法學者が、國際連合は全會一致の原則を棄て、如何なる場合にも、多數決を原則としてゐる、と言ふのは、實は國際連合憲章の形式的文字解釋に他ならぬ。

しかし量概念に結合した質概念を殘らず洗ひ落して、純然たる量概念として多數決原理を成立せしむるには、表示されたる意思を、その主體から抽象する必要があるが、夫には意思と表意者とを完全に切り離し、意思を全く客觀化して、凡ての意思を平等に取扱はねばならぬ。即ち一定數量の意思表示に法律効果をもたしめる爲の單なる計算の單位として取扱はねばならぬ。ところが中世までは、決議も選舉も、口頭や動作で、公開的に行はれたから、どうしても投票者の人格が前面に押し出され、投票の過程に於て、他の投票者の決意に少からざる影響を及ぼしたのみならず、表示された意思の評價にも影響して、質が問題となつたのである。従つて純然たる量概念としての「多數」は、表意者の人格から切り離され、祕密に行はれた投票の結果でなければならぬ。之が近世に於て無記名投票を原則とするにいたつた所以である。

(註) 中世以來教會法學者に依つて引續き重視されていた質の問題は、十六世紀の中葉、トリエントの宗教會議(一五四五—一五六三年)で、祕密投票が認められて以來、事實上全く無意味となつた。しかし之は、偶然の結果ではなくして、原子論的自然法社會契約説を生んだ十六世紀の思想が、質概念を開放するために、質が問題となる機會を全く封じたものと見るべきであらう。

しかし右の如くに述べると、口頭とか動作とかによる公開投票の方法で行はれた全會一致に始まつて、無記名祕密投票による多數決に到るのが、社會の進化に伴ふ團體の意思形成方法の進化であるかの如き觀を與へるかも知れない。

國際社會を見ても、この度の世界大戰までは、國際聯盟の決議は、原則として全會一致を必要とし、その他の國際會議に於ても、常に全會一致の原則が行はれてきたが、今や國際連合に於ては、全會一致の原則が棄てられて、總會に於ても（國際連合憲章、第十八條）、どの理事會に於ても（同、第二十七條、第六十七條、第八十九條）、常に多數決原理が行はれることになつてゐる。かかる點からしても、全會一致の原則から多數決原理へと進むのが、法律進化の法則であるかの如くに早飲み込みをする恐れなしとしない。

しかし、特別の事情で既に十二世紀に多數決原理が確立されたローマ教皇の選舉は別として、早くからローマ法(註一)が行はれてゐたラテン系諸國では、早くも中世末期の十四世紀に、選舉や議會の議決に多數決原理が採用されてゐた。(註二)しかるにローマ法の直接の影響が殆ど無かつたイギリスに於ては、十七世紀まで、議會の決議に多數決が行はれなかつた。(註三)下院代議士の選舉は、十九世紀中葉まで、郡（county）に於て、昔ながらの拍手喝采に依る全會一致で行はれてゐた。その後（一八七二年）口頭から文書へと投票の形式は變つたが、全會一致の原則は尙依然として守られてゐる。この他にもイギリスでは、色々な制度に、未だに多數決が認められて居らぬものが甚だ多い。例へば訴訟法に於ては、陪審員の宣告は、有罪無罪を問はず、常に全會一致を要するものとされてゐる。(註四)従つて、「身分から契約へ」と言ふやうなモットーで、輕々しく「全會一致から多數決へ」と、言ひ切ることが出来ないことを知るのである。イギリスの場合を、イギリス人の保守的性格を以て説明しただけでは充分ではない。それ故に我々は、全會一致と多數決のこの兩原理の底に横はり、之を支へてゐる根本的な考へ方を検討することに依つて、この兩原理の關係を明かにする必要がある。

(註一) 一七九九年の第三回ラチラン會議 (Lateransynode) に於て、ローマ教皇の選舉については、樞機卿 (Kardinal) の三分の二の票を得た者を以て、當選者となすことが定められたが、ここにいたつた事情と、その意義については稿を更めて詳論した。

(註二) Starosolskyj, Das Majoritätsprinzip, S. 4.

(註三) Hatschek, Englisches Staatsrecht, I. 406 f.

(註四) Jellinek, Das Recht der Minoritäten, S. 2 f. 美濃部譯、九三頁。

二

そもそも全會一致にしても多數決にしても、團體を構成する各員の意思であるところの複数の個別意思 (Einzelwille) から統一的な團體の唯一の總體意思 (Gesamtwille) を形成する方法であるが、全會一致は個別意思が凡て同一の内容をもつ場合である。と言ふことは、異なる内容をもつた個別意思が一つも存在しないことを意味するから、共通の内容をもつその意思を以て、直に團體それ自體の意思となすことに、異議を唱へる者が一人も存在しないわけである。この意味に於て、全會一致こそ最も自然であり且合理的である。自然である所以は、全會一致が原始社會に於ける唯一の團體意思形成原理であつたと言ふ理由ばかりではなく、今日に於ても、素朴な頭を容易に納得せしむるものであるからである。又、合理的である所以は、全會一致の決議に従つて行動することは、構成員のいづれにとつても、自律的であつて他律的ではなく、この點に於て自由民主主義の要請に完全に適合するからである。蓋し、總體意思は、この場合、個別意思のいづれにも等しい關係にあるから、之に従ふと言ふことは、どの構成員にとつても、

とりも直さず自己の意思に従うことを意味することになるからである。

之に反して、多數決は不自然であり非合理である。多數決は自然的な原始社會に於て行はれないばかりでなく、たとへ多數とは言つても、全體の一部でしかないものだけに共通な意思を以て、直に全體の意思となすのは、自然ではないからである。或自然法社會契約説のやうに「多數が少數に従う」ことは不自然であるから、と言ふ理由だけで、その逆であるところの「少數が多數に従ふ」多數決を以て自然なりと主張することは無理であらう。比較的には自然であるかも知れぬが、全會一致の如く、しかし自然ではあり得ない。その上、多數決は少數の存在と權利を無視する。多數の意思を以て全體の意思となすから、この意思に支配される少數は勢ひ他律的となつて、合理的ではあり得ない。それにも拘らず、多數決の不自然性と非合理性とが疑はれないのは、既に久しく慣習として行はれているからである。しかし、全會一致が自然であり合理的であるからと言つても、常に之に依つてのみ決議を成立せしむることは實際上殆ど不可能に近い。偶々全會一致で決議が成立したとしても、夫が自然であり合理的であると云ふのは、現實の問題として不平を言ふ者が無いと言ふだけのことであつて、何故に合致せる個別意思が直に全體の總體意思となるか、と言ふ疑問は依然として残るであらう。況や多數決の場合に於ては尙更のことである。

ところが之を疑問としない人がある。多くの人々の中には、凡ての個別意思が合致すれば、とりも直さず夫は總體意思である、と考へる人がある。しかるに他方には、たとへ凡ての個別意思が合致しても、夫は依然として個別意思であつて、總體意思となるのではないと考へる人がある。前者は、全會一致のみを正しい方法と信じて、多數決を否認する人である。後者は、全會一致をさへ疑ふ人であるから、況や多數決を以て可なりとする人ではない。しかし、

それでは團體の意思を形成する方法が全く無いことになるから、かうした考の人々も、止むを得ず、便宜の手段として、多數決を認め、夫を何とかして合理化せんと努めるのである。惟ふに、かうした考へ方の差異は、人々の團體意識の差異から來るのではあるまいか。もともと全會一致も多數決も、個別意思から總體意思を形成する方法であるから、個體と全體との關係を如何に考へるかに従つて、かうした考へ方の差異が生ずるのであるまいか。もし然りとするならば、ゲルマン的な團體意識とローマ的な團體意識とは、全會一致と多數決との問題に對して、如何なる態度の差異が出て來るであらうか。

ローマ人の團體意識は、周知の如く、個人主義的乃至個別主義的と呼べるべきものである。曾て三浦博士は、之を藝術、哲學、法律その他、凡ゆる面から論證されたが、^(註)今暫く法律の面について之を見るに、ここにも亦、個體のみ唯一の價值と實在性を認めて、「個體の集合はどこまでも單なる個體の集りであつて、統一的な實體とはならぬ」と考へる個人主義的乃至個別主義的な傾向が著しく現れてゐる。

(註) 三浦新七「古代羅馬文化の實踐的傾向」、商科大學六十周年記念論文集。

十二表法時代のローマの「家」は、事實上は社會組織の單位であつて、家族各員は祖先崇拜に依つて固く結び付けられ、一切萬事「家」が中心で「家」は事實上不死の實體であつた。しかし、それにも拘らず「家」の法律的構造は全く個人主義的であつた。即ち法律は「家」を家長と家族と奴婢によつて構成された團體とは見ないで、之を個人相互間の法律關係に分解し、家長たる「家父」(Paterfamilias)が、その「父權」(Patria Potestas)に依つて、家族各員を個別的に直接支配してゐる關係と見た。即ち我々から見れば、自然的最小の團體であり、ローマに於ても事實

上はさうであつたところの「家」にさへ、ローマ法は實體を認めないで、之を、數個の個體が、法律上の力に依つて、同一の個體に結び付けられてゐるに過ぎざるものと、極めて個人主義的に見たのである。

(註) 船田亨二博士の、ローマ法の「家」についての解釋(法律思想史、一二三—四頁)が筆者の夫と異なるは、博士も同様に社會的事實とその法律的把握とを努めて區別せんと努めて居らるるにも拘らず、稍々ともすれば兩者が混同されるためであるまいか。

自然的團體でさへ右の如くであつたから、人爲的に作られた團體が、法律上團體と認められなかつたのはもとより當然のことである。ローマ法に於ては、個體は如何に集つても、個體であつて、絶対に統一的團體とはなり得なかつた。その典型を「組合」(societas)に見る。組合に於ては、組合員(socii)相互間に債權關係が生ずるだけで、意思したり行爲したりすることが出来る統一的團體が発生するではなかつた。しかし、どうしても統一的團體が必要となると、ローマ法發展の最後の段階に於て漸く認められた「法人」(universitas)の如き構造をもつことになる。即ち、この場合に於ても統一體は、團體を構成する個々の個體をその中に含む實體ではなくして、個々の個體から離れた別箇の觀念的存在であるに過ぎない。夫故に、それ自體で意思したり行爲したりすることは出来ないのである。たとへば十人集つて團體を作つた場合、その團體は構成員十人をもその中に含むものではなくして、その十人とは別箇の十一人目の法的な人格者として、その十人に對立する。このことをローマの法學者は「團體の奴隸は、個々の構成員の共有ではなくして、團體それ自體の所有に屬す」とか、「法人の債權は構成員の債權に非ず、法人の債務は構成員の債務に非ず」とか、又或は「市會はその構成員の一部又は全部の更迭にも拘らず存続し、市民又は市會議員個人の不法

行爲により都市は責任を負はぬ」と言つてゐる。それは恰も「ローマ國民」(Populus Romanus)が現實に生活する各個のローマ市民 (cives Romanus) を包含する團體ではなくして、寧ろ之と對立するものとして觀念的に想定され、之がインペリウム (imperium) の主體と考へられるのと同様であつて、權利主體としての團體は、構成員から離れて、之等と對立する架空の存在であるに過ぎない。即ちローマ法では、團體は、どこまでも個體の單なる集合 (Vielheit) であつて、一個の統一體 (Einheit) とはなり得ないし、たとへ統一體が考へられた場合でも、夫は、夫を構成する筈であるところの複数の個體を、その中に含む統一體ではないのである。尤も近時の實證記録の研究によれば、ローマ法にも、後に述べるようなゲルマン法的團體が存在した^(註)と言はれるし、右に述べた法人概念の構成も、實は中世に到つて、カトリック教的神祕主義を媒介として、教會法學者に依つて初めて、完成されるのではあるが、ローマ人の法律的思惟の基礎をなしてゐる團體意識がどこまでも個人主義的であつた、と言ふことは言へるであらう。

(註) 原田慶吉「ローマ法」上巻、六七頁參照。

このローマ法的思惟に對して、ゲルマン法的思惟が、全く對蹠的なものと考へられるため、生粹のゲルマン人種としてゲルマン的傳統をもつドイツ人の思想、わけでもゲルマン法の近代的復活を唱へて、之を制度化したナチの政治組織やその思想が、屢々誤られて「全體主義」の名の下に攻撃されたのである。所謂全體主義とは、全體にのみ絕對の價値を認め、國家又は民族を、超個人的な全體として、絕對尊嚴な價値と權威を有するものとなすと共に、個人を以て、かかる全體の單なる部分、若しくは國家や民族の存續發展の爲の單なる手段に過ぎないものとなし、その目的の爲には、個人の權利を無視し、之を抑壓し、その自由を全く束縛することをすら敢て辭せざる政治的思想的態度を

謂ふのが普通であるが、ナチの思想が、かかる意味での全體主義であると考へられた爲にこそ「滅私奉公」の思想とも亦容易に結び付いたのであつた。しかし斯くの如く理解されたからこそ、ゲルマンの思惟の傳統に立つにも拘らず、ナチの思想は、個人の尊嚴と自由とを第一義とする自由民主主義の國々や人々から、凡ゆる非難攻撃を受けたのであるが、しかくゲルマン法的思惟とローマ法的思惟とが、互に相反するものであるならば、ゲルマンの世界へのローマ法の繼受は、中々容易には行はれ得なかつた筈である。

そもそもゲルマン法とローマ法とを、至極簡単に、一方は團體主義、他方は個人主義として對立させ、恰も兩極端に立つかの如くに考へるのが誤りの原因ではあるまいか。團體主義と言つた場合にも、ゲルマンの團體とは果して如何なるものであるかを、先づ以て明かにすることなしに、直に之を個人主義に對立せしむることは、輕率の誹りを免れ得ないばかりでなく、ゲルマン法の正しき理解を妨げるものではなからうか。

しからばゲルマンの團體意識とはそもそも如何なるものか。今、この設問に對して、最も簡潔に答へんとせば、ゲルマン的團體意識は、ローマ的團體意識とギリシヤ的團體意識との中間に在るもの、若しくは兩者を綜合したものと云ふことが出来るであらう。^(註)

(註) 三浦新七「西洋文化と日本精神」、一橋論叢第三卷第一號、四一頁參照。

そこで先づ第一に、ギリシヤ的團體意識とは、如何なるものであるかを明かにしなければならぬが、ギリシヤ人は、普遍のもの先づ存在して然る後、特殊の個體が存在すると、考へたから、個體の意味と價値は常に全體から導き出された。従つて、ギリシヤ人にとつては、個體は全體の部分であり、國家があつて初めて個人があることになる。それ

4.

故個人とは言つても、獨立の原子的個人ではなくして、初めから國家 (polis) の中にその全生活が含まれた「市民」 (polites) であつた。もとよりギリシヤに於ても、現實には各個の個人が先づ存在して、之が集まつて國家を成したのではあるが、思想の構成から言へば、國家は本體として個人に先行する實在であり、國家があつて然る後に、市民としての個人が存在するのである。個體の價値が全體から導き出される、とは言つても、もとより個體が全體から現實に分岐し派生するのではなくして、各個の個體が常にその全體との關係に於て見られるのであり、全體に對して部分と見られる範圍に於て、若しくは、調和の關係に置かれる範圍に於て、その價値が認められるのである。「國家」 (polis) の本體としての實在性は、市民 (polites) の自主的行動の間の調和に即して觀取されるのであつて、その調和の關係を市民の行動から暫く抽象して考へると、そこに「法」 (nomos) が生れるのである。従つて、ギリシヤに於ける「法」 (nomos) は、ローマ法の「法律」 (ius) とは異り、宗教規範や道德規範やその他の社會規範をその中に含み、市民各個の全生活を支配するものであり、「國家」 (polis) は、市民全體の生活に即して存在し、ローマの夫のやうに之と對立するものではない。^(註一)ギリシヤ人の根本的な考へ方が右の如くであつたから、後にソフィストが、國家を個人の集團と見て、一種の社會契約説を説いた場合に於ても、夫は現實の國家生活を説明せんが爲に、之を分析して個人と言ふ單位に到達し、之から逆に社會を再構成しようとしたに過ぎない。従つてその個人は、初から國家生活をしてゐる「市民」であつて、近世初期の個人主義的自然法社會契約説に於けるが如き、全體から遊離せる「原子的個人」ではないのである。それ故にこそソフィストは、依然として、個人の理想は唯國家生活の中に於てのみ實現される、とするのである。^(註二)以上の如く、ギリシヤ人の考へ方の中には多少は個人主義的なところもあるが、總じて之

を見れば、總體主義 (Universalismus) であり、全體が先づ實在し、個體は全體からのみその意味と價值とを與へられる單なる部分である、と考へられた。それ故に、かかる團體意識をギリシヤの團體意識と名付けることが出来るであらう。

(註一) 三浦新七「古代希臘のデモクラシーと其國民性」、商學研究第五卷第二號。町田實秀「ギリシヤに於ける都市國家の生成と法律觀念」、法學研究3 參照。

(註二) 三浦新七「古代羅馬文化の實踐的傾向」、東京商科大學六十周年記念論文集、一七頁。

之に反して、ローマ的團體意識に於ては、既に述べた通り、個體を唯一の實在と考へて、之に一切の價值を置き、個體から出發して全體を考へるが、その全體はどこまでも個體の單なる寄せ集めに過ぎないか、若しくは第三者的存在として觀念的に想定されたものに過ぎない。それ故に、ギリシヤ的團體意識こそローマ的團體意識に對立するものであつて、互に相反するこの兩者を綜合したものがゲルマン的團體意識である。

ゲルマン的團體意識では、ギリシヤ人のように、全體に絶對的價值を置くと同時に、ローマ人のように、個體に絶對的價值を置く。この互に相反する二つの立場を同時に自己の立場とし、互に相反する二つの考へ方を同時に一つの頭でなすのであるから、全體と個體に置かれた價值は、勢ひ相對化されざるを得ないであらうが、全體と個體のそのいづれをも優先せしめず、全體と個體を等しく實在と考へ、兩者に等しく價值を與へる。従つて、全體は個體から構成され乍ら、しかも單なる個體の寄せ集め (Summe) や架空の觀念的存在ではなくして、個體をその中に含むところの統一的な實在である。かうした團體意識から法人實在説は生れたのであるが、個體も亦、全體を構成する部分

であり乍ら、夫自ら獨自の實在である。それ故に、全體の中の個體は、勿論遊離し孤立する個體ではないから、その限りに於て全體から制約されるが、それ自らとしては自由である。かかる考へ方を總體主義と個人主義との混在と考へたり、混同的形態、混種の中間解決となしたり、論理的矛盾であり二律背反であると非難したり、或は又、さうした矛盾をすら感じない未分化の素朴な考へ方である、等と言ふのは、いづれも個人主義的乃至總體主義的團體意識に立つてなすところの批判であつて、未だゲルマン的團體意識に徹せざる者の言である。もとより我々は、之を言葉で説明するとすると勢ひ分析的とならざるを得ないから、ギールケのやうに、ゲルマン的團體を、「多數性」(Vielfalt)と「單一性」(Einheit)とが重なり合つたものと言ふような説明をすることにもなるが、分析的説明を避けんとせば、ナチ學者のやうに、「具體的協同體」(Konkrete Gemeinschaft)と言はざるを得ないことになる。しかし、ゲルマン的團體意識の本質は、實は合理主義的論理を超えた彼岸に在る。かかるゲルマン的團體を最も具象的可視的に示すものは、ドイツ人が好んで行ふ秩序井然たる團體行進や示威運動である。夫は個々の個人の歩行であり乍ら、全體としては一個の統一的團體の行進である。ドイツに於ては、劇場や大學の廊下に於ても、休憩時間に、各自がなす自由な散歩がいつとはなしに團體的行進となつてゐるのを見たり體驗したりした人があるであらうが、各自が同じ方向を志向して運動する時、それは同時に又、全體の運動となるのである。

實在する個々の個體に即して、全體が又統一的存在者として實在するのであるから、全體を構成する個々の個體が現實に可視的に全部集つて、同じ方向に向つて行動をなす時に初めて統一的全體となる。之に反して全部が集らなければ統一的全體とはなり得ない。凡ての個體が集り、凡ての個體が同一の行動をなす時、夫は個々の個體の行爲であ

ると同時に又、全體と言ふ統一體の行爲である。團體はそれ故に個々の個體の單なる集りではなくして、夫自ら統一ある實體であると共に、夫自ら行爲能力を有する。原子的個體の單なる集りに過ぎないローマ法の團體のやうに、夫自ら行爲することを得ず、他人に依つて初めて行爲することが出来るのではなくして、團體それ自體で行爲することが出来るのである。同様にして又、團體は、それ自體意思能力を有する。團體を構成する凡ての個體が集り、夫等凡ての個體の意思が、悉く同じ方向に向けられた時、夫は個々の個體の意思であると同時に、團體全體の統一的意思である。同じ方向に向けられた個別意思 (Einzelwille) の綜合が、直に總體意思 (Gesamtwille) となるのである。複數の意思 (Vielwille) が悉く同じ方向に向くことに依つて、直に統一ある單一の意思 (Einheitwille) となるのである。團體を構成する全部の者が出席して、全會一致で表示した意思は、構成員各個の意思であると同時に、夫自ら統一ある團體全體の意思である。換言すれば、全體の意思は、之を構成する個々の人の意思が悉く同じ方向に向いた瞬間に現れる。その中の唯一個の意思でも方向を異にする時には全體の意思は現れぬ。それ故に、決議を成立せしむるには、無理してまでも、全部の意思を同じ方向に向けさせなければならぬ。即ち構成員全體の集會に於て、全會一致で、初めて團體全體の意思が具體的に表示されるのである。行爲についても亦同様である。之がゲルマン法に於て「總手的」(zur gesamten Hand)と云う制度の存在する所以であり、團體の意思決定に、全部の者の出席と、全會一致とを必要とする所以である。

之に反して、ローマの團體意識に於ては、實在するものは個々の個體のみであるから、かかる個體が如何に集つても、どこまでも夫は單なる寄せ集め (Summe) に過ぎないものであつて唯一個の統一體 (Einheit) とはなり得ない。

従つて、個々の意思以外に全體の統一ある意思も存在し得ない。たとへ個別意思 (Einzelwille) の悉くが同じ方向に向いたとしても、夫はどこまでも個別意思の集りであつて、統一ある全體の意思 (Gesamtwille) ではあり得ない。ローマ的團體意識に於ては、たとへ全體と名付けられるものが存在する場合にも、夫は個々の個體をその中に含むものではなくして、夫とは別箇の架空的な觀念的存在であるから、之を法律上假りに「人」(persona)と呼んだとしても、所謂自然人とは異り、その背後に生きた人間が存在しない。従つて自ら意思することも行爲することも出来ないものである。

しかし實際上の要求から、團體も意思をもち行爲をなすことが必要となつて来る。行爲は代理に依つてもなし得るが、意思は何等かの方法で、自然的な考へ方に反しても、將又論理の飛躍を敢てしても、之を附與しなければならぬ場合が起つて来る。かうした實際上の要請に應じて用ひられた手段方法が、所謂「法の擬制」(Fictio iuris)である。この法の擬制と言ふ法律技術に依つて、一定數の意思の合致があれば、法律は之を以て全體の意思と「看做す」ことになつて、ここに多數決と言ふ制度が生れたのである。法律が論理を飛躍して、便宜上假りに、一定數の意思を以て全體の意思と「看做す」のであるから、一致する意思の數は幾つであつてもかまはないわけではあるが、出来るだけ全體の數に近寄らしむることに依つて、擬制 (Fictio) の無理を幾分でも緩和しようとする。ここから定足數の定めや、決議に於ける過半數とか三分の二の多數とか言ふ、決議成立の要件が生ずるのである。しかしかうした要件が備つても、決議に加らなかつた者や異なる意思をもつ少數者をも亦、多數の意思が、少數者をも含めての全體の意思として、之を拘束し得るが爲には、少數者も亦、自らの意思とは異なるにも拘らず、多數者の意思を以て、少數者をも含めての

全體の意思と看做すことを承認しなければならない。しかし之が爲には、各個人は獨立の個體であり、その上には何等統一的な全體が存在しないにも拘らず、しかも尙各個人は「全體」と言う枠の中に在ると言ふ意識と、かかる「全體」の統一的意思を作り出さうとする意欲とが、各個人の心の中のどこかに潜んでゐなければならぬ。多數決は、もともとゲルマン的團體意識に於ては許されざるものであり、個人主義的ローマ的團體意識に於て初めて可能なものではあるが、事實上多數決が行はれ得るが爲には、少くとも潜在的に「全體」と言ふ意識の存在が豫想されなければならぬ。異見をもつ少數者は、自説を優れりと信じながら、しかも尙、全體の單一意思を作り上げることが、より切に念願するが故に、多數者に屈服し、多數の意思を以て全體の意思と認めることに依つて、初めてここに多數決による決議は成立するのである。それ故に近世初期の自然法社會契約説の如きも、國家以前の所謂「自然狀態」(societas naturalis)を、何等の統一もない原子的個人の單なる集り(multitudo)であるとなし、「國家狀態」(societas civilis)に於て初めて、統一的團體、即ち法人(universitas)が成立すると説いたが、前者から如何にして後者に轉換し得るか、と言ふ困難な問題を、所謂「原始的社會契約」(Urbvertrag)の假説を以て説明するに當り、この原始的契約には、凡ての者(omnes et singuli)の同意を必要とするが、これに依つて一旦統一的な團體としての國家が成立した以後に於ては、多數決が行はれると主張するのである。と言ふことは、統一的な全體の中に在つて初めて多數決が可能であることを物語るものである。之に依つて見るも、「全體」と言ふ意識と、全體の單一意思を作り上げんとする意欲とが存在しなければ、到底多數決原理は行はれ得ざるものであることを知るのであるが、かうした意識と意欲とは、純個人主義的なローマ的個人の中には求めることが出来ないであらう。従つて、多數決原理が成立し支障なく行はれ得

るが爲には、ローマ的團體意識に、何等かの方法で、「全體」と言ふ意識が、他から與へられなければならぬ。

惟ふにローマの世界に生れた多數決原理の幼兒は、先づゲルマン法の洗禮を受けることに依つて、初めてこの「全體」と言ふ意識を與へられるのではあるまいか。そして夫が次第に生長する間に、再びゲルマン法から解脱すること
に依つて、多數決原理は初めて完全に成熟するのではあるまいか。多數決原理を構成する素材は、既にローマ法に見出されるが、之が註釋學派や教會法學者に依つて、中世ゲルマンの世界に傳へられ、先づゲルマン的クリスト教的に解釋されることに依つて、全體と言ふ意識が與へられ、初は全會一致を目的とする手段としての多數決、數量よりは質を重視する多數決、と言ふ形をとるが、次第にゲルマン的要素やクリスト教的要素を棄てることに依つて、初めてここに、「多數」そのものの意思を以て全體の意思となすところの近代的多數決原理が確立されるのではあるまいか。斯く解することに依つて初めて、古くからローマ法とゲルマン法とが或程度融合していたフランスに於て早くから多數決原理が行はれ、次で、ローマ教皇廳と特別の政治的關係を有したドイツ國王の選舉に多數決原理が採用されたのに反して、ローマ法の直接の影響を殆ど受けずに、現代にいたるまで著しくゲルマン的色彩がもつた法律が行はれてゐるイギリスに於て、今尙依然として全會一致が要請されて居る所以が理解されるのである。しかしかうした見通しの正否を決するには、思想的には、註釋學派や教會法學者の學說を再吟味すると共に、制度史的には、ローマ教皇や司教やドイツ國王の選舉制度を再検討しなければならぬ。従つて之が次に與へられた課題である。

(昭和二十四年十二月二十日)