

〈 論 説 〉

近代ドイツにおける法理論の展開

青 井 秀 夫

— 目 次 —

はじめに	
第1部 法哲学・法理論	5
第1章 ドイツにおける啓蒙期自然法論	6
第1節 西ヨーロッパの近世啓蒙期自然法論	
第2節 ドイツにおける啓蒙期自然法論の特殊性	
第3節 ドイツ的啓蒙主義の自然法論	
第2章 ドイツ観念論における理性法論の展開	13
第1節 カントの法哲学・国家哲学	
第2節 カントからヘーゲルへの移行 —— フィヒテとシェリング	
第3節 ヘーゲルの法哲学	
第3章 歴史法学	30
第1節 歴史法学の先駆者 —— フーゴー	
第2節 サヴィニー	
第3節 プフタ	
第4節 後史	
第4章 パンデクテン法学 —— “概念法学”（前期概念法学）	38
第1節 基本特徴 —— イェーリング以外の学者	
第2節 社会的機能	
第3節 イェーリング	
第5章 法実証主義の隆盛と多様化 —— 狭い意味での法哲学の安楽死	46
第1節 醸成因	
第2節 法実証主義の特徴と分類	
第3節 歴史上の展開と変谷	
第6章 法実証主義への反発と克服運動 —— 法哲学の復興	51
第1節 新カント学派	
第2節 新ヘーゲル学派とその他の潮流	

第7章 ナチズムと法哲学	54
第1節 主張者	
第2節 ナチズムの法哲学・国家哲学	
第8章 ラートブルフのテーゼと自然法のルネッサンス	58
第1節 自然法のルネッサンス	
第2節 ラートブルフのテーゼ	
第3節 ラートブルフ・テーゼの検討	
第9章 その後の流れ	61
第2部 法律学方法論	67
第1章 概念法学（後期概念法学）	68
第1節 主張者と理論構造	
第2節 解釈についての主観説	
第3節 客観説の台頭と解釈学説の対立	
第2章 自由法学	72
第1節 主張者と推移	
第2節 主張内容の批判的側面	
第3節 主張内容の建設的側面	
第4節 イザイの見解	
第5節 自由法学の限界	
第3章 利益法学	78
第1節 主張者と学派の推移	
第2節 出発点——二面戦争	
第3節 主張内容	
第4節 限界	
第5節 後史	
第4章 評価法学	89
第1節 評価的利益法学——評価法学の少数説	
第2節 評価法学——多数説の形成	
第3節 評価法学（多数説）の限界と後史	

参考文献
あとがき

はじめに

本稿は、ドイツの法理論が、近世初頭以降どのような潮流変化に見舞われながら現代まで展開してきたのかという流れを、大局的に展望する試みである。論述にあたって、法哲学、法理論、法律学方法論という各部門の区別を十分意識するだけでなく、法哲学のなかから法理論や法律学方法論の部門が独立していく過程をできるだけ克明に描き出すことを狙いの1つとしており、その点で、通常の法思想史とは多少異なった特色を有している。このような視点との関係上、法哲学の内部における3部門の相違について、筆者が前提としているターミノロジーをあらかじめ簡潔に説明しておく必要がある。

3部門の相違は、次のごとく3つの問題領域の位相そのものに根差している。区別の基礎となる着眼点は2つあり、1つは法それ自体と法に関する認識を区別する点、もう1つは法それ自体について対内的関係と対外的関係を区別する点である。

第1の問題領域は、法それ自体を（対外的関係を考慮せずに）即自的な1つのミクロコスモスとして対内的に把握しようとする。法とは何かという法の概念・法の本質の問題から出発しながら、法規範や法概念の性質を分析し、法秩序の内的構造を解明することが、ここでの主要課題である。この問題領域を扱う部門を法理論（Rechtstheorie）と称することにする。

第2の問題領域は、法それ自体を扱うのではなく、法に関する認識・法律学的思考・法学を関心の対象とする。法律学的思考は、法律学的判断を中核としている点で、命令的性格を中核としている法規範や法秩序とは全く異なったレベルに属しており、両者は元来別個の考察に委ねるべきである。法律学的判断の発見および基礎づけという方法を探究すること、なかでも解釈や欠缺補充といった法発見の方法を解明することが主要課題である。この問題領域に従事する部門が法律学方法論（Juristische Methodenlehre）である。

第3の問題領域は、第1のそれと同じく法それ自体を取り上げるが、

ここでの関心は（法の対内的関係に向かうのではなく）法の対外的関係に向かっていく。法と力、法と国家、法と社会、法と道徳、法と正義といったように、法を対外的連関のマクロコスモスのなかで考察することになるが、なかでも法の理念・法の目的は何であるかという問題は、この分野で最もしばしば論じられている。この問題領域を扱う部門が、法哲学 (Rechtsphilosophie) である。

以上の3つの部門を総括する学問を全体として総称する場合には、広い意味での法理論 (Rechtstheorie im weiteren Sinne) あるいは広い意味での法哲学 (Rechtsphilosophie im weiteren Sinne) という2つのタームのいずれを選択してもよく、この点では両方のよび方の互換性を承認せざるをえない。学問全体の総称とその内部の1分科を区別する必要があるときのみ、その後者の方について狭い意味での法理論とか狭い意味での法哲学とかと限定を付してよぶことがある。このように狭い意味では、法理論と法哲学というよび方は互換的ではない。「法理論」の展開という本稿の表題はもちろん、広い意味で3部門の全体をカバーする領域を指した表現である。

以下では、便宜上、法哲学・法理論と法律学方法論という2つのセクションに分けて叙述を進めるが、法理論や法律学方法論が法哲学から分化独立していく歴史的経緯には、とくに大きな関心を注いでいる。とりわけ、歴史法学以後法律学方法論の部門が自立する過程は、第1部の第3章および第4章において、さらに法理論の独立過程は、第1部第5章において浮かび上がってくる。法哲学の学問論が単なるターミノロジーの問題であるだけでなく、法思想展開の鍵を握る重要な支点でもあったということは、いくら強調しても強調しすぎることはない。

第1部 法哲学・法理論

論述にあたって念頭においたことは3つある。第1に、この分野での我が国の教科書的な知識と、ドイツにおける最近の日進月歩の研究水準との間には、大きなギャップが生じつつあるように思われるので、筆者の目についたギャップは細大漏らさず取り上げるよう心がける一方で、邦語のどの教科書にも記載されている言い古されたことがらについては、最小限の記述にとどめている。第2に、以下の叙述は、学派中心に思想の理念型を描くという通常の基本スタイルを踏襲しているが、思想の動的な発展をタテに貫く連続した赤い糸が目につくときは、それをできるだけ仔細に追究するよう心がけている。ところが、18世紀末のフランス革命、19世紀後半の統一国家成立・統一法典の整備、さらに20世紀のナチ第三帝国の成立という、世界史的規模の3大事件は、ドイツ法思想の学説展開に決定的なインパクトを与え、前の時代からのタテの連続を断ち切るエポックメイキングな意義を有している。よって、現実世界でのこれらの3つの出来事は、思想史潮流の舞台を華やかに彩るものではないにしても、思想史全体の流れをヨコに区切る3本の活断層として、底流にあってきわめて大きな意義を有している点に注意する必要がある。第3に、ここでの対象領域が理論的な自然哲学ではなく、実践や実務の世界に近接した法哲学・国家哲学である以上、思想の担い手を取り巻く時代や社会の状況からの制約を受けざるをえないこと、またいずれの思想作品も、担い手の社会的地位や階級的属性、権力との距離といった現実的要因の点で、存在拘束性を完全に免れるというわけにはいかないことも、当然である。こうした存在拘束性や状況制約性を可能な限り視野に入れることが、思想をよりよく理解するうえで重要な意義を担っている。とはいえ、時局の急務とか社会的個人的利害関係といった実際的現実的動機があまりにも色濃く絡まりついて、理論全体の首尾一貫性や透明性を曇らせているときには、濁りや歪みをもたらしている不純な偏見的要因を極小化することにより、ひとまずそれぞれの思想のすっきりし

た内的構造を描き出すよう心がけた。

第1章 ドイツにおける啓蒙期自然法論

法哲学は、そもそもの始まりから18世紀に至るまでは、全て自然法論であった。なかでも、近世の開幕当初に唱えられた啓蒙期合理主義的自然法は、中世の神学的世界観から抜け出し、近世特有の世俗的刻印をはっきりと帯びている。それが与えたインパクトは理論的にも実践的にもきわめて大きく、その影響はフランス革命を通して現代にまで及んでおり、現代法思想のなかにさえその痕跡を追跡することは不可能ではない。それゆえ、ここに近代法思想の源流を求め、叙述を近世啓蒙期自然法論から始めることは妥当なことであろう。同じことは、ドイツについてもほぼあてはまるが、そこで自然法が当初から帯びていた特殊ドイツ的な体質は、ドイツ近代法思想の歩みに長い影を落としている。かようなドイツ自然法論の特色を浮かび上がらせるための比較の項として、まず必要最低限の範囲で、イギリス・フランスなど西ヨーロッパの近世啓蒙期自然法論について理念型的な特色を示すことにする。

第1節 西ヨーロッパの近世啓蒙期自然法論

1. 当時の思想界の課題

近世初頭という時代の客観的状況について特筆すべきは、政治的な面では、絶対主義国家という形態で近代的主権国家が登場したこと、社会的な面では、商業資本主義経済のめざましい発展に支えられ、中産市民層といういわゆる第三階級が台頭したことである。ここに、絶対主義体制と中産市民との対決という対立軸が成立する。そこから出てくる当時の法哲学・政治哲学の根本問題を極度に単純化したうえで定式化すると、革命かそれとも国家権力との妥協かという二者択一であり、この問題へ

の解答は、国家権力の限界づけ、法と権力の緊張関係をどう解するか、にかかってくる。

2. 自然法論の特質

近世西ヨーロッパの啓蒙期自然法論はこうした課題への応答であるが、その特色を一言でいうと、それは市民革命の理論である。つまり、(a)機能からみて、それは、ケルゼンの分類によると「革命的自然法」であり、現存国家体制を正当化するための理論ではない。(b)また効力からみて、それは、ラスクのいわゆる「形式的自然法」—— すなわち、法としての形式的効力を直接そなえている自然法 —— にあたり、「自然法は実定法を破る」¹⁾。なかでもロックの理論はその典型である（ルソーの思想はこの点では多少あいまいである）。(c)内容からみて、そこでは、主観的法（das subjektive Recht —— 権利）が中心を占めており、客観的法（das objektive Recht —— 義務ないし命令的規範の総称）は後退している。すなわち、中世の法思想では、神の摂理が支配するコスモスが先ずあって、それに接合される人間の義務が中心に据えられているのに対して、近世においては、そうした神学的コスモスが崩壊するに伴って、各個人が生得的に有している各人の権利として、自然権や市民の自由が理論の中心を彩ることになる²⁾。そのなかに、勃興期ブルジョワジーの階級的な要求がイデオロギー的に表現されている。(d)理論的な背景として、政治的共同体を生ける有機的統一体という角度から把握していた中世的世界像が放棄され、かわって、国家は個人の合意（社会契約）にもとづく人工的な機械にすぎないという、国家と個人の関係についてのきわめて近世的な見方が登場している。

1) E. Lask, Rechtsphilosophie, in : Gesammelte Schriften, Bd. 1 (1923), S. 281f.

2) 三島淑臣『法思想史』新版1993年、201頁。

第2節 ドイツにおける啓蒙期自然法論の特殊性

1. ドイツの政治的社会的条件

中世盛期以来のドイツの国力は、英・仏のような西ヨーロッパ先進諸国に迫る勢いを見せ、ドイツ皇帝の対外的政治的実権も一時期大いに伸長するとともに、ハンザ諸都市を中心とする経済的躍進にはめざましいものがあった。中世末期以降、この流れを止め、西欧と肩を並べる国家的発展の趨勢からドイツを脱落せしめた要因は種々考えられるが、わけでもドイツの後進性を決定的にしたのは、1618～48年の三十年戦争である。主戦場となったドイツは、潰滅的な戦禍を被った。国土の荒廃・人口の激減とともに近代産業は麻痺し、市民階級の形成は大打撃を受け、市民階級の未成熟と農奴制の強化という結果をもたらした。国内には数多くの絶対主義的な小領邦国家が分立することになる。

2. ドイツ的啓蒙主義の基本態度

こうした事情が背景となって、革命かそれとも国家権力との妥協かという二者択一に対し、ドイツの啓蒙思想家が選んだ選択肢は、国家権力との妥協の方であった。換言すると、西ヨーロッパのごとき市民による下からの革命でなく、絶対主義国家の啓蒙専制君主との妥協にもとづく、上からの漸進的改革という路線である。ここでの自然法には、国家の権力支配を抑制する強大な対抗力は与えられなかった。国家権力に対して自然法による制約が考えられても、それは単なる道徳的制約にすぎず、直接に法としての制約ではない。それゆえ、ここでの理論は、革命の理論というよりは、絶対主義の国家主権を正当化するための理論であった。とくに、個人が社会契約または服従契約を通じて国家を創設し主権に服する際に、自然的自由・平等は放棄されているとか、国家状態においては、もはや個人の自然的自由や平等は存続しないと、か、という独特の構想が、ドイツ的理論の中心を占めることになる³⁾。

第3節 ドイツ的啓蒙主義の自然法論

ドイツの自然法論者としてとくに名高いのは、プーフェンドルフ (Samuel Pufendorf, 1632-94)、トマージウス (Christian Thomasius, 1655-1728)、クリスチャン・ヴォルフ (Christian Wolff, 1679-1754) である⁴⁾。

1. プーフェンドルフ

プーフェンドルフは、ルター派の敬虔な信仰を内に宿しつつも、社会倫理を教会の信仰教義から解放・独立させることを眼目として、自然法学科の世俗化を推進するために大いに尽力した。かれの自然法の体系は、デカルトとガリレイの双方から影響を受けているため、合理主義の方法〔演繹〕と経験主義の方法〔帰納〕とのバランスのよい結合をみせている。とはいえ、かれの自然法では、(自然法的)義務〔客観的法〕に第一次的中心的な位置が与えられ、(自然法的)権利〔主観的法〕は、ホッブスやロックの理論のなかで付与されていた優先的地位を失っている。また国家の実定法に対して法としての唯一の妥当性を認める一方で、自然法体系は、単なる立法指針としての意味を有するにすぎないと解されているので、これは明らかにラスクのいわゆる「実質的自然法」(実定的立法による採用をまって、初めて法的効力が与えられる自然法)である。ここでは、抵抗権は存立しえない。しかし、プーフェンドルフの説く自然法の詳細な体系は、ヨーロッパの近代私法典、とくにその総則編に多

3) 石部雅亮「フランス革命期の人権(基本権)思想」(講座『革命と法』第一巻、1989年)、204頁以下参照。

4) 本稿執筆のあとで公刊された笹津安恕『私法理論のパラダイム転換と契約理論の再編——ヴォルフ・カント・サヴィニー』2001年をはじめとする氏の3部作(末尾の参考文献参照)は、ドイツの啓蒙期自然法のみならず、カントやサヴィニーまでを射程に収めるスケールの大きな独自の学説を展開しており、裨益するところが多い。これについては、拙稿「笹津法哲学の現代的意義」(竹下・宇佐見編『法思想史の新たな水脈』2013年)58頁以下参照。

大の影響を与えたといわれている。

2. トマージウス

合理主義と経験主義を結合したプーフェンドルフとは異なり、トマージウスは、ロックの影響を受けて経験主義・感覚主義の方に一面的に傾斜している。トマージウスの経験主義は、一方では、かれを主意主義と唯名論に接近させるとともに、他方では、かれの自然法論に「歴史的」かつ「相対的」な刻印を施すことになり、トマージウスは初期歴史主義の創始者の1人であるともいわれている。かれにあっても、自然法は、単なる立法の指針であり、その現実の法的拘束力は、支配権力から派生するとされたので、ラスクのいわゆる実質的自然法にあたる。

プーフェンドルフとトマージウスにおいて特筆すべき功績は、法と道德の区別に関する理論である。ストア学派やキリスト教の影響の下に、法と道德の区別についての法思想史上の伝統的理論では、法の外面性と道德の内面性という内外のモメントによる区別が支配的であったが、プーフェンドルフとトマージウスにより、内外とは異なる新しい視点が初めて導入された⁵⁾。これをプーフェンドルフについてみると、自然法論の扱う法義務については、地上の裁判官は遵守の動機を不問に付して単なる合法的な態度のみで満足するのに対して、心情の純粹さを探究する課題は自然法論とは別の学科である道德神学に委ねられるべきである、とする構想がみられる。実質的にみて、これは、明らかにカントの合法性と道德性という区別を先取りした理論であるといえよう。

トマージウスは、道德と（狭義の）自然法と政治という3領域の区分を精密に論究する過程で、法思想史上初めて方法的な自覚にもとづいて

5) H. Welzel, Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs, 1958, S. 54f. [プーフェンドルフにおける合法性と道德性の区別について]; ders., Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 4. Aufl., 1962, S. 137, Fn. 23 [ヴェルツェルとラーレンツとの見解の対立について]; H.-L. Schreiber, Der Begriff der Rechtspflicht, 1966, S. 11, S. 13ff.; K. Engisch, Auf der Suche nach der Gerechtigkeit, 1971, S. 85f.

法と道徳を明瞭に区別するに至っている。それは、これまでの外 vs. 内（対他人的的的行為 vs. 自己自身の良心のことがら）の視点のみならず、不作為を命じる禁止規範 vs. 作為を命じる規範（法規範は他人の生活領域——ことに他人の権利——への侵害の禁止を任務とする）という視点ならびに強制の契機の有無（実定法は強制を伴っており他人の侵害からの防衛を任務とする）の視点にも言及しており、とくに法義務を外的な強制義務であると捉えた画期的な視角は、カントおよびカント以降の法理論に大きな影響を与えた。トマージウスは、魔女裁判や拷問による異端糾問の横行した当時であって、思想や信仰の自由のために活動的に戦った啓蒙の闘士であった。それゆえ、かれによる法と道徳の区別は、世俗的な国家権力による強制作用が介入しうる領域を、對他関係における行為という、強制可能な外的過程に縮減することにより、当時なお教会権力の支配下にあった内面的な信仰や思想の領域から世俗権力の強制作用を閉め出そうとする意図を背景としていた。

3. クリスチャン・ヴォルフ

Chr. ヴォルフは、トマージウスの経験主義とは対極的な合理主義の潮流の頂点に立っている。かれは、スコラ哲学とライプニッツからの影響を受けつつ、プーフェンドルフのなかの合理主義の線を一層徹底させることになる。かれの自然法論は、主意主義と唯名論に反対し、経験的帰納的要素を払拭し、厳格な論理的手順に沿った演繹的方法をもって公理主義的な完結的体系を構築している。かれの自然法展開の方法が与えた影響はまことに甚大で、プロイセンにおける立法の体系構図にとどまらず、ヴォルフの弟子たちを介してパンデクテン法学、概念法学、そしてさらにはドイツ民法典にまで、影響は広く及んでいる。

かれの自然法論は、義務優位の自然的義務論ではあったが、他方では主観的法〔権利〕に対してもかなり大きなウエートを承認するにいたっている。たとえば、かれは、人間の生得的人権の体系について語り、また、国家権力を人民の契約により基礎づけており、さらに君主と人民の双

務的義務結合を主張することにより、これに反した君主の恣意的な権力発動に対しては、人民の抵抗権すら認めるにいたっているから、ここではラスク流に言えば実質的自然法に形式的自然法の要素が加味されているといえなくもない。しかし、これらは表向きにとどまり、ヴォルフによる努力の実際上の重点は、絶対主義君主による改良的政策の実現、つまり自然法を実定法へと具体化させることにあった。とくにかれが、プーフェンドルフやトマージウスにおいて展開された法と道徳の区別を再びあいまいにしたことは、当時における法と国家の体制を道徳的に正当化する要求から出ており、こうした点で、かれが啓蒙絶対主義のイデオログとしての側面を紛れもなく有していたことを忘れてはならない⁶⁾。

4. 後期自然法

このほか18世紀後半のいわゆる後期自然法 (das späte Naturrecht) にはいくつかの潮流がみられるが、なかでも一番重要なのは、歴史法学への懸け橋を築いた潮流である。既にモンテスキューは自然法学派の内部で法の歴史的社会的な考察への道を開拓していたが、この潮流はモンテスキューから強い影響を受けており、アプローチとしては、歴史という手段を通して現行法秩序の意義やその歴史的被制約性を解明しようとする行き方、換言すると実用主義的な歴史叙述の行き方、を精力的に展開している。なかでもゲッチンゲン学派といわれるピュッター (J.S. Pütter, 1725-1807) とライテマイヤー (J.F. Reitemeier, 1755-1839) の名が有名である。歴史法学の先駆者フーゴの思想は、まさにこうしたゲッチンゲン学派の懐のなかから生まれてくる⁷⁾。

6) Schreiber, a.a.O., S. 27ff.; Wieacker, PRG, 1967, S. 271, S. 277, S. 306ff., S. 315ff, S. 318ff; 三島前掲書、245頁以下参照。

7) H. Thieme, Die Zeit des späten Naturrechts, SZGerm. 56 (1936), S. 211ff.; Wieacker, PRG, S. 354f.

第2章 ドイツ観念論における理性法論の展開

法哲学の歴史のなかでドイツ観念論の法思想が占めている位階はひときわ高い。それは、啓蒙期自然法論に反省を促し、古代から続いてきた自然法論との一心同体のあり方から法哲学を解放したということにとどまるものではない。特筆すべきは、19世紀以降の法哲学の主要な流れのほとんど全てが、このドイツ観念論のうねりのなかで既に種子が蒔かれていたといえる点であり、このような今世紀に至る影響史を見る限り、ドイツ観念論は、現代の法思想においてもアクチュアルな意義を失っていない。こうした現代性は、カント、フィヒテ、ヘーゲルのいずれの実践哲学も、とくにフランス革命から決定的なインパクトを受けているということと、深くかかわっている。

第1節 カントの法哲学・国家哲学

カント (Immanuel Kant, 1724-1804) 以後、啓蒙期自然法思想は、新たな局面を迎えることになる。カントの批判哲学が、方法的に脆弱であった自然法思想の独断論的な基盤を掘り崩したため、カント以後、今や自然法論は方法的に信用を失うことになった。

1. 著作

法と国家に関係するカントの著作活動は、おおまかには次の3つのグループに分けられる。(α期) 第1は、批判期より前の時期(1760年頃から1775年まで)の著作で、講義案のためのメモ、聴講生のノートなどが中心である。1767年に、当時43歳の私講師であったカントは、自然法に関する初講義を担当している。(β期) 第2は、批判期の著作で、いわゆる三大批判(『純粹理性批判』1781年、『実践理性批判』1788年、『判断力批判』1790年)と『人倫の形而上学の基礎づけ』1785年がこれに属する。(γ期) 第3に、晩年の著作であるが、そのなかでとくに重要な

は、『人倫の形而上学』(Methaphysik der Sitten) 1797年である。この時期に属している、法分野にも関係の深いその他の論文として、「理論上は正しいが実践では役に立たないという俗言について」(1793年)、「永久平和論」(1795年)、「学部争い」(1798年)がある。生涯を通してみると、以上3つのグループに属する著作の間に整合性が成り立つか否かが、大きな問題として登場してくることになる。

2. カントの前史

若きカントの法思想の形成は、①ヴォルフ学派の弟子達(そのうちのアーヘンヴァル(G. Achenwall)はトマジュースからの影響をも受けている)、②当時のキリスト教の法神学(Rechtstheologie)——とくにクルージュウス(C. A. Crusius)——のほか、③ホッブス、ロック、ヒューム、モンテスキュー、ルソー、といったさまざまな傾向から影響を受けている。なかでも、カントの心に法と人間への強い関心を喚起したのは、ルソーであり、カントの法哲学の初期とルソーとの出会いは時期的に一致しているといわれている¹⁾。

3. 法哲学の内容

(1) 新カント学派の理解 コーヘン(Hermann Cohen)以来、新カント学派によるカント理解では、カントは、1797年の法哲学書(『人倫の形而上学』)において、かれの批判哲学の先験的方法を首尾一貫した形で遂行してはいない、という批判が一般的であった²⁾。同じ趣旨は、コーヘンの強い影響を受けたケルゼンにもうかがわれる。すなわち、ケルゼンによれば、カントは、既に自然哲学において、形而上学からの解放は、中途半端であった。しかし実践哲学においてはなおのこと、中途半端である。というのも、理論哲学においてあれほど強く攻撃したキリスト教

1) Christian Ritter, Der Rechtsgedanke Kants nach den frühen Quellen, 1971, S. 340.

2) Ritter, a. a. O., S. 15.

の形而上学的二元論が、実践哲学では全面的に浸透しており、先験的方法を放棄してしまっている。つまりカントは、実践哲学の分野では、実は、自然法論という旧態にとどまった。カントの『法哲学』は、プロテスタントのキリスト教という土壌のうえで17世紀から18世紀にかけて発展した、いわゆる古典的自然法論を洗練して完成させたものにすぎない³⁾。それは、—— ケルゼンの命名によると —— 楽観主義の形而上学的二元論と全く同一のタイプである、と皮肉な説き方をしている。

(2) 最近のカント研究の重点 新カント学派のこうしたテーゼ —— すなわち「第3の著作期(γ期)におけるカントの法哲学は、第2期(β期)における批判哲学から首尾一貫した仕方では導き出されたものではない」—— は、比較的最近でも真摯に受け止められており、批判哲学から晩年の法哲学は真正に導出できるのか、という点があらためて問い直されている。そしてこの点を解明するためのアプローチとして、若きカントの第1の時期(α期)における法思想に集中的な視線を注ぎ、晩年の法哲学は第2期(β期)の批判哲学からではなく、実は初期(α期)の思索から由来するとして、(β期)から(γ期)へという連続性よりも、むしろ(α期)から(γ期)へという連続性を仮説として立て、これを立証しようとしている。とくにリッター(Christian Ritter)の研究は、こういう角度から初期思想を精力的に解明し、それによって新カント学派が唱えるテーゼの論証に努力している⁴⁾点で注目に値する。

(3) カントの理性法の特徴 フランス革命以後の晩年になって書かれた著作を中心として、カントの理性法論の特徴をみると、全体の基調としては、一面では、フランス革命に共鳴しながらも、他面では、プロイセンの忠実な臣民でありプロテスタントであるという、矛盾した両面に引き裂かれているという印象が濃厚である。

(a) 実質的自然法 カントの理性法は、実定法秩序が将来向かうべ

3) H. Kelsen, Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, 1928, S. 75ff.

4) Ritter, a.a.O., S. 340.

き方向をできるだけ具体的に明らかにしようとしたものである。それは、立法の指針であり、かようなものとしてラスクのいわゆる「実質的自然法」に該当する。たとえばそうした詳細な理想として、共和制、三権分立と法治主義、代議制などの構想がみられる⁵⁾。それがラスクのいう「形式的自然法」でないことは、カントの抵抗権否認論から明らかである。カントによると、暴君が根源契約に違反したとしても、臣民にはいかなる抵抗も許されない⁶⁾。ホッブスを思わせるようなカントにおけるこの峻厳な態度の背景には、カントの楽観主義的な歴史哲学が存している(法的進歩の理論)。それは、人類の歴史を、国制の完成形態としての共和制という自然の目的に向けて不断に接近していく過程であると捉える歴史哲学である。カントが、フランス革命を抵抗権発動という意味での革命とは捉えず、自然法的国制が進化するというかれのテーゼの実例とみなしていたことは、注目に値する。完全な国制という目的への進化にとって、抵抗権は、むしろその道行きを逆行させるにすぎない有害なものであり、それよりは、言論の自由の方が、歴史の目標に達するための、より適切な方途である、と構想している⁷⁾。

(b) 客観法が中心 カント倫理学では、客観的法〔義務〕中心の構成になっており、法論でもそうである。かれの法理的立法という発想から、既に客観的法が出てくることになる⁸⁾。「(一方では) 汝の選択意思

5) Kant, *Metaphysik der Sitten*, Teil I, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*(以下 MdS, RL と略記), §§ 46-52, *Werke*, hg. v. W. Weischedel, 1956ff. (WW と略記), IV, S. 432-465.

6) Kant, MdS, RL, WW, IV, S. 440; ders., *Gemeinspruch*, WW, VI, S. 156ff.; ders., *Zum ewigen Frieden*, WW, VI, S. 234; R. Dreier, *Rechtsgehorsam und Widerstandsrecht*, *Festschrift für Wassermann*, 1985, S. 302.

7) Dreier, a. a. O., S. 303f.; Kant, *Idee der allgemeinen Geschichte*, WW, VI, S. 65; ders., *Erneuerte Frage*, WW, VI, S. 360.

8) Dreier, *Zur Einheit der praktischen Philosophie Kants. Kants Rechtsphilosophie im Kontext seiner Moralphilosophie*, in: ders., *Recht-Moral-Ideologie*, 1981, S. 295f. これに対して、新カント学派のドゥルカイトは、カントの実践哲学では客観的法でなく主観的権利が前面に出ており優位にあると、正反対の見解を主張していることが注目される (G. Dulckeit, *Naturrecht und positives Recht bei Kant*, 1932, S. 31)。

〈Willkür〉の自由な使用と（他方では）一切の人々の自由との間で、普遍法則にもとづく調和が存立しうるように、外面的に行為せよ」というのが、カントの法理的立法における最高の法原理である。このような定言命令は、まずは義務を命ずる命題であり、権利創設的というよりは、義務賦課的である。権利は、第2次的に出てくるにすぎない、すなわち定言命令が命じる義務の履行を妨げる他人に対して、自己には義務を貫徹しうる権限が与えられていることを主張するという形で、権利は2次的に登場する。

(c) 法と道徳の区別　カントは、プーフェンドルフとトマージウスの思想をさらに発展させて、① Legalität（合法性）vs. Moralität（道徳性）、②強制権能との結びつきの有無、③外的立法 vs. 内的立法、という3つのメルクマールにより、両者の区別を論じている⁹⁾。カントの説くこの理論は、法と道徳を区別するに際して、外的行為か内的行為かといった規律客体の相違を重視する理論の域を去っている点で注目に値する。とくに、法の場合には、合法的に行為がなされてさえいれば、その行為がいかなる動機からなされたのであっても差し支えなく、遵守された動機は不問に付する〔合法性〕のに対して、倫理の場合には、単に外的行態が義務に合致しているだけでは満足せず、規範に適合した心情（義務感情）から義務の遵守が行われたことまでも要求する〔道徳性〕という仕方で、洗練された区別のメルクマールを提示している。この発想は、現代法理論における法と道徳の概念的区別論に対しても理論的基礎を提供しており、それに若干の留保と限定を付す必要性があるとはいえ、基本的には今日でも十分通用する理論であるといえよう。

(d) 市民社会論　特筆すべきは、カントが「市民社会」の概念史に新しい頁を開き、ザッハリッヒにみて、ヘーゲルを先取りしていた¹⁰⁾と

9) この点につき、より詳しくは、三島淑臣「カントの法哲学」(講座『ドイツ観念論』2巻、1990年)246頁以下参照。

10) この点につき、より詳しくは M. Riedel, Gesellschaft - bürgerliche Gesellschaft, in: Brunner/Conze/Koselleck (Hrsg.), Geschichtliche Grundbegriffe, Bd. 2 (1975), S. 756ff. 参照。

いう点である。すなわち、18世紀中頃までの市民社会の古い用語法では、政治的支配形式に市民が服する社会——政治的共同体——を意味していた。つまりそれは、市民社会＝政治的支配形式＝国家〔または自然発生的な支配社会・不平等な社会〕という図式であった。これに対して、カントでは、市民社会として、国家に対立するもの、支配＝組織形式の欠如、支配なき空間、国家権力なき空間が考えられており、それは、市場の法則とか経済的支配などに服してはいるものの、人格の自由と私的所有の自由からなる結合体である。ただカントの場合、こうした市民社会の着想は、自然状態（Naturzustand：法的でない状態、配分的正義を捨象した状態）vs. 市民状態（bürgerlicher Zustand：法的状態、政治的な垂直的支配関係が妥当する状態）というタームによって曇らされている¹¹⁾のであるが、そこで説かれている自然状態を市民社会と読みかえるとき、市民社会 vs. 政治国家という思索を展開していたとみなしうるであろう。

4. カント理論の限界

(1) カント哲学の統一的理解の可能性？ 上にみたカントの理性法理論が、批判哲学の整合的展開であるかどうかは、今後も検討の余地があるろう。つまり、1つには、『人倫の形而上学』においては、法と道徳との区別を立てながらも、その両者が再び広い意味での道徳の世界（人倫）のなかに組み入れられているが、このことを、批判期の著作と関連させて整合的に理解することができるかどうか、慎重に検討しなければならない。もう1つは、カントの批判哲学の骨子は、いわゆる実質内容を捨象した形式主義の強調ならびに幸福主義倫理学の克服から成り立っているが、後期（γ期）の法哲学にはあまりにも多くの実質内容が入っている。この点でも、真に批判哲学の方法に依拠して法哲学が導出されたのか、を問い直す必要がある¹²⁾。

11) Kant, MdS, RL, WW, IV, S. 416, S. 418ff.

12) この問題については、Dreier, a. a. O., S. 286ff. 参照。

- (2) **形式主義** カントの法概念はあまりにも内容空虚であるとか、理念を含まない形式的なものにすぎない、といった批判が、ヘーゲル以後しばしば展開されている。これに対しては、一方では、人間の尊厳、自由、平等、権力分立、国民代表といった諸原理がそのなかに含まれているという反批判も可能であろうし、他方では、そもそもカントの定言命法にせよかれの法概念にせよ、これらは、所有と契約の制度、国家、支配権力といったものの不動の存立を自明の内容的な前提としたものであり、そうした諸制度を単に合理化する試みにすぎない、という指摘も傾聴に値する¹³⁾。
- (3) **抵抗権の否認** カントがかれの抵抗権論にみられるごとく、ホッブスと同じく、実定法の正義機能よりも実定法の平和維持機能を優先させている点もたしかに問題がある。しかし、かような見解が無条件のものでないことは、ラートブルフによって指摘され、この点でのカントの制約は、現段階ではかなり克服されている¹⁴⁾といえよう（いわゆる「ラートブルフの定式」）。

5. 後 史

- (1) **影響史** カントの影響史はきわめてアンビバレントである。カントは法実証主義から自然法論までの幅広い思想圏に作用を及ぼしている。つまり、ある一面では、かれの批判哲学は、たしかに理性法論にとどめをさし、自然法から実定法への視座の転換をもたらした。その継受史は多段階的で、第1段階では、歴史法学から概念法学（たとえばプフタ）にもカントは影響を与え、さらに第2段階では、新カント学派に生命を吹き込んでいる。しかし他面では、第二次大戦後における自然法のルネッサンスとよばれる局面において、自然法のための背骨をカントから取り出そうとする試みがなされている（ヴェルツェル、ラートブルフ）¹⁵⁾。

13) Dreier, Rechtsbegriff und Rechtsidee, 1986, S. 15ff., S. 23f.; Englisch, a. a. O., S. 210f.

14) Dreier, Rechtsgehorsam und Widerstandsrecht, S. 305.

15) Dreier, Zur Einheit der praktischen Philosophie Kants, S. 286f.

(2) 現代的意義　しかし、戦後の自然法ルネッサンスが燃え尽きたあとで、カント継受の機運が完全に減じたというわけではない。すなわち、現代におけるアンビバレントな影響として、一面では、実証主義の側での法と道徳の分離というテーゼは、カントからなおも刺激を汲み出している（ケルゼン、ハートはそれに近い）。さらに他面では、理性法の復興というかたちでの新しい継受史が繰り広げられている。とくに英米の分析的倫理学における普遍化原理（ヘヤー、シンガー）、ロールズにおける正義論、さらには超越論的語用論（アーベル、ハーバーマス）に至るまで、カントの（『人倫の形而上学』からではなく）批判哲学からの尽きせぬ刺激が息づいている光景は、まことに印象的である。

第2節　カントからヘーゲルへの移行 —— フィヒテとシェリング

ヘーゲル法思想は、カント法思想の単純な延長でもなければ、全くの突然変異でもない。カントからヘーゲルへの重要な転回は、次に述べる2人の思想家による媒介的ステップを基礎として初めて可能になった。フランス革命を65歳の高齢で経験したカントと異なり、フィヒテ、ヘーゲル、シェリングはともに若き日の熱狂をフランス革命に捧げている。これに1番すばやく反応したのは、フィヒテである（とくに初期と中期）。しかしフィヒテの思想が円熟期を迎え、シェリングやヘーゲルが哲学的思索を世に問う頃には、既に時代の流れはカントをとりまいた時代環境とは異なっていた。それは外的には、次のような状況の変化である。第1に、啓蒙期の自然法は、一方では啓蒙専制君主による「上からの改革」の結果、実定的立法のなかになりに取り入れられ、使命を果たし終えた¹⁶⁾。しかも他方では、ナポレオン戦争での敗北とフランスへの隷

16) J. Habermas, *Naturrecht und Revolution*, in : ders., *Theorie und Praxis*, 1967, S. 52ff. ; H. Coing, *Epochen der Rechtsgeschichte in Deutschland*, 1967, S. 83f. (久保正幡・村上淳一訳『近代法への歩み』1969年、121頁以下)

属によって、啓蒙の成果であるフランスの立法までが、外圧として押しつけられることになり、こうした「外からの改革」の強制的導入は、知識人の反発を誘発せずにはおかなかった。第2に、3度に亙る対仏戦争に敗れた原因として、内なる国家分裂と領邦エゴイズムが挙げられる。こうした状態の下では、愛国心が高揚し、その結果、「市民革命かそれとも絶対主義との妥協か」という啓蒙的アンチノミーは影を潜め、分裂国家の克服と外圧の返上、国民的統一国家の形成と富国強兵、といった共通の課題が、浮かび上がってくる。第3に、遅ればせながらの産業革命の進展によって、深刻な社会問題が登場してくる。

1. フィヒテ

以上のような時代の流れに最も鋭敏に反応したのは、フィヒテ (Johann Gottlieb Fichte, 1762-1814) である。かれは当初から社会問題 (窮乏化) に強い関心を寄せ、初期や中期の作品 (『自然法の基礎』1796年、『応用自然法』1797年) では、カントを革命的に先鋭化させる立場で法哲学・政治哲学を展開している。しかし、世紀の変わり目頃からかれの思想は大きく転回し始め、後期に至ると (たとえば、『時局の特徴』1804年、『ドイツ国民に告ぐ』1807/08年、『国家論』1813年といった作品)、有機体的国家論、一種の全体主義、法と道徳の対立の解消など、きわめてヘーゲル的な思考に接近していることが注目される。それゆえ、フィヒテは、時代思潮の転換過程を一身に具現した思想家として面目躍如たるものがある。

2. シェリング

シェリング (Friedrich Wilhelm Joseph von Schelling, 1775-1854) は、世紀の変わり目前後に、イエナでフィヒテやヘーゲルと交わった思想家である。かれのいわゆるロマン主義の思想に関して内容面でとくに注目し得るのは、第1に、歴史は絶対者の漸進的発展の啓示であるという歴史形而上学、第2に、自然と精神の同一性を説く同一哲学または

内在哲学、第3に、国家についても、1つの有機体であり意図的に創建することは出来ず、有機的に発展していくものとして捉えるべきである(国家有機体説)¹⁷⁾、という3つの点である。こうした思想はヘーゲルへの布石となり、ヘーゲルにおいて初めて完全な形態を与えられることになる。しかしシェリングには、法哲学を専門的に扱った著作はほとんどない。

第3節 ヘーゲルの法哲学

ヘーゲル (Georg Wilhelm Friedrich Hegel, 1770-1831) は、フランス革命の基本的出発点には共鳴を覚えつつも、その後の専制や恐怖政治といった政治的帰結をまのあたりにして、フランス革命の肯定と否定という相矛盾する両面に引き裂かれながら、思想の糸を紡がざるをえなかった。そのためかれの実践哲学は、市民社会や近代合理主義の限界を注視しており、とりわけ市民社会と国家とが相克する緊張関係のなかで、個人の自由や平等といった啓蒙期のイデオロギーが有している意義を、きわめて現実的に考え抜いている。

1. 著作

法の分野での著作として重要なものは、『法哲学綱要』(Grundlinien der Philosophie des Rechts. Naturrecht und Staatswissenschaft in Grundrisse) 1821年であり、これは、ヘーゲルの最後の主著である。そのほかに初期ヘーゲルの作品として、『自然法の学問的取り扱い様式について』1802年など、若きイェナ期の著作がある。ヘーゲルとカントとを比べると、比較的初期の著作において法哲学の思索を展開していること、また最後の主著として法哲学を残していること(ヘーゲルは51歳の円熟期を迎えており、カントは75歳の高齢期に差しかかっていたという

17) Wicacker, PRG, S. 356, Fn. 29.

違いはあれ)は、共通している。このことは、ともに若き時代における思想の研究が必須であり、それと最後の主著との対比が重要な研究課題となる、という平行関係を示すものである。

2. 前史 — 若きヘーゲル

若きヘーゲルの思想形成の背景にある時代の様相を見るとき、フランス革命の推移のほか、ナポレオン戦争での惨敗の結果、シュタインとハルデンベルクの改革にみられるような一連の政治的自由化、資本主義化、さらには大胆な教育改革、といったあらゆる側面で、近代化が急テンポで推進されていったという事情が挙げられる¹⁸⁾。しかしやがて、1818年にヘーゲルがベルリンに赴く前後から、時代の流れは反動の方向に屈折して行き、さらには社会問題が産業革命の進展とともに深刻化して、暗い影を投げかけている。こうした背景が、かれの『綱要』にも微妙な影を落としている。

3. 『法哲学綱要』(1821年)について

(1) 新しい講義録の発見 近年のトピックとして、ヘーゲルがハイデルベルクで法哲学を講義した際の新しい講義録が、1981年に偶然発見されたことが挙げられる。それによりヘーゲル像がかなり塗り替えられようとしている。すなわち、1817/18年冬学期のヘーゲル講義『自然法と国家学』(stud. jur. P. Wannemann)が発見され公刊されるに至っている¹⁹⁾。これは、1819年8月のカールスバードの決議にもとづいて大学法・出版法・煽動者取締法が成立する転換期よりも前になされた講義の講義録であり、ヘーゲルの講義が当局の監督を受けることなく自由に行われた状況下での講義の筆記であることが重要である。1969年に日の目

18) S. Avineri, Hegels Theorie des modernen Staates, 1976, S. 103ff. はとくにこうした事情を強調している。

19) G. W. F. Hegel, Vorlesungen, Ausgewählte Nachschriften und Manuskripte, hrsg. von Becker usw., Bd. 1, 1983.

を見たベルリン1818/19年冬学期の Homeyer の講義録よりも古く、内容もはるかに詳しい。新しい講義録の基調は、きわめてリベラルでありかつ進歩的である。「理性的であるものは、生起しなければならない。」 (§ 134 S. 274)²⁰⁾、「市民社会への発達をとげた国民においては、……立憲君主制のみが可能である。」 (§ 137 S. 285)、「ある国家の君主が理性的な憲法を有していない場合は、一切は恣意となり堕落せざるをえない。」 (§ 140 S. 297)、さらに「デモクラシーの原理」 (§ 141 S. 304 f.) の重要性を説き、「国民政府を自由に構成して自治に委ねること」 (§ 153 S. 346) を口にしてしている。それゆえ、このようなヘーゲルの構想を後に出版された『綱要』と対比させる、という新たな課題が登場してきている。

(2) 『綱要』全体の骨格について 全体骨格の点では、ヘーゲルがアリストテレスにおける① Ethik (倫理学)、② Ökonomik (家政学)、③ Politik (政治学)、という3分法を基礎としながら、いたるところでカントの実践哲学における法論と徳論の二分法という構想を追加した体系を構成し、これらの両者を総合しようとしていることが、しばしば指摘されている²¹⁾。つまり、アリストテレスの① Ethik (倫理学) の領域のなかで、カントの Legalität (の大部分) と Moralität の分野にあたるものが、『綱要』ではそれぞれ Das abstrakte Recht と Moralität として組み替えられている。またアリストテレスの② Ökonomik (家政学) については、カントにおける Familie/Bürgerliche Gesellschaft の区分がヘーゲルの人倫 (Sittlichkeit) のなかに夫々1節として組み込まれており、さ

20) Hegel, a. a. O., S. 192. なお本文中の括弧内の頁数は、すべて講義録の原頁を指す。

21) K. - H. Ilting, Die Struktur der Hegelschen Rechtsphilosophie, in : M. Riedel (Hrsg.), Materialien zu Hegels Rechtsphilosophie, II, 1975, S. 53, S. 61ff. ; J. Ritter, Moralität und Sittlichkeit, in : Riedel, Materialien II, S. 217ff. ; R. Dreier, Bemerkungen zur Rechtsphilosophie Hegels, in : ders., Recht-Moral-Ideologie, 1981, S. 323f.

らにアリストテレスの③Politik（政治学）は、ヘーゲルでは人倫の部分の最高段階である国家法として受容されている、という苦心の再構成が施されている点に注目すべきであろう。

4. ヘーゲル法哲学の特色

(1) 基本前提　ヘーゲルでは、弁証法と同一哲学という2つの形而上学的な基本前提がある。

カント以前の自然法論は、①方法的な厳密性のない実質倫理学、②歴史的観点の不十分性、という特色を有していた。これに対して、カントでは、①批判哲学の方法によって方法的厳密性を強調するとともに、形式性を重視する、②法の進歩（法の理性性の向上）についての歴史的観点を基礎としており、それは統制的な理念でもあった、という特色にみられるように、①と②のいずれの点でも、一歩前進している。ヘーゲルでは、①については、方法的厳密性という要請を弁証法によって充たす一方で、カント倫理学における実質の空虚な側面を強烈に批判し、カントの形式主義的倫理学に対して実質倫理学の復権を図っている。②の点では、その当時に流行した歴史意識の先鋭化という時流を背景として、歴史的観点をきわめて重視している。しかも歴史は、同一哲学の基礎のうで捉えられる（同一性とは、主体と客体との、思考と存在との、精神と自然との、理念と現実との同一性である）。こういう仕方で、カントを克服し、カントよりも旧来の自然法にはるかに即応した実質的倫理学が復権した²²⁾。

ここで生ずる疑問は、ヘーゲル理論では、自然状態、社会契約といった理論装置が登場してはいないが、はたしてヘーゲルの理論は自然法論であるといえるか、という問題である。これについては、正反対の2つの見解が正面からぶつかっている。1つの見解は、「実質的自然法論の完

一
二
三

22) Welzel, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 4. Aufl., 1962, S. 173ff., ; Dreier, a.a.O., S. 339.

成形態である」(ヴェルツェル²³⁾)と説く。もう1つの見解によると、「法理論及び政治理論のうえで、自然法との終局的な絶縁が生じるのは、ヘーゲルとともにである。……ヘーゲルの歴史観が自然法的思考の全てに終わりを画すものであることは疑う余地がない。……理想は歴史の所産となる。」〔ダントレーヴ²⁴⁾〕

(2) 理論内容

(a) 国家権力との緊張関係の問題　ヘーゲルでは、国家の制度的現実
は理性的であるという理性性が論証されており、抵抗権は出てこない。

法の概念をみると、カントでは、理性法と実定法は概念的に峻別されており、二重化された捉え方である。ところがヘーゲルはこれを一重化し、国家の現実制度のなかに理性性が実現して内在していると考えており、カントの法概念との相違がみられる。しかしそのような理論面でみられる両者の相違は、次の2点を考えると、実際上はかなり相対化される。1つは、ヘーゲルではフランス革命後約30年も経過しており、啓蒙の自然法は、君主側による上からの改革の結果、かなり実定法のなかに取り入れられ浸透しつつあったこと²⁵⁾。もう1つは、カントの時代における国家権力 vs. 市民という図式と、ヘーゲルの時代を彩っていた、分裂国家の克服と外圧の返上、国民的統一国家の形成、さらに富国強兵、といった課題図式との開きを考える必要がある。いずれにせよ、形式的自然法かそれとも実質的自然法かという上述の問題は、自然法と実定

23) Welzel, a. a. O., S. 175. なお柴田高好『ヘーゲルの国家理論』1986年198頁も、「ヘーゲルはかれ独自の絶対的人倫の立場による真の自然法を示さんとした」と述べており、同じ見解である。

24) A. P. D' Entrèves, *Natural Law. An historical survey*, 1965 (1951¹⁾), S. 72-74. (ダントレーヴ著久保正幡訳『自然法』1952年、109頁)。なお A. Stern, *Philosophy of history and the problem of values*, 1962, S. 158 (細谷貞雄他訳『歴史哲学と価値の問題』1962年261頁)では、「ヘーゲルは、道徳が歴史を評価し判決する権利を有することを否認することによって、歴史そのものを一切のことがらの唯一の裁判官に昇格させた……。そしてこれによってヘーゲルは、歴史主義に通ずるすべての門を荒々しく押し開いた」と、ほぼ同じ見解が述べられている。

25) Avineri, a. a. O., S. 142.

法が二重化されている限りで、問題になることであり、ヘーゲルのように、実定法のなかに自然法が読み込まれ、一重化されるとなると、このような区別はさほど意味をもたない。

(b) 権利の問題　ヘーゲル法哲学の体系では、抽象法の段階で、主観的私法、つまり私有財産制と私的自治の権利面が扱われ、道徳性の段階で、主観的公法、とくに自由権＝思想良心の自由の権利、行動の自由の権利などへの論及がみられる。こういう図式に鑑みて、ヘーゲルははたして、客観的法に対する主観的権利の優位を認めているといえるかどうか問題となる。しかし、ヘーゲルの主観的法をよくみると、そのいずれもが、客観的法によって授与される権能であり、そういうものとしてしか捉えられていない。ヘーゲルにしてもカントにしても、権利は実践理性が個々人の意志に対して与える授権にすぎない。よって、客観的法優位の立場であるといえよう²⁶⁾。

(c) 法と道徳の区別　カントにおける法（合法性）と道徳（道徳性）との二元論的な区別は、ヘーゲルにおいては再び後退する。ヘーゲルでは、抽象法と道徳性の区別は、なるほど自由意思の単なる低い段階では肯定される。しかし自由意思がやがて人倫という、より高い統一体（そのなかで、現実＝理性、国家＝理性的、法＝道徳という図式が成立する）の高みに達すると、法と道徳の区別は止揚される。実証主義的な立場からは、ヘーゲルにおけるこの点の後退が大いに非難されることになり、後にショーペンハウエルに至って、法と道徳の区別論が再び力説されるという転回を迎える。

(d) 市民社会　ヘーゲルが一義的にカントより抜きん出ているのは、正にこの市民社会の考察であり、ヘーゲルは市民社会の概念史に新しい1頁を開いた。かれは市民社会の概念を、国家すなわち政治的領域から解放する。国家は政治的国家となり、これから引き離された市民社会は、市民的私人の領域であり、この私人は人格と所有権者としては互い

26) Dreier, a.a.O., S. 338.

に対立するものの、経済的な欲求・労働・交換という契機を通じて相互に結びついているものとして捉えられる。この市民社会が、経済的支配の登場によって階級社会となると、貧富の差の拡大と富の集中という弁証法によって、それ以前の段階では認められていた市民的権利と自由が解体する危険性が出てくる。この解体を避けるため、まずは福祉行政・職業団体によって弊害をくい止め、さらには国家〔政治国家〕によって市民社会を止揚しなければならない、という構想を展開している²⁷⁾。これはスミス、リカードたちのイギリス国民経済学から影響を受容しつつ、さらにその上に決定的に新しい要素を加味したものである²⁸⁾。市民社会に関するヘーゲルの冷厳な分析および鋭い着想は、若きマルクスに大きな刺激を与えた。マルクスの市民社会批判および自己疎外論は、ヘーゲルの築いた基礎のうえで初めて可能となったことを忘れてはならない。

(3) ヘーゲル理論の限界

2つの点で限界がある。1つは、政治的危険性である。とくに、ヘーゲルの弁証法、一種の絶対主義からくる全体主義の帰結、反自由主義的

27) Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, hrsg. v. J. Hoffmeister, 1955, §§ 241, 243-246, 248, 256 ; Riedel, Hegels Begriff der bürgerlichen Gesellschaft und das Problem seines geschichtlichen Ursprungs, in : ders. (Hrsg.), Materialien zu Hegels Rechtsphilosophie, Bd. 2, 1975, S. 247ff. なお、リーデルは、ヘーゲルにおける市民社会という用語の意味を次のようないくつかの段階に分析している。①産業的な労働社会（個々人の欲求が労働と労働の分業というかたちで充足される社会）。②教養社会（ここでは労働は自己目的ではない。個々人は労働を通じて文化と自由へと向かう）。③フランス革命以後の市民的な基本権が承認された社会（人格権・所有権・自由権の承認が与えられた社会。抽象的には個人に水平的平等が認められる）。④階級社会（経済的支配の登場、貧富の差の拡大と富の集中という弁証法によって、③の段階における権利と自由は解体の危機に瀕することになる）。危機を避けるために国家へと「止揚」しなければならないのは、この④の段階の市民社会であることはいうまでもない（Riedel, Gesellschaft – bürgerliche Gesellschaft, in : Brunner/Conze/Koselleck (Hrsg.), Geschichtliche Grundbegriffe, Bd. 2, 1975, S. 780f. ; リーデル〔河上・常俊編訳〕『市民社会の概念史』1990年、90-次頁）。

28) Dreier, a. a. O., S. 321ff.

な国家論、権力国家的権威国家的な法理論、反個人主義的有機体的国家観——これらは、右派であれ左派であれ、容易に全体主義のイデオロギー的な正当化理論に転化するおそれがあり、ファッショ的な独裁を支えてしまう。ヘーゲルの法理論は、自由主義的に再構成しうる余地がかなりあるとしても、こうした危険な実践的帰結と抱き合わせの理論であることを看過することは許されない。もう1つは、しばしば「蒙昧主義」、「いかさま師」といった汚名をさせられることのある不透明な言語使用であり、これが第1の危険を増幅している²⁹⁾。

5. 影響史

(1) 二面的な実践的影響　　カントとヘーゲルでは、きわめて大きな二面的影響という点では共通しているが、しかし、ヘーゲルの場合、影響の大部分は実践的である。ヘーゲルからヒットラーへ、さらにヘーゲルからスターリンへというように、右派の全体主義から左派の全体主義までが、ヘーゲルのきわめて広いアンビバレントな影響の下にある。ヘーゲル右派や新ヘーゲル主義を經由してナチズムやファシズムの正統性イデオロギーとしての役割を果たす側面と、他方では、ヘーゲル左派の伝統を經由して、マルクス主義的な全体主義の支配イデオロギーに発展していく側面がみられる。それゆえ、なかでも、ポパー、トーピッチュ、ショーペンハウエルからのヘーゲル攻撃にみられるように、プロイセン反動体制の侍女や蒙昧主義といった非難を含めての、ヘーゲルに対するイデオロギー批判には、きわめて厳しいものがある。しかし、ヘーゲル哲学には全体主義の御用哲学として簡単に片づけることのできないアクチュアリティが宿っていることも事実であり、未だに広範な議論的になる不思議な魅力をたたえている³⁰⁾。

(2) 現代的意義　　リッター (J. Ritter)、マイホーファー (W. Maihofer)、アヴィネリ (S. Avineri) などの試みに示されているよう

29) Dreier, a. a. O., S. 340ff.

30) Dreier, a. a. O., S. 316ff.

に、リベラルな解釈の可能性の追求がヘーゲルの現代的意義を象徴している。とくに手掛かりとされているのは、市民社会論、ヘーゲルの立憲国家制論の中身（とくに良心の自由〔『綱要』 § 114〕・政教の分離〔『綱要』 § 270註〕・言論出版の自由〔『綱要』 § 319〕などへのヘーゲルの言及）である。上に述べた最近の講義録の発見は、こうしたリベラルな解釈を勢いづけることとなっている。

もしこういうリベラルなヘーゲル像が成りたつとすると、現代でのヘーゲル像は、上述の二面に加えて三面的となる。

(3) 残された課題　こうした二面的または三面的なヘーゲル像の分裂にひるまず、かれの思想全体のコンテクストのなかで、しかも講義録や手紙・メモまでを視野に入れながら、より妥当なヘーゲルの姿を探究する課題が残されている。とくにリベラルな解釈については、①ヘーゲルをリベラルな思想家とみなすと、ヘーゲルとカントの法理論はかなり近くなるのかどうか、②ヘーゲルと啓蒙期自然法との連続性と非連続性をどう捉えるか、③リベラルな解釈は上述の形而上学的前提から分離するものであるかどうかなど、なお論究すべきテーマは多い。

要するに、ヘーゲルが分析しようとした法や社会の現実、市民革命としてのフランス革命とその後の産業革命を経て当時姿を現わしつつあった現実であり、それは部分的には現代の社会事象と連続する側面を有していた。このことが、ヘーゲル研究の尽きせぬ魅力の源泉の1つになっている。

第3章 歴史法学

一〇七

啓蒙期自然法論を滅ぼし、近代自然法学から決定的に袂を分かったのは誰か？前節でみられたように、その答えとしてカントの批判哲学が問題となるが、しかしかれの法思想をみる限り未だ二義的で、回答を留保せざるをえない。さらに、ヘーゲルの歴史主義・歴史観が自然法との終

局的絶縁を生ぜしめた、という有力な見解があるかと思えば、ヘーゲルは絶対的人倫の立場による真の自然法を示さんとした、という反論も唱えられており、ヘーゲルも二義的である。次にくるのは、歴史法学・サヴィニーこそ、啓蒙期自然法からの決別の張本人であるという主張である。この主張は留保なく肯定できるか。それはサヴィニー「解釈」の問題にもかかわってくる。

第1節 歴史法学の先駆者 —— フーゴー

歴史法学の先駆者であるフーゴー (Gustav Hugo, 1764-1844) は、カントの影響を強く受け、独断論的な思弁的合理主義との対決を法学の世界で実践しようとした。すなわちかれは、個性化的経験観察を重視する実用主義的経験主義の立場から、理性法論（とくにヴォルフ・トマジウスのそれ）や啓蒙的立法者にみられた抽象的一般的な思弁的方法・教条的合理主義・非歴史性を鋭く批判する。民族精神や有機的発展観を斥けてはいるものの、一方で法を歴史的社会的現実と絶えず関連づけながら法史のうえでも大きな業績を残すとともに、他方で法学の体系的方法を基礎づけようと努力した点で、フーゴーは、紛れもなく歴史法学の基調を先取りしていたといえよう¹⁾。

第2節 サヴィニー

1. 思想の全体像

フーゴーの開拓した道を完成させたのはサヴィニー (Friedrich Carl von Savigny, 1779-1861) であった。しかし、多面的緊張に満ち溢れたサヴィニーの思想の全体像に関して、現時点で無理のない叙述をすることは、非常に難しい。最近のドイツの研究動向をみる限り、歴史法学の

1) Wieacker, PRG, S. 378f.

全体像を基本的にどのように把握するかや学派の根本課題をどのように規定するかという点で、複数の解釈が正面から対立しており、論争状況を考慮に入れずに安易に一面的な理解に立つことは許されなくなっているからである。こういう状況に鑑み、ここでは、次の3つの解釈の対立点を大まかに整理することで満足せざるをえない。

(1) 旧 像 第2次大戦直後まで長く支配してきたサヴィニーの旧像は、いわゆる綱領論文(『立法と法学にとっての現代の使命』1814年)と『現代ローマ法体系』第1巻(1840年)を主要材料とし、なかでも綱領論文を絶対視することによって、民族とか民族精神とかの理論に重きをおくアプローチをとっていた。

こうしたアプローチから析出した旧像は、要するにサヴィニーの本質をドイツロマン主義の継承者という側面に縮減する²⁾。より詳しくいうと、(イ)有機的連続的な発生的歴史観、(ロ)法の源として、民族精神や慣習法を重視している、(ハ)自然法の全面的克服という課題を設定しそれを遂行している、といった特色の下にサヴィニーを捉えていた。

(2) 新 像 これに対して、戦後になってからサヴィニーが生きた当時の時代環境の研究や伝記的研究の飛躍的進展、とくにヴェーゼンベルク(G. Wesenberg)による初期の『法学方法論講義』(1802-03)の公刊、などに刺激されて、若きサヴィニーに関する研究が活発になった。この新しいアプローチは、『方法論』をきわめて重視する。『方法論』と『体系』とを一貫するサヴィニー像(歴史的方法と哲学的——ないし体系的——方法との結合により新たな実定法学を建設せんとするサヴィニーの意図に注目する把握)を構築しようと努力し、このアプローチでは、綱領論文の意義は、単なる論争書 *Kampfschrift* として軽視されることになる。

一〇五 新像の主たる提唱者として、ヴィーアッカー(F. Wieacker)、ヒッペル(F.v. Hippel)、ティーメ(H. Thieme)、コーシャッカー(P.

2) Wieacker, *Wandlungen im Bilde der historischen Schule*, 1967, S. 4f.

Koschaker) たちの名が挙げられよう。それは、一言でいえば、綱領論文をサヴィニーの全著作のコンテクストのなかに引き戻し、かつまたその全著作を時代の精神運動の全体連関のなかに組み入れて解釈し直すアプローチである。そうすると、若きサヴィニーの思想を規定した地平として、カントの学問論や W.v. フンボルトの大学創設運動に連なる当時の学問改革運動（哲学＝統合知という角度から個々の学問の哲学的基礎づけを図ろうとする運動）が浮かび上がってくる。

以下、この新像を明快に総括したヴィーアッカーに即して主張を要約する³⁾と、若きサヴィニーの出発点を規定した基本課題は、哲学＝統合知という観点の下に、法律学をこの統合知の連関のなかに組み入れることによって、学としての性格を基礎づけることにある。たしかに当時のドイツ古典主義やその影響を受けたローマ法学の人文主義的改新は、サヴィニーの歴史感覚をとぎすまし古代へと誘ったものであるが、こうした歴史的な考察は、統合知の連関に組み込まれる素材にすぎず、当然のことながら、一方で哲学的体系的側面——〈形式〉——と、他方で歴史的文献学的側面——〈素材〉——との結合が予定されている。このような観点から綱領論文をみると、それは後者の歴史的素材的な側面についての言及にすぎなかったと解さなければならない。こうして、ロマン主義との本質的な繋がりから歴史法学を解放する視角が出てくるが、かような視角から導かれる帰結は、①サヴィニーにみられる歴史的発生的理解も、単に法学の素材的探究の側面にかかわる部分的なものにすぎない、②民族精神なる表現も、実はヨーロッパ普通法の文化的な伝統を指すものと解される、③自然法論の体系的論理的方法は、ちょうどカントにおいてそうであったごとく、サヴィニーにもかなり濃厚に流れ込んでいる、という3点に要約することができる。

歴史法学のその後の発展として、この新像によると、とくに1840年以降の『体系』においては、上記の素材という側面において、その当時現

3) Wieacker, a.a.O., S. 6ff.

行法として妥当していたローマ法を教義体系へと加工する作業に大きなウェイトが置かれており、そのために、本来は統合知の一部であるはずの歴史的現実的側面が次第に看過されるようになっていく。法律学的形式主義から非歴史的法学へと傾斜するにつれ、概念法学への変成が徐々に姿を現すことになる。

(3) 対立の止揚 最近リュッケルト (J. Rückert) により新像と旧像の対立を止揚する試みが、いわば新々像として提示され、注目を集めている。そのアプローチにおいて目立つ点は、①サヴィニーにおける政治的実務的な官職活動、②解釈学上の業績、③刑法上の立場、④ランズフート時代 (1808-10年) という、従来史料考証が放置されてきた4つの領域につき、未公表の史料も精査しながら綿密な分析をなしていることである⁴⁾。綱領論文以前 (とくに1810年頃まで) の若きサヴィニーの作品を重視する点、この時期 (1810年以前) のかれの思考が時代背景からの大きな影響の下にあるとする点、また旧像のような『方法論』と綱領論文との間に切れ目を入れる非連続2段階説ではなく、サヴィニーの思想全体を連続的な動的発展のなかで捉えようとしている⁵⁾点では、上述の新像に近い。たとえば、ナポレオン戦争敗退の結果として、ナポレオンの立法政策 (民事法) の外圧が1806年以降ますます強烈になったため、こうした外からの挑戦に対応しなければならなかったという、当時のドイツ知識人に共通の時代の背景が、若きサヴィニーの思想形成のうえできわめて強い影響を及ぼしていることを強調している⁶⁾。しかし新像との間のこれらの類似点は、形式的な平面にとどまっている。内容面では、よくみると時代の地平の捉え方など、むしろかなり旧像の方に近づいている。とくにサヴィニーの哲学的基調については、カント的な主観的観念論の色彩を否定して、当時の思想界に特徴的であった客観的観念論の

4) J. Rückert, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*, 1984, S. 32ff.

5) Rückert, a. a. O., S. 422.

6) Rückert, a. a. O., S. 118, S. 418.

思潮（そのなかには弁証法や全体観重視が含まれている）ならびに自然的なるものの形而上学、という枠組で捉えようとしている⁷⁾。これは相対的にみれば、新像のカント主義的な色彩よりは、むしろ旧像のドイツロマン主義を再解釈する試みに近いといえよう。かかる視座はなるほど史実により近くなっているといえるかもしれないが、そこで主張されている「客観的観念論」は、多様な傾向を包蔵しうるきわめて大ざっぱなカテゴリーなので、かような新たな主張により、サヴィニー像の色調や時代精神の特色があいまいにされてしまった感は否めない。

新像と旧像との論争や、またその対立を止揚せんとする努力は、これからも続くであろう。豊富な遺稿や伝記的な新史料の解明が進み、同時代の精神的背景に関する研究がさらに進展するにつれて、今後の研究状況はますます流動的になると思われるため、現時点では、即断を避けて、よりよい総合の可能性を見守るほかはない。ともかく、新像にせよリュッケルトの新々像にせよ、時代の地平ならびにサヴィニーの全著作に関して包括的な視野を提示することにより、旧来の見方におけるサヴィニー思想に内在するさまざまな矛盾を整合的に解釈しうる新たな視角を示そうとしている点で、その努力は評価に値する。

2. 法律学方法論における功績

歴史と体系という異質な2つの契機の結合によって、サヴィニーが法解釈学や法史学の分野で大きな仕事を残していることは、よく知られているが、ここでとくに強調したいのは、法律学方法論の分野での顕著な貢献である。

とくに、裁判官による法発見の方法として、解釈については、立法者意思説に近い主観説的な解釈の立場および根拠からの解釈（または目的論的解釈）を詳細に展開している点、法律の解釈と発展的法形成（欠缺補充・法律の訂正）との区別と限界づけに慎重な配慮をしている点、ま

7) Rückert, a.a.O., S. 287ff., S. 373ff., S. 419f.

た法制度全体についての生ける直観 (lebendige Anschauung) の意義を強調している点⁸⁾、などは、その後の方法論の展開に大きな刺激と影響を与えている。たしかに、かれの思想展開の最終段階で、概念法学という特殊な法実証主義が析出していたことは、否定しえないであろう。しかしともあれ、このようなサヴィニー、プフタの形式主義でさえ、(イ)計算可能性と法的安定性の確保につながった、(ロ)19世紀におけるドイツ市民社会の開花を可能にした、(ハ)古い権威国家に対抗して市民的自由の増大に寄与した、といったプラスの諸側面を見落としてはならない。総括的にいえば、サヴィニー思想の歴史的意義として、法実証主義の隆盛を迎える前に、法学の専門家の手によって哲学的角度から法教義学を学として基礎づけようと試みた点、そしてまさに自然法学から相対的に自立した仕方で近代私法学の礎を築くことに成功した点は、高く評価することができる。そしてこうした試みは同時に、自立した学問分野としての法律学方法論が法哲学内部から分化する分岐点に位する作業でもあったことを忘れてはならない。

第3節 プフタ

パンデクテン法学の概念形式主義を確立することにより、歴史法学を概念法学へと転回させたのは、サヴィニーの弟子でありかつ後継者であるプフタ (Georg Friedrich Puchta, 1798-1846) である。

プフタは、ヘーゲルの同一哲学を断固拒否する点や自由の概念規定といった点では、たしかに師サヴィニーの足跡を踏襲している。しかしプフタは、サヴィニーによって強調された有機的法律関係や法制度全体との生ける接触という要素を〔表面上の用語法はともかくとして〕実質的

8) Larenz, ML, 5. Aufl., 1983, S. 11ff. 石部雅亮「法律の解釈について — サヴィニーの解釈理論の理解のために — 」(原島重義編『近代私法学の形成と現代法理論』1988年) 57頁以下における手堅い分析は示唆に富む。

には放棄してしまったために、概念ピラミッドの意味における演繹論理的体系が、かれにおいて初めて厳密なかたちで可能になった（「概念の系譜学」）。プフタの特殊な体系的方法のなかには、合理主義的自然法（なかでも Chr. ヴォルフ）の演繹的方法からの影響がみられる。かれのパンデクテンの教科書（1833年）は、当時サヴィニーの『体系』が未公開であったためもあり、私法学の方法への影響という点ではサヴィニーを凌ぐといわれている。なるほどプフタの概念ピラミッドの頂点に位する最基本概念をみる限り、それは（とくにカントの自由概念からの濃厚な影響を受けた）法哲学や倫理学との接合を予定するものであることは明らかであるが、しかしかれにおける実定法上の法律学的下位概念については、形式主義の陰で法学から社会現実や社会倫理との関連性が脱落することになっている。19世紀の概念法学は以後の長い歴史を通じて批判され続けたが、その創始者はプフタである⁹⁾といわれてきたゆえんである。しかし、サヴィニーとイェーリングのいずれの思想家についても、捉え方の像が近年の研究の進展によって修正を迫られつつある現状では、その両者に挟まれた思想家プフタについても、さまざまな側面で伝統的な像を再検討しなければならない日がやがて来ることも考えられる。

第4節 後 史

1848年にロマニスティクとゲルマニスティクが分裂し、国民国家の統一立法がゲルマニステンにより要求されるに及んで、歴史法学は終焉を迎えた。それ以後のパンデクテン法学、法実証主義、そして法律学方法論の分野における概念法学、自由法学といった各潮流の展開は、見方によってはサヴィニーと歴史法学からの影響史であるといえよう。とくに自由法学、ナチ法学等々の展開のなかで後世の学者によりサヴィニー理論はいかに受け止められ・いかなる影響を及ぼしたか、どのように評価

9) Wieacker, PRG, S. 399ff. Larenz, ML, S. 19ff.

され歪められたか、またその原因はどこにあるか、という問題をより詳しく究明する作業は、興味あるテーマであるが、今後の課題である。サヴィニーは、あるときは概念法学の祖・反動の手先として、またあるときはナチ民族思想のイデオログとしてののしられるかと思えば、あるときは、古典派の大家・史上稀な法律家として、またあるときは市民法学の創始者として絶賛を博している。マイナスからプラスまでのこうしたアンビバレントな評価が混沌としているなかからサヴィニーの真正の姿を洗い出す作業は、きわめて難しい。サヴィニーに関する虚飾なき実像のあり様が前述のごとくもやに包まれているといわざるをえない段階では、後史を客観的に分析する作業にも大きな困難が伴わざるをえない。

第4章 パンデクテン法学 —— “概念法学” (前期概念法学)

プフタにおいて着手された法律学的形式主義への転回は、時とともにますます勢いをえて、19世紀後半のいわゆるパンデクテン法学において1つの極致に達する。ドイツ普通法学における抽象化と公理主義的体系への傾斜は、ここに完成をみることになる。パンデクテン法学では、時代精神である実証主義が、徐々に侵入しつつある様子が見てとれる。ドイツにおいて、学説法実証主義が国家主義的実証主義（とくに制定法実証主義）へと脱皮していく移行期にみられたきわめて特色ある潮流が、この節の主題として登場する。

第1節 基本特徴 —— イェーリング以外の学者

パンデクテン法学に属する学者としてよく名前が挙げられるのは、ブリントツ (A. Brinz)、ベッカー (E.I. Bekker)、レーゲルスベルガー (F. Regelsberger)、デルンブルク (H. Dernburg)、ヴィントシャイト (B. Windscheid) たちである。そのなかでとくに影響力が強かったのは、「普

「通法最後の体系家」といわれるヴィントシャイトである¹⁾。

1. 主張内容

かれらの主張は、細目に至るまで必ずしも完全に一致しているわけではないが、大まかな共通点を取り出してパンデクテン法学の理念型を描くことは不可能ではない。その特色は次のようなものである²⁾。

(1) 概念の抽象化と体系化 まず、ドイツ普通法学の通性として、概念の抽象化と体系化という傾向が挙げられる。つまり、古代ローマとは異なった近世以降の社会関係・経済関係にローマ法の法源を適用する場合には、元来の概念の基礎にあった社会的経済的關係から切り離された一般的概念と一般的命題を抽象化し、体系的に構成しておかざるをえないが、普通法学におけるこのようなローマ法概念の抽象化と体系化という傾向は、自然法学の影響を受けた歴史法学を経て形式論理重視の方向へとますます傾斜することになり、濃密にパンデクテン法学へと流れ込んでいる。

(2) 実定法主義 その上に、時代精神である実証主義からの影響が流れ込んでくる。つまり、法における形而上学的要素を排除する傾向〔実定法主義〕である。これは、①自然法・民族精神のような形而上的なものを完全に排斥するか、または少なくとも実定法最優先主義をとるということ、②しかもそこでの実定法としては、学説法〔ローマ法の規定が学説により変形され、抽象化を施されて新たな学説体系として構成されたもの〕が法としての中核に据えられるので、学問的実証主義（ヴィーアッカー）または本稿の表現では学説法実証主義とよばれるべき思想的

1) ローマ法のなかでのパンデクテンの意義、ローマ法の後期継受といわれる段階でドイツ・パンデクテン法学が果たした役割と功績、さらにパンデクテン法学が体现している前期概念法学と統一私法典成立後の後期概念法学の対比といった論点については、拙著『法理学概説』第9章第1節～第3節を参照。

2) E. Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts, 3. Aufl., 1967, S. 239ff., S. 258ff.; F. Wieacker, PRG, S. 430ff.; 山田 晟「ドイツ普通法理論」(『法哲学講座』第3巻、1963年) 185頁以下などを参照せよ。

特質が窺われる。ちなみに、この段階においては、次章第2節で述べる国家主義的実証主義は、まだストレートな形で表れてこない。

(3) 実定法秩序の無欠缺性の主張 とくに法学者たちによって構成された学説法の体系は、その論理的膨張力によって、考えうる一切の具体的ケースを裁決しようとの構想が唱えられる。個々の法については欠缺はありえても、法秩序全体としては、欠缺を認める余地はない、と説かれる場合が多い。これは、概念体系の包括的完全性(上述の(1))という側面とも関係するが、欠缺を通して自然法が再侵入することへの防波堤(上述の(2))という意義をも有している。

(4) 倒錯的方法 実定法秩序の無欠缺性のドグマの下では、個々の法における表面的欠缺については、これを創造的類推または類推的構成という方法でカバーしてでも、無欠缺性を担保しなければならなくなる。それこそまさに、後にヘックによって「倒錯的方法」(Inversionsmethode)と称された概念法学の方法の真骨頂をなすものである³⁾。それゆえ、無欠缺性の原理と概念法学の倒錯的方法とは、実は学説法実証主義の裏でうまく支え合う相連関する両側面であるということになる。

(5) 心理主義 そのほか、たとえば、ヴィントシャイトでは、時代の一般的雰囲気である心理主義が、前面に出てくる。それによって解釈における歴史的方法是、立法者の意思に照準をあてることになり、いわゆる主観説の立場がきわめて鮮明になる。この点は、のちに述べる。

2. 概念法学の構造

以上の前提から、(前期)「概念法学」の構造について、3つのポイントが明らかになる。(α) 概念法学の第1の特色は、生産的創造的な構成と

3) Ph. Heck, Das Problem der Rechtsgewinnung, 1912, S. 9f., S. 18ff.; ders., Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, 1914 [zit. Gesetzesauslegung], S. 71f. ヘックによると、①概念法学では、欠缺補充の場合に、概念形成における一般と特殊の関係が通常とは逆転している点と、②法の発展の形成が、必要性とか目的とかを考慮することなく、まったく純論理的な操作によってなされている点、の2点で倒錯を指摘することができる。

倒錯の方法を結合しているという意味での独特の「構成」(Konstruktion)である。学者による概念の構成が、単なる表現手段としての構成でも、説明のための構成でもなく、生産的創造的な構成・欠缺補充のための構成としてなされている⁴⁾。しかもその際に倒錯の方法が用いられる。すなわち、利益評価や目的を隠したままで、必然的な論理の作用力のようにみせかけて結論が導出され、規範が獲得される。これが概念法学の中心的ポイントである。(β)第2に、構成されてできあがった概念体系(学説法)の特色であるが、その生産的な概念体系の論理的膨張力によって、一切のケースを裁きうるとの要請が強調される(無欠缺性)。(γ)第3に、裁判官とこのシステムとの関係については、裁判官をこの概念体系に厳しく拘束せんとしている(学説法実証主義)。

本稿の見地からは、概念法学という用語は、狭義では、この(α)の方法のみを指し、より広義に用いる場合でも、この(α)を中核としつつその上に(β)から(γ)までのパンデクテン法学の前提ないし背景を含めることにとどめるのが妥当ではないかと思われる。尤も、この(α)のメルクマールは、概念「構成」についての一般論と欠缺・類推についての一定程度の方法論的知識を前提にしているため、その理解は、それほど単純ではない。我が国ではこれまで、法的概念構成や体系構成を用いているとか、概念構成・体系構成の重要な意義を強調しているとか、という徴標のみを捉えて概念法学という用語を規定することが多かったが、それによるといわゆる論理解釈・体系解釈というそれ自体妥当な方法を使用すればそれだけで既に概念法学的作業を営んでいるのだという否定的なレッテルを貼られることになり、これではあまりにも漠然とした用語法であるといわざるをえない。こうしたあいまいな概念規定は、混乱をもたらすばかりであり、少なくとも法思想史上の分析道具としては生産的ではない。

4) こうした問題については、青井秀夫「法における類型の問題への一試論(二)」(法学49巻5号、1985年)50頁参照。

3. 請求権の解明

なおヴァイントシャイトの功績として、かれは権利につき、実体法上の「請求権」という側面を浮き彫りにしてローマ法以来の長い伝統を有する訴権との癒着関係を克服し、実体法と訴訟法の癒着を最終的に切断した。かような発想が、BGBの基本骨格に大きな影響を与えた。かれは、権利の本質を「法秩序〔客観法〕から付与された意思力」であると捉える意思説を唱えたことでも、よく知られている。

第2節 社会的機能

パンデクテン法学または概念法学の果たしたプラスの社会的役割としては、第1に、裁判官を厳格に拘束することにより、裁判官の中立性を高め、多元社会のなかで裁判官が果たす調停機能を保障したことが挙げられる。第2に、ドイツ連邦の内部および初期ビスマルク帝国の内部でみられた各ラント（領邦）毎の地域的法分裂状況を克服するとともに、BGBの成立時点より一足先に、ドイツを法的に統一するための強靱な絆を専門法学の手で創出することに寄与した。第3に、パンデクテン法学の築いた抽象的私法が、旧来のドイツ法における身分制的要素（土地法、相続法、家族法）を無視または払拭したことから、産業革命の流れ（経済の拡大と合理化）が促進されることになった。

しかしマイナスの側面にも注意すべきである。パンデクテン法学によって承認された無制限の所有権と契約自由をはじめとして、自由主義的個人主義的原理および法適用における計算可能性の確保は、資本制社会の経済的政治的要求に即応していた。それによって、経済的強者による富の集中と困窮層の増加を招来し、社会的不均衡を増大させるうえで一定の役割を果たしたことも否定できない⁵⁾。

5) Wieacker, PRG, S. 439ff.

第3節 イェーリング

19世紀の法思想がイェーリング（Rudolf von Ihering, 1818-1892）を通過したとき、20世紀への転回が始まった。歴史法学・概念法学など19世紀の多様な潮流は、かれのなかで集約され完成への仕上げを施されたあと、概念法学から目的法学へのかれの転向を経て、20世紀における法学方法論の諸学派として流出していくことになる。またかれは、権利の基礎に利得の保護という側面があることを強調し、権利の本質についての意思説に対して、権利とは法的に〔客観法により〕保護された利益であるとする利益説を唱えたことでも、知られている。さらにかれの解釈学上の成果の中には、「契約締結上の過失」の学説や客観的違法性と有責性の区別など、現代においても色あせていないものが多い。

1. 継受史の分裂

ところが、イェーリングの後期思想の全体像をいかに位置づけるかは、容易な作業ではない。これまでの継受史のなかでその都度歪められてきており、何が実像なのか、はっきりしないからである。戦中戦後の比較的新しい把握についてみると、大まかには次の2つの見方に分裂している。(イ)イェーリングは、目的法学の陰でビスマルク国家を礼賛した権力リアリスト・国家主義者ないしは民族闘争を肯定する社会ダーウィン主義者であり、価値ニヒリストである。(ロ)イェーリングには、国家主義的要素が希薄であり、コスモポリタンの啓蒙主義の要素が多すぎる（E. ヴォルフやヴィーアッカーの第二次大戦中の見解）。このいずれの見方も肯定的評価という点では共通しているが、評価の内容自体は、真っ向から対立している。しかしそのいずれも、19世紀～20世紀の変わり目頃の古い見方をひきずっており、本質的に新しい見解ではない。つまり、(イ)は、今世紀初頭のカントローヴィッツを初めとする自由法学者の見解や、ランズベルク（E. Landsberg）の見方を基礎としており、また(ロ)は、世紀の変わり目頃に新ヘーゲル主義の学者（コーラー J. Kohler など）によ

って言い古されてきた論調と何ら変わるところがない。

2. 近年の研究動向

ところが、1968年のイェーリング生誕150年記念シンポジウム⁶⁾や
シェルスキー (H. Schelsky) の論文⁷⁾ がきっかけとなって、70年代に
入ると、研究状況は一変している。新研究は2つの方向に分かれてい
る。(α) 1つは、前期イェーリングによる数編の匿名論文の発見を突
破口として、これまでの2段階分割論 (前期の概念法学と後期の目的法
学を分割する見解) を克服し、統一像を創出せんとしている。ロザーノ
(M.G. Losano)、フィケンチャー (W. Fikentscher)、プライスター
(W. Pleister) の間の細かい論争は、この流れに属する⁸⁾。(β) もう1
つは、2段階論を肯定する立場に立って、後期イェーリングの継受像の
分裂を克服するとともに、これまでの否定的な継受像に対し再評価を要
求する。シェルスキーやベーレンツ (O. Behrends) の論文⁹⁾が、この傾
向に属する⁹⁾。

この(α)に属する実証研究の進捗によって、今後新たな知見がもた
らされることも不可能ではないかもしれない。しかし、現段階で諸説の
間に見解の一致がみられる匿名論文は、『文芸新聞』(1844年)誌上に登
場した「法律家の歴史学派」と題された1編の作品のみであり、それ以

6) F. Wieacker/C. Wollschläger (Hrsg.), Jherings Erbe, Göttinger Symposium zur 150. Wiederkehr des Geburtstags von R.v. Jhering, 1970.

7) H. Schelsky, Das Jhering Modell des sozialen Wandels durch Recht, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie III (1972), S. 47-86.

8) M.G. Losano, Bibliographie R.v. Jherings, in: Jherings Erbe, 1970, S. 252ff.; ders., Studien zu Jhering und Gerber, Teil 2, 1984; W. Fikentscher, Methoden, III, 1976, S. 103ff.; W. Pleister, Persönlichkeit, Wille und Freiheit im Werke Jherings, 1982; 大塚 滋「初期イェーリングの匿名論文について」(東海法学第4号、1989年)69頁以下。

9) O. Behrends, Rudolf von Jhering (1818-1892). Der Durchbruch zum Zweck des Rechts, in: F. Loos (Hrsg.), Rechtswissenschaft in Göttingen. Göttinger Juristen aus 250 Jahren, 1987, S. 229ff.

外は意見の対立が激しく、この動向からどの程度の成果が出てくるか、見きわめは難しい。以下においては、この1編の匿名論文のみを、イエーリングのものとする前提に立ち、それ以外の点では(α)の動向には若干距離をおいたうえで、筆者にとってよりバランスのとれた見解と思われる(β)の動向について簡単な紹介を試みよう。

3. 後期の目的思想の特色

ベーレンツの見解を要約すると、後期のイエーリングは、概念法学流の原理崇拜(Prinzipiengläubigkeit)から抜け出して、進化主義的目的論に到達した。しかし、たしかに実質的価値論の側面でのこのことがいえるとしても、後期イエーリングは、同時に実用法学上の形式主義を重視している(「形式は恣意の敵、自由の双生児!」)点で、歴史法学、とくにサヴィニーと同じリベラリズム(とはいっても、社会的価値により統制されたりベラリズムであるが)の視座から抜け出していないどころか、後期の作品で扱われた豊富なローマ法の研究内容を検討する限り、サヴィニーの歴史法学との連続性を保っている側面がきわめて多いことは、従来以上に強調すべきである¹⁰⁾。なるほど、イエーリングは、前期以来一貫してサヴィニーの「民族精神」論を厳しく拒否しているとはいえ、しかし実際には、「歴史」と「体系」(哲学)とを実用法学の方法へと統合する、というかれの基本意図に注目する限り、後期においてもサヴィニーにきわめて近接した地平に位置している(ただし、プフタからは大いに遠ざかる)ことを看過してはならない。またイエーリングが構想する個別国家は、第1には国際法の下にあるものであり、第2には個人主義などの法の発達段階に拘束されている進化主義からの制約を予定しており、さらに第3には国家を超えて地球全体にまたがる社会の生活条件の確保という目的に奉仕するものとして位置づけられている¹¹⁾。よって

10) Behrends, a. a. O., S. 266, Fn. 131, S. 268.

11) Jhering, Der Zweck im Recht, I (1884²), S. 89f. [国家に対する超国家的な世界社会などの優越性について], S. 323ff. [国際法などの権力的強制の限界について] u. S. 559ff. [国家の自己目的性の否定]

かれの思想の位相は、サヴィニーに近いとはいえ、国家中心主義からはきわめて遠く、むしろ新ヘーゲル主義の学者から浴びせられたコスモポリタニズム・啓蒙主義という批判の方が的確であった、ということになる。後期イエーリングがダーウィン進化論の影響を受けていることは疑うべくもないが、イエーリングの人文主義・実用主義・世俗主義の背景として、レッシングの啓蒙主義的進化神学からの強烈な影響も追加して考えなければならない、としている¹²⁾。

以上のようなバーレンツの考え方がもし許されるならば、後期のイエーリングにおける国家主義的法観（法を国家権力による強制と結合する見方）や自然主義的法実証主義（目的の因果的発生的把握）という従来の捉え方は、大幅な修正を迫られることになる。いずれにせよ、ロマニストとしてのかれの業績に関する体系的検討、イエーリングの精神史的背景に関するより慎重な検討、継受史の批判的分析、などをふまえた今後の研究の進展に期待したい。最近になってやっとその機運が熟しつつあることは、まことに喜ばしい。

第5章 法実証主義の隆盛と多様化 —— 狭い意味での法哲学の安楽死

19世紀後半は、法実証主義の時代であり、同時に法哲学の炎が消え去る期間である。この法実証主義につき、その醸成因、特徴、展開を概観してみよう。

第1節 醸成因

九
一

法実証主義へと推移した潮流の経過、その精神的前提と現実的背景は、

12) Behrends, a. a. O., S. 267.

いかなるものであったか。

1. 法思想の潮流

法思想の内部では、19世紀初頭からの推移として、次の2つの流れが目につく。1つは、歴史法学からパンデクテン法学へ、もう1つは、ヘーゲルからマルクスへ、という流れである。この両潮流の創始者は、思想的にも人間的にも、鋭く対立したが、しかしかれらの創始した学派が、19世紀中葉のほぼ同じ時期に内部分裂をきたして空中分解するという点では、皮肉にも共通の宿命を経験した〔歴史法学はロマニステンとゲルマニステンに分裂し、ヘーゲル学派も同じ頃にヘーゲル左派とヘーゲル右派に分裂している〕。そのあと創始者に代わって主導権を握った新しい継承者（プフタとマルクス）は、いずれの潮流においても、既の実証主義の流れの中に身を浸している。

一方のパンデクテン法学が、いかなる意味において実証主義的であったかは、既に述べた。他方のマルクスの場合は、一種の経済的＝自然主義的法把握を析出している点で、まぎれもなく法実証主義の1つの変種である¹⁾。これら2つの流れは、19世紀後半における法実証主義隆盛の下地を提供したといえよう。

2. 時代の一般的空気 —— 哲学体系の解体と残滓化

一般に19世紀は、科学と産業革命の世紀といわれているが、自然科学の実証主義は、他の分野にまで浸透し、一般哲学の分野でも、コントの実証主義哲学にみられるごとく、形而上学追放の気運が高まった²⁾。こうして、哲学からの諸科学（社会学、心理学、歴史学など）の独立という波は、もはや押しとどめることが不可能になった。同様の流れが、法哲学に及ぶと、法実証主義の成立を迎える。

1) H. Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 3. Aufl., 1976, S. 47ff. は、「経済的社会的法観」と称している。

2) Coing, a.a.O., S. 59.

3. 現実的背景

こうした推移に現実面でも対応していた諸変化として、次のようないくつかの要因を無視し得ない。すなわち、政治的国家的変化（国家統一への道）、経済的変化（資本主義と産業革命の一層の進展）、そして法制的変化（統一的諸法典の成立）。なかんずく、この最後のファクターは、法の分野の実証主義の成立にとって、きわめてラディカルな意義をもつものである³⁾。

第2節 法実証主義の特徴と分類

1. 基本特徴

一般的な実証主義とは、科学と形而上学とを鋭く区別しつつ、数学と論理学は別として、科学は認識対象を実証的経験的所与に限定すべきであるとし、経験を超えたものの探究を一切断念する態度を指す。一般的な実証主義が法・法学の分野に現れると、法実証主義となる。最も広義における法実証主義の理念型としては、つぎの3つのメルクマールを挙げることができる。それらはいずれも、峻別テーゼと、これにもとづく考察対象または論議領域の縮減を含むものである。①法の概念として、実定法と自然法を峻別し、後者は形而上学的仮説であるとして法学の対象から排斥する《実定法一元論》。②法の概念として、法（現にある法）と道徳（あるべき法）とを峻別する、または少なくとも法の効力に関する議論から道徳的評価を排除して道徳から独立した議論を立てることを提唱する《法と道徳の分離》。③最後に、①と②の結果、自然法やあるべき評価原理の探究は排除されるから、法価値や法理念の探究には意義が認められないということになる《法理念論の抹消》⁴⁾。

3) Coing, *Epochen der Rechtsgeschichte in Deutschland*, 1967, S. 106ff. (久保正幡・村上淳一訳『近代法への歩み』1969年、151頁以下)

4) 加藤新平『法思想史』新版1973年、99頁以下；Wieacker, *PRG*, S. 431ff. Vgl. W. Ott, *Rechtspositivismus*, 1976, S. 102ff.

こうした法実証主義から導かれる学問論上の帰結は、狭い意味での法哲学の死滅であり、法哲学の安楽死である。反面、法の概念論に専従する法理論は、自然法や道徳論といった法而上の諸要素から切り離され、実定法のみについて遂行される構造分析から着実な成果が期待できる分野として隆盛をみることになり、また法律学方法論も、裁判官の適用すべき法源が実証的なものに縮減されることから、法思考の分析を緻密に進める可能性がでてくる。一般哲学でみられたのと同じように、これらの内部学科が独立し、いまや広い意味での法哲学は、抜け殻と化すことになる。

2. 法実証主義の諸類型

法実証主義のより特殊なタイプをさらに理論的に分類する際には、つぎのようなさまざまな観点にもとづいて、より細かく理念型的な特色を浮かび上がらせることが可能である。①分野別の区分としては、法律学方法論上の法実証主義と法理論上のそれとの相違が、でてくる。②とくに法理論上の法実証主義については、実定法としていかなるものに視野を限定するかによって、国家主義的実証主義(etatistischer Positivismus : 権力または権威による制定、とくに国家機関による制定、というモメントを重視する考え方、制定法実証主義はその中の1変種である)、学説法実証主義、裁判官法実証主義、慣習法実証主義、生ける法を強調する具体的秩序思考の実証主義、などに分類することが可能である。法実証主義という表現は、最狭義では、そのうちの制定法実証主義を指すことが多い。③実定法について、いかなる成分に着目するかによる分類として、実在的経験的成分(権力・経済・心理など)に着目する实在主義的自然主義的実証主義と、規範論理的成分に着目する規範論理主義的実証主義という区別がでてくる。④政治的世界観的傾向による分類は、国家権力と市民社会の緊張関係のなかで法の位置をいかに捉えるかによって、相違を捉えることができる。社会国家的実証主義、法治国家的実証主義、権力国家的実証主義、革命の実証主義などが、そこから析出する。法

治国家的実証主義は、制定法実証主義と重なりあうことが多い。そのほか、⑤方法的にみて、法に関する考察方法の方法的混合を肯定する傾向（方法混淆主義）と方法の純粹性を強調する傾向（方法純粹主義）との区別など、さまざまな分類が可能である。これらは、理念型でしかないから、その夫々について、中間的な移行形態や混合形態がありうるし、実在上の思想と型との間の距離は、大なり小なりの程度差をもちうることは勿論である。

第3節 歴史上の展開と変容

1. 一般法学

以上は、理論上の類型構成でしかないが、実際の歴史上の展開としては、後期イェーリングの目的法学と論理重視の英米の分析法学（オースチンなど）の影響が、いわゆる「一般法学」(Allgemeine Rechtslehre)へと流れこんだことが注目に値する⁵⁾。この学派は、主として帰納的一般化という経験主義の方法を用いて法秩序の実在的または論理的構造をきわめて緻密な形で掘り下げたため、その理論的遺産の意義は大きい（実在的構造分析の例としては、法の妥当性論における承認論の代表的主張者として名高いビーアリング (E. R. Bierling) の業績、また論理構造の分析の例としては、メルケル (A. Merkel)、ショムロー (F. Somlo)、ケルゼンなど)。この学派には、国家主義的実証主義、とくに制定法実証主義のほか、実在主義的傾向、規範論理主義的傾向など、かなり多様な傾向が含まれているが、時代精神に適合していたため、いずれも大きな支配力を発揮した。とくに実務法曹に対する影響力は大きかったが、反面「法曹哲学」という嘲りのレッテルを貼られて揶揄されることもある。

5) A. Verdross, *Abendländische Rechtsphilosophie*, 2. Aufl., 1963, S. 176 ; A. Kaufmann/W. Hassemer, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, 5. Aufl., 1989, S. 82f. ; H.-L. Schreiber, a. a. O., S. 90ff., S. 105ff.

2. 純粹法学

一般法学の流れを引くケルゼンの純粹法学は、新カント学派における形式と素材の峻別理論を基礎としつつ、実証主義と相對主義を柱として法的思考の純粹形式を省察する理論を展開したが、かれの学説はきわめて広範な支持と持続的な命脈を保持している。

カントの批判哲学ならびに歴史法学によって、啓蒙期自然法論の權威は大いに失墜したが、この傾向を究極にまで推し詰め、二千年におよぶ自然法の歴史に最終的な死刑宣告を下したのは、ケルゼンであった。かれは、強制を定立する規範という視角によって法を道徳から峻別するのみならず、その法については、主観的法と客観的法の二元論のなかに自然法論の名残を見出して、法理論から権利のカテゴリーを一掃する客観的法一元論を唱えるに至り、近世啓蒙期の自然法にみられる権利中心主義に対抗する対極的な立場を析出させている。さらに法の妥当根拠を自然法や道徳的權威に遡源することなく、根本規範を起点とする法律学的妥当性論を展開するなど、法理論のすみずみに至るまで自然法的残滓を妥協なく追放することに力を注いでいる。またかれの方法二元論や価値相對主義は、法価値論における自然法論への防波堤であり、正義概念のイデオロギー的性格を鋭く糾弾したのもかれである。

第6章 法実証主義への反発と克服運動 —— 法哲学の復興

法実証主義は、法を概念を国家法または実定法に局限し、法理念の探究を拒否して、經驗的探究に自己を限定した。しかしこのような經驗的縮減による法哲学の圧殺に対しては、世紀の変わり目頃から、法概念論もしくは法律学方法論のみならず、さらにまた法理念論の領域でも、反発が起こって来た。法律学方法論の分野での概念構成法学に反対する自由法運動については、第2部第2章で述べることにするが、ここでは、自由法運動と相呼応し部分的にはそれと相重なりながら、法概念論と法

理念論の領域において繰り広げられた法哲学復興運動のうち、主だったものを取り上げる¹⁾。ここで述べる諸潮流の努力により、法概念を規定する方法は経験主義的縮減を超克してより豊富になり、また正法を導出する方法という点でも、さまざまなアプローチが開拓されるに至った。

第1節 新カント学派

ドイツにおいて先ず、反実証主義ののろしをあげたのは、一般法学の経験主義に対抗して先験主義の立場を標榜する新カント主義の法哲学である。この学派は、カントの批判主義をひきつぎ、対象構成の必然的制約条件となっているア・プリオリなもの²⁾の探究を重視する。そのなかのマルブルク学派(シュタムラー〈R. Stammler〉がその代表)では、ア・プリオリなものは、思考の内在的形式であるカテゴリーとされ、法もこうした法思考内在的なカテゴリーとして捉えられる。そして正法については、内容可変の自然法が提唱される。

これに対して、西南ドイツ学派(ラスク〈E. Lask〉とラートブルフ〈G. Radbruch〉など)の場合には、自然現象と文化現象を対比して捉える枠組のなかで文化現象の独自性を強調し、先験的なものを、価値・当為のなかに求めている。文化現象のなかに位置づけられる法は、法理念に関係づけられた現実であると捉えられ、価値関係的方法としての法学の位置づけを唱道する。存在と当為の方法二元論と、当為についての価値相対主義が、学派の特色をなしている。とくに戦前のラートブルフにおける正義概念の形式性という主張、相対主義にもとづく法理念のアンチノミーの関係の解明と3個の法観・国家観の彫琢は、現代正義論においてもしばしば取り上げられている。

新カント学派の法哲学は、実証主義に哲学的基礎を提供したため、他

1) 全体についての概観を与えるものとして、G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 6. Aufl., 1963, S. 116ff.; Kaufmann/Hassemer, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, 3. Aufl., 1981, S. 282f.

の陣営から時として『実証主義の補充理論』というレッテルを貼られて攻撃されることもある（とくにヴェルツェルからの批判）。

第2節 新ヘーゲル学派とその他の潮流

1. 新ヘーゲル主義

客観的観念論の立場に立って、法理念は現実のなかにあって内在的に働いているファクターであるとみるのは、新ヘーゲル主義である。ここでは、法を理性やイデーの自己実現として捉える視角が中心を占める。法理念は、現実のなかにあって展開し現実形態と意味を与える、とされる。正法についても、弁証法的な基礎づけが重視される。その代表は、ビンダー (J. Binder)、シェーンフェルト (W. Schönfeld)、ラーレンツ (K. Larenz) など。

2. 現象学派

カント学派における主観的構成主義（認識主観が対象を構成するという立場）に反対して、ア・プリアーリを対象に内在する実質的本質構造として捉える見方への転回を強調するのは、現象学派である。ここでは、現象学的本質直観によって、実質的ア・プリアーリを捉えることが任務とされる。自然法や正法は拒否されるものの、ア・プリアーリな本質法則があり、本質法則は実定法に先立って前もって存在している、これは、本質直観の方法で捉えられる、という視座に立っている。主張者は、ライナツハ (A. Reinach)、ゲルハルト・フッサール (Gerhart Husserl)、ヴェルツェル (H. Welzel) である²⁾。

3. 再生自然法

シャルモンの『自然法のルネッサンス』(1910年) やシュタムラーの

2) Larenz, ML, 5. Aufl., 1983, S. 108ff.

「内容可変の自然法」という主張は、神学的前提に立った自然法再生の動きを刺激した。この動向は、基本的には、存在を神の創造秩序とみなしたうえで、そうした存在のなかに与えられている性状によって当為の構造を基礎づけようと試み、とくに、神の似姿である人間の本性が、国家権力の限界を画す機能を果たしようと考えている場合が多い³⁾。

そのなかには、新トマス主義（メスナー〈J. Messner〉、カートライン〈V. Cathrein〉、ロンメン〈H. Rommen〉、フェアドロス〈A. Verdross〉）の流れと、新プロテスタンティズム（ブルンナー〈E. Brunner〉、フォルシュトホッフ〈E. Forsthoff〉など）の流れが併存している。

実存主義の法哲学への本格的な導入は、戦後になってからである。

第7章 ナチズムと法哲学

以上のような法哲学復興の多様な流れのなかで、ドイツの法哲学は突如として、悲劇的な病理現象にのめりこむことになった。これは、ドイツ法哲学の体質と限界を解明するうえで、きわめて貴重なひとこまであるが、師弟・同僚関係への配慮などの理由から、遺憾ながらこれまで十分に研究されているとはいえない領域である。

第1節 主張者

ここでは、ナチ時代に活躍した学者のなかから、体制順応派の中核的メンバーともいうべき、親ナチ的な法哲学者を取り上げて、主張の大まかな共通項を析出してみたい。法哲学者としては、ビンダー（J. Binder）、エーリク・ヴォルフ（Erik Wolf）、ニコライ（H. Nicolai）、ディーツェ（H.-H. Dietze）の名がよく知られている。その他に、公法の分野では、カー

3) Welzel, a. a. O., S. 219ff. ; Verdross, a. a. O., S. 206ff.

ル・シュミット (Carl Schmitt)、フォルシュトホッフ (E. Forsthoff)、ケルロイター (O. Koellreutter)、マウンツ (Th. Maunz)、刑法学者としては、ダーム (G. Dahm)、シャフシュタイン (F. Schaffstein)、ザウアー (W. Sauer)、私法の分野では、ラーレンツ (K. Larenz) などが、法哲学的にみて重要な発言をしている。その内の多くの学者は、新ヘーゲル主義の陣営に属している。ただ時局の推移とともに、党中央のイデオログと講壇法哲学者との間に摩擦が生じることも少なくなかった。

かれら法哲学者が直面した課題は、ワイマール共和国との断絶の後に出現した新体制・新制度を正統づける新しい指導理念を確立し、そしてナチ党の画策した動乱や多くの緊急の政治的措置を事後的に正当化することであった。

第2節 ナチズムの法哲学・国家哲学

1. 法理念と指導理念

法理念および政治イデオロギーとしては、反自由主義、反民主主義など否定面のスローガンが目立っている。積極面の指導理念では、民族理念、人種理論、指導者原理、全体（反分離）思考が、挙げられる。

2. 国家観の特色

ナチズムによる国家把握の特色は、権威国家・全体国家（法治国家、自由国家ではない）を説く点である。権力分立原理は、自由主義の産物以外の何物でもないとして、否定される。総統は行政・立法・司法の三権の長を兼ね備える、という趣旨の指導者国家が礼讃される。

3. 法観の特色

(1) 法実証主義か否か 最も重要な問題は、ナチの法思考が実証主義であるか否かである。3つの論点がある。第1は、実定法一元論を主張しているかどうかであるが、ナチ法哲学の多くは、自然法（人種の自然

法、ディーツェ¹⁾)を主張するので、この点是否定的に考えざるをえない。第2に、法と道徳との関係如何であるが、ナチ法哲学は、市民的倫理のナチ法への同化を図るとともに、法と倫理の双方を、民族的共同体〔具体的秩序〕のなかにフィートバックさせようとしており、法と道徳との融合関係を強調している²⁾。第3に、法理念の探究への姿勢であるが、上述のごとく新体制の正統化のために、積極的に指導的法理念を鼓吹している。これら3つの点を考え合わせると、ナチ法哲学は、決して法実証主義であるとはみなしえない³⁾。かえって、実証主義は、自由主義の産物または精神的な外国かぶれとして、ナチ法哲学から非難される(たとえばラーレンツ)⁴⁾。

(2) 具体的秩序思考 ナチ法哲学の基本的法把握としては、規範主義・決断主義に対して、具体的秩序思考を強調する(具体的秩序のなかでは、法と道徳とは未分化であると捉えられる)。因みに、この具体的秩序思考は、内容的にみて自由法学の「生ける法」の主張にきわめて近い。それゆえ、自由法学は、前述の法哲学復興諸運動に対して方法的背骨を提供するのみならず、ナチの基本的法観のなかにまで流入したことを看過することは許されない。

(3) 客観法が中心 主観的権利あるいは客観的法のいずれに重点をおいているか。ナチ法哲学は、基本権への重大な干渉を肯定し、私的所有権の廃棄を宣言する。要するに主観的権利は、自由主義の遺産または個人主義の産物として否認され、それにかわって民族共同体の統合的一員たる地位に付随する義務に力点がおかれることになる。権利能力・権利主体性も、万人に平等に認められるものではない。ユダヤ人、異人種、ジプシーからは、権利能力を剥奪することを肯定している。以上から、

1) H.-H. Dietze, *Naturrecht in der Gegenwart*, 1936, S. 184ff.

2) E. Fraenkel, *Der Doppelstaat*, 1984 (1941¹⁾), S. 140.

3) A. Kaufmann, *Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus*, ARSP B.h.18 (1983), S. 14.

4) K. Larenz, *Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie*, 1934, S. 34.

圧倒的に、客観的法を中心とする法観である⁵⁾。主観的法の抹消というこの側面のみに限定してみれば、ユダヤ人学者ケルゼンが唱える法理論上の主張とナチの法観との間に皮肉な表面的平行性がみられることに、注意する必要があるろう。

(4) 国家と市民社会の緊張関係の解消 国家と市民社会との緊張関係は存立しうるか。完全な統制経済と私生活への大胆な介入を肯定する法哲学では、市民社会のなかでの「法なき空間」が国家の政治支配から自由な領域として存立することは、理論上認められなかった⁶⁾。

(5) ユダヤ人の迫害 強制収容所とユダヤ人の迫害についても、法哲学は、悲しむべき寄与を果たした。敵味方思考(C. シュミット)、「ユダヤ人の無害化」(フォルシュトホッフ)、「外国かぶれに対抗する民族の正当防衛処置」(ケルロイター、ザウアー)といった発想によって、法哲学も大なり小なり、これを正当化している⁷⁾。

(6) 抵抗権 抵抗(権)については、「抵抗権の第1の番人であるはずの法哲学者の仲間うちでも、正に抵抗はほとんどなかった。」⁸⁾といわれている。

(7) 法哲学が果たした機能 当時の法哲学が、強制収容所の設置であれ、ユダヤ人の殺戮であれ、一切の出来事を全面的に正統化するための強力な装置として機能したことは、疑いない⁹⁾。しかし、その総括は、

5) Kaufmann, a.a.O., S. 6f. なおナチ時代における権利の位置づけおよび権利に関する論争状況については、P. Thoss, Das subjektive Recht in der gliedschaftlichen Bindung, 1968, S. 37ff., S. 95ff., S. 129ff. が詳しい。

6) H. Buchner, Das Wirtschaftsrecht im Nationalsozialismus, ARSP B.h.18 (1983), S. 92ff.; T. Ramm, Familien- und Jugendrecht im Nationalsozialismus, ARSP B.h.18 (1983), S. 75ff.

7) Kaufmann, a.a.O., S. 11f.

8) Kaufmann, a.a.O., S. 5.

9) H. Rottleitner, Substantieller Dezisionismus - Zur Funktion der Rechtsphilosophie im Nationalsozialismus, ARSP B.h.18 (1983), S. 27ff.; ders., Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie im Nationalsozialismus, in: R. Dreier/W. Sellert (Hrsg.), Recht und Justiz im »Dritten Reich«, 1989, S. 301ff.

今後の課題として残されている。実証にもとづく真摯な再検討が望まれる¹⁰⁾。

第8章 ラートブルフのテーゼと自然法のルネッサンス

西ドイツの法哲学は、戦後の再出発にあたって、ナチ時代の遺産を総決算する課題と取り組むことになる。しかしそこでの方向づけは、冷厳な事実の直視によって立つ根本的な自己反省であったかどうか、さまざまな問題を孕んでいる。

第1節 自然法のルネッサンス

戦後ラートブルフは、ナチ時代の経験を踏まえて転向を表明し、時を同じくして、自然法のルネッサンス現象が、華々しく燃えさかった（コーイング〈H. Coing〉、ヴェルツェル〈H. Welzel〉、ミッターイス〈H. Mitteis〉など）。なかでもコーイングは、シェーラー、N. ハルトマンの『実質倫理学』に依拠して価値相対主義を克服しようと試みた。しかしこのルネッサンス潮流のなかで呼び出されたものは、「観念論的、人道主義的、かつ部分的にはキリスト教的観念からなる奇妙な混合体であった」と批判される¹¹⁾ことがある。ともかく、この本流の勢いは、戦後数年間の高揚ののち、退潮をみることになるが、それですっかり立ち消えということではない。というのも、暫くして、この本流にあおられたか

10) ナチ法哲学のあり方を真摯に検討するには、第三帝国における法現実と照らし合わせながら法哲学の果たした役割を考察することが必要である。とりわけ重要な課題として、ナチ司法の実態をどう捉えるかという論点が同時に浮かび上がってくる。こうした論点については、拙著『法理学概説』第12章第4節276頁以下参照。

1) Kaufmann, Zur rechtsphilosophischen Situation der Gegenwart, JZ 18 (1963), S. 1394.

のごとく、今世紀初頭以来の法哲学復興のさまざまな動きが、ナチ時代の潜伏期から目を覚まし、この本流に呼応する傍流として、以後かなりの期間にわたって本流の使命を引き継いでいる（マイホーファー〈W. Maihofer〉、フェヒナー〈E. Fechner〉、A. カウフマン、ヴィーアッカーなど）。自然法のルネッサンス現象を広義に解するときには、この傍流をもすべて含んだきわめて幅広い流れとみなすことになる。この傍流に至ると、N. ハルトマンやネオトミズム、実存主義（ハイデッガー、ヤスパース）、歴史性の強調、といった多様な存在論的方法にまで、正法を基礎づける方法の把握が拡張されていく。それとともにこの動向にはかなりの多様化がみられ、『自然法』という紋切り型のレットテルで共通項にくくることは、きわめて困難となった。

第2節 ラートブルフのテーゼ

こうした自然法ルネッサンスの直接のきっかけをつくったラートブルフのテーゼは、あまりにも有名である。すなわちかれのテーゼを分析すると、①ナチ第三帝国のユリストの態度についての事実説明の要素と、②第三帝国崩壊後の新しい出発への要請（人権と市民権を中核とした自然法の復権）、に分かれる。その①の説明は、法律は法律だ（Gesetz ist Gesetz）という原則、しかもこの原則は無制限である、この2つの主張によって、制定法実証主義は、ドイツにおけるユリスト階層を犯罪的内容の制定法に対してまで無防備（wehrlos）にした、というものである²⁾。このテーゼは、ヴェルツェル³⁾にせよ、A. カウフマン⁴⁾にせよ、当時の支配的法哲学者に浸透し、我が国の法哲学者によるドイツ法思想の紹介

2) Radbruch, Fünf Minuten Rechtsphilosophie, 1945, in : ders., Rechtsphilosophie, 6. Aufl., 1963, S. 335f. ; ders., Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, 1946, in : ders., a.a.O., S. 347, S. 354f.

3) Welzel, Naturrecht und Rechtspositivismus, Festschrift für H. Niedermeyer, 1953, S. 323.

4) Kaufmann, Naturrecht und Geschichtlichkeit, 1956, S. 8.

も、ほぼ例外なくこの線で書かれている。

第3節 ラートブルフ・テーゼの検討

1. 近年の研究動向

しかしこうしたテーゼの当否を改めて問い直すという気運が、戦後の世代を中心として目立っている。ことに、ローゼンバウム (W. Rosenbaum)、最近ではワルター (M. Walther) の労作が、この傾向に属する⁵⁾。かれらは、史実の着実な分析をふまえて、ナチ第三帝国においてのみならず、ワイマール期においても、多数派の法曹にはラートブルフの主張するような制定法への厳格な拘束性という態度がみられないことを論証している。たしかに、ナチ法実務の責任を制定法実証主義とは元来異質である「権力国家的実証主義」に帰するならばともかく、そうではなくて制定法実証主義を断罪の矢面に立たせるのは筋違いであると考えられるので、かれらの迫真力に富んだ指摘は傾聴に値する⁶⁾。

2. 誤った責任転嫁の結果と機能

かれらの批判的見地によると、戦後における自然法のルネッサンスがラートブルフ・テーゼに立脚している限り、自然法ルネッサンスが提示した問題解決の方向設定を、額面どおりに受けとることはできないということになる。結局、ラートブルフによる誤ったテーゼが果たした機能は、ナチの思考様式と戦後における自然法ルネッサンスの支配的思考様式との間の連続性を隠蔽する、という点にある。その結果、ワイマール期における文化遺産の復活が困難となり、戦後法理論の発展は約20年遅

5) B. Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung*, 1968 の影響を受けた W. Rosenbaum, *Naturrecht und positives Recht*, 1972, S. 143ff. ; M. Walther, *Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen im "Dritten Reich" wehrlos gemacht?* in : Dreier/Sellert, a.a.O., S. 323ff. のほか、E. Franssen, *Positivismus als juristische Strategie*, JZ 24 (1969), S. 766ff. 参照。

6) とくに、Walther, a.a.O., S. 341ff.

れることになった⁷⁾。このルネサンス現象からの長期的影響として、方法論の次元では法律学的ヘルメノイティクにその残照を見出すことができるが、その限りにおいて、ここにおける指摘は現代的意義を有しているといえよう⁸⁾。

第9章 その後の流れ

自然法のルネサンス現象が下火となる1960年頃から現在までの流れを、大まかに辿っておく¹⁾。1970年代中頃を境にして、法哲学の主要潮流に統合再編の動きがみられるので、以下それぞれの時期に分けて概観を試みる。

1. 1960年代初めから1970年代中頃まで

この時期には、一般哲学または社会哲学の領域で、つぎのような5大潮流が対峙し、大規模な世界観衝突の様相がみられる——①分析哲学(ヴィットゲンシュタイン、ポパー、アルバート)、②ヘルメノイティク(ガダマー)、③批判理論(アドルノ、ハーバーマスをはじめとするフランクフルト学派)、④ルーマンのシステム理論(パーソンズの影響を受けて60年代の終わり頃から登場)、⑤制度理論(アリストテレス主義にヘー

7) Walther, a. a. O., S. 351ff.

8) ラートブルフ・テーゼの再検討や自然法ルネサンスの功罪といったテーマについては、拙著『法理学概説』の290頁以下、299頁以下においてより詳しく論じている。

1) 本節での概観はR. Dreier, Hauptströmungen gegenwärtiger Rechtsphilosophie in Deutschland, ARSP 81 (1995), S. 161ff. ; A. Kaufmann, Rechtsphilosophie der Nach-Neuzeit. Abschiedsvorlesung, 1992²⁾ ; ders., Rechtsphilosophie, 1997, S. 264ff. ; R. Alexy/R. Dreier/U. Neumann (Hrsg.), Rechts- und Sozialphilosophie in Deutschland heute. Versuch einer Standortbestimmung, ARSP Bh 44 (1991)などを参照しているが、とりわけドライヤー論文に多くを負っている。

ゲル解釈を加味したJ. リッターの他、ゲーレン・シェルスキーのタイプも含まれる)。それらの潮流の間で、絶え間なく激しい原則論議が闘わされ、なかでも社会学会の論壇を中心として巻き起こった60年代の実証主義論争ならびにヘルメノイティク論争は反響が大きく、ルーマン登場以後は、ルーマン・ハーバーマスの間で論争が激しさを増していく²⁾。いずれの論争をみても、批判理論、とりわけハーバーマスの存在が台風の目になっている——たとえば「実証主義論争」では、分析哲学と批判理論の間、「ヘルメノイティク論争」では、ヘルメノイティクと批判理論の間、「ルーマン・ハーバーマス論争」では、システム理論と批判理論の間の対立が、論争全体の基軸を形成している。それぞれの潮流は、これらの論争を契機として、他の潮流から刺激を多分に吸収するに至っており、このことがつぎの時期における再編への地ならしの役割を果たしている。こうした学派の争いを支えている世界観的情熱も、学生運動の退潮とともに、次第に冷めていった。

法哲学の領域でも、それぞれの潮流の影響を色濃く反映した理論（たとえば法律学的ヘルメノイティクなど）が現れている。この時期の法哲学理論は、大まかには5大潮流のどれかまたはその近くにグループ分けすることが可能であり、もともと法哲学以外の領域に端を発した、上述の潮流間の論争は、法哲学の世界にも縮図となって映し出されている³⁾。日本の法哲学でも、こうした動向は部分的に紹介されている。

2) 各論争のアウトラインについては、T.W. Adorno u.a., *Der Positivismusstreit in der deutschen Soziologie*, 1970²; Habermas u.a. (Hrsg.), *Hermeneutik und Ideologiekritik*, 1971; Habermas u.a. (Hrsg.), *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie*, 1971などを参照。

3) 各潮流に対応する法哲学者として、分析哲学では、A. アドマイト、E.v. サヴィニー、P. シュベルトナー、ヘルメノイティクでは、J. エッサー、J. ルシュカ、A. カウフマン、批判理論では、D. ボューラー、システム理論では、C. カナリス、制度理論の流れでは、R. マルチッチ、A. フェアドロスたちの名をあげることができる。

2. 1970年代中頃以降

この時期には、グローバル化と学際化の同時進行につれて、先の5大潮流が対立する構図は3大潮流へと変貌を遂げていく。そこでは、国境、学問領域、思想傾向など、思想の壁を支えていた、既存のあらゆる境界が通用しなくなり、境界の見直しと領域再編が活発に行われている。

(1) 一般哲学と社会哲学　まずグローバル化の動きであるが、戦後に始まった英米の思想圏と大陸のそれとの国際交流は、社会哲学・倫理学・言語哲学などあらゆる分野でますます活発になっている。たとえば、アメリカのロールズの正義論やリバタリアニズム（自由至上主義）のみならず、コミュニタリアニズム（共同体主義）の理論、さらには法と経済学の動向にいたるまで、ドイツに紹介され議論を巻き起こしているかと思うと、他面では、ヘルメノイティクスの理論、ハーバーマス、ルーマン、アレクシーなどの学説が英米の思想界に導入され影響力を發揮しているといった傾向が目立つようになる⁴⁾。

4) こうした思想交流のグローバル化の背景として、現実世界から法哲学につきつけられる挑戦自体がつぎのようにグローバル化していることに注目する必要がある。すなわち (1) 1970年代中頃から80年代の末頃にかけては、科学技術の急速な進歩のもたらした弊害の顕在化として、いわゆる南北問題（先進工業国と発展途上国の間の不均等発展、人口の爆発的増大と豊かさの遍在に伴う食料危機など）およびエコロジー問題（エネルギー資源の枯渇と公害による環境破壊の深刻化）が、法哲学に厳しい挑戦をつきつけている。これらの両問題は、法哲学の正義論、経済の倫理、環境倫理などの領域で既存理論の再検討を促しており、いたるところで伝統的価値にもとづく従来の理論枠組が問い直されている。これは、いわゆる実践哲学の復権の動きにつながっていく。(2) 1990年代以降は、そうした問題の上に、さらに多次元的な挑戦が追加されている。東西問題の顕在化（社会主義体制の崩壊と欧州共同体の再編）は国家と法のつながりの再定義やマルクス主義の問い直しを求め、文明の衝突に象徴されるような民族対立の一層の激化も、西欧中心の伝統的理論の普遍化可能性の再検討や正義と国境の関係の問い直しを迫っている。医療技術の飛躍的進歩に伴う新たな生命倫理と法の架橋、情報技術の発達に伴う情報化社会における法と倫理のあり方の検討、最近ではとりわけ地球環境とエネルギー供給の調和という課題など、次々と困難な問題が提起されており、法哲学の当面する課題は重くなる一方である。

つぎに学際化の動きであるが、専門哲学者が、正義論など、応用倫理学の問題に熱心に取り組み、実践哲学や倫理学に傾斜する一方で、法哲学も社会学や社会哲学に接近したり、各分野で基調においてはカントやヘーゲルなどの古典に回帰する傾向がみられるなど、いたる所で学問領域間を閉ざしていた既存の壁が低くなり、領域再編——とくに社会哲学への併合——に向けて動き出している。

一般哲学や社会哲学の領域では、そうしたグローバル化と学際化の流れに揉まれ、上記の5大潮流は、討議理論（ハーバーマス）、システム機能主義（ルーマン）、新アリストテレス主義（R. シュペーマンやA. バルツツイなど）、という3つの大きな潮流に再編統合されていく。とりわけハーバーマスの討議理論は、批判的理論の基礎のうえに、分析哲学やヘルメノイティク、さらにはシステム理論の要素までも取り込み、それらを討議理論のマクロ理論へと発展させている。またルーマンのシステム理論も、オートポイエーシス（Autopoiesis 自己生産性）理論へのパラダイム・チェンジを経て独自のシステム理論を開拓している。さらに新アリストテレス主義は、ヘーゲル哲学の要素を取り込みつつ、かつての制度理論の装いを新たにしている（そこには新トマス主義やカトリシズムの影響も色濃く滲み出している）。もちろん、それ以外にも、いくつかの傍流（功利主義、現象学派など）を挙げることができるが、理論統合のスケールの大きさからいって、以上3つを、現代ドイツでの3大主要潮流とみなしうるであろう。

(2) 法哲学への影響　　そういう潮流変化は、法哲学の領域にも影響を与えている⁵⁾。たとえば、正義論の状況を形式的に眺める場合に、手続的な理論が有力であるが、なかでも(イ)討議モデル（ハーバーマスやアレクシー）、(ロ)機能主義モデル（ルーマン）、(ハ)契約モデル（ロールズ）、とい

5) 法哲学ではたとえば、討議理論では、アレクシーやK. ギュンター、システム機能主義としては、ルーマンの他にG. トイブナーやW. クラーヴィエツたちの名をあげることができ、新アリストテレス主義のバルツツイは法哲学者でもある。

った異質なモデルが時代の思想状況を反映する形で対峙している⁶⁾。しかしこうした手続理論の他に、決定理論、収斂理論といった別のアプローチも、決して淘汰されたわけではない⁷⁾。これらの多元的な正義論はいずれも、かなり高い程度の普遍性を要求しているが、大陸法思想、英米法思想、東洋法思想、イスラム法思想といった各法文化圏に固有の準拠枠組の相対性まで乗り越えることができるかという検討課題がつきつけられている。さらに、各正義論は、形式法（自由国家）、実質法（社会国家）の段階を経たうえでの（手続法または再帰法の段階といわれる）現代特有の法の発展段階における法の構造を正しく把握しているか、しかもそこで正義問題を適切に定式化しているか、という困難な問いかけにも直面している。

法哲学の世界でも、グローバル化や学際化のあおりで、潮流変化のテンポが速くなり、この先どこへいくのかの見極めはますます難しくなっ

6) 正義論を内容的な政治的傾向という角度からみると、ドイツでも他国でも、つぎの3つに分裂している——(1)リバタリアニズム（自由至上主義）、(2)社会国家主義、(3)コミュニタリアニズム（共同体主義）（これらの区別は理念型でしかない）。リバタリアニズムと社会国家主義はいずれも、民主主義的法治国家を標榜する点では、軌を一にしている（ただし極端な急進的主張者は別である）。しかし、機会均等や社会保障の問題になると、国家に市場経済や教育システムに介入する権限や義務を認める社会国家性をどの程度肯定するかに関して、リバタリアニズムは消極的態度、社会国家思想は積極的態度をとり、容易に一致をみない。コミュニタリアニズムは、共通感覚という徳を強調し、正義の原理を「良き生」という共同体特有の文化理念のコンテクストに引き入れて根拠づけようとする。その傾向としては、保守的な文明批判論の上に、進歩派的な資本主義批判を加味しつつ、現代工業社会における個人の自己疎外などの問題状況を鋭くつき、共同体帰属性の意義を強調している。ドイツのコミュニタリアニズムはとくに新アリストテレス＝ヘーゲル主義に保証人を見出すことになる。日本の法哲学では、正義の形式的な議論よりは、こうした内容的な議論の方に圧倒的に大きな比重をおいて（しかも英米の議論に偏った形で）紹介がなされている。

7) 収斂理論、決定理論、手続理論の各モデルについての概観としては、A. Kaufmann/W. Hassemer (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 1989⁵, S. 131ff., 438ff. ; H.-J. Koch/H. Rübmann, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 348ff. など参照。

てきている。上述のスケールの大きな統合的理論のいずれかの傘の下に身を寄せて正義論を追究する場合も、もともとそうした統合的な理論自体のかかえている、基本的な立脚点の問題性、理論構造の不透明性、応用的帰結の不鮮明といった諸欠陥が正義論に大きく影を落とすことになる⁸⁾。現代的状況の下での正義論の行き詰まりの1因は、1960年代から1970年代中頃の大論争の決着がいずれもきわめて中途半端であったということのなかに見出されないだろうか。そのもとをさらに探っていくと、前章で述べたような、大戦直後の一面的な総括からくる後遺症を未だ完全に克服したわけではないという源泉に遡っていく。理論状況の閉塞を打破しようとする、過去の法思想の流れと反省点をもう一度冷静に振り返り、今どこにいるのかという現在位置を見定める作業からやり直す必要があるといえよう。

8) 討議理論における楽観的な合理性把握にまつわるさまざまな難点、たとえば、そもそも法の世界以外のところで開拓された体系的な哲学理論をベースとし、そこから実生活に直結する法分野での応用問題に関する解決方法をストレートに導出する行き方に無理はないか(とくにハーバーマスや新アリストテレス主義の場合)、ルーマンによるオートポイエシス理論の導入は妥当かつ生産的であるかなど、統合的理論と法哲学の連結線に沿って、多くの問題が残されている。

第2部 法律学方法論

第1部の第4章と第5章においてみられたように、19世紀後半における統一国家の実現ならびにその国家秩序の根幹的部分である成文法典の成立は、形式的合法的に成立した国家法である Gesetz（制定法）と裁判官との関係という、それまでの方法論的考察とは次元の異なった新たな問題を出現させた。そのことが契機となって、この Gesetz（制定法）への裁判官の拘束性の意味と限界はどのようなものであるかという問題についてのきわめて精緻な論争が生じることとなった。この第2部では、裁判官の法律学的思考を視座の中樞に据えて、かような論争の展開をフォローする。裁判官には、一方では自由主義的法治国家の理念にもとづき制定法を忠実に維持するという要請と、他方では社会の発展や時代の要求への即応を強調する実質的正義の理念にもとづいて法を開放的に改新するという要請、という相矛盾した課題がのしかかってくるが、そこでの中心的論点は、それぞれの学派が、裁判官の法発見・法適用の方法または基礎づけ過程に焦点をあててこうした拘束性パラドックスをどのように止揚せんとしているか、ということである。

論述に先立って、2つのことに注意を喚起しておきたい。1つは、ここでの叙述は、学派の論理構造の発展過程をできるだけ明瞭に把握したいという認識目的によって制約された、いくつかの学派についての理念型の構成にすぎないという点である。子細にみると、個々の主張者における主張内容は、かなりばらばらであり、主張の力点についても、時期により変遷がみられるのが通常であるが、ここではそういう事情にまでは立ち入れない。もう1つの点として、この分野での「実証主義」という用語法は、明らかにインフレーションを起しており、概念の明確な内容を確定することがほとんどできない説得定義に墮していることが多い。それゆえ、以下において学派の変遷を描写するにあたって、この用語にすっきりとした意味内容を与えることができない場合には、この表現をできるだけ用いないよう配慮した。

第1章 概念法学（後期概念法学）

20世紀初頭に、自由法学や利益法学が登場する背景には、以下に述べるような概念法学（Begriffsjurisprudenz）（より正確には概念法学的制定法実証主義 begriffsjuristischer Gesetzespositivismus）の成立という問題状況があった。20世紀における法律学方法論の展開過程を規定した後期概念法学の理論構造をまず最初に確定しておくことは、以下の論述の不可欠の前提である。この概念法学という用語は、現代の法律学の世界では、あまりにも多義的に用いられており、その意味内容は、きわめて不透明になりつつある。この学派の理論構造を確定しておく作業は、この用語が元来の出発点において伴っていた中核的な意味成分に注意を喚起することにつながっていく。以下で考察するのは、BGBが成立した以後の後期概念法学である。第4章で概観した、学説体系に依拠した前期概念法学とは相違点もたしかにあるが、共通点が多いことに留意する必要がある。

第1節 主張者と理論構造

後期概念法学の基本骨格は、(a)概念「構成」の手法に特徴的にみられる、ある特殊な方法的態度と、(b)その背後に存する原理的側面（法理論的側面）としての制定法実証主義との、2つの側面から成る複合体である。この(a)と(b)の両面は、相関連してはいるが、一応相対的には区別することが可能である。

(a)の側面は、典型的には、パンデクテン法学のプフタや前期イェーリングによって展開されたものであり、かれらにおいては単に概念や体系の過大評価・形式論理の偏重がみられるというにとどまらず、構成を「創造的」構成として、「倒錯的な」特殊なやり方で使っていた経緯についてはすでに述べた（第1部第4章第1節1.と2.）ので、繰り返す必要はあるまい。

(b)の代表的主張者は、ヴァントシャイトおよび同じ趣旨をより徹底し

た形で展開したベルクボーム (K. Bergbohm) である¹⁾。19世紀末葉の制定法典の成立、とくに1896年に公布されたBGBの成立は、それまでのパンデクテン法学における単なる学説法実証主義が制定法実証主義へと変成する結果をもたらした。つまり、法学者が学説上構成した概念体系へと裁判官を厳格に拘束すべしとする主張にとって代わって、三権分立のたてまえの下で形式的合法的に成立した国家的制定法への裁判官の厳格な拘束性が力説されることは、当然である。そうなると、概念法学的な(a)の方法の側面は、(b)という盤石の基礎のうえに存立することになり、法律学の分野での実証主義は、いまや1つのラディカルな形態に結晶することになる。(a)と(b)の両側面の結合体、つまりは、「概念法学的制定法実証主義」の誕生である。用語法上の混乱を避けるためには、学説法実証主義と結合した概念法学を前期概念法学と称し、制定法実証主義と結合した概念法学を後期概念法学と称して区別することが、一応は望ましい。ただそのいずれにせよ、方法的側面の核心は、同一であり、法理論上の発展段階が異なるにすぎないので、用語上の区別の実益はそれほど大きなものではない。

この(b)の側面をさらに分析すると、次の3つのテーゼの結合から成っている²⁾。①三権分立の下での裁判官による法創造の禁止、②裁判官についての裁判拒絶の禁止、③実定法秩序の完結性。それらのうち、③の法秩序の完結性という主張について、とくにベルクボームの場合には、実定法秩序は内的豊かさと論理的膨張力のゆえに、一切の法的ケースに対する法的判断の需要を自足的に満たす(解答の獲得可能性)ものであり、欠缺という口実を通して実定法を超えた自然法や条理が忍び込む隙は一切ないと主張された³⁾。この③の下ではじめて①と②とが両立可能

1) D. Moench, Die methodologischen Bestrebungen der Freirechtswissenschaft auf dem Wege zur Methodenlehre der Gegenwart, 1971, S. 29f.

2) Radbruch, Vorschule der Rechtsphilosophie, 2. Aufl., 1965, S. 78ff.

3) K. Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, Bd. I, 1892 (Neudruck 1973), S. 384ff. ; K. Engisch, Der rechtsfreie Raum, ZStaatsW 108 (1952), S. 398, S. 428ff. ; Moench, a. a. O., S. 30f.

になると説かれている。

第2節 解釈についての主観説

解釈の方法という点では、概念法学の主張者たちはいかなる立場に立っていたか。この点は、概念法学の理論構造の中核ではなく、単なる周辺的な属性にすぎないと思われるが、パンデクテン法学のヴァントシャイトやレーゲルスベルガーは解釈の方法について主観説をとっていた。ちなみに、サヴィニーも、基本的には主観説に与している⁴⁾。ヴァントシャイトによると、解釈者は、「できるかぎり完全に立法者の魂のなかに入り込んで考えなければならない」⁵⁾。レーゲルスベルガーによると、「制定法は、立法者意思の表現である」⁶⁾。

とくに、ヴァントシャイトは、方法としては概念的体系的思考様式という点でサヴィニーやプフタの線を継承しながらも、それをかれの時代に特徴的であった「心理主義」の方向により一歩推し進め、制定法を立法者意思（とはいってもそれには理性的意思という限定がついているが）の表現であると考えていた⁷⁾。

第3節 客観説の台頭と解釈学説の対立

こうして、ヴァントシャイトの解釈方法論にあつては、立法者意思のなかに、経験的歴史的な側面（歴史主義や心理主義の影響）と理性的な側面（ドイツ観念論以来の合理主義の影響）との2面が併存する、という不自然な緊張を孕むことになった。この緊張のなかから、合理主義の

4) Savigny, System, I. 1840, S. 213. Vgl. Engisch, Einführung, 7. Aufl., 1977, S. 244, A. 95b).

5) B. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 1. Bd., 7. Aufl., 1891, S. 52.

6) F. Regelsberger, Pandekten, 1. Bd., 1983, S. 143.

7) Larenz, ML, 5. Aufl., 1983, S. 27ff.

要素を純化して取り出し、心理主義・歴史主義という意味での実証主義の束縛から脱却しようとしたのが、19世紀末の客観説の勃興であった⁸⁾。つまり、ピンディング (K. Binding)、ヴァッハ (A. Wach)、コーラー (J. Kohler) は、1885年から翌年にかけてほとんど時を同じくして、起草者の主観的意思から独立して制定法に内在している客観的意思の探究、しかも立法者よりも理性的でありうる制定法意思の探究、を重視する解釈観 (制定法意思説) を主張するに至った。

この客観説により開示された解釈目標についての新しい側面〔時宜にかなった合理的な制定法意思〕が、概念法学により唱えられていた立法者意思という厳しい実証主義的桎梏を、解釈の問題という次元で多少とも緩和することに貢献したということは、疑いない。しかし、この客観説の動きは、しょせんは19世紀の合理主義という土壌のうえに育ったものにすぎなかったために、同じ合理主義の土壌から養分を吸いとり咲いた徒花ともいうべき、概念法学の悪名高い概念構成的手法と、共存しうるものであった。それゆえ、かれら3人の学者による客観説は、概念法学のこの側面での中核的欠陥を喝破しえず、概念法学への批判としてはきわめて中途半端なものにとどまる結果になった。概念法学の手法への本格的洞察は、後期イェーリングを発展的に承継した利益法学を俟たなければならなかった⁹⁾。

それはともかく、ここから、後々まで続く主観説と客観説との対立が始まることになる。自由法学 (および現代の法律学的ヘルメノイティク) は、客観説の立場を踏襲したが、利益法学は、主観説の側に立ち返っている。

8) Larenz, a. a. O., S. 30f.

9) Larenz, a. a. O., S. 33f.

第2章 自由法学

19世紀から20世紀への変わり目に、自由法学 (Freirechtslehre od. Freirechtsschule) が登場してくる背景には、以上のような意味での概念法学〔より正確には概念法学的制定法実証主義〕の成立という事態のほか、次のような問題状況を指摘することができる¹⁾。つまり、パンデクテン法学の成果の集大成ともいえるドイツ民法典 (BGB) は、1900年に発効した。しかし発効直後から、BGBの予想していなかった問題が次々と明らかになった (たとえばシュタウプの「積極的債権侵害」の指摘は1902年である)。こうした動揺に触発され、予想外の諸問題を実務的にいかに処理すべきかという争点に直面するなかで、BGBの完全自足性如何、そして欠缺に遭遇する場合の裁判官の判断権限如何、についての議論 (シュタウプ〈H. Staub〉、チーテルマン〈E. Zitelmann〉、デルンブルグ〈H. Dernburg〉など) が期せずして巻き起こることになった。こうして、法典の完全自足性への信頼は、発効直後から脆い基礎をさらけ出したことになり、反パンデクテン法学、反制定法、反BGBの根強い気運が、自由法学または自由法運動の生成というかたちで、一気に燃え上がることになった。

第1節 主張者と推移

この思想運動の推移は、大まかにいって次の4つの段階に分けることができる。学派展開の第1段階では、まず1903年から1906年にかけて、エールリッヒ (E. Ehrlich)、ヴルツェル (K.G. Wurzel)、シュタムペ (E. Stampe)、カントローヴィッツ (H. Kantrowicz)、ルムプ (M. Rumpf) などの綱領論文が、続々と公表された²⁾。その後、1913年頃までの第2段階において、ビューロー (O. Bülow)、フックス (E. Fuchs)、

1) K. Riebschläger, Die Freirechtsbewegung, 1968, S. 32.

2) Riebschläger, a. a. O., S. 33-46.

ユング (E. Jung)、グミュル (M. Gmür)、ヴュステンデェルファー (H. Wüstendörfer) などが参戦呼応するに及んで、学派の主張は次第に拡散し、まとまりが悪くなっていく。たとえば、ヴュステンデェルファーの方法論は、ヘックの利益法学の主張にもかなり接近している。ワイマール時代後半の第3段階では、イザイ (H. Isay) のような後期自由法学の完成版が出現する (とくにかれの『法規範と決定』1929年は名高い)。ナチ時代に突入した自由法学の第4段階では、体制への順応を拒否する学者もいたが、たとえば、ユングの論文などは、ナチ的法思考に端的に変身している³⁾。

第2節 主張内容の批判的側面

自由法学の主張内容は、批判的側面と建設的側面に分けることができるが、批判的側面を先に取り上げる。批判的側面は、(a)概念法学の方法的側面への批判と、(b)概念法学の原理的基礎である制定法実証主義への批判、とに分かれる。

1. 概念法学の方法的側面への批判

この面での批判は、すでにイエーリングの目的法学によってなされているが、これはしばしば表面的なあてこすりの域を出ないものであった。自由法学の主張者は、それを乗り越えて、次のごとく詳細な批判を展開している。

批判のポイントは、2つある。第1のポイントでは、概念法学の方法的な難点を、実生活からの疎隔 (Lebensfremdheit) という角度から攻撃する。すなわち、概念法学では、概念の適用や構成の作業が、適用の実際の帰結とか適用が実生活上でいかなる実益を生むかということなどを

3) E. Jung, *Positivismus, Freirechtsschule, neue Rechtsquellenlehre*, AcP 143 (1937), S. 28ff.; ders., *Subjektives und objektives Recht: Die neue Rechtsquellenlehre*, 1939.

一切顧慮することなく遂行されており、ひたすら概念相互の体系的論理的整合性とか規範相互の無矛盾性のみをウエートをおいてなされている作業様式が、鋭い批判的になる⁴⁾ (とくにフックス、カントローヴィッツ、エールリッヒ)。第2の批判のポイントとしては、概念法学者は、ひそかに別の仕方でも理性的な結果を得ておいて、それをあたかも形式論理的構成という、まことしやかな装いの下に、いわば仮象的に基礎づけるやり方を用いている。これは、実体を隠した社会学 (Kryptosozologie) 以外の何物でもない⁵⁾。さらに、あらかじめ制定法のなかにひそかに読み込んでおいた決定を形式論理の隠れ蓑によって制定法から引き出す概念法学のやり方は、倒錯的方法 (Inversionsmethode) であるというヘックの有名な批判が、ここ自由法学でも援用されている (とくにヴェステンデェルファー、フックス)⁶⁾。

2. 制定法実証主義への批判

制定法実証主義の基礎にある実定法秩序の無欠缺性というドグマへの自由法学からの攻撃は、法哲学的な深みに達してはいない。この側面での批判的克服はむしろ、自由法学とは一線を画していたところのラートブルフ、チーテルマン (E. Zitelmann) などの欠缺論や、ヘックの利益法学からの論陣によってもたらされた成果であるといえよう。そのラートブルフからの批判に関していえば、前章第1節で述べた制定法実証主義の3つのテーゼのうち、裁判官による法創造の禁止というテーゼに対して、法の欠缺の承認、裁判官による創造的役割の肯定といった主張をつきつけ、また実定法の完結性という原理に対しては、完結性のドグマは、単なる要請またはフィクションにすぎないと、核心を突いた批判を

4) Moench, a. a. O., S. 25ff.

5) E. Fuchs, Juristischer Kulturkampf, 1912, S. 39ff. Vgl. H. U. Kantowitz ("Gnaeus Flavius"), Der Kampf um die Rechtswissenschaft, 1906, S. 22; E. Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts, 1913, S. 261ff.

6) H. Wüsterndörfer, Zur Hermeneutik der soziologischen Rechtsfindungslehre, ARWP 9 (1915/16), S. 177; Fuchs, a. a. O., S. 39; Moench, a. a. O., S. 27f.

展開している⁷⁾。

第3節 主張内容の建設的側面

全体的にみて、方法論および法理論に対するこの学派の建設的な寄与の乏しさは、概念法学を弾劾するときの生彩に富んだ口調と際立った対照をなしている。以下において、いくつかの論点を取り上げてみる。

1. 法適用の思考過程の把握

まず、制定法に従った法適用の思考プロセスをいかに把握するかという点については、「裁判官の判決は、大前提と小前提との論理的包摂から導出されるというドグマ」に対抗して、ある学者は、個別ケースへの裁判官の生ける直観の要素を強調し（エールリッヒ）、また別の学者は、裁判官の価値判断や意思決断というモメントを強調している（ビューロー、ルムプ）。こうした立場から、判決は法規範からの論理的導出に尽きるものではなく、法規範に尽きない何か新しい要素が、判決のなかに流れ込むと考えている。とくに小前提の作成という作業の解明は、概念法学によって軽視されていたが、自由法学は、この点に注目するとともに、裁判官による小前提の作成作業のなかには、すでに法規範への顧慮が入っており、大前提または適用される法規範と無関係に行われるのではないことを明らかにしている（グミュル、イザイなど⁸⁾。

2. 客観説の解釈観

次に、制定法の解釈のあり方については、自由法学は、ペンディング、ヴァッハ、コーラーによって提唱された客観的解釈観に従い、制定法の

7) Radbruch, Rechtswissenschaft als Rechtsschöpfung, ArchSozW 22 (1906), S. 355ff.; ders., Vorschule der Rechtsphilosophie, 2. Aufl., 1965, 78ff.; Moench, a.a.O., S. 33ff.

8) Moench, a.a.O., S. 65ff.

今日的な理性的意味の探究を解釈目標と考えている。

3. 欠缺補充

さらに、欠缺補充については、自由法学では、欠缺の問題が関心の出発点をなしていたにも拘わらず、自由法学における欠缺の概念に関する定義は、はっきりしていない。とくに、制定法解釈と欠缺との限界はきわめてあいまいである⁹⁾。また欠缺が存在する場合に埋め草として機能する自由法とは何かについても、これを自然法または正法と捉える考え方、生ける法と捉える考え方、また司法や法学や民衆の社会通念によって創造されるものとする考え方、などきわめてヴァリエティーに富んでいる¹⁰⁾。自由法は、自由法学の中心概念でありながら、それほど明晰に定義された概念ではないようにみえる。

4. 制定法の訂正

いわゆる反制定法 (contra legem) の裁判が許されるかという問題については、カントローヴィッツは、ある論文では否定的に解しているが、しかし圧倒的多数の自由法学者は、裁判官に制定法の明白な文言を変更または訂正する権限を与える主張を唱えており、主張者の間で見解の対立がみられる¹¹⁾。

5. 法社会学

とくにエールリッヒに限ってみれば、視角を国家的法観から、社会団体の内的秩序である生ける法へとチェンジさせることを強調しており、こうした視角は当然のこととして、生ける法を探究するための学問「法社会学」の重視につながっていく。この基本構想は、合理化過程という法の進化の捉え方および支配の秩序という法の構造の捉え方に立脚した、

9) Moench, a. a. O., S. 52ff.

10) Moench, a. a. O., S. 87ff. Vgl. Larenz, ML, 5. Aufl., 1983, S. 59ff.

11) Ricschschläger, a. a. O., S. 104; Moench, a. a. O., S. 40ff.

2歳年下の M. ウェーバーによる法社会学の構想とはかなり内容の異なるものであるが、この主張によりエールリッヒは、ドイツ語圏での法社会学の創始者であるといわれており、この面でのかれの功績を忘れてはならない。

第4節 イザイの見解について

後期自由法学のイザイにおいては、『法とは、抽象的規範の総体でなく、裁判官の決定の総体である』という、英米のリアリズム法学の唱えるルール・スケプティシズムにきわめて近い立場がうかがわれる。かれによると、裁判官の決定は、通常は法規範への包摂から合理的に出てくるものではなく、それより先にある、つまりは、非合理的に、直覚的法感情または評価的思考行為から導かれるとされる。裁判官は、ドイツの法実務においては法律に拘束されてはおらず、制定法拘束性の原則は事実上遵守されているとはいえない。制定法・法規範は、判決の源泉ではなく、単に判決を理由づけるために役立てられる材料にすぎない。しかもこの理由づけという作業については、裁判官は一切の任意の判決に対して、制定法適合的な理由づけを与えることが可能である。それゆえ、決定の理由づけは一種のフィクションにすぎない、と考えている¹²⁾。

第5節 自由法学の限界

以上見られたように、解釈と欠缺補充との限界があいまいであったり、欠缺の概念規定もはっきりしないし、また欠缺の埋め草を何に求めるかについても、学説は一致をみていない。反制定法 (contra legem) の裁判についても、肯定・否定の立場が対立している。またそもそも何が法

12) H. Isay, Rechtsnorm und Entscheidung, 1970 (1929¹), S. 165ff., S. 172ff., S. 177ff. ; Riebschläger, a.a.O., S. 79, S. 96 ; G. Roßmanith, Rechtsgefühl und Entscheidungsfindung Herrmann Isay (1873-1938), 1975, S. 52ff., S. 74ff.

であるかという原理的ポイントについても、主張者の間にかんがりの開きがあり、また個々の主張者についても、時期により考え方がかなり変化していることが多く、これら全体があいまって、建設的な面での理論構造を著しく不透明にしている。

そもそも裁判官の法適用における実質的論理とか合理的思考といった要素（たとえば、利益法学の提唱した利益衡量の要素など）は、百ではないにせよゼロでもないはずである。法感情や意思的要素を強調するあまり、この重要な要素を見失ってはならない¹³⁾。自由法学の主張にみられるように、湯垢〔概念法学の形式論理の偏重〕とともに赤子〔そうした合理的要素〕まで流し去ってしまうことは、司法による法的安定性の軽視という危険を招き、妥当ではない。要するに、法の概念に内在する原理的側面や法適用の方法的思考の構造は、自由法学によって適切な仕方では捉えられているとはいえない¹⁴⁾。

第3章 利益法学

過去数世紀にわたる全ての方法論的投企のなかで、ドイツにおいてもっとも広範な支持を得ている学派が、利益法学 (Interessenjurisprudenz) である。現代ドイツにおいて、私法の領域、なかんずく債権法・物権法・会社法・労働法の分野では、理論においてのみならず裁判実務においても、利益分析の方法が自明視され常識となっており、圧倒的な隆盛を誇っている学派である。この学派の成功は、理論が実務を決定的にリードするということの好個の証左でもある。

13) Larenz, a. a. O., S. 61f.

14) 自由法学につきより詳しくは、拙著『法理学概説』第10章226頁以下参照。

第1節 主張者と学派の推移

この学派は、後期イエーリングの思想を引き継ぎそれを延長した線上で初めて可能になった成果である。イエーリングの名がこの学派の創始者として挙げられるのは、不当なことではない。しかしこの学派の立場の本格的基礎づけと主張内容の展開は、何よりも領袖ヘック（Ph. Heck）の努力に負うものである。ヘックは、自由法学の綱領論文が世に出る前から着想を発表しているが、しかし何といてもこの学派の思想が全幅の射程を表したのは、ヘックの2著作『法獲得の諸問題』（1912年）・『制定法解釈と利益法学』（1914年）以後のことである。さらに、ヘック自身が債権法や物権法の体系書（『債権法綱要』1929年、『物権法綱要』1930年）で利益法学の手法の手堅い適用例を示して見せたことが、この学派の決定的な成功に大いに寄与している。

当初は私法が中心で、しかもチュービンゲンの学者の活躍が目立っている（ヘックのほかリューメルン〈M. Rümelin〉やシュトル〈H. Stoll〉）。それゆえ、チュービンゲン学派ともいわれる。やがてゲッチンゲンの両教授、オェルトマン（P. Oertmann）、ミュラー・エルツバッハ（R. Müller-Erbach）の活躍は、実務や理論にも大きな影響を与える契機になった。次第に刑法の分野にも広がりをもせる（シュビンゲ〈E. Schwinge〉）、ツインマール〈L. Zimmerl〉）。しかし、憲法・行政法などの公法の分野への導入は戦後になってからで、私法の分野に比べかなりの立ち遅れをみせている。

特筆すべきは、第三帝国時代の動向である。ナチの支配が始まるや否や、ナチ法哲学からの激しいイデオロギー攻勢を受けて後退を余儀なくされ、ナチ体制への順応を迫られた。ヘックの当時の妥協的な言動のなかには、汚点を残している部分も少なくない。

第2節 出発点 —— 二面戦争

利益法学の出発点は、概念法学と自由法学という当時の二大陣営との根本的対決である。理論構造の骨格は、この両面にわたる方向設定によって規定されている。

1. 概念法学との対決

ヘックたちは、イェーリングによって開始された、概念法学に対する闘争を引き継ぎ、実生活密着的な法把握という基調を踏襲する一方、イェーリングにおいては不十分であった法発見に関する方法的な帰結を導き出すことに専念する。一切の法命令は、利益葛藤を裁断しており、しかも利益諸力からなるベクトルである、という新たな着想をイェーリングの遺産に追加することになる。

概念法学との対決は、大きく分けて、①その方法的側面（とくに概念構成による欠缺補充、いわゆる倒錯的方法）に対する非難と、②その基礎にある制定法実証主義への非難とがある。①については、概念法学の特殊な構成が、論理的な誤謬を犯すものであり、有害であり、かつ法的安定性に対する効果としても疑問があり、裁判官による理由づけのあり方としてみても不誠実である、といったさまざまな観点から、核心に迫る、鋭い克明な批判が展開されている¹⁾。概念法学の弱点をかくも緻密かつ妥当なかたちで多面的に分析した試みは、この学派においてほかにない（なお体系論については後述する）。②については、実定法秩序の完結性が中心テーマとなるが、新しい利益葛藤の出現による欠缺の可能性を正面から認めることによって、完結性のドグマに厳しい批判を加えている。

1) W. Kalfass, Die Tübingerschule der Interessenjurisprudenz, 1972, S. 85ff. いわゆる「倒錯的方法」については、第1部第4章第1節1.と2.を参照。

2. 自由法学との対決

ヘックたちは、概念法学に対するよりも一層断固たる口調で、自由法運動に対して批判を浴びせる。とくに、自由法学の中心テーマである制定法の欠缺という問題について、最終的には裁判官の「自由裁量」により解決しようとする自由法学の行き方は、実生活からの要請である法的安定性や裁判官の決定間の統一性を掘り崩すものであると、厳しく論難している。

第3節 主張内容

利益法学の主張の骨子は、次の通りである。

1. 「利益」と制定法

日常生活におけるきわめて広い意味での「利益」概念を作業概念として中心に据えている。つまり、この概念は、単なる物質的利益（経済的社会的利益その他）を指すのみならず、観念的利益（文化的倫理的宗教的利益）をもカバーしており、また利益には私的利益のみならず、公的利益も存在している。法の課題は、これらの諸々の利益を把握し、しかもそれらが保護に値するとみなされる限りで、利益を保護することである。ところで諸利益は、実生活においては無関係に併存しているのではなく、ほとんどの場合にさまざまなレベルの利益が相互にコンフリクトに陥っているため、この利益コンフリクトこそが、法の主要テーマとなる。すなわち、法がある特定の利益を保護することは、それに対立する別の利益を犠牲にするということの意味せざるをえない²⁾。法秩序は命令から成り立っているが、制定法の命令は、生活諸利益を整理して相互に区画するのみならず、諸利益を直観・評価（Anschauung u. Wertung）することにより、利益葛藤を実質裁断（Sachentscheidung）している³⁾。し

2) Heck, *Interessenjurisprudenz*, 1933, S. 13.

3) Heck, *Gesetzesauslegung*, 1914, S. 18; ders., *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, 1932 [zit. *Begriffsbildung*], S. 75ff.

かも利益法学の因果的法思考によれば、このような制定法の命令は、これらの対立する諸利益がせめぎ合う合力またはベクトルであると捉えられる。利益コンフリクトの状況配置およびそのなかで優先されまたは顧慮される諸利益は、法的命令にとって決定的であり、法的命令にとっては因果的 (kausal) なものとなる。利益法学が、「発生的」理論であると称される所以である。

そこから、制定法の解釈やケースへの適用にあたっては、立法者の単なる表象や心理的意思を越えて、制定法を「因果的」結果として生み出した、例の「因果的」諸利益の状況配置へと遡り、これを歴史的に正しく認識することの重要性が強調されることになるが、こうした理論展開は当然のことであろう。

2. 裁判官の法適用と法発見

法学の概念構成や体系化の課題については後回しにして、ここでは、とくに重要な論点である裁判官による法発見の問題に限定して、ヘックの考えを解説しよう。

(1) 制定法からの結論の導出 裁判官による制定法からの結論導出の思考プロセスの把握については、制定法は単なる仮象理由にすぎないとするイザイ流の自由法学の見解を、ドイツにおける裁判官の法適用の実態に即したものではないとして、断固拒否している。すなわち、直覺的判断は非合理的なものでなく、むしろ法認識と生活経験の沈澱物である。法規範は、裁判官の直覺のなかにすでに浸透しており、しかも限界設定のまたは方向指示的な仕方であれ直覺に介入していくものであるから、それは一切の任意の判決を理由づけようようなものではない。制定法の規範は、大多数の場合には、事実上裁判官による事件決定の源泉となっている。裁判官の発展的法形成の場合でさえ、制定法価値判断の遠隔作用が基準を与えるとして、イザイに対する批判を展開している⁴⁾。

4) Heck, Begriffsbildung, 1932, S. 118f.

(2) **考える服従の原則** 裁判官の法発見については、自由法学が裁判官の「自由裁量」を放任することにつながる主張を展開していることに対抗して、「制定法忠実性 (Gesetzestreue) の原則」を立てる。その意味するところは、立法者への単なる盲目的服従ではなく、立法者による利益の分類整理とコンフリクト裁断に拘束されつつ諸利益を衡量するということである。つまり、それは立法者への**考える服従** (denkender Gehorsam) の原則である。制定法が直観的に認知した利益状況や利益評価へと肉薄していく解釈が前提とされている。しかもヘックは、裁判官の解釈や適用に際して、法秩序全体を顧慮せよという「全体観察の格率」 (Maxime der Generalbeobachtung) をうち立てている⁵⁾。この格率は、サヴィニーの「生ける直観」という主張をヘックが現代風に洗練させたものであると解することが可能であろう。

(3) **解釈の基調** ヘックの解釈の分野での功績はとくに大きい。解釈の目標については、主観説よりの線に沿って歴史的解釈を重視し、意思論拠・形式論拠・信頼論拠・補充論拠という4つの争点を整理したうえで、その各論点につき客観説への鋭い反論を展開している。しかもヘックが、解釈の諸手段のなかでは、利益や目的を顧慮する目的論的解釈に大きな比重をおいているのは、利益法学の基本主張からして当然のことであろう (それゆえヘックの解釈論は、**歴史的・目的論的解釈**の立場である)。

(4) **欠缺補充** 欠缺補充については、法の発展的形成の3つの課題である〈広義の補充〉・〈時間的適応〉・〈調整〉のそれぞれに対応して、欠缺を第1次的原初的欠缺、第2次的後発的欠缺、衝突欠缺の3つに区別したうえで、それぞれについて詳しく論じている。欠缺が存在する場合には、欠缺補充の作業として裁判官による評価的命令形成が行われることになるが、その場合には、当該事件決定の前提として問題の中核をなす諸利益 (たとえば制定法が顧慮した利益ならびに新しく登場している利

5) Heck, Begriffsbildung, 1932, S. 107.

益)を把握して相互に比較をすることになる。そしてそれらの利益を衡量するにあたっての価値判断という点では、考える服従の原理に従わなければならない、裁判官は制定法から獲得される価値判断に拘束されるという基本的な立場に立っている。すなわち、欠缺補充に関するヘックの見解の要点としては、(α)裁判官は立法者の従属的な補助者である、(β)制定法の価値判断は、裁判官が発展的法形成に訴えるときにも、直接に適用可能な対象を越えて一種の遠隔作用を発揮する、(γ)しかもこの制定法の遠隔作用を把握することは歴史的利益探究により初めて可能となる、(δ)制定法上の価値判断が欠如していると考えざるをえないときには、社会の支配的価値判断に従うかそれとも自己の価値判断を優先させるべきかが問題となるが、この点でのヘックの態度は時期により動揺をみせている(当初は支配的価値判断を優先し、のちにこの態度に一定の修正を加えている)。よってヘックでは、制定法忠実性の方向にさまざまな制約が付加されているという点で、自由法学の欠缺論とは基調が決定的に異なっている。

(5) 裁判官による反制定法的訂正 立法者が事実関係を正しく表象しなかった(いわゆる“Anschauungslücke”直観欠缺)とか、立法後の時点での価値思潮のずれの出現、編纂誤謬、法律内在的な矛盾、顕著な動機の錯誤、といった事情にもとづき命令の誤謬が登場するような場合には、裁判官が、当該命令から逸脱し誤謬を訂正することは差し支えない、とヘックは考えている(しかもそうした逸脱は、通常は命令表象の中核部についてではなく周辺部に関してのみ、部分的になされるべきであるという)。ただし、それは、法共同体の自治(Autonomie)のために法共同体の意図した利益保護の全体像を満足させなければならない、かつ安定性利益を侵害してはならない、という厳しい条件の下での許容である。この条件を超えることは、制定法の空洞化(Gesetzesvereiterung)として禁止される。

よって、ヘックにおける裁判官による反制定法的訂正が許されるか否かの問題は、制定法の意味如何による。つまり、制定法を個々の法律

命令かつその内容的表象という意味に捉えるときは、共同体諸利益のためにこれを訂正することは許される。しかし制定法を、妥当する規範の総体または法律上保護された諸利益の全体像という意味において規範的意思概念として捉える限り、制定法の訂正は許されない、としている。これは、かれの「制定法への忠実性原理」からの当然の帰結というべきであろう。第一次大戦後のインフレのなかで増額評価請求権を承認したライヒ裁判所の判決〔1923年11月28日〕に対して、ヘックが有名な反論を著しているのは、以上のようなかれの思想を基礎としている。

3. 法学の概念構成と体系構成

法学の方法、ことに実用法学の方法について、ヘックは、(イ)規範獲得、(ロ)叙述、(ハ)客観的所与の認識、という3つの異なった課題の峻別を力説する一方、法学者の作業目的の多様性をできる限り顧慮していくという視座に立ちつつ、次のごとく考えている。

(1) 規範獲得の課題 裁判実務に一番近い規範獲得という課題の側面では、実用法学は裁判官のケース決定を補佐するべきであるとされている。この側面での利益法学の特色ある主張として、①叙述や整序のための手段にすぎないいわゆる整理整頓概念(Ordnungsbegriffe)を、規範獲得の基礎である規範素材から意識的に排除するとともに、②この整理整頓概念にかえて、生活関係、とくに法規範を生み出した利益側面に視線を移すべきである、と説く。この点で、生活関係を何ら顧みず、整理整頓概念を規範獲得の手殺として重宝していた概念法学のアプローチとの鋭い対立がみられる。③そのほか、規範獲得の面で重要な役割を果たしうる体系形成(Systembildung)のあり方として、ヘックは、いわゆる内的体系(利益コンフリクトの決定相互の間に内在する実質連関)がきわめて重要な意義を担っていることを強調している。

(2) 叙述または定式化という課題 (a) 利益法学は、①概念構成(=概念形成)に関して、規範素材から排除した整理整頓概念を法学が叙述の手段として活用することは許容する。②しかも、制定法上の命令概念

を体系的または整序的 (ordnend) に構成するところの「体系的構成」については、これを規範獲得や欠缺補充などの実的な規範的課題から切断して単なる定式化のための作業にすぎない (= 叙述の作業に近い) という角度から捉える〔体系的構成と規範的構成の峻別〕ことにより、体系的構成と規範的構成とを融合させていた概念法学の弊害を概念構成論において一掃しようと努力している点で、ヘック理論の特色がみられる⁶⁾。

(b) 法学による体系形成の正しい方法如何? この点につき、概念法学は、演繹的システムという理想に固執し、この理想に沿って概念相互の関係から成り立つ演繹体系を形成 (= 構成) する際にも、問題の多い前述の倒錯的方法を用いていた。それゆえ倒錯的方法は、単に欠缺補充の方法をめぐって問題となるのみならず、実は体系形成 (= 体系構成) のあり方にもあてはまる射程の広い問題であるということになる⁷⁾。しかし利益法学は、体系に関するこのような演繹理想を放棄し、純然たる帰納的システム、つまり一般化的記述的なクラス分類を重視する。かような体系理論は内的体系についてのみならず、外的体系にも妥当する。

4. 法哲学からの独立性

法律学方法論は、法社会学と法哲学の中間にあってこれらの学科といかなる関係に立つかが問題となる。ヘックの方法論は、因果的な利益の探究を重視するため、法社会学との接合を強く意識するものであるが、法哲学に対しては独立性を強調している点が、注目される。すなわち、ヘックによると、利益法学は、実生活の必要を重視する実用法学のための方法論であると唱え、とくに正法の普遍的基準の探究をこととする法哲学からの独立性を強調し、法哲学との安易な混同を諫める⁸⁾。この側面は、とくにナチ時代には論争の1つのポイントになった。すなわち、

6) Heck, Begriffsbildung, 1932, S. 184.

7) Heck, Begriffsbildung, 1932, S. 166.

8) Heck, Interessenjurisprudenz, 1933, S. 7.

「法哲学により方法論を指導する」必要性を説くビンダーたちのナチ法学に対して、ヘックは法哲学からの方法論の独立性という主張を防波堤として、次のごとく反論している。すなわち、ビンダーのような行き方は、哲学の一般的概念から法律学上の問題に関する解答を引き出すことを許してしまい、それでは結局、実生活からの遊離性という特色を帯びる概念法学への逆戻りになってしまう、と。

第4節 限界

利益法学の主張内容については、次の諸点で限界を指摘することができる。

1. 利益概念の狭隘

利益法学の内部から、ヘックの利益概念は、立法者の決定に対して重要な役割を果たしているファクターの把握としては狭すぎるものが告発されている。すなわち、ミュラー・エルツバッハは、利益とは称することが出来ないが、信頼や危険に対する支配などの要素のほか、力関係・権力状況や憎悪・恐怖といった非合理的な要素まで実にさまざまな重要なファクターが、利益優先行為に対して「因果的」であり、関与している利益自身と同様に決定的な役割を果たしていることを解明した。法適用者は解釈や法形成にあたって、利益だけでなく、これらのファクターや視点をも幅広く視野に入れて決定を下すべきであると説いて、利益法学の狭い利益探究観をさらに拡張した『因果的法思考』(kausales Rechtsdenken)を提唱している⁹⁾ことが注目される。

9) Engisch, Einführung, 7. Aufl., 1977, S. 190 ; R. Müller-Erbach, Die Rechtswissenschaft im Umbau, 1950, S. 64f. ; K. Knauthe, Kausales Denken und Rechtssoziologie, 1968, S. 20ff., S. 24ff.

2. 評価の自由という着眼点

制定法の命令を関与諸利益のベクトルと捉えるヘックにせよ、このような因果的要素を利益以外の力関係や信頼などの幅広い視点にまで拡張するミュラー・エルツバッハにせよ、いずれにしても、かれらは決定論的な因果的法思考の枠組から抜け出していない。しかし、立法者の決定および法適用者の決定は、最終的には、諸利益（またはそれ以外の因素）に対する評価に帰着すること、しかもこの評価には、利益の正当性や利益の階層関係に関する判断という点で、そうした因果的要素によって決定され尽くされることのない自由の要素が付着していること、に着目するならば、もはや利益法学にとどまることはできず、次の評価法学へと赴くことになる¹⁰⁾。

3. 没哲学性の無理

ヘックが、評価の問題をことさら前面に出したり、裁判官が依拠する価値の階層関係を説明するといった哲学的問題に無媒介的にコミットしたりすることを慎んでいるのは、ヘック学説における上に述べた没哲学性という基調に鑑みれば当然であるともいえよう。しかし、このことが、かれの理論全体のなかでは、解釈理論に関する論述の卓越性に比して、評価の混入する発展的法形成の問題に関するかれの主張にあいまいさや不徹底がみられる原因となっていることも、否めない事実である¹¹⁾。

第5節 後 史

ナチによる支配の下では、ナチ世界観への適合性の問題（個人主義法理論であるか否か）、法体制の全体的革新に対する利益法学の方法からの貢献度、などの争点をめぐって、ナチ陣営からの激しい攻撃が繰り返されている。当時の論争をみる限り、領袖ヘックにおいてすら、ある程度

10) Engisch, a. a. O., S. 187.

11) W. Fikentscher, Methoden, III, 1976, S. 378.

のリップサービスを強いられ、苦しい防戦を余儀なくされていることは明らかであり、その点を見る限り、利益法学の汚点や限界を指摘することも誤りではない。しかしそれは、ある特定の利益法学の主張者についての現象にすぎない。ナチ時代における法実務の実態が利益法学的方法をとっていたかといえ、その点は大いに疑わしく、むしろ最近のナチ法研究に照らしてみる限り、ナチ法学やナチ司法に方法論的基礎を提供したのは、自由法学的な方法であったというべきであろう¹²⁾。

第4章 評価法学

評価法学は戦後方法論の屈折のなかにある。戦後ドイツの法律学方法論において主導権を握ったのは、評価法学であるといわれてきた。たとえば、1960年に出版されたラーレンツの『法学方法論』においても、戦後の方法論の潮流は「利益法学から評価法学へ」という図式で描き出されている。ところが、戦後ドイツの法哲学にみられるような視座の偏りからの影響が、方法論の学説史にも何らかの形で現れているのではないか、という意識を研ぎすませて再考すると、学説史の常識的理解に対する警戒心が目覚めてくる。そういう批判的なパースペクティブの下に戦後方法論の展開をみると、評価法学と通常呼ばれてきた多数説の傍らに、それほど知られていない少数説ではあるが、利益法学の堅実な継承と発展に努めている思想家のグループが浮かび上がってくる。こうした少数説にも十分な注意を払うと、当時の方法論が多数説に沿った評価法学によって全面的に支配されていたかのように捉えることは、ドイツ特有のバイアスのかかった錯視にすぎないことが判明する。この章では、評価法学に属している広い流れのなかで、法哲学での実証主義克服運動に呼

12) Rütters, Die unbegrenzte Auslegung, 1968, S. 136ff., S. 175ff., S. 183ff.; H. Hattenhauer, Zwischen Hierarchie und Demokratie, 1971, S. 248ff. なお小林直樹「利益法学」(『法哲学講座』第4巻、1964年)296頁以下の指摘とも対比せよ。

応する・しないによって2つの傾向が分裂している状況に注意を喚起するとともに、多数説の構想する評価法学にはさまざまな限界がつきまわっていることを明らかにする¹⁾。

第1節 評価的利益法学 —— 評価法学の少数説

1. 戦後における利益法学再評価の動向

戦前戦中のナチ法学は実証主義克服をスローガンに掲げていたが、なかでもビンダーやラーレンツたちから法実証主義の代表と目され激しい攻撃的となったのは、ヘック利益法学の方法論であった。戦後ドイツでの方法論の再出発がナチ法学への断罪と反撥を原動力として動く限り、ナチ時代に不当に冷遇されたヘックを見直す動きが起こることは自然な運びである。実際、50年代に入ってから、利益法学の再評価が始まっている²⁾。当時ボン基本法のもとで、法治国家や権力分立制の回復を実現す

1) 評価法学は現代法思想に直結しているだけに、評価法学に関する近時の研究にはかなりの進展がみられる。本章は、J. Petersen, *Von der Interessenjurisprudenz zur Wertungsjurisprudenz*, 2001 ; H. Schoppmeyer, *Juristische Methode als Lebensaufgabe*, 2001という近時の研究成果から大きな刺激を受けた拙著『法理学概説』2007年、310頁以下に依拠している。とりわけこの関連での最近の研究成果として、服部寛「利益法学から評価法学への展開に関する一考察（一）～（三・完）」法学73巻4号（2009年）30-85頁・5号（同年）83-141頁・74巻2号（2010年）73-133頁；同「1953 —— 日独の法律学方法論の転換点とその意義の再検討 —— 」松山大学論集23巻6号（2012年）179-226頁、はきわめて高い水準の考察を展開しており、評価法学に関する最先端の研究状況を窺う上で、邦語の必読文献というべきであろう。それ以外には、J. Rückert, *Vom "Freirecht" zur freien "Wertungsjurisprudenz" — eine Geschichte voller Legenden*, *Savigny-Zeitschrift. Germ. Abt.*, Bd. 125, 2008, S. 199-255 ; ders., *Die Schlachtrufe im Methodenkampf — ein historischer Überblick*, in : J. Rückert und Ralf Seinecke (Hrsg.), *Methodik des Zivilrechts — von Savigny bis Teubner*, 2. Aufl., 2012, S. 501-550も示唆に富んでいる。

四七 2) こうした再評価を示す文献として、G. Boehmer, *Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung*. 2. Buch, 1. Abteilung, 1951, S. 194ff. ; Enneccerus/Nipperdey, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*. 1. Band, Allgemeiner Teil, 1. Halbband, 14. Aufl., 1952, S. 213 (Fn. 2) など。Vgl. H. Schoppmeyer, *Juristische Methode als Lebensaufgabe*, 2001, S. 221.

る現実の法・国家体制が誕生した。こうした状況が、ボン基本法と親縁的なワイマール体制の下ですでに着実な評価を得ていたヘック理論が、実定法に近接した方法論の領域で再評価されることになるのを助長したことはいうまでもない。

しかし、戦後ドイツにおける法思想の潮流変化は想像以上に複雑であった。第1部第8章でみたように、ドイツ法哲学の再出発では、奇しくも「法実証主義の克服」というスローガンが基軸となったため、利益法学再評価のこうした動きは、自然法ルネッサンスという大きな逆流と激しくぶつかり、それに巻き込まれていく。やがて、利益法学再評価の動向は、つぎにみる多数説の形成に伴い、少数説として次第に脇に押しやられ、ときには完全に無視されることになる。ところが、ドイツの方法論全体を覚めた目で把握しようとする、目立たぬ動きではあってもこうした少数派の存在が視野に入ってくる。いわば戦前の〈自由法学+ナチ法学〉vs. 〈利益法学〉という対立軸の延長線ともいえる多数説と少数説の対立に注意を払うことは、戦後方法論の動向を正しく捉えるうえできわめて重要である。

2. 主張者

この少数説はどういう人たちが主張したのか。利益法学ルネッサンスの傾向を担ったのは、ライニッケ兄弟 (G.u.D. Reinicke G.R. 1910～と D.R. 1912～)、ツインマーマン (Th. Zimmermann 1920～)、ヴェスターマン (H. Westermann 1909-1986)、ブロークス (H. Brox 1920～) である。ヴェスターマンの名は比較的よく知られているが、それ以外の名は、ドイツでもわが国でもほとんど知られていない³⁾。かれらは、①法規範の性質についての命令説ないし反評価規範説、②解釈理論における歴史的解釈方法または主観説の立場、③解釈と発展的法形成との段

3) かれらのほとんどが、実務家ないし実務経験のある学者である。かれらの業績に光をあてたのは、Schoppmeyerの前掲書(注1)である。以下の論述もかれに負うところがきわめて大きい。

階的把握などの点で、ヘック理論を基本的に踏襲しつつ自らの理論を展開している。利益法学に近いか遠いかという距離関係によって序列的に順に並べると、ヘックにもっとも近いのはライニッケ兄弟とブロークスであり、ヴェスターマンがそれに次ぎ、ヘックからもっとも遠いのは、ラートブルフの実証主義テーゼの影響を受けているツインマーマンである。以下、かれらの学説の詳細論は断念して要点のみを掲げておくと、ヴェスターマンについては、つぎの多数説との分岐点という特筆すべき事情があるため、独立に節を設けて述べることにする。

(1) G.u.D. ライニッケ ライニッケ兄弟は、ヘックにきわめて忠実な形で理論を展開している。それは、法治国家の権力分立原理をふまえて法的安定性にも十分配慮したヘック理論が、個別ケースに臨んだ裁判官の解釈方法としてもっとも適切である、とかれらが考えているからである。1951年から1960年頃にかけて公表されたかれらの論文は、判例分析の重要な枠組としてヘックの理論を使用しながら、BGHをはじめとする最高裁判所の判例を注意深く分析しているが、そこには、解釈の主観説、制定法の利益衡量に特有の遠隔作用、概念法学への批判的距離といった側面で、とりわけヘック『制定法解釈と利益法学』(1914年)の中核的テーゼからの強い影響が鮮明に現れている⁴⁾。

(2) H. ブロークス ヴェスターマンの弟子であるブロークスは、1960年以降、民法解釈論と方法論の分野で業績を残している。かれの『錯誤による取消の制限』1960年や『民法総則』(1976年の初版以来多くの版を重ねている)は、歴史的解釈理論、利益状況、立法者の評価と欠缺理論の捉え方などの点で、ヘックの方法論を忠実に民法解釈理論に応用したものである⁵⁾。解釈について、主観説に与している点では、ヴェスタ

4) Gerhard u. Dietrich Reinicke, Die Auslegungsgrundsätze des Bundesgerichtshofes, NJW 1951, S. 681ff. ; dies., Die Ausfüllung primärer und sekundärer Gesetzeslücken nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, NJW 1952, S. 1153ff. など。

5) H. Brox, Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, 1960 ; ders., Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 23. Aufl., 1999 (1976') .

ーマンとは異なっている。

ヴェスターマン同様、立法者の評価に考察のアクセントを移しているが、立法者評価への拘束性を重視する点で、ヘックのテーゼから離れてはいない。よって、全体的には、ヴェスターマンよりは、むしろライニッケ兄弟の方に近い立場といえよう。ブロークスも、利益法学から評価法学へとよび方を変えているが、しかしそれは新しいアクセントを意味するものではなく、解釈の尺度である立法者評価を繰り返し強調しているにすぎない。

(3) Th. ツィンマーマン　ライニッケ兄弟とほぼ同じ1950年代に活躍したツィンマーマンは、利益法学の基本思想を紹介する多くの方法論上の労作を発表している。かれも、基本的には利益法学の枠組を維持しようとしているが、しかし若干の点でその発展的修正を試みていることが注目に値する⁶⁾。

(a) 正しい評価基準のあり方　とりわけ顕著な修正点は、反制定法の訂正の問題に関するものである。すなわち、かれは、利益法学の主張者は制定法の形態をとった不法に対する批判意識を欠如させていた点で、ナチ司法の破局を招いた責任の一端はまぬがれないと考えており、こうしたツィンマーマンの発想が戦後ラートブルフによる実証主義批判テーゼの影響を濃厚に受けていることは疑いの余地がない。そこから、ツィンマーマンによれば、利益法学が立法者の価値判断を不可侵と考えていた態度は改めるべきであり、立法者が利益評価に関して明らかな評価誤謬に陥っている場合は、裁判官は、よりベターな「客観的」価値洞察という尺度に依拠して、その誤謬を訂正すべきであるとしている。しかもそうした超越的批判のためのより正しい評価基準のあり方については、かれはコーイングとザウアーに共通する立場を重視しており、なかでも

6) Th. Zimmermann, Entscheidungen gegen das Gesetz?, JR 1951, S. 131f. ; ders., Die Überwindung der reinen Interessenjurisprudenz, JBl 1953, S. 309ff. ; ders., Die Verbindung von subjektiver und objektiver Auslegungsmethode, JBl 1953, S. 585ff. など。

シェラー、ハルトマンの影響を多分に受けたコーイングの方に強く傾斜している⁷⁾。この点に、ヘックにおける実証主義的な制約を乗り越えようとする努力の跡を見出すことができる。ツインマーマンによるこうした修正の努力は、出発点に位するラートブルフ・テーゼが前章で述べたような時代的限界につきまとわれた見解であることから、現代の立脚点からは再検討の余地があろう。

(b) 法発見の3段階説 ツインマーマンによるもう1つの修正点として、法発見の3段階説を唱えることにより、解釈の主観説と客観説の厳しい対立を和解させようとしている試みが注目に値する。かれの3段階説は、歴史的内容を確認する主観説的解釈の第1段階、制定法の訂正にかかわる第2段階、事情変更にもとづく制定法の順応にかかわる第3段階から成り立つものである。そのうち、第1段階では主観説的解釈が貫徹するが、第2・第3の段階では、客観説的解釈の助力が不可欠となると考えており、法発見を全体としてみると、解釈の主観説と客観説とは何ら排他的な対立関係ではなく、共属的な補充関係に立つとしている。もっとも、かれの構想するそうした第2と第3の段階では、解釈の客観説の名の下に正法や制定法意思の導入を図ろうとする構想がみられ、それだけ法適用者の読み込みや主観的表象が流入しやすい方法論になっているということは指摘しておく必要がある。ヘックにおいては、制定法の訂正や欠缺補充の段階についても、権力分立を背景とする「考える服従」や法的安定性を重視する立場に立脚して、規範の利益基礎や制定法評価などの手がかりをできる限り配慮しようとする姿勢が基礎にあったことを想起すべきであろう。

(c) 全体的評価 これらの問題点を抱えながらも、ツインマーマンにはヘックの枠組を根本から壊そうとする企図はなく、とくに第1段階での解釈や、第3段階での制定法順応の問題での理論展開では、ヘックの学説を堅固な基盤と考えている。それゆえ、かれの学説は、ヘック理

7) Zimmermann, a.a.O. (Fn. 6, 1953), S. 311f., S. 587 Fn. 21.

論に足りない部分の追加的修正ないし現代的更新の試みであると捉えることができる。

(4) 評価的利益法学 以上の主張者たちは、のちの評価法学の多数派によって黙殺されてしまったため、少数説にとどまっている。しかし、かれらが評価の問題に光をあてる時も、立法者や制定法の評価の拘束性を出発点として重視しているなど、利益法学の基本的枠組のなかで理論を構築しようとしている点で、基本志向はつぎに述べる多数説からかなり隔たっている。名称としても、かれらの少数説は多数説と同じ評価法学というよび方ではなく、「評価的利益法学」と名づけることにより、両者を区別して扱うことが望ましい。

もちろん、利益法学の基本的継承は、以上の主張者に尽きるものではない。バンダー (B. Bender) やラインハルトとケーニッヒ (R. Reinhardt u. W. König) の作品のなかにも、同様の志向が現れているし、さらに戦前から戦後にかけてヘックの端緒を拡張的に修正補強しようとしたミュラー＝エルツバッハの業績も、少数説の流れのなかに位置づけることができる。さらに、戦前から利益法学の基本的正しさを正面から承認していたエンギッシュ (かれの『法律学の思考入門』の初版は1956年である) や利益法学の方法をナチ司法の実態分析に応用したりユータースの名も、同じ傾向として忘れてはならない。

3. ヴェスターマン

ヴェスターマン (1909-1986) も、ライニッケ兄弟やツインマーマンたちとはほぼ同じ1950年代に活動を開始している。ナチ時代の経験が暗い影を落とし、自然法ルネッサンスの潮流が活躍した時代背景に彩られている点では、ツインマーマン理論とよく似ている。

利益法学の発展的形成にもっとも成功したのは、かれであるといわれている。

(1) 利益と評価基準の区別 ヘックの利益概念は、立法者によりなされた評価の対象と評価の基準とをともに含む点で広すぎると批判し、評

価の対象と評価の基準を区別し、利益概念をその前者の評価対象（すなわち紛争当事者が追求している欲求表象）に限定した。評価や評価基準という概念は、今や利益から純化されて捉えられることになる（評価基準の例として、物権法の動産の善意取得の規定では、権利の外観、原因主義、取引の保護と所有権の保全が考えられる）⁸⁾。こういう風に評価を捉えることが、評価法学という名称を生むもとになった。この点こそ、利益法学と評価法学の分岐点であるとする見解が多い。しかし、裁判官の場合の評価の捉え方として、ヴェスターマンでは、ヘックと同じように、利益コンフリクトに関する制定法の評価を重視してそれを適用することが重要であるとしており、自己評価や法外的（außerrechtlich）な評価に安易に道を開くことに対しては、きわめて慎重な姿勢を貫いている点に注意する必要がある。

(2) 歴史的客観的解釈 解釈方法の捉え方は、歴史的解釈であるが、歴史的客観的解釈の立場である。制定法が成立するときの客観的に確認可能な成立状況や関与した人々のリアルな意思を重視している。ヘックの歴史的主観說的解釈とは異なるとはいうものの、ヘック自身の解釈学説も状況解釈（Umstandsdeutung）という解釈の役割を非常に強調していることから、こうした点での歴史的解釈理論のなかでのヘックとの相違は紙一重である、という見方も成り立つであろう。

(3) 正義理念への関係づけ ヘック自身は、法哲学からの独立性という要請によって正義に関する考察を安易な形で方法論に導入することには慎重であった。ところが、ヴェスターマンでは、正義の考察が方法論の課題として積極的に取り込まれている。すなわち、かれはこの点でつぎのように考えている——単なる利益評価は個々の紛争を解決するかもしれないが、利益評価を孤立的に眺めるだけでは、それを「権力の鶴の一声」（Machtspruch）から区別することはできない。規範と単なる権力

8) H. Westermann, *Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht*, 1955, S. 14f; ders., *Interessenkollisionen und ihre richterliche Wertung bei den Sicherungsrechten an Fahrnis und Forderungen*, 1954, S. 4.

の鶴の一声との区別を可能にするのは、正義理念への関係づけである。まさに、一切の紛争解決規範は「その規範に含まれている利益評価は正義にかなっている」という暗黙の主張を内含している⁹⁾。すなわち、規範というものは、正義理念を状況制約的な仕方ですべて具体化した1つの解決策であり¹⁰⁾、それこそが規範の客観的かつ拘束的な内実である。この内実を正しく読みとることこそ、規範解釈の課題である。

なお方法論のなかで正義問題を重視するこのような態度に移行していくと、制定法が正義理念の具体化を誤っており、制定法の形態をとった不正が見られるような場合には、裁判官としてはどのように対処すればよいのかという困難な問題に直面する。この点について、ヴェスターマンはどのように考えているか。① 裁判官はあくまでも制定法の評価に拘束されているから、制定法が不正であるとの自己評価に従うことは許されない¹¹⁾。② 制定法の正・不正を判定するための客観的尺度はあるのかという問題に関しては、司法的判断のなかで十分に使いこなせるような超実定的評価基準があるかどうかにつき、きわめて懐疑的にならざるをえない¹²⁾。③ 客観的に有効な制定法が裁判官の良心と矛盾するときでも、裁判官がかれの人格の発露として当該制定法の適用を拒否する態度

9) Westermann, a.a.O. (1955, Fn. 8), S. 16. ちなみにそこでの紛争解決規範とは、「対立している利益の解決を目的とする規範」であるが、こうした規範と単一の利益を規制するにすぎない規範との相違は単なる流動的なものであるにすぎず、紛争解決規範の基本的重要性にはかわりがない旨を強調している。

10) Westermann, a.a.O. (1955, Fn. 8), S. 17. この点を別の箇所では、つぎのように説明している——規範のうちに含まれている主張とは、「この規範によって下されている決着はもともと抽象的普遍的であった正義理念を具体化した1つの解決策である」という主張である (Ibid., S. 20)。

11) Westermann, a.a.O. (1955, Fn. 8), S. 25.

12) Westermann, a.a.O. (1955, Fn. 8), S. 27. — 超実定的判定基準の問題につき、ボン基本法に盛り込まれた基本内容とか法文化の全体像とかといった一応の判定尺度をさしあたりは指し示すことができるかもしれないが、法文化の全体像といっても、特定の時代、特定の文化圏を越えてまで普遍的な妥当性を有する基準ではない、というのがかれの立場である。この点は、Westermann, Person und Persönlichkeit als Wert im Zivilrecht, 1957, S. 52と対比せよ。

をとることは、制定法の価値判断への忠実性という裁判官の義務に照らして許されるものではない¹³⁾。

このようにヴェスターマンは、裁判官の自己評価、かれの良心、超実定的評価基準といった問題に関して、きわめて懐疑的な態度をとっており、制定法拘束性を首尾一貫して強調している。その点で、ヴェスターマンとヘックとの相違は見かけほど大きなものではなく、ツインマーマンよりは抑制的な態度であることが判明する。

(4) 二面性 以上のように、ヘック理論を発展させようとする端緒は否定しえないとしても、ヴェスターマンの理論自体の基本的な立場は、いまだヘックを引き継いでいるとみなすことができる。その点は、上述の「評価的利益法学」に近い一面である。しかし他面では、かれの理論は一人歩きして、つぎの多数説的な評価法学への橋渡しの役割を果たすことになり、多数説からヘック克服の先駆者と目されているという別の側面をもつことになる。ヴェスターマンの理論は、この微妙な二面性ゆえに、多数説と少数説の分岐点に立っているといえる。

第2節 評価法学 —— 多数説の形成

1. 背景 —— 実証主義克服の気運

戦後一時期のドイツ法哲学では、自然法ルネッサンスの潮流を中心として、法実証主義克服の気運が色濃く漂っていた。ヴェスターマンは、利益概念から峻別された評価基準の探究が方法論においても重要であることを示したが、まさにこの着眼点が突破口となって、実証主義克服の法哲学的衝動が勢いよく方法論に流れ込むことになった。それとともに論壇の視座は利益法学の再評価から離れ、利益法学の実証主義的制約を克服する方向へと傾斜していく。このようにして、ヴェスターマンに続く評価法学のほとんどの試みは、利益法学における実証主義的な根本欠

13) Westeramnn, a.a.O. (1955, Fn. 8), S. 30.

陥なるものの克服を焦眉の課題として真摯に受け止めており、「利益法学から評価法学へ」という流れが、一種のパラダイム・チェンジのような非連続的な転回の図式として学説史のなかで定着を始める。自然法ルネッサンスを底流としつつ実証主義克服運動のなかで形成された、かような特殊な評価法学を、本稿では多数説の評価法学または狭い意味での評価法学と称することにしたい。ナチ法学からの影響は、戦後の法哲学において断絶するどころか、自然法ルネッサンスという潮流のなかで育まれ、多数説の評価法学によっていまや方法論のなかにまで流入することになる。

2. 主張者と主要傾向の分類

多数説の評価法学に属する主張者として、ラーレンツの『法学方法論』は、「利益法学から評価法学へ」という節のなかで、つぎの学者の名を挙げている¹⁴⁾—— エッサー、ヴィーアッカー、チペーリウス、クロンシュタイン、コーイング、A. カウフマン。それにラーレンツ自身の名前も加える必要がある¹⁵⁾。かれらの思想はかなり多岐にわたっているため、完全な分類は不可能であるが、フィケンチャーによるグループ分けを参考にして概観すると、法意識内在的評価法学、社会内在的評価法学、社

14) ラーレンツの『法学方法論』初版(1960)に比して、第3版(1975)以後での「利益法学から評価法学」という節はかなり追加されている。主張者の列挙は追加された版に依拠している。なお、その箇所ではラーレンツの扱っているラインハルト＝ケーニッヒ、O. A. ゲルマンは、むしろ少数説の評価法学の方に近い側面が多いと思われるので、ここでは除いておく。

15) 評価法学の傾向を示すかれらの主著を掲げると、Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 1956; Wieacker, Gesetz und Richterkunst, 1958; R. Zippelius, Wertungsprobleme im System der Grundrechte, 1962; Kronstein, Rechtsauslegung im wertgebundenen Recht, 1957; Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1969², S. 269ff.; A. Kaufmann, Analogie und "Natur der Sache", 1965. その他には、フープマン(H. Hubmann)の名前をあげることができる。かれの利益衡量論は、ヘックの築いた法理論的枠組を骨抜きする上で重要な貢献をしている。

会超越的評価法学を区別することができる¹⁶⁾。

(1) 法意識内在的または法内在的評価法学　ラーレンツの方法論は、解釈論、欠缺補充論ならびに発展的法形成論という3分野において、正義を中心とした重要な価値や価値秩序がどういう意義を担っているかについて、委曲を尽くした検討を行っている。かれによると、裁判官は、解釈あるいは欠缺補充（類推、目的縮減と目的的拡張）の作業において、時代の一般的法意識と制定法の間を行き来する弁証法的過程のなかで価値を探究し、この価値を方向づけの手がかりとする、とされるのであるが、こうした価値に方向づけられた操作において、方向づけの照準としてきわめて重要な意義を担っているのは、立法者の主観的決定のみではなく、法秩序全体に対して妥当する客観的な法目的や客観的の原則である。発展的法形成（新しい法制度の形成や制定法の改訂など）の作業では、裁判官には制定法の外には出て法の内にとどまる（extra legem intra ius）法思考が要請されるのであり、そのためには、取引社会の不可避的需要、事物の本性、法倫理的の原理といった視点が顧慮されるべきである、という。こうした基調に立つラーレンツの方法論を、フィケンチャーは、「制定法内在的」ではないが「法内在的」評価法学（“rechtsimmanente” Wertungsjurisprudenz）、あるいは一般的法意識を重視する特色のゆえ

16) Fikentscher, Methoden des Rechts, III, 1976, S. 405ff. 本文の以下の分類も不完全な理念型的分類にすぎない（部分的には評価法学の少数説の主張との境界がはっきりしない例もある）。フィケンチャーは、これらのグループの他にヴェスターマンを「制定法内在的評価法学」という傾向として説明しているが、評価法学の多数説と少数説の区別がより根本的であるという筆者の理解により、ここでの分類から除外した。なおパブロフスキーはこの点で別の分類を試みている（H.-M. Pawlowski, Methoden für Juristen, 1981, S. 60ff. ; ders., Einführung in die Juristische Methodenlehre, 1986, S. 92ff.）——形式的評価法学（評価の論理的の概念）、実質的評価法学（価値哲学への遡源）、規範的評価法学（憲法や法律のなかで具体化された価値秩序の重視）、客観的評価法学（客観的精神への遡源）、社会的評価法学（社会的に承認された価値に依拠）、類型とケース規範の傾向。この分類も1つの参考にはなるが、分類基準が曖昧であるために、ここでは採用しない。その他、F. Bydliniski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 1982, S. 123ff. も評価法学を扱っている。

に、「法意識内在的」評価法学（“bewußtseinsimmanente” W.j.）と特徴づけている¹⁷⁾。

(2) 社会内在的評価法学 エッサーの比較的初期の作品では、英米の法思考からの影響を強く受けた原理とルール二元論が登場している。すなわち、制定法のルールは、背後に存している法原理が欠缺含有的な仕方で見出した1つの表現形態にすぎないという視角から、ルールと原理を対比的に捉えている。かれにおける法原理は本質的に評価基準であることから、エッサーは現代評価法学の重要な主張者である。さらに、かれの作品では、社会のなかでのスタンダード（「通常の商人」や「公正な競争」など）が法にとって大きな意味をもつとされ、スタンダードのなかに含まれた価値原理が裁判を通してしばしば法のなかに転化されることに注意を喚起している。このように、エッサーの立場では、法律学上の評価が社会的表象や社会進歩と密接にかかわり、社会学的起源を有していることが強調されているから、かれの理論は社会内在的な評価法学（gesellschaftsimmanente W.j.）と特徴づけることができる。ヴィーアッカーの理論も、これに比較的近いと位置づけられている。

(3) 社会超越的評価法学 裁判官の評価問題について、客観的基準はいつも容易に見出すことができるか、また客観的方向づけはどこで限界にぶつかるか、という限界問題に鋭い注意を注いでいるのは、チペーリウスである。かれによると、裁判官は法的な価値決定のための尺度としては、憲法の条項のなかにも沈澱している「支配的法道徳」（これはN. ハルトマンの「客観的精神」にあたる）が重要であり、そこから客観的規範を取り出すことができるという構想に立っており、これがかれの基本的立場である。しかし一方では、憲法の基底にある価値秩序のなかに

17) ラーレンツの『方法論』の第3版以降では、とりわけ価値に方向づけられた思考（wertorientiertes Denken）という特色ある表現が頻繁に登場し、類型、法原理と動的システムをこの価値に方向づけられた思考の基本形式とみなして構想を展開しているが、こうした側面もラーレンツの評価法学の特色を示すものであるといえよう（Larenz, Grundformen wertorientierten Denkens in der Jurisprudenz, Festschrift f. Wilburg, 1975, S. 217ff.）。

も多くの未解決の価値コンフリクトが存しているし、他方では支配的法道徳が可変的であることから不断に新しい価値思潮が登場することによって、裁判官の決定が当該問題に関する確実な尺度を見出すことができないという困難な領域が残ることになる。こうした場合、裁判官は、かれの個人的な正義の表象あるいは（正義表象のみによる解決が不可能なときには）合目的性衡量にもとづいて決定を下さざるをえない。このように、チペリウスでは、最終の審級として裁判官個人の良心や精神に耳を傾けることになる。自然法の伝統に与するクロンシュタインの理論では、同様の最終的な場面では、宗教的な評価に決定権を与えることを許容している。かれらの傾向は、社会超越の評価法学（die Gesellschaft transzendierende W.j.）と名づけられている。

3. 総括

多数説の評価法学が再生自然法論の強い影響を受けている限り、再生自然法論とナチ時代の具体的秩序思考との潜在的な連続性によって、ここでも自由法学の理論枠組が、かなりの程度復活することになる。ラーレンツの法意識内在的な評価法学は、ナチ時代に民族共同体の具体的秩序として捉えられた民族仲間の一般的法意識を強く想起させるものであるし、またエッサーやヴィーアッカーの社会的事実平面におけるスタンダードも、具体的秩序のなかの尺度あるいは自由法学における「生ける法」の発想と似かよった色彩をとどめている。多数説の評価法学では、法規範の性質についての命令説の却下（その限りで評価規範説の方に比重がシフトしている）、解釈に関しては客観説への移行、発展的法形成と解釈の境界の流動化、さらに発展的法形成における超制定法的な価値基準の探究に考察の比重を移す、といった共通の特色がかなり濃厚に浮かび上がっている。これらの点でこの学派が、自由法学に連なる伝統に回帰していることが裏書きされているといえよう。

4. 実務の動向

理論の動向はともあれ、戦後ドイツの裁判実務も評価法学の多数説によって席卷されたのであろうか。上述の少数説に属するD. ライニッケはBGH（連邦通常裁判所）の裁判官として、またブロークスもBverfG（連邦憲法裁判所）の裁判官として、かれらなりに利益法学に忠実な方法を実務に応用している。このように、実務の世界では少数説を支持する傾向もかなり残っており、多数説の浸透はかなり限定的なものにとどまっている。その背景には、実務では正義と並んで法的安定性の要請がきわめて強く、そのために、制定法拘束性、権力分立や確実な実施可能性を簡単に無視することはできないという事情が関係している。

この点で、ペーターセン（J. Petersen）によるパラダイム・チェンジに関する書物は、示唆に富んでいる。そこでは、私法の判例がかなりの分野で多数説の評価法学への移行に抵抗している模様が描き出されており、かれによると、学説が特定の問題領域において原理にもとづく思考の導入などによって利益法学から評価法学に移行しているところでも、判例は必ずしもこうした学説に同調してはいないと説いている¹⁸⁾。そう

18) ペーターセン（J. Petersen, *Von der Interessejurisprudenz zur Wertungsjurisprudenz*, 2001）は、①両当事者の利益が対立するにすぎない二者対立的法律関係と②第三者の利益保護の必要性がその上に追加される多者対立的法律関係に分けて、①の二者対立関係については利益法学の方法を維持することは十分可能であるが、②の多項関係では利益法学は限界に直面し、評価法学的考察方法（原理思考など）への移行を考慮すべきであるという基本図式（S. 35f. 43）を出発点としている。その上で、①の二者対立的法律関係の諸問題について、ドイツの判例が利益法学の方法論を採用している傾向（たとえば離婚に際しての夫婦間の扶養請求権の分配問題に関する判例—S. 32f.）は、正当とみなしうると指摘する。さらに②の三者対立的関係の問題については、一方では判例が評価法学に移行しているとみなしうる場合もある（例、環境保護の作用を伴う相隣関係問題の処理）が、他方では、学説が評価法学の原理思考に移行を遂げているところでも、判例がなお、ある場合は利益法学的方法ないしは利益法学類似の手法（とりわけ生活探究）を援用したり、またある場合は概念法学的な構成的手法を用いたりするにとどめて、評価法学的論証の採用には至っていない分野がある（たとえば、善意取得の間接占

した判例と学説のずれが生じる理由として、評価法学に移行したところでは、十分に基礎づけられているとはいえない、裁判官の自己評価に容易に道が開かれてしまう危険性があり、判例の抵抗はこうした危惧を示すものであると解している¹⁹⁾。

最終的には、こうした面での描写はより詳しい判例の検討や分析をふまえて慎重になされる必要があり、軽々な結論づけは慎まざるをえない。しかしともかくペーターセンのような指摘を通して、法実務では、利益法学の浸透がそれほど安易な仕方でも多数説の評価法学により塗り替えられたというわけではないこと、利益法学から評価法学へというキャッチフレーズをドイツの法実務においても完遂されたパラダイム・チェンジと受けとめることはきわめて危険であること、を確認することはできる。

第3節 評価法学（多数説）の限界と後史

1. 学説史の屈折 —— ラーレンツ方法論の功罪

(1) ラーレンツによる歴史的回顧 戦後ドイツにおける最初の体系的な私法学方法論がラーレンツによって書かれたことは、不幸なことであった。その『法学方法論』（初版、1960年）は、19世紀以来の歴史的回顧を『利益法学』から『評価法学』へ、そして歴史的に経験される価値の『相対的自然法』へ」というタイトルのもとに総括している²⁰⁾が、総括のポイントを私見を交えて極度に単純化すると、3つある。第1に、ヘックたちの古い利益法学は、利益の把握にしてもまた利益からの法に対

有に関する特殊問題である、いわゆる「従たる占有」Nebenbesitzの解釈問題— S. 78f. — や、不当利得に関する、三者間の利得の均衡をめぐる解釈問題— S. 86ff. — など）と指摘している。ペーターセンが出発点としている図式が正しいかどうか検討すべき余地もあるが、少なくともこうした分析から、ドイツにおけるBGHの多くの判例が依然として利益法学の方法を採用したり、学説における評価法学への移行に抵抗したりしているいきさつを確認することができる。

19) J. Petersen, *Ibid.*, S. 96.

20) Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1960¹, S. 123ff.

する因果的作用の捉え方にしても、19世紀の実証主義的科学概念に囚われており、自然主義的実証主義の誤謬という点で非難に値する理論である²¹⁾。第2に、戦後の方法論では、幸いヴェスターマンにより評価の対象と評価基準が峻別され、相対的自然法（あるいは歴史的な自然法）が提示されたことによって、このヘックの自然主義的実証主義から抜け出すきっかけが与えられた。第3に、その当時、エッサー、コーイング、ヴィーアッカーをはじめとする多くの思想家が制定法を超えた評価基準の探究に向かいつつあり、ヴェスターマンによる転回を引き継いで、実証主義を克服した評価法学として新しい成果が蓄積されつつある。この成果は、自然法ルネッサンスの当時の動向とも緊密に連携している。

(2) ラーレンツによる総括の問題点　ところがかれの述べるこれらのポイントは、別の視角から見ると、いずれも大きな問題を孕むものである。まず第1点は、単にラーレンツによるナチ法学時代の利益法学批判を蒸し返しているにすぎず、ヘックの利益法学に対する完全な誤解から出発している。この点はヘックの反論のなかで明らかにされ²²⁾、また比較的最近の研究のなかでも解明されている²³⁾。第2点では、上述したごとく、ヴェスターマンの方法論を全体としてみると、実は著しく少数説の流れの方に傾斜しており、またかれの相対的自然法への言及にしても、当時の再生自然法論の時代思潮にそれほど積極的にコミットしている論調ではない。さらにラーレンツによる第3点の総括は、ヴェスターマン以前にみられる利益法学再評価の流れ（少数説）を完全に黙殺することによって、当時の方法論的視座を著しく歪める帰結を生むことにな

21) Larenz, *Ibid.*, S. 50ff.

22) Heck, *Die Interessenjurisprudenz und ihre neuen Gegner*, AcP 142 (1936), S. 180f., 297ff., 308ff.

23) W. Krawiec, *Juristische Entscheidung und wissenschaftliche Erkenntnis*, 1978, S. 228ff. 要するに、ヘックのいう利益の因果性の意味は、自然科学的因果関係とは何の関係もなく、立法者に対する単なる根拠(Grund)、誘因(Anlaß)という趣旨にすぎないことに注意すべきである。ヘックの理論は自然主義的実証主義と対立する側面を多く有している(とくに *Ibid.*, S. 232)。

った。戦後になって、ナチ時代とほぼ同様の方法論を携えて論壇に復帰したラーレンツにとって、戦前から不倶戴天の敵対関係にあったヘックの利益法学を再評価せんとする少数説の存在は、黙殺するのがもっとも容易な行き方であったのであろうか。

(3) 洞察の困難性と帰結 遺憾ながら、ラーレンツにまつわるこれらの問題点は、通常の注意をもっては見抜くことが困難である。というのも、第1に、ラーレンツによる戦前の方法論的な実証主義批判と戦後のかれの方法論との連続性は、かなりの労力を払って対比してみなければ浮かび上がってはこない²⁴⁾。また第2点でのヴェスターマンに関する位置づけの問題性も、かれの学説を忠実に検討したり、視野を広げて評価法学少数説のコンテクストを見渡すのでなければ、把握することはかなり困難である。最後に第3点については、戦後のラートブルフが展開したドイツ法哲学に特有の総括のあり方に、そもそも議論の余地ないし偏りがあるということを意識するのでなければ、問題の重要性そのものが理解されないであろう。

結局戦後ドイツの方法論は、ラーレンツによる評価法学伝説の創出を媒介項として、再生自然法論とナチ法学の間の連続線を逆方向に辿り、ナチ法学における負の遺産から再出発することを余儀なくされたとみるべきであろう。そのために、ナチ司法の反省から建設的に学習することやワイマール期あるいはそれ以前の高い水準の方法論を再評価することは、それだけ困難となっている。法哲学においてラートブルフが果たした実証主義断罪説の創始と定着化という役割とよく似た機能を、方法論では(時期的にはラートブルフより約15年遅れてではあるが)ラーレンツが引き継ぎ、そして完成させた。これが冒頭に「不幸」と称した問題

24) こうした連続性を指摘する文献として R. Frassek, *Methode und Zivilrecht bei Karl Lazenz (1903-1993)*, in: J. Rückert (Hrsg.), *Fälle und Fallen in der neueren Methode des Zivilrechts seit Savigny*, 1997, S. 146. Vgl. Schoppmeyer, a.a.O. (Fn. 1), S. 242 Fn. 123. ラーレンツの哲学的連続性については、伊藤剛『ラーレンツの類型論』(2001年) 227頁以下参照。

の核心である。

2. 多数説の基本的問題点

評価法学の多数説と少数説を理論内容として比べると、多数説に与えることをためらわせる理由、すなわち多数説の基本的な問題点をここで示しておく。

(1) 評価対象と評価基準を切り離すことのマイナス たしかに、両者を混同することはよくないし、両者の概念上の区別が必要な場合もある。しかし、とくに評価の基準と評価の対象との相違は単なる相対的なものがある、という点も考えなければならない。ある価値は、より低次の手段的な価値に対しては評価基準であっても、より高次の上位の目的たる価値からみれば、評価される対象となる。全く純然たる評価基準であって絶対に評価対象とならないものは、ごく少数の究極的な公理的価値に限られるであろう。評価基準と評価対象のこのような相対性や互換性を考慮に入れる場合は、両者の重複領域を表現しうる、より広い上位概念が必要となり、ヘックの利益はそうした上位概念としてのメリットを狙っていたと考えられる（かれの利益が精神的利益を指す場合には、利益という用語で高次の価値である価値基準が表現されていることが多い）。コンテクストに応じて「利益」に限定を付すことにより、混同は容易に回避しうるのではないか。

(2) 評価基準に視野を狭隘化することのマイナス 価値基準の重視は実生活から迂遠な哲学的思弁に赴き、特定の哲学体系に解決を求める危険を伴っている。実生活に近い法律学において、しばしば決定的な意義をもつのは、当事者の欲求表象のなかではプラスの利益への接近という側面よりは、マイナスの利益や弊害を回避したいという欲求である。しかも負の連鎖という形で、1つのマイナス利益が別のマイナス利益と強固に結びついたり、マイナス利益の回避とプラス利益への接近が入りくんだ仕方で利益のコンフリクトを形成していたりしている。利益（あるいは利害）Interessen という概念はこうした不利益をも含意しう

るし、さらにこうした切実なコンフリクト様相の正確な把握に目を向けさせるという長所を伴っている。マイナス・プラスの利益が解きがたく結びついている生活の実相に即して、コンフリクト現実をすっきりした形で観想しそれにふさわしい解決策を熟慮することが、法律学と方法論の重要な課題である。プラスの利益のみを孤立化させた上でそれら相互を秤にかけ、単純に価値的優劣を衡量せんとする作業にほとんどの精力を浪費してしまう評価法学の多数説から出てくるのは、法律学の重要課題から目を逸らせるという効果だけではないか。

3. 評価法学以後の展開

それ以後の多岐にわたる方法論の展開については、簡単な概観にとどめておく。以上の考察から判明する重要なポイントは、評価法学多数説の延長線を辿る傾向と、少数説に与して利益法学の承継と発展の方向の模索する傾向に分裂している状況を看過してはならないということである。

(1) 潮流の分裂 その後の展開を見ると、多数説と少数説のそれぞれの流れを受け継いでいる作品があり、それらの2つの傾向は顕著に分裂している。まず多数説を承継している傾向としては、第1部最終章でみた一般哲学や法哲学の潮流変化から影響を受けながら、①裁判官の前理解の要素を強調する法律学的ヘルメノイティク（クリーレ、後期エッサー、ルシュカ）、②フィーヴェクのトピック、③前期エッサーやラーレンツにおける法原理重視を引き継いだ原理理論、④個別ケースに直面した当事者の討議手続の重視および解決策の合意可能性の探究を重視する論証理論（とりわけアレクシー）、といった多様な潮流が現れている。

次に少数説の流れに視線を注ぐと、個々の実定法の解釈問題に即して多数説のもたらす法律学的思考の軟弱化や法的安定性への悪影響を危惧する解釈論を少数説の流れに沿って展開している学者はかなり存在するかもしれないが、まとまった方法論的作品に結実している例は少ない。注目すべき学者としては、すでに言及したエンギッシュとリユタースを

挙げることができる。それ以外には、リユタースの研究を引き継いで司法的法思考の政治化にきわめて批判的な仕事をしている学者たちや、また近年では比較的若い研究者の間（M. ヴォルフ、H. ショップマイアー、J. ペーターセン²⁵⁾）にヘック理論を改めて再評価しようとする研究動向がみられ、そこには戦後の少数説と一脈通じる批判的精神を汲み取ることができる。

(2) 出発点の違い 多数説の場合は、実証主義克服の出発点からして、各時代の哲学思潮との密接な連携の下に理論を展開しており、第1部最終章で述べた法哲学の多様な潮流から養分を吸収することが可能になるが、その反面、哲学や法哲学の速い潮流変化のなかで盛衰を共にすることになる。それに対して、少数説の場合は、千変万化する法哲学の動向から一線を画して、方法論や法理論に課せられた固有の問題に関する解決策を、実生活との接点を意識しながら探し求めることが出発点になる。

(3) 結 論 現代に至るドイツ方法論の全体展望からの結論として、つぎのような問題状況を指摘することができる——最終的に支配的な位置に立っている評価法学多数説は、①体系的に堅固な方法論を構築しているヘックの方法論を顧慮していない、②ヘック理論とナチ法学との論争を無視している、③利益法学に続く評価法学少数説の存在を完全に視野から追放している、というきわめて偏った視座に立っている²⁶⁾。

これは、単にわが国から遠い国における学説史の問題状況にとどまるものではない。評価法学は価値判断を中心に扱っている点で、わが国の法解釈論争やいわゆる利益衡量論とも似かよった側面を多く有している。わが国では、利益法学に関する議論の蓄積の程度や、概念法学・自由法

25) M. Wolf, Philipp Heck als Zivilrechtsdogmatiker, 1996. ショップマイアーとペーターセンの文献はすでに掲げたが、E. Meyer, Grundzüge einer systemorientierten Wertungsjurisprudenz, 1984もこうした流れに沿っている
とみなしうる。

26) Rütters, Rechtstheorie, 1999, S. 315も同旨。かれは、Fikentscher, Methoden des Rechts, Bd. III, 1976のなかにもこうした傾向がみられると、苦言を呈している (Ibid., S. 315 Fn. 515)。

学・利益法学・ナチ法学などの相互間で闘わされた激しい論争を踏まえた理論展開といったコンテクストが、ドイツとは全く異なっているので、表面上の単純な比較にはあまり意味がないといえるかもしれない。しかし評価法学の多数説とパラレルな学説が支配的地位を占めている（たとえば議論理論または論証理論）という点で両国の状況に類似性がみられる限りでは、現代ドイツにおける方法論的議論のあり方は、わが国の方法論の現状に対しても示唆するところが多い。第1に、ドイツの場合は概念法学からナチ法学までの方法論の理論構造が緻密に分析されており、夫々の学派に沿った場合の実務的法思考の特質も併せて的確に把握されているという地盤のうえで、論争が蓄積されている。わが国では、概念法学や自由法学の何たるか、ナチ法学の何たるか、またそれらは実務上いかなる帰結を生んだかを徹底的に学習したうえでなければ、いくら学界で華々しい方法論争がなされても、表面的に新しい用語法の陰で実は古い思考の枠組が蒸し返されているにすぎないということが起こりうるのではないか。第2に、それではドイツの方法論議を正しく学習することはどういうことか。ドイツをみる場合、流行のなかで今をときめく支配説に目を奪われて、それがドイツの議論の全貌であるかのような錯覚に囚われることはきわめて危険である。この最終章で展望した評価法学をめぐる議論の屈折が示しているように、気骨のある少数説が片隅に存在して、学界の良心を代表していることが多い。目立ちにくいこうした学説まで視野に収めて全体を正確に把握する努力が肝要である。ところが、流行に敏感な日本人学者の目からは、時流におもねることのない地味な学説は、しばしば真価よりも大分低く評価される傾向にある。ドイツの方法論議を展望するにあたっては、通説や流行の呪縛から解放された覚めた目でこうした学説の真価を再評価する姿勢が、何よりも重要であると考え。多数説と少数説の攻防の陰には、法哲学における学説のヘゲモニー争いも絡んでいることが多いので、方法論と法哲学の間で適切に視線を往復させる努力も欠かすことはできない。

【参考文献】 — ドイツ法思想に関連する文献に限定 —

H. Adachi, Die Radbruchsche Formel, 2010 ; F. Berber, Das Staatsideal im Wandel der Weltgeschichte, 1973 ; F. Bydliński, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 1982 ; H. Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 3. Aufl., 1976 ; R. Dreier, Recht-Moral-Ideologie, 1981 ; R. Dreier/W. Sellert(Hrsg.), Recht und Justiz im »Dritten Reich«, 1989 ; F. Ebel/G. Thielmann, Rechtsgeschichte, 3. Aufl., 2003 ; K. Engisch, Einführung in das juristische Denken, 7. Aufl., 1977 (zit. Einführung) ; W. Fikentscher, Methoden des Rechts, 5 Bde., 1975-1977 ; A. Kaufmann/W. Hassemer (Hrsg.), Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 5. Aufl., 1989 ; K. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl., 1983 (zit. ML) ; R. Marcic, Geschichte der Rechtsphilosophie, 1971 ; S. Meder, Rechtsgeschichte, 2. Aufl., 2005 ; H.-M. Pawlowski, Methodenlehre für Juristen, 1981 ; B. Rütters, Entartetes Recht. Rechtsleben und Kronjuristen im Dritten Reich, 1988 ; ders., Rechtstheorie, 3. Aufl., 2007 ; H. Schlosser, Grundzüge der Neuere Privatrechtsgeschichte, 10. Aufl., 2005 ; H.-L. Schreiber, Der Begriff der Rechtspflicht, 1966 ; ders., Gesetz und Richter, 1976 ; M. Stolleis (Hrsg.), Staatsdenker im 17. und 18. Jahrhundert, 1977 ; ders., Recht im Unrecht, 1994 ; A. Verdross, Abendländische Rechtsphilosophie, 2. Aufl., 1963 ; H. Welzel, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 4. Aufl., 1962 ; F. Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., 1967 (鈴木 祿弥訳『近世私法史』(初版の翻訳)、1961年) (zit. PRG) ; E. Wolf, Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte, 4. Aufl., 1963 ; R. Zippelius, Geschichte der Staatsideen, 5. Aufl., 1985 ; ders., Juristische Methodenlehre, 5. Aufl., 1990.

青井秀夫『法理学概説』2007年；青井秀夫・陶久利彦編『ドイツ法理

論との対話』2008年；新 正幸『ケルゼンの権利論・基本権論』2009年；筏津安恕『失われた契約理論——プーフェンドルフ・ヘーゲル・ボワソナード——』1998年；同『私法理論のパラダイム転換と契約理論の再編——ヴォルフ・カント・サヴィニー——』2001年；同『義務の体系のもとでの私法の一般理論の誕生——スアレス・デカルト・グロチウス・プーフェンドルフ』2010年；磯村 哲『社会法学の展開と構造』1975年；伊藤 剛『ラーレンツの類型論』2001年；加藤新平『法思想史』新版1973年；三島淑臣『法思想史』新版1993年；同『理性法思想の成立——カント法哲学とその周辺——』1998年；村上淳一『ドイツの近代法学』1964年；村上淳一『ドイツ現代法の基層』1990年；永尾孝雄『ヘーゲルの近代自然法学批判』1998年；笹倉秀夫『近代ドイツの国家と法学』1979年；同『法思想史講義』（上）（下）2007年；高橋広次『ケルゼン法学の方法と構造』1979年；竹下 賢『実証主義の功罪——ドイツ法思想の現代史』1995年；竹下 賢・宇佐見誠編『法思想史の新たな水脈』2013年；滝口清栄『ヘーゲル《法（権利）の哲学——形成と展開』2007年；上山安敏『法社会史』1966年；山口迪彦『イェーリングの法理論』2001年。

あとがき

この論文は、ある別の出版計画に応じて、23年前に脱稿し、初校まで終えた拙稿をもとにしている。その出版計画が大幅に遅れるなかで、ひとまずはその原稿を活字にしておきたいという願いから、今回、当該出版社と法学論叢編集部の双方の了解のもとに、ここに掲載させていただくことになった。今回の掲載にあたり、読みやすくするために形式面で最小限の工夫を加えたり、最新の文献を若干追加したりはしたが、第2部の最終章を除き内容的には基本的にもとのままである。その後の年月の経過に伴って、個々の点ではより詳細に補足した方がよいと思われる箇所もないわけではないが、全体としてみれば、このままでもその後出版されている法思想史関係の新刊和書の傍らで、光を失うものではない

という判断から、大幅な改作は見送った。ドイツ法思想史の幾世紀にもわたる長い流れを展望するための見取図として、尊敬する先輩・同僚による優れた作品が他にも存在していることは十分意識しつつ、本稿のような構図もありうるのではないかと考える。その後刊行した拙著『法理学概説』(有斐閣、2007年)が扱っているドイツの法理論や方法論では、19世紀末以降の展開過程に叙述のウエートをおいているため、それらが元来根ざしていた、前の時代の思想史的背景に遡る仕事は、課題として残されている。そういう意味で『法理学概説』において欠けている部分を、本稿の圧縮した考察のなかに読み取っていただき、2つの作品を連続した統一体としてご理解いただけるなら、これにすぐる喜びはない。