

金沢大学法学類  
2020 年度「法思想史」

足立 英彦

2020 年 6 月 10 日

# 目次

第1章	はじめに	3
第1節	法思想史を学ぶ意義	3
1	法域	3
2	法思想史とは何か？	4
第2節	近代法の特徴	4
第2章	サヴィニー	7
第1節	法典論争（ティボー v.s. サヴィニー）	7
1	背景	7
(1)	フランスにおける法典編纂	7
(2)	ドイツにおける法の分裂状態	8
2	ティボー	8
3	サヴィニーの反論	9
4	法典論争の帰結	9
第2節	歴史法学派	10
1	歴史的方法	10
2	体系的方法	11
第3章	プフタ	13
第1節	法源論	13
第2節	法体系論	14
第4章	ヴィントシャイト	17
第1節	パンデクテン法教科書とドイツ民法典	17
第2節	アクチオ論	19
第3節	いわゆる「概念法学」	19
1	概念法学の伝統的なイメージ	19
2	伝統的な概念法学像に対する批判	20
第5章	イエーリング	23

第1節	前期イェーリング	23
第2節	後期イェーリング	24
1	「売買契約における危険」(1859年)	24
2	『ローマ法の精神』第3巻(1865年)	24
3	『権利のための闘争』(1872年)	25
4	『法における目的』(1巻1877年, 2巻1883年)	26
<b>第6章</b>	<b>ヘック</b>	<b>27</b>
第1節	概念法学に対する批判	27
第2節	利益法学	28
1	利益衡量	28
2	欠缺補充	28
第3節	利益法学の問題点	29
<b>第7章</b>	<b>リスト</b>	<b>31</b>
第1節	リストの構想	31
第2節	「刑法における目的思考」(1882年)	32
第3節	目的刑思想の後世への影響	33
<b>第8章</b>	<b>カントロヴィッチ</b>	<b>35</b>
第1節	『法学のための闘争』	35
第2節	自由法論のその後	37
<b>第9章</b>	<b>ラートブルフ</b>	<b>39</b>
第1節	法の創造としての法学	39
第2節	『法哲学』	41
1	社会学から法哲学へ	42
2	法の概念	42
3	法の理念	43
(1)	正義	43
(2)	合目的性	44
(3)	法的安定性	45
4	法の効力	45
第3節	ラートブルフ定式	46
第4節	ラートブルフの法理論の意義	48
	参考文献	49

# 第1章

## はじめに

### 第1節 法思想史を学ぶ意義

#### 1 法域

この講義の対象は西洋法思想史である。現代の各国の法体系は、一部の例外（イスラム法や社会主義国の法など）を除きヨーロッパに起源をもつ。したがって、自国の法をよりよく理解するためには、いずれの国においても、西洋法の基礎にある思想を理解することが不可欠である。

現在の世界各国の法を大まかに区分すると、ローマ法を継受した地域の法と、ローマ法を直接には継受せず、独自のコモンロー体系を発展させた地域に分けることができる。ローマ法を継受した地域を「大陸ヨーロッパ法域」と呼ぶが、この法域はフランス法の影響が強い「ロマンス系法域」と、ドイツ法の影響が強い「ドイツ系法域」に分けられる。後者の、コモン・ロー体系を発展させた法域は「アングロ・アメリカ法域」と呼ばれ、イギリス法の影響が強い「イギリス系法域」と、アメリカ法の影響が強い「アメリカ系法域」に分けられる。各法域の代表的な国・地域は以下の通りである（大雑把な分類である）。

- 大陸ヨーロッパ法域: ローマ法を継受した地域
  - － ロマンス系法域: 仏・ベルギー・伊・スペイン・ポルトガル・中南米・アフリカの旧仏植民地等・カナダのケベック州・米のルイジアナ州・英のスコットランド
  - － ドイツ系法域: ドイツ・ギリシャ・オーストリア・スイス・トルコ・日本・韓国・中華民国（台湾）・北欧（デンマーク・フィンランド・アイスランド・スウェーデン）
- アングロ・アメリカ法域: ローマ法を継受せず、独自のコモン・ロー体系を発展させた地域
  - － イギリス系法域: 英国（イングランド・ウェールズ）・オーストラリア・インド・アイルランド・カナダ（ケベック州以外）・ニュージーランド・アフリカの旧英植民地・香港等。

－ アメリカ系法域: 米。フィリピン, 南アフリカ等にも影響。

この講義では西洋法思想の中でもとくに 19 世紀以降のドイツ語圏（ドイツ・オーストリア）の法思想に焦点を当てる。なぜなら、日本では民法・刑法などの主要な法典が、当時のドイツ法から多大な影響を受けて制定されたため、日本法はドイツ系法域に属するといえるからである。

## 2 法思想史とは何か？

この講義では、法学の歴史（法学史）に焦点を当てる\*1。広義の法思想史には、法学の歴史の他に、それぞれの時代の各国の法制度に内在し、それらを規定しているような諸観念の歴史、すなわち支配する側の法思想史や、一般民衆によって漠然とした形で、直感的・非体系的な形で懐かれている法意識（法＝正義感情や権利意識）の歴史、すなわち支配される側の法思想史が含まれる。これらの支配する側及び支配される側の思想史については、法制史・政治史・社会経済史・文化人類学・神話学等からの研究が必要であり、法学の一分野としての法思想史の直接の対象にはならない。

しかしながら、法学の歴史が、支配する側・される側の法思想史とまったく無縁でいられるわけではない。法学はそれが学問である限り普遍的であることを宿命づけられており、支配する側及び支配される側の思想的営みを反映せざるを得ない。したがって、法学史に焦点を当てることによって、広義の法思想史全体に対して「ある種の見通し」を得ることができると思われる。

とくにドイツ系法域に属する日本においては、ドイツの主要な法典の編纂過程におけるドイツ語圏の議論の概要を知ることが、日本の現行法のよりよい理解に貢献する。したがってこの講義では、ドイツの主要な法典の編纂や制定後の運用に影響を与えたドイツ語圏の著名な法学者を取り上げ、彼らの思想の概要を説明する。

## 第2節 近代法の特徴

本論に入る前に、近代法の特徴を、それ以前の法と比較しつつ説明しておく\*2。ヨーロッパは近世まで身分制社会であった。法は人々にその身分（聖職者・騎士・商人・職人・農民）によって異なる権利を与え、義務を課していた。このため、法の条文数が多くなり、たとえばプロイセン一般ラント法（Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, 1794 年施行）は 19,000 条で構成されていた。個々の条文は具体的で、庶民にも分かりやすかったが、その具体性が以後の発展を阻害してしまったとも言われる\*3。

これに対して近代法の特徴はその抽象性にある。近代になり身分制社会が解体されると、近代法はすべての人間の「自由」を前提とするようになった。ここでいう「自由」は、

\*1 以下の説明は三島淑臣『法思想史 新版』（青林書院，1993 年）2-3 頁に基づく。

\*2 以下の説明は主に勝田有恒ほか『概説 西洋法制史』270-272 頁に基づく。

\*3 勝田ほか『概説 西洋法制史』264 頁。

ある行為についてすること（作為）としないこと（不作為）がともに許されているという意味での狭義の自由と、その狭義の自由を制限する（不作為を義務づける（＝作為を禁止する）、または作為を義務づける）には、制限される者の同意が必要であるという原則（自己決定の原則）の両方を含意する。この自由は、身分にかかわらずすべての「人」（Person）に保障されるべき規範的な性質であり、したがって法にとっての人間は抽象的な「人格」（Person）であると考えられるようになる。近代法の目的は、個々人の自由を最大限保障すること、すなわち個々人の人格を最大限尊重することであると考えられるようになる。

法の対象となる人間が具体的な人間ではなく抽象的な人格であると考えられるようになると、法の条文においても具体的な概念より抽象的な概念（たとえば「人」「物」「契約」など）が多用されることになる。抽象化は体系化と理論化を伴う。概念の抽象化によって体系的で簡潔な法典を作ることが可能となり（たとえば当初のフランス民法典は2281条、ドイツ民法典は2385条）、さらに各国の法律が憲法、民法・刑法・訴訟法といった一般法と、様々な特別法へと整理されたり序列化されたりしつつ、一国の法体系の中に組み込まれていった。このような体系化を支えた近代法学の歩みを、とくにドイツ（一部オーストリア）に焦点を当てて見ていくことにする。



## 第2章

# サヴィニー

フリードリッヒ・カール・フォン・サヴィニー (Friedrich Carl von Savigny, 1779-1861)\*<sup>1</sup>は富裕な貴族の子としてフランクフルト・アム・マイン (Frankfurt am Main) に生まれ、1795年(16歳)にマールブルク (Marburg) 大学へ進学、1800年(21歳)には博士の学位を取得しマールブルク大学の員外教授として講義を始める。1803年には『占有権 (Das Recht des Besitzes)』を出版し名声を得た。その後、1804年からパリやドイツ各地に資料収集の旅を重ねる。1808年ランズフート (Landshut) 大学\*<sup>2</sup>教授、1810年には新たに創立されたベルリン大学教授となり、1812年にはフィヒテの後任としてベルリン大学の学長に就任する。1815年に「歴史法学雑誌」(Zeitschrift für die geschichtliche Rechtswissenschaft) を創刊するなどして、ベルリン大学をドイツ法律学の中心地とする。1817年、プロイセン枢密院の法律委員となる。1820年初頭から神経衰弱に悩まされ、イタリア旅行をするなどしたが治癒せず、研究活動の中断につながる。1842年にベルリン大学教授の地位を退き、プロイセンの国務兼司法大臣に就任、立法改正を命じられ、プロイセン刑法改正などに携わる。1848年3月、革命により大臣を辞職、1861年死去、享年82歳であった。

### 第1節 法典論争 (ティボー v.s. サヴィニー)

#### 1 背景

##### (1) フランスにおける法典編纂

フランスでは、1789年「人および市民の権利宣言」(人権宣言)の理念を実現するために立法議会が法典編纂を決定し、その後にナポレオンの下でフランス民法典 (Code civil) が完成し、1804年に施行された。自由・平等 (第1編「人」)・所有権の絶対性 (第2編「物」)・契約の自由 (第3編「物の取得」)というフランス革命の理念を体現する編別、

---

\*<sup>1</sup> サヴィニーの生い立ちに関する以下の説明は勝田有恒・山内進編著『近世・近代ヨーロッパの法学者たち』299-307頁、及びG・クラインハイヤー、J・シュレーダー『ドイツ法学者辞典』(学陽書房、1983年)242-249頁による。

\*<sup>2</sup> ミュンヘン大学の前身。

2281 条の簡潔・明瞭な規定によって市民生活に普及した。その後、フランス革命の理念とともに各国に影響を与え、日本の旧民法典（ボワソナード民法）のモデルにもなった。

## (2) ドイツにおける法の分裂状態

他方、当時のドイツでは法の分裂状態が続いていた<sup>\*3</sup>。1806 年に神聖ローマ帝国（Heiliges Römisches Reich, 962-1806 年）<sup>\*4</sup>が解体し、ドイツ全土に通用していた帝国法（継受ローマ法<sup>\*5</sup>、普通法（*Gemeines Recht*）とも呼ばれた）は無効となった。旧帝国内には約 40 の小国家が成立し、従来の継受ローマ法の他に、プロイセン一般ラント法（1794 年施行）、ザクセン法等の各国家の法の他、無数の地域慣習法が併存する状態になった。さらに、フランスの属国となった西南ドイツ諸国では 1806 年にライン同盟（*Rheinbund*）が成立し、同盟各国でフランス民法典の導入も進んだ。

ローマ法（市民法大全）とは、東ローマ皇帝ユスティニアヌスが編纂した 4 つの法典の総称である。学説彙纂（533 年、法律家の著作からの抜粋、全 50 巻、*Digesta*, (独 *Digesten*, *Pandekten*（パンデクテンはギリシア語由来で *Allumfassendes* = 「すべてを包括するもの」の意）、法学提要（533 年、*Institutiones*, 学説彙纂の初学者向け教科書、全 4 巻）、勅法彙纂（旧 529 年、新 534 年、*Codex*）、新勅法彙纂（565 年以降、勅法彙纂後、ユスティニアヌス帝死去までの法令をまとめたもの、*Novellae*）から成る<sup>\*6</sup>。

しかしライン同盟は、1814 年の対ナポレオン解放戦争での勝利、1815 年のウィーン会議での「ドイツ連邦」（*Deutscher Bund*, ドイツ同盟ともいう。）成立とともに消滅し、ドイツ語圏では「ドイツ人」意識が拡大した。このような時代において、全ドイツの統一民法典を編纂しようというティボーの提案は大きな反響を呼んだ。

## 2 ティボー

アントン・フリードリッヒ・ユストゥス・ティボー（Anton Friedrich Justus Thibaut, 1772-1840）はハーメルン（*Hameln*）に生まれ<sup>\*7</sup>、1792 年にゲッティンゲン（*Göttingen*）大学法学部へ入学、哲学を修めるべくカント（*Immanuel Kant*, 1724-1804 年）が教鞭をとっていたケーニヒスベルク（*Königsberg*）大学へ転学、さらにキール（*Kiel*）大学へ転学し 1796 年に博士の学位と教授資格を取得、1799 年から同大学でローマ法の員外教授、

<sup>\*3</sup> 以下の説明は主に勝田ほか『概説 西洋法制史』273-277 頁に基づく。

<sup>\*4</sup> ローマ帝国の後継国家を自称していたが、統一国家ではなく、領主（*Fürst*）の同盟だった。とくにヴェストファリア条約（*Westfälischer Friede* 1648 年、カソリック対プロテスタントの 30 年宗教戦争を終結させた）で各領邦（*Fürstentum*）に主権が認められ、事実上の分裂状態に至った。

<sup>\*5</sup> 1495 年「帝室裁判所令（*Reichskammergerichtsordnung*）」で、同裁判所でのローマ法適用を規定。

<sup>\*6</sup> 勝田ほか『概説 西洋法制史』59-62 頁。

<sup>\*7</sup> ティボーの生い立ちに関する以下の説明は勝田有恒・山内進編著『近世・近代ヨーロッパの法学者たち』287-298 頁、及び G・クラインハイヤー、J・シュレーダー『ドイツ法学者辞典』（学陽書房、1983 年）302-305 頁による。

1801年から正教授になった。1802年からイエナ（Jena）大学教授，1806年からハイデルベルク（Heidelberg）大学教授，1840年に死去した。

ナポレオンが失脚した1814年に，ドイツでは「法典論争（Kodifikationsstreit）」と呼ばれる争いが起こった。きっかけを作ったのはティボーが書いた小冊子『ドイツにおける一般民法典の必要性について』（Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland, 1814年）\*<sup>8</sup>である。この小冊子においてティボーは，解放戦争勝利の後，フランス民法典を排除し，ローマ法への回帰を主張する復古主義的な声が強まる中で，フランス民法典の理念でもある私的自治の原則の重要性を説くとともに，継受ローマ法は複雑過ぎて市民相互の経済交流を阻害すると考え，とくにフランス民法典を模範として，ドイツ共通の，簡潔で市民に身近な法典が必要であると主張した。

### 3 サヴィニーの反論

ハイデルベルク大学のティボーの提案に対して，ベルリン大学のサヴィニーが即座に反論した。サヴィニーは『立法および法学に対する（にとつての）現代の使命について』（Vom Beruf unserer Zeit für die Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1814）において，また1815年に創刊された「歴史法学雑誌」の巻頭の論文「この雑誌の目的について」において，自然法論に基づく法典編纂を否定し，法の歴史性を重視する主張を行った。

サヴィニーによれば，ティボーに代表される法典編纂派は18世紀の自然法論に基づいている。それは，カント\*<sup>9</sup>に典型的なように「普遍的な理性法」をめざすことによって，既存の法を無視し，立法者が任意に法を制定することを意味するが，それは許されない。法は立法者の恣意によって生ずるものではなく，民族の歴史的発展とともに，「民族共通の確信」によって，徐々におのずから成立するものである。法は言語や習俗と同様，まず慣習法として成立し，それを法学者が洗練させていくべきものである。法とは発見されるべきものであって，創造されるべきものではない。したがって，現在の法学の任務は法典編纂ではなく，法の歴史の研究である。すなわち法学は歴史学でなければならない。しかし，現在の法学はまだ未熟であり，そのような状態で法典を編纂することは未熟な法学を固定化することにつながる。法典編纂は，法の歴史研究を終えてから行うべきものであるから，まだ時期尚早である。このような主張に基づき，ティボーの主張を否定したのである。

### 4 法典論争の帰結

法典論争後，統一法典の編纂は実現しなかった。しかしこれはサヴィニーの主張の勝利というより，ドイツの政治的分裂状態のためだった。1815年にドイツ連邦が成立するが，これは国家の連合体であり，オーストリア・プロイセンをはじめ約40の領邦・自由都市

\*<sup>8</sup> 長場正利訳『ザヴィニー・ティボー法典論議』（早稲田大学法学会，1930年）。

\*<sup>9</sup> 『近世・近代ヨーロッパの法学者たち』282-283頁に解説あり。

で構成され、政治的には無力であった。ドイツにおける法典編纂事業は、プロイセン主導でのドイツ帝国 (Deutsches Kaiserreich, 1871-1918 年) の成立後に現実味を帯び、1900年の民法典 (Bürgerliches Gesetzbuch, BGB) 施行によって初めて実現した。法典論争の歴史的な意義は、現実政治への影響ではなく、歴史法学派という19世紀最大の法学派を生み出した点にあると言われる<sup>\*10</sup>。

## 第2節 歴史法学派

サヴィニーは1815年に「歴史法学雑誌」(Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft)<sup>\*11</sup>を創刊し、「歴史法学派」を旗揚げした。彼の歴史法学の特徴は、歴史的方法と体系的方法を結合させるところにある<sup>\*12</sup>。

### 1 歴史的方法

サヴィニーによれば、法は言語や習俗と同様に徐々に成長するのであるから、法律学は法をその生成の歴史を追うことによってのみ把握することができる。それゆえ、法律学は歴史学でなければならない。しかし、単に法の生成の歴史をそのまま把握すればよいのではなく、その把握を通じて、法の「有機的原理」を発見しなければならないという。彼は『立法および法学に対する(にとつての)現代の使命について』において、「法学の厳格に歴史的な方法」はつぎのようなものでなければならないと述べている。

「その方法の特色は、ローマ法だけを推奨したり、既存の法素材を何が何でも維持せよと要求したりすることにあるのではない……。それが目指すのはむしろ、あらゆる既存の法素材を根源まで追求し、そうして有機的原理 (organisches princip) を発見することである。この有機的原理によって、今なおを生氣をもつものが、すでに死滅し歴史に属しているだけのものから、おのずと分け隔てられることになるのである。」<sup>\*13</sup>

上記の有機的 (organisch) という表現は非常に曖昧である。法は生物のようなものであり、徐々に組織 (器官) を成長させていくものであり、しかもその成長の仕方は個々の民族 (Volk) によって異なっている、という考え方を表すのであろう。理性に基づく普遍的な自然法の発見を目指した18世紀自然法論とは対立する考え方である。そのような法の成長を規定する有機的原理の存在は非常に疑わしいが、サヴィニーのこの主張以降、そ

<sup>\*10</sup> 勝田ほか『概説 西洋法制史』277頁。

<sup>\*11</sup> のちに名称を Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte に変更し、現在でも発行されている。

<sup>\*12</sup> 以下の説明はおおむね松本尚子「第20章 歴史法学派」勝田ほか『概説 西洋法制史』277-279頁、及びクラインハイヤー、シュレーダー『ドイツ法学者事典』242-249頁による。

<sup>\*13</sup> Savigny, Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Heidelberg, 1814, S. 117. 訳は勝田ほか『概説 西洋法制史』277-278頁。

の原理を主軸として、法の歴史を時系列で叙述しようとする研究の傾向が生まれることとなった<sup>\*14</sup>。

ところで、歴史法学者にとっての研究対象の候補は、神聖ローマ帝国で法源とされたローマ法と、ドイツ各地の固有法であった。のちに、ローマ法の研究を重視した法学者はロマニステン (Romanisten) と呼ばれ、ドイツ固有法の研究を重視した学者はゲルマニステン (Germanisten) と呼ばれるようになった。代表的なロマニステンにはサヴィニーやプフタ、イエーリングやビントシャイトなど、代表的なゲルマニステンにはグリムがいる。

ロマニステンを代表するサヴィニーは、彼のローマ法研究を『中世におけるローマ法の歴史』(Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter) 全6巻をまとめるが(1815-1831)、その中で彼は、ローマ帝国時代のローマ法が(後世に伝わったのはそれをユスティニアヌス帝が「市民法大全」としてまとめたもの) 中断なく、発展と変化を経て今日に至っていることを示そうとした。その際にサヴィニーはローマ法に対する後世の学問的な加工には高い評価をおかず、当時の法律状態も、市民法大全に示されていたローマ法そのものが基礎になっていることを示そうとした<sup>\*15</sup>。法は言語や習俗と同様に民族の歴史の中で徐々に、有機的に生成・進化していくものである、というサヴィニー自身の主張とは矛盾する帰結に到達しているのである。

## 2 体系的方法

サヴィニーを含むロマニステンにとっての直接の研究対象は、古典期ローマの純粋なローマ法、すなわちユスティニアヌス帝が編纂した市民法大全であった。しかしながら、古代ローマと19世紀のドイツとは、奴隷の有無を含め社会状況も倫理観も異なり、古代ローマ法を直接に適用することはできなかった。したがって彼れらが行ったのは、ある法律問題を市民法大全がどのように解決しているかを調べ、その問題解決法は今でも妥当であるか、またはそれが奴隷制のような現存しない制度を前提とした解決法であるならば、それを今日においてどのように扱うかを判断することであった<sup>\*16</sup>。このためにサヴィニーは、当該ローマ法の「指導原則 (leitende Grundsätze) を見つけ出すことを求めた。サヴィニーはつぎのように述べている。

どの三角形にも一定のルール (Bestimmungen) があり、それらのルールをつなぎ合わせると必然的に残りのすべてのルールが導き出される。すなわちこのルールにより、例えば2つの辺と狭角により三角形が与えられる。それと同じように、我々の法のどの部分にもそのようなルールが幾つかあり、それらによって残りのルールが与えられる。これらのルールを指導原則と呼ぶことができる。この指導原則を感じ取り、そこから出発してあらゆる法学の概念や命題の内的関連と類縁性のあり方を認識すること、これがまさに我々の学問の最も困難な課題であり、それどころ

<sup>\*14</sup> 笹倉秀夫『法思想史講義<下>』(東京大学出版会, 2007年) 146頁。

<sup>\*15</sup> クラインハイヤー, シュレーダー『ドイツ法学者事典』246-247頁。

<sup>\*16</sup> 勝田ほか『概説 西洋法制史』279頁。

か、そもそも我々の仕事に学問的性格を与えるものなのである。』<sup>\*17</sup>

この「指導原則」は先程の「有機的原理」と同様に曖昧であり、また両者の差異も曖昧である。いずれにせよ、いくつかの「指導原則」から法概念や法原則を導き、法の体系を作り出そうとする方法は演繹的であり、この点ではサヴィニーが批判した自然法論と変わるところはなかったといわれる<sup>\*18</sup>。

結局のところサヴィニーは、彼にとっての「歴史」そのものであるローマ法の中に合理的な体系が存在していることを固く信じていたといえよう<sup>\*19</sup>。彼は、その後の時代の経過における、つまり本来の歴史の中から夾雑物を排除しながら、歴史を隅々まで探索しその中に「体系」を発見しようとしたが、後世から見ればそれは法の発見ではなく、ローマ法を基にした法の創造の試みであったと評価せざるを得ない。その試みは彼のベルリン大学の後任のプフタへ引き継がれることとなる。

他方、ゲルマニステンはドイツ固有法の歴史を遡ることによってドイツ的法制度の本質を把握しようとした。たとえばグリム（Jacob Grimm, 1785-1863）は、歴史法学派の綱領に忠実に従い、言語と法の歴史性を重んじ、言語学者としては『ドイツ語文法』全4巻（1819-37年）によってドイツ語学を学問として基礎づけた。他方彼は、法学者としては『ドイツ法古事誌』全2巻（1828年）においてゲルマン古来の慣習法や裁判記録を収集したが、さまざまな世紀に由来する資料を無頓着に並置したものに過ぎず、注目を集めるものではなかった<sup>\*20</sup>。

ロマニステンとゲルマニステンはそれぞれ異なる方向に進んだが、結局、ロマニステンが主流となった。その主要な要因としては、以下の3点が挙げられる<sup>\*21</sup>。

第一に、資本主義経済が発展しつつあった19世紀において、市民の自由（古代ローマ社会において、家長以外の家族の構成員の自由は制限され、また奴隷に自由はなかったが、市民社会の中での家長の自由は保障されていた）を基本とするローマ法が、資本主義経済の自由な経済活動への要請と合致していた。第二に、ゲルマニステンには、体系化するための法源が乏しかった。ゲルマン法の史料としては中世の『ザクセン・シュピーゲル』（Sachsenspiegel, 1220-1235頃に成立）なども有名だが、質・量共に市民法大全に比肩する素材とはいえなかった<sup>\*22</sup>。第三に、神聖ローマ帝国でローマ法が継受されて以来、裁判所ではローマ法に基づき裁判が行われており、法学の対象はつねにローマ法であった。とくに最後の点は、明治以降の日本の実定法学者が継受したドイツ法やフランス法を、第二次大戦後はアメリカ法の研究を好んで行い、江戸時代やそれ以前の日本法にはほとんど関心を寄せないこととよく似ているといえよう<sup>\*23</sup>。

<sup>\*17</sup> Savigny, Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Heidelberg, 1814, S. 22. 訳は勝田ほか『概説 西洋法制史』278頁。

<sup>\*18</sup> 勝田ほか『概説 西洋法制史』278頁。

<sup>\*19</sup> 『近世・近代ヨーロッパの法学者たち』295頁。

<sup>\*20</sup> クラインハイヤー、シュレーダー『ドイツ法学者事典』107頁。

<sup>\*21</sup> 勝田ほか『概説 西洋法制史』281頁。

<sup>\*22</sup> 中山竜一ほか『法思想史』（有斐閣、2019年）。

<sup>\*23</sup> 勝田ほか『概説 西洋法制史』281頁における松本尚子の指摘による。

## 第3章

# プフタ

プフタ（Georg Friedrig Puchta, 1798-1846）はベルリン大学のサビニーの講座を引き継ぎ、歴史法学派の第二の首領と呼ばれるとともに、のちには概念法学（Begriffsjurisprudenz）の創始者、法実証主義（Rechtspositivismus）の先駆者とも看做された。

彼は1798年にニュルンベルク（Nürnberg）近郊のカドルツベルク（Cadolzburg）に裁判官の子として生まれる。1811-16年、ニュルンベルクのギムナジウム（日本の中高一貫校に相当）で学ぶが、その校長はヘーゲル（Hegel）で、プフタはヘーゲルの哲学の授業も受け、その影響を受けた。1820年にエアランゲン（Erlangen）大学で博士の学位と教授資格を取得後、1828年にミュンヘン（München）大学教授となる。マールブルク（Marburg）大学（1835-1837年）、ライプチヒ（Leipzig）大学（1837-1842年）を経て、1842年にサヴィニーの後任としてベルリン大学に赴任するが、1846年に死去した。

### 第1節 法源論

プフタは法形成における法学と法学者の役割を重視し、のちのドイツ民法典編纂において法学者が決定的な役割を果たす道筋をつけた。

プフタは『法学提要の講義への入門としての百科全書』（Encyclopädie als Einleitung zu Institutionen-Vorlesung, 1825）において、「法は民族の確信の中で成立し、民族の意識を経て、それを超えて成立する」とし、民族の確信に基礎を持つとされる「慣習法」「制定法規」「法曹法」（Juristenrecht）を法源（Rechtsquelle）として認めた。彼によれば慣習法は民族意識が民族の行態によって直接に表現されたものであり、制定法規は民族意識が民族の代表組織を通じて表現されたものであり、さらに法曹法は民族意識が民族を代表する学識層によって受容されることによって成立するものである\*<sup>1</sup>。慣習法は学者によって発見されることが想定されているので、結局、民族意識を発見する法律家及び立法機関に法を創造する力が認められていることになる。これに対してプフタは裁判所の実務を重視せず、判例の法創造機能を認めなかった\*<sup>2</sup>。

\*<sup>1</sup> 『近世・近代ヨーロッパの法学者たち』310頁。

\*<sup>2</sup> 『ドイツ法律学事典』218頁。

このようなプフタの主張は、法は「民族共通の確信」によって徐々にのびから成立する、というサヴィニーの主張に基づいているようにみえる。しかしながら何が「民族共通の確信」なのかはサヴィニーと同様に曖昧なままであり、結局のところ、法学者が法であると思うところのものが「民族共通の確信」になるという、逆転が生じることとなる。のちの著書『慣習法』(Das Gewohnheitsrecht, 1巻1828年, 2巻1837年)でプフタは法の歴史を、(1) 純粋な時代, (2) 雑多性の時代, (3) 雑多性をより高い統一性へ高める「学問の時代」に分け、当時を(3)の時代に位置付けた。彼は(3)の時代における法形成はもっぱら法学者が行うべきであると考え、結局、「民族の器官 (Organ des Volkes)」としての法学者に法形成に対する独占的な地位を与えているのである\*3。

## 第2節 法体系論

プフタの法体系のイメージはのちに「概念ピラミッド」(Begriffspyramide)と呼ばれることになる。すなわち、個々の法的ルールから共通の概念が抽出され、徐々に少数の普遍的な概念が形成される。そして次に、その普遍的な概念に具体的なメルクマール(条件)が付加されることによって、より特殊な多数の概念や法規範が導き出される。プフタ自身が「概念の系譜学」(Genealogie der Begriffe)と呼んだこの方法をプフタは次のように説明している。

「法学者は個々の概念の起源を、その概念形成に関与しているすべての中間的要素を通して探求し、個々の法の起源を「法そのもの」の概念にいたるまで意識化し、そして今度はこの最上位の法概念から再び下って、個別の権利に到ることができる。」\*4

プフタの法理論は体系書『パンデクテン教科書』(Lehrbuch der Pandekten, 1833)で最も包括的に展開されている。同書では上記の方法に基づき、最も抽象的な「権利」(subjektives Recht)という概念がその対象によって、(1) 自己の人格に対する権利(人格権)、(2) 物に対する権利(物権)、(3) 行為に対する権利(債権)、(4) (自己以外の)人格に対する権利(この権利はさらに配偶者に対する権利、子供に対する権利などに細分される)、(5) 相続財産に対する権利に分類されている。

このようなプフタの方法は、のちにヘック(Heck)によって「倒置法」(Inversionmethode)と非難される。すなわち上位の空虚な抽象的概念から、本来は導き出すことのできない下位の具体的な法規範や概念が導き出されているのである。また当初はプフタを称賛していたイェーリングは、のちほど彼の法理論を、「論理的なものへの偶像崇拜」に基づく概念法学(後述)の典型とみなし批判した。現在でも、法学は形式論理だけを追求し、現実の社会、経済の要請や一般市民の道徳意識等を考慮していないという批判が浴びせられること

\*3 Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., 1967.

\*4 Puchta, *Cursus der Institutionen*, Bd. 1, S. 101.

があるが、ヘックやイェーリングの批判はその先駆けといえよう。

しかしながらプフタに対するこのような批判は一面的であるという評価もある\*<sup>5</sup>。プフタの『パンデクテン教科書』では、概念法学的な「演繹的」「論理的」と称する推論よりも、むしろ現実感覚に富んだ理論が数多く見いだされる。また、ローマ法を当時の問題に直接適用するのではなく、独自の加工も施されている。その根拠は「民族の意識」といった曖昧な概念によっていわばカモフラージュされているものの、その下で現在でも多くの国の法典で引き継がれている権利の形式的な体系を構築し、同時に現実社会の要請に応える法理論や法規範を創造した点は積極的に評価されるべきである。

---

\*<sup>5</sup> 『近世・近代ヨーロッパの法学者たち』319-320頁。



## 第4章

# ヴィントシャイト

ヴィントシャイト (Bernhard Windscheid, 1817-1892) は 1817 年にデュッセルドルフ (Düsseldorf) で生まれた\*<sup>1</sup>。ベルリン大学で言語学を学び始めるがサヴィニーの講義を聴き法学へ転向, ボン (Bonn) 大学で 1838 年に博士の学位を, 1840 年に教授資格を取得, 1847 年にバーゼル (Basel) 大学の正教授となる。1852 年にはグライフスバルト (Greifswald) 大学へ転任し, イェーリングと生涯の交友を結ぶ。ミュンヘン大学 (1857 年) とハイデルベルク大学 (1871 年) を経て 1874 年にライプチヒ大学へ移る。その後, ベルリン大学からの数度の招聘を断りつつ, 1874 年から 1883 年までドイツ民法典編纂のための第一委員会委員を務めた。1892 年にライプチヒで死去。

### 第1節 パンデクテン法教科書とドイツ民法典

ヴィントシャイトは 1862 年から 1891 年まで, 彼の主著『パンデクテン法教科書』(Lehrbuch des Pandektenrechts) を 7 回にわたって改訂し, それは最終的にはパンデクテン学 (学説彙纂 (Digesta) の研究) の「中央集積所」と呼ばれるまでに至った。彼はパンデクテンを現在でも適用可能な私法としてとらえようとし, 概念を明確にし, 規範を鋳造して配列し, 利用しやすい体系へと作り上げた。

ヴィントシャイトのこの教科書は, ドイツ帝国の成立 (1871 年) 以降, ドイツ民法典が施行されるまでの 19 世紀の終わりの約 30 年の間, 帝国内の諸裁判所において法律と同様の権威を有した。なぜなら, すでにプロイセンには 1794 年に施行されたプロイセン一般ラント法が, バーデンにはフランス民法典にならった 1809 年民法典が, ザクセンには 1863 年の独自の民法典があったものの, ドイツ帝国全土で有効な共通の民法典が欠けており, また最上級の民事裁判所もなく, したがって裁判所が依拠できる上級裁判所の判例もなかったからである\*<sup>2</sup>。このためヴィントシャイトの教科書は, 今日では「法律, 最上級裁判所の判例, 大コンメンタール (法律の注釈書) 及び教科書」がそれぞれ有する権威

\*<sup>1</sup> 以下の生い立ちの説明は、『近世・近代ヨーロッパの法学者たち』323-324 頁, クラインハイヤー, シュレーダー『ドイツ法学者事典』319-320 頁による。

\*<sup>2</sup> 勝田ほか『概説 西洋法制史』285-286 頁。

をすべて併せ持つほどの権威を有していたとされる\*3。

ヴィントシャイトは1880年から1883年までライプチヒ大学での授業を中断してドイツ民法典第一委員会の任務を遂行した。1888年には第一草案が公表されるが、この案はヴィントシャイトのパンデクテン法教科書が法律の条文の形をとったものと称されるほど、ヴィントシャイトの影響を強く受けたものであった。その後、1895年に第二草案が公表されたが、第一草案の基本構造は維持され、修正は細部にとどまった\*4。ドイツ民法典（BGB）は1896年に成立し、1900年1月1日に施行された。パンデクテン法学の成果が制定法の形で実現した。これは、今後の民法学の対象が民法典という制定法になり、ローマ法、とくに学説彙纂を対象とするパンデクテン法学の終焉をも意味した\*5。

### 参考：日本民法への影響

明治の日本政府は不平等条約を改正するために国内での法整備を必要とした\*6。1880（明治13）年には元老院内に「民法編纂局」が設置され、当時、司法省の法学校で裁判官養成のためにフランスから招聘されていたボアソナード（Gustav Emil Boissonade, 1825-1910）に民法草案の起草が委嘱された。ボアソナードはフランス民法典を模範として財産法部分を起草し、1888年に司法省に提出した。さらに日本人が起草した家族法と合わせて1890年に民法典の草案が完成し、元老院と枢密院での検討を経て、1890年に公布され（現在では「旧民法」と呼ばれる）、1893年1月の施行が予定された。

旧民法が公布されたのち、その施行への反対論が沸き起こった。予定どおり施行すべきとする「断行派」と、日本の国情に合わないとして施行に反対する「延期派」（穂積八束「民法出デテ忠孝亡ブ」\*7が有名）の争いは熾烈を極めた。結局、1892（明治25年）の第3回帝国議会で延期法が成立し、最終的に旧民法は施行されないこととなった。この間、延期派はドイツの歴史法学の立場を借用し、旧民法は自然法思想に立脚しているとする批判も行い、のちに日本版の「法典論争」と称された。

明治政府は1893年2月に「法典調査会」を設置し、旧民法（及び商法）の修正作業を、東京大学教授であった穂積陳重（1855-1926）・富井政章（1858-1935）・梅謙次郎（1860-1910）に任せた。修正作業は集中的に遂行され、総則・物権・債権の3編は1896年1月に帝国議会上程され、若干の修正ののち、同年4月に公布、親族・相続の2編は1897年12月に帝国議会上程され、同年6月に公布され、ドイツ民法典（1900年1月1日に日施行）よりも早く、1898年（明治31）年7月16日に施行された。

法典調査会の起草委員は、すでに公表されていたドイツ民法典第一草案を参考にして編別を改め、旧民法にはなかった総則編を新たに設け、これに「物権」「債権」「親族」「相

\*3 Wieacker, *Pribvatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., S. 446.

\*4 勝田ほか『概説 西洋法制史』309-315頁。

\*5 田中成明ほか『法思想史』（有斐閣、第2版、1997年）127頁。

\*6 以下の日本民法の成立史はオッコー・ペーレンツ/河上正二『歴史の中の民法 ローマ法との対話』（日本評論社、2001年）52-59頁による。

\*7 「法学新報」第5号（1891年）。

続」を加えたいいわゆる「パンデクテン式」（共通のルールを抽出して前に押し出し、それを総則としてまとめる方式）の構成を採用した。また、「法人」制度や「法律行為」制度などのドイツ法学の成果も採用した。他方、債権契約と物権行為を明確には区別しなかったり、不法行為についての一般条項を持つなどの部分はフランス法的であり、旧民法のかなりの部分も維持されており、完全にドイツ民法典に置き換えられたわけでもない。しかしながら、民法典成立以降は、憲法をはじめとする日本の国家体制がプロイセンを手本とするなど、ドイツ法の影響は非常に強く、また体系的かつ論理的なドイツ法学の成果が利用しやすかったこともあり、本来はフランス法的沿革をもつ条文でさえドイツ式の体系や概念に再構成することが主流となった。

## 第2節 アクチオ論

ヴィントシャイトが発明したパンデクテン法学上の最も有名な概念は「請求権」（Anspruchsrecht, Anspruch）である。ローマ法では、自分の利益を侵害された市民が訴訟によってその利益を回復する手段を「訴権」（actio, アクチオ）と呼んだ<sup>\*8</sup>。ヴィントシャイトはこの訴権から実体的な権利を抽出し、それを「請求権」（他人に行為（作為または不作為）を求めうる法的な地位、現在の債権とほぼ同義、その行為をする相手方の義務（債務）と対応する）と呼び独立させた。これによって「訴権」（actio）という概念を実体法上の概念から排除するとともに、訴訟法を独立した分野として確立させる道筋を作ったといわれる。

## 第3節 いわゆる「概念法学」

ヴィントシャイトは概念法学（Begriffsjurisprudenz）の代表者であるとされることがあるが、これはイエーリングが著書『法律学にける冗談と真面目』（Sherz und Ernst in der Jurisprudenz, 1884年）で、自分を含むパンデクテン（ローマ）法学者の方法を批判するために「概念法学」という表現を使ったことが最初のようなのである。

### 1 概念法学の伝統的なイメージ

概念法学は「概念ピラミッド」のイメージと結びついている<sup>\*9</sup>。すなわち概念法学は、次のような作業を経て一つの無矛盾で完全な法体系を構築しようとする。(1) ローマ法の諸規則、諸概念を分析して共通要素を取り出し、それを一つの抽象的概念に形成する。(2) (1)によって形成された複数の概念の共通要素を取り出し、より上位の抽象的概念を形成する。(これを繰り返す)。(3) 最終的に、抽象的概念のピラミッド（概念ピラミッド）が形成される。この作業において、法の目的だとか、社会的・経済的・倫理的な要請など

<sup>\*8</sup> 『歴史の中の民法』306頁。

<sup>\*9</sup> 加藤新平『新版 法思想史』（勁草書房、1973年）104頁

には考慮が払われず、むしろ論理的な明確さと体系的統一性に大きな関心が向けられる。特にこの点に関しては、ヴィントシャイトの「倫理的、政治的あるいは国民経済的考慮は、…法律家固有の仕事ではない。」という文章がよく引用される。

このような法体系のイメージに基づき、概念法学者は次のような主張をするとされる<sup>\*10</sup>。(1) 実定法秩序の自己完結性・無欠缺。つまり実定法体系を閉ざされた論理的体系と考え、いかなる事実に関する法的基準も、あらかじめ実定法秩序(=ローマ法に基づいて形成された概念ピラミッド)の中に含まれているとする。(2) 目的論的考慮の排除。(1)により、一切の法的基準は実定法規範の論理的操作によって導き出せるので、法体系の外部にある他の要素、とくに価値、理念、道徳といった評価に関わる基準を考慮する必要はない。(3) 裁判官の法創造の否定。裁判官の任務は事実関係を法概念に包摂することにつぎ(裁判官=自動包摂機械)。

## 2 伝統的な概念法学像に対する批判

最近では、ヴィントシャイトを上記のような意味での概念法学者とみなすことについては批判がなされる傾向にある<sup>\*11</sup>。この批判においては、ヴィントシャイトの実践的な側面が強調される。すなわち、ヴィントシャイトは社会の要請を無視したのではなく、むしろそれに基づきローマ法を「発展的」に形成した(例えばローマ法のアクチオから請求権概念を形成)、次に、こうして形成された法を体系化し、裁判官の利用に供した(パンデクテン法教科書)、そしてドイツの国家制度が整備され、法を国家法として整備できる段階になるとドイツ民法典の編纂に尽力した。このような彼の知的活動は、個人の自由を守り、それを危険にさらす国家に対する保障としての法治国家を擁護しようとする意図に基づくものであった、という理解である。

一方で法外の要素を排除し、論理的操作による法体系の構築にのみ関心がある伝統的な概念法学者像、他方でとくに社会の要請と個人の自由の保障を目指した実践的な法学者像、ヴィントシャイトに対するこの二つの評価は相容れないように思われるかもしれない。しかしながら、一方はヴィントシャイトをはじめとする当時のパンデクテン法学者の主観的な自己認識であり、他方は彼らに対する後からの客観的な評価であると考えれば、両者は相容れないわけではなく、むしろ両立するといえよう。

いずれにせよ、次の点は明らかである。すなわち、ヴィントシャイトらは法体系の無矛盾性を信じたが、仮に無矛盾な法体系を作ることができたとしても、その法体系からあらゆる法規範が演繹できることにはならない、という点である。矛盾がないということと演繹されるということは別のことである<sup>\*12</sup>。ヴィントシャイトに代表されるパンデクテン法学者は、「論理的操作」の名の下に、当時の社会に対する自分の認識と、それに対する評価、そして社会に存在する諸利益を衡量したうえで何を優先させるべきかの判断を隠し

<sup>\*10</sup> 同上 105 頁。三島淑臣『法思想史』(青林書院、新版、1993 年) 326 頁。

<sup>\*11</sup> 『近世・近代ヨーロッパの法学者たち』 329 頁。

<sup>\*12</sup> 田中成明ほか『法思想史』(有斐閣、第 2 版、1997 年) 126 頁(亀本洋の指摘)。

てしまっていたといわざるをえない。このような隠された評価や利益較量を指摘する諸見解が次に登場することとなる。



## 第5章

# イエーリング

ルドルフ・フォン・イエーリング (Rudolf von Jhering, 1818-1892) はドイツ北部・東フリースラントのアウリッヒ (Aurich) に 1818 年 8 月 22 日に生まれる。1836 年にハイデルベルク大学法学部に入学し、ティボーのパンデクテン講義にも出席する。ミュンヘン大学、ゲッティンゲン大学を経て、1842 年にベルリン大学で博士の学位を、1843 年に教授資格を得る (その教授資格論文 (Habilitation) はプフタに絶賛される)。バーゼル (Basel), ロストック (Rostock), キール (1849-52 年), ギーセン (Gießen, 1852-1868 年) 各大学を経て、1868 年ウィーン (Wien) 大学教授に就任。1872 年ゲッティンゲン (Göttingen) 大学教授, 1892 年 9 月 17 日死去。

プフタの下で学び、またヴィントシャイトの友人でもあったイエーリングは、当初は歴史法学・概念法学的な理論を展開していたが、のちにその立場を捨て、法や権利の社会的考察を重視するようになった。

### 第1節 前期イエーリング

当初、イエーリングはサヴィニーやプフタに忠実な歴史法学者であった。『ローマ法の精神』(第1巻, 初版 1852 年)において、彼は歴史法学派の綱領に従い、ローマ法の歴史を叙述することを通じて、西欧を一つに括ることができたローマ法の「精神」を明らかにしようとした<sup>\*1</sup>。同書2版(1866年)冒頭の文章「ローマは三たび世界に掟 (Gesetz) を与え、三たび諸民族を統一した。一度目はローマ民族を国家へ統一し、二度目はその国家の崩壊後に教会を統一し、三度目は中世におけるローマ法の継受によって法を統一した。」<sup>\*2</sup>は有名である。

しかし『ローマ法の精神』第2巻第1部(1854年)では、すでに歴史の推移をたどることをやめ、力や自由への衝動(志向)といった社会心理学的な発生原因からローマ法の諸制度を説明しようとした。歴史法学派が抽象的な「民族精神」の趣旨で理解していた「精

<sup>\*1</sup> 伊藤乾『原典による法学の歩み 1』(信山社, 1998年) 145-146頁。

<sup>\*2</sup> Jering, Rudolf von, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, erster Theil, 2. Aufl., 1866, S. 1.

神」の語が、いつのまにか具体的な人間の精神的能力の意味に変質しているのである。

第2巻第2部（1858年）では、上記の「精神」を具体化するための法律学の方法論が展開される。ここでは複合的な法律関係を単純な要素（これをイェーリングは「法的アルファベット」と呼んだ）に分解し、その分解した要素を結合することによって、既知の法規や未知の法規を合成しようとした。ここには典型的な概念法学者としてのイェーリングが現れており、のちに、彼自身がそのような態度を批判することとなる。

## 第2節 後期イェーリング

### 1 「売買契約における危険」（1859年）

イェーリングは1859年頃に法学上の転向を体験したと言われる<sup>\*3</sup>。そのきっかけは、イェーリングが1858年12月に提出した二重売却についての鑑定書であった<sup>\*4</sup>。これは、船が沈没し、船荷も船とともに沈んだ事件である。ローマ法によれば、特定物の売買では、買主が危険を負担するので<sup>\*5</sup>、物の引渡し以前に、売主の責任によらないで物が沈没した場合でも、売主は売却代金を得ることになる。これを本件のように船荷が二重に売却されていた場合にも当てはめ、二人の買主に代金を請求できるのかが問題となった。イェーリングはこの事件で売り主の要求を不当と思い、まず、契約の当事者は交換を目的とした主契約とともに、事故のときに売り主の損害を買い主が補填するとする副次的契約を結んでいたとみなすべきであると考えた。この考えを前提とすれば、実際に目的物が引き渡される予定だった買い主からの支払いだけで補填は完了したことになる。しかしこのような考えを正当化する規定はローマ法には見当たらない。そこでイェーリングは、貸主が二重に賃貸借をし、その結果、目的物を借りれなくなった借り手は賃料の減額を請求できるとするローマ法の規定を引用し、本件も同様の事件であるとして当該規定を本件に類推適用し、二重請求を認めないという結論に達した。このようにイェーリングはローマ法をそのまま適用すると正しくない結論に達する場合、その結論を排除したが、当時はまだ、類推適用という手法で無理にでもローマ法から結論を導こうとする概念法学的手法を維持していた。

### 2 『ローマ法の精神』第3巻（1865年）

上記の事件の後、イェーリングは概念法学的な法律構成（概念ピラミッドから新たな法規を導くこと）への関心を失った。このことは『ローマ法の精神』第3巻で鮮明になる。同巻では「生活は概念のためにあるのではなく、概念が生活のためにあるのである。論

<sup>\*3</sup> 以下は笹倉『法思想史講義 下』151-152頁による。すべての面で転向したわけではなく、連続している部分もあるという見方については大塚滋『イェーリングの「転向」』（成文堂、2016年）51-58頁が紹介している。

<sup>\*4</sup> Jhering, Beitrag zur Lehre von der Gefahr beim Kaufkontract, 1859.

<sup>\*5</sup> 日本の改正前民法534条1項も買主に危険を負担させていたが、批判も多く、2020年4月に施行された改正民法は同条を削除した。

理が要求するものではなく、生活・取引・法感情が要求するものが行われなければならない<sup>\*6</sup>と述べるなど、概念法学に対する批判を強めるようになる。

さらに同巻では、従来のパンデクテン法学のように諸権利をローマ法から導き出そうとするのではなく、「諸権利は法的に保護された諸利益である」と指摘した。後に「権利利益説」と呼ばれるようになるこの権利の定義は、イェーリングの法思想に決定的な転回をもたらしたといわれる。なぜなら、権利の本質を利益であると考えることによって、個人個人の利益、社会における諸個人の利益の衝突、その調整者としての国家の役割、個人の利益と国家の利益を調整するための「法の目的」など、法の外にあって法に影響を与える要因への関心が生まれるからである<sup>\*7</sup>。

### 3 『権利のための闘争』（1872年）

イェーリングはヴィーン大学を去る際に「権利（法）のための闘争」（Der Kampf ums Recht）と題する講演を行った。そこでの彼の主張は以下の3点にまとめることができる。

第一に、歴史法学に対する批判である。歴史法学派によれば、法は言語と同様に知らず知らずのうちに形成されるものであるが、この見方は誤りである。なぜなら、法（Recht）<sup>\*8</sup>の本質は利益であり、諸利益の間の対立において闘い取られたものだからである。法は無意識的・有機的に生成・発展するのではなく、闘争という人間の意思的行為の産物なのである。

第二に、闘い取られる Recht の主観的な側面、すなわち権利（主観法）に焦点を当てると、この権利を主張することは我々の道徳的な義務である。なぜなら、人間は単に生存するだけではなく、道徳的により良く生きるべきであり、そして法的な権利は自己がより良く生きるために不可欠の条件だからである。権利主張を放棄する者は自らの道徳的生存を諦めること、すなわち自己を奴隷に貶めることを意味する。

第三に、Recht の客観的な側面、すなわち法（客観法）に焦点を当てると、法は一人一人の具体的な権利の主張によって実現され発展するものであるので、権利の主張は単なる自己中心的な利益追求ではなく、法を実現するために不可欠のものであり、したがって国家共同体に対する義務でもある。

この書はプロイセンのビスマルク（1815-1898年）によるドイツ統一（1871年）直後の政治的に高揚した時代に出版され、また、当時流行したダーウィンによる生物の「生存競争」（the Struggle for Life, ドイツ語訳は der Kampf um Dasein）<sup>\*9</sup>を想起させる主張を

<sup>\*6</sup> Jhering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Teil 3, Bd. 1. Leipzig, 1865, S. 303.

<sup>\*7</sup> 森村進編『法思想史の水脈』118頁（松尾弘）。

<sup>\*8</sup> ドイツ語の Recht は「法」「権利」「正しさ」の3つの意味があり、イェーリングが同書で Recht について語るとき、その3つのどれか一つではなく、それらすべてを念頭に置いている。なお、とくに「法」を意味するときは「客観法」（objektives Recht）、「権利」を意味するときは「主観法」（subjektives Recht）という表現が使われる。

<sup>\*9</sup> ダーウィンの『種の起源』（1859年）のタイトル “On the Origin of Species by Means of Natural Selection, or the Preservation of Favoured Races in the Struggle for Life” による。

行っていたことなどから大きな反響を呼び、版を重ね、日本語を含む多くの言語に翻訳された。

#### 4 『法における目的』(1巻1877年, 2巻1883年)

イェーリングは本書において、「目的はすべての法の創造者である」とし、目的を意識した人々の意思が法を発展させることを強調した<sup>\*10</sup>。自然現象を支配するものが機械的な因果律であるのに対して、人間の行為は「目的」によって決定される。したがって法は、生物のように長い期間をかけて自然に無意識に発達したものではなく、人間の意識的な努力と活動によって生み出されたものである。

この、法形成の原動力である目的は「利益」であり、自己のために利益を得ようとする利己主義(エゴイズム)が人々の行為の元来の動機である。しかし、人々の生活は必ず他人の力を必要とする。そのために人々は他人のために働くことと引き換えに「報奨」を得ようとする。また、この関係を保持するための「強制」を是認する。この「報奨」と「強制」の仕組みが法であり、法によって社会生活の秩序が維持され、社会に共存する人々の利益が増進する。したがって法の目的は社会の生活条件を確保することであり、法は「国家の強制権力によって達成された社会の生活諸条件の確保の形式」である。

本書におけるイェーリングの主張は、「権利のための闘争」の時よりも、個人から社会へ重心が移動している。これは、利己的な諸個人の自由競争による社会進歩を信じたことができた時代と、労働者問題・貧困等の社会問題に代表される資本主義経済の矛盾が露呈しつつあった時代の違いを反映している<sup>\*11</sup>。

本書によってはじめて、法は成るものであって作られるものではないというサヴィニーの主張が最終的に否定され、非合理主義が合理主義に、浪漫主義が実証主義に決定的に置き換えられた<sup>\*12</sup>。法学におけるこの新しい方法はのちに「目的法学」と呼ばれるようになる。法を社会現象とみなし、人間や社会へ関心を向け、社会科学的な方法で法を理解しようとする新しい動向を誘引した。その代表例は、私法の分野ではヘックの利益法学、刑法の分野ではリストの新派刑法学、また(本講義では扱わないが)、エールリッヒらの法社会学である。

<sup>\*10</sup> 以下の説明は主に伊藤『原典による法学の歩み 2』194-195頁による。

<sup>\*11</sup> 『近世・近代ヨーロッパの法学者たち』345頁(平田公夫)。

<sup>\*12</sup> 伊藤『原典による法学の歩み 2』196頁。

## 第6章

# ヘック

フィリップ・ヘック (Philipp Heck, 1858-1943) はロシアのサンクト・ペテルスブルク (Sankt Petersburg) に生まれ, 1870 年にヴィースバーデン (Wiesbaden) に移り住んだ\*1。1879 年にライプチヒ大学で当初は数学を学ぶが, 友人より勧められたイエーリングの『ローマ法の精神』第2巻第2部に感銘を受け, 法学へ転向した。1889年に博士の学位を得, 同年にベルリン大学で教授資格を得た。1891年グライフスバルト (Greifswald) 大学, 1892年にハレ (Halle) 大学教授, 1901年チュービンゲン (Tübingen) 大学教授 (1911-12年学部長) となり, 1928年の退職まで同地で教壇に立った。1943年にチュービンゲンで死去。

### 第1節 概念法学に対する批判

ヘックの出発点は, 当時のパンデクテン法学に対する疑問である。ヘックによれば, 法律に欠缺がある場合, パンデクテン法学者は概念の組み立てによってその欠缺を補充しようとする。すなわち, 既存のローマ法の諸規定から共通の概念を抽出し, 徐々に普遍的な概念の体系を形成する。今度はその普遍的な概念を組み合わせ, さらに具体的なメルクマールを付加することによって未知の法規範を導き出す。しかしながら, 人は前もって投げ入れておいた以上のことを取り出すことはできないはずである\*2。ヘックは, このような概念法学的方法を「倒置 (倒錯) 法」と呼び批判した。すなわち, 概念から個々の法規範が導き出されると概念法学者は信じるが, 実際に行っていることはその逆である, 欠缺補充のために必要と法学者が考える法規範が先にあり, その法規範の説明の手段として法的な諸概念が形成されるのだ, という指摘である。

\*1 以下のヘックの生い立ちはクラインハイヤー, シュレーダー『ドイツ法学者事典』113頁による。

\*2 青井秀夫『法理学概説』(有斐閣, 2007年) 250頁。

## 第2節 利益法学

ヘックは、目的や利益を法の創造者とみなした後期のイエーリングを高く評価した。しかし、ヘックによれば、イエーリングは法が目的や利益から発生するとの認識にとどまっており（これをヘックは「発生論的」利益理論と呼ぶ）、ヘックはそれを乗り越え、利益衡量に基づく法形成を主張する生産的な利益理論を打ち立てようとし<sup>\*3</sup>、のちに自らの法理論を利益法学（Interessenjurisprudenz）と称した<sup>\*4</sup>。

### 1 利益衡量

ヘックによれば、利益（Interesse）とは、人や人の集団がもつ欲求（関心）のことであり、生活に必要な物質的な財（物や貨幣）だけでなく、理念的・精神的なものに対する欲求も含まれる。これらの諸利益は無関係に並存しているのではなく、相互に関係し、対立している（利益衝突（Interessenkonflikt））。法律は、そのような対立する諸利益の境界を画定する（abgrenzen）ための立法者の命令である。立法者は諸利益を評価し、衡量（Abwägung）し、対立する利益の合力（ベクトル和（Resultante））を法的な命令として定めている。

裁判官は立法者とは逆の作業を行わなければならない。裁判官は法律の表現から、立法者の意図を、すなわち立法者がなした、諸利益に対する評価と衡量を確認し、これに沿って法を解釈すべきである。これをヘックは「立法者への思慮ある服従 denkender Gehorsam」と呼び<sup>\*5</sup>、法律に対する盲目的服従と、法律から離れる自由な決定（後述する自由法論の立場）から区別した。したがってヘックは、法解釈にあたって立法史の研究が重要であることを強調した<sup>\*6</sup>。

### 2 欠缺補充

ヘックによれば、「立法者への思慮ある服従」は、法がない場合にも、すなわち法に欠缺がある場合にもなされなければならない。そのような場合でも裁判官は立法者の価値判断に拘束される。これをヘックは「法律の遠隔作用（Fernwirkung）」と呼んだ。法に欠缺がある場合、裁判官はまず、裁判の事例においてどのような利益が対立しているのかを考える。つぎに、その利益対立を、既存の諸法律が（すなわちその立法者が）どのように評価し、衡量しているかを考え、その利益衡量に従って当該事件に対する法的な判断を下

<sup>\*3</sup> クラインハイヤー、シュレーダー『ドイツ法学者事典』114頁。

<sup>\*4</sup> Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., S. 574によれば、狭義の利益法学者はヘックの他に同じくチュービンゲンのMax Rümelin, Heinrich Stoll, Eugen Locherなどで、彼らはチュービンゲン学派とも呼ばれる。他にグッティンゲンのOertmannやMüller-Erbachなども広義の利益法学者に数えられる。

<sup>\*5</sup> 伊藤乾編著『原典による法学の歩み』291頁。

<sup>\*6</sup> 田中成明ほか『法思想史』（有斐閣、第2版、1997年）162-163頁。

さなければならぬ。

### 第3節 利益法学の問題点

ヘックの利益法学は、立法者意思を重視する立場であり、現在では立法者意思説（立法者の主観に焦点を当てるので主観説とも呼ばれる、また当時の立法者やその時代背景の焦点を当てるので歴史的解釈とも呼ばれる。）の一種とみなすことができる。立法者意思説には次の2つの問題がある。

1つ目の問題は、立法者意思の確認方法である。立法者意思を確認しようとするなら次の三つの疑問に答えなければならないが、いずれにも明確な答は存在しない。第一に、そもそも誰が立法者であるのだろうか？ 当該法律に賛成した議員に限定されるのか、限定されるとしても、たとえば税法のように非常に複雑な法律についてすべての議員が完全に理解をしていることはありえず、議員の漠然とした、場合によっては誤解も含まれる理解を立法者意思とみなしてよいのだろうか。政府が提案する法案の多くは各省庁の職員が立案しているが、彼らも立法者なのだろうか、関係する審議会の委員も含まれるのか、さらに、彼らの意見が一致していない場合、だれの意味を優先すべきだろうか。第二に、どのような資料に基づき立法者意思を明らかにすべきだろうか？ 国会の議事録に限定されるのか、審議の録音や録画資料も含めてよいのか、議員や省庁の職員に対する新聞記者のインタビュー記事、審議会委員の発言録なども考慮してよいのだろうか。第三に、それらの資料をどのように解釈すべきだろうか？ 文言解釈、資料を執筆した者の主観的な意思、前後の文脈、それとも客観的な解釈のいずれを優先すべきだろうか、解釈をする者によって、何が立法者意思なのかは異なってくるのではないだろうか。

このように立法者意思を確定することはほとんどの場合に困難であるので、ヘックが想定するような、立法当時の諸利益に対する立法者の評価や衡量の結果を明らかにすることも実際には困難であると言わざるを得ない。

2つ目の問題は、たとえ立法者意思を明らかにすることが可能であっても、そのことから、それに従う「べき」という結論は直接には導けないという問題である。国民の多数派が選んだ議員の意思に従うことは民主主義の本質であるので、立法者意思に従うことには民主主義的に正当化が可能である。しかしながら、国民の多数派の判断が必ずしも「正しい」わけではない。当時は正しくても時代の変化とともに不正になるかもしれないし、最初から不正であるかもしれない。このことは利益法学にも当てはまり、立法者への思慮ある服従の結果、客観的には思慮がない判断となることもありうるのである\*7。

\*7 この点はヘック自身も自覚していた。青井秀夫『法理学概説』262頁によると、ナチス時代に法律学（法解釈）方法論の位置づけが論争となった際、ヘックは1937年の論文（*Rechtsphilosophie und Interessenjurisprudenz*）で次のように主張した。「ヘックによれば、法律学方法論は、因果的な利益の探求を重視することから、法社会学との接合を強く意識せざるを得ない反面、法哲学からは独立性を保つ必要がある。とりわけ利益法学のように、実生活の必要性を重視する実用法学のための方法論という立場では、正法（あるべき法、正しい法）の普遍的基準の探求に従事する法哲学から独立することが肝要であり、法哲学との安易な混同は慎むべきである。」



## 第7章

# リスト

フランツ・フォン・リスト (Franz von Liszt, 1851-1919) はオーストリアのウィーンに生まれた\*1。従兄に音楽家のフランツ・リスト (Franz Liszt, 1811-66) がいる。1869年からウィーン大学で学び、とくにイェーリングから影響を受け、のちに彼の目的思想を刑事法と刑事政策に応用しようとした。1874年にウィーンで博士の学位を、1875年にグラーツ (Graz) 大学で教授資格を得る。1878年にギーゼン (Gießen) 大学からの招聘を受けてオーストリアからドイツへ移住、マールブルク大学 (1882年)、ハレ大学 (1889年) を経て 1899年から 1917年の退職までベルリン大学教授。1919年に死去。

### 第1節 リストの構想

リストは自らの「学派」形成を強く意識した学者である\*2。後述のマールブルク大学就任講演 (のちに「マールブルク綱領」とも呼ばれる) で刑法学における目的思想のパラダイムを提起し (1882年)、さらに、『総合刑法学雑誌』の創刊 (1818年)、定評のある教科書『ドイツ刑法教科書』 (初版 1881年) の執筆、刑事学ゼミナール (研究所) の設立 (1888年)、国際刑事学会の設立 (1889年)、大規模大学のベルリン大学の教職等、学説普及と学派形成に必要な条件整備を着々と進めた。

近代刑法の父と呼ばれるフォイエルバッハ (Paul Johan Anselm von Feuerbach, 1775-1833年) が編纂したバイエルン刑法典 (1813年公布)、その影響のもとで成立したプロイセン刑法典 (1851年)、そしてそれを基に編纂され 1871年に成立したドイツの刑法典 (修正されてはいるが現在でも有効) は応報刑主義に基づいている。すなわち、犯された行為に応じた刑が科されるべきであり (罪と罰は釣り合っていないといけないので)、したがって犯された行為以外の要素で (とくに刑の効果によって) 量刑を変えるといったことがあってはならない、という考え方に基づいている。この考え方は、刑をその目的か

\*1 以下、クラインハイヤー、シュレーダー編『ドイツ法学者事典』174-179頁。

\*2 以下、この段落は西村稔『知の社会史 一近代ドイツの法学と知識社会』 (木鐸社, 1987年) 318頁による。

ら切り離して考えるので、絶対主義（Absolutismus<sup>\*3</sup>）に基づいているともいわれる。

1850～70年代にかけて、とくにプロイセンで産業革命が進み、資本主義社会が急速に広まった。下級の労働者階級の者による財産犯罪や、未成年者犯罪が激増した。産業革命以前の社会で成立したプロイセン刑法典やそれに基づくドイツ刑法典はこういった社会変動をふまえたものではなく、新しい犯罪に対して十分な効果を発揮しなかった<sup>\*4</sup>。このような時代に法学を学んだリストは、応報主義的・絶対主義的な刑法に疑問を抱き、犯罪問題の解決のためには犯罪者に内在する、または外在的な社会環境の要因を分析した上で、目的思想に基づく刑法改革が必要であると考えた。

以下ではリストのマールブルク大学就任講演をとりあげ、彼の思想の骨子を紹介するとともに、その問題点を指摘することにする。

## 第2節 「刑法における目的思考」（1882年）

リストはマールブルク大学に就任した際に行った記念講演「刑法における目的思考」において、目的思考に基づく刑法改正の必要性を主張した。彼はその主張を裏付けるために、刑罰の歴史を説明することから講演を始める。なぜなら、彼の理解によれば、すべての刑罰制度は、刑の目的の実現に向かって発展してきたからである。

リストによれば、原始社会の人々は、「自分の生活条件の侵害に対する盲目的、本能的な反応」<sup>\*5</sup>を行ってきた。本能による反応は学習なしに行われるものであり、動物と同じである。この段階での刑は本能的な行為にすぎない。

つぎに、人間の精神が発展すると、人々は刑の目的を意識するようになる。刑の動機は本能から目的の実現へと移行する、すなわち刑は本能的行為から意識的行為へと変化する。「目的思考が本能的行為と意識的行為とを区別する。」<sup>\*6</sup>この段階にいたって、刑はその目的によって決定されるようになる。

目的による刑の決定は「刑の客観化」によって促進される。刑の客観化とは、刑を科す者が当事者から第三者（国家）に移行することである。刑の客観化には、次のような変化がともなう。まず、社会や個人の生活条件に対する認識が促進され、それが「法益」（Rechtsgut）として明確になる。法益が明確になると、それを侵害する「犯罪」（Verbrechen）が明確になり、法に規定される。さらに、刑の効果が吟味されるようになり、犯罪から法益を保護する効果のある種類・量の刑のみが許され、法に規定されるようになる。リストはイェーリングに倣って「目的思考は法の本質である」と考え、「法益保護」という目的への刑の適合が進展すると、単なる実力としての刑（Strafgewalt）は刑法（Strafrecht）へと進化するとする<sup>\*7</sup>。

<sup>\*3</sup> ab- は「・・・から離れて」という意味を持つ。

<sup>\*4</sup> 勝田有恒・山内進編著『近世・近代ヨーロッパの法学者たち』367頁（清水祐樹）。

<sup>\*5</sup> Franz von Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht(1882), in: Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Band 1, Berlin 1905, S. 127.

<sup>\*6</sup> Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht, S. 145.

<sup>\*7</sup> Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht, S. 144.

以上のように、刑は「盲目的な反応から目的を考慮した法益保護へ」と発展してきたのであり、この発展をさらに推し進めることが刑法改正の課題である。リストによれば、応報刑論は刑をその目的からは切り離すものであり、刑の発展の歴史に逆行するものである。合目的な刑を定めることによって、刑を真の意味での刑法へと進化させることが必要である。そのためにリストは、犯罪者を3つの類型に分け、それぞれに対して科すべき刑罰を提案する。

犯罪者類型	改善	刑の目的	刑
機会犯	改善不要	威嚇	有期自由刑・財産刑
少年犯	改善可能	改善	改善刑（教育・作業）
慣習犯（傾向犯）	改善不可能	無害化（保安）	終身刑・死刑

機会犯（Gelegenheitstäter）とは、たまたま犯罪を犯す機会（Gelegenheit）があったから犯罪を犯した者であり、犯罪の原因が本人の内部（性質）にあるのではなく外部にある者のことである。このような犯罪者は改善を要しない。適度な威嚇で機会犯を減らすことができるので、機会犯に適合的な刑は有期の自由刑や財産刑（罰金）である。少年犯は犯罪を犯した少年のことである。少年は可塑性があり改善可能なので、少年犯に適合的な刑罰は教育や作業などの改善刑である。そして、重大犯罪を繰り返す慣習犯（傾向犯）は改善することができないので、社会に対して無害な存在にすることが必要であり、したがって慣習犯には終身刑または死刑が適合する。

科刑の前提として行為者類型の特定を要求する以上のようなリストの考え方は、行為よりも行為者を指向しており、また犯罪の予防（一般人に威嚇することで機会犯を減らし（一般予防）、少年犯の改善・慣習犯の無害化によって再犯を防止する（特別予防））を重視するものである。

### 第3節 目的刑思想の後世への影響

リストの「刑法における目的思想」は、第一に、応報刑を原則とする近代刑法・刑法学に対して、目的刑を原則とする新たな刑法理論の構想を提示したこと、第二に、法益保護という目的に適合的な刑を考える刑事政策の重要性を説得的に示したこと、この2点については現代でも評価に値する。

しかし、行為でなく行為者を刑の対象とすることに対しては大きな問題がある。刑を応報とみなす考え方によれば、犯罪行為と刑は釣り合っていなければならない。このことから、同じような犯罪には同じような刑が科されなければならないということにもなる。すなわち、平等な取り扱いの要請が導かれる。他方、目的刑の原則の下では、同じ犯罪を犯した者であっても、犯罪者類型が異なれば異なった刑が科されることになる。これに対しては応報刑の立場から、不平等な取り扱いであり認められないという批判が可能である。さらに目的刑の立場によれば、法益侵害の可能性が認められれば、犯罪を犯す前に予防的

に拘束をすることすら正当化されるため、個人の自由の侵害の可能性も大きくなる。すなわち、目的刑を徹底すると、近代法の大原則である自由と平等を侵害することになるのである。

リストの主張に基づく刑法改正は実現せず、ドイツでは少年裁判所法（1932年）、慣習犯罪人法（1933年、保安・改善処分の導入）など、一部の改正のみが実現した。リストの改革構想の刑法・刑法学における影響は現在では限定的なものにとどまっている。彼の思想は主に刑事政策の分野で強く残るとともに、いわば反面教師として、後述のラートブルフの思想形成に強い影響を与えることとなる。

## 第8章

# カントロヴィッチ

ヘルマン・カントロヴィッチ (Hermann Kantorowicz, 1877-1940) はプロイセンのポーゼン (Posen, 現在はポーランドのポズナン) でユダヤ系の家庭に生まれる。1896年からベルリン大学, ジュネーブ (Genf) 大学, ミュンヘン大学で法学を学ぶ。ベルリン大学ではリストの刑事法ゼミナールに所属し, ラートブルフ (後述) と知り合う。1904年にハイデルベルク大学で博士の学位を, 1907年にフライブルク大学で教授資格を得る。1913年フライブルク大学員外教授。1929年に51歳でようやく, ラートブルフの後任としてキール大学法学部教授となる。ユダヤ人であり反戦主義者でもあったため4年後の1933年に解任され, アメリカ, その後にイギリスに移住し, 1940年にケンブリッジで死去した。

ドイツ民法典は1896年に公布され, 1900年1月1日に施行された。民法典の成立によって, 法学の主流はパンデクテン法学 (その批判者からは「概念法学」と呼ばれた) から法律実証主義へと移行した。法律実証主義とは, (1) 国家の制定法が唯一の法源である, (2) その制定法の体系は自己完結的・無欠缺である, したがって, 制定法に基づけばあらゆる事件に対する法的判断が可能であり, 制定法以外の要素, とくに価値, 理念, 道徳といった評価に関わる基準は考慮すべきでない, (3) 裁判官の法創造は不要で, 否定されるべき, と考える立場である。カントロビッチはこのような考え方を厳しく批判する『法学のための闘争』(Der Kampf um die Rechtswissenschaft, 1906年)を公表し, のちに「自由法論」の代表者とみなされるようになる\*<sup>1</sup>。

### 第1節 『法学のための闘争』

カントロヴィッチは当時20代の若者であり, 実名では主流派法学者の関心をひけないと考え, グナウエス・フラヴィウス (Gnaeus Flavius) というペンネームで『法学のための闘争』を公表した。このフラヴィウスは紀元前4世紀末のローマの書記である。当時の

---

\*<sup>1</sup> 代表的な自由法論者とみなされるのは, カントロビッチの他にエールリッヒ (Eugen Ehrlich, 1862-1922) やフックス (Ernst Fuchs, 1859-1929) である。自由法論については, 平野敏彦「ドイツ自由法運動の生成と展開—H. カントロヴィッチを中心として」法学論叢 106 巻 4, 6 号, 107 巻 2, 5, 6 号 (すべて 1980 年) が詳しい。

ローマでは神官団が訴訟に関する知識を独占しており、一般人に対して訴訟の方式は秘密にされていたが、神官団の記録を閲覧する機会を得た戸口総監アピウス・クラウディウスが、自分の書記フラヴィウスにその集録を作成させ、公開した\*2。このためこのペンネームは秘密を暴露するという意図を示すものである。また、タイトルはイエーリングの著名な『権利のための闘争』を真似たものであった。カントロヴィッチの作戦は当たり、著者は高名な教授ではないかという憶測が広がった。

カントロヴィッチの批判の対象は、概念法学・法律実証主義であった。彼によれば、これらにとっての理想的な法律家は次のようなものである。

「法律家とはいかなる者か、広くいきわたっているその典型像は次のようなものである。すなわち、法律家は、アカデミックな修行を積んだ高級官吏である。そして彼は、一個の思考装置、たしかに最も精巧な種類の思考装置を身に帯びただけで、自室におさまっている。彼の個室にある唯一の道具とっては、緑の布を張った机であり、その上には国の法典が置かれて彼の眼の前にある。実在のものであれ架空のものであれ、任意の事案が彼に届けられる。そうすると彼は、彼の職務にふさわしく、純粋に論理的な作業と彼だけに分かる秘技とによって、立法者が法典の中に予定しておいた採決を、絶対的正確さをもって指摘する能力を示す、というのである。」\*3

カントロヴィッチによれば、法律実証主義者は、形式的「論理」にのみこだわり、自室にこもり、人々の生活に無関心で世間知らずな裁判官を理想とする。しかしながら、裁判官は実際には自分で判断を下しているのであり、それが概念法学的な、外見的には「論理的」な方法によって隠蔽されてしまっているのである。

カントロヴィッチは、概念法学的な方法の代わりに、法発見における裁判官の自由を重視する。ここでいう自由とは、国家の法律からの自由である。彼によれば、まず、裁判の対象となっている事実に対して法律が一義的な判決を命じている場合、すなわち、法律が想定する典型例で、誰でも同じ法的判断にいたるような事例では、裁判官は「原則として」法律に従った判断を下さなければならない。しかし例外もあり、現在の国家権力が法律に従った判決を望んでいないと裁判官が判断する場合は、「自由法」(freies Recht)に従った判断をしなければならない。もし法律が多義的で、複数の法的判断が導けたり、そもそも導けない法の欠缺の場合も、裁判官は自由法に従って判断をすべきである。

カントロヴィッチはこの著書の中で何が「自由法」なのかは明確には説明していない。ただ、自由法は個人が信じる「個人法」と共同体が信じる「共同体法」に分けられるとまでは指摘している。彼によれば、個人が自身の確信に基づいて承認する法命題(法規範)が個人法であり、同じく個人が共同体の確信に基づいて承認する法命題が共同体法であ

\*2 平野「ドイツ自由法論の生成と展開(一)」106巻4号62頁。

\*3 Kantorowicz, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 1906, S. 7 (田村五郎訳『概念法学のための挑戦』(有信堂, 1958年)82頁。)

る\*4。おおむね個人法は個々人の正義感情，共同体法は慣習法を指すものと思われる。また，個人法と共同体法が対立する場合にどちらを優先させるべきかについても何も述べていない。いずれにせよ自由法は，17，18世紀の思想家が考えた「時と所を超越して妥当する，国家を前提としない，したがって実在しない」\*5自然法ではなく，また主流派法学者が唯一の法源とみなす国家法でもなく，時代によって変化する，個人や社会の確信からくみ取られる，実定的な（positiv，ここでは実際に存在するという意味）規範である\*6。そのような自由法にカントロビッチは国家法の欠缺補充を行ったり，国家法を批判する基盤としての役割を持たせようとしたのである\*7。

カントロビッチは法の欠缺を認めるため，自由な法発見・法創造を行う法学の地位を重視する。

明らかに法学は，たんなる「認識されたことの認識」たることを全くやめてしまうのである。いまや法学が負う任務は，それよりもっと大きく，もっと控えめでないものになっているのである。法学は，共同体法を見つけ出しそれを適用する「自由な法発見」となる。法学は，個人法を作り出しそれを貫徹する自由な法創造に身を高める。法学自体が法源であるならば，法学は，他のあらゆる法源と同一の性格を持たなければならない。そこで，法自体がそうであるように，法学もまた意思でなければならない。」\*8

このようにカントロビッチは，国家法と同様に法学も「意思」であることを強調する。概念法学・法律実証主義者が使用してきた，構成・類推・拡張解釈・縮小解釈といった「論理的」と称する手続きを本当に導いているのは，それを行う個人の好みまたは意思であるとされるのである\*9。

## 第2節 自由法論のその後

『法学のための闘争』は，弁護士や非法学者の間では一定の支持を得たものの，大多数の法学者はこの論文を受け入れなかった。とくに，法に欠缺がなく，法律に従った判断ができる場合でも「自由法」に従った判断をすべき場合があるという同書の主張に対しては反発が大きかった。出版1年後にカントロビッチは同書が自分の著書であることを明らかにし，法律を無視した判決を認めるわけではないと弁解したが，反発を和らげることはできなかった。

カントロビッチに代表される自由法論は，概念法学の問題点を，すなわち法の無欠缺性を想定し，裁判官の価値判断を隠蔽し，世間知らずの裁判官を量産するという点を指摘し

\*4 Kantorowicz, Der Kampf um die Rechtswissenschaft, S. 12 (田村訳 88頁)。

\*5 Kantorowicz, S. 10 (田村訳 85頁)。

\*6 Kantorowicz, S. 12 (田村訳 88頁)。

\*7 石部雅亮・笹倉秀夫『法の歴史と思想 法文化の根底にあるもの』(放送大学, 1995年) 147頁。

\*8 Kantorowicz, S. 19-20 (田村訳 97-98頁)。

\*9 田中成明ほか『法思想史』(有斐閣, 第2版, 1997年) 160頁(亀本洋)。

た点では現在でも評価に値する。しかしながら、価値判断をすべて個人の心理的決断だとみなし、時代や地域を問わない普遍的な判断基準を認めず、法的判断を最終的には裁判官の決断に任せてしまう主観主義的・決断主義的な側面は批判されてしかるべきだろう。

## 第9章

# ラートブルフ

グスタフ・ラートブルフ (Gustav Radbruch, 1878-1949) は 1878 年 11 月 21 日に北ドイツのリューベックで生まれる。1898 年よりミュンヘン, ライプチヒ, ベルリン大学で法学を学ぶ。ライプチヒからベルリンに移ったのは, ベルリン大学のフランツ・フォン・リスト (Franz von Liszt) の刑法の教科書を読んで感銘を受けたためである。リストの刑事学ゼミナール (研究所) でカントロビッチと出会い, 生涯の友となる。1902 年, リストの下で「相当因果関係論」についての論文で博士号を取得し, 1904 年にはハイデルベルク大学で教授資格を得る。その後, 1910 年まで私講師として, 1914 年まで非常勤の員外教授としてハイデルベルク大学の教壇に立つ。同時にマンハイム高等商業学校で法学入門の授業を行い, それを基にして『法学入門』(初版 1910 年) を出版。また 1914 年には『法哲学綱要』を出版する。同年, ケーニヒスベルク大学の員外教授となるが, 第一次大戦が始まり, 当初は赤十字の野戦病院で看護助手, のちに従軍する。1918 年社会民主党に入党, 1919 年キール大学教授, 1920 年社会民主党議員として国会議員に当選, 1921 年 10 月から 22 年 11 月までと 1923 年 8 月から 11 月の 2 回, 司法大臣を務めた。1926 年ハイデルベルク大学教授。1932 年『法哲学』出版。1933 年 5 月, 「職業管理制度再建法」によりハイデルベルク大学の職を解かれる。1945 年 9 月復職, ハイデルベルク大学法学部長となりその再建に努める。1948 年に退職し, その翌年 11 月 23 日に 71 歳で死去した。

ラートブルフはリストの下で刑法の研究を始めるが, のちに法哲学者として世界的に有名になる。以下では彼の法哲学の概要を説明する。

### 第1節 法の創造としての法学

ラートブルフはリストのゼミナールでカントロビッチと知り合い, 気の合う他の法学生とともに晩の会合を持つようになる\*<sup>1</sup>。そこでの議論の内容はカントロビッチの「法学のための闘争」(1906 年) で公にされるが, 同じ年にラートブルフも同じような趣旨

\*<sup>1</sup> 山田晟訳『ラートブルフ著作集第 10 巻 心の旅路』(東京大学出版会, 1962 年) 89 頁。なお, 会のメンバーの一人のテオドア・シュテルンベルク (Theodor Sternberg, 1878-1950) はのちに来日し, 東京大学と明治大学で教壇に立った。

の内容を、ただし「自由法」という概念には依拠しないで、「法の創造としての法学」(Rechtswissenschaft als Rechtsschöpfung)というタイトルの論文として公表した。

同論文においてラートブルフは、裁判官の法創造を認めるべきだと主張した。その理由として彼は、「三権分立」と「裁判拒絶の禁」の矛盾を指摘する。

三権分立論は、法の形成(立法)と裁判とを同一人が行うことを禁じている。裁判官の役割は、法律を機械的に事実適用すること(自動包摂機械)、または立法者が考えたことの追思考(文献学的解釈)に限定されるべきとされる\*2。他方、裁判官は裁判を拒否することを禁じられている。すなわち、裁判官は、法律がない、不明瞭、不十分であるという理由で裁判を拒絶できない(裁判拒絶の禁)。たとえばフランス民法典(1804年)第4条やバーデン民法典(1809年)第4条は、「法律がその場合について言及していないとか、法律が不明瞭あるいは不十分であるとかいう口実のもとに解答を拒む裁判官は、裁判拒絶の罪をもってこれを訴追することができる」と定めている\*3。

では法律が不明瞭であったり法に欠缺がある場合、裁判官はどうすべきなのだろうか。この問題に対する支配的な法律学(概念法学・法律実証主義)の対応は、法秩序の無矛盾性・完全性を前提とすることによって両者を調和させるというものであった。支配的な法律学は、解釈の対象を歴史上の実際の立法者の意思ではなく、「国家」の意思であると考える。イエリネック(Georg Jellinek)の「機関説」\*4によれば、国家は法人(自然人と同様の人格(Person)であるという意味)であり、立法者(国会)はその国家法人の意思を語る「機関」にすぎない。そして法律学の解釈対象は、誤ることもある実際の立法者の意思ではなく、誤りえない(と想定される)国家法人の意思である。法学の任務は、不完全な法律の文言(歴史上の立法者の意思)から、完全な国家意思を「論理的に構成」することである。

以上のような支配的な法律学の考え方に対してラートブルフは次のような批判を加える。「論理的」な方法によって不完全なもの(法律)から完全なもの(国家意思)を導き出すことはできない。したがって、法秩序の無矛盾性・完全性を前提とすることもできないので、三権分立論と裁判拒絶の禁はやはり矛盾する。そして、裁判拒絶の禁は不可欠なのだから、三権分立論を修正すべきであるとする。

「三権分立論は法創造の禁とともに所与の事情の下では満たされない要請を提出するのであって、なるほどそれは排除されないにせよ、しかしなんといっても、次の意味で修正を受けなければならない。すなわち、裁判官と立法者の活動の境界線は、法の適用と法の創造との間の境界線とは一致せず、むしろ、法の創造の真只中をいくものであるという意味での修正を。」\*5

\*2 田村五郎訳「法の創造としての法学」『ラートブルフ著作集 第5巻 法における人間』(東京大学出版会、1962年)33頁。

\*3 「法の創造としての法学」29-30頁。

\*4 美濃部達吉の天皇機関説のモデル。

\*5 「法の創造としての法学」42頁。

すなわち、立法者と全く同様というわけではないにせよ、裁判官にも一定の法創造の権限が認められるべきだとラートブルフは主張する。しかもこの主張は、裁判官に新たな権限を付与することを求めるものではなく、従来からそうであったという。

「裁判と法学は、三権分立論があるにもかかわらず、常に変わることなく法創造的であったし、また、常に変わることなくそうであるだろう。そして、こんにちの法律家が昔のそれから、また恐らくは未来のそれからも区別される唯一の点は、今日の法律家が、昔や未来の法律家の公然容認する事柄を隠蔽することにあるのである。」\*6

では、法創造的な裁判とはどのようなものか、ラートブルフは、個々の事案において拡張・縮小解釈、類推・反対解釈のそれぞれどちらを採用すべきか、という問いを立て、それに対して、望ましい結果をもたらす（不合理な結果を避ける）解釈方法を採用せよと述べる。これに対しては、さらに、「誰が結果の望ましさを評価するのか？ 評価基準は？」という疑問が当然に浮かぶが、ラートブルフはこの論文では、「いかなる法が正しいかは、わずかに、裁判官が胸に抱く規範に従って決定されるほかはない」としか述べていない。

ラートブルフの「法の創造としての法学」は、裁判官が法の創造を行わざるを得ないことを説得的に示したという点では評価に値する。他方、その法創造については、「裁判官が胸に抱く規範」に従えと述べるだけであり、価値判断に普遍的な基準はないと考え、最終的には裁判官の主観的な決断に任せてしまったカントロビッチの自由法論と大きく変わるものではなかった。

## 第2節 『法哲学』

ハイデルベルクでラートブルフは新カント学派の哲学に出会う。新カント学派は19世紀後半から20世紀初頭にかけて主にドイツで広がった哲学学派の一つで、「カントに帰れ」というモットーの下、カント哲学の精神を復興しようとした学者達を指す。ラートブルフは新カント学派の著名な哲学者であったヴィンデルバント（Wilhelm Windelband, 1848-1915）の弟子のハインリッヒ・レーヴィ（Heinrich Levy）と同じ家に住んだ縁で、彼から「存在」（Sein）の世界と「当為」（Sollen）の世界を分けるカント的二元論と、それに基礎づけられたヴィンデルバントやリッケルト（Heinrich Rickert, 1863-1936）の学説を学んだ\*7。

新カント学派から影響を受けつつ、ラートブルフは独自の法理論を構築する。彼の理論は、第一次大戦前までの前期の理論と、第一次大戦終了後の後期の理論とに分けることができる。後期については、1933年のナチスによる政権掌握の頃までとそれ以降との間で、彼の理論に本質的な変更が加わえらたとみなすべきか否かで争いがある。以下では後期の

\*6 「法の創造としての法学」42頁。

\*7 山田晟訳『ラートブルフ著作集第10巻 心の旅路』（東京大学出版会、1962年）80頁。

代表作である『法哲学』（1932年）と、第二次大戦後の「制定法の不法と制定法を超える法」（1946年）の内容を紹介した上で、この争いに対する私見を述べる。

## 1 社会学から法哲学へ

ラートブルフはイエーリングを高く評価し、自らをイエーリングが敷いた路線をさらに一歩進める者として位置付ける。ラートブルフによれば、歴史法学派は法の発展の担い手を「盲目的な衝動」に見出したが、これに対してイエーリングは「目的は一切の法の創造者である」と指摘し、盲目的な衝動に対して「目的を意識する意思」を対置した。しかしイエーリングは、「方法一元論」の基盤に固執し、人間の目的設定という過去の経験的な事実と、現在の法制度との因果関係に焦点を当てた。これは、社会契約説が用いた擬制の方法と同じであり、本来は法制度の正当化根拠であるものを、その経験的な発生原因として論じたものである。

「社会学から法哲学に前進するためにはもう一歩だけがイエーリングにとって必要であったであろう。すなわち、彼が、たんに他人の目的設定を静観する傍観者としてでなく、目的を設定し法の発展を演ずるものとしての自分自身を注視したならば、彼は事実としての目的設定ではなく自己を実現しようとする目的自体を眼の前に見、経験的な法現実と規範的な法基準の対決を経験し、法現実の考察と法価値の考察との二元主義を認識し（…）なければならなかったにちがいない。」<sup>\*8</sup>

このようにラートブルフは、傍観者ではなく、法を定め解釈する当事者の立場にとって必要となる「規範的な法基準」の探求を自らの課題としたのである。

## 2 法の概念

ラートブルフによれば、我々が無批判に眼前の世界を見ると、現実と価値とが入り混じったものとして現れる。これに対してラートブルフは、人間や事物に付着する価値や反価値が、それら自身からではなく、観察者たる我々から生じることを意識することから始めなければならないとする。我々は「自我を所与から分離し、その所与に対立せしめ、それによって現実を価値から分離」しなければならないのである<sup>\*9</sup>。

ラートブルフは「存在」と「当為」の世界の二元論から出発する。我々が所与の世界を「価値盲目的」に、すなわち所与の世界を評価せず、ありのままに把握する（begreifen）と、所与の世界は自然の世界、または「存在」（Sein）の世界が構成される。これは自然科学の方法である。また、我々が所与の世界を「評価的」に、すなわち所与の世界から肯定的に評価できるものだけを取り出すと、価値の世界、または「当為」（Sollen）の世界が構成される。これは価値哲学（論理学・倫理学・美学）が採用する方法である。このよう

<sup>\*8</sup> 田中耕太郎訳『ラートブルフ著作集第1巻 法哲学』（東京大学出版会、1961年）135-136頁。

<sup>\*9</sup> 『ラートブルフ著作集第1巻 法哲学』105頁。

に、存在の世界と当為の世界は、我々の認識の方法によって異なった姿として現れるものであり、この二つの世界を対置することを方法二元論と呼ぶ。

さらにラートブルフは「価値盲目的態度」と「価値評価的態度」を媒介する「価値関係的態度」を導入する。この「価値関係」(Wertbeziehung)はリッケルトの造語であるが、ラートブルフはそれに独自の解釈を加えて理解した。

価値関係的態度とは、所与の世界から価値に関係するものだけを把握しようとする態度である。所与の世界をこの価値関係的態度によって把握すると、「文化」の世界、または「意義」(Sinn)の世界が構成される。これは文化科学(Kulturwissenschaft)が採用する方法である。ラートブルフは文化の典型例として学問的業績、芸術作品、道徳を挙げる。学者の業績の共通点は、それがすべて、成功を取めようとも不成功に終わろうとも、少なくとも絶対的な価値である「真理」を求めた活動であるということである。同様に芸術家の作品は、美しい物もあれば俗悪に見える物もあるが、いずれも「美」という絶対的価値に対する努力という点では一致する。道徳にも「良心の迷妄」が含まれ、実際には「善」という絶対的価値に達しなかったものも含まれるが、それを追求しているという共通点がある。

「文化はなるほど価値の実現ではないが、しかしそれは価値を実現するという意味ないし意義を有する所与、またはシュタムラー(Stammler)の言葉を借りれば、「正しきものへの努力」(Streben nach dem Richtigen)である。」\*10

そしてラートブルフは、法(Recht)も文化概念の一種であるとみなす。

「法の概念は一つの文化概念である。すなわちそれは価値に関係せしめられた現実、価値に奉仕するという意義(Sinn)を持つ現実に関する概念である。法は法価値、法理念に奉仕するという意義を持つ現実である。」\*11

ラートブルフは法の理念(法が実現しようとする価値)を正義(Gerechtigkeit)であると示した。したがって彼は法を以下のように定義する。

「法は正義に奉仕するという意義を持つ現実である。」\*12

### 3 法の理念

#### (1) 正義

ラートブルフは、法の理念は正義であり、正義の本質は平等(Gleichheit)であると示す\*13。そしてアリストテレスに倣い、この正義=平等を平均的正義(ausgleichende

\*10 『ラートブルフ著作集第1巻 法哲学』107頁。

\*11 『ラートブルフ著作集第1巻 法哲学』147頁。

\*12 『ラートブルフ著作集第1巻 法哲学』151頁。

\*13 『ラートブルフ著作集第1巻 法哲学』(東京大学出版会、1961年)148頁。

Gerechtigkeit)と配分的正義(austeilende Gerechtigkeit)に分類する。平均的正義は二者間の関係の正しさの基準であり、両者が互いに与える利益(労働力と賃金, 商品の価値とその支払金額など)や両者が負う負担(損害と賠償, 被害と刑罰など)が等しい場合\*<sup>14</sup>, 両者の関係は正しいとされる。配分的正義は利益や負担を配分する者と配分される者(2人以上)の間の関係の正しさの基準であり, 配分される者の属性(労働時間, 所得, 責任など)に対する利益や負担(給与, 税金, 刑罰など)の配分が比例的である場合, 配分する者とされる者の関係は正しいとされる。さらにラートブルフは, 交換的正義は平等な者同士の間の関係における正義であり, したがって配分的正義の作用を前提とするため, 配分的正義が正義の根源的形式であるとする。

ラートブルフによれば, 配分的正義は「等しき者を等しく, 等しからざる者を等しくなく扱う」ことを求めるが, 次の二つの問いには答えない。第一に, 誰が等しく, 誰が等しくないのか? すべての人は多かれ少なかれ異なっており, 平等(等しいこと)とは, ある一定の観点からの抽象化にすぎない。第二に, 等しい, とみなされた者達をどのように取り扱うべきか? 殺人よりも窃盗の方が軽く処罰されることまでは言えても, 殺人に死刑を, 窃盗に懲役刑を科すべきか, または殺人には懲役刑を, 窃盗には罰金刑を科すべきかについて配分的正義は何も答えない。ラートブルフは, 両者に答えるためには, 法がどのような目的を実現しようとするべきであるかを決めなければならないと主張する。

## (2) 合目的性

法の理念は正義(平等)であるが, 法によって正義を実現するためには, その法が実現しようとする目的を定め, その目的に適した内容の法を定めなければならない。ラートブルフによれば, 法の究極的な目的は真, 善, 美という絶対的価値でなければならないが, 法はそれらを直接的には実現できず(善を実現できるのは自由な人格のみ, 真と美を実現できるのは人間の作品のみなので), ただ絶対的価値の担い手がその価値を実現できるよう手助けすることだけができる。善の担い手は個人または集団の人格であり, 真と美の担い手は人間の作品(学問的業績と芸術作品)である。しかし法はこれら三つの価値の担い手にすべて同じ程度に仕えることはできず, いずれを優先するかを決めなければならない。このことから, 法の目的についての三つの見解: 個人主義的見解(個人人格を優先する), 超個人主義的見解(集団人格を優先する), 超人格主義的見解(人間の作品を人格より優先する)が分かれ, この見解の違いが政党の違いに反映される。

ラートブルフは法の目的については価値相対主義の立場をとり, 三つの見解のどれが正しいかを学問的な方法で「確認」(feststellen)することはできないとする。しかし, いったんどの目的を優先するかを「確定」(festsetzen)した後に, 当該目的を実現するために最も相応しい手段を見つけることは学問の役目であるとする。法はその究極的な目的(真・善・美)を実現するために最も適した手段でなければならない。したがってラートブルフは, 正義と並んで合目的性(Zweckmäßigkeit)も法の理念の要素であるとする。

\*<sup>14</sup> 両者が得る利益が等しいことを交換的正義, 両者が負う負担が等しいことを矯正的正義と呼ぶ。

### (3) 法的安定性

法の目的に対する3種類の見解の争いをそのまま放置しておくことはできない。「法は共同生活の秩序であって、各個人の見解の相違に委ねられたままであることができず、すべての者の上に位する一つの秩序とならなければならない」\*15。したがって、法を安定させ、その安定している法によって、法の見解の相違から生じる日々の争いに一つの決着をつけることが必要となる。このためラートブルフは法的安定性 (Rechtssicherheit) が法理念の第3の要素であるという。

法の見解の争いを終わらせるためには、法に従わせる実力を備えた者が、法の内容を実際に定め、適用することが必要となる。このため、法的安定性は実定性 (Positivität) を要求する。法的安定性は理念ではあるが、それを実現するためには実力 (Macht) が必要なのである。

## 4 法の効力

以上のように、法の理念は正義 (平等) であるものの、その正義から合目的性と法的安定性の必要性も導き出されるため、合目的性や法的安定性も法の理念の要素 (または側面) であるとし、法の理念は正義・合目的性・法的安定性の三つの要素で構成されるとする。ラートブルフは、このような三つの要素からなる法の理念に奉仕する「法」の効力 (Geltung) については、個々人にとっての効力と裁判官にとっての効力とに分けて検討する。すなわち、ラートブルフが考える法の効力は絶対的なものではなく、法と人との関係において成立する相対的なものであり、同じ法でも人によって効力の有無が異なってくるものとして理解される。

ラートブルフによれば、一般的な個人に対して実定法が無条件の効力を持つことはありえない。実定法が実現しようとする「法の目的」を認めない者 (確信犯) にとって、その実定法は合目的的ではなく、悪法であるからである。これに対して裁判官は、たとえ自分の見解に基づけば悪法であるような実定法であっても、それに従って判決を下さなければならない。なぜなら裁判官は、無条件に実定法を適用することによって、少なくとも法的安定性には奉仕することになるからである。

「したがって裁判官は、正義を考慮することなく法律に奉仕するが、それにもかかわらず単に偶然的な恣意の目的に奉仕するものとはならない。法規がそれを欲するがゆえに、裁判官が正義の僕であることを止める時でも、なおつねに彼は法的安定性の僕ではあるのである。われわれは自己の確信に反して説教する牧師を軽蔑するが、法律に忠実なために自己のこれに反対する法感情によって迷わされない裁判官を尊敬する。」\*16

\*15 『法哲学』 208 頁。

\*16 『法哲学』 224 頁。

この部分だけを取り出すと、ラートブルフの主張は、彼が克服しようとした法律実証主義の主張と変わらないようにも見える。しかし注意すべきなのは、法の理念の要素としての合目的性と法的安定性は、それ自身絶対的な理念なのではなく、正義（平等）という絶対的な法理念を実現するために必要とされる要素とされていることである。したがって、正義とは無縁の法律、すなわち、「等しきものを等しく扱う」ことを全く目指していないような法律（Gesetz）<sup>\*17</sup>を「法」（Recht）と呼ぶことはできない。ラートブルフは、そのような非・法的な法律を「安定」させることまでを裁判官に求めたわけではないのである。

### 第3節 ラートブルフ定式

ナチスの政権が崩壊し戦争が終了するとラートブルフは大学に戻り、精神的に様々な著作を公表した。その中でも1946年の論文「制定法の不法と制定法を超える法」（Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht）においてナチス時代の法律の効力を否定した部分は、ナチス時代の事案を扱う西ドイツの裁判所に影響を与え、のちに「ラートブルフ定式」と呼ばれるようになった。この定式は、東ドイツから西側へ逃げる東ドイツ市民を射殺していた東ドイツの国境警備兵に対して、統一後のドイツの裁判所が射撃を正当化していた東ドイツの「国境法」の効力を否定した上で有罪判決を下す際にも引用された<sup>\*18</sup>。

ラートブルフ定式と呼ばれる部分は、前半部分（受忍不能定式）と後半部分（否認定式）に分けられるとする論者が多い。まず前半部分では次のように述べられている。

「正義と法的安定性との間の衝突は、規定され、権力によって裏打ちされた実定法が、内容的に不正義で非合目的であっても優位を与えられる、というようにして解決されうるであろう。もっとも、正義に対する実定法律の矛盾が余りにも耐えがたいため、その法律を『不正な法』（unrichtiges Recht）」として正義に道を譲らせなければならないような場合には話は別である。」<sup>\*19</sup>

正義<sup>\*20</sup>と耐え難く矛盾しているとみなせる実定法（不正な法）は正義に道を譲らなければならないとは、その実定法の法的安定性を否定すべきということ、したがってその効力（妥当性）を否定すべきということである<sup>\*21</sup>。しかしラートブルフは、このように効力を

<sup>\*17</sup> Geset の日本語訳は法律であるが、ドイツ語としては「定められたもの」（setzen の過去分詞が名詞化したもの）であり、法（Recht）の意味はない。

<sup>\*18</sup> この点については酒匂一郎「ドイツ連邦共和国司法におけるラートブルフ定式を受容と定式の現代的意義（上）（下）」法政研究 84 巻 1 号（2017 年）1-39 頁、85 巻 1 号（2018 年）105-173 頁が詳しい。

<sup>\*19</sup> 小林直樹訳「実定法の不法と実定法を超える法」『ラートブルフ著作集第 4 巻 実定法と法』260-261 頁。

<sup>\*20</sup> 上記の引用個所に「内容的に不正義で非合目的であっても」という表現があることから、「正義と法的安定性との間の衝突」や「正義に対する実定法律の矛盾」における「正義」は、平等だけではなく合目的性をも意味していると解するのが自然であろう。

<sup>\*21</sup> 上記の引用個所に「効力」という表現はないが、同趣旨の文章があるラートブルフ「法哲学入門」（ラートブルフの授業に出席した学生が筆記して出版したもの。出版前にラートブルフの確認を経ている。1948 年出版。）『ラートブルフ著作集第 4 巻 実定法と自然法』（東京大学出版会、1961 年）75 頁では「或る例外的な、極めて不正な法律の場合は、その不正の故にかかる法律から効力を奪う可能性はいぜんとして

否定すべき不正な実定法と、不正ではあるが効力を否定すべきとまではいえない実定法とを明確に区別することはできず、ある特殊な場合にのみ両者の間に明確な境界を引くことができるとする。のちに「否認定式」と呼ばれるようになる以下の部分である。

「制定法の不法の場合と、不正な内容をもつにも関わらずなおかつ妥当する法律との間に、これ以上に鮮明な一線を引くことは不可能だが、次のような場合には他の境界線をきわめて明確に引くことができる。すなわち、正義の追求がいささかもなされない場合、正義の核心をなす平等が、実定法の制定に際して意識的に否認されたような場合には、そうした法律はおそらく単に『不正な法』であるにとどまらず、むしろ法たる本質をおよそ欠いているのである。なぜなら、実定法をも含めて、法を定義するとすれば、その意義からみて正義に奉仕するように定められた秩序であり規定である、というほかないからである。この基準に照らしてもいれば、ナチスの法の全部分は、とうてい妥当する法としての品位をもつものではなかった。」\*22

ラートブルフは、正義の核心である平等を否定している法律として、「あらゆる政党(Partei)が部分としての性格を持つのに反して、ナチス党が自ら国家の全体であると主張した諸規定」、「人間を人間以下のものとして扱い、その人権を認めなかったすべての法律」及び「犯罪の軽重をいささかも顧慮せず、専ら一時的な脅迫の必要のために、重さの著しく違った犯行に対して—しかも通例は死刑で—威嚇を与えた、あのすべての脅迫的刑罰」を挙げている\*23。最初の二つの例は、等しきもの(政党, 人間)を等しく扱う(同じ地位, 人権を与える)ことをしなかった例であり、三つ目の例は異なるもの(犯行)をその属性に応じて比例的に扱わなかった例である。このような、平等原則を無視することを立法者が公言していたり、法律に明記されているとみなせるような場合、当該法律はそもそも「法」ではなく、したがってそのような非・法たる法律を安定させる必要もないので、裁判官はそれに従わなくてよい、というのがラートブルフの主張である。

たしかに、ラートブルフの法概念(「法は正義に奉仕するという意義を持つ現実である。」)に基づけば、正義(平等)に奉仕するという意義を持たない現実が法ではないといえる。この限りで、1946年のラートブルフの否認定式は、戦前の彼の法概念と一致している。しかしながら、上記の三つの法律が、「等しいものを等しく扱う」ことのみを要求し、「誰を等しいものとみなすべきか」については語らないという意味での、ラートブルフが1932年の『法哲学』等で説明していた平等原則に反するとは必ずしもいえない。ナチス国家の目的にとっては、ナチス党と他の政党、アーリア人とユダヤ人は「異なるもの」であり、犯行に程度の差があればナチス国家に歯向かう者は「等しいもの」とみなせるからである。

---

残っている。」とされている。

\*22 「実定法の不法と実定法を超える法」261頁。

\*23 「実定法の不法と実定法を超える法」262頁。

## 第4節 ラートブルフの法理論の意義

ラートブルフの法理論のうち、現在でも参照に値するのは彼の法概念である。新カント派西南ドイツ学派の、特にリッケルトの「価値関係」に独自の解釈を加え、価値を実現しようとする意義を有する現実を文化と呼び、法も文化の一種であるとし、法が目指す価値、すなわち法の理念を正義であると考え、「法は正義に奉仕するという意義を持つ現実である」とした。この法概念はつぎに2つの点で重要である。

第一に、法典論争でサヴィニーが勝利して以来、とくにドイツでは理念の実現を目指す法学は低調となり、批判の対象ですらあったが、ラートブルフの登場によって、ようやく理念の実現を目指す法理論が説得的な形で提示されることとなった。ただし、戦前のドイツの法実務や学界では依然として法律実証主義が支配的であり、ラートブルフの法概念が多く支持を得るようになるのはナチス政権の崩壊後である。

第二に、この法概念は、立法者や法解釈者の「正義に奉仕する」義務を含意している。これは、法律や法解釈（法解釈の過程ではなく、その結果としての、法律に対する裁判官の理解）それ自体ではなく、法律が制定される過程や、法解釈の過程に焦点を当てる手続的な法理論の先駆けとみなせる。のちにドイツの法哲学者のロバート・アレクシー（Robert Alexy, 1945-）は、ハーバーマスの討議理論等を基礎として独自の法理論を構築するが、とくに、「法は必然的に自らの正しさを主張している」というアレクシーの主張は、ラートブルフの法理論をより深化させたものとみなすことができる。

他方、ラートブルフの法理念論、すなわち本来の意味での法哲学の展開は不十分なままだったといえる。ラートブルフは法の目的についての個人主義的見解、超個人主義的見解、超人格主義的見解を並べ、そのどれが正しいかを学問的方法によっては確認できないとする価値相対主義の立場に立った。本来は、それぞれの見解が奉仕しようとする個人人格、集団人格、人間の作品は、絶対的な価値である真・善・美の担い手なのだから、その担い手たる個人人格、集団人格、人間の作品のいずれかを完全に否定することによって自らの法目的を実現しようとする法律は、ラートブルフが正義の根源とみなす配分的正義に、とりわけ異なったものをその属性に応じて比例的に扱うことを求める比例性原則に反し、認められないはずである。ラートブルフが人権の普遍性を強調し、したがって個人人格の否定への反対を明確に主張するようになるのは戦後になってからである。とくに現代では、すべての人々の基本的人権を保障すべきことは世界共通の了解となっており、この点を踏まえ、人権を否定する社会の再来を許さないためにはどうすべきかを考えることが、ラートブルフ以降の法学の、とくに法哲学の最重要課題であるといえよう。（完）

## 参考文献

- [1] 青井秀夫『法理学概説』（有斐閣，2007年）
- [2] オッコー・バーレンツ/河上正二『歴史の中の民法 ローマ法との対話』（日本評論社，2001年）
- [3] 平野敏彦「ドイツ自由法運動の生成と展開—H. カントロヴィッツを中心として」法学論叢 106 巻 4, 6 号, 107 巻 2, 5, 6 号（1980年）
- [4] 石部雅亮・笹倉秀夫『法の歴史と思想 法文化の根底にあるもの』（放送大学，1995年）
- [5] 伊藤乾編著『原典による法学の歩み 1』（信山社，1998年）
- [6] 伊藤乾編著『原典による法学の歩み 2』（信山社，1998年）
- [7] Jering, Rudolf von: Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, erster Theil, 2. Aufl., Leipzig 1866
- [8] Jhering, Rudolf von: Beitrag zur Lehre von der Gefahr beim Kaufcontract, 1859
- [9] イェーリング（村上淳一訳）『権利のための闘争』（岩波文庫，1982年）
- [10] Kantorowicz, Hermann (Gnaeus Fravius), Der Kampf um die Rechtswissenschaft, Heidelberg 1906（田村五郎訳『概念法学のための挑戦』（有信堂，1958年）
- [11] 加藤新平『新版 法思想史』（勁草書房，1973年）
- [12] 勝田有恒ほか編著『概説 西洋法制史』（ミネルヴァ書房，2004年）
- [13] 勝田有恒・山内進編著『近世・近代ヨーロッパの法学者たち』（ミネルヴァ書房，2008年）
- [14] G・クラインハイヤー，J・シュレーダー（小林孝行輔監訳）『ドイツ法学者辞典』（学陽書房，1983年）
- [15] Liszt, Franz von: Der Zweckgedanke im Strafrecht(1882), in: Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Band 1, Berlin 1905
- [16] 三島淑臣『法思想史 新版』（青林書院，1993年）
- [17] 森村進編『法思想史の水脈』（法律文化社，2016年）118頁
- [18] 長場正利訳『ザヴィニー・ティボー法典論議』（早稲田大学法学会，1930年）
- [19] 中山竜一ほか『法思想史』（有斐閣，2019年）
- [20] 西村稔『知の社会史—近代ドイツの法学と知識社会』（木鐸社，1987年）
- [21] 大塚滋『イェーリングの「転向」』（成文堂，2016年）
- [22] Puchta, Georg Friedrich: Cursus der Institutionen, Bd. 1, 1841

- [23] 田村五郎訳「法の創造としての法学」『ラートブルフ著作集 第5巻 法における人間』(東京大学出版会, 1962年) 27-52頁
- [24] 山田晟訳『ラートブルフ著作集第2巻 法哲学綱要』(東京大学出版会, 1963年)
- [25] 田中耕太郎訳『ラートブルフ著作集第1巻 法哲学』(東京大学出版会, 1961年)
- [26] 小林直樹訳「実定法の不法と実定法を超える法」『ラートブルフ著作集第4巻 実定法と法』248-268頁
- [27] 野田良之・阿南成一訳「法哲学入門」『ラートブルフ著作集第4巻 実定法と自然法』(東京大学出版会, 1961年) 13-221頁
- [28] 山田晟訳『ラートブルフ著作集第10巻 心の旅路』(東京大学出版会, 1962年)
- [29] 酒匂一郎「ドイツ連邦共和国司法におけるラートブルフ定式の受容と定式の現代的意義(上)(下)」法政研究84巻1号(2017年)1-39頁, 85巻1号(2018年)105-173頁
- [30] 酒匂一郎『法哲学講義』(成文堂, 2019年)
- [31] 笹倉秀夫『法思想史講義<下>』(東京大学出版会, 2007年)
- [32] 笹倉秀夫『法解釈講義』(東京大学出版会, 2009年)
- [33] Savigny, Friedrich Carl von: Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Heidelberg 1814
- [34] 田中成明ほか『法思想史』(有斐閣, 第2版, 1997年)
- [35] Wieacker, Franz: Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., Göttingen 1967