

一九世紀後半以降のドイツにおける二つの法 実証主義

NISHIMURA, Kiyotaka / 西村, 清貴

(出版者 / Publisher)

法学志林協会

(雑誌名 / Journal or Publication Title)

Review of law and political sciences / 法学志林

(巻 / Volume)

119

(号 / Number)

4

(開始ページ / Start Page)

29

(終了ページ / End Page)

76

(発行年 / Year)

2022-03-14

(URL)

<https://doi.org/10.15002/00030119>

一九世紀後半以降のドイツにおける二つの法実証主義

西村 清 貴

目次

はじめに

第一章 法学的実証主義あるいは制定法実証主義

第二章 法学的自然主義

第三章 法学的実証主義と法学的自然主義の関係

むすび

はじめに

本稿の目的は、一九世紀後半から二〇世紀前半頃のドイツ法（哲）学をより精確に、より内在的に理解するために、当時のドイツ法（哲）学において有力な立場であったとされる「（法）実証主義」について、主としてフラン

ツ・ヴィアッカーの所説によりながら、そして補足的にカール・ラレンツの所説によりながら確認していくものである。まず、このような目的を設定する意義について確認していこう。

現代の法思想史においても、一九世紀以降のドイツ法学を説明する際に、法実証主義という用語は、しばしば用いられている。しかし、本稿の理解では、しばしば、この用語は、明らかに問題のある形で用いられることがある。このことは、とりわけグスタフ・ラートブルフの立場を説明する際に明らかとなる。法思想史においては、ナチスの暴政に接したラートブルフは、第二次世界大戦後、かつての、法律を尊重する、法的安定性を重視する法実証主義的立場を自己批判し、自然法論の立場へと転向したのだが、しかし、ナチス政権における法実務を支えていたのは、決して法律を尊重する法実証主義ではなく、むしろ、ナチスは法律を尊重しない政治体制であり、したがって、ラートブルフの自己批判は間違った認識に基づいていると説明されることが、とりわけ近年においては多い。⁽¹⁾しかし、このような理解がラートブルフのテキストに反していることは明らかであると思われる、このような主張を維持することはできない。ラートブルフは、大戦後の「五分間の法哲学」において、「実証主義的理論」について以下のように批判的に論ずる。

「第一分

命令は命令だ、と兵士に向けてそういわれる。法律は法律だ、と法律家はいう。しかし命令がひとつの重罪もしくはひとつの軽罪を目的としていることを兵士が知っている場合には、彼にとって服従への義務と権利は停止するのに対して、およそ一〇〇年前に法律家のなかの最後の自然法論者が死に絶えてしまつて以来、法律の妥当について、そして法律に隷従している者についてこのような例外が存在することを法律家は決して知ってはいない。それ

が法律であるがゆえに法律は妥当し、それが原則としてみずから貫徹し得る場合、それは法律なのである。

法律とその妥当についてのこのような見解（われわれはそれを実証主義的理論と呼ぶ）が、あれほどに恣意的な、あれほどに残酷な、あれほどに犯罪的な諸法律に対して国民と法律家とを無防備にしたのである。それは、最終的には法を権力と同置する。すなわち、権力のあるところにのみ法はあるのである。

第二分

人はこのような命題をもうひとつの命題を通して補充するか、もしくは置き換えようとした。すなわち、法とは、国民にとって有益であるもの、という命題である。

このことは、恣意、契約破棄、法律違反は、それらが国民にとって有益である限りで、法である、ということの意味する。このことが実際に意味しているのは、国家権力の掌握者にとって公共の利益になると思われるもの、独裁者のどのような思いつきもどのような気まぐれも、法律と判決なしの刑罰も、病者に対する法律なき謀殺も法である、ということである。このことは、支配する者の利己心が公共の利益であるとみなされる、ということの意味し得る。そしてこのようにして法と、誤って考えられた利益もしくは自称国民の利益とを等値することが法治国家というものを不法国家へと変えたのである。⁽²⁾

ここでラートブルフが批判的に取り上げている実証主義的理論とは、法を権力と同一視する立場であり、それが有用であるならば、法律違反であろうと法と認める立場である。ここには、法律の尊重、法的安定性の重視という要素は含まれていない。このような法実証主義に対する理解は、戦後に初めて現れたものでは決してなく、一九一九年の講

義草稿においてラートブルフは以下のようにいう。

「法律学的実証主義とは、現実政治の時代の、権力政治の時代の法律学的な現象形態である。法律学的実証主義に
 として、法は本質的に法律に、国家意思に等しい。法と権力、法と恣意のあいだの区別は破棄される⁽³⁾」。

さらに、一九三二年の『法哲学』では、法律学的実証主義とは「もはや法現実において法価値をも求めず、むしろあらゆる法の価値考察を非学問的であると宣言し、みずから意識的に法の経験的な探究へと制限」する立場であると説明される⁽⁴⁾。これらの箇所においても、ラートブルフの議論の力点は、法実証主義においては、法が権力や恣意と等値されているという点、あるいは法が純粹に經驗的に確認される事実であると把握されている点にあるのであり、(しかるべき手続きを経て成立した)法律に対する尊重や、法的安定性の重視という要素は含まれていない。先行研究に見られるこのような誤読は、先行研究が「法実証主義的」であると考える立場(例えば法律を尊重する立場、法的安定性を重視する立場)を、ラートブルフが「法実証主義的」と考える立場に投影することによって生じたものである⁽⁵⁾と考えられる。

しかし、本稿は、先行研究がラートブルフを適切に理解していなかったという点について論じることが目的であるのではない。本稿が問題としたいのは、先行研究が用いる「法実証主義」という概念が、ラートブルフに代表されるような一九世紀後半以降のドイツ法(哲)学を理解するためには、十分に適切な道具立てではないという点である。先ほど紹介したような、ラートブルフが用いている実証主義という用法は、決してラートブルフに独自のものではなく、むしろ同時代人によって広く用いられていた用法である。このことは、例えば、カール・ラレンツの『現代ドイ

ツ法・国家哲学』によって確認することができる。ラレンツは、「法律学的実証主義」について以下のように説明する。

「法律学的実証主義の本質を、単に、裁判官の法律への拘束にあるとしたり、あるいはさらに形式的な文言通りの解釈にあると見るほど皮相な見解はない。「確かに実証主義はこのような傾向を有しているが……。」学問的態度としては、それは第一に、法学を自覚的に、法学にとって所与の素材に限定することを意味する——所与の素材とは、既存の法律、判決、あるいはときどきの支配階層の支配的見解である。あらゆる形而上学的な法の基礎付け、あらゆる超経験的な評価、法理念へのあらゆる方向付けは排除されているのである」⁽⁶⁾。

ここで、ラレンツは、現代の読者が一般にドイツ法学における「法実証主義的」と考えるであろう性質、すなわち裁判官の（自然法に代表される道徳的諸価値等を排除した上での）法律への拘束や形式的な文言通りの解釈は法実証主義の本質に属しないと論じている。ラレンツにとって、法実証主義とは、オーギュスト・コントによって開始されたような実証主義的方法を法学に適用した立場であり、そして、引用文で示されているように、法をなんらかの理念と関連付けることを断念し、もっぱら法を、経験的に確認し得る事実として把握する立場である。それゆえ、ここでは、「支配階層の支配的見解」というような、実定法とは到底いえない、生の事実でさえ、法学の主たる素材となる。さらに、オットー・フォン・ギールケの説明する実証主義についても確認しよう。

「法理念の除去が最終的帰結である、むき出しの実証主義が幾度となく現れている。「歴史法学が想定する」この、

我々の精神的存在の接近しがたい根底に根ざしているなにかのかわりに、実証主義は、形式的側面からは命令し強制する権力という平明な事実を置き、実質的側面からは志向され追求される利益を「法の根底に」置く⁽⁸⁾。

ここで、ギールケが想定している「むき出しの実証主義」という立場においても、法律の尊重や法的安定性の重視といった要素は見られず、この立場は、権力という事実、追求される利益という生の事実を法の本質にあるものであると見、法理念の除去がその目的であるとされる。

ここまで、本稿は、新カント主義法哲学者であるラートブルフ、新ヘーゲル主義法哲学者ユリウス・ビンダーの弟子であり、カール・シュミットの具体的秩序思想に対するシンパシーを抱き、後にキール学派に属することとなるラレント、ゲルマニスト型歴史法学の末裔であるギールケといった、それぞれかなり根本的に異なる立場に属する法学者の(法)実証主義理解について見てきた。立場の相違にもかかわらず、彼らは、いずれも、多少、表現の仕方は異なるにせよ、権力や利益という生の事実を法の本質と見る立場、法をなんらかの理念と結び付けて理解することを断念する立場を法実証主義と(批判的に)呼んでおり、彼らの考える法実証主義には、通例、当時のドイツ法学における法実証主義の特徴として理解されている、制定法、あるいはもう少し広くいえば実定法による法律家、とりわけ裁判官の拘束という要素はほとんど含まれていない。もちろん、一九世紀後半以降において、法実証主義という用語を「法律家の判断はもっぱら制定法(実定法)に基づかなければならない」、あるいは「制定法(実定法)以外に法は存在しない」という意味で用いる例が存在しないというわけではないのだが、ここでは、当時、「権力や利益」という生の事実を法(の本質)と見る立場」を法実証主義と呼ぶ用法が広く見られることを強調しておきたい。しばしば先行研究において一九世紀以降のドイツ法学を説明する際に用いられる「法実証主義」という概念は、ラートブルフら当

時の少なからぬ数の法学者が用いていた法実証主義の用法とは大きく異なるものであり、このような用法について十分に説明できないものである。もちろん、後代の研究者が、ラートブルフら当時の法学者の用語法に従う必要は必ずしもない。みずからの研究関心に従い、法実証主義という言葉を用いて見る立場を、例えば「法律家もっぱら実定法に拘束されるべきだと主張する立場」という意味で用い、法を生の事実として見る立場を、例えば「現実主義（リアリズム）」と呼んで区別する、といった分類方法を採用することも考えられるだろう。⁽¹¹⁾しかし、このようなことは、あくまでも「当時の論者が法実証主義と呼んでいた考え（の一部）」を、自身は現実主義と呼ぶ」という十分な自覚が伴われた上で行われていなければならない。このような十分な自覚なしに、当時の法学の傾向を記述する際に、「法律家の判断はもっぱら実定法に拘束されなければならない」という立場（のみ）を指して法実証主義という言葉を用いるならば、法実証主義という言葉が持つ歴史的文脈を捨象することとなり、本稿冒頭で紹介した、先行研究が行っていたラートブルフに対する誤読が示しているように、「自身が法実証主義と呼ぶ立場」を「自身の研究対象が法実証主義と呼ぶ立場」と混同することとなり、研究対象の正確な理解へとたどり着くことはできないであろう。

このような理由から、本稿は、一九世紀後半以降のドイツ法学を正確に理解するためには、法実証主義という概念を歴史的文脈の中で理解する必要があると考える。このような問題意識を背景として、一九世紀後半から二〇世紀前半のドイツにおける法実証主義という概念に接近する際、最も参考とするべき先行研究は、いまでもなお、フランツ・ヴィアッカーの『近世私法史』⁽¹²⁾であると思われる。ヴィアッカーによる法実証主義に関する議論としては、法学の実証主義と制定法（法律）実証主義の区別はよく知られている。しかし、ヴィアッカーが、これらの立場と区別されるべき法律学的自然主義と呼ばれる立場を認めていることについては、法思想史において十分に真剣に受け止められてきた、とはおそらくいえない。この法律学的自然主義こそが、ラートブルフやラレンツ、ギールケが（法）実証

主義と呼ぶ立場におおむね相当するのであり、ヴィアッカーはこの立場についてかなり詳しく論じている。それゆえ、ヴィアッカーが法学的実証主義や制定法実証主義と呼んでいる立場、および法律学的自然主義と呼んでいる立場についていかに論じているか、そして両者の関係についてどのように論じているかという点を確認することにより、当時における法実証主義の意義について、さしあたりの見取り図を得ることができらう。また、同時に、本稿は、カール・ラレンツの『法学方法論』⁽¹³⁾における議論を確認したい。ヴィアッカーが法学的実証主義と呼ぶ立場をラレンツはおおむね概念法学と呼び、また、ヴィアッカーが法律学的自然主義と呼ぶ立場をラレンツはおおむね実証主義と呼んでおり、概念法学と実証主義という立場はそれぞれ区別されるべきであるとラレンツもまた論じている。ラレンツの議論を検討することにより、ヴィアッカーの理解が決して孤立的なものではないことが確認されるだろう。

そして、最後に、ラートブルフがいうところの法実証主義とヴィアッカーのいう法律学的自然主義がきわめて類似していること、そしてラートブルフの議論を理解するためには、ヴィアッカーのいう法律学的自然主義を確認することが不可欠であることを確認した上で、ラートブルフとヴィアッカーの議論における、決して小さくない相違点、すなわち、フリードリヒ・カール・フォン・サヴィニーの位置付けをめぐる解釈の相違について論じる。

なお、本稿の目的は、あくまでも一九世紀後半から二〇世紀前半のドイツ法（哲）学を内在的に理解するという目的のために法実証主義という概念を検討するものである。したがって、一般的・抽象的に「法実証主義という言葉の正しい定義・意義はなにか」というような問題を本稿は取り扱わない（本稿が、先行研究における「法実証主義」という言葉の用法に批判的に言及するにあたっては、「それは法実証主義という言葉の間違った用法である」という具合に批判をしたいわけではない）。それは、このような問題設定が無意味であるとまではいわないとしても、法思想史にとってより重要であるのは、ある特定の時代・地域の論者がどのような意味で法実証主義という言葉を理解して

いたかということを確認すること、換言すれば、法実証主義という概念を歴史的文脈におくことであると考えるからである。繰り返しとなるが、この点に対する十分な自覚なくしては、「自身の考える」法実証主義の用語法を、「対象となる学者の考える」法実証主義の用語法に投影しかねないという過ちを招くこととなるであろう。⁽¹⁵⁾

第一章 法学的実証主義あるいは制定法実証主義

本章では、「裁判官の判断は（自然法等に影響を受けるのではなく）実定法（とりわけ制定法）に拘束されるべきだ」というような立場について、ヴィアッカーとラレンツの所説を見ていこう。この立場について、ヴィアッカーは法学的実証主義（『近世私法史』第一版では学問的実証主義という言葉が用いられている）あるいは制定法実証主義と呼び、ラレンツは概念法学あるいは合理主義的制定法実証主義と呼ぶ。

(1) ヴィアッカーの所説

ヴィアッカーが『近世私法史』において示す説明によれば、サヴィニーによって代表される歴史法学派はかなり早い時期に、みずからの綱領に含まれていた（法創造の指針という意味での）発展概念や民族概念を放棄し、体系的私法教義学の形成にみずからの力を注いだとされる。その具体的現れが諸々の体系的なパンデクテン教科書であり、この学派はパンデクテン法学と呼ばれる。また、このような考え方を強力に推進したのが、ゲオルグ・フリードリヒ・プフタや（前期）ルドルフ・フォン・イェーリング、C・F・v・ゲルバー、パウル・ラーバントであった。このパンデクテン法学の基礎に置かれているのが法学的実証主義という考え方である（PN, S. 430-431 [邦訳：五一五頁]）。

「このような法学「パンデクテン法学」の基礎には、法学的実証主義という法の見方が存在する。この法の見方は、すべての法命題とその適用をもっぱら「法学者によって承認される」法学的諸概念および諸命題から導出しようとする。その際、この法の見方によれば、法律学の外にある価値評価、たとえば宗教的、社会的あるいは学問的「原語は wissenschaftlich であるが、経済的 wirtschaftlich の間違いか？」諸価値や諸目的に法創造ないし法変更を行う力を認めることはない。「倫理的、政治的あるいは国民経済学的熟慮は法律家それ自身の課題ではない」と一八八四年になおこの学派の大家であるヴィントシャイトは述べている」(PN, S. 431 [邦訳：五一五頁])。

ここまでの説明において示されているような、法学的実証主義と呼ばれる立場が法解釈、法適用から倫理学や社会学、経済学的諸要素を排除した立場であったということ、法ないし法学の自律性を強調する立場であることは広く知られているであろう。しかし、本稿は、このような法の自律性の尊重、すなわち法適用における非法的要素の排除は、法と道徳的諸価値の全面的な峻別をも意味するわけではない、という点を確認しておきたい。

「我々の世界がそうであるような社会的・経済的大変革の世界においては、法律家「自身」が、倫理的、社会的、国民経済学的熟慮に参与しないままでよいという実証主義の要求は社会倫理的に無責任であるように思われるかもしれない。しかし、このような要求こそ、法を独立した価値であると考え、直接的にはメタ法律学的部門（宗教、倫理的教義、そしてイデオロギー）によりどこを求めないあらゆる法観の前提である。まさに、きわめて力強く、安定した法秩序はこのような自律性を必要としたのである。『古代ローマやイギリス、中世の法律家は……』、効力

を有する法に内在する正義を前提としており、例えばしきたりの維持や權威、論理的な推論や諸概念といった固有の基準の適用によって正義の実現を期待していたのである〔……〕。

バンデクテン法学もまた、その根本概念が、多くの同時代人の倫理的意識に対応した、自律的な義務・自由倫理に基礎付けられていた限りにおいて、このような条件を満たしていたのである」(PN, S. 441 [邦訳・五二八―五二九頁])。

このように、ヴィアッカーの理解では、法学的実証主義という立場は、法と道德との連関を全面的に絶つ立場ではなく、むしろ、法の中に一定の正義という道德的価値が含まれていることを前提とした上で、法学による法の自律的適用を通じて、このような正義を実現せしめようとする立場である。

続いて、制定法(法律)実証主義について確認しよう。ヴィアッカーによれば、この立場は「すべて、法は国家の立法者によって生み出されるものであり、立法者の命令に尽きるものだ」とする立場である(PN, S. 431-432 [邦訳・五一六頁])。この立場は、一九世紀中葉以降のドイツ各国において、とりわけ刑法や訴訟法の領域において新しい地域別の諸法典が現れてきたことに対応している。このことにより、法学的実証主義の代わりに制定法実証主義が現れることとなる。このことを指して、ヴィアッカーは「法学に対して司法が、文化的国民に対して政治的国民が勝利した」と説明する。すなわち、この段階において、ローマ法継受後のドイツにおいて初めて国家による法制定が学者による法形成から独立したのである。制定法実証主義の段階においては、学者による法形成という考えに変わって、制定法において表明された民族の意思という理念が現れる。とはいえ、当面のあいだは、立法は厳密に学問素養を有した官僚の作品にとどまったのだが(PN, S. 458-460 [邦訳・五五〇―五五一頁])。

さて、この制定法実証主義について確認しておきたいのは、この立場は（少なくともその本来のあり方であるとヴィアッカーが理解するものによれば）決して「法律の形を取っているならば、その内容はどのようなものであれ法である」とか、「法と正義は無関係である以上、不正な法律も存在し得る」と主張するような立場ではない、ということである。制定法実証主義は、立法院によって代表される一般意思が、正義にかなった意思であることを前提として（ただし、このような前提の制度的保障はしばしば存在しなかったのだが）（PN, S. 460 「邦訳・五五一頁」）。すなわち、制定法実証主義は、法を正義や理性といった道徳的諸価値によって基礎付けることを放棄した立場ではない。⁽¹⁶⁾

ところで、ヴィアッカーは、ヨーロッパ諸民族共同体そのものの法的諸基本原則に衝突するものが「不正な法律」であり、このような法律が生じた背景を非正統的な実証主義といい、このような基本原則の総体を正統性と呼ぶ（PN, I. Aufh., S. 327-328 「邦訳・六六〇頁」）。ここで確認しておきたいのは、制定法実証主義それ自体は、ヴィアッカーにとって正統的な実証主義（正統性を重んじる実証主義）に属する、ということである。

「今日、決まり文句となっている、実証主義に対する対抗という要求は正しいが、しかし、より精確な区別を必要とする。実証主義の危機とは、真実には、民主主義的な一般意思という正統化を行う力の危機である。このような洞察は、正統的な実証主義と、非正統的な実証主義との区別を強いる。前者は、みずからを無条件の、超法律的な法の基本命題へと拘束する立場であり、後者は、みずからをそこから解放する立場である。このような非正統的な実証主義に対する闘争は、真実には、不正な法律が有する拘束に対する闘争であり、このような闘争は、不正で「妥当する」法を、正義それ自体を問うことによってはねつけるという現在における現象形態なのである。

したがって、ヨーロッパ法史の特殊な連関において、法実証主義の没落は、実定法が有する超法律的「正統性」の喪失とともに始まる。この正統性は、その開幕以来、ヨーロッパの法発展それ自体が常に基本テーマとしてきたものである。盛期中世はローマ法大全という絶対的な法開示にこの正統性を見いだしてきた。人文主義は古典古代の著作者が有する拘束力ある言葉の中に、理性法論は認識者のロゴスによって知覚される、人間社会の法則にこれを見いだした。歴史法学はこれを、諸民族の人間性への発展において、ローマ法が有する文化的威厳において、カントの自由倫理、および哲学的学問の位階へと高められた法教義学による自由倫理の追求において、見いだした。最後に制定法実証主義は、(それが正しく理解される限りで) 近代的諸国民における統合された一般意思にそれを見いだした」(P.N. S. 561-562 [邦訳：六六八—六六九頁])。

このように、法学的実証主義(上記の引用文で歴史法学と呼ばれるものは、法学的実証主義と読み替えて大きな支障はないだろう)はもちろん、制定法実証主義もまた、なんらかの理念や正義によって法を基礎付けることを放棄する立場ではない。これに対し、法をこのように基礎付けることを放棄する立場が、非正統的実証主義であり、この立場をヴィアッカーは法学的自然主義とも呼ぶ(P.N. S. 562-563 [邦訳：六六九頁])。この立場については、章を改めて確認しよう。

(2) ラレンツの所説

ラレンツは、まず、プフタの立場を形式的概念法学と呼ぶ。ここで、「形式的」という言葉は、ヴィアッカーと同様に(そしてラレンツは明示的にヴィアッカーを参照している)「法学を法の社会的、政治的、道徳的現実から決定

的に遠ざけること」を意味する (MR, S. 24 [邦訳：三二頁])。ラレンツによれば、プフタは、サヴィニーの法学に含まれていた歴史的方法と体系的（あるいは哲学的）方法 (MR, S. 19 [邦訳：二五頁]) のうち、体系的方法を重視したとされる。ここで、体系的という言葉は、あるいは有名な「概念の系譜学」と呼ばれるものは、形式論理学の規則によって形成された概念ピラミッドを意味する。このような概念ピラミッドを通じて、体系的連関における法命題相互の関係を明らかにし、(国民の法の精神の中に隠されているが) いまだ明らかとなっていない法命題を認識することこそが法学の課題である (MR, S. 20-22 [邦訳：二六―二八頁])。

さて、本稿が強調したいのは、ラレンツが理解するところ、プフタの形式的概念法学において、法哲學的基礎付けが切り離されているわけではない、ということである。プフタの概念の系譜学には、そこから、そのほかのすべての概念が導き出される最高概念が存在する。この最高概念は、カントの自由概念である。そして、このようなカントの影響は、薄められた形であっても、ベルンハルト・ヴィントシャイトらに見いだされるのであるとされる (MR, S. 22-23 [邦訳：二八―二九頁])。

また、ラレンツは、ヴィントシャイトの立場について、合理主義的制定法実証主義という性格付けを与えている。ラレンツによれば、ヴィントシャイトは、法を理性的であり同時に歴史的であると理解する点においてサヴィニーやプフタの立場を基本的に受け継いでいるのだが (MR, S. 28 [邦訳：三七頁])、しかし、理性というものを主観的な、立法者の理性的意思として理解している点において (理性を客観的精神の内的表れと理解する) サヴィニーらとは異なる。

「[ヴィントシャイトにとって]法は確かに制定法と同一視されるが、しかし、制定法は単なる恣意の表現として理

解されるのではなくして、歴史的ではあるが、同時にまた理想化された立法者の、理性的な熟慮によって導かれた、理性的洞察に基づく意思の表現として理解される」(MR, S. 28-29 [邦訳: 三十七頁])。

すなわち、ヴァイントシャイトにとって、法とは立法者の意思によって現れる制定法のことであるが、しかし、立法者の意思の表れであればどのようなものであれ法である、というわけではない。あくまでも、理性的な立法者の意思こそが法の源なのである。さらに、ラレンツは以下のようにいう。

「歴史主義」と「合理主義」はヴァイントシャイトのみならず、一九世紀の法学一般の思考の中にある支配的要素である。このことは、すべての法は確かに歴史的発展の成果として、したがって「実定的」として考察されているのであるが、「実定法」それ自体が「理性的」秩序として考察されており、この秩序は、まさにそれゆえに概念的把握と体系化にとって接近可能であるということを意味している。「法」lex、特にローマ私法は「意思 voluntas」として考えられることは少なく、むしろ「書かれた理性 ratio scripta」と見なされた。実定法が有する内的な理性性あるいは合理性に対する信仰は、この見解を十分に明確に、偽自然科学的実証主義および社会学的実証主義から区別している。この実証主義にとって個々の制定法は単に一個の経験的な事実であり、この事実それ自体は、その成立時の所与の条件から「因果科学的に」説明され得るが、それを超えて、固有の法理性的表現として「解釈」されることはできない。一九世紀の法学は、これに対して、いたるところで、制定法の中で、多かれ少なかれ、隠された理性を明らかにし、個々の制定法規範をその経験的個別化から解放し、この規範をより高次の原理あるいは一般的な概念へと還元することによっていわば非物質化し、そして「実定的なもの」をこのようにして精神化する課

題と能力をみずからに帰属させた」(MR, S. 32 [邦訳：四一—四二頁])。

ラレンツの用語法の整理は、十分に明確ではないのでややわかりにくい⁽¹⁷⁾が、プフタの概念法学やヴィントシャイトの合理主義的制定法実証主義と、偽自然科学的実証主義および社会学的実証主義は明確に区別されなければならない。後者は、法を一個の事実であると見る立場であるが、前者は、すなわち、概念法学はもちろん、合理主義的制定法実証主義もまた、法を単なる事実と見る立場では決してない。ラレンツが概念法学や合理主義的制定法実証主義と呼ぶ立場にとって、法は経験的な事実と還元され得ない。むしろこの立場にとっては、実定法には理性と呼ばれるものが内在しているのであり、この理性を展開することこそが法学者の任務であるとされるのである。

(3) 法学的実証主義は法実証主義か

さて、ここであらためて確認しておきたいのは、ヴィアッカーが法学的実証主義や制定法実証主義と呼ぶ思想にせよ、ラレンツが概念法学や合理主義的制定法実証主義と呼ぶ思想にせよ、法が正義や理性等の道徳的諸価値と結び付いていることを否定する思想ではない、ということである。これらの立場は、確かに裁判官が法解釈を行う際、もっぱら(学者によって発見された概念等も含むかなり広い意味での)実定法に拘束されるべき、すなわち道徳的要素や宗教的要素を排除するべきだ、と主張するが、このような主張は、法と道徳的諸価値との根本的な断絶を意味するわけではない。これらの立場には、「悪法も法だ」という要素は含まれていない。むしろ、これらの思想は、少なくとも通例においては、法(それは、民族精神の表れであることも、立法者の意思の表れであることもある)は正しいものである、理性に合致したものである、と想定している。このことを指して、「サヴィニーらがいう民族精神なるも

のが本当に理性に合致している保障はあるのか」と批判することはできるかもしれないが、しかし、これらの立場が「悪法も法だ」ということを認めるという訳ではない。⁽¹⁹⁾

仮にこのようなヴィアッカーらの議論を受け入れた場合、おそらく今日の法(哲)学者にとって即座に生じる疑問は、「このような立場は、なぜ、法実証主義と呼べるのか」、「このような立場を法実証主義と呼ぶことはできないのではないか」というものであろう。「法実証主義」という言葉を、むしろ実証主義的方法を法学に応用した立場を指すために使う傾向の強い(常にそうである訳でもないが)ラレンツはともかくとして、ヴィアッカーのいう法学的実証主義や制定法実証主義の根底においては法が理性的である、正義と合致しているということが前提とされるのであれば、ヴィアッカーが法学的実証主義や制定法実証主義を「(法)実証主義」と呼んだことはミスリーディングであったのではないか、という疑問が生じ得る。実際、例えばヤン・シュレーダーは以下のように述べている。

「[学問的実証主義という言葉によって] 一般的には歴史法学およびパンデクテンが想定されている。このことは「……」、法は、経験的に見いだすことのできる法律たる法および慣習法からのみ読み取られるが、しかし理性的な、そしてみずから有機的に展開する全体なのであり、この全体から学問はさらなる法命題を導き出すことができるという立場に至る。しかし、このような立場を「実証主義」と名付けることはできない。ここで問題となっているのは、観念論的法理論なのであり、この理論は実定的に所与のものに目を向けるだけでなく、この所与のものに含まれているとされる理性的なものにも目を向けるのである」⁽²⁰⁾

また、別の論文においても、シュレーダーは、法学的実証主義は、実証主義的ではなく、観念論的であると述⁽²¹⁾

べている。この箇所の注釈において、シュレーダーは、ヨアヒム・リュッケルトのサヴィニー研究を参照しており、そこでリュッケルトは、サヴィニーを「形而上学的、客観的観念論的」⁽²²⁾であるとしている。すなわち、シュレーダーの理解では、サヴィニーやその後継者たちの立場は、「形而上学的、客観的観念論的」(厳格にサヴィニー解釈について論じることが目的ではない本稿においては、以下では、この二つの言葉をほぼ同義で用いる)である以上、実証主義的とはいえないということとなるのだろう。シュレーダーにおいては、おそらく形而上学と(法)実証主義は対となっており、歴史法学の立場を形而上学的(ないし客観的観念論的)と理解することは、必然的に、歴史法学は法実証主義的ではない、ということの意味していると思われる。

この点を論じるにあたり、まず、確認したいのは、シュレーダーのパンデクテン法学理解が、ヴィアッカーのパンデクテン法学理解と根本的にかき離れている、というわけではないことである。ヴィアッカーにとってもシュレーダーにとってもともに、パンデクテン法学にとって、法が例えば正義や理性のような道徳的諸概念と関わりを持つ立場であるということは否定されていない。

また、シュレーダーは、ヴィアッカーがいうところの法学的実証主義と法律学的自然主義の区別を否定しているわけでもない。⁽²³⁾あくまでも、シュレーダーの批判は、ヴィアッカーにおける法学的実証主義という語の用語法に向けられているのである。

本稿の理解では、シュレーダーはヴィアッカーの議論を誤解している。確かに、ごく通常の哲学史的理解に従えば、「実証主義」と「形而上学」は対になる立場である。この見方によれば、すなわち、実証主義とは、コントによって明確に形を与えられた、経験的に確認できる事実の観察を通じて、法則を発見することに(実証的)学問の意義を限定する立場であり、それ以外の考察は単なる形而上学であるということとなる。⁽²⁴⁾しかし、ヴィアッカーがここで用い

ている実証主義という語は、シュレーダーが理解するような、反形而上学的な理論、法と正義や理性との連関を切断する理論という意味で用いられているというわけではない。この点を理解するためには、そもそも、ヴィアッカーが「(法学的) 実証主義」という言葉をどのような意味で利用しているかという点について確認しておくのがよいだろう。ヴィアッカーは、法学的実証主義について説明するにあたり、『近世私法史』第一版において、実証主義という語は「実定法」「という言葉」に由来している」と説明し(PN, I. Auf., S. 253 [邦訳：五一六頁])、第二版の対応する箇所の脚注(PN, S. 431, Fn. 5)においては、実定法や実証主義という言葉は、ラテン語の *legem ponere* という言葉に由来しており、さらにこの言葉の由来はアリストテレスに遡ることができると説いている。すなわち、ヴィアッカーは、ここで、実定法や実証主義という言葉の由来をコントの意味での実証主義には求めていない。ここで、ヴィアッカーは、おそらく意識的に、自身が用いる「実証主義」という概念の由来は、コントの実証主義とは別に存在するのだ、と示そうとしている。つまり、ここでヴィアッカーが用いている、実定法や実証主義という言葉には取り立てて、反形而上学的ニュアンスは含まれていない。おそらく、ヴィアッカーのいう法実証主義は、あくまでも——自然法ではなく——⁽²⁵⁾ 実定法を中心とする立場にはかならないのであろう。そして、ヴィアッカーのいう(法) 実証主義は、すでに見たように、正義や理性との連関を絶たれた概念ではなく、むしろそれらを前提とするものであり、自然法論とは異なった形で独特の形而上学性格を持った概念である。このような意味で、法学的実証主義とは、一言でいえば、「実定法は学問的に発見・形成される」と考える立場であり、ここに反形而上学的契機は含まれておらず、おそらくこの立場は、法実証主義と呼ぶよりは、実定法主義と呼んだ方が(この用語がいかなる誤解も招かないというわけではないだろうが) 混乱が少なくなるであろう。そして、反形而上学の表れという意味での法実証主義は、ヴィアッカーにおいてはもっぱら法律学的自然主義として扱われることとなるのである。⁽²⁶⁾

第二章 法律学的自然主義

本章では、「権力や利益という生の事実を法（の本質）と見る立場」についてヴィアッカーとラレンツの所説を見ていこう。この立場について、ヴィアッカーは法律学的自然主義と呼び、ラレンツは実証主義と呼ぶ。

(1) ヴィアッカーの所説

さて、ヴィアッカーによれば、パンデクテン法学に対して激しく非難する思想が登場する。それは、支配的な法学説は、現実から遊離した形で法適用を行っており、法を生活に奉仕させる代わりに、概念やあるいは形式的な法を生活の上に置いているのだ、とする立場である。このような立場は、一九世紀中葉以降、法とは現実の機能なのだ、という明確なイメージを採用することになる。このような立場が法律学的自然主義である。⁽²⁷⁾この立場は、コントによって基礎付けられる自然科学的実証主義にその由来を有している（PN, S. 449 [邦訳：五三七頁]）。ヴィアッカーによれば、法律学的自然主義とは、理念の実現されたものとして法を把握することを拒否し（PN, I, Aufh., S. 382 [邦訳：六六九頁]）、また、「純粹な現実的諸現象として法を把握」する立場であり、このような把握は、「法学を現実科学として、そしてその方法をこのような現実の因果的解明へと導き」（PN, S. 563 [邦訳：六七一頁]）、法を価値として把握することを断念する（PN, S. 569 [邦訳：六八〇頁]）のである。

この立場は、いわゆる転向後のイエーリングによって始まる。ヴィアッカーによれば、転向以前のイエーリングは法学的実証主義に属していたが、転向後のイエーリングにとっては、法は単なる社会的現実⁽²⁸⁾に、すなわち権力や利益

が貫徹されるための手段となった (PN, S. 451-452 [邦訳：五三九—五四〇頁])。

イエーリング以後、ドイツの法学は、このような法律学的自然主義に基づき、多くの現実科学的な補助学問を生み出した。例えばマックス・ウェーバーやオイゲン・エールリッヒに代表される法社会学 (PN, S. 572 [邦訳：六八三頁]) や、アルトゥール・ヌスバウムによる法事実探求 (PN, S. 573 [邦訳：同頁])、フランツ・フォン・リストの犯罪学 (PN, S. 573-574 [邦訳：同頁]) である。さらに、法律学的自然主義は、法教義学においても、フィリップ・ヘックに代表される利益法学が想定する利益の概念に影響を与えている (ただし、ヴィアッカーは、立法者によって作られた制定法へのあくまでも原則的な拘束 (いわゆる考える服従) をも主張する点を指して、利益法学を法学的あるいは制定法実証主義の影響も強く受けた学派であると論じる) (PN, S. 574-577 [邦訳：六八四—六八六頁])

さて、ヴィアッカーは、このような法律学的自然主義を、歴史上の法あるいは現行の法の現実科学的説明としては、(法の現実的諸条件、例えば具体的生活秩序や法源としての事実性、利益や効用がそれ自体としては法ではない、ということが十分に意識されるならば) 我々の法文化を豊かにするものであると肯定する (PN, S. 570 [邦訳：六八一—六八二頁])。しかし、法律学的自然主義が、このような学問的認識を超えて、法政策に影響を与えるならば、事態は根本的に異なる。このような場合、法政策家は、彼らによって生み出された法の究極的原因はみずからにある、と考えるようになる。ここでは、立法者あるいは裁判官の目的が法の目的となってしまうのである (PN, S. 582 [邦訳：六九二—六九三頁])。

このような法律学的自然主義は、法実証主義の退化 (ヴィアッカーの議論はやや漠然としているが、おそらく、法と道徳的諸価値の連関が重視されなくなったことを指しているように思われる) とともに、近代国家において、公然たる不正がなされるための準備となった。退化した制定法実証主義は、法律の形を取った恣意を許容したが、上記の

ような目的思想はこのことを正当化するイデオロギー的仮面を用意したとされる。ここでは、民族の役に立つものが法となる。ほかの種族の殲滅は、主人たる種族のために、精神障害者の殺害は民族共同体の財政のために役立つのだ、と説明されることとなる (PN, S. 585-586 [邦訳：六九六—六九七頁])。

(2) ラレンツの所説

実証主義に関するラレンツの所説については、本稿冒頭で、『現代ドイツ法・国家哲学』に従ってすでに確認した。『法学方法論』においてもラレンツの実証主義理解は大きくは変わらないと思われるため、簡単に触れるにとどめることとしよう (ただし、『現代ドイツ法・国家哲学』と比べ、『法学方法論』においては、概念法学と実証主義のあいだの区別がより明確とされていると思われる)。

ラレンツもまた、法学における実証主義を、コントの実証主義哲学や、ジュレミー・ベンサムや、ジョン・スチュアート・ミルの経験主義的学問観が法学に流れ込んだものであると見る (MR, S. 36 [邦訳：五一頁])。

「観念論的ドイツ哲学の形而上学的基本的立場に対する、そして合理的・演繹的自然法に対する反対運動として、そしてまたロマン主義と、より古い「歴史学派」に対する反対運動として、法学における実証主義は、学問一般の実証主義的理解と同様に、主として、以下のような努力を行ったことによって特徴付けられる。すなわち、すべての「形而上学」を学問から追放するのみならず、倫理的に正当なもの、「価値のあるもの」、あるいは「妥当するもの」を求める問いを解答不可能なものとして学問から追放し、このような問いを厳密に「事実」と事実の持つ経験的に観察されるべき法則性に限定する努力によって、特に特徴がよい表される」(ebenda [邦訳：同頁])。

このような意味での法実証主義は、例えばエルンスト・ピアリングの心理学的法理論 (MR, S. 39 ff. [邦訳：五四頁以下]) や後期イェーリングの立場 (MR, S. 43 ff. [邦訳：六二頁以下])⁽²⁸⁾、そしてヘックの利益法学 (MR, S. 49 ff. [邦訳：六八頁以下])、カントロヴィッツらの自由法運動 (MR, S. 59 ff. [邦訳：八二頁以下])、そしてエールリッヒの法社会学 (MR, S. 63 ff. [邦訳：八七頁以下])、さらにハンス・ケルゼンの純粋法学 (MR, S. 69 ff. [邦訳：九四頁以下]) に現れるのだとする。ここで行われているラレンツの説明は、大幅にヴィアッカーの説明における法律学的自然主義のそれと重なるものであるといえるだろう。

第三章 法学的実証主義と法律学的自然主義の関係

本稿はここまで、一般に法実証主義と呼ばれる立場が、ヴィアッカーやラレンツにおいて、大きく分けて二つに分類されてきたことを確認した (ヴィアッカーにおいては、法学的実証主義および制定法実証主義と、法律学的自然主義、ラレンツにおいては概念法学および合理主義的制定法実証主義と、実証主義)。さらに、彼らは、(この二つの法実証主義がしばしば混同されているという認識を前提として)、これら二つの立場は明確に区別されるべきだ、と論じて (PN, S. 432 und mit Anm. 7 [邦訳：五一六頁および五一二頁注⁽²⁹⁾], S. 437, Anm. 21 [邦訳：五一九頁], NR, S. 22, Anm. 8 [邦訳：四七頁注⁽³⁰⁾])。

本稿の理解では、彼らの議論は、ラートブルフ (や本稿冒頭で見たギールケやラレンツ) が批判したような法実証主義という概念の内実を説明するという点において重要である。ラートブルフによる法実証主義の説明は、おおむね、

ヴィアッカーの法律学的自然主義やラレンツのいう実証主義の説明と合致する。⁽³¹⁾ これらの立場は、法をもっぱら事実として把握しようとし、法から法理念を排除しようとする。その結果として、「法律は法律だ」、「不正な法律である」と従わなければならない」というような主張が導き出されるのである（より精確には、法を事実や権力と捉えることから、即座に法に対する服従義務が発生するというよりも、事実や権力に対する無批判的態度が涵養されると捉えるべきなのであろうが）。別の観点から述べれば、ラートブルフが批判した法実証主義とは、法律学的自然主義等と区別されるべき学問的法実証主義や制定法実証主義、概念法学にあたるわけではない。

しかし、ヴィアッカーのいう法律学的自然主義やラレンツのいう実証主義と、ラートブルフが批判的に言及する法実証主義の概念が全面的に一致しているか、といえそうではない。

第一に、ラートブルフが『法哲学』において法実証主義者として挙げている論者（エルンスト・ピアリングやアドルフ・メルクル、カール・ビンディングらの一般法学や、一般法学の先駆者であり、人間の（経験的な）目的という観点から法を理解しようとするルドルフ・フォン・イェーリング）は、ヴィアッカーやラレンツが法律学的自然主義や実証主義の立場として挙げている論者である程度重なっているが、しかし、ラートブルフにおいてはいわゆる自由法運動ないし社会学的法学の論者は挙げられていない。⁽³²⁾ しかし、社会学的法学を代表するエルンスト・フックス宛てのラートブルフの書簡（一九一〇年一〇月八日付け）から確認できるように、ラートブルフが自由法運動ないし社会学的法学を、規範を事実に戻元しようとする立場であると見ていたこと、すなわち、ラートブルフ自身がこの立場を実質的には法実証主義的立場だと理解していたことはおそらく疑いがないと思われる。⁽³³⁾ ラートブルフが明示的に自由法運動を法実証主義に組み入れていないのは、いくらかは彼らの交友関係に原因があるのかも知れないし、⁽³⁴⁾ 国家制定法を絶対視しない自由法運動を法実証主義に組み入れて説明するのは難しいとラートブルフは判断したのかも知れ

ない。いずれにせよ、『法哲学』でラートブルフが自由法運動を法実証主義に数え入れていないことは、法思想的叙述としては確かに問題であるが、ヴィアッカーやラレンツの見解との根本的な相違を意味するわけではないと考えられる。

第二の、そして本稿が詳細に取り上げたい点は、サヴィニーの位置付けである。ここまで見てきたように、ヴィアッカーのいう法律学的自然主義にせよ、ラレンツのいう法実証主義にせよ、後期イエーリングを一つの重要な端緒として、パンデクテン法学の内部から、しかし、パンデクテン法学とは異なった（コンツの意味での実証主義に触発されるという）思想的背景のもとに登場した立場であると整理することができる。これに対し、ラートブルフは、もちろん、後期イエーリングが法実証主義の展開に果たした意義を認めるが、サヴィニーを法実証主義の先駆的立場として捉えている。

すでにいくらか触れたが、ヴィアッカーやラレンツにおいては、サヴィニーは（ここではもはや詳細に扱えないが、いくらかの留保が成された上で）法学的実証主義あるいは概念法学の祖として取り扱われており（PN, S. 386ff. [邦訳・四七九頁以下], NR, S. 18 [邦訳・二〇頁]）、少なくとも直接には法律学的自然主義ないし実証主義の祖として扱われていなかったことを考えれば、ラートブルフのサヴィニーに対する評価は、本当に、ラートブルフが批判的に取り扱った法実証主義がヴィアッカーのいう法律学的自然主義やラレンツのいう実証主義と重なり合っているのか、ラートブルフは本当に法学的実証主義や概念法学と明確に区別された法律学的自然主義や実証主義の意味で法実証主義という用語を用いていたのか、という疑問が生じるだろう。

しかし、この点については、ラートブルフは、自身が批判する意味での法実証主義に近い立場としてサヴィニーを認識していたにすぎず、その理解は、サヴィニーにおける理性的なものを強調するヴィアッカーらとは異なるだろう

が、ラートブルフの考える法実証主義の内実が、法律学的自然主義と根本的に異なることを意味するわけではないと理解することができる。この点について確認していくために、まずは、ラートブルフの議論を確認していこう。

ラートブルフは歴史法学について以下のようにいう。

「歴史学派は、自然法学と対極の立場を取る。すなわち、歴史学派は、正しい法を制定された法によって、法価値を法現実によって、法哲学を法学によって食い尽くしてしまう。少なくとも、歴史学派の綱領の第一印象としては、それは自然法学派と一緒にして一切の法評価、法哲学を退け、また歴史的な法現実の純粹に経験的な探究の上で、法学を実証的に自己限定することを主張するかのごとくである。歴史学派は、実際に、その後、そのような作用を営んだ」⁽³⁵⁾。

なお、ここでサヴィニーやプフタの名前は挙げられていないが、『法哲学』の形式上の旧版であるところの『法哲学綱要』においては、おおむね対応する箇所において、「サヴィニーが綱領を構想し、プフタが実行した歴史学派がそもそもひとつの法哲学上の運動であるかどうか、むしろ法の歴史的現実の純経験的な研究への学問の自己限定を表しているすべての法哲学の否認ではないのかを、疑うことができる」⁽³⁶⁾と述べられており、ここで、歴史法学と呼ばれているものはサヴィニーやプフタの立場が想定されている、と理解してよいだろう。ラートブルフはこのような議論に続けて、歴史法学、ヘーゲル主義、唯物論において、実証主義を通じて哲学が、存在の考察によって価値の考察が打ちのめされ、消滅することになった、と述べている⁽³⁷⁾。

ところで、このように、サヴィニーを、法を事実に還元するという意味での法実証主義者として見るという捉え方

は、ラートブルフが親しんでいたであろう著者たちにおいて少なからず共有されていたものである。ラートブルフに対する影響関係において、最も重要であるのは、おそらくカントロヴィッツの議論である。ラートブルフは、戦後の『法哲学入門』第二四章⁽³⁸⁾において、カントロヴィッツの「法学における諸エポック」⁽³⁹⁾という論文をそのまま引用しているのだが、ここでは、サヴィニーの学問的傾向として、法学から評価的考察を排除すること、法学を歴史学と化してしまうことが、批判的に述べられている。また、ここではカントロヴィッツは、サヴィニーにおいては法哲学一般が追放されたとも述べており、⁽⁴⁰⁾ラートブルフの先に見た議論は、(ここで、この影響関係について厳密に提示することはできないが)かなりの程度、カントロヴィッツに影響を受けたものか、あるいは両者のあいだで意識的に共有されていたものであると思われる。

サヴィニーをラートブルフの意味での法実証主義者として見る認識は、オイゲン・エールリッヒにおいてより明確となる。以下では、エールリッヒの議論を『法社会学の基礎理論』⁽⁴¹⁾に即して見ていくことにより、サヴィニーの位置付けについて簡単に確認しておきたい。

さて、エールリッヒの目的は、一言でいえば、法律学「Jurisprudenz」を「学問」とすることである。エールリッヒによれば、現代の法学の問題は、実用的法理論「praktische Jurisprudenz」と法学「Rechtswissenschaft」とが分離されていぬ点にある。ここでエールリッヒのいう法学とは「実用的目的に奉仕しようとするのではなく、純粹な認識に奉仕しようとする、そして単なる文言を取り扱うのではなく、事実を取り扱う、法に関する学問」である(GSR, S. 1「邦訳：三頁」)。法学が、抽象的・演繹的性格を持つことも、このように実用的法理論から区別された法学が十全に発達していないことを原因としている。実用的法理論は、いかにして一般的命題を具体的事例に適用するかを裁判官に示すという目的を有していた。それゆえ、実用的法理論は抽象的、演繹的でなければならなかったのである

(GSR, S. 5-6 [邦訳：五頁])。

「こうして法学は、事実の観察と経験の集積とによって、事物の本質について我々の洞察を深めようとする帰納的方法が支配するすべての真の学問と決定的に対立する」(GSR, S. 6 [邦訳：八頁])。

これに対し、エールリッヒによれば、法とは人間の行為の規則である。法律家たちは、裁判所が適用する規則と人間の行為の規則を同一視しているがこれらは区別されなければならない。人間は、必ずしも争いを判断する際に適用される規則に従って行動するわけではないからである。法律家であっても、外国の法や過去の法について学問的に検討しようとする場合は、現実に人々を拘束している法を確認しようとする。しかし、自身の時代における自国の法を検討しようとする場合は、彼らはこのような法概念を放棄し、人間が行為するための規則ではなく、裁判所が適用するための規則を法として扱っていると批判する (GSR, S. 6-7 [邦訳：九—一〇頁])。

つまるところ、エールリッヒの考える法学とは、裁判官が判断するための規則ではなく、人間の行為の規則たる法について、事実の観察と経験の集積とによって事物の本質について認識を深めようとする学問である。すなわち、ここでエールリッヒは実証主義的な方法を法学に適用しようとしている。このことは、エールリッヒがコントの社会学について言及していることから理解することができる (GSR, S. 18-19 [邦訳：二三頁])。

本稿にとってより重要であるのは、このような議論を行うにあたり、エールリッヒがサヴィニー(とプフタ)に与えている位置付けである。

「国家によって制定法として公布された法が唯一の法とされた時代は決して存在せず、裁判所やほかの官庁にとっても事情は同じであった。したがって、国家外の法にふさわしい位置を与えようとする伏流は常に存在していた。大陸法学ではこうした伏流は二度にわたって学会の支配的傾向となった。すなわち、一七・一八世紀の自然法論者と、サヴィニーとプフタにより創出された歴史法学派である「……」。国家が法として提示するものを法として盲目的に受け入れたりせず、また法の本質を学問的に追究しようとするという点において、両者は共通していたのである。両者においては、法の由来は国家の外に置かれるのであって、前者はそれを人間の本性に求め、後者は民族の法意識に求めているのである。

両者はその思想を徹底させることができなかった。裁判官が判決の際に、法として適用するものだけが法であるといった、現代に至るまでのすべての法律学を支配した観念によって彼らはそうするのを妨げられていた「……」。サヴィニーとプフタは、ひよっとすると、認識にのみ奉仕する法学という思想を、少なくとも予感的に抱いた最初の人々であったかもしれない。ひよっとすると無意識的に、確かにはっきりと表現されていないが、しかしいじらしく際立っている、実用目的に寄与しようとするあらゆる法理論に対する蔑視は、彼らの全生涯に渡る業績が証明している。普通法、すなわち、当時の現行法に関する研究において、なによりもまず彼らは、普通法の中に、あらゆる法の本質を成しているものを学問的に把握しようとし、普通法における一つの法ではなく、法そのものを見いだそうとした。時代にはるかに先立って、彼らは、立法者個人という取るに足りない存在から、法の形成に作用する基礎的な諸力にその目を向けたのである。彼らの理論的確信となっている思想によれば、これらの自然的な力は、はっきりと把握された概念というよりも、むしろ法の中で人間を超越したすべてのものの象徴として理解される慣習法の中に、発現していたのである。しかし、法に関する学問を創出するという任務は彼らにとってさえも

あまりに大きすぎたので、彼らはそれを始めたのだが、結局のところ、それを完遂することはできなかった (GSR, S. 11-12 [邦訳：一四—一五頁])。

このように、エールリッヒによれば、サヴィニーやプフタは、法学を実用法律学のくびきから解き放ち、純粋に認識に奉仕する、すなわち実証的な学問としたいという願望を有していたのだが、結局、それを果たすことはできなかった⁽⁴²⁾。

このようなサヴィニーらの挫折について、エールリッヒは、サヴィニーらがドイツにおけるローマ法の継受を正当化しようとしたことが原因にある、と説明する。そのような正当化のために、サヴィニーらは、(法発展の初期の段階と異なり) 現代においては民族全体によって法が継承、発展させられるということを認めず、法律家を民族の代表者⁽⁴³⁾と見なさざるを得なかった (GSR, S. 373 [邦訳：四五六頁])。サヴィニーらが、法発展の初期の段階において法を行為の規則としてとらえながらも、法発展の後期の段階においては、法を裁判の規則としての法(いわゆる法曹法)として理解してしまった (GSR, S. 385 [邦訳：四四五—四四六頁]) 原因はこの点にある。これに対し、ゲルマニストであるゲオルグ・ベーゼラーにはローマ法の継受を正当化する必要はなく、サヴィニーやプフタらの思想を最後まで徹底せしめることが可能であった。すなわち、ベーゼラーは「自然科学者の方法にならって」、「観察という方法によって」民族法に関する知識を得ることができるような方法を探求することによって、サヴィニーやプフタをはるかに凌駕していたのである」(GSR, S. 373-374 [邦訳：四五六頁]) 「自然科学者の方法にならって」、「観察という方法によって」という表現は、ベーゼラー自身に由来する⁽⁴³⁾。

さて、ここまで確認したエールリッヒの議論をごく簡単に要約すれば、以下になるだろう。サヴィニーやプ

フタは、裁判官にとっての指針を示すにすぎない単なる実用的法理論から区別された「法学」の確立に力を注いでいた。ここでいう法学とは、裁判官にとっての判断の指針を示すものではなく、「純粹に認識にのみ奉仕する」学問、すなわち実証的な学問である。しかし、サヴィニーやプタは法学の実証化を十分に果たすことができなかった。これに対し、意識的に法学を「自然科学者の方法にならって」、「觀察という方法」による学問にしようと試みたペーゼラーは、サヴィニーやプタの思想を最後まで徹底していたがゆえに、サヴィニーやプタの議論よりも学問的完成度が高い、と。

このようなエルリッヒのサヴィニーやプタに対する評価は適切であろうか。本稿は、この問いに対して、否定的に理解する。まず、よく知られた、サヴィニーにおける「慣習＝実定法の徴表」論について見てみよう。この点については、サヴィニーの形而上学的性格を踏まえることにより首尾一貫して理解することができる。

「ところで、各個の実定法の真の基礎に、すなわちその不動の核心に目を向けると、上述の「慣習のみによって法が成立するという」見解では、原因と結果の真の見解がちょうど逆になっている。その基礎は、民族の共通の意識の中に存在し、実在している。この存在は目に見えない。それでは、どのような手段によってそれを認識することができるか。我々がそれを認識するのは、それが外部的な行為によって現れることによって、すなわち、それが慣行、習俗、慣習 *Gewohnheit* において現れ出ることによってである。続けられた、したがって永続的なやり方の一様性で、我々は、単なる偶然とは逆の、その共通の根源を、すなわち民族の信仰を認識する。したがって、慣習は、実定法の徴表 *Kennzeichen* であって、その成立原因ではない [...]」。

ところで、ここで、個々の場合に現れた民族法の慣行が民族法の認識の手段と見られなければならないと主張し

たが、これは間接的認識と称し得るものであって、民族法が成立し、引き続き生きている仲間関係の一員に自分は属さないで、民族法をいわば外から見ている人たちにとって必要なものである。というのは、そういう仲間関係の一員である人たちは直感に基づく直接的認識をするので、慣行の個々の場合からこのように推論することを要しないからである」⁽⁴⁴⁾。

このように、サヴィニーにとって重要であるのは、民族精神の表れである民族法（これは実定法とも換言される⁽⁴⁵⁾）なのであるが、このような民族法を経験的な手法で、すなわち慣習法の観察を通じて確認することは、本質的にサヴィニーにとって重要な問題ではない。本来、民族構成員は、直感を通じて民族法を認識することができるからである。このようなサヴィニーの発想は、そもそも、エールリッヒの考える学問的な、すなわち実証主義的な方法になじまないだろう。さらにいえば、先ほど本稿は、ベーゼラーによる「自然科学者の方法にならって」、「観察という方法によって」という言葉をエールリッヒが重視していたことを確認したが、しかし、このような方法も、エールリッヒ自身が引用しているように、「民族の生活や民族の法観念の外部に立っている者」⁽⁴⁶⁾が法を理解する際に行う方法にすぎない。結局のところ、なんらかの事実を通じて法を理解するという方法が成り立つ（このような方法が必要である）のは時間的・空間的に民族の外にある者についてのみである、ということとは、サヴィニーにとっても、ベーゼラーにとっても変わらないように思える。サヴィニーらとベーゼラーのあいだに相違を認めるとしても、それは、エールリッヒが考えるような意味ではないかと思われる。

第二に確認したいのは、「学問 wissenschaft」あるいは「法学 Rechtswissenschaft」という概念に関わる。サヴィニーやプフタ（そして彼らを継承する法学者）において、エールリッヒのいう実用的法理論を軽蔑する姿勢が見ら

れるといえるかどうかまでは定かではないが、確かに、彼らにおいて実用的法理論を法学と区別しなければならぬという、法律学は法学とならなければならないという意識が存在したことは事実であろう。しかし、そこで想定されていた「法学」、あるいは「学問」の概念は、エールリッヒが想定する「法学」、あるいは「学問」の概念とは根本的に異なるものであると思われる。ここではヤン・シュレーダーの議論を確認してみよう。シュレーダーによれば、サヴィニーら歴史法学派は、法学という言葉によって、既存の法の単なる理解を考えているわけではない。むしろ、抽象化により制定法や慣習法から新しい法命題、法概念（例えば、法人、物権的契約等）を発見することこそが、法学の任務である。このような考えの根底にあるのは、カント的認識論である。人間は対象をありのまま認識するのではなく、対象に秩序付けを与えるのは人間の知的能力であるというカント的認識論を踏まえて、歴史法学派は法を一つの体系であると把握する。このことによって、新たな法命題を既存の法命題から発見することが正当化されるのである、と。⁽⁴⁷⁾

このような学問観は、エールリッヒの考える実証的な学問観とはかなり根底的に異なっているといわざるをえないであろう。このように考えられるならば、エールリッヒにせよ、サヴィニーらにせよ、同じように実務的法理論からの法学の独立を目指していたとしても、それは本質的に同床異夢である。ラートブルフの議論が、このようなエールリッヒの議論をそのまま踏襲していたとまではいえないだろうが、しかし、サヴィニーをラートブルフの意味での法実証主義者と見ることは、さほど当然のことではない、ということはいえるだろう。このような理解は、ラートブルフの法実証主義観の妥当性に疑問を抱かせるものではあるが、しかし、ラートブルフのいう法実証主義が法律学的自然主義等と重なるのだ、とする理解に支障が生じるものではないだろう。ヴィアッカーの言葉を用いれば、ヴィアッカー自身はサヴィニーらの立場をあくまでも正統的実証主義の範疇として取り扱ったが、ラートブルフは、非正統的

実証主義への一里塚としてサヴィニーらを取り扱ったという点に相違があるにすぎない、ということであろう。⁽⁴⁸⁾

おわりに

本稿の目的は、一九世紀後半から二〇世紀前半の法(哲)学を理解するためには、当時、「法実証主義」という言葉がかなり根底的に異なった、少なくとも二つの意味で用いられてきたということを踏まえて、とりわけ、ラートブルフが批判的に用いているような「法実証主義」という用語の内実を探求する必要がある、そのために、ヴィアッカーやラレンツの所説を追うことであつた。

ここであらためて確認したいのは、今日の法哲学者、法思想史家と、一九世紀後半から二〇世紀前半の法(哲)学者(の一部)とのあいだで、「法実証主義」という言葉が意味する内容がかなり根底的に変化してしまつて、ということである。本稿が確認してきたように、一九世紀後半以降の法学者(もちろん、すべての法学者がそうであつたわけではないとしても)にとつては、法実証主義という言葉は法を事実として把握する立場、法を理念と関連付けて理解することを否定する立場を指すという用法が存在していた。ヴィアッカーの言葉でいえば、このような立場は法律学的自然主義と呼ばれる。かつての法哲学や法思想史の教科書においては、二〇世紀当時の法哲学者の問題意識を踏まえて、この法律学的自然主義に対応する思想こそが法実証主義の特徴であつたと説明されることがあつたが、⁽⁴⁹⁾今日の法哲学や法思想史において、このような立場を法実証主義と呼ぶ用法は、⁽⁵⁰⁾皆無とはいわないとしても、かなり限定されている。とりわけ、今日のドイツ法思想史に関する教科書の説明においては、法律学的自然主義という意味での法実証主義が存在することが言及されることはまれとなつた(あるいは、そもそも法律学的自然主義と呼ばれる

ような一連の潮流が存在したことは全くといっていいほど触れられなくなった)。この法律学的自然主義に代わり、今日のドイツ法思想史において、法実証主義と呼ばれるようになったのは、ヴィアッカーの言葉でいえば、法学的実証主義や制定法実証主義の立場である。⁽⁵¹⁾ もちろん、このこと自体は問題ではない。問題であるのは、法律学的自然主義に相当する立場が、かつて法実証主義と呼ばれていたという事実が捨象されていることである。それゆえ、本稿冒頭で示したように、しばしば先行研究は、まるでラートブルフが、法学的実証主義や制定法実証主義と呼ばれる思想に対して「このような立場は、「悪法も法だ」、「法律は法律だ」と捉えることとなる」と非難したかのような認識を示すこととなる。その上で、これらの研究は、しばしば、ラートブルフの認識には問題がある、と主張するのである。このようなラートブルフ批判は、まず、それ自体として、ラートブルフ解釈として維持できないという問題があるが、さらにいえば、このような法実証主義観は一九世紀後半以降の法哲学における問題意識を十全に理解することを困難とする点において問題がある。このような誤読は、おそらくは、先行研究が、一九世紀後半以降に、「現実に」法実証主義という言葉がどのように用いられていたか、という点に関心を向けないがゆえに生じたものである。今日の法思想史において、法実証主義という言葉は、しばしば、歴史的な脈から切り離されて用いられている。しかし、真剣に一九世紀後半以降のドイツ法（哲）学を理解しようとするならば、法実証主義という用語を再び歴史的な脈に置き直さなければならぬだろう。⁽⁵²⁾

【注】

※本稿執筆にあたっての技術的諸点をここで述べておく。引用した文献に邦訳が存在する場合、邦訳を参考させていただいたが、西村が一部改めた箇所も存在する。また、文献を引用する際、西村による省略は「……」で示した。引用文内における西村によ

る捕捉は角括弧 (□) で示した。引用を行う際、原文における強調は傍点で示した。西村による強調は傍線で示した。

- (1) たとえば青井秀夫「実証主義伝説の謎」(岡本勝ほか編『刑事法学の現代的課題』(第一法規株式会社、二〇〇四年、所収)、八一頁、笹倉秀夫『法思想史講義 下』(東京大学出版会、二〇〇七年)、三三三頁、戒能通弘／神原和宏／鈴木康文『法思想史を読み解く』(法律文化社、二〇二〇年)、一七〇頁「鈴木執筆」。このような見解に反対する例として、酒匂一郎「ラートブルフ・テーゼに ついて」『法政研究』第七八巻第二号、二〇二一年、所収)。
- (2) Gustav Radbruch, Fünf Minuten Rechtsphilosophie, in: Rhein-Neckar-Zeitung vom 12. September 1945, (1945), auch in: Radbruch, Gesamtausgabe (=GRGA), Bd. 3, (1990), S. 78. [邦訳：上田健一訳「ナチス体制確立期からその死に至るまでのグスタフ・ラートブルフの法哲学上の作品選(一一二・完)」(『同志社法学』第六〇巻八号、第六一卷第一号、二〇〇九年、所収)、第六一卷第一号一二頁]。
- (3) Radbruch, Rechtsphilosophische Tagesfragen: Vorlesungsmanskript, Kiel, Sommersemester 1919, (2004), S. 33.
- (4) Radbruch, Rechtsphilosophie, 3. Aufl., (1932), auch in: GRGA, Bd. 2, (1993), S. 246-247 [邦訳(ただし第五版に基づく)：田中耕太郎訳『ラートブルフ著作集一 法哲学』(東京大学出版会、一九六一年)、一三三頁]。
- (5) ただし、必ずしも、このような誤読の原因は先行研究が十分に注意を払っていなかったことのみにあるとはいえない。ラートブルフのテキストには、確かに、法律の尊重や法的安定性の重視を指して法実証主義と呼ぶ用法も存在するからである。たとえば、戦後の「法律と法」においてラートブルフは以下のようにいう。「実証主義もまたその良き法を有していたのであり、われわれにはその理論を聞き漏らすことは許されない。全くの通例としては、法律はその内容を顧慮することなく拘束力を有する法であると思われるという実証主義的理論が妥当し続けなければならない。法治国家と法的安定性は法律に対する原則的な拘束を要求する」(Radbruch, Gesetz und Recht, in: Stuttgartarter Rundschau, Januar, (1947), auch in: GRGA, Bd. 3, S. 99. [邦訳：上田健一訳「ナチス体制確立期からその死に至るまでのグスタフ・ラートブルフの法哲学上の作品選(一一二・完)」(『同志社法学』第六〇巻八号、第六一卷第一号、二〇〇九年、所収)、第六一卷第一号四〇頁])。ここで、確かにラートブルフは、法律を尊重する立場、法的安定性を重視する立場として「実証主義的理論」という言葉を用いている。しかし、ここで注意しなくてはいけないのは、これは戦後の論文であるということ、そして法的安定性は国家が法治国家であること、すなわち国家が法律によって拘束されることを同時に意味することである。戦前戦後を問わずラートブルフは、二つの意味で法実証主義という言葉を使っており、「法を経験的に確認できる事実として把握する立場、法と権力を等値する立場」という意味で法実証主義という言葉を用いた場合、ラートブルフは徹底した反法実証主

義者であり、「法律を尊重する立場、法治国家や法的安定性を重視する立場」という意味で法実証主義という言葉を用いた場合、ラートブルフはおおむね法実証主義に好意的である。この点の詳細については西村清貴「グスタフ・ラートブルフと二つの法実証主義」『法学志林』第一一九巻第二号、二〇二二年、所収）をご参照いただきたい。

このような誤読の原因の一つは、ひょっとすると、戦後、ラートブルフが執筆した「法律上の不法と法律を超える法」(Radbruch, Gesetzliches Unrecht und überggesetzliches Recht, in: Süddeutsche Juristenzeitung 1, (1946), auch in: GRGA, Bd. 3 [邦訳：上田健一訳「ナチス体制確立期からその死に至るまでのグスタフ・ラートブルフの法哲学上の作品選(一一・一・完)」『同志社法学』第六〇巻八号、第六一卷第一号、二〇〇九年、所収)という論文の表題にあるのかも知れない。ここで、ラートブルフは、確かに制定法の形を取って不法が行われたことを指摘しているのだが、しかし、このことは、不法がすべて制定法の形を取ったということを意味するわけではない。なお、本稿において、「ラートブルフのいう法実証主義」に言及する場合は、特に明示しない限り、もっぱら「法を経験的に確認できる事実として把握する立場、法を事実と等値する立場」という意味での法実証主義を指す。

(9) Carl Larenz, Rechts-und Staatsphilosophie der Gegenwart, (1935), 2. Aufl., S. 15. [邦訳：カール・ラレンツ、大西芳雄／伊藤満訳『現代ドイツ法学』(有斐閣、一九四二年)、「三三頁」]。

(7) Ebenda, S. 13-15. [邦訳：二〇一三頁]。

(8) Otto von Gierke, Naturrecht und deutsches Recht, (1883), S. 11. [邦訳：オットー・フォン・ギールケ、曾田厚訳「自然法とドイツ法(一一・二・完)」『成蹊法学』第二二号、第二三号、一九七八年、所収、三四九―三五〇頁]。

(9) たとえば、戒能ほか(前掲注1)、一五〇頁「鈴木執筆」は、「法実証主義とは、ローマ法や制定法(例えば一九世紀末の民法典)のみを重視し、自然法などの要素や制定法以外の法源を軽視するというものである」と説明する。なお、この文章に続けて、このような法実証主義は「悪法も法である」「法律は法律である」と主張する立場であると説明されているが、本稿がこれから見ていくように、制定法を重視する立場と「悪法も法である」とする立場は、それぞれかなり根本的に異なった背景に基づく思想であり、両者を同列に扱うことには賛同できない。

(10) 例えばフィリップ・ヘックによれば、法実証主義(精確には「厳格な実証主義」とは、「裁判官を法形成から締め出し、法律上の概念のもと、構成事実の論理的包摂に裁判官「の役割」を制約する」立場である(Philipp Heck, Grundriss des Schuldrechts, (1929), S. 474)。あるいはヘルマン・カントロヴィッツによれば「実証主義は、国家によって承認された法以外には法は一切存在しないという確信をドグマにまで高めた」立場であると言われる(Gnaeus Flavius (=Hermann Kantorowicz), Der Kampf um die Rechtswissenschaft, (1906), S. 10 [邦訳：カントロヴィチ、田村五郎訳「法学のための戦い」(キルヒマン／ラートブルッフ／カン

トロヴィチ、同訳『概念法学への挑戦』(有信堂、一九五八年)、八五頁)。

(11) 小林公は『日本大百科全書 二』(小学館、一九八八年)の「法実証主義」の項目(三三二—三三三頁)で法実証主義とは「国家が定める一定の立法手続を経て制定される法、および裁判所により現実にも適用されている規範のみを法とみなし、これら実定法以外の規範を法的考察の対象から排除する立場をいう。したがって法実証主義においては、単なる道徳規範や宗教規範は法と考えられず、またいわゆる自然法の存在も否定される。実証主義 positivism という表現は、哲学や社会学においては、経験論的立場、すなわち観察により検証される命題のみを意味する立場を意味するが、法理論においては、このような経験論的立場はリアリズムとよばれ、法実証主義とはいわない」と述べている。小林の主張を、「経験論的立場をリアリズムと呼ぼう」という提案として理解するならば、特にこれに反対するところはない。しかし、「経験論的立場は法実証主義と呼ばれることはない」と文字通りに受け取るのであれば、本文で示したように、少なくともドイツにおいては歴史的事実に反しているだろう。

(12) Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, I. Auflage, (1962). [邦訳(ただし第一版による):フランツ・ヴィアッカー、鈴木禄弥訳『近世私法史』(創文社、一九六一年)。特別に言及しない限り、本稿は一九六七年の第二版を用いる。以下ではPNと略す。邦訳書の頁数も示すが、本書は第二版において大きく拡充されているため、おおむねの対応箇所である。

(13) Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl. [邦訳(ただし第五版に基づく):カール・ラレンツ、米山隆訳『法学方法論』(勁草書房、一九九一年)]。以下、MRと略す。

(14) 本稿は、ラートブルフが批判した意味での法実証主義と、ヴィアッカーのいう法学的自然主義、ラレンツのいう実証主義は大幅に重なると考えるが、ラートブルフが好意的に捉える意味での法実証主義(前掲注5参照)と、ヴィアッカーのいう学問的ないし制定法実証主義やラレンツのいう概念法学との共通点は表面的なものにとどまると考える。それは、ラートブルフの根底にある新カント主義哲学にとって、(本稿がこれから確認していくような)学問的ないし制定法実証主義や概念法学が想定する形而上学(この言葉で、本稿は、経験を超えた対象を取り扱う学問という具合に、かなり緩やかな意味で理解し、また使用する)は受け入れがたいものであるという根拠に基づく。ラートブルフは、法を法理念と関係付けて理解しようとする点において、法学的自然主義と根本的に袂を分かたつが、しかし、法をいわゆる自然法や民族精神のような客観的理念あるいは形而上学によって基礎付けることを、(この点についてはコンツの意味での実証主義と前提を共有するのだが)新カント主義は許さない。それゆえ、ラートブルフは、価値相対主義という学問的に許される考え方から、そしてその範囲において、法の理念を基礎付けようとするのである。なお、本稿ときわめて近いテーマを取り扱った研究として、竹下賢『実証主義の功罪』(ナカニシヤ出版、一九九五年)があるが、竹下の研究を包括的に評価するために

は、新カント主義と法実証主義の関係についてまとまって論じる必要があるため、本稿では取り扱わないこととする。

(15) とここで、筆者自身は、法実証主義と一般にいわれる立場、例えば法学的実証主義や法律学的自然主義になんらかの共通したメルクマールが存在するといえるかどうか懐疑的である。おそらく、法実証主義という用語の、もっとも多くの論者に受け入れられるであろう、もっとも広いメルクマールの候補は、(1)法を実定法に限定すること、(2)反自然法論ということになるのであろうと思われる。しかし、(1)についていえば、法律学的自然主義は、本文でも見たように、そしてこれから見えていくように法を実定法に限定する立場ではなく、法を生の実事として見る立場である。この場合、実定法も経験的事実に属するであろうが、実定法以外の要素も法として捉えられることもあり得る。それゆえ、(1)については法実証主義のメルクマールとはならない。(2)についても、かなりの程度疑わしいように思われる。例えば、一般に、法実証主義の代表者と目されているサヴィニーは、自然法論の批判者として説明されることが多いが、しかし、サヴィニーについて確実にいえるのは、哲学者が理性を通じて見いだした法(いわゆる理性法)を現実に採用すべき法であると考ええる立場、すなわち理性法論について反対したという点のみである(Friedrich Carl von Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 2. Aufl. (1828), S. 48. 「邦訳・サヴィニー、大串兎代夫訳『法典論争』(世界文学社、一九四九年)、一七—二二頁)。だが、理性法論によって自然法論は尽きるわけではないし、おそらく代表されるわけでもない。法思想史、自然法論としてよく知られているのは、むしろ、トマス・アクィナスにおいて見られるような、人間の理性的な自然本性と法を関連付ける見方である。しばしば指摘されるように、サヴィニーにこのような側面が存在しないわけではない(例えばサヴィニーの法思想の根底に、キリスト教的な人間の自然本性論が存在した可能性を示唆する耳野健二「関係の規則としての法——サヴィニーの法ローマ法体系」に採用されなかった法概念(一一・二・完)、『産大法学』第五〇巻第一・二号、第五一卷第一号、二〇一七年)、特に第五一卷第一号六七頁および注一四七)。それゆえ、本稿が取り扱う「法学的実証主義」や「法律学的自然主義」の上位カテゴリーとして、「法実証主義」という概念を設定することは、そのメルクマールが判然としないうえに、少なくとも法思想史の観点からいえば、有益というよりは有害であるように思われる。本稿が、これら二つの立場をあわせて「法実証主義」と呼ぶことがあるとしても、それは、議論の便宜以上の意味があるわけではない。

(16) それゆえ、青井(前掲注一)、六頁が、ラートブルフが批判した意味での実証主義を「制定法実証主義」のことだ、と主張していることは、ヴィアッカーの用語法に照らせば、不適切である。本稿は、ラートブルフのいう実証主義は法律学的自然主義を指す、と理解するが、それはさておくとしても、ヴィアッカーのいう制定法実証主義は「悪法も法だ」と認める立場ではない。

(17) さらに、初期サヴィニーを「解釈者の判断は立法者が制定した法に拘束される(拡張・制限解釈は認められない)」という意味での制定法実証主義と位置付ける周知の用法もある。この言葉につき、ラレンツは、あくまでも上記の意味で用いられるべきであって、

立法者は任意に法を作ることができるという意味ではない、と強調している (MR, S. 12 f mit Anm. 2 [邦訳：一三頁および二二頁注一])。

(18) 例えば西村清貴「G・W・F・ヘーゲルのサヴィニー批判」『法学志林』第一一四卷第一・二頁(二〇一六年)、六七頁で取り上げたヘーゲルのサヴィニー批判を参照。

(19) ただし、ヴィアッカーの議論は、いくらか混乱しているようにも思われる。ヴィアッカーは、今日、ナチスによる虐殺等に對する責任は法学的実証主義にあるとされることがあるが、これは法学的実証主義と制定法実証主義との混同に由来している、学問的法実証主義は法律に従属しないゆえ、このようなことは起つらなむ、と説明している (PN, 1. Aufl., S. 260, 2. Aufl., S. 440 [邦訳：五二七—五二八頁])。しかし、ここまで本稿が確認したところによれば、一般意思の実現として法律を捉える制定法実証主義はあくまでも正統的実証主義に属するのであり、ヴィアッカーは、ナチスによる虐殺の原因を非正統的実証主義である法律学的自然主義にあると見ていたはずである。さしあたり、ここでヴィアッカーは、正統性の契機を失い、限りなく法律学的自然主義に近づいた制定法実証主義のことを念頭に置いて、と理解しておこう。

(20) Jan Schröder, *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit* (1500–1933), (2012), S. 327. シュレーダーのこの議論については以前にも触れたことがあるが (西村清貴『近代ドイツの法と国制』(成文堂、二〇一七年) 二四—二五頁)、あらためてこのシュレーダーの理解についてここで検討したい。現時点での筆者の見解としては、旧著で取り上げたゲルバーやラーバントの立場は、厳密にヴィアッカーのいう意味での法学的実証主義という用語を用いるならば(多くの論者は、この言葉を、単に法(学)の独立性を重視する立場、という程度の意味で用いているように思われる。例えば酒匂(前掲注一)、一八九頁の用例等。前掲注14でも確認したように、ヴィアッカーによれば法学的実証主義とはなんらかの形而上学的理念によって法を基礎付けようとする立場であり、新カント主義者であるラートブルフを法学的実証主義者と理解することは、いくらかミスリーディングであるように思う)、そして法学の独立性というものはおおむねの傾向であり、決して非法学的議論が法学に持ち込まれること自体が全面的に忌避されていないと理解されるならば、という条件を付すならば、法学的実証主義と呼んでもよいのではないかと理解している。

(21) Jan Schröder, *Zur Geschichte der juristischen Methodenlehre zwischen 1850 und 1933*, in: *Rechtsgeschichte* 13, (2008), S. 174.

(22) Joachim Rückert, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*, (1984), S. 240.

(23) シュレーダーは、ヴィアッカーの法律学的自然主義にあたる立場を「社会学的実証主義」や「自然主義」あるいは「社会学的法理論」²¹⁶と評す (Schröder (Anm. 20), S. 327, Schröder (Anm. 21), S. 169–170)。また、ヴィアッカーの議論に依拠しつつ、同様の区

別を示すものとして Gerhard Dlicher, Der rechtswissenschaftliche Positivismus: Wissenschaftliche Methode, Sozialphilosophie, Gesellschaftspolitik, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Vol. 61, No. 4, (1975), S. 510 ff. ハールバーガーにおつては、法学的自然主義にあたるものは哲学的・社会学的実証主義と呼ばれ、法学的実証主義と区別されている。

(24) さしあたり、コントについては伊藤邦武編『哲学の歴史 八』(中央公論社、二〇〇七年)、一一一頁以下「我孫子信執筆」。実証主義に関する簡明な解説として野家啓一「実証主義」の興亡——科学哲学の視点から——(『理論と方法』第一六巻第一号、二〇〇一年、所収)。

(25) ヴィアッカーは法学的実証主義の特徴として反自然法論的性格を挙げているのだが、ここでいう自然法論とは「法律と法を、非実証的な社会倫理的・普遍的・実質的な旋に照らして吟味する立場」である (P.N.S. 437, Ann. 21 [邦訳・五一九頁])。すなわち、ならかの形而上学的な性質を持つ法思想一般を指して自然法論と呼んでいるわけではない。それゆえ、法学的実証主義が形而上学的な性格を有していること、法学的実証主義が同時に反自然法論性格を有していることは、ヴィアッカーにとっては両立するのである。

(26) ここで、あくまでも本稿の論旨をよりはっきりとさせるといふ目的のために、今日の法哲学において標準的に用いられている「法実証主義」と本稿が取り上げた「法実証主義」の関係について触れておきたい。今日の法哲学では、法実証主義という言葉は、おそらく最も標準的には「法と道徳、あるいは在る法と在るべき法の分離」(森村進『法哲学講義』(筑摩書房、二〇一五年)、五〇頁以下) という意味で用いられているだろう。しかし、このような主張については本稿の観点から見ると、「法と道徳の分離」という言葉が、「実定法」と「実定道徳」の分離を指しているのか、ならかの形而上学的理念に照らして法を理解することを退ける立場を指しているのかしばしば、いくらか曖昧であるように思われる。本稿の関心からすれば、この二つの理解は厳格に区別されねばならない。本稿で確認した、法学的実証主義は、法適用の、少なくとも通例においては、「実定法」と「実定道徳」の分離を主張していると理解することができるかもしれない。しかし、彼らはならかの形而上学的理念に照らして法を理解することを退ける立場ではない。むしろ、彼らにとって、法は「実現された理念」なのであり、在る法と在るべき法は、少なくとも通例においては一致すると捉えられている。また、法学的自然主義は、ならかの形而上学的理念に照らして法を理解することを退ける立場ではあるが、必ずしも「実定法」と「実定道徳」の分離を主張する立場ではない(例えば、「生ける法」を主張するエールリッヒがそうであり、加藤新平『法哲学概論』(有斐閣、一九七六年)、二五四頁は、エールリッヒが反形而上学、親実証主義の態度を取っていることを認めつつも、法と道徳の分離を認めないという観点からエールリッヒを法実証主義と呼ぶことを躊躇している)。本稿の理解では、現代法哲学における法実証主義の観点から当時のドイツの法学説に接近することはあまり有意義とはいえず、法学的実証主義という立場を指して法実証主義という言葉、法学的自然主義を指して法実証主義という言葉が用いられていたとしても、本質的には全く違

う対象を指していることと同様に、ドイツ法思想史における法実証主義と現代法哲学における法実証主義は、様々な思想的脈絡の結果として、単に使われている用語が重なっているにすぎず、その内実はかなり根底的に異なるものと理解されるべきように思われる。先に少し触れた、加藤新平による法実証主義の整理(前掲二四七頁以下)はきわめて水準が高く、多くを教えられるが、しかし、様々な学説が法実証主義と呼ばれる以上、そこにはなんらかの共通の基本特徴が存在するはずだ、という加藤の前提(前掲二四七―二四八頁)には賛同できない。

(27) 法律学的自然主義について取り扱った重要な文献として、西村稔『知の社会史』(木鐸社、一九八七年)、第一章。この立場を「自然」主義と呼ぶ傾向は、ヴィアッカーに始めて見られるわけではなく、例えばすでにヘルマン・カントロヴィッツは、法学を事実(のみ)に関する学として把握しよう、社会学に置き換えよう、とする立場を自然主義と呼び、強く批判している(Hermann Kantorowicz, Rechtswissenschaft und Soziologie, in: Verhandlungen des ersten Deutschen Soziologentages vom 19.-22. Oktober 1910 in Frankfurt a. M., (1911), S. 304)。

(28) ただし、ラレンツはすでに前期イエーリングにこのような傾向は見られるとする(MR, S. 24 註「邦訳:三二頁以下」)。このことがもたらすヴィアッカーとの相違については次注参照。

(29) この箇所は第二版で大幅に拡充されているが、そこで、ヴィアッカーは『法学方法論』におけるラレンツの議論(ヴィアッカーが言及しているのは、一九六〇年に出版された『法学方法論』の第一版であるが、本稿が利用している第六版に対してもヴィアッカーの批判は当てはまると考えられる)を批判している。本稿は、ヴィアッカーとラレンツによる法実証主義の解説をおおむね重なるものと理解してきたが、ヴィアッカー自身はラレンツによる分類は不十分だと考えている。この批判は、イエーリングの位置付けに関わる(ラレンツによるプフタやヴィントシャイトに対する解釈についてはヴィアッカーによって好意的に言及されている。前注で触れたように、ラレンツは後期イエーリングにおける「実証主義的」傾向がすでに前期イエーリングにも見いだされると考えている。このことは、イエーリングのいわゆる「転向」問題とも関わるものであるが、本稿はこの問題に立ち入れない(法律学的自然主義とイエーリングの転向問題の関係を整理したものととして、さしあたりKen Takashita (≡竹下賢), 'Über Herings biologische Evolutionstheorie—Juristischer Naturalismus und Rechtsphilosophie, in: Kansai Univ. Review of Law and Politics, No. 27, (2006)')。ヴィアッカーによれば、ラレンツが(ヴィアッカーの用語法でいうところの)法学的実証主義と法律学的自然主義を混同した理由の一つは、おそらく前期イエーリングが不用意にも「自然史的方法 naurhistorische Methode」という言葉を利用したことにあるとしている。この「自然史」という言葉に引きずられて、ラレンツは前期イエーリングの法学は自然科学をモデルとしたものだど誤解したのだ、とヴィアッカーは論じているようである。ヴィアッカーの理解するところ、自然科学をモデルとした法学は、「後期」イエーリングによって始ま

るものであり、前期イエーリングはあくまでも、法学的実証主義に属する。

この点に関連して触れておきたいのは、サヴィニーやその後継者たちの議論を「実証的な学問」という観点から理解しようとする西村稔「ドイツ第二帝政期の公法学」(上山安敏編『近代ヨーロッパ法社会史』、ミネルヴァ書房、一九八七年、所収)、二七九—二八二頁の議論である。前掲注27で確認したように、西村には、法律学自然主義に関する立ち入った研究があるだけに、西村の議論については真剣に検討する必要がある。西村は、歴史法学の国法学における継承者といえる、C・F・v・ゲルバーやパウ・ラーバントといった実証主義国法学の立場を、コントに代表される「科学の実証主義」に大きな影響を受けたものであると説明する(ただし、ドイツの法実証主義と科学の実証主義とは原理的に区別されなければならない、とも指摘されている)。西村は、ゲルバーやその盟友である前期イエーリングが、国家や法をしばしば自然科学のアナロギー(例えば有機体や、種概念)によって説明しているのは、科学的実証主義の影響の現れであると見ている。しかし、すでに見たヴィアッカの立場からすれば、西村の議論は誤解だ、ということなるだろう。この点について本稿なりに敷衍すると、対象を自然科学のアナロギーで説明すること、対象を科学的・実証主義的手法によって説明することは、根本的に異なった事態であるように思われる。後者の方法の本質はあくまでも事実の観察や帰納法にある。当時の法学者がしばしば行っているように、記述の対象を、例えば生命とか有機体とか成長とかといった言葉によって飾り立てるのは、悪くいえば、単なる疑似科学的な説明であるし、よくいっても西村の述べるようにアナロギーあるいはメタファーを超えるものではない。ゲルバーらが国家や法を有機体のような言葉で説明しているとしても、それは科学的実証主義の影響ではなく、むしろ法や国家を一つのもとまりある体系であるとする理解を示していると考えざるべきであろう。実際、イエーリングの自然科学的方法なるものは、法律学的構成を通じて得られた法律学的物体を一つ残らず体系へと秩序付けることであり(Rudolf von Jhering, *Unsere Aufgabe*, in: *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Bd. 1, (1857), S. 10 [邦訳: R・イエーリング、大塚滋訳「我々の任務(上・下)」(『東海法学』第五号、第六号、一九九〇—一九九一年)、第五号、一五七—一五八頁])、これが単なるアナロギーを超えて、科学的実証主義的な方法となんらかの共通性を有するかはきわめて疑わしいように思われる。

(30) ここでラレンツは、概念法学と実証主義の同一視を戒め、実証主義にとっては、立法者が自由に法を定立することが認められるが、概念法学においては、立法者もまた体系に拘束されると述べている。

(31) ただし、このことは、ラートブルフやヴィアッカの所見が適切である、と本稿が理解していることを示すわけではない。とりわけ、ナチスの法理解に対して、ヴィアッカのいう法律学的自然主義が、ラートブルフのいう法実証主義がどの程度影響を与えたのかという点については慎重に判断する必要があるだろう。例えば、本稿も取り上げたラレンツが、明らかにラートブルフのいう法実証主義の反対者であるにもかかわらず、ナチスに積極的に参加したキール学派を代表する人物の一人となったことをラートブルフらの議論

は十分に説明できないように思われる。あるいは、カール・シュミットのようなナチスの「桂冠法学者」についても同様である (Joachim Rückert, *Geschichte des Privatrechts als Apologie des Juristen*——Franz Wieacker zum Gedächtnis, in: *Quaderni Fiorentini* 24, (1995), S. 557 も参照。なお、この箇所ではリッケルトがハンス・ケルゼンと並んでラートブルフを法実証主義者として扱っていることには賛同できない)。さらにいえば、ラートブルフの指導を受けた学者の中にも、ナチスに加担した人物は少なくない。エリック・ヴォルフ Erik Wolf についてはよく知られているが、ゲオルグ・ダム Georg Dahm もまた、ラートブルフの弟子である。

(22) Radbruch (Anm. 4), S. 247 mit Anm. 10. [邦訳：二三三—三四頁および一四〇頁注一]。

(23) 「存じのうちに、私は原則的に『あなたの主張の』すべてに同意します。——ただ、「社会学的方法」という名称を、私はむしろ避けたいと思えます。社会学は事実の探求であり、価値判断は、もちろん精確な事実認識を前提とするにせよ、事実からは生じ得ません」(Ernst Fuchs, *Gesammelte Schriften über Freirecht und Rechtsreform*, Bd. 3, (1975), S. 377)。ラートブルフは続けて「フランクフルトでの『第一回ドイツ社会学会』における一九一〇年一月二二日の」カントロヴィッツの講演に関連して、なお多くのことが論じられることとなるでしょう」と述べている。この講演は、Kantorowicz (Anm. 26) として公刊されている。この書簡や講演の意義については佐野誠『ヴェーバーとナチズムの間』(名古屋大学出版会、一九九三年)、一三三頁以下、特に一二八—一二九頁において検討が行われている。その際、佐野は、価値意識と事実認識の混濁という(マックス・ヴェーバー的)観点から検討を加えているのだが、しかし、本稿の理解では、このラートブルフが述べているのは、「価値の問題は事実還元され得ない」という新カント主義的・反法学的自然主義的態度の表明であって、カントロヴィッツを引き合いに出したのも、その意味であったと思われる。佐野においてはそれほど強調されていないが、カントロヴィッツは反自然主義者である(前掲注27および西村清貴「ヘルマン・カントロヴィッツの歴史法学批判」『法学志林』第一一四巻第四号、二〇一七年、所収)、九二—九三頁参照)。

(24) たゞ Albert S. Foulkes, *Gustav Radbruch in den ersten Jahrzehnten der Freiheitsbewegung*, in: *Arthur Kaufmann (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*, (1968) を参照。

(25) Radbruch (Anm. 4), S. 242. [邦訳：一二七頁]。なお、このような文章に続けて、ラートブルフは、歴史学派の民族精神論は密かに価値に関する考察を導入していると述べているが、本文でも見るように結局のところ、ラートブルフがサヴィニーについて法実証主義者そのものではないとしても、法実証主義の確立に大きく貢献したと見ていることは疑いがないと思われる。

(26) Radbruch, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 1. Aufl., (1914), auch, in: *GRGA*, Bd. 2, S. 25-24. [グスタフ・ラートブルフ、上田健二訳『法哲学綱要(一九一四年)(上・下)』(『同法社法学』第十二一巻第五号、第十二一巻第六号)、第六一巻第五号—一三頁]。

- (37) Radbruch (Anm. 4), S. 246. [邦訳：一三三頁]。
- (38) Radbruch, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, (1948), auch in: GRGA, Bd. 3, S. 178 ff. [邦訳：グスタフ・ラートブルフ、上田健二訳『法哲学入門（一九四八年）（上・下）』（『同志社法学』第160巻第四号、第160巻第五号、二〇〇八年、所収、第六〇巻第五号二頁以下）]。
- (39) Hermann Kantorowicz, *Die Epochen der Rechtswissenschaft*, in: Die Tat 6, (1914).
- (40) Radbruch (Anm. 38), S. 189-190. [邦訳：第六〇巻第五号一三三—一四頁]。
- (41) Eugen Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, (1913). [邦訳：エールリッヒ、河上倫逸／M・フープリヒト訳『法社会学の基礎理論』（みすめ書房、一九八四年）]。以下ではGRGAと略す。
- (42) 1907年12月Okko Berends, *Von der Freiheitsbewegung zum konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenken*, in: Ralf Dreier/Wolfgang Sellert (Hrsg.), *Recht und Justiz im "Dritten Reich"*, (1989), S. 45-46 [邦訳：オットー・ヤーレンツ、陶久利彦／伊藤剛訳『自由法運動から具体的秩序・形態化思考への歩み』（青井秀夫／陶久利彦編『ドイツ法理論との対話』（東北大学出版会、二〇〇八年）、所収、二〇三頁）の見解には賛同できない。ヤーレンツは、ここで、自由法運動、とりわけエールリッヒはサヴィニーをもっぱら概念法学という戯画として描き出しているが、実際は、エールリッヒはサヴィニーのロマン主義的側面を受け継いだのだ、とする。しかし、本文で見たように、むしろ、エールリッヒには、サヴィニーには法社会学の祖という側面があると高く評価している部分がある。
- (43) Georg Beseler, *Volksrecht und Juristenrecht*, (1843), S. 109 f.
- (44) Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. 1, (1840), S. 34-38. [邦訳：サヴィニー、小橋一郎訳『現代ローマ法体系第一巻』（成文堂、一九九三年）、五七一—五九頁]。
- (45) Ebenda, S. 14-17. [邦訳：四一—四三頁]。
- (46) GSR, S. 374 [邦訳：四五六頁], Beseler (Anm. 43), S. 109.
- (47) Schröder (Anm. 20), S. 247-249. ヤン・シントラー、高橋雅人／三原泉／西村清貴訳『一八世紀以降のドイツにおける法理論・法律家養成・法実務の関係』（曾根威彦・榎澤能生編『法実務、法理論、基礎法学の再定位』（日本評論社、二〇〇九年）、七—九頁。

49 Paul Laband, *Besprechung von Alfredo Bartolomei, Diritto pubblico e teoria della conoscenza*, 1903, (1905), in: *ders., Abhandlungen, Beiträge, Reden und Rezensionen*, Teil 2, (1980), S. 367 ff. 1907年ハンニタテン法学の流れを促すバル・ラー

バントは社会学的方法と法学的的方法の相違に言及し、法学的的方法は形式的な論理にもっぱら従事し、国家という存在およびその作用が有する基礎および真の内容を等閑視しているという非難に対し、本書評の対象であるバルトロメイの口を借りつつ、以下のように応じている。すなわち、「社会学的方法の主張者は現実 *Wirklichkeit* を描写することを褒め称えるが、しかし著者「バルトロメイ」は以下のように応じる。「現実とはなにか?」。事物の学問的認識は常にただ、事物の個々の性質と関係につき、学問的概念を形成する区別と抽象化によってのみ可能である。「……」現実においては、諸事物や諸現象の間にはいかなる区別も存在しない。すなわち現実はいくつかつ対目的には統一的形式において形成するという意味で、学問は「現実に対する」主人であり、技芸である。社会学においては、現実の再生産において「真実」が存在するという妄想 *Wahn* が、精神は世界の鏡像であり、この鏡像において現実が反映されているという妄想が支配している。このような思考方法は現代の認識論によってとくに反駁されており、克服されている。そしてこのことは法と国家にもあてはまる。法とは、ただ、形式、すなわち込み入った、そして様々な形態の社会的諸関係の覆いであり、あらゆる内容から独立して取り扱われ得ることがまさに形式が有する性質である。「……」法や国家という概念や、あらゆるそのほかの公法上のカテゴリーが社会学者に委ねられたとしても、社会学者もまた法や国家を、それらが現実においていかにあるか、そして全社会的現象の有機体においていかに生きているかを定義することはできず、社会学者もまた「法や国家の」個々の側面の抽象化を越え出ることはいかならう。というのはあらゆる概念は常に抽象化と孤立化の結果であるからである。概念は特定の観点から、そして特定の学問が追究する目的に従って獲得される」。直接的な影響とまでいえるかどうかはともかく、ここでラーバントはカント的認識論を前提としていられるが、このような学問観から見れば、実証主義的方法はサヴィニーやその後継者にとって、かなり素朴な議論と見えたであろう。

(48) このように捉えた場合、ラートブルフにとって、前掲注5で見たような、裁判官は実定法を尊重するべきだ、という意味での法実証主義の由来はどこにあるのかという問題が発生する。この点について、カントロヴィッツやエールリッヒは、サヴィニーに求めている(すなわち、サヴィニーは法を事実として把握するという意味でも、実定法を重視するという意味でも法実証主義の祖であることとなる)が、ラートブルフは、このような考えをむしろモンテスキューに求めているようにも見える (Radbruch (Ann. 38), S. 193 「邦訳第16」巻第五号一七頁)。

(49) 三島淑臣『新版 法思想史』(青林書院、一九九三年)、三一八頁および三一頁注一は、実証主義的な学問観を法学に適用し、形而上学を法学から追放する考え、すなわちヴィアッカのいう法律学的自然主義に対応する思想を法実証主義と呼んでいる。それゆえ、三島においてはラートブルフの議論を法実証主義との緊張関係に置くことが可能となっている(前掲三四三—三四六頁)。しかし、三

島が(上記のように理解された)法実証主義を代表する立場として(一般的にイメージされるころの)概念法学を想定している(前掲三二七頁)のは、本稿の観点からすれば不適切であろう。この点について加藤(前掲注26)、二四八頁はラレンツの議論を踏まえて、より慎重な検討を行っている。

(50) 青井秀夫『法理学講義』(有斐閣、二〇〇七年)、二〇四頁以下。ただし、おそらく青井が大きく依拠していると思われるラレンツほどには、青井においては(法)実証主義と概念法学のあいだに厳密な境界画定が行われているわけではないように思われる。

(51) 戒能ほか(前掲注1)の用語法については前掲注9ですでに触れたが、笹倉(前掲注1)、二〇四頁以下についても、このことは基本的に当てはまる。笹倉は法実証主義を、「実定法(制定法ないし制定法の個々の規定、の根底を成すと考えられている法秩序)に対象を限定して、法概念や法の構造、法の機能を実証的に(評価や提言と切り離して)考察する法学の傾向である」と説明している。

「実証的」という言葉が用いられていることからすると、一見、法律学的自然主義が想定されているように思われるが、この立場については特に取り上げられておらず、もっぱら学問的実証主義、あるいは制定法実証主義に相当する立場が紹介されている。笹倉におけるラートブルフに対する誤読の原因は、このような法実証主義概念に対する分析にあるのだろう。

(52) ここで、本稿の主題からいくらか離れるが、筆者の旧著である西村清貴『近代ドイツの法と国制』(成文堂、二〇一七年)に対する海老原明夫氏による書評『法制史研究68』(二〇一九年、三〇九頁以下)で行われた批判について、本稿に関連する限りで触れておきたい。海老原氏によれば、旧著の最大の問題は、筆者(西村)が(法)実証主義の概念を無造作、無批判に用いていることだとされる。海老原氏の批判を簡単にまとめれば、旧著においては、法実証主義という言葉が複数の意味、類型で用いられているが、それらが整理されていない、ということが問題のようである。具体的には(1)ゲルバーやラーバントの学問的立場を指すための用語法で、「いわゆる実証主義国法学」を指すもの、(2)国家権力全能論を意味するもの、(3)法を事実に戻元する立場を指すもの、(4)旧著の本論では用いられていないが、法学方法論として、法学の独立性を表す立場を指すものである。まず、(1)について海老原氏は、旧著においては「実証主義国法学は実証主義とはいえない」という主張が繰り返されることとなり、禰問答のように難解であり、西村は、この言葉は一切用いず、単にゲルバーやラーバントの立場というべきであったとする。ここで、実証主義国法学という言葉を使うべきではなかった、というのはいかしたならその通りなのかかもしれない。しかし、これが、禰問答といわれるほど難解なものであるのかは、筆者には十分には了解できない。本稿もまた、シュレーダーの議論を取り上げる際に、「学問的実証主義は実証主義とはいえない」という、旧著の主張とかなりの程度重なる議論を取り上げたか、このシュレーダーの議論に賛同するかどうかはともかくとして、別段、この主張は、禰問答というほど難解なものではないように思う。ここで述べられているのは「実証主義」という枠組みでは、学問的実証主義およびその内実である歴史法学は捉えられない、というだけの話である。(2)、(3)、(4)については、相互の関係が明確にされていない、と

りわけ、法の独立性を志向する立場は一般に実証主義といわれるのだから、これと第三類型の意味の実証主義の関係が不明確で、議論が錯綜としている、と批判されている。しかし、実証主義という言葉は、それぞれの論者がそれぞれの意味で用いている、と考えれば、このような錯綜は生じないのではないだろうか。旧著において、実証主義という言葉が様々な意味で用いられているのは、単に、ドイツ法思想史において、様々な論者が様々な意味で実証主義という言葉を用いていることの反映である。実証主義という言葉が旧著で用いられる場合、それがどのような意味で用いられているかは、基本的には特定できるように用いているはずである。とりわけ、海老原氏は、第三類型の法実証主義と法学の独立性を志向するという意味での実証主義の関係が不明確である、としているが、第三類型については、従来の研究でいうところの法律学的自然主義にあたる、と旧著一九三頁注二〇で明示しており、これが、法学の独立性を志向する立場と重ならないのは了解できるはずであると思われる。もちろん、この、直接には相互に重なっていない実証主義の概念が、論者によっては結び付くこともあるし（旧著で見たように、ギールケは、法学の独立性の強調は、第三類型の実証主義を招きかねないと批判した）、結び付かないこともあるが（ラートブルフは、第三類型の意味の実証主義と法学の独立性という意味での実証主義を対抗的に理解する）。実証主義という言葉になにか共通の意味が存在すると考えるのであれば、旧著の議論は錯綜しているかもしれないが、それぞれ直接的には重ならない立場だ、と考えれば、さほど錯綜していないのではないだろうか。とはいえ、そのことが十分に明示されていないことが問題だ、といわれるのであれば、その通りなのかもしれない。本稿の目的の一つは、このような問題を、いくらか解消するところにある。