

法社会学の基礎づけをめぐって (一)

——エールリッヒ対ケルゼンの論争——

訳者 竹 下 賢
今 井 弘 道

訳者はしがき

一九一三年、エールリッヒ (Eugen Ehrlich, 1862-1922) は、『法の社会学の基礎づけ』(Grundlegung der Soziologie des Rechts, München und Leipzig) と題する大著を公けにした。当時、彼はオーストリア・ハンガリア帝国に属するブコウィナ地方にある「チェルノウィツ大学において、ローマ法の正教授を勤めており、すでに自由法学派の代表者の一人として、また「生ける法」の主唱者として知られていたのである。これより二年後、つまり第一次世界大戦勃発後の一九一五年、当時ウィーン大学において国法学及び法哲学の私講師であったケルゼン (Hans Kelsen, 1881-1973) は、エールリッヒのこの著作を徹底的に批判した書評「法社会学の二つの基礎づけ」(Eine Grundlegung der Rechtssoziologie, Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, Bd. 39, Seite 839-876) を著したのであった。(因みに「開戦後間もなく、チェルノウィツはロシア軍により占領され、エールリッヒはウィーンへと戦火を逃れ、そこで慎しやかな年金生活を送ったと言われている。右の大著の刊行当時から一転してこのような逆境に陥った彼に対して、ケルゼンの批判が現れたのである。)

法社会学の基礎づけをめぐって

エールリッヒに對するケルゼンのこのような批判の書がケルゼンの學說史上において占める位置は、おおよそ次のようなものであらう。彼は、すでに一九一〇年の『國法学の主要問題』(Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtsatz, Tübingen) において規範學的方法と因果科學的方法との峻別を説き、右の著作からの拔萃たる『法律學的方法と社會學的方法との限界について』(Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, Tübingen, 1911) を出版して、この理論を要約的に明らかにしている。そして、このような峻別理論は、十年余り後に、『社會學的国家概念と法律學的国家概念』(Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht, Tübingen, 1922) に於いて一つの結果を見るのである。ところが彼は、この二つの著作の中間の時期に、『法社會學について二つの批判論文を書くところ』(Zur Soziologie des Rechts, Kritische Betrachtungen, Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, Bd. 34, Seite 601-614) に於いて、カントロウィツ及びコーンフェルトの法社會學說への批判であり、他は、すでに述べた一九一五年のエールリッヒへの批判であつた。これら二つの批判の書において、ケルゼンは當時の法社會學についての見解を吟味批判しながら、同時に法社會學についての独自の基本的見解を提示しているのである。従つて、これらの書は、ケルゼンの法社會學の原点を知る上で重要なものと言ひ得るであらう。

以下で訳出するのは、エールリッヒに對するケルゼンの書評、さらにこれに続くエールリッヒの「反論」(Entgegnung, Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, Bd. 41, 1916, Seite 844-849) ケルゼンの「再批評」(Replik, a. a. O., Seite 850-853) エールリッヒの「再反論」(Replik, Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, Bd. 42, 1916, Seite 609-610) 及びケルゼンの「結語」(Schlußwort, a. a. O., Seite 611) である。

この論争の一方の當事者たるエールリッヒが、自由法學の代表者であり同時に法社會學の創設者とも呼ばれるのに対して、他方のケルゼンは、後に純粹法學の創始者とされ、また独自の法社會學を構築した者であるとすれば、法社會學の基礎づけをめぐつて両者の間に展開された論争が、法學史上極めて重要であり、かつ興味あるものであることに疑ひは有り得ない。ここでは法學史上

の意義はさておき、この論争において最も主要なる一つ論点を採り上げ、これに簡単に解説を加えることによって、この論争における法哲学上の理論的な側面を明らかにしておきたい。

ケルゼンは書評の〔I〕においてエールリッヒ批判の主要な論点について述べているが、ここで最も重要なものは、ケルゼンの周知の方法二元論に立脚した議論である。彼はおおよそ次のように言う。法については二つの全く異った考察方法が可能である。一つは価値的考察方法であり、この方法によれば対象としての法は規範あるいは、当為規則として構成され、法学は規範的法学となる。他は因果的説明的考察方法であって、これによれば対象たる法は社会的現実の一部としての存在規則として構成され、法学は法社会学となる。つまり、前者にとっては人が為すべきことを規定する規範が問題なのであり、後者にとっては人が事実上為していることを言明する規則が問題なのである。二つの異った方法にはそれぞれ二つの異った対象が対応するというわけである。しかるにエールリッヒは、法社会学を帰納的な観察科学として捉えているにも拘らず、自ら法社会学の対象が当為規則であると主張するのである。かくして、これに対してケルゼンは彼の立場からして当然ながら方法混淆主義という非難を浴びせるのである。

これに関する論争について言えば、両者が当為規則という言葉の下で考えている意味内容が異っていることは明白であろう。エールリッヒは、社会生活において人々が単に事実上それに従っているだけの規則であるに留まらず、人々がそれに従うべきであると考えてもいる規則を念頭において、その規則が存在規則ではなくて当為規則であると主張している。これに対して、ケルゼンにとってはそのような規則はいずれにせよ存在規則に他ならない。規則が物理的な事実に即して把握されようとして心理的な事実に即して把握されようと、いずれにせよ存在の領域に属する規則であることには変わりがないのである。彼にとって当為規則たる規範とは、認識の客観的な形式であり、彼の謂ゆる「思考上のもの」である。つまり、これは、一定の事実を法的な事実として認識する為の前提なのである。

このような見解を基礎にして、ケルゼンは、以下の論争において度々、論理的関係と時間的關係との区別を強調する。つまり、法的認識にとって規範とはその認識を論理的に可能ならしめる為の先験的な前提であり、法的認識に論理的に先行するものである。

これに對して、法的認識の對象としての一定の事實は、これもまた法的認識にとって確かに先行しているものではあるが、しかし、事實としての認識行為に事實上時間的に先行するに過ぎない。そして、ケルゼンは、エールリッヒが行う、法的認識にとっての事實上の先行關係の探究だけでは、法規範の規範論理的な構造を説明し得ない、と批判するのである。

ところで、このような論点において、法は「存在」か「當為」かという問題が浮かび上がる。現代においては、この問題がこのように二者択一的に設定されることは稀である。法哲学において大勢は、法規範の存在的(事實的)側面と當為的(規範的)側面の兩者を認める方向にある。そして、前者は法規範の「実効性」を中心にして、後者はその「妥当性」を中心にして把握され、さらに問題の重点は「実効性」と「妥当性」との関連如何ということに移されているのである。しかし、現在でも、この問題に對して統一的な了解を得るにたる解答が与えられているとは言ひ難いであらう。現代的な問題設定の下で考えるなら、エールリッヒが探究しようとしたのは実効的な法状態であつて、彼はこれを探究することを通じて法の生成の構造を説明しようとしたように思える。このような彼の实効性論には若干の疑問点があることは確かである。その主要なものは次のようなことであらう。第一に、法規則を他の社会規則から區別するメルクマールを彼は強制にではなく法に固有の規範感情なるものに求めているが、そのようなものはメルクマールとしては不十分であるということである。第二に、法の規範的な妥当性が法服従者の規範感情の實在と誤つて等置されているが故に、規範感情に即して把握される存在する法、つまりある法が、同時にあるべき法であるという独断に陥っており、法の实効性と妥当性との連関を説明し得ないということである。

次にケルゼンを問題にするなら、まず留意すべきことは、以下の書評からも明らかな如く、彼が法社会学の存立の意義を決して否定するものではないということである。彼にとって法社会学の課題は、法規範の前提の下で、その規範の生成の原因及び実効化の過程を因果的に説明することにある。このことからすれば、ケルゼンの法社会学はその課題に關してエールリッヒの法社会学と十分に重なり合うのである。さらに近時、ケルゼンは法の实効性が妥当の条件であると説くに至っている。これによれば、あるべき法を問題にする法の妥当性についての理論と密接に連関したかたちで、それどころかその理論に不可欠であるが故にその枠内に納

められるものとして、ある法についての理論、即ち法の実効性論を展開することも可能になるのである。このように考えれば、エールリッヒの法社会学は、ケルゼンにとっても單純に排斥されるべきものではなからう。ただやはり、エールリッヒの議論において見られる、すでに述べたようなある法があるべき法とする独断は、ケルゼンにとって拒否すべき最も核心的な部分として残るのである。

さらに言えば、このようなケルゼンの批判は、エールリッヒの理論のより深きところに向っているように思える。法形成における裁判官の法創造の役割を強調するところの自由法学は、エールリッヒの法社会学における「生ける法」についての理論の出発点であって、彼にとって、「生ける法」を対象とする法社会学とは法曹教育の教材でもあった。このことには一つのイデオロギーが潜んでいる。つまりそれは、現実の実効的な法を探究して民衆の要求を見出し、これを熟慮して法曹法を形成すること、これこそが法曹に課せられるべき課題なのだ、という主張を掲げるものである。このような法曹主導型の民主主義イデオロギーが、エールリッヒの自由法学及び法社会学の底流にあったことは否定し得ないであらう。

ケルゼンはすでに一九一二年に、自由法学の一方の旗頭たるカントロウィッツに対する批判において、次のように述べている。「古い見解と自由法学的見解との対立は、実際には、法適用の基礎になるものに関しては存し得ず、明らかに法産出の基礎になるものに関して存するに相違ない。問題は法政策的・立法的なものである。問われているのは、法律による広範囲にわたる拘束があるいは裁判官の自由（勿論、法律に許容された限りでの考量の自由）か、ということである。この疑問は決して法律学的なものではないのであって、それに対する解答は、究極的には世界観の全体を挙げてそこからみ取り出され得るのである」(Zur Soziologie des Rechts, aa.O., S. 607)。ケルゼンが、エールリッヒの法社会学を方法混淆主義であるとして執拗に攻撃するのは、とりわけ右の引用文を顧慮すれば、彼が、すでに述べたエールリッヒ（つまり自由法学のもう一方の旗頭としての）の法社会学の底流を十分に承知していたからだとも思わせるのである。まさに、ケルゼンによるエールリッヒ批判は、その最も核心的な部分において、科学（ここでは法社会学）の名の下に主張されるイデオロギーへの批判であつたのではなからうか。

凡 例

- 一、「訳者はしがき」は竹下が担当し、訳文の文体は今井の責任において統一した。翻訳の内容については両者に責任があることは勿論である。
- 二、訳文における「」内の言葉は、邦訳の理解を容易ならしめる為に、訳者がその判断に基づいて挿入したものである。
- 三、訳文における——は、原文に附されたもの他に、訳者が邦訳の便宜上挿入したものも含んでいる。
- 四、原文における《》は訳文では「」を用いて示し、ゲシュペルトされた部分は訳文に傍点を付して示した。
- 五、原文において註はそれが付された頁に挿入されているが、訳文では章の終りにまとめて訳出した。
- 六、基本的用語については、用語間の区別を明らかにする為に原則的に統一した訳語を用いた。訳語自体について主なものを選び、*Rechtssatz* に「法命題」、*speziell* に「特種的」、*Verhalten* に「行態」という訳語をそれぞれあてた。

一、法社会学の二つの基礎づけ

〔I〕

ハンス・ケルゼン

最近、いわゆる「社会学的」法学が、ますます顯著に前面に現われ出てきているが、その指導者であり創始者でもある学者の一人が、一冊の大著を公けにした。その表題はこの新たな学問の基礎づけを行うということを告知しているのであり、人々が緊張感を孕んだ期待と大きな希望とをもってかかる試みへひきつけられるのも、全くもってもったもなことである。というのは、いま

までに法学を全面的に改革しようという無数の試みが行われてきたり、「社会学」という旗印の下に、時代遅れで非学問的な法律学に対して数多くの、ときには非常に熱情のこもった攻撃が行われてきたりしたのであるが、それらのすべてには学問的基礎が全く欠落していたのであった。そしてその欠落のゆえに、「社会学」という共通のスローガンの背後に、一つの明確で確固たる目標を追求する統一的努力が実際に存しているのかどうかということが、真剣に疑われざるをえない、といった有様だったからである。ところで、そもそもこの基礎を構築する能力をそなえ、且それに適任な人が誰かいるとすれば、それは疑いもなくオイゲン・エールリッヒその人である。二十年以上も前から、法学の為のかかる闘争において、才氣にあふれ生き生きとしたレトリックで人の心を奪ってきたその著作は、常に指導的であり進むべき方向を示してきたのであって、強力な支持者層を形成してきたのである。法学を対象及び方法との関連において根本的に異なる二つの方向へと分岐せしめんとする基本的な対立は、法現象をその下に服せしめようと考えられる二つの考察の仕方から生じる。「その考察の仕方の一方によれば」法は規範、即ち特種な当為規則としての当為の一定の形式と看做されうるのであり、それに対応して、法学は、倫理学あるいは論理学と同様に、規範的及び演繹的な価値学として構成されうる。しかし、「もう一方の考察の仕方にあつては」法を社会的現実の一部として把握しようという試みが、即ち、その規則性が帰納的な仕方では捉えられ、因果的に説明される、そのような事実あるいは過程として把握しようという試みがなされる。後者「の考察の仕方」においては、法は一定の人間の行態の存在規則であり、法学とは自然科学という範型に従つて研究する現実科学なのである。かかるものとしての現実科学がまた社会科学でもあるのかどうか、またどの程度そうであるのかということとは、成程そのことによつてはまだなんら語られてはいない。しかしながら、共同生活における人間の一定の同種の行態を言明する規則に社会的なるものという性格が認められる限り、そのような「社会的な」規則、法生活の規則、あるいは法規則を探究しようとする努力している学問は、社会科学、あるいは——そう言いたければ——社会学と呼ばれてよい。そのような社会学が理論的に可能であり、人間の共同生活を説明するために望ましいものであるということについては、さし当って疑うつもりはない。法の社会学が可能なのかどうか、どの程度に可能であるのかということは、後になって探究されるであらう。いずれにしても、法の

社会学が、対象及び方法からいって、法学——事実上あること (was tatsächlich ist) を認識するのを課題にしているのではなくて、法律上何があるべきか (was von Rechts wegen sein soll) を認識することを課題にしているところの——とは、本質的に異なっている、ということはハッキリとさせておかねばならない。後者は、説明的な法学なのではなく評価的な、換言すれば規範的な法学なのである。学問的認識の一般的立場からすれば、一方あるいは他方のみが可能であり正当である、といったような意味において両学科の争いについて語ることができないのは勿論のことである。^⑨ただ両者の問題設定の方向を混同すること、規範的法律学の方法と説明的法社会学の方法との方法混淆主義だけは、断じて許容されてはならない。^⑩

かかる事情が存するのであるから、兩種の学問的認識方向を共通に法学とよび、かくして共通の対象を有するかの如き外見を惹き起こすことがなお有意義であるのかどうかということは、疑わしいといわねばならない。なぜなら、考察方向及び思维様式の相違——一方では存在、他方では当為——によって、客体の完全な相違もまた生じてしまっているからである。生起すべきであることを規定する規範の内容が、事実上生起することを言明する規則の内容と一致する場合でさえ、換言すれば慣習法以外には何も存在しないという場合でさえ、人間が何らかの関係において規則的に為していることと、法律上為すべきことは、やはりなお形式的に完全に異ったものと看做されねばならないのである。純粹に方法論的な観点からすれば、次の点については争いの余地はない。つまり、その総体が規範的法律学をなすことになるような、そのような種類の認識は、即ち法的義務及び権能についての判断、當為規則及び當為関係という意味における法規範についての判断は、単に存在に関わるにすぎない社会学的法学とは完全に異質なものでなくてはならないという点がそれである。「社会学的」法学は、ある人格或いはあるカテゴリーに属する諸人格が、法的に何に対していかなる条件の下で義務づけられあるいは権能を有しているのか、ということと言明するのでは決してなく、ただ一定の人間 (まさに「人格」という概念ですら一つの純粹に規範的な概念なのである) が、一定の前提の下で事実上どのようふるまうものであるかということと言明しうるだけである。社会学的法学の全認識は、現実認識、事実判断、即ち一定の規則的な過程の因果連関についての判断でのみあり得るのであり、例えば生物学、化学あるいは心理学にとって、善悪、正不正、義務及び

権能がありえず、ただ価値に無関係な事実及びその因果的結合のみが存するにすぎないのと同様に、「これは正しくあれば正しくない」、「それに対してある者は義務づけられており、それに対して権能をもつ」というような何らかの価値判断を含むことができないのである。

次の点はさしあたり未解決のままにしておいてよいであろう。即ち、純粹に因果的な、つまり考察者によって妥当なものとして前提された一定の規範（當為規則）と全く関係しない（相對的に）無前提な考察にとって、社会的現実のある断片が法あるいは法生活として他の種類の社会的現実から区別されるのかどうか、そしてそれはいかにしてなされるのか、換言すれば、法を人間の共同生活の特殊な種類の存在規則として捉え、それを社会的行態の他の規則から区別するという要請が実現されるのかどうか、またそれはいかにしてか、という問題がそれである。この問題の解決が社会学的法学の礎石をなすのでなければならぬということは明らかである。ここではただ以下のことだけを確認しておくにとどめよう。つまり、仮りにこの問題の解決が理論的に不可能だと証明された場合でも、またそのような場合だけでなく、法律学的判断を分析すればそのすべてが価値要素あるいは當為要素に出あうからというので、當為、規範、義務あるいは権能についての言明、要するに価値判断が、法律学的認識の本質として、法的なものを言明する判断に特殊なるもの（Spezifikum）として認められる場合でも、この規範的法律学とかの社会学の一特殊学科「つまり法社会学」とを一樣に法学と呼ぶのは、大いに誤解をまねくものである、ということ。勿論それだからといって、人間の規則的な社会的行態を一定の方向性を有するものとして探究し説明する学問の存在理由は、規範的法学がそうであるのと同様に、いささかも疑問とされるわけではない。たとえば、事実的な行態の一定の規則を「法」として他の社会的規則から区別し、かくして特殊な社会学としての法社会学に基礎を提供することに成功したとしても、法のかかる概念——社会的存在の一カテゴリーであるところの——は、法を規範として捉えそれ故に當為の一カテゴリーと看做されねばならないところの法の規範的概念とは、本質的に異なったものであることはやはり明白であろう。両者の概念の間に名称が同じであるということを正当化する何等かの関係が存するかどうかということは、さらに別の問題となろう。

エールリッヒの著作の重大なる欠陥と目されねばならないのは、彼による法社会学の基礎づけがそもそのものはじめから、価値考察と現実考察との明瞭且明晰な区別を欠いているということである。成程、エールリッヒは、従来の「実用的」法律学に対立するものとしての法社会学を、純粹に「理論的な」学問として確立せしめるべく望んでいるのだ、と言う。彼は誤れる法律学に非難を投げかけて、それが「抽象を行ふ演繹」なのだとする。「人間の精神には血の通わない觀念形象——それは抽象的であればある程、現実とのいかなる接触をも失ってしまうのである——を生むこと以上に高次の成果は存しないかのごとくに。そうすることによってそれは一切の眞の学問との鋭い矛盾に陥ることになる。眞の学問においては、事實の觀察、經驗の集積によつて事物の本質への我々の洞察を深めようとする帰納的方法が支配しているのであるから」(S. 9)。エールリッヒは明らかに、すべての学問は帰納的な手続のみをとりうるといふ素朴な見解を抱いており、演繹的な方法をもつた学問的認識の可能性を全く認めてはいないようである。また彼は「血の通わない」抽象化に対して反感を表明しているが、その際、いかなる認識も抽象化や概念——それは具體的な個別現象と比較すれば必ず「血の通わない」ものたらざるをえない——を断念することは決してできないということを忘れてしまっているかに思われる。しかし、「現実との接触」に關していうならば、それが不十分であるということとは、はじめから現実の説明たることを欲していない学問に対しては、非難とはなりえない。かかるスローガンの表現から明らかにするのは、法についての「学問 (Wissenschaft)」は帰納的及び因果説明的学科としてのみ可能である、という見解が抱かれているということである。法社会学がかかるものと考えられねばならぬことは疑う余地なきところであるし、その結果、規範的法律学と完全に対立することにならざるをえぬであろう。しかしながら、エールリッヒは彼の法社会学と従来の法律学との対立を「このような方向とは」全く異つた方向において探究している。(つまり、彼によれば、) 従来の法律学は法を誤つて「裁判所及びその他の(国家的)官庁の行動のための規則」と看做していたのであるが、これに対して、法社会学は「法を人間の一、般的な行動の規則」(S. 9)として把握するのであり、かくして初めて本来の「学問的、な法概念」をその認識の基礎に置くのである(S. 9)。と。規則という言葉は二義性——存在規則及び當為規則——をおびているのであるから、當然のことながら、エールリッヒがこの二義的な言葉をどのような意味で

とりあげているのかということが極めて重要となる。「それについて言えば、」その場合に彼は行為の規則とは「自明のことながら」(?) それに従って行為されるだけではなく、それに従って行為されるべきでもあるところの規則」(S⁷)であるという一般的な命題から出発しており、そのことによって彼は「存在規則と当為規則という」二つの意義について、「貫して混同してしまふのである。しかし、かかる命題は明らかに誤りである。なぜなら、因果説明的考察によって探究される規則は、あるべきことについては何らの情報も与えることのない存在規則に他ならないからである。生起すべきことが、因果説明的考察にとっては問題とならないのは明らかである。「例えば、」生物学者は、一定の生物が一定の条件の下でいかにふるまうべきか、その義務及び権利は何かということを確認しようとするのではなく、ひとえにそれがいかに規則的にふるまっているのかを探究しようとする。そして、社会学者は——まさに社会学が因果説明的存在科学である限りで——人間の行態の存在規則のみを追求しようのである。このような行為の規則は、生物学の規則や法則が当為についての説明を与えることがないのと同様に、当為についての説明を与えることはないのである。当為の規則、即ち規範に向けられているのは、根底的に異なった別の考察の仕方なのである。たしかに、古くから規則的に行なわれてきた行態を当為されたものとして定立する規範が存するかもしれない。汝の同胞が古くから規則的に行動して来た如くに行動せよ「という規範がそのようなものとして考えられる」。しかしながら、このような当為規則は何事をも説明しようとするものでなく、いかなる因果関係を発見しようとするものでもない。更に、このような規範が唯一に可能な規範であるわけでもない。しかるに、これが唯一可能な法規範であるところりたてて主張するとすれば、それがやはり正しくないことは明らかであろう。そのような内容をもつ法規範は存し得るであろうが、しかし、疑いもなく別の規範もまた存するのであるから。このように法の領域においては、存在規則と当為規則は、形式からいえば全く異っているが、しかし、内容からいえば両者は部分的に——それも現代においてはほんの最小の部分においてのみであるが——一致するのである。それとも、エールリッヒは、今日でも慣習法のみを妥当なものだと想定している、と真面目に主張しようとするのであろうか。

エールリッヒは彼の新たな「理論的」法社会学と従来の「実用的」法律学との間に対立があることを示そうとするのであるが、

その対立は、より詳細に探究するなら、決して原理的な意義をもつものではなく、それどころかそもそも「対立」などと呼ばれ得るものではない、ということが明らかとなる。これまではただ、一定のカテゴリーに属する人間、つまり裁判所あるいはその他の国家機関が行為する際に従ってきた規則だけが探究されてきた。しかし、法の社会学はすべての人間がそれに従って行為する規則を探究するのだ、とエールリッヒは言う。その際、エールリッヒはこの二つの場合において事実的行動の規則と行為すべしという當為の規則 (die Regel des Handelns) とを同一視しているのである。かくして我々は次のように考えざるをえぬことになる。つまり、根本的には、従来の法律学もまた社会学であつたのだが、ただそれは一般的社会学では決してなくて、特殊社会学、国家機関の社会学であつた、つまり、もし国家をその機関と同一視するとすれば、国家社会学であつたのだ、と。しかし、我々にとって必要なのは人間の「一般的な」行為の規則を示す法社会学なのである。このような人間の「一般的な」行為とは、人間の行為一般ではなく、人間の全く特殊な行為、一定の方向性をもつた行為でのみあり得るということは明らかである。というのは、まさに根拠づけられるべきものは、一般的社会学ではなく、法社会学だからである。エールリッヒが、人間の行為のこの特殊な方向性を爾余のすべての方向性から「法」としていかに区別しているかについては、後に探究されることになる。「人間の一般的な行態」というのは、明らかに、単に国家機関の行動のみが探究されるべきではないということの——極めて不適切な——表現であらう。しかし、エールリッヒが、彼の探究を国家機関を越え出た領域へと拡大するということによって、「裁判官用に仕立て上げられた」実用的考察と対立する学問的 (理論的) 考察を与えることになるのだと考えていることは、全く了解に苦しむところである。彼は、あたかもすべての人間の行為の為の規則と国家機関の行為のための規則との対立を、理論的 (学問的) ということと実用的ということとの対立、つまり因果的ということと規範的ということとの対立、存在と當為との対立と同一視しているかのごとくである。支配的法律学は国家機関が行為する際に従っている (それ故にエールリッヒのいう意味において行為すべきである) 規則を追求している、ということが正しいとするなら、その支配的法律学は、裁判所だけでなくすべての人間が行為する際に従っている規則を追求するエールリッヒの法社会学と同様に、理論的かつ学問的学科だ、ということになるであらう。まさにこのような「人間の

一般的な行為の規則」が決して単なる存在規則ではなく、同時に當為規則即ち規範でもある(ノ)のだから、なおさらのことである。このような「規則」は、「(エールリッヒにあっては)」「共同社会の各成員に共同体における彼の地位、上下の位階秩序の中で占める位置、及び彼の任務を割り当てている」(S. 18)と、この「秩序」と呼ばれ、従って又一貫して當為指図としても考えられている。それどころか、このような秩序のなかで「法的義務」が履行されるのだ、とさえいわれるのである。このような規則を示すことが「実用的」法学と対立するものとしての「学問的」法学の課題であり、それを獲得することが「理論的」法社会学の目標なのであって、従ってこのようなものとしての規則は理論的性格及び実用的性格を同時に有している(というのである)。

このようにして新たな学問の「基礎づけ」が始まる！

註

- ① 法的當為は、倫理的當為、美学的當為、論理的當為、文法的當為とならんで、多くの當為可能性(Soll-Möglichkeit)の一つとして存している。従って、法価値は絶対的価値と考えられうるのではなく、ただ相対的価値と考えられうるにすぎない。當為の概念は、まさしく——法学を顧慮にいれるならば——純粹に形式的な意味において把握されねばならないのである。このことを、ここでは「當為」を絶対的価値という実質の意味においてのみ理解する今日通例的に主張されている見解に対立させながら、強調しておく。法的當為の認識(制定ではなくて)は、法学の課題である(obliegen)。それは、この意味において規範的性格を有する。これについては拙著『国法学の主要問題』(Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, Tübingen, 1911, S. 3ff.)参照。

- ② 最近、ラートブルフ(Grundzüge der Rechtsphilosophie, Leipzig, 1914)は、リッケルトの学問体系に依拠しながら、法とそれ故に法学の概念とに對して、その位置を存在のカテゴリーと當為のカテゴリーとの中間に割り当て、という試みを行った。かかる「注目値する中間領域」(S. 38)は、「文化」の領域である、つまり法概念は文化概念であり、法学は文化科学である

「というのである」。ここではこのような見解と詳細なる対質を行うという機会をもつことはできない。しかし、このような見解が論理的には不可能であるということは、ラートブルフ自身の序論の叙述から既に明らかとなっている。「文化現象は、それが評価 (Beurteilung) (即ち価値づけ, Bewertung) の対象とされる限りで、それが価値あるいは反価値の可能的基体である限りで、存在、存在形象である」(S. 38)。このようにして、ラートブルフによれば、法もまたそれが正義価値にたいして基体として奉仕するという限りで、「存在、存在形象なのである」(S. 39)。だがしかし、彼自身、数ページ前で「すべての思考しうるもの根本的区分」として、実に正当にも、存在と当為のカテゴリ―(それにそれぞれ同義なものとして、現実・自然と価値・目的がある)をあげ、しかる後に次のように説明している。即ち、「所与」は、人がそれに対して「価値及び反価値にかかわらないままに、価値盲目的に接近していくならば」、存在の領域となるのであり、「それに対して価値づけつつ立ち向っていくならば、当為の領域、価値の領域等々へと秩序づけられるのである」と。そうだとすれば、「文化現象、法であるものとしての」存在形象はいかにして価値の基体になりうるであろうか。「根本的区分」についての説明によれば「存在形象は、考察が「価値盲目的」である限りでのみ、法であり、あるいはそれ以外の場合には文化現象でありうるのである。しかし、それにもかかわらず、ラートブルフによれば法はまさに文化現象として価値づけの客体であり、あるいは価値の基体なのである。ここには、論理的矛盾が明瞭にあらわれ出ている。何ものか (etwas) は、価値づけに関わるものとは本質的に異った考察方向においてのみ、存在しているものとして自らを呈示するのであるが、まさにその故に、存在しているものが価値づけられるということはありえないのである。矛盾は簡単に次のことに還元されうる。つまり――まさしくラートブルフ自身が言っているごとくに――存在のカテゴリ―と当為のカテゴリ―とは「すべての思考しうるものが根本的に区分されるということ」を、それも二つの互いに排除しあう概念へと区分しつくされるということを、示しているものであり、それ故に、存在するものとも当為されるものともみなされるべきではないようなもの、あるいは同時にその両方であるとみなされるべきであるようなものは考えることができない」ということに。

④ 拙稿「法の社会学について」(Zur Soziologie des Rechts, Archiv für Sozialwissenschaft, Bd. 34, S. 601 ff.) 参照。

〔Ⅱ〕

エールリッヒの『法の社会学の基礎づけ』のように全く無体系で、実際にはいくつかのエッセイを外面的にまとめたにすぎないような著作に対して体系的な批判を書くことは、容易なことではない。もっとも体系というものがいつでも長所であるというわけでは決してなく、厳密な構成を欠いていることが、時には——特に否定的・批判的作業においては——、読者にとってありがたい平易化をもたらすこともある。しかしながら、新たな学問の基礎づけにあたっては、計画にもとづいた構造をうち立てることを断念することはまず不可能であり、ましてや、最も重要な概念及び教説をしっかりと基礎がためするということは、それなくしてはまさに基礎について語られえないことになるのであるから、断じて放棄することはできないのである。だが残念なことに、エールリッヒの作業においては、このような方向からして望まれる一切のことが余計なことでとされてしまっている。この新刊批評においては、エールリッヒ自身の叙述を追うことはほとんど不可能である。というのは、このエールリッヒの叙述には、時折、内的連関が見失われていたり、たえまなく繰り返しが行われたり、重要な前提が特種問題のただ中で初めて論述されたり、主題とは本来何の関わりもない長い法史的な補説によって中断が行われたり、といった次第だからである。

法社会学とは帰納的な過程を通じて人間の一般的な行動の規則を獲得しなければならぬ学問である、というのがエールリッヒの見解であるが、それに関連して叙述全体の展開の際に用いられている基本概念及び主要問題を以下で分析してみよう。

エールリッヒの著作の最も重要な結論の一つは、法は法命題から成ると従来から常に信じられてきたのであるが、実はそうではない、という全くもって否定的な認識である。彼は、法が「法命題の総計」であると考えた誤った教説に対して、必ずしも十分に、且強い調子で異議を申し立てることはできていない（のであるが）。ところで、エールリッヒの議論を検討する前に、まず「法命題」という言葉の下で一般に何を理解することができるのか、ということについて確認しておこう。法命題とは、ある法的当為の言語的表現を意味するのであって、法規範と同一であるか、あるいは、事実上生起することの規則の言語的表現を意味するのであ

って、存在意味における法規則と同義であるか、そのいずれかである。「法命題」と「法規範」とを区別することは、たしかに當を得たことではないにしても、それでも、法規範ということで法に適った行態の命令 (Imperativ) ということだけが理解され、法命題ということで別の言語的形象、例えば一定の要件事実に不法効果を結びつけるという判断が理解されるとすれば、その区別が行われているわけである。そうだとすれば、法規範は法命題をもって定立されているということになる。「ところで」「法命題」及び「法規範」という言葉の一般的な言語慣用を文献的に示すためには、当のエールリッヒがその權威を十分に承認している一人の法律家から引用するのがおそらく望ましいことであろう。ギールケは、その『ドイツ私法論』(S. 113)において次のように述べている。「客観的法は……法命題の総体である。ところで、法命題とは明示的なものとなっている (gekennzeichnet) 共同体の確信に従って、自由な人間の意欲を外的に、無条件的な仕方で規定すべき規範のことである」。ギールケはかく法命題と法規範とを同一視しているのである。

ところで、エールリッヒは、原始時代には成程法及び法的關係は存したとしても、法命題は存しなかった、と主張する。最古の時代の法は自生的に成立した団体の「内部秩序」と同一である、と。「普遍的な法命題は、發展段階の比較的進んだところにおいても完全に欠けているのである」(S. 28)。ところで社会的な団体のこのような「内部秩序」とは何であらうか。それはやはり、すべての「秩序」と同様に、規範の総計であるか、或いは団体構成員の相互的行態についての一定の存在規則であるかのいずれかであり、後者の場合には、彼らの相互的行態の一定の規則性である、ということとは明らかである。社会学にとっては、秩序概念についての後者の意味がまさに基準となるものでなければならない、ということが推測されうるのである。さて、原始的団体のかかる「内部秩序」こそその法を意味するのであるが、その秩序についてエールリッヒは次のように言っている。「それが、有効な婚姻の前提及び効果、配偶者の相互的關係、両親の子供に対する關係、他の氏族構成員、家族構成員及び家族構成員の相互的關係を規定するのである」(S. 22)。と。このような「秩序」が社会学的存在規則と全く異なるものであることは勿論のことである。エールリッヒはそれを表明された當指図として描き出している。だが、法的關係を根拠づける指図であって「有効な」婚姻の前

提、子供に対する両親の關係等を「規定する」ところのこのような指図が、法規範あるいは法命題と異なるいかなるものであるのか、それも団体のすべての構成員に対して妥当する、普遍的な法命題といかに異なっているものであるのか、ということについては洞察されていない。エールリッヒ自身の言葉で語るなら、「有効な婚姻の前提及び効果を規定する」ところの「内部秩序」のかの構成部分は、それが個々の具体的婚姻に関わるのではなく、団体において「婚姻」として通用することを望むすべての結合に關係するが故に普遍的な婚姻法命題ではないのか。この団体においては、二人の人間の結合という具体的な要件事實は、それが団体の「秩序」に、それもその婚姻秩序に合致しているが故にのみ、そしてその限りでのみ、婚姻ではないのか。かの要件事實は、まさに婚姻秩序によって規定されているような法律効果をのみもたらすのではないのか。エールリッヒは、このような団体のうちに「契約法 (Vertragsrecht)」が存したであろう、と考えている。「かかる団体においては、」契約法は締結される契約の内容にのみ基づいている。契約についての普遍的な法命題は全く欠けており、ローマ法典及び現代の法典を満たしているすべての強制的、補充的及び解釈的規則は欠けているのである」(S. 23)。確かにそうである！ローマ法典及びドイツ民法典の法秩序は、「原始時代の種族における」法とはかなり異なったものである。しかし、原始時代においてAからBに与えられ、Bにより受け入れられた約束が、法的關係を根拠づけ法的作用 (Rechtswirkung) を伴う契約を意味すべきであるとするとすれば、少なくとも、そのような表明された意思の合致は拘束的なものたるべきであるという法命題が、妥当なものとして前提されるのでなければならぬ。さもないければ、それ以外のいかなる仕方でも義務及び権利について語り得るであろうか。しかし、事実的なものについての考察に限定するとすれば、そして、原始時代においても原始的団体の内部で継続的な両性の結合が行われたし、契約は事實上遵守された、という主張が、觀察素材に基づいて掲げられようとすれば、そのことによって確認されているのは、エールリッヒが社会学的学問的法概念を展開した場合の意味での法規則、つまり存在規則なのではないであろうか。存在意味における法規則という言葉の第二の意味において、普遍的な、即ち、団体の内部において普遍的な法命題の他に何らかのものが「そこに」存しているのであるか。エールリッヒは、「人間の行為の規則」を法の唯一の学問的概念として定義したのちに、前期ローマの国家法は法規則なき法であった

として次のように主張するのだが、そこには理解を可能にする余地は全く残されていない。「モムゼンがこの『ローマの国家法』という」タイトルの下に我々に与えているのは……ローマの国家機関がローマ帝国の存続中に実際に行つたことの記述である。モムゼンは成程こかしこで普遍的な法命題に到達してはいる。しかし、これらは、些少の例外はあるが、彼自身の知的作業の成果であり、彼によって事実から引き出されたものであつて、ローマにおいてそれらは決して事実に対する規則なのではなかつたのである」(S. 24)。あるいは又言っている。「タキトゥスは古代ゲルマン人の法的関係について我々に多くのことを述べている。しかしながら、一見して明らかになように、彼の報告は決して法命題を含んではおらず、ゲルマン人がふるまってきたことについての記載を含んでいるにすぎない」(S. 26)。それではそもそも、法を事実的な行態の規則であるとする「社会学的」法学にとって、ローマの国家機関が事実上行爲したことを描写するところの法以外のローマの国家法や、ゲルマン人が事実上行つたことを述べるところの法以外のドイツ法が存しうるのであろうか。法はこのような規則性、このような存在規則とはちがつた何か別のもののうちに存するのか。かかる規則こそ、まさしくエールリッヒが後で法律学の本来の対象としての「生ける」法と名づけたものではないのか。そして、このような法規則は事実から「引き出さ」れるのとはちがつたで引き出されるのか、そもそもこのような社会学的法規則は、同様に現実から抽象されうるにすぎないところの何らかの生物学的あるいは気象学的規則と異なつたものであるのか。しかし、おそらくエールリッヒは「法命題」という言葉の下で、為規則を理解しているのではないか。それどころか、彼はあらゆる存在規則が同時に當為規則である、と説明していたのではなかったか。エールリッヒは全く恣意的な用語法ながら、次のものを、つまり「個人を超越して存立してゐる権力 (Gewalt) から発し、個人に對し外部から課せられるところの、言語において、言い表わされた、確固たる法規則」(S. 23)を、「法命題」とよんでいる。彼が「ここでは「法規則」ということばで」(當為意味における) 他律的 (heteronom) 法規範を考へていることは明らかである。別の個所では彼はこんどは次のように考へている。「法命題とは、法律あるいは法書における、法的指図の、偶然的な、普遍的拘束力を有する言表である」(S. 29)、と。しかし、文章として示されねばならないということが、いつから法命題の本質となつたのか。そのような法命題は、無論最古の時代には存し

なかったし、今日でも法秩序がただそのような法命題だけから成るのでないことは勿論のことである。だが、エールリッヒが「法命題」という言葉の下で、普遍的拘束力を有する規範、即ち當為指図を理解しているのだとすれば、彼が、法は少なくとも部分的にはそのような法命題から成るとしているのは、決して理解しうるものではない。とすれば、法は部分的に存在規則であり、部分的に當為指図であるのか。そのようなことは、そもそも法の統一的概念が存すべきであるとするならば、やはり不可能である。彼が、「普遍的な」法命題はもとも存在しなかった(Ss. 23, 24)、存在したのは単に、個別的な団体の個々に様々な「内部」秩序だけにすぎない、という見解を抱いているかのような外見を呈することもしばしばある。しかしながら、かかる秩序といえども——そもそもそれが「秩序」であったとすれば——やはり団体の内部において普遍、妥当、あるいは普遍的な作用を及ぼす規則であつたはずである。法命題はまさしく限定された妥当範囲をもっていた。発展の経過につれてはじめて、法共同体、法圏が拡大されるのである。

エールリッヒは、法命題という概念を法規範、當為規則という意味に理解し、そうすることによって法的関係、法律行為等々が問題とされうるのは法規範あるいは法命題の前提の下においてのみである、と考える法曹の誤った見解に異議を唱えている。「拘束力を有する契約が締結される前に、拘束力を有する遺言が作成される以前に、契約あるいは遺言がそれに従うことによつて拘束力を有するものとなるゆえんの法命題が存していなければならないのだ、というように法曹たちが考えたとすれば(ここで法命題概念の意味に注目されたい)、その場合そのようにいうことによって、彼らは具体的なものに抽象的なものを先行させているのである」(S. 28)。かくして、エールリッヒに従えば法曹たちは論理的誤謬を犯している。「国家は国憲 (Staatsverfassung) 以前にあり、家族は家族秩序より古く、占有は所有権に先行したし、契約は契約法が存在する以前にも存したものであり、遺言でさえ、自然發生的に成立したところでは、遺言法をこえて古く以來で遡るのである」(S. 28)。この言葉の中で実際に犯されているほどのプリミティブな、時間的關係と論理的關係との混同というものは、ほとんど想像を絶するものである。およそ分別をそなえた人間であれば、法規範の方がそれによつて法律的な意味づけを与えられる事実よりも時間的に先行していなければならない、などと

は決して主張したことはないはずである。具体的事実が法的意義を持つべきであるとすれば、法規範が前提されるのでなければならぬのであるが、ただそれは論理的にのみ、そうなのである。それともエールリッヒは、何らかの存在事象が、例えば自分の死後に一定の対象についてそれをどのようにするかということについてなされた意思表示が、一定の法的作用を及ぼすべきであると看做されるということが、無前提に可能であると本当に信じているのであろうか。彼は、「法」及び「不法」といった性質や義務及び権能が、色や温度と同じように、存在事象に附着しているのだなどと真剣に考えているのであろうか。客観的な価値判断あるいは、意義判断 (Objektive Wert- oder Bedeutungsurteile) —— 法律学的判断もそれに含まれる —— が、現実の単なる観察によって可能であると信じているのであろうか。「契約」が外的世界における実在的存在事実であり、契約法命題がこのような事実を評価する者の思考における考察前提たる規範であるとするなら、契約法命題が「存在する」「以前に」「契約が存したなど」ということは、全くの無意味である。また表示された意思の一致ということを経験として、それに一定の義務を結びつける規範が、即ちその意思を表示する者の当為を定立する規範が前提されなくとも、「拘束力を有する」契約は存するのだ、即ち拘束力を有する契約が表象されうるのだ、などと主張することも無意味である。エールリッヒは、法曹に対して、輕蔑感をもって見下しながら「法は法命題から生じるのではなく、人間の関係から、婚姻、契約、遺言から生じるのである」と説き聞かせるのであるが、法学の先生「であるエールリッヒ」のもとで法規範と事実との間の論理的関係についてのかくも完全な誤解がみいだされるということは、ただただ人を啞然とさせずにはおかないのである。そもそも何びとかが他人に約束したことを履行するように法的に義務づけられているのは何故になのか、つまりその人が法律上 (von Rechts wegen) 一定の仕方であるというのは何故であるのか。当為判断の認識根拠に関するかかる問題は、時間的に先行する何らかの原因に関する問題ではないのだ。申し入れ、同意された約束が当為の、義務の条件と考えられるが故にのみ、そしてその限りでのみ、それは拘束力を有する契約なのである。そして、かかる当為はやはり—— 契約の事実と同じ様に—— 存在事実として知覚されうるというようなものではなく、また存在判断から推論されうるものでもない。ただ、一定の条件の下で一定の人が一定の仕方であるまうべきであると言明する命題を前提する場合にのみ、

つまり規範が前提とされる場合にのみ、私は義務を主張することができるようになり、そしてそれ故に拘束力ある契約を想定することができるようになるのである。このような自明のことが今更述せられねばならないとはどういふことなのであろうか。しかしエールリッヒが異論を唱えている、法命題と法的意味を有する事実との関係についての見解に対して、エールリッヒが、「社会的現象は、法学的に構成されることによって説明されるものではない」(S. 28)と強く力をこめて反論する時、錯綜はその頂点にまで達しているのである。勿論、社会的現象は法学的に構成されることによって説明されるわけではない。だが、法学が法命題と事実との論理的関係をもって「社会的現象」を「説明しよう」として全く道に迷ってしまったということがいつあったのか。

通例のごとく、「法命題」という言葉の下で普遍的に拘束力を有する法規範ということが理解されるならば、法的関係をそのような法命題の(論理的)前提なしに考えるということは論理的には不可能である。エールリッヒの用語法は勿論通常のものとは本質的にかき離れたものとなっている。エールリッヒの著作において、法命題という概念は——もつとも重要な認識はまさしくこの概念に関わるものである——、殆ど規範理論としてうけとることができる程に卓越した意義を有するのだが、その概念はここでは例えようもないほどに不明確で動揺したものとなっているのである。「法規範は法命題と混同されてはならない。法命題とは法律あるいは法書における法的指図の、偶然的な(?)、普遍的拘束力を有する言表である」(S. 28)ということが強調されている。勿論、法典あるいは法書に記された、つまり文書によって固定された法規範は、かなり進んだ発展段階においてはじめて存在するに至るものである。しかし、このことを誰か疑ったことがあるであらうか。原始時代にはいかなる法命題も存しないのだ、というエールリッヒの偉大なる発見は、このような瑣末なことに帰してしまふべきであるのか。我々はエールリッヒの著作のことを思ふ慮るが故にこのことを受容しようとは思わない。それにしても、法命題という言葉の下で、法典あるいは法書の文理的命題を理解するといふことはやはりできない。そのような概念は、そもそも如何なる解釈学的意義ももたないであらう。とするなら、エールリッヒのいう意味における「法命題」とは何なのか。法命題とは区別されねばならぬものとしての「法規範」とは、これに対し、全

く言語的表現を有してはいないとしても、ある一定の場合によつては全く小さな団体において支配的であるところの、行為において実現されている法的命令のことをいう」(930)。しかし、法規範は「法的命令」である。では何によつて「法的命令」は「法的指図」——法命題はそうよばれる——から区別されるのか。法的命令は、もしそれが法規範たるべきであるとすれば、行為において実現されているのでなければならぬ。だとすれば、法規範が遵守されていない——遵守されていないとは、まさしく行為において実現されていないということであるが——場合、それはいまだ法規範という性格を有するには至っていないのか。「言語的表現を有していなくとも」とはどういうことなのか。あらゆる法的命令、法的指図は言葉で表現されねばならないのではないのか。そもそも法的指図や法的命令が言葉によることなくしていかに伝えられるというのか。「そのようなことはありえない。」それ故にそれが法典や法書に書き記されねばならないわけではないということとは、自明のことなのである。法命題が「現実の実効的なものとなっているならば、法規範はまた法命題からも生じるのである」。どのように手をつくしてみても、この言葉からは何ごとをも表象することはできない。「あらゆる社会には、法命題よりはるかに多数の法規範が存している。というのは、同種のすべての関係のための法よりも個別的な関係のための法の方がはるかに多数存するからであり、また法を言葉で表現しようとする法曹の数よりも多く、法がその時代に意識にまでもたらされているからである」(930)。たしかにそうなのではあるが、しかし、法が規則であるとすれば、「法」が個別的な関係の為にあり、ということはいかにして可能であるのか。法が問題とされうるためには、法、共同体の内部におけるすべての同種の関係が規定されていなければならないのではないか。ところで、エールリッヒが普遍的法命題に對立させているところの団体の「内部秩序」が、団体の内部でのある一定の同種の関係が同じ仕方で規定されるということとはちがったことだとするならば、それは何を意味するのか。法命題から成るのではなく、法命題の存在以前に法であることを意味するところのかかる「内部秩序」について、とりわけ「それは有効な婚姻の前提及び効果を規定している」のだ、とエールリッヒは言っている。それは団体内で成立するただ一つの婚姻の前提及び効果を規定しているのか、それとも、あらゆる婚姻のそれを規定しているのか。ここでは「法」は「個別的な」関係に對して存するのか、それとも、「すべての同種の関係に對して」存している

のか。事実、エールリッヒ自身は別の個所(56)で、「社会内において個々に生じてくる事実が社会的事実なのではない。……普遍的なものとなつてはじめて、それは社会的秩序の構成部分であることが判明しうるのである」と述べているのである。法曹が意識しているより、法曹によって言葉で表現されているより、多くの法が存するが故に、法命題より多くの法規範がある、とエールリッヒは言っている。しかし、ここで突然法曹とどのような関係があるというのか。法的指図は、それが法曹でない者によって言葉で表現された場合には、法命題ではないのであろうか。誰にも意識されず、誰にも言葉で表現されない、より正しくいえば言葉での表現可能性をもたないような法が、ありうるのか。エールリッヒは22ページ及び29ページにおいて、法命題は言葉で表現されているが、法規範はそうではない、と説明したのであるが、135ページにおいては、他の規範に対する法規範の相違を次のように説明している。「他方では、法規範は他の規範とは異なつて、常に明確で確定された言葉で表現することが可能である。法規範はそのことによって、法規範に基礎をおく団体にその固定性(Festigkeit)を与えるのである……。道德や習俗、あるいは礼儀作法についての規範もまた、しばしばそれが一般的意識においてあるあり方から脱け出て、明確な言葉で表現されるや否や、法規範となるのである」と。そうだとすれば、エールリッヒの著作にとって基礎をなすところの、法命題と法規範との間の区別は、いったいどのように考えられるべきなのであろうか。更にまた、彼は39ページにおいて、「法命題」とは資格を与えられた(qualified)「法的指図」であると説明し、他の文脈においては、拘束力を有する法秩序は少なくとも部分的にはそのような「法命題」から成立しているのだと説明しているが、他方138ページでは、法命題の概念を形式的法律のそれと同一視し、自己自身を否定し、かくして一般的用語法を完全に逆転させてしまっているのである。即ちこうである。「法命題の形式のうちには、とりわけ法律の形式のうちには、きわめて様々な内容が含まれうる。それ故にいかなる規範的内容をもたず、拘束力を有さぬ法律内容をもつ法命題、形式的意味における法律というものが存するのである」と。だとするなら、エールリッヒの「法命題」という言葉の下では、何が表象されるべきなのか。ここでは、あらゆる批判が不可能なものになってしまっているのである。エールリッヒが、自らの体系にとって基礎をなすこの概念をもてあそび、跳びまわっているさまは、実に例えようもない有様である。彼は30ページにお

いては、法規範が「普遍的に」妥当する、あるいは「同種の関係」に対して妥当する法命題とは対立的な、個別的关系に対する法であると言うかと思えば、もう次のページでは「規範」を「抽象的な命令及び禁止」として定義し、さらに全く理解に苦しむところであるが、規範の本質に属するのは、それが人間の共同生活に関わるということであり、それ故に言語の規則、趣味又は健康の規則は決して規範ではない、と主張するといった有様なのである。

エールリッヒの言葉通りにとって、最初に唯一に「学問的」とされた法についての概念規定、つまり法とは「人間の行為の規則」及び「秩序」であるという概念規定を受け容れるならば、法とは、即ちあらゆる法秩序とは、規則の総体でなければならぬことになる。しかし、彼は68ページでは「法とは、法命題から成るのではなく、法的制度(R. *Rechtsinrichtung*)のうち、存するのである」ということを請け合っている。ところで、ある一定の立場からすれば、法は法命題、即ち法的規則(当為意味における、あるいは存在意味における)から成るとされうるのであり、一般に行われている用語法に従えば、内容的に一個同一の目的に関わっている法命題の総計がまさに「法的制度」(R. *Rechtsinrichtung* oder *Rechtsinstitut*)という言葉において理解されるものに他ならない、というその限りにおいて、法は同時に法的制度に存する、とされうるのである。エールリッヒは「法的制度(R. *einrichtungen*)」として、国家、教会、村落団体、家族、所有、相続を挙げている。これらすべての概念が同一の意味で法的制度(R. *institut*)というカテゴリーの下に包摂されるかどうかは、未解決のままに残されている。所有、家族、契約、相続は疑いもなく法的制度(R. *einrichtungen*)である。しかし、エールリッヒはこれらの「法的制度(R. *einrichtungen*)」という言葉の下で何を表象しているのであろうか。これは(考察者の立場から見ても)外的世界における物理的あるいは心理的事実あるいは事象であるか、あるいは、そのような事実あるいは事象に、一定の前提された規範に基づいて考察者により賦与される何らかの意味(Bedeutungen)であるかのいずれかである。

エールリッヒは、明らかに規範的法概念を念頭におきながら、「法及び法的関係は思考上のもの(ein gedankliches Ding)であり、それは把握可能で、感覚的に知覚可能な現実の中に生きているのではなく、人間の頭の中で生きていのである」(S. 68)と述

べているのだが、これは全くもって正当である。ただし、まさに現実には単に物體的な現実、即ち外的感覚により知覚可能なものであるのだが、これは全くもって正当である。ただし、まさに現実には単に物體的な現実、即ち内的感覚により知覚可能なものでもある。しかし、法及び法的關係は、外界（觀察者の立場からして）におけるかかる心理的、實在なものではない、ということは明らかである。さもなければ、法律学は心理学の特殊領域だということになるであろう。「しかるに、」この事實は不法であるとか、Aはそのことを義務づけられているとか主張するということは、外界（言明する者にとつての）における物體的事實を言明しているのも心理的事實を言明しているのもなく、また何らかの一定の心的作用が外界において働いたと言っているのでもない。Aは何らかのことを義務づけられている、といったとしても、彼がそのことを考えているわけでも、あるいはそれを感じているわけでもなく、あるいは意志しているわけでもない。

実にそのことによつて言明されているのは、存在ではなく、つまり（外界における）物體的存在でも心的存在でもなく、當為なのである。即ち、何らかの精神的あるいは物體的事實は、當為の内容として、言明している者によつて妥当なものとして前提されて、規範の内容として、主張されているのである。法は感覺的に知覚可能なものではなく、思考上のものなのである、という命題は、他ならぬそのことを意味するのである。さらにエールリッヒは、「法につづいての觀念 (Vorstellung) を心に抱っている人間が存しないとするなら、いかなる法も存しないことになるであろう」と続けているのだが、このこともまた、まさしく、思考する人間が存しないとするならば、いかなる思考も存しないことになるであろうといった意味においては正当である。この思考というのは、法の本質の認識にとつて重要性をもたない心理的事實であるのは勿論のことである。しかし、エールリッヒが以下で示す文章において、彼がたった今主張してきたことと正反對のことを言うとは、何という謎であろうか。彼はまさしく、法とは感覺的に知覚可能なものを何一つ内容とすることのない觀念である、と言っていた。ところが今度は、「しかしどこにおいてあれそうであるが、ここでもやはり我々の觀念は、我々が把握可能な、感覺的に知覚可能な現実から取り出すところの材料から形成されているのである、」と言うのである。何をかいわんや。そしてさらに次のように言う。「それら（我々の觀念）には、常に我々の觀察した事實がその基礎にある。そのような事實は、そもそも人間の頭脳に法及び法的關係についての考えがくすかに現われは

じめるより前に、現存していなければならぬ。我々の観念の「基礎に」事実があるとはどういうことか。事実についての観念もあれば、いかなる事実をも内容としない観念もまた存する。善悪の観念は何ら事実ではないし、行為とは、善いとか悪いとかいう概念と結びつけられる事実なのである。もし法が事実であったり、あるいは法の概念が事実からの抽象であるとするなら、法は決して単なる「思考上のもの」ではないということになるであらう。そのような場合には、さらにそれは感覚的に知覚可能なもの、観察可能なものだということになる。

「そして現代においても、我々が法及び法的関係を問題となしうる以前に、いずれにせよ一定の事実が存していなければならないのである」。ある事実についての法と法的関係とが言明されている限りで、即ち法的規範に対する事実の關係が言明されている限りで、そのことは正当であるかも知れない。しかし、法規範は同時にそれ自体において法であり、具体的事実との關係がなくとも法なのである。しかも法や法的關係は決して事実なのではない。というのは、事実が規範に即ち客観的価値に關連せしめられない限り、より厳密に言えば何らかの事実が存在の形式においてではなく、當為の形式において考えられることがない限り、まさにこの存在として所与のものである事實は、それ自体としては価値と無關係であり、意義をもたないのである。それ故にエールリッヒが、「かくしてここに（つまり事實のうちに）法の生産現場が求められるべきである」と主張するとすれば、それはただ根本的な誤りであるといふにとどまらず、数行前に受け容れられた、しかし完全に明瞭には理解することのできない見解と、真向から対立さえもするのである。そして、完全に錯綜したこのような議論の成果としてエールリッヒが定式化するところによれば、「法学の第一の問題とは、いかなる事實的制度 (sachliche Einrichtungen) が歴史的発展の展開につれて法的關係となるか、またどのような社会的経過をへてそうなるのか、というものである」。このような問は、かかる形式においては、それが無意味であるが故にそもそも解答不可能である。というのは、事実性に向けられた考察にとっては、まさしく常に事実、現実のみが存するのであつて、いかなる価値も存しないからである。まさに価値は、現実に向けられている認識とは異なつた認識方向に対して与えられているものであるから、「現実に向けられた」かの認識にとっては、いかなる発展をへたとしても、現実からは価値は生じえない。一定の當為表象、實在心理的事実としての規範がいかにして成立するのか、そして場合によ

つては、一定の集団に属する一定の時代の人間が事実上一定の仕方では価値評価を行う、従って特殊的には法的に価値評価を行うということが、いかなる原因によって生ぜしめられるのか。このような疑問を——自らにとってもっとも重要な対象として——投げかけるのは、法及び不法、義務及び権能についての認識、つまり価値評価的認識であるとされねばならない法学ではなく、現実の知覚可能な所与にのみ、事実についての説明的社会心理学なのである。このような社会学は価値と関わるのではなく、人間の価値評、価行為(Wertung)に関わるのであり、価値評、価的、な学問ではなく、価値説明的な学問なのである。この価値説明的な学問にとっては、法とはとりわけ、妥当なものとして前提された規範や客観的価値ではなく、事実的な——それ自体では価値無関係的な——過程なのであり、規則性において把握されるべき、人間の一定の精神的及び身体的行態なのである。その対象は、厳密に考えれば、法ではなく、法についての思惟、感情あるいは意欲なのであり、人間が法について考え、この考えを抱いてふるまうところのことなのである。そのような考察の仕方は、これは合法である、あるいは不法である、即ちこれはあるべきである、あるいはあるべきでない、という判断に導かれることはなく、常にただ、これが考えられ行われるという判断、即ち、これがある、あるいはあつたという判断に導かれるにすぎない。そのような社会学的考察による認識は、生物学のそれと同様に没、価値的(wertfrei)である。法学(規範的意味における)に対するそのような社会学の差異は、教義学的な倫理学に対する人間の道徳觀念の自然史の差異、あるいは神学に対する宗教史の差異に等しい。エールリッヒの度し難き混乱は、まさに彼がこのような二つの考察の仕方を分離することをわきまえず、彼が解明的(ekphrastic)考察という社会学的存在説明を目指しながらも、くりかえし、規範的、法概念に、学問的価値評価の立場にしがみついている、ということに由来しているのである。

註

- ④ 「法規範」及び「法命題」の概念の他に、エールリッヒはさらに「裁決規範」の概念を区別して、「社会を規則づけ、秩序を与え、規定しているところの法の構成部分を単なる裁決規範から区別するということ」を、社会学的法学の第一の、最重要な課

題であるとしている (S. 33)。私に与えられている紙幅を考慮するなら、残念ながら、エールリッヒの著作の中のかかる「社会学的法学の第一の、最重要な課題」に解答を与えている部分に立ち入った分析を行うということを断念しなければならない。それは諸々の矛盾がもつれあつてできた糸玉のようなものであるが、私はここではそのいちばん粗雑なところを注釈つきで呈示してみようと思う。エールリッヒによれば、裁決規範とは、法的侵害によってひき起された法的紛争に判決が下される場合に依拠されるところの規範のことなのであるが、この裁決規範は人間が行為する場合に事実上一般的にそれに従っているところの、社会の中にはたらいでいる生ける法規則 (die in der Gesellschaft wirkenden lebendigen Rechtsregel) とはきわめて鋭く対立しているものである (S. 33)。しかしながら、裁決規範 (S. 98) は、裁判所——これはともかくも、法社会学にとって特種の意義を有するものではあつても、人間の社会のまさしく重要な構成部分をなしているのである——が行為する場合にそれに従うべき規則であるというだけではなくて、裁判所が事実上も規則的にそれに従つて行為しているところの規則なのである。エールリッヒにあつては、かかる社会学的に重要な規則性は事実上裁判所との関連では認められていない。裁判所によつて、もつとも強力な強制装置に支えられつつ適用される規則は、エールリッヒによれば、いかなる生ける現実をあらわすものでもないのである。——「生ける」法規則と「単なる」裁決規範との間にある基本的な対立を具体的に示すために、エールリッヒは次のように述べている。「その地域においては、夫が妻の財産を無制限に処分しようということが規則とされておれば、この家族においては、そのように行われたのかどうか (生ける法規則) ということに関わりなく、夫によつて行われた妻の財産に対する処分は、妻を拘束するものとして処理される (即ち裁決規範) のである」 (S. 300)。その地域において規則に適用ものと矛盾するものが、ある具体的な家族の中では「法」たりうるといふことがいかにして可能であるのか、ということとは「一概には否定的に答えることはできず」問題として残るであらう。しかし裁決規範、即ちエールリッヒ自身の前提に従えば、大きな範域において働いている規則 (或いは別の例によれば「その地方において、普遍的に慣行的であるところのもの」 (was im Lande allgemein üblich ist))「それ故にもはや「単なる裁決規則」でないもの」が、社会に事実上秩序を与えている生ける規則と対立し

ているのだ、とされていることは理解しがたいところである。同様に、生ける法規則と対立するものとして特徴づけられる「単なる」裁決規範が、裁判官によって「あらゆる法的紛争に際して、団体の内部秩序から」「法の事実」から、即ち、あらゆる裁決規範が「第一義的にそれに立脚している」ところの行為の生ける規則という意味における法秩序から引き出されるべきであるという主張(§ 98)も、理解しがたいところである。裁決規範とは「常に内部秩序以上のもの、内部秩序とは異なるもの」(§ 98)である、というのは、裁決規範によって調停される紛争関係は、平和的關係ではないのであるから、という説明をエールリッヒが行っているところがあるが、それは明らかに上で述べられたことは矛盾している。さらにエールリッヒは、裁決規範においては「生ける秩序が前提されているのではなく、死せる秩序をめぐる法的紛争が前提されている」(§ 102)という説明を行っているのであるが、これは対立を全く逆転させてしまうことを意味する。なぜなら、彼はもととは、「侵害された行為の規則として存する」秩序を生ける規則として裁決規範に對置したのにもかかわらず、今や彼は侵害された行為の規則を(エールリッヒ自身他の文脈においては無視することのできる例外として扱おうとしているにすぎない個々の侵害の故に)死せる秩序だと特徴づけているからである。エールリッヒは、本来の法規則は「創造的に」、即ち個々人の自由なる発見によって成立せしめられる——あらゆる法規範は結局はこのようにして成立するのである——とすることによって、裁決規範——因みにいっておけば、それは完全に根拠づけられたものではないのだが——をこの本来の法規則に對立するものとして特徴づけているのであるが、それにもかかわらず、彼は別の個所では、自由なる発見は「恣意や自由裁量に従って導出されるべきではなく、普遍的原理から導出されるべきである」(§ 98)と説明しているのである。ある時は裁決規範とは、エールリッヒにあっては、不法効果あるいは損害賠償義務の種類及び程度を規定する規範なのであり、またある時は彼は、具体的な要件事実が法命題のうちに含まれている概念の下に帰するのかどうか(例えば、ある対象が「従物」であるかどうか)の決定が、裁決規範を根拠として行われるのである、と説明している。前者の場合によれば、あらゆる(法的)概念規定が裁決規範であるということになる。後者の場合には彼は、「抽象的な」裁決規範と對立する「具体的な」裁決規範について語っているのである。このとき彼は、大抵の「法

命題」が「裁決規範」から成立してきたものであり、「裁決規範」は、ここにおいては、法命題という「抽象的なもの」に先行する「具体的なもの」であるのだ、という主張を、重要な社会学的認識として提示しているのである。「以上の」かかる吟味によって、エールリッヒの『基礎づけ』において大きな役割を果たしている裁決規範、「という概念」から確たる表象をいささかなりともつくり出すということは、全くもって不可能であるという主張は、十分に正当化されるであろう。

(未完)