

# 自由法論の思想史的背景

— H・カントロヴィッツの自由法論の思想史的  
位置づけのための研究序説 —

坂 東 義 雄

Background of H. Kantorowicz's Freirechtslehre in  
A History of Thought

Yoshio BANDO

(1982年10月15日受理)

## 目 次

1. はじめに
2. 自由法論の意義
3. 自由法論の周辺とカントロヴィッツの立場
4. カントロヴィッツの自由法論とその哲学的基礎
5. むすび

## 1. は じ め に

今世紀の初頭以降、法学史上注目すべき著作を発表して活躍したドイツの法学者H・カントロヴィッツ (Hermann von Kantorowicz, 1877-1940) の法理論を貫き、それを特色づけているものは、まず一つには、自由法思想である。そして、彼の自由法論の精神的・哲学的基礎をなしているものは、相対主義的色彩の濃いドイツ新カント派、なかでもとりわけ西南ドイツ学派の精神である<sup>1)</sup>。ことに西南ドイツ学派によって樹立された認識批判および科学方法論の影響は、カントロヴィッツの精神に強く刻印されている。そしてそれらは、彼の法理論、ことにその法学方法論に、はっきり反映しているのを認めることができるのである。もちろん言うまでもなく、西南ドイツ学派の認識批判や科学方法論は、19世紀前半期からの自然科学の発展にともなって時代の精神を強く支配していた経験主義的な実証主義や唯物論に対抗して、19世紀末期から現われてきたところのものであった。

自由法論とならんで、彼の法理論のもう一つの特徴は、法学における社会学的方法の重視である。カントロヴィッツは、ドイツにおける法社会学の形成期に、その樹立の必要性を強調した法学者の一人であった。彼の社会学への関心は、つねに法学との強い結びつきのなかで維持されたところに、その大きな特色があるといえよう。

さて、小論は、上のようなカントロヴィッツの法理論における諸特徴のうち、とくにその自由法論について、それがどのような思想史的な背景のもとで形成されるに至ったのか、の問題に焦点を

あて、これを中心として考察しようとするものである。本来、このような目的をもつ考察は、彼の思想の背景にあって、直接、間接に彼の思想の形成にあずかった精神的諸傾向——法的なものだけではなく、広く、政治的・経済的・文化的なそれらの総体——を精緻に検討し、それらと彼の思想の精神的基礎との共通性と相違性とを明示的に剔出することが適切になされなければならないであろう。また、当然に、自由法論の諸傾向についても観察し、しかる後、カントロヴィッツのそれが、それらの諸傾向とどのような関係に立っているのかを究明することは、考察の目的からするならば、小論に課せられた重要な課題でもあると思われる。だが、カントロヴィッツの自由法論の法思想史的位置づけを明らかにしようとする重要でかつ困難がともなり研究にとっての序説的な意味をもつ小論では、かかる問題に対するささやかな試論的考察を提示するにとどまる。

#### 註

- 1) vgl. Thomas Würtenberger, Vorwort des Herausgebers, (im H. Kantorowicz, Rechtswissenschaft und Soziologie, Herausgegeben von Thomas Würtenberger, 1962) S. 1.

## 2. 自由法論の意義

論述を進めるのに先だって、われわれが自由法論について一定の共通認識をもつことは必要かつ有効であろう。もっとも、それぞれに多面的な個性をそなえた自由法論の諸傾向を一つにまとめることは難しいが、これを敢えて行いならば、自由法論を主張する人々は、概略つぎのようにそれを説明している、ということができるであろう。

すなわち、国家の制定法は人間によって作られる。ところが人間の能力には限界があるから、将来において起り得る一切の事件を完全にもれなく、かつまた矛盾なく解決することができる法規を作成することは不可能である。また、たとえそのような法規を作ることが可能であるとしても、法規の固定性と社会の流動性のために、法規範と現実社会の矛盾は避けることができないであろう。それゆえ、国家の制定法は、考え得る一切の法的问题を解決することができないことは言うまでもない。つまり、制定法にはいわゆる法の欠缺は不可避である。このような避けることができない法の欠缺を概念と形式論理の技術的な操作によって解決しようとする試みは、まさに死んだ概念や論理によって生きた現実生活を規定することにほかならない。法の欠缺は裁判官の法創造によって補充されねばならない。この点においてかつての概念法学は非難されるべきである、と。

ラートブルフ (Gustav Radbruch) も言う。法の欠缺を承認すること、そしてこの法の欠缺の内部での裁判官の法の創造的任務を承認すること、これが自由法運動 (Freirechtsbewegung) の真意であるのだ、と<sup>1)</sup>。だから自由法運動は、よくその反対者がそう非難するように、法学から一切の概念と論理を排除しようとするものでも、また、法律を無視する権限を裁判官に与えようとするものでもないのである。だからこの運動は、むしろ「判決と法律との調和」を求めたのであり、いかなる判決も法律から論理的に導きだせるのだということのみを否定したのにすぎないのだ、と<sup>2)</sup>。

また、小論がのちに光をあてようとするカントロヴィッツの場合も、自由法論は、裁判官が「立

法や学問」(Gesetzgebung und Wissenschaft)を無視して、その自由な裁量に従って、あるいはその恣意によって、法律事件に判決を下す権利があるのだと信じたり、またそのような権利を与えようとする学説ではないのだ、ということを取り返し強調している<sup>3)</sup>。カントロヴィッツの初期における自由法論が、とかく「法律に反して」(contra legem)裁判官が法創造をなし、判決を下すことができるのだと理解され、悪評を蒙ることがあったことと考え合わせて、彼の自由法論の考察にとって興味のあることである。カントロヴィッツは言う。「これ(裁判官が法律に反して判決することができるという考え—引用者註)が自由法学者の学説だ、と事情を知らない人々によってしばしばかんがえられがちだが、このような学説は、一度も、何処でも主張されたためしはない」<sup>4)</sup>、と。

さて、われわれはごく大雑把ではあるが、自由法論の概略、その最大公約数を俯瞰した。ところが、そこにはまだ概念法学に対する否定的態度しか盛り込まれていないことに気がつくのである。法の欠缺をどのようにして補充しようとするのか、また「自由法」の発見のための方法はどうか、といった積極的、創造的な主張は、上にみた自由法論のスケッチからは見出せない。

この点についてラートブルフは、「法律の無欠缺性と裁判官の判決の価値判断からの自由とに反対するというこの否定的態度をとる点では、自由法運動のいろいろな傾向は相互に一致している。これに対し、創造的な欠缺補充の方法に関しては、これらの傾向はそれぞれ相異なる定式化をとるにいたった<sup>5)</sup>」と述べている。

ところで、自由法論におけるこの欠缺補充の方法こそが、それぞれの自由法論を正当に評価し、法学と法思想史の流れのなかにそれらを正しく位置づけるためのカギであろうと思われる。なぜなら、法の欠缺補充の方法の定式化のなかにこそ、それぞれの自由法論者の思想が、論者の自覚の有無とは独立して、如実に反映せざるを得ないと思われるからである。それでは、小論が法思想史の流れのなかに位置づけようとするカントロヴィッツの自由法論——とくに法の欠缺補充の方法、自由法の発見と創造の方法——の具体的内容はどのようなものであるか。これについては、筆者がすでに明らかにした別の論稿に委ねたい<sup>6)</sup>。

## 註

- 1) Gustav Radbruch, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, 1947, SS. 80f. 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巻所収, 158頁参照。
- 2) *ibid.*, 野田・阿南訳, 同前。また、ラートブルフは同じところで、つぎのように述べている。「自由法運動は裁判官に対して何も新しい権利を与えようとしたのではなく、裁判官がみずからそう白状したり、恐らくは意識したりすることはあるまいが、彼が平生行ってきたところを、すなわち、裁判官自身の力で法律を補充してこれを助けることを彼に意識させようとしたのである。」さらにラートブルフは、「法の創造としての法学」(*Rechtswissenschaft als Rechtsschöpfung*, *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, Bd. 22, 1906)と題する別の論文で、「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、今日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。」と述べている。ラートブルフ「法の創造としての法学」, 田村五郎訳『概念法学への挑戦』67頁。
- 3) vgl. H. Kantorowicz, *Aus der Vorgeschichte der Freirechtslehre*, 1925. (im H. Kantorowicz,

Rechtswissenschaft und Soziologie, Herausgegeben von Thomas Würtenberger, 1962) (以下, Vorgeschichteと略す) SS. 43, 44. H. Kantorowicz, Rechtswissenschaft und Soziologie, 1911, S. 11.

4) Kantorowicz, Vorgeschichte, S. 43.

5) Radbruch, op. cit., S. 81. 野田・阿南訳, 158頁。

6) ただ、この点にひとこと言及するならば、一般に自由法論が、しばしば、伝統的法律学の法原理に対する消極的・破壊的側面の強調に終始しているとして非難されるのに対して、カントロヴィッツの自由法論は、法の欠缺補充の方法の積極的提示などをおして、積極的・建設的側面の理論化を試みている点に特色があるとされている。カントロヴィッツは法を二種の形式法と四種の自由法の諸形態に分類し、これらの法の適用における優先序列の問題を明らかにするとともに (H. Kantorowicz, Legal Science — A Summary of its Methodology, in Columbia Law Review, Vol. 28, 1928. pp. 692f. (以下, Legal Science と略す), 法の欠缺の問題に関しても、これを「法文上の欠缺」(textual gaps)と「実質上の欠缺」(material gaps)の二つの形態に分析し、それぞれの場合における法の欠缺補充の方法を提示している (cf. idid., pp. 699ff.) のである。この点の詳細は、拙稿「カントロヴィッツの法理論——法概念を中心として——」、『同志社法学』第117号所収、とくに86頁以下参照。

### 3. 自由法論の周辺とカントロヴィッツの立場

つぎに、ここで、自由法論の周辺に位置する諸々の法思想、敢えて言えば、直接的、間接的に自由法論と関連をもった法思想の諸傾向について観察し、その後、カントロヴィッツの自由法論における思想が、それらの周辺のさまざまな傾向をもった諸思想とどのような関係に立っているのか——その共通性と相違性——を少しく検討することにしてしよう。

さて、自由法論の潮流は、サヴィニー (Friedrich Karl von Savigny) を偉大な祖としヴィントシャイト (Bernhard Windscheid) によってその頂点に達した近代ドイツの伝統的法律学 (パンデクテン法学, 概念法学的傾向をもった実証主義的法律学) に対する反動の兆しのなかにその源流をもっている。そして、このような伝統的法律学に対する反発は、かつての、封建勢力との妥協のもとに維持されてきたドイツ近代市民社会の法律学が、市民社会の資本主義的自己発展 (資本の本源的蓄積) の結果、その生産関係、社会関係に変動をきたし、それらのあいだの矛盾が顕在化するとともに、ながらく伝統的法律学のもとで圧迫されてきた諸階層によって、はじめのうちは用心深くささやかに、のちには一大運動として華々しくひきおこされたのであった。それだけに、だから、ヴィーアッカー (F. Wieacker) が正しくも指摘しているように、パンデクテン法学に対する諸々の反流は、「深いイデオロギー的起源」をもっていたのである<sup>1)</sup>。まさに、それゆえ、当時の伝統的法律学に対する抵抗は、生活に根ざした深刻な社会的要請であったといっても過言ではない。同時に、それらの諸反流は、ただ、パンデクテン法学における概念法学的方法を非難する点でのみ一致していたにすぎないという性格のものであったことも事実である<sup>2)</sup>。

さて、パンデクテン法学に対する反撃を目指した新しい法学の諸傾向のうち、最初にとりあげなければならないのは、マルクス (K. Marx), エンゲルス (F. Engels) にその源流を求めることができる社会主義的な立場からの批判であろう。19世紀のドイツ、ことに三月革命以後のドイツにおいては、資本主義の発展と歩調をあわせて、飛躍的に労働運動が進展した。またこのような背景

のなかから、いち早く労働者をはじめとする無産者大衆および農民は、伝統的法律学が彼ら大衆を封建的にも束縛こそすれ、自己の利益の保護とは無縁のものであることを自覚したのであった。このような時代的雰囲気の中にあつて、若き法学徒マルクスは、ベルリン大学在学中に、当時ローマ法の最高の権威者であるとともに支配的なパンデクテン法学の誉れ高き第一人者であつたサヴィニーの講筵に列している。そしてのち、マルクスはサヴィニーの法学方法論に対して鋭い批判を展開することとなつたのである。サヴィニーの法学方法論に対するマルクスの批判は、サヴィニーのカント的観念論、形式と内容、当為と存在とを分離する方法二元主義という、まさに、サヴィニーの学問の根本にかかわるものであつた。マルクスのことばで示せばこうである。「まずはじめにきたのが私がお情けにそうよんだところの法の形而上学です。つまりあらゆる現実的な法やどのような現実的な法形式とも切り離された原則、省察、概念規定であつて、これはちょうどフィヒテにみられるようなものですが、ただ私の場合にはもっと当世風で無内容というだけです。そのさい数学的教条主義の非学問的形式がほんとうのことを把むのにはじめから妨げになっていました<sup>3)</sup>」。このようにマルクスのサヴィニー批判は、同時に、当時の支配的な伝統的法律学そのものへの批判であり、その科学的性質と存在意義そのものへの疑念であつた。このようにいうマルクスにとっては、法律学はむしろ、実在そのものを把握する学問でなければならなかつたのである。

このような社会主義的な立場からの批判について、ヴィーアッカーはつぎのようにとらえている。「マルクス (Marx) からブルードン (Proudhon) を経てメンガー (Menger) に至る社会主義的批判は、経済的唯物主義の立場より出発し、真の倫理的情熱をもって、通説的私法の理想主義的形式主義と個人主義との両者を、攻撃した。<sup>4)</sup>」と。

つぎに、反流の第二は、イエーリング (Rudolf von Jhering) による功利主義的・目的論的な立場からの批判である。もちろん、イエーリングの功利主義が、ベンサムと同一の精神的系譜にあることは言うまでもなからう。伝統的なパンデクテン法学の中で育ち、偉大なローマ法学者でもあつたイエーリングは、のちに法学の方法において転向し、現実生活や実際効果から遊離した概念と形式論理の操作による法学の在り方に批判を投げかけ、自由な法の創造さえ容認するに至つたのである。「ベンサム (Bentham) よりイエーリング (Jhering) に至る個人主義的功利主義は、通説的法学の潜在的理想主義と概念実在主義とに対して、批判を加えたが、この批判のうちに、時代精神が、もっとも卒直にあらわれていた<sup>5)</sup>」とし、また、「経済的自由主義をとっている点では、後期啓蒙主義の支脈は、この功利主義の方向と一致していた<sup>6)</sup>」とヴィーアッカーは言う。伝統的な法律学における法解釈の方法を全面的に否定するのではないが、まさに「経済的自由主義」の下で法規の目的論的解釈の方法を導入した利益法学、とくにその創唱者であつたヘック (P. Heck) の立場は、上の立場と軌を一にするものであろう。この点については、「利益法学の人びとは、イエーリングの概念法学への攻撃を直接引きついでいるのである。<sup>7)</sup>」という指摘もみられる。

第三は、新ヘーゲル主義によるパンデクテン法学批判である。ギールケ (O. Gierke)、コーラー (J. Kohler)、ベロルツハイマー (F. Berolzheimer) をその代表者として数えることができよう。自

由主義にたいする批判という点においては、社会主義的批判と一致するが、一方、「理想主義的歴史哲学および国民主義的＝官憲国家的パトス<sup>8)</sup>」という点において、それと対立していた、と評されている。この立場は、自由法論としてはもっとも急進的な立場を代表している。

つぎに、新カント学派の法学者たちも、カントの方法二元論を法学の分野に徹底させようとした点において、伝統的法律学の改革を目指すものであったといえる。ことに前述したように、西南ドイツ学派によって樹立された科学方法論は、法学方法論に大きな影響をあたえた。この学派を生んだヴィンデルバンド (W. Windelband)、リッケルト (H. Rickert) に大きな影響を受けたラートブルフやカントロヴィッツは、この学派はもとより新カント学派全体のなかにあっても、代表的な自由法論の主張者となった。また、ラートブルフは、シュタムラーが法学方法論とりわけ認識批判を通して伝統的法律学の方法に批判の目を向けた事実への注意を喚起しているのである<sup>9)</sup>。

最後に、社会学的方法を法学へ導入することを主張し、法社会学への道を開いた人達がいたことを忘れることができない。この立場の人びとは、法の欠缺を補充する素材を社会の現実に求めていったのである。

さて、上にみたように、直接、間接に自由法論を生みだすことになった、伝統的法律学への諸々の批判的な思想は、それぞれ異なる精神的基礎にもとづいている。そしてそれらが、また相互に関連しあい、あるいは反発しあっていたのをわれわれは理解することができる。なおまた、それらの精神的諸基礎は、それぞれ、現実社会における諸勢力に担われていたのであったことは、当然のことながら念頭に置いておかなければならないであろう。それゆえ、すでに述べたように、上のそれぞれの精神的諸基礎を媒介として生みだされていた法学方法論は、その諸精神の担い手たる諸勢力の社会的、法的要請であったといえよう。

さて、それでは、われわれが法思想史のなかに位置づけようとしているカントロヴィッツは、上にみた諸精神のどれと関連をもち、また、どれと反発しているのでしょうか<sup>10)</sup>。

結論からいえば、イエーリングの個人主義的功利主義・目的論的立場、新カント学派、および社会学の立場と強い関連性を有し、社会主義的な立場とは強く反発している。カントロヴィッツの唯物論批判は、感情的なまでの様子をわれわれに感じさせる<sup>11)</sup>。残る一つ、新ヘーゲル主義との関連性については判断がむづかしい一面がある。なぜなら、彼の初期の自由法論の主張においては、自由法の種類を二つの主要形態に分ち、その一つを共同体法 (Gemeinschaftsrecht)<sup>12)</sup>としたからである。だが、結論だけを打ち出そうとするこの部分では、個人主義を攻撃する新ヘーゲル主義の精神は、カントロヴィッツのものとはなり得なかったと言い得るであろう。

さて、われわれは、イエーリング以降のドイツにおいて、統合されてこそいなかったが、中断なく連綿とつづいていた自由法論が、カントロヴィッツによって一つの運動として統一される過程を一瞥しておこう。

利益法学派に限らず、一般に自由法学者は好んでイエーリングをその始祖としたがる、といわれている<sup>13)</sup>。カントロヴィッツもイエーリングを自由法論の先駆者とみなしている。いわく。「その後

(イエーリングの時代以降—引用者註) ドイツで、また外国で、自由法学の意味で達成されてきたことのすべては、イエーリングの支配的影響下にある。<sup>14)</sup>』と。ラートブルフの場合にも、この点の認識はまた同様である<sup>15)</sup>。

周知のようにイエーリングは、はじめは歴史法学、とくにプフタの思想の影響を受けつつローマ法の研究をつづけていた。ところがしだいに、当時のローマ法学が徒らに実益のない「法律的構成」に終始していることに気づき、これを非難するに至った。『法学戯論』(Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, 1885)において、彼は、当時のローマ法学を「概念法学」と揶揄し、法学者があまりにも概念と形式論理にとらわれて、生きた現実生活を無視していることを指摘した。法学者は徒らに「法的概念天国」(Juristischer Begriffshimmel)に安住している、と言って非難したのはあまりにも有名である。

こうして自由法論の思想的基礎が確立されたのち、ドイツにおいては、オットー・ベール(O. Bähr), ウィルヘルム・エンデマン(W. Endemann), ハインリッヒ・デルンブルク(H. Dernburg), オスカー・ビュロー(O. Bülow), ヨーゼフ・ウンガー(J. Unger), ヨーゼフ・コーラー(J. Kohler), ジークフリート・シュロツスマン(S. Schloßmann)などがイエーリングの影響の下に自由法論を展開した<sup>16)</sup>。

さて、「自由法運動(Freirechtliche Bewegung)という名称とそれまではまだ結びついていなかった個々の発言を一つの統一ある運動に統合したものは一つの小冊子の成果<sup>17)</sup>」であった。そして、それこそまさに、カントロヴィッツがグナエウス・フラヴィウス(Gnaeus Flavius)の匿名で世に出した『法学のための闘い』であった。1906年のことである。

カントロヴィッツは、この著作において、それまでは無名であった伝統的法律学にたいする活発な抵抗運動を「自由信仰運動の名にならって自由法運動<sup>18)</sup>」と名づけるとともに、「この著作が、法学の解放闘争のために、スコラ学の最後の防壁への突撃のために、新たな戦士を獲得できれば幸いである。<sup>19)</sup>』と自由法運動の闘争を高らかに「宣言」したのであった。

それから約20年たった1925年の論文で、カントロヴィッツは自由法学の歴史を述べるにあたって、「今日、われわれが取り扱おうとしている法学史(自由法学史—引用者註)の対象は、今日でもなお焦眉のものである<sup>20)</sup>』と述べている。そして、その理由として彼は次のように主張する。「けだし自由法学は、ドイツの法学の発展において、もっとも新しい段階(jüngste Phase)を支配しているものであり、われわれはやっとその緒についたばかりであるのだから<sup>21)</sup>』と。そして彼によれば、学問的「運動」としての自由法学は、二重の意味で新しい。すなわち、その第一は、個々のそれ自体は非常に古い自由法論的志向が、最近になってはじめて明確に、自覚的に理解されるようになったという点である。つぎにその第二は、上のような志向が、最近になってはじめて、少数の限られた思想家の所有物であることをやめて、多くの人々のものになってきたという点である<sup>22)</sup>。

そして自由法思想は、今世紀の初頭以来、これまではつぎのような人々によって、個々別々に独立して語られてきたのだという。すなわちドイツでは、チーテルマン(Zitelmann), シュテルン

ベルク (Sternberg), ラートブルフ (Radbruch), M・E・マイヤー (M. E. Mayer), コザーク (Cosak) などであり, またオーストリアでは, エーアリッヒ (E. Ehrlich), ヴルツェル (Wurzel), シュタインバッハ (Steinbach) などによって<sup>23)</sup>。

だが一方で, カントロヴィッツは, 自由法思想の前史は古代にまでさかのぼるということを強調するのである。「まったく, その思想がなかった時代はないのだ」<sup>24)</sup>, そして「われわれは今日においてその思想に没頭しようとしている」のだ, と。まさに, カントロヴィッツにとっては, 「自由法」ないし「自由な法発見」は, つねに新しい, そしてつねに緊急な問題であった, ということができるであろう<sup>25)</sup>。

### 註

- 1) vgl. F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 1952, S. 264. 鈴木禄弥訳『近世私法史』537頁参照。
- 2) vgl. *ibid.*, SS. 264f. 鈴木訳 537, 538頁参照。
- 3) K. マルクス, 「父への手紙」(1837, 11, 10), 『マルクス・エンゲルス全集』第40巻5頁。
- 4) Wieacker, *op. cit.*, S. 265. 鈴木訳 538頁。
- 5) *ibid.*, 鈴木訳, 同前。
- 6) *ibid.*, 鈴木訳, 同前。
- 7) Julius Stone, *Legal System and Lawyer's Reasoning*, 1964, p. 228.
- 8) Wieacker, *op. cit.*, S. 265. 鈴木訳 538頁。
- 9) ラートブルフ, 「法の創造としての法学」, 田村訳 75頁参照。
- 10) もちろん, カントロヴィッツの法思想の全体系がそれらの精神を媒介として形成されているものである以上, この設問のこたえは, 彼の法思想の全体像の研究をまっぴらに見出すことができないことになる。だが, ここでカントロヴィッツの法思想の基礎となっている諸精神をあらかじめ可能なかぎり明らかにしておくことは, 逆に, 彼の法思想の全体像と個々の部分をより正確に把握することにも役立つであろう。
- 11) たとえば, カントロヴィッツは, 事実と規範を峻別する二元主義の正しさを主張したのち, 因果法則を扱う理論経済学と当為の規則を扱う法律学とを混同することをいましめている。そして彼は, この区別をはっきりさせない弁証法的唯物論は明らかに誤謬であり無内容であるとし, 「もし法が経済から演繹されるなら, 規則は事実からひきだされうる。それは考えられないことだ。まじめな法史がマルキシズムの立場から, 未だ書かれたことがないのは不思議ではない。」とマルキシズムを激しく非難している。cf. H. Kantorowicz, *The Definition of Law*, 1958, p. 27.
- 12) カントロヴィッツは, 自由法論を主張した初期の論文で, 自由法を国家法から区分したのち, さらに自由法を二つの主要形態に分離した。個人法 (*individuelles Recht*) および共同体法 (*Gemeinschaftsrecht*) がそれである。これら二つの自由法は, 個人がある法命題を, 彼自身の確信にもとづいて承認するか, それとも共同体の確信にもとづいて承認するかによって分かれるのであると述べている。ところが, この分類とそれぞれの自由法の性質の説明は不明晰であり, 疑問点とともに問題点も多い。カントロヴィッツは, 個人法と共同体法のより詳細な説明を, 「個人法の支配領域と共同体法の支配領域との関係は, 未解決の大問題である」と言うことによって回避している。cf. H. Kantorowicz (Gnaeus Flavius), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 1906 (im Kantorowicz, *Rechtswissenschaft und Soziologie*, Herausgegeben von Thomas Würtenberger, 1962) (以下, *Kampf* と略す) S. 12.
- 13) cf. Stone, *op. cit.*, p. 228.
- 14) Kantorowicz, *Vorgeschichte*, S. 66. カントロヴィッツは, この文章の前で, イエーリングの功績について詳細に述べている。つぎのように言っている。イエーリングにとって問題なのは, 「権利 (*subjektives Recht*) における利益の要素の発見である。そこから現代の『利益法学』が出てきた。そしてまた, あらゆる真に法学上の解釈の導きの星, 『法における目的』である。」と。なおカントロヴィッツは, 別の論文におい



ても、自由法論の建設者はイエーリングであると述べ、その理由としてつぎの4つをあげている。(1) イエーリングは、「目的がすべての法の創造者なり」と述べることによって、法の目的の観念を発展させた。(2) イエーリングは、「利益の観念を導入した」。すなわち権利は法規によって保護された利益である、と。(3) 概念法学 (Begriffsjurisprudenz), すなわち固定した前提からの裁判判決の論理的推論に対するイエーリングの攻撃。(4) 歴史的思考をあまりにも強調しすぎることに対するイエーリングの攻撃。(cf. Kantorowicz, *Legal Science*, p. 700) またさらに、カントロヴィッツはつぎのようにも述べている。すなわち、「彼(イエーリング—引用者註)は、権利においては『利益』に、法においては『目的』に榮譽を与えることによって、この学派の歴史主義的・概念法学的要素と、その現実主義的・目的主義的要素とを区別した。透徹した自我意識のこの仕事を通じて、彼は目的主義の第三の形式、方法論的形式に道をひらいた。このような彼の思想の完全な、また体系的な展開だけが——ドイツにおとらず、外国においても——自由法運動を意味する。」と。(カントロヴィッツ, 野田・阿南訳「法学の諸時期」——尾高他訳『ラートブルフ著作集』第4巻所収, 151頁参照。なお、カントロヴィッツのこの論文は、*Die Tat*, 1914 に発表されたものであるが、のちにラートブルフが、カントロヴィッツに対する追悼の意をこめて、自己の『法哲学入門』*Vorschule der Rechtsphilosophie*, 1947 の第7章第24節に、原文のまま採り入れたものである。

- 15) ラートブルフ, 田村訳 74頁参照。
- 16) vgl. Kantorowicz, *Vorgeschichte*, S. 66. なお、ラートブルフの場合には、イエーリングにつづいて同旨の法思想を展開した法学者として、つぎのものをあげている。アディックス, シュロッスマン, コーラー, リューメリン, ベッカー, メンガー, イエリネック, ブルーノ, シュミット, チーテルマン, ユンク, エールリッヒ, シュテルンベルク, ヴェルツェル, さらにコールラウシュ, マイヤー, グラーク, ドーナ, シュタムペ, ヘック, シュタムラー。ラートブルフ, 田村訳 74-75頁参照。
- 17) Radbruch, *op. cit.*, S. 81. 野田・阿南訳 158頁。
- 18) Kantorowicz, *Kampf* S. 17. 田村訳 89頁。
- 19) *ibid.*, S. 13. 田村訳 81頁。
- 20) Kantorowicz, *Vorgeschichte*, S. 43.
- 21) *ibid.*
- 22) *ibid.*
- 23) *ibid.*
- 24) *ibid.*, cf. Kantorowicz, *Legal Science*, pp. 699f.
- 25) vgl. Württenberger, *op. cit.*, S. 5.

#### 4. カントロヴィッツの自由法論とその哲学的基礎

最後に、カントロヴィッツの自由法論を中心とする彼の法思想の哲学上の基礎についてみておこう。

グッドハート (A. L. Goodhart) が述べているように、カントロヴィッツの関心があまりにも多方面にわたっていたために、彼が自己の体系的な法哲学の思想を整理してそれを展開するということができなかった<sup>1)</sup>。それゆえ、われわれがカントロヴィッツの法哲学上の立場を知ろうとすれば、ごくわずかの、「ほとんどスケッチ的な発言」からそれを求めなければならないのである。

法哲学者としてのカントロヴィッツの思想は、再々述べてきたように、ラートブルフと同様、当時のドイツの法学界に大きな影響力をもっていた西南ドイツ学派の新カント主義の傾向に強く影響をうけている<sup>2)</sup>。そして、西南ドイツ学派の哲学者の中でも、ことにカントロヴィッツに強い影響を与えたのはエミール・ラスク (E. Lask) であった。とはいえ、カントロヴィッツの哲学上の思索が独自の特色をもっていたことは、彼の法学上の業績のその後の展開と発展を見れば言うまでもな

いことである。また彼は、すでにはやくから、ヴィンデルバンドおよびリッケルトの基礎的な哲学上の認識を法学の方法論に適用していたのである<sup>3)</sup>。そしてまた、当時多くの思想家がそうであったと言われるように、カントロヴィッツも、シュタムラーにたいする綿密な批判を通して、自己の法哲学上の立場を明確なものとしたのである。

カントロヴィッツは、『正法論批判』(Zur Lehre von richtigen Recht, 1909)において、シュタムラーの法哲学史上における画期的な功績とその意義を認めつつも<sup>4)</sup>、つぎの点についてきびしく批判したのである。

第一の問題は、法の定義の不完全さと「正法」(richtiges Recht)に関する基本テーゼが論拠に乏しいということであった。つまりカントロヴィッツによれば、すべての実質定義(Real definition)は一定の明確な名目定義(Nominal definition)を前提とするのであり、名目定義をもたない実質定義は全く無意味な、したがってそれは何も言っていないのに等しいのである<sup>5)</sup>。そのような観点から、彼はシュタムラーの法理念の実質定義は、一定の名目定義を欠いている。すなわち「正」(richtig)とは何かについて何も語っていない、と非難したのであった<sup>6)</sup>。

シュタムラーの正法論にたいする第二の問題は、カントロヴィッツの相対主義の立場と関係している。カントロヴィッツによれば「正法」のような普遍的に妥当する法の理念は存在しない。「認識の領域に関しては、観客的な正当性(Richtigkeit)が存在しまた存在しうるけれども、感情、当為、意欲の領域にかんしては、そのようなものは存在しないしまた存在しえない<sup>7)</sup>」のである。それゆえ、彼によれば「真理(Wahrheit)は an sich に存在するが、価値(Wert)はただ私にとって(für mich)、あなたにとって(für dich)、われわれにとって(für uns)のみ存在し、歴史的に与えられた個別的ないしは集団的人格にとってのみ存在するのにすぎないのである<sup>8)</sup>」。すなわち、彼にとっては、正法とはそれぞれの人や集団がそれぞれにいただいている正法の観念にすぎないのである。

このようにわれわれは、カントロヴィッツのシュタムラー批判を通して、彼の法哲学上の立場が強い相対主義の精神に基づいていたことを、はっきり認識することができるのである。おなじく相対主義の立場からその法哲学の体系を構成したラートブルフは、自己の基礎的な見解、ことに相対主義の思想がカントロヴィッツとの意見の交換によって形成されたものであることを述懐している。生涯つづいた二人の親密な交友関係は、それぞれの法哲学に多大の影響を与えあった。ラートブルフが自己の主著である『法哲学』(Rechtsphilosophie)および『法哲学綱要』(Grundzüge der Rechtsphilosophie)をカントロヴィッツに捧げたことは、二人のこのような事情によっている。

かくてカントロヴィッツは、正義観の「文化的に多様な発現」を把握し、それに照応したその時々「理想法」(Idealrecht)を構成することが可能であるという見解をもっていた<sup>9)</sup>。前述したように、彼の自由法論の精神的・哲学的基礎はまさに相対主義の思想であったといえるであろう。カントロヴィッツは、この相対主義の思想こそ、自然法学派および歴史法学派の哲学をはるかに超越したものであるという確信を強くいただいていた<sup>10)</sup>。

さきに指摘しておいたように、カントロヴィッツの法理論について語るとき、われわれは彼の法

社会学の分野での諸業績を看過することは許されないであろう。カントロヴィッツは、すでにはやくから、法学方法論や法哲学に払った関心と劣らぬほどの強い関心を、当時ドイツで強力に発展しつつあった社会学に対しても払ったのである。彼の社会学への関心は、前述したように、新しい法律学の建設という問題意識とつねに不可分に結合していた。カントロヴィッツにとって、「万里の長城のかなたの社会生活の緑野をまるっきり見ていない<sup>11)</sup>」伝統的な形式主義的法律学を、社会学的方法によって救い出すことは切迫した関心事であった。伝統的な法律学における法解釈は、法律についてその意味のみを形式的に求めようとする結果、必然的に生活の現実と乖離する傾向をもっている。そこで、現実生活との矛盾を解決するため、法律学が生活に目を向けるべきことが要請される。ここに社会学的方法を求める声がおこるのである<sup>12)</sup>。このようにカントロヴィッツは述べているのである。彼によれば、社会学は法解釈学にとって「もっとも重要な補助科学<sup>13)</sup>」なのである。とくにまた、彼は、前述したように法の欠缺を補充すべき自由法の発見のためにも、法社会学が法学にとって不可欠の新しい学問であることを強調しているわけである。このような問題意識をもっていた彼は、社会学の本質を明らかにしようと努力しただけではなく、つねに社会学と法律学との内的関係を究明しようと努力したのであった。この問題についてのより詳細な考察は、別の論稿<sup>14)</sup>でおこなったのでここではこれ以上の言及を省略したい。

## 註

- 1) cf. A.L. Goodhart, Introduction, in *The Definition of Law*, p. xiv. Würtenberger, op cit., S. 5.
- 2) vgl. Würtenberger, *ibid.*, SS. 5f.
- 3) この点は、カントロヴィッツの初期からのち、比較的早い時期における彼の法哲学上のいずれの著作についても言えることである。このような著作として、例えば以下。  
*Zur Lehre vom richtigen Recht* (1909), *Rechtswissenschaft und Soziologie* (1911), *Der Aufbau der Soziologie* (1923), *Staatsauffassungen* (1925), *Legal Science — A Summary of its Methodology* (1928), *The Concept of the State* (1932)
- 4) カントロヴィッツは、法哲学におけるシュタムラーの功績を、とくにその相対主義的法哲学の再興という点において強調している。vgl. H. Kantorowicz, *Zur Lehre vom richtigen Recht, 1909* (以下, *richtigen Recht* と略す) SS. 9, 37.
- 5) vgl. a.a.O., SS. 16f.
- 6) シュタムラーの「正法」における「正」(richtig)の意味が不明確であることの指摘については、vgl. a.a.O., S. 18.
- 7) a.a.O., S. 27.
- 8) a.a.O.
- 9) vgl. a.a.O., SS. 27f.
- 10) カントロヴィッツは、彼の法解釈の方法における相対主義の導入を述べたところで、相対主義は主観的であるという批判に対して、次のような反論を与えている。すなわち、相対主義はすべての可能な解釈を組織的に配列しているわけであり、「一つのみが正しい(one-true)」解釈の理論よりも客観的である。one-true 解釈は、「自己欺瞞」のもとで主観主義を隠蔽している、と。cf. Kantorowicz, *Legal Science*, p. 705.
- 11) Kantorowicz, *Rechtswissenschaft und Soziologie*, 1911, S. 5.
- 12) vgl. H. Kantorowicz, *Der Aufbau der Soziologie*, 1923 (im H. Kantorowicz, *Rechtswissenschaft und Soziologie*, Herausgegeben von Thomas Würtenberger, 1962) S. 164.
- 13) Kantorowicz, *Rechtswissenschaft und Soziologie*, S. 13.
- 14) 拙稿「H. カントロヴィッツにおける法解釈学と法社会学」、『同志社法学』第130号所収

## 5. む す び

以上の小論において、私は、カントロヴィッツの自由法論の法思想史的位置づけを指向しつつ、より広く自由法論の思想史的背景を概観し、若干の考察をおこなってきた。そのなかで、小論では、(1)自由法論は、制定法における法の欠缺を不可避なものとして承認すること、そしてこの法の欠缺を概念と形式論理の技術的な操作によって解決するのではなく、法の欠缺の内部での法創造によって補充することを承認するよう主張するものであって、必ずしも、制定法を越えて新しい法の発見や創造を要求するものではないこと、(2)これらの自由法論、および直接、間接に自由法論と関連をもったところの自由法論の周辺に位置する諸々の法思想は、近代ドイツの伝統的法律学に対するさまざまな反動のなかから生み出されてきたものであり、これらの諸思想のなかで、カントロヴィッツの自由法論を中心とする法思想は、(i)イェーリングの功利主義的・目的論的法思想、(ii)西南ドイツ学派の新カント主義の方法二元論にもとづく法学方法論の立場、(iii)新しい学問としての法社会学の立場、と強い関連性・共通性をもっていること、(3)カントロヴィッツの法思想は、西南ドイツ学派の価値相対主義をその哲学的基礎としていること、などを確認した。

しかしながら、カントロヴィッツの自由法論の法思想史的位置づけをより明確にするためには、前述したように、彼の思想の背景にあって、直接、間接に彼の思想の形成に影響を与えた精神的諸傾向を、法的なそれに限らず、政治的・経済的・文化的なそれらをも含めて、より広く精緻に検討することがなされなければならないであろう。このような壮大な課題と比較するならば、小論におけるささやかな考察と検討は、文字通りの序説的意味をもつものでしかなく、指向するテーマに対する初歩的かつ試論的な考察を提示したにとどまっているのである。