

# ラスクの改訂「法律哲學」

和田小次郎譯

## 目 次

緒 言	2
第一章 法の哲學	2
(a) 方 法	2
(b) 個々の傾向	16
第二章 法律學の方法論	32
参考書目	56

(譯者緒言) 本譯文はエミール・ラスク全集第一卷二七八頁以下(Emil Lask, Gesammelte Schriften, Herausgegeben von Eugen Herrigel. 1. Bd. ss. 278 ff.)に収めた Rechtsphilosophie を取扱つたものである。原論文は初め Windelband の編纂に依つて 1907 年に出版された Die Philosophie im Beginn des Zwanzigsten Jahrhunderts. (Festschrift für Kuno Fischer) 2. Anfl. 中に掲げられ、その 1905 年版所載のものに付ては大正十年に京都帝大の恒藤恭先生に依る大村書店發行の譯書がある。

先生の充全なる譯著あるにも拘らずこの拙譯を公にする所以は先生の譯著が今絶版であると聞いた故のみではなく、全集所載の分(即ち私の譯出した分)の第一章は舊 1905 年版(恒藤先生所譯の分)に比し重要な訂正が施されてゐるのと、もう一つは私の法律哲學の分野に於ける旅の首途に於て最も私の心を牽き付けたものゝ一つがこの論著であるが故である。今後私の旅に於て常に道伴であり、導きであるのは恐らく Lask のこの著であるであらう。私にとつてこの拙譯は首途の記念である。

御多忙の中にも、この譯に對して御校閲及び全般に亘る御訂正御加筆の勞を執て下された恩師中村萬吉先生に厚く感謝する。この譯にして誤なしとすれば、それはひとへに先生の御蔭である。完全なる譯著あるにも拘らずこの拙譯を公にすることの非禮に對して恒藤先生の御寛恕を乞ふことが許されぬであらうか。

社會生活の諸問題に對する現代の盛なる討究にも拘らず、法律哲學及び社會哲學の領域に於ける現代の特質的思辨はその獨立性を保つこと甚だ少くして尙ほ未だ獨逸理想主義の偉大なる組織體系に倚存することの多きを示して居る。それ故に世界觀的究極問題への接觸を尙ほ一般に保てる近代法律哲學上の理論の敘述に際しては(第一章)時に Kant 及び Hegel に遡り論ずることは正當たり得るのである。基本的問題に於ける獨創性を斯くの如く缺如して居るとは言へ、二十世紀初頭に於ける法律哲學の地位は尙ほ絶望ではない。何となれば恰も近代に到つて旺盛に開始せられたる極めて將來に富む所の方法論的運動は(第二章)法律哲學をして新しく經驗的文化科學の方法に關する凡ての論争は單なる方法論を超脱するものにして、超經驗的價値の體系に於てのみその終極的決定が期待せられ得るといふことを必然的に認めしめるからである。

## 第一章 法の哲學

### a) 方法

法律科學(Rechtswissenschaft)にも亦第十九世紀が初めて完全なる獨立と、そして一見形而上學的思辨からの終局的解放とをもたらしたのである。經驗的文化科學が哲學から解放せられたことは第十九世紀の正に誇るに足る所であつて、「歴史的意義」(historische Sinn)なるものがその讚美の稱號と看做され、後代法律學の總ての大家が歴史法學派に歸依し、歴史的な方法なるものが近代法律學(Jurisprudenz)の一般的標語と成るに到つた。抑ゝ經驗的法律科學の外に尙ほ之とは異なる法律哲學なるものありや否や殊に「血の氣の多い法律學者」Vollblutjuristen は問ふのであつた)。抑ゝ法律的科學(Juristische Wissenschaft)に依つて根本的に解答し得ずと眞にいひ得る如き何等かの問題が法に就いて存するや否や。斯やうに疑つて

來ると歴史的・法律理論の觀察方法は得て一層一般的な哲學的方法論的經驗主義へと發展したがる。これに由つて經驗的方法是、その單なる自立のみならず、更にその獨裁權をも求めることになる。Merkel や Bergbohm の如き勝れたる法律學者は單に「實定法の哲學」(Die Philosophie des positiven Rechts)のみならず、更らに「法の經驗的即ち實證的哲學」(Die positive Philosophie des Rechts)をも要求した。その實證的哲學に依つて彼等の考へた所のものは結局「一般法律學」に歸着する。但し茲で「一般」といふのはこの學説が唯法律を孤立せしめず、之を慣習、道德、經濟の如き他の文化的要素との關係に於て織り込む故であり、更に比較法律學として各時代、各國民の法律狀態から共通點を抜き出す故であり、而して最後に特殊的概念の基礎に横はり而して個々の法律學科の對峙の上に立てる最上級概念をのみ取扱ふ故にである。従て法律哲學とはつまり「紛々たる諸々の一般的法律概念及び法律學説に對する總元締」、換言すれば法律科學全體に對する總論否な總論の總論であつて歸納や抽象に依つて捏ち上げられたるものといふことになるのであらう。

經驗的科學の成果をこんな風に普遍化的に總括すること(Die verallgemeinernde Subsumierungen)を以て満足せずして今尚ほ如何にかして法律哲學から法の絶對的意味及び法の他の無制約的價值に對する關係の基礎付けを獲ようとする者は、既に事前に於てかの「自然法的異端」に墮しはせぬかとの厄介な疑惑に襲はれる。が實際、法に關する非經驗的哲學はいづれもかの法に關する舊き自然法的形而上學(それは實證科學の素晴らしい發展のため驅逐されてしまつたのであるが)と共に瓦解せざるを得ないのか否か——これ近世法律哲學の死活問題が常に叫ばれた所以である。

自然法學は法及び正義の絶對的意義に關する一種の探究であつた。これあるが故に自然法は一の世界史的又は問題史的原理となつたのである。そしてこの原理の不朽の價值はいかなる修正(この修正は方法上尚ほ不可缺のものではあるが)に依つても本質的には毀損され得ないものである。

この絶對的先驗哲學的傾向は自然法と共に餘他一切の價值的思辨、從つて又一切の「批判的」思辨が共通に有する所である。

之に反し無制約的妥當を要求する價值と經驗的現實との關係を決定するに當つては之を自然法的形而上學の上よりすると、批判的法律哲學の上よりするとの間に根本的相異がある。そしてこの相異こそは直接に生活と交渉しながらも理論哲學に於ける深刻なる反目に根ざすもので、これ即ち自然法學と形而上學から開放せられたる法律哲學との間に鋭き限界を劃し得べき鍵を呈供するものである。

批判的價值論に於てはあらゆるプラト一流の世界二元論に於けるとは異り經驗的現實從つて又歴史的生活の現實をば實在(Realität)の唯一の種類として、同時に又超經驗的價值、普遍妥當的意味の舞臺(Schauplatz)又は基素(Substrat)として認める。從つて又批判的價值論は法律的世界一元論のみを許容する。而してそれに依れば唯一種の法、即ち經驗的なる、歴史的に發展する法律現實(Die Rechtswirklichkeit)のみが存在するのである。但價值と經驗的價值基素とを必然的に分別することよりして觀察方法の上に根本的二面性が生ずる。即ち哲學的方法と經驗的方法との二元性である。哲學は現實をばその絶對的價值内容(Der absolute Wertgehalt)の觀點の下に考察し、經驗論は現實をば直ちにその事實的内容性(Die tatsächliche Inhaltlichkeit)の觀點の下に考察する。歴史的な法律現實をば全く思辨を離れて(spekulationsfrei)純經驗的に取扱ふことは以上の如く最早や超經驗的法を想生せずとも、經驗的法律の超經驗的意味を直接に思考せんとする批判的價值論は當に之を認容するのみならず直接に之をその前提とするのである。同一の素材領域、即ち法は一方に於て經驗的研究に依りて、その事實的成立、その事實的發達に照し、他の經驗的文化要素と牽聯して其儘に表現せられ、記述せられその際哲學の混入を要しないと共に、他方に於てこの單的に存在する事實的素材は尚ほその上に哲學に依つて如何にか照耀せられ、批判せられ、價值付けられ、そ

の終局的存立理由に向つて検討せられ、之を要するに世界觀的總牽聯の中に於て基礎付けられることになる。即ち以上の見解に従へば、法律哲學とは法價値の考察であり、經驗的(法律)科學は法律現實の考察である。そして兩者は決して相妨け得ざるものである。

批判的價値思辨と形而上學的に仕立てられた自然法との差異を明かならしむる所以のものは、かの批判的思辨が價値と現實とを批判的に分別し、又は抽象的價値形式からは到底歴史的所與を導出し得ないと説くのに反して、あらゆる形而上學は超經驗的價値を實在的獨立の諸生活力にまで實體化(Die Hipostasierung)せんとし、且つこれに依つて價値と現實とを交錯混淆せしめんとする點である。形而上學者の眼に映ずる價値とは常に經驗的歴史的現實の上にある意味(Sinn und Bedeutung)を付與する所のものにあらずして、寧ろ歴史的牽聯を助成しつゝ、ある一の實在的效力を具有するものである。

この意味に於てあらゆる自然法説は形而上學的唯理主義(Methaphysischer Rationalismus)である。それは法價値を法律現實にまで實體化する然れども自然法の(Naturrechtleri)全流派の本髓を理解せんがためには先づ法の領域に於て純なる價値又は純なる理念的意味(ideelle Bedeutsamkeit)に對立して「經驗的實在」と稱し得るものは抑々何であるか、及び従つてこの領域に於ていかなる點に「實體化」が存立しなければならぬのであるかを確かめねばならぬ。文化科學的現實概念の方法論的探究に入るの煩を避け、我々はこの問題の解決のために法律現實に關する混雜せる概念を——Bergbohmの説に一致して(この點では例へばHegel, Stahl, Brunsが氏の先覺者であつたが)——形式的實證性(formelle Positivität)と實質的實證性(Materielle Positivität)の亞種に細分することに暫らく止まることを得る。この分類に相應して、自然法にも亦價値と現實とを形式的に混淆するものと實質的に混淆するものの二種あることが許されるであらう。

形式的法律實證性 (die formelle Rechtspositivität) は妥當の一種 (eine Art des Geltens) に外ならない。それ故に妥當の一種は茲では「經驗的實在」として現はれ、従つて自然法的實體化の所産 (das naturrechtliche Verdinglichungsprodukt) として現はれる。この場合に於て實體化 (das Hipostasieren) は一の妥當態様を他の妥當態様へ轉換し、又は絶對的規範性を經驗的規範性へ轉換すること、要するに合理性を法の外部的拘束性へ變改すること、として作用する。何となれば共同體の機關及び共同體の構成員に對する 外部的無條件的拘束性の中に 實證的法律規範の本質が存立するからである。

斯くてこの點に關して形式的法律實證主義は次の如く言ふ。この現實的規範性はその拘束的性質の根據を直ちに人類共同體の主權に見出す、従つて現行の法律規範はその眞の意味、その内部的合理性を要求する 價值 (das Gültiges) にはあらずして、却つてその事實上の意欲性 (die Gewolltheit) に基づく命令 (das Gesolltes) を表示するものであると。即ちこの外部的に現はれたる共同體の主權と拘束性との間に於ける牽聯が、かの自然法に依つて分解せられたる形式的法律基準を代表するのである。即ち自然法は共同體構成員の外部的拘束性を直接に法の要請 (Rechtspostulat) の絶對的意味から、従つてその純粹に理念的なる品位 (Dignität) から——派生的に (emanatorisch)——發生せしめる。確乎たる理性の要請 (Vernunftpostulat) は自然法にとつては、超感覺的立法者に依つて直接に人民 (Rechtsunterworfenen) に下されたる、無條件に遵奉せらるべき命令 (Imperativ) として認められ、同様に又立法權に對する形式上拘束的な條規又は 限界として認められる。共同體主權の基準 (das Kriterium der Gemeinschaftsautorität) は之に依て全く排除せられ、そしてその代りに理性がより高き形式的法源として出現し、それから「法」が人間の制定を待つことなく、而も之に對抗して派生する。かるが故に理性と一致せざる法律は形式的にも亦無効と成り、否な、最早や法律にはあらずして唯單な

る野蠻な恣意及び暴力なる名を博するに過ぎない。かの非合理的反良俗的な法であつても必ずしも無効でないといふ實證論的には自明なる觀念が自然法には缺けて居るのである。この點よりして、かの革命をば唯に倫理上政治上のみならず、形式法上よりも正當ならしむる定理、即ち國家法は州法を破るのと全く等しく自然法は實定法を破るとの結論が自然法に生ずる。この見解を徹底せしめるときは自然法は先驗的「絶對に普遍的」なる法として現はれ、之に對しては實定的法律制度の總ては補充的特別法たるの役割に墮するのである。

それ故に尙ほ第二章に於て再び述ぶるであらう如く、形式的自然法の立場の代表者にとりてのみ法律的科學(juristische Wissenschaft)は「規範科學」(Normwissenschaft)として哲學的規範科學と方法論上一體と成り得るのである。

形式上自然法的痕跡、否な一寸自然法の信者になりさうな嫌ひのある傾向を近代の法律科學の内部に於て追跡したのは Bergbohm の功績であつた。されどこの形式的自然法を公然遵奉する者は今日の所先づ、例へば Cathrein, v. Hertling, Gutberlet 其他に依つて代表せらるゝ加特力教的法律哲學に於てのみ見られるに過ぎぬ。

然れども過去に於ても亦現在に於ても明かに形而上學的**法源説**を排斥してゐるに拘らず、世間から譯もなく自然法學説だと指摘されてゐる法律哲學上の學説がある。若し法の絶對的標準に對する總ての信仰、從つて一般に價值考察の凡ての方法を自然法と同視するを欲しないならば、形式的自然法の外に尙ほそれと同様に批判的價值思辨と對立する所の實質的自然法のあることを認めねばならぬ。形式的自然法の存立が法の現實形式又はその特殊なる**規範性質**を曖昧ならしめた如く、實質的意味の自然法は實質的現實性要素、若くは經驗的歴史的に發生する法の**内容性**に對して害を及ぼすものでなければならない。唯この場合には形而上學的實體化を蒙れる「實在」なるものは實證的法律規定の個々の内容及びその歴史的に

制約されたる具體性の中にのみ、従つて批判的見解に従へば抽象的合理性を獲得し得ざる所の經驗的現實の本具的特權を形成して居る要素の中にのみ存し得るのである。實質的意義に於ける自然法は「唯理論的」方法の最も一般的なる歴史哲學上の前提に基づく信仰である。それは全現實、法の全内容をば徹頭徹尾純粹構成的に、法の普遍妥當的理念から建設せんとする。それは抽象的價值形式の體系から、(その**内容性**に於て最早やそれ以上の個別化を必要とせざる、且つ具體的歴史的諸關係を顧慮することなくして)、一般に法律として採用するに適する所の法規範の存立を演繹し能ふと考へる。この場合に於て訂定せられたる斯の如き概念が、この見解を採る人々にはその**適用**(Geltung)に於ていはないにしても、その**内容性**(Inhaltlichkeit)に於ては全く完成し盡せるものと看做さるゝことは甚だあり勝ちなことである。即ち彼等はこの場合それ自身では尙ほ未だ適用力ある法律ではなく、寧ろ現實的立法の側に於ける明示的實施に依つて初めて**形式的の法性質**(formelle Rechtsqualität)が生じ得る(といふ點を留保して)、一の**理想的立法の草案**、單なる**要請**(Postulate)、即ち**望ましき理性法**(würdige Vernunftssätze)の綜合に付いて論じてゐるのであることは甚だ明瞭である。従つて、かの形式的意義に於ける自然法が常に實質的要素を包含するのに反し、茲では**實質的意義**のみの自然法が存するわけになるであらう。若し自然法は古今東西を通じて妥當する理想法典(Idealkodex)を呈供するとの非難を加ふべくんばそれは概ねこの**實質的意義**に於ての自然法に付いてゐる。

歴史上の種々相を理性法の模型(Vernunftrechtsschemata)を以て一掃せんとせるこの種自然法的反歴史性に對して歴史法學派が特に抗戰した。その歴史哲學派の加へた攻撃の根據はどの點に在るかといふに、それはいくら根こそげ考へ抜いた世界の價值内容でも——純粹にその内容性を檢するならば——**歴史的現實の汲めども渴きぬ内容豊富性**には到底及ばないといふ點にある。自然法的先驗論(naturrechtlicher Apriorismus)の缺點



は、かの測り知るべからざる現實世界には價值判斷の到底及び得ざる幽遠の内容餘剩あることを無視する點、從つて理性の要請を所與の素材に付いて研究する純なる形式的組織原理の活用に止め、茲に安住しなかつたといふ點にある。かくて唯理論が現實界の偶然性、無關心性、不満足性に直面したとき直ちに一種獨創的な理性にその解決を求めたことは——（この超歴史的傾向はかの唯理論が歴史的現實を全くその評價から度外視したることに依つて始めて非歴史的傾向に轉回せしめられたのであるが）——とりも直さずこれ等歴史的現實に對して單にその意義を失はしめたのみならず、又實にその存在をも無視して了つた。元來、理性の要求なるものは唯現實の全的存在に於ける特定の個々の方面に付いて改造を行ふ力である。更に精言せばその要求の實現及び具體的追求の爲めには一の經驗的基素を必要とし、その基素の屢々勝手氣儘に動く處に始めて箝め込まんとする形式的價值要因たるに外ならぬ。然るに唯理主義はこの理性的要求の眞相を識らんとはせず、却つて理性的要求を實體化して自足自立の實體として了つたのである。この實體化 (Verdinglichung) に依つて本來部分内容として他のものに附著するより外なく、又單なる形式として實體 (Material) にかちり付いてゐなければならぬものをば獨立化して了つた。斯くして純粹理性は全現實を自己に従屬せしむべきに拘らず、己れ自らを全現實に投入し、而して無造作に現實 (das Bestehenden) に取て替らんとしたのである。されば凡てこの如きユートピアの構想に於ける珍奇な特徴は次の如き點であつた。即ち彼等が一面に於て餘りに性急に突撃し餘りに抽象的に處置すること——謂はゞ、彼等が經驗的基礎を顧慮せざる充全なる現實を表はさんとする點に想到する限り——であり、他面に於て併し乍ら、彼等がその構成的想像に依り自己を一の獨立的形象に仕上げることを常とするが故に、餘りに多くの具象 (Konkrete) の中に下降することである。何となれば、現實から觀ずして、絶對的の充足價值から觀るので彼等は餘りに多く内容的のもの (das Inhaltliche) を表はさん

とするからである。蓋しその際彼等は一枝一葉の末に至るまで理想を抽き出し、之に非實を負荷し以てかの轉變するもの(das Vergängliche)及び經驗的なものをば絶對化するからである。即ち現實としては餘りに抽象的であり、理念としては餘りに具體的である。これがユートピヤ思索家多數の姿である。

自然法は常に非歴史的唯理論であり、形而上學である。がそれは必ずしも**自然主義的**形而上學と符合するを要しない。寧ろ、自然法論の歴史に於て甚だ屢々起る自然主義的底流は當に實質的意義に於ける自然法的思想の一異種として理解すべきものである。不變的理性價值と全く同様に到る處同等なる「自然」は所與の中に充滿する具體的内容から抽象的部分内容を摘取及び分別する爲めに思辨的原理を與へ得る。かくて價值形式ではなく、自然定則的抽象が獨立の實體にまで凝成せられる。「自然」に付いては眞に多種多様にして十分區別のつけて居ない意義が附せられる。「自然なる語は第一に——特に形式的自然法の概念に於て——一人爲の規定の單なる**相對的**妥當に對するものとして普遍妥當性、若くは**絶對性**を意味し、第二に、個別的特性に對するものとして或ひは理性若くは自然の内容的普遍性を意味して居る。

形式的自然法を非とする理由と實質的自然法を非とする理由とは十分に併行してゐる。蓋し批判的價值論は二者いづれに對しても超經驗的なものを實體化して經驗破壊的な力となしたる點を駁撃したのである。即ち一方に對してはそれが實證的規範性を否定することに由つて法に對する純論理的な要求を法的拘束力ある規範となしたる點を駁撃し、他方に對してはそれが經驗的具體性を排するに由りて純規律的な形式的價值原理をその自足的内容にまで實體化した點を排撃したのである。これと共に明かになることは自然法の排斥は未だ以て法一般の思辨的考察をも同時に排斥するのでない點である。何となれば、價值を現實體にまで實體化するに至つて初めて經驗論の危險なる觀察方法に導かれるからである。されば若し

哲學の任務を以て單なる**形式**、殊に單なる**要請**の形式を構成すること、而して世界觀に適合して有意義なる法的特徴を宣言することに局限するならば、それで經驗論を侵犯する先驗論の危険は排除せられるわけである。既に「一般法律論」が一般にその領域を限定し得んがために統一的な經驗的法律概念に到達した如く、法律哲學も唯この經驗的法律概念に含まれたる要素を普遍的な價值問題及び世界觀問題との關連に於て検討するだけで宜しい。故に若し法律哲學を「法の概念」に關する學と定義するならば、それは餘りに多義的である。法律哲學は寧ろ單に哲學的法律概念を提供するだけで、即ち經驗的概念形式に對して哲學的價值若くは意味形式を提供するに止まる。それは法律の最後の形式的目的、その文化價値の領域に於ける地位、その處世に對する感化を探究する。即ち法律哲學は法のためにその先驗的地歩を決定するものである。

絶對的價值考察一般と區別するため自然法には狹く實體化的形而上學なる意義を附するの必要がある。かく解するに依てのみかの實證科學の一致して自然法に加へたる反對が既に最も一般的なる認識論上の根據より正當と成され得る。近時 Bergbohm が再度叙述せしが如く、自然法の非歴史性に對する總論駁の眞の悩みは實にその形式的要素と實質的要素とを充分區別せざりし點に存する。さあれ、かの形式實證主義法源論(それは Bergbohm が歴史的方法の標準として専ら打樹てやうとするのであるが)は唯實證的法源の概念が「外部的に認識し得べき」「歴史的に立證し得べき」法律構成過程を必要とするに至る限に於てのみ歴史性の原理と或る一定の牽聯を有するに止まる。その餘に於ては自然法に對する全反對論を支配する興味は甚だ形式主義的であり、且つ甚だ屢々**法律概念**(——假令**經驗主義的**ではあるが——)の純粹把持に向けられた。それがためにその總體として術語的には之を純「歴史的」といふよりも寧ろ「經驗的」若くは「實證的」として總括すべきものであらう。

第十九世紀に於ける**絶對的法律哲學的價值原理**を遵奉する者の殆んど

總て——例へば Stahl, Trendelenburg, Lasson は經驗主義の影響を受けて少くとも思辨と實證的法律科學との調和に力めた。最近に至りて殊に Stammler はかの「形式的適法性」若くは「對象の正當性」は洵に法の基準であり、法に對する無制約的要求であり、立法者の期すべき目標ではあるが人間共同生活のための外部的に拘束的な規範を意味し得ないといふ見解と、かの法を絶對的の目的牽聯の中へ箝め込まんとする考とを結合せんとした。

法律哲學上の研究の目標をより明瞭に捕ふることは今や主として現代に於ては Windelband に依て最もよく布演せられたる哲學的思索の基本原理、即ち價値の考察と現實の考察とを區別することが漸次に法律哲學及び社會哲學の代表者間に認められて來たといふことに依てその歩を進めた。Kant 以前の自然法(vorkantisches Naturrecht)の殆んど總ては自然主義に特有なる朦朧から尙ほ脱することを得ずして普遍的なる自然法則性(allgemeine Naturgesetzlichkeit)に、ひそかに價値意味を潛入せしめたのであつた。Hegel 及びこれに従ふ多くの後人例へば Stahl や Lasson の如きは、これより必然的に生ずる自然主義的選擇原理の沒方向性及び恣意性(Orientierungslosigkeit und Willkürlichkeit)を非難した。近時マルクスの自然主義は社會哲學的領域に於て方法論としての「Kant への復歸」(Rückkehr zu Kant)を呼號して居る。Cohen, Natorp, Stammler 及び Staudinger 等がその首位に立ち、そして Vorländer の命名したるこの「新カント派運動」は今や社會主義の内部でも展開し始めた。そして、Struve や Woltmann の如きマルキストをもその遵奉者中に加へた。彼等は「發生的」(genetisch)解釋の獨裁を攻撃する。但し「發生的」解釋そのものは因果的所生の絶對的正當性に關する「組織的」探究に依つて排除はせずして、これを補充せんとするのである。新カント派の人々の中には哲學上の問題設定に於ける強き主知主義が顯著に成つた。即ち純粹認識批判的若くは方法論的問題として總ての價値問題を把持せんとする

傾向が顯著に成つた。社會の適法性 (Gesetzmässigkeit) 及び最高の「統一」(Einheit) に關する討議に於ては社會哲學的方法の意義、社會そのものの、絶對的意義、及び經驗的社會科學的方法的形式が屢々相互に無差別に交錯して居る。併し哲學と經驗との境界線は何處にも嚴守せられて居る。

批判的法律哲學の概念と最も密接に方法論上牽聯するものに丁度新に Stammler の提出した「政策學」(Politik)の論定に付ての問題がある。その政策學は絶對的標尺に依りて指導さるべきもので、從てこの點に於て經驗論上の「政策學」とは區別さるべきものとせられる。あらゆる組織的價值學説は形式的價值を以て作業するのに二の可能性を有する。その一は絶對的價值を相互に純粹に系統付けること、從て價值自身の世界にのみ低回することである。その二は個々の價值實現、從て價值の採取に當てられた基素(Substrat)としての現實を顧慮することである。純粹に組織的な法律哲學に對する法律政策學(Rechtspolitik)——結局に於て Stammler のみ此處に到達したのであるが——の地位はこれに依て理解されるわけである。政策學に於ては價值は個々の實現といふ見地に入る。從て價值は規範と成り、若くは要請(Postulat)と成る。價值概念は規範概念の内容的前行者(sachliches Prius)である。然れども人間の意思に依て價值を現實生活に導入することの思想はあらゆる法律哲學的考察に對して内在的なるが故に、この領域に於て價值概念の規範的背景が最初から生成的であることは不思議ではない。それ故に純粹組織學(reine Systematik)とは異りて政策學の態度は **個々の場合に形式的價值を對照すること、即ち個々の所與が形式的究局目的と一致してゐるか否やを檢查することである。**彼の著「正法論」(Die Lehre von dem richtigen Rechte)に於て Stammler は普遍的妥當なる方法を求め、これに依りて個々の場合に於ける「正法」の發見を最早や恣意や個人的氣分に委せず、上級の法律哲學的價值標準所謂「自由意思者の共同體」を個々の裁判事件に適用することに依りて世界觀的教養ある裁判官が之を實施すべきものであるとした。

法律哲學と法律形而上學との比較に依りて批判的價值思辨は經驗主義を排除するものではなく、却てこれを力付け基礎付くるものであることが明にされた。併しこれが反面も同様に高調されねばならぬ、即ち經驗主義が自ら哲學として乗り出さんとするや否や、思辨學は直ちに同じ經驗主義、殊に歴史的經驗主義に對して自家防衛をしなければならぬ。社會哲學及び法律哲學の領域に於て「歴史學派」の根本思想から一の世界觀を得んとするは現代に廣く蔓延せる謬見である。

一見するところ實際に於て歴史から價值標尺が取り出さるゝやうであり、從てかの評價的觀察と非評價的觀察との二元主義も歴史的文化科學の成立に依りて破却せらるゝものゝやうである。蓋し歴史的文化科學は客觀的文化意味に照合しつゝ、現實を加工するやに考へられるからである。しかもこの歴史的文化科學の混亂せる經驗的特質を最も鮮かに呈示せんがために Rickert は次の如く主張した。即ち茲では文化意味の照合は直接の價值判斷としてでは無く、寧ろ純粹なる理論的價值關係として、從つてそれは單なる現實改容の手段として理解すべきであると。元來文化科學の課題は文化的意義の **普遍的妥當** を論定するにあらずして、却つて文化的意義に付ての單なる經驗的時間的 **事實性** を作出する點に存する。しかもこの事實性なるものは原始的の現實素材に比すれば既に方法論上選擇を経たる加工品 (Ausleseprodukt) である。若し歴史から價值標尺を求むべくんば、科學者としての歴史學者がその歴史的關係の表現につき有意義と認むる一切のものを有價值と認めねばならぬ結論に成る。即ち若しより方法論的に表現するならば、彼は分科的科學の經驗的傾向の產物を單純に絶對化させねばならぬのであらう。歴史主義は實際に於て世界觀らしく装へる經驗的科學方法に外ならず、不徹底、不統一、獨斷的な價值判斷の一態様に外ならぬ。この點に於てそれは自然主義と全然同一である。歴史的**事實性**は絶えず單なる時間性の中に囚はれ、その形式的**事相**に於ては **何處へ往ても異りが無いもの** であるから、その裡から絶對的價值を取

出すべき何等の原理をも與ふるものではなく、唯價値の爲めに直接に一の舞臺 (Schauplatz) を提供するに過ぎぬ。即ち歴史的事實は絶對的價値の探究に當り道案内として役立ち得るのみである。歴史的總體と超經驗的價値產物 (überempirischer Wertertrag) との間のこの關係は、よし超經驗的意義ある絶倫的價値形式例へば大人格、大藝術の如きがありとしても別に變りはない。蓋し大人格、大藝術は 價値 系統の構成部分を越ゆる一の價値餘剩 (Wertüberschuß) (單に現實餘剩 Wirklichkeitüberschutz に止まらず) を含む意義にての「價値個性」を表現するもので、これと共に一の不可思議 (Irrationalität) を表はす。但しこの不可思議はかの時空的現實の一回性に伴ふ不可洞察とは混同すべからざるもので、寧ろそれはその價値内容 (Wertgehalt) が絶倫なるため價値 系統の中へ融け込み難いことに基くのである。この如き一回性的な、そして「歴史的」に出現する不入系統的な價値偉大 (Wertgrößen) を思辨的に了解することは又一の創造的手法であり、時間性の外に價値を達觀することであり、經驗科學的に識られたる文化世界の總體から無制約的頂點を築き上げることに外ならぬ。そこで歴史的現實そのものからはこの如き「个性的」價値も亦無造作に採取するといふわけに行かぬことになる。茲では唯この原則的、且つ形式的方法論上の關係のみが問題になる。通俗的な不精確な言ひ現はしを以てするならば、絶對的歴史的價値を云爲することも出来やう。しかし哲學者の義務はこの如き言葉に含まれたる quaternio terminorum (匹辭誤用) を洞察することである。實質的にはこの形式的分解に依るも歴史科學的努力の意義は秋毫も減殺されはしない。實に歴史主義をいかに排斥しても獨り經驗的歴史記述の指針は結局、超經驗的意味の世界史的效果を收め得るといふ信仰に付て存する一事は認めてやれるのである。しかし恰もこれに依て又歴史から世界觀を採てはならず、精々反對に世界觀から歴史を採るべきものであるといふことが立證されたのである。

歴史主義は全く自然法の正反對である。歴史主義の根本義は茲に存す

る。自然法は價值の絶對性より經驗的基素 (empirisches Fundstrat) を、歴史主義は經驗的基素より價值の絶對性を夫れ夫れ捏ち上げやうとする。自然法は價值の實體化に依りて經驗的なもの (das Empirische) の獨立性を全く破壊し、且つ既に述べたる如くそれに依て反歴史性 (Ungeschichtlichkeit) の缺陷に陥つた。然れども自然法が超歴史的沒時間的規範を信じたることは多くの人々の信ずるが如く、現代の歴史的啓蒙に依て否定せらるべき迷妄にはあらずして、却てその不滅の功績であつた他面に歴史主義——歴史的及び歴史的的法律觀察、ではない——は凡ての哲學及び世界觀を破壊した。歴史主義は相對主義の最も新しき最も流布せる最も危険なる形式であり凡ての價值の水平化 (die Nivellierung aller Werte) である。自然法と歴史主義とは右と左の斷崖で法律哲學はいづれに對しても警戒しなければならぬ。

#### b) 個々の傾向

近代法律哲學上の凡ての思辨の出發點を作るものは Kant の亦企てたる次の概念構成である。即ち法とは内容的に有價值なる状態 (inhaltlich wertvoller Zustand) を實現せんがためにする人類生活關係の外部的規制 (äußere Regulierung) なりといふのである。これを共同根柢として法を價值關係に排列するに付ては二重の可能性を生ずる。即ち或は法の終局的目的是倫理的人格の完成にひたすら求められ、そして社會生活の意義は唯この理想の實現に於てのみ支持せらるゝと見るか、或は人類の共同生存 (Gemeinexistenz) の秩序及び制度には獨自の權威 (Herrlichkeit) 個人的倫理價值からは絶對に導き出されざる獨特の價值が内在すると見るか、この二様の取捨である。この二様の世界觀のいづれを採るかは法律哲學に直接重要な意義を有たねばならぬかに見える。法はその經驗的地位に従へば疑ひもなく「社會的」制度の領域に屬する。唯個人的倫理上の價值の外に特殊の「社會的」價值範型 (sozialer Werttypus) が存するな



らば、法の争ひなき經驗的社會的意義は茲に絶對的價値の領域に於ても關聯を持ち能ふことになる。唯この場合法はその固有の社會的構成と相異なる個人的倫理的價値範型とは機械的關係に立つものではない。茲に到つて始めて法が「社會的」形體**そのもの**として價値充足 (das Wertvolle) の領域内に在り得るものなることが根本的に了解せられる。従て若し **社會的**終局目的なるものが存し、法がその手段となるとするならば、法は最早や單なる手段に止まらずして同時に「客觀的精神」なる伽藍の一櫓一桷となるのである。

人呼んで法律哲學上の Hegel 主義といふのは Kant 及び 第十八世紀の個人主義から出て、更らに一步を進めた思辨であるが、その Hegel 派はかの倫理的個人主義を **社會哲學上の原子説** (Atomismus) として特色付け得ると信じた。そして若し Kant に於けるが如く價値にその超個人的妥當あることを顧みず、**ひたすらに個人人格に附着するものとせんか**、同時にかの個立的價値點 (isolierte Wertpunkte) を土臺として築き上げらるべき總ての上層的牽聯は絶對的價値の領域からは根本的に排除せらるゝことになる。斯やうな人格主義的なる (personalistisch) 價値範型に對して、新しき世界觀は先づ超人格的 (transpersonal) 價値の宣言として現はれ、そして人格的なる價値範型に對して同様に客觀的 (sachlich) なる價値範型を對立せしめた。茲では絶對的要求は個人の意思及び行爲に對していはなく、Plato に於て既に然るが如く「道德界」の客觀的秩序に對して爲さるゝのである。個人の完成ではなく、道德界の完成が社會的實在の終局目的である。この「本體的道德」 (substanzielle Sittlichkeit) なる古き理念とキリスト教的個人主義及び近代の個人主義とを結合し、以て一の最高綜合を試みたのが Hegel であつた。彼は固より個人自由の權利を認めるけれども、それは唯止揚せられたる「要素」として之を認むるので、つまり全體 (das Ganze) の建物の中に必要的に挿入せらるべき一本の柱としてのみである。第十九世紀の法律哲學の總體は 第十八世紀に於て 戦ひ取つた絶

對的自己目的としての個人の承認を犠牲に供することなくして、しかも社會的諸關係の爲め特殊的絶對的意義を主張せんとするに努めた。現代に於てもこれら二種の世界觀の闘争は尙ほ未だ解決へ一步も近づいて居らぬ。特に次に述べる點は凡て未解決のまゝである。即ち社會生活の超人格的價值(transpersonaler Wert)は倫理的價值に對しその亞種として配屬すべきか、それとも他の諸價值と對等の地位に立つべきか、最後にそれとも「文化價值」の特殊の部類に入るべきか。個人的及び社會的倫理に關し、社會問題に關し、國家と法とに關し、國民主義と世界主義とに關する凡ての討論、文化哲學上の凡ての所論は根柢に於て社會の價值範型の爲め 包括的價值體系の裡に獨立の地位を認むべきか否かを中心として廻轉してゐる。——

法律哲學上の Kant 派の好適例として現今に於ては Stammler を擧げることが出来る。彼は人類の社會的共 同生活をば特殊の方法論的範疇に依りて組成せられたる特殊社會科學的認識の對象として了解する 點に非常に重きを置いた。それにも拘らず、彼は法律秩序の社會的 理想 及び絶對的任務をば、**ひたすら**個人的倫理上の規範の中に定めんと欲する。彼に於て著しき Kant 派的主張が見出され得る。即ち彼は人類に對する絶對的法則は唯義務意識に依りてのみ 動機付けられたる自由なる意思であるが故に、社會的終局目的も亦義務に適合する總ての意思の合同、即ち「自由意思者の共同體」に於てのみ存立し能ふ、といふのである。それ故に個人的道德の單なる並存(Koexistenz)、各團體員 (Gemeinschafter) の努力に付て普遍妥當と見做され得る所のものゝ調和といふ意味に於て「共同體」(Gemeinschaft) は凡ての社會的制度に於ける絶對者と見做される。茲にそれに基づいて各時代の個人主義的法律哲學が倫理的に自治的な 實體の意思的合致たる契約を目して社會的構想の唯一の正當理由原理 (Rechtfertigungsprinzip)となしたると同一の見解が支配してゐる。Stammler がその特殊性をば方法論上の興味に於て 甚だ屢々主張した 所の社會的なものの經驗的構造には何等特殊の價值構造が對應してゐない。

社會的なるもの、經驗的構造とその價值的構造との間に如上の區別を立て、見るとき始めて、かの社會主義をば Kant 派倫理學に於ける「共同體の思想」(Gemeinschaftsgedanken)に結び付けようとする新しき試みの意味が明瞭になる。即ちこの新しき試みが成功したのはつまり唯從來これは社會主義的世界觀だとせられてゐたものが實の所いかなる點に於ても個人主義的思想の領域を越へては居なかつたからである。Kant の所謂人類(Die Menschheit)とは具體的な人類共同體(Menschengemeinschaft)を言ふのではなくして、抽象的人間價值(Menschenwert)を意味してゐる。Kant 倫理學の要求する所は我々が凡ての隣人(Nebennmenschen)を共同體の一員として尊重せよといふのでなく、之を「人類」の代表者(Repräsentanten)として尊重せよといふのである。結局 Kant の「共同體思想」は Stammler のそれと何等異りがなくなる。果して然らば、かの個人主義的經濟組織と社會主義的經濟組織との全論争の如きは同じ純粹個人主義的世界觀の内輪喧嘩に過ぎない。しかしこれと並んで別に中央集權的經濟組織を要求する社會主義的體系がある。これも亦價值の上から見て一種の「社會的」世界觀から直に出て來た結論である。Lassalle や Rodbertus は Fichte や Hegel の追隨者として國家が經濟生活に干涉すべきことを次の如くに基礎付けた。即ち全體としての人類種族は個人に依りてゐはなく、種屬に依りてのみ實現せらるべき彼の任務を實現しなければならぬ。茲に共同生活の獨立的原型が信ぜられ、且つ人類の總體的存在の濟美と完成とが期待せらるゝ。——

Hegel 主義に依りて社會的終局目的の體系がより具體的な形態を採つたことは法律哲學の革新のため特殊の意味を有することゝなつた、即ち Schelling, Hegel, Schleiermacher, Stahl, Trendelenburg に依り又 Krause 一派に於ては現に次の如く確乎として主張せられる。曰く今や人生の課題及び使命に關する新世界、獨特の目標や典範の一群が見出された。これは離群索居の個人には及びもつかず唯人間共同體の生活關係自體に特有の

ものである。人類共同體の目的及び「富」(Güter)の豊富なる統合又はその中に顯著に認めらるゝ「世界經濟的理念」に對して、法律制度は自らを十分に適應せしむべく、從つて自らを一の「有機的全體」若くは一の「有機體」にまで結成せしむべきである。かの所有、家族、階級、國家といふ如き個々の生活關係に内在する目的觀念 (teleologische Bestimmuug)こそは「法律哲學の客觀的及び實體的原理」とならねばならぬ。

この見地と手を握つたのは 共同體を専ら意思及び人格の概念から導出さんとする說に對する駁論である。但しこの駁論は決して Kant の倫理學に當るべきものではなかつた。蓋し Kant と Hegel との價值評價の間には相互的制約性 (Komprädikabilität) 即ち相互的補充の必要が存したのみならず、更に法律哲學上の Hegel 主義に従ふも亦人格の理念は法制的最高テロス (目的觀念 das oberste τέλος) として社會的定命 (das Gemeinethos) の存立の中に收容されねばならぬからである。

總ての法的構成を哲學上意思及び自由の合同に歸せんとする 見解に對する反動と興味ある平行線を劃するものは、意思的形式主義の法學に對する實證的法學の戰である。これは Jhering が第十九世紀中葉に開始したものである。Jhering 自身は Krause 學派を所謂意思說攻撃戰に於ける先陣(但し實際全く無力な)と語つてゐる。而も實證法學に一層大なる感化を及ぼせるものは Schelling, Hegel (Ahrens の言に従ふべくんば) 更に Stahl の思想であつた。この點で第一番に有力となれる歴史學派と並んで法律に付き一層生々した會得 (lebehdigere Erfassung) と一層具體的な探究に貢獻したのも實證法學であつた。同時に他方に於て Rousseau, Kant 及び Hegel の抽象的觀察が實證的理論に及ぼしたる強大なる影響も同じく亦一般に承認されてゐる。

社會的世界 (soziale Welt) の構成に關する思辨はいかにして純粹價值考察から方法論的概念構成の問題に延びて行つたか。之に對する例證は更に Gierke の團體概念 (Korporations begriff) の開展の裡に 就中多く 含まれ

て居る。

Gierke は次の如く周到な説明をしてゐる。即ち法律學說の領域に於ても啓蒙期の原子化的個人主義的精神 (atomisierend-individualistischer Geist) が凡ての團體的な (genossenschaftlich) 法律構成を概念的に破壊せる點に於て現はれてゐる。これと反對に法律學殊に國法學はその個人法原理の獨裁を排除せんとするに當り、屢々 Hegel 主義の世界觀にその基礎付けを求めた。一般に縫合線が方法論上の諸問題から終局的世界觀問題にまで延びて行く限り法學上の團體概念 (Genossenschaftsbegriff)——例へば Gierke が代表する如き——は個人主義的倫理に依りていはなく唯獨自の社會的な價值範型の理念に依りてのみ思辨的に確立せられ得ることになる。何となれば特殊の社會的目的體系の觀念を承認することに依りてのみ結局個々の構造の總計とは相異なる獨自の價值全體性 (Wertganzheit) の構成を不能にするからである。

方法論的價值問題と純粹價值問題との深き牽聯關係はそれとして、他面に於いてその各々の目的が根本的に相異なる結果、經驗的概念構成と哲學的構成との間に常に存する形式的不一致を看過してはならぬ。されば Stahl その他の開拓せるより具體的な目的論 (Zwecktheorie) と法の社會的作用及びその社會利益 (Interessen der Gesellschaft) への從屬に關する經驗的目的論的學說(この學說は現在一般に知れわたつてゐるが)とは明確に限界付けられねばならぬ。固よりこの經驗的牽聯は倫理學的個人主義者と雖もこれを拒否しない。彼等の拒否するのは唯、經驗的諸關係に絶對的價值關係が相應してゐるといふ點である。彼等は此處で或は價值領域に深く侵入せる牽聯關係を一般的に拒否するか、或はかゝる牽聯を唯法と個別的人格價值との間に付てのみ許容する、しかも兩者の場合を通じて、反對說(經驗的目的論)は相對的妥當力しかない單なる經驗的現象を絶對化するものとして排斥するのである。さりながらこの非難は法律哲學上の Hegel 主義を特に威嚇する必要がない。何故なれば、形式的方法

論の點に於ては、それは一方の價值領域も他方の價值領域も同じ程度に威嚇するからである。哲學的及び經驗的考察方法の二元論には原則として可經驗的對象の總體が投ぜられる。個人主義的倫理の材料を形成する所の意思過程も亦經驗的一面を提示する。併し經驗的現實の純粹經驗的部分と尙ほ價值的要素を含める部分との間の經界線を一義的に定めることそれは自足自成せる各世界觀の定理的 (axiomatisch) 不可抗的 (unwiderlegbar) 決定に既に屬してゐる。

Hegel 主義は哲學上の意思論 (Willensdogma) と共に Kant 派法律哲學に於ける尙ほ他の結論をも排斥する。個人主義的觀念に従へば、法はその社會的構成上全く價值領域から除外されねばならぬ。嚴格に言へば、法は唯超經驗的的目的的自由 (überempirischer Freiheitszweck) の把持の爲めの經驗的器具 (Maschinerie) として理解せられ得るに過ぎない。従て若し法を苟しくも先天的に特徴付くべくんば、全部唯道德との對照から由來せる否定的賓辭づくめで以てやつと言ひ表はれ得るに過ぎぬ。勿論 Kant 派の傾向は法の本然的本質を端的に倫理的內面性に對照せしめて、これを單なる外面性及び強制性として何處までも徹底的に觀念することに限られて居るのではない。彼に於ても、法そのものも亦それが奉仕する所の目的の榮光 (Heiligkeit der Zweck) に均霑するとの確信が常に支配して居る。この事は既に Kant に於て特に明かに認められるのであるが、一體彼が凡ての經驗的法律關係や法律組織をば明かに理解し易き自由關係 (Freiheitsbeziehung) に分解することは之と同時に法の外部性を主張することと殆んど調和し難いわけである。Kant の不徹底に比し Fichte の論斷は疑もなく優れてゐる。Fichte は「感官的理性體」(sinnliches Vernunftwesen) 即ち「特定の實體的自我」(das bestimmte materiale Ich) の論理的分析から法の概念を遙かに嚴格に演繹する。また Hegel や Stahl に於ても、我々は Fichte が初めて先天的に演繹せる多數の法概念殊に人格概念に對する經驗的着色あることを認めるのである。現今に於ては Fichte の

内在的理想主義(immanenter Idealismus)と一致して、誰よりも Schuppe が法の超法律的先驗性(metajuristische Apriori)を発見せんと試みた。彼に従へば法的立場は個々の「空間的・時間的意識結成」(räumlich-zeitliche Bewusstseinkonkretion)の與へる肯定に倚存するので、更に自立善(An-sich-Guten)、意識一般の倫理的價值評量に亘る必要なしとするのである。この際 Schuppe は基本的法律哲學上の構成に於て Kant 主義の特徴的説明様式、即ち抽象的價值普遍性(abstrakte Wertallgemeinheit)と個々の經驗的一具體的事例(einzelne empirisch-konkrete Exemplare)との對立、並びに法的なもの(das Rechtliche)を倫理的なもの(das Ethische)に對比することから嘗て一度も離れたことがなかつた。

特殊の社會的價值範型の採り入れに依て初めて、社會的現象としての法そのものが價值の領域に導き入れられる。のみならず先驗の特徴付けも亦法に對して——假令結局に於て尚ほ甚だ微少ではあつたが——實證的意義を附與することを得、且つ法の中に、假令甚だ原始的且つ流動的形式に於てにもせよ、人類共同生活の充價值的形態を反映せしむることを得るやうになる。この意味に於て Jellinek の法は——勿論より經驗的社會學的關係に於て——「倫理的最小限」(ethisches Minimum)として記述せられて居る。但しかゝる評價は個人的倫理觀からは望み難いことだと特に斷つてゐる。同様に Lasson の如き Hegelianer も法を目して尚ほ自然性の中に沈淪せる精神(der noch in die Natürlichkeit versenkte Geist)、即ち理性及び道德性の初階として記述した。この見解は今日も尚ほ影響多き Stahl に依つて既に輝かしく祖述せられてゐる。

共同生活の法的統制の必然性を示さんがためには、我々は先づ個人的慣習的活動及び客觀的時代精神(objektives Ethos)の不斷の流轉交替なる理念を假説するを得る。人類共同體の完全なる調和の理想的狀態に於ては個人は總體の終局目的を常に直覺的に認識し、而して確乎たる義務適合の情操(Gesinnung)を自發的に成就しなければならぬ。理論哲學に於ては

上述せる所と同様に批判的創意に依り直覺的情性を擬制することは理論的目的を成就するために與へられたる唯一の方法、即ち認識を一般的概念と具體的認識とに分離する作用を益々鋭くせしむることに役立つのである。同様に、實踐的理想形體は我々をして凡ての可經驗的共同秩序が唯個々の場合の慣習的紛亂不統一を顧慮せざる形式的規定の假定に依りてのみ正しく保持せられることを想起せしめる。道義的世界の存立の保證は尙ほその外に法的命令の強制性及び外面性を要求する。そしてこの特徴が法の抽象性と相俟て國民の世代及び歴史的轉變に超然として存續する生命形體たらしむべき強固なる傳統的性質を齎らすのである。抽象性からは尙ほ次の事が推知せられる。即ち法律制度は一般社會精神の理念内容をばその完全なる具體的成立狀態に於て表明せず唯その外部的、最も不充分なる輪廓に於てのみ表明し得るに過ぎない。

従て、法は社會的價值範型の中で最も抽象的、最も形式的なものであるが、しかし常に一般社會精神の**最小限**を代表すべきものである、といふことに依りて、Kant 派法律哲學の單なる**消極的**特色を越えて著しき進歩が爲されるのである。

社會的價值範型の體系に於ける或る先驗的地位を法律に與へんとする最初の試みは Hegel の哲學から出發したので、この試みはこんな思辨に關する限り尙ほ第十九世紀をも風靡してゐたのである。こゝで法律制度は客觀的文化目的の(益々具體的に成り至る)系列の中にその明瞭なる地位を保ち世界「精神」の特殊の發達段階として觀念せられる。最も具體的な「法」、世界精神の法(das Recht des Weltgeistes)は凡ての抽象的規則や權能に絶對の權威を以て優越するものである、との見解を有してゐた Hegel は、實體的(sachlich)超人格的(transpersonal)制度を神格化(Ver-götterung)したにも拘らず、文化生活の單なる法的形式を絶對化することからは遙かに遠ざかつてゐた。否な寧ろ彼は凡ての抽象的「形式的」立法に對して不當なる反感を抱いてゐたのが判かるので、これ畢竟彼をして



組織的なものと及び**價值範型的なもの**をば原則として價值の絶對に飽和せる總體性又は同質性の不完全な、不十分な前段階と看するに至らしめたのである。この事は尙ほ次の點からも示される。即ち彼は法律上の「人格」——それは活きた人間の個性からして人格又は權利能力 といふ如き絶對に同質的な抽象概念を抽出して成立するものであるが——彼のこの「人格」を以て、常に實體的精神的諸牽聯から切り離されたる原子として特色付けた。彼は徹頭徹尾抽象されたるものをば、かの眞實の具體的無限性から遠ざかれるもの (Entfremdetes) とし、且つその空虚性の故を以て消極性の要因を負荷されたるもの (das mit dem Moment der Negativität Behaftetes) として評價し去つた。彼は法の立脚點をば後期の希臘主義の世界觀と比較した。そこでは空虚脆弱なる自我、自己満足的個人が頑固な自我意識を以て道義的本體の生活から脱出して居たのである。ストア主義では反省の裡に於てのみ自存 (das Ansich) であつた所のものが法律に依りては現實と成すに到つた。若し夫れローマ主義の世界史的使命に至つては具體的個性を抽象的自由及び抽象的國家の權力の下に服従せしめ、同時にしかし國民各自の具體的形體をも亦抽象的國家概念に同化せしめ自らの普遍性の下にこれを「破碎」し、凡ての神々、凡ての精神を世界統治の殿堂の中に集めることであつた。

茲で同時に注意すべきことは第十九世紀の法理學に於て屢々見られる法律形式主義の方法論的見解が亦 Hegel 學說に根ざして居ることである。之については尙ほ次章に於て述べるであらう。

かくして社會生活の具體的原型を假定せんとする思索家にありては早くから一の傾向、即ち法律秩序はその直接に規律的且つ組織的な性質の故に社會理想の單なる代位者 (Surrogat) であると看做す所の思想傾向が存しなければならなかつた。屢々 Plato の叙述が引用せらるゝが如く抽象的法規、完全に自同的なもの (Sichselbstgleiches) は、人類の諸事象の不同性 (Ungleichheit) や流轉性 (Niemals-Ruhe-Halten) を正しく規律する

ためには不充分である。そこで或は Fichte の議論を借りて凡ての革命及び國家的ストライキを辯護せんとする者を生ずる。曰く社會秩序の合理的且つ組織可能的形式及び富(それを所特することに於て時代が「公正なる道の上に誠實に進展する」)は「祖國愛が眞に欲求する所のもの」「世界に於ける永劫又は神性の開顯」の爲めの單なる手段、條件、足場であるに過ぎないと。Lagarde は Fichte と屢々一致して曰く、人間や國民の行動力を畏縮せしむる非人格的法規の強制の裡に、國家的の制度典章の支配の裡に、切言せばこれら「人類の死首」(Caput mortuum der Menschheit) の裡に、現代の災厄があるのであると。

現代に於て Tönnies は法の抽象性を單に方法論上の問題として論ずるのみならず、更にこれを社會の總合形體(Gesamtbild) に於て表現せんと試みた。Hegel と同様に彼もローマの後期を論述して次の如く言つた。全世界に對する支配は凡ての都市をローマの一都市に近似せしめ、凡ての差別や不平等を相殺せしめ、そして凡ての者に同様な容貌、富、形狀、慾望を與へたと。法律は法「人」なる概念を造つた。それは科學的思惟に基く擬制であり、又構成である。それは有機的本質の單一體とは異り具體的多數者を基礎とし、しかもそれを越えて恰も概念上の統一的總體、個體の背後に於て又個體の外に於てある總合體(eine universitas post rem und extra res)の如くに存立する。最近に於て法律は益々その有機的特質を除却して益々専ら「組合」(Gesellschaft, 利益社會)の原理に殉ずるに至つた。組合(利益社會)とは即ち凡ての根原的自然的結合から解放せられたる多數個人が相互の利益と補償とを抽象的合理的に商量することに依りてのみ相互關係に入る一種の社會狀態である。この社會的唯理主義の構成に依りて組合概念(それは Hegel の思辨的價值判斷に於て哲學に對しても亦甚だ影響が多く成つた)は古典的國民經濟に對して、その最も極端なる哲學的形成を蒙つた。この組合的抽象の體系に對して Tönnies は社會的なもの、有機的的典型として「共同體」(Gemeinschaft, 共同社會)を

對立せしめたのである。その所謂共同體なるものはその構成上 Hegel の本體的精神(substantieller Geist)若くは道義的總合體(sittliche Totalität)の概念に準すべきものなるも、Hegel の全く文化哲學的傾向とは異なり、茲には多分の自然主義的色採のあること及び自然的性(Naturhaften)と根原的性とを高調する點である。凡ての共同生活 利益の總合や渾然的統一を基礎とするに拘らず法律は一面的例へば純經濟的な目的(それは本來分離しながらこの一點だけで合致する各個の意思範圍を結合する原因となる)の分立及びその個別的追求のために技巧的な形式を造る。キリスト教的文化の内部にて亦既に法律、就中ローマ法が道具となつて行はれた凡ての根源的共同的生活よりの解放、一般の解體や水平化等は Tönnies に従へば近代國家に於てその最高具體化を遂げた。そして近代國家も一個新鮮なりし共同體より一變して組合的資本家的結合となつた。

Simmel は元來折にふれたる説明の中に於てのみ 法律を顧みた に過ぎないが、それでも亦 Tönnies と同様に法律をば現代に於て益々確立し行く生活の合理化の一徵象と見た。法律は一方に於て主知主義、他方に於ては貨幣と比すべきものにして共に個人的特性を顧慮せず、實際生活の具體的全體から抽象的一般要素を抽出する。但し Simmel は信する、近代に於ける没個人化的過程(Entpersonalisierungsprozess)は生活の外部的方面を見るに止まる。従て人格は尙ほその本體の片鱗を失はないながらも益々非人格的組織に従屬するに至り、之に對して固定を容さざる人格的核心は益々鋭くその分裂可能の部分から區別せられ且つ了解すべからざるものとなる。

斯くの如く法律の裡に個人及び文化の凡ての根本性を害ふ形式主義の體化を眺めんとする傾向と並んで尙ほ常に法律の特有なる實證的價值意義を思辨的に認識せんとするものが常に嚴存し、正義の理念に於て早くからその最も一般的な表現が見出されたのである。しかし正義の統一的定義を求めんとすることは無益であつたらう。何となれば、この言葉は單純

に法そのもの、絶對性及び先驗性を言ひ表はさんとするものなるが故に世界觀の異なるに従つて法律に對して提起せらるゝ、一切の要求がその中に詰め込まれねばならぬからである。

正義の概念は刑法理論に於てはその狹義のものが採用された。かの犯人を所罰することは法律の尊嚴を回復する所以だとする、曾ては甚だ影響多かりし見解は Kant 及び Hegel にまで遡る。この如き「絶對的刑法理論」は決して「相對的刑法理論」に依りて換置せられ得ざるものである。社會制度の終局的意味に對する問題と、その經驗的「目的」に對する問題とは刑法に於ても亦相互にその藩籬を侵してはならぬのである。

若し夫れ正義が眞に一個特有にして自らの中に價值を湛えたる理念を表現すべくんば、この概念を取入るゝことに依り共同生活の理想化のためにする專一的人格評價値は、本則として既に破壊さるべきである。宜なるかな Kant 派の法律哲學すらいつれも——Kant 自身のも亦然りであつたが——社會哲學上の人格主義より擺脫せんとする傾向を含んでゐる。

これ Kant 派の Cohen の明かに示す所である。法律は内容上倫理學の中に建てらるゝが如く、彼に従へば倫理學は方法上法律學に沿ふて指導されねばならぬ。法律學及び國家學は純粹價值統一、行爲及び人格の統一、「意思の眞の統一」など倫理學上の概念に對して「方法的模型」(das methodische Vorbild)を提供する。「法人」に於てはその個人の複數から成る感覺的基素(sinnliches Substrat)との融合が、個人人格に於けるよりも一層困難なるが故に以て純粹理念的「全一體」の構想の模範に供せられ得よう。蓋し「全一體」とは感覺的個體に分れたる個別的現實基礎と獨立せる一體を成すものであるからである。全然 Hegel の意味に於て種族及び階級の特殊性は社會的「複數體」若くは綜合體の代表者として、又結局單なる自然的成分として「國家なる強制的統一體」に従屬せしむべきものとする。加之 Cohen は倫理上の基本概念を「専ら法及び國家に照して」構成せんとまで努力した。國家の倫理的行爲は法規の中に於て行はれる。しか

も法規はその神聖性と例外なき普遍性とに於て、純粹意思の自覺に對して易ゆべからざる指導概念たるの効力を有するものとなる。法の形式主義は Cohen にありては直ちにその絶對的有價值性、その純粹性、その先驗性の表象であつた。法と正義とは超經驗的の本國にして此處に意欲はその煩惱及び無明より、又我執、我慾の障礙より脱離し得るのである。法と國家とは精神の構造、倫理的の文化概念である、これに反して國民は自然の所産である。それ故に愛國主義は祖國てふ文化概念の卓越(Erhabenheit)にも拘らず、尙ほ下らない「愛情の擴張」といふ自然主義的粉飾を保有するのである。國民に關する Hegel の純粹文化概念を Cohen は排斥した。形式的なる正義思想は彼に在て具體的價值に勝つたのである。

斯くの如くにして、現在法の絶對的意義に關する見解は尙ほ頗る區々たるを免れない。そして文化價值の體系に於けるその組織付けは將來の哲學に残されたる課題である。

法律哲學の價值體系的特質を更に鮮明ならしめんがためには下の點に注意を促し得ようか。即ち社會的價值に關する Hegel の概念は假令甚だ「具體的」に構成せられたるにもせよ二重の關係に於て全く形式的なる意義を有することである。第一、その「客觀的精神」(der objektive Geist)に於ては尙價值は概念に於けるが如く經驗的なもの(das Empirische)の凡ての「具體性」を除けて考へなければならぬ。蓋し「具體的」といふ語は價值に付て用ふるときには單なる譬喩(Gleichnis)を設けたるに過ぎず、唯或る特定の價值色彩を象徴的に表明せるに過ぎない、そしてこの點からして、同時に判かることは具體的價值からも亦經驗的特殊性を唯理論的に構成し得ないといふ事である。第二、社會的なものは亦前述せる「價值個性」から區別せられる、殊にその體系的性質の故に凡ての考へ得べき共同體生活あらゆる社會的現實の理想的要求の總體として妥當することを要求するの點に於て然りである。かくして社會的なものは經驗的價值

基素に對して形式的であり、又價值個性に對して形式的である。それは價值の本國に在ては特殊なる中間的地位を占める。即ちそれは個人的人格典型の絶對的單一性に對する關係に於て一の新しき先人格的價值の世界としては具體的に現はれ、そして價值個性に對する區別に於て體系的價值としては抽象的又は形式的に現はれる。この中間的位置からして Win-delband が指摘したるが如く、社會的價值は個人の義務の立場からは内容的に見え、これに反して社會の各時の個性的總體規定に對しては形式的に見えることが判かる。この關係に對する最も顯著なる歴史的事例は Plato 的社會倫理に依て提供せられる。具體的國家觀念の典型として、それは尙ほ希臘主義の限界内に滞在したのであつて、未だ——Schelling に依て最初に——キリスト教的思辨の特性と呼ばれたる絶對的價值實現の一回的顯現の觀念にまで押し進むことはなかつた。

社會的價值範型の「具體性」と共に嘗て價值個性と歴史主義との融合の中に存したると同一の紛亂が繰り返へされる。そして茲に至て明かになつたのは、かの經驗的事象と價值具體性との混合食のみで生活する歴史主義が、何故に直ちに法律及び社會哲學の領域に於て、かく魅惑的となるに到つたかといふことである。又歴史主義が無反省的評價方法として懷いて居た所のものが明々白々、しかもドグマの衣を附けて立現れたのが即ち復古時代の哲學(Philosophie der Restauration)である。この哲學に依れば經驗的に生成せる合法的國家的組織形式は不退轉の障壁を作る。之に當ては絶對的價值標準を以てするあらゆる批判や測量は沈黙せざるを得ないと。政治的所與を爾かく絶對化することに對して Hegel は單なる有限性(Endlichkeit)の空虚なることに對し、個別的經驗的獨斷(Diesheit)の不合理に對して爲せる彼の斷乎たる争鬭に依て最も險はしき對照を表明した。そしてこれがために Kuno Fischer がその著書の末尾に於て Hegel に付いて、全十九世紀一代を通じて復古時代の政治的傾向に對し最も深刻なる反對を爲したるものは Hegel の哲學、即ち彼の意識的論理的展開

---

の形式に於ける世界精神の發展を措いて他にない、といふたことを決して忘れてはならぬ。

## 第二章 法律學の方法論

第一章に於ては法律哲學上の概念構成及び法そのもの、價值概念に付て論じた。哲學的「方法」を経験的方法との比較に依て吟味せんがためには、我々は哲學と經驗論とを相互に比較し、そしてこの點に關して兩者を共通の分母の上に齎らせねばならぬ。即ち兩者を考察、理論、認識又は科學の觀點の下に統括せねばならぬ。哲學の方法論は哲學の科學價值(Wissenschaftswert)を尋究するにある。斯く解するに依て 哲學的科學の形式論が經驗科學の個別的形式論と比較され、從て狹義の方法論とも比較され得ることとなる。

嚴格に方法論上より見れば 經驗的法律科學の方法論は法の哲學に屬せずして、科學の哲學に屬する。それは直接に法なる價值範型についてではなく、科學なる價值範型について論ずるものである。特殊の科學論からのこの切拔がそれでも事實上如何に好く「法律哲學」の額縁に簇まり込んだかは説明するを要しない。法律科學の論理は現今に於ては法律哲學の最も好く開拓されたる領域であり、そして實證的法學はこの點に付き甚だ價值ある貢獻を爲したのである。

それ故に 法律哲學の全素材は批判的價值論としての哲學の統一的概念の下に従屬せしめられる。それは三分せられて法律哲學の科學的價值論(第一章 a) 法そのもの、價值論(第一章 b)及び法律經驗論の科學的價值に關する理論(第二章)となる。

法律科學は經驗的「文化科學」の一分派である。それ故に近時文化科學の上に爲されたる諸研究は法律學の方法論的批判のための最も普遍的なる基礎を形成し得るものである。既に第一章に於て Rickert の見解に從て、文化科學的に見られたる世界は純粹理論的に直接的現實を文化意味に關係せしむるに依て成立すると説いた。法律學の論理と文化科學的基礎



觀念との間の指導的縫合線を漸次と、のへ出すためには先づ文化科學の中に於ける歴史的方向と組織的方向とを區別しなければならぬ。この組織的方向の研究は現實の混成體より種々なる類型的文化要因を分離する。蓋し茲ではかの歴史學がする如く類型的文化要因を一同性的時間的發展に於て繼起する個々のもの、不可比較的且不可分解的重要性として表現するためにあらず、寧ろこれを恰もその明かに孤立する形式的構造に於て指導觀念に昂め以て各個の文化的研究に資せんがためである。誤解を防がんがために附言すれば**自然科學的抽象原理**及びその**組織原理**は全然文化的意味を顧みない點に於て如上普遍概念的科學と十分に區別せられ得ることである。

方法論的價值問題と純粹價值問題とは互に平行してゐることは屢々述べた所であるが、同様の平行は價值個性の方法と歴史的方法との間にも、又哲學的**組織學**と經驗的文化科學的**組織學**との間にも存するものにして、この事を洞察することは我々をして再び個別的科學的撰擇原理としての經驗的文化概念と文化の**絶對的價值概念**及び**世界觀概念**との混同を避けしめるものである。我々が特殊なる社會的科學構造の主張と獨自の社會的價值構造の否定とは相互に兩立することを知れるが如く——例へば Stammler に於ての如く——一般に自然科學的方法から文化科學的方法を純粹に方法論的に興味ある分離をなすことは同時に絶對的文化價値の認識なくして常に考へ得られる。それ故に我々は方法論的、經驗的「文化意味」と絶對的「文化價值」とを少く共形式的方法的關係に於ては區別しなければならぬであらう、假令後者が全經驗的文化科學に對して恰も嘗て經驗的歴史記述に對する關係に於て承認せられたると同一の意味にて規律的原理として振舞ふことありとするも。

認識論的觀點の下に於ては現實は範疇的綜合の所産と見做される。方法論はこのコペルニクスの立場を個別科學の撰擇活動 (Auslesetätigkeit) の創造の上にも及ぼし、例へば原子や自然法則やは之を自然科學的所産

と見、世界歴史の出來事や、法律的、國家的、經濟的現象やは之を文化科學的概念構成の所産と見る。未熟練の眼にはコペルニクス的根本思想を到る所に嚴格に把持することは容易でないであらう。從て偉大なる歴史上の出來事はその世界史的役割を歴史的記述に依て始めて授與せらるゝのではなく、又經濟、法律、言語など種々なる類型的文化意味も科學に依て始めて相互に限界付けらるゝのではない、と言ふ如き異議のあるは格別不思議なことではない。又方法論者も實際上彼が材料に付き既に見出したる原始的練訓の裡に科學的活動の前加工を認むることは避け難いことであらう。然れども Rickert の名付けたるが如くこの「前科學的概念構成」が個々の場合に於ていくら汎く既に發展して居ようとも、それには概念特有の鋭さ及び科學的嚴格さが缺けて居ねばならぬ。故にいかなる場合にも科學はその不斷の任務として不確定なる企劃を精確にし、概念上固定せる結果を布演し、例へば種々なる文化的體系を彼此精密に區別し、そして之を各分科的研究に於て一層精密なる組織的分派にまで發展形成しなければならぬ。故に科學のコペルニクスの職責は時に或は制限せられ、又覆ひ隠さるゝことありとするも、特殊なる文化科學の世界を造就することが一部分既に前科學的思惟に由來するとの一事に依つて秋毫も疑問視せらゝことではない。

前科學的加工の事實は直接所與の現實をその儘直ちに文化科學の素材として觀察することを許さぬ。直接所與の現實と科學の求むる終局目的との間には多くの場合既に文化意味に牽聯せしめられたる、半製品に比すべき世界が現はれる。そして固有の文化諸科學の素材となるはこの合成的文化實在にしてかの原始的なる何等の價值牽聯を経ざる實在は素材とはならぬ。しかし斯うなると前科學的加工と科學的加工との限界が消え失せるのみならず、前科學的意識に依て開始せられたる活動が甚だ屢々科學に依り同じ方向に於て再び採用せらるゝは勿論、訂正せられ、且完成せられるのである。この根據より方法論的批判の觀點は科學的作用から前科學的作

用の上に移される、そしてそれ故に専ら方法論上の立場よりすれば、唯に文化諸科學のみならず、個々の文化領域自體も亦凝結せる理論理性として並びに「概念構成」——但前科學的の——の具體化として見られ能ふのである。この事より奇怪なるそして一見矛盾に満ちた結果に達する、といふのは方法論が場合に依ては科學形式以外のものをその探究目的とすること、又方法論が文化科學のみならず時として「文化現實」に直接に向ふこと、即ち社會科學のみならず、社會的なもの自體及び同様に法律等にも向ひ得るからである。それにも拘らず文化力自身に向けられた方法論的探究は同様な目的を取扱ふ個別的科學と紛ふ方なく相對するのである。蓋しその期するところが後者と異なるが故に二者明かに區別せられ、且方法論の投ずる問題は凡て専ら概念構成問題に集中せらるゝが故である。殊に前科學的法律概念の方法論と科學的法律概念の方法論との間に於ては根本的分離が存し得ないことは後述するであらう。

組織的文化科學の體系に付て茲では唯一般的説明を與へるに止めた。即ち指導概念として個々の學問を構成する處の種々なる文化範型は單に對等的關係のみならず、上下の關係にも亦立ち得るものである。従て例へば社會的なもの、要因が全文化體系の中に介在せんがためにはその完全なる分離性及び無雜の純粹性に於てするを要すべく、しかもこれあるが爲めには最高の分析又は Simmel の想定するが如く「社會學」に於て把握さるゝものなるを要する。社會學は Simmel の説けるが如く他の分科學の研究結果を以てその出發點とすべきものにして他の學科に對しては自からその「總論」たるの地位を占むべきものである。

形式主義的文化研究の觀念に徴すれば、總ての種類の法律學の方法論的構造が既におぼろけながら判かつて来る。種々なる部分片が具體的關係に於て混在して居る所の文化素材から同質的部分片を抽出することは、法律學の亦屬して居る科學部類の最も一般的なる形式を示して居る。法律領域の分離及び進んで實的に分離されたる生活力にまで之を實體化する

ことは茲でも亦既に 前科學的意識に依て行はれて居る。そして茲でも亦前科學的選擇過程に對して 概念的明瞭を與へる ことが科學の任務であり實體化に對してコペルニクスの觀察點を回復し、特殊なる法律領域の限定をば認識論的「現實」の改容——一部分は前科學的に、一部分は科學的に——の成果として或る特種化されたる 文化意味に牽聯されたる抽象的世界にまで理解することが方法論の任務である。

今や我々は凡ての法律的探究に課せられ、そして法律的方法論の ABC と正しく呼び得る所の方法論上の二元論を先づ顧慮することなくしては法律學の方法論に於て一步をも進める ことが出来ない。現代に於て誰よりも Jellinek が法律論(Jurisprudenz)と事實論(Sozialtheorie des Rechts,) (法律社會學)との差別を主張し、既に Kistiakowski, Hold v. Ferneck等の追隨を得て得るが、早い頃の學者、例へば Knapp, Jhering 及び露國の法學者 Pachmann 等に於てはこの傾向は大して現はれてゐなかつた。Kistiakowski は方法論的混成主義(methodologischer Synkretismus)の克服を論理的觀念論及び判斷論に依て支持し、而して社會學的概念をば種々なる認識目的の沈澱物として評價することを心得て居た。

法律學上の方法二元論は法律を 實體的 文化要素として、即ち社會的生活過程として見るか、或は意味(精しくは規範意味)の複合として法律の「解釋的内容」(der dogmatische Gehalt)に付き吟味し得るかといふことに基いて居る。既に法律社會學は實に凡ての形式主義的文化科學の如く、具體的社會的總體から一の抽象體(Abstraktum)を抽出分離せしめる、この抽象體は法律以外の情況をかやうに 離れては 實際には存立しないのであるが。然れどもこの明かに認めらるゝ抽象性にも拘らず我々は社會學的に思惟せられたる法律をば凡ての「實在的」文化現象の如く、現實の平面に浮き出さしめる、そして私見に依れば法律が完全に 活々した現實として直ちに出現するためには或る他の 實體的部分に結合しきへすれば夫れで足りるのである。我々が一度この點に付き方法論的に反省するならば。

これと全く同じやうに、かの複雑な一見具體的文化現實と認識論的現實の最も具體的なものとの間には之を隔離する間隙のあることを看破するのである。それにも拘らずこの方法的に練り上げた文化世界なるものは内容に付き多少の減損こそあれ、又同様文化意義に付き牽聯をこそつけられたれ、尙ほこれを現實と見ることを辭せぬ。この事は具體的歴史的實在に關しては何人も承認するに躊躇しない筈である。

加之、認識論的意味に於て原生的なる現實基素(Wirklichkeits-substrat)からは餘りに甚しく技巧的に遠ざかつて居る個々の形式主義的文化研究の客體をも亦、我々は**現實在**と見做すことに躊躇しない。我々は文化實在の特有の概念、殊にこの場合に於ては我々が歴史的の具體的文化實在に對立せしめる抽象的部分實在の特有の概念を構成する。この點に於て形式主義的文化研究の論理は今やその最も困難なる課題に逢著する。即ちそれは一般に文化科學的加工がいかなる範圍までは單に文化意味に係はる「實在に」向け進むでるか、又いかなる範圍に於てかの分離せられたる純粹意味そのもの、世界をその終局目的となして居るか?この問題は徹底的に考へて見なければならない。Lotzeの信じたるが如く既にPlatoの認めたる實在と意味との對立は此處では全く限定せられたる經驗論的意味に於ていはあるが**方法論**のために大に利用されねばならぬ。

或る領域に於てはこの事は既に偉大なる効果を以て成就せられて居る。即ち法律學に於ては事實論と法律論との區別に依て成されてゐる。社會的意味(soziale Sinn)の法律は「事實的」文化因子と看做され、法律的意味(juristische Sinn)の法律は唯思惟せられたる意味の綜合概念と看做される。法律の抽象性はそれ故に社會學的に探究せられ得る客體のそれよりも一層複雑な意味に於て考へられねばならぬ。社會學者や法律史家や道德慣習及びその他の國民的生活現象に對する法律の「事實上」の限界を認める。これに反して單に**妥當**するのみなる規範に付て、それが文化生活の分離可能の他の部面との補足を得て一個獨立の實在となり得べし

と考ふるは全く何の意味をもなさぬ。それ故に **法律論者** にとりては概念上、社會學的又は法律史的限界劃定は假令科學的根據から彼自身に依て探究せられるゝにもせよ、單なる前提及び前加工であるに過ぎない。何となれば彼等にとりてはそれは社會學的判斷に基て「法律」と認められたる規範の **内容** (我流に考へた) を組織的に關聯せしむることに外ならぬからである。されば **法律論的**「法律形式主義」(juristischer Rechtsformalismus) の論題は唯法律に依て擷捕せらるゝ前法律的「基素」、即ち常に具體的及び抽象的文化 **實在** 並びに日常「生活」の實在の中に存在すべき「基素」と法律論的 **意味** とを理念的に比較することに存じ能ふのである。故に法律論的分析及び組織傾向は大多數の他の社會科學の類型化的傾向と更に區別せらるべきものにして、この點は以下尙ほ詳細に特色付けるであらう。

最も著明なる社會科學的法律學說に Marx 學派がある。近時マルキストたる Karner はかの法律的素材に對する單なる解釋的、技術的克服(dogmatisch-technische Bewältigung des juristische Stoffes)に對抗して、一切の非法律的現象を支配する因果律の中に法律を取込むこと、法の「社會的作用」を探究することを以て科學たるに應はしき唯一の題目であると宣言した。第十九世紀の後半に於ては、我々の信するが如くんば、現實の生活關係に不關焉たる「解釋學」(Dogmatik)の獨裁的支配に對して、國民經濟學者に依つても亦支持せられたる一般的反抗が一の活潑なる運動を法律科學の中に惹起せしめた。それは Jhering の著述の漸次的發展の中に明かに反映されてゐる。尙ほ社會學的法律學の方法論は社會科學的文化研究の一般的論理の中に甚しく發展したのであつて、到底法律學の方法論に限定せる本章に於ては之以上論ずの違がない。

實在の探究と意味の探究との對立の中に哲學的傾向と經驗的傾向との平行が最も混亂せる狀態に於て示されて居る。當爲と存在、規範と自然法則、規範的觀察方法と發生論的觀察方法との終局的思辨的對立の思想は言ふも更らなり、——例へば

Jellinek, Kistiakowski, Kohlrausch, Eltzbacher に依り 此の最も 一般的なる方法二元論は法律學の特徴付けに屢々利用された。然れども、かの規範概念の哲學的及び經驗的意義の間には疑ふに由なき類似性はあるとしても、ために他方に於てその多義性の故に二者の間に於ける懸隔を看過し、而してそれが爲め法律學(Jurisprudenz)を「規範科學」として、不知不識の裡に純粹經驗的研究に對立せしむるに至るならば、方法論的限界線を没却してこれ以上におびやかすものはないであらう。確に法律學は哲學と同じく、存在するもの (Existierendes) をその研究の對象とはせずして、反て單に意味するもの (bloss Bedeuten) を對象とし、實在するもの (Seiendes) にはあらずして、實在すべきもの (Seinsollendes)、要求するもの (Heichendes) をその研究對象とする。然れどもこの當爲性 (Sollenscharakter) は哲學に於ては何等經驗的典據を有せざる一の絶對的有價值性 (absolute Werthhaftigkeit) に由來するに對して、法律學に於ては共同體意思を通して實證的制定の中にその形式的根據を有する。Stammler 及び Eltzbacher に依て直接に法との關係の中に指摘せられたる經驗的所與、現實的存在の要素は Jellinek 及び Kistiakowski に於て時にその嫌あるが如く、單に法の社會的存在論に對してのみならず寧ろ直接に法の法律的當爲論 (die juristische Sollenslehre vom Recht) に對して意義あるものとする。絶對的價值から直接に法律的當爲を追求せる形式的自然法學派ならんには少くとも、前章に於て既に述べたるが如く、法律學をば論理學及び倫理學なる「規範科學」と同列に置くべき理由を有するであらう。我々は之と異なり法律科學としては唯思惟せられたる意味の世界を純經驗的に取扱ふ (rein empirische Operiere) といふ全く異なる方法を呈示し得るのみである。

法律學的方法の詳細なる考察に入るに先ち一言注意したいのは法律學的領域に於ては前科學的概念構成の存在がいづれの領域に於てよりも一層大なる役目を演じて居るといふことである。我々が若し科學そのもの

を度外視するならば—— 概念構成の要素として、法律に單に近似せりとしてすら比較に堪へ得る程の文化現象は一も存しないのである。法律自身既に、自らと法律以外の現實との間に廣く行き互れる差別を認める、そして甚だ高度の技術的完全さを以て、その概念を構成するに由り之を學問上の概念と比すれば單に程度の差に過ぎず、法律學としては時として法律が手をつけた形式化過程(Formungsprozess)を續行する以外特に學問的作業を剩さない程である。しかも、いづれの時代にも法律學の成果が反對に亦編纂法(kodifiziertes Recht)と成る。Jhering 以來現代に到るまでの法律學的方法論上の試みは凡て法律そのものに含まれて居る概念構成のこの精神を認め、そして夫れ故に屢々法律の論理と法律學の論理との間には全く術語上の差別を設けなかつたのである。——

法律的並びに法律學的概念構成に對する批判としての廣き意味に於ける法律學的方法論は二の主要なる題目を有する。第一、前法律的生活舞臺及び文化舞臺に對して法律及び法律學の執るべき特殊的、統一的地位を探究すること、從て前法律的素材をば法律概念に轉化すること。第二、法律の概念的相互の組織的牽聯、換言せば法律學の體系的形式(Systemform)を探究すること。

法律科學の論理に對する最近の傾向が主としてもたらした結果は、法律學に於て常に利用されたる**目的論的**の原理が方法論的考察に於ても亦明かに意識せらるゝに至つたことである。殊に Jellinek は Sigwart の目的論的統一原理に關する論述をば「法律的判斷力の批判」のために利用せんと試みた。兎も角法律の舞臺は決して原始的 心理學的所與と同一に歸するものではない。實際生活の領域、社會的及び經濟的、更には高度の團體的構造に關しても亦法の舞臺は寧ろ完全に目的論的要素に依て貫徹せられて居る。Rickert は Jhering の思想を採用して法の目的觀をば法律の意味に於て「本質的な」概念特質の原理として記述した。而して G.Rümelin並びに Zitelmann は科學に於て常に然るが如く法律學に於ても



前科學的思惟の不確定なる一般性を克服する任務を生ずることを指摘した。恰かもその概念上の精確さが賞讃せらるゝ法律學の如くに、方法論は將來に於て尙ほより詳細に基礎付けらるべきであらう。そしてこの精密化の過程は直接に價值關係的及び目的關係的方法の限界内に於て達成せられるのである。然れども Savigny, Puchta 及び Stahl 以後の多くの法律學者及び法律哲學者に依て認められたる所は、法律に依て不變的に支持せられた概念と、法律に依て修正せられたる概念と、最後に法律に依て新しく創造せられたる概念との間に一の區別を爲さねばならぬといふこと及び法律の領域に入り来る凡てはその價值關係から放れたる自然科學的性質を喪失するに到るといふことであつた。同時に物理的客體はその性質の全部に於てではなく、却つて—— Gierke が適切にも Roma 法と Ger mann 法との比較に於て殊に強く主張せしが如く——意思の支配に適合する側面の總體のみを以て法律の下に入り来るのである。恰も「人格」が人間と同一ならざるが如く「物」は物體と同一ではない。かゝる手法で——こゝでは詳細に記述し得ないが——法律に關連する對象の總體は同様に目的論的織物を以て覆はるゝのである。この點に關し方法論上重要なことは法律學的に形成せられたる世界は認識的及び自然科學的考察に對し又屢々人生觀に對しても拘まざる、全く別種の組織可能性、新しき綜合新しき統一原理及び個別化原理を有して居ることである。自然科學的には連續(Kontinuum)である所のものが、法律的には不連續(Diskretum)であり得る、自然科學的には單なる集合的複數である所のものが、法律的には單なる集合とは異れる統一體であり得る。法律上の統一原理を了解するために缺くべからざる前提條件は最近まで全く忽にせられたる物及び集合に關する社會學的概念の探究である。これ近時 Kistiakowski の充實せる研究に依りて初めて新しき段階に到達した。

相互に相交錯する二の要素が、現實に對する特に法律學的なる態度を構成して居る。その一は現實の基素を目的牽聯に則りて純粹意味の思惟世

界にまで換置すること、その二は之と共に經驗可能のものの全體から單なる部分内容を手操り出すこと、即ち是れである。既に Jhering はこの法律と法律科學との分解せられたる作用を明瞭に記述した。法律形式主義に關する最初の綜合的研究として賞讃に値するその著「羅馬法の精神」は、Hegel の法律哲學的思辨の多くの構成部分と、第十九世紀の實證科學との間の仲介と見ることを得る。Kant 及び Hegel に依て殊に私法學に對して爲された還元、即ち凡ての法律關係を意思關係に還元することは、假令目的を超越せるものにもせよ、法律學的に抽象せらるゝもの及び孤立するものの特性を概念的に決定せんとする最初の試みであつた。一般的に認められ、而して Lassalle に依て布演せられたる獨斷、即ち羅馬主義を通じての抽象的人格の發見に付ては、既に第一章に於て考察せられた。然れどもその他に於ても Hegel にありては到る處に於て法の形式主義及び容易に且均等に實現せられんとする「實用性」(Praktikabilität) (Jhering)、技術的適合性の認識が見られる。Hegel と同じく精確に Jhering は羅馬の世界史的地位を記述し、又當時の諸民族を「粉々に粉碎」せる所の抽象的國家主義及び法律主義と民族主義との間の軋轢を記述した。法の普遍化的及び平等化的傾向、その直接的具體印象の破壊、之と牽聯して存在する法の特定性及び均等性並びにその單なる感情的立場に超越することに關する最も精細なる表現は、Jhering に由來し、Puchta の優秀、徹底せる所説を補充したる成果である。

上來の論述に依れば恐らくは恰かも法律は唯その完成し、壓搾され、法典に編纂されたる形に於てのみ規範の複合、換言せば「客觀的意義に於ける法」として、方法論的考察に入り來るに過ぎざるかの觀を呈するかも知れない。法律と前法律的現實とは一見相互に決して相觸れざるもの、且その内容の論理的關連を経てのみ抽象的に相互に比較し得る世界として對立するやうである。而して「主觀的意味に於ける法」としての權利(Recht) 殊に「個々の具體的」法律關係や、その他の主觀的法律關係の形

式に於ける權利(法律)が、現實生活の多様性及び分離化の中に引き入れられることに關しては未だ全く一言も説明を加へられて居らぬ。法と現實との間の關係のこの側面に於ても亦、方法論的批判が照し入らねばならぬ。依て **個別の場合** に於ける法的意味と現實界との **錯雜** が問題になつて來る。この個別化され、具體化され、時間性の中に引き入れられたる狀態に於ける法律も亦純粹なる **意味** の世界として理解さるべく、その通常定着してゐる現實の主體から分離しなければならぬのである。これを企てるに際しては次の如き一般現象が起つて來る(これが精確なる構造はまだ十分研究されず唯方法論學者の分析的精神に依りてのみ理解され得るに止まるが)、即ち抽象的内容が具體的主體と膠着し、ために抽象的内容がさも獨存するかと思はしめ又素人眼に常にそれを實體化せしむる機因を與へることである。獨立的存在のこの如き眩惑は認識の凡ゆる領域に於て繰り返へされて居る。即ち **認識論的** 意味の現實に對する「**具體的**」文化現實に於て又 **複合的** 文化現實に對する抽象的 **部分** 現實に於て、而して最後に基素としてそれ等に奉仕する心物理學的若くは文化的及び生活的現實に對する意味——例へば法律的——に於て。Marx はその商品の偶像性に關する所論に於て之に關聯することに觸れ、又 Simmel は「現實的抽象作用」即ち客觀的組織に於ける抽象的社會作用を客觀的設備の裡に同様象徴的に對象化することに付き詳論してゐる。自然科學の分野に於ても、例へば天文學上の天體とは單なる量的關係を具體的構造に依りて同様に結晶させたるもの又幾何學的圖形の記號的表現もその中に表はされた**純粹數學**的關係を同様に結晶せしめたものに外ならぬ。而して恰も後者の例がわが法律學上の問題を看取するに役立つ。例へば圓の**數學的個性**を知らんがためには圓の現實的感覺的個性に付き、先づ紙やインキや黑板や白墨等の如き記號の經驗的方法を抽象せねばならぬと同様に、例へば賣買なる法律行爲の**法律學的**個性を明かならしめんがためには個々の賣買の**現實**の總構成から先づ物的出來事の個々性、心理的隨伴現象、歴史的地位の

特殊性等を抽象しなければならぬ。Brodmann は「法律事實」及び「法律要件」の複合的性質、現實界と法的意味との斷えざる交錯を適切に記述した。それらは單に外見上具體的な法律行為、權利行使、法律效果、法律違反等に於て常に存するものである。Schloßmann, Thon, Zittelmann その他の人々も亦存在するもの、世界と妥當するもの、世界との間に存するこの注目すべき融合と因縁論 (Okasionalismus) の形而上學を想起せしむる交互作用について注意し、而して「法律界」に於ける發生、經過、相互條件、簡單に言へば相互關係の思考形式を把捉せんと試みた。Zittelmann は法律的現象の因果的結合について説明したが、彼自身の附言せしが如く、それは唯「自然的」因果關係に類似して形成せられたる「法律特有の」因果關係であつて、「因果律のいかなる他の形態」とも一致せざるものである。Schuppe は之に反して物性及び因果性の範疇をば差別なく心理的世界と法律的世界とに適用せんと欲した。蓋し彼の論理に従へばいかなる種類にもせよ意識内容の統一的包括の可能性のみが目標であるからである。刑法の領域に於ても今や法律要件の概念の方法論的更正が始つた。

Kohlrausch や Hold v. Ferneck は「現實的素素」としての事實界とその「法律學的方面」との混同に對して爭つた。その「法律學的方面」は Hold v. Ferneck の適切にも主張せしが如く「その具體化にも拘らず」決してその抽象的特性を失はざるものである。

直接には裁判に關し、間接には法律學に關する所の具體化せられたる法律世界と生きてゐる現實との如上の交錯に關する例說に對し、何よりも警戒しなければならぬのは、恰も存在の世界と妥當の世界との嚴格なる對立は、唯客觀的意味に於ける法律又法律と規範意味とを同視するときに局限せらるべきものとなし、或は一般に客觀的及び主觀的法的關係に關する或る一般法律學に屬する學說に依存するものとなすが如き誤解に陷ることである。

總べての法律概念に關する目的論的色彩を最も好く學ばしむるは法律

制度が心理的實在を取扱ふ際餘儀なく之を變更し、乃至不當な——單に自然主義的心理學的に見れば——投入をなす場合である。心理的存在は法律的觀察にとりては物體界と同じ意味にて單に行爲の實際的世界に於て初めて精製せらるべき素材に外ならぬ。從て法律學はかの不當に「精神科學」(Geisteswissenschaft) と呼ばるゝ研究が決して心的現象の分析に於て成立するものでないことを端的に證明するのに殊に適當してゐる、Jellinek は法律制度が個人の意思行動について爲し得る所の斡旋 (die Verwendung) に付て研究することは法律學の基本概念を確定するに付き缺くべからざるものであることに論及した。實際いかなる法律の問題でもその方法論的判斷が純粹心理學的意思概念と甚だ不變的な法律的意思概念との間の差異を世間で餘り注意しなかつたことを實證しないものは會てないのである。

茲に將來の方法論はその活動のため廣き舞臺を見出すであらう。しかも心理學的概念の法律學的加工をその心理學的自然科学的要素とその目的論的要素とに分析せんとする試みは尙ほ全く缺如して居る。固より斯る企てを法律學から期待することが出来なかつたのは恰かも心理學の論理學が心理學自體の如く一般に認められた結果に達し得なかつたと同じである。

法律學に於ては心理的概念と融合して居る所の實用的要因——それは自然科学的心理學に於ては顧みられぬものである——が獨自の概念的精密の最高の段階に到達して居るが故に、心理學的部分と目的論的部分との間を區別することに依て法律學と心理學との兩科學は方法論上の自己認識を得るであらう。

尙ほ一言したいのは、かの「意思說」と「目的說」との間の論争も亦唯今述べた目的論的概念構成を深く省察するに依て初めて解し得るであらうことである。Jhering を通じて著名になれるこの論争は從來あらゆる論說にも拘らず、抑目的なるもの(Zweck)は Laband の強調するが如く、解

釋的法律概念の彼岸に存し、それ故に唯社會學說の領域に屬するものなりや、それとも茲では超法律的社會的要素を法律學的 概念構成へ取入れやうとしてゐるのか、この點に關し明瞭なる解答が一度もまだ與へられて居らぬために、上の論争は尙ほ桁外すれに混亂を呈して来る。

方法論上の心理主義の不十分さが漸次に知られかけたといふ喜ぶべき徵候が近時刑法の領域に於て現はれて居る。Liepmann は刑法上因果關係の問題の解決は特殊なる 法律的撰擇原理の認識に倚存して居るとの見解を述べた。又 Kohlrausch は Jellinek に於て論述せられたる目的論的概念構成の原理を特に（「法律上適當なる見地の下に感覺的繼續より截取つたもの」としての）結果(Erfolge)の概念に付て適用せんと試みた。そこでは既に法律上重要なる原因の「適當性」(Adäquatheit einer Verursachung)なるものは合目的的評價及び正義的評價に基づける實用的標準に依てのみ、例へば——民法及び刑法の文獻に屢々述べらるゝが如く——「客觀的事後經過」(objektive nachträgliche Prognose)に依て推測せらるゝ結果の「豫見可能性」(Vorhersehbarkeit)若くは「推算可能性」(Berechenbarkeit)に依てのみ決定せられ得るものである。「哲學的因果概念を法律學に應用するの可能性に關して甚だ屢々生ずる論争も亦、畢竟精密なる認識論上の因果概念は固より刑法研究の出發點ではあり得るが、その絶對的到達點ではあり得ないことを洞察するに依て調停し得られやうか。M.E.Mayer は刑法學上の自然主義の獨裁に對して最も厳しく反對した、そして彼は Windelband 及び Rickert の科學の分類に倚屬して法律學を以て文化科學的價值關係の一種と觀念した、但しその際組織的刑法學の多くの部分をも強く「個性記述的」方法 (idiographischer Methode) に近づかしめんとした。

最後に倫理學と法律學との關係も亦方法論上の批判に服する。試みに義務違反的意思活動、故意、責任、意思自由の如き概念について想起するのみで宜い。茲では「前法律的なるもの」は價值の領域に存するであらう

し、方法論的限界作用は哲學的概念構成と經驗科學的概念構成との比較に及ぶであらう。

「法人」及び個人人格と綜合人格との關係に關する爭論は目的論的心理學の問題と相關係する。この點に於ては Jellinek の見出した解決方法が一道の光明を投げる。彼に従へば「個人人格並びに綜合人格の基素は**自然科學的**に見るときは一様に、ばらばらな現實體の集合せるもの、若くは混成せるものであるが、之に反して前法律的**目的論的**に見るときは目的關連に依て想合されたる獨立の單一體として、即ち單一的個體、又は單一的結合體として現はれる」この前法律的實體の目的論的形成に正當にも法律は倚存して居る。而してこれと同一の意味に於て**法律學的**意味の世界の中に個人人格及び綜合人格の概念を形成するのである。いかなる場合にも「人格」は擬制を意味しない、個人人格、綜合人格双方の場合に於てそれは一の科學的抽象を意味する。法律上は唯「法律學上」の人のみが存する。かの「自然人」(physische Person)と「法人」(juristische Person)とを吳越同舟的に對照せしむる代りに法的個人人格(juristische Einzelpersonlichkeit)と法的綜合人格(juristische Gesamtpersonlichkeit)とを對照せしむべきである。若し人格問題に對して同時に目的論的意思單一體の概念を應用するならば、その構成員の總計とは異なる人的單一體が目的論的意義に於ける單一的意思を有し得ることゝなり、我々は最早やこの點に付き何等神話的人格化を想起しはせぬであらう。

實證科學の論戰は我々との關係に於ては唯最も一般的なる方法論的考察の例證として觀察せらるゝに過ぎざるが故に、茲では法人の問題に付て唯 Gierke と Laband との間の論爭をのみ引用するに止めよう。専ら方法論上の觀察點よりすれば、Gierke の研究は言はゞ主として法律世界の抽象的特性を明かに認めつゝ、法律的形式主義の**程度**を、從て**法律概念を前法律的基素の上に適合させる**といふ頗る難問題を、意識的に問題にした點で意義がある。法律秩序が前法律世界の組織に付き行ふあらゆる變

更や水平化にも拘らず、前法律世界はその特質及び差別を或る程度までは尙ほ法律的意味の領域に移入し能ふのである。法律がその基素に對するかくの如き適合は二つの方向に於て行はれる。即ち或は心的物理的の所與の或る特定の核心を保存することゝして行はれ——例へば物體若くは精神的現象の自然的差異を兎も角法律的觀念世界にその儘入り込ませる如し——或は既に目的論的に形成せられたる生活實在及び文化實在に倚屬することゝして行はれる。この場合に重要なことは——Jhering, Jellinek 及び Lasson が指摘せしが如く——生活關係が既に類型的に形成せられ、從て法的規律の爲に用意せられたる素材を提供して居ることである。法律が生活の多様性に對する適應を種々なる度合に於て形成し能ふといふことに對する例としてはローマ法學者對ゲルマン法學者、私法學者對公法學者に於ける普遍化原理の對立を挙げ得るであらう。Rosin や Stoerk は目的の類似性及び同一性の多少を以て形式主義の測定標準と看做した。

Laband と Gierke との論争に於ても結局ローマ法學派的とゲルマン法學派的の傾向とが對立を表はしてゐる。Gierke はローマ法學派的法律學に對して、時としては全く形而上學的語調を帶びたる非難を浴びせた。彼に依ればローマ法學派的法律學は謂はゞ全くばらばらになつてお互に對等せる個々人以外には人格概念のいかなる基素もないかの如くに論じ、そして法律以前に在りて個人が既に共同體にまで社會的に編入されたことを法律的領域に於て如何にかして指摘することを徹頭徹尾排斥して居る。Laband は之に對して下の如く抗爭する。即ち結合體にまで個人が編入せらるゝ特有の關係は専ら生活に屬する要素に算ふべきもので、法律的人格概念に於ては何等之に適應する表現を保ち得るものでないと言ふ。しかし何故に社會に於ける基素的人格構造と法律的人格構造とが**正に統合の點に於て**全然區別されねばならぬのか。何故に綜合人格と個人人格との間に（結合せざる個人間に於て不可能なる法律關係とは相異る）人格的關係が構成せられてはならぬのであるか、元來理解することが出來な



い。Gierke は法律的構成に對して一層精密なる適應可能性を要求し、而して法律構成に於ける新思想注入の可能性の道を開かんとはしたけれども、尚ほ彼は法律と現實とを隔つる峽谷に架橋せんとはしなかつた、かの「法人格の事實的基礎」を形成する所の社會生活中心と、「團體人」(Verbandperson)としてそれが「法律領域」へ進入することゝの間を明確に區別して置き乍ら。

いかなる範圍まで法律學的形式主義が無事に遂行され得るかの問題も之を統一的に把握せんがためには先づ方法論が常に認識論と接觸を保ち認識論的現實概念の裡に確乎たる地歩を占め之よりしてかの同様に上下の階級に置かれたる個々の概念構成層をば各々の異なる距離に於て共通の現實基礎から一義的に評價され得るやうにせねばならぬ。かくして初めて相互に相關涉せる科學的綜合の建築、殊にその「客觀性」及び「主觀性」に付て闡明を得られることになる。

前法律的基礎に對する法律的概念世界の關係に付て或る一致が存し乍ら、他方に於て**法律學の科學的形式とその組織形式**とに關する見解は尚ほ遙かに隔つて居る。法律の「技術」が既に法律的素材の組織化を高度の完成に於て具有して居るが故に、この點に於ても亦法律科學の絶對的特性を求めることを得ない、これ法律學の科學的性質に對して早くから疑ひを提出されて居たことの怪しむに足らぬ所以である。

この問題が文化科學的認識概念の統一的確定に依ていかなる解決を見出さうとも、法律學からその獨立的性質に關しては常に他の技術に對して科學的特性を示して居ることは明かであらう。技術がその實際的目的に資するための純粹理論的認識を他處から殊に自然科學から、採り來るのに反して、法律學はその實際的任務の遂行に必要なものをば一切自家固有の概念世界(この世界は方法論的に究明する甲斐のあるものである)を通して生産するのである。洵に方法論は實生活に於ける法律の實用的職務をば、その組織構成の要素として認むべきであらう。しかも法律に於け

る理論(das Logische)は實用(das Praktische)を徹底せしむることより以外に之を理解するが如き程度に進めてはならぬのである。法律科學の論理的構成を嚴密に研究せよとの要望は、かの「概念法學」(Begriffsjurisprudenz)とて當然指笑さるゝものとは何等相關するところでない。

我々は法律學に對して 先づ第一に形式的意義に於ての獨立的意味を與ふことを得る、即ち法律(Recht)に對する獨立、殊に法規(Gesetz)に對する獨立である。法規(Gesetz)はその科學的研究に方向を示す性質を有するにも拘らず、或點に於ては單に素材たるの地位を要求するものであつて尙ほ解明せられ、精査せらるべきものである。法律と法規とは區別せられる。法律科學の對象を形成するものは法律にして法規ではない。法規は慣習法裁判官に依る法規の適用その他の立脚點以外に有する 證徴の一にして、法律學は之よりその背後に潛在する特定の時及び特定の共同體に於て眞實に「適用され」且「立法者に依て意欲せられたる」從て飽くまでも「實證的なる」(positive)法律規範の體系を一部分創造的作業に依て獲得せねばならぬ。若し夫れ法規の解釋、類推的構成(Analogiebildung)、法律法規及び慣習法に於ける缺陷、法規と裁判官、自由なる法律創造等に關する現代の研究の凡てについては單なる瞥見を與ふことすらもこの論説の範圍外にある。

我々が法學の實質(内容)的獨立、乃至他の科學の組織形態と區別され特に法律學的なる組織化形式に專屬するが如き内容的特殊性をば時代の方法論から解明を期待してもそれは殆んど不可能の事に屬する。Jheringの「法規の法律概念への突進」(Prazipitation der Rechtssätze zu Rechtsbegriffen)に關する處論は、その比喩に富める自然科學的用語に對して爲さるゝ凡ての正當なる非難にも拘らず、尙ほ法律的思惟の最も成功せる特徴付けである。或は根原的命令的形式を科學的判斷形式又は概念形式に轉換することに關し、或は綜合體をその最も單純なる部分に分解することに關し、或は又法律的「構成」其の他に關しては多くの思索に富める研究

が存する。がそれにも拘らず法律的組織形式の本質的祕密は科學的修練に依てそれと相親しめる専門家からは直接には直感せられ乍ら、而も之を論理的表現に客觀化さるゝには到らないかの如くに見える。而して例へば G. Rümelin の如き Wundt の如き又近時に於ては殊に Radbruch の如きいづれも同様筆を揃えて演繹法、還元法、歸納法、分類法等凡ての科學の認めたる最も一般的論理的形式を法律學にも適用すべしと論じて居る。然れども法律素材の第一次的論理的統制に對する斯くの如き試みが疑もなく甚だ教示に富めるものであるとしても、それら形式論理の原理に於ける法律學的個性的色彩はために尙ほ充分に鋭く指摘せられては居らぬのである。この點に於ても亦從來論理學の方途が自然科學の一面に偏倚したるは方法論に對する障害であつた。法律的に組成せられたる素材をばより高き組織的形態にまで形成する所の加工作用 (Operationen) は、恰も前法律的世界に對して働きかける法律的精製作用 (Bearbeitungsfunktion) より一層込み入つてゐるが、しかも同様な仕方で法律の目的論的基本性質に依りて支配されてゐることは屢々看過されて居るのである。

法律歴史の方法論的地位は複雑である。これを確實に決定せんがためには Rickert に依て求められたる相對的自然科學的成分を有する歴史科學の概念と同様に相對的に組織的成分を有する歴史的文化研究の概念を構成しなければならぬであらう。斯くても更に特殊なる困難が生ずる事情がある、蓋しこの研究は或は社會的法律現實の歴史としても考へらるれば、又法律學的法律現實 (juristische Rechtswirklichkeit) としても考へらるべく、最後に又學說史 (Dogmengeschichte) としても考へられ科學史の一部門を構成することを得るからである。法律史はそれが學說に奉仕せざるに到るや否や法律的抽象を實生活の綜體との關係に於て觀念せんとする傾向を有せざるを得なくなることは例へば Jhering や Arnold に依て屢々指摘せられた所である。

最後に法律學の論理は「一般法學」(allgemeine Rechtslehre) に對する現

代の要求即ち法律學の全體はその「總論」(allgemeiner Teil)を成すべしとの要求を方法論的に分析しなければならぬ。この點に於て經驗的研究が組織化作用の單なる高揚及び一般化に依て突然に「哲學」に轉換し得るとの謬見はこの章の初に於て既に述べたる所であり殊に Stammler に依て排斥せられた所であるが正に排除せられねばならぬ。

社會科學的觀察方法と法律學的觀想方法との二元は亦法律學の原理論の最上級概念に進入し、且法律の一般社會論と一般法律學との出立を生ぜしめる、但し兩者とも現今に於ては他の科學の部分片の多數と共に無差別に「一般法學」の中に投入せられて居る。一般法律學には二つの相互に對立的に相補充する手段が存する、即ち一は凡ての歴史的な法律秩序に亘り比較論的解釋論的に研究する態度であり、他は特殊概念の分析に依て法律的基本概念の探索を爲さんとするものである。但し法律比較學は單に法律學的解釋論的たるのみならず、尙ほ人類學的及び社會學的に研究せられる。而して組織的方法と歴史的方法との差別が此の對立と交叉する。Leist の適切に指摘せしが如く諸種の法律秩序間の一回的牽聯關係、從て専ら歴史的類似者(Verwandt)に向つての探究、例へば「アリアン種族法の歴史」(arische Stammesrechtsgeschichte)といふが如きは、「理論的類似者」を綜合せんとする比較法律學には屬せざるものである。

前述の如く若し一般法學を以て直ちに方法論の研究客體と看做すならば、法律と自餘の生活力との活きた關係を取扱ふ社會科學的及び文化史的研究は哲學の領域から逐ひ出さるゝのみならず、法律と國家、法律と強制、法律と權利等の關係に關する最も一般的なる法律學的問題は經驗的科學に委せられてしまうであらう。

上來論究した所はこの點に付ていはなく、法律學の本領を理解せんとするその純粹方法論的試みに付てゐる。法律學の方法論は尙ほ未だ斷片的研究の系列たるに過ぎない。がしかし適々現時論理的自己反省を求めて法律學に強く現はれたる衝動は法律學方法論をして將來統一的全一體にま

で完成せしむるの期待を正當ならしむるものである。

## 参 考 書 目

### 第一章 法 の 哲 學

- |                |  |
|----------------|--|
| Ahrens, H.,    | Naturrecht oder Philosophie des Rechts und des Staates. 6. Aufl, 2 Bde. 1870.        |
| Berdbohm, C.,  | Jurisprudenz und Rechtsphilosophie. 1892.  |
| Cathrein, V.,  | Moralphilosophie. 4. Aufl, 2 Bde. 1904.  |
| Cohen, H.,     | Ethik des reinen Willens. 1904.  |
| Gierke, O.,    | Johannes Althusius. 2. Ausg. 1902.   |
| Jellinek, G.,  | Die soziaethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe. 1878.                     |
| Lasson, A.,    | System der Rechtsphilosophie. 1882.  |
| Schuppe, W.,   | Grundzüge der Ethik und Rechtsphilosophie. 1882.                                     |
| Simmel, G.,    | Philosophie des Geldes. 1900.  |
| Stahl, Fr. J., | Philosophie des Rechts. 4. Aufl. 3 Bde 1870.   |
| Stammler, R.,  | Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung. 2. Aufl. 1906. |
|                | —Die Lehre von dem richtigen Rechte. 1902.   |
| Tönnies, F.,   | Gemeinschaft und Gesellschaft. 1887.   |

### 第二章 文化科學の一般的方法論について

- |                  |   |
|------------------|---|
| Dilthey, W.,     | Einleitung in die Geisteswissenschaften. 1. Bd. 1883. |
| Münsterberg, H., | Grundzüge der Psychologie. 1. Bd. 1900.               |
| Rickert, H.,     | Der Gegenstand der Erkenntnis. 2. Aufl. 1904.         |
|                  | —Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Beg-         |

- riffsbildung. 1896/1902.  
 —Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft. 1899.  
 Simmel, G., Das Problem der Soziologie, Schmollers Jahrbuch  
 für Gesetzgel., Verw. und Volksw. Bd. 18. 1894.  
 —Die Probleme der Geschichtsphilosophie. 2. Aufl.  
 1905.  
 Weber, M., Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und  
 sozialpolitischer Erkenntnis. Arch. f. Sozialw. u.  
 Sozialpol. Bd. 1. 1904.  
 Windelband, W., Geschichte und Naturwissenschaft, 3. Aufl. 1904.

#### 法律學の方法論について

以下に挙げられたる著述は専ら其の純粹方法論的部分のために選ば  
 れたるものである

- Arnold, W., Kultur und Rechtsleben. 1865.  
 Bierling, E. R., Juristische Prinzipienlehre. 2 Bde. 1894. 1898.  
 1905.  
 Brodmann, E., Vom Stoffes des Rechts und seiner Struktur.  
 1897.  
 Eltzbacher, P., Ueber Rechtsbegriffe. 1900.  
 —Die Handlungsfähigkeit. 1. Bd. 1903.  
 Gierke, O., Das deutsche Genossenschaft. 3 Bde. 1868-1881.  
 —Die Genossenschaftstheorie und die deutsche  
 Rechtsprechung. 1887.  
 —Deutsches Privatrecht. 1. Bd. 1895.  
 —Labands Staatsrecht und die deutsche Rechts-  
 wissenschaft. Schmollers Jahrb. für Gesetzg.,  
 Verw. u. Volksw. Bd. 7. 1883.  
 Hold von Ferneck, A., Die Rechtswidrigkeit. 1903.  
 Jhering, R., Geist des römischen Rechts. 4. u. 5. Aufl. 3.  
 Tle. 1881 bis 1891.  
 —Der Zweck im Recht. 2. Aufl. 2Bde. 1884/1886.

- Unsere Aufgabe. Jahrbücher für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. 1. Bd.
- Jellinek, G., Die rechtliche Nature der Staatenverträge. 1880.
- Gesetz und Verordnung. 1887.
- System der subjektiven öffentlichen Rechte. 2. Aufl. 1905.
- Allgemeine Staatslehre. 2. Aufl. 1905.
- Karner, J., Die soziale Funktion der Rechtsinstitute. 1904. (Marx-Studien hrsg. v. Adler und Hilferding.)
- Kistiakowski, Th., Gesellschaft und Einzelwesen. 1899.
- Knapp, L., System der Rechtsphilosophie. 1857.
- Kohlrausch, E., Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht. 1. Tl. 1903.
- Laband, P., Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften. Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht. Bd. 30. 1885.
- Leist, B. W., Altarisches jus gentium. 1889.
- Liepmann, M., Einleitung in das Strafrecht. 1900.
- Mayer, M. E., Die schuldhafte Handlung. 1901.
- Rechtsnormen und Kulurnormen. 1903.
- Neumann, G. A., Prolegomena zu einem System des Vermögensrechts. 1903.
- Pachmann, S., Ueber die gegenwärtige Bewegung in der Rechtswissenschaft, (Ans dem Russischen übersetzt.) 1882.
- Puchta, G. F., Cursus der Institutionen. 1. Bd. 14. Aufl. 1893.
- Radbruch, G., Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem. 1904.
- Riekert, H., Zur Lehre von der Definition. 1888.
- Rosin, H., Souveränität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung. Annalen des Deutschen Reiches. 1883.
- Rümelin, G., Jüristische Begriffsbildung. 1378.

- 
- |                 |  |
|-----------------|--|
| Schloßmann, S., | Die Lehre vom Vertrag. 1876.   |
| Schuppe, W.,    | Der Begriff des Rechts, Grühuts Zeitschr. f. d.<br>Privat-u. öffentl. Recht d. Gegenw. Bd. 10. 1883. |
| Stoerk, F.,     | Zur Methodik des öffentlicher Rechts. 1885.  |
| Thon, A.,       | Rechtsnorm und subjektives Recht. 1878.  |
| Wundt, W.,      | Lozik. 2 Bd. 2. Abt. 2. Aufl. 1895.  |

