

# M. ウェーバーの「法の形式的合理性」 概念の位置について

広 渡 清 吾

## 1. はじめに—問題の所在と課題設定

2014年は、マックス・ウェーバー（1864-1920）の生誕150年にあたる。日本でもウェーバーの学問的業績をあらためて検討するいくつかの取組みが行われたようである<sup>(1)</sup>。本稿は、2014年の法制史学会（5月31日—6月1日・専修大学）のミニシンポジウム「ウェーバーにおける『法』概念をめぐる」において筆者が行った報告を敷衍し研究ノートの論稿としたものである。

上記ミニシンポジウムでは、水林彪が総論的にウェーバーの「法」概念をとりあげる問題意識、分析視角および射程について、小川浩三がウェーバーの歴史研究を通じた「法」概念への接近について、そして広渡がウェーバー『法社会学』以降のウェーバー法概念の学説における位置づけについて、報告した。

### (1) ウェーバー「法概念」検討の初発の問題意識

このような企画に至ったきっかけは、水林から筆者へのメールであった（2013年9月）。水林は、次のような問題について筆者の意見を求めた。

〈ウェーバー『法社会学』では、“formelles Recht”の概念が使われ、これは、“materielles Recht”の対概念で登場する。また、ウェーバー『法社

会学』では、“formell-materiell”の対概念とは別に、もう一つ“formal-material”の対概念の使用がある。『法社会学』の世良晃志郎訳では、“formell”と“formal”がともに「形式的」と訳されて、両者の異同が不明であるがこれをどう考えるか)

筆者は、ウェーバーについてとくに自分のテーマとして研究したことはなく（水林もそのことは承知の上）、とりあえず、手許にあるドイツの法学文献にあたっておおよそ次のような返事を送った。

#### ①) formelles Recht と materielles Recht の用語法について

これは、法学の伝統的用語法で、いわゆる形式法（手続法）と実体法という対語で使われるものである。ムントルスト『法学の基礎』<sup>(2)</sup>によると、法秩序の内部構造を説明するして、“Formelles Recht und materielles Recht”の見出しのもとに記述が行われている。その説明によれば、2つの法は、「法規 Rechtsatz が、形式的か、実体的かによって区別される。」すなわち「下位の法規が依拠すべき内容的な基準を保持する法規範 (Rechtsnorm)」か、「そのような下位の法規の実現のための手続的条件を保持する法規範」か、である。具体的に、形式法 (formelles Recht) としては、民訴法、刑訴法、行政訴訟法、行政手続法などの、いわゆる手続法 (Verfahrensrecht) に加えて、法治国家的 (人権法的) な決定手続 (憲法上の法的聴聞手続き) が挙げられている。

ハッセ『ドイツ連邦共和国の法』<sup>(3)</sup>では、「法のおおまかな構造」の項目のもとで、「materielles Recht と formelles Recht を分別することが通常である」とし、「materielles Recht は、諸関係の内容を秩序づけるすべての法を指す。formelles Recht は、国家が materielles Recht を実現するために設置した特別の手続きを秩序づけるものである。それゆえ、formelles Recht は、また、手続・組織・訴訟法 (Verfahrens-, Organisations, und Prozeßrecht) とも呼ばれる」と説明されている。以上からみると、for-

nelles Recht が、法学用語として、実体法 (materielles Recht) に対して手続法、訴訟法として使われることは間違いない。ただし、この分け方について、法秩序の構造を分類する概念として複雑な事態をどこまで説明できるかは、なお争いがあるようだ。

## ②) formales Recht と materiales Recht の用語法について

formales Recht と materiales Recht の対置は、近代法の機能変化を説明するための法理論的用語法で、おそらく、ウェーバーに由来するものではないかと思われる。この概念対置は、1980年代以降のいわゆる法化 (Verrechtlichung) の議論にまで続いている。近代法の後期資本主義的な機能変化が、「法の実質化 Materialisierung des Rechts」または「法の非形式化 (Entformalisierung des Rechts)」として特徴づけられる場合に、formales Recht と materiales Recht の対概念が利用されている。その例として、ナチス支配体制を分析した、フレンケルやノイマン (ウェーバーの自由法論批判を承継) から、法化を論じるトイブナー、マウスに至るまで、この対概念が分析概念として用いられている。いくつかの用語法の典拠を以下に示す。

フレンケル『二重国家』<sup>(4)</sup>は、1940年刊行の英語版であるが、ドイツ的概念を下敷きにしている。そのドイツ語版では、ナチス国家の分析として、ナチス党が刑法改正について次のように表明したことが指摘されている。すなわち「ナチス刑法においては、いかなる formales Recht も formales Unrecht も存在せず、ただ、materiale Gerechtigkeit の思想のみが存在する。」また、同様にナチスの国家と法を分析するノイマン『法律の支配』<sup>(5)</sup>にも、同じ用語法を見いだすことができる。

マウス『法理論と政治理論』<sup>(6)</sup>は論文集であるが、収録された「法化、非法化および制度の機能変化」には、たとえば、トイブナーの問題提起が、「古典的な形式的法 (klassisches Formalrecht) が、現代の法化のなかで、2つの方向に変容すること、つまり、1つは、法の実質化ともう1つは法

の自省化に向かうこと (zu einer “materialen” und zu einer “reflexiven” Orientierung des Rechts) を明らかにした, という記述がある。また, 「法の非形式化」 (Entformalisierung des Rechts) への言及がある。

以上のように, formelles Recht と formales Recht は, 異なった意義をもつ概念であり, 使い分け, 訳し分けを明確にする必要がある。整理すれば, formelles Recht は, 形式法=手続法として, 実体法 materielles Recht の対概念であり, この対概念は「法秩序の内部構造の分類概念」として用いられる。これに対して, formales Recht は, 形式的な法 (正義) として, 実質的な法 (正義) materiales Recht の対概念であり, この対概念は, 「法の歴史的機能変化の分析概念」として用いられている。

こうしたメールでのやりとりの後に, ウェーバー生誕150年の機会でもありなにかの企画を考えようという相談が上記ミニシンポジウムにつながったのである。筆者のミニシンポジウムの報告は, 上記の②で示したように, formales Recht と materials Recht の対概念が法の歴史的性格を分析する概念としてウェーバーによって利用され, これがその後の近代資本主義法分析に継承されていくことにターゲットを定めたものであった。

## (2) ウェーバー『法社会学』の訳語問題

ここであらためて, 水林が指摘した訳語問題, “formell” と “formal” が同様に「形式的」と訳されている問題を例示的に確認しておこう。

世良晃志郎訳『法社会学』(創文社, 第1版第1刷, 1974年)は, Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft, Grundriß der verstehenden Soziologie, fünfte, revidierte Auflage, 1972* (ウェーバー『経済と社会. 理解社会学綱要』第5版, 補綴版)の第Ⅱ部第1章181-198頁および第Ⅶ章387-513頁を翻訳したものである。第Ⅱ部第1章および第Ⅶ章の表題は, それぞれ「経済と社会的諸秩序」(Die Wirtschaft und die gesellschaftlichen Ordnungen)

と「法社会学」(Rechtssoziologie)である。

第Ⅶ章第1節に「合理的な法思考の諸カテゴリー」の項目があり、formell-materiell と formal-material の2つの対概念を利用してこれを説明する記述を引用しよう(Weber, S. 396-397, 世良訳104-105頁)。引用は世良訳によるが、2つの対概念について丸括弧内に原語を入れる。また、下線は原文強調、翻訳では傍点、丸括弧内のカタカナは世良が訳語にルビをふっている箇所である。引用文中の二重鉤括弧は原文引用符、翻訳では一重鉤括弧である。

「法創造および法発見とは、あるいは合理的であることもありあるいは非合理的であることもある。両者は、次のような場合には形式的に(formell)非合理的である。法創造と法発見問題とを規整するために、理性的にコントロールするような手段以外の手段が用いられる場合、例えば、神託やあるいはそれに代わるようなものを求めるといことが行われる場合である。両者は、次のような場合には実質的に(materiell)非合理的である。すなわち、個々のケースのまったく具体的価値評価—それが、倫理的な価値評価であるか、感情的な価値評価であるか、政治的な価値評価であるかは問わない—が、決定のための基準とされ、一般的な規範が基準とされないような場合である。

『合理的』な法創造や法発見も、これまた、形式的な(formell)観点から合理的であることもあり、実質的な(materiell)観点から合理的であることもある。すべて形式的な(formal)法(フォルマーレス・レヒト)は、形式的には(formell)少なくとも、相対的に合理的である。ところで、ある法が『形式的』(formal)(フォルマル)であるというのは、実体法上(materiell-rechtlich)も訴訟上も、もっぱら一義的で一般的な要件メルクマールのみが尊重されるということである。ところで、この形式主義(Formalismus)は、これまた二重の性格をもつことが可能である。すな

わち、あるいは、法的に重要なメルクマールが、感覚的に直観的な性格をもったものであることもある。このような外面的なメルクマールに固執すること、例えば、一定の言葉が語られたとか、署名がなされているかとか、その意味が絶対的に確定しているような一定の象徴的な行為がなされたとかということに固執することは、もっとも厳格な法形式主義 (Rechtsformalismus) を意味している。あるいはまた、法的に重要なメルクマールが論理的な意味解明によって明らかにされ、次いで、厳格に抽象的な諸規則の形で明確な法概念が形成され、この法概念が適用されということもありうる。

このような論理的合理性が貫徹されるときは、外部的なメルクマールの一義的明確性が失われるために、直観的な形式主義 (Formalismus) の厳格さは、たしかに弱められることになる。しかし、実質的 (material) 合理性との対立は、むしろそれによって高められるばかりである。けだし、この実質的 (material) 合理性が意味していることは、まさに、抽象的な意味解明 (ジンドイトウンク) の論理的一般化 (によって得られた規範) ではなく、それとはちがった性質の權威をもつ規範が、法律問題の決定に対して影響力をもつべきであるということだからである。すなわち、倫理的な命令 (インペラティヴェ) や、功利的またはその他の合目的性の規則や、あるいは政治的な格率 (マクシーメ) が影響力をもち、これらが外面的メルクマールの形式主義 (Formalismus) をも、論理的抽象の形式主義 (Formalismus) をも打破すべきであるというのである。

しかしながら、法を現代的意味において特殊専門的かつ法学的に純化するという作業が可能になるのは、法が形式的 (formal) な性格をもっているかぎりにおいてのみである。感覚的なメルクマールの絶対的形式主義 (der absolute Formalismus) が支配しているかぎり、法の純化は、カズイスティクにだけ限定される。意味解明的な抽象が、はじめて特殊体系的な課題を成立させるのである。すなわち、その通用力が一般に承認されて

いるような個々の法規則（レヒツレーゲル）を、論理の手段を通じて、抽象的法命題（レヒツゼッツェ）の—その内部に矛盾を含まない—一つの連関に総合し、合理化するという課題である。」

世良訳においても、“formell”と“formal”の差異は留意され、ともに「形式的」の訳語があてられながら、“formal”にはフォルマールというルビがふられている。では、ウェーバー理論において2つの対概念の関係がどうであるか、“formell”と“formal”がいかなる概念的差異をもたされているかは、ウェーバーの「合理性」の概念を全面的に論じなければならず、ここで検討する準備はない<sup>(7)</sup>。とはいえ、上記の引用文の限りでも、次のようにいうことができる。

法における formal な合理性と material な合理性は、相対立し、排斥しあうものと位置づけられている。法形式主義（Rechtsformalismus）は、外面的メルクマールに固執する形式主義（前近代的法発見・法創造）であれ、論理的に抽象化した概念によって作られる一般的な規範を適用する法形式主義（近代的概念法学に基づく法発見・法創造）であれ、倫理、功利主義、合目的性、政治判断などが決定に影響をもつ material な合理性と対立関係にあることが指摘されている。

これと異なり、formell な合理性と materiell な合理性は、対立し排斥しあうものではなく、相互に異なった法領域の合理性を基礎づける別々の観点である。「ある法が formal であるというのは、実体法上（materiell-rechtlich）も訴訟上も、もっぱら一義的で一般的な要件メルクマールのみが尊重されるということである」という記述は、「実体法上」および「訴訟上」という法領域のそれぞれにおいて、formal な合理性と material な合理性を語り得ることを示している。

以上からすれば、“formal-material”と“formell-materiell”は、相互にクロスする関係にある。“formal-material”の対立は、formell および mate-

riell の法領域のそれぞれにおいて語ることができ、“formell-materiell”の区分は、formal な合理性と material な合理性のそれぞれにおいて語り得るのである。訳語としては、“formal-material”に、「形式的—実質的」をあて、“formell-materiell”に「手続形式的—実体的」とあててはどうかと考えるが、こしだめの案に止まる。

筆者が以下に取り扱うテーマは、2つの対概念の異同ではなく、ウェーバーが提起した“formal-material”の法社会学的分析概念が、ウェーバー以降の学説によって近代資本主義法の歴史的变化をとらえるためにどのように利用されたかである。ウェーバーは、第Ⅷ章「法社会学」の最後の第8節で「近代法の形式的諸性質」(Die formalen Qualitäten des modernen Rechts)を論じるが、そこではすでに最近時の現象として「近代的な法発展における反形式的な諸傾向」(Die antiformalen Tendenzen in der modernen Rechtsentwicklung)を分析している。この「反形式的」な動きは、いうまでもなく formal な合理性に対して material な合理性を要求する動きに他ならなかった。本稿の分析は、ここから始まる。

## 2. ウェーバー「法社会学」の歴史的位

### (1) ウェーバー「法社会学」がとらえた最近時の「反形式的諸傾向」

ウェーバーの「法社会学」の執筆時期は、1911-1913年ごろと考えられる。ウェーバーによれば、反形式的な法発展の傾向は、形式的合理性の進展にともなって必然的に付随する実質的合理化の傾向であり、それゆえ、反形式的傾向が、反動的な発展であるというわけではない。そこで指摘されるものを拾ってみれば、次のようなものである(以下、世良訳512-535頁, Weber, S. 505-513)。

訴訟法における自由心証主義、これは法定証拠主義に対する実質的合理化である。実体法における動きとして、①法思考における意味解明や心情



の重視、それによる個性化・実質的契機のもちこみ（たとえば信義則、善良の風俗等の一般条項の活用）、②形式的な法思考と法利害関係者たちの期待の齟齬に対応する目的論的法思考の強調（経済的利害関係を実質的に考慮すべきだとする法思考の進出）、③「近代的階級問題」の成長に基づく倫理的要請を踏まえた社会法（ein soziales Recht）の要求（法内容に現実に照らした実質的合理性を求める傾向）などがあげられる。

また、「法や法実務」の実質的合理化を求める社会的背景として、①民主制のもつ社会的諸要求への対応、②君主制的な福祉官僚制による施策、③法実務家たち内部の身分的イデオロギーの作用などがあげられる。③については、制定法（立法）の万能に対して司法（裁判官・法学者）の地位の回復を求める法曹身分の動きが法の実質的合理化につながる事が指摘される。また④素人裁判の要求は、法形式主義を実質化の方向に導く。

さらにウェーバーが重要視するのは、法学における動きであり、「法源論における反形式的理論」が取り上げられる。この理論は、抽象化した概念によって一般的法規範を作成し、それを概念的包摂の手段によって事案に適用する法形式主義を批判し、法の「本質」からの演繹によって客観的な価値基準を獲得する試みであり、具体的には、①正法（richtiges Recht）として人間の本来の秩序の先験的考察から立法上の基準を獲得しようとする論（正法論）、②経験的方法によって法利害関係者の期待を調査し、これを不明確な「衡平」などの基準にかえて裁判規範とする論である。これらの諸潮流は国際的にみられ、とくに独仏で顕著であるが、様々なニュアンスをもつ諸潮流が「基本的に一致している」ことがあり、それは、「法の概念的『無欠缺性』（begriffliche Lückenlosigkeit）という・伝来的な・ごく最近まで支配的であった不当前提を拒否すること」（世良訳520頁，Weber, S. 509）であるとされる。

## (2) 当時の法学の状況

ウェーバーが「法源論における反形式的理論」として「法の概念的『無欠缺性』を拒否する」ことを共通にすると論評した当時の理論とは、概念法学を批判して世紀転換期ころから登場した自由法論、利益法学、そして社会の中に法を求める法社会学等である。法の概念的無欠缺性を否定する新しい潮流は、当時、法学における近代主義とよばれた。

ウェーバーは、社会学的考察方法と法律学的考察方法を峻別し、それぞれの探究の対象と方法を明確に区別し、混淆を戒めた。このように、ウェーバーの理論は、社会理論 (Gesellschaftstheorie) であり、法社会学 (Rechtssoziologie) はその構成部分として、法律学 (Jurisprudenz) とは異なった認識意図をもつものである。つまり、社会学は事実を観察し理解する学であるが、法律学は規範を決定する学であると考えられている<sup>(8)</sup>。

このようなウェーバーとは異なって、近代主義に立つ法学者は、概念法学と法律実証主義を批判し、法律学の近代的改革を目指し、国家制定法ではなく、社会に法的決定の客観的準拠を求め、それを法的決定に結びつけるべく理論を展開した。ウェーバーも個々に言及しているこれらの法学者は次のような者たちである。

### ① オイゲン・エールリッヒ (Eugen Ehrlich 1862-1922)

エールリッヒは、ブコヴィナ (オーストリア、1919年以降ルーマニア、現在ウクライナ) のチェルノヴィッツで生まれる。1896年からチェルノヴィッツ大学ローマ法教授を務めた。かれは、「生ける法・法曹法・国家法の三層構造」によって法の存在構造を把握する理論の提示、「法規の拘束・国家的法観・統一体としての法」を基礎にした「法律的論理」、すなわち概念法学的法実証主義の批判的解明、および歴史的解釈の方法とそれによる欠缺補充の理論の提唱など、存在としての法を探索する法社会学と同時に、それを法適用に反映する解釈方法論としての自由法学を提唱した<sup>(9)</sup>。

「法律的論理」の分析の内容は、ウェーバーが「法社会学」で行った近代の法形式主義の分析内容と共通する。ウェーバーは、エールリッヒについて、個々の分析の正しさを評価しながら、法学的考察方法と社会学的考察方法の混淆を批判している（世良訳269-270頁、467頁、Weber, S. 441, S. 492）。

②フーゴ・ジンツハイマー（Hugo Sinzheimer 1875-1945）

弁護士としてフランクフルト・アム・マインを中心に活動し、フランクフルト大学で教壇に立った。概念法学的法律実証主義に対する法社会学的批判を展開したが、これは階級の見地からのブルジョア法批判と重なりあった。つまり、ブルジョア法は労働力を他の財貨と同じように形式的に商品として扱うが、これは社会の実質的關係を隠ぺいするものであり、それゆえブルジョア法と異なる労働者を主体とする別途の法体系が必要だと主張した。これが「社会法」の要求である。なお、「社会法 Sozialrecht」の表現自体は、ギールケ（Otto von Gierke 1841-1922）に由来する。ジンツハイマーは、ドイツにおける法社会学の創始者の一人であるが、同時にドイツ労働法の開拓者である<sup>(10)</sup>。ウェーバーは、『法社会学』の記述において、社会法の主張者としてジンツハイマーを念頭に置いていたであろう。

ジンツハイマーは、エールリッヒと異なり、司法（裁判官と法律学）を通じて法秩序に実質的合理性を実現する道（ウェーバーが「法曹イデオロギー」と呼んでいる）ではなく、立法による解決（社会法の構築）を目指した。この点は、ウェーバーが「今日消極的に特権づけられている階級、とりわけ労働者階級が、非形式的な裁判からして、自分たちの利益のために、法曹イデオロギーが想定しているような（有利な）結果を期待しうるかどうかは、確実でない」と見て、官僚制に組み込まれたドイツの裁判官層に対して、スイス、アメリカ、イギリスの裁判官と同様の期待をもつことを疑問視することと共通している。ウェーバーによれば、「(ドイツの)裁判官から、純粋にザッハリッヒな法形式主義の神聖性に対する信念を奪

い去り、それに代えて、彼らに『評価する (werten)』仕事を求めるならば、結果は、明らかに、これらの法地域（スイス、アメリカ、イギリスのこと—引用者）におけるとはまったくちがったものになるであろう。」（世良訳532頁，Weber, S. 512）

### ③フィリップ・ヘック（Philipp Heck 1858-1943）

ヘックは、概念法学を「転倒した方法」(Inversionsmethode)と批判し（法は社会の利益対立から生じるものであるのに、概念から法を演繹するから）、利益探究に基づく歴史的解釈の方法を主張し、法の欠缺の確定と補充について詳細な方法論を構築し、利益法学（Interessenjurisprudenz）を提唱した。利益法学の方法は、現在では、価値判断の視点（立法者が利益考量の結果として価値判断を行うという視点）が加えられた上で支配的なものと言われる<sup>(11)</sup>。

ヘックとウェーバーは、ベルリン大学の商法学者ゴールドシュミット（Lebin Goldschmidt 1829-1897）<sup>(12)</sup>の兄弟弟子であり、交流があった。ウェーバーによる法の社会学的考察は、ヘックの「法は社会の利益衝突の結果」とする認識と交錯している。両者は、1910年の第1回ドイツ社会学者大会（Soziologentag）に出席し、カントロヴィッツ（Hermann Kantrowitz 1877-1940）<sup>(13)</sup>の「法学と社会学（Rechtswissenschaft und Soziologie）」の報告を聞き討論に参加している<sup>(14)</sup>。

ヘックの法の欠缺の確定と補充理論は、エールリッヒがその後半期に達した法解釈方法論と共通性をもつ。ウェーバーは、エールリッヒに対して社会学的方法と法律学的方法の混淆を批判したが、ヘックの理論への言及がない。これは、ヘックが終始法律学理論（決定を主題とし、妥当すべき法を探究）のレベルに止まったことによるものと考えられる。

### ④シュタムラー（Rudolf Stammler 1864-1938）

シュタムラーは、『唯物史観による経済と法』（1896年）および『正法に関する理論』（1902年）によって概念法学を批判し、あるべき法の規準を

提示すること、そのために、正しい思考と行動を律する法則を科学的に発見することを目指した。シュタムラーは、哲学的な考察によって経済と法の間を中心の一つの体系的な社会理論を構成し、その上に立って正法の実現を主張する。

シュタムラー理論は、このように社会理論として提示されるのでウェーバーは、シュタムラー理論を一つの「社会学」と位置づけて詳細に批判している（世良訳43-52頁，106頁，Weber, S. 191-194, S. 397）。そこで簡単にシュタムラー理論に触れておこう<sup>(15)</sup>。

シュタムラーは、次のように論じている。課題は、「社会的生活 soziales Leben の法則」の探究である。「社会的生活とは外面的に拘束的な規範によって規制された人間の共同生活」であり、外面的規範の安定性のために法が必要である。法とは「拘束的，自己支配的，不可侵の意思 Wollen」に基礎づけられる。社会的生活と法は一体的であり，たとえば社会的生活中における経済と法の間は，因果的關係でなく，法と経済は社会的生活の「形式と実体 (Formal と Materie)」という関係にある。実体 (Materie) とは、「人間のニーズの充足に向けられた共同活動」であり，形式 (Formal) とは、「その外面的な規制 äußerliche Regelung」である。このように「経済と法の間にはいかなる因果的關係もない。法と経済は，同一物の二つの必然的に結合した要素」に他ならない。

シュタムラーは、唯物史観が社会的生活中における経済の役割に注目した功績を認めるが、生産様式が社会発展を規定するとは認めない。歴史には因果的法則が働くのではなく、人間の Wollen (意思)こそが、過去の原因であり、未来の目的であり、歴史には目的論的法則が働く。そこで、すべての目的が統一的に調和して無条件に追求できる共同体が社会的理想である。この考え方は、唯物史観の自然法則的社会発展理論に対するアンチテーゼである。

そこで正法とは、この社会的理想を達成するという目的に規定される。

法は、歴史的要素（伝統的法観念など）、技術的要素（法思考・法律学的表現）および目的論的要素（法内容を正当のものにする要素）から構成されるが、この最後の要素において社会的生活の理想に応じているかどうか吟味される。この吟味に際して、自然法的な問題設定が行われ、現実のそのときどきに状況に応じて客観的に正しい法を実現することが目指される（変化する内容をもつ自然法）。そして、この正法実現の任務は、立法者に向けられるのではなく、法実務に向けられる。所与の法を前提に裁判官の自由裁量と欠缺補充が論じられ、欠缺補充の基準として社会的生活の理想が採り入れられる。

ウェーバーのシュタムラー批判は、社会学的考察方法と法律学的考察方法の混淆というところにある。ウェーバーによれば、シュタムラーにおいては「外面的な規範に規制された人間の共同生活」という把握にみられるように、規範の「観念的な妥当」（法律学的考察の対象）と規範が妥当しているという観念によって経験的行為が受ける影響（社会学的考察の対象）が、相互に混同されている。また、シュタムラーにおいては法が行為の形式として行為の内容に対置されるが、社会学的考察によれば、法は行為の中に原因および結果として編み込まれている。さらにウェーバーによれば、シュタムラーがいうように法は社会的生活の普遍的な「形式」ではなく、重要ではあるがたんに1つの因果的要素である<sup>(16)</sup>。

ウェーバーの「法社会学」は、以上のように、伝統的法学に対する「改革運動」（これはヘックの表現である）<sup>(17)</sup>の時代のなかで成立した。法社会学者ロットロイトナー（Hubert Rottleuthner 1944-）によると、20世紀初頭に3つの法社会学が現れた。かれは、それらを、ウェーバーの「進化的法社会学」、エールリッヒの「補完的法社会学」、およびジンツハーマーの「批判的法社会学」として特徴づけている<sup>(18)</sup>。その中で、後二者は、ウェーバーと異なり、経験的事実としての法の観察（社会学的考察）と法規範の内容決定（法律学的考察）を結び付ける方法を追求した。これは、

ウェーバーによって方法の混淆として批判されるものであった。それゆえ、ウェーバーの「法社会学」は、それ以降のドイツ法学の発展史において社会理論 (Gesellschaftstheorie)・法社会学 (Rechtssoziologie)・法律学 (Jurisprudenz) の相互関係をめぐる問題枠組みを産み出した。つまり、法社会学は、社会理論の一部として法律学から自律化するのか、あるいは、社会理論の一部でありながら、かつ法律学の一部として位置づけうるが、という問題枠組みである。

### (3) ウェーバーと法律学

ウェーバーは、すでに触れたように、「近代的な法発展における反形式的な諸傾向」において「実質的合理化 (materiale Rationalisierung)」への傾向が生じていることを分析した。その前提条件となっているのは、近代における法形式主義の成熟形態であり、これは、具体的には概念法学と法律実証主義に依拠する当時の支配的な法学と法実務を意味した。ウェーバーは、概念法学的法律実証主義による法形式主義と、それに対する改革運動の様相をもつ反形式的諸傾向を、社会学的考察の対象として分析しているのであり、いずれが法発見・法創造の方法として正しいかを論評しているのではない。同時代において、概念法学的法律実証主義を批判し法学の改革の必要性を論じる者は、法発見が概念的演繹によって行われるべきではなく、法が社会との関連によって産み出されることを主張した。ウェーバーのいう社会のなかで経験的に法を捉えるという社会学的考察方法は、このように、改革運動の基礎にある認識と親和的にみえながら、しかし、ウェーバーは、改革運動として現れるエールリッヒの自由法論等に対して、社会学的考察方法と法律学的考察方法の混淆を厳しく批判した。

こうした「今日の視野からみるとパラドックスと感じられる」<sup>(19)</sup>事情は、ウェーバーが一方で概念法学を評価するのに反して、反形式的な法理論である自由法論等をネガティブに見た、という批評を産み出すことになった。

世良も「訳者あとがき」のなかで「時として、ウェーバーは概念法学を主張し、自由法論を否定したという非難が寄せられることがある。しかし、これはまったくの誤解に基づく非難である。」(下線は原文傍点、世良訳542頁)と記している。

この論点については、「まったくの誤解である」と片付けられない議論がそのあとにも続いている。たとえば、ハーバーマス (Jürgen Habermas 1929-) は次のようにコメントしている。

「ウェーバーは、近代的な法の発展のなかに形式的な合理化と実質的な合理化というシステム上の対立が仕込まれていると見ていた。しかし、実証主義による合法的支配の空洞化が引き起こす正統性認証の問題を、近代社会の合理化のモデルに組み入れて整合的に説明することができなかったのは、かれ自身が法律実証主義的な見方に囚われていたからである。」<sup>(20)</sup>。

ハーバーマスとウェーバー理論については後にとりあげる。

また、ドイツ法学史を考察するシュレーダー (Jan Schröder 1943-) は、サヴィニー (F. C. von Savigny 1779-1861) に始まるドイツ近代法学史において「社会学的な」法律学がいかに形成されたかを論じて、ウェーバーに関するこの論点を分析している<sup>(21)</sup>。そこで、これについては、最後の章であらためて触れることにしたい。

### 3. ジンツハイマー学派によるナチス法批判の 準拠モデルとしての形式的合理性

#### (1) 法の形式的合理性に対するアンビヴァレンツ

ジンツハイマーは、上でみたように、第二帝政期 (1871-1918) の末期以来、概念法学的法律実証主義による法形式主義を批判し、法社会学的方法に立って社会法の構築を主張した。つまり、ウェーバー的整理によれば、法の形式的合理性の貫徹に対して、実質的合理化の道を提起した。しかし、



このような対置構造は、ワイマル期からナチス期にかけて、政治的文脈のなかでアンビヴァレントな色合いを帯びるようになる。

ジンツハーマーとその弟子たち、フレンケル (Ernst Fraenkel 1898-1975) およびノイマン (Franz Neumann 1900-1954)<sup>(22)</sup>は、ワイマル期において、国家制定法の形をとる形式的合理的法が社会の階級的矛盾を隠ぺいするものであること、しかし、自由法論のように司法=裁判を通じて実質的合理性(労働者にとっての正義)を実現するという道が裁判官層の階級性を媒介することによってむしろ危険な道であること、また、労使関係が法律的に形式化されることによって逆に労働運動のダイナミズムが失われる危険(「石化 Versteinerung」と表現される)のあることを分析し、労働運動の力によって政治的な力関係を変え、国家制定法自体を変革することを展望した。この方向性は、いうまでもなく、法の実質的合理化の道である。しかし、ここでは、同時に、司法=裁判について、その階級性を警戒し、法律への厳格な拘束(形式的合理性)を要求するというのがワイマル期のかれらの立場であった。

ジンツハイマーと二人の弟子は、いずれもユダヤ人であり、ナチスの政権掌握後、亡命を余儀なくされる。そのなかで、フレンケルおよびノイマンは、ナチス国家と法体制の全面的分析を試み、これらの作品は、その後今日に至るまで、ナチス国家・法体制分析の最も重要なものとみなされているが、戦後(西)ドイツでは、1960年代後半、(西)ドイツ社会がナチスの過去の克服に本格的に取り組むようになってはじめて受容された<sup>(23)</sup>。かれらがその作品でナチス国家・法体制批判の基準としたのは、法の形式的合理性と実質的合理性のモデルであり、ナチス国家・法体制は、法形式主義の対極に立ち、法の実質化を極にまで押し進めたものとして定式化された。

## (2) フレンケルの二重国家論 (the Dual State, der Doppelstaat)

フレンケルは、1921年にドイツ社会民主党 (SPD) に入党、1923年にジッツハイマーの下で (フランクフルト大学) 労働法の論文により博士号を取得した。1926年から1938年までベルリンで弁護士として活動したが、1938年11月にアメリカに亡命、1939年シカゴのロースクールに入学、41年アメリカの弁護士資格を取得し、その後弁護士として多様な活動を展開、あわせて執筆活動を行った。1953年に新設のベルリン自由大学から政治学教授として招へいされ、アメリカ政治の授業が好評を博したとされる。

フレンケルの議論は、ナチス国家をその二重性において捉える点において独創性をもった<sup>(24)</sup>。一方で政治的テロ国家としての「措置国家 prerogative state, Maßnahmenstaat」であり、他方で資本主義経済を運営する「規範国家 norm state, Normenstaat」である。

かれによれば、措置国家の機能は「形式的合理性の拒否」として特徴づけられ、措置国家と規範国家の関係は、相補的な関係というより、競争的な関係にあり、それはちょうど世俗法と教会法の関係になぞらえることができる。つまり、教会法はザッハリッヒな真理に、世俗法は形式に執着するが、「まさに措置国家の本質は、公権力の行使における制限を表現する、法的に保障された形式的な諸条件を放棄するところにあ」り、「『実体的な materiell』正義を代表するという要求を掲げる措置国家は、形式に拘束された正義を放棄することができる」と信じている。ここでは、ウェーバーの formal-material の対概念の記述が引用される。

さらにフレンケルによれば、「ナチズムは、伝統的な法治国家を法がいかなる固有の価値も持たないシステムに置き換えようとして」おり、「行政の法律適合性や公権力の担い手の活動に対する厳格なコントロールを侮蔑する態度を隠していない。」「ナチズムにとって“形式的法” (formales Recht) がいかなる固有の価値も持たないというテーゼ」の実証のためには、たとえば「ナチスの公式文書、刑法改正についてのナチス党帝国法務

局の指導原則」を見ればよい。そこには次のように書かれている。「ナチス的刑法には、いかなる形式的法（das formale Recht）も形式的不法もない。あるのは、ただ実質的な正義（materiale Gerechtigkeit）の思想である。」<sup>(25)</sup>

では、規範国家とは何か。フレンケルは、ナチスが最新の資本主義的發展の産物だと位置づける。それゆえ、ナチスの経済政策は最新の資本主義的發展に対応しそれを促進する役割を担うものとなる。そこで、経済と国家の関係は、法によるのではなく、まさにナチズムそのものが決定するが、ここでは、基本的に企業家のイニシアチブが保障されるのである<sup>(26)</sup>。

これに応じて、裁判所も規範国家の保障者となる。フレンケルの評価によれば、「公表されている判例集をみると、裁判所が資本主義の機能のために必要な法制度を、その本質的なものを含んで維持することに成功していることが分かる。営業の自由、契約信義、私的所有権、経営における企業者の支配の諸原則、競争規制、無体財産権、利息合意の法的保護、譲渡担保など、無傷のままに止まっている。その限りで裁判所は、法の有効性を維持することに努めている。」<sup>(27)</sup>

フレンケルがこのように、資本主義経済の運営におけるナチス国家の法の形式的合理性を認め、措置国家と規範国家の二重性においてナチス国家を捉えることについては、国家機能が領域的に分けられると理解すべきでなく、ナチス国家全体がご都合主義的に形式的合理性と反形式主義（恣意性）を利用したと見るべきであるという立場からの批判がある<sup>(28)</sup>。これは的確な批判であるが、フレンケルも、「二重国家」が措置国家と規範国家のたんなる並存として理解されることに注意をうながしている。

「誤解してならないのは、ドイツにおいて、“対内的にも”，“対外的にも”，政治的なものへの留保を一般的に導入することが主張されていることである。その方向に向けての動きは、まだ、無制限に実施されようとはしていない。ただし、ユダヤ人の関するものは除かれるが」<sup>(29)</sup>。この記述

は、フレンケルが1940年時点において（執筆の時点はこれより早い）、ナチス国家の方向が、全体において政治の絶対的優位による形式的合理性の完全な否認に至ることを見通していたことを示すものである。

### （3）ノイマンの「ビヒモス Behemoth」分析

ノイマンは、敗戦直後に社会民主党に入党、1923年フランクフルト大学の Max Ernst Mayer の下で法学博士号を取得し、1925-27年に労働組合の労働アカデミーの教師を務め、その後ジンツハイマーの助手としてドイツ労働法の研究に従事した。また、1928年以降、ベルリンでフレンケルと同じ事務所で活動するが、1933年4月にイギリスに亡命し、Londen School of Economics でハロルド・ラスキ (Harold Laski) とカール・マンハイム (Karl Mannheim) の下で政治学と社会学を学ぶ。1936年に2回目の博士号の取得後、アメリカ・ニューヨークに移住し、フランクフルト社会研究所亡命スタッフの拠点となっていたコロンビア大学社会調査研究所で、いわゆるフランクフルト学派のアドルノ (Theodor Adorno)、ホルクハイマー (Max Horkheimer)、マルクーゼ (Herbert Marcuse)、オットー・キルヒハイマー (Otto Kirchheimer) 等とともに研究に従事した。この間の仕事が『ビヒモス-ナチズムの構造と実際』(Behemoth. : The Structure and Practice of National Socialism, 1942) としてまとめられた<sup>(30)</sup>。1943年にアメリカに帰化し、1948年にコロンビア大学政治学客員教授に、1950年には同大学正教授に就任した。また、戦後ベルリン自由大学の創設に協力し、1953年同大学名誉博士号を受けた。1954年交通事故で死亡した。

「ビヒモス」は、リヴァイアサンと並ぶユダヤ教終末論における世界を支配する2大怪獣であり、ビヒモスが陸を、リヴァイアサンが海を支配するとされる。ノイマンは、これら怪獣の名を世に広めることになったホブズがその著『リヴァイアサン』(1651年)では、「なお法律の支配と個人の諸権利の残余が維持されている政治的強制機構たる国家」を分析したの

に対し、『ビヒモスあるいは長期議会』（1681年）では17世紀のイギリス市民戦争を扱い「無国家，混沌（カオス），無法状態，無秩序，無政府」を描出したことに鑑みて，ナチズムを現代の「ビヒモス」と呼ぶのであると述べている<sup>(31)</sup>。

「ビヒモス」は，ナチズム下のドイツの政治・経済・社会の全面的考察であるが，そこにおける法的分析は，ノイマンがイギリスで仕上げた博士論文“The Governance of the Rule of Law. An Investigation into the Relation between the political Theories, the Legal System and the Social Background in the Competitive Society”を基礎にしている。ノイマンのこの第2の博士論文は1936年に London School of Economics に受理されたが，当時このままの形では公刊されなかった。博士論文は，圧縮した形で1937年に『社会研究雑誌』（Zeitschrift für Sozialforschung）に発表された<sup>(32)</sup>。さらに博士論文は，60年代末以降のいわゆる「ノイマン・ルネッサンス」のなかで，1980年にドイツ語版<sup>(33)</sup>が，1986年に英語版<sup>(34)</sup>が刊行された。

この論文は，「法律の支配 Rure of Law, Herrschaft des Gesetzes」「法律の一般性 Generality of the Law, Allgemeinheit des Gesetzes」の概念を近代法発展史の分析の視角とし比較法も含めて法の機能変化を扱ったものであり，ノイマン自らが「本書は，法理論や政治理論の研究でも，また，純粋に歴史的な研究でもなく，近代社会の理論への寄与を意図する社会学的論文である。」<sup>(35)</sup>と言うように，明らかにウェーバーの『法社会学』を意識した仕事である。

ノイマンは，その仕事の中で，とくにウェーバーが「反形式的諸傾向」における実質的合理化の手段として指摘した「一般条項」にフォーカスをあてている（ウェーバーの記述を起点にしながらか）のでこれをみてみよう。かれによれば，一般条項は法律の適用の名の下に社会の個別の構成員に対して普遍的規準なしに具体的な決定を行うものであり，法律の一般性を虚偽化するものである。まさに，一般条項は，法律の一般性によって確保さ

れる法の形式的合理性の代わりに、個別的に実質的合理性を貫徹する法的手段である<sup>(36)</sup>。

ノイマンは、このような位置づけの下で、一般条項の意義の歴史的变化を分析する。かれによれば、民法典制定時に継子扱いされた一般条項（信義則条項・良俗条項など）がワイマル期に「再発見」されるのは、ワイマル期の社会改革の重要な部分を含んだ実体法の解体に利用するためであり、それは「法の合理性」を破壊するものである。すなわち、「一般条項は、経済システムの構造変化によって決定的な機能変化に遭遇する。」たとえば、不正競争防止法1条が規定する「不正の方法による競争の禁止」は、一般条項たる「不正の方法」の解釈と運用によって、国家行政が消費者の利益に反し独占体の私的な価格命令を承認し、実行する手段として機能する。

ノイマンが実践的にも関わった労働法領域についてはどうか。かれによれば、1919-1931年の時期は、労働法的な一般条項が労働者と企業との妥協を作り出すという結果を産んだ。そこでは、ワイマル期に新設された帝国労働裁判所が資本と労働の相反する利害対立を、一般条項によって調整していることがみてとれる。しかし、1931年以降は、労働者政党と労働組合の政治的影響力の喪失によって、労資同権の思想はたんなるイデオロギーになり、一般条項は純粋に資本の利益を裁可する手段となってしまった<sup>(37)</sup>。

確立したナチスの権威主義的国家において、一般条項の意味はより明瞭になる。ノイマンは、ワイマル期に辛うじて機能した議会制民主主義が完全に解体されることで独占体の要求の裸の貫徹に対してなんらの障害もなくなり、このことが一般条項の機能拡大の決定的条件となったことを指摘する。かれによれば、一般条項はその不確定性のゆえに、ナチスの権力確立の過渡期には、一般的法源をナチスの価値と政策、形式的には「指導者の命令」に調和させる手段となった。ナチズム下でもなお、見解の差異が

あるとはいえ、裁判官の法律への拘束が要求されるが、一般条項は、法律への拘束の名においてナチスの価値と政策をそれが実定法に矛盾する場合であれ貫徹することを可能にする。なぜなら、一般条項の適用は、一般条項を規定する法律の適用に他ならず、それゆえ法律への拘束原則に抵触せず、その上に立って一般条項の解釈が「ナチズムの諸原則を直接かつ排他的に基準」（カール・シュミット）として行われるからである<sup>(38)</sup>。

一般条項によるナチスの「実質的合理化」は、過渡期的手段であり、権力を確立したナチズムは、法律、すなわち議会による立法形式それ自体を否認する立場を明瞭にする。それは、根本的な法の形式的合理性の解体である。ノイマンは、この点で一致するナチス文献のなかからヒットラーの法律顧問であり、ナチス党の法務部門の責任者であったハンス・フランク（Hans Frank 1900-1946）の見解を以下のように引用している。

「指導者（ヒットラー）において、ドイツ民族のすべての政治権力が一体化している。政治権力は、かれの手中にある。すべての法もまた、かれに由来する。民族的指導者は、民族的生存の法則（*Lebensgesetz*）に拘束されるという主張があるが、かれは、法律や命令などの形でその生存の法則に具体的な形態や内容をあたえる。かれは、共同体の中にあり、外に立っているのではないから拘束されるというのはあたらない。このような直接的な”法の擁護（*Rechtswahrung*）”は、19世紀の思考においてはなお隠されて留まっていた心情であり、とくに恐るべきものとされていた。19世紀の思考にとって、法とは法律のなかに存在するものであり、国民代表の議会がそのようなものとして決定したものである。それゆえ、かれらには、指導者のなかに、民族共同体の最上級裁判所が化体されているということは理解しがたい。かれらは、市民的法治国家を権力分立の枠組みにおいて設立し、国家に対する裁判官の独立を個人主義的に理解された自由の本質的な保障者とした。歴史の現実だけがあらゆる自由主義的諸原則に反対し、われわれドイツ人を支持している。われわれは、今日、指導者が法

を擁護し、必要ならば、直接に執行的に介入し、かれの双肩に全民族の運命がかかっていることを知っている。」<sup>(39)</sup>

ノイマンは、『ビヒモス』の第3部第2章第8節「ナチスのテロと法」の箇所で、法律の支配、普遍的法律がいかにナチスによって解体されているかを上記の内容を再論して示している。この節の再末尾は、次のように記述されている。

「ナチスのシステムは法の名に値するか？ 法律が主権者の意思以外のものでないとするれば、然りである。法律が主権者の命令とは反対に、形式か内容にしたがって合理的でなければならないとすると、否である。ナチスの法システムは、テロによる大衆操作の技術以外のなにものでもない。刑事裁判所は、今日、秘密警察、検察庁、死刑執行人と一体となって、まずは権力の実務家であり、民事裁判所は主要には、独占的経済団体の実行機関である。」<sup>(40)</sup>

ノイマンは、ナチス国家において、ウェーバーが近代社会の知的合理化の結果として捉えた法の形式的合理性が完全に解体されると分析した。この際、ノイマンは、法の形式的合理性を競争的資本主義に規定されるものとして経済規定的に捉え、したがって、ナチスの資本主義経済は国家統制・競争否定型の独占資本主義であると理解している。ノイマンのナチス法分析の視角、すなわち法律の普遍妥当性の喪失、とくに、法の実質化の手段として一般条項が果たした役割への注目は、1960年代後半以降西ドイツで生まれる戦後のナチス法学研究の分析視角をリードするものとなった。今日、ナチス法学研究の先駆的業績とされるリュッタース『無制限の解釈—ナチズムにおける私法秩序の変遷』の分析視角は、まさにノイマンに通じている<sup>(41)</sup>。この系譜関係は、広くとらえれば、ウェーバー理論のFernwirkung（遠隔作用）ということができ、ウェーバー理論のパラダイム形成的役割をそこにみることができよう。



## 4. 戦後ドイツにおける法社会学と M. ウェーバー

### (1) 法社会学の概況

戦後（西）ドイツにおいて、法社会学が学問分野として展開し始めるのは、やっと1960年代半ば以降のことである。法社会学についての体系的理論的著作は、1972年、社会学者ルーマン（Niklaus Luhmann 1927-1998）による『法社会学』<sup>(42)</sup>の刊行に至るまで、注目に値する研究としてはガイガー『法の社会学のための準備研究』<sup>(43)</sup>のみにすぎなかったとされる。ガイガーの仕事は、ミクロ社会学的な経験的研究によって法社会学を基礎づけようとするもので、全体社会と法の関係を歴史的理論的に基礎づけようとする関心はない。

戦後（西）ドイツの法社会学史のサーベール論文によると<sup>(44)</sup>、70年代初頭において「法社会学という学問分野は、M. ウェーバーから発した衝撃が20年代に供給されて以降、ドイツでは多かれ少なかれ孤児的な存在であった」と同時代の法学者たちに認識されており、20世紀の最初の30年間は法社会学の初期の開花期であるが、その成果は忘れられ、戦後の再生期、つまり60年代後半以降にあらためて受容されなければならなかった。そこでは、上記したように、ジンツハイマー学派の再活性化やナチス法研究の勃興が重なるのである。戦後の法社会学の再生に不利な条件となったのは、戦後（西）ドイツにおいて再生自然法論が大きな影響をもったことである。なぜなら、このような哲学的、価値論的議論の支配は、社会学的、経験科学的な方法を法学に持ち込むことを困難にしたからである。

このなかで、（西）ドイツの法社会学研究は、社会の個別領域に即して、たとえば、犯罪と刑罰、司法・裁判所、そして法曹などの法社会学として進められた。60年代末から70年代前半にかけて、大学闘争、法学部改革、法曹養成制度改革という「改革の時代精神」の下で、法社会学は法律学に

社会科学をもたらすものとして、改革派によって期待された。改革派は、しばしば、「法律学の門をたたく前に社会学を！(Soziologie vor den Toren der Jurisprudenz)」, つまり、法の批判と改革のために法律学の基礎として共通の社会科学的教育が必要であると主張した。しかし、社会的に基礎づけられる法社会学は、法律学の固有性を放棄し、法適用を法政策に代えるものであり、社会工学 (social engineering), 法なき法学 (Rechtswissenschaft ohne Recht) であるという批判にさらされた<sup>(45)</sup>。

このような法社会学をめぐる状況のなかで、ウェーバー法社会学のスケールにみあう形で、つまり、歴史社会論的視野をもったものとして、法社会学に大きな意味をもったのが、上記ルーマンの『法社会学』<sup>(46)</sup>およびハーバーマスの『コミュニケーションの行為の理論』(Theorie des kommunikativen Handelns, 1981)であった。そこで、この2著作におけるウェーバー理論の位置づけをみることにしよう。

ちなみに、(西)ドイツの法社会学は、社会学者と法学者が相互に乗り入れる研究領域として展開するが、次第に「決定」を主題とする法律学的関心の有無によって研究者グループが分離し、それが組織的形態をとるに至る。まず、1972年にドイツ社会学会において「法社会学セクション」がたちあげられた (Sektion der Rechtssoziologie in der Deutschen Gesellschaft für Soziologie)。それに遅れて1976年に法学者のイニシアチブでドイツ法社会学会 (Deutsche Vereinigung für Rechtssoziologie, 2010年に Deutsche Vereinigung für Recht und Gesellschaft に改称) が設立された。両者は、1980年から共同で「法社会学雑誌」(Zeitschrift für Rechtssoziologie)を編集・刊行しているが、組織的統合には至っていない。ドイツ社会学会は1909年に創設され、現在会員2000名以上、36のセクションを組織している<sup>(47)</sup>。

## (2) ルーマンのウェーバーへのコメント

ルーマンは、『法社会学』において、近代社会を機能的に分化した諸システムによって構成されるものと捉え、法をそのようなシステムの1つとして位置づける。近代において法システムがシステムとして成立する大前提は、まず、法の実定性 (Positivität) である。「実定性の概念を次のような定式であらわすことができる。すなわち、法は、決定によって定立される (選出される) だけでなく、決定によって (つまり不確定的・可變的に) 妥当すると。」<sup>(48)</sup>。つまり、実定性の概念は、法が社会の構造変化とともに「決定」によってたえず変化しうるものであることを意味する。

もう1つは、法の実定性による選択作用を一段と強化する、反射性 (Reflexivität) の獲得である。反射性についてルーマンは、次のように述べる。「反射性の利点は、当該の過程が自己自身ないし同種の過程に適用されることによってのみ、獲得される。それは、……規範化を規範化することである (規範化を教えたり、楽しんだり、信じたりすることではない)。それゆえ、反射的メカニズムを設定するには、他の過程の干渉からある程度それを守ってやるが必要になる。反射的過程がこうして自己のもとにとどまることは、社会的現実においては、全体社会のなかでそれに対応する部分システムが分離され、特定化されることによってのみ保障される。その限りで、反射性は、機能的分化と関連しており、機能的分化によって必要とされると同時に可能となる。」<sup>(49)</sup>。

ここでルーマンが指摘している法システムの実定性と反射性は、〈法とは法として決定されたものが法であること、かつ、その決定は法を決定する独自の完結した手続きにおいて繰り返し行われるものであること〉と解釈することができる。そうであれば、このような特徴づけは、ウェーバーが近代的な法形式主義として理解した法学・法実務の世界をシステムとして捉え返し、それをシステム論的に記述するものであり、概念法学的に運営される欠缺なき法体系の世界の観察を基本にするものということができ

る。

そこでルーマンによるウェーバーに対するコメントは、次のようである。

①ウェーバーの主要な認識意図は、近代の社会発展の基本線としての合理化、「魔術からの世界の解放」、より合理的な世界関係の形成を捉えることであり、とりわけ「資本主義的」経済の樹立は、法においてその前提を有し、結果を示すものである。

②その合理化の過程は、ウェーバーによれば、第一次的に実質的な法（倫理的に内容を確定される法、功利主義的な法）から第一次的に形式的な性質を持つ法（概念を用いて抽象的に規定され手続き的に最も実現しやすい性質）への進化である。

③しかし、ウェーバーが意図した合理化の過程の説明のために「形式的」と「実質的」という対概念は有効でない。ルーマンの考え方によれば、法システムが反射性を獲得するなかでは、両者の関係は一義的ではなく様々でありうるからである。この点について、ルーマンは、ウェーバーの分析に社会的合理性というものを個々の行為から区別してとらえる見方が欠けていると指摘する<sup>(50)</sup>。

ルーマンは、ウェーバーの社会理論が「社会的行為 *soziales Handeln*」（「行為が……行為者によって思念されたその行為の意味からみて、他人の行為に関係づけられており、また、その行為の経過においてこの点に志向しているとき、かかる行為を社会的行為と呼ぼう」（世良訳『法社会学』10頁訳注（一））を社会学の基礎概念とすることに対して、そのような行為の条件としてのシステムをより基本的な社会理論のカテゴリーとして位置づけるので、この点がウェーバーに対する社会学理論としての根本的な批判であると思われる。

法社会学者ライザー（Thomas Raiser 1935-）によると、上記③に関して、ウェーバーの目的合理性と価値合理性の区別には、ルーマンが「システム合理性」を付けくわえ、また、形式合理性と実質合理性という区別に

は、ルーマン以降の近年の法社会学が「再帰的合理性」ないし「手続的合理性」を付けくわえたとされる<sup>(51)</sup>。いずれにせよ、「決定」を核心の問題とする法律学と峻別されるウェーバー「進化論的法社会学」は、「現象学的な進化論的システム理論」<sup>(52)</sup>であるルーマン法社会学によって等身大で受け止められているといえる。

### (3) ハーバーマスのウェーバー理論批判と法化概念の提示

ハーバーマスは、フランクフルト学派の批判的社会理論の立場から、その考察において、ウェーバーとカール・マルクス (Karl Marx 1818-1883) の社会理論の発展的継承を基本的立場とする。『コミュニケーション的行為の理論』は、全体社会を機能的に分化した諸システムによる構成体として捉えるルーマンに反対して、システムと生活世界、すなわち、システムの統合されるシステム的世界とコミュニケーションによって社会的統合が行われる生活世界をわけ、その相互関係のありようを主題とする議論を展開した。この観点から、ハーバーマスは、ウェーバーについて次のような批判を行っている。

①ウェーバーの合理化理論は、資本主義的な近代化の結果として生じた社会的病理現象を解明するについて、最も示唆に富んだ手がかりを提供している。しかし、理論の体系的内容は、よりよい概念を用いて再構築しなければ矛盾を多く含むものであり、このままでは採用できない。

②大きな第1の問題は、ウェーバーが行為システムの合理化をもつばら目的合理性という観点から考察したことであり、これでは、近代のプロセスにおいてシステムの合理性に収斂しえない合理性の複合的な様相を把握することができない。つまり、ハーバーマスの構想する生活世界における合理性（道徳的、実践的、審美的など）が捉えられない。

③大きな第2の問題は、ウェーバーが、近代化の資本主義的モデルを社会的合理化一般と同一視したことであり、ウェーバーの現代に対する診断

を実りあるものにするためには、行為論的な方法だけでは十分でなく、階級構造がもたらす病理的な副作用との関連において分析する必要がある。

ハーバーマスは、上記の大きな第2の問題と関連して4つの小問題を指摘するが、その第4番目として、上記2(3)で指摘した論点が提示されている。再度引用しよう。「ウェーバーは、近代的な法の発展のなかに形式的な合理化と実質的な合理化というシステムの上の対立が仕組まれていると見ていた。しかし、実証主義による合法的支配の空洞化がひき起こす正統性認証の問題を、近代社会の合理化のモデルに組み入れて整合的に説明することができなかったのは、かれ自身が法律実証主義的な見方に囚われていたからである。」<sup>(53)</sup>。

ハーバーマスが大きな第2の問題の下で、ヴェーバーの法律実証主義的な見方を批判するのは、自らが民主的な正統性に基づく実質的合理的決定の可能性を考えているからである。その可能性は、ルーマン的なシステムにではなく、コミュニケーション的世界にその根拠づけが求められるものである。

ハーバーマスは、システムと生活世界、すなわち、貨幣に媒介される資本主義的経済システムおよび権力に媒介される国家行政システムに対して公共圏と私的生活世界を対置する社会理論から、極めて現代的な法的な(法社会学的な)問題を析出した。それは、社会の「法化 Verrechtlichng」という概念によって捉える現象である。ハーバーマスによれば、「法化」とは「発達した資本主義社会に出現する物象化の兆候」、「貨幣と官僚制の手段を媒体として制御された経済と国家という2つのサブシステムが生活世界のシンボリック再生産に介入することによって生じたもの」と定義される<sup>(54)</sup>。これは、比喩的に、「生活世界の内的植民地化」と呼ばれる。

ハーバーマスは、その現象の記述として、伝統的な生活形態が解体し、生活世界の構造要素(文化、社会、人格)が分化し、経済システムとしての企業への依存が深まり、国家行政からの給付に対する依存とクライアン

ト関係が固定し、権力の正統性認証のための参加が形式化し、広くは社会国家的システムにクライアントとして位置づけられること等を示している。また、学校におけるコミュニケーション的行為が学校教育に関する法的規制を通じて国家行政システムのなかに取り込まれてしまうことも重要な生活世界の植民地化問題として強調される。

ハーバーマスによれば、「法化」の概念は、ワイマル期労使関係に関して、政治学者キルヒハーマー（Otto Kirchheimer 1905-1965）が、労使関係の法制度化を階級闘争の法制度化（協調主義）として批判したことに由来する<sup>(55)</sup>。ハーバーマスは、この概念を広い歴史的射程をもつものとして位置づけ直し、次のような法化の歴史的発展4段階を提示した。

第1段階は、絶対主義時代における市民的國家の段階（名誉革命の時代、あるいはヘーゲルのいわゆる市民社会の成立の時代）であり、私法秩序が創出され、國家権力が合法性を独占し、生活世界が権力や貨幣の浸透の結果として、逆に自らの要求を打ちだすものに変化し、正統性認証の基礎となる時代である。

第2段階は、市民的法治國家の段階（19世紀ドイツの立憲制）であり、形式としての合法性と手段としての官僚制しかもたなかった國家に憲法による規範化という枠がはめられ、近代國家が自らの力で合法性を、近代的生活世界を基礎にした正統性認証を獲得していく第1歩となる時代である。第3段階は、民主主義的法治國家の段階（フランス革命以来の共和国）であり、そして第4段階は社会的、民主的法治國家（ワイマル時代と戦後ドイツ）の段階である。

この第4段階では、政治的、経済的に自由が保障され、かつ、システムへの参加が保障されるが、参加がシステムによる介入と裏表にあり、一方で自由保障と他方で介入による自由剥奪のアンビィヴァレンツが生まれる。この現象はすでに第3段階に始まるが、第4段階で全面化する<sup>(56)</sup>。

ハーバーマスがここで指摘する現代的法化の問題性としての自由保障と

自由剥奪のアンビヴァレンツとは、たとえば日本でも問題とされるが、生活保護法の運用において見られる。生活保護制度は、その本来の目的にしたがえば受給者の健康で文化的な生活を保障するものであり、自由保障に資すべきものであるが、しかし、生活保護受給者が経済的に生活保護に依存し、かつ、受給要件に生活態度を拘束され、加えて社会的スティグマ(stigma)を貼られることになれば、生活の場で却って自由を奪われるという事態が生まれるからである。

ハーバーマスは、この法化問題に対して、最後に次のような戦略を述べている。

「家族、学校、社会政策といった領域の法化がはらむ逆説的な構造を探つてゆく場合、判で押したように出てくるあの『司法とは無縁なものにせよ』、『脱官僚制化せよ』という要求——この要求がなにを意味するかは、おのずから明らかであろう。価値や規範や了解過程に基づく社会的統合に機能上必然的に依存している生活領域をどのように守るかという問題である。何から守るのか、——言うまでもなく、経済と行政という固有の力学で成長を続けるサブシステムの命令の言いなりにならないようにすること。制御媒体である法を通じて、利益社会化の方向にスイッチを切り替えられ、機能障害を起こすことのないようにすることだ。」<sup>(57)</sup>。

ハーバーマスの法化論は、全体社会と法の関係について一つの歴史的進化理論を提起している。その意味でウェーバー的な進化論的法社会学に具体的主題を与えるものであった。そして、この主題は、ウェーバーの形式的—実質的合理性の概念の解釈と関連して、80年代を通じた法社会学の最大のイシューとなったのである。



## 5. 福祉国家における法発展の分析とウェーバー法モデルの再定置

「法化」論の背景をなしたのは、(西) ドイツ社会において1960年代末以降、社会民主党を中軸とする連立政権 (W. ブラント政権および H. シュミット政権1969-1983) の下で福祉国家化が進行し、その手段として法律が量的に、かつ、質的に (反形式的な作用をもつ形で) 膨張するという歴史的状況であった。「法化」をネガティブな現象として位置づけ、その解決を論じる「法化」論は、ハーバーマスの生活世界の防衛論に起因しながら、福祉国家批判の反ケインズ主義的、新自由主義的な動きとも文脈において連動した。いずれにせよ「法化」は、歴史的現象として位置づけられ、その分析のために法の進化論的な理論であるウェーバーの法モデルがあらためて援用されることになる。

### (1) トイブナーの「法化」論—対「法化」戦略としての手続化

「法化」を「理論」として最も包括的に明快に論じたのは、トイブナー (Gunther Teubner 1944-) の「法化—概念, 諸要素, 限界, 脱出路」(1985年) であった<sup>(58)</sup>。

トイブナーは、ハーバーマスの進化論的法化概念を引き継ぎ、かつ、ルーマンのシステム論を援用して法化の問題性を分析し、その解決策を提示することを試みた。ハーバーマスの法化論は、法理論的明晰さを示していたとはいえ、トイブナーは、この点で議論をさらに進めたといえることができる。そして、ここで重要なことは、トイブナーがウェーバーの近代法の形式的・実質的合理性の区別を鍵とし、現代福祉国家的な法化の歴史的特徴を法の「実質化 Materialisierung」として捉えたことである。トイブナーによれば、ウェーバーが『法社会学』で指摘した反形式化・実質化

の傾向は、当時マージナルな現象に過ぎなかったが、今日では支配的な法の進化のバージョンになったのである。少し具体的にみてみよう。

トイブナーは、ハーバーマスを受けて法化を法の発展史に貫通する現象として位置づけ、現在の法化の段階の内容を分析する。それは、法が「社会国家による介入と補償の操作媒体」(Steuerungsmedium der Interventionen und Kompensationen des Sozialstaats)<sup>(59)</sup>として現れていることである。「社会国家 Sozialstaat」は、概念史的にはロレンツ・フォン・シュタイン (Lorenz von Stein 1815-1890) に由来し、歴史的な論争を経つつ、ドイツの憲法たる基本法上の国家概念として採用され、基本法20条が「ドイツ連邦共和国は、民主主義的、社会的連邦国家である」と規定する。比較可能な用語でいえば、ドイツ的な意味での福祉国家である<sup>(60)</sup>。トイブナーによれば、この社会国家による法化は、社会の自律的運動の制限をもたらし、法化の現象がたんに政策的な変更や政治的手段によってもとに戻せるようなものではないほど、構造的に本質的なものであると特徴づけられる。

トイブナーは、法化現象についてあれこれの説明理論があるが、その歴史的な規定性を把握するためには、ウェーバーの形式—実質法の区別を手掛かりに用いて考察することが肝要であるとする。その区別にしたがえば、社会国家的法化とは、古典的法治国家的形式的合理性が、実質的社会国家的方向づけによって解消され、凌駕されているという現象である。ウェーバーは、上でみたように、法の形式化を近代の合理化プロセスと捉えたが、それは、法が政治、経済、科学から分離することを意味した。そこにおいて法は、実体法的、手続法的にも一義的一般的な構成要件から成り、概念的、論理的な精緻化、厳格な演繹、合理的法技術などによって決定された。同時にまた、ウェーバーは、現代における反形式主義的傾向を語り、そこに社会的、経済的、倫理的要素が実質的に法を決定する危険性を指摘していた。トイブナーによれば、社会国家的法化において見られるのは、まさ

にウェーバーの指摘した反形式主義の傾向の支配的現象化に他ならない<sup>(61)</sup>。

トイブナーは、この基本的見方にとって、社会国家的法化が古典的形式法 (klassisches Formalrecht) を変化させる3つのレベル、すなわち、①機能、②正統化、そして③規範構造について分析する。第1の機能のレベルでは、法の機能が、発展した市場社会の規範的要求の実現から、政治的介入による社会のニーズの実現へと変化する。第2の正統化のレベルでは、法の正統化の根拠が、形式法による私的自治的行為の行動領域の保障から、実質的法による社会的態様の直接的、目的志向的操縦へと変化する。つまり、Autonomie (自治) から Regulierung (規制) へ正統化根拠が変る。

第3の規範構造のレベルでは、普遍的法律の機能喪失と解釈方法の変化があげられる。たとえば労働法における法主体の実質的把握、当事者の立場や役割の重視、法における目的の意味の増大、あるいは会社法、カルテル法、社会保障法などの分野で政策に方向づけられた法思考の比重が増大する。このような法領域では政策的視点 (政策目的) の衝突 (たとえば労資の共同決定法と会社の定款自治、民法上の契約とカルテル契約の衝突) が通常現象となり、そこでは「実質的法が政治的操作手段となる」のである。

以上のような分析をトイブナーは次のようにまとめている。

「法化とは、たんなる法の増大ではなく、介入国家が新種の法のタイプ、規制的法 regulatorisches Recht を産み出すプロセスを表示している。実質化及び福祉国家的意図という2つの結合した要素は、今日の法化現象の特異性を特徴づけている。規制的法は、形式的合理性と区別される実質的合理性の優位によって特徴づけられ、以下のようなメルクマールを示す。すなわち、その機能においては、社会国家の操縦の必要性に規定され、その正統化においては、操縦的な、そして補償的な規制が前面にでる。その構造においては特殊的に、目的オリエンテッドであり、社会科学的な理論の

助けをあてにせざるをえない。法化は、より大きな歴史的プロセスの一部であり、政治的決定によって巻き戻せるようなものではない。議論の真摯な対象となるのは、したがって、法化によって結果的に生じる機能不全の問題をいかに緩和することができるかである。<sup>(62)</sup>

トイブナーによるこのような形式法から実質法への法の機能変化の分析は、ウェーバーによるパラダイムの提示、およびそれに基づくジンツハーマー学派によるワイマル期、ナチス期の法の分析に連なるものである。しかし、トイブナーは、法現象の分析にとどまらず、これを超えて「法化によって結果的に生じる機能不全の問題」からの「脱出路」(処方箋)を検討する。この点でトイブナーは、社会学的考察と法律学的考察を峻別するウェーバーやルーマンの法社会学と異なり、ハーバーマスと同様に分析を実践(法的決定)につなげる立場に立っている<sup>(63)</sup>。

トイブナーの処方箋は、法化現象による機能不全の病理をシステム論によって明らかにすることから導かれる。かれによれば、機能不全の病理は、「規制によるトリレンマ regulatorisches Trilemma」と特徴づけられる。つまり、法は自律的な独自のシステムとして設定されながら、その実質化によって他のシステムの情報によって動かされるものとなり、自律したシステムが外的に規制されるという現象が生じ、そのことが機能不全を産む、という議論である<sup>(64)</sup>。

具体的に規制のトリレンマとは、「規制的介入がその限界を超えると、無関心 irrelevant になるか、社会的な生活領域に統合されない作用を産むか、あるいは、規制法それ自体に統合されない作用をもたらす」<sup>(65)</sup> ことであり、検討すべき問題領域は、①相互的な無関心の問題、②法による社会の不統合(Disintegration)の問題、③社会による法の不統合問題とされる。たとえば、①の問題としては、カルテル法の規制があまりにも頻繁に多く制定されるので、法の通常適用のプロセスにのせて執行することができなくなること、②の問題としては、家族や教育の領域に法規制が介入するこ

とにより家族や教育の領域の自己産出的なプロセスが危機に陥ること、そして③の問題としては、法が政治的社会的規制手段に成りきると法がその独自の論理に立つことができず、規制対象の独自の論理に支配されてしまうこと、等があげられる。

そこで、トイブナーは、このような法の機能不全から逃れ出る道として、法および法が規制の対象とする経済や社会との間の「連結 (Koppelung)」のあり方を変えることに着目する。つまり、形式的法は、規制対象から分離した法の独自性を保障することによって成立した。これに対して実質的の法は、規制対象の論理に法が自らをすりあわせてより対象に即した作用を果たすことを目指すものである。しかし、後者の場合、法の独自性が失われ法の機能不全を産み、法は危機に陥る。トイブナーの戦略は、これに対して、「自己規制の制御 *Steuerung der Selbstregulierung*」として提起される<sup>(66)</sup>。これは、法の形式化か実質化かという二者択一を超えて、法による対象の直接的規制から撤退しながら、同時に対象の間接的制御によって、法と規制対象の有効に機能する関係を維持するという戦略である。

そのような戦略の手段として、トイブナーは、「法の新たな役割」である「手続化 *Prozeduralisierung*」という構想を提示する。法の手続化とは「“学習可能な社会システム”の設立を助成し、社会的にコントロールすることである。」つまり、法がこれまで直接に規制した対象領域について、社会的に（自律的に）規制できる社会システムを法によって設立するという方法である。法の役割は、直接的規制から、社会的規制のシステムを設立し管理する役割に後退するが、それは法の負担を軽減し、かつ、同時に法の独自の役割を回復することになる。このような役割を法が新たに担うことが、法の手続化と呼ばれるのである。

具体的にはたとえば、労働法や消費者法の領域において、国家法による直接的規制に代えて、当事者間の交渉システムを制御する法（交渉についての当事者の権利義務関係の設定、交渉プロセスと交渉の目的についての

制度設計など)の制定がイメージされる。法の手続化とは、繰り返して言えば「社会的態様を直接的に規範化することに代えて、法を組織、手続、および制御の権利の新配分に限定する」ことである<sup>(67)</sup>。

トイブナーによれば、手続化は、国家的直接的規制からの法の後退であり「非国家化 *Entstaatlichung*」とも言えるが、しかし、法化はこのような手続化、非国家化によって阻止できるものではなく、法の機能がただ新しい軌道にのるということにすぎない。新たな制御の方式は、その内容が明確でなく、かつ、相当のコストが予想される。法の役割のこうした軌道転換は、形式法が実質化されるというプロセス、すなわち法化問題を終わりにするものではない。それは、法化をより社会的に調和的な軌道にのせる道を拓くというものに止まる。

以上がトイブナーの法化論の梗概であるが、かれの法化に対する戦略の基本となる社会学的認識は、法化の中心問題が「法と政治、そして社会的諸領域の構造的連結の問題である」ということであり、また、この構造的連結を考えるについて、「社会的サブシステムのオートポイエシス的な組織から諸帰結をひきだすことが避けられない」ということである。そこで、サブシステムは、「複雑な自己産出的 (*selbstproduktiv*) システム」とも特徴づけられている<sup>(68)</sup>。これを言い換えれば、法の役割は、サブシステムの固有の論理を尊重して、規制方法を設定すべきこととなる。そうであれば、市場システムに対して法が介入的に規制する場合、市場システムの自己産出性を強調し、その独自の市場メカニズムの尊重と法的介入の否定を導く論理ともなる。これは、トイブナーの意図と関わりなく、規制緩和的新自由主義的な立論でありうる。

また、家族や教育という社会的サブシステムが固有の論理をもち、それを無視して法的な介入を行うことが法による社会の不統合という法化問題を産み出すというテーゼは、それぞれの社会領域の固有の状況の分析なしには形式的な議論に止まる。なぜならば、そのサブシステムにおける固有

の論理そのものが、憲法的価値判断基準ないし全社会的価値判断基準によってどのように評価されるかが、法の介入的機能の正統性に係わるからであり、これなしに社会学的に形式的に論じることは、社会的問題の真の所在を見失うことになりかねないからである。

このような批判的私見はともあれ、トイブナーの法化論は、ハーバーマスの法化の問題提起を受け継ぎ、ウェーバーの形式的法—実質的法の概念を分析の基本視角として法化現象の歴史的な性格を位置づけ、ルーマンのシステム論を理論的整理の道具にして、法化現象について分析と処方箋を提示したものであり、以降の法化論をリードするものとなった。

## (2) マウスによる「法化」論批判—「法化問題」の視点移動

トイブナーの法化論は法化の歴史的な位置づけを行い、これに対する処方箋を提示し、法化論のメインストリームとなったが、これに対して、そのような処方箋を描くことそれ自体が法化の真の問題性を示すとして批判したのが、マウス (Ingeborg Maus 1937-) である<sup>(69)</sup>。

マウスによれば、今日の法について「規制の増大」「規制の高密度化」「規制の深化」が語られ「法の詳細化」として特徴づけられることがあるが、「しかし、こうした考察方法は、ウェーバーがいち早く指摘して以来20世紀に継続的に発展してきた法の非形式化 (Entformalisierung des Rechts) についてのより重要な傾向をぼんやりとしか認識しないものである。」<sup>(70)</sup>。この言明は、法化現象を法の詳細化というぼんやりとした量的な規定によるのではなく、法の非形式化、すなわち法の実質化として捉えるべきだとする点において、トイブナーの認識と共通である。しかし、マウスは、法化問題の核心を、トイブナーのように「法の機能不全」にみるのではなく、「国家構造の変化」にみる。言い換えれば、法化現象は、〈国家諸制度の関係構造の変化に核心をもち、この変化が社会的個人的行動に間接的な作用を及ぼすもの〉として捉えられる。

それでは、マウスが捉える国家構造の変化とはどのようなものか。

マウスによれば、法律における不確定概念の多用は、法規範定立者によるべき決定の司法・行政への繰り延べである。法規範定立の規範化（立法手続き）において確保されるべき民主的正統性はこの限りで希薄化する。こうして行政の行為は、自由主義的国家におけるのと異なっていまや操作可能性が大であり、かつ、目的志向的なものになる。そこにおける利益考量は、規制対象領域のコミュニケーションのプロセスではなく、規制関係者間の力関係を反映する。司法は、当事者による社会的形成の代理人であるというより、社会国家的介入行為の担い手であり、行政と同じような役割を果たす。行政と行政裁判所の関係についていえば、なるほど裁判所が法律適合性の審査権をもつが、その意義は、裁判所が行政に対して、法の内容をいかに充填するかのリバルになるというにすぎない。行政と司法は、立法者が行っていない政治的決定を法治国家的コントロールの犠牲の上で個別の案件に即して分担して行うのである。

マウスは、しばしば称揚されるドイツの司法国家システムにおいて、司法機能が後退する、つまり、「法の適用から立法の補充へ」というパラドックスが見られるという。連邦憲法裁判所の裁判は、法秩序の弾力化を超えて、時代のニーズへの開放度を大きくしているからである。また、マウスによれば、行政の内部構造は変化し、行政と他の社会的環境の限界が不分明化し、一方で行政的介入と他方で社会の側からするその計算可能性という対立構図が構成されず、行政と私的主体が融合し、その上での決定という形が現れている。これは、介入から協調へ（公行政と社会の強い利益の結合）という標語で、「ポスト介入主義型法」として語られ、行政手続きが絶対視され、法による合意形成過程の規制・規範化が焦点になっている<sup>(71)</sup>。

マウスは、こうした国家構造の変化による法の非形式化の進行が、ナチス的な法の否定にまで行き着く危険をもつものであり、そのようなものと



して対決しなければならないと考える<sup>(72)</sup>。それゆえ、トイブナーが試みているような法化からの脱出戦略は、法化現象の事態の本質を捉えていないと批判される。

トイブナーは、上述のように、法化が法と社会の不統合という問題を産み出したと分析し、そこからの脱出路として「自己規制の制御」、法の手続化、交渉を通じての規制等の対法化戦略を提示した。マウスは、これに対して、法化を国家的諸制度、立法、行政、司法の間の関係の変化、立法による行政と司法の拘束の変化と捉え、これが社会的個人的行動に作用をおよぼし、その結果としてトイブナーのような戦略論が産み出されたとみる。つまり、マウスによれば、トイブナーの処方箋は、法化現象の歴史的本質を批判するものではなく、法化の作用の産物そのものであり、法化が「非法化」を内在することを示すものである。言い換えれば、トイブナーの議論は、法化現象の批判的分析ではなく、法化現象それ自体を構成する要素となっている。このようなトイブナーに対する批判は、マウス自身がいうように、「法化についての通説的見解とたもとを分かつもの」である<sup>(73)</sup>。

このようにマウスは、ウェーバーの指摘した「法の非形式化」の歴史的傾向の現代版について、これを実質的「法化」と同時にトイブナー的処方箋（自己規制の制御）による「非法化」を含む法化現象として捉えるべきだという。たしかにトイブナーの処方箋は、実質的法化の抜け道としての半形式化であり、その限りで法化に対する非法化（非国家化）である。マウスとトイブナーの立場の差異は、次のような表現でも語られる。つまり、トイブナーが課題としたのは、法化現象のなかでの新たな法の役割、“*Alternativen im Recht*”（法における代案）の追求であるが、マウスが課題としているのは、法化現象のなかの法の解体、“*Alternativen zum Recht*”（法に対する代案）を明らかにすることである<sup>(74)</sup>。マウスの分析視角は、法の非形式化の歴史的現象の本質的批判に終始するものであり、

このようにみると、ノイマンに通じている。

では、トイブナー的処方箋は法化現象に対する代案ではなく、なぜ法化現象そのものであるということになるのだろうか。マウスによれば、自己規制の制御、法の手続化の戦略が、法化からの脱出路ではなく、法化・非法化の交錯する、より深化した法化をもたらすからである。

法の手続化は、法規制の役割を対象領域の直接的規制から、対象領域に即して社会的決定システムを設立し、そのシステムに具体的規制の決定を委ねるといふものである。マウスによれば、法律の制定における民主的正統性（国民代表による法的決定）は、新たに設立される社会的決定システムによって補償されるべきものであるが、それが民主的な補償としての合理性を確保するためには、制御する法の形式的、強制的性格が必要であり、かつ、社会的決定システムにおける実際的力関係の格差をいかに処理するかという難問が生じる。問題は、社会的な規範定立において非恣意性が保障され、民主的合理性を確保する手続きが法によって担保されうるかである。「自己規制の制御」に法が後退するというイメージとは逆に、民主的補償の合理性の確保を目的とすれば、法は一層の詳細化を必要とすることになる。

マウスはこのように、法化現象におけるパラドックスとして「社会的規範形成の自律化の一歩一歩が手続規定の法化に依存する」ことを指摘する。トイブナーの対法化戦略は、法化の脱出路ではなく、さらなる法化への道なのである。マウスは、また、経済団体と政治機関のコミュニケーション構造を確立し、経済団体に自主法規範の規制権限を授与する（社会的決定システムの設立による法化の回避）というパラダイムが現代行政法のパラダイム転換としてもはやされることに対して、これはすでにナチスに見られたものだと批判している<sup>(75)</sup>。

法化現象に対してマウスは、本質批判的なアプローチを採り、トイブナーの内在批判的改革アプローチを批判した。それゆえ、マウス自身の対法

化戦略というものは提示されない。マウスは、規範定立の規範化として社会的決定システムが設立されることについて、そのチェックポイントを指摘しているようにみえるが、それはさらなる「法化」現象を指摘するためである。マウスの本質批判的アプローチの論理を詰めるとすれば、法化現象は、歴史的に見て必然的な法の実質化の進行であり、それを合理的なものにするためには国家的諸制度の一層の民主化が必要であるということではなかろうか<sup>(76)</sup>。

## 6. まとめ—法社会学と法律学

以上、ごく限られた知見であるが、ウェーバーの近代法の形式的合理性・実質的合理性のモデルが法の進化論的な分析のために、基本的なパラダイムとして受容されていることを確認することができた。考察は、時代的に1980年代の法化論までで止まっているのでその点はお断りしておきたい。「受容」は確認できたが、そこからウェーバー理論との関係でどのような理論的問題が生まれているかという検討は現在の筆者の手にあまり、本稿ではカバーできなかった。

最初に述べたように、ウェーバーの「法社会学 Rechtssoziologie」は、伝統的法律学に対して「社会理論 (Gesellschaftstheorie)」として登場し、社会学的考察方法と法律学的考察方法を峻別した。他方、同時期に現れたエールリッヒやジンツハーマーの法社会学は、伝統的法律学の改革を目指して、社会と法の関係についての認識を新たな法律学の構築につなげようとした。しかし、ウェーバーにとってこのような試みは、2つの考察方法を混淆させる不適切な試みに他ならなかった。ウェーバーの峻別論は、ウェーバーが伝統的法律学の改革論をネガティブに見ていて、むしろ概念法学的法律実証主義をポジティブに評価していたという論評を産むことになった。上記で指摘したこの論点について、最後にヤン・シュレーダーの

考察を取り上げよう。

シュレーダーは、サヴィニー以来のドイツ近代法学の流れのなかにウェーバー法社会学を位置づけてその法思想的立場を明らかにすることを試みる<sup>(77)</sup>。サヴィニー法学には、その後のドイツ法学を規定する2つの契機が存在した。1つは、よく知られている「民族精神論 (Volksgesetzlehre)」であり、もう1つは、シュレーダーが名づける「専門家教説 (Spezialistendogma)」である。民族精神論は、法 (Recht) が国家とその法律 (Gesetze) に淵源するという当時の支配的理論に反対し、法が言語や人倫 (Sitte) のように、「民族 Volk」の共同の確信 (Überzeugung) の中にあり、外的恣意なしに成立すると考えるものである。これに対して専門家教説とは、「発展する民族の文化においては、法の形成 die Fortbildung des Rechts は、主要には法律家の仕事である」と考えるものである。

この2つの理解は、一方が民族の共同の確信を法の淵源とし、他方が法の形成を専門家としての法律家の仕事だと規定するから、対立する異なった理解にみえる。サヴィニーは、この2つを次のように両立させた。すなわち、法の固有の居場所は民族の共同の意識であるが、発展する文化においては、民族の諸活動に分業が生じ、法律家の意識に民族の共同の意識が帰一するようになり、民族の機能が法律家によって代表されるようになる。そこで「法の存在は、いまや、それが二つの生命 (Leben) を持つことによって、すなわち、一方で存在することを止めない全体の民族生活 (Volkleben) の部分としての生命を、他方で法律家の行為における特別の科学 (Wissenschaft) としての生命を持つことによって、より人工的な、より複雑なものになっている。」<sup>(78)</sup>。

シュレーダーは、ドイツ近代法学の学説史を丹念に渉猟し、サヴィニーの法思想におけるこの2つの契機が、1830年代以降のロマニステンとゲルマニステンの論争、そして19世紀末から20世紀にかけての概念法学的法律実証主義と自由法論の対立の基軸をなすものであったことを論証する。た

たとえば、ゲルマニストのベーゼラー（Georg Beseler 1809-1888）は、『民族法と法曹法』<sup>(79)</sup>において、民族の文化が発展するなかでも民族が法を産み出す力は衰えるものではなく、立法や司法・法曹がそれにとって代わることはできず、それを助ける役割を果たすに過ぎないことを主張した。ベーゼラーによれば、このような民族法は、自然科学と同様の方法で探究されるべきものである。ロマニステンとゲルマニステンの論争が示すのは、一方でロマニステンが、人間の活動の分業化と専門化の発展法則に依拠して科学（学問）によって法が発見され創造されると考えたのに対して、他方でゲルマニステンが、別の法学のコンセプト、経験的法学つまり、法事実探究や法社会学を志向したことである<sup>(80)</sup>。

シュレーダーによれば、自由法論と保守的理論の争論においても、多くの点がゲルマニステンとロマニステンの対立の再版であった。つまり、自由法論は民族精神論の立場に、保守派は専門家教説の立場にたって論争した。自由法論者は共通に「国家によって承認された法以外の法はない」という法律実証主義的な考え方を攻撃した。これをふまえて裁判官論において、非国家法の存在と裁判官によるその適用を認める点で一致していた。これらは、サヴィニーの民族精神論と同じであり、自由法論の新規性は既存の法が存在しない場合に裁判官の法創造を承認する点において認められる。

エールリッヒは、『法社会学の基礎理論』<sup>(81)</sup>のなかで、法（Recht）と法規（Rechtssatz）の同一視が根本の誤りであること、法規が法曹の手によって定式化されたとしても民族のなかに生きているものが法であること、法曹身分が十分に成長しているなかでも、民族のなかの法的諸制度（Rechtseinrichtungen）とそれに属する規範において、法がたえず発展していることを述べている。シュレーダーによれば、自由法論に対して保守的理論は、法律家教説に全面的に依拠するものであり、自由法論を科学（学問）としての法学、専門家的分業を否定するものとして批判した。自

由法論者カントロヴィッツの『法学のための闘争』（1906年）は、保守的理論の論客によって「法学のための闘争とは、法学の終焉を意味する」と拒否されたのであった<sup>(82)</sup>。

さて、以上のシュレーダーの考察は、かれがウェーバー法社会学をどのように位置づけるかをすでに示唆している。シュレーダーは、ウェーバーの法の見方が民族精神論ではなく、専門家教説に立つと認識する。それはなぜか。

ウェーバーは、近代的な法発展を形式的合理性の増大に認めた。法の形式的合理性は、特別の強制機構の存在の上にてたてられ、諸概念によって論理的に組み立てられた法体系について、専門家である法曹が論理的な意味解釈により法を発見し創造するなかで、獲得されるものである。形式的合理性の条件は、法発見・法創造が、その他の社会的現実性から分離され独自化された概念的論理的操作によって行われることに存する。こうしたウェーバーの法の見方において、法はまったく、その独自化した形式に還元され、法の内容がどこから由来するのかという本来の関心をひく問題は応答されない。シュレーダーによれば、このような法の見方は、ウェーバーが法律家としてその下で養成された最盛期の概念法学のものであり、ウェーバーは、実際のところかれの合理性概念を概念法学的な考え方によって基礎づけている<sup>(83)</sup>。

シュレーダーは、形式的合理性の発展としての法の発展というウェーバーの図式が具体的な法創造を考えると矛盾に陥ることを指摘する。それは、法の内容がどこに由来するかに答えられないという問題と同じである。つまり、法の形式的合理性が概念的包摂を要件とするならば、新しい内容の法はどこから産出するのか。それは、古い構成要件への包摂によって決して産出されない。たとえば新しい法の内容が憲法の採用する価値によって決定されるとしても、これは概念法学的な包摂ではありえず、実質的な価値選択である。それゆえ、シュレーダーによれば、ウェーバーは概念法学

に適合的な合理性概念によって、いかなる法創造が実質的に合理的であるかを定義することができない<sup>(84)</sup>。

ここで、シュレーダー自身の立場が示される。かれによれば、法創造の実質的な合理性は、科学的（学問的）法政策によって基礎づけられるしかない。法実証主義者（Rechtspositivisten）は、法規の概念構成を通じて新しい法を産出できないかぎり、法政策は非科学（非学問）的か、いずれにしても法学に属しないとみなした。ウェーバーが「反形式主義的傾向」と特徴づけた世紀転換期の法学の改革運動は、科学的法政策の志向をもつものであった。自由法論は社会の現実的要素から、シュタムラーは精神的要素から新たな法の内容を実質的に基礎づけようとしたのである。ウェーバーは、形式的合理性概念の不十分さを認識せず、改革運動の意義を理解できなかった<sup>(85)</sup>。

シュレーダーの総括は次のようである。

「ウェーバーにおいて専門家教説は、概念法学におけるのと同様の機能を果たした。つまり、法実証主義の擁護である。ウェーバーに固有に関わるのは、法発見と法創造の進展する合理化というウェーバーの予言が、ただ実証主義的にすぎない法学によっては実現不可能であるということである。ウェーバーは、合理化のイデーと実証主義的法学の思考に固執することによって、意図せずに法実証主義の限界を明らかにしたが、他方で、法創造の合理化のために実際に貢献できる方向性を認識しえなかった。」<sup>(86)</sup>

以上のシュレーダーによるウェーバー批判は、社会理論（社会学）・法社会学・法律学の関係をどのように位置づけるか、という問題に再び関わっている。ウェーバーは、もともと法律学的課題（学としていかなる法的決定を行うか）を法社会学の外に置くことを前提にした。それゆえ、エールリッヒ等に対して社会学的方法と法律学的方法の混淆を批判した。ウェーバーにとって、どのような法を実質的に合理的なものとして実現することができるかを問うことは、法社会学の課題とされなかった。しかし、

逆にエールリッヒ等からすれば（エールリッヒ自身はウェーバー『法社会学』の刊行に立ちあうことができなかつたが）、法の発展の実質的な内容をウェーバーがどのように考えるかという問いが返されるであろう。シュレーダーは、これを想定しつつ、法社会学と法律学を別の課題をもつものとして峻別するのではなく、法社会学が科学的政策を法律学に提起しうるものとして捉えている。ウェーバーの法の形式的合理性の概念は、このようにして法社会学という学問のアイデンティティ問題の構図に関わっている。

## 註

- (1) たとえば「ウェーバー生誕150周年記念シンポジウム／戦後日本の社会科学とマックス・ウェーバー」於早稲田大学, 2014年12月7日。
- (2) Olaf Munthorst, Grundlagen der Rechtswissenschaft, Verlag C. H. Beck, 2011, S. 240-241.
- (3) Hans Albert Hesse, Das Recht der Bundesrepublik Deutschland, UTB, C. F. Müller, 1984, S. 59-60.
- (4) Ernst Fraenkel, Der Doppelstaat, Europäische Verlagsanstalt, 1974.
- (5) Franz Neumann, Die Herrschaft des Gesetzes, Surkamp, 1980.
- (6) Ingeborg Maus, Rechtstheorie und Politische Theorie im Industriekapitalismus, Wilhelm Fink Verlag, 1986. 論文は Verrechtlichung, Entrechtlichung und der Funktionwandel von Institutionen, 1986.
- (7) これについては水林彪が本格的な論稿を発表する予定と聞いている。また、ドイツにおいてウェーバー法社会学理論における“formell”と“foramal”“materiell”と“material”の異同はテーマとなっており、次のような関連文献が挙げられている。B. K. Quensel, Logik und Methode in der “Rechtssoziologie” Max Webers, Zeitschrift für Rechtssoziologie 18 (1987), S. 146.; W. Schluchter, Die Entstehung des modernen Rationalismus. Eine Analyse von Max Webers Entwicklungsgeschichte des Okzidents, 1998, S. 191; St. Uecker, Die Rationalisierung des Rechts. Max Webers Rechtssoziologie, 2005, S. 71ff.; B. Peters, Rationalität, Recht und Gesellschaft, 1991, S141; H. Rottleitner, Einführung in die Rechtssoziologie, S. 23. (Jens Petersen, Max Webers Rechtssoziologie und die juristische Methodenlehre, De Gryuter Recht, 2008, S. 48, Anm. 242).
- (8) ルーマンは次のように2つを区別する。「法律学は、解釈理論として自己の諸



前提にかかわることにより、社会学が有していないような情報加工と決定発見の可能性を獲得する。法律学は、社会学と異なって、決定の学なのである。それだからこそ法律学は、決定について社会学から直接的な助けを借りることができないか、できるとしてもせいぜい特別の非典型的な状況配置においてそれを期待できるにすぎない。しかし、法律学は、社会学との協働によって、自己自身の選択性を省み、自己の基本的な諸決定を多くの可能性のなかからの有意義な選択としてとらえることができる。」(ルーマン『法社会学』村上淳一／六本佳平訳、岩波書店、1977年、385-386頁)。つまり、法は、不確定性のもとで、ある決定をおこなう(可能性からの選択)ことをその機能とし、法制度・法律学は、そのような決定システムを媒介するものである。法の定立、法的作用、法の存在を前提にして(規範的予期のもとに)人々が行う法的行為(これは一定の法的効果を目的とする)は、いずれも不確定性の下での、選択的決定である。

- (9) エールリッヒの作品として Eugen Ehrlich, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, 1903; *Soziologie und Jurisprudenz*, 1906, Neudruckausgabe, Scientia Verlag Aalen, 1973; *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 1913 (河上倫逸他訳『法社会学の基礎理論』みすず書房, 1984); *Die juristische Logik*, 1918 (河上倫逸他訳『法律的論理』みすず書房, 1987); *Recht und Leben. Gesammelte Schriften*, hrsg. von Manfred Rehbinder, Duncker & Humboldt, 1967.
- (10) ジンツハイマーについては久保敬治『ある法学者の人生 フーゴー・ジンツハイマー』三省堂, 1986年参照。作品について Hugo Sinzheimer, *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie, gesammelte Aufsätze und Reden*, Bd. 1-2, Europäische Verlagsanstalt, 1976. ジンツハイマー法社会学の綱領論文と目されるのは *Die soziologische Methode in der Privatrechtswissenschaft*, 1909 (Bd. 2, S. 3-23) である。
- (11) ヘックの人と業績についての最近の考察として Bernd Hüpers, *Karl Larenz-Methodenlehre und Rechtsphilosophie des Rechts in Geschichte und Gegenwart*, Berliner Wissenschaft-Verlag, 2010, S. 273-372. ヘックの作品として Philipp Heck, *Interessenjurisprudenz und Gesetzestreue*, in: DJZ, 1905, Sp. 114-1142; *Das Problem der Rechtsgewinnung*, Verlag von J. C. B. Mohl 1912; *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, Verlag von J. C. B. Mohl, 1914. 後期のものとして *Interessenjurisprudenz*, Gastvorlesung an der Universität Frankfurt am Main gehalten am 15. Dezember, 1932, Verlag von J. C. B. Mohl (Paul Siebeck), 1933; *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Verlag von J. C. B. Mohl (Paul Siebeck), 1932. なお、本文で述べるヘックとエールリッヒの解釈方法論の親近性について磯村哲「エールリッヒの自由法学(一)」『法学論叢』第84巻6号1969年1-15頁, 同「利益法学をめぐって」『法政論集』第40巻1974年155-200頁参照。
- (12) ゴールドシュミットは、エールリッヒによると、古典学派に属するが「法律学的数学に抵抗し、その判断を利益考量に立脚させようとしていた」数少ない学者

の一人とされる（エールリッヒ『法学的論理』272頁）。

- (13) カントトロヴィッツは、Gnaeus Flavius の筆名で1906年に“Kampf um die Rechtswissenschaft”（法学のための闘争）を発表し自由法運動の旗手と呼ばれた。専門は刑法・法制史・法哲学である。
- (14) Petersen, Max Webers Rechtssoziologie und die juristische Methodenlehre, a. a. O., S. 3-4.
- (15) Rudolf Stammler, Wirtschaft und Recht nach dem materialistischen Geschichtsauffassung, Walter de Gruyter & Co., 5. Auflage, 1924 (1. Aufl. 1896); Die Lehre vom richtigen Recht, 1902. 以下はジンツハーマーによるシュタムラー理論のまとめによった。Sinzheimer, Über den Formalismus in der Rechtsphilosophie. Eine Betrachtung zum Tode Rudolf Stämmers, 1939, in: Sinzheimer, Arbeitsrecht und Rechtssoziologie. Gesammelte Aufsätze und Reden, Band 2, S. 219-244.
- (16) ジンツハーマーもシュタムラーが社会と法の間を内容とその形式と捉える見方に対して「社会的生活の法則を探究しようとする者」は「多数の諸力が相互に関係しあいながら、それを通じて全体が構成されていくダイナミックな共同体」を考えるのでなければならないと根本的に批判する（Sinzheimer, a. a. O., S. 228-230）。
- (17) Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, 1914, S. 309.
- (18) Herbert Rottleitner, Einführung in die Rechtssoziologie, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1987（越智啓三訳『現代ドイツ法社会学入門』不二出版、1995年）。訳書56-69頁参照。
- (19) Petersen, a. a. O., S. 59.
- (20) Jürgen Harbermas, Theorie des kommunikativen Handelns, Suhrkamp, 1981（河上倫逸他訳『コミュニケーションの行為の理論（上中下）』未来社、1985-87年）。引用は『コミュニケーション的行為の理論（下）』288頁。
- (21) Jan Schröder, Savignys Spezialistendogma und die soziologische Jurisprudenz, in: Schröder, Rechtswissenschaft in der Neuzeit, Mohr Siebeck, 2010, S. 391-418.
- (22) かれらについて久保・前掲書189-209頁参照。
- (23) ドイツにおけるナチス法研究の展開については広渡清吾「ナチス法研究覚書」根本到他編『労働法と現代法の理論・西谷敏先生古稀記念論集（下）』日本評論社、2013年153-181頁参照。
- (24) フレンケルの二重国家論は、“The Dual State”のタイトルで1940年末ニューヨークのOxford University Pressから刊行された。ドイツ語訳が出版されたのは1974年である（Ernst Fraenkel, Der Doppelstaat, Europäische Verlaganstalt）。引用はドイツ語訳からのものである。
- (25) Fraenkel, Der Doppelstaat, S. 75-76. フレンケルはこの引用箇所を“materiell”と“material”を同じ意味において使っている。ウェーバーの用語法にしたがえば

- “material” を用いるべきであり，“materiell” の使用はフレンケルの誤りと思われる。
- (26) Fraenkel, a. a. O., S. 101-102.
- (27) Fraenkel, a. a. O., S. 102-103.
- (28) Bernd Mertens, *Rechtssetzung und Nationalsozialismus*, Mohl Siebeck, 2009, S. 1-9.
- (29) Fraenkel, a. a. O., S. 103.
- (30) “The Structure and Practice of Nationalsocialism” は1942年に Oxford University Press から刊行され、1944年に第2版が刊行された。岡本友孝／小野英祐／加藤栄一の邦訳『ビヒモス—ナチズムの構造と実際』みすず書房1963年は、この第2版の翻訳である。ドイツ語訳は1977年に初めて刊行された。Behemoth. Struktur und Praxis des Nationalsozialismus 1933-1944, Europäische Verlagsanstalt, 1977. ノイマンの業績は60年代後半以降からドイツの若い世代によって注目され、この動きは「ノイマン・ルネッサンス」と呼ばれた。フランクフルト学派については細見和之『フランクフルト学派—ホルクハイマー、アドルノから21世紀の「批判理論」へ—』中公新書、2014年参照。
- (31) Neumann, Behemoth, 1977, Bemerkung zum Namen Behemoth, S. 16.
- (32) 『社会研究雑誌』は、M. ホルクハーマーによって創設され指導されたフランクフルト社会研究所の機関誌であり、1932年から1941年まで刊行された。ナチス政権の確立後1933年から1938年まではパリで、1939年から1941年まではニューヨークで刊行された。ノイマンの博士論文は、Neumann, *Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft* として発表された。この論文は、戦後、Neumann, *The Democratic and the Authoritarian State*, The Free Press of Glencoe, New York, 1957 に収録され、1967年に同書のドイツ語版が刊行された。Neumann, *Demokratischer und autoritärer Staat, Beiträge zur Soziologie der Politik*, Europäische Verlagsanstalt, 1967.
- (33) Neumann, *Die Herrschaft des Gesetzes. Eine Untersuchung zum Verhältnis von politischer Theorie und Rechtssystem in der Konkurrenzgesellschaft*, Übersetzt und mit einem Nachwort von Alfons Söllner, Suhrkamp Verlag, 1980.
- (34) Neumann, *The Rule of the Law. Political Theory and the Legal System in Modern Society*, Berg Publisher Ltd. 1986. 本書には、フランクフルト学派についての研究書をだしている Martin Jay (当時カリフォルニア大学バークレイ校) が「ノイマンとフランクフルト学派」という序文を、イギリス・ウオーリック大学の Matthias Ruete が「亡命中のポストワイマルの法理論」を寄せている。Ruete は、筆者がグーゼン大学留学中 (1980-1982)、ナチス法研究を介して議論した友人であり、かれとの会話は当時のドイツの若手法学者におけるノイマン継受の事情を知り得るものとなった。これについて広渡『西独『民主主義法学』の周辺』『法の科学』第

11号, 1983年, 133-143頁参照。

- (35) Neumann, Die Herrschaft des Gesetzes, S. 13.
- (36) Neumann, Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft, in: Neumann, Demokratischer und autoritärer Staat, Europäische Verlagsanstalt, 1967, S. 7-57.
- (37) Neumann, Der Funktionswandel des Gesetzes, S. 41-42.
- (38) Neumann, Der Funktionswandel des Gesetzes, S. 43.
- (39) Neumann, Der Funktionswandel des Gesetzes, S. 43-44. フランクの引用箇所は「ドイツ法アカデミー雑誌」(Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht)第4巻, 1936年290頁である。ドイツ法アカデミーは, フランクの主導によって1934年10月にヒトラー政府の決定に基づき設置された団体(公法人)であり, 学術的方法によってナチス的法改革を進めることを目的とし, 多くの法学者が動員された。
- (40) Neumann, Behemoth. Struktur und Praxis des Nationalsozialismus 1933-1944, S. 530.
- (41) Bernd Rütters, Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, Mohr Siebeck, 1968. 本書は, リュッターズの教授資格論文である。かれは, 世代的にはナチス法研究の追求など60年代末に新しい法学を求めた世代(いわゆる「68年世代」)より上の世代であり, 専門は労働法学である。この著作は, 1973年に文庫本化され(Athenäum Fischer Taschenbuch Verlag から刊行), またA5版の書物のほうは2012年に第7版を数えている。個別のテーマを扱った法学研究書としておそらく異例の扱いを受けていて, いまやナチス法研究の古典といえる。1968年の同年に刊行された Peter Thoss, Das subjektive Recht in der gliedschaftlichen Bindung. Zum Verhältnis von Nationalsozialismus und Privatrecht, Europäische Verlagsanstalt もナチス権力確立期の一般条項の機能に注目する研究である。
- (42) Niklas Luhmann, Rechtssoziologie, Rowohlt Taschenbuch Verlag, 1972 (村上淳一/六本佳平訳『法社会学』岩波書店, 1977年)。
- (43) Theodor Geiger, Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, Kopenhagen, 1947.
- (44) Gerd Bender, Rechtssoziologie in der alten Bundesrepublik. Prozesse, Kontexte, Zänsure, in: Dieter Simon (Hrsg.), Rechtswissenschaft in der Bonner Republik, Suhrkamp, 1994, S. 100-144.
- (45) Bender, a. a. O., S. 114-115.
- (46) ルーマンは, さらにこれを発展させ, 1993年に Das Recht der Gesellschaft, (Suhrkamp Verlag) を発表する。これは次のように位置づけられている。「分野に関して言えば, 本書は法社会学に属するといっていいたいだろう。だがここでの『法社会学』は, 通常よりも広い意味に, また同時により狭い意味に, 解されねばならない。本書のコンテキストをなすのは, (全体)社会(Gesellschaft)」の理論で

- あって、社会学会の諸セクションや個々のシンポジウムのタイトルとして用いられるような、限定された特殊社会学ではない。」(ルーマン『社会の法』馬場靖雄/上村隆広/江口厚仁訳, 法政大学出版社, 1, 2巻, 2003年, 1巻序言iv頁)。
- (47) Thomas Raiser, *Grundlagen der Rechtssoziologie*, 5. Aufl. Mohr Siebeck, 2009, S. 45-46 (大橋憲広監訳『法社会学の基礎理論』法律文化社, 2012年)。このような法社会学の2つの重心の関係について広渡「ライザー教授の法社会学」前掲訳書『法社会学の基礎理論』441-446頁参照。
- (48) ルーマン『法社会学』(村上/六本訳), 231頁。
- (49) ルーマン『法社会学』(村上/六本訳), 240頁。
- (50) ルーマン『法社会学』(村上/六本訳), 19-20頁。
- (51) Raiser, *Grundlagen der Rechtssoziologie*, S. 372-375.
- (52) ルーマン『法社会学』(村上/六本訳), 訳者「あとがき」395頁。
- (53) ハーバーマス『コミュニケーション的行為の理論(下)』(丸山/丸山/厚東/森田/馬場/脇訳) 286-288頁参照, 引用文は288頁。
- (54) ハーバーマス『コミュニケーション的行為の理論(下)』(丸山/丸山/厚東/森田/馬場/脇訳) 358頁。
- (55) 前掲邦訳書360頁のこの記述はおそらく誤りで, 上述のようにこの議論はフレンケルに由来するものである。ハーバーマスはキルヒハイマーの名前を挙げていますが典拠をしめていない。なお, 後述のトイブナーもフレンケルに由来するとしている。キルヒハイマーはフランクフルト学派に属し, ノイマンとの交流が深く, ノイマン, フレンケルと並んでナチス体制分析に鋭利なメスをふるった。これについて広渡訳・解説「ナチズムの法秩序(オットー・キルヒハイマー)」『みすず』1978年5月号19-38頁参照。
- (56) ハーバーマス『コミュニケーション的行為の理論(下)』(丸山/丸山/厚東/森田/馬場/脇訳) 358-370頁。
- (57) ハーバーマス『コミュニケーション的行為の理論(下)』(丸山/丸山/厚東/森田/馬場/脇訳) 380-381頁。
- (58) Teubner, *Verrechtlichung—Begriff, Merkmale, Grenzen, Auswege: in: Friedlich Kübler (Hersg.), Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*, Surkamp, 1985, S. 289-344. Kübler, Hans E. Zacher, Spiros Simitis, Klaus Hopt が共著者であるが, 他の著者はすべてその専門分野の実体法の歴史と理論の分析を試み, Teubner が総括的な法社会的理論分析を行った。トイブナーは日本でも大きな関心をもたれている法社会学者の一人である。さしあたり瀬川信久『グンター・トイブナー システム複合時代の法』信山社, 2012年, とくに同書の尾崎一郎の解題「トイブナーの社会理論と法律学」参照。
- (59) Teubner, *Verrechtlichung*, S. 303.
- (60) 社会国家概念とその法的意味について広渡「ドイツの社会と法」戒能通厚/広

- 渡清吾『外国法—イギリス・ドイツの社会と法』岩波書店, 1991年219-244頁参照。
- (61) Teubner, Verrechtlichung, S. 304-306.
  - (62) Teubner, Verrechtlichung, S. 312-313.
  - (63) トイブナーのこのような方法的志向について註(58)の尾崎「トイブナーの社会理論と法律学」の考察が鋭い。
  - (64) Teubner, Verrechtlichung, S. 313-317.
  - (65) Teubner, Verrechtlichung, S. 316.
  - (66) Teubner, Verrechtlichung, S. 334-344.
  - (67) Teubner, Verrechtlichung, S. 335.
  - (68) Teubner, Verrechtlichung, S. 343.
  - (69) Maus, Verrechtlichung, Entrechtlichung und der Funktionswandel von Institutionen (1986), in: Maus, Rechtstheorie und Politische Theorie im Industriekapitalismus, 1986, Wilhelm Fink Verlag, S. 277-331. マウスには、ナチズムにおけるカール・シュミットの法理論を批判的に分析する労作がある。Maus, Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus. Zur sozialen Funktion und aktuellen Wirkung der Theorie Carl Schmitts, Wilhelm Fink Verlag, 1. Auflage, 1976, 2. Auflage, 1980.
  - (70) Maus, Verrechtlichung, S. 278.
  - (71) Maus, Verrechtlichung, S. 280-291.
  - (72) Maus, Verrechtlichung, S. 280.
  - (73) Maus, Verrechtlichung, S. 279.
  - (74) Maus, Verrechtlichung, S. 280.
  - (75) Maus, Verrechtlichung, S. 291-300.
  - (76) ドイツにおける以上の法化論および法化概念の日本への導入・適用問題について広渡「日本社会の法化—主としてドイツとの対比で」『岩波講座・現代の法・現代法学の思想と方法』第15巻, 岩波書店, 1997年143-176頁参照。
  - (77) Jan Schröder, Savignys Spezialistendogma und die soziologische Jurisprudenz, in: Schröder, Rechtswissenschaft in der Neuzeit, Mohr Siebeck, 2010, S. 391-418. 本書は、シュレーダーのチュービンゲン大学の定年退職を記念して編まれた論文集であり1976-2009年に発表されたものを収録する。本論文の初出は1976年である。
  - (78) Schröder, Savignys Spezialistendogma, S. 391-395. 以上はいずれも、Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1814において示された考え方である。
  - (79) Volksrecht und Juristenrecht, 1843.
  - (80) Schröder, Savignys Spezialistendogma, S. 395-404.
  - (81) Die Grundlegung der Soziologie des Rechts, 1913, S. 368.
  - (82) Schröder, Savignys Spezialistendogma, S. 404-412. 自由法論の歴史的な性格および

理論的内容について広渡『法律からの自由と逃避—ヴァイマル共和制下の私法学』日本評論社、1986年、第1章「ヴァイマル共和制下の私法学方法論の分岐」参照。本文中の『法学のための闘争』への批判は、Josef Unger in: Deutsche Juristen-Zeitung, 1906, Sp. 781-787にある。

- (83) Schröder, Savignys Spezialistendogma, S. 412-413.
- (84) Schröder, Savignys Spezialistendogma, S. 413-415.
- (85) Schröder, Savignys Spezialistendogma, S. 415-417.
- (86) Schröder, Savignys Spezialistendogma, S. 417-418.