

実定法の偶然性と法哲学

—ヘーゲルの実証法学論とハーバーマスの法制化論—

Contingency of Positive Law and Philosophy of Law

—Hegel and Habermas on Legal Positivism—

大 藪 敏 宏

OYABU Toshihiro

1 はじめに——「専門化」時代における実証法学と法哲学

ヘーゲルの『法哲学要綱』の「緒論」の第一節においては、「哲学的法学(die philosophische Rechtswissenschaft)」の対象である「法の理念」が、概念と現存在との統一という『大論理学』の「論理学的精神」(13)⁽¹⁾において提示されている。その上で、「緒論」第二節は「法学は哲学の一部分である」という、今日の専門分化した「学問分類」からすれば、読み方によっては驚くべき一文から始まる。なぜなら、法学が哲学の一部分である、という主張は、「専門化」時代⁽²⁾の常識的な学問分類を完全に否定して、哲学優位の法理論を展開しようとしているように読みとられるからである。

この哲学と法学との関係を検討するために、本稿では、「緒論」の第二節から第三節を見てみることにする。「緒論」第二節では「法の源泉(Quelle des Rechts)」(32)ないし法学の「出発点(Anfangspunkt)」(30)が何になるか、ということが検討される。その際、この法学の「出発点」としての候補として、「学的な形式」としての「定義」(31)と「概念の内容」としての「表象」(32)という二つの候補が、吟味される。まず第一の候補である「定義」については、まずはじめに「実証法学」においては法の定義は「重要問題ではありえない」(31)だけでなく、「何が法になっているのか」が実証法学の重要な問題であるがゆえに、実証的であればあるほど定義は不可能になり、定義はむしろ実証法学にとって「危険」ですらあると述べられる。では「定義の演繹」(31)は、どのように行われるのかといえば、「語源(Etymologie)」から行われ、それは結局は「人々の感情と表象が根拠にされる」(31)ということになる。「そうすると、定義の整合性(Richtigkeit der Definition)は目の前にある諸表象との一致におかれる」ことになり、たまたま偶然に目の前にあった諸表象の偶然性によって左右されることになる。

次に、「法学の出発点」の第二の候補である法の「概念の内容」については、「次に第二に、諸表象と言語の中における、この概念の内容に対応しているものを探し回ること」(32)になる。しかしこのやりかたは結局は、法の理念を「意識の事実としてそのまま直接無媒介に拾いあげて主張するのであり、自然的な感情や高められた感情、自分固有の胸中と感激を、法の源泉にする」(32)のである。そして「この直接的な意識と感情というやり方は、知の主観性と偶然性と恣意性を原理とするもの」(32)とされている。

こうして、少なくとも「学的な形式」と「概念の内容」との統一に照準したヘーゲルの哲学的法学は、一方において実証法学の法の「定義」の不可能性に対しては、少なくとも「学的な形式」をめざした「定義」を問題とすることの長所を評価しながらも、しかしその「定義の演繹」が結局はたまたま偶然的に現存する「諸表象との一致」にもとづくという偶然性を問題にしている。そして他方において、法の「概念の内容」としての

「表象」については、やはり「意識の事実」としてのその知的主観性に与えられる知と表象の偶然性を問題にしているのである。こうしてここにおいて、専門科学としての実証法学と、「意識の事実」としてたまたま偶然に直接知として与えられる理想的な社会的イメージ(表象)の偶然性に立脚する当為主義的イメージ(表象)主義とに対して、二正面作戦を遂行していることが確認される。本稿においては、このようなヘーゲルの法哲学が実証法学および実定法に対して、どのような関係にあるのかを特に実定法の偶然性の問題から検討することを通じて、十九世紀中葉以降の「専門化」時代における法実証主義やハーバーマスの「制度としての法」という法制化論との関連性の中での法哲学の意義に光を当てたい。

2 内外両権威の抗争と法哲学の二正面

専門科学(ディシプリン)としての実証法学とヘーゲルの哲学的法学との違いについて、ヘーゲル自身が最も詳細に述べているのは、『法哲学要綱』「緒論」の第三節である。この節においてまず注目されるのは、ここでもやはりヘーゲルの二正面作戦が顕れていることである。すなわち法の実定性および実証法学の原理について述べたところで、「権威」と「哲学」との関係が提示されている。「法は、ある国家において妥当性をもっているという形式によって、一般に実定的である。そして、そのような法律的権威が、法の知識つまり実証法学にとっての原理である。...(中略)...実定法と法律に対して、心胸の感情、傾向性、恣意が対立されるとすれば、すくなくとも哲学はそのような諸権威を承認するものではありえない(34)。ある国家において既に通用しているという実定性、つまり「法律的権威」が実証法学の原理とされていること自体は、今日においても常識的である。問題は、この引用箇所の後段である。その後段における「実定法と法律」というのが「法律的権威」を有するという事は、今の確認からも明らかである。だとすれば、その後段における「そのような諸権威」というのが、この「法律的権威」とともに、それに対立された「心胸の感情、傾向性、恣意」という内的な権威をも含むということも、明らかである。つまり、哲学が承認しない「権威」とは、一方において実証法学の原理である「法律的権威」であり、他方においてそれに対立された「心胸の感情、傾向性、恣意」の権威であり、これは『法哲学要綱』の「序文」において批判されたフリースに代表される極端な道徳的当為主義の原理である。したがって、この「緒論」第三節においてもまた、ヘーゲルは法実証主義と道徳的当為主義との両者に対する二正面作戦を遂行していることが明らかである。それゆえに、今引用した「緒論」第三節の冒頭の箇所は、「序文」の「自由な思考」の二正面作戦における反権威主義と、正確に一致している。すなわち「自由な思考は、与えられたもの(Gegebenen)のところにとちどまりはしない。たとえこの与えられたものが、国家や人々の意見の一致という外的な実定的権威(die äußere positive Autorität des Staats oder der Übereinstimmung der Menschen)によって支えられていようと、内的な感情と心胸の権威および精神の直接に同意する証(die Autorität des inneren Gefühls und Herzens und das unmittelbar beistimmende Zeugnis des Geistes)によって支えられていようともである(14)。したがって、「緒論」第三節における「哲学」の反権威主義は、「序文」における「自由な思考」の反権威主義と、正確に一致している。したがって、ヘーゲルにおける「哲学」というものが、「自由な思考」を原理とするものであることがわかる。そして、このような「自由な思考」というヘーゲルの「哲学」の原理は、権威に関わる「人間」理解と結びついている。つまり、「人間は外的な権威の必然性と暴力に服従させられうるが、自然の必然性に服従するようにはない。...(中略)...自然における最高の真理は、法則一般があることである。法正義の法則において、ことがらが妥当するのは、ことがらがあるからではない。各人はことがらが自分自身の規準に一致すべきであると要求する。それゆえここでは、あるものとあるべきものとの抗争(Widerstreit)がありうる(16)。つまり人間においては、他の動物と異なって単に自然の「外的な権威」に服するだけでなく、人間のいわば内的な権威にも服そうとする。これが「内的な感情と心胸の権威」であるが、ここに既に既成のものとしてあるという実定的な「外的な権威」に対して、「心胸

の内なる「権威」が「抗争」するという、きわめて人間的=社会的な事態が成立する。この「序文」における「抗争」は、「緒論」第三節においては「対立 (entgegengesetzt) (34f.) と言換えられることもある。そして、このような「抗争」や「対立」において哲学の「欲求 (17) が成立することになる⁽³⁾。

こうして「自由な思考」という原理に立脚するヘーゲルの「哲学」が、道徳的当為主義がもたらす内的な権威にせよ、法実証主義が前提とする所与の国家において既に通用しているという実定的な外的な権威にせよ、どちらにせよそうした内外両様の権威に対して、承認を与えるものではないという、内外両様の権威の偶然性に対する法哲学の二正面作戦が明らかとなった⁽⁴⁾。

3 哲学的法学と法実証主義的概念法学

さて、先ほどの道徳的当為主義と法実証主義とが抗争(「序文」)したり対立(「緒論」)したりする場合に生じる内外両様の権威に対する哲学の不承認は、「緒論」第三節において引き継がれる際に、「自然法ないし哲学的法」と「実定法」との相違に関する長大な注解によって、微妙に注記されることになる。「自然法ないし哲学的法が実定法とは相違するということを、両者が互いに対立し抗争していると変えてしまうとすれば、大きな誤解になるだろう (35) 。

とはいっても、この場合に「自然法ないし哲学的法」と先ほどの道徳的当為主義とを同じ立場と考えるのは、間違いである。ヘーゲルの哲学的法学は、道徳的当為主義と法実証主義との両者に対する二正面作戦を遂行しているからである。「序文」においては、「即且つ対自的にある法と、恣意が法として妥当させるものとの、この対立のうちまさに、法を根本的に認識しようとする欲求が存在している。人間の理性は法において人間に出会うにちがいない。だから人間は法の理性性を考察しなければならない。これが、実証法学がしばしばもろもろの矛盾を問題にするだけであるのに対して、われわれの学の要件的ことがらである (17) と述べられていたからである。つまり哲学的法(法=正義)と実際に既に存在する既成の実定法(法律的権威)との間の対立のうちに「哲学の欲求」が成立しているというのである。そしてこれが哲学的法学と実証法学との間の相違を生み出すのである。

では、この哲学的法学と実証法学との違いに関するヘーゲルの考察をみてみよう。実定法の「歴史的正当化 (geschichtlichen Rechtfertigung) (37) について、ヘーゲルは次のように冷静に位置づけている。「法諸規定が時間の中で現象するその出現と展開を考察すること、つまりこの純粋に歴史的な仕事も、既に目の前にある法諸関係との比較からわかる法諸規定の悟性的な首尾一貫性の認識も、それ自身の圏域ではそれなりの功績 (ihr Verdienst) と価値 (Würdigung) をもっている。そして史実的な諸根拠による展開が、概念による展開と混同されず、歴史的な説明と正当化 (Erklärung und Rechtfertigung) が、即且つ対自的に妥当する正当化の意義にまで拡大されない限りは、それらは哲学的な考察とは関係外 (außer dem Verhältnis) にある (35f.)。このように、歴史的な説明と正当化を解明する実証法学が、それ自身独自の功績と価値の圏域から逸脱しない限りは、つまり概念にもとづく即且つ対自的な正当化と混同されない限りは、哲学的法学とは「関係外」とされている。したがって、哲学的法学は、歴史的な正当性を説明しようとする実証法学とは、別の相違した学問とされている。実証法学とは異なって、哲学的法学は概念に基づく展開によって即且つ対自的な正当化の意義を考察するのである。

実証法学と哲学的法学とが「関係外」であるとは、相互の独立性を相互に承認していることを、意味している。この観点から、「緒論」の冒頭を振り返ると、哲学的法学の位置づけを、実証法学と道徳的当為主義との両方への二正面作戦を展開しながら、実に周到に画定しようとしていることが窺われる。すなわち第一節において、自由という「法の理念」を対象とする哲学的法学を宣言し、第二節において、この哲学的法学の出発点について、一方で実証法学との関わりから「定義」を出発点とすることの「内容」上の偶然性を検討し、また

他方で道徳的当為主義が前提とする「意識の事実」という「表象」を出発点とすることの「知の偶然性」(32)を批判して、哲学的法学の出発点は「哲学的論理学」にもとづくとする。そのうえで、第三節において、哲学的法学と実証法学との境界設定が明確にされ、次にこの境界設定としての両者の「区別を軽視して後回しにする(Hintansetzung jenes Unterschiedes)」(36)ときに生じる「立場の狂ったずらかし(Standpunkt zu verrücken)」が何を生み出すかが取りあげられる長大な注解が生み出される。それがフーゴ批判というケーススタディのかたちをとることになる。

このような実証法学が哲学的法学とは「関係外」にあるという、両者の「この区別は、大変重要である」(36)というのも、この両者が相互に独立して妥当するからこそ、「ある法規定が、周囲の事情と目の前にある法制度からはまったく根拠がありかつ首尾一貫していると示されながら、しかも即且つ対自的には不正(unrechtlich)であり非理性的(unvernünftig)であることがありうる」(36)という、実定法に対する哲学的法学から一線を画した批判もまた可能になりうるからである。両者は「関係外」で独立であるからこそ、「法諸規定が正しくて理性的であるとしても、このことをそれらの法規定について明示するということは、もっぱら概念によってのみ真実に生じうる。それゆえにそれらの法的諸規定の登場の歴史的なものを叙述すること、つまり、それらの法的諸規定の確立を導いた諸事情や場合や欲求や事件やを叙述することは、まったく別のこと(etwas ganz anderes)である」(36)といいうるのである。こうして、ヘーゲルにおける哲学的法学と実証法学との明示的な区別は、カントの批判哲学から出発したサヴィニーに代表される歴史法学が⁽⁵⁾、十九世紀初頭のドイツ法典論争を経てドイツの統一市民法体系の創出を目指す中で、やがて概念法学へと変貌しつつ概念法学と結びつき、法実証主義と結合して法実証主義的概念法学として完成をみる⁽⁶⁾ことになることを予見しながら、こうしたディシプリン(専門科学)としての法学とは一線を画した哲学的法学を独立に、しかも同時に道徳的当為主義とも独立して、樹立しようとするものである。たとえば本稿の「はじめに」で取りあげた、法学における「定義の演繹」が「語源」(31)学から行われるという表象内容の偶然性の指摘は、ドイツの歴史法学がその歴史的方法を醇化主義(Purismus)的に語源的な法源研究へと変質してしまったというむしろ今日において一般に承認されているドイツ歴史法学の問題点⁽⁷⁾に対する予めの先駆的な批判となっているのである。

だから第三節の注解において、次のように言われていることもまた、十九世紀の歴史法学の行く末について予見的である。「歴史的な近因ないし遠因から明示してプラグマティックに認識することを、世間ではしばしば、説明すること(Erklären)だと言ったり、あるいはより好んで、把握することだと言ったりする。...(中略)...ところが反対に、真に本質的なもの、つまりことがらの概念(der Begriff der Sache)は、その際全く話題にならなかったのである。また、よくローマ法やゲルマン法の法諸概念というようなあれこれの法典で規定されている法諸概念(Rechtsbegriffen)について語られる。しかしその際に概念のことは何も語られず、もっぱらただ一般的な法諸規定、悟性命題、原則、法律などが登場するだけである」(36)。これはまさに歴史法学が、みずからの空隙を埋めるために概念法学を生み出しつつ、概念法学によって補完されつつ結びつき、歴史法学的に法実証主義と結合して法実証主義的概念法学を完成させるといふ十九世紀以後の法学の主流の歴史を批判的に予め総括するものといえる。つまり、実証的歴史法学の補完である概念法学が持ち出す法の諸概念とは、悟性諸概念であって、ヘーゲルの「論理的精神」の理性概念つまり「ことがらの概念」は、実証法学によっては話題にならないのである⁽⁸⁾。しかし、実定的な法律(Gesetz)の悟性的諸概念とは異なる、この法正義(Recht)の「ことがらの概念」こそ、ヘーゲルの言う哲学的法学の中心概念である。

4 実証法学の首尾一貫性と実定法の偶然性

こうした十九世紀ドイツの法学部を嚮導した歴史法学の推移の視点から、第三節注解における実証法学と哲学的法学との独立的な峻別を読むと、さらに興味深い。「成立の歴史的な意義、その成立を歴史的に明示

して把握すること、ことがらの概念ならびに成立を哲学的に見ることとは、もともと相違した圏域にあるのだから、その限りで両者は互いに対して没交渉無関心な態度をとることができる。しかし両者は、学的なものにおいてさえも、常にこうした静的な態度をとるとはかぎらないのであるから、私はなおこの両者の接触に関わるある事例を挙げることにしたい(37)。こうして、また「すぐに頭に浮かぶような最近流布している考えをもっと広範に顧慮したりするため(11)のケーススタディ的な各論的例解として取りあげるのが、歴史法学の先駆者といわれるフーゴの『ローマ法史の教科書』である。つまり歴史法学の法実証主義の方法が哲学的な視点と接触した場合に、両者が「対立」してとらえられたケースとして、法学者カエキリウスによる哲学者ファヴォリヌスへの訓戒のケーススタディが、長大な注解となって登場するのである。すなわち、法学者カエキリウスが哲学者ファヴォリヌスの実定法への無理解を反駁する際に持ち出すのは、「内実からいって単に実定的でしかないものを正当化する永続的で真実な原理(38)である。そのような哲学者の実定法への無理解を反駁する際に、法学者は、「悟性とその理由づけの方法のもつ不滅な欺瞞(Betrug)、すなわち悪いことがらになにか善い根拠を挙げ、それでもって正当化したと勝手に思い込むという欺瞞を持ち出す(39)と、ヘーゲルは歴史法学の先駆者に対して辛辣である。こうして「ある法規定が、周囲の事情と目の前の法制度からは完全に根拠がありかつ首尾一貫していると示されながら、しかも即且つ対自的には不正(unrechtlich)であり非理性的(unvernünftig)であることがありうる(36)具体例として、「ローマ家族法、奴隷制、等々は、実際、理性のほんのわずかな諸要求でさえも満足させるものではない(41)としている。つまり法実証主義的に首尾一貫性が示されたからといって、実証法学の悟性的首尾一貫性と悟性的諸概念によって実定法が経験的に跡付けられたからといって、それが理性を充足するとは限らないということを、ヘーゲルは既に問題化しているのである。歴史性や実証性や歴史の実定性において「周囲の事情のうちその意義と合目的性をもっており、したがって(38)その法システムの歴史環境適応的な歴史的な首尾一貫性が示されたとしても、「ただ史実的な価値一般しかもっていない限りにおいて、実定的であって、それゆえにまた一時的な過ぎ去りやすい本性のものである(38f.)。こうして、「あの、ライブニッツによって賞賛された首尾一貫性は、たしかに、数学や他のあらゆる悟性的な学にとってと同様に、法学の本質的な特質である。しかしこの悟性的首尾一貫性は、理性の諸要求を充足することとは、そして哲学的な学とは、まだ何の関係もないのである(41)。

以上のようにして、『法哲学要綱』「緒論」第三節における哲学的法学と実証法学との峻別は、実は歴史法学派の法実証主義に対する批判を意味しており、また十九世紀ドイツ法学における主流をなしたその後の歴史法学が、やがて概念法学を自己補完的に生み出さざるをえなくなる事情を予見しつつ、その概念法学の法学的諸概念なるものが悟性的諸概念であり、概念法学のそうした悟性的諸概念が歴史法学の悟性的首尾一貫性の首尾一貫した帰結であることを、論理的に予見しているということが言える。

こうして実定法(positives Recht)が「不正(unrecht)(36)でありうるという可能性が、実定法の偶然性である。そして「この悟性的首尾一貫性は、理性の諸要求を充足することとは、そして哲学的な学とは、まだ何の関係もないのである(41)という言葉に注目するとき、この実定法の偶然性は、理性と悟性との間の落差によってもたらされたものと考えられる。こうした悟性と理性との乖離を、『大論理学』では「理性の無力(Ohnmacht der Vernunft)(GW12, 42. W6, 287)⁹⁾と名づけているから、実定法の偶然性は、「理性の無力」の産物とも考えられる。けだし、理性にとって「理性の無力」すなわち実定法の偶然性は、必然的なものかもしれない。だとすれば、理性は偶然性に対してその起源において責任を負うことになる。それは、いわば理性の自己責任である。

実証的な正しい法(positives Recht)が不正(unrecht)であるとは、逆説的でもあるが、それは「理性の無力」にともなう必然的な偶然性の領域かもしれない。第三節においてヘーゲルは、「法が実定的とならざるをえない場所は、のちに二一～二四節で示されるであろう(35)と書いている。そこでこの節を見ると、それは第三部「人倫」の中の第二章「市民社会」の「B 司法活動」の「a 法律としての法」である。けだし、ここに

その詳細な事情が述べられている。「法律と司法活動には本質的に、偶然性を含むという一面がある。この一面は、法律が個別の事件に適用されるべき一般的規定であることによる。もしこの偶然性に反対を説明しようとするれば、抽象論を述べることになる。...(中略)...だがこの偶然性は、それ自身必然的なのである」(367)。ここで、ヘーゲルは、実定法が含む偶然性を、より具体的な場面で明示的にとりあげている。そして、「緒論」第三節における実証法学についての規定と同様の議論が次のようにまとめられている。「実証法学は権威を原理とする史実的な学である。そのほかになおなしうることといえば、悟性のことがらであって、法律の外的な整理、編纂、首尾一貫性、さらに詳細な適用などに関わることである。...(中略)...だから他面、これらの証明がすべて終わった後で、ある法規定が理性的であるかどうかと問われる場合、この問いが自分の職務にとって奇妙な問いと見えようとも、少なくとも驚いてはならない」(365)。ここに、第3節(41)と同様に、明確に「悟性のことがら」と理性的な「問い」との間の落差が取り上げられているのである。

そして、さらに哲学的理性が、決して偶然性を排除するようなものではない、ということが、次のように宣言されている。「理性自身は、偶然性、矛盾、仮象が、それら自身の、とはいえ制限された圏域と権利をもっていることを承認するのであって、このような矛盾を同化したり正当なものにしようと努力しないものである」(367)。したがって、悟性と理性との間の差異から生じるところの実定法の偶然性は、「理性の無力」として、理性自身にとって必然的でもある。だとすれば、ヘーゲルの「理性の無力」という概念は、アドルノがヘーゲル哲学を批判するときに使用した「精神の無力(Ohnmacht des Geistes)」⁽¹⁰⁾という概念よりも、より厳密でかつ両義的でありながら必然的な概念であったとも考えられる。それはつまり「無力」だから駄目で克服されなければならないというような単純なものではないことになる。それは、むしろ偶然性の根拠を理性の外部におしつけるのではなく、理性自身の無力として引き受けるということの意味するのである。そしてその限りにおいて、理性の無力は理性の(無限な)威力でもあるという論理構造をもっており、ニーチェのように無力を克服することによって力への意志に至るといったような論理構造とはまったく異なる思考が成立していることになる。ヘーゲル哲学において、このようにニーチェの論理構造とはまったく異なった論理が可能になるのは、ニーチェの場合とは異なり、ヘーゲル哲学における「理性」の「無限性」がスピノザ哲学の「自己原因(causa sui)」(142)の論理構造を具備した「実無限(infinitum actu)」をモデルとする「真無限」の論理構造を備えているからである。「自己原因」である以上、しかも偶然性が「理性の無力」という理性自身の自己原因によるものである以上、偶然性に対して理性が自己責任を負うのは、理性にとって論理的にも必然的であるからである。そして、偶然性に対する「解」はこれ以外にない、というのがヘーゲルの基本的な思想だったのである。「本質がその現実存在を含むもの」というスピノザの「自己原因」の定義をもとにして、ヘーゲルはその「現実性」の概念を生み出す。「われわれがまさに本質と呼んだものは、自分の否定から自分に帰ることによって、現実的となる。なぜなら現実性(Wirklichkeit)とは、はたらく(wirken)ものであって、自分の他在の中で自分を保つものだからである」(173)。理性にとって、「偶然性は、それ自身必然的なのである」(367)と述べられるのは、素朴な記号論理が理解するような単なる論理矛盾でもなければ単なる逆説でもなく、「理性の無力」という理性の無限な「自己原因」の帰結だったのである。

だとすれば、また哲学的法学は、専門科学としての実証法学の偶然性に満ちた圏域が存在することを明確に承認していることになる。論理局面によっては批判的にもなりうるが、別の論理局面においては明確にその尊厳と価値とを認めているのである。これが哲学的法学と実証法学とのヘーゲルにおける区別なのであり、必ずしも両者は「対立」の位相で捉えられているのではない。これが「対立」の位相において理解されるとき、それは哲学的法学が道徳的当為主義との区別を喪失する時である。しかし同時に専門的な実証法学が「哲学的な考察とは関係外にある」(36)と言うとき、その真意は、実証法学の「この悟性的首尾一貫性は、理性の諸要求を充足することとは、そして哲学的な学とは、まだ何の関係もないのである」(41)ということをも含意している。そこには「悟性知の限界」(ヤスパース)を看取って、この限界をさらに「超えて生きる(überleben)」(W3, 150)

理性の理念的な要求に応えようとする思考が読み取られる。なぜなら、「哲学することは、この悟性知の限界において始まる (Das Philosophieren beginnt an den Grenzen dieses Wissens des Verstandes.)」(ヤスパース)からである⁽¹¹⁾。ヘーゲルの哲学的法学は、このようにして実証法学と道徳的当為主義との両者に対して一線を画した細い分水嶺の上を進むのである。

5 おわりに ヘーゲルとハーバーマス

さらに、実証法学と哲学的法学とが、「関係外」(35)にあるとか、「まったく別のこと」(36)であるとか、「没交渉無関心な態度」(37)を保持しようという「緒論」第三節の議論は、また、ハーバーマスの『コミュニケーション的行為の理論』における「手続きによる正統化」と「実質的正当化」との間の区別、あるいはシステム「媒体としての法」と「制度としての法」との間の区別の先駆とも考えられる。

「法規範は、法実証主義の意味で手続きだけで正統化されるのか、それとも実質的正当化の権能があるのかという観点で、分類される。...(中略)...近代の法曹界は、疑わしい場合には手続きによる正統化で満足している。多くの場合、実質的正当化は不可能であるだけでなく、生活世界の観点からみても無意味だからである。このことは、法が媒体に制御されたサブシステムのための組織手段として用いられているすべての場合に当てはまる。...(中略)...ただし媒体としての法も、制度としての法と結びついている。ここで法の制度とは、その手続きを実証主義的に指摘するだけでは十分に正統化できない法規範を指す」⁽¹²⁾。

このハーバーマスのコミュニケーション的行為の理論の最終段階における「媒体としての法」と「制度としての法」との区別は、そこに登場する「手続きによる正統化」という用語から「すぐに頭に浮かぶような最近流布している」(11)ルーマンによる社会システム論への理論的な対峙であることは、明白である。それだけでなくハーバーマスによるこの区別は、ヘーゲルが『法哲学要綱』第三節において実証的な歴史法学の先駆者であるフーコーに対峙しながら、ディシプリン(専門科学)としての実証法学と「哲学的法学」とを区別したことに対応している。この場合に、ハーバーマスのいう「システム媒体としての法」に対応するのが実証法学であり、ハーバーマスのいう「制度としての法」に対応するのがヘーゲルの「哲学的法学」であると位置づけることもできる。そして「制度としての法」が「自由の保証」⁽¹³⁾に関わるということも、ヘーゲルの「哲学的法学」の原理が「自由」(30)という「法の理念」(29f.)であったことと、一致している。

しかもこのハーバーマスの議論の「前提」として、「この制御媒体としての法は、生活世界に対しても、生活世界の地平でのみ浮かび上がってくる実質的正当化の問題に対しても無関心だ、という前提」⁽¹⁴⁾が挙げられているが、この前提は、ヘーゲルにおいて哲学的法学と実証法学とが「関係外」(35)とか「無関心な態度」(37)にあるとされていることとも部分的に一致している。部分的というのは、ヘーゲルとは異なってハーバーマスがこの問題を、「システムと生活世界との分断」という「社会理論的観点」から、「法制化」の四段階において検討しているからである⁽¹⁵⁾。第一の法制化の結果が絶対主義時代の西欧の市民的国家であり、第二の法制化の結果が十九世紀ドイツの君主制に典型的な法治国家であり、第三の法制化の結果がフランス革命後に欧米に広まった民主主義的法治国家であり、最後の第四の法制化の結果として登場してきたのが二十世紀欧州労働者運動の所産としての社会的・民主主義的法治国家であり、ドイツ基本法第二条に成文化されているものとされている。このうちの第二の法制化の途上の真っ只中にいたヘーゲルは、当然のことながら、このような法制化の四段階を分類して分析するというようなことをしていない。

しかしさらにヘーゲルの場合、哲学的法学と実証法学とが「相互に没交渉無関心たりうる」としながら、「いつもこうした静的な態度をとるとはかぎらないのであるから、私はなおこの両者の接触 (Berührung) に関わるある事例を挙げることにしたい」(37)として、歴史法学の先駆者フーコーの著作についてアンバランスなまでに長大な注解を書いていた。しかも、これに対応する「制度としての法」と「制御媒体としての法」との接

触に関するハーバーマスの議論が、その法制化の四段階の最終局面において登場している。つまり両者の「無関心だ、という前提」について、その直後にづけて、ハーバーマスは「しかしこの前提は、社会国家的な介入主義とともに崩れてくる。コミュニケーション的構造の行為領域で生じる困窮を規制するために、国家の社会政策は法をひとつの媒体として利用せざるをえない」⁽¹⁶⁾と記している。

このように実定法の枠組みで社会正義を顧慮するときに見られる「法の構造がはらむ逆説」⁽¹⁷⁾は、「社会政策における物象化作用」の裏面ということになるが、それはまさにヘーゲルが「緒論」第三節において歴史法学の先駆者フーゴの著作の分析において、「内実からいって単に実定的でしかないものを正当化する」(38)場合に「悟性とその理由づけの方法のもつ不朽不滅な欺瞞、すなわち悪いことがらに対して善い根拠を挙げ、それでもって正当化したと勝手に思い込むという欺瞞を持ち出す」(39)「悟性的首尾一貫性」(41)を揶揄しながら、逆に「ローマの法学者と法務官たちは、まさに彼らの首尾一貫しないことによって、いろいろの不正な忌まわしい制度を回避した」がゆえに「かれらの首尾一貫しないことは、たしかに彼らの最大の徳の一つとみなされるべきである」(41)というローマ法の逆説を指摘したことに、見事に符合している。このようにしてみると、ハーバーマスの法制化の四段階説を超えて、実証的な法学そのものが法の正義を顧慮しようとするやいなや、つまり法の実証性と法の正当性との「両者の接触」においてすぐに成立する「法の構造がはらむ逆説」(ハーバーマス)を、ヘーゲルは既に浮き彫りにしていたとも言えるのである。

(注)

- (1) ヘーゲル全集からの引用は、本文中の括弧内に略号をもって示す。略号の後の数字は、引用箇所巻数の巻数と頁数を表す。また、〔 〕は引用者による補いであり、特記しない限り引用箇所の傍点は引用者による。

W=G.W.F. Hegel: *Werke in zwanzig Banden*. Theorie-Werkausgabe. Suhrkamp (Frankfurt a. M.) 1971.

GW=G.W.F. Hegel, *Hegel Gesammelte Werke*, Felix Meiner (Hamburg) 1968-.

なお、ヘーゲル『法哲学』からの引用については、本文中の括弧内にW7の頁数のみを記した。

- (2) 「専門化」時代とその新たな学問状況については、山脇直司『新社会哲学宣言』創文社、一九九九年、二八頁、参看。
- (3) この哲学の「欲求」と「自由な思考」という哲学の原理から、『法哲学要綱』における「思想」(17,20,28,362,425)概念が導出される。
- (4) ハーバーマスは、このヘーゲルの二正面作戦を継承しつつ次のように述べている。「『法哲学』と芸術を止揚しようとする試みは、したたかに発展してきた排他的な専門家文化の尺度のもとに日常意識を隷属させながら、両者の間の補給路だけは断つという近代の文化構造に対する反逆であった」(J. Habermas, *Theorie des Kommunikativen Handelns*. Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1981, edition suhrkamp 1502, 1988, Bd. 2, S.521. 丸山高司他訳『コミュニケーション的行為の理論』下巻、未来社、一九八七年、三五七頁)。
- (5) カントの法思想とサヴィニーの法学との関係については、村上淳一『ドイツ市民法史』東京大学出版会、一九八五年、四七頁参看。
- (6) H. Coing, *Epochen der Rechtsgeschichte in Deutschland*, C.H. Beck (München) 1967. (久保正幡・村上淳一訳『近代法への歩み』東京大学出版会、一九六九年、一五二頁以降) また実定法の法源に関するヘーゲルの規定に法実証主義(Rechtspositivismus)の定義をみて、歴史法学が法実証主義へとつながる事情とヘーゲルの『歴史哲学』との関係については、村上淳一「ドイツ法学」(碧海淳一・伊藤正巳・村上淳一編『法学史』東京大学出版会一九七六年所収)一四二頁以降、参看。また歴史法学がパンデクテン法学を経て「理屈と人情」(我妻栄)を兼ね備えた概念法学へと展開する事情については、同論文の一四八頁以降参看。また、Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Vandenhoeck & Ruprecht (Göttingen) 1952, S.254ff(鈴木祿弥訳『近世私法史』有斐閣、一九六一年、五一六頁以降)、板東義雄「歴史法学と法実証主義 サヴィニーにおける法学の方法を中心として」(矢崎光園・八木鉄男編『近代法思想の展開』有斐閣一九八一年所収)一八三頁以降、参看。
- (7) E. Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Recht*, Duncker & Humblot (München u. Leipzig) 1912, S.257f. また、河上倫逸『ドイツ市民思想と法理論 歴史法学とその時代』創文社、一九七八年、一四～一七頁、参看。

- (8) 「概念法学(Begriffsjurisprudenz)」とは、イエーリングがプフタ流の法学が法典を論理的に完結したものと看做す傾向を批判して用いた用語である。Vgl. R.v. Jhering, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, 1884, 13.Aufl., Wissenschaftliche Buchgesellschaft (Darmstadt) 1980, S.337. この風刺的な論文の中で、「概念」が支配する概念法学と「理性」が支配する法哲学とを対立させている。Vgl. ebd., S.310. ヘーゲル的な法哲学と概念法学とのこの対比については、堅田剛『歴史法学研究』日本評論社、一九九二年、一四〇頁、二二二頁参看。また、堅田剛「ドイツ歴史法学」(長尾龍一・田中成明編『現代法哲学第二巻法思想』東京大学出版会一九八三年所収)二二三頁、参看。それゆえにサヴィニーの「概念による計算」とヘーゲルの「論理的精神」の理性概念とを混同することはできない。また、逆に十九世紀末以降に興隆した反概念法学の法思想である「自由法論(Freirechtslehre)」に対しては、「感情法学(Gefühlsjurisprudenz)」という非難がなされている。法実証主義と道徳的当為主義とへの二正面作戦をとるヘーゲルの哲学的法学は、こうした19世紀後半以降の法学史に先駆けるようにして概念法学とも感情法学とも異なる第三の途を開拓しようとしていたと解釈できる。
- (9) なお、従来はヘーゲル哲学における「自然の無力(Ohnmacht der Natur)」(W9, 34. 35. 217)という概念の存在によってヘーゲルにおける自然に対する理性の一面的優位が批判されてきたが、ヘーゲル哲学にはこの「理性の無力」という概念もまた存在することは注意と再考とを要する。
- (10) T.W. Adorno, *Negative Dialektik*, 3. Aufl. Suhrkamp (Frankfurt a. M.) stw.113, 1982, S.40, S.187. (渡辺祐邦・三島憲一他訳『否定弁証法』作品社、一九九六年、四一頁、二二七頁)。
- (11) K. Jaspers, *Einführung in die Philosophie*, R. Piper (München) 1953, S.122. (草薙正夫訳『哲学入門』新潮社新潮文庫、1954年、一六一頁)。
- (12) J. Habermas, a.a.O., S.535f.. (前掲邦訳書、三七〇頁)。
- (13) Ebd. S.538. (前掲邦訳書、三七三頁)。
- (14) Ebd.
- (15) Ebd. S.525. (前掲邦訳書、三六一頁)。
- (16) Ebd. S.538. (前掲邦訳書、三七三頁)。
- (17) Ebd. S.539. (前掲邦訳書、三七三頁)。