

WEB補論第17章 法と哲学—法理論の発展—

【目 次】

1 古代ギリシャ(紀元前)

- (1) ソクラテス〈哲学の父〉(紀元前400年代)
- (2) プラトン〈イデア論〉(紀元前400年代後半～300年代中頃)
- (3) アリストテレス〈個物論〉(紀元前300年代前半～300年代後半)
- (4) ギリシャ世界のその後

2 中世(紀元1世紀～14世紀まで)

- (1) アウグスティヌス〈最大最終のキリスト教父〉(西暦354年～430年)
- (2) ユスティニアヌス〈ローマ法大全編纂〉(在位527年～565年)
- (3) トマスアキナス〈神学大全〉(1225年～1274年・イタリア)

3 近世(15世紀～17世紀)

- (1) F. ベーコン〈近代科学の草分け〉(1561年～1626年・イギリス)
- (2) R. デカルト〈近代哲学の祖〉(1596年～1650年・フランス生れオランダ
在住)
- (3) H. グロティウス〈国際法の父〉(1583年～1675年代・オランダ)
- (4) T. マス・ホッブズ〈絶対主義的社会契約論〉(1588年～1679年・イギリス)
- (5) J. ロック〈民主社会契約論〉(1632年～1704年・イギリス)
- (6) Ch. モンテスキュー〈法の精神〉(1689年～1755年・フランス)

4 近代(18世紀～19世紀前半)

- (1) J. J. ルソー 〈自然に還れ〉 (1715年～1778年・フランス)
- (2) I. カント 〈科学二元論〉 (1724年～1804年・ドイツ)
- (3) W. ヘーゲル 〈科学一元論・弁証法〉 (1770年～1830年・ドイツ)
- (4) F. サヴィニー 〈近代法律学の創始者〉 (1779年～1861年・ドイツ)
- (5) G. プフタ (1789年～1846年・ドイツ)、B. ヴィントシャイト (1817年～1892年・ドイツ) 〈概念法学〉

5 近代 (19世紀後半) - ドイツ実証主義法学

- (1) R. イェーリング (1818年～1892年)、Ph. ヘック (1853年～1943年・ドイツ) 〈概念法学批判→自由法学⇒利益法学〉
- (2) E. エールリッヒ (1862年～1922年・ドイツ)、H. カントロヴィッチ (1877年～1940年・ドイツ) 〈自由法学⇒社会学的法学〉

6 現代 (19世紀後半～現在) <ポスト・モダン>

- (1) J. デューイ 〈プラグマティズム〉 (1859年～1952年・アメリカ合衆国)
- (2) G. ラートブルフ 〈法学者〉 (1878年～1949年・ドイツ)
- (3) M. ハイデッガー (1889年～1976年・ドイツ)、J. P. サルトル (1905年～1980年・フランス) 〈実存主義〉
- (4) R. シュタムラー (1856年～1938年・ドイツ)、E. ラスク (1875年～1915年) 〈新カント派〉
- (5) H. ケルゼン 〈規範科学としての法学〉 (1881年～1973年・プラハ生・ドイツ・オーストリア)
- (6) K. H. マルクス (1818年～1883年)、F. エンゲルス (1820年～1895年・ドイツ) 〈マルクス主義経済と法学〉
- (7) J. F. リオタール (1924年～1998年・フランス)、M. フーコー (1926年～1984年)

年・フランス)〈ポスト・モダン〉

ここでは、法律を学ぶにあたって、現代法理論の基礎を提供している哲学および法哲学の基礎的知識を確認しておくことにしよう。

哲学や法哲学の創始は、古代ギリシャ時代にまで遡るといわれている。したがって、この章の進め方は、古代ギリシャ、ローマ・中世、近世、近代そして現代の主な哲学者・法哲学者をとり上げて、まず、各人の思想を概説する。そして、これらの賢人たちの思想が、どのように現代政治社会に影響し、法の世界に実現されあるいは応用されているのかを検討したい。

1. 古代ギリシャ (紀元前)

古代ギリシャ民主政治の中心的視点は、人間を含む自然世界(神ではない)にあった。したがって、ギリシャの法規範および法秩序は、自然を超えた秩序に基づく客観的なものと考えられていたといえる。とはいっても、ギリシャ・ポリス社会は、奴隷制を基盤とし、参政権と土地所有権を独占し且つ課税を免除された特権階級の貴族・僧侶そして市民による共同体的都市国家であった。民主政治は、話し合いと説得という過程を必要とする。やがて、人々に弁論術や基礎的な教養などを教えるソフィスト¹と呼ばれる者が出現した。紀元前400年代に、プロタゴラスは、「人間は万物の尺度である」と述べた。これは、自然の原理から人間を主体とする価値観へ転換しつつあることをあらわす。ここに哲学的な思考の萌芽がみられる。

(1) ソクラテス〈哲学の父〉(紀元前400年代)

ソフィストは、万物の価値の判断を、人を主体とした相対主義に偏って行いがちであった。これに対して、ソクラテスは、普遍で絶対的な「知」を求

¹ ソフィスト(Sophist)とは、ギリシャ語で「知者」を意味するが、現在では、「詭弁を弄する者」の意味で使われている。

めようとしたが、彼自身は、絶対的な「知」とは何かを説明できないことに気付いていた。ソクラテスは、自分は知者と信じていた賢人たちよりも、「無知の知」を認識している点で優っていた。

(2) プラトン〈イデア論〉(紀元前400年代後半～300年代中頃)

ソクラテスの弟子のプラトンも、具体的な「知」とは何か、つまり「公正とは、正義とは…何か」を語ることはできなかった。しかし、彼は、それらの本質が、普遍・同一かつ永遠で完全な唯一の真理「イデア」²であると述べた。

(3) アリストテレス〈個物論〉(紀元前300年代前半～300年代後半)

プラトンの弟子であったアリストテレスは、人間や動植物をはじめとする自然界の個々の固体がもつ力や動静に着目することによって、プラトンのイデア論を克服しようとした。アリストテレスは、現実世界にある自然の個々の物(個物)は、成長の過程(目的)、姿(形相)、物質(質)、成長力(作用)という因子によって実体(ウーシア)として構成されると考える。したがって、真理をイデアの世界に求める必要はなく、アリストテレスは、現実世界に存在する個々の個物(実体)から「真理」を認識すべきであるとした。

★コラム17-1 メタ・フィジカ(meta phusika)とは？

「メタ」とは、ギリシャ語で「～を超えた」とか「～の上の」という意味をもつ言葉である。「フィジカ」とは、同じく「自然学」を意味する言葉である。これらから、「メタ・フィジカ」とは、日本語では「形而上学」と訳されており、今では「形を超えた学」つまり非科学という内容をもつ言葉として使用される。

² イデア(idea)とは、姿・形・種類・方法・原型を意味するギリシャ語である。プラトンは、政治は、真の知である「イデア」を知る「哲人」によって行われるべきと考えた。

(4)ギリシャ世界のその後

ギリシャは、やがて土地の集中、貨幣経済の発達そして奴隷制度がより拡大するとともに、自作農民や一般商工業者などが経済基盤を失うこととなった（山羊がほとんどの植物を食べつくしたからとも言われている）。ペレポネソス戦争によって社会は一層疲弊し、マケドニヤによって征服されマケドニヤの領土と化した。

2. 中世（紀元1世紀～14世紀まで）

ローマ帝国の全盛→分裂・民族移動・イスラム帝国全盛・十字軍遠征

ギリシャは同質性民族によって構成された社会であったが、ローマは、諸民族によって構成された異質性を基盤とした社会であった。オクタヴィアヌスが帝政を宣言し、ローマ社会は、商品・貨幣経済を背景に契約概念を構成するまでになり、以後300年間は、ローマ（法）の全盛時代となった。

社会システムを規定したローマ法は、奴隷を除く市民間の個人および自由を基礎にもつものであった（市民法）。しかし、ローマ法は、個別に生じた事柄に個別具体的に対処する非体系的な市民法の集まりであったために、やがて、市民社会の変化に対応しきれなくなった。そこで、ローマ市民を含む全ての人々が遵守すべき共通の法「万民法」が制定された。この万民法の根底には、自然界の永遠普遍の法則＝正義が人間社会の人倫法則として妥当する、という思想があった。

ローマ帝国が分裂・崩壊し、ゲルマン民族の移動、イスラム世界の繁栄と続く中世ヨーロッパは、人の移動と異民族文化の交流とが活発化した混乱の時代であった。そこでは、普遍的で合理的な知性と個人的で非合理的な宗教信仰との争い、そしてそれらの和解を図る為の論争が繰り返されたが、それでも、全てのものの存在の根拠は、「神」を前提として展開された。

(1)アウグスティヌス〈最大最終のキリスト教父〉（西暦354年～430年）

アウグスティヌスは、永久普遍的な真理を知るための永遠知性をもつ存在を「神」とし、「法」を神の理性あるいは意思の発現（永久法）として理解し、

知性と信仰とのバランスを図って、人間が自身の内に発見する秩序を自然法とした。抽象的な規範である自然法を、人間の行為を規律するための具体的な規範として誕生させたのが、世俗法（時間的内法）である。彼は、「正義のない国家が盗賊のほかにもものでもないと同様に、不正な法律は、決して法律足り得ない」とする。

(2)ユスティニアヌス〈ローマ法大全編纂〉（在位527年～565年）

ローマは、395年に東西に分裂し、間もなく西ローマは滅亡した。東ローマ帝国は、ビザンツ帝国として15世紀まで存続した。東ローマ皇帝のユスティニアヌスは、ローマで創られた法の勅令集、学説集、法学のテキスト（法学提要）を集大成してユスティニアヌス法典を編纂した。この法典は、後に新勅令集を加えて、ローマ法大全（市民法大全）と呼ばれる。ローマ法が現代法に及ぼす影響力は、個人主義的であり、自由主義的側面があるからと解されている。ローマでは領土の拡大に伴い交易が盛んに行われたことから、法の整備が必要とされた。その結果として万民法が誕生した経緯から、ローマ法の影響力が、現在でも及ぶ根拠とされよう。その反面では、ローマは、奴隷制を抱え、さらに、法の主体がローマ市民の家長とされる厳しい身分制度が背景に存在した点や、政治的自由が欠如し政治権力が容易に経済に介入できた点は、現代法との大きな違いとして存在することを見過ごすことはできない。

(3)トマスアキナス〈神学大全〉（1220年代～1270年代イタリア）

トマスアキナスは、個物においては本質と存在とを区別して考えるべきとし、本質と存在が唯一に一体化するのは、「神」であるとした。この思想を前提に、彼は、「人間の意思より前に理性や知性が先行しており、法とは、神の叡智たる理性の産物であって、共通善を目的とする理性による秩序づけ」（永久法）と理解する。この永久法を人間に適用すると、それが自然法であり、この自然法の細目を規律する規範が実定法である。

3. 近 世（紀元15世紀～17世紀）

ルネッサンス・宗教改革・ドイツの混乱・清教徒革命→名誉革命・啓蒙時代

中世の自然法論が想定する自然とは、現に存する神とか神の意思などといったものであった。しかし、15世紀のギリシャ・ローマ文化の復興期（人文主義運動のルネッサンス期）になると、人々は中世の神的秩序から解放されることを希望し、個人を出発点とする法システム（自律的人格を基礎とする市民社会、主権国家、統一秩序による市場等）を構築しようと試みるようになった。17世紀の「啓蒙」期には、デカルトによる「理詰めの論証」が科学的客観性の重要性を示し、社会契約論が生まれる契機となった。17世紀末から18世紀は、経験を重視する「経験論」、理性を否定する「懐疑論」などが起こり近代という激動の変革期を迎える。

(1)F.ベーコン〈近代科学の草分け〉（1561年～1626年・イギリス）

フランシス・ベーコンは、実験や観察から法則性を発見する（帰納法）経験分析の科学を提唱し、自然を探求することは、人々に福祉をもたらすと説いた。「知は力なり」は、ベーコンのことばである。

★コラム17-2 帰納法と演繹法

自然からの経験や個の実験を通し、そこから法則性を発見する方法は「帰納法」という。帰納法は、近代科学の扉を開いたと言われる。

※この帰納法の対概念として演繹法がある。アリストテレスの「演繹法」とは、法則から事実を予測する方法をいう。

(2)R.デカルト〈近代哲学の祖〉（1596年～1650年・フランス生れでオランダ在住）

ギリシャにおける自然、中世における神は、それ自身のうちに生成する力を持ち人々にとって論証の対象であり思考の基準であった。

デカルトは、疑えるものはすべて疑い、疑いを除いていくと絶対確実なものが残るとする（懐疑論）。つまり懐疑の過程のなかで発見できる疑いなき唯一の存在は、「われ」であるという。デカルトは、この過程を「我疑う、我考

える故に、我あり (dubito, cogito, ergo sum)」という命題であらわした。

デカルトは、思考の出発点を「私自身」において、神は誠実であるから、神は自然を観察しあるいは実験することによって明瞭かつ判然と表象され認識されたものを真理(科学的事実)として保証するであろうと、定式化した。中世では、神は論証の対象であったが、近世では、神は真理追求のための方法の一つに位置づけられた。ここに、自我を出発点とする哲学的思考が開花した。

(3)H.グロティウス〈国際法の父〉(1583年～1675年・オランダ)

近代システムの構築を実現するためには、まず、神の領域から哲学・法を解放し分離することが急務であった。グロティウスは、自然法が人間の理性と社会性に基づく法であり社会の一定秩序を維持すると考えて、哲学・法を神(の意思)や宗教的権威から解放する課題を実行した。彼は「自然法の父・国際法の父」と呼ばれる。

(4)T.ホッブズ〈絶対主義的社会契約論〉(1588年代～1679年代・イギリス)

ホッブズは、物体の本質は「力」と考えた。物体をもつ人は、その力の作用を利用して活動を行う。つまり、人は、自由に活動を行う自然権をもつ。この自然権を発露とする運動の衝突反発は、「万人の万人に対する戦い」となる。なぜなら、人間は、根本的に利己的な自己保存をのぞむ非社交的なものだからである。そこで、自然権を制限し調整することが必要となる。人々は、相互の間で契約を結んで、各々がもつ自然権を公権力に委ねることを決定する。公権力に自然権を委ねた人々は、公権力を行使する国家に服従し、公権力が行う行為を否定することはできない。ホッブズは、この絶対的権力を有する国家をリヴァイアサン(聖書に記載された「怪物」)と表現した。ホッブズの「社会契約論」は、人と人との間の契約を意味するが、自然権を放棄すべきものと解するその効果は、究極的には絶対王政(絶対君主制)成立の根拠を提供した(絶対主義的社会契約論)。

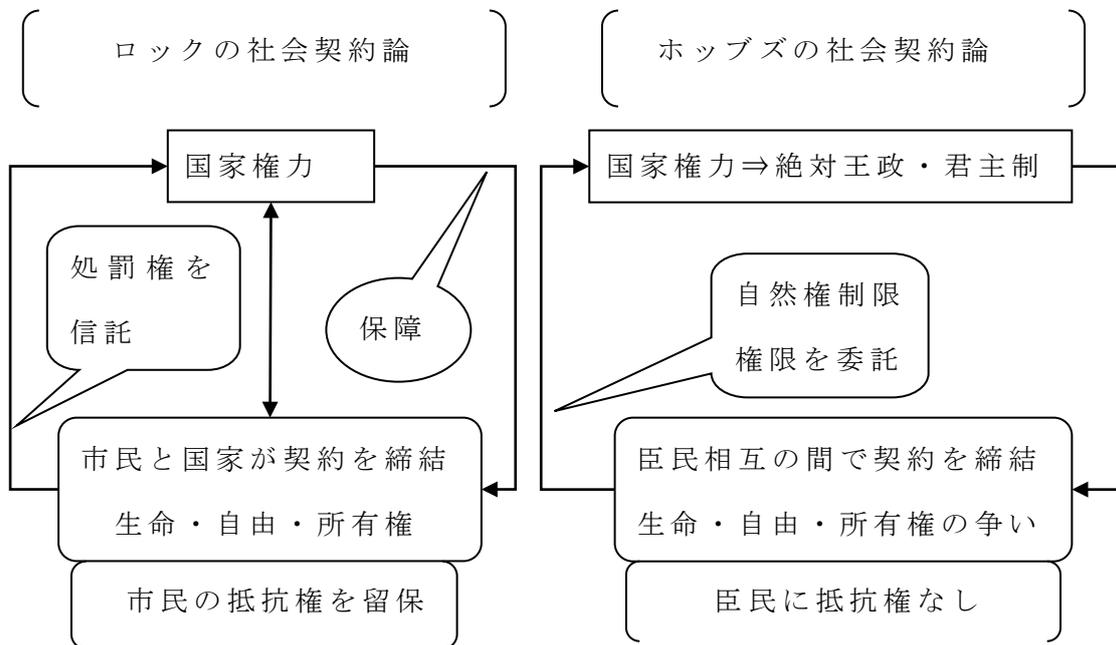
(5)J.ロック〈民主社会契約論〉(1632年～1704年・イギリス)

17世紀のイギリス名誉革命(1688年)から18世紀のフランス革命(1789年)

に至る100年間は、交易が盛んになるにつれ、人々が判断能力を身につける知の啓蒙期であった。ロックの社会契約論は、このような時期に生まれ、名誉革命・アメリカ独立宣言・フランス革命などの依拠する理論となった。

ロックは、自然状態において人々（市民）は、生命・自由・財産の所有権をもつと同時に、それらを侵害してはならないとし、不正と抑圧に対する抵抗権および処罰権を有するということを確認した。かような機能を有する自然法の下で、人々（市民）は、処罰権を公権力（国家）に委ね、国家との間で、人民主権および所有権を保障する契約を結んだ。この社会契約論は、個人を出発点とする人々と国家との間で結ばれる契約を意味し、議会制や立法権の最高性の根拠となった。したがって、国家が人々の権利を侵害する場合には、人々には、国家による権利の行使を否定し且つそれに対して抵抗する権利と革命権が確保される（民主/草の根社会契約論）。

【図17-1社会契約論の比較】



ロックのいう知識や認識とは、五感や知覚によった具体的な経験を抽象化する過程を経たものをいう。ロックの認識論は、人がもともと理性的で社会的な存在であるところから導いた、徹底した経験論であった。

(6)Ch.モンテスキュー〈法の世界〉(1689年～1755年・フランス)

ロックから影響を受けたモンテスキューは、二院制議会制度や三権分立理論を展開し絶対君主制や権力の集中に反対した。そのために司法のあるべき姿勢としては、裁判官は「法律のことばを語る口であり、法律の効力をも厳格さをも弱めないところの意思なき生物」つまり一種の自動法律適用機であるべきで、裁判は「法律の厳格なコピー」でなければならないとした。

この考え方は、以後、大陸法学が概念法学(Dogma的解釈法学としての法律学)に固執する端緒となった。

4. 近代(18世紀～19世紀前半)

プロシヤ王国の成立→オーストリア対プロシヤ王国の対立・アダムスミス「諸国民の富」・アメリカ独立戦争→独立宣言・フランス革命→人権宣言→共和制・ナポレオンによるフランス帝政時代・産業革命・フランス王国→フランス第2共和制→第2帝政・マルクス「資本論」・プロシヤ・フランス戦争→第3共和制

18世紀および19世紀は、政治(支配)体制の劇的な変化、経済(生産・流通)の近代化が顕著に現れた時代であった。アメリカ独立宣言、フランス革命の人権宣言、フランスの共和制、ナポレオンの登場による帝政、産業革命という歴史が、激動する世界をつくった。フランスでは、統一国家の下での「下からの近代化」が生まれ、200以上の領域国家に分裂していたドイツでは、出遅れを取り戻すため「上からの近代化」が図られた。イギリスから普及した啓蒙思想は、ルソーの社会契約論を生みフランス革命および共和制の理論的支柱となった。人の知識や認識には限界があり、神の存在を根拠なく絶対なものとする思想(独断論)やデカルトにはじまった科学の客観性を重視する懐疑論は、やがてカント哲学を経て「ドイツ観念論」に結実する。

近代社会は、理性的な個人が労働を行うことによって富(所有権)を得て生計をたてるという原理によって成り立つようになった。人々は、商品を生産し貨幣を交換財とする販売過程(商品の交換)を通じて社会性を獲得して

いった。商品交換を媒介として構成される市民社会においては、近代自然法が予定する自由かつ平等な自律した個人は、個人相互の個性が具体的に重視されるというよりは、むしろ個性が抽象的に観念される存在であった。絶対王政から解放され、やがて抽象的個人を単位として構成された社会は、個人と個人との間、個人と社会との間、そして人間と自然との間に分離と相互の対立を生む。現代社会において生じている各国の国内および国際間の深刻な社会問題の病原は、すでにこの時代に生じていた諸対立なのである。

(1)J.J.ルソー〈自然に還れ〉(1715年～1778年・フランス)

ルソーは、自然状態にある人間の本質は善であると解した。ところが、土地の私有と集中は、不平等を生み争いを起こす。これを回避し自由と平和を取り戻すために、人々は、秩序(多数決原理)を形成しようとする。しかし、この秩序は、かえって富の不平等をさらに深刻なものとした。ルソーは、人と人とは社会契約を介して同一の共同体に一体化する(個人の抽象化)と捉えて、人は、文明社会の中において共通利益(価値)をもつことで自然状態を回復すると考えた(「自然に還れ」)。ルソーは、私人の利益を内容とする個人意思の総和を「全体意思」といい、公共の利益を内容とする意思を「一般意思」と呼んで、一般意思が国民主権の理論的基礎となるとして、直接民主制を唱えた。彼の思想は、フランス革命とその後の共和制の理論的支柱ともなった。

(2)I.カント〈科学二元論〉(1724年～1804年・ドイツ)

カントは、自然現象の生じる原因を探求することは、単に、物の観察を通して帰納的におこなうことでは不可能であると考えている。原因と結果との間の因果関係および同一性の原理を前提(アプリアリな範疇=予め図式化された枠組み)として、自然現象に対する懐疑から観察を経て、原因の探求は、客観的に行われ得る、とカントはいう。このことは、人が知り得る範囲と限界を提示し、自然科学(seinの認識世界)が成立する根拠を提供する。

カントは、人は自然現象の原因を知ることではできても、「物とか宇宙世界」自体の本質や存在とは何かについての確かなところを知ることは不可能であ

り、それは、人の「知」の世界を超えた形而上学的な領域のものとした。さらにカントは、かような探求方法を提唱することによって自然界の領域から、他の原理によって確認されるべき人間社会の領域を分離した。カントは、人間社会を神の存在を根拠なしに肯定する「独断論」から護り、自由な人間社会の領域を画定しようとした。

では、人間社会を規定する原理とは何かが、つぎの課題となる。カントは、人間相互が相手方の自由を侵害せずに自由を追求し享受し得るのは、ひとが理性と社会性をそなえて自分自身に対して定立する当為Sollenの法則(道徳)を遵守するときであるとする。しかし、人間は、理性的な反面に感性的であり、社会的である反面に個人主義的でもある。したがって、個人の自律的理性の法則だけでは、多種多様な人が集まる社会においては、人の恣意的な行動が衝突し紛争となり得る。カントは、これを予防するためには、規制するための強制力をもつ【当為Sollen】つまり【法】が必要であるとした(具体的な人間の事実上の自由から、抽象的な人格の理念的な自由への転化)。

★コラム17-3 カントの科学認識とカント時間

カントは、「Sein」を経験分析創造の科学に、「Sollen」を当為の科学に、各々対置して、両者を別領域のものに分離しようと試みた。

プロシヤの地方都市で生まれた彼は、生涯にわたりこの地方都市を離れず、学問に打ち込んだ。しかし、けっして謹厳だけの人物像ではなく、明るい彼の性格は、多くの人々から好感をもたれていたという。日課のごとく行われる彼の散歩は、同時刻で同じルートであったために、周辺の住民は、時計をみなくても時刻がわかるといわれていた。ひょっとしたら、「カント時刻」と呼ばれていたかもしれない

※貧富の差がしだいに広がりつつあった社会において、個人の自由と社会の共同性との調和を、何を根拠として、【いかような法】をもって、どのように図るかは、フランス革命後の哲学者ヘーゲルの課題となった。

(3)W.ヘーゲル〈科学一元論・弁証法〉(1770年～1830年・ドイツ)

ヘーゲルは、大学の青年期にフランス革命を経験し熱烈に支持した。彼は、

個人の自由の浸透および進展する社会の産業化によって貧富の差が広がるにつれ、個人の利益と社会全体の利益との分離対立が社会の分裂をよび、国家存立の危機に至りかねないという問題意識をもっていた。

個人の自由な意思の最初の発現は、人格 (Person) である。人格は、まず、直接的な最小単位の家族という共同体で一体化する (財産の所有)。しかし、個人の人格自由の発現 (権利) は、家族にとどまらず、他の人格と相互に契約を媒介として関わりながら市民社会の中にシフトする。さらに、個人が所属する社会は、多くの対立と衝突を生み、その予防と調停の推進者として、国家が求められ、強制力をもつ当為としての「法」の制定が必要となる。交易が盛んになると、国家間の紛争は、国際紛争の調停者をのぞむようになる。

カントの哲学が市民社会の領域を中心に展開したのに対して、ヘーゲルの哲学は、個人の人格の自由な発現 (権利) が、契約を媒介として一体化・対立・衝突の過程を経て、家族・市民社会・国家・国際社会へとシフトする過程を明らかにした。このように、ヘーゲルは、現実の国家の在りかたを合理化した。しかし、その反面では、近代的な個人主義を否定して、転化・発展の要素から国家至上主義的な傾向へと進む道をつけて、その後のナチスの全体主義的な法思想へ方途を残したという批判がある。

ヘーゲルは、自然法が実定法の存立や正当性の根拠となり得るとするが、けっして実定法に代わるものではないとしている。ヘーゲルが法に認めた紛争の予防・調停機能は、ヘーゲルの哲学的弁証法によって導かれる。

カントは、自然・人文・社会科学を Sein という原理によって、法学を Sol1 en という原理によって分離すべきとした (二元論)。ドイツのフィヒテとシェリングそしてヘーゲルは、再び経験分析創造の世界と当為の世界との統合原理 (一元論) を求めた。言い換えれば、プラトン哲学 (イデア論) とアリストテレス哲学 (個物論) の弁証法による統合? が【ドイツ観念論】といえるのではないか。

★コラム17-4 弁証法

何かを正しいと思って (定立) も、それに疑いをもち否定するものが現れる

(反定立)。そして、この対立を超えるものとして新たな次元が展開されることとなる（総合定立）過程を、哲学や法哲学の分野において弁証法という。

(4)F.サヴィニー〈近代法律学の創始者〉(1779年～1861年・ドイツ)

当時のドイツは、統一国家ではなく、ラント（小領域国）の集まりであった。ラントは、独自の法制度を有し、具体的実定法としての民族法を執行していた。イギリスやフランスより近代化が遅れたドイツは、「上からの近代化」が急がれた。近代化を図るには、ラントを統一することが必要であり、そのためには、統一法典の作成が不可欠であると思われた。しかし、サヴィニーは、法は一瞬たりとも静止することなく常に流動し発展するものであるから、具体性をもった各民族の実定法を基礎に、具体性をもった統一法典が作成されれば、かえって民族の間で深刻な不調和が生じ、分裂状態が固定されかねないと反対した。

生活の中で法律問題が生じたときには、そこには、権利と権利の衝突が存在する。この衝突を解決するためには、十分に説得力のある公平な視点から構成された規準が必要となる。サヴィニーは、各民族の法制度を総体的に検討し、直感によって抽象的客観的に導き出した規定を一般法として、人為的な手続きを経て形成すべきであると考えた。彼は、「権利」を、この抽象的客観的な一般法において把握される法律関係の一側面であると理解した。

司法および法律学についてのサヴィニーの考えは、つぎのようなものである。国家司法は、社会契約に基づく個人間の紛争の調停者である。裁判所の判決は、個々の権利を支配する法の一般規定と、個人と個人の生活関係において生じる紛争（事実）を関係づける作業を行う。したがって、裁判官は、「純粹に論理的解釈」に徹し、モンテスキューのいう「自動判決機」であることを要求される。構成されたこのシステムチックな法の解釈・適用過程は、三段論法³と呼ばれ確立している。

³ 三段論法とは、法規の抽象的規範から裁判規範を抽出し（大前提）し、それを具体的事実（小前提）に適用し、判決（法的判断）する過程をいう。

客観的抽象化された一般法の規定と民族の法制度の間には、ズレが生じ不調和が生じるであろう。法律学は、このズレを修正し、あるいは二つの間の架橋を図ることを、任務とする。この点において、サヴィニーは、法制度が抽象的な法規範（条文）に対して優位性を有することを唱えたものと解し得る。しかし、サヴィニーは、具体的な民族的法制度から法を客観的抽象化して導き出す方法を、「直感」に求め、科学的には構築できなかった。その結果、サヴィニーは、法制度と一般的法規範との間の修正と架橋を図ることに失敗した。

サヴィニーは、法の根拠として、それまでの形而上学的な自然法論に代わってローマ法を研究することによって、歴史性を導入しようと企図したようである。ここに、法の世界における自然法論の生命は、終止符が打たれたとの評価がある。このことと、前記したサヴィニーの失敗は、法をシステムチックに体系化し、やがて教義的な方法論（Dogma）を強調するパンデクテン概念法学の展開への端緒となるのである。

(5)G.プフタ（798年～1846年・ドイツ）、ヴィントシャイト（1817年～1892年・ドイツ）〈概念法学〉

ドイツ社会の近代化は、まず、権利・義務の保障システムを構築する法律学に向けられた。ドイツの民法典は、総則・物権・債権・親族・相続の5編によって構成されておりパンデクテンシステムと呼ばれている。裁判における判決過程は、形而上学的あるいは観念的な法的根拠を排除し、経験や観察を重視し（実証主義的に）構築された「抽象的法規（条文）」を前提として、そこから裁判規範を抽出し、認定した具体的事実（要件事実）に裁判規範を適用し、つぎの法的論理—その具体的事実が裁判規範の要件に包摂される＝裁判規範の要件の具体化であること→裁判規範の法的効果を認定すること—を手段として具体的な法的結論を得るという教義（Dogma）を経過するものである。かようなDogmaticな思考形態を基礎とする法律学を、概念法学という。

概念法学の法的思考の特徴は、実体法規範は完全無欠であるから、一切の法的結論は、抽象的な実体法規定を、認定した具体的事実に適用し純粋な論

理的過程によって導くことができる点にある。したがって、裁判官は、自動判決機とみなされることになる。この概念法学システムの完全無欠な法規範を適用したことによる法的判断は、施行されている実定法のもつ秩序の理念や価値基準が、現実社会の指向する構造や求める方向性と一致している場合には、法的な安定性が維持され得る。しかし、社会構造の大きな変革（社会革命）や技術の飛躍的な発展（産業革命）などという激動する社会状況においては、完全無欠と思われた既存の規範は、既存規範の予測し得ない新しい事実関係で生じる紛争を解決し得ない場合や、現実に則した説得力のある法的判断を行い得ない場合（法的弊害の発生）が生じる。しかし他方、概念法学システムは、法改正した後には、その法律の目的に従った法の適用および解釈が行われ、立法権と司法権の一体性が保障される意義もある。

このような2つの性格をもった概念法学は、1800年代半ばから、この避けられ得ない弊害を理由に批判されることになった。

5. 近代（19世紀後半）—ドイツ実証主義法学

形而上学的あるいは観念的な法的根拠を排除し、経験や観察を重視し（実証主義的に）構築された法思想および法学を実証主義法学という。法実証主義は、法に対するとらえ方を、自然法論を根拠にした「あるべき法」から経験的事実を根拠として導かれた「ある法」へとシフトした。これとパンデクテン法学が結びついて一般概念法学が形成されたわけであるが、実証主義は、ドイツ概念法学的思考を批判する理論としても作用し、やがて同じく経験主義的事実を基礎とする自由法学、利益法学、社会学的法律学を生む。

1700年代半ば過ぎからはじまった産業革命は、生産を飛躍的に高めた。貨幣経済および交通・交易手段の発達に裏付けられた市場の形成および権利義務の保障システムの確立は、流通の円滑化をもたらした。そこで得られた利益は、拡大再生産の資本に投下され、莫大な富は、繰り返し資本投下された。自由な経済活動は、資本主義経済システムを誕生せしめた。

資本主義経済は、社会構造を変化させ、「もつ者（資本家）」と「もたざる

者（労働者）」という新たな階層をつくりだした。1800年代半ばには、繊維工業は、産業資本主義から独占資本主義へとシフトし、1800年代後半には、全産業において技術革命が進んだ。1800年代後半から1900年代初めにかけて、資本主義生産社会が内包していたシステムの矛盾は、貧富の拡大、社会的弱者の著しい窮乏、市場独占、健康被害などとして顕在化した。

資本主義経済の高度な発展は、社会の構造を変化させ、人々は、この変化を、現実と裁判規範としての法との間の乖離現象として認識した。概念法学は、法的安定性を維持する機能に優っていても、かような溝を埋める機能については極めて弱かった。なぜなら、概念法学は、社会に生じた現実をほとんど視野に入れず、もっぱら実定法規定の論理的解釈に専念することを思考するものだったからである。そうとはいっても、形式的な論理に対する勿論解釈・拡張解釈・類推解釈・縮小解釈といった技術的操作は、三段論法の大前提である実定法の規範を修正補完し、それから裁判法規を抽出することによって、新しい事実関係において生じた紛争を解決しようとする。さらに、劇的に変化した社会的事実を自覚し、積極的な解釈によって実定法の変更を認識するとき、法の世界においては新しい展開が生まれる。

(1)R.イェーリング（1818年～1892年）、Ph.ヘック（1853年～1943年）〈概念法学批判→自由法学⇒利益法学〉

この激動期にあって、概念法学の創始者の一人プフタの下で法律学を専攻したイェーリングは、概念法学的思考とは全く正反対の非体系的・ケース・バイ・ケース的判断を思考してローマ法を研究した。イェーリングは、法は目的を有し、その目的は現実の利益を中核とすると考えて、法の世界に目的・利益・価値といった概念を導入した。これを契機として、自由法学・利益法学・社会学的法律学の世界が開けるのである。イェーリングは、この分野の先駆者といわれている。社会現象と法規範との乖離を埋めるべく(2)で説明するカントロピッチやエールリッヒによる「自由法学の発見」手法は、場合によっては恣意的感情に傾くことが懸念される（「感情法学」）と批判され、客観的な判断規準が必要とされた。そこで、イェーリングは、実定法規範の枠

組みの中で、中心的な判断規準として「利益」概念を導入し、法解釈を精緻なものとしようと試みた。ヘックは、法自体が利益の産物であって、法の核心が利益保護であると考えた。このことから、彼は、利益衡量規準を考えた。「利益」概念の法分野への現実的な導入は、法を解釈し事実に適用し、紛争当事者双方の利益を比較衡量して妥当な結論を得る過程において行われる。

この利益法学は、法実証主義の実践として、個人相互の間の利益比較、個人と共同体との間の利益の比較、共同体相互の間の利益比較を重視した。やがて、この利益法学の法と社会生活との関係を重視する法的思考は、紛争解決だけでなく現実社会で実行されている規範の発見にも応用されることとなった。

(2)E.エールリッヒ (1862年～1922年・ドイツ)、H.カントロヴィッチ (1877年～1940年・ドイツ)〈自由法学⇒社会学的法律学〉

資本主義経済の高度化は、社会構造や紛争に変化を生ぜしめた。その結果、実定法規範と社会的事実との間の乖離や法規範の欠缺が顕著になり、法解釈では全く問題の解決（法的判断）が行い得なくなった。変化した社会現象と法規範との間の乖離を強く認識したとき、カントロヴィッチとエールリッヒは、裁判官と法律家が制定法の拘束から解放され、現実的にSeinとして存在する妥当な法を認識できるよう「自由な法の発見」をなすべきことを唱えた。「自由な法の発見」は、概念法学による現実と法の乖離現象に対して、制定法の欠缺や不備をどのように補てんするかについての一つの回答を提供するものとして評価し得るであろう。

エールリッヒは、法は制定法という抽象的法規範が全てなのではなく、社会生活においてSeinとして存在し、具体的に社会を秩序づける行為規範として機能する社会規範こそ法の大部分を形成していると説く。そして、この社会規範は、「生ける法」として法体系の第一次的規範に位置づけられ、抽象的規範や裁判規範は、第二次的規範に位置づけられるという。

社会の日常生活において生まれる規範は行為規範として、一般的抽象的制定法規範は三段論法の法命題として、そして裁判官によって発見される具体

的法規範は裁判規範として、法秩序を構成する。

現実社会を秩序づける行為規範として機能する法で実定法を修正し補完する意味は、それを抽象化一般化した法規範へと転化することにはほかならない。生ける社会生活の事実から法規範を導く過程は、つぎのような説明となる。

同種の事実関係には、同種の解決が行われることが期待される。まず、解決しなければならない事実を類型化することが必要である。つぎに、類型化された事実と、その事実の社会背景に存する諸利益との相関関係を分析する。そして、その類型化された社会の相関関係を支配する「生ける法」⁴が明らかでない場合には、その生ける法の中の諸要素を、「法律要件」と「法律効果」に構成して、現実社会における「生ける法」が、抽象化一般化され規範命題として構築される。「生ける法」の規範部分が明確でない場合には、類型化された事実、その背景にある社会関係およびその利益との相関関係を考慮しつつ、類型的具体的社会関係に適する規範命題が構築されなければならない。

【自由法学・利益法学・社会学的法律学の共通課題】

これらの実証法学説のもつ解決課題は、実定法法規範と社会的事実との間の乖離や法規範の欠缺が顕著になり法解釈では全く問題の解決（法的判断）を行い得なくなったとき、実定法規範の欠缺や不備をどのように補てんするかについて、一つの回答を提供するものとして評価し得るであろう。

しかし、現代の環境破壊や技術革新で生じる紛争は、これらの学説の単独適用で十分解決し得ない状況にまでいたっている⁵。

⁴ 「生ける法」とは、類型化された社会関係において、現実に対応する権利義務的規範をいう。

⁵ 【法社会学】法社会学は、社会学の一部門である。法社会学は、人間の社会的行動によって事実的に発生する社会現象を法として把握する。つまり、社会的行動（法や権利義務に対する観念・態度・価値判断・価値体系をふくむ）・社会関係・社会集団・社会制度・社会秩序・経済的な基礎過程・政治的な力関係など、各々の要素やその相互の関連等を含む諸側面から、法現象を

コラム17-5【イギリス実証主義法学】

イギリスでは、1215年のマグナカルタ⁶、1628年権利請願、1649年ピューリタン革命、1688年名誉革命・1689年の権利章典という過程を経て、しだいに近代法思想（「法の支配」）が形成された⁷。この「法の支配」の思想は、1776年のヴァージニア権利章典、アメリカ独立宣言、1789年のフランス人権宣言に影響する。

1770年代には、繊維工業で産業革命がはじまり、近代市民社会のシステムが定着しはじめていた。かような社会状況の下で、1775年、アダム・スミスは、『諸国民の富（Wealth of Nations）』⁸を著した。スミスの経済論や国家観は、J. S. ミルやJ. ベンサムの法理論に多大な影響を与えた。

イギリスの法システムは、判例法（不文法）であったが、ドイツの概念法学は、イギリスにも多少影響した。ブラックストーン（1723年～1780年）は、産業革命を背景にして、自然法学を根拠に、コモン・ロー（一般慣習法）を

諸々の構成要素に分析し、相互の関連性や変化・運動の法則を明らかにして、歴史的な諸条件との関連を考察しつつ、法現象の発展法則を明らかにするのが、法社会学の使命である。

⁶ 大憲章と訳される。これは、重税をかけた国王ジョンに対して、貴族・大商人たちが、重税の撤回を約定させ文書化したものである。この文書自体は、人権の保障を内容にもつものではなかったが、国王の絶対主義を「法」によって抑制し、国民の権利・自由を護る文書として評価された。以後、イギリス憲法の基本原理「法の支配（Rule of Law）」を定めたものとされている。

⁷ 人権宣言前史については、宮沢俊義『憲法Ⅱ新版』法律学全集（有斐閣、1974年）で詳説されている。

⁸ スミスは、『諸国民の富』において、売買契約（個人の利益）は市場という「見えざる手」によって調和される（予定調和の理論）とし、したがって、国家は、外交と治安を主な任務とすべきと説いた（夜警国家論）。

普通法として正当化しようと試みた。かような努力の中で、イギリスの実証法学は、イギリス自然法思想が保守的であるとの批判から生まれた。

(1)D. ヒューム：1711年～1776年（イギリス）

ヒュームは、懐疑的な見方から、自然科学の「因果関係」は主観的な思い込みにすぎないと批判し、因果関係は習慣（恒常的な経験の連鎖）であると唱えた。

(2)J. ベンサム：1748年～1832年、J. S. ミル：1806年～1873年（イギリス）

ベンサムは、アダム・スミスの経済理論「神の見えざる手」に触発され、個人は利己的な存在だが、個人の幸福（利益）は他人の協力があって得られるものであるから、個人の幸福と社会の幸福とは努力によって調和が図られ得ると考えた。ベンサムの「最大多数の最大幸福」は、すべての価値基準を利益・効用とし、社会全体の幸福（利益・効用）をできるだけ大きくし、それをできるだけ多くの人に分配する原理（功利主義）をいったもの⁹である。この原理において、法は、個人と社会の間の利害の対立を調整し利益・効用の分配を可能とするところに、存在意義があるとされる。

ベンサムは、産業革命が進行し伝統的法秩序において利害対立関係にある個人と社会とは功利主義的法思考を導入することによって予定調和し得る、という法秩序の改革を志向した。功利主義理論は、J. S. ミルによって完成された。また、イギリスのより一層の近代化を図るため、ベンサムは、コモン・ローの体系的整理法典化を試みたが果たすことはできず、この仕事は、J. オースチンによって引き継がれた。しかし、このイギリス実証主義の創始者オースチンは、イギリス実証主義を完成するには至らなかった。

(3)メイン〈イギリス歴史法学の創始者〉（1822年～1888年）

法学者のメインは、「身分から契約へ」（from status to contract）とい

⁹ 最大幸福の拡大原理と分配の原理とは、ときとして矛盾する場合があります。また、社会全体の利益のために、一部の人を犠牲にすることが正当化されるような危険も内包している。

う言葉を残した〔この意味は、テキスト第10章の民法の基礎を参照〕。

6. 現 代（20世紀～現在）

(1) J. デューイ〈プラグマティズム〉（1859年～1952年・アメリカ合衆国）

プラグマティズム学派は、伝統的な哲学が知識を重視し真理のための真理探究に偏っているとして批判した。

デューイは、知識が道具として有用性をもつという点に価値を認める。

人々が苦難や環境の変化に遭遇したとき、その状況を乗り越え改善するため、どのような行動をすべきかを考える際に、科学は、生活に有用な骨組みを提供し、知識は、策定の「道具」となる。プラグマティズムは、「道具主義」「実践主義」と呼ばれる。しかし、何が実用的なのかは、客観的な基準によって答えられるべきであるが、それが示されない限りは、主観的な回答に依らざるを得ず、その結果は、支配階級（ブルジョアジー）にとっての実用性であると判断されがちであろうと、プラグマティズムに対しては批判がある。

(2) G. ラートブルフ〈法学者〉（1878年～1949年・ドイツ）

ラートブルフ¹⁰は、法が目的に奉仕するものとして成立するゆえに、法と価値との関係は必然なものと解する。その価値と学問的な結びつきは、価値関係と文化科学の方法・現象の一つである法学、価値評価としての法哲学・倫理学・論理学、価値を超えたものとしての自然科学・哲学とする。

ラートブルフは、価値関係を規定する法の理念として、正義・合目的性・法的安定性の3つの側面をあげる。ラートブルフは、この3つの理念に価値序列を認めた。

第2次世界大戦前は、法的安定性・正義・合目的性であった。

第2次世界大戦後は、正義・法的安定性・合目的性となった。

この変化については、いくつもの考えかたがあるようだが、彼が、ナチス

¹⁰ ラートブルフは、法哲学かつ刑法学者であり、ワイマール共和国では、司法大臣を担当した。ナチス政権下では、大学から追放された。

政権下において、大学から追放され、第二次世界大戦後まで、かなり困難な人生を送らざるを得なかったことと全く関係ないとはいえないであろう。

ラートブルフにとって法哲学の任務は、法の正当性を判断し且つ求めるものではない。価値判断は、一定の世界観（事実の認識）を前提としている。したがって、同一の行為であっても、異なる世界観の下では、価値評価が異なるらざるを得ない場合があり得る。それゆえ、法哲学の任務は、一定の価値判断が下された場合の世界観はどのようなものか、法の理念と現実との結合を図った一定の世界観からは、論理必然的にどのような内容の価値判断となるのか、を探求することであるという。

(3) M.ハイデッガー（1889年～1976年・ドイツ）、J. P.サルトル（1905年～1980年・フランス）〈実存主義〉

ハイデッガーは、伝統的哲学が「存在の意味」を取り扱ってこなかったと批判した。存在することの根拠は何もない。その根拠のなさが、人々にとっては不安となる。しかし、人は、その存在を失ってから「掛け替えのなさ」を知る。そのときには、その人は、既に死亡しているのであるから、死亡後に存在の意義を認識しても意味はない。そこで、彼は、すべての道具を「目的⇔手段」の連鎖の関係として把握して、道具の最終到達を人を含めた現存在の意味を鮮明にすることにあるとした。

J. P.サルトルは、ハイデッガーの影響を受け実存主義を唱えた。サルトルは、人にとって確かな事実は、気がついてみたら自分は存在しているという事実であり、それゆえ、人は何もしなくても自由なのであるという。サルトルは、「存在がものの本質に先立つ」と考える。これを実存主義という。実存主義を前提とすれば、個人の人生をどのような意義あるものとするかは、各自が、理性ある自律的人格をもって自由に「自己決定」し、そのリスクについては「自己責任」を負うということで、実社会への積極的な参加をすることによって形成されると解する。

(4) R.シュタムラー（1856年～1938年）、E.ラスク（1875年～1915年）〈新カント派〉

マルクス・エンゲルスによる唯物論の出現によって、客観的観念論の哲学は支持を失い、ニーチェ（1844年～1900年；ドイツ）の虚無主義・永遠回帰論¹¹、フロイト（1856年～1939年；オーストリア）の「自我の中の無意識」論¹²など、全く哲学的思考を否定する立場も出現した。

このような状況下において、新カント学派は、カントの原因と結果との間の因果関係および同一性の原理（アプリアリな範疇）を前提に、科学は観察・知覚された事実を思考することで秩序づけられ構築されるとする科学の方法論を支持した。他方、Sein（事実認識）の科学とSollen（価値判断）の科学を存在と当為として完全に分離し、その判断基準の違いを認識して、「カントに還れ」を理想とし復興を唱えた。

(5)H.ケルゼン〈規範科学としての法学〉（1881年～1973年・プラハ生・ドイツ・オーストリア）

ケルゼン¹³は、ラートブルフによる価値判断（Sollen＝当為）と事実認識（Sein＝存在）との結合の再分離を進めた。ケルゼンが当為と存在を完全に分離することを主張した理由は、ナチス政権下での出生（Sein）を理由に法（Sollen）によって追放・迫害された理不尽さを源泉とするのであろう。ケルゼンは、当為命題たる法規範を研究対象とする法学を規範科学と位置づけ、現象を自然発生論的な因果関係によって探求する存在（自然）科学に対置した。そして、ケルゼンは、法規範あるいは法命題を、一定の法律要件とこれ

¹¹ ニーチェは、価値や理想というものは存在せず（虚無主義＝ニヒリズム）、すべては、同じことの繰り返しで、受け入れざるを得ない（永遠回帰）と唱えた。

¹² フロイトは、人には自らも知り得ない無意識があり、それが自我の構造を決定すると主張した。人を動かすその無意識とは、リビドーという人が生まれながらにもつエネルギーであるとした。

¹³ H.ケルゼンは、ユダヤ系出身であったため、ナチス政権下では大学から追放され生命の危険にさらされ、アメリカ合衆国に亡命せざるを得なかった。

に対応する法律効果との繋がりを「～ねばならない=Sollen」という用語によってあらわした。たとえば、「他人の財物を窃取したならば」…「窃盗の罪として10年以下の懲役に服さねばならない。」(刑法第235条)というように説明される。

(6)K.H.マルクス (1818年～1883年・ドイツ)、F.エンゲルス (1820年～1895年・ドイツ)〈マルクス主義経済と法学〉

マルクス主義法学は、マルクスとエンゲルスが構築したものではない。マルクスとエンゲルスは、資本主義経済が内包する貧富の差の拡大、社会的弱者の窮乏、独占的経済の発生という問題が顕在化した時代に、マルクス主義経済理論によって近代経済の病原を分析しようと試みた。マルクスとエンゲルスは、膨大な著書『資本論』に代表される経済学の研究者であった。

資本主義経済の発展の下では、労働者は、生産手段をもたないので自らもつ労働能力を生産者に提供し、一定の賃金を受けとる。同時に、労働は、個人と社会をつなぐ機能をもち、産業社会において個人の評価が現れる要素としても認識されるようになった。資本という生産手段を有する資本家（経営者）は、労働者が能率よく商品を生産することに比例して、労働者に支払った賃金（生活費用）を遥かに上回る商品利益（利潤）を獲得する。マルクスは、これを「剰余価値」と呼ぶ。ところが、資本家の利潤が大きくなるにつれて、一人の労働者の労働価値は相対的に小さく評価される傾向が生じる。この傾向は、個人と産業社会の紐帯を弱いものとし、個人は、生活に苦しみ、社会からの「疎外」感を受けるようになる。

マルクスは、社会の構造を、哲学・政治制度・法制度・考え方などを上部構造とし、生産形式・生産力を下部構造として構成し、そして上部構造は、下部構造によって決定されると考えた。マルクスの下部（生産）構造が変化すれば上部構造も変化するという考え方を「唯物論」という。

近代市民社会の成立は、資本主義経済によって、基礎づけられている。この意味はつぎのように説明できるであろう。資本主義的生産・再生産によって産出された商品の交換は、まず、交換当事者の一方が交換対象の商品に対

する相手方の私的支配を相互に認めることを出発点とする。この商品としての所有権の本質は、市場の交換過程において必然的に含まれる財産権の私的性質である。商品交換とは、流通過程において所有権の社会的性質を有する部分が現実化したことをいう。契約は、商品の所有権に存する社会的側面が流通過程において前面に現れる形態をいうのである。この契約成立の核心は、個人の交換意思決定の合致にある。商品に対する所有権の私的性質（静的形態）と個人の契約（動的形態）についての意思の支配は、独立で平等な法的な人格として観念される。ゆえに、資本主義的生産・再生産の法規範の原型は、商品交換の法規範である¹⁴。財産・商品に関する法規範構造は、このように構築される。

この法規範構造は、本来は、個人と社会の紐帯を確保し社会における個人の評価を形成するはずのものであった。しかし、産業の発展・資本主義経済の高度化によって、その法規範構造は、労働力を提供する労働者や生産の下部構造の形態をつくる農業・中小企業などの生産者に、社会との疎外感を生ぜしめる原因へと転化してしまった。この因果関係を、現在の法規範構造の中に求め論じた学派を、マルクス主義法学というのであろう¹⁵。人と社会と自然との共存という人類にとっての大きな課題は、唯物論的弁証法に基づいて、哲学・法哲学的観点から法の認識および理解を試みることである。

(7)J.F.リオタール（1924年1998年・フランス）、M.フーコー（1926年～1984年・フランス）〈ポスト・モダン〉

近代社会は、国民による国家が成立し、科学技術の進歩によって生活水準の飛躍的な向上が期待された。市民は、封建的支配から解放され、個人の自

¹⁴ 【R.H. コース1910年～；イギリス】は、流通の視点から、「売買されるもの（財産）は、権利の束」と述べている。

¹⁵ 日本では、この立場から論じた論文集として『マルクス主義法学講座』（日本評論社、1980年～）が全8巻で出版刊行されている。かなりな大著であり、一通り法律学を修めた後に精読することをおすすめしたい。

由と財産所有の自由が保障され、自己実現が達成されるという希望に満ちた社会（「偉大な物語」）を歓迎した。しかし、近代資本主義経済は、前述した各種の弊害を社会にもたらし、ナチスドイツの独裁政権によるユダヤ人の大量殺戮、科学技術の最高水準を証明したはずの核融合技術が核爆弾として具体化し瞬時に動植物を大量に殺傷した事実などは、国家や科学技術の反人間性を証明することになった。これらの歴史的事実を検証し、リオタールは、かつて市民が歓迎した「偉大な物語」の「死」を宣告せざるを得なかった。この近代思想や近代システムが有効でなくなった現代社会を「ポスト・モダン（近代の終わり）」という。

フーコーは、民主社会を、封建的権力による支配（「死の権力」）から解放された人々が主体的に自由に政治や経済活動を行い自己実現を達成し得る「生の権力」が支配する社会と定義した。しかし、実際の人々の生活は、まず画一的な教育によって規格化され、つぎに、画一的な大量生産品の大量消費という過程に依拠せざるを得ない。フーコーは、近代国家の「生の権力」が、生きるための条件や過程を規格化し画一化することで、社会秩序の維持を図るための道具と化してしまったとし、人々が、誤解のもとに、これに従わざるを得ない存在になってしまっていると、考える。この「生の権力」に対する人々の「誤解」の視点は、リオタールのいう「大きな物語」の「死」と共通するものがある。

★コラム17-6 大陸法と英米法の法体系の違い

法哲学大陸法系：成文法主義、概念法学、法実証主義、自由法学、利益法学、社会学的法律学、当為と存在との完全な分離

法哲学英米法系：判例法主義、機械法学、社会学的法学、リアリズム法学

【簡単な一言説明】

機械法学…判例を事実に機械的に当てはめる。

社会学的法学…社会正義にかなった妥当な判決を行うべきである。

リアリズム法学…法ルールは決定的なものではなく、裁判官が事実をつくる。