

「事物の本性」にかんする一考察

上 田 健 二

(目 次)

は し が き

一、「事物の本性」と自然法

二、「事物の本性」と実定法

三、現代「事物の本性」論の意義と背景

四、ラートブルフの「事物の本性」論

五、ラートブルフの「事物の本性」論の検討

(一) 方法的基礎

(二) 「事物の本性」の機能について

は し が き

第二次世界大戦後、とりわけ西ドイツの法学界をにぎわせた動向の一つとして、法学的思考形式としての「事物の本性」(Natur der Sache)の復活ということがあげられよう。「事物の本性」という概念は、わが国では、「条理」という訳語に示されるように、通常「法源論」における問題として扱われ、

「事物の本性」にかんする一考察

主として制定法の解釈およびその欠缺補充に役立たせるために用いられてきたことが多いようである。⁽¹⁾ヨーロッパにおいても、少くとも戦前までは、法学において「事物の本性」ということが語られるばあい、それは法解釈学上の一原理として以上の意味をもつものではなかった。

ラートブルフによれば、「ローマ法の継受国および後期法典編纂の諸国では、規範主義的法律観が支配的であり、『事物の本性』という思考形式は制定法の解釈と法規欠缺の補充のためにのみ、やむなく利用されたにすぎない⁽²⁾」のである。したがって、戦前においては、「事物の本性」が問題とされる場合でも、典型的なパンデクテン法学者であるデルンブルヒのあたえた次のような古典的定式の枠を出るものではなかったのである。いわく、「生活諸関係は、発展の度合こそ多少異なるが、自らの尺度と秩序をそのなかにもっている。事物のうちに内在するこの秩序は、事物の本性と呼ばれる。思慮深い法律家は、実定的規

範が欠けていたり、あるいはそれが不完全または不明瞭であるときは、この事物の本性にたちかえってゆかねばならない⁽³⁾。

このように、戦前の「事物の本性」論は、実定的法秩序の枠内において、主としてその解釈の原理ないしは欠缺補充原理として考察されてきた。しかしながら、戦後の、とくにナチスの苦い経験を経たドイツ法学界を中心として展開された「事物の本性」論は、単に法源論における一テーマたるにとどまらず、実定法に対する「外在的な批判原理としての性格」をもつようになり、法哲学ないしは法学方法論上の重要な課題を負うにいたったといわれている⁽⁴⁾。

では、それは法思想史の現段階においていかなる意義を有し、現代の法理論のなかにどのように採り入れられようとしているのか。本稿は、このような問題意識の下に、まず、現代における「事物の本性」論の歴史的意義を、主としてノルベルト・ポッピオ⁽⁵⁾とアレッサンドロ・バラッタ⁽⁶⁾の所説を手がかりとして探索し、次に、現代における「事物の本性」論の展開に有効な端初を与えたとされるラートブルフの「事物の本性」論を方法論的に検討することによって、現代西ドイツ法学界の基本的動向の一端を理解する一つの手がかりとしたいと考える。

(1) 阿南成一『「事物の本性」と法の解釈』（『法解釈の理論』所収）九五頁参照。

(2) Radbruch, Die Natur der Sache als Juristische Denkform. Erstmal erschienen in Laun Festschrift, 1948. Unveränderter

Nachdruck der Ausgabe Darmstadt, 1960, S. 8.

(3) Dernburg, Pandekten, Bd. 1, 3. Aufl., 1892, S. 87.

(4) 阿南成一、前掲論文九九頁参照。阿南教授は「戦前の『事物の本性』論が主として実定法秩序の内在的原理であったのに対して、戦後のそれは外在的な批判原理としての性格をもつにいたり、それゆえに単なる『法源論』として法律学の一テーマにとどまらず、むしろ法哲学上の一原理たるの地位をえるにいたった」とのべられている。

(5) Norberto Bobbio, Über den Begriff der „Natur der Sache“, Archiv für Recht- und Sozialphilosophie, Bd. 44, 1958, S. 145 ff., und in: Die ontologische Begründung des Rechts, hrsg. von Arthur Kaufmann, Darmstadt, 1965, S. 87 ff.

(6) Alessandro Baratta, Natur der Sache und Naturrecht, Originaltitel: Natura del fatto e diritto naturale, ins Deutsche übersetzt von Arthur Kaufmann, in: Die ontologische Begründung des Rechts, S. 104 ff.

一、「事物の本性」と自然法

戦後の「事物の本性」論の基本的性格を究明するためには、まず、従来の自然法論との共通性と相異性とを明確にしておくなければならない。なぜなら、そうすることによって、現代の「事物の本性」論の法思想史的意義と法理論的問題点をいっそう際立たせることができるからである。

ところで、最近のドイツ法学界において再びよみがえってきた「事物の法性」に対する関心は、明らかに一つの抗議的起源

をもっている。一般的な、それだけにやや正確を逸したい方をすれば、それは法形式主義 (Rechtsformalismus) に対する闘争を意味する。

最近の「事物の本性」論のもつこの抗議的意義を批判的に究明したノルベルト・ポッピオによれば、それはまず第一に、規範の「事物の本性」からの導出可能性を肯定するものは、規範は専ら立法者の意志の産物であると説く法学的主意説 (juristische Voluntarismus) の一切の形態に対決するという仕方であられる。とくに一九世紀のドイツおよびイタリアの法律家を支配した法命令説 (imperativistische Doktrin, doctrina imperativistica) に対しては、「事物の本性」論は、「反・命令説の反動」という形であられ、この点で自然法の再生ということと深く関係する。第二に、国家制定法のみを最も重要な法源にまで高め、制定法から直接・間接に引き出される以外にはどんな規範も存しないと主張する、この法命令説の一元的法源論に対して、「事物の本性」論は、慣習・判例とならんで「事物の本性」からの規範の導出可能性を肯定し、多元的法源論を主張する。第三に、法の自由な探求を認めず、権威的原理にもとづく形式にのみ拘泥してきた伝統的法律学の独断的傾向に対して、法秩序の修正原理として「事物の本性」を説く者は、法律的物神崇拜主義と対決し「法学的リアリズム」(juristische Realismus) の諸潮流と結びつく。⁽¹⁾

さて、ポッピオのこのような簡潔な分析のなかには、自然法

「事物の本性」にかんする一考察

と「事物の本性」との共通性と相異性の重要な点が示唆されているといえよう。ポッピオは、これに続いて、「事物の本性論は多くの点で自然法の継続として現われる」と述べている。⁽²⁾ すなわち、彼によれば、「それは、自然法論が哲学者の手から法律家の手へ引き渡されるにつれて、自然法論の内容が変じたものとして現われる。換言すれば、それは、合理主義の社会学から経験的社会学へ移行するにさいして、古典的自然法論によって残されたものである」。そして、この古典的自然法から「事物の本性」論が受け継いだものは、「法の最高基準を立法者の意志にからせることを拒否し、これを政治権力の担い手の移ろいやすい判断には依存しない何らかの客観的なもの求めようとする要請である」とポッピオはいうのである。

このように、「事物の本性」論も自然法論とともに、立法者の主観には依存しない法の客観的基準を追求しようとしているとすれば、両者は、主観主義と比較して、より、自然主義的な立場をとることになるであろう。この観点から「事物の本性」思想の自然法的性質を論じた A・バラッタは、「自然法論も事物の本性論も、価値を主観的恣意性の隷属から解放し、規範に客観性を与えようと試みる点で、規範を何らかの仕方ですら、主観化している。換言すれば、両理論は、価値の本質または少くともその妥当性を歴史的主体の『外部に』、したがって、歴史的主体に対立し、その認識が主体に対し、その決定と評価にとつて正しい、規準を提示する实在 (Realität) のうちに置こうと試

みるのである⁽³⁾と述べている。

すなわち、バラッタによれば、自然法論と「事物の本性」論は、ともに当為は一種の存在から導出されるのであって、実存者、歴史的主体または現存在 (Dasein) から導出されるものではない、と主張するのである。したがって、自然法論も「事物の本性」論も、この意味で非歴史的であるかぎり、自然主義的であるといえよう。なぜなら、精神的手続によってのみ規範の客観性を自己構成 (sich-Konstituieren) しようとするに代えて、両者は規範の客観性を主観そのものに先行し、主観の外部に存在するものとして把握し、主観によって承認され尊重されねばならない自然法則を構成しようとするからである。

右に見てきたように、「事物の本性」と自然法は、立法者の主観には依存しない法の客観的規範の追求という点で、共通の心意を分有しているといえよう。しかし、それにもかかわらず、「事物の本性」の理論は、人間の共同生活という事実ないしは生活諸関係に対立する高次の原理の規範性とはなく、これらの事実・諸関係そのものに内在する原理または秩序とかわるという点において自然法と区別される⁽⁴⁾。先に引用したデルンプルヒの古典的定式には、「事物の本性」のこのような見方が明確に述べられているといえよう。彼は、それに続けて、「事物の本性は自然法と混同されてはならない。自然法は人間の本質から抽き出される帰結をよりどころとする。それは法の適用に直接には役立たない」という。また、ほぼ同じ趣旨で、ラート

ブルフが「事物の本性は自然法の思考形式と混同されてはならない。事物の本性と自然法はむしろ対立するものである。人間の本性、すなわち理性から導出される自然法は、すべての民族と時間に同一の法を基礎づけようとする要求をもつが、事物の本性からは歴史のおよび民族的法形成の多様性が結果として生ずる。ゆえに、それは歴史的・民族的・保守的法思考に基礎を提供するには最も適したものである⁽⁵⁾」というとき、「事物の本性」と自然法の思考方向の相異性⁽⁵⁾というものが明瞭に意識されているといえよう。

「事物の本性」から導き出される規範は、歴史を超越して定立された自然法のように、永遠なものでもなければ不変的なものでもない。その反対に人間の共同生活の歴史的諸条件に内在する可変的内容をもつ。自然法が合理的見解に属するものであるとすれば、「事物の本性」は広い意味における歴史的思维に属するものといえよう。自然法の規範は普遍的であり、理性的に認識される。これに対して「事物の本性」は全く個別的である。すなわち、それはつねに特定の生活関係ないしは具体的制度に関係づけられ規定される⁽⁶⁾。

「事物の本性」のこのような見方は、歴史的には自然法と同じほど古くから行われていた。しかし、それは主として哲学者によって論ぜられ、したがって、概して形而上学的色彩の濃いものであった。この、古来より論ぜられてきた「事物の本性」という思考形式を哲学から法律学の領域へ応用し、自然法論の

独自の、近代的な一側面として際立たせたのは、ラートブルフの研究によれば、モンテスキューであった。⁽⁷⁾

モンテスキューは、有名な『法の精神』のなかで、「最も広義における法とは、事物の本性に由来する諸々の必然的関係である⁽⁸⁾」と述べている。また右の書の序言のなかで、「わたしは決してわたしの諸原理を、自己の偏見から引き出さずに、事物の本性から引き出した⁽⁹⁾」とも述べている。ラートブルフによれば、モンテスキューが偏見と称したものは、理性法としての自然法がその出発点とする理性と人間の本性を同視することであった。こうして彼は、事物の本性を、人間の本性から引き出された合理的自然法から明確に分離することによって、現代の「事物の本性」論の展開に多大の影響を及ぼしたのである。⁽¹⁰⁾

「事物の本性」が法技術的な見地から法理論に採り入れられたのは比較的後期のことであるが、とくにその学問的な仕上げをしたのは、ドイツのパンデクテンおよび近代法律学だったといわれる⁽¹¹⁾。そこでは、「事物の本性」は、法源論と解釈論に、そしてまた欠缺補充の問題領域にその場所を得た。そしてここでは、「事物の本性」は第二次的法源として、補充的解釈の手段として規定される。

戦後では、「事物の本性」は法律学そのものの原理にまで拡大され、「法形式主義」の一切の形態に対する外在的な批判原理としての意味をもつようになった。

さて、以上見てきたことをバラッタの言葉を借りて要約する

「事物の本性」にかんする一考察

ならば、「古典的自然法の諸理論が実定法の相対的基準を永遠の価値という、より高次の次元に見出そうと努めるのに対して、事物の本性の近代的諸理論は、この基準を実定法の基礎になっている次元に、すなわち実定法を規制し、それによって実定法が条件づけられる経済的・社会的諸機能のなかに求める。したがって事物の本性の近代的諸理論は、それらが国家の過大評価と法源の問題における規範主義に対決するかぎり、より広い意味での社会学的態度に属し、したがって法社会学を前提し、要請する⁽¹²⁾」といえよう。

- (1) Bobbo, a. a. O., (die ontologische Begründung des Recht) S. 90 ff.
- (2) Bobbio, a. a. O., S. 92.
- (3) Baratta, a. a. O., S. 111.
- (4) Baratta, a. a. O., S. 113 f.
- (5) Radbruch, a. a. O., S. 7. ここから、歴史法学派が自然法に対するその敵対的態度にもかかわらず、好んで「事物の本性」を用いたことが理解される。ラートブルフによれば、E. I. Bekker は、「サヴィニーの体系は事物の本性から演繹されたものである」(Streit zw. d. histor. u. d. philosoph. Rechtsschule, Heidelberg, akad. Rede 1886, Ann. 10) とし、Landsberg は「正當にも、事物の本性」はその精神的場所を、一八世紀の抽象的理性法と一九世紀の歴史学派の間にもつことを明示した (Vgl., Gesch. d. dt. Rechtsw., 3. Aufl., 1898, S. 452)。歴史学派が実証主義にまで狭められてはじめて、「事物の本性」は自然法とともに断罪される。自然法の全系列に対する偉大な審判者、Bergbohm は「事物の本

性」に対しても呪詛を浴びせた。「人々はいまなお事物の本性に現存しない法規範を強要しようとしている」と。(Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, Bd. 1, 1892, S. 353.)

(6) 「事物の本性」をこのように具体的制度と関係づけ、それに決定主義の意味を賦与したのが「具体的秩序の思想」だといえよう。

Vgl. C. Schmitt, Über die drei Arten des Rechtswissenschaftlichen Denken, 1934.

(7) Vgl. Radbruch, a. a. O., S. 24 ff. Exkurs III, Montesquieu.

(8) モンテスキュー「法の精神」(根岸国考訳)三七頁。

(9) 前掲訳書三五頁。

(10) ラートブルフは、「この書は理論においても実践においても画期的な影響を及ぼした。それは国家学及び法学においては、予め把握された原理からの演繹を、国家及び法秩序の歴史的、自然的多様性からの帰納に置き代えることによって歴史法学派と比較法学派の下準備をしたのである。またそれは政治的イデオロギーの一面的宿命論に対して、政治の自然的、歴史的事実による制約、「可能なことの技術」としての政治を主張し、その模範をイギリスの憲法生活の中に見た」と述べている。

(11) Baratta, a. a. O., S. 114/5.

(12) Baratta, a. a. O., S. 117/8.

一、「事物の本性」と実定法

「事物の本性」の諸理論と自然法の諸理論とは共通の自然法的態度の枠内でそれぞれ異った性格をもつことは右に見てきた通りである。この異った性格は、両理論が実定法および支配的法秩序に対していかにかかわるか、ということを検討すること

によって一層明確なものとなる。

バラッタによれば、自然法は(とくに近代のそれは)、支配的法秩序との関係において全く抗議的な、あるいは革命的な意義をさへもつ⁽¹⁾。より高次の価値秩序、永遠の正義に訴えることによって、自然法は実定法の理想的な範型または目標を示し、同時に実定法がこの理想に合致しないかぎり、現実の実定法の無価値性の判断を基礎づける。そして実定的秩序の危機とその根底からの変革が問題となるときはいつでも、自然法と人権は、新秩序の創立者がそれをもって歴史の舞台に登場する旗じるしとなる。ある政治形態とイデオロギーの崩壊とともに、社会的良心にとって全体の法秩序が「倒錯する」(Pervertiert)ものとして現われ、その程度に応じて実定法がそれ自身法としての性格を欠く不法なものとして判断されるとき、自然法と実質的正義の原理が対置され、実定法にとって代ってその妥当性を主張する。変革期の思想家がしばしば法的安定性よりも正義により高次の妥当性を認めたり、実定法と法実証主義の根本的な危険を指摘してきたのは、このことの現われであろう。

このような現象はとりわけ敗戦後のドイツにおいて顕著に現われた。この期には、自然法を強調した数々の判決が現われ、また学界においても「新ドイツ自然法論」(neue deutsche Naturrechtslehre)と呼ばれる、諸研究・諸論議の開花をもたらしたのは周知の通りである。たとえば、ヴィスバーデン(Wiesbaden)区裁判所はよく引用される有名な一九四五年一

月一三日の判決で次のように述べている。「ここで人は自然法によれば、国家といえどもその立法によって廃止することができない人間の権利があることを考慮しなくてはならない。……人間が個人的な財産をもつ権利もこれらの権利の一つである。……したがってユダヤ人の財産は国家に帰属するとした法律は自然法に反し、行為の時にすでに無効である」。この判決では、自然法に反する法令は法としての効力をもたないことが最も印象深く語られている。

近代自然法論のこのような革命的な性格に比して、「事物の本性」論はより、保守的な態度を示す。これはまた、法の安定性と実定性という基本価値を基礎づける。先に引用したラートブルフの言葉をもってすれば、「それは歴史的・民族的・保守的法思考に基礎を提供するには最も適したものである。というのは、「事物の本性」論は、実定的法秩序の基準を実定的法秩序を超越した理想的なものに求めるのではなく、特定の社会構造の内部にその固有の基準と規範を見出すからである。ここから、一方において、「事物の本性」は、自然法や実質的正義の原理のように、実定法と対抗し、その妥当性を拒否するに適用した外在的な批判原理になるのではなく、法制度そのものの中に含まれる規範的な実体を解明するのに適した補充的解釈原理になることが理解されよう。

他方、立法行為または実定法の成立過程という見地から見れば、「事物の本性」は立法者の主観的恣意性を抑制する技術的

「事物の本性」にかんする一考察

な限界として現われる⁽³⁾。立法者は、恣意的な、または技術的な不相当な規制を強制することを欲しないならば、規制対象となる生活諸関係に内在する事物法則性を立法基準として顧慮しなければならぬ⁽⁴⁾。この側面からすれば、「事物の本性」は自然法とともに実定法に対する外在的な批判原理となるといえよう。このように、実定法との関係において「事物の本性」は、一方ではその解釈ないしは欠缺補充原理となり、他方ではそれに対する外在的な批判原理となるといふ二つの意味をもつものといえようが、戦後の論議においては、後に述べるような歴史事情と関連してとりわけ後者に重大な関心が払われるようになったのである。

なお、「事物の本性」を外在的な批判原理として考える場合に特に問題となるのは、事物法則性に多少とも適合しないが、一応合法的に制定され、したがって形式的効力をもつ法規は実質的にも効力をもつかということ、いかえれば、「事物の本性」は法規の効力の判定基準となりうるかということである。この問題については「法源」の問題とも関連してさかんに論じられているようであるが、ここでは深入りは避けねばならない⁽⁵⁾。かくして「事物の本性」は、実定法の解釈及び形成の両面においてその基準を提供する。そしてこの基準は、ポッピオのいうように国家主義・規範主義・法実証主義を拒否する抗議的発想によって刺激されたものとしても、必然的に法の実定性と安定性の拒否を伴うものではなく、むしろ正しい意味に理解され

た健全な (Gesund) 法実証主義の内部において法の妥当性を確保するものである。⁽⁷⁾

- (1) Baratta, a. a. O., S. 118 ff.
- (2) この判決について、矢崎光圀『法実証主義』——現代における意味と機能——五六頁以下に詳しい紹介がある。
- (3) Baratta, a. a. O., S. 120.
- (4) このことは、「事物の本性」論と本質的に同じ思想を担っていると考えられるハンス・ヴェルツェルの「事物論理構造」(sachlogische Struktur) の理論において最も明確な形で述べられている。ヴェルツェルによれば、事物論理構造は、「法素材の全体に嵌りこんでおり、一切の実定的法規に先行するもの」であって、「かかる存在論的でないし事物論理的領域において『永遠の真理』が存し、立法者といえども決してこれに変更を加えることはできない」。『立法者は物理的自然の法則に結びつけられているだけでなく、その規則の容体における一定の事物論理的構造をも顧慮しなければならない。そうでなければ、その規制は必ず誤ったものになるであろう。』「そこにおいて法学は、立法者の『恣意』には依存しない不変の対象をもつのである。それは、自然法の考えるように、決して完結した体系を構成しているのではなく、むしろ『点状に』(punktformig) 全法素材を貫徹しているのである」。 (Hans Welzel, *Naturrecht und Materiale Gerechtigkeit*, Göttingen 3. Aufl., 1960, S. 197 ff.)
- (5) この問題についてポッピオの見解を挙げておこう。ポッピオは、「法源」を「発生源」(Entstehungsquelle) と「効力源」(Qualifikationsquelle) に二分し、前者はある事実または事実の系列から生ずるのに対し、後者はつねにある規範から生ずるものだとする。そして、「規範を事実的なものと見るかぎり、それはつねに他の事

実から生ずる。けれども規範のある制度内での妥当性はつねにそれ以上の規範から受けうるのだ」と述べ、法源として「事物の本性」が主張される場合は、一般に「発生源」の意味をもつが、これには「ある目的にとってある事実がふさわしい」という目的・手段関係の是認が前提とされていなければならない。そして「事物の本性」から導き出された原則を効力あらしめるためには、それがある制度の「効力源」に帰せられるものでなければならぬ。いいかえれば、「事物の本性」はある事物の原則を指示するだけであって、それを法規範たらしめるのは別の法規範によってである」とポッピオはいう。(Vgl. Bobbio, a. a. O., S. 96 ff.)

- (6) 健全な法実証主義については、Vgl. E. Schmidt, *Gesetz und Richter, Wert und Unwert des Positivismus, juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Schriftenreihe Heft I.*
- (7) Vgl. Baratta, a. a. O., S. 120.

三、現代「事物の本性」論の意義と背景

現代の「事物の本性」論は、戦後のドイツにおける法的思考が、戦後処理の段階での極端な自然法論の再生から次第に落ち着きを取り戻して、いわゆる「新実証主義」の反動へ移行していった過程と深く関係する。⁽¹⁾ すなわち、戦後ドイツにおける一連の連邦司法裁判所の判決にしばしばあらわれた安易な自然法への訴えに対して、次第に法的安定性の意義、および恣意と主観主義とが法秩序に対してもつ危険が認識されるようになってきたということは、他方、「事物の本性」の意義がますます増大してきたことを意味する。

ようやく弛緩しだした自然法的思考形式から新実証主義へのこのような推移は、単にドイツの法律学および法哲学によって強力な論拠が提出されつつあるだけでなく、またドイツの裁判そのものによっても如実に示される。たとえば一九五一年一月一二日の連邦憲法裁判所の判決は「事物の本性」を引き合いに出して次のように述べている。「もし、実定法上の差別または平等な取り扱いについて、合理的な、事物の本性によって明らかとなる、またはその他の方法で事物的に分明な理由 (sachlich einleuchtender Grund) が見出されないならば、平等の原則は侵害される」と。連邦裁判所もまた、家族の者に対する侮辱⁽²⁾が問題となった刑事事件に関する判決において、「生は家族の者にも名譽を帰するということは社会学的本性という事実である」と述べている。⁽³⁾

「事物の本性」の問題は、このような側面から、最近のドイツの法的経験の変遷において、健全な実証主義との均衡を求め自然法の一モメントとして現われる。いかえれば、それは法実証主義一般の問題とさえいえるのであって、その内部で法の実定性が妥当する限界の問題として論ぜられているといえよう。にもかかわらず、今日では、「事物の本性」は少くとも上述の意味において実定法に対立する原理として問題とされているように思われる。

制定法と「事物の本性」とのこのような対立は、なかんづくさほど古くはない歴史的事情と結びついている。先に引用した

「事物の本性」にかんする一考察

モンテスキューの法の定義によれば、法は事実上必然的かつ合理的に「事物の本性」から導出されたものであった。一九世紀の法典編纂に伴う樂觀主義は、法は合理的に生成するという確信にもとづいていた。法は專制的恣意的体制の下で成立するのではなく、まさに「事物の本性」のうちに確固たる基礎をもつものであった。⁽⁵⁾

ところがその後、制定法の危機、立法の厯大化、法制定の官僚化の進行に伴い、制定法と自然的・社会的実在との距離は次第次第に増大していった。制定法はこのように「事物の本性」との連繫を喪失するにしたがい、官僚主義的立法者の恣意に左右されるものとなった。ここでは、制定法はたんなる合法性以外にはもはやその固有の妥当性のためのいかなる基礎をも見だせない。⁽⁶⁾ 立法行為のこうした変質過程の行きつくところは、「法律は法律だ」というテーゼと、「民族に役立つのが法である」というテーゼのなかに端的に表明されているといえよう。⁽⁷⁾

「法秩序の倒錯、《不法な制定法》、そしてその帰結としてドイツにおいて崩壊とともに現われた自然法の反動、独裁者に奉仕したということではいまや告発されるにいたった法実証主義に対する抗議、これら一連の現象は制定法と事物の本性との乖離の最も明白な帰結である」。⁽⁸⁾ ここから、戦後のドイツにおいて新しく主張されだした「事物の本性」は、制定法に対する批判的原理となり、法実証主義の限界を呈示する意味をもつとともに、自然的・社会的な実在構造に法を合理的に結びつけることによ

ってその実定法を基礎づけようとするところに自己の課題を見出したのである。⁽⁹⁾

- (1) Vgl. Baratta, a. a. O., S. 121 ff. ナチス独裁時代の、「法律は法律だ」、「命令は命令だ」というテーゼによって示される極端な実証主義は、完全な法の転倒に追い込んだが、この実証主義は戦後、自然法思想の再生によって交代させられた。しかしながら、「この動きはその後、他面ではしばしば明らかに目的を逸脱したために、……次第次第にそれとわかる幻滅をさそい、新実証主義の反動を招来した」のである。(Vgl. Arthur Kaufmann, Die ontologische Struktur des Recht, in: Die ontologische Begründung des Recht, 1965, S. 471. 宮沢浩一「アルトワール・カウフマン『法の存在論的構造』法学研究三六巻六号、七四頁。E. Schmidtの「実証主義は死んだ。実証主義こそ生きよ。」という言葉は、自然法への安易な援用を排し、健全な実証主義を求めるための警告の言葉として理解されるべきであろう。
- (2) カウフマンによれば、多くの裁判所はみせかけの自然法を援用して、彼等にとって望ましい判決をうるのに支障をきたす有効な法律に一顧も与えず、法律にはまったく規定されていない刑罰を宣告した⁽¹⁰⁾。Kaufmann, a. a. O., S. 471. 宮沢訳原掲七四頁。
- (3) Vgl., 12, Oktober 1951, BVerfGE I, S. 14 ff. Baratta, a. a. O., S. 121, Nr. 28.
- (4) Vgl., 26, April 1951, ((JZ 51, 520 f.)). なお、この判決については Vgl., E. Mezger, JZ 1951, S. 521 ff., K. Engisch, Die Idee der Konkretisierung, 1953, S. 121, Nr. 103.
- (5) Baratta, a. a. O., S. 122. なお、モンテスキューの着想のヨーロッパ法学界への影響については Vgl., E. Schmidt, Montesquieus Esprit des lois und die Problematik der Gegenwart von

Recht und Justiz, in: Kiesserbach-Festschrift, S. 174 ff.

- (6) バラッタは「制定法の実定性を単なる合法性にまで下落させた理由は、同時に、一九世紀の自由国家から今日の福祉国家へという国家の概念と機能の変遷にも深くかわかる」と指摘している。つまり、彼によれば、国家の任務の拡大は、大量の、そしてしばしば無秩序の法規を生み出し、そしてその大部分はモンテスキューの法の定義とはおよそ縁遠いものとなったのである。(Vgl., Baratta, a. a. O., S. 123.)
- (7) 例えば、ディーツェはいう。「法とはアリア人が法と認めたものであり、不法とはアリア人が否認したものである」。「民族に役立つ一切が法であり、民族を害する一切が不法である」(Hans Helmut Dietze, Das Naturrecht der Gegenwart, Bonn 1936, S. 185 ff.)と。このようなテーゼは「法を制度的に形成された生活領域の内的秩序として把握する具体的秩序の思想と結びついてドイツ法実証主義の特質を示すものといえよう。なお、八木鉄男教授は、「法律は法律だ」というテーゼを「民族に役立つものが法である」というテーゼに転化させるためには、政治的法理論ひいては民族全体主義を基礎づける形而上学的法哲学が必要であった、といわれる。(「悪法論と法実証主義」同志社法学九八号一五頁参照)。
- (8) Bratta, a. a. O., S. 123.
- (9) マイホーファーはこの自然的・社会的实在構造は法的規制とその標識の生きた素材を表示するものだとして具体的自然法と呼び、従来の超越的な自然法を抽象的自然法だとしてこれと区別している。(Vgl., Werner Maihofer, Die Natur der Sache, Archiv für Recht- und Sozialphilosophie, Bd. 44, 1958, S. 145 ff.)

四、ラートブルフの「事物の本性」論

「事物の本性」をめぐる戦後の論議は、ラートブルフの晩年の諸著作に触発されたものであった。⁽¹⁾なかでも、ラウンの祝賀記念に献げられた『法学的思考形式としての事物の本性』と題する論文⁽²⁾は、彼の思想の終極を示すとともに、新カント主義の前提を崩さずに、価値と存在との峻厳な二元的対立の克服が試みられている。以下において、この論文の内容を簡単に紹介し、合せて若干の検討を試みたいと思う。⁽⁴⁾

ラートブルフは、この論文の中で「事物の本性」概念を次の三つの問題に分けて論じている。「事物」とは何を意味するか。「本性」とは何を意味するか。「事物の本性」の拘束力はどこから生ずるか (Vgl. S. 10 ff.)。

(一)、「事物」について

ラートブルフは「事物」を、「法が形成すべき基体であり、質料であり素材である」と規定する。そして「法の素材は、人間の共同生活、社会の内容における生活関係や生活秩序の総体並びに、これらの関係や秩序の構成部分たる生活事実である」(S. 10.) とし、これらの素材を、「自然的事実」(Natur-tatsache)、「法関係の先行形式」(Vorformen der Rechtsverhältnisse) および「法的に規制された生活関係」の三つの形式に分類する。

ラートブルフはまず、リングゴが垣根を超えて落ちること――

「事物の本性」にかんする一考察

相隣権にとって重要な意味がある――や地球の公転・自転――法の期間、期限はこれによって規定される――といった単純な事実から始める。人間による自然の漸進的支配や技術の発達は新たな素材と法の問題を生ぜしめる。事物の人間に対する意味的關係は、拘留、禁錮、占有、所有といった漸次に精神化された概念として民法や刑法の基礎を形成する。人間もその肉体的精神的性状において、それが法的規制の客体として現われる限り、この意味での自然的存在者である。さらに、立法者は「法における人間」を経済人 (homo oeconomicus) の範型にしたがって極めて伶俐かつ利己的なものと考えるか (私法の場合)、共同責任感の充満したものと見るか (公法の場合、たとえば選挙権の保障。) ということも法の精神の基準となる。こうして「人間生活の自然的諸形式」(Naturformen des Menschenlebens) は法全体、なかんづく親族・相続法の基礎となる (S. 10~11.)。

しかしながら、ラートブルフによれば、「このような諸関係・諸事実はすべて、純粹の自然的素材としてはまだ法の素材ではない。法は直接に自然的な性的―生殖的關係に基づくのではなく、むしろこれがその核心となっている社会的形象 (Sozialgebild) に基づいているのである」。「法の素材は概念的に多様な仕方でもって形成された (vorgeformte) 現実である」(S. 11.)。かくして「自然的事実」は第二形式たる「法関係の先行形式」へ、すなわち慣習、伝統、慣行、習慣、習俗を通じて規律される生活諸關係、「未発達の慣習法」へ移行する。ラートブルフ

はその例として、債権法の基礎となる取引の型 (Geschäfts-typen)、それ自身のうちに法人と認められたいという要求を担っている自治体や教会などの集団的形象 (Kollektive Gebilde)、そしてまた、すでに国民の良心が否認し、禁止と処罰を求めている諸々の反社会的行為 (antisoziale Handlungen) などを挙げている。

これらの法的規制の先行形式は明確な限界なしに慣習法へ、したがって第三形式としての「法的に規制された生活関係」へと移行する。そしてこれも法の素材たり得るのである (S. 12-13)。

(1)、「本性」について

事物の「本性」を定義してラートブルフは「事物の本質 (Wesen)・事物の意味 (Sinn)」、……しかも生活関係そのものの属性から引き出される客観的意味だと解すべきである」としている (S. 13)。したがってそれは、存在者の意味として自然主義的に解されるものではない。デルンブルヒが「事物の本性」を生活関係に内在する秩序であるというとき、それは何か純粹に観念的なものに対する具象像として理解され得る。しかしラートブルフにとって、客観的意味とは、かかる性状にある生活関係がどのような意味のあるものとして、すなわちある理念の実現として考えられるかという問いに対する答えである。法とは「特定の側面から見た人間生活そのものである」と言ったサヴィニーの言葉になら⁵⁾い、ラートブルフは「事物の法的意

味は、したがって特定の側面の下に生活関係の全体から特定の徴表を選択することである」という。

この特定の徴表を択び出す手続を、ラートブルフは、画家であるアンセルム・フォイエルバッハが彼の偉大な父(法律家)から学び取って、様式 (Stil) とは非本質的なものを適当に除去することであるという言葉を引き合いに出して次のように説明している。

「法学的様式もまた、非本質的なものを適切に除去することである。こうして得られた法学的徴表は法理念の支配の下に統一的な意味構造にまで総括される。この意味構造はつねにそうであるとは限らないが、大抵は目的論的構造、法の目的と手段の構造であるであろう。このようにして生活関係は理念型の形態を取って法制度に変形されるのであるが、われわれの示して来たこの手続きが法学的構成 (juristische Konstruktion) である。人はこの法学的構成を現象学の立場から、かなりの程度にこれと一致しない点があるにもかかわらず、『本質直観』として特徴付けようとした。これに対して我々はリッケルトやマックス・ウェーバーの方法論的道具立てを手助けとして、意味、理念、理念関係性および理念型という概念を介して説明しようとして来たのである。」(S. 13~14)

(2)、「事物の本性」の法的効力について

ラートブルフは「事物の本性」を「法理念に関係付けられた生活関係の意味」と規定することによって、その法的効力は

いかなる限度にまで要求し得るかという問いが、すでに決定されているという (S. 15~18)。

「事物の本性」は決して存在者 (Seiendes) ではないが、ある存在者に結び付いている。つまりそれは、「事実上の生活関係に帰せられる意味であり、この意味に基礎を置いていた法理念の表現である」(S. 10)。⁵⁾ しかしこれだけではまだ、効力があることが証明されたことにはならないであろう。ラートブルフにとつては、「事物の本性」は直接、自己の力で妥当する法源ではない。それは、ある法源が明示的または黙示的にそれに場所を与えたときにかぎり、効力をもつ。「それは、それによって確かめられた生活関係の意味と、この意味がそれによって自らを基礎付ける理念とが、法の精神に矛盾しないかぎりで、解釈と欠缺補充の手段となる」。つまり、ラートブルフによれば、「事物の本性」は、ある生活関係を規制するにあたって、具体的な立法者の考えた理念が明示され得る場合ではなく、むしろ、やむをえず「立法者一般」(Gesetzgeber in abstrakto) を引き合いに出さざるを得ない時に限ってのみ適用される、法律の解釈と補充の最後の手段 (ultima ratio) である。

さらに、ラートブルフによれば、法理念の貫徹可能性という観点から見れば、「事物の本性」は立法者の指導思想でもある。法理念と「事物の本性」とは、「法理念は事物の本性を顧慮することを強いられているだけでなく、むしろ、これによって内的に規定されている。したがって、事物の本性は不可分的に法

理念の中に融け込んでいる」という関係にある。この関係は、ラートブルフの法思考において「事物の本性」という思考形式が、新カント主義的方法二元論といかに結び付き、調和させられているかを理解するためには、極めて重要な意味を持つものである。というのは、このような思考形式には、存在する者から望まじき者を基礎付けること、カントのいわゆる「一見相矛盾する経験を卑俗に援用する」という批難にたえず直面するからである。

ラートブルフによれば、まず、法理念の貫徹可能性という観点の下では、「事物の本性」は法理念の実現のために、諸般の事情を考慮して (ratione tempore habita) 多少とも順応せざるを得ない「愚昧な世間の抵抗」(Widerstand der Stumpfen Welt) として現われる。しかし「事物の本性」はこのように法思想の貫徹に対する障害として現われるだけでなく、さらには、法思想そのものの内容を形成している。ここでは、「事物の本性」は、「法思想を育成し、その内容へ不可避免的に影響を及ぼす『歴史的風土』(historische Kräfte) を示す」(S. 16) 立法者は、大抵の場合、はじめから無意識的に歴史的に可能なものの限界に、従って「事物の本性」に拘束されている。「一切の当為はある特定の素材に向って妥当し、それ故にまたこの素材によって規定される」という、すでに示された「理念の素材被規定性」(Stoffbestimmtheit der Idee) の思想を⁶⁾ここで援用することによって、ラートブルフは法理念と「事物の本

性」との関係を次のように帰結する。「法理念も本質的に法素材へ向って、そして法素材によって、すなわち時代と民族の特殊性、簡単に言えば事物の本性によって規定される」(S. 17.)と。

- (1) Vgl. Barrata, a. a. O., S. 124 ff. R. Dreier, Zum Begriff der „Natur der Sache“, Berlin 1965, S. 67 ff. K. Engisch, Zur „Natur der Sache“ im Strafrecht, in: Die ontologische Begründung des Recht, S. 204 ff.
- (2) Radbruch, Die Natur der Sache als juristische Denkform, Lann-Festschrift 1948. 以下、本文中の頁数は Darmstadt 1960. 版の頁数である。
- (3) ライトブルフは右論文の冒頭で、「事物の本性は存在と当為・現実と価値との厳格な二元論を緩和しようとする者、理性を事物の中に求める者の合言葉である」と述べている。
- (4) ライトブルフの「事物の本性」論を扱った邦語文献の代表的なものとして次のようなものがある。矢崎光圀「ライトブルッフ法学における晩年の課題」(法律時報、第三三卷、一〇号)、阿南成一、前掲論文、小林直樹「法理学」上巻四二頁以下。
- (5) v. Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Ausgabe 1892, S. 18.

五、ライトブルッフの「事物の本性」

論の検討

(一) 方法論的基礎。

ライトブルッフの法思想の発展過程は、初期の作品に示された

存在と当為の「方法二元論」から、「理念の素材被規定性」の思想を経て、晩年の「事物の本性」論へ至るまでの一直線の道として示し得る。そしてこれはまた、新しい法存在論への道案内役を果すことになったと言われている⁽¹⁾。事実、「事物の本性」論におけるライトブルッフの思想の特質は、事実の世界と価値の世界との間の距離を減少させようとする試みにあると言えよう。そこでまず、ライトブルッフは「事物の本性」論において「方法二元論」を克服しえたであろうかということ、及び「事物の本性」という思考形式が彼の方法論とどのように調和せしめられているか、ということ念頭に問題を検討してみよう。

この問題を検討するに先立って、事物の「本質」を拵び出す手続きとして、ライトブルッフにおいて重要な意味を持つ「法学的構成」についてさらに詳しく紹介しておこう。

ライトブルッフは、「事物の本性という思考形式において現われる構成は、ある生活関係を法的関係へ、そしてある法的関係を法制度へと作り変えること (Umformung) であり、この手続きは生活関係の法的意味を引き出すこと (Herausarbeiten) を意味する」として、構成の本質をほぼ次のように述べている (S. 30 ff.)。

構成の目的は、最も近き種 (genus proximum) を種差 (diferetia specifica) から抽象的に分離し、順次抽象的な上位概念へと継続的に進行することによって得られる類概念を立

てることではなく、まさに種差の中に含まれ得る法制度の本質的なもの、意味内実を把握することにある。それゆえ、構成にとつては類概念よりむしろ、ゲオルグ・イェリネックやマックス・ヴェーバーの型概念 (Typusbegriff) が役立つ。イェリネックは平均型と理念型を、後には経験型と理念型を区別し、理念型は当為形象または価値形象であり、経験型は個々の場合の最も多くの数においてあらわれる共通のメルクマールを取り出すことによつて得られる存在または現実形象であるとす。これに對して、ヴェーバーの理念型は、理想的な範型を示すものではなく、個別的な偶然性から純化され、首尾一貫して構成され、それ故に一面的に高められた現実の観念的な型である。ヴェーバーの理念型において、経験的な諸現象の本質的なもの、意味、したがつてまた「事物の本性」が把握される。

事実の意味内容は理念との関連においてのみ作り出される。「意味とは、存在に即して実現された当為であり、現実の中に現われる価値である」(S. 33)。したがつて、経験的な現象の意味を探究するためには、現実の世界から価値の世界へ眼を移し、ここにおいて経験的現象に意味を賦与する理念を発見しなければならぬ。法学的構成は大抵は目的論的概念構成であるうし、その対象となる法制度は、通常、一定の法的目的によつて特徴付けられている。しかしながら、法理念は合目的性だけではなく、これと並んで正義及び法的安定性にもかかわるから、構成についても目的論的性格だけが考えられるわけではな

「事物の本性」にかんする一考察

い。したがつてこのような合目的性の思想から離れて、たとえば確定力 (Rechtskraft) の構成には法的安定性が、平等選挙権の構成には正義がその方向を示すことになるう。

さて、右の「法学的構成」についての説明からもわかるように、ラートブルフは事物の「本性」を引き出す手続きについて、マックス・ヴェーバーの「理念型」とリッケルトの「価値関係性」(Wertbeziehung) という概念を援用している。つまり、彼にあつては、ある法制度を構成する、(eine Rechtsinstitut zu konstituieren) ことは、まさに M・ヴェーバーの理念型を適用することによつてなされるのである。しかもこの適用は、個別的なものを一般化するという手続きではなく、当該生活関係の個別性そのものを類型化または「理念化」することによつてなされる。ラートブルフのこの手続きが、ヴェーバーの方法論の適用であることは、彼がライナッハの現象学の理論や、生活関係の意味及び生活関係に内在する現実を個別化して把握しようとする一切の試みには、無関心の態度を取っていることからわかる。

周知のように、ヴェーバーは理念型を歴史認識の基本的な発見的道具 (heuristische Instrument) を示すものとした。理念型は、ヴェーバーによれば、概念的に十分に合理化された歴史的事実の形象の中に成り立つものであつて、それはこの事実についての特殊な認識関心の基準に照らして重要であり、類型的であるものの顕著な特質を引き出すことによつて達成される。⁽²⁾

ラートブルフはヴェーバーの理念型を適用し、さらにリツケルトの価値関係性という原理に準拠することによって、法理念そのものを事実の本質性格の選択基準にまで高める。彼が西南ドイツ学派から受け継いだ価値関係性という原理は、「事物の本性」論においては、シュタムラーの厳格な二元主義の形式性に比してより、内容的に発展させられたものと言えようが、にもかかわらずその本来の理論的限界が、ここでも維持されているといわなければならない。というのは、ラートブルフにあっては、「事実の意味内容は理念との関係においてのみ生み出される」(S. 172.) からである。この言葉は、ラートブルフにとって、意味は事実の構造要素ではなく、思考過程の成果であることを示すものとして解すべきであろう。そしてこの思考過程が、彼にあってはまさに価値へ関係付けることに外ならないのである。

以上によって明らかのように、「事物の本性」論において見られるラートブルフの一元化への内的衝動にもかかわらず、彼がここで探求した理論的成果においても、やはり彼が発見した相対主義の本来の形が依然として保持されていることが理解されよう。つまり、彼にあっては、「事物の本性は価値と現実、当為と存在との峻厳な二元主義をいささか緩和することに役立っても、それを止揚することには役立たない。法理念は、所与の意味として存在面で働くところの事物の本性に対しても、最後の言葉を述べなければならない⁽³⁾」のである。

法理念と「事物の本性」との関係についてさらに立入って考察してみよう。

ラートブルフはこの関係を一種の条件関係として描いている。理念は自己を実現するためには特定の社会的現実によって何らかの仕方で条件付けられている。この場合、「事物の本性」はまず、理念がつねに考慮に入れなければならない「世間の愚昧な抵抗」として現われる。さらに、「事物の本性」は「歴史的風土」として法理念の内容そのものをも条件付けている。他方、理念的なものの実在的なものによる発生的制約性を明らかにするために、ラートブルフは上部構造と下部構造とのマルキシズム的弁証法の解釈を用いている。⁽⁴⁾ 理念は素材によって規定される——存在は当為の条件である——というこの関係は、新カント主義の限界を超えて存在論への内的衝動を現わしているように見えよう。

しかしながら、ラートブルフが試みようとした当為と存在との、この深い結び付けは、実際には妥当な論理的帰結と言うよりもむしろ、一つの綱領(彼の思想の最も内的な綱領)であった。⁽⁵⁾ つまり、論理的には、このような条件関係も、法の基礎付けを導く法理念の選択にまつわる非合理性、相対性という性格を払拭するものではない。「素材の中に理念を観ることは直観の偶然であって認識の方法ではない。であるから方法論的認識にとつては、当為命題は他の当為命題からのみ演繹的に導き出すことができ、存在事実を基礎として帰納的に理由付けられること

はできないということに変わりはない」からである。⁽⁶⁾

- (1) 宮沢浩一・原掲・七一頁以下。
- (2) Vgl., Max Weder, Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis, in: Archiv f. Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, 1904, S. 22-87.
- (3) Radbruch, Vorlesung der Rechtsphilosophie, Göttingen 1965, S. 23. 野田・阿南訳「法哲学入門」(ラートブルフ著作集第四卷『実定法と自然法』)四九頁。
- (4) Vgl., Radbruch, Klassenrecht und Rechtsidee, in: Der Mensch im Recht, Göttingen 2. Aufl., S. 23 ff. 山田晟訳「階級法と法理念」(著作集第八卷『社会主義の文化理論』)一五三頁以後参照。
- (5) Vgl., Baratta, a. a. O., S. 123.
- (6) Radbruch, Rechtsphilosophie, 4. Aufl., S. 99.

(二) 「事物の本性」の機能

ラートブルフの研究によれば、ラートブルフの「事物の本性」概念には二つの意味が含まれている。⁽¹⁾一つは、経験的・理論的「事物の本性」概念 (empirisch-theoretischen Mds-Begriff) であり、他の一つは、技術的・実践的「事物の本性」概念 (technisch-praktischen Mds-Begriff) である。彼によれば、前者は、認識論的に条件付けられた実在及びこの意味での自然的・社会的法則性であり、それは感覚的素材から主観的に一定の観点の下で重要なものとして引き出される諸要素の総体を意味する。⁽²⁾後者は、ある対象がある目的を達成する

ための手段に適したものであるとき、それがもつべき性状を意味する。⁽³⁾したがって、ここで「本性」という言葉は、事物の目的の相応の性状を意味する。具体的に言えば、ある法秩序の目的が設定されたなら、当然にそれに相応すべき性状が「本性」である。

さて、この両概念のそれぞれに、異った機能が対応する。前者に対応するのが「制限機能」(Schrankenfunktion) であり、後者に対応するのが「解釈及び欠缺補充機能」である。ラートブルフの言う「立法者のための指導思想」、「愚昧な世間の抵抗」、「理念の素材被規定性」という言葉は、制限機能を表示したものである。解釈及び欠缺補充機能としての「事物の本性」は、ラートブルフにおいてまず、法学的構成の出発点となる社会的・法的制度の本性としてその制度の価値に関係付けられた意味と、法学的構成の成果としての「構成された制度の本質」、すなわち構成された制度の理念型的構造とが組合わされて一つの統一的意味構造に総括されたものとして示される。そして、これが法規の解釈原理となる。たとえば、ある法制度の目的が、婚姻制度の本性は子孫の出生と養育にあると見るならば、この目的に適合して組み立てられた婚姻制度を構成する諸規範の中に、その目的に対応する婚姻の理念型的本性、すなわち婚姻に関する意味統一構造が存し、これが婚姻法規の解釈原理となり欠缺補充の機能を果すことになる。

ラートブルフの言う「事物の本性」の機能に関するこのドラ

イヤーの分析は、両概念は互いに厳格に二分し得るものではなく、後者は前者の問題の上に立っていることを前提とすれば、ほぼ妥当なものと言えよう。そして前者は、法哲学上の原理にかかわる問題として、より重要な意味を持つものと言えよう。

ラートブルフ以後、「事物の本性」に関する諸論議・諸研究は主にこの制限機能を中心として展開されたと言つてよい。ドライヤーによれば、それらは、「事物の本性」概念が形而上学的・目的論的に把握されるか、非目的論的に理解されるかによって二つの方向に分けられる。⁽⁴⁾ 目的論的に理解しようとする方向は特に新トマス主義の自然法論において見られる。⁽⁵⁾ 第二の、そして主流をなす傾向は、法的に重要な対象の全領域を「事物」としてこれを経験科学的に確定し、ここから法則的に「本性」概念を導き出すとするもので、特にコイニング、エンギッシュ、ボツピオ等によって展開された。エンギッシュは、この傾向において追究された「事物の本性」の機能について、次のような適切な総括的定式を与えている。「法は不可能事を求めえない。法の目的から特定の手段が帰結する。人間の衝動、欲望、関心は顧慮されなければならない。伝統的または現代の価値観は尊重されなければならない」。⁽⁶⁾ これらの主張の中には、「事物の本性」を限界機能として示そうとする明白な意図が見出されるであろう。より詳しく検討すれば、これらの限界設定

的意味は、二つの異った段階で展開される。まず第一段階は、規範設定者は彼の規制の貫徹可能性に価値を置く以上、その実現が自然法則的に不可能なことを命じてはならない(例、妊娠期間の無視)とするもので、⁽⁷⁾ 法の規制客体としての「事物」に重点を置くものである。第二段階は、「本性」をより重視するもので、立法者はその規制が合目的であることを欲するならば、「手段—目的関係」に結び付けられねばならず、「事物の本性」は、結局、この手段—目的関係を暗示するものにほかならないとするものである。⁽⁸⁾ そしてこの両段階において展開された「事物の本性」論の機能面での主張は、いずれも法の素材となるものの本質法則性を経験的に明らかにすることによって、立法に対する基準を提示しようとするものと言えよう。

(1) R. Dreier, *Zum Begriff der „Natur der Sache“*, Berlin 1965, S. 69.

(2) Dreier, a. a. O., S. 98.

(3) Dreier, a. a. O., S. 106.

(4) Dreier, a. a. O., S. 71.

(5) その典型的な例としてドライヤーは Herbert Schambeck の *Der Begriff der „Natur der Sache“* を挙げている。

(6) K. Engisch, *Die Idee der Konkretisierung*, Heiderberg 1953, S. 115.

(7) Vgl. Maihofer, a. a. O., S. 158. Welzel, a. a. O., S. 244.

(8) Vgl. Bobbio, a. a. O., S. 320 ff.