

自由法論に関する一考察

——リープシュレーガーの見解の紹介と検討——

舟 越 耿 一

- 一 はじめに
- 二 自由法論の理念の体系的叙述の試み
- 三 自由法論の批判と評価
- 四 若干の検討

一 はじめに

(一) 本稿の課題は、リープシュレーガー (klaus Riebschläger) の *Die Freirechtsbewegung — Zur Entwicklung einer soziologischen Rechtsschule, 1968*¹⁾ を紹介し、あわせて著者の方法論上の基本的立場について若干の検討を加えることである。

同書は、その表題に示されているように、自由法運動を、法の社会学的考察を行なう学派の視角から検討したものであるが、紹介の前に、同書の対象である自由法論、および、それをめぐるわが国の基本的研究状況について簡単なコメントを加えておきたい。

まず、ことばの問題のことわりにすぎないが、リープシュレーガーはその表題に自由法運動ということばを用いているが²⁾、本稿では自由法論 (Freirechtslehre) ということばを用いる。その二つのことばは、決して同じものではない、という重要な指摘があるが³⁾、その指摘の意義と重要性を認識しつつも、さしあたって本稿では、両者を区別せずに用いることとする。

さて、本節で問題としたいのは、19世紀末から今世紀初頭のドイツ、フランスにおこり、第一次大戦までには消えていったとされる自由法論を、なぜ現在論ずるのか、ということである。

自由法論は、その当初より様々な批判や非難を浴びてきたし⁴⁾、第二次大戦後には、自由法論がファシズムによる法の歪曲の擁護理論に転化したという批判をもうけた。さらにまた、現在においても、相変わらず、自由法論につきまとっている「感情法学 (Gefühls-jurisprudenz)」の危険が指摘される。しかし、他方では、反「概念法学 (Begriffsjurisprudenz)」という自由法論の理論上・実践上の綱領的立場の法思想史・法学史・法社会史等の領域における歴史的功績の大きさと正当性については、今や誰も疑いはしなくなっていると思われる⁵⁾。こうして、自由法論は、その理論的な欠陥や歴史的意義等については分析・論議しつくされて、すでに歴史の書庫の中にしまわれてしまった感がある。アルトゥール・カウフマンも次のように言う、「自由法運動は、生きているか、それとも死んでしまったか。自由法運動自身は死んだ。もはや、それは存在しない⁶⁾」、と。

では、自由法論は、本当にもう研究済みの遺骸と化してしまったのであろうか。私には、必ずしもそうは言い得ないのではないかと思われるのである。まず、歴史的考察のコンテ

クストにおいては、自由法論のイデオロギー性及びその歴史的な性格をいかに把握するかという問題、すなわち、各国で主張された自由法論は、「独占資本主義をもたらした社会的諸条件の変化に法を対応せしめるという共通性格をもっている⁷⁾」としても、それを帝国主義の法的イデオロギーとみるのか、それとも絶対主義的法イデオロギーに対する市民的法イデオロギーの展開としてみるのか、というきわめてデリケートで重要な問題がさらに突込んで考察される必要があるのではないかと思われる⁸⁾。

次に、法理論的考察のコンテキストにおいては、自由法論は一つの固定したブロックとみなすことはできないし、なんらかの綱領でくくってしまうこともできない、という見解さえ存在するが⁹⁾、たしかに、自由法論の方法論上の綱領的立場については、その否定的・消極的論点は明瞭であるとしても、肯定的・積極的諸論点（たとえば、法および法源の概念、欠缺の範囲確定とその補充の方法、自由法、生ける法の内容等々）については、各論者によって著しい偏差があることは認めざるをえないであろう。したがって、自由法論の方法論に関する積極的主張の側面における「共通性と特殊性」の析出に関しては、全体としての理解と評価が、相当程度今後の課題として残されているといえよう¹⁰⁾。

以上のように、自由法論は、それに関する歴史的研究の領域においても、法理論的研究の領域においても、未だ重要な課題を残していると考えられるのである。

リープシュレーガーの研究は、自由法論について概略的ではあるが体系的な理解と検討をめぐらしたものであり、上述のようなわが国の自由法論研究の状況からすれば、自由法論の方法論上の諸見解の「共通性と特殊性」の析出の一つの試みとして、また現代的観点からする自由法論の再構成および批判・評価として正当に位置づけ評価されるべきものといえる。本稿はかかる観点からかれの研究のあらましを紹介し、そこで論じられている若干の問題を検討するものである。

(二) さて、リープシュレーガーの研究の紹介にうつる前に、著者の立場や原著書の構成等について簡単に述べておきたい。

表題からもわかるように、著者は、自由法運動を「裁判官王国 (Richterkönigtum)」の観念——「法および法律からの自由」——に結びつける立場や、19世紀に支配的であった法学と法実務に対する反動としてとらえる立場を否定している(a. a. O., S. 11f.)。

同書は、4章15節から成り、前半は19世紀の実証主義各派の法理論の解明(第1章)および自由法運動の理論の歴史の叙述(第2章)にあてられ、後半が自由法運動の理論の体系的叙述(第3章)とそれの批判および評価(第4章)にあてられている。本稿で紹介するのはこの後半部分である。

以下、便宜的に、後半部分の構成を示しておくが、本稿はその構成に従って順次紹介してゆく方法をとるので、以下に示すものは同時に本稿の紹介部分の構成(目次)でもある。()内の数字が本稿における章・節の番号である。

- 第一章 19世紀の法学における実証主義の諸潮流
- 第二章 自由法運動の歴史
- 第三章 自由法論の理念の体系的叙述の試み(二)
 - 第10節 自由法論における法の概念(一)
 - 第11節 新しい法源論(二)
 - 1. 「法源」概念の明確化

2. 支配的な法源二元主義を伴う自由法的欠缺理論の矛盾

3. 新しい法理論の諸原則

第12節 法発見の方法について（三）

1. 欠缺補充 a.方法 b.内容

2. 反制定法の神話

第四章 批判と評価（三）

第13節 自由法論の欠陥（一）

1. 誤まった欠缺概念

2. 方法の曖昧さ

第14節 不変の功績（二）

1. 法秩序の無欠缺性のドグマに対する成功した闘争

2. 法源二元主義の克服

第15節 テーゼ（三）

1) 本書は、ヒルシュ (E. Hirsch)とレービンダー (M. Rehbinder)が編者であるベルリン自由大学の法社会学叢書の第11冊目の著作である。(Schriftenreihe des Instituts für Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung der Freien Universität Berlin, hrsg. von Prof. Dr. Ernst E. Hirsch, Band 11) なお同叢書については、北川善太郎「西ドイツの法社会学」(法社会学講座第2巻『法社会学の現状』) 118頁参照。

2) リープシュレーガーは、自由法思想家 (Freirechtler) にとっては、自由法運動 (Freirechtswegung) ということばは、Freirechtslehre, Freirechtsschule, freirechtliche Schule, freie Rechtsfindung, soziologische Rechtsfindung ということばと同義語 (Synonym) として用いられると述べている。a. a. O., S. 11. Anm. 1.

3) 従来の自由法運動に関する研究は、「総体としての自由法運動」から切り離されて単なる「論」や「学派」に矮小化されたりしてその全体像においてとらえられることがなかったという批判。川村泰啓「ドイツの自由法運動——市民法イデオロギーの体系的展開として(1)」(判例時報548号) 15頁参照。

4) わが国ではほとんど顧みられないが、「自由法運動の闘争報告 (Kriegsberichte)」とも呼ばれる次の文献を参照されたい。Gustav Radbruch, Literaturberichte—Rechtsphilosophie, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 24, 1903/04 — Bd. 28, 1907/08 (Acht Literaturbriefe). その評価について、A. S. Foulkes, Gustav Radbruch in den ersten Jahrzehnten der Freirechtswegung, in: Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, hrsg. von Arthur Kaufmann, 1968, S. 233. また、舟越耿一「ラートブルフと自由法論」(同志社法学第26巻1号), 一, 二, を参照。

5) ただし、自由法論についてのそのような一般的評価の定着と、自由法論的思考様式あるいは方法論のわが国における理論と実務への内面化・定着化とは別問題である。そのことを指摘するものとして、加藤一郎「法解釈学における論理と利益衡量」(『民法における論理と利益衡量』所収) 13頁、北川善太郎『日本法学の歴史と理論』160頁、丸山英気「戦前の自由法思想」(小林・水本編『現代日本の法思想——近代法100年の歩みに学ぶ』所収) 58頁以下。

6) Arthur Kaufmann, Freirechtswegung—lebendig oder tot? Ein Beitrag zur Rechtslehre und Methodenlehre, in: Rechtsphilosophie im Wandel, 1972, S. 270 宮沢浩一訳「現代の方法論からみた自由法運動」(法学研究44—3) 384頁。ただし、かれのこの見解は「自由法学派が教えたもののうち本質的なものは自由法学派を越えて作用し、今日もなお直接に生きているということ」を主張せんがために言われたものであることを記しておかなければならない。

7) 磯村哲「自由法学」(民事法学辞典上) 881頁。

8) 田村五郎「概念法学から自由法運動へ」(『概念法学への挑戦』所収の解説) 145・146頁, 天野和夫『法思想史入門』169頁, 参照。わが国では, 「市民法イデオロギー」あるいは「市民法学」という理解のしかたが支配的であることは言うまでもなからう。

9) Vgl. A. S. Foulkes, a, a, O., S. 240f. u. A. S. Foulkes, On the German Free Law School (Freirechtsschule), in: ARSP. Vol. 1969 LV/3, P. 368.

10) 自由法論をめぐる今後の研究の方向について次のような指摘がある。自由法論とよばれる一群の学説は, 「概念法学的法律実証主義に対する対抗と法適用(裁判)における裁判官の創造的活動の承認……においては共通性を有するが, 積極的な方法論的諸論点……において必ずしも一致しているわけではなく, また, 主張者たちの見解も若干変化しているので, 全体としての理解と評価はきわめて困難である……。したがって今後の研究の方向としては, カントロヴィッツ, フックス, シュタンペ等の代表的主張者の思想の構造を確定することから始めるべきであり, 然る後に彼らの共通性と特殊性を析出すべきであろう」。磯村哲『社会法学の展開と構造』300頁注①。

二 自由法論の理念の体系的叙述の試み

——リープシュレーガーの見解——

(一) 自由法論における法の概念

リープシュレーガーは, 自由法思想の体系的叙述をはじめるときに, 学問の方法は, その対象によって規定される, という立場にたつことを明らかにし, その叙述を法の概念すなわち法とは何かという問題から始めている。

そして, 各々の自由法論者たちが, 法という概念によって何をとらえようとしたかを検討した後, 法学の対象として, 「諸規範によって形成された法秩序と同様に法の現実(Rechtswirklichkeit)を顧慮すること」を要求する見解が自由法論の主流であるとする。しかし他方, 「自由法運動の信奉者たちが『法の社会学化 (Soziologisierung des Rechts)』を企てたと非難するのは(フックスの場合を除いて)粗野な単純化を意味する」(S. 91)と述べる。が結局のところ, 法の概念についての自由法論者の支配的な見解は定義的には示しえない, というのがここでの結論である。

こうしてかれは, 自由法論者の見解は, 法源論と方法論に関する提案の中に見出すべきだとする。

(二) 新しい法源論

1. 「法源」概念の明確化

「法源 (Rechtsquelle)」という概念は非常に多義的であり, そこでは全法哲学上の最も重要かつ困難な諸問題が論じられる。

この「法源」の概念を明らかにするにあたって, リープシュレーガーはガイガー (Geiger) の法源論を検討したうえで, 結局, 「法源」ということは, 法が成立する源 (Rechtsentstehungsquelle) の意味に理解されるとする。他方, しかしまたかれは「法源」の概念は法の概念を前提としてはじめて意味をなすひとつの補助概念であるという。

ところが, すでにみたように, 自由法論者たちの場合には, まさにこの法概念の明析性が欠けていた。そこで, かれは次のように言う。「自由法論者たちは法律実証主義的な法の定義にもとづく法律 (Gesetz) と慣習 (Gewohnheit) の法源二元主義 (Rechtsquellen-

dualismus) に反対して、相応の明確な構成をもちだすことができなかった。かれらの主張する法源多元主義 (Rechtsquellenpluralismus) は、従来の法源理論が理論と実務の要求を満足させることができない、ということの証明でおわっている」(S. 93) と。

ここで明らかなのは、リープシュレーガーは、法律実証主義の立場の法源論を法源二元主義としてとらえ、それに対する自由法論の立場の法源論を法源多元主義（ちなみにこのことばの出典は Kantorowicz, *Tat und Schuld*, S. 29 に求められている。S. 93. Anm. 9) としてとらえていることである。後者が単に前者の批判におわっているというのが、ここでのリープシュレーガーの見解であるが、法源多元主義という自由法論の法源についての考え方は、後半部分ではもう少し積極的に論じられている。

2. 支配的な法源二元主義を伴う自由法的欠缺理論の矛盾

自由法運動が、法律実証主義を支配していた法秩序の無欠缺性のドグマに対抗し、それを破壊せんとすることを第一の目標としたことは周知の事実であり、今さら改めて言うことはないが、リープシュレーガーは、自由法運動によるその破壊のしかたが不徹底であったと述べている。

では、自由法論者はいかなる場合に、どの範囲で欠缺を認めたのか。

リープシュレーガーは、まず、実定法の枠を狭めれば狭めるほど欠缺の範囲は広がるという事実から出発して、どの範囲で欠缺を認めるかは、結局自由法論者のことばの選択にかかってくると述べ、しかも自由法論者のことばの選択は「実定法の概念に結びつけられた『法適用』からではなくて、欠缺へと方向づけられた『法発見』から出発している」(S. 94) と評価している。つまり、自由法論者は、法発見を前提としているが故に、欠缺の範囲を広く求めるという趣旨として理解される。

次に、自由法論者たちはいかなる場合に欠缺を認めたか、ということについて、リープシュレーガーは、自由法論者たちは「実定法において争われている事態 (Sachverhalt) がいかなる『規定 (Regelung)』にも包摂されない場合にのみ」欠缺を承認した、と述べている。その場合、『規定』ということばによって何を意味させるかが問題となるが、かれは、それは「事態の厳密な構成要件の記述 (die genaue tatbestandliche Umschreibung des Sachverhalts)」として理解されているという。

またリープシュレーガーは、自由法的な制定法概念と欠缺概念とを決定しているのは、「個々の法命題の総体としての法律というこの理解」であると述べている。そして、その場合、「この総体は『潜在的な法律意思 (latente Gesetzeswillen)』で相互に結びつけられているのではなく、法文 (wortlaut) によって制約されることによって、より広い欠缺の余地を生む一つの法命題の総体」(S. 94) として理解されていると述べている。

以上のような叙述から明らかになることは、自由法論者は相変わらず法源二元主義を採っているが故に、結果として「欠缺」を広く認めることになり、「実定法へと方向づけられていない法発見の広い範囲」が生じてしまうということである。そうなると、自由法論者にとっては、「法律と慣習法はもはや土台ではなくて制約であるにすぎない」(S. 95)。ここには、自由法論が一貫して浴び続けている批判である『反制定法 (Contra legem)』という特徴が浮き彫りにされていると理解されよう。

しかし、ともかく、以上のことをふまえてリープシュレーガーは先へ検討を進めてゆくが、問題は次のごとく提起される。では「この諸制約の中で、法はどこから得られるべき

か？問題は自由法論者の法源に関する諸見解の検討を命ずる。」

3. 新しい法源論の諸原則

リープシュレーガーは、自由法論者の「法源論」は貧弱であるとしつつも、その中で代表的なものは、自由法を法源とよんだカントロヴィッツの立場ではなくて、「法源の概念に独立した場を承認し、その内容をさらに詳細に実質的に決定しようとする試みだけ」(S. 96)であると述べて、以下、それを試みたフックス (Fuchs)、シュピーゲル (Spiegel)、エールリッヒ (Ehrlich) の見解を考察してゆく。

それをごく簡単に大筋だけ紹介すると、リープシュレーガーはそれぞれ次のように整理・評価している。

フックスは、事物の本姓 (Natur der Sache) や正義 (Gerechtigkeit) や衡平 (Billigkeit) にそれ相応の位置を与えるために、『衡平、公共の福祉 (das allgemeine wohl)、関係者の全体の利益、社会的正義、公共の法意識』を法源として強調したが、これらの法源は、統一的な社会的理念が存在しないところでは明確性をもっていない。

これに対して、シュピーゲルは、社会生活そのものを実定法外の (außerpositiv) 法の源とみなしたが、エールリッヒもこの見解をさらに詳しく論じた。すなわち、規範は、『現存の慣習、支配諸関係、所有、規約、契約、遺言規定』というような法の事実から生ずるのであり、その規範は、自主法たる法曹法 (Juristenrecht) によって法としての形式を与えられることによって市民権を得る、と。

このようなエールリッヒの見解から、立法活動によらず、社会の諸組織の中で自主的に行なわれる社会的な法発展という考えが生まれたことは周知のことであるが、この立法から離れた自主的な社会的法発展という考え方、また、同じ意味で、社会的事実の生成発展の中に規範の生成発展をみるという考え方、そしてさらに、その規範を自主法という形で法として認める考え方に重要な問題が潜んでいるとして、リープシュレーガーは次のように述べている。

「この議論は、今、この時、『存在から当為へのこの神秘的な弁証法的飛躍』(A・カウフマン) が、いったいどのようにして行われるべきか、という問題にぶつかる。それについての答が自由法的な法発見の方法となる」(S. 97) と。

(三) 法発見の方法

1. 欠缺の補充

a) 方法 (Weg)

リープシュレーガーは、上述の「法源論の諸原則」から、「自由法運動の目標は、現存する欠缺を実定されていない (nicht-positiv) 法すなわち自由法で埋めて完全にすることにある」(S. 97)、そうすることによってはじめて『国家権力から独立して妥当することを要求する』法 (カントロヴィッツ) が矛盾なく理解される、ということが明らかにされるという。

では、自由法による欠缺の補充という目標は、いかなる方法によって達成されるのだろうか。

リープシュレーガーは、自由法論者の欠缺補充の方法は不明瞭であり、かえって、そこには、あらゆる方法論の放棄という傾向さえ顕著なものとして見うけられるという。とい

うのも、かれによれば、自由法論者は法発見を単に裁判官の優越的な人格に帰属する機能とみるからであり、かれらの多数の見解は、「法適用の結果はいかなる普遍妥当性をも要求しえないばかりでなく、多くの事件はいかなる正しい解決をももたらさない」（S. 98）、と言っているように思われるからである。

しかし、リープシュレーガーは、あらゆる方法論の放棄という傾向を自由法運動の支配的な傾向と考えているのではない。やはり、社会的な諸事実や目的、利害、確信等々についての経験科学的探究と、その探究にもとづく欠缺補充を支配的なものとみなしているのである。その例として、かれは、エールリッヒ、カントロヴィッツ、シュタンペ（Stampe）、フックスの主張にふれるのであるが、ここでは、フックスに関する叙述を少しくわしく紹介しておこう。

フックスが、帰納的、自然科学的方法を援用した社会学的方法をつかった法発見を主張したことはよく知られているが、リープシュレーガーは、フックスの見解の出発点は、社会学的な法発見は、『何よりもまず、実際的にもっとも賢明な、もっとも正しく、もっとも公平な結果を得るべく努力しなければならない』（S. 99）という主張にある、と把握している。

しかし、今日、誰にでも自明であるごとく、社会学的な法発見と、「正しい」判決とは決して容易に結びつかないし、また、安易に結びつけるべきでもなからう。このことについて、リープシュレーガーもまた、「フックスは、確立された事実や行動様式からいかなる方法で規範が導き出されるか、という問題に答えなかった」（S. 100）と判断している。しかし、むしろ、リープシュレーガーは、フックスは、ジンツハイマーらと同様に、事実認識と価値判断を峻別し、両者の架橋を問題とする立場をとっているのではなく、「社会学的方法で得られた認識は、同時に一定の評価を前提としているということを確信している」立場をとっていると評価している。そしてそうでなければ『自然の』、『経済的』、『正しい』等々の表現によって示されるフックスの『社会学的』という表現を用いた多数の叙述は理解できないと述べている。

リープシュレーガーは、自由法論における欠缺補充の方法として、社会学的方法による社会的諸事象の探究とその成果の裁判官による法判断への摂取ということを考えていると思われる。しかし、かれによれば、自由法論者の諸見解は、不明瞭な言及に満ちており、社会学的方法の定式化にまで到達していない。種々の見解には、「法の新たな方法としての自由法を承認させなければならないという信念」だけが共通のものとして存在している、とかれは述べている。

b) 内 容

では、その自由法とはいかなるものなのか？様々な自由法の概念が提起されたが、それらの間には、何らかの共通点、一致点が見出さるのであろうか？リープシュレーガーは自由法の内容に関する自由法論者の代表的な見解として、エールリッヒ、カントロヴィッツ、フックスの見解をやや詳しく検討しているが、かれの結論としては、次の叙述を指摘できよう。

すなわちかれは、自由法論者の自由法に関する原則的な一致は、「自由法を実定法およびその評価から独立して発見される法であるとみなし、また同時に、実定法から独立してその効力（Geltung）を要求する法であるとみなす」（S. 101）ということにつきると述べ

ている。また、このことと関連して、自由法論と同じように法の欠缺を承認し、その補充を主張した利益法学と対比して言えば、制定法から自由な欠缺補充か、それとも、制定法に則った欠缺補充かという点に、自由法論と利益法学との決定的な相違があると、かれは述べている (S. 101. Anm. 24)。

しかし、結局、「自由法の内容を特徴づけんとする自由法的な諸努力は、本質的には相変わらず諸沈澱物の中にはまり込んだままである」(S. 103) とし、それについての明確な批判と評価がまたれている、というのがリープシュレーガーの本節の結びとなっている。

2. 反制定法の神話 (Die "Contra-legem-Fabel")

自由法運動が、制定法に反した (Contra-legem) 裁判をすることを主張する運動であるとして批判されたことは、周知の事実であるが、自由法運動の提起した重要な問題が真剣な検討に付されるよりも、感情的な反発にさらされてきたという運命の責任の一端は、「自由法 (freies Recht)」というまぎらわしい名称にあるということも、またよく指摘される。

自由法論についてのトータルな叙述と批判を行なおうとするリープシュレーガーが、この『反制定法の神話』をいかに処理するかは興味あるところであるが、かれは、この問題については、カントロヴィッツの所説を軸としながら議論を展開している。

カントロヴィッツは、『反制定法の神話』という同名の論文の中で、自由法論者は、『法とは無縁の (rechtsfremd)』の動機に服しており、『法から自由に (frei vom Recht)』判決を下すことを暗示し、また、『正義狂信 (gerechtigkeitswahn)』のために、法的安定性をも破壊する用意をしている、という主張として、『反制定法の神話』の非難の核心をとらえているという。もちろん、カントロヴィッツは、このような非難が根拠のないものであることを主張したのであるが、リープシュレーガーは、カントロヴィッツの主張とは逆に、ルンプフとシュタンペが、そして、当のカントロヴィッツ自身が、反制定法と理解されるような主張を表明していると述べている。

とくにかれは、カントロヴィッツの『法学をめぐる闘争 (De Kampf um die Rechtswissenschaft)』の次の部分を「決定的な発言箇所」として引用している。

「それ故に、われわれはこう要請する、事案について法律の明文上の一定の裁決が命じられている場合には、裁判官はその事案を法律の命令通りに裁決すべきである。裁判官が法律を度外視することを許されかつ度外視しなければならないのは、次の三つの場合 (だけ) である。第一に法律が裁判官に確実な裁決を命じているとは考えられない場合。そうと知れば即刻度外視してよいし、また度外視すべきである。第二に裁判官の自由にして良心的な確信によれば、裁決当時の国家権力が (直接裁決にあたと仮定しても) 法律が要請している通りの裁決は下しそうにもない場合。両場合とも裁判官に現国家権力が当該の個別的事案を思い浮かべたとしたらそういう裁決を考えたであろうと自分に確信されるところに従って裁決すべきである。もしかれがこのような確信をもちえなければ、自由法にじたがって裁決すべきである」(田村訳による)。

リープシュレーガーは、この一節は、明らかに、反制定法の立場を表明したものであると判断し、カントロヴィッツの後の議論は、この一節を取消すためのものとみるべきであると言うのである。

こうして、リープシュレーガーは、結局次のように結論づけている。すなわち、「『反

制定法の神話』は、自由法論に批判的な人々の純粋な捏造（*Erfindung*）ではないが、カントロヴィッツを除く自由法論者のだれもが、その非難された形では述べたことのない主張を過度に偽造したもの（*Verfälschung*）であることがわかる」（S. 105）と。

この結論は、おおむね妥当なものではないかと思われるが、自由法論の歴史的評価という角度からは、さらに、個々の自由法論者の主張に立ち入った検討が要求されるといえる。また、カントロヴィッツの主張に対する判断については、「法律に反しても」、ととれる1906年の戦闘的論文と、それ以後の「むしろリーガリストティックにさえ感じられる」主張との偏差という角度から、リープシュレーガーの指摘と同旨のものを見出すことができる（矢崎光圀編訳、カントロヴィッツ＝パターソン法学方法論（一）、阪大法学79号の矢崎教授の「解説」、183頁参照）。

三 自由法論の批判と評価

——リープシュレーガーの見解——

（一）自由法論の欠陥

1. 誤まった欠缺概念

リープシュレーガーは、前章の「新しい法源論」のところで、自由法論の欠缺理論を検討した。そこでの結論は、自由法論者は「欠缺」を広い範囲で認めるが故に、「実定法へと方向づけられていない法発見の広い範囲」が生ずるということになり、実定法は、法適用、法発見の土台ではなくて、たんなる制約になってしまうというものであった。かれはこのような検討をふまえて、自由法論の欠缺概念は批判的考察には耐えられないと言い、また、実定法の外に「欠缺の広い海」があるという見解は、欠缺概念を深化させないとして、今日、一般的に承認されている欠缺概念に論及する。

リープシュレーガーは、「実定法における予測のできない不備（*eine planwidrige Unvollständigkeit*）」（S. 106）を欠缺と理解する見解が一般的であるとするが、この理解においては、実定法は、諸規定の総体（*die Gesamtheit der Anordnungen*）として把握される。そして、それは、有機的全体（*organisches Ganze*）ではあるが完全なものではない。したがってそこにおける欠缺の範囲は、諸規定の中に含まれている評価（*Wertungen*）の枠からおのずと明らかになる。

これが、今日一般的な欠缺の概念と範囲であるとするが、ところが、自由法論の見解では、諸規定の中に含まれている評価の枠、あるいは限界を認識しなかったため、必然的に解釈（*Auslegung*）の枠、あるいは限界が、そして同じ意味で欠缺の範囲が正しく認識されなかった。これがリープシュレーガーの批判である。

かれによれば、また、自由法論の役に立たない欠缺概念にはその方法論の欠如が対応するのであり、自由法論批判は、方法論の批判へと深まってゆく。

2. 方法の曖昧なこと

自由法論の法発見の方法の原則上の態度に関するリープシュレーガーの批判は、きわめて単純明解である。それは、法律実証主義的な法発見の方法との対比という形をとって、以下のように述べられている。

実証主義的諸潮流は、ことばの上では、法秩序の欠缺を認めつつも、依然として、実定

法にだけ法発見の基礎を求める完結した法発見の方法を固執した。これに対して、自由法論は、その誤まった欠缺概念から、伝統的な解釈方法にはなんらの活動余地も認めず、まさしく自由な法発見のために独占的地位を要求した。しかし、前者の方法を除外することは、成文化された法 (formuliertes Recht) の価値を否認することを意味し、後者の方法を否定することは、法秩序の無欠缺性の新しいドグマを承認することを意味する。したがって、方法論上の決定的な一步は、法発見の活動領域は前述の二つの方法を含む、ということ承認することである。「両者の対立の和解は、体系的に整序された方法も、自由な法発見の方法も、ともに社会学的な諸認識を活用して許容するという方法二元論を承認する以外にはない」。「ここでいう方法二元論は、存在の思考と当為の思考との対立ではなくて、判決の基点が、ある時は成文化された法であり、他の時は法の社会的土台であるということ、そして、その各々の基点がそれにあつた特別の方法を必要とするということを示す」(S. 107. Anm. 6)。

このリープシュレーガーの見解は、実証主義的諸潮流と自由法論との対立において、それぞれの行き過ぎをチェックして、単なるまん中の位置をとったにすぎないように思われるのであるが、事態はこれによって解決されるであろうか。

判決の形成が、法創造的で、実践的な評価活動であることを認めるにしても、その活動は、判断主体の全く主観的、恣意的な選択に委ねられてよいはずはない。すなわち、法の欠缺を認め、法律外的秩序からの欠缺補充という形をとって裁判が行われる場合、そこには、制定法の一般的規範に内在する判断基準にかわるなんらかの客観的な法的判断基準が求められる。自由法論は、法理論としては、それを探究することが要請されていたのであって、リープシュレーガーの上の見解は、ここに残されている最も重要な課題の前でとどまっているように思われるのである。もっとも、彼は、上の見解に続いて、すぐ後に、フックスの法発見の方法に関する主張を検討し、法発見は実際にもっとも理性的で正当かつ公平な結着を得ようと誠実に努力すべきであるというフックスの「訴え」が方法論的に重要であるとすれば、それは、当該社会の多数は何を正当かつ公平と感ずるのか、それはどのような方法で認識されるのか、といった方法が示されたときはじめて意味をもっと述べ、ここには、自由法論にもとづく確かな提案が待たれていると述べている。したがって、彼も、制定法外からの法発見が依拠すべきなんらかの法的基準の探究を課題としていることは理解されるのであるが、リープシュレーガーの見解は、もう一步突込み不足であるという感想が残るのである。

ともかく、自由法論の方法論に関するリープシュレーガーの総括的見解は、以下のように示されている。自由法論者の法発見の方法に関する見解は、一面的で不完全であり、そのまま法的実践に役立つものではないが、法学および法的実践が、必然的に立法者の方法に類似した考察様式をとらざるをえないことを認識せしめたことは意義がある、と。

(二) 不変の功績

1. 法秩序の無欠缺性のドグマに対する成功した闘争

リープシュレーガーは、自由法運動を評価するにあたり、それは、法秩序の無欠缺性の問題でもっとも大きな成功をおさめたとみる。すなわち、かれによれば、自由法運動は、「法秩序は不可避免的に不完全であるが故に、一般条項を通して法秩序と結合している法律外の (metajuristisch) 秩序の領域からの継続的な補充を必要とする」(S. 109) というこ

とを一貫して主張したが、今日では多くの論者が、これと同じ立場にたっていると述べている。

しかし、法秩序の無欠缺性のドグマについては、基本的な見解の相違というものがある。すなわち、それは、「一般条項にもとづいて新たに定型化された原則（Regeln）は、新たな法創造を意味するのか、それとも、ただ法律によって把まれた空間をさらに詳細に決定すること、したがってまた『潜在的な法律意思』の具体化であるのか」（S. 110）、という問題である。リープシュレーガーは、前者の妥当性を、「立法者はなぜ一般条項を生じさせるのか」という問から引き出してくる。

すなわち、「立法者が一般条項を作るのは、彼らが現在の諸関係も、ましては将来の諸関係も、概略において示す以上に、明確に予示することができるほどに厳密に予想しえないからである。したがって、一般条項は、立法者が全能でなく、それ故に、それ自体の権限に属する職務の一部を他の諸法廷（Instanzen）にふりむけざるをえないということ立法者が告白していることを意味する。そのことから、新しく展開させられた諸原則のもとでは、判決および法学の真の創造が問題となるということが帰結される」（S. 110）、と。

2. 法源二元主義の克服

法秩序の無欠缺性のドグマは、法律実証主義にとってはいったい何であったといえようか。この問いには、様々な角度から様々な答が可能であると思われるが、そのドグマは、まず、法秩序が形式的な三段論法的推論によって、あるいは、伝統的な諸解釈方法を駆使して、全ての法的事件を処理しようという考え方の基点をなしていたのであり、同じ意味で、完結した、固定した法的判断基準の法秩序による独占を示すものであるということが出来る。完結した、固定した法的判断基準の独占とは、また、ことばをかえて言えば、固定した、「閉ざされた法源」としての法秩序のありようを示している。そして、リープシュレーガーは、この法秩序のありようについての考え方を、法律と慣習の法源二元主義として示していたのであった。自由法運動の不変の功績の一つを法秩序の無欠缺性のドグマの破壊に求めるリープシュレーガーの見解からすれば、そのドグマの破壊はまた、制定法以外の裁判基準の探究を意味し、その意味で「法源二元主義の克服」でもあることは容易に推察しうるところであろう。

リープシュレーガーは、まず、「カントロヴィッツは自由法運動の絶頂期に、『ヒエラルヒー的に整序され、体系的に組織された法源多元主義による』法源二元主義の克服を要請したが、この要請によって何が実現されたか？」（S. 110）と問題をたてる。しかし、かれによれば、「法源の総括的叙述」は、その後、これまで本格的に取組まれてこなかったし、決して達成されてはいないのである。

少なくとも、自由法論の認識は、もはや伝統的な法源二元主義に固執することはできないという事態に到達しており、そのことは、外国ではとうに承認されているのである。「たとえば、アメリカ社会学派は自由法論と幾多の接触を示しながら、法律外の（außer-gesetzlich）法源を原理（principles）、ルール（rules）、判例（precedents）において提示した」（S. 111）。

ところが、その成果は、ドイツの体制の中には単純に導入しえない。というのも、「ドイツでは、依然として、現存の規範体系の中に事実を法律上の原則（Regeln）として承認する規準（Regel）があるときはじめて法律上重要になりうる事実（Fakten）しか法が成立

する源 (Rechtsentstehungsquelle) にはなりえないという見解が支配的である」(S. 111) からである。ここには、法たる資格を付与する源 (Rechtsqualifikationsquellen) の尊重という西ドイツにおける思考様式が示されているわけである。

しかし、リープシュレーガーによれば、「法源二元主義の克服」とは、法たる資格を付与する源と、法が成立する源との区別の解消であり、それを媒介するのが「事物の本性 (Natur der Sache)」である。かれは、そのことを次のように述べている。

「判決自身が法源として示される場合、あるいは、所与の体系の中には含まれない『本来的でない法源』という観点の下に法源が承認されなければならない場合には、二元的法源思考 (das dualistische Rechtsquellendenken) のその時々破壊にとどまっている。そこから、大戦後の『事物の本性』はもっとも強い関心を引いたのであり、それは法の生成 (Entstehung des Rechts) の社会学的考察に活動の余地を与えるためにもっとも本来的でふさわしいものでもある」。

さて、リープシュレーガーのいう「法源二元主義の克服」の大体のあらまは理解できたと思う。しかし、かれの提言は、法源二元主義の克服の方向を明らかにするのみで、その方法や内容についてのたちいった理論化はしていない。しかし、リープシュレーガーによって示された方向には、たとえば、法発見は制定法規範と現実の生活関係との即応化であるというような、アルトゥール・カウフマンの法実現過程についての法存在論的思考様式を見出すことができるのではなからうか (田中成明, アルトゥール・カウフマンの法存在論 (三・完), 法学論叢80-1, 63頁以下を参照されたい)。ともあれ、ここでは、リープシュレーガーによる自由法論の評価が法存在論的土台において行なわれていることが理解されてよいであろう。

ところで、リープシュレーガーは、本節の最後に、戦後西ドイツにおける判決例を引用して実務における法源二元主義の克服の過程とその方法を明らかにしている。

かれが例としているのは、労働組合とか政党とかいった「権利能力なき社団」のとりあつかいをめぐる問題であるが、そこでは、判決において「事物の本性」が認識根拠として果たす役割が明らかにされている。すなわち、裁判所が、民法の規定では「権利能力なき社団」として扱われている労働組合などに、この規定を改正せずに、それらの団体の「事物の本性」に即して、権利能力のある団体と同様の扱いをしようとする場合である。

このような判決例から、リープシュレーガーは次のような結論を引出している。すなわち、労働法および社会法の領域では、「今ではだれも法源二元主義の支配を固執しないし、広く事態の中で明らかになりつつある実際の諸状況を斟酌した最高裁判所の判決が決定的なよりどころとなるのであり、大きな団体の法律担当者 (Rechtsstab) や下級裁判所はそれを基準とする」。こうして、「まさしく、労働裁判権 (Arbeitsgerichtsbarkeit) が一つの裁判像を示しており、同時にそこでは、実定規範の欠損 (das Fehlen positiver Normen) が判決に規準的 (normenartig) 性格を付与する形式を与えている」と。しかしまた、他方で、判決の地位がこのように高まると、判決と実定法規範との混同が暗示する危険が高まることになる、という警告をリープシュレーガーは忘れていない。

実務における法源二元主義の克服の形態を以上のように叙述したリープシュレーガーは、本節を、「自由法論は法源問題において汲紋を投げかけたが、それはいまだ静まるまでには至っていない」と結んでいるが、これが、本書のもっとも基本的な問題提起であろうと思われる。その検討は章を改めて行なうこととする。

（三） テ ー ゼ

本書の最後に、リープシュレーガーは、自己の自由法運動研究の成果を10のテーゼに整理している。これらのテーゼは、本書の中では具体的に論及されなかった問題も多いが、評価の別れているテーマについて非常にはっきりした判断を下しており、その判断は、自由法論研究の中で、それなりの位置づけと評価がなされるべきだと思われる。以下にそれを紹介し、本稿における紹介の任務を終えることとする。

1. 「自由法運動は、一つの独立した法学派を成している。それは志向において、利益法学や正法論のそれとは区別される」。「自由法運動は、訴訟問題（Streitfällen）に内在する事物現則性（Sachgesetzlichkeiten）の側で、生活に則した判決を得ることをめざす」。

2. 「そこでは、法政策上の学派が問題なのではなくて、法の方法論上の学派が問題なのである。自由法運動は、要するにこのように、法律（Gesetz）と法（Recht）に対する裁判官の姿勢を変えることを主張するのではなくて、この諸関係の普遍妥当的な認識をめざす」。裁判官は、原則的には制定法にもとづいて判決を下すが、他方ではまた世の中のこと（Sozialwelt）に熟知していることも要求される。

3. 「自由法学派は、まず、実定法と生ける法（自由法）との併存から出発する。自由法は自己を社会の中で発達する法と定義する。それは、欠陥のある実定法の補充や修正、さもなくば取消において不可避免的に有効である」。

4. 「一般条項は、欠陥のない実定法をつくることはできないという立法者の告白とみなされる。それ故に、一般条項は自由法がそこで優先して考慮されるべき枠を意味するべきである」。

5. 「自由法は、法社会学的研究によって確定されなければならない。同時に、この研究は、法と外の社会的諸要素との間にある依存関係を明らかにし提示する任務をもつべきである」。

6. 「社会の現実自身に、自由法論が基準として働く力（normierende Kraft）を与えるかぎり（フックス）」、社会的諸事象の解明をしなければならないが、「その他の点では、自由法思想家は、法社会学から得られた諸認識を実際の法の適用に利用することを探究する。その際、認識された事実を評価し、あるいは、それから新しい法制度を発展させる」（S.115）。

7. しかし、「自由法思想家は、法社会学的認識を法実践に適用する普遍妥当的な方法を提示しなかった」。

8. 「第一次大戦からインフレーションまでの時期における判決は、自由法的な諸観念に強い影響を受けている」。しかし、「『自由法運動』という名前は、この時期に先だつ論争を通じてすではなはだしく信用を失っていたので」、当時の裁判の状況を克服するための試みは自由法論には許されなかった。

9. 自由法運動とワイマール時代の反議会派とは何らの関係もない。かれらは、「『法律からの裁判官の自由』という思想を反議会的手段として用いたが、これに反して自由法思想家は、誰が法律をつくり、それが各々如何なる内容をもっているかという問題を全然重視しなかった。したがって、自由法論は、特定の政治的見解を貫徹するためには存在しなかったし、それは、国家社会主義の法理論とのいかなる関係もまた示さなかった。それどころか、国家社会主義の法理論の発生とともに、自由法論は自己の活動の可能性を失な

った」。

10. 「今日の判決の中には、無意識のうちにも自由法論的思想世界の強い刺激の影響が持続している。もし、裁決が、拡大解釈をしてもその根拠を制定法あるいは慣習に求めることができない時には、裁判所は自由法思想にもとづいてその根拠を探究すべきである。「このようなすべての事例では、裁決は『事物の本性』あるいは似たような原則(Institute)に還元される。しかも、後者は単に社会的現実自身の解釈とみなすべきである」(S. 116)。

四 若干の検討

これまで、若干の論評を加えながら、リープシュレーガーの研究のあらましを紹介してきたが、要点を十分に絞きれない感もあり、大幅な紹介となってしまった。テクニカル・タームの訳をはじめとして、意味のとりちがえなど、多々あるかもしれない。読者諸氏の卒直な指摘と批判に待つほかはない。大方の御教示がいただければ幸甚に耐えない。

さて、リープシュレーガーの著作は、自由法論が提起した諸問題について、過去および現在の多数の資料の検討のうえにたって、その批判と評価を行なったものであるが、多彩な展開をみせた自由法論の「共通性と特殊性」の析出のひとつの試みとして成功しているか否かについては、今後の諸評価を待たねばならない。

本稿では、以下、リープシュレーガーの試みの方法論上の基本的立場について若干の指摘と検討をしておきたい。

基本的問題として、まず次の二点が指摘できると思われる。第一は、ヒルシュが指摘しているように、リープシュレーガーによる自由法論の批判と評価においては、「今日の『事物の本性』やいわゆる『問題思考』および同様の観念に支えられた法理論上の諸潮流と自由法思想世界との間に存在するつながりが浮きぼりにされている¹⁾」、ということである。

第二に指摘できることは、現代にまで生き続けている自由法論の功績を、この思想的立場にたって、法源の問題に収斂させて論述していることである。

この二つは決して別々のものではなく、不可分のものであるといえようが、まず、前者について述べよう。実は、リープシュレーガーの方法論的、思想的立場は決して目新しいものではなく、すでに、自由法論の現代的意義を考察したA・カウフマンが、自由法論と法の存在論的構造、事物の本性論といった立場との関連性を明確に指摘しているのである。すなわち、カウフマンは、「事物の本性」をめぐる論議の中に「今日もなお、自由法運動の精神が最もよく生きつづけている。“事物の本性”をめぐる討論は、なるほど常にこの名称の下では行なわれなかったけれども、自由法運動においてすでに活発にとりあげられたのだ²⁾」、と述べている。

ここで「事物の本性」とは、法発見にあたって、事態と規範との「相応化」の仲だちをするものであり、また、法律とならんで、裁判官の判決形式の規準となる生活事態の意義でもある。したがって、「事物の本性」は、自由法論があらかじめ定立された規範のほか、具体的な生活関係の中に裁判官の判断の要素、規準を求めようとした時に、すでに考えられていたというわけである。ここにおいて、第一の立場はすでに第二の指摘に足をふみ入れている。すなわち、「事物の本性」論は、また法源論でもあるからである。周知のごとく、「『事物の本性』なる概念は自由法思想とともに、とくに『法源』との関連にお

いてさかんに主張されるようになった³⁾」といわれる。

しかし、とはいえ、カウフマンの述べるように、また、リープシュレーガーの立場にみられるごとく、「事物の本性」をめぐる議論の中に自由法論の精神がもっともよく生き続けている、とする立場は、自由法論の現代的評価に関するたんなるひとつの相対的な立場でしかないと思われる。法源論としての「事物の本性」論は、法源論としての制定法主義に対抗して主張されたものであるが、その役割ないしは意義が一方では法社会学に、他方では自然法論にその席をゆずってしまっている、と主張することもまた妥当であると思われる。もっとも、リープシュレーガーも、かれの立場を「社会学的法学派の発展 (Entwicklung einer soziologischen Rechtsschule)」という視角から展開しているのであり、ここには、いわば法社会学や社会学的法学の多様なあり方と諸立場の「神々の争い」をみるべきであるともいえよう。筆者自身は、「事物の本性」が、あくまでも抽象的なことばと規準であるにとどまり、その思考様式が具体的な内容と方法を提示しないかぎり、それは、社会学的法思考と結びついて重要であるよりも、自然法的思考の一つの道具として果たす機能の方が、より重視されるべきではないかと考えている。

次に、自由法論の功績を法源の問題に収斂させて論述しているという第二の問題を検討しよう。

リープシュレーガーの論述は、理論的には、「法源二元主義の克服」として述べられ、実務の面においては、新しく生じた社会的現実を裁判における判断規準（法源）として認めることによって生活に即した判決を下す、という裁判所の行動として述べられている。そして、かれは、「自由法論は法源問題において波紋を投げかけたが、それはいまだ静まるまでには至っていない」と結んだ。しかし、いかなる点において問題が未解決なのか、もうひとつ明らかではないが、文脈の上からは、法源多元主義にたった「法源の総括的叙述」が未だなされていないということであろうし、また、事物の本性が考慮されて判決が下されるにしても、そこから必然的に生じてくる判決と実定法規範との「衝突」をいかに処理してゆくのかという、いわば反制定法主義に墮落しないための歯止めの問題が新たに提起されているということであろうと思われる。そのいずれの問題も、筆者には、現代法学の重要課題の一つ一つであるように思われるのである。

まず、自由法論と法源の問題との関連性であるが、リープシュレーガーの論述するように、自由法論の主張は、もっとも基本的には法源に関する理論であり⁴⁾、そこに、「不変の功績」を見出しうるといえよう。すなわち、制定法至上主義という「閉ざされた法源観」に対して、法の欠缺を認める「開かれた法源観」がまず提起され、それにもとづいて、法解釈ないし法発見の方法の革新およびその具体的・実際的実現としての裁判における法創造機能の承認がワンセットとして主張されていると考えることができるのである。ここで、「閉ざされた法源観」とは、法律と慣習との法源二元主義であり、「開かれた法源観」とは法源多元主義のことであるが、この推移はまた、法的思考における法律 (Gesetz) から法 (Recht) への視野の拡大という、法学方法論上の転換をも底流にもっている⁵⁾。その意味で、リープシュレーガーの提起した「法源二元主義の克服」は、単にかれの言うように、「事物の本性」を媒介とした社会生活関係の中の生きた法にのみ開かれているのではなくて、「正義」、「公平」といった自然法的価値理念にまで開かれているとみななければならない。かれは、この点を指摘していないが、それは「事物の本性」論が、社会学的思考とともに、あるいはそれ以上に自然法的思考に連結していることを示し

ているとは理解できないであろうか。

ともあれ、「開かれた法源観」は、資本主義の発展に伴う市民社会自体の内的矛盾の顕在化を背景に、近代法体系の動揺をリガリティ（合法性）の限界⁶⁾と虚偽性として指摘するものとして全く正当であったといえる。しかし、次には、リガリティの最低限の要求として、「開かれた法源観」にたった「法源の総括的叙述」が、また換言すれば、裁判における諸判断規準の明確化、序列づけが、新たに重要な課題として提起されることになる。すなわち、「開かれた法源観」のもとでは、つねに、複数の規準のうち、いずれが優先的に判決の決定規準となるかという問題が、また、同じ意味で、当該事案における法は何かという問題⁷⁾が、そしてその判決にいかにして「梓」がはめられ、また「法による裁判」としての正統性と正当性が与えられるのかという問題が、日常の実務における最も重要な課題として問われるのである。こうして、裁判における判決の決定規準という実質的法源をめぐる問題は、いまや、歴史のかつ理論的に、現代法学の重要課題の位置にすえられているといえよう^{8) 9)}。

以上、きわめて簡単ではあったが、リープシュレーガーの研究の方法論上の基本的立場について若干の指摘と検討を試みた。もとより、これで、かれの研究の基本的論点がすべて議論されたわけではないし、また別の角度からの検討が待たれているわけであるが、当面の本稿の課題は果たされたと思う。ともかく、自由法論をめぐる研究はまだまだ多くの課題を残しているといえる。そのことは、「はじめに」でも述べた通りである。とくに、自由法論のイデオロギー性、歴史性については明確な位置づけが要求されていると思われる。この問題については、社会法の生成、発展という視野を媒介にして、稿を改めて検討したいと考えているが、とくに、本稿の法源問題との関連性で言えば、「法源イデオロギーは、歴史的、社会的生成物であり、その構造と機能は、それぞれの時におけるそれぞれの社会の特別な刻印を有している¹⁰⁾」、という指摘は重要であると思われる。

法源二元主義から法源多元主義への推移の歴史的必然性と、その果たした歴史的、イデオロギー的機能という問題は、単なる歴史的考察の対象にとどまらず、今では、現代の政治過程、統治過程全体における裁判過程の意義と役割という問題まで射呈に含んだ問題としてふくれあがってきているということを指摘して、本稿のおわりにかえることとする。

—1976—

1) Ernst E. Hirsch, Vorwort des Herausgebers, in: Riebschläger, a. a. O., S. 10.

2) Arthur Kaufmann, Freirechtsbewegung—lebendig oder tot?, in: Rechtsphilosophie im Wandel, S. 267. 宮沢訳378頁。

3) 阿南成一「『事物の本性』と法の解釈」（恒藤先生古稀祝賀記念論文集『法解釈の理論』所収）95頁。

4) Franz Neumann, Demokratischer und autoritärer Staat, S. 62. 内村他訳『政治権力と人間の自由』82頁。川村泰啓、前掲論文15頁参照。また、いわゆる「市民法学」と法源の問題との密接不可分の関係について、磯村哲、前掲書32頁参照。

5) 三島淑臣「K・ラレンツ『裁判官の法創造のための指標』」（法政研究30—4・5合）、379頁参照。また、A・カウフマンは法律（Gesetz）と法（Recht）とを区別するところに自由法運動の根本思想があるという立場から、ボン基本法20条3項の「裁判は法律および法に拘束される」という規定を「自由法運動の精神の精髓である」と述べている。A. Kaufmann, a. a. O., S. 268. 宮沢訳382頁。

- 6) 中村治朗『裁判の客観性をめぐって』60頁以下参照。
- 7) 来栖三郎「法の解釈における 制定法の意義—— その1 法と法源」（法学協会雑誌73—2）130頁以下参照。
- 8) 田中成明「裁判における法と政治—司法的政策形成をめぐって(1)—(2) 完」（民商法雑誌70—4, 5), 同「判決の正当化における裁量と法的規準—H・L・A・ハートの法理論に対する批判を手がかりに」（法学論叢96—4・5・6合), 参照。
- 9) 過去の複雑かつ難解な法源論とは絶縁したいという問題意識にたって, 「法源ということばを裁判官を拘束するという意味での拘束的法源に限定して用い, あらたな意味での判断基準や理由づけについては, 判断基準か理由づけそのものとして論じるのがよい」という指摘もあることに注意する必要がある。加藤一郎「法源論についての覚書」（法哲学年報1964年度）91頁。
- 10) 石田穰「スイス民法一条の法源イデオロギー」（『民法学の基礎』所収）2頁。