

マックス・ヴェーバーの社会学理論における

「法秩序」の位置(五)

吉
田
勇

マックス・ヴェーバーの社会学理論における「法秩序」の位置(五)

目次

- Ⅰ はじめに
- Ⅱ 基礎概念論における「秩序」の位置
 - 一 『シニタムラー批判』における「法的規則」
 - 二 『理解社会学のカテゴリー』における「秩序」の位置(以上第四十二号)
 - 三 『社会学の基礎概念』における「秩序」の位置
 - (1) 「社会的行為」論
 - (2) 「社会関係」論
 - (3) 「正当な秩序」論(以上第四十六号)
 - (4) 「支配団体」論(以上第四十八号)

(5) 「秩序の合理性」論(以上第五十号)

III 実質的な社会学的研究における「法秩序」の位置

一 「法」の「固有法則性」

(1) 「法」領域と他の隣接領域との区別

(2) 「一般法」と「特別法」との関連

(3) 「法」領域の事項的分化(以上本号)

二 「法」の「合理化」

IV 結論にかえて

III 実質的な社会学的研究における「法秩序」の位置

一 「法」の「固有法則性」

(1) 「法」領域と他の隣接領域との区別

すでにわれわれは、基礎概念論における「秩序」論のなかで、ある「秩序」が「支配団体」に「妥当」し、その「秩序」の「妥当」が当該「支配団体」の「強制スタッフ」によって「外的に保障されている」場合には、その「秩序」は「法」ないし「法秩序」と名づけられていたことを確認した。このIIIにおいては、まずはじめに、ヴェーバーが実質的な社会学的研究(主として『**経済と社会**』第二部)において「法秩序」の「固有法則性」をどのように概念的に構成しているかを、もっぱらその理論的枠組に重きを置いて検討したいと思う。『**カテゴリー**』においてと同様に、『**経済と社会**』第二部でも、とりわけその第一章では、法学的考察方法と社会学的方法との方法的区別が強調さ

れているが、われわれの問題関心はもっぱら社会的な「法秩序」概念の位置づけにあるので、法学的な意味における「法秩序」にはここでは全く言及しない。社会的な「法秩序」の基礎理論的枠組についても、基礎概念論と重なる点ではできるだけ略述するにとどめたいと思う。はじめに問題になるのは隣接領域からの区別である。第一に「法秩序」が「習俗」・「習律」からどのように理論的に分化されているか、第二に「法秩序」が「統治」からどのように理論的に分化されているか、が問われる。

① 「習俗」・「習律」と「法秩序」の分化

ヴェーバーは、「習俗」から「習律」を経て「法」へと移行するというように、「習俗」を始源に想定した「法秩序」への移行過程に関する理論モデルを提示している。しかも過去に遡れば遡るほど「ゲマインシャフト行為」は「習俗」に方向づけられたものが多くなると仮定されている。

「習俗」は、類型的に一樣な行為がもっぱら「慣れ」や無反省な「模倣」だけによって行われており、その行為を継続することがなびとからなびとなる意味においても「要求」されることのない「大量行為」である。それに対して、「習律」は「行為者の特有の『周囲』を形成している一定範囲の人びとの是認または非難」が一定の行為をするように働きかけている場合である。⁽³⁾ 「習律」の要件は、一定種類の行為が諸個人によって「是認」され、その反対の行為が「非難」されるチャンスがあるというだけではない。そのようなチャンスが行為者の「特定の周囲」(一定の共同性Vの内部)において見出されることもその要件である。ここには『基礎概念』にみられた「習慣」と「習俗」との概念的な区別がないとはいえず、実際上は「習俗」の前提に「習慣」が想定された説明がなされている。したがって「習俗」と「習律」自体の社会学の意味には『基礎概念』の場合と比べて基本的な相違はない。「行為」の「格率」という意味で「規範」という語を用いれば、「習俗」は行為者にとって外的な「保障」を伴わない事実上の「規範」

説であるのに対して、「習律」は外的な「保障」を伴う「規範」ということになる。

論

さらに、ウェーバーはこれらの概念を用いて「習俗」から「法秩序」の拘束性が形成される過程をきわめて試論風に取り上げているが、むしろかれの主たる関心は、そのような拘束的な信念に支えられた「秩序」の「妥当」のなかにいかにして「革新」が生まれてくるか、にあるのが注目される。かれの論述のしかたはこうだ。「外部的な生活の諸条件の変化」によって「革新」が生じることがあるが、つねにそうではないし、生活条件の変化によって「新秩序」の形成の代わりに生活の破滅が起こることもありうる。生活条件の変化は「革新」のための不可欠の条件ではないばかりか、新秩序の形成の多くのきわめて重要なケースでは、共働的条件にすらなっていない。むしろ、新秩序形成の最も重要な源泉は一定の性質の「異常な」体験をする能力のある諸個人である。以上のような説明のしかたからみれば、外部的生活条件の変化が軽視されているわけではないが、なによりも第一に、影響を与える個人とその個人から影響を受ける諸個人との関係を最も原初的に設定しようというウェーバーの方法的意図がありあろうかがえる。そしてかれは、ヘルバツハに依拠して、個人が他者に影響を及ぼす心理的過程の二つの対立的な形式を重視している。⁽⁵⁾ そのひとつは「暗示」Eingebungである。これは「強烈に作用するとき手段によって、被影響者の行為が『当然なすべき』行為であるという観念を、突然呼び覚ますこと」である。いまひとつは、「感情移入」Einfühlungである。すなわち「影響を与える者自身の内面的態度を、影響を受ける者が共同体験すること」である。⁽⁶⁾ いわば「異常な」体験をする能力をもつ諸個人（影響を与える者）の行為に強い「暗示」を受けたひとびとや「感情移入」したひとびと（影響を受ける者）の行為に由来して「革新」が成立し、それに照応する「諒解」（習律）が発展し、さらに「法」の成立にいたる、という単純な発展図式が最も容易にたどりうる道程として描かれている。このような理論化の試みも、きわめて試論的な性格の強いものとどまっているのは、おそらく既存の理論のなかには容易に利用できるような成

果が見出されなかったからであろうか。ここでもかれの「方法意識」は明白である。かれの方法的課題は、『シニエタムラー批判』と『カテゴリー』においてと同様に、「法学的思考」の呪縛を解きほぐして、「法秩序」の経験的な形成過程をどのような基礎的な枠組によって理論構成するかにあったことは疑いない。

ヴェーバーが総じて「習俗」、「習律」および「法秩序」の相互連関について一般的な定式を示していないのは、そのような相互連関の解明自体が個別的な経験的研究の対象とされねばならないからである。ただ、「習俗」は広範に経済的欲望の状態を規定しており、個人が「習俗」から離れることは多くの場合きわめて難しいと指摘したり、「法強制」のチャンスは行為者が「法秩序」志向的に行為する規定要因としてはほんのわずかの働きしかしていないと指摘したりしているのは、「習俗」から「習律」を経て「法秩序」への移行（発展）過程が、拘束力の強い「秩序」への発展過程だとみる「法学的思考」に特有の偏見をあらかじめ封じておきたからだと思われる。ヴェーバーは事あるごとに「法秩序」の社会学の考察のなかに「法学的思考」が混入するのを注意深く排しているのがわかる。われわれにとってなによりも重要なのは「習律」と「法秩序」との概念的区別である。ヴェーバーは「習律」と「法」を区別する標識を、「秩序」を志向する行為者の「動機」ではなく、「強制的社会学的構造」に求めている。「法秩序」とちがって、「習律」には、その「保障」手段として心理的強制や物理的強制もありうるが、「強制装置」が欠けている、ということである。「法」も「習律」も行為者が一定の「秩序」または「規範」に方向づけられるのであるが、「主観的」には単に「習俗」や「習律」として方向づけられる場合であっても、「いざとなれば、強制装置が、右の諸規範の遵守を強制するというチャンスが、客観的に存在しているかぎりでは、われわれはやはり、これらの諸規範を「法」とみなさなければならぬ」。「主観的」には「法」としての性格がなくても、したがって行為者の「法規範」觀念がみられなくても、ある「秩序」ないし「規範」が「法」とみなされる要件は、それが違反さ

説 された場合に「強制装置」による「法強制」のチャンスが客観的に存在することである。ここからみても、「法」概念は個々の行為者自身の「動機」の次元(行為者がどのような「動機」から「規範」に方向づけられているか)だけから構成されているのではないことがわかる。まずある「規範」に方向づけられる行為者の「動機」次元があり、つぎにその「規範」自体の「妥当」の次元がある。そして最後にその「秩序」が「保障」される次元(当該の「規範」が「法」とみなされる社会的次元)が想定されているのである。最後の「保障」の構造の違いによって「習律」と「法秩序」とが

区別されるのである。このような次元の区別は『基礎概念』をまつまでもなく、『経済と社会』第二部にすでに明確にされていたことがわかる。しかし『基礎概念』におけるように、「秩序」の「正当性」の「妥当根拠」、その「内的保障」、「外的保障」が洗練された形で定式化されているわけではない。

「法秩序」と「習律」を区別する「強制」の社会的構造にも限界的ケースがある。ヴェーバーによれば、「法」の限界的ケースというのは「強制装置」の限界的ケースでもある。「妥当」している秩序が脅かされた場合、ゲマインシャフト関係に参加しているすべての人が強制援助をおこなうという一諒解にもとづいて妥当している一チャンス⁽¹⁰⁾の形で、存在している」場合が想定されているが、ここにいう「すべての人」が「強制装置」とみなされるのは「この強制援助への参加義務のあり方が明確に秩序づけられている場合」に限られる。「強制援助」≡「法強制」のしかたに比重をおく規定のしかたが注目される。またこゝも言われる。すなわち「強制によって保障された『法』という社会的概念の一つの重要な限界的ケース」は「原理的に―主観的権利の主張者と『個人的』関係を通じてつながっていない、『非党派的な』、個人的に『利害関係のない』第三者」という性格をもたず、逆に「特定の緊密な人的な関係を通じて権利の主張者となつてつながっているような仲間―したがって例えば彼の『ジッベ』―」のみが、彼に強制手段を提供しているような場合である。換言すれば、近代国際法における『戦争』のように、利害関係者や彼の血族の『復讐』や

『フエーデ』が、主観的権利の強制的な主張の唯一のまたは通常的な形式である場合である⁽¹²⁾。このように、「権利」主張者と個人的な利害関係のない第三者機関の対極に、「強制装置」の限界的なケースとして設定されているのが、「権利」主張者の仲間の「復讐」義務や「フエーデ」援助だけが「法強制」とみられる場合である。しかも後者の場合に、「権利」が存在するといえるのは、ジッペ仲間たちの「フエーデ」援助や「血讐」義務の遂行がジッペ仲間の「権利」主張に重みを与えるだけの力をもっているというチャンスによるのである。「権利」主張は単なる「利益」主張や「権力」の行使から明確に区別されていることがわかる。

それではつぎに、以上のような「法」の限界的ケースと対比しながら、「法」の通常的ケースはどのように構成されているかを簡単にみることにしよう。「法」には「国家法」と「団体」の「法」があり、「権利」にも「国家」的次元の「権利」と「団体」的次元の「権利」があるというように、社会学的には「法」も「権利」も広い意味をもつものとして構成されているのがまず注目される。「国家法」(「政治団体」によって保障された法)とは、「法」のための保障—法強制—が、政治的共同体に特有の強制手段によって、したがって通常の場合には直接的に物理的な強制手段によって、行使される場合⁽¹³⁾である。だが「通常の場合」とちがって「非実力的な法強制」が行われる場合もある。現在のいわゆる「公法」の分野では、諸規範の侵害に対して単に「訴願」や「異議申立」によってのみ「強制装置」が発動されるにすぎないものが多数あるのがその例である⁽¹⁴⁾。このような場合にも「保障」された「法」が存在しているかどうかは、「非実力的な法強制」の行使のために、強制装置が秩序づけられているかどうか、さらに、この強制装置が事実上大きな重みをもって、その結果、妥当している規範が—右の法強制の故に、遵守されるといふチャンスが平均的にみて、実際に重要な程度において存在しているかどうか⁽¹⁵⁾—によって決まる。さて、ヴェーバーも、ニールリッヒと同様に、「法」概念をこのような「国家法」に限定することを拒否しているのが注目される。「国家」とよば

れる「政治団体」以外の諸「団体」の「秩序」も、それが「団体」自体の「強制装置」によって保障される場合には、「法」なのである。「国家法」も「団体」の「法」もそれぞれの「秩序」の「強制の社会的構造」からみれば同質であるというのが、その理由である。「団体」の「内部秩序」をも「法」とみなすエーリッヒの「団体」論とヴェーバーのそれとの比較検討は今後の課題として、ここではただ、ヴェーバーも「国家的な法の見方」を拒否して「社会的な法の見方」を意図的に採用していることを確認しておくにとどめる。

「国家法」と「団体」の「法」との関連が問題となる。ヴェーバーの考えでは、「政治団体」の法強制が他の「団体」に対して事実上どこまで及ぶかは経験的な研究を要する個別的な問題である。一般的に言えるのは、「政治団体」の「法強制」が事実上他の「団体」にどこまで及ぼうと、社会的に重要な働きをしているかぎり、「政治団体」自体の「法強制」として妥当している、ということである。「政治団体」の強制手段が他の「団体」のそれに比べてより強力な場合にも「国家」が存在するわけではない、というのがかれの考えである。⁽¹⁶⁾

諸々の「団体」にはそれぞれ固有の強制手段があるが、そのなかでもとくに重要なのは「団体」からの排除という手段である。「反抗的な成員に対する『私的な』共同体の典型的な法強制手段は、かれを団体から、また団体の提供する物質的・観念的な利益から排除することである。この手段は、医師や弁護士たちの職業団体においても、社交的または政治的なクラブにおいても、最後の手段なのである。⁽¹⁷⁾」しかも、それらの「団体」の「非実力的」強制手段のなかには、「政治団体」の「実力的」強制手段よりもっと強力に作用するものもある。ヴェーバーによれば、「団体からの排除やボイコットやあるいは類似の手段をもって威嚇すること」のほかに、呪術的な力というべき「現世的な」呪術的な観念に由来する「利益や不利益」や「彼岸的な報償や罰が生ずるであろうと思ひ込ませる」宗教的な力などはその典型的な例である。⁽¹⁸⁾

総じて言えば、「国家」の「強制装置」は、すでに「法」として「妥当」している。「団体」の諸規範を「国家法」の視点から否認することもあれば、有効なものとして取り扱うこともある。しかし「国家法」の視点からどのように評価されても、その「団体」の諸規範が当該「団体」の「法」として「妥当」しているという事実には変わりはない。「国家法」も、諸「団体」の「法」も、社会学的にみれば、それぞれの「法強制」のチャンスによって「保障」されているかぎりにおいて、いずれも経験的に「妥当」しているのである。国家的にはまったく「保障」されていない「請求権」であっても、それが「団体」の「強制装置」によって「保障」されているかぎり、その「団体」に「妥当」している「権利」である。ただ、このような「権利」は、その担い手が「国家」の「強制装置」に援助を求めても援助が受けられないというだけである。「国家法」と「団体」の「法」(以下△団体法▽という。)との具体的な関連については、のちに「一般法」と「特別法」との関連として論じることにする。

さて、ヴェーバーは「権利」をどのように構成しているのかがあらためて問われる。「権利」とは「通常の場合」には、個々人が「一定の(観念的または物質的な)利益のために、その用意を整えている『強制装置』の援助を受けるチャンスをもっており、しかもこのチャンスが、法規範の—諒解にもついで妥当している—意味によって保障されている」こと⁽²⁰⁾を意味する。「権利」があるというのは、「権利」の保障を意図する「規範」(以下△権利保障規範▽という)の「妥当」が「強制装置」によって保障されているという事態を、個人の「利益」が確保されるチャンス(「専有」のチャンス)という視点から言い表したものにほかならない。ここでいわれる「規範」も「国家法」に限定されてはいないので、「権利」概念も「法」概念に対応する広さをもっているといつてよい。

いわば「権利」の「限界的ケース」ということになるが、ヴェーバーの用語法をみるかぎり、△権利保障規範▽によらない「権利」概念すなわち具体的な「特権」としての「権利」概念があることが看過されてはならない。例え

ば、君主自身の政治権力が、なんらかの「財産権」と同様に、正当に取得された「主観的権利」とみなされ、さらにその君主が他のひとびとに君主の保障のもとに「主観的権利」(特権)を授与するような場合である。⁽²¹⁾このような「主観的権利」⁽²²⁾「特権」は君主の裁判所で尊重されることになる。このような場合には、「客観的法」と「主観的権利」との区別がなくなり、「法秩序」は「純然たる諸特権の束」という性格をとることになる。⁽²³⁾このような「特権」も、「国家アンシニタルト」における「権利」のように「客観的法」に基づく「主観的権利」ではないが、その担い手に「利益」を確保するシャンスの源泉となっているのである。ただ「客観的法」というには、人的「特権」から離れたザッハリッヒな内容をもつ「法」でなければならぬ。ヴェーバーが「客観的法」を「権利保障規範」⁽²⁴⁾と「行政規則」とに類型化していることは、のちに「法」領域の分化論でみるとおりである。

さて、すでにみてきたように、ヴェーバーは通常の「法」概念をきわめて広く定義しているとはいえず、実質的な社会学的研究では「法」を「問題の限定」⁽²⁵⁾と「方法的限定」⁽²⁶⁾とを施しているのが注目される。まずかれは三つの意味において「問題の限定」⁽²⁷⁾を施している。第一の限定は、「問題を単純化するために、われわれが『法』という言葉を使う場合、法強制によって直接に保障されている規範だけを考へること⁽²⁸⁾にしたい」という意味における限定である。「間接的に保障された法」ないし「保障されていない法」も一般的な「法」概念に含めながら、「問題を単純化するため」という理由で、実質的な研究の対象とする「法」を「強制装置によって直接保障された法」だけに限定しているわけである。第二の限定は、秩序の経験的「妥当」が個人に「計算可能なシャンス」を提供する仕方に関わる。ヴェーバーはそのような提供の仕方を、法規範の「諒解に基づいて妥当している」意味が個人にそのようなシャンスを保障する場合と、そのようなシャンスが「規範」の経験的「妥当」の「反射的效果」として与えられる場合とに類型化しているが、これまた「問題を簡単にするために、『反射的效果』の形で与えられるシャンスはさしあたりまった

く考察の外に置く⁽²⁴⁾と述べている。これは「主観的権利」のケースと「行政規則」のケースと區別して、前者に限定するという趣旨である。しかしこの限定は厳格になされているわけではない。さらに第三の限定は、『経済と社会』第七章「法社会学」では、主として「経済的に重要な法」たるいわゆる「私法」と「民事訴訟」に関わる「法」領域が取り上げられているという意味における限定である⁽²⁵⁾。これは第二の限定と大きく重なるが、より実質的な意味を有する限定である。これも、厳格に守られているわけではないが、ヴェーバーの「法」社会学理論の全体像を再構成する場合には、とくに留意されねばならない。

つぎに「方法的限定」∨というのは、「方法意識」∨に基づいた限定、すなわち「理解社会学」の方法に基づく「行為理論」的な限定である。一般の社会成員の「法秩序」志向的な行為や「強制装置」を構成するひとびとの行為（「強制」行為）のシャンスの次元で「法秩序」が説明されていることである。したがってこれにも二つの限定が區別される。第一の限定は、行為者集団の「主観的意味」連関の「解釈的理解」∨から離れて、「法秩序」の単なる形態論や構造論、機能論が展開されているわけでもなければ、「法秩序」を志向する「心理的過程」論や「心理的」動機論が展開されているわけでもないことである。もっとも、構造論や機能論ではないという意味における方法的な限定は必ずしも徹底されているわけではない。というよりも、『法社会学』にはむしろ「法秩序」の「構造的」説明や「機能的」説明が積極的に提示されてもいるからである。しかしそれらの説明も、行為者集団の行為のシャンスに理論的に翻訳されるような仕方においてなされていることは認めてよいであろう。第二の限定は、行為連関の「因果的説明」∨を離れて、法思想や法理論による「法秩序」の内在的な基礎づけや、より高次の宗教思想や倫理思想による「法秩序」の基礎づけが展開されているわけではないことである。このような「方法的限定」∨によって、ヴェーバーは「法秩序」と行為者との主体的なかわりあいを問う視点をあくまで重視しながら、「法秩序」を「実体化」してしまふ立場や思想を

注

(1) 『経済と社会』第二部の「法秩序」論には、「ゲマインシャフト行為」、「ゲマインシャフト」、「ゲマインシャフト関係」、「ゲゼルシャフト関係」、「諒解ゲマインシャフト」、「団体」、「アンシュタルト」といった用語がみられるが、これらの概念の用語法は、『カテゴリー』のそれと連続しているように思われる。

まず「ゲマインシャフト行為」と「ゲマインシャフト関係」の意味はそれぞれ『基礎概念』にいう「社会的行為」と「社会関係」にほぼ相当している。そして「秩序」が「妥当」している「社会関係」は「諒解ゲマインシャフト」と「ゲゼルシャフト関係」とに類型化され、「秩序」の「妥当」している「ゲマインシャフト」は「団体」と「アンシュタルト」に類型化されている。「諒解ゲマインシャフト」は行為の次元では「諒解行為」と言い表される。したがって『基礎概念』における用語法とはちがって、「ゲマインシャフト関係」と「ゲゼルシャフト関係」が明確な対概念として構成されているわけではなさそうである。

また『経済と社会』第二部の「法秩序」論では、『カテゴリー』においてと同じく「諒解」概念の重要性が目につく。まず、ひとつの「ゲマインシャフト関係」のために「諒解にもとづいて妥当している秩序」とか、「諒解にもとづいて」期待する、「規範の—諒解にもとづいて妥当している—意味」とかといった用語法では、「諒解」概念は「秩序」ないし「規範」の経験的「妥当」を支えている行為者の「主観的意味」のありかたを表しているのはあきらかである。すでにⅡの二において、われわれが「諒解秩序」を「制定秩序」と対概念として方法的に構成したことがここで想起されねばならない。この対比はなによりも「秩序」形成が「諒解」によるのか「制定」によるのかに着目したものであるが、「諒解」の意味は「秩序」形成のひとつの要因というだけにとどまらない。いずれの「秩序」が「妥当」するのも「諒解」に基づいてである。制定秩序も経験的には「諒解にもとづいて妥当する」のであるから、「諒解」は「秩序」ないし「規範」の「妥当」を支えている行為者の「動機」のありかた（いわば「規範」に「拘束力があるという観念」）をも意味している。『基礎概念』の用語法に置き換えれば、この意味における「諒解」は、「秩序」の「正当性の信念」に相当するということができる。また「諒解秩序」

は「法秩序」を意味する場合もあるとはいえ、主として「習律秩序」を指している。

このように、「諒解」は、それが用いられる文脈によっては、第一に「秩序」の形成要因のひとつであり、第二に、「秩序」の「正当性の信念」であり、第三には「習律秩序」を指している、ということが出来る。

このうち、とくに第一と第三の意味における「諒解」概念の重要性をすでに示唆しているのは、石村善助氏である。氏の指摘にあるように、ヴェーバーは「強制装置」による「法」生成と並んで、「ゲマインシャフト関係」にあるひとつびとの「諒解行為」による「法」の確立・定立を重視している。氏は氏自身のシステムの用語をもってそのような「諒解行為」による「法」生成をメイン・システム自体が自己のルールをみずから確認し、設定することだと言いつづけている。これと対比すれば、「強制装置」による「保障」の次元は、そのメイン・システムに対するフィードバック・システムにあたることになる。それに、ヴェーバーが「諒解行為」とその「保障」された形態である「法秩序」との関連を必ずしも明確にしていないうという指摘も正しいといつてよい。『石村善助『法社会学序説』(岩波書店、一九八三年)三四六頁―三四七頁参照』。

なお、われわれはすでに本稿Ⅱにおいて『理解社会学のカテゴリー』と『社会学の基礎概念』との基礎概念の用語法上の違いに言及したが、『経済と社会』における第一部(とくに『基礎概念』)と第二部との概念構成の相違、第二部と『理解社会学のカテゴリー』の後半(第四―第七節)との相互的呼応を検証しているのは、折原浩「ヴェーバー『1911―1918草稿』の再構成によせて―『経済と社会』編纂史の問題状況と批判的再構成への方針提起―」(『東京大学教養学部「社会科学紀要」第三五輯)である。折原氏は、ヴァンケルマン編纂の『経済と社会』に対するテンブルックの批判を重要な問題提起として受けとめながら、『経済と社会』に関する氏自身の厳密なテキスト・クリティクを例示して教えてくれるところが多い。『経済と社会』の第二部をどのように再構成するかについての検討は、今後の課題としたいと思う。

(2) Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Fünfte Revidierte Auflage, 1976(NTT W. u. G と略す) S. 187 [世良晃志郎訳『法社会学』(以下、世良訳と略す) 二九頁]。

(3) A. a. O. S. 187 (世良訳、二九頁)。

(4) A. a. O. S. 188 (世良訳、三四頁)。

(5) A. a. O. S. 188 (世良訳、三四頁)。ここでは、ヴェーバーは慣習化したものに「革新」をもたらす諸個人の影響の心理的過程を把握する試みに、ヘルバハの対比的形式を援用しているのであるが、「異常な」体験をする能力のある諸個人が論

じられているのであるから、「カリスマ」概念が使用されてもよさそうなどころである。この時点ではまだ「カリスマ」概念が使用されていないところから判断すると、『経済と社会』第二部第一章は第七章よりも早い時期に書かれていることが推測される。もっとも、第七章でも、「革新」の成立がつねに「カリスマ的」有資格者の行為によるものとみなされているわけではない。ウェーバーのこの時期以降の「支配」論、「法創造」・「法発見」の類型論をふまえれば、このような諸個人の「異常な」能力は「カリスマ的」資質として説明されうるはずである。なお、ウェーバーにおける「カリスマ的支配」概念がどのように形成されていったかを詳細に検討したものとして、佐野誠「カリスマ法制化への道程」(一)(二)完(『法学論叢』第一一八巻第二号、同、第一一九巻第五号所収)が注目される。

(6) A. a. O., S. 188 (世良訳、三四頁)。世良訳では「暗示」と訳されている Eingebung は、「暗示」という語が通常喚起する意味よりも強い意味を帯びているように思われる。折原氏は「鼓吹」(『社会科学紀要』第三五輯、一五一頁)と訳しており、厚東氏は「當為教唆」(『世界の名著ウェーバー』(中央公論社、昭和五〇年)五〇五頁)と訳している。

(7) ウェーバーは「習俗」から「習律」に移行する過程したがって「慣習化」したもののへの志向が「ゲマインシャフト行為」の「諒解的」性格に、すなわち慣習化した行為に「拘束性」があるという観念に移行する過程を説明する手がかりを「民俗学」的研究に期待しているようにみえるが、「慣習化した行為」から「拘束性」の観念への進歩が発生する分野、範囲、内容についての「民俗学」的研究自体は「今日やっときわめて不明確な形で知られるようになったばかり」であるとみている [A. a. O., S. 188 (世良訳、三四頁)]。また、「習俗」から「法秩序」への過程のどの段階で「法的義務」という観念が主観的に意識されるとみるべきかは、「まったく用語法と合目的性の問題」であるという。そしてウェーバーはあくまで経験的な社会学にとって有効な形で「拘束力ある規則」という観念の生成過程をどのような分析枠組によってとらえるかを問題にしていることがわかる。いわゆる「法的義務」の観念といい、「拘束力ある規則」という観念といい、行為者のいなく観念であるが、また『経済と社会』第二部の段階では、「基礎概念」の場合とちがって、それらの観念は「秩序」の「正当性の信念」として洗練された形で理論化されているとはいえない。

(8) A. a. O., S. 191 (世良訳、四四頁)。

(9) A. a. O., S. 182 (世良訳、五頁)。

(10) A. a. O., S. 185 (世良訳、二二頁)。

- (11) A. a. O., S. 185 (世良訳、二二頁)。
 (12) A. a. O., S. 186 (世良訳、二五頁)。
 (13) A. a. O., S. 183 (世良訳、九頁)。
 (14) A. a. O., S. 183 (世良訳、八頁)。
 (15) A. a. O., S. 183 (世良訳、八頁)。
 (16) A. a. O., S. 184 (世良訳、二〇頁)。
 (17) A. a. O., S. 185 (世良訳、二三頁)。ただ、近代の「政治団体」は、このような私的「団体」に完全な「自治」を許容しているわけではない。ヴェーバーによれば、「政治団体」はそれらの「団体」の最終的な強制手段に対する監督権ないし再審査権を持っていることがきわめてしばしばなのである〔A. a. O., S. 186 (世良訳、二三頁)〕。
- (18) A. a. O., S. 184 (世良訳、一九頁—二〇頁)。
 (19) A. a. O., S. 185 (世良訳、二〇頁)。ヴェーバーはオーストリアにおけるスラブ人の「ツァードルガ」を例示している。かれによれば、この「ツァードルガ」の諸秩序は国家から法的に保障されていなかっただけではなく、「部分的には公式の法と矛盾してすらいたのである。それにもかかわらず、ツァードルガを基礎づけている諒解行為は、その諸秩序を保障するための独自の強制装置をもっているものであり、したがってこれらの諸秩序は、やはり「法」を形成しているのである」〔A. a. O., S. 185 (世良訳、二〇頁)〕。もちろん、このように「国家法」と矛盾する「団体」の「法」はこれだけにとどまらなす。
- (20) A. a. O., S. 184 (世良訳、一八頁)。ここだけを見るかぎりでは、「権利」は『基礎概念』におけるように「専有されたシヤンス」として構成されていないように思われる。ここでは「権利」は「社会関係」の対外的閉鎖から導出されるのではなく、「法規範」観念を前提として定義されているといえそうである。『経済と社会』第二部第二章では、かれは「共同体内部の「閉鎖化」の様々の段階を、「共同体によって独占された社会的および経済的シヤンスの専有の段階」とよぶが、この「専有の段階」論は「法規範」論とむすびつけられているとはいえないようである。「専有」理論という視点からヴェーバーの法理論を解説したのものとしては、なによりも名和田是彦「マックス・ヴェーバー法理論の基礎的枠組について——「専有」理論、「行政」理論及び法規範論——」(『社会科学研究』第三六巻第一号)が参照されねばならない。

- (21) A. a. O., S. 486 (世良訳、四四二頁)。
- (22) A. a. O., S. 486 (世良訳、四四二頁)。
- (23) A. a. O., S. 183 (世良訳、八頁)。
- (24) A. a. O., S. 184 (世良訳、一九頁)。
- (25) A. a. O., S. 391 (世良訳、九五頁)。

② 「統治」と「法」との分化

すでに①でみたように、ヴェーバーの「法秩序」概念は「秩序」の「妥当」の「保障」次元に重きを置いて構成されているので、ここではまず「統治」と「法強制」がどのように区別されているかが問題となる。

ヴェーバーによれば、「一つのゲマインシャフト関係の強制装置を形成している人々がおこなう組織的な『機関行為』も、そのすべてが法強制に向けられているわけではない」。「法強制」とは「その行為の妥当する意味が、秩序の遵守をもつばらそれ自体として、実現することにある、というような機関行為」、すなわち「秩序が拘束的に妥当するものとみなされているが故に、まさにこの理由からして、純粹に形式的に秩序の遵守を実現する」機関行為⁽²⁾だけを指しているのである(傍点・ヴェーバー)。したがって「—その妥当する意味にしがえば—あるいは合目的性の諸理由やあるいはその他の実質的な諸条件から、秩序の遵守を実現する」機関行為は、「統治」に属する行為であって「法強制」には含まれないのである。

ここにはまず「秩序」の「妥当」が一般成員にとっても「強制装置」にとっても前提になっている。そのうえで「強制装置」を構成するひとびとが純粹に形式的にその「秩序」を実現する場合にかぎって、それらのひとびとの行為は「法強制」として位置づけられている。

このように、単に「秩序」の遵守を実現する行為というだけでは、「統治」と「法強制」との区別はできないのである。なによりも「機関行為」と「秩序」とのかかわり方の違いが強調されていることがわかる。「法強制」は「秩序」の「妥当」それ自体を純粹に形式的に実現することである。このことは、「機関行為」があらかじめ經驗的に「妥当」している「秩序」を純粹に形式的に「保障」するのであるから、その「機関行為」を發動させる形式的な要件が「秩序」に定められていることをも意味している。それに対して、なにか実質的な目的や理由のために「秩序」の遵守を実現する「機関行為」は「統治」に含まれるのである。ヴェーバーは「機関行為」と括弧つきで用いているが、ここでももっぱら「国家アンシュタルト」の諸機関の「団体行為」を念頭に置いているものと思われる。

以上のような「統治」と「法強制」の区別に加えて、さらにわれわれは、「団体」の公的「行政」における「統治」と「法規範」との関わりを類型的にみてみることにしよう。まず第一は「家共同体」における「統治」の始源的形態、つぎは「家支配」原理がある種の政治権力に転用された形態とされた「家産制的」団体における「統治」形態（インベリウム）、最後は「国家アンシュタルト」における「統治」形態である。

すでにわれわれは基礎概念論において「支配団体」の「正当性」の内的構造における「支配」と「秩序」の関連づけに触れたが、ここではこの問題を「統治」と「規範」との関連として論じようというわけである。

まず「家共同体」における「統治」の始源的形態はどのようにモデル化されているだろうか。始源的には「法創造」「法発見」および「統治」の区別は明確ではないから、「統治」の原型を探ることは、とりもなおさず公的な「行政」の原型を探ることでもある。ヴェーバーによれば、「行政」の始源的担い手は家支配である⁽¹⁾。しかもこの「家支配」は始源的には「無制約」である。家権力に対する服従者は家長に対して「主観的権利」をもっていないし、家長の行動を拘束する「客観的規範」も「たかだか、家長の行為に対する呪術的制約からの他律的な反射的效果として存在す

るにすぎない⁽⁶⁾からである。そしてつぎの指摘は重要である。すなわち「一方では、家共同体の内部には家長の原理的にはまったく無制約な行政があり、他方では、ジッペ相互間には一隣罪契約および証拠契約にもとづく一仲裁手続があり、この両者が併存しているということも、始源的な事態であった」と。ヴェーバーによれば、そもそも「法的」取扱の端緒が見出されるのは、ジッペ間の仲裁手続においてだけなのである。ジッペ間の仲裁手続が「法発見」の「原始的形式」であったと同様に、「家長」の手続は「統治」の「原始的な形式」であったというのがかれの基本的な認識である⁽⁸⁾。もっとも、「家共同体」の家父長制的権力は最初はジッペ権力の介入によって、次いで宗教のおよび軍事的権力の介入によって外的には制限されることがあるとはいへ、その内部ではおよそ「法規範」に拘束されることはまれなのである。

このようにみてくると、ヴェーバーは、「家共同体」内部の無制限な家父長制的な権力には「正当な」命令とそれを「正当化する」規範（行政規則）との区別は原理的に存在しないと考えていることがわかる。このような区別が相対的に観念されてくるのは、「家産制的」団体の「インペリウム」が成立した場合である。

ヴェーバーが「インペリウム」と名づけた原始的な家外的な諸権力は、ある種の「家産制的」な政治権力といつてよいと思われる。これは次第に「法規範」による拘束を受けるようになっていった⁽⁹⁾。「インペリウム」に対する制限には「権力制限」と「権力分割」という二つの形態がある。前者は「インペリウム」がそれに服している者たちの「主観的権利」と衝突している場合であり、後者は「インペリウム」がそれと同等のまたはそれよりも優越的な別の「インペリウム」と衝突し、この別の「インペリウム」が妥当していることに自己の制限を見出す場合である⁽¹⁰⁾。そしてこのような制限の範囲内においてのみ、命令権力の保有者は「命令」の権能を有するのであり、そのような権能に基づき「命令」だけが「正当性」をもつことになる。ただ留意する必要があるのは、団体成員の「主観的権利」が

「インベリウム」を制限しているといっても、その「権利」が「客観的法」としての△権利保障規範▽によるものとはかぎらないことである。むしろ「家産制的」団体が身分制的な構造をもつ場合には、「権利」はもっぱら具体的な「特権」という性格をもつ。「インベリウム」の分割を規定しているのが△行政規範▽であるならば、「インベリウム」の権能の「正当な」範囲をこれによって限界づけることができるであろう。しかしこの場合の権能は、依然として「インベリウム」の担い手の具体的な法的資格であって、「客観的規範」に基づくザッハリッヒな「権限」ではない。⁽¹¹⁾「正当な」命令権限とこれらを「正当化する」規範が真に明瞭に区別されるのは、「国家アンシュタルト」においてである。

ヴェーバーによれば、近代的な「国家アンシュタルト」は「その本質において、一定の諸インベリウムの——一定の規則によって選抜された——担い手たちの組織体であり、これらのインベリウムはこれまた権力分割の一般的な諸規則によって外部に対して相互に限定されており、同時にまた、そのすべてが制定規則による権力制限によって、それぞれの命令権力の正当性の内的限界をもっている、という仕組なのである」。⁽¹²⁾「国家アンシュタルト」では、ここでの「インベリウム」は「権限」と呼ばれる。そして近代の「統治」は、「制定規則」に従い、「官僚制的」行政スタッフの「正当な権限」に基づいてその活動を展開することになる。△行政規範▽は「命令」の「権限」を「正当化」するばかりでなくその「正当性」の範囲を限界づけているが、それと同様に、△権利保障規範▽は成員の「主観的権利」を「正当化」するとともに、それを形式的に「保障」している。一般成員は△権利保障規範▽に照らして自己の「権利」主張を「正当化」することができるだけでなく、「強制装置」の援助を求める場合には、その「権利」主張を「規範」に照らして形式的に「保障」してもらふことを期待することができる。

さて「国家アンシュタルト」的な「統治」が客観的「法規範」と「主観的権利」とによって制限されているという

ことは、二つのことを意味する。すなわち「積極的には、統治そのものの管轄権の正当性根拠」を意味する。⁽¹³⁾「統治」は終局的には「国家アンシユタルト」の「憲法」規範による「授権」に基づいて「正当な」権限を行使すると考えられている。第二に「消極的には、統治の自由な運動の制限」を意味する。⁽¹⁴⁾この「制限」の範囲内では「自由」な「統治」が展開される。この「自由な運動」の制限を越えていけば「権限」の「正当性」が問われることになる。二重の「制限」のもとにあるという点では、「統治」も「法創造」や「法発見」と同じである。そうだとすれば、「統治」に特有の本質はどこに求められるのだろうか。ヴェーバーによればこうだ。すなわち、「現行の客観的法を―それが現に現行法として妥当しており、既得の諸権利がそれにもとづいているというだけの理由からして―尊重し実現することだけをその目的としているのではなく、他の実質的な諸目的―政治的・倫理的・功利的あるいはいかなる性質の目的であれ―の実現をその目的としている、という点にある」と。⁽¹⁵⁾ここにいう「現行の客観的法」には、△権利保障規範▽も△行政規範▽もともに含まれているといつてよい。実質的「目的」のために「規範」の実現をめざす「法政策」的行為は「統治」に属するという意味では、「法強制」は狭く厳密に捉えられているといつてよい。

さてここでヴェーバーは近代国家では「法発見」と「統治」とを相互に形式的に近づける傾向があると指摘しているのが注目される。司法の分野でも、今日の裁判官は実質的な諸原則、すなわち倫理・衡平・合目的性にしたがって決定を下すように期待されることがまればないといふ。⁽¹⁶⁾これは「法発見」への「行政的考量」の導入であるといつてよい。他方では、今日の国家組織は「原理的には行政の客体にすぎない個々人」に対しても、「行政裁判」という「かれらの利益を擁護するための手段」を与えている。⁽¹⁷⁾また、「統治」も、一般的な「行政規則」を作り出す場合には、「法創造」に対して接近していくことになる。それでも、「統治」と「法創造」・「法発見」との概念的な対立は除去されることはないのである。

このようにみると、ヴェーバーは「統治」と「法創造・法発見」との区別を、近代の公的「行政」を社会学的研究するのに有効な理論的枠組としているのがわかる。しかも「国家アンシュタルト」における「統治」は二重の意味で法的制限のもとに置かれているが、それでも「統治」の本質をいささかも失いはしないのもとよりである。「官僚制の行政」についてのつぎの指摘は重要である。「われわれにとって決定的なことは、真に官僚制的な行政の一切の行為の背後には、原理的に言って、合理的に議論しうるような『理由』の体系―すなわち、規範への包摂あるいは目的と手段との考量のいずれか―が存在している、ということだけである⁽¹⁸⁾。たしかに「法創造」と「法発見」を除く本来の「行政」(「統治」)は「個性的なものの自由と支配」を要求するのが常であるが、その場合には「一般的規範」は官僚の「統治」活動に対する制約としては消極的役割を果たすにすぎない⁽¹⁹⁾という。そうだとすれば、「統治」の本質と考えられているのは、合理的に議論しうる「目的と手段との考量」ということになる。「統治」ではなによりも「没主観的」目的の支配やこの目的に対する合理的な考量と献身とが、常に行動の規範として存在している⁽²⁰⁾のである。「法発見」が「規範への包摂」的思考の内部に「目的―手段」的思考を導入したり、その反対に「統治」が「目的―手段」的思考に仕える形で「一般的規範」を利用したりしても、「法発見」とその執行とを含む「法強制」は「統治」から理論的に区別されうるというのが、ヴェーバーの考えにはかならない。

註

- (1) Max Weber, *W. u. G.*, S. 182 (世良訳、七頁)。
- (2) A. a. O., S. 182 (世良訳、七頁)。
- (3) A. a. O., S. 182 (世良訳、七頁)。
- (4) この点を明確に指摘しているのは、クロンマンである。かれは、ヴェーバーが法規範を定義するのに、法規範の内容や、

法規範と関連した制裁や、法規範の制定（創設）の仕方ではなく、そのような規範の執行のされ方を決定的に重視しているのに注目している。クロンマンの見解は概略つぎのようなものである。ヴェーバーによれば、法規範は専門のスタッフによって執行される。独立した専任の強制スタッフの存在によって、法は習律と道徳から区別される。通常、専任のスタッフの存在が意味するのは、共同体のなんらかの自己同一的な下位集団（「法的官吏」の階層）が共同体の法を強制することにもつばら責任を負うことである。さらに「専任のスタッフの觀念がもうひとつの、おそらくもっと基本的な意味をもつと思われること」を示唆するヴェーバーの記述が重視される。すなわち「共同体」の全構成員が「強制装置」とみなされうろという「強制装置」の限界的なケースによれば、決定的に重要なのは「強制装置」の存在ではなく、その発動が義務づけられる条件が明確に定められていることである。

クロンマンが鋭く指摘しているように、ここには、法体系が他の規範的秩序から区別されるのは、法的官吏という分化された下位共同体の存在によってではなく、だれが侵害を処罰すべきか、罰はどのような形態を取るべきかを特定する規則または規則の体系の存在によってであるという考えが示唆されている。このような考えによれば、法秩序と道徳・習律との区別は、その制裁の過程が明確な規範によって規制されているということにある。ここで制裁の過程というのは、直接に行爲に適用される第一次的規則の侵害が確定され処罰される過程を意味するが、その過程のために明確な規則が設けられている場合に限って「法秩序」があると定義づけられることになる。このように、ヴェーバーは第二次的な規則が設けられている拘束的規範が存在するかどうかによって、法を他の社会規範と区別するという試みを示唆している、というのがクロンマンの解釈である。かれがこのようなヴェーバー解釈を提示するとき、「第一次的ルール」と「第二次的ルール」との区別とその結合に関するハートの議論をふまえていることは言うまでもない。

『基礎概念』の「秩序」論をみるかぎりでは、「法」と「習律」とを区別する標識は前者には「強制スタッフ」による「秩序」の外的保障があることにもとめられており、かならずしもクロンマンの提示したような標識が明確にされているとは言いがたい。しかし『法社会学』第二部に構成されている理論的枠組では、クロンマンが示しているように、ヴェーバーの「法」概念の特徴は、「強制スタッフ」の存在それ自体ではなく、「強制スタッフ」による「強制」の発動が「秩序」づけられていることにあると考へることができよう（Vgl. Anthony T. Kronman, Max Weber, 1983, S. 28-34.）。わが国ではすでに、六本佳平「M・ヴェーバーの『法』概念の構成」（川島武宜編集『法社会学講座』第三巻、一六五頁—一六九頁）がこ

の点を正確に指摘していたのが想起される。

(5) Max Weber, a. a. O., S. 389 (世良訳, 七三頁)。なお、同じく「行政」Verwaltungは、世良訳では「管理」と訳されている。われわれはこれが、「統治」の原始的形式であるともみなされていることを考慮して、「行政」と訳してみた。

(6) A. a. O., S. 389 (世良訳, 七三頁)。

(7) A. a. O., S. 389 (世良訳, 七四頁)。

(8) A. a. O., S. 389 (世良訳, 七四頁)。

(9) A. a. O., S. 393 (世良訳, 九二頁)。なお、ヴェーバーはつぎのように述べている。すなわち「公法」にせよ、「刑法」・「刑事訴訟法」・「宗教法」にせよ、それらが「学問的な考察の独自の対象として――萌芽的な形ででも成立するにいたるのは、少なくとも右のようななんらかの諸規則の存在が――事実上拘束力をもって妥当する諸規範の複合体として――確認されるようになってからのことである」と〔A. a. O., S. 393 (世良訳, 九三頁)〕。

(10) A. a. O., S. 393 (世良訳, 九三頁)。

(11) A. a. O., S. 405 (世良訳, 二九二頁)。

(12) A. a. O., S. 393 (世良訳, 九四頁)。

(13) A. a. O., S. 389 (世良訳, 七三頁)。

(14) A. a. O., S. 389 (世良訳, 七三頁)。

(15) A. a. O., S. 389 (世良訳, 七三頁―七三頁)。

(16) A. a. O., S. 389 (世良訳, 七三頁)。ヴェーバーはつぎのようにも述べる。すなわち「法発見の領域においても、官僚制的裁判官が、立法者によって、直接「個性化的」法発見をおこなうように指示されているような分野もあるのである」と〔A. a. O., S. 565 (世良訳『支配の社会学』九八頁)〕。

(17) A. a. O., S. 389 (世良訳, 七三頁)。

(18) A. a. O., S. 565 (世良訳『支配の社会学』, 九九頁)。

(19) A. a. O., S. 565 (世良訳, 同書, 九八頁)。

(20) A. a. O., S. 565 (世良訳, 同書, 九八頁)。

(2) 「一般法」と「特別法」との関連

すでにみたように、ヴェーバーの「法」概念には「政治団体」の「法」だけではなく、それ以外の「団体」の「法」も含まれているのだから、より具体的な水準では「政治団体」の「法」(「国家法」)とその内部の「団体」の「法」(「団体法」)との関連が問題とされねばならない。すでに基礎概念論においてみたように、「社会関係」論においても「支配団体」論においても「対外的」―「対内的」の軸は類型構成上の重要な指標のひとつであったし、とりわけ「支配団体」論では「秩序」制定の「自律性」―「他律性」の軸が構成されていたのが想起される。これらの軸は、実質的な社会学的研究を規定している理論的枠組では、「政治団体」とその内部「団体」との相互関係にかかわる分析軸として「特別法」概念に具体化されているということが出来る。

実質的な社会学的研究には、多様な形態の「特別法」概念が構成されているが、いずれの「特別法」も「政治団体」の「一般的に妥当する規範」(「一般法」という観念を理論的に前提しているといつてよいと思われる。「特別法」概念のもつ歴史性をひとまず捨象して「政治団体」との関係のありかただけに着目してみると、「特別法」は「政治団体」に対抗してその内部の「団体」自体によって「自律的」に形成された「法」と、「政治団体」からその内部の「団体」に「他律的」に「授与」された「法」とに典型的に区別される。それぞれを「自律的特別法」∨、∧他律的特別法∨と名づけることができる。

ヴェーバーによれば、「特別法は、過去においては、通常、『自発的な』法 „gewillkürtes“ Recht」という形で成立した。換言すれば、特別法は、「(一) 伝統によって、あるいは、「(二) 『身分的な』諒解共同体や組織された『アイヌング』 „Einnungen“ やの合意による定立によって、創造された法であった。すなわち、それは、自律的に定立された秩序という形で、成立していたのである」⁽¹⁾。用語法上理解しにくい内容を含むが、∧自律的特別法∨が「特別法」の伝統

的な通常の形態であると位置づけられていることはよくわかる。

それでは「特別法」が「自律的」であるといえるための要件はなにか。かれが提示しているのは、つぎの四つの要件である。⁽²⁾(1) なんらかのメルクマールによってその範囲を限界づけうる人的集団が存在していること、(2) この人的集団が、諒解または制定規則によって「特別法」に服していること、(3) その「特別法」がその人的集団によって原理的には自立的に変更されうること、(4) この人的集団が、法定立を独占しつつある「政治団体」と関係づけられていること、である。この(4)の要件については、「自律」概念は「政治団体が、自己の機関以外のものによる客観的法の創造を容認し、あるいはそれを直接的に保障しているという観念」⁽³⁾を含んでいるというかれの指摘があるが、これは「自律」の最も典型的な場合だと思われる。実質的な社会学的研究をみると、(1)(2)(3)の要件を共通にしなから、(4)の要件、すなわち「政治団体」との関係のしかたの違いによって、「自律」はさらに三つに区別されているように思われる。その三つを①入事実的自律√、②入特権的自律√、③入授權的自律√と名づけよう。①は通常は「政治団体」が「団体」に対して支配力をもっていないために、「団体」が事実上「自律的」に「法」を形成している場合である。「自律」の意味がきわめて弱い限界的ケースである。②は「政治団体」に対抗して「団体」が固有の力をもって「自律的」法形成を寡奪している場合と、「政治団体」が内部の「団体」に「自律的」法形成を「特権」として授与している場合とがある。「政治団体」が「団体」の固有の力を統制する官権的な支配力をもちえていない場合である、と言いかえてもよい。近代以前においては、「特別法」は「大部分、相互に独立的な種々さまざまの諒解共同体や組織されたアイヌングによる自律的な寡奪によって、創造され・形成されてきたもの」⁽⁴⁾である。③は「政治団体」の「授權」によって「団体」が「自律的」に法形成を行っている場合である。近代の「国家アংশニシタルト」は「法」創造の「正当な」独占を要求するので、近代の「特別法」にみられるのはもっぱらこの③⁽⁵⁾で

ある。そして①②③は、きわめて巨視的に類型化されたレヴェルにおいてではあるが、①から②を経て③へと歴史的に移行すると考えられてよいであろう。

つぎに「特別法」が「他律的」というのは、「政治団体」が他の「団体」に対してその内部でのみ妥当する「法」を授与することである。これは「国家法」としての「特別法」であって、「団体」自体が定立した「団体法」としての「特別法」ではない。「特別法」とはその妥当範囲がなんらかの標識によって限定された「法」のことであるから、「自律的」に定立される「法」に限られるわけではない。たとえば、君主がかれの人的従士団、かれが任命した官吏、かれの軍隊などのために制定した「法」や、「正当な」法創造の独占を要求する「国家アンシュタルト」が授与した「軍事法」とか「官吏法」などは「他律的特別法」の例である。もちろん「団体」の「法」はすべて「政治団体」から授与されるわけではないから、一つの「団体」に「自律的特別法」と「他律的特別法」とが共存することがあることは言うまでもない。

ここで注意を喚起しておきたいのは、ヴェーバーが、それまで「法学」内部で「慣習法」概念を用いて論じられてきた「非制定法」の問題をこの「特別法」理論によってとらえかえしていることである。ヴェーバーのつぎの指摘は重要である。すなわち「後期ローマや中世の人たちが問題としていたのは、常に、普遍的な妥当力を要求する合理的な法と、現存の地方的（または民族的）な法との間の調整という類型的な問題であった。後期ローマ帝国の場合には、帝国法と諸属州民の民族法との対立が問題であったし、イギリスにおいては、コモン・ローの全国法と地方法との対立が、大陸においては、継受されたローマ法と民族法との関係が問題になっていたのである。普遍法に抵抗したこれらの地方特別法だけが、法律家たちによって、右の「慣習法の」定義の中にいれられ、その妥当が前述の諸前提に結び付けられていたわけである。また、――普遍法だけが唯一正当な法として登場していたわけであるから、――おそらく

そのようにとり扱うしかなかったのであった。⁽⁶⁾ 社会的にみれば「普通法だけが唯一の正当な法」ではないから、「地方特別法」も「法学的思考」にとらわれない理論的枠組のなかでもっと正当にとり扱われようという含みが、こゝから読み取れる。ヴェーバーの「特別法」概念は、「地方特別法」を「政治団体」に関連づけてもつと経験的に理論化するために有効な方法概念としても提示されている。「政治団体」の「普通法」に對抗する他の様々の「団体法」はすべて「特別法」に含まれているから、「慣習法」として法学的に論じられてきた「地方特別法」も、そのような「特別法」のひとつとして位置づけられているといふことができるはずである。

それでは、以上のことをふまえたうえで、「特別法」をもう少し歴史的にみるとどうなるか。このような歴史的な視点からヴェーバーの「特別法」理論を検討したものとしてみられるのは、名和田是彦氏の論稿である。氏は「特別法」理論が「抽象的な枠組である専有理論を、政治団体とその部分団体の関係というやや具体的な場面において発展させた理論」であることを論証している。⁽⁸⁾ 氏は、前近代―近代の二分法に基づいたクロンマンによる「特別法」論の不十分さを批判しながら、前近代における「特別法」を、ジッペ間の法、「属人的特別法」、「物的特別法」の三段階に区別して整理するとともに、「物的特別法」を、近代における「特別法」である「アンシニタルト的特別法」へと移行する過渡的段階として位置づけている。氏によってはじめて「特別法」の多様な形態が体系的に解き明かされたといふことができる。われわれも、氏の典型的区別を手がかりにしながら、ヴェーバーの「特別法」論を歴史的な視点から簡単にみておかねばならない。

まずジッペ間の「法」であるが、名和田氏は、ヴェーバーがジッペ間の「法」を「国家アンシニタルト」形成以前の「特別法」の第一段階としてひとまず位置づけていると解釈している。そのうえで、「政治団体」の形成以前の時期には「一般法」は存在しないから、ジッペ間の「法」を「特別法」だと言うのはやや無理を伴う、と氏は指摘する。⁽¹⁰⁾

「一般法」を前提としない「特別法」というのは比喩的な言い方であるから、確かに無理があると思われる。氏の述べているように、ジッペ間の「法」は「特別法」の第一段階と位置づけられていると解釈できそうであるが、このジッペ間の「法」は「政治団体」形成以前にまで遡行させようのかどうかについてはまだ検討の余地がありそうである。その若干の検討は後に③「法」領域の事項的分化論のなかに譲ることにして、ここではひとまず、ヴェーバーは「政治団体」形成以降のジッペ間の「法」を「特別法」の第一段階と位置づけるとともに、これを「政治団体」形成以前にも、比喩的に遡行させているものと解釈しておきたいと思う。きわめてゆるやかな臨機的な形態での「政治団体」の形成が想定されうる場合には、そのもとでのジッペ間の「法」は「人事的自律」による「特別法」の形成に近いということになるか。

ヴェーバーは、ジッペ間の「法」に続く前近代の「特別法」概念をさらに二つに類型化している。「特別法」の第二段階は、広義における「身分的」性質に限定された「法」である。⁽¹¹⁾ 言いかえれば、古い形のあらゆる「特別法」では「人的団体に所属する特定の人それ自身に備わる永続的な性質」あるいは「一定の客体—それを占有することが人的団体への所属を媒介するような客体—に備わる永続的な性質」が「法的な特権」を与えるものと考えられている。⁽¹²⁾ 「あらゆる特別法は、始源的には、身分的資格によって限定された人的サークルの法であった」。⁽¹³⁾ これは名和田氏のいう「属人的特別法」にあたる。「特別法に服するということは、最初は厳に人的な資格であり、寡奪や「特権の」授与によって獲得された「特権」であり、したがってまた参与者たちの独占権であった。参与者たちは、特別法の適用を求める権利をもち、『法仲間』になったのである」。⁽¹⁴⁾ これは「特権的自律」による「特別法」であるといつてよい。このように、「人的団体」の「法」(「特別法」)に服することは、その「団体」の参与者が独占する「特権」であった。その持ち主は「特別法」の適用を「主観的権利」として要求できたのだから、この「特権」は「特別法」的「権利」

とよばれてもよいであろう。

ところで、「身分的資格によって限定されていた人的サークルが独占的に専有していた財貨が分化し、経済的に窮屈になるにつれて」、⁽¹⁵⁾総じて経済的發展にもなつて、社会的または経済的な特殊関係という「純粹にザッハリッヒな諸関係」に妥当する「特別法」が登場することになる。⁽¹⁶⁾これは近代以前の「特別法」の第三段階といふべきものである。名和田氏はこれを「物的特別法」と名づけている。ただそのようなザッハリッヒな諸関係は職業的に限定されていて「一般的なもの」ではなかった。というのは、これらの「特別法」が妥当した諸関係は「ほとんどすべて、ならんかの身分的なすなわち全体的な法的地位に影響するような諸結果をもたらした」⁽¹⁷⁾からである。

近代の「国家アンシユタルト」になつてようやくこれらの近代以前の「特別法」は完全に廃止されるに至つた。だが、新たに近代特有の「特別法」が登場してくる。ヴェーバーによれば、「国家アンシユタルト」による法創造の正当な独占と「法の統一化と合理化」によつて、近代的形式の「特別法」が形成されることになつたのである。⁽¹⁸⁾これが名和田氏の言う「アンシユタルト的特別法」である。この場合には、「政治団体」は、「特別法は、政治的アンシユタルトの側からの許容によつてのみその効力を保っている」のであり、したがつてまた政治的アンシユタルトが許容する限度においてのみ効力をもつという要求を掲げ、また多くの場合この要求を貫徹している」⁽¹⁹⁾のである。さらに、ヴェーバーは「市場の拡大」と「諒解共同体の機関行為の官僚制化」という二つの「合理化の力」によつて、つぎのような「授權」の形式が形成されたという。⁽²⁰⁾すなわち、第一に「社団」に対して法規則によつて狭く限定された自律を認め、この自律は形式的には誰もが利用できるものとし、「社団」は任意のひとつによつて結成されうるとされたこと、第二に一定の私的なザッハリッヒな法律行為によつて自発的な法を創造しうるとする典型的な授權を万人のために作り出したこと、である。⁽²¹⁾要するに、今日では、「特別法」の支配する関係に形式的には誰でも参加することが

説 できるのである。これは近代に特有の八授權的自律 \vee による「特別法」の形成である。

「特別法」の妥当範圍を画定する標識を比較してみると、近代以前では「身分的」所屬關係が標識であるのに対して、特殊近代的な「特別法」では、一方では「個々の行為のザッハリッヒな性質（とりわけ目的合理的な『意味』）」が、他方では「経営という合理的な目的団体にザッハリッヒに（目的合理的にみて有意味に）所屬している」ことが標識である。⁽²²⁾

しかしながら、ヴェーバーによれば、近代と近代以前のこのような區別は単に相対的なものにすぎない⁽²³⁾。というのは、近代以前も、商業その他の純經濟的な「職業」に関する法については、その妥当範圍を画定する原理はザッハリッヒな性格のものであったのであり、実質的に見れば、近代的な原理と内面的に類似していたからである。⁽²⁴⁾名和田氏が「物的特別法」を「アンシュタルト的特別法」に移行する過渡的形態として正しく位置づけているのもこのためである。ただ過去においては、それと並んで、「純粹に身分的に画定された妥当領域をもつ法の分裂」が「量的にも質的にも圧倒的な重要性をもっていた」⁽²⁵⁾ことを考えると、近代以前の「特別法」も單純に段階的に移行してきたわけではなく、「屬人的特別法」と「物的特別法」との併存状態がみられたのである。このようにみえてくると、「特別法」は「近代」と「前近代」とを対比するという視点から論じられるだけでは充分ではないことがわかる。

注

- (1) Max Weber, W. u. G., S. 417 (世良訳、一八四頁)。この原文の編纂者と世良訳に対しては折原氏の批判があるが、こゝでは世良訳の註を引用した（折原、前掲論文、一七三頁）。
- (2) A. a. O., S. 419-420 (世良訳、一九二頁—一九二頁)。
- (3) A. a. O., S. 420 (世良訳、一九二頁)。

(4) A. a. O., S. 417 (世良訳、一八五頁)。

(5) 近代的な「授權」による「自律」について、ヴェーバーがつぎのように述べているのは注目される。すなわち「形式的な法的平等に対応する一般的な授權、すなわち『人のいかんを問わず誰でも』例えば株式会社を設立することができる、あるいはまた家族世襲財産を設定することができるという一般的な授權は、実際には、いうまでもなく、有産階級そのものの一種の事実上の『自律』を作り出すことを意味している」と。というのは、「事実、有産階級だけがこの種の授權を利用するのである」[A. a. O., S. 419 (世良訳、一九一頁)]。ここにいう「一種の事実上の『自律』は『無定形な自律』ともいわれているが、これは「いうまでもなく単に比喩的な意味で自律という名で呼ばれうるにすぎない」と断っている。したがって、われわれもこのような「一般的授權」による「事実上の自律」は、全く「授權」のない人事実的自律 \checkmark ではなく、 \wedge 授權的自律 \checkmark に含まれるものと考えておけばよいと思われる。

(6) A. a. O., S. 411 (世良訳、二七〇頁)。なお、ヴェーバーは「慣習法」概念を新しい法規範の成立という問題に関連づけて取り上げている。この概念は「普通法学」の所産であって「慣習法」の諸定義はすべて法律的な構成にすぎないとみなしながら、かれはつぎのように述べる。「法律的な構成にとつては、一非制定法をすべて拘束力ある先例だけにかぎるのでないが、ぎりー、ツイテルマンやギールケがこの概念に与えたような洗練された形式での慣習法概念が、いうまでもなく不可欠である。この概念に対する法社会学者(ランペールやエールリッヒ)の激しい攻撃は、法学領域についていえば、私見によればまったく根拠のないものであり、法学的考察方法と社会学的考察方法とを混同していることを意味している」[A. a. O., S. 411 (世良訳、二六九頁—二七〇頁)]。このようにヴェーバーはまず「慣習法」概念を法学的な「法源」論として不可欠だと認めている。しかしかれは「慣習法」の法学的構成は「定立によって創造されたのではない法の経験的『妥当』が事実上成立してくるといふ過程」については「正しい主張をほとんど含んでいない」とみる。ヴェーバーは「諒解行為」による「法」形成論と「特別法」論のなかでいわゆる「慣習法」論の指示した問題を取り扱っているように思われる。「慣習法」論のみならず、法社会学の方法論についてヴェーバーとエールリッヒとを比較しながら検討することが必要になるが、その比較検討は別稿に譲らざるをえない。なお、始源的な「法」形態についてヴェーバーとエールリッヒを比較検討したものでして、さしあたり石尾芳久「マックス・ヴェーバーの法社会学」(法律文化社、一九七一年、一八頁—三二頁)がある。

(7) 名和田是彦「マックス・ヴェーバー法理論研究序説」(一)『社会科学研究』(東京大学社会科学研究所要)第三七巻第一

号所収) 二の2「特別法 Sonderrecht」を参照。氏は、この論稿のなかで「特別法」概念を、「政治団体」の内部の諸々の「団体」ないし「共同体」における「法」現象を説明する枠組としてきわめて鮮やかに分析している。

思うに、名和田は彦「マックス・ウェーバー法理論序説(一)」、「同(二)」、「社会科学研究」第三七卷第二号所収)は、ウェーバーの法理論を体系的に構成することを大胆に試みたまきわめて注目すべき論文である。氏は、ウェーバーの法に關する個々の理論断片に学ぶだけではなく、「ウェーバーの社会理論が今日の社会科学ないし理論法学にとってもっている意義」を充分にくみつくすために、『法社会学』やその他の著述に断片的にあらわれる理論的モチーフをできるだけ整合的体系的に一つの「ウェーバー法理論」にまで構成しようと試みている。氏は、すでにクロンマンがウェーバーの社会理論を「近代」というものについての「社会学」として捉え、この近代についての考え方が『法社会学』にも一貫して流れていることを明らかにしたことをひとまず評価しながらも、クロンマンの「基本的なウェーバー理解の方法である近代と前近代の対比という図式」を批判している。この図式はウェーバー理解の重要な基礎視角たりうるとしても、『法社会学』その他で豊富に展開されているウェーバー法理論の諸断片を拾いあつめ分析し一つの体系へと整理するにはあまりに一般的すぎる」というのが氏の批判の骨子である。とくにウェーバーの「前近代」はクロンマンの考えるよりもはるかに複雑であつて、近代—前近代の対比という図式ではウェーバーの法理論の全容の把握には至りえないということは、氏の精彩ある論証にあますところなく示されている。

(8) 名和田は彦、前掲論文(一)、二三頁。

(9) cf. A. Kronman, Max Weber, pp. 108-112. なお、クロンマンが「身分契約」と「目的契約」の区別という視点から「特別法共同体」に照明をあてているのは重要である。クロンマンは、この「特別法共同体」の問題についてのウェーバーの議論の最も興味深い側面は「一つの類型の特別法共同体から他の類型のそれへと移行する歴史的過程についてのかれの説明である」(ibid., p. 109)と正当に指摘しているが、実際には、すでに名和田氏の批判しているように、近代以前と近代との「特別法」の基礎を類型的に対比するにとどまってしまうように思われる。

(10) 名和田は彦、前掲論文(一)、一四頁—一五頁参照。

(11) A. a. O., S. 418 (世良訳、一八九頁)。ここで「身分的」性質とは、「出生や生活様式や団体への所属によって規定される人の性質」(「貴族」または「騎士的な生活を送っている者」または「ギルド仲間」と、物の一定の社会的関係(「家人レ

エン」「騎士領」)によって規定される—しかもこの規定のしかたを通して間接的にはこれまた一定の身分的關係によって制約された—この物の性質」の両方を指している [A. a. O., S. 418 (世良訳、一八九頁)]。

- (12) A. a. O., S. 418 (世良訳、一八九頁)。
- (13) A. a. O., S. 420 (世良訳、一九三頁)。
- (14) A. a. O., S. 417 (世良訳、一八六頁)。
- (15) A. a. O., S. 420 (世良訳、一九三頁)。
- (16) A. a. O., S. 420 (世良訳、一九三頁)。ヴェーバーがここで具体的に挙げてゐる「特別法」の例は、レーエン關係に妥当した「レーエン法」、領主の莊園の諸關係について妥当した「莊園法」、家人レーエンについて妥当した「家人法」、商人の財産や商人の取引について妥当した「商法」、手工業の取引や経営について妥当した「手工業の法」などである。

(17) A. a. O., S. 420 (世良訳、一九四頁)。

(18) A. a. O., S. 416 (世良訳、一八四頁)。

(19) A. a. O., S. 417 (世良訳、一八四頁)。「政治団体」はこのような「要求」をつねに「貫徹」してゐるわけではない。

(20) A. a. O., S. 419 (世良訳、一九〇頁)。なお、近代において多様な特別法の形成ないし法の分裂がみられる理由は、ヴェーバーによれば、基本的には二つある。ひとつは「職業分化」の進行、もうひとつは「財貨取引や経営的な工業生産やに携わる利害關係者たちの立場」への配慮の必要性の増大、である。この二つの理由から、利害關係者たちは自分たちの法律問題が事情通によって専門的に処理されることを期待するという。ただ最近時には、法の分裂のもう一つの理由、すなわち「通常の法手続の煩瑣な諸手続を避けて、具体的なケースに一層適合した・一層迅速な裁判を求めようとする願望」の役割増大が登場してきたという指摘も重要である [Vgl. a. a. O., S. 504 (世良訳、五〇八頁)]。

(21) A. a. O., S. 419 (世良訳、一九〇頁—一九一頁)。

(22) A. a. O., S. 504 (世良訳、五〇八頁)。ヴェーバーはこのような近代的な「特別法」の典型を「商法」にみている。また「特殊近代的な諸特別法に照応して、多数の特別裁判所や特別訴訟手続がある」という指摘も重要である [A. a. O., S. 504 (世良訳、五〇八頁)]。

(23) A. a. O., S. 504 (世良訳、五〇八頁)。

(24) A. a. O., S. 504 (世良訳、五〇八頁)。

(25) A. a. O., S. 504 (世良訳、五〇八頁)。

(3) 「法」領域の事項的分化

ヴェーバーは「法」領域それ自体をその領域の内容に即してどのように理論的に區別しているのだろうか。総じて言えば、「法」領域の分化についての法学的な諸概念の枠組はかれの社会学理論のなかで、「法」領域の「理念型」の分化の理論として再構成されているとすることができる。近代の法学的理論における區別が法学的理論の次元で批判的に吟味されているのでなければ、法学的理論上の區別が直ちに社会学的な次元で議論されているわけでもない。法学的議論と社会学的議論との方法論的な混同を排したいという「方法意識」が「法」領域を把握する理論的枠組の構成の仕方の中にも働いているのである。社会学的な議論の対象とされている場合には、法学的な理論的枠組は、もはや法学的次元にあるのではなく、「理念型」的な理論的枠組として方法的に再構成されているのである。ここで法学的な理論的枠組というのは、専門の法律家集団に共有されている法学的な思考習慣を規定している基礎的な枠組のことである。

ヴェーバーは「法」現象に関する近代の法学理論(かれのいう今日の法学的思考習慣)上の區別を、総体としては「法」現象を社会学的に把握するのに有効な「理念型」的區別として承認しながら、その區別を三重の意味において相対化しているように思われる。第一は「歴史的」な相対化である。いつの時代にもそのような區別がなされてきたわけではないということである。理論的に未分化な「法」の始源的形態と近代の「国家アンシユタルト」の「法」とを両極として、その間に理論的な発展段階が想定されているように思われる。第二は「政治構造的」な相対化である。「法」

や「訴訟」の形態を規定する△政治構造▽の多様性が比較分析の対象にされている。第三は△現実的▽な相対化である。近代の「国家アンシニタルト」の「法」においてすら、法学理論上の区別は、現実には一義的に明確であると言いがたいということである。

要するに、ヴェーバーは、「法」領域の事項的な分化の仕方を規定している△歴史性▽、△政治構造性▽および△現実性▽を明確に組み込んだ社会学的な法理論を構想しているように思われる。あるいは、「法」領域の「理念型」的な区別がいわば経験的な次元で有効だと検証されるための△歴史的▽、△政治構造的▽および△現実的▽条件を明らかにしていると言いかえることもできる。

さて、ヴィンケルマンの編纂した『経済と社会』(第五版)によれば、事項的な「法」領域の分化として取り上げられているのは、次の七つの区別である。

- ① 「公法」と「私法」
- ② 「請求権を付与する法」と「行政規則」
- ③ 「統治」と「行政」
- ④ 「刑法」と「民法」
- ⑤ 「不法」と「犯罪」
- ⑥ 「インベリウム」、「権力制限」と「権力分割」
- ⑦ 「法」と「訴訟」

以上の諸概念がいずれも括弧付きなのは、その当時それらの諸概念がいずれも法学的な概念として用いられていたからであろうが、ヴェーバーはこれらを「法」領域を社会学的に認識するために有効な「理念型」的な概念、すなわ

ち、「法」現象を社会的に分析するために発見的な価値のある概念として論じているわけである。いずれの区別も「法」の社会学理論にとって重要な区別として承認されている、というのがわれわれの理解である。⑧⑨⑩は領域的に密接に関連しているが、そのなかでは⑧が中心であり、⑨と⑩はいわばその変種である。これらは、「私法」―「請求権を与える法」という概念系列と、「公法」―「行政規則」―「統治」という概念系列に二分される。まず第一にこの二つの概念系列を「公法」と「私法」の分化として論じたいと思う。⁽¹⁾ただ「法」と区別される領域としてすでに言及した「統治」については、ここではとりあげない。第二に④と⑤を「刑事法」と「民事法」の分化として論じることとする。「国家アンシュタルト」との類型的な対比において多様な「インペリウム」の形態が論じられている①は②③④にみる公的「行政」にも関連しているが、これにも「統治」論の一環としてすでに言及済みである。第三に「訴訟」を重視する考察が示されている⑥を、「実体法」と「訴訟法」の分化として取り扱いたい。そして最後に、以上の三つの「法」領域の分化がまだ発生していない始源的な「法」形態とヴェーバーが考えているジッペ問の「贖罪手続」をみてみることにする。

① 「公法」と「私法」の分化

ヴェーバーは「公法」と「私法」の区別を試みる三つの方法を取り上げる。第一は、「公法」を「法秩序によって規定された意味にしたがえば国家アンシュタルト関係的であるような行為についての規範の総体」、「私法」を「法秩序によって規定される意味にしたがえば国家アンシュタルトに関係せず国家アンシュタルトによって単に規制されているにすぎないような行為についての規範の総体」と定義する方法である。⁽²⁾かれによれば、この区別の仕方は「非形式的な性格」であることよって「技術的に困難」であるにもかかわらず、「公法」と「私法」のほとんどすべての境界確定の基礎にはこの種の区別があるという。⁽³⁾「非形式的」で技術的に困難だという難点があっても、この区別に意

味がないというわけではない。それどころか、かれはこの区別を相対化しながらも、基本的には理論的に有効な区別として承認しているといつてよい。たとえば「現在のいわゆる『公』法すなわち国家アンシユタルトにおける機関行為とアンシユタルト関係的行為とに関する規範」といった言い方はその例証である。ここでさしあたり重要なのは、この区別が「国家アンシユタルト」を前提としたものであること、「公法」であれ「私法」であれ、「法」が「行為」の「規範」としてとらえられていること、である。

第二の方法は、「公法」を「単に国家機関に対する指令のみを含む」「行政規則」の総体と同一視し、個々人の「主観的権利を設定する『請求権規範』」たる「私法」と区別する方法である。⁽⁶⁾しかし、ヴェーバーによれば、例えば「選挙権」にみられるように、公法上の「主観的権利」もありうる。だがそれも「主観的権利」という形式をとってはいないもの、やはり「行政規則の単なる反射」である。というのは、それは「その法的な意味からすれば実は明確に限定された目的のために国家アンシユタルトの機関として行為するという、個々人の主観的な管轄権」とみなされるものだからである。他方では、私法上の請求権もそのすべてが「既得の」主観的権利であるというわけではない。「一つの権利が『既得』権とみなされるかどうかという問題は、実際上は、しばしば、その権利を排除したとき補償請求権が生じるかどうかという問題に帰着するだけのことになる」。⁽⁸⁾このような「補償請求権」によって「保障」されていない私法上の「権利」もあるわけである。それだけではない。ヴェーバーによれば、「統治権が君主の既得の家産制的権利であるとみなされている法秩序」や「一定の主観的な市民権が（例えば「自然法」にもとづいて）、『既得の』私権と端的に同じ意味で不可侵であるとみなされているような法秩序」では、「公法」を「行政規則」と同一視する主張はあてはまらないのである。したがって、第二の方法にも難点がある、というのがかれの見解である。

第三は、「法的意味において『同格的』である」とみなされるような複数の当事者が相互に対立しあっている「私法

的な「事件と、その法的意味からすれば権力保有者が権威的命令権力をもってかれに『服属』しているひとびとに對立する」「公法的な」事件とを區別する方法である。⁽⁹⁾しかし、ヴェーバーによれば、「國家アンシユタルト」の機關がすべて命令権力をもっているわけでもなければ、國家機關の公法的に規律されている行為が必ずしも命令であるとはかぎらない。さらに複数の國家機關の相互間の諸關係の規律が「公法」の本来的に内的領域に属するだけでなく、権力保有者を任命し統制することに奉仕するような行為も「公法的に」規制された行為の領域に入れられねばならぬ⁽¹⁰⁾。その反面では、雇川者の命令権力は「公法的」なものとしては取り扱われないだけでなく、「家父の権力」も「私法的」権威として扱われるが、その理由は「國家アンシユタルト」のみが立法上の「正当な」権力の源泉とみなされるからである。しかしどのような「利益」が「國家アンシユタルト」によって追求されるべきかは「今日でも確定してはいない」のであるから、「國家アンシユタルト」の機關行為や「國家アンシユタルト」關係的な行為の領域は實質的には不明確だということになる。⁽¹¹⁾ そうだとすれば、ヴェーバーが明言しているように、この區別は第一の區別に逆戻りすることになる。というのは、この區別のしかたは「権威的な命令権力や、これらの命令権力の権力服属者に対する關係をすべて公法的として取り扱うわけではない」⁽¹²⁾からである。

このように三つの區別の方法を検討した結論はこうだ。すなわち、「公法の領域と私法の領域との境界の画定は、今日においてもなお、あらゆる点で一義的に明確であるというわけではない。過去においては、両者の境界は、今日よりもはるかに不明確であった。區別の可能性が端的に欠如しているということもあつた」⁽¹³⁾と。ここでは「公法」と「私法」の區別が△現実的Vに相對化されているのであるが、△歴史的Vにも相對化されているこの區別が完全に欠如する場合もあることがわかる。

「區別の可能性が端的に欠如」しているのは、「あらゆる法とあらゆる管轄權とが、とりわけあらゆる命令権力もま

た、ひとしく人的な特権」としての性質をもっているような場合である。⁽¹⁴⁾ その場合には、裁判をする権能も、だれかを軍役に召集する権能も、例えば一定の土地を利用する権能と同様に、一つの「既得の」権利なのである。そのような権能は譲渡や相続の対象にされることもある。その場合には、「われわれの『公』法にあたるものは、私法上の請求権と同様に、具体的な権力保有者の主観的権利の対象なのである」。⁽¹⁵⁾ これは実質的にみれば、「公法」が欠如している場合にほかならない。「公法」と「私法」との区別自体がなんらかの程度において有意義であるためには、「国家アンシユタルト」に関係する行為の領域が、それによって規制される行為からなにほどこ分化していなければならない。その意味では、「公法」と「私法」の区別が充分的に可能なのは、近代の「国家アンシユタルト」の「法」においてのみである。⁽¹⁶⁾

以上とは正反対に、いわゆる「私権」が完全に欠如していることもある。「請求権を付与する客観的法としての性格をもつような規範が全く存在していない場合」、すなわちすべての規範が「行政規則」としての性格をもっている場合である。⁽¹⁷⁾ この場合には、ヴェーバーによればすべての私的な利益は「行政規則」の「妥当」の単なる反射として保護のチャンスをもっているにすぎないから、すべての「法」は「行政」の目的の一つである「統治」に解消されることになる。⁽¹⁸⁾ これは「行政規則」は「法」ではないという意味であろうか。「行政規則」は、それが「法強制」によって「保障」されるチャンスをもっているれば、「統治」を規制する「法」であって「統治」に解消されることにはならないはずである。「行政規則」には「統治」を規制する「法」から「統治」に仕える「法」(これを「統治の法」とよぼう)まで含まれると思われるが、「統治の法」が「法」に含まれないとすれば、もっぱら「経済」との関連を志向して「権利保障規範」を重視したヴェーバーの「問題的限制」によるところが大きいのではなからうか。もはや「法」ではない「統治」そのものは、この「法」領域の分化論ではとりあげるにはおよばないであろう。

② 「刑事法」と「民事法」の分化

まず第一に「刑事法」と「民事法」との区別は始源的な裁判には知られていなかったという意味において、この区別は△歴史的√に相対化されている。始源的には「あらゆる訴えが違法行為を理由とする訴え」(Klage ex delicto)だったのであり、「不法」に対する「贖罪」という統一的概念から「民事訴訟」と「刑事訴訟」の分化が生じたのである。すなわち「ジッペ間の贖罪手続は、最初は、復讐を要求する犯罪と、単に原状回復を義務づけるにすぎない不法行為との区別を、まだ知らなかったか、あるいは単にその萌芽を知っていたにすぎない。単なる「われわれの概念からすれば」『民事法上の』請求権の追求と、『刑罰』を求める公訴の提起とが、おこなわれた不法に対する『贖罪』という統一的な概念の中に未分離のままに存在していたのである。」⁽²⁰⁾

このことは、原始的な法と法手続に特徴的な二つの事実に関係していた、とヴェーバーは言う。第一は、「復讐」すべき者は他人の行為の客観的結果を問題にしたのであって「責任」を考慮することがなかったという事実である。しかもかれによれば「復讐」者の怒りは、かれに被害を与えた自然物に対しても動物に対しても人間に対してもまったく同様に向けられたという。だから、だれが与えた「不法」であれ「およそすべての不法が贖罪されるべき『犯罪』」なのであり、いかなる犯罪も贖罪されるべき『不法』以上のもではないのである。⁽²¹⁾第二は、「判決」の「執行」のありかたは、土地についての係争の場合であろうと殺人の場合であろうと同じであったという事実である。⁽²²⁾いずれの場合であろうと、「判決」の執行は勝訴した被害者とそのジッペの仕事であって、「職権」による執行なるものは始源的には存在していなかったのである。勝訴判決が敗訴者によって自発的に遵守されない場合には、勝訴者とそのジッペによる自力救済が必要であったが、この自力救済は判決によって確定された「贖罪金」が支払われるまで「敗訴者の一身を差押えるという仕方」によって行われたという。⁽²³⁾しかも注目されるのは、「判決」の「職権」による執行が

なかったのは始源的なジッペ間の「贖罪手続」の場合だけではないことである。「ディングゲノッセンシャフト的」法発見の場合にも、裁判集會民は「立會人」として判決の成立には関与したが、かれらは判決の執行を妨害しないことが期待されただけで、「職権」による執行者はいなかったのである。民事訴訟に関するかぎり、近代の「形式的裁判」でも、当事者が強制執行を申し立てないかぎり、執行官が「判決」の執行に「職権」で関与することはない。

ただ、ヴェーバーによれば、「官僚制化」されることの最も少なかったローマ法とイギリス法には、いわば「民法上の」請求権の追求と「刑罰」を求める公訴の提起との未分離状態が残されている。ローマ法とイギリス法では、法名望家層の影響のもとで古い贖罪裁判からの発展の連続性の若干の諸要素が最も長く維持されたわけである。⁽²¹⁾このことはとりもなおさず、政治的支配構造という要因の重要性を示唆している。われわれのいう人政治構造的V相対化である。

以上のように、「民事訴訟」と「刑事訴訟」への訴訟の未分化、したがって「復讐」を要求する犯罪と民事上の不法行為との未分化は、実体法に対しても極めて深刻な影響を与えてきたという。「例外なくすべての『債務』が、始源的には違法行為債務であったのである。」⁽²⁵⁾したがって「契約債務」も「最初はすべて『違法行為』による債務と同様の仕方でも構成されていたのである。かれによれば、「債務」が始源的には「相続人」自身によっては承継されなかったのも、そもそも「相続法」という觀念が欠如していたというだけでなく、それが「違法行為債務」だったからである。「契約債務」に対する相続人の責任が構成されるようになったのは、第一にジッペ仲間が、第二に家仲間が、第三に権力保有者と権力服従者が「不法」に対して「共同責任」を負うことを媒介にしてである。⁽²⁶⁾

「刑法」の原始的形式はどのように分析されているだろうか。ヴェーバーによれば、「家支配の内部においては、懲戒はすべてヘル(家長)の家権力に基づいておこなわれる。ジッペ仲間相互の紛争は、ジッペの長老が裁定するの

である⁽²⁷⁾。したがって、これら懲戒や裁定は、家長やジッペの長老など権力保有者の「自由な裁量」に委ねられているから、ここではまだ「刑法」なるものは存在する余地がないことになる。「刑法が原始的な形で発展するにいたったのは、家の外部においてであり、しかも、個々人の行為が、彼の属する隣人団体・ジッペ団体または政治団体を、その成員の全体にわたって危険にさらすような場合においてであった⁽²⁸⁾」(傍点・ウェーバー)。団体成員全体を危険にさらしたのは、とりわけ「宗教犯罪」と「軍事犯罪」という二種類の犯罪行為であった。これらの犯罪に対処する手続は「内部的刑罰」とよばれる⁽²⁹⁾。

まず「宗教犯罪」の場合であるが、ある呪術的規範が侵害されると、呪術的な威力・霊力または神の怒りが、犯罪者自身に対してだけでなく、この犯罪者を仲間として受け入れられている共同体に対してもまた、悪しき呪力の形で招来されることがありえたのである。このような場合には、仲間たちは、呪術師や祭司の勧めにしたがって「追放(平和喪失)」や「リンチ裁判」や「呪術的な贖罪手続」によって対処したという⁽³⁰⁾。つぎに「軍事犯罪」の場合には、「裏切りや、あるいは―軍事規律が出現して以降は―規律の破壊や、または臆病によって軍事団体の安全性を危うくした者は、戦争指導者および軍隊による―多くはきわめて簡易な手続による事実の確定を経ての―刑罰的制裁にさらされた⁽³¹⁾」。

このように、「団体」(「共同体」)の成員全体を危険にさらす犯罪行為に対しては、「団体」(「共同体」)は自らをその危険から守るためになんらかの手続によって「刑罰」を制裁として賦課するわけである。この「刑罰」が「内部的刑罰」とよばれているのは、「復讐」がジッペの外部に対する「刑罰性」であることと対比されるからである。ウェーバーによれば、「明確な形式と規則とに拘束された『刑事手続』への道が直接通じていた出発点はとりわけ『復讐』であった⁽³²⁾」が、「内部的刑罰」も「刑罰」とよばれるためには、「復讐」ほど明確ではないとしても、なんらかの「刑事手

統」によるものと考えられているのうかがえる。

最後に付け加えねばならないが、この「刑事法」と「民事法」の区別は近代の「国家アンシニタルト」のなかでも「必ずしも完全に一義的に貫徹されているわけではない」という指摘にみられるように、この区別もまた歴史的、政治構造的にだけではなく、現実的、政治的にも相対化されていることが看過されてはならない。

③ 「実体法」と「訴訟法」の分化

「実体法」と「訴訟法」とを区別するに先立ち、ヴェーバーはまず「法創造」と「法発見」とを区別している。今日の法学的思考習慣では、「法」領域における公けの諸団体の活動は、一般的な法規範の創出を意味する「法創造」と、これらの法規範の個々のケースへの「適用」を意味する「法発見」とに明確に区別されているが、このような法的活動を二つに明確に区別するという考え方は、法史のあらゆる時代にみられたわけではない。その意味においてこの区別は歴史的に相対化されている。「司法がすべて—そのつとことこの決定を下す—『行政』であったようなところ」ではもとより、「客観的法が主観的な『特権』とみなされているところ」でも、「法発見」が一般的な法規範の個々のケースへの「適用」によって行われていないところでも、総じて「非合理的な法発見」の場合には、そもそもこのような区別は存在しないのである。

つぎに、「法発見」についてつぎのような指摘がある。すなわち「(法発見によって適用されるべき)法の諸規範と、法発見自体の手続についての諸規範との区別も、必ずしも常に、今日における実体法と訴訟法との区別ほど明瞭になされてはいなかった」と。ヴェーバーは、実体的な請求権が訴訟上の訴えの形式を利用する権利と同一であるという觀念が生まれやすい例として、イギリス法とローマ法とを挙げている。ローマ法の「訴権」(actio)とイギリス法の「令状」(writ)が、それぞれの訴えの形式である。ここでは政治構造的に相対化がなされている。さらに、「法発見」

が非合理的な証明手段に基づいている場合には、訴訟法的问题と実体法的问题とが混合しているとはいえ、中世でも、訴訟に関する規範と実体法的な規範との区別は「訴訟法書」と「法書」の区別という形でそれなりに行われていたとい⁽³⁶⁾う。このように、「訴訟法」と「実体法」との区別も、 \wedge 歴史的 \vee にも \wedge 政治構造的 \vee にも相対化される必要があるとはいえ、かなり妥当範囲の広い理論的枠組として承認されているものと思われる。

以上、ヴェーバーの提示している「法」領域の事項的分化の理論の概要をできるだけ論述に忠実にみてきた。これによって、われわれはヴェーバーが「法」領域の全体をどのように構想しているかを知ることができたと思われる。しかしわれわれがここで知りえたのは、「法」領域の全体にわたるおおまかな構想であって、ここで構想された「法」領域の全体にわたる実質的な社会学的研究そのものではない。ヴェーバーが実際に研究の成果として提示している「法」領域はもっと限定されている。たとえば、「私法」に比べると「公法」については十分な実質的研究が示されているとは到底いえないばかりでなく、「刑事法」と「民事法」とが分化した後の「刑事法」などはほとんど取り上げられていないのである。⁽³⁷⁾新しい現代的な「法」領域ともいうべき「労働法」と「経済法」の領域や「国家」間を規律する「国際法」が「法」の全体像のなかにもまったく登場しない点に、ヴェーバーの時代的制約を読み取ることもできることは言うまでもない。しかしここでもヴェーバーの社会学理論にできるかぎり内在的に関わるのであれば、あらためてかれ自身による \wedge 問題的限定 \vee と \wedge 方法的限定 \vee とが想起されなければならないであろう。最後にあらためて問われるのは、「公法」と「私法」との分化も「刑事法」と「民事法」との分化も、さらには「実体法」と「訴訟法」の分化もまだ見られない始源的な「法」形態はどのように理論化されているかである。近代の「国家アンシュタルト」の対極に設定されているジッペ相互間の「法」(「贖罪手続」)がそれである。

④ ジッペ間の「贖罪手続」

すでにみたように、ヴェーバーによれば、そもそも「法的」取扱の端緒が見出されるのはジッペ間の「贖罪手続」ないし「仲裁手続」においてであった。「法発見」はジッペ間のこの手続に由来するという意味では、ジッペ間の「贖罪手続」は「法発見」「裁判」のいわば歴史的な始源と解されているように思われる。そこでまずはじめに、この「法」の始源的形態がどのように理論モデルとして構成されているか、続いてこのジッペ間の「贖罪手続」ないし「仲裁手続」が「法」発展のなかにどのように位置づけられているか、をとりあげてみようと思う。

ヴェーバーはつぎのように述べる。すなわち「現在の『訴訟』に当たる『法手続』は、そもそも、あい異なった団体（ジッペ）相互間およびあい異なった団体所屬員相互間の贖罪手続という形だけでおこなわれていたのである。団体の内部においては、すなわち団体仲間相互間においては、家父長的な紛争解決が支配していた。したがって、いっさいの法史の始源には、諸団体の法の二元性が、すなわち、一強化されたあとの政治権力の立場からいえば―諸団体間で『自律的に』創造された法と、団体仲間相互間の内部的な紛争解決に妥当する規範との二元性が、存在しているということになる。しかし同時に、この一見単純な事態を曇らせるような事情もすでに存在していた。すなわち、個人は、われわれの知りうる最古の発展段階においてすでに、ただ一つだけではなくて、いくつもの人的団体に所屬しているのである」。⁽³⁶⁾ここから読み取れるのは、さしあたりつぎのような五つの点である。すなわち、法史の始源には諸「団体」の「法」の二元性がみられること、現在の「訴訟」にあたる「法手続」の始源は異なる「団体」相互間および異なる団体仲間相互間の「贖罪手続」であること、この場合の「団体」とはなによりも「ジッペ団体」であること、「自律的」とは諸団体とそれを包括する「政治団体」との関係のありかたであること、個々人が「最古の発展段階」においてすでに複数の人的団体に所屬していたこと、である。

まずわれわれは、ヴェーバーがジッペ団体相互間とジッペ団体内部との二元性を始源的に設定していることに注目

したいと思う。かれによれば、ジッベ団体内部には、すなわちジッベ仲間相互間には「復讐」も「法的争訟」も存在せず、「ジッベ長老たちによる裁定と反抗者に対するボイコット」があっただけである。「ここでは、手統の呪術的・法的諸形式はまったく欠けていた。すなわち、ジッベの内部の紛争解決は一つの行政問題であったのである」⁽³⁹⁾。それに対して、ジッベ団体相互間には「贖罪手統」があった。「訴訟手統—法発見とこれに連なる強制とによって保証された請求権という意味での権利」とは、同じ政治団体に属する相異なったジッベ団体相互間と、これらの異なった団体の所属者たち相互間とにおいてのみ、存在していただけなのである」⁽⁴⁰⁾。この説明には、ジッベ団体の存在が複数のジッベ団体を包括する「政治団体」を前提していることが明言されているのが注目される。同じ「政治団体」に属する異なるジッベ相互間の紛争は、訴訟手統によって解決されることになる。このような場合には、ジッベ間の「法」はあきらかに「政治団体」に対して「自律的」に形成された「特別法」の第一段階として位置づけられているといつてよい⁽⁴¹⁾。ただ、始源的には、「政治団体」を前提しないジッベ団体相互間の「贖罪手統」も、ジッベ長老たちの臨機的または定期的な会合で「協定」された「秩序」として考えられているのではないか。この「協定」された「秩序」も「法」の始源的形態であるとは言える。だが、ゆるやかな意味においてであれ、長老たちが「協定」を結んだ複数のジッベ団体を「政治団体」であるとよべないならば、このジッベ間の「秩序」は、比喩的にならともかく厳密には「特別法」とはいいたいであろう。

つぎの問題は、このようなジッベ間の「贖罪手統」は「法」発展のなかにもどのように位置づけられたらよいか、である。この問題に本格的に取り組んでいるのは、名和田氏である。氏は、ウェーバーが「法史学の通説的見解を受容して、法の歴史的端緒をジッベ間の血響と贖罪との関係に見出して」と、一応は断定することができる⁽⁴²⁾と解しながら、もっぱらこのような法の歴史的起源の問題をウェーバーの法理論全体の中でどのように位置づけるかに関心を

向けている。「まず、基礎的枠組からみれば、紛争状態にある異なるジッペを一括して一つの団体（共同行為の担い手）とみななければならぬ⁽⁴³⁾」。異なるジッペに属する者は「仲間」ではなく「よそ者」であるとはいえず、「贖罪によって争いを終結させるという共同行為のメンバー」という意味では「仲間」である。「法」というには「強制機構」の構造が問われるが、「ヴェーバーの法理論は、ジッペ間の法を『限界事例』としてしか位置づけられないように構成されている⁽⁴⁴⁾」と氏は言う。「ヴェーバーは、法というものが展開し成熟してゆく上でジッペの果たした役割は大きくない、いやそれどころかジッペの存続と法の成熟とは相容れない矛盾関係にある、と考えているのである⁽⁴⁵⁾」。それだけではない。ヴェーバーは「そもそもジッペ自体が法的なものの展開と成熟にとって大きな障害であるとも考えている⁽⁴⁶⁾」というのが氏の考えである。さらに一步踏み込んで、氏は「ジッペの社会編成上の役割が減ずることが法発展の重要な前提条件である、というモチーフ⁽⁴⁷⁾」をヴェーバーの法理論から引き出す。「血縁的狭あいさを越えた多数の間たちの結集を要請する需要は、多くの歴史的社會において時期の差はあれ、現実には差し迫った課題としてあらわだったのであって、これに応ずるべく形成されたのが『政治団体』という新しいタイプの共同行為の担い手だったのである⁽⁴⁸⁾」と。

以上のような見解は、ヴェーバーの「法理論」の体系的な解釈に裏付けられたジッペ論として説得的である。ただ、ヴェーバーがジッペ間の「法」を「法」の「限界事例」とみなしたとき、「限界事例」という言い方に否定的な意味を込めているわけではなさそうである。ヴェーバーが論じているのは、主として同じ「政治団体」に属する異なるジッペ団体相互間の「法」であるとすれば、ジッペの解体によって「政治団体」が形成されるという発展図式だけでは、ジッペと「政治団体」との連関は十分には理解されたいのではなからうか。ヴェーバーは「贖罪契約」から生じた仲裁契約がすべての「訴訟法の源泉」でもあり、「私法上の契約最古の諸類型の源泉」でもあると述べているよ

うに、ジッペ間の「贖罪契約」を「法」の源泉として明確に位置づけているが、氏にはこの叙述に対する過小評価がみられるのではないかとこの疑問は残る。

われわれの理解によれば、ヴェーバーはとくにジッペ間の「贖罪手続」のもつ「形式的」性格に注目しているように思われる。この「形式的」性格が、近代の「形式合理的」裁判にまで理論的に連続しているという意味においても、ジッペ間の「贖罪手続」は「法」の始源的形態として位置づけられているのではなからうか。このように解釈することは、ヴェーバーの「法」の発展段階論を主として社会学的類型論としてとらえることを意味しているが、だからといって「法」理論を歴史的発展論としてまったく扱わないわけではないのもとよりである。

ヴェーバーはつぎの三つの訴訟類型の間の理論的連続性を重視している、というのがわれわれの解釈である。すなわち、①ジッペ相互間の贖罪手続、②「ディングゲノッセンシャフト的」法発見および③近代の形式的な裁判である。①は「われわれの知りうる最古の明確な形式を備えた法発見」であるという意味で「形式的」法発見の△原型▽とすれば、②はその△原型▽の中世ドイツ的な展開であり、③はその△原型▽の近代的な展開であると位置づけられている。これら三つの訴訟類型に共通なのがその「形式的」な性格である。いずれにおいても、裁判官と当事者との関係のありかたは当事者主義とでもいえる訴訟構造を示している。呪術的形式主義と直観的形式主義と論理的合理的な形式主義とのちがいはあれ、いずれの訴訟類型も「厳密に形式的に拘束された証拠法」を有する。

このように、ヴェーバーが着目しているのは、なによりも昔の訴訟と今日の訴訟との共通性、すなわち「裁判官は、当事者の申し出る証拠の申し立てと証明手段とに拘束される」という共通性である。「当事者が申し立てないもの、あるいは提出しないものは、裁判官にとって存在しないものなのである。一般的な形で規律された証明手段―それが非合理的なものであれ合理的なものであれ―によって明らかにされない事実も、裁判官にとっては、同じく存在しな

い事実である」⁽⁵⁰⁾。さらにかれは続ける。「裁判官は、当事者の訴訟行為によって設定された限界の内部で到達可能な、相対的な真実だけを追求するのである」⁽⁵¹⁾と。かれによれば、まさにこのような性格こそが、「われわれの知りうる最古の明確な形式を備えた法発見—すなわち相争うジッペ相互間の・訴訟手段としての神託や神判を伴う・贖罪および仲裁手続—のもっていた性格」⁽⁵²⁾だったのである。

昔の訴訟と今日の訴訟との違いはただ、昔の訴訟が「証明」を当事者の「権利」とみただけにして、今日の訴訟がその同じ「証明」を「義務」とみている点、および、今日の訴訟では訴訟手続が非呪術化され「合理的な証明手段と判決の論理的な基礎づけ」が登場してくるという点にある、というのがかれの見解である⁽⁵³⁾。そして今日の非呪術化された③「形式的な裁判」には「真実の探求のために少なくとも最善のチャンスを確認するように規制された当事者間の平和的な利害闘争」⁽⁵⁴⁾という性格だけが残されることになる。

これらの「形式的」性格と対比して、「実質的な裁判」の典型としてとりあげられているのは、「権威的な諸権力」による裁判、とりわけ「神政政治的裁判」と「家産制的裁判」である⁽⁵⁵⁾。これら二つの裁判類型の「実質的」性格が「職権主義」と不可分であるのに対して、ジッペ間の「贖罪手続」に始まる裁判の「形式的」性格は「当事者主義」と適合的であると解されているのも注目される。

注

(1) ウェーバーは「今日の法理論と法実務とが知っている最も重要な区別の一つは『公法』と『私法』との区別である」
 [Max Weber, *W. u. G.*, S. 387 (世良訳, 六六頁)]と述べているが、この点につき、「ウェーバーはここでは、公法と私法の区別をとくに強調する大陸の法理論、とくにドイツの法理論に言及している」と指摘しているのは、ライオンシュタインで
 496 (Max Rheinstein, *Max Weber on Law in Economy and Society*, Third Printing, 1969, p. 41)。なお、ウェーバ

一の「法理論」像ないし「法学」像については、西村稔「ウェーバーと法律学（一）」（岡山大学法学会雑誌、第三五巻第一号所収）を参照。

(2) ウェーバーは実質的な社会学的研究のなかでは「神聖法」と「世俗法」の分化も重視しているのは明らかであるが、われわれがここでは「法」領域の三つの分化だけをとりあげたのは、かれ自身が「法」領域の分化論では、同時代の「法学的思考」に支配的な区分としては、主としてこれら三つを論じているからである。「神聖法」と「世俗法」の区別には、「法」の「合理化」を論じる際に言及したいと思う。なお、「神聖法」と「世俗法」の分化をも「法」領域の事項的分化のひとつとして「法的な構造原理」を体系化しているのは、シュルンターである。かれは法類型と事項的な法領域の分化とを対応させよう（Vgl. Wolfgang Schucher, Die Entwicklung des ökonomischen Rationalismus, 1979, S.149）。しかしわれわれの理解では、シュルンターがここで提示しているのは『社会学の基礎概念』における法の類型論であって、実質的な社会学的研究におけるそれとは言い難いのではないかと疑問がある。

(3) Max Weber, a. a. O., S. 387（世良訳、六六頁）。

(4) A. a. O., S. 387（世良訳、六六頁）。

(5) A. a. O., S. 183（世良訳、八頁）。

(6) A. a. O., S. 387（世良訳、六六頁—六七頁）。

(7) A. a. O., S. 387（世良訳、六七頁）。

(8) A. a. O., S. 387（世良訳、六七頁）。ここでは「既得の」権利というのは、「保障」された「権利」のことだといっていよい。

このような言い方からも、ウェーバーが「権利」の社会学的概念を「保障」の次元に構成していることがわかる。

(9) A. a. O., S. 387（世良訳、六七頁）。

(10) A. a. O., S. 387（世良訳、六八頁）。

(11) これまでに「国家アンシュタルト」の「目的」とされなかったような「利益」は存在しないというのが、ウェーバーの考えにある。そのために、ウェーバーは、「目的」によってではなく、その権力手段によって「国家アンシュタルト」を定義しているのが注目される。かれがいかなる意味においても国家目的論を展開していないのは、きわめて多様な国家の目的（とされる利益）に関して社会学的に意味のある類型論を構成するのは難しいと考えたためではないか、と思われる。

- (12) A. a. O., S. 388 (世良訳, 六八頁)。
- (13) A. a. O., S. 388 (世良訳, 六九頁)。なお、「公法」と「私法」との区別が「今日よりもはるかに不明確」であった過去だけをもっぱら取り上げられていて、「公法」と「私法」との現代的な混交現象(例えば「労働法」や「経済法」の領域)についてはほとんど言及がないのは、時代的な制約によることはいうまでもない。時代的制約をさしあたり不問に付すとしても、ウェーバーの社会学理論が取り上げている「法」領域が限定されていることについては、さしあたり広中俊雄「法学とウェーバー」〔大塚久雄編『マックス・ウェーバー研究』(東京大学出版会、一九六五年)所収〕を参照。
- (14) A. a. O., S. 388 (世良訳, 六九頁)。
- (15) A. a. O., S. 388 (世良訳, 七一頁)。
- (16) A. a. O., S. 388 (世良訳, 七一頁)。「合理的な国家アンシュタルトに特有の権力分割だけが、公法思想を生み出す」というウェーバーの指摘が注目される。「政治団体」が「合理的に編成された諸権限と権力分割とを伴うアンシュタルトとしての性格を、完全な形でとるにいたった」のは西欧においてだけであるから、そこにおいてだけ「公法についての科学的理論」が発達したという〔A. a. O., S. 391 (世良訳, 九五頁)〕。「近代公法という決定的な法学的概念」は、「事実の世界においては、特権者たちが身分制国家の形で公のホルポリツィオンに組織化され、この身分制国家が、権力制限と権力分割とをしいにアンシュタルト的構造と結合していったこと、理論の地平においては、ローマのホルポリツィオン概念と自然法と最後にフランスの理論」といった契機が結合することによって生み出された、というのがウェーバーの見解である〔A. a. O., S. 391 (世良訳, 九五頁)〕。
- (17) A. a. O., S. 388 (世良訳, 七一頁)。
- (18) A. a. O., S. 388 (世良訳, 七一頁)。
- (19) A. a. O., S. 390 (世良訳, 七八頁)。
- (20) A. a. O., S. 391 (世良訳, 七九頁)。
- (21) A. a. O., S. 391 (世良訳, 七九頁)。
- (22) A. a. O., S. 391 (世良訳, 七九頁)。
- (23) A. a. O., S. 391 (世良訳, 八〇頁)。

(24) A. a. O., S. 391 (世良訳、八一頁)。ヴェーバーはイギリス法とローマ法においては、具体的な目的物の取り戻しのための「現物執行」が認められていないという例をあげている。かれによれば、土地を求める所有権に基づく訴えの場合、判決が原則として金銭判決の形をとるのは、「市場発展の結果」などではなく、「違法行為は、違法な専有を含めて贖罪を、しかも贖罪のみを要求するものであり、個人はそれについて自己の一身をもって責に任じなければならぬとする、始源的原理からの帰結なのである」[A. a. O., S. 391 (世良訳、八一頁)]。そして、大陸では中世初期という比較的早い時期に、「現物執行」が実現されたのは、君侯のインペリウムの力が増大したことに照応していたとみられている。

(25) A. a. O., S. 392 (世良訳、八六頁)。

(26) A. a. O., S. 392 (世良訳、八六頁—八七頁)。

(27) A. a. O., S. 392 (世良訳、八八頁)。

(28) A. a. O., S. 392 (世良訳、八八頁)。

(29) A. a. O., S. 392 (世良訳、八八頁)。この「内部的刑罰」はジッペン間に行われる「復讐」と対比されているのである。

(30) A. a. O., S. 392-393 (世良訳、八八頁)。

(31) A. a. O., S. 393 (世良訳、八九頁)。

(32) A. a. O., S. 393 (世良訳、九二頁)。

(33) A. a. O., S. 390 (世良訳、七八頁)。ヴェーバーは今日の支配的な区別と対比してこのように述べているのであるが、今日の区別とはつぎのようなものである。すなわち、刑事司法では正規の訴訟手続の保障のもとに、国家アンシニタルトの機関が、公的な利益を配慮して客観的規範の違反者に対して刑罰を科するのに対して、私的な請求権についての配慮は被害者に委ねられていて、法によって保障された状態の回復を結果する、と[A. a. O., S. 396 (世良訳、七八頁)]。近代の「國家アンシニタルト」にあつて「民事法」と「刑事法」が一義的に明確に区別されていないのはどのような場合であるかについては、ここにはなにも例証がない。被害者のイニシアティブによって公的刑罰権の発動が求められる場合などが考えられているのであろうか。

(34) A. a. O., S. 395 (世良訳、九九頁)。

(35) A. a. O., S. 395 (世良訳、九九頁)。

- (36) A. a. O., S. 395 (世良訳、九九頁—一〇〇頁)。
- (37) すでに広中俊雄氏は「民法法と刑事法の分化をみたのちの刑事法はウェーバーにとつてはほとんど周辺の問題にすぎない」と指摘している〔広中俊雄「法学とウェーバー」(「マックス・ウェーバー研究」、東京大学出版会、一九六五年所収)三頁〕。
- (38) A. a. O., S. 404 (世良訳、一三〇頁)。
- (39) A. a. O., S. 417 (世良訳、一八五頁—一八六頁)。ジッペの内部秩序はどのようなものかについては、名和田氏の分析が参考になる。氏によれば、ジッペの内部秩序についてのウェーバーの説明にはややあいまいな表現(「多少の偏差」)がみられる。一方では、ジッペ仲間にも「権利」や「訴訟」類似の手續が用いられていたかのような説明もあれば、「ジッペ仲間には、復讐はなく、したがってまた争訟もなく、ただジッペの長老による調停と、反抗する者に対するポイコットとがあるだけである。ここではすべての形式的法手続は存在しない。ジッペ仲間の内部的紛争調停は行政的事項であった」という説明もある。氏によれば、ジッペ仲間の地位ないし利益は「行政」的形態で保障されるだけであつて、強制機構によつて保障されているわけではないから、ジッペの内部秩序の基本的性格は、「行政」である。また、氏のいう「多少の偏差」は「原生的ジッペ」と「転形したジッペ」の区別によつて整理されるという(名和田、前掲論文(一)、四二頁—四三頁)。氏の「専有」理論という視点からみれば、ジッペには、そもそも「専有の諸段階」に達しないものもあれば、「法的なタイプの行政」に属する段階もある。さらには「法的なタイプの行政」への移行段階にあるものすらある。最後の「法的なタイプの行政」への移行には二つが考えられるという。ひとつは「ジッペの長老の権力が規範に拘束されるようになる場合」、もうひとつは「政治団体の構成単位としてのジッペの場合」である(名和田、前掲論文(一)、四二頁)。後者が氏の言う「転形したジッペ」にほかならない。そして氏の結論はこうだ。「おそらく歴史上存在したほとんどのジッペは、基本的には『行政』的な内部秩序にとどまってきたまま解体していったと考えてよいと思われる」と(名和田、前掲論文(一)、四三頁)。
- (40) Max Weber, a. a. O., S. 404 (世良訳、一三〇頁)。
- (41) ジッペ間の「法」を「特別法」の第一段階として位置づけたのは、名和田氏であつたことは、すでにみたとおりである。
- (42) 名和田、前掲論文(一)、四五頁。
- (43) 同論文、四六頁。

- (44) 同論文、四六頁。
- (45) 同論文、四六頁。
- (46) 同論文、四六頁—四七頁。
- (47) 同論文、四九頁。
- (48) 同論文、五四頁。このような氏の見解からすれば、「専有の諸段階」論は、「歴史具体的レベルでは政治団体の形成を起点としておぼえて本格的に問題になる」。そこで氏は政治団体の形成と構造を本格的に検討することになる。
- (49) Max Weber, *u. a. O.*, S. 470 (世良訳、三八〇頁)。
- (50) *A. a. O.*, S. 470 (世良訳、三八〇頁)。
- (51) *A. a. O.*, S. 470 (世良訳、三八〇頁)。
- (52) *A. a. O.*, S. 470 (世良訳、三八〇頁—三八一頁)。
- (53) *A. a. O.*, S. 470 (世良訳、三八〇頁—三八一頁)。
- (54) *A. a. O.*, S. 470 (世良訳、三八一頁)。つぎの指摘もきわめて重要である。すなわち「法形式主義は、訴訟を、平和的手段による利害闘争の一特殊形式としてとりあつかい、この利害闘争を確定的で不可侵の『競技規則』に拘束する」と〔*A. a. O.*, S. 469 (世良訳、三七九頁)〕。
- (55) *A. a. O.*, S. 471 (世良訳、三八三頁)。

(未完)