

二つの近代と法体系

—— Marietta Auer, *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne* 第1部の紹介

耳野 健二

Two Types of “Modernity” and Legal System:

Introduction to *Marietta Auer, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne (2014), Iter Teil*

MIMINO Kenji

第1章 はじめに

本稿は、Marietta Auer 著『近代の私法的ディスクルス』¹⁾ (以下「本書」と呼ぶ。) の内容の一部を紹介することを目的とする。著者の Auer は、本書において、近代私法の基礎的な重要理論をとりあげ、これを近年の社会理論をふまえつつ、再帰的近代との関連から位置づけようとしている。

本書は、短い序章に続いて本編が二つに区別されている。第1部は「私法、ディスクルス、近代」と題され、人格、主体、主観的権利²⁾ といった近代法システムの基本概念とその歴史の変質が追跡される。第2部は「近代の所有権」と題され、第1部で記された基本概念の歴史的展開が、法ドグマティック上の具体的思想との関連から検討される。

まずは本書全体の研究目的を確認しておきたい。Auer は、近代法史の研究の範例としてヴィーアッカーの見解をとりあげつつ、近代の進展とともに私法と公法の境界がますます消滅すると説く見解がもてはやされる一方で、現代では、私的自治等の指導原理をとまなう契約法、不法行為法、物権法と

1) Marietta Auer, *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne*, 2014 Tübingen, 204S.

2) *Subjektives Recht* を本稿では「主観的権利」と訳す。ドイツの近代私法学のテキストでは、法を主観的側面と客観的側面を区別して概念を論ずるばあいがある。ここでは、*Recht* の概念について、個々の法的主体に帰属する側面と、個々の法的主体を離れて客観的に制定されたり発見されたりする側面を区別するわけである。そして、そのうち *Recht* の主観的側面が「権利」の概念を形成する。この点についての重要な歴史的基礎として Savigny, *System I*, §. 4, 5 での見解がある。以上をふまえ、本稿では、*Subjektives Recht* を「主観的権利」と訳すこととしたい。この訳語を選択した先例として、たとえば世良訳のヴェーバー『法社会学』の訳語選択をあげることができる(ヴェーバー『法社会学』(世良晃史郎訳、108頁))。この訳語を選択するばあい、「主観的権利」に対比される形で「客観的権利」の存在を必ずしも意味するわけではない。

いった規範的実質が法システム全体を支配する私法の核心領域であるとされている、という³⁾。言い換えると、歴史の推移とともに規範体系上は私法の位置づけは低下してきたように見えるけれども、社会システムとして法が作動するうえで、近代的な私法の実質はなお強い影響力を及ぼし続けている、ということになる。Auerは、ここに近代法史の矛盾を見出している。

では、なぜこのような矛盾が生じたのだろうか。本書の目的は、かかる矛盾が成立した由来を「近代」のあり方に着目しつつ、歴史社会学的に探究するところにあると思われる。Auerは、そうした矛盾の歴史的由来を、18世紀頃を中心とする近代への歴史転換の時代に求めている⁴⁾。

Auerはこの転換について、ベックなどを参照しつつ、近代の二つの局面を手掛かりとして解釈しようとする。第一の近代は、啓蒙主義に代表される近代である。そこでは、「意思を付与された主体への転換」つまり「方法論的・規範的個人化」、「全生活領域の合理化の貫徹への転換」⁵⁾が、その特徴である。第二の近代は、再帰的近代である。Auerによれば、遅くとも18世紀以来、個々の人間の意思の調整手段として機能する一般的な実体的基準が欠けている状態において、いかにして社会秩序が形成されるかが問われることになった。ここから、市民社会の結合のあり方が問われるとともに、近代社会の内在的な動的運動が社会の分裂と悲惨を招き、自己自身の前提をも掘り崩してしまう不安定性を内在させていることが判明した。つまり、近代には、啓蒙主義的近代と再帰的近代として捉えられる両義性が内在しているのである。そこでAuerは、このような近代の両義性が「近代私法のディスクルス」においていかに現れるのか、これを問題にするという⁶⁾。

「近代的私法の規範的統一のかかる不可避の不安定性の証明に、本研究の主要な眼目がある。私法における一般的に有名な「実質化の諸現象」を解明するのみならず、私法の両義的な近代性のそれ以上の深層構造を取り出し、この構造がその動的運動においてシステム内在的なものであることを証明することに成功すれば、本書の目標は達成されたことになる。」⁷⁾

つまり、近代私法の規範的統一性には、上述の二つの近代性に照応する両義性が見られ、かかる両義性は、近代私法の深層構造においてシステム内在的に存在し、運動する。このような視角は、近代私法のディスクルスを歴史社会学の観点から分析する研究と解釈してよいであろう。

3) Auer, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, S. 2.

4) Auer, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, S. 4.

5) Auer, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, S. 6.

6) Auer, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, S. 7. Auerがここで掲げる問は次のようなものである。「私法の討議連関において、かかる近代の両義性はどのように再現されるだろうか？ そこから、私法的思考の現代的問題とアポリアにとって、何が導き出されるだろうか？ 本書の目標は、近代の哲学的—社会的反省を背景としつつ、この間に解答を得ることにある。」

7) Auer, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, S. 7.

次に本稿の目的と構成を明らかにしておく。

本稿では、このような本書の内容のうち、近代私法の基礎概念を扱う第1部のみを対象とする⁸⁾。Auerはこの第1部を三つの章に分けている。第1章は「第一の近代：主体への転換」と題され、近代的主体の成立とその私法体系への組み込みが、国家と社会の分離という概念史的連関をもふまえながら明らかにされる。第2章は「第二の近代I：脱構築としての再帰性」と題され、後期近代における主体の脱構築とその私法への影響が論じられる。第3章「第二の近代II：否定弁証法としての再帰性」では、再帰的近代そのものもつ動態とそれの法との関連性について議論が展開される。

もとより、これらの豊富な内容をくまなく紹介することは本稿では不可能である。そのため、次のような視角からこれらの内容の紹介を行う。すなわち、近代私法の成立過程を念頭に置くと、カント哲学とサヴィニーの私法学の理論的基礎に注目することは、従来の研究史の傾向からして、理にかなっているように思われる。他方、本書においては、近代私法のあり方を決定づけた哲学者として、明らかにカント哲学に多くの議論が割かれており、またサヴィニーについても重要な役回りが与えられている。つまり、本書の豊かな内容のうち、カントおよびサヴィニーについての記述を中心に紹介を行うことで、ある程度、従来の研究史との関連を無視することなく、Auerの企図した試みの要点をつかむことができるように思われる。そこで、以下の叙述においては、まず本書の第1章の各節と第2章については、カントについての記述を中心に紹介を行い（本稿の第2章、第3章）、次に第3章についてはサヴィニーの法体系論に関する記述を中心に紹介を行うこととしたい（同第4章）。

第2章 第一の近代における基本概念

第一の近代については、三つの基本思想が扱われる。^{ベルゾーン}人格概念、主観的権利の重要性、国家と社会の関係、である。

(1) ^{ベルゾーン}人格概念の近代化

Auerは第一の近代を「主体への転換」として描写する⁹⁾。西洋近代において人間は自由な存在として把握される。また、前近代の身分制とは異なり、もはや人間を「丸ごとの全体」として把握することはない。科学においては、神の恩寵ではなく真理が問題となり、法と道徳、道徳と経済、経済と国家、国家と家族、それぞれが機能条件において分離し、人間は個別の社会的機能システムの内部のみ自己のアイデンティティを構成せざるをえなくなる。このことに呼応して、道徳、法、国家制度に

8) もちろん、かかる選択は、第2部が重要ではない、という意味ではない。基礎概念を扱う第1部の内容を明らかにすることが、本書全体を理解するうえでまずは重要だと考えるからである。

9) Auer, Der privatrechtliche Diskurs, S. 13ff.

関する規範的実務においては、個々の人間だけが道徳的審級として位置づけられる。こうして規範的個人主義が成立する。そのような規範的個人主義は、主体が規範の源泉となりうる根拠を、主体が「人格」であることに求めた。

人格概念に道徳的含意をもたせる試みは、すでに古代後期以来の歴史をもつが、カントにおいて完成を見る。カントにおいては¹⁰⁾、人間の道徳的本質は、義務に適った行為を行う自由にあるだけでなく、自由それ自身に基づいて義務を自らに課するという自律にもある。義務に基づく行為には、これを行うための内的動機づけが前提されており、したがって義務は法則に対する尊敬と同義である。理性的主体は、かかる法則を一般法則の形式において自らに与え、自ら道徳に適った行為を自律的に行う。ここに、自己立法としての自律的行為において、義務と自由は統合される。すなわち、「人間は、自由で自己立法する人格としてのみ人間である。権利と義務は、これらが人格の自律的意志に由来するかぎりにおいて、基礎づけ可能であるにすぎない」¹¹⁾。

このような自律と権利能力の同一性、そしてこれから生ずる主観的個人権の承認を基礎として、近代私法学は発展する。それはサヴィニーからヴィントシャイトへと受け継がれ、ナチス法学においてすら、見られたのである。

(2) 義務から主観的権利への転換¹²⁾

こうした人格概念の近代化にともなって主観的個人権の概念が登場する。近代的法思考の権利基底の構造を説明するには、これが啓蒙主義哲学の規範的個人主義とその基礎としての自律思想に関連づけられたことを想起する必要がある¹³⁾。ここではグロティウスとロックが先駆的意義をもつが、やはりカントが重要な哲学的基礎を提供する¹⁴⁾。

カントの法哲学においては、所有を模範としつつ、自由がすべての主観的権利を包含する¹⁵⁾。そのうえで、カントは私法体系を主観的権利により基礎づけたのであった¹⁶⁾。さらに、*ius reale* と *ius personale*、あるいは物への権利と人への権利というローマ普通法上の区別に加え、「物件に対する仕方

10) Auer, *Der privatrechtliche Diskurs*, S. 19f.

11) Auer, *Der privatrechtliche Diskurs*, S. 20.

12) Auer, *Der privatrechtliche Diskurs*, S. 22ff.

13) Auer, *Der privatrechtliche Diskurs*, S. 21.

14) Auer, *Der privatrechtliche Diskurs*, S. 26.

15) Auer, *Der privatrechtliche Diskurs*, S. 27.

16) Auer, *Der privatrechtliche Diskurs*, S. 27f.

17) カント『法論の形而上学定礎』、『カント全集 11 人倫の形而上学』（樽井正義、池尾恭一訳）108頁、参照。

て、「1900年ごろには、全体的法秩序のシステム理解が実現されたのであり、これは、すべての法的諸関係を——つまり私法のそれらも公法のそれらをも——、相互的排除作用を備えた・人格的自律の絶対的諸領域という統一のモデルに従って構想することを可能にした」のであった¹⁸⁾。

(3) 国家と社会の分離

Auerによれば、私法秩序が主観的個人権を基礎として確立するには、人格ならびに主観的権利に加えて、国家と社会の概念上の分離という事態が必要であった¹⁹⁾。本格的な近代化の端緒となったのはホップズの見解であり、それ以降重要な見解がいくつも提起されたが、ここでも、第一の近代の典型的な規範的請求が表現されている立場としてカントの見解がとりあげられる。

カントにおいては、立法に参画するすべての市民の自由な同意が国家権力の行使を正統化するのであって、ここでは、個人的自由意思を通じて、国家と社会とが統合される。そのさい、国家の正統化の基盤は、自然的で前国家的な私法にある。すなわち、「国家的結合の目的と限界は、自然状態において暫定的に保障されたにすぎない主観的私権を、最終的に法律によって保障することから生ずる。かくして、立法を通じて創出された「公法」の理想状態は、原則的には、すでに前国家的状態において「私法」の内容であったものに精確に合致する」²⁰⁾。こうして、市民的秩序は政治的秩序として具現化され、市民社会は政治社会でもあることになる。

以上に対して、ヘーゲルにおいてはじめて、国家と市民社会の完全な分離が達成される。ここでは、あらゆる人間は市民であり、シトワイヤンとしてではなく、ブルジョワとして私的利害の担い手となる²¹⁾。このような市民の利害は、公的な強制なしに、他の私的市民との自由かつ平等な取引において充足される。それにともない、はじめて、私的目的追求の法として私法の内容的統一性を取り扱うことが必要となった。これは同時に、私法を公法から区別するための境界画定を企図するものであり、公法は、これはこれで、国際法、刑法、訴訟法、ポリツァイ法のような実体を取り扱うこととなった²²⁾。私法と公法のこのような内容上の対立関係は、1840年頃に一般的に行き渡ることとなった²³⁾。その代表的な見解は、サヴィニーの1840年の著作『現代ローマ法体系』に見られ、その後も有力な法学者に受け継がれた。

18) Auer, Der privatrechtliche Diskurs, S. 29.

19) Auer, Der privatrechtliche Diskurs, S. 29f.

20) Auer, Der privatrechtliche Diskurs, S. 36.

21) Auer, Der privatrechtliche Diskurs, S. 38f.

22) Auer, Der privatrechtliche Diskurs, S. 40.

23) Auer, Der privatrechtliche Diskurs, S. 42.

第3章 第二の近代における基本理論の再帰性

以上の第一の近代とは異なり、ここでは、啓蒙主義的近代を中心とした歴史とは別の歴史が問題となる。中心となるテーマは、近代の再帰的性格である。これに関連して Auer は、近代の再帰的性格には二種類を区別することができるという。第一に、啓蒙主義は、その普遍主義的主張からして、自身の前提を批判的に問い返すことはしないが、近代の「再帰性」とは、理論的にそのような前提を問い返すことを意味する。つまり、ここでの「再帰性」とは理論の「自己反省」を意味する²⁴⁾。第二に、近代は実践的にも、自分自身に作用し、自己の機能的基礎を弱体化させるのであり、この意味でも近代は「再帰的」である²⁵⁾。ここではまず、前者の再帰性についてふれる。

(1) 主体の脱中心化

Auerによれば、19世紀以来、近代的人間の個人主義的理解において、パラドキシカルな転換が遂行された²⁶⁾。個人が認識主体、規範制定者、社会の創設者として真剣に考慮されればされるほど、人間の経験的本性がますます考察の中心となり、その結果、人間は自己自身を偶発的存在として、すなわち社会的、生物学的、歴史的に条件づけられたものとして、理解し始める。このことによって、人間は、理論的・実践的普遍性という自身に対する請求を脱構築する。

このような変化とともに、個人と社会の関係についても変化が生ずる²⁷⁾。個人の決断により、契約を通じて社会が創出されると解されるのではなく、社会が個人を創出すると解されるようになる。個々の人間は、社会を構成する主体として理解されるのではなく、主体そのものが社会的構成の産物であるとされ、それゆえ、個人もまた、社会的問題状況の産物に他ならないことになる。このように、個人が経験的・社会的に構成されることで不確実性を帯びるようになった以上、個人はもはや端的に秩序を基礎づける主体としての資格をもつことはできない。こうした事情から、個人がいかにして社会的客観性の審級として構成されうることになるのか、これが新たな問題として設定されることになる。

Auerはこの問題に対する解答として二つがあったという²⁸⁾。一つは、社会の規範的統合という目標を維持しつつ、そのような統合を、個人ではなく「社会的なもの」「集会的なもの」「コミュニケーティブなもの」により探求する立場。もう一つは、社会の規範的統合という目標を放棄しつつ、近代社会の事実的機能条件のみを問う立場。

24) Auer, *Der privatrechtliche Diskurs*, S. 47. 「近代が批判的に反省を行いつつ自己自身に、つまりは、普遍的に考えられた主観的理性の負担能力に関係づけられるばあいには、第一の意味において、近代は「再帰的」となる。」

25) Auer, *Der privatrechtliche Diskurs*, S. 47.

26) Auer, *Der privatrechtliche Diskurs*, S. 48f.

27) Auer, *Der privatrechtliche Diskurs*, S. 49.

28) Auer, *Der privatrechtliche Diskurs*, S. 49f.

前者について、Auer はとりわけデュルケームの理論に注目する。デュルケームは、道徳を個人的なものではなく、社会的現象であるとする。個人は自律的意思の担い手ではなく、社会的道徳の担い手となる²⁹⁾。後者については³⁰⁾、個人主義、自由、主観的権利といった第一の近代の価値の外的構造は維持されつつ、これら基本概念の内実は変容を被る、という現象に注目する。これらの規範的内実は、単なる副次的なものに格下げされたり、構成されたものとされたりした。つまり、人格を主体として設定することが、その帰結として、主体を超えた次元での規範的統合を設定するという帰結、あるいは、主体としての主体性の脱構築、を招来したというわけである。

(2) 主観的権利の脱構築

Auer は、主観的個人権の規範的基礎づけ可能性を批判する試みが、すでにペンタムに登場することを指摘しつつ、さらにマルクス、ホーフエルトの見解を引き合いに出している³¹⁾。ここではホーフエルトに関する叙述にふれる。

ホーフエルトは、主観的権利を、二人の人の間の権利、義務、自由、無権利の四つの形式における諸関係から構成されるものとして示す。これら四つの形式は相互に論理的対応関係をもつ³²⁾。Auer によれば、このようなホーフエルトの図式から、自由と権利の関係について、純然たる自由から、義務を備えた権利が生じるわけではない、という帰結が得られる³³⁾。これは、自由と義務が対立するばかりに、必ずしも権利が存在するわけではない、という形でパラフレーズされる。ここから、自由と権利は、その作用の範囲と基礎づけにおいて、厳格に区別されねばならないとされる。

Auer によれば、このようなホーフエルトの理論に照らすなら、カントなどの自由を基盤とする個人権に立脚する法理論は、自由から権利への誤謬推理に入り込んでいることになる。「なぜなら、ホーフエルトの分析によれば、その下である者の自由がそれ以外のすべての他の者の自由と一致させられるような「普遍的法則」があるとすれば、そのような法則は、いずれにせよ、決して、自由の純粹形式概念からのみ導出されるわけではない、すなわち、その他の他律的諸価値を引き合いに出すことなしに導出されることはできないからである。」³⁴⁾ それゆえ、カントは、自由概念を基礎として権利・義務・自由の完全な統一性を達成しようとするものの、そうした試みは、「少なくとも補助的に分配的に作用する実質的な追加基準の手助けなしには挫折する」ことになる³⁵⁾。

Auer によれば、このようなホーフエルトの理論は、主観的権利の利益理論に接近している。ここで

29) Auer, Der privatrechtliche Diskurs, S. 51.

30) Auer, Der privatrechtliche Diskurs, S. 53.

31) Auer, Der privatrechtliche Diskurs, S. 56f.

32) Auer, Der privatrechtliche Diskurs, S. 57.

33) Auer, Der privatrechtliche Diskurs, S. 57.

34) Auer, Der privatrechtliche Diskurs, S. 58.

35) Auer, Der privatrechtliche Diskurs, S. 59.

は、権利概念は、もはや請求・義務の範囲と限界の規準である能力をもつことが否定される。最終的に、意思原理による主観的権利の基礎づけはもはや否定され、第一の近代の自律基底的権利概念は脱構築される³⁶⁾。

(3) 私法と公法の関係における私法の位置づけ

Auerによれば、1800年頃以降の国家と社会の分離が、私法と公法の分離とその境界画定をもたらした。だが、公的領域と私的領域を明確に分離することについては、すでにカントの段階において、事柄がそう単純ではないことが看取される。

まずAuerは、私法の内容に関わる規範的基準として、「水平性」「交換的ないし矯正的正義」「私的秩序」をあげる。

「水平性」とは、私法上の主体間の対等な法的関係を規律する規範に私法を限定しつつ、公権力の担い手と私人とによる、公法上の法的関係の「垂直性」から区別される関係性をいう。このような「水平性」は、あらゆる形式の権力的不均衡が排除されるという意味ではなく、「法的取引への平等な参加」という意味をもつにすぎない³⁷⁾。たしかに私法上の法的関係と公法上の法的関係の区別は可能であるが、しかし、両者の境界は自明ではなく、両者の相互関連性にも注意を向けなければならない³⁸⁾。

このような、国家による私法上の法的関係への影響は、後者に含まれる価値についても影響を及ぼさずにはいない。この点についてAuerはラードブルフの見解を引用しつつ、平等秩序の保障にともなう交換的正義は、平等な取引能力や平等な身分を関係者に付与する分配的正義を前提する、と指摘する³⁹⁾。そして、このような価値の構造は、カントにおいて模範的な形で見られるという。

「私法と交換的正義、そして公法と分配的正義という、カントの例外なき割り当ては、次のばあいにはじめてそれ本来の意味をもつ。すなわち、カントのいう公法はまさに内容的にはなく、国家の産物であるという性格によってのみ、自然的私法から区別されるということを、今一度考慮するばあい、これである。つまり、公法に割り当てられた分配的正義は、私法の交換的正義と矯正的正義に対して、何ら別の内容を含むのではない。すなわち、そうした正義の内容は、私法上の自治の価値に対する再配分的介入を可能とする、狭義の「社会的」、分配的、あるいはバターナリスティックな衡量と同一視されはしない。むしろ、カントの意味での分配的正義は、法状態の正義であるにすぎない。カントにとって、法それ自身が、分配的審級、すべての諸個人の上に

36) Auer, Der privatrechtliche Diskurs, S. 60f.

37) Auer, Der privatrechtliche Diskurs, S. 64.

38) Auer, Der privatrechtliche Diskurs, S. 67.

39) Auer, Der privatrechtliche Diskurs, S. 68. Auerは、「同様に、交換的正義と分配的正義もまた、アリストテレスの二元論的モデルでそう見えるほどには、それほど明白に相互に限界画定されうるわけではない」と述べつつ、交換的正義と分配的正義が相互に関連しうることを指摘している。

ある比較第三項であり、その課題は、自然的私法の交換的正義と矯正的正義を実現する手助けを行うことにある。」⁴⁰⁾

すなわち、カントにおいては、私法の内容はそのまま公法において受け継がれる。私法と公法を分かつのは、後者が「国家の産物」であるという一点にある。この点で、交換的正義に基づく私法がまず前国家的に成立し、それを、「国家の産物」である公法が「法状態の正義」へと具現化する。自然的私法の内容たる人間と人間の間の「交換的正義と矯正的正義」の内容は、私法が公法として具体化されるにともない、「分配的正義」の内容として実現される。ここでは、法の存在こそが、人間同士の関係から成立した価値の分配を秩序づける役割をもつ。だが、見られるように、そこでの法秩序の内容はそもそも前国家的な私法、「自然的私法」に由来する。

「・・・私法の本質的特徴は、国家により制定された実定的法秩序の地平においてではなく、むしろ、市場法則と営業法則に従う私法主体の、根底的に存在する私的行為に求められねばならない。こうした行為は、国家による私法立法により作り出されるのではなく、せいぜい可能にされるにすぎない。そのばあい、「私法」が表しているのは、国家による私法秩序ではなく、根底に横たわる私的秩序にすぎない。つまり、契約法ではなく、契約であるにすぎない。」⁴¹⁾

すなわち、ここにいう「私法」においては、国家以前に人びとの私的行為により自生的に形成される秩序こそが「本質的特徴」であり、国家的立法による規律は補助的な意味合いをもつにすぎない。この意味で、国家と社会が分離する以前の段階において、私法と公法の区別はなされながらも、私法が価値についての独自の領域として理解される可能性が存在したのである。

第4章 再帰的近代と法体系

Auer は、近代の「再帰性」は、近代社会が理論的反省を通じて自己自身に批判的に関係づけられるという意味のみならず、実践的意味においても理解されうるといふ。すなわち、「近代社会は、その啓蒙と合理化の諸請求の線形的動態を、途切れることなく保持することができるのではなく、システムに必然的な再カップリング諸効果に直面する。これらの諸効果はこの線形的動態を反転させ、その限りで、本章のタイトルにもなっている否定弁証法を引き起こす」⁴²⁾。Auer は、このような否定弁証

40) Auer, Der privatrechtliche Diskurs, S. 69.

41) Auer, Der privatrechtliche Diskurs, S. 69f.

42) Auer, Der privatrechtliche Diskurs, S. 74.

法が私法においてどのように出現するかを検討する。すなわち、「啓蒙主義の近代的諸請求の普遍化が、しばしば望まれざる副作用のために挫折するのではまったくなく、むしろ、望ましい主要目標と隠されたシステム内在的機能条件との衝突のために挫折するばあい」がある。このばあい、「隠されたシステム内在的機能条件は、より詳しく考察するなら、啓蒙主義とは異質な、あるいは啓蒙主義に敵対的な、しかしそれでもやはりシステムに不可欠な、前近代あるいは反近代の実践が近代社会の内部に飛び地のように残存したものである」。つまり最終的に、いわゆる「近代とは、自身の内在的な反近代の構造と不可分に関係づけられる、パラドクシカルな半分の近代である」⁴³⁾。

Auerはこのような観点から私法に関するディスクルスを分析するが、その具体例としてとりあげられているのが、サヴィニーの法体系論である。

サヴィニーは、1840年以降に刊行した『現代ローマ法体系』において、近代私法体系の基礎を築いた。彼はその第1巻において、一方で物権法と債務法を含む財産法を、他方で家族法を、私法の基本的なカテゴリーとしてとりあげ、いわゆるパンデクテン体系の理論的基礎づけを行った⁴⁴⁾。

財産法（所有権と債務関係）は、権利主体の個人的意思領域を、自由な他者との関係において拡大し画定する。その一方で、家族関係では、個人を「人類という有機的全体の構成要素」⁴⁵⁾として考察する。債務関係は選択意思により基礎づけられるが、家族関係は倫理的・自然法則的必然性により基礎づけられる。それゆえ、家族関係について、自律を特徴とする主観的権利を基礎としてこれを理解することは困難であり、家族法の本質は「個々人が家族法に関係において占める地位」にある、とされるにいたる⁴⁶⁾。つまり、私法体系を構成する二大領域である財産法と家族法が、同一の法体系を構成しながら、互いに異なる秩序原理によって理解されている、ということになる。

Auerはこのようなサヴィニーに由来する近代私法の体系構成に近代的社会構造の体系的問題があるという。すなわち、

「このことはまさに次のことを意味する。すなわち、個々の周縁的な規定だけでなく、むしろ、私法体系の半分が——つまり、まさに私法により組織化された世界の半分が——自律思考と市場思考の基本原理にまるで服従せず、むしろ、実質的規範に従う、他律的、伝統的な対抗世界を形作っている。より精確に考察するなら、私法の近代は、ただ半分だけが実現された近代、「半分の近代」であることが分かるのであって、この半分の近代は、それが機能するため、それ自身により構成された、家族領域のような対抗世界の飛び地に、あからさまに依存しているのだ。しかしながら、このことを通じて、この飛び地がこれはこれで近代の普遍主義的請求と衝突するばあいには、半分の

43) Auer, Der privatrechtliche Diskurs, S. 75.

44) Savigny, System I, §§. 52–59.

45) Savigny, System I, S. 340 (§. 53).

46) Auer, Der privatrechtliche Diskurs, S. 84.

近代は繰り返し内的矛盾に陥る。」⁴⁷⁾

つまり、財産法と家族法の原理的対立を基に構成されたサヴィニーの法体系は、それ自体、内的矛盾を抱えている。なぜなら、ここでは、市場を中心とする産業社会における人間生活は、究極的に伝統的な家族のあり方によって支えられていると解されるから。その結果、「そうした小家族の機能的能力は、平等な法的地位を求める一切の解放的努力とは裏腹に、しばしば、男性と女性、高齢者と子どもといった各々の役割についてのネオ自然主義的理解、それどころかまさにネオ身分制的理解に結びつけられる。」⁴⁸⁾

こうして、産業社会を支えるための再生産を担う伝統的小家族に対する理解は、結局のところ、新たな装いの自然主義や身分制の復活に陥ってしまう。家族関係の基本原則とされる「倫理的・自然法的必然性」は、財産法の基盤となる規範的個人主義と衝突する可能性をはらみ、さらには、人々を再び近代以前の、あるいは反近代的な桎梏へと回帰させる可能性をはらむ。

このようなサヴィニーの法体系に対する分析を例としつつ、Auerは、最終的に次のような洞察へたどり着く。

「この種の諸現象の根底には、しばしば、排除された他律的、伝統的価値構造、要するに前近代的ないし反近代的な価値構造の問題があるのであって、こうした構造は、それが近代の自律の要求と衝突するばあいこそ、ディレンマをもたらす。近代社会は、微妙なバランスのうちにある。近代社会の啓蒙主義的主張が、その機能条件でもある内在的反近代という飛び地をそのままにしておくことをはじめから前提する場合にのみ、近代社会の制度的・規範的安定性の観念は、維持可能であるにすぎない。しかし、まさにかかる観念は、啓蒙主義の普遍主義的請求からして、受け容れられるものではない。だが、個人がその伝統的な身分条件から解き放たれ、市場社会内部で自律的主体として解放されればされるほど、市民社会にもたらされた諸々の安定性は、ますます動揺させられる。」⁴⁹⁾

こうして、近代私法学の成果の代表とされる法体系が、それ自身の内的構造に依拠するばあい、自己の機能的諸条件を掘り崩す可能性をもつことが明らかにされる。近代の法的統一性を企図したサヴィニーの法体系は、その成立の時点からすでに矛盾を内在させていた。

47) Auer, Der privatrechtliche Diskurs, S. 85.

48) Auer, Der privatrechtliche Diskurs, S. 85.

49) Auer, Der privatrechtliche Diskurs, S. 87.

第5章 おわりに

(1) 内容のまとめ

ここで、これまでの内容を整理してまとめておきたい。

第一の近代については、人格、主観的権利、国家と社会の分離が分析の対象となる。ここでは、人間は自由の主体であり、また、自由を可能とする理念として人格的自律が重要となる。かかる理念を基に、人間を道徳的人格として措定する規範的個人主義が成立する。ここでは、個々人の自由領域を主観的権利として定義し、これを基盤とする自由主義的法思想が成立する。本稿ではこうした思想の代表例としてカントを強調した。さらにこのようなカントの法哲学において、近代私法体系の基礎となる権利の分類が生まれた。

国家と社会の関係については、市民社会による国家の正統化の問題がカントにおいてもみられ、これが個人の私権に基づいて理論化された。ここには第一の近代の特徴が具現化されているが、カントにおいては、なお政治的秩序と市民的秩序は同一であり、国家と社会の概念的分離を完成させたのは、その後に登場するヘーゲルであった。

第二の近代は、再帰性を特徴とする。理論における再帰性は、第一の近代の自己反省として説明される。まず、個人が人格的自律を基盤としつつも、同時に認識主体、規範制定者、社会の創設者として捉えられるようになると、人間の経験的本性がますます考慮されるようになる。ここから、人間は経験的・社会的に構成される存在となる。これにともない、自由と権利を直接的に結びつける権利基底の見解についても疑義が呈された。ホーフエルトによる権利の分析はこれを体系的に整理したものである。こうして、第二の近代においては、カントにおいて完成の域に達した^{ベルゾーン}人格、主観的権利の基本概念が脱構築される。

また、カントにおいて、私法と公法の内容上の区別は与えられているが、両者の関係には留意が必要である。すなわち、前国家的状態において「私法」の内容であったものが「公法」において具現化されるという関係である。カントのこのような法思想は、前国家的な自然的私法からなる私法秩序の基盤的意義を示唆する。

だが第二の近代における再帰性は、このような近代の理論的自己反省にとどまるわけではない。自らの基盤を掘り崩す契機をそれ自体に内在させている。その証左の一つとなるのが、サヴィニーの私法体系の理論である。

サヴィニーの私法体系は、人格の自由をその内実とする主観的権利に基づく体系として構築される。だがそれは、自由意思の主体の相互関係として構成される財産法に対して、自然的-人倫的關係を基盤とする家族法との原理的対立を内包するものであった。市場を中心とする産業社会における人間生活が究極的には家族関係により支えられると解するならば、このような法体系の構成は、近代的法関係

が反近代的社会関係により支えられることを意味する。これは、近代的私法体系それ自体が、原理的に矛盾を内包することを意味する。それは、近代の啓蒙主義的価値に基づく法システムが作動しようとするれば、自らが克服せんとした反近代ないし前近代の価値に法システムそれ自身が依拠せざるをえないというパラドクスを、実践の次元でも払しょくできなかつたことを示唆している（否定弁証法）。

（2）再帰的近代と法体系

以上のような本書の内容について、二つの近代との関連からサヴィニーの近代的私法体系の意義について以下の点を指摘することができる。

第一に、サヴィニーの私法体系における権利主体の理解には、従来からカントの実践哲学の影響が指摘されてきた⁵⁰⁾。この点でサヴィニーの法理論への啓蒙主義の影響を無視することはできない⁵¹⁾。これに対して、Auerの研究は、サヴィニーの私法体系の理論が成立した時点で、これに対抗する別の主体のあり方が理論的にすでに登場していたことを示唆する。

第二に、サヴィニーの私法体系に内的矛盾が存在したことから、近代の法システムそのものに不安定性が内在した。サヴィニーは、歴史的方法と体系的方法の結合を通じて法を学問化することを自らの学問のプログラムとした。私法体系の基礎づけを行う理論は、そうした重要な試みの一部をなす。だが、Auerの研究によれば、その核心部分にはぬぐいがたい矛盾が内在していたことになる。

このように見るなら、19世紀に近代的私法体系が理論的に提案されたとき、体系それ自身を不安定化させる要因が、体系の外部にも（別の主体理論の存在）、内部にも（否定弁証法）、同時に存在していた、ということができる。この点で、近代的私法体系は、これを構成する基礎理論についても、はじめからこれに対抗する社会的コンテクストに取り巻かれていたことといえるのではないか。ここに、私法における二つの近代に由来する両義的な「深層構造」が「動的運動においてシステム内在的なものである」⁵²⁾ ことが示されていると思われる。もっとも、仮にこのような理解が正しいとしても、それだけで、本稿の冒頭で言及した「近代法史の矛盾」⁵³⁾ の由来が解明できたわけではない。本書におけるAuerの見解は、まずは、サヴィニーをはじめとする近代私法学の諸見解を現代社会理論の枠組みから学際的に分析するための手がかりを与えてくれるものと解するのが適切であろう。

50) Hans Kiefner, Der Einfluß Kants auf Theorie und Praxis des Zivilrechts im 19. Jahrhundert, in: Philosophie und Rechtswissenschaft, Zum Problem ihrer Beziehung im 19. Jahrhundert, hg.v. J.Blühdorn und J.Ritter, 1969 Frankfurt am Main, S.3-25. Jetzt, ders., Ideal wird was Natur war, abhandlungen zur Privatrechtsgeschichte des späten 18. Und 19. Jahrhunderts. 1997, SS. 145-172.

51) サヴィニーへの客観的観念論の影響を強調するリュッケルトも、上記のキーフナーの研究の意義を認めている。Joachim Rückert, Savignys Dogmatik im „System“, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, hg.v. Andreas Heldrich, Jürgen Prölss Ingo Koller u.a., Bd.2, München 2007, S.1288. Jetzt, ders., Savigny-Studien, Frankfurt am Main 2011, S. 182.

52) 前出注7) の引用を参照。

53) 前出 54 頁を参照。