

1 近代自然法論のゆらぎと法実証主義の登場

・18 世紀後半に産業革命へ進むイギリスでは、近代自然法論にゆらぎが見られるようになる

・D.ヒューム（1711 年－1776 年）『人性論』（『人間本性論』）（1739－1740 年）は、歴史的に人間が社会契約をした痕跡はなく、そのような契約は未開人にとって不可能であり、歴史的事実としてほぼ全ての政府は暴力によって樹立されているとする。また、所有や契約遵守などの正義は、自然的資源の欠乏や人間の利己心から、暗黙の合意として生まれてくるものであり、正義は功利に基づく人為的なものだとする。

・W.ブラックストーン（1723 年－1780 年）が 1753 年オックスフォードでイギリス法の私講義を開始し、その後正式にイギリス法講座の教授となる。その成果が『イギリス法釈義』（1765 年－1769 年）で、ここでは、自然法思想に基づいてイギリスのコモン・ローが体系化され、平易に解説されている。

・『イギリス法釈義』は人の権利・物の権利・私的な違法行為・公的な違法行為の 4 巻からなり、特に重要なのは序論「法一般の性質について」である。ここには「自然法は人類とともにあり、神自身によって命ぜられているので、責務の点では、当然他のすべての法より上にある。それは全世界のすべての国でいつの時代でも拘束力を持っている、もしもこれに反するなら、いかなる人定法も妥当性をもたない。有効な人定法も、そのすべての効力、すべての権威を、直接的間接的にこの源泉から引き出している」と述べられ、コモン・ローは自然法に合致するものと説明される。

・一方で、議会主権を唱え、議会の権限を絶対だと唱えるなど、ベンサム・オースティンにつながる思想も見られる。後のベンサムからの批判により、法実証主義の文脈では批判的に扱われることが多いが、イギリスにおける“学問としての法学”の創始者であり、自然法論のゆらぎの時期に位置する思想家である。

⇒産業革命の当事者から、イギリス法に改革を求める声が起きる。曖昧な自然法論を批判し、社会に存在する具体的な実定法だけを法学の研究対象にする法実証主義が登場することになる。

2 J.ベンサム（1748 年－1832 年）



◎『釈義批評』（1775 年）

・W.ブラックストーン『イギリス法釈義』（1765－1769）を、「everything as it should be Blackstone」（全て今の状態で良いと言うブラックストーン）と批判し、現在の国政や法制が自然法にかなっていないと考え、あらゆる批判を封じてしまうことにな

るとする。

- ・「在る法」を研究対象とする説明的法理学と、「在るべき法」を研究対象とする批判的法理学を区別し、法実証主義的な考え方から、主権者命令説（法は主権者の命令である）を唱えている。

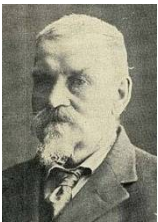
◎『道徳と立法の諸原理序説』（1789年）

- ・快楽と苦痛を類型化（市民の期待の快楽は、立法者が考慮すべき重要な快楽の一つ）。
- ・先例や国会制定法を自然法に反するという理由で無効とするような判決を批判し、これでは本来立法権を持たない裁判官によって事実上の立法が行われてしまうと述べる。

◎功利主義

- ・ベンサムの法思想の最大の特徴は、功利主義を法制度に適用し、法の合理化を進めたこと。
- ・ベンサムの言う功利主義は、①行為や制度の社会的な正しさ（あるいは正しくなさ）は結果によって判定される（結果主義）、②快楽が唯一の善であり、苦痛が唯一の悪である（快楽主義）、③その行為や制度の正しさは、結果として生まれてくる全ての人々の幸福全体への寄与によって判定される（総量主義）を含むもの。いわゆる、最大幸福の原理（最大多数の最大幸福こそが正義である。個人の功利を全て足し合わせたものが大きくなればなるほど、その行為や制度は正しいと考える）。
- ・イギリス法の主要な法源であった判例法に代わり、人々の快楽の最大化・苦痛の最小化を目的とする法典を制定していくことを主張
- ・コモン・ローは不正確なもの、立法の推進によってそれを打開すべき

3 J. オースティン（1790年－1859年）



◎『法理学講義』（1863年）

- ・ロンドン大学における法理学講座の概要をまとめたもの。「在る法」を対象とする法理学と、「在るべき法」を対象とする立法の科学とに区別し、さらに法理学を特殊的法理学と一般的法理学に区分する
- ・特殊的法理学…特定社会の実定法体系やその構成部分についての学問。
- ・一般的法理学…成熟したあらゆる実定法体系に共通する諸原理・諸概念・諸区分を価値判断をまじえずに分析する理論的研究（オースティンの中心的関心）⇒法の基礎

理論的研究にとどまらず、イギリスにおける法典化作業の準備という位置付け

◎主権者命令説

- ・人間の命令である「人定法」は2つに分類でき、法学（法理学）の領域は「在る法」（実定法）の考察であり、道徳や「在るべき法」とは異なる（法の形式的妥当の問題と、道徳的正・不正の問題とを区別）。
 - ・「在る法」は国家の主権者が社会の構成員に対して作りだした命令である（主権者命令説）（実定法：国会制定法と判例法）。「在るべき法」は、そうではない命令である（実定道徳、憲法など主権者の権能に関する法や国際法も含む）。
 - ・「在る法」は、「人ないし人々を義務づける命令であり、ある種の行為をなすこと、または差し控えることを一般的に義務づける命令である」。命令にはある行為をなすべき・控えるべきという欲求が含まれ、その欲求が無視された場合には制裁を加えようとする意志・力が必要であり、その意志・力によって命令は義務づけられる。そして、実際に無視された場合には制裁が加えられる。法は、命令・義務・制裁が関連するものである。
 - ・「在る法」は実定法である。これは「独立政治社会の成員に対して、その社会における単独の主権者または主権者集団が直接または間接に創設した」一般的命令である。その中心は国会制定法であるが、以前の主権者の制定した法や、コモン・ローとしての判例法も現在の主権者の暗黙の命令であり、実定法である。
 - ・「法の存在とその功罪とは別個のことがらである。法が存在するかどうかと、法がある想定された規律に合致しているかどうかとは、別個の探求である。現実に存在する法は、それがわれわれのたまたま嫌いなものであっても、またわれわれが是認、否認の基準としている文書から逸脱したものであっても、法である」。すなわち、道徳的に間違っているような、悪法もまた法である。
- ⇒個人の自由な道徳的価値判断から悪法に対して批判することを可能にする
- ⇒悪法を作るような立法者は、制裁を受けることになる（例えば選挙での敗北など）

◎分析法学

- ・発達した法体系の構造や内容に注目し、それらを客観的に分析する方法論。ヨーロッパの法体系（ローマ法、英米法、近代のローマ法など）に共通する概念・区分などを検討。ベンサムがその先駆けだが、ベンサムが立法の理論にとどまったのに対し、オースティンは法の理論を樹立したと位置付けられる
- ・法概念の例…権利・義務・自由・損害・刑罰・賠償
- ・法の区分の例…成文法・不文法・契約・不法行為・対世権（物権など、全ての人に対して主張できる権利）・対人権（債権など、特定の人に対して主張できる権利）
- ・具体的実地的な思考が重視されたイギリスの法曹には、オースティンの理論は抽象的な分析過ぎ、また判例法の軽視や「法の支配」に反する考え方が反発を生んだ（ただし、学説としては正反対のメインにより評価され、現在では英米における理論法律

学の主流となっている)

- ・国会の力を強化し立法活動を活性化させようという意識

4 H.メイン (1822 年－1888 年)



◎『古代法』(1861 年) …ケンブリッジ大学におけるローマ法の講義をもとにしたもの

- ・原始法以来の法の発展過程を科学的に研究し、そこに通ずる一般理論を考察(歴史法学)
- ・古代法に表れる人々の法観念が、近代の法思想とどのような連続性を持つかを考察(相続・遺言・所有権・契約・不法行為・犯罪など)。近代の文明を形成した要因である自由と秩序のルーツをローマ法の中に求め、ローマ法発生の社会的事情と発展の過程を考察する

◎from status to contract (身分から契約へ)

- ・原始社会から近代社会への法の進化を定式化(実証的な歴史研究ではなく、独自の歴史的発展方式を示す)。その定式が「身分から契約へ」。社会は、家族や集団の束縛から個人が解放され自由を取得していくという進化を遂げている。
- ・法のかたちの発展に関する一般原則…判決→慣習→法典
- ・進化論の影響を受けた、新たな法学研究の方法論で、F.ポロック(1845－1937)、F.メイトランド(1850－1906)、穂積陳重(1855－1926)などに強い影響を与えた