

## 不法支配に對抗するための法哲学

### 新しい自然法——近代自然法論と法実証主義を越えて——

金澤秀嗣

#### 1 問題の所在

#### 2 戦後の西ドイツにおける論争

#### 3 自然法論と法実証主義の問題点

##### (1) 近代自然法論の検討

##### (2) 法実証主義の検討

#### 4 不法支配に對抗するための必要条件

——新しい自然法に向けて——

国家権力による不当な要求にたいして、なかんずくそれが法の形をとって強制される場合に、われわれはいかにしてかかる不法の効力を否定しうるのであろうか。なるほど市民的不服従 (civil disobedience) や抵抗権 (das Widerstandsrecht) の取り扱いについては、これ

まで様々な論者によって議論されてきている。だが本稿では問題をより原理的・総論的に把握することを通じて、不法支配一般に對抗し得る、法哲学的立場そのものの基

礎づけを試みたい。

従来まで法の正当性に関する議論は、とりわけ「自然法論」(die Naturrechtslehre) と「法実証主義」(der Rechtspositivismus) という二つの主要な法理論の中で展開されてきた。しかしながら不法支配が惹起される危険は必ずしも克服されてはいない。なぜだろうか。この問題を解くためには、差し当たり法哲学の歴史の上で常に対置され続けてきた両学説の流れを追い、それぞれの見解を改めて検討する必要がある。次に、従来の自然法論ないし法実証主義が不法支配に對抗できなかった原因を、各々の体系がもつ性質に即して内在的に考察する。そしてその分析を踏まえつつ、両学説の欠陥を補う新しい法哲学の手掛かりを可能な限り探ってみることにしたい。

## 1 問題の所在

近時、社会科学の政策科学化が盛んに提唱されている。その影響からか法学も実証化の傾向にあり、法哲学上の主要な関心も法論理学や法的語義学などの分析科学的問題に移行している感がある。それに伴って自然法についての議論は往時ほど注目されなくなり、現在では正義論などとの関連で言及されることが多くなった。代わって規範学としての法律学を基礎づける玉座については、法実証主義と呼ばれる立場である。最早自然法論は、法の効力の根拠とその内容を、つまり存在 (Sain) と当為 (Solan) を無媒介に混同するイデオロギーとして片付けられてしまったようにすら思える。全体的に見ても、この領域に代表される法哲学の凋落が叫ばれて久しい。しかし本当に自然法論は解決済みの、あるいは学問的に無意味な問題を設定しているのであろうか。

実は自然法論も法実証主義も、その基本的視座でさえ一義的には定まっていない。ホセ・ヨンパルトは、自然法論者と法実証主義者によるそれぞれの見解をいくつかの類型に区分している。即ち、

- a 自然法論はもう過去のものである (正しくない)。
- b 法実証主義はもう過去のものである (正しくない)。

c 自然法論はまだ生き残っているが、正しくない。  
d 自然法論は常に正しい。

e 法実証主義はまだ生き残っているが、正しくない。  
f 法実証主義は常に正しい。

g 両学説は接近した結果、もはや区別がつけられなくなった。

h 自然法論と法実証主義の対立は過去のことであり、現在はいわゆる「第三の道」を歩むべきである (その「第三の道」を巡っては、さらに見解が分かれている)。

i 自然法論と法実証主義の対立は依然として続いており、「第三の道」はありえない。<sup>(1)</sup>  
というように両者の視点は細分化される。

だがここでわれわれは、敢えてgの立場を考察の対象から外そう。というのも、gには問題をいささか樂觀視し過ぎているきらいがあるからである。確かに「両学説」は、以前の厳しい対立関係から考えれば「接近」していると思えなくもない。けれども「区別がつけられなくなった」と断じるのは、いささか性急であろう。どの自然法論者に尋ねてみても、自分と法実証主義者との差異を疑う者は居ないだろうし、その逆にしても同じ結果が推量される。「両学説」の対立が解消されたというgの主張

を安易に肯定するのは、やはり避けるべきである。従つて以下では、現在もなお自然法論と法実証主義との「區別」は存在するという前提のもとに、分析を進めてゆく。

さてそれを踏まえて考えると、まず a と c はほぼ同義であり、これは法実証主義者が様々な自然法論批判を行うときの態度であることが分かる。さらにこうした性向が極端になると、f のようないわば「硬直した法実証主義」に陥らざるをえない。同様に b と e は、法実証主義を否定する強力な動機づけとなっている、自然法論者の内に根差している思惟形式と言える。こちらも行き過ぎると盲目的な自然法崇拜に頹落してしまう。これが d に示されたとき「硬直した自然法論」にほかならない。

結果としてこれらのいづれの立場を支持してみたところで、一方で自然法論を、他方で法実証主義を絶対視することはできても、両者の長所を比較衡量し現実の法解釈に反映させる道は閉ざされてしまう。いかに「法の理念を把握する」、あるいは「法を純粹に取り扱う」という高尚な目的を掲げるにせよ、学問的方法論としては甚だ疑問の余地が残ると言わざるをえない。知識社会学者カール・マンハイムの術語を用いて言うならば、まさに「存在の被拘束性」にとらわれている。実際かかる悪しき相対化（これは即ち各々の主張の絶対化に相当する）

こそ、法哲学の凋落を招いた最大の元凶ではないだろうか。

絶対的な形而上学としての自然法論は最早成り立ちえない。また現代とみに過熟している法学の実証科学化的動きも、法実証主義に思想的基盤を置いていると思量されるが、上述の点を等閑にする限り大いに批判されるべきであろう。

ここまでの分析から、取り敢えず以下の事実が明らかになる。まず第一に、現在優勢である法実証主義も、自らが掲げる価値中立性を保持しようとする限りにおいて、対立する立場、即ち自然法論を無視することは許されない。さもなければ、法学を法実証主義というひとつのイデオロギーに従属させ、ひいては単なる実用的技術・道具（インストルメント）におとしめてしまうからだ。第二に、法哲学の領域において、自然法論そのものを再評価する機会が与えられた。形而上学的な自然法論は今日では無論成立不可能であろう。けれども法実証主義的手法が法解釈において絶対的ドグマとなる事態を避けるためには、そのアンチテーゼとして健全な自然法論による批判を欠くことはできない。自然法論には積極的な存在意義がなお残されている。それは政治権力の不当な法支配に対抗し、正義を樹立するという、自然法論固有の性格である。ゆえに

自然法論は解決済みでも学問的に無意味でもなく、現代でも非常に重要な法理論のひとつであると言つてよい。

そもそも自然法は、実定法を批判しつつ、正義の実現に向けて実定法の内容を構成するという使命を負つていたはずであった。その使命を果たすためには、何より実定法との相即不離な関係が維持されていなければならぬ。しかしながら法哲学の歴史の上では、逆に自然法論と法実証主義との敵対関係が執拗に説かれたのであった。加えてその副産物として、〈自然法は実定法と相容れない〉という先入見が定着してしまつたのである。

のみならず各々の主張がひとたび学問の世界を離れ、とりわけ政治権力を正当化するための概念図式として恣意的に利用されたときには、硬直した自然法論も硬直した法実証主義も、ともにある種の暴力として人民を抑圧するドグマとなつた。またそのような暴力的支配が終了した後、不法を追認するだけだつた法学者たちはかつての振る舞いを自己批判したが、彼らの真摯な反省とともかの対立観の制約を免れていなかったのである。第二次大戦後西ドイツ法学界を席卷した論争にも、そうした傾向が色濃く表われている。

## 2 戦後の西ドイツにおける論争

一九四五年から六〇年代にかけて、西ドイツではそれまでの法思想が徹底的に批判された。そしてナチス不法支配の清算と法への再帰が熱心に説かれ、改めて不法支配の再現防止に法学者の努力が注がれるようになる。その際半ば当然のごとく提起されたのが、自然法と法実証主義との対立と、そのいづれの立場を採るべきかという二者択一の問題であつた。

ヴァイマル期に司法大臣を経験したこともある法哲学者グスタフ・ラートブルフ（一八七八—一九四九）にも、最早戦前の立場をそのまま維持してゆくことは困難であつた。彼はそれまで、何が正しいかという究極的な価値判断は不可能とする〈価値相対主義〉を唱え、それをもとに様々な価値を相対的かつ寛容に取り扱うことで、自由主義・民主主義を基礎づけようと試みていた。リツケルトやマックス・ヴェーバー、あるいはカントロヴィッツら新カント派と交流のあつたラートブルフが、自ら属する社会民主党のほか、中央党・共産党・ナチスや帝政派がそれぞれの勢力拡大をめぐる争う〈多神教〉の時代において、唯一選択しうる神として敢えて〈価値相対主義〉というイデオロギーを選択したのも、それほど理

解できぬことではない。

しかし現実政治の展開は、かれの楽観的な期待を容赦なく打ち砕く。一九三三年一月、ヒトラーは帝国宰相に就任し、ほどなく議會を解散して総選挙を実施した。その結果ナチスは計三四七議席の絶対多数を確保する。新しく成立した議會は、「国民及びドイツ国家の危機排除に関する法律」(全権委任法 *Ermächtigungsgesetz*) を可決・公布する。この法律は、その条項中に「国家の法律は憲法であらかじめ定められた手続によるほか、政府によって決定せられうる」といった内容を含み、従って憲法上の規定手続に則ることなく、憲法に違反する法律の制定権を認めさせたものであった。かくて、所有権の義務性を認め生存権を明確に保障するなど、当時最も進歩的な内容を持つ憲法と言われたヴァイマル憲法も、全体主義的・非合理主義的なナチス体制の伸張を抑止できなかつたのである。ラートブルフにとってこれは、

〈多神教〉の世界のための指針とした〈価値相対主義〉がたやすく〈一神教〉に、しかも合法的に転化し飲み込まれていく深刻な事態と映ったに違いない。

「命令は命令だ、と兵隊に対しては言われる。法律は法律だ、と法律家は言う。しかし、兵隊が、その命令は重罪または軽罪を目的とするということを知っ

た場合には、かれにとって服従の義務と権利はなくなくなってしまふのに対して、法律家は、ほぼ百年ほど前に法律家中の最後の自然法論者が死に絶えてからというもの、法律の通用力と、法律のもとにある者の服従とについて、そのような例外をひとつも知らないのである。法律は、それが法律であるゆえを持って通用し、また、それが原則としてみずからを貫徹する力をもつ場合に法律なのだ。法律とその通用力に関するかような見解(われわれはこれを実証主義的学説と呼ぶ)は、法律家を一般国民と同様に、非常に恣意的な、非常に残忍な、非常に犯罪的な法律に対して無抵抗にした」<sup>②</sup>。

戦後間もなくラートブルフは、以前の価値相対主義・法実証主義の性格を反省し、自己批判を加える。彼は、法律家にナチスの不法支配を容認させた究極の原因は、無批判な法実証主義の台頭にあつたと考えた。それは法の価値中立性を損なうおそれのある自然法思想をイデオロギーとして頭から否定し、実定法の無条件的妥当性を宣言した。だがラートブルフは、まさにそうした法実証主義こそ、法律家の実定法への無批判的服従の姿勢を決定づけ、とどのつまり合法的な非合法政治の招来を許した、と見る。

ヒトラーが政権を取った時、法律家は事態をどう解釈したであろうか。最も一般的かつ消極的であったのは「形式的には非の打ちどころのないもの」<sup>(3)</sup>という見方であった。つまり一九二〇年に起こったカップ一揆と異なり、「ライヒ大統領によるヒトラーの任命は法律の文言による限り、裁判官にとっては合法的な出来事」<sup>(4)</sup>として判断せざるをえない、とされたのである。一九三五年制定の悪名高い「ドイツの血とドイツ人の名誉を保護するための法律」(ニュルンベルク法: Nurnberger Gesetze)でさえ、「もつとも悪しき内容をもつた法律といえども、それが形式的にさえ正しくつくられた以上、拘束力あるものと認めざるをえない。」(K・ベルグボーム)という法実証主義の原則からすれば、十分正当化されうる。

ラートブルフは、ナチスのような不法支配の再来を防止するためには、かかる不法支配を無批判に権威づけ正当化する法実証主義を、根本的に克服しなければならぬ、と説く。そして彼はここで、それまで懐疑的に接していた自然法思想に大きな期待を寄せ始める。権威主義的国家が不法行為を法の名の下で実行する限り、また法実証主義者がその不法行為を正当化する限り、誠実な法学者は、「あらゆる法的規則よりも強力で、それに反する法律が通用力を欠くような法の諸原則」をもって対抗

しなげなければならない。そしてこのような「法の諸原則」にあたるものは、自然法思想においてほかにない。彼はかかる意味での自然法が存在することを前提に、(制定法の形をとった不法) (Gesetzliches Unrecht)の正当性を否定する。

「もし法律が正義への意志を意識的に否定し、たとえば人々に対して人権を恣意的に与えたり拒否したりするならば、その法律は通用せず、国民はその法律に対して全く服従の義務を負わないのであって、法律家もまたその法律の法として性格を否認する勇氣を見出すべきである」<sup>(5)</sup>。

だがこのように自然法再評価の聲が高まる一方で、逆に法実証主義の側から、むしろ自然法思想こそがナチス不法支配を正当化したのだという批判がなされた。法実証主義者は、不確実な自然法思想こそが、ナチスの不法に正当性を与えたと考える。したがって、法の客観性を取り戻し不法に抵抗するためには、純粹に法そのものの内在的理念に立脚した法解釈が、即ち法実証主義の立場が是非とも必要である、と主張したのであった。

彼らは前述したニュルンベルク法の例に即して説明する。ニュルンベルク法が成立する以前であれば、ドイツ人とユダヤ人との婚姻も(法的には)当然認められるべ

きはずであろう。しかしながら実際は、未だ当該法規が制定されていなかったにもかかわらず、行政機関は往々にして婚姻届を受理しなかったのである。

婚姻請求の当事者の一人がこうした処置を不服として、区裁判所に訴えを提起した。当然のことながら、区裁判所の裁判官は、婚姻を認めない法律の不存在を理由に、行政機関の処置は違法であるとの判決を下す。紛争はこの判決によって一旦は収まるかに見えた。ところが今度は代わって行政機関の方が、上級審にあたるラント裁判所に控訴したのである。ラント裁判所では、裁判官はなるほど人種間の婚姻を制限する法の不存在を一応認めたとところが第一審の判決を覆し、「ドイツ民族にとって相応しい法概念」から判断するにユダヤ人との結婚は望ましくなく、〈異人種〉間の通婚の自由などといった法益は保護するにあたらぬ、と断じたのである。

「民族共同体思想から切り離された絶対的法といったものは考えられない。法は民族共同体思想から生まれ、それに服するものである」。さらに、法実証主義者が主張するような実定法主義・法の価値中立性などの概念を否定して、次のように宣言した。

「自由主義の時代に教義にまで高められ、区裁判所が判決の中で主張した次の原則、即ち『新たな法原

則は、それが提案されることによってではなく、むしろ法律となることによってはじめて一般的な法としての拘束力を獲得する』という原則は、ナチスの法概念と明らかに衝突するものである。(…)何が許され、何が許されていないかという問題の評価にとって決定的となるのは、単なる法律の文言だけではない。民族の中に根ざす法意識も、たとえそれがいまだ法律の制定・公布ということにより具体的な形象を獲得するに至っていないとしても、既に少なからざる重要性をもつのである。(…)決定的なこととは、法原則が法律になるということではなく、むしろ法原則が一般的な法確信にその根拠をおいているということであり、そのことが、たとえ法律として公布される以前であっても、その適用を正当化するのである」<sup>(6)</sup> (傍点筆者)。

この例だけをとってみれば、なるほど自然法論者が攻撃するように、法実証主義が不法支配を導いた、というのは不当であろう。現行の法律・規則が改廃されないまま特定のイデオロギーが上位法の座に据えられ、それに依拠して法が恣意的に運用されていた事実を目を向けるならば、ナチス体制下の法律家の行動がおしなべて法実証主義の影響によるものとは言い難い。いな、むしろ法

実証主義こそ「ナチス的世界観」というイデオロギッシュな自然法に対抗しうる唯一の法哲学的立場と見えなくもない。さらに悪名高いニュルンベルク法の制定にしてみたところで、法制化が規定内容と運用範囲を明確にし、行政・司法当局の行き過ぎた処遇を禁止させ、かえって法的安定性を回復させる作用とし働いた、と見ることもできなくもないのだ。この点に関しては、「その内容はあくまでも不法であったにせよ、立法化そのものが、少なくとも恣意的な法の運用に比べ、当事者にとってよりましな悪として感ぜられ、彼らによって『あるたしかな安堵感をもって歓迎され』さえした」という報告も存在する<sup>7)</sup>。

ともかくここに至って、自然法は正義を実現するといった楽観的な命題は厳しい批判にさらされる。ナチスもまた自らの世界観を「自然法」として正当化し、裁判官はそのイデオロギーの説く「正義」を実現するため、皮肉なことにも実定法を「否認する勇氣」を見いだしてしまっただからである。

自然法論と法実証主義と、一体いづれの立場を採用すれば不法支配に対抗できるのか。われわれは再びスタートラインに引き戻された。この問題を解くためにやはり、両者の論理構造を改めて吟味しなければならない。

### 3 自然法論と法実証主義の問題点

#### (1) 近代自然法論の検討

自然法論の起源は、古代ギリシアにおけるThemis(法)とDike(正義)という二人の女神の区別にまで遡ることが出来る。しかし法と国家権力の関連を具体的に扱い、ことにその正当性を考察したのは、中世の神的自然法論に対抗する形で提起された近代自然法論であった。近代自然法論の先駆者、即ちグロティウス、プーフENDORフ、トマジウス、ヴォルフらは、正義の判断基準を理性とその担い手である個人に求め、神から切り離され世俗化された自然法概念を提示した。

こうした傾向からも分かるように、近代自然法論は本来、正当性の尺度を神から人間理性へと取り戻すことを目的としていた。そしてそれを通じて形而上学的な教義と権力との結び付きを排し、恣意的に設定された権力の正当性を否定しようとする、非常に革新的な試みであったと言える。

とはいえ近代自然法論が展開する社会観は、そもそも致命的な欠陥を含んでいる。しかもその欠陥が、不法な権力の正当性を否定するどころかかえって肯定し強化するという、不本意な役割を自然法に担わせてしまった。



近代自然法論の完成者にはホッブス、ロック、ルソー、またカントやフィヒテが挙げられるが、いづれの理詰りも自然法の基盤となる共同体のとらえ方に論理的な飛躍があるという点では変わりがない。自然法を導出する仕方によって近代自然法論は、〈経験主義的構成〉をとるもの（ホッブス、ロック、ルソー）と〈形式主義的構成〉をとるもの（カント並びにフィヒテ）の二つの類型に大別される。ところでこれらの構成法を、ヘーゲルはその『自然法論文』<sup>(8)</sup>の中で自然法の〈非・学問的取り扱い方〉と一括し、批判の俎上にのせている。そこで以下ではまず彼の分析をもとに、近代自然法論の欠陥とその原因を探ることにしよう。

まず〈経験主義的構成〉（「経験的諸学問」：empirische Wissenschaften, S. 94）の方から考察してみよう。この立場は、特定の本能・感情を人間の本質として固定し、他の諸性質を排除する「否定的絶対性」（die negative Absolutheit, S. 96）を特徴としている。そしてその否定的絶対性から、共同体及び自然法を演繹するのである。しかしこうした構成方法は、ある特定の経験的直観を普遍的なものとして誤解し、混合させてしまっている。

〈経験主義的構成〉は、多種多様に存在する諸性質を分離し、その中からある特定の個別的性質（例えば〈自

己保存本能：conatus sese conservandi〉や〈社交心〉、〈憐憫の情：commiseration, pitié〉など）を取り出して、人間の本来として固定することから出発した。その過程で他の諸性質は従属的なものと看做され、さきに本質とされた特定の性質の支配下に置かれてしまう。かくて人間の内には諸性質の抽象的統一が成立する。かかる人間像から原初社会（「自然状態」：Naturzustand, S. 99）のモデルが確保され、引き続いて樹立される権力の在り方が提示されるのである。

だが注意深く観察するとこの抽象的統一には、導出の仕方が非常に恣意的であるため、諸規定相互の必然的な関係づけが全く欠けているのが分かる。だから他のいかなる性質を人間の本来に据えたとしても、またいかなる自然状態を仮定しても、論理的には整合性を持ってしま

う。経験主義による共同体の理解は、総じてこのように内的必然性を欠いた、それゆえ偶然的なものにとどまらざるをえないから、あくまでも有限的な統一にすぎない。けれどもそれでは自然をその全体性において把握したと、すなわち無限なものとして真に統一したことには決してならないのである。この点で、例えばホッブスのリヴァイアサンは真の統一を実現してはならず、彼が提示

した自然法も本来〈自然〉法の範疇には含められない。しかもなお悪いことに〈経験主義的構成〉においては、形式の絶対性が内容の絶対性をも含意してしまう。つまり、形式的・制度的保障をうけた権力は、内容的にも絶対正しい、と看做されるのである。周知のごとくホッブズの体系においては、リヴァイアサンが一度形成され正当化された後は、それ自体が絶対的な正義となる。人民がリヴァイアサンの発するいかなる命令にも反対を許されずに遵守を強制される理由は、実はこうした論理上の詐取に存している<sup>(9)</sup>。

同じような批判はロックやルソーの自然法論にも当てはまるだろう。確かに彼らは、不法支配に対して人民が抵抗する権利を認めてはいる。しかしその抵抗権も現実にはあくまで政治的要求にとどまり、法体系の中では正当化されない。またロックやルソーの思量する正義にはずれた理念が、抵抗権をよりどころにして権力に対抗することなど、もとより認められるべくもないだろう。いづれにせよ〈経験主義的構成〉をとる自然法論は、本来的な意味で自然法論ではなく、しかも不法な権力支配を肯定する要素を含んでいるとさえ言える。

次に自然法の〈形式主義的構成〉〔純形式的学問〕…  
reinformelle Wissenschaft, S. 94)を見てみよう。こち

らの立場は経験主義とは反対に、情性と悟性とを対立させ、統一や無限性 (Unendlichkeit)・否定性 (Negativität) を〈純粹にそれだけで〉前提する。だがこれでは、経験的直観と普遍的なものが融和されぬものとして対立させられたままであり、真なる統一としての全体性の把握にはほど遠い。にもかかわらず、その悪無限的な無限性つまり抽象的な普遍性が、有限な有機的共同体を形作り統制する、と説くところまでに飛躍してしまう。とはいえこの方法では徹頭徹尾悟性と自然が対立・分離させられているため、やはり両者の統一は相対的なものではない。

形式主義における無限性の概念は、特にフィヒテの哲学に顕著である。彼は理性を〈自我〉 (Ich) と名付け、理論理性と実践理性との連関を自我の展開の中でとらえた。そしてこの自我の構造から、実践理性の理論理性に対する優位を明らかにしたのである。

注目すべきは、実践理性が理論理性を包み込む過程で、有限な自我と非我の対立や主観と客観、あるいは観念的なものと実在的なものの対立が解消されるところである。理論理性と実践理性が単一の理性として統合すれば、普遍性と多様性も一になる。フィヒテはこのようない理性の立場を〈絶対的的自我〉 (absolutes Ich) と称し

た。この絶対的自我が彼にとつての無限性にはかならず、純粋な統一なのである。

しかしフイヒテの体系の無限性、言い換えれば同一性は、ヘーゲルから見ればあくまで「形式的理念」(die formelle Idee der Identität des Ideellen und Reellen, S. 110)にすぎない。なぜなら、そこでは観念的なものと実在的なものが同一であるとされながら、実際は観念的なものに真に実在的なものが対立させられたままだからである。つまり主観と客観、観念と実在を純粋に統一したといつても、それは自我という主観・観念のうちにおける統一でしかなく、自我に含まれない〈自然〉を排除してしまっている。結局、自然という意味での客観性は依然として主観性に対立させられたままなのである。この構図を道徳論にあてはめてみれば、法や義務という「純粋な統一」(die reine Einheit, S. 124)と、感覚や恣意という個別的な多様性が対立し続けるということになる。

ではどうして〈絶対的自我〉はこのように硬直したものになったのであろうか。その原因は、まさに統一において実践理性が優先された点に存する。純粋な統一は、自律という高い目的からなされたものゆえ、感覚や志向などといった実在する多様性を〈傾向性〉(Neigung)

あるいは〈欲望〉(Bedürfnis)として卑しめ、支配しようとする。極端になると否定しさえする(同様の傾向は既にカントにも見受けられる)。従つて実践理性から導かれる道徳法則は、自然と対立関係に置かれ、自然を否定するために据えられた観念となつてしまふ。結局フイヒテの体系は、当初の目的とは反対に、観念的なものと実在的なものの非同一しか見出せない。

形式主義の立場は無限性を強く意識していた。けれども普遍性・先天性を重要視するあまり、具体的な感覚や経験を排除しがちになることは否めない。かくして形式主義は、多様な諸性質の存在を否定し、それに代えて純粹理性という、純粋な統一としての抽象的な無限性を引き出してしまふのである。

カントやフイヒテが提示したような、実践理性の形式的道徳法則から演繹される共同体概念は、あくまで「かくあるべし」という当為の目標にとどまつており、現実性は認められていない。そうした共同体観に比例して、彼ら形式主義の立場が唱える自然法もまた静態的になる。かかる自然法理解では、現実存在する生動的な〈自然〉

共同体を把握できない。なぜなら現実の共同体は歴史の中で常に発展変化するため、決して固定的な物差しでは測りきれないからだ。

こうした制約を無視して当為の内容を自然法の名の下に強制しようとするとき、形式主義的自然法論の權威主義的傾向は著しくなる<sup>100</sup>。カントやフィヒテは原理上道徳と法を分離した。けれども彼らの体系においては、実際には法そのものが道徳の當為性を担って強制的に働かざるをえない。そしてそれは、現存する〈自然〉<sup>101</sup> 共同体を無視した特定の格率が恣意的に正義とされ、法の形式をとって押し付けられることを意味する。〈形式主義的構成〉をとる自然法論は、このような性格を有する点で、まさに不法支配を正当化する危険をはらんでいると言えよう。

近代自然法論の諸原理はこのように、不法支配に対抗する手段としてはほとんどその意義を失った。近代自然法論者は個人の諸性向や個人と国家との関係について、一応対立ないし否定性を論じてはいるが、実は単に混合・捨象しているにすぎない。しかもその結果獲得した否定の絶対性・抽象的普遍性によって、〈自然〉を恣意的に解釈するか全く無視してしまう。だがかかる絶対性・普遍性の僭称こそが、恣意的権力を正当化し、不法支配を助長した元凶なのである。ゆえにこうした過程から導かれる規範を、最早自然法と呼ぶことはできないであらう。

思うに近代自然法論の欠陥は、〈自然〉<sup>102</sup> 共同体を個

人の〈社会契約 (social contract)〉によって説明しようとする、方法論的個人主義に起因しているのではないか。またその成立過程には、自然法の内容を永遠不変のものとして看做す先入観が介在していたとも考えられる。

## (2) 法実証主義の検討

法学はそれだけで自足する規範科学であるべきだと主張し、法が目的とする正義・衡平はいかなるイデオロギーをも排した実定法に基づいた場合のみ具現化する、というのが法実証主義者の主張である。彼らは次のように自然法論を攻撃する。実定法の背後には、法の本質であり法の基盤となる〈外的自然〉や〈事物の本性〉 (die Natur der Sache) が存在するとされ、それは神や共同体に、あるいは人間の理性ないし利己心・社交心などに由来すると言われている。しかし一体どのような方法論を用いれば、そのような本性と実定法との連関が確認されるのか。両者の連関を把握するのは認識論的には無理であるから、自然法論は経験科学をもってしては説明不可能な形而上学と言うほかはない。そもそも数種類もの自然法論が存在するという事実自体、自然法概念の学問的客観性・中立性の疑わしさを明白に示している。結局、あまりにも多義的に語られうる自然法概念は、現実の実定法とはほとんど(あるいは全く)関係のないもの

であり、ゆえに法解釈論としては役に立たない、と。

法律の中立性はそれが独立した規範として取り扱われ  
てはじめて確保される、と法実証主義者は考えた。よっ  
て正当性ないし正義の基準も、法律が客観的に解釈され、  
運用されているかどうかの一点に求められるようになる。  
同時に立法論と解釈論とは厳密に区別された。なるほど  
彼らは、特定の世界観を法の中に持ち込む自然法論の独  
善性を、敏感に察知していたと言ってよい。立法論と解  
釈論の分別は、おのづから法解釈を論理解釈に限定する。  
ゆきすぎた拡大解釈や類推解釈を制限することは、恣意  
的な格率やモラルが法となつて強制力を持つ危険を、か  
なりの程度で防ぐ効用を持つかもしれない。

法学における実証主義的傾向は、自然法論と同じよう  
に古くから存在した。しかし本稿で考察の対象とする法  
実証主義は、直接の起源を近代の法思想に負っている。  
法実証主義の諸学説は、それがドイツ系のものであるか  
英米系のものであるかで若干性格を異にする。

ドイツの法実証主義は、十九世紀初頭に展開された歴  
史法学派(die historische Rechtsschule)を母胎として  
いる。歴史法学派の代表者Fr・K・v・サヴィニー(一七  
七九—一八六一)は、啓蒙主義的法学者ティボーやヘー  
ゲルに対抗して、当時のドイツにおける統一法典編纂の

動きに反対した。というのも彼にとつては法は、「完全  
に客観的で、全く独立的なものであり、いかなる個人的  
確信からも切り離されたもの」(『法学方法論』<sup>11</sup>)でなけ  
ればならないからである。ティボーやヘーゲルによる法  
典編纂運動は、国民が統一法典を本当に必要としている  
かどうか定かではないと考えていたサヴィニーにとって、  
「個人的確信」から発した恣意的立法への営みとしか映  
らなかつた。むしろ法学者は立法者の恣意的な立法を排  
し、歴史をたどることによって民族の持つ習慣に目を向  
けなければならぬ、と彼は主張する。

けれどもこうした見解も、決してリベラルな動機に基  
づいたものではなかつた。サヴィニーは立論の前提とし  
て、何よりも民族の立法を司るべき国家の権威を承認し  
ていたのである。この意味で歴史法学は当初から、プロ  
イセン官僚層の「上からの改革」にさえ対抗する反動的  
な色彩を帯びていた。また、法は各時代・各地域の「民  
族の確信」(Volks glauben)に基づくという思想は、普遍  
的な法理念の存在を否定すると同時に、実定法こそ「民  
族の確信」の具体的成果であるという結論を導いた。

かくして歴史法学は、現存する実定法を正当化し、そ  
の拘束力を強化するように機能する。歴史法学派は立法  
論と解釈論を峻別し、理論上法学者は法解釈にのみ携わ

るべきである、と想定した。ところが矛盾することに、現実には民族の法確信を体系に高める作業は、国民の代表が構成する議会の立法にはではなく、法曹による実定法の創造的解釈に委ねられたのである。

サヴィニエーの衣鉢を継いだG・Ftプフタ（一七九八一—一八四六）の概念法学(Begriffsjurisprudenz)になると、既存の解釈を変更して得られる新しい法解釈をも、「もともと民族精神に潜在的に存在していたもののあらわれ」として正当化するまでに至る。最早ここでは歴史や民族は実質的にはほとんど顧みられていない。逆に「民族精神」を、法解釈の大義名分にしていくふしさえ見受けられよう。さらに「自然法の夢はすでにみつくされた」というB・ヴィントシャイト（一八一七—一八九二）の言葉によつて、法実証主義はその頂点に達する。法律には法律家の解釈が不可欠である。だがそれも法に内存する論理に従うべきであり、法解釈のために特定のイデオロギー（「民族」すら）を持ち込む必要はない。なぜなら法律はそれだけで法であり、自足した正義だからである。

ドイツ法実証主義においては、多少の相違はあるにせよ、およそこのような法理解がケルゼンまで一貫して継承されていった。

次に英米系の法実証主義の歴史を概観してみよう。こ

の立場の源流は、ヒュームによる*ius*（在る法）と*ought*（在るべき法）の区別、及びベンサム功利主義に求められる。

『人性論』などにおいてヒュームは、社会契約の概念を全く否定し、近代自然法論を単なるフィクションと看做して攻撃した。従つて、近代自然法論が唱える権力・法の妥当性も当然認めない。彼にしてみれば、未開人が社会契約のような協定を結ぶことはそもそも不可能である。またたとえ契約が成立したとしても、その契約が無媒介に一定の正当性を持ち、子孫まで拘束するような権力となりえない。むしろ権力というものは、暴力によつて樹立されるのである。だとすれば、権力が設定する法もそのまま正義とは看做しえない。そこで、正義や正義を保障する法は、権力にはなく、構成員の暗黙の合意である〈習律〉(convention)に基づく、という結論が導かれる。しかしいづれにせよそれらは人為的に作出された制度にすぎない<sup>四</sup>。ベンサムもこのようなヒュームの法理解を受け継ぎ、法は理性の表現ではなく、意志が生み出した制度であると断じた。

道徳的正当性（正義）と形式的妥当性（法）の分別は、J・オースティン（一七九〇—一八五九）に至つて著しく強調される。オースティンは法を「主権者の命令」と

解し、しかもその命令には絶対的に服従しなければならぬ、と訴えた。

「法の現存と、その功罪とは、別次元の問題である。法が存在するかどうかということ、法がある想定された基準に合致しているかどうかということは、おのれの別個の探究である。現存する法は、それが我々のたまたま嫌いなものであろうとあるいは我々の是認や否認を規定するものとなるテキストから逸脱するものであろうと、法なのである」<sup>13)</sup>。

かくして法理論から道徳的正当性の分析を除去する、イギリス流法実証主義が完成する。こうした実証主義的傾向は後のリアリズム法学やプラグマティズム法学にも批判的に受容された。ことに分析法学(analytical jurisprudence)の成立には多大な影響を及ぼし、現在でもその主要なバックボーンとなつていってよいだろう。もっとも悪法に対する不服従については、独特のアプローチをとる法実証主義者もいる。例えばハートなどは、基本的にはオースティンと同様、法の効力と道徳の領域を区分している。けれども不法支配に対しては、「法律は法律である。ゆえに従わなければならない。」という、伝統的な法実証主義の命題を明確に拒絶する。代わりにハートは、悪法も法律として妥当性を有することを認め

つつ、なお「法律は法律である。しかし道徳的に悪であるから従うことはできない。」という言明を支持し、悪法に対する道徳的不服従の余地を認めるのである<sup>14)</sup>。

概して英米系の法実証主義では、上述したごとく道徳的正当性と形式的妥当性の弁別が顕著である。もともとその背景には、ドイツでうまれた法実証主義と異なり、ハートの主張にうかがわれるような自由主義的な法理解があったと言えよう。だが特定の世界観を排して法の中立性を保持しようとする意図は、ややもすれば法における道徳的正当性の問題をはじめから回避しようとする姿勢に結び付く。加うるに形式的妥当性への過度の配慮がまた、オースティンのような実定法万能主義を生みだしたと言つても過言ではあるまい。

法実証主義は一般に、それがドイツ系のもの・英米系のものであるとを問わず、いづれも実定法の条文から導き得る言語的・経験的事実の分析のみを主眼とする点では共通している。またそのような〈忠実な〉法解釈こそ、法を保全するに相応しい営為であると説く。もちろんこうした試みを、法の中立性を保とうとした努力の表れ、と好意的に受けとめることもできよう。とはいえ法実証主義は、〈法の正しさ〉を形式的妥当性にしか見ていないのではないか。しかも、形式の絶対性を維持すればそ

のまま内容的な絶対性も確保できるという点で、認識論的な飛躍を犯している。思うに、法の道具化を促進し、不法支配に対する法律家の無抵抗を生んだ主たる原因は、何よりも法実証主義がはらむこうした根本的誤謬に求められよう。

とどのつまり法実証主義もひとつのイデオロギーにすぎない。そればかりか筆者には、サヴィニーが説いた「民族の確信」とナチシンパの裁判官が言う「民族の中に根ざす法意識」とが、お互い極めて似通った性格を帯びていると思われてならない。どちらも民族固有の規範を提唱して普遍的正義の探究を拒否し、あまつさえ法曹による〈法の創造〉まで積極的に肯定した経緯は、既に明らかにしたとおりである。

さらにハートのようないわば〈柔らかい〉法実証主義にしても、果たして不法支配に十分対抗できるかどうか、甚だ疑問である。無論ハートも悪法を〈法〉と認めはしない。ただ彼は、それでも〈法律〉としての要件は具備している、と言う。ところがひとたび法律と認めてしまふ以上、悪法ですら、現実的に強制力持つてしまふことになりかねない。そのようなとき、「悪法は道德的でない」として不服従を貫くことが実際に可能であろうか。むしろそもそも悪法が法律であることさえ認めず、悪法

の効力を否定し、翻って返す刀で恣意的権力に強制力を行使する大義名分を与えないような法理論こそ、求められるべきであろう。

法実証主義は脱イデオロギーを唱え、法をあるがままに研究するという姿勢をとった。しかし実践面では、実定法をあるがままに肯定し、不法支配にさえ順応するという保守的態度に陥りがちである。悪法ですら「法律は法律である」(Geertz, *1st Geertz*)と認めてしまふ法実証主義では、それゆえやはり不法に対抗できない。

#### 4 不法支配に対抗するための必要条件

##### 新しい自然法に向けて

以上の考察から、従来対置されてきた自然法論と法実証主義の間には、興味深いことにひとつの共通点が見いだされる。それは両者を〈閉じた体系〉におとしめていゝる、〈抽象的な絶対性〉である。なるほど自然法論は、自然法の名の下に内容の絶対性を保とうとした。だが既に見たごとく、結局その試みは成功しなかった。また法実証主義は、形式的妥当性を絶対化し、それによって中立的な内容を保てると誤解した。このような抽象的な絶対性への固執こそ、ナチスのような不法支配に付け込む隙を与えてしまったのである。



不法支配に対抗する法哲学は、それゆえかかる「抽象的な絶対性」を克服しなければならぬ。そして、道徳的正当性と形式的妥当性の両方を備えた法を措定しうる、理論的基盤を与えるべきである。われわれはこの目的を遂げるために、ある意味で相対主義的立場をとらざるえないだろう。但し、一定の確定的な正当性の枠組みを構築する以上、「法」(das Recht)と「法律」(das Gesetz)を峻別し、道徳的正当性を全く相対化してしまう法実証主義は採用できない。だからといって、永遠不変の内容を説く近代自然法論もまた肯定できないのである。

ではどうしたらよいのだろうか。紙幅の都合上詳述することはできないが、不法支配に対抗しうる法哲学の在り方について可能な限りその方向性を示しておこう。① 法哲学は、不法支配に対抗するために、自然法の存在を認める。しかし近代自然法論において永遠不変なものと同様と看做され、硬直してしまったその正義観を見直し、与えられていた法の「歴史性」(Geschichtlichkeit)を改めて取り戻すことを通じて、自然法論の正義があくまでも歴史に拘束されたものであることを認識しなければならぬ。しかも同時に、そうして自らを絶対化しない限定された自然法の正義を、実定法の制定・解釈に可能な限り反映させて、法実証主義の偏狭な独

善を防ぐ工夫を施すべきである。

自然法といえども、法的安定性を得るためには法の成文化、即ち実定法化を必要とするのは、言うまでもない。なぜなら実定法によって初めて法の規定の範囲を設定し、その内容を公然のものとすることができ、あわせて法体系の組織づけも可能となるからである。要するに自然法と実定法は、相互に補いあうべきものであると考えられる。

② 歴史性を導入するためには「自然」概念の捉え直しが必要となる。近代自然法論は、自然を恣意的に扱うかそれとも抑圧するかして、結果として「自然」法たりにえなくなっていた。同じ過ちをくり返さないためには、動物的感情や個人主義的道德ではなく、個人と社会とが相互浸透している真なる全体性を、自然と捉えるべきである。言い換えれば、類的存在たる人間の共同体が醸成する「エートス」がここで言う自然にあたる。

歴史の発展に應じて、共同体のエートスは変容し、エートスに基づく正義観も変化する。従って自然法の内容も修正されることになるが、その修正が実定法に反映されて新しい規範を生み出してゆくのである。法はこうしてその都度完全になる作業を無限に繰り返す。

ていく。

③ とすれば、このエートスの認識可能性が問題となろう。しかしエートスは、漠然と存在するというよりも、むしろ各時代・各地域毎の環境によって左右される共同体内の集団・個人の行為や判断において、その都度形成され表出するものであるはずだ。何が正義であり何が不正義であるかを判定する際、エートスを予め〈事物の本性〉として規定し、それに適合する行為を定義と看做す〈対応説〉(correspondence theory)に拠るのは適当ではない。そこで〈対応説〉に代えて、構成員が自発的な対話を通じてエートスを明確化し、規範を随時設定するという、〈合意説〉(consensus theory)を採用すべきである。

確かに「法律なくして刑罰なし」(nulla poena sine lege)ないし「各人のものを各人に」(Suum cuique.)など、人類史を貫流すべき一定の法原則は存在している。だがそうした法原則といえども、もともとア・プリオリに与えられているものではない。〈事物の本性〉も、時代を通じて人々によって承認され(今後承認され続ける可能性を持つ)、有効性を保ってきた規範の性質を示す概念と考えられるから、全く無視することはできないにしても、やはり端的に〈歴史的遺産〉

と解する方が適当であろう。

ただ、歴史の中で自然法をとらえ直すこうした姿勢が、いわゆる歴史相対主義とは全く逆の方向性を有しているという側面に注意してもらいたい。歴史相対主義あるいは価値相対主義は、時代・地域・文化を越える普遍的な規範の可能性をほとんど認めない。これに対して歴史性を導入した自然法論は、法規範が環境に決定づけられているという前提をふまえて、多種多様に存在する法規範の内に人類共通の理念を見出し尊重してゆくという、積極的な試みなのである。

例えばわれわれが絶対視している人権概念も、もとをたぐせば市民革命と近代ヒューマニズムの遺産にはかならず、資本主義体制を擁護し発展させるイデオロギーとして、おのづから限界を持っている。社会主義法の理念に照らしても、階級間格差を黙認し、実質的平等を保障しないその抽象性・ブルジョア性は払拭できないだろう。にもかかわらず、だからといって思想及び良心・宗教・集会・結社・表現の自由など、さまざまな自由権の規定がその意義を失うわけではない。社会主義法も、あるいは西欧法文化と異なる独自の基盤を持つイスラム法も、人民が勝ち取ってきたこれらの遺産をもっと採り入れるべきであろう。新しい自然

法概念は、さまざまな法規範が担っている固有の価値体系に敬意を払いながら、それらを仲立ちする機能を果たし、もって普遍的な規範の樹立を目指すのである。

法の内容は時間的・空間的に異なる。法は、適正な解釈や改正を通じて、その時代、その地域に即した規範にならなければ妥当性を有しえない。この意味で、画一的で永遠不変の理想を唱える、近代自然法論のステイックな自然法観は廃棄されよう。他方、歴史の中で生成し発展する新しい自然法、つまり〈可変的な自然法: *Naturrecht mit wechselndem Inhalt*〉からは、抽象的な絶対性・永遠性は取り除かれる。いわば「いかなる時代にも生成する法」<sup>(1)</sup>とも言うべき新しい自然法は、絶えず批判にさらされ批判を受け入れることにより、それ自身が権威を振りかざす固定的なドグマに陥ってしまう危険を克服する。このように寛容な法理解によってはじめて、権力の不法支配に対抗して正義を樹立するという、自然法固有の機能も活かされるに違いない。

### 【註】

(1) ホセ・ヨンバルト「自然法論と法実証主義における認識論的前提条件」水波朗・稲垣良典・ホセ・ヨンパ

ルト編『自然法——反省と展望——』所収（自然法研究会・年報自然法の研究復刊第一号 創文社 一九八七年）一九〇頁。

(2) Gustav Radbruch, *Fünf Minuten Rechtsphilosophie* (1945); in *Rechtsphilosophie III, Gesamtausgabe Bd. 3*, hrsg. von Arthur Kaufmann, C. F. Müller Juristischer Verlag Heidelberg, 1990, S. 78.

尾高朝雄ほか訳、ラートフルフ著作集第四巻『実定法と自然法』（東京大学出版会 一九六一年）二二五頁。

(3) Carl Schmitt, *Staat, Bewegung, Volk, die Dreigliederung der politischen Einheit, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg, 1935, S. 8.*

(4) Hubert Schorn, *Der Richter im Dritten Reich, Vittorio Klostermann, Frankfurt a. M. 1959, S. 8.*

(5) Radbruch, *Rechtsphilosophie III, S. 79.*

前掲訳書 二二六—二二七頁。

(6) 一九三五年八月二十六日、ケーニスベルクのラント裁判所「ドイツ人とユダヤ人の婚姻却下について」。

南利明「自然法か法実証主義か——ナチス体験をめぐる戦後法思想の動向——」（ホセ・ヨンバルト編『自然法——反省と展望——』、創文社 一九八七年）から引用。

(7) 前掲南論文一五一頁を参照されたい。

(8) Vgl. G.W.F. Hegel, Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts, seine Stelle in der praktischen Philosophie, und sein Verhältnis zu den positiven Rechtswissenschaften(1802—1803.) Hrgs. von Hans Brockard und Hartmut Buchner, Jenaer Kritische Schriften (II), Felix Meiner Verlag, Hamburg, 1983.

(9) なるほど『リヴァイアサン』では、「臣民たちは、合法的に侵害するものに対しても、自身を防衛する自由を持つ」と規定されており、信約によっても譲渡されない権利がいくらか保障されている。いかにリヴァイアサンの下でも、死刑、食料・空気・葉その他の享受の制限、また「私や仲間をどうぞ殺して下さい」と言うこと等は強制されない。ところが、そもそも「我々の服従拒否が、主権が制定された目的を台なしにする場合には、拒否の自由はない」。したがって臣民は「危険で不名誉な仕事」については、「服従の言葉からするのではなく、その目的を了解したうえで」、自発的に遂行しなくてはならないのである（傍線筆者）。

とすれば、確かに『仲間を殺せ。』と「言え、」とは強制されないが、必要な場合には（自分にとって仲間に

あたる者を殺害するとうい）国家の目的に自らを〈同意〉させ、彼を殺すべきだ、ということになる。しかし個々人の内心の自由を脅かしかねないこのような主張は、〈命令は命令、法律は法律〉という法実証主義のテーゼと何ら変わりがなく、やはり不法支配を導くおそれもあると言えよう。

Cf. Thomas Hobbes, Leviathan, or the matter, forme, & power of a common-wealth ecclesiastical and civil, London (1651), ed. by C. B. Macpherson, Penguin Books, Baltimore, 1968, pp.268-269

⑩ こうした傾向はフイエチ自身の記述にも表われている。フイエチは自ら展開する自然法概念について、「それは法則(Gesetz)たるべきであり、即ちそこから例外が生じることは不可能であって、ひとたび受け入れられたのちは、普遍妥当かつ無条件に(kategorisch)命令するべきである」と述べている。

Vgl. Johann Gottlieb Fichte, Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre (1796), 3 Nachdr. Felix Meiner Verlag, Hamburg, 1979, S. 93.

⑪ Friedrich Karl von Savigny, Juristische Methodenlehre (1802), Hrgs. von Gerhard Wesenberg,

K.F. Koehler Verlag, Stuttgart, 1951, S. 14.

㉓ Cf. David Hume, A treatise of human nature (1739—1740), L. A. Selby-Bigge, Oxford University Press, London, 1960, p. 496.

“...those impressions, which give rise to the sense of justice, are not natural to the mind of man, but arise from artifice and human conventions.”  
(傍線筆記)。

㉔ John Austin, The province of jurisprudence determind (1832), ed. by Isaiah Berlin, Stuart Hampshire, Richard Wollheim, The Curwen Press, Plaistow, 1954, p. 184.

㉕ H. L. A. Hart, The conception of law, Oxford University Press, London, 1961, p. 203.  
矢崎光圀訳『法の概念』(みすず書房 一九七六年) 一一五—一二〇頁。

㉖ Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip, Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung, Carl Winter Universitätsverlag, Heidelberg, 1961, S. 103.

(かなぢわ しゅうじ 早稲田大学)