

ケルゼンの自然法論批判についての一考察

長尾一紘

- 一 序
- 二 自然法論とイデオロギー問題
- 三 自然法論批判における科学と政治
- 四 ケルゼン理論の問題点Ⅰ 自然法の絶対性と相対性について
- 五 ケルゼン理論の問題点Ⅱ 自然法と実定法の共存について
- 六 結語に替えて

一 序

1 自然法の観念について

(1) この稿では、ハンス・ケルゼンの自然法論批判が紹介され、検討される。

ケルゼンは、自然法論についての、もつとも徹底した批判者の一人である。留意すべきことは、まず視野の広さである。法理論的、そして政治哲学的検討を基礎として、心理学、社会史、文化人類学等にまで分析の分野は及んでいる。そして、分析の精密さ、深さにも、これに劣らぬものがある。

そのケルゼンが、自然法論に対して尋常ならざる関心をもち、数十年の間、これに批判を加え続けた。それはなぜなのか。その批判は、何を目的として、いかなる根拠によっているのか。そして、その所論の内容は正しいといえるのか。本稿において、これらの問題を検討することにした。

(2) 「自然法」のイメージは各人各様である。そこでまず、「自然法」とはいかなるものか。その意味するところを示す必要がある。ケルゼンは、「自然法」について、つぎのようにい¹⁾う。

自然法論は、一七世紀および一八世紀には盛んであったが、一九世紀においては、ほとんど完全に見放された。しかし、現在では、再び勢力をえている。自然法論は、自然(Natur)、つまり、一般の自然や理性的存在としての人間の本性(Natur)に由来する人間関係の完全に正しい規制が存在している、と主張する。

自然は、規範的権威、一種の立法者と考えられている。自然を綿密に分析することによって、われわれは、その中に含まれている正確な、そして、つまり、正しい人の行動を規定する規範を見つけ出すことができる。もし、自然を、神の創り給えるものと考えらば、自然の中に含まれている規範としての自然法は、神の意思の現れにほかならない。

「自然」を綿密に分析することによってわれわれは、「正しい法」（自然法）を見つけ出すことができる。そして、この「自然」とは、「神の意志」を体現するものだ。

自然法論は、このように主張する。それではこの自然法なるものは、どのような役割をもつのか。この点についてケルゼンは、つぎのようにいう。^②

自然法および実定法の本質を認識するためには両者を対比してみるとよい。実定法もまた人間行動の秩序であるが、その「自然的」秩序との相違は、それが「人為的」、すなわち人間がつくった人為のものだというところにある。それは不完全な人間の意志に由来するものであるから、「自然的」秩序に比べれば多かれ少なかれ「恣意的」なものであり、自然法と異なつて常に正しいとは限らず、不正なものでもありうる。この「人為的」実定的秩序の価値判定基準は「自然的」秩序にあり、実定法は自然法への合否の度合いによってその善悪・正不正が判定される。

自然法とは、実定法秩序の判定基準である。各国の法秩序は、自然法という判定基準によって、その正・不正、善悪が判断されることになる。

(3) 各国の法秩序の正・不正は自然法によって判断される。そこで、この自然法の内容が問題になる。それによつて判定の結果が異なってくるからである。

冷戦下のアメリカとソ連を例にすることにしよう。

その自然法なるものが自由と民主主義を内容とするものであるならば、アメリカの法秩序は「正」とされ、ソ連の法秩序は「不正」とされることになる。また「自然法」が共産主義社会の実現を可とするものならば、アメリカの法秩序は「不正」とされソ連の法秩序は「正」とされることになる。⁽³⁾

同じようなことが世界中の国々に妥当することになる。かくして憲法制定者は、自国に都合のよい「自然法」を選択し、これを実定憲法に書き込むことになる。このようにして実定法化された自然法のことを「現実態としての自然法」ということにしよう。このような形での自然法は、国家が存在する以上かならず存在することになる。

これらの現実態としての自然法の内容は千差万別であるが、その役割は一つである。それは体制の維持である。本来の自然法、「理念としての自然法」は、それが実定法化される時、このように形を変えることになる。

2 本稿の構成

(1) 本書の構成は以下のものである。

まず、二、三においてケルゼンの自然法論批判が紹介される。とくに重要なことは、ケルゼンにおける自然法論批判が、イデオロギー批判の一環であるということである。ケルゼンの法理論、政治理論においてイデオロギー批判は核心的な意味をもつ。まず、二において、ケルゼンにおける自然法論批判の内容が概説される。つぎに三において、自然法論とイデオロギー問題との関連が説示される。

(2) 四、五においては、ケルゼンの自然法論批判の問題点が検討される。

四においては、「自然法」についての「絶対性」という理念上の属性と、相対性という現実の属性の間にある、一見して矛盾する関係が説示される。そして、ロベルト・アレクシーの視点論が紹介され、ケルゼンの立論が批判的に検討される。

五においては、自然法と実定法の「共存」にかかる理論的な諸問題が検討される。日本国憲法は、自然法思想を導入している。これを「共存」の典型例とみることができる。

さいごに六において、若干の感想が語られる。

二 自然法論とイデオロギー問題

1 ケルゼンにおける自然法論批判の形成

(1) まず、ケルゼンの自然法論に対する批判論の形成をみることにしたい。これについては、つぎのような一応の時期区分が可能である。

- ① 二十年代の前半まで
- ② 二十年代後半以降
- ③ 渡米以降 (とりわけ戦後)

上記①の時期において、ケルゼンの自然法理解は、②、③の時期のものとはまったく異なる。①の時期の自然法理解には、非体系的でアド・ホックの印象がある。のちに示すように、ケルゼンの自然法理論はきわめて個人的なものであるが、この時期における自然法理解は、一般の学説とほとんど同様である。

初期のケルゼンは、自然法について、絶対主義の下で、当局の国家教義に対抗して主張された政治的教義だと述べている。絶対王制に対する反対勢力の主張の中に自然法論の典型を見出していたのである。また、自然法論について、もっぱら社会契約説による国家の基礎づけとの関連において関心を示す傾向がみられた。この時期のケルゼンの自然法理論は、のちに主張される、体系的かつ独創的な自然法理論とはまったく別なものである。

(2) 自然法についてのケルゼンの本格的な取り組みは、二〇年代後半に始まる。この時期につきのような重要な

論文が発表されている。

- ・ 自然法思想論（一九二八年）
- ・ 自然法論と法実証主義の哲学的基礎（一九二八年）
- ・ 自然法と実定法（一九二八年）

ケルゼンの自然法論批判の要点は、これらにおいて基本的に示されているが、自然法論への批判をさらに強めていくのは渡米以降のことである。とりわけ第二次大戦終結後のことである。この時期における重要な著作は、つぎのようである。⁽⁴⁾

- ・ 社会と自然（一九四六年）
- ・ 正義とは何か？（一九五七年）
- ・ 自然法論の基礎（一九六三年）
- ・ イデオロギー批判論集（一九六四年）

2 存在と当為の二元論について

ケルゼンの自然法論に対する批判論は、自然法論の理論構造そのものに対する批判と、自然法論の政治的機能の分析、すなわちイデオロギー批判に二分される。

まず、自然法論の構造的な問題点のうち、とくに重要と思われるものについてみることにしたい。この点について、ケルゼンはつぎのよう⁽⁵⁾にいう。

自然法論は、事実に価値が内在すること、そして、その価値が絶対的であることを前提する。あるいは、結局のところ同じことになるが、自然には聖なる意志が本来的に備わっていることを前提する。かかる前提に立つてのみ、自然から法を演繹でき、その法は絶対的正義であるという説を唱えることが可能なのである。自然的事実に価値が内在するという形而上学的前提が科学の観点から容認できないとすれば、自然法論は「存在」から「当為」を推論するという論理的誤謬の上に成り立つこととなる。

ケルゼンの自然法論批判には、まことに厳しいものがある。ケルゼンは、自然法論にあつては、論理的、合理的思考からすれば不可避とされるはずの二元論が否定されてしまうことを批判する。ここで二元論とは、存在と当為の二元論、事実と価値の二元論、規範と言明の二元論のことである。自然法論にあつては、このような概念上の区分が否定されることになる、と批判するのである。これらの二元論は、近代科学、近代的思惟の前提であり、条件でもある。これが否定されることになれば、現代人はその思考形態において未開の時代に逆戻りすることになる。

3 純粹法学とイデオロギー批判

(1) ケルゼンの自然法論批判の強烈さには尋常ならざるものがある。なぜ、ケルゼンはかくも熱心に自然法論の問題と取り組んだのであろうか。まずこの点を考えてみることにしたい。

容易に思いつくのは、価値相対主義である。価値相対主義は、ケルゼンの学問的信条であるにとどまらず、政治的信条ともなっている。価値相対主義の下において、普遍的価値を科学的方法で確認することは不可能であるとされる。

このような価値相対主義への信念が、自然法論批判への熱意の源泉になったのであろうか。

結論からいえば、少なくとも、それだけでは説明できない。価値相対主義の論者は少なくない。それらの論者らにおいて、自然法論批判への、ケルゼンなみの強い関心をみることはできない。

決定的な理由は、当然にすぎるようではあるが、純粹法学そのものに求めることができないかと思われる。その趣旨は、『純粹法学〔第二版〕』の第二章「法と科学」の中に示されている。⁶⁾ 伝統的法学は、イデオロギー的性格をもっている。純粹法学は、反イデオロギー的性格によって、「真の科学」であることが明らかにされる、と。

ケルゼンは、ここで純粹法学の存在理由を示唆しつつ、イデオロギー批判の重要性を強調している。一見して、イデオロギー批判は、ケルゼンの法理論において周辺的なものであるかのような印象を与えるが、ここではそれが純粹法学の核心に位置するものであることが示されている。

ケルゼンが自然法論に過剰ともいえるほどの関心を示したのは、自然法論が「イデオロギー」そのものであり、これを明確な形で論証することが、純粹法学が「真の科学」であるための条件であるからと考えられたからである。

(2) では、「イデオロギー」とは何か。ケルゼンは『純粹法学〔第二版〕』において、「イデオロギー」の概念についての説明をおこなっている。⁷⁾

ケルゼンは、「イデオロギー」の語には二つの意味があるとしている。そして、「法」、とりわけ「実定法」などの精神的形象について、これを第一の意味での「イデオロギー」であるとしている。

これに対して、「法」、「国家」などを、正当化したり、非難したりするために考え出された、「正義」、「自然法」、そして、これを混えた法理論などは、第二の意味での「イデオロギー」であるとしている。

純粹法学は、科学としての「純粹性」を維持するために二正面作戦を強いられている。「イデオロギー」の語との関係において、これを示すことにしよう。

第一に、当為の次元の存在である法規範を、因果の次元に引き込もうとするリアリズム法学との関係において、純粹法学は、「法」なるものは（第一の意味での）「イデオロギー」であるとして、これと争うことが必要である、としている。

第二に、自然法論との関係において、純粹法学は、「自然法」なるものは、（第二の意味での）「イデオロギー」にすぎないとして、これと争うことが必要であるとした。ケルゼンは、つぎのように、純粹法学は「反イデオロギー」の学であることを明言する。⁽⁸⁾

この意味で純粹法学は、公然たる反イデオロギー的傾向をもっている。それは実定法の記述において、実定法と「理想法」、「正法」との混淆の一切を否定する。それは法を「あるべき」相においてではなく、あるがままの相において記述する。純粹法学は、そうすることによって、伝統的法学と激しく対立する。伝統的法学は、意識的・無意識的に、また時には多く、時には少なく、第二のような意味で、「イデオロギー的」性格をもっている。純粹法学は、この反イデオロギー的性格において、真の法の科学であることが明らかになる。

4 プラトンとケルゼン

(1) ケルゼンには、その研究対象の成りたちを、根源にまでさかのぼる傾向がみられる。現代の自然法論は、世の神学的自然法論を継承するものであり、中世の自然法論は、ギリシャの社会哲学を端緒とするものである。トールピッチュは、この点に関連してつぎのよう⁽⁹⁾にいう。

ケルゼンは諸々の自然法イデオロギーの神話的・宗教的基礎を探求し、プラトン、アリストテレスの道徳形而上学に深く立ち入った分析を加え、また霊魂信仰を社会的に研究することによって、数百年、否数千年にわたって西欧精神史の核心に属していた諸観念にたいし真に原理的な批判の矢をむけた。

(2) ここでプラトンの世界観をみることにしよう。「プラトンの正義論」と題する論文において、ケルゼンはつぎのよう⁽¹⁰⁾にいう。

プラトンの世界は統一的世界ではなく、その世界は深淵によって二分されている。この分裂はあらゆる現象形態にまで及んでおり、きわめて多様な形態をとって繰り返し現れる。プラトンの眼には一つの世界ではなく、二つの世界が映っていた。すなわち彼は魂の眼をもって時間・空間を超越した超越界、イデアの世界、物自体、不変の存在の、真の絶対的現実を観照しえた⁽¹¹⁾と信じ、他方肉眼によって時間・空間に制約された現象界、変動きわまりない生成の世界をみて、両者を対置させたのである。

プラトン哲学の特徴は、その根元的な二元論にある。ケルゼンは、ギリシャ哲学の研究から、自然法の構造と機能についての知見を得て、これを現在に援用した。

現在に及ぶまでの長い歴史において、自然法論の多くは、基本的に、プラトンのこのような世界観の影響下にあつたとみることができよう。ケルゼンがプラトンの教説にみたのは、支配のイデオロギーそのものであつた。そしてその点に自然法論の本質をみたのである。

(3) ケルゼンの関心は、古代ギリシヤをさらにさかのぼつた。

一九二二年の著作「神と国家」は、フロイトなどの理論によりながら、宗教的・社会的イデオロギーの基礎を成すものを、意識の原始的深層、いまだ自然と社会の区別を知らない神話にまでさかのぼって検討したものであつた。ケルゼンはつぎのようにいう。⁽¹⁾

神話的世界観における自然とは実は社会なのである。

未開社会においては、山々や湖沼、禽獣や樹木にも靈魂が存在し、それぞれ意志をもつものと観念された。「自然」にも「人格」があるものと考えられていた。ここに未開人の自然観と現在の自然法論との接点を見ることができよう。ケルゼンにおいて、現在の自然法論は「未開人の世界観の遺物」と感ぜられていた。

未開社会の自然観が現在にも生きていることは、驚くに価しない。ハリー・ポッターの世界は、まさしく古代以前

の自然観にみたされている。このような事情は、日本においてとくに顕著である。つい半世紀前まで、竈や農具にはカミ（靈魂）が宿るものと信ぜられていた。正月には神酒を具えてこれらに感謝の意を表したものであった。

ケルゼンの研究対象には、きわめて広範なものがあるが、ギリシャ哲学の研究は、そのなかで特段に重要な位置をしめている。

ギリシャ哲学の研究について、これを現代自然法研究の一環とみることはできない。ギリシャ哲学の研究は、それ自体が主たる目的であつたとみるべきであろう。

三 自然法論批判における科学と政治

1 支配の正当化論としての自然法

(1) 「自然法」といえば、多くの人々は、ルソーなどの社会契約論を想起する。そして、これに付随して、フランス革命が想起される。このような事情は、西欧においても同様である。自然法論は、このような事情から、一時はアカデミズムの教壇から追放されることもあつた。

このような自然法理解に対して正面から異を唱えたのがケルゼンであつた。二十年代後半以降の著作において、ケルゼンはこのような一般的な自然法観とは全く異なつた議論を展開した。自然法論の政治的機能は実定法秩序の正当化にあるとした。現行の国家体制の維持、存続こそが自然法論の本来の機能であると主張したのである。自然法論は、総じて保守的性格のものとされた。

ケルゼンは、一九二八年の作品においては、「自然法論の性格は一般的に、また主要傾向からみて、きわめて保守

的であった」と述べている。¹²⁾ 一方、一九四九年の作品ではつぎのように述べている。¹³⁾

自然法論が果たす唯一の機能は、実定法を正当化すること、現実の政権が定立するあらゆる実定法を正当化することである、と。

(2) かつて、自然法論について、革命的性格、破壊的性格が語られたが、ケルゼンはこれとは正反対の理解を示した。

自然法論について、これをすべて革命のイデオロギーとみるのは確かに一面的な議論であった。これを否定したのはケルゼンの大きな功績であった。しかしケルゼンは、所論をさらに一歩進めた。「あらゆる」自然法論について、これを現状維持の機能をもつと述べたのである。この点をどのようにみるべきであろうか。これに対して批判的な論者のひとり¹⁴⁾は、つぎのようにいう。

自然法論一般について、これを革命的性質のものというのは確かに極論である。しかし、ケルゼンの所論は、その対極にある極論ではないか。たとえば、現実の社会秩序に批判的な立場にあっても、そのすべてが革命的であるというわけではない。しかし革命的でない立場のものがすべて現状維持を是としているわけではない。改良的な立場のものも少なくないのではないかと。

ケルゼンの所論は、歴史的存在としての自然法論を、しかも西欧の歴史における自然法論を念頭においたものである。このような前提の下においても、ケルゼンのような強いヴァージョンでその所論を主張することには問題があるように思われる。ケルゼンは、ルソーの自然法思想とフランス革命との関係をあくまでアド・ホックなものとするが、

そのようにいいうるか否かについては一考を要するところである。また、ケルゼンは、マルクス主義政治哲学をも自然法思想とみているのである。

自然法論には、確かに、基本的に実定法秩序の正当化、すなわち現状肯定の機能がある。しかし、例外の事態も少なからずありうるのではなからうか。¹⁵⁾

2 神的起源のイデオロギーとしての自然法

(1) ケルゼンにおける自然法論理解のさらなる特質は、自然法の宗教的性格を著しく強調する点にある。しかも、このような傾向はしだいに強いものとなっていった。以下、ケルゼンの主張の変容をみることにしよう。

この「正しき」「自然の」秩序を「自然」から導き出そうとするか「神」から導き出そうとするかということは、自然法論の正義論にとって本質的相違をもたらすものではない。¹⁶⁾〔一九二八年〕

自然法論は、その論旨を一貫させると、どうしても宗教的性格を帯びざるをえない。自然が神意の啓示として捉えられ、その結果、自然を検討することが神意の探求につながるという場合にのみ、また、その限りにおいて、自然法論は人間行動の正しい準則を自然から演繹しうるのである。実際、名だたる自然法論で多かれ少なかれ宗教的性格をもたぬものはない。¹⁷⁾〔一九四九年〕

自然法とは神が人間に植えつけた自然的傾向から導き出される法なのである。自然法は神に起源をもっている。自然法のもつ絶対的効力や不変性はその神的起源によるものであり、この絶対不変の効力こそ自然法の本質的要素をなすものである。自然法が自然に内在するものであることと同様、それが絶対不変の効力をもつことも、それが神に由来することの帰結にすぎない。¹⁸〔一九六一年〕

(2) 一九二八年の著作においては、神と自然は並置されている。ところが一九四九年の著作においては、自然法論の宗教的性格が格段に強調されたものとなった。この傾向は、一九六一年の著作においてさらに強められた。そこでは神性こそが自然法のすべてであるかのような論調となっている。

なお、一九六三年の作品において、ケルゼンは「正しい神性への確信」こそがすべての自然法論の必然の前提であると述べるに至っている。¹⁹この主張を文字どおりに理解すれば、神学的自然法論のみが自然法論であり、世俗的自然法論は自然法論たりえないということになってしまふのではなからうか。

このケルゼンの所論をどのように評価すべきであろうか。結論からいえば、ケルゼンの論証は、必ずしも十分ではないように思われる。

まず、自然法についての一般的な理解から、ケルゼンのような帰結を演繹的に引き出すことは困難である。また帰納的論証も十分とはいえない。神的起源をもたない自然法論も珍しくないからである。このような批判に対して、ケルゼンは、あるいはつぎのように反論するかも知れない。

一見して世俗的な自然法論にあっても、隠された前提(神)があるはずだ。分析によってそのベールを外すことは

困難ではないだろう、と。

しかし、「隠された前提」はないかも知れない。ケルゼンの主張には無理があるように思われる。何よりも問題なのは、情緒や感情から自由であるべき認識のプロセスに反宗教的情念が入り込んでしまったことである。

ケルゼンは宗教に無関心な無神論者であったわけではなく、戦闘的かつ自覚的な無神論者であった。この点について、論者はつぎのようにいう。⁽²⁰⁾

ケルゼンは、宗教と徹底的に対決することによって、人間の自由を擁護しようとしたのである。したがってケルゼンの自然法論批判は、宗教批判へと連動するのである、と。

3 イデオロギー批判における科学と政治

(1) 話題をイデオロギー批判に戻すことにしよう。

ケルゼンのイデオロギー批判の目的は、なによりもまず、認識の客観性の確保にある。かくして、没価値性と価値中立性が重視されることになる。

しかし、これだけではない。イデオロギー批判の目的には、実践的契機も含まれているように思われる。ケルゼンはしばしばつぎのようにいう。⁽²¹⁾

民主制は価値相対主義に立脚するが、専制体制は、神秘的な政治理念に立脚する。強固なイデオロギー支配を必要とするからである。かくしてそれは、自然法論を必要とする。専制支配においては、みずからの支配を正当化する自然法論を不可欠とするのである、と。

このような前提からすれば、自由主義的信条をもち、専制支配に批判的なケルゼンにあっては、自然法論は、学問の面だけでなく、政治的にも否定の対象とせざるをえなかったということになる。

これに関連してもう一つの問題点が想起される。価値相対主義は、ケルゼンにとって学問的信条であるのみならず、政治的信条でもある。この価値相対主義は、果たして政治的自由主義と整合性をもちうるのであろうか。

(2) この問題については、二つの対応が想起される。

その第一は、ケルゼンの所論において、理論理性と実践理性の混淆がなされていると主張する。その論者のひとり、ケルゼンの民主制論において、「没価値性の外観」と「民主主義への燃える情熱」が並存しているものとしたうえで、後者が前者を圧倒してしまったものとする⁽²²⁾。その結果、民主制論の論理に「意欲」が混入することになったとするのである。

その第二は、民主制にかかる論文が、法理論ではなく、政治理論であることに着目する。そしてケルゼンの著作では、前者においては認識と実践の区別は厳しくなされているが、後者においては必ずしもそうではない、とする。民主制と自由についての所論は政治理論にかかるものである。したがって、これについては没価値性の要請が必ずしも十分に貫徹されていないとするのである⁽²³⁾。

その第三は、ケルゼンの所論において、自由の問題は価値相対主義の例外とされている旨を主張する⁽²⁴⁾。

(3) 上記の三者は、それぞれ明言は避けているものの、ケルゼンの所論に問題があることを示唆している。

これらは、相反的な関係にあるわけではなく、それぞれ両立可能な関係にある。これらのうち、理論的にもっとも精緻な構成をとっているのが第三の所論である。その内容をみることにしよう。

価値相対主義は、認識レベルのものと実践レベルのものに二分される。認識レベルの価値相対主義は、絶対的な価値について、合理的な方法でこれを確認することはできないとする。実践レベルの価値相対主義は、さまざまな価値観に対して、原則的に平等に対応することを要請する。今この脈絡で問題とされているのは、後者の価値相対主義である。したがって、さまざまな政治思想に対して、原則として平等に取り扱うことが要請される。

「原則として」との意味は、例外を許容するとの趣旨である。ケルゼンの政治思想の特質は、すべての政治思想は平等に取り扱うべきだということ的前提としつつ、自由主義についてはこれを「例外」として、特段に有利な取扱いをすることが許容されるとする点にある。

ケルゼンがこのような論理に従っていることは明らかである。価値相対主義と自由主義とのジレンマの問題は、このようにして解決されうるものとみることができよう。

ただし、ケルゼンがこのような論理をどこまで徹底して自己の実践上の原則としているかという問題は、これとは別に考える必要がある。

「ケルゼンと自由主義との関係」というタイトルの論稿を著した、エアハルト・モックは、ケルゼンがなぜ「自由主義」をタイトルとした論文を書かなかったのか、という疑問を呈しつつ、そこではっきりした理由を示すには至らなかった。⁽²⁵⁾

思うに、自由主義を正面から検討しようとするれば、これもまたイデオロギー批判の対象とせざるをえないことにな

る。ケルゼンはこれを避けたかったのではなからうか。

(4) ケルゼンが「民主制の本質と価値」と題する論文において、「自由」を強く主張したのは、ロシア革命に係する。この論文が発表されたのはロシア大革命の三年後のことである。ロシアの革命政権は、プロレタリア独裁こそが真の民主主義だと主張する。これに理論上対抗しようとしたのが一九二〇年の論文である。一九二九年の著作のさいには、ナチスの影響力はますます強いものになりつつあった。ケルゼンは、共産主義とナチスの一党独裁体制に対抗しようとしたのである。ちなみに、一九五五年の著作「現代民主制論批判」も、実践的な目的をもって刊行された。冷戦の状況において、人民民主主義のイデオロギー性を明らかにしようとしたのであった。⁽²⁶⁾

(5) このような歴史的脈絡から離れてみた場合にはどうかであろうか。この問題を一般論としてみることにしよう。

自然法論者は「科学」の名の下に正義を主張することができるが、法実証主義者はこれをなすことができない。

法実証主義者にとって、方法は二つである。その第一は、「科学」の名を取り去って、政治信条の表白という形で「民主主義への燃える情熱」を語る方法である。もう一つは、「科学」の名の下に、没価値性の外観を装いながら、そこに民主制への情熱をもぐり込ませる方法である。

法実証主義者は、はたして「科学」の名において正面から正義を主張しえないのであろうか。⁽²⁷⁾ ケルゼンの民主制論は、このような問題を提示しているかのように思われる。⁽²⁸⁾

四 ケルゼン理論の問題点Ⅰ 自然法の絶対性と相対性について

1 自然法の絶対性と相対性

(1) 自然法論においては、「絶対的な法」、すなわち「絶対的に正しい内容の法」の存在が前提とされる。しかしながら、歴史上、例えば、君主制と共和制、一夫多妻制と一夫一婦制、そして奴隷制の肯定と否定など、実に多様な規範が「自然法」とみなされてきた。しかも、それらはしばしば相互に矛盾するものであった。絶対に正しい内容の規範が複数存在し、相互に矛盾するということになる。このような問題点について、ケルゼンはつぎのようにいう。⁽²⁹⁾

自然法が絶対的価値を起源とすることによって、絶対的妥当性を要求するのは、それが永久不変の規範として現れるというのと同じ意味なのだ。自然法論には自然法の不変性の要請を、しばしば直接的または間接的に放棄するか、または緩和しようとする傾向がある。絶対的な自然法の代わりに、またはそれに加えて、単に仮說的相対的な自然法を主張し、その可変性と特殊な状況への適合性を説き、このようにして、純粹自然法から実定法への仲介的な橋渡しをしようと試みたりするが、これは両規範体系の限界線を消し去って、その内容において変化し得るもので、また、常に化する相対的仮說的に妥当する実定法を、自然法としてまたは少なくとも一種の自然法として正当づけようとする意図が、意識的または無意識的にはたらいっているのである。

(2) 理念態としての自然法(純粹自然法)は、絶対的妥當を要求するが、現實態としての自然法は相對的妥當を要求するのみである。このように「自然法」にあつては、たてまえと實際の間に矛盾が認められる。ケルゼンは、ここにイデオロギー性を見出すことによつて、この矛盾のもつ意味を説明しようとする。

このようなケルゼンの所論には一見して説得力があり、これに反論することは困難であるように思われる。

しかし絶対性と相對性は、ここで必ずしも両立しえないわけではない。ハート、アレクシーの主張する視点論がそれである。

2 内的視点と外的視点

(1) 「絶対」であるはずのものが、視点を変えれば、「絶対」ではなかつた。このような事態はしばしば経験するところである。法現象との関連においては、ハート、アレクシーなどによつて主張される視点論が想起される。³⁰⁾

ハートはその主著において、視点の区別の重要性を強調している。そして、内的視点、外的視点について語っている。アレクシーは、その主著の一つにおいて視点論の重要性を語っている。

「内的視点」とは特定の法秩序における諸問題を、その法秩序の内在論理にしたがつて評価する視点のことをいう。一例を示すことにしよう。

アパルトヘイト政策の下にあつた、かつての南ア連邦において、人種差別は国法上の原則として承認されており、さまざまな差別立法が制定されていた。たとえば、公園条例において、白人専用のベンチを黒人が利用する行為についても、犯罪として処罰されるものとされていた。この犯罪を犯した者に対して、裁判官は、十分な証拠がある場合、

原則としてこれを有罪としなければならない。この条例は違憲ではない。裁判官は、職務上、憲法および法秩序に拘束される。これは絶対的なものである。裁判官が道徳的な理由で有罪判決をなしえない場合には、職を辞することが必要になる。裁判官が憲法および法秩序に拘束されるということは、世界共通の原則である。

(2) これに対して、外的視点とは、特定の法秩序における諸問題を、その法秩序における内在論理にかかわりなく評価する視点のことをいう。上記の例でいえば、当時の南ア連邦を訪れた外国人ジャーナリストの視点がこれにあたる。なお、このような二つの視点は同一人物において両立可能である。上記事案において、裁判官は、職務執行にさいしては内的視点にたつことが要請されるが、友人との会話においては、外的視点の立場から、この条例を批判することも自由である。

ケルゼンは、法体系を外側からみて、法現象一般の規範的特質を明らかにしようとする。すなわち、ケルゼンはおそらく法現象を外的視点からみようとする。外的視点からすれば、絶対的に妥当する規範がありえないことは、当然のことである。しかしながら、内的規範の立場に立てば、すなわち、職務中の裁判官の視点からすれば、憲法は絶対であり、その憲法の正当性を支える諸原理（自然法）もまた絶対である。

自然法（現実態としての自然法）は、内的視点からすれば絶対的なものであるが、外的視点からすれば相対的なものである。自然法の「絶対性」に関するケルゼンの疑念は、このように、内的視点、外的視点の問題として解決されるのではなからうか。

五 ケルゼン理論の問題点Ⅱ 自然法と実定法の共存について

1 自然法と実定法の共存について

自然法と実定法は、どのような関係の下にあるというべきであろうか。この点について、ケルゼンはつぎのように⁽³¹⁾いう。

自然法と実定法が、その最高の妥当根拠から見て、相互に相異なつた二つの規範体系と認識されたのであるなら、両者が並存して妥当することが前提されるとの意味で、両者の関係について語ることはできない。「関係」とは、同一体系の諸要素の間においてのみ可能だからである。自然法か実定法か、そのいずれか一方だけを、妥当する規範体系と主張できる。

ケルゼンの主張の趣意はつぎのようなものである。

実定法は人間の意志行為によって設定されるものである。当然、完全なものではない。不完全である。そして強制的性格をもつ規範秩序である。他方、自然法は絶対的な性格のものであり、完全な法である。そして、強制力をもたない法である。このように体系を異にする両者が共存することは、本来、ありえないはずのことだ。

しかし、自然法論者を含めて学説の多数は、両者の共存を受け入れ、共存を主張する。当然のことながら、「共存」とは無関係に存在することではない。両者は、「法」である以上、人間の社会に対して規律をなすべく作用する。こ

の規律の内容が矛盾する場合には、調整が必要になる。歴史上、この「共存」は、自然法が「実定化」されるか、実定法に自然法の質が与えられるか、いずれかの形でおこなわれてきた。

これに対してケルゼンは、自然法と実定法は、本来「共存」などありえないはずのものだとする。そして、それにもかかわらず、「共存」が当然のこととされてきたとしてこれを批判する。

結論からいえば、ケルゼンの所論には問題があるように思われる。

2 自然法の適用について

(1) ケルゼンは、理念としての自然法（純粹自然法）と現実態としての自然法（歴史上の自然法）を区別している。現実態としての自然法は、常に実定法と共存関係にある。この点について、ケルゼンはさらに批判論を続ける。それはつぎのようである。

かりに自然法と実定法の「共存」が理論上説明可能なものであるとしても、さらなる問題が生ずる。すべて「法」なるものは、個別の適用行為のなかでの具体化と現実化を必要とする。「共存」が前提とされている以上、自然法も、この点について例外ではありえない。ところでこの個別的適用なるものは、人間の意志行為によっておこなわれる。すなわち裁判官や行政官などの現実的な意志行為によっておこなわれる。このことは、自然法が適用されるさいに、必然的に実定法化されることを意味する。

ケルゼンの主張の趣旨は、人間の意志行為によって、自然法の内容が確定される、その結果、自然法の秩序は、言葉の厳密な意味において、もはや「自然法」とはいいがたいものになる。かくして、自然法は、その適用のさいに形

成される個別規範の段階では、人間の行為によって設定された法、すなわち「実定法」とならざるをえなくなる、とされるのである。

(2) およそ自然法なるものは、すべて実定法秩序の評価基準として機能するものとされている。これがいかに機能するか、ということについては諸説がある。①現行の法秩序をもつばら消極的に評価することにより、革命を正当化すべく機能するとみる立場、②現行の法秩序をもつばら積極的に評価することにより、現行秩序を正当化すべく機能するとみる立場、③この双方であるとみる立場、などがある。

ところで、上記のように、自然法の適用にあつては、裁判官などの人間の意志行為が不可欠であるならば、この適用によつて、評価基準たる機能が失われることになるのではないか、ということが問題になる。自然法の具体的内容の確定が、裁判官や行政官の任意の判断に委ねられることになるからである。裁判官や行政官は、国家機構の重要な構成部分をなしている。現行制度の評価基準の内容形成が法適用機関の手に委ねられることになる。すなわち、自然法の内容形成が実定法に委ねられることになる。

ケルゼンは、このような事情を前提に、自然法は、たてまえとしては、実定法秩序全体の上位にあり、これを評価すべく存在するとされているものの、その実際においては、ただ実定法秩序を正当化し、現実の支配関係を覆い隠すべく作用するにとどまるのではないか、と主張する。そして、自然法のイデオロギー性が語られることになる。

3 現実態としての自然法は、すべて実定法である

(1) ところで、本章において、自然法と実定法の共存にかかる問題点が示され、ペンディングのままにされている。それはつぎの二点である。

① この「共存」について、ケルゼンは「本来、あつてはならないこと」とするが、学説の多数はこの「共存」について、理論的にも現実においても、問題がないものとしている。いずれが妥当であるのか。

② 「共存」は、人間の手による自然法の適用をもたらすことになる。これにより自然法は、自然法とはいえないものに変化することになる。そして、自然法本来の機能を失うことになる。この点についてはどのように考えるべきか。

ケルゼンのいう、純粹自然法は、理念としての自然法を意味する。それは、非歴史的な観念である。それは、ケルゼン自身の思念のなかに形成された思考モデルである。ケルゼンが自然法と実定法の共存可能性について議論するさいには、実定法とこの純粹自然法の共存が念頭におかれている。しかし、純粹自然法なるものが思考モデルを意味するものであるとすれば、それが歴史的事在の形をとる場合において、他の歴史上の契機との混淆は不可避である。「共存」はあつてはならないとの所論には問題があるように思われる。

(2) 日本国憲法は「人類普遍の原理」を語っており、自然法思想を導入しているものとみることができ。

ここで問題とされるのは、純粹自然法ではなく、現実態としての自然法である。ところで、現実態としての自然法はすべて国家によって「法」としての効力を与えられた存在である。このように国家によって効力を与えられた

「法」は、実定法そのものにほかならない。ケルゼンは自然法と実定法の存在を前提としているが、ここではそのような前提そのものが否定されることになるのである。

かくして上記①、②の問題は、問題設定そのものに問題があるということになる。

六 結語に替えて

1 「自然法の終焉」とケルゼン

(1) さいごに感想を一点ほど示すことにより、結語に替えることにしたい。

法哲学の学説において、以前から、「自然法の終焉」が語られている。論者は、ドイツの事情に留意しつつつぎのように述べている。⁽³²⁾

この数年自然法に関する刊行物がとみに少なくなった。この現象をどう考えたらよいであろうか。自然法の死亡宣告なのだろうか。死亡してしまっていないまでも、自然法は失踪宣告を受けてしまったのだろうか。自然法について、いまこれを持ち出すことにはどんな意義があるのであるだろうか。

ここで問題とされている「自然法」なるものが理念上の自然法（純粹自然法）を意味するものであることは明らかである。論者は、ドイツにおいて、理念としての自然法に対する関心が失われつつあることを指摘しているのである。この問題と、ケルゼンの自然法論批判との関係について、どのようにみるべきであろうか。

(2) ところで、第二次大戦終結後のドイツにおける自然法の再生ぶりにはめざましいものがあつた。しかし、時がたち、時代が落ち着くにつれて自然法論議は下火になつた。自然法の内容に含まれると考えられてきた多くのことが憲法規定などに実定法化されたこともその要因であつたが、自然法論自身にも理論上の問題点があつた。存在から当為を引き出すという、自然法論の構造的な弱点がきびしく批判されるようになったのだ。

理念としての自然法に対する関心は失われ、事実上、現実態としての自然法が議論的とされるようになった。⁽³³⁾ これをどのように評価すべきであろうか。ケルゼンの立場からすれば、この問題については、つぎのように理解されうるものと思われる。

「自然法の終焉」が語られるさいには、絶対的妥当を属性とする理念としての自然法が問題になる。しかしながら、いずれにしても、絶対的価値、絶対的正義なるものを合理的な方法で認識することはありえないことである。絶対的価値に到達するための方法は、認識ではなく信仰である。「自然法の終焉」は、信仰者にとっては重大問題であるが、合理主義者、とりわけ認識上の価値相対主義者にとっては問題性の認められないものだ。

ところで、現実態としての自然法については、どうであろうか。

実定法秩序が存在するかぎりこれを正当化し、その存続を補助するためのイデオロギーが必要となる。そのイデオロギーが「自然法」である。現実態としての自然法にとって、「終焉」などありえないのである。

なお、この「現実態としての自然法」は、実証主義者にとっては実定法そのものであるが、自然法論者からすれば、それは実定法の形をとつた自然法である。

2 ニヒリズムとケルゼン

(1) ケルゼンの所論は、実に多様な形で批判の対象とされてきた。ケルゼンの活動期については、これをつぎのように分けることができる。

第1期 帝政期

第2期 ワイマール共和国の時期

第3期 第三帝国の時期

第4期 戦後の二〇年ほどの時期

このうち、本稿のテーマからみて、第一期は除外することができる。第二期以降においては、ケルゼンにはさまざまに「形式主義者」との非難がなされた。第三帝国の時期においては、ナチスに同調する学者から、「自由主義者」との非難が加えられた。

戦後においても、ケルゼンに対する批判は続けられた。この時期においては、ケルゼンの価値相対主義のもつ影響が問題にされ、これがナチズムの影響拡大のための条件を整えたものとして批判された。そしてケルゼンの所論には「ニヒリズム」の傾向があるとされた。

これに対してケルゼンの支持者らから、ケルゼンは自由主義者であるとの反論がなされた。トープッシュの所論は、その典型である。³⁴ はたして、ケルゼンはニヒリストなのであろうか。自由主義者なのであろうか。

(2) この点に関連して、長尾龍一氏はつぎのように述べている。⁽³⁵⁾

実をいうと訳者〔長尾龍一〕は永い間このトピックと同一考え方に立っていた。しかし最近になってこの立場をかなり修正するに至った。それは、理論的にいえば、認識上の価値と実践上の価値を峻別するケルゼンの理論を、自由主義・民主主義という実践上の価値と結びつけようとするところに原理上無理があるということであり、このように考えるに至った動機の一つは紀元前五世紀のギリシャ啓蒙思潮が、一種の内在的論理に基づいてニヒリズムに陥ったように思われたからである。

(3) ケルゼンは、「二種の内在的論理に基づいてニヒリズムに陥った」のではないかと指摘されている。「内在的論理」とは、認識上の価値相対主義の趣旨ではないかと思われる。同氏はさらに、「ニーチェは、近代科学によって神は死に、人間は動物に還元されたという前提から出発している。はなはだタイプの違った思想家であるが、まさしくケルゼンと同一の到達点に立っているのではないか」と述べている。ケルゼンとニーチェの間に根底的な点において共通項がある、それはニヒリズムだ、と述べているのである。一見して意外の感を禁じえないが、つぎのようなさらなる指摘をみれば、その趣旨について了解しうることになる。

思うに西洋思想はさまざまな子を生んだ。一神教・ヒューマニズム・民主主義・科学・技術・資本主義・帝国主義・そして原水爆等々。この兄弟たちは相互に必ずしも折合いがよくなく、兄弟殺しの恐れをもった

子もいる。啓蒙的合理主義もこの西洋精神の一人の子であり、しかも兄弟殺しの可能性をもった危険な子ではないか。古き啓蒙思潮は、理性が人類に正義と幸福をもたらすと信じた「良き子」であったが、新しい啓蒙思潮は事によると正義と幸福の破壊者ともなりうるのではないか。

ケルゼンはこの新しき啓蒙思潮の帰結を首尾一貫して貫徹した思想家であり、その価値も危険性もそこにあると思うのである。

(4) このような、長尾龍一氏のケルゼン理解には納得しうるものがある。ケルゼンの所論において、ときとして人間の在り方について諦観に達したかのような文章に接することがある。例えばケルゼンは、つぎのようにいう。³⁶⁾

民主主義者は身を忌むべき矛盾に委ね、民主制救済のために独裁を求めるべきではない。船が沈没してもなおその旗への忠実を守るべきである。自由の理念は破壊不可能なものであり、それは深く沈めば沈むほどやがて一層の情熱をもって再生するであろうという希望のみを胸に抱きつつ、海底に沈み行くのである。

ワイマール共和国の終末を意識しつつ書いたこの文章には、ケルゼンの人間観、世界観が示されている。その前向きな文章表現とは裏腹に、ここにみられるのは、人間性への絶望と人間の将来に対する暗い諦念である。この一節は、内外の多数の論者によって引用されてきた。ケルゼンの読者は、この文章について、もつとも美しい文章であるとしてこれを評価する者と、筆者のように、ケルゼンらしくないセンチメンタルな文章であるとみる者に二分される。し

かし、第三の見方があるようである。それはケルゼンの内心に潜むニヒリズムの表白としてこれをみる立場である。⁽³⁷⁾ケルゼンは、自由主義者であるが、ニヒリズムに陥った自由主義者である。

- (1) Hans Kelsen, Was ist Gerechtigkeit?, 1953, S.37. 宮崎繁樹訳「正義とは何か」『ハンス・ケルゼン著作集Ⅲ 自然法論と法実証主義』(二〇一〇年)二〇八頁。
- (2) Kelsen, Die Idee des Naturrechts (1928) in: Die Wiener Rechtslehre (以下、WRSと表記する), 1968, S. 248. 長尾龍一訳「自然法思想論」『著作集Ⅲ』五頁。
- (3) ケルゼンは、マルクス主義政治理論について、これを「真正の自然法論」であるとしている。服部栄三・高橋悠訳「マルクス主義法理論」『著作集Ⅱ マルクス主義批判』(二〇一〇年)三〇一頁以下。
- (4) ケルゼンについては、つぎに述べる方法二元論がしばしば指摘されるが、学際的な研究方法を多用している点にも留意する必要がある。ケルゼン自身、このことを意識しており、つぎのように述べている。
研究分野の内容によっては専門外の諸分野に立ち入らざるをえなくなる。民俗学、宗教史、古代学、物理学などの研究成果を利用する必要がある。長尾龍一訳「応報律と因果律」『著作集Ⅴ ギリシャ思想集』(二〇〇九年)四頁。
- (5) Kelsen, The Natural - Law Doctrine before the Tribunal of Science (1949) in: What is Justice?, 1957, p. 141. 上原行雄訳「科学の法廷における自然法論」『著作集Ⅲ』一三〇頁。
- (6) Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., 1960. S. 112. 長尾龍一訳『純粹法学 第二版』(二〇一四年)一〇六頁。
- (7) Kelsen (Ann, 6), S. 111. [訳] 一〇五頁。
- (8) Kelsen (Ann, 6), S. 111. [訳] 一〇五頁。
- (9) エルンスト・トールピッチュ「緒言」、ケルゼン〔長尾龍一訳〕『神と国家』(一九七一年)一一頁。
- (10) ケルゼン〔長尾龍一訳〕「プラトンの正義論」『著作集Ⅴ』一八八頁。

- (11) 長尾龍一訳『著作集VI 神話と宗教』(二〇一一年)一四八頁。
- (12) Kelsen, Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus (1928) : WRS, S. 312. 黒田寛
訳「自然法論と法実証主義の哲学的基礎」『著作集III』七五頁。
- (13) Kelsen (Ann, 5), p. 145. [訳] 一二四頁。
- (14) Kazimierz Opalek, Kelsens Kritik der Naturrechtslehre in : W. Krawietz / E. Topitsch / P. Koller (Hrsg.),
Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen (Rechtstheorie Beiheft 4), 1982, S. 81.
- (15) なお、この点に関連してダントレーヴが「自然法は、革命的な要求を支持するのに役立つこともあれば、また既存の法秩
序を正当とするのに役立つこともあった」と述べていることが想起される。ダントレーヴ〔久保正幡訳〕『自然法』(一九五二
年)一四八頁。
- (16) Kelsen (Ann, 2), S. 247. [訳] 四頁。
- (17) Kelsen (Ann, 5), p. 138. [訳] 一二七頁。
- (18) Kelsen, Naturrechtslehre und Rechtspositivismus (1961) in : WRS, S. 822. 長尾龍一訳「自然法論と法実証主義」『著作集
III』一二七頁。
- (19) Kelsen, Die Grundlagen der Naturrechtslehre (1963) in : WRS, S. 869. 以下同様。このような変化が生じた原因をどのよ
うに考えるべきであろうか。ケルゼンにおける規範概念の変化に原因があるのではないかとの示唆がなされているが、それだ
けではなごころに思われぬ。Clemens Jabloner, Ideologiekritik bei Kelsen in : Robert Walter (Hrsg), Schwerpunkte der
Reinen Rechtslehre, 1992, S.100.
- (20) 古賀敬太『ヴァイマル自由主義の悲劇 岐路に立つ国法学者たち』(一九九六年)一六頁。
- (21) ケルゼン〔長尾龍一・植田俊太郎訳〕『民主主義の本質と価値 第二版』(二〇一五年)一二五頁以下。これに関連して、
Peter Koller, Zu einigen Problemen der Rechtfertigung der Demokratie in : Rechtstheorie Beiheft 4, S. 320.
- (22) 手島孝『ケルゼニズム考』(一九八一年)八二頁。ところで、ケルゼンの価値相対主義論について、価値相対主義の「実

質化」が問題にされている。ケルゼンの価値相対主義は、それ自体、実質的価値を体現しているのではないかとされているのである。このことは、価値相対主義の「空洞化」をきたすことになる。この点については、Horst Dreier, Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, 2, Aufl., 1990, S.262.

- (23) Gerhart Wielinger, Demokratisches Prinzip, Parteienstaat und Legalitätsprinzip bei Hans Kelsen in : Rechtstheorie Beiheft 4, S. 264.
- (24) 長尾龍一『思想史斜断』（一九八一年）七〇頁。
- (25) Erhard Mock, Hans Kelsens Verhältnis zum Liberalismus in : Rechtstheorie Beiheft 4, S. 439f.
- (26) Horst Dreier (Anm. 22), S. 265.
- (27) この問題については、Ota Weinberger, Rechtspositivismus, Demokratie und Gerechtigkeitstheorie in : Rechtstheorie Beiheft 4, S. 501.
- (28) この点を示唆するものとして、Umar Tammelo, Von der reinen zu einer reineren Rechtslehre in : W. Krawietz / H.Schelsky (Hrsg.), Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen (Rechtstheorie Beiheft 5), 1984, S. 250.
- (29) Kelsen (Anm. 12), S. 288. [訳] 四五頁。
- (30)アレクシーの法理論」そしてアレクシーとケルゼンの法理論の比較については、長尾一紘『基本権解釈と利益衡量の法理』（二〇一二年）一四三頁以下。
- (31) Kelsen (Anm. 12), S. 305f. [訳] 六六頁以下。なお参照、長尾龍一「ケルゼンにおける法と道徳——批判的考察」『ケルゼン研究Ⅲ』（二〇一三年）一一二頁。
- (32) 阿南成一『現代自然法論の課題』（一九九一年）二七九頁以下。
- (33) この点を示唆するものとして、Walter Preiss, Hans Kelsens Kritik am Naturrecht, 1993, S. 166.
- (34) トーピッチュ・前掲書二〇頁。
- (35) 長尾龍一「危険な思想家ケルゼン」『ケルゼン研究Ⅰ』（一九九九年）一三頁。

- (36) 長尾龍一訳「民主制の擁護」『著作集Ⅰ 民主主義論』（二〇〇九年）一一三頁。
- (37) 本稿において、長文の引用が多用されています。そのさい、文脈と無関係の事項が含まれることがあります。その一部については割愛しました。「」の印のない引用文においては、オリジナルそのものでない場合があります。