

戦後法学の原点と実証主義的

思考方法に関する一考察

— W・フリードマンの指摘を素材として —

清水征樹

「戦後」は終わった¹⁾、の聲は不気味なひびきをもっている。それというのも、この「声」の中には、後世の歴史家達は、現代を第三次世界大戦の「戦前」として把握するかもしれないという危険性が含まれているからである。しかし、「戦後」は終わってはいないし、また終わらせてはならない。「戦後」は、戦後を永久に戦後であり続けようとするところに出発点を保有しているからである。

周知のごとく、第二次世界大戦は、イタリア、ドイツ両国の降伏につづく日本の降伏によって「終戦」を迎えたのであったが、第一次世界大戦とは異なって複雑な要素をその過程に含んでいた。二つの大戦の性格の相違を検討することは本稿の目的とするところではないが、第二次大戦の過程に、反ファシズム、民族独立解放の闘いが存在していたことには注目しておきたい。この要素は、第二次世界大戦の基本的性格を否定するほどのものではないにしても、戦後処理の問題に大きな影響をもたらしたからである。そのひとつの重要な事実を、日本の戦後処理の方向を示した「ポツダム宣言」の中

に見出すことができるであろうし、また、ニールンベルクにおける国際軍事裁判、東京における極東国際軍事裁判の過程にもみることができよう。第二次大戦が保有していたこの要素は、「戦後」のめざした方向がいかなるものであるかを確認するうえで、あらためて考慮を払われるべきものと筆者は考える。ところで、第二次大戦は、枢軸国側の敗北、連合国側の勝利によって、終戦となったのであるが、連合国側の掲げた戦争目的は、連合国側の勝利によって達成されたわけではない。現代の国内・国際政治が如実に示すごとく、反ファシズムの課題も民族解放の闘争も、ともにすぐれて現在の課題にはかならない。とりわけ、連合国側が大義名分とした反ファシズムのスローガンは、枢軸国側の敗北によって現象的には実現されたともいい得るのであるが、しかし、筆者には、「反ファシズム」の問題は連合国側を含めた全ての諸国における現代的課題として把握されるのが、よりの確であるように思われる。それというのも、「ファシズム」なるものは、ドイツ型、イタリア型、日本型、あるいは戦前型、戦後型等々の形容をもって語られる如く、極めて多様性をもった概念であり、いかなる視点から、いかなるメルクマールをもって規定するかによって、その概念は広くも狭くもなり得るものである。現代ファシズムの特質を個人の権利の破壊による共同体の優越性の主張に求めるならば、そのような傾向は現代社会にも存在するといえるのであり、それゆえに筆者は、ファシズムとは何か、就中現代におけるファシズムとは何かの問題は、現在の課題として解答を迫っている課題であると考えるのである。

さて、第二次大戦後、西ドイツを中心として起った「自然法か法実証主義か」の論争は、その後世界各国に波及し、多くの論議がつくされたのであったが、その論争における基本的な、そして共通の問題意識は、戦争否定と、戦争への道を歩ませた諸勢力の抬頭をいかにして阻むことができるかの問題にはかならなかった。もちろん、具体的には、戦争責任を追求する戦犯の裁判において、ナチスの法に従って行動した人間の行為の責任をいかにして追求し得るか、換言すれば、ナチス支配の時代における適法行為を、事後において罰し得るかの問題が論議されたのであり、法の不遡及の原則との関連が論じられたのであったが、その論議の背後には、戦争とファシズム否定への強い意志が存在したのであった。そのよ

うな時代的背景をふまえて法哲学、法理論の分野においては、ナチスが制定した「悪法」の法的性格をいかにして否定し得るかの問題が論じられ、ナチスに追随し、あるいは積極的に支持したナチス御用法学が批判されるとともに、法学と法学者そのもののあり方が根本的に問いなおされたのであった。

本稿は、戦後法学の原点がどこに存在するかを再確認しつつ、現代における法理論は、いかなる機能を果たすべきか、すなわち、いかなる任務を負うものであるかについて、法的思考方法の対立といわれるものを素材としながら、試論的検討を加えようとするものである。

- (1) 一九五六年（昭和三十一年度）の経済白書は「日本経済の成長と近代化」をタイトルに掲げ、戦後日本経済のめざましい復興ぶりを強調しつつ、「もはや『戦後』ではない」と結論するに至った（同白書四二頁参照）。このなかばスローガンの語られる言葉の危険性は、それが統計学的数値の比較から由来するものであるにしても、戦争の原体験を忘却の彼方に追いやり、再び戦争への道を歩ませる可能性を含んでいるところに存するといえる。とりわけ「日本経済の成長力と競争力」（昭和三十五年、同白書）を誇り、「先進国への道」（昭和三十八年度、同白書）を歩みつけてきた戦後日本のプロセスは、米・ソ二大両国につづく「経済大国」ならぬ、「軍事大国」となり得る可能性を秘めているといえるのであり、「戦後は終わった」の意味するところの危険性は現実性をもっているといえるのである。
 - (2) 第一次世界大戦と第二次世界大戦は、ともに帝国主義諸列強の帝国主義戦争にほかならないが両大戦のもっていた要素は異なるのである。両大戦の簡潔な比較・対照は、遠山茂樹・今井清一・藤原修『昭和史（新版）』（岩波新書）の「VI・戦後の世界と日本」にみる事ができよう。
 - (3) なおデイトロフは、「ファシズムの真の性格」についてつぎのごとく述べている。すなわち「ファシズムは、金融資本そのものの権力である。それは労働者階級と農民およびインテリゲンツィアの革命的部分にたいする暴力的な復讐の組織である。ファシズムはその対外政策においても、もともと野蠻的な形態の強硬外交主義を、他民族にたいする野蠻な憎悪を挑発している。」と、『反ファシズム統一戦線』（勝部元訳、国民文庫、大月書店）一〇頁参照。
 - (4) W. Friedmann, *Legal Theory*, 5th ed, 1967, cf. p. 89.
- なお、ここに示したフリードマンによる現代ファシズムの特徴は、プラトン理論における全体主義との対比のなかで示されたものである。

(5) 第二次大戦後における自然法の再生と戦争否定との関連については、峯村光郎「自然法再生の現代的意義」(『法の実定性と正当性』所収、有斐閣、昭和三十四年)参照。なお同論文は、自然法再生を評価する立場にたったものである。

(6) 軍事裁判の具体的プロセスを実証的に探求しつつ詳細に論じたものとして、矢崎光圀『法実証主義——現代におけるその意味と機能——』(日本評論社、昭和三十八年)がある。

二

一九三三年一月、政権の座についたA・ヒトラー(Adolf Hitler)は、それ以後指導者(Führer)として、文字通りの独裁政治を展開した。¹⁾ ナチス全盛時代にあつて、ときのフライブルク大学学長、実存主義哲学者マルティン・ハイデッガーは、五月一日ナチスに正式に入党し、十一月には、ナチス大会の議長席にあつた。²⁾ 他方、価値相対主義哲学と民主主義を掲げるグスタフ・ラートブルフは、五月九日公職追放処分を受けてハイデルブルク大学教授の地位を奪われるに至つた。³⁾ そこには、ナチスに迎えられた者と排斥された者との好対照が存する。そして一九四五年、ナチスの嵐に終止符が打たれた年、ハイデルブルク大学法学部長に任命されたラートブルフは、戦後初めての法哲学の分野における発言「五分間の法哲学」⁴⁾のなかで次のごとく述べるに至る。

「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ってしまうのに対して、法律家は、ほぼ一〇〇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もって通用し、またそれが原則としてみずから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。この見解は、窮極において法と力を等置する。力さえあれば、そこには法がある」。ラートブルフは、ナチスの悪法との関連において、実証主義的学説の悪法に対する無力さを痛烈に批判しているのであるが、⁵⁾ 実証主義的学説がナチスの御用法学となり下がっていくプロセスを念頭に次のごとく述べる。すなわち、右のごとき実証主義的学説の命題はやがて「法とは国民の利益になるものである」との命題によって「補充」または「置きかえ」られ、さらにこの命題の置きかえは「実際的には、国家権力の保有者にとって公共の利益に合致すると思われること、すなわち独裁者のあらゆる思いつきと気まぐれ、法律と判決なしの刑罰、病人の無法な殺害が法だ」とする命題に転化していった、と。かくてナチスの暴政に対する原体験を基盤にラートブルフは「もし法律が正義への意思を意識的に否定し、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の性格を否認する勇気を見出すべきである。」と法律家に「勇気」を要求するのである。

ラートブルフが、このような「勇気」を法律家に対して要求する所以は、「法としての性格が否認されなければならないほど不正であり、公共の利益を害する法律が存在しうる」と考えるからにはかならない。この認識を基盤として、さらに「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が存在する。これらの諸原則は自然法または理性性法と呼ばれる」と注目すべき見解を提示した。価値相対主義哲学を基盤とするラートブルフが、価値絶対主義的立場に立脚する自然法論を、プラスの方向で評価したことは、大いに注目され、それ以後の論議に大きな影響を与えたことについては多言を要しないであろう。

さて、ラートブルフは（戦後その学説を変えたか否かは別として）、法の三つの価値、すなわち、正義・合目的性・法的安定性の調和を主張してやまない。とりわけ、ラートブルフ学説の特徴は法的安定性——「法律そのものも、悪い法律でさえも、なおひとつの価値——法を疑問から守るといふ価値をもつ」——の主張にあるといえる。そして、この法的安定性の

もつ重要性についての主張は、戦後においても変わってはいない。ラートブルフは、法的安定性はそれ自体が正義の一部を表明するものと考えるからである。この観点からみれば、ナチスの法は、法的安定性を全く踏みにじったものであるとするラートブルフの批判は、一貫性をもっているのである。⁷⁾

しかし、ラートブルフは、「法的安定性は、決して、法が実現すべき唯一の価値ではないし、また、決定的な価値でもない」として、合目的性と正義の三つの価値が、正当な位置を与えられるべきことを主張している。それゆえ、「邪悪、有害または不正な法律に対してもなお法的安定性のために通用力を付与すべき」であるとは考えない。そこでは、実定法の内容が正義と合目的性の観点から検討されるべきであるとしているのである。しかし、それぞれの三つの価値は、いかなる場合においていかなる程度において考慮されるべきかについての基準は提示されてはいない。それは、ラートブルフ自身の認めるところである。それというのも、そのような一般的基準を提示することを法哲学は任務としてはいないとラートブルフは考えるからである。⁸⁾

さて、右に引用したラートブルフの発言の中にみられるごとく戦後法学の原点は、戦争否定とファシズム否定に据えられていた。それゆえ、戦後法学は、ファシズム拾頭に無力であり、かつ、その侍女となった戦前の法学——ラートブルフは「実証主義的学説」と表現したが——の弱さを克服することを重要課題としたのであった。その具体的表明が「法律は法律である」と考える法実証主義に対する批判にほかならない。ニュルンベルク裁判等を契機として起った法実証主義批判は、それを端的に表明しているものといえよう。「批判」から「再検討」を経た法実証主義については、したがってまた「法律は法律である」という命題については、すでに詳しく論じられているので、本稿では、次の点のみを指摘してきたい。

たしかに、法実証主義の立場は、「法律は法律である」との命題を掲げるものである。しかし、法実証主義が掲げる「法律は法律である」とする命題は、法の事実認識に限定された命題であって、この命題は、「法律は法律であるがゆえに遵

守すべきである」という実践的命題とは、直結してはいない。事実認識をもって、実践的命題に等置することは極めて危険であり、誤りといわざるを得ないが、法実証主義が、みずからの任務を事実認識に限定し、その限界内でたてた「法律は法律である」とする命題は、したがって、その限界内において通用する命題にはかならない。しかし、この命題は、ラートブルフが指摘したごとく、ある種の「補充」と「置きかえ」によって、ナチスのごときファッショ勢力に都合のよい命題に変質させられる可能性をもっている。その変質の具体的表明を前述した実践的命題との結合や、またヒューラーの言葉を法と同一視することなどにみることができよう。しかし、法実証主義——言葉の厳密な意味での実証主義に立脚する法実証主義——は、そのような「補充」と「置きかえ」と「置きかえ」には、本来的に無縁なものである。「補充」と「置きかえ」に努力したのとしては、国家主義・民族主義・全体主義に立脚した官僚法学が指摘されるべきであり、ファシズムとの関連においては、この官僚法学が責められるべきであろう。¹⁰⁾

しかし、法実証主義が掲げる事実認識としての「法律は法律である」とする命題は、それ自体としても危険な要素をもっている。すなわち、事実として存在する法律を、法律として認める立場は、たとえば、ナチス支配下においてみられるごとく「なまの力」によって強制された不法な規範を「事実」の名において「法律」として認めざるを得ないのであり、それは、ラートブルフが批判したごとく、実際には、法と力の同一視の結果としてもたらずものといわざるを得ない。このような法実証主義は、ナチのごときファッシスト達にとって、使い得る有効な道具であることはいうまでもない。しかも、法実証主義の立場は、自己の主張を「事実」に関する認識として、すなわち自己の存在と責任を明らかにしないまま科学の名のもとに提示するのであるから、その有効性は極めて大きいといえよう。換言すれば、ナチス支配の共犯としての犯罪性は、非常に大きいのである。

右に述べた点は、つまるところ、実証主義に立脚する法実証主義法学が、自己を科学的なるものとして確立しようとする努力したその結果、価値の問題を自己の対象領域から追放し、それを個人の責任に委ねたところから由来するものにほかな

らない。しかし、はたして法実証主義は、価値の問題に無縁なものであったといえるであろうか。また戦争とファシズムの嵐を経験した法実証主義は、価値の問題を無縁なものとして排除し続けることができるであろうか。この問題は、戦後法学の原点をふまえたうえで、戦後法学のあり方、換言すれば戦後法学のなすべき任務を検討する過程で考察されるべき課題といえよう。

現代における法哲学ないしは広く法理論と呼ばれるもののなかで、法実証主義法学、およびそれが立脚する実証主義的思考方法は、いかなる位置を占めるものであるか、またその特徴は、いかなるものであるかを明らかにしつつ、この問題にアプローチしてみようと思う。

- (1) H・マウ、H・クラスニツク著、内山敏訳『ナチスの時代——ドイツ現代史——』（岩波新書）、M・ホーファー著、救仁郷繁訳『ナチスドキュメント』（論争社）、A・ヒットラー『わが闘争』等々参照。
- (2) 真下信一「哲学の現代的状況——Hic Rhodus, hic salus.——」（岩波講座『哲学』2「現代の哲学」所収）一〇頁—一頁参照。
- (3) ラートブルフ年譜（尾高朝雄・碧海純一『ラートブルフの法哲学』、ラートブルフ著作集・東京大学出版会、別巻所収）、ラートブルフ『心の旅路』（山田晟訳、同著作集、第一〇巻）参照。
- (4) ラートブルフ『五分間の法哲学』（村上淳一訳、同著作集、第四巻、『実定法と自然法』所収）。なお訳者の説明によれば「五分間の法哲学」は、「元来学生のために印刷された覚え書きであって、一九四五年九月十二日のライン・ネカー新聞（*Rhein-Neckar-Zeitung*）に転載されたもの」である。また、ここに引用した「五分間の法哲学」より遅れること一年、一九四六年に発表された論文「実定法の不法と実定法を超える法」（小林直樹訳、同著作集同巻所収）も、これとほぼ同趣旨のものである。
- (5) 「《命令は命令だ》という原則と、《法律は法律だ》という原則がある。ナチスは、この二つの原則を用いて、一方では軍人、他方では法曹というナチスの従者を手もとにつなぎとめておくことができた。」前掲「実定法の不法と実定法を超える法」二三—二五頁参照。
- (6) この点は、ラートブルフと同じくナチスの追放を受け、アメリカに亡命したH・ケルゼンが終始自然法論を批判しつつつづけているのと対照をなすものといえよう。

H. Kelsen, *What is Justice?*, 1957. 所収の各論文および *Natural Law Doctrine and Legal Positivism*, trans. by W. H.

Kraus. 等参照。

- (7) この点については、松尾敬一「ラートブルッフにおける政治的抵抗と法理論の変遷」(法哲学年報一九五九年)、恒藤武二「法実証主義・弁護」(同志社法学・第六十三号、今井仙一教授還歴記念論集所収)等参照。
- (8) ラートブルッフ『法哲学』(田中耕太郎訳、同著集第一巻)二二三頁参照。
- (9) 矢崎光圀、前掲書『法実証主義』、および「法実証主義」(法哲学講座第四卷所収)参照、また日本法哲学会編『法実証主義の再検討』(法哲学年報・一九六二年)所収の木村亀二、八木鉄男、平野秩夫、矢崎光圀教授らの諸論文参照。
- (10) ここにいう官僚法学は、法律至上主義、権威主義的法学ということもできるであろう。なお、それらについては矢崎光圀「法実証主義」(岩波講座・現代法・13・『現代法の思想』所収)、同編『現代法思想の潮流——二十世紀の法思想家達——』(法律文化社)の「プロローグ、現代の法思想とは」等々参照。

三

(一) 現代における法理論は、それをいくつかの傾向に分類することができる。たとえば、法理論の対象である法と法現象に対していかなる視点からアプローチしているかという方法的観点に基づいて分類することができるし、そのほかのメルクマールを設定して分類することも可能である。法理論の諸傾向をプラグマティズム、リアリズム、マルクス主義、新カント学派、現象学派、実存主義、ネオ・トミズム、分析哲学というような観点において分類する方法は、法理論が立脚する哲学的考察方法の相違に注目した分類といえることができるであろう。¹⁾

筆者は、ここでは、前項との関連においてW・フリードマンの提示した見解に注目しようと思う。それというのも、フリードマンの分類は、法実証主義と、実証主義的思考方法の位置を明らかにし、その特徴を簡潔に規定していると思われるからである。

フリードマンは、法理論が解答を提示すべき基本的課題は、正義の問題であるとしているのであるが、その法理論の位

置を哲学と政治理論との関連において把握する。すなわち、法理論は知的概念を哲学から、正義の理念を政治理論から獲得するものであると規定する⁽³⁾。この規定を基盤に、フリードマンは、古代ギリシアから現代に至る諸々の法思想、法理論を分析し、その成果として、「法理論に内在する八つの二律背反⁽⁴⁾」なるものを提示し、さらに、現代における「法思考の主要傾向としての三つのタイプ⁽⁵⁾」を提示している。本稿では、それらのものがいかなるものであるか、その具体的内容を詳しく紹介することはしないが、本稿の目的と深く関連する二律背反・第五項の Positivism and Idealism の対立と三つの法思考のタイプを取りあげ、検討を加えてみようと思う。

(1) 井上茂・矢崎光國編『法哲学講義』(青林書店、昭和四十五年)二二五頁以下参照。

(2) W. Friedmann, *Legal Theory*, cf. pp. 5-13.

「正義」の問題を法理論の基本問題として提示するフリードマンは、その淵源を古代ギリシアに求め、とくにポリス社会における社会的混乱と動揺が、不変の正義と実定法をめぐる正義論を展開させたことを指摘する。と同時に現代社会を「政治と社会に関する基準が衰微した」社会とみなし、正義の問題は現代社会にあつても主要課題であるとしている。

(3) W. Friedmann *ibid.* cf. p. 82.

(4) フリードマンの提示する「八つの二律背反」とは次のごときものである。(一)個人と宇宙 (Individual and Universe)。(二)主意識と客観的知識 (Voluntarism and Objective Knowledge)。(三)知性と直観 (Intellect and Intuition)。(四)安定と変化 (Stability and Change)。(五)実証主義と観念論 (Positivism and Idealism)。(六)団体主義と個人主義 (Collectivism and Individualism)。(七)民主主義と独裁主義 (Democracy and Autocracy)。(八)国家主義と国際主義 (Nationalism and Internationalism)である。なお、これら八つの二律背反のうち、第一項から第五項(第四項は除く)は哲学における二律背反を、第六項以下は政治理論における二律背反を継承するものである。第四項は、「法と生活のあいだの緊張がくり出す不断の二律背反」として提示されており、法は法に要求される二つの課題、すなわち法の安定性と社会生活の発展にともなう法の変化にいかんにかを重要課題とするというフリードマンの基本的問題意識を表明するものである。各項目の内容については、清水征樹「法的思考方法における二律背反の問題性——W・フリードマンの指摘と問題点——」(同志社法学第一二六号)参照。また本稿はここに示した問題意識を継承するものである。

W. Friedmann, *ibid.* cf. pp. 82-92. 第四項との関連にまごころで W. Friedmann, *Law in a Changing Society* (1959) を参照せよ。

(5) W. Friedmann, *ibid.* cf. p. 70 Chapter 5. *Legal Theory and Social Evolution*

(二) フリードマンは、法理論における実証主義と観念論の対立を唯物論と観念論の対立と同一ではないがそれと密接な関連をもつものとして提示している。すなわち、唯物論と観念論という「哲学的思考における本質的対立」が、法理論においては、実証主義的であるか、形而上学的であるかという形態において継承されているとするのである。その具体的存在形態が、「法を素材によって必然的に決定されたもの」と考える「実証主義的法理論」と、「法を倫理的存在者としての人間に基盤をおく第一原理から演繹する」形而上学的・観念論的法理論の対立にはかならない。この規定から前者は、法を実証的観点から追求する実証主義的ないしは経験主義的思考方法に依拠するものであること、その意味において唯物論の系譜において把握し得るものであること、および後者は、法をア・プリオリな概念や原理から演繹する形而上学的思考方法に依拠していること、すなわち観念論的思考方法に依拠するものであることは、容易に理解されるところであろう。と同時に、ここに示した実証主義と観念論を区別する基本的メルクマールは、法を与えられたものとして認識するか、それとも、法を何らかの原理や観念から演繹するかの基本的相違、すなわち、実証主義的思考方法と形而上学的思考方法との相違に求められていることを確認しておきたい。

ところでフリードマンは、この実証主義と観念論の「苦闘は決して消滅しない」と、この二律背反は永続するものであると規定する。それというのも、彼は「人間は、観念と抽象にあきて、具体性と現実的事実、行為と力にむかい、やがて、それに幻滅して観念と形而上学的原理にもどる」と考えるからである。いうまでもなく哲学上における唯物論と観念論の対立は根源的な、本質的な対立にはかならないのであって、この対立は、抽象的には、いずれかの論理的破綻が招来されるまで続くといえる。しかし、この哲学における対立の永続性を、法理論上の対立にそのまま適用することについて

ては疑問が出ないわけでもない。それというのも法理論が解答を提示すべき具体的な諸問題の検討においては、両者の対立の止揚は全く望み得ないという状況ばかりではないからである。この点については本稿の最後で若干の試論的考察を加えてみようと思う。

さて、フリードマンは、法理論上における二律背反として、実証主義と観念論の対立を提示したのであるが、観念論と対立する実証主義は、さらに次のごとく二つの方向に分類される。そのひとつは、(一)分析の実証主義であり、ふたつは機械的ないしは実用主義的実証主義である。前者は、基本的な法規範を与えられたもの——立法者によって制定されたものと把握し、「当為」と「存在」を厳格に区別する立場に立って、法的概念と法的諸関係の分析に没頭するものであり、後者は「法的概念は、社会的要素によって決定される」と考えるものである³⁾。なおフリードマンは、後者の機械的ないしは実用主義的実証主義を「社会的現実主義 (social realism)」とも呼び、それには、全ての法を経済的・下部構造によって決定される上部構造とみなすマルクス主義も含まれると興味ある指摘をしているのであるが、ここで、第五項に示された基本的二律背反と二つの実証主義について簡単にまとめおこう。

フリードマンは、法を与えられたものとして認識するか、それとも抽象的概念や原理から演繹してくるかの認識方法における基本的相違をメルクマールとして、法理論をふたつに大別した。実証主義と観念論がそれである。しかも、両者の間には止揚されざる二律背反が存在した。他方、二律背反の一方に位する実証主義を、(一)分析の実証主義と、(二)機械的ないしは実用主義的実証主義に分類したのであるが、このふたつの実証主義の間には、実証主義と観念論の間におけるがごとき二律背反の關係は存在しない。それというのもふたつの実証主義の相違は「法」の存在をいかなる方向において把握するか、という法存在の具体的認識方向の相違にすぎないからである。したがって、そこでの両者の対立(あえて対立というならば)は、法を与えられたもの、ないしは現実中存在するものとして認識するという基本的態度を共有したうえで、相対的な対立にはかならないのである⁴⁾。換言すれば、法理論の任務を、与えられた実定法規範の厳密な分析に限定する

方向において把握するか、それとも法が社会的現実としていかに存在しているか、いかなる機能をはたしているかという社会的現実を目を向ける方向で把握するかという相違がそこに存在するのである。

右の点は、次に検討する法思考の主要傾向としての三つのタイプの問題と深く関連している。

(1) W. Friedmann, op. cit, cf. p. 87.
 (2) W. Friedmann, ibid, cf. p. 88.

(3) W. Friedmann, ibid, cf. p. 88.

(4) H・ケルゼンの「純粋法学」をも含む「分析的実証主義(analytical positivism)」の実証主義性と「二つの実証主義の哲学的基盤についてフリードマンは、つぎのごとく述べている。「この世界をア・プリオリな概念や観念から構成する思想家と、物質を観念に先だつものと考ええる思想家との対立」は、哲学の歴史とともにあり、「この意味において『実証主義』は哲学とともに古い」。しかし「一般哲学、社会学および法学における明確な運動」としての実証主義は、科学の発展と近代国家の発生に付随し、かつそれらを反映した現代的現象である。この実証主義が法思考における支配的傾向を象徴するのは、現代法理論であり、実証主義の「最も重要な表明は『分析的実証主義』であり、それはオースチンとその後継者によって科学的に確立され、現代においてケルゼンとウィーン学派によって変化させられた」ものであるとする。と同時にこの実証主義をさらに①分析的実証主義と②実用主義の実証主義とに分類するのであるが、フリードマンは、それらは「それぞれ異なった方法においてはあがあるが、ともに哲学的経験主義(Philosophical empiricism)に合致してゐる」としてゐる。W. Friedmann, ibid, cf. p. 253.

(三) フリードマンは、法思考(legal thinking)の三つのタイプにそれぞれ(一)法哲学プロローグ(legal philosophy proper)、(二)分析法(analytical jurisprudence)、(三)社会学的理論(sociological theories)の名称を与え、それらの特徴と、三者の相互関係を次のごとく論じている。¹⁾

すなわち、第一のタイプ・法哲学プロローグと総称される法理論は、法的観念論(legal idealism)とも別称されるものであり、これには、法理論の論理体系の基礎として、なんらかの法理念、ないしは基本原理を設定する全ての法理論が属す

る。したがって、自然法を基軸とする自然法論はもとより、絶対精神（ヘーゲル）や民族精神（サヴィニー）、社会連帯（デュギー）等々を基本的原理としてみずからの法哲学を体系化する全ての法哲学は、この法的觀念論のタイプに集約される。と同時に、法理論は、「正義の理念を政治理論から獲得するものであるがゆえに、「全ての法哲学は、法という媒介物を通して政治理念を公式化した以外のなものでもない」と規定されるのである。

第二のタイプ・分析法は、「法の分析科学」であり、本質的に「法技術」にかかわるものである。その主要な任務と機能は「法体系をその基盤から論理的かつ明快な体系として展開すること」にある。ここからして、現代の法理論が直面する極めて政治的な課題を明確にすることに於いては、この分析法は、「何らの意味をも持ち得ない」ものであり、分析法の演ずる役割は全体として「サーバントの役割」にすぎないという規定が導かれるのである。

第三のタイプ・社会学的理論は、「本質的に法的原理とそれらが社会においてはたす機能との関係を考察するものである」。そして、この社会学的理論の登場を、「法の理念と社会的現実の相違」³に対する認識に求める。すなわち、社会学的理論とは、この法の理念（フリードマンにとって、理念は全て政治イデオロギーの表明として把握される）と現実の相違に視点をあわせて、「法理念と現実の緊張関係」を解明するものにはかならない。しかし、この緊張関係を解消するのは「法律政策」の問題であって、社会学的理論の任務は、あくまで、理念と現実のギャップの現状を認識することにとどまるものとされる。すなわち、社会学的理論の任務は、現実（事実）認識に限定されると規定されているのである。

右に示した諸点が、フリードマンの提示する法思考の三つのタイプのアウトラインである。フリードマンは、このような規定を与えたいでそれぞれのタイプのもつ意義と機能および限界に着目しつつ、三者の相互依存関係に論を進める。では、いかなる相互依存の関係が存在するのか、第一のタイプ・法哲学に視点をあわせて若干述べておこう。

前述したごとく、法哲学—法的觀念論は、何らかの法理念、基本原理を基盤に体系化されるものである。しかし、理念や原理は、それ自体としては抽象的な、その意味では無力な政治イデオロギーにすぎない。それらが有効性を獲得するの

は、抽象的原理から具体的原理に転化され、さらに法制度化されるときである。法哲学Ⅱ法的觀念論が社会学的理論の助力を必要とするのは、この原理の具体化に際してである。それというのも抽象的原理の具体化とは、社会的現実への適用を前提としたものであり、社会的現実への考慮なくして具体化はあり得ないからである。法（理念）と現実の乖離に視点をあわせて分析を加える社会学的理論は、その具体化に際して最も適切な材料を提供するものにほかならない。また、社会学的理論の助力によって具体化された原理の規範化、法制度化に際しては、分析法学の保有する精密な法技術は不可欠のものといえる。ここに法哲学Ⅱ法的觀念論が社会学的理論と分析法学の助力を必要とする所以が、すなわち依存関係が存するのである。

三者のもつ機能に視点をあわせて、相互依存のひとつの例を示したのであるが、フリードマンは、この相互依存の関係をさらに現代における法理論の任務という観点から積極的に論拠づけようとする。それを支える具体的問題意識は、現代における法と法学者ならびに法理論に対する厳しい分析によって基礎づけられている。すなわち、フリードマンは、ここに示した法思考の三つのタイプを法理論と社会の発展と題する章において提示しているのであるが、そこでの論理展開は、法は社会的危機を直接的に受けるものであるという基本的認識を基盤とするものである。この基盤に立ってフリードマンは、社会の発展に対応すべき法の問題を検討するに際しては、法は現実社会においていかなる位置を獲得しているか、すなわち、「法の社会的地位」を明らかにすることが必要不可欠であると強調するのである。そしてこの「法の社会的地位」を明らかにするためには、三つの法思考がもっているそれぞれの機能が要求されると主張し、三つの法思考が相互依存すべきであるとする所以を、そこに求めるのである。

ところでこのフリードマンの主張を換言するならば、現代法理論は、法思考の三つのタイプが保有する機能を同時に保有するものとして体系化される必要があるといえるであろう。それでは、この三つの機能を同時にもち得る法理論の体系化は可能であろうか。この点について、フリードマンはその可能性を提示してはいない。むしろ、不可能なものとして把

握しているように思われる。それは、三つのタイプの相互依存関係と同時に指摘された三者の相互対立のうちのひとつの対立関係を止揚し得る対立とは把握していいいところから察せられるのである。

フリードマンは、(一)法哲学Ⅱ法的観念論、(二)分析法学、(三)社会学的理論の三つを、次の二つの対立関係においてとらえる。ひとつは、(一)法哲学Ⅱ法的観念論に対する(二)分析法学および(三)社会学的理論の対立であり、ふたつは、(二)分析法学と(三)社会学的理論の対立である。フリードマンは、このようなふたつの対立関係を提示しているのであるが、対立根拠については何も述べてはいない。しかし、この対立関係は、前項で検討した二律背反・第五項に示された対立関係と対応関係にある。すなわち、ここに示された法思考の三つのタイプの相互対立関係は、法理論に内在するふたつの対立、ひとつは①形而上学的・観念論的法理論に対する②分析の実証主義および③機能的ないしは実用主義的実証主義の対立、ふたつは、②分析の実証主義と③機能的ないしは実用主義的実証主義の対立と、それぞれ対応しているのである。それは、用いられた術語概念の広い狭いの相違はあるにしても、法哲学Ⅱ法的観念論は、形而上学的・観念的法理論に、また分析法学は分析の実証主義に、社会学的理論は機能的ないしは実用主義的実証主義に、それぞれ対応するものであることから明らかである。したがって、それぞれ対応するふたつの対立関係の本質もまた同質のものである。すなわち、現代における主要傾向としての三つのタイプの相互対立のうち、法哲学Ⅱ法的観念論に対する分析法学、社会学的理論の対立は、形而上学的思考方法に対する経験主義的思考方法の対立、すなわち、永続する二律背反の関係において把握されているのである。

思考方法における基本的対立が止揚されざるものである以上、三つのタイプが保有する機能を同時に保有する法理論の体系化は不可能といわざるを得ない。先にもふれたごとく、唯物論と観念論の基本的対立は、同時に経験主義的思考方法と形而上学的思考方法の対立として存在し、両者に架橋することは不可能である。しかし、法理論が問題とする法的諸問題への対応に際して、いかなる対立が存在するのか分析されてしかるべきであろう。そしてまた、その対立は止揚されざ

るものであるのか、あるいは一方の他方に対する克服という形において止揚し得るものであるのかの問題は、検討するに値いすると思われる。それゆえ、フリードマンが提示した法哲学Ⅱ法的観念論に含まれる自然法論と、分析法学に属する法実証主義とを抽出し、両者の依拠する思考方法を対照させながら、両者の対立の止揚の可能性の有無について試論的に検討を加えてみようと思う。

- (1) W. Friedmann, *op. cit.* cf. p. 72.
- (2) フリードマンは、ここに示した「法哲学」を二つに分けている。ひとつは、政治哲学が法哲学の形態において表明されたものであり、ふたつは、法学者の「法学的教義の部分として展開されたもの」である。W. Friedmann, *ibid.* cf. p. 74.
- (3) たとえば「個人の自由と私的財産の不可侵という法イデオロギー」が、少数者による「組織的搾取 (systematic exploitation)」にいかにか奉仕しているかなどがあげられている。また、この社会学的理論との関連においてマルクス主義を高く評価し、このような法の理念と現実の相違ないしは「法の理念と経済的現実の不一致」を最初に明らかにしたのはマルクス主義者の分析であり、それはマルクス主義の「不滅の功績」であるとしている。W. Friedmann, *ibid.* cf. p. 74.
- (4) 法哲学が掲げる理念と、社会学的理論が明らかにする現実とに対する考慮なくしては、基本的に法技術にかかわる分析法学の行なう法規範の論理的・精密な分析も空虚なものとならざるを得ない。また理念と現実の相違に分析視点を合わせる社会学的理論も、理念に関する法哲学の成果と、分析法学の法規範分析における法技術の助力なくして、正確な社会的分析は期待し得ない、といえよう。
- (5) 清水、前出「法的思考方法における二律背反の問題性」一二五頁以下参照。

四

(一) 自然法論的思考方法と法実証主義的思考方法の対立を検討するに際して、この試論的検討は、本稿の冒頭に述べた第二次世界大戦後の「自然法か法実証主義か」の論争とは様相を異にするものであることをあらかじめことわっておかなければならない。すなわち、ここでの検討の方向は、法理論が課題とする法的諸問題への対応過程において、ふたつの思

考方法は、いかなる問題についていかなる対立をするのか、また、その対立は止揚され得る可能性をもつものであるか否かの分析に向けられている。それゆえナチスのいわゆる「悪法」の法的性格をいかにして否定するかという極めて具体的実践的課題にもなつて提起された「自然法か法実証主義か」の問題とは、問題とする視点が異なるのである。¹⁾ 右の点を前提として以下検討を加えていきたい。

検討の素材として自然法論的思考方法と法実証主義的思考方法とを取りあげたのであるが、それらについての概略的規定を与えておこう。

ここでいう自然法論的思考方法は、フリードマンの示した法哲学²⁾ 法的観念論に含まれる自然法論の依拠する思考方法である。すなわち、それは、実定法を超える絶対的理念を求め、実定法はこの絶対的理念から具体的内容の妥当性を獲得すると考える思考方法である。他方、法実証主義的思考方法とは、法思考第二のタイプ・分析法学の依拠する思考方法であり、それは「ある法」と「あるべき法」を厳格に区別し、与えられた法体系——実定法の体系——を「閉ざされた論理的体系 (closed logical system)」として把握し、法体系の基盤である価値については考慮を払わず、実定法体系の構造分析に全力を集中する思考方法である。³⁾ このふたつの思考方法を比較、対照させながら、両者の共通点と相違点を明らかにしておきたい。

両者の共通点の第一として、「実定法」の存在を認めていることがあげられる。これは極めて当然のことであるが、「実定法」なるものが存在しているという客観的事実に対する共通の認識として確認しておかねばならない。ただし、その認定の仕方は異なる。実証主義が「実定法一元論」の立場において実定法の存在を認めるのに対し、自然法論は、自然法に合致するものを実定法として認識する。自然法論は「法とは何か」の設問に対して、「正当なるものである」³⁾ との解答を提示するのであるが、その所以は実定法の存在を自然法的一元論⁴⁾ において認識するこの思考方法に存するのである。共通点の第二として、両者は法体系を論理的整合性をもつものとして把握していることがあげられる。自然法論は、自然法

と実定法を含む法体系を、基本理念に基礎づけられた矛盾なき体系として提示することを重要な課題としているのであり、もしそこに矛盾が存在するならば、実定法の妥当根拠を自然法に求める自然法論的思考方法の基本的立場は崩壊せざるを得ない。一方、法実証主義は、法体系は論理的整合性を保有するものであるとの命題を、論理的前提として認めているのであり、それなくしては実定法体系の構造分析に没頭し得ないものである。十九世紀の概念法学 (Begriffsjurisprudenz)⁽⁵⁾ は、文字通りそれを体現したものであるし、また、ある意味では法実証主義の極致ともいえるケルゼンの純粹法学 (Reine Rechtslehre)⁽⁶⁾ は、それを端的に示すものであろう。かくして、自然法論および法実証主義は、ともに法体系の論理的整合性を主張するのである。

さて第三の共通点として、この法体系の論理的整合性の主張に際して、両者はともに合理主義的演繹方法を用いていることが挙げられる。すなわち、自然法論は、基本原理から自然法を、さらに実定法を論理的に——その意味において合理的に演繹している。一方、法実証主義は、たとえば、ケルゼンの「純粹法学」における法段階説 (Stufentheorie) にみられるごとく下位規範の妥当根拠を上位規範に求めることによって実定法体系を論理的完結性をもったものとして把握する。これは、つまるところ、下位規範の妥当根拠を上位規範から、最終的には最高規範から、演繹していることを意味する。自然法論と法実証主義の共通点のうち、この三点には特に注目しておく必要がある。⁽⁷⁾

以上の三点が、両者の共通点であるが、両者は、次に述べるふたつの点において見解を異にする。その第一点は、「自然法」の存在についてであり、第二点は、実定法体系は、普遍的価値原理を内在させているか否かについてである。自然法の存在について、自然法論は、もちろんその存在を認めるのであり、その存在の主張こそが、自然法論の自然法論たる所以にほかならない。しかし、法実証主義はそれを「否定」する。ここで注意すべきは、法実証主義における自然法の「否定」の方法である。すなわち法実証主義は、「自然法」として語られるところの具体的内容の検討を通じて自然法の存在を「否定」しているのではなく、自然法を実証し得ぬものとして認識の対象から除外するという方法において「否

定」しているのである。それというのも実証し得ぬもの、具体的存在を確認し得ぬものの存在を否定するのは、法実証主義の立脚する基本的立場にはかならないからである。⁸⁾この自然法の存在についての対立は、自然法の具体的存在、実証性が自然法論の立場から証明されるならば、解決されるものにほかならないが、自然法論はそれを証明し得てはいない。それゆえこの論争は、結局のところ自然法の存在を信ずるか否かの信仰の問題とならざるを得ないとも言えるのである。

ところで、自然法の存在を主張する自然法論は、自然法を、基本原理から演繹するというのであるが、その基本原理もまた証明し得ぬ「神」あるいは「自然」という抽象概念である。このような自然法論の論理を支えているものは存在を実証し得ぬ概念を先見的に存在するものとして認識する形而上学的思考方法にはかならない。かくして、自然法論の立脚する形而上学的思考方法と、法実証主義の立脚する実証主義的思考方法とは真正面から対立するのである。しかし、二千年にわたる自然法論の歴史は、自然法論の依拠する形而上学的思考方法なるものが、マヌーバーであったことを事実として示している。

自然法論は、自然法の演繹に先だつて普遍的価値原理を設定し、その原理の設定は経験主義的思考によるものではないとしているのであるが、歴史的事実は、原理の設定そのものが、したがってまた普遍なるものとしての自然法そのものが、社会的、歴史的現実の規定されたものであることを示している。普遍なるものとしての自然法の「変遷」は、それを雄弁に物語るものである。⁹⁾すなわち自然法論者自身の認める「自然法の変遷」は、普遍なるものとして語られる自然法は、実際には、時間と空間の限定を受けた現実的素材から帰納された法理念にはかならないということを示しているのである。

その意味において、歴史上数多く存在した「自然法」は、無から有を産み出すとき抽象的思索の結果がもたらしたものでなくして、極めて現実的・経験的要素がもたらしたものであるといえるのである。H・ケルゼンは「自然から演繹された」と称する諸規範は——実際には——暗黙のうちに前提されたものである¹⁰⁾と痛烈な自然法批判を行なっているのである

が、自然法論の立脚する認識における形而上学的思考方法とは、結局のところ経験的素材によってもたらされた法理念を「自然法」の名のもとに、それをより強力に正当化し、それに対する批判を封ずるための手段にはかならないものであると言えよう。それゆえ筆者は、自然法論における自然法の演繹過程に経験的素材が導入されているという事実を、より体系的に提示することによって、自然法の存在をめぐる対立を、実証主義的思考による形而上学的思考の克服ないしは形而上学的思考の崩壊という結果において止揚することは可能であると考えるのである。もし「克服」、あるいは「崩壊」がもたらされなかったとしても、少なくとも、それは自然法の存在をめぐる論争を、不毛な信仰論争から、法理念をめぐる科学的論争へと転化させる重要な素材を提供するものといえるであろう。しかし、法実証主義における実証主義的思考方法は、そのような方向をめざさず、法規範の分析、法概念分析に自己の任務を限定している。それは、第二の相違点に関する検討を通じて明らかになるであろう。

(1) いわゆる「自然法か法実証主義か」の論争は、わが国においても大いに注目されたところである。それについてはつぎに掲げる諸論文参照。峯村光郎「自然法再生の現代的意義」(「法の実定性と正当性」所収・有斐閣)、尾高朝雄「法の窮極に在るもの」(「新版」)(有斐閣)、同「戦後ドイツの自然法思想」(法協七十一巻三号)、恒藤武一「法実証主義弁護」(同志社法学・第六十三号所収)、日本法哲学会編『法実証主義の再検討』(法哲学年報・一九六二年)所収の各論文(木村亀二・八木鉄男・平野秩夫・矢崎光圀)、矢崎光圀「戦後ドイツにおける法実証主義と自然法論に関する一考察」(阪大法学四号)、同「法実証主義―現代におけるその意味と機能―」(日本評論新社)、野田良之「現代自然法」(尾高朝雄・峯村光郎・加藤新平編『法哲学講座』第五卷(下)、法思想の歴史的展開(V)所収)、八木鉄男「法実証主義批判―序説―」(同志社法学、第二十六号所収)、同「自然法の再生」とイギリス法理学」(同五十八号所収)、同「悪法論と法実証主義」(同九十八号所収)、同「法哲学史―要説と年表―」(世界思想社)、井上茂編『現代法の思想』(岩波講座13)の「II・現代法思想の理論的基礎」所収の各論文、等々。

(2) W. Friedmann, *op. cit.*, cf. p. 96.

(3) A. P. ダントレーヴ『自然法』(久保正幡訳・岩波現代叢書)一七八頁参照。

(4) 自然法論は、自然法と実定法を二元論的立場において把握しているともいえるが、自然法に反する「実定法」という観念は

認められないがゆえに、自然法一元論に立脚しているといえよう。

- (5) W. Friedmann, *ibid.*, *cf.* p. 266. なお、矢崎光圀、前出「法実証主義」(法哲学講座・第四卷所収)参照。
- (6) W. Friedmann, *ibid.*, *cf.* p. 275. なお、碧海純一「純粋法学」(法哲学講座・第四卷・所収)。
- (7) これは、自然法論の特徴とケルゼンの純粋法学を例とした法実証主義の特徴の比較からいうことができるのであるが、この点については、両者の相補関係の可能性にも言及している恒藤武一「法実証主義弁護」(同志社法学・第六十三号)一六八頁以下を参照されたい。
- (8) この点についてフリードマンは、分析法学は「法体系の基盤である価値」についての考察を「本質的に分析法学には無関係なものである」と把握していると述べている。したがって分析法学は法体系の基盤に価値が存在していることを否定するものではないのである。W. Friedmann, *ibid.*, *cf.* p. 257.
- (9) フリードマンは、過去二千五百年にもおよび自然法論の歴史は、絶対的正義に対する人類の摸索であるとともに、その失敗の物語りであったと皮肉っている。W. Friedmann, *ibid.*, *cf.* p. 95.
- (10) H. Kelsen, *The Natural-Law Doctrine before The Tribunal of Science (in What is Justice)*

(二) 第二の対立は、実定法に普遍的価値原理が内在しているか否かの問題をめぐって惹起される。いうまでもなく、法は、ある目的のために制定される。目的なき実定法は存在し得ない。この実定法の目的を導びき出すものが、現実的、社会的要請にほかならない。実定法は、それが保有する目的ゆえに、不可避的に一定の価値原理を内在させている。

実定法は価値原理を内在させているというこの客観的事実に対して、自然法論と法実証主義は全く異なった対応をなす。すなわち、実定法の依拠する価値原理に対して、前者は積極的に対応し、後者は対応しないという対照をみせるのである。ところでこの問題は、さらにふたつの側面から検討される必要がある。その第一の側面は、実定法に内在する価値原理の認識の問題であり、第二の側面は、それに対する価値評価の問題である。自然法論は、ふたつの側面の問題を、みずからの対象領域の課題として設定し、実定法の依拠する価値原理を「自然法」との関連において、認識し、かつ評価を

加える。一方、法実証主義の立場は、それらの問題は対象領域外の問題であるとしてアプローチしない。しかし、第一の側面と第二の側面に対する法実証主義の対応には、ニュアンスの相違がある。すなわち、法実証主義は、第二の側面、評価の問題を、法理論の対象としては明確に否定するのに対して、第一の側面、認識の問題については、それを否定せず無視しているにすぎないからである。この点について若干検討を加えておこう。

自然法論が保有するイデオロギー性を徹底的に批判しつつ、十九世紀法実証主義の「法学は、完全に実証主義的とはなっていない¹⁾」として実証主義的法律学の完成をめざしたH・ケルゼンは、「法律学を一切の異質的な分子から解放」することを「純粹法学の方法論上の根本原則」として掲げた²⁾。

すなわち「純粹法学」は、法学を法規範学として確立することを目的とし、(方法三元論に立脚して)規範(Norm)体系たる実定法の認識に、社会学的、心理学的考察を混入せしめることを拒否した。と同時に、純粹法学の任務は、実定法を与えられた姿において認識することであって、それを評価することではないとして、価値判断を法学の領域から除外した。すなわちケルゼンのいう実証主義的思考方法は、与えられたものをそのままの姿において認識することを目的として、実定法体系の依拠する価値原理には考慮を払わないのである。しかし、これらの主張は、実定法は一定の価値原理に立脚しているという客観的事実を否定するものでもなければ、それを目的とするものでもない。それというのも、実定法を論理的体系として認識することを目的とする法実証主義の立場は、実定法に一定の価値原理——ここでいう「価値」とは、「価値あるもの」という意味ではない——が内在しているということを否定するものではないからである。むしろ結論的に言えば、現実には与えられた実定法があるがままに認識しようとする実証主義的思考方法は、その成果として実定法に内在する価値原理がいかなるものであるかを、実定法の分析を通じて帰納することができる³⁾といえるのである。すなわち、「事実認識」として、実定法の依拠する価値原理を体系的に分析し、それを提示することは可能なのである⁴⁾。

さて、この問題を、自然法論と法実証主義の対立という観点から把握するならば、自然法論は、第一の側面における実

定法に内在する価値原理の認識を、事実認識としてではなく、自然法との関連における「価値認識」として認識していることが明らかであろう。すなわち、第二の側面において自然法論が価値原理の評価を積極的に行なうということは、第一の側面における実定法に内在する価値原理の認識を、事実認識としてではなく、自然法との関連における価値認識として行なっているということのコーラリーにほかならないのである。したがって第二の側面における自然法論と法実証主義の対立は、法実証主義の立場は自然法論の行なう価値認識を否定しているということからもたらされるものであるといえるのである。法実証主義によってなされる批判、すなわち自然法論は、価値評価の問題⁵⁾政治イデオロギーの問題を対象認識に含めているという批判は、実質的には、この自然法論の行なう価値認識に向けられているのである。それでは、この両者の対立を止揚する可能性は存在するであろうか、また存在するとすれば、いかなる視点からそれを指摘することができるであろうか。

法実証主義の立場は、終始一貫、価値の問題は科学の問題ではないとして、それを自己の対象領域から除外してきた。そこには、常に実証的であろうとする実証主義的思考方法の貫徹過程をみることができるといえよう。しかし、この実証主義的思考方法を、実定法体系が依拠する価値原理の事実認識にまで広げてはならないという積極的理由は何もない。むしろ、実定法の依拠する価値原理を事実認識として提示するということを通じて、法実証主義は、みずからの立場を全うし得るといえるのである。すなわち、価値評価の問題は政治イデオロギーの問題であるとする法実証主義の立場は、価値論争を科学的に、実証的に行なうための素材と場所を提示することにより、全うされ得るのである。それというのも実定法の依拠する価値原理を事実認識として提示することは、それを価値あるものとするか否かを論ずる価値判断の場面を明確に設定することにほかならないからである。⁵⁾この価値判断の場面の設定によって、自然法論が行なう価値判断の事実認識への混入は、それ自体が政治イデオロギーの表明にほかならないことが明らかにされるのであり、また、それによって自然法の普遍性は否定されるのである。それというのも、厳しいイデオロギーの相剋は、自然法は普遍であるという「普遍

性」の主張それ自体が相対的なものにすぎないということを事実として示すからである。

以上の点から、法実証主義は、その目的とする科学性を全うするために、価値の問題を単に政治イデオロギーの問題として排除するのではなく、実証主義的思考方法に依拠して積極的にアプローチする必要性に迫られているといえるであろう。すなわち、法実証主義は、価値の問題を科学的に論ずるための具体的素材を提供し、価値判断の場面を設定することによって事実認識と価値判断の領域を明確にし、かつ自己の存在意義をより明確にし得ると結論できるのである。と同時に、法実証主義が実証主義的思考方法に立脚して価値の問題に積極的にアプローチしていくならば、普遍なるものとして語られる自然法の相対的性格を明らかにし、自然法の存否をめぐる論争にピリオドを打つことが可能となるといえるであろう。少なくとも、自然法論が自然法の認識において依拠する形而上学的思考方法なるものの実態を明らかにすることは可能であり、それによって法理念論争が科学的に行なわれる基礎が形成されるといえるのである。

この結論を、法的思考方法における形而上学的思考方法と実証主義的思考方法の対立の止揚という観点から述べるならば、ふたつの思考方法の対立は、実証主義的思考方法が、価値の問題に積極的にアプローチし、形而上学的思考方法の克服をめざすことによって止揚される可能性を秘めているといえるのである。そして、この思考方法における対立の克服、止揚を通じて、現代における法理論は、フリードマンの指摘する三つのタイプがそれぞれ保有する機能を、同時に保有するものとして体系化され得る可能性をもつに至ると結論することができるのである。

(1) H・ケルゼン『純粹法学』（田中耕太郎訳）三十九頁参照。

(2) H・ケルゼン、同訳書十二頁参照。なおケルゼンの「純粹法学」に関しては、それがわが国に紹介されて以来、いろいろの研究が多方面からなされているが、「純粹法学」の特徴や意義などについての簡潔にして的確な研究成果として碧海純一「純粹法学」(前出法哲学講座・第四巻所収)がある。

(3) 純粹法学における法段階説の最高規範としての「根本規範(Grundnorm)」の設定は、それを示唆しているものといえる。

- (4) この点との関連において、ケルゼン理論を一方で批判しながら「ケルゼンの構図を逆立ちさせる」ことにより「現実の法体系の記述を試みる」という井上教授の指摘は興味をひくものと思われる。岩波講座・現代法・15・『現代法学の方法』における「現代基礎法学の方法（法哲学）」一七二頁以下参照。
- (5) この点との関連において、法と道徳の分離の主張は徹底的に追求されるべきであろう。それは、法に対する個人の道徳的価値判断の領域を獲得することにも、価値判断の対象たる法の存在を明らかにするものであるからである。なお、H. L. A. Hart, *Positivism and The Separation of Law and Morals* (Harvard Law Review Vol. 71, 1958), Lon. L. Fuller, *Positivism and Fidelity to Law—A Reply to Professor Hart*, (Harvard Law Review Vol. 71, 1958) など参照。

五

現代における法理論の主要傾向に属する自然法論と法実証主義を、それぞれ法哲学—法的観念論と分析法学に属するサンプルとして抽出し、若干の検討を加えてきたのであるが、最後に現代法理論の任務とめざすべき方向性との関連において、簡単に述べておきたい。

法理論（とりわけ基礎法理論）は、実定法学が直面する諸課題を、その究極にまでさかのぼって探求し、その成果を実定法学に還元することをひとつの重要な任務としている。それゆえ、現代法理論は、複雑な社会的現実が提起するさまざまな法的諸問題に的確な解答を提示することを要求されるのである。この要求に応えるためには、フリードマンも指摘するごとく、法が現実社会においていかなる位置を占めているか、またいかなる機能を果たしているかを明確に分析する必要がある。フリードマンは、その分析に際して法哲学—法的観念論、分析法学、社会学的理論のもつ機能が、同時に必要とされるものであることを指摘した。と同時に、三者の相互対立を指摘し、そのなかで法哲学—法的観念論に対する他の二者の対立は、止揚されざる形而上学的思考方法と実証主義的思考方法の対立として提示した。

本稿は、現代法理論に要求される三つの機能を同時に保有する法理論の体系化はいかにして可能となるかを問題意識と

して、思考方法の対立の克服・止揚の可能性を試論的に検討してきた。その一応の結論が、前項で示したごとき止揚の可能性の存在である。しかし、実証主義的思考方法による形而上学的思考方法の克服は、自然法論者の容認し得るところのものではないし、自然法論者は、自然法の変遷を認めてもなお、絶対的・普遍的なるものとしての自然法の存在を主張し続けている。¹⁾

その意味では、形而上学的思考方法と実証主義的思考方法の対立は、決して解消され得ないともいい得る。と同時に、それが完全に解消されるのは、哲学の領域における唯物論と観念論の二律背反が止揚される時以外に期待され得ないともいい得る。しかし、法理論が課題とする重要課題、とりわけ、法が担うべき価値理念とは何かという問題が、実証主義的思考方法の対象として設定され、積極的に追求されていくならば、絶対的・普遍的自然法は存在するか否かの問題は、それほど意味をもたなくなる。それというのも、実証法が担うべき価値理念をめぐる価値観の鋭い相剋の前では、普遍的なるものとしての自然法の主張それ自体が相対化されるからである。

ところで、実証主義的思考方法に立脚する法実証主義は、価値の問題に積極的にアプローチすべきであるとするもうひとつの理由は、法価値の問題に考慮を払わぬという法実証主義の自己限定自体が、ひとつの価値的立場、すなわち政治イデオロギーを表明するものにはかならないからである。十九世紀において、華々しく登場した法実証主義は、近代法体系の整備と、相対的に安定した社会状況を背景に、法的安定性の要求に応えるものであった。すなわち、法実証主義は「法的安定」という要求を大前提として、価値の問題を対象領域から除外したものにほかならない。法的安定性の要求が、ひとつの価値的立場を表明するものであることについては多言を要しないが、現代におけるごとく法をめぐる厳しい対立の前にあつては、それはひとつの政治的立場を表明する以外の何ものでもない。それゆえ、法実証主義は、みずからが立脚している価値的立場に対する考察を要求されるのであり、それについての解答なくして価値理念に対するアプローチを自己の対象領域から除外することの正当性は主張し得ない。

とくに、狂暴なファシストの政治権力に「利用」された「実証主義的法学」は、再び利用されることを拒絶するためにも、みずからの立脚する価値的立場と、みずからがめざす法理念へのアプローチを大胆に行なうべきであるといえよう。

「すべて大きな政治的転回は、法哲学によって用意されていたか、または伴われていたかである。始めに法哲学が、終りに革命が位する」というラートブルフの命題は、法哲学の政治イデオロギー性を端的に表明したものだといえるが、フリードマンは、「全ての法哲学は、法という媒介物を通して政治理念を公式化した以外の何ものでもない」と規定し、「非常に多くの哲学者、政治家、法律家たちが、みずからの理念を法律用語をもって表現することによって、それを客観的事実であるかのごとく体裁をつくらったことは、相剋する理念の不断の葛藤のなかに、混乱と偽善をもたらした以外のなものでもない」と痛烈に批判している。⁽³⁾ この批判は、たんに法哲学者に向けられた批判として受けとるべきではなく、実定法学者を含む全ての法学徒が傾聴すべき批判にほかならない。

「法哲学」のみならず、「分析法哲学」、「社会学的法理論」を含む全ての現代法理論は、みずからの立脚する価値的立場と、みずからがおかれた客観的立場とに厳しい考察を加えるべきである。現代法理論の立脚すべき価値的立場は、戦後法学が原点として共有する戦争とファシズムの否定であり、現代法理論のめざすべき方向は、この価値的立場の全うにほかならない。全ての法理論は、戦争とファシズム否定という政治的立場といかなる関連に立っているか、今厳しく問われているといえよう。

(1) A・P・ダントレーヴ、前出訳書・九五頁参照。

(2) G・ラートブルフ『法哲学』（田中耕太郎訳）一一六頁参照。

(3) W. Friedmann, *op. cit.*, cf. p. 73.