

自然法と実定法(1)

山下平八朗

NATURRECHT UND POSITIVES RECHT

(1)

Heihachirou YAMASHITA

はじめに

「法の目標は平和であり、それに達する手段は闘争である。法が不法からの侵害にそなえなければならぬかぎり—しかもこのことはこの世のあるかぎり続くであろう—、法は闘争なしではすまない。法の生命は闘争である。それは、国民の、国家権力の、階級の、個人の闘争である。

世界中のいっさいの法は闘いとられたものであり、すべての重要な法規は、まずこれを否定する者の手から奪いとられねばならなかった。国民の権利であれ、個人の権利であれ、およそいっさいの権利の前提は、いつなんどきでもそれを主張する用意があるということである。法はたんなる思想ではなくて、生きた力である。だから、正義の女神は、一方の手には権利をはかるはかりをもち、他方の手には権利を主張するための剣を握っているのである。はかりのない剣は裸の暴力であり、剣のないはかりは法の無力を意味する。はかりと剣は相互依存し、正義の女神の剣をふるう力と、そのはかりをあつかう技術とが均衡するところにのみ、完全な法律状態が存在する。……」(Rudolph von Jhering, *Der Kampf ums Recht*, 1872)。法を経験の世界においてとらえてみると、法哲学上二つの相対立する考えがあるといわれる。一つは「在る法」としての観念であり、他は「在るべき法」としてのそれである。前者は「事実としての法」つまり実定法(positive law, positives Recht, droit positif)であり、後者は「当為としての法」つまり自然法(natural law, Naturrecht, droit de la nature)である。実定法は法定立権力によって具体的内容を決定される強力な強制規範であり、つまり権力によってつくられ、権力によって強行される社会規範である。当然ながら、その内容は政治的・経済的・社会的背景を異にし、また時間と場所による制約を受ける可変的・相対的規範であるといえる。法と権力は必須的に結びつき、法は権力を背景に社会秩序を維持するという任務を果たしている。法を象徴する女神(ユスティチア)は

一方に力をあらわす剣ををかざしているものであり、また一方には衡平をあらわす天秤をもつ、つまり正義の女神でもある。法の究極の目的が正義の実現にあり、法によって維持される社会秩序は権力を背景に、正義の秩序が実現されていなければならない。正義ということばの意味は容易に理解しようとして、正義という価値理念は抽象的であり、実際、権力が恣意的に法の形成にあたって正義の実現のためという名目をあたえる場合がしばしばあるから、「正しいものは正しい」と簡単にかたづけられないといえよう。だから実定法の正・不正を判定するための価値基準・尺度として、または実定法が存在する効力根拠として、自然法という絶対的正義を確立し、体系化しようとする試みが、古代ギリシア以来おこなわれてきたのである。可変的・相対的・動的な実定法(在る法)の上に、自然(Nature)にもとづく、時間と場所を超えた、普遍妥当性をもつ、あるいは先験的(ア priori)な「在るべき法」としての自然法が想定されてきたのである。西洋法思想史上、19世紀初頭まで、法は自然法を意味したとまでいわれるのは誇張された表現であるとしても、実定法(人定法)の上にも、より高次の法である自然法が存在しており、人間の社会生活は実定法の規律による以前に自然法の規律に服していると考えられてきたといわれる。人間の所与としての法である実定法が自然法と矛盾し、相反する場合、その規範的拘束力が否定されるというのが、本来の自然法思想であったのである。不正の法(実定法)つまり自然法に反する法には服従しない(消極的抵抗)か、ときには反抗する権利が認められる(積極的反抗)と説かれてもきた。それは実定法に対する正・不正の判断の基準・尺度をなすのが自然法だということであり、二元的構造の思考が自然法論の本質だといえる。ところで「法とは何か」と問うとき、単に法の概念規定の問題だけでなく、法の本質に対する問いでもあるわけだが、われわれは現実には法つまり実定法を想定していることは誰もが首肯するところであろう。自然法論者も実定法の存在を否定しているわけではない。

自然法論の歴史は古代より現代に至るまで続いているのであるが、自然法の根拠をどこに求めるか、自然法にどんな内容を与えるか、自然法と実定法との関係をどう理解するか、自然法論の種類、性格、形態は多様であり、それらの相違を区別することは容易なことではない。まさに法哲学の歴史そのものであるといえよう。「名称を除いては、中世の自然法概念と近代のそれとの間に共通なものほとんどない」(ダントレーヴ)、また「法哲学は、最初から19世紀の初頭まで、すべて自然法論であった」(ラードブルフ)とされる十分な理由が見出される。法思想史の上で自然法理論の分類が許されるとすれば、①古代の自然法論、②中世の自然法論、③近代初期(18世紀まで)の自然法論、それに④現代自然法論と区別されることになる。そして、③と④の間に19世紀に抬頭した法実証主義が参加することになる。かくして19世紀以来、主役は法実証主義と交替することになったのである。法実証主義は近代国家の制度的確立と近代法の秩序の整備などを歴史的背景としており、実定法一元論、自然法の存在否定を内容としている。自然法論がそうであったように、法実証主義と観念される思考も多様であるし、いわゆる「わくづげ」の面において、あまりにも広く、またときにあまりにも狭く、しかも明確さに欠けるといわれているが、いずれにしても19世紀の後半には、法実証主義が世界の犬勢を占めたわけであり、「自然法の夢は見尽された」(ヴィントシャイト)のであった⁽¹⁾。

自然法 「自然(Natur)」と「法(Recht)」の二つの語句の合成により自然法(Naturrecht)を意味づけているとされる。自然法(physeidikaion)は最初ギリシア哲学に登場した概念である。ローマ人はこれを*ius naturale*と訳したといわれる。古代以来歴史に現われた自然法論の伝統的な観念は多様であるが、「何らかの自然的な事態・秩序(=自然)又は先験的な倫理的法則・価値に基づいて、必然的に存立する、正しい人間生活のための規範」⁽²⁾を自然法概念としてとらえることができる。そして自然法の原理として「歴史的民族的制約を超えた普遍妥当性」をもち「アプリアリな思弁・直観・啓示によって認識される」とされる。伝統的自然法論では「人間の本性」または「事物の自然」(Natur der Sache)を自然法の源泉とした。トーマス・ホッブスは「自然状態においては、万人の万人に対する闘争(bellum omnium contra omnes)が続くために、人間の本性は非社会的である。われわれが平和裡に生活を営むことができるためには、また労働の収穫を享受することができるためには、国家の建設が必要である。この理性による洞察のみが、このような状態を克服する」⁽³⁾と「人間の本性」を説明している。カントは、自然的存在者としての人間(homo phaenomenon)と理性の担い

手としての人間(homo noumenon)を区別して、後者が前者に対して道徳律を指図する、したがって道徳律は本性に課せられる⁽⁴⁾としている。

自然法(Naturrecht)のうち、恒久的意義のある部分は、「自然」(Natur)にあるのではなく、後の法(Recht)の方にあり、一切の自然法論に共通した恒存的なものは、ただ「自然法という語の第二の部分に表現されている Rechtsgedanke」現実の社会秩序や実定法の正当性根拠の探究にある、「自然を援用することは、それぞれの論者が採択した究極の価値判断に絶対的確実性の印象を与え、それを一切の疑惑から守るための手段にすぎない、というのがハンス・ウェルツェルの主張である⁽⁵⁾。また実践理性のアプリアリな道徳方則から、理性的に必然とされる法体系を演繹したカントの自然法が「自然なき自然法」といわれるのは興味があるとされるところである。

伝統的自然法の特徴の一つである普遍妥当性についてプーフェンドルフは「全人類がそれを遵守すべく拘束されるという意味で普遍的 universal、実定法の如く変化に服することはないという意味で恒久的 perpetual」だ⁽⁶⁾。しかし自然法の普遍妥当性は、人間社会に、同一内容の自然法規範が無条件的に妥当するという厳密な意味の主張ではなくて、たとえば、トマスの「自然法の不変部分と可変部分の区別」とかストア哲学の「第一次的自然法(primäres Naturrecht)と第二次的自然法(sekundäres Naturrecht)の区別」、トレルチの「絶対的自然法と相対的自然法」といったような何らかの留保が付されている場合があることに注意する必要があるとされる。

中世の神学的自然法論は、スコラ哲学の体系を完成させたといわれるトマス・アクィナスの「神学大全」(1266-7)に求めうる。人間の共通善を説くとともに「法とは社会の福祉を司る者によって制定されかつ公布される、共通善を目的とする理性の命令」とし、法を神法・永遠法・自然法・人定法に分ける。神法は神により直接啓示された法であり、聖書を通じて伝えられる。永遠法は「すべての行為と運動を導くものとしての、神の叡智のうちに存する理念」つまり神の理性に基づく神の宇宙支配の計画であり、永遠法を人間が分有したものが自然法であり、「すべてのものは神の摂理に従属する故に、永遠法によって規則、標準を与えられる」が特に理性的被造物である人間は「永遠的理性をも分有し、それによって自らに適合する働き及び目的に向う自然的(本性的)な欲求を有する。そしてこのように、理性的被造物における永遠法の分有が自然法に他ならない」。これに対し現実の社会秩序の維持に対応するため、人間理性によって創設された法が人定法(実定法)である⁽⁷⁾。また「法は正義と一致する限りにおいて法の力を有する、

…理性の第一の規則が自然法であるがゆえに、すべて人間によって制定された法は、それが自然法から導き出されたものである限りにおいて法の本質を有し、もし人定法がある点において自然法から外れているならば、それは法というよりは、法の歪曲」である。トマスに代表される中世の自然法が「神の摂理と人間の理性の結合の環」の役割をはたしたといえよう。

自然法の規範体系が構成されたのは17世紀啓蒙期（近代前期）のことである。それはグロティウス（Hugo Grotius 1583—1645）にはじまり、プーフENDORF（Samuel Pufendorf 1632—1694）、ヴォルフ（Christian Wolf 1679—1754）らによって継承発展させられた。彼は自然法を神学から解放して、人間理性に根拠を置く自然法論を展開した最初の人といわれている。「戦争と平和の法」の中で「自然法は、神もこれを変え得ないほど不変のものである。神の力は測り知らぬものとはいえず、その力の及ばぬあるものが存すると言い得る」、
「神さえも、二の二倍が四にならぬようには出来ないと同じように、本質的に悪しきものを悪しからずとなすことは全く出来ない」という有名なことばは、彼をして近代自然法の父として位置づけるに足るものといえよう。人文主義者であり法律学者であったグロティウスの自然法は、法理的色彩と豊かな具体的内容で充たされ、後継者達の体系構築のための採石場を提供することになったのであり、「自然法を国家およびその実定法規の根底とし、生命、自由、身体安全、私的所有、および契約などの自然法上の権利を、国家およびその実定法規の侵すべからざる基本権と見る見解を示唆したこと、国家主権説および国家法人説への礎石をおいたこと、三権分立論の萌芽を示したこと、契約の神聖性を強調したこと、などはのちのひとびとに影響をあたえた彼の貢献である」⁽⁸⁾。

世界観的傾向としては、保守的なものと批判的・革新的なものとの混在し、自然法論の中に表現される、価値観、イデオロギー的内容は、各時代、説く人により多様である。若干の例を示すなら、ホッブスの国家権力絶対主義、ロックの最高権力が自然法的基本権によって必然的に制約されるとする自由主義的国家観、両面をそなえたルソーの主権論、などをみれば充分であろう。近代初期の自然法理論が、モンテスキュー、ルソーなどに代表されるように、近代革命のイデオロギーとして、また近代民主主義国家体制確立の基礎としてこれまでの自然法論にくらべて、はるかに実践的政治理論としての性格と実証主義的色彩の濃度を増した自然法論たる特色をうかがうことができよう。

17・8世紀の法思想界の主役であった自然法論は、19世紀に入ると退潮の傾向を示していった。ドイツでは、カントとヘーゲルを代表する観念論の法哲学と時期的に

並行しつつ歴史法学が抬頭する。一般にはサヴィイニー（F. K. v. Savigny 1779—1861）にはじまるといわれているドイツ歴史法学が自然法に対する正面からの反撃に出た。法の歴史性と民族性の強調を本旨としたこの歴史法学から、やがて19世紀ドイツ法実証主義が生まれていくことになるのである。ところで法実証主義に対する反省としてシュタムラー（Stammler 1856—1938）により、普遍妥当的な法理念と「内容の変る自然法」が説かれ、フランスではサレイユ（Salleilles 1855—1912）やジェニー（Gény 1861—1956）などにより自然法が一般法思想界に導入され、イタリアでもデル・ヴェッキオ（Del Vecchio 1878—1970）が人格主義・自律倫理を基本とする自然法を提唱して法実証主義に挑戦した。またジョセフ・シャルモンは「自然法の再生」（1910）を、ハインリッヒ・ロンメンは「自然法の永劫帰還」（1936）を著しているが両著のタイトルが20世紀における自然法思想の動向を象徴しているといわれる⁽⁹⁾。

第二次大戦後の法哲学は、ドイツにおいて多くの実践的課題に直面したが、特にナチスに対する悪法の法的性格否定という理論構成と、具体的な戦後処理の問題に対する解決等の状況から、現代自然法論の熱いピークを形成していった。

まずラードブルフ（Radbruch 1878—1949）の「五分間の法哲学」、
「実定法の不法と実定法を超える法」で戦後の法哲学の指針が示され、それによれば、「事物の本性」の高調と法実証主義批判を通じての「自然法の提唱であり、「不正な法」の無効を強調することであった。

ドイツの現代自然法論は、「人間の尊厳」としての自由に重点がおかれる倫理的諸価値にもとづく自然法の提唱であり、経験的所与としての「事物の本性」による制約を説くコーイング、スコラ哲学を基礎に、マックス・ヴェーバーの現象学的方法を採り入れ、開かれた自然法を提唱するロンメン、実存主義的法哲学を意図して歴史的に内容を形成していく弾力的自然法を提唱するフェヒナー、ラードブルフの相対主義を発展させるE・ウォルフ、法史学の立場から自然法を提唱したミッター、ケルゼン理論を自然法的に変えたフェアドロスなどナチスの悪法否定という現実かつ実践的な課題を契機として、ナチスの侍女と化した法実証主義批判という共通の立場をもって発展していったのである。ここでは、自然法は「固定した法」でも「超越した法」でもなく、「内在した法」として、自然法に経験的要素が導入され、自然法に歴史的弾力性を説くなどの特徴を見せているのである。

戦後10年にして、自然法論の過熱的な法実証主義攻撃の沈静をみるようになったが、現在でも自然法論はヨーロッパ諸国でかなり有力である。オーストリアのフェア

ドロス (Alfred Verdross) イタリア出身で英米の学界で活躍するダントレーヴ (A. P. D'Entrèves), ベルギーのジャン・ダバン (Jean Dabin), フランスのミシェル・ヴィレー (Michel Villey) などトミズムの傾向を有する自然法論が展開されている。アメリカでは、プラグマティズムの法哲学が主流であるが、1920年以降、司法過程の経験科学的研究から、リアリズム法学が発展しているが、戦後これらと競合して自然法への関心も高まった (10)。

〔未完〕

〔注〕

(1) はじめに 全体をとおして「主題」である「自然法と実定法」およびその理論的背景となる「自然法論と法実証主義」の概観を試みたのであるが、参考文献としては、特に①加藤新平「法哲学概論」(有斐閣, 法律学全集 I 1976) ②八木鉄男「法哲学史」(世界思想社第二版 1976) を参照させていただいた。以下「自然法」の項も同様である。

(2) 加藤前掲書 161頁参照

(3) Leviathan, 14. und 26Kap, 1651.

(4) Grundlegung der Metaphysik der Sitten, 2. Autl, 1786.

(5) H. Welzel, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 4. Aufl., 1962, S. 237ff.

(6) Pufendorf, De Jure Naturae et Gentium, Bk. 2, ch. 3. sec. 1.

(7) トマス・アクィナス「神学大全」(稲垣良典訳)

(8) 和田小次郎「近代自然法学の発展」19-40頁参照

(9) Josephe Charmont, La Renaissance du droit natural. Heinrich Rommen, Die ewige Wiederkehr des Naturrechts, 1936.

(10) 稲垣良典「最近のアメリカにおける法思想」1958年法哲学年報参照。なお加藤前掲書231-237頁参照

〔参考文献〕

碧海純一 法哲学概論 (全訂第一版) 1973
 阿南成一 法哲学 1975
 加藤新平 法哲学概論 (法律学全集 I) 1976
 八木鉄男 法哲学史 1976
 “ 現代の法哲学理論 1971
 “ 分析法学的研究 1977
 岩波講座 現代法 15 1966
 “ “ 13 1966
 恒藤武二 法思想史 (現代法学全集 3) 1977
 矢崎光圀 法哲学 (“ 2) 1975
 H.L.A.ハート 法の概念 1976

H.ケルゼン 自然法と法実証主義 1973
 黒田覚他訳
 K.N.ルウエリン他 現代の法思想 1966
 恒藤武二編訳
 A.フェルドロース 自然法 (第二刷) 1976
 原秀男訳
 A.P.ダントレーヴ 自然法 (第21刷) 1975
 久保正幡訳
 矢崎光圀編 現代法思想の潮流 1967
 H.ミッタイス 自然法論 1971
 林 毅訳
 ホセ・ヨンバルト 法哲学入門 1976
 阿南成一 現代の法哲学 1960
 井上 茂他編 法哲学講義 1970
 尾高朝雄 改訂 法哲学概論 1953
 団藤重光 法学入門 1973
 平野秩夫 法哲学原理 1964
 和田小次郎 法哲学 (上) 1943
 “ 近代自然法学の発展 1951
 シュタムラー 法及び法学の本質 1942
 和田小次郎訳
 水波 朗 法の観念 1951
 ラードブルフ 法哲学 1961
 田中耕太郎訳
 “ 阿南成一他訳 実定法と自然法 1961
 “ 山田 晟訳 法哲学綱要 1963
 尾高朝雄他編 法哲学講座 (1~8) 1956~61
 井上 茂 法哲学研究 (第一巻~三巻) 1971~2
 ヴィアッカー 近世私法史 1961
 鈴木祿弥訳
 グッドハート イギリス法哲学の発展 1958
 山下博久訳
 ケルゼン 神と国家 1972
 長尾龍一訳
 ロンメン 自然法の歴史と理論 1961
 阿南成一訳
 H. Kelsen, Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus 1928
 Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie 1892
 H. Welzel, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit. 3. Aufl., 1960
 A. P. d'Entrèves, Natural Law 1951
 A. Verdross, Abendländische Rechtsphilosophie 2. Aufl., 1963.
 Heinrich Rommen, Die ewige Wiederkehr des Naturrechts 2. Aufl., 1947
 Heinrich Mitteis, Über das Naturrecht 1948
 K. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., 1969
 H. Kantorowicz, The Definition of Law 1958
 Austin, John, The Province of Jurisprudence Determined, (by H. L. A. Hart) 1967
 H. L. A. Hart The Concept of Law 1961
 H. Kelsen Reine Rechtslehre 2. Aufl., 1960
 Radbruch, G. Rechtsphilosophie 6. Aufl., 1963