

〈翻 訳〉

黄山徳著 『法哲学講義』 第4訂再版(2)

San-Duck HWANG, Vorlesungen über
Rechtsphilosophie, 4 Aufl., 1985,
Korea

鈴木敬夫 訳

Übersetzer: Keifu SUZUKI

[韓] 黄山徳 《法哲學講義》第四次修訂版再版

譯者序

[日] 鈴木敬夫

韓國法哲學界，有兩部著作居於代表性之地位。其一乃李恒寧（Lee, Hang Nyang）先生所著《法哲學概論》第三版、2004年（初版1974年，博英社）¹；其二即為本譯之原作——黄山徳（Hwang, San Duck）先生所著《法哲學講義》第四次修訂版再版（初版1950年，邦文社）²。“二戰”結束已曆六十載，其間，韓國法哲學學界諸多學者銳意進取，各樣法學著作

¹ 李恒寧該書之再改定版（1981年），已由鈴木敬夫譯為：《法哲學概論——法哲學之風土方法與世界史之構造》I・II兩卷，（1990年，成文堂）。

² 黄山徳該書第三版（1973年）之中，第三章“法與力”§20，“法與非法”，于《札幌商科大學論集》第25卷（1997年）；第2章“作為正義之法”§12，“自然法與體系論”，於《法學研究》第16卷第1號（1980年，北海學園大學）；該書末尾所載總括黄山徳博士法哲學思想之《附錄》：“法者何謂——強民論之提倡”，于《現代韓國之法思想》，鈴木敬夫編譯（1982年、成文堂），翻譯刊行。

不斷湧現，然而即就於此，將上述兩大著作稱之為：于當代韓國法哲學，有孕育之功之“雙璧”，實乃絕非過譽。

此兩大著作之特色，概而言之，李著乃法哲學中風土自然法論，立腳於風土法內中所有之一般共性同特定化之特殊個性，更對其進行世界史構造層面之展開——時間構造上，劃分為古代、中世、近代、現代；空間構造上，劃分為東方社會、中方社會、西方社會——詳為貫徹、解明，殊堪東亞法哲學之代表性著作。黃著則很早即引維特根斯坦語言分析哲學之方法為自家方法論，試圖以此嘗試對凱爾森“純粹法學”，於倫理學、政治學、社會學上之考察悉數排除於法學之外，遂同終極規範論——決定作為“妥為安排之當為體系”之法規範之“終極規範”——之間對峙問題加以克服。與此同時，黃山德博士視凱爾森理論所有之歷史—社會問題意識（體系論之批判），為抵制獨裁、擁護民主之法理而重視之，援此為戰後重蹈動盪之韓國確立民主法治方向，奠定基礎。黃山德博士之著述與譯作，為韓國凱爾森法哲學之接受拓清道路，此中所有之影響力，於今尚未可盡知。³

譯序之為物，蓋於原作逐譯前後之經過，當有所交待。先者，筆者同此著結緣，始於1975年、德國之弗雷德堡（Freiburg）。承蒙威爾澤爾（H·Welzel）之高足、鄭鐘晟博士⁴從中引薦，筆者徑直投書于時任法務大臣之黃山德博士。迅即，即得拜受博士玉著《法哲學講義》第三版之惠贈。“目盲之人，不知蛇之可懼”，正乃斯言之謂！感謝、激動之情難於言表。自德國歸，即致力此第三版（全385頁）之日文翻譯。1982年春，大體譯畢，乃攜手書之譯文，拜會博士于漢城府上。

³ 參照：鈴木敬夫：《韓國邏輯實證主義之展開——經驗主義法哲學側面之一》，載《札幌商科大学論集（法律編）》第33號（1982年11月），133頁以下；《韓國現代法思想小考》，載《札幌商科大学論集（商經編）》第31號（1982年3月），119頁以下等。

⁴ 有關鄭鐘晟博士之人與思想，參見：《鄭鐘晟教授追悼文集》（1985年，成文堂）。其代表作：Zjong Uk Tjong, *Der Weg des rechtsphilosophischen Relativismus bei Gustav Radbruch*, Bonn 1967. 另參見拙著：《法哲學之基礎——拉德布魯赫之法哲學》（2002年，成文堂），第111頁以下。

不意，此時博士正當此書第四版之改定作業之中。日譯之中多有費時斟酌之處面臨廢棄。當此之際，不由茫然無措。旋即，筆者抱定譯作必與新版同步、再向新譯本挑戰之決心而歸。時隔數月，得博士惠寄之詳細書簡。特意針對翻譯需下手處，三四兩版相異之所，亦即何處削刪、何處加筆增添，一一詳加開列。尤於當可視作概括博士法哲學思想之卷末《附錄》，明記有“全部改寫準備之中”字樣。此實為博士于翻譯者之惠意關懷。

然則，當 1983 年 3 月刊出之《法哲學講義》第四修訂版收到，新舊兩版對照之下，即發現新版所作刪改幅度之大，遠在先前開列條目之上。唯該版結尾《附錄》同此前之第三版相比，變動不大，原有思路大體維持。又二年，“第四次修訂版再版”（1985 年）出，視之，不僅進一步之削刪、加筆隨處可見，尤其文末《附錄》得以全面改寫。正因於此，“第四次修訂版再版”初見之下，當即想到，此版莫非仍乃有待改定而未定之物？加之，此時之黃山德博士業已轉入佛哲龍樹、元曉諸佛教哲學之研討，“法者何謂”、“三人三法”等等法本質虛無之法理追求之，已非拘泥於“法與非法”，而乃於所謂“法”與“佛法”之異同、法哲學同佛教哲學之接點，深加探討。1986 年夏訪韓之時，博士手披元曉《金剛三昧經》諸經卷，論及法中“應無所往而生其心”之意蘊，對於遲早間問世之“第五修訂版”之主旨示以新之展望。當此之時，筆者于新版譯事頗感躊躇。試想不久之將來，博士立基於佛教哲學而作成“第五修訂版”，日文譯本自當以最新版為佳。然則，此譯事對於如筆者之佛教門外漢而言，不由不自思究竟何以承擔？大略如此一番來歷，對於有志于介紹韓國法哲學思想于日本之筆者而言，就時間上視之，此著自 1955 年初版以來，改筆不斷，享譽“具有恆久價值之韓國法哲學里程碑”⁵ 而成就為堪以代表韓國法哲學之大著之一，於是乎，不由得不把李恒甯先生所著《法哲學概論》（1981 年版）之日譯稍加擱置，先行此書之譯事。

⁵ 金哲洙：《風土的自然法論考》，載《法學》第 6 卷 1 號（1964 年），漢城大學法學研究所刊，第 51 頁以下；拙譯載《札幌商科大學論集（商經編）》第 26 號（1980 年），第 155 頁。

殊料突然之間，1989年，黃山德博士逝世。玉著幾經改定，最終只留下此“第四次修訂再版”。前文述及，博士惠寄書簡之中，曾有欲對“第三版”之《附錄》“全面改作”之語。順著自“第三版”《附錄》“全面改作”為“第四次修訂版再版”《附錄》之思想變遷，博士當時之思想已然得以完成。考察“第四次修訂版再版”及同時期所著《佛教與法哲學》(1985年)⁶，即可得知。

時光流逝，2004年11月，受韓國法哲學研究會之邀，筆者得以有機會前往參加慶祝韓國法哲學界長老李恒甯博士90壽辰之秋季學術大會，並於會上發表拙論《關於李恒甯博士的〈法哲學概論〉》。所以如此，乃是基於筆者系李著《法哲學概論》之日文譯者。參加此一會議，得以與韓國全國集聚而來之老少新銳法哲學者深入交流，且得與其中多位李恒甯博士及故黃山德博士之弟子門人及孫弟子輩結識。談及日韓學術交流遠景，筆者深感韓國法哲學在日介紹事業任重而道遠，更痛感應如李恒甯先生之《法哲學概論》日譯一樣，努力完成黃山德先生《法哲學講義》日譯之作業。

目次

第1章 序章

第2章 ギリシャ・ローマの法思想

第3章 キリスト教世界

第4章 市民社会の法

第5章 法と現実

§ 12. 反逆の世界

§ 13. 生物学ないし実力的思想

§ 14. 唯物史観

§ 15. 功利的傾向の法思想

§ 16. 法社会学

§ 17. 一般法学

○§ 18. 新カント学派の法哲学 (本号)

§ 19. 法と力

第6章 現代の法哲学

⁶ 黃山德：《佛教與法哲學》、《佛教與科學》載《東國大學建校80周年紀念論叢》(1987年)，第381-396頁。

§ 18. 新カント学派の法哲学

a) カントの哲学

(i) カントは彼の主著『純粋理性批判』(Kritik der reinen Vernunft, 1781)において、形而上学と経験論を総合した第三の立場である「批判主義」を確立しようとした。ここで彼は知識の形式と素材を区別し、「素材」は経験から与えられるもので相対的であるが、知識の「形式」は先験的(a priori)に認識主観に備えられたものであって、絶対的であり、普遍妥当的なもの、と論じている。批判主義は知識の根源を経験から求める点では経験論と一致するが、経験の基礎の上に認識の先験形式をもたらず点では経験論と別である。同時に、それは真理の客観性と絶対性を主張する点では形而上学と共通するが、知識の普遍妥当性をその形式だけに局限し、その内容にまで及ばない点で形而上学の独断論を批判するものである。

カントによれば、存在論的意味における自然それ自体、すなわち「物それ自体」(Ding an sich)について、何の言葉もいうことができない。自然は経験を通して、所与(das Gegebene)として与えられる時にだけ、また、その限度内において認識の対象(Gegenstand der Erkenntnis)となる。この対象は、まず人間の感覚を通して知覚されて、直観(Anschauung)を生じ、このように直観されたものは悟性(Verstand)の形式(因果律を包んだ12個の範疇(kategorie))をとって構成され認識となる。認識は、その素材を経験から求めるが、このように経験を通して与えられた認識の対象は、それが先験的悟性形式をとって構成されることによって初めて普遍妥当な認識の世界に上ることができる。

このようにして、仮に因果法則が普遍妥当な自然法則になることができるのは、それが自然のなかに、そのまま実在しているからではなく、先験的な悟性形式の一つである因果律が経験を通して接する自然的客観の世界をそのように構成しているからそのようになるのである。

(ii) 因果律は、経験的自然の世界では普遍的に妥当するが、超経験的道德の世界では他の原則をもって行わねばならない。カントが彼の『実践理性批判』(Kritik der praktischen Vernunft, 1788)で探求したことは、このような道德の世界で行われる法則であった。

彼によれば、道德的信念の主体である人が彼の確信に従って定立する意志の法則は、自然的因果性には関係なく、必ず履行されるべきものである。因果律を根拠として自然科学の知識は、自然界ではその真理性を主張できるが、これによって道德的自由(因果法則の支配からの自由)の要請を否定することはできない。ここでは経験的悟性認識の限界があり、カントの「実践理性の優位」(Primat der praktischen Vernunft)が認められる。換言すれば、道德の世界で行われる法則は自由(Freiheit)の原理であり、当為(Sollen)の法則である。当為の法則は自由の原理を予想している。その理由は「できる」(können)という自由を予想しなくては、「すべきである」は当為の要求はあり得ないからである。自由は自律(Autonomie)であり、理性の自己立法である。我われは自由になることはできるが、自由を所有することはできない。自由は道德律の存在根拠(ratio essendi)であり、また道德律は自由の認識の認識根拠(ratio cognoscendi)である。

(iii) それでは道德律はいかに定立するか。実践理性が定立する道德律(moralische Gesetz)とはいっても、それが具体的な内容をもつ場合、必ず経験的事実の制約を受けて相対的・蓋然的にならざるを得ない。具体的に意志の準則を定立する道德律が民族によって異なり、歴史と共に推移するのはこのような理由による。しかし、道德が道德として認められるための純粋形式に至ると、環境の相違と事情の変化による影響を受けずに、ここでそれは普遍妥当な権威をもって臨むことになる。このような道德の純粋形式的法則をカントは「定言命令」(kategorischer Imperativ)と呼び、それをつぎのように表式化した。

「汝の意志の格率が常に同時に普遍的立法の原理によって妥当するように行動せよ」。(Handle so, dass die Maxime deines Willens jederzeit zugleich als Prinzip

einer allgemeinen Gesetzgebung gelten könne.) {K.d.p.V.54 (§ 7)}

このように、意志の普遍妥当的法則は自己以外の他の権威から受ける他律の命令ではなく、自己自身のなかに求めなければならない自律の原理である。それゆえ人間は道徳律の創始者としての尊厳性をつねにもつべきであり、けっして他の目的の手段になってはならない。

こうして、定言命令はつぎのように継続する。「汝は人間性を、それが汝自身の人格にあるか、または他人の人格にあるものであるかを問わず、つねに同時に目的として扱い、けっして単純な手段として扱わないように行動せよ」。(Handle so, dass du die Menschheit, sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden andern, jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloss als Mittel brauchest.) このようにして自然界は因果法則によって支配されるが、道徳界では当為の法則が存在の法則を克服する。

道徳の世界は因果法則の支配を受けない自由の世界であり、道徳的人格は因果法則から自由に自律的に行動する。このようにして、カントは大胆にもつぎのように断定した。

「汝はなすべきであるから、汝はできる。」(Du kannst, denn du sollst.)

(iv) 人間は、一面では自由なる道徳的人格であると同時に、他面では、経験的事実の世界に属している。ここに人間生活における理想と現実、当為と存在の二律背反 (Au tonomie) がある。このとき、人間の歴史が真の自由を実現させるためには、人間社会の秩序を攪乱する恣意に一定の限界を設定しなければならない。こうして、道徳の理想と現実生活との接触面に、一面では道徳に「奉仕」しながら、他面では道徳から「分化」された特殊形態の規範が発達するようになった。これを法と呼ぶ。こうして、カントはつぎのように定義している。「法は一人の恣意が他人の恣意と自由の一般原則に従って、相互に結合できるための条件の総体である。」(Das Recht ist also der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Ge-setze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann.)

義務の履行を命ずる点では法は道徳と異ならず、法的義務は道徳的義務から派生したものであるが、道徳が義務履行の内面的動機を直接問題視するに反して、法は動機を問わず、ただ行為が外面的に義務に合致するだけで満足しようとする。「道徳性」(Moralität)は行為が道徳律に根拠して義務観念が動機となって行なわれたときに認められる。これに対して、「合法性」(Legalität)は、動機はいずれにしろ、まず行為が外面的に法則に合致しさえすれば、認められる。行為の単純な外面的合法性は、「強制」(Zwang)の手段として実現されるが、強制された道徳は真の道徳とはいえないので、道徳性には強制的契機は包含されない。

(v) 国家内部の共同生活は、こうした法によってその平和が保障できる。しかし、国家と国家のあいだの恣意的な相互関係は、国家以上の法的権威がないので、つねに戦争の脅威を受ける。国際平和は何よりも貴重な政治上の「最高善」であり、世界の永久平和を確保するためには多数の国家を超越した世界単一の万民国家を創立するのが最も合理的な方法となるであろう。しかし、現存する各国が、その主権を放棄し、単一の政治社会に統合されるのは、理論上(in thesi)は正当であるが、実際上(in hypothesis)は不可能に属する。こうして、カントは彼の『永久平和論』(Zum ewigen Frieden, 1795)で、すべての国家が民主的法治国家になること、そのような民主国家の間で、協定によって国際連盟が組織されること以外に永久平和を確保する道はない、と断言している。

b) カント以後 カントの哲学は、彼の死後崩壊してしまうほど没落した。それはおよそ二つの事情がその理由だと考えられる。

- ① カント以後のドイツ観念論がフィヒテ(Fichte)、シェリング(Schelling)を経てヘーゲル(Hegel)に至る間、カントが強調した理想と現実、自由と必然の二元的対立はしだいに止揚され、いかなる現実であっても理念が現実化される限り、段階としての意味があると認められるようになった。とくにヘーゲルに至って「現実的なものは、すなわち理性的なものであり、また理性的なものは、すな

わち現実的なもの」と主張されるようになると、カントの二元論は完全に廃棄されるに至った。しかし、このような理想と現実間の間隙を否認したまま、ヘーゲルが万有の規定根拠を理性から探し出すとすれば、それは、また同一前提の下で、反対に物質を絶対的規定者に見ようとする唯物論が現れるのを防ぐ方法はないだろう。マルクスの唯物弁証法は、ヘーゲルの哲学をそのまま転覆することで形成された。そのような意味で、ヘーゲルの哲学は唯物論へ転換する契機を自分の中に内包しているといえよう。

- ② 19世紀における自然科学の急速な発展はカントの哲学が衰退したもう一つの事情となった。この世紀に至って、物理学、生物学が余りにも発達したので学者たちの主義は外部的自然界だけに傾注して、人間の精神や社会生活までも自然と同じく、因果必然の理法で説明できると考えた。こうして、精神作用までも脳髓の内部で起る物質変化の結果だとみる極端な唯物論も生れた。

c) 新カント学派

(i) しかし、唯物論に対する反省の声が高まり、物質にそのまま還元できない精神の意義は、あらためて学者によって認められるようになった。こうして、事実に対する理想の尊厳性を主張し、存在に対する当為の権威を確立する熱烈な運動が展開された。このような新しい動きは、その哲学的拠点をカントに求めたので、普通、これを「新カント学派」(Neukantianer)の運動と呼んだ。彼らはカントによって確立した批判主義を一層徹底にすると同時に、それを広く文化領域にまで拡大して適応しようとした。

また彼らの信条は「カントを理解するにはカントを克服することである」(Kant zu ver-stehen, heisst, Kant zu überwinden.)であった。

(ii) 新カント学派の哲学は、普通、つぎのような二つの分派に区別される。

- ① その一つは、「マールブルク学派」(Marburger Schule)でその代

表者はコーヘン (Hermann Cohen, 1842-1918) であった。彼は論理学において純粹思惟 (reines Denken) の作用を認めると同時に、倫理学では、これに対応する純粹意志 (reiner Wille) の概念を確立した。慾望の制約を受けることなく純粹に自らの働きで当為法則を定立して、これに従って行為の世界で能動的に自身を実現する意志を純粹意志という。このような思想は、後にナトルプ (Paul Natorp, 1854-1924) によって一層発展することになった。

- ② もう一つは、「西南ドイツ学派」(Süd-west-deutsche Schule) で初めてヴィンデルバント (Wilhelm Windelband, 1848-1915) によって創設され、リッケルト (Heinrich Rickert, 1863-1936) によって組織化された。彼らはドイツの西南部に位置するハイデルベルク大学で活躍した。彼らによれば、当為は先験的・超個人的規範意識の法則であり、すべての実在はこのような当為法則によって評価される。この時の価値基準は、心理的な善し悪しの判断で定められるのではなく、論理的な絶対価値で妥当性がはかられた。

知識・道徳・芸術などはすべてこのような意味において固有価値をもち、哲学はこの絶対価値の学として「価値哲学」(Wertphilosophie) にならなければならない。同時に、哲学はまた文化の根本原理も究明しなければならないから、それは文化価値を中心問題とする「文化哲学」(Kulturphilosophie) にもなるべきである。

- (iii) 新カント学派は、それぞれの法哲学にも多くの影響を及ぼした。まず、マルブルク学派の陣営ではシュタムラー (Rudolf Stammler, 1856-1938) が出現し、純粹法学の創始者ケルゼンもコーヘンの影響の下にある学者であったといえよう。つぎに西南ドイツ学派の陣営では、法学方法論で独自の領域を開拓したラスク (Emil Lask, 1875-1915) (第一次大戦で戦死) がおり、さらに法哲学を価値哲学として体系化することによって民主主義の法原理を導き出したラートブルッフ (Gustav Radbruch, 1878-1949) もこの分派に属する学者であった。

- (iv) 今日、新カント学者は一般にはすでに過去の遺物になったとされ

る。しかし、20世紀の20年代から30年代に至る間、法哲学上で最も積極的に活動し、また実に多くの輝かしい業績を残した法哲学者は、そのほとんどがこの学派の陣営から生れたものである。今日、エーリヒ・カウフマン (Erich Kaufmann) が新カント学派の法哲学の形式性・一次元性を非難しているが、いまだそれに代置する体系的な法哲学が出ていないことを考えれば、この学派の法哲学を深く検討し、その功罪を正当に評価することは、今日においても法哲学を学ぼうとする者の重要な課題の一つといえよう。

d) 批判主義法哲学

(i) カントの批判主義をカント以上に厳しく法の根本問題に適用することによって、「批判主義哲学」の立派な体系を樹立した学者は、マルブルク学派に属するシュタムラーであった。批判主義によれば、一定の対象に関して普遍妥当の原理を確立しようとする、つねにその対象の純粹形式を探らねばならない。その対象の純粹形式は、その認識または価値判断に関する普遍妥当性をもつ。これに反して、一定の対象にその形式と共に包含される素材は、そのすべてが経験を根拠とするものであり、したがって、それはつねに相対的なものであって、時と場所によって変化する。それゆえに、もし法哲学が法に関する普遍妥当な原理を確立しようとするれば、それは必ず法の純粹形式を探らねばならない。ところが、これまでの自然法論は、内容のある自然法を構想しながら、その制約された具体的な内容に、制約のない妥当性を認めようとしたので、そのすべてが誤謬に満ちた独断論に陥ってしまった。またカントまでもが死刑の普遍妥当性を認めた点からみても、このような誤謬から抜け出すことができなかつたのである。こうして、シュタムラーはカントによって犯された自然法の独断を排除し、純粹に批判的な立場で法の問題を考察することを自らの課題とした。

(ii) シュタムラーによれば、法の純粹形式は、法を法として考えるための根本前提になり、法に対する一切の価値判断の根本的な尺度となる。

法の純粹形式の問題は時間的・因果的意味で「事実の問題」になるのではなく、あくまでも「論理の問題」になり、論理的だけが法の思考に先行するだけである。我われの法的経験には法の純粹形式と法の素材が混じっている。このような法的経験の内容を批判的に分析して、それを度外視してまで法が法になるようにする要素を徐々に除斥し、それがなければ、法を法として認められないようにする要素だけを探れば、終いには、一切の法的思考の整序原理としての法の純粹形式に到達する。このようにすることをシュタムラーは「批判的自己省察」(kritische Selbstbesinnung)の方法と呼んだ。

シュタムラーはこのような方法に立脚して、まず法を法として認める原理を追求し、(法の「概念」ないし「本質」の問題)、つぎに具体的法に対して正当であると評価するための原理を探求した。(法の「理念」の問題)。

① 法の本質 シュタムラーによれば、法が一定の対象に関してとる態度は、一つの目的を達成するさいに、いかなる手段を選ぶべきか、である。したがって法が属する領域は、「意欲」(Wollen)の世界になる。またこのとき、甲の目的は乙の手段になり、乙の目的は甲の手段になるという式で甲と乙を結合することが法の根本機能になる。それゆえ法は一つの「結合意欲」(verbindendes Wollen)である。その意味において、法は分立した意欲の内面的純真性だけを目標とする道徳と区別される。このときの意欲相互間の外的結合の方式は、あくまでも自主的に決定されるべきであり(自主性・Selbstherrlichkeit)、またはこうして決定された結合方式は不可侵なものであるべきである(不可侵性・Unverletzbarkeit)。自主的という点で、個別意欲の結合を勧誘するにすぎない習俗と区別され、また不可侵なものという点で、自ら決定した事項を自意のままに破壊してしまう恣意的権力と区別される。

こうして、法の本質は「不可侵的・自主的に結合する意欲」と規定される。

② 法の理念 法は多くの個別意欲を目的と手段の関係で結合し、こ

うして多数の個人の「共同体」を成立させる。このとき、もし法が多数の個人から意欲の自由を奪う式で彼らを結合するとすれば、それは正当な法にはなれない。それゆえ法が正当か、そうでないかを判別するための普遍妥当な理念は、「自由に意欲する人びとの共同体」(Gemeinschaft frei wollender Menschen)になる。これがすなわち法の純粹理念である。

またシュタムラーは法の純粹理念によって規正した実定的秩序を「正法」(richtiges Recht)と呼んだ。従来の自然法論は具体的内容を備えた理想法を求めようとしたので独断論に陥り、また歴史法学は実定法秩序が歴史とともに変るということをみたが、そこに恒常的に規正する原理があることをみななかったので偏見にとらわれていた。こうしてシュタムラーは二極端を総合して、内容上は変化する法秩序でありながらも、それを規正する純粹理念があるから、永遠で絶対的な正当性を否定して、新たに「変化する内容をもった自然法」(Naturrecht mit wechselndem Inhalt)を主張した。これが彼の有名な「正法論」である。

(iii) 批判主義法哲学に対しては、その厳密な方法と荘厳な論理で武装した堂々たる外観にもかかわらず、内容の面では空虚な法形式の普遍妥当性だけに偏重しているので、現実的な社会問題を解決するにはまったく無力だという批判が加えられている。ただ彼の内容可変な自然法の思想だけは、自然法の理念に流動性と弾力性を与えたという点で、注目すべき価値が認められている。

e) 法学方法論

(i) 西南ドイツ学派的のヴィンデルバントによって着手されリッケルトによって発展した文化科学方法論に立脚して法学の方法論的根拠を明らかにした者はラスクであった。リッケルトによれば、精密な科学的知識は素材として与えられた実在界を方法論的な認識形式をもって再編成することで客観的に体系化できるとする。またこのような方法論的認識形式には二つある。その一つは「普遍性の形式」(Formen des Allgemeinen)であり、他の一つは「個別性の形式」(Formen des Individuellen)であ

る。前者は自然科学の態度になり、後者は歴史科学の態度になる。こうして「普遍化的自然科学」(generalisierende Naturwissenschaft)と「個別化的文化科学」(individualisierende Kulturwissenschaft)に区別される。しかし、その反面、地質の変化を年代別に区別し、地表の山川沼沢をその特性に従って記述する「個別化的自然科学」と、また文化現象としての社会現象を典型的に考察する社会学のような「普遍化的文化科学」が成立できる点を考慮して、リッケルトは経験科学に対する従来の二分法を捨て、新しく四分法を採択した。

またこの文化科学方法論を法の世界に適用した者がラスクであった。

(ii) ラスクによれば所与として与えられた自然と文化科学的知識との中間に、普通法・経済・国家・政治等と呼ぶ文化現象の段階が介在する。文化科学はこのような文化現象を、たとえば半製品のごとく扱って受入れ、ここで色々加工し、精密な科学的知識にまでそれを引上げる。このような加工には二つがある。その一つは文化現象の個性を対象にするものであり、ここでは「歴史的文化科学」(historische Kulturwissenschaft)が成立する。他のもう一つは、文化現象の同質的類型を目標にするものであり、ここでは「組織的文化科学」(systematische Kulturwissenschaft)が成立する。

このようにみると、法学はまず歴史的文化科学として成立し、その点で他の文化科学と異ならない。それでは組織的文化科学としての法学は可能ではないであろうか。ここには法学だけに固有な難点がある。

ラスクによれば、他の組織的文化科学では文化現象を事実上の生活過程として研究することによって充分その任務をまっとうできる。しかし、法学では法現象を一つの文化的意味をもった「社会事実」で考察するばかりでなく、各種の実定法規をその純粹なる「規範意味」(Normbedeutung)に闡明していくことが必要である。そこで法学は、一面では事実上の法行為を対象とすると同時に、他面では事実以上の法規範自体を対象とする。この点で法に関する組織的文化科学は二元的である。またこれに従った組織的法学には、事実現象としての法を研究する「法社

社会学」（Sozialtheorie des Rechts）と、規範意味の複合体としての法を研究する「法解釈学」（Jurisprudenz）の二部門が必要となる。またラスクはここから進んで、一面では法の組織的研究と「法史学」の相違を、他面では法学の立場と「法哲学」の立場の限界を、実に洗練された論理をもって明らかにし、彼の功績は今日至るまで高く評価されている。

f) 法の価値哲学

(i) 西南ドイツ学派は文化の問題を主に扱った。ここでは法を一つの文化現象にみて、法を法ならしめる価値を中心にして、法の本質を究明することが法哲学の課題にならざるを得なかった。また法価値の問題を中心に法哲学を一つの価値哲学として確立した学者はラートブルッフであった。彼は普遍的法価値と具体的法実在を結ぶことで、多くの非難を受けたシュタムラーの形式主義から脱皮して、新カント哲学をして、内容が豊富な相対主義へ転換するのに大きく貢献した。

(ii) ラートブルッフは世界に対する人間の態度を四つに区分する。①価値盲目的態度（wertblinde Haltung）。ここから自然科学が発生する。②価値関係的態度（wertbeziehende Haltung）。このとき、我われは対象に包含される意味やそれが実現しようとする目的を考慮するが、対象に対する価値判断を直接することなく、価値ある現象とともに価値のない現象もある、そのままの姿で把握しようとする。これがすなわち文化科学の方法になる。③評価の態度（bewertende Haltung）。これには対象に対する評価を行い、自ら価値判断の尺度を提示する。哲学はこのような態度から生れる。④価値克服的態度（wertüberwindende Haltung）。このとき、価値と反価値の対立を超越し、すべての存在をそれがもつ反価値性にもかかわらず、それを価値的に肯定しようとする。これが宗教の立場となる。

以上の四つのなかで、我われが法学に関してとるべきものは、後の三つである。法はつねに一定の目的のための手段になり、価値との関係を離れて法を考察することはできないからである。それゆえ法の自然科学

は最初から不可能であり、価値関係的な「法の科学」と、評価的な「法哲学」、そして価値克服的な「法の宗教哲学」だけが可能である。

(iii) ラートブルッフによれば法哲学は、法に対する評価的考察としての意義をもつ。ところが、この法価値の考察は、彼によればつぎの二面から制限される。

① 方法二元主義。彼はカントの二元論に立脚して存在から当為を、価値無関係のものから価値関係的のものを推断することを原理上不可能だと断定する。このようにして、法に関する実証主義、歴史主義、進化主義はすべて拒否され、法の当為と法の存在はおのおの別個の固有な法則によって支配されるというラートブルッフの方法二元主義 (Methodendualismus) が認められる。

② 相対主義。一つの問題に関して数個の価値判断が対立・分岐する場合、その中のどれが最も正当であるかは各自の世界観に従って決定される。このときの法哲学は、どちらにも加担することなく各世界観を公平に理解しようとするをその任務にすべきである。これが彼の有名な相対主義 (Relativismus) である。

(iv) ラートブルッフは法の理念としての正義に関して、それを各自に彼のものを与える状態だと述べ、そしてこのような抽象的正義の理念から具体的に何が正当であるかを決定させる価値基準を法の「目的」ととする。正義の理念は絶対的で単一であるが、法の目的にはその主眼点に従って三個の基本形態があるはずである。その一つは個人の福祉を主とする「個人主義」、その二は団体の繁栄を中心とする「団体主義」、その三は個人と団体をすべて超越して、文化業績を主眼にする「文化業績主義」である。これは、彼がいう個人価値、団体価値および業績価値に各々対応するものである。ところが、この三つの目的のなかでいずれを選択するかは、各自の世界観による。しかし、そうであるとする各世界観の主体は各自の立場が正しいと主張して無限の争いをするであろう。それゆえ法哲学はそのなかで、いかなる価値観の立場をもって法にするかを決定し、このようにして、決定された秩序を有効に維持してい

く実力者に法定立の権威としての資格を認めなければならない。何が窮極的に正当であるかは決定できないが、何を法にするかは決定できるからである。また、これは「正義」と「法の目的」外に「法的安定性」(Rechtssicherheit)の理念も無視できないからである。こうしてラートブルッフは自ら気がつかないまま一種の実力的決定主義へ陥ってしまった。また彼は、法の目的に関する世界観の対立を許容しながら、そのなかのいずれを選ぶかについて、「多数」の力の決定に任せて、彼は民主主義の法定立方法を法哲学的に説明しようと努力した。しかし、終いに、彼はこのような相対主義にも限界があり、それは多数決による民主的方式を正面から否認する全体主義に対してまで相対主義的寛容であることはできないと主張した。このような点で、彼の相対主義は真の相対主義ではなかったといえよう。

g) 純粹法学

(i) 実定法の理論 ① 新カント学派に属する法哲学者たちは輝かしい功績を残したが、しかし、実定法を純粹に理論的に認識しようとする態度は、彼らの間では、未だ現れていなかった。実定法の規範意味内容を対象とする実定法の理論は、早くもラスクによってその方法論的基礎が与えられたが、こうして成立する理論に彼は「法解釈学」という名称をつけたので、名称上の混乱が招来した。ところが、ここで示唆した方法論を最後まで主張して、明確な哲学上の立場を根拠に実定法の巨大な理論体系を確立した者はケルゼン(Hans Kelsen, 1881-1973)であった。

② ケルゼンの哲学的立場は、当為と存在を厳しく区別する点で新カント学派に属する。また認識の対象は認識の方法によって規定され、したがって法学的方法として認識されたのはすべて法になると主張する彼の法一元主義も、また新カント哲学の方法万能思想の一つの適用である。その反面、法思想的にみれば、彼の「純粹法学」(Reine Rechtslehre)は実証主義的な一般法学の系統に属する。

③ ケルゼンの純粹法学は何よりも「実定法の理論」(Theorie des

positiven Rechts) である。すなわち、それは「実定法」の理論として、「自然法」を研究する自然法論と自ら区別される。法の研究が自然法の立場と結ばれる場合、法学がその理論的態度を捨てて実践的要請に屈服することになる。それゆえ、自然法の要素が法理論に浸透することを純粋法学は厳重に警戒しなければならない。つぎに、また純粋法学は実定法を純粋に法としてのみ研究するために、ここに社会学的な事実認識の立場が関与してくるのを排斥する。法は規範であり、規範は当為の法則である。これに対して、社会学の対象になる事実行為は存在の領域に属する。このようにして、純粋法学は二面から方法論的に純粋である。その一は、自然法論を排斥することで政治的・道徳的態度を法理論から追い出した点であり、その二は、自然科学的因子の浸透を拒否することによって社会学的事実研究との混同を避けようとする点である。

(ii) 強制規範 純粋法学によれば、法は実定法であると同時に、また「法規」(Rechtssatz)の統一態である。それゆえ法規の構造を分析することは実定法の理論の出発点になり、またすべての法制度を理解する根底となる。ところがケルゼンによれば、法規は制約的要件と被制約的要件を当為の関係で結合する強制規範である。これを分説すると、

① 規範。第一、法規は一つの「規範」(Norm)である。当為の関係を表示するという点で規範は存在の関係を表示する自然法則と区別される。事実の世界では、殺人を犯しても何の処罰も受けないこともありうるが、このような事実関係のいかんにかかわらず、殺人の罪を犯した者は、必ず一定の刑罰に処すべきだとして規定するのが法規である。

② 仮言命題。第二、法規は無制約的な妥当性を主張する規範であるのではなく、一定の制約的要件 (bedingender Tatbestand) に一定の被制約的要件 (bedingter Tatbestand) を効果 (Folge) として結ばせる規範であり、そのような意味において、それは論理的には一つの「仮言命題」(hypothetischer Satz)の形式を取る。

制約的要件に対する効果の定立は、因果の連関 (Kausalzusammenhang) ではなく、当為の連関である。またこれを表示するために帰属

(Zurechnung)という言葉を用いるとすれば、法規は制約的要件に対して効果を帰属させる仮言的当為命題ということになる。

法は規範である。そこで法規範は道徳規範とは異なって、裁判官が当然なすべき行為を規定している点に注意する必要がある。「盗むな」等の規範は、人間または国民として当然に守るべきことを定める規範であり、したがってその規範の適用を受ける者、すなわち受範者 (Normadressat) は一般人である。それゆえこれらは「行為規範」または「社会規範」といえよう。ところが、「他人の財物を窃取した者は6年以下の懲役に処する」と規定する法は、窃盗犯に対して必ず6年以下の懲役を宣告することを裁判官に命ずる規範であり、したがってそれは裁判官を受範者とする規範である。それゆえ法規範を「判決規範」あるいは「裁判規範」と呼ぶ学者もある。

M・E・マイヤー (Max Ernst Mayer, 1875-1924) は文化規範 (Kulturnorm) と法規範 (Rechtsnorm) の結合を考えた。法規範が効力をもつのは、これに先行する一定の文化規範が通用しているからである。文化規範の受範者は一般社会生活の主体である。これに対して法規範は文化規範の効力を前提にして、それによって維持される社会秩序が混乱に陥る場合、これを救済して、国民の法益を保護する任務をもっている。また法規範の受範者は一般人ではなく裁判官である。

デュギー (Léon Duguit, 1859-1928) によれば、法規範は道徳規範と同じく行為規範に属する。一定の道徳規範が通用している場合、その効力が社会的な強制によって確保されるべきだと認められると、そのような道徳規範がすなわち法規範となるのである。

それゆえ法規範が成立したならば、同時にこの法規範に違反する行為に対してどのような制裁が加えられるかを定める準則が作られなければならない。このような準則を「構成的・技術的法規」(les règles de droit constructives ou techniques) と呼び、これに対して本来の法規範を「規範的法規」(les règles de droit normatives) と呼ぶ。また成文化した法規は、そのほとんど全部が後者でなく前者である。

エールリッヒ (Eugen Ehrlich, 1862-1922) は「社会団体の内面的秩序」(innere Ordnung der gesellschaftlichen Verbände) と「判決規範」(Entscheidungsnormen) を区別した。判決規範から発達した法規の主要任務は、戦いによって混乱した社会団体の内面的秩序を、裁判を通して維持・回復することだ、と彼は考えた。

ケルゼンは、論理学上の用語を借りて法規範と道徳規範を区別しようとした。彼によれば、法規は仮言判断の形式をとる当為命題である。道徳規範は定言判断 (Kategorisches Urteil) の形式をとって、単に「盗むな」(A is.) と命ずるが、法規は仮言判断 (hypothetisches Urteil) の形式をとって「盗んだ者は処罰する」(If A is, then B is.) という形式で規定する。

ここでの窃取行為は制約する要件になり、また刑罰は制約される要件（すなわち強制効果）になる。ところが自然法則も、法規と同じく仮言判断の形式をとる。すなわち一定の「原因」を制約要件とし、その下で一定の「結果」が被制約要件として成立することを規定している。ただ、自然法則における二要件の結合は「因果の関連」であり、ここでは二要件の結合の必然性（Müssen）が規定される。これに対して「法規」においては、二つの要件の結合の当為性（Sollen）が規定される。換言すれば、一定の要件が成立されれば、必ず他の一定の要件がその効果として帰属されなければならないことを規定しており、そのような点から法規における二つの要件の結合には因果の連関はなく、「帰属の連関」（Zurechnungszusammenhang）になる。

③ 強制規範。第三の法規は、一定の制約的要件に一定の強制効果（Zwangsfolge）を帰属させる規範である。法規が定立する被制約的要件は、強制行為をその内容とする。私法上の「強制執行」と刑法上の「刑罰」がそれである。また、このような強制効果の定立を制約する要件は、不法要件（Unrechtstatbestand）としての性格をもつ。私法上の「義務違反」と刑法上の「犯罪」が不法要件の類型となる。それゆえ法規は、不法要件に対して強制効果を帰属させる規範であり、その本質上一つの「強制規範」（Zwangsnorm）である。

法規は強制規範である。また強制規範は一定の不法要件に一定の強制効果を帰属させる。

ところが、不法要件が不法になるのは、それが強制規範とは異なるもう一つの規範に違反するからである。先行規範によってかりに窃盗行為が禁止されているとすれば、他人の財物を窃取する行為は不法としての性格をもつようになる。ここでの先行規範は、仮にそれが法規の成立を制約はすることがあっても、それ自体は法規範ではない。したがってケルゼンはこれを「第二次規範」（sekundäre Norm）と呼び、さらに強制規範としての法規は、本来の法規範であるから、これを「第一次規範」（primäre Norm）と呼ぶことにした。

「盗む者は処罰される」という強制規範は、「盗んではならない」という先行規範が妥当であることを前提にしている。また、このような先行規範は、それに対する違反行為を法規が自己の制約要件とする点で、法規の成立を制約することはするが、

それ自体としては、まだ強制の契機を包含していないから、したがってそれは純粹な法規範ではなく、それは法規とともに結合してはじめて法的意義をもつ規範であり、換言すれば法的な側面からみれば、第二次的な意義しかもたない規範である。このような点で、ケルゼンはこれを「第二次規範」と呼び、そして強制規範としての法規を、それは本来的な法規範であり、第一次的意義をもつ規範という意味から、「第一次規範」と呼んだ。論理の順序からみて、「盗んではならない」は先行規範が第一次的規範 (the first norm) になり、「盗む者は処罰される」は法規が第二次的規範 (the second norm) となることを認めるが、しかし、この先行規範は法規に依存することだけで存立できるから、したがって法規を第一次規範 (the primary norm)、先行規範を逆に第二次規範 (the secondary norm) と呼ぶようになる。また学者たちが普通社会規範あるいは文化規範と呼ぶものは、この第二次規範を指し、これは、その道德規範になる。

そこで、この問題と関連して注意すべき点は、以上のように二つの規範の結合を認めるからといって、法をそのような二つの規範で構成された二重規範とみてもならない。最も代表的学者は尾高朝雄教授であり、最初に、彼は法を社会規範と強制規範が結合して成立する二重規範とみたが(『国家構造論』昭和11年；『改訂法哲学』第4版昭和14年)、終には広濱嘉雄教授の見解(『法理学』新法学全集)に従って、行為規範・組織規範・強制規範の三重規範になると述べている。(『実定法秩序論』昭和17年；『法哲学概論』昭和24年)、しかし、これは概念の混同から来たものである。法規は行為規範と強制規範の重層構造をもつ二重規範ではなく、行為規範に対する違反行為とそれに対する強制効果に構成され、それ自体が一つの強制規範という点を銘記する必要がある。換言すれば、強制効果を規定した法規の部分だけが強制規範であるのではなく、法規全体が一つの強制規範なのである。そして、行為規範等と呼ばれる先行規範は、法規範のために重要な意義をもつが、それ自体では法規範の構成要素にはなることができず、本質上、それは、あくまでも道德規範なのである。私はケルゼンにおける二つの規範の関係を、このように理解する。

(iii) 法段階説 ① 法の効力 法を強制規範であると主張すること、我われは過去、現在、未来のすべての法に対する概念規定をしたことになる。しかし、それだけでは、現実に人間の行為を規律する現在の法、すなわち実定法の概念規定をしたことにはならない。

現在の我われの法は、過去や未来の法とは異なって強制規範である以外、もう一つ「その何か」をもっているのが、実際に我われの行為を規律することができる。過去の法は、その当時は、このような「その何か」をもっていたが、今それを喪失しており、そして現在の外国の法は、自

国民に対してそのような「その何か」を発揮することができるが、わが国民に対してはそれを認めさせることができない。このように強制規範ということ以外に実定法が備えなければならないもの、そのもう一つの「その何か」を「効力」(Geltung)と呼ぶ。

法の効力は、法をして法たらしめる最も本質的要素になると認められる。しかし、このような効力が何であるかに関しては未だ確実なことを言えないのが我われの実情である。ここでこの問題を考察することになる。

法は先ず規範である。したがって、それはその意味内容が事実として実現されねばならない要求をもっている。施行されても、されなくてもよいという規定は規範でなく、したがってそれは法でもない。規範は特定または不特定の人に対して一定の行為をすること、またはしないことを要求する。また、人がこのような要求通りに行うことによって、その規範意味内容は事実として実現する。また規範としての法もこのような「実現する要求」をもっている。法がもつ実現されようとする要求を法の「妥当性」(Gültigkeit)という。

しかし、法は単純に規範として妥当であるばかりでなく、その意味内容があるていど事実化されなければならない。法の意味内容が事実として実現され、社会生活を実際に規律しているところに法の生命があるからである。法の効力は一面、「実現される要求」としての妥当性があると同時に、他面では「事実として実現された状態」を意味しなければならない。後者を前者と区別するための法の「実効性」(Wirksamkeit)と呼ぶとすれば、前者が規範の面における法の効力であるに反して、後者は事実の面における法の効力であるといえよう。

妥当性と実効性は、法が効力をもつために整えなければならない根本的な二つの性質である。妥当性だけがあって実効性がまったくないとか、またはその反対の場合、その法は効力をもっているといえないので、このような二つは一つに法の中に二つとも具備されなければならない。しかし、その反面、妥当性と実効性が完全に一致するとは考えられない。

本来、法の妥当性は恒常的な状態であり、法の実効性は断続的な過程である。窃盗罪に関する刑法の規定は盗人がまったくないとか、あるいは盗人が逮捕されないとか、逮捕された盗人が処罰されなくても、継続して妥当性をもつ。またこの規定は現実に窃盗事件が発生して裁判所でその規定通りの懲役刑が宣告されるときだけに、その実効性を発揮する。

万人が就寝中でも恒常的に存続する法の妥当性と、該当する事実が発生した時だけ断続的に発動し、そのときまでは中断された状態にある法の実効性とは、相互に分離・反発する関係にありながらも、また結合して一つの法の効力として示現されなければならない。

また相矛盾する法の妥当性と実効性の二つの性質に、そうした矛盾があるにもかかわらず、法の効力として結合することは、法の妥当な規範意味が事実として実現される「可能性」(Chance-Max Weber)をもっているからである。かりに内乱罪を罰する刑法の規定は、国内秩序が確保されている長い間は事実として実現されないが、万一、不幸にもこの罪の構成要件に該当する行為があった場合、いつでもその規定は現実に適用される可能性をもっている。また規範意味が実現される可能性は、法の妥当性の表現になると同時に、法の事実化の潜在態にもなるという意味から、妥当性と実効性を結合した状態になり、まさにここに法の効力がみられるのである。

しかし、ここで「可能性」という言葉を使ったからといって、問題が完全に解決したと思っはいけない。それは「法の効力とは何か」の問題を「このような可能性はどのようにして生ずるのか」に置き換えたにすぎず、まだ一步も進んでいないからである。本来、法の効力の問題は、規範の世界で妥当するその妥当性と、事実の世界で現存するその実効性が結合する問題である。ところが、まだ当為と存在の二つの世界を一元的に扱いうる段階には至っていないのである。また、これに関して、ケルゼンのつぎの文章が我われに多くの示唆を与える。「ある規範が妥当であるという命題と、それが実効的であるという命題は、相異なる二命題である。しかし、もし妥当性と実効性が二個の相異なる概念であるとしても、二つの間では実に重要な関連性がある。一つの規範は、それが一つの規範体系に、全体として実効的な一つの秩序に所属しているときだけに限って、それを条件に妥当性が認められる。こうして実効性は妥当性の条件となる。妥当性の根拠 (reason) でなく、その条件

(condition) になるのである。規範は実効的であるから (because) 妥当するのでなく、それが所属する秩序が全体として実効的になると (if) 妥当するのである。」(Kelsen, General Theory of Law and State. pp.41-42.) しかし、この引用文に対する深い理解は、ケルゼンの理論に対する我われの考察がもっと前進した後で可能になるであろう。

② 法段階説 法の規範意味が事実の世界で実現される可能性をもっていると、その法は効力があるということが出来る。それでは、このような可能性は何を根拠にして起るのか。換言すれば、規範としての法はいかにして法として存在できるのか。これは、何の根拠で法が創設され、その規範意味が事実化する可能性をもつかが問題になり、したがって法の「効力」の問題は、結局、法の「効力の根拠」(Geltungsgrund) の問題へ落ち着くことを示唆している。

それでは、法は何を根拠にして創設され、そのような効果をもち、したがって法として存在できるのか。この問題に対する正当な解答を探るために、まず、つぎの二つの事項に対して注意をする必要がある。

(A) 法と条文 常識的な考えによれば、法条文一つが一つの法であるかのように思われるが、しかし、法と条文は区別されるべきである。すでに考察したように、法規は仮言判断の形式をとる規範であった。しかし、実際に法令集の大部分の条文は、仮言判断の形式をとってはいない。なぜなのか。かりに「不法にも他人の権利を侵害した者は、それによって生じた損害を賠償しなければならない」という法規範を例にすれば、これを実際に適用するには多くの問題点が生じるはずである。ここで国家は、その公権力をもって、不法・他人・権利・侵害等々に関する概念規定をしなくてはならず、法典にみられる多くの条文は、すべてこのようにして制定されるもので、その大部分は定言判断の形式をとっている。また、この条文は、それが素材になり、それらの意味の内容に合わせて法規範が創設されるのは事実であるが、そうであるとしても、このような条文と法を同一視することはできない。これは、煉瓦・木材・セメント等があって家を建てるが、そうであるからといって、家と資材が同一

なものと言えないことと同じことである。それゆえ条文一つ一つが、一つの法になるのではなく、多くの条文が集って一つの体系を成しているものの中から、法が導き出されるとみなければならない。

(B) 法の段階構造 それでは、多くの条文が集って一つの体系を成しているとは、いかなる意味か。これに関してはメルケル (Adolf Merkl) によって着眼され、ケルゼンによって彼の純粹法学の重要部分として採択され、発展した「法段階説」(Stufentheorie des Rechts) の概要を知る必要がある。

(a) 一般法規範と個別法規範。法段階説では、まず法規範を一般法規範と個別法規範に区分する。憲法 (Verfassung)、法律 (Gesetz)、命令 (Verordnung) 等は、特定の個人を相手にするのではなく、それに該当するすべての主体を対象にして一般的に規定しているという点で、一般法規範と呼ぶことができる。これに対して、裁判判決 (Rechtsprechung) と行政処分 (Verfügung) (実際には、徴召集令状、納税告知書等の名稱で発付される) は、特定の個人に対して個別的に規定するという点で、個別的規範と呼ばれる。(b) 上位法規範と下位法規範。法段階説においては、法は上位法規範と下位法規範にも仕分けられる。すなわち、それは裁判判決と行政処分を最下位法規範にし、命令と法律の順序にして、最後に憲法をその最上位法規範としてもっている。

そして純粹法学は、つぎのように考える。すなわち、裁判判決や行政処分のような具体的・個別的法規範は、それをソウル地方裁判所判事の個人某氏、あるいは慶尚南道知事の個人某氏が宣告したことを根拠に、その効力が認められるのではなく、実にそれが該当する法律または命令のある条文を根拠にして、そこから権限が附与された委任 (Delegation) 者によって創設されたので、その効力が認められるのである。同様に、命令または法律は、その効力の根拠を、各々それよりも上位にある法律や憲法におくのである。実定法秩序の段階構造は上位から下位に降りるさいに、法の成立過程、すなわち法創設の動態 (Dynamik) を表示する。すなわち、上位規範は下位規範定立の条件になり、下位規範は上位規範

の委任を受けて定立する。しかし、この段階構造を下位規範の立場で見れば、それは法の効力関係を表示する。すなわち、すでに定立された下位規範は、その上位規範の委任を受けて定立されたことが根拠となって妥当する。また、これは法創設の動態でなく、すでに創設された法秩序の静態(Statik)における効力関係を表示している。それではこのような関係を一層上位に追求して、憲法が妥当になる根拠まで問うとすればどうなるだろうか。これに関して、純粹法学は根本規範(Grundnorm)というものを考える。国家法秩序の最高位段階に属する根本規範は、憲法以上の憲法であり、実定的意味における憲法(Verfassung im positivrechtlichen Sinne)に対する法論理的意味における憲法(Verfassung im rechtslogischen Sinne)として、すべての法規範創設の淵源になると同時に、すべての法規範の妥当性を制約する規範、すなわち、それ以上、他の規範によって妥当性の制約を受けることのない始源規範である。このように、すべての法規範は直接的には直属の上位規範の委任を受け、また最終的には根本規範の制約の下にあるということによって、その効力の根拠にしている。

法段階説は、法の効力の常態を説明したものとして、ある程度事実だといえよう。安定した秩序において、法律は憲法を根拠に創られたものであるから効力をもっており、また命令は法律に違反しない限り妥当なものである。しかし、法定立の現実において、時には違憲な法律が実効的に成立し、法律・命令に違反する行政行為が法的効力を発生させることがみられる(違法な法・rechtswidriges Recht)。むしろ歴史の変革期における革命、あるいはクー・デターなど実力によって憲法を破壊し、さらに憲法を破壊したその実力を基礎にして、新しい法秩序が造られることもある(法の破壊・Rechtsbruch)。またこのような現象は、法の妥当性の委任連関と矛盾する法の作用は、規範論理的にまったく不可能だと思われ、上位規範の委任を受けなかった法行為は法的に「無効」(nichtig)であるばかりでなく、法の世界に籍を置くことができないという意味で、これを「不存在」(nicht gegeben)と主張している。しかし、こ

のように「違法な法」が有効に法として通用し、「法の破壊」が多くの実定法を創設する実定法現象の現実を、単なる無効または不存在と主張することで「実定法の理論」になることを標榜する純粋法学が、果してその適格性を続けて保有できるであろうか。

このような難点を救済するためにメルケルは「瑕疵予測」(Fehlerkalkul)という理論を考えた。彼によれば、実定法は法定立の過程で時には瑕疵が生じることを初めから予測している。司法裁判における審級制度、行政処分に対する訴願および行政訴訟の制度、法律審査権および命令審査権の制度等は、このようにして作られた。また、このような瑕疵の予測をまったく考慮しないならば、無効で不存在の行為であっても、瑕疵予測の原理を含めた包括的な実定法の立場からみれば、そのようなことも法行為としての効果をもっていると解釈することになる。しかし、この理論は憲法以下の水準では適格であるとしても、憲法それ自体が革命やクー・デターその他の方法によって破壊される、すなわち「法の破壊」に対しては、一言半句の弁明もいらないといわざるをえない。いかに広範囲な瑕疵を予測しているといっても、実定法秩序それ自体を根本的に転覆する行為までも「適法な」法行為であると認めることはできないからである。それでは、ここで憲法は実に何を根拠に創設され、そのような効力をもつのか。また法律以下の一般的・個別的なすべての法規範は、結局、憲法を根拠にして、その効力をもつのであるから、結局、この問題は「法は何を根拠に創られたから、その効力をもつのであろうか」ということに到着するといえよう。また、これに対する純粋法学としての答弁が根本規範に関する理論であったということは、前述の通りである。

(iv) 根本規範 法段階説によれば、法の妥当性の根拠を探ってしだいに上位規範へ上る場合、終には、実定法上の憲法の段階を超えて、実定法の最高淵源である根本規範に到達することになる。すべての実定法規範は、根本規範をその最後の妥当根拠にし、根本規範から直接的・間接的な委任の下で創設されることによって、その効力を持つようになる。根本規範はこのように「最高の法創設権限」(supreme law-creating

authority) を設定することをその機能にし、それは「君主、国民総会、議会等の法的権威が命ずるように行わなければならない。」(Verhalten euch so wie die Rechtsautorität: der Monarch, die Volksversammlung, Parlament etc. befiehlt.)

または簡単に「憲法に規定された通り行うべきである」(Man soll sich so verhalten, wie die Verfassung vorschreibt.) と表式化できるのである。また、この時に、もし、君主の命令はなぜ絶対的に服従すべきであり、国民総会はなぜ法定立の最高権威になるのか、言い換えれば、根本規範それ自体は再び何を根拠に妥当するかと問い、またこれに対して、仮に王権神授とか国家契約という理論をもって説明するとすれば、それは超実定法的な自然法思想に依存して実定法を説明しようとすることになる。そして、これは法学の独自性 (Selbständigkeit) を追い求める純粋法学の立場では許されないことである。こうして根本規範の内容を具体的に規定することは、純粋法学においては意識的に回避される。根本規範はただ実定法を実定法として「認識」するための——認識論上の——仮説 (Hypothese) として前提にされるだけである。すなわち、それはそれだけが正しいと「定立された」(gesetzt) のでなく、「もし、議会を最高の法創設権限者として、仮定するとすれば」という式で、一つの仮説として「前提にされた」(vorausgesetzt) ことだけである。

しかし、根本規範がこのように「一つの仮説として前提」されたことだけですべての問題が解けるものではない。現実問題に向けるとすれば、かりに大韓民国で、君主ではなく単なる国会だけがそのような法的権威として認められるのはどこに根拠を置くのかという問題が、依然として解答されないまま残るからである。再言すれば、根本規範の具体的内容は誰によって決定されるのか。これに関してケルゼンは、「実定法秩序の根本規範は〔誰に対しても法創設権限を賦与するのではなく……筆者〕全体として実効的秩序を創設し、適用する事実だけに対して法的権威を賦与する」と明らかにしている。再言すれば、非法の世界で発生する力の闘争において、最も強いということが判明された力であれば、そのど

ちらに対しても根本規範はそのような権威を賦与するのである。こうして非法の世界で乱舞した力が、根本規範によって最高の法創設権威として仮定さえできれば、この時からその力は法的なものになり、その行為は法的行為になり、またその産物は法規範になると解釈されるのである。「それゆえ根本規範はある意味では法への力の転換を意味する」(the transformation of power into law) と彼は述べている。また、まさにここに根本規範の正体が表れている。すなわちそれはミダス王 (King Midas) の手のように、非法の世界にある力に対して、どちらであろうとそれが強ければ、法的権威を認めるという無節操性を帯びることになる。同時に、このようになると、それは非法の事実を支配する原理に依存しながら実定法を説明することになり、したがってこの時に純粋法学の目標である法学の「独自性」(換言すれば、固有法則性)は維持できないことが明らかになる。

本来、純粋法学は二方面から方法論的に「純粋」になろうとした。その一つは、自然法論を排斥することによって、これは根本規範をひたすら認識論上の仮説でのみ認められる態度として表れた。つぎに、その二つは、自然科学的因子の浸透を拒否することによって、社会学的事実研究と法学が混同することを避けようとし、この要請は、法を規範であると強調することで充たされている。しかし、純粋法学のこのような純粹性は、根本規範の内容を問題にすることによって非常に汚染されてしまった。一つの根本規範が前提にされれば、その下で創設されるものは、そのすべてが法規範となる。それゆえ、実定法秩序の「内部」は、ただ規範だけが入るような世界になるといわざるを得ないのである。しかし、根本規範そのものは、力によって認証されるものであり、したがってそれは「法への力の転換」(Transformation der Macht zu Recht) という意味をもつのである。換言すれば、実定法秩序の「全体」は力の支持を受けなければ、それとして存立することができないのである。

そのような意味でケルゼンは、実定法秩序の全体が力を背景にした実効的な場合に限って、それを条件として、その実定法秩序の内部から創

設されるすべての法規範は妥当性をもつようになる、と述べている。これは一つ一つの法規範は力ではなく、他の法規範によって創設されるが、そうした法規範の総体は、根本規範を通じて、結局、力の支配下にあるということになる。このようにみると、純粹法学は実定法秩序の内部ではその純粹性を維持することはできるが、そのような実定法秩序の全体をみる場合には、非法の世界で横行する力の原理が無制限に浸透してくることをそのまま認容するものであるから、それは絶対に純粹なものではないということになる。こうして純粹法学は、ここから一步も進むことのできない障壁にぶつかってしまうのである。

Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, 1785, 5. Aufl. herausg.von Karl Vorländer, 1920.; Metaphysik der Sitten, 1797. (herausg. von Karl Vorländer, 1954).

E. Kaufmann, Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie, 1921. Stammler, Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung, 1889.; Die Lehre vom richtigen Recht, 1902.; Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 1922.

Lask, Rechtsphilosophie (in: Philosophie im Beginn des 20 Jahrhunderts. herausg. von W. Windelband, 1905). この書は、筆者によって編集された Jurisprudence, ed. by Prof. S. D. Hwang, 1954. に全文が収録されている。

Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft, 1910. 10. Aufl. 1956.; Rechtsphilosophie, 1914. 5. Aufl. 1956. Vorschule der Rechtsphilosophie, 1947.; Le relativisme dans la philosophie du droit (Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique), 1934.

Kelsen, Reine Rechtslehre, 1934. 2te neubearb.u. erweiterte Aufl. 1960.; General Theory of Law and State, 1945.; Allgemeine Staatslehre, 1925.

※原著は、大學講義叢書、法學博士黄山徳著『法哲學講義』〔第四訂再版・1985年〕、邦文社、Korea. である。本号では、紙幅の都合で、第5章 § 18. に限定した。

附録：

私の法哲学（1987）

黄山徳

目次

- I. 序説 II. 自然法論 III. 実証主義法思想 IV. 自然法論への批判
V. 法と力 VI. 結語

I. 序説

(1) 法哲学は2000年以上の長い歴史をもつ。しかし、カントが述べたように「法哲学者たちは未だに法の概念に関する彼らの定義を探している (Kant, Kritik der reinen Vernunft, B.759. Anm.)。言い換えれば、「法とは何か」という、もっとも基本的な問題でさえ解決できていないまま、法哲学は数千年の長い歳月を費やしたのである。これは何のためであるのか。

この点に関しては、いろいろな理由があると思われる。しかし、私の立場からいえば、法哲学者たちは、いままでそもそも問題にならないものを問題にしてきたために、これほど長いあいだ非生産的論争ばかりしてきたという結論を下すことができる。彼らが述べている法という「もの」、もしくは社会力という「もの」は、実際にはそもそも存在していないのに、西洋人たちは、あたかもそのようなものが存在しているかのように錯覚し、そのような妄想に引きずられていたのである。それでは、これまでの事情を考察してみよう。

(2) 法哲学者たちの誰もが問題としてきたのは、「法とは何か」という問いである。そして、この問いに対しては、何百何千を数える学説が主張されてきたが、これらの学説は大きく二つに分けることができる。

その一つは、いわゆる「自然法論」と呼ばれるものである。この学説は、人間として守るべき条理は何なのかを問題にし、そのような条理は人間によって勝手に変えられないものであり、したがって、最初からそのような条理が自在していたという意味で自然に存在する法、すなわち

「自然法」と呼ぶ。そして、ここで主張される自然法は、実際にはわれわれが倫理もしくは道徳と呼んでいるものである。

もう一つは、「実証主義的法理論」である。この学説は、自然科学の発達のともに 19 世紀以降に生まれたものであり、現実社会で適用されている法は、必ずしも善法ではないということに注目する。換言すれば、悪法も法になりうるという考えであるが、このような立場からは、法と倫理を一つのもののみなしてきた従来の自然法論は廃棄され、したがって、倫理、道徳から法律は独立したものであると共に、法の背後にある「力」を想起させる。悪法とはいっても、力によって実効さえもてば立派な法になりうるという考え方である。以下では、上記の二つの法思想を一つずつ考察してみることにする。

II. 自然法論

(1) アリストテレスは、彼の『ニコマコス倫理学』(Aristoteles, *Ethica Nicomachea*, 1134b) で、つぎのように述べている。「市民社会的な“正しさ”にも、自然的なそれもあるし、人為的なそれもある。自然的なそれは、いたるところにおいて同一の妥当性を持ち、それが正しいと考えられていると否とに関わらない。これに対して、人為的なそれは、こうであってもまたはそれ以外の仕方であっても、本来は一向に差し支えを生じないのであるが、いったんこうと定めたとすれば、そうでなくては差し支えを生ずるときことがらである。」(アリストテレス著『ニコマコス倫理学』上・高田三郎訳、岩波書店、1973 年、194 頁)「政治的社会で通用される法の一部は、自然的法であり、一部は実定的である。つねに同一な効力をもっており、人間によってその効力が影響されない法は自然的法である。これに対して、本来内容がこうであっても、それ以外の仕方にもなりえたかどうか、定立されて漸くその内容が確定されるのが実定的法である。」(原著訳)

この説によると、自然法は二つの性質を備えなければならない。

その一つは、自然法の効力に関するものであるが、この点に関してアリストテレスは「いたるところにおいて同一の妥当性」をもつものと語っ

ている。言い換えれば、時間と空間を越えていたるところで効力をもつものだけが自然法になりうるというのである。この点を示すために、ドイツの学者たちはよく普遍妥当性 (Allgemeingultigkeit) という言葉を使う。

もう一つは、自然法のもつ効力の根拠に関するものであるが、この点についてアリストテレスは「人間がそれをどのように考えているかわからない」と述べている。換言すれば、自然法は最初から普遍妥当な効力をもっており、それは他のものに頼るものではないという意味である。ドイツの学者たちは、これを始原的価値固有性 (ursprunghafte Wertdifferenz) という言葉で表現する。すなわち、ここでは存在、認識および内容など三つの問題が台頭する。以下では、これらの問題を取りあげながら、これまで主張されてきた自然法論を一つずつ検討することにする。

(2) 古代ギリシャとローマで支配的であったストア学派 (Stoikoi) の学者たちは、宇宙に充滿している「自然の秩序」というものを考えだし、それを永遠法 (原文は永久法) (lex aeterna) と呼んでいた。このような永遠法は、すべての存在にとって運命 (eimarmene, fatum) のようなものであり、人間や動物・植物に限らず、無生物でさえ服従しなければならないものである。しかし、人間は理性 (ratio) をもっている理性的存在でもある。人間は永遠法のなかに人間に関する秩序の原理だけを導き出して、それを社会活動の指針にしようとする。こうして導き出した社会生活の最高原理を自然法 (lex naturalis, ius naturale) と呼んでいる。自然法は永遠法から導き出されたものであるから、その内容は「常に平衡であり、善たるもの」(quod simper aequum ac bonum) である。したがって、自然法によって社会が規律されれば、社会は正義的 (iustitia) 社会になる。何が正義であるかについて、法学者ウルピアヌス (Ulpianus) は、「各人に彼のもの」(suum cuique) を配ることであると述べた。

(3) 中世の神学者たちは神が万物を作るさいの原理を考えだした。「太古に教えがあるが、この教えは神と共に存在する。すなわち、この教え

こそ神である」(ヨハネ福音第1章1節)ここにいう教えとは、logosの翻訳であり、「道」と翻訳されることもある。キリスト教によると、神はこのような原理に従って万物を創ったことになるが、カトリックのトマス(Thomas Aquinas, 1225-74)は、これを永遠法(lex aeterna)と呼んだ。そして、神が万物を創ったために、この永遠法が社会と自然のすべてを支配すると考えた。同時に、彼は、人間は理性的存在であることを強調した。すなわち、人間は理性をもって永遠法に参加し、そのなかから人間社会の最高原理を導き出すわけであり、それがすなわち自然法(lex naturalis)である、と彼は述べている。それでは、このような自然法はどのような内容をもっているであろうか。この点に関してはもちろん十誡銘が考えられるが、ごく簡単に要約すると、「善を行いたまえ」(onum est faciendum et prosequendum)であると、彼は述べている。

(4) 近代の自然法論者たちは、すべての国民が個人としてもっている「自由」を強調する。本来、ヨーロッパ大陸で使用されていた ius(Recht, droit etc.)という言葉は、法と権利の両方を意味していた。そして、古代と中世では、つねに法の意味で使われたこの言葉は、近代にいたって、おもに権利という意味で使われるようになった。したがって、近代の自然法論者たちが ius naturale(Naturrecht etc.)を語るときには、それは自然法という意味ではなく、むしろ自然的権利、すなわちすべての人間に固有な‘人権’(human rights, Menschenrechte)という意味を指している。したがって、彼らはこのように主張する。すべての国民は個人として誰にも譲ることのできない「自由と権利」を有する。このような自由と権利は国家が与えたものではなく、天賦のものであり、神の所与の産物であるともいえる。人間のもつ自由と権利がこのように神聖不可侵なものであるから、国家と国家の法律は常に個人の自由と権利を保護しなければならない。否、むしろ国家と国家の法律は自由と権利をよく保障することによって、はじめてその存在理由が認められる。そして、すべての人間がこのような自由と権利をもっているのは、経験的に検証されて認識されるのではなくて、我われの理性からいって自明のこと

(self-evident)である。このような主張が近代にいたって主張されてきた「人権思想」であるといえよう。

(5) 上で概観したように、すべての自然法論者たちは、つねに「自然の秩序」を念頭においている。それは、人間に左右されない最初から存在していたものであり、したがって、永遠に変わることはないものである。このような秩序が人間社会の基本的建前になるわけであるが、人間は理性をもっているため、このような原理の存在を自明なものとして認識できる。これが彼らのいう「自然法」であるが、その内容に関しては、古代のウルピアヌスは「各人に彼の分を与えること」であるといい、中世のトマスは「善を行いたまえ」と述べたし、近代の人権思想では、すべての国民が人間としてもっている「自由と権利」と表現している。

III. 実証主義法思想

(1) 19世紀にいたって自然科学の発達にともない、後半期から自然科学の基本的立場である実証主義が社会現象に関わる学問にまで浸透しはじめ、実証主義に立ったさまざまな法思想が生まれるようになった。

法実証主義においては、何よりも「法」と「道徳」の区別が強調された。これまで主張されていた自然法は正義に合致する法であり、人間に善だけを命ずる法に限っていた。したがって、それは正当性をもっているが故に法 (*ius quia iustum*) になり、その本質においては倫理・道徳と変わりがなかった。

しかし、現実において適用されている法は、つねに正義に合い、善であるわけではない。時には国民を残酷にあつかう法もありうる以上、「悪法も法」といわざるを得ない。したがって、法においては、その内容が良いか悪いかを問題にする必要はない。この点で、実証主義法思想は、法と道徳を峻別することが必要となる。倫理・道徳とは別に法を探らなければならないという考え方がそれである。

したがって、法実証主義は法の内容ではなく、制定にいたる手続きに注目する。大学生が模擬国会で制定した法は、その内容がいくらすばら

しくても法にはなり得ない。しかし、国会で制定される法は、場合によっては、その内容が悪くても法としての効力を有する。その理由は、国会だけが立法権をもっているからである。換言すれば、法を制定する権限をもつものが立法手続きを経て制定したものだけが法として認められるのである。したがって、権限をもっている者に「命令されたから法」(ius quia iussum)になりうると主張するわけである。実証主義的法思想はおよそこのように考えている。

(2) 実証主義的法思想をとっている学者たちはみな自然法を否定して、自然法は法ではなく単に倫理・道徳にすぎない、と考える。そして、国家が実際に制定した実定法だけが法になりうるものとする。同時に、法学者は実定法の本質を追究し、その解釈・適用の原理を研究すべきであると主張する。そして初めて科学的・実証的法理論が成り立つと考えるのである。

そして、実定法に対して法学者が問題すべきことは、その内容いかなではなく、専らそれが制定される手続きであると強調することである。立法権限者は一定の手続きを踏んで各種の法令、すなわち「実定法規」を制定しており、そのような法規のなかに実定法、すなわち法があるから、法学者は専らこのような実定法だけを研究の対象にしなければならないと考える。したがって、ここでは「権限者→実定法規→法」という一つのシステムが成り立つのである。権限者によって実定法規が制定されれば、そのなかに法が存在するというわけである。同時に、このシステムと関連して実証主義法思想を、つぎの三つに分けることが可能である。

(3) その一つは、誰が法を制定したかを強調することにとどまる法思想である。たとえば、①イギリスのオースティンは、法を立法権者の「命令」とみなしており (Austin, *Lectures on Jurisprudence*, 5th ed., 1885)、②ビアーリングは、一定の社会のなかで暮らしている人びとによって「承認」されたものだけが法になりうると見ており (Bierling, *Juristische Prinzipienlehre*, 5 Bde, 1891) ③イエリネックは、国家が法を作る、と

述べている（Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 1900）。そのほかにも数多くの学者がこの類型に属する。

つぎに、法の制定における条件を強調する法思想がある。たとえば、①マルクスは、支配階級が被支配階級を経済的に搾取するために法を作ると述べており（Marx, Manifest der kommunistischen Partei, 1848）、②カーレルは、法の制定において生物学的要素が大きく作用すると強調しており（Carrel, Der Mensch-das unbekannte Wesen, 1936）、③李恒寧教授は、法は風土的存在であると断定している。（李恒寧、『法哲学概論』・再改正版、1974年、65頁）

最後は、このように制定された実定法それ自体は、いったい何かを説明しようとする法理論であり、法を強制規定と規定するケルゼンの純粹法学がその典型的な例である（Kelsen, Reine Rechtslehre, 1934, 2te Neubearb. und erweiterte Aufl. 1960）。

IV. 自然法論への批判

(1) 自然法論は自然法だけが「真の法」であり、実定法は法の「仮像」にすぎないと主張する。そして、自然法は自然、神または理性から由来したものであるから、「永遠に変わらない」と考える。

人間によってつくられたものは、時間と空間によって随時変わる。したがって、人間によってつくられた実定法の効力は長くは続かない。しかし、自然法は人間によって作られたものではないから、いつまでも効力をもち、したがって、それは「永遠に変わらない」(aeterna et perpetua) ものである。

しかし、ここでいう「永遠」という言葉は、はたして何を意味するであろうか。この言葉は、恋を誓うときや、詩のなかで良く使われている。たとえば、「あなたを永遠に愛します」という場合には、自分の真心を表現するために、この言葉が一番効果的だと思っているからである。しかし、人がもしこの言葉がいったい何を意味するかと聞かれたならば、これを応えることができる人はどこにもない。誰も「永遠」とは何かを

想像することができない。人はこの言葉を良く使ってはいるが、「永遠」の言葉が表現しようとする「そのもの」がいったい何なのか、誰も指摘できないのである。

永遠というのは、時間的に無限であることを意味する。そして人びとは「無限」という言葉をよく使っているが、しかし、誰も無限に近づくことはできない。近づくことができないから、それに関してなんともいえないのである。そのようなものは、存在しているともいえないし、だからといって、それが存在しないと断定することもできない。私は「無限」とは何かという質問に対しては、無言だったといわれる。物事の真相を見抜いたからではないであろうか。

このように考えると、自然法論でよく「永遠」という言葉を使っているのは、そのようなものが存在しているからではなく、むしろ、いつまでも効力があってほしいという希望のサインにすぎない。

(2) つぎに、自然法論では、自然法は永遠に「変わらない」と主張する。「変わらない」というのは同一性を維持するという意味であるが、それは、このように変化するようなことを「しない」という角度で表現したのである。それでは、ここでいう変化とは何か。これもやはり同一では「ない」と表現する以外に他に表現のしようがない。

同一性とは、変化「しない」ことであり、変化とは同一では「ない」ということである。しかし、ここで同一性は、また変化「しない」という形をとって永遠に循環する。これを「無限への後退」(regressus ad infinitum)というが、この程度にいたっても、我われが何も説明できなかったことには変わりがない。

何かを述べているように見えるが、実をいうと何の実質もない空虚な劇論(遊戯)にすぎない。たとえ、男は女でない者であり、女は男でない者であるといっても、それで男がどういうものであり、女がどういうものであるかが明らかになるわけではない。自然法が変わらないと述べていることについても、我われは同じことをいうことができる。

この問題を、仏教学者たちは同と異の問題として扱っている。元暁法

師の教えは、我われにとって良い参考になるだろう。

同とは、異なるものから同じものを見分けることであり（辯同興異）、異とは、同じものなかで異なるものを見分けることである（明異興同）。同じものから異なるものを見分けることは、同じものを分けて異なるものにさせることではない（非非同為異）。また、異なるものなかから同じものを見分けることは、異なるものを融合して同じものにさせることではない（非鎖異為同）。同とは、異なるものを溶かしてなるものではないから、それが（つねに）同じものであるとはいえず、また、異も同じものを分けてなるものではないため、それが（つねに）異なるものとはいえない。ただ異なるとはいえないから同じであるといえるが（不可説異故可得説是同）、また、同じとは言えないから異なるというだけである（不可説同故 可得説異耳）。（元暁〈金剛三昧経論〉韓国仏教全書、第1冊、626上）

結局、同一性や変化という言葉は、これらの言葉と対応する「何か」が実在するというを意味するのではなく、単に人びとが必要な場合に、このような表現を使用するだけのことである。したがって、自然法が変わらないといったときにも同じである。このときにおいても、ただ彼らは自然法がいつまでも効力があってほしいという希望を表示しているのである。

(3) また、彼らは自然法の存在は当然のように考えている。理性的存在である人間の立場からみると、自然法の存在は自明（self-evident）であると把握するのである。

しかし、一つの事物の存在が自明であるということは、検証（verification）を経て確認する必要までもなく、単純に論理的操作によってその存在を認められるということである。経験的事実に関する判断は、絶えず検証を経なければならぬ。もし、一回でも反対事実が反証（falsification）として現れれば、その時点でその判断は間違いであることが判明されるからである。したがって、経験的判断については、絶対的にその自明性を認めることはできない。必ずそれを検証しなければならないから

である。

しかし、 $3-2=1$ という算術式に限ってみると、3 は 2 と 1 をたしたものだということが前提とされており、3 から 2 を引いた場合、1 が残るということは当然の帰結として内定されているから、経験を通じてそれを検証する必要はなく、3 の内容を論理的に分析するだけで $3-2=1$ という結論を得ることができる。この際には、新しい事実に関する知識は一つも添加されず、最初に内定されたそのものがそのまま繰り返して言明されたことになる。3 から 2 を引けば 1 になるから、 $3-2=1$ になるのである。このような言明を「同じ言葉の繰り返し」、すなわち、同語反復という。

しかし、論理学や数学では、言明の同語反復の現象がありうるが、経験的事実と密接な関係がある法に関する言明は、同語反復に陥ってはならない。法の世界では、利害関係の対立による闘いが必ず起こるからである。にもかかわらず、自然法の存在は自明であるというのは、彼らの自然法は誰であろうとも否定してはならないという意地を張る政治的宣伝スローガン以外の何でもないからである。つぎの説明を通して、それを確認することができる。

(4) 最後に問題となるのは、自然法の「内容」に関するものである。自然法の存在を自明に認識できるというが、それではそのように認識された自然法の内容は、いったい何かという質問である。この問題に対して、古代のウルピアヌスは「各者に彼のものを帰属させる」と答え、中世のトマス神父は「善を行いたまえ」と述べた。このように各者に彼のものを帰属させること、あるいは善を行うことが自然法の内容を構成するというのである。

それでは、何が各者に帰属させる「彼のもの」であり、何が「善」であるのか。彼らには人間の理性からすれば、自明であるというが、実際には決して自明ではない。

互いにより多くのことを主張して闘う当事者の前で、各者に帰属すべき「彼のもの」を確定することは決してやさしいことではない。一般的

にいうと、それは強者によって一方的に確定される。なぜそのように確定したかをつき詰めた場合に、国の法によるとか、事物の理屈がそうであるからとか解釈するであろう。しかし、結局、それは私のものであるから私が、あなたのものであるからあなたに与えるという話にすぎない。一語とで要約すれば、それは「彼のものは彼のものである」と同語反復することにすぎない。

「善」においても事情は同じである。何が善であるか問われたら、キリスト教の神父であるトマスは神の命令に従うことである、と応える。なぜそうかと聞かれたら、神はつねに善を命令するから、と応えるだろう。結局、彼の答えは、キリスト教人の立場から「善は善である」との同語反復にすぎない。しかし、キリスト教徒から善であると認めよといわれても、だからといって他の宗教徒を納得させるわけにはいかない。

最後に、近代の自然法論は、すべて個人は絶対に譲ることのできない「自由と権利」をもっており、それはごく自明なことであると主張する。しかし、実際においては、そのような自由や権利の内容および限界は、法律によって定められている。法律によって国民がどのような権利と自由をもっているかが分かる。したがって、すべての個人が自由と権利をもっていることが自明であると主張するのは、とうてい話にならない。不都合な話である。

(5) 自然法論は、すべて荘厳で厳粛な言葉で飾られている。だれも反論できないような表現を使っているものの、上で検討したように、それは何らの内容も有しない空虚な話遊びにすぎない。彼らはみな「永遠に変わらない自然法ないし人権」が存在していると主張しているが、しかし、それが何であるのかを解明することはできない。

ここで我われは仏の教えを思い出すことができる。仏は、我われに「その何か」がいつも、どこでも同一の姿で存在すると考えてはならないと教えた。我われは日常生活の必要からその何かを語っているが、しかし「恒常の何かがあるのではない」（無有定法）と金剛経のなかで教えている。さらに世界という言葉为例にあげると、「如来様は世界とおっしゃっ

たが、世界というものが存在しているからではなくて、その名が世界であるにすぎない」(如來說世界 非世界 是名世界)とも教えている。

このように見ると、自然法論は自然法ないし人権が存在すると主張するが、実際にはそのようなものは存在せず、そのような名称ないし名前があるにすぎないことが分かる。多くの人に共同生活の目標を設定するために永遠に変わらない法があるとか、誰にでも人権があるというが、実をいうと、そのようなものは存在せず、政治的目的を達成するためにそのような言葉を使っているにすぎない。ここにこそ自然法論の秘密が隠されているのである。自然法論は法理論ではなく政治の侍従にすぎない。

V. 法と力

(1) 実証主義に立脚する法理論にはさまざまなものがある。誰が法を作るかだけに注目する説もあり、法が制定される際に大きく働く条件ないし目的を強調する説や、そのようにして制定された法それ自体が何かを説明しようとしているとする説もある。

しかし、立法権者を想定している点で彼らの見解は一致している。すなわち、「法を作る権限をもっている者」があり、その者によって法が作られるという点で、法の本質を探し出すべきだと主張する。このように「作者」を念頭においている点で彼らは共通している。

また、彼らをつねに「力」を想定する。法を作る「権限」とは法を作ることのできる「力」という意味に解される。一定の力をもっているものだけが法を作ることができるという考え方である。

このように、実証主義に立った法思想は、つねに「作者」と「力」を前提に彼らの理論を展開していく。法を作ることのできる力をもっている者によって作られたものが法になるということである。このように力をもっているものによって「命令されたから法」(ius quia iussum)になる、というわけである。

(2) しかし、作者と力で説明したとしても、何かが説明されたと考え

るのは間違いである。

まず、作者に関して考察してみる。たとえば、深海で採ってきた怪奇な形をした魚を目の前に置いて「誰がこれを作ったのか」あるいは「これは何なのか」と聞いた場合、キリスト者は当たり前のように、それは神が創ったものだという。なぜかと聞くと、神は造物主だからだと彼らは答える。

ここで造物主とは万物を作る者という意味であり、この「万物」には今問題となった怪奇な形の魚も含まれる。したがって、造物主という言葉は「あの怪奇な形の魚を含めたすべてのものを作った者」を指す。それゆえ、上の答えは、つぎのように解することができる。「この怪奇な形の魚まで作った者（すなわち神）がこの怪奇な形の魚を作った」と。結局、「同語反復」になるが、これでは何の説明にもならない。何かが説明されたように見えても、実質は前提されたものがそのまま反復されただけにすぎず、何の説明にもなっていない。

一つの現象を説明する場合、作者と関連づけるのは原始的思考からくるものである。原始人は、彼らの「祖先の魂」が万物をそのような形に作ったと考えていた。したがって、豊作になったならば、それは善行に対する祖先の褒美とみて、暴風雨に対してはそれを悪行に対する処罰だと考えていた。そして、祖先の魂は、のちに自然、神などに発展していった。

しかし、このように作者を介入した場合、その理論は、結局、同語反復になり、何の説明にもならない。したがって、作者が何かを造ったという考え方、すなわち人格的思考を退けなければならない。仏が「人相」を捨てなさい、と教えたのは、このような事情を物語っている。

元暁法師は、つぎのように語った。「作者に対する執着を直すためには、そのようなことがあったから、そのようなことがあったことと同じ方法を採用せよ。」（治作者執 如說是事有故是事有）（元暁〈金剛三昧経験〉、前掲 613）このような事があって、つぎにこのような事があったといえればいい事を、ここに誰がそれを作ったとつけ加えていする必要はない

ということである。しかし、実証主義の法思想は、つねに立法権者が法を作ったという点を強調する。しかし、法を作った者が誰であるかを指摘したとしても、それによって法が何であるかは明らかにならない。

(3) つぎには、力に関する問題である。何かを説明する際に、力という概念をもち出しても、何かの説明されたと考えるのは間違いである。

たとえば、睡眠剤を例にあげて見よう。睡眠剤を飲んだらなぜ眠れるかと聞いた場合、人は当たり前のように、それは睡眠剤に人を眠らせる力があるからではないか、と答える。それでは、睡眠剤は、結局、眠らせる力をもつものになるが、この答えは以下のように解することができる。「眠らせる力を持っているもの(すなわち、睡眠剤)には、眠らせる力がある。」しかし、これは間違いなく同語反復である。同じ言葉を繰り返しただけで、何の説明にもならない。

何かを説明する際に、力をもち出した場合には、つねにそのような力をもっている者、すなわち、作者を念頭におく。そのような力をもっている者によってそのように作られたと説明しようとするのである。

このように「力」を介入させた場合、つねにそのような力をもって何かを作る「作者」を念頭におき、また作者をもち出す場合に、つねに同語反復になると同じく、力を介入させた場合にも、つねに同語反復になる。何ひとつ説明されたものはない。たとえ、「家」とは何かという質問に対して、家は建築家によって建てられたものであるとか、建築家の財力がそのような家を建てるようにしたと答えても、それで家の本質はまったく説明されていない。何かの説明されたかのように見えても、何も説明されてはいないのである。

実証主義法理論においてもこの点は同じである。法とは何かという質問に対して、「法とは主権者の命令である」とか、「法は階級闘争の産物である」と答えたとしても、このように法を誰が作ったといっても、それで法が何かという質問に対する答えにはならない。実証主義に立脚するほとんどの法理論は、これと同じ間違いを犯している。

(4) もちろん、ケルゼン(Kelsen)のような学者は例外である。彼は、

法の本質は強制規範であるという。誰がどのように作ったとしても、作られた法はつねに強制規範になりうるというのである。しかし、彼の理論を綿密に検討してみると、問題がないわけではない。一つの例をあげて検討することにしよう。

強盗による金品の要求は法的な拘束力をもたないものの、税務署長の納税要求は法的拘束力があるが、それは税務署長にはそのような請求をする権限があるからである。そして彼がこのような権限をもっているのは、客観的に妥当な法体系が彼にそのような能力を与えたからである。すなわち、「命令の拘束力はその命令自体から生ずるのではなくて、その命令が出される条件から生ずる」とケルゼンは語る。

それでは、ここの「命令が出される条件」とは何か、これは間違いなく実定法であり、これをケルゼンは強制規範とみていた。しかし、ここで強制規範は「納税しない者は、処罰される」という形で規定される。これは、つぎのように解することができる。

税務署長の納税要求が拘束力をもつのは、換言すれば、納税しない者が処罰されるのは、「納税しない者は処罰される」と規定した強制規範がその条件になるからである。もっと簡単に言えば、「納税しない者が処罰されるのは、納税しない者が処罰されるように(法が規定)しているからである。」

法の本質に関して強制、すなわち「力」という観念を有している以上、このように表現するしか仕方がない。結局、法を強制規範といったとしても、それもやはり法の本質に関しては何らの説明にもならない。同語反復に陥った結果だけをもたらしたのである。

(5) 実証主義的法思想は法の本質を問題にするときに、つねにどこで、どのように法が「作られたか」だけを知りたがる。同時に、その場合、法を作ることのできる「権限」ないし「力」を問題にする。そのような力をもっている者によって作られたのが法であるというわけである。ケルゼンだけはやや異なって、作られた法自体が何であるかを問題にするが、しかし、かれが権限ないし強制的概念を捨てない限り、彼の法理論

も「力」の桎梏から抜けでることができない。したがって、実証主義に立ったすべての法思想は、結局「法を作れる力をもっている者によって作られたのが法である」と主張する理論であると結論づけることができる。

しかし、一つの理論を展開するにあたって、「力」という概念をもち出しても、それでは中身のある理論にならない。言葉遊びにすぎず、結局は同語反復になりかねない。自分では科学的である、実証的であると自讃する彼ら法学者たちの理論は、同語反復に陥って何ら説明にならないのは、彼らが「作者」と「力」を念頭において彼らの理論を展開しようとしているからである。換言すれば、誰がどのように法を作ったかを明らかにすることによって、法の本質が究明されると彼らが考えているからである。

しかし、「力」をもっている「作者」によって何かが作られたと説明しても、何か本質が明らかにされるわけではない。実証主義法思想によっても、法の本質はなお未解決のまま残されているのである。

VI. 結語

(1) 法哲学が今まで問題にしてきたのは「法とは何か」という問題であった。この問題を解決するために法哲学は本当に長いあいだ力を尽くしてきた。法と呼ばれている「もの」が必ずどこかにあるはずであり、それが何なのかを解明しようとしてきた。

この問題に対して、自然法の立場からは、法と呼ばれている「もの」が大自然や神の意志のなかに、または人間の自然のなかにある、と主張してきた。そして、そのような法の存在はきわめて自明なものとして認識されうると考えていた。しかし、彼らに認識された法の内容が何であるかを、彼らの発言に聞いてみると、それはすべて同語反復に陥っているのである。結局は、何も説明できない、外形だけの言葉遊びにすぎない。

また、実証主義的法思想の側は、誰によって、どのように実定法が作

られているかだけに関心があり、同時にそのような立法者のもつ「力」が大きく議論される。しかし、このように「作者」と「力」を関係づけることによって、彼らの理論は、結局は同語反復に陥る。何の中身もない、何の説明にもなっていないのである。

(2) 上で指摘したように、今までの法哲学の「法の本質」に関して提起された理論は、いずれも論理的に成り立たないものばかりである。それでは、法という「もの」はないとみるべきであろうか。

しかし、問題は決してそれほど単純なものではない。法というものが何かは、法哲学者によって解明されていないが、法という名の下に人びとがたどってきた事実を我われは無視することはできない。何世紀か以前に西洋人が東洋を侵してきたときに、彼らが前面に出したものは大砲とキリスト教、そして「自由と権利」を主張する自然法論であった。自然法という名の下で彼らは東洋人の前でどれほど自惚れたことだろうか。また、犯人という烙印を押して牢獄生活をさせるのは法という名目の下であり、莫大な税金を国に納めるのも法という名目の下である。法というものが何であるかは誰もはっきりと指摘できないが、しかし、法という名目の下で、現実社会で行われている光景は実に冷酷である。

したがって、法という「もの」が存在しているとは言えないが、しかし、存在していないともいえない。誰もそういうものの存在を証明できないから、法というものがあるとはいえない。が、法という名目で人びとはさまざまな処遇をされているのであるから、法というものが最初から存在していないともいえない。仏教徒的に表現すれば「存在しているともいえないが、存在していないともいえない」(非有而非無)ということである。

(3) しかし、これは法に限っていえるのではない。実は、すべての事物はみな存在しているともいえないし、存在していないともいえないといえよう。しかし、西洋人は「存在していない」という側面は正しく認識しているものの、「ないとはいえない」側面を彼らは見抜いていないのである。

たとえば、一定の対象を a という方法で観測して α という法則を作り、 b の方法で観測して β という法則を作ることができるが、何の観測にもよらない対象の存在法則である n が存在するか否かに関しては、アインシュタイン (Einstein) は彼の相対性理論のなかで、そのようなものは存在しているものではない、と述べている。すべての事物も我われがどのような視点でみるかによって、そのように見えるだけであり、我われの視点とは関係のない事物そのものに固有の存在法則はないということであって、この点から、今日の自然科学は「非有」の側面だけは正しく認識できているといえる。

しかし、このようにすべての事物はそれ自体に固有の存在法則はしないが、とはいっても、その事物が無あるいは不存在であるとは断定できない。すべての事物は、人びとがそれをどのような態度で扱うかによって、その限りで作用を発揮する。たとえば、食べ物の本質を我われは探し出せないが、しかし、人びとはそれを食べて生存することはできる。このように、すべての事物が有する役割の側面からいえば、我われは簡単に無と断定することはできない。仏教で「悪取空」を悪いと教えるのは、非有がすなわち無であると断定することはできないという意味で認識すべきであろう。しかし、西洋人はこのように「非無」の側面があるがままに実感していないようである。

(4) しかし、仏教では「存在しているとはいえないが、存在していないともいえない」と、はっきり教えている。

そして、ここの「存在しているとはいえない」という教えは、すべての事物も本質や実体などを有してはいないという意味であり、人びとはいつもある事物の本質や実体などを知ろうとするが、どれほど探したとしても、そのようなものは存在していないから「問題でない問題」(いわゆる仮象問題) に気をとられてはいけな、という教えである。

このような教えは、とくに法哲学者たちにはぴったりする。彼らはいつも「法とは何か」という質問を前にだす。こうして、彼らは2千余年の長い歳月をこの問題を解くために費やしたが、しかし、彼らが出した

答えは、せいぜい同語反復にすぎないものばかりであった。何も明らかになったわけではない。彼らがもし早く非有の教えを分かっていたら、そのように長い歳月を、いわゆる仮象問題に費やしてはいなかったであろう。

つぎに、「存在していないともいえない」という教えは、どのような事物であろうとも、それなりの役割を果たせるという意味である。事物の本質や実体といったものがないからといって、それがそのまま虚空と同様に、なにもないと見てはならず、その事物なりの役割を果たせるという点を認識して、それを十分に活用できるようにしなければならない。

本質や実体がないといって、なんの役に立たないニヒリズムに陥って、食べることは本当に食べるのではなく、道を行くことは本当に道を行くことではないとすれば、これこそ誤って空に執着することであり（悪取空）、排斥すべきである、と仏は教えている。法哲学についても同じことがいえる。法の本質が何であるかを解明することはできないが、しかし、人びとは法という「名目」の下で懲役に処されたり、また法の「名目」で莫大な税金を取られたりする。しかし、もし法というものが虚無であるとすれば、そのような名目でこのようなことが発生することはないだろう。したがって、法は存在しているものではないが、また存在していないとはいえない。人びとの実生活のなかでは、法という「名目」で冷酷に展開されている部分があるからである。

こうして、ここで我われは金剛經に書かれている仏の教えのなかで、世界を法に変えて、つぎのようにいっても差し支えないと思われる。「如来は法に関して教えたが、法というものが在るからではなくて、その名称が法であるからである。」

(5) 仏の教えからいうと、法哲学の行くべき道ははっきりと示されたといえる。すなわち、法哲学の任務は「法の本質」などの仮象問題ではなく、法という「名目」の下で人びとがどのように生きているかを明らかにすることである。我われは自動車の本質などを知らなくても、自動車を利用するのになんら支障はない。そして、このときの我われがなす

べき仕事は、より良いより安い自動車を作って有効に使うことである。法においてもこの点は同じである。

我われは法令集に載っている数多くの法条文をもっているが、それらの条文の本質や実体などを問題にすべきではない。我われは、そのような条文を「法」と呼んで、そのような「名」の下で、どのように生きていくかを分かっていればそれでよい。

とくに、利害関係の対立のなかで闘うこの冷酷な現実生活においては、そのような法条文を道具ないし武器として利用して、自分を保護すべきかをよく学ぶ必要がある。このような技術をよく身に覚えておけば、我われは自分の生活を平穩のままに保持できるし、他人から無実の罪を被せられることもないだろう。これが法という「名」をめぐる我われが関心をもつべきことのすべてであり、これだけが、法に関して我われがいうことのできるすべてである。そのほかに法と呼ばれる「もの」の本質や実体などを知ろうとする必要はない。そのようなものは、そもそも存在しないからである。

仏の教えを通じて我われは、以下ことがいえる。いままで、まったく問題にならないものを問題として扱ってきた我われの病みは、いまになって漸く治癒された。誤った妄想に捕らわれていた病が治されたとしても、新しい世界が展開されるわけではない。ただ、妄想の病が治されて、再び妄想に捕らわれないようになっただけである。我われは何の妄想ももたずに清い目と心で我われの現実世界に当たればよい。⁷

※原著は、石隅黄山徳博士追慕論文集『法哲学斗刑法의諸問題』(1989年、邦文社)に収められている。

◎この拙訳は、2005(平成17)年度「研究促進奨励金」(SGU-SO5-168016-09)の交付を得てなされた研究成果の一部である。

⁷ 東国大学校 開校80年記念論叢『仏教と諸科学』1987年に掲載された〈仏教と法哲学〉に若干手を入れたものである。