

1 価値相対主義から再生自然法論へーラートブルフの思想の変化



G.ラートブルフ（1878 - 1949）

・WWⅡ以後のドイツでは、多くの法学者が自然法の重要性を強調するように（ナチスの人種立法を許さざるを得なかった法実証主義への反省）

◎「制定法の不法と制定法を超える法」（1946）

「正義と法的安定性との間の衝突は、規定され、権力によって裏うちされた実定法が、内容的にはたとえ不正義であり非合目的であっても優位を与えられる、というようにして解決されうるであろう。もっとも、正義に対する実定法律の矛盾が余りにも耐え難いため、その法律を『不正な法』として、正義に道を譲らせなければならないような場合には、話は別である」

「制定法の不法の場合と、不正な内容をもつにも拘わらずなおかつ妥当する法律との間に、これ以上に鮮明な一線を引くことは不可能だが、次のような場合には、他の境界線をきわめて明確に引くことができる。すなわち、正義の追求がいささかもなされない場合、正義の核心をなす平等が、実定法の制定に際して意識的に否認されたような場合には、そうした法律は、おそらく単に『不正な法』であるにとどまらず、むしろ法たる本質をおよそ欠いているのである。なぜなら、実定法をも含めて、法を定義するとすれば、その意義からみて正義に奉仕するように定められた秩序であり規定である、というほかないからである。この基準に照らしてみれば、ナチスの法の大部分は、とうてい妥当する法としての品位をもつものではなかった」（『ラートブルフ著作集第4巻』東京大学出版会、1961）

◎1933 年までのラートブルフ

- ・価値相対主義の立場から、普遍的に効力を持つ自然法の存在を否定
- ・法の理念は正義であり、その核心を構成するのは平等の原則である

・この平等原則は形式的正義に基づくものである（形式的正義は、等しきものを等しく扱うことのみを要求する、誰を等しいものをみなすべきかについては議論しない）→ナチスの人種立法は？

◎1945年以降のラートブルフ

- ・人権の普遍性、裁判官が服従を拒むべき悪法が存在することを主張
- ・法の理念は正義であり、その核心を構成するのは平等の原則である（以前と同じ主張）
- ・平等原則は、すべての人間を人権の享有主体として平等に扱うこと（人権の普遍性）
- ・「人間を人間以下のものとして扱い、その人権を認めなかったすべての法律は、法としての性質を欠いている」

2 H.ケルゼンの純粋法学



H.ケルゼン（1881－1973）

◎「根本規範」に関するケルゼンの言及

「他の規範の妥当規範となるような規範は、これに対してより高次の規範である。しかし、ある規範の妥当根拠の追求は、結果に対する原因の追求のように無限に続けることができるものではない。最終的かつ最高次のものとして想定されるような規範で終わらなければならない。この規範はあくまでも仮説的に想定されたものでなければならない。というのも、この規範は、さらに高次の規範にその権限の根拠を求めなければならないような何らかの権威によって制定されるようなものではあり得ないからである。もはやこの規範の妥当性をさらに高次にある何らかの規範から導きだすこともできないし、もはやこの規範の妥当性の根拠を問うこともできない。最高次のところにあるものとして仮説的に想定されたこうした規範を、ここでは、根本規範という名前と呼ぶことにする」

「ある父親が自分の子どもに学校に行きなさいと命令する。子どもが「どうして学校に行かないとだめなの」と答えれば、これに対する父親の返事は「お父さんがそう命令したんだし、子どもというものは父親の命令に従わないといけないんだよ」というものだろう。子どもが「どうしてお父さんの命令に従わないといけないの？」とさらに尋ね続ければ、それに対する父親の答えは「それは神様が年長者の言うことを聴きなさいと命令したからで、神様の命令には従わないといけないんだよ」というものだろう。もし、

その子どもが「なぜ神様の命令に従わないといけないのか」と尋ねる一すなわち、この規範の妥当性に疑問を投げかけるとしたら、それに対する答えは次のようなものとなる。こうした規範に対しては疑問を差し挟んではならない一すなわち、こうした規範の妥当性の根拠を追い求めることは不可能であり、人はただ、こうした規範を仮說的に想定することができるのみである」（H.ケルゼン『純粋法学』第2版、岩波書店、1960年）

◎純粋法学とは

- ・政治・道徳・宗教など法に属さないものを全て法学の対象から排除する。法学は、「法はいかなるものであるべきか」を巡る自然法論や正義論とは区別され、「いかに人々が行動しているのか、そして将来いかに行動するのだろうか」という法社会学とも区別される、「法が実際に何であるか」の考察である。

- ・方法二元論…存在の世界と当為の世界（認識枠組みとしての、因果関係と当為の二元論）

- ・事実を認識する二つの方法…時間・空間内で生起する自然的事実を「因果関係」という枠組みに当てはめて考える方法と、同じ自然的事実を「当為」という枠組みに当てはめて考える方法

- ・例：誰かが何かの行為によって他人の死を惹起したとする。それは法律的に殺人を意味する→同一の行為の中に、一方では他人の死の原因という意味が（存在の世界）、一方では刑法上の殺人罪に該当するという意味がある（当為の世界）

◎法の静態的側面

- ・いまここで妥当している規範としての法（静止状態にある法）を分析する

- ・どのような手続きで法が作られたのかということはとりあえず置いておいて、いまここで妥当している規範体系という側面から法を見る…法は「強制秩序」である

- ・法規範は立法を通じて創設され、特定の違法行為と特定の制裁を結合させることで一定の効果を生み出す、一種の社会的技術である

- ・法規範は法の服従者である市民に向けられたものではなく、裁判官や法執行機関に向けられた当為命題（もしある人物 A が行為 X をする場合には、裁判官 B は制裁 Y を適用すべきである、第一次的規範）→一般市民の日常に見られる法順守の義務の表明（法に従う・従わない）は第一次規範からの派生物にすぎない（第二次的規範）

- ・道徳は一個人の行為に向けられる（A は行為 B をするよう道徳的に拘束される）ものだが、法規範は違法を行う可能性のある個人と、制裁を執行する裁判官や法執行機関という複数の行為者に向けられている

◎法の動態的側面

- ・法がどのような手続きで作られ、適用されるかという問題を考える（法の妥当性自体に関して考える）
- ・法秩序の段階構造...ある法規範が妥当性を有するのは、その上位にある別の法規範がそれに妥当性を付与するからであり、その上位の法規範もまた、さらに上位にある法規範に妥当性を付与されている
- ・妥当性付与の連鎖の終点に、全ての法規範の妥当性の淵源である根本規範がある

◎H.ケルゼンの正義論（自然法論・イデオロギー批判）

- ・価値絶対主義に立つ正義論への批判...人間の認識が及ばない絶対的正義の存在を説く「形而上学的・宗教的な型」と、人間の理性によって絶対的正義を認識しようとする「合理的な型」に分類し、批判
- ・形而上学的・宗教的な型（プラトンのイデア論やイエスの教え）...純粋法学の立場から（法の合理的な認識を目的とする立場から）この型を否定する
- ・合理的な型（所有権・平等など）→それらだけでは法秩序の内容を規定することはできず、あらゆる法秩序の正当化に用いることができるものであって、「内容空虚」である

⇒ラートブルフの平等原則も「内容空虚」である

- ・近代自然法論は存在から当為を導く誤りを犯している

「ある事実が存在しているとか、あることが実際に起こったということからは、何が存在すべきだとか生ずべきだとかいう帰結を決して導くことはできない」（H.ケルゼン『ケルゼン選集 3 正義とは何か』木鐸社、1975年）

⇒自然法論は、絶対君主制・民主制などのあらゆる制度の正しさを「証明」してきた詭弁であり、人々が（あるいは政府が）自らの利益を他の利益に反して貫徹しようとする際に、その利益主張を隠ぺいするイデオロギーとして機能してきたものである