

# 「自然法論と法実証主義」についての覚え書

深 田 三 徳

- 一、はじめに
- 二、自然法論の諸相
- 三、一九世紀以降の法思想—法実証主義の潮流
- 四、自然法論と法実証主義の対立点
- 五、現代自然法論と法実証主義の接近
- 六、おわりに

〔補論〕 「法実証主義」の多義性と価値相対主義との関係

## 一、はじめに

「自然法論か、それとも法実証主義か」という問いは、法哲学において繰り返し問われてきた難問である。しかし近年の法哲学の動きのなかで、自然法論や法実証主義として展開されている理論が洗練されたものになっているだけでなく、相互に接近してきていることもあって、両者を分かつ境界線はそれほど明確でなくなっている。他方では、かつて自然法論のなかで説かれてきた諸価値が各国の憲法などのなかに実定化されてきているために、この問題について論じる実践的意義が次第に薄らいできていくように思われる。今日の法哲学文献のなかで、「自然法論か、

「自然法論と法実証主義」についての覚え書

同志社法学 三九卷一・二号 一七三（一七三）

それとも法実証主義か」といった問題よりも、法規範論、法体系論、法と強制、法と道徳、市民的不服従といった個別的問題が一層重視して論じられるようになってきていることは、これらのこととも関連しているであろう。<sup>(1)</sup>

しかし「自然法論か、それとも法実証主義か」という問題を論じる意義が、今日、全く失われてしまっているとすることはできないであろう。法思想史においては、自然法論対法実証主義という対比図式は、数多くの過去の思想を整理する場合にこれまで有益であったし、これからも依然としてそうであるであろう。法哲学においても、自然法論対法実証主義という対比図式は、法哲学的問題に対するさまざまな理論の対立・差異を整理する上でこれまで有益に用いられてきた。それは、とくに「法とは何か」という法概念論レベルの対立を整理する上で用いられてきた。その対立は、法と道徳、法の効力根拠、悪法論、法への服従義務等の個別的問題にも関係しているのである。したがって自然法論と法実証主義を分かち境界線は何かという問題は勿論のこと、「自然法論か、それとも法実証主義か」という問題そのものも依然として重要であり続けている。

筆者は、これまで法実証主義について関心をもち、研究を続けてきたものである。ここでは法実証主義の特徴を明らかにするという筆者自身の視点からではあるが、自然法論と法実証主義の対立点などを整理してみたいと思う。そして補論では、「法実証主義」の多義性や価値相對主義との関係についても検討したいと思う。

(1) 例えば、田中成明『現代法理論』有斐閣、一九八四年参照。

## 二、自然法論の諸相

自然法論と法実証主義は必ずしも相互排斥的でないし二者択一的ではなく、両者の間に「第三の道」ないし「第三の

法理論」もあるとする考え方が<sup>(2)</sup>ある。これらの考え方についてはともかく、少なくともこれまでは自然法論と法実証主義が対立的概念として用いられてきたことは事実である。しかしながら両者の対立点がどこにあるかについては、「自然法論」「法実証主義」の言葉が多義的であり、「自然法論」「法実証主義」と呼ばれてきた理論もきわめて多様であることから、簡単には定めがたい状態である。ここではこの対立点について整理するまえに、まず法思想的観点から自然法論と法実証主義の諸相を簡単にみておこうと思う。

「法実証主義 *Rechtspositivismus*」という言葉は一九世紀後半にドイツで用いられはじめたものであるが、<sup>(3)</sup>「自然法」という言葉はきわめて古くから使われている。「自然法 *ius naturale, lex naturalis*」という言葉が用いられるようになったのは、ローマの弁論家キケロ（前一〇六—前四三）の時代であるといわれている。彼は、全宇宙の有機的調和と統一を計る普遍的な自然法則があると信じ、そこから普遍的妥当性をもつ自然法が提起されると考えた。実定法よりも上位の法であり、実定法の効力根拠である自然法という考え方は彼によって定着したが、その考え方を彼はギリシャ哲学に負っていた。つまりソフィストのピュシス（自然）とノモス（法律）の区別、アリストテレスの「自然的な正」と「人為的な正」との区別等である。いずれにせよ自然法論は、西洋法思想史において二五〇〇年の歴史をもっていると言われているように、古代ギリシャ・ローマから一七、一八世紀の近代ヨーロッパに至るまで、法思想史の主要な潮流として影響力をもってきたものである。

ところで西洋法思想史のなかに現れる自然法論はきわめて多様である。それらはいずれも自然法の存在と認識可能性を確信しながら、自然法が何であるかを追求している。しかし人間の「本性」とか事物の「自然」として通常捉えられてきた「自然 *nature*」の概念は必ずしも同じではない。また自然法の内容はもちろん、自然法の認識方法や基

基礎づけのしかたもそれぞれ異なっている。さらに普遍的に妥当する自然法の他に、歴史的相対的な自然法を認める理論、自然法に「法」としての性質を与えず、実定法の指導理念ないし指導規準としての性格しか与えない——したがって自然法違反の実定法の効力を否定しない——理論（ラスクが形式的自然法と区別する実質的自然法）さえもある。そしてごく単純な自然法原理を提示する理論から詳細な自然法体系を提示する理論までいろいろであり、それらがそれぞれ時代の果たした機能も保守的、革新的、中間的とさまざまである。このように歴史上現れた自然法論の形態は多様であり、したがっていくつかの自然法論の類型化が可能である。

例えば、A・P・ダントレーヴは『自然法』（一九五一年）のなかで、自然法論を歴史的に三つの類型に区分している。<sup>(4)</sup> 第一は、宇宙の普遍的な自然法則ないし倫理秩序を発見しようとする理論的関心から展開された古代ギリシヤ・ローマの自然法論である。第二は、キリスト教的神を前提として、法の倫理的基礎を提供するものとして展開されたキリスト教神学の自然法論である。第三は、合理主義、個人主義、自然権、急進主義を特徴とする近代の自然法論である。

このようなダントレーヴの整理のしかたは特に珍しいものではないが、ここでは自然法論の諸相の一部について理解するために、中世盛期のトマス・アクィナスの自然法論と一七、一八世紀の自然法論の相違について触れておこう。イタリアの神学者トマス・アクィナス（一二二五頃—七四）の『神学大全』（一二六六—七四年）は、ローマ教会の普遍的権威と世俗の権力とが拮抗しながらもバランスを保っていた中世後期の時代の書物である。それによれば、法は「共同体の配慮を司どる者によって制定され、公布せられたところの、理性による共通善への何らかの秩序づけ」である。そしてその法概念に含まれる永久法、自然法、神法、人定法は、次のような関係にある。つまり神は、「共

通善」の実現方向へ向かうようにして宇宙を創造したのであり、その神による宇宙創造のプランが、永久法である。神は、被造物のなかでもとくに人間に愛着を示し、自分の姿に似せて人間を作ると同時に、自己の属性である理性を具有させた。人間は、その理性を働かすことによって永久法の一部を垣間見ることができるのであり、それが自然法である。その最高原理は「善をなし、悪を避けよ」「理性にしたがって行動せよ」であり、人間の自然本性的傾向を基礎として、自殺・殺人の禁止、婚姻と子女教育の命令などが提示されている。

神法は、人間の理性が感性によって曇らされる危険性があるところから、聖書に示された神の啓示である。人定法は、自然法から推論されたものであり、また自然法を各国の状況に応じて具体化したりするために作られるものである。但し、自然法からはずれる人定法は「法の歪曲」であり、良心を義務づけないとされている。

トマスの神学的自然法論は、個人よりも共同体、そして義務を強調する傾向のものであり、それは一四、一五世紀のヨーロッパ諸国の大学で影響力をもった。それはまた一九世紀後半、近代的情况に適應させられ、現代自然法論の一つのネオ・トミズムとして影響力をもち続けている。

これに対して、一七、一八世紀の近代自然法論は「世俗的自然法論」「啓蒙期自然法論」とも呼ばれており、宗教改革などによる中世的秩序の解体、近代国民国家としての絶対主義国家の成立、絶対君主に対抗する市民階層の台頭等を背景にして説かれてくる。それは、オランダのグロチウス、イギリスのホッブズ、ロック、ドイツのプーフエンドルフ、トマジウス、ヴォルフ、スイスのビュルラマキ（イタリア人）、フランスのモンテスキュー、ルソー、そしてアメリカ植民地のジェファースンなど、多数の思想家たちによって説かれているものの総称である。したがって近代自然法論といっても、具体的に展開された思想内容や、その果たした機能は多様である。しかしいずれも近代国家

の基礎、政府と市民の関係、政府と教会の関係などの問題に関心を寄せている。それらは、国家権力の正当化において、人々の全員一致の同意である社会契約に訴えている。但し、「在るべき国家」像や最高権力の位置等についての見解は異なっている。一般に、英米仏の自然法論者たちの場合には、絶対主義国家を批判し、政府権力を制限しようとする傾向、市民の自由・権利を確保しようとする傾向が強い。それに対して、ドイツの自然法論者たちの場合には、教会などの伝統的権威は批判するものの、啓蒙的絶対主義を正当化したり、方向づける役割を果たしている。また体系的な自然法原理を展開し、近代私法学の発展や法典編纂に寄与するといった機能も果たしている。

近代自然法論の特徴は、合理主義と個人主義にあると言われている。合理主義の特徴は、神の啓示などよりも理性を重視する。そして理性の指図としての、あるいは人間の本性ないし自然に適合するものとしての自然法原理から論理的演繹によって具体的な法原則が導出され、体系化されるとする考え方にみられる。個人主義の特徴は、自然状態、自然権、社会契約といった理論的枠組みにみることができ、自然状態とは、個人が自由で独立している国家の成立以前の状態である。また自然法の行なわれている状態、個人が自然権をもっている状態である。近代自然法論では、このような自然状態から出発し、人々の全員一致の合意である社会契約を媒介にして国家状態に入るという構成がとられている。そして人々は政府と実定法の支配の下におかれ、一定の自由や権利が保障されるという構成がとられている。

このような特徴をもつ近代自然法論は、自由主義、民主主義の諸原理と密接に関係しており、一七、一八世紀の市民革命の指導原理ないし正当化原理を与えている。そして一八世紀人権文書や成文憲法のなかに具体化されている。

以上のような中世後期の神学的自然法論と一七・一八世紀の近代自然法論の簡単な説明からもわかるように、自然

法論の共通の特徴の一つは、普遍的な倫理秩序であれ、神の命令であれ、理性の原理であれ、自然法の存在を認め、それを探求の対象にしていることである。次に、法実証主義の諸相について法思想史的観点から簡単にみておこう。

(2) 自然法論と法実証主義を相互排斥的なものとして捉えるかどうかは、両者をどのレベルで捉え、両者のメルクマールをどのように規定するかに左右されるであろう。「第三の道」をめぐる議論については、松岡誠「現代自然法論の検討」創価法学一三卷一号所収、九五頁、同「ヨンバルト自然法論の諸問題——『実定法に内在する自然法』について——」創価法学一四卷一号、九九—一〇二頁参照。

(3) 「法実証主義 Rechtspositivismus」の語源については、K. Olivecrona, *Law as Fact*, 2nd ed., Stevens and Sons, 1971, pp. 50-62. 安部浜男訳『法秩序の構造——経験法学としての——』成文堂、一九七二年、七〇—八七頁参照。

(4) A. P. d'Entrèves, *Natural Law*, 2nd ed., Hutchinson House, 1970. 久保正幡訳『自然法』岩波書店、一九五二年。

### 三、一九世紀以降の法思想——法実証主義の潮流

自然状態、社会契約といった近代自然法論の理論的枠組みは一八世紀に批判されはじめ、一九世紀になると完全に放棄される。そして自然法も否定され、次第に実定法に視野が限定されてくる。このような動向の背景としては、近代自然法論が一八世紀人権文書や成文憲法の成立によってその役割を終えたこと、産業革命やそれを推進した科学技術の発展等を背景として経験主義的、実証主義的思考法が強くなったこと、資本主義経済の発展に伴って裁判・行政の予測可能性が要請されてきたことなどがあげられている。各国においては、法典編纂運動にみられるように近代法体系の整備が要請され、その要請との関連で近代法学も成立してくるのである。

一九世紀の近代法学では、実定法に次第に照準が合わせられ、実定法の分析等の研究に関心が向けられてくる。

それと関連して、法の歴史的・社会的・比較的研究も盛んになってくる。そして法の理念や「在るべき法」への関心が次第に薄れてくる。一九世紀後半の法思想の主な潮流は、「実定法一元論」である。もっとも実定法をどのようなものとして把握するのか、実定法やそれに関連した法現象にどのようなしきたりで接近するのかについては、見解がさまざまに分かれる。いずれにせよ「自然法の夢は見つくされた」（一八五四年）というB・ヴィントシャイトのことは、一九世紀後半の法実証主義の全盛を示唆している。

以上のような近代自然法論から法実証主義への移行は、各国において必ずしも一様ではない。判例法国のイギリスでは、産業革命の開始する一八世紀後半に、法改革ないし法典化の動きが始まる。法典化論者のJ・ベンサムには、法実証主義と功利主義の思想がみられる。法—主権者命令説で知られている一九世紀前半のJ・オースチンはそれを継承し、分析的な法実証主義を確立した。一九世紀半ばにはH・J・S・メインが現れ、歴史法学を樹立している。そしてT・E・ホランド、F・ポロック、F・W・メイトランド等の業績によって分析的な法実証主義のみならず、法史学、比較法学が発展した。

イギリス本国から独立したアメリカ合衆国では、一九世紀初めまでに連邦制、立憲制、権力分立、司法審査制といった憲法体制が確立した。一九世紀前半には自然法論はまだ影響力をもっていたが、一九世紀後半から二〇世紀になると変化する。イギリス分析的な法実証主義の影響を受けたJ・C・グレイ、W・H・ホーフエルド、歴史法学の影響を受けたJ・C・カーター、そしてプラグマティズムの影響を受けたO・W・ホームズが現れる。ホームズには、自然法の否定といった法実証主義思想だけでなく、二〇世紀の社会的な法学やリアリズム法学の先駆者としての思想もみられる。



他方、大陸のドイツに目を向けると、一九世紀初期に歴史法学が台頭する。F・K・サヴィニーは、理性法ないし自然法の考え方を否定し、実定法一元論をとった。しかし民族精神を強調する彼は、その具体的現れである慣習法が法学を通して体系化されていくのを理想と考えた。歴史法学の後には、普通法学、概念法学、そして一般法学が台頭した。概念法学では、国家制定法が重視され、法の無欠缺一性、完結性が主張された。

フランスでは、一九世紀初頭にナポレオン法典が成立した後、法典のなかの実定法だけを法源とし、それをもっぱら解釈する註釈学派が台頭した。一九世紀のフランス法学はまさに概念法学としての法実証主義である。

以上のように一九世紀後半の欧米諸国では、法実証主義が法思想の支配的潮流となった。しかし概念法学の考え方は、一九世紀末に台頭する自由法論ないし科学学派によって攻撃され、法の欠缺一性、裁判の法創造機能、自由な法発見が強調されるようになる。これは今世紀の利益法学によって受けつがれ、洗練された法解釈理論へと展開されていく。アメリカ合衆国でも、機械法学が社会学的法学、リアリズム法学によって批判された。そしてリアリズム法学によって独自の裁判理論が展開された。

今世紀に入っても、自然法の否定、実定法一元論をとる法実証主義が法思想の主流であり続けた。H・ケルゼンは一九世紀の法理論を發展させ、精密な法規範論や法体系論を展開した。彼の純粹法学は、北欧リアリズム法学とともに、価値主観主義の色彩を強くもった法実証主義理論である。またG・ラートブルフの価値相對主義法哲学も、ケルゼンと同じ新カント学派に属する。

第二次大戦後の法思想の特徴は、自然法論の再生・復活である。これはナチス・ファシズムの体験を契機にして、ドイツに始まり、次第に欧米諸国に広がっていったものである。ドイツでは、ニールンベルグ裁判や悪意の密告者

の裁判等にみられるような戦後処理の問題が自然法を必要とした。またラートブルフは、「法律は法律だ、だから従え」というスローガンによって、法実証主義が市民や法曹からナチスの邪悪な法律に対する抵抗力を奪ったとして、戦後逸早く法実証主義を批判した。法実証主義をナチス・ファシズムの不法と結びつけて批判するしかたに対しては、その後、研究の進展につれて強い疑問がだされてきている<sup>(5)</sup>。いずれにせよ戦後自然法論は、一九五〇年代後半、戦後社会の安定化や法実証主義陣営の反撃等を背景にして、次第に鎮まってゆく。

(5) ドイツの戦後処理をめぐる問題や法実証主義問題については、矢崎光圀『法実証主義』日本評論社、一九六三年参照。ナチス・ファシズムの不法と法実証主義とを結びつけて批判するしかたについては、今日、疑問が出されている。ナチスの邪悪な政策の中心的部分は必ずしも制定法に基づいたものではなかったこと、ナチス時代には「生物学的人種論的自然法」が説かれたこと、ナチスは政治的目標の実現のために利用可能なイデオロギーをかき集めたにすぎないことなどが指摘されてゐる。A. Kaufmann, Rechtsphilosophie und Nazism, in ARSP, Beiheft Nr. 18 (1984), 上田健二、竹下賢訳「ナチズムと法」同志社法学一八五号所収、竹下賢「戦後『ナチス問題』と法理論」関大法学論集三五卷三・四・五号(一九八五年)参照。

#### 四、自然法論と法実証主義の対立点

以上、法思想史的観点から自然法論と法実証主義の諸相についてごく簡単に触れた。このようなごく限られた両者の諸相の説明から、自然法論と法実証主義の対立点を抽出することは不可能である。しかしここでは一九世紀以降の法実証主義の特徴を明らかにするという筆者の関心からであるが、従来説かれてきた見解をも考慮しながら、両者の対立点を取り出してみよう。

まず自然法論と法実証主義の対立点の問題は、両者の特徴をいかなるレベルで捉えるかに関係している。例えば、両者の特徴を、法価値論ないし正義論のレベルで捉え、自然法論を価値客観主義、法実証主義を価値主観主義ないし相対主義として位置づけることが可能である。これはしばしばみられるものであるが、後程「補論」で検討するように、これには問題がある。法実証主義と呼ばれる理論のなかには確かに価値主観主義と結びついているものが多いが、価値客観主義と結びついているものもあるからである。

両者の対立点を法的推論（法の解釈適用）レベルで捉えるしかたもありうる。それによれば、概念法学が法実証主義の典型であり、自由法論が自然法論のモデルであることになる。しかしこれも両者の対立点としては適切ではないであろう。

最も適切であると考えられるのは、法概念論レベルで両者の特徴を考えるしかたである。<sup>(6)</sup> 実際に、この捉え方は今日の法哲学文献で一般的になりつつあるものである。では両者の特徴を法概念論レベルで捉えるとして、どのような対立点を抽出すればよいのであろうか。

「法とは何か」という法概念論レベルで対立点を捉えた場合、自然法論と法実証主義の両方の観点からみることが可能である。一九世紀までの自然法論からすれば、人定法ないし実定法のほかに自然法が存在し、その認識が可能であることが前提にされている。したがって自然法論の重要な特徴は「自然法と実定法の二元論」である。それに対して法実証主義の特徴は、それを否定する「実定法一元論」である。

他方、近代法の成立を背景にして抬頭する一九世紀以降の法実証主義からすれば、その特徴は「実定法一元論」だけではなく、（実定）法と道徳とが概念的には別のものであり、「在る法」と「在るべき法」との間に必然的関連がな

いとす「法と道徳分離論」である。これに対して自然法論は、それを否定する「法と道徳融合論」の立場である。したがって自然法論と法実証主義の間にはすくなくとも二つの対立点があることになる。

自然法論と法実証主義の間にみられる第一の対立点は、「自然法と実定法の二元論」対「実定法一元論」である。自然法論の特徴である「自然法と実定法の二元論」は、実定法とは別に所与のものとして自然法が存在しており、それが認識可能であるという考え方である。この自然法は、単純な法原理であったり、もっと複雑な体系的法原理であったりする。いずれにせよ自然法は、通常は実定法に先行して、それとは別に存在するもの、それより高次のもの、理想的なもの、普遍的なものとして考えられている。したがって作りだされるものではなく、理性によって発見されるべきものである。それはまた通常、絶対的で不変的なものとして考えられているが、必ずしもつねにそうであるわけではなく、相対的、可变的なものとして考えられている場合もある。

このような自然法は、通常は「法」としての性質を与えられ、実定法の正・不正の判定規準であるだけでなく、それに反する実定法は無効、ないし拘束力をもたないとも考えられている。もっとも自然法を実定法に対する指導理念ないし指導規準にすぎないものとする見解もある。<sup>(1)</sup>

他方、法実証主義の特徴である「実定法一元論」は、自然法そのものの存在や、自然法の認識可能性を否定する考え方である。そして実定法だけに法を限定する考え方である。実定法の範囲をどのように捉えるのか、実定法の本質や特徴をどのように捉えるのかについては、法実証主義者たちの間で意見が分かれる。また実定法やそれに関連する法現象に対してどのように接近するかについても、例えば、分析的アプローチ、社会学的アプローチ、心理学的アプローチなどがある。法実証主義の幅広い概念はここから生じてくるが、本稿では分析的アプローチに照準を合わせて

いる。

次に、自然法論と法実証主義の間にみられる第二の対立点は、「法と道徳融合論」対「法と道徳分離論」である。法実証主義の特徴である「法と道徳分離論」は、ハートの一九五八年論文「実証主義および法と道徳の分離」において、「法と道徳、ないし『在る法』と『在るべき法』の間には必然的関連がない」として説明されたものである。<sup>(8)</sup>これはベンサム、オースチンによって説かれ、一九世紀後半以後継承されてきたものである。

「法と道徳分離論」には二つの要素が含まれている。一つは、法と道徳は概念的に別のものであり、両者の間には論理的必然的関係はないということである。法概念は、道徳的要素を含んではない。したがって法概念の定義ないし説明には、道徳的要素への言及は必要でないのである。道徳には、個人的道徳、実定道徳（ないし社会道徳）、批判的道徳（理想的道徳）があり、法実証主義陣営からすれば、自然法論者のいう「自然法」やその内容としての正義も道徳の一部（とくに批判的道徳）にすぎない。

もう一つの要素は右のものと関連しているが、「在る法」と「在るべき法」の間に必然的関連がないということである。これは「在る法」が「在るべき法」から自立していること、したがって法の効力の問題と、法の道徳的正・不正の問題（そして道徳以外の目的、政策等の観点からする法の適切・不適切の問題）とが別の問題であることを意味している。したがって道徳的に正しいものでも、それだけでは法ではない。逆に、道徳的に悪しきものでも、形式的に適正な手続きによって定立されたものであれば、法である。ここでは法の内容には関心が払われない。

法実証主義との関連で、「悪法も法である」、「権威が法を作る」、「意志が法を作る」、「法はいかなる内容でももつことができる」、「立法権能は全能で絶対的である」、「法の本質は強制である」といったことがしばしば語られるのは、

右の特徴との関係からである。また法実証主義の特徴として、法と非法を区別する法体系内の基礎的規準、法や法的諸概念の研究の必要性と他の評価的、社会学的研究からの区別、法についての一切の超越論的基礎づけの排除、法理念の探究への否定的態度なども指摘されているが、<sup>(9)</sup> これらもそれに関係しているように思われる。

他方、自然法論の特徴である「法と道德融合論」について述べれば、これは法実証主義との対抗関係のなかで自然法論者たちによってしばしば主張されているものである。明確に主張されていない場合でも、自然法論者たちによって暗黙的に想定されているものである。「法と道德融合論」にも二つの要素が含まれている。一つは、法と道德が概念的に別のものではなく、両者の間には必然的関係があるということである。つまり法概念（あるいは法的責務などの概念）は、道德的要素を必然的に含んでいる。あるいは法の基礎には道德があり、それを抜きにしては法的確に定義ないし説明したことはないのである。

もう一つの要素も当然右のものに関連しているが、「在る法」と「在るべき法」の間に必然的関連があるということである。つまり「在る法」は「在るべき法」から自立していないこと、法の効力の問題と、法の道德的正・不正の問題とが無関係でないということである。したがって道德的に正しいものでなければ、法ではない、あるいは法としての効力をもたない。これは、自然法に反する実定法は無効であるという考え方と関連している。また「悪法は法に非ず」として語られていることも関連している。つまりいかに合法的な手続きによって制定されても、内容が道德的に不正であれば、法ではないのである。「法」を意味するラテン語の “Jus”、ドイツ語の “Recht”、フランス語の “Droit” は「正しい」の意味を含んでいるが、それもこのような考え方が支持される背景の一つであろう。

以上が、自然法論と法実証主義の対立点である。自然法論における「自然法と実定法の二元論」と「法と道德融合

論」、法実証主義における「実定法一元論」と「法と道徳分離論」はもちろん相互に関連している。しかし論理的に必然的な関連かどうかは別の問題である。またそれらが相互に関連しているとしても、今日の論争では、それらの比重ないし重要性において変化が生じてきている。法実証主義においては「法と道徳分離論」の重要性が増大している。「実定法一元論」は自然法を明確に否認してはいるが、どの範囲のものを実定法とするのか、道徳との関係をどう理解するのかなどについて不明確であるからである。それに比べれば、「法と道徳分離論」の方の主張内容が明確かつ重要であるように思われる。

それに対応して、自然法論においても「法と道徳融合論」の重要性が増しつつあるように思われる。「自然法と実定法の二元論」といっても、自然法に「法」としての性質を与えず、実定法の指導理念ないし指導原則の地位しか与えない形態の理論が今日多く現れているからである。

以上のようにみえてくると、自然法論と法実証主義の対立点には、「自然法と実定法の二元論」対「実定法一元論」、  
「法と道徳融合論」対「法と道徳分離論」があるとしても、今日の論争はどちらかといえば後者にその比重が移りつつある。そして自然法論と法実証主義の対立のなかで「法と道徳（ないし倫理）」問題の占める位置が一層重要になりつつあるように思われる。次に現代自然法論と法実証主義の接近ないし統合現象についてみよう。

(6) 自然法論と法実証主義の特徴を法概念論レベルで捉える場合、法や法的諸概念の分析に関心を寄せたイギリスの分析法理学、ドイツの一般法学、ケルゼンの純粹法学、北欧のリアリズム法学、現代分析法理学等を中心において、法実証主義を捉えることになる。これらは時折「分析的な法実証主義」とも呼ばれている。この法実証主義の捉えかたは、矢崎光圀『法実証主義』前掲書の捉えかたよりも狭い。矢崎教授のものが広い意味の法実証主義であるとすれば、これは狭い意味の法実証主義ということになる。なお「法実証主義」の多義的な用法などについての比較的最近の研究として、W. Ott, *Der Rechts-*

「自然法論と法実証主義」についての覚え書

同志社法学 三九卷一・二号 一八八（一八八）

positivismus—kritische Würdigung auf der Grundlage eines juristischen Pragmatismus, 1976, Duncker & Humboldt  
があり、前半部分の抄訳として、兼子義人・中井勝巳訳「ヴァルター・オッツ『法実証主義』(1)(2)(3)」立命館法学一四〇、  
一四三、一四四号所収がある。

(7) 「自然法論」と称されてきた理論は、実際には、きわめて幅広く、多様である。それについては加藤新平『法哲学概論』  
有斐閣、一九七六年、第三章参照。

(8) H. L. A. Hart, Positivism and the Separation of Law and Morals, Harvard Law Review, 1958, pp. 594-601. なお  
法実証主義概念については、Hart, The Concept of Law, Clarendon Press, 1961, p. 180, 253. 矢崎光圀監訳『法の概念』  
みすず書房、一九七六年、二〇三、二九三頁参照。

(9) 田中成明、前掲書、二一八頁、加藤新平、前掲書、二四八頁参照。

## 五、現代自然法論と法実証主義の接近

これまで法思想史的視点から自然法論と法実証主義の諸相について概観し、自然法論と法実証主義の対立点を筆者なりに抽出してきた。ところで現代の法思想を全体としてみた場合、その主流は依然として法実証主義であるといつてよいであろう。法実証主義の考え方は近代法体系の制度や実践と適合しており、多くの実定法学者や実務家たちによって無意識的に支持されていると考えられる。しかし再生自然法論や第二次大戦後の自然法論にみられたように、自然法論は衰退してしまつたわけではない。その勢力は依然として存続している。自然法が過去長い間説かれてきた理由、そして今後も説かれ続けるであろう理由について触れておけば、それは次のようになる。

第一に、人為的、可変的、権力的な実定法に対して、その正・不正を判断する規準、実定法の指針としての規準の必要性である。このような規準の提供だけでなく、実定法を補充する規準、実定法の解釈の規準の提供も自然法の重



要な機能であった。<sup>(10)</sup>

第二に、法の義務づける力 (obligatory force) なし拘束力 (binding force) の説明の必要性である。法は、一定の手続によって定立されても、さらに道徳的に正しいもの、自然法に適合したものでなければ、法として義務づける力をもたないのではないかと考えられることがある。<sup>(11)</sup>

第三に、良心が、自然法の認識根拠、存在根拠としてしばしば言及されることがある。「良心」は内面の法廷とされ、行為に先立って事前に警告を発したり、また事後に良心の苛責という制裁を与えたりすることがある。良心は、発達心理学の領域で論じられる「正義感覚」とも関係している。<sup>(12)</sup>

自然法がこれまで根強く主張されてきた主な理由は、以上のごとくである。しかし今世紀、自然法論が厳しい批判や攻撃のなかに置かれてきたことも事実である。近年の批判としては、新カント学派の方法二元論や分析哲学の価値情緒主義を前提にした価値相主観主義ないし相対主義からの批判がある。また田中成明教授の整理を借りれば、(1) 実定法と自然法という二つの法が別個のものとして並存するならば、自然法の法的性格をどのように考えるべきか、(2) 自然法論の歴史的変遷と多様性そのものが、自然法の不変性や普遍妥当性に対する反証でないか、(3) 一定の価値観に照らして正しいとされるものを予め「自然」概念のなかに入れておき、次いでそれを「自然に適ったもの」としてそこから取り出すという、循環論法に陥っているのではないか、(4) 一定の時代や社会における個人・集団の主観的願望を絶対化・永遠化するというイデオロギー的機能を果たすだけではないか、等々の批判もある。<sup>(13)</sup> 「自然法は売春婦のように、あらゆる人の利用しうるものである」というA・ロスの批判は、(3)、(4)に関係している。

もう一つ、自然法論にとって無視することのできない今日の新しい状況がある。それは、人間の尊厳、自由、平等、

法治主義、民主主義など、かつて自然法論で説かれた諸価値が各国の憲法や国際法のなかに実定化されてきていることである。そして司法審査制も多く、国で行なわれてきていることである。したがって悪法問題は、憲法違反の法令あるいは憲法に合致しているかどうか疑わしい「疑法」として、実定法体系内で処理されるようになってきている。悪法への抵抗も、市民的不服従の問題として論じられてきている。したがって憲法や国際法の基本的原理の基礎づけ、方向づけの問題を別にすれば、自然法論を説く実践的意義が次第に薄れてきている。

現代自然法論は、このような今日の状態に対する対処のしかたについて苦慮しつつある。<sup>(14)</sup> 現代自然法論にもいろいろな形態があるが、そのあるものは歴史的、可變的、相対的な自然法、そして実定法の指導原理にすぎない自然法を模索しつつある。また「実定法に内在する自然法」を説くものもある。例えば、ヨンプルト教授によれば、絶対的、不變的、かつ例外をもたない「形而上学上の自然法」の他に、歴史的、可變的で、例外をもちうる「法学的自然法」<sup>(15)</sup>（「実定法に内在する自然法」）があり、それは、事然の本性に客観的根拠をもっているとされている。現代自然法論ではこのように、実定法に対して一層重要な役割が与えられるようになってきている。他方、自然法の内容を、立法部の全能性の否定ないし立法権限の制約性に求めたり、恣意的処理不可能ないし非恣意性に求めたりする見解もみられる。しかし自然法の性格がこのように歴史的、相対的、実定法内在的なものへと変化しているとしても、またその内容が非恣意性に求められているとしても、それらをいかにして認識するか、その認定権限を誰がもっているかなどは、依然として難問であり続けている。

同じような状況は、現代自然法論だけでなく、現代法実証主義にもみられる。第二次大戦後の自然法のルネッサンスのなかで、法実証主義はナチス・ファシズムとの関連で批判された。そこでは立法部はいかなる内容のものでも定

立できるとして立法部の全能性を説くベルクボームやシュムロの理論が批判された。しかし現代の代表的な法実証主義者であるH・L・A・ハートは、立法部の全能性、無制約性を説いたりはしない。また「法律は法律だ、だから従え」として法律の無批判的な受容・服従を説いたりもしない。むしろ法律への道徳的吟味・批判を強調している。そして法のめざすべき価値原理について模索する立場を志向している。彼は法実証主義者として「法と道徳分離論」を擁護しているが、彼が単純な法実証主義者でないことは主著『法の概念』（一九六一年）等からも明白である。<sup>(16)</sup>

現代法実証主義の理論がきわめて洗練されていることは、ハートの『法の概念』やそれをめぐる議論からもうかがうことができる。そこでは「承認のルール」のような法と非法との識別基準とか、「司法的裁量論」をめぐって論争がなされている。後者についていえば、かつて概念法学的思考と結びつけて批判された法実証主義が「司法的裁量論」との関係で今日批判されていることは興味深いことである。

いずれにせよ現代自然法論と法実証主義の理論は多様化すると同時にきわめて洗練されたものになっており、両者は相互に接近する傾向にある。一方で、法実証主義者と呼ばれている人々も実定法の指導原理の問題に関心を示すようになってきている。またN・マッコミックなどは「法と道徳分離論」のなかの「在る法」と「在るべき法」の峻別は認めているが、法と道徳の間に全く概念的関連がないという命題については懐疑的である。他方、自然法論陣営にしても、その理論のあるものは法実証主義に接近する傾向にある。例えば、ロン・L・フラー、J・フィニスなどは「在る法」と「在るべき法」の峻別を認めているからである。<sup>(17)</sup>

これらのことは現代自然法論と法実証主義の接近ないし統合現象を示しているだけでなく、両者の中間に位置するような理論が台頭してきていることを意味している。例えば、「在る法」と「在るべき法」の峻別と、法と道徳の概

念的関連を同時に主張するような理論の台頭である。これらの理論にはいろいろな形態があるが、それらを自然法論と法実証主義のいずれに分類するの難しい問題である。いずれにせよ両者を適切に整理して説明できる新しい枠組みが求められていることは事実である。

(10) 自然法のこのような機能はホップズやプーフェンドルフなどにみられる。矢崎光圀『法哲学と法社会学』岩波書店、一九七三年、第三章参照。なおこの書物では、「自然法」ということばのもつ形而上学的・規範的側面と、現実の諸関係ないし諸基準の理念型という経験的側面が区別され、後者との関係で「生ける法」等が説明されている。一一八―九頁。

(11) このような主張は、例えば、H・ロンメン、H・ヴェルツェル、A・P・ダントレーヴ等にもみられる。例えば、ダントレーヴは、「法が義務的なものになるためには、換言すれば、……真の規範的命令となるためには、ある価値的条項がその法的制度のどこかに挿入されねばならない、と私は思う。その構造全体が何らかの種類の權威づけないし正当化を与えられねばならない。」と述べている。A. P. d'Entreves, *The Notion of the State*, Clarendon Press, 1967, 石上良平訳『国家とは何か』みすず書房、一九七二年、一八〇頁。法の義務づける力の説明としては、自然法論の他に、ビアリンク、ラウン、メルケル等の承認説もありうる。

(12) 良心の問題と自然法との関連については、山田秀「ヨハネス・メスナーの良心論——良心の構造と機能をめぐって」(水波・稲垣・ヨンパルト編『自然法』創文社、一九八七年所収)参照。

(13) 田中成明、前掲書、二一六頁。

(14) 第二次大戦後の現代自然法論については、三島淑臣『法思想史』青林書院新社、一九八〇年、三四四―七頁参照。なお加藤新平教授は、「一九世紀の末から二〇世紀の初めにかけて再生し、特に第二次大戦後かなりの勢いで再燃した自然法思想も実に多様であるが、多くの人々の努力の標的をなすものは——いわゆる価値相対主義ないし主観主義との対立において——何らかの普遍妥当的な法理念や法原則を確立することにある。しかしその理念ないし原則が実定法との関係でいかなる効力をもつかについては、人々の見解は一定していないように思われる。基本的には……実定法に対して……単なる統制的評価的機能しかもたぬという考え方に傾斜するものと、その理念・原則に反する実定法は……拘束力をもたぬとする考え方の二種があるといえるだろうが、後者の主張にもさまざまなニュアンスの差があるように思われる。」と説明している。加

藤『法哲学概論』二二四頁。

(15) ヨンバルト教授の自然法論については、『自然法論の研究——法の歴史性をめぐって』有斐閣、一九七三年、『実定法に内在する自然法——その歴史と不変性』成文堂、一九七九年、『一般法哲学』成文堂、一九八六年を参照せよ。批判としては、松岡誠「ヨンバルト自然法論の諸問題」創価法学一四巻一号所収がある。

ドイツを中心とする大陸諸国の現代自然法論の動向については、A. Kaufmann und W. Hassemer (Hrsg.), Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtslehre der Gegenwart, 1977, Kap. 2. 浅田・竹下他訳『法理論の現在』第二章（シネルヴァ書房、一九七九年所収）、V. Peschka, Grundprobleme der modernen Rechtsphilosophie, 1974, Kap. 2, 3. 天野和夫監訳『現代法哲学の基本問題』第二、三章（法律文化社、一九八一年所収）、ヨンバルト『一般法哲学』第三部三・四章（成文堂、一九八六年所収）、大橋智之輔「現代の法思想批判——法実証主義と自然法論」（マルクス主義法学講座第七巻所収）などが参考になる。またアレクサンダー・ホラーバッハ著・初宿正典訳「現今のドイツ法学における自然法の問題」（日独法学九号、一九八五年所収）では、一九六〇年頃、ドイツ自然法論議の急激な低落が始まり、それ以後は方法論、法理論の隆盛の状況であるとされている。

- (16) H. L. A. Hart, Positivism and the Separation of Law and Morals, H. L. R. 1958, The Concept of Law, 1961 参照。
- (17) ラズヤティックの文獻として、J. Raz, The Authority of Law, Clarendon, Press, 1977, N. MacCormick and O. Weinberger, An Institutional Theory of Law, D. Reidel Publishing Company, 1986 などがある。また反法実証主義の陣營として、Lon L. Fuller, The Morality of Law, Harvard U. P. 1964, 稲垣訳『法と道徳』有斐閣、一九六七年、R. Dworkin, Taking Rights Seriously, Oxford U. Press, 1977, 木下・小林・野坂訳『権利論』木鐸社、一九八五年、J. Finnis, Natural Law and Natural Rights, Clarendon Press, 1980. 参照。

## 六、おわりに

本稿では、自然法論と法実証主義の特徴を法概念論レベルで捉え、二つの対立点を抽出した。この対立点そのもの

はこれまでも指摘されてきたものであり、けっして新しいものではない。しかし現代自然法論と法実証主義の内部やその境界領域でなされつつある論争をみていくと、その論争において「法と道德」問題が一段と重要性をもってきていることがわかる。また自然法論と法実証主義を整理する新しい理論的枠組みが今日求められていることがわかる。法実証主義のメルクマールとして「法と道德分離論」に代る「源泉テーゼ」ないし「淵源テーゼ」が提示されているのも、その一つの現れであろう。

最後に、筆者の印象を述べておけば、自然法論と法実証主義の理論をみるかぎり、両者の間には、法の見方や法概念の捉え方において基本的な違いがある。法実証主義は、法を経験的所与として、あるいは社会的事実として捉え、そこにみられる普遍的な要素を記述しようとする傾向をもっている。これは、今日でいえば、具体的制度として存在している法に照準を合わせることになる。それに対して、自然法論は、法をたんに経験的所与としてよりも道德的なもの、理想的なもの、正当化するものとして捉える傾向がある。この対立は、「記述的」な法概念をとるか、それとも「評価的」「道德的」「正当化的」な法概念をとるかの違いとして現われるように思われる。

最後にもう一点だけ触れておけば、本稿では、自然法論と法実証主義の特徴を法概念論レベルで捉えたが、両者を法価値論レベルで捉え、自然法論を価値客観主義、法実証主義を価値主観主義ないし相対主義として特徴づけることも理論的には可能である。しかし今日、自然法論陣営でも法実証主義陣営でも、価値主観主義・相対主義の克服、そして政府や市民の法実践を方向づける正義原理の問題が共通の課題となりつつある。これは、現代法体系の含んでいる諸価値の基礎づけ、ないし方向づけの問題である。また現代社会の法体制・法制度の方向づけの問題でもある。これこそ、現代法哲学において探究されるべき最も重要な課題であろう。

## 〔補論〕 「法実証主義」の多義性と価値相対主義との関係

「法実証主義」という言葉は多義的である。ここでは「法実証主義」の意味を明確にするために、価値相対主義などとの関係について考察してみたい。まずこの言葉の語源についてみてみよう。

〔法実証主義〕の語源 K・オリイベクローナの『事実としての法』（一九七一年）によれば、「法実証主義」という言葉が最初に用いられたのは、一九世紀後半のドイツの文献であり、当時のヴィントシャイト、イエーリンク、ビンディング、メルケル、ベルグボーム等を批判するためであったようである。彼によれば、「その本源的かつ伝統的な意味においては、Rechtspositivismus という語は法の性質に関する見解、すなわち、法はすべて最高権威の意思の表現である、という見解を意味する。この見解のコロラリー——これまた Rechtspositivismus と呼ばれている——が、法律学の対象に関する見解、すなわちその正当な対象は同じ意味での実定法でのみありうる、という見解である。」<sup>(18)</sup> フランス、イギリス、アメリカ合衆国の文献における“positivisme juridique” “legal positivism” もこのドイツ語の翻訳であるであろう、と述べられている。<sup>(19)</sup>

〔法実証主義のネガティブな意味〕 「法実証主義」の語源はともかくとして、この言葉は、今日の法哲学文献では、もとの意味よりも広く、また多様な意味で用いられている。その事例をみてみよう。

まず古代ギリシャの一部ソフィストの考え方、つまり「正義とは力なり」「正義とは強者の利益なり」といったカリクレスやトラシマコス（註）の考え方が「法実証主義」として言及されることがある。この考え方は、古代ギリシャの民主制の衰退期に台頭してきたものであり、正義や真理の普遍的な法則がある、宇宙法則があるといった当時の支配的な思想（自然法論の始まりといわれているもの）に対する懐疑として提示されたものである（もっともソフィストでさえも、普遍的な法則の存在を全く否定していたわけではない）。これは、法実証主義を価値懐疑主義ないし価値ニヒリズムとして捉える考え方である。

近代ヨーロッパでは、一七世紀イギリスのホブズ（註）の法思想が「法実証主義」として言及されることがある。『リバイアサン』

（一六五一年）等を著したホッブズは、市民革命期のイギリスを背景にして、国家権力ないし主権の絶対性、国家制定法中心の考え方、主権や国家制定法への批判の禁止等を主張していた。「権力絶対視の悪しき法実証主義者」としてのホッブズ解釈についてはともかく、ここでは「法実証主義」は、国家権力絶対視、法規万能主義、法律への盲目的服従の意味で用いられている。中国の韓非子等の法家の思想が「法実証主義」として語られることがあるが、それもこのような捉え方に関係しているであろう。<sup>(20)</sup>

一九世紀の法思想のなかでは、大陸諸国の概念法学や英米諸国の機械法学が法実証主義の典型的形態として言及された。その結果、形式論理の重視、裁判官の自動機械視などの概念法学的思考の意味で、「法実証主義」が用いられた。

以上のような「法実証主義」のネガティブな用法は今日でも時折みられるが、現代の法哲学文献では一般に、そのような用法は少なくなってきた。

〔法価値論と法実証主義〕 法実証主義はどのように捉えたらよいのか。この問題を考える場合、すでに述べたように、法実証主義を法概念論のレベルで捉えるか、あるいは法価値論のレベルで捉えるかという問題がある。法実証主義を法価値論のレベルで捉える考え方は今日でもまだ少なくない。<sup>(21)</sup>それは、一つには次の理由による。

法実証主義のメルクマールを明確にするためには、自然法論のメルクマールをまず明確化し、それから排除されるものを法実証主義として捉える仕方がある。今日、自然法論は多様化しており、何を自然法論のメルクマールとするかは簡単ではない。例えば、ネオ・トミズムやプロテスタンティズムの自然法論がある。法存在論としての自然法論や価値論的自然法論などもある。またレオ・シュトラウスにみられるような古代自然法論への回帰の主張（ヘレニズム的自然法の主張）もある。そこでは、価値と事実を分離して価値主観主義ないし相対主義を説く実証主義、あらゆるものを歴史的に相対化する歴史主義が批判されている。

以上のような現代自然法論に共通しているのは、客観的な価値原理ないし正義原理に対する信念である。つまり価値客観主義の志向である。このような価値客観主義に対立するのが価値主観主義ないし相対主義である。自然法論と法実証主義の特徴を価値論レベルで捉え、自然法論を価値客観主義、法実証主義を価値相対主義とする傾向はこのような理由による。



実際に、一九世紀以降の法実証主義理論を振り返ってみると、法実証主義的理論と価値相対主義との結びつきはしばしばみられるものである。ホームズがそうである。ケルゼンの純粹法学、ロスなどの北歐リアリズム法学もそうである。これらは、今世紀の新カント学派の方法二元論や分析哲学の価値情緒説の影響を強く受けている。しかし一九世紀以降の法実証主義諸学派は価値問題への無関心という一般的傾向をもってはいるものの、そのすべてが価値相対主義ないし主観主義を明確に説いていたかどうかは疑わしい。オリイヴェクローナによれば、一九世紀の法思想の多くは必ずしも価値主観主義を明確に唱えていたわけではない。さらに法実証主義諸学派のなかにはイギリスの分析的法実証主義のように、功利主義とはっきり結びついているものもある。

法実証主義の特徴を価値相対主義や主観主義に結びつけるしかたは、S・I・シューマンの『法実証主義』(Legal Positivism, 1963)にみられる。<sup>(22)</sup>彼は、法実証主義のメルクマールとして、(1) 法と道德の分離の主張、(2) 道德の本質についての一定の見解の主張、つまり倫理学上の非認識説(あるいは価値相対主義)をあげている。彼はこれによってケルゼンの理論を法実証主義の中心に据え、ベンサム、オースチンをそこから排除している。イギリスの分析的法実証主義の出発点にいるベンサム、オースチンには、道德と立法の原理として功利の原理をすすめる考え方があからである。しかしシューマンのような法実証主義の捉えかたには問題があるであろう。ベンサムやオースチンを法実証主義者から外し、彼らの功利主義思想を自然法論の亜流と考えることも可能ではないが、<sup>(23)</sup>それは法哲学的な共通の予解からは外れるであろう。彼らにとって功利の原理は、実定法の効力根拠でなく、実定法の正・不正の判断規準、また実定法の改革の規準である。彼らの功績は、法概念論や法の効力根拠論のレベルでは自然法を否定し、実定法一元論を唱えたことである。そして法価値論ないし正義論のレベルでは、従来の自然法、神の法、理性の法を否定し、<sup>(24)</sup>計算や適用において一層精密な功利の原理を採用したことである。

では功利の原理や他の正義原理と共存しうる法実証主義とは何であろうか。それは、法実証主義を法概念論のレベルで捉えることであろう。法概念論レベルでの法実証主義の特徴は、すでに述べたように「実定法一元論」と「法と道德分離論」である。そして法実証主義にとってより重要になりつつあるのは「実定法一元論」よりも「法と道德分離論」であり、それをめぐってはいろいろ

ろな論争がある。法実証主義のメルクマールとして「源泉テーゼ」が唱えられてきているのも、これに関連している。別稿では、「法と道徳分離論」と「源泉テーゼ」について考察してみたいと思う。<sup>(25)</sup>

(18) K. Olivecrona, *op. cit.*, p. 53, 安部訳、前掲書、七三頁。

(19) K. Olivecrona, *op. cit.*, pp. 56-7, 安部訳、前掲書、七八―九頁。

(20) 田中耕太郎『法家の法実証主義』（岩波書店、一九四七年）では、韓非子の法家には、法規万能主義、法律への絶対服従、法は権力者の意志を表したものの、権力者の法制定権限の無制限性の主張があるとされている。

(21) 自然法論を価値客観主義、法実証主義を価値主観主義ないし相対主義として捉えるしかたは、今日でも時折みられる。例えば、ロールズ、ノズィック、ドゥオーキン等の現代正義論も自然法の永劫回帰の例として説明されることがある。しかし法実証主義と価値相対主義との結びつきを否定するしかたは、今日一般的である。例えば、加藤新平教授は「ここにいう価値相対主義と、いわゆる法実証主義との間にも論理必然的な結びつきがあるわけではない。法実証主義は……法としての自然法は否定するが、実定法超越的な目的理論に対してはただそれが法学的考察の圏内に介入してくることを拒否するだけであって……」と述べている。『法学概論』五一―六頁。

(22) S. I. Shuman, *Legal Positivism*, Wayne State Univ., 1963, シューマンの見解に対する批判としては、矢崎光圀「分析法学と法実証主義」法律時報三六卷一号所収、八木鉄男「法学における法実証主義的思考に対する一つの見解をめぐって」峯村教授還暦記念『法学と社会法の理論』有斐閣、一九七一年所収参照。

(23) M. Villey, *Leçons d'Histoire de la Philosophie de Droit*, Dalloz, 1962, pp. 254-5 において、ヴィレイは、法実証主義を「立法者の意志により定律された規範を唯一の法源とし、それ以外の基準（自然、正義、功利等）に依拠することを否定する立場」として捉え、その起源を中世末期のオッカムやドゥンズ・スコツスに求めている。しかし彼はカントによって法実証主義が確立するという視点から、それ以前のものはまだ完璧でないとしている。そしてイギリスのベンサム功利主義にも自然法の残滓があるとしている。

(24) 法実証主義に対しては、近代法体系が一つの転換点に直面していることもあって、今日さまざまな角度からの批判がある。J・シュクラーのリガリズム批判、R・ドゥオーキンの批判、F・ハイエクの批判などもその一つである。例えば、ハイエ

クは新自由主義の立場から、自由と管理を対立させ、法実証主義を管理との関連で批判している。彼は、法実証主義を、(1) 法は立法者の意志である、(2) 何が法であるかを決定するのに正義観念は無関係である、という性格のものとして捉え、(1)に對して非意志主義的なノモスの理論、(2)に對して価値相對主義を批判する消極的な正義観念を對置している。嶋津格『自生的秩序』木鐸社、一九八五年第四章五節、玉木秀敏「ハイエクの法・政治哲学」政治経済史学二三九号所収参照。

(25) 本稿では、法実証主義の特徴を明らかにするという筆者自身の関心から、自然法論と法実証主義の対立点について、とくに法概念論レベルで考察してきた。この場合の一つの問題点は、自然法論のなかでも自然法に実定法の指導理念ないし原則としての地位しか与えず、したがって自然法違反の実定法の効力も否定しない自然法論(プーフェンドルフやトマジウスなどの啓蒙期自然法論、そして一九世紀末から二〇世紀の再生自然法論や戦後の自然法論に多くみられるもの)と、ベンサムやオースチンの功利主義的法実証主義との関係をどのように理解するかの問題である。もう一つは、自然法論の伝統と現代正義論との関係をどのように把握するかの問題である。これらの問題は今後の課題として残しておきたい。

(後記) 本稿は、研究論文というよりはもともと法学部学生のための法哲学講義のノートとして書いたものである。ここに発表したのは、本稿が目下執筆中の論稿「法実証主義における『法と道徳分離論』と『源泉テーゼ』の序論としての性格をもっているからである。二〇〇号記念特集号に掲載するものとしてはあまり適切なものでないかもしれないが、自然法論と法実証主義の問題を概観する一助になれば幸いである。)