

ハンス・ケルゼンの法理論における法と道德の関係についての一考察
—社会学的アプローチも踏まえて—

提出日：2015年1月15日

指導教員：足立英彦

名列番号：228

学籍番号：1151020105

氏名：西澤花織

論文要旨

本論文は、ケルゼンの法と道德に対する厳格な態度について焦点を当てた内容となっている。『純粹法学』における彼のもっとも重大な主張である「法の脱イデオロギー化」には欠かせない要素として、法と道德の明確な分離はそれ自体非常に興味深い理論であり、法と道德の関係という法学における重要論点においてもケルゼンの存在は非常に重要なものである。そんなケルゼンの法と道德をテーマとし、批判や社会学などさまざまな視点から彼が求めた「厳格性」について掘り下げていく。最終的に、ケルゼンが導き出した理論は、問題点はあったものの、当時の時代背景も考慮して、彼が目的としていた法の脱イデオロギー化を達成するに当たって最善の理論であったということを確認したい。

はじめはケルゼンの法と道德の紹介からはじまる。ここでは彼が考える法と道德の違いからなぜそのように考えたのか、彼の狙いは何なのかを明らかにする。彼の法と道德の区別には他の学者と異なるユニークな点があり、そのことも彼の真の狙いに大きく関係していると思われる。次に、最近のケルゼンに対する批判を紹介した上で再反論を行い、ケルゼンの理論の妥当性をいったん認める。いったん認めるというのは、その後に取り上げる歴史的＝社会学的見解によるケルゼンに対する考察ではまた違った見解、問題点が指摘されるからである。最後にこれらの見解を踏まえて、彼が真に目指す社会を作り上げるためには、法と道德を厳格に区別するべきと考えることが果たして正当であったのか、あるいはそう考えざるを得なかったのかをラートブルフの法と道德を例に挙げて考察する。

目次

はじめに

1. ケルゼンが考える法と道徳とは

1-1 法と道徳の区別

1-2 強制秩序とは

1-3 トマジウスの法と道徳

1-4 なぜ法と道徳を厳格に区別する必要があるのか

2. ケルゼンに対する批判

2-1 ケルゼン批判

2-2 アレクシーによる批判

2-3 再反論—絶対的道徳の否定—

3. 歴史的=社会学的アプローチについての考察

3-1 はじめに

3-2 法実証主義に対する歴史的=社会学的考察

3-2. 1 近代市民社会構造

3-2. 2 法と道徳の分化

(a) 法の独立

(b) 道徳の独立

3-3 ケルゼンに対する歴史的=社会学的考察

3-4 考察

4. ケルゼンの峻別論は最善の説ではないのか—ラートブルフとの比較—

4-1 はじめに

4-2 ラートブルフによる法と道徳の関係についての考察

4-3 まとめ

5. 総括

おわりに

はじめに

法と道徳は法学における重要な論点の一つである。両者の違いはなにか、またその関係はどのようなものであるのかは長い法学史においても解決されてこなかった重大なテーマであり、今もなお検討が必要なテーマである。本論文においてはその法と道徳を取り上げることとし、その中でもハンス・ケルゼンが考えた法と道徳について考えてみることにする。

ケルゼンは、法は本質的に道徳とは関連がないとする実証主義に立ったうえで、その考えをより厳格なものとするべきと主張し、法と道徳をできるだけ客観的に厳格に区別しようと試みた。彼は法と道徳をどこまでも客観的かつ厳格に区別することにこだわっているが、それは筆者自身彼に興味を持った所以でもある。彼がどのように法と道徳を捉えたのか、なぜそのように考えたのか、それは狙い通りになったのか、などケルゼンの法と道徳についていろいろな視点から考察したい。

1. ケルゼンが考える法と道徳とは

1-1 法と道徳の区別

ケルゼンは『純粹法学』において、法と道徳の関係について述べている。彼によれば、まず法と道徳はともに社会秩序であるという。社会秩序とは、人間行動を他者との関係において直接的・間接的に規制する規範的秩序のことであり、法を除いた社会規範を一括して道徳と定義している。そして両者の区別は「もっぱら、法が強制秩序である点にある」¹と述べている。ケルゼンによれば法と道徳の間にはそれが強制秩序であるか否かの違いしかなく、それ以外の基準、例えば規範の規律対象が外的行動か内的行動か、あるいは規範の創造や適用などで両者を区別することはできない。

1-2 強制秩序とは

ここでいう強制秩序とは、端的にいうと強制行為を制裁²として定める規範秩序のことである。強制行為とは、社会的に望ましくない行動に対して害悪（生命・健康・自由・財産等の価値物の剥奪）をもって報いることであるため、法はある特定の人間行動を命じ、その反対の行動について、行動者ないしその関係者に対する強制行為と結びつけていることから強制秩序であるということになる。これに対して道徳の制裁は社会的非難であり、強制行為の性格を欠くため道徳は強制秩序とはいえない。

この強制については、法の特徴として他の学者も以前から主張してきたものである。しか

¹ 初版 47 頁。第二版 62 頁。

² ケルゼンによれば、制裁とはある行為を命令し、その命令の履行・不履行に結びついた何らかの行為をいう。つまり賞罰のことであり、命令の遵守に対する賞も制裁に含まれるが、通常制裁という言葉は罰のみを意味しており、ケルゼンはこれを「狭義の制裁」としている（第二版 25 頁）。

し、この強制はトマジウスやカントのように、法と道德における外面性・内面性と密接に関係すると考える学者が多く、あくまで法と道德の区別を強制性のみとし、両者が外的行動・内的行動のいずれを対象としているかでは区別できないとしているケルゼンとは大きく異なる。そこでなぜケルゼンがこのように主張したのかを考えるため、強制と外面性・内面性の関係について論じているトマジウスを例に挙げて彼の考えと対比することにする。

1-3 トマジウスの法と道德³

トマジウスは道德を内面の平和を目指すものとし、対して法を他者との関係を規律するものであり、隣人を損なってはならぬといった義務を設定することによって、外部的な平和を追求するものであるとしている。そして、法的義務は権力によって強制⁴されうるのに対し、道德的義務は権力によって課すことはできないだろうと述べている。トマジウスは法と道德の区別をそれが目指すもの、即ち内面の平和を目指すのか外部的な平和を目指すのかを基準とすべきであるとし、強制はそれに付随するものと捉えている。つまり、法と道德の区別は外面性・内面性によって区別され、外的行動を規律する法は権力によって強制しうるし、反対に内的行動を規律する道德は権力によっても強制しえないと考えているといえる。

このようなトマジウスの考えは、法と道德の区別を外面性・内面性に求めた点でケルゼンと大きく異なる。トマジウスは両者の違いをそれが何を指すものであるかという違いから見出しているが、ケルゼンは前述のとおり法と道德はそれが何を規律しているかでは区別しえないとしている。しかし、トマジウスのように法は外部的平和を達成するため、権力によって外的行動を強制しうると論理展開したほうが自然であるようにも考えられる。ではなぜケルゼンは強制秩序であるか否かという点のみで両者を区別したのか。

それには強制秩序の要件が関係している。強制秩序は、強制行為を制裁として定める規範秩序であることは先に述べたが、この「制裁として定める」とはどういうことかという点、
「法的要件の効果として（中略）強制行為を定める」⁵ということである。つまり、法が人間に対して求める行為と逆の行為をした場合、その効果として強制行為が働くことが定まっているということが強制秩序の要件である。これは「社会に内在された制裁」であることが明確に現れていることともいえ、強制秩序を形式的に捉えていることが読み取れる。これにはケルゼンが法と道德を厳格に区別するという狙いがある。

1-4 なぜ法と道德を厳格に区別する必要があるのか

では、ケルゼンはなぜ法と道德の区別をこれほどまで厳格に捉えたのか。それは旧来の法

³ この章は、小林直樹著『法・道德・抵抗権』を参考にした。

⁴ この権力による強制は、ケルゼンが考える法の強制と共通している。ケルゼンも法の強制は、道德の制裁とは異なり「社会に内在された制裁」としている（同書 33 頁参照）。

⁵ 第二版 35 頁より引用。なお初版 52 頁にも同様の記載。

学に対する批判から生じたものである。当時の法学においては、法は本質上道徳的なものであると考えられてきた。つまり、法規範が命じ、禁止する行為は、道徳規範によっても命じられ、禁止され、また道徳規範が禁止する行為を命じる法は法ではない、という理論である。この考え方は、道徳に適合する法こそが法だと認められるとすることで法の正当化を図ったものであるが、これに対してケルゼンはこの考えはその法共同体を成立させている国家秩序の無批判的正当化につながると批判している。ケルゼンによれば、道徳は相対的価値を有するものであり、法はある道徳に適合していたとしても別の道徳には適合していないこともあり得るとし、法はたとえ道徳に適合していなくても法たりうるとしている⁶。

このような主張をもとにケルゼンは「純粋な法学」というものを提案している。それは法学からあらゆるイデオロギー的要素を排除し、法学をあくまで法の認識・叙述を目的とする学問にすべきというものである⁷。法を道徳から完全に分離させることによって、イデオロギー的要素を排除し、あくまで形式的側面のみによって法を捉えることによって、法が国家の正当化の道具となることをケルゼンは避けたかったのである。

形式的側面のみによって法を捉えるためには、法と道徳の区別を外面性や内面性の違いなどで区別することは不適である。なぜなら法も道徳も外部的行為と内部的行為の両方を規律しているからである。ケルゼン自身も殺人と勇気を例に挙げてこれを主張している⁸。殺人は法によって禁止されているが、人を殺すという外部的行為だけでなく、人を殺そうとする故意、すなわち内部的行為をも対象としており、また勇気については恐れを知らないという精神状態のみならず、そのような精神状態からもたらされる行為も対象としている、と。つまり法と道徳の区別の基準が外面性や内面性によるとすると、実際は法も道徳も外部的行為と内部的行為の両方を規律の対象としているため、その規範内容が見方によっては外的行動を規律しているようにも見えるが、一方では内的行動を規律しているようにも見えてしまう。このことは国家がその恣意的な解釈によって、自由に法と道徳の境界線をつくることができるといえる。法立法者によってある道徳規範が恣意的に法律として制定され、それが法規範として認められるという危険を含んでいるため、法と道徳の一体化が生じてしまうおそれがある。そうすると本来相対的価値であるはずの道徳が絶対的なものとして扱われ、その法律を制定した国家の正当性が保障されることになる。このように、法と道徳を外面性や内面性を基準にして区別することは、法が国家正当化の道具として恣意的に利用されることを助長してしまうのである。

⁶ 初版 35 頁。第二版 64 頁。

⁷ 「実力政治的の意図と効果が明白なところの、このイデオロギー的傾向は（中略）まだ依然として今日の法律学を支配している。純粋法学はこの傾向に反対するものである。それは法をそのあるままに叙述しようとする。これを正当なものとして是認したり、不当なものとして否認したりしない。それは現実の法や可能的な法を問題とするのであって、正しい法を問題にするのではない。」（『純粋法学 第一版』横田喜三郎訳 34 頁）

⁸ 第二版 59 頁。

以上のことからケルゼンは、法と道徳を、それが外的行動と内的行動のどちらを規律しているのかによって区別することを避け、強制秩序か否かというあくまで形式的な基準をもって両者を区別することにこだわったのである。

2. ケルゼンに対する批判

2-1 ケルゼン批判

これまで述べてきたことから、ケルゼンが法と道徳の区別を強制秩序に求め、それは法と道徳を形式的側面によって厳格に区別するためであるということがわかった。しかし、ケルゼンの法と道徳についての考えに対しては批判も存在する。ここでは、ロバート・アレクシーがおこなったケルゼンに対する批判について取り上げる⁹。

2-2 アレクシーによる批判

次にアレクシーによるケルゼン批判について考察する。先ほど述べたように、ケルゼンによれば道徳は相対的なものであり、絶対的価値を持つ道徳は存在しない。これに対してアレクシーはこの主張は二つの解釈が可能であるという。まずは「正しく、道徳的な答えがたった一つしかありえないようなケースは一切ない」という解釈であり、もう一つは「合理的な不一致¹⁰が成り立ちうるような事例が一定数、または相当数存在する」という解釈である。アレクシーは、ケルゼンの主張を前者の解釈で理解するとその主張は誤りであるとし、後者の解釈をしても、それだけでは道徳は法に必然的に含まれているとする非実証主義を覆すことはできないとしている。

まず前者においては、深刻な人権侵害の存在を挙げて否定する。それによってただひとつの道徳的な答えが正しい、または真であるような場合が存在すると主張する。後者においては、その主張自体は正しいが、その主張では非実証主義を覆すことはできないとしている。なぜなら非実証主義は、討議において真理と正しさへ接近することが可能であり、かつ、ただ一つの道徳的な答えのみが正しい事例¹¹が少なくともいくつか存在し、そのような場合には、理性的な一致が可能であるからである。このようにアレクシーによれば、ケルゼンの主張はどちらの解釈によっても絶対的な価値をもつ道徳の存在を否定することはできないこととなる。

2-3 再反論—絶対的道徳の否定—

しかし、このようなアレクシーの主張は誤りである。ケルゼンの主張が二つの解釈どちら

⁹ 筆者は2014年11月24日に石川四高記念館で開かれたアレクシーのセミナーに参加し、そこでいくつかの疑問を抱いたため、本論文でその疑問を検討することにした。

¹⁰ 十分な議論をしたうえでもなおその意見の対立が解消されないこと。

¹¹ たとえば奴隷としての法的地位や宗教の自由の廃止などが挙げられる。

を採用するにせよ、彼の主張は正しく、絶対的な道德の存在は認められない。

まず前者の解釈についてであるが、アレクシーは深刻な人権侵害を挙げて正しく道德的な答えがひとつしかないという場合も存在すると主張しているが、果たしてそれが本当にたった一つの正しい答えであるといえるのか、その根拠が不明確である。もしその根拠が世界共通の認識がそうであるとか、人間ならば誰もが、そうすることが正しいと思うからであるからという理由で正当化するのであれば、それはあまりにも偏った意見である。ケルゼンも述べているように、時代や国、民族などによって道德というものは異なるのであり、これから先、現在私たちが想像もできないようなことが道德として当然に考えられることがある可能性も否定することはできない。極端に言えば、我々が「深刻な人権侵害」と思っていることがもはや「人権侵害」ですらなくなるかもしれない。そう考えるとやはり普遍的な道德などというものは存在しないのである。

次に、後者の解釈であるが、合理的な不一致の解消できる理由として十分な討議によって真理に「接近」できることとあるが、ここでいう「接近」という概念がいささか曖昧であり、具体的にどの程度まで真理に近づけばいいのか、あるいは意見が対立している両者がどの程度まで納得すればよいか分らない。しかし討議によって真理に近づいたところで、それが合理的な一致に達しうるのかについては疑問が残る。先ほど述べたとおり「接近」ということが一体どういった状態を指すのかははっきりとしないが、仮に互いに納得する答えに行き着くことと解釈するならば、それによって新たにその答えとは異なった意見をもつ者が異議を唱えるのではないだろうか。そこでまた討議が行われたとしても、同様のことが繰り返され、当事者は次第に増えていき、彼ら全員が納得する答えを導くことはますます困難になる。合理的な不一致が解消される場合が全くないわけではないが、その可能性はあまりにも低く、よって一定数の不一致が存在することは避けられないのである。以上のことからケルゼンの主張が二つの解釈のどちらだとしても、非実証主義の前提である絶対的価値を持つ道德の存在は否定することができるのである。

3. 歴史的＝社会学的アプローチについての考察

3-1 はじめに

これまで、ケルゼンの法と道德の内容やその意義について触れ、さらにケルゼンに対する批判を紹介し、それに対して再反論をしていくことで彼の理論が筋の通るものであることはある程度確認できた。事実、彼の考えは法学史においては非常に意義深いものであり、その功績が認められることは疑いのないものである。しかし、その後の時代において彼の考えは強く批判され、のちに法と道德の結合論が再び有力な理論として登場することとなる。果たして、その当時においてケルゼンの理論というものはどのような意義を持っていたのだろうか。このようなケルゼンの理論の登場から衰退の流れは、歴史的＝社会学的に考察すると、その当時の時代背景が大きく関係しており、時代変化によって社会が変動するに従い、

有力な学説も変化するため、ケルゼンにおいてもそれがいえるとのことである。このような社会学的な捉え方は、少し離れた視点からその理論について検討することであり、ケルゼンの理論が本当に彼の目指すべきものを達成するために必要な理論であったのか、社会的に影響を与えることができるものであったのかを考えるうえで重要なヒントになるであろう。したがって、ここでは歴史的＝社会学的考察によれば彼の法と道德はどのように捉えられるのかを紹介したのち、ケルゼンの法と道德における法社会学的な位置付けとその意義について考察する。

3-2 法実証主義に対する歴史的＝社会学的考察

まずはケルゼンの法と道德についての見解に入る前に、法実証主義における歴史的・社会学的見解¹²について触れる。ケルゼンは法実証主義者の一人ではあるが、法実証主義といってもその内容には論者によって異なる点も存在するため、まずは広く法実証主義における歴史的・社会学的な見解について知ったうえでケルゼンの話に入ったほうが分かりやすいと考えたためである。法実証主義は法と道德をそれぞれ独立した存在と解し、法が成立するためにはその内容が道德においても適当であることは必要ないと考える。このように法と道德を峻別する考えは近代社会において発展した考えであるが、社会学的な考察ではその発生の基盤はその近代社会にあると考える。つまり法と道德の分化は、近代の市民社会の構造そのものの現象として現れたものである、ということである。

3-2.1 近代市民社会の構造

まずは、法と道德の分化の発生基盤となったとされる近代の市民社会の構造がどのようなものであったのかであるが、典型的な市民社会というものは、「絶対主義権力に対し自己を主張して自由を獲得したところの近代的市民の社会」¹³である。近代の市民社会は封建的＝絶対主義的な社会から解放された資本制社会であり、「自由な個人」によって成り立っている。「自由な個人」というのは、自らの責任において行動し、それを単独で決定、規律できる個人のことをいい、経済発展においては必要不可欠である。まさにこのような個人の人格的確立が近代の市民社会を成立させたのである。

しかし、このような市民社会は自然に発生したものではなく、国家の強力な保障によって存在しえたものである。自立的である資本制が維持されるためには、それに対する障害から守られなければならない。国家の果たす役割というのは消極的なものにすぎず、社会に対抗する対立物ではなく社会の投影に過ぎない。しかし、国家は消極的な性格でありながら、従前は他の社会的・政治的団体が持っていた政治的機能を集中させているため、強大な権力を持っている。このような個人の生活の隅々にまで及ぶ保障によって、資本制経済は円滑に運

¹²川島武宣「市民社会における法と倫理」『法社会学における法の段階構造』の内容を主に紹介する。

¹³ 川島 112 頁。

行されるのである。

3-2. 2 法と道德の分化

ではこのような市民社会の現象として現れる法と道德の分化とはいったいどういうことなのか。これについて川島は、法の独自化と道德の独自化は互いに関係しているとし、両者の独立を分けてそれぞれについて説明している。

(a) 法の独立¹⁴

まず法が独立して独自の存在を確立したモメントとして近代国家の確立が挙げられる。近代国家が成立する以前は、諸種の社会的団体（部落・家族・封建的主従関係・ギルド等）の強制、つまりまだ政治的強制力が確立していない段階の社会規範であった。その当時はまだ法の独自性は確立しておらず、社会規範も組織性が弱い脆弱な強制であった。その強制は人々の心の中に存在し、客観的存在性に欠けるため、法は道德と未分化された「習俗」として存在していたのである¹⁵。しかし、近代国家が強大な権力を持って強制することによって、法規範が独自のものとして習俗から分化し、その客観性が確保されたのである。

また、もう一つのモメントとして、自主的な個人人格¹⁶の確立が挙げられる¹⁷。これは、従前の政治的社会が上から下の権力的な構成であったときから変化したことが理由の一つである。法は倫理に対して、義務に対する権利があることが特徴として挙げられる。上下の力の関係においては、一方は命令のみ、もう一方は服従のみであって権利義務関係とは呼べないものであり、そもそも権利などという概念すら存在しなかった。だが近代市民社会において人はみな経済主体であり、対等な関係になることから、互いを権利と義務で関係付けるようになり、法が分化していったのである。また、このように個人が権利義務関係にあることを国家は承認しており、その関係を守るために、一つ目のモメントである強力な国家の確立へともつながっている。

以上二つのモメントによって法は独立したわけであるが、さらに法秩序が維持されるためには法主体者である個人の活動が必要不可欠であるという。それは、個人が誰かの目的ではなく自己目的だということである。法秩序は法主体者の自覚的な法の遵守という活動なくしては維持できないのである。

(b) 道德の独立¹⁸

先ほども述べたように法の独自化と道德の独自化は互いに密接に関わっており、道德は

¹⁴ 川島 119 頁以下。

¹⁵ 「したがってそこでは、慣習法と称せられるものは同時に習俗であり、また倫理でもあるのであって、ただ具体的には、あるものはより多く法的であり、また他のものはより多く倫理的であるというだけである。」（川島 119 頁 14 行目以下より引用）

¹⁶ 法的な意味での人格ではなく、あくまで一般的な意味での人格である。

¹⁷ 川島 124 頁以下。

¹⁸ 川島 131 頁以下。

法の分化を前提としてはじめて独立する¹⁹。

道徳の独自化には主体的な存在としての人格の内面的独自性が関係している。これは先に述べた法の独自性における個人の人格の確立とほぼ同様のことであり、個人が自らの地位や責任に自覚を持ち、自由意志によって行動することができるようになったために倫理も他の社会規範（つまり法）から分化することができたのである。ここでいう道徳は個人が自主的に自らの意思を規律することであり、外から課せられる倫理規範はあくまで力の秩序である。

また、このように道徳が独立するためには、個人の自由意志を国家が承認することも必要である。個人の自由意志が国家によって害されることなく存在することで、はじめて道徳は独自性を保つことができるのである。

3-3 ケルゼンに対する歴史的＝社会学的考察

これまでの川島による説明で、法実証主義の歴史的＝社会学的な考察のおおよそは理解できた。いよいよケルゼンの話に入っていくわけであるが²⁰、歴史的にみて彼は法実証主義の後期に登場した学者であり、彼の主張にはこれまでの法実証主義に対する内在的な批判が含まれていた。というのも、彼以前の法実証主義の背景には法律学の対象である法体系が、それ自体として完結しているという前提が隠されていた。つまり、近代自然法思想で要請された人権を中核とした市民的＝自由主義的法体制の理念が実定法で実現されており、法律家はただその実定法に基づいて処理すればよいだけということである。しかし、歴史的変動によって資本経済のひずみが現れてくるにつれ、その前提が揺らいできたのである。それに伴って「法の倫理化」の要請が強まり、法律家に対しても倫理的＝経済的＝政治的考慮が求められるようになった。こうした中でナチスドイツによる法のイデオロギー化が進んでいったわけであるが、そこに待ったをかけたのがケルゼンである。彼は法実証主義の峻別論に依拠したうえで、そこに新しい哲学的基礎を加えて新たな理論の形成を図った。

この新たな理論には前述した法の本質としての強制秩序性も挙げられるが、そのほかにも静的体系と動的体系の区別も挙げられる。法はある機関へ立法権を授権し、それが連関することによって成り立つ動的体系であるのに対し、自然法はそこにあらかじめ一切の規範内容が含まれているという点で静的体系であるといえる。法体系は授権の連関により段階構造をなしているが、その最終授権者として根本規範を想定する。この根本規範が一切の実定法の規範的妥当性を根拠付けている、ということである。

¹⁹ 前述したように法はもともと習俗から分化したものであり、習俗から法が分化したということは同時に道徳も分化したといえる。ケルゼンも社会規範は法と道徳の二つがあると述べていることからこの内容に対する矛盾は生じない。

²⁰ これ以降は、三島淑臣「市民社会の法と倫理—思想的視覚からの一アプローチ—」を参考にした。

このようなケルゼンの峻別論を彼以前の近代市民社会の峻別論と比較すると以下のようなになる。まず「法」というものはあくまで実定法に限定され、自然法は法の領域外のものとみなされ、実定法の本質は社会的＝心理的要因から純化されて、根本規範を中心とする自己完結した体系とされる。また、道徳は個人の義務意識や遵守意欲という心理的要因によって存立しているため、完全に主観的領域に収まることとなる。これらのことから、これまで近代市民社会において依然として残っていた法と道徳の両者にあった内的連関が完全に分離し、相互に独立した領域を築くに至ったのである。

しかし、このようなケルゼンの考えには問題点も存在したと指摘されている。それはあらゆる法秩序の妥当根拠を根本規範に見出したことにより、「根本規範が論理的意味における自然法」²¹として解釈されうるという危険である。つまり、根本規範を頂点とする授權連関によって定められた法はその妥当性が保障されていることを利用して、国家の法の悪用につながる危険ということである。実際、のちに一部の国で市民社会が崩壊し、社会主義やファシズムが台頭したことを考慮すれば、これは無視できないものである。国家の恣意的な法の利用を防ぐために、法と道徳を厳格に区別し、法体系をそれのみで完結する完全な体系としたことが、かえってその強力な構造故に国家に都合のいいように解釈され、悪用されることを許すこととなってしまったのである。

3-4 考察

ここからは、いままで紹介してきた歴史的＝社会学的見解を元に考察をしてみる。歴史的＝社会学的立場からは、近代市民社会によって強大な権力を握る国家が誕生し、また資本制によって各個人の自己に対する意識が大きく変わったことが法と道徳の峻別論の登場につながったとされているが、ケルゼンの峻別論についてもそれは同じといえる。特にこの個々人の意識の変化は彼の思想にも結びつくものがあるが、それは先ほど述べた、ケルゼンがここまで厳格に法と道徳を区別しようとした理由と関係する。つまり、各個人の自己に対する自覚が芽生えたことによって、個人が自分は国家の歯車ではなく、自己のために主体的に活動できるのだという自覚が、法による国家の無批判的正当化に対する疑問を生んだということである。これまで当たり前のように正当なものだと看做し、国家に対して何か文句を言えるわけがないと思っていた人々が、資本制による個人の意識の変化によって国家に対する疑問や不満、批判をもったり、国家は絶対的なものではないという認識をもったりするようになり、そのことが国家を以前の確固たる安定した地位から引き摺り下ろそうとする動きにつながったのだと考えられる。

しかし近代市民社会の前・中期においてまだ法と道徳の峻別は不十分なものであり、法と道徳の間に残る内的な連関が、両者を完全には分離させていなかったのだろう。おそらくケ

²¹ 三島前掲にて使われていた言葉をそのまま引用。

ルゼンは、そのわずかな結びつきが大きな危険を孕んでいると認識し、ここまで厳しく両者を分離させようとしたのではないだろうか。それは彼自身が目の当たりにしたオーストリアの内紛も大きく関係しているであろう。そこで絶対的な道德などないこと、相対的である意味不安定な道德と法とを結びつけることによる危険を彼は誰よりも強く意識し、このような主張に至ったのであろう。

歴史的＝社会学的見解の中には、法と道德の峻別論からその後に登場する結合論への移行は社会変動によるものであるとの見解もあるが、それだけではなく、峻別論後期に登場したケルゼンの理論は、厳格に両者を隔てた故に前述のような問題点を孕むこととなった。彼自身の理論にこのような二律背反の要素が含まれていたことが、その後の峻別論の衰退と結合論の再興の原因のひとつであったのかもしれない。

4. ケルゼンの峻別論は最善の説ではないのかーラートブルフとの比較ー

4-1 はじめに

ケルゼンが法と道德を厳格に区別し、両者の領域を明確に分離させることにこだわり、また実際にそれを達成する理論を展開することに成功したことはこれまでの内容で明らかになったところである。しかし、その厳格な分離故に法体系がそれ自体で完結することとなったため（ケルゼンもそれを狙ったことではあったが）、逆に国家による恣意的な利用という危険も孕んでいたことも事実である。果たして彼が唱えた厳格な峻別論は妥当とはいえないのであろうか。つまりケルゼン自身目指していた国家による法の恣意的な利用を避けることを完全に達成するためには、法と道德においてはある一定の範囲で両者の連関性を認めることが必要であったのかをここでは検討したい。

この問題を検討するに当たっては、ラートブルフを例に挙げて両者の比較から検討していくこととする。ラートブルフとケルゼンは法と道德についてともに価値相対主義の立場に立ちながらも、両者の関係性については全く異なる見解を示している。まずラートブルフの見解について検討することで、ケルゼンの理論についてより深く考察していくこととする。

4-2 ラートブルフによる法と道德の関係についての考察

ケルゼンは法と道德に質的な関係性はないとし、両者は独立した体系を築いているとしているが、これに対してラートブルフは『法哲学』において、法と道德には一定の関係性があるとしている²²。それは道德が一方では法の目的であり、それゆえ法の義務付ける力の基礎となっているという点である²³。もし、義務は意志がある規範に対して服従する関係と解

²²これ以降のラートブルフの見解の内容は、主に同書 第5章「法と道德」に依拠。

²³ ラートブルフ 165頁。

するならば、法はその目指すところの外部的行態が達成されていればよく、行態に対する動機は必ずしも問題としないのであるから、法はそれ自体だけでは義務付けることができないのであり、個人とその動機を対象とする道德の基礎付けが必要であるということである。しかし、たとえ義務付けの基礎として道德が必要であっても、法の内容については法の自己法則性が認められており、あくまで法が道德の一部になる訳ではないという。

だが、ここでいくつか疑問が生じる。ラートブルフはケルゼンと同様、法と道德をその規制対象（外的行動か内的行動か）の違いでは区別できないとし、内的行動（つまり動機）が法の領域に入ることもあるとし、それは関心の方向の区別とて依然として残すことができるとしている。このことから法の義務付けの基礎に道德は必ずしも必要ではないのではないかと考えられる。また義務付けの基礎として道德が関連を持ちながらも、法の自己法則性は完全に維持されているという主張も疑問である。もし道德上不適合な内容の法で道德が基礎となって義務付けられるというのはおかしい話であるし、道德が相対的価値しか有さないとしたらなおさら法の義務付けの基礎としては不安定なものである。

しかし、ラートブルフは法と道德の関係についてこうも述べている。道德による法の裁可は、法が道德をその目的として持つがゆえにのみ法の内容に関わらず可能である、と²⁴。つまり法があくまでもその道德の達成を目的としている場合に限り道德の関与を認めるというものであろう。さらに、法は道德的義務に法義務としての裁可を与えることによっては道德義務の実現に奉仕できないとしている。つまり法は義務ではなく権利によって道德に奉仕するということであり、すなわち個人が道德義務を果たすことができるように権利を与えるということである。

先ほどのラートブルフに対する二つ目の批判はこれで解決されたかに思われる。法はある道德を目的としているときにのみ道德による裁可を受けるとは、つまり義務付けもそこで与えられるということであろう。このような見解はいわば法と道德を目的手段関係としているようであるが、あくまで法は道德を遵守するための手段であるというならば、やはりその道德の絶対性というものが問題になるであろうし、もし道德が相対的なものであるとするならそのようなものを目的として成立した法の普遍性などいろいろな問題が生じてくる。また、あくまで法には自己法則性を認めて道德はその内容にまで踏み込まないというのはいささか中途半端なようにも思われる。法と道德に手段と目的という関係性を持たせながら両者に一種の隔たりも設けており、それはおそらくラートブルフが両者の区別に外面性と内面性の違いを認めているからかもしれないが、その異質性を主張しながら両者をなんとか関連付けようとする試みは矛盾しているようにもみえる。

4-3 まとめ

²⁴ ラートブルフ 166 頁以下。

以上の検討を踏まえて、もちろん道徳の定義は問題になるであろうが、法と道徳が絶対に交わることはないそれぞれの領域を持つことを認めながら、両者の結びつきを唱え、その関係性を主張することにも問題点があるようである。特に問題となるのは、やはりその曖昧さである。道徳がたとえ法の内容に踏み込まないとしても、裁可が可能であるという見解は法が道徳の一部として取り込まれる危険も十分ふくんでいるため、一定の関係を認めながら両者が互いに独立することは難しいのではないだろうか。やはりこのこともケルゼンがなぜここまで厳格に両者の領域を確固たるものとして認識すべきだと考えたのかを我々に納得させることとなった。

5. 総括

以上の考察を踏まえて総括すると、やはりその当時の社会背景による影響というものは大きく、ケルゼンの理論もその影響を受けていることがいえ、さらに彼の理論は、彼がその当時問題視していた国家による法の悪用を防ぐうえで最善の理論であったといえる。法と道徳を峻別するという考えは、近代市民社会の到来によって資本制となり、個人が対等な関係になることによって自主性が生まれたことと、それを国家が承認し、維持するために国家が他の機関の権力等を集約させ強大な権力を持つに至ったことが関係している。ケルゼンの理論もその流れから登場したものであるということは前述したとおりであり、彼が従来の峻別論に対して不十分な点を改善する一法と道徳をより客観的な基準で厳格に区別することによって問題点を解決しようとしたのである。しかし、その理論においても問題点はあったのであるが、かといって法と道徳の間に一定の関係性を認めることは法や道徳の区別を曖昧にしてしまう危険性があり、このことは妥当とはいえない。したがってケルゼンの理論は、問題点がありながらもその当時の時代背景等も考慮して妥当なものであったといえる。

おわりに

ケルゼンがなぜ法と道徳について厳格に両者を分けることにこだわったのか、それは彼の当時の法学に対する危機感が、また自身の目で見えた社会の実情に対する怒りがそうさせたのであろう。法を国家の恣意的道具として利用されることを恐れた彼は、法体系をそれだけで完結したものとし、道徳と完全に分離することによって守ることが最善であると考えた。しかし、その完全な分離故に法の安定性が確保され、そのことがかえって本来の狙いとは異なる結果を生む危険を孕んでしまったことは、彼自身全く想定していなかったであろう。けれども、やはり彼が考えた理論というものがその当時の法学や社会のあり方に大きな警鐘を鳴らしたことは疑いのないものであり、その功績に敬意を表したい。

参考文献

- ・ 鶴飼信成・長尾龍一編『ハンス・ケルゼン』（1974 東京大学出版会）
- ・ 兼子義人著『純粹法学とイデオロギー・政治—ハンス・ケルゼン研究—』（1993 法律文化社）
- ・ 川島武宣著『法社会学における法の存在構造』「市民社会における法と倫理」（1950 日本評論社）
- ・ 小林直樹『法・道徳・抵抗権』（1988 日本評論社）
- ・ サイモン・リー著（加茂直樹訳）『法と道徳 その現代的展開』（1993 世界思想社）
- ・ 田中耕太郎訳『ラートブルフ著作集第1巻 法哲学』（1961 東京大学出版会）
- ・ ハンス・ケルゼン著（横田喜三郎訳）『純粹法学』（1935 岩波書店）
- ・ ハンス・ケルゼン著（長尾龍一訳）『純粹法学 第二版』（2014 岩波書店）
- ・ 三島淑臣著「市民社会における法と倫理—思想史的視覚からのアプローチ」（法哲学年報 1975、58—82 頁、1976）
- ・ ロバート・アレクシー（足立英彦訳）「包摂的非実証主義」（2014 年 11 月 24 日に石川四高記念館で行われたアレクシーのセミナーで配布されたもの）