

宮沢俊義の正義論

——ケルゼンの法理論を手がかりとして

長尾一紘

- 一 序 説
- 二 自然法論への接近
- 三 ケルゼンへの接近
- 四 自然法論と法実証主義の間
- 五 「国体」の自然法論
- 六 結語に替えて

一 序 説

(1) 戦後の憲法学説においてもっとも大きな影響力をもった論者は誰かと問われれば、多くの人が宮沢俊義の名を挙げるのではないかと思われる。没後四〇年になるが、学界、司法界にのみならず、法制局などにおいてもその

影響力は今なお続いている。他方、宮沢憲法学に対する批判論も多様な形でなされており、それには汗牛充棟の感がある。宮沢憲法学に対する評価は、褒貶二分の状況にある。

宮沢憲法学の影響力を考えれば、宮沢評価についてのこのような混迷をペンディングのままにしておくことはできない。宮沢憲法学は戦後憲法学の主流を形成してきた。戦後憲法学を理解するためには、宮沢憲法学の検討を不可避とする。

本稿は、このような事情から、宮沢評価にかかるいくつかの問題点を整理して宮沢憲法学の再検討のための提言をなそうとするものである。

(2) 宮沢俊義の法学研究は、憲法解釈の分野と法哲学の分野に二分される。このうち、憲法解釈の分野は本稿の対象とするものではない。

法哲学の分野において、宮沢がとくに関心を示したのは、法学の方法論と正義論である。本稿は、このうち後者を検討の対象とする。

正義論は、法価値論の一環として位置づけられることが多い。法価値論とは、理念としての法、あるべき法についての議論のことをいう。ケルゼンは、「正義とは何か、これに対する答えが自然法である」と述べている。本稿においては、宮沢俊義の正義論を、その自然法論の検討をとおして明らかにしようとするものである。

宮沢が自然法論者なのか否かが議論されている。自然法とは「国家以前の法」「憲法以前の法」のことをいう。宮沢の法理論がこのような自然法論に立つか否かが問題とされているのである。自然法論を前提とするか否かによって、

憲法解釈の方法、内容についても大きく変わることになる。

この問題について一方の論者は、宮沢は一貫して法実証主義者であったと主張する。さらに進めて、宮沢をケルゼン主義者であるという論者も少なくない。他方の論者は、宮沢は自然法論者であったと主張する。さらに、戦前の宮沢は法実証主義者であったが戦後になって自然法論者になった、と主張する論者もある。「法実証主義者」としての宮沢と「自然法論者」としての宮沢は、両立不能の関係にある。正しいのはいずれであろうか。

自然法論と法実証主義の争い、そして自然法論相互の争いは、平時においては学説上の争いにとどまる。しかし、戦争と革命の時代においては、それは権力闘争そのものの様相を帯びることになる。革命を支持する人々は、新たな「正義」を主張して既存の「正義」を否定しようとする。それぞれの「正義」は、それぞれの神話によって支えられている。

ワイマール末期のドイツにおいて二つの革命勢力が支持を集めつつあった。共産党とナチスである。両者とも、一党独裁の政治システムを打ち立てようとしていた。前者はプロレタリア革命の神話に「正義」を求めていたが、後者は人種の優劣の神話に「正義」を求めていた。これに対して、体制の立場にある政府は、議会主義の神話に「正義」を求めていた。

当時の宮沢は、ここに「神々の争い」をみた。「正義」と「正義」の間において妥協のない争いがくりひろげられていた。そしてこの争いの敗者たちには過酷な運命がまちうけていた。大革命後のロシアにおいても同様な争いが「粛清」という名の下に遂行されていた。

二〇世紀の前半は革命と戦争の時代であった。至る所で革命が勃発していた。また敗戦による政治体制の変革が強行されていた。このような憲法体制の変動は、「正義」の改変を意味していた。敗戦国日本においても、正義の改変

がなされた。「国体の正義」は排除され「マッカーサーの正義」が導入された。

宮沢は、このような時代にその法理論を形成した。この時代背景が宮沢の憲法学に大きな影響を与えたことは想像に難くない。

宮沢の法理論にはかぎりなく不透明な部分が見られ、また度重なる学説の動揺がみられる。その根底には、正義論の混迷があったのではないかと思われる。宮沢憲法学の再検討のためには、何よりもまずその正義論の流れに着目する必要があるように思われる。

(3) 宮沢俊義は、戦後の長い研究生活をとおしてひとつのジレンマをかかえていた。そして数々の論文、著書をとおして、このジレンマからの脱却をこころみていた。

宮沢には、「自然法は存在しない」という理論上の認識と、「自然法によって日本国憲法の正当性を基礎づけたい」という実践上の意欲が並存していた。認識と意欲の間には深い断層があり、これを、認識論のレベルで両立させることは困難であった。「客観的に妥当する自然法」とは、時代を超えて普遍的に妥当すべきものであるとされている。合理主義者をもって自認する宮沢において、このような存在を認めることはできない。それは、イデオロギーそのもののように思われた。他方、日本国憲法の正当性を自然法によって基礎づけたいという意欲の強さにも、これに劣らないものがあつた。この二つの要請を「科学」の枠内でいかにして両立させることができるか。これが宮沢にとつての終生の課題であつた。

宮沢の法理論は、戦後憲法学の主流を形成してきた。したがって、宮沢の法理論を検討することは、戦後憲法学の

検討を意味する。さらにいえば、それは現在の憲法学を再検討するさいの、不可欠の前提でもある。

一一 自然法論への接近

I 八月革命説批判と宮沢の応答

(1) 宮沢俊義の法学研究は、憲法解釈の分野と法哲学の分野に二分される。宮沢の本領が後者にあることは、
他ともに許すところであろう。

ところが、宮沢の研究において、法哲学の主要なテーマについて正面から論及したものは皆無に近い。宮沢がしばしば言及するケルゼンや、ラートブルフについても、正面から論ぜられたことはない。また、自然法、正義などの重要な問題について、正面から論ぜられたこともない。このような事情の下で、つぎに示す二つの文献は、自然法、正義の問題について、比較的まとまった形で述べられているものとして注目される。⁽¹⁾

「憲法の正当性ということ——憲法名分論——」(一九五七年)

「正義について」(一九六〇年)

この五七年論文の重要性は、ここにおいて、自然法論をとる旨がはじめて正面から明示されたことにある。宮沢は戦前から、法実証主義者として知られてきた。そこで問題になるのが、なぜ宮沢はこの時点で自然法論をとることになったのかということである。三年後に発表された六〇年論文においては、ケルゼン主義への接近がころみられている。徹底した法実証主義者であるケルゼンへの接近は、自然法論の放棄を意味する。自然法論への帰依は、三年の

短期にとどまることになる。五七年論文における自然法への接近は、周到な理論的考察の結果によるものではないように思われる。かくしてさらに疑問となるのが、なぜ宮沢は五七年に自然法論を宣明したのかということである。

その答えは五七年論文そのものに示されている。相原良一は、一九五六年の日本公法学会において、「現行憲法の効力について」と題する報告をおこなった。⁽²⁾この報告の内容は多岐にわたるが、とくに重要なのが八月革命説批判である。この報告において、第一に、「歴史認識」の観点から、八月革命説が「革命」という事実があつたとしている点が問題にされている。そして第二に、「革命の意味の理論的認識」においても問題があるとされている。そして、これらの事情からすれば、ポツダム宣言の受諾・降伏により、わが国の憲法の根本規範に変更があつたとは解せられない、と主張された。

このような相原報告に対する応答が五七年論文である。

相原良一の八月革命説批判に対する宮沢の応答は、つぎのようなものであつた。ちなみに「名」とは、憲法の正当性原理を意味するものとされている。⁽³⁾

「憲法の「名」の根拠は、その「うまれ」ではなく、その「はたらき」に求めなくてはならない。」

「人間の社会の目的というものがあるとすれば、——もしそれが無いということになれば「名」だの「正当性」だのという問題は、はじめから成り立ちえない——それは、人間の幸福ということをはなれては、考えられない。」

(2) ここにおいて、二つの主張が含まれている。

第一に、ここでは、憲法の「生まれ」よりも、憲法の「はたらき」の方が重要だ、との趣旨が強調されている。憲法の「生まれ」とは、憲法制定の事情を含むものと解される。「はたらき」とは憲法的作用を意味する。ここでは、「すべての人間に対して最小限度の幸福を保障する」作用を意味する。

相原報告の八月革命説批判は、日本国憲法の「生まれ」を問題にするものであった。すなわち、外国軍隊の強制によって作成された憲法には「名」（正当性）が認められないとするものであった。宮沢の応答は、これに対して正面からの対応を避けるものであった。そして、憲法の正当性にとって、制定の事情は重要性をもたない、内容が問題なのだ、との趣旨を示唆している。

第二に、その内容とは、「幸福」の保障である。この応答において、相原の八月革命説批判の論点はすべて黙殺され、そのかわりに、日本国憲法が幸福を実現するものであることが示されている。この五七年論文においては、八月革命説が相原の批判に耐えうるものでないことが示されている。日本国憲法の正当性原理を「生まれ」から「はたらき」に転換したのは、正当性の重心を「八月革命」から自然法に転換したことを意味する。

八月革命説に対する宮沢の対応は、このあと、これを固守しようとする方向と、これを断念しようとする方向との間を揺れ動くことになる。

II 「押しつけ憲法」論と八月革命説

(1) 一九七三年発表の「日本国憲法押しつけ論について」と題する論文において、宮沢はさらに明白な形で八月革命説の論拠を否定している。⁽⁴⁾

まず「押しつけ憲法」論の意味を確認することにしよう。この語は、二つの意味で用いられている。第一に、GHQ占領下の日本において、日本政府はGHQに従属するものとされてきた。かくして、このような状況の下で作成された憲法は、当然に「押しつけ憲法」というべきだとされることになる。これが「押しつけ憲法」論の第一の意味である。

第二に、GHQがみずから作成した憲法草案を日本政府に呈示するにさいして、具体的な形でなんらかの「脅迫」がなされたかが問題にされている。これが第二の意味における「押しつけ憲法」論である。⁽⁵⁾

宮沢は、この七三年論文において、「押しつけ憲法」についての所見を述べている。この論文は、高柳賢三らの著書に対する論評という形で書かれたものである。高柳は、その著書においてつぎのように述べている。⁽⁶⁾

「日本国憲法は、連合国の占領下において、他の占領下の立法と均しく司令部の監視と指導下に制定されたものであること、また、日本国憲法の基礎になった案が米国政府の要望したように日本側の案ではなく、いわゆるマッカーサー草案であったことも争いのない事実である。従ってそれは日本国民の意思のみによって成立したものでなかった、という意味で「押しつけ憲法」であるというのなら、何ら問題はない。」

宮沢は、このような主張に対して、これに賛意を表している。一般的な意味での「押しつけ憲法」論については、宮沢はこれを肯定しているものとみることができよう。

(2) 高柳はさらに、「昭和二年二月二三日、司令部からマッカーサー草案が日本政府に手交されたとき、この案を日本政府が呑まなければ天皇を戦犯裁判にかける、といったような重大な脅迫によって、この草案を日本政府に押しつけたのかどうか争点であった」と述べている。そして、司令部の担当者の後日談において、「嚇し」の趣旨ではなく、「警告」を与えたものだと発言があったことが示されている。

宮沢は、この点について、「嚇しではなくて、警告だったというのである。まさにその通りである。ただし、嚇しと警告とは、この場合、いくらもちがわない」と述べている。そして、「アメリカ政府の「勧告」と感じ、「説得」と感じたものが、実質においては、その程度いかによっては、「命令」とか、さらに、「脅迫」とかに、紙一重であることは、戦敗国日本 (Japan, a nation in defeat) の実感である」と敷衍している。さらに注目されるのは、この論文の末尾において、宮沢が「ことわるまでもないが、何らかの意味で「おしつけ」られた憲法が、歓迎すべき性質——たとえば、国民主権——を含んでいないとは、限らない」と述べている点である。

この論文において、宮沢は、総司令部による草案の強制が「脅迫」によるものであることを実質的に認めている。八月革命説は、憲法制定時において国民に自由意思があったということを理論的前提としている。この点に留意すれば、五七年論文に続いて、宮沢はふたたび八月革命説の論拠を否定したということになる。この七三年論文においても、日本国憲法の正当性は、「生まれ」によるものではなく「はたらき」によるものであることが示唆されている。もっとも「はたらき」の内容は変化している。五七年においては「幸福」の実現とされていたものが、七三年においては「国民主権」の実現ということになっている。

(3) 「幸福」から「国民主権」への転換は、宮沢における自然法思想の後退によるものであろうか。それとも、このような転換が意識されていなかったことによるものであろうか。いずれにせよ七三年論文の最後の文節——ここで国民主権が触れられている——はさらなる問題をひき起こすことになる。はたして、国家主権が失われ、また、表現の自由、立候補の自由もない状況のもとで「国民主権」を論ずることが可能なのであろうか。国民主権は民主主義の制度的な核心を意味している。はたして、自由と民主主義は、このように分離できるものであろうか。

ワイマール末期からナチス支配下のドイツにおいて、自由と民主主義の分離を前提とする議論がさかんに主張されたことがある。宮沢は、この当時これを批判して、自由の保障は民主制度の不可欠の前提だと主張したのではなからうか。⁽⁷⁾

Ⅲ 宮沢の自然法論の内容

(1) 宮沢が自然法論を導入するに至った理由(あるいは導入せざるをえなかった理由)は、上に示したとおりである。ところで、宮沢によって導入された自然法論はいかなるものだったのであろうか。宮沢は、つぎのようにいう。⁽⁸⁾

「私の見るところによれば、憲法の「名」というものは、やはり考えられる。憲法がそれに適合しているかぎり、正当な憲法であり、それに背くと不正な憲法になるという「名」、いわば憲法の正邪曲直を判定する基準になる「名」は、決してないわけではない。」

「すべての人間に対して最小限度の幸福を保障すること、すなわち、国民の一人一人に対して、「自由」と「人

間に価する生存」とを保障することが、国家の基本法としての憲法の「名」だといえるのではないか。

こう考えることが許されるとすれば、国民の一人一人に対して、かような意味の最小限度の幸福を保障する「はたらき」をもつ憲法は、「名」に適合する憲法であり、正当性をもった憲法である。これに反して、そういう「はたらき」をもたない憲法は、「名」に背く憲法であり、正当性を欠く憲法である。この意味において、功利哲学者の言葉を借りて、「最大多数の最大幸福」を保障する憲法がもつとも「名」に適合する憲法だということもできよう。

「名」なるものが「憲法の正邪曲直を判定する基準」であるとすれば、「名」は、「正義」の観念と等しいということになる。そして、宮沢は、しばしば「正義」と「自然法」の語を同義語として用いている。かくして、「名」とは「正義」のことであり、また「自然法」のことであるということができよう。

(2) ところで、宮沢のこのような自然法論には、少なからず問題があるといわざるをえない。宮沢は「人間の幸福」に資する憲法が正当性をもつ憲法だという。すなわち、正義の秩序であるという。ところが「幸福」の意義がまったく不明である。プラトンは、「正しい人」だけが幸福であるという。他の論者は、心の平穏なる者が幸福だという。また他の論者は、欲望の充足こそが幸福だという。どのようにでも解しうる概念をキー・ワードとすることは、宮沢自身、形而上学的思考だとして、それまで忌避してきたのではなからうか。

「幸福」とは各人が自分で幸福だと感ずる、主観的なきもちを意味するのであろうか。そうだとすれば、正義の秩

序とはすべての人々を幸福にすることのできるような秩序を意味することになる。しかし、このような秩序というものがありえないことは、明らかである。なぜなら、幸福の意味をこのように解すると、ある人の幸福と他の人の幸福とが衝突することは避けられないからである。ケルゼンはこの点について、つぎのように例を挙げて説示する。⁽⁹⁾

二人の男が、一人の、同じ女性を愛していて、二人とも、その女性を自分だけのものとすることができないれば不幸だ、と信じている、と仮定してみよう。一人の男が幸福になると、一も二もなく他の一方の男は不幸にならざるをえないのである。どのような社会制度も、この問題を、正しい公平な方法で、つまり、二人の男たちを、二人とも幸福にするような方法で解決することはできない。

幸福の観念がこのように個人的なものではないとするならば、正義の観念は、すべての人々の個人的な幸福を保障するという原理から、一定の利益、つまり、秩序に服している人々の多数によって、保護する価値があると認められた一定の利益、を保護する、社会的な秩序へと姿を変えることになる。

しかし、どのような利益が、社会によって保護を受ける価値をもつのか、また、それらの価値の順位はどうなるのか。二つ以上の利益が衝突したときに、どの利益が保護されるのか、ということが問題である。価値の問題は、価値の衝突の問題である。そして、この問題は、理性による認識という方法によっては解決することができない。それゆえ、極めて主観的な性格をもった判断によって答えられることになる。つまり、これらの問題に対する解答は、その解答を与えた人に対してだけ通用するものであり、この意味で相対的な解答にすぎないのである。⁽¹⁰⁾

「幸福」の問題については、このように、主観的かつ相対的な回答のみが可能である。かくして、客観的価値原理であることが前提とされている自然法については、ここで論ずることができないということになるのではなからうか。「幸福」の実現こそが自然法の内容だとする宮沢の立論には、すでにこの点において問題があるといわざるをえない。

(3) ところで、宮沢は、ジェレミ・ベンサム的主張になる「最大多数の最大幸福」をもって、憲法の正当化原理である「幸福」であるとも述べている。

宮沢の所論において、これまで述べられてきた「幸福」とは個人的幸福であった。ところがベンサムのいう「幸福」とは「社会的幸福」であり、社会秩序そのものである。両者は、性格を異にする概念である。宮沢の上記所論においては、この区分がなされていないように思われる。

宮沢の所論の趣旨は必ずしも明らかではないが、この「社会的幸福」論についても問題がないわけではない。この場合においては、ケルゼンの所論への理論的対応が必要になる。ケルゼンは、「最大多数の最大幸福」こそが「正義」であるとの所論に対して、つぎのように述べている。⁽¹¹⁾

「社会秩序が保証することのできる幸福」とは、結局、社会の権威つまり、立法者によって、それをみただけの価値があると認められた、たとえば、衣・食・住というような、一定の欲求の満足だけを意味している。このような、社会によって認められた欲求の満足は、疑いもなく、本来の意味の欲求の満足とは全く異なったものである。なぜならば、本来の意味の欲求の満足とは、事柄の本質的特性上、極めて主観的なものだからである。

(4) さらに、ラートブルフについての理解が問題になる。宮沢は、みずからの自然法論を根拠づけるためにラートブルフの言葉を援用してつぎのようにいう。⁽¹²⁾

憲法の「名」は、従来「自然法」とか、「理性法」とか呼ばれたものと、共通な本質を有する。あるいは、ラートブルフにしたがって「法律を越えた法」と呼ぶこともできよう。

そのラートブルフが、「法律を越えた法」について、つぎのようにのべているのは、とくに興味深い。

「すべての法的規定よりも強く、それに反する法律は、効力をもたない、というような法的基本原理がある。この原理は、自然法または理性法と呼ばれる。たしかに、それは、ひとつひとつとつとつとみると、多くの疑問にとりかこまれている。しかし、数世紀にわたる努力は、確固たる内容を作りあげ、もろもろのいわゆる権利宣言の中に、非常にひろい範囲の一致をもつて集めてあるので、それらの多くに関しては、ただ疑おうと欲する者のみか疑いを提出することができるのである。」

ラートブルフは、こう考えて、ナチ政権の制定した極度に非人道的な法律に対して、法としての効力を否認した。これは、つまり、彼が、それらの法律をもつて「名」を欠くものとしたことを意味するといえよう。

私は、人間社会の目的が人間の幸福にあるとし、最小限度の幸福の内容として「自由」と「生存」とをあげた。ラートブルフの援用する近代諸国の権利宣言に共通に認められている大原理は、すなわち、かような「自由」と「生存」との保障を高らかに宣言したものにほかならない。

ところでラートブルフの、「法律を超える法」について、これを客観的に妥当する自然法といえるか否かは、一考を要するところであろう。宮沢自身、この点について、のちにつきのような疑念を呈している。ここでは、宮沢はこの「法律を超える法」の觀念について、これを近代固有の法イデオロギーである旨を示唆しているのである。⁽¹³⁾

ラートブルフは、実定法を超える「法律を超えた法」の存在をみとめ、その内容として、近代諸国の諸人權宣言に共通な内容をあげる。しかし、彼のいう「法律を超えた法」をここで扱われる正義に含ませることが許されるところでも、そこでその正義の内容として示されているものは、近代諸国において歴史的・経験的に成立したところの、近代人に共通な道德觀の表現であり、かならずしも絶対的正義の内容と見るべきではないとおもう。

(5) ところで、五七年論文において宮沢がラートブルフを高く評価しているのは、その反ナチの姿勢に共感を覚えたからだとみるのが自然であろう。しかし、宮沢は、ナチス政権が成立し、憲法放棄の方法で独裁体制を固めたとき、いち早くこれを弁護し、その正当性を主張している。⁽¹⁴⁾ここではこの点に立ち入らないが、ラートブルフが援用される以上、この事実を看過することはできない。

このように、宮沢の自然法論には不透明な点が少なからずみうけられる。さらに問題となるのがつぎの二点である。第一に、自然法の本質的機能を宮沢がどのようにみていたかという点が問題になる。ケルゼンは、従来の一般的な理解、すなわち自然法の機能を体制変革、革命の正当化にあるとする理解をくつがえし、自然法の機能は既存の体制の保持にあると考えた。自然法は変革の理論ではなく、保守の理論であると考えたのである。

宮沢があえて旧来の自然法論を主張するさいには、ケルゼンの自然法理解に対して相応の理論的な対応が必要だったのではないかと思われる。

第二に、宮沢が自然法を論ずるにさいして、これを肯定する場合においても、またこれを否定する場合においても、概念上の混迷が続いている。すなわち自然法の概念について、これを絶対的正義、すなわち、客観的に妥当する規範として把握すべきか、それともなんらかの形で歴史的存在としての文化との関係をもった規範として把握すべきか、という点において不断の迷いがみうけられる。

第三に、宮沢は、自然法の論証のために実定法の規定（日本国憲法二一条など）を根拠として挙げている。これについては異論が出されており、検討を必要とする。

これらの問題については、改めてのちに触れることにしたい。

(1) それぞれ、『憲法の原理』(昭和四二年)四〇一頁、『法律学における学説』(昭和四三年)一一三頁。

なお、ここで、本稿における註記の方法について付言することにしたい。第一に、引用文に「」の印がない場合がある。それは、引用文中から、例示やエピソードの部分削除したことを意味する。第二に、引用文中における傍点、そして欧語の併記は、これを削除した。また、旧仮名遣いは、現代風に改めた。外国人の人名表記については、一般的な用法を基準にした。

(2) 公法研究一六号二五頁。

(3) 「憲法の正当性ということ」前掲書四一一頁、四一二頁。

(4) ジュリスト五二八号九六頁。

(5) この間の事情については、西修『日本国憲法成立過程の研究』(平成一六年)二五一頁以下。

(6) 高柳賢三ほか『日本国憲法制定の過程Ⅰ』(昭和四七年)「序にかえて」IX以下。

(7) 宮沢は独裁政治を批判する論文において、独裁体制の下では、「権威者」の権威を宣揚するための言論か、そうでなくても

せいぜい「権威者」の権威を害しない範囲の言論だけが自由とせられるとして、「こうした限定せられた言論の自由はもとより固有の意味の言論の自由ではない」としている。宮沢俊義『転回期の政治』（昭和二年）二二頁。

(8) 「憲法の正当性ということ」前掲書四〇八頁、四一二頁。

(9) H. Kelsen. What is Justice?, in: What is Justice?, 1957, p. 2. 「正義とは何か」『ハンス・ケルゼン著作集Ⅲ 自然法論と法実証主義』（二〇一〇年）一八〇頁。

(10) idem, p. 2, 3. 「正義とは何か」前掲書一八〇頁以下。

(11) idem, p. 3, 4. 「正義とは何か」前掲書一八二頁。

(12) 「憲法の正当性ということ」前掲書四一三頁。

(13) 「正義について」前掲書一四七頁。

(14) 「国民革命とドイツ憲法」国家学会雑誌四七卷九号二二二頁。昭和八年にヒトラー内閣が成立し、ナチス独裁の体制が確立した。そして、「授権法」が制定され民主的なワイマル憲法は廃棄された。宮沢はその直後に上記の論文を発表している。ここで宮沢は、このナチスによる民主憲法の廃棄を「この国民革命は法律的にはむしろひとつの合法的な憲法変更であろう」と述べて正当化している。このときすでにナチスの独裁的体質、領土拡張主義、軍事国家の体質、反ユダヤ政策は周知の事実であった。宮沢のこの論文に、ナチスに対する批判を見出すことはできない。ここで述べられているのは、もっぱらナチスの権力奪取の正当化論である。

三 ケルゼンへの接近

I ケルゼン主義への接近

(1) 一九六〇年に、宮沢は「正義について」と題する論文をものされた。これにおいて三年前の自然法論への同(15)心は放棄され、ケルゼンへの接近がこころみられた。それはつぎのようである。

人間の行動の絶対正しい基準を合理的な考察によつて確立することはできない。過去の知的経験の教えるところによれば、人間の理性の手の届くのは、相対的な価値だけである。あることが正しいという判断は、反対の価値判断の可能性を否定する権利をもつてなされることはできない。絶対的正義は、不合理な理想、すなわち、イルウジョンのひとつである。

正義の具体的な内容を合理的・科学的に知ることができず、しかも数をたよりにしてそれを見出すことも、あらかじめなくてはならないとすれば、結局残された道は、二つしかないとおもわれる。

第一の道は、なんらかの宗教的信仰にたよつて、正義の内容をつかもうとする道である。

第一の道が致命的な弱みをもつとすれば、残された道は、ただひとつしかない。それは、普遍妥当的な、絶対的な正義の具体的な内容を知ることであきらめ、多かれ少なかれ相対的な正義を知ること満足する道である。それは、古くは、ソフィストたちのとつた道であり、また、ここにとりあげたケルゼンのとる道である。

(2) なお、この六〇年論文において、ラートブルフに対する評価が改められた。戦後のラートブルフの法理念について、五七年論文はこれを自然法論に立つものとしていたが、六〇年論文においては、特殊近代的なイデオロギーである旨が示唆されている。「自然法」の概念について、五七年論文においてはラートブルフへの接近がこころみられたが、六〇年論文においては、ケルゼンの立場への接近がこころみられている。

「幸福」の理念についても、大きく見解を変えている。かつては「個人的幸福」と「社会的幸福」の区別がいまいにされていたが、ここでは、ケルゼンの言葉をそのまま踏襲して、「幸福を個人的・主観的幸福の意味に解する限

り、正しい社会秩序というものはありえない。甲の幸福がまさしく乙の不幸を意味する場合があるからである」と述べ、また「正義の理念は、各国民の個人的幸福を保障する原理から、多数によって社会的に承認された一定の利益を保護する社会秩序に変わる」としている。⁽¹⁶⁾

このように六〇年論文における、ケルゼン主義への接近には急なものがあつた。しかしそれは、性急なだけに、いくつかの理論的不備をともしなうものであつた。以下、宮沢のケルゼンへの接近が成功したものと見えるか否かについて概見することにしよう。

II ケルゼンとの乖離

(1) 六〇年論文は、論者宮沢の主観においては、ケルゼンへの接近を果たそうとするものであつたが、論旨の内容において、両者の間の乖離は歴然たるものであつた。それは同論文におけるつぎのような一文において明白に示されている。⁽¹⁷⁾

「私も、ケルゼンと同じように、人間が客観的に妥当する正義の内容を知ることの可能性について、つよい疑いをもつ。この疑いにどこまで根拠があるかは、いうまでもなくここでの核心問題であるが、それがどう答えられるべきにせよ、ひとつのことはたしかだとおもう。それは、すなわち、かりに正義の内容を知ることが可能であるとすれば、そうした内容は、かならずや人間の幸福と、その自由な存在とを確保し、増進することに役だつものでなくてはならない、ということである。これは、正義があくまで人間の正義であることの当然の結論であ

る。」

(2) 宮沢はまず、「ケルゼンと同じように」、「客観的に妥当する正義の内容を知ることの可能性」についての「つよい疑い」をもつと語っている。ところがその直後に、「正義の内容」についての確定的な形で論定している。そして、このような論定は、「正義があくまで人間の正義であること」から「当然の結論」として生じるものだ、としている。正義論について、宮沢はケルゼンの立場への強い支持を表明しながら、その所論の内容はケルゼンの立場の否定に至っている。

「人間の正義であること」からの「当然の結論」との表現も、自然法論者にみられる論証の作法である。それは、形而上学的な考え方の典型を示している。ケルゼンにおいて、人間の本质から一定に規範を引き出そうとすることは、人間の本质のなかに神の刻印をみることに起因するものとされている。

六〇年論文の趣旨は、三年前の論文における自然法論者としてのイメージを払拭して、法実証主義者としてのイメージを明確にすることであった。しかし、その論旨は、総論において法実証主義を採りながら、各論は自然法論そのものに立脚するものであった。このような不整合は、何を意味するのであるか。宮沢憲法学の今に至る影響力に留意するならば、看過することのできない問題だといわざるをえない。

宮沢のこの一文は、二人の法哲学者の注目するところとなった。

碧海純一はこの一文について、この「この部分は、ケルゼンにおいては必ずしも明白にあらわれていないところの、一種の（仮説的な）功利主義への宮沢の信仰告白としてきわめて意味深長であるように思われる」と評している。⁽¹⁸⁾

菅野喜八郎はつぎのように述べている。¹⁹⁾

「一方で知り得る可能性について強く疑いながら、他方で、仮に知ることができるとしたなら、必ずやこうしたものであるはずだ、とどうして断言できるのか、私には理解できない。神というものについて人間が知り得る可能性を強く疑うとしながら、仮に神について知ることが可能だとしたならば、それは、必ずや人間にとって慈愛に満ちた存在であるはずだ、と断言する人がいたら、私は、そうした主張をその人の学問的主張とは認めないであろう。その人の信仰告白にすぎぬ、と思うだろう。」

研究生生活晩年に発表された二つの論文は、宮沢にとって、とりわけ重要な意味をもつものであった。五七年論文においては、自然法論への接近がこころみられたが失敗に終わった。宮沢自身この論文が失敗であることを認めていたことは、六〇年論文において、五七年論文の論旨がことごとく否定されていることから明らかである。

六〇年論文においては、ケルゼン主義への接近がこころみられた。この論文は、容易ならぬ決意と覚悟のもとに発表されたものと思われるが、これに対して上記のような厳しい批判がなされている。合理主義者を自認する宮沢にとって、「信仰告白」とは、「学問」（宮沢の言葉では「科学」）の対極に位置するものである。ケルゼンへの接近もまた、挫折に終わったとみることができよう。

III 学説二分論とその問題点

(1) 宮沢にはケルゼン主義者との印象がある。とくに戦前の宮沢については、ケルゼン研究の草わけの一人であると語られることもある。このような印象は、はたして当を得たものであろうか。

論者の多くは、その論拠として宮沢の法学方法論を挙げる傾向にある。法学方法論の検討は本稿の本来の課題とするところではないが、少しく筆をのばしてこの点を確認することにした。

宮沢の法学方法論は、「学説二分論」という形で述べられている。この点について、宮沢は三編の論文をものさかしている。それはつぎのようである。⁽²⁰⁾

「法律における科学と技術——又は、法律における存在と当為——」(一九二五年)

「法学における「学説」——それを「公定」するということの意味——」(一九三六年)

「学説というもの」(一九六四年)

本来、この三編それぞれについて検討を加えるべきところであるが、その後の学説への影響などに留意して、三六年論文を中心に宮沢の「学説二分論」を検討することにした。

(2) 三六年論文において、つぎのような主張がなされている。⁽²¹⁾

「法の解釈は理論的認識の作用ではなく実践的意欲の作用であり、法の認識ではなくて法の創造である。この

意味において解釈論的な「学説」はまたこれを実践的な学説と呼んでもいいであろう。さらにある場合にはそこでなされる提言は法の理論的認識に関するものである。それは社会の現実において存在する法、われわれの認識にまでその対象として与えられている法はかくかくのものであるという趣旨をその内容とするであろう。かような性質の提言を含む「学説」をここでかりに理論的な「学説」と呼ぶことにしよう。法の理論的認識の成果の体系的総合は、すなわち、法の科学である。この意味において理論的な「学説」はまたこれを科学的な「学説」と呼んでもいいであろう。」

「法の解釈はつねに法の定立であり、創造である。だから、「解釈」と「立法」は決してその本質を異にするものではない。」

「解釈論的な「学説」の内容はつねに論者の政治的・倫理的な主張である。」

「理論的な「学説」は、……社会の現実において存在する法の認識に関する。ここでは法を創造することは問題ではない。法を観ることだけが問題なのである。その点では法現象の認識のための理論的な「学説」は自然現象の認識のための「学説」とその論理的性格を全く同じくする。有名な例をとればかの天動説や地動説はこの種の「学説」に属する。」

(3) この三六年論文については、いくつかの理論的難点を指摘しよう。

第一に、この論文においては、「理論学説」と「解釈学説」の二分論が支柱とされているが、因果律と当為律への対応がなされているわけではない。

第二に、法の解釈はつねに法の定立であり、「解釈」と「立法」はその本質を異にするものではない、としている点にも問題がある。

このようにいえるか否かは、問題のあるところである。ケルゼンの所論においては、「粹」の存在が前提とされている。この粹を確認する行為の性格については、慎重な理論的対応が必要とされるように思われる²²⁾。

ケルゼンの法解釈理論において、「粹」の概念は、キー・ワードをなしている。

ケルゼンによれば、一つの実定法秩序は階層的に構成された規範のシステムという形をとるものとされる。

法の適用にさいし、適用機関は、その法に全面的に規律されるわけではない。ただ部分的に規律されるのみである。全面的に規律されるとすれば、適用機関にとって、みずから決定する余地はまったく失われることになり、ただ、あるべき判断の「発見」のみが許されるということにならざるをえない。適用されるべき法規範が適用機関を規律するさい、それは、「粹」として作用する。この粹は裁量の領域を用意する。この領域のなかでなされたすべての行為は、すべて適法のものとして、実定法上同等のものともなされる。ただ、「粹」のなかに可能的に存在する複数の選択肢のなかから、実定法の観点から「正しい」解釈を選びだすことは不可能であるとの旨が指摘されるのみである。

第三に、「理論学説」の意味が不明である。「理論学説」の例として「天動説と地動説」が示されているが、これは自然科学上の学説であり、ここで比喩として援用するのは不適切である。三六年論文が天皇機関説事件を契機に書かれたものであることに留意するならば、宮沢の所論においては、「法人」や「機関」についての学説が、「理論学説」の典型とみなされていることは明らかである。

まず、「理論学説」の意味を確認する必要がある。これが単に「理論的な学説」を意味するものでないことは明らか

かである。二五年論文や六四年論文においては、「解釈学説」に対応するものは「科学学説」とされている。この三六年論文においても、天動説や地動説が例示されている以上、この「理論学説」なるものが、宮沢のいう「科学学説」を意味するものであることは明らかである。

一般的にいえば、法人論、機関論をもつて説明すべきか否かについては、「解釈」の問題というべきである。

「法人」や「機関」は、法解釈上の技術概念である。これを用いるべきか否かの問題は、法解釈の問題である。

「理論学説」という概念が不透明なものである以上、宮沢の学説二分論には問題があるといわざるをえない。

六〇年論文において、宮沢はケルゼン主義への接近をこころみたが成功には至らなかった。宮沢の法学方法論もケルゼンの方法二元論とは内容を異にするものであった。

- (15) 「正義について」前掲書一四〇頁、一四六頁。
- (16) 「正義について」前掲書一三四頁。
- (17) 「正義について」前掲書一四九頁。
- (18) 「宮沢先生の法哲学」『法哲学論集』(昭和五六年) 三三三頁。
- (19) 「宮沢憲法学の一側面」『統・国権の限界問題』(昭和六三年) 三三四頁。
- (20) 「法律学における学説」三三三頁、六五頁、八七頁。
- (21) 前掲書六九頁、七一頁、七四頁、七九頁、八三頁以下。
- (22) ケルゼンの法解釈の理論については、長尾一紘『基本権解釈と利益衡量の法理』(平成二四年) 一三六頁以下。

四 自然法論と法実証主義の間

I 「法実証主義的自然法論」の可能性

(1) 宮沢は、自然法論の立場に立つ場合、実定法の規定（日本国憲法二一条、九七条）をその理論的根拠とする。一例として、教科書『憲法』の記述をみることにしよう。⁽²³⁾

日本国憲法が宣言し、保障する権利が、「侵すことのできない永久の権利」だということは、それらを国家の権力をもって侵すことが許されないことを意味するほかに、それらの権利が、人間が人間たることにのみとづいて当然に享有すべきものであることを意味する。

それらの権利は、かように、国家や憲法に論理的に先立つものであるから、国家の権力によって——憲法改正によってすら——それを侵すことができないとされる。

このような方法による自然法（自然権）の根拠づけは、日本国憲法の制定以来、宮沢が教科書などにおいて一貫して採ってきた方法であった。法哲学上の困難な議論をすべてパスして、ただ憲法の条文を挙げるのみで自然法の存在を根拠づけることが可能であるとするのであるから、便利といえば便利な方法である。学説の多数もこれを支持するようになり、宮沢のこのような所論は通説を形成するようになった。

(2) 一方、これに対する批判論者は、このような自然法論に対して、揶揄をこめて「法実証主義的自然法論」とよんでいる。高橋正俊は、批判論の立場からつぎのように述べている。⁽²⁴⁾

「法実証主義的自然権説に関するより根本的な不審は、論理の出発点を、憲法の規定自身においていることにある。すなわち、憲法典を超越する自然権が存在し、妥当していることの証明を、憲法典がそのように言っているということに求めていることである。これは通常ならば、自己言及に陥っていると判断され、そもそも論理としての資格を疑われるはずのものである。一般的には許されぬこのような証明を、憲法においては認めうる特別な理由があるのだろうか。」

(3) 宮沢俊義は、自然法論者なのか、法実証主義者なのか。宮沢自身の所論から、この点を明らかにすることは困難である。それでは、学説の評価はどうか。

高見勝利は、宮沢の法理論について、一貫して法実証主義者の立場にあったとするが、この問題について正面から論ぜられたことはない。⁽²⁵⁾

宮沢の立場を自然法論であるとする論者の一人である初宿正典は、この点について「宮沢の戦後の人権論には……やはり「自然権」(ないし自然法)の承認とも受け取りうる(少なくともそう受け取られてもやむをえないような)表現があることは否定できない」と述べている。⁽²⁶⁾

菅野喜八郎は、「(宮沢)の主張は、自然法論と全く異なった」ものであるが、「法実証主義を採っておられぬ」とし

ている。宮沢は、自然法論の立場でも、法実証主義の立場でもない、としているのである。そして、宮沢は「法実証主義者であると同時に自然法論者であろうとされるのか」、「第三の途を見出されたのであろうか」と述べている。⁽²⁷⁾

この疑問の提示は、もちろん真正なものではなく、修辭的なものである。「第三の途」など存在しないことを前提にしているのである。

なお、ケルゼンは、つぎのように述べている。⁽²⁸⁾

「法哲学は古来自然法論と法実証主義の対立に支配されているが、この対立は哲学における形而上学的思弁と経験的・科学的実証主義という、より一般的な対立の特殊事例である。」

ケルゼンにおいて、自然法論か、法実証主義かの問題は法哲学の問題であるにとどまらず、哲学そのものの問題である。すなわち、各人の思想と行動の基礎をなす問題である、としている。菅野による上記の疑問の提示には、まことに重いものがあるといわざるをえない。思想と行動の基礎における混迷は、ニヒリズムの遠因になりうるからである。

(4) 六〇年論文は、宮沢がみずからの法理論上の立場を法実証主義にあることを明らかにした論文である。このような前提からすれば、この論文を画期として、宮沢は法実証主義の立場に転じたことになる。ところが、事実はそのようではなかった。宮沢は、「第三の途」を歩み始めたのであった。「第三の途」とは、菅野が幾分か揶揄をこめて表現

した「法実証主義者であると同時に自然法論者でもあろう」とする途である。宮沢は、一般法理論、すなわち法哲学上の議論のさいには法実証主義者の立場からものを語り、憲法解釈上の議論にさいしては、自然法論者としてふるまうことになるのである。このような変則的な立場に立つことがはたして理論上許されるのであろうか。

II 自然法の絶対性と相対性

(1) 高橋の問題提起の意味を考えるためには、ひとまず問題を一般論のレベルに移しかえて検討する必要がある。宮沢を含めて、多くの論者に読まれているケルゼンの所論を参考にすることにしよう。

そもそも自然法の存在を憲法の規定によって根拠づけることが可能なのであろうか。この点について、ケルゼンは「自然法の純粹觀念の立場からは、……自然法と実定法の間すべての授權関係もまた不可能といわなければならぬ」と述べている。「このような授權によって一方の体系が他方の体系の中に解消しなければならぬ」からである。また、自然法を実定法によって「授權された」ものとして把握しようとするころみは、自然法秩序の「仮定の放棄」を意味するものとされている。⁽²⁹⁾

このような主張は何を意味するものであろうか。

「自然法の純粹觀念」とは、自然法の内在論理を意味する。この觀念は、「歴史上の自然法論」という語と對概念として用いられている。ケルゼンは、「自然法の純粹觀念」の例として、「実定法と自然法の根本的二元論」と、自然法の「絶対的価値」を挙げている。ケルゼンがこの二点を自然法觀念の本質的要素とみていることは明らかである。この要素を欠くものは、もはや「自然法」とみなすことはできないとされるのである。

(2) まず前者、すなわち、実定法と自然法の二元論的構成をみることにしよう。ケルゼンは、つぎのように述べている。

「自然法論を特徴づけるものとして、実定法と自然法という根本的な二元論がある。人間がこしらえた不完全な実定法の上位に、聖なる權威が定立した（絶対的に正しいがゆえに）完全な自然法が存在する。こうして、実定法は自然法に対応する限りにおいてのみ正当かつ有効であるとされる。」⁽³⁰⁾

現象としての自然法論は、実質的には、実定法ときわめて近い位置にある。それにもかかわらず二元論的構成が不可避とされるのはなぜであろうか。その理由は、自然法論の存在理由にある。ケルゼンはつぎのようにいう。⁽³¹⁾

「自然法論の性格は一般的に、また主要傾向から見て、きわめて保守的であった。理論によって主張された自然法は本質的には実定法——またはこれと同一である——国家權威を擁護し、正当づけ、絶対化するためのイデオロギーであった。」

「自然法論が果たす唯一の機能は、実定法を正当化すること——現実の政權が定立するあらゆる実定法を正当化することである。」

(3) ここで自然法論の存在理由が実定法の正当化にあるとされている。自然法については、革命の正当化理論で

ある、との印象が当時強かった。ケルゼンは、これを正面から否定する。

もつとも、ケルゼンにおいても当初からこのような立場にあったわけではない。ケルゼンの自然法論は、一九二〇年代の中頃に大きな変化をみせている。本稿において示されてきたケルゼンの自然法論は、二〇年代末以降のものである。

ケルゼンの初期の著作においては、自然法への理論的関心はとくに深いものではなかった。その当時の自然法論は、伝統的な見解に近いものであった。たとえば『国法学の主要問題』（一九一一年）においては、自然法論は絶対主義体制の下における、政治的抵抗のための教義としてみなされていた。⁽³²⁾

二〇年代末以降のケルゼンの自然法論における新たな傾向は、戦後においても維持された。自然法論の役割を、体制の護持、実定法秩序の保守とみる立場は、ケルゼンの自然法論の顕著な特質を示すものとみることができる。⁽³³⁾

なにごとにおいても正当化を有効になすためには、正当化の主体が正当化の客体よりも高い位置にあることが必要とされる。少なくとも両者が別個の存在であること、すなわち二元論的構成が必要とされる。いかなる場合でも、自分自身をみずからが褒め称えるわけにはいかないからである。実定法秩序総体について、これを正当化するためには、正当化の主体が実定法よりもより高い権威であることが必要とされる。すなわち、最高の権威であることが必要とされる。

ケルゼンは、上に示したように、自然法について、これを実定法によって「授権された」ものとみるころみは、自然法妥当の「仮定の放棄」を意味するものと述べている。この「仮定」とは、自然法が実定法の上位に存在するとの「仮定」である。この「仮定」の否定は、自然法と実定法の二元論的構成の否定を意味する。それは、自然法の

自己否定を意味する。

(4) 宮沢の所論にみられるように、実定法の規定をもって自然法の存在根拠とすることには、もう一つの問題点がある。

ケルゼンのいう「自然法の純粹觀念」には、絶対性の要素が本質をなしている。ケルゼンは、この点についてつぎのように述べている。⁽³⁴⁾

「自然法論が不変性や絶対的価値を放棄することは、自己自身を放棄することである。」

これが自然法の内在論理である絶対性の、すなわち絶対的正義、絶対的妥当の意味するところである。ケルゼンは、この「絶対性」に自然法觀念の本質をみている。

ケルゼンは、相対的自然法論を批判する。ところが宮沢の所論は、必然的に自然法の相対化をきたすものである。

また、宮沢は憲法解釈のレベルでは自然法論を前提としつつ、法哲学のレベルでは法実証主義の立場に立っている。しかし、憲法の解釈は、法哲学と無関係になしうるわけではない。宮沢がその憲法解釈において自然権に言及するとき、すでに法哲学の流域に足を踏み入れているのである。

規範認識の問題について労作をものさされているロベルト・アレクシーは、法の解釈は、規範的契機、経験的契機、分析的契機から構成されると主張している。⁽³⁵⁾ 経験的契機において、たとえば自然科学の成果が導入される。法哲学の

成果は、分析的契機、規範的契機において導入される。宮沢の主張するような、憲法解釈と法哲学を機械的に分離することは、実際にはありえないとみるべきではなからうか。

(5) ケルゼンの自然法論は、本質論と現象論の二分論を前提とする。前者においては、自然法の内在論理が語られ、後者においては自然法の現実態が語られる。

本質論的にいえば、自然法は最高の価値原理である。本来、複数の自然法体系が並存することはありえないはずである。しかし、現象としての自然法は、無数に存在する。⁽³⁶⁾ 自然法は、国法秩序ごとに存在し、また、同一の国家においても憲法秩序が大きく変化すればこれにつれて自然法も変化する。ケルゼンの語るところをみることにしよう。⁽³⁷⁾

「自然法論者たちの説いたのは一つの自然法論ではなく、複数の、多数極まる、そして相互に矛盾する諸自然法である。このことは特に所有権及び政体という基本問題において顕著である。ある自然法論は私有財産制を、他は共産制を、ある理論は民主制のみを、他は専制制のみを「自然的」なるもの、正しきものと唱える。ある自然法論の説く自然法に適合する実定法は他と矛盾して不正なものとして評価される。」

ケルゼンは、自然法の絶対性を強調するのと同じ熱意をもって、自然法の相対性を強調する。

このような論旨からすれば、日本国憲法にも自然的な背景を語りうるということになる。したがって、宮沢が自然権について語るといふこと、それ自体に問題があるわけではない。問題なのは、自然法の存在根拠を実定憲法の規

定にもとめること、そして、自然法論の立場に立ちながら、同時に法実証主義的立場に立とうとする点にある。ところで、現象としての自然法論がすべての憲法の背後に存在しようとするならば、明治憲法についても自然法的背景を語りうるということになる。つきに、明治憲法の自然法について検討することにしよう。

- (23) 宮沢俊義『憲法(改訂版)』(昭和三七年)一〇六頁。
- (24) 高橋正俊「法実証主義的自然権説について」香川法学一四卷三・四号一〇一頁。
- (25) 高見勝利『宮沢俊義の憲法学的研究』(平成一二年)三〇六頁。
- (26) 「ジュリスト書評」ジュリスト一一八二号六七頁。
- (27) 菅野喜八郎「抵抗権についての若干の考察」『国権の限界問題』(昭和五四年)二六四頁以下。
- (28) H. Kelsen, *Naturrechtstheorie und Rechtspositivismus* (1961), in: *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, hrsg. v. H. Klacarsky/R. Marcic/H. Schambeck, Bd. 1, 1968, S. 817. なお、この文献にのぞくは、以下にのぞく「WSI」との表記を用いる。「自然法論と法実証主義」(長尾龍一訳)『ハンス・ケルゼン著作集Ⅲ』(二〇一〇年)一三三頁。
- (29) H. Kelsen, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtstheorie und des Rechtspositivismus* (1928), in: *WS I*, S. 306, 308. 「自然法論と法実証主義の哲学的基礎」(黒田寛訳)前掲書六八頁、六九頁。
- (30) H. Kelsen, *The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science*, in: *What is Justice?*, p. 142. 「科学の法廷における自然法論」(上原行雄)前掲書一三二頁。
- (31) H. Kelsen, *Die philosophischen Grundlagen* (Ann. 29), S. 312. 「自然法論と法実証主義の哲学的基礎」前掲書七五頁。ders., *The Natural-Law Doctrine* (Ann. 30), S. 145. 「科学の法廷における自然法論」前掲書一三四頁。
- (32) H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1911, S. 569 f.
- (33) この点やその重視する文献や、Kazimierz Opalek, *Kelsens Kritik der Naturrechtstheorie, in: Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, *Rechtstheorie*, Beiheft 4 (1982), S. 71f.

なお、このような見解とは対照的な所論が今なお主張されている。ケルゼンは、自然法をイデオロギーであるとされている。

それは、科学以前の世界観の所産であるとも述べている。このような事情から、内外を問わず、ケルゼンは自然法論を排斥しようとしているとの所論が有力である（たとえば、Walter Preiss, Hans Kelsen's Kritik am Naturrecht 1993, S. 168）。しかし、このような所論には賛成できない。

ケルゼンは、民主制論も自然法論であると述べている。そして、ケルゼンは、民主制の正当性を語っている。ケルゼンが自然法論について問題にしているのは、絶対的価値の認識可能性の問題であり、それ以上のもではない。ケルゼンは、自然法のイデオロギー性について論及しながらも、その実践的な役割を否定しているわけではない。ケルゼンは、絶対的価値の認識可能性について疑問をもちながらも、その価値のために命を投げ出しうるのは文明人の証である旨を述べている。人間の社会はさまざまな「仮定」の上で成立している。国家も市民社会も、学校生活も、家族も、なんらかの「仮定」によって成り立っている。この「仮定」の多くは、なんらかのイデオロギーを基礎にしている。ケルゼンと自然法論との関係について、過度に単純化された理解のしかたには問題があるように思われる。

(34) H.Kelsen, *Naturrechtslehre und...* (Ann. 28), S. 829. 「自然法論と法実証主義」前掲書二四三頁、二四四頁。

(35) Rovert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, (3. Aufl.) 1996, S. 125f.

(36) 自然法秩序は、内的視点からすれば絶対的なものであるが、外的視点からすれば、相対的なものである。「内的視点」としては、ハートとアレクシーの名を挙げることができよう。「内的視点」とは、特定の法秩序における諸問題を、その法秩序の内在論理に従って評価する視点のことをいう。「外的視点」とは、特定の法秩序における諸問題を、その法秩序における内在論理にかかわりなく評価する視点のことをいう。裁判官や国会議員が職務上、自国の法秩序をみる視点で内的視点である。外国の法秩序をジャーナリストや社会学者がみる視点が「外的視点」である。同一人物が二つの視点をもつこともありえる。たとえば、裁判官が職務中は内的視点にたち、親しい友人との私的な会話においては外的視点に立つということはあることである。なお、この問題については、長尾一紘『基本権解釈と利益衡量の法理』（平成二四年）一四三頁以下。

(37) H. Kelsen, *Naturrechtslehre und...* (Ann. 28), S. 828. 「自然法論と法実証主義」前掲書二四二頁。

五 「国体」の自然法論

I 明治憲法と自然法論

(1) 明治憲法下における宮沢の法理論について、ほとんどの論者がこれを法実証主義者であるとしている。たとえば高見勝利はつぎのようにいう。⁽³⁸⁾

「すべての人間が、国家に先立って、生まれながらにして保持し、実定法によって奪うことが許されないとされる「自然権」、「生来の権利」の観念は、戦前の宮沢憲法学にとって対極的な位置にあった。」

しかし、宮沢は戦前の論文「ル・フェウルの自然法論」において、つぎのように述べている。⁽³⁹⁾

「法学者は、しかし、単なる法の科学者ではない。またそうであってはならぬ。彼は同時に法の哲学者でなくてはならず、またもつともしばしば法の解釈者でなくてはならぬ。この意味において、法学者は決して自然法を——しかもこの種の自然法を——欠くことは許されぬであろう。」

一部の論者は「戦前から、(宮沢) 先生は法の解釈に際しては、少なくともある種の自然法・自然権を考慮に入れる

べきことを認めておられたようである」と述べている。⁽⁴⁰⁾ 宮沢は、戦前においても、十全たる法実証主義者であったとはいえないとしているのである。宮沢の当時の立場はどのようなものであったのであろうか。

(2) ところで、明治憲法の当時における自然法論とはいかなるものだったのであろうか。この問題を考えるためには、まず、つぎの点に留意する必要がある。

第一に、自然法の観念については、自然法の本質論と、自然法の現象論を区別する必要がある。自然法の本質論は、自然法について、人間の意思から隔絶した超越的な存在であるとする。自然法は、「神」「理性」「人間性」の観念に由来するものとされる。

他方、自然法の現象論においては、歴史的存在としての自然法論を基礎として、その機能、役割などが検討される。自然法を現象としてみる立場からすれば、国法秩序のあるところ、それに応じた自然法があるということになる。

ここで第二の問題が生ずる。

一九世紀の後半は、法実証主義の盛んな時代であった。明治憲法の正当化の原理として、いかなる「自然法」が構想されていたのであろうか。

明治憲法制定のために、伊藤博文は、ドイツにおいてシュタインの教えを受け、多大な影響をうけた。⁽⁴¹⁾

フランス革命は、個人主義的な国家契約・社会契約を内容とする自然法論に大きなダメージを与えた。そして、このような自然法論は忌避されるようになった。かくして、国法秩序の正当化、国法秩序の保守のために新たな理論の到来が期待された。この求めに応じたのが歴史法学である。この点について、ケルゼンはつぎのようにいう。⁽⁴²⁾

実定法——すなわち所与の国家秩序——の防御として機能を確実に果たし得ないイデオロギーに代わって、他のイデオロギーが現われる。歴史法学のイデオロギーである。歴史法学はそれまでの公認法学と同じ程度に自然的法学的だった。歴史法学は単に理性・自然の代わりに国民精神を人為的秩序に対立した自然的秩序の淵源としただけのことである。

ケルゼンによれば、歴史法学は、「神」や「理性」ではなく、「国民精神」に価値の根源を求める自然法論である。伊藤博文がシュタインから歴史法学の神髄を学んだときの感動と興奮には深いものがあつた。これによつて伊藤は、ルソーやミルなどに依拠する自由民権家の論法に対抗しうる「道理と手段」、すなわち価値原理と論理を得ることができたと考えたのである。⁽⁴³⁾

明治憲法の理念上の基礎とされる「国体」とは、歴史法学的にみれば、日本民族の「国民精神」だということになる。ケルゼンの自然法理論からすれば、この国体論は、歴史法学的な刻印をもつた自然法論であるということになる。

II 宮沢の国体論

(1) 明治憲法下における宮沢の法理論にもどることにしよう。

昭和のはじめの二〇年間においても、宮沢はそのなかで法理論を大きく転換させている。その時点ははっきりしないが、政治思想の変化と密接な関係があることは明らかである。政治思想の変化は、「国体」をめぐる立場の転換を惹起した。

政治思想の変化は、昭和一四年ごろ生じたものと思われる⁽⁴⁴⁾。

同年に発表した論文においてつぎのように述べている⁽⁴⁵⁾。

戦争の結果作られる国際的現状は、多くの場合において、戦敗国の犠牲において戦勝国の利益にまで変更を加えたものにほかならない。少なくとも歴史の示すところでは、実際に行われた平和は、「ローマの平和」から国際連盟の時代に至るまで、すべて、この意味での武装された平和であった。それは、あるいは真の平和と呼ばれべきものでないかも知れない。しかし、人間は、今まで、実際にこれ以外の平和を持った経験がないのである。

そして別の論文でつぎのようにいう⁽⁴⁶⁾。

「最高度の戦闘力を生み出すためになにより軍それ自体がその目的のための完全な態勢を整えていることが必要である。しかし、それだけでは決して十分でない。とりわけ現在の戦争のような総力戦になると、戦闘力は決して軍それ自体によってのみ作られるものではない。従って、ここではひろく一般の行政が徹底的に軍事目的に奉仕せしめられることが強く要請される。」

(2) 昭和初期の宮沢には、合理主義的、個人主義的、そして自由主義的な傾向がみられた。このような傾向は、大正期に教育を受けた知識人に共通してみられるものであった。ところが昭和一〇年代の中頃になると権威主義的、

国家主義的傾向が顕著にみられるようになった。宮沢は、「公法と家」と題する論文において、まずつぎのよう(47)にいう。

「近代の政治では「家」というものはあまり眼中に置かれなかった。その結果、公法においても「家」に対してそれほどの考慮がはらわれたことはない。」

「政治において指導原理とせられたものは個人主義であった。「家」ではなくて、それを構成するところの個々の「人」がそこで専ら眼中に置かれた。その結果として公法においても「家」が「家」として取上げられることは比較的稀であった。」

そして、フランスの選挙制度改革案を紹介し、つぎのよう(48)にいう。

フランスで家庭投票制として唱えられる案にもいろいろあるが、個人主義に対する修正という原理的意味を有するものとしてわれわれの注目すべきはルミール案と称せられるものである。その案の内容はその提案者によつてつぎのように簡約されている。

第一に、すべての青年市民に選挙権を与える。これは個人の権利である。

第二に、すべての結婚している男子または子持ちの寡婦には選挙権を与える。これは家の権利である。

第三に、選挙権をもたぬ子（生存者にかぎる）を少なくとも四人もつ父には選挙権を与える。これは種の権利で

ある。

そしてこの改革について、「従来選挙法を支配して来た個人主義に対して「家」の立場から重大な原理的修正を加えようとする提案として頗る興味がある」との好意的な印象を語っている。宮沢は、ここで選挙権を「家の権利」ないし「種の権利」とみる立場を紹介している。宮沢がこれらの制度を個人主義に対する「重大な原理的修正」とみたうえで、共感を示していることは明らかである。宮沢は、このような考えを、「政治的転回」の先端にあるドイツ由来の新思潮の一つとみたのであろうか。

(3) 宮沢における法理論の転換をみることにしよう。

憲法の教科書『憲法略説』は、このような状況のなかで刊行された。本書の特質は神権主権を著しく強調した点にある。それはつぎのよう⁽⁴⁸⁾にいう。

「国家の固有な統治体制原理は不変的なものでなくてはならぬ。固有な統治体制原理の変更は国家の本質の変更にあり、国家そのものの変更であるから、その原理は本質的に不変性をその特色とする。

大日本帝国は萬世一系の天皇永遠にこれを統治し給う。これわが肇国以来の統治体制の根本原理であり、これをわが国家における固有且つ不変な統治体制原理とする。それは、いうまでもなく、宏遠なるわが肇国の伝統のうちにおいて発生したものであり、諸々の古典に伝えられる皇孫降臨の神勅以来、天照大神の神孫この国に君臨

し給い、長えにわが国土および人民を統治し給うべきことの原理が確立し、それがわが統治体制の不動の根底を形成している。」

わが国家におけるこの固有にして不変な統治体制原理を国体という。

天皇ハ神聖ニシテ侵スベカラズ。この規定はわが国は天皇が神の御裔として、現人神としてこれを統治し給うとする民族的信念の法律的表現である。神皇正統記の著者が「大日本は神国なり」と書いた所以もここに存する。

(4) ここに示された「国体」の観念は、歴史法学のいう「国民精神」を意味するものとみることができよう。現在の学説においては、戦前の宮沢は自然法論を排斥しているとの見解が支配的であるが、宮沢の国体論はまさしく自然法論とみることができる。ケルゼンにおいては、歴史法学も、共産主義も、自然法論とみなされている。⁽⁴⁹⁾

ここで二つの問題点が生ずる。『憲法略説』の国体論は、美濃部憲法学のそれよりも、むしろ穂積憲法学のそれに近いものであった。宮沢自身、穂積憲法学について、その神学的イデオロギー性を度々批判してきた。

『憲法略説』の特質をみるためには、それ以前の教科書と比較する必要がある。宮沢は昭和一一年にもなされた、教科書『憲法講義案』において、明治憲法の解説をおこなっている。この教科書の特質は、天皇の影がかぎりなく薄いことである。天皇は第三章の第一節において述べられているが、その内容はほとんど皇位の継承のみにかぎられている。天皇の権限(大権)はここでは述べられておらず、巻末近くの法源論の箇所において、議院規則のあとに、「第七節 大権行為」として軽く触れられるにとどまる。

天皇の地位については触れられておらず、国体についても記述がない。この昭和一一年の教科書においては、天皇

の存在は可及的に軽いものとして扱われている。宮沢は、このような従来の所論と『憲法略説』の国体論の間の不整合について、どのような折り合いをつけようとしていたのであろうか。これについての宮沢の所論をみることはできない。

第二に、宮沢は『憲法略説』において、天皇の神格性、そしてこれを内容とする日本の国体の不変性を強調している。ところが戦後において、宮沢は天皇の存在意義について、むしろ消極的ないし否定的な所論を繰り返している。日本国は君主国ではなく共和国であると主張し、天皇について、元首でないことはもとより、君主でもないとしている。このような見解は、国際的にみても異例の所論といわざるをえない。また、『憲法と天皇』という著書において、宮沢は現行憲法の天皇と明治憲法の天皇を比較する脈絡において「ヘイカ切り下げ」とのシヤレを述べている。注釈書『日本国憲法』においては、天皇について「なんらの実質的な権力をもたず、ただ内閣の指示にしたがって機械的に「めくら判」をおすだけのロボットの存在」であるとしている。宮沢のこの発言には、暴言に近いものがあるといわざるをえない。『憲法略説』との落差をどのように説明しうるのであろうか。宮沢自身これについて語るところがない。

(38) 高見勝利・前掲書二八三頁。

(39) 宮沢俊義『憲法の思想』（昭和四二年）二七一頁。

(40) 高橋正俊「高見教授における宮沢的応答について」香川法学二一卷一号三頁。

(41) シュタインについては、瀧井一博『ドイツ国家学と明治国制 シュタイン国家学の軌跡』（平成一二年）に詳細な論述がある。

- (42) H. Kelsen, Die philosophischen Grundlagen (Ann. 29), S. 314. 「自然法論と法実証主義の哲学的基礎」前掲書七七頁。
- (43) 八木秀次『明治憲法の思想』(二〇〇二年)九九頁。
- (44) 高見勝利・前掲書一二五頁。
- (45) 『東と西』(昭和一八年)九五頁。
- (46) 「戦争と行政」法律時報一五卷三号一八七頁。
- (47) 法律時報二三卷二七頁以下。
- (48) 宮沢『憲法略説』(昭和一七年)七二頁以下、八一頁。
- (49) The Natural-Law Doctrine (Ann. 30), p. 171f. 「科学の法廷における自然法論」前掲書一六五頁、なお、二〇二頁。

六 結語に替えて

(1) 宮沢の自然法論には、いくつかの理論上の問題点があるように思われる。しかも、何度かの根本的な学説の変更をおこなっているが、その理由は必ずしも明らかではない。

宮沢は昭和一〇年代に、当時の状況について「一つの政治的な転回期」にある、と述べているが、自分自身も大きな「転回」をとげている。そして、自らの世界観の基礎を一変させた。それまでの個人主義は全体主義に、合理主義は非合理主義にそして、自由主義は権威的国家主義に「転回」をとげている⁽⁵⁰⁾。

宮沢にかぎらず、当時の日本において、英米の自由主義は時代遅れの思想とみなされ、ソ連のボルシェヴィズム、ドイツ、イタリアのファシズムを新思潮とみる傾向があった。しかし、宮沢の新思潮への傾倒ぶりには一段と強いものがあつた。宮沢が昭和一七年に刊行した『憲法略説』は、穂積憲法学に近いものであつたが、宮沢にあつてはこれ

が新思潮、新体制への順応策と考えられていた。

宮沢の「転回」は一気になったわけではない。昭和一〇年の前後に、逡巡をくりかえして、右往左往する時期があった。この時期の宮沢について、原秀男は「同時期にまったく傾向の異なる三種の思想的態度を、宮沢は、一人で表明するという芸当を演じて」いたと述べている。⁽⁵¹⁾そして宮沢の「時流迎合的態度」、そして「精神分裂的態度」について語っている。

(2) 政治思想の「転回」は、戦後にも生じている。終戦直後の宮沢の憲法改正についての立場は、つぎのようなものであった。⁽⁵²⁾

昭和二〇年一〇月、総司令部から近衛國務大臣に改憲の示唆があり、それに対して宮沢俊義と美濃部達吉が、相ついで新聞に論説を発表して、改憲不要論を説いた。宮沢の論旨は、明治憲法の立脚点は立憲主義、即ち民主主義と自由主義にあり、近年それが歪められてきたが、憲法は条文が簡潔で弾力的であるから、改憲なしにポツダム宣言の要求に応えることができるというものである。

松本烝治委員長、美濃部らが顧問、宮沢らが委員という内閣の憲法問題調査委員会は、新憲法の起草作業に取りかかり、二一年一月末にまとめられて、閣議の了承を得た。その内容は、統帥権の独立の廃止、非常大権の廃止、貴族院の民主化、財政に関する議会のコントロールの拡大などが主な点であったが、天皇の統治権、不可侵権などには基本的に手をつけないという方針であった。

昭和二二年二月一三日に、占領軍民政局がみずから作成した憲法草案（マッカーサー草案）を日本側に手渡した。民

政局側の強硬な姿勢を知って、宮沢はそれまでの態度を一変させた。明治憲法の重要部分についての改正は不要としていた見解を変更した。「国体の正義」を放棄し、「マッカーサーの正義」を採ることにしたのである。その結果生まれたのが「八月革命説」である。

(3) 宮沢俊義は戦後憲法学に決定的な影響を与えた。そしてそれは、いまでも続いている。この点について、長尾龍一はつぎのように述べている。⁽⁵³⁾

「戦後憲法学は「マッカーサー信仰」の聖職者団、聖典解釈者カーズトである。それは信仰告白をした職業的聖職者の集団であって、信仰は平信徒より遙かに強烈で、全国民が憲法に叛逆しても、最後に殉教するといった人々の集団である。」

「憲法学者の」大部分は日本国憲法原案の公開とともに、新憲法に忠誠を移した。その先頭を切ったのが宮沢俊義である。」

そして、戦後憲法学について、つぎのようにいう。⁽⁵⁴⁾

戦後憲法学が濃厚な護教的性格をおび、憲法を認識すること以上に憲法を賛美し、宣布し、擁護することに精力を傾けてきたことは周知のことである。宮沢も松本烝治のもとで内閣の憲法改正案の起草に関与して以来実践者として憲法に関与し、少なくとも昭和二〇年代においては認識者としての立場が後方に退いた感は否めない。

そのことが日本国憲法を冷静な認識対象とする憲法の科学の發達を甚だしく遅らせたと筆者は思う。「八・一五革命」の實質を主權が天皇からマッカーサーにでなく、天皇から国民に移つたものと解したこと、かつて排斥した自然權思想について曖昧な態度をとつてゐることなどには護教的色彩が否定しえない。

(4) 長尾龍一は「正義論スケッチ」と題する論文において、「正義と劍」という一節をもうけて、つぎのよう(55)にいう。

正義の女神は右手に劍をもつてゐる。劍は正義の本質的属性であろうか。この点については、大略五つの考え方がありうる。

第一の考え方によれば、本当に正義の行われる世界においては、各人は「我がもの」の枠内に自發的にとどまるから、劍は一切必要でないはずである。これはアナキズム的自然法論の立場である。

第二の考え方によれば、劍は正義そのものではないが、正義の必然的随伴物である。人間は天使でないから、理性の教える「我がもの」の範圍にとどまりえない。これは正統派自然法論の立場である。

第三の立場によれば、正義の女神はたくさんいて、各々自らの秤を実施すべく、劍をとつて戦いあつてゐる。女神たちは永遠に劍で武装している必要がある。これはマックス・ヴェーバー流「神々の鬭争」の思想である。

第四の立場からすれば、正義の女神は、鬭いの結果が明らかになつた段階で勝者の胸に抱かれる。これはいわゆる「強者の權利」の思想、実力説である。

第五の考え方によれば、正義とは単なる「飾り物」にすぎない。剣士たちは闘争に赴くときや凱旋するときに、思い思いの正義のバッジを胸につける。これが正義をイデオロギーにすぎないとする「ニヒリズム」「シニシズム」の正義論である。

さて、宮沢の正義論はこのうちのどの考え方に属するのであろうか。

第一、第二の考え方は、明らかに宮沢のそれとは異なる。第三、第四の考え方も、宮沢の法理論の動揺をみるかぎり、異なるのではないかと思われる。宮沢の考え方は第五の考え方ではないかと思われる。かりに第五の考え方だとするならば、宮沢は、昭和の一〇年代においては、それまでの個人主義のバッジを取り外して全体主義のバッジをつけたことになる。また、戦後においては「国体の正義のバッジ」から「マッカーサーの正義バッジ」につけ替えたことになる。

- (50) 宮沢のこのような思想的な転換に対して森田寛二は「劇的な転回」と表現している。「宮沢俊義とケルゼン」『新ケルゼン研究』（長尾龍一ほか編・昭和五六年）二五四頁。
- (51) 「宮沢俊義研究ノート」立正法学三卷二号七九頁。
- (52) 長尾龍一『思想としての日本憲法史』（平成九年）二二四頁以下。
- (53) 同・二三八頁以下。
- (54) 長尾龍一『日本法思想史研究』（昭和五六年）三二〇頁。
- (55) 長尾龍一『思想史斜断』（昭和五六年）四〇頁以下。