

◇ 資 料 ◇

ヴォルフガング・シルト

純粹法学と刑法学\*\*

本 田 稔\* (訳)

目 次

第一章 純 粹 法 学

第二章 純 粹 刑 法 学

第三章 展 望

刑法学とケルゼンの純粹法学との間に関わりはない。少なくとも私はそのような刑法学の理論があるのを寡聞にして知らない。かりにそのような理論があるとしても、それが一定の理論問題を定式化し、それに解決を与えたというのを耳にしたことはない。ただし、1つだけ例外がある。ライナー・リッポルトの「純粹法学と刑法原理」がそれである。リッポルト氏は、純粹法学と刑法学を結びつけることを試みている。それはハンブルク大学に博士論文として提出され、1989年に出版された(表題も論文のそれと同じである)<sup>1)</sup>。その著者はそこにおいて、ケルゼンの純粹法学を補強し、それによって「強化された純粹法学」<sup>2)</sup>を創造すべきであると論じている。純粹法学がどのようにしてさらなる発展に向かうのかに関して、ここで詳細な考察を加えることはできない。純粹法学では根拠づけられない様々な問題があり、それを解決するために、私は「ありうる法秩序の類型学」——リッポルト氏はそれを体系統合的法認識に基づく「法的価値秩序の類型学」<sup>3)</sup>と解している——を

\* ほんだ・みのる 立命館大学法学部教授

\*\* 本稿の出典は次のものである。Wolfgang Schild, *Reine Rechtslehre und Strafrechtswissenschaft*, in: Agostino Carrino/Günther Winkler (Hrsg.), *Rechtserfahrung und Reine Rechtslehre, Forschungen aus Staat und Recht* Bd. 104. Wien/New York 1995, S. 59-82.

1) Vgl. Lippold, *Reine Rechtslehre und Strafrechtssdoktrin, Forschungen aus Staat und Recht* Bd. 87 (1989) [zitiert als: Lippold, *Rechtslehre*]. Vgl. nun aber auch Kariath, *Grundlage strafrechtlicher Zurechnung* (1994).

2) So Lippold, *Rechtslehre*, S. 7.

3) Lippold, *Rechtslehre*, S. 75, 175 f.

考察する。以下の解説から、この問題を明らかにしようと思う（ただし、リップルト氏が、刑法総論に関して非常に興味深い体系モデルを展開している。それが検討に値することは否定さるべくもない<sup>4)</sup>。

以下において、純粋法学から若干の結論が刑法学に関しても導き出されることを指摘しようと思う（第二章）。それによって理論的な視点を獲得できることが明らかになるであろう。しかし、刑法学——刑法典の総則規定の解釈学として理解された刑法学——にとって、純粋法学から得るものがないことも同時に明らかになるであろう。第一章においては、純粋法学の若干の主張と命題について立ち入って検討する。そして第三章では、若干の展望を示す。この問題について私自身もかつて論じたことがあるが、それは私自身にとって以前にもまして重要である。

## 第一章 純粋法学

純粋法学が刑法学に及ぼした影響に関する問題を考察するうえで、必ず説明しておかなければならない純粋法学の中心命題がある。まずはそれをいくつか振り返る必要がある。以下で述べる事柄はもちろん概略でしかない<sup>5)</sup>。ケルゼンの立場は『国家論の主要問題』（1911年）から『純粋法学』（第2版・1960年）までに変化を遂げたが、それについて詳細に立ち入ることはしない<sup>6)</sup>。ケルゼンを引用してそれに完全な注釈をつけることも諦めざるを得ない。

一 純粋法学の主要命題は、刑法学にとって実りあるものではなかった。この言葉

---

4) Vgl. dazu Lippold, Rechtslehre, S. 179 ff.

5) 私のケルゼン解釈の基本を理解してもらうために、私自身の若干の著作を指し示させていただく。Schild, Die Reinen Rechtslehren (1975) [zitiert als: Schild, Rechtslehren]; ders., Theorie und Praxis bei Hans Kelsen, in: Rechtsstehorie 10 (1979), S. 199 ff.; ders., Abstrakte und konkrete Rechtslehre. Zu den Schwierigkeiten eines Verständnisses der Reinen Rechtslehre Kelsens, in: Rechtsphilosophie Hefte 1 (1992), S. 97 ff.

6) かつて新カント主義の体系から（哲学的）実証主義の体系への変化があったことを、脚注5において列挙した著作において、とりわけ1975年の著作において結論を得ようと試みた。ここではそれには立ち入らない。ケルゼンは用いる言語をドイツ語から英語に替えたが、そのことが理論それ自体の変化を引き起こしたのかという点についても同様に考察することはできない（例えば、存在と当為の関係に関して、英語版ではドイツ語と英語の表現を比較できるようにはしていない）。

を耳にしたとき、多くの人々はまずもって奇異に感じたのではないだろうか。「強制秩序として法」という命題がある。刑法学はそこから甘い蜜を吸えないのだろうか。『純粋法学』（第1版）を少し読めばすぐに分かることであるが、ケルゼンは「犯罪」について述べている。より詳しく言うと、「謀殺罪」についての記述がある<sup>7)</sup>。したがって、それを厳密に考察する。

(1) ケルゼンは、「自然的構成要件（行為）」とその「意味」を区別する<sup>8)</sup>。それは刑法家にとって理解に苦しむ。というのも、「構成要件」はすでに刑法家には常に「法的構成要件」、つまり（「事態」とは対照的な）法的概念を意味しているからである（それしか意味しないからである）。ただし、ここでは「自然的行為」と述べるだけにしておく——ケルゼンに対して異論を唱えるつもりはない。あくまで用語法上の明確性を確保するためである。自然的行為としてまず問題になるのは、「時間と空間のうちに生起するところの、感覚によって知覚され得る行為であり、外部的事象であり、多くは人の行動」<sup>9)</sup>である。次に問題になるのは、この行為または事象に内在または附着しているとも言うべき「特殊の（法的）意味」である。例えば、「誰かが何かの行為によって他人の死を惹起したとする。それは法律的に謀殺罪であることを意味する」<sup>10)</sup>。

(2) 非常に明快に聞こえる。しかし、ここですでに難問が立ちだかっている。謀殺罪——ケルゼンは明らかに故意の殺人一般を想定している。つまり、それは故殺罪を（も）想定している——は、他人を死に至らしめることではなく、故意に他人を殺すことである。したがって、出発点において問題にされている自然的行為はもはや外的事象ではなく、内的（行為者心理的）事象である。もともと、ケルゼンは「自然的行為」には主観的（行為者内心的）事象をも含まれると述べて、それを容易に訂正することもできる。例えば、ケルゼンは「有責性」に関して述べたように、目的も「自然的行為」に含まれていると訂正したのである<sup>11)</sup>。ケルゼンは明らかに自然的行為にはこのような内的（心理的）側面があることを原則的に承認して

7) Vgl. Kelsen, *Reine Rechtslehre*<sup>1</sup> (1934), S. 2 f. (横田喜三郎訳『純粋法学』〔第1版・岩波書店・1935年〕13頁以下)。

8) ケルゼン『純粋法学』（第1版）2頁の表題がそのようになっている。

9) So Kelsen, *Reine Rechtslehre*<sup>1</sup>, S. 2. (横田・14頁)。

10) Kelsen, *Reine Rechtslehre*<sup>1</sup>, S. 3. (横田・14頁)。

11) Vgl. Kelsen, *Reine Rechtslehre*<sup>2</sup> (1960), S. 127 f. (長尾龍一訳『純粋法学』〔第2版・岩波書店・2014年〕122頁)。

いる。それゆえ、彼が念頭に置いているのは、自らの意思に基づいて行う意思行為、他人に対して服従するよう求める命令、他人に対して一定の価値的評価を行う行為である。それは、外的事象を設定する人々がそれに主観的な自己解釈を施す行為でもある<sup>12)</sup>。

最初のうちは、自然と意味が二分されていた。しかし、その厳密な区別は失われてしまった。例えば、植物がそうである。植物は自分が何であるのかを知らない。自分が何であるのかを自己解釈しない。これに対して、植物とは異なり、行為には主観的な自己解釈が伴う。このことをケルゼン自らが強調した。それによって、自己解釈の可能性こそが「社会的認識、とくに法学的認識に対して与えられた素材の特殊的本性」であることが根拠づけられた<sup>13)</sup>。ケルゼンは、それによって自然的事象と社会的（社会的意味的）および心理的事象を区別し、区別できることを認めている。ただし、彼がそれをいとも簡単に行えたのは、この2つが1つの領域、すなわち存在の世界の内部における区別でしかないからである。この存在の世界は、ケルゼンが規範の世界と同視する当為の世界から（区別されるだけでなく）絶対的に分離される。自然的事象と社会的および心理的事象が区別されるのは、この存在の世界の内部においてである。

(3) そうすると、事象の社会的および心理的意味もまた、規範の内容である当為から、規範それ自体である当為から絶対的に分離されねばならない。事象の社会的・心理的意味は、この行為を設定する（行い、意欲し、評価する）個人である人間がその行為に結びつける主観的な意味である（また、そのような主観的な意味でしかない）。例えば、テロリストが、国家叛逆行為を行い、政府内部において人権抑圧体制の要職に就任し、それによって真新しい法の帝国を樹立したとする。そして、犯罪人と見立てた人物に対して死刑判決を言い渡し、その執行に類する法律行為を仲間の誰かに行わせたとする。それは、彼らの主観においては死刑判決の執行なのかもしれない<sup>14)</sup>。しかし、その意味は主観的にはそうであっても、法に関する科学が示しうるところの意味ではない。それは闇の殺人でしかない。科学にとって<sup>15)</sup>、対象は個人の主観的な（自己）解釈から独立した客観的なものでなければならない。人を殺害する行為は、「客観的に見て、すなわち客観的法の体系におい

12) Vgl. nur Kelsen, *Reine Rechtslehre*<sup>2</sup>, S. 12 f. 9 f. 20. (長尾・3頁, 10頁, 18頁)。

13) Kelsen, *Reine Rechtslehre*<sup>1</sup>, S. 3. (横田・13頁)。

14) Vgl. das Beispiel aus Kelsen, *Reine Rechtslehre*<sup>1</sup>, S. 4. (横田・16頁)。

15) このようなケルゼンの科学理論については, Schild, *Rechtslehren*, S. 24 ff.

て]、「謀殺罪」に(状況によっては、故殺罪に)あたる<sup>16)</sup>。すなわち、意味が一つの「体系」において秩序づけられ、またその体系に編制されうる場合、その意味は「客観的」でありうる<sup>17)</sup>。あるいは次のような別の表現を用いることもできる。法的意味(または、法としての意味、法的規範としての意味)を科学的に把握できるのは、法的意味が秩序であり、体系であるからである。ケルゼンは、法の秩序、体系を説明するのに「有機体」<sup>18)</sup>という概念さえ用いたのである。なぜならば、「法は秩序であること、従って、法の問題はすべて秩序の問題として提出され、解決されなくてはならない」<sup>19)</sup>という理解が基本にあったからである。ケルゼンによって「規範」として特徴づけられ、承認されるのは、そのような「客観的」な意味——つまり意味秩序(意味体系)の内容——だけである。それは、法学は法規範の内容ではなく、(法秩序としての)法規範そのものに関心を向ける、つまりそれ自体として当為の世界である法規範に関心を向けることを意味する<sup>20)</sup>。

(4) このようにして、存在と当為の絶対的な分離が徹底される<sup>21)</sup>。前者は、自然のおよび社会的・心理的行為の世界であり、それらはそれ自体として経験的に把握され、法則的関連を踏まえて研究される。それを取り扱う科学は、ゆえに空間、時間、対象性および(とくに)因果性の範疇を指針とする経験科学の分野である。ケルゼンがこの関連で念頭に置いているのは、とりわけ自然科学である。ただし、彼の基本的な発想によれば、この経験科学の内部において、さらに区別がなされる。すなわち、無機質なもの、有機的なもの、社会的存在、主観的な意思行為および価値評価の間に区別が設けられる。つまり、物理学、生物学、社会学、または歴史学へと区別されることを経験科学は排除しない。このような基本的な発想は、様々な因果形態が区別されることも排除しない。例えば、生物学の場合の「形成的ないし有機的な因果性」、また心理学の場合の「動機の因果性」や「性格の因果性」のような因果形態があることを排除しない。これら全ての科学分野は、何らかのものを研究し、それを因果法則に従って説明することを試みる。それが問題であり、それだけが重要なのである。それは最終的に、「もしもAであるならば、Xであらねば

16) Kelsen, *Reine Rechtslehre*<sup>1</sup>, S. 4. (横田・16頁)。

17) Kelsen, *Reine Rechtslehre*<sup>1</sup>, S. 4. (横田・16頁)。

18) Kelsen, *Reine Rechtslehre*<sup>1</sup>, S. 61. (横田・98頁)。

19) Kelsen, *Reine Rechtslehre*<sup>1</sup>, S. 61. (横田・98頁)。

20) Vgl. Kelsen, *Reine Rechtslehre*<sup>1</sup>, S. 6 (横田・19頁); ders., *Reine Rechtslehre*<sup>2</sup>, S. 5. (長尾・6頁)。

21) この純粋法学の核心命題については, Schild, *Rechtslehren*, S. 12 ff.

ならない wenn a - muss x」 という命題形式<sup>22)</sup>において存在法則を成立するためである。そうすると、研究の対象——それは「自然体系」であり、「社会的世界の体系」もしくは「心理的世界の体系」でもある——は、法則的関連に基づいて分析され、そのような方法に従って正確に把握される。というのも、あらゆる個別的な経験、また偶発的な経験は、1つの体系（1つの秩序）へと編制されるからである（その体系〔その秩序〕が最終的に科学の産物である）。

当為の世界は、このような存在の世界と対照をなす。当為の世界を設定できるのは、それを存在の世界から絶対的に分離することによってである。推論、議論、思惟を推し進めても、当為の世界に辿り着くことはできない。あるものが存在するということから、それがすべからく存在するに値するというは導き出されない。逆もまたしかりである。存在すべきであるということから、存在しているものが存在すべきものであるとは限らないのである<sup>23)</sup>。ケルゼンは、そのような当為の世界をいとも簡単に否定する立場、つまり生起している事態の経験だけが存在するのであって、それが生起すべき事態であるか否かを問う立場があることを認めている。そのうえで彼は、そこから規範（つまり当為）に関する科学が生ずることはない結論づけようとする<sup>24)</sup>。逆にそれによってケルゼンは、法学に携わる者は、当為の世界を承認し、徹底して最後まで承認しようとする場合にのみ、法学に携われることを明らかにする。法学者たりうるのは、それを前提とする者だけである。その人が、科学一般の方法——存在の科学の領域の基礎にあるような方法——で満足する場合には、それでも法学者であるが、科学者という意味での法学者でしかない<sup>25)</sup>。これは何を意味しているのかというと、法学者もまた当為の世界を記述し、分析できるということ、前提とされているものを構造法則に基づいて研究できることを意味している。それゆえ、法学者は秩序、体系を起点にしていること、つまり法学者は、当為の世界を前提にするだけでなく、当為の世界が秩序という意味における「世界」、体系という意味における「世界」であることも前提にしている。科学的な言説の形式——それは命題（より正確に言うとならば法命題）である——は、法則的でなければならない。つまり、「Aであるならば、Xである wenn a - dann x」という合法則的關係を表すものでなければならない。もちろん、その關係は因果性のカテゴリーの「あらねばならない muss」ではな

22) この科学法則の「～であるならば」の公式については、Schild, Rechtslehren, S. 15.

23) Dazu vgl. Schild, Rechtslehren, S. 12 ff.

24) Vgl. Kelsen, Reine Rechtslehre<sup>1</sup>, S. 33. (横田・59頁)。

25) この「純粋性」については、Schild, Rechtslehren, S. 31. を参照。

く<sup>26)</sup>、ケルゼンによって「帰属」と名づけられた特殊なカテゴリーとしての「あるべきである soll」によって結びつけられる。つまり、「Aであるならば、Xであるべきである wenn a - soll x」によって結びつけられる<sup>27)</sup>。この「A」は「要件」として、この「X」は「効果」として特徴づけられる。その場合、因果性と帰属性を絶対的な対立関係において捉えるのを止める必要はない。存在の科学の体系においては、この要件は「原因」であり、この効果は「結果」である。そして、法学の体系においては、要件は「法的要件」(または「法的条件」)であり、効果は「法律効果」である。

(5) 以上から、ケルゼンが「自然的行為」と「意味」を対応させた冒頭の事例の意味が明らかになる。その事例によれば、2つの言説が絶対的な対応関係にある。「Aが意識的にXを殺害した」という言説と「それは謀殺罪／故殺罪である」という言説である。前者は、自然的・社会的・心理的な世界に関係している。人は、殺害行為の原因態様(例えば毒殺)を自然科学を活用して、解明することができる。この事象の社会的意味、例えば平穏な共同生活に与える意味を研究し、社会的に問題にすることができる。行為を行った個人のところで殺人の動機がいかに形成されたのかを解明することを試み、心理学的に研究することができる。その場合、「謀殺罪」という用語を用いる必要はない。たとえそれが用いられても、世俗的な意味合いで用いているだけでしかなく、共同体の素人仲間の(主観的な)日常用語の表現方法でしかない。本来の意味における「謀殺罪」とは、当為の世界、つまり規範、すなわち規範の世界に関わる科学領域において意味を有するだけである。この「謀殺罪」は、確かに何らかの方法で自然的・社会的・心理的行為に関係し、少なくとも関係しうるものである。なぜならば、そうでなければ存在と当為を対置させることはおよそできなくなるからである。まずは自然体系(社会的または心理的世界)の意味内容として把握され、記述され、その後に把握され、記述されるのが規範体系の意味内容である。そのためには、共通項がなければならない。ようするに「意識的な人の殺害」は、まずは——すでに言及したように——事実的な事象として研究され、その後に当為として(当為体系の意味として)考察される。ここでケルゼンは、この「意識的な人の殺害」が当為・規範の体系の枠内において「A」という要件(条件)を充足し、それに科される刑罰が「X」であると考えている。意識的に人を殺害すれば、処罰されるべきである(!)。ケルゼンは、さらに歩を進

26) Dazu vgl. Schild, Rechtslehren, S. 15.

27) Dazu vgl. Schild, Rechtslehren, S. 15.

め、さらに理論的に深く論ずる。なお、「謀殺罪」は彼にとって一般に「犯罪」ないし「不法」として特徴づけられる「A」の例でしかない。「X」もまた、より一般的に「制裁」として特徴づけられる例でしかない。

二 この命題、すなわち「謀殺罪であるならば、刑罰が科されるべきである」という命題が科学的に的確（かつ真正）であるのは、もちろんそれを定める規範が現実存在する場合に限られる。

(1) 我々はすでに、規範が（経験的に実感できる）存在の世界にはないこと、つまり事実的な現実性を持たないこと（持ち得ないこと）を知っている。それゆえケルゼンは、規範が存在することを「妥当する」<sup>28)</sup>と呼んだのである。したがって、謀殺罪と刑罰の帰属関係に関する法律学の命題が真正であるのは、それが妥当する規範によって示されている場合だけである。法学者は、(法的当為の秩序としての、つまり法的世界としての)「法体系」を承認し、それを記述・分析しうる対象として見ようとする。我々は、規範の妥当（すなわち特殊的な存在）がこのような法学者によって記述・分析されることを前提にし、それに依拠していることを同じように知っている。とはいうものの、この科学者は範疇的・体系的な前提から、いかにして一定の法規範へと辿り着くことができたのであろうか。法規範を当為として前提にしているというだけでは、その理由としては十分ではない。なぜならば、倫理学者も道徳規範を当為として前提にし、神学者も宗教規範を当為として前提にしているからである（それ以外においても、論理学者、文法学者、数学者も各々の規範を当為として前提にしている）<sup>29)</sup>。それゆえ、特殊法的当為（つまり法規範）を当為の世界の内側から抽出するための基準がさらに必要である。

この基準が法概念それ自体でなければならないのは、自明のことである。この普遍的で、これまで論じられてきた範疇的・体系的な秩序に編制されていなければならないことも、もちろんである。法概念は、「Aであるならば、Xであるべきである」として記述できる。そして、法概念は存在から絶対的に分離された当為としての法に関わることだけが許される。

(2) ケルゼンは、次のように記す<sup>30)</sup>。「法の理論は、まず第1にその対象を概念規定しなければならない。法の定義に当たって出発点となるのは言語慣習であろう。」

28) Vgl. Kelsen, *Reine Rechtslehre*<sup>1</sup>, S. 7. (横田・20頁)。

29) この異なる当為原理については、Schild, *Rechtslehren*, S. 15. を参照。

30) Kelsen, *Reine Rechtslehre*<sup>2</sup>, S. 31 f. (長尾・30頁)。



即ちドイツ語の Recht という言葉……が実際にどのような意味において用いられているのかを検討することから出発すべきであろう」。さらに彼は、現代の外国語と歴史的な言語慣習をも取り入れようとする。このような方法によって、彼は普遍的な法概念に到達する。つまり、「法」とは、人の行動を規律する（一定の）社会秩序である。社会的に有害であるがゆえに、望ましくないと見なされた一定の事態につき、人に対して強制行為を行使して対応するところの社会秩序である（この強制行為は対象者にとって通常は害悪であり、その意思に反してでも強制的に執行される<sup>31)</sup>。強制行為を行使する人の行動がこの「X」である。それは、望ましくない事態「A」に対する効果として設けられた強制行為である。

ケルゼンは、このように法概念を導き出す。より詳細に考察すると、それが彼の最終的な発言でないことが明らかになる。「法」、「法秩序」、「社会秩序」、「強制秩序」が（社会的）事実として一義的に明確にされても、全体的な議論は社会学的・心理学的なものではなく、それによって当為としての法を語ることは全くできない。そのことは、『純粹法学』（第1版）においていっそう明らかになる。そこにおいてケルゼンは、「A」それ自体を一般的に「人間の行動」と同視している。だから、彼は次のように記すことができたのである。「これに反して、純粹に実証主義的に見て、法が外的強制秩序にはかならないとすれば、法はたんなる1つの特殊な社会的技術として理解されることになる。すなわち、希望された社会状態にまさに反する人の行動に対して、効果としての強制行為（すなわち、生命、身体、経済的価値などの財を強制的に剥奪すること）を結合することによって、希望された社会状態を惹起するか、これを惹起しようと試みるものである。その際に、行動を規律される人が、この強制行為を害悪と考え、これを避けようと務めるという仮定から出発していることは疑いもない。従って、法秩序の目的は、一定の行動をした場合、この害悪が加えられるであろうという表象によって、それと反対の行動をとるように人に促すことにある。法秩序が目指す実効性は、実にこの動機づけにある。このことに鑑みて、一般に社会的規範がそうであるように、法規範の内容も人の行動のみに限定される。なぜならば、たんに理性と意思を付与された人間のみが規範の表象によって規範に適合した行動をとるように動機づけられ得るからである」<sup>32)</sup>。このことから、法秩序は命令（命題）の総体として理解することができる<sup>33)</sup>。『純粹法学』（第1版）において、全体としてこのような方法によって、法（法秩序）

31) Kelsen, *Reine Rechtslehre*<sup>2</sup>, S. 25 ff. (長尾・34頁)。

32) Kelsen, *Reine Rechtslehre*<sup>1</sup>, S. 28 f. (横田・52頁)。

33) Kelsen, *Reine Rechtslehre*<sup>1</sup>, S. 30. (横田・54頁)。

は——しかも「本質的表現」として——即自的かつ向自的に政治的または倫理的価値が属さない強制機構として考察されている<sup>34)</sup>。その著書の中で表現されているのは、社会的技術としての特徴だけである。とにかくケルゼンの方法的説明に関して問われるべきことは、一定の行動を強制規範によって実現しようとするような強制機構はいかにして当為の世界に結びつけられ得るのか、そのために法の定義はどのように根拠づけられ得るのかという問題である。

その問題はさておき、ここではこのような法秩序の社会的技術としての特徴は、『純粋法学』（第2版）では（もはや）引き継がれていないことに注意しなければならない。だからケルゼンは、(法的)要件であるこの「A」は何らかの社会的に希望されていない状態であればよく（つまり人の行動である必要はない）、法律効果の「X」は制裁である必要はないということから出発したのである。例えば、警察による被疑者の逮捕、公共危険な精神障害者の施設収容、または公共の利益のための土地の収用がその例である<sup>35)</sup>。これらの場合に対する「X」は、反作用である。法はこの事態が希望されていないことをそれを用いて表しているだけである<sup>36)</sup>。同じように、そのことから「人の行動を規制する法」という法の規定もまた疑問視される——もちろん、「X」というこの法律効果を考慮に入れるならば、そのような規定も可能である。その場合、人への強制行為が法的であるための要件を規定するのが法であるということになる。その点に関して、さらに立ち入って考察しなければならない。

(3) ケルゼンが洗練された仕方でも解決を試みた方法論の問題に戻ろう。ケルゼンと言う。(法社会学的または法心理学的な経験的研究はさておき)法秩序を社会学的・心理学的に考察する視点は、明らかに問題にはなり得ない。意思行為(命令)の主観的意味も、また害悪の威嚇(つまり実効性)による動機づけの因果性の問題も重要でないのは自明である。問題になるのは、ただ法概念だけである。法概念は、日常用語に基づいて、人間の行動を規律するための強制秩序としての法に照準を合わせる。法学はそれを引き受けねばならない。それと同時に対象を科学に適したものにしなければならない。それゆえ、いかなる因果的考察も放棄しなければならない。実効性の研究もおよそ同様に放棄しなければならない。同じようにそのような命令の主観的意味を基礎に据えることはできない。法の科学的考察は、このよ

34) Kelsen, *Reine Rechtslehre*<sup>1</sup>, S. 32. (横田・57頁)。

35) Kelsen, *Reine Rechtslehre*<sup>2</sup>, S. 41. (長尾・39頁)。

36) Kelsen, *Reine Rechtslehre*<sup>2</sup>, S. 43. (長尾・41頁)。

うな強制力によって補強された権力の意思表示の主観的意味が体系（秩序）として捉えられ、また同時に当為としても捉えられる限り、その意思表示を踏まえねばならない。法（対象としての法）は、科学にとって、意思表示そのものではなく、その客観的意味である。科学それ自体がその体系として（それとともにその固有の対象として）創出する客観的意味が法学にとっての法なのである。行為の主観的意味が「その客観的意味として解釈される」<sup>37)</sup>ことによって、客観的意味が体系的に捉えられる。ケルゼンはこのように述べる。

いずれにせよ、法（法秩序）は、上記のように社会的技術および社会秩序の一定の類型であるとされたが<sup>38)</sup>、そのような法（法秩序）が法学の対象たりえないことは少なくとも明らかである。科学は自らその対象を創造する——それは体系でなければならぬ。それがすなわち当為の世界である（!）。さらに加えていうと、その対象を「Aであるならば、Xであるべきである」という法則性の言説形式において創造する。権力の意思行為は、このように対象を構成するための素材を提供するだけである。その素材それ自体に意味はあるが、それは主観的な意味でしかないからである。さらに言えば、この主観的意味は——正義・公正に結びつけられて、少なくとも合目的性を求める要求に結びつけられて——、しばしば「法的」な意味になる。科学はこの主観性には関心を寄せない。科学は素材全体を加工して、その対象——すなわち「Aであるならば、Xであるべきである」——を創造するのである。その際、それに対して一定の態度表明を結びつける必要はない。科学——法概念としての——は、強制秩序それ自体の実効性に、そして全体としての実効性に結びつけられるだけである。というのも、科学は法の科学たろうとするが、決して倫理学や神学であろうとはしないからである。意思行為の主観的意味が実効的でもある秩序の全体に調和するとき、その主観的意味を法——すなわち当為の客観的意味——へと変換することができるのは法の科学だけである。「法として記述される強制秩序は、それが全体として実効的である場合に、（妥当する）と見なすことができる」<sup>39)</sup>。

(4) 対象を変更する場合は、それまで行ってきた以上に慎重でなければならない。純粋法学は、対象を変更する場合でも——その根底にある法概念ゆえに——効果的な強制秩序（すなわち一定の社会的技術を伴った一定の社会秩序）と、その権力

37) Kelsen, *Reine Rechtslehre*<sup>2</sup>, S. 45. (長尾・43頁)。

38) Kelsen, *Reine Rechtslehre*<sup>2</sup>, S. 25 ff. (長尾・24頁)。

39) Kelsen, *Reine Rechtslehre*<sup>2</sup>, S. 48. (長尾・45頁)。

（およびこの強制装置）の意思行為を継承しなければならない。純粋法学は、その限りで言えば、法とは人の意思によって設定されうるだけであるとする法実証主義の理論である。ただし、人の意思は素材でしかない。素材は科学的に加工され、それによって新しい対象が「創造」される。つまり、当為の秩序、法的意味の体系が「創造」されるのである。その新しい対象は、「Aであるならば、Xであるべきである」という帰属の法則性の形式において表されねばならない。そうすると、法を実定化する人の行為の主観的意味を正面から受け止められないのは当然であり、それどころか結論としても明らかである。立法者がある問題を正しく解決しようと意図しているのかどうか、それは判断基準にはならない。また、立法者が行う規制が何らかの評価（例えば、倫理学や神学あるいはイデオロギー）に矛盾しているのか、それともそれに合致しているのか。それも重要ではない。法学が法を実定化する行為を当為の体系的秩序に取り入れ、規範的内容として表明することによって、客観的意味を構成することが重要なのである。それゆえ、純粋法学はまさに実定法の理論ではなく<sup>40)</sup>、法学の理論である。

以上の事柄にさらに結論が結びつけられる。それは、法学が日常的な用語法における法というよりも、むしろ科学性を指向していることである。ケルゼン自身は「法」という言葉が常に「正」や「義」という言葉に結びつけられると理解しているが<sup>41)</sup>、科学はそのような「正法」を把握することはできない。なぜならば、正法が統一的な対象とは考えられないからである。「法」とは、やはり意思行為の客観的意味であり、「正」は倫理学の問題である。純粋法学の支持者たちがこのような明白で必然的な結論を見抜いていなかったというのは理解に苦しむ。日常的な用語法において理解されているような「法」の科学であることを求めることができなかったというのも理解に苦しむ。それゆえに、彼らが声を荒げて、そして感情を高ぶらせて法の科学者であることに固執したのは不思議で仕方ない。

三 法を考察する科学理論（それは対象を創造する科学理論である。その対象は「Aであるならば、Xであるべきである」というふうに表示ことができ、またそのように表さなければならない）は、より詳細に法の体系を理解し、法を当為として規定することを理解するための結論を（も）有している。その結論を端的に示そう。

40) Vgl. dazu Schild, Ist die Reine Rechtslehre eine Theorie des Rechtspositivismus?, in: X. Weltkongress für Rechts- und Sozialphilosophie (1981) Bd. V, S. 179 ff.

41) Kelsen, Reine Rechtslehre<sup>1</sup>, S. 21. (横田・40頁)。

(1) 法は科学の対象であり(つまり、科学的に考察するに値する対象であり)、それは秩序(まさに法秩序)、それゆえ体系でしかなく、それは「Aであるならば、Xであるべきである」という帰属の範疇によって構成される。このことが強調されてきた。ケルゼンは、帰属の範疇がこのように統一的に構成されるには理由があると見ている。それは、妥当——つまり規範の特殊的存在および規範としての特殊的存在(!)——が唯一の理由(つまり根本規範)に帰することができるという点である<sup>42)</sup>。このようにケルゼンが述べたことを踏まえると、この根本規範は、法概念(それは全体として実効性のある強制秩序に適応している)と科学的な検討に値する対象の構造(秩序、当為の世界の条件、方法的純粋性など)を表現するものでなければならない。それは法体系にとって明白である。したがって、この根本規範は、科学に携わろうとする者が前提とすべき根本規範でなければならない。この根本規範のより詳細な性質とより詳細な規定については、ここでは立ち入ることはできない(!)<sup>43)</sup>。

ケルゼンは、法の素材を分析的に認識している。彼の命題はそれと関連しているがゆえに、重要なものになる。つまり、法的当為の創造関係が成立しているという認識、法がそれ自身の創造を規律しているという認識と関連している。ここでも「法秩序の段階構造」の理論により詳しく立ち入ることはできない<sup>44)</sup>。ただ、次のように記しておく。憲法の法的性格を根拠づけるのは、この根本法規範である——憲法はそれによって規範になり、そして法の当為の内容になり、法律の創造を規律する。つまり、Aであるならば、一定の行為の主観的な意味が法規(すなわち法的意味)であるべきである(!)というふう法律の創造を規律する。法源としての法律は、個別に関係する事柄の意味の創造を規律する。判決・決定としての、しかも契約としての意味を規律するのである。この個別の法源が捕捉するのは、何といても人の強制行為である。それは、この人の行動を制裁として表すところまで行き着く。それによって制裁は、存在の自然的・社会的・心理的な行為ではなく、法律行為として表すことができるのである。

(2) この創造関係としての段階構造は、このようにして対象の統一性を根拠づけている。この段階構造は、秩序および体系としての法を形成する。個別の段階は意思行為であるが、その主観的な意味はこの創造関係に基づいて法的に解釈され(それ

42) Kelsen, *Reine Rechtslehre*<sup>1</sup>, S. 62. (横田・101頁)。

43) Dazu vgl. Schild, *Rechtslehren*, S. 21 f.

44) Dazu vgl. Schild, *Rechtslehren*, S. 22 f.

によって解釈し直されもする）、それを通じて秩序と体系が当為としての意味を獲得し、それによって法規範になる。そうすると、憲法の主観的意味は——憲法は法律の創造を規範的に規律する——当為として理解されねばならないことになる。ただし、ケルゼンは、それによって法律を創造することが「求められている」とか、あるいは「義務づけられている」というような意味は想定されえないと考えている。用語法が当為のもので通常理解されているような「認可されている」という意味も想定されえないというのである。それゆえ、ケルゼンは次のように記している<sup>45)</sup>。「ここでは……『当為』という言葉によって特徴づけられるのは、他人の態度に対して意図的に向けられた行為の規範的意味である。この『当為』に含まれているのは、『許可』と『可能』である。なぜならば、規範は命じるだけでなく、許可し、権限を付与することもできるからである」。このことは、憲法にとって次のことを意味する。「Aであるならば、法律が制定されるべきである」というのは、誰か人に対して法律の創造を義務づけるものではない。ただ、一定の意思行為が法規としての意味を有すること、それが法的に存在すること（妥当としての特殊的存在）を根拠づけるだけである。意思行為が有する主観的意味が客観的当為として解釈されうるためには、つまり上述の広義における客観的当為として解釈されうるためには、この「A」が前提として存在しなければならない。ゆえに、裁判官は判決を言い渡すが、それは言い渡す「べき」であるという法的義務の意味においてではなく、また刑罰執行官は制裁を課すが、それは課す「べき」であるという法的義務の意味においてではない。この2人には、一定の条件のもとにおいて——まさに、この「A」のもとにおいて——判決の言い渡し、制裁を執行する権限が付与されているのである。彼らが行うのは、自然的・社会的・心理的行為である。彼らは、一定の主観的意味においてそれを行う。その行為を法規範ないし法的制裁として解釈されうるのは、法学によってである。法的意味を創造する行動が「なされるべきこと」とされるのは、この法創造の段階的構造の意味においてである。なぜならば、一定の「A」がある場合、その効果が「X」という法的意味だからである。したがって、例えば2人の意思表示が合致した場合、この「A」が法的意味——例えば、契約に関する法規上の意味——を持つならば、その効果は「X」という法律行為である。その法律行為とは、すなわち契約である。この場合、それは契約である「べき」である。それを締結することが当事者のいずれにも義務づけられていなくても、それを締結する権限が付与されているだけであっても、それは契約である

45) Vgl. Kelsen, Reine Rechtslehre<sup>2</sup>, S. 5. (長尾・6頁)。

「べき」である。

(3) それゆえ、謀殺罪に刑罰を結びつける法命題 (Aである〔謀殺である〕ならば、Xである〔刑罰が科される〕べきである) の当為の理解について、さらなる結論がもたらされる。

この「A」(すなわち謀殺罪)は、社会学的・心理学的に見て、共同生活を社会的技術によって規律しようとする権力の意思行為に関連づけるならば、「なされるべきこと」ではない。「何人も他人を意図的に殺すべきではない」。害悪としての制裁がを威嚇されることによって(それが強制行為であるがゆえに)、この命題は支えられ、強化される。その命題は、道徳的・宗教的な規範によっても下支えされている。その規範は、「汝、殺すなかれ」という性質——旧約聖書の十戒の第5戒律を想起されたい——をも含んでいる<sup>46)</sup>。しかし、我々が知っているように、ある人が他人を意図的に殺したという事実の存在を考察することは、法学にとって決定的な意味はない。まさにそれゆえに——ケルゼンは明示的に強調する<sup>47)</sup>——、法学はその対象を「Aであるならば、Xであるべきである」として構成し、記述しなければならない。つまり、なされるべきことは、Xだけである。つまり、例えば人が強制行為として刑罰を科すことだけである。しかも、それは人が謀殺罪を行った場合には、刑罰が言い渡され、またその執行が義務化されているという意味ではない。なされるべきXは、ただ次のように言うことができる。「[法規範は]他の個人に対して制裁としての強制行為を行う権限を一定の個人に付与している」<sup>48)</sup>。つまり、「A」という条件のもとにおいて、一定の人が行う強制行為は、法律行為、つまり制裁(刑罰)である。それは、当事者の意思に反してでも行われ、場合によっては苦痛をもたらす自然的・社会的・心理的な行為であって、強制行為ではない。ここでも重要なことは、一定の人(つまり個人)が行うということではなく、この制裁が法的に一定の人物に「帰属」することなのである。つまり、その制裁を執行する人が(それに関する法的授權規則が明示的に存在するがゆえに)、組織(管理者)として理解されることが重要なのである。そうすることによって、強制行為が法的概念としての国家に「帰属」するのである。「Aであるならば、Xであるべきである」ということが意味しているのは、Aであるならば、人が行う強制行為が国家の行為として考えられるということである。その場合、この国家の行為は制裁という

46) So Kelsen, *Reine Rechtslehre*<sup>1</sup>, S. 22. (横田・41頁)。

47) Vgl. Kelsen, *Reine Rechtslehre*<sup>1</sup>, S. 22 f. (横田・41頁以下)。

48) Kelsen, *Reine Rechtslehre*<sup>2</sup>, S. 35. (長尾・33頁)。

法律行為でなければならない。国家は（法的）人格であり——法学によって規範的に把握し、また把握することができる——、（法的）人格としての国家は、法秩序そのものである<sup>49)</sup>。つまり、国家とは、Aに対する制裁を意味する全てのXの総和である。「A1, A2, A3であるならば, X1, X2, X3であるべきである」ということは、人格としての国家が存在すること（妥当すること）を示し、同時に秩序それ自体が統一的事であることを示している。法学者は、国家（いわゆる「国家」は一般に存在しうる。そのような意味における国家であって、それは経験的な強制装置ではない）は存在すべきであると考えているが、根本法規範は法学者の前提を内容としている。

もちろん、法概念（法規範の内容）としての国家は、帰属の帰結、つまりAであるならば、Xであるべきであるという帰属の帰結である。このことをハッキリとさせておかなければならない。ただし、あらゆるXが等しく国家である——つまり、（法的）人格としての統一体である——というときには、それは官吏法や裁判所構成法のような固有の明示的な「帰属」規範に基づいている。当為の範疇としての「帰属」と（法的）人格の構成としての「帰属」は、明確に区別されねばならない。しかも、ケルゼンが行っている以上に明確に区別されねばならない<sup>50)</sup>。それは、とくに法秩序（の統一体）としての国家の問題を解決するためである。もっとも、国家の概念には複数あるが、それらを区別しうるかどうかについては、ここでは立ち入らない<sup>51)</sup>。

(4) ここでは体系としての（秩序としての）法にとって、さらなる帰結がもたらされることを列挙しておくだけにする。

創造の段階構造における授權を踏まえ、そして最終的に国家の法概念を踏まえるならば——なお、その国家とは、制裁を発動して成立する国家である（つまり、人格としての妥当という意味において国家「である」国家、もしくは国家「になる」国家である）——、法を社会的技術として発動して、または発動しようとして共同体を規律する社会的・心理的な権力装置との関連性を容易に確認できる。同じように、共同体秩序の意味における強制秩序として法を特徴づけることとの関連性も確認できる。その場合でも法学は、人が現実に行う強制行為——それは存在であり、

49) この同一視については、Kelsen, *Reine Rechtslehre*<sup>1</sup>, S. 115 ff. (横田・178頁以下)。

50) Vgl. dazu nur Vorwort in Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz*<sup>2</sup> (1923), S. IX.

51) Dazu vgl. Schild, *Rechtslehren*, S. 25, 25 FN 16.



場合によっては主観的意味と結びつくことがある存在である——を法律行為（そして法治国家）として解釈するのである。例えば、人を隔離する行為を刑罰として解釈するのである。

より詳細に考慮することによって、次のことが示される。段階構造の思想そのものは、理念型であって、一定の法的素材の具体的な構造分析に基づいたものでなく、またそれに基づく必要のないものである。被告人が謀殺罪を行ったことが理由で、刑罰執行官にそれが授権されているわけではない。刑の執行は、「謀殺罪であるならば、刑罰が科されるべきである」ということと関わっているが、基準になるのは、刑罰を言い渡す裁判所の判決である。有罪の判決を受けた者がたとえ謀殺罪を行っていないとしても、裁判所の判決が基準になる。もちろん、証明問題について疑問があるが、それが法的効力を持つものとして受け入れられることが問題なのである。誤った（法律違反の）判決の妥当が妨げられないことが問題でもある<sup>52)</sup>。無辜や窃盗犯に謀殺罪の刑罰を科す権限のようなものが裁判所に与えられているならば、創造の段階構造において、「謀殺罪であるならば、刑罰が科されるべきである」という法命題が適合しているとはいえない。さらに言えば、執行官が適用しているのは実際には判決と呼べる代物ではない。したがって、判決から法律の段階へと段階構造を舞い戻す必要がある。なぜならば、適用されるのは刑罰執行法だからである。刑罰執行法が刑罰の執行の前提条件として挙げているのは、判決だからである。

少なくとも、そのような刑罰法規自体は——それはやはり「Aであるならば、Xであるべきである」という法命題の定式に基づいているのだが——、たとえ法秩序の段階構造の枠内にあっても意味を失う。その刑罰法規は、刑事訴訟法が定める既判力の規則によって排除され、廃止される。ケルゼンは、法規範の動態的考察と静態的考察を区別し、後者の静態的考察に基づいて、刑罰法規を自立的な法的当為として据えているが<sup>53)</sup>、刑罰法規の意味の喪失であるとか、その排除・廃止などと聞くと、ケルゼンが元々主張していた法と規範の理論（また国家論）の厳格性と一貫性が放棄されていると認定せざるをえない。

52) Vgl. Schild, Die Reine Rechtslehre, in: Arthur Kaufmann - Winfried Hassemer (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart<sup>1</sup> (1977), S. 103 ff.

53) Kelsen, Reine Rechtslehre<sup>2</sup>, S. 114 ff, 196 ff. (長尾・108頁, 186頁)。

## 第二章 純粋刑法学

ここではやはり、この法治国家的考察を受け止め、それが刑法学に与える意義を研究する。

一 当為に関してすでに述べた事柄は、もちろんここでも堅持される。

「Aであるならば、Xであるべきである」（つまり、謀殺罪であるならば、刑罰が科されるべきである）は、何に関わっているかという点、それは当為をXに関わらせているだけである。つまり、当為は授權されたものを意味しているだけである。Aそれ自体（謀殺罪）は、当為の内容として理解することはできない。とくに、「謀殺罪はなされるべきことではない」という意味において理解することはできない。

ただし、Xという制裁を課す（刑罰を科す）権限が与えられているということは、そのことから、Aが法的に禁止されている、Aを行わないことが義務づけられている、Aが不法であるということを引き出すことができる。その場合、この結論は規範論から単純に導き出された帰結ではない。それは、刑事立法者が行うこの意思行為の主観的意味を客観的・法的な解釈を介して導き出された帰結である。この刑事立法者は——社会学的・心理学的に見ると——人の行動を制御しようとするが、法学的にはその行動を法的義務に反した不法として記述するだけである。「不法」は（おそらく社会学的・心理学的には立法者意思に対する違反であるが）、法学においては立法者の意思に対する違反とは捉えられない。そのことを考慮に入れる必要がある。「不法」とは、立法者意思に対する違反ではなく、人の行動が「A」であると理解されること、それとともに法律効果「X」（刑罰）の条件（要件）であることを意味する<sup>54)</sup>。「不法」とは、それゆえ法的概念、法律行為でもある。

二 それゆえ、人がそのような「不法」を犯しうることを法的に承認する権限が必要である。より正確に言う点、一定の自然的・社会的・心理的な行為に対して法的性質一般を付与する、ここではつまり「不法」という意味を付与する規範が必要である。ケルゼンは、これに関して上述の不法行為能力に焦点を合わせている<sup>55)</sup>。そ

---

54) Kelsen, *Reine Rechtslehre*<sup>1</sup>, S. 26 f. (横田・47頁)。

55) Kelsen, *Reine Rechtslehre*<sup>2</sup>, S. 151. (長尾・144頁)。

の不法行為能力もまた「法秩序によって特定の人間に対して付与された能力である。それは自分の行動によって不法行為を犯す資格であり、その行動の効果として自分ないし関係者に対する、制裁としての強制行為を發動させる資格である。……こうして法秩序に不法行為を犯し得る者として性格づけられた人間が、そして彼らだけが、不法行為を犯す能力を持つものである。彼らには法秩序からその権限が与えられている」、つまり授權されているのである（このような表現が決して不法行為を犯すことを是認していないことは当然である）<sup>56)</sup>。しかも、それは法秩序が一定の（より正確に限定された）個人に対して、存在の世界において行動し、一定の効果を及ぼす権限を付与することを意味しているだけでなく——そのような授權は必要ではない。なぜならば、そこでは自然法則（とりわけ因果律）が決定するからである——、法的意味を創造する権限を付与することを意味している。人は謀殺罪を行うのではない。ただ——彼がそのための事実上の力を持ち、動機、所与の被害者などが存在する場合において——人を意図的に殺害するだけである。彼のこの行為が「謀殺罪」であるのは、その行為をこのような犯罪として——すなわち、法命題の枠内における「A」として——解釈できる法規範が存在する場合だけである。行為者が行動できたとか、行動したということが重要なのではない。行為者の行動に法解釈を結びつけ、それによって法的当為の世界における「謀殺罪」を構成することが重要なのである。

しかし、この結論がさらに考察されねばならない。不法行為を行うことの授權は、それが何を意味しているのかという点、そのような権限を付与された個人が、当為の法的世界のこの内容を創造する管轄を有する者として任命されていることを意味する。「A」は、不法行為能力という法的要件を条件としているので、それ自体としては法律効果である。つまり、ある人に不法行為能力があり、その人が実際に人を殺害したならば、「A」があるべきである。この「あるべきである」というのは、（すでに上述したように）権限の付与として理解することができるだけである。もっとも、「A」は制裁ではない。それは（制裁という法律効果の条件としての）不法行為それ自体である。それゆえに、不法行為能力も要しない。それは、法的義務の問題ではない。それは法的要件でしかない。

三 それゆえに——他人を意図的に殺害する——個々の人間の行為は、それ自体としては重要ではない。ケルゼンによれば、行為論を展開することに意味はない。因

---

56) Kelsen, *Reine Rechtslehre*<sup>2</sup>, S. 151. (長尾・144頁)。

果的行為論も、社会的行為論も、また目的的行為論を論じても意味はない。これらの行為論はすべて存在の世界に関わっているだけである。重要なことは、これらの事象が「謀殺罪」として解釈され、そのように法的に把握されることである。行為者が「～～した者」として解釈され、そのように法的に把握されることが重要なのである。人間が法的に存在するのではない。というのも、人間というのは存在の世界に属するもの、例えば経験科学の人類学によって把握されるものだからである<sup>57)</sup>。法学にとって重要なのは、法学的概念だけである。つまり、当為の世界において妥当する内容だけが重要なのである。まさに、自明のように法的な人格（道徳的・宗教的な人格ではない）として考察される人格だけが重要なのである。「人格」は、明らかに法律行為である行動だけでなく、この行動の主体、法律行為——ここでは不法行為——の主体にも関わらねばならない。「不法」は「法的義務違反」と表すこともできる。「人格」は主体（法的主体）と見做されている。当然であるが、この「不法」を行わないよう法秩序によって義務づけられていると見做されている。逆にいうと、「人格」はこの「不法」が帰属される法的主体である。

それゆえ、「謀殺罪」は、人間による人間に対する意識的な殺害ではなく、人格による法律行為である。それは法的概念であることを意味する。それは、一定の自然的・社会的・心理的な行為を「A」という法的要件として解釈することを許容する（権限が付与された）法的概念である。ただしそれは、例えば人間には不法行為能力があると規定することによって、殺人行為を行う人間に対して、人格としてこの法律行為を構成する（創造する）権限を付与するような場合に限られる。不法行為能力があると定めることによって、それによって該当する人は（法的）人格の組織ないし組織管理者として設定されるのである。

この（法的）人格が法秩序によってどのように規定され、確定されるか。これは、法の定立を管轄する立法府の課題、すなわち立法者の課題である。立法者は、次のように明快に定式化することができる。「人を殺した者は、処罰されるべきである」。立法者は、一定の法的資格を考慮に入れることもできる（「官吏として……した者は」というように）。また、それとは異なった方法で人格を記すこともできる（「団体が……したときは」）。このような場合、人の態度を捕捉し、それをこの人格に帰属させる（ことのできる）法的概念が常に必要である。例えば、団体の規約、官吏法上の規定、または不法行為能力の一般規則が必要である。人の態度が人格に帰属されうるとしても、もちろんそれは人格が行為を行ったことを意味するわ

---

57) Kelsen, *Reine Rechtslehre*<sup>1</sup>, S. 52. (横田・87頁)。

けれども、人格が殺人行為を行えるわけでもない。人格は「謀殺罪」を設定できるだけである。刑法学の伝統的な用語法によれば、そのように表現されている。つまり、人格は犯罪を「実行」として定式化されている。これによって、法学的な行為概念は存在しえないことは明らかである。存在するのは、犯罪の「法的な実行」の理論だけである。その理論が、自然的・社会的・心理的な行為を人格の法律行為に帰属させる規則を包括すべきことは明らかである。

四 それゆえ「A」は、それ自体が法的規則、つまり帰属規則である。とりわけ——すでに示したように——不法行為能力の授權規則である。しかも、「Aであるならば、刑罰が科されるべきである」というのは、「不法」という法的性質を満たさなければならないことを要件としてさらに前提としている。それは不法行為能力とは別の規則である。この規則もまた同じように帰属規則でなければならないことは明らかである。しかし、法秩序がどのような帰属規則を定めるかを、科学的・理論的に述べることはできない。ケルゼンが指摘するものには、歴史的に起こり得たあらゆるものがある。例えば、有責性や結果責任である<sup>58)</sup>。その時々立法者は、重要な言葉を持っているものである。それは、法学者はこのような立法者の意思行為を客観的・法的意味に即して「解釈」しなければならないことを意味する<sup>59)</sup>。それは、法律において、ある一定の行動をおよそ「犯罪」として捉えることができるのか、(それとも例えば税法や行政法のような非刑罰的義務にしか関わらないものなのか)という根本問題にもあてはまる。答えは、法律効果として規定されている「X」しか与えていない。しかも、これに関して、主観的な立法者の意思が解釈され、客観化されねばならない。それは、単純な理論科学では手に負えないものである。

立法者は、刑罰に代えて、保安・矯正処分を考慮に入れることができる。行為者——他人を意図的に殺害した人——が精神病であった場合である。ケルゼンは、この問題を「帰属能力」というキーワードのもとにおいて検討している<sup>60)</sup>。そして、ここで明らかに誤りを犯している。つまり彼は、この言葉が「帰属」のカテゴリーを念頭に置いていると解している。より厳密にいうと、彼自身は帰属のカテゴリーとしての「当為」をこの帰属能力によって特徴づけようと解している。「自らの行動を理由に……処罰される者は、帰属能力を有する」。「しかし、帰属は不法と不

58) Kelsen, *Reine Rechtslehre*<sup>2</sup>, S. 127. (長尾・122頁)。

59) Dazu vgl. Schild, *Rechtslehren*, S. 22.

60) Vgl. Kelsen, *Reine Rechtslehre*<sup>2</sup>, S. 85, 95. (長尾・77頁, 96頁)。

法効果との結びつきの中にか成立しない<sup>61)</sup>。しかし、この不法効果「X」の「当為」は、およそ問題にはならない。そこにおいて重要なのは、法律行為としての制裁を課す権限が付与されていること、つまり（法治）国家が特殊的存在として妥当していることである。問題になるのは、「A」が満たされているか否かである。なぜならば、「A」である場合にだけ「X」であるべきであるからである（！）。刑罰法規は、精神病を犯罪行為の消極的成立要件と見ている。つまり、精神病者がその法律行為としての謀殺罪を設定しうることを排除しているのである。なぜならば、そこから「X」は効果としては出てこない（出てくることはありえない）からであり、精神病という問題は、「A」の要件の規定の問題に属するからである。つまり、精神病者による意図的な殺人行為は、「謀殺罪」として帰属されない。したがって、犯罪の実行として人格に帰属されない。この意味において近代刑法学（そして、近代の刑罰法規）において論じられているのは、「責任能力」であり、それゆえ（上述の意味における）具体的な不法行為能力である。精神病者は、法的には（法的）人格の組織ないし組織管理者として規定されない。それゆえ、その人の自然的・社会的・心理的行為は法的に「謀殺罪」として解釈することはできない。かくしてケルゼンは、（彼は基本的に区別しているにもかかわらず）「帰属」（Zurechnung）と「帰属」（Zuschreibung）を取り違えている。彼は次のように主張する——帰属は、一定の態度を、そのように行動した人と結びつけることではない。なぜならば、そのために法規によって結びつける必要はないからであり、その行動はそのように行動した人から切り離すことはできないからである<sup>62)</sup>。このような主張は、それ自体として正しい。しかし、それは問題に向き合っていない。行動とそのように行動した人を結びつけることが重要なわけではない。自ら行動した人のこの態度を「不法」という人格的な法律行為として帰属的に解釈することが重要なのである。

それ以外にも、述べられたことから明らかになるのは、有責性の要件は「A」に属すること、例えば故意や目的の要件がそれである。ケルゼンは、それを責任の問題として取り上げている<sup>63)</sup>。ケルゼンは、次のような的確な結論を導き出している。法理論的に見て、「A」が「不法」として（そして「X」が不法の効果として）特徴づけられるならば、責任の要件は「不法構成要件の特殊的な要素」でなければならぬ<sup>64)</sup>。あるいは次のようにも述べている。「A」は、それ自体として、そし

61) Kelsen, *Reine Rechtslehre*<sup>2</sup>, S. 85. (長尾・77頁)。

62) So Kelsen, *Reine Rechtslehre*<sup>2</sup>, S. 85. (長尾・77頁)。

63) Vgl. Kelsen, *Reine Rechtslehre*<sup>2</sup>, S. 127. (長尾・122頁)。

64) So Kelsen, *Reine Rechtslehre*<sup>2</sup>, S. 128. (長尾・122頁)。

て全体として犯罪行為である。「犯罪行為であるならば、刑罰が科されるべきである」。このことは、すなわち「犯罪行為であるならば、強制行為は国家刑罰として解釈されるべきである」ことを意味する。

五 この「A」の内部において諸要素に分析すること、そして——リッポルトはこれを行おうとしている (!)<sup>65)</sup>——例えば不法と責任を犯罪概念の2つの契機として区別することは、法理論的に可能ではない。リッポルトは、とにかく不法としては一定の結果を(評価規範を通じて)社会侵害的なものと評価し、そして責任(有責性)としては決定規範に対する行為者の違反性を念頭に置こうとしている。しかし、このような評価規範と決定規範を区別することは、法理論的に認めることはできない。というのも、そのような方法によると、意思行為(命令)の社会的・心理学的な考察と「Aであるならば、Xであるべきである」という法学的な考察を混同してしまうからである。区別することができるのは、立法者自らが取り入れる区別、また取り入れようとする区別だけである。しかし、そのような区別であっても、それは解釈されねばならない一定の法律的な規則として取り入れられるだけである。純粋法学は法理論として、それに関して何も語ることはできない。

さらには(そして、この命題がこれまでの説明からの帰結である)、この「A」のすべての内容は、法概念である。それゆえに、例えば「故意」は自然的な「意思」ではない。それは、帰属問題を表している。「因果性」(結果犯の場合のそれ)は、およそ自然的なものとは考えられない。なぜならば、それによって想定されているのは、「帰属」だけだからである(それは今日の刑法学において「客観的帰属」と特徴づけられている)。それによって、帰属能力に関するケルゼンの誤り——リッポルトもまた犯している誤り<sup>66)</sup>——を理解しやすくなる。しかも、存在の世界における意思を話題にして、それを貫き通す「意思の自由」の理論が意味を持たないことは、法学が法的「帰属」に照準を合わせることから考えても明らかである。法的帰属は、いかなる意味においても因果性の範疇に照準を合わせることはできない(犯罪の成立を消極的に限定する意味においても同様である)。それゆえに、法的帰属は法学的自由に基づかなければならない<sup>67)</sup>。以上から、純粋法学が理論的な刑法学説として述べることができるのは、次のことである。「Aであるならば、Xであるべきである」というのは、「A」は犯罪行為であることを意味する。つまり、

65) Vgl. Lippold, Rechtslehre, S. 212.

66) Vgl. Lippold, Rechtslehre, S. 104, 113.

67) Vgl. Kelsen, Reine Rechtslehre<sup>2</sup>, S. 95 ff. (長尾・91頁以下)。

「謀殺罪」または（法律上の定式によっては）「過失致死罪」や「不作為による救助義務違反罪」として解釈できる事象である。そして、それによって法的實在（法律行為としての法的實在）を獲得する事象である。純粋法学は、これ以上のことを我がものとすることはできない。つまり、構成要件該当性、違法性、そして有責性の契機を伴った（総則としての）犯罪行為の概念を得ることはできない。

それゆえ、解釈学であろうとする刑法学は、刑法学のあらゆる概念が規範的であるということを純粋法学の援助を受けて認識する（そして、認識しなければならない）場合でない限り、純粋法学とは何ら関わりはない。

六 理論的な刑法学説としての純粋法学の最終的な結論について、さらに言及しなければならない。それは、ケルゼンのところで犯された「帰属能力」の誤った概念に関する問題である。それは、すでに述べられたように、犯罪行為を行った者はそれゆえに処罰されねばならない、不法効果は不法行為者に及ぼされねばならないという命題である。

この命題は、まずもって奇異なものである。法的命題の定式化は、次のように述べられているだけである。「Aであるならば、Xであるべきである（!）」。つまり、謀殺罪であるならば、刑罰が科されるべきである。この強制行為は、国家的・法的制裁である（!）。この帰属の当為は、それゆえ一貫しており、揺らがない。例えば、刑罰法規の規定が<sup>68)</sup>、行為者（つまり、他人を意図的に殺害した人）の親族が隔離されると定めていても、つまりA（ある人が謀殺罪を行った）であるならば、X（その親族が隔離される）であるべきであると定めていても、帰属の当為は一貫して堅持される。社会学的・心理学的に見れば、それによってこのような行動を規律することはできる。おそらく、そのような刑罰威嚇を親族に対して向けた方が、より強力に作用するからであろう。そして、法的には、Xというあるべきとされたものから、Aという（犯罪行為の意味における）不法の性質が導き出される。それゆえケルゼンは、「不法行為」を、効果としての制裁が、その行為を行った本人またはその親族に向けられる個人の行動であると定義している<sup>69)</sup>。ここではまだ不法効果は概念的・必然的に不法行為者には帰属されていない。そうすると、その論証は帰属能力に一致しえないことは明らかである。

しかし、理論はその場にとどまってはられない。ケルゼンは、『純粋法学』（第

68) Vgl. das Beispiel bei Kelsen, *Reine Rechtslehre*<sup>2</sup>, S. 120, 126. (長尾・114頁, 119頁)。

69) Kelsen, *Reine Rechtslehre*<sup>2</sup>, S. 120. (長尾・114頁)。



1版)において用いた定式を主張し続けている。「不法行為は、(法規のうちに特殊な効果として定められたところの)強制行為を加えられる(法規のうちに要件として規定されたところの)人の行動である」<sup>70)</sup>。すなわち、「不法行為の真実の主体と不法効果の客体の間には、常に、物体上または法的な同一性」が要件として必要であり<sup>71)</sup>、それゆえに——「他者が犯した不法」というように伝統的に呼ばれる——事象においては、「真実の結びつきであれ、擬制的な結びつきであれ、結びつき」<sup>72)</sup>が存在していなければならない。

ケルゼンの理論は、ここでも一貫している。もちろん、それが文言によって厳格に定式化されている場合に限られる。すでに上述したように、人が犯罪を実行するのではない。同じように、人格は人殺しを行えない。正確に言うと、自然的・社会的・心理的な存在と法的な当為は、相互に分離され、そのように分離された状態にあり続けねばならない。犯罪行為の主体は、人格である。人の行為は、帰属規則に基づいて人格に帰属される。それによって、ようやく法律行為——ここでは「謀殺罪」である——を想定できるのである。その結果、人格がこの謀殺罪を「実行」したことになる。だからこそ、この人格もまた処罰されるのである。しかし、自然的・社会的・心理的な存在においては、法的な意味における「刑罰」は存在しない。人が隔離され、他の人によって捕らえられているという実際の事実があるだけである。犯罪を「実行」した人格を隔離することはできない。人格は、法学的概念(帰属点)でしかないからである。それゆえ、ここでもまた、その態度が帰属規則に基づいて人格に帰属されるところの人間が必要である。例えば、隔離という害悪と苦痛はその人間に加えられる。ここで明らかになるのは、処罰される客体が問題なのではなく、処罰される主体が人格だということである。そうすると法秩序は、様々な機関が(法的)な「人格」のために活動しうることを規定できる。ある人は正犯である。それによって人格が犯罪を「実行」する。また、他の人(例えば、正犯の親族)が隔離される。それによって処罰されるのは、人格(同一の人格)である。それは実際に同一の人格である。帰属が同じ帰属点に効果を及ぼすがゆえに、またそのように効果が及ぶ場合には、そのように言うことができる。それゆえ、ケルゼンは正しい。異なる人格が犯した不法に対して、およそ責任はない。

この場合、人格は、身体を有する人格なのか、それとも法的な人格(つまり、例えば、法人)なのかは、またどちらでもよいに違いない。なぜならば、この人格は

70) Kelsen, *Reine Rechtslehre*<sup>1</sup>, S. 26. (横田・49頁)。

71) Kelsen, *Reine Rechtslehre*<sup>1</sup>, S. 27. (横田・49頁)。

72) Kelsen, *Reine Rechtslehre*<sup>1</sup>, S. 27. (横田・49頁)。

常に規範的な形象であり、その限りでいえば、常に法的な人格だからである。ケルゼンは、『純粋法学』（第2版）において、団体の処罰可能性について徹底して考察している<sup>73)</sup>。より詳しくいうと、例えば脱税に対する罰金の科刑を考察している。理論的には、謀殺罪のかどで団体に終身刑を科すことも可能であるという。そのためにまず必要なのは、ある人間（組織ないし組織管理者）が他の人間を意図的に殺害した行為を人格（団体）に帰属する帰属規則である。そのような場合、団体が謀殺罪を実行したといえる。さらに必要なのは、人間（ケルゼンは法人の全ての構成員について考えている）<sup>74)</sup>が隔離され、それによって受ける苦痛を人格に帰属する帰属規則が必要である。そうすることによって、法人が処罰されることになるという。

これら全体は、逆に読むことができる。つまり、1人の人間（または複数の人間）——それはこの法人の構成員である——の隔離は、その場合、法律行為であり、（法治）国家が隔離によって構成する法律効果「X」である。そのためには、人間による隔離を（法的）人格としての国家に帰属する帰属規則が（すでに言及したように）必要である。しかし、この結論をもたらすためには、人格が（その行為を行い組織ないし組織管理者を通じて）「実行」しなければならない犯罪行為が必要であり、（同様にその組織ないし組織管理者において）処罰される犯罪行為が必要である。つまり、人格が犯罪の実行を授権され、それがその授権を行使する場合にだけ、「法治国家」は存在する。この意味において、人格は「法治国家的組織」として特徴づけることができる。

### 第三章 展 望

もちろんケルゼンは、上述のように団体に対して謀殺罪のかどで終身刑を科して処罰できると考えている。ただし、「刑罰法規が、ここにおいて特徴づけられた団体責任を規定しようとも、自由刑や死刑を受けた人間の苦痛は、その人間を通じて、刑罰法規の適用を受ける団体に帰属されない（であろう）。このような場合、帰属の思考過程を表現するための言語として、『団体が自由刑・死刑を受けた』という言い方は受け入れ難いものだから」<sup>75)</sup>。奇妙な言葉である。

より詳細な考察を加えると、次のように言わなければならない。なんと純粋でない言葉であることか（！）。なぜならば、ここでは明らかに純粋な理論の限界が述

73) Kelsen, *Reine Rechtslehre*<sup>2</sup>, S. 191. (長尾・179頁)。

74) Kelsen, *Reine Rechtslehre*<sup>2</sup>, S. 191. (長尾・179頁)。

75) Kelsen, *Reine Rechtslehre*<sup>2</sup>, S. 191. (長尾・180頁)。

べられているからである。法の素材の形式的分析のところとどまることはできない。法理論は、「刑罰」や「人格」の概念と同様に、内容的な概念をも必要としている。これに関連して、法理論がおよそ言葉を述べるためには、日常用語を用いなければならない。それゆえ、文法規則は、法学とは別の——論理学にも妥当する<sup>76)</sup>——当為の規則であるが、それは法学によって受け入れられることも必要である。別の言葉で表すならば、科学の概念においては、常に日常用語との関連性がある（それ自体、規範的な次元の層を有している日常生活にも関連している<sup>77)</sup>）。その日常用語は、規範的な次元の層によって内容的に明らかにされ、秩序づけられるが、強制されるものではない。したがって、「法」の概念——法はケルゼン自身にとっても（上述のように）常に「正しいもの」や「正当なもの」と関連している——をそのような一定の規模のものに縮小することもできない。ある行為を「法」として特徴づけることに、「言語として受け入れ難い」ような限界事例が存在しうることが承認されねばならない——例えば、アウシュヴィッツ強制収容所においてユダヤ人をガス室で殺害する行為を限界事例として挙げるができる。ここで科学の純粋性を頑なに守り続けることは、たとえこのような言語そのものとの関連性が科学の内容として考察されようとも、それ自体としてイデオロギーな決めつけになり、また強情に非人間性を存続させることになる。ここで問題になっているのは、何らかの自然法や宗教ではなく、自明のとおり実定法を包括しうる法の概念そのものである。しかも、どのような実定法であれ、ただ法としての——人生において法が適用される者に承認される法としての——法の概念そのものである。権力者が主観的に人間をそのような単なる民族的属性を理由にして絶滅しようとするならば、つまり何の理由もなく自身の権力的な立場から絶滅しようとするなら、それは恣意的なだけであり、決して法的な意味を持ちえない。

なんと人間的な言葉であることか（！）。というのも、その言葉は、そのような言語の可能性を記録する人が科学性と純粋性に忠実であり続けられないことを意味すると思われるからである（また、意味せざるをえないと思われるからである）。ここで重要なのは、根本法規範の理論を真に受け止めることである。法的当為の世界を前提にする必要はない。法学者であることも必要ではない。もし法学者が非人間性の結論に固執しようとするならば、そしてアウシュヴィッツ強制収容所のガス殺を一貫して法律行為として記述しなければならないならば、法学者は科学の純粋

76) この問題については、Schild, Rechtslehren, S. 20. を参照。

77) Dazu vgl. Schild, Von Wert und Nutzen eines systematischen Rechtsdenkens, in: Hans-Dieter Klein (Hrsg.), Systeme im Denken der Gegenwart (1993), S. 180 ff.

性を取り戻すことはできない。なぜならば、まさに根本法規範を定立する意思において、法学者は人間であるからである。いかなる科学性によろうとも、人間であり続けるからである。そうでないならば、その種の「法」の学など捨て去るがよい（！）。

## 解 説

### 一 著者について

本稿は、ヴォルフガング・シルト教授の「純粋法学と刑法学」の日本語訳である（Wolfgang Schild, *Reine Rechtslehre und Strafrechtswissenschaft*, in: Agostino Carrino/Günther Winkler (Hrsg.), *Rechtserfahrung und Reine Rechtslehre. Forschungen aus Staat und Recht* 104, 1995, S. 59-82.; Wolfgang Schild, *Die Reine Rechtslehre Kelsens Zwölf Beiträge*, 2021, S. 243-269.)。

シルト教授の論文は、オーストリアの法学誌「国家と法研究」の第104巻の特集号・アゴステイーノ・カッリーノ／ギュンター・ヴィンクラー編「法的経験と純粋法学」（1995年）に掲載されたものである。「国家と法研究」は、1965年にヴィンクラーによって創刊され、ヴァルター・アントニオッリとの共同編集で第140巻まで公刊され、第141巻以降はベルンハルト・ラッシュウアーとの共同編集で続刊が続けられているが、そこでは主として、憲法、行政法、国際法、ヨーロッパ法、比較憲法、国家と法の理論、法哲学などの法領域の研究が取り上げられている。ハンス・ケルゼンのウィーン学派の純粋法学に関して批判的に論ずることによって、法学の理論や方法論に関する研究が重点的に行われている。

本稿の著者であるヴォルフガング・シルト教授から、2022年7月1日付けの私信において、本稿の日本語訳を快諾していただいた。シルト教授に心より感謝申し上げます。なお、翻訳にあたっては、ヴォルフガング・シルト『ケルゼンの純粋法学12の論考』に掲載されたものを用いた（Wolfgang Schild, *Die Reine Rechtslehre Kelsens Zwölf Beiträge*, 2021, S. 243-269.)。

ヴォルフガング・シルトは、1946年11月2日、オーストリアのウィーンに生まれた。ウィーン大学で法学と哲学を学び、エーリヒ・ハイネン教授のもとで法学研究を始めた。1967年に法学博士の学位を取得した後、1977年にドイツのミュンヘン大学で教授資格請求論文を執筆し、同年にドイツのビーレフェルト大学法学部の刑法、刑事訴訟法、刑法史および法哲学の講座の教授に就任した。ドイツ統一後、1990年から93年までライプツィヒ大学法学部の設置準備委員会の委員を務め、その後も同大学法学部の評議員を兼務している。

研究テーマは、刑法解釈学の基本問題、法哲学（ドイツ観念論）、刑法史（中世と近世の刑法史、魔女裁判、国家社会主義時代の刑法）、スポーツ刑法、法と芸術など多方面にわたる。シルトは、NOMOS 社の刑法注釈書の共同編集に携わるなど専門法学の作業に従事する一方で、スポーツ刑法に関する著書を執筆するなど多様な研究活動を行っている。また、刑法史に関する研究ではドイツ刑法史のハンドブックを出版し、魔女裁判に関して多くの論考を発表している。ローテンプルク中世犯罪博物館の学術顧問を兼務している。

シルトは、刑法だけでなく法哲学に造詣が深い。ヘーゲル哲学から影響を受け、それ特有の思弁的な思考方法を刑法学において展開している。それを読む者には非常に難解である。また、リヒャルト・ワーグナーの音楽をこよなく愛し、それは彼の法学研究においても現れている。ドイツ語圏の伝統的なアカデミズムの人文主義・教養主義の土壌のうえに刑法学と法哲学の研究を続けている。

## 二 ハンス・ケルゼンの純粹法学について

ハンス・ケルゼンの純粹法学については、ここで紹介するまでもなく、それに關する専門的な研究を通じて多くのことが知られている。ここではシルトの論文を正確に理解するために、ケルゼンの法学方法論について簡略的に解説する。

ケルゼンによれば、法学とは、規範体系である実定法（positives Recht）を当為（Sollen）のカテゴリーによって認識する規範科学（Normwissenschaft）である。規範科学としての法学は、自然現象や社会現象の生成、発展、消滅の過程を貫徹する因果律のカテゴリーによって存在（Sein）を認識する経験科学・実証科学から純化されるだけでなく、認識外的関心によって法認識を歪曲するイデオロギーからも純化されねばならない。自然科学やイデオロギー論に固有の対象があるのと同じように、法学には法学固有の対象がある。その対象は固有の法則性を有する。法学はその特性を自覚した法理論でなければならない。

法学を経験科学・実証科学から純化するために、ケルゼンは新カント主義の存在と当為を峻別する方法二元論の立場に立つ。経験科学・実証科学が対象とする存在の世界から峻別された当為の世界が存在（妥当）し、法学はそれを対象とする。そのために法学者は当為の世界を認識できることが前提とされている。立法者がある法律を制定し、裁判官がある裁判で一定の判決を言い渡したことに法学は関心を寄せるが、それらは法学に対して与えられた事実、存在、素材である。法学はそれらを当為のカテゴリーによって「解釈」（Deutung）することによって法体系を創造し、それを法学の認識対象とする。

法学をイデオロギーから純化するために、法社会学などの領域から「法の経験科学」(Erfahrungswissenschaft des Rechts)のみが科学たりうとするリアリズム法学や実証主義法学に対して規範科学としての法学を対置させ、その可能性と有効性を探求する。立法や裁判などの法に関する個別の事実を観察し、分類し、統合しても、それによって法を体系化することはできない。法は実定法であり、法の体系は実定法の規範体系である。その意味は、経験的な事実を排除した当為のカテゴリーによってのみ認識することができる。また、ケルゼンは、マックス・ウェーバーの価値中立論(Wertfreiheit)を援用し、19世紀までの伝統的法律学が法解釈における法認識と法的価値判断を混淆してきたのを批判し、一切の価値判断と政策判断を排除して、法認識を純化する。

### 三 純粋法学をめぐる批判について

このような純粋法学の基本姿勢のどこに特徴と意味があるのだろうか。それはケルゼン自身が『純粋法学』（第1版）の序論において純粋法学に対する批判を網羅的に紹介している。ある論者は純粋法学を批判して、軽蔑的に言う。純粋法学は全く無内容であり、空虚な概念の無用な遊戯にすぎないと。また、ある論者は警告する。純粋法学はその破壊的な傾向ゆえに、その内容は現存する国家とその法に対して重大な危険をもたらす。純粋法学は一切の政策と価値から完全に絶縁するため、躍動する実生活から遊離してしまい、それゆえに学問的に価値のないものになると。20世紀初頭のドイツ語圏における歴史の進歩と反動の時代において、全体主義者は、純粋法学は国家と法の概念を形骸化させ、法学を人間の自由を国家から保障する民主主義的自由主義の法学におとしめていると批判し、自由主義者や社会民主主義者は、純粋法学は理念的な国家概念と法概念によって国家と法を構想・構成することによって、そこから政治的少数派の現実の社会的・政治的要求を排除するファシズムの法体制の先導者であると批判した。共産主義者は、純粋法学は既存の法体系を不動のものとして位置づけ、当為のカテゴリーなる特殊的・反動的イデオロギーの見地から、その規範体系を形式化・純化することによって、労働者階級の歴史的使命を封じ込めようとしていると批判した。マルクス＝レーニン主義を理論的基礎に据える共産党組織と労働者階級の法学戦略は、ブルジョアジーが作り出した不純な法律に拘束されないプロレタリア独裁の法体系の創造であるとして、純粋法学の歴史的・階級的反動性を告発した。また、国家主義者と資本家は、純粋法学はその純粋性の美名のもとに、究極的には国家と法から固有の歴史、精神、文化、伝統など一切の民族的同一性を除去し、その実体と概念を形式化・形骸化しようと

していると断罪した。国家が形骸化した後に、その住人になるのは誰か。ヴォリシェヴィキではないか。純粋法学の学問的任務は、あのような政治勢力のためにハウスクリーニングを務めることなのかと、純粋法学の無政府主義的本性を暴いた。右も左も、保守も進歩も、異口同音に純粋法学の純粋性、形式性、抽象性、無内容性を厳しく非難した。いわば純粋法学に反対する法学統一戦線とでも言えるような法思想状況が、純粋法学を取り巻いていたといえる。

このような反純粋法学統一戦線は、それはおそらくドイツではナチス政権の樹立前後からの思想状況の延長線上にあるようだが、さらには19世紀後半のヘーゲル学派の解体期以降の哲学状況に遡ることができよう。19世紀半ばからの自然科学の発達を背景にした実証主義・因果主義の法学から、19世紀末の経済的格差と社会不安によって生み出された新カント主義の批判的認識論を背景にした価値哲学・規範主義の法学へ、さらには20世紀初頭の戦争とファシズムの時代の到来とともに、存在へ投企し、現実的なものに理性的なものを重ね合わせる新ヘーゲル主義の全体主義法学へ、あるいはその反動として、歴史的限界に達した資本主義体制を乗り越え、人類が未だ経験したことのない世界史的事業としての社会主義・共産主義の国家と法の体制を樹立せんとするマルクス・レーニン主義法学へ、法学と法思想の諸潮流は様々に分岐し、現実の政治的・社会運動に支えられた。

このような激動の時代を生き抜くために、時代状況の荒波に向かって自身を投げ入れ、自己変革を企てた人々にとって、「方法が対象を構成する」、「認識が対象を創造する」などという主知主義的世界観は、空疎に聞こえた。書齋にこもって、涼しげな表情で思索にふける世間知らずのインテリの言葉を聞いても、心は揺り動かされなかった。書齋の外に出て、あたりを見れば、一目瞭然であった。法学の対象は目の前にあった。しかも、日々躍動し、変化し始めていた。古い時代が終わり、新しい時代の到来が間近に迫っている。法の革新が始まった。それを実現するのは、失われた国家と民族の精神を取り戻すための世界史的使命を自覚した民族とその党組織を率いる指導者である。あるいは、人間社会の合法的な発展法則に基づいて資本主義を乗り越え、規律と計画に基づいた管理統制経済を樹立し、それに照応する法と秩序の体系を目指す前衛党である。そのどちらであってもかまわないが、いずれであっても、法とは何か、国家とは何かという問題について、直情的に考え、激情的に行動する人々である。歴史の進歩と反動の時代は、純粋法学にとつては不幸な時代であった。

ケルゼンの純粋法学を読むと、感じることもある。形式的である、内容がない、抽象的である、具体性がないと。そのように感じた瞬間、その人は今なお、あの時

代の統一戦線の隊列の中でスクラムを組んで行進している法学者と同じである。それが自覚できれば、純粋法学の意義を改めて考えようという気持ちになるのではないか。

#### 四 純粋法学と刑法学について

幸か不幸か、刑法学は今なお進歩と反動の時代の真っ只中にいる。根本的な政治変革に見舞われることもなく、欧米各国と協調しながら経済政策が講じられ、なんとか安定した社会を維持できる時代である。詳細な条文が数多く完備され、それに対応した判例と裁判例も豊富にあり、研究業績も毎年増産される研究体制が確立した時代である。それでも進歩と反動の時代は続いている。国内的な諸要因と国際的な諸要因が複雑に絡まって、多国間の政策協議が各国に課題を提供し、一国単位の法治主義が揺らぎ始めている。それは通商や産業だけでなく、安全保障や外交に関わる分野にも及び、その政策的実効性を担保するために、刑事立法が待望されている。

組織犯罪対策、薬物対策、人身売買対策、テロ対策、サイバー犯罪対策、環境保護対策、国家秘密・安全秘密漏洩対策、技術・情報漏洩対策など一国単位を超えた法政策を各国が共通して講じ、相互の連携はこれまで以上に緊密になっている。20世紀末から30年以上に渡って、様々な政策を背景に刑法が改正され、新たな刑事立法が進められてきた。いったいつまで続くのか。先は見えない。刑法学は、現在の位置関係を測定することすらできない状況にある。刑法学は今後とも様々な政策に呼応して、自らを新しい時代に適合させていくことになろう。そのような刑法学が純粋法学と関わりを持てるはずがない。もしも、刑法学が自己の位置関係を測定したければ、純粋法学を参考にするのも一つの考えである。かりに「純粋刑法学」というものを構想できるなら、それも検討に値するかもしれない。

本稿を日本語訳するにあたって、著者のシルト教授に対して、「純粋刑法学」の構想の可能性について単刀直入に質問した。実定刑法の研究にあたって、哲学や法哲学から何らかの着想を得ることができないのかを尋ねた。すぐにシルト教授から回答があった。それを概略的に紹介したい。

#### 純粋刑法学の7つのテーゼ

##### 第1テーゼ

刑法学は、刑法史を推進することはできない。歴史というものは、存在の科学の対象でしかないからである。これに対して、法学は法の当為に関わるだけである。その場合の「当為」とは、何かが必要とされているという事実ではなく、あくまで



法的妥当の次元の問題である。存在は「在る」。当為は「妥当する」。それゆえ、およそ法学の対象を得るためには、根本規範を前提にする必要がある。それゆえ、存在としての「刑罰」や「犯罪」などはない。あるのは、「刑罰」も「犯罪」も、妥当する当為の世界に属する法概念である。それらは存在するもののように認識されない。それらは法概念であるがゆえに、法的に「解釈」されねばならない。

### 第2テーゼ

真正(純粹)刑法学は、法規の内容を解釈したものではない。それは、科学的に根拠づけ可能な解釈方法論が存在しないからである。法規をめぐるどのような内容的言説も、常に政策的なものである。この意味において、解釈に携わる当事者の世界観に依存している。その世界観は、真に正しく根拠づけられない。最終的には彼らの性格に基づくことになる。したがって、内容豊かな刑法解釈学というものも、(純粹)科学としてはあり得ない。

### 第3テーゼ

法哲学は、内容的に常に世界観である。したがって、科学として根拠づけることはできない。世界観は、法規の解釈において姿を現す。したがって、自ら「純粹ではない」政治行動であることを告白せざるをえない。

### 第4テーゼ

科学的に法を考察することは、科学論([純粹な]非政治的な科学の基準)として、そして「法命題」の構造理論としてのみ可能である。ケルゼンが「法命題」と呼ぶのは、「Aであるならば、Xであるべきである」という命題である。法の素材は、ケルゼンの場合、この法命題からできている(存在の科学の場合は対照的に、「Aであるならば、Xであらねばならない」という命題になる)。ここでの「あるべきである」と「あらねばならない」は、ケルゼンによって「帰属」と「因果」と呼ばれている。Aであるなら、法命題において結びつけられた客体(例えば、一定の時間と空間において人間を隔離すること)はXとして帰属される。つまり、Xは「刑罰」として帰属され、隔離は法的な「刑罰」として理解され、法秩序としての「国家」に帰属される。逆に言うと、XからこのAを推論することができる。Xが「国家刑罰」であるならば、原則的にXは存在すべきではない。それが意味しているのは、Aもまた「あるべきでない」ということである。それゆえ、Aは法的に「犯罪」であることが明らかになる。法命題が言うように、法的に犯罪であるならば、隔離は法的に刑罰である。

### 第5テーゼ

それゆえ、この「あるべきである」(Aであるなら、Xであるべきである)が

意味する帰属は、たんなるこの法命題の内容以上のものでもある（それに対照をなす存在科学の場合は、「Aであるならば、Xであらねばならない」という命題である）。本来的に言えば、このXは法的に「国家」に関係している。ゆえに、Aであるならば、国家であると言うことができる（Aであるならば、時間と空間において国家が生成する。つまり法的に妥当する内容が生起する）。この場合、隔離は隔離する人ではなく、（法概念として妥当する法的な）国家に帰属する。つまり、国家の行為として理解され、刑法学によって記述される。このようにしてケルゼンは、帰属概念が本来的に二重であることを見極めている。つまり、既存概念は、第1にはAとXの関係を意味し（Aであるならば、Xであるべきである）、そして第2にはXを法的（法学的）人格に、つまり（同時に法的に規定される）「国家」に分類する。

#### 第6テーゼ

同時に、この（第2の意味における）帰属のさらなる適用事例が明らかになる。Aもまた帰属されねばならない。すなわち、時間と空間における（存在としての）一定の事象は、「犯罪」として、つまりAとしての意味が与えられねばならない。「刑罰」としての隔離が人格としての国家に（第2の意味において）帰属されるように、ある人による他の人の殺害は、「謀殺罪」として法的に（同様に第2の意味において）帰属される。そのことから明らかになる刑法学の理論的可能性は何かというと、刑法学は、このように時間と空間における（つまり存在としての）事象を人格に帰属させ、それを法的に「犯罪」として記述することができ、そのための基本となる基準を考案するということである。その場合、既存の法規の解釈は、この刑法学を活用する人々の政治的提案に有利になるように、常に純粋な科学を踏み越えて行われる。

#### 第7テーゼ

重要なことは、この二重の（それゆえ異質な）帰属概念を認識することである。科学論の根本概念——法命題と存在科学命題——には、刑罰解釈学は関心はない。しかし、第2の帰属概念には関心がある。時間と空間における存在としての個人は、時間と空間における存在を生起する。その事象の帰属を因果法則に基づいて原因づける。それを「人格」（ただ法的に妥当するだけであって、存在しえない）に対する妥当という法的次元において「犯罪」または「刑罰」（その都度、法的に妥当するだけであって、存在しえない）として関係づけるのが第2の帰属概念である。「純粋刑法学」は、この（第2の）帰属の構造を際立たせ、法規の政策的解釈の成果を受け入れて、それを叙述することができる。この刑法学は、したがって

(帰属の第2の意味における)帰属学である。

##### 五 ケルゼン研究者・兼子義人について

「純粋法学と刑法学」の翻訳を行う直接のきっかけは、2021年にシルト教授が自身のケルゼン研究の12の論考を一冊にまとめた著書を手にしたことにあるが、今から30年ほど前に法哲学者の兼子義人先生から実定法学と法哲学の関係について話しをお聞きする機会があり、いつの日かこの問題について考察してみたいと思っていたからでもある。

兼子義人先生は、1948年に山口県に生まれた。1972年3月立命館大学法学部を卒業、1975年3月同大学大学院法学研究科修士課程修了し、1978年3月同研究科博士課程単位取得退学、その後、大学院研究生を経て、1979年4月に立命館大学法学部に法哲学・法思想史の担当助教授として就任した。1987年に同教授を務め、1992年3月19日、肝不全のため滋賀県立成人病センターで逝去された。享年43歳であった。今思えば、あまりにも早すぎた死である。なお、兼子先生については、先生の恩師にあたる天野和夫先生と田中成明先生が記しておられる(兼子義人『純粋法学とイデオロギー・政治』〔法律文化社・1993年3月19日〕)。

兼子先生は、ケルゼンの純粋法学とマルクス主義法理論との「対話」の可能性を模索されていた。学生時代を過ごした60年代後半から70年代前半にかけての日本と世界の政治的激変が、そのような問題意識を先生に植え付けたのではないかと思われる。マルクス主義の科学観の特徴は、唯物論哲学に基づく物質性、客観性、科学性、合法則性であると言える。存在するものの生成、発展、消滅の弁証法的過程を客観的に分析し、その内部に法則性を見い出すと同時に、それを経済的諸関係の変化の投影として浮かび上がらせる。国家概念や法概念もまたそのように考察できるならば、客観性と形式性、非政策性と非イデオロギー性という純粋法学と同一の方向を目指すことも可能なのかもしれない。法哲学の理論戦線における同盟軍として統一戦線の一翼を担いうるのかもしれない。ただし、20世紀末からのソ連・東欧における現存社会主義国の崩壊、その後の中国・北朝鮮における社会主義建設のありようを目の当たりにすると、「対話」が成り立ったとしても、緊張と対立をはらまざるをえないであろう。

兼子義人先生は、この対話には参加できないまま、この世を去られた。残念でやるせない。しかし、悲しんでいても仕方がない。あの日から30年経った。シルト論文の分析を続け、それを整理して、兼子先生が残された論考を手がかりに、あらためて法哲学と刑法学の関係、とくに犯罪論のあり方を考えたいと思う。