

純粹法学の将来の課題 (後半)¹⁾

尾高 朝雄*

訳 小林 琢自**

Ⅲ. 国家の存在様式

ケルゼンによれば、根本規範によって規定され、かつ統一的なシステムとして基礎づけられた実定法秩序が「国家」である。したがって国家は国法秩序にほかならず、国家論はその範囲全体を国法論によってカバーされる。国家は統一的な法秩序であるから、法秩序が示す特徴のすべてをもっている。国家は一方で、「理念的な実存 (ideelle Existenz)」の領圏に属する、理念的な精神形成物である。したがって、国家の現存在領圏を自然の実在性、つまり心的-物的な実在性のうちに求めること、したがって国家を「自然の一部」として考察することは、根本的な間違いである。しかし他方、国家は理念的な精神領圏において、なんといてもやはり現実 (wirklich) に存在する形成物として実存する。国家は一個の理念的な対象であると同時に現実的な対象をなし、そうである以上、現実性と無関係な、単なる「意味」——ただ思考の上で構築された「ユートピア」——とははっきりと対立している。[119]ケルゼンの主要な功績には、国家が、その本質的からして理念的な精神形成物であること、またその理念性にもかかわらず、まさにその理念性において独特の現実性をもつこと、それゆえ国家は、ただ現実的に存在する理念的な精神形成物としてのみ理論的学問の統一的な対象を、つまり理論的学問のそ

* 日本の法学者／法哲学者。京城帝國大学教授時代（ヨーロッパ留学中）に執筆、後に東京帝國大学／東京大学教授。（1899年 - 1956年）

** 立命館大学文学部非常勤講師

れ自体同一で自立的な対象をなしうることを、これらを明らかにしたこともまた含まれている。それにもかかわらずケルゼンの国家理解に対して、それが国家の現実性を否定し、自らの対象の現実性を否定することで国家論を戦慄すべき危機へと導いている、という異論を依然として唱えようとするなら、そうした異論ほど倒錯したものはないであろう。

明らかに問題なのは、ケルゼンがこの国家という理念的的精神形成物を法秩序と同一視したという点である。これは、国家が自然の対象ではない、つまりその本質からすれば精神の世界に属している、ということから原理的に導かれたものだった。国家と法秩序とを同一視する、こうした態度の根底には、周知のように新カント学派の二元論が伏在している。それは認識の領土の全体を、存在と当為という二つの世界へと分かつものである。ケルゼン自身の記述に則して正確に言えば、彼は、国家と法という二つの概念を同一視させる唯一決定的な認識論的観点を、「マールブルク学派」の根本思想、とりわけコーヘンの『純粹意志の倫理学』によって獲得した²⁾。コーヘンと同様、ケルゼンにとっても、存在とは本来的かつ第一義的に自然存在を意味しており、その根本原理は因果性である。この自然存在は当為に対立するものとして峻別される。その結果、この二人の学者は存在と当為の区別を、主に自然と精神の区別として理解している。もし存在が本来的に自然存在を意味し、かつそれが自然存在として当為に鋭く対立しているならば、当然、自然存在でないもの全て、つまり精神的なもの全てが、等しく当為として理解されねばならない。それゆえ当為は精神世界の根本原理である。すなわち、精神は本質的に規範的当為である。

ケルゼンはコーヘンとともに、批判〔哲学〕の道を探りつつ、精神と規範的当為との原理的な同一視を疑いえないものとして前提したことによって、今や、国家と法の同一性理論を基礎づけるに至った。その卓越した作品「社会学的国家概念と法学的国家概念」において彼は、伝統的な、つまりその基礎において自然科学的態度をとる「社会学的」国家理解——これによれば国

家は、多かれ少なかれ自然の事物に類似した仕方での現存在規定を示す——は、原理的に脆弱であることを、完璧な首尾一貫性において示した。そうした自然科学的な国家理解に対して、ケルゼンは、容赦のない内在的批判によって、次のような決定的な確証に至った。すなわち、国家は自然に類する対象ではありえず、もっぱら理念的な精神形成物として理論的な学問の対象となりうる。この批判的な議論の成果によってケルゼンは、上で述べた、精神の世界と規範的当為の世界とを無造作に同一視する前提を導き入れることになった。そこから一挙に次のことが明らかになる。すなわち、国家が精神形成物としてのみ理解されねばならず、かつ精神的なものが規範的当為以外の何ものでもありえない以上、国家はまた規範体系としてのみ、しかも法秩序としてのみ把握されねばならない。この根本的な認識に基づいて、国家の実存領圏が自然存在という因果的に規定された世界ではなく、本質的に規範的妥当の世界であること、したがって人が国家という概念によって指し示そうとしている特殊な統一性は自然の現実性ではなく、規範ないし価値の現実性の内に伏在するということ、ケルゼンは国家と実定法秩序との同一性という有名な命題において獲得したのである³⁾。ケルゼンの立論の全体はこの仕方において「自然と精神という対立は、少なくとも国家および法の領界においては、存在と当為との間の対立である」という、明確な意識に貫かれている⁴⁾。

しかしここで、この「明確な意識」、つまり精神が原理的に規範的当為を意味するということが、精神的な対象の存在構造を理解する際の唯一の仕方として妥当しうるのかどうかを、よく見てみなければならぬ。いずれにせよ、ケルゼンの精神の概念は概して狭く捉えられすぎているということは言えるだろう。というのも、現代の精神科学的思想動向の状況から考察すると、なんととってもやはり、精神の世界はその範囲全体を妥当の世界と同一視し得ないし、それどころか精神的な対象は決して第一に規範的妥当の存在様式において自らを示すわけではないことに気づくのである。道具や芸術作

品のような、我々が我々の精神生活において使用したり創り出したりする様々な対象性はその本来の現存在において何か精神的なものとして我々に対峙している。もちろんそうした精神的な対象を何か自然的なものとして考察することもできる。しかし、それを自然の一部分として理解しようとする場合には、元のものに本質的に属していた精神的な性格は完全に失われてしまうのである。したがって、何らかの道具や芸術作品はその本質的な規定によって精神的な対象をなしている。ただし、たいていそれが「規範的な」妥当と呼ばれることはない。もちろんそうした精神的な対象は「実践的な」連関において何らかの「価値」を持っている、ということは認められねばならない。おそらくこうしたことから、「価値」であるだけで何らかの「規範的な」概念であろう、という主張がなされるのであろう。このように価値と規範の同一視には根拠がないということを十分に明らかにするためには、より綿密な論究が不可欠となる。なぜなら、端的な価値というものはまだ規範的妥当の形式において定式化 (formulieren) されていないのである。例えば、道具のような、なんらかの価値ある対象が、実践的な態度において予め特定された当為連関へと組み入れられるような場合に初めて、規範的な法規 (Gesetz) の成分として構成されるのである。例えば、役に立つ道具はむやみに壊すべきではない、とか、それをマニュアルどおりに取り扱い使用する、という風に。したがって、規範的妥当は実践的態度における特定の形式、すなわち価値ある対象がそこへと個別の項目として組み入れられるような特定の形式である。ただしこのとき、その対象それ自身は何らの規範をも、つまり何らの規範的妥当をもなしてはいない。それゆえ価値を「担った」精神的対象は、当為そのものではなく、或る特定の行動 (Verhalten) の際にはじめて、質料的に (materiell) 当為-規範の定式化に対する前提条件を生み出すものなのである。いずれにせよ、精神的対象を規範的对象としてではなく、規範的な当為-連関の領圏に属さない対象として考察し論究することが、可能でありまた必要である。自然の存在をなさないもの、したがって精神的な

何かであるものは、こうした理由で、必ずしも規範的妥当の領圏に属する必要はない。むしろまず第一に、それは当為の形式において自らを示さない。

ケルゼンが国家と法秩序の同一視を導き出した根本前提が決して唯一可能なものではないとすれば、我々の眼前には、国家の存在様式を、たとえ理念的^{イデオロギカル}精神形成物としてであっても、それでも規範体系としてではなく考察する道が開けている。ここで再び、国家が社会^{ソシヤル}団体であり、人間間的^{インテラヒューマン}(zwischenmenschlich)に形成された社会的全体性である、という伝統的な考えが浮上する。だが、これはもちろんこれまでのものとは完全に別の形態として、根本的に新たに創り出された立場から主張される。国家の伝統的な実在論的理解は誤っている。それでは国家が個人を超えて、つまりその構成員の絶え間なき変更を貫いてなお、それ自身同一のものでありつづける実在であることを明らかにすることができない。この困難は、われわれの主張においては完全に払拭される。というのも、われわれにとって国家は始めから一個の理念的对象であり、また精神形成物はその本質において、たとえ多様な「存在的な」諸々の特性が絶えず変化してもそれ自身において同一であり続けるという、独自の規定をもっているからである。一個の道具は、たとえそれが使用中に部分的に破壊され新たな素材で補修されたとしても、同じものである。ひとつの楽曲は、異なる演奏で聴いたとしても、常に同じ芸術作品として形を成している。ひとつの絵画は、その様々なコピーが存在しても、同じ作品であり続ける。

ところで、そうした理念的な精神形成物としての国家は空虚な理念性において考察されえず、その歴史的な現実存在において考察されねばならない。[122] 理論的な精神科学の対象としての国家は理念的であると同時に現実的に存在する精神形成物として論究されねばならない。それゆえここで再び、実定法秩序の存在様式を考察する際に、理念的な法体系の現実性の問題として生じてきたものと同じ中心問題に突き当たるのである。いかにしてそれ自体理念的な精神形成物である国家が、同時にまたその理念性にもかかわらず

現実的に存在する認識対象をなすのか。この問題の根源を究明し、正確に解明し、そののちに、社会団体としての国家の具体的な存在様式を、法との明確な区別において研究することが、第二に為すべき純粋法学の根本的な将来の課題である⁵⁾。

国家を、法から概念的に切り離すことによって社会団体として考察する必要があるからといって、それは国家が法との関連なしに探求されねばならない、ということの意味してはいない。社会的世界の総合的探求においては、国家は常に法との極めて密接な結びつきの中で取り扱われねばならない。国家と法という二つの精神的対象は両者が緊密かつ直接的に連関しているため、いつもただ互いに相手を伴うことによってのみ把握されうる。国家という概念が必然的に法という概念を前提しているかどうか、あるいは〔逆に〕前者が後者の論理的な前提をなすのか、という伝統的な問題設定は初めから明らかに解決不可能である。というのも、両概念は必然的な「構造連関」の内にあるからである。この概念はディルタイが初めて、複雑に組み上げられた精神的な形成物の内的存在様式として解き明かした。この概念においては、どんな個々の形成物もみな、論理的な意味で、一方は他方の先でも後でもなく、他方と共に実存している⁶⁾。国家と法との本来的な構造連関を正確に洞察することによって、国家が先か法が先かという問題がただ仮象の問題であることが示されるはずである。国家は独特の精神形成物として、法とのこうした構造連関において研究されねばならない。その際にはもちろん、国家という規範的ではない形成物と、法という規範的な対象とがきわめて密接な連関をなしている、という問題が再び根本問題としてとり上げられ、入念な研究によって解明されねばならない。

このように、社会団体としての国家と規範体系としての法とを一つの構造連関として研究する試みは、ケルゼンがくりかえし決定的な仕方で批判してきたいわゆる「二面性理論」(zweiseitentheorie)をその内に隠しているようにみえる。またなんととってもやはり構造連関において結びつけられた国家

と法の両概念を、ある意味では同じ一つの全体における「両面」として、より高次の秩序を持った同じ一つの精神的対象の「両面」としても考察せねばならない。というのも、この二つの対象はそれぞれが一つの構造連関において成り立つものであるが、同時に「ひとつの」精神的な全体性をなしているはずだからである。しかし国家と法との関係についての我々の理解は本質的に、ケルゼンが組織的な批判を向けた「二面性理論」とは完全に別物である。二面性理論は、次のような認識論的に全く素朴な主張に留まっている。「その主張に従えば、国家は因果的に規定された存在の世界に実存する社会的実在性であり、他方ではしかし法制度（Rechtswesen）、法的人格である。それゆえ因果科学的な社会理論と規範的法理論という方法的にまったく異質の考察仕方があることになる」⁷⁾。これについてはケルゼンが原理にしたがってきわめて的確に批判している。「同じ一つの認識対象が、因果的存在考察と規範的当為考察のような別の前提に従って完全にばらばらになった認識方向によって規定されることはあり得ない」⁸⁾。このような、国家を単なる自然の領圏へと押し退ける二面性理論とは厳密に対立し、我々は社会団体としての国家の存在領圏を理念的にまた同時に現実的に存在する精神世界において認識し、国家を、実定法秩序との最も緊密な連関において探求する。二つの対象は両者とも理念的な、しかも現実的な精神形成物としてひとつの対象領圏に属し、またそれゆえ共に、同じ方法的基礎に基づいて構築されたひとつの学問群、つまり精神科学的社会科学の対象をなすのである。

IV. 純粹法学と法事実学

精神の概念をケルゼンのように狭義に制限することによって、精神科学的法科学の領土から法の「事実」に関する一切の研究を断固として排除する必要が、さらに生まれてくる。法というものは本来、理念的な意味形成物の領圏に属しているが、実践的な世界において事実に行為する人間が、法についてな

んらかの表象作用 (Vorstellen) ないし意欲作用 (Wollen) を有し、その結果、彼らの事実的な行為は、このような、法についての「主観的に思念された」意味によって規定されたり方向づけられたりする場合に、事実として考察されうる。こうした事実的な行為は今や、事実領圏における法の「実現 (Verwirklichung)」として見なされ、法事実学またはいわゆる「法社会学」の対象として研究される。

しかしケルゼンにしたがえば、そうした法の現実性はもはや精神的な何かを意味していない。というのも、そうした実現はもはや規範的な当為そのものではなく、それゆえに因果的な法則性において規定されねばならないからである。[124] 法の表象 (Vorstellung) または意欲 (Wollung)、すなわち法の「心的」体験一般は、「原因」として、「結果」である人間の規範に則した行動を規定する。この原因-結果-関係はただ自然科学の対象としてのみ取り扱われるのであり、精神科学の対象としては取り扱われない。ケルゼンはこう記している。「実現、つまり実在化の表象はこの心的体験、とりわけ規範の『意欲作用』に関係している。とりわけ意欲作用という単なる内部性から行為の外部性、つまり道徳的あるいは法的行為という外部性への転換に関係しているのである。規範への意欲作用が、規範に則した行為において「実現」される。なぜならまさにこの意欲作用が動機、つまり結果としての行為の原因であるからだ。この関係はそれゆえ完全に自然存在の領圏において経過する」⁹⁾。このような、社会的な事実性における法の実現は「法的生」とも呼ばれる。したがって法の実現が精神の領圏に帰属すべきでないとするれば、法的生もまた精神世界の一部として考察し得ないことになる。だからケルゼンは次のように述べる。「[生] というものは、心的-物的出来事であり、時間空間において経過し、その認識は心理学や生物学のような自然科学的なものの課題である。そしてもし精神が自然とは別の何かであるなら、やはり精神科学はこの「生」を十分には把握し得ない、と人は考えるだろう」¹⁰⁾。法の事実的な実現、つまり法的生そのものはそれゆえに精神科学的法学の対

象をなし得ないのである。つまり、法事実学としてのいわゆる「法社会学」はケルゼンによれば断じて精神科学などではない。

これに関係して、ここで考察されている法の「実現」はけっして、先に取り扱われた実定法の現実性と混同されてはならない、ということをもう一度よく思い出さねばならない。本論考の第二節においてすでに検討したように、実定法の現実性は、特定の法秩序の「現実－存在」を意味している。この法秩序は本来的に完全に理念性の領圏に属しているが、しかしそれにもかかわらず同時に、歴史的な規定性において現実^に真^に現存在するのである。この場合、もっぱら理念的な対象に固有な存在様式が問題になっている。これとは対照的に、法は実現においては固有の理念的現存在領圏を離れ、事実性（Faktizität oder Tatsächlichkeit）の領圏へと降りてゆくのである。もちろん法はそこではもはや理念的形成物としての自らの根源的な存在様式を保持することはできない。法の主観的な意味に沿って方向づけられた人間行為（Handeln）は、何らかの法律上の意味によって規定されているがゆえに、やはりある種の法的なメルクマールを保持している。しかし、これはもはや何の当為－規範でもない。法は規範的当為という固有の存在様式を失うことによって、社会的生において活動している人間の事実的行為において実現される。他方で法は、その〔いわば本来の〕現実性ないし実定性において常に本質的に規範体系であり続ける。[125] したがってもしケルゼンが一方で理念的規範体系としての実定法秩序の「現実性」を確証し、しかし他方まさに確証した実定法の〔いわば本来の〕「現実性」と社会的行為（Handeln）における法の「実現」とを区別するのであれば、説明の根拠は「事象」そのもののうちに伏在していることになる。

ケルゼンの議論の全体において残された問題は専ら、次のような問いとして表明される。すなわち、実現、つまり法の事実が、専ら自然として、つまり自然科学の対象として扱われねばならないのかどうか、あるいはむしろ法の事実は精神的な何かとして把握することはできないのか。ケルゼンがくり

かえし言い添えていた、事実的なものは精神的な領圏に属さないという主張の内には、精神は常に規範的当為として現れねばならず、規範的でないすべてのものは即、自然の一部として考察されるべきだという根本思想が決定的な役割を演じている。法的な意味で解釈され理解されうる社会的生の事実性はもはや法律学的な当為-規範そのものではない、という議論の余地のない事態から、ケルゼンは一挙に結論を引き出している。すなわち、事実的な行為において実現された法的生は自然の一部である。それは、この社会的生を原因と結果からなる因果的連続において研究し説明する、自然科学の課題である、と。

これに対し、すでに我々は、規範的当為でないものの全てが無造作に自然として考察されうるわけではない、ということを示唆していた。社会的生活は、それが規範や規範の複合体でない、というだけで、自然の一部として扱うことはできない。むしろ人間および人間的なもののすべての生は本来すでに精神の領圏に属している。確かに、人間的なものは、道具や芸術作品も同様に自然科学的な立場から扱われ得るし、また自然科学的な対象として考察されうる。それゆえ確かに、自然科学的な生理学、心理学、人間学、また自然科学的な態度による社会学が可能である。しかしやはり人間的現存在の本質はそうした自然科学的な考察仕方によっては完全になおざりにされているということであり、別言すれば、人間的なものについての自然科学の対象をなしているのは、人間における自然的なものにすぎず、決して人間における精神的なものではないということもまた確かである。現代の精神科学の進展はまさしく、人間の生を自然の一部としてではなく、まったく原理的に人間的なもの、つまり精神的な生として研究する必要が正しく理解されたことで進展してきたのである。その成立において心理学は、自らの中心課題を心的諸現象の自然科学的説明に見出してきた。だが心理学の本質規定はそもそもの初めから、人間の内的諸体験を解釈し記述する精神科学である。このことがデルタイによってはっきりと提示されたのであった¹¹⁾。[126] 社会理

論（Gesellschaftslehre）はこれまでの発展過程においては常に、社会的諸現象を自然と類比する局面において考察するという傾きがあったし、今日でもなお時折はそうである。けれどもやはりこうした学問の本質に適う要求、つまりその端緒から人間の共同生について理解する精神科学として基礎づけられるべきだ、という要求に依然として応えられてはいない。この要求を方法の面で明確化した功績は、とりわけマックス・ウェーバーに帰せられるだろう¹²⁾。このような諸学問の対象を人間の内的および外的な生の事実の内に見出されねばならぬということは、精神科学としてそれらを構築する際に何の妨げにもならない。心理学や社会学は、精神科学的方法に基礎づけられて初めて、自らの課題に十分に答えることになる。

そうであれば、法の事実的な実現を対象とする学問は、その本質からして明らかに一種の自然科学としてではなく、その端緒から精神科学として生じなければならない。事実的な法的生の探求を純粋な精神科学から除外しなければならない、とするケルゼンの見解は、見方を変えれば、事実的な法的生の「自然科学的な」探求を問題としたもので、他方、法事実学はもっぱら精神科学的な方法によってのみ厳密にその対象の基礎づけを究めることができる、とするかぎりでは受け入れられる。もちろん、社会的な生の事実性を研究しようとする法事実学あるいは「法社会学」と、理念的であると同時に現実的に存在する形成物としての法のみを対象とする純粋法学との間には大きな違いがある。法の事実的「実現」が理念的な法体系の「現実性」から厳密に区別されねばならないのと同様、前者〔事実的な実現〕において自らの対象を見出す学問と、専ら後者〔実定的な現実性〕を研究しようとする学問とは、明確に分離されねばならない。このことによって、純粋法学は断じて法事実学へと解消されえない、ということが容易に見てとれる。しかし、そこにおいて法が実現するところの社会的な生の事実性が、なんらかの精神的な対象の存在様式としても考察されねばならず、またその結果、法事実学というものが本質的に、この法の事実的存在様式を解釈し理解する精神科学と

して生じなければならない場合には、純粋法学は法事実学の法的根拠を原理的に承認せねばならず、作業全体としては、法事実学と一緒にあって、法の世界をより豊かで拡張された範囲において解明せねばならない。[127] しばらく前から、「ウィーン学派」という限定されたサークルにおいて、法を「社会学的」に研究する傾きがますます強まっている。このことは、精神科学としての法事実学を、純粋法学と並び立つものとして承認し構築する必然性をはっきりと示している。この傾向はそれゆえ次のような意味できわめて重要である。すなわち、理念的な法形成物が同時に現実的に存在する対象として与えられるという条件を満たす諸状況がはじめて——すでに上で述べたように——、法の事実的な実現の内に求められているという点で、またそれゆえ実定法の現実性の問題が、ひとり精神科学的な法事実学の成果との密接な連関においてのみ完全な姿で解明されうるという点で重要である。したがって、法の事実性を精神科学的に探求する学としての法事実学を構築することは、ただ間接的にだけでなく、直接的にも純粋法学にとって重要な今後の課題の一つとなるに違いない。

V. 法の二重構造

純粋法学の対象をなす、純粋に理念的な、しかも現実的に存在する法は「法命題」(Rechtssatz) という形式において自らを表示している。ケルゼンの最初の法理論の名著——『国法学の主要問題』——がすでに法命題の理論に基づいて展開された。ケルゼンによれば、当為の法則性である法の特殊な法則性は、法命題において表現される。これは自然法則性に厳密に対立する。自然法則性は存在の法則性として必然的に因果法則の形式において定式化されるものである。この立場から考えれば、法は法学にとって諸々の法命題の体系として現れる。まさにそれゆえに、この法命題の体系が純粋法学の核心問題をなす¹³⁾。

法命題は当為の判断であり、しかも「仮言判断」(hypothetisches Urteil)として表現される。法命題において「制約」(Bedingung)¹⁴⁾となる構成要件(Tatbestand)は「法律効果」(Rechtsfolge)となる構成要件と当為-連関において結合される。他方で、自然法則においては「原因」となる事態が「結果」である事態と因果連関において結合している¹⁵⁾。したがってここでは、1. aならばbすべきである(sollen)。と、2. aならばbである(sein)。という二つの命題形式が厳密に区別されねばならない。前者の命題は法法規則(Rechtsgesetz)の根本形式であり、後者は自然法則の根本形式である。この区別は次のことを意味している。すなわち、法定条件(Rechtsbedingung)〔法律上の効力発生の要件として法律の定める条件〕は法律効果の「原因」ではなく、法律効果は法定条件の「結果」ではない。法律効果は専ら、自然に従ってではなく法に従って、つまり自然必然的ではなく法必然的に、法定条件としての構成要件に対して定立されるのである。「盗みを働く者は、自然法則性の立場からは、必ずしも処罰されないだろう。事実的な出来事の実在性へと向けられた、この観察(Betrachtung)の立場からは、おそらく全く処罰されないであろう。彼はただ処罰されるべきであるにすぎず、すなわち、窃盗という構成要件に対して、刑罰がただ法必然的に結合されるにすぎない」¹⁶⁾。[128]しかしこのことはたとえば、法法規則における構成要件の当為-結合が必然的なものではない、ということの意味しているのではない。当為-結合は、原因と結果の因果的結合に劣らず必然的ではあるが、しかし全く別の仕方においてである。「自然法則は、原因と結果とを一切の例外も許さぬ^{マスト}必然性(Müssen)において結合するが、法法規則もまた要件と効果を当為(Sollen)という劣らぬ厳密さにおいて結合する」¹⁷⁾。諸々の法命題において表現された必然的な当為-連関を体系的な統一として研究することが、純粹法学におけるこれまでの主要課題を成していたのである。

規範的な当為-連関の構造をさらに分析することによって、法命題が必然的に固有の二重構成(Doppelkonstitution)を示すことが明らかとなる。なん

らかの具体的な法命題が、窃盗の構成要件と強制行為（Zwangsakt）が法必然的に結合されるべきだ、ということを決めている場合、この命題はすでに暗黙のうちに、盗むべからずということを決めて規定した第一次規範（primäre Norm）を前提しているのである。この第一次規範もまた疑いもなく純粋な規範である。すなわち、社会的生に参加している人間はこれこれの行動をすべきである、と命じる規範である。その際、実際に今そのように行動したり今後そのように行動するかどうかに関わらず、命じている。この第一次規範は、単刀直入に、それどころかときに無条件にも、特定の行動を個々の人間に命ずる点で、本来の法命題とは区別される。他方、法命題は常に例外なく二つの構成要件を〔法〕条件と法律効果との明確な連関において——仮言的形式において——結合する。それゆえ本来の意味での法命題は必然的な制約（Bedingung）、つまりある特定の第一次規範が法命題に先立っており、ある特定の仕方で遵守されたり違反されたりする、という条件（Bedingung）の下に定式化されている。フェリックス・カウフマンは法命題のこうした二重構造〔あらゆる法命題が第一次規範を前提していること〕をきわめて明快に確証している。その際、彼はとりわけ法命題の論理的な定式化を、専ら、第一次規範が遵守されない場合、つまり違反されるような場合として描き出している。「どんな法命題も二重規範として、第一次規範の当為—主体は第二次規範において示された行動の目標点になる、という仕方で構成されている。『純粋な単純な』法命題は次のように述べる。すなわち、主体 A は明確に或る行動 V1 を行うべきだが、それをしない場合、彼に対し行動 V2 を科すべきである」¹⁸⁾。カウフマンはこのように、法命題を「二重規範」として解明した。このことは、たとえ法命題の定式化を第一規範に「違反」する場合に限定している点には十分な根拠を見出し難いとしても、やはり確証される。というのも、法命題は〔「違反」する場合ではなく〕、第一次規範の遵守が直に第二次規範を構成する条件をなす、という仕方でも表現できるからだ。たとえば、或る法主体が常に法の定めるとおりに行為し行動す

る場合には、その法主体の生活、財産や自由の安全が保障されるべきである、と。[129]

ケルゼンが法命題の構成について語るときも、やはり明らかに、前提された第一次規範が違反される場合をはっきりと念頭に置いている。この典型的な場合、制約的構成要件と法論理的に結び付けられているような、法命題の被制約的構成要件は強制行為、すなわち刑罰と強制執行である¹⁹⁾。第一次規範の違反が、強制を法律効果として携えた第二の規範の構成を制約する場合を、法理論的研究の中心に据えているがゆえに、ケルゼンにとって法は常に「人間行動の主権的〔根源的〕な強制秩序 (soveräne Zwangsordnung)」を意味する²⁰⁾。このように概念を限定することによってはじめて、法命題が、制約的構成要件として第一次規範に反する行動と法律効果としての何らかの構成行為とを当為-連関において結び付けたものだ、ということを理解できる。

さてこのとき、法を、つねにただ強制行為を必須の構成要素として備える諸々の法命題の総体としてのみ把握すべきであるかどうか、また「純粋な」法学はただ法命題およびそれらの体系的な統一についての学問として構築されるべきであるかどうか、ということが問題である。というのも、それに違反することではじめて強制規範としての本来的な法命題の成立を条件づける第一次規範は、日常的な言語使用に抵触することなく、「法」とか「法規」と示された法命題から隔たるものとして特徴づけられうるからである。ケルゼンはこの連関において、本来的な法命題の構成を制約する規範、つまり我々が「第一次」規範と呼んでいたものを、正反対に「第二次規範」と呼んだ。ケルゼンにとって、強制行為を法律効果として必然的に含んでいるような法命題こそが第一次的かつ本来的な法規範であり、他方、こうした強制規範を条件付ける側の規範はただ二次的な、つまり相対的に自立的な法規範なのである。なぜなら、〔強制規範を〕制約する側の規範はただ、強制行為という特殊な最終的な効果が示されてはじめて法規範でありうるからであ

る。例えば、必然的な連関において結合された二つの当為－命題を見よう。「(1) ある者が契約を結ぶとき、その者は契約に則した行動すべきである。(2) しかしその者が契約に則さぬ行動をするとき、その者に対して——契約相手の申し立てによって——強制執行がなされるべきである」。この例では、強制執行を含む後者の規範(2)がケルゼンにとって第一的かつつまり自立的な法規範を意味し、他方、前者の規範(1)はただ第二次法規範を表している²¹⁾。このように〔本考察の呼び方からすると〕転倒した呼称は、ケルゼンの法理論的考察の重心が常に、必然的な法効果として強制行為ともなう本来的な法命題にこそ置かれている、という点では正当なものである。[130]だがそれに対してやはり、より一般的な観点からすればこの重要な関係を逆転させて、規範(1)をこれこそ法規範(die Rechtsnorm)と呼んでもよいだろう。というのも規範(1)は法命題よりもはるかに密接に社会的現存在(Dasein)と連関している。人は日常的な社会的生活においてすでに法命題に先立つ第一の規範に則して行為し、その一方で、間接・直接に「国家機関」(Staatsorgan)の行動が問題になる場合にものみ法命題を考慮する、という仕方でも合法的に行動している。〔このことから〕たしかに、仮言的な法命題のみを法と呼ぶことは、無造作に受け容れられるものではない。

この考察によって必然的に、法の概念はその本質上、二面的である、つまり「法」と呼ばれる形成物が根本的に異なる二つの意味を有している、という極めて重要な確信へと至る。すなわち一面において法は、社会的に生活する個々の人格に対して直接的かつ一般的に「或る特定の仕方で行動すべし」と命ずるような社会規範を意味している。例えば、盗むべからず、とか、契約に則して行動すべし、といった社会的な生活において一般的に命ずるものは、この社会規範のまぎれもない類例である。通常、社会規範は法規(Gesetz)の形で成文化され固定されてはいない。むしろどの立法(Gesetzgebung)もみな社会規範の妥当性(Geltung)をすでに前提している。社会規範はしたがってその究極の根拠を法規のうちにはなく、多かれ少なかれ明瞭に意識

された国民の「法感情」——その最上位の原理は公正さの理念にある——のうち有している。これと正反対に、もう一方の側の法が、本質的に仮言的判断において表現された法命題である。法命題は、純粹法学によって初めて明確に示されたように、典型的な諸々の場合において特殊な当為—連関として現れる規範である。この当為—連関においては、社会規範にそぐわない行動が制約的構成要件として、被制約的構成要件となる強制行為に結び付けられる。だから法命題を構成する制約〔条件〕は典型的には社会規範の違反である。しかしこのことはまた逆に社会規範の遵守が、法命題の構成条件であるとも言える。いずれにせよ法命題は必然的かつ例外なく、何らかの社会規範がもつ第一次的な妥当性を前提している。個別の場合に個々の法命題が、いかなる特定の社会規範をも前提していないように見えるときでさえ、やはりその法命題はなんらかのより一般的な社会規則——例えば、社会秩序を維持すべし、のような——を前提として成り立っている。法命題はこのような社会規範に違反するとき、機能し始め、そしてこのように機能するなかで第一次的かつ本来的に国家機関の強制行為を規定し制御する。法命題は法規の明文化という形で典型的に表現され、かつこの形式において〈国家の機関〉に、だからもちろん最終的には国家そのものに向けられている²²⁾。[131] 法命題は国家機関ないし国家の規範である。その根本原理が直接的に公正さの理念において見出されるのではなく、社会秩序の機械的な維持に、場合によっては社会秩序の復旧において見出されるような規範である。国家の行動の法規範としての法命題はそれゆえ、個々の人格の行動の法規範である社会的規範に対してははっきりと対置される。

ここまでの分析によって、法が本質的な「二重構造」をもつことが示された。その上、法は人間行動の規範化において根本的に異なる二様式へと分けられることが明らかとなった。この規範化の二つの様式はあまりにも異なるために、両者を単純に「法」というひとつの概念で一様に考察することはできない。法命題の総体としての法と、社会規範の総体としての法との間の差

異は、場合によって、社会規範と、習俗 (Sitte) や習律的規則 (Konventionalregel) との間の区別よりもはるかに本質的である。このように重大な法の二重構造が、これまで十分明確には見とおされてこなかったこと、またその結果、法命題と社会規範が常に一様に「法」として表示される習わしだったこと、こうした事実が、法理論における不幸な混乱と論争の果てしない連鎖の出発点をなしている。たとえば、ドイツの統一民法典編纂の必要性をめぐるサヴィニーとティボーの間で持ち上がった有名な論争が、はじめから調停不可能なことは次のように裏付けられる。つまり一方で、それを統一することがドイツ統一にとって必要条件であるとティボーが主張した法と、他方、民族精神による無意識の創造として歴史学派が説明しようとした法とは、二つの根本的に異なる事象——前者は法命題の体系、後者は社会規範の統一——を意味していたのである。

さらに重要なのは、法の二重構造についての我々の理論が、純粋法学をその中心問題、すなわち根本規範の問題において実り多いものに行うことができる、という点である。本考察の第二節では、根本規範の概念が本来的に両義的であること、また法学の認識基盤としての根本規範は、実定法の妥当根拠としての根本規範から厳密に区別されねばならないことが示された。ところで、この第二の意味における根本規範、すなわち実定法秩序の妥当性のため前提である根本規範は、ここで明らかにした社会規範の根本形式に他ならない。[132] 国法的な根本規範「法的權威が命ずるように行動せよ」とか、国際法における根本規範「合意は守らねばならない」が、国法秩序や国際法秩序の妥当性の前提をなしているのは、ただそれらのものだけが基礎的な社会規範として、該当する強制秩序の当為—連関全体の「根本構成要件」を制約し規定しているからである²³⁾。妥当根拠としての根本規範は実定法秩序の領圏の外部にあると判断されねばならない。その理由は、根本規範は強制規範の意味における法規範ではなく、本質的に強制規範全体の妥当性を制約する社会規範だからである。第二の意味における根本規範の本質は、法の二重

構造の透徹した分析によってはじめて原理的な解明にいたる²⁴⁾。

しかし法命題と社会規範の間に横たわる構造上の差異は、すでに幾人もの法学者によってさまざまな文脈において提示され、論じられた²⁵⁾。例えば、ドイツではエールリッヒが〔法〕発生的な立場から著した作品『法社会学の基礎理論』において、「第二秩序としての規範」と「社会的団体の内的秩序」とをきわめて明確に区別した。エールリッヒにしたがえば、社会団体の内的規範は、可能な法形式すべてに第一の根源的な根本形式を意味しており、それは、或る特定の社会団体の内部で営まれる人間の平和な共同生活を統制している²⁶⁾。この根本的な平和秩序が何らかの理由で乱されたり侵害されたりするとき初めて、第二秩序である諸規範の活動が生まれ、開始される。第二秩序としての諸規範は本質的に訴訟の裁決に用いられる²⁷⁾。この第二秩序としての諸規範はしたがってまず最初に「裁判規範」として定式化され、そうしたものとして諸々の法命題の根源的な諸形式をなしているのである²⁸⁾。それゆえ一方で、エールリッヒの意味での「社会的団体の内的秩序」は本考察の意味での社会規範に対応し、他方、エールリッヒの「第二秩序としての諸規範」は根源的な形式における法命題に他ならない。[133]

フランスのデュギーは同じ問題を、實在論的な立場から著された巨大な著作『憲法概説』において、さらに体系的に論じている。ここでデュギーは「規範の規則」と「技術によって構成された規則」との対立を採り上げる²⁹⁾。デュギーによれば、本来の意味における規範的な法規則（Rechtsregel）ないし法規範（Rechtsnorm）は、社会的に生活するどの人間にも、ある種の作為や不作為を命じている³⁰⁾。この固有の意味における法規範は社会的生活を維持するための不可欠の条件であり、そうしたものとして、社会的に生活する人間によって多かれ少なかれはっきりとした意識で重んじられ守られている。しかし法規範がひとたび破られれば、その違反者に対して、社会的集団は全体として、ある種の反作用（Gegenwirkung）を執行する。そしてこのような第一次的法規範の間接的・直接的な執行を確実なものにするために、

諸々の何らかの新しい規則 (Regel) が作り出される。規範的な法規則の尊重と適用を確実なものにするという課題をもつ、この後者の種類の規則をデュギーは「技術的ないし構築的法規則」と名づけた³¹⁾。社会的反作用は通常の場合、規範的法規則の違反者に対する強制として執行されるのだから、この反作用を規定する構築的法規則は必然的に、或る多かれ少なかれ展開した、強制作用 (Zwangsakt) を独占する国家形式 (Staatsform) を前提せざるを得ない。現代国家の立法の大部分は構築的強制規則から成り、ほんのわずかの規範的法規律を含んでいるが、やはり、正式に編み込まれているわけではなく、ただ前提されているだけである³²⁾。現代国家の立法は主に技術的ないし構築的な命令によって組み上げられているが、それは実際には統治者と官吏に向けられている³³⁾。構築的規則とは要するに実定法規の創設であり、他方、本来的な法規範は、社会的に生活する人間の意識状態、つまり社会性と正義の感情のうちに自らの究極の根拠をもつのである³⁴⁾。以上においてデュギーは——結果として実証主義的に偏った説明になっているものの——明快かつ卓越した仕方で法の二重構造を指摘している。

日本では、末弘巖太郎が著作『民法講話』において同じ見解を主張している^{35) 36)}。末弘は次の点を強調する。民法の本質は、それを単純に、社会に生きる個々人の行動規範という意味でとらえた諸々の「社会規範」の総体として考察しようとするなら、決して正しく理解されえない、と。〔実際には〕まったく正反対に、民法の本質とはまさに、それが社会規範にではなく「裁判規範」(gerichtliche Norm) の類型である、という点に存する。民法は裁判違反として、司法機関の行動を規制し、かつ判決のための確固とした基準を司法機関に与えることを目指している。民法はその本質からして国家規範の根本形式であり、そうしたものとして、社会的に生活する個々人の行動を規制する社会規範からは明確に区別される。民法と社会規範の区別を明確にしておくことは、社会正義の新しい理想という立場から出発して、民法の改正の必然性、とくに法の「社会化」(Sozialisierung) の必然性を根拠づけよう

とする場合、とりわけ重要である。民法の「裁判規範」としての特性の範囲内であれば、民事立法が実践的な生のそうした理想に適合する、その可能性に期待してもよいだろう。しかし裁判所が判決を下す際に、法の社会化ないし自由な解釈を極端まで推し進めることは、まさに次の理由で原理的に許すことは出来ない。すなわち、裁判規範と社会規範の境界が完全に破壊され、法的生の安全性と安定性が根本から危険にさらされてしまうからである。だから末弘は、法の二重構造についての理論的解明を、法改正と法解釈という実践的な諸問題において原理的に適用し、それに基づいてラディカルな自由法論に対する彼自身の秀逸な批判を構築したのである。

法の二重構造についてこれまで確認してきたことを踏まえて振り返ってみると、今や次のことが明らかである。純粋法学によるこれまでの法理論的な研究は、依然として、本質的に法の一側面、つまり国家の強制規範の領圏に制限されていた。そしてただ実定法の妥当性の前提としての根本規範をめぐる問題系においてだけ、すでにある程度、社会規範としての法の取り扱いが含まれていたのである。純粋法学がこのように対象領域 (Gebiete) を制限するにはそれなりの必然性がある。なぜなら法は、法命題の総体としてはじめて、社会規範の意味における法と概念上明確に切り離され、余すところなく探求されうるからである。これまで純粋法学ほど、国家の強制秩序としての位相における法の研究を純粋かつ体系的に遂行しえたものはない、ということは偏見ぬきに認めねばならない。純粋法学はこれまで、まさに法のこの〔法命題の総体・強制秩序としての〕契機を入念に研究し抜いたからこそ、法の両側面を混同する危険をまぬかれてきた。だからこそ当然、社会規範の総体としての法について同様の純粋かつ完全な探求を、純粋法学に期待することが許されるだろう。したがって、純粋法学の将来の課題として最後に提示すべき、きわめて重要なものは、社会規範としての法の純粋に精神科学的な探求である。これは一方で、現実的に存在する理念的な精神形成物としての固有の存在領圏において、他方、社会的生活の事実性において実現される

段階においてなされる探求であり、つまりこれまでに述べてきた理念性と事
実性という両存在領域における、社会的規範としての法と国家の強制秩序と
しての法との必然的な連関のいっそう綿密な究明である。

注

- 1) [訳注1] 本翻訳は、尾高朝雄(1899-1956)の独語論文「純粹法学の将来の課題」(Tomoo Otaka, *Künftige Aufgaben der Reinen Rechtslehre*, in: *Gesellschaft, Staat und Recht. Festschrift gewidmet HANS KELSEN zum 50. Geburtstag.*, hrsg. von Alfred Verdross, Verlag von Julius Springer, Wien, 1931, S.106-135.)の後半部(III-V.)である。前半部(I-II.)は『立命館大学人文科学研究紀要』No.101.に掲載された。「現象学的社会科学の先駆者」としての尾高朝雄の略歴と、本邦訳における訳出の基本方針については前半部[訳注1]を参照。注意すべき訳語については、脚注に[訳注]と表記して説明を加えた。表記の無いものは尾高による原注である。
- 2) Hans Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Vorrede zur zweiten Auflage., Scientia Aalen, 1960. S. XVII.
- 3) Hans Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, 1922, S. 75ff. 同じく、*Der Staat als Integration*, 1930, S. 15ff. 同じく、*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Vorrede zur 2. Aufl., 1960. S. XVIII. 同じく、Hans Kelsen, *Der Staat als Integration*, 1930, S. 11ff. 等々。
- 4) Hans Kelsen, *Der Staat als Integration*, 1930, S. 15.
- 5) この問題に関する私の見解は、前述〔前半部脚注26参照〕の、近日公刊予定の拙著にて詳しく論じられる。
- 6) Wilhelm Dilthey, *Ideen über eine beschreibende und zergliedernde Psychologie*, Gesammelte Schriften, Bd. V. B.G. Teubner, 1924, *Einleitung in die Geisteswissenschaften*, 2. Aufl., B.G. Teubner, 1923, S. 38., Gesammelte Schriften, Bd. VII., *Der Aufbau der geschichtlichen Welt in den Geisteswissenschaften*, B.G. Teubner, 1927.
- 7) Kelsen, *Hauptprobleme*, 1960. S. XIX.
- 8) a. a. O., S. XX.
- 9) Kelsen, *Staatsbegriff*, 1922, S. 80.
- 10) Kelsen, *Integration*, 1930, S. 23.
- 11) Dilthey, *Ideen*, Gesammelte Schriften, Bd. V.
- 12) Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1. Aufl., 1922., *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 6. erneut durchgesehene Aufl., J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1985.
- 13) Kelsen, *Hauptprobleme*, 1960. S. VI.

- 14) [訳注 2] 本邦訳の前半部（『純粹法学の将来的課題』（前半））において、訳語の統一を意図して *Bedingung / bedingen* を「条件づけ」・「条件つけている」と訳したが、以下では場合に応じて「制約」・「制約する」と訳する。
- 15) a. a. O., S. VI f.
- 16) Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, S. 48.
- 17) Kelsen, *Hauptprobleme*, 1960. S. VI.
- 18) Felix Kaufmann, *Logik und Rechtswissenschaft, Grundriss eines Systems der reinen Rechtslehre*, Neudruck der Ausgabe Tübingen 1922, Scientia Verlag Aalen, 1966., S. 91.
- 19) Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, S. 48.
- 20) Kelsen, *Staats als Übermensch*, 1926, S. 3.
- 21) Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, S. 51.
- 22) ケルゼンは法命題構造の分析において、制約的構成要件と法律効果との特殊な結合を「帰属」（*Zurechnung*）と呼ぶ。ところで、この帰属の系列を、法律効果の方向、つまり被制約構成要件の方向へ向けて追跡すると、必然的に或る統一的な「終点」に突き当たる。これはその本質からして、いわゆる「国家意思」に他ならない。この必然性は、法命題が根本において国家機関と国家そのものに向けられた規範であるということ、すでに完全に明瞭に示している。Kelsen, *Staatsbegriff*, 1922, S. 71ff., S. 162ff., S. IX f. 同じく、*Allgemeine Staatslehre*, 1925, S. 47ff.
- 23) 同じく、*Allgemeine Staatslehre*, 1925, S. 104. 同じく、Verdross, *Verfassung*, 1926, S. 21ff.
- 24) シュライアーはその精神的な洞察に富んだ著作『法の根本諸概念と根本諸形式』において、実定法秩序の妥当根拠として理解された根本規範と本来的な法命題との関係性を、明瞭かつ詳細に論じている。Fritz Schreier, *Grundberiffe und Grundformen des Rechts: Entwurf einer phänomenologisch begründeten formalen Rechts- und Staatslehre* (Wiener staatswissenschaftliche Studien ; Neue Folge Bd. 4), S. 180. シュライアーが述べたように、根本規範は、仮言命題ではない以上、十分な法命題の形をなさない。むしろ根本規範は、諸々の実定的な法命題の妥当性を問うとき、そこへと遡及すべき究極の源泉である。しかし、根本規範が究極の実定法的構成要件そのものではない限り、こうした根源的な規範〔根本規範〕を「根本構成要件」として表示するのは相応しくない。むしろ根本構成要件をはじめて制約し規定するものこそが根本規範である。
- 25) ここで、法の二重構造の理論についての、教義史的な文献リストを提供することは意図していない。そうした試みは、それ自体として大変興味深くもあるが、本論考の範囲を逸脱してしまうだろう。
- 26) Eugen Ehrlich, *Grundlegung der soziologie des Rechtes*, Duncker & Humblot, 1913, S.

- 20ff.
- 27) a. a. O., S. 101f., S. 121f.
- 28) a. a. O., S. 106, S. 140f.
- 29) Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3 Aufl., Bd. 1, 127.
- 30) a. a. O., S. 106.
- 31) a. a. O., S. 107.
- 32) a. a. O., S. 106-109.
- 33) a. a. O., S. 110.
- 34) a. a. O., S. 115.
- 35) 末弘嚴太郎、東京帝國大学における民法学教授。
- 36) 末弘嚴太郎、戒能通孝改訂、『民法講話』上巻、第9刷、1975、7頁以下。