

# ケルゼンの法秩序段階構造論

山本浩三

- 一 純粹法学
  - 1 純粹法学派
  - 2 純粹法学と法実証主義
- 二 法律の概念
  - 1 ドイツ公法学における二重法律概念
  - 2 ケルゼンの二重法律概念
  - 3 法の動態的考察
- 三 法秩序段階構造論
  - 1 法秩序の構造
  - 2 存在と当為の不一致
  - 3 自主的決定権

#### 四 根本規範

##### 1 根本規範の概念

##### 2 根本規範論の循環論理

### 一 純粹法学

#### 1 純粹法学派

第一次大戦後オーストリアのウィーン大学の教授ハンス・ケルゼン (Hans Kelsen 1881～1973)、『アドルフ・メルクル (Adolf Julius Merkl 1890～1970)』、『アルフレッド・フェアドロス (Alfred Verdross 1890～1980)』を中心として形成された法学者の集団をウィーン学派といい、その学派の指導的役割を果たすのがケルゼンであるが、かれらは法秩序段階論、メルクルの瑕疵考量 (Eherkalkul) 論、根本規範の仮定的性格、フェアドロスの法学的世界像の統一性などによって純粹法学の構築に貢献した。

またケルゼンの初期の学説には友人であったブリュン大学のヴァイル教授 Frantisek (Franz) Weyr (1879～1951) の好意的関与もあった。その他ウィーン学派に属する学者としては、Leonidas Pitarnic, Fritz Sander, Josef Laurenz Kunz, Felix Kaufmann, Fritz Schreier, Julius Kraft, Eric Voegelin, Alf Niels Christian Ross, Margit Kraft-Fuchs, Charles Eisenmann, Leo Gross, Rudolf Aladár Métall, Recasens Siches, Hans Klinghoffer, Luis Leganz y Lacambra, Helen Siving, Hans Mayer の名があげられる。

純粹法学は法の自律性 (Die Eigengesetzlichkeit des Rechts) と法学の自律性 (Die Eigengesetzlichkeit des

Rechtswissenschaft) を目標とし、その認識のメルクマールとして規範主義的実証主義 (Normativistischer Positivismus) 、方法の純粹化の要請 (Das Postulat der Methodenreinheit) 、動態的法概念 (Dynamische Rechtskonzeption) 、法学的相対論 (Juristische Relativitätstheorie) 、根本規範論 (Die Lehre von der Grundnorm) など<sup>(1)</sup>が指摘される。

ケルゼンはずから<sup>(2)</sup>の学問体系を純粹法学とよび、一九二〇年の「主権の問題と国際法の理論」<sup>(3)</sup>、一九二二年の「社会学的国家概念と法学的国家概念」<sup>(4)</sup>によってその骨格が展開され、一九二五年の「一般国家学」<sup>(5)</sup>、一九三四年の「純粹法学」<sup>(6)</sup>第一版、一九六〇年の同第二版等<sup>(7)</sup>によってその全貌が体系的に説明されている。

ケルゼンは一九七三年に死亡しているが、その遺稿が Kurt Ringhofer と Robert Walter によって編纂され<sup>(8)</sup>、Allgemeine Theorie der Normen<sup>(9)</sup>と題して一九七九年に出版されている。なお Kelsen, Merkl, Verdross の論文が H. Klacatsky, R. Marcic, H. Schambeck によって編集され<sup>(10)</sup>、Die Wiener rechtstheoretische Schule. (以下 WRS と略す) 全三巻として一九六八年に出版されている。ウイン学派の研究の貴重な文献である。

ケルゼンは、「純粹法学は実定法の理論であり、法学を一切の異質的な分子から解放しようとする。それは純粹法学の方法論上の根本原則である」といい、つぎのように説明する<sup>(11)</sup>。

「純粹法学は、法規範の意欲や表象ではなくて、意欲又は表象された意味内容としての法規範を対象とするのである。法を規範として規定し、法学を規範の認識に限定することによって、法は自然から限界され、規範科学としての法学は自然的生起の因果法則的説明を目的とする他の一切の科学から限界される」。

「純粹法学は自然と精神を分離するところの境界を求めめるものである。法学は精神科学であって、自然科学ではない。自然と精神の対立が実在と価値、存在と当為、因果法則と規範の対立と一致するか、精神の領域は、価値、当為、

規範の範囲よりも広くはないかということについては争うこともできよう。しかし、法が規範として精神的實在であり、自然的實在でないことについては否定することができないであろう」。

「自然法則が原因として一定の事実の結果として他の事実を結合するように、法の規則は法律要件に法律効果（すなわち、いわゆる不法効果）を結合する。前者において、事実を結合する様式が因果関係であるとすれば、後者においては帰属関係（Zurechnung）である。」

この帰属概念は法の特殊法則性として純粋法学によって認識されたものである」。

このように、帰属概念は一般に法律要件と法律効果の形式的結合を意味し純粋當為関係として、明白に因果関係から区別されるのである。

法を自然と区別したと同様に、他の精神的現象に対しても、他の種類の規範に対しても区別するべきである。

このように純粋法学は自然科学的・心理主義的立場からの純粋であり、倫理的・政治的立場からの純粋であり、形而上学からの純粋であり、自然法からの純粋である。純粋法学は実定法を評価することを排斥し、実定法をその本質に従って把握し、その構造を分析することによって理解することとする。そして現存の社会秩序を是認または否認するイデオロギーを排除する。この中立的な立場によって、ナチスが権力を掌握するのを阻止せず圧制への道をひらいたのであると、第二次大戦後ケルゼンが批判されることになるのである。

## 2 純粋法学と法実証主義

純粋法学は実証主義的な法律理論であるといわれている。

実証主義とは、近代資本主義生産が仮説と検証、理論と実験という実証的な操作による自然科学的方法に基づき発展

してきたのに影響を受け、社会現象の探求において認識の対象を実証的経験的所与に限定し、経験と観察を主として、人間的、社会的諸事象を考察する思考態度であり、一九世紀にフランスのサン・シモン、オーギュスト・コントラによってその基礎が確立されたものである。

資本主義社会は、社会統制の手段としての、予測可能な機能をもつ実定法を必要とし、これを、社会学的、心理学的方法をも駆使して、論理的分析的に考察対象とするのが法実証主義である。

加藤新平教授は「漠然と法実証主義とよばれるものは、実はかなり多様なものを含む扱い難い観念であつて法学者の説く所にも相当のズレがある」といい、その基本特徴としてつぎのことを指摘している。<sup>(7)</sup>

「認識の対象を専ら実証的経験的所与に限定し、経験を越えた形而上学的のもの（事物の隠れた本質、究極の原因や理念等）によつて経験世界を基礎づけたり方向づけたりしようとする一切の試みを否定する反形而上学的、実証主義的思考態度である」。

ドイツ公法学の法実証主義的体系化は、ゲルバー（Carl Friedrich Wilhelm von Gerber 1823-1891）によつて始められ、その方向性はラーバントラによつて継承された。かれらは従来の無自覚的な方法的混交を批判し、その法律学的、形式主義的方向への純化によつて法解釈学としての科学性を確立しようとしたのである。<sup>(8)</sup>

ベッケンヘルデは、この公法的または国法の実証主義（*Staatsrechtlicher Positivismus*）に ついてつぎのように言う。<sup>(9)</sup>

それは国家理論、哲学、歴史、社会学に対する客観的な孤立化そして国法の論理的形式的処理方法によつて特徴づけられる。

事実に即した国法学（*sachbezogene Staatslehre*）は、国家の全体像、その自然、その目的そして使命を研究し、そ

してその学説を多少とも特徴のはっきりした国家理論的、哲学的、社会学的、歴史的考慮の基礎の上に進化させる。政治的かつ国家的考察に代わってゲルバーの主張するように法的構成 (juristische Konstruktion) が行われねばならない。なぜならば、法的なもの (Rechtliche) は、法的なものからのみ認識されうるからである。

法学は、国家理論、哲学、歴史、社会学との結合を切り離す。法はその社会的かつ目的論的関連から開放される。ラーバント (Paul Laband) はつぎのようにいう。<sup>(10)</sup>

「新しく生じている公法的関係の分析が問題であり、その法的性質の確認、そして一般的法概念を見つけ出すことが問題である」。

「すべての具体的法形成は独特にただ一般的概念の事実上の適用と結合に理解される」。

国法学はこの仕方で純粹規範学となる。その素材は一定の法規範 (実定法) であり、それは分類され、体系づけられる。そして一般的法概念の下に包括される。

バンデクテンのようにそれは「効力のある法は論理的体系化される」という思考に支配される。ケルゼンは後にこの方法的発端 (Ansatz) から結論だけを引き出したのである、とベッケンヘルデはいう。<sup>(11)</sup>

ケルゼンは、このドイツの「一般法学」とよばれる実証主義的基盤にたちつつ、さらにこれを方法的に洗練し、規範論理主義的に純化している。たとえば法学のうちから二元的法概念すなわち、客観法と主観法、公法と私法、そして国家と法の二元的対立を排除している。

ケルゼンはこのドイツ国法学的実証主義の後継者とみなされることがあるが、宮沢教授はこれは正しくないとし、「ケルゼンの意図したところは、いうまでもなく、法の科学的認識にあるので、いわゆる法のドグマチクではない。後者はもっぱら法の解釈をこととする」という。<sup>(12)</sup>

第二次大戦後ケルゼンの学説は英米法学界にも大きな影響を与え支持者も輩出している。

Vinxはケルゼンの実証主義をつぎのように評価している。<sup>13)</sup>

かれは現代の法実証主義は実体的水準においては、法の実証主義的概念の正確な性質にかんしては不一致はない。法学理論としての法実証主義の方法論的現状 (methodological status) については一致していない、といい、実証主義を三つの異なった現代のパラダイム、方法論的実証主義、政治的実証主義、*Rechts* 的実証主義に分けて概観している。<sup>14)</sup>

ケルゼンは方法論的実証主義に属し、それは、理論を記述的社会科学と同質にし、法の存在を社会事実の問題として取り扱う。それはいかなる道徳的基準もその合法性の基準の中に合体させないという。

ケルゼンは、純粹理論を「法学を真正な科学の地位まで上げることのできる唯一の法の理論である」というが、ケルゼンの宣言した野心と確信の多くは方法論的実証主義のパラダイムに入るに適していると思われる。純粹理論は法の一般理論を与えることを目的にしている。すべての法律体系によって分有された本質的特徴を指摘するものである。それはなんらかの法律秩序の解釈ではない。ケルゼンは「いかなる内容も法となりうる。そして法は社会的コントロールの技術以外のなものでもない」という。

Vinxはケルゼンの純粹理論は方法論的実証主義の形態であらねばならない。そしてそれに一種の社会的事実として理解することをこころみるものである、という。

つぎに、ケルゼンの学説は新カント学派の影響を受けているといわれる。

加藤新平教授はケルゼンの学説が新カント派的な「ザインとゾルレン峻別論つまり実在界における因果的考察方法と規範論理主義考察方法との峻別のような哲学的主張に基礎づけられている」というが、ケルゼン自身もつぎのように認めている。<sup>16)</sup>

『主要問題』の出発点は存在と当為の基本的な対立である。この対立はカントが、理論的理性に対する実践理性の、現実に対する価値の、自然に対する倫理の独立性を基礎づけようとして、いはば発見したものである。私はヴィンデルバントとジンメルのカント解釈に従いつつ、法学が規定する法の固有法則性を当為 (SOLLEN) としてとらえ、これを『社会的』認識の対象たる社会的存在 (SEIN) と対置し、当為の判断である規範を自然法則に、規範たる命題を社会学を特色づける因果法則と対置したのであった。

- (1) Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*. Studienausgabe der I Auflage. 1934 S. xxx. (以下 R. RL I と略す)。Studienausgabe は二〇〇八年に Mithras Jestaedt によって編纂され、かれの詳細な Einführung がある。
- (2) 黒田寛「私の中のケルゼン」(鶴岡・長尾編「ハンス・ケルゼン」所収) 一六六頁。  
黒田教授はわが国にケルゼン学説を紹介された功労者の一人で、すでに大正年間の法学論叢一二巻一号に「ウイン法理学派概観」の中でケルゼン学説を紹介され、ついで「ケルゼンの学説より見たる形式的法律と実質的法律」「法律段階説と自然法」等の論文を発表されており、「自然法論と法実証主義の哲学的基礎」などの翻訳もある。純粋法学第二版の巻末の Metath の編纂した文献集の中には黒田教授の名前も出ている。
- (3) Allgemeine Staatslehre は一九三六年、清宮四郎教授によって「一般国家学」として訳書が出版され、一九七〇年に改訂版が出されている。この本はストックホルム大学の Anders Wedberg 教授によって「General theory of law and state」と題して英訳され、一九四九年 Harvard University Press より公刊され、ケルゼン学説の英語文化圏での普及に貢献している。尾吹善人教授はこの訳書がパキスタンやローデシアの裁判所で援用されていることを紹介されている。尾吹善人「ケルゼンにおける理論と実践」(鶴岡・長尾編「ハンス・ケルゼン」所収) 一四二頁。
- (4) *Reine Rechtslehre* の第二版は一九三四年に出版された。日本語訳は一九三五年に横田喜三郎教授によって出版され、戦後版も出ている。原書は二〇〇八年に Studienausgabe が出版されている。仏語訳は Henri Thievenaz によって一九五三年に出版されている。  
第三版改訂増補版(以下 R. RL II と略す) は一九六〇年に出版されている。邦語訳はまだ出ていない。仏語訳はケルゼンの直弟子である Charles Eisenmann が一九六二年に出版している。英語訳は一九六七年に Max Knight によって行われ、University of California Press から出版されている。
- (5) これは法の純粋理論を規範の一般理論に発展させたものであると評価されている。この英訳は Michael Hartney によって「General theory of



norms」と題して一九九一年出版されている。

- (6) R. J.L. S.15-34. 横田訳一一頁―四二頁。
- (7) 加藤新平「法哲学概論」二四八頁以下。
- (8) 手島孝「ケルゼニズム考」二八九頁以下。
- (9) Ernst-Wolfgang Bockenforde "Gesetz und gesetzgebende Gewalt, von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus. Zweite Aufl. S.211 ff. (以下 Bockenforde, Gesetz 略す。)"。
- (10) Plaband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 3. Aufl., Vorwort zur 1. Aufl., S.vi.
- (11) Bockenforde, Gesetz, S.212.
- (12) 宮沢俊義「法および法学と政治」(公法の原理所収) 一一〇頁。  
横田教授は「純粹法学は批判的実証主義 (kritischer Positivismus) であるという。批判的というのは、カント哲学を批判哲学というのと同じ意義で、実定法の基礎を批判的思弁によって明らかにし、その限界を自覚したものである」という(横田喜三郎『純粹法学論集I』五頁)。  
カール・シュミットは純粹法学は自己破壊的な法実証主義の縮図 (epitome) と酷評し、ヘルマン・ヘラーもケルゼンを「国家無き国家論、法無き法学論」と痛烈に批判するが、合法性の尊重、民主主義、そして社会主義等の多くの政治的価値を分有するのでその攻撃は実体的よりも方法的であるとこわれている。David Dyzenhaus, Legality and Legitimacy p.104-106.
- (13) Lars Vinx Hans Kelsen's pure theory of law. Legality and legitimacy. p.3-15.  
L. Vinx はトロント大学で David Dyzenhaus の指導を受け二〇〇五年に PH.D を取得した新進のケルゼン研究者である。
- (14) ジョゼフ・ラズ (Joseph Raz) はオックスフォード大学の法哲学の教授で、ケルゼンについての論文もある。訳書には深田三徳編「権威としての法」、森際康友編「自由と権利」がある。
- (15) 加藤「前掲書」二五〇頁。
- (16) ハンス・ケルゼン「国法学の主要問題」第二版序文「法学論」森田・長尾訳所収) 一六一頁。

## 二 法律の概念

### 1 ドイツ公法学における二重法律概念

二重法律概念とは、法律 (Gesetz) を形式的法律と実質的法律に区分し、とくに実質的法律概念の必要性、その適用、その内容等を論述するものである。実質的法律は法規 (Rechtsatz) とよばれることがあるが、Rechtsatz はより広義に使用される場合もある。

ドイツ公法学における二重法律概念を学説史的に詳論したものとしてベッケンヘルデの「法律と立法権」があり、「ドイツ国法学の最初から国法の実証主義の全盛まで」のドイツの法律概念を展望している。

ベッケンヘルデは、実質法律概念説には二つの変形 (Varianten) があると言い、これを法主体の意思領域の境界説 (Der Rechtsatz als Abgrenzung der Willenssphären der Rechtsobjekte) と抽象的 (一般的) 法令令説 (Der Rechtsatz als abstrakte (generelle) rechtliche Anordnung) と国民の自由と所有の侵害説 (Der Rechtsatz als Eingriff in Freiheit und Eigentum der Staatsbürger) に分類している。<sup>1)</sup>

#### (一) 憲法 (予算) 争議と二重法律概念

ドイツにおいて実証的に公法学を体系化したのはカール・フリードリッヒ・フォン・ゲルバーであり、かれの「一八五二年の公権論 (Über öffentliche Rechte) 一八六五年のドイツ憲法大綱 (Grundzüge des deutschen Staatsrechts) は画期的な著作であると評価されている。

パウル・ラーバント (Paul Laband) はゲルバーの遺言執行人と称せられ、ゲルバーの科学的方法を継承し、ドイツ

公法学の確立に貢献した。ラーバントははじめ法史学者であったがドイツ帝国憲法の制定後、公法とくに憲法の研究に研鑽し「ドイツ帝国国法」(Das Staatsrecht des deutschen Reichs) 全四巻はじめ多くの業績を残している。

ラーバントがプロイセンの憲法争議に関連して一八七一年「プロイセン憲法の規定による財政法」(Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der preuss. Verfassungsurkunde) を公刊し、実質的法律概念から出発して形式的法律概念の不可避性を論じてから、ストックマール (Stockmar) によつてすでに主張されていた二重法律概念がドイツ公法学の支配的学説となつたのである。<sup>②</sup>

プロイセンの憲法争議とは、一八六二年から一八六六年にわたる憲法論争である。プロイセンのビスマルク政府はオーストリア、フランスに対抗し、武力によりドイツを統一するために軍備拡張を計画し、予算案を下院(第二院)に提出したが、下院はこれを可決しなかつた。そこで政府は一八六二年から一八六六年まで予算の法律的基础を欠いたまま軍備拡張政策をとり、オーストリアとの戦争に大勝すると下院と和解し、一八六六年九月一四日の免責法(Indemnitätsgesetz) が制定され、その間の行政が法律的に確定せられ、適時に公布された予算にもとづいておこなわれたかのごとくとりあつかわれたのである。

一八五〇年一月三二日のプロイセン憲法第九九条は、「国のすべての歳入と歳出は、毎年あらかじめ見積り、国家予算に計上されねばならない。予算は毎年法律によつて確定されねばならない」と規定していた。一方、憲法第六二条は「立法権は国王と両院によつて共同に行使される。国王と両院の一致がすべての法律に必要である。財政法案と予算は先に第二院に提出されねばならない。予算は第一院によつて全体として承認されるか否認される。」と規定していた。

ラーバントは法律には実質的意義の法律と形式的意義の法律があり、実質的法律とは「人間の社会共同生活によつて命じられた個々人の行動の自然的自由の制約と限界を定める法」であり、形式的法律とは、「議會と国王の合意により

成立する法」であるとする。そして実質的法律は形式的法律によって制定されることが要請されるという。

ラーバントによると、国家が権利主体であることは、当然のことであるが、国家意思の実行を職分とする国家機関は権利主体となりえず、したがって法が単に個々の機関あるいは機関相互間の内部組織に止まる場合には実質的法律ではなく、行政命令、行政処分と解されるとし、予算法を実質的法律ではなく、プロイセン憲法争議上決定的な結論「予算法なき場合といえども適法に財政を遂行することができる」と結論つけたのである。<sup>(3)</sup>

ラーバントによると、ひとつの規律 (Regel) は法内容 (Rechtshalt) をもつとき、すなわち、それがなんらかの関係において個人又は国家共同体の法領域 (Rechtssphäre) に触れるときにのみ実質的意義の法律とよばれることができる。

この観点から見るととき、予算はひとつの計算であり、将来において予想される収入・支出に関する見積り (Voranschlag) であり、通常の人らの法規を含まず、したがって実質的意義の法律でないことは明瞭であると、ラーバントは主張する。

## (2) ラーバントの二重法律概念

ラーバントの二重法律概念を概説する。<sup>(4)</sup>

法律という言葉は法学においては二重の意味をもっている。それは実質的と形式的とよぶことができる。実質的意義において法律は法規 (Rechtssatz) の法拘束力のある命令 (rechtsverbindliche Anordnung) である。

法規を作成するのが実質的意味の法律概念であり、この法規は一般規範 (allgemeine Regel) を含んでいない。

法律は法規範の命令である。それゆえ、たんに法規が表現されるだけでは十分ではなく、それは義務づけるものであることが宣言されねばならない。法律において露出している意思はつねに命令 (Befehl) であり、そしてそれは法律の

中に含まれている法規は遵守されねばならないということである。

それゆえ、すべての法律の中に二重の構成要素が区別される。そしてそれは法律の中に表現された法規範 (Rechtsregel) と法拘束力をもったその賦与 (Ausstattung) 換言すれば法律内容と法律命令である。

君主は不分割かつ不可分の国家権力の唯一の保持者として単独で国の法律を發布することができる。すなわち、国家の命令をその遵法者に与えることができる。しかし法律の内容の決定は君主に専属せず、国民代表がむしろ政府と内容を協定しなければならない。

国家の高権又は国家権力は法律内容の制作の中にはなく、法律の妥当の裁可の中に現れる。言葉の国法的意味における立法は、ただ裁可だけである。

立憲君主制国家において、国民代表は、法律内容の確定のみならず、法律命令の發布に関与する。法律の發布は君主と国会の全体的行為 (Gesamtakte) である。そしてこの国家の機関が臣民に法律命令を發布するという見解は拒否されるべきである。その見解は国家の有機体における国民代表の地位の誤解にもとづくものである。国民代表はつねに意志を表明することを決定することだけができ、決して行動することもそれゆえ又決して命令することもできない。

実質的意義の法律と形式的意義の法律は、相互に種類 (Gattung) と様式 (Art)、広義と狭義、上位と下位の関係にあるのではなく、二つの全く異なった概念で、おのおのの異なったメルクマールで決定され、一方は内容により、他方は意思表示の形式によって決定される。

形式的意義の法律は、国家の意思行為 (Willensakt) であり、一定の莊重な仕方<sup>(5)</sup>で実現されそして表明される。

法律の実質的作用はその内容によって決定される。法律は法的命令 (Rechtsvorschrift) を含んでいるとき、それはつぎのような意味をもつのである。そしてその意味が総じて法に適しているのである。すなわち、「人間の社交的共同

生活によって、命じられた、個々人の行動の自然的な自由の制約と限界を定めること」。<sup>(6)</sup>

ベッケンヘルデはラーバントのすべての理論と区別のアルキメデス点は法規概念であるという。そしてラーバントの法規概念はかれの法概念に基づいている。法規はラーバントにとっては法そのものの命題 (Satz) である、という。

ラーバントは法につきのような任務と責任を負わせている。<sup>(7)</sup>

「人間の社会的共同生活によって命じられた個々人の自然的な行動の自由の制約 (Schränken) と限界 (Grenzen) を定めること。それは対立し合う個々の主体の権能と義務の限界を定めること」。それはその本質によってそれらが相互に衝突することができる多数の意志の担い手 (Willensträger) を前提とする。

ラーバントにとっては、国家は、多くの自発的構成員人格が法的に秩序正しい仕方で構成するギールケのような全人格 (Gesamtpersonlichkeit) ではなくて、孤立し義務を負わずにその他の法人格のそばに歩み寄るそれ自体閉鎖的な個体である。

そしてベッケンヘルデは国法学における実証主義の典型的な代表者としてラーバントをつぎのように評価する。<sup>(8)</sup>

「国家法の純粋に建設的かつ教義的 (dogmatisch) な論及、理性法とパンデクテン法の概念の使用、それは一般的法概念について説明されている、国家法その哲学的かつ理論的基礎からの隔離、国家的現実関係の無視そして国家生活の内在的秩序問題の回避、ようするに法学的「形式的方法の特徴 (Kennzeichen) のすべては完璧な仕方ではラーバントにおいて見出される」。

## 2 ケルゼンの二重法律概念

ケルゼンは一九一一年に大著「国法学の主要問題」(Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Entwickelt aus der Lehre

vom Rechtssatz) を公刊している。その出版の意図は「一般国法学の重要な諸領域を、方法論的基礎の再検討に基づいて考察しようとするところにある。その基礎をなす体系は、法命題 (Rechtssatz) を法学的理論構成の中心概念とし、個々の諸問題をこの法命題の特殊な定式化として解決しようとする思想の所産である」という。<sup>(9)(10)</sup>

長尾教授はこの著書をつぎのように評価する。<sup>(11)</sup>

「これは、法学士の頭の中から出て来そうもないような、そして普通の法学者には仲々理解され難いような作品であり、数学・物理学に天分があり、カントやマツハの認識論に第一次的関心を有したケルゼンならではの作品である。それは国家概念を含む法人格の概念の認識論的批判と自然科学における自然法則の概念との類比によって、法命題 (Rechtssatz) の概念を基礎として法理論を合理的に再構成しようとする試みである」。

この書物が出版されたとき、あまり評判が良くなかずかに Franz Weyr や Oscar Ewald から少数の学者がこれを好意的に批判していた。カール・シュミットもその内の一人で、「社会科学的方法と法学的方法、因果的考察方法と規範学的考察方法の対立を印象深い一貫性を持って明らかにし、形式的な法的概念構成に実体的な目的の要因をもちこむことは方法論的誤謬の最たるものであると強調している」と評価する。<sup>(12)</sup>

黒田覚教授は「国法学の主要問題」におけるケルゼンの二重法律概念を説明し、その法律観の変化をつぎのように記述している。<sup>(13)</sup>

二重法律概念の通説は二つのドグマから成立している。その一つは法律の形式は法規 (Rechtssatz) を表現しない内容を有しようとのドグマ、その二は行政 (Verwaltung) の形式もまた法規をその内容として有しようとのドグマである。

ケルゼンは「すべての実質的意義における法律は同時に形式的意義における法律であらねばならない、しかしながら

反対に、形式的意義における法律と実質的意義における法律との不一致は、形式的意義における法律が法規以外のものをその内容として有しうる限り、存するのである」という<sup>(14)</sup>。

ケルゼンは第一のドグマはみとめるが、「立法が国家意思の唯一かつ絶対的淵源とみられねばならぬ。また法律の段階において国家意思がすでに完成しているとのドグマ」に立ち、第二のドグマ「命令の形式も法規をその内容としうる」を排斥する。

ケルゼンはいかれの方法的純化作用よってモンテスキューの三権分立主義の原則からそれが本来具有する政治的色彩を離脱せしめ、これを純粋法学的なものとして解せんとし、立法と執行との対立の絶対性を主張せんとしたのである。

ケルゼンの学説は、一種の行きづまりにまで到達していたのであり、なんらかの方法によって、これが展開を試みることを必要とされたのであった。

ここにおいて、ケルゼンの採った方法はメルクルの法段階説の継承なのである、と黒田教授は結論する。<sup>(15)</sup>

ケルゼンは一九一三年に「オーストリア憲法の特別の考察を伴う形式的意義と実質的意義の法律」という論文を発表している。<sup>(16)</sup>

ケルゼンは二重法律概念を使用してつぎのように説明する。

「これまで法律はつねに拘束力あるすなわち権利義務創設または法規 (Rechtssatz) を公式化する権限ある国家官庁の規則 (Vorschrift) の意味をもち、その発布の特別の形式は考慮されなかったが、立憲主義の確立後、法生産権は君主だけではなく、国民にも君主と共同で行使され、根源的に純粋な実質的法律概念と並んで形式的意味での概念が類別されねばならないと国法論で信じられるようになった。形式的法律概念は国会の議決とそれに続く君主の裁可と公布があったものだけに名づける」。



しかし「執行府の首長としての君主そしてその管轄に属する官庁が行政の形式において一定の範囲において法規すなわち実質的意味の法律をあたえることができる」とする見解は、純粹立憲主義の基本思想に決して対応しない。また憲法の本文特に一八六七年のオーストリア憲法にも表現されていない。

「厳格な憲法理論によると、法生産権力は、国会と君主との協同によって成立する形式に結びついている。この方法で生産されないものは法律の名に値しない、そしてこの方法によって、法 (Recht)、法規そしてそれによって権利義務は創造されうる。立憲主義原理はすべての実質的法律が形式的法律であることを要求する」。

ケルゼンはつぎの文章で論文を終わっている。「オーストリア憲法は、つぎの完全な実現である。すなわち、すべての実質的法律は形式的法律であらねばならない。形式的法律において執行府への委任が表明されている場合をのぞいて。そして法的構成に対するそのような委任の意味が認められるかぎり、オーストリア憲法もまた法規の不可避的形式は法律である (Die notwendige Form des Rechtssatzes das Gesetz ist)」というドグマの例示に奉仕するのである」。

### 3 法の動態的考察

「国法学の主要問題」においては、ケルゼンは、立法が、国家意思の唯一かつ絶対的淵源と見られねばならない、また法律の段階において法 (国家意思) がすでに完成しているというドグマに立っていた。しかしメルクルの段階説を承継することによって法秩序は法内在的法則によって変化をうける自動的統一体系として把握することができる<sup>17)</sup>と考へようになったのである。

高橋教授はケルゼンのこの静態的考察から動態的考察への推移をつぎのように表現する。

「最初『主要問題』では法思惟の《統一》は法規に求められていた。しかし一切の法現象がそこへと還元される『法規』

の統一とは実は全体的統一という意味ではなく、単一性という意味での統一である。

これに対して、動態的考察を行うに至ったケルゼンは、法思维の統一を今度は根本規範の『統一』にもとめた。根本規範の『統一』は同時に『全体』の法秩序の統一を意味する。

「動態的原理としての根本規範は形式的な垂直段階を授權連関の規則をもつて統一する全体的法秩序の基礎であるのに対して、靜態的原理としての法規は、かかる形式的全体秩序を水平に切断するときに各段階の内部に現れうる帰属関係として、法秩序内にあつて、法規範たる性質を保持する最小の単位である」。

ケルゼンはこの思考の推移を「国法学の主要問題」第二版序文においてつぎのように記述している。<sup>18)</sup>

「法の純粹理論が最初『主要問題』において着想されて以後蒙つた重要な変化は、同書が基本的に唯一の方法とみなしていた靜態的な法認識を補充するものとして動態的考察を付加したことである」。

「一般的規範と個別的規範を靜態的に、後者が前者に、いわばくるみの果が殻に入っているような仕方含まれていくというように考えて、体系を一元化しようとする訳にはいくまい。なぜならば個別的規範の内容は、前提上当然に一般規範の内容にふくまれない多くのものを含むはずだからである。したがってここに動態的觀點を持ち込まざるをえないのは明らかである。すなわち、もとめられてきた統一性は、法創造のルールの統一性でしかありえないのである。こうして法創造自体が法命題の内容たる法的事象と考えられざるをえなくなる」。

「たしかに法は自己の内容を拡充する法創造をも自ら規制の対象となしうる。いな、法創造過程を自ら規律しうるからこそ法の特徴だということさえできる。しかしなお看過すべきでないのは、最初の法規範の創造を規律するそれ以上上位の法規範は論理上ありえないということである。それゆえ、他の法規範を成立させる法創造のルール、全体系の統一性を基礎づける至高のルールとして根本規範(Grundnorm)が存在せざるをえない。この根本規範はとうぜん法規

範として設定 (setzen) されたものではなく、前提 (voraussetzen) されたもので、この根本規範の創造は法体系外の事象としてみなすべきものである」。

ケルゼンの「オーストリア憲法におけるライヒ法とラント法 (Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung)」(一九一四年)は、根本規範の概念を、法規範の統一性を基礎づける前提として明示した。ただし、のちに展開した「法論理的意味の憲法」としての根本規範と実定法的意味の憲法との区別はなされていない。根本規範は法論理的意味での憲法であるという思想は、アルフレッド・フェアドロスの一九一六年の論文において発展をみただものである。同論文は、それを自然科学における仮説との類比において、実定法という素材に関する仮説だとしている。

レオニダス・ピタミックも「法学の思考経済的諸問題」(一九一八年)において、法学的認識の内容としての根本規範の内容に立ち入っている。

しかし法秩序が法規範生成の秩序 (ein genetisches System) であることを認識し、法秩序を憲法から法律、命令その他の中間段階を経て個々の執行行為へと段階的に具体化するものとして描いたのは、アドルフ・メルクルの功績である。かれは一連の著作において、この法段階説、法動態論をもって、法 (Recht) は、一般的法律の中にのみ存在するという、なお「主要問題」が固守していた先入観に挑戦し、立法と執行、法創造と法適用、一般規範と個別規範、抽象規範と具体的規範という、絶対的にまで固定されていた対立を相対化したのである。「私は、メルクルとフェアドロスの業績を基礎として、のちの著作において、この法段階説を法の純粹理論の体系の本質的要素にとりいれたのであった」とケルゼンはいう。

ケルゼンは一九二五年の「一般国家学」の中でも同じくつぎのように述べている。<sup>19)</sup>

「法創設の全過程は段階的に増大していく。法の個別化および具体化の系列として現れる。法は決して普通に想定さ

れるように法律の形式においてのみ、一範的規範の段階においてのみ与えられてはいない。『法律』は法秩序の唯一の段階でも、最高の段階でもない。これは近時のもっとも功績の多い一理論が、初めて法秩序の段階的構造という重要な認識と同時に確認したことである(メルクル)』。

- (1) Bockenförde, Gesetz, S.226 ff.この本は二重法律概念と Albert Haenelらのその批判そして Otto Mayerの統合論まで紹介する。残念ながらワイマール憲法下の法律概念論争には言及していない。一九二七年、一九二八年の公法学会での論争は個別に研究しなければならない。たとえば Hermann Heller の「Der Begriff des Gesetzes in Der Reichsverfassung」はかれの Gesammelte Schriften, Zweiter Band S.205 ff. (1971) に収録されている。
- (2) 宮沢俊義教授は「法規は全く歴史的、習俗的概念である。他の言葉でいえば、それは全く法律史的概念である」という。そしてトーマ(Thomas)のこの言葉を援用する。『法規』概念を理論的、論理的、哲学的に構成しようと考えるほど誤れるものはない。この誤りが有力な公法学者を無益な論争に陥れた。法規概念は歴史的、習俗的にそして単に記述的(ベンシュライバント)に定義せらるべきものである。宮沢俊義「立法・行政両機関の間の権限分配の原理」(憲法の原理)所収 一七〇頁以下。
- (3) 田上稜治「憲法における法律の意義」(法律による行政)所収 一五頁。
- (4) Laband, "Das Staatsrecht des deutschen Reichs", 2Bd. S.1 ff.
- (5) Laband, a.a.O., S.64. ラーバントはこの頁の脚注で「一七八九年のフランスの「人権および市民権宣言」第六条の「法律は一般意志の表明である」とポルタリスの「法律は共通の利益の対象についての主権者の厳肅な宣言である」を引用している。
- (6) Laband, a.a.O., S.73.
- (7) Bockenförde, Gesetz, S.233.
- (8) Bockenförde, Gesetz, S.240.
- (9) ケルゼン前掲書「法学論」一四五頁
- (10) この本は一九三五年―一九三七年に「世界大思想全集」の一巻として「国法学の主要問題」と題し翻訳出版されている。翻訳者は上巻は巖山芳郎氏であり、中巻と下巻の一は武井武夫氏である。
- (11) 長尾龍一「ケルゼンの周辺」二六頁。

- (12) 長尾「前掲書」一九六頁。
- (13) 黒田寛「ケルゼンの学説より見たる形式的法律と実質的法律」法学論叢十四卷三九〇頁以下。この論文はケルゼンの「Hauptprobleme」S.xx.1の「Das Gesetz in materiellen und formellen Sinne」を対象とする。
- (14) 黒田「前掲論文」九九頁。
- (15) 黒田「前掲論文」一二三頁。
- (16) Kelsen, Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung. (Die Wiener rechtstheoretische Schule Bd. 2, S. 1533 ff.)
- (17) 高橋広次「ケルゼン法学と構造」二七七頁。
- (18) ケルゼン「法学論」一七〇頁一七四頁。
- (19) ケルゼン「一般国家学」清宮訳三八九頁。

### 三 法秩序段階構造論

#### 1 法秩序の構造

法秩序を段階的に構築しようとする努力はヘネル、ビヤリングらもこころみていたが、かれらの段階説は現実的法的現象の認識の成果であつて法認識論的基礎をもたない点でウイン学派の法的段階説と区別される。

法秩序段階説はウイン学派の根本課題であり、その内容は同一ではないが「単一段階的に法律において法が完成してゐるとするドグマ」(Dogma von einstufigen im Gesetz fertigen Rechte)を排斥し、法律を法秩序の一段階とし、その他の段階の法の存在憲法、命令、個別的法作用等<sup>1</sup>を認識し、これらの段階的連続により、法内容が次第に具体化されると主張することにおいて同一の傾向を持つ<sup>1</sup>。

ケルゼンの段階説はメルクルの段階説を継承するものである。

菅野教授はO・ビュロー、A・ヘネル、E・R・ビヤリングら先駆者とする法段階説の完成者としてアドルフ・メルクルを評価し、かれの段階説を主として「Die Lehre von der Rechtskraft (1925)」によつてつぎのように解説する。<sup>2)</sup>

まず、その図式は一ケの「始原規範と……」から導出される諸規範との二ケの法形式をもち、そこにも既に二つの法形式、制約的の法形式と被制約的のそれ (ein bedingende u. eine bedingte) との分化がみとめられる」。

「このような単純な構造の法体系ですら、かの……論理的構造、比喩的には上位の法現象と下位のそれとの階層……とか段階系列……とか名づけることのできる制約的現象と被制約的現象との二元性……を示す。したがつて階層的構造は法にとつて本質的ということになる」。

「近代国家における諸法形式はただに多様に分化して止まらず、この分化に際して「同時に」多段階化せる……類型的法現象もしくは国家行為の一群から組成されている。始原規範と終局の執行行為との間に通例みられる中間肢群は、憲法、法律、命令、いわゆる私法上の法律行為、公法上の法律行為といった語で表示される」。

「諸法形式中、始原規範は専ら制約者であつてそれ自身被制約者となることがないし、最下位の法規範は逆に専ら他の法形式によつて制約されるのみであつて、他の法形式に対して制約者となることがないが、この両者の中間に位する法諸形式は『制約者であると共に被制約者』である」。

「いわば法世界の極点である必要的法形式は単に制約的か、もしくは単に被制約的であるが、この両極点間に挿入される可能的法形式の方は制約的であると共に被制約的でもある」。

「こうした『ヤヌスの頭に似た二重性格』を有する可能的諸法形式は、法の階層の上限と下限とからの距りによつて相互に区別されうるに止まる」。

純粹法学の發展にたいする段階論へのメルクルの業績はまず、ケルゼンの「国法学の主要問題」第一版で固執されていた偏見の克服である。すなわち一般的法律においてのみ包含される法の相対化、法律と執行の絶対的意味における硬直した矛盾、法生産と法適用、一般的と個別的、抽象的と具体的規範の絶対化における硬直した矛盾のそれぞれの相対化、克服である。

つぎにメルクルのケルゼンに対する影響は、ケルゼンの静態的法理論から動態的法理論に前進するように誘ったことである。ケルゼンは「主要問題」第一版で、法秩序の觀念を休息している一般規範の体系として、同様に、法領域をただ不十分に理解された「法律は法規の総体である」(das Gesetz "der Inbegriff der Rechtsatz, sei) とする見解をもっていたのである。

法秩序は一般のみならず、個別的法行為も包括する。このようにして国家の抽象的意思表示のみならず、又その増大する具体的行為も法性質をもつ。法秩序は一般であるのみならず、個別的法規範も包含しなければならぬ。このような見解が、メルクルの法動態論の段階論によってウイン学派の基礎の一つとなるのである。<sup>(3)</sup>

ケルゼンは法段階説をつぎのように説明する。<sup>(4)</sup>

法は秩序として存在する。秩序としての法すなわち法秩序は法規範の体系である。

「ある規範は一定の方法ですなわち、他の規範によつて定められた方法で生産されたゆえに妥当し、その限りにおいて妥当するから、この後の規範は前の規範の妥当根拠にあたるものである。他の規範の生産 (Erzeugung) を規定する規範とこの規定に従つて生産された規範との関係は上級秩序と下級秩序という空間的図形に表現することができる。法、法秩序は同位に並んでいる法規範の体系ではなくて、法規範の種々の層 (Schichten) から成る段階的秩序 (Stufenordnung) である。一つの規範の生産とその妥当性が他の規範に還元され、最後に根本規範、仮説的根本原則

に帰着する。根本規範が法の生産連関の統一を設立する」。

ここに法の生産連関が生ずる。しかしながら「法の生産連関とは、上級規範が各段階の法定立機関に立法するよう授權する限り、授權連関に他ならない」<sup>(5)</sup>。

「国家作用は法作用である。国家作用は法創設作用＝段階的に進行する規範定立過程である。伝統的学説が、国家の三権力又は三作用としてあげるものは、実定法的形態によつて、とくに、区別して設けられた、法創造過程の相対的静止点であるか、あるいは右以外になんらかの政治的に重要なそれにすぎない。この段階構造は、自己運動における法秩序の統一を基礎づける根本規範に終止している。

根本規範は、まず第一に、法を創設する機関を設定することによつて、法論理の意味における憲法を成す。そのようにして創定された立法者が、立法自体を規制する規範を定立することによつて、次の段階として実定法的意味における憲法が成立する。けれども、「国憲」すなわち、個別国家的法秩序の構成、その統一の基礎づけは、もともと、法論理の意味における憲法と指称される、条定はされない (nicht gesetzten) で、たんに前提された根本規範において存する」<sup>(6)</sup>。

「根本規範はまた国家の同一性の基礎である。憲法の変更が、どんなに重大であつてもそれが憲法改正手続きにより法適合的に行われるならば変更された憲法とともに新国家が誕生するのではない。ただ憲法の変更が、憲法の破壊として行われる時、すなわち、それを有効とみなすためには、旧憲法の基礎を成していた根本規範以外の根本規範を前提としなければならないときにのみ、新国家を語りうる」<sup>(7)</sup>。

つぎにケルゼンは法段階説における上位規範と下位規範との関係についてつぎのように記述する<sup>(8)</sup>。

「根本規範から、実定法的意味における憲法を越えて、法律、命令および個別的法行為へと及ぶ法創設段階の系列は、



存在要件と規範との独特な並行によって特色づけられる。上位段階の規範はその内容の構成部分として下位段階の法の創設として通用すべき要件を画定する。法過程が進行するためには、上位段階の規範によって規定された要件が実際に定立されなければならない。議会の議決が事実上なされ、君主の意思表示、裁判官の判決などが実際に行われ、要するに、下位段階の規範を支担 (ragen) する物理的・心理的行為が定立されなければならない。法創設行為そのものは、上位段階の規範から、法創設要件としてのその特殊な品質 (Qualification) を与えられる。それによって支担された規範は、さらに、より下位の段階の規範創設要件を品質づける。上位段階に対して、要件であるものは、下位段階に対しては規範として現れる。一方において、最上位に位し、理論上前提されているだけで、要件として定立されない根本規範と、個別化された規範がよつてもよつて執行される最後の行為とは、純粹規範（上位に向かつてはもはや要件でないもの）と純粹要件（下部に向かつてはもはや規範でないもの）との両極限である」。

段階構造論の基礎にある疑問は、規範の多元性の統一を基礎づけるのはなにかである。

ケルゼンは「純粹法学」第二版においても同じようにいう。「法のダイナミックな性格においてある規範は、それが一定の、すなわち、他の規範によって決定された仕方で生産されるので、そして生産されるかぎり、妥当するので、後者は前者のために直接的な妥当根拠を意味する。他の規範の生産を規律するものと決定的な仕方で生産された規範との間の関係は、上級の秩序と下級の秩序の空間的図式において描きだされる。生産を規律するものはより高次であり、決定的な仕方では生産されたものは低次の規範である。法秩序は同等に秩序づけられた並列して存在している法規範の体系ではなくて、法規範の異なった階層の段階的構造である。その統一性はつぎの関係によって確立される。すなわち、あ

る他の規範によって生産される規範の妥当性はこの他の規範に依拠し、この他の規範は他のものによって決定される。遡及すると、最終的には、仮定された根本規範につながる。この意味において、仮定された根本規範が、この生産関係

の統一を設立する」。

この見解からケルゼンにとつては法生産と法適用の対立の相対性が見解が生じるのである。<sup>10)</sup>

ケルゼンにとつては、「法適用は同時に法生産であり、両概念は伝統的理論で主張されているように、絶対的対立として叙述されるべきではない。法生産行為と法適用行為を識別することは適切ではない。なぜなら、根本規範の仮定と強制行為の執行の極端な場合を度外視して、すべての法行為は同時により上級の規範の適用であり、この規範によって定められたより下級の規範の生産である。人びとが国家的法秩序をその上に位置する国際法を考慮しないで考察すると、その時は、根本規範は憲法の生産を決定する。その場合それ自体はより高次の規範の適用ではない。しかし憲法の生産は根本規範の適用において生じる。憲法の適用において、立法と慣習によつて一般的規範が生じる。この一般的規範の適用において、裁判所の判決、行政決定により、個別的規範の生産が生じる。ただこの個別的規範の定める強制行為の執行だけは、それを決定する個別規範の適用において生じるもので、それ自体は、規範を生産することはない。法適用は、それゆえ、高次の規範に基づく下級規範の生産であるかまたは規範に定められた強制行為の執行である」。

## 2 存在と当為の不一致

根本規範と存在と当為の不一致および両者の理論的關係は純粋法学の根本的命題であるといわれる。<sup>11)</sup>

「存在と当為の間の論理的区別、そして一方から他方の領域へ、論理的帰結の方法において到達することの不可能性は、純粋法学の本質的立場の一つである。」とケルゼンはいう。<sup>12)</sup>

「だれもつぎのことを否定できない。すなわち、あるものはある―それが存在の事実をもつて書かれる主張は、本質的につぎの主張から区別される。すなわち、あるものはあらねばならない。それは規範をもつて書かれる主張である。そ

してそこから、あるものがあるということから、あるものがあらねばならないということが生じない。同様にあるものがあらねばならないということから、あるものがあるということは生じることができない。

存在と当為の不一致のこの公理の段階構造論に対する意味は明らかである。事実的存在から決して規範的当為が、当為からいかなる存在も発生しえないならば、ある規範<sup>13)</sup>当為の領域に属するものとしての<sup>1)</sup>妥当性はつねにただ他の当為すなわち、他の規範から導き出される。「ある規範の妥当根拠は、他の規範の妥当だけである」。それとともにいわゆる事実の性質 (Natur der Sache) または「事実的なものの規範力」が存在の領域に属するものとして法秩序段階構造論における法源として排除されるのである。

「存在と当為の不一致から論理的には、不可抗的に、実定法秩序の最後かつ最高の妥当根拠についての問題が同時に出てくる。法的段階の体系にとつて、規範の妥当根拠としての *Faktizität* と全法体系が分離することから、最高の妥当根拠のもつばら規範論理的な基礎づけの理論的不可避性が生じる。そのさい、自然法的体系または他の形而上的法的要素、神学上形而上の確証構造のようなものは考察されない。なぜならば、それは、『自然の外』にあるから。物と人間の事実的關係から一定の人間の態度を規制する規範を演繹することは論理的に不可能な探求である。存在から当為へ完結させることは論理的に不可能な探求である」。

ケルゼンは、最高の規範段階の本質を決定する。それはある法秩序における全妥当導出 (*Geltungsherleitung*) の出発点となるものである。ある法体系の最終妥当根拠についての探求は無限に行くことができないので、最高の規範段階は、*仮定 (Annahme)* に依拠しなければならぬ。この最上級の実定法的に定められた規範の上に位置する妥当根拠は、そのために仮定されるこの最終的、最高の規範段階の生産根拠と妥当根拠は、もはやより高次の規範から派生されえないので、ケルゼンはこの最高の規範を根本規範として特色づけている。

### 3 自主的決定権

ベーレントはケルゼンの段階論において問題となるのは1根本規範 2当為と存在の不一致 3自主的決定権 (autonome Determinante) であること<sup>(14)</sup>。

法秩序の各段階における各機関の自由裁量の本質については、ケルゼンはすでに「国法学の主要問題」第一版で論じていた。

ケルゼンは、段階構造論において、高次の段階の法は低次の段階の法生産を完全に決定するものでなく、つねに下級の段階において、内容的要素がさらに加わらねばならず、もしそうでなければ、法生産過程におけるより一層の進歩は全く可能でなくなり、一層の段階は余分なものになるであろうという。抽象的概念と具体的概念との間に不可避免的に内容的相違が存在しなければならぬ。より高いそしてより深い、法具体化の段階の間のこの不可避免的相違は、いわゆる自由裁量に關する問題である。それは原則的には行政においても司法においても存在する。

ケルゼンは司法についてつぎのようについて。

裁判所の法生産機能において、一定の裁量の余地を残しておかねばならない。実定的な一般的法規範が個別化される手続において、一般的法規範を適用する機関は、つねに一般的法規範の中にまだ定まっていない、そして定められえない要因を定めねばならない。一般的法規範はつねに枠 (Rahmen) であり、その内部で個別的法規範が生産されるべきである。しかしこの枠は狭かったり広かったりする。実定的な一般規範が、ただ、個別的法規範に生産への授權だけをその内容なしに前もって定めるときは、もつともその幅が広い。

ケルゼンは補足している<sup>(15)</sup>。

自主的決定権の法機構は、結局は、根本規範テーゼの中に組織的におかれており、そしてその中にまた理論的に基礎

づけられている。なぜならば、純粹法学の根本規範は、ダイナミックなタイプであるので、それはただ法体系に妥当だけを基礎づけながら、その法体系の最高の妥当根拠として前提される。

そしてこの規範体系の内容については、いかなる種類の説明もなされず、法現象の実定的形成は、完全に実定法生産に委ねられている。そこから必然的に法は主観的裁量を決定要素とすることなしには根本的かつ法本質的に全く考えられないということが生ずる。

根本規範から生じ、もつとも近くかつ高い実定法的規範段階―普通は憲法―が根本規範に関連して完全な自治的決定権をもつ。それは根本規範によって、いかなる仕方においても実質的に決定されていない。法的決定と法外的決定の関係がそのときに法秩序のより一層の法段階を通じて発展する。そして規範ピラミッドは、法外的秩序可能性の対向ピラミッドにあきらかに対応している。

メルクルの種々の法現象を段階論の体系の中において発生的 (genetisch) 関係とする法動態的認識は、メルゼンに影響をあたえたが、メルゼンはメルクルを超えて、存在と当為の関係のテーゼにも力をそそいでいる。<sup>(16)</sup>

メルゼンは前述のように、存在と当為との不一致テーゼ (Disparitätstheze) を主張する。規範の妥当根拠が、つねにただ他の規範であるならば、事実の性質 (Natur der Sache) または「事実的なものの規範力」は、段階論においては法源に含まれない、という。

そしてこの存在と当為の不一致について、根本規範の性質が問題となる、という。

メルゼンはつぎのように考える。

実定法規範が当為の構成としての意思行為として記述される一方、法秩序自身の最高の妥当根拠は意志行為によって定められない。最終的規範論理的妥当根拠はただ思考行為としてのみ前提することができる。根本規範はたんなる仮定

として把握される。

根本規範は、もっぱら最高の法制定権限の仮定的制定である。この特性において、根本規範は、同時に純粹法学を特徴づける価値相対主義の理論的表現になる。根本規範テーゼは、法秩序に制限された妥当を認める。そしてそれとともに、妥当問題は最終的に未解決のままどまらる。

純粹規範論理的な純粹法学の体系は、根本規範的公式化 (Grundnormformulierung) における事実的な効果要素の受け入れによって破壊されない。法秩序の妥当と実行性 (Wirksamkeit) は嚴格に分離されるから。

実行性は妥当のたんなる条件であつてその構成要素ではない。規範的妥当性は演繹的方法の基礎であるが、法秩序の実行性は、帰納的方法によって確定される。

段階論の主張は最後にすべての法生産段階は自主的裁量決定権をもっているということである。

根本規範から生じるダイナミックな法体系の発展の継続において、条件づけられる法行為を条件付ける規範の素材は、つねに決定権の範囲のみを示す。それは法生産機関の主観的裁量を限界づける。この範囲内で、裁量が自由に展開される。それは規範的法的基準においてではなくて、規律すべき事態の經驗的所与において方向づけられる。

段階構造論は、自主的決定権の領域において、規範的法秩序と事実的存在の間の一層の関連点を記述する。

根本規範と自主的決定権の問題範囲は、限界上のみならず、同時に規範的法科学与説明的社会科学の間の関連点を指示しているのである。

(1) 黒田寛「法的段階説と自然法」(法学論叢一七巻三号) 四一四頁以下。

(2) 菅野喜八郎「憲法改正規定の改正法段階説についての一考察」(法学三三巻一号) 一一三頁—一二四頁。難解なメルクルの著書の問題点を的確に

指摘し、平明な言葉で解説される菅野教授の力量に敬意を表し引用する。

- (3) Jürgen Behrend, Untersuchungen zur Stufenbaulehre Adolf Merkl's und Hans Kelsen's, S.51.
- (4) ケルゼン「純粹法学」横田訳・二一八頁―一九頁。Kelsen, Rein Rechtslehre, I Aufl., S.84-85.
- (5) 高橋「前掲書」二六七頁。
- (6) ケルゼン「一般國家学」清宮訳四一五頁―四一六頁。Kelsen, Allgemeine Staatslehre, S.249.
- (7) ケルゼン「前掲書」四一六頁。
- (8) ケルゼン「前掲書」四一六頁―四一七頁。
- (9) Kelsen, Rein Rechtslehre, II Aufl., S.228.
- (10) Kelsen, aa.O., S.240.
- (11) Behrend, aa.O., S.56.
- (12) Behrend, aa.O., S.60 ff.
- (13) Behrend, aa.O., S.61 ff.
- (14) Behrend, aa.O., S.82 ff.
- (15) Behrend, aa.O., S.84.
- (16) Behrend, aa.O., S.93 ff.

## 四 根本規範

### 1 根本規範の概念

ケルゼンの段階説における根本規範の観念は、本来段階説と無関係に発達したものである。ケルゼンはすでに一九一四年の論文「オーストリア帝国憲法における帝国法律と邦法律」において、法規範の統一を基礎づける前提としてこれ

を考えていた。しかしフエアドロス、ピタミックらの学説の影響を受け、これを段階説と結合させることにより、これを基礎づけようとするところも、これにより段階説に特殊の色彩を与えている<sup>(1)</sup>。

(1) 根本規範と原始契約

根本規範または法論理的意味における憲法概念は、ある程度まで、自然法説にとつて非常に重要な、国家を最初に構成する原始契約 (Urvvertrag) または社会契約の概念に対応する。

統一的前提への同じ理論的要求が、自然法説では原始契約に導くように、ケルゼン学説では必然的に根本規範に導くのである。

原始契約の概念は、根本においては、根本規範と同じく、法秩序の統一的前提に対する理論的要求であり、これによつて多様な国家的法行為の中に、国家的秩序の統一が基礎づけられるのであり、純粹事実的な勢力関係が法的関係として、理解されるのである。しかし社会的共同社会をつくる構成員の拘束が基礎づけられる最初の規範的前提を契約としたことは、規範の妥当性、すべての規範的拘束力を個人の意志においてのみ最後に正当づけんとする個人主義的觀念である<sup>(2)</sup>。

根本規範はなんらの内容もつことができない。アプリアリに一般内容を持たないものであり、むしろ素材を調整するものであり、その素材を统一的に説明することが、その規範の機能であるのに反し、自然法の原始契約は、ある場合には専制君主を他の場合には、国民を最高の規範設定機関に任命することによつて絶対的内容を仮定するものである。

根本規範から出發して、国家的法行為の多元性における国家的秩序の統一が基礎づけられ、純粹に事実的な実力関係が、法関係として把握できるようにするのである。



規範の妥当性が、この妥当性の最後の根拠として唯一の規範に還元されうるときに、多数の規範は一つの統一、一つの体系、一つの秩序を形成する。この根本規範 (Grundnorm) は、共同の淵源として、一つの秩序を形成する多数の規範の全体の中に統一を構成する。根本規範の種類に従って、二つの異なつた種類の秩序 (規範体系) が区別される。

## (2) 道徳規範体系と法規範体系

道徳規範も法規範も体系をつくりそれぞれの内部には秩序があり、規範の整合がある。しかし道徳規範は相互に上位下位の関係でむすびついているのではなく、唯一最高の規範、たとえば「他人を愛せよ」「己れの慾せざる所、人に施すことなかれ」(論語) あるいは「君の意志の格律が、いつも同時に普遍的立法の原理として妥当するように行為せよ」(カント) などに基づいて正しい道徳的価値判断を選択することができ、個々の規範はその具体化に過ぎないという構造をもっている。

道徳秩序は構造的には静態的で最高規範の規範内容には一切の個別道徳規範が包含されている。

法秩序の場合には、構造的には動態的であつて、個々の法規範は、上位法規範に基づいて創設され、このようにして上位法規範を執行し、またみずから下位規範創設の根拠となる。法秩序のこの動態性は、法秩序の独特の性格と言わなければならぬ。<sup>(3)</sup>

実定法秩序の根本規範は、法秩序の規範がそれに従つて設定される根本規則にはかならない。すなわち、法設定の根本的要件事実の指定にはかならない。それは手続の出発点であり、全く形式的、動的性格を有する。

根本規範は法素材をいやしくも実定的に把握することについての必然的な前提を表示するものにすぎない。根本規範は手続において設定されるのではないから、実定的な法規範として妥当するのではない。それは定立されているのではな

くて、前提されているのである。すなわち、一切の法定立の要件として、一切の実定法手続の要件として、前提されているのである。<sup>(4)</sup>

高橋教授は同じことをつぎのように説明する。<sup>(5)</sup>

「実定法の最高段階に属する憲法を創設する憲法定立権威の行為は結局、赤裸々な事実であつて、いかなる規範的着装をも付けていない。これに対してケルゼンは、こうした規範論理的に裸な憲法定立行為を法的なものとして把握するために、自らは要件とならず『純粹に』規範たる地位を要求する根本規範を仮設する（これは純粹に規範的なものであるから、定立行為を俟たずに思惟において前提されるものであり、従つて意欲者という相関者を欠いた規範である）。根本規範の仮定性についてロベルト・ワルターはつぎのよう<sup>(6)</sup>にいう。

「実効的実定的強制秩序を当為秩序として、規範秩序として説明することを可能にする仮定が根本規範である。規範的説明を可能にするのが根本規範の本質的機能である。根本規範の仮定が認識対象の規範性を生み出すのである。

根本規範はただ一つの秩序だけを前提とする。そしてその秩序は確実な特性をもつ。それは規則的に実効的であらねばならない。すなわち、それはたとえすべての場合においてでなくとも全体として、適用され、かつ従われる。その秩序は実定すなわち、人間の法 (Menschengesetz) によつてであらねばならない。それは強制秩序であらねばならない。すなわち、それは当為服従 (Sollen-Folge) としての強制を規律しなければならない」。

菅野教授はケルゼンの学説を丹念に検討し「根本規範とは、それを通じて憲法が出現するところの慣行或いは一定の人間によつて意識的に定立された憲法制定行為が客観的に法創設要件事実と解釈される (gedeutet werden) 際・・・前提される規範である。この意味において根本規範は法創設の基本要件事実の指定 (die Einsetzung des Grundtatbestandes der Rechtsetzung) であり、この意味においてそれは実定法的意味における憲法と区別して法

論理的意味の憲法となづけることが可能である」といい、「それ自体定立された法、慣行或は法機関の行為によって定立された法、即ち実定法ではない」と説明する<sup>(7)</sup>。

そして本来、根本規範は「それを媒介とすることによって、〔始めて〕憲法制定と解釈される行為が客観的にも妥当する規範の定立行為と、そしてこの行為をなす人々を憲法制定者とみなすことが可能となる規範 (BRUNNEN) なのだから、根本規範は、特定の実定法を出発点として求められた『歴史的に最初の憲法』を現実には裁可或いは審議可決した特定の個人もしくは複数の人間の、憲法制定と解される意志行為の主観的意味 (当為要求) にしたがって行動せよ、換言すれば、その意志行為において表明された命令に従って行動せよ、といった趣旨以外の内容をもちえないはずである<sup>(8)</sup>」という。

「ケルゼンの根本規範はその下に立つ実定憲法への服従を命ずるに止まるものだから、根本規範それ自体が憲法改正の限界となるといったことは考えられない<sup>(9)</sup>」という。

規範は他の規範からのみ派生させることができ、存在から派生させることができないという立場からは、憲法は憲法制定権者の意志により制定されるという主張はできなくなる。憲法は憲法の上にある法規範から派生されるのであるということになると、憲法の上位規範を想定せざるをえなくなる。

ケルゼンは、神または自然のような歴史的に最初の実定法的憲法の上に存在するより高い法権威の承認を拒否して、ある意志行為によって定められなくて、法学的思考において仮定される根本規範の存在を主張する。それは意志によって制定されたものでなく、単に考えられた規範であり、実定法の規範ではない。

根本規範は単に妥当根拠を決定するだけで、実定法の妥当内容を決定しない。この妥当根拠は妥当内容から完全に独立している。

ケルゼンの主張するのは動的規範体系である。自然法体系は静的規範体系であつて、その最高規範に妥当根拠のみならず妥当内容も帰せられる。このタイプの秩序のすべての規範は、前提となつていて最高位の規範の内容の中にすでにふくまれているので、それから論理的操作の方法において一般的なものから特殊なものへと推論によつて演繹される。

これに対してケルゼンの動的規範体系において、前提された根本規範は、規範生産的事実の制定以外のなものも含んでいない。全体の規範は、それが一般的であれ、個別的な仕方であれ、意志行為の上に依拠しており、そしてある法秩序の最高の規範制定的法權威を超えて超実定的、超越的法制定審級はみとめられない。その時どきの、ある法秩序に国家秩序の憲法制定權威を委任する規範を前提することだけが残っている。

法の自己生産を客観的法と主観的裁量事実から構成されている過程と基礎づけることは、動的規範体系として認識される法秩序の根本規範にとつて独占的な作用である。というのは、法規範は、その内容が、根本規範から、論理的展開によつて演繹されるから妥当するのではなくて、それは、前提とされる根本規範によつて決定された仕方において、生産されるといふ根拠からだけ妥当するのである。そこでケルゼンは純粹法学の基本的認識から「すべての任意の内容が法となりうる」といふ。根本規範はそれとともに純粹法学に内在するそしてそれに標準的に刻印をつけられた価値相對主義の理論的表現である。この憲法がいかなる内容をもちそしてその基礎に築かれる国家法秩序がいかなる内容をもつか、この秩序が正しいかまたは正しくないかはその際問題とならない。この法秩序が事實的に相対的な平和状況(Friedenszustand)をそれを通じて構成される共同社会の内部に保障されるかどうかも問題ではない。

法生産の根本的要件事実の制定として前提された仮定的根本規範を、ケルゼンはフェアドロスにつづいて「法論理的意味における憲法」あるいは「超論理的意味における憲法」と名付けている。

実定法生産の手續の法論理的出発点として、根本規範は、法秩序の規範的意味における憲法として、多数の法現象を

論理的に統一する。根本規範の作用は、意味深いすなわち矛盾のない秩序に経験的素材を形成することである。根本規範は、すべての一または同一の法秩序に属する規範の妥当根拠であるので、それはその規範の多元性における統一性を構成する。根本規範は、それとともに、最後のその機構において閉鎖された規範階層として記述される法秩序の最後の要石ないしは礎石となる。<sup>11)</sup>

## 2 根本規範論の循環論理

ヘルツォーク (A. Herzog) はケルゼンの根本規範論は循環論法の上か、Fiktionの上にたてられている、と批判する。<sup>12)</sup>

ヘルツォークは根本規範を帰納的に存在する法秩序から派生させるならば、根本規範の仮定は、存在する法秩序は存在するということ以外を意味しないことになり、これは循環論法である。

また根本規範をそのような帰納的結論なしに根拠づけようとすれば、他の規範から演繹することがないので、単なるFiktionになるといふ。それは新カント派の「SollenはSollenから生じる」という公理に反することになるといふ。

しかし循環論法は哲学においてはむしろ体系と名付けけるものの必然的屬性に過ぎないものであると考えられている。<sup>13)</sup>

恒藤恭教授も根本規範の循環論理を肯定してつぎのようにいふ。<sup>14)</sup>

「法理的見地においては、或る国家における最高の立法機関の制定する規範が法律として妥当すべきであることを定める規範その者の法的妥当性は、最早その規範以外の規範に遡って之を求めることができないと、思惟せらるべきである。言いかへると、この究極的なる規範は、それ以外のあらゆる規範の妥当性を規定する根拠を、自己みずからの裡に

蔵するものと、見られなければならない。BCDEF・・・等の規範が法的妥当性を有することを、Aなる規範が規定するとき、BCDEF・・・等の規範の法的に妥当する所以は、Aなる規範が妥当するからであるが、Aなる規範の妥当する所以は、それがBCDEF・・・等の規範をして妥当せしめ能ふからであると説明するのは、明らかに循環論理に陥るものである。しかもかような循環論理は、経験的法理の成り立ち得るための根本前提であり、それが認められるのでなければ、経験的法理の発展する全過程は、根底無きものとして崩壊する外はない」。

- (1) 黒田寛「法的段階説と自然法」四二八頁以下。
- (2) 黒田「前掲論文」四三二頁。
- (3) 鶴飼信成「純粹法学」〔ハンス・ケルゼン〕所収)一三頁。
- (4) 横田「純粹法学」第一版一〇八頁。
- (5) 高橋広次「ケルゼン法学の方法と構造」二六七頁。
- (6) Robert Walter, Der Aufbau der Rechtsordnung, S.14.
- (7) 菅野喜八郎「純粹法学と憲法改正限界論—ケルゼンの根本規範についての一考察—」(新潟大学法経論集第一四卷第四号)四九頁―五〇頁。
- (8) 菅野「前掲論文」五六頁―五七頁。
- (9) 菅野「前掲論文」八四頁。
- (10) Behrend, a.a.O., S.69.
- (11) Behrend, a.a.O., S.70-71.
- (12) 恒藤恭「法律秩序の認識(一)」法学論叢第一〇卷第四号一〇頁―一一頁。