

ハンス・ケルゼンの初期憲法理論

永尾 孝雄

目次

はじめに

I 『国法学の主要問題』の誕生

II G・イエリネックの国家理論

III H・ケルゼンの法治国家論

はじめに

20世紀を代表する法学者ハンス・ケルゼンは、ユダヤ系の両親の長男としてプラハに生まれ、ウィーンで育ち、そこで1930年までウィーン大学教授・憲法学者として活躍したが、1933年ナチスの迫害によりスイスを経由して米国に亡命することを余儀なくされた。当代一流の法学者としてのケルゼンの名声は、「純粋法学」の名称で知られる彼の画期的な法理論に基づいているが、憲法・国際法学者、政治理論家、法哲学者としても多くの優れた業績を世に残している。

1973年にケルゼンが亡くなって約40年になるが、彼の学問や思想をめぐる議論は衰えることがないどころか、ますます盛んであるといっても過言ではない。ケルゼンを論じた著書論文が毎年数多く出版されるので、専門家でもそのすべてに目を通すのは不可能なほどである。ウィーンのハンス・ケルゼン研究所の協力の下、30巻にも及ぶケルゼン全集が企画され、その刊行が着々と進行中である。我々は今日ケルゼン・ルネッサンスの只中にいるのである。

議論の多いケルゼンの純粋法理論やイデオロギー批判に対してどのような評価を下すにせよ、それが批評する者の主観的価値判断の単なる投射に終わらないためには、我々はまず、ケルゼンの学問それ自身の理論内容および論理構造を、当時の時代背景を視野に収めつつ、内在的に解明することから始めねばならない。本稿はこのような基礎視角から、ケルゼンの初期憲法理論に検討を加えたものである¹⁾。

註

1) 参照、手島孝『ケルゼニズム考』(木鐸社、1981年)、同『学としての公法』(有斐閣、2004年)。本稿は手島孝先生の示唆豊かで体系的かつ精緻なケルゼン研究に負うところ極めて大きい。

I 『国法学の主要問題』の誕生

1911年、30歳の若きケルゼンは、5年以上におよぶ困難な環境の下、ついに700頁に余る浩瀚な大著『国法学の主要問題—法命題の理論から展開された—』を上梓した。本書の目指すところは、「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する」ことであり、「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」¹⁾という極めて野心的な試みであった。このように本書が方法の問題を中心主題とするのは、法学という学問がともするとその特殊性の故に「科学的方法というしっかりしたコンパスなしには、自己の分野を知らず知らず放棄して隣接領域に迷い込む危険」²⁾に陥りやすいからである。従って、ケルゼンはこうした権限の踰越を防ぐために、以下のように、法学と他の諸科学とを区別する「境界確定の訴え」を提起する。

「法学という分野は、何かをしようとするばすぐにこの境界に行き当たる分野である。何故ならその対象をなす法という社会現象について、法学はその一側面の研究をなすに過ぎず、他の側面、否その大部分は社会学・心理学等の他の諸科学の研究対象となっているからである。本書はこの限界領域の中に、法学的理論構成の妥当する場所を見出そうとするもので、それ故に強い方法論的性格をもたざるを得ないのである。私の提起するこの境界画定の訴えは、法学的概念構成を、社会学的・心理学的性格を有し、誤った問題設定の故に法学の中に持ち込まれていた諸要素から解放しようとする意図するものである」³⁾。

ケルゼンにとって当面の課題は、ゲルバーに始まりラーバントからイエリネックに至るドイツ公法学派の実証主義、すなわち「厳密に法律学的であって政治的に彩られぬ実証的国家の理論」⁴⁾の規範論理的方向をなお不十分と批判し、これらの通説が看過してきた方法論議を新カント学派の哲学的議論との結びつきにおいて根本的に捉え直すことであった。それは、カント『純粹理性批判』が一般的に人間悟性の認識権能を理性の法廷の前で裁定したように、法学が固有の科学として確実な認識成果に達するためには、いかなる条件が必要であるのかという根本的な問いとなって現出する。そして、この問いに答える努力に強力な拠り所を提供したのが、新カント主義哲学の「存在と当為の二元論」であった。「私の考察の基礎をなすのは、存在と当為の対立、及び内容と形式の対立という二つの対立物の分離の主張にある」⁵⁾。

ケルゼンはこの方法二元論に則り、自然法則（Naturgesetz）を中心概念として展開されている自然科学の方法（因果科学）と対比しつつ、法命題（Rechtssatz）を自然法則に対応する法学上の中心概念に据えて、規範論理的方法（規範科学）によって法学の一般理論を再構成しようとする。すなわち、法学は規範科学に属するものであって、その対象は決して因果的考察に適合しない。これにより、因果的方法を事とする心理学 - 社会学的考察は法学的考察から明確に排除されるのである。

それでは法学に固有の規範的考察とは一体どのように考えられているのか。ケルゼンによれば、

「法学が規範的学問分野であるという意味は、それが法を創造する権力であるという意味ではない。…それは意思の一種でなく、思考の一種を意味する。この思考は他の諸科学における思考とはその志向において異なる独特の様式のもので、自然科学のように存在の世界を対象とするのではなく、当為の世界を対象とするものであるが故に、また説明的諸学問分野のように、現実の出来事を因果的に説明し、自然法則を認識することを目的とするのではなく、規範を把握しようとするものであるが故に、規範的思考と呼ばれるのである」6)。

ケルゼンは自ら到達しえた規範論理主義的立場から、ドイツ公法学派の通説を痛烈に批判し、己の学説の貫徹を図る。それは、ケルゼン自身「私はその弟子の一人に数えられる光栄を得た」7)と語り、「忘れ難き恩師」8)として尊敬の念を抱き続けたイエリネックでさえ、同様の論難を免れることはなかったのである。

註

- 1) Hans Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtsatze* (1911), Vorrede, in: Hans Kelsen Werke, Bd. 2, S. 51.
- 2) Kelsen, *op. cit.*, S. 53.
- 3) Kelsen, *op. cit.*, S. 53.
- 4) Kelsen, *Allgemeine Staatslehre* (1925), Vorrede.
- 5) Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (1911), Vorrede, S. 54.
- 6) Kelsen, *op. cit.*, S. 54 f.
- 7) Kelsen, *op. cit.*, S. 63.
- 8) Kelsen, *Allgemeine Staatslehre* (1925), Vorrede.

II G・イエリネックの国家理論

国家は法的に考えると一つの法人、したがって意思を有し、権利（具体的には統治権）の主体である、という国家法人説は、一般にイエリネック（1851年～1911年）によって体系化され、支配的な憲法学説となったと見られているが、しかし、イエリネック理論の特質は、むしろ、国家を社団（＝法人）としてのみならず団体統一体としても見たところにある。すなわち、イエリネックによれば、国家は社会的には「固有の支配力を付与された、定住する人間の団体的統一体」と解され、その一方で、この団体的統一体を法学的に見ると、「固有の支配力を備えた、定住する国民の社団」であると把握された1)。いわば「イエリネックは国家法人説を完成しながら、同時にその克服の試みを開始した」2)とすることができよう。

19世紀後半のドイツ系国家理論・憲法理論の集大成ともいべき大著『一般国家学』（1900年）の冒頭部分において、イエリネックは諸科学（die Wissenschaften）を、「記述的ないし叙事的科学（叙事的科学）、説明的科学（理論的科学）および応用的科学（実践的科学）」に分類する。「第一のものは、現象を確定して整理し、第二のものは、それらの関連の法則を提示し、第三のものは、実践的目的に対するそれらの応用価値を教示しようとするものである。」以上の区分法

を背景にして、イエリネックは国家に関する説明的科学を「国家学 Staatslehre」と称する 3)。更に国家学は次のように二つの主要領域に分類される。

「国家学は、国家をその存在の全側面から研究しなければならない。国家学は、国家が観察される二つの観点に応じて、二つの主要領域をもつ。国家は、第一に、社会的形成物であり、次に、法的制度である。これに応じて、国家学は、社会的国家学 (soziale Staatslehre) と国法学 (Staatsrechtslehre) とに分かれる」 4)。

イエリネックによれば、社会的国家学は、国家の客観的歴史的存在すなわち国家の自然的存在を内容としてもち、国法学は、かの現実的存在において表現されるべき法規範を内容としてもつ。社会的国家学と法律学的国家学の二側面は、区別されると同時に相互に結合される。イエリネックは、法学的方法と社会学的方法の二元主義をとって、ラーバントのもつ概念法学的形式主義を克服しようとする一方で、盟友マックス・ヴェーバーの影響を受けつつ、国家哲学的考察と社会学的认识によって国法学を基礎づけようと努めたのである 5)。

例えば、イエリネックが主唱した「事実の規範力」6)の理論は、事実上の慣習が慣習法になり、革命という事実が新しい法体系を生み出すのは、事実的なものに規範となる力が内在している—事実が規範力を獲得していく、すなわち力が法へ転化する—からであると説くものであるが、これは「制度化された国家権力の全能の思想を批判して、国民の団体生活もまた法を生み出す力をもっており、かつ国民の団体生活のなかから生まれる法が国家の制定する法を基礎づけるとともに改廃する力をもっているということを主張するものであった」 7)。

こうしたイエリネックの国家両面説は方法二元論の不徹底であるとして、ケルゼンの厳しい批判に曝されることになる。

国法学を社会学的な方法で新たに基礎づけようとするイエリネックの学問に対して、ケルゼンは認識批判的な基礎視座—存在と当為の二元論—から法命題の規範性を説く。ケルゼンから見れば、法律学と社会的事実の探究は結合され得ず、規範的法学と経験的・因果的社会学は決して架橋され得ないのである。

「科学的法学者は、内的矛盾を含まない体系、論理的に正当な基礎概念を得ようとするならば、極めて厳しい自己限定をせざるを得ない。法学者は存在の世界と当為の世界をその概念のうちに結合することはできない。それ故、彼は社会学者・心理学者として現実の出来事・人間の行為を説明するか、法規範を認識するかを、またその概念を存在の世界から抽出するか、当為の世界から抽出するかを決定しなければならない」 8)。

また、前述の「事実の規範力」に関しても、「『事実の規範力』と呼ばれているものは、全ての人あるいは多くの人によって規則的に昔から遵守されたものが個々人に当為として立ち現れるという歴史的・心理学的事実を説明したに過ぎぬもの」 9)として鋭く批判される。

註

- 1) Cf. G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 3. Aufl. (1928), S. 180 ff. (邦訳、芦部信喜他『イェリネック 一般国家学』学陽書房、1976年、144頁以下参照)
- 2) 栗城壽夫「国家」(『岩波講座・基本法学2—団体』岩波書店、1983年) 205頁。
- 3) Cf. Jellinek, *op. cit.*, S. 6 f. (邦訳、5頁以下参照)
- 4) Jellinek, *op. cit.*, S. 11. (邦訳、9頁)
- 5) 参照、上山安敏『憲法社会学』(日本評論社、1977年)
- 6) Cf. Jellinek, *op. cit.*, S. 337 ff. (邦訳、271頁以下参照)
- 7) 栗城壽夫、前掲書、210頁。
- 8) Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (1911), Vorrede, S. 56.
- 9) Kelsen, *Ueber Grenzen zwischen juristischer und sozialogischer Methode* (1911), in: Hans Kelsen *Werke*, Bd. 3, S. 28.

III H・ケルゼンの法治国家論

ゲルバーにはじまる公法実証主義を、法実証主義的かつ法論理的に純化した一憲法構造を純粋に法論理構造として捉えたラーバント国法学は、国家生活の法的側面を他の内容から概念的に切り離し、それによって法を自立したものとして提示した、すなわち、法的現象は、それが社会生活現象の全体から取り出されて、互いに一つの体系に結び付けられてはじめて、その特性において把握することができると主張し、法律学的考察様式の根本条件を明確にするものとして高く評価されている。ローマ法の時代以来、主に私法学の領域で発展してきた法律学的方法を公法学の領域に導入することによって国法学に新たな展望を切り開いた画期的著作こそラーバント著『ドイツ・ライヒ国法論』(1876年)であった1)。

ケルゼンの憲法学説は、外見的には、法学を政治学的考察から切り離し、もっぱら法律概念的構成を通じて実証主義的国法学を樹立したラーバントの学説に類似しているように見えるが、ビスマルク憲法政治の擁護者・ラーバントの国家意思実証主義と、ケルゼンの批判的法実証主義とを同一視することは大きな誤りであろう。実際、ケルゼンは『主要問題』の中で、帝制ドイツの公法実証主義者・ラーバントを、その国法学では法学的でない無定形な一政治的・歴史的・社会学的一要素が無統制のまま混入されていると厳しく批判している2)。

また、後に友人に宛てた書簡のなかで「すでに拙著『国法学の主要問題』の批判の矛先は全く明白に…ラーバント国法学の政治的な諸傾向に向けられていた。従って、純粋法学は結局のところラーバント主義との闘いのなかから生まれたのである」と述べ、更に続けて「純粋法学はラーバント主義以外の何ものでもない」と主張する向きがあるが、それは実にばかげた意見である。成る程、ラーバントは政治から実定法を区別する努力はしたが、しかし成功しなかったのではないか。実のところラーバント国法学は君主制原理のイデオロギーに過ぎなかったのである3)と回顧している。『主要問題』のケルゼンは、国家を意思主体として捉えるラーバント国法学と明確に絶縁したのである。

以上のような若きケルゼンの「新自由主義」的信念⁴⁾は、『主要問題』以後著わされた実定憲法的な論文「法（治）国家と国家法 Rechtsstaat und Staatsrecht」⁵⁾（1913年）ではより明瞭に展開され、ラーバントをはじめとするドイツ公法学派の通説が痛烈に批判されて、ケルゼン独特の主張—法治主義—が敢然と唱えられる。「法治国家と国家法」の内容を概観すると、以下の通りである⁶⁾。

①「法治国家と国家法」のいう「法治国家」とは勿論、刑罰権・行政執行権・裁判装置に限定された国家を指すものではなく、「そのあらゆる活動において法秩序により決定され、本質的なすべての方向で法（学）的に把握可能な国家」を意味する。そして、法治国家の理念は、国家の法学的構成を破棄する絶対主義の政治原理との再三にわたる闘いを通じて、ドイツ人の精神の奥に深く根づいたのである。

②「今日現行のオーストリアおよびドイツの諸憲法は全面的にこの法治国家理念に充たされている」。けだし、法治国家理念のための政治的闘争の勝利のトロフィーとして現行憲法が授与されたからである。にもかかわらず、「法治国家理念は克服されたと宣言し、法治国家をもはや前提としない現代的国家法が可能、いや必然とすら考える」声が高まってきていることに対し、ケルゼンは警告を発する。

③「法秩序に服する国家、法規範で羈束された国家のみが法（学）的に把握されえ、義務権利の主体として考えられた国家のみが法（学）的に構成されうる」のであるから「法国家なくして国家法は存在しない」、すなわち「法治国家の理念、換言すれば法秩序に服する国家人格の観念が、すべての国家法の論理的前提である」と考えるケルゼンにとっては、絶対主義確立のためドイツ公法学が継受したローマ法の公・私法二分論は、絶対主義的警察国家の観念圏に根ざしており、法治国家原理とは論理的に相いれない。「法秩序に…国家人格は、義務と権利の主体として考えられるべきである限り、自余のあらゆる人格と同様に下屬しており、まさにその故に自余のあらゆる人格と、一法的に有意味な唯一の関係である—法秩序との関係においては、対等の位置にある」。

④ドイツ警察国家においては、後期ローマ時代の君主制と同様に、国家権力と臣民との関係は、法秩序から大部分除外されており、その限りでは、国家は臣民の上位にある権力主体である。もし国家と臣民の関係が、ローマ法の公法（*jus publicum*）概念の下で統合されるなら、私法・公法の対立は、真なる法と、法の名を僭称する権力との対立を意味することになる。「法治国家の理念に適合した法体系論が今日なお欠けている」ことが未解決のままであり、従って法治国家理念を全面的法論理的に展開することが将来に亘る課題であり続けるのである。

註

1) 参照、上山安敏『憲法社会学』119頁以下。

2) Cf. Kelsen, Hauptprobleme, in: Hans Kelsen Werke, Bd. 2, S. 547. S. 549-567.

3) Cf. Christoph Schoenberger, Hans Kelsens "Hauptprobleme der Staatsrechtslehre", in: Hans Kelsen Werke, Bd. 2, S. 27.

4) Cf. Kelsen, op. cit., S. 59.

5) Kelsen, Rechtsstaat und Staatsrecht (1913), in: Hans Kelsen Werke, Bd. 3, S. 147ff.

- 6) 参照、手島孝『ケルゼニズム考』20頁以下。
- 7) Kelsen, op. cit., S. 151.
- 8) Ibid., S. 151f.
- 9) Ibid., S. 154.
- 10) Ibid., S. 154.
- 11) Ibid., S. 154f.