

純粹法学の将来の課題(前半)¹⁾

尾高 朝雄*

訳 小林 琢自**

目次：Ⅰ. 緒論； Ⅱ. 実証的法の現実性； Ⅲ. 国家の存在様式；
Ⅳ. 純粹法学と法事実学； Ⅴ. 法の二重構造

Ⅰ. 緒 論

現代における人間の認識は、学問的なまなざしを、われわれにとって遠くでただ間接的にのみ達することのできるものから転じて、われわれに最も近いことへ、それどころか直接的にわれわれ自身のなかで起こることへと決定的に向け返した点に本質的な特徴を示しつつ発展を続けている。前世紀末まで、厳密に学問的・理論的な研究の中心的な対象をなしていたのは、われわれに客観的に対峙する「自然」であった。精神的なもの、つまり社会的なものないし歴史的なものを認識目標として選ぶときでさえ、通例、それを精神的な特性において考察することはなく、むしろ自然の一部として考察していた。このような自然科学的な認識の仕方が、とりわけ一面的に、科学の精密な方法としてのみ発展してきたという状況には——仮にこれをただ発展史的な観点からのみ考察するならば——確かに固有の必然性と根拠が示されている。というのも、学問による自然の征服は、人間が暴力的な自

* 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

然現象に対しておのれの原初的畏怖を完全に抑制し、それを純粹に理論的な観察をとおして事象に即して研究することによって初めて可能だったからである。しかし自然科学的方法の専制は同時に、必然的に危険をもたらすものだった。それは、人間を直接にとり巻いている精神のおよび社会的な世界を、自然と同様に人為的に遠ざけ、自然科学から借用された因果的機械的方法によって、生を失ったもの (Leblosigkeit) —— 自然科学においては今やその次元に達してしまっている —— に置き換えてしまうという危険である。[だが] われわれの世紀に至って、精神的なものを自然化しようとした傾向に対抗する形で、哲学と社会科学の分野で、強力な対抗運動がますます明確に感じとられるようになった。すなわち、われわれに直接的に与えられているものを、直にその直接性において純粹に変形せずに告げ示すということを本質的な目標とする運動である。この観点において、ハイデガーの「実存論的分析」—— これにおいて彼は人間の実存の存在の問い (Seinsfrage)、つまり「存在的には」我々の最も身近にあるにも関わらず「存在論的には」最も遠くにある人間的現存在への問いを哲学の中心問題として論究することを試み、そのことによって彼は精神世界において巨大な影響を及ぼしている—— は、先ほど述べた人間の認識を自分自身へと向け返すことを、まさに極限まで首尾一貫した形で成し遂げたのである²⁾。[S. 107]

学問のこうした新たな運動において突きつけられた、精神的ないし人間的なものを純粹にそのものとして研究するという課題は、必然的に、互いに対立する二つの困難と戦わねばならない。第一に、精神の世界に属する対象はそれ自身純然たる外部性において示されるのではなく、むしろつねにその内部性において理解されねばならないということが、この課題の遂行を困難にする。自然世界を探求する場合には、感性的な知覚において与えられる「事物」を純粹に外的に観察し説明することによって学問的な目標を達成する。これに対して、精神の世界を理解によって把捉する場合には、外的に与えられるものを原理的に超えて理念的な存在領圏 (Seinssphäre) の深みへと突

き進み、そこで精神的なものの内的な意味を正確かつ明確に把握しなければならない。精神的なものの内的な把握にとって必須のもの、それは学問的研究者自身の精神的な偉大さ (die geistige Grösse) である。なるほど、カエサルを理解するために、カエサルである必要はない、というのは正しい。なぜならすでに成し遂げられた歴史的な行為 (Tat) を理解すること、あるいはひとたび客観化され永遠のものとなった精神内実を理解することは、行為のオリジナルな遂行や精神的な価値そのものの根元的な創造とはまったく別物だからである。おまけに精神科学的研究においては、つねに個々の人格の事実的な体験内実を理解する必要があるわけでもない。というのも、精神科学的認識の目的は本来、個々人の歴史的な人格性が示している純然たる「一回的な」行為や考えを記述することにあるわけではなくて、むしろ、本来もはや特定の個人的な主観に属していないような精神形成物の客観的な意味を把握し解明することにあるのだから。それにしても、精神世界の研究者にとってはつねに、自分の体験という源泉から精神科学的な理解の素材を獲得することが無条件に必要である。このことをつうじて、客観化された精神形成物が正しく把握され正確に記述されうる。その際、ここで必要とされる精神科学研究者の精神的な偉大さには、けっしてただ理性的かつ知的な精神力だけが含まれているのではなく、同時に意志力の強靱さと感情的な生の深みも含まれているのである。ディルタイはこう述べている。「精神科学において働く理解の能力は、人間全体である。つまり精神科学における偉大な成果は単なる知性の強靱さではなく人格的生の力強さに由来するのである」³⁾。したがって、精神科学的研究における第一の困難は、研究者に突きつけられた要求、すなわち〔精神〕科学的な作業に関して彼固有の人格性をその深さと力のすべてにおいて発揮させるべしという要求において示されている。[S. 108]

しかし第二に、精神世界についての探求をより正確に遂行しようとする時、われわれは、一つの要求——これを満たすためには、第一の困難とは

真逆なだけにいっそう大きな困難が生じるような——に突き当たる。研究者は精神世界の探究に際し、「理論的な」認識の枠内に厳密に（Streng）踏み留まるのであり、それゆえに、この理論的な態度のなかへ実践的な姿勢（Haltung）を混入させてはならない。このような、精神的なものを純粋にそのものとして研究するという課題がこれほど大きな要求をわれわれに突きつける理由は、精神科学的な手続きにおいてはつねに、認識対象の理解にとって不可欠な源泉を自分自身の実践的な体験のなかを求めることを強いられているからである。その際、われわれは、こうした自分の実践的体験に対して理論的な認識のための単なる源泉の機能を与えるのではなく、意識的にせよ無意識的にせよ、理論的学問の対象〔となるはずのもの〕に向かってまたしても実践的な態度を採ってしまうおそれがあるのだ。理論的態度と実践的態度とのこうした混同は、精神科学を「実践的な生そのもの」の一部にしてしまう。だが、こうなるともはやこれを純粋な学問と見なすことは許されなくなる。したがって、精神科学的な研究にまつわる第二の困難は、研究者が自分の対象を、つまり彼自身がそこで生き実践的に振舞っている精神の世界という対象を、厳密にかつ原理的に理論的に、純粋な考察の様態において研究しなければならない、という点にあるのだ。

もしわれわれが精神科学的研究に対して、こうした仕方でも純粋に考察する認識を要求するならば、なんといってもやはり「解釈学的現象学」の側からの原理的な非難に対して覚悟を決めねばならなくなる。というのも、哲学のこうした最新の方向定位からすれば、純粋に理論的な考察の態度はけっして、世界に関わる、根源的な、つまりオリジナルで直接的な、人間的現存在の姿勢を意味しないからである。これはむしろ本来的に実践的に気遣いつつ「関わっていること（Zu-tun-haben）」であるはずなのだから。ハイデガーが「行為者が考察しつつ規定する認識」は本来的に気遣いつつ世界に「関わっていること」の「欠損様態」においてはじめて可能である⁴⁾、と述べる時、このことはある意味でやはり正しい。理論的な姿勢に対する実践的な姿勢の

優位をこのように強調することは、そこに19世紀の一面的な理性主義的認識論に対する決定的な批判を見てとる限りで、意義と価値を有している。しかしながら根源的なものだからといって、それだけで直ちに本質的なものだとか真理そのものだということを意味するわけではないのである。精神科学がおのれの対象をつねにその直接的な特性において考察し把握しなければならないにもかかわらず、学問的に「考察すること」や「把握すること〔概念化すること〕」は断じて根源的かつ直接的実践的な姿勢そのものに立ち止まっていることを許されないのである。ところで、精神科学および社会科学の眞の発展が、陰に陽に実践的な態度の不幸な混入によって、とりわけ倫理的・政治的な先入見によってどれほどブレーキをかけられるのかということを出さねばならない。[S. 109] それゆえ、精神的世界と社会的世界の客観的探求においては、他の何にもまして次のことが最も重要な根本原則として妥当する。すなわち理論的認識の境界を画定すること、直接的で実践的な態度の混入をすべて厳密に回避することである。精神科学および社会科学は、研究者自身の実践的な体験が精神科学的な理解の条件でありその源泉として機能するにも関わらず、実践的に行為する人間とその共同生活についての純粹に理論的な学問を意味しているのである。

こうした精神的ないし社会的世界の純粹かつ理論的な研究の道は、法学の領域においてはケルゼンの「純粹法学」(Reine Rechtslehre)の基礎づけによって、初めてはっきりと指し示され歩まれたのである。法理論におけるケルゼンの努力のすべてがその開始から首尾一貫して目標としてきたものは、「実定法の理論」⁵⁾としての純粹法学の基礎づけ(Grundlegung)である。周知のように、そこには二つの原則的な提言が含まれている。第一に法学を「純粹な」法学として構築することは、法を純粹にそのものとして研究するのであり、いわゆる法学における「社会学的な」方向が求めるように、自然所与的な現実性(Wirklichkeit)⁶⁾の部分として法を研究するのではない。もちろん、こうした「社会学的な」法の考察様式はまた、つねに純粹に理論的

な立場に意識的に踏み留まるといふ長所を持つてはいる。しかし、それにもかかわらず社会学の考察様式はやはり、絶対的に禁じられた暴力的なやり方、つまり機械的因果的方法によって自分の対象である法をとらえようとする点で、支持し難いのである。第二に、純粋法学は「実定法」の「理論」であるべしという要求を突きつけている。このことが意味するのは、純粋法学は法的生活の「実践」であることも非実定的な「自然」法の教説であることもできない、ということである。これによって純粋法学は18・19世紀における「自然法論」の対極をなしている。というのも、自然法論は、「法理論を実定的法命題の領域から倫理的・政治的な諸々の公準 (Postulate) へと引き移す」⁷⁾やり方で、理念的なつまりあるべき法を基礎づけようとする実践的な企図によって、あからさまにせよ暗黙裡にせよ、浸透されているからである。伝統的な自然法論の根本的な誤りは明らかに、自然法論が理論と実践との境界を認めていないという点にある。また〔この意味で〕、自然法論には、たとえ自然科学的な認識方向を採る場合にはほとんど見られないような長所を認めてやらねばならないのだとしても、〔それでもやはり〕自然法論が法という自らの対象の意味を明確に認識するに際して、抜きがたい実践的関心を出発点としてしまったという点には根本的な誤りがあるのだ。〔S. 110〕純粋法学は、正道を逸するこうした法学の二方向、つまり自然科学的「社会学」の方向と、実践的つまり倫理的-政治的立場を採る自然法論の方向とに對抗するものであり、純粋に精神的な対象としての法に関する、純粋な理論的学問であれという要求に根ざすものである。ケルゼンの法理論的な著作の偉大な功績がすでにこうした法学の方法論的な基礎づけ〔という意味〕において、実定法の理論として正しく知られ評価されていることは間違いない。

しかしながらやはり、純粋法学は「方法」としてまだ完成されていない、純粋法学はむしろ「体系」としてまさに発展しつつある大きな流れのなかにある、ということを指摘せねばならない。とりわけ、純粋法学はラディカルな二元論的な〔枠組みを持つ〕新カント主義に自らの第一の哲学的基礎を見

出しているが、この新カント主義は今日もなおその体系性において支配的な地位を占めており、純粋法学の諸々の学問的定式化においてもある種の偏った基盤を形成しているのである。この観点においては、われわれはフェアドロスに賛意を表明せざるえない。自らも純粋法学の傑出した代表者であるフェアドロスは、純粋法学の理論を「新カント主義という外皮から」解放し、对象的・存在論的な哲学の方向で完全に展開する道を追求すべき内的な必然性を力説したのである⁸⁾。ところでまた、「方法的純粋性」の要求を首尾一貫して堅持するケルゼンの理論的な厳密さが、ときおり極端にまで押し進められ、純粋法学の視野が少なからぬ点で過度に制限されてしまう、ということもまた指摘されねばならない。〔そうであれば〕純粋法学の認識領圏を何らかの仕方で拡張することは、次の理由からも不可欠でありまた必然的である。というのも、現在の認識情勢 (Erkenntnislage) は、精神的世界ないし社会的世界を探求する方法と問題系に関して、ケルゼンが理論的研究の端緒に見だしていたような発展段階に留まてはいないからである。今やわれわれは、もはや純粋法学が伝統的な「社会学的」ないし自然法的方向に対して守りを固める必要はさほどなくなっており、むしろ純粋な精神科学の将来的な発展を、少なくとも法学の領圏において実証すべく使命を受けた時代に生きている。もし法学が厳密な精神科学として最終的に純粋な法の科学という規定を受けるべきならば、純粋法学は将来、もはや地理的および人的に限定された一つの「方向性」や「学派」でありえず、むしろ法についての唯一可能な自立的な認識を意味し、またそうしたものとして構築されねばならないのである。今まさにその独創的な精神力の最盛期を迎えた偉大な学究〔ケルゼン〕の記念論集へ学術論文を寄稿するこの機会には、彼の良く知られた教説の価値を〔ただ〕評価することに甘んじるのではなく、むしろその必然的な発展の方向を求めそして指摘することこそふさわしいと思われる。したがって以下では、それを解明することがおそらく「純粋法学の将来の課題」の一つとなりうるような、若干の根本的な問題を際だたせることを試みたい。

II. 実定法の現実性

法学の領域をあらゆる自然科学的な認識の仕方から方法的に純化すべしという要求によって、純粋法学は法を純粋に精神的な、つまり理念的な形成物として考察することへと導かれている。法学の対象たる法は本来、心理物理的な事実性 (Tatsächlichkeit) や因果的な規定性に断じて関与してはいない。法は「自然の形成物ではなく、精神の形成物」であり、「心的身体的な実存 (Existenz) ではなく、まったく別様の実存」⁹⁾を有しており、およそ「自然的な実在性、自然の現実性の部分ではない」し、広く通用している言語習慣がまったく素朴に「現実性」とか「実在性」という語で端的に表記しようとする当のものではなく、「理念的な実存」¹⁰⁾をもつ独特の対象なのである。この法という理念的な精神形成物を、純粋にそのものとしてその固有の理念的な対象領圏において論究することが、純粋法学の最も重要な目標である。

にもかかわらず純粋法学の課題は、ただ単に、法をその現実性から離れた理念性、つまり純粋な理念性において探究することにあるのではない。なんらかの意味形成物は純粋な理念性の領圏において実存しえ、その際、現実性を措定する定立を自らのうちに含むことなしに実存しうる。このことによって、現実に存在する対象をまったく必要とせず、ただこうした純粋に理念的な実存だけで学問的研究の対象をなすことができる。だから法は、それが同時に現実性を有しているかどうかと問うこと無しに、純粋に理念的な形成物として考察されるのである。そうなるところに、純粋な可能性の領圏における、法の「質料的本質」としての法的形成物を扱うような、いわゆる「法の本質論」ないし「可能的法についての理論」が生じることになる¹¹⁾。[S. 112] しかし、これと対照的に、純粋法学にとっては原理的に、現実性をおのれの本来的な規定とする法も問題になる。つまり「実定」法である。純粋法学は原則的に、法をつねにその現実性への関係において検討するこ

と、すなわち現実的に存在する理念的な形成物としての法を検討することを目指している。純粹法学は初めから、実定法の理論である、と定められている。だから、たとえ必然的でアプリアリであったとしても、やはり現実性を持たない、理念性の宙に浮いた法形成物に留まっているような、単なる可能的な法の理論なのではない。実定法秩序は明らかにそれ固有の現実性を持っている。このことはすでにケルゼンが、自らの教説に対して向けられた異議への応答のなかで頻繁に主張していた。ケルゼンに向けられた異議とは次のようなものである。純粹法学は、およそ国家というものを法秩序と同一視することによって、その現実性を否定するものである、と。〔これに対してケルゼンは〕法秩序は理念的な形成物、つまり當為の現実存在という意味で、現実性を有している〔と、応えていた¹²⁾〕。実定法というものは、それ自体として (an sich) 理念的な精神領圏に属しているが、ある種の歴史的社会的生においてそれ固有の「現実-存在」を有している限り、またその限りでのみ、純粹法学の対象をなすのである。

ここで純粹法学の体系全体にとっての中核的問題がはっきりと姿を現す。すなわち、はじめから理念的な精神形成物であるべき法が、同時に、その理念性にもかわらず、何らかの現実的に存在する対象でありうるのか？この問題はまさに、目下考察されている法の「現実存在」を、事実的な社会的生におけるいわゆる「実現」(Verwirklichung) そのものと、概念上けて取り違えてはならない、という点で難問なのである。理念的な精神形成物としての法は、主観的に思念された法律的な意味によって規定される社会的行為において「実現」される。この結果として法の「事実学」の対象が形成されるのである¹³⁾。後に綿密に論及するが、たとえケルゼンが、こうした法の実現ないし法の事実はもはや精神的な何かではなく因果的に規定された自然の一部として把握される、としてこのこと〔法の事実を精神的なものとする〕をつねに否定していたとしても、やはりこの法の事実的な実現は何か精神的なものともみなすことができるし、かつまたその学問的な研究——法

事実学ないし「法社会学」——を精神科学として基礎づけることができる。それにもかかわらず、法の意味によって事実的に規定された社会的行為はもはや、本来的に理念的な精神形成物としての法とは、同じ理念性の段階に立っていない。ここで問題になっている実定法の現実存在は、したがって社会的な事実性において実定法命題の意味が単に「実現」することではなく、理念的な精神形成物としての実定法をまさにその理念性において指し示するような現実性なのである。[S. 113]

こうした、理念的な精神形成物としての法の現実性という問題設定は、ラディカルな二元論的観念論の哲学的基礎に立脚し、無造作に理念と現実性とが架橋不可能な対立項であると信じる者にとっては、そもそも無意味なものにしか思われまいだろう。その者にとっては、理念的なものは「妥当する」(gelten)が、しかし定義上何の現実性も持たない。理念的な精神形成物はその理念性にかかわらず同時に現実的に存在する対象として、つまり現実科学の対象として取り扱われうるといったことはそもそも思いもよらないだろう。こうした思考は、「現実性」(Wirklichkeit)という概念と単なる「実在性」(Realität)という概念とをあまりにも単純に混同し同一視している。理念的な精神形成物がけっして感性的に知覚可能な実在性を有するものではない、ということはもちろん自明である。というのも、理念性は明らかに実在性の対立概念なのだから。しかしこのことはけっして、理念的な形成物がその理念性ゆえに学問の現実的な対象をなすことができない、ということの意味しているのではない。むしろ、理念的对象はなんらかの状況の下で直接的な直観において与えられる。また理念的なもののこうした自己所与の様式が、実在的な対象の自己所与の様式とはまったく違ったものであるにもかかわらず、この直接的な自己所与において理念的对象は現実的に存在する対象としても自らを示すのである。精神という理念的な領域 (Region) ——法もまたそこに含まれる——は、抽象的で超歴史的な、つまり現実性という存在領圏の完全な上位にあるような、絶対的な「価値理念」(Wertidee)の

寄せ集めなどでは断じてなく、無限に多様な事象内容を含んだ精神形成物が体系的に整序された領圏なのである。精神形成物はある種の条件の下で「現実存在」という規定を獲得し、そして現実に存在する歴史性の世界を示す。それは法がある特定の状況の下で歴史的に規定された、現実に存在する「実定的な」法体系を形成しうるのと同じである。ケルゼンの哲学的な思索の発展が、新カント主義的な観念論から発した二元論的なものであるにもかかわらず、理念的なものとの現実的なものとの単純な対立を克服し、実定法をその理念性と現実性において同時に研究しようとしたことは、精神世界の独特の構造についてケルゼンが深く洞察していたことを明白に示している。だが依然として次のことは問われねばならない。すなわち、いかにして、またどのような条件の下で、理念的な精神形成物は同時に現実性という規定を獲得するのであるか？したがって純粋法学の問題としてなお原則的(grundsätzlich)に探求しなければならないのは、どのような状況の下でそれ自体として理念性の領圏に属する法体系が歴史的な現実性を分け与えられているのか、つまりそれが「実定」法として規定されうるのか、ということなのである。

ケルゼンは法体系の現実存在、言い換えれば「法実定性」(Rechtspositivität)へのこうした問いに、「根本規範」理論をつうじて独特の仕方では答えている。彼は法実定性という根本事実(Grundtatsache)を次の〔三つの〕点に認めていた。すなわち、実定法はつねに「仮説的」な当為としてだけおのれを示していること、実定法は単に相対的な妥当しか有していないこと、実定法の規範性がただ特定の前提の下でのみ承認されうること、である。ある法体系が何らかの前提の下にある、という状況〔こそ〕が、その法体系の実定性を、自然法——その本質はその無前提性〔＝特定の・人為的な前提を必要としないこと〕(Voraussetzunglosigkeit)、つまりその絶対的な妥当にある——と厳密に対立する形で規定しているのである。法体系の実定性にかかわるこうした本質的な前提を、ケルゼンは「根本規範」と表示した。[S.

114]「自然法の規範の絶対的妥当が自然法の理念に対応すると同様に、実定法の規範の仮説的-相対的妥当が実定法の理念に対応する。このことはすなわち、実定法の規範はただ、ある前提の下でだけ、すなわち法を創設する最高権威を設置するような根本規範を仮定する場合にだけ妥当する」¹⁴⁾。このとき、根本規範が実定法を条件づけ基礎づけるのであるが、根本規範の妥当そのものは「実定法の範囲では基礎づけられていないし、また基礎づけることができないものである」¹⁵⁾。したがって根本規範はこの実定性の領圏に属することはできず、完全にそれを超えて外部に存立している。根本規範は実定性を何ら有してはいないのである。「根本規範そのものは定立 (setzen) された規範ではなく前提 (voraussetzen) された規範であり、それ自身は実定法ではなく、ただその条件なのである」¹⁶⁾。根本規範という前提の下で存立しているゆえに、実定法体系はその理念性にもかかわらず、やはり実定的で現実的である。しかし他方、法体系の実定性と現実性を条件づける根本規範〔そのもの〕は決して実定的な法規範でも、現実的な法規範でもない。

ところで、この根本規範はいかなる意味で実定的法秩序の必然的な前提をなすのか、ということが問われる。というのもまず第一に、根本規範という概念が初めから明白な両義性を示している、ということに気づかざるをえないからである。一方で、根本規範は法理論的な研究の究極の「認識根拠」(Erkenntnisgrund) として前提されている。この認識根拠に基づいてはじめて法体系が、統一的でそれ自身として同一の現実に存在する対象として考察され論究されうるのである。こうした法理論的な認識根拠としての機能が根本規範に与えられているということは次のことをきわめて明瞭に示している。すなわち、ケルゼンは根本規範に、実定法を意味的に認識し解釈する可能性の必然的な保証〔の役割〕を求めていた、ということである¹⁷⁾。たとえケルゼンが別の箇所で、段階的に秩序づけられ絶え間なく創設されてゆく実定法秩序の最上位の統一性および同一性の究極の根拠 (Grund) のみを根本規範の概念として承認していたとしても、〔やはり〕ここで問題になっているのは

原理的に、統一かつ同一的な法体系を専らその対象的客観的な様態において認識可能にする学問的前提としての根本規範なのである¹⁸⁾。そもそも根本規範は「規範」としてではなく、例えば「実定性の基準」(Positivitätskriterium)と表記されるべきだとするフェリックス・カウフマンの提言もまた、彼がつまるところ実定法の「生起」(Geschehen)を「認識において」確定するための究極の出発点を根本規範に見出そうとしたことから生じているように思われる¹⁹⁾。[S. 115]

しかし他方で、実定法体系そのものにとって根本規範は前提されており、しかも実定法体系そのものの規範的機能が「実行されること (Inswerksetzen)」を根本規範が条件づけ規定している、という意味で前提されている。その場合、根本規範はもはや法学的認識の前提ではなく、実定法の妥当性そのものの前提である。実定法が根本規範を前提するのは、実定法は自己創設してゆくダイナミックな位相においておのれの究極の源泉をこの根本規範に見出すからであり、またこの根本規範だけがひとり法創設のプロセス全体を、なによりもまず法を創設する機関を設置することによって、基礎づけているからである。この第二の機能において根本規範は、それ自身は実定法的規範を意味し得ないにもかかわらず、語の最も厳密な意味で規範である。ここで根本規範は「法論理的な意味における憲法」と言い表される²⁰⁾。例えば次のように理解された根本規範は実質的な (sachhaltig) 当為 - 内実を欠いてはいない。ケルゼンは国法の根本規範を「法の權威すなわち君主、領民会議、議会等が汝らに命ずるように振舞うこと」と記している²¹⁾。あるいは国際法の根本規範は「合意は守らねばならない」(pacta sunt servanda) だとされる。根本規範は単に学問的な前提にとどまるかぎり、決して法の客観的な妥当性を基礎づけることはできず、それゆえこの根本規範という概念は専ら客観的な規範として、つまり客観的な価値として理解されねばならない、とするフェアドロスの決定的な主張は、ケルゼンの挙げた例のように根本規範が実定法の妥当性の前提を意味しているかぎり、十分に根拠を持っている²²⁾。実定法に

ついでに、学問の認識根拠 (Erkenntnisgrund) としての根本規範と、実定法そのものの妥当根拠 (Geltungsgrund) としての根本規範は、その本質からして二つの完全に異なる概念なのである。

今や明らかなのは、この概念が実定法の現実性という問題に関係づけて考察される場合には、法についての学問の認識根拠という意味での根本規範が問題になる、ということである。というのもこの文脈では、根本規範は、この〔根本規範の〕下で、実定法が非現実的、超歴史的、絶対的な自然法と厳密に対置されつつ、現実中存在する精神形成物として認識され探求されうるような、必然的な前提をあらわす名称だからである。しかし、それ自体理念的な法体系の現実性をめぐる問題は、実定法が何らかの前提の下に存立しているということが言われただけでは、まだ解決されてはいない。言うまでもないことだが、この前提を「根本規範」と表示したところで、まだそれについての何の積極的 (positiv) な解明をも意味してはいないのである。[S. 116] その実、根本規範が実定法の領圏においては基礎づけられない、つまりそれは実定法ではなく、定立された法規範ではない、といった否定的 (negativ) な符号ならば理解されているのだが。例えば「根本規範は実定法体系全体の最上位の統一点を形成している」とか「根本規範には統一的な法体系、つまり国家という理念性が伏在している」、「根本規範は実定法を解釈しつつ認識するための究極の出発点を意味する」というように、根本規範は外見上、積極的かつ実質的な特性や機能を示しているが、しかしこれらが意味しているのはまたしても、根本規範が統一的な、それ自身において理念的な、つまり意味を帯びて認識され解釈されうる実定法秩序にとっての前提であることに他ならない。法理論の認識地盤として理解された根本規範は、ケルゼン自身がそう見なしているように、純粹法学の体系全体の内部では未だ単なる「仮説」の状態にとどまっているのである²³⁾。

根本規範のこうした仮説の代わりに、実定法の現実性のための堅固な地盤／根拠 (Grund) を文字どおり確立 (feststellen) しようとするなら、ま

ず第一に、理念的対象一般の現実的存在についての全般的な問題を完全に
 解明しておかなければならない。それによって特殊な法理論的な問題につ
 いて首尾よく論究することが可能になるのである。ところで、哲学の領域
 全体を見渡しても、理念的対象の現実存在に関する一般的な問題に関して
 フッサールの超越論的現象学ほど深く、根本的に (gründlich) 論究してい
 るものは見出すことができない。周知のようにフッサールは、「第六論理学
 研究」において、「カテゴリー直観」を、「感性的な知覚」に対立する、直
 接的な自己所与の根本形式として見出し、このカテゴリー直観に理念的対
 象の現実存在についての究極の根拠を求めたのである。この直観は問題と
 なる理念的な対象性に「対応する」実在の対象の感性的知覚によって底礎
 される (Fundierung)、という性格を持っている。実はここに、我々の問
 題を解明するための礎石 (Grundstein) となるものが置かれている²⁴⁾。そ
 れゆえに、それ自体で理念的な法体系の歴史的現実性は一方で、理念的な
 法体系がなんらかの感性的に知覚可能な、実在的な状況を「現実性の地盤」
 (Wirklichkeitsboden) として持っており、他方、この実在的な状況をきっか
 けとして超感性的な、理念的直観という特定の様式において現実的な真に存
 在する対象性が与えられる、ということをとおして確証されねばならないの
 である。この実在的な状況は、社会的生の事実性 (Faktizität) に他ならな
 いが、しかしこれをきっかけにして、理念的な法形成物が現実存在する実
 定法秩序として与えられるわけである。ここにおいて法という理念的な当為
 法則が実現される。したがって、社会的生の事実性が初めて実定法の現実
 存在を底礎することができる。別言すれば、社会的生の事実性は、ただ実定
 法の現実性の地盤としてだけ機能するのであり、[だから] もちろんその際
 けっして、実定法の理念的な当為内実そのものをそうした法の存在事実
 に帰してはならないのである²⁵⁾。法律の「実現」、つまり先ほど法律の「現実
 性」とは概念上厳密に区別されたものは、この仕方で再び実定法的現実性
 の問題系との直接的な結びつきにおいて使用されるのである²⁶⁾。

とりわけはっきりと認めねばならないのは、これまでの超越論的現象学の展開に対して、まだ一度も、具体的・理念的な対象の自己所与の仕方についての立ち入った説明を求め得なかった、ということである。まさにそれゆえに純粋法学の手元には、どのように、またどんな事実的な状況の下で、理念的な法形成物はその理念性にも関わらず現実に存在する実定法体系として自らを与えてくるのか、ということについて現象学的な礎石に立脚して詳細かつ具体的に研究するという差し迫った課題が示されているのである。もし純粋法学が実定法体系の現実性の問題を根本から決定的に探求することができるならば、このことはただ実定法の理論としてこの教説を方法的に基礎づけるということの意味するだけではなく、まさに超越論的現象学にとっても、具体的で事象内容を含んだ問題系における決定的な前進を意味する。したがって、それ自体理念的な法体系の現実性という問題を、単なる仮説としての根本規範によってではなく、現象学的認識批判という礎石に基づいて事象に即して具体的に説明することが、純粋法学の将来の最重要課題であることに間違いのないのである。

ところで、ケルゼンはおそらく、彼が根本規範の実存領圏を法理論における認識根拠の意味で法実定性の範囲の外部に見出そうと試みる場面で、道を誤っているのではないだろうか。ケルゼンがそのように〔認識根拠として〕理解された根本規範の理論にたどり着くのは、すでに実定法体系が統一的でそれ自体同一的な対象性を形成しているからであり、それゆえさらにこうした実定法秩序の統一性と同一性がその究極の出発点をどこかにもっているはずだ、と考えるからである。理念的な対象——その諸々の属性は無限の多様性を示し、その部分内実が絶えず変化し続けるにも関わらずつねに同じ対象であり続ける——の統一性と同一性の根拠は専ら、この対象を超越するものとしてではなくこの対象に内在するものとして求められねばならない。[S. 118] というのも、ある対象の統一的かつ同一的な現実存在は、やはりそれ固有の存在様式だからである。つまりその対象の統一性

と同一性はそれ自身の内におのれの実存の根本体制 (Grundverfassung) として含まれているのである。したがってその対象を条件づけ基礎づけているにもかかわらず、この統一性と同一性を、対象の外側に存立し実存する「何か」として、理解することはできない。実定法秩序の究極の統一と同一性の極点 (Punkt) としての根本規範は、その実定法秩序に内在する何かとして求められねばならないということ、その結果として根本規範もまた法実定性という規定の下にあるということは、複数の実定法秩序が「様々に異なっている」(Verschiedenheit) という観点で同じ問題を考察する時、最も明白に洞察される。究極の統一点としての根本規範が特定の実定法秩序を条件づけねばならない場合、そのような根本規範はまた、この法秩序が他の実定法秩序とは「様々に異なっている」ための条件でもあるはずである。そうであれば、特定の法体系の根本規範が別の特定の法体系の根本規範とも異なっていなければならない、ということが必然的に生じる。このような複数の根本規範が「様々に異なっている」というこのことは、それらの側からすれば実際、様々に異なった根本規範そのものが歴史的に条件づけられている、という帰結に他ならぬと理解されるだろう。また別様の議論もありうる。根本規範が国家の同一性の究極の根拠を形成しており、しかも他方では国家のこうした同一性は決して超歴史的な、永遠の自然を有していないとすれば、つまり国家というものがある種の歴史的な諸状況の下で必然的に、同一の国家であることをやめねばならないとすれば、その場合は次のことをあっさりと認めねばならなくなる。すなわち、根本規範それ自身はなんら超実定的な実存を有することはできず、歴史的で実定的な規定性の下にも存立していなければならないのである。したがって実定法の認識をめぐる学問的前提という意味での根本規範の本質——私はここではただこの根本規範の一方の概念を問題にしているということ、そして他方では実定法の妥当根拠として理解された根本規範がまったく別の問題圏に置かれるべきであるということ、もう一度強調しておきたいのだが——は、法実定性そのものの領圏の内て解

明されねばならないのである。

[未完。「Ⅲ. 国家の存在様式」へ続く]

注

- 1) [訳注1] 本論文は1931年公刊のH・ケルゼンの50歳記念論文集に寄稿された、尾高朝雄(1899-1956)の未邦訳論文「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. Geburtstage.*, hrsg. von Alfred Verdoross, Verlag von Julius Springer, Wien, 1931, S.106-135.)の前半部(I-II)である。

わが国における著名な法哲学者として知られ、「現象学的社会科学の先駆者」と言うべき尾高朝雄の経歴は、現象学がわが国の法哲学・法社会学の領域に受容された経緯を理解する上で重要である。朝鮮京城に生まれ、東京帝国大学法学部政治学科(1919-1923)、次いで京都帝国大学文学部哲学科(1923-1926)を卒業、法理学研究のため京都帝国大学大学院(1926-)に入学し、1925-26年には西田幾多郎の演習にも参加した。1928年4月に京城帝国大学助教授として着任し、同年11月より法理学研究のためヨーロッパへ留学、1929年にウィーンの下で純粹法学を、翌1930年にはフライブルクのフッサールに現象学を直接に学んだ。ウィーンではケルゼンと個人的にも親交を深め、A・シュッツ(「現象学的社会学」の祖として知られる)と出会い、友情関係を結んだ。フライブルクでは、三宅剛一、臼井二尚、大小島真二らと日本人四名でフッサール邸での「演習」を受け、またO・ベッカー宅での『存在と時間』の講読、E・フィンクとの『精神現象学』の会談にも参加していた。1931年には再びウィーンに戻りA・フェアドロスの下で研究を続け、1932年に『社会団体理論の基礎』(原注26参照)をウィーンにて出版する。帰国後も『国家構造論』(1936)、『実定法秩序論』(1942)など戦前の法社会学、法哲学の領域においてフッサール現象学の方法論を導入・紹介した業績を数多く残した。また戦後もユネスコ国内委員会を務めるなど多方面で活躍しつつ、日本の法哲学界の一線において数々の業績を残し、門下に多くの著名な法哲学者を輩出した。1956年の医療事故による急逝の後、著名な弟子たちによって戦前から戦後に至る尾高の包括的な研究や報告がなされている。

本邦訳における訳出の基本方針としては、戦前のヨーロッパにおける最先端の思想状況の影響下で展開された尾高の思索を、現代的に問い直すという意図において、1920~30年代の尾高の日本語論文における用語法を参照しつつ、しかし今日の哲学・現象学における訳語を積極的に充てて訳出することを心がけた。若干の注意すべき語(Wirklichkeit, Existenz)については、[訳注]と表記して注による説明を加えた。表記の無いものは尾高による原注である。ただし、原注で引用・参照指示された文献のうち、現在入手可能なものはその出版年と頁数を記した。

- 2) Martin Heidegger, *Sein und Zeit*, Max Niemeyer Verlag GmbH, Tübingen 2001, S. 15.
- 3) Wilhelm Dilthey, *Gesammelte Schriften*, Bd. I, *Einleitung in die Geisteswissenschaften*, 2. Aufl., B.G. Teubner. Verlagsgesellschaft. Stuttgart, 1923, S. 38.
- 4) Heidegger, a. a. O., S.66ff.
- 5) Hans Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Vorrede zur zweiten Auflage., Scientia Aalen, 1960. S. V.
- 6) [訳注2] 本論文において最重要概念である Wirklichkeit / wirklich は、すべて「現実性／現実的」と訳出する。この語は自然の実在性 (Realität) とほぼ同義にも、また例えば M・ヴェーバー的な意味での「生の現実」(Wirklichkeit des Lebens) の意味でも用いられるが、本論考 (Ⅱ) 以下で主題的に検討されるように、理念的的精神形成物の固有の「存在様式」としての Wirklichkeitこそが重要である。尾高はこれを、フッサールの超越論的現象学的分析 (理性論および発生論的分析) に依拠して探求する。その議論の詳細は (原注26に予告されている) 『社会団体論の基礎づけ』第二章「理念的対象の現実存在」において明らかにされた。ちなみに尾高自身は本邦訳とは逆に、戦前の論文において、Wirklichkeit / wirklich に「実在性／実在的」、Realität / real に「現実性／現実的」という日本語を充てている (例えば、尾高朝雄, 「現象学と法律学」法律時報, 五巻10号, 1933. 初出。現在は、尾高朝雄, 『法律の社会的構造』, 勁草書房, 1957. 所収.)。
- 7) Ebd.
- 8) Alfred Verdross, *Die Rechtstheorie Hans Kelsens*, Sonderabdruck aus Nr. 20 der *Juristischen Blätter*, 59. Jahrg., 1930, S. 8.
- 9) [訳注3] この Existenz はいわゆる実存主義的な意味での「実存」ではない。本論文 (Ⅲ) の冒頭において、尾高は理念的的精神形成物の現実性の問題に関して、ユートピアと現実存在する国家との比較を例に採り、「実存する」(existieren) と「現実存在する」(wirklich sein) との対比を明らかにしている。つまりユートピアの「実存」は、「思考の上で構築された」、「現実性」を持たない存在である。また『社会団体論の基礎づけ』に対するシュッツの書評 (1937) においては、この尾高の「実存」の用法が通常とは逆であることが、端的に指摘されている。「まだ現実存在という意味を含んでいないような、一般的な意味での「存在」を尾高は、——私見では、残念ながら確実に通常の用語法とは反対に——「実存」と呼んでいる。」(Alfred Schütz, Tomoo Otakas Grundlegung der Lehre vom sozialen Verband, in; *Zur Methodologie der Sozialwissenschaften - Methodology of social sciences*, Alfred Schütz Werkausgabe Bd. 4, UVK Verlagsgesellschaft mbH., 2010. S. 141.)。
- 10) Hans Kelsen, *Der Staat als Integration*, 1930, S. 11. 同じく、Hans Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, 1922, S. 75ff. ここでは原理的に国家の存在様式が問題となっているのではあるが、やはりケルゼンのこうした表現を何の

- 問題もなく法に適用することができる。なぜなら、周知のようにケルゼンにとって国家はすなわち法秩序の統一に他ならないからである。
- 11) 「法の本質論」の方法的可能性はとりわけシュライアーによって明らかにされた。Schreier, *Grundbegriffe und Grundformen des Rechtes*, 1924, S. 85ff. 同じく Schreier, Über die Lehre vom “möglichen Recht”, *Logos*, Bd. XV, 1926. および拙論、Tomoo Otaka, *Theorie und Praxis in der Rechtswissenschaft*, *Zeitschr. f. öffentl. Recht*, Bd. X, 1930, S. 92f. (同論文の加筆邦訳は、尾高朝雄, 「法律学における理論と実践」, 『法学協会雑誌』第48巻8号, 1-51頁. 初出。現在は、尾高朝雄, 『法律の社会的構造』, 勁草書房, 1957. 所収。) 参照。
 - 12) Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, S. 44ff. 同じく Kelsen, 1922, S. 75ff. 同じく Hans Kelsen, *Staats als Übermensch*, 1926, S. 11ff. 同じく Kelsen, 1930, S. 11ff.
 - 13) 上掲の拙論、93頁以下。
 - 14) Hans Kelsen, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, 1928, S. 12.
 - 15) Ebd.
 - 16) a. a. O., S. 20.
 - 17) a. a. O., S. 21ff., 25f.
 - 18) Kelsen, 1925, S. 249. 同じく Wilhelm Jöckel, *Hans Kelsens rechtstheoretische Methode: Darstellung und Kritik ihrer Grundlagen und hauptsächlichen Ergebnisse*, Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1930, S. 14. 参照。
 - 19) Felix Kaufmann, *Die Philosophischen Grundprobleme der Lehre von der Strafrechtsschuld*, *Wiener staats- u. rechtswissenschaftliche Studien*; Bd. 11, Leipzig: Franz Deuticke, 1929, S. 34f.
 - 20) Kelsen, 1925, S. 249.
 - 21) a. a. O., S. 99.
 - 22) Alfred Verdross, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, 1926, S. 21ff. および Verdross, *Die Rechtstheorie Hans Kelsens*, S. 5ff.
 - 23) Kelsen, 1925, S. 104. および Hans Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, 2. Aufl., 1928, S. 97, Anm. 1.
 - 24) Edmund Husserl, *Logische Untersuchungen* II. Bd., *Untersuchungen zur Phänomenologie und Theorie der Erkenntnis*. 2. Teil, in: *Husserliana* Bd. XIX/2, hrsg. von U. Panzer, 1984.
 - 25) 法秩序ごとの実定性は「実際に (tatsächlich) 設定された法作用によってまさにそれが段階的に充実してゆくことに存する」という思想はフェアドロスによってすでに何度も明確に示唆されてきた。Verdross, *Die Verfassung*, 1926, S. 6f. および Verdross, *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung*, 1923, S. 77ff.

- 26) 本論文の枠内ではむろん、理念的な対象の現実存在という哲学的な根本問題を綿密に取り扱うことは不可能である。この問題を網羅的に論究した拙著『社会团体論の基礎づけ』を近日公刊予定である。Tomoo Otaka, *Grundlegung der Lehre vom sozialen Verband*, Julius Springer, Wien, 1932.