九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

国法学の形式的対象 ： ドイツ公法学派の終焉

水波, 朗
九州大学法学部助教授

https://doi.org/10.15017/1398

出版情報：法政研究. 27 (2/4), pp.190-208, 1961-03-25. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

国法学の形式的対象

――ドイツ公法学派の終焉――

水　波　朗

一　問題の所在
二　(1) ゲルバー
　　(2) イェリネック
　　(3) ケルゼン
三　むすびに代えて

一

憲法をはじめとする国家の基本法規は、単に憲法学やいわゆる「国法学」によって研究されるだけではない。それはまた法哲学の研究対象でもあれば、法社会学の研究対象でもある。従って法学の他の諸部門から区別しての「国法学」の固有の研究対象は何なのか、ということが改めて問題になってくる。問題をいっそうはっきりさせるために、ここで古い伝統的哲学の区別を用いて学の「形式的対象」ohjectum formale と「実質的対象」objectum materiale とを分ってみよう。ジャック・マリタンによれば、(一) ある学の形式的対象とは、その学により、「それ自身に、凡てに

先んじて」考察されるところのものである。実質的対象とは、この形式的対象との連関において、これに根拠してその学により考察される対象である。ある学が他の学とその実質的〔素材的・質料的〕対象を同じうする場合でも、他の学との間に形式的〔形相的〕対象の相異が（つまりある意味では観る観点の相違が）あれば、それらはそれぞれ別個の学である。同じく無機的物質をその実質的対象としても、物理学はその偶有的変化を形式的対象とし、化学はその一そう深い変化、実体的変化を形式的対象とするが故に、両者は同じ学ではない。哲学と諸科学とが同一の可感的現象を実質的対象としても、哲学はその第一原因を、諸科学はその第二次的な現象的原因を形式的対象とするが故に、両者はきっぱりと相分たれる。同様に、憲法法規をはじめとする国家のもろもろの基本法規を、国法学も法哲学も法社会学もその研究の実質的対象としている場合でも、もしこれらそれぞれの学の形式的対象が異れば、これらの学がそれぞれに他から区別された独立性を獲得することになるのである。換言すれば、国法学が学としての固有の独立性をもちうるとすれば、それはその独自の形式的対象がみいだされる場合のみである。では、国法学を他の諸社会科学、ことに法学の他の部門から区別せしめるその固有の形式的対象は何か？　これがいまの問題である。

ところで問題は本来こうしたしかたで提出されるべきものであるから、注意すべきことは、憲法その他の国家の基本的法規のたんなる蒐集やその外面的観察は――他の法学の諸部門もまたこれを研究する――実質的・素材的対象を供しえても、国法学固有の形式的対象を供しえず、国法学を形成せしめえないことである。そうした実質的対象たる現象事実の内奥に一そう深く立ち入って、そこに国法学固有の対象とするに適した何か内的な、必然的な、そして統一的な連関をみ、それをもって国法学の形式的対象とし、そこから他の実質的対象たる諸法規の現象事実をも考察してくるというのでなければ、国法学は他から独立した内的な統一性・体系性を備えた一個の学としての「存在」を保持しえないのである。国法学が存在しはじめるということは、こうした統一的な連関をその形式的対象として発見す

ることであり、それが存在することを止めるとは、こうした統一的連関を、形式的対象を見失うことである。

事実、F・v・ゲルバーにおいてドイツ公法学派の国法学が最初に誕生したとき、かれが努力して鮮明な姿で浮び上らせようとしたのは、こうした国法学の形式的対象であった。G・イェリネックにおいて周知のようにドイツ国法学がそのもっとも成熟した頂点に達したとき、このゲルバー伝来の形式的対象は、その他の点での大きな変更にもかかわらず、完全に保持されていた。そしてH・ケルゼンによってこの同じ形式的対象が徹底的に破壊されて他のまったく異ったものとおき代えられたとき、ドイツ公法学派の伝承の保持を誇称するケルゼン自身のいうところに反して、この学派はその終焉をむかえたのである。

二

(1) ゲルバーの国法学的著作として注目すべきものに、二つある。「公権論」Über öffentliche Rechte, 1852 および「ドイツ国法体系綱要」Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts, 1865 である。緊密な思索の内容が稀にみる古典的明晰さにまで到っている点において後者は前者に優っているが、ゲルバーの国法学体系の生成過程をうかがう観点からは、前者の方がより興味深い。しかもゲルバー的国法学の、したがってドイツ公法学派の国法学の決定的な特徴が、すでにこの著にみられるのである。はじめに「公権論」に依拠してかれの国法学を総括し、つぎに「体系」にあらわれたその後の発展に鑑みて、それを修正しよう。

ゲルバーにとっての学的関心の中心は、その当時までまだなんら統一的なものとしては存在していないとみられていた国法を、統一的に把握するイデーを求めることであった。そして次のような論理的な過程をもって、このイデーを発見できたとした。

a.　国家は倫理的有機体である。倫理的有機体としての国家は、その成員の共同生活の倫理的完成に、その意味での共同の利益に、その目的をもつ。この有機体は、こうした共通の目的を追う統一的な共同意志（一般意志）を告知し、働かせるその成員の一部を、つまり機関をもっている。こうした機関による意志の能力の故に、それはすでに人格性を備えている。しかし、倫理的有機体としての国家やその人格性は、いまだ倫理の系列に属するものであって、法的なものではない（S. 16—17）。

b.　こうしたそれ自体としてはなんら法律的なものではない倫理的有機体としての国家に、法規が、法律的な意味での法人格を与える。法人としての国家へと、それがそのときから高められる（S. 18）。法規は、国家の統一意志を表現するかぎりでの成員（すなわち機関としての君主、官吏、時として一般人民たる個々人）の「意志の自由な支配範囲」、あるいは「特に他から分たれた権利の範域」（Willenssphäre od. gesonderten Rechtskreise）を、つまり公権を定める（S. 27 f）。この権利は「私的権利と均しく人間の意志の現われであるが、個人としてのそれではなく、ある特定の共同体、つまり国民的結合〔倫理的有機体としての国家〕の成員としてのそれである」。私的機利はいかなるものであれ絶対的に自由に判断し選択する可能性であるが、公権は現実に生きて働いている有機体としての国家の構造（アンシュタルト）の枠から離れては定められえぬものであって、この点直接に自由な人格性の基礎の上に立つ私権と異る（S. 29）。

c.　こうしたもろもろの公権こそが「国法」の中核をなすもの、否、国法的法規の現象の奥底にある国法そのものである。もろもろの公権の学がすなわち国法学である（S. 29）。

d.　したがってこうした公権の学としての国法学の内容の体系統一の原理もまた恣意的なものでなく、法以前的な倫理的有機体としての国家の構造（アンシュタルト）に、その客観的な基礎をもっている。例えば君主は、ドイツの当時のそうした

構造（アンシュクルー）において倫理的有機体としての国家の統一的意志（一般意志）を表現すべく定められていて、その意味で固有の支配権力（ヘレンヤフト）をもつので、法規はこの君主を国家法人の最高の（直接）権関とし、国家法人の統一的意志の表現者たらしめることができている。同様にこうした構造に基いてこそ、動態的創造的で積極的な支配権力を核とする君主の諸公権の下に、たんに（君主）の代理権である（間接機関としての）官吏の諸公権が、またさらにその下に一種消極的な――自己の私的生活の本有の自由を侵されないという――意味での人民の諸公権があるといった、公権の位階秩序が存在するのであり、国法学の内容はこうした秩序により体系づけられる（S. 39—41, S. 42 f. 殊に S. 45—46, S. 58—59, S. 64—65）

以上のようにのべる「公権論」と、更にその十三年後に書かれた「ドイツ国法体系綱要」との主な相違は、ゲルバーみずからもいうように（Grundzüge, S. 19）、前者が国家の個々の機関ごとに君主に荷われた具体的な公権の敍述を中心とし、むしろこれらを抽象的に公権一般として扱うことを非としている（öffl. Recht, S. 52）のにたいし、「綱要」は公権を抽象的に、国家権力あるいはその法的表現としての支配権力（ヘルシエン）として扱うことである。かくしてもはや国法学にとっては、倫理的有機体としての国家の法律以前的「構造」ということによって曖昧に君主主義的に色合いづけられた具体的公権の総体が問題なのではなくして、君主は他の国家の諸機関に並ぶ一機関にすぎず、これらの機関のいづれを介しても等質的に表現されてくる「人格的なものと考えられた倫理的有機体の意志力」としての国家権力そのものが、支配権力（ヘルシエン）が問題である（Grundzüge, S. 19—25）。国家法人説はこうして、「公権論」の君主主義的出自を、なまりを払拭して、共和制的国家にも妥当する国家一般の本質論となる。国法学はこうした抽象的な「国家権力の学」であり、「国家意志の学」であり、「国家の意志〔の自由な活動の〕範囲〔――それはゲルバーによれは国家の「権利」、公権ということである――〕を一般的に特徴づける」学である（ibid. S. 4—5）。

こうして当時の公法理論の混沌のなかからあざやかな明晰さをもって一箇の学の、国法学の、形式的対象がとり出される。国法学の固有の対象は、もはや当時の乱雑で大いに不備であった公法的諸法規ではない。それは法規の個々のものでもなければ、そのたんなる集積でもなく、「それらよりも一段と高い秩序」に属するその前提条件である。(六) それは意志力としての国家権力であり、しかもこの意志力は、「個別的意志のたんなる人工的機械的集積ではない」超個人的意志——国家有機体のうちに「根源的に保持されている自然〔本性〕力 Naturkraft」としての——「倫理的意志」に根拠し、それより自己自身の単一性、内的統一性をえてくる。国法学即ち公権一般の学はこれを基礎とし、これからその内容の体系性、統一性をえてくる（S. 20—22）。かくて国法学の形式的対象は極度に単純化され、「統一的な」ものとなる。

国法学の形式的対象が法的意志力としての国家権力であるから、個々の実定的法規はこうした意志〔の自由な活動の〕範囲を一般的に特徴づけることに連関するかぎりでのみ、国法学の実質的対象となり、「この目的からずれた」他の観点からの実定法規の考察は、法学の他のそれぞれの部門に委ねられるべきである。かくて刑法、刑事民事の訴訟法、行政法をそのものとして研究することは他の部門の任である。憲法法規すらも、これを上記の国法学固有の観点、固有の形式的対象と関係づけて観るかぎりでのみ国法学の実質的対象となるのであって、国法学を「憲法学」と称するのは学問的ではない（S. 5, S. 235—243）。

ゲルバー学説の志向した国法学のイデー、国法学の形式的対象は、この学説のいっそう附随的な部分の変更にもかからわらず、その後の強力な「ドイツ公法学派」の伝統において継承された。そしてこのイデーは、法学の今日の水準からみればケルバー的「偏向」として批判できる次のようないかがわしい論点をも含むものである。1、法人格としての国家と法以前的集団としての国家とをいう二元主義。2、「統一意志」なくして法人なく、法人としての国家

はその統一意志を法以前的国家の統一意志からえてくるという仮定。3、この「意志」の自由な活動範囲が「権利」である（そして法規はこうした権利を国家に与える）という意志主義的権利観。要するに「ゲルバー的」国家法人説の基本的内容である。ドイツ公法学派の大成者としてのイェリネックにうけ継がれるものは、こうしたゲルバー学説の核心であり、ケルゼンの手痛い批判をうけるのも、正にこれである。

(2) イェリネックもまたゲルバーと同じく、法規の単なる集積を超えて、その背後にある「本質的」現実を問題にする。曰く、「国家学」Saatslehre は理論的な学である。というのはそれが、先ず第一に記述的な学ではないことを、そして第二にそれが実践的な学でもないことを意味する。国家学は記述的な学ではない。なぜならなるほどそれは国家の目途やその形態を確証する意味では記述であるが、また同時に何よりもそれは説明なのである。というのは直接感覚に入ってこぬものについて、或は学的探求によってのみはじめて確認され意識に入ってくるものについて、要するに国家の本質的なものについて語り、それより説くからである。国家学は国家をその本質において、しかもその本質の全面において探求するものである。このように現象事実を超えた国家の本質が問題とされるとはいえ、――イェリネックはその新カント学派的立場に忠実なしかたでつけ加える――ここで何か超経験的なもの、実体的なもの、物自体的なものが問題とされるわけではなく、そうしたものについての「思弁」や「信仰」に基いて人間の行為を指導する諸規範を語るという意味で実践的な学でもないのである（Allgemeine Staatslehre, 3 aubl. 1913 S. 9―10)。国家の本質が探求されるといえ国家の何か理想類型 idealer Typus といったものが思弁的に探ねられるわけではない。そこでは経験類型 empirischer Typus が、経験事実に即して科学的に探求され、人間により構成されるのである。国家のこの経験類型の探求は、用いられる研究方法の相違に応じて、二つのものに分たれる。一つは歴史学的・社会学的類型であり、他は法学的類型である。前者は国家の歴史的な本質を問い、後者はその法的な本質に

向う。前者は時間・空間的な国家発展の諸類型を語る存在命題を形成する方法を用い、後者は現在の法的実践を方向づけ目的づける規範命題を、諸法規から法律家が抽象したり上級の規範から演繹したりして形成する独特の方法を用いる（後者がある意味では実践学でありながら、上記の思弁的な規範を語る実践学に陥ることなく、それについて経験的な類型を形成しうるのは、対象とする法規範の「実定性」によってである）。つまり国家学は、このような相異った二つの方法を用いて国家の二つの「本質」を問うところの、二つの部門から成っている。つまり社会学的形象としての国家を問う「社会学的国家学」と、法的制度としての国家を問う「国法学」とである（S. 30—52）。

a. 社会学的国家学は、先ず国家の本質論として、国家のもろもろの素材的要素（国民、国土、国家権力）を集めて以って国家的統一体たらしめる国家形成の本質的要因を、国家的「現象綜合のための範疇」（S. 161）を、「綜合の形式」（S. 163）を、（もっと厳密に伝来の哲学的用語法を用いて）「個別化原理」principium individuationis（S. 175）を尋ねる。こうした原理、こうした「形式」こそ、社会学的国家学の形式的対象に外ならない。これを尋ねてイェリネックは国家の目的論的統一に注目する。「国家という統一体は本質的に目的論的な統一体である。人間の統一体は、恒常的な、内的な、持続的な目的によって相互に結びつけられているとき、われわれの意識にとっては結合されているのである」。そして「この統一性は組織化を通じて外部に表現される。つまり統一化的目的要因をその行為によって配慮することを任としている人びと〔機関〕を通じてそうされる。このように組織された……目的統一体を称して人的な集団ないし団体統一体 menschliche Kollekitv- oder Verbandseinheit という。国家という目的論的統一体は……団体統一体である」（175—179）。[(十)] 国家のうちにおいて追及する目的を同じくすることはこれを追及する意志を同じうすることでもあるから、ゲルバー的な「統一意志」は、姿を変えてここでも生き残っている。こうした統一意志を表現するものこそ団体統一体の機関であり、国家の機関がとりわけ「支配権力」を、つまりそう

した統一意志の表現者・執行者として「自己の意志を他人に無条件に行わしめ、他人の意に反してもこれを無条件的に貫徹しうる」力をもつことのうちに、国家が他の団体統一体から区別されるもっとも重要な特徴がみられるのである。「国家とは」とイェリネックは結論していう「本有の支配権力を備えた、定住せる人間の団体統一体である」(S. 175—181)。

b. 社会学的側面においての国家がこうしたものであればこそ、この基礎の上に法学的側面においての国家が存しうる。後者の側面においての国家は、法主体である。このばあい法主体というのは、すべて法概念が一般にそうであるように、その本質上哲学的意味での実体たる何かの問題ではなく、実体たるもろもろの個々の人間の関係の問題である。法は法主体たる関係を、自然人のみならず国家のような集団的存在にも帰属させる。このばあい、国家がその社会学的側面において組織された団体的統一体であり、その機関により自己の統一的意志を表示できるものとして、この統一がたんに擬制的なものではなく、われわれの意識にとって必然的な綜合形式であるかぎりでは実在的(レアル)なものであることが、こうした法的帰属を可能ならしめる前提である(S. 169—170)(八)。かくて国家の法的本質を把えた定義の敍述は次のようになる。「国家とは本有の支配権力を備えた、定住せる人民よりなる法人である」。或は「国家とは本有の支配権力を備えた領域法人である」(S. 183)。

こうみてくれば、イェリネックにとっての国法学の固有の形式的対象は明瞭である。それはゲルバーと均しく法人としての国家の機関を通じて立ち現われる統一的意志であり、具体的には国家の諸機関の公権である(九)。かくしてかれの国法学の主要な内容をなす次のような基本的概念が、すなわち「国家権力」、「主権」、「憲法」、「国家機関」といったものが、一貫して「国家意志」をめぐって定義されるゆえんが分る(一〇)。またゲルバーと同じくイェリネックが「国法」Staatsrecht をもって「憲法」Verfassungsrecht と表現することを不可とする(S. 390)理由が分る。国

家意志の、権力の発現を一般的に問う国法学の素材的対象が、（実質的・形式的いずれの意味でもの）憲法を超えて、「憲法とは全くまたはほとんどかかわりのない多くの素材」、例えば「王朝の構成者の地位や国会による議員規則の形成や官吏の国家への公的請求権や、地方行政への国家的統制や教会への国家的高権の行使」更には「公共団体の事項」にまで拡り及ぶのは（S. 390—391）、これらが国家権力の、国家意志の発現にかかわり、従って国法学の形式的対象にかかわるからであり、またそのかぎりにおいてのみである。そしていづれにせよ国法学のこうした形式的対象の単純性・統一性を、従って国法学の内容の体系統一を窮極的に可能ならしめているものは、社会的集団としての目的論的統一である。ゲルバーと比べたイェリネックの国法学の素材的内容の豊かさや体系的整合、また倫理的有機体としての国家をいうヘーゲル的なゲルバーと比べた後者の顕著な反形而上学的傾向、むしろ懐疑主義、相対主義的傾向の相異こそはあれ、ゲルバー学説の核心的部分の全面的な受容は、イェリネックにおいてかくて明白である。

(3)　ハンス・ケルゼンがゲルバー＝イェリネック的国家法人説に徹底的に対決することになった理由は根本的であって、このことを理解するためには、ケルゼン学説をそのそもそもの出発点から吟味しなければならない。ケルゼンは、自己の思想を最初に体系づけた卓越した著作「国法学の主要問題」のある箇所で、シュタムラーが原因—結果関係を表象する目的論的考察と目的—手段関係を表象する（それはかれによれば「意志する」ことでもある）目的論的考察との区別を「存在」と「当為」との区別として強調するのを批判して、次のようにのべている（そしてその批判は、イェリネックを含めたドイツ西南学派にたいする、同じく新カント学派の他の一派マールブルク学派からの批判と平行している）。[11] 人がなにかの目的を表象する場合も自己を未来の行為の原因として、未来に生ずべきことをその結果として表象することなのであり、いづれの目的—手段表象も、結局に原因—結果表象である。この両者は（原因

―結果の系列の出発点を異にする差異こそあれ）共に「存在（ザイン）」を因果的に説明する点において相異はない。真実の対立は、こうしたものではない。真実の対立はこうした因果的・目的論的両観察方法を含めての「説明的方法」と「規範的方法」との間にある。「存在（ザイン）」と「当為（ゾルレン）」との差は、実にここにあるのみ。前者の方法は存在界に向い、後者の方法は純粋に当為に、また当為を定める「規範」にむかう。説明的方法は存在事実を因果的に説明することを事とし、規範的方法はそうした存在事実を「内容」とする規範を、より上級の規範に根拠づけることを事とする。シュタムラーのいう「目的」であれ「意志」であれ、（また西南学派の他の学者のいう「価値」であれ「意味」であれ）すべて「存在」は規範の内容としてのみ規範にかかわっているのであり、規範そのものは別個の世界に、当為界にあるのである（Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. 1911, S. 58―64）。

以上のように説くケルゼンにとって当然のことながら、国家の統一的「目的」や「意志」は、国家的法規の学の固有の対象、形式的対象とはなりえない。伝来のゲルバー＝イェリネック的国家法人説の核心がこうした統一目的や統一意志をいうことにあることを十分に自覚しながら（S. 162―163, S. 99―100）、ケルゼンはあえて国法学からこのモメントを追放しようとする。国家の統一意志や目的は、仮りにそうしたものがあるとしても、それは存在の世界にあるものであり、説明的認識の対象にこそなれ、「純粋な法認識」の、規範的認識の対象とならない（S. 172 ff. Staatsbegriff. S. 81.）。しかも実際には、とケルゼンは一歩を進めていう。社会的集団としての国家といったものは実在せず、そうした国家を存せしめる個別化原理、形相的原理としての統一目的も意志も、本当は実在しないのである。国家のみならず全ゆる社会的集団がその結合の本質的要因としているものは、集団の「目的」とか「意志」とかとして集団構成員により表象されているしばしば相反した方向をもった雑多な自然的・心理的存在事実ではなく、実際には「規範的な何か」なのである。[二二] 国家のうちに「統一（アインハイト）」があるとすれば、一定の実定的規範秩序がそこに等し

く、妥当していること、むしろ国家がそれ自体こうした規範秩序であって、規範「秩序」として内在的な「統一」を保持しているからにほかならない。国家の意志とは国家的法秩序の統一性の擬人化的表現であり、国家とは、実に実定的国法秩序そのものである（S. 100, 162 ff. Staatsbegriff, 86—90）[一三]。

では何がこうした国法秩序の「統一性」を可能にするのか？　「主要問題」においては決定的に解決できていないこの問題への答えが、後に「根本規範」の構想となる[一四]。根本規範を、これが構想され始めた頃の分り易い形でいえばそれは、――従来の法秩序を破って存するにいたった革命政府の非合法的な、従って事実的な法令が、その支配する地域の大抵の裁判所において適用され、人民により現実に服従されてある程度の『実効性』（実効性はあくまで「存在」の世界のものである）をえているならば、この法令をもって法規範としての『妥当性』（それは「当為」の世界のものである）をもつものと仮定しよう――ということである[一五][一六]。これは規範とはいい条、人間に何かの行為を義務づける通常の意味での規範ではない。それは自然科学者の実験的仮説にも比べうる法学者の論理的仮構であり、この認識論的前提の下にのみ法学者の眼に法秩序が、その固有の一種中性的な規範性を帯びて現出するのである。「純粋」法＝国家の「科学」が、これによってのみ可能となる。根本規範および根本規範が可能ならしめるこうした――一切の実定法規範に等質的な――固有の規範性、妥当性の故に、国法規範は単一的な秩序、一つの統一体となるのである。

かくして先ず、社会学的国家と法律学的国家との二元主義は、前者の否認、後者のみの承認というしかたで克服され、国家は一元的に把握される。又後者の、ゲルバー＝イェリネック的意味での「法人としての国家」にもたれる筈の「意志の自由な活動範囲」としての「権利」もまた否定される。ケルゼンにとって、法義務は法規の第一次的な本質的要因ではあるが、権利はそうではない。権利はある種の観点からみられた法規である。例えば国民の権利とは、「何かの行為を国家が意志すべきことを命じていてしかもその実行を誰かの要求にかかわらしめているばあい、この

誰かとの関係においてみられたかぎりでの法規」であり、国家の権利とは、「法規により義務づけられている一切の他の人格にたいする国家の関係からみての法規である」（Hauptprobleme, S. 663. S. 567—534. S. 313）。義務を命じない法規はないが、権利の契機を含まぬ法規は多々ある。そして法規が権利の契機を含むばあいにも、これを自然的・心理的「意志」や「利益」に結びつけて把える必要はない（ibid. 312. Allg. Staatsl., S. 60 ff.）。国家の法人格といったことも、国家法秩序の総体そのものの擬人化か、ないしは法規範の帰属の終点であるとして国法秩序の何かに還元できるものであり、国法以前的な、国法支担的な「法主体」としての自然的・心理的現実に結びついた法人格を考える必要はない（Hauptprobleme, S. 183. Allg. Staatsl., S. 70—71）。かくしてゲルバー＝イエリネック的意味での「法人としての国家」は否定される。ケルゼンがドイツ公法学派における自然的・心理的な「意志」や「目的」の規範的なものとの曖昧な混同を鋭く批判したことは、正しかったといわねばならない。(一七) これは、ケルゼンの他の積極的・建設的な主張にたいして否定的であるものと雖も認めねばならないであろう。

国家が国法秩序と同一である以上は、国家学は即ち国法学であり、（憲法の語をケルゼン的に特殊な意味で用いて）憲法学である。この学問は国法秩序の本質とその創設原理とを一般的に尋ねる。これに反してそれ以外の法学の諸部門、刑法学、民事法学、行政法学などは、法秩序の内容と構成要件とにより多く関心する（Allg. Staatsl., S. 18. S. 44—46）。こうした国法学の形式的対象は、国法秩序の本質的な構成＝創設原理であるところの、上記の根本規範であり、これが可能ならしめる特自の規範性・妥当性であって、それは決して何かの集団の統一意志に窮極的にその単一性を負うようなものではない。

ところでケルゼンは、その著「一般国家学」の序文において、自らの学問的立場を規定して、ゲルバー、ラバンド、イェリネックらの厳密に法学的であって政治的に色づけられていない実定的国家の（実定法の）理論の後を追う

ものであることをいう。むろんこれは、一つの漠然たる傾向の敍述としては正しい。しかしすくなくもドイツ公法学派の理論の固有の核心は、たんにいわゆる「法実証主義」ということでは把ええないのであって、ケルゼンがすでにこの固有の核心（法人としての国家の〔自然的・心理的な〕統一意志）を、即ちドイツ公法学派にとっての国法学の形式的対象を破壊したからには、しかもきわめて正当なしかたでそうしたからには、ケルゼンはこの学派を継承したというよりも、むしろこれを葬り去ったといわねばならない。これがドイツ公法学派の国法学の終焉である。

三

イェリネックの一般国家論の第一版が一九〇〇年に出されたすぐ後で、一九〇七年には、早くもわが美濃部達吉博士の「日本国法学」上巻上、総論が出版された。周知のようにこの書は、その後の日本の公法学界に最大の影響を与えて今日に及んでいるイェリネック学説が、この国に将来される端緒をなすものであった。ところでこの書において美濃部博士は、イェリネックの著作の第十二章「公法の分類」（S. 383—394）を要約して公法上における国法の地位をのべた後、上にみたようにイェリネックが「国法」の素材は形式的・実質的いづれの憲法よりも広いとしてその具体例を挙げている箇所に対応するところでは、これを無視して代りに次のようにのべている。

国法トイフ語ハ独逸語ノ Staatsrecht ヨリ来レルモノナリ。……単ニ名称ノ事ニ過ギザレバ、何レノ名ヲ用イタルモ必ズシモ不可ナク、唯其ノ意義ヲ正解スレバ足レリト雖モ、憲法トイフ語ハ稍モスレバ形式的ノ憲法、即チ憲法法典ヲ意味スルガ如ク誤解セラレルノ恐レアルノミナラズ、constitution トハ本来組織ヲ意味スルモノナレバ、constitutional law トイエバ唯組織ノミノ法ナルカノ如キ誤解ヲ来スノ恐モアリ、『国法』ノ名称ノ一層穏当ナルニ如カザルベシ。帝国大学ノ講座ニ従来憲法ト国法学ノ講座トガ併セ設ケラルルハ、特殊ノ沿革ニ基クモノニシテ、決シテ穏当ナル名称ニ非ズ。其ノ所謂『憲法』ハ日本ノ国法学ヲ意

味シ、国法学トイヘルハ普通国法学ヲ意味スルモノナリ。（傍点筆者）

博士にとっては「単ニ名称ノ事」にすぎないので、この書では「日本国法学」と題されているものが、博士の次の体系的著作では「日本憲法」第一巻と題され、その変更の理由は「唯普通の用例に従ったに過ぎぬ」（同序文二頁）と片付けられる。しかし事柄は「単に名称ノ事」だろうか？　否、否。「国法」と「憲法」とを区別することの背後には、ドイツ公法学派の伝統において、国法学の形式的対象と実質的対象とを分つ重大な問題が存していなかったか？この両種の対象の区別が曖昧になり、ドイツにおいてひと度はその質料的母体より瞭然と抜んでていた国法学の形式的対象が、わが国において再びこの素材のうちに埋没し去ったとき、すべては「単に名称ノ事」となったのだ。国法学の形式的対象の自覚のないところでは、国法学は存在しない。日本において国法学は、そのそもそもの始めからつまづいた。存在し損ねた。それは死産児として生れた。そして「特殊ノ沿革ニ基」き、僥倖にも「講座名」としてその形「骸」を今日に遺している。

――一九六〇・十二・九――

（一）J. Maritain, Eléments de Philosophie I, 1921. P. 67―68. 吉満吉彦訳「形而上学序論」七三―七四頁。

（二）これはG・イエリネックの用語である。（Allgemeine Staatslehre, 3 Aufl. 1913, S. 64）.

（三）「論文集」Gesammelte juristische Abhandlungen. 2 Aufl. 1878 もあるが、これには、直接いまのわれわれの考察に関係あるものは含まれていない。

（四）こうした統一化的イデーを公法学において求めるに先立って、若いゲルバーが私法学においても同様の仕事を見事になしたことについては、Ernst Landsberg, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, Dritte Abteilung, Zweiter Halbband, Text, S. 778―788.

（五）ゲルバー自身が当時の状況を次のように描いている。三百近い領邦 Teritorien に分割されていた一八世紀ドイツの古い体制が、フランス革命の影響をうけて動揺し、新しい政治的気運が一九世紀ドイツでも動きはじめる。一方では統一ドイツへの運動がありながらも、政治的統一はいまだ現実のものでなく、プロイセン、オーストリアの優勢な君主国を除いていたるところで小諸侯の分裂があり、それぞれの国々が、あるいは絶対君主制的な、あるいはいっそう立憲君主制的な種々の憲法をもっていた。こうした状況の下では、国法が外面的に観察され蒐集されるのみで、その真の内的本性からする統一的な把握はない。Klüber, Zacharia, Maurenbrecher の努力も結局そうした蒐集の業にすぎなかった。国家を法人として統一的に把える努力もあったが、いまだ偶然的であるか（Albrecht）ないしは非法学的な概念のもの（Wippermann, Schmitthenner）にすぎない。――更にゲルバーは加えていう、私法学と並ぶに足る公法学の統一原理を発見することが、今日の法律学者の、われわれの使命である（öffl. Rechte, S. 12―15）。

（六）ゲルバーはいう、「国家の法制度創設、運営の働きは、規則正しく確実に作用をなしてのみ有効である。こうした作用の規準そのものを表現する法、意志能力あるものとしての国家的有機体の基礎構造を表現する法、つまり国法」は、―国家の立法活動の所産であって「国民生活の変転する必要の犠牲とされもしうる」ものである―個々の法制度や法規とは異って確実に行われ、日常の変移の影響を免れていなければならぬそれらの「前提条件」である（S. 7―8）。

（七）又、System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2Aufl. 1916. S. 21―26, 参照。

なお注目すべきことは、イエリネックが用心深く次のようにいうことである、「こうした目的概念を適用することによって思惟必然的に形成された統一が、何かのしかたでわれわれの思惟とは独立に存するか否かは、われわれの知るところでないし、科学的な探求方法の手段を用いては確証できることではない。この点においてわれわれの知識は尽きるのであって、形而上的思弁がこれより始まる。この限界は超えられてはならないのである」（Allg. Staatslehre, S. 182）。

（八）「法人の概念は純粋に法的なものであって、何ら客観的に感知可能な事実の世界に応ずるものではない。団体統一の法的関

係も、法秩序へのその関係を表現するための法的綜合の形式である」(ibid S. 183)。これは抽象の世界のものであっても、擬制といったものではない。抽象は内的・外的世界における実在的経過 reale Vorgänge に基礎づけられているが、擬制は自然的事実に代うるに他の想定された事実をもってし、これに等置するものである(System, S. 17)。また他方において、このばあい、それに法主体性を附すべき何かの実体を前提する必要のないことは、自然人に法主体性を附与するばあいでさえ何かの実体を、実体的な自我 Ich を前提しているのではなく、生涯を通じて変化する個人の生活過程から、人格的主体としての統一への綜合をわれわれのうちで主観的に形成して、そうしているのみであることからも分る(Staatsl., S. 170—171)。

(九) イエリネックはゲルバーのように純粋に権利を意志説的に考えるのではなく、周知の通り利益説との折衷をはかる、「権利とは何かの善ないし利益へ向けられた人間の意志力であって、法秩序により承認され保護されたものである」(System, S. 43)「意志力は権利の形式的要素、善ないし利益はその実質的要素である」(ibid, S. 45)。しかしこのことは、本文の主張する国法学の形式的対象の点でのゲルバーとの相応関係を、変うるものでない。

(一〇) 国家権力については、Allg. Staatsl., S. 427. 主権は、S. 540. S. 481—2. 憲法は、S. 505. 国家権関は、S. 540.

(一一) なおこれに連関して、「法哲学講座」第五巻上巻、加藤新平「新カント学派」六四頁註十七参照。

(一二) ケルゼンは Die soziologische und der juristishe Staatsbegriff, 2 Aufl. 1928 において、ジンメル、M・ウェバー、デュルケームその他当時の多くの社会学者の所説を鋭く分析している。社会的結合の本質的要因が規範的、当為的なものであることの発見は、想うにケルゼンのもっとも顕著な効積の一つである。この要因は、一そう正しくは自然法であろうが。拙稿、「共通善について—聖トマスをめぐっての発展—」(法政研究二〇巻二—四合併号)参照

(一三) なお、Allgemeine Staatslehre, 1925. S. 16—17. S. 26.

(一四) この構想が成熟してゆく過程につき、ケルゼン自らの語るところとしては、Hauptprobleme, 2 Aufl. Vorrede. XIV—XVI. 又次の箇所は根本規範の考え方の生れたばかりの姿を知るのに大いに資する、Das Probleme der Souveränität

und die Theorie des Völkerrcehts, 1920, S. 88—101. いっそう完成した姿では、Reine Rechtslehre, 1939, S. 66 ff.

（一五）但しこれは、国家法秩序の根本規範であって、これと極めて微妙な世界観的選択関係に立つ国際法秩序の根本規範は、ここでは問題外となる。両者の関係の問題については、Allg. Staatsl., S. 119—132. Reine Rechtsl., S. 70. 129 ff.

（一六）根本規範は内容空虚な形式ではない。ケルゼンの国家法秩序の根本規範は、明かにイエリネックの「事実的なものの規範力」という考え方に厳密に対応したそのケルゼン的変様であり、本文にのべるような確定された構成要件を、内容をもっている。なお根本規範の仮定を樹てるためには、人は本文にのべた「実効性」の事実を実証的に認識することで足り、超実証的な世界観的価値評価を必要としない。後者の評価によってのみ妥当するすべての規範（第二次規範）の規範性・妥当性に比べて、法規範のそれが—世界観に依存せぬ意味で—中性的であり実定的である所以であって、これが「純粋」法学の純粋性・実証性の根基である。従って前者の規範の妥当性がそれとは異質的な後者の規範の妥当性を「制約」などできぬことを想えば、尾高朝雄教授が、「根本規範が実は一種の社会規範、すなわちケルゼンのいわゆる『第二次規範』であることを指摘し、結局根本規範の問題について純粋法学の体系が『致命的の破綻に到達せざるを得ない』と論ずる」（「法哲学講座」第四巻、碧海純一「純粋法学」三三二頁）ことに成功した、とは思われない。この点につき、尾高「国家構造論」四七〇頁参照。

（一七）しかしこのことは、一般に「国家法人説」が駄目なものとなってしまったというのではない。国家法人税は、批判し尽されてもはや陳腐なものとなっている観のある新カント学派と、その運命を共にする必要はない。次のような著者達は、全く別個の哲学的基礎に立ちつつ、新たなしかたで、いっそう妥当な国家法人説を基礎づけているように思われる。いづれ別の機会に論じたいが、それは国法学の形式的対象ということについても、いっそう正しい解決への光を与えるであろう。J. Messner, Das Naturrecht, 3 Aufl. 1958, S. 155—157. S. 634, S. 635—636, S. 656—8. J, Dabin, Doctrine générale de l'Etat, 1939, P. 97—110. ; Le Droit Subjectif, 1952, 106—163 ; L Etat ou le Politique, 1957, P. 205—210. P. 214—235.