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

ケルゼニズム考・断章その二 : 純粋法学の系譜論

手島, 孝
九州大学法学部教授

https://doi.org/10.15017/1716

出版情報：法政研究. 43 (2), pp.1-49, 1976-06-30. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

KYUSHU UNIVERSITY

ケルゼニズム考・断章その二

――純粋法学の系譜論――

手島孝

はじめに
第一章　ケルゼン・ルネッサンス？
第二章　ケルゼニズムへの一接近法
第三章　思想ないし哲学としてのケルゼニズム
第四章　社会科学方法論としてのケルゼニズム　（以上、三九巻二―四合併号）
あいだで
第五章　純粋法学の系譜論（一）―総説
第六章　純粋法学の系譜論（二）―法実証主義からの血統
第七章　純粋法学の系譜論（三）―新カント主義からの影響　（以上、本号）

あいだで

前稿第一章にケルゼンの寿と漸く訪れた老いとに触れた直後、[1]この〝二十世紀の法家〟は、巨木の音もなく倒れる如く米国は加州バークレイの寓居に九十一歳の生涯を閉じた。一九七三年四月一九日。法思想史上一時代の終焉を眼

のあたりにするの概あり、感懐一入のものがある。

没後、墺独を中心とした葬送の奏楽[2]に、わが法学界（の一部？）もまた加わった[3]。しかもここでは、これを機に、すでに始まっていた〝ケルゼン・ルネッサンス〟の気運が一段と高まる気配である[4]。マルクス主義陣営からもあらためてケルゼン批判が出始めた昨今[5]、ケルゼニズム自体に対する〝イデオロギー批判〟も含めて、その遺産目録総点検の要、いよいよ急なるを思うのである。

ここに、はからずも前稿から三年以上の間隔を置くこととはなってしまったが、かつて公法学に参入した当初の二年間専心没頭したケルゼン研究をもとに、〝ケルゼニズム考・断章〟を再び綴り始めんとする所以。

今回は、ケルゼニズム[6]の中核を成す〝純粋法学〟につき、その成立の精神史的背景に迫ってみたい。純粋法学→ケルゼニズムの本質理解に必須の前提工事・基礎作業の一つと思うからである。したがって、純粋法学へと至る〝系譜〟そのものを能うかぎり客観的に描き出すことが当面直接の関心事となるが、考察・叙述の間に筆者のケルゼニズム観→法学観が最小限介在することは必然であり、この意味における筆者へのありうる批判は、対象認識の正確さについてのそれと共に、〝断章〟と銘打つからとてけっして回避するものではない。

（1）前稿（「ケルゼニズム考・断章」）掲載の本誌三九巻二―四合併号は一九七三年六月末日の発行であるが、その脱稿は四月初めであったと記憶する。

（2）たとえば、筆者の眼にたまたまとまったものだけでも、Rechtstheorie: Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Rechts, Bd. 4 Heft 2, 1973, S. 129 f. (K. Adomeit); Archiv des öffentlichen Rechts, Bd. 98 Heft 3, SS. 407―409 (Hans Spanner); Die Öffentliche Verwaltung, 1973, Heft 13, S. 450 (Robert Walter); Deutsche Richterzeitung, Jg. 51, Juni 1973, S. 207 f. (Peter Römer) などに追悼（ナッハルーフ）文を見る。ちなみに

括弧内は各追悼文の執筆者名。

（3）たとえば、鵜飼信成「ケルゼン―人と業績」（『ジュリスト』五四〇号七四―九頁）、碧海純一「ハンス・ケルゼン教授を悼む」（『法学協会雑誌』九一巻三号五一〇―二六頁）、清宮四郎「ハンス・ケルゼン教授の逝去を悼む」（『公法研究』三五号二八五―八頁）。後掲『ハンス・ケルゼン』も「ケルゼン追悼の意味をもった出版である」（同書はしがき）。

（4）鵜飼信成＝長尾龍一編『ハンス・ケルゼン』（東大出版会UP選書・一九七四年）。木鐸社刊『ケルゼン選集』―1黒田覚＝長尾龍一訳『自然法論と法実証主義』（一九七四年）、2服部栄三＝高橋悠『マルクス主義法理論の考察』（一九七四年）、3宮崎繁樹＝上原行雄＝長尾龍一＝森田寛二『正義とは何か』（一九七五年）、4長尾龍一訳『ヤハウェとゼウスの正義』（一九七五年）。論文類は今一々これを挙示しないが、井口大介「ハンス・ケルゼン感傷紀行」（『法律時報』四八巻三号四号）は、ケルゼンに憑かれた「本来、法学とは無縁であった」「いわば押掛けのケルゼン・ファン」の「惚れ込」みようを剰すところなく叙べて、ケルゼンをめぐる今日のわが国の知的雰囲気の一端をよく示している。また、鵜飼信成・碧海純一・筒井若水・長尾龍一・原秀男・樋口陽一を発起人に、一九七五年六月〝ハンス・ケルゼン研究者の会〟が発足したのも注目されよう。

（5）たとえば、Hermann Klenner, Rechtsleere—Verurteilung der Reinen Rechtslehre, in: Zur Kritik der bürgerlichen Ideologie, Berlin 1972（『法律時報』四六巻一二号に兼子義人による紹介あり）、ヴェ・ア・トゥマーノフ『現代ブルジョア法思想―基本的諸学説のマルクス主義的評価』（プログレス出版所・モスクワ一九七六年）二三四―二八二頁（「ケルゼンの『純粋法学』」）など。

（6）〝ケルゼニズム〟とは、前稿所述（三九六頁註）の如くブスタマンテ・イ・モントロの用語であるが、彼自身はこの語をその論文のタイトルに用いるのみで説明は加えていない。しかし、これを〝ケルゼンの全思想体系〟を指すものとして使うのに恐らく疑義はなかろう。メタルは、ケルゼンの「学問的活動」を分類して、1「一般法学（純粋法学）」2「実定法現象の記述と批判（憲法、国際法）」3「法哲学（正義論、自然法論）」4「社会学（応報と因果、霊魂信仰）」5「政治理論（デモクラシー、ソーシャリズム、ボルシェビズム）」6「イデオロギー批判」としている（Rudolf Aladár Métall, Hans Kelsen: Leben und Werk, 1969, SS. 103—112）が、これらの有機的全体がケルゼニムを構成すると見てよい。

第五章　純粋法学の系譜論（一）

――総　説

一

純粋法学を生み出した物質的基盤が、今世紀初葉における墺洪帝国の社会経済にあったことは、論をまたずして明らかである。すでに一九五〇年、鵜飼信成は「純粋法学の歴史的背景」として、「社会的現実の中に、さまざまの要素の解き難い対立抗争があるという」墺匈二重帝国の「雑多な種族の混在」に言及している。(1) 筆者も、本稿第三章一で、この指摘を敷衍して左のように述べておいた。――

「その生成した社会基盤は如何なるものであったか。ケルゼンは一八八一年プラークに生まれ、自後一九三〇年に至る前半生をウィーンに送った。オーストリア＝ハンガリー連合帝国が深刻な民族闘争の舞台であったことは言うを俟たない。この多民族国家における民族問題は先ず何よりも階級問題の一次的発現形態であった。大戦後これに続いたオーストリア共和国体制の下でも、階級対立はいよいよ尖鋭化の一途を辿った。世界観の相剋は、そこでは一つの典型的な形を取って現われていたといえる。……ケルゼンはこの事態になおその市民的主知主義をもって対処しようとした。その非弁証法的合理主義の故に諸世界観の間に真理性を論断すべき可能性を喪った無力を、彼は知性からこの問題への権能を奪い去る教説によって償おうとする。そして、相対主義と呼ばれるこの立場こそ社会科学における純粋理論の成立を可能ならしめるものと考えた。実践との一義的連関を方法論上絶たれた理論は、具体的な社会的実践の現実からの抽象化によって特徴づけられることになる。(2)」

ソ連のトゥマーノフの筆では、このことは次のように表現される。――「純粋理論」が――と彼は純粋法学をこのように呼ぶ――「オーストリア＝ハンガリアの具体的＝歴史的諸条件によって生みだされた」というのは「階級的・民族

的諸矛盾の充満した複雑な社会的現実を、『純粋理論』が現実の社会諸関係とかけはなれた純化された姿で描きだそうと試みた、という意味において」であり、「ケルゼンが……その理論をはじめてもちだした一九一一年が、大衆的騒擾、ストライキ、何千というデモンストレーション――その弾圧に軍隊まで参加した――によって特徴づけられた年であるのを思い起すのは興味深い」[3]。

ケルゼンの伝記の中でメタルが、「ケルゼンの学説が――そして彼の世界観も――その精神的な根を旧オーストリア帝国にもっていたこと」に言及し、とくに純粋法学の主要テーゼの一たる法と国家の自同性に関してケルゼン自身の言を引きつつ左の如く書いているのも、関連して大きく注目に値しよう。――

「ケルゼン自ら彼の自伝中で認めているが、彼がこの見解に到達したのは、彼に最も身近にあり彼が個人的な経験と観察から最もよく知っていた国家、すなわちオーストリア国家が明らかに法的統一体（レヒツ・アインハイト）に過ぎなかった、ということによってであること、いわずもがなであるかも知れない。

『人種・言語・宗教・歴史を異にするかくも多数の集団から構成されたオーストリア国家を目の前にしては、国家の統一を、法的に国家に所属する人間たちの社会心理学的ないし社会生物学的な何らかの連関の上に基礎づけようと試みた諸理論は、明々白々に擬制であることがわかった。この国家理論が純粋法学の一本質的構成要素たる限りにおいて、純粋法学は特殊オーストリア的な一理論とみなされうる。』[4]」

しかし、ここではこのような現実的基盤が主題なのではない。右に再録した拙論の後半部にすでに垣間見えているが、そのような地盤の上に純粋法学が成立するにあたり、その思想的個性形成に与って力のあったもろもろのイデオロギーを洗い出し、純粋法学を合流点とするそれら諸思潮のできるだけ正確な精神史的系統図を作成してみよう、というのである。

二

この作業に着手するには、先ず、純粋法学なるものの理論構造が的確に把握されていなければならない。今これを約言することはけっして容易でないが、ケルゼン自身ないし祖述者たちの――時として前後撞着も見られる――表現に必ずしもとらわれることなく、その本質必然的と思われる論理的脈絡に即して能う限り簡潔に再構成してみると、およそ次の如くなろうか。――

純粋法学（＝法の純粋理論）は、法を先ず静態的（スタチック）に〝当為（ゾレン）〟の範疇によって認識する。これは法を〝存在（ザイン）〟（イスト）の範疇による〝自然法則〟とは別異の論理に従う〝規範〟としてとらえることを意味するが、この〝規範論理的〟考察の結果、法すなわち法規範のモデルとして明らかになるのは〝法命題（レヒツ・ザツツ）〟である。それは、A（法要件）とB（法効果＝不法効果）の両構成事実をゾレン（ゾル）なる繋辞（コプラ）で結ぶ規範命題であり、しかもBがつねに刑罰・強制執行を典型とする組織的な強制行為（制裁）であることによって法規範命題なのである。ゾレンで結ばれるA→Bの関係は〝帰属（フレヒヌング）〟と呼ばれ、必然（ミュッセン）で表示される自然法則の〝因果〟関係とはっきり区別される。

この結果、法学的考察から自然科学的（生物学的・心理学的・社会学的）思考が排斥さるべきこととなり、客観的法と――利益や意思として説明される――権利（主観的法）の二元論、法秩序から独立した権利主体（人格）の概念、生活関係としての法律関係の観念など、すべてイデオロギー的動機に出る非法学的構成として否定し去られる。

次に、このようにいわば微視的・平面的には〝法命題〟として把握される諸法規範、――それら相互間の関係は、巨視的・立体的な動態的（ダイナミック）考察によって認識される。すなわち、或る法規範が法規範として〝妥当（ゲルテン）〟するのは、それが他の何らかの法規範に基づいて定立された故と考えられ、この〝委任関係〟を辿ることによって、法規範の全体は強制行為の実現を底辺に↓個別的法規範→一般的法規範→憲法へと上昇する（或いは逆の順序で下降する）ピラミッ

ド型の一秩序を形作ることが明らかとなる（この思索過程では、〝法命題〟で表現される典型的法規範とは別に、――究極的にはそれに帰着することによって法規範性を帯びるものではあるが――〝法定立の機関・手続を指定する法規範〟が想定されている）。この〝法の段階構造〟は、法の規範性（規範＝当為は規範＝当為からのみ生まれる）から、実定憲法の妥当性を弁証するのにさらに上位の法規範を仮設せねばならず、そのようなものとして〝論理的意味での憲法〟たる〝根本規範（グルントノルム）〟が前提される。そこにおいては力（マハト）が法（レヒト）に転化するこの根本規範の仮設（ヒュポテーゼ）を置くことによって、全法秩序の実定的・規範的（すなわち、メタ実定法的要素を払拭した）認識が初めて可能となるのである。換言すれば、これによって、非規範的思弁と共に、〝自然法〟論を代表とする倫理的ないし政治的な法外的価値体系の法学への混入もまた、そのイデオロギー的非合理性を剔抉され厳しく戒められることになる。

この根本規範を頂点とする法秩序の統一を擬人化したのが〝国家〟にほかならず、法の純粋理論からは法と国家は同一である。かくて、国家学の諸問題は一切、法秩序の動態（妥当性と定立）の問題に還元されてしまう。ここでも、法と国家の、また密接に関連して公法と私法の、いずれも伝統的な二元論がイデオロギー性を批判されて科学の世界から放逐される。

かくて純粋法学とは、上述の精密な方法的視角から形式化＝経験類型化的に現代法一般の構造分析を進め、その成果としての諸概念・諸法則を体系化した〝法の一般理論〟にほかならない。(5)

三

右にエッセンスを表示された純粋法学の理論構造を、当時のケルゼンをめぐる思想環境の中に置いて考えれば、その成立に寄与した時代的諸思潮を確認し、さらに純粋法学を収斂点にそれら各々を精神史的に位置づけることは、さ

して困難な仕事ではなくなる。いま、予めその図式化を試みてみよう。

先ず基本的に、純粋法学が、その対象を実定法に限り、しかもその考察から――少なくともケルゼンの意図するところでは――一切の非〝実定〟〝法〟的要素を峻拒しようとする点において、一九世紀法実証主義の児であることは確かである。そのさい、より具体的な形では、――いずれが父か母かの比喩的せんさくはさて措いて――いわゆる〝ドイツ公法学派〟と〝一般法学派〟の法実証主義的二学派が、相ないまぜながら純粋法学へと流れ込んでいることもまた、ケルゼンの法学修業の履歴やとくにその初期の諸著作から明らかとなろう。

ところで、純粋法学は単に法実証主義の血脈を継ぐのみでなく、直ぐ上にも触れたが法実証主義的要請をその考えられる一極限へ向かって徹底しようとした。この、法実証主義の〝純粋〟化作業を、ケルゼンがきわめて方法的に遂行していることは万人の認めるところであり、そこに如何なる哲学の如何なる影響が及んでいるかを知ることが、われわれの次なる課題である。

この第二の意味で純粋法学を育んだ時代思潮として何よりも新カント主義を挙げるのは、存在と当為の二分から出発し方法を重視するその認識論を知る者にとって、今日もはや常識ですらある。(6) ただ問題は、依然必ずしも解明し尽くされてはいないその〝影響〟の仕方、され方にあるのであり、本稿は、もっぱら、前記・法実証主義両学派から純粋法学への推移の経緯（第六章）とともに、その過程への新カント学派のかかわり合いの態容（第七章）を検討に付そうとするものである。

もちろん、このプロセスに加わった哲学は新カント主義には限られない。(7) しかし、ここでは左にそれらを摘示して、本論中にも必要な限りで言及するにとどめ、それらの本格的究明は次の機会に待つこととした。けだし、先ずは系譜の基本的骨組みを確定することこそ肝要と考えたからである。

そこで、新カント主義以外のそれら哲学思想をここに一瞥的に挙げておけば、その筆頭はマッハ（Ernst Mach 1838—1916）の実証主義的経験批判論であろう。物質も精神もすべて実在は感覚要素の複合なりとして〝実体〟概念を否定し、科学的事実の記述にできるだけ僅少の概念を用いて労力を節約すべしとの〝思惟経済〟の原則を唱えて、概念や法則は感覚要素を連関づけるための思惟経済の手段に過ぎぬと説いたこのオーストリアの物理学者＝哲学者（一八九五—一九〇一年ヴィーン大学教授）が、その大きな感化を時代の児ケルゼンに及ぼしたことは想像に難くなく、論者によっては、マッハ主義をもって新カント主義と並び——いやそれどころか、むしろ、より優先して——純粋法学の法実証主義純化作業を媒介した要因と見るくらいである。[8] ケルゼンが〝根本規範〟を思惟経済によって基礎づけたり、〝法秩序の統一の擬人化〟としての国家概念を実体概念の機能概念への解消として説明したりしていることがその例証としてつとに指摘されるが、[9] その他にも、すでに処女作『国法学の主要問題』の第一章でマッハ『認識と誤謬』を肯定的に引用していること、[10]『一般国家学』中にも左の章句が見られることなど、注目されて然るべきであろう。——

「一枚の葉っぱがあり、それとともに緑色とか滑らかとか円いとかいった諸属性があるのではない。そうではなくて、これら諸属性をもつ担い手あるいは主体であるその葉っぱとは、それら諸属性の統一的な連関づけたるに過ぎない。[11]」

次いで、ファイヒンガー（Hans Vaihinger 1852—1933）の〝あたかもの哲学（アルス・オブ）〟、フッサール（Edmund Husserl 1859—1938）の現象学、そしてヴェーバー（Max Weber 1894—1920）の没価値性論などが——順不同で——これに付け加わることとなろう。カントの註解者としても名高いファイヒンガーが、その実証主義的観念論の立場から認識その他人間活動における擬制（フィクチオン）の形而上的非実在性をあばいた『あたかもの哲学（アルス・オブ）』は、時あたかも『主要問題』と同年の出版であったが、自後、法と国家の自同性理論をはじめ純粋法学の重要テーゼの確立に大きく貢献したこと、周知のとおりである。[12] フッサールの現象学も、とくにその初期（『論理学研究』二巻、一九〇〇—一年）における論理主義による心

理学主義克服の方向性において、純粋法学の成立および発展に影響したところ少なくない。[13] ヴェーバーについては、ケルゼン自ら一九二九年に「純粋法学は実定法の没価値的科学である」と書いたように、[14] その価値自由（ヴェルトフライ）の主張が当初から純粋法学に大きな共鳴を見出していたことは、『主要問題』初版の序文にヴェーバーの「社会科学的および社会政策的認識の『客観性』」への論及がある事実に俟つまでもなく、[15] 明らかである。[16] この関連で、ヴェーバーを一方の雄とする相対主義哲学の今一人の代表者ラートブルフ（Gustav Radbruch 1878—1949）の名も思い浮かんでくるが、[17] この西南ドイツ学派の法哲学者と純粋法学の間は必ずしも近親関係にはない（後述するケルゼンの西南ドイツ学派批判を見よ）。なお、〝相対主義と純粋法学（一般にケルゼニズム）〟のテーマは、すでに第三章および第四章で関説するところがあったが、別稿であらためて独立に取り上げたい。

その他にもヴィーン学団→論理実証主義との接触[18]や、フロイト（Sigmund Freud 1856—1939）との親交[19]や、さらにオースチン（John Austin 1790—1859）の〝分析法学〟——イギリス法実証主義——との「無自覚的」類縁性[20]が指摘されたりするが、これらにも今は詳しく立ち入る余裕はない。

（1）鵜飼信成「ケルゼン」（宮沢俊義他『法律思想家評伝』一九五〇年）三二三—四頁。なお参照、同「二〇世紀法思想におけるケルゼン」（前掲『ハンス・ケルゼン』）四—五頁。

（2）本誌三九巻二—四合併号四〇六頁。

（3）トゥマーノフ・前掲書二六八頁。

（4）Métall, op. cit., S. 42.

（5）参照、手島「ケルゼンの行政論」（本誌二三巻一号、一九五五年、一三頁以下）。なお、純粋法学における静学と動学の関係については、とくに Kelsen, The Pure Theory of Law, 1967, p. 70 f. の次の説明に聴いた。——「われわれは、次のいずれのオルタナティヴが強調されるかによって、静態的法理論と動態的法理論を区別する。すなわち、規範によっ

て規律された人間行動か、或いは人間行動を規律する規範か、というオルタナティヴである。（換言すれば、認識が、人間行動の諸行為によって制定され適用され或いは服従された法規範へ向けられているか、もしくは法規範によって決定された制定・適用或いは服従の諸行為へ向けられているかによって、である。）」（ほとんど同文―― Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, S. 73.）

なお、純粋法学の理論体系究極の〝要（かなめ）〟をもっぱら〝根本規範〟に見ようとする立場もある。たとえば、水波朗『法の観念』（一九七一年）二九九―三〇六頁。たしかに、純粋法学をそのように解釈し再構成して把握するのも一見解ではあるが、しかし、少くともケルゼン自身が説いたのは本論所述の如くではなかったかと思われる。というのは、根本規範が、それなくしては純粋法学の体系展開が不可能な一つの〝要（かなめ）〟であることは疑いえないとしても、この〝仮設〟が根本規範として規範（ゾレン的実在）と認識されるためには、ケルゼンの認識論ではゾレンのカテゴリー（したがってザインとゾレンの二元論）が論理上先行せねばならぬと思われるからである。ちなみに、ケルゼンは根本規範をあくまで〝仮設〟として前提したのであって、けっして〝法のカテゴリー〟視した（水波・前掲書三〇四頁）のではなかろう。

（6）トゥマーノフ・前掲書二四六頁も、この常識に従って、法実証主義を一層徹底させる「方法論的基礎となったのが、ケルゼンの規範主義体系の第二の精神的源泉たる新カント派哲学である」と述べている。

（7）碧海純一「純粋法学」（『法哲学講座』第四巻、一九五七年）三一〇―一一頁は、哲学の分野で純粋法学に影響を与えたものとして、1新カント主義の諸派、なかんずくマールブルク学派および西南ドイツ学派（とくに前者のコーヘン）、2ファイヒンゲルの観念論的実証主義（擬制の哲学）、3マッハの実証主義、4フッセルの現象学的方法の四つを、「もっとも根本的なものとしてのカントの影響」のほかに挙示している。

（8）中村雄二郎「法の存在論的構造と実定性―法理論における哲学と科学」（『法哲学の課題と方法』法哲学年報一九七三年）八九頁。

（9）長尾龍一「〔ケルゼン〕小伝」（前掲『ハンス・ケルゼン』）二一一頁。

（10）Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 1911, 2. Aufl. 1923, S. 5 f. Anm. 3. この註は、自然法則を表示するのに使われる müssen が sollen の意味ではないことを注意したもので、その補強として Mach, Erkenntnis und Irrtum, 2. Aufl. Leipzig 1906, S. 449 が引かれ、さらに次のように述べられている。――「また、自然法則はけっし

て諸対象の中に存するのではなく、単にそれらの統一的連関づけのための思惟上の公式たるに過ぎない。或いは、マッハ前掲書四五三―四頁がいうように、『自然に通暁しよう、諸事象に不案内・混乱の状態で対峙することのないよう、というわれわれの心理学的欲求の所産』たるに過ぎない。」

(11) Kelsen, Allgemeine Staatslehre, 1925, S. 62.

(12) 参照、Kelsen, Hauptprobleme, Vorrede z. 2. Aufl., S. XVII.

(13) 参照、ibid., S. IX; 尾高朝雄『改訂法哲学概論』（一九五三年）一四八―九頁。

(14) Kelsen, Juristischer Formalismus und reine Rechtslehre, Juristische Wochenschrift, Jg. 58, 1929, S. 1123 r.

(15) Kelsen, Hauptprobleme, Vorrede z. 1. Aufl., S. IX.

(16) ヴェーバーとの交友につき、参照、Métall, op. cit., S. 12.

(17) ラートブルフ自身、「相対主義の最も重要な代表者は、ゲオルク・イェリネック……、マクス・ヴェーバー……、およびハンス・ケルゼン……である」と書く。――Radbruch, Rechtsphilosophie, 6. Aufl. 1963, S. 103 Anm. 1.

(18) 参照、碧海・前掲論文三一〇頁、同・前掲追悼文五一一頁。

(19) フロイトとの個人的および学問的交流については、今は、Métall, op. cit., S. 40 f. の参照を指示するにとどめる。

(20) 「それ（純粋法学）の著者は、それを、オースチンの教説を知らずに展開したように思われる――一九世紀以来の、大陸法思想と英米法思想の人為的切断の一証明――けれども」とは、Friedmann, Legal Theory, 2nd ed. 1949, p. 150 note 28 の言である。もっとも、オースチンの方は、一八二七年におけるドイツ遊学の成果をもとに、コモン・ローの知識とローマ法学・ドイツ法学の論理的思考、ベンサム流の功利主義哲学と一九世紀初頭のドイツ哲学（とくにカントの法・道徳分別論を総合して、その analytical jurisprudence を構築したのであったが――。参照、八木鉄男「分析法学―特に、オースティン理論について―」（『法哲学講座』第四巻一二三頁以下）。

「法学にかかわるのは、実定法、すなわち単純かつ厳格にそういわれているところの法、換言すれば政治的下位者に対し政治的上位者によって設定された法である」といみじくも述べるオースチン（Austin, Lectures on Jurisprudence, or the philosophy of positive law, 5th ed. by Campbell, 1911, vol. I, p. 86）は、「一般法学について、「それは、個々の実定法のさまざまな体系に共通で且つこれらさまざまの体系の各々が不可避的に包含する諸原理・諸特質に、それ

らが賞讃に値するか非難に値するか或いは仮定された尺度ないし規準に適合するかどうかを問わず、直接に関係する。或いは（換言すれば）、一般法学すなわち実定法学は、あるべき法より、むしろ必然的にある法に、また、善なければ存在せねばならぬ法よりも、むしろ善悪を問わず存在せねばならぬ法に、関係するのである」と説いている（ibid., p. 32）。純粋法学との並行が一目瞭然ではないか。アメリカ亡命後このことに気づいたケルゼンは、自らこのことを認めて次のようにいう。―「純粋法学の方針は、原則として、いわゆる分析法学のそれと同じである。その有名な Lectures on Jurisprudence におけるジョン・オースチンのように、純粋法学は、もっぱら実定法の分析によってその結果を得ようとする。法の科学によってなされる確言はすべて、一実定法秩序に、或いは数個の法秩序の内容の比較に基づいていなければならない。法科学が正義の哲学および法社会学から区別されてその方法の純粋性が達せられるのは、法学を実定法の構造分析に限ることによってである。この点では、分析法学と純粋法学との間に本質的差違はない。両者が食い違うのは、純粋法学はオースチンとその追随者たちよりも、もっと斉合的に分析法学の方法を推し進めようと試みるからなのである。」（Kelsen, General Theory of Law and State, 1949, p. XV. なお参照，Kelsen, "The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence," Harvard Law Review, Vol 55, 1941, p. 44 ff.）

第六章　純粋法学の系譜論（二）

――法実証主義からの血統

一

ミネルヴァの梟は黄昏どきにようやく飛翔し始める、とヘーゲルはいった。(1) ヴィンデルバントの言葉を藉りると、一九世紀後半のドイツにおいて陽は、かの梟に余りにも明る過ぎた。(2) プロシャ絶対主義と提携したドイツ市民階級の経済的↓政治的昂揚のこの時代に、民族の力は同時に内に向かっては集中しえぬほど外へ向かって拡散されたのである。(3) 超経験的なものへの関心は地を掃った。実証主義の風潮が一世を風靡する。

現実的・経験的な積極的思索態度――のみ――に真理一般の発見を期待し、さらに進んでは自然科学の方法をもって一切の学的認識を律しようとしたこの時代精神は、当然、法学の分野にも浸透せずにはいなかった。広く〝法実証主義〟（Rechtspositivismus）[4]と呼ばれる一時期がそれである。

広義の法実証主義は、現実的・経験的な積極的思索態度を在来の法解釈学の伝統に結びつけようとする〝法律学的〟方向と、法現象の自然科学的研究をもって法の科学の任となす〝社会学的〟方向とに分かれる[5]。後者は、法を担う社会事実の実証的・一般化的・法則定立的な観察によって、科学としての法学が初めて可能になると考え、法解釈学の科学性を認めず、法の科学を新たな基礎の上に築こうとした[6]。これに対して前者を狭義の法実証主義とする。以下、純粋法学の母胎として取り上げられる法実証主義は、この狭義における、すなわち〝法律学的〟法実証主義である。

法実証主義（狭義。以下同じ）は、考察の素材を経験的に所与の実定法にのみ限るとともに、実定法を内在的に（すなわち、超越的な形而上学的基礎づけを排して）そのあるがままに認識しようとする[7]。それは、自らの利益を実定法化して政治的に満足した階級の法的世界観であり、第二帝国（ツワイテス・ライヒ）の法学的イデオロギーにほかならなかった[8]。

かかる法実証主義は、われわれの関心対象としては――しかし同時に客観的に見ても――先ず〝ドイツ公法学派〟[9]に、次いで〝一般法学派〟にその体系的表現を見出す[10]。この両学派から純粋法学への血縁を証明するのが本章の任務であるが、便宜、一般法学派から検討を始めよう。

二

法解釈学の成果を素材としつつ、これに――自然科学に範をとった――実証的・一般化的方法を適用することによ

って、実定法の各特殊部門に共通の一般的基本概念を定立し、それらを体系的に把握し説明すること（〝諸総論の総論〟）、――これが〝一般法学（アルゲマイネ・レヒツレーレ）〟の追求したものであった。メルケル（Adolf Merkel 1836―1896）をその組織者とし、ビァリンク（Ernst Rudolf Bierling）、ビンディング（Karl Binding 1841―1920）およびベルクボーム（Karl Bergbohm 1849―1927）を有力な代表者とする。(11)

かのキルヒマン（Julius Hermann von Kirchmann 1802―1884）が、実定法の可変性＝偶然性の指摘からそれを対象とする法学の〝学としての無価値〟に言及し、法学者を〝実定法という朽ち木に寄生する蛆虫ども〟と罵倒したのは一九世紀半ばのことであったが、メルケルは、一般法学の確立によって、このキルヒマンの痛棒に対し、よく法学の学問性を救出しえたと自負したという。(13) 一般法学派は、その〝実証〟の眼から自然法を断乎排斥し、あくまで実定法のみを視野に置くが、(14) それらを形式的に抽象化して一般範疇の認識に至ることによって、個別具体的実定法の内容的可変性＝偶然性を免れ、学の名に値する理論を立てることができる、としたのであった。彼らの実証主義世界観は、さらに歩を進めて、法学の総論としてのかかる一般法学こそ法哲学そのものにほかならず、このような実証主義的法哲学に対し従来の自然法的法哲学は〝歴史〟に対する〝伝説〟の関係にある、とまで極言するに至っている(15)（一般法学が〝一九世紀における法哲学の代用品〟と揶揄され、(16) また〝哲学の安楽死〟と誹毀される(17)所以）。

実定法の内在的な一般理論たろうとする純粋法学が、右のような一般法学の主張および方向に決定的に連なるものであることは、疑いえない。(18) 第一に、――後述する方法的不徹底（規範論理的方法と社会学的方法の混淆）の点は姑く措き――一般法学の実証主義（とくに徹底した自然法排撃の情熱）およびその一般化的＝〝範疇的(19)〟方法は、明らかに純粋法学の基本体質に伝わり、これを規定している。

第二に、一般法学派の成果すなわち法の一般的基礎概念に関する諸研究は、ケルゼンが自家の理論を展開するさい

の豊富な滋養分として――批判的に――摂取されている。たとえば、その〝法理論的処女作〟[20]において彼は、〝法命題〟概念定立の過程で、刑法学者ビンディングの規範理論およびこれを私法の領域に適用しようとしたトーンの所説を詳細に批判検討するし[21]、また、命令説の代表として〝最近における法規範概念の最も根本的で包括的な研究〟たるビァリンクの所論をも槍玉に上げて、その止揚に努める[22]。ビァリンクは、さらに同書の義務概念論定にあたっても、承認説の代表として批判的考察の的とされているのである[23]。

とまれ、われわれは、『主要問題』第一版序文中の左の章句に、ケルゼンへくっきり落とされた一般法学の影を認めることができよう。――

「いずれにせよ私は、唯一の一般的法学、そして全法領域に共通であり全領域につき同一の方法論的諸原理に従って構成さるべき統一的な法学的諸基礎概念、という要請を固く守るものである。

この考えはまた、この国法的研究が私法的および刑法的理論に余りにも深くかかわり合っているという一見恐らく奇異な事実を正当化するものでもある。近時の法学理論の広範な専門化は、この理論の一般的基礎を甚しく損って、法学の個々の部門間の必然的関連性を破壊してしまった。というのは、法学的概念構成の全複合と不断に接触することによってのみ、科学にとって必要な正当性を法学に与えるあの論理的に完結した体系、すなわちこの学科の方法論的全体性格に適合し一般的妥当性をもった統一的諸基礎概念の論理的に完結した体系は、獲得されることができるからである[24]。」

三

さて、一般法学派に対して、同じく法実証主義の主流を形作るドイツ公法学派は、国法という特殊法分野での法解釈学の実証主義的体系化をめざした。この学派の大成者でありドイツ国法学の創設者と謳われる[25]ラバント（Paul La-

band 1838—1918）によれば、「国際的に共通の国法は未だ存在せず、しかも諸憲法制度間の個々的な一致や相違を偶然的に挙示することの価値は甚だ疑問である。一実定法の解釈学的な叙述は、すべて、特定の国家、所与の時点に限られざるをえない。[26]」かかる前提のもとで、法の科学（すなわち、彼にあってはドイツ国法の科学）は次のようにして構成されることになる。——「法の科学的取り扱いは、まさに、法生活の諸現象を記述するだけでなく説明もし、そして一般概念に帰せしめるにある。「一般的諸原理の発見をもってしても任務はなお完全には果たされていない。見出された諸原理から生ずる諸帰結もまた展開されねばならぬし、また事実上存立する諸制度、およびそれらと法律の実証的規定との一致が証明されなければならない。[27]」」

そもそも、ドイツ公法学派はゲルバー（Karl Friedrich Wilhelm von Gerber 1823—1891）に始まる。[28] それまで国家哲学と国家史学とから解放されず、おびただしい素材から自立的法概念の統一体系を取り出すことをほとんど試みようとしなかった国法学の〝単に実利的な〟研究法は、彼によって初めて〝法律学的・形式主義的〟方向へ〝画期的〟転機を与えられた、とギールケはいう。[29] ドイツ国法の科学的解釈学の展開を志し、〝解釈学的な諸基本概念の、より鋭く、より正確な厳密規定〟の必要を説いて、〝個々の事象を一つの統一的な根本思想の展開として表示するような一つの科学的体系の確立〟を焦眉の急としたゲルバー『綱要』第一版（一八六五年）の序言[30]は、イェリネックが正当に評価したように、まさに政治学から袂を別かとうとする国家学における〝新しい方向の綱領〟を高く掲げたものであった。[31]——

「われわれの現代の立憲国家の固有の本質を明白に全体的に表現し、一切の個々的現象の法的結びつきを明らかにするこのような体系の基礎を置くことによって初めて、私の考えるところでは、ドイツ国法学はその科学的独立性を獲得するであろうし、確実な法学的演繹の基礎が与えられるであろう。[32]」

こう、ゲルバーは宣言したのである。ここに示された新方向が、〝法律学的・形式主義的〟と特徴づけられるものにほかならない。〝法律学的〟とは、在来の私法解釈学に範をとった[33]実定法内在的な規範論理的考察を意味し、〝形式主義的〟とは、法実証主義の枠内で体系の構築へ志向する形式化的＝一般化的論理操作を意味するであろう。ゲルバーの衣鉢を承けたラバントの『ドイツ・ライヒ国法論』第二版（一八八七年）への有名な序文は、この〝法律学的・形式主義的〟方法を〝概念法学〟との譏りに対し弁明したものとして注目されなければならない。すなわち、そこにおいてラバントは、解釈学が〝法学の唯一の側面〟ではないことを承知しているとしながらも、「しかし、それは法学の一側面ではある」として、いう。――

「一定の実定法の解釈学の科学的任務は、しかし、法制度の概念構成に、個々の法規を一般概念に帰せしめることに、そして他方これら諸概念から生ずる諸帰結の演繹に存する。これは、現行実定諸法規の探求、すなわち研究さるべき素材に完全に通じ明るくなることを別にすれば、純粋に論理的な思惟活動である。この任務の達成のためには、論理学以外の他の手段は存在しない。……一切の歴史的・政治的および哲学的考察は、それ自体としては如何に価値があろうとも、一つの具体的な法素材の解釈学にとっては重要でなく、しばしば概念構成的研究の欠陥を包み隠すのに役立つのみである。[34]」

そして彼は、「すべての法学的研究の唯一の目標を、現行法のできるだけ斉合的な解釈学ということに認めようとするものでは、けっしてない」と繰り返し強調しながら、しかし、こと法解釈学に関しては、〝実定法素材を良心的かつ完全に確定すること、および概念によってそれに論理的に通暁すること〟に使命は尽きると述べ、自分は〝理性的な自己制限〟という分業の観点から「現在のドイツ・ライヒ国法の解釈学に自己制限した」のであるとしている。かくて次のように結論される。――

「私の意図は、他の科学的方法を誹謗することにではなく、ディレッタンティズム、すなわち、一方では法律と立法材料を無思

想的に蒐集することに満足し、他方では、時の政治の陳腐な議論、皮相な合目的性の衡量、脈絡から切り離された歴史的知識を国法的研究と詐り称するディレッタンティズムと闘うにあった。最近十年の国法学文献の発展を一瞥すれば、この闘いが失敗でなかったという確信が私に与えられる。国法研究の法律学的方法は多数の味方を見出した。そして、それに反対して好い気になっている人びとですら、同時にそれに従おうと努力しているのである。(35)」

要するに、ドイツ公法学派は、従来の国法学の無自覚な方法論的混淆を衝き、その〝法律学的・形式主義的〟方向への純化によって法解釈学としての科学性を確立しようとした、といえる。(36) このための闘いは、その当面の鋒先を——自ら法哲学に取って代わろうとした一般法学が自然法論をその宿敵としたのに対し——もっぱら政策的分子に向けた。先に触れた法実証主義一般のイデオロギー的性格は、このような公法学派の場合、対象が国家権力と直結した法領域であるだけに、とくに明瞭に浮き彫りとなるであろう(37)（このことは、ラバントが右『国法論』初版（一八七六年）の序言に、北ドイツ連邦建設当初に公的関心を領した政治的議論は第二帝国の確固たる基盤が築かれた後はもはや無用であり、新国家の法科学的把握こそ時代的要求であると書くとき(38)、余りにも露骨であるが——）。

ともあれ、このドイツ公法学派の系譜が、一九世紀国家学の集大成者たる栄誉を担う(39)巨人イェリネック（Georg Jellinek 1851—1911）を経て、純粋法学のケルゼンに及ぶのである。ケルゼンがその理論体系を提示して一挙に名声を博した処女作のタイトルは、実に『国法学の主要問題』（傍点手島）であった。

ドイツ公法学派の実証主義、すなわち〝法律学的・形式主義的〟方法は、とくに政策論を極力国法学より放逐しようとするその戦闘姿勢の形で、純粋法学へ見事に遺伝されている。ケルゼン自身、己れの学説が、曖昧な国家形而上学から絶縁し〝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〟をめざすこれらの諸家、すなわちゲルバー、ラバントおよびイェリネックに負うところ如何に大きいかを、感謝をこめて述懐するのである。(40) ただし、純粋

法学の眼界はひとり国法（学）に限られなかった。この点で一般法学の及ぼした影響は大きい。

しかし、純粋法学には相続されなかったドイツ公法学派の遺産もある。その最たるものは、国家両面説であろう。国家に社会的と法的の二側面ありとするこの見方は、国法がそれ自体種々の学科の認識対象たりうるとするラバントの指摘にもすでに潜在しているように思われるが、その完成者はいうまでもなくイェリネックである。イェリネックを、ケルゼンは〝わが忘れじの師〟と呼ぶ。(41) 一九一一年二月の日付の『主要問題』第一版序言の末尾に、われわれは読むであろう。――

「この著作の最後の部分（ボーゲン）が印刷にまわっている間に、ハイデルベルクでゲオルク・イェリネックが亡くなった。私は、彼の門弟に算えられることを許される幸運を有した。彼が学問に対してあるところのものは、現代国法学に関係するものなら誰でも知っている。この書物のほとんど各ページが、彼が国家に関する理論の発展に及ぼした強力な影響について証言する。私が彼の教えたのとは別の結論に到達した場面でも、私は大部分、彼が切り拓き彼がけっして追いつかれぬ巨匠として先を進んだその道の上でそうしたのである。願わくはわが著作に、この偉人の追憶に僅かなものでもささげることが許されんことを。(42)」

もっとも、メタルによれば、ケルゼンのハイデルベルク修学（一九〇八年）当時、ゼミナールの教授イェリネックとの個人的関係はけっして良好でなく、ケルゼンがそれ以前にイェリネックの論著を熟読玩味して「イェリネックは、たしかに歴史的および哲学的・社会学的領域では一九世紀の国家学に顕著な貢献をしたが、ケルゼンがとくに関心を抱く法理論の領域では弱く非独創的である」との印象を得ていたことと相まち、むしろ対立関係にあったという。(43) しかし、自己をいつわらぬ誠実な人柄のケルゼンが右序言に語っていることは、儀礼的と見るより(44)、やはり額面通り受け取ってよいと思われる。すなわち、彼がハイデルベルクの先達の〝学恩〟に負うところ大なのは、彼自身主観的にも十分意識していたわけである。ただ、イェリネックが、「国家は第一に社会的形成物であり、次に法的制度である」

と説き、これら二側面に応じて国家学を国家社会学と国法学とに分類したのには、ケルゼンは追随しえなかった。しかし、この点でも後者は、まさしく、右序言がいみじくも述べるように、前者が切り拓き先行した道を通って——ケルゼンの考えたところでは、一本筋に突き進んで——異なる結論に到達した（この経緯については次章に詳論する）といえよう。とすれば、一見相続放棄されたこのドイツ公法学派の遺産も、結局は——批判的に——摂取されたと見ることもできる。(45)

（1）Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, Glockners Ausg., S. 37.

（2）Windelband, Die Philosophie im deutschen Geistesleben des XIX. Jahrhunderts, 2. Aufl. 1909, S. 74.

（3）参照、ibid., S. 74.

（4）〃法実証主義〃の語の一多義的一用法についての最新の整理として、矢崎光圀『法哲学』（一九七五年）三一二頁以下。また、法実証主義を〃即自的〃〃対自的〃〃即対自的〃の三種に分類する中村・前掲論文八七～八頁が、いささか図式的ではあるが面白い。これでいえば、以下本稿にいう〃社会学的〃法実証主義は第二の〃対自的〃種類に、〃法律学的〃法実証主義は第三の〃即対自的〃範疇に当てはまるであろう。なお、第一の素朴な〃即自的〃法実証主義は本稿では問題としない。

（5）法学における実証主義に法律学的と社会学的とを対比させる用語例は、Sauer, Rechts- und Staatsphilosophie, 1936, S. 9 ff., S. 14 ff. に倣った。なお参照、Larenz, Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart, 2. Aufl. 1935, S. 15 f. ちなみに、峯村光郎「法実証主義の立場」（『法律時報』二四巻四号）二〇頁は、〃法学の分野における実証主義〃を〃分析的実証主義〃と〃社会学的実証主義〃に区分するが、前者はここにいう〃法律学的〃法実証主義に該当する。

（6）たとえばエールリッヒ。「法律学といえば従来つねに理論的な法の理論と実用的な法の理論とを指すものとされてきたし、この使いなれた言葉は引き続き使用されるであろうが、法の真の理論たる法の科学 Rechtswissenschaft と実用法学 Praktische Jurisprudenz・誤解のおそれのない場合には単なる法律学 Jurisprudenz とは区別する必要があるであろう。法は社会現象であるから、あらゆる種類の法律学は社会科学に属するが、ほんとうの法の科学は理論的社会科学すなわち

社会学の一部である。したがって法の社会学は法の科学的理論なのである。」――Ehrlich, Gundlegung der Soziologie des Rechts, 1913, S. 19.（川島武宜訳三九―四〇頁）

（7）この故に、木村亀二『法哲学―人と思想―』（一九四九年）五八頁などは〝実定法主義〟の呼称を用いる。矢崎光圀「法実証主義」（『法哲学講座』第四巻）二二〇頁も、「Rechtspositivismus は《法実証主義》であると同時に、《実定法主義》である」とする。また高柳賢三（『岩波法律学辞典』第二巻一一四一頁）は、Rechtspositivismus の訳語として〝実証法学派〟（school of positive law, l'école positiviste）を使用している。

（8）参照、エンゲルス「法学者社会主義」（『マルクス＝エンゲルス選集』一七巻）三〇九頁、トゥマーノフ・前掲書一六四頁以下。

（9）Deutsche Publizistenschule とはイェリネックの用語である。――Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., 4. Ausg. 1922, S. 64.

（10）Friedmann, op. cit., p. 150 ff. は、ドイツにおける analytical jurisprudence（註(5)に挙げた峯村論文参照）として、イェーリンク、イェリネック、ツォルン、ラバント等の positivism と、ビァリンク、ビンディンク、ガライス等の Allgemeine Rechtslehre とを示す。また、矢崎・前掲論文二二二頁によれば、〝法実証主義の分派〟は、「オーソドックスな方向としてはメルケル―ベルクボームの系譜がきわだって」おり、「これと並行してあらわれるのが、私法ではヴィントシャイト、公法ではゲルバー、ラーバント、刑法ではビンディンク等であり、法の形式的とりあつかいに重点をおく」と説明されている。しかし、後者すなわち個別法領域における法実証主義的学派としては〝公法学派〟が――法実証主義の純粋法学との親縁を問題としているここでのわれわれの関心を離れても――一段と「きわだって」いることは否定できない。

（11）参照、Radbruch, op. cit., S. 114 Anm. 1.

（12）Kirchmann, Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, 1848, S. 17.

（13）参照、田中耕太郎「法律学とは何ぞや」（同『法律哲学論集㈠』一九四二年）三一八頁。

（14）参照、Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, 1892, S. 546, 9.

（15）A. Merkel, Juristische Enzyklopädie, 1885, 5. Aufl. hrsg. v. R. Merkel, 1913, § 20, § 363 a.

(16) M. E. Mayer, Rechtsphilosophie, 1922, S. 16 ff.

(17) Radbruch, op. cit., S. 114.

(18) 「一般法学は自然法論を根本から排撃し、実定法を実定法としてそのままに認識することを法学の任務と見る。故に、その立場は〝法実証主義〟と名づけられる。この立場を方法論的に洗錬し、規範論理主義的に純化することによって、……ケルゼンの純粋法学が成立した。」——尾高・前掲書一一六頁。

(19) Kategorial は、Radbruch, op. cit., S. 218 における用語。そこでラートブルフは、法学の使命を〝その素材の二重の加工〟にあるとして、「法を法概念のおよびそれに含まれる法的諸範疇の実現として表示する範疇的加工」と「法を法理念の試験的実現として描写する目的論的加工」を挙げ、「純粋に範疇的な一学科は一般法学（固有名詞としての）である」と書いている（傍点は手島）。

(20) 『主要問題』を、ケルゼン自身、meine rechtstheoretische Erstlingsschrift と呼んでいる。—— Kelsen, Hauptprobleme, Vorrede z. 2. Aufl., S. V.

(21) Ibid., S. 270 ff. (X. Kap. Die Normentheorie Bindings und Thons)

(22) Ibid., S. 210 ff., S. 258 ff.

(23) Ibid., S. 355 ff.

(24) Ibid., Vorrede z. 1. Aufl., S. X f.

(25) 参照、Zorn, Die Entwicklung der Staatsrechtswissenschaft seit 1866, Jahrbuch des öffentlichen Rechts, Bd. I, 1907, S. 65.

(26) Laband, Staatsrecht, in: Die Kultur der Gegenwart, Teil II, Abteilung VIII, Systemtische Rechtswissenschaft, 1906, 2. verbesserte Aufl. 1913, S. 330.

(27) Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5. Aufl. 1911, Bd. I, Aus den Vorwort z. 1. Aufl., S. VI.

(28) 参照、Jellinek, op. cit., S. 64. また、今世紀の一〇年代において、Zorn, op. cit. S. 52 f. は、「一九世紀の六〇年代までは、ドイツの大学における国法の真の研究について語ることはほとんどできなかった」とし、「われわれは今日個個の点では遥かに前進したが、しかし根本思想はゲルバーの確立したところであり、それには僅かの変化しかさらに加え

られてきていない」といい、語を継いで、「かくてわれわれは、ゲルバーを今日の国法学の父と名づけ崇めてよい」と述べる。なおまた参照、Duguit, Traité de droit constitutionnel, 2° éd., I, 1921, p. 461.

(29) O. v. Gierke, Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien, 1915, S. 15, S. 20.

(30) Gerber, Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts, 1865, S. VII f.; 3. Aufl. 1880, S. V f.

(31) Jellinek, op. cit., S. 63 f., S. 64 Anm. 2.

(32) Gerber, op. cit., S. VIII; 3. Aufl., S. VI.

(33) 「公法学は国家哲学から独立し得ず、近代に至ってはじめて私法学に範を求めて自己の方法を打開することにより、独立の地位を獲得した。」――恒藤恭「哲学と法律学との交渉」（『岩波哲学講座』第九巻）四頁。ちなみに、ゲルバーは最初私法学者として立ち、System des deutschen Privatrechts, 1848―1849 を公けにし、また一八五七年から六一年にかけてはドイツ一般商法典編纂会議のヴュルテンベルク代表を勤めている。さらにラバントもまた、ゲルマン派の私法学者として法学研究に足を踏み入れたのであり（参照、Zorn, op. cit., S. 65)、彼が一八六一年から六四年にかけてハイデルベルクで教授資格を得たのは公法によってではなく私法によってであった（参照、Jellinek, Ausgewählte Schriften und Reden, I, 1911, S. 339)。ラバントは、『ドイツ・ライヒ国法論』初版序文の末尾でいう。――「最後にその科学的な確定と完成を私法の領域で見出してきてはいるが本質上私法の概念ではなくて法の一般概念である数多の概念が、国法の領域にも現われるということが起る。ただ、それらは、もちろん特殊に私法的である標識からは純化されねばならないが――。私法的な概念と原則を国法的関係に単純に転用することは、後者の正しい認識には、たしかに有益ではない。国法の〝私法的〟取り扱いは逆さまごとである。しかし、私法的方法の拒否の下には、しばしば国法の法律学的取り扱いに対する嫌悪が隠されている。そして、私法概念を避けようとすることによって法概念一般を放逐し、それを哲学的・政治的考察をもって代えるのである。一般に私法の科学は一切の他の法学科に著しく優越しているので、後者はその成熟した姉に学ぶことをためらうには及ばない。そして、国法の、なかんずくライヒ国法の研究文献の現状では、それが余りにも私法的となることよりも、それが非法律学的となり政治的時事文献の水準に沈倫することの方が遥かに恐るべきである。」――Laband, op. cit., Aus dem Vorwort z. 1. Aufl., S. VII.

(34) Ibid., Vorwort z. 2. Aufl., S. X.

(35) Ibid., S. XI.

(36) 〃ゲルバーおよびラバントの実証主義的ドイツ国法学派の克服〃を唱えたシュヴィンゲも、この学派の〃決定的に形式的・法律学的な〃方法が、彼らの時代において公法の法たる性格を明らかにし、法学を一切の可能な異物から浄化した点で、〃一つの進歩〃であったことを認める。——Schwinge, Der Methodenstreit in der heutigen Rechtswissenschaft, 1930, S. 7.

(37) 参照、恒藤・前掲論文四八頁。——「法律実証主義は概念法学の立つ法律学的平面を超えて、法律哲学の平面にまで昇り、何らか法律学的知見によって法律哲学的問題を解決しようと企てる。「法律実証主義は、根本において、ブルジョアジーの優越的地位を擁護することを使命とするものであり、〃市民階級の古典的世界観たるべき運命をもっていた法学的世界観〃であるが、観念的には、ブルジョア階級そのものよりは、むしろブルジョア国家の擁護を第一義的使命とするのであり、しかも、ブルジョア的立法の所産たる近代的諸法典の概念法学的解釈及び適用が、ブルジョア国家を擁護するための最上の手段たるものと確信する。」

(38) Laband, op. cit., Aus dem Vorwort z. 1. Aufl., S. V.

(39) 参照、Kelsen, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, 1922, 2. Aufl. 1928, S. 115; Kelsen, Allgemeine Staatslehre, 1925, S. IX.

(40) Kelsen, Allgemeine Staatslehre, S. VII.

(41) Ibid., S. IX.

(42) Kelsen, Hauptprobleme, Vorrede z. 1. Aufl. S. XIII.

(43) Métall, op. cit., S. 11 f.

(44) 長尾・前掲「小伝」二一〇頁は、ケルゼンがゼミでイェリネックにむしろ疎まれたことをメタルに準拠して述べた後、付け加える。——「もっともケルゼンは義理固く、『国法学の主要問題』（一九一一年）の序文で「イェリネック教授の弟子の一人に数えられうるのは幸福である」といい、また『一般国家学』（一九二五年）の序文でも「忘れ難き恩師」に謝辞をのべている。」（傍点手島）

(45) Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 10 f.

第七章　純粋法学の系譜論（三）

――新カント主義からの影響

一

法実証主義の血を承けた純粋法学は、しかし、その誕生ないし性格形成の過程で、当時のこれまた有力な精神的雰囲気の一つであった新カント主義から大きな規定を受けたこと、すでに述べたとおりである。今度は、この場面に考察の主眼を移そう。

第一に、純粋法学は法実証主義の系譜を引き継ぐにあたって、実定法を実定法として考察しようとする後者の規範論理的方向をなお不十分と批判し、その貫徹を図る。この努力に強力な拠り所を提供したのが、新カント学派の哲学、なかんずく存在と当為の二元論であった。

ケルゼンによれば、この点での法実証主義の不徹底は、規範論理と因果論理の異種性についての方法論的無自覚（↓後者の前者への混入）に起因する。とくに一般法学に著しいこの〝規範論理的と社会学的の方法混淆〟は、ラスク（Emil Lask 1875―1915）によっても鋭く指摘されるが[1]、事実、メルケルなど、その代表的論文（一八七四年）で「存在（ザイン）と当為（ゾルレン）の全面的な対置を考えず、むしろ Ist の平面から Soll をひきだそう」とすらしていたのである[2]。

ケルゼンは、その鋭利な〝規範主義〟（正確には〝規範論理主義〟と称すべきであろうが[3]――）の剣をふるって、当るをさいわい在来の一般法学的概念・諸理論の混淆を斬って捨てる。たとえば法学上の〝意思〟概念。私法上（〝意思表示〟）も、刑法上（〝意思責任〟）も、国法上（〝国家意思〟）も、心理学的（＝因果論理的）意思概念が如何に大手を振って法律学的概念構成の中にもぐり込んでいるか。ヴィントシャイト（Bernhard Windscheid 1817―1892）[4]が、

ビンディングが、そしてイェリネックが批判される。[5] また、実定法の妥当根拠につき、ビァリンクを代表とする当代の実証主義法学が〝法学者の間では稀れにしか見られない一致をもって〟主張する〝承認説〟。承認という現実的・心理的事実（ザイン）では規範の妥当性（ゾレン）は根拠づけられえない筈ではないか。承認説の論法は、彼ら法実証主義者が嘲笑してやまぬ当の自然法論の〝契約説〟と、方法論的欠陥において実は同じ穴のむじなではないのか。[6] こうケルゼンは刃をつきつける。もちろん、イェリネックの説く〝事実の規範力〟も、単に歴史的・心理的事実を説明したに過ぎぬものとして、同様の論難を免れない。[7]（以上は、心理学主義の排斥＝論理主義の強調としても見られ、その観点からはフッサール現象学の影響もまた無視できない。）イェリネックに対しては、さらに、前章末に触れたその国家両面説がやはり方法二元論の不徹底として攻撃される。――

「社会的自然的形成物としての国家が社会学的・自然科学的観察の産物ないし対象であるならば、それは――まさにこの国家は――法律学的・規範的認識にとっては全く存在せず、或いは逆に、国家が法律学的・規範的認識の対象であるならば、すなわちいやしくも『法的に思考』されうるならば、この国家は自然科学的・社会学的観察にとっては存在しない！」[8]

「国家は、法認識の対象である限り、いやしくも国法学が存在する限り、法の性質を有するもの、換言すれば法秩序自体かその一部かでなければならない。何故なら、まさに『法的に』は法以外の何ものも把握されえず、そして国家を法的に把握すること（これが恐らく国法学の意味である）は、国家を法として把握すること以外の何ものも意味しえないからである。」[9]

なお、このイェリネック国家両面説批判の場面では、単なる存在・当為二元のシェーマにとどまらず、それと結びついた観念的構成主義（後述）もまた新カント派（マールブルク学派）から援用されていることを、右の引用文は教えてくれよう。

第二に、純粋法学は、実定法を実定法としてとらえる法実証主義の脱形而上学的・脱政治的路線を、その極限にま

で推し進めようとする。かのベルクボームによる自然法の魔女狩りすら、ケルゼンの眼には必ずしも徹底したものとは映じなかった。[10] 既述ラバント『ドイツ・ライヒ国法論』が政治論を拒否することによって実は自ら――実定法に化体された――時の政治イデオロギーと簡単に同一化してしまった逆説も、恐らくケルゼンの炯眼は見逃さなかったに違いない。

ここにおいて法実証主義を首尾一貫させるための武器は何か。イェリネックは、法規範が実効的・客観的ないわば在る規範であるのに対し、政治的規範は相対的・形而上学的・個人的・党派的ないわば主観的規範であるとして、両者の〝根本的〟区別を試みた。[11] しかしケルゼン流に観れば、この区別は、〝在る規範〟の〝在る〟の意味が対ゾレン的意味でのザインに単純に等置されてしまっていることにも明らかなように、法規範と政治的規範とがザイン対ゾレンの関係に類比されているとも見られ、方法的にけっして整合的な基準ではありえないであろう。かくて、純粋法学が法実証主義を一切の倫理的思弁から〝純化〟するため自ら鍛え上げた道具が、法を〝強制規範〟（すなわち、強制行為を被制約的構成事実とする規範）と本質把握[12]した上での〝根本規範〟の仮設であった（それは同時に、因果論理的分子の法学への混入を防ぐ役をも果たすことになるが――）。

根本規範の構想は、『主要問題』におけるジンメルの〝原初事実（ウアタートザッヘ）〟への言及[13]にすでにその萌芽が見えている。すなわち、ジンメルは、「われわれが何ごとかなすべきであるということは、もしそれが論理的に証明さるべきならば、つねに、確実として前提された或る他の当為への遡及によってのみ証明される」と説き、その〝確実として前提された或る他の当為〟について、「それ自体として観察すれば、それは一つの原初事実であり、それを超えてわれわれは心理学的にはともかく論理的にはもはや尋ね進むことはできない」と述べていたのであった。[14] そもそも、存在・当為の二元論は認識範疇の先験的二分として、平面的＝静態的には他の範疇との異種性を、そして同時に立体的＝動態的

には右のように同種範疇の自己完結性を、それぞれ形式論理的に強調するものである。とすれば、根本規範の着想も、もともとは存在・当為の二元論に内蔵されていたといえる。これをケルゼンにおいて自覚へもたらす直接の機縁となったのは、恐らくマッハの自然科学的〝仮設〟概念であり、またその〝思惟経済〟の原則であったであろうが——。

法を強制規範と定義する平面的・静態的な本質把握だけでは未だ解決されぬ法の妥当性の基礎づけに関する没価値性の難問を、〝金の鎖の最初の環〟[15]として根本規範が一刀のもとに両断する。力（マハト）（実効性）を法（レヒト）（妥当性）に転化させるこの論理的前提が、すべてのメタ実定法的要素を引き受け遮断（カット）することによって、それを究極の授権根拠とする実定法秩序の非イギオロギー的——そして同時に非因果論理的——考察が可能になる、というのである。〝自然科学の仮設とのアナロジー〟[16]によって得られたこの〝法の科学に必須の仮設〟[17]を考え出したことによって、しかし純粋法学はけっして〝新たな科学的方法〟を法学に初導入したわけではない、とケルゼンはいう。——

「それ〔根本規範〕は、あらゆる法律家が彼らの対象を把握するにあたって、実定法秩序の妥当性がそこから導き出されうるような自然法を否認しはするが、それにもかかわらずこの実定法を動機づけの関連という単なる事実としてではなく規範として理解する場合、彼らが——たいていは無意識に——行なっていることを、意識へ上せようとするに過ぎない。根本規範の理論によって、純粋法学は、以前から行なわれてきた実証的法認識方法の先験論理的条件を、事実的手続の分析によって白日にさらそうと試みるのである。[18]」

しかし、このような純粋法学の立場が、ケルゼン自身いうように、〝経験の理論としての批判哲学〟によって素朴法実証主義を精化した〝批判的法実証主義〟[19]と呼ばれるものであることは確かであり、この面でも新カント学派からのインパクトは甚大であったといってよい。

以上の二側面から、ケルゼンは法実証主義の〝純粋〟化作業を進めた。その帰着するところに純粋法学の成立を見

る。すなわち、純粋法学（正確には〝法の純粋理論〟）の〝純粋〟とは、一切の因果論理的および異種規範論理的分子から純粋の謂にほかならない。往々にして人は、カント哲学の徒ケルゼンのイメージから、その〝純粋〟をカント的意味にとる。[20] なるほど、『道徳形而上学』第二部の前書きにすでに〝純粋法学〟の用語が見え、[21]『純粋理性批判』には「先天的認識のうち、全然経験的なものを混じていないものが、純粋といわれる」とある。[22] しかし、かかる意味での純粋性が経験的学科たる法学に成立しえぬことは明らかであるし、ケルゼンまた、そのような含意をこの用語にもたせてはいないこと、もちろんである。われわれは、同じカントならば、むしろ次の言葉を想起すべきであろう。――「諸科学の境界を混淆するのは、科学の増大ではなく、その畸形化である。[23]」

二

さて、奇しくもゲルバーの『綱要』初版と時を同じくして若き哲学者リープマンによって揚げられた〝カントへ還れ！〟の声[24]こそ、一九世紀末葉から今世紀初頭にかけて全盛に達する新カント主義の時代を招き入れる暁鐘であった。いずれ帝政末期における支配層の利益に規定されているのであろうそのイデオロギー的機能[25]はともかく、カントを百年の後に復活しようとするこの思想運動が、精神史上は、ヘーゲル哲学にきわまって崩壊したドイツ観念論の廃墟に興った唯物論的実証主義の〝無哲学〟への大いなる一反動であったことに、疑問の余地はない。このような哲学的時代潮流[26]の純粋法学への影響については前節にその輪郭を示したが、それは法学者ケルゼンに必ずしも直線的に作用したわけではない。この〝影響〟の態様を、以下詳しく検討してみたい。

上述のように、新カント主義は実証主義の批判的克服の努力から出発した。独断論に対して理論理性の権能を経験の世界に限定し、他方懐疑論に対しては先験的原理の存在を確認しようとするカント哲学の一面、――その重要な一

面ではあるが、けっしてその全部ではなかったこの側面が、右の努力に恰好の手がかりを提供した。[27] やがて世紀の更まるとともに、ナトルプ（Paul Gerhard Natorp 1854—1924）、カッシーラー（Ernst Cassirer 1874—1945）の形而上学的観念論へと、行き着く所まで行き着いて終に急速な没落の運命に見舞われたこの学派も、当初はこのような認識論的関心に動機づけられた〝諸学の学〟たろうとしたのであった。カントの批判主義を、「カントを理解することは、彼を超えることである」（ヴィンデルバント）[28]と標榜するように、ひろく学的態度一般として再発見し、とくに文化の領域へも適用してゆこうとするその過程で、新カント学派は、—先験的方法—存在当為二元論—認識論的構成主義—の三位一体的な独自の立場を打ち固めた。ケルゼンの純粋法学に直接・間接感化を与えたのも、まさしくこの方法論的教説にほかならない。

先験的方法で法現象にアプローチする場合、ケルゼンにとって先験的カテゴリーとして最も基本的な意味をもつのが、ザインとゾレンの二元である。

「ザインとゾレンの別は、それ以上詳しくは説明されえない。それは、われわれの意識に直接に所与のものである。[29]」「イズとオウトの別は、それ以上は説明されえない。われわれは直接（じか）にこの別を知っている。[30]」

アメリカ亡命後のケルゼンは、右の根源的範疇としての存在当為二元論を説明するのに、イギリスの分析哲学者ムーア（George Edward Moore 1873—）[31]の『倫理学原理（プリンキピア・エチカ）』（一九二二年）中の一節——「『善（グッド）』が単純な観念であるのは、あたかも『黄（イエロー）』が単純な観念であるのと同じである」——を「単純な観念とは、定義不可能で—同じことに帰着するが—分析不可能なものである」との註釈づきで引用しているが、[32]これはケルゼニズムの〝分析哲学〟への接近というよりは、むしろ所論の並行関係[33]に着目した説明の便宜と見るべく、その哲学的根底はあくまでやはりカントおよび新カント主義にあること、ケルゼンの生涯を通して不動であった。

ところで、純粋法学を支える存在当為二元論は、カントから新カント派的変容を経、さらにケルゼンの解釈による加工を被った上でのそれであったことを見落してはならない。

たしかにケルゼンは、一九二三年に十二年前の処女作『主要問題』を振り返って、それは「カントが理論理性に対する実践理性の、現実に対する価値の、自然に対する道徳の独立性を基礎づけようとする努力のなかで、いわば初めて発見していた、ゾレンとザインの間の根本的な対立から出発する」と述べてはいる。[34] われわれは、カント（Immanuel Kant 1724—1804）の次の言葉を想い起こすであろう。——

「……自然に関しては、経験はわれわれに規則を手渡してくれ真理の源泉である。しかし道徳律に関しては、経験は（悲しいかな！）仮象の母であり、そして、私が為すべき（thun soll）ことについての法則を、為される（gethan wird）ところのことから取り来ったり或いはそれによって制限したりしようとすることは、最も斥くべきなのである。」[35]

しかしケルゼンは、右の回顧にいみじくも語るように、まさにこのカントの許から単に出発するのである。カントの二元は、道徳的実践と自然科学的認識という実質的・内容的対立と不可分に結びついていた。再びカントその人に聴こう。——

「ところで人間の理性の立法（哲学）は、自然と自由という二つの対象をもち、したがって自然法則ならびに道徳法則を、最初は二つの別々の、しかし究極には一つの単独の哲学体系の中に包含する。自然の哲学は現存在する（da ist）すべてのものに向かい、道徳の哲学は現存在すべき（da sein soll）ところのもののみ向う。[36]」

このようなカントにおける自然と自由の二元は、〝妥当（ゲルテン）〟の概念を確立したとされるロッツェ（Rudolph Hermann Lotze 1817—1881）を経由して、新カント派は西南ドイツ学派の祖ヴィンデルバント（Wilhelm Windelband 1848—1915）に至るに及んで、現実と妥当の対立、自然法則と規範一般の間のそれに普遍化された。ヴィンデルバントに従えば、

「……倫理的な自由の問題が基づくところの対峙、すなわち自然的立法と規範的立法の対峙が、全く同じように倫理的領域と審美的領域に起こることは明らかである。すなわち、三つの場合すべてに、心理学的必然と命令の対立が存在する。したがって、この問題を論ずるためには、かかる全般にわたってそれが把握されねばならない。」(37)

自然法則は事実を捕捉し（存在の判断）、規範は評価の基準となる（当為の判断）、と彼はいう。(38) この方向は、ジンメル（Georg Simmel 1858—1918）によってさらに一段と推進された。晩年の〝生の哲学〟に顕われた傾向をつとに包蔵しながらも、なお決定的にカント的認識論の影響の下に立つ、この〝形式社会学〟の創始者は、心理学的な記述的実証的科学として善悪の彼岸に道徳学を打ち樹てようという野心的試みにおいて、先ず「表象の内容と存在・当為の範疇、思惟様式としての当為」を論じ、(39) ザインとゾレンを表象の究極的な二基本形式とし、両者を呼んで〝根源的範疇〟といった。(40)「……全然同一の内容が、われわれには或るときは現実的なものとして現われ、或るときは意欲されたもの、当為されたものとして現われる」のであり、しかも存在や「当為の定義は存在しない。」(41)」こうして、ザインとゾレンの二元論は、ジンメルにおいて、形式的・認識論的なものに翻訳された。ザインは現実認識の、そしてゾレンは規範認識の、それぞれ先験的カテゴリーとなる。——ケルゼンへと伝えられた、カントに源を発するかの二元論は、実にすでにしてかような大きな変化を受けたものであったのである。(42) しかもこれをケルゼンは、〝理念的・規範的・論理的〟認識と〝現実的・心理学的〟認識の対比を〝見事に示した〟フッサールの『論理学研究』を援用しつつ、(43) さらに一層〝形式・論理的〟(44) に徹底させている。かくて、ケルゼンはその〝オイディプス的門弟〟ザンダー(45)（Fritz Sander）との論争の中で、次のようにいいえたのであった。——

「ザンダーが、私の当為概念をもってカントの当為と存在の対立から出発した、と確認するのは全く正しい。しかし、私は出発

するだけなのであって、――カントによって述べられた根本思想を整合的に前進させて――カント自身がこの対立につき彼の倫理学で与えた説明を超えるのである。」[46]

その形式論理的に貫徹された認識論的・方法論的二元主義を、ケルゼンは、一方でリッケルト(Heinrich Rickert 1863―1936)、ラスク、ラートブルフに代表される西南ドイツ学派の〝文化〟概念との対決により、他方では恩師イェリネックの不徹底な存在当為二元論[47]の批判を通して、確証しようとした。

先ず、いわゆる〝価値関係づけ〟の所産たる〝文化〟の概念は、ケルゼンにとって不可解以外の何ものでもなかった。〝評価〟ということを〝妥当的価値への関係づけ〟という客観的意味にとるならば、〝価値関係づけ〟すなわち「〝現実〟の〝評価〟は論理的に不可能である。というのは、価値と現実とは二つの根本的に異なる観察法の帰結なのであるから。一の場合に現実すなわちザインの認識形式に現われるところの内容のみが、他の場合に価値すなわちゾレンの認識形式に表わさ……れうる」[48]というのが、ここでの彼の論難の骨子である。

次いでイェリネックに対しては、国家論の文脈において、「その全体系をザインとゾレンの二元論の上に築き、法を規範として、ゾレンとして社会的ザインに対立させ、規範的・法律学的方法と説明的・社会学的方法の鋭い区別を要請するイェリネックが、どうして、同時に、国家の法律的概念とは異なるその社会的概念を可能と考え、しかも〝国家は法なしには可能でない〟との命題を発言することができたのか」と詰り[49]、その由って来る所以を後述・認識論的構成主義の理解不十分に求めるとともに[50]、論断していう。――「彼は、ゾレン概念の特殊な固有の意味にまで突き進まず、ゾレンを内容にもつ精神的過程の心理学的情況になおとどまった[51]」と（フッサール的批判！）。

このような純粋法学の存在当為二元論に対しては、超越的にはもとより、内在的にもまた批判は絶えない。とくに問題とされる点を二つだけ検討しておこう。その一は、ケルゼンにおけるザインとゾレン両範疇の一見〝相対性〟で

ある。純粋法学に対する最近の一批判者の虫眼鏡によれば、ケルゼンのゾレン概念には実に一八もの異なる意味があるというが[52]、いずれにせよ、ケルゼン自身次のように述べているのは事実である。——

「先ず第一に、ザインとゾレンの対立は相対的と認識されなければならない。何故かなら、実定法は自然法との関係では、何らか人工的なもの、すなわち何らかザインの領域・事実的生起の領域で起る経験的な人間意思行為によって『定立（ゲゼッツト）された』ものとして現われる。すなわち、ザインとして、現実として立ち現われるのであり、自然法はこれに価値として対立する。……他面、実定法は規範として、その固有の内在的立場からは、したがってゾレンであり価値である。そして、このようなものとして、事実的人間行態の現実に対立し、これを合法あるいは違法と評価する。[53]」

しかし、かかる叙述は、法（ケルゼンの場合、＝実定法）の〝実定性〟、すなわち規範としてのその実在性（自然のザインの法則性による実在性とは異なり、ゾレン的意味の実在性[54]）を弁証するための、いわば比喩的説明であって、ケルゼン本来の根源的範疇二元説を相対化するものと見るべきではなかろう（この意味で、ケルゼン自身におけるザインとゾレンの両単語の右のような比喩的用法は、きわめて誤解を招き易く不適切といわざるをえまい）。このことは、同じく彼自らによる左の文章に、はっきりしている。——

「たしかに、法の『存在（ザイン）』あるいは『現実性』についても語ることができる。ただそれは、まさに自然のそれとは別の存在（ザイン）、別の現実性なのである。[55]」

その二は、一九三九年以降[56]、量子力学と文化人類学の影響の下に、ケルゼンの〝因果法則〟概念に〝動揺〟がもたらされたかに見えること。彼の『社会と自然——社会学的研究——』（一九四三年）の結語にいう。——

「自然法則と社会法則……の本質的差異は、自然法則自体が絶対的必然性の要求を放棄して統計的蓋然性の主張たることに満足するや否や、存在しなくなる。……宗教的思索では、自然は応報の法則に従って支配される社会の一部であった。現代的な法則観

念において因果律が応報律から解放された後には、社会は――科学の観点からは――自然の一部である。」[57]

このきわめて興味深い発言中、前半の部分は、量子力学の〝不確定性原理〟（ハイゼンベルク）に基づく、物理法則＝因果律の重要な意味変遷に関する。ケルゼンは、自然科学方法論なかんずく確率論に長じたヴィーン学団の哲学者ライヘンバッハ（Hans Reichenbach 1891―1953）に依拠しつつ、今や因果関係は〝絶対的必然性〟ではなく単に〝統計的蓋然性（プロバビリティ）（確率）〟の問題と見られねばならなくなったとするのである。[58] ケルゼンの存在（＝因果）範疇は、ここに大きな修正を被った（したがって、その限りで存在と当為の峻別もまた揺らぎ始めた）のであろうか。いや、そうではあるまい。たしかに、これは〝因果性概念の変容〟には違いない。しかし、この場合の〝因果性〟とは、実は〝現実を記述する自然法則〟の意にほかならず（この意味での因果性は、素粒子観測の限界から、もはや絶対的な正確さをもっては確認できない）、人間思惟にとっての要請たるカテゴリーとしては因果性――すなわち〝カント哲学の意味における因果性〟――が依然絶対的であるのは、ケルゼン自身認めるとおりなのである。[59] さればこそ、その後の『純粋法学』第二版（一九六〇年）においても、またその英訳（一九六七年）においても、依然として彼は、因果原理を〝もしaならば、bである（または、あるであろう）〟なる定式で示し、〝もしaならば、bたるべし〟との公式に表現される帰属（ツレヒヌンク）（インピュテーション）原理と、図式的に判然と区別し対立させることができた[60]のであった。

後半の部分は、ケルゼンが『社会と自然』の大半を費やし、文化人類学（民族学）的およびギリシャの文献資料から博引旁証して論ずるところであり、原始民族にあっては自然認識は社会認識の場合と同じ〝応報〟（Vergeltung, retribution）の原理、すなわち帰属原理に従って行なわれていたことが立証されている。[61] ブスタマンテ・イ・モントロなど、ここから、自然と社会（〝規範の世界〟）の――応報原理による――一元的把握の方向へのケルゼニズム変質を結論しようとした。[62] しかし、この見解は性急かつ粗笨に過ぎよう。ケルゼンは近代社会ではなく原始社会について

語ったのであり、しかも同時に、〝応報原理から因果法則が徐々に解放されてゆくことをその意義とする知的過程〟に言及している。[63] 彼によれば、右述〝因果性の危機〟もこの知的過程の〝最後のステップ〟として位置づけられ、[64] 自然認識の論理的カテゴリーとしての因果性は――たとえ発生論的には〝精神的発達の比較的高度のレベルにおいて初めて出現する〟[65]ものとしても――今日十分に有意なものとされていて、けっして放棄されてはいないのである。一九六〇年における左の論述を見よ。――

「因果原理を物活説（アニミズム）的すなわち擬人格的な思考のすべての要素から完全に純化すること、因果性を帰属と異なる原理として規定することは、徐々にのみ行なわれえた。たとえば、因果性は原因と結果の絶対必然的な関係を表示するという観念――二〇世紀の初めになお優勢であった観念――は、たしかに、原因と結果を結びつけるのは人間経験の領域の彼方に存在する絶対かつ全能したがって超越的な権威の意思である、との見解の帰結である。この見解が放棄されるや、因果性の概念から必然性の要素を除去し、単なる蓋然性の要素をもって代えるのに、何の妨げもない。しかし、必然性の要素がそれにもかかわらず保持されるとすれば、それは意味変遷を被らざるをえず、原因と結果の関係に表現される神意の絶対的必然性から、人間的思惟の必然性が、すなわち人間的認識の要請（ポスツラート）の無例外的妥当性が生成しなければならない。[66]」

もっとも、ケルゼンは『社会と自然』の序論に、「人類の思考の歴史には、人が因果的には思考しなかった時代があった」という前述研究成果を背景として、「因果性は、人間の意識が自然的必然によって賦与されている思考形式ではない。因果性は、カントがそれを呼ぶように『生得の観念』ではない」と書いている。[67] しかし、この経験的確認は、因果性→存在（ザイン）が今日の開発された知性の立場から先験的、カテゴリーとみなさるべきこととは、けっして矛盾はしない筈である。

三

カント→新カント学派→純粋法学という系列での影響関係を、存在と当為の二元論を中心に考察してきた。この間に、該二元論と不可分の先験主義と構成主義についても自ずと触れるところがあったが、以下には後二者をそれぞれ単独に取り出して問題を論じておきたい。

先ず先験的方法から。ケルゼンの『主要問題』公刊の翌年、『カント・シュトゥディエン』に書評を寄せたエヴァルト（Oskar Ewald 1881—）は、この労作を〝論理的な精力と厳密さとをもって貫徹された、先験主義（Transzendentalismus）を法哲学に導入しようとする試み〟と性格づけた。[68] この指摘は、果たして正鵠を得ているであろうか。

そもそも、カントの唱道にかかる先験的方法とは、先天的（ア・プリオリ）に可能なるべき認識の様式へと向うものである。その対象は〝経験という実り多い低地〟であり、経験の可能性の形式的条件を——独断的でも懐疑的でも、論理学的でも心理学的でも、形而上学的でも発生論的でもない——実にかの〝批判〟を通して探り出そうとする。[69]

一時忘却に委せられた先験主義は、新カント学派の手で再び陽光を見た。ケルゼンもまた、新カント主義の時代思潮とともに当然この方法の洗礼を受けたわけである。もっとも彼は、カント先験哲学——それはもともと、その関係事実たる科学（ファクツム　ヴィッセンシャフト）として当時科学たるに値した唯一のもの、すなわち自然科学をもっぱら眼中にして構成されたものであったが——、その成果を単純にそのまま法学へ移植しようとしたザンダーの企てには強く反対した。[70] しかし彼は、哲学（フィロゾフィーレン）することとしての先験的方法には大きく共鳴したと見られる。「実際、ケルゼン自身、以前には先験的方法の適用に大いに重きを置き、あたかも〝純粋法学〟は〝一切の可能ないし現実的〟法（『一般国家学』一九二五年）[71]にとって必然的であるところのものにかかわるかのような印象を与えた」とクンツ（Josef L. Kunz 1890—）は一九五〇年に述べている。[72]

しかし、本来の意味での先験的方法が純粋法学に適用されえ、また現に適用されたのは——、論理上当然のことな

がら――規範認識の大前提としての当為カテゴリーの措定（↓存在当為二元論）までである。それから先は、法的経験の所与なしには無意味の分野が広がっている（法学は経験一般の学ではなく、ア・ポステリオリな法的経験の学である）のであって、先験哲学そのものの出る幕はない。もし、そこにしもなお先験的方法を云為する、或いは云為できるとすれば、それは類比的ないし相対的な意味においてに過ぎないであろう。事実、純粋法学は、実定法の規範論理内在的な一般理論たろうとする限りにおいて、法的経験を一般に可能ならしめるもの、すなわち、この意味で〝相対的にア・プリオリ〟な法認識の諸範疇[73]を探求するといえる。こう見てくれば、この作業過程でも、先験主義が純粋法学に及ぼした示唆ないし刺激は、――間接的とはいえ――けっして小さくはない。ただし、この場合の類比的な先験主義は単に形式主義（フォルマリスムス）というも差し支えなく、あくまで本来のそれではないことに留意しておかなければならない。

認識一般に〝形式（フォルム）〟と〝素材（シュトフ）〟を分かち前者に認識の規制原理を求めるこの形式主義的手法は、先験的方法に必然に伴うものであるが、これを法学において最も顕著な形で駆使したのは、新カント派領袖の一人シュタムラー（Rudolf Stammler 1856―1938）に指を屈しよう。ケルゼンの処女作と同年出版の『法学の理論』のとあるページを披くと、――

「もとより、その素材的に制約された内容に従つて先天的に確実な法命題は不可能である。――だがしかし、規制原理として随意の法素材に無条件に必然的であるところの、法的思考の純粋な形式が存在する。もし、法的問題が科学的に把握さるべきであり、法的思索の統一が存すべきであるならば[74]」

と書かれている。もっとも、ここにはなお、本来の先験的方法を法学に適用可能とするかのような気配も見えぬではないが――。ともあれ、このような新カント派的形式主義が、ドイツ公法学派の〝法律学的・形式主義的〟傾向を承継し〝一般〟法学の学統に追随して実定法の一般理論の構築を志したケルゼンの思索姿勢に、一本の背骨を入れるこ

とともなったのは疑いえない。

ケルゼンは、『主要問題』初版の序文で、「私の研究は二つの根本的な対立、すなわち存在と当為、内容と形式を分かつ対立の仮定の下に立つ」と述べている。[75] その理由を彼は、「私は一元論者（モニスト）ではない」からとしか説明していないが、[76] いずれにせよ、彼にあって形式と内容の区別が、当初から存在と当為のそれと並ぶ方法論的最基本前提であったことを知るのである。彼はまた、一九二九年には、現象学的に〝偏向〟したとはいえ彼の学徒たることにはなお渝りのないF・カウフマン（Felix Kaufmann）がモットーとして愛用する[77]左のコーエンの言葉を借りて、[78] 自らの〝形式主義的〟立場を宣明する。——

「形式的なもののみが即物的（ザハリヒ）である。方法論は形式的であればあるほど、それだけ即物的となることができる。そして問題は、事物の深奥に定式化されること即物的であればあるほど、それだけ形式的に基礎づけられていなければならない。[79]」

純粋法学への批判は、期せずしてこの形式主義体質に集中する。[80] これに対して自ら弁明の筆を執ったケルゼンは、右のコーエンの言を引きつつ、「一切の認識と同じく、法認識もまた、その対象を形式化せねばならぬ」と力説する。[81] このことは、純粋法学が「実定法の理論として、別けても、特殊的法を精神的にわがものとなしえんがための概念の道具を調える一般法学である」だけに一層然りとされる。[82] さらに注目すべきは、語を継いだ彼が、純粋法学は「実定法の現象において形式と内容を分離することにより、あらゆる法秩序に直ちに確証される法形式概念を、歴史的所与たる法秩序の比較観察によってのみ獲得でき法内容の類型化を表示する法内容概念から分かつ」と説きながら、この所論に註して次のように述べていることである。——

「純粋法学は法規範の内容を重要でないものとみなしているという折に触れての主張は、全く無理解な誣告なので、私は全然真面目には相手にしない。私の『一般国家学』またはメルクルの『一般行政法』をひと目見れば、容易に反対のことが確かめられ

る。純粋法学はまさに、法本質概念のみならず、また法内容概念をも研究するのである。[83]」

すなわち、純粋法学は法本質（〝法形式〟のことがこう言い換えられていることにも注意！）と法内容の類型を求める一般法学として、そのレゾン・デートルが弁証されるのである。とすれば、さきに先験主義から換骨奪胎された形式主義は、ここに、単純な〝範疇（化）的処理法〟（kategoriale Verarbeitung.[84]）ここで〝範疇〟とは、もとよりカント的な先験的カテゴリーを意味せず、単に〝類型概念〟というに等しい）にまで変性されていると見てよかろう。

新カント派的先験主義から純粋法学への〝影響〟は、おおむね以上の如く理解さるべきであろうか。

次に構成主義（Konstrutkivismus）について。この認識論的立場は、大体新カント学派一般に共通のものであったが、なかんずく、マールブルク学派はコーエンのそれが最も徹底したものとして名高い。もともと鼻祖カントにあっては、われわれは概念に従って自ら先天的（ア・プリオリ）に考え入れ表示したところのものによって——すなわち構成によって（durch Construktion）——初めて対象を作り出す、という思考法の〝コペルニクス的転回〟[85]が行なわれるとともに、他方、不可知の触発の実体たる物自体（Ding an sich）は可想体（ノウメナ）として、なお否定されるには至らない。[86]それが、コーエンに及ぶや、その〝根源の論理（ウアシュプルンク）〟から、与えられたもの（das Gegebene）は課せられたもの（das Aufgegebene）となり、[87]物自体は解決さるべき課題として理念（イデー）となる。[88]こうして〝物の行へ（ザッヘヘタート）の還元〟がなされ、[89]カントの体系において思惟と並び認識の源泉とされた直観は甚だしくその地位を貶しめられて、〝純粋思惟〟こそが自己自身の中から自ら〝純粋認識〟を産出すべきものとされることになった。[90]——「能産（Erzeugung）そのものが所産（Erzeugnis）である。[91]」

ケルゼンは、とくに法と国家の自同性に関する考察を契機に、意識的にコーエンの思想を援用した（一九二二年の『社会学的および法律学的国家概念』で、〝一般には精神科学的方法の、そして特殊的には国家学・法学的認識の基

本要素〃として存在当為二元論を説明するさい、コーエンの『純粋意思の倫理学』を唯一の参考文献として指示するのが注目される[92]。ただし、彼自ら述懐するところでは、それは上述エヴァルトの『主要問題』書評から指摘を受けた一九一二年以降のことに属するが、しかしその以前（すなわち『主要問題』執筆当時）といえども、〃認識方向が認識対象を規定し、認識対象は一つの根源から論理的に産出される、というコーエンの認識論的基本姿勢〃と彼のそれとの間には〃広範な並行〃が存在したとされている[93]。ケルゼンは、無意識的にも自覚的にもマールブルク学派の徒であった[94]、ということか。一九四五年の英文『法と国家の一般理論』でも、得意のたとえを用いた彼の主張は繰り返されている。――

「あたかもマイダス王の触れたものがことごとく金に変ったように、法が関係するものはことごとく法となる。すなわち法的に実存する何ものかとなる[95]。」

ケルゼンその人および純粋法学の理論構造における方法偏重、方法論的潔癖は、このコーエンの〃産出の原理〃――カントにおける構成（コンスツルイーレン）は、コーエンにあっては産出（エアツオイゲン）となる――に由来するところ大といわねばならない。そこにはまた、純粋法学の〃法一元論〃（monisme juridique）[96]が醸成された母胎を見ることもできる。

かくて純粋法学は、カント的〃理性の高評価〃から終に〃理性の独裁[97]〃を引き出したマールブルク学派と、〃方法的観念論[98]〃との批判を共有することとなろう。

（1）田中耕太郎訳「ラスク法律哲学」（田中『法律哲学論集㈡』一九四五年）四八四頁。
（2）参照、矢崎・前掲論文二二〇頁。
（3）参照、Kelsen, Hauptprobleme. Vorrede z. 1. Aufl., S. VI f.
（4）参照、前章註（10）。

（5）Kelsen, Hauptprobleme, S. 121 ff., S. 162 ff. Kelsen, Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, 1911, S. 24 ff.

（6）Kelsen, Grenzen, S. 16 ff. 承認説については、また Kelsen, Hauptprobleme, S. 47 ff., S. 346 ff.

（7）Kelsen, Grenzen, S. 7 f. Kelsen, Hauptprobleme, S. 9.

（8）Kelsen, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, 1920, 2. Aufl. 1928, S. 11 Anm. 1.

（9）Ibid., S. 11 f. なお、原文は強調の gesperrt 印刷。

（10）参照、Kelsen, Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, 1928, S. 39 f.

（11）Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 20 f.

（12）ケルゼンは、法規範を他の規範から区別することになるこの見解を、純粋法学は一九世紀実証主義法理論から引き継いだとしている。—— Kelsen, Reine Rechtslehre, 1934, S. 25.

（13）Kelsen, Hauptprobleme, S. 8.

（14）Simmel, Einleitung in die Moralwissenschaft, eine Kritik der ethischen Grundbegriffe, I. 1892, S. 12.

（15）Paul Roubier, Théorie générale du droit, 2e éd. 1951, p. 65 に引用されている J. Maury の言。

（16）Kelsen, Hauptprobleme, Vorrede z. 2. Aufl., S. XV.

（17）Kelsen, Les rapports de système entre le droit intern et le droit international public, Recueil des Cours, 14e, 1926, p. 256.

（18）Kelsen, Reine Rechtslehre, 1. Aufl., S. 67.

（19）Kelsen, Die phil. Grundlagen, S. 66 ff.

（20）横田喜三郎『ケルゼンの純粋法学』（一九三二年）四頁は、純粋法学が「純粋という言葉と、彼の叙述が一般に極めて論理的であることのために、しばしば、あたかも論理的に可能な、単純に純粋な法律理論であるかのように誤解されることがある」と嘆ずる。

（21）Kant, Metaphysik der Sitten, Vorländers Ausg., S. 211.——「それ（純粋法学）は、自由法則に従って外的関係において制限さるべき恣意の形式面にのみかかわり、その質量としてのあらゆる目的は度外視する。」

（22）Kant, Kritik der reinen Vernunft, Reclams Ausg., S. 648.

（23）Ibid., S. 13.

（24）Liebmann, Kant und die Epigonen, 1865. この書で著者は，各章を "Also muss auf Kant zurückgegangen werden!" の警句をもって結んだ。

（25）参照，戸田武雄「カント主義」（『現代哲学辞典』三三九―五三頁）。

（26）「新カント学派は学的なる体系であったと共に，むしろより多く時代の運動であり流行ですらあったのである。」――高坂正顕「新カント学派」（『岩波哲学講座』第八巻）四頁。

（27）参照，Windelband, op. cit., S. 81.

（28）Windelband, Präludien, Aufsätze und Reden zur Philosophie und ihrer Geschichte, 7.—8. Aufl. 1921, I, S. IV. 『序曲』第一版（一八八三年）の序文最後の言である。

（29）Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., S. 5.

（30）Kelsen, The Pure Theory of Law, p. 5.

（31）法学―法哲学―と関連する限りでのムーアにつき，参照，矢崎・前掲書一三頁，三七二頁。

（32）Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., S. 5 Anm.*. なお，同所（Anm.**）でケルゼンが，「倫理的結論を全く非倫理的な前提から引き出すことは不可能である」と述べる Arthur N. Prior, Logic and the Basis of Ethics, Oxford, 1944 をも引いているのが注目される。

（33）「カントは認識の能力に批判的分析を試みているが，ここでは認識の道具である言語の分析がとりもなおさず哲学の主要な任務になると考える。それがいわゆる分析哲学（Analytical Philosophy）である。」―矢崎・前掲書一三頁。

（34）Kelsen, Hauptprobleme, Vorrede z. 2. Aufl., S. VI.

（35）Kant, op. cit., S. 277 f.

（36）Ibid., S. 634.

（37）Windelband, op. cit., II, S. 65.

（38）参照，ibid., S. 67.

(39) 参照、Simmel, op. cit., SS. 1—12. 本書の巻頭の目次をも見よ。なお、das Sollen als Denkmodus については、とくに同書九頁を参照のこと。

(40) Ibid., S. 13.

(41) Ibid., S. 8.

(42) Hauptprobleme, Vorrede z. 2. Aufl., S. VI でケルゼンは、自らその二元論が「ヴィンデルバントとジンメルのカント解釈に連なる」ものであることを認めている。なお、これら二つの基礎範疇を論じた同書七—八頁には、ジンメルの『道徳学入門』が典拠的に引用されるが、同時に、Kitz, Seyn und Sollen, 1869 なるものも重視されているのが注目されよう。

(43) たとえば、Kelsen, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, 1922 (2. Aufl. 1928), S. 81 Anm. 1 を見よ。

(44) 参照、Kelsen, Hauptprobleme, S. 8 ; Grenzen, S. 6 その他。

(45) 参照、Métall, op. cit., S. 39 f.

(46) Kelsen, Rechtswissenschaft und Recht, 1922, S. 106.

(47) 参照、Wielikowski, Die Neukantianer in der Rechtsphilosophie, 1914, S. 126.

(48) Kelsen, Die Rechtswissenschaft als Norm- oder Kulturwissenschaft : Eine methodenkritische Untersuchung, Schmollers Jahrbuch, Jg. 40, 1916, S. 1201.

(49) Kelsen, Staatsbegriff, S. 117 f.

(50) 参照、ibid., S. 116.

(51) Ibid., S. 119.

(52) Karl Leiminger, Die Problematik der Reinen Rechtslehre, 1967, SS. 63—66. もっとも、ここに挙げられている〝ゾレンの一八の定義〟は、それぞれの用いられた文脈で理解すれば、何も概念の混乱と批判するには当るまい。ちなみに、著者はヴィーンで法律実務に携わるドクトル・ユリス。本文九四頁のこの小冊は必ずしも高水準でないとはいえ、法実証主義と新カント主義を中心に論じた第一部「純粋法学の父たち」（三—四八頁）は比較的多角的に考察を加えていて、本

稿の見方・取り上げ方とは異なるが、参考になる。

(53) Kelsen, Die phil. Grundlagen, S. 10.

(54) 参照、中村・前掲論文九二―三頁。

(55) Kelsen, Souveränität, S. 10 Anm.

(56) Kelsen, Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip, The Journal of Unified Sciences (Erkenntnis), Bd. 8, 1939, SS. 69—130 ; Cauality and Retribution, ibid., Bd. 9, 1939, SS. 234—240 ; Vergeltung und Kausalität, Den Haag 1941 ; Causality and Retribution, Philosophy of Science, Vol. 8, 1941, pp. 533—556 ; Society and Nature : A Sociological Inquiry, Chicago 1943. (Métall, op. cit., S. 139 f. 記載のケルゼン文献目録より関係部分を抜き書き。ただし、一九四一年ハーグ発行の書目は Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., S. 86 Anm. より。)

(57) Kelsen, Society and Nature (Engl. ed., London 1946), p. 266.

(58) Ibid., p. 256 f.

(59) Ibid., p. 257 f.

(60) Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., S. 93 ; The Pure Theory, p. 89 f. ちなみに、ケルゼンはここで因果と帰属の相違を、「原因としての条件と結果としての帰結の間の――自然法則で表現される――関係は、要件と効果の間の――道徳法則または法的法則において表示される――関係とは異なり、人間により定立された規範によってもたらされるのではなく、あらゆるこのような介入から独立である」ことに求めている (S. 94, p. 90)。

(61) Kelsen, Society and Nature, pp. 1—248.

(62) A. S. de Bustamante y Montoro, Kelsenism, Interpretations of Modern Legal Philosophies (Essays in Honor of R. Pound), 1947, p. 45.

(63) Kelsen. op. cit., p. VIII.

(64) Ibid., p. VIII.

(65) Ibid., p. VII.

(66) Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., S. 89 ; The Pure Theory, p. 85.
(67) Kelsen, Society and Nature, p. VII.
(68) Ewald, in : Kant-Studien, XVII, 1912, S. 397.
(69) 参照、フォールレンデル『西洋哲学史』（粟田＝吉野＝古在訳・一九三五年）第二巻三七四―八〇頁。なお〝批判〟概念については、Kant, op. cit., S. 5.
(70) Kelsen, Rechtswissenschaft und Recht, 1922, S. 3 ff.
(71) Kelsen, Allgemeine Staatslehre. S. 44.
(72) Kunz, Was ist die Reine Rechtslehre? Forum der Rechtsphilosophie, hrsg. v. E. Sauer, 1950, S. 35.
(73) 参照、ティボール・ヴァッス『先験的法哲学』（佐藤立夫訳・一九四一年）八四頁。――「認識と法認識とは相互に同位の関係に立ち得ない。何故なら法認識は認識の具体的形式として現れるからである。法範疇と認識範疇とは同一視され得ないものである。……我々は法範疇を先天的なものとして考察し得ようか。法範疇の先天性は、其れが法認識に対してのみ先天的であり、しかし経験に関係しては後天的であるというふうに理解し得られるであろう。此の範疇に於いては相対的先天性のみが論じら……れるであろう。」　ちなみに原著名は、Tibor Vas, Die Bedeutung der transzendentalen Logik in der Rechtsphilosophie, 1935.
(74) Stammler, Theorie der Rechtswissenschaft, 1911, S. 17.
(75) Kelsen, Hauptprobleme, Vorrede z. 1. Aufl., S. V.
(76) Ibid., S. VI.
(77) F. Kaufmann, Logik und Rechtswissenschaft, 1922 ; Die Kriterien des Rechts, 1924. 両書ともいずれの扉にも、下記の語句は題辞として掲げられている。
(78) Kelsen, Juristischer Formalismus und reine Rechtslehre, S. 1723.
(79) Cohen, Logik der reinen Erkeuntnis, 3. Aufl. 1922, S. 587.
(80) 参照、Kunz, op. cit., S. 26 ff.
(81)(82) Kelsen, op. cit., S. 1723.

(83) Ibid., S. 1723.
(84) 参照, Radbruch, op. cit., S. 218.（前章註（19））
(85) 参照, Kant, op. cit., S. 15 ff.
(86) 参照, ibid., S. 236.
(87) 参照, Cohen, Kants Theorie der Erfahrung, 3. Aufl. 1918, S. 243.
(88) 参照, idid., S. 660.
(89) 参照, ibid., S. 473.
(90) 参照, Cohen, Logik der reinen Erkenntnis, S. 13.
(91) Ibid., S. 29.
(92) Kelsen, Staatsbegriff, S. 75 Anm. 1. ここで参照を指示されているのは Cohen, Ethik des reinen Willens, 3. Aufl. 1901 であるが、いま手許の第四版本（三版と同内容。刊行年記載なし）をひもとくと、序論で、自然主義（Naturalismus）を倫理学の宿敵、方法上の根本的危険ときめつけ、「倫理学の定礎のためにあらゆる種類の自然主義を防止するのは、建築装飾にではなく、すべての構造要素と土台とにかかわることである」とした上で、「カントがザインとゾレンの間になした区別の、根深く徹底した意味は、そのことである」と述べられている（一二頁）。さらに、「彼（カント）がこれによって倫理学から切り離したザインは……自然一般のザインであり」（一二―三頁）、また「理念（イデー）がゾレンである。諸理念は実践的理性使用の諸規則を意味するにほかならず、それら諸規則はゾレンに包括されるのである。このゾレンに倫理学の存在価値がある」（二七頁）と説明が続く。なお、「国家学は必然的に国法学である。国家学の方法論は法学に基礎を置く」（六四頁）と説かれているのも、純粋法学との関連で注目される。
(93) 参照, Kelsen, Hauptprobleme, Vorrede z. 2. Aufl., S. XVII.
(94) 参照, Métall, op. cit., S. 15 f. ――「哲学的領域では、彼はエヴァルトの書評に刺激されて、マールブルク・カント学派の別けてもコーエンの研究に取り組んだが、コーエンの認識理論はケルゼンにとって永続的影響力をもつものとなった。ヘルマン・コーエンその人をちょっと訪ねて以後は、ことにそうなった。高度の方法純粋性をめざすマールブルク学派のカント主義哲学に沈潜することによって、また法学理論が意識的・無意識的な政治的傾向から受ける甚だ危険な無数

の混濁に対し、ケルゼンの見る眼は鋭くなった。」

(95) Kelsen, General Theory of Law and State. p. 161.

(96) 参照、Bonnecase, La pensée juridique française, de 1804 á l'heure présente, 1933, tome II, p. 201 et ss.

(97) 参照、Willhelm Jöckel, Hans Kelsens rechtstheoretische Methode, 1930, S. 4.

(98) 参照、フォールレンデル・前掲書、第三巻二三二頁。

〔補註〕ウィーンのハンス・ケルゼン研究所から出た 33 Beiträge zur Reinen Rechtslehre, hrsg. von R. A. Métall, 1974 は、一九一二年から三九年にかけて発表された純粋法学関係重要論文（ケルゼン、メルクル、フェアドロス以外の執筆にかかるもの——上記三巨星の分はすでに Die Wiener rechtstheoretische Schule, hrsg. von H. Klecatsky, R. Marcic, H. Schambeck, 2 Bde., 1968 に復刻——）を精選・収録するが、なかでも本稿との直接の関連では、Felix Kaufmann, Kant und die Reine Rechtslehre (1924) が貴重である。その他、Josef Diebretsberger, Die Begriffsbestimmung des Rechts in der Phänomenologischen Rechtsphilosophie (1927); Hans Herz, Das Recht im Stufenbau der Seinsschichten: Bemerkungen über das Verhältnis der Reinen Rechtslehre zu Nicolai Hartmanns Lehre vom Schichtenbau der Welt (1935); Leonidas Pitamic, Denkökonomische Voraussetzungen der Rechtswissenschaft (1917); ditto, Plato, Aristoteles und die Reine Rechtstheorie (1921); Felix Schafer, Reine Rechtslehre und Reine Wirtschaftstheorie (1937) なども、更めて参考に値しよう。同じく近刊の Kelsen, Essays in Legal and Moral Philosophy, transl. by Peter Heath, 1973 で編纂者 Ota Weinberger が書いている "Introduction: Hans Kelsen as Philosopher" と共に、近い将来本稿の完成を試みるさいには是非とも考察に取り入れたい。

なお本稿では、transzendental; Transzendentalismus を〝先験的〟〝先験主義〟と一律に訳したが、新カント学派における用語としてはこの訳語をなお可とするも、カントにあっては——意味の違いから——〝超越論的〟〝超越論哲学〟（ちなみに、transzendent が〝超越的〟）とするのが、今日わが哲学界のむしろ定訳という（ゲラ段階での同僚三島淑臣教授の教示に負う）。しかしここでは、両者における意味の違いは留保しつつ、同一原語に同一訳語を当てる従来の用語法にしたがった。