

# 根本規範という概念は有用か？

森 村 進\*

- I 序
  - II 根本規範論の概要
  - III 根本規範の想定は法体系の存在のために必要ない
  - IV 根本規範は法の内容の解明に役立たない
  - V 法の統一性
- 補論：最近約40年間の日本におけるケルゼン研究

## I 序

本稿の目的は、ハンス・ケルゼンの「純粋法学 Pure Theory of Law; Reine Rechtslehre」の中で顕著な、一見不可欠の役割を果たす「根本規範 Basic Norm; Grundnorm」という概念が何らかの意味で法の理解にとって有益かを検討するものである。その問題に対する私の回答はおおむね否定的である。

本論にはいる前に、三つの前置きを述べておこう。

最初に、ケルゼンの「純粋法学」と呼ばれる法理論は時代によって無視できない変化があるらしいが、私は初期と最晩年のケルゼンの法理論についてよく知らないので、一番よく読まれていて有名な中期の著作を検討するが、その中でも『法と国家の一般理論』(Kelsen [1945])と『純粋法学(第二版)』(Kelsen [1967])を正典的な著作として用いる。それはこの二冊がもっとも網羅的かつ体系的に彼の法理論を展開しているからでもあるが、もうひとつ理由がある。それは、中期の代表的著作の中でもそれら以前の『一般国家学』(Kelsen [1925])や『純粋法学(初版)』(Kelsen [1934])では慣習法がほとんど無視されて成文

---

『一橋法学』(一橋大学大学院法学研究科)第10巻第3号2011年11月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科教授

法ばかりが論じられているのに対して、この二冊では慣習法についても正面から論じていて、それがかえってケルゼンの法理論の難点を浮き彫りにすることになっているからである。ケルゼンの法理論について重厚な研究書を二冊書いている新正幸は、「[ケルゼンは] 根本規範を純粋法学の理論的・体系的頂点におき、極力その必要性・重要性を強調しているが、彼がそれを強調すればするほど、そしてそれを詳しく論ずれば論ずるほど、彼自身の改説とあいまって、ますますその本質がわからなくなるという実に不思議な性質を備えている」(新 [1992] 119 ページ注1) と書いているが、私は根本規範に関するケルゼンの議論のすべてに注意を払うことはしない。

次に、私はケルゼンの法理論について書かれたおびただしい文献のうち一部の日本語文献とそれより少ない英語文献しか読んでいないし、ケルゼン自身の著作も上記の四冊を始めとして英語版と邦訳でしか読んでいない(部分的にはドイツ語のテキストもあつたが)。これらの理由から、根本規範に関する私のコメントの中にはすでに他の研究者によって述べられてきたものもあるだろう。実際私は自分の批判が非常にオリジナルだなどと主張するつもりはない。だがそれでも管見の限りこれまで書かれていない指摘も行ったつもりである。私にとって特に参考になった文献は最後にまとめてあげておいたが、その中でも菅野喜八郎の著作から受けた恩恵が大きかった。

最後に、本稿における批判は、多くのケルゼン批判と違って、外在的な政治・道徳理論や法実務的関心からのものではない。たとえば、ケルゼンの純粋法学は立法権力の全知全能を信ずる社会主義のイデオロギーにすぎないという、ハイエク(Hayek [1976] ch. 6)が行ったようなイデオロギー批判の論法は私がとらないものである。私はケルゼンと同様、評価的・実践的でない法理論の意義を認めるから、純粋法学が法実務の要請に応えようとしないことをもってその欠点とみなしたりはしない。そして私は純粋法学の中に、法段階説とか、第一次的規範と第二次的規範の区別とか、自然人と法的人格の峻別とか、「違憲」の法律の効力の説明とかいった、いくつもの価値ある観念や議論を見出す——それらに必ずしも賛成できないとしても。また後述するように、私は純粋法学が根本規範において事実のモメントを持ち込んでいるために「破綻している」というありがちな批

判（それに対する反論として、長尾 [1999] 317-27 ページ）にもくみしない。私はケルゼンの法理論を基本的に高く評価している。根本規範に対する私の批判は内在的なものであって、〈ケルゼンが標榜したような価値中立的な法理論をとるとしても根本規範の概念は無用だ〉という趣旨である。「従来からケルゼン『純粹法学』に加えられている批判は、主要には根本規範に対するものである」（兼子 [1993] 67 ページ）と言われるが、私が見るところでは、根本規範抜きで純粹法学は可能であり、また改善でもある。

## II 根本規範論の概要

根本規範に関するケルゼンの説明は、『法と国家の一般理論』では主として第一部第 X 章「法秩序」、『純粹法学（第二版）』では主として第 34 節「規範的秩序の妥当根拠：根本規範」の中に見出される。両者の間に実質的に大きな相違はないようだが、ここではいまだに邦訳がない後者を主にして説明しよう。

ケルゼンによると、法秩序は規範の体系だが、その規範を表わす命題は事実に関する命題からは出てこない。

「ある規範がなぜ妥当しているのか、ある個人がなぜある仕方で行動すべきなのかという問題は、ある事実を確認することで答えることはできない。つまりあるものがあるという言明で答えることはできない。規範の妥当性の理由は事実ではありえない。あるものがあるという状況から、あるものがあるべきだということは生じえないし、あるものがあるべきだということは、あるものがあるということの理由たりえない。規範の妥当根拠は別の規範の妥当性でしかありえない。別の規範の妥当根拠を表わす規範は、低次の規範との関係で高次の規範だと比喩的に言われる。」(Kelsen [1967] p. 193)

しばしば高次の規範の妥当根拠として権威が持ち出されるが、そのような権威自体もそれに授權する規範を必要とする。

「規範の妥当根拠の追求は、ある結果の原因の追及のように際限なく続くことができない。それは最後の最高次のものとして前提される規範で止まらなければならない。それは**前提** *presupposed* されねばならない。なぜならそれは『制定 *posited*』される——つまり、一層高次の規範に基づかなければならない権能を持つ権威によって作り出される——ものではありえないからである。この最終的な規範の妥当性を一層高い規範から導き出すことはできない。その妥当根拠を問うことはできないのである。そのような前提された最高次の規範は、本書では**根本規範**と言われる。自らの妥当性が同一の根本規範に至るすべての規範は、一つの規範体系・規範秩序を構成する。根本規範は同一の秩序に属するすべての規範の妥当性の共通の源泉であり、それらの共通の妥当根拠である。ある規範がある秩序に属するという事実は、前者の究極の妥当根拠がこの秩序の根本規範であるという事情に基づいている。多数の規範の統一性を構成するのは根本規範であって、それはこの秩序に属するすべての規範の妥当根拠となることによってそうするのである。」(Ibid., pp. 194-5)

そして妥当根拠の性質によって、静態的と動態的という二種類の規範体系を区別できる。静態的体系においては、ある規範が妥当性を持つのは、その内容がもっと一般的な別の規範から引き出されるからである。たとえば〈誠実であれ〉という規範から〈約束を守れ〉という規範が引き出されるように。これに対して動態的体系では、ある規範が妥当性を持つのは、その規範が高次の規範から授権された者によって創造されたからである。最終的には、その授権の連鎖はそれ以上さかのぼれない前提された根本規範に至る。法体系は本質的に動態的規範体系であって静態的規範体系ではない。それゆえ、いかなる内容も法でありうる。(Ibid., pp. 195-8)

「法体系の根本規範は、内容が直接自明であるために最高次の規範として前提されて、そこから行動への規範が論理的に導き出されるような、実質的な規範ではない。法秩序の規範は特定の過程によって作り出されたものでなければならない。それは制定された規範つまり実定的規範であり、実定的秩序の要素

である。」(Ibid., p. 198)

根本規範は憲法制定行為の前提となる規範であり、実定法の意味における憲法と対比的に、法論理的な意味での憲法と呼ぶこともできる。根本規範は法的機関や慣習によって作り出された規範ではないから、それ自体は実定法ではなく、立法手続きの前提された出発点である。(Ibid., pp. 198-9)

さて法の動態を見ると、たとえば処刑という強制的行為がなぜ単なる殺人でなくて法の執行であるかということ、それはその行為が刑法の適用だからである。ではその刑法がなぜ効力があるのかということ、それは憲法によって立法の権限を授けられた立法府によって制定されたからだ、という答が与えられる。では現行の憲法はどうして妥当しているかということ、それは憲法改正手続に従って改正された結果だからである。かくして法規範の妥当根拠は最終的には「歴史的に最初の憲法 historically first constitution」に行きつく。(Ibid., pp. 199-200)

「もし我々が歴史的に最初の憲法の妥当根拠を問うならば、その答えは、〈もし我々が(1)それに従ってなされた行為を、妥当している一般的法規範の創造あるいは適用として解釈し、また(2)これらの一般的規範の適用としてなされた行為を、妥当している個別的法規範の創造あるいは適用として解釈しようとするならば、この憲法の妥当性——それが拘束力を持つ規範だという想定——が前提されなければならない〉というものでしかありえない。規範の妥当根拠は別の規範でしかありえないのだから、その前提は規範であるに違いない。それは法的権威によって制定された規範ではなく、前提された規範である。つまり、憲法制定事実の主観的意味と、憲法に従って行われた規範制定事実の主観的意味とが、それらの客観的意味であると解釈されるときに前提されている規範である。この規範は法秩序（つまり、強制的行為を命ずる秩序）の根本規範だから、この規範、すなわち当該法秩序の根本規範は次のように定式化されねばならない。〈強制的行為は、歴史的に最初の憲法と、それに従って作り出された諸規範が命ずる条件と方法によって、行われなければならない。〉(要するに、〈人は憲法が命ずるように行動すべきである。〉)」(Ibid., pp. 200-01)

なお以上の根本規範は特定の国の憲法に言及しているのだが、ケルゼンはその後で国内法だけでなく国際法の根本規範についても述べている。本稿ではそれについて詳しく論じないが（なお Bernstorff [2010] pp.160-5 は、ケルゼンだけでなく純粋法学論者たちの国際法根本規範に関する主張を紹介、検討している）、結論的な部分だけは次節に關係するので紹介しておこう。

「[国際慣習法規範は] 諸国家を束縛する法規範として解釈される。なぜなら諸国間の慣習を法創造事実とする根本規範が前提されているからである。その根本規範は次のようなものである。『諸国家——つまり諸国の政府——は、相互の關係においてこれこれしかじかの仕方で行動すべし。』あるいは『国家の国家に対する強制は、諸国家の現実の行動が構成する慣習に従った条件と方法によって、行使されるべきである。』これが超越的-論理的意味における国際法の『憲法』である。」(Ibid., p.216. また Kelsen [1945] p.369. 邦訳539ページ「諸国家はそれらが慣習的に行動してきたごとく行動すべきである」も参照。しかし諸国家が、条約によって新しい国際法秩序を作り出すとき、諸国家はむしろ従来の国際慣習とは違った仕方で行動すべきだということを定めるのではないか? Bindreiter [2002] p.130 n.9 を見よ。)

ケルゼンは国内法と違って国際法を論ずるときには慣習による法形成を明示的に考慮するが (Bernstorff [2010] pp.165-70 を参照)、それだけでなく、(国家間の条約が国際法規範としての妥当性を持つのも、元はといえば慣習が国家に条約の締結を授權しているからであって、そのような慣習がなければ条約は法としての効力を持たない) と主張する。

「『約束は守られるべし』という規範が国際法の基礎だという、(一時期の私自身を含む) 多くの論者がとる理論は斥けられなければならない。なぜならそれを維持することができるのは、諸国家の行動が作り出す慣習は黙示の条約だというフィクションの助けがあるときに限られるからである。」(Kelsen [1967] p.216 n.81)

そして上記の国際法の根本規範は、あらゆる慣習法の根本的前提を表現している。その前提は「個人は、他の人々が（自分たちがそう行動すべきだと信じて）通常行動するような仕方で行動すべきである」（Ibid., p. 216）というものである。

### Ⅲ 根本規範の想定は法体系の存在のために必要ない

#### 1 根本規範はなぜ妥当する？

以上がケルゼンの根本規範論の大要——というには詳細だったかもしれないが——だったが、私はそこにいくつもの納得しがたい点を見出す。まず一番素朴な疑問から始めよう。ケルゼンはあらゆる規範がその妥当性を高次の規範から得なければならないと言うが、どうして根本規範だけはその要請から免れているのだろうか？ 根本規範の妥当性は一体どこから来ているのか？ 根本規範は「前提」されている「仮説」だとか、どこかに至上・究極の規範がなければならないとか言うだけでは、何の説明にもなっていない。他のすべての規範は高次の規範から妥当性をもらわなければならないのに根本規範だけはそうでないという前提は、恣意的な決定としか思えない。

ケルゼンはこの反論に答えて、〈法学者も法律家も法を拘束力あるものとして以上、その見方を可能にするような妥当性の源泉が想定されており、そしてその源泉の探求はどこかで打ち止めにしなければならないから、たとえ彼らは気づいていなくても、根本規範を前提しなければならないのだ〉と言うかもしれない。しかし根本規範なるものをわざわざ想定しなくても、国内法秩序なら（実質的な意味での）憲法で、国際法秩序なら国際慣習法で打ち止めにできないのだろうか？ 法律家や公務員が憲法を頂点とする法秩序に従っているのは、まさにその秩序自体に従うべき何らかの理由を見だしているからであって、その秩序より一段高次にある、「憲法に従うべし」という根本規範を（暗黙のうちにであれ、意識してであれ）受け入れているからではないと考えるのが現実的だろう。国際法にしても、重要な例外はあっても諸国の政府がおおむね国際法に従っているのは、国際慣習に従うべしというケルゼン流の国際法の根本規範を暗黙のうちに前提しているからではなくて、直接に国際慣習それ自体を受け入れているからだろう。

う。

もっともケルゼンは、根本規範は法体系を創造する原因ではなくて、その認識の前提条件にすぎないというだろうが (cf. Kelsen [1967] p.204 n.72)、そう理解しても、ケルゼンの主張と違って〈法体系の外にあってその妥当根拠となる根本規範〉という観念の助けなしに法を理解できるし、法体系の一体性を説明できる。このことはつとに指摘されてきた。たとえばハートは言う。

「もしいろいろな法源を特定する憲法が、その与える基準に一致してその法体系の裁判所の裁判所や公機関が実際に法を確認しているという意味で生きた現実であるならば、その場合その憲法は受け入れられており、実際に存在しているのである。〈憲法 (あるいは「それを定立した」人々) が従われるべき〉であるという意味を持ったルールがさらにある、と言うならば、それは不必要な繰り返しであるように思われる。」(Hart [1994] p.293. 邦訳279ページ)

菅野喜八郎も言う。

「根本規範の擬制を俟たなくとも、歴史的に最初の憲法の客観的当為性の想定のみで根本規範に期待されている機能を果たすことは可能である。法を認識しようとする者が歴史的に最初の憲法の客観的当為性を想定するならば、即ち、歴史的に最初の憲法を妥当する法規範とみなしてしまうならば、かく見なした者にとっては、この憲法の直接・間接の授権に基づく人間の意志行為の意味は法として現われることになる、つまり法として認識されることになるからである。」(菅野 [1988] 133ページ。また130-6ページ全体も見よ。ほかに土井 [1992] 271-5ページ、山崎 [1999] 610-2ページも同じ趣旨と理解できる。)

ほかにもラズは法理論における根本規範の役割を検討してから、「法体系の構造と配列、その統一性は、根本規範の削除によっても実質的に影響を受けなままである」Raz [1980] ch. V, sec. 3. p.105. 邦訳123ページ) という結論に至っている。

根本規範はオッカムの剃刀によって剃り落とされるべき無用の観念で、思考の経済を害する。私の推測を述べると、30年くらい前と違って今日の日本の法哲学の学界でケルゼンの法理論の影響がはるかに小さくなったことの一因は、今紹介した有力な批判に対する反論が出ず、それが広く受け入れられるようになったことにあるだろう。法哲学者の中で基本的に法実証主義的な法観念を持つ人々は、ケルゼンの「根本規範」よりもハートの「承認のルール」の方が法の妥当性を説明する観念としてはるかに手ごたえがあり実り豊かだと考えるようになったのではないだろうか。こう言うのも、私自身がその一人だからである。

根本規範の概念に対するこのような消極的見解と反対に、ケルゼンの「イデオロギー批判者」としての側面を強調する長尾龍一は、

「ケルゼンは……実定法のみならず、すべての規範体系が仮説の上に成り立っていることを積極的に示すことにより、実定法を自然法によって絶対化しようとする法理論のみならず、あらゆる絶対主義的な正義論を批判したのである。「仮言的」根本規範という概念は、カントの「定言的」命令と「仮言的」命令の対置に由来する。したがって実定法体系が仮言的の根本規範に基礎をおくと主張することは、実定法の「定言的」正当化を否定する、相対主義者としての積極的主張である。……実定法の根本規範が仮説であることを暴露したことは、イデオロギー批判者としてのケルゼンの思想的業績の一つとも言うべきものである」(長尾 [1999] 327 ページ)

と主張して根本規範論を高く評価するが、そもそも〈実定法は（さらに道徳も）根本規範の上に成立している〉という主張自体がケルゼンの根拠のない断定にすぎないのだから、その根本規範が定言的でなく仮説にすぎない、仮言的だ、と指摘したところで、実定法の絶対主義的正当化論の批判には成功していない。法体系の基礎にあるのは、むしろ国際法なり憲法なりを承認することである。ケルゼンが純粹法学によって「絶対主義的な正義論を批判」しようとしたという長尾の推測は当たっているだろうが、意図さえ正しければ何でも許されるわけではない。

## 2 あらゆる権限に授権が必要か？

根本規範概念の無用性という上記の点に密接に関係する、ケルゼンのもう一つの想定は、あらゆる規範はその妥当性を高次の規範から得なければならない、規範的な権限は必ず誰かから授権されなければならない、というものである。しかしそう考えなければならない理由はない。ラズが言うように、ケルゼンの根本規範論は「ある者が立法権能をもちうるのはそれが法によって彼に付与された場合のみである、という誤った仮定に立脚している。[しかし] 立法権能とは、たんに法を創造したり廃止したりする能力にすぎない。最初の憲法の創造者は、法によって付与されたのではないが、最初の憲法をつくる立法権能を持つ」(Raz [1980] p.138. 邦訳163ページ。長谷部 [2010] 34-39ページも見よ) のである。

誰かが無から規範を設定したり、規範創設者自身が自分に授権したりすることは、ケルゼンが理由をあげずに信じていたように論理的不可能事だというわけではないし、現実にも日常茶飯事である。たとえば二人の人がチェスを指す場合、彼らはチェスのルールという規範に拘束されているが、それは彼らがチェスのルール自体よりも一段高次の「チェスのルールに従え」という規範に従うからではなくて、彼らが自発的にチェスのルールに従っているからである。法体系の場合も、ラズの例のように、人々が授権されたわけでもないのに新しい憲法的規範を作り出すことは容易に想像できる。いや、そんな革命的な事態を別にしても、人々が従来の法体系や憲法に従っている場合、上記のハートからの引用文で示唆されるように、彼らは歴史に遡る妥当根拠のためにそうしているとは限らない。そんな淵源はどうしてもよくて、現在この法に従うべきプラグマティックな理由があると信じてそうしているのかもしれない。これらの場合、人々は自ら法を受容することによって、日々刻々法の妥当性を再生産し続けているのである。(ハートの「承認のルール」に関する議論は、このことを指摘していると解釈できる。) 人々は「歴史的に最初の憲法」の授権のおかげで、それが許す限りで法的活動を行っているわけではない。人はある規範を受容することによって、いわば自分自身に授権している。「自律」という概念自体、その自己授権の可能性なしには考えられない——上位機関から立法権限を授与された、部分的な「自律」は別として。このことはまた、行為者よりも規範に着目すれば、法の中には「自

己言及的法 Self-referring Laws」(Hart [1983] ch.7) もある、というふうに表示できるだろう。

あまり注目されていないようだが、ケルゼン自身、慣習法の形成について述べた個所では、他の人々や機関から授権されたわけでない人々が規範を創造するという可能性を認めている。彼は言う。

「慣習法は自分たちが創設する法に服する諸個人によって創設され、これに対して、制定法はその目的のために設置された特別の諸機関によって創設される。この点で、慣習法は契約または条約によってつくられる法に類し、法規範が、それが拘束する同じ法服従者たちによって創設されるという事実を特徴とする。」(Kelsen [1945] p.128. 邦訳 217 ページ)

根本規範の議論をあえてここでも適用すると、慣習法の場合、人々は根本規範によって授権されたから慣習という形で法を創設している、ということになるのだろうか？ そのような仮定は不必要だろう。人々は単純に、自生的に発生した規範を受容している（そしてその規範に効力を与えている）だけかもしれない (Ibid., p. 114. 邦訳 199 ページも参照)。

しかしこれまで述べてきたような、〈根本規範など想定しなくても、人々が憲法を受け入れていれば法は存在する。あるいは法を認識できる〉という主張に対して、ケルゼンを擁護する立場からは、その議論は人々の態度という事実から法規範という当為を導き出している、言い替えれば〈である〉から〈べし〉への飛躍をしている、と反論されるかもしれない——ケルゼン自身がどう考えていたかはともかく。だが上記の批判はそのような飛躍を犯してはいない。それは〈法体系を受け入れている人々にとっては法は存在している〉ということを行っているだけであって、人々による憲法を受容という事実と法の規範性とを同一視しているわけではないからである。その主張自体は、法に対する内的な観点からなされているのではない。

ケルゼンは「社会学者または心理学者は、ある人々は義務づけられていると自ら信じ、他の人々は反対のことを信じ、またある人々は二つの意見の間で動揺し

ていることを観察するだろう。社会学者または心理学者は、法および道徳の規範的側面ではなく、もっぱら事実的側面のみを見る。彼は、法および道徳を、妥当する諸規範の体系としてではなく、諸事実の複合体と考える」(Ibid., p. 376. 邦訳547-8 ページ) と言うが、上記の批判はそのような社会学者や心理学者(また法リアリズムの理論家もそうかもしれない)の観点とは違って、人々の心理的状态ではなく、人々が受け入れている規範を問題にしているのである。ポパーの用語法を使って言えば、人々の法意識は心理的な状態としては世界Ⅱに属するが、規範的な信念の内容は世界Ⅲに属し、ケルゼンだけでなく上記の批判者も後者について述べているのである。

なおケルゼンは、「実定法が妥当しているのはそれに従う諸個人によってそれが承認されているときだけだ」という「承認理論 doctrine of recognition」と自説とを区別して、後者と違って前者は「個人は自分が望むことだけをなすべきだ」という「自己決定としての個人的自由の理想を前提している」と主張するが(Kelsen [1967] p. 218 n. 83)、承認理論はそのような政治道徳的な見解を前提する必要はない。その理論は単に、法がある社会で存在していると言えるためには単なる強制だけでは足りず、ある程度以上の承認が必要だと言っているにすぎない。

いずれにせよ、法が妥当している、あるいは存在すると言えるためには、単なる実力による支配だけでなく、人々——特に公務員——による法の受容あるいは承認(たとえそれが部分的で受動的なものであっても)という社会的事実が必要であることは否定しがたいのだが、ケルゼンはそのことを認めたがらない。彼は言う。

「われわれは人々の法の観念が持つかもしれぬ動機づけの力について、精密には、何も言うことができない。客観的には、われわれはただ、人々の行動が法規範に一致し、または一致しないと確認できるだけである。したがってこの研究で法の『実効性』という語に付着する意味合いは、人々の現実の行動が法規範に一致するということだけである」(Kelsen [1945] p. 40. 邦訳93-4 ページ)

ハートが指摘するように、ケルゼンの純粋法学は「妥当性を付与する法が、他の法についてどのように語っているかということに、あまりにも注意を集中しすぎる半面、法の中身ではなく、その承認の様式に係わるような事柄には、まったくといっていいほどに注意を払わない」(Hart [1983] pp. 320-321. 邦訳 361 ページ) のである。

### 3 純粋法学における法の実効性

ケルゼンは法の妥当性のための「承認」の必要性については否定的だし、法理論からできるだけ事実的要素を排除して純粋法学の「純粋」性を強調もしたが、それでも法の妥当性 validity のためには実効性 efficacy; effectiveness が必要だと進んで認めている。実効性は法秩序の十分条件ではないが必要条件である (Kelsen [1945] pp. 118-9 邦訳 205 ページ)。

ただし土井真一が指摘するように、「ケルゼン自身は、実効性の問題について、法の根本秩序と個々の法規範との区別を明確にはしていない」(土井 [1992] 275 ページ注 50)。本稿の最後に述べるような法の統一性を重視しない見方からは個々の法規範の実効性が重視され、その反対にケルゼンのように法の統一性を重視する見方では反対に根本秩序の実効性が重視されそうに思われる。実際『純粋法学』初版 (Kelsen [1934]) 第 30 節 d 「個々の法規範の妥当性と実効性」では、憲法が慣習を法源として指定しているような場合を例外とすると、個々の法規範の妥当性はその属する法体系全体の実効性に従属する——だから新しく発せられた法律はまだ少しも実効的でなくても妥当する——と言われている。

しかしその後ケルゼンは根本規範だけでなく個々の規範についても実効性の意義を重視するようになったようだ。というのは、彼は「規範的法律学が妥当するものとみなす規範は、普通遵守されまたは適用されている諸規範である」(Kelsen [1945] p. 170 邦訳 276 ページ) とか「個々の強制的行為を指令する個々の法規範 (判決や行政命令) は、永久に執行されずそれゆえ実効的でないならば効力を失う」(Kelsen [1967] p. 213) と言うし、規範の衝突について論じた部分で「根本規範は次のように命ずる。『実力の行使は、大体において実効性のある憲法と、その憲法に従って創造された、大体において実効性ある一般的規

範と実効性ある個別的規範とが命ずる条件と仕方で行使されるべし。』実効性は根本規範によって妥当性の条件として定められている」(Ibid., p.208)とも言うから、個別的な規範が妥当するために実効性が必要だとしている。そしてケルゼンは、法体系の前提された擬制である根本規範自体の内容も社会的な事実によって決定されるとも考えている。ただ根本規範の場合も個別的規範の場合も、どの程度まで従われていれば実効性があることになるのかは明確でない。たとえば普段は無視されているがごく稀に適用される法規は妥当しているのだろうか？

だがともかくケルゼンによれば、「根本規範の内容は、それを通じて一つの秩序、この秩序によって規律される人々の行動が大体においてそれに適合するところの秩序が創設され、適用される諸事実によって規定される」(Kelsen [1945] p.120. 邦訳207ページ。Kelsen [1967] pp.212-3も見よ)のである。

また彼は「自然法論と法実証主義の哲学的基礎」でも言う。

「実定法は根本規範から引き出されるのではなく、単にこれを媒介として理解することができるのである。根本規範の内容は根本規範によって最初の法創設要件と性格づけられる特殊な歴史的所与の事実であるが、この内容はまったく実定法として理解されるべき素材いかんによって決まる。つまり、法的作用たろうとする主観的要求を持つが客観的には経験的所与の多数の作用しだいによる。」(Ibid., p.436. 邦訳ケルゼン [2010] 105-6ページ)

根本規範におけるこの「実力の法への転化 the transformation of power to law」(p.437. 邦訳・ケルゼン [2010] 106ページ)を純粋法学のアキレスの踵であるかのようにみなす論者がいる。長尾龍一の論文「根本規範について」が「純粋性を標榜するハンス・ケルゼンの法理論が、その体系の頂点をなす根本規範のところで急に『不純』になり、この一番肝心なところで破綻した、とはほとんど人口に膾炙したケルゼン批判である」(長尾 [1999] 315ページ)と書き出してその批判に答えようとしているほどである。しかし『純粋法学』の初版も第二版も「純粋法学は実定法の理論である」という文章から始まっていることから明らかなように、純粋法学は規範の一般理論でもなければ、すべての可能な法につ

いての理論でもなく、現実の社会の中で実効性を持つ法を規範として取り扱う法理論なのである。純粋法学がいくら純粋だといっても、それは実定法の理論であることをやめるほど社会的事実から隔離されたものであろうとしているわけではない。ケルゼン自身が「純粋法学」の純粋さについてどのように考えていたのか私は確信が持てないが、ともかく法の効力の条件として実効性を考慮するという程度の「不純さ」を含むことが純粋法学にとっての欠点になるとは思わない。もっとも〈法政策学や「文学における法」研究からもわかるように、法学の対象が実定法に限られる必要はない。純粋に想像上の法制度や法律の研究もあってよい〉という見解もありうるが、それは純粋法学の問題関心から離れるだろう。(なお純粋法学における「実効性」の観念の位置については Paulson [1998] pp. 40-41 と Beyleveld and Brownword [1998] pp. 126-132 も検討しているが、私よりも批判的である。)

#### IV 根本規範は法の内容の解明に役立たない

根本規範の別の問題点は、その内容があまりにも空虚なために、法体系の内容を同定する役に立たないということである。ラズの言うように「根本規範の概念は同一性および所属資格の指標に何ら寄与していない」(Raz [1980] p. 114. 邦訳 122 ページ)。ケルゼンは制定法については、根本規範の内容は〈憲法に従え〉というものだとしたから、このことがあまり明確にならないが、慣習法やその一種である国際法については誰の目にも明らかになる。純粋法学は建前上は成文法だけでなく慣習法にもあてはまる理論のはずだが、実際にはケルゼンのヨーロッパ時代にはその内容の多くは制定法を想定していたのに対して、アメリカに移ってからの著作には慣習法への言及が多くなったようである(吉田 [2008] 124 ページ注 (72) と横田 [1976] 248-9, 256-7 ページとを比較せよ。なお慣習法に関するケルゼンの見解に言及した文献として、私は他に Bobbio [1998] pp. 445-6 しか知らない)。

第Ⅱ節の最後に紹介したように、ケルゼンは国際法の根本規範は「諸国家はそれらが慣習的に行動してきたごとくに行動すべきである」で、慣習法の根本規範

は「他の人々が通常行動するような仕方で行動すべきである」だと言ったが、国家や人々の〈通常の行動〉とはずいぶん漠然とした表現である（この点について Rottleuthner [2005] pp.163-4 を参照。「経験的な観点から見れば、ある法秩序全体がおおむね従われているかどうかはほとんど決められないかもしれない」 p.163. 本稿Ⅲ 3 も見よ）。もっともこの問題はほとんどすべての実証主義的な法理論についてもあてはまることだが、ケルゼンは特にそれについて無頓着すぎるように見える。ただしケルゼンによれば、「ある法創造的慣習があるかどうかは、法適用機関によってしか決められないかもしれない」（Kelsen [1967] p.227）そうだから、そのような決定がなされない多くの場合、法の内容は全く不確定だということになるのかもしれない。

さらに一国内に制定法と慣習法とが共存している場合、話はもっとややこしくなる。

「慣習は、立法のように、憲法上の制度でなければならない。このことは憲法によって明示的に規定されるかもしれない。そして、制定法と慣習法との関係が明示的に規律されるかもしれない。しかし、憲法自身、全部または一部、不文の慣習法でありうる。だから、慣習が法-創設事実であるというのも慣習によることがありうる。もし、ある法秩序が慣習を法-創設の一形式と定めない成文憲法をもち、にもかかわらずその法秩序が制定法のほかに慣習法を含むなら、その場合、成文憲法の諸規範に付加して憲法の不文の諸規範——それに従えば法-適用機関を拘束する一般的諸規範は慣習によって創設されうるといふ、慣習的に創設された規範——が存在するに違いない。」（Kelsen [1945] p.126. 邦訳 216 ページ）

結局、制定された成文憲法が法としての効力を持つかどうかも慣習の問題かもしれないのである。成文憲法だからといって、それが常に法としての性質を持つとは限らない。

菅野によると M. P. ゴールディングと F. カウフマンは、根本規範をある規範が法秩序の要素であるか否かの判断基準として理解したということだが、このケ

ルゼン解釈は誤りである（菅野 [1978] 144-8 ページ）。根本規範が法の内容を同定しないということはケルゼンにとっては難点でない。根本規範はあくまで法的思考の前提であって、法の具体的な内容を明らかにするものではないからである。ケルゼンは言う。

「この根本規範の理論によって、純粋法学は法の認識の新しい方法を始めるものではない。それが行うのは、法学者が上記の事実[法的行為]を、因果的に決定された事実として理解するのではなく、その主観的意味を客観的に妥当する規範として解釈するときに、少なくとも無意識のうちに行っていることを意識させることだけである。……根本規範の理論は、実証主義的法学が常に行ってきた手続の分析の結果にすぎない。」(Kelsen [1967] pp. 204-5)

それどころかケルゼンによれば、法の究極的な妥当根拠が仮説的な根本規範ということは、法実証主義だけにあてはまるのではなく、自然法論や神学にもあてはまるとされる（Kelsen [1957] p. 263：邦訳ケルゼン [2010] 226）。

だがこのように理解された、法の内容を何ら教えてくれない、法の妥当性の融通無碍な後づけにすぎない根本規範には関心を持たない法学者が多いだろう。それゆえ、日本の憲法学者の中に、ケルゼンの根本規範の観念を換骨奪胎して、法解釈の中で（実質的な意味での）憲法の価値的な前提・原理を人権思想や民主主義に求め、それを根本規範として再解釈する人がいるのももつともである。この態度をケルゼン理論の誤解として斥けることはケルゼン研究者が陥りやすい誘惑で、長尾龍一はそのような憲法学者の代表である清宮四郎を「ケルゼン・マイナス・批判的知性」（長尾 [2007] 156 ページ）と呼んで非難するが、法解釈学者が持っている、純粋法学とは異なった問題関心も全く正当なものである。

## V 法の統一性

ケルゼンが根本規範にこだわった原因の一つは、それなしには法体系の統一性が考えられないという（誤った）想定があった。しかし上述のように、法段階説

をとるとしても、国内法体系ならば究極的には特定の憲法に遡ると考え、国際法体系ならば国際慣習法に遡ると考えれば、統一性は維持できる。何も根本規範に遡る必要はなかった。私はむしろ純粋法学は根本規範という無益な要素を切り捨てた方がすぐれた法理論になると考える。

だがもっと根本的に、法に関するケルゼンのような体系的理解は果たして正しいだろうか？ 法が階層秩序をなしておらずもっとバラバラな部分からできている——たとえば、ある国の中である領域では慣習法が、ある領域では特定の判例法が、ある領域では制定法が妥当している——としても、それらの間に矛盾や衝突がなければ、その国の法を認識することはできるだろう。実定法がどれだけ階層的秩序をなしているか、それともパッチワーク的な規範の集合にすぎないのかは、その社会ごとに異なる事実の問題であって、どんな社会でもきれいな統一的な体系をなしているとは限らない。長尾龍一は「多元的社会における実定道徳は部分集合ごとに異なり、その実定性の基礎をなす実効性も分裂している」(長尾[2006b] 111 ページ)と言うが、この事情は実定道徳だけでなく実定法についても起こりうる。(なおケルゼンと全く異質の実務志向のドウウォーキンの法理論も、法の「インテグリティ」を強調し法体系を「縫い目のない網 seamless web」として見る全体論において、ケルゼン同様法の一体性を誇張している。またハートも公務員たちが受け入れている承認のルールが一枚岩であるかのように想定しているようだ。)

さらに大部分の社会では、少数の法律家は法体系を全体的に受け入れているかもしれないが、その住民はおおむね順法的であっても、彼らは公務員たちへの授権の規範には全然関心も知識も持っておらず、公務員でさえ大部分は自分たちに直接関係し自分たちに授権し義務を課する法規範しか知らない、ということが実態でありそうである。このような社会では、大部分の人々が法のうちで自分に関する部分に従うのは、それが法秩序(の一部)であるからというよりも、それ以外の道徳的な理由や自己利己的な理由からかもしれない。そして法律家が法体系全体を受け入れる理由も同様かもしれない。そのような人々にあっては、法の効力の根拠は完全に道徳から切り離されていないかもしれない。言いかえれば、法はその出自だけでなくその内容のゆえにも効力を有するかもしれない。ケルゼン

は法と道德のうち片方が他方に「委任する delegating」という形でしか、両者が規範として結びつく可能性を認めなかったが (Kelsen [1945] p. 374. 邦訳 545 ページ)、今述べたような一層密接な仕方では法が道德を取り込むということは決して不可能なことではない。

次に実定法の理論としての純粋法学から離れて、道德の領域における根本規範の意味を考えてみよう。ここでは規範体系の統一性という要請が一層無理のあるものに見える。

ケルゼンは道德的規範 (彼の用語法では「自然法」とも呼ばれる) の領域にも根本規範があると考えていた。ただし法は動的な体系で、そこにおいて上位の規範は授権によって下位の規範を創造するのに対して、道德は静的な体系で、そこにおいては根本規範を含む規範は実体的なもので、下位の規範はその具体的な内容を含意しているという仕方では上位と下位の規範は結びつかない、と考えられている。この相違が、ケルゼンの考える法と道德との相違の一つである (Kelsen [1945] p. 112. 邦訳 195-6 ページ)。しかし私はケルゼンと違って、道德の体系の中でも静的構造だけでなく動的な構造を認めることができると思う。たとえば個人の自律性を認める道德は、約束によって新たな規範を創造する権限を諸個人に認めているだろう。そして法が静的体系としての面をも持つことをケルゼンは認めている。だから結局、法も道德も静的側面と動的側面の両面を持つことは同じである。ケルゼンは法は動的な規範体系だからどんな内容でも持ちうると言ったが、道德についても同じことが言えるだろう。この点でもケルゼンは法と道德をあまりにも対立的にとらえている。

ケルゼンはまた、法体系と同様、道德も、単一の規範なり原理なりから効力が導き出される階層秩序とみなしている。しかしそれとは違った道德もありうる。たとえば相互に還元できない異質な諸価値が併存し、それらの間で何らかの仕方で調整を行うという、多元主義的 (ロールズの用語法なら「直観主義」的) な道德も考えられる。このタイプの道德の極端なヴァージョンになると、それらの価値は根本的に共約不可能 incommensurable であるとさえ言われるかもしれない。そこまでいかなくても、道德が単一の階層的秩序をなすということは、決してあらゆる道德に言えることではない。一部の道德哲学や宗教的道德を別にすると、

多くの人々が従うなり拘束力を感じるなりしている道徳は、多様な帰結主義的考慮や義務論的考慮やどちらにも分類しがたいような考慮が入り混じったものだろう。また一般的原理から具体的ケースへというトップダウン的思考だけでなく、個別具体的な信念によって抽象的原理を評価するというボトムアップ的な思考も存在する。

これらの多元主義的性質は、道徳の領域だけでなく、程度は小さくとも法の領域にも存在する。法実証主義者が法と道徳との異質性を主張するのはもっともだが、だからといってケルゼンがあればほど両者の間の相互関係や類似性を否定するのは、特定の法律観・道徳観だけを絶対視するからである。その法の観念はあまりに秩序づけられているために、法の理解に資するところが少ないと思われる。

## 補論：最近約40年間の日本におけるケルゼン研究

### 1 1970—80年代の「ケルゼン・ルネッサンス」

ハンス・ケルゼンがカリフォルニアのバークリで92年半の生涯を終えたのは1973年4月19日のことだったが、その死の直前から死後十数年に至る1970年代と80年代——あるいはもう少し絞って、昭和最後の十数年間とも言える——は、日本の法学の世界ではケルゼン・ルネッサンスの時代だった。この期間に彼の著作の翻訳・彼に関する著作が踵を接して出版されたからである。翻訳としては、代表作『一般国家学』の改訳（1971年）をはじめ、長尾龍一が中心となった『ケルゼン選集』全10巻（1973-79年）が出版されたほか、戦前に訳された『純粹法学』（初版）も再刊されて容易に読めるようになったし、メタルによる伝記の翻訳も出た。研究文献としては、ケルゼン追悼のために編まれた『ハンス・ケルゼン』、比較的若手の研究者の論文を中心とする『新ケルゼン研究』のような論文集が出版された以外にも、長尾龍一、菅野喜八郎、新正幸、高橋広次、柳沢謙次、土屋恵一郎、手島孝、兼子義人、今井弘道、井上達夫などの研究者が研究論文を発表し、その多くは彼らの書物の中にまとめられた。また彼らのようにケルゼンについて本格的な論文を書くまではしなくても、当時ケルゼンの著作に親しんで、肯定的にせよ批判的にせよ自らの思索の糧にした日本の法学者はさらに

ずっと多いはずである。当時いやしくも日本で法哲学を研究する者にとって、ケルゼンの思想は常識だった。

当時のケルゼン研究の大きな特色は、法解釈学よりも法哲学の観点によるものが多かったことにある。しかもそこでは、ケルゼンの法理論が道徳（「自然法」）的正当化から解放された「イデオロギー批判」であるとしばしば強調された。この傾向は、後で述べるように長尾の著作において最も著しいが、碧海純一や原秀男や大塚滋などもこの点を強調した。私のように1970年代に大学生生活を送り1980年に研究者生活を始めた者にとって、「イデオロギー批判」という言葉は殊のほか懐かしい響きを持っている。当時は法学が「社会科学」でなければならぬという見解を多くの法哲学者（だけでなく法学者一般）が持っていて、ウェーバーやケルゼンを題材にして社会科学方法論を盛んに論じていた。（1968年から83年まで、御茶の水書房から『社会科学の方法』という専門の雑誌まで出ている。）長尾たちはケルゼンの著作を法的イデオロギー批判の見本のように考えて称揚したわけだが、彼らと違って兼子のようにマルクス主義の立場からケルゼンを批判的に研究した人も、〈イデオロギーから自由だと自称するケルゼン自身がブルジョワ・イデオロギーにとらわれている〉と主張したのであって、イデオロギー批判という営為そのものは高く評価していた。

## 2 最近約四半世紀の関心の低下

ところが1980年代の終わりから、日本の法学界でケルゼンに対する関心は著しく低下して、その凋落傾向は今日に至るまで約四半世紀続いているように思われる。そのころからケルゼンに関する研究は少なくなり、ケルゼンについて出版された本も、内容的にはそれ以前の研究をまとめた論文集が多い。それでもまだ憲法や国際法など解釈法学の領域ではケルゼンの理論を検討する論文がいくらか書かれているようだが、私はこの分野の専門家でないのでよく知らない。少なくとも私の専門分野である法哲学の領域では、かつての活況とうってかわって、最近注目を集めるようなケルゼン研究がほとんどなされていない。ただし翻訳では、1991年によく代表作の『法と国家の一般理論』の完訳が出たことと、最近長尾龍一が1970年代に出版された『ケルゼン選集』の内容をさらに増補し

た『ハンス・ケルゼン著作集』全6巻(2008—11年)を刊行したこと、それと別に短い自伝も訳出したことは例外だが、これらの訳書もケルゼンへの関心をなかなか呼び起こせないようである。

法哲学者が最近ケルゼンにあまり関心を持たなくなった原因としては、とりあえず次の三つがあげられよう。(実際、その三つはすべて私自身にあてはまる。)

第一に、ちょうど英語圏の哲学界で1970年代にロールズの『正義論』などがきっかけになってメタ倫理学から規範倫理学に関心が転換したのと同様に、その後の日本の法哲学界も方法論から実質的な正義論に関心を移してきたという事情がある。1970年代には「実践哲学の復権」が語られていたが、それはまだ方法論上の議論にとどまりがちだったのに対して、1980年代半ばからは規範的正義論が盛んに実践されるようになったのである。また規範倫理学や法解釈のような実践的な議論は自然科学のような意味での「科学」ではないかもしれないが、だからといって全く不合理あるいは非理性的なわけでもなくて、ある種の合理性、間主観的な議論の可能性を持ちうるから学問的営為として語りうるという考えが強くなったことも、ケルゼンのような素朴で狭い科学観への信頼を弱めたといえよう。

第二に、自然法論の信奉者はもともとケルゼンをあまり高く買っていなかったが、法実証主義的な傾向がある法哲学者の多くも、ハート(ヤラズ)の法理論に親しむにつれて、彼らのケルゼン批判に説得されたということがあろう(私の前記の「根本規範」批判を参照)。このような人々の目から見ると、ケルゼンの法理論は法についての一つの可能な見方ではあっても、そこからさらに新しい洞察や知見を得られるという学問的な生産性には乏しいように思われるのである。

最後にもっと単純素朴な理由として、法哲学者の読む外国語文献がドイツ語よりも英語の方が圧倒的に多くなったために、主としてドイツ語によって著作活動を行ったケルゼンの原文を進んで読もうという人が少なくなったということがあげられる。

### 3 長尾ケルゼン学の功罪

最後に、1960年代半ば以降半世紀近く日本のケルゼン研究を牽引してきた長

尾龍一の貢献を評価しておきたい。彼はケルゼンについてこの期間に、他の日本の研究者たち全部を集めたくらい旺盛に、翻訳と研究の仕事をしてきた第一人者と言える。それゆえ彼の業績は日本のケルゼン研究の中で特筆すべき地位を占めている。

すでに述べたように、長尾によるケルゼンの紹介と研究はケルゼンの「イデオロギー批判者」としての側面を高く評価するものだったが、それ以外にも長尾はケルゼンの民主主義論や政治思想をホップズとシュミットと比較して検討し、また二つの世界大戦の戦間期を中心に、ケルゼンの伝記的な研究も行っている。これらの研究と翻訳は日本の研究者に大きく寄与してきたが、その一方長尾のケルゼン研究には無視できない問題点もある。

その第一は、長尾のケルゼン理解には一面的な傾向があるということである。長尾は「宮澤俊義先生は、法学説を「理論学説」と「解釈学説」に分類したが、ケルゼンの主要な業績は前者に集中している」（ケルゼン [2009] 365 ページ。長尾による「あとがき」）として、国際法学や憲法学といった法解釈学へのケルゼンの積極的貢献は軽視し、その一方「科学」を自称する立場からの批判的・破壊的側面ばかりを指摘した。そしてその際長尾は法解釈学の学問的価値を過小評価する傾向があった（もっとも長尾 [2006a] では実定法学に対する態度は大分好意的になっている）。だが長尾はケルゼン流の純粹法学をとるといかなる有益な知見が得られるかをほとんど述べないから、ケルゼンに興味を持たない人からは、「〈確かに法にはそういう面もある〉という程度のものにすぎない」（笹倉 [2007] 199 ページ）とあっさり片付けられてしまうのもやむを得ないところがある。笹倉のこの評を、笹倉自身の意図とは離れるかもしれないが、具体的な例をあげて敷衍すれば次のように言えるだろう。——ケルゼンは、国家とは法秩序のことで法と国家は同一だと主張するが、確かにそのように「国（家）」を理解することができるとしても、別の仕方で、生身の国民の集合とか、特定の歴史と文化と土地からなる存在とかいったふうに理解することもできる。そしてたとえば多くの日本人が愛着や忠誠心や憎悪や帰属感を感じてきた日本とは、日本国憲法や大日本帝国憲法を頂点とする法秩序のことではなくて、日本の社会や文化のことなのである。法解釈においてさえも、国を法秩序にとどまらない側面も含む

存在としてとらえることは可能である、というよりもむしろ必要だろう——。

また長尾はさまざまな論文で日本の学者によるケルゼンの「誤解」を厳しく指摘してケルゼンを擁護してきたが、ハートやラズなど英語圏の分析法学についてあまり知識と関心を持っていないので（ケルゼン自身はジョン・オースティンの法命令説に多大の関心を払ったのだが）、この分野でのケルゼン批判に対して回答しなかった。このことはケルゼン法学の現代日本での受容にとって決して助けにならなかった。

第三に、長尾はケルゼンの未訳の著作を数多く訳してきたが、どういうわけか法哲学にとって一番重要な著作を訳さなかった。『純粹法学（初版）』や『一般国家学』は長尾の活躍前から翻訳が出ていたが、彼は多くの法学者がケルゼンの主要著書とみなしている『純粹法学（第二版）』（解釈に関する短い最終章を除く）も『法と国家の一般理論』も『規範の一般理論』も訳さないし（第二のものは1991年になって菅野喜八郎が訳出した）、自分がケルゼンの最高の著作と評価する（鶴飼＝長尾 [1974] 225 ページ）『国法学の主要問題』も、序文しか訳出していない。その結果、長尾が編集した『ハンス・ケルゼン著作集』は、浩瀚であるにもかかわらず代表作を除外した残念な内容になっている。この著作集だけでケルゼンに接した読者は、彼がなぜ「20世紀最大の法哲学者」などと称賛されるのか、いぶかしく感ずるだろう。私としては、長尾が早くから訳した『ダンテの国家論』や『プラトニック・ラヴ』などよりも『純粹法学（第二版）』（私は実は英訳でしか読んでいないが）の方がはるかに翻訳に値すると思う。上記の主著がいずれも大著すぎるというなら、重要な部分の部分訳でもよかった。

最後に、長尾の最近のケルゼン研究が哲学的・理論的というよりも伝記的な側面に傾いていることも、新しい研究者がケルゼンに関心を持たない一因になっているだろう。

しかしこれらの点を長尾のケルゼン研究の難点としてあげるのは望蜀というものかもしれない。学者として、誰しも自分に関心があるテーマを研究したいのは当然であって、より一般的な関心を引くテーマを研究しないからといって非難されるいわれはない。長尾による翻訳の選択がいくら偏っていても、全然訳さないよりはずっと学界に貢献している。そして長尾はケルゼンの業績のうち自分が関

心を持たないものを軽視したとはいえ、他人がそれを研究することを積極的に妨げたわけではない。何より長尾は法学者としては例外的に明快で読みやすい文章によって、多くの読者にケルゼンを知らしめることに成功してきた。結局長尾のケルゼン研究は功と罪の両方あるものの、罪よりも功の方がずっと大きいというのが私の評価である。

\* 本稿は2011年5月24-25日に北京の人民大学法学院で開催された、ハンス・ケルゼン生誕130周年記念シンポジウムで私が行った英文報告“Is the Concept of Basic Norm Helpful?”の増補日本語版である。

[追記]

① 脱稿後吉良貴之氏から、雑誌『正論』の2008年末から2009年の初めにかけて、ケルゼンの法理論をめぐって小林よしのりや東谷暁らの間で論争が行われていたことを教えられた。それを読んでみると根本規範の性質をはじめ相対的には東谷の方がケルゼン理論を正確に理解しているようだが、彼らの論争の元来のテーマだったはずの東京裁判のパール判事の意見の評価とはほとんど関係がないようである。

② 脱稿後Uta Bindreiterの『なぜ根本規範か?』(Bindreiter [2002])を入手した。これは題名からもわかるように根本規範に関するモノグラフで、『純粹法学(第二版)』以後のケルゼンの1960年代の論文を重視しているところに特色がある。しかしこの本は〈根本規範の名当て人は誰か?〉、〈根本規範を「前提する presuppose; voraussetzen」とは一体いかなることか?〉、〈規範的な「べし」とは何か?〉、〈法命題 Rechtsatz の様相は何か?〉といった問題を論じていても、本稿で論じたテーマにほとんど触れていないので、私は本文を書き直す必要を感じなかった。また本書はケルゼンの法理論における「実効性」の要素を過小評価しているようにも感じた。

**参考文献** (本文中引用しなかったものも含む)

新正幸 [1992] 『純粹法学と憲法理論』日本評論社

新正幸 [2009] 『ケルゼンの権利論・基本権論』慈学社

- 鶴飼信成・長尾龍一(編) [1974] 『ハンス・ケルゼン』 東京大学出版会  
兼子義人 [1993] 『純粹法学とイデオロギー・政治』 法律文化社  
菅野喜八郎 [1978] 『国権の基本問題』 木鐸社  
菅野喜八郎 [1988] 『続・国権の限界問題』 木鐸社  
ケルゼン [2009] 『ハンス・ケルゼン著作集Ⅳ 法学論』 慈学社  
ケルゼン [2010] 『ハンス・ケルゼン著作集Ⅲ 自然法論と法実証主義』 慈学社  
佐伯守 [2005] 『ケルゼン法学とポスト・モダン』 萌書房  
笹倉秀夫 [2007] 『法思想史講義・下』 東京大学出版会  
関口光春 [2001] 『ケルゼンとヴェーバー』 新泉社  
高橋広次 [1979] 『ケルゼン法学の方法と構造』 九州大学出版会  
土屋恵一郎 [1985] 『社会のレトリック』 新曜社  
手島孝 [1981] 『ケルゼニズム考』 木鐸社  
土井真一 [1992] 「H. Kelsen の根本規範論に関する覚書」 『法学論叢』 132巻1-3号  
長尾龍一 [1999] [2005] 『ケルゼン研究Ⅰ・Ⅱ』 信山社  
長尾龍一(編) [1981] 『新ケルゼン研究』 木鐸社  
長尾龍一 [2006a] 「ケルゼンの「実定法学」」 『日本法学』 71巻3号  
長尾龍一 [2006b] 「ケルゼンにおける法と道徳」 『日本法学』 72巻1号  
長尾龍一(編・訳) [2007] 『ハンス・ケルゼン自伝』 慈学社  
長谷部恭男 [2010] 『憲法の imagination』 羽鳥書店  
柳沢謙次 [1980] 『法哲学研究 ケルゼン法学の科学性をめぐる問題』 御茶の水書房  
山崎友也 [1998] [1999] 「憲法の最高法規性(1) (2・完)」 『北大法学論集』 49巻4号、  
50巻3号  
横田喜三郎 [1976] [1977] 『純粹法学論集Ⅰ・Ⅱ』 有斐閣  
吉田脩 [2008] 「ハンス・ケルゼンの根本規範考」 『筑波法政』 44号  
Bernstorff, Jochen von [2010] *The Public International Law Theory of Hans Kelsen*, Cambridge University Press.  
Beylveeld, Deryck and Brownsword, Roger [1998] “Methodological Syncretism in Kelsen’s Pure Theory of Law”, in Paulson and Paulson [1998].  
Bindreiter, Uta [2001] “Presupposing the Basic Norm”, *Ration Juris*, Vol. 14, No. 2.  
Bindreiter, Uta [2002] *Why Grundnorm? A Treatise on the Implications of Kelsen’s Doctrine*, Kluwer Law International.  
Bobbio, Norberto [1998] “Kelsen and Legal Power”, in Paulson and Paulson [1998].  
Hart, H. L. A. [1983] *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University

- Press. [邦訳：矢崎光圀ほか訳『法学・哲学論集』みすず書房、1990年]
- Hart, H. L. A. [1994] *The Concept of Law*, 2<sup>nd</sup> ed., Harvard University Press. [原書初版の邦訳：矢崎光圀ほか訳『法の内容』みすず書房]
- Hayek, F. A. [1976] *The Mirage of Social Justice*, Routledge. [邦訳：篠塚慎吾訳『ハイエク全集9 社会正義の幻想』春秋社、1987年]
- Kelsen, Hans [1925] *Allgemeine Staatslehre*, Berlin. [邦訳：清宮四郎『一般国家学』岩波書店、1971年]
- Kelsen, Hans [1928] *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, 2 aufl. [邦訳：法思想21研究会『社会学的国家概念と法学的国家概念』晃洋書房、2001年]
- Kelsen, Hans [1934] *Reine Rechtslehre*, Leipzig and Vienna: Franz Deuticke. [邦訳：横田喜三郎訳『純粹法学』岩波書店、1935年]
- Kelsen, Hans [1945] *General Theory of Law and State*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press. [邦訳：尾吹善人訳『法と国家の一般理論』木鐸社、1991年]
- Kelsen, Hans [1957] *What is Justice?* Berkeley and Los Angeles: University of California Press.
- Kelsen, Hans [1967] *Pure Theory of Law*, trans. Max Knight, Berkeley and Los Angeles: University of California Press.
- Metall, R. A. [1969] *Hans Kelsen: Leben und Werk*. [邦訳：井口大介＝原秀男訳『ハンス・ケルゼン——生涯と業績——』成文堂、1971年]
- Paulson, Stanley L. [1998] “Hans Kelsen’s Earliest Legal Theory: Critical Constructivism”, in Paulson and Paulson [1998].
- Paulson, Stanley L. and Paulson, Bonnie Litschewski (eds.) [1998] *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford University Press.
- Raz, Joseph [1980] *The Concept of a Legal System*, Second edition, Oxford: Oxford University Press. [邦訳：松尾弘訳『法体系の概念』慶應義塾大学出版会、解説追補版、2011年]
- Rottleuthner, Hubert [2005] *Foundations of Law*, Dordrecht, Springer.