

北京で開かれたハンス・ケルゼン 生誕 130 周年記念国際シンポジウム

森 村 進^{*}

2011年5月25—26日に、北京の人民大学法学院で「ハンス・ケルゼン生誕130周年記念——ハンス・ケルゼンと現代東アジア法文化に関する国際シンポジウム International Symposium on Hans Kelsen and Contemporary East-Asia Legal Civilization」が開かれて、私はそこに招待されて報告を行ったので、以下このシンポジウムについて記録しておきたい。

このシンポジウムは題名から明らかなように、20世紀最大の法哲学者とさえ呼ばれることがあるオーストリア出身の法学者ハンス・ケルゼン（1881—1973）の生誕130周年を記念して行われた国際会議だが、中国とオーストリアとの国交40周年を記念する意味もあった。主催者としては、人民大学法学院と中国のオーストリア大使館とキール大学（ドイツ）法学部とウィーン大学法学部とハンス・ケルゼン研究所（ウィーン）の五つが名を連ねていた。

私が最初招待を受けた時には会議の公用語は中国語と英語だと聞いていたのだが、実際に行ってみると中国語とドイツ語の間の通訳しかなく（通訳者は有能だったようだ）、日本と韓国からの出席者を別にすると、出席者たちの挨拶と報告はすべてこの二ヶ国語で行われた。また出席者に配布された報告論文集かその場のコピーで読めた論文も、中国語の翻訳つきのドイツ語あるいは中国語だけで書かれているものが多かった。その結果、私が理解できたのはドイツ語と英語の論文だけで、中国語の報告はテーマくらいしかわからず、さらに討論（時間は短かったが）に至っては全く理解できなかった。その点で私の以下の記述には欠けている点が多いことをお断りしておく。

『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

報告の前に5人の人物からそれぞれ短い祝辞があった。幸いこれについては日本語を話す中国の学生が説明してくれた。

最初に人民大学評議会議長の程天権 Cheng Tian-quan 教授は、歓迎のあいさつをしてからケルゼン学説を紹介した。次にオーストリア大使館公使・副大使のクリスチャン・シュタイナー Christian Steiner 博士は、オーストリアと中国の外交・文化的関係について述べた。ウィーン大学法学部院長であるハインツ・マイヤー Heinz Meyer 教授は、ケルゼンの法学の特徴を語った。吉林省高等裁判所院長である張文顕 Zhang Wen-xian 教授は、自分はケルゼンの理論の中でも純粋法学より正義を重視する正義論の方に関心があると言った。最後に人民大学法科大学院長である韓大元 Han Da-yuan 教授は、主催者として多くの参加者への感謝を述べた。

全部で23に及んだ報告については、まず報告者と題名を列記しておこう。順序はプログラムに書かれたものとは少し異なる、実際に報告が行われた順である。プログラムでは題名は中国語版も併記されていたが、私にはわからないものが多いからから、ドイツ語か英語の題名だけをあげる。

- トマス・オレコウスキー Thomas Olechowski (ウィーン大学准教授) 「ハンス・ケルゼン：生涯と仕事」 “Hans Kelsen: Leben und Werke”
- ロベルト・アレクシー Robert Alexy (ドイツ・キール大学教授) 「ハンス・ケルゼンの当為の概念」 “Hans Kelsens Begriff des Sollens”
- スタンレイ・ポールソン Stanley L. Paulson (アメリカ・ワシントン大学教授) 「純粋法学の終焉？」 “Das Ende der Reinen Rechtslehre?”
- クレメント・ヤブロナー Clement Jabloner (オーストリア行政裁判所長官) 「ケルゼンの法概念」 “Kelsens Rechtsbegriff”

以上4つの報告は基調講演で、すべて中訳つきドイツ語論文が用意され、ドイツ語で発表がされた。時間はそれぞれ40分が割り当てられた。これに対して以下の報告にはそれぞれ20分が割り当てられた。

- ハインツ・マイヤー Heinz Meyer (前出) 「解釈理論についてのいくつかの問

題] “Einige aktuelle Fragen zur Interpretationstheorie”

(中訳つきドイツ語論文と発表)

- カール・シュテガー Karl Stöger (オーストリア・グラーツ大学教授) 「純粋法学の一部としての段階説」 “Der Stufenbaulehre als Teil der Reinen Rechtslehre”

(中訳つきドイツ語論文と発表)

- 王暉 Wang Hui (キール大学研究員) 「ハンス・ケルゼンの帰責理論」 “Zur Theorie der Zurechnung bei Hans Kelsen”

(独訳つき中国語論文と発表)

- 雷磊 Lei Lei (政法大学法学院講師) 「論理的推論か、意志行為か？」 “Logical Inference or Act of Will?”

(英訳つき中国語論文と発表)

- 顔厥安 Yen Chueh-an (台湾大学法学系教授) 「ケルゼンの民主主義論」 “Theorie der Democratie von Kelsen”

(中国語論文と発表)

- 朴峻奭 Park Joon Seok (韓国全北大学法学院教授) 「ケルゼンと規範性と権威」 “Kelsen, Normativity, Authority”

(英語論文と発表)

- 除愛国 Xu Ai-guo (北京大学法学院教授) 「ハンス・ケルゼンの正義の相対主義」 “Zum Relativismus der Gerechtigkeit von Hans Kelsen”

(英文アブストラクトつき中国語論文と発表)

- 周林剛 Zhou Li-gang (中国法制出版社編集) 「純粋法学と民主主義」 “Reine Rechtslehre und Democratie”

(中国語論文と発表)

- 王旭 Wang Xu (人民大学法学院講師) 「憲法と根本規範と政治的価値——憲法理論における根本規範についての試論」 “Verfassung, Grundnorm und politischer Wert. Eine Versuchsstudie zur Grundnorm in der Verfassungstheorie”

(中国語論文と発表)

これまでが5月25日で、以下の報告は翌26日に行われた。

- 於興中 Yu Xing-zhong (香港中文大学法律系教授)「ケルゼン法理論における経験主義」“Empirismus in der Rechtstheorie Kelsens”
(中国語の口頭発表)
- 今井弘道 (北海道大学名誉教授・浙江大学光華法学院招聘教授)「ハンス・ケルゼンとオイゲン・エールリヒ」“Hans Kelsen und Eugen Ehrlich”
(日本語の口頭発表。今井教授によると、日本語の発表で構わないという招待だったそうだが、実際にはその場になって臨時の中国語通訳だけがつけられた)
- マルコ・ハーゼ Marco Haase (北京の中欧法学院副院長)「憲法の違憲性——ケルゼンの方法の批判」“Die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes—Eine Kritik an Kelsens Methode”
(ドイツ語の口頭発表)
- 張書友 Zhang Shu-you (西北政法大学副教授)「静態と動態の間——ハンス・ケルゼンにおける法構造」“Zwischen Statik und Dynamik: Rechtliche Struktur bei Hans Kelsen”
(英文アブストラクトつき中国語論文と発表)
- 李忠夏 Li Zhong-xia (山東大学法学院副教授)「ワイマール期国家学の方法論争におけるケルゼン」“Kelsen im Methodenstreit der Weimarer Staatsrechtslehre”
(中国語論文と発表)
- 張龔 Zhang Yan (人民大学法学院講師)「憲法制定における根本規範の基礎づけの可能性」“Begrundbarkeit der Grundnorm in der Verfassungsgebung”
(独訳つき中国語論文と発表)
- 朴恩正 Park Un Jong (ソウル大学教授)「韓国法哲学へのケルゼンの影響」“The Influence of Kelsen on Korean Legal Philosophy”
(英語論文と発表)
- 馮王軍 Feng Yu-jun (人民大学法学院教授)「中国におけるハンス・ケルゼンとオイゲン・エールリヒ」“Hans Kelsen und Eugen Ehrlich in China”
(中国語の口頭報告)

- 森村進 (一橋大学) 「根本規範の概念は有用か？」 “Is the Concept of Basic Norm Helpful?”
(英語論文と発表)
- 鄭永流 Zheng Yong-liu (中国政法大学教授) 「中国におけるケルゼン」 “Kelsen in China”
(中国語の口頭報告)

以下、私が理解できた報告だけを紹介する。

オレコウスキー 「ケルゼン：生涯と仕事」

オレコウスキーはウィーン大学だけでなく、ウィーンのケルゼン研究所にも所属しているケルゼンの専門家で、現在ケルゼンの伝記を執筆中だそうである。この報告は会議全体の導入という位置からだろう、OP を使いながら彼の生涯と思想を簡潔に概観した。特に目新しい指摘があったわけではなく、私が日本語文献からすでに得ていた知識につけ加わるものは少なかったが、ケルゼンが 1945 年にカリフォルニアのバークレイに移ってからの晩年の生活については日本での紹介がほとんどないので、初めて聞いたことが多かった。報告によると、彼が 7 年間教授を勤めて 1952 年にカリフォルニア大学政治学科を退職した後この大学から得られる年金はわずかだったので、1953 年になってオーストリアとドイツから過去の活動に対する年金が得られるまで、ケルゼンの財政生活は不安定だったという。

アレクシー 「ハンス・ケルゼンの当為の概念」

アレクシーはケルゼンの純粋法学における当為 (Sollen; ought) の概念を、帰責 (imputation) とか授権 (empowerment) とか義務・責務 (obligation) といった、他の基本的な概念との関係で説明する。その中でアレクシーが問題視するのは、ケルゼンが許容 (positive permission) ・義務・授権という 3 つの規範的様相をすべて授権の概念に還元しようとしたことである。ただし許容は義務の不存在として説明できるから還元可能だが、義務が授権に還元できるとは思われな

い。ケルゼン自身が『純粹法学』初版で、〈ある行為がなされたことを要件として強制が加えられるべし〉という「第一次的規範」として法規範を記述している(第14節b)のを読むと、彼は義務を独立の様相として認めているようにも見えるが、アレクシーによると、ケルゼンの十分に発展した見解では義務も授權に還元されている。なぜなら、ある人Cがある義務を負っているということは、Cのある行動に対して制裁を科する権能を別の法機関Aが持っている(授權されている)、ということに他ならないからである。

しかしケルゼンのこの見解に対して、アレクシーは「連鎖の議論」・「不法性からの議論」・「積みすぎからの議論」という3つの反論を提起して、義務と授權とは相互に異質な様相であって前者を後者に還元するには無理があると主張する。「連鎖の議論」とは、〈制裁を科するための条件が満たされた場合に、もしAが制裁を科することも科さないこともできるならば、その時Cに義務があるとは言えない〉という反論である。Aが単に制裁を科する授權を受けただけならば、制裁への条件が満たされても制裁を科さないことはできるだろう。また「不法性からの議論」は、〈ある義務違反に対して制裁を科す権能のある法機関が制裁を科さず、そのことについて一段上位の法機関が制裁を科さず、またそのことについてさらに上位の法機関が制裁を科さない……というふうに何の制裁も科されない場合、ケルゼンの説ではその状態には何の不法なところもないということになるが、それは奇妙だ〉というものである。(これは「連鎖の議論」の別の表現だとも解釈できよう。)そして「積みすぎからの議論」は〈ケルゼンは法における授權の根本性を法と道徳の区別の論拠として持ち出すが、そんな議論を持ち出さなくても法と道徳は区別できる〉というものである。

私はアレクシーの以上の反論に賛成する。しかし私はそもそも〈ケルゼンはあらゆる義務を法規範への制裁の授權に還元できると考えていた〉というケルゼン解釈の可能性を考えたこともなかった。その原因は二つある。第一に、私は昔からホーフエルトによる「基本的な法概念」の図式やハートによる「義務を課するルール」と「権能を与えるルール」の区別に親しんでいたから、義務・請求権と負担・権能という法的関係の2つのペアは相互に異質で還元できないと信じ切っていた。そして第二に、私はケルゼンが権利(主観的法)は義務に還元されるか

ら義務こそが個別的法規範にはかならないと主張している（『純粹法学』初版第 24 節）ことに強い印象を受けたため、ケルゼンにとって義務は一番基本的な法的概念だと思っていた。私の理解では、純粹法学の体系の中で、静態において義務が中心的な役割を果たし、法段階説に代表される動態において権能（の授権）が中心的な役割を果たすわけである。（しかし『純粹法学』第 2 版第 29 節「主観的意味における法：権利の授権」の b「法的権能としての『権利』」のところを読むと、そこでケルゼンは義務の対応物という地位に還元できない、権能としての、独自の技術的な意味での「権利」概念があるということ、法の静態学の中ですでに認めている。ただし彼はこのような権利の存在は法の必然的な機能ではなく可能なテクニック——資本主義的テクニック——にすぎないと主張するが。）

そのため最初私はアレクシーのケルゼン解釈は強引ではないかという気がしたのだが、よく考えてみるとアレクシーの解釈にももっともなところがある。なぜならケルゼンは法規範の受け手を基本的に一般市民ではなく公機関として見ており、そして法規範を必ず〈構成要件とそれに対する効果としての制裁〉という図式で理解しているため、法規範を制裁の授権として見るができるからである。しかしたとえ法規範をそのように制裁と結びつけて理解するとしても、法規範が授権に尽きると考える必要はない。法規範は授権に加えて義務づけの要素も含みうると考えることはできるし、実際その方がよほど素直な見方だろう。法規範は制裁を授権するだけでなく義務づけることもできるのである。

なお後になって気付いたことだが、ケルゼンの純粹法学における権能の役割を検討したすぐれた論文として、アレクシーは言及していないが、私の論文の参考文献にあげた Norberto Bobbio “Kelsen and Legal Power” があった。

ポールソン「純粹法学の終焉？」

1960 年以降の晩年のケルゼンは、それまでの新カント主義的な法理論から経験主義へと大きく見解を変えたと言われる。たとえばそれまでは同一の規範体系内に矛盾した命題が存在することはありえず、法体系は論理的に閉じていて論理学が適用できると主張していたのに、晩年になると法についての「意思理論」をとって、規範というものは意思作用の内容なのだから矛盾した命題も共存可能で、

論理学を法に適用することはできないと考えるようになった。この変化は純粋法学の基本的な終焉をも伴うと思われる。たとえば1962年ザルツブルクでのシンポジウムで、ケルゼンは根本規範の観念の放棄を述べている。

ポールソンの報告は、ケルゼンのこの改説が1959年から1965年まで続いたケルゼンとウルリヒ・クルーク (Ulrich Klug) との文通の中で (特に決定的なのは1960年7月4日のケルゼンの書簡) 生じたと主張するものである。ポールソンはケルゼンの法理論を、1906年から1920年ころまでの「批判的構成主義」(その時期の代表作は1911年刊行の『国法学の基本問題』) と、1920年ころから1960年までの「古典的あるいは新カント的時期」と、それ以降の「後期学説」の三段階に分ける。しかしポールソンによると、後期学説への変化は決して1960年に突然起きたわけではない。またしばしば推測されているようにこの変化はケルゼンのアメリカ居住の結果というわけでもない。1941年に刊行されたがそれ以前のジュネーヴ時代に大部分執筆された民族学=社会学的研究である『応報と因果』の中に、古典期の特徴をなす先験論哲学と後期学説の特徴をなす経験主義との間の緊張関係がすでに見られる。ケルゼンはこの本の中で因果律についてカント的な見解よりもヒュームの懐疑主義的見解に賛成しているからである。ただしケルゼンはそれでも当時は法理論においては先験論的議論をしていた。それが20年後の1960年になって新カント主義の発想を捨てるようになったのは、今度はヒュームの影響ではなくてクルークとの議論の結果だった。さらに遡れば、初期のケルゼンに影響を与えたエルンスト・マッハの実証主義の中に前記の緊張関係の源泉があったとも言えよう。——ポールソンはこう主張する。

ケルゼン-クルーク往復書簡はすでに1981年にウィーンで出版されているが、私は不敏にしてその存在も知らなかったので、ポールソン報告は新鮮だった。実際、ここで紹介されたケルゼンの晩年の学説について日本の学界ではほとんど研究がなされておらず、その特色を示す著作も訳されていない。この事態の原因はいくつか推測できる。ケルゼンの日本の読者の中には、単純にその転換のことを知らない人もいただろう。また単なる知識としては知っていても、そこまで研究の手を広げる気にならない人も多いただろう (私はそうである)。そして晩年の改説についてある程度知識を持つ研究者も、それをむしろ否定的に評価して、ケル

ゼンの法理論の真価はそれまでの純粋法学にあると考えているのだろう。

ヤブローナー「ケルゼンの法概念」

ヤブローナーはこの報告の最初でケルゼンの法理論の一般的特徴を述べたあと、ケルゼンが法を規範秩序 Normenordnung および強制秩序 Zwangsordnung として把握したことを指摘して、この二つの法概念の特色を述べる。だがその内容はケルゼン解釈としてあまり論争の余地がないと思われる。もっと興味深いのは、著者自身による評価や批判である。たとえばヤブローナーは、具体的な人物の意思行為を重視する後期ケルゼンの法の「命令説」は観察できない内心に焦点を合わせているので適当でないとする。またヤブローナーによれば、命令説は慣習法の説明もうまくできないように思われる。ケルゼンに残された選択肢は二つ、①命令説を一貫して、慣習法の形成は一見人々の自発的な慣習によるもののように見えるが、実際には彼らはある権力者の意思に従っているにすぎないので「慣習法」というカテゴリー自体が欺瞞であるか、さもなければ②その議論は現代の明示的な法形成だけを取り扱っていることである。(しかし私はケルゼンの法理論が慣習法をうまく説明できないのは後期理論だけに言えることではなくて中期の純粋法学にもあてはまることではないかと思う。)

ヤブローナーは最後にケルゼンの法理論はいかにして発展されるべきかを考える。純粋法学の法学への貢献は、実定法の理論として個々の法体系の相対性を認識させながら法秩序の記述に役立つところにあるという。

マイヤー「解釈理論についてのいくつかの問題」

マイヤーはケルゼンとアドルフ・メルクル (Adolf Merkl) が発展させた純粋法学が法解釈についてどのような主張を行うかを検討する。——彼らによれば、法解釈は本来法の内容の認識だが、今日「法解釈」と呼ばれているものはそれだけにとどまらず、法の適用も含んでいる。しかし法の適用は認識ではなく意志行為であり、法の創造の一種である。法の適用とは、法律の科する枠 (Rahmen) の中からある選択肢を選ぶことである。

ケルゼンはどんな場合にも法解釈に一つの正解があるなどとは考えなかったが、

その一方、一つの正解しかないことはありえないとも考えなかった。場合によっては正解が一つしかないこともある。いわゆる「解釈方法」の中でどれを選ぶかは、解釈の対象によって異なる。我々の実定法の解釈にあたって限界を画するのは規範のテキストであって、そこに現われていない立法者の主観的な意志は考慮すべきでない。ただケルゼンもメルクルもこれ以上純粋法学の解釈理論を発展させなかったことは残念だ――。

以上がマイヤーの報告の内容だが、私にはこれだけならば『純粋法学』初版第6章「解釈」の内容の紹介からあまり出ていないような気がした。

私はケルゼンのそこでの議論について一つ重大な疑問を持つ。それはケルゼンが可能な解釈を画する「枠」がはっきりと存在するかのように語っていることである。そして彼は枠の中に収まる決定は「すべて同等の価値を有する」（前掲書第36節）と言う。しかし実際には、法文の文言の解釈だけに絞っても、可能な解釈と不可能な解釈を分かちそれほど明確な枠などは存在せず、実際に存在する相対的に自然な解釈から相対的に不自然な解釈を経て無理な解釈までの評価は、可能か不可能かの二分ではなく程度の問題だと考える方が現実的に即している。たとえば頭に毛が一本もない人は禿であると言えても、髪の毛がどれだけ少なければ禿になるかを定める明確な境界線は存在せず、髪が一万本ある人よりは五千本しかない人の方が禿であると言いやすいとどまるようなものではないだろうか。

ただ複数の法解釈の内での評価をするとしたら、それはいかなる基準に基づくべきだろうか？ 日常的意味での法解釈学だったら、評価基準に道徳的・政治的考慮を取り入れることに問題はないが、ケルゼンの意味での、意志作用から離れた純粋な認識作用としての法解釈では、そのような考慮は取り入れられないだろう。そうすると残る基準は、純粋に論理的な可能性と社会的に承認されている言葉の意味だけだということになるのだろうか？

私はこの報告の後でマイヤーに以上の疑問を質したつもりだったが、残念ながら私の趣旨はうまく伝わらなかったらしく、彼は解釈の枠の存在を疑わないようだった。ただしその際彼は〈純粋法学の立場から法解釈について書かれた一番詳しい著作はケルゼンよりもメルクルの論文だから、それを読むといい〉と助言してくれた。

シュテガー「純粋法学の一部としての法段階説」

純粋法学の構成要素としての法段階説には2つの特徴がある。第一は、純粋法学を他の点では採用しない人々もこの説の有用性は認めているということである。第二は、その創始者はケルゼン自身ではなく、その弟子で本国オーストリア以外ではほとんど知られていないアドルフ・メルクルだということである。

法段階説は、法は生成発展を続ける動的システムであるという認識から出ている。この説は決して理念的法秩序の構造についての抽象的な理論ではなく、具体的な法秩序に適用されるべきものである。それは国内法の記述にも国際法の記述にも適用できるが、だからといってさまざまな段階の法の関係が単純なものであるわけではない。一つの法秩序内部の法規相互の関係には二種類のものがあり、それは創造 (Erzeugung) と変更力 (die derogatorische Kraft) である。後者よりも前者の方がはるかに注目を集めてきたが、最近メルクルの弟子である Robert Walter は後者について研究を進めた。

まず〈別の法規の創造についての規則を含む法規は、前者の法規よりも上位にある〉という創造関係については、次の点が重要である。①法体系は下の法規になればなるほど具体的なものになる。たとえば憲法が法律を作り出し、法律が行政的決定を生み出すとき、後者は前者によって新しい法を創造している。②同一の法形式から生じた二つの法規は必ずしも同じ段階にあるとは限らない。③近代国家では国家法の最上位にあるのは憲法である。④メルクルが指摘したことだが、法創造に関する法規によると欠陥のある手続によって作られた法規がどのような効力を持つかは、その上位の法規が決めることである。それによると欠陥のある手続で作られた法規も暫定的な効力を持つかもしれない。

次に法規相互間の変更力の関係について。伝統的に、上位の法規は下位の法規を廃する力を持つと考えられがちだったが、たいていの近代の法秩序においてはそうでなくて、上位の法規に反する法規も無効化されない限り効力を持つことがある。変更力について明示的な法規があれば問題ないが、それがいない場合に、どの法規がその力を持つかは難問である。変更力については次の点が重要である。①変更力関係については多様な解決方法がありうる。たとえば、上位の法規に反する法規も有効ではあるが公務員はそれを適用してはならないと定めるとか、そ

れを適用するよう公務員に義務づける一方でその法規を廃止するためのメカニズムを定めるとかいった方法もありうる。②一見同一の法形式でも、変更力に関して違った法的取扱いを受けることがありうる。③創造関係におけると同様、ここでも憲法が最上位にあるから、その変更は特に面倒な手続による。

法段階説一般からは、次のような実践的に重要な洞察が導かれる。①メルクルが強調したことだが、立法・行政・司法という古典的三権分立は相対化される。その一方では最上位の法規としての憲法の拘束力が強調される。②憲法の中心的な地位を保持するためには、包括的な憲法裁判所の制度が捷徑である。ケルゼンはまさにオーストリアにその制度をもたらすことに成功した。③法の適用と法創造との一見したところの区別は失われる。④別々の法規を含む法体系の一体性が強調され、それらの間の階層関係が明確になる。⑤国内法と国際法との関係が明確になる。

最後にこれらの例からわかることは、法段階説は純粋法学を超えた普遍的な性質を持っているということである。もっとも今日の法秩序は大変複雑で多層化しているから、法を段階づけることはしばしば難しいが、このことは法段階説の意義を失わせるものではない――。

シュテガー報告の内容は以上のようなものだった。法段階説はしばしば具体的法創造という授権関係だけが注目されがちだが、その関係と無効化や変更の関係とは異なるという指摘は重要である。法解釈においてはしばしば前者よりも後者の関係の方が重要な問題になるからである。たとえば国際条約に反する国内法、違憲の（とも考えられる）法律、法的手続に欠陥のある行政処分などがそうである。法段階説は純粋法学の中でも最も有意義な要素だから、もっと多くの研究がなされてよい。

王暉「ハンス・ケルゼンの帰責理論」

この報告は帰責（「帰属」とも。Zurechnung）に関するケルゼンの議論を、主として彼の『国法学の主要問題』と『純粋法学』第2版に基づいて解説するもので、ケルゼンの法理論の時代区分、中心的帰責と周辺の帰責の区別、帰責点としての人格、帰責と因果律とのアナロジー、法規範（Rechtsnorm）と法命題

(Rechtssatz) との区別といった、ケルゼン研究でおなじみのテーマが取り上げられていた。しかしそれは大部分ケルゼンの説の解説にとどまり、それをこえる見解の開陳はほとんどないようだった。ただし最初の部分で〈帰責の概念をはじめ法的に用いたのは『人間の義務について』におけるプーフENDORFで、それをカントが利用したが、その伝統的帰責理論における行為主体は、ケルゼン理論とは違って、生物的・心理的な意味での人間だった〉と指摘していたのが私には興味深かった。

雷磊「論理的推論か、意志行為か？」

この報告はポールソン報告と同様、ケルゼンの最後期の理論を取り扱っている。雷は次のように主張する。——ケルゼンの死後出版された『規範の一般理論』に集大成される後期理論の重要な特徴は〈一般的規範と個別的規範との間の関係は論理的推論 (logical inference) ではありません〉という「非推論テーゼ」である。このテーゼの論拠としてケルゼンがあげるのは、〈意志は事物であって文章ではないから、そこに論理は適用されない〉という「意志の議論」と、〈論理は真理値を前提するが、規範は真理値を持たないから、論理は規範に適用されない〉という「無資格の議論」である。しかしいずれの議論も妥当でない。「意志の議論」は、意志行為の行為としての側面と規範的な意味としての側面を混同するという誤りを犯している。前者の側面については論理が適用されないが、後者については適用がある。また「無資格の議論」に対しては、規範的な文章は妥当性 (validity) を真理値として持っていると答えられる。ただし一般的規範と個別的規範との間の論理的関係は、形式的演繹 (formal deduction) という狭い意味での推論ではなく——というのは、一般的規範からただ一つだけの個別的規範しか導き出せないのではなく、前者は多様な解釈を容れうるのだから——、むしろ正当化 (justification) という広い意味の推論として理解しなければならない。

この報告は私が理解できないためにここで紹介できなかった論理学に関する議論も含んでいた。

朴峻奭 Park Joon Seok 「ケルゼンと規範性と権威」

パクジョンソク（姓は「朴」だが、後記のパクウンジョンも同姓なのでフルネームで書く）の報告の問題関心は私の報告と似ていた。この二つの報告はイギリスの実証主義的分析法理学（こちらは特にラズ、私は特にハート）の立場からケルゼンの純粋法学を検討するものだったし、ケルゼンの同じ文章に言及することもあった。ただし私が純粋法学の中でも根本規範の概念を批判的に取り扱ったのに対し、パクジョンソクは規範性の観念をもっと中立的に解明したわけである。

— 法の規範性と順法義務とは法理論の中の二つの主要問題だが、ラズのように法の規範性を肯定しながら一般的順法義務を否定する論者がいる一方、両者の間に密接な関係を認める論者もいる。現にケルゼンは論文「なぜ法に従うべきか？」の中で、論文の題名の問題に対する回答として根本規範を理解している。また彼は法の規範性を「正当化された規範性」と呼んでいる。それはハートが考えているような社会的規範性ではない。しかし「正当化された規範性」は、ケルゼンが非難してやまない自然法論が想定する規範性とどこが違うのだろうか？ 両者の相違は、ケルゼンの根本規範が、法学の観点から前提された仮説以上のものではないという点にある。しかしともかく法の妥当性は法にとって内在化されなければならない。この点でケルゼンとハートの距離は誇張されてはならない—。

これが報告の骨子である。私はラズのケルゼン解釈に大きく影響されているこの論文のすべてを理解したというつもりはないが、ハートとケルゼンの相違だけでなく類似性も指摘するパクジョンソクの立場には共感する。いずれも法実証主義陣営にありながら、法体系に対する内的な視点の中に法の妥当性（Geltung; validity）を見出す点では共通しているからである。両者の間の相違はこの二人の法理論の研究者にとっては大きい、生粋の自然法論者やリーガル・リアリストの目から見れば五十歩百歩に見えるだろう。

除愛国「ハンス・ケルゼンの正義の相対主義」

英文アブストラクトによれば、この論文は前半で伝統的自然法論を批判するケルゼンの相対主義的正義論を紹介し、後半ではそれに対して1960年代以降のワ

インリブ (Weinrib) のアリストテレス的正義論やロールズのカント的正義論を持ち出して、正義は曖昧でも相対的でもない確固たるものだと言張るものである。しかしアブストラクトだけでは、報告者がいかなる論拠に基づいてケルゼンの相対主義を批判するのかがわからなかった。法実践において正義は絶対的でなければならないと断定しているにすぎないようにも見えた。

今井弘道「ハンス・ケルゼンとオイゲン・エールリヒ」

今井はケルゼンの法理論の方法論的純粋性を強調する一般的な研究方法にあきたらず、彼の法学と政治理論との関係を論ずる。その際に比較の対象となるのが、1910年代にケルゼンと激しい論争を交わしたエールリヒである。今井によれば、ケルゼンの法理論は実践的な意義を持っていて、それは彼によるオーストリア憲法の起草との関係で理解されるべきである。ケルゼンは民主主義的な制定法実証主義者であり（なおこの立場は、戦後日本の憲法制度とも親しみやすかった）、社会民主党右派に属し、所有権は自然権でなくその内容は民主的な議会で決定されるべきだと信じていた。彼のイデオロギー批判は民主的決定を「自然法」の上に置くものである。ケルゼンに対し、歴史法学の継承者として「生ける法」を重視するエールリヒは裁判による法形成を尊重した。ところで近代日本に目を移すと、そこでは国家的立法による上からの法形成が支配的だったが、最近では「環境権」の形成にもうかがわれるように、裁判所による紛争解決を通じての下からの法形成も重要になってきた。今の中国でも裁判による法創造を求める訴訟が「影響圏訴訟」として注目を集めている。この傾向は肯定的に評価されるべきである――。

今井はこのように述べた。私は後述の張襲報告へのコメントでも書いたように純粋法学の中にそれほど実践的な意図を読み込むべきかどうか疑問に思うが、ケルゼンの政治的立場の今井による特徴づけは適切なものだろう。ケルゼンの民主政観が戦後日本で受け入れやすいようなものだったということは今井は傍論的に指摘しているが、この指摘は、〈ケルゼンの民主主義論は、民衆の集団的意志の実現による自己統治を求めるルソー風の積極的自由観に基づくものでありながら、その一面、参加民主主義やポピュリズムなどでは決してなく、代表制民主主義の

擁護である。またそれは少数者の保護も組み込んでいるが、民主主義と自由主義との間にありうる緊張関係を強調するわけでもない」ということを考え合わせると、一層説得力がある。(このことは、ケルゼンの民主主義論が戦後日本で実際に広く読まれたとか影響力があったとかいったことを意味しているのではない。それが戦後日本の一般的な民主主義観と共通するところが多いと言っているだけである。)ただしケルゼンが憲法裁判所制度を設立したことは、今井のケルゼン理解と違って、民主的立法よりも裁判所による法創造を重視したようにも見える。しかしケルゼンはここで、政治家たちによる具体的な決定よりも憲法が定めている民主的な政体の保障を重視したと考えるべきなのかもしれない。

なおケルゼンとエールリヒの比較論はあとの馮報告でもなされて、そこではこの二人が中国に及ぼした影響についても触れられていたが、それ以上は私にはわからなかった。それからハーゼ報告はワイマール期のアンシュッツ、スメント、シュミットの憲法学を取り上げ、李報告もワイマール期のケルゼン国法学を当時の政治的・学問的・哲学的背景の中で取り扱うもので、シュミット、スメント、ヘラー、ケルゼンを当時の国法学の四大家としていたが、いずれの報告もOPで映写されたドイツ語の見出しだけでは、私には詳しい内容がわからなかった。

張書友「静態と動態の間：ハンス・ケルゼンにおける法構造」

英文アブストラクトによれば、この報告はケルゼンの法静態論と法動態論を他の法理論との比較において検討し、またケルゼンの後期理論の中でこの二つの構造が融合することを示すものである。中国語の論文を見ると、ハートによる一次ルールと二次ルールの区別、ホーフエルドによる〈権利(right)・義務(duty)〉と〈権力(power)・責任(liability)〉の区別が法の静態と動態に対応すると論じているようである。これらの指摘は前記のアレクシー報告とも重なるところが多いだろう。

張夔「憲法制定における根本規範の基礎づけの可能性」

「根本規範」はケルゼンの純粋法学の中でも重要な、論争的な概念である。報告者は、ケルゼンがそれを〈妥当性の根拠〉や〈立法権限の根本規範〉や〈当為

の意味)や〈拘束力の根拠〉として定式化しているだけでなく、「法創設手続きで作成された素材の意味は、結局前提された根本規範に基づく解明によって初めて成立する」(『自然法論と法実証主義の哲学的基礎』第 11 節(黒田覚訳))と述べていることに着目し、根本規範を「論理的な認識機能」(logische Erkenntnisfunktion)として理解しようとする。報告者は次のように主張する。——規範の法的な意味は、自然的な意志行為としての Sein から、行為の主観的意味としての Wollen を経て、客観的意味としての Sollen としてとらえられる。さてケルゼンの主張によると根本規範は全く無内容で形式的なものだとされるが、それは必然だろうか? いや、憲法制定行為の意志が単なる自然的行為でも主観的な意味でもなく、客観的な意味を持つためには、根本規範を基礎づけることが可能でなければならない。ところが君主制の憲法制定では君主の意志が持つ意味は主観的なものでしかないが、民主制の憲法制定では構成員全体の合意(der Konsens aller Mitglieder)があるから、その意志の意味は単に主観的でなく客観的でもある。だから根本規範は民主制の憲法については前提できるが、君主制の憲法については前提できない。このようにして根本規範は法体系の道徳的正しさへの扉を開く。ただし民主的手続で達成された合意なら必然的に根本規範の基礎になるというわけではない。いかなる合意が必要かはさらに検討しなければならない——。

報告者はこのように、ケルゼンの「規範の客観的意味」というよくわからない表現の自己流の解釈によって根本規範論を換骨奪胎して、それを民主主義的憲法の正当化に作りかえる。報告の最後で「ケルゼンが擁護した法実証主義の立場は擁護できない。内容空虚な根本規範に代えて規範的な根本規範について語らなければならない」と言っていることから、自分の主張がケルゼン自身の意図に反することは百も承知の上である。ケルゼンについて論ずる者が、自分の主張が単なるケルゼン学説の解釈でなく、その意図的な発展だということを明らかにしている限り、論者の説がケルゼンの説とは全く別物だと指摘するだけでは批判にならない。報告者の態度は、根本規範を憲法の基礎にある政治道徳として再解釈しようとした一部の日本の憲法学者を思い出させるが、この類似は別に影響関係ではなく、純粋法学に対して法解釈学者の多くが示す自然な反応なのだろう。(なお他に王旭報告も、根本規範に人民主権という政治原理を当てはめようとするも

のようだった。また周報告は「法は強制秩序である」という純粋法学の主張を民主政の正当化と調和させようとするものだった。これらに対し、台湾からの唯一の報告である顔報告では純粋法学とは無関係にケルゼンの民主政論が正面から検討されていた。しかしこれら3報告はいずれも中国語論文しか配布されなかったもので、本稿では自信をもってこれ以上紹介できない。

しかし私はこの報告の民主制観に根本的な疑問を持つ。被治者の同意に統治の正当性を求めることは一つの可能な立場ではあるが、〈民主政の憲法制定においては構成員すべての同意がある〉という想定は端的に虚偽である。そこにはいつも同意しない人々がいる。おそらくこの報告ではルソー的な「一般意志」が想定されているのだろうが、それは現に存在する意志ではない。それに被治者の同意が求められるのは憲法制定時だけでなくいつもだろう。

それから些細なことのようにだが、国民の同意によって民主制の憲法制定が「客観的意味」を持つとして正当化できるなら、それはその憲法それ自体の基礎であって、何も憲法の基礎である根本規範のそのまた基礎と考える必要はない。言い換えれば、同意による正当化自体が根本規範にとって代われるのである。

朴恩正 Park Un Jong 「韓国法哲学へのケルゼンの影響」

パクウンジョンの報告は、第二次大戦後の韓国法哲学に及ぼしたケルゼンの影響を批判的な立場から回顧するものだった。

第二次大戦直後の韓国法哲学は、それまで京城大学で法哲学を講じていたケルゼニアン尾高朝雄の弟子たちによって担われたため、ケルゼンの純粋法学の圧倒的な影響下にあった。その後も1980年代半ばまで韓国の法学界で研究される法哲学といえば、ケルゼンとラートブルフの理論が中心だった。そのような法学教育を受けた法律家たちからなる検察庁が、1995年に1980年5月の光州事件の弾圧者たちを訴追しないという決定を下した時、検察はその決定の論拠として「もし政治改革が成功裡に行われ、新しい体制が実効性を持つ体制になったならば、これは新政府が立法権限を持つと認めることに伴う根本規範の変更になる」という議論を行ったが、ケルゼンの没価値的な根本規範論がそのような実践的な主張を正当化するかどうかは疑わしい。いずれにせよ検察のその決定は全国的な反対

を受け、この問題は光州事件についての特別立法によって解決された。

続いてパクウンジョンはケルゼンの影響が韓国法哲学にとってどれだけ有益なものだったかを、以下の諸問題の考慮を通じて検討する。①純粋法学は韓国の法理学の科学化に役立ったか？ ②それは立憲民主制に役立ったか？ ③それは裁判におけるハード・ケースの解決に役立つ理論だったか？ ④それはグローバリゼーションがもたらす新たな変化に照らして法を異なった視野から見る役に立つ理論か？ ⑤それは社会の中の我々の経験や実践に対応する理論か？ ⑥我々はいかにしてケルゼン理論を超えて行けるか？

パクウンジョンは、①の問題に対しては、法はそれ自体の自律性を持っているという理由からある程度肯定的に答えるが、②の問題については否定的で、ケルゼンの民主主義理論も「人民による」公的意思決定の方法という形式面にばかり集中して、実体的原理を軽視していると批判する。③のハード・ケースの解決という問題についてケルゼンが回答を与えないことは言うまでもない。④については、パクウンジョクは今日の法秩序には階層モデルよりむしろネットワークモデルが適切だと主張する。⑤については、法の認識だけに任務を限定するケルゼンと法の解釈という実践を行う法学者の経験は違うものであるというのが答えである。そして最後の⑥について、〈我々は社会変革のために法理論を経験的研究と結びつけるべきだ。純粋法学自体、健全な法理論であるためには法の実効性という社会的現象を取り込んでいるではないか〉とパクウンジョンは主張する。

この報告は今回のシンポジウムの中ではケルゼンに対して一番批判的なものだった。私の報告も批判的ではあったが、それはケルゼンの根本規範の概念に対してだけであって、彼の法理論すべてに批判的だったわけではない。ところがパクウンジョンはケルゼンの法理論全体が実践的意義を欠くことを理由に、それが韓国の法哲学に対して及ぼした影響を否定的に評価した。(もし私が「法とジェンダー」というテーマに関心を持っていたら、パクウンジョンが報告者全員の中で前記の王暉を除くと唯一の女性だったという事実とこの報告の批判的な論調との間に関係を見出したかもしれない。)

報告後彼女と話した時、彼女は〈自分の報告はケルゼン記念シンポジウムでは diplomatic でなかったかもしれない〉と言ったが、私は〈あなたのように批判的

な立場からの報告も大変有意義だ」と答えた。実際私はこの報告の主張を十分理解できるし、ある程度共感できる。しかし私が見解を異にする点もある。

第一に、ケルゼンの正義論や民主主義論や（程度は小さいが）国際法解釈論と違い、彼の本領である純粋法学は確かに法や政治の実践に直接かかわるものではない。しかし少なくともそれは、道徳的・政治的考慮にもとづく法解釈をあたかも法一般にあてはまる普遍的な真理であるかのように誇称する法解釈学のありふれた誤りを指摘するという消極的・治癒的な啓蒙の役割を果たすことができる。たとえばもしケルゼンによる公法私法二分への批判がなかったら、多くの人々はこの二分が持つ実践的意義や思想的背景を意識しないままだったかもしれない。法解釈や法適用の実践のためにはケルゼンの法理論だけでは足りないが、それはある程度役に立つのである。

第二に、かりに純粋法学が法の実践に全然役立たないとしても、それが無価値だとは言えない。この報告の冒頭で、純粋法学はヘルマン・ヘッセの想像した「ガラス玉演戯」に例えられていた。いずれも一般人の理解しないルールに基づいた、実生活から乖離した活動だというのである。私はこれを実に適切な比喻だと思った。しかしパクウンジョンはこの比喻を純粋法学を批判する文脈で用いたのだが、私は芸術が純粋に美的な価値を持つと同様、学問も実践的価値から独立した認識価値を持つと思うから、純粋法学が認識的価値を持つ限り、実践に役立たなくても存在理由があると考ええる。

また最後に、1973年に死んだケルゼンの著作の中に今日の社会に固有の問題への示唆を求めるのは「ないものねだり」の感がある。

森村進「根本規範の観念は有用か？」

私の報告については本号収録の日本語版を読んでいただきたい。

鄭永流「中国におけるケルゼン」

この報告は中国語で口頭によるものだったが、OPで映写された画面からある程度内容を理解できたので、まとめの意味もあり、紹介したい。

それによると、すでに中華民国時代に『純粋法学』の中国語訳が出版され、

1958年に中国で『国際法原理』、1962年に台湾で『ボルシェヴィズム法理論』の訳書が出たりはしたが、ケルゼン研究が盛んになったのは最近のことである。その対象は純粋法学が圧倒的に多いが、彼の憲法学と国際法学を取り上げるものもある。それらの研究の著者は中堅の研究者もいるが大部分はまだ若手である。そのため長期にわたってケルゼンを研究している人や、ケルゼンについて3編以上論文を書いている人は僅かだし、創見もまだ少ない――。

このシンポジウムにおける中国大陸の報告者が鄭・憑・除の3教授以外はすべて副教授以下の若手だったという事実はこの報告の内容を裏書きしているのかもしれない。しかしそれらの研究の水準については、私には大部分詳しい内容がわからなかったから、本稿で書いたこと以上に評価する資格がない。

いずれにせよ今回のシンポジウムからうかがわれた今日の中国におけるケルゼン研究の隆盛は、私が法哲学者としての研究生活をはじめた1980年代初頭の日本を思い出させた。なぜ今の中国でそれほどケルゼンが研究されているのか、中国の学界に不案内な私にはわからないが（政治理論から独立した法理論だからよいか、国家制定法中心の見方だからよいか?）、ともかくその動きが自国内だけでなく国際的に認められる著作をたくさん生み出すことを期待したい。国内法の法解釈学とは違って、ケルゼンの法理論は言語や法制度・法文化の境界を超えた普遍的な意味を持つからである。海外への発信がほとんどなかったという点で、1970—80年代の日本の「ケルゼン・ルネッサンス」には不十分なところがあった。