

ハンス・ケルゼン「根本規範論」批判

氏名：荒井友貴

名列番号：006

学籍番号：0951020007

指導教員名：足立英彦

2013年1月10日 提出

論文要旨

2011年に生誕130周年を迎えたハンス・ケルゼンの法理論、「純粋法学」は現在にわたっても、法理学、憲法学を始め多くの分野において影響を与えている。本稿は、ケルゼンの「純粋法学」における重要概念である「根本規範」概念に対する批判を行い、根本規範概念がなくともケルゼンの法理論は可能であることを示すことを目的とする。

まず、第1章においては、本稿において批判の対象となる根本規範概念の概説を行う。ケルゼンは、国内法の根本規範と国際法の根本規範それぞれについて論じているため、両者について説明を行う。また、ケルゼンは、『純粋法学（第2版）』以降、根本規範に対する自己の見解を変更しているが、見解の変更に至った背景、そして、根本規範を如何なる概念へと修正したかについても説明を行う。国際法の根本規範については、その基礎となるケルゼンの立場を紹介した後、国際法の根本規範概念とその変遷について紹介する。

第2章においては、これまでになされてきた根本規範概念に対する批判を国内法、国際法双方に分けて紹介する。特に、国内法については、ケルゼンが採る方法二元論を維持した立場（菅野説）と方法二元論を脱却した立場（承認説）の2つの立場からの批判を取り上げる。後者については、対比の必要上、ケルゼンの法の妥当性と実効性の関係についての見解も併せて紹介する。

第3章においては、第2章で言及した承認説の妥当性について検討する。そのためにまず、承認説が支持を得るようになった背景について紹介した後、承認説の支持理由が誤った理解に基づいており、また、承認説の問題点を示すことで、承認説が妥当でないことを示し、承認説の批判を行う。

第4章においては、以上の議論を踏まえて、国内法、国際法、どちらにおいても根本規範概念が不要であることを結論づける。国内法の根本規範については、第3章における承認説批判を踏まえて菅野説の（一応の）妥当性を示す。最後に、菅野説にもまったくの問題点がないとはいえないため、その問題点の指摘を行う。

目次

はじめに

第1章 根本規範とは

第1節 国内法の根本規範

- (1) 根本規範論の基礎——方法二元論
- (2) 「当為」概念について
- (3) 「前提」としての根本規範

第2節 後期ケルゼンの根本規範論

第3節 国際法の根本規範

- (1) 国際法の根本規範論の基礎——国際法優位の一元論
- (2) 国際法における根本規範とその変遷

第2章 根本規範論批判

第1節 方法二元論を維持した立場からの批判

第2節 方法二元論を脱却した立場からの批判

- (1) ケルゼンの法の妥当性に対する見解
- (2) ケルゼンの見解に対する批判
- (3) 承認説の内容

第3節 国際法の根本規範に対する批判

第3章 承認説の検討

第1節 承認説支持の背景

第2節 承認説に対する批判

第4章 結論

第1節 国内法の根本規範について

第2節 国際法の根本規範について

第3節 菅野説の問題点

参考文献一覧

はじめに

2011年に生誕130周年を迎えたハンス・ケルゼンの純粋法学は、現在においても多くの分野において影響を及ぼすとともに、多くの批判にもさらされてきた。本稿はケルゼンの純粋法学における重要概念である「根本規範」概念に対するケルゼンの見解を整理するとともに、ケルゼンの根本規範論に対する批判を試み、根本規範概念は不要であることを提示することを目的とする。

なお、本稿においては、2つの留保をつけることにする。第1に、本稿は、国内法と国際法の根本規範、双方について扱うが、国内法の根本規範に比重を置いて論ずることとする。ケルゼン自身も国際法の根本規範論は国内法の根本規範を基にして論じていると解されるし、根本規範に対する批判の多くは国内法の根本規範概念に対するものであるからである。第2に、ケルゼンの（国内法の）根本規範論に対しては様々な分野からの批判がなされているが、本稿においては、法哲学的及び、憲法学的視点からの批判を中心に取り上げる。

第1章 根本規範とは

第1章では、本稿で批判の対象となるケルゼンの根本規範概念について概説を行う。国内法の根本規範と国際法の根本規範の双方に分けて、それぞれの根本規範論の基礎となる考えから始め、それぞれの根本規範概念がいかにして導かれるのかを紹介する（第1節、第3節）。なお、国内法の根本規範について、ケルゼンは『純粋法学（第2版）』以降、自身の見解を修正しているが¹、後期ケルゼンの採る立場を明らかにし、そして、修正後の根本規範はいかなる概念であるのかについても紹介する（第2節）。

第1節 国内法の根本規範

(1) 根本規範論の基礎——方法二元論

ケルゼンは、根本規範論の基礎として、方法二元論を採っている。方法二元論とは、事実が記述される場所の言明である「存在」（すなわち、「～である」）と、一箇の規範が記述される場所の言明である「当為」（すなわち、「～べし」）との間には、本質的な対立が存在すると解し、存在から当為は論理的に導くことができない²とする立場をいう。

¹ 見解修正後のケルゼンの立場を、本稿では「後期ケルゼン」と表すことにする。

² もっとも、存在と当為の分離は、本質的には理論的方法論のもので、実際には存在と当為は一定の対応関係を保って存在している。たとえば、他人の財物を窃取した者は10年以下の懲役に処せられるべし、という窃盗罪の規定は、実際には100%実現せられず、何人かの窃盗犯は免れて恥なき実状にあるけれども、それは原理的に、この規範と実在とが完全には一致しないこと（もし、完全に一致して、すべての窃盗犯が処罰されることになれば、それは規範ではなく、1つの自然法則になる）を示すに過ぎず、実際には大部分の窃盗犯人が検挙されるということ、すなわち規範に対応するという現実が存在することになる。鶴飼・長尾編『ハンス・ケルゼン』pp. 7-8 参照。

したがって、方法二元論の立場からは、当為の妥当根拠は存在からではなく、(より高次の)別の当為(規範)から導かれるということになる。

(2) 「当為」概念について

(1)において、ケルゼンは、存在と当為とは分離されており、存在から当為を論理的に導くことはできない³という方法二元論に立つことを述べた。本稿で論じようとしているのは、「当為」に属する根本規範概念であるが、根本規範概念について論じる前に、まず、ケルゼンにとっての「法の範疇としての当為」⁴について概説する⁵。

「Aが存在すべきである」という当為命題は、Aという現象の実在化が拘束力を持って要求されていることを叙述するものであるが、法的当為について、ケルゼンは、法秩序を特定の要件に強制を結合させた強制秩序に他ならず、ある者が特定の行為をなす法的義務を負うとは、そうしなければ強制を受ける状態の下にあるということに他ならない、という理解から、法命題を定言命法として叙述することに否定的な見解を示し、法的当為を仮言的判断として確定しようとする。そして、ケルゼンは「自然法則が、原因としての特定の事態を、結果としての他の事態と結合するように、法の法則は法律要件に法律効果を結合する」、と述べ、後者の特殊な結合様式を「帰責」と呼び、当為の形式とした。帰責関係は、複数の事象を相互に結合するという点において、因果関係と類似するが、因果関係が経験的現象界に実在化する諸現象の結合を意味するのに対して、帰責関係は人間の意思行為による観念的結合であるという点で相違する。

(3) 「前提」としての根本規範

(1)で述べたように、当為(規範)の妥当根拠は当為、より正確に述べるならば、その規範を定める者に授權をする高次の規範ということになる。そして、規範の妥当根拠を問い続けると、その答えは、「憲法によって(一般的)規範を創造することを授權された立法府によって創造されたために妥当する」ということになる。そうすると、次に憲法の妥当根拠が問題となるが、憲法の妥当性はその憲法より前の憲法の改正手続に従って制定されたという事実により正当化されるため、その答えは、「前の憲法」ということになる。このように妥当根拠をたどっていくと、最終的に歴史的に最初の憲法にたどりつくことになる。

次に、歴史的に最初の憲法の妥当根拠は何か。実定法上は歴史的に最初の憲法より高次の法規範は存在しない。そこで、ケルゼンは歴史的に最初の憲法に妥当根拠を与える最高

³ なお、存在と当為が分離されていることの帰結として、当為から存在を導くこともできない。

⁴ 土井「H. Kelsenの根本規範論に関する覚書」p. 262。

⁵ 以下では、土井 前掲注(4) pp. 261-263に依拠する。

次の規範概念⁶として、根本規範という概念を思考上において、「前提」する。なぜ、制定されたものではなく、前提されたものであるかという点、「制定」、即ち、当該規範を創造する権限を授けられた法的権威によって創造されたものとみなすならば、根本規範の創造を授け、根本規範より高次の規範が存在しなければならないが、根本規範が最高次の規範とされるため、それより高次の規範は想定しえないため、「前提」という形をとるのである。

そして、ケルゼンによると、根本規範を前提することによってのみ、憲法創造行為及び憲法に従って定立された諸行為の主観的意味を客観的意味、すなわち、客観的に妥当する法規範として解釈できるという。純粋法学は、「いかにして、神、自然といった法を超越した権威の源泉なしにある事実の主観的意味を『法』と表すことができる客観的に妥当する法解釈の体系と解釈することができるのか」と問う。そして、認識論的な純粋法学の答えは、「人は、憲法が定めたように行動すべきであるという根本規範を前提することによる」ということになるという。そして、根本規範の機能は、実定法秩序の客観的妥当性を創設すること、つまり、人間の行為の主観的意味が客観的意味として解釈されることにより、有効な強制秩序の規範を創造することであるという。また、根本規範の客観的妥当性は問題としてはならず、根本規範は妥当するものであると前提されているのだという。

では、根本規範の内容はいかなるものであるか。ケルゼンは根本規範を「人は憲法が命ずるように行動すべきである」⁷と定式化している⁸。そして、ケルゼンは根本規範を、ある法秩序の諸規範の妥当性の共通の理由である、としている。

第2節 後期ケルゼンの根本規範論

ケルゼンは、『純粋法学（第2版）』以降、規範は他人の行態に向けられた人間の意志行為の意味でのみあり得る、人間の意志行為による定立は、規範が妥当するため、存在するための必要条件であるという考え方へと移行する。この考え方を徹底するならば、思考されたにすぎない規範、すなわち、意志行為の意味ではなく思考行為の意味にすぎない根本規範という考え方は維持できなくなる。その結果、ケルゼンは、根本規範を、「ファイヒンガーの「かのようにの哲学（Philosophy of As-if）」⁹の意味における真の擬制（Fiction）とすることで、根本規範論を維持している。なお、このケルゼンの見解の変更は、自然法論者

⁶ 前述のとおり、規範の妥当根拠は規範であるから、歴史的に最初の憲法の妥当根拠も規範ということになる。

⁷ Kelsen, *Pure Theory of Law* (2d ed.) p. 201.

⁸ なお、本文中で用いた定式は、ケルゼンが「要するに」(Kelsen 前掲 (7) p. 201) として簡略化したものである。簡略化していない定式を用いるのは、議論を複雑にすると判断したため、本稿では扱わず、簡略化した定式のみを用いることにする。

⁹ 以下では、菅野『続・国権の限界問題』pp. 125-140 に倣い、「アルス・オブ哲学」と表記する。

からの批判を受けたことが少なからず影響しているものと解される¹⁰。本稿では、ファイヒンガーの「アルス・オブ哲学」について詳しく触れないが、以下では、「アルス・オブ哲学」における「擬制」概念の概説を行い、ケルゼンが「アルス・オブ哲学」を採ることにより、根本規範概念がいかに修正されたかをみていく¹¹。

ファイヒンガーによると、擬制とは、理解、現実解明に何ら寄与するものではなく、問題の表象に寄与するにとどまる。そこで擬制は、いかなる知識、把握をも産み出すことなく計算のみを容易にさせ、場合によっては計算を可能にする補助表象である。そして、擬制は効用（実践的有用性）によって正当化され、効用によって正当化できない擬制は無価値な表象として廃棄されるべきものであるとする。

では、ケルゼンの根本規範概念の修正について見ていく。ケルゼンは、根本規範の想定は、現実の意志行為の意味としては存在しないため、現実には矛盾するとし、また、根本規範は最高の道徳もしくは法的権威への授権を意味することで、この権威にさらに上位する一もとより擬制されたにすぎない一権威に発することになるので、自己矛盾もしている想定として根本規範をみることで、根本規範は「アルス・オブ哲学」の意味における真の擬制となる。前述したように、擬制はファイヒンガーによると、人々が所与の素材をもってしては思考目的を達成できないときに使用される思考補助である。根本規範の思考目的は実定道徳あるいは法秩序を構成する諸規範の妥当性の根拠づけ、つまり、これらの諸規範を定立する行為の主観的意味を客観的意味、すなわち、妥当する規範として解釈し、そして、当該行為を規範定立行為として解釈することである。こうした目標は擬制という方法によってのみ達成される。このように解することで、規範は人間の意志行為でのみあり得るというケルゼンの立場に反せずに根本規範論を維持できることになる。

第3節 国際法の根本規範

(1) 国際法の根本規範論の基礎——国際法優位の一元論

国際法の根本規範論において、ケルゼンの基礎にあるのは、国際法優位の一元論である。国際法優位の一元論とは、法を一元的に認識し、国際法と国内法の双方が同一法秩序の一部を構成すると解する立場のことを言う。国際法優位の一元論によれば、全ての国際法規は国内法に優位し、国際法に反する国内法は効力を有しないということになる。これは、前述した¹²、下位規範の妥当根拠は上位規範であるというケルゼンの法段階説を反映した立場であるともいえる。

なお、ケルゼンによれば、国際法優位の一元論は、根本規範を国際法体系の原理的基礎

¹⁰ 菅野 前掲注 (9) p. 126-127 参照。

¹¹ 以下、Kelsen, *General Theory of Norms* p. 256 D., 参照。

¹² 第1節 (2) 参照。

に認めることによって可能となる理論である¹³。

(2) 国際法における根本規範とその変遷

当初、ケルゼンが実体国際法の「純粋性」を保証する根本規範として据えていたのは、「パクタ・スント・セルヴァンダ (pacta sunt servanda)」(合意は守られなければならない)の原則(規範)であった。その理由として、この原則は他の国際法の基本規定とともに、「原理」の名に十分値するものであるからであるとケルゼンは主張する。そして、この原則(規範)は条約によって創造された国際法の法規範が妥当する理由である、とする。

しかしながら、ケルゼンは、その後¹⁴、パクタ・スント・セルヴァンダの規範が国際法の根本規範であるとの考えと放棄している。なぜなら、法段階説にしたがい、我々が条約の妥当根拠を問うのであれば、「諸国は締結した諸条約と一致して行動することを義務付けられている」という一般的規範(すなわち、パクタ・スント・セルヴァンダの規範)へと遡及することになる。しかし、これは一般国際法上の規範であり、一般国際法は諸国の行為から構成される慣習¹⁵によって形成されるもの¹⁶だからである¹⁷。

では、ケルゼンが新たに根本規範として据えた規範の内容は何か。それは、慣習を規範創造事実として是認する規範であって、「諸国は、彼らが慣習的に行動してきたように、振る舞うべきである」¹⁸というものである。

第2章 根本規範論批判

第2章では、第1章で紹介したケルゼンの根本規範論に対する批判を紹介する。第1節、第2節は国内法の根本規範論に対する批判を取り上げるが、菅野喜八郎による、存在と当為とを分離したものと理解する方法二元論を維持した立場からの批判¹⁹及び、方法二元論を脱却、すなわち、存在から当為は導かれうるとする立場である承認説²⁰からの批判の2方面からの批判を紹介する。第2節においては、承認説との対比の必要上、ケルゼンの法の妥

¹³ 吉田「ハンス・ケルゼンの根本規範論考」p. 108。

¹⁴ 遅くとも、ケルゼンは『国際法の諸原理』(1952)において、パクタ・スント・セルヴァンダの原則を国際法の根本規範とする考えを放棄している。吉田 前掲注(13) p. 114 参照。

¹⁵ 慣習自体は事実であるため、存在に属するものであり、当為、すなわち規範ではない。

¹⁶ この意味において、一般国際法は「慣習国際法」と換言できる。

¹⁷ すなわち、「慣習」という事実から一般国際法(慣習国際法)が導かれるということになり、方法二元論に反することになる。

¹⁸ 吉田 前掲注(13) p. 114。

¹⁹ 以下では、「菅野説」と表記する。

²⁰ 本稿においては、竹下の2論文(参考文献一覧参照)をもとに、基本的にK. エンギッシュの承認説に依拠するものとする。なお、エンギッシュは、方法二元論を採るものと思われるが、法の妥当根拠については「承認」という事実の妥当の実在的基礎を置いていると解されるため、本稿においては、「方法二元論を脱却した」という表現を用いることにする。竹下「法の妥当根拠の一考察(二)」pp. 90-91 参照。

当性と実効性の関係についての見解も併せて紹介する。また、承認説とはいかなる見解であるかについても概説する。第3節では、国際法の根本規範については、M. N. ショーらによる国際法学的視点からの批判を紹介する。

第1節 方法二元論を維持した立場からの批判

方法二元論を維持した立場からの批判として、菅野喜八郎による批判がある。菅野は、「私は、純粋法学にとって根本規範概念は不必要ではあるまいかと考えている」²¹と述べ、ケルゼンの根本規範概念の必要性について疑問を提示している。

菅野は、「根本規範の擬制（ないし前提）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である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。」²²と指摘し、ケルゼンの根本規範概念を批判する。要するに、歴史的に最初の憲法の妥当性を根拠づける規範として根本規範概念を前提する必要はなく、歴史的に最初の憲法の客観的妥当性を前提すればそれで足り、根本規範がなくとも同様の機能を果たすことができる、と菅野は批判するものと解される。

また、根本規範の内容についても、「根本規範の内容は高々、『歴史的に最初の憲法が規定する如く人々は振舞うべきである』というに尽き、『歴史的に最初の憲法が規定する如く人々は振舞うべきである』というのは、これを、『歴史的に最初の憲法は妥当する法規範である、客観的当為である』と言い換えることができるから、その内容の点でも、根本規範は歴史的に最初の憲法の客観的当為性の想定と異なるところがない。」と指摘し、機能の面でも、内容の面でも、根本規範概念は不要であると批判する。

さらに、「根本規範の妥当根拠を問うことが無意味だとするならば、歴史的に最初の憲法の妥当根拠を問うことも、同様ではなからうか。」²³と指摘し、「根本規範という語を純粋法学から除去し、この語の下に考えられているのは歴史的に最初の憲法の妥当性の想定にすぎぬということを確認するに止めるのがよいのではないか」²⁴と結論づけている。

第2節 方法二元論を脱却した立場からの批判

(1) ケルゼンの法の妥当性と実効性の関係についての見解

まず、ケルゼンは、妥当性と実効性の関係について、両者を独立したものとする立場と

²¹ 菅野『論争 憲法 - 法哲学』p. 231。

²² 菅野 前掲注 (9) p. 133。括弧内は筆者による。

²³ 菅野 前掲注 (21) p. 232。

²⁴ 菅野 前掲注 (9) p. 136。

両者を同一とみなす立場の両方を排斥している。その理由として、「前者は、法秩序全体及び個別的規範は実効性を失うと同時にその妥当性を失うということは否定できない」²⁵とする。そして、後者は、「法規範が（まだ）実効的でなくても、妥当であるとみなされることは多々あるため、同様に誤っている。」²⁶

そして、ケルゼンによると、「根本規範に関係づけられる憲法は、『大体において実効的な憲法』である、とする。『大体において実効的な憲法』とは、憲法が創出した全体としての強制秩序が、大体において遵守され、適用されているという状況にある憲法を意味している。したがって、強制秩序は、このような状況においてのみ、根本規範によって妥当性が付与される」²⁷。要するに、実効性が妥当性の条件となっていて、実効性を欠くと法規範の妥当性は失われる、とする。

(2) ケルゼンの見解に対する批判

ケルゼンの「実効性は妥当性の条件であり、根拠ではない」という見解に対して、K. エンギッシュは、「妥当性の条件としての実効性」という考え方を疑問視し、それは実効性が妥当根拠であるということと同義ではないか、と疑問を呈する。エンギッシュは、「もし人が、憲法とそれにもとづいて公布される諸規範に対して、それらが『大体において』実効的であるときにのみ、服従せねばならないとするなら……、やはりこの実効性が法秩序全体の真の妥当根拠であり、……『前提された』そして『つけ足して考えられた』根本規範は、……当為と存在の区別を保持するための、思想上の単なる余計なつけ足し *Zutat* にすぎない」²⁸と批判する。「要するにエンギッシュは、根本規範が実効性による妥当の条件付けより他の内容を何ももたない以上、根本規範の下位にあるすべての法規範の妥当根拠は、まさに実効性にあると主張する。」²⁹

エンギッシュは、ケルゼンと同じ法実証主義の立場を採るが、エンギッシュは、より実質的に法秩序を見ていくという法実証主義の立場から、根本規範が法規範の実質的内容との関連を欠いていると批判する。

エンギッシュはこのような立場から根本規範論を展開するが、その根本規範は、ケルゼンのものと異なり、一定の内実を具備している。エンギッシュは、根本規範を、「一定の種類憲法の憲法が規範産出の手続きを個別的に規則づけるようにする力をもった根本的決断」と

²⁵ Kelsen 前掲注 (7) p. 211。

²⁶ Kelsen 前掲注 (7) p. 211。なお、その例として、発布の後直ちに法律を適用する裁判所は、「実効的」になる機会を得る前に、妥当な法規範を適用する、ということを挙げている。Kelsen 前掲注 (7) p. 11 参照。

²⁷ 竹下「根本規範の実質的解釈」pp. 340-341。

²⁸ 竹下 前掲注 (27) p. 342。

²⁹ 竹下 前掲注 (27) p. 343。

いう意味で理解する³⁰。つまり、エンギッシュは、根本規範は規範産出の源泉であり、規範産出に関連した実質的憲法、いわば、一定の実質的意味内容を伴った具体的秩序であるとする。

ここで、エンギッシュにとって根本規範が規範「産出」の源泉であると理解し、法規範の「産出」連関と「妥当」連関を区別して考えることができるとしていることに注意しなければならない。エンギッシュは、高次の法が支持する産出条件の充足が、低次の法にとって妥当の前提とみなされるかどうかは、妥当連関の構成にかかわる「純粋な合目的性の問題」であるとしている。そして、このような二連関の区別によって、産出条件を充たさない規範が妥当するという事態を説明することができるのだとしている。産出条件を規程する実質的憲法の少なくとも核心的な部分は、同時に妥当条件にも転換され、憲法を含む実定法秩序の妥当根拠としての根本規範となる。こうした妥当根拠としての根本規範は、エンギッシュの場合、さらに妥当根拠が要請される。この根拠づけが行われるとき、ケルゼンのように、当為と存在の結合は否定されず、根本規範の妥当性は実効性によって根拠づけられる、とする。そして、実効性についても、ケルゼンのように、「大体において実効的な」といった不鮮明な表現ではなく、法共同体成員の承認による定式化、すなわち承認説が採られる。この根本規範は、法定立の任務にある最高の権威機関が承認を得ることを通じて妥当性を獲得し、それによって法秩序全体の妥当性が確保されることになる。

(3) 承認説の内容

では、承認説とはいかなる見解であるのか。一般に承認説は、規範的妥当を法共同体成員の承認に基礎づける見解であり、法規範の妥当は事実としての承認を前提とする、と解する立場である。承認説については、特に「承認」が何を意味するのかについて様々な見解があるが、本稿では、エンギッシュの承認説の構成について紹介する。

第一に、承認の対象は、個々の法規範や、法規範全体ではなく、法定立の権威的機関であるとする。つまり、「法定立について正当性を承認されている権威的機関によって、法として定立されているものが、法として妥当する。」³¹これは、制定法についてのみならず、慣習法についてもあてはまる。慣習法については慣行社会一般を権威的機関とみなし、個々の慣行は、慣行社会一般が法定立について承認されているために、法として妥当するということになる。

第二に、エンギッシュは、承認を、「我々は、法共同体成員として我々を超えたこのような権威的機関を有し、それが憲法によって指図された立法手続きを踏みさえすれば、その

³⁰ あるいは、たとえば議会主義国家における国民議会のような「法創造の任務にある最高の権威機関を、正当化する規則という意味で」理解される。竹下 前掲注 (27) p. 344 参照。

³¹ 竹下「法の妥当根拠についての一考察(二)」p. 86 における、Engisch, *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit*, S. 74 の訳を引用。

権威的機関に服従しなければならない、ということを知 (Wissen) した、法的服従への一般的な心構え (Bereitschaft)」³²という意味で理解する。このように理解することで、知及び心構えは、立法の権威的機関に対する不安や嫌悪と結びつき得るため、制定された規範に対し不満を抱く者や、個々の場合に機を見つけて服従しない者をも承認に含めることができるとする。つまり、かかる承認は、個別的な法服従者を問題としない大衆心理的な実在であるということができる。

第三に、承認の主体、すなわち、法的妥当を根拠づける承認は法共同体成員のいかなる部分の承認によって達成されるのかということについて、エンギッシュは、「それは、法共同体成員の決定的部分 (maßgebender Teil) であり、多数 (Mehrheit, Majorität) である」³³とする。

以上が、エンギッシュの承認説の概要であり、エンギッシュは、法共同体成員の決定的部分があくまで単に実力の下に屈服することとは相違する承認を行うところに、妥当が存すると主張し、実力説³⁴と承認説との区別を強調する。

第3節 国際法の根本規範に対する批判

第1章第3節において述べたように、国際法におけるケルゼンの根本規範は、「諸国は、彼らが慣習的に行動してきたように、振る舞うべきである」というものであった。これに対し、M. N. ショーは、国際法の根本規範は、「これまで行われてきた態様とは適合せずに振る舞う国家を含む、法として受け入れられた新しい慣行による国際法の漸進的發展を認める余地がないように思われる。とりわけ、それは慣習法がなぜ拘束するのかという問題について答えていない」³⁵として、国際法の根本規範の問題点を指摘している。また、吉田脩も、ショーの指摘を踏まえて、「この後期ケルゼンの根本規範からは国際法の新たな發展が全く期待できないようにも思」³⁶うと批判している。

ショーと吉田の批判は以下のようにまとめられると思われる。すなわち、ケルゼンの国際法の根本規範は、諸国家が慣習的に行動することを要請するため、新たな慣行により国際法を創造することが不可能になるため、国際法の發展が見込めなくなる、というものである。

³² 前掲注 (31) 竹下 p. 86 における、Engisch, S. 74 の訳を引用。

³³ 前掲注 (31) 竹下 p. 86 における、Engisch, SS. 74-75 の訳を引用。

³⁴ 実力説とは、法的妥当を実力根拠づける見解をいう。なお、エンギッシュは、実効性が妥当を根拠づけるという理解は、法的妥当を実力根拠づける実力説を含意することになるとして、ケルゼンの妥当性と実効性の関係の理解を批判する。竹下 前掲注 (31) p. 85 参照。

³⁵ 吉田 前掲注 (13) p. 119。

³⁶ 吉田 前掲注 (13) p. 120。

第3章 承認説の検討

第2章第2節において、承認説の立場から、ケルゼンの（国内法の）根本規範論に対する批判を取り上げた。第3章では、この承認説に対する批判を試みる。第1節では、承認説は有力な見解であると考えられるが、承認説が支持されるに至った背景について紹介する。それを踏まえ、第2節において、第1節で取り上げた承認説支持の背景は誤った認識、理解に基づくものであること及び、承認説の問題点を示し、承認説に対して批判を試みる。

第1節 承認説支持の背景

承認説は、現在においても法の妥当根拠についての有力な見解であるが、菅野喜八郎によると、有力な見解であり続ける2つの理由があるという³⁷。

その理由の第一として、民主主義という政治生活上の規範が、現在、「政治的思考の自明性」と化している事情である。仮に、「国民の意志は常に法として行われるべし」という規範、すなわち民主主義が人類普遍の原理であると想定されるならば、「規範または命令」に対する国民の承認という事実は単なる事実であることをやめ、民主主義という規範によって意味づけられる法行為、立法行為となる。承認説は、暗黙裡に民主主義という規範が永久不変かつ普遍的妥当性を有する最高規範であることを前提としているのであるという。

その理由の第二として、法の妥当性と実効性が密接な関係を持ち、両者はしばしば混同されやすいという事情がある。前述したように³⁸、実定法において、法の妥当性と実効性が緊密な関係にあることはケルゼンも認めるところであるが、仮に法の妥当性と実効性を同一視し、さらに、国民の承認こそがはじめて法を実効的たらしめるということが認められるならば、法の実効性が何に由来するかという問いに対する解答として成り立つにすぎない承認説が法の妥当根拠についての解答として成り立つようにみえるのであるという。つまり、承認説が法の妥当根拠についての解答としてみえるのは、実定法の効力は実効性をその必要条件とすることによって由来する法の効力・妥当性と法の実効性との同一視、及び、法が実効的であるために国民の承認を必要とする、という、2つの事情によるものであるという。

第2節 承認説に対する批判

しかしながら、第1節で言及した承認説支持の背景は、誤った認識、理解に基づくものであり、また、承認説についても問題点が存在すると考えるため、承認説は妥当でないと考える。

第1節で述べた承認説支持の背景の第一の理由、すなわち、民主主義という政治生活上の規範が、現在、「政治的思考の自明性」と化している事情については、すでに述べたよう

³⁷ 以下、本節においては、菅野『国権の限界問題』pp. 215-220に依拠する。

³⁸ 第2章第2節(1)参照。

に、承認説は、民主主義という規範が暗黙裡に前提されているのであって、民主主義という規範のいわば自然法的性格を容認するとともにこれを大前提とし、国民による「決定」・「承認」という事実を小前提とし、これから結論として「憲法」の妥当性を導出しようとする見解であるといえる。承認説が「一見説得力を持つのは、現今における民主主義信仰の賜物である」³⁹、ということができると思われる。しかしながら、純粹法学は法の科学であり、どのような政治的背景（たとえば、ファシズム下）においても通用することが求められているため、民主主義の下においてのみ通用する承認説の理解は採り得ないものと考えられる。

承認説支持の背景の第二の理由、すなわち、法の妥当性と実効性が密接な関係を持ち、両者はしばしば混同されやすいという事情については、法の妥当性と実効性は別箇のものであり、実定法において両者が不可分離に結びついているからといって両者を同一視することはできない、という批判が妥当すると考える。実定法にとって、それがある程度まで実効性を持つことが有効であるための必要条件であるが、食物を摂取することが生命維持のための必要条件だということから食物の摂取と生命そのものとの同一視が許されないように、実定法の実効性とその効力・妥当性の同一視は許されない。そもそも、法が妥当するという命題と法が実効性を持つという命題は性質を異にする。前者は、法は遵守されるべし、という当為命題であるのに反し、後者は存在事実についての言明である。このことが認められるならば、法の妥当性と実効性は区別されなければならない、存在事実から当為を導こうとする承認説は妥当ではないと考える。

また、前述したように⁴⁰、承認説は「承認」の主体を「多数」であるとするが、これは、承認説がケルゼンの見解を不鮮明な表現と批判したのと同様の批判が当てはまると考えられる。「多数」の構成員となりうる主体はいかなるものであるのか、そして、その主体がどれほど「承認」すれば、「多数」であるかというのかということについての説明がなければ、承認説もまた、漠然な見解であるという批判を免れることはできないように思われる。

以上の議論をまとめると、「承認説は『規範または命令』に対する法成員の承認行為という事実から法の効力つまり客観的当為性を説明しようとするものであり、存在事実から当為を導出しようとする論理的不可能事を意図するものであり⁴¹、採り得ないものである、ということが出来る。

第4章 結論

第4章では、これまでの議論をまとめ、本稿におけるケルゼンの根本規範に対する結論を提示する。第1節では、国内法の根本規範について、第3章で試みた承認説への批判を

³⁹ 菅野 前掲注 (37) p. 218。

⁴⁰ 第2章第2節 (3) 参照。

⁴¹ 菅野 前掲注 (37) pp. 215-216。

踏まえて菅野説の（一応の）妥当性を提示する。ケルゼン自身がこの見解に対して反論を試みていると解される⁴²が、それに対する再反論も試みる。また、後期ケルゼンの根本規範論についても、その問題点を指摘する。第2節では、国際法の根本規範について、ショーと吉田の批判をもとに、国際法の根本規範の問題点を指摘し、その不要性を提示する。第3節では、国内法の根本規範に対する批判として、菅野説を採るべきだと筆者は考えるが、菅野説にも問題点があると考えられるため、その問題点を指摘するが、本稿では問題点の指摘にとどめておく。

第1節 国内法の根本規範について

国内法の根本規範については、第2章第1節・第2節において、菅野説及び承認説によるケルゼンの根本規範論に対する批判を紹介し、第3章においては、承認説は誤った認識・理解に基づく見解であり、また、問題点もあることから妥当ではないことを示した。したがって、国内法の根本規範論については、菅野説を採り、歴史的に最初の憲法の妥当性を前提することで足り、根本規範概念を前提する必要はないと考える。

しかしながら、ケルゼンは、エンギッシュの実定法の実際の妥当根拠を憲法であると考えても問題はないのではないか、という菅野説とほぼ同様の指摘を行っているが⁴³、これに対し、ケルゼンは、実定憲法が妥当する理由は何かということを経典法学で問題としているが、その問いに対して実定憲法が妥当するから、と答えることは問いをもって問いに答えていることと等しいとして反論をしている⁴⁴。しかし、第2章第1節でも言及したが、ケルゼンの立場を採る場合でも、実定憲法が妥当する理由は根本規範である、ということになり、根本規範が妥当する理由は何かという問いに対しては、根本規範は妥当する（ように前提されている）からと答えることになり、結果として問いに対して問いをもって答えることになることはケルゼンの立場でも変わらないように思われる。また、本稿はケルゼンの根本規範概念の有用性ないし必要性について批判するものであるが、仮に先に述べた再反論を無視するにしても、これまでの議論から、根本規範概念がなくても法規範の妥当性の理由の説明が可能である以上、根本規範概念の不要性を提示できていないことに変わりはないため、本稿による批判の妥当性が失われるわけではないものと考えられる。

また、第1章第2節で取り上げた後期ケルゼンの根本規範概念について、ケルゼンは根本規範は真の擬制であるとした。では、この擬制の効用はどこに求められるのか。ケルゼンは、「実定道德あるいは法秩序を構成する諸規範の妥当性の根拠づけ、つまり、これらの

⁴² K. エンギッシュが、菅野説とほぼ同様の指摘を行っており、それに対してケルゼンは、*Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Anfl.*（なお、英訳版では省略されている）において反論を行っている。

⁴³ Karl Engisch, *Die Einheit der Rechtsordnung Heidelberg, 1935, S. 11 f.* 参照。

⁴⁴ Kelsen 前掲注（42）S. 207 参照。

諸規範を定立する行為の主観的意味を客観的意味、すなわち、妥当する規範として解釈し、そして、当該行為を規範定立行為として解釈すること」に根本規範の思考目的があるとするが、こうした思考目的に擬制を正当化できる効用、すなわち実践的有用性があるのだろうか。

これに対し、菅野喜八郎は、根本規範に実践的有用性があるとするならば、根本規範は歴史的に最初の憲法を出発点とする実定法をあたかも道徳から独立、これと無関係であるかのように見なすことを可能にすることで、法的計算、法的予測を容易にさせ、法的安定性に寄与する、と考えられなくはなすが、そのように解すると、純粹法学は法科学としての法の認識のみを目標とし、法政策学ではないとするケルゼンの考え方に反するだけでなく、法は道徳から独立であるとするケルゼンの主張、ひいては純粹法実証主義の基本的な要請にも反することになる、と指摘し、認識それ自体を目的とするケルゼンの学問観と実践を認識に優位せしめるファイヒンガーのアルス・オブ哲学は水と油の関係のようなものであると批判している。また、このような擬制が正当化されるためには、その擬制が不用でないことの証明もなされなければならないが、十分な証明はなされていない。

以上のことを考慮すると、後期ケルゼンの根本規範論についても、根本規範概念の有用性・必要性を提示できていないため、菅野説に対する十分な反論にはなり得ず、菅野説を採るべきという主張に変更をもたらすことにはなり得ないと考える。

第2節 国際法の根本規範について

国際法の根本規範については、第2章第3節において M. N. ショーと吉田脩の批判を紹介したが、諸国家が慣習的に行動することを要請するため、新たな慣行により国際法を創造することが不可能になる、という国際法上の問題点があるということを指摘した。また、森村が指摘するように⁴⁵、「諸国は、彼らが慣習的に行動してきたように、振る舞うべきである」というものがケルゼンの国際法の根本規範の内容であるが、「慣習的に行動」という表現は、「慣習的」とみなされるための要件について一切言及していないため、歴史的に最初の憲法の妥当性を明示する国内法の根本規範と比べても非常に漠然、曖昧な表現であり、いかようにも解釈できかねない。これらを踏まえると、ケルゼンの国際法の根本規範を採ることは妥当ではないと考える。そして、根本規範概念を前提するのではなく、菅野説の理解を国際法にも応用し、一般国際法（慣習国際法）の妥当性を前提すれば足りるのではないか、と考える。

第3節 菅野説の問題点

以上の議論で、国内法において、ケルゼンの根本規範概念は不要であり、歴史的に最初

⁴⁵ 森村「根本規範という概念は有用か？」 pp. 63-64 参照。

の憲法の妥当性を前提すれば足りること（菅野説）の妥当性を提示した。しかし、菅野説についても全くの問題点がないわけではない。最後に、菅野説の問題点を指摘する。

菅野説を採れば、歴史的に最初の憲法が妥当性の根源であるとみなすならば、歴史的に最初の憲法の1条1条が妥当性の根源となり⁴⁶、1つの規範、すなわち根本規範を頂点に置くケルゼンの立場に比べ、法体系的に美しくないという問題点がある。

しかしながら、この問題点については、法体系上のいわば「形」の問題であり、菅野説の妥当性について直接影響を及ぼすものではない。いずれにせよ、本稿においては、問題点の指摘にとどめておき、この問題点については今後の課題としたい。また、筆者は、本稿においてケルゼンの根本規範論に対する批判を行ったが、ケルゼンの法理論、すなわち純粋法学自身は評価されるべきものであると考えており、純粋法学自体の批判を試みている訳ではないことを付言しておく。

⁴⁶ 例えば、日本では、大日本帝国憲法を歴史的に最初の憲法であるとみなすならば、全76条の1条1条が妥当性の根源ということになる（ただし、ケルゼンによれば、純粋法学において、定義規定等強制を命ずることのない規範は「法」とはみなされないので、実際に妥当性の根源となる規範の数はこれより少なくなる）。

参考文献一覧

- ・ 鶴飼信成・長尾龍一編『ハンス・ケルゼン』(東京大学出版会、1974)
- ・ 兼子義人「ケルゼン「純粹法学」における「存在」と「当為」について」立命館法学 13 2号 (1977)
- ・ 菅野喜八郎『国権の限界問題』(木鐸社、1978)
- ・ 菅野喜八郎『続・国権の限界問題—純粹法学と憲法学—』(木鐸社、1988)
- ・ 菅野喜八郎『論争 憲法 - 法哲学』(木鐸社、1994)
- ・ 黒田覚 他訳『ハンス・ケルゼン著作集Ⅲ 自然法論と法実証主義』(慈学社、2010)
- ・ 竹下賢「根本規範の実質的解釈—エンギッシュのケルゼン批判—」立命館法学 223・224号 (1992)
- ・ 竹下賢「法の妥当性についての一考察(一)・(二)・(四)」法学論叢(京都大学) 99 卷 2・3・5号 (1976)
- ・ 土井真一「H. Kelsen の根本規範論に関する覚書」法学論叢(京都大学) 132 卷 1-3号(1992)
- ・ 長尾龍一『ケルゼン研究 I』(信山社、1999)
- ・ Hans Kelsen, *General Theor of Norms* (Michael Hartney trans. , CLARENDON PLESS・OXFORD 1991)
- ・ Hans Kelsen, *Pure Theory of Law* (Max Knight trans. , The Lawbook Exchange 2d ed. 2003)
- ・ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre, 2. Anfl. , Wien 1960*
- ・ 森村進「根本規範という概念は有用か？」一橋法学 10 卷 3号 (2011)
- ・ 吉田脩「ハンス・ケルゼンの根本規範論考—国際法における「根本規範」概念の変遷過程の精察を中心に—」筑波法政 44 号 (2008)