HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	G・エロー教授の法理論の特質－フランスにおけるケルセニスムの批判的摂取と超克例－
Author(s)	深瀬, 忠一
Citation	北大法学論集, 14(2), 103-122
Issue Date	1963-12-15
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/16031
Type	bulletin (article)
File Information	14(2)_p103-122.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

紹介

G・エロー教授の法理論の特質

——フランスにおけるケルセニスムの批判的摂取と超克例——

深瀬忠一

序
一　法実証主義
二　法秩序の体系化
三　創始権力の観念と実際
結

序

Guy HÉRAUD 教授[1]は、現在ストラスブール法政経学部の憲法担当の教授であり、フランスの公法学および法哲学界の中堅の一人として活躍している。また、ヨーロッパ会議（Conseil de l'Europe）の所在地として国際色豊かな同市の法学部教授たるにふさわしいヨーロッパ連邦主義者であり、その指導的実践家の一人でもある。

ところで同教授の法理論が、とくにわれわれの興味をひくのは次の三点によるといってよいと思う。

1　同教授はフランスの公法学者としては珍らしく、明瞭にまた自覚的に、若干の重要点においてケルゼンの法理論の影響を受けている。

2　しかし、ケルゼンの法理論に対して、大胆な批判を加え、さらに進んで基本的諸問題について、独創的な見解を打ち出している。

3　その独創性には、フランス固有の現代法学理論上の系譜が

潜み、すぐれてフランス的要素を含んでいる。

これらの問題点に対する解明が小稿のねらいであるが、ここで予め断わっておきたいのは、本稿の免かれえないであろう二重の限界である。第一のものは、筆者の専攻からいって、公(憲)法学的関心によるかたよりが生ずるだろうこと。第二には、筆者がケルゼン[2]およびフランスにおけるケルセニアン[3]、またフランス現代法学の諸潮流の全体像について、充分研究し尽していないため、敍上の問題点の掘下げ方も、不徹底に終らざるをえないであろうこと。

にもかかわらず敢て小稿の発表を急ぐことにしたのは、筆者がエロー教授を「ケルゼニスト」と評したと既に公表されているので[4]、この点についてできるだけ早い機会に弁明しておく必要があると考えたからである。本稿に対する批判・教示をいただいたうえで、より徹底した検討を、現在進めつつある総合的研究[5]の中で展開したいと思う。

これを要するに本稿では、以上の問題点と限界とを意識しながら、同教授の基礎的業績である博士論文[6]の紹介を中心に、その法理論の特質を明らかにするよう努めてみたい。

(1) 一九二〇年生。トゥルーズ大学法学部学生時代 Dupeyroux の講義を聴く。法学博士であるほか、哲学科の文学士でもある。一九四七年、トゥールーズ法学部講師。一九四八年教授資格をとる。一九五五年まで、ハノイ、トゥルーズ、モロッコの法学部に、法学部長代理等として勤務、一九五五年以降、ストラスブール法学部教授であり、ザール法学部招へい教授、イタリヤのヴォルダオストの連邦主義研究所の教授を兼ねる。

(2) 碧海純一、純粋法学、法哲学講座第四巻所収。横田喜三郎、純粋法学、勁草法学選集、を主として参照した。

(3) Charles Eisenmann 教授が、「ケルゼンのフランスにおける唯一人の弟子と考えられている」。後掲 Regards. p. 546. Kelsen. p. 183. エロー教授の私宛通信中で、同教授を「賞讃はするが、負うているところはない。彼はあまりにも全面的にケルゼン的すぎる」と評している。ただし、同教授がケルゼンの理論に若干の批判・修正を加えていない訳ではない。Ch. Eisenmann, La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autoriche, thèse Paris, 1928; Science du droit et sociologie dans la pensée de Kelsen, in Méthode sociologique et Droit, 1958, p. 59-74; Le juriste et le droit naturel, in Le Droit Naturel, 1959; Cours de Droit constitutionnel comparé, 1950-1951, はデモクラシーについてのケルゼン的見解を示す。なお、同教授の指導下の研究として、Amselek, Méthodologie et epistémologie juridique, thèse, Paris, 1962 がある。

(4) 野田良之、フランスにおける最近の法思想、法哲学年報一九六〇、一二三頁註(7)。現在までのところでは、全般的展望を与

えた唯一の邦語論文。

(5) 「フランス現代憲法学の形成と発展」。

(6) L'ordre juridique et le pouvoir originaire, thèse, Toulouse, Sirey, 1946, 490 p. (Thèse. と略)。左記の最近の諸論文においては、博士論文が提示した基本的諸見解の補完・展開をみることができる。

L'influence de Kelsen dans les doctrines (française et espagnole) contemporaines, in Annales de la Faculté de Droit de Toulouse, 1958, p. 170-191. (Kelsen. と略)

Sur deux conceptions de la compétence, in Archives de Philosophie de Droit (A.P.D と略), 1959 p. 35-45. (Compétence.)

Regards sur la philosophie du droit française contemporaine, in Le Droit Français, éd. par R. David, 1960, t. 2, p. 517-549. (Regards.)

La validité juridique, in Mélanges J. Maury, 1961, p. 477-490. (Validité.)

L'inter-étatique, le supra-national et le fédéral, in A. P. D., 1961, p. 179-191. (Fédéral.)

Les droits garantis par la Convention, in La Protection internationale des droits de l'homme dans le cadre européen, Dalloz, 1961, p. 109 et s. (Protection.)

Qu' est-ce que la théorie générale du droit, in A. P. D., 1962, p. 120-127. (Théorie.)

I 法実証主義 (un positivisme juridique)

(1)(a) そもそも法実証主義といわれているものの正確な概念内容を決めることは、必らずしも容易なことではない。本節では、エロー教授の法理論が法実証主義中の独自の位置を占めることを述べたいが、その前提として、法実証主義とは何ぞやということを、必要な限度で述べておかねばなるまい。

いったい沿革的にいって、実証主義が、A・コントおよびその影響下に展開された「実証主義（ポジチヴィスム）」の傾向の洗礼を受けた後の所産であることを、まず想起しておこう。ワリイヌ教授は、このコントの主張ないし方法を、「哲学的実証主義」[1]と名づけ、それは「一切の形而上学的思弁——したがって先験的・絶対的概念にもとづく自然法——を追放し、経験的に検証可能な事実に基づく考察のみを科学的として承認する立場としている。デュギーが、「真にかつ排他的に科学的な」[2]——社会学としての——憲法学の建設の烽火をあげた時、多分にこの意味の実証主義精神に燃えていたといえよう。

しかし今日通常「法実証主義（ポジチヴィスム・ジュリディク）」あるいは「社会学的実証主義（ソシオロジック）」といわれている諸学説のうち、この「哲学的実証主義」の前提を採用するものはむしろ少数（デュギーに最後までこの要素がのこる）であって、

自然法を法学上は拒否するが、法学以外の領域において、宗教的・倫理的自然法をむしろ明確に肯定している[3]、というべきだろう。したがって、法学上の諸々の実証主義を包括する決定基準としては、それらが1「実定法のみを法とする」こと、2「法的義務力とは、社会的に組織された強制力によって制裁される義務力である」こととという二点で共通している[4]、とでもみるほかはないようである。そして、法実証主義と社会学的実証主義の間の相違については、前者は、法規の形式・内容が上位法（窮局的には根本）規範に適合するか否かによって、その「妥当性（ヴァリディテ）」を決定する「思惟態度（チュデスプリ）」であり、後者は社会学的に「実効性をもって適用されている法」を実定法として解明する思惟態度だ[5]、といっておこう。このような見解に学者が一致をみているわけではないが、大体その線にそって法実証主義の代表者としてカレ・ド・マルベールやケルゼンを挙げ、社会学的実証主義者としては、ルネ・カピタンやデュギー及びその弟子達（G・ジェーズ　G・セル）を挙げるのが通常である[6]。

(1) M. Waline, Positivisme juridique, philosophique et sociologique, in Mélanges Carré de Malberg, 1933, p. 519 et s.

(2) Léon Duguit, Le droit constitutionnel et la sociologie, 1889, p. 3. この動向は、一八八〇―一九〇〇年の私法における「註釈学派」の衰退および「科学学派」の勝利と、関連して考えられねばならぬ。

(3) M. Waline, op. cit., p. 532-3.

(4) M. Virally, La pensée juridique, 1960, p. VI.

(5) M. Waline, op. cit., p. 523-7. なお野田・前掲一一九頁参照。

(6) もっともこの常識的見解に対しては、客観主義か主観（意志）主義かという観点から、分類がなされていることにもふれておこう。前者は人間意志から独立した客観的法の存在を前提とし、後者は法秩序の妥当性が人間の意志に起源をもつものと解する。ワリイヌは自然法に対する法実証主義および社会学的実証主義（デュギーを除く）の対立よりも、客観主義対意思主義の対立がより根本的ではないかとし（M. Waline, op. cit., p. 530; R. Bonnard, L'origine de l'ordonnancement juridique, in Mélanges M. Hauriou, 1929, p. 49 note (1)）、エロー教授はこの見解を進め、デュギー学派を「イデアリスム」（自然法説含む）と同様の客観主義にもとづく「社会学主義（ソシオロンズム）」として分類し、「実証主義」と対立する固有の一学派として把握している（Regards, p. 538）。ここで立ち入った検討はできないが、法実証主義イコオル客観主義と解するのは早計であり、むしろ極めて主観的な意思主義の理論でもありうることに注意を要する。何をもって「客観的」「主観的」というかを明らかにする必要がある。エロー教授は、客観主義と主観主義を次の四種に区分している。1絶対的客観主義は、一切の人間意志から独立して法が存在するという自然法ないし社会法説（デュギー）。2ケルゼンの相対的客観主義では、

法の内容は意志的・実定的創造であり、妥当性が形而上学的かつ客観的。3実定的相対的客観主義（エロー）によれば、法内容は意志的・実定的創造であり、妥当性は実定的で客観的である。4主観主義は、法秩序全体の妥当性が意志的かつ形而上学的起源をもつと解する。These. p. 151 note (1).

(b) このフランスの現代法実証主義の「父」(Regards. p. 546)が、カレー・ド・マルベールであるとすることに、少なくとも公法学者間で異論はないといってよい。法実証主義的傾向の強い今日のフランス公法学者の多くが、彼を「最も偉大（ル・プリュ・グラン）」な法学者と呼んでいるのを、筆者は少なからぬ機会に耳にした。我国に知られることの少ない、この第一級に重要な公法学者の紹介にここで立ち入ることはできないが、ただその法理論の最も注目すべき特色だけを摘記しておきたい。

1 法実証主義者としての彼の面目は次の主張をみれば明らかである。憲法は国家の「絶対的条件」をなす「純然たる事実（ピュール・フェ）」であり、国家権力および実定法を「段階（ドグレ）の問題」[1]として、構造的・形式的に認識・説明することが法学の任務である。政治的・倫理的考察や価値判断は厳しく排除されねばならない。また実定法の本質は「直接的強制方法による制裁」[2]を担保されていることであり、そのような制裁力を国家が独占しているのであるから、実定法イコオル国家法であって、慣習は法ではない。ために、彼の法理論が「国家的実証主義」(G、ヴデル)とか「狭い実証主義」(エロー)と呼ばれるわけである。

しかし同時に注目しなければならないのは、彼が国家権力ないし実定法に比べてはるかに「優越」するところの宗教的・倫理的法則に対する尊敬の必要性を、明示的[3]あるいは黙示的に強調している点である。この精神が、彼の厳格な法律論の価値のほかに「倫理的な輝き」[4]をそえ、フランスの法実証主義者をして、権力に盲従的な、たんなる法技術屋に堕することを免がれさせることになる[5]。

2 彼の法理論は、その発想、本質、性格において、きわめてフランス的である。

彼はドイツ系学者（イエーリング、ギールケ、ゲルバー、ラーバント、メルクル、G・イエリネック）の著作を研究・紹介し利用しているが、それによってドイツ流の「法実証主義」[6]を直輸入したのでは全くない。両者の類似は表面的なものにとどまり、その内容は、「フランス国（注）の理論」に外ならず、彼はフランス革命の精神に深く培かわれた公法原理に照して、伝統的な法理論を再構成し、第三共和制フランスの「デモクラシーの現実に適合させた」[7]のである。

3 彼の方法論にはしかし、ウィーン学派が発展させたような

徹底した追求はなく、「単純で平静な信頼」[8]をもって、実定法の「法的現実（レアリテ・ジュリディク）」を解明する方法に終始した。

したがって彼の法実証主義の方法論に「素朴」、「伝統的（ヴイラリイ）」という形容詞を冠しうる理由があるといわねばならない。現代フランス法実証主義の主流的学者に、この意味での素朴さに由来する方法論上の不徹底性と同時に、法（社会）的現実に対する健全な良識が同居しているのは、カレ・ド・マルベールの遺訓でもある。

(1) Carré de Malberg, Contribution à la théorie générale de l'Etat, t. I, 1920, p. 213.

(2) ibid., p. 208-9.

(3) ibid., p. XIX, XX, 57 note (6).

(4) J.-P. Niboyet, in Mélanges Carré de Malberg, p. 401.

(5) 例えば法実証主義の正統派の指導的学者であるワリイヌ教授は、デュペイルウの峻烈な実証主義批判に対して「法の勇敢な概念と卑劣な概念とがあるのではない。卑劣であるか勇敢であるかをきめうるのは（人間としての）法律家である」と反論し、彼自身ナチスの占領下に、パリ法学部の講壇から、個人主義法理論の講義を行ない、法実証主義者でありつつ勇敢な法律家でありうることを証明した。v. M. Waline, L'individualisme et le droit, 1949, p. 3-4, 86; Défense du positivisme juridique, A. P. D. S. J., 1939. p. 96. 後者は H. Dupeyroux, Les grands problèmes du droit, A. P. D. S. J., 1938, p. 14 et s. への反論であり、極めて重要な論争。海原裕昭、フランスにおける法実証主義の断面、法哲学年報 1962, p. 123 et s. 参照。

(6) 矢崎光圀、法実証主義、法哲学講座第四巻、参照。

(7) R. Capitant, Sur l'oeuvre juridique de R. Carré de Malberg, 1936, Extrait, p. 5-8. したがって、彼の法理論はドイツおよびフランスの註釈学と、本質的な相違があるというべきであろう。前者については、その精神において、後者については、革命の伝統を第三共和制の法的現実に即して再生させ、再構成した点において。

(8) ibid., p. 3.

(c)　このいわゆる素朴な法実証主義に、鋭く方法論的反省を迫る契機を与えたのは、ケルゼンの法理論であった。

彼の学説がフランスに紹介され論議を呼んだのは、主として一九二五年（Allgemeine Staats-lehre 出版の年）から一九三〇年の間である。多くの法学者が注目し検討したが（オーリウ、デュギー、カレー・ド・マルベール、モーリイ、ルネ・カピタン等）、全般的にいってその受け容れ方は「極めて控え目（フォール・レティサン）」であって、とりわけケルゼンの「批判主義的前提（ポスチュラ・クリティシスト）」は、一致して「否定」され、理論を全体的に継受したのはアイゼンマン教授だけだったといわれる（Kelsen. p. 180-184）。しかし、ケルゼンの「単一の法秩序」・「法の階層的構造」・「法の体系化」といった諸観念は、意識的・無意識的にフランス公法学者にも影響ないし反響を与えているとされる

(Kelsen. p. 184-191)。

ところでここで特に指摘しておかねばならないのは、夭折した俊秀デュペイルーの立場である。彼は遂に体系的著作を遺しえなかったが、その若干の論文[2]において、ケルゼニスムから「価値ある諸要素」(客観主義、実証主義、法階梯の観念等)を最大限摂取しながら、同時にその「行きすぎた批判主義(クリティシスム・アビュシフ)」を是正し「権力」概念の導入によって「実効性」と「始源規範」(Ursprungnorm)の仮設性の問題を解決した、とされている(Kelsen. p. 189)。彼が、法実証主義に投げかけた痛烈な批判は、鋭い倫理的および社会学的感覚をあらわしているが、エロー教授の指摘するように、彼の法理論は「厳格に実証主義」だったと解しうるのではあるまいか(Regards. p. 547 (106))。その立ち入った検討は別稿にゆずらねばならないが、確かなことは、エロー教授がデュペイルーの思索を最も「透徹した」「世界的」な作業だと評価し、自らの博士論文をデュペイルーの基本観念の「発展」だと自負していることである(Regards. p. 547; Kelsen. p. 189 (4))。

以上のべっ見によって、エロー教授の理論の系譜を次のように赴ってよいと思われる。カレー・ド・マルベールの古典的法実証主義――ケルゼンの「規範的実証主義」を批判的に摂取し超克したデュペイルーの理論――エロー教授による発展。なお後にふれるように、世界ないし国際社会の法的構成の問題については、デュギー学派のセルの「連邦主義」の理論の影響がみられる。

これを要するに、エロー教授の法理論を法実証主義の流れのうちにとらえうることは、争いえないように思う(Regards. p. 547では自説を客観的実証主義に属せしめている)。倫理的・理想主義的ニュアンスを否定しえないとしても、それはフランスの法実証主義者にほぼ共通してみられる、むしろ法学以外の要素として理解さるべきではなかろうか。

(1) 碧海純一、前掲三三五頁参照。

(2) A propos du fondement du droit, in Revue apologétique, juillet 1931; Sur la généralité de la loi, in Mélanges Carré de Malberg, 1933; Les grands problèmes du droit, A. P. D. S. J., 1938, 1-2.

(2) さてこのエロー教授の法実証主義の特質は、「法の一般理論とは何か」というアンケートに対する教授の解答に集約されている(Théorie. 序註(6)をみよ。と略)。教授によれば、法の一般理論とは「法秩序の倫理的価値および窮局目的(フィナリテ)ならびにその経験的実現から独立しておこなう、法秩序の概念的および公理的構造(アルマチュール・コンセプチュエル・エ・アクシオマティク(3))の研究である」と(Théorie. p. 127)。この結論にすでに教授の法実証主義者の立場が充分あらわれているが、その前提となっている推論にみられる特色を探ってみると。

いったい「法の科学」は「評価的考察(ベルスペクチーヴ・アプレシアチーヴ)」(倫理、政治的主張)

ではなく「記述的考察（ベルスベクチーヴェ・デスクリプチーヴ）（制度や法の科学）」に属する。そして後者は、対象として事実ないし現象を研究する「実証科学（シアンス・ポジチーヴ）」と、規則ないし規範を対象とする「規範科学（シアンス・ノルマチーヴ）」に区別されるが、法の科学は「規範科学」である。すなわちそれは「法規範を法規範として」（宗教的、倫理的規範と区別）「純粋に認識」（Validité., p. 478）するものであり、その研究方法は四段階に分れる(1)。それが、法規に対する倫理・政治的主張と区別さるべきことはもちろんであるが、「心理・社会的な生（なま）の所与」を考察する「法・政治制度の科学」とも異なり、方法が基本的に変化し「関心の中心」が移転することが強調せられる(2)。

結局法の科学は、対象として「実定法」すなわち「社会的に形成された法（ドロワ・ソシャル・マン・フォルミュレ）（成文法規、慣習）」をもつが、法の一般理論は次の二種類の問題を取扱かう。第一に「法秩序の論理的構造」の問題（(a)「規範」と「人格」の問題の研究。(b)法秩序の統一性を確保する「公理」の探究）(3)。第二に、「法秩序の資格決定」の問題（(a)法秩序の基準(b)法秩序の確認の問題）。

以上を通観して、少なくとも次の二点においては完全にケルセニスムだといってよいと思われる。1「方法の批判主義（クリティシスム・ド・メトード）」(4)。すなわち法の科学は Sein と Sollen、および宗教的・倫理的・法的 Sollen を「注意深く区別」することを要請するという方法論的立場(5)。2「法規範が階層をなすという概念」。

しかし、エロー教授はケルゼンと、その方法的批判主義の哲学的前提をなすところの存在と当為の二元論(6)において、決定的に袂を別っている。教授にとって法とは、ケルゼンと同様、実定法であり、実定法は「物的強制力」によって判別される。しかし、実定法およびその秩序は、フランスの法実証主義および社会学的実証主義者との通念にしたがい、あくまでも「現在の社会的現実」の「特殊な態様」であって、仮設の世界の観念ではないと解する。「超実定法的根本規範によって妥当性を基礎づける……という問題はそもそも存在しない」のである（Validité., p. 483）。Sein と Sollen は、この現実の特殊な社会規範秩序の「二つの顔（ドゥブル・ヴィザージュ）」を示すものにほかならない（Théorie., p. 126）。では、当為規範としての実定法は、存在事実としての実定法と、いかにして結合しうるのか。実定法の妥当性の問題は、いかにして実効性の問題と関連しうるか(7)。このケルゼンの法理論がまさに破綻を運命づけられていた終着点が、エロー教授の出発点となり、同教授の法理論の中軸をなすところの「創始権力」の理論となるのである。なお、後述するように、法規の本質の理解についても基本的な相違をみせることになる。

また、ケルゼンの哲学的批判主義の当然の帰結である「哲学的不可知論」にエロー教授は組しない(4)。教授は「多元主義的」政治哲学(4)ないし世界的視野における「連邦主義」を採り（Fédéral., p. 181 ; Théorie., p. 127）、

この窮局の価値理念が、みえざる導きの手ともいうべきものとして、同教授の法理論の全体系を背後から指導し、その「内的統一性」と教授の実践のインテグリティを確保していることを透視しうるように思う。後にみるように、創始権力の理論は、この「最強権力」が、世界的法秩序の階梯を上昇し、窮局の世界連邦に達するパースペクチヴにおいて展開されるのである（Thèse., p. 11, 131; Validité, p. 482; Fédéral.）。

(1) 1法規則を再検証する。2それを階梯秩序中に位置づける。3その妥当性を確かめる。4妥当性のない規則を排除する。Théorie., p. 123.

(2) 1制度の科学は、法規則でなく事実に関心をもつ。2妥当性でなく、適用を問題にする。3法規を現象の発生と結果として取扱かう。4法律的というより、それ以外の社会的ファクターを重視。5法規の形式より、内容が問題。

(3) 「公理」とは、客観的な「理性的に強行的な原則」である。その発見によって、実定法秩序の矛盾を解決し、けん欠を補完する。

(4) 一九六三年四月八日付同教授の私信によって確認。

(5) 「方法論とは、精神がその対象をとらえ、対象を透徹して理解し、それを概念的術語によって再構成するために使用される知的操作を、叙述し是正するものである。」Théorie., p. 121.

(6) F. カウフマンは、「領域二元論」と呼び、碧海教授は「純粋法学の方法にとって必要でない形而上学的仮説」とする。前掲、三三五頁。

(7) 法の「認識論」の根本問題だと解される。Cf. Compétence., p. 42. 教授にとって、認識論とは「各々の科学の基礎と価値とを解明するもの」である。Théorie.p. 121.

II 法秩序の体系化 (l'ordre juridique)

(1)(a) 法秩序は、このようにして、倫理的・政治的価値から「中立的」な強制規範秩序であり、「自己閉鎖的総体」(un tout fermé sur lui-meme) (Validité., p. 477) をなすものとして、世界的な法秩序にまで論理的に体系化されることになる。この面では全くケルゼン的とみてよいであろう。

しかしながらこの体系化の作業において、ケルゼンとは異なる組立て方があらわれる。その相違は、ケルゼンが法秩序をもっぱら当為の世界の秩序として取扱ったのに対し、エロー教授は、あくまでも「法的現実をより忠実に解釈」(Compétence., p. 37) する基本態度をもって、法秩序を規範秩序としての当為の要素だけでなく、強制(力)の秩序としての存在の要素を併せて考察し、両者を統合する体系を構成したことに由来する。ために教授の法秩序論は、実定法秩序の構造と実態をよりリヤルに解明しうるとともに、よ

りダイナミックな把握に成功しているように思う。

(b)　さて、教授の法秩序論の特質を鮮明にするために、まずケルゼンの概念ときわだった相違を示している諸概念にコメントを加えたうえで、次項でその概要を紹介することにしたい。

1　「権力」(pouvoir)の積極的概念の導入。ケルゼンの立場が「はじめに規範ありき」だとすれば、教授は「はじめに力ありき」というだろう。実定秩序を創始し、それを生かし、それを変化させるのは、この権力であって、規範ではない。法秩序はたんに冷たい空虚な規範的「妥当性の流れ」なのではなく、行動的で実体的内容にみちた「エネルギー」すなわち権力の体系であって、妥当性はその消極的側面であるにすぎない(Thèse., p. 458)。

この権力の概念規定は必らずしも明らかにされてはいないが、それはむしろ社会学的実体概念であり、心理的・社会的・経済的・警察的あるいは軍事的「力」(フォルス)ないし「権能」(ピュイサンス)であって、人間の「意志」によって仂かされて法秩序の内容を決定し、法規則の適用＝実効性を担保するもの。この権力が、法規則によって「賦与」(オクトロワイエ)される場合でなく、その社会的実力そのものから直接発生する場合、「固有の」(intrinsèque)権能といい、前者を伝来的(extrinsèque)と呼ぶ。そして「固有の権力をもつものは、現在の実定法秩序においては、一方では、不可抗的な最強力の保持者である国家」であり、他方では「生物学的、身体的、精神的能力と経済的な力」をもった「単純な個々人」(アンデヴィデュ・サンプル・パルティキュリエ)であって、固有権力という点では、国家対個人という「対抗者」(リヴァル)関係に帰着する(Validité., p. 481)。

2　法規則(règles de droit)概念の消極性。「規範が規範を生む」(ラ・レーグル・アンジャンドル・ラ・レーグル)というメルクルやケルゼンの規範創造的動態論は大胆な反論に直面する。そもそも、法規則は、積極的な権力の行動に対し、それを「制限」ないし「禁止」する「消極的」(ネガチーヴ)な本質をもつ。それは「機関」(法人格)を構成し、その法階梯中の位階を定め、その「権限」(コンペタンス(1))を決定し、機関の行為の妥当性の範囲を劃定する。そして一切の法的行為は妥当・正規・適法(権限)行為(ヴァラーブル・レギュリエ・リジイト)と無効・不正規・不適法(無権限)行為(ニュル・イレギュリエール・イリジイト)とに二分されるが、権限行為とは法規則によって禁止されず「放任」(レッセ)され「残された」(résiduelle)権限の行為である(Compétence., p. 36-37.)。この残された権限の範囲内で、下位の法規則の内容を創造してゆくのは、人間的要素をふくむ機関の「自由意志」ないし権力であって、上位法規則が直接それを産み出すわけではない(Thèse., p. 76-78.)。ウィーン学派は、形式(機関の構成・手続・授権)の規則と(権限行使によって創設する)規則の実質的内容とを混同し、前者の概念だけで劃一的に取扱っている誤りがある(Thèse., p. 77-78.; Validité., p. 479.)。また法規則よりも権

限が先行していると解すべきであり(Validité..., p. 486)、上位権限ほど法規則の限定が少なくなり、遂には法規則によって限定されない自由な権限＝創始権力に達する。

3　妥当性（validité）の概念の諸類型の区別。ケルゼンの妥当性の概念は、エロー教授によれば「内部的妥当性（ヴァリディテ・アンテルヌ）」としてのみ採用される。この意味での妥当性とは、或る法秩序階梯の内部における行為または法規則の上位法規則に対する論理的適合性のことである。実定性や具体性とは、当然には関連し合わない。この妥当性には、権限内容に適合してなされる行為の「固有の（ヴァリディテ・）妥当性（アントランセク）」と、形式および手続の条件に適合してなされる行為の「伝来的妥当性（ヴァリディテ・エクストランセク）」の区別をなすべきことが強調される(Validité..., p. 484 et s.)。ウィーン学派の「規範が規範を生む」という「妥当性の自己創造」のテーゼは、「伝来的妥当性」についてあてはまることができても「固有の妥当性」についてはあてはまらない。というのは後者は、権限の法規則によって妥当性の条件を限定されるのであって、創造されるのではないから(Validité..., p. 469)。

さらに重要なのは「全体的妥当性（ヴァリディテ・グローバル）」の概念の導入である。それは、或る規範秩序の全体としての法的妥当性を意味し、この妥当性は、その秩序が「最大の力（ラ・プリュ・グランド・フォルス）」によって支持され、それによって「実効性」のある強制秩序とされていることを意味する(Validité..., p. 479 480)。したがって「妥当性とは、全体的秩序にとって、より正確には創始権力の次元においては、実効性と同義語である」(ibid., p. 490)ことになる。この全体的妥当性の概念は、エロー教授は、デュペイルーのそれの継承であって、ケルゼンの妥当性の概念とは「基本的に対立する」と考えている。(2)

(2)　さて、以上の諸概念の中軸となる「創始権力」の概念については、次節で立ち入ることとし、エロー教授の法秩序のシェーマをここで概観しよう。

(a)　法秩序は既にふれたように、自律的な総体としての強制秩序ないし階梯のピラミットであるが、それはあくまでも現実の社会に条件づけられた社会事実の一局面である。教授によれば、社会において「個人相互間の接触関係が客観的に存在する」ことが「社会的・法的事実の決定的」要素であり(Thèse..., p. 25)、無数のあらゆる社会を包括する「世界社会のエキュメニカルな法秩序」が一切の法秩序を包摂する(Thèse..., p. 131, 141)。

この世界的法秩序の構成は、理性上強行的な原則としての「法的公理」(axiome juridique)によってなされる。この公理は、たしかに純規範論理的要請によるものではあるが、ケルゼンのいうような仮設的命題（ポスチュラ・イポテティク）ではなく「広がりの」基準にもとづくセルの「連邦主義」の法的公理化である(Fédéral..., p. 180, 181 note 1)。すなわち

法秩序が無政府的危殆に頻してはならないものである以上、次の二公理が自明の理として肯定されねばならない。1構成された社会の法が構成社会の法に優位する。2政治的（全体的目的をもつ）社会の法が個別的目的をもつ社会の法に優位する（Thèse., p. 120 et s.）。したがって世界的法が、他の一切の法に優位し、その妥当性を与えているが、しかし国際社会および法の現段階においては、基本的には国家が創始権力―最強権力を保持し、法秩序に実定性を与えているのであるから、国際的法規則の妥当性は、基本的には「実定的」ではなく、「公理的」であるにすぎない（Fédéral., p. 180 et s. 国家間、超国家的、連邦的法秩序についての明快な解明をみよ）。実定性は「統合度（クリテール・ダンテグラシオン）の基準」による社会の区別のうちで、最強の力（ラプリュ・グランド・フォルス）を掌握する創始権力が与えるのである（Thèse., p. 141）。

(b)　右のような全体像のなかで、法秩序の構造は次のようになる。

それは「規則と機関との、資格づける規則と資格づけられた機関との、交代的な（シュクセシオン・アルテルネ）継続であり、継起的な滝（カスカード）ないし段階（パリエ）が切断された形をとってあらわれるが、全体的には継続的な連鎖としての法秩序をなし、その統合性（コエランス）のゆえに、各々の法規則は、それが法秩序に挿入されるという唯一の事実によって、その客観的で実証的な妥当性をもつ[3]」のである（Thèse., p. 112）。

これはデュペイルーの立場の継承であるが、法秩序に法規のみならず機関すなわち法主体（ジュジェ・ジュリデク）を構成要素としてとり入れ、両者の交替的秩序と解した点が重要である。そしてこの法主体が上位規則に対する関係で、権限と形式について、妥当性をうるためにいかなる規整を受けるか（Thèse., p. 30-74）、また下位規則と法規則（アジャン・ジュリデク）制定者とは、どのような関連をもつかを詳細に分析している（Thèse., p. 75-102）。

このような構造論の基礎には前述したような権力の能動的概念および法規則の消極的概念があるといってよい。そして法規則の妥当性は、権力の意志によって左右されない客観性と実証性とをもつが、法規則の内容は、形式と権限の法規則によって禁止されずに残された範囲内で、権力ないし機関の意志が決定するのである。そこに主観的、意志的要素が介入してくる。

この権力による権限内での法的内容の決定には、法規制定行為（第二次規則）と法規の物的強制力による適用行為（第一次規則）がある。前者は、それ自体後者であることはできないのであって、後者は、法秩序の実効性という観点からは直接的な創始権力の表れであると考えられる（Thèse., p. 83）。また、介在的権力は、常にその直接の上位権力によってのみ制定されるとはかぎらず、最高権力によって決定され、直上権力は修正の権限をもつにすぎない場

合があること等が指摘される(例えば、権力分立を採用する憲法の、制定権、立法権、執行権の関係 These., p. 83.)。また、この最高権力の法規制定行為の解釈については、ラーバント・イエリネック流の意思(純主観)主義的自己制限説を否定するが、客観的・実証的法規則を自ら制定し、それに拘束されると解するのだから、最高権力の客観的自己制限(オート・リミタシオン)説である(These., p. 112)。なお、慣習法については、それが制定法と共通の社会的基盤をもち、社会的に実効性をもつ規範であるものとして法的性格を承認するが、それは権力によって「欲された(ヴウリュ)」とはいえず「受容(アクセプテ)」されているにすぎないから、権力が制定法によってそれを廃止することは常に可能である。ただし、成文法規が慣習法によって実際上廃止ないし変更されることがあり、慣習法は廃止・変更した成文法規と同等の法秩序中の形式的効力をもつことになる(Thèse., p. 97-100)。

(1) 権限とは「法に適合した(法)人格の潜在的行動である。」(Compétence., p. 35).

(2) もっともケルゼン自身、一九三四年の「純粋法学」以後「個々の法規範の妥当性はそれの属する法秩序全体の実効性に依存する」とし、規範と事実とを媒介するものとして、根本規範を用いたようである(碧海、前掲、三三一頁)。この点、デュペイルー、エロー教授の理論との相関関係は、未だ詳にしない。

(3) Dupeyrouxs, Les grands problèmes du droit, op. cit., p. 47 の引用。

II 創始権力(le pouvoir originaire)の観念と実際

(I) (1) 「創始権力とは、或る法的階梯のラインのうちで最高位を占め、放任(コンペタンス・アバンドネ)された権限を享有するところの権力である」と定義される(Thèse., p. 143)。この権力は、その法的性格を、ウィーン学派の説くような上位法規範からの「委任」によってではなく、「不可抗的」な「最強」の「実体的権能(ピュイサンス・マテリエル)」を保持することによってえているのである。もとっも、創始権力が全体法的秩序の中で最高位階を必らず占めるわけのものではない。現在の段階においては、それは基本的には国家により保持され、世界的法秩序の中において「超国家的国際法と国家下ないし国内法との間のかなめ(charnière)」をなす(Thèse., p. 211)。したがって上位法たる国際法との関係においてそれは「黙示的な授権規則」によって、「完全で無制約な権限」を承認されていると解される(Compétence., p. 41-42)。

さらにこの権力は、法の一般理論において「中核(ピエース・メートレス)」をなす最も重要な概念でもある(Thèse., p. 12)。というのは法の当為性と存在性との二元性をつなぐ「かなめ」として、この権力が妥当性

の秩序に実効性を与え、実定的な法秩序たらしめると解されるからである（Compétence., p. 42）。

(2)(a)　このような「創始権力」の「仲介的地位（ポジション・メディアーヌ）」のゆえに、上位法下位法との関係における特性が解明されねばならないことになる。まず、上位法との関係については、いわゆる国際法と国内法との関係についての二元論、国内法優位の一元論、国際法優位の一元論の批判を通じて、検討が進められる。

二元論に対しては、1国際法主体としての国家を「神話的存在（エートル・ミステク）」視していることを批判、国際法は直接・間接に国家機関を拘束するのであって、国際法に関連する法が国内法全体に及ぶことを確認。2二元論は結局「相対主義的信仰告白」であり「視点の二元論」に帰するが、この二元論は社会学的現実を無視した思弁的擬制であるにすぎない。国際法の直接の名宛人は国内法の法人格であり、国民個人相互間の関係を直接間接に規整することを指摘して、二元論を否定する（Thèse., p. 153-158）。

国内法優位の一元論に対しては、数ケ国を拘束する国際法は、それら諸国にとって同一の法規則であることを無視し、規範的秩序の代りに国家的便宜の事実状態を記述するにすぎない、国際法の存在の否定論だとして拒否する（ibid., p. 159）。

国際法優位の一元論については、1セルのいったように、国家法とは別に、世界的な社会の連帯性に対応する超国家的法が存在する。2成文国際法の制定は諸国家の合意に基づく国際法（第一次的と呼ぶ。通常の国家間の条約）と、既定の実定的超国家機関の制定する国際法（第二次的と呼ぶ。国連など）があるが、前者は諸国の協調関係、後者は従属関係をあらわす。前者が現行国際法の主力をなすが、諸国家の合意によるそれらの条約を、形式的・機関的に規定し、「超国家的な複合機関」の作品とみる。(1) 3国際協約の妥当性について「契約は守られざるべらず（パクタ・スント・セルヴァンダ）」という規則が、法秩序の階層制の理性的原則に基づくものでありかつ「理性的に強行的（ラジオネルマン・コントレニヤン）」な「現実的規則」だと解する（クンツに近い）。したがってケルゼンが国際法優位か国内法優位かは「仮設」の問題であって選択を各人の世界観に委ねるとしたことは、支持されえない。なお国際慣習法は国際法の自律的法源であり、諸国家の権力による複合的機関によって許容（トレン）されているものと解する。

このようにして、創始権力の特質は、一切の事前に実定的に規定された形式および手続条件から独立して、協調の第一次的法を生ぜしめるところにあり、その法は契約遵守という理性的ないし公理的規則によって妥当性をもつ（ibid., p. 180）。

(b)(イ)　創始権力と下位法との関係如何。国内法秩序において創始権力は常に最高権力であるが、逆は真ではない。だから最高権

力イコオル創始権力とはいえず、後者の真の定義は、国内法において最大限の権限を与えられている権力である（Thèse..., p. 183）。

創始権力は国際法の契約遵守原則に拘束されているが、国内法上は法的にいかなる制限もうけない。しかしダイシーのいう外的制限（オーリウのいう諸制度による制限）および内的制限（心理的傾向による制限）によって、事実上制限されている（法社会学の対象）。

この権力は、形式的規則により制限されているか否かによって（内容的には無制約）、絶対的および相対的創始権力に区別される。後者の例としては、憲法制定の会議（手続が規定されている）がある。したがって、創始権力をその起源の観点から定義して一切の法的授権外の事実的権力と規定するのは（カレー・ド・マルベール、ボナール）、法的に必らずしも正確ではない。制定された手続に拘束されている創始権力（相対的）があるからである。

(ロ) 憲法制定権と創始権力との関係。そもそも憲法および制定権の法学的定義は、実質的内容によって（ボナール）ではなく、純形式的にのみなしうる。すなわち国内法階層のうちで最高位を占める法規則が憲法であり、[2] この憲法を「作成し、修正し、廃止する」権力が、制定権（改正権と区別なし）である[3]（ibid., p. 204）。

制定権は常に創始権力であるが、それが絶対的創始権である場合と相対的なそれである場合とがある。絶対的創始権力が個人的権力として恒久化する場合は、むき出しの権力的事実であって（ヒトラー政権）、制憲権にならない。制憲権となるとき、性質上また形式上それは絶対的であることをやめ、相対化する。しかしそのように形式的・機関的に制約されることが、実質的内容上限定されることを意味するものではない。しかし憲法が作成されることによって創始権力は消滅する。

国家を創設するのは、通常いわれているように憲法なのではなく、創始権力だと解すべきことが強調される[4]（ibid., p. 208）。

(1) セルの dédoublement fonctionnel の理論は、国際法と国内法の関係を critère matériel によってなす考察としては正しいが、法学は形成的基準によるべきであるとし、通常の条約締結の方法による場合は、一機関の機能が分化するのでなく、「一つの心理的意見の機関的分化」があると解する。また国際法規の「対象は国際的であるが、それらの形式的妥当性は、国家規範のそれである」（Thèse., p. 169. v. Fédéral.）。

(2) 硬性・軟性憲法の特殊な区別の仕方は注目されてよい。それは国内的最高権力により修正不可能なもの（硬）、可能なもの（軟）の区別に還元される。憲法と通常法律との古典的な区別は、政治学的であって採りえない。従来の軟憲法のうちには、憲法価値のないものも含まれる。従来の硬憲法のうちには、硬憲法、軟憲法、非憲法が含まれる（p. 195-202）。

(3) 芦部信喜教授（憲法制定権力、日本国憲法体系Ⅰ、一一四―五

頁）らの立場（筆者もそれをとる）は、エロー教授の法実証主義の立場からは、一種の自然法学説ということになろう。参照されているビュルドー教授の「法の理念」理論の立場は、エロー教授によって「自然法主義者と法実証主義者とのまさに仲介的地位を占める」（Thèse., p. 408）とされていることは、興味深い。なお、参照、菅野喜八郎、自然法論的憲法改正限界論、「法学」二六巻一号。

(4)　オーリウも、国家以前に「創設」(de fonder) 権力が存在することを認めるが、表現が不充分だとする。また、ビュルドーが国家を制度化されたものと解していることは、憲法が国家を創造するという前提があるが、国家の制度化以前に「政治権力」があり、国家はその一種にすぎぬことが強調される（p. 208-210, note (1)）。

(ii)　創始権力の発現――進化――消滅。創始権力の概念を「抽象的・静的」に考察した後、それを「動的」かつ「歴史的」事例により具体的に検討する。

(1)　出現について、創始権限の合法的取得（アクセシオン・レガル）と非合法的取得（アクセシオン・イレガル）の区別が問題とされる。「軟性」憲法の改正によって相対的創始権力を取得する場合、合法的取得であるが、一種の革命に準ずるものである。何故ならば、法的にいかなる障碍もなく、体制の一切の変更が可能となるからである。しかし非合法革命とは異なり、新権力に対して手続条件を課することができ、その手続によって革命の断続的段階を避けることができる（Thèse., p. 270）。

革命現象とは「一切の反対的上位法規則をじゅうりんして国内秩序の最高位階を或る権力が取得するという事実」である（ibid. p. 275）。憲法は必ずしも廃止されないが、新最高権力に対してはその強制的効力を失なう。革命権力は一時期、万能であって絶対的創始権力でありうるが、憲法が明示的・黙示的に廃止されないかぎりは、革命権力も相対的創始権力たるにとどまる（新国家の創造については省略）。

憲法改正機関が相対的創始権力を取得しても、下位法規則を修正するにとどまる場合が通常である。憲法制定権が制定手続や権限を修正すれば「軟性」憲法の修正であるが、それは権力ないし国内法の特徴を変えない単なる修正にとどまる場合がある。憲法制定権を他に移譲する場合は稀ではあるが、あれば、重大な変更である（一九四〇年七月一〇日のペタン元帥に対する憲法制定委任法律が例）。それにより共和国の廃止も個人的権力の設立も可能となる。憲法制定権は、全権力を恒久的ないし決定的に委譲することによって「自殺」するが、それは「法的に可能であっても、稀にしか起らない」。なお、制定された制憲権は、恒久的権力となることは政治的に不可能であり、間けつ的に機能するにすぎない。結局創始権力はむしろ革命の事実あるいは国家の創造の結果である（ibid., p. 283-4）。

(2) 創始権力の支配（レーニュ）について。

創始権力が恒久的政治体制であることは先進国においては稀であるが、相対的創始権力の例としては絶対王制（王が制定した法規には拘束されるから専政制とは異なる）および国民公会制および個人的独裁制（ファシズム、セザリスム）がある。絶対的創始権力の例としてはヒトラー政権がある（ムソリニー・ファシスト政府では、一八四八年憲法が存続したから、ちがう）。一九三三年七月十四日のワイマール憲法廃止、憲法改正権の委任の後は、ヒットラーは「民族精神」により一切の法規を制定改廃しうることになったからである（p. 285）。

ついで臨時政府の問題が詳細に検討される（省略）。

(3) 憲法制定権の行使について。黙示的行使と明示的行使とに区別する。

黙示的行使は、先行法秩序をじゅうりんして臨時政府が実効的に存在するようになったとき起る。新権力の機構・権限が恒久的かつ明白に先行憲法に矛盾する限度で廃止されたものと解される。創始権力の合法的な取得の場合には性質上当然には黙示的制憲権の行使とはならない。

黙示的行使はさらに、停止と廃止に区別される。前者は革命の当然の直接的効果であり、法学的意味における革命そのものである。もっとも革命が為政者を変更するのみで、憲法の変更をともなわぬ場合もある（南米の例）。臨時政府の布告（プロクラマシオン）は、新権力の確認と宣言であるが、それと矛盾する先行憲法を廃止する。

革命による憲法の廃止について、それがトータルなものだと解するルソー流の社会契約説憲法論ないし、政治契約説憲法論を批判し、法学の立場からは、憲法は法として双務的でなく一方的意思表示であるとみるべきだとし、憲法の廃止は、全面的でなく「限定的かつ純偶発的な性格」をもつにすぎないことが強調される（ibid. p. 336）。

制憲権の明示的行使とは、採択された法的手続にしたがって、憲法規則を明示的に制定することをいう（革命権力が事実上強力でない場合、なしくずしに行なわれる。共和一〇年憲法の例）。通常は、革命後創始権力が憲法制定のため諸機関に変貌して制定権を行使する（トランスフォルム）（一八四八年憲法の例。ただし革命機関がそのまま、憲法制定機関になる場合もある。一七八九年国民議会の例）。この制定権が限定されている場合、および制定権が他機関に委譲される場合の態様は種々である。カレー・ド・マルベールが「実定憲法以前には事実があるにすぎぬ」といったが、論理的・実際的に不正確であり、法的に構成された制憲機関とその権限が先行する場合があるのであって、創始権力から常に直接憲法法規が発生する訳ではない（ibid. p. 335）。

憲法の内容がこのようにして明示的に決定されるが、その法的権力の行使にあたっては「一切の制限から絶対的に自由」であって、ダイシーのいう事実上の「外的」および「内的」制限がある

にすぎない。人権宣言も、それに含まれる「道徳的原則」が「文明の理念」を表明するものとして事実上尊重されることがあるにとどまる（人権宣言をデュギーのように憲法制定権よりも「優位する法」とする解釈、オーリウの慣習法と解する説が否定される p. 357-360）。

旧憲法規則は、新憲法規則と両立しえない限度で廃止されるが、両立しうるものは引続き生きる。ただし憲法法規としての効力は革命によって否定されたと解すべきであるから、憲法改正手続によらずして改廃しうる（p. 362 3）。

新憲法の公布によって、創始権力は消滅し、新たに国法秩序が制度化された秩序となる。

(1) イギリス国会は、恒久的相対的創始権力である。わが国の新憲法制定事情の説明にも参考になる。

結　語

以上の検討に基づいて、冒頭の問題提起に対する解答を要約して、小稿を結ぶことにしよう。

1　先ず、ケルゼンの影響の意義と程度について。その影響は批判主義的方法論および法秩序の論理的体系化の操作に明瞭であるが、同時にそれにとどまるというべきであろう。すなわち、一切の倫理的・政治的価値判断を排除し、当為と存在を区別したうえ、当為の学としての宗教・倫理学からも区別される eine Zwangsordnung としての法秩序の規範科学が、法の科学だととらえた、方法上の批判主義。および、法秩序を客観的な論理的階梯体系に構成する理論的操作。この二点で全くケルゼン的である。

しかし、ケルゼンの影響の限界は、次の三点にはっきりあらわれている。哲学的批判主義の前提（いわゆる領域二元論、当為と存在の二つの世界の隔絶）の拒否。根本規範の仮設性の否定。ケルゼンの全法理論を、一定法秩序の内部的妥当性にのみ通用するものとした限定。

2　右三点は、とりもなおさずケルゼンに対する根本的な挑戦であるが、法秩序の構成における「機関意志」の導入と「残存権限」概念も注目すべきである。すなわち法秩序を、規範を産む自己創造ないし権限を委任する（compétence-délégation）体系と解するウィーン学派に反対して、法規則と機関との交替的継起として法秩序をとらえ、法規則が禁止しないで、機関意志に権限を残している（compétence-résidu）体系であると解する。この見解の基礎となっている諸概念――権力ないし実体的権能の能動的・創造的性格、法規則の消極的・禁止的性格、法規則の形式決定面と内容決定面の区別――は、いずれも、ケルセニスムに対する反対論として興味がある。

そしてその独創性は、創始権力の理論に集約されている。当為

としての法と存在としての法との「接点（ポワン・ド・コンタクト）」ないし「かなめ（シャルニエール）」としてのこの概念は、ケルゼンの全法理論の倒壊のつまつきの石の位置に据えられた、エロー理論建設の隅の親石だといってよさそうだ。この権力が、不可抗的な最強の実体的力によって、妥当性の体系としての法秩序に実効性を保障し、「全体的妥当性」すなわち実定法としての「法的性格（ジュリディシテ）」を与える。この創始権力の概念が実定法の当為と存在の認識論上の矛盾を巧みに克服する道具となっているのみならず、国際法と国内法、革命と実定法との関連等についての実定的解明に、有用なものであることを示しているといってよかろう。

3　最後に、この創始権力の理論が、深いフランス的思考の根をもっていることを指摘しておきたい。教授は、強制力の規範秩序としての法秩序の始源は「力の優位（プリマ・ド・ラ・フォルス）」であり、それは「一種の我思う」であるとし（Thèse, p. 453）、明析な演繹的形式論理を展開している。そこに、新カント派の方法論を駆使した、カルテジャニスムをみることができないであろうか。また例えば、世界的法秩序を構成する理性的に強行的な「公理」という発想は、デカルトの伝統に遡るものではなかろうか。

それはともかくとしても、教授の理論が、現代フランス法実証主義の幹にしっかりつながっていることは、疑を容れない。すなわち、ケルゲンにしたがって法の科学を規範科学としたことは、決して法を社会的事実かきりはなして「天地の間の雲のなかに宙づりにした」[1]わけではない。教授にとっては、あくまでも社会的現実によって条件づけられた「法的現実」の忠実な解釈が、法の科学の任務である。創始権力の概念は、法学的、社会学的現実を直視し、方法論的に分極化したうえで、認識論的要請によって接合するための純粋概念だ、とでもいえるのではあるまいか。また例えば機関意志ないし法人格の概念を、法秩序の必須の構成要素として導入したことは、明らかにカレー・ド・マルベールの遺産である。

さらに、力の優位の法理論が、実定法の現実認識の理論であって、それ自体権力に迎合する理論でないことは、フランス法実証主義者の確立した常識であろう。むしろ実定法の現実を客観的に厳しく正視させる法理論は、宗教的・倫理的自然法との対決を鮮明にし、「勇敢な法律家」のより明確な実践的決断をうながす理論として機能しうるのである。なお、教授の法理論そのものの中に、世界的法秩序の構成におけるセルの連邦主義論にもとづく国際主義ないし世界主義が滲透しており、他方、国家権力に対する「対抗者」としての平等の地位に個人の固有の権能（ルソーの自然権になぞらえ、形而上学的ニュアンスさえ感ぜさせる Validité, p. 481, 486）を高めている点や、法規則を制限的、消極的本質をもつものとしている点、はフランス革命以来の古典的個

人主義・自由主義の魂を感得させるものがある。

結論として同教授の法理論は、現代フランスの法実証主義の子であるといえる。またケルゼンの規範論理的方法論を摂取しつつも、ケルゼンの非現実的一面性を克服して、実定法の生きた現実に適合させた「創始権力」の理論によって、特徴づけられるといっておこう。そのようなことがわかっておれば「規範的法実証主義」(ヴィラ／リイ)の一派というレッテルをはってよいかもしれない。

(1) ケルゼンの理論に対する評言。M. Waline, Les idées maitresses de deux grands publicistes français. L. Duguit et M. Hauriou, in L'Année Politique française et étrangère, 1930, p. 51.

THÉORIE GÉNÉRALE DU DROIT DE M. GUY HÉRAUD

—Un exemple français de dépasser le kelsenisme—

Tadakazu FUKASE,
Professeur adjoint à la Faculté,
Droit constitutionnel.

Pourquoi la théorie générale du droit de M. Héraud intéresse les juristes japonais? Parce qu'elle leur présente un exemple très remarquable de surmonter les graves difficultés de la théorie de Kelsen, tout en utilisant les éléments valables du normativisme viennois. Celui-ci, d'ailleurs, avait au Japon profondément charmé au cours des années de 1920 et 1930 l'esprit de quelques publicistes au premier rang (par exemple, M. K. Yokota, droit international, M. S. Kiyomiya, droit constitutionnel), et laisse encore aujourd'hui subsister chez plusieurs auteurs l'influence léguée de l'école kelsenienne.

La "thèse de droit" de M. Héraud, "L'ordre juridique et le pouvoir originaire, Toulouse, 1946", complétée et développée par ses nombreux articles récents, constituerait un des monuments très importants dans l'histoire de doctrines contemporaines du droit en France, bien qu'elle occupe une position particulière chez les publicistes français.

Le présent article d'introduction tâche de faire se dégager, 1°–la ligne généatique de la théorie de M. Héraud notamment en relation avec le kelsenisme, 2°–ses traits originaux vis-à-vis de celui-ci, 3°–les éléments proprement français imprégnés dans son système.

1°–Le tableau généatique pourrait être dessiné de la manière suivante.

Le positivisme classique de Carré de Malberg avec notamment la notion de personne juridique ainsi qu'avec le sens pénétrant pour la réalité juridique.

–Le positivisme objectiviste de Dupeyroux raffiné par le normativisme kelsenien, mais dépassant celui-ci par l'introduction de la notion du pouvoir.

–le positivisme objectiviste et criticiste de M. Héraud, développant la position de Dupeyroux par la notion la plus poussée du pouvoir originaire, avec une harmonieuse synthèse du fédéralisme de G. Scelle ainsi que de la méthode criticiste et du procédé de systématisation hiérarchique du droit de Kelsen.

2°–A ces deux derniers égards, l'influence de Kelsen est apparente dans toute son oeuvre, mais elle n'en connait pas moins, d'une façon la plus radicale, les oppositions et rejets. C'est-à-dire, le rejet du postulat philosophique criticiste, le refus du caractère hypothétique pour la norme fondamentale, la délimitation de la validité de Kelsen dans le seul cadre de validité interne, l'interprétation négative de règles de droit ainsi que la notion positive du pouvoir pour comprendre le système juridique comme celui de compétences-résidu au lieu de compténces-délégation, etc.

La notion du pouvoir originaire représente l'idée maîtresse de la théorie de M. Héraud. Ce point de contact ou cette charnière entre Sollen et Sein juridiques, n'est-ce pas la pierre angulaire pour l'édifice doctrinale de M. Héraud, placée d'ailleurs précisément à l'endroit de la pierre d'achoppement pour celle de Kelsen? Cette notion originale témoigne bien, semble-t-il, l'utilité non seulement pour résoudre le dilemme épistémologique de deux aspects de droit comme norme et fait social, mais aussi pour pénétrer méthodiquement et dynamiquement les réalités juridiques, par exemple, les rapports entre les droits international et interne, la révolution et le droit positif, etc.

3°–On pourrait enfin signaler dans l'oeuvre de M. Héraud l'esprit fort cartésien: par exemple, "le primat de la force" est "une sorte de cogito", et "pacta sunt servanda" est le principe

"axiomatique" et "rationnellement contraignant" qui construit l'ordre juridique mondial, etc.

Le positivisme juridique de M. Héraud s'inspire à bien des égards du positivisme proprement français dont le père est Carré de Malberg. Notons, par exemple, que M. Héraud, influencé par Kelsen, certes, mais ne suit point cet excès de normativisme qui suspend le droit "entre ciel et terre dans les nuages", et sa science juridique de "la plus grande force" n'exclue point le respect pour "l'existence des règles d'ordre moral, qui dominent elles-mêmes de leur supériorité majeure toute puissance étatique". Loin donc d'un agnosticiste "lâche", on trouve un des juristes français "courageux" fidèle aux principes de 1789 ("individus simples particuliers", ayant "la puissance intrinsèque" comme l'Etat, sont le seul "rival" vis-à-vis de l'Etat!) et un idéaliste infatigable pour la fédération européenne et mondiale.

Les idées de M. Héraud présentées dans cet article, écrit avec une respectueuse amitié dont l'auteur a eu l'honneur de se réjouir depuis sa visite à Strasbourg en 1959, ne manqueraient pas de faire réfléchir les juristes japonais sur les grands problèmes du droit contemporains.