HOKKAIDO UNIVERSITY

| | |
|---|---|
| Title | 現代東アジアから見たケルゼン・エールリッヒ論争 |
| Author(s) | 今井, 弘道 |
| Citation | 北大法学論集, 62(4), 1-24 |
| Issue Date | 2011-12-09 |
| Doc URL | https://hdl.handle.net/2115/47811 |
| Type | departmental bulletin paper |
| File Information | HLR62-4_001.pdf |

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　説

# 現代東アジアから見たケルゼン・エールリッヒ論争

今井弘道

## はじめに

1. 私は、最近、院生時代に行った「ケルゼンとエールリッヒ論争」の翻訳を改訳する機会を得た。*この改訳作業は、

私にとって、現代東アジアにとっての法学の課題を再考する上で、またとない機会となった。そして、それが、最近の私が現代東アジアをめぐって考えていることと融合して、多少なりとも新しいことを言えるようになった。以下では、この機会に再考したこのようなことを、出来る限り整理した形で、話したい、と考えている。

＊　この改訳した「ケルゼンとエールリッヒ論争」の翻訳は、『ハンス・ケルゼン著作集Ⅳ法学論』（慈学社二〇〇九）、二六九―三五二頁に収録されている。

## 第1章　ケルゼン

2.　私には、そのしばらく後の数年間、ケルゼンを専門的に研究していた時期があった。その時期の私の関心は、ケルゼンの「純粋法学」と「政治思想――民主主義と社会主義をめぐる思想――」との内的な関係にあった。*

＊　この時期に公表した私のケルゼン研究についての主要論文には、以下のようなものがある。

・「思想史的ケルゼン研究・序説」北大法学論集、三三巻一号、一九八一

・「第一次大戦後のケルゼンの〝憲法体験〟・〝政治体験〟・政治思想――『ケルゼニズム考』（手島孝著・木鐸社刊）の批判的検討を手がかりに――（一～四完）」北大法学論集、三二巻二号、三二巻三号、三三巻一号、三三巻六号、一九八二―一九八三

・「『所有的個人主義』批判者としてのハンス・ケルゼン・再説――純粋法学のイデオロギー批判的性格とイデオロギー的性格――」日本法哲学会（編）『法哲学年報一九八一　法・法学とイデオロギー』（有斐閣一九八二）所収

・「正義論と価値相対主義――F・A・ハイエクとH・ケルゼンに即して――」、竹下賢（編）『実践地平の法理論』（昭和堂一九八四）所収、
また、ケルゼンの主要な政治論文で、本論文執筆時に私の念頭においていたのは、次のようなものである。
Vom Wesen und Wert der Domokratie, *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, Bd.47, 1920/21.
*Sozialismus und Staat*. 2. Aufl., Leipzig, 1923.
*Marx oder Lassalle: Wandlungen in der politischen Theorie des Marxismus*, Leipzig, 1924.

当時の常識では、ケルゼンは、何よりも「方法的純粋性」を主張する法哲学者であった。だから、たとえ「純粋法学」を体現しているその当の人物が、「政治思想」を論じていようと、それは、「純粋法学」とは次元を異にしたものであって、そこに内的な関連などあるはずがない、と考えられていた。さもなければ、ケルゼンの「純粋法学」は純粋なものではなかったことになる、というわけである。しかし、私は、この点に疑問を向けた。

しかし、この点に立ち入って話し出すとキリがない。そこで、以下では、まず、今日のテーマである現代東アジアの観点に立った上で、ケルゼンとエールリッヒの関係を論ずる際に必要最小限と思われる限りで、ケルゼンの「純粋法学」と「政治思想――民主主義と社会主義をめぐる思想――」との内的な関係について、要約的に論じておきたい。

3．ケルゼンの「純粋法学」は、簡単に言えば、実定法の体系性に狙いを定め、そこに貫徹されている法的論理性を抽出するという点に焦点をおくものであった、ということができる。この法的論理性は、それ以外の実質的な要素を捨象している。この純粋な法的論理性から、ケルゼンは、根本規範―憲法―法律―下位の法律―その法律の適用としての司法上の判決／行政上の決定―その判決・決定の執行という段階構造を抽出した。そして、これを、実定法に貫かれて

いる法的な当為 Sollen を方法的に純粋に捉えたものと見たわけである。

4. ところで、ケルゼンの『純粋法学』（第一版）には、次のような言葉がある。「正義とは意欲と行為との一つの理想」であるが、それは「認識の対象」とされるや「真理の理念」に転化されてしまう。「このような問題のすり替えは……論理とは疎遠な対象〔＝正義―今井〕を論理化したことの避けがたい結果である」（*RRL*（＝ *Reine Rechtslehre*, 1. Aufl.), S.13, S.18）。

この言葉を踏まえていえば、ケルゼンの方法的純粋性は、専ら「真理の理念」に関わる「認識」――法学的「認識」――の次元に属するものだということになる。しかし、「意欲と行為との一つの理想」としての「正義」――「価値」と言ってもいいのだが、ケルゼンは、この「正義」あるいは「価値」については、必ず政治的次元で議論をしているので、以下では、明確化を期すためにこれを「政治的理想」と呼ぶことにする――は、認識の次元には属さない。それは「意欲と行為」の領域、つまり実践的領域に関わるものである。

この二つの次元を、認識の次元に同居させることは方法的に不当だと言うところに上の議論のポイントがある。「政治的理想」を「認識」の対象としたり、法的認識の次元に混入させることは、方法的純粋性の許容しうるところではない。そこには「問題のすり替え」がある、というわけである。しかしながら、例えばこのケルゼンという具体的な人間が、一方で認識者として法的認識に関わるとともに、他方で実践的主体としてこの「政治的理想」に関わりそれを主張することは、この両領域が峻別されている限りは、ケルゼンの方法的観点からしても問題はない、許容されてよい、ということになる。

5．ところで、第一次大戦後は、このケルゼンの政治的理想＝価値の次元の問題が、突然極めて重要な意味を帯びることになった。というのは、そのとき、法と政治をめぐって、ケルゼンの周囲で、次のような事態が生じていたからであった。

①そのとき、オーストリアのウィーン大学の憲法教授であったケルゼンは、ワイマール憲法を熱烈に支持した。

②ケルゼンは、その後、第一次大戦後に発足したオーストリア共和国の憲法の起草を依頼され、ワイマール憲法をモデルにしたオーストリア憲法草案を作成した――因みに、それが、現在にまで至るオーストリア憲法の骨格になっている――。

③ケルゼンは、大戦後の議会におけるオーストリア共和国の成立宣言を、「根本規範」と見なした。そして、自らの起草にかかる憲法を、その「根本規範」に立脚した上での憲法である、とみなした。

ところで、③の事態は、二通りの意味をもっている。まず第一に、それは、ケルゼンの方法的純粋性という意味での「根本規範」であり「歴史的に最初の憲法」であるという意味をもっている。しかし、第二に、それは、ケルゼンが「歴史的に最も民主的な憲法」と見なしうるだけの、政治的価値内容をもつ憲法体制の成立を意味していた。つまり、ケルゼンの「政治的理想」の実現と言ってもいいほどの実践的価値をもつ政治的現実の成立を意味していた。

6．(a)このことをケルゼンの方法的純粋性の枠内での議論との関係に置き入れて解釈すると次のようなことになるであろう。

大戦後の議会におけるオーストリア共和国の成立宣言を、「根本規範」と見なし、自らの起草にかかる憲法を、その「根本規範」に立脚した上での憲法であるとみなしたということは、法の段階構造論と関連づけて言えば、以後のオースト

ア共和国のすべての実定法は、この根本規範と憲法の制約下におかれるべきものである、と宣言したことを意味している。つまり、この根本規範と憲法の制約下にある議会において制定された法だけが、法としての妥当性をもちうる法であって、それ以外の法律や判決、決定は、妥当性をもたないものだ、法的に無意味なものだ、と宣言したことを意味している。

(b)このことは、しかし、「政治的な理想」の次元に属する用語を使っていえば、この根本規範と憲法の制約下にある議会において制定された法だけが「民主主義的な正統性」をもつ「正しい」法でありうる、ということを意味している。

このことを前提として、次のような事例を考えてみよう。それは、現在、われわれが「裁判を通しての法形成」と呼ぶような法形成の手法のことである。このような法形成の考え方は、当時のエールリッヒに代表される「自由法論」や「社会法学」*などが主張していた議論の系譜をひいているものと言いうるが、そのような手法で形成された法は、(a)の系列の議論に即して言えば、段階構造を逸脱した「裁判官立法」・立法権なき機関による立法として、妥当性を持ちえないものとなる。しかし、(b)の系列の議論に即して言うならば、それは、正当な議会によるのではない立法、従って民主主義的正当性をもたない反価値的なものとして、否定されるべきものだ、ということになる。

＊　ここで用いた「社会法学」という言葉は、磯村哲『社会法学の生成と展開』（日本評論社一九七五）において示されたエールリッヒ理解を念頭に置いたものである。

また、根本規範と憲法の制約下にある議会において制定された法であっても、根本規範と憲法の精神に反するものは、法として承認すべきではないものということになるが、この点についても、上記(a)(b)のそれぞれの次元で、それぞれの

議論が成立するであろう。

憲法裁判所の構想を含めて、(a)のケルゼンの純粋法学上の議論は、このように基本的に、根本規範と憲法の自己貫徹を法学的に確保しようとするものという意味をもっており、従ってそれは、同時に、根本規範と憲法が、それ以外の中間的なインスタンツによって歪曲されてはならない、という意味をもっている。これは、しかし、(b)の政治的観点からいえば、憲法に表現された民主主義的な国民的政治意志――ルソー的一般意志のケルゼン版――は、中間的権力によって歪曲されることなく自己貫徹していくべきものだという民主主義の議論としての意味をもっている。

ともあれ、このような事態は、法理論的には、「根本規範」を頂点に置く上記の法段階構造論によって、法内在的に説明されうるわけだが、ケルゼンは、一九二〇年以後は、このことを、(b)の系列において、政治的用語で情熱的に語るようになった。ここに、ケルゼンの政治的論文が次々と発表されることになった根拠があったわけである。しかも、ケルゼンは、この政治的理想をめぐる議論を、社会主義思想にまで及ぼしている。

7. 以上の(a)の系列の議論を通して理解されるべきオーストリア憲法体制は、ケルゼンの純粋法学の体系を、具体的な実定法の体系として実現したものだ、ということになる。論理的には、この純粋法学の体系は、しかし、ナチス的法秩序という全く異なった政治的理想と内的に関連している法秩序に即して実現されるということも不可能ではなかったであろう。

しかし、ケルゼンは、冷血な単なる方法論学者ではなかった。彼の中には、むしろ民主主義的社会主義者の血が流れていたし、民主主義的社会主義者としての「政治的理想」を胸に抱いていた。そのケルゼンは、このオーストリア共和国体制、またドイツのワイマール体制に、単に自らの法理論を体現した体制だという親近感を抱いただけでなく、他面

で同時に、それに深い政治的共感を感じていた。そして、そこにおいて可能な民主主義体制のあり方を政治的に構想してもいたのであった。そして、このような法体制が、議会における多数決という民主的な決定を通して社会主義建設を進めていくことが可能であるという自らの「政治的理想」を、説いていたのである。

しかし、問題なのは、(b)の系列にだけ属する筈のそのような「政治的理想」に関わる議論が、(a)の系列に属する議論にまで影響を及ぼして、そこに浸透していっている例がいくつか見られたということである。つまり、もはや峻別された二つの領域だとは言えなくなるような事態が、「政治的理想」と「法学的認識」の間に生じつつあったのである。以下、この点を見ておこう。

8.『純粋法学』（第一版）の第四章は「法律学の二元論とその克服」というタイトルをもっているが、そこでは、まず「客観的法 das objektive Recht と主観的法 das subjektive Recht の二元論の自然法的起源」が論ぜられている（*RRL*, SS.39ff.）。ここでは、その議論を踏まえた上で、「二一　権利と権利主体の概念のイデオロギー的意味」において、次のような議論が展開されていることに焦点を当てて見ていきたい。

それは、「権利と権利主体」についての「概念規定」は、全体として「自己矛盾にみちたもの」だが、それは、次のような「イデオロギー的機能」をもっているという議論――具体的には、「権利、即ち私的所有権」という概念は、「法に対して超越的な範疇」であり、「法律秩序の内容の形成に対して越えることのできない制限を設ける制度だという観念を維持する」、という機能をもっているという議論――である。このような概念は、ケルゼンによれば、「法律秩序」というものが「人の意志 Willkür によって創造された秩序」――つまり実定法的法秩序――であって「自然に基づく秩序ではない」と理解され、そのことを前提に、特に「民主主義的な手続き」を通して「法秩序の創造」が行われている

場合には、重大な意味を帯びてくることになる（*RRL*, SS.43-44）。

ここでケルゼンが言おうとしているのは、このような「自然法的起源」の「権利」規定は、民主主義的な議会での実定法の制定を通して権利の創設や廃絶を行う――例えば、私的所有権を廃絶し、社会主義的な秩序を建設し、社会主義的平等権を実現する――可能性を予め封じておこうとするイデオロギー的機能を有している、ということである。このようなケルゼンのイデオロギー批判的議論は、それ自体、明らかにケルゼンのイデオロギー的立場・「政治的理想」の観点から行われている。そしてそれが、「純粋法学的認識」に浸透して行った結果だ、と見ることができる。

このようなケルゼンの議論は決して偶然に行われたものではない。そのことは、この前後の議論が、上の議論展開と密接に関わっていることからも明らかである。この点は、ここでは立ち入らないが、一読すれば明らかになるはずである。

9. ケルゼンの政治的理想が「純粋法学的認識」に浸透して行った結果だと見ることのできる議論をもう一つ挙げておこう。『純粋法学』の中では、「法」を「任意の目的を追求するための社会技術的手段」だと規定する議論が行われている。「法に固有な方法によって、即ち社会に有害と考えられる人の行動（違法な行為―今井）にその人が害悪と見なすような強制行為（法的制裁―今井）を結合することによって、いかなる任意の社会的目的でも追求することができる」という議論である（*RRL*, SS.28-29）。

ここでケルゼンは、この「任意の社会目的」が具体的に何であるかを問題にしない。この目的は「政治的倫理的価値」に関わるものであって、「強制機構」としての法には帰属しないからである。この議論は、「政治的理想」と「法的認識」の関係は、「目的」と「手段」の関係だとされた上で、「目的」は「政治的理想」の問題、「手段」は法＝強制機構とそれを認識する法学の問題として、振り分けられることによって可能となっている。

そして、このような「目的」と「手段」の関係を通して、「強制秩序という社会的技術」――つまり実定法――と「それによって維持される（あるいは追求される―今井）社会状態」――つまり実践的目的としての「政治的理想」状態――の間に「内的関連」があるということが洞察可能となる、とケルゼンは言う。この洞察は、『純粋法学』において強調されている洞察である。しかも、ケルゼンは、そこに敢えてこう付け加えている。「それが搾取的階級支配の性質を有するか否かは、純粋法学の立場からは無関係なことである」（*RRL*, SS.32-33. 強調は今井による）。この議論は、「強制秩序という社会的技術」――つまり実定法――は、「搾取的階級支配」の「維持」を目的とすることもある――しかしそれの廃棄を目的とすることもある――ということを、事実上、含意している（それの廃棄を目的とすることもあるということについては、あとの『一般国家学』に対する言及を参照されたい）。

このように言うことによって、ケルゼンは、実は政治的主張と純粋法学的認識との間に「内的関連」があることを、はっきりと意識しているのである。ここでは、『純粋法学』の純粋性は純粋性の向こう側に半分身を預けている、といわれてもやむを得ないのではないであろうか。

10. こうして、先ほどの議論――つまり、「客観的法と主観的法の二元論」は、民主主義的な議会の法制定を通して私的所有権を廃絶し、社会主義的な秩序を法的に制定するという可能性を、予め封じておこうとするイデオロギー的機能を有している、という議論――は、この「社会的技術としての法」がもつ事実上の可能性についての議論を裏返したものに他ならない、ということが明らかとなる。つまり、民主主義的な議会の法制定を通して私的所有権を廃絶し、社会主義的な秩序を法的に制定した場合、強制的秩序としての法は、この秩序の擁護のために機能し、社会主義の実現を促進することになる。その上で、ただ法としては、要件と効果との条件的関係だけに徹していればいい、ということに

なるわけである。しかし、このような議論は、明らかに社会主義者としてのケルゼンの「政治的理想」の次元の議論が「純粋法学」に浸透している、ということを意味していると言ってよいであろう。

11. ケルゼンは、政治的には、ラートブルフと同じく、社会民主党の右派の線に近い立場に立っていた。そして、議会での多数派形成を通じて、穏健で漸進的な社会主義化を押し進めていくべきだと考えていた。このケルゼンの社会主義論は、ケルゼン自身の、平等論を中心とする正義問題についての考え方と直接に関係していた。ケルゼンは、そのことを、法の目的の問題として考えている。その上で、法と法学は手段だけにしか関わらないのだ、と言っているのである。

12. このような議論は、『一般国家学』に明確に現れている。例えば次の文章を見よう。

「人は理論的には客観主義的国家観の立場に立ち、かつ政治的には民主制や国家目的の規定に賛成することができ、また、民主主義的要求と社会をできるだけ国家化しようとする傾向とを結びつけることもできる」。例えば、国家社会主義 Staatssozialismus* は、「平等という社会主義的理想をば、全生産の国家か、生産物の消費、分配の調整によって達成しようと努める……」。この「国家主義的社会主義は、国家を肯定してそれを、その理想を実現するのに最も適した社会技術的手段と見る。それゆえに、それは、無政府主義的社会主義とも対立する」(*Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925, S.32)。

＊ この国家的社会主義の言葉は、無政府主義的傾向をもつマルクス主義には批判的で、ヘーゲル国家哲学の影響を強く帯びたラッサール主義的な社会主義構想を意味する言葉である。この立場がケルゼンの『政治的理想』と直結していることが、

ここで示唆されているわけである。これについては、Vgl. Hans Kelsen, *Marx oder Lassalle?*

ここでは、私が以上で述べてきたことがきわめて明瞭な形で表現されている。

13. 先に私は、以下のような意味のことを言った。ケルゼンの方法的純粋性は、「認識」次元に属するものである。しかし、「政治的理想」は、認識の次元にではなく、実践の次元に属するものであるといわねばならない。そして、この二つの次元は、認識の次元の同居させることは方法的に不当ではあるが、ケルゼンという具体的な人間に属し、そこにおいて結合することには、問題はない。

しかし、これまでの議論を見た時、実は、ケルゼンにおける「純粋法学」と「政治的理想」との関係は、ケルゼンの方法的原理が容認しうる以上に密接なものになってしまっているといわねばならないのではないだろうか。上の『純粋法学』（第一版）の議論を見ても、『一般国家学』の議論を見ても、そこでは、法学的認識の次元にケルゼンの政治的思考に属する要素が浸透してきていることは明らかだからである。無論、その要素は、法学的議論として提示されるときは、一方ではイデオロギー批判だとされ、他方では政治的意味が可能な限り脱色されてはいる。だが、浸透の跡は隠しようもないのである。

14. このように考えると、「真理の理念」に関わる「認識」次元に属する「純粋法学」と「意欲と行為」の領域に関わる「正義の理想」とは、認識の次元に同居させてはならないが、ケルゼンという具体的な人間において結合することには問題はない、とする議論自体の正当性が問題となってくる。この「認識」は、政治的理想との関係において重要な意味を持

つものであって、それなくしては空疎な「知るに値しない」認識だとされる余地があるからである。しかもそのことが自らの法認識についても妥当しうることを、ケルゼン自身が承認していたのではないか、と思われるからである。

ところで、ケルゼンの方法思想がマックス・ヴェーバーのそれに大きな影響を受けたものであったということは、前提としていいことのようである。*だとすれば、ヴェーバーの議論を使って、むしろ一定の政治的理想という「価値観点」が法学者としてのケルゼンの法認識の「超越論的な前提」として働き、それがケルゼンにとっての「知るに値するもの」とそれについての認識の内容を規定していたと言いうるのではないか。そして、そのような事情は、更に歴史的な存在として二〇世紀初頭に生きていたヴェーバーという人物の方法論的な思考を、またケルゼンの価値意識と認識との関係を規定していたのだと言いうるのではないか、という問題が生じてくる。この意味では、私は、ケルゼンの「方法的純粋性」というものを、歴史化して捉え返すことが必要だと考えている。ここで、この点に今度は少し異なった観点から触れてみたい。

＊　ケルゼンは、『国法学の主要問題』の序文において、自らの立場をヴェーバーの用語を用いて、次のように説明している個所がある。「私の立場をマックス・ヴェーバーの用語を用いて表現するとすれば、本書の認識目的の独自性は、法規範の純粋に形式的な考察様式を超出しないところにある。蓋し私の考えでは、法学の形式論理的考察様式の本質はこの限定にあるからである」（*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tübingen, 1911, Vorrede S.IX）。しかし、ここでは立ち入ることはできないが、ヴェーバーの方法論のケルゼンへの影響は、この点にはとどまらない。

15. 例えば、ヘーゲルは、自らの「論理学」について、それは「天地創造以前の神の思想」を記述するものだという意味のことを述べている。このヘーゲルの議論を純粋に内在的に理解するためには、われわれは、論理的にも、形而上

学的にも、ヘーゲルの思想の圏内に入り込んでしまうほかはない。その場合のヘーゲルの理解は、ヘーゲル主義的な枠組の中でのヘーゲル理解に閉じ込められたものになるであろう。ヘーゲルの立場を承認しない人には、しかしその議論は、その宗派の人にだけ通用する呪文のようなものでしかないであろう。

しかし、われわれは、ヘーゲルのこのような「論理学」――それはヘーゲル哲学の方法的原理を示すものでもある――を「歴史化」して理解することができる。そのとき、われわれは、「天地創造以前の神の思想」を記述するとされるような超歴史的で形而上学的なヘーゲルの論理学に対して、それの歴史的意味を問い、それが現代の状況に対してもつ意味や限界について論ずることができる。この場合、ヘーゲルの論理学は、ヘーゲル哲学の方法的原理を承認しない人に対しても開かれたものとなりうる。そのようなヘーゲル理解の試みに対して、ヘーゲルの方法上の立言を無視するものとして反批判することは、議論をあくまでもヘーゲル主義の枠組みの中にとどめようとするならともかく、そうでない限りは重要な意味を持ちえないであろう。

同様のことは、ケルゼンの方法的純粋性についてもいいうる。われわれは、欧米の法を継受しながら近代法を整備してきた東アジアの法圏の中にあって、現在、「継受法以後の法と法文化の形成」という課題の前に立っている。この観点からケルゼンを見るときには、ケルゼンの方法的純粋性とそれに従う「純粋法学」を歴史化し、その問題状況の中でそれを相対化しなければならない。そして、その理論と方法の妥当性の限界を明確に自覚しておかねばならない――この点で、私は、ケルゼンの理論と方法の妥当の限界は、民主主義的な議会立法の正当性の限界とほぼ一致しうる、と見なしている――。ここでは、この点にはこれ以上立ち入ることはできないが、ハイエクのケルゼン批判*は、この点についてはかなり核心をついた批判となっているのではないか、と考えている。

＊ Cf. Friedrich A. Hayek, *Law Legislation and Liberty*, Vol. 1, 1973

ともあれ、このような思考的手続きを経ることによって、ケルゼンの観点は、問題状況の中での問題解決の試みとして現れ、矢張りそのようなものとして理解されたエールリッヒの観点と比較可能なものとなるのである。

私は、現代東アジアの法と法文化の形成途上において、この方向性を見定めるための基本的視座を、このような手順を踏んで確認していくことにしたい。私の過去のケルゼン研究をここに持ち出したのも、私のそのような作業のために前提としてである。

16. ともあれ、以上のように考えるならば、ケルゼンの純粋法学と政治思想との間には、内在的関係を見出すことができる。ケルゼンのイデオロギー批判についても、同じことが言える。これが当時の私の基本的なアイデアであった。そして、この観点は、現在でも基本的に正当であったと言える、と考えている。それは、その後、エールリッヒやハイエクの議論がこの枠組みの中で適合的に理解可能となったことによっても示されていると私は考えている。本稿の枠組みもその延長上で可能となったものである。

17. このようなケルゼンの議論は、既に述べたように、第一次大戦後に本格的に展開されたものであるが、このようなケルゼンの法学理論は、それ以前の一九一〇年代に基礎づけが行われていたものであった。そして、エールリッヒとの論争は、この時期――一九一五年～一九一六年――に行われたものであった。民主主義論や社会主義論との関連は未だ生じていなかったが、この時期に、ケルゼンの方法的立場は、基本的には固まっていた。このように考えておいて間

違いないであろう。

## 第二章　エールリッヒ

18. ところで、エールリッヒの方は、自由法論の代表的論者の一人であり、歴史法学の考え方を、現代的なものに作り替えた上で、継承しようとする人であった。つまり、民族精神論と慣習法論の関係を法社会学において展開し直して、社会関係の中での人々の日々の行動の蓄積の内にこそ、法の源泉、つまり法源がある、と理解しようと考えていた。そしてその法源は、同時に、人々の「生ける法」についての意識の源泉でもある、と考えていた。*

＊　このエールリッヒの議論については、*Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 1913および *Die juristische Logik*, 1918が参照されるべきであることは言うまでもない。

19. エールリッヒによれば、この社会関係の中で生きて働いている「生ける法」が現実の法に転化するのは、この社会関係の中で紛争が生じた場合であり、この紛争処理を通して、「生ける法」は現実の法に転化されていく。その意味で、法形成は――一切の媒介的な次元の問題を省略して結論だけを言うことにすれば*――、裁判における紛争解決を通しての判決を軸とした法曹法を通して形成される、と考えた。

＊　このエールリッヒの法形成論におけるさまざまな媒介的な次元の問題については、別の機会をまって論じたい、と考えている。

20. この法曹法をやがて国家が承認していくというのが法形成の現実の過程である、とエールリッヒはいう。この議論は、ローマ法とイギリス法というエールリッヒの専門分野から得られた比較法的な知見に、強く影響されている。彼の自由法論も、勿論、この観点と無縁ではない。そして、彼の『法社会学』と『法的論理』は、このような意味での法形成論を学問的に集大成するという意味をもつものであった――因みに、エールリッヒのケルゼンとの論争は、ケルゼンのこの『法社会学』に対する全く批判的・否定的な書評*に端を発するものであった――。

* Hans Kelsen, "Eine Grundlegung der Rechtssoziologie", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, Bd.39*, 1915

21. ところで、エールリッヒによれば、制定法実証主義は、このような法形成の本来的なあり方を原理的に否定するものである。そして、絶対主義的な国家権力が、裁判所を官僚機構の中に組み込み、その裁判所は、その国家権力が恣意的な法制定権力として振る舞うことを肯定し、それに追随するものであった。

エールリッヒ法学は、この点に焦点をおいて見ると、権力国家の立法政策に反対する下からの社会的法形成論を法学的に正当視する議論であった、と理解することができる。つまり、エールリッヒ法学は、上からの権力的法制定とそれに迎合する制定法実証主義を批判し、下からの法形成を司法過程を通して行うという可能性を重要視するものだったのである。

そして、エールリッヒは、このような法形成の正当性を、①「生ける法」と②それを発見するシステムとしての、政治的権力から独立性をもった司法制度、そして③判例の集積の中で司法がもっている自己調整能力の貫徹による法の内的整合性の漸次的実現に求めた。ここには、例えばケルゼンに体現された民主主義的な正当性とは全く意味を異にした法の正当性観念がひそめられている。

＊　私は、ハイエクの法理論は、このようなエールリッヒの議論を、市場論に即して展開しなおしたような性格をもっている、と考えている。しかもここには、そのような意味での外面的な類似性があるだけではない。そこには、内面的な思想史的関係も貫いている、と考えている。しかし、それについては、ここで論及することはできない。いずれ別の機会をまちたい。

## 第三章　ケルゼンとエールリッヒ

22. 以上を踏まえて言えば、ケルゼンとエールリッヒは、反「権力的国家」的な法形成の二つのヴァージョンだ、*ということができる。

(i)ケルゼンは、民主的議会における立法という形で法形成を考え、それ以外のすべての法形成を、反民主主義的なものとして否定する。この意味で、ケルゼンの法学的立場は、「民主主義的制定法実証主義」と規定することが可能であろう――。

(ii)エールリッヒは、上からの権力国家的な法制定に対抗する下からの、司法過程を通しての法形成を、本来的な法形成と見る――本来的な法形成とは、①「生ける法」と②それを発見するシステムとしての独立性をもった司法制度、そして③判例の集積の中で司法がもっている自己調整能力を通しての法の継続的形成として法形成が行われる、というほどの意味である。これを私が「本来的な」と呼んだのは、エールリッヒは、例えばローマ私法は基本的にこのような法形成の道を辿ったし、英国法もそうであったと見て、この観点こそ、本来のあるべき、正当な法形成の方法である、と考えているからである。これが、「(権力国家的)制定法実証主義」的な法形成の思想に徹底的に批判的なものであることは明らかであろう。*

＊　この二つの類型は、ハイエクによってはやや違った形を取って表現されている。つまり、ハイエクは、(i)の類型の中に、非自由主義的なまた反自由主義的な法観のすべてを投入して、「構成主義的合理主義 constructivistic rationalism」の法観という形で構成している。そして、(ii)の類型を、市場中心主義的な、「自生的法秩序 spontaneous order」に立脚する「発展的合理主義 evolutionary rationalism」の法観としている。私は、このハイエクに対する批判をここで展開するつもりはない。ただ、現在から未来にかけての東アジアにおける法形成という観点を念頭において言えば、ハイエクは、このような新自由主義的なきわめての強いイデオロギー的観点から、議会民主主義的な法制定がもつ意味を、原理的に否定している。このハイエクの否定は、類型としてシャープだという意味では理論的な面白さはあるとしても、現実の理解としては、柔軟性を失ったもので、極端にすぎるというべきであろう。少なくともアジアに視点を限って言えば、(i)の類型を強いイデオロギー性をもった構成を行ったことによって、東アジアにおける議会民主主義的な法形成の意味が原理的に否定されてしまい、いささかバランスを失した非現実的なものになってしまったことは、否めない。ハイエクの議論が、この(ii)の要素がもつ意味をクローズ・アップさせたことについては、私は、一定の評価を行ってよいと考えてはいるが。

拙稿「正義論と価値相対主義」では、私は、ケルゼンとハイエクとの間での立場決定を明確には行わなかったが、問題の所在については、かなり明確にして置いたつもりである。ご参照頂ければ幸いである。

23. ケルゼンとエールリッヒの論争は、細部にわたるものであり、また相互に誤解し合っているところが少なくなく、はなはだ理解しにくいものである。しかし、問題のポイントは、二人がこのように全く異なった法形成論を考えているというところにある。論争における混乱もここから生じている。私は、今回の改訳を通して、この見通しにあらためて自信を持った。

このケルゼンとエールリッヒの論争は、方法論を軸に展開されており、主として二元論者のケルゼンが「Sollen としての法」理解におけるエールリッヒの曖昧さを批判し、エールリッヒはほとんどの場面で防戦に回るという構造をもっている。この論争自体は、わかりにくくあまり面白いものではない。だが、その方法論的な議論の背後には、このよう

な《議会主義的民主主義的な制定法実証主義――正確には、やがてそのような議論に発展していく可能性をもっていた議論――》と、《下からの法形成を司法的法形成論という回路を通して行おうとするという意味での非国家的な法形成論》という対立があったのである。

この議論は、一九二〇年以前に行われたものであるから、前項で述べた法形成論上の対立は、無論、表面に現れてはいない。しかし、以上のような問題連関を念頭に置いておけば、なぜ、この二人の論争があのように、噛み合わないものになったのかがシャープに理解できるはずである。そして、この時代の法形成をめぐる法理論的問題状況が、そのことを通して明らかになってくるはずである。

## 第4章　「裁判を通しての法形成」論（現代型訴訟論）の展開とエールリッヒ法理論

24. ところで、ケルゼンとエールリッヒの論争を、第一次大戦後のケルゼンの理論展開にまで踏み込んで以上のように理解してよいとすれば、この論争が日本でリアルな意味をもってきたのは、一九六〇年代末以降の四大公害訴訟をはじめとする被害者の裁判闘争とそれを支持する市民運動の展開の中で、《裁判を通しての法形成》という問題が議論されはじめた時であった、といえるであろう。そして、そこには、その論争の東アジアにとっての意味が予示されているということもできるであろう。

25. それまでの日本では、ケルゼン型の法理解が中心であって、議会における法制定という観念を中心とした法の民主的正統性論が支配的であった。つまり、民主的な立法手続きを通して制定された法だけが正当な法である。その手続

きを介さない法は、民主的正当性を持たない、非正当的な法である、と考えられることが多かった。だが、《裁判を通しての法形成》という問題が議論されはじめた時から、《下からの法形成を司法的法形成論という回路を通して行おうとするという意味での――議会民主主義を介さない――非国家的な法形成論》とでもいうべき、もう一つの法形成論のモティーフが大きな力をもってきたのである。そして、そこには、明らかにエールリッヒ型の法形成論の現代的ヴァージョンとでも言える性格があった。

26. ところで、このような議論は、現在の中国にも影響を及ぼして、「影響性訴訟」という言葉を用いて問題にされている。このことは、日本では、鈴木賢教授の著書において紹介されているところであるが、*仮にこのようなコンテクストが十分に理解されているなら、そこでの問題は、きわめて重要な含意をもつことになるのではないか、と思われる。

＊ 高見沢磨・鈴木賢『中国にとって法とは何か』（岩波書店二〇一〇）の鈴木の執筆部分を参照。

27. ところで、このような問題は、その後の日本においては、ＡＤＲをめぐる議論にまで展開していくなど、多様な展開を見せているようである。そして、ＡＤＲまで含めた広い意味での紛争解決過程が、いわば「生ける法」に支えられた広い意味での社会的ルールを析出させていき、より合理的な社会関係を形成しまたそれを規律する規範形成過程として、重要な意味をもつことが注目されてきている。*

＊ この点については、さしあたり、井上匡子「ＡＤＲの現代的意義と市民社会――社会構想のＡＤＲ論」、名和田是彦編著『社

会国家・中間団体・市民権』（法政大学出版局二〇〇七）所収、同「社会法与国家法的関係――関于在国家法的相対化之中的習慣与法的諸問題」、赫然他編『東北亜比較法研究新視点』（社会科学文献出版社二〇〇九）所収を参照されたい。

28. 巨視的な目で見たとき、ここで何が生じたのか。このことには、既に事実上触れているが念のために、あらためて言っておけば、ケルゼン的な《議会主義的民主主義的な制定法実証主義》からエールリッヒ的な《下からの法形成を司法的法形成論という回路を通して行おうとする法形成論》への視点の転換だ、ということができるであろう。

29. その背後には更に巨視的な問題がある、といえなくもない。それは、民主的議会立法を含めた広い意味での国家主義的法形成論から、社会的法形成論への転回という問題である。このように考えたとき、われわれはあらためてエールリッヒの問題提起に突き当たる。本来的な法形成は、社会と社会に属する司法過程の中で行われるものであって、絶対的権力が法をも掌握した場合に、法制定と司法の権威が国家に簒奪される。ここに「国家的法観」が成立する。この「法の国家への簒奪」を社会の側から克服することに「社会法学」の課題がある、という問題提起である。

30. 日本の近代化は、法的に言えば、絶対的権力が法形成と司法とをともに掌握し、欧米から習得した法を国家が上から制定し推進するという過程から始まった。それ以後、日本では、約一〇〇年は、このような法のあり方に原理的な疑問を突きつけないできた。このような法継受を軸とした法形成と行う国では、上からの国家的法形成が必ず中心を占める。このような法文化のあり方は、基本的には、日本・中国・韓国・台湾等の東アジアに共通に見られる事態だ、と言っていい。又この地域では、議会的立法もこの枠組で理解されることが多かった。

しかし、裁判を通しての法形成というパラダイムが常識となることに並行して、このような法観は、漸次後退する。これが、本稿の観点から見たときの《裁判を通しての法形成》論の重要性がある。

31. 《裁判を通しての法形成》という問題領域に火をつけたのは田中成明であるが*、彼はまた、日本のその後の司法改革にも、積極的にコミットしていった人でもあった。そして、法哲学の同業者としての私が理解する限り、その司法改革へのコミットメントには、このような日本の国家主義的・官僚主義的な法文化の革新と法曹文化の比重の増大という志向性があった。言ってみれば、私が述べてきたエールリッヒ的な法文化の現代的実現を目指すという志向に支えられたコミットメントである。

＊ この田中の問題提起については、田中成明『裁判をめぐる法と政治』（有斐閣一九七九）を参照されたい。

32. このような事情は、継受法以後の法形成を問題にしようとする現代の東アジア的問題状況にとっては、根幹に関わる意味をもっているのではないだろうか。

あとがき：本稿は、二〇一一年五月一六日に台湾の国立政治大学で開催された『政大法哲学与社会哲学論壇Ⅷ』において行った私の報告（「現代東アジアから見たケルゼン―エールリッヒ論争」）を書きあらためたものである。当日の議論は、第一章のケルゼンの方法的純粋性と政治思想の関係の問題に集中した。本稿で、第一章が不均衡に大きなものに

なったのは、そのときの議論を想起しながら、そのときに割愛した議論を復活させ、また時間の関係上不十分な対応しかできなかった当日の質問や反論に対する私の責めを果たしたい、と思ったからである。このような機会を私に確保して下さった江玉林・政治大学教授に心からお礼を申し上げたい。報告当日の議論に積極的に参加してくださった台湾大学の顔厥安教授をはじめとする方々、また、通訳をしていただいた上に、適切な助言も頂いた日本・北海道大学の鈴木賢教授には、あらためてお礼を申し上げたい。と同時に、これが、生産的な批判を誘発して、私がまだ書き足りないところ、また考え足りないところを更に補足する機会となること、そのようなことを通して国際的な議論が拡がっていく足がかりになることを、願っている。