

## 資料

### ヨーロッパの憲法学における実証主義： 4つの段階

オリヴィエ・ジュアンジャン  
(井上武史訳)

はじめに

1. ゲルバー＝ラーバント学派，あるいは概念実証主義
2. ゲオルク・イェリネクと新カント派憲法学
3. ケルゼンと徹底的規範主義
4. デュギューと社会学的実証主義

おわりに

はじめに

実証主義が考案されたのはそれほど古い時代ではない。実証主義という言葉自体、オーギュスト・コント（19世紀前半に活躍したフランスの研究者）以前に辿ることはなく、また、当時において特に法学に適用されていたわけではなかった。もちろん、後から見て「実証主義」と呼ぶことのできる「法を扱う」方法は、その当時以前にも存在していた。しかし、私は、ヨーロッパにおける以下のような法学の基本的な立場を実証主義と呼ぶことにする。それは、19世紀において、特定の科学性の基準を標榜し、かつ自然あるいは歴史の名のもとに現行法に解釈や修正を通じて影響を及ぼしうる法源としての自然法や歴史に依拠することを拒否する立場である。したがって、実証主義とは一つの闘争的な立場なのであり、それは何より自然法主義や歴史主義（これは19世紀前半の間に目覚ましい進歩を遂げた）を拒絶するものとして自己規定される。

こうした拒絶現象は、1830年から1850年代以降のヨーロッパにおいて広く見られ、19世紀末頃にはかなり支配的になった。この現象は、私法学においても公法学においても見られる。イギリスでは、ベンサム功利主義の影響を受けたジョン・オースティンが、ブラックストンの自然法主義との断絶を主張する「分析法学」を発展させた。その少し後、ダ イシーは、オースティンの方法論を『憲法研究序説（An Introduction to the Study of the

Law of the Constitution)』に取り入れることになる。フランスでは注釈学派が隆盛になり、彼らは、自然法に準拠することを法外なものとしてその一切の禁止を主張した。それゆえ、フランス行政法学は、「行政法律」およびコンセイユ・デタ〔フランスの最高行政裁判所のこと。国務院ともいう。〕の判例の研究に専念することになる。ドイツでの真の転換点は、失敗に終わった1848年から1849年にかけての自由主義国民革命であろう。その後の反動期の当初から、ヴィントシャイトをはじめとするパンデクテン民法学は、それまで支配的であった歴史学派（サヴィニー、プフタ）の歴史的方法を拒絶し始め、また1850年代初めからは「実証主義」公法学の企てが開始され、それはワイマール共和国期までには優勢になった。このドイツ実証主義公法学派（ゲルバー、ラーバント）は、数年後には他のヨーロッパ諸国にも影響を与えることになるが、ここでは、イタリアにおけるこの学派の受容を示すだけで十分であろう。エマヌエーレ・オルランドの著作を通じた受容によって大きな区切りが刻印されるため、イタリア公法学の全正史は、「オルランド以前」と「オルランド以後」の時期に区別されることになる。

このように、何かが公法学で起こったという見方、あるいは何かがその後の諸々の動きに決定的な影響を与えたという見方を正当化する証拠（ここではその僅かしか示さなかったが）、十分なほどに存在する。

憲法システムが安定している若しくは安定しているように見えるときに、実証主義が憲法学に浸透したという仮説を立てられるかもしれない。革命の動乱若しくは潜在的であれ顕在的であれ危機のただ中にあるとき、憲法という対象は極めて脆い。憲法を取り扱うことは、敵対関係あるいは緊張関係にある陣営の一方に必然的に加担することである。そのとき、中立の立場をとることは困難である。それゆえ、ヨーロッパ大陸では1848年に革命の大津波が来るまで、大陸の政治システムが強度の政治的緊張を強いられていたにもかかわらず、「憲法学説」は基本的に自由主義陣営か王党主義陣営に加担していたことを確認できる。この時代は、ドイツ人が言うように、「政治的」教授の時代である。これらの党派的学説のほかには、法文の文言を注釈するかあるいはまさに敷衍するだけで、「厄介な問題」（例えば、「主権」の問題）の提起を回避する著作が、いくつか見られるだけである。例えば、イタリアでは、党派的学説のほかにも、何らの学問的主張を行うことのない「注釈」だけの文献が増大した。パリでは、1834年以降ベレグリーノ・ロッシが初めて「憲法」の講義を行ったが、その講義は、ルイ・フィリップの大臣であったフランソワ・ギゾーが定めた任命書に従い、7月王政のあらゆる長所を証明することによって、青年エリートによる革命の激動を鎮めることを狙っていた。

政治的次元で影響を受けやすい憲法という素材は、冷静に議論されなければならない。しかしながら、実証主義は、対象に関する中立原則を掲げるものとして、そうした冷静さを帯びるものであり、20世紀初頭の注釈学派が行わなかった別の主張を展開した。それは、科学性の要求である。科学性の要求とは次のように主張しようとするものである。すなわち、私法学との比較を可能とするような方法論的基礎に基づいて、公法学一般、とりわけ憲法学を確立することである。このことが特に顕著だったのはドイツであり、そこでは、

歴史学派のあとのヨーロッパの民法学において、有力な学派が形成された。1850年以降は、憲法学（あるいはドイツで国法学と呼ばれていること）に「真に科学的な取り扱い」を付与することが重要になる。というのも、対象（通用している諸憲法）が安定していたために、そうした対象に関する科学すなわち憲法学が可能であるように思われたからである。さらに、民法学とローマ法学が圧倒的に支配していた法学部の内部で制度的な定着を確保するために、憲法学の威厳を主張することも重要であった。

とはいえ、「実証主義」に関する意図と方向の一致が確認できたとしても、その言葉は、もちろん様々な方向性や方法を包含している。実証主義の諸立場と複数形で呼ぶ方が適切であろう。それらに共通して含まれていることは、科学性の主張である。実証主義は、法を実定法律と同視することを肯定する立場ではなく、また法学が真に科学であるための必要条件として、対象の取り扱いに際して法律家の公理的中立性を肯定する立場でもない。法の取り扱いは、価値判断から保護されなければならないものであり、世紀転換点における（社会科学一般における）実証主義論争は、「前提」(Voraussetzungen)をめぐる争いの形態をとっていたのである。真の科学では、「Voraussetzungslosigkeit〔無前提性〕」、つまり前提や評価がないことが保障されなければならない。

本報告で私は、公法学の分野で実証主義の立場をとるドイツおよびフランスの主要な人物を何人か取り上げ、さらに科学的中立性という一般的な旗印のもとに自らを位置づけようとしたいくつかの方法論を取り上げることにする。以下ではまず、(1) 概念実証主義者としてカール＝フリードリヒ・ゲルバーとパウル・ラーバントを、(2) 新カント派実証主義者としてゲオルク・イェリネクを、(3) 徹底した規範主義者のハンス・ケルゼンを、そして最後に、(4) 社会学的実証主義者としてレオン・デュギーを順次取り上げて、もっぱらその大要の検討を行うことにしよう。

## 1. ゲルバー＝ラーバント学派、あるいは概念実証主義

カール＝フリードリヒ・ゲルバーが公法に関する初めての著書『公権論』を公刊したのは、1852年である。ゲルバーの意図は自身も認める通り、彼の師匠でありサヴィニーの弟子であるゲオルク＝フリードリヒ・プフタが発展させた法学を公法の領域に持ち込むことである。この試みは、初版が1865年に刊行された『ドイツ公法の諸原理』において達成されることになる。同様の試みは、パウル・ラーバントにより、4巻からなる『ドイツ帝国公法』において余すところなく展開された。同書の公刊は1876年に始まったが、彼は、1871年に再びドイツのものとなったストラスブール大学に教授として着任したばかりであった。つまり、計画を策定したのはゲルバーで、それを完全に遂行したのはラーバントなのである。

早くも1852年に、ゲルバーは、憲法学に「真正な科学的取り扱い」を与えるべき時が来たたと記している。自由主義的な激動が収まった後、「真正な」国法学が開かれることになった。それゆえ、ゲルバーは、自らの著作をドイツの王党派的反動の流れに棹差すものと明

確に位置づけたのである。

真正な科学的取り扱いとは、憲法学の領域からあらゆる政治的、倫理的、道徳的さらには歴史的な考慮が排斥されるべきことを意味する。これが実証主義のライトモチーフであって、実証主義は、法学から法以外の要素を取り除くこととして自己規定される。法は、法そのものによってのみ完全に理解され構成されることができる。これが、法実証主義の核心的な思想である。

ゲルバーは、師であるプフタから、法体系とは意思の能力のシステムであるという考え方を取り入れている。それゆえ、公法はこの全体システムの下位システムであるべきであり、それは、別の下位システムを形成している私法とはある基準によって一線を画される。その基準は、形式的なものでなければならない。実際、公法の領分と私法の領分とをア prioriに区別すべき基準に関して、それが「実質的」(例えば、国家が追求する特定の諸目的)なものであれば、公法システムの構成の中に、公法学の純粹化という定言的要請と矛盾するような政治的あるいは道徳的な要素を必然的に導入することになるであろう。ゲルバーによると、この基準は、一定の意思の様式に基づくものである。公法システムは、支配するものとしての意思の能力のシステムである。この支配(Herrschaft)は、公法の基準となっている。すなわち、公法とは支配に関する法である。国家は支配の主体であり(国家は支配を行う)、個人はその客体である。このような支配の主体を法的に構成するためには、国家の法的人格を仮定する必要がある。このように、支配とは公法の原理となっており、国家の法的人格は、ゲルバーの言うように、その「礎石」なのである。このような考え方は、第一次世界大戦後のワイマル共和国の樹立まで、ドイツ公法学を広く支配していた。

しかし、この学説は、さらに進んで固有の認識論的および方法論的な基礎を熟考したわけではなかった。この点に関して、この学説は完全に無頓着であった。ゲルバーの試みに全面的に加担したラーバントは、法学とはもっぱら論理的・演繹的な操作に過ぎない、と打ち明けている。これは、形式主義と言うべきものである。法学は、形式的な諸関係を明らかにするのであり、それゆえ、法学はこのように形式的な方法で行われるのである。すなわち、法学が扱わなければならないすべての「実体的な」こと(法内容)は、法学固有の操作に先在するものと仮定されるのである。法学についてよく使われる表現を繰り返せば、次のようになる。すなわち、法学は形式的な諸関係を「構成」すべきものであるが、しかし、法学は、関係づけの対象たる諸要素の内容を構成しない、と。少なくとも、これがゲルバーとラーバントの学説が主張していることである。例えば、君主と代表議会との関係を法的に確定すること(構成すること)や、議会制定法へと形式的に帰着するものとしての君主・代表議会関係を構成すること(両議院の介在は君主の立法への単なる参画として性格づけられる)が、法学の役割なのである。しかし、この学説は、君主や代表議会が何であるかを定義することは、法学の役割ではないと考えている。それらの概念は法学にとってはあらかじめ存在するものであり、所与であると考えられている。換言すれば、法学はそうした概念の解釈を自らの権限として認めていない。そういうわけで、法学は、

既存の概念の形式的な関係を明らかにすることを、自らの任務であると考えているのである。

もちろん、法学はそれらの概念を解釈しているが（意思の権能として主観的権利を定義することは、まさしく学問上の解釈の結果である）、しかし、法学がそれを行っていることを否定する。法学は、自らの方法や操作に幻想を抱いている。それゆえ、イエーリング以来「Begriffsjurisprudenz」と呼ばれているものを、「概念」法学と性格づけることができる。概念法学とは、「法的事実」の存在を信じるものである。すなわち、法概念とはあらかじめ存在する観念（君主の観念、主観的権利の観念、代表議会の観念、法律の観念など）であり、そうした観念は発見されるのであって、構成されるのではないということを感じる法学である。それは、純粹で完全な諸々の法概念の星空を夢想する、法における「プラトン主義」または「本質主義」の一種である。

「真正の」法学と呼ぶための条件は、法学の構成が純粹に論理的で演繹的な操作であることである。純粹な形式論理の操作であるとみなされる結果として、法学はそれ自体として「純化」され脱政治化されたものと評価することができる。すなわち、憲法それ自体の内容は所与であり、法学はそれらを発見するのである。というのも、憲法に関する政治的内容は、憲法の中にこそ見出されるからである。憲法についての「純粹に」演繹的科学は、いかなる政治的又は道徳的内容も構成することはなく、それゆえまたそうした内容その言説の中に自ら持ち込まないものである。それは、厳に脱政治化されるのである。

しかし、こうした考え方は一つの信仰に過ぎず、さらにそれは、すでに指摘したように、法学が自らに立脚して形成されるという幻想に過ぎない。主観的権利や君主などが何であるかがあらかじめ記述されているわけではない。法内容の諸要素に関する実体的「本質」が存在するわけでは決してない。したがって、実際にこの憲法学は、実体的概念を構成しているものであり、自らが否定しているような憲法政治学を生み出しているのである。〔後に触れる〕ワイマール期の学説は、憲法の潜在的な政治化について語ることになろう。

## 2. ゲオルク・イエリネクと新カント派憲法学

ゲオルク・イエリネクは、ゲルバーとラーバントのすぐ後の世代に属する。イエリネクは、1851年に生誕した。そして、この年に生まれたことは重要である。というのも、哲学に強い関心を示したイエリネクは、1860年代のドイツで新カント派として展開し始めた哲学上の動きに影響を受けることになるからである。さて、この新カント派というのは、何より認識に関する一つの理論である。このことが意味するのは、哲学上の動きの影響を受けて、イエリネクは法認識論について、その基礎に至るまで再考するようになるということである。

ところで、新カント派の根本原理とは、認識対象は認識主体にとって所与ではなく、認識主体によって構成されなければならない、ということである。イエリネクと彼に先立つ論者たちが根本的に異なる点は、すぐ後に確認することとする。イエリネクは法学に先

在する概念的な法的実在の存在を認めない。というのも、法的実在の対象すなわちその概念を構成することこそ、法学の任務だからである。

イエリネクが述べた最も明瞭な命題とは、法的概念は「実体的」概念ではなく「機能的」概念である、ということである。科学的な態度とは、所有権、契約、国家とは「何であるか」(つまり本質)を明らかにすることではなく、法学の言説を整理するためにそれらの概念についてどのように判断しかつ構成するか、なのである。イエリネクは、自身に先立つ論者たちの態度をはっきりと「スコラ派的」と呼んでいる。それゆえ、イエリネクは、あらゆる法的「本質主義」を明確に退けるのである。

さらに、イエリネクは、その主著『近代国家と法 (L'État moderne et son droit)』[『一般国家学』のこと]の中で、ラーバントに対し、ラーバントが明示的に排除した、実質的な諸法概念を確定する作業を、換言すれば法解釈の作業を脇において法学の対象外とすることはできない、と述べている。対象の構成というこの不可欠の作業を行うのは、立法者がそれを行わない場合には、法学者の他には存在しない。国家が「人格」を有するのは、国家が人格を形成する本質的要素を保持しているからではなく、国家について一貫した法的言説を展開しようとする場合、「人格」という概念以外に、行為する主体としての国家をとらえる概念が見当たらないからである。この人格という概念そのものが指し示しているのは「実体」ではなく、法学特有の制約により(それは主体を規範に従って行為させることである)、法学が作りあげなければならない一つの抽象である。一般的な人格〔概念〕そのもの、それゆえ特殊としての国家の人格〔の概念〕は、一つの実体としてではなく、一つの関係として構成されなければならない。そして、イエリネクは、このような構成から引き出すことのできるあらゆる利点を示している。たとえ人格が関係〔概念〕であると言うべきだとしても、それは人格それ自体が関係であるからという理由からではなく(ただし、法人格がそれ自体として存在するわけではない)、そのように言うことにより法関係をよりよく説明すること、および法学の言説をより一貫したものにすることが可能になるからである。とりわけ、国家を「関係的人格」として定義することによって、ゲルバーやラーバントがなしえなかった「公法上の関係」の構成がついに可能になる。すなわち、法的に行為する国家は、国民との関係として構成されなければならない、国家は国民との法的関係としてのみ意味をなす、ということである。それゆえ、国民はもはや公権力の「客体」として定義されてはならず、国家と関係を有する公法上の「主体」としてとらえられなければならない。したがって、ここにゲルバーとラーバントが拒否した「主観的公権」というカテゴリーが構成されるのである。

したがって、真理を物自体との一致と理解するならば、法概念(純粋なイデア)の本源的な真理は存在しない。すべてのカント主義者は、物自体を認識できないこと、それゆえ、概念と物自体との一致が不可能であることを知っている(それは、物自体を認識できることが必要だからである)。むしろ、存在するのは構成された法概念の質であり、それはその説明能力(法的現象をよりよく説明できる法概念ほど好ましい)や一貫性(法システムに全体的な一貫性をもたらす法概念ほど好ましい)によって評価が与えられる。まさにこの

観点から、主観的公権理論だけでなく、国家の自己制限の理論、主権の理論、さらには機関および代表の理論などのイエリネクの主要な法理論を理解し評価する必要があるが、これらについては、時間の都合により本稿で検討することはできない。

### 3. ケルゼンと徹底的規範主義

ケルゼンがイエリネクを批判しているとしても、彼は多くの点でイエリネクの恩恵に浴している。少なくとも、新カント学派に属している点では、両者は接近しているのである。さらに、ケルゼンはハイデルベルクでイエリネクのゼミナールを受講していた。しかし、ケルゼンがイエリネクに向けた批判は、以下のように要約することができる。それは、イエリネクが存在と当為とを区別したとしても、それは十分徹底したものではなかった、というものである。イエリネクは、存在の領域（経験の世界）と当為の領域（規範の世界）とを完全には切り離さなかった。ケルゼンの規範主義は、このような存在と当為の区別の徹底化を行ったのである。

その結論とは、次のように示される。すなわち、すべての法現象は規範に還元されるべきである、と。規範現象の経験的な基盤を探求することは、無益であるばかりでなく、方法論的に受け入れ不可能である。これはイエリネクが行ったことであり、規範と事実との間の相対的分離でしかなかった。規範的概念は経験的現象の法言説への翻訳だったのである。イエリネクにとって、国家という法概念は国家の社会学を前提としていた。そこで行われていたのは、国家の社会学的概念から国家の法概念を演繹することではなく（結局、彼は事実から規範を演繹しなかったのだが）、翻訳することだったのである。あらゆる認識は感覚から生じるが（経験世界の看取）、いかなる認識も感覚に還元されるわけではなく、感覚によって与えられない概念がなお必要なのである、というカントの有名な公式の意味において、イエリネクはカント主義者であった。

事実と規範を徹底的に分離するケルゼンにとって、このようなイエリネクの見解は完全に否定される。例えば、人格や権利主体に関するイエリネクの精巧な概念でさえも、当該概念を現実の主体に帰着させる（これをイエリネクは「抽象」と呼ぶ）必要があることに、難点があるとされる。このことにより、イエリネクは、自らの言説の中に、抽象的な存在ではあるが、客観的規範すなわち客観法から独立した固有の法的性質を持つと考えられる主体〔の概念〕を持ち込むことになった。この点の説明を試みるために、一つの例を示すことにしよう。イエリネクは、自らの法言説の論理に沿って、次のように言っている。国家とは、法秩序を伴った、さらに言えば法秩序を必然的に伴った主体である、と。法秩序は、主体の必然的属性であり、主体は（法的、抽象的に）法秩序とは別の事柄としてとらえられなければならない。ケルゼンにおいては、国家が法秩序以外のものとして定義できないことは、周知のことである。すなわち、国家とは法秩序のことである。国家は、規範体系として以外に概念化することができない。規範の外部に、主体は存在しない。そして、周知のように、ケルゼンにおいて、権利主体という言葉は、固有の性質を持たない実践的

で隠喩的な機能を果たすに過ぎず、規範の帰属点を意味している。ここから、ケルゼンは客観法と主観法という伝統的区別を拒否する。すべての主体は、それ自体空虚な一種の点にすぎず、それはいわば規範で充足される限りにおいて法的内実を有する。それゆえ、国家は、固有の意思に基づいて法律や規則などの法秩序を形成する主体ではない。国家とは、諸規範の体系なのである。

しかし、これにより、ケルゼンは規範体系に関するさらに徹底した構想を提示することになる。というのも、周知のように、規範体系は発展し、変化するからである。体系を変化させる意思を持つ主体が存在しないとすれば、そうした変化はどのように説明されるのだろうか。このことを説明するために、ケルゼンは、「法の動態」という観念を導入する。これは、難解な理論であるが、本質的なものである。なぜなら、これを理解しなければケルゼンを何ら理解したことにならず、とりわけ「ケルゼンの法段階説」と呼ばれるものにまったく誤ったイメージを与えてしまうからである。

法体系は、規範を静態的に積み上げたものと看做されてはならない。法の特徴は、法じしんが自らの生産条件を規定していることである。あらゆる法体系は、自らの法体系の形成を決定する単純なあるいは複雑な準則を含んでいる（権限や手続）。このように、ある規範が法体系において効力を有するのは、当該規範が規範生成を規定する規範に従って生産されたからである。それは、法律と呼ばれ法体系内で有効とされるべきとされる法文書を議会が採択したからではない。この議会そのものですら、（その構成や権限を規定する）一つの規範体系に過ぎないのであり、議会が採択した法文書が（有効な）法律であるのは、法律が権限、形式、手続に関する準則に従って採択されたからである。それゆえ、法律が「有効」であるのは、その内容が他の規範の内容に合致している（静態的階層性）からではなく、生産方法を規定する規範に従って生み出されたからなのである。

このようにして、規範とは「意思行為の客観的意味」である、という『純粹法学』の冒頭に見出される有名な規範の定義を説明することができる。意思行為は経験世界に属する。しかし、それは、規範ではなくまた規範ではありえない（意思の事実と規範の分離）。この意思行為の「意味」こそが、厳密な意味で規範と呼ばれるべきものなのである。しかし、すべての人に規範であると認識されるためには、この意味は「客観的」でなければならない。規範を生成することのできる意思行為に対してその意思行為の当事者が付与するものは、ここでいう意味ではない。意思行為の客観的意味は、次のようにしか言うことができまいであろう。すなわち、意思行為の内容が規範としてとらえられるのは、その行為の形成が当該法秩序の内包している法生産規範に従っているとみなされるべきであるから、と。必要とされる客観性を担保するのは、意思行為の内容と上位規範の内容との一致ではない。周知のように、規範の内容については議論があり、何人もある規範の内容の正しい解釈を主張することはできない。ケルゼンにとって、法解釈についての科学的準則は存在しない。それゆえ、ある意思行為が体系内で規範を生成したと看做されるのに行われるべきことは、当該行為が規範を生産する規範、権限や手続に関する形式的な準則に従っていることである。「上位」規範とは、「下位」と呼ばれる規範の生産を規定している規範であ



る。それゆえ、規範の「段階」とは、形式的で手続的なものであって、それは法秩序の動態的観念の枠組み内においてのみ理解されるものである。

古典的な例の一つ挙げてみよう。ケルゼンは、「憲法違反の法律」は存在しないと言ったが、それはなぜだろうか。法律の生産を司る権限や手続の準則に従って行われた意思行為が、法律を生み出すのである。そうでなければ、その意思行為は何も生み出さない。それは、客観的意味を持たない法文書に過ぎないのであって、それを「法律」と呼ぶことはできない。法律とは、有効なものなのである。ある法律が上位規範の内容と適合しない疑いがあるとしても、当該法律が科学的な意味で「憲法違反」ということはできない。法体系において、法律の憲法適合性を判断する権限を持つ特別機関（憲法裁判所）が認められることがあるかもしれない。その場合、法律が法秩序から消滅するのは、統制手続が実施され、かつ当該裁判所によって当該法律が憲法に違反するため廃止又は取消される旨の決定が下された時に限られる。このように、憲法において立法による規範定立を破棄する特別の機関と手続が編成されたのである。それゆえ、法律はどれほど違憲であると考えられるものであっても、他の規範生産方法（憲法裁判所の判断）によって当該法律が破棄されるときまでは有効なものであり、その時点において当該法律はもはや法律でなくなるのである。法律は、権限のある機関によって憲法違反であると宣告されて初めて、法律ではなくなるのである。しかし、もしそのような判断が行われなかったならば、法律は法律のままであり続ける。それゆえ、「憲法に違反している」と科学的に言うことのできる法律は、存在しない。「この法律は憲法違反である」という主張は、政治的な態度表明であり法学的な態度ではない。

ケルゼンの純粋法学は、政治的判断と法的判断との峻別を企図する厳密な論理体系である。これが、ケルゼンの徹底した規範主義の帰結である。しかし、徹底した規範主義はまた、同じくケルゼンが明示的に主張した徹底した形式主義に通じている。ただし、ここには多くの難点があり、私はその中の一つを取り上げることにしたい。

すでに知られているように、規範を生産する準則は、純粋法学が私たちに信じ込ませようとしているほどには、明確なものでも議論の余地のないものでもない。機関には権限があるのか、形式は遵守されたのか、手続は首尾よく進行したのか、という問題が考えられる。一般にこれらすべての問題は、実質的準則すなわち実体的準則にかかわる問題（法律は基本権を尊重したのかという問題）と同様に、相反する複数の解釈の余地がある。ところが、ケルゼンは、ある解釈が正しいのかあるいは誤っているのかについて正確に指摘することのできる科学的解釈方法はない、と述べている。このことはまた、ケルゼンが「規範を生産する準則」と呼ぶものについてもあてはまる。したがって、ある規範が規範生産を規定する規範に従っているとの評価と、ある規範が実体規範に従っているとの評価とで、前者の方がより確実に行うことができるとは全くもって言うことができない。2種類の規範（形式的・手続的規範と実体的規範）の区別は、私が理解するところ、ケルゼンが法秩序の動態的構想の中でそれに付与した機能を果たすことができないように思われる。

#### 4. デュギーと社会学的実証主義

駆け足で進めてきた本検討を終えるにあたって、私は、法における実証主義をまったく異なる方法で理解しようとした見解に考察を加えることにしたい。それは、「社会学的」方法であり、公法学の分野ではフランスのレオン・デュギーがその代表的な論者である。

レオン・デュギーの社会学的実証主義は、19世紀前半を通じてオーギュスト・コントが創始したフランスの知的伝統に連なるものであり、さらにこの知的伝統によって、1870年にルイ・ナポレオン・ボナパルトの第二帝政が崩壊した後のフランスで共和国の理念が持続的に定着することを可能とする知的な社会階層が構成されることになる。それは、「実証主義的」で「急進主義的」な社会階層である。ここにいう急進主義的とは、非社会主義者であり反マルクス主義者であるにもかかわらず左派と称しうる政治的潮流を意味する。階級闘争を緩和しプロレタリア革命を回避するために、社会「改革」を強く説いたのが、この階層である。それは、「社会的なるもの」の「発見」又は「創造」の時期であった。介入者および再分配者としての国家は、不遇の階級に可能な限り適切な条件を保障することによって、産業社会の発展を先導しなければならない。

この時代に大学や知識人らの間で定着した社会学は、首尾よく実施することが求められたこうした重要な政治的事業に必要な基本的知識となる。重要なのは、「思弁的」社会学でなく、社会改革を方向づけるのに効果的でありうる実証主義社会学である。この時代の社会学者で最も有名なものは、もちろんエミール・デュルケムである。デュルケムが10年ほどの間、ボルドー〔大学〕でデュギーの同僚だったことは、意味のないことではない。1890年代、両者の交流は密に行われたのである。

デュギーはこの複雑な観念体系全体を、法の領域とりわけ公法の領域に移入した。ここにいう公法とは、まさに、国家行為を条件づけるものである。デュギーは、デュルケムの名著『社会分業論 (De la division du travail social)』の中に、社会学的かつ実証主義的な鍵概念を見出し、この概念を元にして、介入主義国家に関する公法学という彼の計画に、彼が十分と考える科学的基礎を与えることができたのである。その概念とは、連帯である。あらゆる社会は、連帯を基礎に置いている。しかし、連帯には区別される二つの形態がある。第一は、類似性による連帯である。この連帯が諸個人を凝集するのは、諸個人はお互いを承認し合うからなのであり、これは原始社会の基本的メカニズムである。第二は、差異化による連帯である。この連帯が諸個人を結び付けるのは、まさに諸個人が異なっているが相互補完的な社会的職分を遂行するからである。この後者のメカニズムは、近代社会に圧倒的な影響を与えており、それは複雑な社会システム間の連帯である。

デュギーにとって、国家とは社会と無関係の存在ではなく、外部から社会を統治するものである。我々が国家と呼ぶものは、実証主義的には、統治者全体によって形成される。すなわち、諸社会集団のうち、社会において、他の社会的職分と相互に依存する、統治という特定の職分を遂行する一つの社会集団によって形成されるのである。ここには、同時代のドイツの学説において広く共有されていた公理とは異なって、社会との関係における

国家の「超越性」は何ら存在しない。このアプローチによると、国家および国家行為は、社会という大きな連帯システムに組み込まれるべき社会的職分の観点から定義されなければならない。その結果、フランスの伝統的な諸学説と断絶した極めて精緻な法の世界が生み出されたのであり、これは、社会の外部にある超越的権力と看做される Herrschaft (支配権) に基礎を置くドイツ型公法学モデルとも対立することになる。

この学説の最も重要な点は、自らの社会的職分を遂行する能力のみが、一般に国家および権力に正統性を与えるということである。国家の社会的職分は、すべての連帯の保証人になるという意味で、特別なものである。このことは、個人および私的集団のみでは連帯又は社会の「相互依存性」を確保できない場合には、国家の介入が必要になることを意味する。この国家の介入は、公役務という形態をとる。すなわち、国家の職分は、必須ではあるものの私人では確保できない役務の提供を確保することである。それゆえ、このような社会学に基礎を置く法学においては、国家は役務の総体つまり「公役務の束」としてしか定義することができない。

ここから、公法に関する一つの構想が帰結されることになる。すなわち、社会的職分という観念を根拠とするため、それは、本質的に目的論的な公法学である。公法に特有の性格は、「支配」すなわち国家の手段（これは、オーリウを始めとするいわゆる公権力学派である）の中に見出されるのではなく、公役務の諸々の目的の中に見出される。公法は、公権力に関する法でも、主権に関する法でもなく、それは、国家行為の目的と認識される公役務に関する法なのである。

これら国家行為の諸目的は、まさに社会の状態、社会情勢、私人の主導では充足されないいくつかの連帯的要求の状態によって決定される。法準則の定義は、ここから生じる。法準則とは、「国家の命令」ではない。それは、社会体それ自体の中で形成される準則であり、まさに充足されない連帯的要求の表出である。それゆえ、法準則とは、その起源からして社会的なものであるが、ともかくも、デュギーはこのような法準則を「規範的」と呼ぶのであり、それは、法の根底に関する準則と呼ぶことのできるものとほとんど一致する。国家は、規範的な準則、準則に変換された社会的な要求の実施とその実効性を確保する以外の目的をもたない、いわゆる「構成的」準則の定立を通じて行使されるような、従属的な命令権力しか見出すことができない。規範的準則は、まさにそこから流出したのものとしてのあらゆる社会体を義務づけるのであり、それゆえ、国家という特別の社会集団をも義務づける。このようにして、デュギーは、法による国家の制限という公法学の根本問題を解決したと主張することで、成功を収めることができたと考えた。この「社会に基づく」法は、他のあらゆる他の社会集団を拘束するのと同じやり方で、国家を拘束するのである。

その結果として、法学的「主観主義」が拒否されるのである。これは、デュギーによると、ドイツ法学が苦心した形而上学的な汚染の象徴であるとされる。正確に言うならば、デュギーの立場において、「主観的権利」の「主体」は存在しない。存在するのは、客観的な社会的職分だけである。これは、当該地位が法律や命令によって完全に規定されている場合（例えば、公務員は客観的法的地位に置かれている）には、そうした一定の「客観的」

地位に置かれた諸個人によって遂行され、他方、当該の地位が法律および規則で規定されていない場合（例えば、純粋で単純に個人的な地位）には、「主観的」地位に置かれた諸個人によって遂行されるべきことになる。ここには、客観的規範の作用が存在するだけであり、この支配の下に、諸個人（権利主体と言えぬが）は、多かれ少なかれ、存在するのである。諸個人の地位は、その意思や主観的利益によって性格づけられるのではなく、客観的法的地位又は主観的法的地位が諸個人に与える集团的職分によって特徴づけられる。

これが、ドイツの主観主義に基づく諸学説に抗する社会学的実証主義学派が提起する、もっとも重要な帰結である。

### おわりに

これらすべての学者において、実証主義とは科学性の要求を意味している。その科学性とは、知識の客観性のことである。そして、知識の客観性は、公理の中立性要求と結びついている。それはすなわち、価値判断が禁止されるべきことである。しかしながら、ゲルバー＝ラーバント学派がどのようにして保守的な君主制に助力したかを明みに出すことは難しいことではない。同様に、デュギーの社会学的な企てが第三共和政の社会的共和主義という一つの明確な政治的原型にどのように組み込まれたかを見ることも、難しいことではない。イエリネクについても、そのテキストを詳細に読んでみると、彼の法理論が当時のドイツ憲法の中で代表的な要素と権利保障とを推進する自由主義的公法学をどのように構想するつもりであったかが示されている。最後に、ケルゼンの著作もまた、当時の憲法学で優勢であった保守主義に対する大がかりな反作用として読むことが許されるであろう。動態的で形式的なシステム理論はまた、公法学から実体的内容や硬直化した概念（これらは、第一次世界大戦後のオーストリアやドイツに現れた民主的立法者の自由に数々の制約をもたらしていた）をまさしく追い払い取り除くはずであった。すなわち、民主的に選出された立法者が集団の運命に関して自由な決定を行うことを妨げうる伝統的な法学の要素をすべて破壊する必要があったのである。そしてさらに、ケルゼンは、「純粋」法理論を民主主義に関する厳に形式的・手続的な構想と結びつけたのである。

二  
二九

実証主義は、一つの方法である。しかし、その方法が主張する純粋性がどのようなものであれ、一般的には法という対象に、さらに個別的には公法という対象に適用されたその方法の純粋性を称賛する者たちを駆り立てる精巧さがどのようなものであれ、法が社会および政治を統御する最も強力なメカニズムの一つである以上、その対象が必然的にかかわっている政治、倫理、社会の動向に対して法理論がまったく無頓着であることは考えられないであろう。

ケルゼンは、「法は純粋ではない。純粋であるべきなのは法理論である」と言った。しかし、純粋でない対象に関する純粋な理論というものの方が本当に可能なかという問題を提起することはできるであろう。

〔付記〕 本稿は、2010年11月4日、京都大学大学院法学研究科で開催されたオリヴィエ・ジュアンジャン教授講演会での報告原稿である。

オリヴィエ・ジュアンジャン (Olivier Jouanjan) 氏は、現在、フランス・ストラスブール大学教授、同大学カレ・ドゥ・マルベール研究所長を務めるほか、ドイツ・フライブルク大学教授でもある。専門は公法学・憲法学であり、とりわけドイツ憲法に関する著作が多い。主著に、*Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, *Economica*, 1992.、*Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918) : Idéalisme et conceptualisme chez les juristes allemands du XIXe siècle*, PUF, 2005. があるほか、最近の編著書として、Olivier Jouanjan (sous la direction de), *Hans Kelsen. Forme du droit et politique de l'autonomie*, PUF, 2010. がある。

訳出にあたっては、上記講演会のコーディネーターを務められた曾我部真裕氏 (京都大学) から、多くの有益なご教示をいただいた。ここに記して御礼を申し上げたい。(井上武史)