

ザンダーの法学における帰属性 (Zurechnung) の研究

—ケルゼンの純粹法学との論争—

加藤 昌 美

はじめに

- 一 ザンダーとウィーン法理学派
- 二 ザンダー「法教義学か、法経験の理論か」におけるケルゼン批判
- 三 ザンダーの「法経験の理論」の方法的前提——「法哲学の超越論的方法と法経験の概念」
- 四 「法学と法」におけるケルゼンの反論
むすびにかえて

はじめに

ケルゼン (Hans Kelsen, 1881-1973) の純粹法学 (Reine Rechtslehre) は、存在と当為を峻別する新カント主義的方法二元論に立って、一切の道徳的・政治的価値判断の混入だけでなく、法の社会学的・心理学的考察をも排除して、実定法を純粹に構造分析する「法の科学」の確立をめざすものである。その構想が学説の概要として表わされ、示されたのは、一九一一年の『国法学の主要問題』(七百頁余の大作)(以下「主要問題」という¹)であった。ここには、実定法の理論としての純粹法学の特徴を示す「自然法則と規範」、「倫理法則と規範」、「因果的、目的論的および規範的諸観察の関係」—法における目的、法規の客観的現象形態、法規の主観的現象形態等が網羅されている。また、同書

の第二版は一九二三年に、初版の本文にはまったく変更を加えずそのままにし、その代わりに巻頭に十二年間の自説の発展経過を叙述した二三頁に及ぶ序文 (Vorrede) を付け加えた形で出版されている。

ところで、ケルゼンの『主要問題』の副題は「法規論から展開した」となっており、ケルゼンが自らの法哲学において法規を重視していたことがわかる。法規 (Rechtssatz) とは、法律要件 (条件) と法律効果 (結果) の結合²⁾を示す論理的形式であり、自然科学における因果法則とは異なった、法における特殊な法則を示すものとして位置づけられる。そしてこの法規論の中心が帰属 (Zurechnung)³⁾ 論である。このことは、ケルゼン自身が『主要問題』の第二版の序文で、「私は『主要問題』において、帰属性が、自然の因果法則性に対応する法の特殊法則性であることを明らかにした」(Hauptprobleme, S. IX) と明確に述べている。

ケルゼンは『主要問題』の初版(もともと第二版でも変更はないが)で、帰属性について次のように論じている。「規範に基づいてなされた存在事実と主体との結合が帰属である。帰属は、因果的や目的論的な要素の結合とは完全に異なり、まったく独特な要素の結合である。その結合は、それが規範に基づいて生ずるので、規範的結合と呼ぶことができる。」(Hauptprobleme, S. 72)

ケルゼンの純粹法学を勉強している者として、法理論の問題を法規論に還元することを研究のテーマとすることは、かねてから私の抱いていた願いであり、規範、法規について学び、研究することは、ごく自然な流れであった。そしてケルゼンが「立憲法治国家の本質は、国家の全活動、すなわち、国家行為として妥当しなければならぬすべての行為が法規に基づくという点に認められるべきである。なぜならば、これらの法規は……ある人間の行為が、その肉体を持った行為者〔自然人〕に帰属されるのではなく、国家人格に帰属されることがするための根拠となる唯一の帰属規則であるからである」(Hauptprobleme, S. 555) と「趣味」のことを論述していることもあり、「法規」について

深く掘り下げて明らかにすべきところは「帰属性」であることに気付き、研究を続けている。

ケルゼンは、生涯を純粹法学の構築に捧げたが、その要としての帰属論について考察し続け、その理論には変遷が見られる。法規論・帰属論の変遷については、別稿で扱う予定であるが、その過程で注目すべきものが、ケルゼンが編集する雑誌『公法雑誌 (Zeitschrift für öffentliches Recht)』上で行われたフリッツ・ザンダー (Fritz Sander, 1889-1939) とケルゼンとの論争である。⁽⁴⁾ この論争は、多岐にわたるが、本稿では、帰属論に限定して考察することとする。

一 ザンダーとウィーン法理学派

ザンダーの方法論的立場は、ケルゼン、アドルフ・メルクル、フェリックス・カウフマン等と共に、「ウィーン法理学派 (Wiener rechtsphilosophische Schule)」と呼ばれることがある。この名称は、自らもこの派に属するフリッツ・シュライアー (Fritz Schreier) の命名によるものであるが、彼の論文によれば、「ウィーン学派を包括する統一的紐帯は、方法の純粹性 (Methodeneinheit) という原理である。法学は、他の科学のあらゆる混合から脱却しなければならぬということになる。だから、この学派のすべての理論は、この原理の帰結である」(Schreier, S. 309) とされ、帰属性についても新たな法学的な概念規定が必要であり、「帰属性とは、法規を基礎として行われるところの、當為主体と當為客体との結合である」(Schreier, S. 311) という説が展開される。さらに、シュライアーは、「この学派内において特殊の地位を占めているのは、フリッツ・ザンダーである。彼の論文は、ケルゼンの編集する、この派の機関誌『公法雑誌』において発表されたが、彼は後に自らこの学派から脱退し、彼の論文『法教義学か、法経験の理論か』

において、ケルゼンを激しく攻撃したのである。ケルゼンは、これに対し、鋭い反批判において応答をした。しかしながら、彼の根本的前提に関する限りにおいては、我々は、ザンダーをこの学派に加えなければならない。すなわち、倫理的・政策的なものからの法の分離、法規への還元、帰属性および国家と法の同一性は、ケルゼンに由来する」(Schreier, S. 317-318) と論述する。

ケルゼンとザンダーの関係及びザンダーの性格や人柄については、R・A・メタルの書いたケルゼンの伝記に詳しい叙述が二箇所あるが、その一つがこの論争前後を扱った部分である。⁽⁶⁾

ザンダーは、第一次大戦中はウィーン大学のケルゼンのゼミナールに出席していた学生の一人であったが、そのゼミナールにおける討論に刺激されて理論的な研究を始め、カント哲学の超越論的な観点から法理論を論じた論文(『法哲学の超越論的方法と法経験の概念』、これについては、本稿第三節で取り扱う)を書いた。ケルゼンは、この論文を『公法雑誌』に掲載した。ザンダーは、ケルゼンの弟子の中で最も天分に恵まれた者の一人であり、勤勉に加えて独創的な着想と非常な知的エネルギーを持っていたが、やがて独自の道を歩み、ケルゼンの方向から離れようと望んだ。しかし、ケルゼンは、ザンダーに対して、その自主的・知的な成長をいささかも妨げなかったばかりか、極力それを促すように努めたのである。ある日ザンダーは、『公法雑誌』に発表を希望する原稿(『法教義学か、法経験の理論か』、これについては、本稿第二節で取り扱う)をケルゼンのところへ持ってきたが、その内容は、ケルゼンの法理論を激しく非難したものであった。ケルゼンは彼に、この論文を掲載はするが、ザンダーの非難は根拠がないと思われるので、その回答を行う権利を留保することを伝えた。この回答(『法学と法―法教義学』克服のための試みへの駁論)、これについては、本稿第四節で取り扱う)は、一九二二年の同誌に発表された。ザンダーとのこうした本質的な論争にも拘らず、ケルゼンは、彼をプラハ・ドイツ(語)工科大学(チェコ語ではなく、ドイツ語を教育語とする大学)

の教授として強力に推薦し、ザンダーは、この推薦に基づいてやがてその地位を得ることになった。

二 ザンダー『法教義学か、法経験の理論か』におけるケルゼン批判

ザンダーは、『法教義学か、法経験の理論か』⁷⁾において、自分が「法の総合的判断の超越論的分析としての法経験の理論」(Rechtsdogmatik, S. 79.)の立場から次のようにケルゼンを批判する。それは、ケルゼンが「規範論(論理学)」の立場であるのに対し、ザンダーは、「法経験の理論(社会学)」の立場から批判しているのである。すなわち、ザンダーの目的は、法を規範体系とみる、今日の法教義学(Rechtsdogmatik)の通説を、法経験の理論(Theorie der Rechtsfernhung)によって克服したいとする点にある。ザンダーは、当時の法教義学の現状を次のように把握している。

「過去十年間に企てられた支配的法学の改革あるいは新たな法学の構築の試みは、二つの方向に動いている。我々は、その方向を法教義学に対する態度に応じて、保守的方向と過激な方向に区別することができる。保守的方向の支持者たちは、法教義学の根本ドグマ、つまり規範または命法の総体としての見解に固執して、一たとえばビーアリングのように―法教義学の枠内でその根本概念の修正を試みたり、―シユタムラーのように―認識論的論究の中でその根本概念の基礎付けを試みたりしている。過激な方向の支持者たちは、―いわゆる自由法学派のように―法産出の方法としての形式論理学のドグマを揺さぶったり、―いわゆる社会学的法理論のように―法の規範的・命法的作用のドグマを攻撃したりすることによって、法教義学そのものの超克を目指している。」(Rechtsdogmatik, S. 19-20)

ザンダーは、ケルゼンを法教義学の保守的方向の支持者だと考えており、だからこそこのケルゼン批判の論文のタ

イトルが法教義学か法経験の理論かとされているのである。にもかかわらず、ザンダーはこの状況に対するケルゼンの法理論的貢献を評価している。

「過去十年間に企てられてきた法教義学の学問(性)の批判的な検討と新たな法学の構築の無数の試みのうち、ケルゼンの法理論の研究は、特別の位置を占めている。これまで知られていなかったほどの明確さと鋭さをもって、ケルゼンは、通説的法教義学のメタ法学に対して、法学的認識の方法の純粹性の要求を出し、法学の基本問題を鋭く論及した。ケルゼンの法学の三つの要請は、法理論的実証主義の失われることのない方法的目録としてみなされている。第一の要請は、法理論の問題を法規論に還元すること、第二の要請は、帰属において特殊的な法則性を規定すること、第三の要請は、国家と法の統一性を認識することである。」(Rechtsdogmatik, S. 7)

この三つの要請は、ケルゼンが『主要問題』で強調したポイントであり、またウィーン法理学派の特徴でもあるが、それが見事にまとめられている。しかし、ザンダーは、ケルゼンの理論には欠陥があり、この要請を満たすこととはできないと見て、その欠陥を克服するためには、新しい理論が必要だと考え、法経験の理論という独自の理論を提唱するのである。

ザンダーは「まず、第一に、ケルゼンは、『帰属』を法的法則性一般と混同したことは明白である」(Rechtsdogmatik, S. 62)と述べ、さらに、「ケルゼンの帰属論に対してあげられるべき異議、すなわち、彼の『帰属』は法学的方法的手続であって、法的方法的手続ではなく、また、法に関する判断の領域に根ざすものであって、法の判断の領域に根ざすものではない。つまりまさにケルゼンは、法内部での論理的な依存関係について常に語っているのであるからである」(Rechtsdogmatik, S. 62-63)と批判する。この「法の判断 (Urteil des Rechtes)」と「法に関する判断 (Urteil über das Recht) = 法学 (Rechtswissenschaft)」の区別の必要性がザンダーの主張の要である。そして、「そ

れ故、次に、ケルゼンの帰属性を研究することが必要になってくる。その研究は、単に法の自己法則性というケルゼンの概念についての研究を含むだけではなく、ケルゼン流の国家概念の研究にも直接移行するものである」(Rechtsdogmatik, S. 63) とする。

ザンダーはケルゼンの帰属性を、「法律要件と法律効果の間の法実在的な、実証的な依存性は、「帰属」という総合的な法原則によって打ち立てられる」(Rechtsdogmatik, S. 62) と理解して、「帰属(性)」を何らかの法的に重要な結合態様として研究に持ち込んだという功績は、ケルゼンに帰せられる」(Rechtsdogmatik, S. 62) と讃えるのであるが、この認識をもっているという限りで、前述のシュライアーの言うように、ザンダーもウィーン法理学派の一員だとする見方も成立するのである。

しかし、「ケルゼンの『帰属論』は、純粹法学の領域にある、法的結合の問題の解決として見ることはできない」(Rechtsdogmatik, S. 62) として、「ケルゼンの『帰属』の概念は、彼の『当為』の概念の派生語であり、本質的に倫理的起源の性格を持つ概念に等しい」(Rechtsdogmatik, S. 63) と説明する。「ケルゼンの画期的功績は、法の中に現れる諸要素の結合は、自然科学の中に現れる『因果的』な要素の結合から独立しているということを示したことの中にある、ケルゼンの誤りは、彼が『当為』という倫理的概念とともに、その派生語である『帰属』という概念を法理論の分野に導入し、それに附着している倫理的メルクマールを洗い流すことなしに、その概念を法的結合態様の叙述のために使用した点にある。」(Rechtsdogmatik, S. 64) つまり、法学に倫理学を持ち込んでおり、法学の純粹性に問題があると指摘しているのである。そして、ザンダーは、「当為主体と当為客体の区別は、たしかに倫理学にとっては最大の意義があるが、まさにこの区別は、倫理的帰属の一つの相関物であるにすぎない」(Rechtsdogmatik, S. 64) と言っているのである。

続いてザンダーは、カントの「人倫の形而上学」から次の文を引用して、倫理的帰属（カントの場合は、通例は「帰責」という訳語が当てられる）を説明する。

「行為（Handlung）が拘束性をもつ法則の下にあり、その結果として、その行為の主体が自分の選択意思（Willkür）の自由に従って考察される限りにおいて、その行為は、所為（Tat）と呼ばれる。行為者は、そのような行動（Akt）を通じて、結果の創始者とみなされ、ある拘束力を課するところの法則を、人があらかじめ知っている場合には、この結果は、行為そのものとともに、その創始者に帰属（「帰責」）されることができる。主体が人格であるのは、その行為が帰属（「帰責」）可能な主体である場合である。」（Rechtsdogmatik, S. 64）

そして、「ケルゼンの帰属論のもっと深刻な欠陥は、法的帰属の判断がどのような領域で行われるか、総合的（構成的）判断か、分析的（反省的）判断か、あるいは、法の判断（法作用）か、法学の判断（法に関する論理的判断、思考行為）かということ、決して明確にならないことである。この欠陥は、たしかにケルゼン法学の根本的欠陥、すなわち規範的で、かつ、それによって条件付けられた静態的な法の考察と論理学的領域（法に関する判断）と法的領域（法の判断）の混同に起因する」（Rechtsdogmatik, S. 65-66）と再度強調する。

この難点を解消する方策は、ザンダーの言う法経験の理論により「法の判断」を直接扱うことではあり得ない。「法経験の理論は、超越論的方法によってのみ、つまり、専ら第一次的・法的対象領域である法経験とに関係させることによってのみ、可能であるので、法的帰属を志向するその「法経験の理論の」帰属概念も、倫理的な帰属概念と混同されることはありえず、法経験の理論にとって、「本質的には決して法領域に限定されない規範論理学的関係」は、存在しないのである。だから、特に、法経験の理論にとっては、帰属の「主体」も、「人間」も、「機関」も、「国家」も存在しないのである。」（Rechtsdogmatik, S. 73）

次に、ザンダーは帰属の終極点としての国家というケルゼンの説を批判する。「帰属の学説が積極的な法理論的価値を獲得するのは、その学説が、法に内在し、法手続において現れ、倫理的・政治的要請によつてではなく、実定法規によつて行われるところの、法において示されうる帰属の根本系列に従属している結合として示される時、その時が初めてである。」(Rechtsdogmatik, S. 74) ここで、法経験の理論の核心である「法手続」の重要性が指摘される。

ザンダーは、「法学的『前提』——それは常にあらゆるさまざまな倫理的・政治的要請か、隠された倫理的・政治的要請に基づいているが——も、「二つの法秩序」を「最上位の」、「他の法秩序から」導出不可能な、「主権的な」法秩序、つまり、法律要件事実がその終極点として帰属される法秩序にすることはできないのである」(Rechtsdogmatik, S. 74)とし、その理由を、「法だけが、法的手続の持続性の力で、すべての法手続を一つの根本手続に帰属するのである」(Rechtsdogmatik, S. 74)と主張する。そして、「ケルゼンにとって、規範は「法規」を意味し、命法つまり『当為』は人間のために「法規」を発散するからであり、また彼は思考手段によつて法の段階の結合を打ち立たせたからである。倫理学と論理学は純粹法学を根拠づけることはできないのである」(Rechtsdogmatik, S. 76)とし、冒頭で述べた第一・第二の要請がケルゼン理論では満たされないと結論する。

最後に、ザンダーは第三の要請、つまり国家と法の統一性という要請が満たされているかどうかを検討する。「法の意味における国家は、ケルゼンにとつては「法的」秩序ではなく、「考えられた(思想上の)」秩序であり、法の対象ではなく、「法学の対象」であり、法的方法ではなく、「規範的・法律学的」方法であり、「法的に産出されたもの」ではなく、「認識された」もの、「概念的に把握された」ものである」(Rechtsdogmatik, S. 78)と確認したうえで、「国家は、超越論的法の意味においては、法的産出方法としての法手続の維持を、経験的法の意味においては法手続の維持を通じて構築されるすべての法的手続の一つの根本手続への統一関係を意味する」という理由、すなわち「国家」は

構成的条件として法の総合的判断を内在しているという理由でのみ、国家は「法の性質」をもつ」(Rechtsdogmatik, S. 79) という自分の立場を述べる。それ故、「法経験の理論にとつて、国家の外部に法はなく、法の外部に国家はない」と同様である。自然の外部に「実体」も「エネルギー」もなく、「実体」や「エネルギー」の外部に自然がないのと同様である。なぜなら、「国家」は法の純粹意思のカテゴリ、すなわち法の総合的判断において行われる法経験の可能性の条件であるからである」(Rechtsdogmatik, S. 79) ということになる。

そして、「超越論的意味においては、「法経験」は、法の産出方法の最上位のもの〔主権〕を意味し、「法秩序の維持」はすべての経験的法的手続における手続適合的な統一関係したがって、「最上位のもの〔主権〕と国家の関連」の維持を意味している。経験的意味においては、「法的手続」は、具体的な個々の法的手続を意味している」(Rechtsdogmatik, S. 83) と説明し、帰属にかかわる点について、「ケルゼンの『全法秩序としての国家』は法的手続の維持に対応し、ケルゼンの『帰属の終極点としての国家』はある一定の法の根本手続に対応している」(Rechtsdogmatik, S. 85) とする。

結論的には、「法経験の理論は、「法」は、その内部で「国家」が他の法原則と並んで一つの総合的法原則を意味するところの決定的な経験連関であるという理由で、「国家」を法秩序と同一視することをそもそも一般的に避けるだけではなく、形式論理学の静態学から法の動態学に移行する修正が、国家を、「帰属の終極点」と呼ぶのではなく、むしろ「帰属の系列」と呼ぶ。より正しくはなぜなら、「帰属」は、他の法原則と並ぶ、手続において行われる一つの総合的法原則であるから―「手続の根本系列」と呼ぶという理由で、術語上だけではなく、内容に即しても避けることになる。しかし、その場合「法的手続の維持としての国家」と「手続の根本的系列としての国家」は疑わしいやり方でのみ法経験の統一を、ある時は超越論的關係において、またある時は経験的關係において特徴づけること

には、常にどまどましているのである」(Rechtsdogmatik, S. 85)として、法経験の理論からすれば、ケルゼン流の「帰属の終極点」ではなく、「帰属の系列」と見るべきだと主張する。ケルゼンの理論には動態学が欠けているというザンダーの指摘は、ケルゼンの純粹法学の理論的構築過程の観点から見れば、重要な指摘である。

では、法経験の理論の領域を支配する総合的原理は、何であるか。ザンダーは、その原理をまとめているが、その原理は、『法哲学の超越論的方法と法経験の概念』で詳細に展開されている。これについては、次節で取り扱う。

三 ザンダーの「法経験の理論」の方法的前提—「法哲学の超越論的方法と法経験の概念」

ザンダーの「法経験の理論」の方法的前提は、ケルゼンを全面的に批判する前の年に書かれた『法哲学の超越論的方法と法経験の概念』^⑤で展開された。ここで、ザンダーはカントの「純粹理性批判」を基礎としている。そもそもカントの批判哲学は、対象そのものの認識を目指すのではなく、主観に備わっているア・プリオリな形式によって、客観的な対象領域がどのようにして成立し、また、どこまで可能であるかを示そうとするものである。カントのいう「超越論的 (transzendental)」とは、我々の経験に先立って、それを可能ならしめるという意味では経験を越えていることを指し、このような「ア・プリオリな総合判断はいかにして可能か」を研究する立場が超越論的哲学なのである。そこで、ザンダーは、「純粹理性批判」の「超越論的論理学の原則的分析論」の中にある「純粹悟性の総合的原理」を法の領域に移植することを試みたのである。

カントの「純粹理性批判」によると、純粹悟性のすべての綜合的原則は次のとおりである。⁽¹⁰⁾

- 一 直観の公理：「すべての直観は外延量である。」
- 二 知覚の先取〔予料〕：「すべての現象において、実在的なもの、つまり感覚の対象であるものは、内包量、つまり度 (Grad) を有する。」
- 三 経験の類推：「経験は、知覚の必然的結合の表象によつてのみ可能である。」
- 四 経験的思考一般の要請 (Postulat)
 - ① 「経験の形式的条件と (直観および概念に従つて) 合致するものは、可能的である。」
 - ② 「経験の実質的条件 (感覚) と関連するものは、現実的である。」
 - ③ 「現実的なものとの関連が経験の一般的条件に従つて規定されているものは、必然的である。」

これに、ザンダーが考えた「法経験の理論」の原則を対置すると次のとおりである。(Transzendente Methode, S. 88, 89, 92, 103-104)

- 一 法的直観の公理：「すべての法的直観は、法的な外延量、すなわち法規の形式である。」
- 二 法的知覚の先取〔予料〕：「すべての法現象において、実在的なもの、つまり法的に重要な事実 (欲望) の対象であるものは、法的な内包量、つまり法律要件 (Tatbestand) を有する。」
- 三 法経験の類推：「経験は、すべての法現象の必然的結合の表象によつてのみ可能である。」
- 四 経験的法一般の要請

① 「法経験の形式的条件 (法規の形式) と合致するものは、可能的である (証明可能である)。」

② 「法経験の実質的条件 (法律要件) と関連するものは、現実的である (証明される)。」

③ 「現実的なものとの関連が法経験の一般的条件に従って規定されているものは、必然的である (法的効力を有する)。」

以上のように両者を併記すると、ザンダーの考え方が浮かび上がってくると思う。このうち、帰属性に関連するのは、三の「法経験の類推」であるが、これもカントの「経験の類推」を下敷きにしてゐる。

カントのいう「経験の類推」とは、特殊から特殊へと進む推論としての類推である。カントによると、経験とは経験的認識、つまり多様な知覚の総合的統一によつて得られる認識であるが、この総合的統一は、一種の類推——二つの量的関係の等しさにかかわる数学的類推ではなく、質的関係の等しさにかかわる哲学的類推——によつて行われる。すなわち、関係および様相のカテゴリーによつて成立するとされるところの、実体の持続性、因果性、(実体の間の) 相互性などの原則に基づいて、経験の既知の部分から未知の部分を類推することによつて、知覚の総合的統一を行い、経験的認識を獲得するのである。¹¹⁾

これらの経験の類推は、時間の三態様に従つて時間における現象の現実的存在を規定する原則にほかならない。時間の三態様とはすなわち、量としての時間そのものに対する関係 (現実的存在の量すなわち持続)、系列としての時間における関係 (継時的)、および一切の現実的存在を総括するものとしての時間における関係 (同時的) に応じてである。「経験の三類推」¹²⁾ について、カントは、大要次のように論述している。

・ 経験の第一の類推 || 実体の持続性の原則

「諸現象がどんなに変移しても、実体は持続し、実体の量は自然においては、増えも減りもしない。」

・ 経験の第二の類推 || 因果性の法則に従う時間継起の原則

「すべての変化は、原因と結果の結合の法則によって生起する。」

・経験の第三の類推Ⅱ交互作用の法則あるいは相互性の法則に従う同時存在の原則

「すべての実体は、空間において同時的なものとして知覚できる限りにおいて、全般的な交互作用のうちにある。」

ザンダーは、カントのこの「経験の三つの類推」に対応して、「法経験の三類推」を作り出した（「Transzendentaler Methode, S. 93-103」）。帰属については、第二・第三の類推が関係し、第一の類推は、それらの前提条件を確保するものである。

・法経験の第一の類推Ⅱ国家の原則

「法現象がどんなに変移しても、国家は持続し、その法形式は不変である。」

・法経験の第二の類推Ⅱ「帰属」の法則に従う時間継起の原則

「すべての法変化は、法律要件と法律効果の結合の法則によって生起する。」

「法律要件事実の継起の規則を提供する純粹意思の綜合的原則は、帰属の原則、すなわち、法現象の連続は、法律要件としての A が法律効果としての B を、法規の規則に従って常に継起するというふうにもみ規定されることができるといふ原則である。」

「帰属の原則は、いかにして、どのような法則性において、純粹意思の二つの要素が互いに帰属されることができるといふ規定を、一方つまり法律効果が、他方つまり法律要件への一方的な依存性において規定されるといふふうにも規定される。法経験の第二の類推は、法的量を初めてその孤立性から浮かび上がらせ、それを第二の法的量と関係させる。」

・法経験の第三の類推Ⅱ相互的帰属の法則に従う同時存在、つまり体系の原則

「すべての法現象は、空間において同時的なものとして知覚できる限りにおいて、相互的帰属結合のうちにある。」
 両者を比較すればすぐにわかるように、ザンダーの目的は、いかにして法の超越論的綜合判断が可能であるかという問題を解決することにあつた。すなわち、カントのカテゴリーを法に適用し、法は自然科学であると認識させることにあつた。そこで、カントの超越論的方法を法学に適用しようとするものであり、その結果、ア・プリオリな綜合判断の原則が、ほぼ逐語的に法の領域に移し替えられる作業が行われたのである。シェライアーは、「ザンダーは、哲学术語の代わりに、自説により対応するとされる法律学用語を置くことによって、哲学文献からの長い引用を法律学的なものに『翻訳している』」(Scheler, S. 318)とこれを的確に評している。

ケルゼン自身は、この論文について、『主要問題』の第一版の序文において、次のように高く評価している。「我々の学問の核心的問題である法と国家との関係の最後の洞察は、国家学として把握されるにせよ、法律学として把握されるにせよ、認識批判の方法においてのみ獲得されるべきものであつた。まさにこのような方向に基づいてザンダーは、彼の論文『法哲学の超越論的方法と法経験の概念』等において功績を挙げている。特に、その功績は、自然科学の实体概念 (Substanzbegriff) と国家概念との間の相似の発見、ならびに法と自然科学一般との間の並行を深化しようとする試みであり、啓発されるところ大である。ザンダーが、後に著した純粹法学の方向を廃棄する著作において、筆者に提起しなければならぬと信じたところの事実上の対立と個人的な敵意が存するにもかかわらず、私はこれを承認するにやぶさかでない。」(Hauptprobleme, S. XXI - XXII)

四 『法学と法』におけるケルゼンの反論

ザンダーの辛辣な批判に対し、ケルゼンは「法学と法―「法教義学」克服のための試みへの駁論」^(B)ですぐさま反論した。ザンダーのケルゼン批判は、帰属を論じる際に端的に表れる。問題となるのは、前節で説明した法経験の第二の類推である。

ケルゼンが反論するのは、ザンダーが「超越論的論理学に従って、実体・因果性・相互作用という認識論的原理を通じて行われる「客観的時間」が「国家」・「帰属」・「相互的帰属」という原則を通じてなされると主張して、「(カントの) 経験の類推を、ザンダーが発見した法経験の類推と完全に同一視している」(Rechtswissenschaft, S. 158) 点である。すなわち、ザンダーによると、認識過程と法的過程が同一ということなのである。

また、ケルゼンは、次のように疑問を呈する。「ザンダーが法の領域に転用した第二の類推は、因果性の原則である。そして彼が、それをなぜ「帰属」と名づけたかという理由だけがわからないのである。」(Rechtswissenschaft, S. 165) そして、ザンダーによると、「事実の継起の規則を提供する純粹意思の総合的原則は、帰属の原則である。それは、法現象の連続が、法律要件としての A に常に法律効果としての B が法規の規則に従って継起するというふうにより規定されることができるといふ原則」(Rechtswissenschaft, S. 166) であり、「それをもって、法現象の連続は、それが純粹意思の秩序にはめこまれ、法規の法律要件事実の作用として規定されることにより、客観的な連続になるのである」(Rechtswissenschaft, S. 166) となるが、ケルゼンはこれの問題点を指摘する。「ザンダーが、自ら法的過程の中で発見する因果性を「帰属」と名づけることは、法学が……因果科学的であり、因果性はまさに自然科学のシンボルであるので、自然科学であるべきであるということを隠蔽することになるのは明白である」から、「ザンダーは、「帰属」という専門用語をまったく恣意的に誤用している。」(Rechtswissenschaft, S. 166) また、「ザンダーの場合、法現象を互いに時間系列に結合する際に従うものが、まさに因果性なのである。それ故、完全に意味が変わっているのである」

(Rechtswissenschaft, S. 166) と断定し、「一つの内在的矛盾がザンダーの叙述全体をご破算にしてしまうのだ」(Rechtswissenschaft, S. 166) と言い切る。ザンダーにおいては、「時間的に連続する法現象が起る法則性の問いに対して、一理由もなく『帰属』と名づけられた一因果法則性の総合的原則が、答えとして提供される」(Rechtswissenschaft, S. 166) けれども、これはケルゼンには受け入れがたいことである。

「法経験の第三の類推は、法経験の第二の類推が『純粹意思の時間の秩序を明らかにした』後に、『並びの、つまり空間の客観的秩序』を保証しなければならない。」(Rechtswissenschaft, S. 171) しかし、「カント的定式化において経験の第三の類推と呼ばれている『相互作用』の代わりに、同じ空間と時間に存在し、そこにおいて自然現象と同様に知覚可能な法現象が統一へともたらされるとしても、『相互的帰属結合』と言われることは、明らかに法的因果性に対する既に述べたザンダーの特異体質にのみ遡られるべきである。」(Rechtswissenschaft, S. 171-172) ここで「特異体質」という言葉まで使っているところに、存在と当為を混同することに対するケルゼンのいらだちが現れているようである。

このような強い言葉でザンダーの非難に応酬する一方で、「私は、私の帰属論がなお本質的な改良を必要としており、すでに数年来この改良作業をしてきたことを、喜んで認める」(Rechtswissenschaft, S. 224) と率直に明言し、「だから、私はこの方向への示唆を特に感謝する」(Rechtswissenschaft, S. 225) と述べている。ここからわかるように、ザンダーが批判の対象としたケルゼンの理論は、主として『主要問題』の初版で述べられている帰属論であった。ところが、ケルゼンはその後も理論の改良作業をしていたのである。それ故、ケルゼン自身もかつての理論に欠陥があることは自覚していたのである。したがって、ザンダーの批判は、一九二二年のケルゼンにとっては的はずれで不本意な点もあつたと思われる。この点で、論争はすれ違いの面もあつたと評価してよいだろうが、この時点でのケルゼ

ンの純粹法学の不備な点があぶり出されたと評価してもいいだろう。

とはいえ、「ザンダーが私に異議を申し立てていることは、すでにそれ自体の中に矛盾が多いので、完全に役に立たない」し、「彼の異議は、本質的には、法の判断と法学の判断の間の区別の欠如の、すでに言及し、退けた非難した結果となっている」(Rechtswissenschaft, S. 225) と反論する。

さらにザンダーが「そのような特性を持っているように見える法が、最高の産出方法、つまり判断作用の最高の連関として特別扱いされるべきであるとすれば、帰属という倫理的概念も、法理論の概念から距離を置かねばならないし、法における因果性の概念のための別の表現が使用できないので、法的帰属概念によって代替されねばならないのである」(Rechtswissenschaft, S. 225) と主張し、ケルゼンの帰属概念を倫理的概念と非難した点については、「それをもってザンダーは、自分が企てた法の自己法則性―それは法における因果性のいっさいの想定をきわめて激しく忌み嫌わざるをえないのだが―の要求に対する、つまり、「ケルゼンの画期的功績は、法において表れる諸要素の結合が自然科学において表れる諸要素の『因果的』結合から独立しているということを示した点にある」という主張に対する解消不可能な矛盾に陥っている」(Rechtswissenschaft, S. 225-226) ザンダーの自己撞着を指摘する。

終わりに、ケルゼン・ザンダー論争について、純粹法学に賛同する論者をウィーン法理学派と一括して名づけたシユライアーの評価を見ておこう。

シユライアーのザンダー評価の基調は、「ザンダー理論の叙述は容易でない。彼は時の経過とともに、明示的に説明することなく自己の見解を変更し、かつ、その体系は我々には示されていない。また、彼の文体も独特のものである」(Schneier, S. 318) というものである。

シユライアーは、「ザンダーは、カントが自然科学の総合判断を分析しようとしたのと同様に、法の総合判断を分

析しよう」とし、その際、「自然の領域における綜合、すなわち超越論的図式論 (Schematismus) に対応するものが法手続なのである」とザンダーの意図をまとめたうえで、とりわけ、「ザンダーの論文中に、法律要件 (Tatbestand) の概念の明瞭な説明を発見し得ない」(Schreier, S. 319) と論難する。また、考察対象となる素材を何にするかという点でも、法規から法感覚への動揺も見られるとし、結局、「自然と法との間の相似を示し、法経験と自然経験を同資格のものとして並列することがザンダーのもともとの意図であったが、両領域の完全な同一性という帰結にまで進んでしまったのである」(Schreier, S. 322) と断ずるのである。

また、ザンダーの法経験の類推については、ケルゼンの指摘と同じく、シュライアーもザンダーの言う帰属性が因果性である点を強調し、ザンダーの理論によると、「法規は自然現象としての役割と自然法則としての役割を演じる」ので、「ザンダーの全類推は崩壊する」(Schreier, S. 323) と手厳しく評価する。また、経験的法一般の要請についても、「カントの要請は科学的証明手続に関するものであるのに、ザンダーはそれを裁判上の証明手続に関係させてしまった」(Schreier, S. 323) と指摘する。

ザンダーに対するシュライアーの最終判断は、彼はウィーン法理学派の一員ではないというものである。もともとケルゼンの弟子であり、優秀だと認められていたザンダーはウィーン法理学派の一員に数えられていたが、「後に自ら学派を脱退した」(Schreier, S. 317) と表現される。その根拠は、おそらく次の叙述に表れていると思われる。「ザンダーの目的はいかにして、法の超越論的判断が可能であるかの問題を解決することにあった。彼の解答は、カントのカテゴリーを法にも適用して、法を自然科学にしようことであった。これによって彼自身はいわゆる社会学的法理学の支持者になつてしまつたのである。」(Schreier, S. 325) ウィーン法理学派の基本原則を共有しない者は、学派に所属できないのは当然だからである。

むすびにかえて

本稿は、ケルゼンの帰属性について、規範論の立場からのケルゼンに対して、事実との関係の立場から、時には極端な立場をとるザンダーの批判であり、それに對し、ケルゼンが冷静に回答するものであった。

ケルゼンは「主要問題」の第二版では、初版以後の理論的変遷・展開をいっさい本文に加えなかった。だから、ケルゼンの純粹法学の全体像は、ナチスによってケルン大学を追われ、一時スイスのジュネーブに滞在した一九三四年に出版された「純粹法学」(初版)になるまで姿を見せなかったのである。最大の発展・修正は、「主要問題」の第二版の序文で明言しているように(Hauptprobleme, S. XVI)、メルクルの法段階説を純粹法学の体系に受容したことである。これにより、純粹法学は法の靜態学だけでなく、動態学の部分もあわせもつことになった。動態学がないというザンダーの不满は、解消されたのである。それ以外にも、ザンダーとの論争がいろいろな点でケルゼン理論の形成・完成に少なからず影響を及ぼしたと言っているまいだろう。

ケルゼンが法規範の統一を根拠づける前提としての「根本規範(Grundnorm)」を明瞭に叙述したのは、一九一四年の論文「オーストリア憲法による帝国の法律と支邦の法律」¹³⁾においてであった。帰属論に焦点を合わせた形でケルゼン理論を考察することで、「帰属の終極点としての国家」という説の延長線上に規範論理的な仮説としての「根本規範」の措定という考え方が鮮明になるのではないかとも思える。

帰属論の展開から言えば、一九六〇年の「純粹法学」(第二版)で帰属を二つに分けて、「帰属」と「転属(Zuschreibung)」に分ける理論をうち出したことが重要である。事実と規範の問題は、ケルゼンを生涯悩ませたもの

であるが、これについては、ザンダーとの論争からもその発展方向が垣間見られるのではないか。ケルゼン帰属論の発展を時系列で分析することが次の課題であり、それは続稿で扱う予定である。

- (1) Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtsätze, 1. Aufl., 1911; 2. Aufl., 1923. 本書からの引用は、本文中に書名 Hauptprobleme を示し、それに頁数(ローマ数字は序文、アラビア数字は本文)を付記する形式で行う。
- (2) Tatbestand という用語は、原則として事実を記述する部分である法律要件、あるいは広義にはその対象たる事実を指すのが本来の用法であるが、ケルゼンは「主要問題」において、法規の構成要素という程度の意味で用いることがあり、その結果、Tatbestand が当為であるべき法律効果をも包含することになってしまう。(法律要件だけを指す場合は、条件(Bedingung)や前提(Voraussetzung)が用いられる。)この用語法は、ケルゼンの立場からすれば厳格であるべきはずであるが、用語法の混乱は、本稿で登場するザンダーやシュライアーにも見られる。本稿では、Tatbestand は前後の文脈に応じて、適宜訳し分けることにする。
- (3) 本稿では、Zurechnung の訳語として「帰属(性)」を使用するが、「帰報」、「帰責」、「責任」が訳語として用いられることもある。黒田覚は、「すべての法概念から心理学的要素を一掃する企てもあった。心理学的な「意思」の概念が取り除かれて、その代わりに Zurechnung という観念が彼の理論の中で、大きな役割を持つようになる。いまでは、この言葉の訳語にいろいろあるようだが、私のつくったのは「帰属」だった」と書いている。(鶴飼信成・長尾龍一編「ハンス・ケルゼン」東京大学出版会、一九七四年、一六三頁)これに対して、長尾龍一は、「動詞の「帰する」、名詞の「報」は賞罰両様に用いられるので、「報を帰する」ことを意味する「帰報」なる新語を造った」と記している。(「法理論における真理と価値」(二)「国家学大会雑誌」七八巻五一六号(一九七八年)八四頁)また、カントの場合は、「帰責」が通例であるようである。(「カントの論述には、帰責(Zurechnung)と責任(Verantwortung)の両語がみられるが、主題的に語られているのは、もっぱら前者であるとす。」「カント事典」弘文堂、一九九七年、二九七頁)なお、刑法学では、「責任は、行為を行為者人格に結び付けて、非難を行為者に帰する判断である。非難を帰することを「帰責(Zurechnung: imputation)」と言われている。(団藤重光「刑法綱要(総論)」創文社、一九六九年、一八八頁)
- (4) ケルゼン・ザンダー論争は、Stanley L. Paulson (Hrsg.), Die Rolle des Neukantianismus in der Reinen Rechtslehre: Eine Debatte zwischen Sander und Kelsen, 1988 としてまとめられている。また、本稿とは視角が異なるが、この論争を扱ったものとして、高橋広次「ケルゼ

ン・ザンダー論争とその展開—法学及び国家学の方法論をめぐって—」【九大法学】 第三四号（一九七七年）一—二八頁がある。

- (5) Fritz Schreier, *Die Wiener rechtsphilosophische Schule*, in: *Logos Bd. 11 (1922/23)*, S. 309. 本論文からの引用は、本文中に著者名 Schreier を示し、それに頁数を付記する形式で行う。—なお、黒田覚「ウイン学派の法律学と其の諸問題」大鑑閣、一九二七年、一頁—五二頁で翻訳されている。

- (6) Rudolf Aladar Metall, Hans Kelsen: *Leben und Werk*, 1969, S. 39-40; 68-73. ルドルフ・アラダール・メタル（井口大介・原秀男訳）【ハンス・ケルゼン】成文堂、一九七一年、六四—六七頁、一一三—一二二頁。以下の叙述も、同書によるものである。

ザンダーが「ケルゼンの法学—規範的法学に対する挑戦状」と題する誹謗文の中で、ケルゼンは、その学説の本質的な構成要素を彼から取っており、もし、それを是認しなければ、剽窃として明らかに非難されるであろうという主張を掲げた時には、ザンダーは、教授の地位を得ることは殆んど自信がなかった。ケルゼンは、直ちにその権限のある大学の機関、ウイーン大学懲罰委員会に対して自発的な届出を行い、自らの懲罰査問を提議した。二か月半続いた調査の後に、委員会は、ケルゼンが「大学教師および専門研究者としての名譽義務を傷つけるような行為があったとする不当な非難を、いささかも蒙るべき理由はない」として、ザンダーの公然かつ間接に行つた告発を、却下したのである。ザンダーはその後、ケルゼンとの関係を元に戻そうと努力した。ケルゼンは、ザンダーの全く矛盾だらけの性格に憐れみを持った。彼の旧師に対する関係は、精神分析的に説明し得るように、オイディプス・コンプレックスを自制できなかった場合に表れる憎悪愛の典型的な事例であった。

ウイーン学派の総帥ケルゼンは、一九三〇年にドイツのケルン大学に招聘されたが、二年後にはナチス政権により教授職を解雇された。その後のユダヤ人迫害を逃れ、一九四〇年に最終的にアメリカ合衆国に移住するまでの一時期、一九三六年から三九年までブラハ・ドイツ（語）大学法学部教授の席にあったが、そこで、一九三〇年にブラハ・ドイツ（語）工科大学から移っていたザンダーと再び出会つたのである。ザンダーはユダヤ人であるが、チェコスロバキアのナチス党組織と関係を持っていた。（ナチスがチェコスロバキアを占領した時、ブラハ・ドイツ（語）大学のユダヤ人教授はその職から追放されたが、ザンダーはその地位にとどめられたほどである。）最初は、ケルゼンの招聘に反対していたザンダーであったが、民族主義的學生団体のユダヤ人教授ケルゼン排斥運動が強くなった時、少なくとも積極的には関与せず、友好的態度をとっていたようである。ザンダーは、ナチスのチェコスロバキア侵攻後、ほどなく一九三九年一〇月三日に亡くなった。当初、自殺が噂されたが、ケルゼン自身が未亡人から得た情報では、脳卒中が死因であつたようである。

- (7) Fritz Sander, *Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtsfernhung*, 1921, S. 79. 本論文からの引用は、本文中に論文名 *Rechtsdogmatik* を示し、それに頁数を付記する形式で行う。
- (8) Kant, *Metaphysik der Sitten*, 1797, S. 24 (Hrsg. von Wilhelm Weischedel, 1968). なお、ザンダーの引用は、カッシーラ版 (*Ausgabe Cassirer*, S. 24) に于ける。翻訳として、岩波版カント全集第一一巻、三九頁があるが、訳文は変更している。
- (9) Fritz Sander, *Die transzendente Methode der Rechtsphilosophie und der Begriff der Rechtsfernhung*, 1919/20. 本論文からの引用は、本文中に論文名 *Transzendente Methode* を示し、それに頁数を付記する形式で行う。
- (10) Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, 2. Aufl., 1787, S. 202, 208, 219, 265. (Hrsg. von Wilhelm Weischedel, 1968)
- (11) 有福孝岳・坂部恵編『カント事典』弘文堂、一九九七年、五四六頁
- (12) Kant, a. a. O., S. 224, 232, 256.
- (13) Kelsen, *Rechtswissenschaft und Recht : Erledigung eines Versuchs zur Überwindung der Rechtsdogmatik*, 1922. 本論文からの引用は、本文中に論文名 *Rechtswissenschaft* を示し、それに頁数を付記する形式で行う。
- (14) *Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung*, in : *Archiv des öffentlichen Rechtes*, Bd. 32 (1914), S. 216ff.