

「ケルゼン」教授新著『一般國家論』ノ紹介

Hans Kelsen: -“Allgemeine Staatslehre”, Berlin,
1925 (Buchh. Springer).

中 村 彌 三 次

I. 「ケルゼン」教授ハ本年五月、我々ノ久シク期待シテ居ツタ『一般國家論』ヲ上梓サレタ。從來トテモ同教授ノ國家論ニ關スル所説ハ、Hauptprobleme der Staatsrechtslehre (1911) 以來ノ幾多ノ單行論文ニ於テ略ボ之ヲ窺ヒ知り得タルモ、猶ホ教授ノ思想體系ヲ統一的ニ知ラムトスル望ハ、本書ニ依ツテ初メテ滿タサル、コト、ナツタ。洵ニ吾人ノ欣快トスル所デアル。

本書ハ既ニ其序文ニモ述ベラレタル如ク、元來 Lehrbuch トシテ編纂セラレタルモノナレバ、勢ヒ其内容ハ雷ニ教授ノ所説ノ發表ニ止マラズ、更ニ之ニ關聯スル學說ノ引用ヲモ必要トシ、遂ニ密植四三三頁ト謂フ可成リ大部ナ著書トナツタ。教授ハ本書編述ニ當ツテ先輩學者「ゲルバー」「ラーバント」「イェリネック」等ノ著書ニ負フ所多キヲ自認セラル、モ、全編ヲ通ジ彼獨自ノ見解ニ基テ之等舊説ヲ縱横論破シ、且自説ノ根基スル所ヲ明確ニ闡明シ、劃時代的ノ國家觀乃至法律觀ヲ吾人ニ示シテ居ル。

II. 本書ハ既ニ述ベシ如ク密植四百數十頁ノ大著ナレバ、熟讀シテ感想ヲ述ブルガ如キハ、短時日ヲ以テシテハ到底不可能

ナルモ、本書ヲ手ニシタル儘一讀シテ得タル感想ヲ述ブレバ、從來同教授ノ發表セラレタル其獨特ノ見解ヲ、意想外ニ巧ニ且徹底的ニ集成統合シテ、首尾一貫セル一國家論ヲ構成スルニ成功セラレタリト謂フニアル。教授ノ所說ハ既ニ發表セラレタル單行論文ヲ以テ大概ネ之ヲ窺知シ得ルガ故ニ、特ニ茲ニ説述スル必要ナキモ、就中教授ガ此國家論ノ構成ニ際シテ終始一貫支持セラレタル點ヲ取り出デ、謂ヘバ、大體次ノ三點デアル。曰ク『方法ノ純粹』Die methodische Reinheit、『法體系ノ統一性』Die Einheit von Rechtssystem、『國家ト法ノ合一性』Die Einheit von Staat und Recht. 之等三體 (Dreiheit) ノ合一セル所ニ「ケルゼン」教授獨特ノ規範法學ノ一體系ガ構成サレテ居ル。以下之ヲ簡單ニ分説シヨウ。

(1) 方法ノ純粹——教授ハ本著卷頭ニ高ク『藝術及學問に於ても將テ又行爲及操作に於ても、對象を純粹に把捉し、且其本性に隨ひて、之を取扱ふこと要諦なり』(ゲーテ)トノ權威ヲ掲ゲテ、一方從來ニ於ケル法律學的方法ノ混同ヲ警ムルト共ニ他方ニハ自己ノ法律學的方法ノ據ルベキ權威トシタ。然リ「ケルゼン」教授ニアリテハ總ベテノ法律的事象ハ、因果科學的事象ニ非ズシテ、規範科學的事象ニ外ナラヌ。抑々法律ノ實質ハ、或特定ノ行爲又ハ構成事實ニ對シテ特定ノ效果ヲ附スル法規ノ中ニ現サル、モノデアリ、又或法定ノ條件ニ或特定ノ法定效果タル構成事實ヲ附スルハ、決シテ自然法ニ於ケ

ルガ如ク原因結果ノ關係ニ基クモノニ非ズシテ、特殊ナル法定ノ意義ニ於テセラル、モノデアル。而シテ斯カル法律ノ自律自定性ノ表明ニハ、必ズヤ『當爲』ノ形ヲ以テセネバナラスト説イテ居ル。サレバ『甲ハ當ニ乙タラザル可カラズ』ト謂ヘバ法律規則タルモ、『甲ハ乙ナリ』ト謂ヘバ自然法則ニシテ、法律規則トナリ得ナイ。

斯カル見地ニ立ツテ「ケルゼン」教授ハ、純然タル規範科學ノ一タル法律學ト因果科學トシテノ社會學、政治學又ハ歴史學トヲ峻別シ、從來常ニ繰返サレタ原因科學の方針ヲ排斥シ、以テ法律學ヲ社會學下ニ於ケル隸屬ヨリ解放シ、嚴ニ規範科學の方針ヲ以テ一般國法學上ノ諸問題ニ臨ムダ。就中「ケルゼン」教授ノ方針ガ最モ好ク明快ニ適用セラレター例ハ、國家ノ觀念ニ就テ教授ガ從來ノ所謂國家ノ社會的觀念ナルモノヲ排斥シテ、國家トハ人間行爲ノ規範的強制秩序ナリト斷定セラレタ點ニアル。隨ツテ今日通説ノ所謂國家ノ三大要素ノ如キハ、此規範的秩序ニ關聯シテノミ意義アルモノトナツタ。即チ「ケルゼン」教授ニ據レバ主權トハ、決シテ事實上ノ支配權ニハ非ズ、此規範的秩序ノ效果トシテ存スル一機關ニ外ナラヌ。又從來國家ノ一要素ナリト信ゼラル、國民ノ如キモ、唯單ナル心理學上又ハ生物學上ノ人類團體ニハ非ズシテ、此法的規範的秩序ノ屬人的有效領域デアリ、同様に領土モ亦地理學的又ハ政治學的ニ謂フ特定人類團體ノ定住セル實物的地

域ニハ非ズシテ、此法の規範的秩序ノ屬地的有效領域ニ外ナラヌト。

(2) 國家ト法ノ合一性——今日通説ハ國家ノ心意ヲ認メ、國家ハ意思シ行爲スルモノトシテ、之ヲ一ノ實在體ナリト看做シテ居ル。然シ國法學上ヨリ國家ノ本質ヲ考察セムトスル場合ニハ、單ナル自然的實在即チ因果律ニ從ツテ運行スル精神的肉體的過程ガ問題タルニ非ズシテ、斯カル過程ヲ將來スル精神的内容ガ重要ナル問題トナルノミ。教授ハ其理由ヲ述ベテ曰ク『數學的又ハ論理的法則ノ思惟ハ一ノ心理的行爲ナルモ、數學又ハ論理學ノ對象——思惟セラレタルモノ——ハ、心理ニ非ズ亦數學的又ハ論理的心意ニモ非ズシテ、特殊ナル精神的事實ノ一内容ナリ。蓋シ數理及論理ハ斯クノ如キ内容ヲ有スル思惟ノ心理的事實ヨリ抽象シ來タリタルモノナレバナリ。此レト同理ニテ心理學以外ノ特殊ナル考察ノ對象トシテノ國家モ、亦特殊ナル精神的内容ニシテ、斯クノ如キ内容ヲ有スル思惟及意思ノ事實ニハ非ザルヲ以テ、國家ハ一ノ觀念的秩序ナリ、特殊ナル規範的體系ナリ。此ノ如キ思惟及意思ニハ非ザルナリ』(本文第十四頁)ト。

サレバ「ケルゼン」教授ニ在リテハ國家ハ一ノ觀念的秩序又ハ規範的秩序デアリ、隨ツテ國家ノ存在範圍ハ法律ノ效果デアツテ、因果律ノ效果デハ無イ。而シテ其特殊ナル統一性ハ自然的實在ノ世界ニ存立スルモノニ非ズシテ、規範又ハ價值

ノ世界ニ依存スル。故ニ『國家ハ人間行爲ノ強制的秩序ナリ』ト謂フ國家ト法ノ合一性原理ガ認メラレネバナラス。

(3) 法體系ノ統一性——教授ハ更ニ (本著第十項及第十一項竝ニ第十七項ニ於テ) 公法ト私法トノ區別、主觀法ト客觀法トノ區別、法ノ實質ト法ノ形式トノ區別、法ノ制定ト法ノ適用トノ區別又ハ對立ヲ否認シ、斯カル區別又ハ對立ハ畢竟ズルニ一ノ法體系ノ統一性ヲ破壞スベキ企圖ナリト非難スル。「ケルゼン」教授ヨリ觀レバ其等ハ、一法體系ノ内部ニ於ケル法律内容ノ差異——其統一アル法の秩序ノ體系中ニ於テハ知覺シ得ラレザル程ノ——ニ外ナラス。又主觀法ト客觀法、法ノ實質ト法ノ形式等ノ如キ對立觀念モ、教授ノ見地ヨリセバ毫モ認ムルノ餘地ガ無イ。曰ク『國法學トシテ國家學ハ、國家トシテ現示サル、秩序ノ學ニシテ、特ニ此秩序ノ效力及制定ノ問題ニ關聯スルモノトス。而シテ此秩序ノ存在ハ全ク其客觀的(形式的)效力ニ依存ス。此秩序ガ法の秩序タル限り、國法學ハ客觀法ニ關スル學ナリ。或主觀的ノ法又ハ法ノ實質ニ關スル學ニハ非ザルナリ(本文第四十七頁)』ト。隨ツテ國法學上客觀法及主觀法又ハ之ニ類似スル區別ハ、不必要且不可能トナル。

固ヨリ公私法ノ區別撤廢論ハ必ズシモ「ケルゼン」教授ノ創說ニ拘ハルモノニ非ズシテ、既ニ獨逸ニ於テハ古クヨリ「イーホリク」「ヨゼフ・シャイン」「ビンディンク」「トーン」等ニ依

ツテ主張サレタ。然シ公私法ノ區別以外ニ迄モ互ツテ、苟モ一法體系ノ統一ヲ破壊スベキ企ノ全廢ヲ主張シタ點デハ、先ヅ「ケルゼン」教授ヲ以テ權輿ト認メナケレバナラス。

III. 以上述ベタル根據ニ立ツテ「ケルゼン」教授ハ、本著一般國家論ヲ編述セラレタルモノニシテ之ヲ要約セバ、其獨創的ナ規範法學ノ見地ヨリシテ、所謂法律學上ノ方法的混同ヲ排シテ『方法ノ純粹』ヲ力説シ、以テ法律學ノ獨立ヲ全ウセムトシ、且之ニ依リテ國家ト法トノ合一性ヲ指摘シテ純法律學の國家觀ヲ示教シ、更ニ公私法、主觀法・客觀法、法ノ實質・法ノ形式、法ノ制定・法ノ適用ト謂フガ如キ區別ヲ排シテ法制ノ統一ヲ圖ツタ點ニ於テ、我々ハ教授ノ首尾一貫セル方法ノ成功ヲ認メ、且教授ノ所謂規範法學ガ現在ノ傳統的ナ國法學乃至一般法律科學ニ「ザンデル」ニ謂ヘル如ク、大キナ『考へ方ノ革命』eine Revolution der Denkart ヲ招來シタコトヲ承認セネバナラス。

然シ「ケルゼン」教授ガ飽クマデ『實在ト當爲』『因果ト規範』トノ交渉、『經驗ト論理』トノ聯繫、『因果科學的考察ト規範科學的考察』トノ關聯ヲ否定シ去ルコトニ就テハ、猶批評ノ餘地ガ在リハシナイカ。例ヘバ斯ノ古代法制ニ於テ復讐行爲ヲ適法ナル權利行爲ト認メタルニ反シテ、近代法制ハ之ヲ不法ノ行爲ト爲シタルコトハ、固ヨリ之等兩法制ニ於ケル當爲命令又ハ規範ノ別異ナルコトヲ示シ、斯カル法律現象ガ明カニ自然的因果ノ律ニ據ラズシテ、當爲ノ律ニ據レルコトヲ示ス。然シ猶問題ヲ存

スル。即チ之等兩法制ニ於ケル復讐行爲ガ、何故斯クモ相異ナレル當爲命令又ハ規範ノ下ニ立ツカ？ ト謂フコトデアル。何人モ容易ニ其レガ之等兩時代ニ於ケル實在的、社會的——因果科學ノ領域ニ於ケル經驗ノ差異ニ基因スルヲ看取シ得ベク、又其等各時代ノ實在的經驗ガ各法制ニ於ケル、其當爲命令ノ決定原因又ハ構成要因トナレルコトヲモ察知シ得ルデアラウ。即チ知ル因果科學の事象ガ齎ラス具體的經驗ハ、重大ナル程度ニ於テ其時其時ノ法制ニ特有ナル法的規範ノ構成要因タルコトヲ。

此點デハ多クノ學者カラ反對ノ聲ガ發セラレテ居ルヤウダ。例ヘバ經驗法學ノ大家タル「フリッツ・ザンデル」ハ、『ケンゼン法律學說』Kelsens Rechtslehre ト題スル著書ノ卷頭ヘ次ノ如キ一權威ヲ引イテ先ヅ「ケルゼン」教授ニ一矢ヲ放ツテ居ル。曰ク『哲學ハ、若シ其レガ經驗との牽聯を認むると無く其獨自の方法に據りて、知識を擴延し且世界に法則を與へむとするものならば洵に笑ふべきものゝ如く思はる』(シルレルのゲーテに送れる)。而シテ其反對論ハ延ヒテ、彼ガ其『觀念的規範法學』ノ所謂『當爲』ニ基イテ法ノ實在性ヲ解明シ能ハザルコトニ及ムデ居ル。

IV. 兎マレ現在獨逸ノ法律學界ニ於テハ、「ケルゼン」教授ノ學說ハ既ニ Kelsensche Lehre ノ名ヲ生ゼル如ク、異常ナル注意ト尊畏ト慎重ナル批評トヲ受ケテ居ル。獨逸學界ノ諸大家ガ等シク筆尖ヲ磨シテ、所謂「ケルゼンセ・レーレ」ノ批評ニ従セル事實ニ依ツテモ、之ヲ窺フコトガ出來ル。本書ニ於ケル教

授ノ所説ハ、既ニ從來ノ單行論文ニ依ツテ發表セラレタルモノ多キモ、猶未ダ發表セラレザル創見モ亦決シテ尠少デ無イ。「ケルゼン」教授ガ多大ノ自信ヲ以テ本書ヲ梓ニ上ボサレタルハ固ヨリ其所デアツテ、『從來余ノ學説ハ批評ノ焦點ニ在リキ。而シテ余ノ學説ガ實證的構成ノ基礎タルニ足ルヤ否ヤヲ疑ハレタルモ、余ハ敢テ之ニ答ヘズ、之ニ對スル答ハ本書ナリ』ト謂ツテ、其序文ヲ結ムデ居ル。恐ラク本書モ亦學界ノ批評ノ焦點トナルデアラウ。然カモ筆者ハ本書ヲ以テ廿世紀ノ初葉ヲ飾ル法律學上ノ一大快著ナリト推賞スルニ躊躇セザル者デアル。

本會同人中村宗雄教授ハ其留學中維納大學ニ於テ親シク同教授ニ師事シタル關係ヨリ、爾來「ケルゼン」教授ハ同氏ヲ通ジテ本會ト密接ナル關係ヲ有シ、曩ニハ同教授ノ論文“Gott und Staat”ヲ本誌ニ掲載シタルガ如キヲアリ、今又本著ノ出版ト同時ニ同教授ニ宛テ、本書ヲ寄送セラレ、日本ノ學界ニ紹介ヲ求めラル、ト共ニ、近ク本誌上ヘ本著ニ關スル同教授ノ自己紹介文“Selbstanzeige”ヲモ寄稿セラルベキ旨ヲ謂ヒ送ラレタ。斯カル事情上本著ハ元來同教授ニ依ツテ親シク紹介ノ勞ヲ採ラルベキナレドモ、筆者ガ國法學ノ專攻ニ志ス所ヨリ、敢テ揣ラズ、同教授ノ力添ヲ受ケツ、爰ニ本書紹介ノ任ニ當ツタ次第デアル。

V. 猶序デナガラ本書紹介ノ一端トシテ、其内容表ノ抄譯、並ニ同教授ノ著作ノ主要ナルモノヲ掲載スルコト、シタ。

(A) 一般國家論內容表抄譯

第一編 國家ノ本質

第一章 國家ト社會(社會學トシテノ國家論)

1. 所謂『國家』ナル語ノ意義
2. 國家社會學ト國法學
3. 社會的實在トシテノ國家
4. 觀念體系トシテノ國家
5. 法律秩序トシテノ國家
6. 所謂國家ノ成立ニ關スル說

第二章 國家ト道德

7. 國家ノ是認ニ關スル說
8. 國家ノ目的ニ關スル說
9. 政治學ト一般國家學

第三章 國家ト法

10. 客觀法
11. 主觀法
12. 法律的義務
13. 權利主體
14. 『法』人
15. 法人トシテノ國家
16. 國家ト神
17. 公法ト私法

第二編 國家秩序ノ效力(靜態學)

第四章 法の秩序ノ效力(國權及其特性ニ關スル說)

18. 所謂國家ノ要素
19. 國權
20. 主權
21. 國家ノ本質的特徴トシテノ主權
22. 國家ト國際法
23. 二個ノ法律學の根本假定相互ノ關係ト其意義 附說——
國家ト教會

第五章 國家秩序ノ效力範圍(國家領土及國民ニ關スル說)

24. 國家秩序ノ屬地的有效領域(國家領土)
25. 國家秩序ノ一時的有効範圍
26. 國家秩序ノ屬人的有效範圍(國民)
27. 中央集權ト地方分權
28. 所謂自治行政團體
29. 所謂國家ノ領片又ハ邦
30. 國家聯合
31. 國家聯合ト聯邦國家

第三編 國家秩序ノ制定(動態學)

第七章 制定ノ段階(國家ノ權力又ハ機能ニ關スル説)

32. 國權ノ單一性及國家ノ權力又ハ機能ノ多樣性 33. 立法竝ニ法律創設及法律適用トシテノ裁判 34. 法律ト命令 35. 行政 36. 憲法(法律論理の意義及實證法的意義ニ於ケル憲法) 37. 權力分立ニ關スル説

第八章 制定機關(國家機關ニ關スル説)

38. 國家機關ノ法的形式概念 39. 國家機關ノ法的内容概念 40. 國家機關ノ種類 41. 國家(法律)秩序ノ階層構築ニ於ケル國家機關ノ地位 42. 國家機關相互ノ關係 43. 代表機關(一義的及二義的國家機關) 44. 專制政治ト民主政治 45. 君主國ト共和國 46. 君主國 47. 共和國 48. 立法上ノ民主制 49. 行政上ノ民主制 50. 國體ト世界觀。

(B) 「ケルゼン」教授自著

- (1) Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 1911.
- (2) Ueber Grenzen zwischen juristischen und soziologischen Methode, 1911.
- (3) Ueber Staatsunrecht, Wien, 1913.
- (4) Das Problem der Souveranität und die Theorie des Völkerrechts, 1920.
- (5) Vom Wesen und Werte der Demokratie, 1920.
- (6) Das Verhaeltnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik Wien, 1921.
- (7) Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, Tuebingen, 1922.
- (8) Rechtswissenschaft und Recht, Wien, 1922.
- (9) Marx oder Lassalle? 1924.
- (10) Sozialismus und Staat 2 Aufl, 1923.
- (11) Allgemeine Staatslehre, Berlin, 1925.

- (12) Zur Soziologie des Rechts, Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik Bd 34, 1912.
- (13) Politische Weltanschauung und Erziehung, Annalen für soziale Politik und Gesetzgebung, Bd II, 1912.
- (14) Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft, Archiv des öffentl. Rechts, Bd. 31, 1913.
- (15) Reichsgesetz und Landesgesetz, Archiv für öffentl. Recht, 1913.
- (16) Rechtswissenschaft als Norm- oder Kulturwissenschaft, Schmollers Jahrbuch, Bd. 40. 1916.
- (17) Zur Theorie der juristischen Fiktionen, Annalen der Philosophie Bd I, 1919.
- (18) Der Begriff des Staates und Sozialpsychologie, Imago, VIII Jahrgang, Heft 2, 1922.
- (19) Die politische Theorie des Sozialismus, Oesterreichische Rundschau XIX Jahrgang, Heft 2
- (20) Die Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dienste des Bundesstaats, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Neue Folge, Bd XLII.
- (21) Gott und Staat, 早稻田法學, Vol. IV. 1925.
- (22) Zeitschrift für öffentliches Recht, Herausgegeben von Hans Kelsen, 1918—