

論
説

ワイマール期国法学における方法と主体の問題(二)

——ヘルマン・ヘラーの議論を中心にして——

大野達司

目次

はじめに

序章 問題状況——危機と国法学

一、国家学の危機

二、意思と理性

三、「市民」の危機（以上第二八卷第一号）

第一章 価値相対主義と主体の問題

序、法解釈と意志

一、法生産の方法論

二、手続による憲法保障

三、権威と価値相対主義（以上本号）

第一章 価値相対主義と主体の問題——ケルゼンの純粹法学と手続的正当化論をめぐって——

序、法解釈と意志

序章で概観したように、ヘラーをはじめとする通説批判者たちは「国家学の危機」を何よりも法則主義的な実証主義国法学にみていた。彼らにとってみれば、その典型がケルゼンの純粹法学であった。確かにケルゼンは、その方法二元論の立場から政治制度の問題と純粹法理論の問題とを別次元のものとして扱っており、学問的価値判断の中立性という相対主義的立場を主張している。しかしそれは論理操作だけで法的推論が導かれ得るとする俗流に理解された概念法学ではなく、規範体系を純論理的に把握しようとする認識的関心に導かれたものである。つまり法秩序は法規範の意味論的概念分析だけで体系を形づくるものではないという訳である。ケルゼンの純粹法学は、このような方法論的関心を徹底させる形で法の問題に取り組んだ成果である。

本章での関心は、このようなケルゼンの価値相対主義的立場と民主制論を中心とする制度理論との関係を内在的に明らかにすることに向けられる。ケルゼンの立場を批判する論者からは、ケルゼンの政治理論も法理論とともに形式主義的なものであり、彼は自由主義的イデオロギーの弁証者だと理解されている。ヘラーらのケルゼン批判もこのような背景を有していた。もっともケルゼン自身は経済制度として自由主義的立場を肯定しているわけではなく、社会民主主義の立場をとっている。だがその点は別としても、ケルゼンの民主制論が最終的にはその価値相対主義的立場から、理論的基礎づけの弁証としての弱点を含んでいることも指摘されている。このような理論的次元で普遍的価値による基礎づけが困難であることは、ヘラーの指摘を待つまでもなくとりわけ近代に特徴的に表面化した問題である。こうした状況を眼前にしてそこから諦念とともに退却するのではなく、その中で法や政治を問題にしていくのが彼ら

の課題であった。つまり、このような状況の中で制度や秩序の存立をいかにして確保していくか、いかにして何らかの意味での共同性、合意を形成していくかがそれであった。前言したように、ケルゼンの純粹法学はこのような出発点としての問題状況を理論的に反映している。そうだとすると、この前提のもとでケルゼンはいかにして秩序を確保しようとしていたのかに立ち入ってみる必要があるのではないだろうか。⁽¹⁾ 勿論ケルゼン自身はこの二つの次元を区別しようとしている。また、当時の国法学者の論争も方法的観点が優位になっていたために、こうした次元にまで批判そのものが深められることは少なかった。だが、この批判者たちの立場からしても、ケルゼンが分離した二つの次元を統合的に理解した上で内在的に批判を展開する方が有益である。ここではこの点をケルゼンの法の生産方法論として、民主制を含めた制度理論の側面の構造を検討したい。

個体主義的アプローチをとる民主制論は、個々人の利害関心から出発し、それを調整していくさいに、調整可能性の前提として何を措定するかという正当化問題は困難に陥る。裁判においてはそれが「実定法」として制度化されているわけだが、その実定法をも問題にする立法過程、そして憲法裁判の過程では、この正当化問題の問題性が表面化する。民主制論をはじめとする制度論においてもケルゼンの立場は、価値の共有性を前提とせず、またその構成における固有の次元を認めないために、この問題を価値相対主義的人間の人格に還元することになる。⁽²⁾ 彼は主観—客観という枠組みを越え得ることを拒否していたためである。⁽²⁾ 正当化問題は人格、政治、歴史、教育といった諸領域の有機的結合としての理論形成の課題である。この点が実証主義的方法と政治的方法との違いである。以下では理論の實質と理論構成としての弱点の双方を問題にしたいが、以上の点をケルゼンの制度論を中心にして論じてみたい。それに先だってまずケルゼンの議論を以下で概観する。⁽³⁾

(一) 法体系の特質

ケルゼンは法規範・法体系の特質を、道徳的規範と比較して、その生産に必ず意志が介在せざるを得ない点に求めた。つまり規範の内容を他の規範から論理的に（思考行為により）導くことはできない。法規範の秩序そのものは、規範相互の関係として完結したものと捉えられ、主観的なものは法秩序から排除される。しかし、法が「生産」されるにあたっては、必ず意志行為が媒介しているという（ある意味では）矛盾した形をとっている。その表現が、法概念の分析を扱う「法の静態理論」と対比される「法の動態理論」である。客観的な法秩序は、意志行為に対する「授權」関係として理解される。「法の動態理論」により獲得された法秩序の動態的構造とは、憲法から執行に至る全ての法的決定の段階の違いを相対化する。

ケルゼンは法理論を静態理論と動態理論を区別する。静態理論とは、「妥当している諸規範の体系である法、法の静止状態」を対象とし、動態理論とは、「法が生産され、適用される法過程、法の動き」⁽⁴⁾を対象にする。静態理論では「制裁」「義務」「権利」といった法概念の分析が行われ、動態理論は国家機関の活動の持つ意味を分析する。動態理論の核心は「根本規範」と「段階構造」にある。動態理論の対象である法過程も法規範によって規律されるのであり、法の動態理論は法の生産を規律する法規範を対象とすることになる。⁽⁵⁾改めていうまでもなく、これらの純粋法学の対象は個々具体的な国内法・国際法の概念・秩序ではない。純粹法学は「実定法そのものの理論」⁽⁶⁾である。

「法」規範に限らず、およそ諸々の規範が体系・秩序をなし得るのは、それら規範の妥当性が唯一の構造に還元され得る場合である。構造内のすべての規範は、構造の頂点に立つ一つの根本規範から、直接・間接に規範としての資格である妥当性を受け取る。妥当性の受け渡しを媒介にして、ヒエラルヒー的な規範秩序が生まれる。この秩序の頂点に立つ根本規範は、ケルゼンによれば、各々の規範体系の性質から、実質的・静的根本規範と、形式的・動的根

規範の二種類に分類される。前者は道德規範の体系に、後者は法規規範の体系に対応する。ケルゼンはこの二種類を分離することで、法規規範の特質を明らかにし、従来の合理論的自然法論で形成されてきた法規規範・法秩序に対する考え方を改革しようとする。法のみからなる法的な世界の確定と、また俗流概念法学にみられる論理的演繹だけで法的決定の内容が確定可能であるとの信仰を打破する点に狙いがある。それによって「実定法の」理論が構成される。

道德的規範体系に関する実質的・静的法規規範は下位の規範と内容的関係を持つが、法規規範は道德規範と異なり静的・実質的根本規範を持たない。道德規範の場合は、規範の命ずる人間の行動が当為とみられる、つまり望ましい行為の性質は、予め根本規範の内容に含まれており、個々の規範はそこから具体化される。一方、法規規範の場合には、いかなる人間の行動であれ、その内容の点で規範の内容となり得ないものは理論的には存在しない。実定法そのものの理論は、現に実定法として存するすべてのものを説明し得る体系を構成せねばならない。多様な内容をもつ現実の実定法規規範は、内容から一つの体系に組みあげることとはできない。従って、法規規範の体系については、法規規範の内容は妥当性を直接に左右せず、制定の手續が問題になる。⁽⁸⁾ 法規規範に妥当性を付与する根本規範は、「法秩序の諸規範が生産されるに当たって基準となる根本ルール、法生産の基礎要件の指定」であって、「手續の出発点」といわれる。このように、内容的な結びつきではなく、次の法規規範が生産される手續のみを定めるということが、「形式的・動的」という意味である。⁽⁹⁾

法生産は、規範の内容に関する論理的な導出が不可能である以上、理論的な思考行為によってではなく意志行為——手續に即した意志行為——によって行なわれる。根本の手續を定める根本規範を頂点に、個々の具体化段階での意志行為を介して、法規規範が作り出されていく。⁽¹⁰⁾ 法秩序は根本規範を頂点とするピラミッドをなし、その結びつきは授權関係であること、規範生産手續きの指示——從属関係であること、その指示の中でもまず第一には手續き、法を生産

する主体（権限者）の指示が重要な要因として挙げられていることに注意しておきたい。こうした法秩序のありようが、いわゆる「授権段階構造」である⁽¹¹⁾。

根本規範について見たように、法の世界、法秩序の中では——理論的には——内容的に、完結した体系を形づくることはできない。上述のように、ケルゼンは言語・概念の意味につき、多義性を認めつつも一定の枠の存在を認めているのだが、秩序の完結性という観点からは不確定な部分が骨格の中に残ることは許されない。少なくともケルゼンの学問の流儀に従えば、そうである。法の生産には意志行為が媒介を行ない、少なくとも枠の内部での選択が残るといふことに対する否定的評価は、法体系が規範の内容から体系を形成することができないという動態理論の立場を導くとともに、法に特定のイデオロギーを含ませないという科学主義的態度の現れでもある。イデオロギー批判の帰結として不確定なもの、不確定さを際立たせ、客観科学の領域からは不確定なものを排除することが導かれる。この態度は以下で扱う法的な意志形成の実践的な手続形成にも反映される⁽¹²⁾。動態理論はA・メルクルから受容されたものであるが、ケルゼンの主張の核心部分を一貫させればこのような認識を帰結する。

法理論の中では、偶然的な内容をもつ意志を、授権規範の形成により一つの法体系につなぎ止めている。他方、法的実践は、不可避免的に侵入してくる「意志」をどのように処理してゆくか、いかに——少なくともケルゼンにとっては——合理的に扱ってゆくかである。この関係で動態構造論の見地から国家の具体的構造はどのように理解されるか。

それは決定手続の問題、ケルゼンの体系中では国家形態論となる。授権段階構造として把握された法秩序の中で、個々の国家機能——行政、立法、司法——がどのように位置づけられるか。ケルゼンは法秩序Ⅱ国家と考えているが、法の部分、段階、つまり規範により授権され、意志行為により下位規範を形成する規範と規範との結節点がこれらの国家機能である⁽¹³⁾。

「憲法の次の段階は、立法手続で生産される一般的諸規範であつて、その機能は個別的諸規範の機関と手続だけでなく、その内容をも定める点にある。そうした個別的諸規範は、通常、裁判所や行政官庁による設定を要求する。憲法の重心は法律の生産される手続の規律にあり、内容については定められたとしてごくわずかな程度でしかない。一方、立法の任務は、裁判行為、行政行為の生産と内容を等しく定める点にある⁽¹⁴⁾」。

憲法により授権と——わずかなものではあるが——内容の指示を受けて立法が行なわれ、更に、立法された一般的規範の指示に従い裁判や行政行為が行われる。裁判・行政行為は、「立法」に対して、「執行」として一括される。ここから容易に予想されるように、純粹法学の法認識の中では、三権を併置する「三権分立」は否定され、三権は、立法→執行にいたる一連の法生産のプロセスとして捉えられている⁽¹⁵⁾。伝統的三権分立論は立憲君主制支持のイデオロギ―として排除されねばならない。だが、「法政策」の領域では、このドグマは即座に無効となるわけではない。政治的・歴史的その他の諸条件の中で、その政策的合理性は別個の問題として扱われる。ドグマの相対化、「質的差異の量的差異への解消」は実証主義的思考の特質である⁽¹⁶⁾。

最上位にある根本規範と最下位にある判決・行政行為の執行を除く、いわゆる「三権」については、いずれも法適用・法生産の両性格をあわせもつものであり、「質的な」⁽¹⁷⁾違いではなく両者の「量的な」バランスの違いがあるに過ぎないと考えられている。立法と司法との原理的区別はここでは否定され、立法的機能を持つ司法である憲法裁判所という中間的形態も、要は政策的にみて合理的・合目的な制度であるかどうかという観点から考察されるのであり、単に「司法」ではないという理由で否定されることはない。あらゆる司法に法創造の機能が認められるために、相対的にみて法創造という性格の強い、司法的外観の制度を形成することも、合理性・合目的性の見地からの問題となる。

(二) 法解釈と意志

以上述べたように、ケルゼンの体系中では「法の動態理論」が優位を占めるに至り、そしてそのことの意味は、法生産の手續に重点が置かれる点にある。その結果として、個々の決定機関の特質の相対化をもたらし、様々なドグマを排除する効果をもった。以上のような相対化を前提として、ケルゼンは政策次元で合理的な手續の構成を構想する。このような合理的な手續形成の問題は、現実⁽¹⁸⁾に意志が対立・協調し、その中から一つの意志が生み出されてくる関係性次元での政治的問題解決に関わる。つまり、国家制度全体の中での権力の分配の方法の他に、個々の手續の性質に基づく分類、それに即した合理性をどう考えるかという問題である。ケルゼンが法の動態構造論で法の内容の問題を、既定のものとする立場を否定したのは、このような手續様式形成次元での政治的要素を考慮に入れる余地を作り出した⁽¹⁸⁾。ケルゼン自身は、少なくとも純粹法学の体系内部では扱われる余地はない。だがそのことは、ケルゼンがこうした問題に全く無関心だったということ⁽¹⁹⁾を即座に意味するのではない。

ケルゼンの法生産論では第一に決定権者の問題があり、次に決定権者の決定の準備段階をなす手續による合理化がある。この両者の有機的結合が実際の決定の場では問題となる。勿論いかなる決定を下すかという問題には決定者の内面ないしは主観の領域が関わってくる。ケルゼンの場合も内面の領域についての最終的な非合理性という考え方が価値の問題、意志決定の問題をめぐっては残ることを承認している。とくに憲法裁判についてはその規範的拘束の弱さ⁽¹⁹⁾裁量の広さ、決定の及ぼす影響の大きさの故に、この問題は重大である。

このような関心から、フィーヴェクは、ケルゼンの法の動態理論を、概念法学的な思考様式とは異なり、規範定立の際の決定内容を空白のままに止めたことを評価しつつ、意志決定をコントロールする理論を構築することが必要だとして⁽¹⁹⁾いる。だがこれはケルゼンの体系の中では民主制論・憲法裁判所論での議論となる。フィーヴェクのこの議論

の中では、法適用の具体的過程を対象にしているためこの局面を取り上げていないが、フイーヴェクのいうように、法的決定につき内容の論理的導出を否定したことは、勿論素朴な概念法学的思考、ないしはそのイデオロギーへの批判があり、その背景には価値相対主義的、ないし多元主義的世界観が共有されている⁽²⁰⁾。既にヘラーのいう「国家学の危機」状況をめぐって見てきたように、当時の議論には価値の領域にとどまらず、科学の方法論一般についての危機が存在していた。ケルゼンはその中でなおかつ従来の科学観にとどまろうとした。だが価値ないし実践の領域に関して言えば、多元論的な理解をしている⁽²¹⁾。ケルゼンは客観化を進めていった結果としてこのような見方が導かれたのである。

ところで、フイーヴェクが問題にしていた法解釈方法次元の問題につき、若干補足しておきたい⁽²²⁾。ケルゼンの法解釈論は、「枠」の理論として知られている。客観科学たる法学の法解釈としては、実質的にいかなる結論が正しいかという問いに答えることはできず、法規範の持つ「解釈の枠」を確定することのみがその課題だ⁽²³⁾。しかし客観科学化された法学の外部の領域では法解釈とはどのように考えられるのか。法実務の領域での解釈にもこのような科学化が及ぶべきだとは、ケルゼンは考えていない⁽²⁴⁾。

実務での解釈は、ひとり裁判所においてのみ行なわれるものではなく、立法府や行政官庁においても等しく行なわれるものである。それらの手続相互間に解釈対象についての質的相違は認められない。「法秩序の上下関係の関係、例えば憲法と法律、法律と判決間の関係は、規定、もしくは拘束である。〔…〕しかしこのような規定は決して完全ではない。〔…〕大小の違いはあれ常に自由裁量の余地が残らざるを得ないために、上位規範は規範生産もしくは執行という自らを適用する行為との関係では、これらの行為によって補充されねばならない枠としての性格をもつに過ぎない⁽²⁵⁾」。

一般的規範が、意図的に未規定の部分を残していることは事実上不可避だし、具体的事案との兼ね合いで判断を下しうるには機能的にも必要な場合もある。だがその中での「解釈」は、ケルゼンの見方からすれば決定という性格を帯びることになる。⁽²⁶⁾ 解釈者の目には法規範は「枠」として映ることになるが、ケルゼンは同じ解釈といっても、法規範の解釈とそれ以上の者の解釈とは、その活動の意味が異なるとする。解釈者が法秩序の内部に位置づけられるか外部に位置づけられるかの違い、つまり授權の有無が両者の相違である。人は法秩序により授權されてはじめて「法の世界」に入ることができるのであり、それによつてはじめてその行為が法的な意味をもつようになる。⁽²⁷⁾

解釈される枠の確定は科学としての法解釈が取らねばならない態度であるが、学問的解釈作業により獲得された複数の可能性については何れも等価だとする。このうち何れが優先するかについては、実定法より基準を導くことではできない。何れが正しいかは法理論の問題ではなく法政策の問題であつて、実定法の外部の基準・規範・価値などに依拠しなければならぬことになる。⁽²⁸⁾

規範は当為を定めるのであり、当為は意欲の相関物なので、規範は意志行為の意味であり、故に真でも偽でもない。⁽²⁹⁾ 「窃盗を犯した村長は処罰さるべし、禁固に処せらるべし」という個別的規範が問題となつている場合に、この規範が実定法として妥当するのは、当該規範が権限ある裁判官の意志行為によつて定められた場合に限る。このような規範を設定する権威なしに規範はない。つまりこうした規範の意味をもつ意志行為なしに規範はない。⁽³⁰⁾

法秩序により与えられる「権限」「権威」の有無、授權の有無が裁判官の解釈と法学者の解釈を区別するメルクマーである。例えば法学者の意見が公的な決定の根拠となる時代ではない今日のように、法学者と裁判官が職務上区別されている場合には、学者の意見が必ずしも決定に取り入れられるとはいえない以上、ケルゼンの見方にも一面の真理はある。勿論事実の問題として間接的に影響を及ぼしている点を見逃しているという批判は可能だが、論理必然的

説明を追求する学問観に立つ説明としては法秩序という客観的世界への関与を尺度としたものとしては一貫している。それでは裁判官などの決定権者にとって法規範の「枠」はどのような意味をもつのであろうか。裁判官の判断をケルゼンは次のように説明している。

「全ての窃盗犯は投獄さるべし」という一般的規範と、窃盗を犯した村長は投獄さるべしという個別的規範との関係については、次のようにいうことができる。全ての窃盗犯は投獄さるべしという一般的規範が妥当し、権限ある裁判所が村長は窃盗犯であると確定し、権限ある裁判所が村長は投獄さるべしとの主観的意味を持つ行為を設定した場合、この場合には裁判所の行為のもつ意味は裁判所が設定しようとする一般的規範の意味に一致する。即ち、こうした行為の意味をなす個別的規範の妥当性は一般的規範の妥当性により根拠づけられ得る⁽³¹⁾。

このように個別的規範そのものが一般的規範によって根拠づけられ得るとするのは、理論的な問題であって、規範的な問題ではないという。そこで決定的なのは、規範と規範との間に介在する決定行為に対する授權の有無であるから、仮に枠の外部にあるものがあたかも枠の内部にあるものであるかのように決定されても、それは決定の妥当性を左右せず、新たな法が生産されたと観念されることになる。道德規範の体系と異なり、法体系の中では内容的な導出が理論的になし得ないためである。この点が法規範の特殊性である。結局理論的レベルでは、解釈の「枠」は新たな規範が創出されたのか、それとも上位規範の適用がなされたのかを決する基準でしかなく、そこから直接に獲得された個別的規範の妥当性を云々することはできない。必ず「枠」内で選択すべしとの実質的な要請があつて初めて、「枠」が妥当性問題との関連をもつようになる⁽³²⁾。権限ある機関が下した決定であれば、いかなる決定も妥当な規範であることになる⁽³³⁾。とりわけ最終審ではもはや他の審級で取り消される可能性がない以上、その決定は確定的なものになる。法理論的には、「枠」の持つ拘束力の遵守は論点から外れることとなる。実質的な拘束力の確保は法政策的なもの

として、実質的法治国家、合法性の要請という観点の下で扱われる。あらゆる国家が法治国であるとする前提からすれば、いかなる決定といえどもこの意味での（形式的）法治国家から外れることはない。規範に即した決定を行なうことは、実践レヴェルでの合法性原理の要請を待たねばならない。⁽³⁴⁾ 純粹法学では、規範の具体的適用次元の問題は排除されている。⁽³⁵⁾ 「枠」を確定する解釈が実践に対して持つ意味は、枠を示し他の解釈の可能性を示すこと、枠外にある決定についてはそのことを明らかにすること、これらの作業によって実践的決定のありようを明らかにし、常に多元的な様相をもつ実践の出発点へと連れ戻すことにあるといえる。⁽³⁶⁾ この状況での決定の場の構成が公共性問題と関連してくるが、それは法解釈論としては展開されていない。

(三) 合意と合法性

以上、法解釈という狭い範囲でのケルゼンの議論を振り返ってみたが、そこでの問題は、裁判的決定過程の中で当事者の位置が具体的状況に即して位置づけられるに至っておらず、誰が決定するか、いかにして決定に権威が与えられるかという論点に議論は収斂していかざるを得ない構造になっていた。この当事者をめぐる議論の欠如は、以下で展開する法生産論の議論にも拘らず、主観主義—客観主義の枠組みに在るために公共性の領域に議論が及びえなかつたことに由来する。

こうした意志的領域の処理問題については以下の「法生産の方法論」の検討に委ねられるが、ケルゼンは基本的モデルである「契約Ⅱ自律」と「独裁Ⅱ他律」に基づき、立法Ⅱ契約、執行Ⅱ独裁という形が民主的国家構成にふさわしいと考えている。民主主義者ケルゼンは議会の立法権限を最大限に承認し、その実現にのみ執行の課題を見る民主主義的法治国家論をとるからである。しかし執行段階での意志の介在もまた不可避である以上、立法の妥当な執行についての保障問題が生じてくる。それはいわばコンセンサス原理と合法性原理との交錯問題の制度的現れである。最

終的な法的決定機関である憲法裁判所論も専ら制度の合目的性から制度設計が問題とされ、ここではケルゼンの制度論^{II}法生産の方法論が集約的に現われている。

しかし、民主制の自己否定問題と同様、この制度が適切に働くかどうかは、結局のところそれを支える主体とその環境の相互関係にかかっているものであり、具体的手続が適切に働くには、主体相互の関係を明らかにしなければならぬ。この問題を指摘したのがヘラーである。ケルゼンは議会制民主主義論や裁判論での思考過程や前提としている多元主義的世界観に関しては、ヘラーとかなりの共通性をもつものの、後述するように、主体相互の関係性次元を問題として取り上げるには至らなかった。擬制された法的「主体」は法秩序の中に位置づけられる。しかし反面でその実質においては、利害関心に依拠した孤立的個人を前提としている。そのため基本的には主体相互の関係性を捉える枠組みをもっていない。この点は次章以降で扱う反合理主義の諸議論から批判の対象となる。これが「主観主義」である。その反面で（あるいは相補的に）、純粋法学の中では、極度に客観化を進めた結果として、「主体の喪失」という認識がもたらされている。これは、ケルゼンがどこまで自覚的であったかはともかく、「関係性」のもつ抑圧的性格を示している。国家認識としては、ケルゼンが純粋法学で提起したものは異なる、反合理主義国家学がもたらした主客の融合の結果としての「主体の喪失」という事態に対する批判的意義を有する。その意味で「危機」の表現と理解されたケルゼンの議論は、安易な方法論的転換を許さない「危機」の深さを示す深度計としても機能しているのである。

以下では彼の制度論における特質を見ることによって、上の問題を更に掘り下げてみたい。

(1) この関心は、ケルゼンに限らず、ワイマール国法学全体に対する本稿の視座でもある。なお、ハーバーマスの近著のタイトルで

もある事実性と妥当性との関係—緊張問題もこの次元を示していると思われる。Vgl. Jürgen Habermas, Faktizität und Geltung (1992). 同書に示された見解については、本稿末尾で全体を振り返りながら検討する予定である。

(2) 有機体論はこの点を問題にしているとはいえ、それが新たな形での客観を生み出さざるを得ないという限界については次章以降で触れる。

(3) ケルゼンに関しては既に数多くの優れた研究が公表されており、本稿でもそれらを多くの点で参考にしていく。代表的なものとして、長尾龍一「法理論における真理と価値」『国家学会雑誌』七八巻一・二号、五・六号、七・八号、九・一〇号、一一・一二号所収、同「ケルゼンの周辺」、高橋広次「ケルゼン法学の方法と構造」、手島孝「ケルゼニズム考」、長尾／新／高橋／土屋編「新ケルゼン研究」。

(4) Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., S. 72.

(5) 初期ケルゼンにおいては、法の動態的考察は欠けていたが、フェアドロスの根本規範論、メルクルの段階構造論に影響を受け、純粹法学の体系内にとりいれられた。Kelsen, *Vorrede zur zweiten Auflage der Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (1923), 長尾龍一訳「ハンス・ケルゼン 法学論」所収、一六〇頁。また、立法過程法の成立という観点から論じたものとして、新正幸「立法過程法の理論—ウィーン法学派の立法過程論の特質とその限界—」『世良晃志郎先生還暦記念(下)』所収、二五一頁。

(6) Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1. Aufl., S. 1, 『純粹法学』(横田喜三郎訳)、一一頁。なお、ケルゼンの純粹法学が本当に実定法そのもの、の理論として成功しているかどうか、超歴史的なものかどうかは議論の余地はありうる。

(7) 「特殊なものが普遍的なものに含まれるように、ある道德の数多くの規範は既にその根本規範に含まれている。従ってあらゆる特殊な道德規範は、普遍的な根本規範からの思考操作により、つまり普遍的なものから特殊なものへの推論により獲得される」。Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1. Aufl., S. 63, 邦訳二〇二—二〇三頁。もっとも同書の第二版では、このような規範体系の成立を、道德についても道德規範が超越論的ないし慣習的に自明のものとなされない以上は否定している。Vgl. *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., S. 198-199.

(8) 「ある規範が法規範として妥当するのは、その規範が完全に定められた方法で成立し、完全に定められたルールにしたがって生産され、特定の方法によって設定されているため、常にその理由の故にのみである」。Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., S. 198-199.

- (9) Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1. Aufl., S. 63-64, 邦訳一〇四頁。
- (10) Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1. Aufl., S. 63-64, 邦訳一〇四頁。初期には根本規範はア・プリオリに存在するものではなく、思考上の仮設であるとされていた。つまり、実際にこの根本規範に従って最初の制憲行為が行われたという事実を示すものではなく、およそ法体系が完結するためには措定せざるをえない仮設点なのである。Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, S. 410-411.) これに対して直後に根本規範は歴史上最初の法とされるようになる。Vgl. Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung (AöR, Bd. 32, 1914)。
- (11) *Reinechtslehre*, 1. Aufl., S. 74, 邦訳一一八—一一九頁。
- (12) 両者を無媒介に一体化して論ずることは、ケルゼンの方法論からは不適切だが、ケルゼンの「思想」を対象として扱う場合には必ずしもそれに従う必要はない。法の段階構造論の中で手続きに対して優位を与えたことの意味を考へることが以下での課題となる。
- (13) こうした主張から、憲法の本質的機能は一般的法規範設定の機関と手続きを規定する点にある、と理解される。Vgl. *Reinechtslehre*, 1. Aufl., S. 74-75, 邦訳一一九—一二〇頁。これは実質的意義での憲法であり、形式的意義では改正や立法の点で憲法特有の形式を与えられたものが考へられている。後には憲法概念は相対化されて、下位規範に対する上位規範は、その限りですべて「憲法」と考へられる。Vgl. Kelsen, *Die Funktion der Verfassung*, in: WRS, S. 1971-1979, bes. 1978.
- (14) 国家機関に限らず、一般私人も場合によっては——つまり授権があれば——客観的法秩序の生産に参与することになる。投票や訴訟当事者になることがそうだが、およそ法的に意味のある行為とは、このように客観的法秩序の生産に関わるものとケルゼンは考へている。Vgl. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1. Aufl., S. 49-52, 邦訳八三—八六頁。
- (15) Kelsen, *Reinechtslehre*, 1. Aufl., S. 76, 邦訳一一二—一一三頁。
- (16) Kelsen, *Die Lehre von drei Gewalten oder Funktion des Staates*, in: WRS, S. 1625-1660, bes. 1650.
- (17) カール・シュミットはこのような区別を前提として考へる。Vgl. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, 2. Aufl., S. 36 ff.
- (18) これは、いわゆる「議論領域」の問題である。アリストテレスは三種の議論を分類し、議會を舞台とする政治的弁論、法廷を舞台とする裁判的弁論、儀式やオリンピックピックの演説競技を舞台とする儀式的弁論を、それぞれ未来、過去、現在の弁論として位置づけた。アリストテレス『レトリカ』第一卷の三、1358b^a 尚、この点の簡潔な説明として、三輪正「議論領域と価値」『理想』第五

- 八〇号所収、七七―八六頁。また、小畑清剛「裁判のレトリック論的地位——関係論的地平から」（『実践地平の法理論』所収）。
- (19) その際に補充されるべきものとして考えられているのが、「聴衆」「討議」という概念を中心とする「動的レトリック」構造であり、トピック的言語用法であるという。Theodor Viehweg, *Reine und Rhetorische Rechtslehre*, in: *Revue internationale de philosophie* 138, 1981 4, p. 547.
- (20) 「絶対的価値、絶対的真理の信仰は、形而上学的、そしてとりわけ宗教的——神秘的 세계観の前提をなす。こうした前提の否認、相対的真理、相対的価値のみが人間の認識の到達し得るものだという考え、そしてあらゆる真理やあらゆる価値は——それらを見出す人間と同じく——常に席を立ち他のものに席を譲るといふ用意が無ければならないという考え、これらは批判主義や実証主義が、実証的なもの、つまり存在するもの、把握し得るもの変転し得る、そして常に変転する経験を前提とし、従ってこうした経験を超える絶対的なものの想定を否定する哲学や学問の方向が考えられるならば、批判主義や実証主義の世界観に至る。〔…〕絶対的真理や絶対的価値が人間の認識にとって閉ざされたものであると見なすものは、自分の意見だけでなく、自分と対立する者の意見も少なくともあり得るとみなさねばならない。それ故相対主義は民主主義思想の前提とする世界観である」。Kelsen, *Wesen und Wert der Demokratie*, 2. Aufl., S. 100-101, 『デモクラシーの本質と価値』（西島芳二訳）一三二頁。「明証性に与えられた神の保証を排除する時、あらゆる思考は人間的思考となり、それとともに誤謬のあり得るもの、論争を避け得ないものとなる。有効な科学理論は経験の範囲を必然的に超えるものではあるが、しかし人間の仮設以上のものでなく、したがって明証的でもなければ、誤りのないものでもない。これはカール・ポPPERが見事に論じた現代の考え方である」。ペレルマン『説得の論理学』（三輪正訳）、二二六―二二七頁。
- (21) もっとも、ペレルマンはケルゼンが法実務の活動を純粹法学で排除している点につき、法や裁判過程の現実を無視しているという意味で、実証的ではないとの批判を投げ掛けている。Chaim Perelman, *La Theorie Pure du droit et l'Argumentation*, in: *Law, State, and International Legal Order; Essays in Honor of Hans Kelsen* (ed. by Salo Engel, 1964), p. 255. なお、小畑清剛「レトリックと法・正義——Ch.ペレルマンの法哲学研究——」（三）・完『京都大学法学論叢』一一三巻六号、一五頁以下参照。
- (22) 以下の叙述では必ずしもワイマール時代にケルゼンが公にした著作だけを対象にしているわけではない。だが、授権段階構造論についてと同様に、ケルゼンの議論の展開は初期に内在していたものからの発展形態であるとの理解から、彼の思想傾向に照準をあてるといふ目的のため、以下では後期の著作をも適宜参照している。

- (23) こうした法解釈の理解は、法律学の実態と余りにかけ離れているという理由で (Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 5. Aufl. (1983), S. 80.) なかなか賛同を得ることはないようだが、そのことが逆に常識的な理解に対する批判的意味を持つことは言うまでもない。
- (24) Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., S. 346.
- (25) Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., S. 346/347.
- (26) 「意図的もしくは意図せずに下位段階が規定されていない全てのこうした場合には、法適用に複数の可能性が現われる。執行を行なう法行為は次のように行われる。法規範の持つ様々な意味の何れかに一致するよう決定を下す、何らかのかたちで確定され得る法決定者の意志もしくは設定者の選んだ表現に一致するように決定する、相互に矛盾する両規範の一方もしくは他方に一致するように、あるいはあたかも相互に矛盾する両規範が互いに失効したかのように決定する、という形で行われる。適用されるべき法は、全てのかような場合に枠をなすに過ぎない。その枠の内部では複数の適用可能性があるのだが、その際こうした枠の内部に止まり、枠を何らかの取り得る意味で補充する行為は、何れも適法なのだ。」 Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., S. 348.
- (27) 『解釈 (Interpretation)』という語を、解釈しようとする対象の持つ意味を認識によって確定することと理解するなら、法解釈の答えは解釈しようとする法の示す枠の確定、それ故こうした枠の内部に存する複数の可能性の認識でしかあり得ない。 Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., S. 349.
- (28) 「法律から唯一正しい判決や唯一正しい行政行為を獲得するという任務は、憲法の枠内で唯一正しい法律を創るという任務と、主として同じものだ。[...]その裁量範囲の差はあれ、裁判官も法創造者であって、こうした機能を果たすが故に、制約つきで自由なのだ。まさにそれ故、法適用手続での個別的規範の獲得は、一般的規範の枠を補充するという限りでは、意志機能なのである。[...]このような意志行為によって、法適用機関の法解釈は、あらゆる法解釈、とりわけ法学の法解釈から区別される。」 Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., S. 350/351.
- (29) Kelsen, *Recht und Logik*, in : *wrS.*, S. 1470/1471.
- (30) Kelsen, *Recht und Logik*, S. 1484.
- (31) Kelsen, *Recht und Logik*, S. 1487/1488 ; 1490.
- (32) 「[...]有権解釈、つまり規範を適用せねばならない法機関によるこの規範の解釈により、適用せんとする規範の認識上の解釈が

「呈示する可能性が実現されるだけでなく、適用せんとする規範の示す枠の全く外部にある規範が生産されることもあり得る」。

Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., S. 352.

(33) こうした問題をより詳細に分析するものとして、井上達夫「決定と正当化」『新ケルゼン研究』一四七頁以下、Michel Troper, Hans Kelsen, *et la Jurisprudence*, in: *Archives de philosophie du droit*, tome 30, p. 83-94. 本稿での見解も、ケルゼンは裁判官の法適用義務を説明できていない、つまり法的決定は裁量とされざるを得ないとする、トロペールの議論や井上の裁判官の法的決定の正当化問題に関する見解を共有している。ただ、裁判官の法適用義務の問題は、ケルゼンにとっては純粹法学の外部の問題とされるのではないかと考えている。しかし、それが問題とされる決定過程全体に関する構想も、結論的には同様の図式を示している。

(34) 形式的法治国と実質的法治国との区別も、これと同じ事態を示す。

(35) ケルゼンはこのことを自覚的に行なっている。これは言語学でいうプラグマティクス（語用論）次元の問題だが、ヴィトゲンシュタインの流れを汲む英米の言語哲学が語用論を問題にすることに対して、「言語の使用から解放されてのみ多くの進歩が達せられることが、法学のより狭い領域では示され得る」としている。Vgl. Kelsen, *Der Richter und die Verfassung*, in: *Das Recht der Arbeit*, 12Jahr/Nr. 6. 57 Heft, 1962, S. 289 ff., (S. 292).

(36) Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., S. 354/355. このような機能は、「イデオロギー批判と言い換えることもできる。参照、大塚滋「イデオロギー批判としての法解釈」『新ケルゼン研究』九一頁以下。科学と政治との違いにつき、Kelsen, *Science and Politics*, in: *What is Justice ? : collected essays* (1960), p. 350 ff. (.) では法権威の解釈は「政治的解釈」と呼ばれ、上位規範だけでなく、政治的諸原則が働くと考えられている。学問がそのような解釈を行なうことを否定しているが、政治が科学化されることは要求されていない。

一、法生産の方法論

序 自律と他律

ここで「法生産の方法論」とは、ケルゼンが『一般国家学』の第七章以下、つまり「国家秩序の生産」で展開して

いる部分であり、第九章「生産方法 Erzeugengmethode」が副題として「国家形態論」とされているように、意思決定手続の構成に関わる諸議論である。ケルゼンは、手続内容、手続構成の問題を、自律／他律の二極関係を基礎に据えて検討している。これは、決定の抽象的正当化基準ではなく、法生産全体の中での各段階の決定様式構成の補助概念である。⁽¹⁾ 法生産を連続したプロセスとしてみるならば、あらゆる決定の質的差異はひとまず相対化される。ケルゼンのモデルはさし当たり記述的なものであり、何れが望ましいかは、状況に応じて「自律」「他律」という両極間で具体化されるべきものとされる。例えば公法・私法の対立も否定され、私法Ⅱ自律、公法Ⅱ支配というような原理的「前提」に立つことはできない。⁽²⁾

「自律」と「他律」の違いは、決定者と被決定者の同一性、つまり被決定者が決定手続で決定する主体であるか否かにある。従って実際には一般に契約を中心とした私法秩序が自律的であり、公法の命令的秩序が概して他律的であることをケルゼンも否定しない。⁽³⁾

契約は水平的決定、行政命令は垂直的決定の一般的モデルである。いうまでもなくこのモデルはさほど珍しいものではない。⁽⁴⁾ だが、歴史的・社会的な具体的背景がモデルから捨象され、その合理的配分を全体の合目的性の観点から行なう点にケルゼンの方法論的特質がある。民主主義者ケルゼンは「理想状態」での決定ならば、前者Ⅱ契約モデルを選択する。しかし「制度」の問題としてはここにとどまる訳にはいかないのは当然である。従って、国家諸機能、法生産の各段階の相互関係ではなく、国家的決定過程Ⅱ法的過程の内部的構成を検討するのが適當である。以下では民主制論での主張を取り上げ、このモデルの具体的適用を見てゆきたい。そこでは決定当事者の多数性や合法性原理の要請などにより、契約モデルと命令モデルが変容を受け、相互に組み合わされることになる。

(一) 民主制論

ケルゼンが純粹法学者であると同時に民主制の擁護者でもあることはよく知られており、民主制論と純粹法学者との関連についても、民主制の正当化をめぐる従来より議論のあるところである。これにつき、本節では制度論構成の見地から検討してみたい。両者がどう関連するかは、価値相対主義と民主制の関係の問題とも絡んでいる。ここではまずケルゼンの民主制論を追ってゆき、民主的決定モデルをその根拠づけとともにまとめておきたい。民主制論は、立法段階での法生産の方法論であり、ケルゼンの体系中では、最も集中的に法生産手続の問題が扱われているからである。従って民主制論そのものにも、理念とその合目的具体化という二面性が現れている。

民主制の理念は自由と平等との統合、つまり平等な自由として現われる⁵⁾。それは複数の人間が自由を主張し、それらが衝突する現実の社会では支配・強制が不可避であることを示している⁶⁾。民主制という制度が導入されるのは、根源的な「自由」概念が意味変遷する過程に対応している。自由とは本来アナーキーなものだが、自由相互の対立から他者により自らの自由が制約されることより生ずる平等の要請をも実現するため、支配に対するアクセス、支配のありようが自分自身の意志に合致することへと意味変化する。ケルゼンはこうした事態を「ゲルマン的自由理念」から「古代的自由理念」、「アナーキーの自由」から「民主制の自由」への変化と呼んでいる。国家からの自由から国家への自由である。集団的意思決定では、自由の理念は理想的には全員一致を要求する。ルソーの社会契約がそうである。「契約」という全員の合意に基づく決定は各人の意思の自律を保証するものと考えられている。ところが、仮にこのような理想的な形での決定が行われるにせよ、そこでは自由の理念に大きな制約が加えられる。ひとたび秩序なり規範なりが成立すると、人間は自由にそこから逃れることができなくなる。「ここに個人の自由という理念と社会的秩序という理念との解き難い衝突が明白に示される。社会的秩序はその最も内的な性質からして、客観的に、つまり結局は規範服従者から独立してのみ可能なものだ。社会秩序のこうした客観的妥当性は、特殊社会的なものにむけられた認

識にとつては、こうした規範の内容が規範服従者の意思により定められたとしても変わることはないのは確かである⁽⁷⁾。ここでケルゼンの関心は個人と社会秩序との関係についてのルソー的観点に規定されている。上に引用した社会秩序に関するある種存在論的主張の帰結として、この社会秩序の正当性は個人の立場からなされるべきものとされる。だがその正当化が可能であっても、およそ社会秩序は、その内容に関わらず強制的・抑圧的な性格を有する。ケルゼンが形式主義を貫き、法の動態理論で確定した客観的な法の世界は、このような事態を表現したものと読むことも可能である。ケルゼンは客観的な法の世界を構築するにあたって意志の介入を排除したが、それにより意志という主観的・不確実なものを排除し、理論的客観性を獲得しただけではない。法は人間の意志によって作られたにもかかわらず、一度できあがると、法秩序が人間に対して法の世界に入る資格を与え、また人間は自由にそこから抜け出すこともできない。このような「法の世界」の構造は、人間の主観的意志から独立した「客観的」なもの（社会的なもの、法的なもの）の原理的な抑圧的性格を示している⁽⁸⁾。ケルゼンは、法実践の問題を扱う出発点としてこのような認識を前提におき、その中で如何に「自由」「民主制」の理念に近づき得るかを考察してゆく。

上のような前提からは、客観的制度を破壊するという「革命主義的」方向も導かれるが、そのようなアナキーな道をケルゼンはとらない。共産主義社会に至れば、人間の支配、つまり国家は存在せず、物の管理があるのみとするマルクス主義の国家死滅論に対して、ケルゼンが加えた批判の中で示されているように、政治理論のありかたは「現実」に立脚し、視界の及ぶ限りの未来に「実現可能⁽⁹⁾」なものでなければならぬからである。ケルゼンの中には、生身の人間は無秩序の状態に耐えられないという人間観がある。こうした「現実的」制約の中で、いかにすれば「自由」ができる限り実現されうるかが、意志決定の方法を巡る議論である。通時的に見て法秩序が強制的に働くという側面は、法生産の動態化・開放性・可変性により、共時的には全員一致が不可能であるという問題については、多数決原理が

持つ合理性により、それぞれ「最大限の」解決が可能だとケルゼンは考えている。

理念としてはともかく、現実の全員一致は、とりわけ現代国家では不可能である。ケルゼンの議論は理論的正当化の文脈にあるのではない。現実の場面での多数の危険性にも勿論注意を向けている。数の上ではより賛成者の数が多いてもいえる特別多数決も、反対者が少数でも阻止可能なことから否定される。「自由の理念に従えば、——仮設的に——契約により、それ故全員一致により秩序は成立するが、この秩序を多数決によりつくりかえていくことにすると、それにより可能なのは本来の理念への接近に過ぎない。しかし民主制はそれで満足する。多数の意思が通用する場合でも、なお自己決定という語を用い、各人は自分自身の意思にのみ服しているというならば、そのことは自由の理念の変容にもう一步を進めたことになる」⁽¹⁰⁾。

多数当事者間での決定の必要性という事実的要因が、「契約」モデル↓全員一致を多数決という決定様式に変容させた。更に構成員が増えれば代議制という形態をとる必要もでてくる。この点についてはケルゼンの多元主義支持との関係を指摘するにとどめ、多数決原理の持つ意義につき続けていきたい。

ケルゼンは「契約」を民主的決定のモデルとしていた。そこでは最終的には当事者の意志の合致が自律に基づく正当化の根拠となるのだが、契約Ⅱ決定の内容やそのプロセスも度外視できない。⁽¹²⁾ 国民全体の意思決定手続である議会の場での多数決原理による決定も、①多数—少数の二派に統合された後、②弁証法的プロセスを経て妥協という形で契約的に行われる。そしてこの形が民主的なものとして肯定的に評価されている。価値相対主義の立場では、決定の内容については問題とされないが、そのプロセスは問題とする余地がある。契約において意思表示の合致に至るプロセスは、基本的に弁証法的なものだが、ケルゼンは多数決原理を実現する議会制のプロセスも、このような弁証法的過程の合理性の基礎づけている。⁽¹³⁾ もっともこの合理性は規範的正当化の論脈に即通じるものではなかった。「契約」

の発展(後退?)形態である多数決原理による決定には、決定主体に対して多数を獲得すべく統合していくいわば心理的強制力があるという⁽¹⁴⁾。このような形で二当事者に組織化された多数派・少数派の関係でも同様に妥協を通じた社会統合力が働く。支配が永続的である為には、決定手続そのものが維持されなくてはならない。そのためには少数者を多数の側の決定内容に取り込み、決定手続の中につなぎ止めておくことが不可欠であり、そのことの圧力が少数者との妥協を生み出す⁽¹⁵⁾。このような合理性の性格は、規範的正当化というより、統合に向けた機能的合理性をいうものである。ケルゼンは価値相対主義の立場に立つため、この公開性や討論にもとづき「妥協」を生み出す過程を、「心理学的」な次元の問題と理解した。この支配ないし秩序の安定化を目的とする「機能主義」とも理解し得る立場は、民主制の理念とは論理必然的關係をもたないのではないか。つまり契約ないし妥協に向けての過程全体の中に民主制の理念はみられるべきではないか⁽¹⁶⁾。この疑問は彼の人間像と突き合わせた上で検討されるべきである⁽¹⁷⁾。

(1) 抽象的正当化としては勿論自律が民主的に唯一正当と考えられている。ハバーマスの「理想的発話状況」や、ペレルマンの「普遍的聴衆」といった概念、さらにはこれらを整理して一般的な議論のルールを示そうとするアレクシーらの試みは、その哲学的正当化であるが、価値相対主義者ケルゼンの関心はこのような次元にはおかない。彼にとりこの問題は、公共性の構成問題を中心とした国家構造という形で論ぜられる。もっとも後述するように、ケルゼンの議論は外的手続の機能性に関心が集中している。従って、彼の議論は規範的正当化の文脈ではなく、手続の機能性に向けられている点でおよそ性格を異にするのではないかという疑問もある。この点は当時の議論状況における理論枠組みの欠如、つまり相対主義の弊害かどうかについては本章最後に問題とした⁽¹⁸⁾。この点は本稿の中心テーマである個人概念の問題と関係する点にだけ言及しておく。Jürgen Habermas, *Vorbereitende Bemerkungen zu einer Theorie der kommunikativen Kompetenz*, in: *Theorie-Diskussion Theorie der Gesellschaft oder Sozial-technologie: Was leistet die Systemforschung?* 『批判理論と社会システム理論』(佐藤/山口/藤沢訳)・Chaim Perelman, *Justice, law, and Argument*, Ch. 6; Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*. 岩倉正博「法適用と議論」

『実践地平の法理論』所収。

(2) アハターベルクは法律関係論の視点から、メタ法的決定の必要性をケルゼンの法段階説における規範の捉え方と重ね合わせつつ、開放性と閉鎖性という基準に基づいて、民主的秩序形成の視座を提出する。Nobert Achterberg, Rechtsnorm und Rechtsverhältnis in demokratischer Sicht, in: Rechtstheorie Beiheft 4, Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, S. 133-148. 私見では、アハターベルクの主張は、民主制論の次元では基本的にケルゼンと一致する。

(3) 「この〔契約〕場合、義務づけられることになる主体は、義務づけを行なう規範の生産に参加するが——ここにまさに契約という法生産の本質がある——、公法上の行政命令では、義務づけられることになる主体は、義務づけをなす規範の生産に全く参加しない。それは独裁的規範生産の典型的事例である。一方、私法上の契約は、法創造の明らかに民主的方法を示している」。Kelsen, Reine Rechtslehre, 1. Aufl., S. 110. 邦訳一七二—一七三頁。

(4) ヘラーも同様のモデルを用いて秩序形成の問題を論じている (Heller, Souveränität, in: G. S., Bd. II, S. 59)。ギールケのヘルシャフトとゲノッセンシャフトという対概念についても同様であるほか、後述するカウフマンの従属関係法と対等関係法というモデルもこの対概念に由来する (Erich Kaufmann, Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus, S. 128 ff.)。だがこの私法的水平性が「民主的」なものであるかどうかについての理解の相違は重要である。つまりギールケは契約秩序に関しては、それが対等関係だとしてもゲノッセンシャフトとは捉えていないように、この関係性のモデルの実質については相違があり、そのことか彼らの立場の違いを示している。個人を核とした水平関係の私法モデルとの連続性を示すケルゼンと、その批判者たちの反個人主義的立場——これは社会契約論批判となって現れる——との違い、つまり自由主義と民主主義との結合問題である。この私法秩序理論とゲノッセンシャフト的内部秩序論との関係について、ゲノッセンシャフトを一般化するエールリッヒと近代私法秩序に則った認識を示すウェーバーとを対比するものとして、海老原明夫「ウェーバーとエールリッヒ」『比較法史研究の課題 Historia Juris 比較法史研究①』一八二頁以下。

(5) 「民主制の理念は——理念に多かれ少なかれ接近した政治的現実ではなくて、先ず理念について述べようと思うのだが——人間の実践理性の至高の二要請が結びついたものであって、社会的存在が有する二つの根源的欲求の産物である。その一つは、社会状態がもたらす強制への反感、屈状を強いる他者の意志に対する抗議、他律の苦痛に対する抗議である。自由を求めて社会に反抗することは自然の力そのものである。社会秩序により負わされる他者の意志の重荷が一層堪え難く感ぜられるのは、他人のもっている

- るあらゆる大きな価値を否定しても自分自身の価値を守るといふ原始的感情がより直接に人間にあらわれ、服従を強制されるという体験が、主人、命令者その人に対して、『あいつも俺と全く同じ一人の人間だ。俺達は平等だ！ それならあついが俺を支配する権利がどこにあるというのだ。』という一層根本的なものである場合だ。かくして平等という全く消極的な理念は、自由という同じく消極的な要請に仕えることになる。』Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 1. Aufl., S. 4, 邦訳四—五頁。
- (6) ケルゼンはおよそ「社会的 sozial」ということを「教育の場面を引きつゝ権威的と理解してゐる。Vgl. Kelsen, *Politische Weltanschauung und Erziehung* (1913), in: *Wt S.*, S. 1518.
- (7) Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 1. Aufl., S. 7, 邦訳八頁。
- (8) 中村雄二郎はケルゼンの法理論を「疎外態」としての法認識と捉えている。「哲学と法哲学について・覚え書き——言語と制度の問題をめぐって——」『現代の法哲学 井上茂教授還暦記念』所収、『異説・ケルゼン考』『新ケルゼン研究』所収。ソシュールと對比しつつ、純粹法学をラング次元の分析と捉え、パロールにあたる法の運用につき、トビック・レトリックの問題としている。
- (9) *Sozialismus und Staat* (2. Aufl., 1923), S. 207. 『社会主義と国家』(長尾龍一訳)一九二頁。これと対比される予定調和的な社会理論を「自然の秩序」に依拠する自然法論と批判している。S. 26, 二二頁。
- (10) Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 1. Aufl., S. 7-8, 邦訳八—九頁。
- (11) 代議制をとる場合、現実に存在する多様な意見の分布を適切に議会に反映させるといふ理由からケルゼンは比例代表制を支持する。Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 1. Aufl., S. 12 ff. 邦訳一四頁以下。ヘラーはこのような秩序の性格を「すべての支配は下からみれば秩序である」というより実在的な次元で表現している。Heller, *Souveränität*, S. 59. ヘラーはこのような認識から、秩序における決定統一体の不可避性を導く。この点はヘラーとカウフマンに共通する国家死滅論批判と関係している。
- (12) こうした問題を含めて契約一般につき、星野英一「契約法の歴史と比較法」(『基本法学4—契約』所収)を参照した。なお、同論文によれば(七二頁)、ケルゼンの説を引きつつ意思自治の原則のイデオロギー性を批判するフランスにおける研究があるということだが、もともとケルゼンにこのようなイデオロギー批判的側面があることは言うまでもない。また、このようにして資本主義体制の基盤を掘り崩すことは、社会民主主義という彼の政治的立場と関連させて読むこともできる(この点については、今井弘道「所有的個人主義批判者としてのハンス・ケルゼン」『北大法学論集』三二卷一號)及び、Christoph Müller, *Kritische Bemerkungen zur Kelsen-Rezeption Hermann Hellers*, in: *Der soziale Rechtsstaat* (Hg. Müller/Ilse Staff), S. 693 ff., 「クヌッヘン・ヘラーと

ハンス・ケルゼンの間の論争についての批判的論評」(兼子義人訳)『ワイマール共和国の憲法状況と国家学』三〇〇頁以下を参照)。だがここで述べている「契約」はメタ・イデオロギー的なものではなく、民主制という一つのイデオロギーとの関連で扱われる手続様式を示すものである。

(13) 「社会の現実に向けられた考察にとつては、多数決原理の持つ意味とは数字の上での多数の意志が勝利を得ることではなくて、このような観念を認め、こうしたイデオロギーの働きで社会共同体を形成する個々人が、概ね二つのグループに組織されることにあつて」Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2. Aufl., S. 56. 邦訳八四頁。

(14) Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2. Aufl., 邦訳八五頁。「統合」という点に関しては、スメントの「統合理論」との関係に触れる必要がある。詳しくはスメントの「統合理論」に関して議論をする場に譲るが、問題は、ケルゼンは統合が不要だと考えていたのではなく、統合の様式にあるという点を指摘しておきたい。ケルゼンは基本的に手続的な側面、つまりスメントの用語では「機能的統合」のレベルに限定しようとしている。スメントはこの点を批判する。それはリベリズムや議会制の批判と軌を一にする。スメントはそれ以外の実体的な媒体を用いて統合を実現しようとするようになるが、ケルゼンの価値相対主義的見地からすれば、この「機能的」な議会を通じた統合以外で統合を実現しようとすることは、むしろ有害だと考える訳である。

(15) 「[...]いわゆる多数決原理にしたがつてつくられる共同体の意志は、多数の少数に対する独裁であることは全くなく、両グループ双方の感化の成果として、両グループ相互の衝突する政治的意志のベクトルの合力として生ずるのであり、そのために社会の現実では多数の少数に対する絶対的支配は全く存在しないという事実と関連している。多数派の少数派に対する独裁が長続きし得ないのは完全な影響力の喪失を宣告された少数派は形式的なものに過ぎず、従って自分達にとって無価値であるばかりか有害でさえある共同体意志形成への参与を断念するであろうから。このことにより、少数派は多数派の——まさに概念上少数派なくしてはあり得ない——多数派たる性格を奪いとるのだ。まさしくこうした可能性が、少数派に対して、多数派の議決に影響を及ぼす手段を与えるのだ。このことがまさしく議会制民主主義に特有の事柄である。なぜなら議会の全手続は弁論と反論、論証と反証に基づく弁証法的—対抗的技術によって妥協を達成しようとする意図しているからだ。[...]妥協とは、結合せんとするものを引きはなすものを、結びつけるものの為に退かせることである。あらゆる交換、あらゆる契約は妥協である。なぜなら、妥協とは和解し、折り合う(vertragen sich)ことだからだ。多数決原理は、まさに議会制システム内では、妥協、つまり政治的対立の和解の原理として効果を表す」。Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2. Aufl., S. 56-58. 邦訳八五—八六頁。しかしまさにワイマール憲法の

妥協的性格に批判が向けられていたのである。

(16) もっとも、このことと社会ないし国家制度の構想における機能性の意義が評価されなければならないということは別問題である。この点はヘラーにおいて明確化する。

(17) この点については本章最後で、学問論・教育論などを素材にして扱う。

(二) 執行の民主制と法の支配

本節(1)では立法の民主制に関するケルゼンの基本的な見解を概観した。法の創造と法の適用とを相対化するケルゼンの法理論上の立場では、決定の民主化を立法段階に限定する理由は存在しない。授權段階構造論の主張は、個々の決定段階の質的差異を相対化するものであったからである。しかしながら法政策的主張、民主的国家の実現の問題はこのような法理論的主張とは次元が異なる。前者の次元では、ケルゼンは全体として——できる限り——民主的な国家を実現するには、個々の段階全ての民主化が妥当な訳ではないと考える。「執行の民主化」に対するケルゼンの否定的な態度はそのことを示している。⁽¹⁾

規範の執行段階では、民主的原理(手続への参加・自治)と適法性原理(一般規範の的確な実現)との対立・矛盾が現われる。ケルゼンによれば、この決定段階、特に執行段階での民主制と国家Ⅱ法制度全体での民主制とは対立する。

つまり国家制度全体の民主的組織化を実現するためには、個々の手続の民主的構成ではなく、適法性の理念が妥当する。⁽²⁾ 中央行政庁では決定権限をもつ官吏の「責任」を中心とした執行体制によってこの目的は実現される。かような組織の必要性は国家の規模に由来するものであり、民主制に特有の要請でないことはいうまでもない。しかしながら国家意思の適法な実現をめざす「責任」中心のシステムにも裁量の余地が存在することをケルゼンも認めている。⁽³⁾ また、官僚制組織内部の統制においては、全体として一定の偏向を帯びる可能性があるが、これに対してケルゼンは

楽観的である⁽⁴⁾。執行の民主化が必要とされるのは、このシステムの帰結として、現実には民主制の理念との乖離が大きくなっているから、そして上述の決定権者のもつ傾向性^{II}官僚制問題の故に他ならない。この点では現代国家システムに対するケルゼンの認識は不十分である。

ともあれケルゼンの枠組では、執行段階では適法性の原則が妥当し、民主的手続よりもむしろ官僚機構による決定が評価されることになる⁽⁵⁾。勿論、この主張をそのまま今日の現状におきなおして評価するのは公平ではない。背景となっている状況が異なるからである。つまり官僚制組織などのシステムの自動性にむしろ問題を見る状況とは異なり、国家分裂の危機がケルゼンの議論の時代背景をなしているからである。上述のように、システム問題に対する意識は、純粋法学の法認識の中に潜在的に含まれていると見ることも不可能ではないが、それは抽象的次元にとどまっております。具体的問題との結節点が見られないままに終わっているのである。

ところで、この適法性原則が担保されるためには、ケルゼン自身が「法の支配」について述べている「国家の行政・司法機能ができる限り予め設定された一般的規範によって定められ、その結果行政機関や司法機関に残される裁量権をできる限り小さくする⁽⁶⁾」ことが前提となる。だが、解釈・裁量が完全になくなることは期待できない。裁量的決定の要素の存在は、各決定に意志の介入を認めるケルゼンの立場では当然である。従ってその統制は、まさしくケルゼンの立場から導かれる（認識とは別次元の）問題として残らざるを得ないのである。

ところで、このように官僚制的な適法性原理実現のシステムとされた行政の決定では、法的な決定権限は行政庁に専属する。つまり先の決定モデルでは専制的決定となる。しかし手続形成全体を見渡すと、ケルゼンも「間接的」影響という限りでは、当事者の参加を否定している訳ではなく、むしろその意義を評価している。しかし、影響力の実効性を別にしても、ケルゼンの枠組の中では当事者の参加は副次的なものとして扱われざるを得ない⁽⁷⁾。

個々の段階での適法性の理念の優位は、この「法」とそれが由来する国民意思との関係を保障する制度を要請する。もちろん法が議会制度を通じて民主的に構成されているということが国民意思との第一次的な媒介をなすが、ここで⁽⁸⁾の決定との関係では、反省的にこの媒介を保障する必要がある。これは典型的には行政裁判、憲法裁判制度の問題である。だが、憲法の公定解釈権を有し、法秩序全体のコントロールを受け持つ憲法裁判所の組織・手続に少数者保護の機能が期待できるとすれば、その根拠は何か。少数者保護にはいかなる手続によって最もよく実現されるのか。

法規範を解釈の「枠」と捉えた上で、憲法のような一般性の強い規範ではこの「枠」、つまり裁量の幅が広がることを認めるなら、当然憲法裁判所の判断は政治的性格も強くなり、一義的な解決も困難となることを前提としなければならぬ。そこでは少数者保護の基礎となる「法」権利「侵害を単純に認定すれば済むと言うに止まらない、国家全体の政策的問題の関わりが持ち込まれる。このような状況で、民主的に選出されることの殆どない裁判官が決定を下すのは非—民主的であるという、司法審査反民主主義論は、「近視眼的」であろうか。憲法規範相互の対立も生じ得るような場合には、例えばワイマール期の司法審査権論争でE・カウフマンが主張したように、実定法の上位にある法ないし権利を客観的判断根拠として措定するのであれば別だが、実証主義者ケルゼンはこのような立場をとり得ない⁽⁹⁾。それでは何を判断基準とするのか。また決定権者、及び決定の民主的正統性はいかにして担保されるのであろうか。司法審査の問題が民主制との関連で語られる場合には、このことが中心的論点であったはずである。法解釈の理論的問題はここで再び尖鋭に現れる。

政治的正当化の議論としては、民主制を実質的に解する立場に立てば、実定法の上位にある自然法的人権、あるいは社会・共同体に共通の価値を想定し、判断の根拠として示すことによって裁判所の人権保障などを民主的に正統化するという可能性がある。だが、ケルゼンのように民主制を形式的に捉えるならば、国民の決定した実定法以外に正

統化を与える根拠は本来ない筈である。一般の裁判においては、実定法的な正統化の根拠が、全体としての民主制という要請から、絶対的に求められていた。なぜなら国民の世論を汲み取る手続と裁判や行政的決定との相違は、理論的には相対的なものであったが、このような法政策的次元には存在しない。立法・執行の両者は全体としての民主制を達成するための役割分担とそれに応じた目的合理性の視座から区別されるからである。

実質的法治国家の要請である憲法裁判所の是非についても、単線的な正統化の次元ではなく、このような全体としての民主制という視座からの目的合理性の次元で議論される。正統性の問題も目的合理的判断の一要因となる。しかしそこでの目的合理性は一般の裁判所とは異なる尺度を必要とするだろう。憲法裁判所での争いの性質は、立法府に類似したものとなる筈で、このことだけを取って見ても通常の裁判所とは異なる組織形成が必要となってくる。裁判官の判断の側面からも、判断基準の「枠」が広がる以上、意志の介在が増大し、また法律の違憲性が争われるなら、その決定の結果は全国民に影響を及ぼす。従って、自律を本旨とする民主制を前提とすれば「枠」の充填には民意の反映も必要である。ケルゼンは、民意を見出す認識方法を考察するという方向ではなく、民意——勿論、多元論者ケルゼンには所与のものとしては存しない、民意とは意見の布置状況である——が適切に明らかにされる手続の構成により、この問題に答えようとする。

憲法裁判所の決定は、様々な執行機関（裁判所・行政庁）の判断の統一という目的や上訴審級終結の必要性から、公定的なものとして通用する。⁽¹⁰⁾ 審級制度の権限付与を第一義的なものとする彼の法秩序論からは、憲法裁判所の決定は仮に規範違反であっても通用する。正確には規範違反は論理的にあり得ない。憲法裁判所の決定が及ぼす政治的影響力という実際の効果にとどまらず、この意味でもケルゼンの議論は裁判官決断主義の様相を帯びることになる。

ケルゼンの議論では、法秩序の妥当性は、ある程度の実効性に支えられていることが条件であった。この実効性概

念は規範の存在の最低条件であり、その程度としてもイエリネクのいう「事実的なものの規範力」ほど理論内在的な相関関係をもった強い概念ではなく、論理的に別次元に属することも強調されている。その場合の実効性とは秩序に服する者の承認のみにより支えられるのではなく、物理的強制力により規範を実現することも含まれる。ケルゼンにおいても法政策的場面では実効性の担保は理論超越的なものとして無視することのできない問題である。ことに、個別憲法規範の解釈問題を介してにせよ、法秩序全体の実効性が妥当性の問題と触れ合う場が現実の問題となる場合は、憲法の危機的状況である。ここに問題を設定する限り、実効性の問題は、少なくとも当該秩序を破壊されることなく、また破壊するような行為が取られないように、様々な意見を法秩序へと媒介させ、激しい対立を沈静化させることにある。

ケルゼンは、憲法裁判所を抵抗権の代替物と考え、憲法に關係する問題を憲法裁判所で集中的に解決することとし、下位手続においてはこのような不満を直接に顧慮するよりも、むしろ法的安定性を優位させている。既に述べたように、議会においてはいわば幾何学的に利害關係の合力として決定の方向が導かれることとなっていたのだが、それによつて国民の利害が完全に反映されることはないし、多数の横暴的な結果がもたらされることもある。仮にこの手続が充分に作用していたとしても、依然として不満が解消されている訳ではない。議会や代表制の手続では自らの利害を主張し得ない弱者（構造的弱者ないし少数者）も存在する。勿論このような極めて小さな勢力の不満が国家秩序全体を転覆するに至ることは極めて稀であり、秩序の安定ということだけを問題とするのであれば取るに足らないことであるかもしれない。だが、このような不満を公的な手続に乗せることは、不満を小さい芽のうちに詰み取るような秩序保持型の関心に由来するのではなく、潜在的な意見や利害をも顕在化させた上で利害の適切な合力を産み出すための「公開性の理念」によるものでもある。つまり、議会も憲法裁判所も少数者が世論を介して国家の意志形成へと作

用を及ぼす可能性を開くという批判的公共性の機能をもつのである。

ところで、議会制での手続により達成される「利害の合力」というケルゼンの比喩は、目的合理性のみを志向する人間像を前提とし、このような計算的理性に勝れた当事者を意見の一致に導く形式的な制度を思い浮べるが、その後にはこれとは異なる主体間の関係性をもたらす論理の萌芽が内在していなければならぬ。この問題については後に詳述するが、単に数の問題に止まらない論理ないしは価値意識がなければ、ケルゼンの構想した制度の中で少数者が保護される保証はないし、公開性の理念も十分な意義を実現することができないのではないだろうか。

これを主体の側ではなく客観法の観点からみてみよう。憲法裁判所では、憲法規範に対する疑義は許容されない。だが、実質的にはその内容が争われることにより、共同体の「政治倫理」「道徳的事実」のような、更にその判断を支える上位の尺度が議論の根拠づけのために何らかの形で必要になってくる。主体の問題もこうしたものの位置づけと相関する。

ケルゼンは法秩序論の中では、最終的には根本規範という仮設を持ち出して、法体系をいわば宙吊にした。ところが具体的な決定の下される空間、ないしは決定手続の問題に関しては、不断に意志的要素が流れ込み、それを以下にして統制するかに関心が向けられていた。かくして客観的形式主義が主意主義と表裏一体となっているのである。

ケルゼンにとってはこのような価値の共有性を否定するような事実が前提として存在していた筈である。かくしてケルゼンが弁証しようとした憲法の番人には、所与の「道徳的事実」に依拠し、それを明らかにするに止まらない機能が要請される。憲法の危機的状況では、このような「道徳的事実」を措定してかかることはできないからである。⁽¹¹⁾

ドイツにおいても、ワイマール多元主義をめぐる論争、議会制の危機はこのような「道徳的事実」の不存在が露呈したという事実を背景にしている。「憲法の番人」はまさしくこのような状況のもとで必要とされる。ケルゼンの憲法裁

判所論ではこの点ほどのようにして克服されているのであろうか。具体的な手続の構成については次節で扱うが、その克服の仕方は予防的に国家Ⅱ法秩序の危機を除去することであった。この主張が危機の現前に対して有意味であるかどうかはともかく、これは憲法の番人は誰かという問題にとどまらず、意思決定としての「政治」、つまり「法生産」理解の一つの応用問題である。

ケルゼンのように法秩序全体につき、決定手続を質的にひとまず均質化してかかることは、政治的なものの特権的地位を否定することとなる。シュミットの「政治的なもの」が危機的状況においてあらわになるような「友・敵」の関係があると捉えるなら、ケルゼンのこのような「法治国」理論は著しく非政治的なものということになる。従ってシュミットの立場からはケルゼンは憲法の番人の問題に答えていないということになる。しかしながら、仮に政治的なものの本質がシュミットの言う通りだとしても、政治的空間がこのようなものとして構成されねばならないという理由はない。政治理論はこのような前提を克服することが必要だが、シュミットの言うような政治的なもの概念を受け入れるからこそ、政治的空間の構成が政治理論にとって急務となる、とも言えるからである。⁽¹³⁾むしろケルゼンのモデルは、法的決定様式を一般的な形に修正したものである。その意味で、ケルゼンの法の生産論は、政治一般との関係の中で構想されている。従って、ケルゼンが法秩序として限定した領域は、全体としてこのような意味で司法形式的に統制された政治空間を示しているといえよう。⁽¹⁴⁾

ケルゼンは法Ⅱ国家という理論を立て、国家の本質を別の側面・観点から考察することを拒絶していたが、個々の決定が下される場合は意志的領域として、空白のまま残されていた。この領域で法形成が行われるのであるが、この決定を政治的なものと考えるが故に、ケルゼンにおいては、「法的空間」Ⅱ「政治的空間」という図式が成り立つのである。この点については、とりわけ自然法的立場からは法的決定の決断主義化と批判されることもあるが、逆の面から

見ると、極端な法治主義化と見ることも可能である。実体的価値の存在を前提とする立場からすれば、相対主義的前提の中にとどまりつつそこで決定を導こうとする議論は、価値基準の不存在という理由で等しく批判の対象となる。だがこのような立場の(非)歴史性こそが問題にされなくてはならない。従ってむしろ問題はいかなる手続を以て決定を統制するかであろう。勿論、議会と裁判とが全く同じものだという訳ではない。それらは空間の構成要素として問題にされるのである。

ケルゼンの議論の意義は、このような決定空間を「道德」から切りはなした点にあるといえよう。しかしながら、果たして何らの「道德」なしに、機能的に把握された手続・制度が安定して働き得るかどうか、この点はワイマール期の政治状況・社会状況を反映した問題である。そして理論的には、上述の主観相互関係での空間構成問題である。このような、政治を法という客観的制度的側面からのみ見る立場では、日常的な政治の問題が抜け落ちてしまう難点があることは否定できない⁽¹⁵⁾。しかし国家を前提として政治を捉えるなら、上のような図式がケルゼンにおいて成り立つこと、またそれが「政治」として触れることができな部分を残すことがないという、法治国家的発想につながるものであることは理解されよう。国家を前提とした物理的暴力に代表されるような次元の問題は、この次元の中で解決可能だと考えられているように思われる。次節では「政治的空間」の問題をより詳しく見て行くために、このような空間の頂点に立ちつつ、このような空間を支えようとする「憲法の番人」におけるかような「空間」構成の問題を扱っていききたい。

(1) ここでケルゼンが「執行の民主化」と言うことで考えているのは、地方自治やタウン・ミーティングに代表されるような直接・間接の自治的決定様式のことであって、行政観察制度や、住民参加は直接の考慮の対象から外されている。問題は飽くまでも決定

の主体であつて、決定主体——例えば裁判官——に対する事実上の間接的影響力の行使は、別の次元の問題とされる。議会については压力団体、裁判や行政的決定に関しては、住民運動や消費者運動、あるいは法廷や聴聞会での発言や弁論はある程度、決定や決定者に対して影響を及ぼすが、それらは決定そのものの問題とは考えていない。

(2) 「(…)他ならぬ議会に対する責任が考慮される限りでは、独裁的な内閣制、単独機関による執行の方が特種民主的な合議制よりも適していることが示される。合議制は個々人の責任感を弱めるだけでなく、責任の所在が曖昧になる」。Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2. Aufl., S. 71, 邦訳一〇〇頁。

(3) 現代に行政の民主的統制を問題にする場合には、むしろこちらの側面がクローズアップされるといってよいであろう。それを偏向と呼ぶかどうかは判断の分かれる余地はあるけれども。

(4) 「執行の適法性——そしてそれは民主的立法にあつては国民意志、従つて民主制そのものを意味する——は、中級及び下級の機関に於いては、自治的行政団体によるよりも、中央政府によつて指名され、これに対して責任を負う単独機関、即ち国家意志形成のこうした部分の独裁的組織化による方が一層良く保護されることは疑いなく」。Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2. Aufl., S. 73, 邦訳一〇一頁。

(5) Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2. Aufl., 邦訳一〇二頁。勿論このように言つたからといって、行政手続への参加を全く否定した訳ではなく、行政も司法形態性をとることによつて当事者の意見を聞くべきことは認めている。但し、このことの意味は手続としての目的合理性であつて、個々の決定における自律という要素では必ずしもない。Vgl. Kelsen, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, in: *WRS*, S. 1896. 地方自治についても、地方分権の必要性は認めつつも、「地方分権が形成する中級及び下級官庁のラディカルな民主化は、立法の民主制を廃棄する危険を意味するものに他ならない」と消極的な評価をしている。

(6) Kelsen, *Foundations of Democracy*, P. 77, 『民主政の真偽を分つもの』（古市恵太郎訳）一〇二頁。

(7) この領域は議論のもつ意義をいかにして組み込むかという問題に他ならない。従つて、法解釈についても同様の問題は生じ得る。参照、本章序（二）。

(8) Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2. Aufl., S. 75-76, 邦訳一〇三—一〇四頁。純粹法学的な客観法分析の立場からは、国家の諸機能の適法性・適憲性を保障する機関の役割は、客観的法秩序の保障、客観法のコントロールである。しかしながら、実質的な機能という点では、一般に期待される権利保障という役割を彼も否定する訳ではない。ここで保障される「権利」は、

この機関によって認められて初めて最終的に「法」たる資格をもつ。それまでは有権的資格をもたない者が主観的に「法」であると考えている利害に過ぎない。しかしこの一見権利軽視に見える立場は、民主制論のような法政策的問題の中では維持されているわけではない。そもそもこの主観的「利害」に高い価値が認められるからである。その意味では「権利」の評価が上がったとは必ずしも言えないが。

(9) Kaufmann, Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Artikels 109 der Reichsverfassung, in: G. S., Bd. III, S. 246. なお、当時の基本的な対立枠組をいえば、実証主義Ⅱ議会支持Ⅱ司法審査権反対、反実証主義Ⅱ反議会Ⅱ審査権支持である。カウフマンは後者の系列に属し、ヘラーは前者に属する。議会制の評価と裁判所の階級性に対する批判的意識の有無がその基準となっている。参照、ゾントハイマー『ワイマール共和国の政治思想』(脇/河島訳)六九頁以下、広渡清吾『法律からの自由と逃避』二七九頁以下。ケルゼンの立場はこのような枠組みの中では収まらないものがあるが、それはケルゼンが祖国オーストリアで憲法裁判所と深く関係していることに由来する。

(10) Kelsen, Foundations of Democracy, P. 79, 邦訳二〇七頁。

(11) ドウオーキンが司法審査の積極主義を擁護する際に、最終的に当該政治社会の「政治的倫理」に遡及していくのも、このような構造を示している。Cf. Ronald Dworkin, Hard Cases, in: Taking Rights Seriously (1977), 『権利論』(木下/小林/野坂訳)第三章。また、後述するヘラーの法原則論も同様の問題に触れているが、そこでは司法審査の基礎が問題ではなく、議会制の存立根拠が問題となる。

(12) Schmitt, Der Begriff des Politischen, 『政治的なものの概念』(田中/原田訳)。

(13) この問題を「政治的」に展開したのがヘラーの業績である。

(14) もっともその存立根拠の不在が問題とされている状況の中では、このような民主制の「形式論」は支持を見いだすが困難である。シュミットの問題提起はこのような局面に及んでいる。

(15) これは制度外部での運動論につながる。しかし制度内部の問題についても、このような制度外部での運動ともつながりは度外視してよいものではなく、「道徳的事実」の形成については、このような次元での問題設定が欠かせない。

二、手続による憲法保障

ケルゼンにとって憲法保障の問題の核心に、憲法裁判所の弁証がある。彼の憲法裁判所との関わりは、オーストリア一九二〇年憲法の草案作成と同憲法によって設置された憲法裁判所判事としての実務的活動のほか、シュミットとのいわゆる「憲法の番人」論争がある。⁽²⁾ 制憲当時のコンメンタールでは憲法裁判所について型通りの説明しかなされておらず、⁽³⁾ 憲法裁判所制度の詳細な基礎づけと擁護は、一九二八年のドイツ国法学者会議での報告、「国事裁判権の本质と展開」で示された。ここでは法理論に重点があるが、これを皮切りに始まった「憲法の番人」論争では具体的制度が対象となるため、多元主義や議会制の問題をも視野に収めたより政治的・法政策的レヴェルでの争いに及んでいる。ここではこの論争そのものの検討を目的とするのではない。前節で検討した一般論の国家制度への具体化を素材に、議会制と憲法裁判所の制度論の検討を通じて実践的な決定のあり方と決定主体の性格——つまり民主主義における価値相対主義的・批判的人間像——を探るための手がかりとして、この論争を検討する。従って、以下では議会制論と憲法裁判所論に注目し、シュミットによる批判をも念頭に置きながら、制度・手続のあり方を手がかりにこの問題を考えたい。

以下でみていくように、両者はその依拠する世界観、政治観に根本的な違いがある。ケルゼンの価値相対主義の世界は、楽観的か悲観的かはともかく、結論的に宥和的なものである。しかし、現実には完全に宥和的な世界が存立しえないからこそ法や政治・国家が必要となる。シュミットが「政治的なもの」の概念として強調し、自由主義的世界観——ケルゼンもこの世界観に立っているとされる——として批判した調和の不在状況は、ケルゼンの出発点でもある。ケルゼンは価値相対主義的世界を近似的にであれ実現することを目標としており、またこの制度はかような人格によって支えられねばならないという循環論に陥っている。しかし循環論そのものが問題ではなく、この循環

をいかにして制度として位置づけるかにこそ関心が向けられるべきである。シュミットはむしろこの循環の断絶面に関心を向けた。そしてこの断絶を生み出す対立を実存的次元にまで展開することで、宥和不能な政治的対立という認識が生み出される。これに対してケルゼンは、いわば実存的対立を棚上げにする技術を問題にしていたのである。

(一) 議会制評価と憲法の番人

ケルゼンとシュミットの論争は、直接的にはワイマール憲法の解釈をめぐる争いだが、憲法解釈を通じて「憲法の番人」は大統領か憲法裁判所か、国民の統合は最終的にいかにして護られるべきか、という国制の基本問題が本来の対立点となっている。ケルゼンの民主制論は基本的に手続的なものとして構想されている。その背景には彼の価値相対主義的世界観があった。⁽⁵⁾一定の至高の価値が客観的に存在することを否定するこの立場からは、一定の至高の価値が定められない以上、各人の自由をできる限り確保せねばならないという要請の下では、相対主義的心情の持ち主は自分自身の確信といえども他者の確信を抑圧する正統な理由がないことを理解する。従って、共同の決定に際しては暴力を排した妥協による利害調停を選択するというのである。ケルゼンが統合という場合には、多元的状态——いわば「神々の争い」——が前提されており、常にこの状態を基本として、統合の結果としても否定されることがない。つまり、常にこの状態の中で統合を産み出して行くことが求められている。そのため適切な手段が議会制である。議会は多元的諸力のバランスを最も適切に反映し、その間のバランスの合力として決定が下されるからである。

それに対してシュミットは民主主義の理解がケルゼンとは異なり、実質的平等、同質性といった質的な一致を民主主義の前提と考へ、民主主義的支配とは支配者と被支配者とのこのような意味での多元性を排した一致と考へる。この一致を法的なものと理解し、国家的意思形成の問題を法秩序の生産過程と理解するケルゼンとは著しい対立を見せている。⁽⁶⁾シュミットは自己の制度としては「具現的代表」のシステムを構想するが、その反転像として、彼の民主制

観はアクラマチオンに支えられた大統領による統合へと極端化していく。このことは反面で議会制に対する厳しい批判でもある。当時の議会の状態は、多元的な状況を代表するものと考えていたからである。⁽⁷⁾

シュミットもケルゼンも、多元制に対する評価の前提には、ワイマール期の政治状況に対する認識がある。シュミットは討論に対する信頼を議会制の精神的基礎と理解し、それが欠落していれば議会制という制度そのものが存立しえないとする。⁽⁸⁾ 問題は、議会制度そのものにあるのではなく、それを成り立たせる条件にある。⁽⁹⁾

ワイマール期ドイツの政治状況は厳格な比例代表制の結果、小党が乱立し、政党制の問題もあって、議会での調整がつきにくい状況であった。議員は政党組織、選挙人に拘束され、議会において討論を經ていわば「一般意思」を生み出す能力を失っていた。⁽¹⁰⁾ シュミットがこうした状況に対して示す打開策は、同質性を軸とする民主制を護り、多元主義を排す政治的統一の代表者Ⅱ「憲法の番人」たるライヒ大統領による統合である。フランス革命以降の「主権独裁」的状况では人格的代表の秩序は存立困難である。これに対して大統領は、エゴイステイックな諸利害に対して中立な権力であり、硬直化した手続を飛び越えて直接人民に訴えかけ、人民のアクラマチオンⅡ喝采によって支えられる。⁽¹¹⁾ このようにして同質性は担保されるのである。シュミットは原理の問題として自由主義Ⅱ個人主義と民主主義Ⅱ同質性を対立させる。彼によれば、この原理的対立は究極的に克服し難く、いずれ両者は対立する運命にあることになる。

ケルゼンはシュミットと異なり議会制に否定的な評価を下さない。議会制が完全なものでなく、シュミットの指摘するような欠陥があっても、それにかわるものはないと考えている。⁽¹²⁾ 既に見たようにそもそも両者の民主主義の理解が異なっており、同質性は民主主義の前提ではなく、むしろ民主主義に反するものとケルゼンは考へる。同質性は虚構に過ぎず、民主制の前提とする各人の自由を抑圧するイデオロギーとして機能するからである。シュミットの指摘

するような現代的状況を致命的なものとはみず、質的な多様性を保ちつつ統合を図ることがなお可能だし、またそれが課題であるという。このような民主主義理解が手続的な民主制理解とそのための手段としての議会制評価となる。「憲法の番人」問題もこの同一線上で考察され、議会・行政の統制機関という一般的（形式的といってもよい）な位置づけがなされるわけである。

「憲法の番人」の問題が憲法保障の中核的部分を占めることは改めていうまでもない。ケルゼンによれば憲法保障というのは法政策レヴェルの問題であって、「国家諸機能ができる限り適法であるべし」という特種な法治国原理⁽¹³⁾の反映である。「特種な」というのは、法秩序Ⅱ国家というケルゼンの法と国家の一元論では、およそ国家は全て法治国ということになり（「形式的法治国」）、憲法保障制度の要請などを含む「法治国」は「特種な」法治国原理、つまり「実質的法治国」として、個別的法行為が現実に一般的規範に適合することを求める⁽¹⁴⁾。「憲法の政治的機能とは権力の行使に法の制限を定めることにある。憲法保障とは、法の制限が踏み越えられないように保障を与えることである」⁽¹⁵⁾。これは先述した「合法性原理」にほかならない。

憲法の番人は、このような憲法保障のための最終的機関である。基本的・究極的には国民が「憲法の番人」に違いないが、制度上の機関としては、「憲法の番人」は憲法裁判所であると考えられる。ケルゼンは法認識のレヴェルでは、三権分立をドグマとしてしりぞけ、司法か立法かという性格決定の問題を相対化した⁽¹⁶⁾が、それと並んで法生産のあらゆる段階に政治的要素の含まれることが同時に述べられていた。シュミットは司法に憲法裁判による憲法保障機能の委譲は「司法の政治化」につながると批判するが、法的決定に含まれる政治性の指摘により、「原理的レヴェル」での批判としては、「司法の政治化」という議論は妥当しないことが示されたことになっている。そしていわば「白紙状態」の中で法政策的な合理性の如何が問題とされる。憲法保障にとって合目的な制度はいかなるものが議論の焦点に

されねばならないというのである。以下ではこの制度手続に関するケルゼンの構想を検討し、そこから逆に彼の議會議制民主主義論の基本構造を照らしてみたい。

(二) 憲法裁判論

ケルゼンは、「何人も自身の裁判官となることはできない」以上、今日において憲法違反の危険性は実際に権力を行使する側である立法・行政にあるという事実認識に立ち、君主という強大な権力を議会が制約していた時代とは異なり、行政・立法は憲法保障の最終的機関たり得ないとして、行政・立法が適任ではないとする。この議論は法の生産論一般では否定した三権分立の意義を、彼が機能的には否定しているわけではないことを示している。また、上の事実認識から即座に裁判所の審査権が承認されるわけでもない。もちろんケルゼンも、裁判所にその資格があるかどうかを手続的側面から検討しているものであり、本稿の関心もそこに向けられる。ケルゼンの主張を見てみよう。

「法政策上の問題は、裁判官の独立という形態を認められた機関が法律の適憲性を審査する手続は、刑事裁判、民事裁判あるいは行政裁判の手続と同様に——とくに党派的に⁽¹⁶⁾——創られるべきかどうか、つまり法律の適憲性に関する賛否両論が、場合によっては公に考えられるように、手続を設定すべきかどうか、である。この手続は司法に固有のものではない。行政手続もまた同様に創ることができる。まさしくこうした契機が司法形態性と呼ばれるのは、歴史的経過からも今日も依然として裁判所の手続に見られることによる。「……」現代議会の弁証法的手続は——基本的に——裁判過程の司法形態性に全く類似している。その意味は、賛否両論の全てを明るみに出すことにあり、このことは攻撃・防御が二つの異なった機関に割り当てられることにより、経験によれば最もよく保証される。「……」法律の適憲性の問題についてはこのことは疑いもなくあてはまる」。

このように司法形態性の意義を確認した上で、憲法裁判に関して次のように述べている。「……」自由裁量の広範な

余地が認められた憲法規範の適用が問題である場合にも、手続の党派的形態、いわゆる司法適合性は全く適切なものではない。この場合には適憲性の問題が必ずしも争われているのではない。正確にいえば直接にはそれのみが争われているのではない。取消の訴が向けられている行為の合目的性も争われているのだ。それは、憲法により予め示された枠の中で——一般的もしくは個別的な——最適な法創造のあり方に関する争いでもある。例えば問題が憲法に違反しているか否かであって、この点について考慮される憲法の文言が確固たる意味を与えない場合には、憲法裁判所の判決は実際には特定の方向への憲法のつくりかえということになる。他ならぬこうした状況では実際の利害対立が極めて重要なのだ。そしてまさしくここでは、憲法裁判所の判決に現われる国家の意思形成が、現存する利害対立を表現する手続で行われるということに、特別の意味がある⁽¹⁷⁾。

憲法裁判所の事件は政治性が強く、国家の意思形成に直接関わることも多い。人権問題は同時に政策形成に作用する。また、そもそも扱われる規範の内容の抽象性の故に利害対立が直接的な争点となり易い。ケルゼンの立場では、他ならぬ憲法の——形式ではなく——内容が、利害対立のバランスの上に成り立つものであり、またそうあるべきだと考えられるのは、議会制に関する論述や、実証主義に由来する自然権的人権ドグマの理論的否定などから予想される⁽¹⁸⁾。もっとも、この「利害」はケルゼンの場合、広義に捉えられており、経済的な利害に限られない。思想信条もこの中に含まれる。これらを「利害」として一括することは、単に認識上の序列がつけ難いということに止まるものではなく、利害であるが故に狂信的にならず、妥協も可能になるという、政治的空間の特質を表したものである⁽¹⁹⁾。そして利害対立を処理する「制度」の問題としては——議会の手続と重ね合わせつつ——「司法形態性」が利害の現況を適切に表現できる点で有効だと考えている。民事裁判でも利害の対立が問題となることはいうまでもないが、憲法裁判と質的に決定的な対立を認めないとしても、仮に判断の基準となる法の定める枠を認めるとするならば、文言の

抽象度の高い規範が争点となる憲法裁判所には、より多くの性質の利害対立が流入してくるといってよいだろう。その意味では議会と対比しつつ手続を構成することはケルゼンの立場からは当然の帰結である。逆にだからこそそのような問題を裁判の形で解決することの問題性も指摘されてもきた。仮に司法形態性の持つ利害の明確化作用を認めるにしても、最終的に決定が下される場合の様態は、議会と裁判所との両者では性質を異にするからである。

裁判の場合には、いかなる意味においても訴訟当事者が直接決定に、加わることはない。議会では議員が決定権者として一票の投票権¹¹決定権をもつ。裁判でも議会の場合と同様に、訴訟当事者が社会における利害の現況を適切に表現できたとしても、その「合力」として判決が下されるとは言えない。だが、ここで確認しておきたいことは、ケルゼンの「司法形態性」²¹に対する評価である。シュミットによれば、かような手続は「政治の無力化」を招く、つまりかような手続は事後的修正にしか働かず、本来の憲法保障の問題である、現在や未来の問題を処理できないとされるが、ケルゼンはこうした点にも配慮しない。ケルゼンにとって政治と対立する法の領域は存在しない。その意味ではケルゼンの評価する手続は、決定の共通モデルである。

決定権者の問題系列として「自律」「他律」があり、それぞれコンセンサス原理と合法性原理とに対応するが、司法形態性の手続は何れにとっても有効であり、利害関係を明るみに出すことを期待されている。すると司法形態性のもつ合理性が決定の合理性に重要であるとしても、決定そのものとの関係は、既に指摘したようにケルゼンの議論の性格を確定する上で重要な論点である。議会では一応弁論主体と決定権者が一致すると——擬制の形であれ——いわれる為に、交互の弁論による説得のプロセスが見えてくるが、裁判や行政決定という執行手続ではどうか。また議会についてもそもそもなぜ妥協が成立するのかは問題である。もちろん個々の政治的ないし法的決定の内容について心底納得する必要はない訳だから、一定の手続ないし制度に対する——個々の決定ではない——コミットメントが

あれば足りる。だが、そもそもこれが議会制民主主義の存立問題として争われてきたのである。この問題は結局、制度の構成を超えた社会像ないし人間像の問題に行き着く。その限りでは裁判(官)についても同じことがいえる。

ケルゼンもまた、分裂した社会で統合を目指していた。ケルゼンは、同質性という実質的統合を求めることなく、統合の実体化を極力避け、常に流動的でありつつ不断に妥協を成立させることで統合をはかろうとした。だが憲法裁判についていえば、妥協がうまく成立しなかった場合が問題となり得る。かような場合には統一した憲法イデオロギ―がなければ説得力ある結論を導き得ないのではないだろうか。⁽²³⁾例えばヘラーの場合には流動化を必要と考えつつも、前提としての同質性をつくられるべき同質性との弁証法という形で議論を組み立てている。このような実体的前提が想定されないとすれば、決定の(広義での)合理性を保つものにはなにかが明らかにならねばならない。そのための手段としてケルゼンにとって最も親近性があるのは決定の手続的統制ということになる。他方で決定の正当性に関して、その内容的統制は実質的な合法性の要請は存在するとしても理論上は憲法の「枠」以外に存在しないとしまつたために、そこでの手続と決定者の「権威」に頼らざるをえないのではないか。少なくとも合法的決定の実現にせよ、民意に即したそれにせよ、この手続形成の中での要請となる。民主制論の問題と同一の構造がここでも繰り返されることになる。以下ではこうした関心に基づいて展開されている諸議論を下敷きにしつつ、ケルゼンの議論の特質と限界を検討したい。

(1) ケルゼンのオーストリア一九二〇年憲法制定過程への関与については以下の邦語による研究・紹介がある。手島孝『ケルゼニスム考』第二章、「公法学におけるハンス・ケルゼン、あるいはハンス・ケルゼンにおける公法学」『公法研究』四四、二二頁。高見勝利「ハンス・ケルゼンと憲法裁判制度——独・澳におけるケルゼン論の点描——」『公法研究』四四、六九頁。古野豊秋「オース

トリアの憲法裁判所——H・ケルゼンにおける法理論と現実の制度』『刑事法学の新課題、馬屋原成男教授古稀記念』所収。江橋崇「共和国オーストリアの生誕とケルゼンの十月革命説」『現代国家と憲法の原理、小林直樹先生還暦記念』所収。この憲法には憲法裁判所に関する規定が含まれており(一三七条以下)、これによりオーストリアに憲法裁判所が設置されることになったのであったが、ケルゼン自身もその設置以来一九二九年の憲法裁判所の改組に関する憲法改正によって解任されるまで(一九三〇年二月二五日)、「終身判事」を務めたのであった。だが実際に設置された制度に対してケルゼンがどのような影響を与えたのか、オーストリアの憲法裁判所がケルゼンの理論を直接に反映したものであるかどうかについては、必ずしもそうはいえないことを最近の研究は教えてくれる。近年発見された資料に基づく諸研究はこの点を疑問視している(この点については前掲高見論文に紹介がある)。

(2) この論争を扱った邦語論文としては、以下のものがある。佐藤功「ドイツにおける憲法保障制度とその理論(五)」『国家学会雑誌』第五七卷第一〇号、六五頁以下。石村修「憲法保障制度の基本問題——ワイマール憲法を中心として——」『専修法学論集』第二七号一七五頁以下。

(3) Kelsen, Die Verfassung Österreichs, in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Bd. II, S. 263; ders, Österreichsches Staatsrecht, Ein Grundriß entwicklungsgeschichtlich dargestellt, S. 211 ff.; ders, Die verfassungsgesetze der Republik Österreich, S. 258-259.

(4) ワイマール憲法四八条二項に定められた大統領の権限に憲法の番人たる資格を認めるか、それとも一〇八条に定められた国事裁判所をそれと見るか、の争いである。当時の違憲審査性を巡る背景につき、ハーゼ(Friedrich Hase, Verfassungsgerichtsbarkeit und Politisches System, S. 107 ff.) および石村前掲論文(注3)によりつつ簡単にまとめておきたい。ワイマール期ドイツでは、当初より議会に対する反感があった。それは議会が社会主義化を行なうのではないかというブルジョア層の恐れもあったが、そもそもフランス革命時の旧体制に対する反発のようなまとまったイデオロギーがなく、議会制の設置が敗戦や列強の圧力、労働者や兵士の革命的蜂起と関わり、危機的状况の中で生まれたために、支配層ばかりか小ブルジョア層にも強い反感を持たれたためといわれる。憲法制定会議では違憲審査に関する議論があったが、条文には実現されず、陽の目を見ずに終わった。当時の審査権肯定論は、「一般的審査権」を考えており、肯定論者は議会懷疑派、否定論者は議会肯定派であった。つまり審査権を肯定するのは上述の議会に対する不信からであった。当時の司法は旧帝制の体質を残し、反動的であった。裁判所はこうした中で自らの審査権を肯定するようになる。一九二五年十一月四日の「価格増額法」の適憲性を認めた判決が代表的なものである(RGZ111, 320 ff.)。もっ

とも違憲判決がでることはなかった。法律家会議は一九二六年に国事裁判所に審査権を集中する「集中型」審査権の提案を行ない、ライヒ政府もこれを受けて同様の法律案を提出したが、そこでは抽象的規範統制の提訴権が、議会内では憲法改正を阻止できる三分の一という少数派以上に制限されており (Vgl. S. 76)、またその意図として裁判所ごとの意見の相違を排除することにあつたことから、国家統合の多元的—議会的形態支持派が「集中型」を主張していた。つまり審査権の肯定と議会による立法との妥協の産物が集中型審査性であったといえる。結局政府案は実現されなかったが、二〇年代後半からはこのような構想に対しては否定論者が増え、三〇年代に入つて大統領の緊急命令が発せられ、議会が機能しなくなると、集中型の構想は意味を失つてしまった。このような経過を前提とした上で、シュミットとケルゼンとの関係でいえば、ケルゼンが議会制が危機に陥ろうとしている状況において隣国オーストリアから渡つてきて、自国の憲法裁判所をもとにして集中型審査性を擁護し、議会制多元主義を守ろうとしたことは、ある意味ではドイツの文脈には納まらない部分がある。シュミットが議会制・多元主義を否定し、大統領を憲法の番人とし、司法審査権を否定したことは三〇年代への過程の中では歴史の方向を示すものといえる。シュミットとの論争の時期には既に憲法裁判所制度での保障を論ずる意味がかなり減少していたといつて良い。このことは、憲法裁判所が憲法、民主主義を保障して行く上での前提条件を示唆していることと見ることができよう。なお、シュミットの「憲法の番人」論については、憲法裁判論という視点から論じたものとして山下健次「C.シュミットの憲法裁判論——その合理性と非合理性——」『立命館法学』二九巻、四八頁。Wolfgang Mantl, Hans Kelsen und Carl Schmitt, in: *Rechtstheorie, Beiheft 4*, S. 185 ff.

(5) Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2. Aufl., S. 98 ff., 邦訳一二八頁以下。Allgemeine Staatslehre, S. 368 ff., 『一般国家学』(清宮四郎訳)六一五頁以下。

(6) Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2. Aufl., S. 15, 邦訳四五頁。

(7) 「公開性と討論というこれらの二つの原理の上に、立憲主義的思考と議会主義が、きわめて首尾一貫した包括的な一つの体系をなして基礎づけられている。(…)公開性と討論によって保障されている均衡が本来実現すべきはずのものは、まさに真理と正義そのものに他ならなかった。公開性と討論によってのみ、単に事実上のものである力と権力——自由主義的・法治国家的思考にとつて、それはそのものとして悪であり、ロックがいったように『獣の道』である——を克服し、力に対する法の勝利をみちびくことができるのだと信じられていた」。Schmitt, *Die geistgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, 3. Aufl., S. 61, 「現代議会主義の精神史的状况」(樋口陽一訳)『危機の政治理論』所収、八三—八四頁。

- (8) 「議會生活と政党政治の生活の現実、及び一般の確信は、今日、かような信念からはるかにはなれてしまっている。今日人々の運命がかけられているような政治上および経済上の重大な諸決定は、もはや(もしかつてはそうであつたにしても)、公開の演説と反対演説における意見の均衡の帰結ではないし議會の討議の結論でもない。〔…〕現状において委員会、それもいよいよ小規模の委員会に仕事に移り、結局はそもそも議會の本会議、したがって議會の公開制がその目的から遠ざかつて必然的に単なる門構えすぎぬものとならざるを得ない、ということは当然である。じっさいそれ以外にはならないといつてよからう。それにしても、少なくとも、議會主義はそのことによって、その精神的基礎を放棄し、言論・集会・出版の自由、会議公開、議員の不可侵権その他の特權はその存在理由を失うのだ、ということを見てとるだけの、歴史的状況の自覚をもつていなければならぬ」。Schmitt, Die geist-geschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, 3. Aufl., S. 62, 邦訳八四―八五頁。
- (9) シュミットは当時の憲法状況を「多元主義」「連邦制」「多頭制」の三つで特徴づけている。Schmitt, Der Hüter der Verfassung, 2. Aufl., S. 71. シュミットはそれぞれの概念を次のように定義している。「連邦制はここでは一つの連邦組織内に存する複数の国家の併存及び共存を表現したい。この場合は国家の基盤に国家形成体の多元性が存する。多元主義とはそれに対して、国家を貫く、つまり国家生活の様々な領域もラントの境界や自律的領域団体も貫く、堅固に組織された社会的権力複合体が複数存する状態をいう。それは社会的(非国家的)形成体に過ぎないことを止める事無く、国家的意志形成を手中にするのだ。最後に多頭制(Polykratie)は公経済の法的に自律した担い手が複数存在することであつて、そこに国家意志の自立性の限界がある」。
- (10) Schmitt, Der Hüter der Verfassung, 2. Aufl., S. 88 ff.
- (11) Schmitt, Der Hüter der Verfassung, 2. Aufl., S. 159.
- (12) 勿論シュミットはこのような根拠では不十分であり、問題を原理的次元で考察しなければならないという。これは「政治」理解の根本における相違を示している。
- (13) Kelsen, Wer soll der Hüter der Verfassung sein?, in: WRS., S. 1873.
- (14) Kelsen, Allgemeine Staatslehre, S. 91, 邦訳一五四頁。
- (15) Kelsen, Wer soll der Hüter der Verfassung sein?, in: WRS., S. 1874.
- (16) ハンデ parteimäßigといわれる場合の「Partei」とはいうまでもなく訴訟の場面では当事者であり、広く職權主義との対比では、契約型／独裁型の二分法の意義との対比で、当事者主義の理念をも想起し得る言葉である。

- (17) Kelsen, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, in: *WRS*, S. 1895-1897.
- (18) ワイマール憲法の性格が妥協的なものであることについては、Vgl. Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 28 ff. また、E・コルプ『ワイマール共和国史』（柴田敬二訳）、三一—三四頁等。
- (19) ラートブルフは次のようにいっている。「利益政党であるのなら率直に妥協し得るはずなのである。世界観政党にとっては少しも割引することはほとんど裏切りなのである。わが国では政党の対立が昂じて世界観の対立となる結果、政治闘争が一個の宗教戦争になってしまい、それが笑うべく耻すべき仕方では私生活のなかにまで延長されるのである。われわれの政治には一片の自己皮肉、一片の相対主義、ほんのわずかのドイツ的なレッシング的精神、イギリス的フェア・プレーおよびフランスの典雅さがあつたらよいと思われるし、またわれわれは勝負を丸太棒などでやらないで、竹刀でやるようにしたいものだと思う」。「社会主義の文化理論」（野田良之訳）五八一—五九頁。
- (20) Kelsen, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* in: *WRS*, S. 1897.
- (21) 「司法形態性」Justizförmigkeit という概念は、公法學上かなり流通していた概念であり、シュミットとケルゼンの「憲法の番人」論争でも「司法形態性」の評價が一つの論点をなしている。この概念でまず想起されるのは、オットー・マイヤーであろう。参照、塩野宏『オットー・マイヤー行政法學の構造』。但し、マイヤーのこの概念とケルゼンが肯定的に評価する場合のそれは若干の意味の相違がある。塩野の研究を前提にすれば、マイヤーが法治國家的要請を形式的に肯定しながら企業的國家観へと傾斜し、いわば Justizförmigkeit の内実を失わせたのに対して、ケルゼンは後者の観点を認識論的に充足させ、実戦面では Justizförmigkeit の実質を実現させようとしたということができる。
- (22) Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, 2. Aufl., S. 27-28. その意味でシュミットは古典的な議論領域の区分が、機能的にみても依然として有効だとする立場にある。
- (23) Hase, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Politisches System*, S. 186.

三、権威と価値相対主義

(一) 法的権威

ケルゼンの授権段階構造論は法権威の確定を中心に展開されている。民主制論はこの構造を基礎としつつ、権威の

内実である決定の手續様式として、立法の民主制と執行の独裁制との組合せを現代民主的國家の構成とした。執行段階の独裁的決定機構・官僚制に期待されていたのは、民主的に生産された一般的法規範が、官僚の専門能力と官僚機構全体の統一性により、できる限り個々の決定に規範生産段階で個々の当事者の利害に歪められずに一般規範が具体化されることである。この法的に理解された過程全体は、民主的法治國家論ともいうべきものだが、それがそのまま國家意思論となるところに彼の特徴が現れている。純粹法学では、法的安定性や合法性といった要請は、不確実な意志の領域に依拠していることから、ドグマとして排除されていた。⁽¹⁾ 法実践ではこれらの原理の意義を認め、執行段階での独裁的決定が法を具体化する手段として評価されていた。しかしそこでも意志的決定が介在せざるを得ず、決定の統制、法權威に対する統制が必要になる。ここでもコンセンサスと合法性という、しばしば緊張關係に立つ二つの原理双方の要請が充たされねばならない。このことが「權威」の社会的實質を形づくるのである。

一般にこの問題は、國家制度に関して次のように整理できる。機關や制度に対して概括的にコンセンサスを与えた上で、決定の専門的裁量性を承認し、審級制や「問責」のような内部統制に個々の決定の正当性の根拠を与えるという方法は、今日の裁判制度や行政官僚制に見られる。これは合法性原理の文脈での統制に関わり、複雑化した社会の下では必要な手法である。しかし既にウェーバーが危惧していたように、専門分化の必要性和同時的な官僚制の進行は、自律化傾向を備えている。つまり、制度へのコンセンサスと個別的決定の集積としての制度の實質への評価とに齟齬が生まれる。

民主制は最終的に實質としての國民のコンセンサスに依拠する。従って個々の決定も國民のコンセンサスを指標とするという意味での統制が加えられる。だが統制の文脈と正当化の文脈は区別されねばならない。決定における恣意の抑制は、確かにその決定の正当化の一要素ではあるが、このような統制に加えて、更に決定の根拠が正当化の文脈

では求められる。恣意が抑制された場合に現われるのは、この決定の実体的な根拠である。組織の面では決定を更に反省する機関として最終審としての憲法裁判所が位置づけられる。つまり客観法の保障とは、形式的規範体系の整合性の維持だけではなく、国民のコンセンサスの実現でもある。

法秩序の妥当性が、ある程度の実効性に支えられざるを得ないことはケルゼンも認めている。だが結局のところ、この実効性は個々の決定が成果として生み出すものである。つまり、個々の決定が名宛人（潜在的なものも含めて）に受容されること、それに従った行動が現実に取りられることである。勿論、それは単に個々の決定の正しさ（勿論正しさとは何かは問題だが、ここでは正しいものとして受容されることと取り合えずしておく）だけではなく、決定者の権威の問題、強制力の問題などの相関関係の中で決まってくる。「憲法の番人」として位置づけられる憲法裁判所の判決には、それが法秩序全体の維持に関わってくるものだけに、特にこの点が求められねばならない。

真理が問題となるのではない実践的問題では、唯一の解答が必ずしも得られる訳ではなく、また技術的に具体的状況の中で争いを終結させる必要がある以上、先例をはじめとする権威が必要となる。⁽²⁾ 他方裁判過程の内部では裁判官自身が一つの法権威である。たとえば今日の裁判論では、裁判官は決定権限者ではあるが、同時に当事者の弁論の「聴衆」としてフォーラムの構成員でもあると理解され、むしろ当事者の自律的活動に重点がおかれている。⁽³⁾ 裁判官を「聴衆」として規定することによって、裁判官の下す判決が単なる独断に終わるのではなく、当事者の説得が裁判官の決定に影響を及ぼし判決に反映される関係に関心が向けられる。この関係をもとにして判決を規制してゆく可能性が導かれる。その条件として、説得の際の決定者・説得者の共通の拠点（典型的には法規範）、決定者Ⅱ「聴衆」や当事者の人格的条件が挙げられよう。とりわけ憲法裁判所では潜在的当事者は全国民であり、制度的審級を別にすれば最終的決定者も国民である。従って、およそ民主主義論が問題にせざるを得ない民主制を支える人格の問題と同様の構造を

示している⁽⁴⁾。そこでは決定者としての聴衆と説得者としての当事者が同一平面上に立つことになる。

共通の拠点に属するものには様々なものが考えられる。いわゆる概念法学的な立場をとれば、法体系のみが共通の拠点ということになる。法の実定化の過程の重要な側面は、恣意や利害対立のような不確実な要素の排除により、決定に対する統制を加えることにある。ケルゼンの純粹法学はこの実定化の帰結を理論的に表現したものであるが、根本規範論からも解るように、理論的に実定化を推し進めて自己完結性を追求した法秩序論は、根本規範でその非完結性を露呈している。また個々の決定に不確実な要素の介入することを認めている以上、かような形で決定の完全な統制が不可能であることを証明するという実定化の実践的目標とは逆の結論となっている。これは合法性原理の限界を示すものである。だが、根本規範論での問題は、同時に実体的な法の根拠が提示できないという状況を意味している。つまり自然法にせよ、国民のコンセンサスにせよ、それらは所与のものとしては存在しない。この立場は、議会制論についてシュミットたちが展開した多元的世界に対する批判と通じるものがある。このことから裁判過程論はより一般的な思想的及び理論的枠組みへと展開することが可能である。ケルゼンの法生産過程論の成果もそのことを示している⁽⁵⁾。

前述のように、ケルゼンは法解釈論において、「枠」の確定が可能と考へてはいたが、有権解釈者の解釈に対しては結局のところ原理的に拘束力を持つものではなかった。つまり授権秩序が優位するために最終審に典型的に見られるように「枠」外の決定に対して不法であるとの主張はなし得ず、枠外にあると認識される決定もまた妥当性を失うことはなかった。合法性原理を媒介にして枠内に止まるべしとの要請を実践上課すことは可能である。だが、個々の決定において当事者の側から決定者に働きかける基礎が形成されるという発想はケルゼンの中に見て取ることができない⁽⁶⁾。少なくともこのような訴訟当事者—裁判官、市民—国家機関の間の具体的関係性は、放置されている。しかし、

その反面で、民主制の下では民主的に正当化された一般的規範が各決定段階に対して拘束力をもつことが、各段階での上位機関との関係という形で論じられていた。また、憲法裁判所の解釈基準としては実定法のみを認め、他の倫理規範が決定に介入することを表だつては否定している。⁽⁷⁾ このことは実定法が決定において最も有力な根拠であることは示しているものの、実際の決定の場では実定法のみでは結論の出ない部分があることも実質的には認めている。ケルゼンの議論は、実定法以外の基準が実際の決定に介入することは不可避であるが、それらの基準が実定法的決定に優位したり、あるいはそれらの基準の内部で決定に先立つ基準間の序列がつけられることなく、基準相互が全て相対化・平準化されるという主張に帰するものと思われる。かような事情が決定における合意の問題を再認識させたと考えられるが、⁽⁸⁾ ともあれ議会制と民主主義の問題は、外在的制度としての手続を介してこの双方の原理がいかにして結びつけられるかであったといつてよい。つまりコンセンサスに基づく合法性の実現である。コンセンサスは実体・所与として存在するものではなく、討論や公共性を通じて造り上げられるべきものである。だが全体社会に通用する合法性の基盤となる価値はそれによって生み出されないとするのが周知のシュミットの議会制批判である。ヘラーはこれに対して潜在的な価値共有性というコンセンサスの基礎が必要だという。こうした——討論への信頼ではなく——価値的側面をケルゼンは排除する。そこには価値問題を徹底して暫定化する相対主義的態度の現れがみられるのだが、ヘラーが批判するように、それを支える具体的価値なくしてコンセンサスは可能なのだろうか。それはシュミットの批判した討論そのものへの信仰に帰するのだろうか。

憲法裁判所に限ってみても、裁判官を合法的決定に促すものは何かという疑問があるが、ケルゼンは、それは職業上の関心と体面であると答える。⁽⁹⁾ ケルゼンのこの考えは官僚機構の肯定的評価と結びついている。更に憲法裁判に固

有の政治性という問題の処理は憲法裁判所の判事の構成に委ねられる。つまり、法律専門家と議会での議員数比に基づく政党代表との合議が考えられている⁽¹⁰⁾。本来裁判官は中立的であり、何らかの党派に属することのないよう要請される。だが、完全な中立を保ち得ない以上、むしろ議会での力関係——擬制ではあるが、現実社会の力関係を反映している——を判事の構成比に反映させるべきだというわけである。政党の代表であるといつて、常に政党の利害を代表するとは言い切れないし、ケルゼンは政党も国家的意思形成にいたる社会的意思形成の重要な場であると理解しているから、その現実性はともかくとして、純粋な利益代表と捉えられているわけではない。以上から、民主的正統化と、法律家の感覚との結合により、決定の結論が少なくとも近似値的に合理化されると考えている。裁判官の審議公開の提案なども⁽¹¹⁾、議会制での正当化の文脈を憲法裁判所に持ち込んでいることの現れである。

こうした憲法裁判所の構成が議会との関係で後者とのアナロジーによって仮に正当化されているとしても、そもそも議会が機能不全をおこしているような状態では、国民との関係で十分な正当化が可能かどうかという問題は依然として残されている。とりわけ、少数者の保護が憲法裁判所の実質的機能であるとするなら、議会に反映されていない、また反映され得ない少数者の権利と全体に関わる政策的要請とが対立するような状況でこそ、憲法裁判所はその最も重要な機能を果たすべきなのに、かような状況ではこのように構成された憲法裁判所はその機能し得ないのではないだろうか。以上のことから法的権威の機能に対する民主的正当化は尽くされているとは言えない。

実践的決定においては無限の討論は不可能であり、様々な制約から何らかの形でとにかく決定を下す必要がある。議会では多数決という手続がそのための一つの妥協案であったが、ここに数の論理により決定が下される危険性のあることは、民主制なるものの成立以来繰り返し述べられてきたことだし、また、多数決による決定の内容を合理化することが予定されている議会内部での議論・討論の意義が低下して久しい。かような意味では憲法裁判所という弁論

の機会が保障された場で討論を行なうことには、公共的フォーラムとしての意味がある。抵抗権の制度的代替物としての憲法裁判所というケルゼンの主張はこのような含意がある⁽¹²⁾。だがこうした問題はひとり制度的解決だけでは十分ではなく、具体的な社会的現実との相関の中で答えられなくてはならない。その点にこそシュミットやヘラーによるケルゼン批判の核心があったのである。

(二) 政治教育と価値相対主義

法廷に限らず相互説得が円滑に行なわれ得るには、関係者の間に実定法規を始めとする共通項が必要である。だが、憲法規範の中身さえも問題となると、むき出しの利害対立や(典型的にはケルゼンも問題視していた階級社会の場合)、イデオロギー上の闘争も生じ得る⁽¹³⁾。このような場で適切なコンセンサスを形成する条件とは何だろうか。議会や憲法裁判所では一般的規範の当否が争点となり、広く国民一般のコンセンサスを念頭におく必要がある。手続的限界を別にしても⁽¹⁴⁾、決定者や当事者の主観的条件に頼らざるを得ない。この問題は裁判論の射程を超え、広く議会制や社会一般に及ぶ。つまり民主制を支える人格の問題である。ケルゼンはこの価値相対主義的人間像を前提とせざるを得なかつた⁽¹⁵⁾。ケルゼン自身が述べているように民主制は絶対主義的人間が台頭して来れば見事に解体してしまうことを、また、価値相対主義的民主主義の内部にはそれを防ぐ手立てのないことを、歴史の事実は示すこととなった。価値相対主義を基礎とする民主的国家そのものへのコミットメントは民主制の内部からは論理的に導くことができない⁽¹⁶⁾。ヘラーがシュミットの議会制批判に対して、議会制の精神的基礎は討論そのものへの信仰ではなく、討論の前提となる社会的同質性への信仰であると反論しているのもこのような文脈で捉えることができる。

ケルゼンは立法手続や裁判手続の考察を通じて具体的な制度次元で政治的決定や法的決定を合理化する試みをした。しかしそこでは理論上の要請から、独立した個人を前提としたために、決定手続を独立して(抽象的に)論ずるに

とどまっている。つまり、基本的に共通性のない個人相互でいかにして共通の決定が可能かをアトム的個人の外部から構成している。個人間の共通性は制度の中でだけ生み出されるのではなく、むしろ制度外部での具体的文化制度との関係で問題にされなくてはならない。具体的共通性に定位することは政治社会の既存の価値に拘束されることは必ずしもならない。それらの領域との相互関係を理論的に自覚することが重要である。ケルゼンを批判する「政治的方向」の論者は、政治的方向性には違いがあるものの、共通してこのような関心に立っている。

しかしながらケルゼンの中に具体的政治への関心がなかったかという点と決してそうではない。初期にケルゼンもまた、一九世紀的経済主義的個人主義・自由主義に対してその法則主義的非政治性を批判している。⁽¹⁷⁾これはヘラーをはじめとする「政治的方法」の立場がケルゼン自身に対して向けていた批判の筈である。ケルゼンもまた彼に批判を加えた「政治的方法」と類似の地点から出発していた。ケルゼンは国家肯定論的社会主義者であり、その限りで自由主義に対して批判を向けるのは当然とも言える。⁽¹⁸⁾個人主義的世界観と集合主義的世界観とを対比し、社会主義の勃興を集合主義的世界観への転換の一端として評価してもいる。マルクス主義に対しても、その科学主義的歴史観に対しては、自由主義に対するのと同様に批判を向けている。彼の関心は、自由主義にせよ共産主義にせよ、無政府主義的傾向に対する批判だからである。法思想的に見ると、ケルゼンの提起した客観法の理論は自由主義的個人主義に対する批判として、伝統的な法学・国家学に付着していた生得的権利としての所有権をはじめとする一九世紀的自由主義のドグマの除去に潜在的なねらいがあった。⁽¹⁹⁾その意味ではケルゼンの議論を「経済的」自由主義的実証主義の系譜に加えるのは妥当とは言えない。

またケルゼンも制度の一般理論のみを展開しているのではなく、政治教育についても一定の関心を寄せている。その政治教育の性格は、政治的知識と共同体への忠誠心、つまり悟性と感情の双方の醸成を目的とするものである。ケ

ルゼンは政治教育につき、政治的知識が政治への意欲によって支えられねばならないことを強調している。この意味では彼を非政治的感性の持主、形式主義者と即座に断ずることはできない。そしてその「意欲」がケルゼンの中では国家肯定論的社会主義の主張と結びついており、この観点からすれば、純粹法学でのイデオロギー批判的主張も単なる懐疑論ではなく、新たな社会民主主義国家のための通説批判と位置づけることは十分可能である。しかし、既にこの時点で政治教育（非党派的なそれ）を基本的に政治的知識の供与と捉え、社会科学の水準を伝授することにみているように、政治的—規範的認識の問題を純学問的（中立的）次元で理解するという傾向も見られることも無視してはならない（もつともこれは学校での教育が念頭におかれていることを差し引いて考えなくてはならないが）。

ところでこの政治的—規範的認識は、因果的認識と対置されることは言うまでもなく、個人主義的世界観に対する集合主義的世界観の特質として理解されている。ここでは純粹法学的な規範の客観的認識と政治的主張とが世界観次元で結び付けられている。後のケルゼンの方法純粹主義の立場からすれば、政治的次元での発言とはいえ、問題とする余地はある。この規範的考察様式では、価値や権威の意味が検討される。アトム還元主義的方法ではこうしたいわば垂直的關係に向かう視座は獲得されず、無政府主義的傾向に陥るといふ、ヘラーと同様の自由主義批判を展開している。このことはヘラーと同様に国家肯定論を示しているが、一方ではこの「認識」は授権段階構造的な規範秩序の純粹認識へと分化していくと考えられる。つまりこれまで述べてきた、権威の不可避性と権威の脱神秘化を前提とした民主主義的制度論へとつながっていく。他方でそれは、集合主義的世界観（二〇世紀では社会主義運動がこれにあたるという）の中に位置づけられていることからわかるように、国家肯定論的社会主义という彼の実践的主張に結びついてもいる。このように初期の「政治的世界観と教育」では、この両者の主張が十分に区別されずに一括されていた。このことは初発の時点で両分野がケルゼンの中では結びついていたことを示すものではあるのだが、この後にその「結

合」は分断されていく。この「分断」はもちろん、非合理主義的な政治的主張に学問が飲み込まれかねない危険性に対する防波堤という意味合いから、学問を通じた批判的主体の形成という含意を持っている。しかしそのことが必ずしも説得的に展開されていないことに加えて、価値の共有性を一時的なものであるにせよ、具体的に形成していく過程——つまり相互主観的な関係性の問題——を理論の枠内に取り込むことができなかつたために、方法論的独走と評価されざるをえない面を有していた。この点を衝いたのがヘラーの実証主義批判であった。価値相対主義のまま人間はどのように生きるのか。個人が自己の確信に従っていきることは、しばしば「生活保守主義」⁽²⁰⁾へと転落してしまう危険性ははらんでいる。しかし他方で「決断への恐怖」から生まれる共同体への関心は、逆に個人の意義を失わせる危険性を含んでいる。制度としての民主制と共同性をめぐる問題は、このような狭い道を通り抜ける課題を担っている。

確かにケルゼンはその政治的主張において、実質的にはヘラーに近い位置にあった。ヘラーもそのことを知らないわけではない。にも拘らずケルゼンの主張を一九世紀的自由主義の系譜の中に位置づけ、法則主義の代表者として批判するヘラーの態度は、当時の方法論争がまさに方法論争であったことを示している。つまり方法論争は単に認識の客観性をめぐる論争であつたのではなく、方法そのものに政治性が含意され、方法の選択が政治・国家・法の中の態度決定と意識されていた。その意味では政治的主張の次元ではともかく、国家学の政治的意味を背景として闘わされていた方法論争の中では、ケルゼンの議論は弱点を有していた。しかしその批判的意義は論者によって等しく評価されている。また政治的主体の問題については、後述するように、その批判的主体観はヘラーにも実質的に受け継がれている。政治的方法の論者は、かなりモデル化されたものとはいえ、この孤立した個人を批判の対象とした。ケルゼンの方法論の根拠を探ってみると、ワイマール期国法学において、何故方法と主体という問題が係争点であるの

かが明らかになった。方法論的に転換した後には、この主体像はいかにして確保されるのか。この主体によって議会制を中心とした体制を支えられるのか。この点が問題となるが、それは先に触れた民主主義的手続と相対主義的人格との循環論に対する答にもなるはずである。

次章ではケルゼンの形式的な政理解のある意味では極点にある「法主権論」に批判を加えたシュミットとヘラーの主権論を検討し、主権の問題というすぐれて法学的な問題に対する「政治的」アプローチの構成を通じて、ヘラーにおける「循環論」の問題に対する態度をも見ておきたい。

- (1) Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1. Aufl., S. 99/100, 邦訳一五五-一五六頁。
- (2) Perelman, *Law, Philosophy and Argumentation*, p. 158; *Law and Philosophy*, p. 172, in: *Justice, Law and Argumentation*.
- (3) ここで公共的フォーラム論としては、田中成明の裁判論(『裁判をめぐる法と政治』)、旗手俊彦『正義のフォーラム』の法哲学』などを念頭においている。
- (4) Kelsen, *Staatsform und Weltanschauung* (1933), in: *WfS*, S. 1923-1942, 「国家形式と世界観」(長尾龍一訳)『自然法論と法実証主義』所収。
- (5) 共通の拠点としては一層多くの方が考えられる。レトリック法論者は「実定法規・法原則・法価値・判例・法学説・社会通念」を挙げる(岩倉正博「法適用と議論」『実践地平の法理論』所収、九四頁参照)。クリーレによれば、類推解釈、反対解釈等々の法的論理の推論手続は、アリストテレス以来、三段論法の大前提として考えられており、体系的解釈等の法的解釈の諸要素も、現代のトピック論者はトピックと考えている。クリーレはその他に、法原則を挙げている。Martin Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2. Aufl., S. 144 ff., bes. S. 151. 体系思考に対して、問題思考というアンチ・テーゼを立てるトピック法論には、体系的思考様式をとる側から批判が当然提出され(例えば、C.W. Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 2. Aufl., S. 135 ff. は、客観法への拘束という法学の本質に欠けるといふ)、基本的に対話的合理性の立場をとる論者からも疑問点が提出されている(アレクシーも法的議論の特徴という観点から、トピック法論には実定法規の拘束力への配慮が足りないといふ)。Alexy, *Theorie der*

- juristischen Argumentation, S. 33 ff.)。勿論、「学」の性格という観点から体系性は必要であるという異論もあるが、決定権者のコントロールという点での体系性の必要性という関心は両者に共通する批判である。共通の拠点の必要性が持つ意義の一環として位置付けることができよう。ここでは問題を現実の制度との関係で考察しているので、取り合えず決定の客観性の要請も、コントロール可能性、批判可能性、服従の正当化といった問題の視角から扱っていることを付け加えておきたい。
- (6) Kelsen, *Foundations of Democracy*, p. 77, 邦訳二〇三頁。
- (7) Kelsen, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, in: *VVDStZ*, Heft 5 (1929), S. 68 ff.
- (8) 裁判過程での合法性原理とコンセンサス原理との関係については、田中成明「法的思考の合理性について(四)」(『法学教室』No. 24)。なお、実定法の他にも法的ドグマティクも法的議論の特徴的要素であると考えられる(「ト」)。「Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, S. 326 ff. 法的ドグマティクは、安定化機能、進歩機能、免除機能、抑制機能、策出機能をもつもの」とされ、「一般的な実践的議論の不確実性の縮小に仕える」とされている。この点については、Perelmann, *Justice, Law and Argumentation* も参照。特にアレクシーでは明言されているが、一般的な実践的議論への訴えの道が残されており、法的ドグマは相対的・可変的なものと考えられている。
- (9) Kelsen, *Geschworenengericht und Demokratie. Das Prinzip der Legalität*, in: *WRS*, S. 1777-1779.
- (10) Kelsen, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, S. 56/57.
- (11) Kelsen, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, S. 77.
- (12) 両者が現存社会秩序に与えるインパクトには大きな差はあるし、憲法裁判所で代替可能と考えること自体、かなり楽観的な観測ではある。もっともケルゼン自身は恐らくこのような制度的処理では解決し得ない事態(これこそ抵抗権の問題なのだか)のあることを予想してはいたが、かような事態を論ずることではなく、かような事態を未然に防ぐのが「法生産論」の具体的課題であると考えていたのではないかと思われる。
- (13) ケルゼンが判事職を追われるに至ったのも、婚姻特別免除という離婚を認めない宗教上の教義と深い関係のある問題に対する判決がきっかけであった。
- (14) 裁判所に関しては、利害関係者全てが当事者として訴訟に関係するというような手続上の問題もある(現実にはとても可能とは思えないが)。ケルゼンは濫訴の危険性を配慮して、一般市民の提訴による *actio popularis* を認めていないが、議会に反映されな

- い利益の保護という観点からは問題が残る。Vgl. Kelsen, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, S. 74 ff.
- (15) Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. Aufl., S. 98 ff., 邦訳『二八頁以下』Kelsen, *Staatsform und Weltanschauung* (1933), in: WtS, S. 1923-1942, 「国家形式と世界観」(長尾龍一訳)『自然法論と法実証主義』所収
- (16) レトリック法論の問題、或いはハバーマスの言う理想的発話状態の問題はこのような次元での合理性の問題や人間の能力を再び定式化するものと評価することができよう。
- (17) Kelsen, *Politische Weltanschauung und Erziehung* (1917), in: WtS, S. 1501-1524.
- (18) 今井弘道「所有的個人主義批判者としてのハンス・ケルゼン」『北大法学論集』三二二卷一号所収。
- (19) 参照、今井「所有的個人主義批判者としてのハンス・ケルゼン」及び手島孝『ケルゼニズム考』。後者はケルゼンの主張を自由主義と理解するものである。私見では、ケルゼンの主張は、政治的には自由主義といってよいと思われるが、経済的意味での自由主義とはいえないと思われる。
- (20) この概念は、佐々木毅『いま政治に何が可能か』によっている。