

## 「法の純粹理論」と「民主制の擁護」の間、補論 ～英語圏からの関心に寄せて～

小貫 幸浩

### 0. はじめに

筆者は以前、20世紀を代表する法哲学者の一人である H.ケルゼン (1881-1973) における、法理論とその民主制論との関係をいかに理解すべきかという問題を論じたことがある<sup>(1)</sup>。「法の純粹理論」(「純粹法学」とも言われる)が言うまでもなく、その法理論を代表する一個の作品であるが<sup>(2)</sup>、以下、ケルゼンの法理論の側面を全体として捉えてこのように呼びたい。ケルゼンの作品をある程度読んだ人ならば、その法理論の論理の鋭さが一徹であり一法規範の関心に論理則の適用を否定した最晩年の、というよりは遺作「規範の一般理論」<sup>(3)</sup>も含めて一、諄々としすぎて辟易することも少なくないと思う。これに対し、民主制論を中心とする政治理論の諸著作・論稿には、同時代の時事的論評も含まれており、そういう意味で实际的であり、それが精彩に富んでおり、読む者が惹きこまれていく。もとより、ケルゼンの政治理論も抽象度が高いものであり、そのためか、しばしば「形式的」との批判に事欠かないのではあるが。大方は、このようにケルゼンにおける法理論と政治理論との間には、ある種の段差というか、異質性というか説明することのなかなか難しい溝が横たわっていると感じられるのでなかろうか。果たして、この両側面をいかにあるものとして理解すべきであろうか、これが旧稿を執筆した時の問題関心であった。それはまた遡れば、筆者の修士論文「憲法体系の現実的再現と法の規範性—ケルゼン、そしてリアリズム—」(早大、1987年3月)以来、心の片隅にあり続けた問いでもある。その修士論文では専ら、ケルゼンの遺作を含めての法規範論(ミクロ)、法体系・法秩序論(マクロ)の展開を跡づけることに焦点が当てられた。政治理論・民主制論は、意識的に考察から除外していたのである。

言うまでもなく、現代における学問は一層の専門化・細分化の途上にある。それでも、一個の学者人格には、主たる分野とならんで副次的な分野があることが少なくない。否、場合によっては、いずれが主であり従であるか判然としない場合もあろう。例えば、ケルゼンのライバルであり続けた C.シュミット (1888 — 1985) が、果たして政治理論家・政治学者であるのか、それとも法学者・憲法学者(または、国際法学、刑法理論なども含めて)であるのか<sup>(4)</sup>、それともいずれでもあるのか、この二つの側面をいかに理解すべきか、あるいはシュミットの多方面での文才からして、むしろ文芸家と目すべきでないか、……が同様に問われ得るのである。ケルゼンについても、また然りである。近年は、このような問題意識がかなり広範に共有されているように思われる。かかる問題意識に促された研究が、少なからず公表されてきている。その一側面については、旧稿で触れた通りである。また、旧稿でも述べたことだが、先の問題に対する今のところの筆者の理解としては、この両側面—簡単には調和しえない緊張を湛えつつ—どちらもケルゼンにとっての主たる土俵である、というものである。

近年のケルゼンの学説をめぐる研究には新たな動向が見られるのであるが、その一つが、英語圏の学者によるケルゼンへの関心の高まりである。この小論は、ケルゼンにおける法理論と民主制論の関係を考えるうえでそれぞれの意味で、私見をさらに深めるきっかけを与えてくれた若干の研究への読書ノートのようなものである。

## 1. 「法と経済学」、「法と社会科学」との間でのケルゼン (R.A.ポズナーに寄せて)

(1) これまで、ヨーロッパ大陸でしばしばケルゼンの法理論・政治理論が論争の的であったことと対照的に、顕著な例外があるものの、不思議にもケルゼンの理論は英語圏ではあまり語られてこなかった。ヨーロッパ大陸内部でも、温度差が勿論あるのだが、それを抜きにしても、英語圏でのケルゼンに関する長い沈黙は、何故であろうか。論敵シュミットについての研究が、アメリカでも1980年前後から着実に蓄積されてきたのと対照的でもある<sup>(5)</sup>。ケルゼンが、1940年以降アメリカで学究活動を展開していることも踏まえると大変に不思議である。後に述べるようにこの点も、ケルゼンについての研究が最近、英語圏でも見られるようになっており、新しい動向も観取されるところである。

(2) そのような意味で、近年、「法と経済学」派の先達の一人と目される R.A.ポズナーがケルゼンの「法理論」に、筆者のみどころではあまりにも「アメリカ的な」接近を試みていることが、注目に値すると思うのである。その著作(実質的には論文集)<sup>(6)</sup>のなかの一論稿のなかで、片や、やはりオーストリア出身の F.v.ハイエクの経済理論(および法の支配・論、p.274ff)、さらには、やはり20世紀の法実証主義法哲学を推進した H.L.A.ハートの裁定理論(p.268ff)、やはりオーストリア出身である J.A.シュンペーターの民主制論(p.288ff)との比較において、ケルゼンの法理論のプラグマティズム(リアリズムと言っている箇所もある)の特質に光が当てられている。この点だけでも、十分に(あるいは、あまりにも)「アメリカ的な」アプローチであると言えると思う。それが、ポズナー一流のブリリアントで、かつエレガントな筆致で展開されているところである。ケルゼン、シュンペーター、ハイエク三者三様であるが、オーストリアをはじめとするヨーロッパとアメリカをまたにかけて活躍し、そこから世界にむけて発信したという点も比較法文化的に興味あるところである。

ポズナーのこの論稿のきっかけが、ウィーンで行われた「法と経済学」に関する学会での講演であった。その際、「法と経済学」がオーストリアでそれほど普及していないのは、ケルゼンの「法の純粹理論」の影響があるからだ、との趣旨を述べたとのことである。(p.250.)ただ、そういえばケルゼンの著作をそれまであまり読んでこなかったことに思いをいたし、やはりオーストリア出身のハイエクの著作と比較して読んでみようということになった。そうすると意外にも、ケルゼンの法理論について認識を新しくした、というのである。

まず、ポズナーの理解では、ケルゼンの法理論は専門哲学界のウィーン学派、さらには論理実証主義に近接したものであり、そこで「法の純粹理論」は法の普遍的定義を提供しようと努めるものである、と理解できるという。(p.252.)また、オックスフォードの日常言語学派とも親近性を持ち、「法」という言葉の用法に即して一言が社会的なものである限り、それはまた社会的視点も持つ—その「意味」を探求するものでもある。また、ポズナーによると、その法の定義は、法の内容にも、ルールにも原理にも関係しない。それらは、場所・時代が異なればその内容も異なるものであり、自然法・正義によって定義することが排除される。ナチス・ドイツによって追放されたユダヤ人法学者にとって、人種差別法、ユダヤ人迫害法も、遡及刑事法も、法であることに変わりはない。(p.253.)

ところで、1933年にドイツ(ケルン大学)を追われたケルゼンはスイス、さらにプラハを経て、1940年にアメリカに渡っている。その地でケルゼンが教鞭をとっていたころにはすでに「法と経済学雑誌」*Journal of Law and Economics*が創刊されていたが、まだ十分にはその地歩は固まっていたはなかった。ケルゼンにとって、「法と経済学」は近いものではなかったかもしれない

ない。しかし、少なくともケルゼンの法理論が「法と経済学」に、および社会諸科学にとって示唆的なことは、法理論・学説を定式化する際に、法外在的な諸知識を活用する空間を開けてくれている、という点である。ケルゼンの法理論によると、法秩序とは授權の体系である。このような理解は、ポズナーによれば偉大なプラグマティスト、O.W.ホームズと共鳴する見解であり、またホームズの裁判の実践の顕著な特徴でもある。客観性が推定されるというだけでは、いずれの見解も優位性を主張しえないとすると、「誰の見解が」優位するかということになる。それが裁判の問題であり、「誰が」決定するかという問題である、というのである。(p.266.)

法規範の「規範性」を考えるうえで、法を適用し、またはそれを遵守する者のいわゆる「内的視点」を強調したのが、H.L.A.ハートであった<sup>(7)</sup>。しかし、ポズナーによると、裁判官がみずからの職務をその様に解している「内的視点」およびこの視点からの「内的陳述」にケルゼンの方がより近く接近している、というのである。というのも、裁判官が法を適用する際に、「適用」と「立法」との違いをことさらに自覚しているわけではないから、というわけである。実際、法律の条文はもとより、先例、政策、道徳的直観その他もろもろの素材を手がかり(人によっては、これらを「法源」と呼ぶ)にして、個別事件が裁定される。

また、もう一つ、ケルゼンの法理論の方がハートのそれよりも優れているとしてポズナーが指摘していることがある。それは、法体系において裁量が広く認められていることをより明確にしている点である。言わば、授權の体系は裁量の段階構造である。これに対して、法体系は基本的には明確なルールで構成されており、ただ法の「開かれた構造」故に、法的ルールの周縁部 *penumbra* で裁量が認められている、というのがハートの法理論なのである。

以上、ポズナーの理解ではケルゼンの法理論はハートのそれよりも、内容から自由な「形式的な」—しかし、「形式主義」ではない—法理論であり、プラグマティックな実証主義なのである。ここで「形式主義」というのは、先在する原理・ルールを解釈し適用するのが裁判官の任務である。その任務は一定の確固たる推論方式—例えば三段論法—に則って履行されるべきものだ、というものである。これは、旧拙論でも述べた通り<sup>(8)</sup>、ケルゼンはこのような裁判官像をむしろ、否定している。ケルゼンにとって、裁判官が法的原理・ルールというよりは、経済学的知見や、その他社会科学の知見を活用して裁判することは許容されているのだ、というのがポズナーの理解である。(p.269f.)

(3) ハイエクとケルゼンとの比較であるが (p.274ff)、ポズナーがここで重視するのは、ハイエクの有名な社会主義批判(緩やかな社会民主主義への批判も含めて)との関係<sup>(9)</sup>ではなく、ハイエクの法理論との関係である。それは、ポズナーのケルゼンへの関心が専ら、もしくは圧倒的にその法理論に置かれていることによるものと思われる。尤も、ポズナーは社会主義が首尾よく機能し得るには中央からの計画によって入手できるよりも、それを超える経済情報が必要である、それは不可能だというハイエクのテーゼがその法理論にも決定的に影響している、と見ている。

さて、人間の行態を導く規範の定式化について、ハイエクは二分類している。(A) まず、構成主義的合理主義の見地から、立法者、行政官、裁判官によりトップダウンで規範が定式化される。知識を独占する専門家・エリートが理性的に法規範を定めるのである。(B) これに対し、「自生的秩序」と呼ばれる慣習的な法規範創造の定式化が考えられている。ハイエクは、自然淘汰・進化論に言及しており、そしてダーウィンによれば、この世にデザイナー=神がいなくても、世界の秩序は良くできている。市場の秩序も同様だ、というのである。市場は何千年も前に発生し

て、進化してきた。ニューヨーク市に紙タオルが供給されるしくみを考えてみると、それは誰かが計画し命じているわけではない。価格以外の何らの調整役もそこには存在しない。にもかかわらず、多くの生産者、消費者、その間に介在する無数の人々があり、そこに適正な需要と供給が維持されている。かかる市場のありように対応するのが、規範の世界では慣習（法）である。

もとより、ハイエクはアナキストでもないし、政府というものを廃止しようというでもない。そうではなく、ハイエクの見解では政府のコストを支える税金を徴収し、政府の指導者・行政官を任命し監視するのが、立法者の仕事である。これがまずは、イギリス議会の任務であった。民事事案の裁定を通して私人の行為のルールを定め、または刑事事案を裁判することは、国王裁判所（通常裁判所）の裁判官に割り当てられていた。（コモン・ロー）この国では、裁判官が法を創造しているということがはばかれたので、古くからの慣習を執行しているだけだ、と説明されてきた。ポズナーによれば、この説明をハイエクは馬鹿正直に、言葉どおりに受け取ったということになる。（p.277.）勿論、ハイエクにおいても社会主義であれ、資本主義であれ法のルールと、現実とのズレが社会発展によって発生することが不可避であることが認められている。その隙間を埋めて、「新しいルールを定式化する」のは、裁判官である、としている。但し、その場合でもハイエクは、裁判官は「一般的、抽象的」慣習法を執行しているのだとして譲らない。

ポズナーは、ハイエクが慣習法を過度に信頼してしまったと批判しているのである。（p.279f.）第一、環境汚染や不公正な取引慣行による経済独占などの事象—このこと自体は、勿論、ハイエクも目を覆ってはいない—からも、慣習が社会の害悪に手を貸してきたというべきでないか。産業界の慣習にしたがったことが、過失責任の抗弁として認められないことこそが、経済的に健全な「裁判官によって創造される法の支配」であろう。第二、慣習（法）には、制定法における立法者のような統括者がいないので、その生成・変化は極めて緩慢である。これと比べれば、経済・社会の変化が迅速であり、いかに手際よく慣習との調整を図っても、そこに生じた溝を埋めることは困難である。この点も、ハイエクが見逃している、というのである。以上、「経済学者」ハイエクは慣習（法）の役割についてあまりにも楽観的であって、それがために、裁判における経済分析・考慮の空間を閉ざしてしまった。これに対し、「法哲学者」ケルゼンの方が、法の「純粹理論」という呼称とは裏腹に、裁判官にこの空間を広く認めているという逆説が指摘されるのである。

最後にまとめとして、ポズナーはケルゼンとハイエクは丁度、夜中に航行してすれ違う二つの船のような関係に立つものとして捉えている。あたかも、第二戦直後の我が国で行われたノモス主権論争での宮沢俊義と尾高朝雄の関係のようなものであろうか<sup>(10)</sup>。前述で述べたように、ケルゼンの法理論が内容中立的なものだとすると、専ら法の内容（法的安定性や予見可能性といった、その限りでは「形式的な」古典的自由主義の内容ではある）にコミットするのがハイエクであった。しかしながらポズナーによると、そのケルゼン自身が法の（あるべき）内容について明確な見解をもっていたのであり、それはハイエク以上に「リベラル」な見解である。第一戦後のオーストリア憲法の起案者としての、憲法裁判所の創設者としてのケルゼンの顔がある。ケルゼンは、「憲法」の機能として、まずは国家諸機関の間に権限を配分することを挙げているが、言論・宗教の自由などの実質的な規範（人権規定）が憲法に含まれるべきことが重要であるとしていたことが忘れられてはならない。ポズナーは、以上のようにケルゼンの学説を把握しているのである。

（4）以上、ポズナーによるケルゼンの法理論への理解はとてもユニークであると思うし、ハー

ト、ハイエクらとの比較においてケルゼンの法理論の特質をつかみだす手法もとても鮮やかであると思う。問題はしかし、この先にある、というのは、本稿の関心でもあるが、その法理論が、もうひとつの顔である政治理論・民主制論といかなる接点を持つ（それとも持たない）のかという問いにポズナーが何か手掛かりを与えてくれているかということである。筆者の見解であるが、ケルゼンの民主制論は、単にその個人的な政治的見解の発露にすぎないのではないことは勿論、その法理論とも緊張をはらみつつも表裏の関係に立つものと言うべきである。しかし、ポズナーには、この点の問題意識自体が希薄であるように思われる。私見では、そのことは、ポズナーのケルゼンへの関心が、いかにもアメリカ的に過ぎ、基本的にはケルゼンの法理論を裁判官の裁定の理論に局限している、あるいはそれに還元していることと無縁ではないと思うのである。

ところで、ポズナーが言及しているのが、D.ダイゼンハウス（カナダ、トロント大学）の近年の研究は、ハイエク以上にケルゼンについて適切な理解を有している。しかし、ケルゼンの法理論が合法性を民主制に結合するのではなく、つまり実質的正当性を問うことなしに、合法性がいかなる政体とも両立し得るとしている点をダイゼンハウスは批判している。ナチスへの道ならしを演じたとまでは断言してはいないものの、ナチスが権力を掌握することへの抵抗の理論を提供しえなかったという趣旨の批判をしているのである<sup>(11)</sup>。けれども、迫害されたユダヤ人法学者に対してナチスの暴政を阻止するための法理論を展開することを期待することが、現実的であろうか。ポズナーはこのようにケルゼンの肩を持ち、ケルゼンは法実証主義の理論家である。その種の批判は、広島・長崎に関して、物理学者の責任を問うことと同類である、というのである。(p.290.) それでは、ダイゼンハウスの見解に比べて、それよりもポズナーの見解が、ケルゼンの民主制論を正面から受け止める（それが批判的に、であっても）ものであるかということ、どうも、その点は、怪しい。この点は、旧稿を継ぐ本稿の主たる関心に当たるので、文節を移して検討したいのである。

(5) ということ、最後にポズナーがケルゼンの「法理論」と J.A.シュンペーターの「民主制論」<sup>(12)</sup>との類同性を指摘している点にこだわりたい。「法と民主制は、自由国家の二本の柱である。」(Preface.) ポズナーによると、この両者はプラグマティズムの自由主義という共通の基盤に立ち、片やその法理論を、片やその民主制論を代表している。両者の理論はいずれにしても実体的で教理的な、つまり理論でもって社会の実践を啓発するというよりは、ある意味、形式的で一上述したように、形式主義ではないが一、それ故、実践のレベルでの創造的な展開を許容するものである。ケルゼンはもとより、シュンペーターにおける理論と実践の峻別については、しばしば指摘されているところである<sup>(13)</sup>。このように両者の理論は、社会・人びとの行為・態度を動機づけること、それらに影響を与えることに抑制的であった。そこで、ケルゼンの場合、裁判官にとっての「重し」となるのは、理論的・概念的なもの（例えば判例理論へのコミットメント）というよりは、裁判官の選抜・昇進・個人的価値・裁判所と裁判官を取り巻くルールや慣行、報償・逆に弾劾の可能性などである、というのがポズナーの理解である。同様にシュンペーターにおいて、政官界でのアクターにとっての「重し」として重視されるのは、道徳的政治的に高尚な熟慮よりも、地位をめぐる競争であったり、政治・行政裁量に対して法が課している様々の制約である。あるいはワイマール憲法の時代の如く政治的に不安定な混乱期には、もっと「規範的」一教化的、啓発的という意味で一理論の方が、訴える力と政治的価値があったという見方もあるかもしれない。けれどもポズナーの見るところ、両者の理論によってアメリカ法とアメリカ社会がよく理解できるだけでなく、アメリカの現状を踏まえると、ただ部分的な改革を重ね

ていくことだけが望みうる道であることが分かる、というのである。政官界であれ、裁判所であれ、中立的な原理というよりは、行為者を取り巻く利害や制度的「重し」こそが実効的なのだ、というわけである<sup>(14)</sup>。

以上、ポズナーの論述には、実にエレガントで鮮やかなところがある。「経済学者」ハイエク、「法実証主義者」ハート（及び F.H.イースターブルック、p.270ff.,）と比較しつつ、ケルゼンの法理論の特徴がよくつかみだされている、と思う。だが、ポズナーの関心は専らケルゼンの「法理論」に置かれており、しかも法体系の一部に過ぎない裁判の場面にまなざしが注がれているのである。いかにもアメリカの法学者らしい視線の設定ではあると思う。けれども、そのことがケルゼンの政治理論・民主制論の側面を封印することになってはいないであろうか。そこで、ケルゼン自身の民主制論をカッコに括ったまま、シュンペーターの民主制論に一気に飛び移り、それがケルゼンの「法理論」とならんで、プラグマティズムの自由主義の政治理論の典型である、とされるのである。もとより、この（実質的には）論文集の目的が、左は「熟慮リベラリズム」「熟慮デモクラシー」論と、右の公共選択論（実は、これは「法の経済学」派とかなり近いところもある）の間で、久しく忘却されてきた孤高の経済学者の民主制論を再興させて、より精練することであった。（x,p.181.）しかし、ポズナーが、シュンペーターの理論を信望し切っているというのではない。シンクタンクや専門家が主導する現代を見通せなかったという趣旨の批判ももちろん、書いている。（p.196.）筆者には、ポズナーが取り上げている以上にシュンペーターの民主制論をより詳細に検討する余裕はない。ただ、私見では、シュンペーターの民主制論に一挙に飛び移る前に、少なくともケルゼンの民主制論がその法理論、つまり「法の純粹理論」といかに絡み合う—私見では、単に表裏一体と言うのではなく、緊張をたたえた絡み合い—のか、切り結ぶのが検討されるべきではなからうか、と考えるのである。かくしてこそ、20世紀最大の法哲学者の一人を実直に理解し得るということになるのでなからうか。しかし、ポズナーに対してここまで言うのは、ないものねだり、ということかもしれない。というのも、ポズナー自身ははっきりと断り書きをしているのだが、現に営まれている「アメリカのデモクラシーを擁護」することが、この作品の目的であるからである。（p.2.）逆に、このことが裁判・裁定の理論の構築のために助けとなるのだ、というのである。ケルゼンへの関心も、その法理論に傾斜し、しかも裁判の理論として理解されるのも必定であろう。（p.3.）私見では、ケルゼンの民主制論をスッポリと視野から取り外すことで、アメリカの民主制を正当化すべく、ケルゼンの法理論の一部をつまみ食いしているようなものである。このような酷評に近い感想を抱いていた矢先に、研究室の本棚を見ていて、英語圏で、もう少しケルゼンの法理論にも民主制論にもそれらを一体として四つに組んで格闘したものがないであろうかと探してみたのである。探し物は、存外、手許にあるものだ。そこで、次に接したのが、次節で取材されるものである。

## 2. 「総合法学」の見地からのケルゼンへの批判（D.ダイゼンハウスに寄せて）

現代英米の法・政治哲学の展開を意識しながらも、ワイマール期ドイツ国法学の業績に格別の興味を示している論者の一人として、上述 1.でポズナーによって少しだけ言及したダイゼンハウスが挙げられる。その研究は、すでにほぼ 20 年前に発表されて、この分野での英語圏での研究として定評あるものだが<sup>(15)</sup>、二周三週遅れで、積読して置いたものによやく最近接したという次第である。

(1) 少々、結論先取りのになるが、ダイゼンハウスのこの力作でのケルゼン論は、上述 1. で

取りあげられたポズナーの視点と比較して、「法の純粹理論」と政治理論・民主制論との関係に十分な配慮を配っている点で、特筆される。但し、以下に紹介するように、それは、ケルゼンの民主制論が「法の純粹理論」の方法論的欠点（とダイゼンハウスは考える）を引き継いでいる。結果として、ファシズム・ナチズムへの道を準備したとまでは言えないとしても、国家不法による民主制の崩壊に抵抗するための理論を提供できなかった（p.5）とするのである。ダイゼンハウスとしては、H.ヘラー（1891-1933）にならって、法理論に政治学的、社会学的、倫理的考察が不可欠であるとする「総合的法学」Integral Jurisprudence という立場に立つものである。（Preface, xi, p.194.）

上の結論に至るダイゼンハウスの見解をより詳しくたどるために、焦点を三つ定めたい。①本稿全体を貫流するテーマであるが、ケルゼンの「法の純粹理論」と民主制論との関係が、いかに捉えられているか。②ダイゼンハウスの考えるところの「法の純粹理論」のアキレス腱とは、何か。③法理論側面でのその欠点が、ケルゼンの政治理論・民主制論にどのような影響を及ぼしたのか。以下、この三点にわたり分節化してみたい。②③は、節を変えて（3）で取りあげられる。

（2）まず、①のテーマについていえば、上述1. で取材されたポズナーとは、対照的な見解をダイゼンハウスが展開していることが、確認できるであろう。ポズナーにおいてはケルゼンの学説はほぼ専らその法理論の側面が、しかも「アメリカ的な」裁判・裁定の理論として一しかも、現在のアメリカのあり方を正当化してくれる、言わば「護教の学」として一注目されたのであった。これに対して、ケルゼンの法理論も政治理論も不可分一体のものとして総体において把握しようというのが、ダイゼンハウスの構えである。ただ、ケルゼンは少なくとも法理論の側面では今では英語圏では十分に認知されてきたが、それ以上に知られていないのは H.ヘラーである。割合近年まで、本国ドイツでも埋没してきた<sup>(16)</sup>、この孤高の早世した学者の国家論の意義を英米圏でも知ってほしいというのである。（preface.）かかる問題関心から、ヘラーの「法秩序の正当性についての社会民主的理論」の意義を確かめるべく、シュミットとならんでケルゼンが誘い水とされるのである。そのうえで、ヘラーの提起した問題は、現代の R.ドゥオーキン、J.ロールズ、J.ハバーマスによっても不十分にしか答えを出されていない。L.シュトラウスとともに「リベラリズムの地平」を乗り越える必要があるのだ、というのである。（p.219, p.85f.）

さて、「法の純粹理論」は一ケルゼンの意図および大方のケルゼン研究者の理解に反して、とダイゼンハウスは理解する（xi, p.148）—政治理論の巢に落とし込んでこそ理解し得るものである<sup>(17)</sup>。（i）この二つの側面はともに政治的相対主義という科学的見地にたつものである。（ii）この見地には、いずれの側面でもそれぞれ「法」「政治」に形而上学的性格を与えることへの抑制的効果がある。但し、そのことは、政治・倫理の世界での価値が、民主制では合理的な方法で実定法に取り込まれうるということとワンセットである。こうして、「法の純粹理論」は議会制民主主義の適正な運行を志向する理論なのである、とダイゼンハウスは論定するのである。（p.148.）問題は、ケルゼンの学説がこの所期するところを達成しえているかどうか、ということなのである。

ところで、ケルゼンが、あらゆる政治的イデオロギーから解放された法の科学の樹立に踏み出したのは何故であろうか。その企図は、果たして議会制民主主義の擁護のために有効であったのであろうか。ケルゼンの法理論に法実証主義の自己崩壊・墓穴の証を感じ取ったシュミットの批判を手がかりにして、この点をダイゼンハウスは確認したいというのである。（p.104.）こうし

て、シュミットの問題提起および1930年代のワイマール憲法下のドイツの具体的状況への応答として（とくにこの時期には、R.スメントとの「統合としての国家」論争、シュミットとの憲法の番人論争<sup>(18)</sup>、さらにプロシヤ対ライヒをめぐる国事裁判所判決（1932年）への論評<sup>(19)</sup>）によって、それまでウイーンを主たる舞台としていたケルゼンもドイツの憲政状況についてそれまで以上に積極的に発言している）、「法の純粹理論」がどこまで有効であったか。その応答が、どの様に、そしてどの程度、ケルゼン自身の道徳的政治的見解にまで刻印したであろうか、というのである。ダイゼンハウスは、このような問題の出し方は多くのケルゼン研究者にとっては気の向かないアプローチかも知れない。このアプローチは、「法の純粹理論」というものを自由・民主制の正当化およびその適正な機能をめぐる政治哲学の広い文脈に落とし込むことを余儀なくするからである。あるいはケルゼン研究者ならば往往にして、「法の純粹理論」は徹底的に「法の理論」である。ケルゼン自身、その法理論を政治的道徳的見解—ケルゼンからすれば、非合理的なるものである—の表明として受け止められ、法的・政治的事件への応答として読まれることを拒否するであろうとして。実際、ケルゼン研究者から予想される反論を皮肉にも裏付けるかの如く、ケルゼンの法理論がかくも無内容で「純粹」であり、実際の世界では使い物にならない代物である、と酷評したのはシュミットであった。もっとも、例にもれずシュミットのケルゼン観にも二義的なところがあり、「法の純粹理論」が一見、無内容の外観を呈してはいても、その仮面のもとに自由主義の利益を表明するものなのだ、という指摘をしているのであるが<sup>(20)</sup>。

(3) 次に、上に挙げた焦点②③であるが、これらは相互不可分に関連するので、便宜上、以下では併せて取り扱いたい。

さて、ケルゼンの法理論は、客観性と正確さの価値だけに仕える科学たりたいというのであった。ダイゼンハウスは、この科学性の標榜の裏に、シュミットの指摘と同様に、一定のイデオロギーがやはり潜んでいたことを指摘している。この科学性への忠実という方法的厳格さが、実はケルゼン自身にとって重荷になった、それはつまり、あらゆる倫理・政治的考慮から純化された規範理論を構築することの重荷、ということである。(p.153.) この厳格な方法論に則り、神と国家との平行的理解に起因する諸々の問題、同様に法と国家との平行的理解に基づく様々の問題も「仮象」問題として解消される。「国家」も「主権」もかくして、法理論の基軸概念ないし本質要素であることをやめて、国法の統一性ないしその人格化されたもの、あるいは帰責点に還元される。この思考の赴くところ、国家に対する個人の権利—ドイツ国法学では伝統的に「公権」と呼ばれてきた—という観念も解消される。かように、国家も、個人も消えてしまう法理論が構想されたのである。(p.154.)

国家・主権を解消しても、「法の純粹理論」は権力、とりわけ政治権力を排除することができなかったというのは、しばしば指摘されることである。ダイゼンハウスも然りであるが、誰よりもこの点は、ケルゼン自身が正面から認めざるを得なかったことである。実定法の背後に政治権力が存在しており、不法な手段での革命・クーデターによる憲法秩序の変更も成功すれば、それは新しい根本規範 *Grundnorm*, *basic norm* とともに新しい法秩序となる。(GT,p.118.) ここでダイゼンハウスが問うているのは、法秩序の外側からの暴力による秩序崩壊のことではない。これならば排除しきれない事象である。そうではなく、法秩序の内部に然るべく裁判所が存在するときに、法的手段による権力掌握と不法的手段によるそれとをケルゼンが識別しえているかという問題である。それはまたシュミットおよびワイマール憲法の経験が提示した問題でもある。つまり、内側からのクーデターという問題にケルゼンが思い至ったか、どうかということである。

もし、ケルゼンの法理論がこの区別を能くなしえていないとすると、およそ権力に対して法がなにがしかの重しとなることが不可能であることにならないか。ケルゼンの有名な「無効」と「取り消し可能」の区別論<sup>(21)</sup>というよりは、前者の後者への吸収理論<sup>(21)</sup>に、ダイゼンハウスが注意を向けるのがこの論脈においてである。法規範はその内容がどうあれ、原則として取り消され得るだけである (GT,p.159ff.,RR II,S.280ff.,) という理論のことである。「法秩序において、無効は取り消し可能性の極限に過ぎない。」(RR II,S.282.) 根本規範の内容に反して制定・発布された法規範・法行為についても同様である。例えばワイマール憲法 48 条の限界を破る大統領の命令についても、法秩序には抵触 Normenkonflikt が存在しないのであるから、そうなるのである。一種の、法の弁論論である。かかる大統領の命令さえもが、憲法裁、当時のドイツの国事裁判所 Staatsgerichtshof によって取り消されるまでは妥当し続けるのである。また、「法の純粹理論」においては同じ論理で法秩序には「欠缺」はない。(RR II,S.251ff.) 法秩序は完結的に閉じている。裁判官・行政官にとっての解釈にとって法律が「枠」のようなものであると同様に、憲法の枠内で法律が制定される。法には欠缺がない、および国家不法も取り消されるまでは妥当し続けるという二つの理論が相乗効果を発揮し、民主制が「内部から」瓦解することに手を貸したと批判するのである。(p.157.)

ダイゼンハウスは、1932 年夏、ワイマール憲法 48 条に基づきドイツの連邦政府 (ライヒ) が社民政権下のプロシャ・ラントに介入した事件 (パーペン・クーデターないし「プロシャ対ライヒ」<sup>(22)</sup> と呼ばれる) に関する国事裁判所の判決へのケルゼンの評釈を問題にしている。(P.123ff.)

本件の評釈において、ワイマール憲法の組織法上の二つの柱である連邦国家制と民主制が危機にさらされており、プロシャでの議院内閣制が否定された事件であるという認識をまず、ケルゼンは示している<sup>(23)</sup>。そのうえで、ライヒの本件介入は一定の条件の下に、その限りで合憲である (部分的には違憲) と述べたのがこの判決であるという理解である。もっともケルゼンによれば、国事裁の憲法判決がもしそもそも効力をもつとすれば、違憲と判示された規範の効力が否定されなくてはならない。しかし、ワイマール憲法でも、国事裁に関する法律でも、国事裁の判決に直接かかる破棄する効力を認めてはいない。ワイマール憲法では、国事裁の判決を執行するのは大統領であり、大統領の行為によってはじめて違憲の法令が廃止されるのである<sup>(24)</sup>。そのためにも国事裁には、問題の法令のどの部分が (法令全体なのか、その一部なのか、特定の文言であるのか) 違憲であるのかを一義的に明示することが求められる<sup>(25)</sup>。これに対し、該法令が合憲であるにはいかなる内容をもつべきかを判決のなかで述べることは「政治的には」有益であるかもしれないが、「法技術的には」無益である<sup>(26)</sup>。このように述べたうえで、ケルゼンは次の様に結論づける。

ケルゼンとしては、この判決に満足できるものではないが、これは国事裁の責任というよりは、ワイマール憲法の技術上の不十分さにこそその責任がある。ワイマール憲法はその柱としてライヒとラントとの複雑な連邦制を採用しているのに、このしくみを実効的に担保しえていない。とりわけ、そのための憲法裁判所の設置が放置されてきたのである。国事裁は、限定的な役割しか与えられていない (ワイマール憲法 19 条参照。) ケルゼンによると、このことは憲法裁判とは法の問題ではなくて政治の問題であるという見解が、いかに強固にドイツの法律学を牛耳ってきたかを示している。そのうえ、この国事裁の規定自体も、技術的に不十分なものである。とりわけ、ワイマール憲法 48 条 2 項の裁判的コントロールについてそうなのである<sup>(27)</sup>。ラント権限への大統領の介入の限界という憲法構造上、とても大切な規定が法律にまる投げされている。(憲法 48 条 5 項) しかも、この法律はまだ制定されていないので、ラントの権限がどこまでライヒに委譲されるかという憲法の重要な問題が 48 条を適用する機関の裁

量に、無限界に与えられている。かくして、憲法 48 条 2 項は拡大解釈されることになった。かかる条件のもとでは、特定のラントとの関係だけでなく、全てのラントとの関係で該権限をライヒが要求することも、法的には可能であると言わざるをえない。憲法自身が禁止していない限りは、ライヒが連邦国家から単一国家に転換することも許容されている、ということになる。かかるワイマール憲法の技術的不十分さに乗じて、(α) ライヒ側は憲法 48 条 2 項について拡大解釈を展開した。これに対し、(β) プロシヤ・ラント側は、限定解釈を行って対峙した。(α) には、シュミットもその弁論を張り、ヘラーは、(β) を支援した。国事裁の判決は、どっちつかずの両成敗であった(γ)。この「妥協的」解釈(γ)は、人間的に理解出来るものではあるが、ドイツの法状況をさらに混乱させるだけである。国事裁の「中間の道」を模索しても、ワイマール憲法は救われなかった。これに対し、(α) の見地はなるほど、極端に中央集権的な見解ではあるが、少なくとも行政上は受忍し得る状況をもたらすものである、「法政策的には」この解釈の法が明らかに優れている、というのがケルゼンの結論<sup>(28)</sup>であった。

様々の文脈で「妥協」や「中間の道」を説くケルゼンが、この時ばかりはそれよりも「決断」を重視しているわけである。こうして、ダイゼンハウスは、ケルゼンのこの評釈は、シュミットとの間での、かの「憲法の番人」論争での、まさにシュミットの方に引き寄せられていると指摘しているのである。あたかもシュミットの掌中に落ちた孫悟空の様だ、というわけである(p.129.) というのも、ケルゼンによると批判されるべきは国事裁の憲法解釈ではなくて、違憲審査権もしくは憲法裁判を嫌悪し続けてきたドイツ法学の伝統と、明確な決断を回避したワイマール憲法自身である、というのだからである。ここからケルゼンは、政治の混乱のなかではなんらの決断をも下さないことよりも、行政的には尚も統御し得る状況をもたらす明確な大統領の命令のほうがましである、というのだからである。これはまさに、シュミットの論法にうりふたつのものである、シュミットに塩を送るようなものである、というのである。総じて、ダイゼンハウスの見解として、ケルゼンは「法の科学」の樹立を目指したはずなのに、政治的主張の混入を免れていない、「憲法の番人」論争でのシュミットへの批判がケルゼン自身にも当てはまるとしているのである。

ダイゼンハウスは、以上の様にケルゼンの「法の純粹理論」には見逃しえない矛盾が内在するという指摘をしているわけである。この点はさらに、次の如く、ロールズとの比較において論じられており(p.157f.)、本稿のテーマにとっても含蓄のあるところである。あるいは、ケルゼンの法についての見方は、政治に内在する暴力性を飼い慣らして、あるいは寛容を促進するものであるとして、採用しうる見方ではあるかもしれない。ダイゼンハウスによれば、このようなケルゼンの法観念は、ロールズの近年の「公共的理性、public reason」論に節を合わせるものでもある。ロールズはケルゼンほどに筋金入りの相対主義者というわけではない。例えば「原理主義」の如き非リベラルなグループが政治権力を奪取しようとするならば、それは封じ込めなければならない。さらに、それ以上に差し迫った状況では、政治的自由主義はそれまでの様に「分別のある、理に適った、reasonable」ものであるべきだという抑制的な自己規定を撤回して、「原理主義」に抗して自らの真理性を主張すべきである、とも書いている<sup>(29)</sup>。にも拘わらず、ロールズの立場は、ケルゼンと同様にイデオロギーから自由なものであろうとする。またケルゼンと同様にロールズにおいても、政治を規制する裁判所の司法審査権ないし憲法裁判が公共的理性を明らかにし、パブリック・フォーラムにおいてそれに活力を与えるものとして重要な位置と役割を与えられている<sup>(30)</sup>。このように理解したうえで、ダイゼンハウスは、両者の理論上の欠点がその政治理論にあるというよりは、法理論を基礎づける政治的価値を明示することを拒んだことにあると指摘するのである。とくにケルゼンの場合には、その欠点が価値相対主義に起因してい

るのだ、と論定するのである。(p.158.)「法の純粹理論」のなかで脈打つ緊張と問題点は、ひとえにこの相対主義に由来する、というわけである。倫理・政治的価値とは違って、法規範は合理的に科学的に認識できる。他方で、かかる科学的探求の価値というものはいかなるものかは述べることができないが、しかし、その価値を受け入れることは学問する者にとって倫理的に不可欠だとケルゼンに言わしめたのも、この相対主義である、というのである。確かに、学問の自由は、ケルゼンにとっての「正義」であった<sup>(31)</sup>。

さらに、批判が駄目出しされる。「法の純粹理論」によって、個人と共同体とのアンチノミー、個人の権利の擁護者としての法と国家とのアンチノミーも解消されてしまった。こうして、「法の純粹理論」は何事をも正当化しないが、何事をも正当化する、と。あるいは、いかなる内容であれ、法秩序を妥当する強制秩序であると言明することは、何ら、それを道徳的に、あるいは政治的に正当化することとは別のことであり、関係がない、という向きがあるだろう。けれどもダイゼンハウスは、ケルゼンにとって法秩序・法規範は唯一、合理的な規範モードであったのだから、そしてこの点に他の規範体系(道徳、宗教、政治規範など非合理的な規範)との対照性があるわけだから、上の如き説明で切り抜けることができるであろうか。合理的認識の対象である限りで法秩序・法規範には、他の規範体系と比較して特権的地位を認めざるを得なくなろう、というわけである。果たして、ケルゼンの法実証主義は、現実の実定法秩序を正当化するという自然法論的作用から、本当に自由であったと言えるであろうか、と疑いのまなざしを向けるのである。自然法論がこれまで圧倒的に現存の法秩序を保守する正当化機能を果たしてきたのであり、革命的に作用したのは例外的にだけである、というケルゼンが幾度も指摘した批判(GT,p.416ff.,RR II,S.435,)は、ケルゼンにも向けられるのでないか、という問題提起であろう。

もとより、そのダイゼンハウスにしても「法の純粹理論」の重々しい顔つきが時折ほころんで、ケルゼンは民主制論者・平和主義者、寛容・個人の権利の擁護者、社会的経済的弱者の権利の擁護者という顔つきを見せているという。しかし、ケルゼンがこうした顔つきをみせると、もう一人の法理論家としてのケルゼンが、倫理・政治の世界は非合理的なものだから……と民主制の理論家である他方のケルゼンの耳元にささやくのである、と巧みな比喩をしている。(p.160.)

こうして、シュミット、ケルゼンを呼び水としてヘラーが誘い出されるのである。これが、ダイゼンハウスの力作全体のベクトルとなっている。現代の法・政治哲学レベルでも、ロールズの「政治的自由主義」の不十分さがJ.ハバーマスの理論によって補われていくという理解も、このベクトルと同じ方向であろうこの二つのベクトルが重ねられて、ヘラーはハバーマスの先駆者として位置づけられているのである。(p.246f.)ドイツ国法学におけるヘラーと、現代哲学のハバーマスにこそ、リベラルな形式的法治国家論を克服して「社会的法治国家」論への再接近が見られるという理解である。ダイゼンハウスの理解では、ヘラーの法・政治哲学の課題は、法の支配の「政治的概念」を梃子にして、ファシズム・ナチズムから民主制を守ることであった。そのためにもリベラル思想の産物である「形式的」法治国家から「社会的」法治国家への転換が不可欠であった。かくしてこそ「民主制の擁護」が果たされると考えたのだ、ということである。(p.163.)

ダイゼンハウスによるヘラー論はさらに展開される、それはケルゼンとの不幸な交流関係といういきさつ<sup>(32)</sup>も交えつつも(p.161ff.,)ケルゼンに欠けていたものを充足するというベクトルで捉えられているのである。ヘラーがその短い生涯において、その法・政治理論上の所期を達成しえたかどうかは、本稿では棚上げにしておかざるを得ない。また、ダイゼンハウスのこの秀

作の特徴でもある現代英米での法・政治哲学とドイツ国法学の接点という視角設定についても、小稿では上述で言及したことの線を超えて、さらに踏み込むことができない。小稿の関心は、あくまでもケルゼンにおける「法の純粹理論」と政治理論・民主制論との関係を問うことにあるからである。この限定された問題関心に照らすと、ダイゼンハウスの力作には、ケルゼンの二つの側面を不可分一体であることを指摘して、その学説を総体として検討しようとする構えが観取されるのであった。この点だけでも、上述 1. で取りあげられたポズナーが、現代アメリカの政治と司法権のあり方を正当化してくれるものとして、つまり一種の護教の説としてケルゼンのほぼ専ら法理論の側面に傾注したのとは、対照的なアプローチであろう。勿論、そのうえでダイゼンハウスの結論としては、ケルゼンの価値相対主義という出発点故に、「法の純粹理論」はその政治理論・民主制論との間に不調和と緊張関係をきたし、結果として「民主制の擁護」の理論たりえなかった、というのである。

\* \* \*

この小稿と前後して公表される予定である別項「補論・その 2」で、ダイゼンハウスの見解とは対照的に、ケルゼンにおける法理論と民主制論との間に存する容易ならぬ不協和が、むしろその方法論的一貫性を証しているのではないかという私見を述べておいたところである。ケルゼンという 20 世紀の法哲学者は、その法理論面だけでなく政治理論の側面も含めて全面的に理解されなくてはならないという点では私見もダイゼンハウスも見解が同じようである。そこから導かれる結論が私見とは異なるわけである。以下、紙幅のこともあり、備忘録程度の注記を二点だけ付しておきたい。

まず、法と政治の実体的側面の問題として、シュミットの抉りだしたリベラリズムの問題点、それは底なしの価値中立性という問題点および不可避的に民主主義と容易ならざる関係に立つという問題点であるが、そのためにも「リベラリズムの地平」一仮に、ここにケルゼンを位置づけることができるとして一が克服されねばならないというダイゼンハウスの見解については、どうか。リベラリズムおよび民主制への攻撃に対して、ケルゼンによるリベラルな「民主制の擁護」が効を奏することがなかったことも、シュミットによるリベラリズムへの批判の鋭さを示している、とダイゼンハウスは述べたのである。果たして、かかる見解には、シュミットのリベラリズム批判への過度の依りかかりがないと言えるだろうか<sup>(33)</sup>。シュミットによるリベラリズム批判の内容、その適切さという点と併せてこの点も別途、検討されなければならない問題であると言わざるを得ない。そのことの次第では、あるいはヘラーの法・国家・民主制論を、リベラリズムの超克ではなく、むしろリベラリズムの「深化」として付置しうるかもしれないのである。

また、ダイゼンハウスは近現代の法実証主義には一般に、ホブズ流の権威主義が原的に抜き難く突き刺さっていると考えている<sup>(34)</sup>。それならば、ダイゼンハウスが展望するように、ヘラーに多くを負う「学際的な」「総合法学」ならばその政治理論、民主制論の側面とも首尾よく調和して、結果としてかの困難な時期に、国家不法への抵抗の理論たりえていたかどうかは、筆者にとって大変に興味のある問題である。この点までは、本稿は踏み込めなかったのであるが、そのように言えるためには、少なくとも、いわゆる「方法的混合主義」Methodensynkretismus という批判を乗り越えなくてはならない、と考えるのである。平凡かつ古風な表現になるが、これは、方法論の問題である。

(注)

- (1) 拙稿『法の純粹理論』と『民主制の擁護』の間 DAS 研究会編・ドイツ公法理論の受容と展開—山下威士先生還暦記念論集、所収。
- (2) H.Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1Aufl., 1934(RR I), ders., *Reine Rechtslehre*, 2Aufl., 1960(RR II).
- (3) H.Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, 1979.
- (4) 割合に近年の研究には、第一次的には憲法学者としてのシュミットという規定が強調されるものがある。O.Beaud, *Carl Schmitt ou le juriste engage*, Preface a : C.Schmitt, *Theorie de la constitution* (trad.parL.Deroche).p.7, M.Friedrich, *Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft*, 1997, S.360.尚、拙稿「憲法思想にとっての神と国家」高岡法学 10 卷 1,2 合併号 25 頁以下 (28 頁)。
- (5) とくに英米でのケルゼン、シュミットへの関心の動向については、この小稿と前後して公表予定になっている拙稿『法の純粹理論』と『民主制の擁護』の間、補論・その2 駿河台法学 31 卷 2 号 所収でも触れる予定である。Cf., S.Baume, *Hans Kelsen and the case for democracy*, (transl., J.Zvesper), 2012.
- (6) R.A.Posner, *Law, Pragmatism, and Democracy*, 2006.
- (7) ハートのいう「内的視点」「内的陳述」とは、観察者の視点ではなく、市民、法実務家、法学者などの視点からなされる最も通常の言明である。それは、一定の行態を評価、指導、批判する規準として法を用いる人々のなす陳述である。これらの人々は法を規準として受容し、支持するが、そのことはそれについて道徳的に是認することを含意しない。H.L.A.ハート、法の概念 (矢崎光圀監訳)、111 頁以下、125 頁。ハートのこの点の見解をケルゼンの裁定理論にまで及ぼすのは、ポズナーの独自の理解であると思われるが、ここでは、その適否を問わない。
- (8) この点は、拙稿「憲法の最高法規性ということ」早大・法研論集 51 号所収でも述べた。
- (9) ケルゼン自身が直接にハイエクの議論を批判しているものとして、H.Kelsen, *Foundations of Democracy, Ethics* 1955, esp., pp.68ff. 邦訳として、ケルゼン・民主政治の真偽を分つもの—デモクラシーの基礎— (古市恵太郎訳)。尚、拙稿「何故、民主制か」早大・法研論集 54 号、111 頁。
- (10) 拙稿「文部省著作『民主主義』と尾高法哲学」高岡法科大学紀要 10 号 143 頁以下 (152 頁以下)。
- (11) D.Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, 1997, p.5.
- (12) シュンペーター、資本主義・社会主義・民主主義 (中巻) (中山伊知郎、東畑精一訳)、特に、その 20 章、21 章、22 章、23 章。尚、シュンペーターについてはさらに、参照、河野勝「シュンペーターの民主主義理論」年報政治学 1999、181 頁以下、渡辺樹「議会制民主主義と政治参加」レファレンス 2007.5、23 頁以下 (27 頁以下)。
- (13) シュンペーターがケインズと対照的に、理論と実践との峻別に意を砕いていたことについては、参照、伊東光晴・根井雅弘、シュンペーター、150 頁以下。
- (14) 「重し」の問題に取り組んだ先駆的で、かつ示唆的な研究として、ケルゼンからも強い影響を受けているフランスの M.トロペールを先導とする論集が挙げられる。賛否両論の立場から、多角的な論稿が収められており、大変に興味深い。M.Troper, V.Ch. Desplats, et Ch.Grzegorzczuk (dir.), *Theorie des contraintes juridiques*, 2005.
- (15) D.Dyzenhaus, op.cit. その書評として、cf, M.Salter, *Public Law* 1998, p.340ff., N.E.Simmonds, *the Cambridge Law Journal* 1998, p.195(198ff.), J.C.P.Goldberg, *The Modern Law Review* 1998, p.899ff.

最後に挙げた書評が、ダイゼンハウスの見解に対して割合に正面からの批判を提起している。後注(33)、参照。さらに、この研究書の公刊前に発表されたダイゼンハウスの論考のうち、本稿と特に関連するものとして、cf.,D.Dyzenhaus, Why Positivism is Authoritarian, The American Journal of Jurisprudence1992,p.83ff.,Id., Now the Machine runs itself :Carl Schmitt on Hobbes and Kelsen, Cardozo Law Review1994,p.1ff.,Id., Hermann Heller and the Legitimacy of Legality,Oxford Journal of Legal Studies1996,p.641ff., Id.,Legal Theory in the Collapse of Weimar:Contemporary Lessons?, American Political Science Review(APSR)1997,p.121ff.とても多作な研究者であるが、筆者が参照できたものは以上にとどまる。

- (16) 母国ドイツでも第二戦後公法学の表舞台で、いわゆるシュミット学派とスメント学派が競ってきたという事情があり、ヘラーはその陰のもとにかすんできたのだ。しかし、近年では、そのシュミット学派の第二世代のリーダーとされてきた E.-W.ベッケンフェルデにはヘラーの影響が決定的であることが指摘されている。拙稿「自由国家の法理と、E.-W.ベッケンフェルデの憲法学」高岡法学12巻1号17ページ以下(50,63ページ)。さらに、O.Jouanjan, Presentation ,:E.-W. Bockenforde,Le droits,l etat et la constitution democratique,reunis et presents par O.J.,2000,p.24,36.また、ベッケンフェルデのこの伝記書への書評で E.モランは、ベッケンフェルデにとってはシュミットよりもヘラーからの影響が重視されるとしている。E.Maulin,Droits2002,p.201ff.
- (17) 近年のドイツ語圏の研究としては、Ch.van.Ooyen がケルゼンはまずは民主制の理論家であり、その法実証主義国法学はそれに対応する理論である、という端的な見解を提出している。Ders.,Der Staat der Moderne.—H.Kelsens Pluralismustheorie,2003,SS.17f.,27,66ff. ケルゼンが物心づいたときに、その目の前にまずオーストリアの多民族性、多文化社会の現実が広がっていたことを重視して、そこから民主制論および法・国家論が展開されたのだ、という理解である。尚、ファン・オーエンへの O.レプシウスの書評も参照されたい。O.Lepsius,Der Staat,2004,S.161ff.
- (18) スメント、シュミットとケルゼンとの論争については、拙稿『法の純粹理論』と『民主制の擁護』の間(前掲)107頁以下。
- (19) H.Kelsen,Das Urteil des Staatsgerichtshofs vom 25.Oktober 1932,Die Justiz1932,S.65ff.
- (20) この点について、vgl.,R.Mehring,ARSP1994,S.191ff.
- (21) この点は、拙稿、「憲法の最高法規性ということ」(前掲)でも触れた。
- (22) その審理記録の訳業として、山下威士、クーデタを裁く。
- (23) H.Kelsen,Die Justiz1932(a.a.O.),S.67.
- (24) H.Kelsen,a.a.O.,S.84f.
- (25) H.Kelsen,a.a.O.,S.86.
- (26) H.Kelsen,a.a.O.,S.87.
- (27) H.Kelsen,a.a.O.,S.89.
- (28) H.Kelsen,a.a.O.,S.91.
- (29) ロールズが「政治的リベラリズム」において、このように主張しているという理解については、ここではダイゼンハウスに従う。Op.cit,p.226ff,Id,APSR1997,p.132.なお、ロールズは「正義論改訂版」でも、とくに宗教上の寛容との関係で、いかなる条件のもとで、不寛容に対する不寛容が「権利」として認められるか、と問を立てている。寛容派が誠実に理由に基づいて不寛容が必要であると信じているときにのみ、その権利が認められる、としているのである。ジョン・ロールズ「正義論改訂版」(川本隆、福岡聡、神島裕子訳)、35節。

- (30) J.Rawls, Political Liberalism (paperback edition), 1996, pp.231-240.
- (31) H.Kelsen, What is Justice?, 1957, p.24.
- (32) 1927年3月のドイツ国法学者大会で、ヘラーは報告者として、伝統的な二重法律概念を批判したが、その討論のなかでのケルゼンとの応酬も、この二人のすれ違いを暗示して余りない。ケルゼンは、ヘラーの論旨を自分たちウィーン法学派の主張とほぼ同旨であるとして、その点でのプライオリティはわれわれにあるはずで、なぜにわれらを敵対視するのか解せないと述べている。VVDS<sub>StRL</sub>, 1928, 176ff. これに対し、報告で述べたことは形式的な法の段階構造論ではなく、拘束力にも高低の違いのある実質的な法段階論なのだ、とヘラーは答えている。単に形式的な法段階論であれば、A.メルクルやケルゼン以前に、ピユローによって述べられていた。確かに、法治国家の三権力の区別についてア・プリオリなものとする誤った見解を批判している点には、ケルゼンの功績がある。このように、少し持ち上げたうえで、ケルゼンの「法の純粋理論」では、この三権の区別およびその他の歴史的・政治的に条件づけられた実定法上のすべての区別を把握しえない、と激しく応酬している。A.a.o., S.202ff.
- ケルゼンとヘラーとの学問的交流もしくは非交流という点に関して、後者の「主権論」1927年、さらに未完の遺作となった「国家学」1934年への方法論的宣言ともいえる「国家学の危機」1926年は、ケルゼンの「一般国家学」1925年への挑戦状であると読めるのである。そこには、ケルゼンの国家論は「国家なき国家論」であり、「法の純粋理論」は論理学の書であっても法律学の理論とは言えない、ケルゼンの実証主義は「実定性なき実証主義」であり、法実務にとっても政治教育上も有害であるというような激越な論調がみられる。H.Heller, Die Krisis der Staatslehre, in: ders., Gesammelten Schriften II, Recht, Staat, Macht, 2Aufl., 1992, S.3ff. (18f., 22ff.)
- ヘラーが早世したこと（1933年、マドリッド）もあり、その存命中にケルゼンとの間で生産的な学問的議論のやり取りがなかったことが、惜まれるのである。
- (33) 上掲のJ.C.P.Goldbergの書評(的エッセイ)は、多くの批判点を提示しているが、その一つが、この点である。op.cit., p.902ff. ゴールドバーグはまた、この点と関連して、そのリベラリズム批判が仮にケルゼンには通用するとしても、ロールズには妥当しない、むしろロールズとヘラーは意外に近いのだ、という趣旨を述べている。ダイゼンハウスは英語圏でのヘラーの継承者たらしとするものであり、そのヘラーは西洋民主主義に内在する原理として社会民主制を擁護した。ところが、ダイゼンハウスはロールズによる「受容性」および「公共的理性」の基準はただリベラルな価値を再生産(つまり自己言及)するだけである、単なる循環論法に過ぎないとして切り捨てる。ロールズは、それを「政治的リベラリズム」において西洋型の民主社会に内在するものとして論定しているのに、このようなダイゼンハウスの取り扱いには理由のないダブルスタンダードであろう、というのである。ゴールドバーグの理解では、ヘラーとロールズの違いはせいぜい認識論上のものである。ヘラーがヘーゲルのいう歴史の進歩を信頼するのに、ロールズはこの点、懐疑的である。op.cit., p.912.
- (34) D.Dyzenhaus, The American Journal of Jurisprudence 1992 (op.cit.)

(2017年10月)