

「法の純粹理論」と 「民主制の擁護」の間，補論・その2

小 貫 幸 浩

0. 序

この「補論・その2」は、H.ケルゼン（1881-1973）における民主制論・政治理論がその法理論と表裏一体の関係にあるとする、近年の研究動向の一端への読書ノートである。筆者としては、旧稿⁽¹⁾及びその「補論」⁽²⁾（本稿とほぼ同時期に別途、公表される算段になっているものであり、前後するかも知れない）に続くものであるが、あまり立ち入ることができなかった点もあらためて検討したい。「補論」では、ケルゼンの学説については同様に、法理論の側面も民主制論の側面も不可分一体として総体として理解すべきである。但し、法理論の方法論上の弱点が、民主制論に影響して、結局「民主制の擁護」に寄与しえなかったという割合に近年の研究⁽³⁾も取りあげたのであった。（この見解をAとする。）これに対し、「民主制の擁護」とは個人の信条の告白、つまり「実践」のレベルでのことであるから、それを「理論」の名の下に語るとすれば、ケルゼンの学問方法論、つまり理論的認識と実践の区別ということからは、確かに難しいところが出てくる。それでも、ケルゼンにおいて可能な限り意識して、民主制についての学問的認識と個人的見解の表白が区別されているのだ、という理解⁽⁴⁾も示されている。認識論上の価値相対主義者として中立性・客観性に責任ある観察者としては沈黙せざるを得ないところでは、民主制へのケルゼンの個人的信条が語られている、という理解である。（この見解をBとする。）

実のところ、見解AとBの関係もしくは両者の異同も問われるが、それはさておき、私見は、旧稿⁽⁵⁾でおおよそBの見解を採ったのである。現在でもその点には変わりがない。但し、この小稿と前後する「補論」で取りあげたAの見解には、真剣に検討されるべき点が少なくないと思うのである。大げさな言い方

になってしまうが、問われていることは、法や政治という社会科学の複雑な素材、それはややもすれば正反対の解釈をも許容しさえする、このような対象について学問することの意味であろうと思うのである。いわゆる「方法論」には、このような次元が含まれると解する。

上の問題意識をもって、以下、基本的には、S. Baume, H. Kelsen and the case for democracy, 2012 (translated by J. Zvesper) を取りあげる⁽⁶⁾。これは、この著者がフランス語で既に発表している、Plaidier la démocratie, 2007の拡大版にして、英語版ということである。(以下の本文中に記されるのは、断りのない限り、その該当ページである。)遺憾ながら、フランス語版を参照することはできなかったことをお断りしたい。

〈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) 『『法の純粹理論』と『民主制の擁護』の間、補論』駿河台大学教職論集3号所収予定。
- (3) D. Dyzenhaus, Legality and Legitimacy—C. Schmitt, H. Kelsen and H. Heller in Weimar, 1997.
- (4) M. Jestaedt, O. Lepsius, 'Der Rechts- und der Demokratietheoretiker, H. Kelsen—Ein Einführung', in: H. Kelsen, Verteidigung der Demokratie, Abhandlung zur Demokratietheorie, 2006, xxvii.
- (5) 拙稿・前掲記念論集所収, 120頁以下。
- (6) 尚, ボームの次の論稿も参照されたい。S. Baume, 'Le parlement face à ses adversaires, la réplique allemande au désenchantement démocratique dans l'entre-deux-guerres', RFSP2006, p. 985ff.

1. ケルゼン理論の摂取を阻んだ諸々のこと

(1) まず、ボームも指摘している通り、ケルゼンの政治理論・民主制論に光が当てられるようになるには、1980年代を待たねばならなかったということである。その意味で、O. ヴァインベルガー⁽¹⁾がケルゼンのイデオロギー批判とその民主制論方面での業績に、その法理論側面に劣らない重要性を与えていたことが振り返ってみると注目される。(xi)それに次いで、ケルゼンの法理論・民主制論をN. ルーマンの社会学の枠組みで再構成しようとする意欲作を世に

問うたのが、H. ドライアーであった⁽²⁾。さらに遡って、E. トーピッチュがこの方向を指さしていたことも忘れられてはならない⁽³⁾。

それでも、英語圏でのケルゼンへの接し方には、やはり特徴的なところがあつた。まず、ケルゼンの政治理論側面での主著と言える「民主制の本質と価値」が各国語に翻訳・出版されていたのであるが⁽⁴⁾、その英訳版がつい最近まで欠けていたということがある。ケルゼンが、1940年以来数十年アメリカで活動したということを考え併せると、ケルゼンの民主制論の主著が英語圏の世に埋もれていたというは、驚くべきことであろう⁽⁵⁾。(xii) ボームによると、そもそもアメリカの大学でケルゼンの影が薄いのも、法実証主義と良くも悪しくも競合するリアリズム法学が隆盛していた時期に大西洋を渡ってきたことと無縁ではない。

アメリカでのケルゼンへの低評価と対照的であるのが、その終生の論敵C. シュミットへの高い注目度である。それは、シュミットの「法理論」上の主著「憲法理論」が実質的な、つまり単に論理一辺倒でない「政治理論」とも絡み合うものであるとされたが故に、つまり「憲政」の理論としてアメリカの法律学にとってより魅力的なものとしてされたからでもあろう。さらに逆説的に、シュミットへの注目が、そのライバルであり続けたケルゼンの理論への注目を呼び起こしたということである。英語圏でも、シュミット、H. ヘラーと並んで、ワイマール期ドイツ国法学を彩る学者としてケルゼンも取り扱われるようになったわけである。

事情はアメリカとは違うのであるが、以前までのフランスでのケルゼンの政治理論への注目度の低さにも驚くべきところがある⁽⁶⁾。「民主制の本質と価値」が早くから仏訳出版されていたことを別にすれば⁽⁷⁾、その他のケルゼンの政治理論方面の仏訳は、1990年代にまで待たなければならない。

以上のように、ケルゼン理論受容については各国それぞれの事情があるのであるが、より深いところに、その受容を阻止した、根本的で、共通の要因があつたのである。この点につき、ボームは第一に、ケルゼンの認識論的相対主義が非道徳的で、かつ非政治的なものであると想定されてきたことを挙げている。これに対しボームは、今日ではケルゼンの擁護者だけでなく論敵までもがそうするのと同様に、その相対主義がむしろ道徳的・政治的インプリケーションを蔵していた、とするのである。かかる想定が全く誤りであった、と言うの

である。(xvi.) イデオロギー批判の方法と少数派保護の主張をもって「寛容」と「多元主義」一言わばりベラルな価値を一をむしろ、後押ししたのである、と言うのである。ケルゼンの政治理論について全く現実離れした机上の理論であり、また、それが専ら内容を問題にしない「形式」論である、というのは第二の誤解である。(xvii.) ケルゼンの政治理論・民主制論の「内容」については、ボームとともに後述に譲りたい。

批判者たちからケルゼンの民主制論の本旨を擁護できるにしても、それでもその法理論との整合性が尚も問題とされるであろう。法の純粹理論が、いかにして「政治的なもの」や「価値」と不可分である民主制論と結合し得るのか、というわだかまりが残るのである。このわだかまりを解消する糸口が、法実証主義の認識論であり、それが政治理論でも適用されて民主制といえども「正しい」支配の認識に到達することを断念しているのだ、という理解をボームは与えている。このような、ケルゼンの民主制論が各国で受容されるには、第一戦後の法実証主義の退潮ということが重くのしかかったのである。第二戦後は、それぞれの意味で絶対的正義を標榜するマルクス主義と再生自然法論が、ケルゼンの前に立ちはだかった。ケルゼンは、かくして主流から身を引く恰好になったわけである。さらには、法実証主義全般にたいして、ファシズム、全体主義を許容した責任を負わされるということが追い打ちとなった。民主制の敵に対し何ら有効な実質的歯止めの理論を提供できなかった、とされたのである。かように、ケルゼン民主制論の真価が問われることがなかったのである。

それでは、その真価とは何か。それは、民主制ならば必ず標榜せざるを得ない不可侵の価値のカタログを高く掲げるというよりも、むしろそれらの価値さえもが傷つきやすいものであり、相対的なものであることを示した点にある、というのがボームの読みである。なるほど、民主制には自らの足で立つこととひきかえに、誤りを犯すかも知れないという「よるべなさ」がつきまとう。だが、そのことがケルゼンの民主制論の最も強い論拠の一つとなっている、という指摘もある⁽⁸⁾。ケルゼンは、J. A. シュンペーターとともに、みずからの奉じる価値の相対性を認識し得る点にこそ未開人に対する文明人の面目があるとしている⁽⁹⁾。M. ウェーバー流の話法でいえば、その相対性を認識しつつ、それにもかかわらずdennochその価値を奉ぜよ、という肩荷の重い話ではある。

(2) 以下、ボームとともにケルゼンによる民主制（の擁護）論の諸側面を跡

づけることになるが、その準備作業としてケルゼン民主制論の知的環境について少しく押えておきたい。まず、ボームとともに確認しておきたいのは、第一戦後1920年代のオーストリア・ドイツ国法学において、様々の政治的立場にもかかわらず、国家の永続的な安定性と社会の多元性がいかに両立するかという問題意識が共有されていた、ということである。(p. 1) 両国ともに新しい時代のなかで、民主的な政治体制を築く過程にあった。ケルゼンのなかで法実証主義、相対主義、民主制論が共鳴するのも、かかる環境においてであった。ケルゼンは、ハイデルベルクで教授資格請求論文を準備し、それが、1911年、「国法学の主要問題」として公刊される。第一戦後、オーストリア臨時政府の首相であったK. レナーより委託されて、ケルゼンは憲法起草に従事することになる。そのなかで、特に力をそそいだのが憲法裁判所の設置であった。ケルゼンがウィーン大学の正教授になるのは、1919年のことであった。

1920年代はケルゼンにとって学究生活でも実りある時代であったが、憲法裁判所の裁判官の職も得ている。政治的にはオーストリア社会民主党SDPに近かったが、正式に入党したという記録はないようである。政治活動からも独立性を守ることが、学究生活にとって不可欠であると考えたのかもしれない。キリスト社会党CSP主導のもとで、いわゆる離婚法問題で憲法裁判官を辞することを余儀なくされて、1930年、ケルゼンは、隣国ケルン大学に職を得ている。1933年、ナチスによって追放された最初の教授団のうちの一人となる。(p. 3) その後、ジュネーブ、プラハでの活動を経て、第二戦中1940年、大西洋を渡ったのである。まず、ハーバードで、1942年から52年までUCLAで教鞭をとり、その後もアメリカで学究生活を送っている。その間、国連戦争犯罪委員会の法律顧問として、ニュルンベルク裁判の準備にあたっている。第二戦後には、ケルゼンの法理論の真価が認められて、この方面での影響力が強まったと言えるであろう。(p. 4) それでは、その政治理論・民主制論の側面ではどうか、というのがボームの問題意識なのである。

さて、ケルゼンによれば、法理論は専ら法規範の研究であり、社会学的、政治学的考慮を混入してはならない。カントにならい、当為と存在、規範と因果律とは峻別されるべきであり、「法の純粹理論」が標榜する法の科学は、決して社会学ではありえない。この方法論的純一性は、後述で取りあげられる法と国家との同一性論と不可分の関係にある。国家は当為の世界に住まうのであり、

そのなかで法が解釈・適用・執行される強制秩序にはかならない。法=国家の同一性論には、同時代の学者たちからの批判が事欠かなかった。「法による国家の制限」をこそ憲法学が探求すべき課題であるとして、ケルゼンのこの同一論でいくと、国家には何らの法的制限も課しえないと批判したのは、ケルゼンよりも一世代先輩格のフランスのL. デュギーであった。(p. 6) しかし、ポームが次の様に、この同一性論から、その、むしろ政治的含意を汲みとっている点に留意したい。それは、法=国家の同一性論によると、統治者も含めてすべての構成員が、国籍・民族・宗教、その他もろもろの要素に関係なく、共通の法規範に服すべきであるということのインプリケーションである。当時の国法論議はいうまでもなく、今日の議論にとっても、ケルゼンの法=国家同一性論には、逆説的ながら、それらの諸要素を「法源」と見なすことを峻拒するという点だけでも、含意というには強烈な政治的含みが読み取れるというのである。

〈注〉

- (1) O. Weinberger, 'Vorwort,' in: W. Krawietz, E. Topitsch, P. Koller (hrsg.), *Ideologiekritik und Demokratietheorie*, bei H. Kelsen, *Rechtstheorie*, Beiheft 4, S. 6f., ders., 'Rechtspositivismus, Demokratie und Gerechtigkeit,' in: a.a.O., 501ff.
- (2) H. Dreier, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie* bei H. Kelsen, 1990.
- (3) E. Topitsch, 'H. Kelsen als Ideologiekritiker,' in: ders., *Gottverdingung und Revolution*, 1973, S. 218ff.
- (4) 一番知られているのは、Ch. アイゼンマンによる仏訳版であろう。H. Kelsen, *La démocratie, Sa nature, Sa valeur* (trad. fr. par Ch. Eisenmann), 1932. 近年の英語版としては、*The essence and value of democracy*, ed., N. Urbinati, C.I. Accetti, transl., B. Graf, 2013.
- (5) 勿論、アメリカでマッカーシズムが吹き荒れる微妙なタイミングで公表された長文の英語での論文、H. Kelsen, 'Foundations of Democracy', *Ethics*, vol. 66, 1955, がある。邦訳として、古市恵太郎訳・民主政治の真偽を分かちもの—デモクラシーの基礎。これは、小稿の本文中に、FDと略記して言及・引用する。尚、同様に、H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, 1945, についてはGTとして本文中で引用する。
- (6) この点を埋め合わせる研究が、とくに1990年代以降のフランスで公刊されていく、例えば、cf., C.-M. Herrera (dir.) *Le droit, Le politique autour de M. Weber*, H. Kelsen, C. Schmitt, 1995, Id., *Théorie juridique et politique chez H. Kelsen*, 1997, Id. (dir.) *Actualité de H. Kelsen en France*, 2001.
- (7) trad. par Ch. Eisenmann, op. cit.

- (8) H. Dreier, 'Kelsens Demokratietheorie: Grundlegung, Strukturelemente, Probleme', in: H. Kelsen-Institut (hrsg.), Hans Kelsens Wege sozialphilosophischer Forschung, 1997, S. 97.
- (9) J.A. シュンペーター, 資本主義・社会主義・民主主義 (中) (中山伊知郎, 東畑精一訳), 451頁。

2. 法実証主義, 相対主義, 民主制

(1) 「法実証主義」とは何かをめぐって実に多くのインクが流されてきた。とりあえず, ここではボームとともに倫理・政治など法にとって外在的な要素とは独立に, 実定法の科学の樹立を目指す見地のことである, としよう。ケルゼンが法の「客観主義的」な法の基礎づけを目指す, しかし, 法の「根拠」を問わない, と述べているのは, この謂いである。イタリアのケルゼニスとして有名な, N. ボッピオも法を基礎づけるのは法自体以外にない, というのも同様である。

ケルゼンが, いわゆる「政治学的傾向」から法の科学を救済して独自の法理論を樹立しようと努めていた丁度その時期, 左右からの新しい形態の専制 (ファシズム, ナチズム, ボルシェウィズム) が, ヨーロッパで猛威をふるっていたのである。(p. 10) 法の科学の樹立とは, 法学者たちが時の政治権力に知識を売り渡すことへの批判を意味していたのである。第二戦後も自然法の再生のもと, 法実証主義は劣勢であった。キリスト教自然法論の立場から, 法実証主義と相対主義が正義の観念を弱体化し, 結果として二十世紀の全体主義に道を開いたというのは, E. プルンナー, R. ニーパー, J. マリタンという論者たちであった。これに対し, むしろ反相対主義の絶対的価値論の見地こそが, 伝統的に全体主義を正当化してきたのである, というのがケルゼンの反論であった。これら「民主的神学」に対し, 民主制の基礎づけは形而上学的・超越論的にはなしえないというのであった。(p. 15f.)

ボームの理解では, ケルゼンにおける「法理論」と「政治理論」とに首尾整合性を与え, 両側面にとってかすかしの役割を演じるのが相対主義・価値非合理主義である。まず, 法実証主義とは, 法規範を絶対的価値への適合性の視点ではなく, 専ら合法性の視点から考察するものである。同様に, 民主制の政治

理論も絶対不可侵の価値と関係することを斥ける点で、ここに法実証主義法理論との相同性がある。ケルゼンにおける民主制の「定義」は形式的なものであり、実質的な定義ではない。つまり、それは政治体制が目指すべき何らかの「善」によって定義されるものではない。民主制では、価値の優劣については競争的な討議に付されるのであり、また、いかなる政治プログラム（公約）も「真理」によって確証されることはない。いかなる政治的見解にもいつの日か多数派になるチャンスが与えられている。議会制では、多数派も少数派も「真理はわれらに」と言うのではなく、説得によって事が決定される。かくして、両派ともに、他派の見解を無視できず、実際にも他派の見解を考慮するように強いるcompel (p. 29)「重し」constraints (p. 22)が働いている。議会制民主主義のプロセスには、このような重しが内在的に備わっている、ということになろう。ケルゼンをして、通常は多数決と呼ばれる決定の原則を「多数・少数決」原則と呼びしめた理由の少なくとも一端が、この重しの存在ではなからうか。ボームが、「重し」と表現していることが、存外、単に言葉の問題でなくて、ケルゼンの民主制論をより立体的に把握するためにも示唆的であると思うのである。それは、ケルゼンが少なくとも自覚的にはすくい上げることのなかった、民主制・議会制の、言わば「制度的次元」に属するように思われる⁽¹⁾。

ケルゼンにおける相対主義と民主制の関係（もしくは結合性）理解については、論敵の鋭い眼が、勿論それに批判的ながら、見抜いていた。シュミットは「政治神学」のなかで、ケルゼンの民主制理解には数学的で、かつ自然科学的な思考が明確に表現されていると指摘している。ケルゼンの政治的相対主義と民主制論は、「奇跡」とドグマから解放された人間の悟性と批判的懐疑のたまものである、と⁽²⁾。

相対主義と民主制が結合されて、独特の叙述が与えられているもう一つの例が指導者の選択についてである。ケルゼンによると、民主制のイデオロギーにおいては「指導（者）」には相対的な価値が与えられるだけである。民主制における指導者の選択は合法的な考慮に基づいて行われ、選抜された指導者は恒常的な再評価、批判、場合によっては各種のペナルティーに晒される。専制と違って、民主制における統治者の行為は公開され、責任を問われる。ここに、民主制の要諦がある。(p. 14)

価値相対主義は、勿論、価値ニヒリズムと同義ではない。この点に関して、

O. ヴァインベルガーとともに、ケルゼンの相対主義はイデオロギー批判のための強力な武器であり、価値多元主義・寛容・多元的民主制の理解に資するものである。ケルゼンが民主制をまずは「形式」「手続き」として定義していることも、ボームは相対主義との関係で理解している。(p. 15) 民主制において、国家意思はさまざまな意見と利益が、制度化された土俵のうえで組打ちし・妥協の結果として形成される。いずれの見解も絶対的な正当性を主張しえないからである。こう考えると、民主制においてはかかる意思形成の手続き・プロセス自体が「実質」「内容」なのである。(FD, p. 5.) ケルゼンの民主制論に対し、しばしば「形式的」とであるという批判が加えられてきたが、このような批判は的外れであった。

(2) 民主制を一定の宗教的立場から基礎づけることはできないことは、上述(1)でも示唆されたが、同様に、経済体制—大雑把にいうと資本主義か社会主義か—と民主制の間にも結合性はない、というのがケルゼンの見解であった⁽³⁾。ケルゼンは、すでに1920年代よりマルクス主義、ボルシェヴィズムとの理論的格闘を演じていた。第二戦後の東西冷戦真ただ中で、資本主義陣営をも視野に収めてあらためて、経済体制と政治体制の間には必然的な関係がないことを強調している。(FD, p. 68ff.) それは、一方の経済体制の陣営が、他方の経済体制のもとでは仮に民主制が存在しようとしても、それは「形式的」な「まやかしの」民主制でしかない。「真の」民主制は、われらの経済体制のもとにしかあり得ない、という趣旨のつばぜり合いを繰り返していることへのケルゼンの批判であった。

ある者は、社会主義だけが人民「のための」利益をもたらしうる、と説く。社会主義によれば、経済領域こそが先決問題である。資本主義社会では、少数派のブルジョアジーが生産関係を支配しており、必然的に政治的にも支配権をにぎっている。それは、「人民のための」、つまり「多数派のための」政治であるはずの「真の」民主制の正反対である、と言うのである。ケルゼンはこれに対して、人民の意志が経済的方向に向いているという還元主義の見解はおおいに疑わしい。むしろ、経済的犠牲を払ってでも国家主義や宗教運動が熱狂的に支持されたというのが、これまでの歴史でなかったか。(FD, p. 70)

片や、民主制と資本主義の結合性を強調する見解は、しばしば資本主義と法の支配の結合性を絡めた議論を展開する(例えば、ハイエクの場合。)法の支

配によって、資本主義と必然的に結合している民主制に不可欠の基本的諸自由が守られる、というのである。そのことが、資本主義体制だけが法の支配と結合することの証であるというのならば、それは一種の結論先取りの循環論法であると言うだけにとどまらない。むしろ、この文脈でケルゼンが指摘するのは、法の支配が何ら立法権に対する制約を意味するわけではない、ということである。つまり、法の支配というだけでは、資本主義に不可欠の経済的自由さえもが、保障されるとは限らない。なぜならば、ケルゼンの理解によれば、であるが一法の支配とは高々、行政・司法権との関係で、法の適用の予見可能性と合理性の確保を意味するに過ぎないからである。つまり、それは法の世界での「安全」「安定性」を確保しようとするものであり、自由の保障がその目的ではない、というのである。ケルゼンからすれば、むしろ、この意味での安全＝法的安定性は社会主義の計画経済によってこそより確実に担保される。これに対して、経済的不安定を伴う資本主義は、定義上、法の支配の目的である安全から遠いところにある。(FD, p. 78.)

(注)

- (1) この意味で、ケルゼンの法と民主制、権力分立の理論を批判的に継承してきたM. トロペールが主導して、「重し」*contraintes*をめぐる共同研究を公刊していることが興味深い。「重し」とは、当為(=べきである)とも、存在(=である)とも次元を異にする独自の категорияであり、「そうせざる得ない、そうあらざる得ない」というものである。批判的論考も含めて、さまざまな論考が収められている。M. Troper, V. Ch.-Desplats, Ch. Grzegorzczak, *Théorie des contraintes juridiques*, 2005.
- (2) 但し、そのシュミットがケルゼンの法理論・民主制論には他方で、リベラリズムのイデオロギー＝政治神学が抜き難く潜んでいるという指摘もしているのである。この点についてはVgl. R. Mehring, 'Staatsrechtslehre, Rechtslehre, Verfassungslehre: C. Schmitts Auseinandersetzung mit H. Kelsen,' ARSP1994, S. 191ff.
- (3) 拙稿「何故、民主制か」早大・法研論集54号

3. 政治的自由の法理

(1) 旧稿でも言及したが⁽¹⁾、ルソーにならってケルゼンは、民主制の「理念」である「自由」が「現実」の次元で、その意味を変容させるプロセスを描いている。(GT, p. 284ff.) ボームもここから、議会制、政党、多数決原理、多数派と少数派との妥協という諸制度・原理についてのケルゼンの思索について触れ

ている。自由の初源的意味が誰にも支配されないという消極的な一強制の不在一ものだとすると、社会・国家における自由とは合法性のもとでの自由の意味転化する。法秩序とは、いかなるものであれ、人間自身を作る支配の秩序に他ならない。ここまでは、ルソーのモチーフであるが、ケルゼンにはルソーと違う独自の見解がある⁽²⁾。それが、国家意思形成方式に関わるものであり、ルソーの「一般意思」をフィクションとして退けている、ということである。ケルゼンはむしろ、ルソーが「一般意思」という表現を用いているところを「社会秩序」という表現で対応している。(GT, p. 285f) つまり、民主制とは社会秩序が形成される様式の謂いである。ここでは、積極的な自由、つまり政治社会における自由が第一であり、平等は第二的な位置に甘んじる。ポームは、この点にマルクス主義の平等主義的な把握へのケルゼンの抵抗を読み取っている。(p. 20)

(2) さて、自由の「理念」と「現実」(=支配)との不断の緊張にこそ、民主制の諸制度・原理、議会制や多数決原理が住まうのである。「純粹民主制」の限界という問題意識であり、だからこそ民主制のしくみ、議会制・政党制、国家意思形成方式としての多数決原理に特別な関心が払われるのだ、という理解をポームは提示する。(p. 22) 私見も拙稿で述べた通り、同旨である。「現実」民主制を構成する諸要素については旧稿で述べたので、重複を避けて、ここではその点を補足する事柄だけを点記しておきたい。

①まず、多数決原理について一。個人の自由・自律が社会・国家のなかで最大限に生かされる意思形成の決定方式は何であろうか。ケルゼンの見解では、それは単純多数決であり、社会=(法)秩序の変化への円滑な対応が可能になる。社会変化への視点である。(p. 23) ただし、ケルゼンの多数決原理への見解はここにとどまらず、独自の見解がさらに加わる。この点は、後述④で別の角度から取り上げたい。

②次に政党制について一。とりわけ1920年代、ケルゼンは政党国家について旺盛に論じている。政党とは市民社会と政治社会とを架橋する存在であるとされるが、第一戦後オーストリア・ドイツの憲法革命に伴う政党の役割についての自覚がその背景にあった。多数派と少数派との妥協を可能とするためにも政党が不可欠であり、政党には憲法においてしかるべき地位が与えられるべきである、とされた。ポームは、このようなケルゼンの政党論について、より一般

的に政治社会は集団・団体を介してこそ発展するというトクヴィルの見解との親近性を示唆している。しかし、政党・団体をこのように民主制の駆動力とする見解に対しては、今日の（ネオ）コーポラチズム、さらに諸国で蔓延する政党の肥大化に絡むもろもの病理現象、さらにはその裏返しである政党（政治）嫌いを眼前としている現代のわれらにとって、あまりにも楽観的であったとの批判が待ち伏せしていよう。すでに当時においても、ワイマール期ドイツの多くの憲法学者・政治社会学者により、議会での自由な討論をゆがめる存在が政党であるとして指弾されていたのである。（M. ウェーバー、シュミットをはじめ。）この点は、後述したい。

③さらに議会制について。「現実」の民主制にあっても政治的自由＝自律はまず、多数決原則故に、さらに経済・労働の領域から政治の世界にも浸透した「分業」によっても、したがって二重に限定されている。ここに、議会制という仕組みが生み落とされた。議会制の次元での政治的自律が、議員の選出、議会の構成にとどまることは、分業原理によって説明される^③。つまり、議会構成までの政治的自律ということである。もっとも、ケルゼンにおいては議会制と民主制とは歴史的にも論理的にも必然的な関係にある、とされる。18、19世紀の専制政治に対する闘いは、つまり民主制のための闘いは、同時に議会設置を求める運動でもあった。そして、現代国家では直接民主制が実行困難であるとする、議会制こそが民主制実現のために最適の方法であろう、というのである。両者は「実際的にも」結合関係にある。（p. 20）

1920年代に民主制の論理と議会制のそれとを切り離して、民主制において、もはや議会制が機能する条件がうしなわれた、という診断を下したのは、もちろん、シュミットであった。無産政党や大衆団体によって議会の公開性、意見の自由な競争、討論への信頼という条件が失われたという診断である。その打開策は、勢い、独自の民主制理解に向かうことである。

シュミットの場合、議会の目的とは「真理」をつかむことであるという前提に立つ。ケルゼンは、この前提を否定する、つまり政治的「真理」に至ることが議会制の目的ではない。それによれば、議会制は民主制と結合して、可能な限り闊達な討論の土俵を提供することで、妥協を可能ならしめるとというのが、その目的である。かくして、多数派・少数派双方にとってもっともよく納得できる選択をする可能性が担保される、というのである。（p. 26）

④あらためて、多数派と少数派の妥協について。ケルゼンの民主制論には、さまざまなレベルの妥協というしかけが仕組まれているようである。そもそも、民主制自体が、「誰によっても支配されたくはない、自分だけに服したい」という自然的自由（の願望）の社会的自由へのメタモルフォーゼーこれも一種の妥協であろう—であるし、議会制も政治的自由と「分業」との妥協であった。

（上述）ここで取り上げるのは、多数派と少数派との妥協のことである。議会制民主主義のアキレス腱として、しばしば多数派の専制からの少数派保護という課題が提起されてきたが、もちろん、ケルゼンの議論もこの点にからむものである。ケルゼンによると、多数派は少数派の存在を前提するのだから、多数決原理は正確には「多数・少数決原理」と呼ばれるべきだ、そこで、多数決によって決定され運用される社会秩序が少数派の利益を完膚なきほどに否定することのないことが担保されるべきだ、ということである。ただ、多数決は、概念上、もしくは定義上、必然的に少数派を前提とするということ自体は分析命題に過ぎず、あるいは単なる気休めでしかないのではなかろうか、という疑念も出てこよう。そこで、ボームとともに、法的側面からはケルゼンの(A)憲法裁判権論について（これは、次項の⑤で）、(B)第二に、ボームの独自の見解であろうが、ケルゼンにおいて、多数派と少数派との妥協は「契約」の理念によって理解しようという点について触れておきたい。ルソーの「社会契約」論を、実証主義の客観的な、法の基礎づけにとって採用できないとして、これをケルゼンが斥けていることを考えただけでも、ユニークな見解であろう。もっとも、妥協compromiseとは、一緒にcom（冗語ではあるが）約束するpromiseことであるから、あながち、この点に関するボームの見解は突飛なものとはいえないであろう。

まず、後者(B)から見ていくと、それは、この契約故に、多数派が少数派に対し暴力的な行為をとることのないように「重し」が働いて、歯止めになるだろうということである。逆に、少数派からすると、多数派の決定した法規範に服することを、契約の理念が重しとなって、余儀なくされる、ということである。このように、妥協ということが一種の契約のごとく取り扱われることで、多数派・少数派間の勢力関係が恒常的に変化し、いわば社会変化が促される。民主制とは、かように動態的な政治統合を可能とする。

ケルゼンがフロイトの心理学から多くを学び取っていることが知られている

が、妥協＝契約が民主制の安全弁として、政治的不満、情動を適度に排出してくれる。専制においては政治的情動が抑圧されて、個人の内面に鬱積され、限度を超えると革命が呼び起こされる。

ボームは、ケルゼンの比例代表制論も、この(B)の視点から説明できるとしている。議会での妥協が政治的安全弁として有効に機能しうするには、議員が各政治勢力を代表するものとして選出されるべきなのだ、と。国家＝政治体は堅固な一枚岩の統一体というよりは、意見・価値観の対立をかかえる無数の集団・団体—政党もその一つである—から成る。選挙で各政党が得た得票に応じて議席が配分されることが、民主制の理念にもっとも接近する所以である。ケルゼンが、このように利益対立の解決の手段としての「妥協」について思索を巡らせたのが、とりわけ、社会対立・階級対立が激化した戦間期のことであった。

(p. 31)

もとより、ケルゼンの見解には、妥協への楽観視がある、という批判もありうるところである。同時代における批判の他に、今日の政治理論においてもコンセンサスを強調するハーバース、ロールズの見解の向こうを張って、たえざる紛争・対立の視点からこそ、真に「政治的」な民主制が構想できるのだ、という「ラディカル・デモクラシー」論が、ある意味でC. シュミットの政治理論と共鳴しているのである⁽⁴⁾。

⑤次いで、(A)憲法裁判権論というトピックに戻ろう。ケルゼンは、戦間期に、民主制論と憲法裁判権論とを結合する恰好で展開している。また、周知のようにオーストリア憲法裁判所の父とも呼ばれている。憲法裁判権に反対の見地へのケルゼンの応答については、拙論でも少しく言及したので、ここではボームの指摘を二点だけ、紹介しておきたい。(a)それは、ケルゼンの憲法裁判権論の法的・政治的関心が、あくまでも民主制における権力分立という視角に規定されたものである、ということである。(p. 38) (b)もう一つ、それはケルゼンにおいては、多数派の専制から少数派の権利を擁護するという重要な役割が憲法裁判所に期待されていた、ということである。(p. 39) 民主制にとって、少数派が政治的に、ということは実勢的に存在することが不可欠の条件である。そうすると、多数決原理とは正確にいうと多数・少数決原理というべきだというケルゼンの主張が、単なるレトリックか、単なる気休めでないのであれば、ぜひとも憲法裁判権が民主制のなかに樹立されていなければならない、という

ことになろう。また、少数者の権利保障が書き込まれた憲法典が単なる一篇の紙、不完全な法であるべきでないとするれば、やはり憲法裁判権の存在が不可欠であろう。以下、5. (1)でも少し関説したい。

〈注〉

- (1) 拙稿・前掲記念論集所収, 99頁以下。
- (2) ケルゼンにおいて、ルソーへの言及のしかたに重心移動がみられることが指摘されているところである。Vgl. M. Jestaedt, O.Lepsius, a.a.O., xxviii.「本質と価値, 初版」ではまだ、ルソーの影響が強く、代表についても「同一性」的理解が濃厚であるが、「同, 第二版」において国家形式と世界観との関係が強調されてくると、代表についても分業での説明に重心が置かれる。
- (3) 議会制を分業で説明することを批判して、むしろH. ヘラーのように下からの民主的正当化論によって説明すべきだ、ケルゼンの論法はこの視点を回避しているという見解として、P. Pasquino, 'Penser la démocratie: Kelsen à Weimar', in: C.-M. Herrera (dir.) 1995, p. 119ff. (128.)
- (4) Ch. Mouffe, 'Penser la démocratie moderne avec, et contre C. Schmitt', RFSP 1992, p. 83ff.

4. 法と国家, および神と国家について

(1) 国家の統一性を担保するのは、何か。社会学的なものか、政治的なものか、それとも法的なものか。第一戦後、ケルゼンも含めてドイツ国法学者たちにとってはいやおうなしに差し迫ってくる宿命的な問題であった。法実証主義 vs. 反・実証主義をめぐる方法論争も絡んで、見解の分布は複雑な様相を呈した。

ケルゼンの見解といえば、周知のように、国家とは法秩序に他ならない、とうものである。国家は、諸個人の意思に還元しえない客観的意思をもつ。ある論者が法の統一性の根拠を社会学的なものに求め、あるいは別の論者は政治学的なものに求めようとする。ここでは、ケルゼンが批判しているもののなかから、二つだけ取り上げておこう。一つは、ルソー流の一般意思論、共同利益論である。ケルゼンによれば、そうした見解は法律とは一般意思の表明であるというが、国家内部に現に発生している紛争・対立を押し隠すものでしかない。このような見解が、「国家意思」の概念に一定の現実性を与えて、抽象的なものをあたかも現実存在であるかのように実体化して、国家があたかも人格を持

つかのごとく扱うことになる。ケルゼンは、このような擬人化に、未開人の思考様式が名残をとどめていることを指摘している。(GT, p. 185)

もう一つ、ケルゼンが批判したのが、被治者に対する統治者の支配権力をもって国家であるとしたM. ウェーバーの見解である。仮に—ケルゼンの見地からは一步譲り—「社会学的に」考察するにしても、唯一者の命令が国家の起源であるというよりは、命令・服従の実に多くの行為の総合が、せいぜい社会学的に国家として表象されるのである、というのである。社会学的にせよ、心理学的にせよ、現実複雑で多元的であるから、統一性は法的にのみ、つまり法学的にのみ思惟可能である。(GT, p. 175ff.) 政治の現実は多元的であり、無限に紛争・対立を包蔵しているのであり、易々と「政治的統一」を語ることは、紛争の止まない現実に美しすぎるオーラをまとわせることなのである。

(2) ボームはこの論脈(1)に、「神と国家」の関係という、もう一つ重要なテーマを絡ませている。ケルゼンが、神・神学と国家・国家学の二元性を持ち出すのは、結局、国法から自由な国家という觀念の危険性を剔抉するためである、というのである。(p. 44) 神学が、神と世界(宇宙、自然)との関係を問うことと、国家学が国家と法の関係を問うこととの間には、および同様にそれぞれの系列上に派生するさらなる間に答えを与える見解の間には驚くべき平行性が認められるというのが、ケルゼンの見解である。ケルゼンにとって、神も国家もそれぞれの意味で二つの抽象的な思想が人格化されたものである。世界、宇宙の秩序が神の姿に具体的に表象されるとすれば、国家とは、法秩序が人格化されたものに他ならない。法秩序が人格化されることで、つまり国家が法人として表象されることで(国家法人)、特定の行為が国家に「帰責」されることが可能となる。これだけならば、有用な法技術であり、ケルゼンも人格化自体を否定しない。その実体化を批判するのである。そうすると、法秩序とは独立に、あたかも国家が存在するかのごとき推論にはまってしまうからである。倫理学・自然科学とは独立に神学が存在するが、神学が、超自然の神を見るごとく、法と国家の二元論は、一元論と違って、法を超越する国家を想定する。

以上のように、法と国家の二元論には、まず、人格化=擬人化への、さらにその実体化への人間の止み難い二段階の傾向性が観取される。法秩序をまず国家法人として擬人化するが、その法技術性が自覚される限りは有用である、し

かし、この線を超えて国家法人が実体化され、法を超越する存在と観念されてしまう。この思惟の動きは、神がまず人格化され、次いで実体化されて、自然界に介入し、これを支配するという表象とパラレルである。自然法則を超える現象である「奇跡」に、宗教的「真理」が啓示される、という思惟様式と同型であろう。世界・宇宙は自然法則によって支配されるが、神はその自然法則を支配する、とされるのである。

同様に、伝統的国家学は法の奇跡に訴えて法的には説明しえない現象を説明する。例えば、正義の国家でさえ、不法な行為をする。あるいは正義の国家でさえ、不正・不法を許容する。これが、法の「弁神論」であり、教皇の不可誤謬性論と同様の思考様式でもって、それでも国家が誤りを犯すことはない、とされる。

神は人間を超越する存在であるが、一というよりは、だからこそ一、人間の世界との間に調和ある関係を取り結ばねばならない、とすると神もまたどこかに人間と共通する属性を持つてはならない。この難題を切り抜けるために、神がこの世に受肉したという「奇跡」が持ち出される。(p. 47) それこそキリストと呼ばれる人であり、この人を介して神の「自己制限」というモチーフが世俗の法の世界に示唆されるのである。同様の思惟様式で、国家が法を超越するものでありながら、国家は自らの権力を制限して法にしたがうのであり—いわゆる国家の自己制限論—、その結果、法と国家は調和するのである、というわけである。

ケルゼンが神学と国家論との平行性を批判的に検討したのも、シュミットの政治神学への対抗性を意識してのことである、というのがボームの見立てである。教会の諸制度をモデルにして国家論を展開するのがシュミットの政治神学であった。「代表」の再定義がその主要例であり⁽¹⁾、それは、共和主義のワイマール憲法のなかに超越的なもの、例えば緊急権をあらためて復権する意図を持ってのことであった。教皇の無誤謬性とパラレルに、世俗政治の世界での主権の不可誤謬性が要請される。緊急時には、主権は平時の合法性を破ることができるのだ、というのである。(p. 49)

政治神学をめぐるケルゼンとシュミットの対照性の背景には、法と政治の関係の把握についての両者の対照性がある。シュミットにとって、法と政治は—内容的に一峻別されるべきであり、政治の世界での主権は法によって吸収しき

れない。ケルゼンの場合、これに対し、法はなるほど人間の政治による産物であるが、つまり、この意味で、法は政治である。この点が、憲法裁判権をめぐる両者の見解の相違にも表れてくるのである⁽²⁾。

〈注〉

- (1) 拙稿「憲法思想にとっての神と国家」高岡法学10巻1, 2合併号25頁以下(39頁以下)。
- (2) 拙稿「ヨーロッパ統合のなかの、憲法裁判とデモクラシー」高岡法学7巻1, 2合併号1頁以下(25頁)。

5. ケルゼンの民主制論と現代国家

以上、ボームの論述に沿って、ケルゼンにおける民主制が「自律、自己統治」を出発点に据えるものであることが確認できたと思う。この自律・自由という主題が、議会制、複数政党制、多数・少数決原理・憲法裁判所などさまざまな形となって、「現実」民主制の世界にさまざまな変奏を演ずるのであった。ところが、このようなケルゼンの焦点の合わせ方こそが、その思考に一定の制約を課すことになったのでないかという意味深長な留保が、ボームによって付されているのである。(p. 51, fn. 2) これは、旧拙論などでも触れたことだが、ケルゼンの民主制はすでに一定の枠づけをほどこされたものであって、存外、起爆力を多かれ少なかれ剥奪されたものでなかろうか⁽¹⁾、という今日の論者による批判とも相通ずるところがあると思うのである。

ボームは、ケルゼンの民主制論の今日性を理解すべく、最後に二点、詳述している。(1)今、上に触れたように、自己決定の原理とそれに付される制約について、(2)被治者に対する統治者の責任を確固ならしめるべくありうる諸方法についてである。

(1) 自己決定・自己統治への諸制約について一。自由の理念が現実世界にもろもろの制度として結実していくということは、反面から見れば、民主制の可能性が限定されていくことでもある。この点について、ケルゼンは民主制の「特定の」形態を、つまり立憲的、議会制民主主義を擁護しているのだ、という読みをボームは与えている。(p. 52) 二つの理由からケルゼンは、自由の理念=自己統治の理念が限定されている、という。①直接的自己統治=直接民主

制がさまざまな理由から実現困難であり、議会制と多数決原理が不可避的かつ不可欠である、としている。②上へのべた多数決原理(①)がまたある種の危険、多数者の専制という危険を生み出すので、これへの対処から、自由の理念はさらに限定される。この二つのうち、①の論拠はむしろ通説的なものである。より論争的なのが、②の論拠である。以下では、多数決専制への防波堤としてケルゼンが提示している、二つの制約について、今日的議論のなかでのその意義について少しく考えてみたい。(A)多数決原理への法的制約、(B)同様に、その政治的制約についてである。

(A) 憲法裁判権(違憲審査権)について。旧稿でも少し述べたことだが、ケルゼンの民主制論にはしばしば「形式主義」という批判が浴びせられたが、その実、一定の質、この政治形式を可能ならしめる何らかの「同質性」を条件(前提)とするものである。これがケルゼンの民主制論における、上方での、一定の質的側面だとすると、同様に、下方では憲法裁判権論のなかに、質的要素が表れている。それは、つまり、民主制が単に多数決、いわば「数」の問題ではなく、「多数・少数決」(前述)として、やはり決定の「質」を考慮に入れる議論なのである。

ボームの理解では、ケルゼンの憲法裁判権は権力の暴走を歯止めする権力なのであって、むしろ権力分立を守るメカニズムである、とされる。この点で、ボームはケルゼンを民主制論—憲法裁判権論を現代の立憲民主制論(R.ドゥオーキン, J.H.イリィら)につながる系譜に位置づけているのである。(p. 53)

(B) ケルゼンの政治理論が長い間、閉却されてきたことは、冒頭に述べた。同様に、というよりはそれ故に多数決を緩和する政治的しくみについてもケルゼンが多量のインクを消費していることも忘れられてきた。上述したことだが、ケルゼンの民主制論にはさまざまな「妥協」が組み込まれている。比例代表制論が注目されたのも、この視点からであった。多くの政党が得票と政権を求めて競い合う過程においてこそ、妥協に至る蓋然性が高い。比例代表制では、得票に応じた議席が与えられるので、多数派が少数派を無視するわけにはいかないからである。「妥協」とは、多数派が権力を乱用するリスクを低減するための議会制の工夫の一つなのである。1920年代ヨーロッパにおける民族、階級、利益対立という背景をふまえて、民主制にも不断の対立が伴う以上、その存続のためには妥協が不可欠である、と。(p. 54) ケルゼンにとって妥協とは政治

的差異のバランスングであり、妥協に際して、対立しあう立場の中間が採られる公算が高いと考えるものである。このような見解は、今日の急進的な「差異の政治学」「ラディカル・デモクラシー」論からすると、大甘で楽観的に過ぎるとみられるかもしれない。このことが、ケルゼンにとっての論敵、シュミットの政治思考が近年、再評価されていることにもつながっているわけである。

ところで、ボームは「妥協」をめぐる次のような問題点をあげている。①妥協を強調することが、同様にケルゼンの民主制論が重視する「命令的委任」論と矛盾しないか、ということである。②多数派の自己制限としての妥協という事柄が、あらゆる議会制民主主義に同様に適合的であるのか。③妥協の作法が、民主制にとって「典型的」なものといえるのか。④もし、多数派形成がそのように首尾よく自己制限的なるものならば、なぜ、多数決を制約するもろもろの工夫が検討されねばならないのか。このうち③④の問題提起もしくは批判に対しては、私見としては、ケルゼンの妥協論とは、せいぜいのところ民主制ないし議会制においては相対立する諸政党が妥協にいたる「蓋然性」が高い、ないしその傾向性が強く見られるということである。それは、議会制の慣行・実例に照らして、つまり経験に照らしてそのように言えるという程度のことであり、それ以上でもそれ以下でもない、とうことに注意を向けたい。ボームが③の論脈で紹介している通り、近年の独裁制研究によると、独裁政治においてさえ、反乱の危険が充進して差し迫ったものになるならば、妥協へのインセンティブが働くという。(p. 57) この点を考慮すると、それでも民主制・議会制において一層、妥協への重しが働きやすいという趣旨として、ケルゼンの見解を理解しうるであろう。また、妥協というものが、多数派専制のリスクを押し下げる一つの(あくまでも一つの)工夫でしかないことは、すぐ上に述べた通りである。

①の趣旨の批判については、なるほど、有権者の意思に議員が法的に拘束されるという命令委任論と、議員・政党の交渉を重視する妥協論(妥協とは、交渉のなかで成立するものだから)との間には、溝があるようにも思われる。民主制とは、交渉であるとは、イタリアのケルゼニスト、N. ボッピオの言葉であるが、ボッピオならずとも同様に考える人は少なくないであろう。確かに、有権者を代表し、かつ、裁量権を有する者の中で交渉がなされ、妥協に至るということは、命令的委任論を掘り崩すことになるのかもしれない。だが、私見

では、有権者からの命令によって拘束された範囲内での交渉・妥協ということならば、論理的には何ら矛盾しない。②の問題提起に関しては、多数決にはそもそも概念必然的に少数派が「前提」されているとして、そのため多数決には自己制限が内在している、とケルゼンは考えている。だが、これほどに楽観的になり切れなかった論者としてH.ヘラーの名前がボームによって挙げられているのが、興味深いところである。(p. 56)ヘラーは、民主制のためには統合のメカニズムが確保される必要がある。とりわけ、宗教・言語ゆえの少数派が政権に就くことのできる見込みがなければ、多数派・少数派の関係が一層悪化することが危惧される、としたのである。ヘラーのこの指摘をうけて、私見では、多数決が「前提」する少数者とは、このような「見込み」のある、つまり実勢的な少数者のことである、と再解釈できるのでなかろうか。

(2) ボームは最後に、統治者の「説明責任」を強化するという今日的議論との関係でも、ケルゼンが強力なよりどころを提供してくれるとする。とりわけ、ケルゼンによる議会制改革論に注目して、そのなかには今日でも議論されており、重要な示唆が含まれている。ただし、そのなかには逆に、もうすでに実現されており、現在から見るとそれほどには重要でないプランがある、と腑分けしている。

まず、すでに戦間期にケルゼンが公開性・透明性の原理を提唱した当時、ほとんどこれらの原理は知られていなかった。そうした時期に、これらの原理を民主制の構成要素として位置づけていたことの見込みが指摘されるのである。議員は少なくとも有権者に質的に優位しているわけではない。また、ケルゼンにおいて「指導」は相対的な価値にとどまり—この点は、シュンペーターと比較して特徴的である—、議員は有権者の批判にさらされるべきである。有権者の批判精神を支えるためにも、議員、さらには政府に関する情報が公開されるべきなのである。専制では、「機密」が重宝されるが、民主制では、公開性が、議員・政府の説明責任が不可欠である、という論理である。まさに、権力行使へのコントロールのために「公開の原則」が不可欠とされる。これに対し、専制のもとでは、この原則が欠けているので腐敗さえもが明るみに出ない (FD, p. 29f)、とは至言であろう。

有権者と代表者の関係を命令的委任によって強化するが、他方でそこに政党が介入するという論理も、ケルゼンの見解のユニークなところである。この点

については上述したが、政党が市民社会と政治社会とを橋かけるものとして、これをケルゼンが重視することについては、さまざまな批判が提起されている。確かに、大衆民主主義が一層、進行しているなかで、政党への懐疑・嫌気は深まるばかりである。よきにつけ、あしきにつけ、民主制の質を規定しているのは、放送やジャーナリズム、さらに今日的には、ネットであろう。ポームの位置規定によると、ケルゼンの民主制論は、「政党民主制」が左右双方向から挟撃されていた（「政党独裁」）、かの時代の落とし子である、というのである。

以上を総括してポームは、非・多数派民主制論、つまり少数派に着目した民主制論、比例代表制論、民主制における「妥協」の要素の解明、政治過程の公開性と説明責任論、さらに憲法裁判権論の点で、ケルゼンの政治理論には尚も学ぶべきところが多いとしている。しかし、議員への命令委任論、議員・政府の説明責任を理論化する際に、政党の役割を過度に重視している点は、今日すでに通用力を失っている、と論定している。ポームの本研究は、ケルゼンの認識論的相対主義、およびこれと相関関係にあるところの法実証主義の法理論をふまえつつも、その政治理論・民主制論に焦点を合わせたものとなっている。その民主制論のうちにも今日依然として有効な部分と、逆に今日性を喪失した点を併せ持つとして、腑分けする手法は、批判的で、かつ鮮やかであると思う。

〈注〉

- (1) 拙稿「ケルゼン、シュミットと今日の憲法基礎学・民主制論」高岡法学14巻1, 2 合併号65頁以下(93頁以下)で取りあげた、C.-M. エレーラの見解も、その一つであろう。さらに、オーストリアのTh. エーリンガーも次の様に述べている。ケルゼンには、確かに古典的な議会制を直接民主制で補完するという方向での改革論があった。しかし、現代の参加デモクラシー論にとっては、単に議会制の補完ではなく、人々が具体的問題のレベルで日常的に直接関与できるということが必要なのである。つまり、参加民主主義にオリジナリティがあるとすると、古典的な代表民主制とは異なる組織・手続きを備えたものでなくてはならない。この手続き・組織は無限の可能性として開かれており、それだけに想像力が問われる、……云々。Th. Öhlinger, 'Representative, direkte und parlamentarische Demokratie,' in: W. Krawietz, E. Topitsch, P. Koller (hrsg.) a.a.O., S. 215ff., (222ff.)

* * *

この小稿を結ぶにあたり、ポームが本書のタイトルとした「民主制の擁護」ということの意味を考えたい。有り体に言えば、少なくともケルゼンの民主制

論には、科学的認識だけにとどまらず、その人格的深みから絞り出された、一種の信仰箇条の告白のようなものも含まれているのではないと思われる。その点は、小稿の冒頭でも、イエシュテット、レプシウスとともに仄めかしておいたところである。認識論的相対主義かつ法実証主義の見地から、法秩序の客観的で正確な叙述のための道具を提供するという使命と、左右両側から包囲された民主制を「擁護」という課題が、ケルゼンにして必ずしも予定調和的だったとは言えないかもしれない。実際、ケルゼンは次の様な言い方をしているわけである。絶対的正義は、人間にとっては手の届かない夢である。それでも、私にとっては、学問の自由が（相対的な）正義である。但し、それは同時に民主主義にとっても、その構成要素である精神的自由のなかでもとりわけ大事な自由である、と（FD, p. 28.）。この言い方からは、民主制を直接的に、というよりは、私が愛する学問の自由が民主制のもとでこそ栄えるのだから、その民主制をも私は擁護するという、やや間接的な響きがするかもしれない。しかし、このような問題性をかかえざるを得ないことは、ケルゼンの場合は、むしろ学問的方法論への忠実さの裏返しであり、方法論への一貫性の証ではないであろうか。相対主義・法実証主義に立ちつつ民主制を「擁護する」という重い課題の前で、学問することの意味を一個の人格の深みから発せられた表現として受け止めたいと思うのである。小稿「0. 序」で挙げられたA、B二つの見解のうち、私見はやはり後者を採用するのである。

（2017年11月30日脱稿）