

〈研究ノート〉

ハンス・ケルゼンの政治学・雑感

堀内 健志

目 次

- I 序、学説の理論的意義と政治的意義・役割
- II 法段階説の二つのとらえ方
- III 憲法裁判権の正当性をめぐる議論
- IV 結び、実定憲法論の位置

I 序、学説の理論的意義と政治的意義・役割

(1) 最近の文献とこれまでのわが国の憲法学界
最近の文献に、Tamara Ehs (HG.), Hans Kelsen-Eine politikwissenschaftliche Einführung, 2009 というのが目に留まった。

「ハンス・ケルゼンの政治学入門」？ これは何？日本の憲法学に多少なりとも携わってきた研究者にとり、何だこれは、と感ずるのであろう。

わが国では、H・ケルゼンの名前は、憲法学界においては大変に有名である。少なくともドイツ語圏の憲法学にとり、最もよく知られている人物の一人と言っても過言ではなからう。しかも、従来のわが国の憲法学においては、H・ケルゼンは「純粋法学」をもって知られている。純粋法学の立場から、とくに19世紀末から20世紀にかけての帝政ドイツにおける当時の公法学上の法理等についてそれらが政治的要請を含んでいることを指摘するイデオロギー批判に徹底したことで他の追随を許さない。つまり、時の政治学的要請から区別した法理論の確立に貢献したのであった。

そして、わが国において、戦中から戦後、そして今日に至るまで、法学、とくに憲法解釈学の客観性ないし科学性を追求する多くの研究者が何らかの形でケルゼンの純粋法学の影響を受けているとすら言えよう。

(2) 菅野教授と樋口教授

昭和42年に東北大学大学院で憲法学の研究を始めた当時、菅野喜八郎教授の演習でケルゼンの『純粋法学第二版』の原書講読を受講した。稿者にとりこれがケルゼン研究の最初であった。当時のわが国憲法学は、美濃部達吉教授の後、宮沢俊義、清宮四郎教授の憲法学が主流を占めていた。この両教授ともに、ケルゼンの研究を経て、それぞれ同じではないがその影響下で様々な業績を公にされていたのである。宮沢俊義教授の例えば国民代表概念に対するイデオロギー批判なども法理に含まれる事実を隠蔽することに対する鋭い批判として、わが国の学界での共通理解として後世に影響を与えている。清宮四郎教授の国家作用論には、法段階説的な国法体系論が控えている。

しかし、こうした学界の状況に対して、菅野喜八郎教授は、ケルゼン学説のより厳密な理解に基づく徹底した憲法理論構築の必要を唱えていた。

宮沢教授のいわゆる八月革命説は新憲法の妥当性を根拠づけるのが昭和20年8月のポツダム宣言のわが国の無条件受諾時とするものであるが、この八月革命説はしかし、実際そのような革命があったという事実は存しなかったのみならず、実はこの新憲法という法規範を事実とその妥当根拠を求めるという法規範と事実との二元的把握に反するもので

あった。新カント学派に基づくケルゼンの純粹法学は、事実から法規範は成立し得ないものである。

また、清宮教授の国家作用論は、国の法規範が憲法—法律—命令のごとくに法段階説的に構築されていることについて、これを直ちに実定憲法体系がそのような構造をなしているものと断定することになってしまうならば問題がある。新カント学派の法理論はもともと法規範は法規範の授権関係によって妥当性が認められるとするものであり、個々の国家の実定法体系がどのように構築されるかを特定するものではない。また、出発点としての根本規範は、事実上の制憲行為ではなく、あくまでも憲法の妥当根拠となる仮言命題に留まるものである。こうして、菅野教授の通説批判は、純粹法学のより徹底した認識によって再構成されなくてはならないとするものであった。そして、新正幸教授による憲法理論もこのような純粹法学の認識に基づく展開であったのである⁽¹⁾。

ところで、いつの頃であったか記憶が定かではないが、ある時樋口陽一教授が、ケルゼンについて政治的主張もあり得るのではないか、例えば民主制論などでは、と言われたことがあった。つまり、ケルゼンにも認識論だけでなく、積極的にあるべき憲法論を主張していることがあったのでは、というのである。そのときは特に気を留めることは無かったのであるが、今回「ケルゼンの政治学」をテーマとするときにふと思い出したのである。

しかし、「民主制」は、ケルゼンの『一般国家学』においては法創設方法の問題であり、法受範者の合意によって法規範が創設されることの一局面であると位置づけられる。従って、法規範学上の一態様に過ぎないことになる。それを良いとか悪いとかいう問題ではない。他方で、ケルゼンに『民主制の本質と価値』という著作があり、これは法規範の認識論とは異なる積極的な政治的主観的選択

を意図していると言うのであろうか⁽²⁾。

(3) 純粹法学の理論構造そのものの価値とその学説の政治的意義・役割

それでは、一体これらの事情をどのように理解することができるのであろうか。

うえに見たように、少なくとも戦後わが国の憲法学において、ケルゼンは「純粹法学」の創始者として、高い評価を獲得してきたと言って過言ではあるまい。そして、わが国憲法学に与えた影響も甚大なものがある。

ケルゼンをこれとは別に、西欧の政治学者として位置づけて、研究されてきたとは言えないだろう。知る限りでは、ただ一つ兼子義人『純粹法学とイデオロギー・政治—ハンス・ケルゼン—』（法律文化社、1993年）は、「純粹法学」じしんの政治的意義を問題としていた。この兼子教授の研究は、「純粹法学」をある立場、マルクス政治学の立場から見て様々と疑問があることを指摘している。政治的研究として見て不十分ではないかと批判している。「純粹法学」に対するイデオロギー批判を試みているのである。

うえに触れた樋口教授の言われる意図は、よく分からないがケルゼンの「民主制論」について、「純粹法学」を超えた政治学的立場を主張するものと捉えるべきだということであったろうか。

しかし、わが国で、例えば『一般国家学』で展開されているケルゼンの理論を、何らかの個別憲法論上の立場の表明であるとか、また近代立憲主義的議会制民主制といった特別憲法学上の立場の表明であるとして受けとめられているというよりも、そういったイデオロギーを含む立場表明から区別された、一般的な国家理論としての法理論であると理解されているのではなかろうか。そして、このような法理論も他方では、時の政治的背景などを考慮すると、それでも何らかの政治的立場に寄与しうる内容であることもあり得よう。

例えば、ドイツの君主政の原理に支配され

た憲法制度や憲法学説に対して、これらを打破して民主制への方向で発展し得る歴史的流れに資するような理論の提供としての役割を果たすと言うことは考えられる。確かに、ケルゼンの『一般国家学』の展開は、多くの場面で19世紀帝政ドイツに確立した立憲君主制、君主政原理に基づいた国法学の諸法理について批判の対象としていて、そこで言う法理論が決して絶対的なものではなく、例えばその後の民主制においては克服されなくてはならないものであることを「純粋法学」の帰結にも照合することを通じて説明することがある。

そのような形で、ケルゼンの「純粋法学」がその時代に果たした政治的意義・役割という視点からある任務を果たしたと言えなくもない。

しかし、ここで確認しておくべきは、ケルゼンの『一般国家学』において、静態学と動態学を区別して、静態学では、国家と法規範の意義や内部構造をもとに法規範秩序の人的、空間的通用範囲など詳細に分析し、動態学においては、法規範秩序の創設・適用の段階的構造や法規範秩序の創設機関、法規範創設方法など体系的に一般的理論として法規範秩序を中心とする諸問題を位置づけているということである。これらは、少なくとも、個別憲法の解釈でもなければ、近代立憲主義の特別憲法の類型的解説でもない。一般法学理論である。こうした区別を念頭に置きながら、具体的憲法上の論点について少しく検討をしておくことにしたい。

II 法段階説の二つのとらえ方

(1) 「法律・命令」論での意義

君主政原理が妥当する19世紀末ドイツにおいて、法律から自由な行政領域が存在すると説かれた。これが当時「法律・命令」論として議論されたのである。民主制が浸透してい

くなかで、そのような法律から自由な行政領域は認められないとして批判された。これは、ある種の権力分立論の問題として位置づけられた。近代立憲主義憲法の内容に関わるものであった。

(2) その政治的要請

一方において、ケルゼンの法段階説は、このような「法律・命令」論上の議論に対して、上記のいわば伝統的支配学説をこれが当時の政治的要請を主張する一つのイデオロギーに過ぎないと批判し、自らは法律から自由の行政領域は認められないとするいわば民主制的立場に与するような機能を果たした。これは全部留保説として説かれた立場であった。前者の伝統学説は、侵害留保説としてO・マイヤー等によって確立した見解である。

(3) その哲学的根拠と公法学的論争

しかしながら、ドイツ公法学上展開されたこのような論争は、まさに権力分立を前提とした法内容的な議論として行なわれたのであって、果たして、ケルゼンの立場が真にこのような議論における一方の立場を擁護することを意図したものであったかどうかということは、検討の余地があって、稿者は長年にわたり、そのような理解はミスリーディングなものだという主張を繰り返してきているのである。

純粋法学における法段階説の理論は、もともと新カント学派の哲学的立場を背景としている。方法が対象を規定するという認識論から純粋な法学の方法からは法規範のみが学問の対象として認識される。そして、この法規範はより上位の法規範が定める国家機関と制定手続規定によってのみ創設されるのであり、事実からは生成され得ない。そしてまた同様により下位の国家機関と制定手続規定によりその法規範は具体的に適用されていく。従って法規範の創設と適用は法の段階構造の中では相対的なものである。例えば、法律から自由な、切り離された命令というのはあり

得ないという「法律・命令」の関係も、このような法規範の段階構造のいわば一例として語られ得るに過ぎないのである。具体的には、個々の実定法制度がそのありようを定めることになる。

Ⅲ 憲法裁判権の正当性をめぐる議論

(1) オーエン氏の「憲法の番人」をめぐる H・ケルゼンとC・シュミット論争への投影

ドゥイスブルグ大学の政治学の教授であるR・C・van オーエン氏 (Robert Chr. van Ooyen) は、「多元主義的民主制における憲法裁判権の機能と“憲法の番人”をめぐる論争」(Die Funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit in der pluralistischen Demokratie und die Kontroverse um den "Hüter der Verfassung") と題する近年の論文において (in : Herausgegeben von Robert Chr. van Ooyen, Hans Kelsen Wer soll der Hüter der Verfassung sein ? 2008⁽³⁾)、1930年前後のドイツのヴァイマール期に展開された「憲法上の憲法の番人は誰か」をめぐるC・シュミットとH・ケルゼンとの間の論争を取り上げている。C・シュミットは、当時の政党の乱立、社会的諸団体が分裂している状況下において民族・国家を統一する正当性を有するものは大統領以外にないという主張をした。これに対して、H・ケルゼンは、議会主義民主制のもといずれか一つの権力が絶対的に権力を独占することは認められず、議会、大統領、そして裁判所それぞれ国家機能を行使する多元主義的民主制の下、しかし、いずれも適法性を維持するためには、司法的コントロールが全ての国家権力に及ぶことが必要であるとして、C・シュミットを批判した。ここには彼の憲法裁判所についての構想が控えていたのである。

さらに、ここでオーエン氏による上記論稿の展開によるとつぎのようである。19世紀後半に確立した伝統的ドイツ国法学において

は、1928年の国法学者大会でのH・トリール¹の所説に代表されるごとく政治的性格を多分に含む憲法問題は少なくとも純粋な法律適用を任務とする司法判断には適合的でないと考えられてきた。政治と法とを区別する法理論が主流であった。権力分立と憲法裁判とは両立し難いものと考えられた。

これに対して、H・ケルゼンにおいては憲法段階であれ、立法段階であれ、国家機関による法規範の創設・適用の性格を持つことでは共通している。法的問題であること。一方だけが政治で他方だけが法であるということではない。そして、法段階は最終的には憲法裁判所によって適法性の判断を受けることになる。法から独立ではあり得ない。また、特に議会主義民主制においては、多数派によって決定される立法に対して少数派の弱者は個別的事件においては、保護される必要があり、それは裁判所で権利救済が必要である、という関係が成立している。従って、多元主義的民主制のもとでは、権力分立と憲法裁判所とは調和的に構成され得る。憲法裁判所の権限は、立法等の法適合性を判断することであるが、ここには「消極的立法」作用を含むがそれは法段階説から見ても法規範の創設作用として当然認められ得るものである。

(2) 宇都宮純一教授の『憲法裁判権の理論』(信山社、平成8年)は、R・スメントらのドイツ憲法学及び戦後連邦憲法裁判権とH・ケルゼンの立場を親和(相似)的に描いている。

最近、ペーター・ヘーベルレ・畑尻剛・土屋武編訳『多元的民主制における憲法裁判—P・ヘーベルレの憲法裁判論』(中央大学出版部、2014年)が公刊された。ヘーベルレはドイツ公法学の中ではR・スメント学派のK・ヘッセの弟子であるようだが、多元的民主制における憲法裁判所というテーマはスメントというよりも、前記オーエン氏のケルゼン理解に基づく近年のドイツ公法学の事情を

伝えるもののように見える⁽⁴⁾。

そこで、実は上述の宇都宮教授の研究は、時間的にはそれより早い時期にもなされた先行研究として注目されよう。宇都宮教授のドイツ公法学研究は、もちろん19世紀後半の伝統的法実証主義的国法学や、その他の様々の法学者の理論についても憲法裁判の初期的な萌芽を訪ねているが、研究の中心は、ヴァイマル憲法期以降のドイツ及びオーストリアにおける新しい憲法体制のもと憲法裁判権についてのその理論的位置づけに向けられている。そして、このような問題設定からすると、一方ではドイツにおける、まずはC・シュミットのライヒ大統領を「憲法の番人」とする主張と精神科学的な新しい科学方法論によるR・スメントの国家統合理論からの裁判の位置づけ、及び戦後のドイツ基本法のもとで実定憲法化された憲法裁判所、そして他方ではオーストリアにおける実定憲法化された憲法裁判所とその導入にも関わったH・ケルゼンの法理論が主要な研究テーマとなってくるのは当然であろう。

しかし、C・シュミットの「憲法の番人」は憲法裁判所には否定的であるし、R・スメントの統合理論においても、直接国家機関としての憲法裁判所を要求するという理論的帰結をもたらすものではない。国家・政治的統合と法的正義・価値による精神的統合とは一応区別されている。ただ、これらのいずれにおいても19世紀的近代立憲主義に見られた国家・社会の二元論的構造はここに克服されている。そうしてみると、その点においては、H・ケルゼンの純粋法学も同じである。一方は政治的法学、他方は純粋法学という全く異なる方法論に依っているが。統合理論であれ、純粋法学であれ、そこに動態的考察方法としての共通性を見ようとする。このような図式でケルゼンを扱うのは、わが国の憲法学には珍しく、むしろオーストリア・ウィーンのケルゼン理解を反映するものなのだろうか。

戦後のドイツ、オーストリアにおける憲法裁判所の確立及びその発展ということに視点を向けて、そこにおけるH・ケルゼン理論の復権、ケルゼン・ルネサンスが語られているが、ここにいたる経緯について宇都宮教授は「黄昏のケルゼンからケルゼン・ルネサンスへ、そして」と題して、つぎのように説明するところがある。少し長くなるが、引用しておこう。

《「憲法の番人」をめぐるシュミットとの論争が行なわれていた当時、ケルゼンは既に、彼が「最愛の兄」と呼んで憚らなかった憲法裁判所の終身判事を1930年2月15日に解任され、その年の秋に1919年から教授として在籍したウィーン大学を辞職し、ケルン大学に赴任していた。また、それに先立ち彼が、その起草過程に深く関与した1920年オーストリア連邦憲法は、1925年7月30日に最初の修正を受けた後、1925年12月7日の国民議会において、第二次憲法改正が行なわれた。そこでは、連邦大統領の権限強化と憲法裁判所の非政治化というシュミット学説に符合するごとき修正が施され、ケルゼン固有の憲法裁判所並びに憲法構想は、いわば骨抜きとされ、明確に排斥されていたのである。その後、ケルゼンがジュネーブ、プラハを転々とし、亡命帰化先のアメリカ合衆国カリフォルニア州バークレーにおいて生涯を終えたことは周知のところである。》

《しかし、ケルゼンのこうした「憲法体験の挫折」を経て、第2次大戦後、1920年オーストリア連邦憲法は1945年4月27日の独立宣言第1条によって新生オーストリア連邦共和国の精神的土台として復活せしめられ、また1933年以降、機能停止していた憲法裁判所も再登場し、1979年の連邦共和国憲法の改正によって、その権限は拡充されている。そして、この憲法裁判所という制度構想が、(西)ドイツをはじめとして各国に受容されていることも事実である。こうした状況を、ケルゼ

ンの憲法裁判所の理念の勝利と呼んでもあながち誤りではあるまい。ただ、憲法裁判所が真に憲法の番人たりうるのかという問題については、法理論的には裁判所の憲法解釈の問題を含めて、克服されていない課題や論証されていない論点が、まだ残されていると考えざるをえない。1980年の第39回ドイツ国法学者大会において、憲法概念の不確定性に着目して、この問題が未だ解決されていないと述べたローベルト・ヴァルターの発言は、その意味で示唆的である。》

《第2次大戦後の憲法状況の中であって、純粋法学の復権あるいはケルゼン・ルネッサンスが、ケルゼンの弟子マルチッチによって指摘された。この指摘はメタルの賛同を得、また、オーストリア、(西)ドイツそして日本においても、ケルゼンの影響を受けた学者の存することは否定できない事実である。しかし、この指摘に対するアハターベルクの反対論やヴァルターの懐疑論にも、われわれは注目しておく必要があるであろう。とりわけ(西)ドイツにあっては、一時期「自然法の再生」という学界状況を呈したこともあり、また、ケルゼンの規範主義的形式主義、法実証主義が、シュミットの決断主義とともに、ナチズムの登場を開拓した法理論として批判される傾向が存することも無視しえないからである。

それでは現代の憲法学説に対するケルゼンの法理論の影響は、指摘されるごとく稀薄になってしまったのであろうか。

たとえば、戦後(西)ドイツにおいて、特に憲法裁判の問題領域におけるケルゼンの影響は殆んど見い出すことができず、わずかにシュミットとの論争の回顧的意味と連邦憲法裁判所の限界並びにその違憲判決の効力をめぐる論議の中で、ケルゼンの法理論が取り上げられる程度の意味が列挙されるにとどまっている。しかし、前述の憲法裁判の政治的、立法性格に対する純粋法学の洞察に注目す

るならば、この裁判の法創造的作用に対する洞察は、ドイツの自由法学、英米の分析法学、リアリズム法学とその認識を同じくするものであり、立法者としての裁判官の役割とその限界が議論されている今日の現代法学の諸潮流の中であって、ケルゼンの憲法裁判論が改めて比較、検討される必要性も説かれている。したがって、特に現代における憲法裁判権と民主制原理との間の緊張関係ないし確執をめぐる議論に対して、ケルゼン学説の寄与しうる余地が全くなくなってしまうわけではなく、そこに変容を被りながらも、ケルゼンの憲法裁判論が再登場する可能性を秘めているものと思われる。ケルゼンの国法学理論一般の戦後公法学における意義と役割について、今一度問い直す必要がありそうである。》⁽⁵⁾

H・ケルゼンの純粋法学を一般法学の次元で学問的に位置づける視点からは、個別の実定憲法解釈論上の何らかの帰結を導きだすものではないはずであるが、しかし、ここに「特に現代における憲法裁判権と民主制原理」との関係、議論に対して何らかの意義、役割を期待するというのが、今日的なケルゼン研究の意図であるとされている。一つの立憲主義的実定憲法上の解釈帰結に意義を求めるのが最近のケルゼン・ルネッサンスなのであろうか⁽⁶⁾。

(3) タマラ・エース氏の『ハンス・ケルゼンの政治学入門』の序文は、政治学者としてのH・ケルゼン像を何とか正当化しようとしている⁽⁷⁾。

このタマラ・エース氏の序文では、R・C・van オーエン氏が述べるように、多元主義的民主制の政治理論のなかにケルゼンの法・国家理論を組み入れて理解するごとくである。純粋法学とケルゼンの民主制理論をこれらの両部門(Disziplin)を超越した(transdisziplinär)現実的関連づけ、総括してみること(Zusammenschau)が主張されている。ケル

ゼンの法・国家理論は、多元主義的民主制の政治理論として理解されるべきである。この純粋法学とケルゼンの民主制理論を総括してみること、及び相互に関連づけられた読み方において、研究と教育にとって法・政治学の共同作業の意味において、ケルゼンの方法理解への、部門超越的な (transdisziplinär)、現実的な連繋能力が開かれているのである。

法学者が、社会学的、心理学的の研究を行なってはならぬ、また、歴史的研究を行なってはならぬということを言ってはならない。逆である。そのようなことは必要なのである。但し、方法論を区別することにたえず自覚しなくてはならない。規範的概念構成のなかに、社会学的、心理学的、歴史学の説明的考察の結果を取り入れてはならないというのである。

この部門 (Disziplin) の区別、法学と政治・社会学の区別、Sollen と Sein の区別は、G・イェリネクで準備されてH・ケルゼンでラジカルに行使された。ケルゼンの国家=法とした純粋法学により、イデオロギー批判をして、因果科学から方法的限界づけを行なって、それにより、最高に作業を分配しつつ (arbeitsteilig) 行なう科学プログラムは、今日、非常に激しく要請されている部門超越・部門間的な (trans-und interdisziplinär) 科学研究の形成を先取りしたものであると評価される (オリヴァー・レプシウス (Oliver Lepsius) の評価)。もっとも、かかる部門の限界づけ、その限界越境は、歴史的なものであり、決して超えられない限界ではなく、ここに統合された科学 (unified science) があり得る。

ケルゼンは、法学から出発し、あとから哲学、心理学の問題に関心を持ったというのではなく、国家という幻影を再構成し (国家なしの国家学)、分析し、最後に議会制民主主義の味方をしたのである。法学は出発点にすぎず、歴史的、哲学的、神学的、社会学的な

ものを、そして当然法学的思考財産を彼の研究に組み込んだ。この多層となる取りかかり、その程度は、なかなか当時のみならず稀少なる部門超越的工作をなす科学者であったと評価される。ロベルト・ヴァルター (Robert Walter) は、これをもってカテゴリーの名前を持たない科学諸領域が把握されていると述べているという。このことには稿者も強く興味を持つところである。

また、ケルゼンの政治学のアカデミックな部門としての確立への貢献については、従来探究されてこなかったものである。ドイツ語圏の政治学の走りは、通常第2次世界大戦後初めて場所を認められているが、1920年代のヴァイマル共和国やオーストリアの第1共和制において、ここに特にH・ケルゼンは、社会学的、政治学的な問題設定に関心を寄せていて、ウイーン大学法学部においてかかる学問の奨励に貢献したことが指摘されている。

政治学を国法学と社会学の間において、法と政治を総括してみること (Zusammenschau)、すなわち、憲法と憲法現実に関する方向づけの科学としての政治学へ焦点を当てることを包み込むものとして捉えるのである。かかる整頓は、ケルゼンの民主主義の擁護とそれでもって基礎づけられた政治教育への要請に符合するものであり、このことは他方では、精神・社会科学がそのアウトプットを金に換算する思考であるますますの経済化、そしてさらには物事を数量化する科学の自然科学的思考形式にも逆行するものではあったが。

H・ケルゼンは、政治学、法学等の精神科学のほとんどの分野が当時の自然科学的のみ理解される傾向に反対している。法学の分野では純粋法学でもって、すべての自然科学的諸要素から純化された法理論を「精神の科学」として展開することを要求し、H・ケルゼンはとりわけ法学を脱イデオロギー化し、社会の中に、法と国家を自然又は全く神により与えられた、それ故に不変のものとして見

なすのでなく「人間の所業」として連れ戻すことを目標としたのであった。タマラ・エース氏はこの『ケルゼンの政治学入門』という研究冊本について、政治学の教育と研究における科学的な社会の自己反省としてのかのイデオロギー批判的態度を強く留めることは、ケルゼンの部門超越的な科学理解の広範なる受容と同様の願わしい効果を持つだろうという⁽⁸⁾。

IV 結び、実定憲法論の位置

(1) 法学論と政治的意義の区別

わが国の憲法研究者は、従来ケルゼンの純粋法学について、その法段階説を含め、これを一般法学の理論としてその意義を高く評価してきた。特定のある国の実定法解釈でもなければ、ある歴史的時代の政治制度の法理論としてでもない、一般国家学の法理論として、その立場から多くの法内容的議論に含まれるイデオロギーの暴露、その法内容が必ずしも法理論としての客観性を持たないといった批判を鮮明にすることができた。従って、例えば近代立憲主義思想に立脚する権力分立原理や自然権思想に基礎を持つ基本的人権、さらには近代国家の主権、君主主権や国民主権などの主権理論についても、これらに潜む歴史的・政治的背景・目的をクリアに浮き上がらせてその法内容的概念を明らかにできたのである。この一般法学からの例えばドイツの君主制原理へのイデオロギー批判という形を取ったとしても、理論上そのことで必然的に別の何らかの政治的・制度的個別法学ないし特別法学の次元で主張するということが直接意味するものではないはずであろう。

ただ、この一般法学上の法体系からなす帰結が、何らかの政治的主張にとり、適合的な意味を有するということがあり得る。そして、その主張が19世紀後半ドイツの君主制原理を批判することで民主制論に加担する一つ

の論拠を提供するということがあり得る。ケルゼンの純粋法学がこのような歴史的・政治的意義を当時有したということは否定できない。但し、この両者の議論は、きちんと区別して語られなくてはなるまい。

(2) ケルゼン・ルネサンス

生誕125年の2006年を期して34巻の「全集」の企画が発足し、すでに6巻が刊行されている⁽⁹⁾。そしてまた、この度、長尾龍一訳『純粋法学 [第二版]』(岩波書店、2014年)も公刊されている。国内の学界でも、高田篤教授を代表者とする「ケルゼンのドイツ公法学における『ケルゼン・ルネサンス』の検討」が行なわれている。

このような動向が、どのような意図で及びどのような成果をもたらすものであるか、今少し時間的な余裕が必要である。本稿が扱ったタマラ・エース氏のような構想とどのような関連になるのか、いまだ定かではない。引き続き動向を注目しておきたい⁽¹⁰⁾。

(3) 実定憲法論としての理解。法学と政治学を「総括してみること (Zusammenschau)」は、実定憲法論として現実適合的には必要であるが、純粋法学の世界では非ケルゼン的事であることに注意。

タマラ・エース氏によれば、「法律学的方法」の特殊性と「政治学」の関連についてつぎのように言う。

《ケルゼンの著作に政治学的に従事する際には、部門の限界を破棄することや全くケルゼンにより非常に要請された方法の純粋性を破棄することが問題となるのではない。そうではなく、まさしく、その限界関係、その(新-)カント的な存在と当為の区別、社会的国家学と規範的国法学の区別、-まさにケルゼンが開始し、強調したところのものであった-は科学的精確さの必要的前提なのであるが、これはしかし、特殊化の固陋を正当づけるものではないということに自覚することが問題なのである》⁽¹¹⁾。

法学の方法の特殊性、純粹性を強調し限界づけることにより、その他の学問部門、政治学や因果科学等との間の部門間、そして部門超越の作業分配的な科学研究を意味づけることにもなる。また、この部門の限界づけも決して固定的なものでなく歴史的なものである。部門超越は一定の問題解決の関連でのみ組み立てられるという性格を持つ。

ロベルト・ヴェルターが暗示するごとく、ケルゼンにおいて法学は確かにこの生涯の作業の中心点に立っているが、それは同時に出発点に留まるに過ぎない。そこから非常に早く哲学への歩みが行なわれ、政治理論や社会学が組み込まれ、最後には、「議会制民主主義」に賛成した。カテゴリーとして名前を持たない科学の分野が捉えられることになったのである⁽¹²⁾。

大略、法学と政治学を「総括してみること（Zusammenschau）」の経緯は以上のような筋道を辿っているようである。ケルゼン・ルネサンスの成果としてこのような内容が含まれているとすれば、これは確かに「ケルゼンの政治学」と言い得るものとなろう。そして、これは、稿者がよく発言している「実定憲法論」に通ずるものがある。これは単純な法理論に留まらない現実適合的な吟味を経た法律論であるが、本稿で扱う言い方では政治学に属するものになる⁽¹³⁾。

しかし、このような理解に対しては、わが国の伝統的なケルゼン理解、つまり純粋法学を一般法学の次元で捉え、あくまでもかかる世界で法体系を貫徹する立場があり得る。これは個別ないし特別の政治制度を直接根拠づけるものではない。

余計なことかもしれないが、念のため少しく確認しておこう。

《「純粋法学」の名で彼が提唱したのは「法の一般理論」である。即ち米国法やドイツ法、民法や刑法に限定された理論ではなく、あらゆる法、あらゆる法領域の一般理論であ

る》⁽¹⁴⁾。

《法学はこれまで、学問という客観的権威の名において、宗教・民族・階級の理想という、甚だ主観的性格を帯びた政治的主張を大真面目で展開してきたが、そういう慣習と訣別して、きれいさっぱりと法学と政治を区別すべきだというのが私の主張である》⁽¹⁵⁾。

この種の言明はいくらでも見つかる。ケルゼンの『純粋法学』、そして『一般国家学』や『法と国家の一般理論』においても同様である。

本稿第2・3章で扱った論点においても、価値相対主義の立場から議会制民主主義に与したとされるケルゼンが、これをもって「純粋法学」の帰結とすることはできまい。ましてや、憲法裁判権について「消極的立法」を含むとするその内容を「純粋法学」から導くこともできない。法規範の創設及び適用の具体的内容は、個別および特別の実定憲法の定めることになるからである。これらの作業は、稿者のいう実定憲法論の次元で個々に吟味されるものである。このような帰結と、ケルゼン・ルネサンスのもたらす成果なるものはどのように調整し、位置づけられるものであるか、今後さらに吟味されなくてはなるまい。

（平成30年2月16日脱稿）

注

- (1) 最近の研究として、新正幸『立法過程と立法行為—一憲法の理論と判例—』（信山社、2017年）がある。
- (2) 最近樋口陽一教授はつぎのように述べられている。「ケルゼンの純粋法学は、立憲主義、民主主義、それどころか『法』そのもののイデオロギーを剥ぎ取ろうとする意味で『純粋』を掲げていたのです。そのケルゼンが兩大戦間期の危機の中で『民主主義の本質と価値』を書き、ごく最近長尾龍一さんが新しい、読みやすい訳文を作って岩波文庫に入っています。『本質』と『価値』という本の

タイトルが想像させるのとは違って、絶対的価値の認識は不可能だという前提に立った上で、いわばつき放した立場からのデモクラシー擁護論でした。危うい議論の中に分け入った上で、しかし、流れに身を委ねる価値ニヒリズムを断乎として拒否したのです。「憲法を学問する第2回パネルディスカッション」(『法学教室』444号、2017年9月号)59頁)。

- (3) ここには、H・ケルゼンの *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, in : *Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 1929, Heft5, S.30-88 及び *Wer soll der Hüter der Verfassung sein ?* in : *Die Justiz*, Bd. VI (1930/31)S. 576-628が収められている。
- (4) R・スメントの統合理論については、堀内健志『ドイツ「法律」概念の研究序説』(多賀出版、昭和59年)247頁以下を参照の他、とくにスメントと憲法裁判権、及び戦後ドイツの憲法裁判権とスメント学説との関連については、宇都宮純一『憲法裁判権の理論』(信山社、平成8年)261頁以下が詳しく展開している。
- (5) 宇都宮、前掲書258-260頁。
- (6) 宇都宮教授にあっても、ケルゼンの憲法裁判権構想がある種の法政策的選択であり、またそれが万全なものではないことを認めている。つぎのように指摘している。「ケルゼンは、憲法の保障の要請を法政策的なものとして把握し、この要請の目的適合性に関して、さまざまな政治的立場がありうることを承認した上で、憲法裁判権を憲法の論理的帰結として選び取ったわけである。…その立論の前提には、憲法が法律の創造につき立法者を特定の手続を以て拘束するとともに立法者に特定の内容をも指示することによって、その行動を規律している場合に、憲法裁判権は、立法者の憲法への反抗の予防手段であり、それを通じて憲法が貫徹されるという認識があったのである」(前掲書254頁)。「憲法裁判権は…(法)政策的理由からばかりでなく、法理論上の要求からも、その必要性が帰結される」(243頁)。

「ケルゼンにおいて、憲法裁判権と民主制の協調性如何の問題に関しては、憲法解釈のレベルでの憲法裁判権の危険性が指摘され、それに対処する手立てとしては、いわゆる法律学の方策ではなくて、憲法規範の内容の精確性、限定性が要請されているにとどまる。果たして基本権をできるだ

け精確に定式化し、正義、自由、平等のような決まり文句を放棄するという法政策の方策のみで足りるのか、シュミットならずとも疑問とされるところであろう」という(前掲書256頁)。

- (7) Tamara Ehs (HG.), *Hans Kelsen Eine politikwissenschaftliche Einführung*, 2009, S. 5ff. なお、この本には、Robert Christian van Ooyen, *Staat und pluralistische Gesellschaft bei Kelsen*, S. 17ff., Thomas Olechowski, *Kelsens Rechtslehre im Überblick*, S. 47ff., Oliver Lepsius, *Kelsens Demokratietheorie*, S. 67ff., Tamara Ehs, *Demokratie und politische Bildung*, S. 91ff., Thomas Olechowski, *Von der "Ideologie" zur "Realität" der Demokratie*, S. 113ff., Johann Dvorak, *David Hume. Wissenschaft und Religion bei Kelsen*, S. 133ff., Tamara Ehs, *Kelsens normativer Volksbegriff nach Rousseau und Kant*, S. 153ff., Alina Avscharova & Martina Huttar, *Ohne Seele, ohne Staat. Hans Kelsen und Sigmund Freud*, S. 171ff., Moritz Moser, *Nicht jedem Anfang wohnt ein Zauber inne. Vom B-VG1920 zur gegenwärtigen Präambeldiskussion*, S. 193ff., Johannes Feichtinger & Sabine Müller, *Nachwort: Kelsen im wissenschaftshistorischen Kontext. Das reine Recht und die "Freunde der Demokratie"*, S. 209ff. の各論文が収められている。
- (8) 上述したタマラ・エース氏の「ケルゼンの政治学」という表現は、しかしながら、もちろん以前からそのように無理なく受け入れられていたものではなかったことを彼じしん告白している。以下に簡単に記しておく。

デトレフ・レーネルト (Detlef Lehnert) によれば、民主制についてのケルゼンの研究は従来絶えず低く評価されてきている。それが彼の法理論の主要業績と並んでの単なる片手間仕事の文献に留められているかのように扱われていた。そして、このケルゼンの民主制理論を初めて広く受容して、研究の脱落を注目させたのは、さだめしホルスト・ドライアー (Horst Dreier) の学位論文であった (*Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen* 1986)。そして、とりわけ戦間期の民主制・国家概念の探究との関連で、ケルゼンの文献の再・新発見は、ドイツ語圏において、初めてこの遠くない何年か以来のことであるとされている。

これ以前には、かつて1959-63年ウイヘルム・

ヘンニース (Wilhelm Hennis) と ローマン・シュヌール (Roman Schnur) の政治学者二人の編集で政治理論のための政治学全集を出版する企画があった際に、ハンス・ケルゼンの論文集を入れるかどうかで意見が対立し、賛成したシュヌールが編集委員から降板する事態になったという。

- この「世紀の法学者」ケルゼンについて、その後もケルゼンの作品・活動の意義について法理論だけではないことが理解されることはあったが (ノルベルト・レーザー (Norbert Leser)、オタ・ヴァインベルガー (Ota Weinberger))、たいていはその言葉は適切ではないとされていたようである。ギュンター・ヘフラー (Günter Heffler) は、1998年に今日まで法律学的著作に関心を持たない者はケルゼンについて気がついていないと正当に注意を喚起しているという (Tamara Ehs, a. a. O. S. 5-S. 6)。なお、最近 Özmen, E. (Hrsg.): Hans Kelsens Politische Philosophie 2017 という文献が目についた (DH 国際書房 N. 053(491)p.7) が入手出来ないでいる。また、最近の文献として、長尾一紘「ケルゼンの自然法論批判についての一考察」『日本法学』82巻3号 (平成28年) 307頁以下、同「ケルゼンの根本規範論についての一考察—ロベルト・アレクシーの所論を手がかりとして—」『法学新報』123巻5・6号 (平成28年) 635頁以下も参照。
- (9) 長尾龍一・植田俊太郎訳『民主主義の本質と価値他1篇』(岩波書店、2015年) 訳者解説194頁参照。
- (10) 科研費研究における今後の研究推進方策として、具体的につぎの事柄が掲げられている。

1) 方法論: 「プロ・ケルゼン」の多くの公法研究者が、専らケルゼンの「法理論」に着目している、というこれまでの分析結果をもとに、彼らの「憲法理論」の理解を、他の立場の研究者との比較の上で明らかにする。また、1990年代以降の社会科学との協働をめぐって展開された公法学方法論争において、「プロ・ケルゼン」の研究者が展開した議論を、この観点から再検討する。

2) 民主制論: 急速に展開した1980年以降のドイツ民主制論において、ケルゼン理論が大きな役割を果たした、という (再) 評価が与えられていることを前提に、ケルゼン民主制論の構成要素ごとに、理論状況の概観を与える。また、議会・法律の意義・働きをめぐって展開した1990年以降の論争の中で、「プロ・ケルゼン派」の研究者が展開

した議論を、この観点から再検討する。

3) 法形成・適用における国家の相対化とグローバル化: 国際法、国際法主体以外による法形成・適用、EU をめぐる法形成・適用の把握について、ケルゼン理論が (再) 評価されているという分析結果をもとに、それをめぐる学説状況に概観を与える。

4) ケルゼン「再発見」と憲法裁判所批判: ドイツで大きな反響を呼んでいる、ケルゼン「再発見」を主導するドイツ公法研究者の憲法裁判所批判の著作を翻訳し、その早期の完成と分析を目指す (以上は、ウェブ情報からの引用である)。

- (11) Tamara Ehs, a. a. O. S. 7.
- (12) a. a. O. S. 9.
- (13) ヨハネス・ファイヒティンガーとザビーネ・ミュラーはその論稿「結び・科学史的コンテクストにおけるケルゼン、純粋法と『民主制の友』」において、純粋法学は当時の伝統的国法学の支配学説が絶対的君主制の政治的国法学であったことに対してイデオロギー批判をしたものであるが、同時にそこには民主制と友になることが「法学と政治学 (Jurisprudenz und Politik)」の名の下での帰結であるとしているところに、特徴があり、同時に問題が含まれている (Vgl. a. a. O. 216 usw.)。
- (14) 長尾龍一訳ハンス・ケルゼン『純粋法学第二版』(岩波書店、2014年) 訳者あとがき346頁。
- (15) 前掲書、第1版序文vi。