HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	第一次大戦後ケルゼンの“憲法体験”・“政治体験”・政治思想（１）　―『ケルゼニズム考』（手島孝著 木鐸社刊）の批判的検討を手がかりに―
Author(s)	今井, 弘道
Citation	北大法学論集, 32(2), 37-77
Issue Date	1981-12-19
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/16367
Type	bulletin (article)
File Information	32(2)_p37-77.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

研究ノート

第一次大戦後ケルゼンの〝憲法体験〟・〝政治体験〟・政治思想（一）

――『ケルゼニズム考』（手島孝著 木鐸社刊）の批判的検討を手がかりに――

今井弘道

一　今年〔一九八一年〕はケルゼン生誕百年目にあたる。二度、即ち一度はナチスによって、もう一度は第二次大戦後に反ナチスの陣営によって犠の羊にされたといわれるケルゼンであるが、従来その彼は一方では今世紀最大の法理論家・法哲学者であると評されながら、他方で Keine Rechtslehre, Reine Rechtsleer, poor theory of law の創始者として遇されてきた。「半世紀の間、本でも論文でも、法哲学の出版物で純粋法学を称揚もしくは攻撃しないものは、ほとんど何処にも存在しなかった」、一九七一年にあるアメリカの雑誌のケルゼン生誕90年記念号は「ヨーロッパにおけるナチズムを逃れアメリカで再出発することを余儀なくされたケルゼンの個人的悲劇は、わが国に一人の巨匠を与えた」との献辞に続いてこのような章句にはじまる〝序文〟を掲げている（『ケルゼニズム考』244頁参照。以下、本書からの引用、参照指示はすべて、頁数のみを本文中に示す）。だが、R・ワルターは、〝ケル

ゼン・ルネッサンス〃の気運も「純粋法学の普及について語ることができるという意味」においてあるわけではない、ケルゼンの門下をもって任じる面々に目を通すと、「彼の創始した学説の唯一の擁護者として残」っているのはケルゼン自身であって、「その学説の更なる展開を彼は今や基本的には独りで遂行しなければならな」いといった有様だ、と述べている(248)——例えば、このワルターの指摘の一端はR・マルチッチが、自らは「古典的形而上学とカトリック自然法の出身者であるが、ハンス・ケルゼンを——より正確には、自己法則性に従い、この巨匠の主観的精神は恐らく従わぬかも知れぬ諸方向へと前進し続ける、彼の学説の客観的精神を、信奉することを公言する」と述べている(247、引用文中。。。。は原文強調を示す。以下同様。因みに筆者による強調は、、、、で示すことにする)、ということに窺える——。

ともあれこのような毀誉褒貶の落差の大きさは、様々のケルゼン評価を統合しつゝ自らの統一的ケルゼン像を構成しようとする者にとって依然として頭痛の種である。ケルゼン自身も既に『純粋法学』第一版——以下、本稿においては『純粋法学Ⅰ』と表記する——の序文においてこの点を次のように言っている。「ある者は軽蔑的に言う。純粋法学は全く無内容であり、空虚な概念の無用な遊戯にすぎない、と。他の者は警告する。その破壊的な傾向の故に、その内容は現存の国家とその法に対して重大な危険を意味する、と。純粋法学は一切の政策から完全に絶縁するから、脈動する実生活から遊離してしまい、その故にまた学問的に無価値になる——それは純粋法学に対して、最もしばしば提出される異議の一つである」(Kelsen, *Reine Rechtslehre, I. Aufl.*, S. VI. 横田喜三郎訳『純粋法学』、六頁。以下、同書からの引用は、(*RRL I*, S. VI 邦訳、六頁)というように表記する。尚、訳文については概ね訳書に従っているが時折変更を加えることもあることを予めお断わりしておきたい)。又逆に「純粋法学がその方法論上の根本的要求を充たすことは全く不可能であって、実はみずからの一定の政治的な評価的態度の表現にすぎない」(*RRL I*, S. VI 邦訳、六頁)、とされたことも稀ではない。しかもこの「政治的な評価的態度」、「政治的な傾向」で「純粋法学がまだ嫌疑をかけられなかったものは一つもない」、といった有様であった。「ファシストはそれを民主主義的自由主義であると宣言し、自由主義的又は社会主義的民主主義者はファシズムの先導者であるとする。共産主義の側からは、資本主義的国家主義のイデオロギーであるとけなされ、民族主義—資本主義からは、時にあからさまな

ボルシェヴィズムとして、時に隠された無政府主義としてけなされる。純粋法学の精神はカトリック的スコラ学に似ていると断言する者が少なくないと共に、他の者はまたプロテスタントの国家学と法律学の特質的な標徴がそこに認識されると信じている。無神論的だという焼印を押そうとする者もないではない」(*RRL I*, S. vii. 邦訳、六―七頁)。ケルゼンが二度犠の羊とされたとされる所以は、ケルゼンに対するこのような評価の多様性にある。

しかし、少なくとも視圏を我が国に限定していうなら、このようなケルゼン評価の多様性は一つの点に収斂してきているといってよいであろう。それは「実定法を『相対立する諸利害の妥協の産物であり、誰をも完全に満足させないが、また全く不満にもしない』ところの『平和の秩序』として評価する」[1]価値相対主義者ケルゼン、というケルゼン像である。[2] それを醒めた眼で現実を直視するリアリズム――従ってニヒリズムへの強い傾斜を伴うリアリズム――と見、"知的誠実"の極致を同時にそこに感得するのか、それともそれを頽落した自由主義的民主主義と非難するのかは紙一重のちがい――重要性がなくはないとはいえ――にすぎない。しかし、筆者はいずれにしてもこのようなケルゼン像に深い疑問を持っている。「ケルゼン・ルネッサンス」(iii、その他)という声の聞かれるケルゼン生誕百年の今日においてこのようなケルゼン像が定着しつゝあるということに、いささかの危惧を抱いている。このようなケルゼンに対する視角については、筆者は既に別稿で示した。[3]

本稿は、手島孝の近著『ケルゼニズム考』の公刊を機に、これを紹介・批評するとともに、そこに提示された論点を更に筆者なりに展開していくことによって、このような筆者の疑問・危惧の根底にある筆者のケルゼン像を幾分なりとも具体的に示していこうとするものである。このような筆者の視点――より詳しくは次項で展開する――が本書の正確な紹介・評価を可能ならしめるものであるかどうか、又本稿で提示されるケルゼン像がどの程度説得力のあるものかどうかについては、著者ならびに読者の御批判・御叱正を俟たねばならないであろう。ただ、筆者の視点や理解の一面性が本書の趣旨を誤解したり、偏った印象をバラ撒く結果になっていることがあるとすれば、予め著者・読者にお詫びをしておきたいと思う。

(1) 長尾龍一、『ケルゼンの周辺』、四一頁。

(2) 筆者は、(1)の長尾の著書の書評(日本読書新聞、一九

八〇年八月二五日号、九月一日八日合併号掲載）において、このようなケルゼン像を長尾の立場と重ね合わせながら、簡単にスケッチしたことがある（同書評[5]）。参照頂ければ幸いである。

（3）拙稿「思想史的ケルゼン研究・序説」、北大法学論集、第三二巻一号。又、筆者の〝ケルゼン私観〟を示した雑文として、「ラッサールへ還れ」（長尾龍一他編、『ハンス・ケルゼン研究』所収予定）があるが、そこで示した論点については、すべて本稿に吸収した。

二

著者は周知の通りその専門領域において精力的に著書・論文を発表しつづけている行政法学者である。その行政法学者が「学生時代ケルゼンの原書の幾つかを手にしてこの方三十年」、「一貫して……すべての仕事に通奏低音として鳴り響いてきたもの――それはまさしくケルゼンとの対話であり、ケルゼニズムとの対決に他ならなかった」(iii)、という。そのような著者の思いの内実は、著者の処女論文「ケルゼンの行政論」――それは本書の第五章として再録されている――の「次の結論（実は、問題の提起……）」から窺い知ることができる。「何れにせよ、すべての学説がそうであるように、ケルゼンの行政論も其の生い立った境位――此の場合、今世紀初葉の独墺社会という時処的制約――を外にしては、これを正当に理解し評価することはできない。歴史的社会に定礎された特殊な制度的並びに思想的風土の所産として把握されることによって、初めて其の持つ真の意義は明らかとなる」(174・209)。

ところで、著者がこのような問題関心を抱くに至る際に著者の念頭にあった行政法学上の問題とは次のようなものであったという。それをここでみておこう。そこにおける著者の見解がケルゼン理解として正鵠を射るものであるか否かはともあれ――この点については後に論及する――そこにケルゼンの理論あるいは思想を理解する上で核心をなす問題が存することは否定しえないところだからである。「徹底的な没価値的法一元論をもってするケルゼンの行政論は、同時にその限りで、自由主義的法治国家末期においてそれ自体中性化し法化した行政の法的構造を能く解明しえている。しかし、行政の本質をその法形式的側面に求めることは、行政機能が司法化されていたともいえる自由主義的法治国家時代の行政を対象とする場合にこそ意味なしとせぬとはいえ、国家職能の転換とそれに伴う国家行政機能の拡大強化に条件づけられている今日の福祉主義的法治国家における行政については、も

はや妥当しえない。この間の事情は、ケルゼン自身看過することのできなかったいわゆる直接行政についてすでにそうであった。彼は、この国家機能をも強引に法作用として説明しようとして、図らずも彼の行政論の限界を露呈する結果に終った。これについては、尾高朝雄『国家構造論』の肯綮を衝いた批判（五一四頁）が想起さるべきである。形式的な〝合法性〟「ケルゼンは、〝民主性〟との緊張関係で論じているが、正確には、実質的な〝正統性〟と対比さるべきものと思われる」の要請に過大な重点を置く行政政策の面でも、ケルゼンの所論は同様の観点からの批判を免れえないであろう」（208—209）。ここで示されていることを行政法学上固有の問題状況の中で評価するということは筆者の能力を越えてもいるし、関心の埒外でもある。ただ、著者がケルゼンの行政思想を「〝自由主義的法治国家〟思想自体の形式主義化の……尖端に位置している」（208）と把え、それを「今日の福祉主義的法治国家における行政」との関わりにおいて、ひいては「〝民主制〟」、「実質的な〝正統性〟」との関わりにおいて問題としているということは、行政論上の問題と法哲学上の基本問題とを貫く重要な論点であると思われる。著者の『現代行政国家論』もこの点と深く関わるものだとみてよいであろう。

さて、著者はこのような観点から「ケルゼン攻究」に向った。そこに著者にとって「〝ケルゼニズム〟ともいうべき全体的な思想体系」（iv）を、しかもその「存在被拘束性」（iv、その他）において把えようとする視野が拓かれてくることになる。そして「著者のケルゼン攻究三十年の営み」の末「曲りなりにも辿り着いた一応の結論」が本書だ（iv）、というのである。

ところで、著者はケルゼンの行政論を理解するための前提となるべき〝ケルゼニズム〟なる「全体的な思想体系」を理解する鍵が、第一次大戦後のオーストリア共和国憲法の制定に携わったケルゼンの〝憲法体験〟にあることに想到する。かくして「ケルゼン攻究」三十年の「一応の結論」として、本書で「論証」が試みられるのは、著者自身によればつまるところ「左の四点」である。「①肯綮に中るケルゼン理解には、純粋法理論やイデオロギー批判はじめ彼の本領とするもろもろの活動分野すべてを包摂して、〝ケルゼニズム〟ともいうべき全体的な思想体系を想定する視点が不可欠と思われること。②そのケルゼニズムは……当代の哲学的・社会思想的諸潮流との興味深い系譜的連関もさることながら、より根本的にはケルゼンその人の〝憲法体験〟、すなわち一九二〇年のオーストリア共和国憲法制定への主動的参画（〝実

践〝）を核としたケルゼン憲法理論完成の経緯に、まさにそのルーツを存すると考うべきこと。③ケルゼニズムがその功過を如実に顕現する一場面として、その展開する〝行政〟論がなかんずく刮目に値すること。けだし、行政こそ現代の大いなる鍵概念の一つにほかならぬからである。④究極的に、すべての思想同様ケルゼニズムもまた、その総体の評価は〝存在被拘束性〟の解明抜きには全く不可能であり、そしてこの作業は、ケルゼニズムの場合、上記憲法体験の分析が同時にその本質的部分を遂行するに違いないこと」（iv—v、但し①②等の番号は筆者のつけたもの）。つまり、行政論に即していうなら、ケルゼンのそれを理解する為には〝憲法体験〟を生成・展開の坩堝とするケルゼニズムのトータルな理解が不可欠の前提であるが、逆にそのケルゼニズムの総体的理解の重要な手がかりとして、「現代の大いなる鍵概念の一つ」たるこの「行政」についてのケルゼンの主張の理解があるというわけである。

このように、行政法という個別的学問分野において遭遇した問題を追求しながら、「〝ケルゼニズム〟ともいうべき全体的な思想」を、しかもその「存在被拘束性」において把えようとする成果として生まれた本書は、筆者のような法思想史を学ぶ徒にとってまさしく貴重なものであった。それは、ケルゼンの思想史的研究に携わる者にとり、自らの視野を拡げながら、個別的専門分野の問題意識に支えられた成果によって自らの理解の質そのものを試す、テストにかけるという上で恰好の取り組み相手だといわなければならない。筆者自身はケルゼンに取り組みはじめて僅か三年ばかりにしかならぬいわば〝駆け出し〟であるが、そのケルゼン研究の途につきはじめた時期に本書に遭遇しえたことを誠に僥倖であったと感謝している。

ところでここで我々にとって重要なこと、又本書の核心をなすところのことは、著者がケルゼンの〝憲法体験〟に注目した、というところにある。そして初期のケルゼンの思想はこの〝憲法体験〟をくぐりぬけることによって飛躍的発展を遂げていくという意味において、トータルなケルゼニズムへの理解はこの〝憲法体験〟と切り離しては考えられず、ケルゼンに対する評価は〝憲法体験〟—法理論—全体的な思想体系を〝存在被拘束性〟において把え返した上ではじめて可能であるとされていることである。この視点の有効性は——個々の論点をめぐる著者の議論についての評価を留保していえば——極めて大きいものである、ということができよう。しかも、ケルゼンのオーストリア共和国憲法制定へ

の参画ということは、従来のケルゼン研究において伝記的、挿話的にふれられることはあったとしても、それがケルゼンの法理論・思想に対してもった内在的意義に関してはあまり立ち入った検討が加えられることのなかった点であった。この点にメスを入れ、それをケルゼンの思想全体に決定的に重要な関わりのあるものとしてつかみ出したということは決して見過すことのできない意義を有しているといわなければならない。ここに本書がケルゼン研究に対して寄与する最大の点がある、といって大過はあるまい。このことを著者自身次のように自負しているが、それは正当なものとして認めなければならないであろう。「ここにこのケルゼン〝憲法体験〟を俎上に載せるのは、一つには、およそ憲法をめぐる理論と実践の相互連関につき、その論理および構造を――なかんずく、その未解明部分を――探り出す恰好の具体的手がかりとしてであり、二つには、それにまさるとも劣らず、ケルゼンその人の全学問（および思想）体系すなわちケルゼニズム（……）を究明する不可欠の一環としてでもある」、「かかる二重に大きな意義をもつ仕事」は「従来ほとんど全く企てられることがなかった」（3）。

ここで著者によって指摘されている事柄には実に重要な問題が含まれている、と思われる。というのは、〝憲法体験〟に内在しつつ「憲法をめぐる理論と実践の相互連関……の論理および構造」が示されるとすれば、それはケルゼンにおける〝理論と実践の相互連関〟一般についての議論に重要な光を投げかけるであろうし、そのことは同時に一方でニヒリスト＝ケルゼンというイメージを再吟味することを要求し(1)、他方でケルゼン法理論の礎をなす〝方法的純粋性〟の問題をめぐる新たな理解に手がかりを投げかけるであろう。更に又、ケルゼンにおける理論と実践、方法的純粋性がもつ思想史的意義を、いわばオーストリア共和国の成立、憲法制定という歴史的・政治的プロセスの修羅場の中に置き入れて理解することを――ひいてはそれらをケルゼンの置かれた歴史的・社会的・政治的問題状況の中での彼自身の問題解決の試みとの相関において理解することを――可能にするであろう、と思われるからである。そのような理解が得られたならば、それはそれで又方法論・学問論自体をめぐる議論に少なからぬ寄与となしうることにもなろう。特に、著者はケルゼンの憲法制定過程における役割を、単に法技術者として憲法起草を請負ったにとどまるものではなく、そこへ「主動的参画〝実践〟」したのであり、「その本質的内実を刻印した」（55）、例えばオーストリア共和国憲

法の第二編・第三編において「権力（三権）分立の観念が斥けられ、憲法制定より下位の国家作用＝法作用を機能的に立法（Gesetzgebung）と執行（Vollziehung）の相対的二段階に区分する基本的立場が採用されている」ことを「純粋法学の理論の実定化」（69）とみなしうる、としている。このように「純粋法学の理論の実定化」という事態のもつ意味を顧慮する時、ここにケルゼンにおける理論と実践、方法的純粋性をめぐって重要な問題提起がひそめられていることを看過することは許されないといわれてしかるべきであろう。

このような意味において筆者は今示した著者の自負は正当なものであることを認める。このことを認めた上で、しかし筆者は更に著者の言う〝憲法体験〟には今一つ物足りない感を抱かずにはおれなかった。というのは、その〝憲法体験〟は〝政治的実践的体験〟のレヴェルにまで深められ、そのような〝政治的実践的体験〟の重要な有機的一項として把え返されるべきであった、だがそこまで深められることがなかったということによって、実は著者のケルゼン理解にはいくつかの点で難点が孕まれてしまったといわねばならない、と思われたからである。更にケルゼニズムは「当代の哲学的・社会思想的諸潮流との興味深い系譜的連関もさることながら、より根本的には…〝憲法体験〟…に…そのルーツを存する」とされることによって、当時の社会思想的問題状況の中にケルゼンの政治思想を置き入れそこにおいて評価するという観点が閑却されてしまった――本書第八章は純粋法学の理論的系譜を扱っているが、「社会思想的潮流」にまで視圏が及んではいない――が、そのことがその難点を増幅させてしまったとも思われるのである。要するに以上のような意味において、本書の意義もそして又限界も、共に本書がケルゼンの〝憲法体験〟を焦点にしているところにある、ということができると思われるのである。この点の具体的に意味するところは後論で示す筈である。

以上をふまえていえば、本稿における筆者の意図は次の諸点にある。(i)本書の内在的理解を尽くし、そこに展開されているケルゼンの〝憲法体験〟を軸とする憲法における理論と実践の関連を筆者の目下取り組み執筆しつゝあるテーマであるケルゼンの政治思想をめぐる理解を吟味するべき試金石とし、あわせて本書の成果を筆者のケルゼンの政治思想の理解の中に批判的に摂取していくこと、(ii)そのことによって本書の成果を単に憲法――又行政法――〝憲法体験〟に定位した研究書としての制約から解き放ち、広い思想史研究の平面にまで拓いたものにすること、(iii)その作業

を手がかりとしながらそれを更に近代総体の公法史的、公法思想史的領域とふれあう磁場を準備する手がかりとしていくこと。但し、このうち(iii)については、本稿では全く端緒的な手がかりを示しうるにすぎない。

ところで、以上との関連においては、次のことを附言しておく必要があろう。上述の如く、本稿においては本書で解明されたケルゼンの〝憲法体験〟に即する「憲法をめぐる理論と実践の相互連関…の論理および構造」を更にケルゼンにおける〝理論と実践の相互連関〟一般をめぐる問題に対する手がかりとしていこうとする、——そしてその上で〝方法的純粋性〟それ自体をめぐる問題に対する考察の手がかりをつくっておこうとする、という点に中心的意図がある。従って、本稿においては〝方法的純粋性〟の要請を所与の前提としてうけとめ、それに従って理論を実践とは異質の領域において自足的に完結したものとして扱うという態度はとらない。ケルゼンは「科学は政策から切り離されねばならぬとしても、政策は科学から分離されるを要しない。政治家が彼の目的を実現するために手段として科学の結果を用いることは、道理に適っている」と述べている(266)が、本稿においてはいわばケルゼン自身をここでいわれている「政治家」の位置になぞらえ、「科学は政策から切り離されねばならぬ」ということをふまえながらもむしろ「政策は科学から分離されるを要しない」という観点に立ってケルゼンの「科学」＝純粋法学理論をも包括した政治思想を把えようとするのである。換言すれば、ここにおいては〝方法的純粋性〟の要請それ自体の評価、学問論・方法論のレヴェルにおけるこの要請の妥当性についてはひとまず関心の埒外におき、さしあたってこのような〝方法的純粋性〟に従って截然と区別可能だとされる理論と実践とが「世界に対して自覚的に立場をとり、且それにある意味を与えるという能力と意志とをさずけられた文化人」(M・ウェーバー)としてのケルゼンにおいてどのように統合的なものとして存在したのか、という点に関心の焦点をあてようとするのである(ケルゼンの〝憲法体験〟を〝政治体験〟にまで深めようとするのもこのような論脈上においてである)。このような問題意識については前掲拙稿「思想史的ケルゼン研究・序説」においていささかなりとも立ち入った議論をし、ケルゼンの方法論・学問論すら、彼の法理論・政治思想等を包括する世界観の有機的一項とみなしうるのではないか、ということを示したところである。

ところでこの点について著者自身はどのように考えているの

か。それについての直接の言及は本書ではなされていない。しかし〝憲法体験〟に即して「憲法をめぐる理論と実践の相互連関……の論理および構造」に焦点をあてている以上、当然それについては筆者と同じ見解に帰着することになるものと思われる。そう考えるのでなければ、そもそも本書のテーマは成り立ちえないといわねばならないからである。そしてこの点の考察を歴史的実証的レヴェルにおける領域にひらかれたものとしたところに、本書の大きな意義の一つがあると思われるのである。

ところで、後論をいささか先取りしていうならば、このような観点に立つ時、次のような視点がひらかれてくる。例えば、ケルゼンとC・シュミットは、方法論のレヴェルにおいては全く相違した立場をとるにもかかわらず、両者の間には共通点もある、ケルゼンの立場を方法の制約をふみこえて「決断主義（……）の立場から書きかえるとC・シュミットの理論となる。C・シュミットの憲法制定権力による決断はまさにこのようなケルゼンの根本規範の書きかえだ」、という指摘がある。この点に注意を向けるなら、ケルゼンの根本規範の内容は、「君主国であれば君主を法制定の最高権威とするものであり、共和国であれば国民を法制定の最高権威とするものだ」、と解されうるものであることが注目される。ある論者は以上の論点を紹介して、「このように方法論的立場の相違にもかかわらず、ケルゼンとC・シュミットのあいだには多くの類似性がある」[2]、という。筆者はこの指摘は非常に重要なものだと思う。ところでここでいわれている「多くの類似性」なるものは、方法に限定された理論相互間において存するものではありえない。方法それ自体をもその契機として含むところの思想――憲法思想、ひいては政治思想――のレヴェルではじめて「多くの類似性」、あるいはその「類似性」にもかかわらずその背後の本質的核心部分にひそむ決定的差異が明らかとなってくるのである。そしてこの点を視野に収めようとする時、我々は当時の歴史的・社会的・政治的問題状況、又思想的・イデオロギー的問題状況の中においてケルゼンを把え返すこと、そこにおいてケルゼンを相対化・相関化せしめた上で総体化することを不可避ならしめられるのである。その意味で、ケルゼンの諸々の領域における業績や、その領域間に区別を立てる「方法的純粋性」の要請をすら、ケルゼンのトータルな思想、世界観の有機的一項として考え、その中で把え返すという作業は、例えばこのケルゼンとシュミットの「類似性」と本質的差異・そこにひそむ諸問題を方法論的立場の相違というレヴェルの奥にまで踏みこんで剔抉してい

くという作業の前提としても重要な意味をもつものだとすることができよう。そしてこのような筆者の問題意識にとっては、本書における著者の研究成果は、それを更に具体化させ、アクチュアライズさせていくために恰好の手がかりとなったというわけである。以下、ケルゼン理解をめぐる差異から、又おそらく筆者の理解の未熟から著者に対していくつかの批判的言辞を弄することになる。だがそれはすべて著者が筆者に本書公刊を通して恵与された僥倖への感謝の上に成り立つものであることを自覚しているつもりであることを附言しておきたいと思う。

さて以上のような次第であるから、本稿は通常の書評という形式をとらない。むしろ本書の紹介と批判は、以上(i)(ii)(iii)という筆者の目下の研究の進展・視野の拡大のための作業のステップ・ボードとしての位置を占める。そしてその目的のために本書の内容から離れた筆者に固有の問題に論じ及ぶこともしばしばである。本稿を「研究ノート」として公表するのは、以上の理由に因る。又本稿の公表により、ありうべき筆者の誤解、知見の達せざるところについての御批判・御叱正が頂ければ、ケルゼン研究の戸口に立つ法思想史学徒としてこれ程うれしいことはない。このことを予め著者並びに読者にお願いしておきたい。又とりわけ著者に対しては、このような形で自らの研究の未成熟を多少なりとも清算しようとする機会として御著書を利用させて頂く失礼をお許し頂きたいと思う。

(1) 例えば、『ヴィトゲンシュタインのウィーン』の著者たちは、「完全に過去と断絶」した第一次大戦後のウィーンにおいて三つのタイプの人間像があったとしている。第一に「生き残りの貴族政治主義者」、「絶対専制主義者」、第二に「政治的権力そのものの価値と徳に対する信頼をすべて失い、公共の問題を集団で議論することを一切無視して自分達個人の苦悩に満ちた人生を探究した」ところの「同じように『絶対的な心の』少数派の人々」――「これらの人々は、キルケゴールのような人間の極端な個人主義や、戦後の詩的な内省や芸術的表現主義、それにまた小説家フランツ・カフカの反権威主義的な悪夢をも等しく聴きいれる用意があった」――そして第三に「実際的な多数派の人々」。この「実際的な多数派の人々にとっては、第一の最も重要なことは、これらの可能性〔=かろうじて存在していた社会変革の可能性〕を利用することであった。新しいオーストリア共和国の制度と社会的慣習の建設にとりかかった人々には、疎外の――特に、極端なキルケゴール的変種を疎外するような――以前と同じ原因はもはや思い当らなかった。新しいオーストリアに

は、知識人が積極的になすべき仕事がたくさんあった。ケルゼンやビューラーやあるいはラツアルスフェルトのような人々は、価値が実際的なものでありうることにほとんど疑いをもつにはおよばなかった。憲法を作成すること、議会を確立すること、社会主義的民主主義の効果的な組織を実際に役立つようにすることといった仕事があったからである」(A. Janik and S. Toulmin, *Wittgensteins Vienna*, p. 239ff. 藤村龍雄訳『ヴィトゲンシュタインのウィーン』二九〇—二九二頁)。筆者はニヒリスト＝ケルゼンという像よりこの「実際的な多数派の人々」に属するケルゼンという像の方がより説得的のように思う。少なくとも一九二〇年代においては。そしてケルゼンの〝憲法体験〟への定位は、この点に重要な光をあててくれるものと思われるのである。

(2) 黒田覚、「憲法改正の限界性」、法学セミナー、一九六一年五月号、一七頁。

三

ここで著者のいうケルゼンの〝憲法体験〟がいかなるものであったのかを垣間みる前に、著者が〝ケルゼニズム〟という語でいかなる事柄を示そうとしているのかを少し立ち入って見ておこうと思う。さて、その語が「ケルゼンの全体的な思想体系」を表わすものであることは二において既に明らかであるが、著者はそれを更に具体化して「この意味でのケルゼニズムは、価値相対主義の哲学を根底に、理論的には没価値性(価値自由)、実践的には自由主義、デモクラシーに自らを定位した基本構造をもち、なかんずく前者(理論)の方向では、法学を中心に規範主義・実証主義・批判主義をユニークに徹底させた純粋性の方法的要請によって鮮明に特徴づけられている」(181)、という。そして、その上でケルゼンの「学問的活動」の全体をメタルの分類に従って、「1、一般法学(法の純粋理論)、2、実定法現象の記述と批判(〔a〕憲法、〔b〕国際法)、3、法哲学(正義論、自然法論)、4、社会学(帰報と因果性、霊魂信仰)、5、政治理論(〔a〕デモクラシー、〔b〕ソーシャリズム、〔c〕ボルシェヴィズム)、6、イデオロギー批判」(181—182)の諸領域に及ぶものと概観し——このメタルの分類が「適切」であるかどうかについて筆者自身は大いに疑問であるが、それはここではひとまずおく——更にそれに彼の「政治的実践」——それは今見たように「自由主義的デモクラシー」の枠内で把えられる——「とくに憲法制定活動」をつけ加えている(182)。

このような全体的なケルゼンの思想体系を著者は〝ケルゼニズム〟とよび、それを書名にも用いているのである。但し、本書は「ケルゼニズム展開の全場面には当然及ばない」(183)旨の限定

がつけ加えられる。「なかんづく、右掲メタルの分類に従っていえば、2bの部分、5のbとcの項目、そして6の中心領域は、真正面からはノー・タッチにとどまっている」(183)。

無論間接的にはそれらの領域について「随所」で「関説はされている」(183)。しかし、それでもやはり、それらについて積極的に取り組まれなかったことが本書における著者の問題提起の限界を規定している、と筆者には思われる。但し、このようにいうからといって筆者はすべてにわたって論ずる網羅性の欠如を本書の欠点としてあげつらおうとするのでは決してない。前項二において筆者は、本書の意義も限界も、共に本書がケルゼンの〝憲法体験〟を焦点にしているところにある、著者の言う〝憲法体験〟は〝政治的実践的体験〟のレヴェルまで深められ、そのようなものの有機的一翼として把え返されるべきであった——又それと共に当時の社会思想的地平の中にトータルなケルゼンの思想がおき入れられるべきであった——、そこまで深められないことによって、実は著者のケルゼン理解にはいくつかの点で難点が孕まれてしまった、という趣旨のことを述べた。ところでこのようにケルゼンの〝憲法体験〟を〝政治的実践的体験〟にまで深めていく通路として、著者が真正面からはふれることをしなかった国際法理論、政治理論、イデオロギー批判の諸領域があったといわなければならない。そしてこれら諸領域に著者が必ずしも十分な目配りをしなかったことが、ケルゼンの〝憲法体験〟への著者の鋭く且それ自体極めて重要な意義をもつ着眼を〝政治的実践的体験〟のレヴェルにまで深めることを妨げる結果を招いた、ひいてはケルゼンの思想的全体性を当時の歴史的・社会的・政治的問題状況の中での巨大な問題の解決の試みとしてとらえ、それを近代公法思想史上、政治思想史上の流れの中での極めて重要な位置を占めるものと評価するに至る道を阻むという結果をもたらしたのだ、と思われるのである。「ノー・タッチ」に終った部分があるという網羅性の欠如が問題なのではなく、「ノー・タッチ」に終った部分に本書のテーマを深めていくべき鍵がひそんでいたということが問題だ、遺憾な点であった、というのである。

しかし、念のためにつけ加えておけば、後論で示すように、著者が真正面から取り上げている領域——例えばデモクラシー論——にも筆者のいう〝政治的実践的体験〟へ通ずる途はハッキリと開かれている。少なくとも筆者はそう確信している。しかし、その点に限定していっても、それが「ソーシャリズム」、「ボルシェヴィズム」をめぐるケルゼンの思想といかなる内在的関わりをも

つのかということに十分に眼が向けられなかったことが、著者が真正面から論及している著作自体にすらひそんでいた通路の所在に気づくことを難しくしたということはできよう。著者が本書においてケルゼンの全体的な思想体系＝ケルゼニズムをその〝存在被拘束性〟においてオーストリア共和国憲法制定――その憲法はケルゼン自身により「民主政体に関心をもつ諸集団、なかんづく社会主義的志向の労働者集団の明瞭な優勢を示している」ことが指摘されている（162）――とそれをめぐる政治的激動との関わりにおいて、把えようとするものであっただけに、この点に十分な配慮が払われなかったことは、マイナスを――というより、より正確にはむしろ、新しいケルゼンの思想史的評価の地平の出現を潜在的には含みながらそれを顕在化させえなかったという意味での限界を――もたらしたものだ、といわなければならない。そのことにおいて著者は、その意図にもかかわらず、ケルゼンの思想的全体像を把える上での重要な手掛りを失ってしまったように思われるのである。

部分的には後論で論ぜられるべきことを含むことを承知で敢えて更に一歩ふみこんでいうなら、著者が「実践的には自由主義デモクラシーに…定位」（181）するものとしてケルゼンを把えているということはこのような限界の端的なあらわれとみられるべきであろう。それは本書にとって致命的な点であると筆者には思われる。その理解はケルゼンの行政理論・思想を「〝自由主義的法治国家〟思想自体の形式主義化の……尖端に位置している」（208）と了解する著者の行政法学上の理解と対応しあっている。しかし、果してケルゼンは自由主義という枠内にあるものと無造作に把えることのできる理論・思想の持主なのであろうか。この点を筆者は根本的に疑問に思う。この点は後に立ち入って論ずるつもりであるのでここでは論点を予め示しておくという意味でただ先にあげたケルゼンの――著者自身によって引用された――言葉、即ちケルゼンがその本質的内実を刻印したオーストリア共和国憲法が「民主政体に関心をもつ諸集団、なかんづく社会主義的志向の労働者集団の明瞭な優勢を示している」という言葉、を更めて想起し、更に第二次大戦後のアメリカにおいてですら彼は次のように述べていた、ということに注意を喚起するにとどめておきたい、と思う。「確かに危機は存在する。しかしそれはデモクラシイの危機ではない。それは資本主義という現行の経済体制の危機なのである。従って、改革、或いは革命が必要であるか、または避けられないかも知れない。しかし、この改革または革命は、デ

モクラシイの本質に関する変更を意味しないで、現行の経済体制の廃止を意味する」[1]。

要するに筆者は、ケルゼンを実践的には資本主義的経済体制を批判しそれを廃棄しようとする社会主義的民主主義者であった——彼はオーストリア社会民主党党員ではなかったが——と考えている。注意すれば、実は本書でもそのような含意の示されている個所がいくつかある（例えば39—40、58、61等）。だがそのような含意を示しているにもかかわらず同時に著者はケルゼンを「自由主義的デモクラシー」の主張者として「社会主義的民主主義との対決」(91)をした立場にもおき[2]、この点に関して多少の混乱に陥っているといわねばならない。それが又ケルゼンの憲法理論、行政法理論の理解における不透明さを結果しているようにも思われる。もし筆者のこのような指摘が大過ないものとすれば、ここには重大な問題がひそんでいるといわなければならないであろう。

だが、このような混乱をもたらしたケルゼンの実践的立場の理解の不十分性を著者一人の責に帰することは——とりわけ著者が行政法学という個別分野からケルゼンの思想的全体像にアプローチしていった人であるということを考慮に入れる時——当を失しているというべきであろう。むしろそれはケルゼンの通説的理解そのものの限界のあらわれである、と筆者には思われる。その意味においては、著者は本書においてケルゼンの"憲法体験"に徹することによってそのような通説的理解を一歩こえる可能性を事実上示唆しながら、著者自身がこのことに必ずしも自覚的でないことから、むしろ多くの個所で通説的理解に依拠し、そのことが著者のケルゼン像にひび割れを生ぜしめ、いくつかの難点、矛盾撞着をもたらす結果を生み出しているのだ、ということができるのではないかと思われるのである。

以下、このような観点に立って本書の理解をすすめていこうと思う。そのことが本項冒頭に示されたメタルの分類にみられるようなケルゼン理解とはちがった、そして著者がケルゼニズムと呼ぶものとはちがった、ケルゼンの思想的全体像を浮かび上らせる手掛りになるのではないか、と思う。

(1) Kelsen, Foundations of Democracy, *Ethics, An international journal of social, political, and legal philosophy, Vol. LXVI, No.1, Part* II, p.74, 古市恵太郎訳、訳題『民主主義の真偽を分つもの』、一九五頁。

(2) このような理解があるいは「社会主義的民主主義者は「ケ

ルゼンを」ファシズムの先導者である」としたという本項一で示したケルゼン自身の指摘と何らかの関わりに立っているのかも知れない。ところでここでいわれている「社会民主主義者」として例えばヘルマン・ヘラーを想起してよいであろう。しかし、そうだとしても、ヘラーのケルゼン批判は以下に述べる理由で正当であるとも思われない。そして著者がケルゼンを「社会主義的民主主義」と対決したとするのも誤解であると思う。さて、今筆者はそこでいわれていた「社会民主主義者」としてヘラーを想起してよいと述べたが、それは例えばヘラーがケルゼンの純粋法学の「ノモス主権的思惟 Nomokratisches Denken の空虚な抽象化は、まさしく倫理的理由づけを渇望して現実に飢えているドイツの青年たちの間に独裁思想を広めるのに、少なからぬ役割を演じている」(H. Heller, Rechtsstaat oder Diktatur? *Gesammelte Schriften, Bd. 2, S. 451*, 西村稔、宮本盛太郎訳「法治国家か独裁か」、宮本他訳『ヴァイマル民主主義の崩壊』所収、一六頁)と述べているからである。しかし、ヘラーのケルゼン批判の妥当性については大いに問題がある、と筆者は考えている。例えばこの引用文中でいわれているようにケルゼンの思想を Nomokratie とみることが当を得ているかどうかについて。後にふれるように筆者はこの点でヘラーの批判は正鵠を失していると思うが、そこにはヘラーのケルゼン批判が方法に限定された学問的認識に関わるレヴェルにおけるものなのか、方法論的立場の相違というレヴェルをこえた更に一歩奥にまでふみこみケルゼンの政治思想にまで肉迫して行われているのかという点を必らずしもシャープに意識しないケルゼン理解に立脚したものだ、という事情があるように思われる。つまりケルゼンが方法に限定されたレヴェルでのみ学問的に発言していることを、ヘラーは直ちに政治思想のレヴェルでうけとめて批判しているのである。無論そこに〝方法的純粋性〟をめぐる、そして学問論上の立場をめぐる尖鋭な対立があることは看過してはならないところであろう。だがそのことを不問に附した上でケルゼンのトータルな政治思想を見据えた上でいうなら、ケルゼンとヘラーの間の対立はさほど大きなものではないことがわかるのである。この点は後論において幾分明らかになる筈である。前項二の後半で述べたことの意味がここで更めて重要性を帯びてくる、ということができるであろう。(尤も、このことは当時ケルゼンの理論が一般にどのように理解あるいは誤解され、どのような影響を及ぼしていたのかということとは別の問題である。)

四

ケルゼンの〝憲法体験〟とはいかなるものなのであろうか。著者によれば、「あえてこの造語で意味せしめようとするのは、一九二〇年におけるオーストリア共和国憲法の誕生に法専門家の立場から産みの親の役を果たした」ケルゼンの「――この実践経

験を契機とした――憲法理論の独自の弁証法的展開の過程である」(3)。即ち、「ケルゼンの憲法理論プロパーの形成発展は、ほぼ一九三〇年の時点で完了」するが、その前期(一九〇五年――一九一四年)にはその憲法理論は「ひたすら即自態として自己展開」される。そして一九一九年――一九二〇年には「その延長上で対自的に独自の憲法実践」が展開され、「その試錬・洗礼を経て、即向自的により高次の憲法理論……へと総合完成されるに至」(4―5)る(後期、一九二〇年――一九三〇年)。――ここで一九三〇年にケルゼンの憲法理論が完成されるといわれる意味は――別の文脈の中で著者の述べるところによれば――こうである。「ケルゼンにとって〝憲法〟とは、祖国オーストリアの実定憲法にほかならなかった」。即ち、「先ず革命前のオーストリア＝ハンガリー帝国憲法……次いで革命直後ドイツ系オーストリアの三つの暫定憲法……一九二〇年のオーストリア共和国確定憲法(〝ケルゼン憲法〟!)、最後に一九二五年と二九年の二次にわたる同憲法修正」であった。「かくて、その時・その国の実定憲法(の解釈論)と密着した本来の意味での憲法理論は、ケルゼンの場合、一九三〇年の祖国訣別とともに歩みを停める」。その後亡命先の諸国での彼の学問的活動の主領域は「一般法学的ないし一般国家学的諸業績」へ向けられる。「それは、根本的には常に、一九三〇年以前オーストリア憲法について展開され蓄積された研究成果以外の何ものでもありえなかった…。この意味で、ケルゼンの憲法理論プロパーは一九三〇年で完結している」(159―160)――。

さて、ともあれこのようにケルゼンの憲法理論上の発展は、一九三〇年に完結するところの三つの時期に区分される、というのであるが、著者はこの三期にわたる「弁証法的展開の過程」の中の対自期に関心を集中し、この期における〝憲法体験〟――正確には、後期の時期のほとんど全体にまで大きく入りこんでいるところの自らの創設にかかる「憲法裁判所への裁判官としての積極的関与」も又それに「包摂」されるべきであるとされる――を欠いて「ケルゼニズムの成立はありえず、詳言すればケルゼニズムにとって発生的にも論理的にもむしろ憲法理論こそ本質規定的であり、しかもこの憲法理論に対して上述の意味における実践的契機の影響はまさに決定的」(4)であると見る。こうして〝憲法体験〟＝実践→憲法理論→全体的な思想体系としてのケルゼニズムという規定関係が指摘され、この意味でこの〝憲法体験〟を分析することによって「憲法をめぐる理論と実践のかかわりに

――稀有なるが故にこれまで閑却されてきた――一つの重要なありようがなお存在している」(4)ことが明らかになるとされる。

本稿ではこの「弁証法的展開」の三つの過程に仔細に立ち入る必要はない。ここで直ちに関心をこの〝憲法体験〟の具体的内容に向けようと思う。そしてその前後二つの時期に関しては、後論で後期について若干言及することになる二、三の論点を別にすれば、この〝憲法体験〟の理解に必要な限りでそれらの理論的展開の様相・内実に眼を向けることで事足りるであろう。

「一九一八年七月〝公法、とくに軍法〟担当の員外教授として念願のウィーン大学の常勤ポストに就いていたケルゼンは、同年一〇月末の兵役〔最終的には陸軍大臣法律顧問――筆者〕解除と共に、四年間遠ざかった学界に全面復帰、学問活動を再開する」(39)。しかし「翌年早々、今やドイツ系オーストリア国の暫定政府首席……たる知人レンナー……に請われて、宰相府の学術顧問……を引き受ける」――因みにこの社会民主党員たるカール・レンナーは、我国の法学界では『私法制度の社会的機能』(1)の著者として早くから知られている人であるが、そのレンナーはオットー・バウアー、マックス・アドラーらと共にウィーンの Stammcafé で「親しく談論風発する常連仲間」であった――(39)。

さて、「ケルゼンの本格的出番は一九一九年五月に始まる」(41)。即ち同年三月一四日に暫定憲法改革が行われた後、彼は「宰相の学術顧問たる……当時の資格において……宰相から……連邦憲法の草案を作成すべき委託を受けた」(41)。しかも、サン・ジェルマンの講和交渉その他に忙殺されていたレンナーは、「議会制民主主義」、「自律的諸州へオーストリアを編制することに対応した、しかし中央政府の権限をあまり制約し過ぎない分権化」の二点を「大綱」として指示し、「その際、準備中のワイマール共和国憲法もできるだけ模範として利用さるべし」としたにすぎなかった(41)。こうして「ケルゼンには、寛らかな依頼主の註文で白いキャンバスに手練の彩管を揮う巨匠に近い立場が与えられ」(6)た。その結果、著者がメルクルを引用して言うように「連邦憲法の当初施行された正文はケルゼンの草稿に基づいており、キリスト教社会党も社会民主党もケルゼンの草稿をそれぞれ党の政策で色づけして各自憲法草案に採用したのであった。ケルゼンの思想体系がまがう方なく含み込まれているこれら両憲法文案が、次いで、議会審理の過程で正真正銘民主的な立法技術によって、憲法委員会の憲法問題助言者たるケルゼンの持続的な協働のもと、一つの妥協案へと融合され、これが連邦憲法として法的

効力を獲得したのである」(6-7)。かくして、制憲過程がたとえ「諸政党間の駆引き・妥協に従わざるをえなかった」(6)とはいえ、ケルゼンのイニシアティヴは基本的に貫徹されたとみることができる。著者が「ケルゼンが『オーストリア連邦憲法の父』と呼ばれること一再でなく、また制憲五〇周年を迎えて現オーストリア国民議会が彼を『連邦憲法の創造者』と讃えたのもまた宜べなるかな、といわねばならない」(7)とする所以である。

さて、それではこの憲法の内容はいかなるものであろうか。まず次項においてその最も核心的部分とそれに関わる問題点についてみていくことにしたいと思う。

(1) Karl Renner, *Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion-Ein Beitrag zur Kritik des bürgerlichen Rechts.* 加藤正男訳,『私法制度の社会的機能』。尚本書は *Marx-Studien* の創刊号(一九〇四年)に Josef Karner の筆名で Die soziale Funktion der Rechtsinstitute として公表された論文を改訂したものである。後者について我妻栄の紹介論文「資本主義生産組織における所有権の作用――資本主義と私法の研究への一寄与としてのカルネルの所論――」(同著,『近代法における債権の優越的地位』所収)があることは更めていうまでもあるまい。

五

オーストリア憲法第一条は「オーストリアは民主共和国である。その法は国民に発する」と規定している。この規定は「一九一八年一一月一二日の国家形態・統治形態に関する法律第一条(『ドイツ系オーストリアは民主共和国である。すべての公権力は国民により設定される』)」(56)やその後の諸々の法律――実質的意味における憲法――によって限定されていた路線上のものであって、勿論「ケルゼン一己の〝世界観〟に由来するものでない」(56)といわなければならない。それどころか、一一月一二日の法律は更に同年一〇月三〇日のいわゆるレンナー憲法をその妥当根拠としている。この点についてケルゼンは一九三〇年のある一文において次のような重要な発言をしている。「……共和国の法秩序はその究極の妥当根拠を一九一八年一〇月三〇日の憲法〔いわゆるレンナー憲法――筆者〕に見出すが、この憲法はオーストリア君主制の憲法、すなわち一八六七年一二月二一日の憲法の合法的改正とはみなされえないものである。二一〇名の人達――もとオーストリア帝国議会衆議院議員――がドイツ系オーストリアの領域につき憲法を議決する権能を有するということ、この、オーストリア共和国の根本規範は、オーストリア君主制に妥当した憲法からはどのようにも引き出されない。この根本規範の内容

は、従来ドイツ系オーストリアの領域にも妥当した憲法の革命的破壊とのみみなされうる構成事実をいいかえたもの unschreiben なのである。旧オーストリアと新オーストリアの間に——この立場からみれば——、それのみが国家の同一性を保証するところの継続性は、法的には成立しない」(155—156、但し訳文は一部変更した)。同旨の発言がある歴史家によっても報告されている。その歴史家は、第一次大戦後「オーストリアに政治革命が生起したのか」という問を立て、その問題についてケルゼンと会話をしたとして次のように伝えているのである。「ハンス・ケルゼンは、『法的』革命と『政治的』革命の間に区別を行う。彼の判断によれば、一九一八年の一〇月三〇日のいわゆるレンナー憲法は旧憲法の改正条項を顧慮することなしに定立されたものであったが故に法的革命であった、とされる。しかしながら政治的には Lammasch「ハプスブルグ帝国の最後の宰相、この Lammasch の担ぎ出しにもケルゼンは極めて重要な役割を担っている(36)—筆者」と新国家の内閣との間には協力関係が存在したのであるから、革命は存在しなかった」[1]、と。

「オーストリア革命による憲制の顚覆こそが、ケルゼンの憲法理論、ひいては純粋法学——ケルゼニズムに——動力学的段階構造を成す法秩序の頂点としての——〝根本規範〟なる概念装置が定着するに至る最も強力な動機を規定した」(155)と考える著者の観点にとっても、以上のようなケルゼンの指摘はきわめて重要な意味をもつのであるが、ここでは我々は少し違った観点から問題を取り上げておきたいと思う。

さて、叙述の便宜上ここでは既に利用した黒田覚の論稿に依りつゝ議論をすすめようと思うが、C・シュミットは「フランス革命のイデオローグであるシィエース (Siéyes)」の「憲法制定権力 (pouvoir constituant)」及び「組織化された権力 (pouvoirs constitués)」という概念的区別を継承し、それを「Verfassung (憲法)」及び「Verfassungsgesetz (憲法律)」というように術語化し、「後者は前者の根拠の上に妥当し、前者を前提するものだ」、「この前者すなわち Verfassung は……憲法制定権力が政治的統一体の形式・種類に関して下した『決断』(Entscheidung) であって、この部分は組織化された権力としての憲法改正権によっては改正しえないものである」としているという。更に「こういう根拠に立って、かれはワイマール憲法について、『ドイツ国民がこの憲法を制定した』との前文、『国家権力は国民から出る』(一条二項)との規定、共和制の採用(一条一項)、連邦制の採用(二

条)、立法と政府についての原則的には議会主義的代表制的な形態の採用、基本権保障と権力分立制をもつ市民的法治国家の採用、こういうものはいわゆる『決断』であり、Verfassung の実態 (Substanz) をなすもので、単なる Verfassungsgesetz ではない。これらは……憲法改正手続によっては改正できない」[2]、等としている、と。そしてそれに続いて黒田は、本稿二の後半で紹介したケルゼンとシュミットの「類似性」という問題を投げかけていたのであった。オーストリア共和国憲法第一条――「オーストリアは民主共和国である。その法は国民に発する」――はこのような問題と関わっている。そしてそこにケルゼンの次のような言葉を投げ入れておくことも忘れてはならないことであろう。それは「民主制的国家形式の相対主義的世界観との関係ということ、そのような理由から私は民主制を決断して選び取っているのである」[3]、というものである。

ここでこの問題に全面的に立ち入ることはできない。行政法学者であるだけでなく、憲法学者でもある著者がこの問題に正面から論及していないことは、筆者にとってきわめて残念な点であったが、それはともかく、筆者はこの問題に対しては、問題の所在を明らかにしておくという限りにおいてのみ後に言及しようと思う。そしてここでは、以上の問題を理解していく為の前提として、ケルゼンの民主主義論の理解をすすめていこう。更にその十分な理解の為に不可欠となるケルゼンの社会主義論にも筆をのばしていこうと思う。

著者はオーストリア共和国憲法第一条を示し、それが「ケルゼン一己の〝世界観〟に由来するものではない」としながら、それでもケルゼンの民主主義思想は次の二つの意味において「憲法の民主的形成に寄与するところ比類なく大であった」(56)、という。「第一に新憲法の拠って立つべき〝民主主義〟は、同時にケルゼン個人の確固たる政治的信念でもあり、かつ彼の解釈を俟って初めて意味充顕されえた政治的不確定概念であったこと」(56―57)、又「第二には、このような独自の〝民主主義〟解釈に従いつゝ、国法専門家としてその識見を縦横に駆使して〝民主主義〟理念を憲法上に具象化し制度化したこと」(61)。つまり、「制憲作業に〝民主主義〟の基本路線は厳然と敷かれていた……としても、その現実化は制憲関係者たちの〝民主主義〟観に寡からず左右されるところがあったであろう」し、「この意味で、ケルゼンの個人的政治信条としての〝民主主義〟が新憲法の方向づけにかなりの程度本質的に影響したことは疑いを容れない」(57

—58）と考えられるというのである。

著者はこのような視点に立ってケルゼンの「民主主義」論に言及し、その上で更に共和国憲法の(1)〝議会制〟民主主義（61—63）、(2)〝基本権〟（63—64）、(3)〝行政の民主化〟（64—66）についての具体的内容をこの「民主主義論」との関わりにおいて論及していく。更にとりわけ(3)についてはケルゼンの法理論との内在的関連をめぐる議論が詳細に展開されていく（66—77）。このように見ていけば、ケルゼンの民主制論を著者がどのように理解しているかということが本書の構成において最も肝要な位置を占めてくることが明らかとなってくるであろう。だが、既に簡単にふれたようにこの点をめぐる著者の理解は混乱を示しているといわざるをえない。

著者はケルゼンがその前期において——例えば「政治的世界観」という論文において——既に「民主主義へのひそやかな信念と、その帰結としての相対主義的政策論について語っている」(16)と指摘する。この指摘自体は別に誤りではないとしても、この論文に対する著者の理解について筆者は少なからず疑問をもっている。そして折角これに着目しながら、その内在的理解が十分に尽くされなかったところに、一九二〇年以後のケルゼンの民主主義論、ひいてはそれ以後のケルゼンの政治思想の展開への著者の眼を塞いでしまった一因があるのではないか、とすら考えている。だがこの論文については既に筆者自身別稿でかなり立ち入った検討を行っているので、今はそれには関わらない。(4)

ともあれ著者は、ケルゼンが前期より既に抱いていた民主主義的信念は「大戦と戦後の動乱の間にいよいよ血肉化」され、「憲法成立に前後して一九二〇年……に書かれた『民主制の本質と価値について』」において「単に心情的にとどまらず、理論的にもまた民主主義への左袒がはっきりと公言され」る（57）に至る、とする。この「民主制の本質と価値について」——以下これを便宜上『民主制Ⅰ』とよぶ——に示されたケルゼンの民主主義思想を著者はほぼ次のように理解する。それは「自由を第一義とし平等を二次的とする形式的・政治的な」民主主義思想である。それは「時の最大の社会的衝撃ロシア大革命（一九一七年）の担い手ボルシェヴィズムを真向から敵視するものであった」（58）。「この頃のケルゼンは、『疑いもなく、可能な限りの経済的平等という理想は民主主義的理想である。されば、社会民主主義が初めて完全な民主主義である』と、社会民主主義へのあからさまな信仰告白に及んではいる。しかし、彼のこの立場は結局のところオー

ストリア社会民主主義右派の線を出なかった」(58)。このケルゼンの立場は、「社会主義そのものには反対するものではないとの細心の留保にもかかわらず、煎じつめれば、彼のいう『ブルジョア民主主義』と決定的に異質のものではない。かかるケルゼンの〝民主主義〟が、当時〝民主主義〟の同床にありながら、社会民主党、キリスト教社会党、大ドイツ党等々、相対峙して己がじし異なる夢をゆめみていた混沌の政情・社会情勢の中で、大同に就く（すなわち妥協に導く、換言すれば革命を挫折させ）べき理論的水先案内の役を――少なくとも制憲レベルで――果たした、と見ても決して無理ではなかろう」(58―59)。

以上から知られるように著者はケルゼンの民主主義が、反ボルシェヴィズム、オーストリア社会民主主義右派、ブルジョア民主主義という線上にあるものとして把えている。だが、実はこの三つのものは一直線には並びえないものだといわねばならない。即ち、(イ)反ボルシェヴィズム――オーストリア社会民主主義右派、及び(ロ)反ボルシェヴィズム――ブルジョア民主主義という結合はそれぞれに可能である。だが、(イ)と(ロ)とは、よほど偏狭なボルシェヴィズムのイデオロギー的観点にでも立つのでない限りは、決して両立しうるといいうるものではない。にもかかわらず著者によりこのようなブレを清算されないまゝ理解されたケルゼンの民主主義論が直ちに「革命を挫折」させる機能を果たしたと評価されるなら、それはいささか性急な議論だといわれてもやむをえないであろう。ところで、このような混乱の中にあって、著者のケルゼンの民主主義思想についての理解は、結果的に(ロ)反ボルシェヴィズム――ブルジョア民主主義という線上に収斂していくようであり、(イ)については時折付随的に、だがつまるところ(ロ)へ吸収されていくべきものとして言及されているにすぎない。かくして(イ)の側面への言及には必ずその主張を弱める言葉が追加され、それ固有の意味が消去される（彼の社会民主主義的立場は「結局のところオーストリア社会民主主義右派の線を出なかった」、「社会主義そのものには反対するものではないとの細心の留保にもかかわらず、煎じつめれば、彼のいう『ブルジョア民主主義』と決定的に異質のものではない」、等）。こうして著者はケルゼンの民主制論を「自由主義的法治国家思想自体の形式主義化……の尖端」(208)に立つケルゼンの行政論という著者のケルゼン行政論理解の枠組に適合的なものにしていく。

しかし、筆者は著者のケルゼンの民主主義思想の理解については、単に鮮明さを欠くというだけでなく、基本的に疑問を感じて

いる――それはケルゼンの民主主義論についての通説的理解への疑問、ケルゼンを自由主義的民主主義者とする理解への疑問でもある。ケルゼンの民主主義論が「オーストリア社会民主主義右派」と極めて深い親縁性をもつとみる著者の指摘には筆者にも異存はない。否、むしろ筆者はこの点を積極的に強調したい、と思っている。例えば、N・レーザーはその大著においてカール・レンナーに関する叙述を Demokratie als Alpha und Omega という章ではじめているが、その冒頭でケルゼンの「可能な限り多数の人間が自由であるべきだ。即ち社会秩序の一般意志と自己の意志とが矛盾するような人間の数を可能な限り少なくすべきだ」という言葉を引き、その原則に象徴される民主主義の思想においてケルゼンとレンナーは基本的に一致する旨述べている。(5) この点は本稿の論脈の中で留意されるべき重要な点だといわねばならない。又、この点の確認は後論の中で重要な意味を有するに至る筈である。つまり、筆者はケルゼンの民主主義論がレンナー――理論的にはオーストロ・マルクス主義の、政治的にはオーストリア社会民主党の右派の代表的人物であるレンナー――のそれと一致するという意味において、先に(イ)とした反ファシズム――オーストリア社会民主主義右派の線上にあったと考える。しかしその立場は決して「ブルジョア民主主義」と帰一するものとみなすことはできない――ここで筆者が「ブルジョア民主主義」という概念をどのように理解しているかを明らかにしておく必要があろう。端的にいえば、筆者はそれを私的所有権を原型とする権利、及びこの権利概念のコロラリーとしての性格をもつ人格・意思・自由等の諸概念を核心的価値とする、自由主義に立脚する民主主義を考えている。C・B・マクファーソンの概念を用いて「所有的個人主義」に立脚する自由主義的民主主義だ、といいかえてよい。このような立場はケルゼンの理論的生涯のほぼ全体を貫く批判的対象であった。そしてそれをケルゼンが自らの立場としたことは決してない――(6)(7)。この点を見過すなら、ケルゼンの民主主義思想の理解の根柢がゆらいでしまうといわなければならない。

だからといって筆者はケルゼンの民主制論が「混沌の政情・社会情勢の中で、大同に就く（すなわち妥協に導く……）べき理論的水先案内の役を――少なくとも制憲レベルで――果たした」ということを真向から否定しようとは思わない。言葉の問題に拘泥することなしにいえば筆者はそのことを基本的に承認してよい、と考えている。だが、そのことが直ちに「革命を挫折」させることにつながるかどうかは問題だ、と思う。特定の政治的な評価的

観点に立って論じるならともかく、ケルゼン自身の思考枠組に内在していうなら、むしろ制憲レヴェルでそのような機能を果たした彼の民主主義思想は、まさしくそのことにおいてケルゼンなりの「革命」への展望とつながっていたと考えることができるのではないであろうか。筆者にはこのように思われるのである。しかも民主主義をめぐるこのような問題は、同時にケルゼンの純粋法学のレヴェルにおける論理構成にも影響を及ぼしているとすら思われるのである（この点には後に関説する）。ここでは、純粋法学との関わりはさておくとして、制憲レヴェルで妥協的機能を果たした彼の民主主義思想は、まさしくそのことにおいてケルゼンなりの「革命」への展望へとつながっていたという点に、レンナーの民主制論と大きな共通性が生じる所以があったのではなかろうか。そしてそのような共通性が何らかの形でケルゼンの〝合併〟――ドイツとのAnschluß――待望論とかかわっていたということがふまえられていれば、著者は矢田俊隆の言葉を引きながら「『民主的なまた社会主義的な勢力が波打ち進みつゝある国、そして大胆な政治的・経済的・社会的な変化の達成を約束しつゝある国との合併を切望した』レンナー、バウアーらと基本的に同質であった」とし、「彼の〝民主主義〟はかかる要素まで包摂するものだった」（61）と評価しても矛盾に陥ることはなかったであろう、と思われるのである。

このような事情があると思われるが故に、「制憲レベル」でケルゼンが「革命を挫折」させる役割を果たしたということが前提されるなら、ケルゼンの〝憲法体験〟には大きな歪みが加えられ、それを――ひいては〝憲法体験〟によって跳躍力を与えられることによって展開・成立した彼の法理論を――正当に理解することからかけ離れたことになってしまいかねない。〝憲法体験〟が〝政治体験〟にまで、憲法理論・思想が政治思想にまで深められなかったことの端的な限界の表現を、筆者はこの点にみることができると思う。

それではケルゼンの民主主義思想はどのようなものとして理解されるべきであろうか。筆者はそれを正当に理解するためには、一九二〇年当時のケルゼンの政治思想の全体像を視野に収めていなければならないであろう、と考えている。この点についての概略を次項以下で示していきたいと思う。

(1) C. A. Gulick, *From Habsburg to Hitler, Vol. 1*, p.50.

(2) 黒田覚、「憲法改正の限界性」、一六頁。

(3) Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2. *Aufl.*, S.118. 西島芳二訳『デモクラシーの本質と価値』、一六五頁。

(4) 前掲拙稿「思想史的ケルゼン研究・序説」、第二章。

(5) Norbert Leser, *Zwischen Reformismus und Bolschevismus, Der Austromarxismus als Theorie und Praxis*, 1968, S. 33f.

(6) 前掲拙稿「思想史的ケルゼン研究・序説」参照。

(7) にもかかわらずケルゼンはあらゆる意味における自由主義を否定するわけではない。この点については前掲拙稿、二七―二八頁、四三―四四頁が特に参照されるべきである。

六 前項で述べたように、ケルゼンの民主主義思想が「オーストリア社会民主主義右派」と極めて深い親縁性を有するものであるということに関しては、筆者には異存はない。従ってその点を前提とした上で本項以下に課せられた課題についての議論をすすめていこう。但し、本稿の性質上これをめぐる議論を本格的に展開するというわけにはいかない。これについては目下筆者が計画中の論文――「ケルゼンの政治思想」(仮題) ――に委ねられなければならない。従って、以下では詳細な論証はこの論文において行うということを前提とした上で、筆者のケルゼンの政治思想についての理解のアウトラインをここに示していくことになる。それだけでも示しておくことが、後論との関係においても重要だと思われるからである。

一九二〇年の『社会主義と国家』冒頭においてケルゼンは時事的問題という形で噴出した社会主義をめぐる原理的問題として「社会主義の国家に対する関係如何の問題」があるとし、それを①「基本的に国家は肯定さるべきか否定さるべきか」、②「国家は永続的な組織形式か過渡的現象か」、③「社会主義的社会秩序に適合的な国家形式・統治形式は何か」という三つの問題に分節している[1]。そして彼自身としては①に対しては〝肯定さるべきだ〟、②に対しては〝永続的な組織形式だ〟、③に対しては〝それは民主制だ〟とする立場を取る。表現をかえればケルゼンは、マルクス主義国家論の無政府主義的――ひいては反民族的――傾向に反対するところの・そして民主主義的国家形式を断乎として維持していくべきと考えるところの・国家肯定論的社会主義者なのである。ここでまず次の二点に注意を促しておきたい。(α)このような意味での国家肯定論的社会主義は、ケルゼンにあってはラッサールという人物のうちに投影され、象徴化されること、従って、①②③の択一への問はマルクスかラッサールかという一つの

問へ凝縮させることができること、ケルゼンはしばしば〝ラッサールへ還れ〟というスローガンを掲げているが、それの意味するところも又ここにある。(β)『社会主義と国家』とほぼ同時に発表された『民主制Ⅰ』はこの③の問題に対するケルゼンの解答の具体的内容をなすということ。

このように『民主制Ⅰ』は上述の問①②と内在的に関わる③の問に対する答としてあると思われるのであるが、このことは、ケルゼンがいかなる経緯で民主制を問題として取り上げたのかということについてのケルゼンの次の言葉がよく物語っている。「世界大戦は社会革命を誘発し、それによって民主制という政治的価値も再検討を余儀なくされた。……その名の示すように社会民主主義の精神的本質の半分は、社会主義であり、あとの半分は民主主義なのである。ところがこの運動が、いよいよ社会主義と民主主義の諸原則の実現の時が至ったかにみえたその時に、停滞し、更には分裂したのであった。分裂した一方は、逡巡しつゝ、また多くの障碍に苛まれつゝではあるにせよ、民主制実現という従来の方針を継続しようとしているが、他方は、決然と、激烈に、新たな目標へと突進した。その目標が、専制制の一形態〔プロレタリア独裁〕であることは、公然と、率直に、誰の眼にも明らかな形で示されている。……民主制はかつて君権専制制との関係において問題とされたが、今や新たにこのプロレタリア独裁との関係で問題とされるに至ったのである」(2)。ここから、民主制をめぐる問題をケルゼンが反ボルシェヴィズム――社会民主主義という線上で設定していることが明瞭に窺いとれるであろう。そして、このようなケルゼンの『民主制Ⅰ』の問題設定が『社会主義と国家』における問題設定の有機的部分としての位置を占めることも又明らかであろう。しかもこの『民主制Ⅰ』の最終節においてケルゼンは民主制――「マルクスやエンゲルスがなおプロレタリア独裁と両立しうる、否この独裁の一形態だと解した」ところの――を棄て去ったボルシェヴィズムの意味におけるプロレタリア独裁を前にして、「まさしくこのような独裁に対置されるとき、民主制はその最も深い本質を顕わし、その至高の価値を示す」、「相対主義こそ民主主義思想が前提する世界観である。それ故この思想は、あらゆる政治的信念に平等に自己主張の機会を与え、自由競争を通じて平等に民心を得る機会を与える」(3)と述べている。要するに、民主制は相対主義的世界観に支えられ根拠づけられながら、『社会主義と国家』における問題設定への解答の重要な一部分をなしている、ということができるのである。

このような論脈において、ケルゼンの民主制論とレンナー――ケルゼンが『社会主義と国家』において「特に世界大戦中に、社会民主党内で国家肯定論が有力となったことについては、レンナーの著作が参照さるべきである。オーストリア人レンナーは、国家は不可欠の社会技術であることを認識し、この認識をはばかることなく表明した社会主義的著作者たち〔即ち国家肯定論的社会主義者たち――筆者〕の代表者の一人である」[4]と評価していたところのレンナー――の民主制論が帰一するのである。いいかえればケルゼンは㈠国家は不可欠の社会技術的手段であるとみ㈡その社会技術的手段によって追求されるべき目的は「万人が自由であることが不可能だとすれば、可能な限り多数の人間が自由であるべきだ。即ち社会秩序の一般意志と自己の意志とが矛盾するような人間の数を可能な限り少なくすべきだ」という原理によって根拠づけられた多数決原理による民主的手続に従って決定されるべきであると考え、㈢ケルゼン個人としてはそのような目的決定に基づき、社会技術的手段としての強制装置を用いて「可能な限りの経済的平等」という「民主主義的理想」＝「社会民主主義」を追求すべきことを希望しながら㈣法制度の中に忍びこませられた「所有的個人主義」的自然法思想――「権利・即ち私的所有権が法に対して超越的なカテゴリーであり、法律秩序の内容の形成に対して超えがたい制限を設ける制度であるとの表象を維持」し、「私的所有権の制度が廃止されるのを防止しようとする」（*RRL* I, S. 43 邦訳、七四―七五頁）ところの――をイデオロギー批判の対象とし[5]㈤そうすることによって、民主的手続を通して人民が社会主義実現という目的のための手段として法を機能させることを阻むイデオロギー的障害を可能な限り法制度から除去し脱神話化・脱魔術化せしめておいて、㈢人民が㈡の原理・手続に従ってそのような目的を選び取ることを静かに期して待つという態度をとろうとするのである。[6]

この㈠㈡㈢㈣㈤と分節して示した論理構造において我々はケルゼンにおける民主制と価値相対主義の関係の問題の核心に出会うことになる。従って次にこの点についての議論を少し行っておかなければならない。それを項を更めて論じ、そのことをめぐる筆者の見解を一応示しておきたいと思う。その上で再び民主制と社会主義の関係を焦点としたケルゼンの政治思想をめぐる議論に戻ってくることにしよう。

(1) Kelsen, Sozialismus und Staat, Eine Untersuchung der

politischen Theorie des Marxismus, *Archiv für die Geschichte des Sozialismus und der Arbeiterbewegung*, 9 *Jg.* S. 1.

(2) Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie, *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, Bd.* 47, S. 50f. 長尾龍一訳「民主制の本質と価値」、長尾他訳『デモクラシー論』所収、四頁。

(3) *Ibid.*, S.83, 邦訳、四一—四二頁。

(4) Kelsen, Sozialismus und Staat, S.67. 邦訳、一〇七頁。

(5) 前掲拙稿「思想史的ケルゼン研究・序説」、特に第三章参照。

(6) このような立場をケルゼンを『社会主義と国家』における論述の流れの中におき入れてみる時、我々はケルゼンの政治思想がドイツ——オーストリアを含めて——社会民主主義思想史の中である特異な位置を占めながら、その中である種の必然性をもって成立してきた思想だとみることができるのではないかという問題に遭遇する。しかし、本稿ではこれについてはこの項で示唆しうること以上に述べることはできない。

七

例えば、「多数意見が必らず正しいという保障はどこにもない」、「少数意見の方が正しいということもしばしばある」、という言葉がよくきかれる。そのような嘆きのうちに民主制度にまつわるある宿命ともいうべきものへの肯綮を衝く指摘が含まれていることは否定しえないところであろう。過越の祭にピラトがイエスとバラバの選択を人々に委ねた時人々はバラバを選んだという聖書の一節にケルゼンがこの点をくり返し寓意していることは周知の通りである。この嘆きが「衆愚政治」としての民主制への批判・攻撃へと翻転することも決して稀ではない。

しかし、「多数意見が必らず正しいという保障はどこにもない」という嘆きが「衆愚政治」としての民主制への批判・攻撃へと翻転する時、その立場——それを以下〔A〕の立場とよぶ——には次のような主張が隠然あるいは公然と前提されていると考えることができる。即ち、①客観的に正しい意見・価値が多数決の手続に従って決定される結論・選択される政治的価値とは別個に存在し、②且それは認識可能であり、③多数決はその客観的に正しい意見・価値に到達することもしないこともある、という前提である。この前提が民主制の根柢を掘り崩しかねない性格をもっていることは容易に了解されうるところであろう。それが前提される場合には、多数決が客観的に認識可能な正義に背反する不正義を選択したということが確定可能なわけであるから、つまり多数決に従うこと、民主制のルールに従うことが不正義に加担すること

を意味することがあるということを客観的に確定しうるわけであるから。価値相対主義はこのような議論を否定する、即ちこの議論の前提たる①②を、あるいは少なくとも②を否定する。客観的価値の存在を、あるいはそれの客観的認識可能性を否定するのである。このような議論は既に多くの論者によって行なわれたところである。

しかし、ケルゼンの価値相対主義には、従来必らずしも明晰に理解されているわけではないもう一つの側面があるのではないか、と筆者には思われる。それは、従来統治の客体でしかなかった人々が自己意識に目ざめ、政治的教養に目ざめて意欲し行為する主体としてあらわれ、自らの責任において自らの確信するところを主張し、そして「万人が自由であることが不可能であるとすれば、可能な限り多数の人間が自由であるべきだ……」という公準に従ってその確信を法の目的にまで高めようとし、万人の統禦の下に万人と共にその目的の現実化のプロセスを担おうとするというそのような事態――それは無論様々の技術的可能性の限界に服さねばならないとしても――こそが価値なのだ、と主張しようとするという積極的側面である。これを主張する立場を〔B〕としよう。この〔B〕の意味における価値が〔A〕によって主張された価値とは位相を異にするものであるということ、〔B〕の主張する価値は〔A〕で承認されている客観的な、意欲し行為する主体から独立の存在としての価値を否定する時にはじめて成立しうるものだということ、に注意しなければならない。〔A〕では価値は各人の主体的選択・行為とは別個の領域にあるものとみなされているが、〔B〕では価値は各人が主体的に意欲し行為するということのうちに求められている。ケルゼンは『民主制Ⅰ』において「人間の実践理性の二つの至高の要請の結合物」、「自由と平等」という「二つの根源的本能の欲求の産物」として「民主制のイデー」を肯定的にみているが[1]、この「自由と平等」はまさしくこの〔B〕の意味における価値――あるいはそれが可能となるための主体の側における前提――に他ならない。それは、客観的に存在したり認識の対象となったりするような性質のものでは全くないのである。

このように〔A〕と〔B〕とでは価値と考えられるものの存在の位相が異なるといわねばならない。このような差異は、少数者が多数決の結果を客観的正義・価値に反するものと考え、この客観的正義・価値を多数者に抗して実力で貫徹しようとするような場合に明らさまなものとなる。その時、〔A〕の意味における客観的正義・価値を、あるいはそのようなものとして錯視・実体化されたものを

神輿の如くに担ぎ出す少数者によって、〔B〕の意味における価値が否定されるのである。絶対的正義・真理を体現すると僭称する独裁者、歴史的必然性の認識者であるということに正当性根拠をもつボルシェヴィズムのプロレタリアート独裁が人民の自発性・自律性を圧殺する時に生じているのもこのような事態であるということができる。このような〔B〕の意味における価値の否定は、「人民による」という契機をもたぬ「人民のため」の幸福主義的行政によっても行われる。

もし以上の議論が大過ないものとすれば、価値相対主義による民主主義の根拠づけを、「多数のおもむくところを拱手傍観する無責任な態度」というように理解することは、そのように理解されてやむをえぬ議論が少なからず行われていることは否定しえぬところだとしても、少なくともケルゼンに関する限りおよそ的外れであるといわねばならない。ケルゼンの価値相対主義は単に〔A〕の価値を否定するにすぎないものではない。〔A〕の価値を否定することによって〔B〕の価値を可能ならしめるものなのである。ケルゼンは相対主義をめぐる議論を行う時、必ずしも透明なものとなっているとはいえないにせよ、事実上このような構造をもった論理を展開していると筆者は理解している。そしてこのような意味における価値相対主義が民主主義の基礎となりうるものであるという議論には十分の説得力があると筆者は思う。そしてケルゼンがプラトンの哲人王の思想に、あるいはボルシェヴィズムの意味におけるプロレタリアート独裁に、そしてそもそも客観的正義が所与のものとして存在し、それが認識可能だとする一切の主張に厳しく論難を加えるのは、それを否定することによってはじめて可能となる〔B〕の意味における価値の領域を積極的に切り拓いていこうとしたからではないであろうか。

このように理解するならケルゼンの価値相対主義の主張は整合的なものとして再構成されるのではないか、と思われるのであるが、だからといって価値相対主義の問題が最終的に解決されるわけではない。というのは、このようにして切り拓かれた〔B〕の領域においてそれでは例えば私は、民主制の公準に従って自らの確信を法の目的にまで高めようとする人々の中の一人として、何を主張し、何を確信することができるのか、という問題が残っているからである。しかし、少なくともケルゼン自身はこのレヴェルにおける価値の相対性に悩んではいなかった、彼はそのような問題は信仰あるいは道徳的確信のレヴェルに属するものだとして学問的領域から排除するのであるが、意欲し行為する主体としてのケ

ルゼン、信仰あるいは道徳的確信にコミットするというあり方におけるケルゼンは、民主制のルールに従う人々の中の一人として、その中でいかなる内容的価値を確信し、主張することができるのかという問題については悩んではいなかったと思われるのである。少なくともケルゼンの価値相対主義に視圏を限定する限りは、その埒内にこのレヴェルにおける価値の相対性の問題は入ってきてはいないのではないであろうか。無論、このレヴェルにおいて価値の相克が生じうるであろうこと、それが必然であることをケルゼンが見逃してはいない。しかし、以上で我々が考察してきたことをふまえていえばケルゼンは、それに〔B〕を前提した枠内で対処していくことが可能であるし、そうなされるべきだと考えていたのではないであろうか。そしてケルゼンは現実に、ありうべき価値の相克をこのような前提の枠内での克服・調整の可能性の、又少数意見の多数意見への転化の可能性の保障を様々に制度化しようと試み、提案しているのである。このような枠組の中で何が政治的価値として追求されるべきかという点においてはケルゼンが――著者の言い方に倣えば――「主意主義」的傾向を示すことは確かに否定しえぬところかもしれない。しかしだからといってそれが「赤裸々な実力主義とまさに紙一重の……主意主義」であり、「この点で、ケルゼニズムはむしろファシズムへの道を拓いた、との評言をも甘受しなければならない」(260)という見解は決して受け容れることのできないものである。むしろそれは「主意主義」として否定し去られるべきものではなく、原則的に万人を参加者として、現実の問題解決のために討論による説得と納得を可能ならしめる「アゴラ」的場とでもいうべきものを保障しようとするための思想的苦闘ではないのであろうか。或いは少なくとも潜在的にはそのような方向性を含んでいるのではないであろうか。

さて、国家＝法という社会技術的手段を用いて社会主義を追求しようとするケルゼンの国家肯定論的社会主義は、以上で概略明らかとなったであろうような〔B〕の意味における価値相対主義の帰結としての民主制を通してのみ実現されるべきものだと考えられている、筆者はケルゼンの価値相対主義・民主主義・社会主義の関連を以上の議論をふまえた上でこう理解している。その意味でそれは「民主主義は手段であると同時に目的でもある。それは社会主義の闘争の手段である、そしてそれは社会主義が実現された場合にとられる形式でもある」(2)と述べるE・ベルンシュタインの主張との親縁性に想到させるものであるということができよう。

但し、そこにおいてはケルゼンをも苦しめたようないわば「大審問官」的疑問——「多くの人々は実現されるべき社会的価値の決定に対して責任を負うことなどできることでもないし、又その責任を自発的に負おうともしない……。とりわけその決定が自分自身の個人的幸福に対して致命的な結果を招きかねない状況の中ではそうである。それ故に彼らは、それを自分自身の良心から何が正しくて何が不正か、正義とは何かということを彼らに語る資格のある外部の権威へと委ねようとするのである」(3)——が不断につきまとうであろうし、その問から免れることを可能にするデウス・エクス・マキーナがありえないことを看過することも非現実的であろう。この疑問が現実のものとなった時、ケルゼンは次のように答えた——そしてそれにもかかわらず、彼は民主主義の理念をその疑問と共に終生抱き続けたのであった——。「多数の意思に抗し暴力にさえ訴えて主張される民主主義はもはや民主主義ではない。民衆の支配が民衆の反対に抗して存立しうる筈がないし、そのようなことは試みるべきでもない。民主主義者は身を忌むべき矛盾に委ね、民主制救済のために独裁を求めるべきではない。船が沈没してもなおその旗への忠実を守るべきである。自由の理念は破壊不可能なものであり、それは深く沈めば沈むほどやがて一層の情熱をもって再生するであろうという希望のみを胸に抱きつゝ、海底に沈み行くのである」(4)。

因みにいえば、ケルゼンの立場をソフィストのそれと比定するということは、肯定・否定いずれの意味においてであれ以前から行われていたところであった。しかし、筆者はむしろケルゼンをソフィスティケイトされたルソー主義者、あるいはむしろカント主義者だと考えたいと思っている。このことは上述の議論でいささかなりと示唆したつもりである。

さて、ともかくこのようにケルゼンの価値相対主義とは二つの次元において異なった機能を果たすものである、ということができるであろう。即ち、対象的レヴェルにおける価値の客観的存在・あるいはその認識可能性を否定するというネガティーフな機能と、各人が主体的に意欲し行為するということのもつ価値こそが本来的価値であるとしてそれを強く肯定するポジティーフな機能とである（後者の立場に立つ時、少数意見の人に向けて多数意見の執行が行われる場合にも、一定の節度をもつことが要求される。ケルゼンが例えば〝妥協〟を民主制の重要な要素として評価するのはこのような脈絡においてではないであろうか。筆者はこの点はケルゼンの相対主義を理解する上できわめて重要な点ではなか

ろうかと思っている。というのは、例えば著者も又多くの論者と共に、相対主義・民主主義・妥協を同じ平面において考えている(115)が、筆者はそのそれぞれが上述から明らかなように、異なったレヴェルで働く概念だ、と思われるからである。これについてはいずれ立ち入って論じる機会をもちたい、と考えている)。

このようにケルゼンの価値相対主義は二つの次元において異なった機能を果たすということが正確に押えられない時、ケルゼンの理解をめぐって混乱を生じることになる。例えば「相対主義から民主主義を基礎づけているその当の書物の中で、自由と平等という絶対的価値が民主主義の抑々の基礎として措定されている(5)」という言葉に示されているケルゼンの民主制論に対する当惑は、このような事情に立脚していないであろうか(6)。

(1) Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie, S.51f. 邦訳、四—五頁。

(2) E. Bernstein, *Die Voraussetzungen des Sozialismus und die Aufgaben der Sozialdemokratie, Neue verbesserte u. ergärzte Ausgabe*, S.178.

(3) Kelsen, Foundations of Democracy, p. 97. 邦訳、九九—一〇〇頁。

(4) ケルゼン、「民主制の擁護」、長尾龍一訳、鵜飼・長尾編『ハンス・ケルゼン』所収、二五五頁。

(5) 加藤新平『法哲学概論』　五二八頁。

(6) 尚、筆者には、長尾龍一（「民主制論」、鵜飼・長尾編『ハンス・ケルゼン』所収、参照）及び著者（117）もこの点において結局加藤と同じレヴェルの理解に立っているように思われる。

八　既に筆者はケルゼンを、マルクス主義国家論の無政府主義的——ひいては反民族的——傾向に反対するところの・そして民主主義的国家形式を断乎として維持していくべきと考えるところの・国家肯定論的社会主義者だと考えていることを示した。そのことの意味の半ばは既に概略明らかになった。以上をふまえれば、国家肯定論的社会主義とされるものがいかなるものであるのかも、ほぼ推察しうるところだといってよいであろう。このことを端的に了解するためには、我々は『一般国家学』における次の一節に着目することが好便である。そこでケルゼンはマルクス主義国家論を批判しながらこう述べている。「国家的強制秩序が法秩序に保護されている生産手段の私的所有者による無産者の経済的搾取という以外の何の目的をもたないという見解……は誤っている。『国家』と呼ばれる強制装置はきわめて様々の目的に役立つ

特種な社会技術的手段であって、それは搾取関係の維持のためにも、それの緩和のためにも、否それどころか搾取関係の全面的廃棄即ち生産手段の共同所有の保護のためにも役立ちうるのである」[1]。

このように没価値的法理論のレヴェルでは国家的強制装置はきわめて様々な目的に役立ちうるとされているが、その例示としてこのような内容を持つ目的が提示されたということは決して偶然ではない。ところでこのような目的を最終的に決定するべき位置に立つと考えられるものは人民に他ならない。そしてその決定は、「万人が自由であることが不可能であるとすれば、可能な限り多数の人間が自由であるべきだ。即ち社会秩序の一般意志と自己の意志とが矛盾するような人間の数を可能な限り少くすべきだ」という思想によって根拠づけられた多数決原理に従って、又分業の必然性と技術的不可能性のゆえに直接民主制は断念されざるをえないとしても可能な限りそれに接近した手続きを駆使して、なされるべきだ、とされるのである。このことは既に明らかである。そして国家的強制装置はそのようにして決定された目的を実現する社会技術的手段としてそれに仕えるべきものである、とみなされる。ここで、後に問題にする議会と行政の関係が原理的レヴェルにおいて示されていることが看過されてはならない。又ケルゼンのこのような政治思想が『純粋法学』第一版においては次のように内容的価値的に脱色されながら表現されていることも注目に値するところである。「純粋に実証主義的に考察すれば、法は外的強制秩序に他ならず、従って特種な社会的技術として概念されるものにすぎない。即ち希望された社会状態に正反対な人間の行態に対して効果として強制行為（……）を結びつけることにより、その希望された社会状態を惹起するか、これを惹起しようと試みるものである」（*RRL I*, S. 28f. 邦訳、五二頁）。

このようなケルゼンの国家肯定論的社会主義の上に彼の倫理的・民族的社会主義――それは勿論ナチズムとは無縁である、念のため――とでもいうべきものが可能となる。そのことを「マルクスかラッサールか」という論文の結びの部分でケルゼンがイギリス労働党とR・マクドナルドに大きな評価を与えつゝ自らの政治的信条を吐露している部分を紹介することによって示しておこう。「……マクドナルドが国家を最高の人倫的目標を実現する手段とみなしたということは驚くにあたらない。……彼の啓示はこうである。『国家は徳へ向かう努力を尽くしながら個人と協働する方向に組織されるのでなければならない。個々人の意識は共同

的意識 Gemeinbewußtsein の中で自己を再発見するのでなければならない。全体と個人とは、今や充足と平和とへの永久的追求を一体となってすすめるのでなければならない』。政治的理論としては——そしてこのことが政治運動としての社会主義にとっては重要なことなのだが——マルクス主義は決定的な瞬間に不十分なものであることが明らかとなった。そして、先に言及したレンナー、バウアー、ヒルファーディング、クノフ、カウツキーの著作など指導的なドイツのマルクス主義者の著作にあらわれた重要な現象や、イギリスの社会主義が指導的位置を占めていることがある徴候を示すものとしてうけとることが許されるとすれば、もはや単に反国家的でなく、民族について盲目でなく、倫理的に無関心で『社会学的』ではなく、本当に政治的であるがゆえに自覚的に倫理的である理論の方向へのイデオロギーの転換が準備されているといえるのである。スローガンというものが妥当性をもちうるためには多くの留保がいることを承知の上でこのような傾向をただ一つのスローガンに総括するとすれば、こう表現することができよう。即ち、『ラッサールへ還れ』(2)。

既に問題として摘示しておいたケルゼンの Anschluß への憧憬、〃大ドイツ主義〃は、仮に〃倫理的・民族的社会主義〃とよんでおいたこのようなケルゼンの思想が具体的場面においてあらわれ出てきたものなのである。たった今行った引用の最後にも示されていたように、ケルゼンは一九二〇年代前半に、くり返し〃ラッサールへ還れ〃というスローガンを発し、それと共に〃大ドイツ主義〃を標榜し、Anschluß への熱い思いを吐露していた。それがレンナー、バウアーら社会民主党指導層の立場と一致するものであることは既にみた。この点も又実はケルゼンの〃憲法体験〃——〃政治体験〃と深く関わるところだといわねばならないのである。ケルゼンは「大戦終了間際独自の〃ドナウ連合〃構想を画策した」(59、又35—36参照)が、戦後は「〃大ドイツ主義〃すなわちドイツ共和国との〃合併〃の熱烈な支持者となっていた」(59)。又そのことは敗戦後のドイツ系オーストリアの死命を制する問題でもあった。「一九一八年一一月一二日の国家形態・統治形態に関する法律第二条」は「ドイツ系オーストリアはドイツ共和国の一構成部分である」と規定しており(59)、その規定の趣旨がオーストリア憲法において断念されたのは「一九一九年九月一〇日のサン・ジェルマン条約第八八条〃合併禁止〃」(59)に余儀なくされた結果にすぎなかった。この無念さをケルゼンは後にスイスの詩人C・F・マイヤーの詩の一節を『ドイツ系オー

ストリア憲法論』の結語とすることで卒直に明かしている。「堪えよ、時は来らん、その時には張られん／ひとつの天幕がドイツの全土を覆いて。……／堪えよ緩かに熟するもの、その老ゆるは晩し。／他の萎るるとき、我は一の国家となる」(60)。

「我々すべてが欲するのでなければならぬもの、それは帝制なき大ドイツである」、「それ故もし我々が対外的大戦争を行うはめに陥れば、その中でドイツの個々の政府、ザクセン、プロイセン、バイエルンの政府は成程崩壊し去るかも知れない。しかしその灰の中からフェニックスの如くに不滅のものとして飛び立つことであろう。それのみが我々にとって重要であるところのもの、即ちドイツ人民が！」、これはケルゼンが同時期にしばしば共感を込めて引用したラッサールの言葉である。このラッサールの大ドイツ主義に共鳴する倫理的・民族的社会主義者ケルゼンの立場は、国家肯定論的社会主義者ケルゼンの立場と統合されうるものであるといわねばならない。従ってこの大ドイツ主義の一面をのみ孤立的にとりあげ、それを拡大してケルゼンをドイツファシスト、国家主義者と呼ぶことは(3)全く当を失したことだといわねばならない。それはケルゼンのこの一面を無視すること、あるいはケルゼンにこのような意味における、そしてこのような思想的論脈の中に位置をもつ〝大ドイツ主義〟に口をつぐむことと同様、ケルゼン理解を歪めるものである。

このようにケルゼンの切望したAnschlußはケルゼンを起草者とする憲法をもつオーストリア共和国とワイマール共和国の一体化であり、F・アドラーのように「マルクス・エンゲルスおよびリープクネヒトの意味での革命的なドイツへの合併である」とは言わないとしても、ラッサール、レンナー、マクドナルドに対する高い評価にこめられた社会主義実現への一階梯として考えられていることは見紛うべくもない。そのようなAnschlußへの憧憬は、ヒトラーによるAnschlußとは全く異質のものであって、むしろその実現によって無残にも打砕かれてしまったのだということ、この点をハッキリと確認しさえすれば、ひいきのひき倒しよろしくケルゼンの〝大ドイツ主義〟を隠し通そうと無駄な努力をする必要はないのである(4)。

さて、ともあれ筆者はケルゼンの〝憲法体験〟の背後にこのような彼自身の政治思想がひそんでいた、と考えている。先に筆者は、著者の指摘するケルゼンの〝憲法体験〟は〝政治的実践的体験〟のレヴェルにまで深められ、そのようなものの有機的一項として把え返されるべきであった、と述べたが、それはケルゼンの

〝憲法体験〟を以上で示された概略の上に据えて理解されるべきだ、というほどのことを意味していたのである。

さて、このようにケルゼンの民主主義をめぐる思想は、以上でその一端を垣間みた彼のトータルな政治思想の中の有機的一項を占めていたのだと考えるのでなければならない。そしてケルゼンの民主主義思想と共和国憲法との関係についての立ち入った理解は、以上を前提としてふまえた上ではじめて可能になるといわなければならない。例えば、著者が引用する次の言葉は、本書の中ではいささか〝すわり〟の悪いものだといわざるをえないが、以上の論脈の中におけばスムースに理解されるものとなるのではないであろうか。それは既にみた言葉だが、一九二九年一二月七日の第二次憲法修正として現実化するオーストリアにおける政治状況の右傾化を眼前にして発せられたものである。「およそ憲法とは、政治的勢力関係の表現である。オーストリア憲法は、民主政体に関心をもつ諸集団、なかんずく社会主義的志向の労働者集団の明瞭な優勢を示している。その存立十年の間に、この勢力関係の点で或るずれが生じたように思われる。というのは、市民サイドから憲法の改変を求める声がいやが上に高く且つエネルギッシュになりつゝあるからである。これらの努力が根本的に目指しているもの、それは、大統領権力の強化であり、民主主義的・議会主義的体制を職能身分的体制によって縮少ないし取って替えることである」(5)(162)。

さて、ここで我々はケルゼンが『純粋法学I』において次のように述べていることを想起しておきたい、と思う。というのは、その叙述は、以上で示されたようなケルゼンにおける価値相対主義・民主主義・社会主義の関係についての思考が薄い影をひそかに落としているのではないか、と思われるからである。「権利と権利主体の……自己矛盾にみちた全概念規定のイデオロギー的機能は容易に洞観される。権利、即ち、私的所有権が法に対して超越的な範疇であり、法律秩序の内容の形成に対して超えがたい制限を設ける制度であるとの表象を維持すべきことがそれである。法と別の、法に対して独立した権利という概念は、次の場合において、ますます重大なものとなる。即ち、法――私的所有権の制度をまだ保障している法律秩序――が変動の可能な、常に変動しつゝある、人の恣意によって創造された秩序であって、神の永久の意思に、理性に、自然に基く秩序でないと認められる場合である。この秩序の設定が民主主義的手続で行われる場合には、特にそうである。権利が法と異っていて、法から独立して存在してい

ながら、法的であることにおいて、法以下ではなく、実に恐らくそれ以上ですらあるとの考えは法律秩序によって私的所有権の制度が廃止されるのを防止しようとするためである。何故に権利のイデオロギーが個人の自由・自治的人格という倫理的価値に結びつけられるかは、この自由のうちに常に所有権も包含されている場合において、容易に了解できる。この意義において、人を自由な人格として認めないような秩序、即ち、権利を保証しないような秩序は一般に法律秩序と認められないというのである」(*RRL* I, S. 43f. 邦訳、七四―七五頁)。ここにケルゼンにおける価値相対主義・民主主義・社会主義の関係についての思考が影を落しているのではないかというのはこういう意味である。まずここでは「所有的個人主義」=自由主義的民主主義の中心的価値たる私的所有が絶対的であり、法秩序に超越的なものである、という主張が――ひいては「権利のイデオロギー」と結びつけられている「個人の自由・自治的〔=自律的〕人格という倫理的価値」が――イデオロギーであるとして相対化されている。更にそこでは民主主義的手続によって設定される法秩序は私的所有権の制度を廃止しうるものであることが示唆されている。事態は明らかだ、といってよいであろう。著者は事実上この点にふれている(275―276)。だが、それが以上のような議論にまで深められないのは、著者の自由主義的法治国家思想の持主というケルゼン像がそれを容れる余地を許さないからであろう。ところで、著者によれば、共和国憲法に「基本権および自由権について」の章――もっともそれは「ワイマール流の社会権条項はほとんど皆無といってよい(63)内容のものであったのだが――が採択されなかったことに対して、ケルゼンは「これは、私の見解では、決して遺憾とすべきことではなかった」と述べている、という(64)。このことが以上でみたことと直接に関わるものであるのかどうか、ということは今ここで決することはできない。しかし、『純粋法学I』においてなおケルゼンがこのように述べているのをみる時、制憲レヴェルでのケルゼンのイニシアティヴの発揮――「混沌の政情・社会情勢の中で、大同に就く(すなわち妥協に導く……)」べき役割を果たしつゝ彼の法理論を実定化させるに至らしめた役割が直ちに「革命を挫折」させることにつながるとすることが決定的に誤まりであることは――〝革命〟概念をボルシェヴィキ的にのみ解するのでない限り――明白であるといわねばならない。「法は強制機構であって、それ自身にはいかなる政治的又は倫理的の価値も帰属しない。その価値はむしろ法――手段としての――に

対して超越的な目的にかかっている」(*RRL I*, S. 32, 邦訳, 五七頁)。筆者はこのケルゼンの言葉を、制憲レヴェルでの彼の民主制思想のかかわりが、憲法に直接に何らかの政治的価値を体現させるという方向には働かなかったにもかかわらず——既にみたように法の目的は法超越的なものであり、法にそれを内在させることは民主主義的決断に障壁を設けようとするイデオロギー的意図によるものだ、と批判するのはケルゼンの純粋法学上の立場であった——、法＝強制機構を私的所有の廃棄——生産手段の共同所有の保障という目的に仕えることをも可能ならしめるということを法理論的に準備することによって、ケルゼンなりの「革命」への展望へつながっていた、と思われるのである。そしてそれは又ある点においてレンナーの『私法制度の社会的機能』と通ずる点があるとはいえないであろうか。

鵜飼信成の追憶するところによれば、アメリカにおけるケルゼンはある時鵜飼の「胸ぐらをつかまえるようにして、『君、社会主義をどう思う』と聞」いたという。そしてその答えを待たないで「『純粋法学の目的はね、これまでの法律学のブルジョア・イデオロギー的性格を明らかにするところにあるのだよ』と断定された」。鵜飼の「最も印象に残っている」ことだ、という。(6)

(1) Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, S.25, 清宮四郎訳,『一般国家学』, 四三頁。

(2) H. Kelsen, Marx oder Lassalle, Wandlungen in der politischen Theorie des Marxismus, *Archiv für die Geschichte des Sozialismus und der Arbeiterbewegung, 11. Jg.* Bd.3, S. 298.

(3) Vgl. R. A. Métall, *Hans Kelsen, Leben und Werk*, S. 44.

(4) E・トーピッチェの『イデオロギー批判論文集』の緒言に描き出されたケルゼン像には、本稿でテーマとした問題関心は全く欠如しているが、そのことがこのような傾向となってあらわれているということもできるであろう。そこにおいてナチズムとの対比の中で描き出されたケルゼン像は「直截に民族共同体への嫉妬行為なりと刻印をおされた」ところの「科学の没価値性を堅持せんとする立場」にあり、「その背後には一切の共同体的思惟や世界観的意欲を不可能にするような個人主義的思考法が潜んで」いるとするナチスのケルゼン弾劾におけるそれと——価値評価のレヴェルでのプラスとマイナスを逆転しただけの——全く同じものである、といってよい (E. Topitsch, Einleitung zur *Aufsätze zur Ideologiekritik* Hans Kelsens, S.23, 長尾龍一訳,『神と国家』〈イデオロギー批判論文集〉』一六頁)。このようなトーピッチェの視点は、ケルゼンの具体像を歪めるものであるとい

わざるをえない。

(5) この大統領権力の強化、民主主義的・議会主義的体制の職能身分制による縮少・代替は、ケルゼンの民主主義論が直接に警戒の対象としていたものであった。Vgl. Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2. *Aufl.*, Kap. 6, 8.

(6) 鵜飼信成「アメリカのケルゼン」、鵜飼・長尾編『ハンス・ケルゼン』所収、一三六―一三七頁。

(未完)

„Verfassungserlebnis", „politisches Erlebnis" und politischer Gedanke Kelsens nach dem ersten Weltkrieg(1)

——Einige Betrachtungen über ≫über Kelsenismus≪ von Prof. TEJIMA——

Hiromichi IMAI*

Dieser Aufsatz ist ein Versuch, mit dem neulich von Prof. Takashi TEJIMA veröffentlichten Buch „Über Kelsenismus" (Kelsenismkô, Tokio, 1981) sich auseinnanderzusetzen. In dieser Schrift behauptet Prof. TEJIMA, einer der heutigen berühmtesten Verwaltungsrechts- und Verfassungsrechtswissenschaftler Japans, daß es gelte, die Totalität des Gedankens Kelsens——Kelsenismus sozusagen——in ihrer „Seinsverbundenheit" zu begreifen um die Verwaltungslehre Kelsens recht zu verstehen. Und er finde den Schlüssel dazu im „Verfassungserlebnis" Kelsens, d. i. im Erlebnis, das Kelsen im Prozeß der Gestaltung der Bundesverfassung Republik Österreichs als ihr Schöpfer oder ihr geistiger Vater gemacht hat. Von hier aus komme die logische Struktur der Beziehung zwischen Verfassungstheorie und Verfassungspraxis bei Kelsen an den Tag.

Es ist, erkenne ich zwar an, der große Verdienst dieser Schrift, daß sie uns einen wichtigen Anhalt gibt, die Totalität des Gedankens Kelsens an seinem „Verfassungserlebnis", also an dem Zusammenhang seiner Theorie mit seiner eigenen Verfassungspraxis klarzumachen. Gleichzeitig sehe ich aber die Beschränktheit dieser Forschung darin, daß sie das „Verfassungserlebnis" Kelsens nicht genug bis in sein politisches Erlebnis und in seinen politischen Gedanken vertieft.

Daß Prof. TEJIMA Kelsen für einen Liberalist also die Verfassung, deren geistiger Vater er selbst ist, für die jene Funktion habende

* a. o. Professor an der Universität Hokkaido

hält, die die weitere Entwicklung der Revolution hindert, ist deutlich einseitig. Diese Einseitigkeit scheint mir eine Folge jener Beschränktheit.

Ich, meinesteils, halte Kelsen für einen staatsbejahenden Sozialisten der die demokratische Staatsform für unbedingt notwendig schätzt, und sowohl gegen die anarchistische und nationalblinde Tendenz der marxistischen politischen Theorie als gegen Diktaturen jeder Art kämpft.

Man muß das „Verfassungserlebnis" Kelsens in Hintergrund seines politischen Gedankens begreifen. Und der Hinweis von Prof. TEJIMA, daß die Rechtstheorie Kelsens einen großen Aufschwung in seinem Verfassungserlebnis genommen habe, muß, wie mir scheint, in diese Kontext eingebettet werden.