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（３）　―『ケルゼニズム考』（手島隆著木鐸社刊）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, 33(1), 141-173
Issue Date	1982-07-05
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/16390
Type	bulletin (article)
File Information	33(1)_p141-173.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（三）

——『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

目次

一—八（以上 32巻2号）
九—一四（以上 32巻3号）
一五—一七（以上 本号・未完）

一五　筆者は、『ケルゼニズム考』の著者手島孝が、「憲法をめぐる理論と実践の相互連関……の論理および構造」(3)をケルゼンの〝憲法体験〟に即して把えようとしてきたことに積極的意義を認めてきた。しかしその上で、その視点はケルゼンの思想的統体性――著者が「ケルゼニズム」と呼ぶところのもの――をトータルに把握するためには、いささか狭隘なものだといわねばならない、と述べた。そして本書の意義も又限界も、共に本書がケルゼンの〝憲法体験〟に焦点をあわせているところにある、とした。そのような視点をふまえた上で、筆者は更に、著者により本書において切り拓かれたこの「憲法をめぐる理論と実践の相互連関……の論理および構造」の解明の可能性を高く評価しながら、同時に本書に残されている狭隘さを克服するためには、〝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〟の有機的一項として把え返される必要があるのではないか、という視点を提示した(一一八)。著者が提起した「憲法をめぐる理論と実践の相互連関……の論理および構造」の解明の問題は、このようなレヴェルの問題へと深められその中の有機的一項として把え返されることによって、より一層具体的な形であらわれてくる。その中でこそ、その解明の重要性は一層切実なものとしてあらわれてくる、と思われたからである。

以上の視点を提示し、その上で我々は、そのような視点に立つ時ケルゼンをめぐっておおよそどのような問題連関が立ち現われてくるのかを概観してきた(九―一三)。――無論、本稿の制約からいって、そこに立ち現われてきた問題連関の存在を確認し若干の論点を垣間見る以上のことはなしえなかったし、従ってそれの立ち入った正確な議論まではなしえなかった。又以上でその所在が確認された問題連関についての本格的検討は後日を期さねばならないのであるが――。そしてその上で筆者はこのような議論がケルゼンの方法的純粋性に反するものでも、あるいはそれを無視するものでもないということを示した(一四)。

ところでここで筆者は更に、この一四で議論の対象とした論点と裏腹の関係に立つ問題を提示し、それについて若干の検討を行おうと思う。そしてそのことによって以上の議論に一応のしめくくりを与えておこう、と思う。その後で、つまり次項以後で、著者のケルゼン理解をめぐる残された若干の問題点――とりわけケルゼンの行政(法)理論の理解及びそれと関わる若干の論点をめぐるところの――の検討に入っていくという段取りをとり、最後にケルゼンのイデオロギー批判の業績に言及してこのいささかまとまりを欠くことになった小論を結んでいくことにしたい。

さて、既に筆者はケルゼンがラッサールの政治思想を極めて積極

的に評価していることに、否そればかりか、更に彼がそのラッサールの思想の核心を継承しているとさえ思われるということに、何度か言及してきた。筆者が定式化したケルゼンの政治的立場――「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」という立場――にそれがハッキリと体現されている。[1] だが、ケルゼンがラッサールから継承しているのは、単に政治思想だけではない。同時に彼はラッサールの憲法観をも継承している、といわねばならない。ケルゼンは自らの政治論文において、しばしばラッサールに肯定的に言及し、且その憲法論から引用を行っているが、彼はその憲法論において表明されているラッサールの憲法観をも同時に自らのものとしていると思われるのである。たとえその憲法観がケルゼンの法理論の中には明示的なものとしてもちこまれてはいないとしても。もしこのような議論が大過ないものであるとすれば、そしてそれにもかかわらずこのような事情が見過されるなら、それはケルゼン法理論の解釈上重大な難問をもたらすことになる、と思われる。それについては後に若干の言及を行うことになろう。ここではひとまずケルゼンに継承されるラッサールの憲法観とはどのようなものなのか、ということを示さねばならない。

ラッサールは周知の如く、いわゆる憲法闘争の時期に憲法をめぐって二つの講演を行っている。『憲法の本質について』(Über Verfassungswesen) 及び『今、何を』(Was nun ?) である。そこにおいて示された彼の憲法観の核心は次の点に存した。即ち彼は、憲法についての「形式的な法律学的定義」――「憲法とは一国において公布された基本法であり、この国民のうちにおいて公法の組織を確立するものである」といった類の――を「憲法の概念、憲法の本質は何か、を全く述べていない」として斥けた[2]上で、その本質を「所与の社会の中に存在している事実上の力関係 die tatsächliche Machtverhältnisse」に求めたのであった。「あらゆる社会に存在している事実上の力関係こそが、この社会のすべての法律及び法的制度を、それが本質においてまさに現にあるところのもの以外のものではありえないように規定しているところのあの能動的に作用する力 jene tätig wirkende Kraft なのである」[3]、こうラッサールは言う。もしかりに「遊星の運動が、太陽の引力という根拠〔基本、Grund〕によって、現にある事実と違うものにはなりえないように規定され規制されている」といいうるとすれば、その時「根拠〔基本、Grund〕という観念の中には、それによって基礎づけられたものを必然的にそれが現にあるがままのものにしている能動的な必然性、作用的な力という思想がある」[4]、といわねばならない。「憲法が一国の基本法

〔Grundgesetz〕をなす」という場合、「基本〔根拠、Grund〕」とはこのような意味において考えられるのでなければならぬ。つまり憲法とはこのような根拠づけの力、即ち「すべての法律に作用している能動的な規定力」をもつのでなければならないことになる。ラッサールはこのような能動的な規定力にこそ憲法の本質を求める。そしてそれは「事実上の力関係」だ、というのである。[5] 例えば「成文憲法を制定しようとする近代に固有の努力」の源泉は、「明らかに当該諸国の内部に存する現実の力関係にある変化が生じてきた」という点に求められなければならない。もしこの力関係の変化がなかったなら、憲法の制定とは「そのバラバラに散らばっている諸部分を単一の文書にまとめる」ということを越えるものではありえなかった筈である。[6] 以上要するに、「憲法問題とは本来法の問題 Rechtsfragen ではなくて力の問題 Machtfragen なのである。即ち一国の現実の憲法は、その国に存立している実在的事実的力関係のうちにのみ存在する。成文憲法は、社会のうちに存する現実的な力関係の正確な表現である場合にのみ、価値と持続性とを有するのである」。[7]

ラッサールはこのような思想を、巧みな例と躍動する言葉を駆使しながら、くり返し強調している。このラッサールの講演については、後にそれを一九一九年公刊のラッサール全集第二巻に収録した編集者E・ベルンシュタインが「この講演はラッサールの最良のもの……政治的な講演技術のマイスターヴェルクの一つである」と激賞して次のように述べている。「とりわけこの講演を意義あるものとし、ありふれた講演をはるかに越えたものたらしめているのは、ラッサールが政治的憲法の本質的モメントの叙述という課題に迫りそれを遂行する際に示した歴史哲学的な把え方である。この程『既得権の体系』において概念から思弁的に展開する法哲学の巨匠であることを示したラッサールがここでは政治的制度は社会的発展状態に依存しているということをわかりやすくリアルに証明しているのである」。そしてこのラッサールに匹敵しうるものとしては、『アンチ・デューリング』の中で「権力論」を論じたエンゲルスあるのみであろう、という。[8] ベルンシュタインのこのようなラッサールへの最高級の評価に、もう少し内容的な面にかかわる論点に注目しながら立ち入ってみよう。

「ラッサールが示したのは、制定法の形式にもたらされた政治的憲法は、それが社会のうちに事実上存在する力関係の表現である場合にのみ、又その限度においてのみ、実践的に妨げられることなく存在する、ということである。彼は『事実的力関係』又は『社会的力関係』の概念を分析した。近年アントン・メンガーは、生産手段とは階級編成と階級発展を規定する要因ではあると指摘すると同時に

経済的考察様式の限界をも示すというやり方で、唯物史観に対する明瞭で一義的な態度決定を避けたが、そのことを蔽う手段としてメンガーはこの概念を大いに利用したものであった。そしてこの講演における最重要性はそこにある。即ちそれは社会の様々な諸力をその可能性及び同時にその可能の限界において示しているのである。そこでは、行政的・軍事的な権力等の組織された国家権力の未だ組織されていない社会の諸力に対する圧倒的な優越性が読者に明らさまなものとされている。しかし他方では、組織された国家権力すら、いったいどの点まで——当時の——組織されていない純粋に社会的な力を手痛い目にあうことなしに無視することができるのかということ、更に、単に軍隊と大砲とをもつ王だけでなく、単に貴族、大工業家、銀行家、市民階級だけでなく、小市民階級や労働者も、そして最後には一般的意識、階級利害及び党派利害をこえた人民の文化感情も実在的な力の要素『権力の一部』なのだということ、そのようなことも又示されているのである[9]」。

ベルンシュタインにこのように概括されるテーマを語り継ぎながら、ラッサールは最後に聴衆に対して次のように呼びかけている。「諸君、この講演を肝に銘じておいて頂きたい。そうすれば諸君が憲法を自ら創造するという状況に再び立ち至った時に、いかに行為しなければならないかということ、一枚の紙片に字を書くことによってではなく、事実的な力関係を変化させる場合にのみ、何らかのことがなされるのだということを心得ておられることになるわけです[10]」、と。

こうしてラッサールは当時の憲法闘争を前にしながら、権力の側からの力の原理に対して単に法の原理を対置するだけにとどまるならばそれは無力なものに終わらざるをえぬことを説き、人々に事実上の力関係こそ一切の法の根拠をなすものであることに注意を向けたのであった。

ケルゼンが一九二〇年の『社会主義と国家』において——又その他の政治論文において——ラッサールの憲法をめぐる講演からいくつかの引用を行っていることは既にふれた。ところで彼は一九二九年に、彼自身が起草したオーストリア共和国憲法の第二次改正の試みがおし進められていた時に次のように述べていた。それを我々は既に別のコンテクストの中で引用しておいたのだが、ここであらためてみておこうと思う。「あらゆる憲法は、政治的力関係の表現である。オーストリア憲法は、民主的国家形式に関心をもつ諸集団、なかんずく社会主義的志向を有する労働者階級の明瞭な優勢を示している。その存立十年の間に、この力関係において或るズレが生じたように思われる。というのは、ブルジョアサイドから憲法の改変を求める声がいやが上に高く且エネルギッシュになりつつあるから

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小することないし取って替えることである」(162. 但し訳文の一部を変更した)。著者によっても引用されているケルゼンのこの文章は、ラッサールの憲法観の核心がケルゼンに受容されていること、その観点から自らの起草した成文憲法が支えられていた政治的力関係が失われつつある状況を醒めた眼でみつめていること、を疑う余地なき明瞭さで示しているということができるのではないであろうか。(11)

このようにケルゼンは憲法、政治制度が社会的力関係に依存しており、その表現に他ならないことをハッキリと認めている。そしてこの問題は実はケルゼンの純粋法学理論上の一大難問——実効性と妥当性の関係をめぐる問題——の一つの背景を形成しているのではないか、と筆者はひそかに推察している。しかしそれはともかくとして、ケルゼンはこのような「社会的力関係」を具体的にはどのような形で把えているのであろうか。果してケルゼンはこの「社会的力関係」という言葉を単に偶然に用いたのではなく、彼の思想の不可欠の要素としての意味を与えているのであろうか。与えている、と筆者は考えている。我々は既に一〇においてケルゼンのオットー・バウアー批判を見てきた。そこでケルゼンが展開しているモティーフは、本項における我々の問題関心に即していうならば、まさしくケルゼンの起草したオーストリア共和国憲法——「民主的国家形式に関心をもつ諸集団、なかんずく社会主義的志向を有する労働者階級の明瞭な優勢を示している」ところの——のあり方を規定し、それを通してすべての法律に作用している能動的規定力たる「社会的な力関係」の分析に他ならなかったのだということができるのではないであろうか。

この観点に立ってそこにおける議論の核心をあらためて抽出するとすれば、それは次のようなものであった。即ち、政治過程を支配するものは、支配者と被支配者の単純な階級対立、固定的な量と方向性をもつ力の衝突ではない。むしろそれは、一方で「相互に対立しあいながら」も同時に「作用を及ぼしあい」、一定の均衡点に達する「諸力の関係」である。「むき出しのブルジョア国家とみなされる共同体」——ケルゼンは「一九世紀の立憲君主制」はそのようなものであったと考えている——においてすら、一階級は他階級を一方的に押えつける程強くはなく、「法秩序の内容は……妥協を示す」にすぎず、国家の実効性は「民族の一切の階級の諸力の帰するところ」、つまり階級諸力の均衡点において支えられていたのであった。このようにケルゼンが「階級諸力の均衡」と呼ぶ事態の中にあって、実はプロレタリアートは圧倒的多数を占めているわけで

あるから、その政治意識が次第次第に覚醒されてさえいけば、この「均衡」はプロレタリアートの優位のうちに推移する筈である。それ故ケルゼンは、「革命前の階級国家と連立政権による真の人民共和国とを又この国家と未来の社会主義のイデアールに全くふさわしい社会像とをへだつものは、単に程度の差にすぎない」、「その差は、目的意識的改革によって埋めることが可能であり、革命によってとびこえなければならないわけではない」、と述べえたのである。そこにケルゼンがバウアー批判を――ひいてはマルクス・エンゲルスの国家理解に対する批判を――行う際の基本的立脚点があった。ここに「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」ところの「社会技術的手段」たる「外的強制秩序」という法概念――『純粋法学Ⅰ』において定式化されている法概念――が重要なインプリケーションを有していることが明らかとなる。それが彼の法理論・憲法観を包括した政治思想の中で重要な意味を有しているということは、次の彼の言葉のうちに紛うかたなき明瞭さにおいて示されているといわねばならない。「プロレタリアートが――もとより民主的憲法を拠り所として――政治的力をもつようになり、その政治的力がプロレタリアートの党をして国家の政府を……引き受けさせる――それが単独にであれ、ブルジョア政党との連合においてであれ――という可能性の前に、否、必然性の前に立たせるやいなや、そしてプロレタリアートの生活上の利害を知悉しているプロレタリア政党の指導者がかの国家の操縦桿を握るやいなや、この教理（『マルクス主義』は不十分なのだということが証明される」、というのがその言葉である。このようにケルゼンは「あらゆる憲法は、政治的力関係の表現である」というラッサールの憲法観を基本的に継承している。そしてその上でこの力関係をめぐる問題を階級均衡論という形で展開していたのである。ただケルゼンは彼の方法論的立場から、この力関係という憲法のグルントに属するレヴェルの問題をメタ法律学的問題とみなしたが故に、ケルゼンの憲法観――憲法思想のレヴェルにおけるこのようなラッサールに対する親縁性は、彼の法理論のレヴェルに限定された視野のうちには、あらわれてくることがないのである。ラッサールは既に見たように「形式的な法律学的定義」は「憲法の概念、憲法の本質は何か、を全く述べない」、とした。ケルゼンは、法理論は「法規範の純粋に形式的な考察様式を超出してはならない、「法律学の形式的・規範的考察様式の本質はこの限定にある」[12]、と述べた。この両者の言葉は、成程方法的・学問論的観点からはまっ向からの対立を示している。だがそこには同時に実質的思想上の一致、あるいは少なくとも相似性がひそんでいると

いえよう。

ところで、少なくとも一九二九年には、このようなケルゼンの階級均衡論――プロレタリアートの一層の優勢化という推移の方向性をヴェクトルとして含むところの――によって把えられた事態にハッキリと逆流現象が生じてきている。先に示した文章において、ケルゼンは第二次憲法改正への動向に即して、あらためてラッサール的憲法観を披瀝しながら、この憲法改正への動向の背後にこのような力関係の逆転があることを示していたのである。この逆転はいうまでもなくそれ以後ますます明瞭なものとなり、且加速度を強めていく。それ故に彼は一九三四年に『純粋法学I』の序文において、ケルゼンの起草した共和国憲法を実質的に支えたあの階級均衡――憲法のグルントであるところの事実上の力関係の表現としての――が既に失われてしまっていることをあらためて確認しつつ、「法と国家の客観的科学という理想が一般的承認をうける見通しをもつのは、ただ社会的均衡の時期においてだけである。それ故に、今日では純粋性を維持しようとする法の学説ほど時代に合わないものは全くないように見える」(*RRL I*, S. VIII, 邦訳、九頁)、といわねばならなかったのである。

以上の議論から、ケルゼンが受容したラッサールの憲法観は、〝純粋法学〟それ自体をも、〝純粋法学〟の存立するレヴェルをこえた深い根柢において制約しているのだ、ということが明らかとなる。そしてこのような憲法観をふまえるならば、例えばある憲法が共和的であるとその条文自体の中で自称するという、それだけのことからそれを既に共和国憲法と認めるというわけにはいかないという観点が当然に出てくる。それが条文で言う通りに共和国憲法であるためには、その主観的意味を同時に客観的意味たらしめるところの現実的力関係が必要である。[13] それなくしては、そのような規定は単なるイデオロギー的虚飾にすぎない。それ故にこそケルゼンは『オーストリア国法論』において次のように述べていたのである。「憲法の冒頭には『オーストリアは民主共和国である。その法は人民に由来する』という原則が掲げられている。法技術的観点からは、憲法そのものにおいて憲法の性格についてのこの種の理論的判断を下すことは余計なことであり、法的に無意味である。オーストリアが民主共和国であるのか否かの判断を下すことは、専ら法認識の事柄であって、法の事柄ではない。法の事柄は、民主的共和国であるということ、あるいはそうではないということ、である。事実についていえば、オーストリア憲法は民主共和国を、しかも議会制共和国の典型の極みを呈示している」。[14]

このように、自分について「共和国である」という規定を有する憲法を客観的意味における共和国憲法たらしめるのも、又「自分は動物

である」と語る石の如き存在に転落せしめるのも、事実的力関係――オーストリア共和国憲法に即していうなら、階級均衡、それもプロレタリアートの一層の優勢化という方向性をもつヴェクトルを含むところの――なのであるが、この共和国憲法の起草者たるケルゼンが他面で学問的に提示した〝純粋法学〟も又、「共和国」憲法を共和国憲法たらしめるこの力関係を肯定的に評価する彼の政治的観点の上に立脚している、と理解することができるのではないであろうか。このような事情は、成程〝純粋法学〟の体系の中にくり込まれてはいない。だが、たとえそうだとしても、それは〝純粋法学〟の合理的理解のための不可欠の前提となるのではなかろうか。それは〝純粋法学〟を越えながら、その体系を支える超越論的前提とでもいうべきものではないのであろうか。そう筆者には思われるのである。

ところで、もし〝純粋法学〟が以上で筆者が述べたような事態によって根柢的に制約されているという理解が大過ないものだとすれば――そしてまさしくこのような理解に立つが故に、我々はケルゼンの法理論を彼の政治思想・世界観と有機的に関わらせつつ理解しうるのであるが――この〝純粋法学〟の体系を自足的、自己完結的体系として取り上げ、その上でその内部にひそむ不整合をとり上げそれを問題とするというアプローチは、仮象問題を生み出すという危険を孕んだものとなる、ということが帰結しはしないであろうか。ケルゼン研究が進展し、議論が細密化しつつあるという昨今の風潮は、一方では無論大いに歓迎すべきことなのだが、この議論の細密化が他方でこのような仮象問題の生産に手を貸しているのではないかとの危惧も根拠なしとしない、と筆者は考えている。ケルゼンの法理論に様々の不整合を見出す時、それは法理論として訂正されるべき不整合なのか、それともまさにそれは法と政治の接点に属するがゆえに、法理論としては不整合なものとしてあらわれざるをえない性質のものであるのか、この点は慎重に見きわめる必要のあるところだと、思われるのである。

このような仮象問題にとらわれること、仮象の問題状況をつくり上げてしまうこと、を防ぐためにも、我々はケルゼンの政治思想と法理論の接点に眼を向けなければならない。又ケルゼンの法理論を含む思想的全体が、いかなる問題状況の下でいかなる問題を解決しようとする試みとして呈示されたのか、という思想史的処理をくぐり抜けるのでなければならない。そしてそれを我々にとっての問題状況とその中での我々なりの解決を求めようとする我々自身の試みと対質させておくのでなければならない。無論、この対質それ自体は学問的領域をこえる問題であって、各研究者の内面において処理されていてよい性質のものであるわけだが、この点の自覚がないま

まに自分にとって不整合と思われるものを直ちに対象――ケルゼンの法理論――に内在する自体的不整合と解し、思想史的処理を施すことなしにその不整合を批判・克服することは、仮象的問題状況を濫造する結果に終わるだろうからである。この点は、とりわけウェーバーの方法論の衣鉢を継承するケルゼンの方法的純粋性の理解とも関わる点であり、十分な留意を要するところであろう。

(1) 拙稿「ラッサールへ還れ」、長尾龍一他編『ケルゼン生誕百年記念論集、新ケルゼン研究』(木鐸社、一九八一)所収、参照。

(2) F. Lassalle, Über Verfassungswesen, *Lassalle Gesammelte Reden und Schriften*, hrsg. von E. Bernstein, *Bd.* 2, Berlin, 1919, S. 27. 森田勉訳『憲法の本質・労働者綱領』(法律文化社、一九八一)、三九頁、以下、Lassalle, Verfassungswesen, S. 27, 邦訳、三九頁、というように略記する。

(3) *Ibid.*, S. 31 f. 邦訳、四五頁。

(4) *Ibid.*, S. 31. 邦訳、四四頁。

(5) *Ibid.*, S. 31 f. 邦訳、四四―四五頁。

(6) *Ibid.*, S. 46. 邦訳、六一頁。

(7) *Ibid.*, S. 60. 邦訳、七六頁。

(8) E. Bernstein, Vorbemerkung zu „Über Verfassungswesen" Lassalles, *Lassalle Gesammelte Reden und Schriften, Bd.* 2, S. 11 f.

(9) *Ibid.*, S. 12 f.

(10) *Ibid.*, S. 61.

(11) ケルゼンにおけるラッサールの受容と国家肯定論的社会主義は、次のようなイェリネックの指摘と決して無関係ではないであろう。「あらゆる人間的利益は、自己を実現し、固執しようとする、必然的な心理的傾向をもっている。しかしながら、両者とも、権力を必要とする。……したがっていずれの社会的集団も、国家の承認を得ようと努め、すでにそれを獲得している場合には、国家的援助によって自己の利益の貫徹に向かって努力する。であるから、まだ国家的権力に手のとどいていない社会集団は、国家によって権力を獲得しようとする傾向を有しており、またもっとも強力な社会的利益にいたっては、国家を支配する権力さえも獲得しようとする傾向を有している。すべての社会的対立は、同時に社会的権力要因の緊張関係でもある。したがって、国家においても、国家の支配的社会集団と、支配権を獲得しようと努めている集団もしくは支配権から排除されている集団との、絶えざる闘争が認められる。それゆえに多くの国家的制度は、社会的大集団の相互に衝突する要求の妥協の結果であり、一部の法は、背馳している社会的諸利益のその時々の均衡状態を示している。*法の形成と社会における変動との間の関係を指摘したことは、社会主義者および彼らから学んだ人々の不朽の功績に属する」(Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 3. *Aufl*, S. 97 f. 芦部他訳、『一般国家学』(学陽書房、一九七四)七六―七七頁)。尚、引用文中*印は、イェリ

ネックがラッサールの „Über Verfassungswesen“ と „Was nun ?“ の参照を指示している個所である。

(12) Kelsen, Vorrede zur 1. Auflage der *Hauptprobleme der Staatslehre*, S. IX.

(13) 『一般国家学』においてケルゼンは次のように述べている。「憲法が共和的であると自称すればそれで右の憲法はすでに共和憲法であるか？ 憲法で連邦だと主張されればそれである国は連邦であるか？ 法行為は通常は文言で定立されるから、それは、それ自身の意義についてなにか述べることができる。これは法学的、いな、社会科学的認識一般の材料と自然科学的認識の材料との間の重要な差異である。石は自分は動物であるとはいえない。ある人間の行為が主観的にもつことを要求する法的意味をあたまから客観的意味だと考えるのは petitio principii〔不当前提〕である」(Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, S. 129, 清宮四郎訳『一般国家学』、二一五頁)。ところで、この問題をつきつめていくなら、現実的力関係と根本規範とのデリケートな関係がうかび上ってくるのではないか、と筆者は推測している。というのは、ケルゼンはこの文章を次のように続けているからである。「いったい、それらが法行為であるかどうか、および法体系におけるその地位いかん、他の法行為に対するその意義いかんは、それらを解釈する図式を創設する媒介となる根本仮説のいかんによるものであるから」(*ibid.*, 邦訳、同)。

(14) Kelsen, *Österreichisches Staatsrecht, Ein Grundriss entwicklungsgeschichtlich dargestellt*, 1923, S. 164.

一六 著者はケルゼンの行政理論を「〝自由主義的法治国家〟末期における極限的な行政観念」(207) であるとしている。そしてそれはより詳細には次のように概括される思想史上の位置を占める、と言う。「絶対君主政的福祉国家の時代には幸福主義的行政観念が支配した。法治国家においては、必然に行政の法的概念構成への傾向が現われる。すなわち、そこでは、国家活動を能う限り縮減し行政活動の分野でもこれを消極行政の範囲にとどめようとする夜警国家 (Nachtwächterstaat) の――〝自由主義〟的――理念と、議会主権的な法律国家 (Gesetzesstaat) の思想に基づく『法律による行政』(gesetzmäßige Verwaltung) の――〝法治国家〟的――原理とが、行政の現実を規制した。法的行政観念の成立は自然である。しかし、初期におけるそれは、なお前代の『全体の福祉』に代わる『個人の自由』〔=『人間人格の絶対的価値』〕という実質的・内容的要素と結びついていた。それが次第に形式化してきたのは、〝自由主義的法治国家〟思想自体の形式主義化の結果にほかならない。そしてケルゼンの行政論は、実にその尖端に位置している」(208)、と。このような位置づけから、著者はケルゼンの行政（法）理論に対して、次のように評価を下す。「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」(208)、と。他の個所ではより具体的且決定的にこの論点が敷衍されている。「ケルゼンの行政論は、〝国家（＝法）―行政〟を理念型とする自由主義的法治国家期の行政の基本構造を的確に解明するものであると同時に、やがて行政の社会機能的重心が法的次元……から超法的ディメンジョン……へと決定的に推移し始める現代国家（＝〝社会的法治国家〟）にあっては、もはや理論的対応能力を――形式的にはともかく、実質的には――もちえない。すなわち、現代の国家は、そこにおける行政作用が形式的＝法的にはなおケルゼン的意味で〝執行〟でありながら（社会的法治国家）、実質的には、すなわち全社会的座標の中では中枢的〝政治〟機能（国家基本政策の形成決定）を営む地位へ急上昇しつつあり（社会的法治国家）、当然のこととして後者の場に行政の主たる存在理由を、延いて国家そのものの構造特質を見出す〝行政国家〟（……）であるが、ケルゼンの行政論、さらに遡って純粋法学は、この現代的に最もクルーシャルな問題性（……）を視野に取り込む概念装置・理論装置を致命的に欠くのである」(219-220)。そして「その無政府的な形式性の故にケルゼンの行政観念は、やがてナチスの権威主義的行政思想への媒介的地位に立つこととともなる」(208) とすらいう。

行政（法）理論という切断面に即して行われたこのようなケルゼン評価は、例えばJ・H・ハロウェルが『イデオロギーとしての自由主義の没落』において示しているシェーマ――「自由主義は…殺されたのではなく、自殺した」、そのような運命をたどった自由主義の頽廃は「自由主義者と名乗りながら、実際にはどんな国家をも法治国家(Rechtsstaat)なりと宣言するケルゼンのような学者の形式主義」にあらわれている、とする言葉[1]から窺いとれるところの――と符合する（209, 注(2)参照）のであるが、このようなケルゼン評価は、我々がこれまでに呈示してきたケルゼンの政治思想・法理論の理解と大きな異和感を含むものだといわなければならない。否、むしろそれは我々の理解と真正面から対立するものだ、とすら評されねばならない。以下、本項においては、このような理解の差異・対立のうちにいかなる問題がひそんでいるのかを明らかにしていきたいと思う。とはいっても、筆者は著者とちがって、行政法、行政理論の専門家ではない。従って著者の示している行政（法）理論そのものを取り上げてそれと直接に対質するということはできない。行いうるのはせいぜい、従来本稿全体にわたって展開してきた我々の議論をあらためて行政（法）理論に対して――筆者の乏しい知見の許す限度内で――開かれたものにするという程度のことである。それ以上に立ち入った検討については、今後の課題へと委ねなければなら

ない。

結論から先に言うならば、ケルゼンの行政（法）理論の理解という切断面から窺いとれる著者と筆者の見解の対立の根柢には、ケルゼンの法治国家論の理解をめぐる問題がひそんでいる、と筆者には思われる。ケルゼンは『純粋法学I』において、法を社会技術的強制秩序として任意の目的に仕えるものとしていたが、このような規定はケルゼンの政治思想を構成する国家論的局面が方法論的要請の結果内容的・価値的に脱色されて表現されたものだというように考えることができるのではないか、と推察してきた。つまり――逆からいえば――内容的・価値的に一応は脱色されてはいるが、根柢的には彼の政治思想とは無縁でなく、むしろそれに規定されている、と考えてきた。そして、筆者はケルゼンの法治国家論も又、基本的にこのような政治思想によって貫かれ、制約されている――それが方法論的混淆主義となってあらわれてはいないとしても――と考えている。従って、ケルゼンの行政（法）理論もこのような問題意識に貫かれた法治国家論の一断面と理解することができるのではないか、と。もしそうだとするなら、ケルゼンの行政論に〝法律による行政〟という原理が貫かれているにせよ、又それがいかに形式的であれ、そのことによりそれを直ちに〝自由主義的法治国家〟思想の延長上に位置づけ、「〝自由主義的法治国家〟末期における極限的な行政観念」と評することは許されない、といわなければならない。少なくともケルゼンの「行政観念」を、ラッサールが「夜警国家」と嘲笑した自由主義的法治国家理念の延長上にあるとみることは、断じて不可能だといわねばならない。成程ケルゼンが「〝自由主義的法治国家〟の形式主義化」をおし進めたという点については、筆者といえども承認しなければならない、と考えている。だが、ケルゼンによっておし進められたこの「形式主義化」は、その法治国家を〝自由主義〟の批判的克服を志向する政治思想に対して開かれたものとするため、という一面を有するのであって、断じて〝自由主義的法治国家〟思想の頽落態ととらえるべき性質のものではないのではないか。ケルゼンの法理論と政治思想との関わりに眼をふさごうとしない限り、ケルゼンの法治国家論の核心はここにあるのであって、そのことによって「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」に対しても、ある本質的な問題提起をしていることが明らかとなるのではないか。だが、その点が著者には必ずしも明確には把えられていないのではないか。

さて、以上の論点を解明していくためには、ケルゼンの弟子でもあり僚友でもあるアドルフ・メルクルがケルゼンの生誕九〇年記念論集によせた論文「法治国家の理念と形態」に依拠するのが好便で

あろう。そこにおいてメルクルは、ケルゼンの純粋法学的認識によって法治国家という概念は実質的法治国家と形式的法治国家という二義性を有することが鮮明に意識されるに至った、としている。そこに我々は以上の問題についての鍵を見出しうると思われるのである。(2)

(i) メルクルによれば、実質的法治国家概念はドイツ古典哲学、とりわけカント法哲学によって呈示されたものであった。「古典的観念論、とりわけ誰よりイマヌエル・カントに代表される法治国家論」は、「英仏の啓蒙期の影響を、とりわけジョン・ロックの国家思想の影響を強くうけた」ものであり、「ドイツの警察国家の実践と理論とに対する反作用」を意味するものであった。カントは「国家のうちに法法則の支配下における平等で自由で人倫的な人格性の共同体をみた」がそれは同時に「個人主義に対する過大評価、過剰評価に対応する内容」をもつ「国家契約」の理論を伴っていた。(3)

(ii) だが、立憲君主制の法律学によって事実上このような法治国家概念の内容は変化させられた。この変化によって、実質的法治国家概念は形式的法治国家概念となった。この変化をメルクルは思想史的・理論史的にF・J・シュタールの所説に即して説明している。「ドイツの保守的国家イデオロギーの完成者」であるシュタールは「政治的個人主義……の法治国家原理を……うけ入れ」乍ら、そこに次のような意味を与えて、この転化を果した、というのである。メルクルはシュタールの言葉を引用する。その趣旨は次のようである。「国家は法治国家たるべきである、それは近代の合言葉であり、……発展の原動力である。国家は自らの活動の方向と限界、及びその市民の自由の領域を、法の方法において正確に規定し、不可侵のものとして保障すべきであり、人倫的理念は国家の命令によっては従って直接的には、それが法領域に属する限度内で実現（強制）されるべきである」。これこそが「〝法治国家〟の概念」であり、「国家が行政目的なしでただ単に法秩序を管理するものだとか、或いはただただ個々人の権利を保護したりするものだとかいうこと」――つまり文化目的・権力目的と区別された法目的だけを追求するということ――「が法治国家の概念なのではない。法治国家とは、一般に国家の目的と内容とを意味するのではなく、その目的・内容を実現するあり方と性格とを意味するにすぎない」。(4)

このシュタールの言葉が示しているのは、「法治国とは人倫的理念が『法の方法に於いて』実現されることに存」し、従って「人倫国の形式的側面を意味する」にすぎない、ということである。そのことによってシュタールは法治国家を「君主的権力の自由なる実現」のための機構と把えたのであり、「市民の自由な活動を、国家権力に対して法によって保障」せんとする自由主義的法治国家だけ

を法治国家とみる理解を否定し、法治国家の概念から自由主義を切断する可能性を示したのであった。[5] このことをメルクルは、カント的法治国家概念からの「目的と内容」の除去、それの形式的法治国家概念への転化と見、歴史的には立憲君主制的法治国家の成立をみているのである。

このようにシュタールがカント的法治国家概念――それを、フンボルト的、フィヒテ的法治国家概念といいかえることも可能であろうが[6]――からそれに固有の国家の目的・法秩序の内容を除去したということは、我々なりの問題関心に即していうならば、法治国家概念から〝所有的個人主義〟のイデオロギーを抜き去ったということ法概念が〝所有的個人主義〟のイデオロギーから解放されて形式化された、ということを意味するものと考えてよいであろう。ともあれ、ここで重要なことは、シュタールのこのような法治国家のとらえ方によって、「法はもはや国家の目的とか内容とかとはみなされず」――つまり〝所有的個人主義〟と不可分のものとはみなされず[7]――「国家の〔法という目的〕以外の目的を実現するための手段」[8]として理解されるようになった、ということである。かくして形式的法治国家は、「生命・自由・財産へ干渉する国家行為」も、それが「法律に適合している」という要件さえ満たしていれば、十分に法治国家とみなされるということを可能にする。かかるものとしてはそれは「法律国家 Gesetzesstaat」であるといってもよい。[9] ここには、法は主権者をこえ、主権者を制約するものだ、といった法観念は原理的にはない。法は主権者が必要に応じてつくり出すものである。従って、この一切の内容・目的を除去された法治国家に、あらためて〝所有的個人主義〟的価値をその目的として――時にはある制約を与えつつ――課することも不可能ではないが、そのような性格の目的を否定すること――しかも、それを保守主義的方向へと否定することも、社会主義的方向へと否定することも――も又可能である、という帰結が含まれていると考えることが許されよう。国家はそのような様々の目的を実現するための手段でありうるということになったのである。ともあれ、立憲君主制の法律学における法治国家概念は、古典哲学の法治国家論の強い影響下にありながらも、基本的にこのような可能性を含む形式的法治国家という様相を示していた、とメルクルは考えている。[10]

このような転換を与えられた法治国家概念は、自由主義勢力が政権担当能力を有するに至り、純粋な自由主義的主張が現実政治に対して有効性をもたなくなり、その主張が現実と妥協しはじめるに至るという局面において、威力を発揮しだした。メルクルはこの点を次のように説明している。「国家をいわゆる法目的に制限するということは、自己維持衝動をもつ国家が漸近的に接近しつつ実現しう

るにすぎないイデアールな要請にすぎなかった。〝夜警国家〟というラッサールの有名な嘲笑的言葉は、成程法治国家の理念については完全に当を得てはいるのだが、少なくとも大陸ヨーロッパ国家の現実については党派色のついたメガネによって若干歪められた像を示していた」といわざるをえない。「例えば前世紀中葉に周知のように義務教育の法定や国家的救貧に反対していたイギリス自由主義の教条主義が、大陸の自由主義の政党指導者によって抱かれることはどこにおいてもなかった。自由主義は、政権を握るや単なる秩序維持にのみ国家目的を限界づけるという極端な考え方を拒否し、穏和な干渉主義に余地を与えたのであった。国家は、絶対主義的福祉国家から立憲的福祉国家になる……という危険にもかかわらず、福祉目的及び文化目的という課題をひきうけたのである。とりわけ文化政策は、最大の規模においてすすめられた。……〔この例としてメルクルは学校制度をあげている〕……。経済の領域を国家的に規制するということは、マンチェスター・リベラリズムにとってはいわばタブーであったのだが、その領域すら命令の網の目の中にとらえられた……。このような法状態が依然として法治国家の理念に対応するとされるのであれば、法治国家の概念はそのような発展に応じて修正されなければならない。事実法治国家のリベラルな理論家は、政権担当能力を有するに至った自由主義の時代から、この概念に対して絶対的警察国家の理論家が与えたであろうような、否事実与えていたところの内容を与えたのである」[11]。

ケルゼンの形式的法治国家概念はこのようなコンテクストと関わりながら、更に一歩すすめてそれを国家肯定論的社会主義へと発展させようとするものであり[12]、〝法律による行政〟の思想はそのことによって国家の干渉政策を民主主義的人民意志の統制下におこうとする彼の政治思想の形式的レヴェルにおける表現である、このように筆者が考えていることは既に察知されているところでもあろう。がともあれここで重要なことは、カント的・古典哲学的法治国家概念から立憲君主国家的法治国家概念への転化を、メルクルが次のように意味づけているということである。「立憲国家のドクトリンにおいては、法は国家の唯一許される目的から、国家の任意の目的にとっての普遍的手段となっているのである。法治国家概念のこのような定式化によって、伝統的な秩序目的及び権力目的の他に強力に高まってきた国家の文化目的及び福祉目的に道が開かれたのである。この場合、あれこれの国家課題に対する決断と相争う様々の国家課題の配分は、法治国家としての国家の評価にとって何らかの形で重要性をもつというわけではないのである[13]」。この「あれこれの国家課題に対する決断と相争う様々の国家課題の配分」は、究極的にはこのような形式的法治国家概念にとって超越的なレヴェルに属

するところの「事実的力関係」によって決せられる問題であろう。その意味で形式的法治国家概念は、この「事実的力関係」の領域を方法的純粋性によって領導されるべき法理論の領域の彼岸に属するものとすると同時に、それに対して開かれたもの、むしろそれによって内容を充たされることによってはじめて現実のアレコレの国家となるような、単なる形式なのでもあるといいうるのである。[14]

ケルゼンが「国家に帰せられるすべての行為はただ法命題の現実化にすぎない」、「いかなる人間の行為も、法的帰属規則なしには国家の行為とはみなされない、という大胆な主張をもって登場してきた」[15]のは、まさしくこのような問題状況においてであった。この主張によって国家に帰属せしめられるべきすべての行為は、法目的を追求する国家行為だとされることになる。このことにより実質的法治国家概念が前提する法概念は既に否定されているのであるが、ここで興味深いのは、そのことによって何が公益か、何が国家によって追求される目的であるべきか、という問題は、政治的あるいは倫理的な要請、メタ法律学的レヴェルの問題として、法学からは追放されると共に、法学をこえた領域において固有の政治的・倫理的問題として、人々が決断するべき問題としてあらわれてくることになった、という事情である。ケルゼン自身は『一般国家学』においてこの点をこう述べている。「『国家』という社会技術上の手段をもってどのような目的を追求すべきかという問題は政治的なものとして、一般国家学の範域外にある。一般国家学は国家をいわば自己目的と考える。それは一般国家学が国家は目的をもたないと主張するということを意味するのではなく、国家学が国家の目的を問わないということを意味するにすぎない」[16]。

ところで、このような問題は実は、マックス・ウェーバーが『客観性』論文のある個所で次のように議論をすすめている問題に――従って『客観性』論文の核心的テーマそれ自体に――通底している、といわなければならない。そのウェーバーの議論とはこうである。重要性の故に、少し引用が長くなるが煩をいとわずに示そう。「我々が普通の意味での経済政策や社会政策の実際的な諸問題」について「実際的な個別的な問題」のレヴェルで論ずる場合には、「ある目的が全面的に同意されて、自明なものとして与えられているということが前提されていて――例えば緊急融資、社会医学や救貧政策の具体的な課題、工場監督や工業裁判所や職業紹介などの諸方策、大部分の労働保護立法などを考えてみよ――」、従って「そこで問題となるのは、ただ目的を達成するための手段についてだけだ」と思われがちだが、「それは少なくともみせかけの上だけのことである」。考察を更に一歩進めて「もし我々が慈善的＝警察的な福祉施設および経済施設の具体的な諸問題から、経済政策や社会政策の問題

へと……高めていくならばそのような「みせかけ」や、ここにおいて「規範となるべき価値の規準が自明のものだというみせかけ」は全くの仮象に他ならないことが明らかとなる。[17] かくしてウェーバーは続ける。「ある課題が社会政策的な性格をもっていると称することは、まさに、はっきりきまった目的を前提して、そこからただ技術的な考慮をはらうだけで、問題は片づくのではないということ、そうではなくて、その問題が一般的な文化問題の領域の中へ入りこんでいるのだから、規範的な価値規準そのものをめぐって争いがおこることがありうるし、またそうならざるをえないということを、それは意味している。そしてその争いは、今日我々が非常に考えやすいことなのだが、『階級の利益』相互の間で行われるにとどまらず、又色々な世界観の間においても起るであろう」。又「個人がどんな世界観を主張するかということに対しては、他の多くのことがらと並んで、その人の『階級の利益』……と世界観とを結びつけるところの親和力の程度も又確かに、非常に著しい程度において、決定的となりがちである」。[18]

いうまでもないことであるが、このような経済政策や社会政策を国家がすすめていく場合、必ず法律を媒介とするのでなければならない。従って、ウェーバーのこのような社会政策・経済政策をめぐる考え方は、次のようなウェーバー自身の法学をめぐる、更にはそれを超越した領域にある究極価値をめぐる考察と内在的に関連しあっている、とみることができると思われる。即ち、ウェーバーは――例えば『職業としての学問』に即していえば――およそ次のように議論しているのである。「法が存在すべきかどうか」という価値判断に対して法学は直接には解答を与ええない。だが、法学は規範の〝論理的・形式的考察〟を行う他に、「もし我々が法的思考の規範に従ってある効果を望むなら、かくかくの法規がそのために一番適当な手段であるということ」を示すことができる。[19] だが、そうであれば法学はこのような考察を通じて「法が存在すべきか」という問題、ひいては究極的価値の問題を、手段と目的の因果的関係のレヴェルにおいて把え返すということを通じて吟味し、それに反省を促すことができることとなる。つまり科学、従って法学は、たとえ「個人個人の行動の究極的意味について」の実践哲学的考察を直接には行いえぬとしても、「適当な手段」の提示を通して少なくともそれに間接的に関わることはできるのである。なぜなら、「行為が……自由になればなる程」、「人格性」とその抱懐する「一定の究極的『価値』」との関係は、「人格性の行為において諸目的へと鋳なおされ、こうして目的論的に合理的な行為へとおきかえられるから」[20]である。

ケルゼンの『純粋法学I』における、社会技術的手段としての法＝国家というモティーフは、このような社会政策・経済政策と法・国

家のとらえ方を、法・国家の側からつきつめて考えていったところに成立するものだ、と考えることができるであろう。「あれこれの国家課題に対する決断と相争う様々の国家課題の配分」は形式的法治国家にとって超越的なレヴェルの問題だと考えられる時、そこにはこのような問題連関が潜んでいるのである。要するに、ケルゼンが行政（法）理論を問題にする時、そこにはウェーバーが社会政策・経済政策を価値判断・学問との関わりにおいて問題にしたのと同一の問題状況に関わっていたのである。

以上の考察をふまえる時、形式的法治国家概念の観点からは、このように「階級の利益」、「世界観」と密接に関わり、「一般的な文化問題の中へ入りこんでいる」ところの「問題」についての「規範的な価値規準そのものをめぐる争い」がどのように解決されようと、それが法治国家の性格に関わることはない、と考えることができる。あるいはむしろ、このような形式的法治国家概念――「もはや古典的観念論の法治国家概念ではなく、以前の特種な内容が取り去られた法治国家概念であり、自らの気に入る法内容がそれに充たされると考えうるが故に保守主義者にも自由主義者にも正当でありうるところの空虚な外皮」[21]としての――が前提されてはじめて、ウェーバー的問題圏が成立可能となる、といわねばならないのではないであろうか。[22]

こうして既に明らかなように、実質的法治国家概念が形式的法治国家概念に転化せしめられることにより、「国家の文化目的及び福祉目的」は法治国家の枠内に取り入れられ、法目的となることができる。例えば「階級の利益」間で行われる諸々の政策上の規範的な価値基準をめぐる争いの一定の結果として国家的承認を獲得した文化目的・権力目的が実定法上の法目的となることができる。事実、立憲君主的法治国家においては、経済的領域への国家的干渉も法的目的として取り上げられ、その干渉自体が法的規制に服せしめられたのであり、尚、そのことによって計算可能性が確保されえたのである。夜警国家たる実質的法治国家概念にはこのようなものが法的目的として取り入れられることは原理的に許容されないことであろうが。

ところでメルクルによればこのようなことは実は民主主義的契機の増大を意味する。彼は、カント的法治国家概念は「首尾一貫して非民主主義的でリベラルな刻印を帯びていた――カントは人民支配を一種の圧制とよんでいる――」が、「立憲主義的法治国家概念は、少なくとも潜勢的には民主主義的イデオロギーへの転換をなしとげたのであった」[23]、という。何故なら――既に示唆したところであるが――「国家行為が法に拘束されている」ということを要請する形式的法治国家概念は、その限りにおいてはその法が或る君主の個人的意志によって定立されるのか、少数の人々の意志によって定立され

るのか、人民の意志によって定立されるのか、という問題に対しては開かれているが、「立憲国家における立法の過程の性格」を考察するなら、そこには「国家行為を人民代表の授権へと制約するということを意味する」という方向性が開かれている、と判断しているからである。[24] 更に、それに、立法過程が真に民主主義的なものとして完成されるなら、そして行政が完全に法律に適合的なものとなるなら、行政は個人の自由に対する潜在的脅威であることから、集合的・国民的自律の現実化のためのマシーンとなるとつけ加えることも許されるであろう。上山安敏は『憲法社会史』のある個所において、ドイツの法治国家論は「本来、権力者の力の論理に対して法の論理によって個人の権利を擁護する、下からの運動から出発したはず」だが、「形式的合法性の名の下に国家の上からの統治手段へ転化してしまう」[25]、と述べているが、ケルゼンの理論はこの「転化」をふまえた上で更にそれにひとひねりを与え形式的合法性の名の下に国家が行う上からの統治のその上に人民意志を据えようとし、その可能性がある限りで統治機構を不可欠のものとしたのだ、ともいえよう。その限りで、官僚制の肥大化傾向はケルゼンにとってアンビヴァレントな意味をもってくるのだが、この問題の所在については既にふれた。[26]

ところで、以上との関わりにおいてケルゼンの三権分立批判と法段階説が重要な実践的意義を帯びるに至る。しかも、実質的法治国家概念の形式的法治国家概念への転回は、既に一一でみた自由概念の意味転化に対応しながら、この点と内的に関わりあっている。この点については項をあらためてみていくことにしたい。

(1) John H. Hallowell, *The decline of liberalism as an ideology*, 1943, p. vii f. 石上良平訳『イデオロギーとしての自由主義の没落』(創元社、一九五三)、二—三頁。

(2) Adolf J. Merkl, Idee und Gestalt des Rechtsstaates, in: *Festschrift Hans Kelsen zum 90. Geburtstag*, hrsg. von A. J. Merkl, A. Verdroß, R. Marcic u. R. Walter, 1971. メルクルはこの論文において議論の射程を古典古代ギリシャにまでのばしているのだが、本稿では議論を近代以後に限定する。

(3) Ibid., S. 132.

(4) Ibid., S. 133 f.

(5) 中村哲「シュタールの国家理論(三)」、国家学会雑誌、第五〇巻、三号、四八頁。

(6) Vgl. A. Merkl, Die Wandlungen des Rechtsstaatsgedankens, in: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule, Bd. 2*, S. 1960.

(7) 中村哲「シュタールの国家理論(一)」、国家学会雑誌、第五〇巻、二号、六〇頁以下参照。

(8) A. Merkl, Idee und Gestalt des Rechtsstaates, S. 135.

(9) Ibid., S. 136.

(10) 尚、高田敏「シュタールにおける法治国の概念」、法哲学年報、一九六三（上）法の概念、所収、一八八頁参照。

(11) A. Merkl, Idee und Gestalt des Rechtsstaates, S. 133 f.

(12) Vgl. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, S. 31 ff. 邦訳、五二頁以下。

(13) A. Merkl, Idee und Gestalt des Rechtsstaates, S. 135.

(14) 別の論文においてメルクルはこのような事情を鋭く見抜きそれに法理論的表現を与えながら、それを究極的帰結にまでもたらさなかった、という意義と限界とにおいてG・イェリネックの国家学を評価している。メルクルはこのように言うのである。「今日の全国法学にとって固有なことは、法的要素と法外的要素とが国家についての表象のうちに織り交じりあっているということである。しかし法律学的意味における国家が他の、即ち政治的及び社会学的意味における国家からは純粋に区別されえず、一方では法治国家、国家の法的側面がたとえば社会学的考察の対象とされ、他面で国家の社会現象が法的に重要なものとみなされるのである」。「イェリネックの一般国家学は一個同一の法治国家、法的意味における国家を法律学的及び社会学的観点から考察する試みを示し、そのことによって成程、従来の法理論の状態に対してある巨大な進歩を与えた、つまり、旧来の国家概念は、単に法律学的考察の対象であるだけでなく、同時に法外的考察の対象でもありうる、という認識を与えたのであった。しかしながらそのことに、まだこの事柄における究極の認識が結びつけられてはいなかった。即ちこのような原理的に異った考察様式には異った対象が基礎となっているのでなければならない、社会学的考察の対象はそれ故に、法学が関わるのと同じ法治国家、法的意味における国家ではありえない、という認識がそれである」。オットー・マイヤーの行政法理論は、「行政とは国家の、多かれ少なかれ法外的 rechtsfrei な領域であるが、それにもかかわらずそれは法律学〔＝行政法学〕の対象でありうる」という前提から出発し、従って「メタ法律学的学問の対象としての法治国という観念、及び非法についての法学という観念」といった「純粋に不可能な観念」をつくり上げたのであるが、それはイェリネックの限界と同根の誤謬である、とメルクルは考える。(A. Merkl, Staatszweck und öffentliches Interesse, in: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule, Bd.* 2, S. 1559 f.)

(15) Ibid., S. 1560 f.

(16) Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, S. 39, 邦訳、六七頁。

(17) Max Weber, Die »Objektivität« sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis, in: *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 1922, S. 152 f. 出口勇蔵訳「社会科学および社会政策の認識の『客観性』」、『世界の大思想、ウェーバー、政治・社会論集』（河出書房、一九六五）、五七頁。

(18) Ibid., S. 153, 邦訳、五七—五八頁。

(19) Max Weber, Wissenschaft als Beruf, in: *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, S. 542, 出口勇蔵訳「職

業としての学問」、『世界の大思想、ウェーバー、宗教・社会論集』、(河出書房、一九六八)、三七八頁。尚、筆者が本文で「法学は規範の〝論理的・形式的考察〟を行う他に……」と述べた趣旨については、ここではウェーバーは別の表現を用いているのだが、ケルゼンが『国法学の主要問題』第一版序文において、ウェーバーの『客観性』論文の一節を引きながら、「私の立場をマックス・ウェーバーの用語(……)を用いて簡潔に表現することが許されるとすれば、本書の認識目的の独自性は、法規範の純粋に形式的な考察様式を超出しようとはしないという点にある。蓋し、私の考えでは、法律学の形式的・規範的考察様式の本質はこの限定にあるからである」(Kelsen, Vorrede zur 1. Auflage der *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1911, S. IX)と述べていることを念頭においたものである。この点をめぐっては、拙稿「思想史的ケルゼン研究・序説」、本誌、第三二巻、一号、第一章、特にその(二)を参照。

(20) Max Weber, Roscher und Knies, in: *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, S. 132. 松井秀親訳『ロッシャーとクニース(三)』(未来社、一九五五)一二七頁以下。

(21) A. Merkl, Idee und Gestalt des Rechtsstaates, S. 135.

(22) マックス・ウェーバーは、「社会学・経済学の『価値自由』の意味」という論文の結びにおいて、「国家は……究極の『価値』でなければならない」、という主張を斥けながら、「しかし、評価の領域においては、次のような立場がきわめて十分に、意味あるものとして主張されうるのである」、としている。即ち「反抗にそなえての強制手段として国家が利用可能性をもつという関心から、国家の権力を考えられる限り最大限に高めようとのぞみながら、他方ではそれにいかなる固有の価値をも認めず、それを全く他の諸価値を実現するための単なる技術的補助手段だときめつける」という立場である(Max Weber, Der Sinn der »Wertfreiheit« der soziologischen und ökonomischen Wissenschaften, in: *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, S. 501 f. 木本幸造監訳『社会学・経済学の「価値自由」の意味』(日本評論社、一九七二)、一二四頁、一二六頁)。このウェーバーの言葉は、このような事情を適確に示しているものとみることができるのではないであろうか。

(23) A. Merkl, Idee und Gestalt des Rechtsstaates, S. 137.

(24) Ibid., S. 136.

(25) 上山安敏『憲法社会史』、二三頁。

(26) 本稿(二)、一二。

一七　前項でメルクルに即してみた議論は、実は一九二九年の「司法と行政」においてケルゼン自身によって一層ラディカルな形で展開されていたところであった。以下、まずここにおけるケルゼンの議論の流れをメルクルの呈示したシェーマ——実質的法治国家論＝カント的・古典哲学的法治国家論→形式的法治国家論↓立憲君主制的法治国家論、及び＝ケルゼン的法治国家論(それは彼の国家肯定論的社会主義の意味における国家の形式的側面を成すものと考えら

れる)――を想起しながら垣間みておこう。

さてこの「司法と行政」という論文におけるケルゼンによれば、伝統的法理論は司法と行政とを本質的対立においてみる。その上に、司法は――立法と共に――法目的に仕えるが、行政は「文化目的」あるいは「権力目的」に仕えるといった理論が成立する。このように「文化目的」、「権力目的」と法目的とが対立的なものとして把握されるということの根源にあるものは、「国家と法との間の関係についての通常の表象」――つまり、国家と法の二元論というケルゼンからみれば誤った実体化思考――である、それが司法と行政の本質的対立といった誤りを再生産するのだ、とケルゼンは言う。(1)

ケルゼンの考えるところでは――メルクルも指摘していたところであったが――ある目的は、それがいかなる性格を有するものであれ、法に受け容れられることによってはじめて国家目的となる。つまり国家は法という形式による他いかなる目的をも追求しえない。従って文化目的・権力目的とされるものも、国家行為によって追求される限りは法目的でもあるといわなければならない。にもかかわらず文化目的・権力目的が法目的と対立的に考えられる場合、そこには次のような法観が前提とされている。即ち、固有に法とみなされるべきものは、「裁判を通して適用される刑法・民法・裁判法というような最も古い、最も始源的な形式における法」だけだ、という法観である。(2) このような法観は実質的法治国家概念における法観と一致するということができようが、しかし、ケルゼンによればこのような法観は超歴史的妥当性をもつわけではなく、絶対君主と市民との対抗関係という歴史的・政治的状況の所産に他ならないのである。(3) 筆者はそれを「所有的個人主義」の埒内にあるものとみて差し支えない、と考えているが、ここではこの点にはこれ以上立ち入らない。

ところで、「旧自由主義が市民階級の理論としては次第に消滅して」、「市民階級の精神的利益を代表する理論において、国家はもはや決して必要悪ではなくて、種々の社会的目的の実現のために必要かつ有用な道具である」ということが認められるに至るや、(4) 国家は民法・刑法・訴訟法の枠内においてのみ可能な任務の遂行に満足せず、「市民の営業活動を規制し、市民の教育と健康を配慮し、要するに、いうところの文化目的を追求するようになる」。「このようなことは一般的法規範(法律)、即ち営業法、教育法、衛生法、即ちいわゆる文化法が制定され、これらの一般的法規範を基礎として個々の法行為、決定処置が国家機関によってなされる、というような仕方で行われる」。(5) ここにおいて前項において示したマックス・ウェーバーの問題圏と相蔽う問題圏が示されているわけであるが、それはともかく、このような「文化法の技術」こそは、「行政法」に他な

らない。[6] ケルゼンによれば、「古い裁判法、いわゆる民法・刑法」もやはり「希望された社会状態を実現するため」の「技術」に他ならないのであるが、それと同じくこれらの「行政法」も又「同じ技術」なのである。[7] つまり、「一方で民法と刑法、他方でそれ以外のすべてが区分される」とすれば――その対立は「本質的には、私法と公法の対立に帰着する」ことになるわけであるが――それは絶対君主制と旧自由主義との対抗関係という歴史的・政治的説明によって解明されるべき対象にすぎない。ケルゼンにとっては「その対立は法技術的観点――合理的考量の立場に立つところの――からは、全く恣意的なもの」にすぎないのである。[8] ちなみに言えば、このようなケルゼンの言葉は所有権を原型とする主観的法の概念を自然法思想の遺産であるとイデオロギー批判し、所有的個人主義の法思想的、法制度的あらわれを克服しようとする彼の国家肯定論的社会主義の立場を内包し、そのような立場から絶対君主制と旧自由主義との対抗関係の中で成立した法的諸概念を歴史的、イデオロギー的に相対化してみているという観点を示しているとみることができるであろう。

このような立場に立ってケルゼンは言う。「もし国家が何らかの方向へと配慮をおし及ぼしていこうとする場合には、国家は人間をある一定の行為へと義務づける――即ち人間がこの行為をしなかったり、指図されたのとはちがった仕方で行った場合には、不法効果をもって、即ち強制行為をもって威嚇する――ことによりこれを行う」。そして「国家の文化目的は、それがまさしく国家によって追求される限りは、法形式においてのみ追求される」のである。[9] そして翻って考えてみれば、民法や刑法も又「有害なる侵害から保護されるべき生命・健康・名誉・経済、要するに市民の福祉」といった「文化」に属するところのものを目的とするものであり、それはとりたてて「文化目的」と異質なものと考えられる必要はないのだ、[10] と。だが、(a)そのような民法や刑法によって追求される法目的が行政法によって追求される目的と質的に異なったものとして対立させられる時、そこではひそやかに所有的個人主義のイデオロギーがしのびこんできているといわなければならない。このような意味のことをケルゼンが直接に明示しているわけではないけれども、次の指摘の中にそのような趣旨――思想史的にはアントン・メンガーにもつながると考えうるところの――がうかがいとれるとはいえないであろうか。即ち、ケルゼンは民法や刑法が目的とするところ、つまりいわゆる法目的も、「無産者の倫理的・政治的観点からみるならば、優越した階級の生命と所有とを保護する」もの、「支配階級の権力を維持するための手段」としてあらわれてくる、と指摘し、そのイデオロギー性を暴露しているのである。[11] (b)又逆に、行政法の追求する

目的が非法的で法から自由なものだとされる場合には、そこには法から自由な国家という権力国家思想があらわになっているといわなければならない。[12]

このような(a)・(b)二つの事情をみる時、我々は例えばケルゼンが「神と国家」という論文において、「学説は国家と法の対立をもって両者を二つの体系となし、政治的必要に応じて時には一方を、時には他方を用いたのである」[13]、という言葉を想起しうるのである。

ここで、『純粋法学I』から、いささか長くなるが二つの引用を行っておこうと思う。その(i)は先の(a)に、(ii)は(b)の事態に対応する。

(i)「公法と私法の対立を絶対化することは、……公法の範囲——特に憲法と行政法の範囲——だけが政治的支配の領域であり、私法の領域では政治的支配が全くあり得ないかのような表象を生み出すものである。……この『政治的なるもの』と『私的なるもの』との全対立は主観的法の領域には存在しない。私権もやはり、それだけが政治的権利とよばれている権利と同じ意味において政治的権利である。……公の、政治的な法の範囲と私的な、非政治的な法の範囲とを原理的に区別することによって、法律行為たる契約において設定される『私』権もまた、立法と行政において設定される公法に劣らず政治的支配の舞台なのだということの洞察が、妨げようとされるのである。我々が私法とよんでいるものは、それが法全体の構造のうちで有する機能から見れば、資本主義経済秩序に相応するところの、経済的生産と生産物の分配とに関する単に特殊な法形式であるにすぎない。その機能は顕著な政治的機能であり、従って、支配機能なのである」(*RRL, I*, S. 113 f. 邦訳、一七六—一七七頁)。

(ii)「伝統的法律学では、公法と私法との対立が権力と法との、あるいは少なくとも国家権力と法との、絶対的対立であるとされたのであるが、そのことによって次のような表象が、つまり公法の領域においては、特に政治的にとりわけ重要性をもつところの憲法と行政法との領域においては、法原理が私法の領域——それは、言わば法の本来の領域と考えられているのであるが——においてと同じ意味においては、そして同じ強さにおいては妥当しないかのごとき表象が、生み出された。私法の領域と異って、公法の領域では、厳格な法よりも、国家の利益・公の幸福が支配するとされる。そしてこれらのものはいかなる場合にも実現されなければならないとされる。それ故に、公法の領域における一般的規範と執行機関との関係は私法の領域におけるものとは異るとされ、後者におけるように具体的事件に法律がそのままに適用されるのではなく、単に法律のわくのうちで自由に国家目的が実現されるのであり、緊急の場合には、即ち、いわゆる国家緊急権の場合には、法律に反してでもそうされるのだとされるわけである」(*RRL, I*, S. 111 f. 邦訳、一七三—一

七四頁)。

このような思想は、「神と国家」においてもハッキリと示されている。「国家と法の二元論は論理的・体系的な矛盾であるばかりではなく、法政策的濫用の源泉ともなる。それは法学的・国家学的議論の仮装のもとに、実定法を破ろうという純粋に政治的要請の実現を援助することを可能にする。国家と法は、二つの相矛盾する規範体系とされ、『実定』法が支配者に不都合な結果をもたらす場合には、『国家』・国家理性・国益・公『法』というような名目をもってその意図を貫徹させようとするのである」(14・15)。

このように「伝統的法律学が公法と私法の間に認めた対立のうちに、既に、極めて明瞭に、近代の法律学を支配し、それと同時に我々の全社会的思考を支配しているところの二元論——国家と法の二元論——が現われている」(*RRL I*, S. 115, 邦訳、一七八頁)、とケルゼンは言う。まさしくこの点において法理論・純粋法学と広い意味におけるイデオロギー批判の接点がある、といいうるであろう。そしてケルゼンの「神と国家」という論文がまさしくこの接点の具体的あり方を示しているものだ、と評することができよう。

このような国家と法の二元論に対して、ケルゼンは国家と法の同一説を対置したのであった。ケルゼンは言う。「法を自然法において絶対化することをしない実証主義的考察にとっては、あらゆる国家は……すべての国家行為はそれが法という性質をもつ秩序を実現するがゆえに、又その限りでのみ法行為であるという意味において、法治国家」であり又それは「法秩序によって到達されるべき目的との関連でいえば……権力国家であり、文化国家である」(16)。

このようにケルゼンは法と国家の二元論を克服しようとする。そしていわば司法と行政を本質的対立として構成する伝統的法律学批判はその一要素としてあるといいうるであろう。ところで、既に示唆されてもいるように、実はこのような問題性がケルゼンにとってとりわけ痛切に感じとられたのは、まさに彼をとりまく第一次大戦後の歴史的・政治的状況であったといわねばならない。つまり、彼にとっての歴史的・政治的問題状況についての深い自覚が、それ以前の歴史的・政治的問題状況を相対化することなしにそこにおいて成立した思考枠組・諸概念を絶対化する結果に陥っている従来の法理論に対する鋭い批判を可能ならしめているのである。一九二一年に発表された論文の冒頭一節がその間の事情を雄弁に物語っている。「最近まで、人民によりあるいは人民に選ばれた代表により立法が行われれば、民主主義の要請は充たされるものと考えられていた。権力分立のドグマは立法と行政とを本質的に異った国家の機能であるとしたので、両者が全く別の、相互に排除する原理に従って組織されても——丁度全く民主主義的な立法の上に専制的な行政が

おかれているフランスにおけるように――、それでも矛盾だと感ぜられることはなかった。軍事的崩壊に端を発したロシア、ドイツ、オーストリアにおける革命は、権力分立及び民主化の立法の領域への制限にとりわけ関心をもっていた立憲君主制の崩壊と共に、人民支配の徹底的な貫徹、とりわけ又――従来君主及び君主に任命された官吏にのみ委ねられていた行政の領域におけるそれの貫徹への要求が提出された[17]」。

法と国家の同一性説は、このような状況の下で、立法・行政・司法の分離・並列を主張する権力分立論を理論的誤謬として斥け、それらを法的段階構造論に組み入れ一元化しながら、その全体を「人民支配の徹底的な貫徹」によって統一しようとしたケルゼンの強烈な実践的志向の理論的レヴェルにおけるあらわれと見なければならない[18]。このことをとりわけ明瞭に示しているのは、『民主制I』のある個所――本稿一三の冒頭で約二頁にわたって示したところ――であろう。

そこにおける叙述をふまえた上で、まず確認すべきであろうことは、そこにおいては上述の趣旨と一致するコンテクストの中で〝法律による行政〟の思想が示されていることであり、それが三権分立的法治国家の否定の上に立脚せしめられていることである。そしてそれは、実質的法治国家論を否定し、それを形式的法治国家に転換せしめ、この法的段階構造の全体に人民の民主主義的意志を貫徹せしめようとする意図に貫かれている、ということである。それ故にそこにおいてケルゼンは次のように続けていたのである。「法創造過程は〔立法・執行などの諸段階に分断されうるものではなく〕一体をなしている。そうであるとすれば、民主的組織原理の適用領域をこの過程の中で、多かれ少なかれ恣意的に選び取られた一段階のみに限定さるべき理由は全然ない。こうして、法創造・国家現実化のある段階（即ち立法）を民主的に組織しながら、その次の段階（即ち執行）の方は専制的に組織するということの矛盾を、法の技術者や国家の建設者に悟らせることになる」(Demokratie I, S. 68, 邦訳、二四頁)。

このような論脈の中で、法段階説がその原型をあらわしてきている、ということに我々は最大限の注目を払うべきであろう。こう見てくれば、法段階説は三権分立説を批判しながら、法創造の全過程に民主主義を貫徹させるという実践的志向と内面的関わりを有するものと――ケルゼン自身によって――考えられていることは明らかである。そしてまさしくそこにおける問題の一つのポイントは、〝法律による行政〟にあった。それゆえ、このようにケルゼンが「行政の本質をその法形式的側面に求め」たとしても、その故に「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」(208)と評価されるとすれば、それは的を失しているといわねばならないであろう。むしろケルゼンの行政(法)理論の主たるモティーフは、そのような拡大する行政を全体として人民の民主主義的自己統治という枠組の中に保持するという点にあった、そしてそのような民主主義的自己統治の枠の中にある限り、むしろそのような国家の福祉政策的、社会政策的追求機能を最大限に発揮させようとするものであった、そればかりか、それは「搾取関係の緩和」、「それの全く廃棄、すなわち生産手段の共有の保障」のためにも機能しうるものであって、国家肯定論的社会主義の行政をも内容的に含みうる可能性を有するものであった、といわなければならない。

ここでケルゼンが「司法と行政」の中で述べている文章をいくつか拾いあげてみようと思う。その文章は一方で固有の法理論的領域に属すべきものでありながら、他方で、法的段階構造に「人民支配の徹底的な貫徹」を可能ならしめることによって統一性を担保せられるところの法=国家を通しての社会主義への進歩という彼の政治思想を否定しがたいものとして浮かび上がらせてくれる筈である。

(i)「間接的国家行政に対立するのは直接的国家行政であるが、それは国家がその社会的課題を自覚し、国家が福祉と経済の機能をもって社会生活に干渉するのと同じ程度において重要性を獲得する。もし未来に、理論的に古くさくなった司法と行政の区別の代わりに、間接的国家機能あるいは国家行政と直接的国家機能あるいは国家行政の区別があらわれ、新たな法体系学及びとりわけ新たな官庁組織の基礎を提供するとすれば、それはおそらく未来の国家は今日そうであるよりはるかに高い程度においてもはや単なる裁判国家なのではない、即ち単に間接的行政の国家なのではなくて、言葉の本来の、より狭い意味において行政国家即ち直接的行政の国家となろうということを想定してよいからなのである」(19)。

(ii)「司法と行政の対立の克服は、裁判国家から行政国家への進歩ということと結びついているのであるが、それは次のような確信が肉迫しつつある、ということを意味しているのである。即ち、正義は——そもそもそのようなものがあるとして——裁判国家における裁判法によってよりも、行政国家における行政法によって実現されうる、なぜなら重要なのは応報的正義ではなくて均等化的正義だからである、という確信がそれである(20)」。

(iii)「法技術的にみるならば、資本主義的—個人主義的国家から社会主義的—普遍主義的国家への発展は、国家は直接的国家行政の領域においても又、独占的位置を占めるべく努力するということを意味する(21)」。

この(i)(ii)(iii)をふまえた上で、先の(i)で『純粋法学I』から行った引用文には、実は次のような文が続いていたのだということを示しておこう。つながりを明瞭にするために、一部を重複させつつ示す。「我々が私法とよんでいるものは、それが法全体の構造のうちで有する機能からみれば、資本主義経済秩序に相応するところの、経済的生産と生産物の分配とに関する単に特殊な法形式であるにすぎない。その機能は顕著な政治的機能であり、従って、支配機能なのである。社会主義経済秩序においてであれば、他の法形式が適合するであろう、つまり今日の私法が示しているような、自治的・民主主義的な法形式ではなくて——推察するところ——他律的・専制主義的で、我々の今日の行政法に近いような法形式が適合するであろう」(*RRL I*, S. 114, 邦訳、一一七頁)。

ところで、この最後にあげた『純粋法学I』からの引用については、多少のコメントをしておかなければならないであろう。というのは、ここでケルゼンは、私法=自治的・民主主義的、行政法=他律的・専制主義的、とした上で、社会主義的経済秩序においては、前者は後者へ転化しているであろう、という趣旨のことを述べており、ケルゼンがその転化を一見否定的に評価しているかのごとくだからである。だが、このように理解されるとすればそれは一面的であろう。このことを示すためには、ケルゼンの「行政の民主化」という論文の結びの部分を示しておくのが好便である。そこでケルゼンはこう述べている。「行政の民主化の要請は、それが近視眼的なスローガン以上のものであろうとするなら、その妥当性はただ制約つき、制限つきのものでしかありえない。しかもまさしく民主制そのものの維持という関心に立つ場合にそうである。集合体の自己決定権は必然的に個体の自己決定権との矛盾に立つ。それゆえに全体の民主主義と部分の民主主義の間で、全人民の意思と多かれ少なかれ恣意的に限定された人々のグループの意思の間で、選択が行われなければならない。そしてより高次の全体の民主主義の維持のために、徹底的に民主的な行政よりも、専制的—官僚的行政(最高の首脳部としては民主的なものを抱くところの)の方が相対的に適切な手段であると認められる[22]」ということもありうる、と。ここで行政の問題をひとまず捨象して一般的レヴェルで問題を扱おう。この時、問題は、集合体の自己決定権と個体の自己決定権の矛盾にある。この矛盾をふまえた上でケルゼンは集合体の自己決定権の側に立ち、それを貫徹せしめようとする。翻って考えてみるなら、ケルゼンの民主主義思想は、「現実に我々が平等であろうとすれば、被支配が不可欠である」という認識に立つがゆえに「支配・国家の絶対的否定であった自由の概念」(=つまり「個体の自己決定権」)を否定し、そのような自由の概念を「支配の一形態・一国家形態」

における自律（＝「被支配が不可欠であるならば、我々自身に支配されたい」という支配・被支配の同一性としての「集合体の自己決定権」）に転化させ、その自由概念の意味転化によって可能となる「自由と平等の結合」に自らの基礎を定めようとするものであった。[23]

ところで、このようにケルゼンが集合体の自己決定権の側に立ち、それが個体の自己決定権と対立する場合にそれを優先させるとすれば、この場合この集合体の自己決定権は個体の自己決定権に対して専制的なものとしてあらわれることがありうる、というのである。ケルゼンは民主主義に即して、リベラリズムから解放された民主主義は、「個人に対して国家権力が無制限に拡張され、個人的『自由』が全く否定され、リベラルな理想が拒否されたとしても」、「そのような国家がただそれに服従する諸個人によってのみ構成される限りは」民主主義であり続ける、と述べていたが、[24] それはこのような事態のことを言っていたのである。そしてこの集合体の自己決定権と個体の自己決定権の間に成立するこのようなロジックを行政にも適用しうると考えるところから、ケルゼンは、「より高次の全体の民主主義のためには、徹底的に民主的な行政よりも、専制的・官僚的行政（最高の首脳部としては民主的なものを抱くところの）の方が」、人民の民主主義的意志の貫徹のためには「相対的に適切な手段である」と述べていたのである。[25]

ところで以上の議論のうちには、実質的法治国家概念から形式的法治国家概念への概念上の変化が自由概念の意味変化――「支配・国家の絶対的否定であった自由の概念」（＝「個体の自己決定権」）から支配と被支配の同一性としての自由の概念（＝「集合体の自己決定権」）への自由概念への意味変化――に対応しているのだ、ということが含まれているのではないであろうか。そして両者の対応を媒介するのは、所有的個人主義の理論的・実践的克服への志向ということではないであろうか。つまり、既に何度か示唆してきたように、実質的法治国家思想は、つまるところ経済的リベラリズムの法的国家的レヴェルにおける表現であり、所有的個人主義をその内容・目的とする法治国家であると見て差し支えなく、ケルゼンの民主主義思想、ひいては全政治思想は、法治国家概念が形式化される場合にのみそれと両立可能なのである。

だが、この形式的法治国家概念は、それとは全く別の可能性に対しても開かれているといわなければならない。そして複数の可能性のうちのどれを現実化することができるのかということは、ラッサールの憲法観を継承するケルゼンにとっては、究極的には、事実的力関係の問題であったであろう。そして仮に歴史的には反民主主義的帰結の方が現実化されるに至ったとしても――事実そうなったのであったが――、それは思想家ケルゼンの責任でも、ましてや純粋

法学者としての彼の責任でもない。問題はむしろ、民主主義的自律を支えうる成熟した政治的判断能力をもった〝個人〟の大衆的ひろがりをもったレヴェルでの成立可能性の問題なのだ、といわなければならない。[26][27]

ケルゼンの行政論を〝自由主義的法治国家〟の形式主義化の極みにあるものとして捉えることは、それはそれで誤りではない。しかし、その形式主義化がケルゼンにあっては以上のようなインプリケーションをもっているのだということが看過されるならば、それは大きな誤解へと道を開くものだ、といわなければならないのではないであろうか。

(1) Kelsen, Justiz und Verwaltung, in: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule, Bd. 2*, S. 1781.
(2) Ibid., S. 1782.
(3) Ibid., S. 1790 f.
(4) Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, S. 33, 邦訳、五六、五五頁。
(5) Kelsen, Justiz und Verwaltung, S. 1783.
(6) Ibid.
(7) Ibid.
(8) Ibid., S. 1791.
(9) Ibid., S. 1783.
(10) Ibid.
(11) Ibid., S. 1784.
(12) Ibid., S. 1787.
(13) Kelsen, Gott und Staat, *Logos*, 1922/23, Bd. XI, S. 279, 長尾龍一訳「神と国家」、長尾編訳『神と国家〈イデオロギー批判論文集〉』(有斐閣、一九七一)、四六頁。
(14) Ibid., S. 277, 邦訳、四三頁。
(15) この問題は前項一五七―一五八頁でふれた問題――ケルゼンの国家目的についての指摘からマックス・ウェーバーの『客観性』論文の核心的問題について論じ及んだ問題――に直接関わっていることは、あらためていうまでもないところであろう。
(16) Kelsen, Justiz und Verwaltung, S. 1784.
(17) Kelsen, Demokratisierung der Verwaltung, in: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule, Bd. 2*, S. 1581.
(18) それ故「神と国家」においてケルゼンは言う。「国家概念を法概念に還元しようとする純粋な認識批判的無政府主義も少なくとも消極的な倫理的・政治的効果をもたないわけではない。なぜならそれは国家が絶対的実在であり、個人に有無をいわさず与えられたものであること、個人から分離された地点から宿命的に個人に立ち向かうものであること、このような観念を除去するからである。この立場は国家を法秩序に他ならないとし、個人に、国家もまた人為の産物であること、人間による、人間のためのものであること、それゆえ国家の本質から人間の抑圧を正当化する帰結を導き出すことはできないことを意識さ

せる。その時々の国家秩序における支配者は、自らの利益にあうゆえに、歴史的・偶然的に定まった国家秩序の内容を絶対的なものと唱え、この秩序の変更の試みに対し国家本質論をもって対抗してきた。国家とは時に応じて内容の変化する、またそれを変化させうる法秩序であることを示し、至高の強制秩序という形式的な定義以外に国家の定義はありえないことを示して、被治者に有利な国家改革を阻み続けてきた障壁のうち、政治的に最も有効なものの一つを取り除いたのである。まさしくこのことによってこの理論は法の純粋理論であることを証明する。それは国家に関する似而非理論の政治的濫用を打破するものだからである」(Kelsen, Gott und Staat, S. 283, 邦訳、五一頁)。ここに純粋法学・イデオロギー批判・政治思想の内在的関連が――ケルゼンの〝憲法体験〟・〝政治体験〟・政治思想との内在的関わりにおいて――示唆されている、少なくともそのような関連を読み取ることが可能だ、ということが許されるであろう。

(19) Kelsen, Justiz und Verwaltung, S. 1811.

(20) Ibid.

(21) Ibid., S. 1808.

(22) Kelsen, Demokratisierung der Verwaltung, S. 1591.

(23) 本稿(一)、一一、本誌、第三二巻、三号、一〇三―一〇四頁参照。

(24) 同、一〇六頁参照。

(25) 但し、この点をめぐっては、ケルゼンの〝行政の民主化〟をめぐって、『民主制I』と「行政の民主化」の論文の間にケルゼンの見解の変化があったのではないか、という問題がある(著者〔手島孝〕は97―98においてこの点を指摘している)。この点については、次項において言及するつもりでいる。

(26) Vgl. Kelsen, Verteidigung der Demokratie, 長尾龍一訳「民主制の擁護」・鵜飼・長尾編『ハンス・ケルゼン』(東大出版会、一九七四)所収、参照、なおメルクルは一九三四年のある論文において、オーストリア共和国憲法に体現された民主主義の死の原因とは、結局のところそれが「民主主義者としての素養と確信とを抱く者なき民主主義であった、否、おそらくはそもそも民主主義者なき民主主義であった」(Merkl, Ursprung und Schicksal des Leitgedankens der Bundesverfassung, in: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule, Bd. 2*, 1968, S. 1944)と述べているが、Verteidigung der Demokratie におけるケルゼンの判断と同趣旨のものと解してよいであろう。

(27) ここで何らかの意味における自然法思想に依拠しつつケルゼンの形式的法治国家論を批判するという方向に訴えることも一つの可能な方途であろうし、その後の多くのケルゼン批判はこのような視点からなされたものであった。しかしこの視点の有効性については目下のところ筆者は大きな疑問をもっている。今筆者はこの点を十分に展開する用意をもっているわけではないが、J・N・シュクラーの次のような言葉はおおよその筆者の気持を代弁してくれているので、ここに示しておこうと思う。シュクラーは『リーガリズム』のある個所において「抵抗の教義としての自然法」に関して、若干の検討を行い、「人々が服

従しないことに決める理由が、『これは法ではない、なぜならそれは高次の自然法と相容れないから』と言うことができるということか、それとも『これは法である、しかし私はそれから生じそうな結果が全く不正で有害であると考える』と言う方を好むということかが、本当に最も重要な問題なのであろうか」、と問い、結論的には次のように答えている。「……以上のような考察はそれ自体、圧政に抵抗するためには、自然法あるいは何らかの法を必要とするかどうかということについて、いささか疑問を提起するものである。必要なことは、市民一般の間の批判的で自主的な態度である」(J. N. Shklar, *Legalism*, 1964, pp. 71 f. 田中成明訳『リーガリズム』(岩波書店、一九八一)、一〇六―一〇七頁)。「自然法は、他の何物もなしえなかったほど実際に抵抗を鼓舞してきているという歴史的主張を調べてみると、これもまた少しも明らかでない。献身的なキリスト教徒と同様、無神論者、相対主義者、共産主義者、社会主義者、自由主義者も、ナチズムに対する抵抗者達のなかに見出すことができる。彼らは、多様な現代世界が示さざるをえないように、多数のイデオロギーや道徳的信条によって鼓舞されたのである。多くの場合、最も重要であったものは、イデオロギー(自然法であれ、何かそれ以外のものであれ)ではなく、自由主義的で民主主義的な社会における具体的な政治的体験であった」(*ibid*, p. 73. 邦訳、一〇九頁)。このシュクラーの言葉はケルゼンの価値相対主義の核心的部分と共鳴しあうものであり、本稿七で略述した筆者の価値相対主義理解と一致するものだ、と筆者は考えている(但し、シュクラーが同書で示しているケルゼン理解は筆者が批判的克服の対象としているレヴェルにあるといわざるをえない)。ケルゼンの行政(法)理論は、背後にこのような価値相対主義を前提しているものであるとすれば、それが「ナチスの権威主義的行政思想の媒介的地位に立つ」という評価は、筆者にとって到底容認しがたいものである。

(未 完)

Vol. 33 No. 1 (1982)

„Verfassungserlebnis", „politisches Erlebnis" und politischer Gedanke Kelsens nach dem ersten Weltkrieg (3)

—Einige Betrachtungen über »Über Kelsenismus« von Prof. TEJIMA—

Hiromichi IMAI*

vii) Kelsen schätzt nicht nur den politischen Gedanke Lassalles, sondern auch seine Verfassunganschauung hoch, und zwar nimmt er diese über. Folgende Worten Kelsens drückt dies aus: „Jede Verfassung ist der Ausdruck eines politischen Kräftverhältnisses. Die österreichische Verfassung zeigt das deutliche Übergewicht der an einer demokratischen Staatsform interessierten Gruppen; vor allem der sozialistisch orientierten Arbeiterschaft". Rechtstheorie Kelsens hat diesen Gesichtspunkt als meta-juristischen zu ihrer transzendentalen Voraussetzung. Wenn man das nicht genug beachtet hätte, könnte man nicht umhin, viele Scheinprobleme in Kelsen-Studien zu schaffen.

Prof. Tejima beurteilt, die Verwaltungslehre Kelsens biete den im außeresten Grad formalisierten Verwaltungsbegriff dar, der für den letzten Stufe des liberalen Rechtsstaats charakteristisch sei. Verfasser hält diese Beurteilung für zweifelhaft. Zwar reinigt Kelsen den Begriff des Rechtsstaats, aber er nimmt gleichzeitig diesen formalisierten Rechtsstaat für ein sozial-technisches Mittel, womit jeder beliebige soziale Zweck verfolgt werden kann. Und er, als ein politischer Denker, sieht dieses Mittel für geeignet an, um die kapitalistische Wirtschaftsordnung überzuwinden. Die Verwaltungslehre Kelsens müsse, wie mir scheint, in diese Kontext eingebettet werden.

Scharf kritisiert Kelsen das Prinzip der Gewaltentrennung als das die völlige Demokratisierung hemmende, und versucht, die getrennten Gewalten in die vereinheitlichte Struktur zu bringen. Man kann ihm seine dieser Stufentheorie des Rechts grundliegenden praktischen Absicht

* Professor an der Univ. Hokkaido.

aus den folgenden Worten ablesen,: „ist das Prinzip der Einheit des Rechtserzeugungsprozesses erkannt, dann fehlt jeder Grund dafür, das demokratische Organizationsprinzip auf ein mehr oder weniger willkürlich herausgegriffenes Stadium dieser Prozesse zu beschränkern; dann öffnet sich das Auge des Rechtstechnikers oder Staatskonstrukteurs für den Widerspruch, der darin besteht, daß die eine Stufe der Rechtserzeugung oder Staatsverwirklichung—nämlich die legislative—demokratisch, die nächstfolgende—die sogenannte Exekutive—aber wieder autokratisch organisiert ist." Verwaltungs- und Justiztheorie Kelsens liegen wesentlich in diesem Rahmen. Sie werden von seiner Absicht gestützt, die demokratische Entscheidungen des Volks, wie es das den Zweck des Rechts setztenden Subjekt sein soll, durch die ganzen Stufen der Rechtsordnung oder des Staats durchzusetzen.