

現代立憲主義像・管見

——ケルゼンとハイエクの論争を素材として——

新 正 幸

一 はじめに

二一世紀へと転換した二〇〇二年一〇月に開催された比較憲法学会の共通研究テーマは「二一世紀の立憲主義像」というものであった。そのとき、筆者は、報告者の一人として、特に立法ないし議会という観点から考察しえないかとの要請を受けた。当時、ケルゼンとハイエクとの論争に関心をもち、いろいろ考えるところもあつたので、とりあえず、ケルゼンとハイエクの論争の経緯と特質を簡潔にまとめた上で、ハイエクが晩年の大著『法と立法と自由』の第三巻の末尾近くで提示した「一つの憲法モデル」とそこで展開された議会における権力分立構想、すなわち議会を

「立法議会」と「行政議会」に分立し、前者は、専ら個人の自由領域の保護と限界を普遍的に確認する一般的・抽象的ルール（ノモス）の定立を任務とし、後者は、このノモスの制約の下で政府の活動のための立法（テシス）を定立することを任務とする二つの議会制構想（議会制改革論）を要約し、かかる構想が「二一世紀の議会制像」を考へるにあたってどのような意義をもちうるか、というような内容を準備して事前の打合会に臨んだ。しかし、そこでは、ケルゼンとハイエクの論争については、概して関心はもつてもらえず、結局、論争そのものについて直接触れないで、「もう一つの議会制像——ハイエクの「二つの憲法モデル」をめぐって——」と題して報告をした。⁽¹⁾

ただ、論争について一応検討した限りで、以下のような所見を踏まえて報告を行った。

《ハイエクは、ケルゼンの純粋法学をもつて、法実証主義の「最も高度に発達した現代の形態」として、恰も「法の衰退」をもたらし、全体主義を導いた元凶であるかの如く槍玉に上げ、法実証主義の一切の誤謬と全体主義に対する政治的責任の一切が純粋法学にあるかの如く論じます (CL, p. 238-9. 訳Ⅱ・一四七—八頁; LLL II, p. 48-56. 訳七—一八一頁)。しかし、みずからの立場から純粋法学を思う存分に誤解した上でのこのようなハイエクの批判には、つよい違和感を覚えますが、この点についてはここでは立ち入らないことに致します。ただ一点付言すれば、やはりケルゼン自身にも、自由主義の理解において相当甘いところがあったのではないかと思っています。》(拙論・三〇頁)

このような考えは、今日でも基本的には変わらないが、その後も、両各分野でそれぞれの研究が活発に推進されているところ、管見の限り、当時から今なおハイエク研究においてケルゼンの純粋法学に言及される場合、ハイエクの純粋法学批判を殆どそのまま受け容れて論じられていることもあるように見受けられる。そこで、残された課題とし

て、ケルゼンとハイエクの論争とは、一体どういうものであったのか、それが今日どのような意味をもつかという見地から少しく検討し、もって現代立憲主義像の一斑を垣間見たいと思う。

二 ケルゼンのハイエク批判

1 批判の発端

批判の口火を切ったのは、ケルゼンであった。ケルゼンは、一九五二年の論文「民主主義の基礎」において、ハイエクが一九四四年、第二次世界大戦の末期に出版した『隷属への道』を批判の対象にした。ハイエクは、そこにおいて、個人主義をそれ本来の意味において自由主義を意味するものと捉える一方 (p.111f. 訳九頁以下)、他方では、社会主義がその目標を達成するための方法としている「計画経済」を含めて、その目的が何であれ、あらゆるタイプの「計画経済」を含む用語を「集産主義」(ある特定の社会目標に向けて、社会全体の労働を計画的に組織化すること)と概念化した上で (p.241f. 訳三六頁以下)、計画経済を民主主義という統治の方法によって運営することは不可能であり (p.454f. 訳七六頁以下)、不可避的に独裁に向い、国民の自由を抑圧するに至るということを論じていた (p.524f. 訳八七頁以下)。すなわち、自由主義の最も基本的な原理は「自生的な諸力 (spontaneous forces)」 (p.13. 訳一四頁) を最大限活用し、強制を最小限に抑えることにあるとし、自由とは、圧制からの自由を意味し (p.19f. 訳二六頁以下)、経済的自由が保障されていなければ精神的自由もありえないとして自由の一体不可分性が強調されるとともに、抽象的なルールによって政府のあらゆる活動を制限し、自由の保障の要となる「法の支配」が、統治の手段としての民主主義を統制するものとし、その重要性が強調される (p.544f. 訳九二頁以下) ことによって、民主主義と経済体制との関係について、

「資本主義」が「私有財産の自由な行使に基づいた競争体制」を意味するとすれば、このような体制においてのみ民主主義が可能になる (p.52. 訳八七頁) と説かれていたのである。

2 批判の内容

ケルゼンの批判のポイントは、統治の形式ないし方法 (手段) としての民主主義と統治の内容ないし目的としての資本主義および社会主義との間には「本質的関連」はなく、両者の効率的運用・適合的基盤関係のあり方については、ただ「歴史的経験」に基づいてのみ解答しうるのであって (FD, p.63f. 古市訳一七九頁以下・長尾訳二七一頁以下)、民主主義が資本主義社会において可能であることは明白な事実であるが、しかし、ハイエクのいうようなテーゼ——社会主義 (計画経済) は民主主義的手続において運営することは不可能であり、必然的に独裁に向い、民主主義にとって本質的な自由を抑圧することになるから、社会主義 (計画経済) と民主主義は両立しえず、民主主義は資本主義体制においてのみ可能であるというテーゼ——については、それを証明しうる歴史的経験は未だ我々の手元にはなく、したがって、経験に徴して確認しうる段階ではないというものであった (FD, p.75f. 古市訳一九七頁以下・長尾訳二八一頁以下)。

ハイエクの「法の支配」および自由の一体不可分性の見解に対しても、ケルゼンはかなり立ち入った批判をしているが、後者については、結論的には上記と同じような理由に基づくものであった (FD, p.77f.:80f. 古市訳二〇二頁・二二二頁以下・長尾訳二八五頁・二八九頁以下)。

3 ケルゼンの批判についての中間的所見

かように、ケルゼンの批判の中心は、要するに、社会主義のもとでは民主主義は不可能だとするハイエクの見解に對して、それが不可能か否かは、「歴史的経験」に徴して初めて解答しうる問題であるが、我々は現在のところ未だそれに解答しうるに十分な「歴史的経験」を有していない、というものであった。

しかるに、一九八九年の東欧革命を契機とするソ連およびその衛星国の社会主義体制の崩壊により、ひとまず「歴史的経験」は、決着がついたかに見える。その限りにおいて、ケルゼンの批判は、空振りに終わったともいえよう。私が先に、「ケルゼン自身にも、自由主義の理解において相当甘いところがあったのではないか」と述べたのも、主として、このような論点にかかわる（拙論・注(14)三八―九頁参照）。

しかしながら、ハイエクが、個人主義・自由主義に對立する集産主義として警戒したのは、マルクス・レーニン主義的な社会主義・共産主義やファシズムやナチズムの全体主義だけでなく、上記の意味での資本主義体制内での社会国家・福祉国家政策をも含むものであって、むしろ戦後に経済学から社会哲学の分野に専門を移行した後の研究は、まさにそこを焦点においてなされていたともいえよう。

実際、ハイエクは、その後まもなく「個人主義」を「真の個人主義と偽の個人主義」に区別し、前者を反合理主義的なもの、後者をデカルト的な合理主義的な設計主義的なものと捉え（*LEO, p. 11*. 訳五頁以下）、さらに『自由の条件』（二九六〇）においては、自由の二つの伝統として、前者を「経験的で非体系的」なもの、後者を「思弁的で、合理主義的」なものとして捉え返し、後者の立場こそ、前者と對立する集産主義に、延いては全体主義に至る道とし、それに相應する形で自由主義の思想史的潮流を区別するとともに、資本主義を「自生的」諸力の活用による市場の競争体制を

捉え、その分析をさらに展開した (CL,p.54ff. 訳 I・八一頁以下)。M・ポラニーによって精緻に提示された「自生的秩序」の概念の影響の下に (CL,p.160f. 訳 II・四一頁以下)、市場システムを自生的秩序として洗練させていったのも、「法の支配」によって制約された民主主義と福祉国家との両立可能性の範囲と限界を厳しく論証することを主たる狙いとするものであった (CL,p.253ff. 訳 III・三頁以下)。晩年において、「一つの憲法モデル」において議会制改革論を提起したのも (LLLIII,p.105ff. 訳一四八頁以下)、民主主義の現状を「無制約な民主主義」、その実相において「取引民主主義」にあることを強調し、やがては「全体主義的民主主義」に通ずるものとして、それを阻止しようとするものであった。その狙いと内容については先の拙論で考察したが、その基礎づけについては後に顧みる機会もあろう。

三 ハイエクのケルゼン批判

1 概要

ハイエクの『隷属への道』には、ケルゼンの名は登場しない。しかし、ハイエクの中期の大著『自由の条件』(一九六〇)では、「自由」の価値に関して、注においてケルゼンの論文「民主主義の基礎」が引用されるとともに、「法の衰退」に関して、本文の中で真正面から「純粹法学」が俎上にのせられ、戦前に法の衰退をもたらした元凶として批判されている。晩年の大著『法と立法と自由』(一九七三―七九)においては、さらに一段と批判のオクターブを上げ、ケルゼンの正義論をも射程において、それをも含めて純粹法学に対する批判が継続し拡大される。以下、その内容を少しく考察し、それについて若干のコメントを試みよう。

2 『自由の条件』における純粹法学批判とそれについての若干の所見

(1) 自由主義と民主主義について

ハイエクは、同著第一部の『自由の価値』において、その注でケルゼンの論文「民主主義の基礎」を数か所で引用している。いずれも興味深いが、すべてに立ち入る余裕はないので、ここでは、最も重要と思われる自由主義と民主主義との関係に止めざるをえない。

ハイエクは、「自由主義は法がどうあるべきかについての主義であり、民主主義は何が法となるであろうかを決定する方法に関する一つの教義」と捉えた上で、「自由主義は、多数の受け入れたもののみが実際に法になるべきであることを望ましいと考えるが、だからといって、これが必然的によい法であるとは信じない」として、これを信じるのは、「教条主義的民主主義者」であるとして、それを批判する。そして、注において、教条主義的な例として、ケルゼンがあげられている (CL,p.103f.(n.2,p.443). 訳I・一五一頁(注(2)、訳I・二二八頁)。

ここでは、ケルゼンの「民主主義の原理と自由主義の原理は、同じものではなく、両者の間に、一定の対立さえ存在していることに気づくことは重要である」という所論を引用しつつも、恰もケルゼンが「自由」という言葉を「政治的自由」の意味で用いることによって自由主義と民主主義を同一視し、「教条主義的民主主義者の…想定によると、…多数の投票は多数の最善の利益をつねに表明することになる」と主張しているかのように論じているが、もとより、ケルゼンは、そのようなことは主張しているわけではない。むしろ全く逆のことを表明している (Vgl.F.D,p.24f. 古市訳六〇頁以下、長尾訳一八七頁以下参照)。

ただ、自由主義と民主主義の関係について、かつてケルゼンが『民主主義の本質と価値』において「国家権力が無

制限に拡大し、個人の『自由』の全面的否定に、自由主義的理念の否定に至ったとしても、その国家権力がそれに服従する諸個人によってのみ構成されている限り、なお民主主義は可能である」(WALLEN, S. 104, 訳二四頁)と論じていた点に関連して、「民主主義の基礎」⁽²⁾では、それと矛盾すると受け取れる論述をしていることが注目される。

《統治の不在という意味の自然的自由の観念から、統治への参加という意味の政治的自由の観念への変形が、決して前者の完全な放棄を意味しない、ということとは、極めて大切な注意すべき点である。統治権力のある種の制限という原則、即ち政治的自由主義の基本的原則は、どこまでも残っているのである。近代民主主義は、政治的自由主義と切り離して考えることはできない。政府は個人の一定の利益範囲に介入してはならないこと、その領域は基本的人権ないし基本的自由として法の保護を受けけること、これが近代民主主義の原則である。…かくて、信教の自由、意見および出版の自由、なかでも特に客観的認識の可能性への信念に基づく学問の自由は、民主主義の本質に属する。》(F. D., p. 274, 古市訳六八頁以下、長尾訳一九二頁)。

このような矛盾するとも受け取れる論述をどのように理解するかの問題を残していることは確かであり、その理解の仕方に対立もみられるが、⁽³⁾ここでは、端的に論文「民主主義の基礎」⁽³⁾における論述にケルゼンの自由主義と民主主義の関係についての最終的な見解が示されているものと理解することにした⁽⁴⁾。学説の展開という時間的な前後関係だけでなく、後ほど言及するケルゼンの正義論にもより適合的なものと考えられるからである。実際ケルゼン自身も『自伝』⁽⁵⁾で端的に自由主義の立場にたつことを明らかにしている。

(2) 法実証主義としての純粹法学批判

さて、本書で名指しに批判されているのは、第二部『自由と法』第一六章「法の衰退」の「3 法実証主義」にお

いてである。すなわち、本章においてまず、「法の基礎」を危うくする法理論は、ドイツに始まり、そこから世界の他の地域に広まったとし、その理由として、「法の支配」の制度が完成しないうちに、「法の支配」によって制限されることを嫌い社会的理想によって社会を計画によって改造しようとした考え方の強化によるものとし、かかる思想に属するものとして、法実証主義、歴史主義、自由法学派および利益法学の四つの学派が挙げられた後、第一に法実証主義が俎上にのせられる (CL.p.236. 訳Ⅱ・一四五頁)。

そこでは、法実証主義は、自然法の概念に真つ向から対立するものとして発展したとして、自然法学派と対立する点において、「法は定義によつて、もつぱら、ある人間の意思の意識的命令だけからなる」ものとすることに特質があると考え (CL.p.237f. 訳Ⅱ・一四六頁以下)、かかる文脈において純粋法学が登場する。正確を期するため、幾つかに分けて引用しよう。

(a) 純粋法学の特質 1 —— 「自由主義からの民主主義の分離」

《しかしながら、これらの教義が最も効果的な形態をおびて、大きな影響力をもつようになり、ドイツの枠を超えてさらに広まったのは、第一次世界大戦が終わってからのことであつた。この新しい定式化は、「純粋法学」として知られ、H・ケルゼン教授によつて詳論されているが、それは、明らかに、制約された政府という伝統がはつきりと失墜したことを象徴したものである。かれの学説は、伝統的な制約を自らの野心に対するいまいましい障害とみなし、また多数の力に対するすべての制約を一掃したいと望んでいたすべての改革者によつて熱心に受け入れられた。ケルゼン自身は、いかに「基本的に救出困難な個人の自由は漸次後景に退き、それに代わつて社会的団体の自由が前景に登場する」[W&W I, S.57. 訳八頁]かを早くから気づ

いていたし、また、自由の概念におけるこの変化が「自由主義からの民主主義の分離」[*WuW II*, S.10. 訳二四頁]を意味することにも気づいていたし、かれは明らかに、これを歓迎していた。》(*CL*, p.238. 訳Ⅱ・一四七頁)

自由主義と民主主義の関係については、先に触れたので、ここで繰り返す必要はない。

(b) 純粹法学の特質 2 —— 「国家と法秩序の同一視」と「法治国家」概念の形式性
上記の引用に続けて、いう。

《かれの体系の基本的な考え方は、国家と法秩序の同一視にある。こうして、法治国家 (*Rechtsstaat*) とは、極めて形式的な概念となり、そしてあらゆる国家の属性 (*ASL*, S.91. 訳一五三頁)、専制国家の属性とせざる (*ASL*, S.335. 訳五六二頁)。立法者の権限に対するいかなる制約もありようがなく (*ASL*, S.14. 訳一二二頁)、また「いわゆる基本的自由」は存在しない (*ASL*, S.154ff. 訳二五七頁以下)。そして恣意的専制政治に対して、法秩序という性格を否定しようとするいかなる試みも、「自然法的思考の素朴さまたは不遜」 (*ASL*, S.335. 訳五六二頁) を示すにすぎない。あらゆる努力を尽くして、抽象的、一般法的規則という実質的意味での真の法律と (立法院のあらゆる行為を含む) 単なる形式的意味での法律との基本的差異を曖昧にしただけでなく、ある当局による命令を、それがどんなものであろうとすべて「規範 (*norm*)」 (*ASL*, S.231ff. 訳二八四頁以下 cf. *GTLS*, p.38. 訳九〇頁) という曖昧な用語に含めることによつて、それらを真の法と区別できないようにしたのである。司法権と行政行為との差異でさえ、事実上、抹殺された。つまり、法の支配の伝統的概念の教義は、いずれも形而上学的迷信として表明されたのである。》(*CL*, p.238. 訳Ⅱ・一四七—八頁)

純粹法学の基本的な特質として、今日すでに左の二点は広く承認されている。

第一に、純粹法学は、ゲルバーやラーバント流のいわゆる公法解釈学派の如く、法の解釈を課題とするものではなく、法の認識を課題とするものであること。

第二に、純粹法学は、一般法学 (Allgemeine Rechtslehre) として法一般を認識の対象とし、またケルゼンの一般国家学は一般憲法学 (Allgemeine Verfassungslehre) として憲法一般を認識の対象とするのであって、個別国家の法なし憲法を認識の対象とするものでないこと。

しかるに、ハイエクは、まず第一点についていえば、何の考慮も払っておらず、両者を全く混同して論じている。ケルゼンの純粹法学が、ゲルバーやラーバント流のいわゆる公法解釈学派とは、本質的に性格を異にすることは、つとに戦前に宮沢教授によって指摘され⁽⁶⁾、戦後も樋口教授や長尾教授らによって強調されているところであるから、ここでは繰り返す必要はないであろう。加えて、上記引用のハイエクの論述は、特に第二点について、純粹法学が一般法学、一般国家学が一般憲法学としての性格をもつことに対する無理解によるものであり、ケルゼンの「誤解に満ちた誹謗であり、これと対決するなど骨折損である」(Was ist die Reine Rechtslehre?, in: WS, S.627. 訳二五五頁) ということになるが、そのポイントのみを明らかにしておこう⁽⁹⁾。

ケルゼンの『純粹法学』が「一般」法学であるとは、法秩序一般、法秩序の一般的なクラスを認識の対象とし、それを類型的に整理することによって、一般性において、その可能な規範的意味および構造を明らかしようとすることを意味する (RRL I, S.1.17. 訳二頁、三四頁以下。RRL II S.1.112. 訳二頁、一〇六頁)。またケルゼンの『一般国家学』が、「可能な憲法の学」としての「一般」憲法学であるとは、憲法一般、憲法の一般的なクラスを対象とし、それを類型

的に整序することによって、一般性において、その可能な規範的意味および構造を明らかしようとすることを意味する (ASL.S.45f. 訳七七頁以下)。

具体的にいえば、例えば、国家形態が問題となる場合には、国法の創設方法という一定の観点から、一方では「純粹民主制」、他方では「純粹専主制」という極限状態としての純粹理念型を構成するとともに、両極端の間に存する可能な諸混合形態を理念型として構成することを意味する (ASL.S.320ff. 訳五三六頁以下)。實在の憲法は、時間・空間的にかなるものであれ、その諸構成のいずれかに位置づけられる筈である。両極端の極限とその双方が無限に移行する可能な連続的系列の上に形成されているからである。かようにして、それは、ある特定の具体的・現実的な憲法の特徴を認識し、説明するための一般的な座標軸・仮説を提供するのである。ここからまた、「理念型」とは區別される「實在類型」の概念が生ずる (ASL.S.327ff. 訳五四七頁以下)。それは、相對極する二つの「理念型」の間に可能態として無限に存しうる「連続的系列」のうち、これまで歴史的に實在したある一定の憲法を類型化したものである、ということが出来る。

このような純粹法学の方法の一般性の見地からみれば、国家形態論だけでなく、純粹法学の主要な諸概念はみな、右のような理念型としての性質をもつのである。純粹法学の不可欠な構成要素とされる法段階説やその頂点に位置する根本規範論もまた、かかる性質をもつのである。

ケルゼンが、規範的方法に基づいて、法とは、人間の行動に意図的に向けられた意思行為の意味であるとし、また、国家とは、一定の程度に組織化され実効性をもつ法秩序であるとして、いわゆる法と国家の同一説を提示したのも、このような「一般」法学・「一般」国家学の立場からするものであつて、かかる立場よりすれば、形式的意味におい

て法治国家とは「すべての行為が法秩序に基づいて定立される国家」を意味し、「厳密に実証主義的な、あらゆる自然法を排斥する立場からすれば、あらゆる国家はこの形式的な意味における法治国家でなければならぬ」(ASL, S.91. 訳一五三頁以下)としているのは、純粹法学が規範的な一般法学であることから、いわば概念必然的に生ずることであつて、それによつて別段、ケルゼンが、専制国家に加担し、それを推奨しているわけではない。

(c) 純粹法学とナチズムの関係について

ハイエクは、さらに上記の批判に続けて段落を変え、以下のように論じる。

《この論理的にもつとも首尾一貫した法実証主義の叙述は、一九二〇代までにドイツの思想を支配するようになり、そして世界のほかの国々へ急速に広まっていった考えを明示するものである。二〇年代の末には、この考えが、ドイツを完全に支配してしまつたために、「自然法理論に執着しているという罪を犯していると判断されることは、一種の知的不名誉とされた」ほどであつた。このような世論の状態が、無制約の独裁制をつくり出す可能性があることは、ヒットラーが権力を獲得しようとしていた当時に、すでに鋭い観察者より明らかに見抜かれていた。一九三〇年にドイツのある法学者は、「社会主義国家、すなわち法治国家の反対のものを実現しようとする努力」の結果に関する詳細な研究において、次のように指摘することができた。すなわち、これらの「教義上の発展が、法治国家の消滅にとつて障害となるものをすでに一切取り除き、国家のファシスト的およびボルシェヴィキ的意志の勝利に門戸を開いた」。ヒットラーが最終的に完成することになつたこのような発展については、不安の念が増大しつつあつたし、ドイツの国法学者学会で一人以上の報告者がこれを表明した。しかし、それは遅すぎた。反自由主義勢力は、国家が法によつて束縛されてはならないとする法実証主義的教義を、すでにあまりにも十分に習得

ついでに「ついでに」(CL, p. 238-9. 訳Ⅱ・一四八―九頁。注は原典参照)

ここでは、恰も、ケルゼンの純粹法学がナチス政権下で支配的であったとか、その推進の支えになったとか、あるいは、それへの抵抗を無防備にさせたとかいう趣旨とも受け取れる論述がみられるが、もしそこにそういう認識があるとすれば、かかる認識は、端的に歴史的事実に反する。

戦後西独の「新自然法論者」たちは、ケルゼンの法理論が実定法のみを正義であるとして、ナチに追随した司法官たちの法哲学的パトロンだという宣伝を繰り返して、ナチ時代に危険思想家として放逐したケルゼンに二度目の汚名を着せ、再度ドイツ法思想界から放逐した¹⁰、といわれる。すなわち、ケルゼンは、一度にわたって、scapegoatにされた、第一回目は、ナチスによって、第二回目は、戦後反ナチスの陣営によって、他ならぬナチスの責任を帰せられて¹¹。ハイエクの立場は、もとより新自然法論とは異なるが、ハイエクのケルゼン批判は、基本的な構図において、戦後西ドイツの新自然法論者のそれと通底するところがあるようにみえる。西ドイツのかかる批判者の中には、ナチスへの「積極的協力者」も数多く見出されることから、「ナチズムの加害者・受益者たちが、その被害者に対しその加害の責任を追求するという奇妙な光景が一再ならず現出する」¹²こととなったが、かような倒錯したケルゼン評価は、国法学界の世代交代により近時ようやく「ケルゼン・ルネッサンス」とか「ケルゼンの再発見」とかいう名のもとに見直され始めているのは¹³、遅きに失するとはいえ、極めて当然のことというべきであろう。

3 『法と立法と自由』における純粹法学批判とそれについての若干の所見

本書の論述には、先にみた『自由の条件』（一九六〇）と重なるところが多い。主たるテーマが前著においては自由論であるのに対して、本書では正義論であるから、以下においては、それに関わる部分に焦点をあて、その特質を抽出し若干のコメントを付することにした。

(1) 法実証主義の二つの種類

ハイエクは、法実証主義の中心的主張として、法以前に正義は存在するのではなく、むしろ法が「何が正義であるか」を決定するのであるという主張をかかげ、かかる主張には、「裁判所を設立する立法者は、これらの裁判所がどのようにしてその法を確かめるべきかを指示しなければならないという主張とともに、立法者はその法の内容を創り出すのであり、そうする場合の完全な自由をもっているという主張が含まれている」とする。そして、純粹法学を、ここでも法実証主義の「最も高度に発達した形態である」とし、ここでは、非常に「誤った語法」のために、かかる主張がもっともらしく見えるようにされているという（*LLLII*, p.48ff. 訳七〇頁以下）。

しかしながら、一般に「法実証主義」といわれるものには、大別して二つの種類のものがあり、ハイエクが上記の法実証主義の中心的主張としているものは、ケルゼンのいう「法実証主義」とは、全く別の種類のものである。

すなわち、法実証主義には、現実の時間・空間内で人間の意思行為によってつくられた経験的に確認可能な法（＝実定法）のみを認識の対象に、その認識のみを目標とし、それを超出しようとし、認識上の立場と、それを超えて、実定法を何らかの正義の観念によって評価し、その効力・拘束力の有無を論ずる実践上の立場がある。そして、後者の一つとして、現世の権力に発する実定法をもって正義を体現した唯一のものとし、それ以外の正義を否定して、実

定法への服従を説く立場がある。このような立場は、「権力的法実証主義」⁽¹⁴⁾とか、「権力主義的法実証主義」⁽¹⁵⁾と呼ばれる。

ハイエクの上記の法実証主義の中心的主張において念頭におかれているのは、そこから知られるように、「権力的法実証主義」であつて、ケルゼンの立場は、それとは全く異なる。

《純粹法学は、…現実の法や可能的な法を問題にするのであつて、正しい法を問題とするのではない。この意味において、純粹法学は、極端に実証主義的な法理論である。それは、…実定法をその本質に従つて把握し、その構造の分析によつて理解すること以外に、科学として、他のことをなすべき義務があるとは考えない。》(RRL I, S.17. 訳三四—五頁、なお RRL II, S.112. 訳一〇六頁)

《「正義の規範」を実定法の内のみ見るのが法実証主義の理論だといわれるが、それから程遠い。全く正反対である。法実証主義の理論が最大限に強調してきたのは、実定法と正義とを分離しようとするにある。》(ATN, S.224.)

ハイエクを論ずる文献において、ハイエクが誤つて純粹法学を「権力的法実証主義」と捉えたことを無批判にそのまま鵜呑みにして純粹法学を論じられていることがしばしば見られるだけに、ここではつきりこのことを強調しておく必要がある。

(2) 「正義の客観的テスト」は存在するか。

ケルゼンは、『正義とは何か』において、古来「正義」として主張されてきた主要なものを分析した後、以下の結

論に至っている。

《絶対的正義というのは、非合理的な理想 (Ideal) という他ない。合理的認識の立場からは、ただ、人の諸利益と、それ故、利益の衝突だけが存在する。》

この利益の衝突を解決する方法は、一方の利益を他方の利益の犠牲において満足させるか、または双方の利益の妥協をはかるかの、二つの道しかない。一方の解決が正しく、他方の解決が正しくないということを、証明することは不可能である。》
(WG,S.40. 訳111頁)

ケルゼンのこのような絶対的正義の認識の不可能性についての思考を、ハイエクは、「正義の実証的 (positive) テストは存在しないという論証」を論じたものと捉え、ケルゼンは、かかる論証を、「正義の客観的テストは、どんなものであれ、存在しえないということを、証明するのに利用」するものと解し、そこでは、「一定の規範を正義に悖るとして排除することを可能にする消極的 (negative) テストが存在するかもしれないという可能性は、考慮されることとすらない」と論難する (LLL II, p.534. 訳七八頁)。

ここからも知られるようにハイエクにとって重要なのは、何が正義であるか、それを積極的に論証する基準を提示することではなく、「法のルールが妥当であるか否かを決定するために利用できる正義の客観的テスト」として、「一定の規範を正義に悖るとして排除することを可能にする消極的 (negative) テストが存在する」という可能性」を認め、かかる「消極的 (negative) テスト」によって法のルールの妥当性を篩にかけ、その持続的なテストによって、正義に適う正しい (just) ルールとそれを基準とする人間の行動を浮かび上がらせようとするのである。かかる「正義に悖

るとして排除することを可能にする消極的テスト」が、ポパーの科学哲学における「反証」による誤謬の除去のテストと、「密接な並行関係」にあることは、ハイエク自身の認めるところである (LLL II, p.43. 訳六四頁)。

ここに、ハイエクの正義論のポイントが示されているとして、しからは、はたしてそれによって、ケルゼンの正義論が正当に認識され、評価されているといえるのであろうか。

ケルゼンは、先に引用した絶対的正義の認識不可能性を指摘し、ただ「相対的正義」のみが存在するとの「相対主義的正義哲学」の立場にたつことを明らかにした上で、では、「相対主義的正義哲学」のモラルは何か、そもそもモラルをもっているのか、多くの人々が思っているような、没道德 (amoralisch) または不道德的 (unmoralisch) なものでさえあるのだろうかと問い、それを否認して、以下のように論じているのが注目される。

《相対主義的価値理論の基礎となり、または、その結論として生まれる道德原理は、寛容の原理であり、他の宗教的ないし政治的意見を、好意的に解し、たとえ、意見が同じでなくても、いや、まさに、意見が同じでないからこそ、他の平和的な意見の発表を妨げないという要請である。∴寛容は、思想の自由を意味している。》(WG,S.41. 訳一一一―一二頁)

かくて、ケルゼンは、「私は、正義とは何であるか、絶対的正義、この人間の美しい夢が何であるかを、まだ知らないし、また、お伝えすることもできない。私は、相対的正義で満足する他はないし、また、正義が私にとってどのようなものであるかを、お伝えできるだけである」とし、「私の天職は、学問であり、それ故、学問は私の生活の中で最も重要なものであるから、学問を保護し、また、学問によって、真理と誠実を栄えさせることができるものが、正義である。それは、『自由』という正義であり、『平和』という正義であり、『民主主義』という正義であり、『寛

容』という正義である」(WG,S.43. 訳二一四頁)とし、ケルゼン自身にとって何が正義であるかをみずから決断し、それを表明している。

かようにして、相対主義的正義哲学・相対主義的価値理論は、一方では、認識において絶対的正義が何かを論証しえないという消極的側面だけでなく、他方では、だからこそ実践において、各個人にとって何が正義であるか自ら決断し、それに対して責任を負わなければならないと道義的要請を各人に迫る積極的側面を有するのである。¹⁶ケルゼンによれば、かかる責任は、「いうまでもなく、人間がとりうる最も重大な道徳的責任」(FD,p.97. 古市訳一〇〇頁、長尾訳二一八頁)であるから、この意味において、かかる決断をいわば「実存主義的」決断といえるのかも知れない。

実際、ケルゼンは、根本規範論において、実定法秩序の効力根拠として想定される根本規範を受け入れて、それ自ら実定法秩序として認めるか、それとも何らかの自然法論の立場からそれを否認するか否かの態度決定は、窮極的には各個人に課せられたものとの立場をとっているが (Vol. RPL I, S.36. 訳二二一―二四頁、RPL II, S.223f. 訳二一〇頁以下、What is Justice?, 1957, p.263. 『著作集Ⅲ』二二六頁)、そこから、いずれの態度をとるべきかを各個人に迫り、その回避を許さない怖ろしい責任を各個人に負わせるもので、個人にとって「極めて『実存主義的』な帰結¹⁷」をもたらすとされることがあるのも、故なしとしない。

しかるに、ハイエクは、このようなケルゼンの正義論の核心部分について、一考すらしていない。まさに「考慮されることすらない」というハイエクの批判は、自らにそのまま当てはまるかのようなものである。

四 論争からえられるひとつの所見——現代立憲主義の根拠について——

ケルゼンとハイエク論争を概要したが、そこから、現代の立憲主義像に何らかの示唆するものが見出されるであろうか。⁽¹⁸⁾

まず思い浮かぶのは、世紀転換の少し前にソ連とその衛星諸国の社会主義体制が瓦解し、社会主義は、少なくとも「人類の未来を照らしだす希望に満ちた存在」⁽¹⁹⁾としては、二二世紀に引き継がれることなく、明確に過去のものとなった、ということであろう。かくて、二一世紀は、基本的には、イギリスの市民革命を経て歴史的に形成されてきた近代立憲主義が受け継がれて唯一の普遍的な憲法原理となり、現代立憲主義を形作っているかにみえる。

これをハイエクの立場よりすれば、歴史的に成立し進化してきた自生的秩序としての近代市民社会とそれを支える近代立憲主義が支配する世界と、それを否定しそれに代えて人間の理性によって社会主義・共産主義的な社会を意図的・計画的に独裁権力により創出しようとした世界とが二〇世紀において角逐し、後者がいわば内部から崩壊して過去のものとなり、前者のみが生き延び、それが二一世紀に引き継がれたということになる。したがって、市場を基盤とする自生的秩序としての市民社会を支えてきた近代立憲主義もまた、二一世紀において現代立憲主義として、さらに維持・形成・発展させなければならない、ということになる。殊に、個人の自由領域を恣意的な侵害から保護する一般的・抽象的・普遍的なルール(ノモス)によつて、あらゆる政治権力を制限し拘束する法の支配の原則が厳格に維持され、国民主権に立脚する国民代表機関として議会の立法権といえども、その例外でなく、ノモスに拘束されたものでなくてはならない。したがって、その枠内での社会国家・福祉国家理念の推進もまた、人間に値する最

低限度の生活保障というようなものは別にして、原理的には、人間の理性を過信して計画的に「社会的正義」という幻想を追い求めるもの、その実相においては、ノモスによって正当化しえない特殊利益を特定の人々に付与し、それと交換に票を獲得するという無制約な「取引民主主義」をもたらし、延いては、全体主義に至る可能性をもつものとして阻止されなければならない、ということになろう。そのための改革論として提示されたのが「一つの憲法モデル」に他ならないが、しかしそれは、ひとつのユートピアとしてその実現が直接意図されたものではない（拙論・二七頁参照）。かくて、今後の推移も、固より一本道ではありえない²⁰。

これを論争のレベルでいえば、自由主義と民主主義の捉え方の問題にも関わる。市場を基盤にする経済体制が国際的な共通の認識となった国際社会の中で、グローバル化が進行し、インターネットをはじめ通信技術の発達により、大量の情報が発達し交換される世界、環境破壊と資源枯渇を配慮しつつ、持続可能な経済成長を図らなければならない課題、他方では、富の偏在と民族紛争とテロの脅威、このような国際環境の中で、各国は自らの歴史と伝統を踏まえて、自由主義と民主主義という相互に緊張関係に立つ問題をどのように考えるべきか、ハイエクのように一義的に応じることができるのであろうか。

私は、ここで問わざるを得ないのは、近代市民社会がその基層において自生的秩序としての性質をもち、それが今日二一世紀に引き継がれて現代に至っているとして、それが一体どのような根拠の上に成立しているか、ということである。

ここで想起されるのは、ハイエクの自生的秩序論の形成にあたって強い影響を与えたとみられるM・ポラニーの自生的秩序論である。両者には微妙な、しかし重要な相違がある。

その学問的な出自に相違によるためか、経済学から出発するハイエクの場合には、自生的秩序論は、何よりも経済的な市場を基盤として展開され、それが経済関係を超えた文化の領域、とりわけ、学問や思想の領域とどのように関係するか、かかる領域もまた広く自生的秩序と捉えられるべきかどうか、必ずしも明確でない。

他方、M・ポラニーの場合には、学問的な出自が物理化学の領域にあるためか、その自生的秩序論は、「市場システム」もまたそれに属する重要なものとして射程にしているとはいえ、むしろ、その基盤は、学問の自由に支えられた「真理」探究の場としての学問の世界 (LL,p.163ff. 訳二〇五頁以下)、「探究者たちの社会」 (TD,p.55f. 訳八五頁以下) にあり、それと並行する形で、司法権の独立の下で、裁判官によって具体的事件を契機として形成されてきた、いわば「正義」探求の場としての司法の世界、「司法システム」が、精緻な自生的秩序の例とされ、この二つが「知的秩序のシステム」 (LL,p.162ff. 訳二〇四頁以下) として自生的秩序を成すものとし、それを基盤として、広く文化一般が、その基層において、自生的秩序としての性質をもつものとされる。⁽²¹⁾

しかし、両者の相違は、それだけではない。自生的秩序それ自体の依って立つ根拠をどこに求めるかにおいて、決定的に異なる。というのは、M・ポラニーは、『自由の論理』の序文において、知的自由の根拠を「自然法」に求め (LL,p.vi. 訳ii頁)、論文「学問の自由の基礎」において、「自由の一般的な基礎」は「真理・正義・博愛・寛容の実在性への信念を支持し、これらの実在性への献身を受容する」ことにあるとし、「一定の形而上学的な諸假定なしには自由は論理的に維持しえない」 (LL,p.47. 訳五九一六〇頁) という結論に至っているのに対して、ハイエクは、反自然法的・反形而上学的な立場を基本前提とし (SO,p.1,165. 訳九、一八六頁、LLL II ,p.59ff. 訳八五頁以下)、自生的秩序それ自体の依って立つ根拠をどこに求めるかという点について、歴史的な進化の事実根拠を求めているかに見えるからであ

る。

すなわち、ハイエクは、論文「法秩序と行為秩序」の末節で、それが学術的な研究として一定の価値判断を提示している点について、ヒュームを援用しつつ、「今世紀の価値判断論争が改めて確認したように、われわれは存在に関する裸の事実から規範を導くことはできない」ということを確認したうえで、次のように論じている。

《われわれの科学が取り組んでいる対象、すなわち特定種類の自己発生的な秩序が、規範の遵守の結果生じるものであり、規範遵守なしにはまったく存立しないとすれば、当為ルールを含む前提から別の当為ルールを導き出すことは、決して論理的矛盾ではない。これが少なくとも意味しうるのは、自生的秩序の力に基づく社会をその一般的輪郭のみでも維持しようとする限りは、われわれに必要なのは、その社会の存続に不可欠な規範と矛盾するような規範を支持しないことであり、さらにこの前提条件の下で、学問的認識は、あれやこれをすべきだとかすべきでないとかの洞察を、われわれは与えうるのである。》
(FS,S.196. 訳二六七頁。 Cf. LLL I p.105. 訳一二七頁、 LLL II p.58f. 訳八四頁以下)

私が先に「みずからの立場から純粹法学を思う存分に誤解した上でのこのようなハイエクの批判には、つよい違和感を覚えます」と述べたが、そこにいう「みずからの立場」とは、このような一定のルール（ノモス）を含む「行為秩序」を絶対的のものとする立場に他ならず、ケルゼンの見地からいえば、かかるハイエクの立場も、端的に自然法論、ある種の事実から規範を導出する自然法論の特殊な一形態といわなければならないであろう。

五 むすび

本稿において、ケルゼンとハイエクの論争を素材として顧みることによって現代立憲主義像を管見しようと試みた。そこから得られたことは、ハイエク、さらにはM・ポラニーの自生的秩序論によれば、近代市民社会は、その基層において自生的秩序としての性質をもち、それを支えているのが近代立憲主義であるが、それが二一世紀に受け継がれて唯一可能な現代立憲主義となり、現下困難な諸条件において推移しているのではないかということであった。

その根拠を、ハイエクは、ノモスによって支えられた行為秩序という一定の事実状態に求めたのに対して、M・ポラニーは、「自然法」、「一定の形而上学的諸假定」に求めたが、その内容は、「真理・正義・博愛・寛容の実在性への信念を支持し、これらの実在性への献身を受容する」という極めて古典的なものであった (Cf. PK, p. 223, 308ff. 訳二〇九、二九一頁以下)。

ここで注目されるのは、かかるM・ポラニーの立場が、ケルゼンの正義論、延いては根本規範論と一見奇妙にも無限に接近するかに見えることである。というのは、先に考察したように、ケルゼンの価値相対主義的正義論は、何が正義であるかの道徳的決断を各人に委ね、重い責任を負わせる「実存主義的」性格をもつものとみられるからである。しかし、そこには深淵が横たわっている。というのは、つとに宮沢教授が指摘されたように、ケルゼンの立場に「わたしも、これに共鳴する。しかし、わたしの正義は、これではつきりするとしても、それが同時にあなたの正義でもあるためには、さらに何かの媒介が必要なのではないか。それは何か」⁽²²⁾という問いが残り、それに答えなければならぬが、ケルゼンよれば、それこそ、「プラトンの辿った道」、人類が「おそらく未来永劫ソフィストの解答に満

足せず…血と涙に濡れつつも、辿り続けるであろう」「宗教への道」⁽²³⁾だからである。かくて、宮沢教授の問いは、さらに続き、最終の問いに至る。

《ケルゼン自身の頭は、その永い一生の終りに、何を考えていたろうか。死ぬときまで、その反主流の道こそ真の主流であるとの自信をもって、それを歩みつづけたであろうか。それとも、ついにソフィストの道に満足することができず、プラトンの辿った道——宗教の道——へよろめき入るようなことはなかっただろうか。それを、わたしは、知りたい。⁽²⁴⁾》

ハイエクの最後の作品『致命的な思いあがり』の最終章が宗教で終わっているのも (FC, p.135. 訳二〇三頁)、故ないことではない。

(1) 『比較憲法学研究』一五号(二〇〇三年)二二頁以下参照(以下、「拙論」として引用する)。

なお、本稿においてケルゼン (Hans Kelsen)、ハイエク (Friedrich August von Hayek) および M・ポラニー (Michael Polanyi) の著作・論文集・論文と訳書は、以下のように略記して本文において引用することにした(訳文は訳語の統一等の理由から必ずしも訳書と同一でないところもある)。

(Hans Kelsen)

Vom Wesen und Wert der Demokratie, *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, Bd. 47, 1920/21, 長尾龍一訳「民主制の本質と価値」(初版)、同他訳「ハンス・ケルゼン著作集Ⅰ 民主主義論」慈学社・二〇〇九年: *WuWI*, 訳。

Allgemeine Staatslehre, 1925, 清宮四郎訳『一般国家学』岩波書店・一九七一年: *ASL*, 訳。

Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. Aufl., 1929, 長尾龍一・植田俊太郎『民主主義の本質と価値 他一篇』岩波書店・

二〇一五年：WuWII, 訳。

Reine Rechtslehre, 1934, 横田喜三郎訳『純粹法学』岩波書店・一九七三年：RRL I, 訳。

General Theory of Law and State, 1945, 尾吹善人訳『法と国家の一般理論』木鐸社・一九九一年：GTLS, 訳。

Was ist die Reine Rechtslehre?, 1953, in: *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, 1968, S.611. 森田寛二訳「純粹法学とは何か」

『ハンス・ケルゼン著作集IV 法学論』所収・慈学社・二〇〇九年：WS, 訳

Was ist Gerechtigkeit?, 1953, 2. Aufl., 1975. 宮崎繁樹訳「正義とは何か」『ハンス・ケルゼン著作集III 自然法論と法実証主義』所収・慈学社・二〇一〇年：WG, 訳

Foundations of Democracy, Ethics, Vol. 66, 1955, Nr. 1, Part 2. 古市恵太郎訳『民主政治の真偽を分つもの』理想社・一九五九年、

長尾龍一訳「現代民主制論批判」同他訳『ハンス・ケルゼン著作集I 民主主義論』慈学社・二〇〇九年：ED, 古市訳・長尾訳。

Reine Rechtslehre, 2. Aufl., 1960, 長尾龍一訳『純粹法学 第二版』岩波書店・二〇一四年：RRL II, 訳。

Allgemeine Theorie der Normen, 1979. : ATN.

(Friedrich August von Hayek)

The Road to Serfdom, 1944, paperback by Routledge 1997, 西山千明訳『隷属への道』春秋社・一九九二年：RS, 訳。

Individualism and Economic Order, 1948, 嘉治元郎・嘉治佐代訳『個人主義と経済秩序』(ハイエク全集三) 春秋社・一九九七年：IEO, 訳。

The Sensory Order, 1952, 稚山貞登訳『感覚秩序』(ハイエク全集四) 春秋社・一九九八年：SO, 訳

The Constitution of Liberty, 1960,

Part I *The Value of Freedom*, 気賀健三・古賀勝次郎訳『自由の価値——自由の条件I』(ハイエク全集五) 春秋社・一九九七年：CL, 訳I。

Part II *Freedom and the Law*, 気賀健三・古賀勝次郎訳『自由と法——自由の条件II』(ハイエク全集六) 春秋社・

一九九七年：CL, 訳Ⅱ。

PartⅢ *Freedom in the Welfare State*, 気賀健二・古賀勝次郎訳『福祉国家における自由——自由の条件Ⅲ』（ハイエク全集七）春秋社・一九九七年：CL, 訳Ⅲ。

Freiburger Studien:Gesammelte Aufsätze,1967. 所収論文の訳として、嶋津格監訳『哲学論集』（ハイエク全集Ⅱ—Ⅳ）春秋社・二〇一〇年：FS, 訳。

Law,Legislation and Liberty,

Vol.1 *Rules and Order*,1973, 矢島鈞次・水吉俊彦訳『ルールと秩序——法と立法と自由Ⅰ』（ハイエク全集八）春秋社・一九九八年：LLLⅠ, 訳。

Vol.2 *The Mirage of Social Justice*,1976, 篠塚慎吾訳『社会正義の幻想——法と立法と自由Ⅱ』（ハイエク全集九）春秋社・一九九八年：LLLⅡ, 訳。

Vol.3 *The Political Order of a Free People*,1979, 渡部茂訳『自由人の政治的秩序——法と立法と自由Ⅲ』（ハイエク全集一〇）春秋社・一九九八年：LLLⅢ, 訳。

The Fatal Conceit:The Errors of Socialism,in *The Collected Works of Freidrich August Hayek*,ed. W.W.Bartley Ⅲ,vol. I,1988, 渡辺幹雄訳『致命的な思いあがり』（ハイエク全集Ⅱ—Ⅰ）春秋社・二〇〇九年：FC, 訳。

(Michael Polanyi)

The Logic of Liberty,1951,Reprinted,1999, 長尾史郎訳『自由の論理』ハーベスト社・1988年：LL, 訳。

Personal Knowledge,1958 (1962), 長尾史郎訳『個人的知識』ハーベスト社・一九八五年：PK, 訳。

The Tacit Dimension,1966 (1983), 佐藤敬三訳・伊藤俊太郎Ⅱ序『暗黙知の次元』紀伊国屋書店・一九八〇年：TD, 訳。

(2) ハイエクは、後にみるように、ケルゼンのこの論述箇所を繰り返し返して引用し、ケルゼンを無制約な民主主義を説く社会主義者と決めつけ、恰も全体主義の元凶の如く論じている。かかるケルゼン理解の例は、かねてよりわが国においても見出されるがところであるが（例えば、嶋津格『自生的秩序 ハイエクの法理論とその基礎』木鐸社・一九八五年・一八七頁、渡辺幹

雄『ハイエクと現代リベラリズム』春秋社・二〇〇六年・四六頁以下、池田信夫『ハイエク 知識社会の自由主義』PHP研究所・二〇〇八年・一四九頁以下、仲正昌樹『いまこそハイエクに学べ』春秋社・二〇一一年・一八二頁以下参照。前二著ではケルゼンの立場は「全体主義」で『社会民主主義』のイデオロギー」だとされているが、それとはやや異なる見地からケルゼンを「国家肯定論的社會主義者」と捉える見解として、今井弘道「正義論と価値相対主義——F・A・ハイエクとH・ケルゼンに即して」竹下賢編『実践地平の法理論』昭和堂・一九八四年・一七〇頁参照)、それに同調しえないことについては、以下に論じる。

- (3) 赤坂正浩「ケルゼンの民主主義論」『立憲国家と憲法変遷』(信山社・二〇〇八年) 一〇二頁以下参照。
- (4) 例えば、手島孝「公法学におけるハンス・ケルゼン或いはハンス・ケルゼンにおける公法学」『公法研究』四四号(一九八二年) 四四頁以下参照。Vgl. Horst Dreier, *Rechtslehre, Rechtssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, 1986, S.263f.
- (5) Hans Kelsen, *Autobiographie*, 1947, in: M. Jestaedt (Hrsg.), *Hans Kelsen Werke*, Bd.1, 2007, S.58f., 長尾龍一訳『ハンス・ケルゼン自伝』(慈学社・二〇〇七年) 四一頁以下。それについては、同『ハンス・ケルゼン著作集Ⅱ マルクス主義批判』(慈学社・二〇一〇年)「あとがき」五一―五頁参照。
- (6) 宮沢俊義「法および法学と政治」(一九三八年)『公法の原理』(一九六七年・有斐閣) 一二〇頁参照。
- (7) 樋口陽一『近代立憲主義と現代国家』(勁草書房・一九七三年) 七三頁以下参照。
- (8) 長尾龍一『ケルゼン研究Ⅰ』(信山社・一九九九年) 一六八頁参照。
- (9) 拙著『純粹法学と憲法理論』(一九九二年・日本評論社) 三五五頁以下、『ケルゼンの権利論・基本権論』(慈学社・二〇〇九年) 四五四頁(本稿は、そこで「残された第五の課題」(四五二頁)の解明にかかわる)。
- (10) 長尾・前掲注(8) 三二九頁。なお、同訳・前掲注(5) 二〇〇七年・一四五頁以下参照。
- (11) 今井弘道「第一次大戦後ケルゼンの『憲法体験』・『政治体験』・『政治思想』(一)」『北大法学』三二卷二号(一九八一年) 三七頁参照。

- (12) エルンスト・トピッチュ・長尾龍一訳「イデオロギー批判者としてのハンス・ケルゼン」『国家学会雑誌』七九卷九・一〇号（一九六六年）「訳者覚え書き」三二頁。
- (13) Vgl. M.Jestaedt, O.Lepsius (Hrsg.), *Hans Kelsen Verteidigung der Demokratie*, 2006, Der Rechts- und der Demokratietheoretiker Hans Kelsen — Eine Einführung; M.Jestaedt (Hrsg.), *Hans Kelsen Reine Rechtslehre Studienausgabe der 1.Auflage 1934*, 2008. Eine Einführung; ders. (Hrsg.), *Hans Kelsen und die deutsche Staatsrechtslehre*. 2013. 長尾龍一・前掲注(5) 訳『自伝』「あとがき」一六〇頁以下、高田篤「戦後ドイツ公法学におけるケルゼン」『文明と哲学』四号（二〇一二年）七四頁以下、同「続 戦後ドイツ公法学におけるケルゼン」同六号（二〇一四年）四六頁以下参照。
- (14) 加藤新平『法哲学概論』（有斐閣・一九七六年）二五九頁。
- (15) 長尾・前掲注(8)三二八頁。
- (16) この側面は、菅野喜八郎『続・国権の限界問題』（木鐸社・一九八八年）によれば、方法二元論の立場からは、「あくまでも個人心理の問題なのであって論理の問題ではない」（三二九頁）。
- (17) 長尾・前掲注(8)三三七頁。Vgl.H.Dreier, a.o.AmM (4), S.240ff. このテーマに関する考察として、毛利透「『旧ヨーロッパ的』あるいは『実存主義的』ケルゼン——ホルスト・ドライアーのケルゼン研究によりつつ——」石川健治編『学問／政治／憲法』（岩波書店・二〇一四年）六二頁以下参照。
- (18) 今日わが国では明治憲法以来再び「立憲主義」のあり方が大きく問われているが、それについては、とりわけ樋口陽一『いま、「憲法改正」をどう考えるか「戦後日本」を「保守」することの意味』（岩波書店・二〇一三年）、佐藤幸治『立憲主義について 成立過程と現代』（左右社・二〇一五年）、同『世界史の中の日本国憲法 立憲主義の史的展開を踏まえて』（左右社・二〇一五）参照。
- (19) 塩川伸明『社会主義とは何だったか』（勁草書房・一九九四年）「まえがき」ii 頁。なお、同著『現存した社会主義』（勁草書房・一九九九年）、『二〇世紀史』を考える』（勁草書房・二〇〇四年）参照。
- (20) 「二十一世紀にハイエクを論じる理由」につき、山中優『ハイエクの政治思想』（勁草書房・二〇〇七年）一頁以下、また、

渡辺・前掲注(2)三八一頁以下、池田・前掲注(2)一七〇頁以下、仲正・前掲注(2)二〇七頁以下、松原隆一郎『ケインズとハイエク』(講談社・二〇一二年)二八〇頁以下参照。

(21) 拙稿「二つの自生的秩序——市場システムと知的秩序のシステム——」『金沢法學』四九卷二号(二〇〇七年)一三七頁以下参照。

(22) 宮沢俊義「ケルゼン教授の訃に接して」鵜飼信成・長尾龍一編『ハンス・ケルゼン』(東京大学出版会・一九七四年)一七八頁。

(23) Hans Kelsen, *Die Platonische Gerechtigkeit*, 1933, in: *Aufsätze zur Ideologiekritik*, E. Topitsch (Hrsg.), 1964, S. 231. 長尾龍一訳「プラトンの正義論」同訳『ハンス・ケルゼン著作集V ギリシャ思想集』(慈学社・二〇〇九年)二二五頁。

(24) 宮沢・前掲注(22)一七九頁。宮沢教授が病床でキリスト教の洗礼を受けられた由については、長尾龍一「補遺 宮沢俊義先生とケルゼン」ハンス・ケルゼン著・E. トーピツチュ序・長尾龍一訳『神と国家——イデオロギー批判論集——』(木鐸社・一九七七年)二五三頁参照。