

「プロイセン対ライヒ」裁判での「弁論」の背景をなす議論連環

——シュミットの「独立した権限規範」とヘラーの「政治的意図」をめぐる⁽¹⁾

高橋 愛子

第1節 はじめに

本稿の狙いとするところは、「プロイセン対ライヒ」裁判におけるカール・シュミットおよびヘルマン・ヘラーの「弁論」全体についての、別稿で試みられた分析と考察から抽出された二人の「弁論」の基底をなす「基本的視角」を「切り口」としながら、それぞれの学問的理論的背景を遡り、「弁論」での「基本的視角」を背後から規定した学問的理論的契機はいかなるものであったのかを探ることにある。

そこで本節では、まず、1. 別稿で抽出しえたヘラーおよびシュミットの「弁論」の「基本的視角」を手短に振り返り、そのうえで、2. 両者の学問的理論的背景を論ずるに当たって、どの著作が本稿での考察の対象とされるべきかについての概観を示すこととする。

1. ヘラーおよびシュミットの「法廷弁論」の「基本的視角」

「プロイセン対ライヒ」裁判が繰り広げられたライプツィヒの国事裁判所におけるシュミットとヘラーの「弁論」を詳しく跡づけた前述の別稿において、筆者は、両者の「弁論」をそのコンテクストに即しつつ、そもそも何が語られたのかを明確にし、その意味と基本的特徴を明らかにするべく分析を試みた。そうした考察の中から明らかになった点は、以下の三つの点にまとめることができるだろう。

第一の点は、それぞれの「弁論」において中心的役割を担っていた着眼点、ないし、基本概念は何か、という点についてである。筆者の考察によれば、ヘラーの弁論を貫く着眼点は、ライヒ政府の行為の「真の政治的意図／動機（Absicht / Motiv）」を明らかにすることであり、シュミットにとつての基本概念は、現存する政治的状況についての「二つの状況概念」（Bürgerkriegslage und Konfliktlage）であった。そしてこれらの二つの「切り口」は、シュミット、ヘラー双方ともに、「法廷」前に短時間で書き上げられた「7月20日事件」の問題を洞察し分析する投稿論文において、既に示されていた視点でもあったという意味で、「法廷」前から「法廷闘争」を通して本事件についての一貫する「視角」であり続けたものということができる。

さらに、「弁論」の詳しい分析を通して明らかになったのは、これら二つの「視角」は、単に一貫して、繰り返し示されたばかりではなく、両者が提起した「法廷」での幾つもの争点をめぐる主張の中で、その主張を支える根源に位置しているという、弁論の論理構造上の基点でもあったという意味で、まさしく「基本的視角」であったのである。

別稿での分析を通して明らかになった第二の点は、二人の「弁論」を、政治的側面と法的側面という二つの側面から考察した場合に見出される特徴は何か、という点である。まず指摘すべきなのは、ヘラーが何より求めた政治的「意

図「動機」の解明ということ、そして、シュミットが政治的「状況」の二概念によって提示した危機認識へと繰り返して立ち返ることという、双方の「基本的視角」は、いずれも政治的なもの、の位相に位置していた、つまり、二人の「弁論」を貫く基底的な視点が政治的観点であつたということである。本件の本質を、「その法解釈上の争点の背後に潜む政治性」にあると洞察して、ただけではなく、実際に「法廷」においても、その政治的観点に基づいて主張を展開したのである。

しかしその際、二人の政治的含意を持つ基本的立場は、明確な差異として帰結した。これが、二人の「法廷弁論」の考察において重要な第三の点である。ヘラーとシュミットの間に顕著に現れた「差異」とは、ヘラーの基本的主張を象徴する、またその当然の帰結である「証人喚問要求」は結果的に排除されたが、他方で、シュミットは、政治的「状況」概念のほかに、純粹に専門法学的領域において効果的に用いることのできる「まったく厳密に法学的な、かつ、まずは法律家にとつてのみ理解が可能な関連において」(シュミット)用いられる法解釈上の「概念」を展開した、という点である。それは、すなわち、アンシュッツの「法律の留保」をめぐる「独裁権制約性」(Diktaturfestigkeit)という概念に対抗するものとして、シュミットが依拠した「独立した権限規範／規定」(selbständige Zuständigkeitsnorm／vorschrift)という「概念」である。⁽⁴⁾

換言すれば、本件をめぐる法解釈論争において基底的に働いたのは、シュミットにおいてもヘラーにおいても同様に政治的視角であつたが、第48条をめぐる法解釈論争それ自体という土俵に限って見た場合、シュミットは第48条をめぐる法解釈上の効果的な武器を持ち合わせており、ヘラーにおいてはまさにそれが欠落していた、と指摘せざるを得ないのである。

しかし、実は、シュミットの援用した「独立した権限規範」なる概念は、本法廷において突如としてシュミットによつて用いられた概念ではなく、もとは一九三二年二月五日の国事裁判所判決で既に表明され用いられていた概念で

あつた。一九二〇年代半ばから並々ならぬ熱心さで取り組んできた第48条をめぐる自らの解釈史に立脚するシュミットは、第48条解釈におけるこの「概念」の重要性を見逃さなかつたばかりではなく、この「概念」が持つ意味と重要性について、一九三二年に本法廷に先立つて出版された『合法性と正当性』⁽⁶⁾で詳しく論じ、さらに、「法廷」前の投稿論文でも言及していたのである。

前述の別稿で既に指摘したように、⁽⁷⁾裁判内在的《合法性》あるいは裁判の制度的《合法性》という観点から見た場合、ヘラーの主張はその《枠》外とされたのに対して、他方、シュミットの厳密に法学的な主張は《枠》内に収まりえた。では、しかし、《合法性》のもう一つの次元、すなわち裁判外的《合法性》、あるいは、政治的観点から見た場合の《合法性》という局面から考察した場合、シュミットの厳密に法学的な主張はどのような意味を持ち、どのような機能を果たしたのであろうか。⁽⁸⁾第48条を「独立した権限規範」であるという視点から解釈することによって、第48条は第17条に優越するというシュミットの法解釈は、一見すると、第48条と第17条の関係をめぐる法解釈論であるが、別稿で述べた通り、アンシュッツの指摘によれば、そこでの問題の核心は、「憲法制定権力のみが定め得る、憲法の（本質的組織的な）諸規定の、第48条第2項による破棄」という点にあつた。

ここで我々は、ブラッハーが、危機状況における《合法性》の問題を以下のように捉えたことをもう一度思い起こしたい。

合法性保証の限界が、憲法の権威的・全体主義的対立者によって《状況適合的疑似合法性》(situationgemäße Pseudolegalität)へと変質する⁽⁹⁾(傍点引用者)。

《合法性》から《状況適合的疑似合法性》への変質とは、具体的に何を意味するのか。差し当たって筆者は、これに

ついで、以下のように把握してきた。

合法性保障の限界とは、厳密に言えば、合法性による権力の正当性保障（正当性代替機能）の限界の問題であり、権力の正当性が、もはや《合法性》それ自体によつては基礎づけられなくなっているにもかかわらず、《合法性》がなお、権力の正当性保障を偽装することによつて、特定の現存勢力の政治的武器として、現状維持もしくは現存勢力拡大のための、さらには、その敵を排除、ある場合には抹殺するための口実を与える論理へと変質している、という事態⁽¹⁰⁾

である。その場合、《合法性》による《正当性》保障の偽装には二つの次元がある。

（１）実定法それ自体（法律そのもの、あるいは、法律の一規定）がいわゆる悪法（制定手続き的に、もしくは、内容的に）である場合、（２）実定法の有無やその内容にかかわらず法解釈のなかに、《合法性》逸脱の問題がある場合、という二つの次元である。その際、（２）の場合は、（１）の場合以上に問題の所在が発見されにくいという意味では深刻であり、隠された形で蓄積によつていつの間にか《合法性》を侵食してゆくという側面がある⁽¹¹⁾。

こうした観点に立つてシュミットの「独立した権限規範」概念に基づく第48条解釈の本件への適用の意味を考えるならば、それは、上述の二つの次元の後者（２）に当たり、かつ、さらに、《合法性》から《状況適合的疑似合法性》への変質過程を法学的に推し進めた一契機として解することができるのではないだろうか。そのように解したとき、

《合法性》から《状況適合的疑似合法性》への変質過程を画する法解釈上の一つのメルクマールは、「憲法制定権力」のみがないという憲法規定の実質的破棄または実質的変更を、憲法条項の法解釈が代行してしまう、そうした法解釈であるか否か、という点が、一つの決定的な一線として浮かび上がる。シュミットは、まさしく、本件における第48条と第17条との関係をめぐる法解釈において、「独立した権限規範」という概念に立脚し、これを適用することを通して、《合法性》ではなく《状況適合的合法性》へとその一線を越えた、というのではないか。

このように、別稿での分析を通して浮かび上がってきた、本稿が以下の考察の前提とする、ヘラーおよびシュミットの「法廷弁論」における「基本的視角」、「基本概念」は、端的に言って、ヘラーにおける政治的「意図」「動機」、シュミットにおける政治的「状況」、および、「独立した権限規範」概念である。これらを具体的な「切り口」として、それぞれの学問的理論的背景を遡り、それらが学問的著作の中でいかに形成されてきたのか、あるいは、それぞれの理論的研究において表明されてきたどのようなモチーフの中にその軌跡や根源を見出しているのか、これらの点を跡づけることが本稿の課題である。

2. 学問的理論的背景としての両者の著作群

ここで、シュミットおよびヘラーの学問的理論的背景を遡って跡づける際に、主として対象とされるべき諸著作を概観的に示しておきたい。

シュミットがその政治論と法解釈において政治的「状況」分析ないし認識を基底的に重視するという特徴は、これまでもしばしば指摘されてきたことは言うまでもない。そこでここでは、本件におけるライヒ政府の権力行使の正当性を

主張する弁論においても、やはり徹頭徹尾、独自の政治的「状況」概念に立脚して弁論を展開した、という点を確認することとどめ、本稿では主に、シュミットにおいて特徴的に主張されたもう一つ概念、第48条解釈としての「独立した権限規範」概念にまず注目したい。しかし実は、「独立した権限規範」概念がどのような文脈で取上げられ論じられていたかを跡づけることを通して、そのことと「状況」規定的思考との密接な内的関連が浮かび上がってくるであろう。

前述したようにこの「独立した権限規範」概念をめぐるシュミットの議論は、「7月20日事件」とほとんど同時に出版された『合法性と正当性』⁽¹²⁾の中に顕著な刻印を見出すことができる。そして、『合法性と正当性』へと連なる密接な理論的連環のもとにあるのは、第48条解釈を基軸として展開されてきた一連の業績、すなわち、一九二四年のイエナでの第二回ドイツ国法学者大会での報告「第48条によるライヒ大統領の独裁」⁽¹⁴⁾、一九二九年の論文「憲法の番人」⁽¹⁵⁾、そして、二九年の「憲法の番人」論を土台としてこれに加筆し、「さらに関連ある二九年から三〇年の小論文や講演の幾つかがテーマの体系的連関の中へと組み入れられ」て一九三一年に刊行された『憲法の番人』⁽¹⁷⁾等の諸著作である。特に、『合法性と正当性』の中でシュミット自身、『憲法の番人』への参照指示を二箇所で示していることから、一九三二年の『合法性と正当性』と一九三一年の『憲法の番人』との内的関連は確認しうるが、明示された二箇所以外にも大幅に主題と叙述のオーバーラップが認められる。それだけに、二つの著作の間に共通に見られるかなりの分量の基本概念、基本認識にもかかわらず、『合法性と正当性』においてのみ展開されている新たな概念、新たな認識の存在が重要であり、その新領域において、「独立した権限規範」概念が登場している点に注目しなければならない。さらに遡って、それらにとつての理論上の根底的位置を占める歴史的研究が、一九二一年の『独裁』⁽¹⁸⁾であろう。

そこで、「法廷弁論」におけるシュミットの主張と「基本的視角」の学問的理論的背景を探ろうとすることで考察は、まず、裁判で特徴的に表明された主張と『合法性と正当性』における直接的関連を、それまでのシュミット自身の

第48条解釈史の集大成といふべき一九三一年の『憲法の番人』との相違を視野に入れながら考察し、そのうえで、それらの議論の萌芽と根源を、一九二一年の『独裁』の論理構成の中に探ることによって試みることになる。

他方、ヘラーが「法廷」で追求し続けた、権力行使あるいは政治的行為における「意図」「動機」の解明という点、すなわち、権力行使者、政治的行為者の行為の根源的起因たる「政治的意志」の重視へと繋がる議論枠組は、一九三一年の論文「ドイツ憲法改革の目標と限界」等の幾つかの論稿においても見出されるが、より明確な形では、イタリアにおけるファシズム現象を分析した「独裁」の実証的および精神史的研究である一九二九年の『ヨーロッパとファシズム』⁽²⁰⁾に特徴的に見出される。さらに、『ヨーロッパとファシズム』において、シュミットとはまったく異なる視点に立つ「独裁」研究をなさしめたヘラーの問題提起と議論枠組にとって、一九二七年の『主権論』⁽²¹⁾が、その重要な理論的基盤を与えていると思われる。

そこで、「法廷弁論」におけるヘラーの主張と「基本的視角」の学問的理論的背景を探ろうとするここでの考察は、まず、裁判で端的に示された政治的「意図」の解明を決定的に重視する立場が、他の幾つかの論稿に注意を払いながらも、主として『ヨーロッパとファシズム』での「独裁」研究における議論構成とどのような関連のもとにあるのかを確認し、そのうえで、最終的には、そうした議論連環の基底を、一九二七年の『主権論』における基本的枠組と主要概念の構造の考察を通して探ることになる。

以下では、このような概観的な構図を手掛りにしながら、それぞれの著作ごとに分析を進めてゆきたい。

第2節 シュミットの「法廷弁論」の背景に横たわる議論連環

1. 『合法性と正当性』（一九三三年）——「独立した権限規範」概念の視角から

ここで我々は、シュミットの『合法性と正当性』という著作全体のいかなる構造の中で、本法廷において用いられた「独立した権限規範」概念なるものが、どのような位置づけを与えられており、どのような意味において論じられていたのか、という点を視点としてその議論を跡づけておきたい。

まずシュミットは、冒頭で、今日のドイツの国内情勢を「議會制立法国家の崩壊」（“Zusammenbruch des parlamentarischen Gesetzgebungsstates”）⁽²²⁾（傍点引用者）と分析せざるを得ないという現状認識を示すが、実は、そうした歴史的現実を理解するために不可欠となる、「今日の合法性概念の全問題性、それから派生している議會制立法国家の全問題性、そして、戦前から継承されている法実証主義の全問題性」⁽²³⁾の正しい把握は、従来型諸概念ではなしえない、という。そこで、シュミット独自の「国法上、憲法上の諸概念規定」を試みる。

国家の現在「の在り様」を認識するためには、過去の諸状況から生じた他の諸区別、たとえば支配とゲノツセンシャフト、権威と自由、法治国家と独裁等の諸対立（die Antithesen）よりも、閉じている合法性体系を持つ立法国家（Gesetzgebungsstaat）を、裁判国家、統治国家、行政国家の（相互に相異なる）正当化様式（Legitimierungsweisen）に対して対比する区別のほうが有益だと私には思われる⁽²⁴⁾（傍点引用者）。

たとえばシュミットは、「立法国家も裁判国家も、いずれも容易に法治国家と自称しうる」し、また、統治国家も行政国家も、實際上、法を実現し、正しくない旧法を正しい新法に置き換え、正常状況を作り出すことを自らの拠り所とする以上、法治国家を自称しうるのであるから、「法治国家」という用語によつては、今日の事態において何が「決定的な対立」であるのかを表現しえない、と指摘する。シュミットによれば、今日、決定的である対立とは、「合法性」の分裂に基づいた、一方の擬制的な「合法性」に対する、他方の、現存する「合法性」が持つ「正当性」との対立なのである。

今日、閉じている合法性体系の規範主義的なフィクション (die normativistische Fiktion eines geschlossenen Legaltätssystems) は、現に存在している合法的な意志の正当性 (die Legitimität eines wirklich vorhandenen rechtmäßigen Willens) に対して、明瞭かつ否定しえない対立をなしている。これこそが、今日、決定的な対立 (das entscheidende Gegensatz) である⁽²⁵⁾ (傍点引用者)。

そこでシュミットは、「いかなる種類の最高意志 (welche Art höchsten Willens) が決定的瞬間において基準ないし決め手として立ち現れ、共同体の種類を決めるものとなるのか」(傍点引用者) という相違によつて区別される国家の四類型を示し、さらに、他の三類型から「立法国家」が区別される究極的メルクマールとしての「法律概念」の内実をめぐつて考察を進める。そのうえで、本書におけるシュミットの最終的な狙い、すなわち、ワイマール憲法が、本来、目指し、かつ、規定した国家形態としての「議会制立法国家」の合法性体系が、目下、事実上、何によつて破壊されつつあり、また、何によつて置き換えられつつあるのかを示そうと試みる。この最後の点の分析を示すのが、『合法

性と正当性』第2章第3節「必要に基づく (ratione necessitatis) 特別立法者、すなわち、議會制立法国家の法律を排除する行政国家の諸措置」(強調シュミット)の叙述である。ここに、例の「独立した権限規範」概念に依拠した一九三一年一月の国事裁判所判決についての論究が行われているのである。

そこで、まず、本書における分析概念装置である、「立法国家」、「裁判国家」、「統治国家」および「行政国家」という国家の四類型とは何かを概観し、そして、ワイマール憲法が規定する「議會制立法国家」を、それ自体として成り立たせるために不可欠の「前提」として求められる、「法律概念」についてのシュミットの考察を簡単に整理したうえで、第2章第3節の「独立した権限規範」をめぐる議論を詳しく跡づけることにしたい。

1. 1. 国家の四類型…立法国家、裁判国家、統治国家および行政国家

立法国家 (Gesetzgebungsstaat) とは、共同意志の最高かつ決定的表現を、「規範〔設定〕」(Normierung)に見出すことを特性とする特殊な政治的共同体であり、その際、「規範」とは、「非人格的な、それゆえに一般的な、かつ予定され、それゆえに永続するものと想定される、量定、規定可能な内容を持つ」ものである(強調シュミット)。さらに、人々、諸人格が支配するのではなく「法律が支配する」のであり、したがって、「諸規範が通用しなければならない立法国家の、直接的に必然的な構成原理」として、「法律と法律適用、立法者と執行部の分離」が求められる。このような「あらゆる国家権力行使の一般的合法性」という点に、この国家組織の正当化の根拠があり、服従の要求の根拠となり、かつ、抵抗権の排除を正当化する。この場合、「法の特殊の現象形態は、法律であり、国家的強制の特殊的正当化が合法性である」。立法国家においては、裁判の判決は、「予め定まった、内容的に量定、規定可能な、永続的かつ一般的規範」のその単なる適用にすぎない。

これに対して裁判国家 (Jurisdictionsstaat) とは、その最終的決定権が、規範設定をする立法者ではなく、訴訟の

判決を下す裁判官にある国家であるという（強調シュミット）。さらに、裁判官によって告げられる法は、一般的永続的規範ではなく事例ごとの具体的決定であり、予め定まった普遍的な諸規範を媒介することなく、直接に顕現するという。

統治国家（*Regierungsstaat*）における意志表示の特徴は、統治する国家元首の最高の人格的意志、および、権威的命令に見出される（強調シュミット）。

以上の立法、司法、統治国家の定式は、既に『憲法の番人』の中でも示されていたものであり、取り立てていふほどの新たな特徴は見出せないが、四つ目の類型としてシュミットが示した「行政国家」の定式は、『合法性と正当性』において初めて、独立の「概念」として示された新たな要素である。『憲法の番人』においてシュミットが示した類似の国家類型と対比すると、まず、その分類の指標メルクマールの点で異なっており、すなわち、『合法性と正当性』では「決定的な瞬間に基準となる最高意志」とされているが、『憲法の番人』では「国家活動の中心領域」とされていた。⁽²⁷⁾さらに、『合法性と正当性』では上記の四類型であるのに対し、『憲法の番人』では、「司法あるいは裁判国家」（*Justiz- oder besser: Jurisdiktionsstaaten*）⁽²⁸⁾「本質的に統治と執行権である国家」（*Staaten, die wesentlich Regierung und Exekutive*）⁽²⁹⁾「立法国家」（*Gesetzgebungsstaaten*）の三類型であった。⁽²⁸⁾二つ目の類型、「本質的に統治と執行権である国家」の具体的歴史の実例は、一六世紀以降形成された絶対国家だとされていたが、この類型が、『合法性と正当性』の中では、「統治国家」と、これから区別され、一つの独立した類型とされた「行政国家」へと概念化されているのである。

シュミットによれば、行政国家（*Verwaltungsstaat*）において見出される命令や意志は、権威的かつ人格的なものとして現れるのでも、また、上位の規範「設定」の単なる適用でもなく、⁽³⁰⁾どこまでも即事的な命令（*sachliche Anordnungen*）であることを欲するものだという（傍点引用者）。すなわち、人間が統治するのでもなく、高次の諸規範が通用するのでもなく、「事物がそれ自体を管理する」（*die Dinge sich selbst verwalten*）⁽³⁰⁾という。「行政国家」における

特殊な意志表示は、「事態によってのみ定まり、具体的状況に即して適用され、もっぱら即事的实际的合目的性の観点から導かれる措置」(die nur nach Lage der Sache bestimmte, im Hinblick auf eine konkrete Situation getroffene, ganz von Gesichtspunkten sachlich-praktischer Zweckmäßigkeit geleitete Maßnahme)⁽³¹⁾ (強調シュミット)なのである。

さらにシュミットが一九二〇年代後半以来、「変容しつつある我々の国家形態」について、特徴的なものとして繰り返し表明してきた自らの現状認識概念、「全体国家への転回」(“Wendung zum totalen Staat”)⁽³²⁾をいつでも示し、それはすなわち、「行政国家への転回」(Wendung zum Verwaltungsstaat) (強調シュミット)だとの等置を主張する。「全体国家は、その本性からして、行政国家なのである」⁽³³⁾。

これに対して、「行政国家」概念がまだ定式化されていなかった『憲法の番人』(一九三一年)においては、今日の「全体国家への転回」は何よりも「経済的領域において最も際立って現れ」といると指摘し、すなわち「経済国家への転回」(Wendung zum Wirtschaftsstaat)だとの認識をシュミットは示していた。⁽³⁴⁾

もともとの「行政」と「国家」との密接な関連は一六・一七世紀の官僚組織の設立に遡り、中世の単なる「法保持国家」(フリッツ・ケルン)としての法的共同体(Rechtsgemeinschaft)から、特徴的な形で「国家」として、対照的な政治的共同体(politischen Gemeinwesen)が形成される時に始まる。「議会制立法国家」においても、立法部と分離され、その法律への従属にもかかわらず独立した区別可能な「執行部」(“Exekutive”)を持つ。しかしこれと「行政国家」との区別において問題となるのは、「その国家的行政装置がいかなる特殊な正当化体系に依拠するか」⁽³⁵⁾(傍点引用者)だという。

シュミットによれば、「行政国家」が依拠する正当性は、——立法国家における執行部が合法性に服するのとは異なり——「即事的な必然性」(die sachliche Notwendigkeit)「事態」(die Lage der Sache)「やむを得ぬ事情」(den Zwang der Verhältnisse)「時期の切迫」(die Not der Zeit)などの「規範によってではなく、状況によって規定される正当化」(nicht

norm-, sondern situationsbestimmte Rechtfertigungen)」(傍点引用者)⁽³⁶⁾。これに応じて、「行政国家」の存在原理 (Daseinsprinzip) は、「合目的性 (Zweckmäßigkeit)」、有用性 (Nützlichkeit)」にあり、かつ、「規範設定に依拠する立法国家の合規範性 (Normgemäßigkeit) とは異なる、自らの措置、指示、命令の直接的に具体的な即事態性 (Sachgemäßheit) に存する」(強調シュミット) という。

しかし本来、国家官僚は、「それ自体、固有の合法性の根源でも、固有の正当性の基盤でもなく、今日のドイツの職業的官僚は「独自の政治的意義を持つ統一の勢力ではない」とシュミットは指摘する。それにもかかわらず、「国家組織の個々の部分において他の権威が欠如しているために、権威国家を求める強い要求の集約点となり、行政国家においておのずと『秩序を樹立』しようとする模索はありうる」(傍点引用者)⁽³⁸⁾ という期待をにじませている。

こうした「行政国家」が、二年余り前から施行されている第48条第2項による緊急命令権の運用によって、既に大幅に実現している(傍点引用者)とシュミットはいう。⁽³⁹⁾ ここでシュミットが指摘する重要な点は、「議会制立法国家」の規範主義的合法性が、もし、その時々、の多数決の空虚な機能主義 (der leere Funktionalismus jeweiliger Mehrheitsbeschlüsse) に変質するならば、それは本来の機能を失い、官僚的な規制要求の非人格的な機能主義 (der unpersönliche Funktionalismus eines bürokratischen Reglementierungsbedürfnisses) と結びつきうるという点である(傍点引用者)。⁽⁴⁰⁾

合法性と技術的機能主義との、理念的には稀であるにしてもあらゆる実際の経験からは起こりやすいこの結合において、官僚制は、長期にわたって優越的なパートナーであり続け、そして、議会制立法国家の法律 (das Gesetz des parlamentarischen Gesetzgebungsstaates) を官僚制的な行政国家の諸措置 (die Maßnahme des bürokratischen Verwaltungsstaates) へと変質させる⁽⁴¹⁾ (傍点引用者)。

つまりシュミットが「行政国家」を定式化したことの意味は、執行部としての官僚制が、「立法国家」における立法部と執行部との分離のもとでの、法規範としての法律の妥当という正当性のもとにあるのか、それとも、立法部と執行部の分離および法と法律の合致という前提を失った、単なる「即事態性」(Sachgemäßheit)という正当化に依拠しているのか、という「対立の構図」を、「問い」として提起した点にある。さらには、二つの相異なる正当化体系の「対立」が存在しているばかりではなく、執行部が「立法国家」の正当化体系から逸脱し、異なる正当化に依拠する場合、それは既に、「立法国家」とは根本的に異質な国家形態へと移行しつつあることの証しだとシュミットは主張しているのである。

「議會制立法国家」の合法性体系の只中での、第48条第2項の緊急命令権運用によるこうした「行政国家」の発展が何を意味するのか、というこの問題が、『合法性と正当性』第2章第3節での主題である。だが、この第2章第3節のモティーフを検討する前に、もう一つ確認すべき点がある。それは以下の点である。「議會制立法国家」の「法律」から「官僚制的行政国家」の「措置」への変質はいかにしてなされるのか。「議會制立法国家」の規範主義的合法性がその本来の機能を果たすための諸前提は何であり、その本来の働きからの逸脱と変質をもたらすメルクマールとなるものは何であるのか。シュミットはその分析を、ワイマール憲法における「法律概念」とその変質の議論を通して示そうとする。

1. 2. 「議會制立法国家」の根拠となる「法律概念」

シュミットは、第1章第1節「立法国家と法律概念」⁽⁴²⁾で、「法律概念」の理論的整理を試み、ワイマール憲法において支配的見解となっている一つの形式的概念、および、二つの実質的概念の意味を論じている。

第一に重要なのは、形式的な法律概念、すなわち、「国民代表の協働のもとに成立した議決のみ」が「法律」と認められる、という概念である。法律のこの形式的概念は、本質的に政治的概念だとシュミットはいう。つまり、「概念必然的に国民代表の議決ということが含まれていたことの含意は、国民代表の決定的な勝利を意味していた」⁽⁴³⁾のである。

次に、法律の第一の実質的な概念とは「法と法律との合致」(Kongruenz von Recht und Gesetz)である。すなわち、「法とは法律であり (Recht = Gesetz)、法律とは国民代表の協働のもとに成立した国家的規制である (Gesetz = die unter Mitwirkung der Volksvertretung zustande gekommene staatliche Regelung) と「一連の単純な等置」である。「法と法律、正義と合法性、訴訟と手続きとの予想され、予測された合致と調和」こそが、究極的には、一九世紀を通じて今日なお有効な法治国家的諸概念、諸形式、諸前提の体系と目録へと発展してきたすべてが基づいていた⁽⁴⁴⁾。法「規範」と法律との合致によつてだけ、自由の名における法律の支配への服従、諸々の自由権目録からの抵抗権の排除、法律の絶対的優位への承認、国家権力濫用に対する保障を行政の合法性に見出すこと、そして、立法者による「法律の留保」は可能となり許容されたのである。

それゆえ、法律の第二の実質的概念としての「国民の自由、財産への侵害」としての「法律」は、立法者のみが、法律的な規制によつて、憲法上保障された基本権、自由権を侵害する専有権を持つことを含意しえたのである。

これらの三つの「法律概念」は、しかし、決して無前提に存立しうるものではない。シュミットが指摘するのは、「立法者」は単一な唯一の「立法者」であり、それが合法性の「専有」を確保していること、および、「立法者」への信頼、制定される法律と正義との調和への信頼、立法手続きに対する信頼を前提としている、という点である。すなわち、「この合法性体系は、いかなる場合にも無前提ではない」のである。

それゆえ、暗黙裏に前提された「法と法律との合致」とこれへの信頼という「前提」が失われれば、その場合、「純粹に形式的なもの」は、空虚な言葉、「法律」という単なるレッテルに還元され、「法治国家」との関連を放棄する、と

シュミットは指摘する。法律の持つ品位と尊厳、直接的に実定的法的意味と効果はすべて、「もつぱら、かつ、直接的に、立法者自体および立法手続きに関与する、あらゆる機関の公正と理性に対する、この信頼」にかかっている。

こうした議論に基づき、シュミットは、「法律概念」の支配的学説への批判を展開する。すなわち、二つの「実質的」法律概念を立てながらも、にもかかわらず、「形式的」な立法手続きについていかなる意志内容についても勝手に法律を利用する力を認めたため、「立法国家」の諸概念を混乱させた(傍点引用者)という⁽⁴⁵⁾。

第一の実質的法律概念——法律すなわち法規範(Gesetz=Rechtsnorm)——からのみ導かれ形式的な立法手続きにまで及ぶ法治国家の尊厳は、こゝごとく、その始原(Ursprung)と源泉(Quelle)から、つまり、その法(Recht)との実質的連関から遮断されてしまった⁽⁴⁶⁾(傍点引用者)。

その結果、「議會制立法国家」の合法性体系はいかなる変質をこうむるか。シュミットは、このようにして「絶対的に『中立的な』没価値的、没資質的な、無内容で形式主義的」機能主義的な合法性概念への道が拓けた」という。つまり、議會制民主政がもともと意味する、「議會の単純多数決」Ⅱ「その時々存在する国民の、その時々々の意志」、「投票する国民の、その時々々の多数意志」としての「国民の意志」という等置のもとで、「規範」と「命令」との区別、知性と意志の区別、理性と意欲(ratio und voluntas)との区別という「議會制立法国家」を担うものは、法律の「形式的な」概念へと埋没し⁽⁴⁷⁾、「法律概念」と「合法性」とは、空虚で算術的な、一貫して機能主義的な無実質性、無内容性(eine konsequent funktionalistische Substanz- und Inhaltlosigkeit)と化す⁽⁴⁸⁾(傍点引用者)と指摘する。これは、シュミットのいう本来の「法律概念」からの逸脱という意味では擬似的な「合法性」概念であるが、現に存在しているのはこうした類いの「合法性」ではないという意味では、先に自らが示していた「現に存在している合法的な意志」⁽⁴⁹⁾の具体的内容

なのである。

「議會制立法国家」の「法律概念」は、多種多様な内容に対する大幅の中立性を本来含んではいるが、しかし、そもそも「立法国家」を担うものであるためには一定の「資質」（一般的規範設定、内容的確定性、持続性）（*generelle Normierung, inhaltliche Bestimmtheit, Dauer*）を含まねばならず、何よりもそれは、自ら自身に対して、自己自身の諸前提に対しては「中立的」であってはならない⁽⁵⁰⁾。ところが、「議會制立法国家」の機能主義的・形式主義的空洞化は、内容を問題としない、自己自身の妥当性に関してすら中立的な、いかなる実質的正義をも度外視する合法性概念へと導く。単なる多数算法の無内容性は、合法性からいかなる説得力をも奪い、中立性は何よりも正・不正の区別に対する中立性だ⁽⁵¹⁾という。ワイマール憲法における「法律概念」のこうした変質は、シュミットからすれば、合法性体系の「自己破壊的な内的矛盾」（*selbstzerstörende innere Widersprüche*）⁽⁵²⁾なのである。

1. 3. 「議會制立法国家」から「行政国家」への変質過程

『合法性と正当性』の第2章においてシュミットは、以上で示した「議會制立法国家」の合法性体系を脅かすものとして、憲法が予定している単一の正規の「立法者」である「議會」とは異なる三種の「特別立法者」の、本来の「法律概念」に対する挑戦的位置を描こうとする。第一に、「第二憲法」としてのワイマール憲法第二篇に含まれる「実質に基づく特別立法者」（*der außerordentliche Gesetzgeber ratione materiae*）⁽⁵³⁾、第二に「議會をバイパスする国民投票によって「立法国家」の合法性に代わる人民投票の正当性」（*plebisziäre Legitimität statt gesetzgebungsstaatlicher Legalität*）に依拠する「主権に基づく」（*ratione suprematis*）特別立法者」⁽⁵⁴⁾、そして第三に「第48条第2項の大統領緊急権によって「議會制立法国家」の法律を排除する「行政国家」の諸措置」（*die Maßnahme des Verwaltungsstaates verdrängt das Gesetz des parlamentarischen Gesetzgebungsstaates*）を講ずる「必要に基づく」（*ratione necessitatis*）特別立法者」⁽⁵⁵⁾である（強調すべ

てシュミット)。この三者のうち、ここでの考察にとっても、かつ、『合法性と正当性』におけるシュミット自身の考察の狙いにとつても際立つて重要なのが、第三の「必要に基づく特別立法者」である。

1.3.1. 第三の特別立法者

——必要に基づく (ratione necessitatis) もしくは

時機および状況に基づく (ratione temporis ac situationis) 特別立法者

言うまでもなく「第三の特別立法者」は、第48条第2項によつて命令を公布するライヒ大統領であるが、シュミットによれば、最近の十年にわたる大統領およびライヒ政府の實際運用とこれに対して裁判所が与えてきた認可が意味するのは、第48条によるライヒ大統領の非常権限の中には、単なる「措置」だけではなく、「法律」、それもライヒ法律に代わる法規命令権 (ein gesetz, und zwar reichsgesetzvertretendes Rechtsverordnungsrecht) が含まれている、という点であり、今日、この点は異論なく承認されているという⁽⁵⁶⁾。それゆえ、ライヒ大統領を第48条第2項の「立法者」と呼ぶことが可能となる。

シュミットは「必要に基づく特別立法者」を、ただちに「時機および状況に基づく (ratione temporis ac situationis) 特別立法者」と言い換えている。そしてこれは、正常な状態の「立法者」とは異なり、諸規範が妥当するに当たつて前提とされる、すなわち、規範の「妥当」の法定法的構成要素であるところの「正常な状態 (安全と秩序)」を回復することを「目的」とする異常事態の行動コミッサール (Aktionskommissar der abnormen Lage)⁽⁵⁷⁾ (傍点引用者) だという。その際、シュミットの指摘において重要なのは次の点である。Aktionskommissar を「立法者」とみなし、その「諸措置」を「法律」とみなす場合、シュミットによれば、これらの等置にもかかわらず、事実上、「正規の立法者とAktionskommissarとの」差異は消えないのであり、その差異が以下のことを生じさせる、つまり、Aktionskommissar

の「立法的な措置」(die “gesetzgeberischen Maßnahmen”)が、まさにそれと「法律」との等置のゆえに、「議會制立法国家」の合法性体系を破壊することになる⁽⁵⁸⁾。

Aktionskommissar を「正規の立法者」と対比すれば、「諸措置」はライヒ議會の要求により失効させられうる、つまり、ライヒ議會によつて「許容され」(“tolerieren”)ねばならないがゆえに、一見、「正規の立法者」の下位にあるかに見える。しかし立ち入ってみると、この特別立法者が導入される異常事態に関しては、極めて大きな事実的優位性を持つという。その根拠として二つの点を上げる。第一に、「特別立法者」は、自らの特別権限の前提(公共の安全と秩序に対する危険)に関し、また、その内容である「必要な」措置に関して、自らの裁量によつて決定を下すがゆえに、ひとたび議會の要求によつて撤廃された「措置」を、極めて近々、再公布しうる。第二に、ライヒ議會の失効要求には遡及効がないため、「特別立法者」は「正規の立法者」に対して既成事実を作ることができるし、そもそも、武力介入や射殺などの「措置」は「失効させる」ことができない。

しかしAktionskommissar の「正規の立法者」に対する優位性はこの点に留まらず、「議會制立法国家」の合法性体系の根源に関わる立法権限の範囲と内容にも及ぶという。すなわち、「正規の立法者」は、「法律」のみを作ることができるが、かつ、法律適用機関と分離されている。これに対して「独裁官」は、個別的「措置」と「法律」の双方を講ずることができ、かつ、それは、本来、行動コミッサール^{アクチオン}であつて立法者ではない。

換言すれば、大統領は立法と法律適用 (Gesetzgebung und Gesetzesanwendung) とを併せ持つのであり、彼によつて設定される諸規範を、直接自ら実施することができる。この点が、議會制立法国家の正規の立法者が、議會制立法国家にとって本質的な、法律と法律適用を分離する権力区分を尊重する限りなしえないところである⁽⁵⁹⁾」。

以上に示した、「第三の特別立法者」の「正規の立法者」に対する優位性のほかに、シュミットはさらに、その権限の優位性をめぐる二つの重要な観点を示す。

1. 3. 2. 第三の特別立法者と「法律の留保」

第一の点は、第48条第2項第2センテンスによる7基本権失効化の特別権限の意味である。シュミットはまず、アンシュッツを引用しながら、第48条第2項における諸基本権の失効化は形式的過程ではなく「脱形式化して」(“deformalisiert”)いる⁽⁶⁰⁾と指摘する。すなわち、ライヒ裁判所の見解では、いかなる明確な先行的失効宣告をも要しないのであり、特に市民的法治国家の核心である個人の自由(第114条)および財産(153条)が、第48条の「特別立法者」にとつてはそもそも存在しないことを意味する。このことの本質的意味は、戦前のドイツの国家学説以来、一貫して、憲法国家にとつて、そして、「議會制立法国家」の諸原則にとつて不可欠とされてきた、「実質的法律概念」とそこから生じる「法律の留保」(“Vorbehalt des Gesetzes”)の否定という点に存し、この点からすれば、従来の「議會制立法国家」は根底から変質している、といわざるを得ない(傍点引用者)、とシュミットはいう⁽⁶¹⁾。

本来、「議會制立法国家」では、自由と財産との法的保護は、ただ「正規の立法者」のみが、そしてただ「法律」のみが諸基本権を侵害することを許されるという「法律の留保」のうちに存した。さらにその前提として、「議會制立法国家」の立法者たる、単純多数数によつて議決する「議會」に対する信頼を必要としたのであり、「法と法律との合致」が、ここでも「議會制立法国家」の存立条件であつた。ところが、第48条第2項によつて、

例外状態に際し、一定の諸基本権が停止されうることにより、同時に、法律の留保が、それに伴つて立法国

家が、否、憲法自体の核心である自由と財産が、一定期間停止される。⁽⁶²⁾

こうして、十年來の統治実務、これへの判例の是認と国家学説の承認のもとで、「諸措置」は「法律効力を持つ諸命令」(gesetzskräftige Verordnungen)となり、それによつて憲法の合法性体系の中へと新たな異質な思考過程(ein neuer, heterogener Gedankengang)が入り込んだことになる⁽⁶³⁾(傍点引用者)。その結果、「第三の特別立法者」は、市民的法治国家の実質自体を、しかも奇妙なことに二重の基礎に基づいて、意のままにしうる(傍点引用者)。第一に、「正規の立法者」との等位に基づき、「法律」に代わる「命令」を通じて「法律の留保」を行つて自由と財産を侵害しうる。第二に、明記された失効化権限に基づき、「措置」を通じて自由と財産を失効させうる。

これに対して「正規の立法者」は、「法律の留保」によつてのみ諸基本権を侵害しうるのみで、これを失効させることはできないのであり、他のあらゆることを度外視しても、「第三の特別立法者」は一種独特に、「正規の立法者」の上位に立つと言わざるを得ない⁽⁶⁴⁾、とシュミットは指摘する。

1. 3. 3. 特別立法者の立法権力の拡大領域

——その根拠としての「独立した権限規定」(“selbständige Zuständigkeitsvorschrift”)の論理

第二の点としてシュミットが指摘するのは、第48条第2項による権限の実際運用が作り出している、一段と拡大しつつある特別立法者の立法権力の新領域についてであり、これは、一九三一年の『憲法の番人』以降、新たに出現しつつある事態に対してシュミットが与えた新たな解釈、新たな概念化に対応する。

まずシュミットは、今日の第48条の通説的解釈では、ライヒ大統領は単純なライヒ立法者(einfacher Reichesgesetzgeber)と等位ではあるが、憲法を改正するライヒ立法者(verfassungsändernder Reichesgesetzgeber)に留保されてい

る事項は何一つ行うことを許されないという前提に立っている（傍点引用者）と指摘する。

ところが、国家学および判例の是認のもとで実際に行われているのは、諸州の立法権限（die Gesetzgebungszuständigkeit der Länder）（強調シュミット）を侵害する、すなわち、「単純なライヒ法律」によつては明らかに発布されることができなかったはずの「諸命令」の、第48条第2項に基づく公布だ⁽⁶⁵⁾、という。この点の明白な実例として、シュミットは、一九三二年八月五日ライヒ大統領の貯蓄金庫命令（die Sparkassenverordnung des Reichspräsidenten vom 5. August 1931）⁽⁶⁶⁾をあげ、さらに、一九三一年二月五日のドイツ・ライヒ国事裁判所の判決が、州立法権限に属する諸領域に対しても、ライヒ大統領は法規命令権限を持つという見解に与している（傍点引用者）という。

さらに国事裁判所は、ライヒ大統領が第48条第2項によつて、ライヒ憲法第5条を超越して、州憲法規定に違反する、州法を作る権限を州国家権力に授けしめることをさえ承認している（傍点引用者）、とシュミットは指摘する。そしてまさに、この主張の根拠づけとして呼び出されているのが、第48条には、ライヒ憲法の「独立した権限規定」（eine “selbständige Zuständigkeitsvorschrift” der Reichsverfassung）⁽⁶⁷⁾が本質的に含まれているというペツチュヘフターとR・グラウに依拠する見解だ（傍点引用者）という。このことの含意は、ライヒ憲法の正規の組織的諸規定（die ordentlichen organisatorischen Bestimmungen der Reichsverfassung）が、第48条の特別諸権限に対抗できない、ということに他ならず、したがつて、「ライヒ憲法の正規の組織的」諸規定が何ら「不可侵」ではないことを意味する、とシュミットは述べる（傍点引用者）⁽⁶⁸⁾。

また、シュミットは、ライヒ政府が、国債授権が「ライヒ法律によつてのみ」付与されるとするライヒ憲法第87条の組織的な規定について、国債授権の「ライヒ法律」は、第48条による「命令」によつて代用されうるという立場を固守する（一九三二年三月一二日債務弁済および国債授権に関するライヒ法律案についての理由づけ）⁽⁶⁹⁾ことも同様の意味を持つ（傍点引用者）、という⁽⁷⁰⁾。

国債授權の「ライヒ法律」を大統領「命令」によつて代行することは、憲法違反だと主張するマックス・E・F・キューネマンに対して、第87条は「独裁を制約する」(“diktaurfest”)ものではない、としてこれを正当化したのはG・アンシュッツであつた。この件についてのシュミット自身の立場は、キューネマンの主張は通らないとするものであつたが、しかし同時に、第48条の非常権限についてのアンシュッツの拡張的な解釈が、周知の「不可侵理論」と自己撞着を起こしている点についても鋭く批判する。

いずれにしても、ライヒ立法権限の範圍をさらに越境しさえするこうしたライヒ法代替的な命令権(ein solches Reichsgesetz-vertretendes, den Umfang der Reichsgesetzgebungszuständigkeit sogar noch überschreitendes Verordnungsrecht)を承認する学説は、E・ヤーコビと私の主張する第48条第2項の解釈(停止可能な7基本権規定を別としても、あらゆる個々の憲法法律上の規定が第48条の独裁者に対して障害となるのではない、という解釈)を『憲法に抵触している』と誹謗するべく、自らを『不可侵理論』と称する⁽⁷²⁾ことはや許されない。

シュミットによれば、第48条の以上のような支配的解釈によつて、ライヒ憲法の組織的諸規定は、単に「侵される」どころではなく、本質的変更を受け入れているのである(傍点引用者)。同様の本質的変更は、①ライヒと諸州との間の権限配分に関する諸規定に関して、②連邦国家法上、基本となるライヒ憲法第5条に関して、また、③ライヒ参議院の協働権(第69条、74条、85条第4項)に関して、④憲法が「議會制立法国家」を制定しようとする中心的規定「ライヒ法律はライヒ議會によつて議決される」(第68条)に関しても当てはまるといふ。つまり、「これらの組織的憲法規定すべてが、(G・アンシュッツの造語を借りれば)『独裁を制約する』ものではない」⁽⁷³⁾(傍点引用者)、とシュミットは指

摘する。

では、第48条の非常権限は、「措置」のみではなく、「立法権」を含むとみなし、さらにその立法管轄領域を拡大するという、加速的に出現しつつあった新たな事態に対して、シュミット自身の見解はいかなるものであったのだろうか。少なくともシュミットが『合法性と正当性』の中で示した「立場」は、意外にも、第48条第2項によって憲法の組織的規定すらも侵害されるほどの非常権限の拡大傾向を批判し、この新傾向に抗する態度であった。シュミットは以下のうに述べている。

この場合、第48条によって憲法全体が覆されないためには、少なくとも組織的最小限度のものの (ein organisatorisches Minimum) が、ライヒにとっても諸州の存立にとっても不可侵のままでなければならないことを承認すべきである(傍点引用者)。⁽⁷⁴⁾

この見解は、シュミット自身指摘したように、⁽⁷⁵⁾ 第48条の非常権限が侵しうる憲法規定は明記される7基本権だけに限られないが、しかし、組織的最小限度のものにまでは及んではならないとする、従来の見解に踏みとどまるものだったのである。

1. 3. 4. 「法律」と「措置」を区別する「法律概念」の保持

では、ここまで跡づけてきたワイマール末期の憲法論的な混乱の、その根源に対するシュミット自身の認識、および、総括的な態度表明は、いかなるものであったのだろうか。

憲法論的には、この国家法上、憲法論上の混乱の真の原因は、法律概念の退化 (die Entartung des Gesetzesbegriffs) にある。承認された区別可能の法律概念なしには、いかなる立法国家も存在しえない。何よりもこうした国家は、法と法律 (Recht und Gesetz)、法律と法とが事実上の有意義な関連のうちにあり、したがって、立法者によってその立法権限に基づいてなされる規範設定が、単なる措置 (eine bloße Maßnahme) とは別の、高次のものであるという点を固守しなければならない。こうした法律的な規範設定の優位 (Vorrang solcher gesetzlichen Normierungen) に、その全合法性体系が依存する立法国家において、措置を法律と、法律を措置とみなすことは不可能である (傍点引用者)。⁽⁷⁶⁾

シュミットは、「司法がもはや、法律の何たるかを認識しえないとき、非法律に従属してしまう危険に陥る」というフレンケル (Ernst Fraenkel) の言葉⁽⁷⁷⁾をさらに引きながら、規範設定としての「法律」と単なる「措置」との基本的差異、区別を保持すべきことを主張する。⁽⁷⁸⁾この点でも、従来の見解と合致している。⁽⁷⁹⁾

シュミットによれば、第48条第2項は、ライヒ大統領に「諸措置」(“Maßnahmen”)の権限、もしくは「一九一九年第一草案では「諸命令」(“Anordnungen”)の権限を付与しているにすぎない、ところが、今日の解釈は、これが「立法的な措置」(“gesetzgeberisches Maßnahmen”)でも構わないことを自明のこととして説明することによって、その際、微表的意味を持つとさえ言いうるような論理のすり替えが入り込むとシュミットはいう⁽⁸⁰⁾ (傍点引用者)。「立法的な措置」とは、あくまで「立法者」の講じる「措置」のみであり、「立法者」ではない別人の発する「措置」ではない。まさに問われているのは、「正規の立法者」ではない別人が、法律の効力を持つ法規命令 (Rechtsverordnungen mit Gesetzeskraft) を発することが許されるのかという点であり、この問題は、「立法的な措置」という造語によって決して答えられない、とシュミットは指摘する。⁽⁸¹⁾

シュミットが、「法律」と「措置」とを基本的に区別する際のメルクマールとして、最近二年間の傾向の中から評価するのは、実質的法律概念の一徴標である継続性 (die Dauer) と第48条の「諸措置」の「暫定的性格」(“der provisorische Charakter”) とこの時間上の区別である(強調シュミット)。たとえば、シュミットは、一九三一年二月五日の国事裁判所判決が、ライヒ大統領の「諸命令」は「最終的に、永久性を持つもの」であってはなら「ない」と強調していることに言及する。ただしその場合、残念なことに、「継続」の禁止が、「法律」とは対立する「措置」の本質から引き出されるべきものであるのにもかかわらず、法治国家的(すなわち立法国家的)観念では継続性こそが「法律」のメルクマールだという認識が欠けている(傍点引用者)と指摘する。

しかも国事裁判所は、第48条による「永久性」を持つ「諸命令」は認められないと述べた後、「長期化が予想される不特定期間にわたる」規制は容認されると述べているという。国事裁判所は、つまり、「永久性」と「不特定の長期化した継続性」とを区別するが、この区別は、「法律」と「措置」との区別よりも恐らくは不明確であり限定しがたい、とシュミットは批判する。⁽⁸⁴⁾

こうした今日の運用の究極の根源は、シュミットによれば、「立法者」自身が「法律」と「措置」との内的区別を放棄してしまっている点に存するという(傍点引用者)。今日、自ら議決した「法律」が「永久に」通用すると本気で信じる議会多数派は存在せず、状況が余りにも予測しがたく、余りにも異常であるため、「法律的な規範設定」(die gesetzliche Normierung)が以前の性格を失い、単なる「措置」と化している、という。⁽⁸⁵⁾

「議會制立法国家」の立法者自身と国法学説が、この現実の圧迫を受け、立法者のあらゆる「措置」を「法律」と宣言し、「法律」と「措置」をものはや区別しないとすれば、逆に、「措置」の権限を持つ独裁者が「特別立法権」をも獲得するということは、首尾一貫しているとシュミットはいふ⁽⁸⁶⁾(傍点引用者)。立法者は「措置」を講ずることができ、措置権限を持つ独裁者は「法律」を公布することができる。しかし重要なのは、「法律」と「措置」との無差別は、実際

運用においては、「措置」のレベルにおいて、実現される（傍点引用者）という点である。「諸措置」の運用において顕現する「行政国家」にとつては、「独裁者」のほうが、予めかつ永久性をもつて定められる一般的諸規範の議決権限を持つ、執行部から分離された「議会」より、むしろ適合しており本質にふさわしい（傍点引用者）、とシュミットは結ぶ。⁽⁸⁸⁾

1. 4. 「法廷弁論」と『合法性と正当性』の間——論点の重複と「立場」の断絶

以上で詳しく見たように、「法廷」で問題となつた争点の多くが、「法廷」に先行して『合法性と正当性』の中で個別主題として論じられているが、真つ先に判明するのは、ここでシュミットが示した見解は、「法廷」においては原告プロイセン側が主張した論旨とほとんど同様の見解であるという、驚くべき事実である。

具体的に指摘すると、第一に、第48条による「措置」の暫定性、第二に、第48条第2項による権限の「限界」としての組織的最小限度の理論、第三に、「措置」と「法律」の厳密な区別、等があげられる。しかし、何よりも重要な点は、州立法管轄権に属する、あるいは、州憲法規定に反する、諸権限を州政府に授權する大統領命令を是認した国事裁判所判決を、特に一九三一年一月五日の判決、および、その根拠として用いられた「独立した権限規定」という論理を、憲法の組織的最小限度の範囲を侵害するものとして、また、憲法全体を覆しかねないものとして、シュミットは『合法性と正当性』では問題視し痛切に批判している、という点なのである。⁽⁸⁹⁾

つまり、『合法性と正当性』におけるシュミットの議論を論理的・一貫性に即して突き詰めてゆけば、それは、七月二〇日大統領命令によるライヒ政府の一連の権力行使を批判する武器となりえたはずのものであつたのである。⁽⁹⁰⁾ 別の観点から言えば、「独立した権限規範」概念が第48条の解釈に適用されることは、いかに危険な武器となりうるか、いかに「議会制立法国家」の存立にとつてまさに瀬戸際となる「両刃の剣」の意味を持つものであるか、という点をシュミットは論じてみせたのである。したがって、逆に言えば、現行憲法、現存秩序を葬ろうとする場合、この論理がいかに

に有効な論理であるかということ、シュミットは熟知していたということを意味する。しかるにシュミットは、州立法権領域への介入でもなく、あるいは、州憲法に反する州法立法授權ですらなく、それらをさらに上回る、一つの州の政権の、暫定的ではなく最終的な排除、つまり一州の全権力の排除を遂行する大統領の権限行使を、まさにこの「独立した権限規範」概念に依拠しつつ、擁護したのである。

それだけに、シュミットをして、『合法性と正当性』の議論の方向性とはまったく正反対の側に立たせた、その「選択」の根拠はどこにあったのか、という点が問われねばならない。「ライプツィヒ法廷」において、まさに「独立した権限規範」の論理をもってライヒ側の擁護に立ったシュミットの「選択」が、『合法性と正当性』における問題提起に示されていた学問的理論的な論理一貫性に基づくものではないとすれば、その「選択」の根拠は、学問外的な別の契機によるものと考えねばならないのだろうか。それとも、より深層次元での、あるいは別の学問的理論的契機が、この「選択」を促したと解すべきであるのだろうか。

この問いについては、後に、再び立ち返ることとして、ここでは、「法廷弁論」での「切り口」から『合法性と正当性』を介してさらに遡って確認しておくべきもう一つの学問的モチーフへと考察を進めることとしたい。それは、『必要に基づく』(ratione necessitatis)もしくは、時機および状況に基づく』(ratione temporis ac situationis) 第三の特別立法者』を表すものとして呼び出された「行動コミッサール」(Aktionskommissar)なる概念をめぐる考察である。この Aktionskommissar は、その「措置」、あるいは、「行政国家」の正当化体系として『合法性と正当性』の中で定式化してみせた、「即事的な必然性、事態、やむを得ぬ事情、時期の切迫などの、規範によつてではなく状況によつて規定される正当化 (nicht norm-, sondern situationsbestimmte Rechtfertigungen)」(傍点引用者)としての「即事性」(sachgemäßheit) 等といった語群、概念群の「具体的担い手」であり、あるいはこれらの語群を繋ぐ「結節点」なのであり、そして、この Aktionskommissar は、一九二一年の『独裁』の中で、「独裁」の法制的概念化にとって決定的な重要

性を担うものとして、シュミット自らが概念化したものであった。

2. 『独裁』（一九二一年）

——「行動「ミッサル」(Aktionskommissar) 概念の視点から

ここでの我々の考察の狙いは、『独裁』それ自体の構造や意義の検討にあるのではなく、「法廷弁論」での争点をめぐる主張へと繋がっていった『合法性と正当性』における契機、特に、「第三の特別立法者」の原型として呼び出されたAktionskommissarなる概念についての考察にある。すなわち、Aktionskommissarなる概念がどのような経緯で概念化され、いかなる内実を持つのか(2. 1.)、本質的に区別される「独裁」の二概念、つまり、「委任独裁」と「主権独裁」というシュミットによって見出された「独裁」の二概念⁽⁹¹⁾とAktionskommissarはどのような関連のもとにあったのか(2. 2.)、そしてさらには、『独裁』における問題提起の核心と第48条問題への言及(2. 3.)といった点を明らかにすることにある。

2. 1. 「ミッサル」の歴史的研究における「行動「ミッサル」(Aktionskommissar) とこの独裁者

シュミットは冒頭で、「独裁」の形式上の^{メルクマール}徴標は、「法を棚上げし、独裁を権威づけるだけの法的な力を持つ、最高権威による授權 (die Ermächtigung einer höchsten Autorität)」であると指摘し、それゆえ、史的考察に当たつての第一の観点は「従来の独裁の諸構成が、こうした例外を認可しうる唯一の主体であるいかなる最高権威から発しているか」という点にあると述べている⁽⁹²⁾（傍点引用者）。さらに独裁のもう一つの特性として、以下のごとく述べる。

具体的に達成すべき成果という観点から見て必要なすべてが正当化されるのであるから、独裁にあつては、授權内容は無条件、かつ、もっぱらに事態次第で (nach Lage der Sache) 定まり、このことからして、任務と権限、裁量と授權、委任と権威との絶対的な一致 (eine absolute Gleichheit) が成立する。この同一性において、あらゆる独裁者は、必然的に、特殊な意味で「特別任命」委員 (Kommissar) である。この「コミッサールという」重要な概念の歴史を追究することは、「独裁の」詳細な研究を進めるうえで避けることはできない。このことから本稿の構成が成立したのであり、ここでは、一般的国家論・憲法論に属する理論的論究の後には、その都度、国家的権威の直接的で委任的、な行使 (die unmittelbaren, kommissarischen Ausübung der staatlicher Autorität) の歴史的考察が続くのである⁽⁹³⁾ (傍点引用者)。

こうした言明の通り、『独裁』は、その別名を『コミッサール論——その歴史的研究』と言つてもいいほど、最高権威によつて委任され、派遣されて任務を行った多種多様な「コミッサール」を歴史的に調べ上げ、その原型を探り、概念化の端緒について論じ、そして、「コミッサール」についての独自の分類を試みているのである。

2. 1. 1. 「コミッサール」の原型

シュミットによれば、「コミッサール」の原型は、教皇イノセント三世 (Innozenz III., 在位：1198–1261) 以来、「教皇全権概念」(der Begriff der päpstlichen plenitudo potestatis) に基づく「派遣使節」(Legat) を通じて行つた教会改革の実践にあり、そして、「コミッサール」の概念を近代国家論へ導入したのはボダン (Jean Bodin) であるという⁽⁹⁴⁾。

イノセント三世による全教会組織改革の遂行においてシュミットが最も重視する点は、教皇によつて派遣された使節が、初めは「派遣裁判官」(iudex delegates) として、その後徐々に、判決の「執行」をも担う「執行コミッサール」

(Exekutionskommissar) として権限を拡張し、これによって、「無条件に確立していた職務位階という中世的観念」を駆逐し⁽⁹⁵⁾、中世の位階制が持つ「歴史的権利」を排除した点にある⁽⁹⁶⁾。それゆえ、「教皇全権概念」は、主権の中央権力が、中世的法治国家に特徴的な職務保有者の権限とされた既得権を無視して新たな組織を作り、そして、現存機関により遂行され、当事者によっても原理的に承認された正当な改革という稀な実例の法的表現だという⁽⁹⁷⁾。

「教皇の使節」(der päpstliche Legat) は、「至る所で職務を勝手に処理し、司教を任命し、教会および教区を視察し改革し、信仰および教会規律問題について決定し、一般的規則を發布した」が、「こうした広範な権限の法的根拠は、使節のなすことすべては——教皇がそれを撤回できるという留保付きで——教皇自身によつてなされたと同じであるとみなされる、という具合に構成された」⁽⁹⁸⁾。「使節は教皇の代役をつとめる」(Legatus vices gerit domini papae)、それゆえ、「教皇は使節を通して遍在する」(Der Papst ist durch den Legaten überall)⁽⁹⁸⁾。

こうした派遣使節の根拠は「教皇の委託／委任」(der päpstliche Auftrag/commissio) に基づき⁽¹⁰⁰⁾、その受託内容については、「具体的状態を招来するよう委託された執行コミッサルの裁量に細目は任せられる」という特徴的な言い方で示された⁽¹⁰¹⁾。そして、「唯一の正規者」(ordinarius singulorum) たる教皇の「代役をつとめる」(“vices gerit”) という形での「使節派遣」の根拠、すなわち、

あらゆる行政的権限の法的構成の基盤は、何よりも、人格的代表 (die persönliche Repräsentation) の観念、および、疑う余地のない最高の人格において終結する人格的代表の連鎖による完結した連関の中に位置する

官職代表 (Stellvertretung) の観念なのである。⁽¹⁰²⁾

つまり、「教皇自身は、キリストの代理 (der vicarious Christi)」、キリストのコミッサル」となれ、これらの法的観念

の究極の根源には「キリストの人格という觀念」(die Vorstellung der Persönlichkeit Christi)があつた、とシュミットは指摘する⁽¹⁰⁵⁾。

2. 1. 2. ボダンによる「コミッサール」の概念化

シュミットによれば、ボダンの功績は、近代国法の「主権」概念の確立だけではなく、むしろそれ以上に、——その考察対象を「委任独裁」に限ることを通して——「主権」と「独裁」の関連と区別を見出した点にあるという⁽¹⁰⁶⁾(傍点引用者)。ボダンが確立した「主権」概念は、周知のごとく、「国家の絶対的永続的権力であり、ラテン人がマイエスタス(majestatem)と呼ぶものである」⁽¹⁰⁶⁾。主権者は、委託した権力をいかなる場合にも引き揚げ、受託者の行動に介入しうることがゆえに、ボダンにあつてはローマの独裁官は主権者ではない。また、「無制約の権限」を保有するものであつても、その権限が永続的でない限りは主権的権力ではない。それゆえ、「コミッサール」の権力がいかに大であつても、その権限が派生的なものである限り、主権は、国民または君主にあるという⁽¹⁰⁶⁾。

そのうえでボダンは、「法律」(Gesetz/constitutio)と「委任」(Auftrag/commissio)の区別に基づいて、「正規の役人」(der ordentliche Beamter/officier/officials, charge ordinaire)と「コミッサール」(Kommissaire/commissaire/curator, charge extraordinaire)を対置しているという⁽¹⁰⁷⁾。「正規の役人」とは、「法的に明文化された任務範囲を委ねられた公人」であり、正規の官職的行為は「正規の任務」である。これに対して「コミッサール」は、「特別の、委託によつてのみ規定される任務を持つ公人」であり、「コミッサール」の行為は限定された「特別任務」であるとされた。それゆえ、ボダンにとって「長官」(Magistrat)は「コミッサール」ではなく、常に「役人」(officier)である。「コミッサール」と「正規の職務担当者」たる「長官」との対置は、ボダンが初めて体系的に展開し、膨大な資料を国家理論の一般的諸概念によつて整理したとされるが、両者の法的根拠の形式的相違は、一方が「法律」(Gesetz)、他方は

「命令」(Ordonnanz)にあるという。⁽¹⁰⁸⁾ この点に関するシュミットのボダン評価は重要な点であるので、やや長くなるが引用しておきたい。

その際、ボダンが、「役人とコミッサールの」法的根拠の形式的相違——一方は法律、他方は命令——を余りにも強調しているので（そればかりか、彼は法律と命令を発する際の形式が異なっている点にも言及する。冒頭の条項が異なり、コミッサールの『辞令』は緑色でなく黄色の蠟^{ろう}でのみ封印される等々）、既に新しい国法の意味で、形式的概念が確立されているかのような印象を与える。すなわち、実証主義的国家理論の用いているような、形式的意味での法律と実質の意味での法律との区別を想起しかねないほどのものと言えよう。これはしかし、このような法律学的実証主義にボダンが与しておらず、正義の理念から解放された法律をボダンは知らないという理由からだけでも事実と異なる。ボダンの国家は、彼の主権概念にもかかわらず、法治国家であって、その法律は、何らかの規程のように随意に発せられたり撤回されたりする、単なる権力表示ではない。モナルコマキと対抗しながらも、彼は同時に、マキアヴェリによる法の技術化（die Technisierung des Rechts）の中に、破壊的なもの、瀆神の無神論を見出し、これを価値なしとして退ける。したがって彼は、主権者の意志が、どんな勝手な宣言をも法律に高めうるなどとは決して認めることができない。これは、彼にとって、もはや国家ではなく暴政（Tyrannei）なのである。そうなるとしかし、役人とコミッサールの相違も、単に恣意的な命令のみに基づくわけにはいかない。むしろ、現存する職務組織を原則的には尊重し、そうすることによって、「構成された職務の位階制」（eine Hierarchie konstituierter Ämter）と、「内容的に限定された諸権限」（inhaltlich abgegrenzter Zuständigkeiten）とを作り出す君主政的法治国家（ein monarchischer Rechtsstaat）が前提とされているのである⁽¹⁰⁹⁾（傍点引用者）。

先に見たように、『合法性と正当性』において「法律」と「措置」の厳密な区別を持つ「法律概念」の必要性を強調し、その際何よりも、「法律」の「法規範」との等置の重要性を指摘したシュミットの基本的構図が、そのまま、ここで既に、ボダンの議論への評価という形で見出される。すなわち、法治国家を「暴政」から区別するメルクマールとしての、「単なる権力表示」でも「恣意的命令」でもない、正義の理念と結びついたものとしての「法律」という観念をボダンが堅持していた点をシュミットは高く評価する（傍点引用者）。そしてまさに、その「法律」から、「委任」に基づく「命令」が区別される、その点において、「役人」から区別される「コミッサール」が位置づけられていたというボダンの法治国家構造への指摘は、そのままシュミットの「法律」と「措置」の対置に対応し、また、「法律」から解放されながらも「独裁行動」の権限は「措置」に限定されるべきだという「独裁権」の限定づけに対応している。

ただし、シュミットの指摘において重要なのは、ボダンは「国家組織が新たに形成される際のコミッサールの政治的意義」には気づいていない、すなわち、「コミッサールが、新たに打ち立てようとしている君主絶対主義の道具であった」ことには気づいていない（傍点引用者）と述べている点である。ボダンは、「あらゆる国家はその発展の端緒においては、正規の役人ではなく、ただコミッサールのみを用い、かつ、国家のいかなる新しい組織化、いかなる改革も共和体制のための特別任命者を必要とせざるを得ない、ただしその発展過程においてコミッサールは正規の役人になる」（強調シュミット）と述べているが、しかし、こうした「国家を新たに設立するコミッサール」を、ボダンは他のすべての「コミッサール」から区別していない、とシュミットは指摘する。⁽¹¹⁾ そればかりか、「ボダンは、コミッサールの活動の極めて多様な種類を区別することなく同様に扱った」⁽¹²⁾ という。そこでシュミットは、独自の分類を試みるのである。

2. 1. 3. シュミットによる「ミッサル」の分類

シュミットが示す「コミッサール」の基本的な範疇は、「職務コミッサール」(Dienstkommissar)、「実務コミッサール」(Geschäftskommissar)、『そして「行動コミッサール」(Aktionskommissar)の三種類である⁽¹³⁾。

「職務コミッサール」とは、その活動が特別の全権と結びついておらず、活動内容が一般的指令に明文化されている場合で、特別な「委託」により通常の管轄権限領域に属する事件を処理するとされ、「実務コミッサール」とは、外国との交渉委員や大使などのように特別な任務を指定され、全権が、個々の事例ごとに委託者の意志に従属する場合だという。ただし、直接行動の法的事実的手段は持たない。

そして第三が、問題の「行動コミッサール」であるが、その全権が、前二者のコミッサールとは異なり、実、現、さ、れ、る、べ、き、成、果、へ、の、関、心、が、極、め、て、大、き、く、成果達成を阻む法的障害は、場合によつては——その場合を決するのはコミッサール自身である——排除されうる。すなわち、達成されるべき「目的」のために全権を持ち、法的制約の棚上げ、および、事態によつては不可避的必要となる第三者への干渉権限を持つ。第三者の権限の根拠である法律を廃止することなく、ただ具体的事例において、事態によつて、活動遂行のため必要とあれば諸権利を顧慮することなく行動することが許される。これは「事態によつての例外」であり、「法律による一般的规定」とは論理的に矛盾する概念だといふ⁽¹⁴⁾。

そして、「独裁者」は、ある「目的」達成の為の「行動委任」を受けた「絶対的な行動コミッサール⁽¹⁵⁾」として位置づけられる。「行動コミッサール」には、さらに、監督コミッサール、公安コミッサール、執行コミッサール、改革コミッサール、軍事コミッサール等、下位範疇の種類分けが見られる。シュミットによれば、身分国家から絶対主義国家への革命の遂行には、究極的には、Aktionskommissarのみが利用されたのであり、かつ、フランス革命の過程の詳細な分析の中では、「憲法制定国民会議」によって直接派遣された「人民代表のコミッサール」(Kommissar der

Volkvertretung) による体系も Aktionskommissar として発展した、と述べ、これを「主権独裁の枠内での委任独裁」の例として位置づけている⁽¹¹⁶⁾。つまり、ボダンが区別することなく論じていた、「国家を新たに設立するコミッサール」、および、「国家内部の改革を担うコミッサール」が果たした機能を、他の「コミッサール」のそれから厳密に区別し、それを「行動コミッサール」(Aktionskommissar) として概念化したのである。

2.2 「委任独裁」における Aktionskommissar と「主権独裁」における Aktionskommissar

では、Aktionskommissar は、独裁の二概念、「主権独裁」「委任独裁」とはどのような関連のもとにあったのだろうか。周知のように、シュミットの「主権独裁」と「委任独裁」の概念上の重要な区別は、独裁委任をする授権主体である最高権威の違い——「制定する権力」と「制定された権力」——に基づいて、以下のごとく規定されている。

委任独裁者は、制定された権力の無条件の行動コミッサール (der unbedingte Aktionskommissar eines pouvoir constitué) であり、主権独裁は、制定する権力の無条件の行動委任 (die unbedingte Aktionskommission eines pouvoir constituent) である⁽¹¹⁷⁾ (傍点引用者)。

すなわち、授権主体たる最高権威において異なるとはいえ、いずれも、「行動委任」を受けた Aktionskommissar であることにおいて変わりはない。これは、上で見たように、シュミットが「独裁」を「行動委任」(Aktionskommission) として位置づけていることに対応している。そして「行動委任は、内容的に、ただ実地技術的諸規則 (sachtechnische Regeln) によつてのみ支配され、法規範 (Rechtsnormen) によつては支配されない」⁽¹¹⁸⁾。それゆえ、「独裁」を概念的に把握しようとする場合、「独裁活動の行動性格」(Aktionscharakter der diktatorischen Tätigkeit)⁽¹¹⁹⁾ (傍点引用者) をち

に詳しく跡づけることが重要な課題となるのである。この点についてシュミットは以下のように述べている。

主権独裁においても委任独裁においても、独裁者の活動を通してもたらされる状態 (ein durch die Tätigkeit des Diktators herbeizuführendes Zustandes) という表象が概念に含まれる。この表象の法的性格は、達成されるべき目的のためには、事態次第で目的達成に不都合な障害とみなされる法的諸制約・諸制限が具体的に排除される、という点にある⁽¹²²⁾ (傍点引用者)。

つまり、独裁者の「行動」には、その行動によってある状態がもたらされる、という点に「目的」があり、この「目的」達成のためであれば事態次第で必要とされるあらゆることを、法的制約に抗して貫徹することが求められているのである。その際、独裁活動に明確な「内容」を与えるのは、「具体的な敵 (ein konkreter Gegner) の排除」であり、これが、「行動」のために明文化されるべき「目標」だとシュミットはいう。明文化は、法概念による構成要件的記述ではなく、純粹に事実上の表現でなければならない、という。「排除すべき敵」が直接的に与えられることによって、独裁行動を通して実現されるべき成果が明確な「内容」を獲得する。つまり、独裁行動の固有の性格を根拠づけるのは、「敵が、すい、い、い、い、いの依存性」 (die Abhängigkeit von dem, was der Gegner tut) なのである⁽¹²³⁾ (傍点引用者)。

独裁者の「行動」のメルクマールとしての「排除すべき敵への依存性」という特徴について、シュミットは「正当防衛行為」 (die Notwehrhandlung) との類比を示している。「正当防衛行為」がその定義からして、現に存在する不法攻撃に対する防衛であり、攻撃の現前性というメルクマールによってその細部規定を獲得するのと同様、

独裁概念にとっても、排除すべき状態の直接の現実性 (die unmittelbare Aktualität eines zu beseitigenden

Zustandes) が保持されねばならない。しかもこの排除が、法的任務として現れるような意味においてである。その際、法的任務は、もっぱら事態、および、排除の目的によってのみ規定される全権を、法的に根拠づけるのである⁽¹²⁴⁾ (傍点引用者)。

それゆえ「独裁」は、「正当防衛」と同様、「行動」であるばかりでなく「対抗行動」(Gegenaktion) でもある⁽¹²⁵⁾ (傍点引用者)。

「独裁」概念における、「委任」される「行動」の性格についての立ち入った考察の後に、シュミットは、「委任独裁」と「主権独裁」との区別を示す。

「委任独裁」は、⁽¹²⁶⁾ 憲法の存立が脅かされた場合、その存立を守るために、「憲法の一時停止」によって、憲法を廃棄しようとする攻撃から守り、その存立を確保する。独裁者の行動は、「法が実現されうる状態」を作り出さねばならない。なぜならあらゆる法規範は、正常な状態を同質的媒介として前提とし、その中で通用する。憲法は妥当性を中断することなく、「停止」されうる。なぜなら、「停止」はただ、具体的例外を意味するだけだからである。まさにこうした例外こそが、「独裁」の本質に属し、かつ、こうした例外が可能なのは、「独裁」が、事態次第で規定される「行動委任」だからである。

これに対して、「主権独裁」は、⁽¹²⁷⁾ 現存する秩序全体の中に、「その行動によって排除すべき状態」を見る。「主権独裁」は、現行憲法に根拠づけられた、それゆえ合憲的な一つの法の効力によって現行憲法を停止するのではなく、「主権独裁者が真の憲法とみなすような憲法を可能とするための状態」を作り出そうとする。したがって、「主権独裁」は、現行憲法ではなく、招来されるべき憲法 (eine herbeizuführende Verfassung) に基づく。

以上の、「行動委任」の観点からの「主権独裁」と「委任独裁」の違いをまとめると表1のようになる。

表1

	「委任独裁」	「主権独裁」
最高授權者	「制定された権力」	「制定権力」
行動委任の目的	現行憲法が妥当する正常状態の招来、具体的な敵の排除	招来されるべき憲法が妥当する状態の招来、現存の秩序・現行憲法全体の排除
行動委任の根拠	現行憲法に基づく	招来されるべき憲法に基づく
行動委任の内容	現行憲法の一時停止、事態次第で目的によって必要とされる一切のこと	現行憲法の全否定、事態次第で目的によって必要とされる一切のこと 制定意志の形成（新憲法の起草）

以上の一覧から見て指摘すべきなのはいかなる点であろうか。それは何よりも、独裁の法的、概念的把握においては、——シュミットが徹頭徹尾示したように——独裁それ自体は、法的な手続きの制約になじまない以上、独裁者の「行動」の性格を、「行動委任」(Aktionsskommission)という観点から、できる限り把握しようとするシュミットのこだわりである。危急事態において始まってしまふ、その「前提」および「内容」を法的手続きによつて規定しえないとするならば、それにもかかわらず、もし、始まってしまった「独裁行動」に何らかの限定がもたらされうるとすれば、「行動委任」の「目的」が「明文化」されることのみだとシュミットは考えた。「目的」が見失われれば、「行動」範囲は事態次第でどんどん拡大される。シュミットによれば、危急事態の「始まり」については、「正当防衛」同様に、「前提」の判断を行動主体が下す以上、限定しえない。しかしながら、「敵」をより厳密に具体的に規定することによつて「行動委任」の「目的」を明確化すること、この点こそが、「独裁行動」の「終わり」に結びつくものであったのである。あるいは、さら

に、「目的」としての「敵の排除」について、「具体的」、かつ、「現前性」「現実性」のある事¹²¹、实的な記述¹²²を求めた点は、一般的抽象的な「敵」の「想定」によっては「独裁行動」は始まってはならないという、別の限定の示唆であると解することはゆきすぎであろうか。

一見、「委任独裁」と「主権独裁」の区別の鮮やかなメルクマールと見られがちな、「制定権力」と「制定された権力」という「授權主体」による概念上の区別は、実は、現に行われている、あるいは、これから行われようとする「独裁行動」の区別としては役に立たない。なぜなら、それは、「制定された権力」による「委任」として「行動」を開始した主体が、その「行動」範囲を拡大し続け、「行動」期間を延長し続けることによって、容易に、実質的に「制定権力」からの「委任」へ、あるいは「最高授權者」それ自体へと「越境」しうるのであり、それゆえにこそ、「行動」を始めた「受託者」があくまで「制定された権力」の「委任」のもとに留まり続けながら「行動」しているか否かを見分けることにとつての、唯一の実効的観点¹²³が、「委任」された「独裁行動」にとつての明確に示された「目的」の観点¹²⁴から、「合目的性」なのである。

いずれにせよ、法から解放されたものとしての「独裁」の「直接的行動」に焦点を絞ることによって、「委任された行動」の「内容」を厳密に規定しようとする点に、シュミットのこだわりが向けられていたことが、独裁研究の一つの重要な側面であったことを認めざるをえないのである。この点の確証を、以下の「戒厳令」についての論究の中にも見出すことができる。

2. 3. 『独裁』におけるシュミットの問題提起の意味

——「行動委任」(Aktionskommission) とつての「独裁」

最終章である「第6章」¹²⁵において、シュミットは、現存の法治国家における「独裁」の問題である戒厳状態の法的規

制としての「戒厳令」(das Martial Law)とそこでの核心的問題である「憲法停止」との関連を、フランスの事例に即して歴史的に振り返り、その中で、何よりも「行動委任」としての「独裁」という観点の喪失を批判し、これに引き続き、末尾の部分で、ワイマール憲法第48条の問題について短く言及している。

2. 3. 1. 現行法治国家における「独裁」としての「戒厳令」の問題

——シュミットの問題提起の意味

大規模な騒乱の際の、真の法的問題は、シュミットによれば、

軍隊介入の際に不可避的となる、——騒乱者自身、および、関与せぬ第三者の——身体・生命・財産への直接的侵害が、法的にどう説明されえたか⁽²⁹⁾

にあるという。この点で、「戦時公法に服するものとして扱われた」という説明が屢々繰り返されるとシュミットは述べ、しかし、この種の法は、本来「戦闘命令」にすぎない、と指摘する。事実的軍事的「行動」のこうした全領域に対して「戒厳令」が登場するが、これは、一種の無法状態(eine Art gesetzlosen Zustand)であり、その際、介入する軍隊は、法的制約を顧慮することなく、敵の鎮圧のために事態が必要とするままに行動することが許されるという⁽³⁰⁾。

つまり、「戒厳令」の本来的な核心は、危急事例において露呈する法的顧慮からの解放であり、その核心である国家「目的」に奉仕する実効的事実性において、法形式になじまない行為だという点にある。それゆえ、法的な関心から要求される「戒厳令」の形式規定は、国家行動それ自体ではなく、国家行動の「前提」にのみ関わる。二種類の法的規制、すなわち、「内容」(Inhalt)を事態に即して記述する規制、「前提」(Voraussetzung)のみを事態に即して記述す

る規制がありうる中で、非常行動が適用される場合、実効ある行動たらしめるためには、行動内容についての法的規制は撤廃され、規定は、危急事態と認定される「諸前提」を正確に記述するという点に限定されねばならない。後者の場合、法律が作りうる保障は二つ、すなわち、事態の列挙、および、権力の分割（行動遂行者たる軍隊以外の機関に、危急事態の前提に関する決定をさせる）があるが、管轄分割は急迫事態には役立たないという⁽¹⁰¹⁾。

ここでもシュミットは「正当防衛」との対比を示す。「正当防衛」の場合、その前提としての違法な攻撃があれば、攻撃を防ぐのに必要ならざる行動が許されており、危急事態の行動の諸前提がそろった場合、事態次第で必要となる行動は始まってしまおうという⁽¹⁰²⁾（強調シュミット）。さらに、「正当防衛法」(Notwehrrecht)の本質が、行為自体によつてその前提についての決定がなされる、つまり「正当防衛」の諸前提がそろっているか否かを、法の行使の前に、法形式的に審査するいかなる審廷も作られない、という点にあるのと同様、急迫事例においても緊急行動を実行する者と、現に急迫事態であるか否かを決定する者を区別することはできないという⁽¹⁰³⁾。

こうした戒厳状態についての法的規制の歴史的展開の終着点は、シュミットによれば、一八四九年八月九日の法律だという⁽¹⁰⁴⁾。この法律に特徴的な第一の点は、戒厳状態を宣言する管轄（議会か政府か）、および、前提という独裁の核心には言及していない点だという。第二の、決定的な点は、軍司令官の諸権限の内容についての積極的な記述が試みられ、従来、「事態次第で必要となる行動についての授權」に代わって、「一連の記述した権限」が登場したこと、すなわち、憲法が全体として一括して停止されるのではなく、憲法上の諸自由権の特定の幾つか、それも無条件にはなく、許容される侵害を列挙して停止される点にあるという⁽¹⁰⁵⁾。ところが、規制において、軍司令官の「直接的行動」は把握されていないとして、「独裁行動」の核心である、「軍事行動」の観点の後退をシュミットは批判する。

これは何よりも、軍司令官の行動が、敵の抵抗や戦い方に左右されること、政敵の生命・財産を侵害すること

と——政敵とは、今日の法解釈では、戒厳状態宣言が発せられたとはいえ、国民であり、憲法で保障された諸自由権を持つことはやめはしないにもかかわらず——、関与していない市民に対しても身柄・財産が軍事行動の域内にある限り、諸自由権を侵害せざるを得ないことを一切無視し、ただ個々の権利、——最初は本来の裁判官を要求する権利、次いで、個人の自由と出版の自由——だけを取り上げる結果を生じた。しばしば恐るべき侵害について論じられない一方、新聞を抑圧する権限については詳細に論じられ討議され、そのため、保安警察的な諸規定の前で、本来の軍事行動の観点が背後に退いている⁽¹⁷⁾（傍点引用者）。

ローマ法においても自然法的文献においても、「無制限の権限」の最も重要な発現は「生死を決める権利」(das Recht über Leben und Tod)であるにもかかわらず、「一九世紀には、独裁の法的把握を試みる場合、出版の自由その他が論じられるのであり、内戦において双方の側で、単に擬制的にどこるか、実際に生命を失う無数の人々のことは論じられていない」とシュミットは批判する⁽¹⁸⁾。

こうした点の根源にあるのは、行動委任の内容 (Inhalt einer Aktionskommission) を、法的に規制される手続⁽¹⁹⁾ (rechtlich geregelten Verfahren) から区別することができなかった独特の無能力である（傍点引用者）。

軍事行動によって実際に命を失う人々、特に、関与せぬ第三者の無数の犠牲を繰り返す指摘する、シュミットの第一次大戦での戦場体験に由来する臨場感を感じさせるこうした言明を、そのものとして受け取るならば、シュミットが、一方では、憲法への具体的な攻撃に対する擁護の必要を、他方では、しかし同時に、「戒厳令」や「独裁」において、その事⁽²⁰⁾实的な「軍事行動」によって不可避となる命の侵害を問題として認識し、この二律背反の中から見出した結論

が、上述の批判だと言わなければならないだろうか。

シュミットによれば、「独裁論」の中心点は「行動委任」であり、問題の核心は、「委任」された「行動の内容」にある。法的に手続的に規定されえず、しかも、事態次第で「目的」にとつて必要とされるあらゆることが行われるならば、事実上、想定可能な規制は、「委任」される「軍事行動の目的」の「明確化」以外にはない、のである。

2. 3. 2. ワイマル憲法第48条の問題

最後に短く、シュミットは、ワイマル憲法第48条の問題に言及するが、大きく分けて二つの観点から問題点を指摘する。

第一の点は、第48条第2項の定める大統領権限の持つ無⁽¹⁰⁾限⁽¹¹⁾性⁽¹²⁾をめぐる指摘である。シュミットによれば、第48条第2項の規定は、「法的に限定されていない行動委任への授權」(傍点引用者)を意味する、「委任独裁」の極めて明白な事例だとい⁽¹³⁾う。しかも、「委任」の前提については大統領自身が(第48条第3項、第50条により議会の監督下で)決定し、かつ、「委任」の遂行は委任受託者自身によつてなされる、つまりこれは、従来の法治国家的解釈からすれば、「異例の、無条件行動への授權」であり、「自らの裁量に従い、事態にとつて必要である限り(nach Lage der Sache erforderlich sind)のあらゆる必要な措置をとることができる」(強調シュミット)のと同義だとい⁽¹⁴⁾う。そして、「事態により、目的達成に必要なこと」(zur Erreichung eines Zweckes nach Lage der Sache erforderlich ist)という言及の場合同様、いかなる限定も存在しないとい⁽¹⁵⁾う。

しかし、ここで重要なのは、この「無限定性」に対して警⁽¹⁶⁾鐘⁽¹⁷⁾を鳴⁽¹⁸⁾らす指摘をシュミットがしている点である。

注意されねばならないのは、無制限の授權(die grenzenlos Ermächtigung)が、現⁽¹⁹⁾行⁽²⁰⁾の法⁽²¹⁾状⁽²²⁾態⁽²³⁾全⁽²⁴⁾体⁽²⁵⁾の解⁽²⁶⁾消⁽²⁷⁾と

大統領への主権委譲を意味すべきでないならば、これらの措置は、常にただ事実的な種類の措置であり、立法行為にも司法行為にもなりえないものでなければならない⁽¹⁰⁾（傍点引用者）。

なぜなら、「もし第48条の一般的授權にあらゆる任意の立法行為（jeder beliebige Akt der Gesetzgebung）まで含まれるなら、それは無制限の全權委任（eine grenzenlose Delegation）を意味することになる」のであり、それは憲法の破棄（aufheben）をもたらさうからだという⁽¹³⁾（傍点引用者）。

つまり、本来は「委任独裁」の規定である第48条第2項の権限は、場合によっては「主権独裁」へと「越境」し、「憲法の破棄」をもたらす手段となりかねない、Aktionskommissarとしての大統領が、「委任独裁」から「主権独裁」へ、さらに「主権者」へと「越境」する、その分岐点は、「無制限の授權」といえども「措置」権限に留まるか、それとも、「立法権」にまで及ぶかという点にある、授權が「あらゆる任意の立法行為」にまで及んだとき、それは既に、「憲法の破棄」を実現可能なものとする「主権独裁」もしくは「主権」それ自体となる、こうした点をシュミットは警告しているのである。

第二に、第48条の「積極的規定」に基づく「矛盾」について指摘する。すなわち、「行動」への一般的授權（無制限の授權）と具体的規定（侵害にさらされる諸基本権の列挙）の併存は、初めに、生死の自由決定権が暗黙のうちに与えられ、出版の自由の撤廃が明文化されて与えられるという奇妙な矛盾であるという⁽¹⁴⁾。この矛盾が一九一九年憲法において目立たないのは、それが「主権独裁」を「委任独裁」に結びつけてきた、つまり、この混乱を未熟なままに含んでいた発展過程全体に対応するからだとしゅミットは述べ、同時に、発展過程全体が「主権独裁」と「委任独裁」との結びつきによって支配されたという奇妙な現象を説明するのは、ただ一つ、君主絶対主義から市民的法治国家への移行の際、国家の連帶的統一性（die solidarische Einheit des States）の最終的な確保が自明のこととして前提されたからだ、

という⁽¹⁶⁾(傍点引用者)。つまり、少なくとも一八、一九世紀の大陸の法治国家的自由主義にとって、絶対君主政の歴史の価値は、封建的身分的諸権力を滅ぼし、「国家の統一」(staatliche Einheit)という現代的意味での「主権」を確立した点であり、この統一が、一八世紀革命的文献の根本的前提をなしているとシュミットは指摘する⁽¹⁶⁾。しかし、権力的、団体の消滅が事実でない場合、すなわち、「国家内部に権力的諸団体(mächtige Assoziationen)が生じるならば、全体系は崩壊する」⁽¹⁷⁾、このように、シュミットは最後の部分で無気味な言葉を語っている。

3. シュミットの「法廷弁論」再考

ここまで我々は、シュミットが「法廷弁論」において示した、政治的「状況」の重視と「独立した権限規範」概念への依拠という基本的立場の背後には、これらを根源的に規定するどのような学問的理論的モチーフがあったのか、という問いのもとに、『合法性と正当性』および『独裁』における、「弁論」の「基本的視角」と密接な関連を持つ議論について考察を進めてきた。その中から浮かび上がってきたのは、大雑把な言い方をするならば、第一に、シュミットの「法廷弁論」は、『合法性と正当性』との間に論点の大幅な重複と密接な内的関連が見出されながら、その「立場」は反転していたこと、第二に、「法廷弁論」の「切り口」から『合法性と正当性』を見た際に重要な位置を占めるAktionskommissarは、『独裁』の中で概念化されたという形で、——より具体的に言うと、「行動委任」(Aktionskommission)としての「独裁」、その具体的担い手としての「行動コミッサール」(Aktionskommissar)という一つの「基本的な定式」を介して——『合法性と正当性』と『独裁』とは、やはり緊密な内的関連のもとにあった、という点である。

そこで、「法廷弁論」での基本的見解を規定する学問的理論的契機を探る考察にとって、今ここで問題となるのは、

『合法性と正当性』における学問的理論的な議論において突き詰めて考えられていた点をめぐって、「7月20日事件」への対応という実践的対応においては、その「立場」を反転させた政治的選択へとシミュットをして促した契機が、なお、学問的理論的モチーフの中に探りうるのか、もし探りうるならば、それはいかなる契機であつたのか、という点である。

この問いを考えるうえで、手掛りとなるのは、『合法性と正当性』と『独裁』の間に見られる連関、すなわち、「行動委任」(Aktionskommission)としての「独裁」、その具体的担い手としての「行動コミッサール」(Aktionskommissar)という、学問的理論的モチーフの次元におけるAktionskommissarをめぐる基本的枠組みを媒介とした連関を、より立ち入って検討することである(3. 1.)。そのようにして、二著作の間の橋渡しをする、かつ、両書の要でもある「独裁」の「基本的定式」をめぐつて、論点の連続あるいは推移の経緯を確かめたうえで、その後、先に残された問い、すなわち、『合法性と正当性』での議論が、「法廷での弁論」という形で政治的選択においては、その「立場」の明確な反転として発露したことの根拠が、なお学問的に説明しうるのか、それとももっぱら学問外的契機から与えられたと見るべきなのか、という問いについて改めて考察する(3. 2.)こととしたい。

3. 1. 『合法性と正当性』と『独裁』の間

——「行動委任」としての「独裁」におけるAktionskommissarを介して

ここでの課題は、『合法性と正当性』、『独裁』の二著作の間の橋渡しをする、かつ、両書の要でもある「独裁」の「基本的定式」をめぐる論点の連続、あるいは、推移の経緯を確かめることにある。そこで、以下の三点について検討し、「Aktionskommissar 概念」をめぐるシミュットの論点の継受の経緯を確認することとする。

第一に、『独裁』においてシミュットが示した、「行動委任」(Aktionskommission)としての「独裁」、その具体的担

い手としての「行動コミッサル」(Aktionskommissar)という一つの「基本的な定式」とそこでの「独裁」二概念、「主権独裁」ならびに「委任独裁」をめぐる論点と問題性は、『合法性と正当性』においてはいかに扱われ、あるいは、扱われなかつたのかという点、第二に、『独裁』の末尾において「第48条」の問題をめぐつて短く指摘されていた二つの論点は、その後、『合法性と正当性』の中でどのような形で展開されたのか、そして第三に、『合法性と正当性』において初めて概念化された「行政国家」をめぐる議論の中には、以上の『独裁』から『合法性と正当性』への議論の推移と対比させた場合、どのような意味が見出せるのか、以上の三点である。

3.1.1. 「行動委任」(Aktionskommission) における「独裁」をめぐる展開

「行動委任」としての「独裁」をめぐる定式を検討する前に、初めに、何より重要な点として指摘すべきは、ボダンを評価する形で『独裁』において示されていた、「法律」と「命令」、「措置」との間の根源的な区別、この区別を支えるものとしての「法律」＝「法規範」という「法律概念」が、両書に共通する根源的紐帯あるいは基盤として存在していた点である。そこから、「法律」に基づく「役人」、対、「委任」に基づく「措置」発令者としての「コミッサル」という『独裁』における対置構造に基づく視点が、『合法性と正当性』においては、「立法」権限を持つ「正規の立法者」、対、本来は「措置」権限のみを持つにすぎなかったAktionskommissarとしての大統領の、「立法権限」への「越境」とその拡大が孕む問題性に対する批判的指摘という形で現れており、その根底には一貫して、「法律」と「措置」との揺るぎない対置構造が保持されていたのである。

また、この対置構造に伴う、「法律」の永続性と「措置」の暫定性という時間軸をめぐるメルクマールも、既に見たように『合法性と正当性』において継受されていた。

では、『独裁』において「行動委任」としての「独裁」をめぐる議論が提起した論点は、『合法性と正当性』ではどの

ような展開を見せたのだろうか。

上記の根底的な対置構造、「法律」と「措置」の区別に基づいて、「独裁」は、「法律」から解放された「行動委任」として位置づけられ、その「行動」性格は、法律あるいは規範によつてではなく、「事態」次第で（nach Lage der Sache）、「状況」によつて、「目的」から規定される、「行動」であった。「目的」達成のためには、流動する「事態」次第であらゆる「行動」をとる、これが、「行動委任」を受けた「行動コミッサル」の義務であり権限である。つまり、独裁「行動」は、「即事態性」（Sachgemäßigkeit）と「合目的性」（Zweckmäßigkeit）によつて導かれるものであった。

シュミットが『独裁』の中で重視した「目的」の観点からすると、「委任独裁」の「目的」とは、現行憲法を攻撃する「具体的な敵の排除」、および、「法律」が妥当しうる「正常状態」の回復であり、「主権独裁」のそれは、現存秩序全体、現行憲法全体の排除、「来るべき憲法」が妥当しうる状態の招来、とされた。このうち、「委任独裁」についてシュミットが重視したのは、「目的」としての「排除されるべき敵」の明文化、かつ、「敵」の具体的現前性であった。

しかし、『合法性と正当性』においてシュミットは、「第三の特別立法者」であるAktionskommissarは「規範の『当』の実定法的構成要素であるところの正常な状態（「安全と秩序」）を回復する異常事態のAktionskommissar」であり、かつ、「必要に基づく」、「時機および状況に基づく」、「特別立法者だと述べているが、その際、「目的」としての「排除されるべき敵」の明確化については何ら議論していない。『独裁』において、分量的にも、問題提起の実質的意味合いからも重要な位置を占めていた、「行動委任」としての「独裁」、その観点から重視された独裁の「行動」性格、その「行動」基準としての「合目的性」、「目的」、「排除すべき敵」の明確化といった諸点は、『合法性と正当性』における論点としては継受されていなかったと言つていい。

『合法性と正当性』における議論の焦点は、「独裁」の「目的」としての「排除すべき敵」の現前性や具体性にはな

く、むしろ、そこで Aktionskommissar の「行動」として問題とされたのは、もっぱら「立法行為」であり、その権限が「措置」から「法律」へ、すなわち、「立法権」へと「越境」している点に集中している。これは、「委任独裁」としての第48条が、暴動鎮圧などの軍事行動という本来の「目的」のためではなく、経済的、財政的、問題の処理のために多発されていたことによつて、その「目的」と「行動」が「排除されるべき敵」に依存する、シュミットの意味における、本来の「独裁行動」から既に大きく逸脱していたという實際運用に対応するものであつたのである。

3. 1. 2. 『独裁』における「第48条問題」の二つの論点をめぐる展開

次に、『独裁』でシュミットが指摘していた第48条問題をめぐる二つの論点について『合法性と正当性』では、どのような展開を見せたであろうか。上で確かめた「行動委任」の観点とは対照的に、『合法性と正当性』における主要な議論は、むしろ、これらの二つの論点に集中していた。

(a) 第一の論点——「授權の無限定性」への警告

第48条問題についてシュミットが『独裁』の中で指摘していた第一の点は、第48条第2項の「無限定性」に対する警告であり、すなわち、本来は「委任独裁」である第48条の Aktionskommissar が、現行秩序の排除と現行憲法の破棄をもたらす「主権独裁」の Aktionskommissar へと「越境」する、あるいは、大統領への「主権委譲」へと「越境」する、その分岐点が、「無制限の授權」は「措置」であつて「法律」ではなく、それゆえ、決して「立法権」の授權を意味しない、という一線を越えるか否かにある、という指摘である。もし授權が、「あらゆる任意の立法行為」にまで及ぶ場合、「憲法の破棄」が実現可能となる、と『独裁』ではシュミットは述べている。

この点こそが、『合法性と正当性』において「第三の特別立法者」である Aktionskommissar についてシュミットが

論じた主題であり、この点こそが詳細に展開される。そして、『合法性と正当性』の中で、この「越境」にとつて決定的なメルクマールとみなされていたのが「独立した権限規範」の論理だったのである。そうであるならば、『独裁』においては抽象的に指摘するだけだった「越境」の可能性が、『合法性と正当性』においては現前していたという点に、「状況」をめぐる極めて大きな違いがあつたにもかかわらず、『合法性と正当性』において、この「独立した権限規範」の論理を問題視し、批判したということは、『独裁』における議論から見ても、首尾一貫する「立場」であつたと評することができる。

さらに『合法性と正当性』においては、「委任独裁」「主権独裁」という言葉こそ使っていないものの、「独立した権限規範」概念による第48条解釈を是認することが、まさに、『独裁』で指摘した、非常権限が「あらゆる任意の立法行為」を含みうることを意味し、したがつて、「委任独裁」から「主権独裁」への「越境」であり、「憲法の破棄」への道を拓くものとして位置づけられるべきものだという認識が、シュミットの脳裏になかったとは考えにくい。すなわち、『合法性と正当性』を完結させた一九三二年七月一〇日の時点で、既にシュミットは、第48条に基づいて「ライヒ立法権」すら越える、つまり、「憲法制定権力」のみがなしうる「立法権」を行使することを「独立した権限規範」概念を援用して擁護することが、Aktionskommissar による行動の「委任独裁」から「主権独裁」への「越境」を是認し後押しすることを、事実上、意味するものであり、場合によっては、大統領への「主権譲渡」をも意味するだろうという点を、十分に理解していたはずである。

(b) 第二の論点——第48条の「積極的規定」における「矛盾」

第48条問題についての『独裁』における第二の指摘は、第48条の一般的授權と具体的規定の併存に関するものだが、一九一九年憲法においてこれが目立たないのは、「主権独裁」と「委任独裁」とは、「概念上は区別しえても、実際に

は」史的展開の中で両者が結びついていったためだと指摘し、その史的展開の前提は、国家の連帶的統一性の最終的確保が自明だった点にある、と述べている⁽¹⁸⁾（傍点引用者）。つまり、「委任独裁」と「主権独裁」の併存や推移が歴史的に起こり、憲法の変革、革命によって、国家の正当化様式の全転換が起こっても、枠組としての国家それ自体は、絶対主義体制下で確立された「国家的統一」において連続していたからだという。それゆえ、権力的諸団体（mächtige Assoziationen）が生じ、分裂、内戦などによって「国家の統一」（staatliche Einheit）という暗黙の史的前提それ自体が失われれば、全体系は崩壊するという⁽¹⁹⁾（傍点引用者）。

一九二一年に出版された『独裁』の末尾で僅かな言葉によって述べていたこの点は、二〇年代後半以来シュミットが指摘してきた、国家の「多元主義的分裂」という「状況」として現出しつつあり、『合法性と正当性』における愁眉の主題でもあった。まさに、「権力的諸団体」が生じた現状にあつて、全体系が、いかに崩壊しつつあるかを『合法性と正当性』の中で詳細に論じたと言えるだろう。

以上の点から見る限り、『合法性と正当性』においては、シュミットの『独裁』における「基本的枠組」は、継承、展開されているが、そこには論理的な一貫性を確認しうるのであり、少なくとも『合法性と正当性』においては、あからさまな形で、「法廷弁論」におけるシュミットの「立場」を予表させるものは見出されなかに見える。換言すれば、『独裁』において警告的に指摘した点が、現実のものとなったという「状況」の変化と、それに伴う論点の推移は見出されるのに対して、学問的理論的枠組は一貫性を保っているように見える。しかも『合法性と正当性』において、厳しくその危険性を指摘し、批判していた、「独立した権限規範」による第48条解釈への否定的態度は、『独裁』における議論枠組から見た場合、首尾一貫した、それ以外ではあり得ない帰結であることも明らかにになった。

ところが、一つだけ、微表的とも言うべき矛盾を指摘しなければならぬ。それは、『独裁』には見られなかった、

さらに従来の第48条解釈史の集大成とも言える『憲法の番人』においても未だ形をなしていなかった、まったく新たな契機としての「行政国家」の定式化である。

3. 1. 3. 『合法性と正当性』における「行政国家」定式化の意味

既に見たように「行政国家」における特殊的な意志表示は、「事態によつてのみ定まり、具体的状況に即して適用され、もつぱら即事的・実際の合目的性の観点から導かれる措置」⁽¹⁰⁾（強調シュミット）である。そして、「行政国家」が依拠する正当性は、「即事的な必然性、事態、やむを得ぬ事情、時期の切迫などの、規範によつてではなく状況によつて規定される正当化（nicht norm, sondern situationsbestimmte Rechtfertigungen）」⁽¹¹⁾（傍点引用者）だという。これに依じて、「行政国家」の存在原理は、「合目的性、有用性」にあり、かつ、「規範設定に依拠する立法国家の合規範性とは異なる、自らの措置、指示、命令の直接的に具体的な即事態性（Sachgemäßheit）に存する」⁽¹²⁾（強調シュミット）、このように「行政国家」を一つの独立した国家類型としてシュミットは定式化してみた。

これまで既に、『独裁』における「行動委任」としての「独裁」、その担い手としてのAktionskommissarという「基本的定式」を詳しく見てきた我々にとつて、『合法性と正当性』において示された、以上の一連の「行政国家」の正当化原理が、「委任独裁」のAktionskommissarの「行動原理」にそのまま対応していることを見て取るのは容易い。

シュミット自身、このような「行政国家」は既に現実のものとなつていと述べているが、それは、二年余りに渡る第48条第2項による緊急命令権の運用によつて、すなわち、「第三の特別立法者」たる「委任独裁」のAktionskommissarの行動によつてであると指摘していた⁽¹³⁾（傍点引用者）。「議会制立法国家」の規範主義的合法性が、既に、その時々、の多数決の空虚な機能主義（der leere Funktionalismus jeweiliger Mehrheitsbeschlüsse）に変質してしまったため、執行部としての官僚制は、もはや、「立法国家」における法律の妥当による正当性のもとにはなく、単なる「即事態性」

(*Sachgemäßheit*) という正当化に依拠している、という認識をシュミットは持っていた。これは、二つの相異なる正当化体系の「対立」が存在しているばかりではなく、執行部が「立法国家」の正当化体系から逸脱し、異なる正当化に依拠する場合、それは既に、「立法国家」とは根本的に異なる国家形態へと移行しつつあることの証しだとシュミットは見ていた。

しかしここで立ち止まって考えるべき点がある。確かに、『独裁』において、*Aktionskommissar* と、「即事態性」という状況規定的な正当化を示す語群との結びつきは示されていた。しかし既に指摘したように、『独裁』の中では、*Aktionskommissar* と「即事態性」との結びつきは、「行動委任」(*Aktionskommission*) という「枠組」の中に位置づけられ、さらに「合目的性」によっても規定され、かつ、その「目的」の具体性、現前性が求められていた。それゆえ『独裁』の中では、これらの状況規定的な正当化の諸契機は、決して一つの国家形態それ自体を正当化する、独立した、それゆえ恒常的な根拠として位置づけられることなく、あくまで「法律」の妥当根拠としての正常状態への「復帰」「回復」という「目的」と結びつけられた限りで、それゆえ「法律」に仕える限りで認められた正当化契機であったのであり、その意味で、具体的明示的な「目的」達成までの過渡的な正当性を担うものでしかなかったのである。

しかし、今や、「委任独裁」の *Aktionskommissar* の行動性格としての、「合目的性」(*Zweckmäßigkeit*)、有用性 (*Nützlichkeit*)、措置、指示、命令の直接的に具体的な即事態性 (*Sachgemäßheit*) が、一つの国家形態それ自体を正当化する独立した根拠として位置づけられた。しかも、「目的」は何か、何にとつての有用性か、という、即事的な「措置」や「行動」を規定する「目的」の「現前性」や「明確化」を求める視点は背後に退いた、いや、より厳密に言えば、消滅せざるを得なかったのである。なぜならば、『独裁』で論じられた「行動委任」の「目的」については、「委任」された「行動」が向けられるべき「排除すべき敵」の「現前性」と「明確化」という形である程度の限定を求めたのであるが、「即事態性」が、これに反して、一つの国家それ自体の行動の正当化原理となれば、その「行動」は、「委任」さ

れたものではなく、かつ、経済的財政的な領域ばかりではなく生活の全領域に跨るのであるから、事実上、あらゆることが「目的」となりうる。このようにして、「即事態性」という「規範によってではなく状況によって規定される正当化」は、本来の、『独裁』における暫定的、過渡的、目的拘束的な正当性の位置から、『合法性と正当性』では、「行政国家」という国家類型の中で、一国家の全行動領域に適用される独立した正当性へと格上げされたのである。

しかしここで、再び、『独裁』におけるシュミットの以下のような議論を思い起こしておきたい。シュミットが、「絶対君主」が「独裁」ではないと区別されるのは、絶対君主の権限が、「達成すべき目的のために与えられる授權」ではない点にあるとし、「目的によって規定される委任」の有無こそが両者を分けるものであると論じていた⁽¹⁴⁾（傍点引用者）。これに対して、Aktionskommissar としての大統領にとって、「目的」設定者は、最高授權者としての議会か国民でなければならぬはずだが、その可能性は、事実上、もはやなく、自ら「目的」を設定し、自ら「行動」する。しかも「目的」は、「敵の排除」に限られず、経済・財政・生活領域までをカバーする、文字通り、あらゆる領域へと拡大されていた。あらゆる「目的」を自ら設定し、自ら行うのであれば、「委任行動」の終わりは来ない、それゆえ、事実上、「授權」ではなく、「無制限の主権」を意味する。それゆえ、「Aktionskommissar による行政国家」とは、シュミットの概念の上では「言語矛盾」と言わざるを得ないのである。

このように考えると、「行動委任」という枠組みにおける、「目的」の「明確化」の視点の後退を伴う、そして「即事態性」を独立した正当性として認する「行政国家」とは、事実上、「Aktionskommissar としての大統領による『委任独裁』という名の絶対君主政」であつたのではないだろうか⁽¹⁵⁾。つまり、「行政国家」という国家類型の定式化が持つ意味とは、「委任独裁」の恒常化、国家化であり、回歸すべき地点を持たない永遠の「委任独裁」であり、「委任独裁」の Aktionskommissar を絶対君主とする「措置国家」であつた。それは、ボダンの意味における、「措置」から区別される

「法律」をも併せ持つ「君主政的法治国家」ですらなかったのである。

3. 2. 「ライプツィヒ法廷」におけるシュミットの政治的選択

ここで再び、先の問いに立ち返ってみよう。シュミットをして、『合法性と正当性』の議論の方向性とはまったく正反対の側に立たせた、その「選択」の根拠はどこにあったのか。「ライプツィヒ法廷」において、まさに『合法性と正当性』における批判の対象であった「独立した権限規範」の論理を携えてライヒ側の擁護に立ち、そのことによって、「委任独裁」からの「越境」を推し進めたシュミットの「選択」は、何によつてもたらされたのか。

もちろん、一方では、「多元主義的分裂」とシュミットが評した「国家の統一」が失われようとしている騒然たる政治的状况があり、他方、「議會制立法国家」の存立にとって不可欠とシュミットがみなした、文字通り、すべての「前提」条件の喪失という状況があり、こうした「状況」が、シュミットの「選択」を規定しているのは確かであろう。さらに、そもそもボン大学からベルリン商科大学への一九二八年の転任は、「国政を決定する、さまざまな力の集まる中心部との直接的な繋がりを彼にもたらしうる場所を求め」てのことだったという背景から、個人的野心的要素も、あるいは、これに伴って形成された政界とのさまざまな人間関係からくる契機も否定しえない。これらの学問外的な一般的背景を考慮するとしても、しかし、それらは、『合法性と正当性』において槍玉に上げて批判した、まさに、その「概念」を自らの武器として「法廷闘争」に臨んだこと、それ自体を説明するものとは言いがたい。

さらに、シュミットを取り巻く「状況」それ自体の「認識」は、シュミットの場合、何よりも「概念」によつて獲得されるという点が勘案されねばならない。そしてまた、厳密に法学的な「概念」に忠実な法学者を自負するシュミットが、学問内在的契機の次元における、何らかの確信的な根拠と方向性を持たずに、曖昧なまま、あるいは、まったく自らの法学的概念に反して、行動を起こすということは考えにくいのではないか。

以上の考察から得られる知見に従えば、シュミットの「選択」を根底的に促したものの、それは、シュミットが自ら概念化した、「Aktionskommissar」としての大統領の支配」のもとでの「行政国家」の「選択」であつたと解すべきではないであろうか。『合法性と正当性』の執筆の時点では、「議會制立法国家」の崩壊を断言しながらも、未だに、諸手を挙げて「行政国家」の選択へと一步を踏み出すことはできない位置に立っていたように思われる。しかしながら、「法律」があらゆる意味において「不在」である現状についての「認識」を持つに至つたシュミットにとって（その際、決定的だつたのが、「独立した権限規範」概念に依拠した一九三一年二月五日の国事裁判所判決だつた）、「行政国家」の選択は、避けがたい現実であるとしても、もちろん、喜び勇んで積極的に選り取るものではなかつた。しかし、他に代わるべき「權威」が不在であることからの、やむを得ざる消去法方式の消極的選択として、「こうなつた以上は、これ以外のものはあり得ない」という形の示唆もまた、あちこちに見え隠れしている。

しかしそうであればこそ、本来のシュミットにとつての選択である、「議會制立法国家」への哀惜とも言うべき、本来の「立法国家」にとつて不可欠の「前提」条件を記しておくこと、そして、それを打ち壊した張本人は何であるか、という点を論じておくことも、シュミットにとつては必要かつ重要な点であつたに違いない。

『合法性と正当性』における「行政国家」の概念化、これこそが、シュミットをして「法廷闘争」における「立場」の反転へと一步を踏み出すことを促した根拠、あるいは、必要不可欠な概念上の足場であつたのではないだろうか。⁽⁵⁶⁾その意味では、それは、自らの「概念」への「投企」というナルシズムを含むものですらあつたかもしれない。『合法性と正当性』は、シュミット自身が回顧して述べているように、もちろん、「合法的手段によるワイマール憲法破棄」という現に差し迫りつつある危険への「警告の書」としての要素を持つ。そればかりか、そうした危険に対して無知であり、さらには、この危険への道を自ら拓き促そうとしている「法学説」に対する「批判の書」でもあつた。しかし、やむを得ない消極的な選択だと述べながらであつたにしても、事実として「Aktionskommissar」としての大統領による『委

任独裁』という名の絶、対、君、主、政』を意味する、その意味で、「概念内在的矛盾」を孕む「行政国家」を概念化した時点で、法学者としてのシュミットは、「一線」を越えていたのではなかっただろうか。こうした相反する諸契機の混在する『合法性と正当性』のモティーフの中から、「行政国家」に賭けようとするシュミットの「投企」は、「法廷」を待たずして、事件直後の「投稿論文」において宣言されたのである。

「あらゆる政治的概念は抗争的な概念であつて、それは、ある政治上の敵を念頭に置いている」、それは敵との「具体的対立」という「立場」から規定されるがゆえに、「対立」を欠くとき「欺瞞的で無意味な抽象」に留まる、というシュミットの根本的テーゼ⁽⁵⁾が語るように、ここでもまた、「行政国家」の概念化は、「議会制立法国家」を根源から虚構化するあらゆる勢力に対して「対立」するシュミットの「立場」に規定された「抗争的概念」であつた。そのごとくに、「立場」が、「概念」を規定する。しかしここで、我々が目の当たりにするシュミットのもう一つの側面、それは、自らの「概念」に拠るところの政治的「立場」の「選択」であつたのではないだろうか。

第3節 ヘラーの「法廷弁論」の背景に横たわる議論連環

1. 『ヨーロッパとファシズム』(一九二九年)

——「意志共同体および価値共同体」(Willens- und Wertgemeinschaft)の視点から

ここでの我々の課題は、ヘラーの「法廷弁論」での主張の「基本的視角」、すなわち、ライヒ政府側の「7月20日事件」における一連の政治的行為を規定した「政治的意図」(Absicht)あるいは「政治的動機」(Motiv)の解明を徹頭

徹尾追求したヘラーの根本姿勢の背後に、どのような学問的理論的な議論連環を見出すことができるかという点を、ヘラーの著作『ファシズムとヨーロッパ』の中に探ることにある。

ところでヘラーは、「ファシズムによる国家建設がさしあたつての組織的完成を見た」⁽¹⁵⁸⁾一九二八年に、約半年間をイタリアで過ごし、ムッソリーニによるイタリア・ファシズム体制の実状をつぶさに観察しつつ「ファシズム」研究に専念した。この年の一月に帰国したヘラーは、こうした実体験に基づいたファシズムの政治的形態（*Gestalt*）についての実証的考証と、その精神的内実（*Gehalte*）をめぐる思想的叙述という、二つの側面を併せ持つ「ファシズム糾弾の書」として『ヨーロッパとファシズム』をまとめ、これが一九二九年に出版された⁽¹⁵⁹⁾。

本書においてヘラーは、いかなる議論枠組をもつて「ファシズム独裁」の運動と精神とを問題とし論じていたのか、その枠組の中で「政治的意志」なるものはどのような位置を占めていたのか、という点を確認するが、そうした考察への一つの導入として、一九三一年の投稿論文「ドイツ憲法改革の目標と限界」⁽¹⁶⁰⁾における以下の議論にまず目を投じておきたい。

1. 1. 「意志共同体および価値共同体」の欠如と「権威的国家」

——「ドイツ憲法改革の目標と限界」（一九三二年）

ワイマール末期において、政治的社会的混乱の原因はワイマール憲法の欠陥にあるという批判が趨勢となる中で、「憲法改正」が避けがたい課題として浮上していた。ヘラーは、「憲法改正」に対する自らの見解を表明した一九三一年の短い投稿論文「ドイツ憲法改革の目標と限界」の中で、外政・内政面の困難と憲法上の欠陥とを因果関係において捉える思想状況の短絡性を指摘しながらも、「改正」の必要を認め、その方向として「権威的な国家」（*die autoritären Staat*）の形成をそれ自体として否定するのではなく、むしろこれを肯定している。すなわち、

権威ある国家を、我々は、社会主義的根拠、ならびに、国民政治的な根拠から肯定する⁽¹⁶²⁾

と指摘するばかりか、「我々の目から見て絶対的に必要なのは、ライヒ政府の権威の強化である」⁽¹⁶³⁾（強調ヘラー）とまで述べている。なぜなら、国家権力を、社会主義的に計画経済化しようとする精神的倫理的、かつ、経済的任務は、自由主義的夜警国家では成し遂げることができないからだという⁽¹⁶⁴⁾。

上で既に見てきたように、シュミットにとっても権威的国家はワイマル末期の諸問題の解決にとって不可避の答えであった。その際、シュミットにおいての国家的権威の終結点は、他に別の権威が存在しないという消極的選択であったとはいえ「官僚制的な行政国家」(bürokratischer Verwaltungsstaat) へと向けられ、具体的な範型としては「委任独裁のAktionskommissarとしての大統領のもとでの行政国家」であった⁽¹⁶⁵⁾。

では、ヘラーにとって必須であった国家の権威の強化とはどのようなものとして描かれていたのだろうか。ヘラーは、「憲法改正」の目標となるメルクマールとして、国家的権威をめぐる三つの観点を示している。すなわち、

憲法改正の目標となる第一のメルクマールは、社会、とりわけ経済に対する国家の権威的優位性という点 (die autoritäre Überordnung des Staates über Gesellschaft, namentlich über die Wirtschaft) 第二は「そうした政治的権威を民主主義的源泉から引き出すという点 (die demokratische Quelle der politischen Autorität)」そして第三に、国家の権威に一定の限界を設けるという点 (die bestimmten Grenzen der Autorität des Staates) である⁽¹⁶⁶⁾（強調はすべてヘラー）。

さらにヘラーはここで、「国家」を、「組織された生活形態」(organisierte Lebensform) (強調ヘラー)とし、そして「組織」(Organisation)とは、「歴史的社会的に特定の状況における具体的な人間の意志および行為」だと規定している⁽¹⁶⁷⁾ (傍点引用者)。国家は一面、「運命づけられた必然性」(schicksalhafte Notwendigkeit)のもとにあり、その主要なものは「歴史をたくさん背負い込んだ領域」(dieser mit erfüllter Geschichte beladene Raum)⁽¹⁶⁸⁾である。そしてまた、今日強く自覚するのは、我々の政治的な生活形態が、常に、我々の意志が及ぶがたい源泉によつて、(von diesen unserem Willen unerreichen Quellen) 共同決定されているという点だという⁽¹⁶⁹⁾ (傍点引用者)。しかし、ヘラーは、国家の領域と歴史が単なる素材として与えられているのに対して、他方、政治的な組織は我々の意志に託されている⁽¹⁷⁰⁾ (傍点引用者)と主張する。

つまりヘラーは、一方で、「国家」における所与としての必然的運命的要素を、人間の行為による可変的要素から区別し、政治的組織の可変性を根源的に規定するものが「我々の意志」であると位置づけ、さらに他方で、政治的組織としてのライヒ政府の権威の強化を是認しつつ、その権威の唯一の根拠として国民の政治的意志を位置づけているのである。こうした位置づけが、どのような抗争的意味を持つものであったかという点を、以下の指摘が明らかにしている。

権威を持つ国家組織の正当化根拠 (Legitimationsgrundlage der autoritären Staatsorganisation) として、我々は、国民 (das Volk) だけを認める。その際、国民を、随意の利害や見解を持つ愚民 (Haufen beliebiger Interessen und Meinungen) としてではなく、一定の文化を可能とする価値の担い手 (Träger bestimmter kulturermöglicher Werte) として見る。こうした国民の有意義的な構成を必要不可欠とみなし、一段階的な群衆 (die einstufigen Masse) として捉える考え方を退ける⁽¹⁷¹⁾ (強調ヘラー)。

つまり国民を「文化国民」(Kulturvolk)として捉えるヘラーの国民理解において、「意志の担い手」あるいは「価値の担い手」という側面が、「独裁」や「ファシズム」における、「国民の完全な禁治産宣告」(die völlige Entmündigung des Volkes)、あるいは、「各人の政治的な自己教育の不可能性」(die Unmöglichkeit jeder politischen Selbsterziehung)という国民理解に対するアンチ・テーゼとしての意味で強調されているのである。

他方、「権威的国家」を強化する場合の具体的な担い手としてのライヒ政府について、次のように述べている。ヘラーは、「憲法制度としての「指導者の持つ天才的資質」(die Genialität der Führung)をナンセンスと断じ、ライヒ政府は、諸党派やライヒ大統領に弄ばれる存在であつてはならないと指摘する⁽¹⁷³⁾。そして根本的には、「党派的な議会」が、政府に対抗する唯一の国民代表であつてはならず、ライヒ政府は「議会」に片足踏み入れながらも、もう片一方は、別の基礎を必要とする」と主張する⁽¹⁷⁴⁾。

それゆえ、ライヒ政府は自ら議会に対抗し、国民投票によつて国民に訴えることができない⁽¹⁷⁵⁾。また、党派的な議会と並立する形で、党利党略からなつていない国民代表をこそ抛り所としなければならない⁽¹⁷⁶⁾。(強調はすべてヘラーによる)。

このように、「憲法改正」上の具体的方向性として、ヘラーが描いていた模像とは、国民の政治的意志を代表するものとして、「議会」のみでは不十分であり、ライヒ政府はその政治的権威を、——大統領からではなく——直接「国民」に訴えることを通して民主主義的に獲得すべきであり、そうすることによつて、「議会」からも大統領からも独立したライヒ政府の権威的立場を確立すべきだ、というものであった。

言うまでもなくこうした改革の模像は、ヘラーにとつてはやむを得ざる選択肢であつたのだが、ヘラーをして「憲法

改正」による「ライヒ政府の権威の強化」をやむなしとさせた時代認識とは、いかなるものであつたのか。ヘラーが本投稿論文で述べているところによれば、彼にとつて重大な事実認識とは、「階級対立が存在し、これが意志共同体および価値共同体の欠如（Mangel an Willens- und Wertgemeinschaft）をもたらしているということ」（傍点引用者）、そして、「これまで受け継いできた政治的な諸形式では、今日、もはややっていけないということ」であつた。ヘラーのワイマール憲法擁護の姿勢は最後まで貫かれたにもかかわらず、「改正」の選択肢を受け入れざるを得なかつたのは、まさに、ヘラーにとつて社会秩序形成上の基底をなす「意志共同体および価値共同体」が既に失われているという認識だつたのである。

この「意志共同体」、「価値共同体」という表現は、次に我々が考察する『ヨーロッパとファシズム』においても重要な位置を占める用語として登場する。⁽¹⁷⁾では、ヨーロッパ全体を覆いつつあつた「独裁」と「ファシズム」へのリアルな傾向性とそれらに内在する危険を本格的に論じた『ヨーロッパとファシズム』の中で、「意志共同体および価値共同体」とは、いかなる意味を持ち、どのような位置を占めていたのだろうか。

1. 2. 『ヨーロッパとファシズム』

ヘラーが、「ファシズム」をその研究と考察の重要な対象として論じようとするのは、何よりも、それがイタリアのみに限定された現象なのではなく、「スペイン、ポルトガル、ギリシャ、ポーランド、ハンガリー、そしてトルコが、程度の差はあれイタリアを範例としてファシズム実験を模倣しており」、かつ、ヨーロッパ全体を覆う深刻な政治的・社会的対立による著しい政治的「危機」を、「独裁」によつて救ふことができると多くの人々が信じているためであつた。⁽¹⁸⁾

イタリアでは、既に一九二〇年代半ばまでに、ファシズムによる「幾千もの放火、残忍で騎士道に悖る虐待、無慈悲

な殺人」が行われており、ヘラーは、その「極めて著名な殉教者」として「カトリックの司祭ドン・ミンゾーニ、民主主義者のアメンドラ、社会主義者のマテオッティ」をあげている⁽¹⁸⁾。ムッソリーニ体制形成にとって画期的な事件となつた一九二四年六月一〇日のマテオッティ暗殺は、「ファシスト内務大臣と警察長官の協力のもとで行われ」、遺体を犬に引き裂かせもした、とヘラーは述べているが、こうした暴力的行為が単なる手段として用いられているのではなく、むしろ暴力それ自体に高い倫理的価値を見出す「ファシズム」の「暴力イデオロギー」のゆえだと指摘し、これはフランスのサンディカリスト、ジョルジュ・ソレル (Georges Sorel) の影響によるという⁽¹⁹⁾。

こうした暴力行使の賛美を伴うファシズム支配を、何よりも若者たちが、政治的危機の「改革」を成し遂げうる方法として支持し、これに陶酔的になびいてゆくところに、ヘラーは、ヨーロッパ全体の文化的、精神的な危機を見出す。それゆえ、ヘラーにとつての根源的な問いは、ファシズム独裁が怒濤のごとくに広がってゆきつつある、その文化的、精神的土壌がいかにしてもたらされたのか、そして、ファシズムは真に「改革」をなしうるのか、ファシズムによる支配は一体何によつて正当化されるのか、という点の追究に向けられるのである。

『ヨーロッパとファシズム』は全五章からなるが、イタリア・ファシズム体制についての立ち入った具体的実証的分析を行う第3章、第4章、「結論」としての第5章に先立つて、ヘラーはまず、第1章、第2章において、そもそも「ファシズム」の運動と精神とが、ヨーロッパのいかなる文化的精神的状況の中から生ずるに至つたのか、その運動を牽引する思想的契機はいかなるものか、という点についての精神史的概観を行っている。

ここでの狙いは、『ヨーロッパとファシズム』それ自体の議論構造の解明にあるのではなく、ヘラーの学問的理論的著作において、「政治的意志」がいかなる位置を占めているのかという議論連環を探る途上において、その限りで、「ファシズム」をめぐるヘラーの考察の中に示される「意志共同体および価値共同体」の位置づけを確認することにあ

る。以下では、こうした視点のもとに、第1章、第2章の中からヘラーのファシズム分析の議論枠組を辿っておきたい。

1.2.1. 「政治的内実 (Gehalte)」と「政治的形態 (Gestalt)」

『ヨーロッパとファシズム』を全編にわたって規定する重要な枠組は、「形態」(Gestalt) および、「内実」(Gehalte) という対概念である。ヘラーにとって「形式」あるいは「形態」とは、何らかの「内実」があつて初めて、それによって形を与えられるものであり、それゆえ、「政治的形態」の危機は、これに形を与えるものとしての「政治的内実」の危機という問題に依存する。そしてこの「政治的内実」とは、ヘラーによれば、「共通の意志内実」に他ならない。

あらゆる国家形成の前提は、永遠に対立する社会的な多数性 (gesellschaftliche Vielheit) を、国家的統一 (staatliche Einheit) へと統合することのできる、共通の意志内実による裏付け (die Betätigung eines gemeinsamen Willensgehaltes) である。なぜなら、国家、政治的統一体としての国民 (das Volk) は、多数性としての人民の前にも、その上にも存在せず、この多数性がただ理性的に契約することを通じて成立するのではない。決定的なのは、それゆえ常に、どの程度のものが統一体として、共通する、「有機的な」意志内実 (gemeinsamer organischer Willensgehalt) として、その時々存在しているのか、そして、どの程度合理的に統一的に「組織され」うるのか、されねばならないのか、という問題である。なぜなら、内実 (der Gehalt) が初めて形態 (Gestalt) を形作り (bilden)、権力を正当化する (legitimiert die Gewalt) からである。政治とは常に、意志共同体に基づいて意志対立を組織化することである (Politik ist immer Organisation von Willensgegensätzen auf einer Willensgemeinschaft)⁽¹⁸⁾ (傍点引用者)。

このように、ヘラーにとつて、国家の存立にとつての根源的前提条件は、「意志内実」を共有する「意志共同体」が形成されていることであり、そうした「意志統一性」(Willenseinheit)⁽¹⁸⁴⁾が存在していることによつて初めて、その範囲内で、多数性(Vielheit)による対立は国家的統一へと組織化されうる。ヘラーによれば、この「すべての対立を統合する共通の意志内実」⁽¹⁸⁵⁾という「所与の統一性」⁽¹⁸⁶⁾に、「政治的形態」としての民主政も議会制も大きく依存している。そのため、民主政と議会制の困難もこの点に起因する。

今日の大国家における大衆民主政(Massendemokratie)のあらゆる困難は、組織化されるべき諸対立は数が多く錯綜しており、しかしながら、組織化しつつある共通性は相対的に小さいという点に存する⁽¹⁸⁷⁾。

また、ヘラーは、議会制の危機については以下のような認識を示す。

議会制にとつては、あらゆる政治制度にとつてと同様、国家的統一の形成(die staatliche Einheitsbildung)が目的であり、理性的な討論はその特殊な手段にすぎないというのは自明である。それが危機に陥っているのは、暴力によらない議会での討論に不可欠の、共通の討論の基礎(gemeinsame Diskussionsbasis)を諸党派に提供する、前提であるところの価値共同体および意志共同体(die vorausgesetzte Werts- und Willensgemeinschaft)が、広範囲にわたつて欠落しているという、そのことのみのゆえである。そして事実、政治的敵対者に共通の議論の基礎が提供されないならば、即刻、社会的な諸対立はもはや民主的に組織化されない⁽¹⁸⁸⁾。

その結果、政治的指導者の選択と目標設定を「多数決」(Majoritätsentscheid) によって行うという民主政の構成的組織原理 (das konstitutive Organisationsprinzip der Demokratie) は、あらゆる妥当力を失うことになるという⁽¹⁸⁾。このように、ヘラーにおいては、民主政、議會制、そして、その構成的組織原理たる「多数決」という政治的形式すべてにとって、「具体的な意志および価値の共同体という総体的存在」(die Gesamtexistenz der konkreten Willens- und Wertgemeinschaft)⁽¹⁹⁾ が不可欠な絶対的前提として求められている。さらにヘラーはいう。

人類全体の中であれ、一国民もしくは一集団の中であれ、そこに拘束力ある価値共同体 (eine verbindliche Wertgemeinschaft) を承認することができなければ、多数決は私を義務づけることができず、多数決による指導者の選出も政治的目標の確定もまったくもって無意味である⁽¹⁹⁾。

では、「価値共同体」と「意志共同体」とはどのような関連のもとに置かれているのだろうか。ヘラーは、「価値共同体」は、「意志共同体」をも根拠づける、より根源的な存在だという。この「価値共同体」は政治的闘争によつては問題とされないが、国家への統合作用を常に制約し、かつ、その留保のもとでのみ、政治的闘争は展開されるという。そして「価値共同体」の存在は、闘争、それ自体に、集団生活の統合的な機能を与えるものと位置づけられている⁽¹⁹⁾。

政治的価値共同体なしには (Ohne politische Wertgemeinschaft) 政治的意志共同体 (eine politische Willensgemeinschaft) も法共同体 (Rechtsgemeinschaft) も存在しない⁽¹⁹⁾。こうした価値共同体が解体しているところに、ヨーロッパの政治的危機は最も深く根差している⁽¹⁹⁾。

このように、ヘラーにとつては、民主政、議會制の危機という「政治的形態の欠如 (die Mängel der politischen Gestalt) とは、内実の欠如 (die Mangel des Gehaltes) の表現⁽¹⁹⁴⁾」であり、内実の欠如とは「共通の意志内実」に基づく「意志共同体」の欠如であり、これを最も深いところで、「価値共同体」の欠如が規定していたのである。

そこでヘラーにとつて、次の問題は、いかなる「内実」が、今日の社会的な大衆民主政を政治的統一へと形作りうるのか、そうした「内実」は見出されうるのか、という点に向けられる。ヨーロッパにおいて久しく、そうした「内実」の担い手であった宗教的な伝統価値 (Traditionswerte) は既に過ぎ去り、その後、「国民的理念」(die nationale Idee) あるいは「国民的文化共同体」(die nationale Kulturgemeinschaft) がこれに代わった経緯をヘラーは分析するが、この「国民的理念」もまた、労働者が文化共同体の帰属意識を持てずにそのインターナショナルに救済を求め、そして、資本の経済・技術的インターナショナルは国民国家の手に余りつつあることから、「価値共同体」を形成する統合作用を喪失しつつあると指摘する⁽¹⁹⁵⁾。

つまり、社会的な大衆民主政 (soziale Massendemokratie) を支えるべき「価値共同体」こそが、今日、極めて疑わしい。そこで、「国民的理念」という「かの内実を生み出しながらも、かつ、かの国家形成的な内実 (jene staatsbildenden Gehalte) を最終的には破壊してしまった一九世紀の精神」⁽¹⁹⁶⁾ (傍点引用者) を詳しく扱わざるを得ないという。

1. 2. 2. 一九世紀の精神としての「実証主義」

——「普遍主義」への根源的懐疑、「価値内実」の空洞化

ヘラーは、端的に、一九世紀の精神の根本的特徴を、すべての普遍主義の空虚化という点に見ている。

あらゆる普遍主義に、不当ではない不信感を抱いたのが、一九世紀最高の精神であった。歴史的意識が理性法の静態性を動態化し、その諸規範から内容と義務づけ力を奪い去って以来、真、善、美「なるもの」(das Wahre, Schöne und Gute)や、抽象的な絶対的・永久不可侵の権利を情熱的に引き合いに出しても、空虚な(19)にせもののように響くばかりだった。

そしてこれを何よりも具体的に推し進めたのが、「実証主義」、つまり、これを構成する、「量化」、「法則化」、「法則支配」という諸契機なのであり、ヘラーは、その果てに、「考えうる最も徹底した脱幻想化(Desillusionierung)」をもたらしした「ヴィルフリード・パレート(Vilfredo Pareto)の「イデオロギー論」を位置づけている⁽¹⁸⁾。ここで展開される「実証主義」批判は、一九二七年の『主権論』でも試みられた批判と多くの共通点が見られる。しかし指摘すべき重要な特徴は、次の点である。一九二九年の『ヨーロッパとファシズム』では、「実証主義」の精神的基礎を明らかにすることに主眼があり、むしろケルゼンに至る法実証主義は、ここで論じられたヨーロッパ全体の根源的問題である「価値内実の空虚化」の、一つの反映にすぎないという点である。その意味では、「ファシズム」批判を狙いとした『ヨーロッパとファシズム』における精神的分析は、法学的実証主義批判を主題とする『主権論』に対して、より一層根源的な問題を扱っているものであり、それだけ「危機」はより深い次元に達しているという、ヘラーの切迫した深刻な認識の表れでもあるだろう。

(a) 「実証主義」における「量化」と「法則化」

「実証主義」は、実証的事実(die positiven Tatsachen)と諸感覚に与えられる、知覚されたものの法則的結合(die gesetzmäßige Verknüpfung)にだけ固執しようとし、それ以外には、一方に、「自然主義的一元論」(ein naturalistischer

Monismus)、他方に、価値や現実から隔絶した「批判主義」(ein Kritizismus)があるだけだという⁽¹⁹⁾。「自然主義的一元論」は、事実が持つ意味のすべてに目を閉ざしているか、あらゆる理念と価値を、心理学的連合の産物、心理学的ないし病理学的事象の産物であると証明しようとし、他方、「批判主義」は、純粋な、つまり、空虚で何にも義務づけることのできない規範の帝国と、そこから完全に区別された、ただ「現実的な」下位世界、意味とは隔絶した因果性と義務なき個々人の利己主義のごたまぜの世界とに、世界を分割する、という。

「合理的なもの、理論的なものに安全性を求め」、「生けるものすべてを計算によって支配しようとする」この世界観の中心的ドグマは、「形而上学から自由な、絶対に客観的な認識」であった。しかし実際には、その基礎に、決定力を失い非倫理的になった一六世紀の自然の秩序 (ordre naturel) (強調ヘラー、以下同様) という形而上学があつたとヘラーは見ている⁽²⁰⁾。

余すところなき「量化」という方法 (ihre Methode des ausschließlichen Quantifizierens) に、すべての文化認識 (die gesamte Kulturkenntnis) も服するようになり、こうして、すべての現象を、「一般法則」(allgemeine Gesetze) にしたがって生じた予め存在する別のものの変化と説明し、脱魔術化された生におけるあらゆる世界の謎を解くことができると、人々は妄想するようになったという。こうした時代精神の象徴的表現として、ヘラーは、ヴェーバーを引用しながら、

原理的には、現に働いている諸力に、秘密に満ちた計算できない諸力は存在せず、むしろ、人々はすべての事物を——原理的には——計算を通じて支配できる⁽²⁰⁾ (強調ヘラー)

という信仰によって学問は支配された、と述べている。形式主義的な体系への熱中は、あらゆる犠牲を払って、論理

的・数学的な統一性 (eine logisch-mathematische Einheit) を作り出そうとし、至る所で人々は、「法則」(Gesetze)、つまり、完全に質を失い、どんな種類の個性性をも配慮しない交換関係を確定でき、かつ、確定すべき、そうした「法則」を信じた。こうして、すべての特殊なもの、一回的なもの、人格的なものは徹底して存在資格を否認され、一回的なもの、人格的に主観的なものはますます追放され、人々は、「判断すること」、「確信すること」、「主観的に見えてしまうこと」を、何より恐れるようになったという。⁽²⁰²⁾

では、こうした時代精神が、国家や秩序にもたらした帰結とは何か。それは、「歴史的社会的な生」が、遂には、「人間の意志の活動」(die Aktivität menschlicher Willen) から切り離され、「専制的な合法則性」(autokratische Gesetzmäßigkeit) の中を転がっていく事象だという (傍点引用者)。⁽²⁰³⁾

しかし、こうした精神的現実が政治的領域に対してもたらす何より重要な点としてヘラーが指摘するのは、「法則化」の必然的な産物として、「政治的な感傷性」(die politische Sentimentalität) と「政治的な意志の麻痺 (Willenslähmung)」がもたらされた、という点である (傍点引用者)。⁽²⁰⁴⁾

英雄も愚者も、聖人も犯罪者も、まさしくすべて、自然と社会の諸法則による必然的産物 (zwangsläufige Produkte von Natur- und Gesellschaftsgesetzen) にすぎず、その行為は、それゆえ、善悪の彼岸にあることになった。法則は、……自分で決断することに伴う責任を取り去ってしまった⁽²⁰⁵⁾ (傍点引用者)。

そして、「完全に脱人格化された法則支配という理念」(Idee einer völlig entpersönlichen Gesetzesherrschaft) から、法則思考の「国家敵対性」(die Staatsfeindschaft) が導かれるという。「自由とは、法則以外の何にも依存しないところ」にあり、正義と法則性とは、遂に「数学的真理」同様、我々の同意 (unsere Zustimmung) には依存しない⁽²⁰⁶⁾ (傍点引

用者)。その結果、一つの範型として、サン・シモン (Saint-Simon) が述べていたように、「人に対する統治に代えて、物の管理と生産過程の指導 (die Verwaltung von Sachen und die Leitung von Produktionsprozessen) が現れる」のである。⁽²⁰⁷⁾

ヘラーは一九世紀初期の自由主義者、社会主義者にとつての「法則の支配」は、まだ人倫的理性的なものと正義に適ったものの支配を含意しており、したがって、義務づけが可能な具体的な規範内容を手にしていたため、「法治国家」理念は、内容のある正義の理想 (ein inhaltlicher Gerechtigkeitsideal) によって生きていたというが、一九世紀半ば以降になると、市民層は満足し、支配的思想が実証主義化するにつれ、法治国家思想と法則支配のイデオロギーが形式主義化して、正義の「主観的形而上学」との関連を喪失するという。その結果、「自由」は、せいぜい、人民代表が同意していない「臣民の自由と所有への」国家介入に対する、市民的経済的な保証となり、「平等」は、不法や恣意への具体的対立ではなく、つまり、質的正しさではなく、量的な論理的普遍性となったという。⁽²⁰⁸⁾ 通説である「自由主義的な法形式主義」⁽²⁰⁹⁾によれば、法は価値と現実から独立し、あらゆる任意の内容のための「形式」であるため、すべての国家が法治国家であるのが首尾一貫することになってしまう。こうした法の解体が、不可避免的に、国家の解体を招くという。⁽²¹⁰⁾

なぜなら、善悪の彼岸には、法も国家も存在しない。具体的な法理想 (konkrete Rechtsideale) を通じてのみ、具体的な国家は正当化され本質的に統合される。特定の規範的・内実 (bestimmte normative Gehalte) を通じて意志を政治的統一へと動機づける (motivieren) 支配のみが、権威を手にするのである。⁽²¹¹⁾ (傍点引用者)。

ヘラーによれば、ケルゼンによる通説的国家学は、「価値内実 (Wertgehalt) が、もはや信じるに足るものとは思

われなくなっている」ヨーロッパ国家の根底的危機の反映として、国家が非現実的なものとなり、抽象的なもの、ないし擬制になった。つまり「危機」の根は深く、すべての「意味内実」(Sinngehalte)の実証主義的空疎化(die positivistische Entleerung)は、単に国家のみならず、あらゆる文化から「足場」(den Boden unter den Füßen)を取り去ったという⁽²⁰⁾。

(b) パレートのイデオロギー論とその意味

ヘラーによれば、あらゆる「政治的内実」のこうした究極的破壊は、パレートの「イデオロギー論」を通じて完成されたという⁽²³⁾。パレートの理論は、「我々にとつての時代の表現」としてばかりでなく、「ローザンヌで直接にパレートの口から発して、若きムツソリーニに影響を与えた学説」として重視される⁽²⁴⁾。

実証主義的「法則」信仰は、パレートの理論の中では解体しているという。パレートも確かに「諸現象を示す同型性、つまり、それらの法則を探し求め」、彼の社会学は、化学、物理学などと同様、一つの実験的自然科学ではある。しかしパレートは論理主義者ではなく、社会と歴史における理性の有効性をもはや信じておらず、この時代に信じられそうな最後のもの、つまり、学問と歴史的発展への信仰を破壊するという⁽²⁵⁾。パレートにとつての社会的法則性は、徹頭徹尾、絶対性を欠いており、「ただ実験を通じて繰り返し検証されるべき仮説」である。というのは、社会的な「現実的基盤」は、願望、関心、そして、観念のまったく「非合理的複合体」によって形作られ、この「現実的下部構造」の上に、派生的ないし外皮である「可変的上部構造」が載せられる。また、ヴェーバー同様、理論的合理的、かつ、形而上学から自由な、価値自由な学問領域と、実践的政治的な領域とが厳密に区別される⁽²⁶⁾。「実践」においては、非論理的諸行為が有効であるため、「理論」のなしうすることは、動機づけを与える諸イデオロギーが自己欺瞞であることを暴露することではない⁽²⁷⁾。さらに、歴史には永遠の繰り返しがあるのみで、発展も進歩もない。統治の現実的形式も変わら

ず、権力掌握者は常に少数派であり、変化は、エリート循環によってのみもたらされるという。⁽²¹⁸⁾

では、こうしたパレートの「イデオロギー論」がもたらした政治的意味は何か。それは、「考えうる最も徹底した脱幻想化」(Desillusionierung)だとヘラーはいう。なぜなら、あらゆるユートピアだけではなく、いかなる政治的綱領も、どんな理想像や目標設定も、単に、権力を用いる「技術的手段」として理解される以外は、まったく無意味(similos)となり、すべての意識が、徹底した非合理的存在の隠蔽にすぎないならば、理想的に基礎づけられた支配要求や国家の人倫的正当化のすべては、愚か者にとってのみ存在することになる。⁽²¹⁹⁾

「脱幻想化」された人にとっては、政治的諸集団間、諸階級間、それどころか、個人間のあらゆる種類の「価値共同関係」(Wertgemeinschaft)が、「誘導された自己幻想」にすぎず、こうした者にとっては、政治に特有の範疇は、友と敵の区別とならざるを得ない。敵の概念には、闘争という現実的偶発事が属さざるを得ず、友、敵、そして闘争は、その現実的な意味を、「それらが特に物理的殺戮の現実的可能性と関係を有し、それを保持している」⁽²²⁰⁾ということを通じて獲得しなければならなくなる。⁽²²¹⁾

パレートの「イデオロギー論」は、イデオロギーによって疎外されている人にとっては、「政治的な意志の麻痺」、そして、すべての理念の擬制的隠蔽となるが、他方、自分の権力への意志にとって有効な道具だと見抜く人にとっては、権力衝動の強化となりうる。なぜなら、このイデオロギーが政治的事象の中で有する力が強調されているため「支配の知識」としてこれを用いることができるので、どんなイデオロギーにも騙されることのない人は、エリート循環の中に入り込み損ねることはない、とヘラーは述べる。ムッソリーニにとって、パレートはこうした「支配の知識」を伝授する師だったという。⁽²²²⁾

1. 2. 3. 一九世紀の精神への反動——「有機的」社会論と「生の哲学」

第一次大戦後、幅広い承認を獲得するものとして現れた「社会の新たな構造原理」(ein neues Strukturprinzip der Gesellschaft)として、ヘラーは「有機的な」社会観に注目する。「有機的な」社会観は、「常に『有機的』(organisch)と呼ばれ、かつ、無定型な社会的な大衆民主主義を、その議会主義や党派主義ともども克服するのに適していると言われている点で共通して」おり、それらには、職能身分的(berufsständisch)、団体的(korporativ)、あるいは、サンディカリズム的(syndikalistisch)なものがあるという⁽²³⁾。

(a) 反動としての「有機的」社会論

「有機的な社会観」は、反動として、すなわち、フランス革命の「原子論的」で中央集権的な国家に対する反動、また、官僚制によって支配された啓蒙絶対主義の国家に対する反動として現れた観念だという。フランス革命に対する革命の批判は、ドイツ・ロマン主義や歴史学派と同様、「機械的国家による人民の『解体』と『原子化』」に対して、また、「歴史を喪失した不安的な大衆支配による不毛な平等主義」に対して向けられた⁽²⁴⁾。

その中でヘラーは、「団体的理念」の機能が、「初期資本主義の原子化過程」のもとでのそれから、「現代の組織化された高度資本主義」下でのそれへと変化した点に留意する。「初期資本主義の原子化過程」では、自治体の自治行政思想を度外視すれば、その機能は、出生身分とツunftの諸制度の維持を唯一の頼みとした「保守的もしくは反動的なもの」でしかなかったが、「高度資本主義」では、封建制の残滓が無意味化し、経済的政治的原子を労働組合と経営者団体という強力な全体性(in gewaltigen Gesamtheiten)の中へと組織化したという⁽²⁵⁾。確かに、これら「労働組合と経営者団体」は、「待望された有機的な、まさに政治的生活をも担うもの」とみなされ、政党代表へは向けられなかった信

頼が「諸身分代表」(Ständvertreter)に対しては生じたという。ところがヘラーは、団体的社会体制(die korporative Gesellschaftsverfassung)が「根源的に別の意味」を持つ点が見落とされている、と警告する⁽²⁶⁾。

(b)「団体的」社会体制の「独裁」への傾向性

経済的利益諸団体の多数性から政治的統一を成立させるという問題、職能身分的国家の政治的頂点は何になるのかという、「そうした国家の死活問題」に対して、カトリック教会を範型とした『最良者』の支配(eine Herrschaft der Besten)あるいは「精神のエリートの支配」(eine Herrschaft einer Elite des Geistes)が持ち出されるという。しかし、「最良者によるそうした貴族制」(eine solche Aristokratie der Besten)が原理的に可能となるのは、一般的に拘束力がある、全人民に期待可能な善の理念(Idee des Guten)が存在している場合に限られる、つまり、「静態的な価値教義学」(eine statische Wertdogmatik)に基づいてのみ、精神的エリートの支配は展開されうる。こうした実定的教義(das positive Dogma)が欠落している場合、政治的統一は、民主的手段か、もしくは、脅迫に留まるとしても直接的暴力を通して打ち立てられることになる。この点で、団体的国家とは何かという問題について論じている、最も著名な団体的な綱領的著作の一つが、一つの答えを示しているとヘラーは述べ、O・シュパンの『真正国家』を引用する⁽²⁷⁾。中心的な国家権力が、「あらゆる諸要素からまつたく等しく引き出される」のではないなら、「厳密に言うとおよそ下からではなく、上から打ち立てられるならば」、「最良者が(いわば上から)支配すべきである」という、この書物で示されている要請は、所与の状況下で実践的には、唯一、「独裁」にしか合致しないとヘラーは指摘する⁽²⁸⁾。

このように「団体的理念」は、静態的で社会学的に有効な「価値の宇宙」(Wertkosmos)が欠けていれば、内的必然性をもつてその正反対に、つまり、有機的継続性を持たず、著しく非有機的で、必然的に集権的な「独裁」に転じざるを得ない。したがって、今日の位階的団体的国家思想の運命にとって、ヨーロッパ諸民族に期待しうる「静態的な価値

世界」(statische Wertwelt)が、社会学的に有効な程度で存在しているか否か、が決定的だとヘラーはいう。⁽²⁰⁾この「静態的価値世界」が、合理的に空洞化された一九世紀には欠けていることは既に確認された。そこでヘラーにとつて切実な問いは、はたして二〇世紀は、議会制民主主義を有機的に克服することを期待させるような「新しい政治的内実」(neue politische Gehalte)を掘り起こしてきたのか、という点に向けられる。

我々は、求められている根源性を備えた新たな価値づけの可能性を持つ端緒 (ein möglicher Ansatz neuer Wertungen mit der gebotenen Gründlichkeit) を探し求めるという問題に没頭しなければならぬ。⁽²¹⁾

(c) 反動としての「生の哲学」

「実証主義」が「恐るべき内的不毛と空虚」を後に残し、人間が「自然法則の産物」、「巨大な死した物的関連の産物」とされ、脱人格化された存在の無意味さによつて窒息させられたことに対する「反動」として、無意味な「法則化」という牢獄の壁を突破することが、「生」の問題だと思われるようになった。今日、新たな非合理主義哲学が、自然認識および文化的事実の視点によつて、現実の「脱人格化」と「法則化」を克服しようとしているのは、「一九世紀の合理的法則的思考に対する強力で根本的な反動」として理解されるのであり、あらゆる領域で「個別的で合理化されえないもの」の探究が、論理的実践的な承認をもたらししているとヘラーは指摘する。⁽²²⁾

この「生の哲学」という反動は、一面的な政治的結合を示すだけのものではなく、あらゆる政治的対立や社会的対立を越えて、一つの根本的な世代の激変と理解されねばならないとヘラーはいう。⁽²³⁾ (傍点引用者)。新たな世代に共通しているのは、英雄主義的な反ブルジョア的な「生」の気分であり、それは、「法則」的必然性に対して新たな自由を、安全性に対して危険を、「法律」に対して「暴力」を対置するという。戦後世代は、「理性」を通じて漏れなく説明可能で、

「理性」によつて実現可能な「法則」が、政治的事象を支配しているとはもはや信じていないとヘラーは見ている。彼らは非合理的な「暴力」に訴えかけ、すべての合理的な「法則」を素朴に押し破り、麗しく良き行為の英雄主義を求める。そして、一方でのこうした「世代交代」は、他方で、西欧全体で見られる非合理主義的保守主義の革命思想・方法への接近、および、ジョルジュ・ソレルに見られるような、革命的思想の非合理主義的な「生の哲学」への接近という、注目すべき政治的「戦線移動」に関連しており、この「戦線移動」は極めて重要な意義を持つ可能性があるという。⁽²³⁾

1. 2. 4. 「ファシズム独裁」における「価値内実」

では、いったい、政治的危機からの「改革」を標榜する「ファシズム」は固有の「価値内実」を持つのだろうか。ヘラーによれば、ファシズムは、「固有の実体的な内実」(eigene substantielle Gehalte)を持たず、反合理主義、反資本主義、反議会主義などという「応答感情」(Antwortgefühle)と結びついただけのもので、直観的な相対主義というウルサンチマンに留まっているという。⁽²⁴⁾「ファシズム」の巨大な危険は、それにもかかわらず、「新しい世代を、性急で十分かつ信じがたい答えをもつて安心させ、それによつて、そこから未来の改革が育ちうるような源泉を塞いでしまう」⁽²⁵⁾ところにこそあるという。

ヘラーによれば、「独裁」は、他のすべての政治的組織形式と同様、良くも悪くもある。⁽²⁶⁾現にある「独裁」が、具体的な歴史状況のもとで手にする「具体的内容」(der konkrete Inhalt)が、初めて、それに価値があるか否かを決する。まず、いかなる、「政治的な基本決定」(politische Grundentscheidung)のために命令が下されているのか、そして「独裁」が、この「基本決定」に歴史的社会的に対応した手段であるのか否かという問いに答える必要があるという。⁽²⁷⁾(傍点引用者)。したがって、「もしファシスト独裁が、国民の生産諸力に対して過大な要求を出すことができるだけの政治的

基本決定を手に行っているならば、そしてそれが現に、階級問題の『団体的な』解決であるなら、民主的多数派によるファシズム独裁への異議申し立てと批判は適切とは言えない、とヘラーはいう⁽²³⁾。

ところが、こうした「根底的な政治的価値決定」(grundlegende politische Wertentscheidung)が、それどころかそれを基礎づける新たな生活感情の一義性(die Eindeutigkeit des sie fundierenden neuen Lebensgefühls)が、ファシズムとその追従者にも、一九世紀までに革命を行つたすべての過渡的世代にも欠けている、とヘラーはいう。青年たちに影響力のある最も包括的なドイツの信条によれば、「新たな生活感情は生成途上にあり……一般的に拘束力のある実践的価値世界は、今日かなりの程度まで予感されうる」(傍点引用者)⁽²⁴⁾というのだが、これに対して、ヘラーの憤激は爆発する。

固有の感情が初めて生成の途上にあり、実践的価値世界がかなりの程度まで予感されうる程度なら、他の人々に命令を下そうとする責任の欠けた勇気をどこから手に入れるのか？　だが、何よりも、確かに自身が実践的価値決定を手に行っていないなら、他者に、何を、いかなる規範を命令しようとするのか？　どのような類いの権威が、どんな秩序、位階、規律が、どんなエリートが考えられているのか？(傍点引用者)⁽²⁵⁾。

青年たちの一部が「ファシスト的独裁者」を切望するのは、寄る辺なき状況の中で「強い人」を好み、自身では見出せない義務づけを命じられるよう望んでいるからである。混沌の中から新たなものが生まれ出んとしている過渡期において、指導者に不可欠の権威は、大衆が魂と精神をもつて歓迎する自発的な心構えに基づかねばならないのだが、もしそうでないなら、指導者は権威を見出すことはできず、単なる不毛な盲従を見出すにすぎない⁽²⁶⁾。つまりヘラーによれば、「指導者が、価値世界(Wertwelt)を持たず、多かれ少なかれ『直観的相対主義』によつて生き永らえているなら

ば、彼は命令できない⁽²²⁾」のである。

ドイツの政治的危機における根本問題は、社会的な階級対立であるが、階級諸対立の調和は、最終的には、「政治的な価値と意志の共同体」(eine politische Wert- und Willensgemeinschaft)が成立することを条件としている⁽²³⁾。そして、「意志共同体」の具体的な形成を促すものは、労働者が、政治的自主活動を通して民主的な自己教育作業を行うことだとヘラーは考えたのである⁽²⁴⁾。

1. 3. 『ヨーロッパとファシズム』における「意志および価値の共同体」

以上の『ヨーロッパとファシズム』をめぐる考察から我々が確認しておくべき主要な事柄を、三つの点から考えておきたい。第一の点は、ヘラーの議論枠組が次のような形に構成されていたという点である。すなわち、社会的多数性の対立から組織され、「意志内実」を共有する「意志共同体」が、さらに「意志」を統一へと方向づける「価値内実」を共有する「価値共同体」が、国家の根底的な前提条件として位置づけられているという点、これを具体的に換言すると、民主政、議会制という政治的「形態」が、何よりも、「価値内実」および「意志内実」の共有の上に初めて成立するという構造である。今日のヨーロッパ全体に現出している「内実」の完全なる空洞化を精神的に跡づけ、「ファシズム」の興隆の必然性とその「価値内実」の偽装を論じらううえで、こうした議論枠組が首尾一貫して存在していた。この視点から、「ファシズム独裁」に対してヘラーは、その根拠となる「政治的基本決定」(「意志内実」)、さらにその根拠をなす「価値世界」(「価値内実」)の不在という問題を突きつけ、「価値世界を持たないものは命令できない」と論じたのである。

第二の点は、ヘラーの認識によれば、あらゆる理念的価値への根源的懐疑をもたらした「実証主義」の法則的計算的観念も、これに対する「反動」としての「生の哲学」や「ファシズム独裁」も、その政治的領域に対して与えた帰結

は同じであったという点である。つまり、「法則は、……自分で決断することに伴う責任を取り去り」、他方、「生の哲学」は法則的計算的「理性」に対して非合理的な「暴力」を対置することによって、「政治的な意志の麻痺」(politische Willenslähmung)という帰結をもたらしたのであり、この点こそが、ヘラーにとって決定的な問題であった。なぜなら、ヘラーが政治社会の根底的前提として位置づける「価値共同体」、「意志共同体」の形成を可能とするのは、何よりも「人間の意志の活動」(die Aktivität menschlicher Willen)だからである。⁽²⁶⁾それゆえ、ヘラーの批判は、どちらか一方に對してではなく、「実証主義」と、これに對するアンチ・テーゼとしての「非合理主義哲学」としての「生の哲学」という双方に對する闘いであり、いわば、精神的な両面作戦とならざるをえなかったのである。

我々がここで確認すべき第三の点は、ここでヘラーが用いている「意志共同体」あるいは「価値共同体」という表現は、統一的な政治社会成立の根底的前提としての一定程度の「社会的同質性」とも解しうるが、これは、この時代において「同質性」が人種的「同種性」へ、さらに「強制的均質化」(Gleichschaltung)へと展開していった、そうした系列から、根源的に異質なものであったと言いうるのか、という問題である。ヘラーは、『ヨーロッパとファシズム』の中では、「意志内実」、「価値内実」という言葉を多用し、また、「具体的な法理想を通じてのみ、国家は正当化され本質的に統合される。特定の規範的内実を通じて意志を政治的統一へと動機づける支配のみが權威を手にする」と述べている。しかし、「法理想」、「規範的内実」とは具体的に何を意味するのか、さらに、「内実」によってもたらされる「共同体」形成と「意志」はどのように関わるのか、それが「価値の専制」に転ずる可能性に對して、区別されるべき構想をヘラー自身持っていたのか、といった点について、我々が知りうるような言明を、『ヨーロッパとファシズム』の中ではヘラーは記していないのである。⁽²⁶⁾

冒頭で述べたように、本書における「実証主義」批判の狙いは、国法学の領域を越えて、むしろ、ケルゼンの実証主義的国法学はその一つの反映でしかないような、より根底的な文化状況に根を張る事象の精神的考察にあった。これ

に対して、全ヨーロッパの文化的精神的問題状況の、法学的な反映としての「法学的実証主義」への批判が展開されたのが、一九二七年の『主権論』である。その中でヘラーは、ケルゼンにおいて頂点を極めた実証主義的通説を主要な批判対象としながら、そこから、人間の歴史的個体的な「意志」を、国家の「主権」と「法」の根源的構成契機として位置づける、具体的かつ体系的論述を試みた。我々にとつて、ここで残された第三の点をめぐる問いへの応えは、『主権論』において展開された、人間の現実的な「意志」に基づきつつ、「意志」と「法」との具体的因果連関を把握しようとする議論展開の中に、見出すことができるだろう。

2. 『主権論』（一九二七年）

——「意志統一体および決定統一体」(Willens- und Entscheidungseinheit) への「国家」

ヘラーを「一躍国法学・国家学界の第一級の学者にした」⁽²⁴⁷⁾という意味で、彼にとつて初めての本格的な国法学的研究書である一九二七年の『主権論』は、冒頭の「序言」でヘラー自身が烈しい言葉をもつて記しているように、当時の通説的法律学であつた、ケルゼンを筆頭とする実証主義的国法学への徹底的な批判をその狙いとして著されたものである。ヘラーは、「国家学が、国家ではなく、何らかの法則をその中心点に据え、多数性の中の具体的な政治的統一体である国家をその出発点に置かないならば、国家学はこのあたりで終わりを迎えざるを得ない」(傍点引用者)と述べ、通説的方法は、国家とその諸制度の法律学的本質構造の認識という、言葉の本来の意味における国法理論を再建する余地を根絶やしにすると批判している。⁽²⁴⁸⁾ヘラーは、法実証主義ばかりではなく、有機体論、革命的サンディカリズム、マルクス主義、無政府主義に至るまで広範に見られる「主権」概念を否定する傾向を批判的に概観しながら、本書において、「主権」を国法的にばかりでなく国際法的にも再構成しようと試みている。

もとより、ここでの課題は、そうしたヘラーの実証主義批判と「主権」の国法的国際法的再構成の全体像それ自体を検討することにはない。むしろ、我々が狙いとするのは、実証主義的国法学を反面鏡としながら、これを批判することを通してヘラーが明らかにしようとした、国法学において、前提とされるべき国家の「主権」、「法」といった主要概念についての彼固有の構造を確認する途上において、上で我々が跡づけてきた「意志共同体」「価値共同体」なる概念へと繋がる議論連環を見出し、その中で、人間の「意志」が、どのような位置づけを与えられた、いかなる概念であったのかを明らかにすることである。

ヘラーはまず、通説的国法学における「主権」概念の喪失という事態が、精神的に見ていかなる過程のもとで生じたのか、という点を叙述している。その際ヘラーは、今日なお有効性を失わない、それゆえ我々が立ち返るべき対象として、ジャン・ボダン (Jean Bodin) の「主権」概念の論究から始める。

2.1. ボダンの「主権」概念とヘラーの「法原則」(Rechtsgrundsätze)

ボダンを取り上げる多くの論者は、ボダンが何を述べていたかを正しく理解していない、一度でもボダンに対する評価と、ボダンからの引用とを比較すれば、この偉大な思想家が頻繁に引用されながらも、ほとんど読まれていない著述家の一人だと認めざるを得ないはずだ、とヘラーは指摘する⁽²⁰⁾。何より見逃しがたい「誤解」としてヘラーが指摘するのは、「ボダンの主権の無制約性 (die Schrankenlosigkeit)」(傍点引用者)を論ずる多くの論者たちの「誤り」であり、ボダンの「主権」がいかに「無制約なもの」でなかったかということを、ボダンの言葉に依拠しながら示している。しかしここで重要なのは、ボダンの「主権」論の考察のなから、『国家学』に至るまでのその後のヘラーの学問的展開において重要な位置を占める「法原則」(Rechtsgrundsätze)という表現を導き出している点である。

ヘラーは、ボダンの「主権」を理解するには、彼が「法律」と「法」(lex und ius)の間に厳密な区別を設けていたこ

とを知ることが不可欠だという⁽²⁵¹⁾（強調ヘラー）。ボダンの『国家をめぐる六書』を引用しつつヘラーは以下のようにこの点を指摘する。

「それゆえ法律と法 (lex a jure) には大きな区別がある。なぜなら、法 (ius) はただそれだけで公正の表現であり、法律 (lex) は命ぜられたものの表現だからである。法律 (lex) は、主権的権力を行使する主権者の命令に他ならない」⁽²⁵²⁾。「内はラテン語によるボダンからの引用——引用者記」。ボダンのいう主権者は決して無制約なものではない⁽²⁵³⁾「ヘラーの言葉——引用者記」。

さらにまた、ボダンに依拠しつつヘラーはいう。

「だがもし我々が、すべての法律より解放せられたものとして「主権を——邦訳書の翻訳者による」定義しようとするなら、元首が主権の法を保持することは決してありえない。なぜなら、すべての君主たちは、神の法と自然の法 (lex divina, lex item naturae) に従い⁽²⁵⁴⁾」「神と自然の法則 (legibus divinis ac naturalibus) によって、すべて君主たちも人民と等しく義務づけられている」⁽²⁵⁵⁾。「内はラテン語によるボダンからの引用——引用者記」。この法原則 (diese Rechtsgrundsätze) を侵害する主権者に対して臣民は服従を拒んでよい⁽²⁵⁶⁾。しかし実定法命題 (die positiven Rechtsätze) は「以上ヘラーの言葉、傍点引用者——引用者記」、「市民の身分を制約する。もしそうでありうるなら、不変であるように私は欲し、望むだろう」⁽²⁵⁷⁾「ラテン語によるボダンからの引用——引用者記」。彼「ボダン——引用者記」はしかしさらにこう付け加える。「なぜなら、⁽²⁵⁸⁾ 国が法律に従うべきのではなく、すべての法律は国や社会を守るために提出されたものだからである。ま

た、国の法律は例外なく安寧をもたらすように欲している」〔ラテン語によるボダンからの引用——引用者記〕⁽²⁵⁶⁾

このように、「ボダンの*lex*の概念の二義性」(Der Begriff der Bodinschen *lex* ist doppeldeutig. 強調ヘラー)⁽²⁵⁷⁾を、ヘラーは、独自に「法原則」と「実定法命題」と言い換えることによって、ことに、ボダンが「神の法と自然の法」と呼んだところのものを「法原則」と名づけることによって、自らの法律学的概念構成へと取り入れたのである。

ヘラーによれば、ボダンは国家の「個性性」を地理、風土の生活条件と関連させて考えた最初の人であり、地政学、人間学、そして歴史から見て一度きりのこうした状況を考慮した、そして、それにもかかわらず国家の「個性性」(die *Staatsindividualität*)を「最高の法原則」(*höchste Rechtsgrundsätze*)に服せしめた、このことがボダンの不滅の業績だといふ⁽²⁵⁸⁾。そしてまた、まさしく「最高の法原則」をまだ知っていたからこそ、ボダンは、世俗的なものすべての相対性をも知っており、実定法化された自然の秩序という内在的ユートピアから自由だったといふ⁽²⁵⁹⁾。

さらにヘラーがボダンの「主権」概念において高く評価するのは、ボダンが、理論的には、主権の「主体」として君主(*princeps*)とともに人民(*populus*)をもあげることを行なわなかったこと⁽²⁶⁰⁾(強調ヘラー)、そして、主権の本質を立法権に見ていたという点⁽²⁶¹⁾(傍点引用者)である。

2.2. 「自然の秩序」(*ordre naturel*)の実定法化——主権「主体」の喪失

ヘラーによれば、一九世紀に開始された「主権」概念の退化過程は、ルネサンスの内在的法則思想とともに始まった全世界像の脱人格化の帰結であり、それが法史の分野で、法治国家の脱人格化の歴史へと枝分かれしてもたらされたのだが、これによって、「主権」概念は主体喪失(*subjektlos*)、故郷喪失(*heimatlos*)を余儀なくされているといふ⁽²⁶²⁾。

ルネサンス期に改革された自然法は、神によつて啓示されている自然の秩序 (*ordre naturel*) が世界に実在し、これを理性が認識しようという信仰を内容とする理神論的自然法であつたが、これは、あらゆる個人的權威から法的妥当性を解放する努力、普遍的な自然の秩序を要請するという特徴を持つものだったという。

この自然の秩序が、キリスト教的遺産の世俗化された実体 (*der säkularisierten Substanz christlicher Erbschaft*) によつて満たされ、法的要請に内容として普遍的な義務づけ力 (*allgemeine Verpflichtungskraft*) を付与していた、すなわち、自由と平等が、文化を担う諸階級の正当な闘争目標であつた一九世紀初め頃までは、正義は、その実現のために「實在の意志の決断」 (*die Entscheidung eines realen Willens*) を必要とするということを疑う者もいなかったといふ。⁽²⁶³⁾ つまりそれまでは、啓蒙自然法といえども、社会内在的自然的秩序は歴史的現実においては「個体的な權威」 (*individuelle Autorität*) なしではすまされないことを了解しており、問題は、それゆえ、独裁的なものであれ民主的なものであれ、いかにして個体的支配意志 (*individuelle Herrscherville*) が客観化されるか、いかにして主權が恣意から切り離されうるかだった、つまり、支配意志の客観化 (*die Objektivierung des Herrschervillens*) こそが、法治国家の問題だった、とヘラーは指摘する⁽²⁶⁴⁾ (傍点引用者)。

ところが、政治理念の基礎が、その義務づけ力を失うや事態は豹変し、ドイツでは、一八四八年の革命以後、実体的理念の否定と形式の台頭が始まる。このときから、市民層は、義務づけられた政治的使命も自分自身も信じておらず、自然法の自由、平等という実体的理念を否認するようになり、その帰結として、正当性 (*Legitimität*) は、形式主義的合法性 (*die formalistische Legitimität*) に取つて代わられ、⁽²⁶⁵⁾ 実質的な法治国家は、いわゆる合理的支配の形式 (*rationale Herrschaftsform*) (ヴェーバー) に取つて代わられたといふ。⁽²⁶⁶⁾

「主權」概念を把握する法学にとつての困難は、「規範」と「意志」の関係問題にあるが、国家意志を理想的客観性としてしか理解しようとする思想は、もつぱら「規範」だけに独立性、至高性を認め、「意志」にはそれを認めない思

想である。これを一貫させると、主権概念は不可避免的に「主体」喪失に至るのであり、その帰結として、主権概念の衰退はクラッベ (Hugo Krabbe) の法主権論とケルゼン (Hans Kelsen) の純粋法学において完成されたとい⁽²⁶⁷⁾う。

かの内在的ユートピアの歴史は、神学的に見れば、人格神論 (Theismus) が理神論 (Deismus) を経て、此岸において成就した理念の内在 (Immanenz einer im Diesseits sich vollendenden Idee) へと至る展開として示されるが、法律学的に見れば、人間によって媒介されない法、法の支配の觀念 (die Vorstellung einer von Menschen nicht vermittelten Herrschaft des Rechtsgesetzes) をもって完結した⁽²⁶⁸⁾ (傍点引用者)。

ケルゼンによれば、いかなる人格も規範秩序の虚構的人格化にすぎず、国家と法秩序とは同一とされる。「意志」はいかなる法的権威も持ちえず、法秩序「なるもの」以外に主権たりうるものはない。そして国家を「法秩序」として認識し、法をあらゆる任意の内容を含むうる「形式」として認識しようとした。こうしたケルゼンの『純粋法学』の体系における「主権概念の故郷喪失」(die Heimatlosigkeit des Souveränitätsbegriffs) は、この理論の「主体喪失」(die Subjektlosigkeit) から必然的に生じたものであり、その根底には、あらゆる規範科学の基礎であるはずの「規範」と「個性」の関係問題の徹底的回避がある、とヘラー⁽²⁶⁹⁾はいう。

「実証主義法学」以外に、主権概念への主な攻撃としてヘラーが指摘するのは、以下の三つである。その一つは、ロマン主義からベーゼラー (Beseler) のゲルマン的ゲノッセンシャフト論やギールケ (Otto von Guericke) によるその大掛かりな構築を経て、プロイス (Hugo Preuß) へと流れ込み、やがて現代のサンディカリズムへと繋がる流れである。初期ロマン主義者の「有機的な」国家観 ('organische' Staatsauffassung)、器官学 (有機体論: Organologie) は、中央集権化され「非有機体的な」国家に敵対する連邦主義的傾向を表しており、それらは、絶対主義的官憲国家を担う原

理としての主権概念、そして、フリードリヒ大王の機械的、非ドイツ的な「機械装置」への敵意という特徴を持つという。⁽²⁷⁰⁾

これとは別に、二つ目として、連邦主義的反中央集権主義の動き、革命的サンディカリズムの反国家主義的傾向の中に、主権の拒否傾向——例としてレオン・デュギー (Léon Duguit) の自然主義的社会学主義——を見る。⁽²⁷¹⁾これは、法学をいかなる形而上学からも解放することを主要課題とし、法律学者の「神話学的」思考に対抗して「自然科学的概念形成」を唱えた点で、結論的には、ケルゼンの純粹法学と広範に一致するという。デュギーにとっても、国家意志、国家人格は非科学的擬制であり、法世界の徹底的な脱人格化に到達しているという。

主権概念を否定する流れの三つ目は、マルクス主義、無政府主義的社会主義の文献に見出されるという。⁽²⁷²⁾ヘラーによれば、マルクス主義体系以上に、国家主権が徹底して否定された例はほとんど考えられないが、その決定的契機は、決して階級闘争の強調ではなく、根源的には、マルクス主義とブルジョアの法治国家自由主義とに共通の、「非人格的でいかなる支配からも自由な自然の秩序の理想」によって初めて主権は否定されるという。⁽²⁷³⁾エンゲルスによる、「人に対する統治に代わって物の管理と生産過程の指導が現れる」という定式化は、サン・シモンの思想の焼き直しだとヘラーは指摘する。⁽²⁷⁴⁾マルクス主義における「経済法則の主権」は、法法則とその非人格的強制が、経済的搾取を意味する「個人的人格的権威」に取って代わるという範型を持つとヘラーは述べ、その根底にある、あらゆる非合理的な人格的権力によっても破壊されない社会的実在の科学的計算可能性という思考は、ブルジョア的安全保障の理想の遺物だという。⁽²⁷⁵⁾

同じく、「非人格的物質的な自然の秩序」という観念」は、無政府主義的社会主義 (Anarcho-Sozialisten) に見出される。⁽²⁷⁶⁾たとえばブルードン (Pierre-Joseph Proudhon) によれば、「人間を支配するのは、もっぱら法則だけであらねばなら」ず、立法権力とは「もっぱら、方法的に承認され証明された理性のみに属する。正義と法則性とは、数学的真

理と同様、私たちの同意 (Zustimmung) から独立したもの」である。また、バクーニン (Michael Bakunin) は、「權威によつて強制されたのではなく、事物、関連、諸状況それ自体のうちにある (in den Dingen, den Beziehungen, den Situationen selbst liegen)」、「自然的經濟的そして社会的な法則」(“natürliche, wirtschaftliche und soziale Gesetze”) のみを承認しようとするという。⁽²⁷⁾

国内的な主権に対する主要な批判を概観した後、ヘラーは、「主権ドグマを国際法から排除する試み」をも考察し、その結論として、

主権は、しかし、実定法上未だ少しも克服されていない。ただ明らかにしたのは、国家法ならびに国際法上の主権ドグマは、國際的な諸文献で見える限り、極めて疑わしいということ、しかしその一方、そう主張したり期待させたりしておきながらも、主権概念を完全に排除する勇氣のある著者も見当たらないということだ。⁽²⁸⁾

という。そして、万人が一致するのは、ボダンの「絶対的な」主権概念が克服されたという点であり、また、主権ドグマを攻撃するすべてに多かれ少なかれ共通する、国家と法についての一般的な觀念の根は、「非人格的な自然の秩序」という自然法的な表象」(die naturrechtliche Anschauung von einem unpersönlichen ordre naturel) だという。こうした、「主権」についての理論的な危機が、現に直面している国家的統一の危機と無関係ではないという認識のもとに、ヘラーは、「主権」概念の体系的展開の試みへと向う。

2.3. ヘラーの「主権」概念

「主権」概念の定義を、ヘラーは、「支配」と「秩序」をめぐる社会的、学的考察から、すなわち、社会的現実に即した因果連関の考察から導く。そもそも主権問題が行き詰まったのは、「法律学が、因果的な確定 (kausale Feststellungen) を顧みることなしに、その諸概念の網に絡めとられてしまったから」だとヘラーは指摘する⁽²⁷⁹⁾ (傍点引用者)。そこで、国法学は「社会的秩序」の概念を存在に即して、(seinsmäßig) 把握し、その対象である「法秩序」についての因果諸連関を独自に確定することなしには成り立たないという (傍点引用者)。

あらゆる法律学的問題は、下は社会学に、上には倫理や政治の領域に、例外なく根を張っている。いかなる法律学的問題も、……因果的 (kausal) 考察方法、ならびに、規範的 (normative) な考察方法の両者を必要とする⁽²⁸⁰⁾ (傍点引用者)。

2.3.1. 「支配」と「秩序」

では、「支配」とは何か。ヘラーは、スピノザ (Spinoza) の「明快で偉大な社会学的洞察の一つ」である「服従が支配をつくる」⁽²⁸¹⁾ (強調ヘラー) という命題から出発する。「支配するとは服従を見出すこと」であり、したがって、「支配とは常に、二つの意志間の関係 (eine Relation zwischen zwei Willen)」一つの意志が他の意志によって動機づけられること (Motivation des einen Willens durch den anderen)」⁽²⁸²⁾ (傍点引用者) である。このように「支配は、常に、意志の支配 (eine Willensherrschaft) によつて媒介される」から、物に対する支配は放棄される⁽²⁸³⁾ (傍点引用者)。

では、「秩序」とは何か。「社会的秩序」の概念は二義的であり、「人間の特定の行態 (Verhalten)」を意味すること

もあれば「規範秩序」を意味する場合もあるという。⁽²⁸⁴⁾ヘラーは、前者の場合に注目し、「社会的秩序」は、「特定の事情のもとでは特定の人間は特定の仕方では振る舞うという事実が、社会圏内で経験に即して確立していること」であり、これは、「規則的な行為の与える経験的チャンス、つまり特定の行為が計算に入れられるという事実」に基づく。それゆえ、「秩序とは計算可能性である」(Ordnung ist Berechenbarkeit)⁽²⁸⁵⁾という。「支配」の必然的な現象形態は「社会的秩序」であって、あらゆる支配は、下から見れば「秩序」として現れる。⁽²⁸⁶⁾

2. 3. 2. 「社会的秩序」としての「支配秩序」と「契約秩序」

「意識的に設定されたあらゆる社会秩序」が「支配秩序」なのではなく、それは、命令(Befehl)によってと同様、約束(Versprechen)によっても生じうる、とヘラーは述べ、これに応じて、「意識的に設定された秩序」(die bewusst gesetzten Ordnungen)を「支配秩序」と「契約秩序」(Herrschafts- und Vertragsordnungen)に区別する。⁽²⁸⁷⁾「支配秩序」と「契約秩序」は、どちらも、「意志の一致」(Willensvereinigung)によって生じ、そして存続する。しかし、「支配秩序」の構造と「契約秩序」の構造との間には、法律学的に極めて重要な、社会学的必然性に基づく相違があると述べ、ヘラーは「支配秩序」の考察から「主権」を定義づける。

「支配秩序」にとって本質的なメルクマールとして、ヘラーがあげるのは、「決定統一性」(Entscheidungseinheit)の存在、「命令の確定性」(die Entschiedenheit des Befehls, die Befehlsbestimmtheit)そして、「命令の規則的な実効性」(die regelmäßige Wirksamkeit der Gebote)の三つである。

「支配秩序」は、第一に、何よりも「支配者」の存在、つまり、「継続する普遍的で実効的な決定統一性」の存在を前提とし、その際、「命令を与える統一性」が、個人の意志によって生ずるか、あるいは、決定統一性に何らかの形で拘束される多数によって生ずるかは、原則的には問題にならないという。⁽²⁸⁸⁾

むしろ重要なのは、第二のメルクマール、「命令の確定性」、つまり、「命令がはつきり決められていること」が、それに服従する側が命令を明白に理解しないといかなる服従も可能ではないという点からも、「支配秩序」の絶対的な概念、要素 (absolutes Begriffselement) だという (傍点引用者)。⁽²⁸⁸⁾ さらにこれは、「命令の個別化 (Individualisierung)」つまり、命令に応じた行為が可能であるための最小限の確定性として、達成されるべき命令の最終結果を示すことを必要とする。「個別化」された命令は、諸関係の状況に従い、事例、時、および、人の求めに応じて「具体化」 (Konkretisierung) される。⁽²⁸⁹⁾ 「命令」はその「具体化」において、必然的に「服従する側の」最小限の人的イニシアティブを前提とし、考慮されるべき時間的、場所的、そして、特に人的な条件があるため、「思考しながらの服従」が存在するので「命令の絶対的に完全な具体化」は存在しえない。⁽²⁹⁰⁾ したがって「命令の確定性」は絶対的な限界を持つ。⁽²⁹¹⁾ そして「支配秩序」に不可欠な第一の標識である「決定統一」の存在は、「命令の確定性」という第二のそれにとっても、その前提条件である。

個別化された命令なしには、いかなる支配もありえないのだから、支配者、つまり、歴史的個体的な人間の意志過程によって常に形成される決定統一体なしには、いかなる支配も存在しない。⁽²⁹²⁾ (傍点引用者)。

「支配秩序」にとつての第三の本質的要素は、「命令の規則的な実効性」、つまり「命令」の貫徹可能性 (Durchsetzbarkeit) であり、社会学的に全体として由々しき程度まで服従をあてにできなくなると、支配は消滅する。⁽²⁹⁴⁾ そして「支配秩序」が実効的で決定的であるためには、「現実の支配者」である「命令の決定統一」を、すなわち、「意志の多数性の内部における歴史的個体的な意志と活動の統一」 (eine historisch-individuelle Willens- und Wirkungseinheit innerhalb einer Willensvielfalt) を前提とする。⁽²⁹⁵⁾

支配することは、それゆえ、確定的に命令することであり、拘束力をもって決定することである。だが、決定 (Entscheidung) とは、……人間が念頭に置かれる限り、もっぱら人間の、人格的な判断力の機能 (eine Funktion menschlich-persönlicher Urteilskraft 傍点引用者) である。この事実のうちにこそ、非人格的な自、然の秩序が、最終的に決定の機能を引き受け、えない、決定的な理由がある⁽²⁹⁶⁾ (傍点引用者)。

そして、ヘラーは、他のいかなる「実効的で普遍的な決定統一体」にも服さない「決定統一体」を、「主権的」と呼ぶのである。⁽²⁹⁷⁾

ところが、「支配秩序」についてのこうした洞察は、今日の「形式化された非人格的な法則的世界像」によって曇らされているという。「形式的民主主義」は、「完結した客観的な法律」「法則」「支配」というイデオロギーを普及させることを通して、階級支配という考えを阻もうとしているが、「非人格的な法秩序の観念」の普遍主義的拡張である「形式的イデオロギー」は、法生成 (Rechtwerdung) のためには「個体的決定統一体」(individuelle Entscheidungseinheiten) を必要とするという「実質的な法理念」(eine materielle Rechtsidee) への信仰がなかったからこそ、信仰を獲得できたのだとヘラーは指摘する。⁽²⁹⁸⁾

このような「証拠隠滅」(Verdunkelungen) に対して、押さえねばならない点は、民主政 (Demokratie) においても、あらゆる「支配秩序」におけると同様、「支配者」、つまり「実効的な決定統一体」が不可避的に存在しているという点であり、その理由は、いかなる支配においても、命令や決定の最小限、つまりあらゆる「具体化」に影響を及ぼしながら生き残るに違いない「支配の基本形態」(die Grundgestalt der Herrschaft) は、もっぱら支配者によって決められるからだという。⁽²⁹⁹⁾ 「支配の実在」は、諸機関によって遂行されるべき「具体化」が、支配者によって「個別化」さ

れた命令を、その規則上の限界とすることを条件として生じる。あらゆる支配諸機関の「命令」は、「個体的な決定統一」によつて定められた「基本構造」(Grundstruktur)のうちに示されているから、「命令」は、それ自体何ら新しくも根源的でもなく、何らかの方法で「導出された命令」であり、その「具体化」は、もっぱら命令の「個別化」(Herrschaftsstruktur)のみ把握される。命令内容が民主主義的に服従者たちの意志の一致によつて生ずる場合でも、こうした「支配構造」は常に存在する。そして、支配者による共同体の決定には、社会学的必然として、共同体による支配者の決定が対応しているという⁽³⁰⁾。

しかし、共同体の諸見解が多義的で、動揺を避けえず、共同体の見解として、つまり世論(public opinion)として、一義的な秩序規則を設定しうる「決定統一」が存在しないところこそ、あらゆる困難の原因があるという⁽³¹⁾。

2.3.3. 「支配」と「秩序」の根底にある「意志」

ヘラーは、「支配」と「秩序」の概念化を試みた第2章の最後のところで、「これまでずっと、社会的秩序を個体化する、意志および意志の一致(Willen und Willenseinigungen)について論じてきた」(傍点引用者)と述べ、しかし、今日の通説的法学においては、「徹頭徹尾、現実的に考えられた、こうした意志」から「法」へと至る橋は架けられていない、と述べている⁽³²⁾。この表現の中に、いかにヘラーが、現実的な人間の「意志」から出発して「主権」、「法」という法学上の主要概念へと至る「橋」を架けようとしていたか、という、本書の基本的構想を見出すことができる。

法学は、ケルゼンに限らず、「意欲」(“Wollen”)と「当為」(“Sollen”)の対立の中で立ち往生し、「意志」についての自然科学的な概念が、単に現実心理学的に絶えず変化しながら、法的な「当為命題」の客観的な持続性に対してまったく対立する役割を果たしているという。それゆえにこそ、これまで論じてきた、徹頭徹尾現実的に把握された「意志」概念に、繰り返し立ち返らねばならないとヘラーはいう⁽³³⁾。

「社会的秩序」を一貫して人間の現実の「意志行為」(Willensakte)を通して考察することを試みたヘラーが、その際、基盤とした社会学的認識は、自らの「意志」を別の素材によつて「客観化」する過程、つまり、主観的な体験過程からある特定の意志を分離させ、それを対象として相対的に持続的なものとして客観化する過程⁽³⁴⁾についての認識である。そして注目すべきなのは、「意志」の因果連関から「法」を理解することによつて、ヘラーは決して、「法」を「規範」としては解しえないという結末には陥らなかったという点である。むしろ、この認識によつて、かつて「意志」されたことが、「相対的に持続的客観的なもの」となり、これを「規範」として受け入れる、という、「意志」と「規範」の因果的考察が可能となつたのであり、法を「規範」として理解し、かつ、その「起源」である「意志」から因果的に把握する回路が拓かれたのである。すなわち、因果的考察に徹しつつ、同時に、規範的考察をも不可欠とする「法」の本質に応えようというのである。ここに、ヘラーの思考全体を貫く以下の「弁証法的基調」⁽³⁵⁾を見出すことができる。

法律学的認識を含むすべての認識にとつて、次の原則が妥当する。全体性から部分内容を切り出すことに価値があるためには、切り出された部分を再び全体の脈絡内において見ることでできる能力がなくてはならない、という原則である⁽³⁶⁾。

2.4.4. ヘラーの「法」(Recht) 認識の構造

——「実定法命題」(positive Rechtssätze) と「法原則」(Rechtsgrundsätze)

以上では、「支配」「秩序」「主権」という主要概念が、ヘラーにおいては、一貫して、人間の「意志」を媒介とする因果連関の考察に基づいて獲得された経緯を辿った。では、「法」について、ヘラーはどのような認識構造を持つていたのだろうか。

2. 4. 1. 「法」 (Recht) 概念

本書で「法」 (Recht) と呼ばれるのは「実定法命題」だけだという⁽³⁰⁷⁾。「法」は「共同体権威によって制定された社会的秩序」であり、この秩序は、「意志の担い手の相互に関わり合う行態」、つまり、「社会的行態」を規範的に限界づける。存在するのは、個々に異なつた方向性を持つ複数の「意志の担い手」であり、彼らは自らの社会的行為を、内心の事柄や良心の領域を超えて出て社会的な作用を引き起こす限りで、権威的ルールによって規範的に制限させる⁽³⁰⁸⁾。

「法的関係」とは、それゆえ、決して二個人間の関係ではなく、常に、三項関係 (ein Dreiecksverhältnis) である。少なくとも二人の個人が、自分たちの行為意志 (Handlungswillen) を規範的に拘束している一つのルールである法命題に関わっている。つまり、「間主観的な規範的意志拘束」 (intersubjektive normative Willensbindung) である「法」は、対象としての客観性 (gegenständliche Objektivität) を持つ。ある特定のやり方で精神的な対象として客観化されたものとしての「法」の实在 (Existenz) を、法の妥当性 (Geltung) と呼ぶ。精神的客体化の産物である「法」は、妥当し、實在する限りは、共同体構成員の態度に左右されない。「法」は、こうした妥当性、社会的实在、そして現実性を、時空内に存在する「法共同体」の内部においてのみ、手にするといふ⁽³⁰⁹⁾。

2. 4. 2. 「実定法命題」 (positive Rechtssätze) と「法原則」 (Rechtsgrundsatz)

「法」は、ことごとく具体的共同体に結びついていて、この事実から、さまざまのことが導かれるのであり、何より重要なのは、「法原則」 (Rechtsgrundsätze) と「実定法命題」 (positive Rechtssätze) との間の区別だという。「実定法」は、歴史的で個体的な現実の一断片であるから、「経験的妥当性」 (empirische Geltung) しか持ちえないが、まさにこのことによつて、「法の妥当性」 (Rechtsgeltung) は、普遍妥当的 (allgemeingültig) とみなさねばならない「論理

的命題の妥当性」(Geltung logischer Sätze)から区別されるという。さらに、「法命題」が「意志」に対して適用されるのに対して、「論理的命題」は「認識」に向けられるという。つまり、「法命題」が妥当するのは、それが「真理」と認識されるべきだからではなく、「意志」を拘束するものと承認されるべきだから、なのである。

「実定法」が、時空的共同体に結びついているというヘラーの認識は、「超実定法的な法の諸原則」(überpositive Rechtsgrundsätze)の否定を意味しない。⁽³¹⁰⁾「論理的規則のごとき絶対的で普遍的な客観性をもって意志を拘束する原則」は存在するが、それが「法命題」でも「実定法」でもないだけだとヘラーはいう。⁽³¹¹⁾

法原則は、純粋な法形式(Rechtsform)の構成原理(Konstitutionsprinzipien)であり、法、論理的、妥当性(rechtslogische Geltung)を持つか、あるいは、法内容(Rechtsinhalt)の構築原理(Bauprinzipien)であって人倫的、妥当性を要請する(sittlicher Geltungsanspruch)かのいずれかである。前者は普遍妥当的な(allgemeingültig)ものであり、何ら意志による肯定も必要としないので、あらゆる実定法において効力を持つ。……後者は、原則的には文化圏に制約されている(kulturreisbedingt)。意志による反抗によって、したがって、実定法によっても倫理的法原則(die ethischen Rechtsgrundsätze)は侵害されうる。両法原則とも、実定法に対しては法の可能性であって、実定法だけが法の現実性である。……法原則は、人間に普遍的、あるいは、文化圏を前提とする原基(Wesensanlagen)によって決定づけられた法制度に付加されるが、法命題のうちで効果が現れるのは、その時点における力関係によって決定された法である⁽³¹²⁾(傍点引用者)。

このように「法原則」をヘラーは、「論理的法原則」と「倫理的法原則」という二種類から把握するが、これらの

「法原則」と「実定法」を区別する基準は、「実定法」の「法的確実性」(Rechtsgewißheit)⁽³¹³⁾だという。もし規範が十分に規定されておらず、そこから、対立する人間の行態に関する決定規範が取り出せない場合、「法命題」が存在しているとは言えないという意味で、「十分な個別化」という特質が「実定法」の特徴であり、「法原則」にはこれが欠けているという。

そして、法の「実定性」、「実在」、「妥当性」、「現実性」、これらはすべて、同じ要件事実、つまり、「明確な決定を下す法」にのみ帰属し、そして「法の確実性」は、「具体的で個体的な決定統一」を前提とする、そしてこの「統一」は、ただ「人間の意志」という形態においてのみ私たちに知られる。つまり、「契約」あるいは「支配」による「意志の一致化」(Willensvereinheitlichung)という「意志の個別性」(Willensindividualität)を通じてのみ、「法原則」が「法命題」へと決定され、実定化される。法は、具体的諸主体の「意志決定」(Willensentscheidung)によって定められ、⁽³¹⁵⁾支えられ、無効とされうるものであり、彼らは、精神的に「客体化」された事態を、自分たちへの「規範」として肯定する⁽³¹⁵⁾。

すべての法は、人間の意志的活動性によつてのみ、妥当性、実定性、あるいは実在が確保される。……あらゆる法は、意志過程によつて無効化される。主権的に自己自身を規定する意志が、従来の法を破棄し、それに代えて新たな法を定立するのを、いかなる世俗的権力も阻止しえない⁽³¹⁶⁾（傍点引用者）。

ヘラーによれば、「法の実定性」は、一方では、「法原則」という「理念性」に根拠づけられ、他方、「最終的に決定を下す意志統一」という「事実性」に基礎づけられるのであるから、「超実定法的規範」と「意志の個別性」とが、等しく「実定法」の必要条件である⁽³¹⁷⁾。それゆえ「実定法」の義務づけ力は、「人倫的法原則」の義務づけ能力と、「共同体

權威」の義務づけ能力とから理解されるのであり、「理念性」の方向であれ、「事実性」の方向であれ、一面化してしまうと法的義務の問題は正しく理解されないという³¹⁸⁾。

このように、ヘラーの「主権」および「実定法」の定義は、徹頭徹尾、ケルゼンらの法合理主義に対立して、構成される。すなわち、「權威的な共同体意志」によつて「実定化」された法を実定的と呼び、そして、実定法を最終的に決定する「至高の立法権力」が帰属する「共同意志」を、主権的と呼ぶのである³¹⁹⁾。これは、ヘラー自身が述べているように、至高の立法権力を持つ意志の帰属が認められる「ボダンの主権」であり、³²⁰⁾「主権の本質」は、「法原則」を、共同体が決定する最高の「法命題」へと実定化する能力にこそ認められる³²¹⁾。

これに対して、ケルゼンの法合理主義は、「法の実定性」を、「主権的な意志統一」という事実性³²²⁾に基礎づけることを批判し、「主権的共同体權威の個性性」から「実定性」を解放したがっているという。しかし、ヘラーにとつて、個体的權威の決定による法の実定化というこの「主権」なしには、いかなる「法的確実性」もありえない。司法判断、行政行為、あるいは、法律行為を「法律」に、さらに、「法律」を「憲法」に基礎づける法律学的な推論と帰責は、もしそれが、「国家の主権」と「法の確実性」との間のこうした関係を解消するならば、真空に吸い込まれることは不可避だ、とヘラーは述べる³²³⁾。

2. 4. 3. 「意志」についての哲学的考察

以上において我々は、いかにヘラーが、「主権」および「法」を、人間の現実的な「意志」に基づいて「社会的秩序」の因果連関の中から導き出していたかを跡づけた。では、人間の「意志行為」は、内向的な「意識」や、一見「意志」とは異質な感性的な世界との間でどのように区別されるのか、あるいはまた、ヘラーは「意欲」されたことがいずれ「当為」となるというが、そのプロセスを辿つてやがて「規範」となる「意志」は、他の「意志」からいかにして区

別されうるのだろうか。こうした問題を、つまり、社会学や法律学が前提としうる「意志」についての哲学的考察を、「意志」(Wille)と「意味」(Sinn)の関連づけという文化哲学的方法によってヘラーは試みている。

そもそも、国家学と主権ドグマの危機は、その精神的状況全体の危機からの帰結であり、今日の理論が矛盾なく構成できないのは、その「哲学的認識論」のゆえだとヘラーはいう。そこで根本的問題は、いかなる方法によって、現実の人民意志と実定的な国家命令との結びつきを許容し、同様に、機関の心理学的で経験的な意志と規範的権限との結びつきを許容しうるのか、だという⁽³²⁾。

まずヘラーは、国家と法の問題、特殊的には主権の問題は、「意志」と「規範」、「存在」と「当為」の結びつきの問題だという。イエリネク、ケルゼンは、両者の結びつきは非合理そのものだという理由で、自然と精神、意志と規範の間の「架橋しえない対立」を出発点とした⁽³³⁾。もし、価値盲目的な自然の帝国と、価値を持った精神の帝国という概念が、弁証法的に二分された統一体について論じていると意識されている限りは、方法論的に相対的な正当な対立だという。しかし実際には、自然と精神との「架橋しえない対立」が、この世界を「二つの部分に分裂させる二元論」にまで進み、彼方には「純粋な精神と理想的当為」、此方には、ただ存在しているもの、「完全に意味もなく責任能力もない純粹に因果的な存在の現実性の混沌」がある。この「存在の現実性」には、いかなる社会学的帰責もなく、社会学的な統一体としての国家などありえない。この思考形式によって一九世紀の国家学が構成されていることは、その時代には自明だったという⁽³⁴⁾。

しかしその間にも、心理学、社会学は別の道を辿り、「哲学」においては、フッサール、リッケルト、ジンメルというさまざまな方向を行く研究者が、デイルタイの弟子筋に当たるシュブランガー、リット、フライヤーと出会ったのだが、それは、際立った「二元論」を徹底的に克服するのに適した「意味」の領域、すなわち、「意義あるものの領域」を承認すること(Anerkennung einer Sphäre des 'Sinnes', der Bedeutungen)においてだったという⁽³⁵⁾(傍点引用者)。法

律学者は、同時代的な思考の所産に目もくれないので、法が、「意味の領域」(Sphäre des Sinnes)の中に自らにふさわしい場所を見つけることはない疑わぬが、今やそうした怠慢は許されない、とヘラーはいう。⁽³²⁸⁾

確かに自然科学的で心理学的な、「意味から自由な意志概念」(sinnfreier Willensbegriff)は、社会学的にせよ、法学的にせよ、「帰責能力のない」無意味な世界しか構成することができないとヘラーは認める。しかしだからといって、ケルゼンのように、「意志概念を修正する代わりに、それを簡単に消去し、いかなる意志もないのだから帰責もない」という「悪い意味で神秘的な存在と当為の並行論」は誤りだと批判する。⁽³²⁹⁾確かに、社会学、法学は、「心的動因」(psychischen Antrieb)つまり刺激伝達(Innervation)としての「意志」には関心を持たないと一義的に確証されなければ、「意志」と「規範」、国家と法の関係を説明しえない。そこで、社会学、法学が問題としうる「意志」を、ヘラーはリット(Theodor Litt)から引き出す。

社会的に関係づけられている行態(gesellschaftlich bezogenem Verhalten)という意味での意志、すなわち記号を介して伝えられる行態の意味での意志、そして、意味のある意志(ein sinnhafter Wille)‘すなわち「何事か」を意味する(‘etwas’ bedeuten)行態、これらだけが人間社会のあらゆる学問にとって考慮される。⁽³³⁰⁾問題になるのは、個人が自分だけを、つまり自分の主観的な心の状態だけを記号を介して表現するような行態様式(Verhaltensweisen)ではない。ひたすら因果的現実性にしか存在しない過程(Vorgänge)であり、あるいは、対象的意義(gegenständliche Bedeutung)‘間主観的意味(ein intersubjektiver Sinn)を持ち、主観的な体験過程から切り離された何らかのものへの指示(Hinweis)を含む記号(Zeichen)である。⁽³³¹⁾

たとえば、ジンメルによれば、⁽³³²⁾イスを勧めるような態度は、心理外にある理念的なものをその内に共存させている

ので、「理念への転換」がなされているという⁽³³⁾。このように「意味を持つ行態」(sinthafes Verhalten)は、自然の現実性の中に手を入れるが、入れると同時にそれを超えてゆき、まさにそれが「理解」される、(verstanden wird) ことによつて自我の孤立を止揚するという(傍点引用者)。こうして、人間社会の第一前提である「意味における一致」(die Einigung im Sinne)も創造される⁽³⁴⁾。

具象的な記号 (Zeichen) によつて設定された意味 (Sinn) は、相対的に客観的な独自の存立をし、いかなる精神物理的現実性をも度外視して、示され、理解されう、という事実⁽³⁵⁾にこそ、客観的規範と主観的で心理学的な現実性との正当な対立が、したがつてあらゆる法律学が基づいている(傍点引用者)。

そして法律家の仕事は、人間の共同生活の秩序にとつて重要な行態様式から、「法」として妥当する意味内実 (Sinngehalte) あるいは、意義 (Bedeutung) をえり抜き、それを解釈し体系づけるところにある。

ここでも、記号と意味、自然と精神、形式と内容、意志行為と規範の区別を絶対化する法律学は、袋小路に入り込むとヘラーは注意を喚起する。なぜなら、人間個人は、感性的現実 (eine sinnliche Wirklichkeit) に組み込まれており、その中でこそ精神となる、同様に、記号と意味の双方は、非感性的な全体と並んで感性的全体を、つまり我々が一瞥で (uno intuitu) 捉える感性和意味との弁証法的統一を構成する(強調ヘラー)。こうした意味の記号への依存、および、内実と形態 (Gehalt und Gestalt) 内容と形式 (Inhalt und Form) の内的繋がりを洞察しなければ、結局、ケルゼンのように、理念的客観性と因果的客観性との理解不能の並行状態に到達するという⁽³⁶⁾。社会の現実性の問題は、存在と当為、行為と行為の意味との分裂を伴った平板な「観念論」、非弁証法的な自然・精神の「二元論」では把握できないの

であり、現実性と妥当性との固有の結びつきを、弁証法的に二分する統一性と現実性として捉えて初めて、法学の高い要求を満たすことができるという。⁽³³⁷⁾

「個別的な文化様態 (Kulturdasein) に条件づけられた内部での、この規則的な意味のある行態 (regelmäßiger sinnhafter Verhalten) の客観的相関物」として、ヘラーは、言語、芸術を客観的に捉えることが可能となるという。そして、人間間の相互関係と世代の継起によって形成された、こうした「意味内実」 (Sinngehalte) に、慣習や法のような客観的社会秩序も含まれるという。⁽³³⁸⁾

法とは、……意味を持つ、客観的規範 (sinnhaltige objective Norm) であり、意味を持ちつつ (sinnhaft) 法効果へと向けられる人間の意志行為 (menschliche Willensakte) によって設定され、支えられ、そして無効にされる⁽³³⁹⁾ (傍点引用者)。

こうして我々は、法 (das Recht) を、形を与えられた意味内実 (geformter Sinngehalt) として理解する。⁽³⁴⁰⁾

我々は、数千年にわたって培われた言語や法という形式世界 (Formenwelt) を眼前にしているが、個々の実現行為はこの世界へと流れ込み、この世界がこの行為を形成し、同時に、この行為もまたこの世界の形式に貢献する⁽³⁴¹⁾ という。伝統と革命の中で維持され、新たに形成されてきたこの形式世界は、個々人や個々の世代に対する相対的客観性にもかかわらず、その時々の一時的な実現行為によって担われ、決定されてきたのであり、つまるところ、「これ『形式世界』は、その妥当性を、法原則に関連づけられた意志行為 (den auf Rechtsgrundsätze bezogenen Willensakten) からしか得ていない」という⁽³⁴²⁾ (傍点引用者)。

2. 5. シュミットの独裁論への論及

『主権論』の第四章でヘラーはシュミットの独裁論、主権論に言及する。⁽³⁴³⁾至高の諸法命題を実定化しうる、一方で「現実的な意志主体」であるとともに、他方、「独立した権威」である主権「主体」が不可欠とされる国法学において、これらの特徴を備えた「主体」は、わが国の今日の国家論には存在しない、とヘラーは述べる。⁽³⁴⁴⁾しかしシュミットの理論は、「意志を備えた主体を代用することによって主権理論を再生させる唯一の極めて意義のある試み」、そして、「擬制された国家主権を、国家機関の主権によって代置し」、「脱人格化された形式民主主義に、統一性と主権的意志を与えようとする試み」だとヘラーは位置づけ、高く評価する。通説に対するシュミットの批判は、「合理主義的な法律〔法則〕信仰に決断主義を突きつけることによって、それらの理論が法律学上無能力であることの根を暴き出した」点で、「疑いの余地なく決定的」であり、「さまざまの観点から見てモデルケースとなった」とヘラーは述べるが、しかし同時に、彼の主権構成は、「その国際法の認識不足をおお目に見るとしても、それ自体、矛盾だらけで維持できるものではない」、と退ける。⁽³⁴⁵⁾

ヘラーが問題にするのは四つの点だが、中でも重要なのは、第二、第四の点である。第一に、階級闘争によって分裂する国家は「絶え間ない例外状況にあり、その法は最後の要素に至るまで例外法 (Ausnahmerecht) であらざるを得ない」とシュミットが述べている点に関して、⁽³⁴⁶⁾法学者であれば、「例外状況と法的に形式化された通常状況との間に区別を設けたいという欲求」は当然だ、と述べ、危機状況にある国家の法全体を「例外法」と位置づける点に疑問を呈する。⁽³⁴⁹⁾

第二に、「例外状況を制する者は、それゆえ、国家を制する」とシュミットはいう、では今日の法治国家において、「例外状態を支配する者」とは誰なのかという問いが当然生ずるが、この問いに対してシュミットはこれまで明白な答

えを回避している、とヘラーは指摘する⁽³³⁹⁾。最近の第48条解釈をめぐるアンシュッツ批判の中でも、シュミットは「通常の規定された諸権限の体系からこぼれ落ちた行為」を、「例外的に、『主権権力によつて』引き受けうる『決定機関』が必ずなければならぬ」と述べながらも、ヴァイマル憲法によれば、誰がこの主権行為を引き受けるといふ難問への答をシュミットは留保していると指摘しつつ、しかし、シュミットがライヒ大統領を想定しているのは明らかだとヘラーはいう⁽³⁴²⁾。そうした場合、シュミットの見解は、実定法にも、委任独裁者と主権独裁者との間の彼固有の区別にも矛盾する⁽³³³⁾。というのは、『独裁』においてシュミットは、第48条は「明らかな委任独裁の例」だと述べている⁽³⁴⁴⁾。「大統領の独裁」は「委任」によるとしながら、同時に、大統領は「主権行為」を引き受けることを許された決定機関だと主張することはできないはずだ、とヘラーは指摘する⁽³³⁵⁾。シュミットのこの点をめぐる「矛盾」を突くヘラーの批判こそが、シュミットの主権論、独裁論の本質的問題性を言い当てたものと言えよう。この「矛盾」に、『独裁』における「行動委任」としての「独裁」概念からの「逸脱」の「根」は存したのである。

第三に、ヘラーは、「法学にとつての例外状況は、いわば神学にとつての奇跡 (das Wunder) と類似の意義を持つ⁽³⁵⁶⁾」という、ドノソ・コルテスに依拠したシュミットの政治神学に対して、たとえばシュライエルマッハーによれば、神は「本質的に奇跡を自由に操るだけではなく、法則的な全関連の中でこそ効果を現すのであり、この「法則的な」関連はその侵犯に劣らず奇跡的だ⁽³⁵⁷⁾」と応じている。

ヘラーが問題とする第四の点は、シュミットのボダン解釈に関わる。ヘラーによれば、「シュミットは、主権と例外状況との概念的な関連についてボダンに依拠している点で断じて誤っている⁽³⁵⁸⁾」という。ボダンは、主権の最も重要なメルクマールを立法権に見出していた、とヘラーは再度強調する⁽³⁵⁹⁾。法律が、時に変更され、通常の官憲が非常時の「後見人」に取って代わられざるを得ない場合があることをボダンが認めていたのは確かだが、しかし、「主権者は、永久の力 (perpetua potestas 強調ヘラー) であり、かつ、そうあり続けなければならず、かつ、まさにこの継

統性⁽²⁹⁾という性質 (Eigenschaft der Dauer) がかの独裁者には欠けているがゆえに、ボダン⁽³⁰⁾は、シュミットも詳細に引用した『国家論』の中で、とりわけ力強く、そして多くの例を用いて、独裁者⁽³¹⁾に對して主權の性質を否定したのだ⁽³²⁾、と指摘する。

独裁者の權限は永続的でなく、かつ、派生的なものであるがゆえに、主權者ではない、主權の性質はその永続性と至高性にある、というボダンの概念構成を、シュミット自身、『独裁』の中で明確に認めている⁽³³⁾。さらに、シュミットは、「法によつては規律されない場合に決定を下すのは誰か、という問いが、主權とは何かという問いだ」、あるいは、「主權者とは、例外状態で決断する者」という定式化それ自体において、ボダンを呼び出しているわけではない。その意味では、「主權と例外状況との概念的な関連についてボダンに依拠している点でシュミットは誤っている」というヘラーの批判は、厳密とは言えない。むしろヘラーの批判の意図は、シュミットが、一方では、ボダンに依拠しながら主權の永続的性質と、それゆえ、正常状態への復帰を「委任」された例外状況のもとでの独裁官の非主權性を区別しておきながら、他方で、例外状況下で、法に縛られることなく決断することなく決断する者にこそ、かつ、その者にのみ主權が帰すると述べるこ⁽³⁴⁾とによつて、つまり、例外状況下での決断と主權とを無媒介に結びつける点において、結果としてシュミットは、ボダンの永続性を本質とする立法權としての主權概念からは離反している、という主旨であろう。ヘラーにとつては、「立法權」にその本質を見る「主權」概念こそがボダンの主權論の要諦であつただけに、この「矛盾」を見逃すことはできなかっただろう。

いずれにしても、以上の点からシュミットの主權定義は維持不可能と断ずるが、にもかかわらず、主權問題を、意志個性性による決断の問題として提起したという「偉大な功績」(das große Verdienst) が認められねばならないとヘラーは述べる⁽³⁵⁾。しかしながら、「ケルゼンに代表される」純粹法学の難点は、実定法にとつて個体的決定が有する本質的な重要性を見落としている点にあり、「シュミットに特徴的な」機関主權の難点は、主權者の意志個性性のために、法律

に帰せられている決定的役割を誤認している点にある、と、双方の問題点を指摘することを忘れてはいない⁽³⁶⁵⁾（傍点引用者）。

2. 6. 人間の「意志行為」の倫理的および政治的評価

『主権論』最終章の末尾において、ヘラーは、「倫理を法化し、法を道徳化する」と、それによって「法の圏域と倫理的世界という二つの領域はともに犯される」、さらに、「法の固有法則性と相対的自律性を誤認すると主権問題の誤認がもたらされる」と指摘し、「人倫的命令」の妥当性と「法的命令」の妥当性の根源的な相違について述べている⁽³⁶⁴⁾。たとえば、両者の混濁は、「国際法における世界国家の父（*der Vater der civitas maxima*）」（強調ヘラー）であるクリスチャン・ヴォルフが、「各々の民族は、他の民族が敵意を持っていたとしても、この民族に好意を示し、自分自身のように愛さなくてはならない」と述べていた点に見出されるという。

こうしたキリスト教の人類愛の命令を真摯に捉え、かつ、情緒化しない者のみが、この命令が我々を決断（*Entscheidung*）の前に立たせることを知るが、我々は、聖人であつても、決してこの命令を果たしてはいないことを、それどころかそれに反しさえしていることを知っている。つまり、「人倫的命令」（*das sittliche Gebot*）は、「私たちがそれを果たしていないという事実と関わりなく、妥当するが、これに対して「法的命令」（*das Rechtsgebot*）の妥当性は、規則的な遵守がある場合にのみ可能であり、法は、法的安定性（*Rechtssicherheit*）の一定最小限を必要とする⁽³⁶⁵⁾。人倫的な決断は何ら現世的な保証を知らず（*keine irdische Sekurität*）、それは、最も深いところで揺さぶられている不確実性である。自ら決断する前に、自分の上に恩寵によって（*gnädig*）決定が下されていると信じる者にだけ、超現世的な恩寵（*die überirdische Gnade*）の中にのみ確かさがある。しかしこの究極的な確かさは、最も個人的な信仰厚き魂（*die höchstindividuelle gläubige Seele*）にあってのみ存在する⁽³⁶⁶⁾。

「法の安定性」は、これとは違い、現世的で計算可能でなければならず、「間主観的な規範的意志結合の安定性」であつて、もし秩序ある共同生活が存在すべきなら、私たちが領域社会的共同作業の統一にとつて不可欠の問題について個人的に決断する前に、権威的な共同体意志 (autoritärer Gemeinschaftswillen) によつて有効に決定がなされないなければならない。国家が最高の権威でないのは至極当然であるが、しかし国家は「最高の法的権威」 (höchste Rechtsautorität) である、つまり、「法の安定性」は、主権的であり、自らの領域で「決定を下し活動する潜在的に普遍的な統一⁽³⁶⁾」を必要とする (傍点引用者)。

近世の自然法とは世俗化された神学であり、自然の秩序であつたが、これは、我々から、人倫的な決断の責任と法的なそれとを、つまり罪の自覚を取り去らんとしたとヘラーはいう。自然の秩序は、キリスト教の恩寵の代用品であり、数学的確実性をもつて社会組織的な保証を供するのに適していたし、現に、キリスト教の遺産の中身で満たされ、一定の内容を持つ法的要請を含んでいた限りでは、これへの信仰は持ちこたえていた、しかし今、我々に欠けているのは、父祖の時代の市民的な安定性を決定づけていた、こうした「法原則」による保証だとヘラーはいう。最後に、ヘラーは次の言葉をもつて本書を結んでいる。

我々は社会を組織するうえで、命を脅かす決断の前に立たされており、この決断がどんな結果になるかはわからない。それが間主観的な規範的意志結合、つまり、実定法になるべきなら、主権的國家の決定でなければならない。決断の二者択一から我々を免れさせるなど、永遠に、自然の秩序にはできない。人間の意志行為 (menschliche Willensakte) が國家を構成する限り、この意志行為は繰り返し法命題 (Rechtsätze) を主権的に破壊し、それによつて、法原則 (Rechtsgrundsätze) を犯すこともあれば、これを勝利へと導くこともあるだろう⁽³⁶⁾ (傍点引用者)。

3. ヘラーの「法廷弁論」再考

ここまでの我々の考察は、ヘラーが「プロイセン対ライヒ」裁判において示した一貫した立場、すなわち、七月二〇日の大統領命令に基づくライヒ政府の一連の政治的行為の「真の政治的動機／意図」は何かという点の解明を追求し続けた根本姿勢の背後に、学問的理論的になかなる世界、いかなる議論連環があつたのかという問いを出発点としていた。ヘラーは、七月二〇日の大統領緊急令によつてライヒ政府が政治的に狙つたことが、「公共の安全と秩序の再建」という「憲法」に即して第48条に許されていた本来の「目的」とは異なる「動機」によるのではないか、という点を問題とし続けた。そして、真の「政治的動機」は、パーペンとヒットラーとの「密約」にあると実証すべく、証拠文書を提出し、証人喚問を次々と要求した。

こうした点ばかりではなく、たとえば、緊急時の政府の裁量行為には、「主観的善意」のみで足りるとするライヒ側の主張に対して、ヘラーは、それでは足りず、「主観的善意」の存在は客観的にも示される必要がある、と食い下がった。このように、政治的「行為」の動因としての政治的「意図」「動機」「意志」の内実の明確化、客観化という一点に固執し続けたヘラーの姿勢が、「法廷」での「弁論」の至る所に見出されたのである。そこで、ヘラーの実践的政治的行為において展開された議論の中で、為政者の真の狙い、政治的「意志」の内実の明確化へと収斂してゆく、こうした「切り口」を「導きの糸」としながら、我々は、「弁論」での基本的視角へと繋がる議論連環を、それまでのヘラーの学問的理論的著作の中に探ってきたのである。これらの考察の中から、重要な点として五つの点を指摘し、「法廷弁論」におけるヘラーの主張の意味を改めて考えてみたい。

3. 1. 「意志共同体および価値共同体」と「意志内実」(Willensgehalt)

初めに我々は、ワイマール末期の「憲法改正」論議の中で、ライヒ政府の権威の強化を骨子とする「權威的国家」形成のための「憲法改正」を支持するという、ヘラーの現実的な柔軟性を垣間見せる議論を跡づけた。極度の緊張に達していた「危機」の克服のために、ヘラーは、積極的に歓迎するわけではないにしても、やむを得ぬ選択肢として、ライヒ政府の権限を強化するのにやぶさかではなかったのである。こうしたヘラーの選択を促した根源的な認識が、「意志共同体および価値共同体」の喪失という現状への厳しい認識であった。

では、ヘラーにとって、「意志共同体および価値共同体」の喪失という事態は、いかなる意味を持つものであったのだろうか。この経緯を、我々は、『ヨーロッパとファシズム』の中に確かめることができた。ヘラーにとって、「意志共同体および価値共同体」の喪失という事態は、政治的「形態」(Gestalt)を形作る、その基底にあるものとしての政治的「内実」(Gehalte)、すなわち、「共通の意志内実」(gemeinsame Willensgehalte)の喪失を意味したのである。それゆえ、民主政、議會制という政治的「形態」や「形式」それ自体を「改革」する必要もあるとはいえ、それ以上に、ヘラーにとって重要な点は、「形態」を形作る、あるいは、破壊して別の「形態」を生み出す「内実」の把握と探究に向けられた。政治的形態の解体をもたらそうとしている精神史的根源は何か、何が「ファシズム独裁」へと人々を駆り立てるのか、そして、真に「危機」を打破するために必要とされる新しい「内実」がどこに見出されるのか、こうした「意志内実」と、その根源的基盤たる「価値内実」の模索という観点が、『ヨーロッパとファシズム』を一貫していたのである。

しかし、『ヨーロッパとファシズム』におけるヘラーの議論の狙いは、「ファシズム」は、実は何の「内実」も持ちあわせてはいないという点の暴露にあり、政治的形態を機能させるに足る「内実」がどこに求められるのかを示すことは

なかった。そして、むしろこれに先立つ、「主権」概念をめぐる国法学的な体系的叙述の中で、我々はこれを手にすることができたのである。

3.2. 「価値内実」としての「倫理的法原則」と「共通の意志内実」を可能にする「意味の領域」

ヘラーにとつての「価値内実」、それは、ボダンの「主権」概念の考察の中から、自らの法律学的概念構成へと取り入れた、「実定法命題」から区別されたものとしての「法原則」であった。ヘラーは、二種類の「法原則」を区別し、法論理的妥当性を持つ、純粋な法形式の構成原理である「論理的法原則」と、そして、文化圏と密接に結びつきつつ、これに規定されているものとしての「倫理的法原則」を示した。この「倫理的法原則」の実体をヘラーは詳細に述べてはいないが、ヘラーにとつて、西欧文化圏におけるそれは、「自由」、「平等」を主要な内容とするキリスト教遺産に満たされた自然の秩序である。こうした「法原則」の中から、「法命題」へと実定化させるもの、それこそが、歴史的個体的存在としての人間の「意志行為」だとされたのである。

「人間の意志」は、「実定法命題」を作ることとも破壊することもあり、それによつて「法原則」に反することもあれば、これを勝利へと導くこともある。そうした「不確実性」の中にありながらも、人間の「意志」が決定を担う。このように、「共通の意志内実」の形成の基盤として位置づけられた「価値内実」とは、ヘラーにおいては「倫理的法原則」だった。

しかしより重要な点は、「倫理的法原則」から「価値共同体」や「意志共同体」が直接的に導かれたわけではなかった、という点である。「倫理的法原則」という「価値」に基づいた「意志行為」を通しての共同体形成を、無媒介に想定し、これを一般化するならば、個別意志が自由に「法原則」の中から何らかの「価値」を選択したとしても、それが、真に「倫理的法原則」の一契機なのかという点を、結局、誰が決めるのかというシュミットの提起する問題へ行き

着き、その「意志」は「恣意」に転ずることも、さらには、「価値の専制」の正当化という役割を担うこともありうるだろう。

ヘラーは、一方で、文化圏に固有の「倫理的法原則」が存在する、と述べつつ、同時に他方で、そこから「法命題」へと実定化する「決断」を担う「意志行為」を通して、「倫理的法原則」の一契機が共有されるまでのプロセスを、文化哲学上の「発見」をもって掘り下げて考え抜いた。そしてこのプロセスの中に、「存在」と「当為」を弁証法的に統一的に把握しようものとしての「意味の領域」(Sphäre des Sinnes)を置いたのである。文化圏に固有の「価値内実」の宝庫たる「倫理的法原則」に基づきながら、「意志」によって実定化されるのは、内面的主観的な世界において価値と認められた何らかのものが、主観的体験世界を超え出て、示され、理解されることによって、自我の孤立を止揚し、そこに形成される「意味における一致」(die Einigung im Sinne)という「共通の意志内実」なのである。こうしたプロセスを経て創造された「意味における一致」は、相対的に客観的な独自の存在となり、やがて「規範」として受容され「間主観的規範」となる、ヘラーはそのように考えた⁽³⁶⁾。

ヘラーによって、「意志」から「意味の領域」を経て「法」へと架けられたこうした「橋」を理解するとき、ヘラーのいう「意志と価値の共同体」という「社会的同質性」⁽³⁷⁾は、人種的「同種性」とも無縁であり、かつ、「強制的画一化」とはさらに隔絶した、異質なものであったことが承認される。それは、徹頭徹尾、創造され続ける、したがって人為的な境界線を持たないものとしての文化的概念であり、端的に、人間と人間の間の「示し、理解する」という意味での「意志行為」にのみ依拠するものであるがゆえに、前提として存在する所与の文化的伝統すらも絶対的拘束性は持たない。なぜなら、所与としての過去の「伝統」に対する新しい「理解」を共有するという未来へ拓かれた可能性を、常に伴いうるものだからである。すなわち、文化規定的なものであり、かつ、未来形成的なものである。ここに、ヘラーから導かれる、多様性に開かれた「社会的同質性」が、シュミットも同様に追究した「社会的同質性」とは、まっ

たく異質なものであることが明らかなのである。

「倫理的法原則」は、原則的には「文化圏」に規定された、その意味で相対的なものであるとヘラーは述べて、同時に、あらゆる「文化圏」によつて承認されれば、普遍的妥当性を持ちうると述べた。「文化」における「行為」は、たとえば音楽が国境を越えて多様な人々に受け容れられうるように、さまざまな境界線を無限に変化させ続けてゆく可能性を秘めている。感性的、非感性的世界の両方に根を下ろしている、そうした「文化の営み」の中で無限に繰り返される、人と人との間の「意味の領域」における「意味の一致」を形成する「行為」、こうしたものに、ヘラーは、法命題実定化の根としての「価値内実」発祥の地を見出したのである。

もちろん「文化領域」における「意味の一致」がただちに「実定法」となるわけではない。しかし、主観を超え出る「意志」が人々に「理解される」ことによつて、「意味の一致」が形成され、これが相対的に客観的なものとして徐々に「規範」として受け容れられるようになるプロセスの途上において、かつ、その途上においてこそ、最終的な「実定法」の決定が可能となる、そうしたものとして「法」を解するとき、その立法権力こそが主権であるという、ヘラーの、ボダンから受容した主権概念によつて、人々に主権が存在するというこの意味も、あらゆる抽象化や擬制から解放されて理解されうるのではないだろうか。

3. 3. 「独裁」における「政治的な基本決定」

以上の「意志」をめぐる議論連環において、『ヨーロッパとファシズム』と『主権論』を考察することを通して、端的に、次のようにも言うことができるだろう。ヘラーは、『ヨーロッパとファシズム』では、「実証主義」の法則思考と「ファシズム独裁」の精神的温床であるパレートによる「イデオロギー論」が、若者の「政治的意志の麻痺」をもたらした点を、そして、『主権論』では、「国家意志」の喪失がもたらされている点を批判し、ともに、「意志」の喪失を問

題としていた。政治的世界において、「意志」が曖昧化され、失われることの危険性について、ヘラーは警鐘を鳴らしているのである。「政治的意志」の形成と明確化、客観化という課題を、ヘラーは、若者をはじめ、労働者をも含む国民すべてに対して、そして同時に支配者の側に対して、同様に求めている。

『ヨーロッパとファシズム』の中でヘラーは、「独裁」を良くも悪くもあると述べ、それ自体としては、これを否定していない。むしろそこで彼が問題として重視したのは、その「独裁」において、いかなる「政治的な基本決定」のために命令が下されているのか、具体的な歴史的状況のもとで独裁者が手にする「具体的内容」は何か、そして、この「基本決定」に対して、「独裁」は歴史的社会的に即応した手段なのかという点であった。

ヘラーにとっては、「独裁」がそれ自体として悪なものではなく、一選択肢としての「独裁」という政治的制度が、具体的状況の中で、いかなる「政治的な基本決定」に基づくのかという点こそが、重要であった。換言すれば、決定的な問題は、「独裁」を誰が担うか、ではなく、誰が担うにしても、いかなる「政治的な基本決定」のもとで担われるかという点にあったのである。

こうしてみると、ヘラーが、七月二〇日の大統領命令の「政治的動機」あるいは、「政治的意図」の解明を執拗なまでに追及したことは、まさしく、その「政治的な基本決定」の「内実」が何かを明らかにすることを求め、いかなる「基本決定」のゆえに、これだけ過大な命令が下されているのか、「憲法」に即した「目的」としての本来の「基本決定」とは異なる「決定」がその根底にあるのではないか、という点を、執拗に、あくまでも明確にしようとする試みであったと解することができる。

そしてまた、ここでヘラーが述べる「独裁」命令が仕えるべき「政治的な基本決定」とは、シュミットの「行動委任」としての「委任独裁」における、「委任行動」の「目的」に対応するものであった。シュミットにおいては、既に見たように、「委任独裁の Aktionskommissar としての大統領のもとでの行政国家」の構想の中で、その「行動委

任」を規定する「目的」の視点が後退し、消え去ったのであったが、「法廷」でヘラーが追究し続けた「政治的基本決定」の明確化は、まさに、シュミットのいうところの「行動委任」としての「独裁」を粹づけする、「委任、行動の目的」の明確化、客観化だったのだ、とも言うことができる。

ヘラーが、いかなる政治的「動機」(Motiv)、「意図」(Absicht)のゆえに大統領命令が下されたのかを、不可解なほどに、この一点のみを集中的に追及し続けたことの意味は、まさに、失われつつあった「意志共同体および価値共同体」が、これによって完全に崩壊するとの危機感のゆえであっただろう。なぜなら、「独裁権」の行使の際の、「憲法」に即した「目的」とは、つまり、ワイマール憲法に「実定化」された「共通の意志内実」としての「政治的基本決定」であり、これが、いとも容易く葬られることになれば、それはヘラーにとっては、既に失われつつある「意志共同体」に対して最後のとどめを刺すことを意味するに等しかったであろうからである。

3. 4. ボダンの「主権」概念受容の意味

シュミットの「独裁」は、究極において「決断」を一人に委ね、かつ、「決断」の「内容」ではなく「決断」それ自体を意味するものに転換したが、まさにその地点で、ヘラーは「決断」を下す人間の「意志」に支点を置くことによつて、その「政治的意志」の「内実」を問題化し続ける足場を手放すことはなかった。そうした分岐点へと導いた源泉に横たわっていたのが、両者のボダン受容における、ボダンの「主権」概念解釈の相違であると言えることができるだろう。

ボダンの「主権」概念から自らの法律学的構成へと取り入れた「倫理的法原則」という「価値内実」は、ヘラーにとつて、常に、「政治的基本決定」を下す「意志行為」を拘束すべきものであり続けた。それゆえ、「政治的基本決定」の「内実」を問題化し続けると同時に、それを、さらに深い次元から方向づけるものとしての「価値内実」が何である

のかを問う視点を持ち続けていた。それゆえ、「憲法」が定める「目的」から逸脱した「政治的基本決定」の背後に、これを方向づける何らかの基盤があるはずだという政治的洞察、ヒットラーとの政治的「密約」の存在が、一連の拡大され続ける「独裁権」行使の「根」ではないかという政治的洞察が生まれたものではなかっただろうか。この点を暴くべく、「事件」から「法廷」までの短期間に、「事件」直前の「書簡」や「文書」の入手を試み、さらに「書簡」の発信人であるグライヒェンとも直接接触して「言質」を取り付け、あらゆる努力を払って「証拠」の収集に奔走したのである。それゆえ、ヘラーが「法廷」で繰り返し突きつけた一連の証人喚問要請それ自体は、法解釈という観点から見れば考察の対象となりにくいものだが、それは単なるエピソードではなく、ヘラーにとつての本質的・要求であり、さらに言うならば、召喚が実現されることこそが、それによって何らかのヒットラーの政治的介入の存否が解明されることこそが、ヘラーにとつて「法廷闘争」を闘う意味のすべてであつたとすら考えうるだろう。ヘラーは、何が何でも、パーペンとヒットラーとの政治的「密約」こそが、証明され、かつ、排除されるべき「政治的意志」、「政治的基本決定」だと主張せざるを得なかったのではないだろうか。^(通)

3. 5. 「人間意志」の法学

「法廷弁論」におけるヘラーの主張と「基本的視角」を「切り口」としながら、これへと繋がる学問的理論的な議論連環を模索してきた本節の考察を閉じるに当たって、ここで、何よりもはっきりと示された点として最も強調されなければならない点は、以下の点である。すなわち、「7月20日事件」における一連の政治的行為を規定したライヒ政府側の「政治的意図」(Absicht)あるいは「政治的動機」(Motiv)の解明を求め続けた「法廷」におけるヘラーの姿勢の中には、「主権」および「法」を、徹頭徹尾、人間の「意志行為」によって産み出され、構成され、あるいは、破壊されもするものとして考え抜いた、学問的理論的営みにおけるヘラーの学問態度との間に、人間の現実の意志の「内実」

から出発し、そこへ繰り返し立ち返るということにおける、見事なまでに鮮やかな相関性が見出されたという点である。その意味で、「法廷闘争」というプリズムを通してここで垣間見たヘラーの学問世界は、「人間意志の法学」と評しても過言ではないのではないだろうか。

そして、「人間の意志」が、常に「不確実性」の中に留まり続けるものであることを知りつつも、にもかかわらず、ヘラーが、「人間の意志」を一貫して「政治社会」の中心に据えて考え抜いたことの中には、一方には、法則・支配の計算的客観的理性の「実証主義」、他方には、非合理的暴力を賛美する「生の哲学」という、双方向からの、「人間の意志」の「埋葬」に対して敢然と抗する、両面作戦を戦いながらそれらを跳ね返す抗争的意味が込められていたのである。それはまた、この二つの思想的傾向の攻勢がもたらした、蔓延する「政治的意志の麻痺」状態の中から、「政治的意志」を持つ「人間主体」を立ち上げつつ、同時に、政治的領域において「意志」が曖昧化され、見失われることの危険性に対して警鐘を鳴らし続ける営みでもあったのである。

何よりも、ヘラーにとつての「意志行為」とは、「決断」し「判断」する、その「責任」を伴う「行為」であつたが、同時に、「示され」た「意志」を「理解」し、そこに「意味の一致」を認めて「共通の意志内実」を「形成」してゆく「行為」でもあつた。「危機」においても、「平和」な中にあつても、常に、問われているのは、人間が何を「意志」するかである、この極めて単純な一点に、ヘラーはすべてを込めて立ち続けていたように思われる。

第4節 シュミットとヘラー——ボダン解釈をめぐる

以上において、「プロイセン対ライヒ」裁判におけるシュミットとヘラーの「法廷弁論」における「基本的視角」を「切り口」としてそれぞれの学問的理論的世界の中に、それぞれの主張の「骨格」を形作るものとしての学問的理論的モチーフを探り求めるという我々の考察は、一応の「結論」に到達し、本稿における考察は、そのもともとの「目的」を達成したので、ここで終結すべきところである。ここまでの考察を通して、「法廷弁論」というプリズムを介し、そこへと繋がっているさまざまな議論連環が見出されたのであるから、あるいは、その中におけるそれぞれの契機を「切り口」としながら、シュミットとヘラーを対比的に論じることを行なえば、不十分という謗りを免れないようにも思われる。

しかしここでの議論の出発点であった「前提」は、あくまで「プロイセン対ライヒ」裁判における「法廷弁論」という極めて限定的な素材であり、かつまた、そこでの「弁論」の「意味」を解するため、という限られた狙いに添って適切的な諸文献のみを考察の対象として論じられてきた——つまり、「弁論」から出発し「弁論」へと返ってゆく限定された考察であった——のであるから、シュミットとヘラーの全思想の把握や、あるいは、シュミットとヘラーの全思想の把握にとって本質的であろうような何らかの契機を座標軸とした対比・比較を目的とするものでは、もとよりない。こうした理由から、ここで示されたシュミットとヘラーの学問的世界を、それ自体として直接的に一々対比・比較することには、それほどの意義は認められないばかりか、かえって合理的根拠を欠いた、極めて局限的な狭隘化となりかねない。

にもかかわらず、本稿における考察の中で浮き彫りにされた両者の「共通項」と「相違点」が、何らかの「意味」ある研究上の「視角」となりうるためには、ここでの「目的」としては適合的でなかったがゆえに考察の対象とされなかった、他の多数の著作群にまで視界を拡げたいうで、なおかつ、ここで見出された「共通項」と「相違点」という座標軸を通して、シュミットとヘラーを対比・比較することが必要となるのである。

以上の譲歩の上に立つたうえで、シュミットとヘラーの思想全体の直接的な対比・比較という趣旨からではなく、本稿における考察の中から浮かび上がってきた、シュミットとヘラーの間に鮮やかに見出される特徴的な点として、一点だけ指摘しておきたい。それは、シュミットにおいても、ヘラーにおいても、その「法廷弁論」における基本的な視点へと繋がる議論連環の「基点／起点」において、当時においては「忘れられた思想家」であったジャン・ボダンの『国家をめぐる六書』をめぐる自らの研究が位置していたという点である。この点が、特に指摘されるべきなのは、前にも見たように、ボダンとは当時、誰もがその法学的議論の前提とするような幅広い読者を持つ知的共有財とはなっており、頻繁に引用されながらも読まれてはおらず、正当に理解されないままに据え置かれた思想家であったからである。そうした中であつて、独自にボダンの原典に立ち返り、これを解釈し直すことが、自らの時代の問題を認識し、理解し、解決し、ゆくために必要不可欠な概念構成にとつて、根源的意味を持つものだと考えた。この点において、シュミットとヘラーは一致していたのである。

そしてまた、この「共通項」は、同時に、シュミットとヘラーの、同様に鮮やかな「相違点」をも意味した。端的に言つて、ヘラーは、ボダンの「主権」概念を全面的に受容し、そこから、二つの重要な点を、すなわち、第一に、ボダンの主権の「制約性」から導いた「実定法命題」と「法原則」という「法」認識の二層の構造を、第二に、「立法権」としての「主権」概念を、自らの根源的な法学的構成として取り入れた。

これに対してシュミットは、「ボダンの功績は、近代国法の主権概念の確立だけではなく、むしろそれ以上に、主権と独裁の関連と区別を見出した点にある」というその一言に象徴的に表されているように、——ヘラーが受容した「ボダンの主権」が内容とする二つの点を充分に理解していたにもかかわらず——ボダンの「主権」概念それ自体にはなく、「主権」と「独裁」との区別をめぐる議論へと集中したのである。

そこで問題は、こうしたボダン研究における視点の違い、ボダン受容のうえでの相違は、それぞれの「法学的世界」にいかなる帰結をもたらしているのか、また「ライプツィヒ法廷」における「政治的選択」の違い、「法廷弁論」における主張と「基本的視角」の違いと、どのような議論連環を通じて結びついているのか、という点である。しかしこれらをめぐる論究は、本稿の課題を遥かに越えているのであり、今後の課題として提起するに留めたい。これらを明らかにするには、両者が決定的重要性を持つ概念構成の「宝庫」と認めたボダンの主権論を、ことに、『国家をめぐる六書』それ自体を視野に収めたパースペクティヴからの再考が求められると言わざるを得ない。

第5節 結びにかえて——〈合法性〉の陥穽

我々はここまで、一九三二年七月二〇日に、ライヒ大統領パウル・ヒンデンブルクとライヒ首相フランツ・フォン・パーペンによる署名のもとで発せられた「ライヒ大統領命令」に端を発したプロイセン州政府解任事件、本「事件」をめぐるヘラー対シュミットの「法廷」における攻防、そして、「法廷闘争」の背後にあつたさまざまな学問的理論的モチーフが根を下ろしていた議論連環の脈脈、こうした点について考察を行ってきた。「判決」が言い渡された一〇月二五日から約三ヶ月ほどで、ライプツィヒの「法廷」で繰り広げられた熱戦もむなしく、アドルフ・ヒットラーが首

相として任命された一九三三年一月三〇日という日を迎えたことを、我々は知っている。しかしながら、プロイセン側に立った人々は勿論のこと、ライヒ政府の行為を懸念に擁護したシュミットも含め、恐らく、この「法廷」において闘ったどの一人も、ヒットラーによる政權獲得を望む者はなく、何とかしてヒットラーを回避したいと考えていただろう。

ここは、七月二〇日の「大統領命令」によってもたらされた混乱が、あるいは、「ソロモンの評決」と呼ばれたどつちつかずの「判決」の曖昧さが、やがて一月三〇日の事態を結果としてもたらした要因の一つだと評しうるか否かという、歴史の因果的連鎖について「審判」を下す場ではなく、少なくとも筆者にはその資格もない。

同様に、シュミットとヘラーがとつた「法廷」における政治的立場と、その「法廷弁論」の内容を、その後のヒットラー体制と結びつけながら何らかの判断を示すことは、ある種の単純化と思想的な短絡でしかないのではないだろうか。また、結果的に見て、シュミットのとつた「政治的選択」それ自体に異議を唱えるとしても、そうした選択をとるに至った彼が決り出した「合法性」をめぐる「問題認識」には、時代を超えて妥当する提起が含まれており、あるいは逆に、ヘラーがプロイセン政府の存立を全力を傾けて守り抜こうとした「政治的選択」を正当なものと認めるにしても、そのために展開された議論に抜かりがなかったかといえは疑念も生ずる。時代的社会的に制約された中で各々が下さざるを得ない「決断」には、必ず、こうした両側面が伴わざるを得ない。彼らの「決断」の、後の歴史に対する「責任」の有無を詮索することよりも、まなざしを我々自身に対して向け直し、今日の我々が直面する「問題」にとつて、彼らの「決断」はいかなる意味を持つのかと自問することのほうが、遥かに必要なことではないかと考える。

そこで、むしろここでは、その後の悪魔的な展開から見て「裁判」に現れた論理の意味を検証するのではなく、「裁判」へと至るまでの学問的背景から見て、それぞれの「裁判」における論理展開の意味を、まず、検証しておきたい。そのうえで、今日の我々にとつての意味を考えてみたい。なぜなら、歴史的な「決断」とは、どのような場合にも、そ

の「決断」を下す本人にとって、その後に来る「結末」を知りえない「不確実性」の中でなされるものであり、むしろ、そこに至るまでの学問的理論的な軌跡が集約された形で、もしくは、その中から選択する形で「決断」へと結実するのか、あるいは、そこからの逸脱という形で現出するか、であろう。今日の我々もまた、何らかの「決断」を求められるとき、同様に、先を見通すことのできない「不確実性」の中でそれが行われる以上、学問的基盤の中で展開されたどの契機からその「決断へ」と至ったのかを検証することによってのみ、今日の我々にとって、真の意味で「教訓」となりえるものを見出しうるのではないか。

その際、ワイマール末期の危機の高まりの中で、シュミットとヘラーが、明確な「政治的意志」を持ち、かつ、それを「示し」、「行動」したということをまず確認し、評価したい。ヘラー自身述べているように、その「決断」の結果がどのようなかはわからない「不確実性」の中で、それにもかかわらず「決断する」という二者択一から逃れることなく、シュミットとヘラーはともに、歴史の方向づけに対して「関与する」というリスクをあえて選り取ったのである。

1. 学問的理論的背景から見た「法廷弁論」の「検証」

学問的理論的背景から見て、シュミットの「決断」には、二つの点から問題を指摘しなければならない。第一の点は、「投稿論文」および「法廷弁論」の中に見出される問題である。第48条の「措置」権限が「立法」権へと拡大されることに伴う危険性を、まず、『独裁』において指摘し、さらに、『合法性と正当性』の中では、具体的に「独立した権限規範」概念による第48条解釈がそれを可能すると痛烈に批判していた、その意味で、「独立した権限規範」概念が、共和国憲法にとってもその政治体制の根本的な基盤にとっても危険な概念であることを承知のうえで、シュミットはこ

れを「法廷闘争」において展開したという点である。これは、シュミットが『合法性と正当性』においてなお固執しつつ論じていた、「法律」と「措置」の明確な区別という基本的立場から見ても明らかな「逸脱」であつたと言わざるを得ない。

第二の点は、『合法性と正当性』の中に見出される問題である。「委任独裁」を「委任独裁」たらしめるところの「行動委任」の「目的」という観点を欠落させ、かつ、「委任独裁」の常態化、恒常化としての「行政国家」という、シュミットに即して見れば、明らかな「言語矛盾」を孕んだ概念化を試みた点である。これはシュミットにとつての「法規範」と等置されるべきものとしての本来の「法律」が存在する余地のない「措置国家」であり、かつ、帰るべき地点を持たない、言葉だけの「委任」であり、したがって、言葉の上では「行動委任を受けた Aktionskommissar」と表される大統領は、その言葉の陰で、事実上、「立法権」と「措置権」の双方を行使しうる、また、あらゆる「目的」を自ら設定しそれを自ら執行する「絶対君主」だつた。この点においてもシュミットは、それまでは常に、「委任」による絶対的「制約」を免れえないものとして位置づけていた第48条の「独裁権」解釈から、極めて決定的な「逸脱」を示している。

これら二つの点から検証するとき、「法廷」に立っていたシュミットは、少なくとも『合法性と正当性』においてまでは認めることのできる、ワイマール憲法の擁護という「立場」とは質的に異なる「立場」に立っていたと考えざるを得ない。これらすべての「逸脱」を、「内戦回避のため」という一言だけでは説明しえないだろう。「内戦回避のため」だけであれば、文字通りの「委任独裁」で足りたのであり、たとえ一時的に強大な権限行使が授權されたとしても、「委任独裁」が「委任独裁」に留まるためには、「独立した権限規範」概念による「立法権」の無限拡大というやり方は用いられてはならなかつたはずである。シュミットの言葉を言葉通りに受け止めるならば、ヒットラーを回避するために、ワイマール憲法体制さえも放棄した、ということになる。しかし、ヒットラーを回避するために、なお、ワイ

マール憲法体制を擁護する枠内において、つまり、大統領による「君主政」へと換骨奪胎することなく道を模索しえたのではないだろうか。

これに対して、ヘラーが繰り返し「法廷」で糺した真の「政治的意図・動機」の解明要求とは、「独裁権」行使に当たつてのその「方向づけ」と「目的」を明確化するという意味であり、これは、『ヨーロッパとファシズム』においてヘラーが、「独裁」は良くも悪くもあるが、その真価を決する問題は、「独裁」の「政治的基本決定」の「内容」だ、と主張していたことが、このような形で表明されたと見ることができよう。ヘラーは、既に見たように、「独裁」、あるいは、ライヒ政府の権威的強化を初めから否定していたわけではなく、現下の状況から見て、それはありうる選択肢の一つとみなしていた。それだけに、「独裁」が行われる場合、いかなる「政治的基本決定」のためにそれがなされるかこそが問題だったのである。現に、「法廷」においてヘラーは、「独裁権」が、暫定的に、かつ、州政権全体の「解任」を伴うことなく、行使され、コミッサールが派遣されていたなら、反対はしなかったであろうと述べている。その意味で、ヘラーの「政治的意図」の解明は、シュミットにおいて「欠落」した「行動委任」の「目的」を問題とするものだった。本来、「委任独裁」であるはずの、「委任」を枠づける「目的」としての「政治的基本決定」が曖昧化されることによって、過大な「独裁権」行使が、その「暫定性」の終着点となるはずの「目的」の不分明ゆえに恒常化し、「委任」を「越境」しつつあることを、ヘラーは問題としたのである。

しかしヘラーの「弁論」の中において批判されねばならないのは、その「越境」にとって決定的な役割を果たす、第48条への「独立した権限規範」概念の適用が持つ危険な意味について、何ら理論武装をしていなかった点である。三七回に及んだヘラーの「弁論」の中で、ただの一度も、シュミットが、まさに『合法性と正当性』の中で批判していたその「独立した権限規範」概念を用いてライヒ政府を擁護しているという点を鋭く突くことはなく、その点においてこそ、第48条は「委任独裁」から「君主政」への移行可能性を持つという点に対する的確な批判を展開することはなかつ

た。この「事件」の背後に嗅ぎ取ったヒットラーの政治的介在の影を明らかにすることに、余りにも没頭し、第48条解釈の核心的な部分におけるシュミットの立論の問題点へと斬り込むことができなかったのだろうか。いずれにせよ、ヘラーには、少なくとも「法廷闘争」の時点においては、「独立した権限規範」概念の「重要性」と「危険性」に対する認識が欠落していたと指摘せざるを得ないのである。³⁷²

2. シュミットとヘラーが今日の我々に残している「意味」

では、「法廷弁論」および「学問的背景」についてのここまでの考察から、今日の我々にとってアクチュアルな意味を見出せるのは、どのような点だろうか。

2.1. シュミットの「政治的選択」の「根」

シュミットが、ヒットラーを回避し内戦を回避するために、大統領による強権的な統率のもとでの「行政国家」を選択せざるを得なかった「現状認識」には、二つの重要な側面がある。第一の側面は、「議會制立法国家」がそれ自体として機能するための不可欠な点、つまり、「法律」が「法律」として機能しうるための最低限の「前提」として求められる以下二点が、長らく疑わしい状態にあったという側面である。すなわち、(1)「法律」が「議會」での単なる機能主義的決定ではなく、何らかの「法規範」であり、かつ、「措置」と異なつて持続性を持つものでなければならぬという、「法律」の質の維持の問題、および、(2)「法制定」と「法執行」とが分離され、かつ、「法執行」の主体たる「行政」が、事実上、「状況による正当化原理」としての「即事態性」(Sachgemäßheit)のもとではなく、「規範」のもとに服しているか、という「行政」の、「正当化原理」の問題である。

こうしたシュミットの認識のもとに立つとき、「法律」が「措置」化していないか、つまり、短期的個別的問題の度ごとに「作成」され、他の類似あるいは同様の事例に同等に適用されることが予期されない「措置」的なものが「法律」という名のもとで生じていないか、と問うてみるのが不可欠である。もし「法律」の名のもとでこうした「措置」化が進めば、「法のもとでの平等」は意味を失うだろう。

さらにまた、今日、国家が、複雑に専門化、技術化した「法律」と「行政」の、「生活」の隅々にまでに入り込んだ網の目に担われた「全体国家」の性質を深化させている中であって、「行政」が、その執行の際に、事実上、「法律」に盛り込まれた理念的規範的内容のもとに服するのではなく、「諸般の事情により」という単なる、实际的必要性 (sachliche Notwendigkeit) の観点を優先させるならば、シュミットが「偽りの主権行為の慣行」(die Übung apokrypher Souveränitätsakte)と呼んだ、主権の、「行政」による篡奪が刻々と蓄積される⁽⁷²⁾。そうなったとき、既に国家形態それ自体が変質しており、もはや「議會制立法国家」とは言えない、というシュミットの認識は極めて重要である。

第二の点は、「法律」の質の維持とも関連する、「議會」構成員の「選出」過程としての「選挙」についての問題である。シュミットが問題視したのは、何よりも、「選挙」において人民は「問い」を発することができず、「諾・否」を応えうるのみで、「選挙」における「問い」の設定者が常に「政府」だという点である。しかもそのうえ、回答可能な「設問」を回避した「選挙」が行われ、かつ、秘密裏に作成された「候補者名簿」に対して投票するだけならば、それは、「選出」(Auswahl) という意味における「真の選挙」でないのは勿論だが、「真の人民投票」ですらないという。シュミットがこの点を批判した趣旨は、こうした「選挙」の墮落が、「法律」の実質的空疎化を推し進め、「法律」は単なる機能主義的数合わせと化した、と指摘する点にあった。

こうした指摘に耳を傾けるならば、今日の我々にとつてはもはや、「選挙」における「設問」と、その後の「議會」における「立法」との間にほとんど有意的関連性が見出せない、という状況に照らしてみることが不可欠であろう。何

ら具體的「設問」のない、「選挙」での投票結果は、いかなる意味においても、その後成立する「議會」での成立法が人々による「自らの意志」であると称する根拠とはなりえない。「法律」があくまで「我々の意志」として議決されることを必要とするならば、「選挙」において予め明確に示された「法律」以外は、その会期中の「議會」で議決されるはならず、政府も政党も、議決を望む「法律」を、その直前の「選挙」において明示し、「設問」の形で示さねばならない、それができなかった「法律」は議決されてはならない、という原則の確立を求めねばならないと言いうるのではないだろうか。少なくとも、「諾・否」をもつて応えうる明確な「設問」なしの、単なる「名簿」への投票という「選挙」の結果は、何らかの「立法」についての我々の「意志表示」とは断じて言えまい。

2. 2. ヘラーの「政治的選択」の「根」

では、ヘラーが、ヒットラーの政治的介入の可能性を明確に排除するために、七月二〇日に表明された「統治意志」の客観化という意味での「政治的な意志」の明確化を一貫して求め続けたことの中に、我々はどうのような「意味」を見出しうるだろうか。「怪しげな統治意志」に対して、無謀、愚直とも映りかねないほど一貫して追究したヘラーの態度から、執拗に繰り返す異議申し立ての意味に立ち返らされる。なぜなら「統治意志」とは、本来の意味からすれば、「我々の意志」でなければならぬのであり、その本来の土台から離れてゆき「故郷喪失」の状態で独り歩きし始めるならば、ワイマールの悲劇は、決して過去の他人の問題ではありえないはずである。その意味で、「統治意志」を問題化し続ける「足場」であり大前提である、我々自身の「政治的な意志」を——「政治的な意志の麻痺」に陥ることなく——「持つ」こと、「示す」ことが不可欠であろう。

他方、ヘラーは、「意志および価値共同体」としての「政治社会」の形成の途上において、政治的な「共通の意志内実」を、広やかな文化的営みの中で培われてきた「価値内実」の中から手にする、かつ、それは双方向、多方向の「示

し、「理解する」という極めて単純な「意志行為」による「間主観的規範」として形成される、と論じた。これによって我々は、「政治的意志」の表明は、「文化」のあらゆる営みの中でなしうるという希望を手にすることができる。たとえば、「反戦」という「意志」を、音楽を通して、絵画、写真、演劇を通して表明する人々があり、ある場合には、それらは、どんな政治的「演説」より遙かに強く広く人々に訴えかける力を持ち、理解されうる。我々は変幻自在な「文化」の持つ力を、もつと大胆に大らかに信じることができる。

しかし同時に、ヘラーは、人々の「政治的意志」が最終的に「法命題」として「実定化」されることが不可欠であると説き、その行為にこそ「主権」が帰属することを強調した。「文化」における営みを「根」としながらも、そこから、「実定法」へと至る「橋」を架けることがなければ、つまり、立法権力を行使することによって、共同体全体の権威的決定にまで至ることがなければ、人々の意志は「統治意志」とはなりえず、逆に、「統治意志」によって踏みにじられるのであり、「実定化」への試みを放棄する時、いずれ「主権者」としての地位を自ら捨て去ることを意味するのではないだろうか。

我々が手にしている「根本法」としての「憲法」は、その中に、われわれの「政治社会」を根拠づけ決定づける、ヘラーの意味における「価値内実」を宿しているものとみなすことができるだろう。問題は、その「価値内実」を、「法律」の可能性から「法律」の現実性へと実定化する、我々の「意志行為」による絶えることのない営みが、存続しているか否かではないだろうか。「法律」は、その言葉の本来の意味に立ち返れば、「政府」や「官僚」が制定し、与えるものではなく、我々が、我々の「意志」として、「価値内実」の中から「実定化」し創出してゆくべきものである。このためない「意志行為」による営みを放棄するとき、繰り返しになるが、我々は、「主権者」としての地位を自ら捨て去ることを意味するだろう。

2. 3. 「実定化」による「未来」への「意志」

「法律」は、そのほとんどが、我々の生存より長く「生き続けるもの」である。それゆえ、一方で、我々が「政治的意志」を持ち、表明し、そして行動するという「責任」を果たすことなく、他方で、「設問」として提示されて「選挙」が実施されるというプロセスを踏むことなく、にもかかわらず無数の「法律」が成立し続けられ、我々の死の後に、「法律」の制定に何ら関わることなくこれから生まれ出ずる多くの新しい命たちに対して、その無責任の「報復」が向けられることになるかもしれない。

しかし逆に、我々は「実定化」へと「決断」する今日の「意志行為」を通して、これから生まれ出ずる「未来」に対する「責任」の一端を担うことも可能である。なぜなら、ヘラーのいうように、「国家の現在像 (Gegenwartsbild des States) はまさに未来表象 (Zukunftsvorstellung) なしには形成されえない」⁽³⁷⁴⁾ (傍点引用者) のであり、したがって、我々が「実定化」しようとする現在の「法は、未来の規範内容 (der zukünftige Norminhalt) に対する肯定を告げ知らせる意志決定 (kundgegebene Willensentscheidungen) によってのみ成立する」⁽³⁷⁵⁾ からである。さらにヘラーはいう。

国家学のすべての存在判断は、ある程度、同時に、当為判断でもある。国家的存在は、その主体・客体が我々自身である人間の出来事として、その意志内実 (Willensgehalt) を通して自分自身を超えて未来へと向かっている。こうした意志内実は、国家的現実から分離したどこかの領域ではなく、ただ、政治的に行動する人間自身の意志の中にのみ見出される、政治的な価値内実 (Wertgehalt) によって形成される。換言すれば、政治的諸要請と諸見解を通して意志および価値の共同体 (Willens- und Wertgemeinschaft) に結びつけられている人間は、未来に対して何かを欲しているのである。

国家的存在の記述をなす者は誰でも、好むと好まざるに関わらず、現在、国家を実現しつつある、意志および価値の共同体それ自体を評価し、同時に、国家的未来（die staatliche Zukunft）に関する主張を行わなければならない。なぜなら、常に新たに実現しつつある国家構造に関する何らかの現在像が成立するのは、もっぱら我々が、他方の意志力（Willensmacht）に対して、一方の意志力を、未来形成的なものとして（als zukunftsgerichtet）、それゆえ、多数の発展傾向のもとで、それが現状に対して現に反動的か、保守的か、あるいは革命的かのどれであれ、未来にまで妥当するものとして（als die für Zukunft gültige）措定することを通してだからである（傍点引用者）。

シュミットとヘラーが我々に残したものの、それは、「法律」と、これに基づく権力の正当化原理としての「合法性」とがその実質を失ってゆく、切迫した危機的なプロセスの「証言者」として、やがてその先には、決して取り返すことのできない余りにも悲惨な歴史の闇への転落が待ち構えていた時代の「証言者」として、語り、そして、遺した「言葉」と「実存的決断」である。これらを受け取った我々に問われているものは何であろうか。政治的な意志の麻痺に陥ることなく、他方の意志力に対して、我々自身の意志力（Willensmacht）を、未来形成的なものとして（als zukunftsgerichtet）、持ち、示し、互いに理解し、そして「実定法命題」として措定すること、そのような責任を担う「意志行為」（Willensakte）以外の何ものでもない、そう考えるを得ないのである。

- (1) 本稿は、二〇〇三年二月三日に国際基督教大学大学院行政学研究科に提出した博士論文「カール・シュミットとヘルマン・ヘラー——『プロイセン対ライヒ』裁判を手掛りとして」（以下「博士論文」と略記）第五章全体（本稿第一節から第四節）と終章（本稿第五節）の表現を見直し、改めたものであるが、その論旨はまったく変わっていない。
 - (2) 拙稿『プロイセン対ライヒ』裁判におけるカール・シュミットとヘルマン・ヘラー——法廷での対決をめぐって』『聖学院大学総合研究所紀要』第六三号、聖学院大学総合研究所、二〇一七年、九九―一二三頁（以下「法廷対決」と略記）。
 - (3) 「法廷対決」一五三―一六一頁参照。特に *Preußen contra Reich vor Staatsgerichtshof. Mit einem Vorwort von Ministerialdirektor Dr. Brecht, Verlag Detlev Auvermann KG · Glashütten im Taunus, 1976*（以下 *Preußen contra Reich* と略記）、S.351。
 - (4) 「法廷対決」一四一―一四七頁、一五四―一五六頁。a.a.O., 311ff, S351f。
 - (5) 一九五八年に出版された *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, Duncker & Humblot, Berlin.（本稿では3.Aufl., 1985版を用いる。以下 *Verfassungsrechtliche Aufsätze* と略記）に、一九三二年刊行の『合法性と正当性』を収録した際、本論末尾にシュミット自らが付けた補注の冒頭で、「この論文、合法性と正当性は、『本論は一九三二年七月一〇日には完成を見ていた（lag abgeschlossen vor）』との覚書が付されて、一九三二年夏に Duncker & Humblot, München und Leipzig から出版された」と記している（*Verfassungsrechtliche Aufsätze*, S.345）。『合法性と正当性』を一九五八年の論集に含めた際に、一九三二年の初版の扉裏にわざわざ付けた「覚書」について、再びわざわざ注意を促したのであるから、本著作が完結した時期の明確化がシュミット本人にとつてよほど重要であったことを窺わせる。この点について、山下威士「一九三二年国事裁判所におけるカール・シュミット」『法政理論』Vol.25, No.2, 一九九二年（以下「裁判・シュミット」と略記）、五一―六頁および注11参照。
- さらにペンダスキーによれば『合法性と正当性』は、「合法的手段によるワイマール憲法の破壊という差し迫った危険

に警告を発するため、一九三二年の春に書き始められた」という (Joseph Bendersky, *Carl Schmitt. Theorist for the Reich*, Princeton, 1983, p.147. 邦訳は『カール・シュミット論——再検討への試み』宮本盛太郎・古賀敬太・川合全弘訳、御茶の水書房、一九八四年、一七九頁)。

(6) *Legalität und Legitimität*, 1.Aufl., Duncker & Humblot, 1932, auch in: *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, S.263–345. 本稿では *Verfassungsrechtliche Aufsätze*. 所収のものを参照している。邦訳は『合法性と正当性』田中浩・原田武雄訳、未來社、一九八三年 (第二刷)、『一九八八年 (第三刷)』。本稿中の訳は必ずしもこれに依拠していない。

(7) 「法廷対決」二二八—二二九頁、ことに二二五頁以下。

(8) ここで対比的に述べている裁判内在的《合法性》と、裁判外的《合法性》あるいは政治的観点から見た場合の《合法性》の關係について、「博士論文」五一六頁、四二—四五頁および注1、2、95参照。

(9) Karl Dietrich Bracher, *Auflösung der Weimarer Republik : Eine Studie zum Problem des Machtverfalls in der Demokratie*, Ring Verlag, Villingen/Schwarzwald, 3.verbesserte u. ergänzte Aufl., 1960, S.521. (以下 *Auflösung*. と略記) 「博士論文」四二—四三頁。

(10) 「博士論文」四三—四四頁。

(11) 「博士論文」四三頁注95参照。

(12) 本稿前注(5)参照。

(13) 本稿前注(6)参照。

(14) この報告は加筆の上、一九二七年の『独裁』第二版に収録された。Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Artikel 48 der Weimarer Verfassung, in: *Die Diktatur*, 2.Aufl., Duncker & Humblot, 1927. 以下 *Diktatur des Reichspräsidenten*. と略記。邦訳は「ライヒ大統領の独裁——ワイマール憲法第48条による」『大統領の独裁』田中浩・原田武雄訳、未來社、一九七四年 (第二刷)、『一九八七年 (第七刷)』、七—九二頁。

(15) Der Hüter der Verfassung, in: *Archiv des öffentlichen Rechts, Neue Folge*, XVI (März 1929), S.161–237. 邦訳は「憲法の番人」『大統領の独裁』(本稿前出注(14))、九三—一〇五頁。

(16) Schmitt, Vorwort, in: *Der Hüter der Verfassung* (本稿後出注(17)), S.III.

- (17) *Der Hüter der Verfassung*, Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1931. 邦訳は『憲法の番人』川北洋太郎訳、第一法規出版、一九八九年。
- (18) *Die Diktatur. Von Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*, 1.Aufl., Duncker & Humblot, 1921. (ただし、本稿では6.Aufl., 1994を参照している。以下 *Diktatur*. と略記) 邦訳は『独裁——近代主権論の起源からプロレタリア階級闘争まで』田中浩・原田武雄訳、未來社、一九九一年。
- (19) Ziele und Grenzen einer deutschen Verfassungsreform, in: *Neue Blätter für den Sozialismus. Zeitschrift für geistige und politische Gestaltung*, hg. E. Heilmann u.a., Alfred Protte Verlag, Potsdam, 2, 1931, S.576–580, auch in: Hermann Heller, hrsg. von C. Müller, *Gesammelte Schriften* (以下 *GS* と略記) II, J.C.B.Mohr, Tübingen, 1993, S.411–417. (以下 *Ziele und Grenzen*. と略記) 本稿では全集収録版を用いる。邦訳は『ドイツ憲法改革の目標と限界』山崎充彦訳『同志社法学』第二一五号 (Vol.42, No.3) 一九九〇年九月、一一五—一二〇頁。
- (20) *Europa und der Faschismus*, 1.Aufl., Verlag Walther de Gruyter, Berlin 1929, 2. erweiterte Aufl., im gleichen Verlag 1931, auch in: *GS II*, S.463–609. (以下 *Europa*. と略記) 本稿では全集収録版を用いる。
- (21) *Die Souveränität. Ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts*, Walter de Gruyter, Berlin und Leipzig 1927, in Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht (hg. Viktor Bruns), Heft 4, auch in: *GS II*, S.31–202. (以下 *Souveränität*. と略記) 本稿では全集収録版を用いる。邦訳は『主権論』大野達司・住吉雅美・山崎充彦訳、風行社、一九九九年。
- (22) Schmitt, Legitimität und Legitimität, in: *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, S.263.
- (23) Schmitt, *a.a.O.*, S.263.
- (24) Schmitt, *a.a.O.*, S.266.
- (25) Schmitt, *a.a.O.*, S.266.
- (26) Schmitt, *Hüter der Verfassung*, S. 75f. 邦訳一一〇頁以下。
- (27) 『合法性と正当性』における国家分類のメルクマールは『いかなる種類の最高意志 (welche Art höchsten Willens) が決定的瞬間において基準ないし決め手として立ち現れ、共同体の種類を決めるものとなるのか』(傍点引用者)にあるとされているが、『憲法の番人』におけるそのメルクマールについては、『あらゆる国家は、国家がその活動の中心を見出し

「この二つの国家活動の領域 (Gebiet staatlicher Tätigkeit) によって分類される」と述べていた (Schmitt, *Hüter der Verfassung*, S. 75. 傍点引用者)。

- (28) Schmitt, *aa.O.*, S. 75.
- (29) Schmitt, *aa.O.*, S. 75.
- (30) Schmitt, *Legitimität und Legitimität*, S. 265.
- (31) Schmitt, *aa.O.*, S. 265.
- (32) 「全体国家への転回」としての今日の国家の概念化および把握の試みは、これと同タイトルの論文「Die Wendung zum totalen Staat (1931), in: *Positionen und Begriffe: im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles*, Hanseatische Verlagsanstalt Hamburg, 1940, S. 146ff. で示され、さらに『憲法の番人』においてより体系的に論じられた。Hüter der Verfassung, S. 73ff., bes. S. 78–80. 邦訳一〇七頁以下、特に一一四—一一五頁。

- (33) Schmitt, *Legitimität und Legitimität*, S. 266.
- (34) Schmitt, *Hüter der Verfassung*, S. 79–82. 邦訳一一五—一一八頁。
- (35) Schmitt, *Legitimität und Legitimität*, S. 267.
- (36) Schmitt, *aa.O.*, S. 268.
- (37) Schmitt, *aa.O.*, S. 268–269.
- (38) Schmitt, *aa.O.*, S. 273.
- (39) Schmitt, *aa.O.*, S. 273.
- (40) Schmitt, *aa.O.*, S. 273.
- (41) Schmitt, *aa.O.*, S. 273–274.
- (42) Schmitt, *aa.O.*, S. 274–283.
- (43) Schmitt, *aa.O.*, S. 274.
- (44) Schmitt, *aa.O.*, S. 276.
- (45) Schmitt, *aa.O.*, S. 280.

- (46) Schmitt, aa O., S.280.
- (47) Schmitt, aa O., S.281.
- (48) Schmitt, aa O., S.284.
- (49) 本稿九〇頁参照。
- (50) Schmitt, aa O., S.283.
- (51) Schmitt, aa O., S.285.
- (52) Schmitt, aa O., S.283.
- (53) Schmitt, aa O., S.293.
- (54) Schmitt, aa O., S.312.
- (55) Schmitt, aa O., S.319.
- (56) Schmitt, aa O., S.319.
- (57) Schmitt, aa O., S.321. について第48条第2項による「第三の特別立法者」の呼称としてシュミットが呼びだした *Aktionskommissar* という概念は、まさに一九二一年の『独裁』においてシュミット自身が独自に概念化した三つのコミサール概念「職務コミサール」(*Dienstkommisar*)「実務コミサール」(*Geschäftskommisar*)「行動コミサール」(*Aktionskommisar*)の中の最後のものであり、かつ「主権独裁」のではなく「委任独裁」の *Aktionskommisar* だった。Vgl., ders., *Diktatur*, S.51.

『独裁』において既に、*Aktionskommisar* と「事態次第で必要となるあらゆることをなす」、「措置」の「即事態性」などの状況、規定的な正当化を示す語群との結びつきは既に示されていた。しかし、『独裁』の中では、*Aktionskommisar* と「即事態性」との結びつきは、「行動委任」(*Aktionskommission*) によって説明され、これらの状況規定的な正当化の諸契機が、一つの国家形態、それ自体を正当化する独立した定式もしくは根拠として位置づけられることはなかった。あくまで、「規範」の妥当根拠としての正常状態への「復帰」「回復」を「目的」とする「行動委任」と結びつけられた限りで、かつ、もう一つの指標としての「合目的性」によって導かれる限りで、過渡的な正当性を担うものでしかなかった。『独裁』におけるこの点の詳細論は、本稿一一〇頁以下で後述する。

- (58) Schmitt, Legitimität und Legitimität, S.321.
- (59) Schmitt, aa.O., S.323.
- (60) Schmitt, aa.O., S.323.
- (61) Schmitt, aa.O., S.324.
- (62) Schmitt, aa.O., S.325.
- (63) Schmitt, aa.O., S.325.
- (64) Schmitt, aa.O., S.325–326.
- (65) Schmitt, Legitimität und Legitimität, S.326.
- (66) 同じ実質的意味を持つ一九二五年三月二二日の諸自治体による外資受け入れに関するライヒ法律は、まさに、各州の立法権限を尊重せんがために、第76条による憲法改正のライヒ法律として公布された、とシュミットは付言している (aa.O., S.326)°.
- (67) Schmitt, aa.O., S.326.
- (68) Schmitt, aa.O., S.326.
- (69) Schmitt, aa.O., S.327, dazu: die Gutachten von G. Anschütz und W. Jellinek vom 12. März 1932, Tübingen 1932.
- (70) Schmitt, aa.O., S.326–327.
- (71) Schmitt, aa.O., S.328.
- (72) Schmitt, aa.O., S.327. なお、() 内はシュミット自身による挿入。
- (73) Schmitt, Legitimität und Legitimität, S.327.
- (74) Schmitt, aa.O., S.327.
- (75) Schmitt, aa.O., S.327. ハッペシュミットは、第48条第2項解釈について、『憲法の番人』等 (*Hüter der Verfassung*, S.121, 146) のNotverordnung und öffentliche Verwaltung, Berlin 1931 (一九三〇年十二月一日の緊急命令に関する講演), in: *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, S.235ff.) で表明しつつその見解をなお保持しつつと付け加えている。Auch vgl. ders., Diktatur des Reichspräsidenten, in: *Diktatur*, 6.Aufl., 1994, S.241ff.

- (76) Schmitt, Legalität und Legitimität, S.331 – 332.
- (77) Ernst Fraenkel, *Die Gesellschaft*, Oktober 1931, S.336.
- (78) Schmitt, Legalität und Legitimität, S.332 – 334.
- (79) Schmitt, Diktatur des Reichspräsidenten., S.243ff.
- (80) Schmitt, Legalität und Legitimität, S.332.
- (81) Schmitt, aa.O., S.332.
- (82) Schmitt, aa.O., S.334.
- (83) Schmitt, aa.O., S.334.
- (84) Schmitt, aa.O., S.334.
- (85) Schmitt, aa.O., S.335.
- (86) Schmitt, aa.O., S.335.
- (87) Schmitt, aa.O., S.335.
- (88) Schmitt, aa.O., S.335.
- (89) これまでに指摘した問題以外にも、たとえば一九三三年六月四日のライヒ大統領解散「命令」によって解散・総選挙に打つて出たパーペン政府に対する批判が見られる。シュミットによれば、選挙(Wahl)が既に本来の、「エリートを選拔し、格付けし、独立の代表を根拠づける」という意味での選出(Auswahl)から「人民投票的過程」(ein plebiszitärer Vorgang)へと長らく変質・墮落していると批判するが、それは、何よりも国民は質問を発しえず、ただ提示された問いに対して「諾・否」を答えるのみだという点によると述べる(aa.O., S.339 – 340, 強調シュミット)。そのうえさらに、回答可能な問いではなく、不明瞭かつ秘密裏に作成された一連の政党立候補者名簿が提示され、かつ、政府も議会解散に当たっていかなる決定的な「設問」をも回避するならば、「それは回答可能の問いを欠如するがゆえに、諾否を答える真の人民投票にすらならない」と述べ、こうした「人民投票的設問の回避」の解散・総選挙の実例として六月四日のパーペン政府によるそれをあげ、「こうした解散後の『選挙』は、確かな政治的決定を含みうるほどに明確な答えは出すことができない。過程全体は、真の選挙でも、真の人民投票でもなく、ただ、その結果次第で政府にとってか多数党にとって、欠けている正当化の補足

として役立つのみだ」と批判していた (a.a.O., S.341–342)。

(90) 現にブレヒトは、別稿で指摘した場面 (「法廷対決」一七五—一七六頁) 以外にも『合法性と正当性』を引用し、敢えてシュミットの議論に依拠してプロイセン側を弁護しようとしたほどである (vgl. *Preußen contra Reich*, S.12)。

(91) シュミット自身、民主主義的憲法論の歴史的体系的連関」についての議論を基盤としながら「独裁概念の獲得」を目的とした『独裁』において「第4章」(Schmitt, *Diktatur*, S.127–149; IV. Der Begriff der souveränen Diktatur) で確立された両概念の本質的区別こそが、「本書の成果」だと自認しつつた (a.a.O., S.XIII, XIX)。

(92) Schmitt, a.a.O., S.XVIII.

(93) Schmitt, a.a.O., S.XIX.

(94) Schmitt, a.a.O., S.25.

(95) Schmitt, a.a.O., S.42.

(96) Schmitt, a.a.O., S.44.

(97) Schmitt, a.a.O., S.42.

(98) Schmitt, a.a.O., S.44.

(99) Schmitt, a.a.O., S.44.

(100) Schmitt, a.a.O., S.44–45.

(101) Schmitt, a.a.O., S.45–46.

(102) Schmitt, a.a.O., S.47.

(103) Schmitt, a.a.O., S.47. 「コンツェサル」系列も「位階制」系列もともに、その頂点に立つのは教皇であったわけだが、これらの「官職代表」の基盤に、「キリストの人格の代理／代表者としての教皇」という観念があった、というシュミットの指摘については、何よりも、「神の子、イエス・キリスト」は、地上において特別な一人の人間によって「代理／代表」されるのか、という神学的観点からの根源的疑問が求められるが、シュミット自身はこの問いに対して、少なくとも『独裁』の中では肯定的である。

ただし、キリストの人格を地上において人格的に代表するというカトリシズムの「代表の理念」(die Idee der Repräsentation)

tativen)を基盤として、司祭職を法的制度的に「位階制」へと、すなわち、「公法的な法的機構」へと作り上げたカトリシズムの制度形成観念を絶賛している一九二三年の『ローマ・カトリシズムと政治形態』(Schnitt, *Römischer Katholizismus und politische Form*, 1923 (1.Aufl.) bei Jakob Hegner in Hellaue, 1925 (2.Aufl.) im Theater-Verlag, München. 本稿では「Klett-Cotta, Stuttgart 刊行の一九八四年版を用いている。邦訳は「ローマカトリック教会と政治形態」『政治神学再論』長尾龍一・小林公・新正幸・森田寛二訳、福村出版、一九八〇年、一二五—一七〇頁)(*a.a.O.*, S.23, S.35; S.49)の中では、キリストの人格的代表の主体は、教皇ではなく「カトリック教会」だとされている(S.32, S.50, 傍点引用者)。

しかしこの場合でも、他ならぬ法的制度的な「位階制」を持つカトリック教会がキリストを人格的に代表しうるとされる根拠は、「教皇」の始原たるペテロへのキリストからの「鍵の付託」を語る新約聖書の一節にあるのだから、キリストを代表するものとしての「教会」という観念の前提に、カトリシズムにおいては、「二者による代表」の観念が存在するということとをシュミットは暗黙裏に是認していたと見るべきだろう。「最高人格キリスト」の「二者による代表」という、この中世由来の観点が、最終的に二者の決断へ、二者としての大統領へと集中するシュミットの国家像の最深次元での範型(Vorbild)であるように思われる。

(104) Schnitt, *Diktatur*, S.25.

(105) Schnitt, *a.a.O.*, S.25. 以下は Bodin, *Six livres de la République*, VIII. Kapitel からの引用とあるだけでこの版に依っていることを示す文献指示はない。

(106) Schnitt, *a.a.O.*, S.26. シュミットの文献指示によれば、以下はシュミットが依拠するボダンの原典はフランス語版第二版 *Les six livres de la République* 1. l. c. VIII, p.122 seqq. (nach 2. französischen Aufl., Paris 1580) であるが、「ラテン語版の原典について」は一九九一年のバリ版を用いている(Schnitt, *a.a.O.*, S.26, FN43)。

(107) Schnitt, *a.a.O.*, S.33f.

(108) Schnitt, *a.a.O.*, S.34.

(109) Schnitt, *a.a.O.*, S.34—35.

(110) Schnitt, *a.a.O.*, S.34.

(111) Schnitt, *a.a.O.*, S.39.

- (112) *Schnitt, aa.O., S.37.*
- (113) *Schnitt, aa.O., S.38–39.*
- (114) *Schnitt, aa.O., S.39.*
- (115) *Schnitt, aa.O., S.38.*
- (116) *Schnitt, aa.O., S.57.*
- (117) *Schnitt, aa.O., S.156.*
- (118) *Schnitt, aa.O., S.162.*
- (119) *Schnitt, aa.O., S.143.*
- (120) *Schnitt, aa.O., S.145.*
- (121) *Schnitt, aa.O., S.131–132.*
- (122) *Schnitt, aa.O., S.132.*
- (123) *Schnitt, aa.O., S.133.*
- (124) *Schnitt, aa.O., S.133.*
- (125) *Schnitt, aa.O., S.133.*
- (126) *Schnitt, aa.O., S.133f.*
- (127) *Schnitt, aa.O., S.134.*
- (128) *Schnitt, VI. Die Diktatur in der bestehenden rechtsstaatlichen Ordnung (Der Belagerungszustand), in: aa.O., S.168–202.*
- (129) *Schnitt, aa.O., S.169.*
- (130) *Schnitt, aa.O., S.169.*
- (131) *Schnitt, aa.O., S.175.*
- (132) *Schnitt, aa.O., S.175–176.*
- (133) *Schnitt, aa.O., S.176.*
- (134) *Schnitt, aa.O., S.195–196.*

- (135) *Schmitt, a.a.O., S.196.*
- (136) *Schmitt, a.a.O., S.196.*
- (137) *Schmitt, a.a.O., S.196–197.*
- (138) *Schmitt, a.a.O., S.197.*
- (139) *Schmitt, a.a.O., S.197.*
- (140) *Schmitt, a.a.O., S.198.*
- (141) その実例としてシヨニットは、一九二〇年三月三日の国民議会でライヒ法務大臣シファが、具体的事例において安全・秩序回復のために必要な措置ならば、都市に有毒ガスを撒くこともできると述べたことを引用する。 *Schmitt, a.a.O., S.198.*
- (142) *Schmitt, a.a.O., S.198.*
- (143) *Schmitt, a.a.O., S.198.*
- (144) *Schmitt, a.a.O., S.199–200.*
- (145) *Schmitt, a.a.O., S.200.*
- (146) *Schmitt, a.a.O., S.200.*
- (147) *Schmitt, a.a.O., S.201.*
- (148) *Schmitt, a.a.O., S.200.*
- (149) *Schmitt, a.a.O., S.201.*
- (150) *Schmitt, a.a.O., S.265.*
- (151) *Schmitt, a.a.O., S.268.*
- (152) *Schmitt, a.a.O., S.268–269.*
- (153) *Schmitt, a.a.O., S.273.*
- (154) *Schmitt, a.a.O., S.134.*
- (155) もともと『行政国家』を『合法性と正当性』の中で独立した一国家類型として概念化した際の、その前段階の類型が、『憲法の番人』における「本質的に統治と執行権である国家」(*Staaten, die wesentlich Regierung und Exekutive*)であり、か

つ、この「統治と執行権である国家」の歴史的事例が「一六世紀以降形成された絶対国家」であった (Schmitt, *Hüter der Verfassung*, S.75) という経緯は、この点から見て、極めて象徴的である。

その意味では、シュミットにとつての現下の「多元主義的分裂」状態、「法廷弁論」では、「内戦状態」と「紛争状態」の「結合」と述べた「現状」とは、コンフェッショナルリズムによる宗教戦争時代と重なるものであり、さらにまた、絶対主義国家設立による主権確立のもとで初めて宗教戦争が終結を見たという歴史的回顧、および、絶対主義国家設立に当たっては Aktionskommissar のみが有効であったという自らの歴史分析が、こゝでの Aktionskommissar としての大統領による「行政国家」の概念化にとつての遙かなる遠景としてシュミットを拘束していたのではないだろうか。

(156) ミュラー (Christoph Müller) の見解は、本稿での考察の到達点としてのこうした推定と、重なる点がある。ミュラーによれば、シュミットは「……専制的『行政国家』(ein autokratischer "Verwaltungsstaat") を支持」し、また、「オットー・ブラウンの社会民主党政府に対するライヒ執行をめぐる出来事を、ヒットラーを回避する最後の手段と解釈し、その理論的基礎を彼の著作『合法性と正当性』(一九三二年)に見出した」(クリストフ・ミュラー「市民社会、政治システム、人民主権——ヘルマン・ヘラーによる『諸概念の再建』」『主権論』(日本語版刊行に寄せて)『主権論』(本稿前出注(21))、二四二頁および二七三頁、注27、dabei vgl. Carl Schmitt, *Glossarium, Eintragungen vom 2. März 1948, 15. Januar 1949, 3. März 1949*)。ただし、その際ミュラーは、「イタリヤのファシズムをモデルにした」行政国家を支持していたと見ているが(『主権論』二四二頁、傍点引用者)、この点には疑問を呈さざるを得ない。一九三二年七月にもシュミットは、ナチス党を名指しで批判しており (J. Bendersky, *ibid.*, p.153、邦訳一九一頁)、また、裁判の争点がナチス党と共産党の政治的評価に関わると明言していたことから、ヒットラーがその模範としていたムッソリーニ的な専制的行政国家をシュミットが支持していたとは考えにくい。

他方、J・ベンダスキーは、シュミットは決して「パーペン政府の行動の影の推進者」でも「パーペンとガイルの傀儡」でもなく、この時期のシュミットの言動と「裁判」への関与は、シュミットが最も重視していた「内戦の危険の回避」のためにシュライヒャーのナチス党牽制策を支持したことから説明されると述べ、この時期のシュミットの主張と立場は、「価値中立的な」憲法解釈が憲法の根源的前提を破棄する勢力に対してまで「平等の機会」を与える愚かで危険なものだと批判する、従来からのそれと一貫するものだ、と擁護する (Bendersky, *ibid.*, pp.146–171、邦訳一七八頁以下。なお、この

時期のシュミットをシュライヒャーの近辺において捉えるベンダスキの解釈と、これに対立するH・ムート (Heinrich Muth) の「パーペン政府の一員としてのシュミット」解釈について、中道寿一『ワイマルの崩壊とC・シュミット——C・シュミット研究序説』三嶺書房、一九八九年、二六五—二八五頁参照。

その際、『合法性と正当性』は、ベンダスキの見解では、ナチス党の操縦可能性についてシュライヒャーより遙かに懐疑的であり、ヒトラーの合法戦術が効果を發揮しかねないという懸念を持っていたシュミットが、「合法的手段によるワイマル憲法の破壊という差し迫った危険に警告を発するため」執筆されたものであり、さらに、本書がレオ・シュトラウスやヴァルター・イェリネックらから高く評価されたことにもベンダスキは注意を喚起している (*ibid.*, p.147, pp.169—170. 邦訳一七九頁、二〇一—二〇二頁)。本書が、以上のような意図と本質を持つというベンダスキの評価は正当だが、しかし、シュミットが、「Aktionskommissar」としての大統領による『委任独裁』という名の絶対君主政を意味する「行政国家」を定式化したという、『合法性と正当性』が持つ新しい側面に対してベンダスキはまったく注意を払っておらず、かつ、そこでの議論の、「弁論」の場（および事前の「投稿論文」）での「反転」的な適用に見出される、「パーペン・クーデター」への積極的関与との間の意味連環を捉えていないという点で、正当とは言えない。

- (157) Schmitt, *Hugo Preuß: Sein Staatsbegriff und seine Stellung in der deutschen Staatslehre*, 1930. 邦訳は「フーゴー・プロイス——その国家概念およびドイツ国法学上の地位」上原行雄訳、清水幾太郎責任編集『危機の政治理論』ダイヤモンド社、一九七三年、一五三頁。

- (158) Heller, *Europa*, S.465.

- (159) ヘラーは、一九二八年四月にウィーンで開かれたドイツ国法学会に出席した後、イタリアを訪問し、同年一月一日に帰国した（安世舟「訳者解説」、H・ヘラー『国家学』安世舟訳、未來社、一九九〇年、四六三頁）。女流作家エリーザベト・ランゲッサー (Elisabeth Langgässer) とヘラーとの「巡り合い」は一九二八年春、つまり、イタリア旅行へ出発する直前のことであり、ヘラーの帰国直後の一九二九年一月一日、ランゲッサーはミュンヘンでヘラーを父とする娘コルデリア (Cordelia Edvardson) を生んだ（山口利男『ヘルマン・ヘラーと現代——政治の復権と政治主体の形成』風行社、二〇〇二年、一〇五—一〇八頁参照）という。ヘラーの「人間臭さ」（山口、同上、一〇五頁）を象徴するこのエピソードは、図らずも、ヘラーの『ヨーロッパとファシズム』誕生とまったく期を一にしている。本書においてヘラーが批判した「ファシ

ズム独裁」がドイツで現実のものとなり、コルデリアはそのユダヤ的出自のゆえにテレージンとアウシュヴィッツの収容所へ送られ（二二―一六歳）、母ランゲッサーも強制労働を課せられるという過酷な運命を辿ることになる（山口、同上 一〇六頁）が、その時ヘラーは既に天上の人となっていた。コルデリアの誕生の時、ヘラーが筆をもつて闘った「ファシズム」が、父の死後、その娘を襲ったとはなんと哀しい皮肉だろうか。しかし、ヘラーの妻ゲルトウルトと三人の子供たちも（ロンドン）、コルデリアとその母も「ヒットラー帝国」を生き抜いて「戦後」を迎えたという（山口、同上 一〇六―一〇九頁）。

(160) 本稿前出注(19)参照。

(161) Heller, Ziele und Grenzen, S.413.

(162) Heller, aa.O., S.413.

(163) Heller, aa.O., S.415.

(164) Heller, aa.O., S.413.

(165) 本稿九二―九五頁、一三四―一三九頁参照。

(166) Heller, aa.O., S.412.

(167) Heller, aa.O., S.414.

(168) Heller, aa.O., S.414.

(169) Heller, aa.O., S.414.

(170) Heller, aa.O., S.414.

(171) Heller, aa.O., S.414―415.

(172) Heller, aa.O., S.415.

(173) Heller, aa.O., S.415.

(174) Heller, aa.O., S.415.

(175) Heller, aa.O., S.415.

(176) Heller, aa.O., S.415.

(177) たとえばこの投稿論文の前年、一九三〇年八月一日のワイマール憲法制定一周年記念日にドイツ学生連盟 (Der

Deutsche Studentenverband) で行った講演「ワイマール憲法における自由と形式」の最後で、ヘラーは以下のような象徴的な言葉を述べている (Freiheit und Form in der Reichsverfassung, in: *Die Justiz. Monatsschrift für Erneuerung des deutschen Rechtswesens, zugleich Organ des Republikanischen Richterbundes* (Hg. W. Kroner u.a.), Verlag Walther Rothschild, Berlin, 5 (1929/30), S.672-677, auch in *GS II*, S.371-377. 本稿では全集収録版を用いている。邦訳は「ヴァイマール憲法における自由と形式」山崎充彦訳、『同志社法学』第208号 (Vol.41, No.2) 一九八九年七月、一七四—一八〇頁。

投票用紙のみをもって国家を安定させることなどできないということを、我々は十分承知している。そして、もし彼ら「暴力イデオログたち」が暴力的な攻撃を仕掛けてくるような場合には、我々が承知しているところを彼らに対してただちに実践的に証明するだろう。すなわち、たとえ武器を手になければならないとしても (wenn es sein muß mit der Waffe in der Hand) 我々はワイマール憲法を護るのだ! (a.a.O., S.377)。

(178) 「価値と意志の共同体」(Wert und Willensgemeinschaft) という表現は、それ以外の箇所でも見出される重要な概念である。たとえば上述の憲法記念講演の中で (Freiheit und Form in der Reichsverfassung, S.377) また、クラーの遺著となった『国家学』(Staatslehre, hg. Gerhart Niemeyer, A.W. Sijthoff's Uitgeversmaatschappij N.V. Leiden 1934, auch in *GS III*, S.79-412. 本稿では全集収録版を用いる。邦訳は『国家学』安世舟訳、未來社、一九七一年 (第1刷) 一九九〇年 (第12刷) の中でも用いられている (a.a.O., S.151. 邦訳九七—九八頁)。

(179) Heller, Was bringt uns eine Diktatur? Fascismus und Wirklichkeit, in: *Das Reichsbanner Zeitung des Reichsbanners Schwarz-Rot-Gold, Magdeburg*, 6 (1929), Nr. 18, S.137, auch in *GS II*, S.437. 本稿では全集版を用いている。この小論文は、『ヨーロッパとファシズム』が出版される直前に公刊された、いわばその要約版である。邦訳は「独裁は我々に何をもたらすのか——ファシズムと現実」山崎充彦訳、『同志社法学』第208号 (Vol.41, No.2) 一九八九年七月、一八〇頁。

(180) Heller, a.a.O., S. 438. 邦訳一八二頁。

(181) 当時最も有能だと目された社会主義者ジャコモ・マテオッティ (Giacomo Matteotti) 殺害事件が、ムッソリーニ体制のその後の確立への画期的意味を持つものとなったという点について、前掲邦訳「独裁は我々に何をもたらすのか」(本稿前出注(179)) 末尾一八六—一八七頁の山崎充彦による「訳注」参照。マテオッティ殺害がムッソリーニ政権に危機をもたらし、

逆に、この危機の克服策としてとられたムッソリーニの保守勢力との連携強化が成功し、その半年後の一九二五年一月三日、ムッソリーニの「反対派に対する弾圧宣言」の演説をもって「イタリアにおける所謂『強制的同質化』が始まった」（山崎、同上二八七頁）という。

(182) Heller, *a.a.O.*, S. 438.

(183) Heller, *Europa*, S. 467.

(184) Heller, *a.a.O.*, S. 467. ヴァンデヘラーは「意志共、同、体」(Willensgemeinschaft)を「意志統一、体」(Willenseinheit)と言い換えている。一九二九年の『ヨーロッパとファシズム』では「意志共、同、体」の表現が主として用いられているが、次に考察する一九二七年の『主権論』では「意志共、同、体」の語はなく、「意志統一、体」が用いられている(本稿後出注(291)参照)。

(185) Heller, *a.a.O.*, S. 468.

(186) Heller, *a.a.O.*, S. 467.

(187) Heller, *a.a.O.*, S. 467-468.

(188) Heller, *a.a.O.*, S. 469.

(189) Heller, *a.a.O.*, S. 469.

(190) Heller, *a.a.O.*, S. 470.

(191) Heller, *a.a.O.*, S. 470.

(192) Heller, *a.a.O.*, S. 471. ほうした「価値共同体」の意義づけの際にヘラーが言及するのはスメントである(R. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, München 1928, S. 40)。

(193) Heller, *a.a.O.*, S. 476.

(194) Heller, *a.a.O.*, S. 470.

(195) Heller, *a.a.O.*, S. 470-471.

(196) Heller, *a.a.O.*, S. 471.

(197) Heller, *a.a.O.*, S. 472.

(198) Heller, *a.a.O.*, S. 477ff.

- (199) Heller, *a.a.O.*, S.472.
- (200) Heller, *a.a.O.*, S.473.
- (201) Weber, *Wissenschaft als Beruf* (1919), *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, Tübingen 1922, S.536 からのクラーに於ける引用 (Heller, *a.a.O.*, S.473)°.
- (202) Heller, *a.a.O.*, S.473.
- (203) Heller, *a.a.O.*, S.473–474.
- (204) Heller, *a.a.O.*, S.474.
- (205) Heller, *a.a.O.*, S.474.
- (206) Heller, *a.a.O.*, S.474.
- (207) Heller, *a.a.O.*, S.475. サン・シモン²の原典は、全集編集者によれば、³vgl. Henri Claude de Saint-Simon, *Du système industriel* (1821), in: *Oeuvres de Saint-Simon*, vol. 5, Paris 1869 (= *Oeuvres de Saint-Simon et d'Enfantin*, vol. 21), S.151.
- (208) Heller, *a.a.O.*, S.475.
- (209) 「自由主義的な法形式主義」とは、もちろん、「ゲルバー、ラーバント、そしてゲオルク・イェリネクを通じてドイツを遙かに越えて、特にフランスとイタリアで通説的位置についた」ものであり、「ハンス・ケルゼンを通じて完成を見た」もの⁴。↗48° (Heller, *a.a.O.*, S.475)°.
- (210) Heller, *a.a.O.*, S.476.
- (211) Heller, *a.a.O.*, S.476.
- (212) Heller, *a.a.O.*, S.477.
- (213) Heller, *a.a.O.*, S.477.
- (214) Heller, *a.a.O.*, S.480.
- (215) Heller, *a.a.O.*, S.478.
- (216) Heller, *a.a.O.*, S.478.
- (217) たとえばハレーンによれば、社会主義とは、一方で同感情と分析され、他方、単に「他人の財に対する欲望」として上

層階級の諸財を奪取することにより、自分たちの苦勞を終わらせたいという下層人民層の願望と分析される、という。さらに上層階級における社会主義思想の帰結は、彼らの同情感情の退化から大部分説明され、これはこの階級の普遍的な衰退に対応するという。同様に、全階級の政治的イデオロギーは非合理的感情と欲求の隠蔽であり、それら「非合理的感情と欲求」は、自己保存の欲求、計算の欲求、権力への意志等として、唯一現実的かつ恒常的なものである、という (Heller, *a.a.O.*, S.478)。

(218) Heller, *a.a.O.*, S.478–479.

(219) Heller, *a.a.O.*, S.479.

(220) Carl Schmitt, “Der Begriff des Politischen,” in *Probleme der Demokratie*, I. Reihe, Berlin 1928, S.6 からのクラーによる引用。Heller, *a.a.O.*, S.479.

(221) Heller, *a.a.O.*, S.479. Ch・シュラーは、シュミットとヘラーの一九二八年二月一日から二二日の個人的往復書簡に基づいて、「シュミットは、その友・敵理論をヘラーが『実存の否定』の意味で解釈したことに反論していた」ことを指摘するが、しかし同時に、「一九三三年以降の態度からして、シュミットはヘラーの疑念を確証することになった」と述べる (シュラー、本稿前掲注(156)論文二七五頁、注³⁸、vgl: Paul Noack, *Carl Schmitt. Eine Biographie*, Frankfurt/M: Propyläen, 1993 (S.118ff), S.120)。

(222) Heller, *a.a.O.*, S.480.

(223) Heller, *a.a.O.*, S.481.

(224) Heller, *a.a.O.*, S.481.

(225) Heller, *a.a.O.*, S.481.

(226) Heller, *a.a.O.*, S.482.

(227) Othmar Spann, *Der wahre Staat*, Leipzig 1921, S.274.

(228) Heller, *a.a.O.*, S.483.

(229) Heller, *a.a.O.*, S.483.

(230) Heller, *a.a.O.*, S.483.

(231) 「量化」「法則化」に抗して「個別化」「多様化」の方向が、自然科学の分野でも文化思想の分野でも進行しているとしてヘラーがあげるのは、たとえば、自然科学の分野では、ローレンツとアインシュタインが機械論の基礎にある法則を破壊し、物理学（量子学）、生物学（突然変異説）が自然の合法的恒常性という教義の息の根を止め、原子理論では、原子さえも漏れなく量化されるわけではない個別性として受け入れねばならなくなっており、ネルンストは、自然諸科学がこれまで一つの厳格な意味における普遍妥当的な自然法則をも発見していないと断言した、という。

さらに文化思想の分野では、「生」がロマン主義的動機と結びつき、創造的で、あらゆる計算的合理化を軽蔑する多様性を示し、非合理主義哲学が知性主義に対して、本能と直観を引き合いに出し、ニーチェ、クローチェ、ベルグソンは、法則の静寂主義的賛美に対して、能動主義的な生の気分、英雄主義的な人格思想を讃えているという（Heller, *a.a.O.*, S.484）。ちなみにヘラーは生前「A・アインシュタインとその家族との緊密な付き合い」を持つており、アインシュタインからの書簡が度重なる転居により失われたことを晩年のヘラー夫人は特に残念がったという（山口、前掲書一〇九―一一〇頁）。

(232) Heller, *a.a.O.*, S.484.

(233) Heller, *a.a.O.*, S.485.

(234) Heller, *a.a.O.*, S.604.

(235) Heller, *a.a.O.*, S.604.

(236) Heller, *a.a.O.*, S.607.

(237) Heller, *a.a.O.*, S.607. ヘラーがここで述べている「独裁」における「政治的な基本決定」が、シュミットにおける「行動委任」としての「独裁」における、「行動委任」の「目的」（Zweck der Aktionskommissar）にあたるものだという点に留意する必要がある。この点について本節3. 3.（一九四頁以下）参照。

(238) Heller, *a.a.O.*, S.607.

(239) Heller, *a.a.O.*, S.607. Edgar E. Jung, *Die Herrschaft der Minderwertigen, ihr Zerfall und ihre Ablösung durch ein Neues Reich*, 3.Aufl., Berlin 1930, S.282f. からのヘラーによる引用。

(240) Heller, *a.a.O.*, S.607.

(241) Heller, *a.a.O.*, S.608.

- (242) Heller, *a.a.O.*, S.608.
- (243) Heller, *a.a.O.*, S.608–609.
- (244) Heller, *a.a.O.*, S.609. 労働者自身が協力すれば彼らの理念と利益に合致する国家と社会の将来を生成させるという「希望」(die Hoffnung) および、彼らの政治的経験によつてあらゆる政治的形式の必要性を労働者が知るに至るという「可能性」(die Möglichkeit) の二つ(希望と可能性) が彼らからファシスト独裁を取り去る、しかしファシスト独裁は、まさに政治的自主活動の禁止により、彼らの民主的な自己教育作業の機会を奪うのだ、とヘラーはいふ。
- (245) Heller, *a.a.O.*, S.474.
- (246) この点には後に再び立ち返つて考察したい(本稿一九二一九四頁参照)。
- (247) 安世舟「訳者解説」、H・ヘラー『国家学』、四六二頁。ヘラーは、一九一五年二月一八日にグラーツ大学で博士学位を取得したものの、その後一九二〇年三月一〇日にキール大学で法哲学・国家学の大学教員資格取得するまでの道は険しく、さらに、大学での職を得ることも簡単ではなかった。それゆえ一九二六年四月に「カイゼル・ヴィルヘルム外国公法・国際法研究所」(Viktor-Bruns 主宰、ベルリン) 入所を期に「ヘラーの学問的研究の最も実り豊かな時期が始まる」(安「訳者解説」四六二頁) まで、学問に専念するよりはむしろ、社会主義青年運動や労働者への政治教育に関わる社会的実践的活動に従事していたという。『主権論』への高い評価が一九二八年一月のベルリン大学法学部公法學助教教授任命に結びついた(安、同上四六三–四六四頁) という意味でも、本書は、学問へと没頭することになったヘラーの一〇年に満たない後半生にとつての、画期をなす著作である。
- (248) Heller, *Die Souveränität*, S.33.
- (249) Heller, *a.a.O.*, S.34. ボダンの『国家をめぐる六書』(Six livres de la République) の「初めての」、そして唯一のドイツ語完訳であり続けた「一九二二年のドイツ語版」(übersetzt von dem Pfarrer Johann Oswald, Mumpelgart, 1592) (Buch I–III, 1981 (下記参照), S.53) 以来、初めての新しいドイツ語完訳が二巻本として「一九八一年(I–III) および「一九八六年(IV–VI) に出版された」*Jean Bodin: Sechs Bücher über den Staat: Buch I–III, & Buch IV–VI, übersetzt und mit Anmerkungen versehen von Bernd Wimmer, eingeleitet und herausgegeben von P.C. Mayer-Tasch, Verlag C.H.Beck, München 1981, 1986*」とある。編者 P.C. Mayer-Tasch はその「序言」の冒頭で「ヘラーのこの言葉を引用し」「ボダンが頻繁に引用されながらも、ほとんど

読まれていない」国家理論家に属するというこの事態は、今日に至るまで何ら変わっていない、と述べる (a.a.O. Buch I–III, 1981, S.9. 翻訳者 Bernd Wimmer も同じく、この点でヘラーを引用する a.a.O., S.52)。その理由は、「一方では、近代的な刻印を持つ主権概念の創造者について国家理論的に関心を持つ人々にとって、何らそのための回路が通じておらず、他方、ボダンの著作 *Six livres de la République* が単に入手困難であることから説明しうる」という (a.a.O. Buch I–III, 1981, S.9)。というのも、一五九二年のドイツ語訳は「Six livres de la République への接近を容易にするという役割を果たしえなかったというが、それは、翻訳者である「牧師オズヴァルトの言葉が、ゲルマン語的素養を予め持たないドイツ語圏の読者には、しばしば、フランス語版もしくはラテン語版テキストの助けを借りてのみ理解可能となるにすぎないものだったから」(a.a.O., I–III, S.53; dabei vgl. Helmut Quaritsch, *Staat und Souveränität. Band 1: Die Grundlagen*, Frankfurt 1970, S.243) だところ。

- (250) Heller, a.a.O., S.36.
- (251) Heller, a.a.O., S.36.
- (252) Heller, a.a.O., S.36. 邦訳四頁。「」内のボタンからの引用は、Jean Bodin, *De Republica libri sex*, latine ab autore redditi, Lyon 1586, lib. I, cap. 8 (S.101f.).
- (253) Bodin, a.a.O., lib. I, cap. 8 (S.84;86).
- (254) Bodin, a.a.O., lib. III, cap. 4 (S.293ff.). この一文はドイツ語で書かれており、ボダンの上の箇所可依拠しながら、ヘラーが述べたもの。
- (255) Bodin, a.a.O., lib. IV, cap. 3 (S.426).
- (256) Heller, a.a.O., S.36–37. 邦訳四–五頁。
- (257) Heller, a.a.O., S.36, FN13.
- (258) Heller, a.a.O., S.37.
- (259) Heller, a.a.O., S.37.
- (260) Heller, a.a.O., S.36. ヘラーは、ボタンも、そして、「似たような政治的状况の中で書物を著し、屢々曲解されているホップズ」も、共に「およそ君主政に与する党派政治家ではない」と述べ、両者とも主権の「主体」として「君主」ばかりでな

く「人民」もあげていたと指摘する。ボダンについての典拠としてヘラーがあげるのは、*Bodin, a.a.O.*（本稿前出注（250）, *lib. I, cap. 8*（S.80）：「しかし元首や人民の中に主権が内在する」；*lib. I, cap. 10*（S.150）：「法律は」至上の権能を持つ命令だが、権能は一人のものとも、全員のものとも、あるいはまた、少数者のものともなりうる」；*lib. I, cap. 8*（S.92）；*lib. I, cap. 10*（S.151f.）；*lib. II, cap. 1*（S.176）. ホッブズに関する典拠としては、*Thomas Hobbes, Elementa philosophica de cive*, Amsterdam 1647, *cap. VI, 1 annotatio*（S.90ff.）；*cap. XII, 8*（S.199f.）など（全集編者のつけた）ヘラーによらない文献指示を表す。

（261）「ボダンの意味における主権の本質について言えば、ボダンは彼が列挙した七つの主権の権利（*sieben Souveränitätsrechte*）すべてが、立法権（*Gesetzgebungsrecht*）に含まれると考えていた」と確認しておくのが理論的に最も有意義である」とヘラーは述べる（*Heller, a.a.O., S.36, auch S.9*）。ヘラーのボダン評価のこの観点は重要である。ヘラーの「主権」は、その本質を「立法権力」に見るという意味での「ボダンの主権」と合致している。この点は後述する（第3節2. 4. 2.（本稿一七七頁以下）参照）。

- （262）*Heller, a.a.O., S.38.*
- （263）*Heller, a.a.O., S.39.*
- （264）*Heller, a.a.O., S.39.*
- （265）この点はブレンヒャットの主張だとする：Gerhard Anschütz, *Die Verfassung der Deutschen Reichs*, 4.Aufl., Berlin 1926, S.5.
- （266）*Heller, a.a.O., S.40.*
- （267）*Heller, a.a.O., S.41.*
- （268）*Heller, a.a.O., S.41.*
- （269）*Heller, a.a.O., S.42.*
- （270）*Heller, a.a.O., S.44–45.*
- （271）*Heller, a.a.O., S.46–47.*
- （272）*Heller, a.a.O., S.48.*
- （273）*Heller, a.a.O., S.48.*

(274) Heller, *a.a.O.*, S.48. ヘラーが示しているエンゲルスの原典は、Friedrich Engels, *Herrn Eugen Dührings Umwälzung der Wissenschaft* (1878), 10.Aufl., Berlin 1919, S.302. サン・シモンの原典については本稿前出注(207)参照。

(275) Heller, *a.a.O.*, S.49.

(276) Heller, *a.a.O.*, S.49.

(277) Heller, *a.a.O.*, S.49.

(278) Heller, *a.a.O.*, S.56.

(279) Heller, *a.a.O.*, S.57.

(280) Heller, *a.a.O.*, S.57.

(281) Heller, *a.a.O.*, S.57.

(282) Heller, *a.a.O.*, S.57.

(283) Heller, *a.a.O.*, S.57.

(284) Heller, *a.a.O.*, S.58.

(285) Heller, *a.a.O.*, S.58. ヘラーはこの命題についてマックス・ヴェーバーとヘルマン・ヤーライズに依拠している。Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 2.Aufl., München 1925, S.1ff.; ders., “Über einige Kategorien der verstehenden Soziologie” (1913), in *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, Tübingen 1922, S.432ff.; Hermann Jahreiß, *Das Problem der rechtlichen Liquidation des Weltkriegs für Deutschland*, Leipzig 1924, S.13f.; 44f.

(286) Heller, *a.a.O.*, S.58–59. 「支配」は下から見れば「秩序」として現れるが、逆に、あらゆる「秩序」が「支配秩序」というわけではなく、「支配」によらない「契約秩序」も存在すると述べ、「オーステインとその分析学派」による「法秩序に関するこの命題の逆転」としての「法とは命令されたことであるという命題」は誤りだという (*a.a.O.*, S.59)。

(287) Heller, *a.a.O.*, S.59. この二つの「秩序」は「理念型」であり、社会的現実はこの二つの類型の間を流動すると言う (*a.a.O.*, S.65)。

(288) Heller, *a.a.O.*, S.59.

(289) 物理的強制力は、個人の服従行為を代替するための必要性を持つのみで、強制それ自体ではなく、何かあることを強制す

ることが支配にとつては重要なことから、「命令の確定性」こそが決定的なメルクマールとされる (Heller, *aa.O.*, S.62-63)。

(290) Heller, *aa.O.*, S.60.

(291) ここでの主眼は「命令の確定性」の必要の主張にあり、服従する側の「主体」のあり様それ自体が問題とされているわけではないので、断定的には言えないが、少なくともこの時点でのヘラーにとつては、「思考を媒介としない服従」、「まったく無思考の服従」といった、後にアーレントが「アイヒマン裁判」で指摘したような人間の類型は想定されていなかったのではないかと推測しうる。既に見たように、二年後の『ヨーロッパとファシズム』においてヘラーは「意志の麻痺」、「判断の停止」の問題を明確に指摘するが、この点だけ見ても、ヘラーの危機認識は大きく変化していると言えよう。

(292) Heller, *aa.O.*, S.60.

(293) Heller, *aa.O.*, S.62. ヘラーは繰り返し「決定統一性」(Entscheidungseinheit) という言葉を用いるが、これは、「命令を決定する統一性」、「人間の意志過程によつて形成される決定統一性」、「意志と活動の統一性」また「意志統一性」(*aa.O.*, S.113f, 116, 119, *passim.*)とも呼ばれる(傍点引用者)・「一つの意志統一性が実効力を持った他の普遍的な決定統一性から絶対的に独立しているという特質を主権と呼ぶことにしよう。これによつて積極的に表現されるのは、当該意志統一性こそが、この特定の支配秩序における最高の普遍的な決定統一性だということである」(*aa.O.*, S.120)。本稿前出注(184)参照。

(294) Heller, *aa.O.*, S.62.

(295) Heller, *aa.O.*, S.63.

(296) Heller, *aa.O.*, S.60.

(297) Heller, *aa.O.*, S.65.

(298) Heller, *aa.O.*, S.62.

(299) Heller, *aa.O.*, S.62.

(300) Heller, *aa.O.*, S.62.

(301) Heller, *aa.O.*, S.62.

(302) Heller, *aa.O.*, S.66.

(303) Heller, *a.a.O.*, S.66.

(304) Heller, *a.a.O.*, S.66. 「意志」が客観化され、相対的に持続的な客体となることによって「当為」となる過程について、ヘラーは興味深い例を示している。すなわち、最高指揮官の「意志」が客観化され、部下の無数の命令の中で表現される時、この「意志」は、もはや具体的に現実心理学的なものではなく、「当為」(ein Sollen)として受け取られようという。「当為」とされるのは、かつて個別的に意欲された(wollen)ことのみによるのだが、支配者の「意志」が「理念的当為」として存続するとき、その背後に現実の「意志」はもはや存在しない、という(*a.a.O.*, S.66-67)。

(305) ヘラーの遺著『国家学』の編者ゲルハルト・ニーマイヤー(Gerhart Niemeyer)によれば、「ヘルマン・ヘラーの思考過程を正しく評価したいと欲する者は誰でも、本書の持つこの弁証法的基調(dialektischer Grundton)を念頭に置き続けねばならない」(*Staatslehre*, S.90. 邦訳一九頁。傍点引用者)。山口氏もまた、「読者は、ヘラーの世界に入る前に、ニーマイヤーとともに次のような「つまり上記のような」精神的武装を求められる」と指摘する(山口、前掲『ヘルマン・ヘラーと現代』七六頁)。

(306) Heller, *a.a.O.*, S.67.

(307) Heller, *a.a.O.*, S.69.

(308) Heller, *a.a.O.*, S.68.

(309) Heller, *a.a.O.*, S.69.

(310) Heller, *a.a.O.*, S.69.

(311) Heller, *a.a.O.*, S.70.

(312) Heller, *a.a.O.*, S.70. 邦訳三七頁。

(313) Heller, *a.a.O.*, S.70. Erich Brodmann, *Recht und Gewalt*, Berlin 1921, S.32f.

(314) 「意志決定」による「法制定」という把握を、ヘラーはここで「法確信」による「法産出」という定式に対立させて叙述している。「法確信」による「法産出」という理論の難点は、法の妥当性の発生過程から「決意」、つまり「決定」という能動主義的性格を取り除いてしまう点にある。しかし受動的な「確信」は、ヘラーによれば、「規範」を客体化することも諸関係を秩序づけることもできない。人間にとってのあらゆる法は、ただ「意志をもって評価する人間の行態」を通して

いふ形成されるという (Heller, *a.a.O.*, S.71)。

- (315) Heller, *a.a.O.*, S.71.
- (316) Heller, *a.a.O.*, S.72.
- (317) Heller, *a.a.O.*, S.72.
- (318) Heller, *a.a.O.*, S.72-73.
- (319) Heller, *a.a.O.*, S.73.
- (320) Heller, *a.a.O.*, S.74.
- (321) Heller, *a.a.O.*, S.74, S.79.
- (322) Heller, *a.a.O.*, S.74.
- (323) Heller, *a.a.O.*, S.79-80.
- (324) Heller, *a.a.O.*, S.99.
- (325) Heller, *a.a.O.*, S.100. Ch・ミュラーは、「ケルゼンが「存在」と「当為」を切り離したことを問題にするヘラーの烈しい批判は、「ケルゼンに対して正当と言える批判を踏み越えている」と指摘する。なぜなら、ケルゼン自身にとつても、「社会的及び政治的『存在』と規範的及び法的『当為』とが無関係に並立する二つの領域に分割されえない」ということは自明であつた」のであるが、ケルゼンにとつての議論の核心は、むしろ「異なる個別科学の研究観点を方法的に分離するところにあつた」と述べている (ミュラー、本稿前掲注(156)論文二三二頁)。
- (326) Heller, *a.a.O.*, S.100.
- (327) Heller, *a.a.O.*, S.100.
- (328) Heller, *a.a.O.*, S.100.
- (329) Heller, *a.a.O.*, S.101.
- (330) Theodor Litt, *Individualium und Gemeinschaft*, 3.Aufl., Leipzig 1926, insbesondere S.151ff.
- (331) Heller, *a.a.O.*, S.101.
- (332) Georg Simmel, *Lebensanschauung*, München 1918, S.28ff.

- (333) Heller, *a.a.O.*, S.101.
- (334) Heller, *a.a.O.*, S.101.
- (335) Heller, *a.a.O.*, S.101.
- (336) 本稿前出注(323)参照。
- (337) Heller, *a.a.O.*, S.102.
- (338) Heller, *a.a.O.*, S.103.
- (339) Heller, *a.a.O.*, S.103.
- (340) Heller, *a.a.O.*, S.103.
- (341) Heller, *a.a.O.*, S.103. Hans Freyer, *Theorie des objektiven Geistes. Eine Einleitung in die Kulturphilosophie*, Leipzig 1923, insbesondere S.52ff.
- (342) Heller, *a.a.O.*, S.103.
- (343) Heller, *a.a.O.*, S.88–92.
- (344) Heller, *a.a.O.*, S.81.
- (345) Heller, *a.a.O.*, S.88.
- (346) Heller, *a.a.O.*, S.88–89.
- (347) Heller, *a.a.O.*, S.89.
- (348) ハンペクラーが示す文献の参照指示は、Schmitt, *Dictatur*, S.18「ただし、*Dictatur* 6.Aufl.1994ではS.17」である。ちなみに、これは、『秘方 (Arcana) に関する文献のうち最も重要な、一七世紀に基準的主要文献として引用されたアーノルト・クラブマル (Arnold Clapmar) の著作』に基づき、「平常時における国家、つまり、実際に現存する権力状態」に関わる政治の秘策としての「主権秘方 (Arcana imperii)」と、「非常事態・叛乱・革命に際しての支配者の保護・防衛、そうした事態を処理する手段」に関わる政治の秘策としての「支配秘方 (Arcana dominationis)」というクラブマルの概念を対比的に論じている箇所である (*Dictatur* 6.Aufl.1994, S.14ff.)。その中で、シュニット自身以下のように述べて、ボダンの主権が立法権を指していたことに言及している。「二つの種類の秘方は、主権法と教権法 (*iura imperii und dominationis*) とに概念

上対置される（強調シュニット）。主権法（*jura imperii*）とは、^{ちがひ}ちがひの主権的権利（*Souveränitätsrechte*）であり、それはボダン以来、最高主権（*summum imperium*）のメルクマールとして数え上げられているように、とりわけ、立法する権利、（das Recht, Gesetze zu geben）である（傍点引用者）（*Diktatur*. 6.Aufl.1994, S.15–16）。これに対して「教権法」（*jura dominationis*）においてクラブマルが理解していたのは、「公的例外法であり、その保持者が、非常時に国家の存立と公共の平穩と安全のために通常法（*jus commune*）から逸脱しうる」ことであり、「戦争と叛乱がその最重要の二事例だった」（*a.a.O.*, S.16）。

- (349) Heller, *a.a.O.*, S.89.
- (350) Heller, *a.a.O.*, S.89.
- (351) Carl Schmitt, *Besprechung von Gerhard Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs*, in: *Juristische Wochenschrift*, 55 (1926), S.2272 に基づいたクラーによる引用。
- (352) Heller, *a.a.O.*, S.89.
- (353) Heller, *a.a.O.*, S.89.
- (354) クラーが示すシュニットの文獻指示は、*Diktatur*, S.201f. [*Diktatur*. 6.Aufl.1994, S.198f.]
- (355) Heller, *a.a.O.*, S.89–90.
- (356) クラーが示すシュニットの文獻は、Schmitt, *Diktatur*, S.139 [*Diktatur*. 6.Aufl.1994, S.135f.] ders., *Politische Theologie. Vier Kapitel zu Lehre von der Souveränität*, München 1922, S.37.
- (357) Heller, *a.a.O.*, S.91. クラーが依拠しているのは、Friedrich Schliermacher, *Der christliche Glaube*, Bd.I, 2.Aufl., Halle 1830, § 47 (S.199).
- (358) Heller, *a.a.O.*, S.91.
- (359) Heller, *a.a.O.*, S.91.
- (360) Heller, *a.a.O.*, S.91. この点についてのクラー自身の参照表示は、Schmitt, *Diktatur*, S.26 [auch *Diktatur*. 6.Aufl.1994, S.26] であり、全集編集者によって付け加えられた（つまりクラーによらない）ボダン原典の参照表示は、Bodin, in der französischen Ausgabe: *Les six livres de la république* [1576], 2.Aufl., Paris 1577, *liv. I, ch. 8* (S.77ff.) である。

ヘラーが指示している『独裁』の該当箇所は、シュミットが、ボダンの中に見出される独裁の型を「委任独裁」として定義づけている箇所、ボダンにおける主権のメルクマールが「永続性」、および、「派生的でなく独立かつ至高のもの」に存した点を、それゆえにこそ、「委任」に基づくコミッサールたる独裁官は主権者ではない点を、シュミット自身指摘している。「一国家内で、一個人ないし一官庁が無制約の権限を持ち、彼らの措置に対抗するいかなる法的手段も存在しない場合でさえ、それが永続的でない限り、主権的権力ではない。なぜならそれは、他者を前提としているからであり、真の主権者は、自己の上位に神以外の何ものをも認めないからだ。……官吏ないしコミッサールは、その権力がいかに大であろうとも、常にその権限は派生的であり、主権者は、国民ないし……君主なのである」(Yikatur, S.26, 傍点引用者)。本稿本稿一三頁以下参照、また、ここでシュミットが依拠するボダンの原典については本稿前出注(106)参照。

(361) 本稿前出注(358)参照。

(362) Heller, *aa.O.*, S.92.

(363) Heller, *aa.O.*, S.92.

(364) Heller, *aa.O.*, S.201.

(365) Heller, *aa.O.*, S.201.

(366) Heller, *aa.O.*, S.202.「救いの確かさ」をめぐるヘラーの短い言及は、現世におけるいかなる人間的努力や業績、これへの何らかの(教会や司祭による)是認にも依存せず、ただ「恩寵の中にのみ」その確かさがあるという、キリスト教神学における長い議論の歴史を持つ核心に触れる問題を簡潔に表現している。ヘラーにとって、キリスト信仰の救いの確かさの根拠を恩寵のみに置く「信仰厚き魂」という、具体的な *Vorbild* が存在したのだろうか。

(367) Heller, *aa.O.*, S.202.

(368) Heller, *aa.O.*, S.202.

(369) こうした意味においてヘラーのいう人間の「意志」とは、横に、(多様な他者に)対して「橋」を架けるものであると同時に、未来へと「橋」を架けるものである(本稿二一〇—二二二頁参照)。

(370) 本稿一六二頁参照。

(371) W・シュルフターによれば、「事件」の背後にパーペンとヒットラーとのプロイセン攻撃の「密約」があると主張したヘ

ラーの非難は、「証明されなかったし、それが歴史的事実に合致していたかどうか問題だ」と述べているが、同時に、次のような見解を示している。「にもかかわらず、事態の推移から見て、この政治的評価はなるほどと思わされるものを持っているように見えた。というのは、パーペンが政権掌握後、ナチス突撃隊・同親衛隊禁止令を廃止したからである。これによって〔ナチスによる〕波状テロが可能となり、それはとりわけプロイセンに向けられた。こうしてパーペンは、プロイセン政府がもうそれ以上公共の安全を保障する状態にないので、ライヒ執行が依然として唯一可能な方法だと主張できたのだ。こうした原因と結果の関係から見て、ヘラーには真の政治的経緯が明らかとなつていたのである。つまり、見せかけの外観とはあべこべに、パーペンとヒットラーの提携が既に機能しており、しかもそれは共和国の最終的排除へと向けられていた」という(傍点引用者)(Wolfgang Schuchter, Hermann Heller: Ein wissenschaftliches und politisches Portrait, in: Ch. Müller und Ise Staff (Hrsg.), *Der soziale Rechtsstaat. Gedächtnisschrift für Hermann Heller 1891–1933*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1984, S. 48. 邦訳「ヘルマン・ヘラー小伝——学問的・政治的活動を中心として」山口利男訳, Ch・ミュラー, I・シュタフ編著『ワイマール共和国の憲法状況と国家学——H・ヘラー, C・シュミット, H・ケルゼン間の論争とそのボン共和国への影響』安世舟・山口利男編訳, 未來社, 一九八九年, 五四頁)。

この点に関連して極めて興味深いのは、山口利男氏によると、ヘラーは、一九三二年四月一日に赴任したフランクフルト大学で、(夏学期は不明だが)一九三二/三三年冬学期に国法学講義と二つのゼミを開講しており(山口、前掲『ヘルマン・ヘラーと現代』九二頁)、冬学期のための残されている二つの「講義案」の内一つ、「ドイツ・ライヒ法とラント法論」(Deutsches Reichs und Landesstaatsrecht Typusで四七五頁)(これは『ヘラー全集』に収録されていない)の中で、「大統領の『権能』規定」に言及している(山口、前掲書一〇〇頁)という点である。この点について山口氏は以下のように述べている。

「講義案では、争点となつたライヒ憲法第48条第1項を、大統領の『権能』規定」と捉えることによって、同条第2項の拡大解釈の可能性——論理的には「君主制の導入」も可能!——の危険を指摘している。ただしヘラーはこの危険を差迫つたものとはみておらず、『大統領は直ちに最後の切り札(暴力)を用いることはないだろう』と期待していた。

現実政治に対するヘラーの洞察力の甘さがここにも顔をのぞかせているといえよう(山口、前掲書一〇〇頁)。

残念ながら、この「講義案」を筆者は未見であり、そこでヘラーが「独立した権限規範」解釈をどのように論じたのか

不明である。しかしここに、この解釈の「危険性」を察知しながらも現実政治への適用可能性の恐れに対する理論武装を急ぐ気配のないヘラーと、一九三二年一月に国事裁判所がこの解釈による「判決」を出すやいなや、一九三二年春から執筆し始め「七月一〇日には完成を見ていた」（本稿前出注（5）参照）という『合法性と正当性』において、その危険性を徹底的に指摘していたシュミットとの、余りにも鮮やかなコントラストを見出さざるを得ない。

あるいは、この「講義案」が、一九三二／三三年冬学期ではなく一九三二年夏学期のものだったとしたら、この「講義」を通してある程度の理論武装を整えたヘラーが、「法廷」において、まさに「独立した権限規範」概念の第48条への本件における適用をめぐる、熾烈な論争をシュミットとの間で繰り広げたかもしれない。しかしドイツの冬学期は、まさに一〇月から始まるのであり、ヘラーがこの「講義」をフランクフルト大学で行ったときには、既に「法廷」は終わっていた。ヘラーは、どんな思いでこの「講義」を行ったのだろうか。

- (373) Schmitt, *Verfassungslehre*, Duncker & Humblot, Berlin 1928, S.XIV. 邦訳は『憲法論』阿部照哉・村上義弘訳、みすず書房一九八九年、六一七頁。この箇所ではシュミットが指摘する「偽りの主権行為」の特色とは、「国家官庁や官職が、主権者でないにもかかわらず、臨機に、また黙認の下に主権行為を行う点にある」（傍点引用者）。邦訳では“*apokryph*”が「隠された」と訳されているが、これはもともと、「偽作」、「典拠の疑わしい」、「にせもの」などを表す語であり、「偽りの」と訳するのが妥当と思われる。

(374) Heller, *Staatslehre*, S.151.

(375) Heller, *Souveränität*, S.72.

(376) Heller, *Staatslehre*, S.151.