

〈合法性〉をめぐる二つの次元

——法と政治の間についての一試論⁽¹⁾——

高橋 愛子

第一節 問題の所在と本稿の狙い

代議制民主主義の正当性の危機や政治からの大規模な離反が指摘され、ラディカル・デモクラシーを模索する試み⁽²⁾はますますその重要性を増している。同時にしかし、「議会」の存在なくして民主的政治体制は可能かといえ⁽³⁾ばそうしたことが可能とみる想定は成り立ちえないといつて過言ではないだろう。かつてカール・シュミットは、民主主義と議会議義は本来異質な歴史的出自をもつと指摘し、民主主義を不可避の時代の要請として受け入れながらも、その実現の方途として議会議義は必ずしも適切ではないと批判した⁽³⁾。しかし第二次世界大戦後、ヒトラー独裁を、「議会」の空洞化をよそに大衆の歓呼という直接的な支持に基づいて生まれた喝采民主主義の申し子と見る論調の中、ますます代議制民主主義こそが、政治体制としての民主主義の不可避の形態であるとみなす観念は、暗黙の了解事項として広く共有されてきたというのではないだろうか。

ところが民主主義の内実が「議会」によつてどのように担保されるのかというと、単に、人々が自ら選出した自分た

ちの代表を「議會」に送り、代表たる議員を媒介として政治的決定に参加するということによってそれが担保されるかといえ、もちろんそれだけで充分ではない。「議會」で決定される「法律」が、誰の政治的意思あるいは利害の表現であるのか、それは少数者の人権侵害に加担する効果をもつことはないのかという法律の内実やその効果が問われねばならないのはいうまでもない。さらにまた、国法の位置を獲得した「法律」が人々の目の行き届かないところでも国家権力によって適切に遵守されているのかという問題の考察も、政治体制の民主的な機能を見極める上で不可欠である。つまり、一方では、「法律」と多数の意思や利害との間、「法律」と少数者の権利侵害／保障との間の関係性を問う視点（「法律」の内実とその効果の政治的含意）が、他方では「法律」に基づいた（枠付けられた）国家権力行使の貫徹を問う視点（権力行使の〈合法性〉）が必要とされるのである。別言すれば、議會を中心とした政治体制の働きの民主性を保持しうるか否かという問題は、結局のところ、「法律」の内実と権力行使の〈合法性〉に依存しているのであり、今日における民主主義論は、「法治国家」という視点の導入の下で論ずる枠組みなしに、これを正当に論ずることはできないのである。

民主主義をどう把えるにせよ、それを「人民による自己支配」とみなすことは共通の出発点となりうるだろう。そして人々が国家の権力行使に服従しなければならないにもかかわらず、それを「自己自身による支配」だといえるのは、国家権力が国法に服する形で行使されており、かつ、その国法とは自分たちが「議會」へ送った自分たちの代表が決定した自分たちの意思・利害をその内容とするから、そのゆえに〈自己支配という原理〉のもとでの〈国家権力への服従〉が論理的には一貫する、と考えることによつてである。であるならば、〈自己支配という原理〉と〈国家権力への服従〉という政治的实践とが矛盾なく一貫しうるか否かは、まさに、これを媒介する「法律」の内実と〈合法性〉の貫徹に懸かっているといわなければならない。

昨今の憲法改正論議の高まりの中で、憲法理論もしくは法理論と政治学、政治思想という二つの学問領域の間の学問

的対話が積極的に模索されるようになって⁽⁴⁾いる。しかし政治体制が民主的に機能しているか否か論ずる際、敢えて誤解を恐れずにいえば、根本法としての憲法以上に、毎年の国会で成立する必ずしも目立たない個々の「法律」が、より重大な政治的含意をもつ場合があるのではないだろうか。あるいは、憲法という根本法の擁護が掘り崩されるような事態に立ち至ることがあるとすれば、それは恐らく、憲法それ自体の擁護が挑戦を受けているという局面が存在するだけではなく、むしろ、個々の大小さまざまな「法律」に含意される反民主性が看過され続ける中で次第に憲法を擁護する意味が溶解し、憲法への忠誠や愛といった法意識の土壌が消失していった長いプロセスの一つの結果でしかないという側面⁽⁵⁾がありはしないだろうか。

しかし「議会」が常にある一部の層の利害保障のための「法律」の生産機関となり、それによって〈合法性〉という民主主義体制の下でのお墨付きを与えるだけの機関に墮するならば、かえって「法律」に厳格に基づく国家権力行使の合法的な貫徹は反民主主義を恒常的に推し進めることを帰結し、これによって人々の政治体制への支持も参加も調達し得なくなるのは当然の帰結である⁽⁶⁾。

つまり、今日の民主的政治体制が「法治国家」の貫徹を前提として初めて存立しうるものである以上、民主性の試金石は、憲法という根本法の帰趨ばかりではなく目立たないさまざまな「法律」のありようにこそ存するといわねばならない。個々の「法律」次第で、「法治国家」の深化が社会の隅々まで「反民主性」を行き渡らせるもつとも効率のよいマシンとして機能する、という事態を生みかねない。したがって種々の「法律」の成立は法学的観点から問題化されるだけではなく、その「法律」の成立がもたらす反民主性／民主性という政治的含意を問う、政治学的観点による問題化が不可欠というべきだろう。

以上のような、「法律」と〈合法性〉の政治学的観点をめぐる問題とは別に、「法律」をめぐるもう一つの側面がある。それは、端的に言えば、法と「法律」の間に横たわる問題性である。これは本来的には法学や法理論の問題領域という

べきだろうが、しかし、政治体制の民主性を論ずる際に「法律」が占める位置が極めて重大であるとするならば、法と「法律」の間、「法律」と多数／少数の意志・利害の間、そして「合法性」の追求に基づく「法治国家」の貫徹という、これら「法律」をめぐる三つの側面の考察が同時に必要とされるのではないだろうか。

本稿は、こうした問題意識に立ちつつ、民主主義論の中に「法律」を中心とした議論連関を位置づけようとする試みの一つである。ここでの議論の一部は、政治理論上従来から「合法性」と「正当性」の問題として論じられる傾向にあるが、本稿では、初めから「合法性」と「正当性」という議論枠組みを設定することをあえて避け、法／法律／合法性をめぐる問題群を主軸として論ずることによって、今日の民主体制のなかで「合法性」が意味するところの重層性を幾らかでも解明すべく論じてみようと思う。なぜなら、今日の議会制民主主義における「合法性」をめぐる問題は、多面的であるため、これを問題化する対置概念として「正当性」という一語では語りつくせない問題群を孕んでおり、逆に、初めから「合法性」対「正当性」という構図で論じようとアプローチするとこぼれ落ちてしまう問題が生じると考えるためである。もちろん、「合法性」をめぐる問題の一つとして「正当性」との対置にも言及されるが、それはあくまで「合法性」が今日孕んでいる問題群の一面に過ぎない。そこで、「合法性」をめぐる問題状況をそれ自体として認識し整理した上で、どのような「正当性」がそこで危機に晒されているのかを問ひ直すべきだろうと考えている。

以上のような問題を先見的に指摘し論じた一人として、カール・シュミットの議論を本稿での考察の手がかりとしながら、以下では、まず「国家」の歴史的変質をふまえた今日の位置づけを試み、その中で「法律」の位置づけと重要性を概観する。その上で、今日の議会制民主政下での法／法律／合法性を論じ、「合法性」に課せられている多大の政治的負荷——それは二つの異なる源泉に由来する二つの「正当性」の要請である——を考察する端緒を見出したいと考える。

第二節 法と国家をめぐる歴史的な〈現在〉

今日の国家をどう把えるかを考える際、グローバルゼーションという文脈を無視して位置確定はできない。モノや情報 は 軽々と国境を越えてわれわれを地球規模で瞬時に結びつけ、資本のネットワークも国境を跨いで拡大され、あらゆるレヴェルでのグローバル化はとどまるところを知らない。しかし問題は、こうした経済や生活領域のグローバル化に伴って、はたして〈国家の権力〉は実体として相対化されつつあるのか、また「国家」という政治的枠組をめぐるわれわれの意識は希薄化しつつあるのかという点である。^⑦

こうしたグローバル化の趨勢は、しかし一歩踏み込んで考察すれば、事実としては〈国家権力の相対化〉を伴っていないことが明らかとなる。むしろ反対にわれわれは今日、生活領域の隅々に至るまで、過剰な国家権力のもとに置かれていることが明らかとなる。本節では二〇世紀における「国家」の変質を概括的に辿りながら〈国家権力の過剰〉という今日の事態を三つの「観点」から把えておきたい。

第一項 「全体国家」(der totale Staat) の出現——全面的政治化の時代——

〈国家権力の過剰〉をめぐる第一の「観点」は、シュミットのいうところの「全体国家」の概念と関わる。シュミットの「全体国家」概念は、いわゆる全体主義や全体主義国家という概念とは異なるところに注意が必要である。以下で見るように、ヒトラー、ムッソリーニ、また大日本帝国のもとでの全体主義国家が歴史的に過去のものとなったから

といつて「全体国家」は消滅してはいない。むしろ、今日のあらゆる先進諸国は「全体国家」として特徴づけられるといわねばならないだろう。

シュミットは、ワイマール時代に公刊した様々の政治的憲法論的著作の中で、一九世紀から二〇世紀初めにかけてヨーロッパに起こった政治社会の変動を分析しているが、繰返し述べるのは、「一九世紀の多数の制度はそのまま変わらずに続いているが、しかし、今日の状況は以前とは完全に変わつてしまつた」(傍点引用者)という点である。

シュミットによれば、一九世紀の西欧諸国においては国家権力による社会への干渉・介入は最小限に限られ(政治世界の極小化)、社会内部での利害対立・紛争の解決は当事者間の調停に委ね、できるだけ国家を不介入で中立的なものとするのが望ましく、またそれが可能とされた(社会領域の脱政治化・中立化、中立国家^⑨)という意味で、国家と社会の均衡に基づく二元的構造と捉えられた。^⑩

二〇世紀に入ると国家と社会の関係は根底的に一変する。その根底的変動の第一の原因は、議会制民主主義の進展に伴い社会の側からの増大する諸権利要求が「議会」を舞台として立法化され、予算を伴う国家介入を組織し、^⑪国家と社会の相互浸透を通して全面的に政治化したという側面である。「社会の自己組織になつた——したがって本質において社会からものはや分離できない——国家は、すべての社会的なものの、すなわち人間の共同生活に関係のあるすべてのものを掌握する」^⑫。国家と社会の根底的変動の第二の原因は、生活領域の隅々にまで至る総動員(totale Mobil-machung)体制の戦争だといふ。^⑬これら二つの契機によつて「いかなる分野についても無関心ではなく潜在的にあらゆる領域に介入する国家と社会の同一性であるところの全体国家(totaler Staat)」(強調シュミット)^⑭が出現したのである。^⑮ところで一九世紀的な国家と社会の二元的構造から二〇世紀の「全体国家」への転回において、これを架橋する決定的役割を担つたのが「議会」である。シュミットは「議会を介した国家と社会の相互浸透」という現象について二つのことを述べている。すなわち、一方で「議会」を通して国家は「社会の自己組織」となるが、同時に他方で議会は「自

己分裂」した。それゆえ議會を通して生じた「国家と社会の民主的同一性」によつて国家の統一は生じず、むしろ「議会の自己分裂」の結果、国家は多元主義的組織と化し国家の統一は危殆に瀕しているというのがシュミットの時代診断である。

かつての「内政上の競争相手」たる対抗物（君主制的な軍事国家）の消失により、多元主義的分裂の場となった「議会」に見られるのは、「合法性概念の多元主義」（ein Pluralismus der Legalitätsbegriffe）⁽¹⁶⁾（強調シュミット）だとして、シュミットは、政治勢力による〈合法性〉の政治的利用を以下のように指摘する。

その時々々に支配する集團あるいは連合は、あらゆる合法的可能性を利用し尽くすことを、彼らのその時々々の権力的地位の確保を、すなわち、立法、行政、人事政策、官吏懲戒法、自治におけるすべての国家的憲法的権能の使用を、最高の良心をもつて合法性と名づける。そしてこのことから、どのような真面目な批判すら、あるいは、その状況に対する危険すらが、非合法、革命、憲法の精神に対する違反、と彼らには思われ、という結果を生ずる。一方、このような統治手段の対象となつた反対組織は、憲法上の平等のチャンスの侵害が民主的憲法の精神と基礎に対する最も悪質な違反を意味するということを指摘し、それによつて、非合法性、憲法違反の非難に、これまた最高の良心をもつて、応酬することができる。国家の多元主義の状況においてほとんど自動的に作用するこの二つの相互否定の間で、憲法自体がすりつぶされる（¹⁷傍点引用者）。

「議会」が民主主義の中心に位置づけられたことから、一部の政治的勢力の政治的利害追求のための最良の武器は「合法的可能性を使い尽くすこと」に移行し、そのため、〈合法性追求〉とこれへの〈非合法〉の非難とが「議会」を舞台に繰り広げられるという。その結果、「議会」が統一意思の担い手となりえず、むしろ組織された多元主義的分割の

舞台および中核となる場合、国家意思の多元化を引き起こすほどに強固に中央集権的に組織された社会的集団は、シュミットによれば「政党」のみであり、それゆえ厳密には「政党による社会の自己組織」⁽¹⁸⁾と定式化される。シュミットの時代認識の際立った特徴として常に念頭に置かれていたのは、国内的にも対外的にも共産主義勢力の存在の脅威だった。「議会」は、こうした世界観的に強固に結合した「政党」が〈合法性〉をその政治的武器として駆使することによって「分裂」しているのである。⁽²⁰⁾

他方で、総動員体制の戦争が「全体国家」の出現にもたらした重要な点は、国家と社会の相互浸透が単に外的な生活環境にとどまらず、人間のメンタルな領域にまで及び、政治的な「神話」による国家への総動員の中で、政治的で操作的なシンボルとして国旗や国歌、呪術的言語や儀式が大いに活用されたという点である。⁽²¹⁾

一九世紀から二〇世紀にかけての政治社会の根底的変動から出現した「全体国家」は、「福祉国家」という顔を持ちながら二〇世紀初頭より一層深く広く生活領域に、また内面世界にその網の目を広げてきた。⁽²²⁾しかし同時に、いわゆる「ポスト冷戦」といわれる今日では、かつては存在した、国家の統一的意思形成を脅かすほどにまで強固に集権化・組織化された集団（国際的には共産主義陣営、国内的には共産主義政党）の「不在」⁽²³⁾という点が、シュミットの時代とは異なっている。その結果、シュミットがいう「合法性の多元主義」は存在せず、そのためむしろ〈合法性〉の政治的、武器という側面、あるいはそうした側面をもちうる潜在的可能性が後退し、〈合法性〉は国家権力の排他的占有物であるように見える。⁽²⁴⁾

シュミットのいう意味での「全体国家」現象は、二〇世紀という時代を通して深化し、生活領域の急速な政治化という一面をもちながら、同時に非政治化／脱政治化が進行しているという逆転現象を丸山眞男は指摘する。⁽²⁵⁾これ程までに政治化され政治と無縁に生きられない中で、他方ですます政治的無関心が蔓延している。国家権力が実際には、一世紀前とは比べものにならないほど深く浸透している時代にありながら、グローバル化という趨勢の中で国家の相対化・

希薄化という意識が漂い、権力現象が実感されることはない。それはなぜなのか。遍在する権力現象は、治安警察が日常生活を直接的に脅かす戦時体制のようなむき出しの物理的暴力によって担われてはおらず、不可視化されたソフトな権力現象として、網の目と化した多数の「法律」という衣に覆われたものの作用としてわれわれにアクセスするためではないだろうか。

第二項 権力の正当化根拠としての〈合法性〉——全面的法化の時代——

〈国家権力の過剰〉という事態を認識する上で重要な第二の「観点」、それは、マックス・ヴェーバーが、支配の正当的妥当の根拠について概念化した認識、今日、「合法性は正当なものとして妥当しうる」とか、「こんにち最も広く知られている正当性の形態 (Legitimitätsform) は、合法性の信仰 (Legalitätsglaube) である」という命題をもって示した事態である。⁽²⁶⁾ 国家によって行使される権力の正当性の根拠は〈合法性〉に存する。⁽²⁷⁾ 議会における手続に則って承認され成立した「法律」に拠る以外のいかなるより高次の権威も正当性も認めないという意味で、人の支配、実力(暴力)の支配に對置される「法治国家」である。従って「法律」を遵守してなされる限り、国家的暴力は正当な権力行使とみなされる。⁽²⁸⁾ 上述の「全体国家」における〈全面的政治化〉の現象は、別言すれば、社会のあらゆる領域を覆い尽くす国家権力の介入が議会における立法に基づいて行われるという意味で〈全面的法化〉の現象なのである。

〈法化〉現象とは、一方では、行政サーヴィス提供のため生活領域に行政権力が介入する拠り所としての〈管理型法〉⁽²⁹⁾ が飛躍的に増大している事態を指し、他方では、科学技術の進展に伴って再編を余儀なくされる社会内部の諸関係を律する法律が加速度的に増大しつつある現状を指している。

これらの法案は、いずれも社会のニーズに應えるものとして議会での所定の手続きを経ることによって「法律」とし

て成立すると、それは〈人民による授權〉を妥当根拠とする民主的正当性を獲得したものと見なされる。そうなった途端、〈合法性〉の貫徹こそが権力行使の正当性を代替的に担うことになり、〈合法性〉と〈正当性〉はほとんど互換的に用いられる。しかし本来、権力の正当性は〈合法性〉のみで代替されるものだろうか。あるいは権力の正当性が〈合法性〉によつて真に担保されるには、何が必要とされるのだろうか。⁽³⁰⁾ こうした観点からの、「法律」の作用がもたらす政治的機能への不断の検証を怠るならば、その先に〈合法性〉による権力の正当性の代替機能の崩壊が待っているといわざるを得ないだろう。

第三項 暴力の正当な独占体であり続ける国家

〈国家権力の過剰〉という事態の考察にとつて忘れてはならない不可欠なメルクマールの第三は、「ある領域内部における、支配手段としての正当な物理的暴力行使の独占体であるアンシュタルト的支配団体」というヴェーバーの近代国家概念である。⁽³¹⁾ この定式は、近代主権国家の形成以来変わらずに認められる側面であると同時に、一八、一九世紀までとは決定的に異なる二〇世紀に特徴的な点がある。二〇世紀全体を通じて、世界戦争、数限りない地域紛争のために国家が巨額の予算を投入し、最先端の技術力を駆使して開発し蓄積し続けてきた、そして原理上、国家にのみその保持と行使が正当なものとして許されている暴力が、質量ともに未曾有のレベルに達しているという点である。⁽³²⁾ さらに最先端技術という点から言えば、殺傷能力において優れているばかりでなく、その使用精度向上に要される高度化した情報通信技術を駆使した監督・管理能力も同時に、国家がその手中に収めているという点も看過し得ない。人工衛星を駆使することのできる巨大国家は、人々に自覚されない内に多くの個人情報にアクセスしうるし、「必要と判断される」とこの情報は政府間ネットワークを流通しうる。

もちろんこうした国家的暴力や情報技術の維持と行使の正当性も〈合法性〉に依存している⁽³³⁾。議会制民主主義の下での「法治国家」という外観は、こうした途方もない暴力と情報の独占体であり続けている国家の実態に対して、これらの力を真にコントロールするのに実効的なシステムといえるのだろうか。それとも、見せかけの安心を供する単なるカモフラージュにすぎないという意味で事態を隠蔽するのに一躍かつており、実はわれわれは単に無防備で無力であることに無自覚なだけなのだろうか。そのどちらであるのかは宿命論的に決定付けられているのではなく、今日の政治体制下では、結局、「法律」の内実とその実効性にその多くを負っているといわざるを得ない。

他方で、われわれは、国家権力の濫用から、個人の権利を守るためにも、国家権力の行使に担われて保障される権利を実現するためにも、「法律」を頼りとして異議を申し立てることができ、あるいは私人間の紛争の解決においても、「法律」を頼りにして、なかなづく裁判制度を利用することによってそれらを調整することができるという意味で、〈合法性〉への信頼が蓄積され続けてきたという側面も看過すべきではない。

「国家」の歴史の変質をめぐる三つの観点からなされた以上の考察から示されるのは、次の二点である。その第一は、議会制民主主義によってもたらされ続けている（それゆえ現在進行形の）全面的政治化に伴う〈権力の過剰〉は、〈全面的法化〉という不可視でソフトな権力現象の氾濫として存在していること、それゆえ〈法の過多現象〉は実体としては把握所がないが、しかしその背後にある、国法の実効性の基盤たる国家的暴力と情報管理能力は歴史上これまででない程に肥大化しているという現実である。

第二の点は、〈合法性〉は、一方では、権力の正当性の根拠として機能し続けているという側面がある反面、議会を通して次々と誕生し続ける、特に〈管理型法〉という新たな法領域に付随しうる反民主的契機の検証と監視が鈍るならば〈合法性〉への信頼は幻想と化し、〈合法性の逆襲〉とすらいいう事態を招く両刃の剣でもあるという点である。換言すれば、「共産主義勢力」が明確に「敵」と認識されていた時は可視的であった〈合法性〉の政治的な武器としての

機能が、そうした「敵」の「不在」によって一見後退したかに見えるだけに、〈合法性〉⁽³⁵⁾が本来その内に孕んでいる政治的武器としての作用が発揮されているにもかかわらず、それと認識されにくいのである。⁽³⁶⁾〈合法性〉に内在する政治的武器としての機能はしばしば隠蔽され見落とされる。それも、まさしくそれが〈合法性〉であるということそのこと自体によって隠蔽されるのである。

第三節 法と「法律」の間——〈生成する法〉と〈制定される法律〉——

では、「法律」と〈合法性〉をめぐる問題の政治学的観点からの上述の考察とは性質の異なる、法と「法律」の間に横たわる問題について法学的観点から指摘されるべき事態とはどのようなものであろうか。この点を論ずる際、ワイマール期民主政下の「議会」での立法様式の変化が「法律」と法学に根底的変化をもたらし、かつ、法学がその危機的事態に学問的に無自覚だとシュミットが批判した論稿が手がかりとなる。⁽³⁷⁾

第一に法律は、「議会」における論争の果てに形成され成立するという民主的立法手続きを経ることになったため、「法律は内部で分裂のある立法機関の多数決で決せられ」るので、重要な法律は、「相互に異質な要素を自己のうちに抱えた政党連合の、困難な、しばしば内部的にも曖昧な妥協の産物」となるとシュミットはいう。

第二に、立法手続きの簡略化、迅速化、広い授權がなされるようになり、立法機関が、「通達 (Dekret)」や「命令 (Verordnung)」を「法律」としての効力を有するものとして発布する権限を委任するに至り、結果として、「法律」が「命令」によって駆逐されるようになる。⁽³⁸⁾なかでも市場規制と経済の国家統制から新たなスピードアップが生じ、経済を統制する多種多様な官署・団体及び受託者への夥しい数の委任的授權、再授權により、「命令」と並んで「指示

「Anordnung」が登場する。これに伴って、既に「制定法実証主義 (Setzungspositivismus)」へと変質した法学ですら、事態に応じて出される統制的措置としての機械化された「命令」「指示」に〈追いつけ〉なくなり、法学の入り込む余地はなくなる、という。そこにあるのは、「法律国家的合法性 (die gesetzestaatliche Legalität)」であり、本来の法学が前提とする合法性から乖離していることを法学内在的危機と認識する必要があるが、今日の法学はその乖離と危機に無知である、というのである。こうした「法の合法性と正当性への分裂 (die Aufspaltung des Rechts in Legalität und Legitimität)」⁽³⁹⁾による法学の実存的危機に先見的に気づき警鐘を鳴らしたものとしてシュミットが立ち返るのは、ザヴィニー (Friedrich Carl von Savigny) の「法源論 (Lehre von den Quellen des Rechts)」である。シュミットは、ザヴィニーの法源論を、「歴史的法源の実証主義」との対照の下で、「単なる制定法という規範の合法性」に服することによって学問としての尊厳を失う自主性のない道具化に抗して、法学を自衛し救出する試みと位置づける。⁽⁴⁰⁾合法性がある政党が他の政党を「背後から突き刺すための毒入りの武器」と化した時代にあつて、いかに法学が法意識の最後の避け所 (zum letzten Asyl des Rechtsbewusstseins) となりうるのか、これがシュミットの問題意識の根底をなしているのである。

では、法学を破壊するものとしての「法律」を〈制定する〉法律国家的合法性に対置される、「すべての法の本質をなす破壊し得ない核心」、「法の諸原理」とはいかなるものであるのか。それはシュミットによれば、「闘争の中にあつてもなくなることはない、相互の尊重に基づく人格の承認」であり、「諸概念や諸制度の論理性や首尾一貫性に対する感覚」、「相互関係の感覚」、「最小限度の整序された手続、すなわち、どんな法にとつてもなくてはならない適正な法の手続 (due process of law) に対する感覚」だという。さらにシュミットは、法学のあるべき姿を、「法が意図せずとも生成し発展する (die absichtlose Entstehung und Entwicklung des Rechts) ための最後の見張り番」と呼ぶ。つまり〈生成し発展する〉ものとしての法と、常に新たに〈制定される〉ものとしての人工的な「法律」とが対置されるのである。

そして、シュミットのいう〈生成し発展する〉法の原像は「ヨーロッパ公法」である。何世紀にも渡るローマ法の継受という出来事を通して文化生活のあらゆる領域にその作用が及ぼされてきた中で生成した「ヨーロッパ法学」の土台たる「ヨーロッパ公法」こそ、〈生成し発展する〉ものとしての法の基盤であり、「法の諸原理」の豊かな土壌なのである。

全ヨーロッパにおいて（中略）有力な無数の著作者が、何世紀にもわたる作業の中で、ローマ法の思考形式をすべての国々の法学に摂取し、かくして確固たる諸概念の目録を作り上げ、それがヨーロッパのありとあらゆる言語に翻訳されていった。あらゆるヨーロッパ民族の法律家の作業を通して、ローマ法は共通の語彙となり、法学共同体の言語となり、法的思考作業のモデルとして承認されることとなり、それによって、ローマ法はヨーロッパ精神上・思想上のコモン・ロー（*ein geistiges und gedankliches Common Law Europas*）となった。このコモン・ローがなかったならば、異なる国々の法律家たちの間で了解などというものは理論的にすらありえなかったであろう。ヨーロッパ精神がこれらの異なる国々に樹立した文化上の体系的組織は、共通のヨーロッパ法学によって作り上げられたこの共通の土台の上に成り立っているのである。⁽⁴⁾

一方で、シュミットの「ヨーロッパ公法」へのこうした評価は「ヨーロッパ公法」の下での現実を極度に美化し理想化しているものだという批判⁽⁴²⁾がある点には留意しなければならない。しかしここで重要な点は、法の妥当根拠を、もっぱら^{ゼッペンゲン}制定行為のみに求める「法律国家」とは、つまり、「自己支配という原理」と〈国家権力への服従〉という政治的実践とを矛盾なく一貫させることで政治体制の民主性を担保しようとし、まさに〈自己支配という原理〉と〈国家権力への服従〉という二つの要請を媒介し架橋する役割を、もっぱら「法律」と〈合法性〉とに担わせている議会制民主主義

国家の別名だという点である。政治体制としての民主主義を、「議会」で制定される「法律」に基づく国家権力行使の統制によって行おうとする限り「一切を法律化する」と（*Vergesetzlichung*）による法の機械化・技術化は避けがたく、歴史的に蓄積されてきた「法の諸原理」との乖離や衝突は避けがたい。シュミットはそれゆえ、根底的に〈社会〉の中での〈先例〉にその根を持つ〈法の支配（rule of law）〉と、その時々政治的意志の妥協の産物として制定され国家官僚によって解釈され行使される「法律」に即した「法律国家（Gesetzstaat）」と（この意味での〈法治国家（Rechtsstaat）〉との本質的差異を指摘するのである⁽⁴⁴⁾。

終わりに

民主主義の深化を追及していく際、〈人民の自己支配〉をその根底的原理とするならば、「人民」とは誰か、「権力への服従」にもかかわらず「自己支配」の貫徹が保障されるのはなぜかという、少なくとも二つの問題に直面する。文字通り「自己支配」の権利を行使しうる人々とそうでない人々を巧妙に分断し「人民」の間に亀裂をもたらす政治的效果がさまざまな福祉立法を通して現出する場合や、特定の政党に有利な効果をもたらす狙いで「法律」が策定される場合、〈合法性〉は反民主的機能を巧妙に発揮する「政治的武器」として働くことを意味する。

それにもかかわらず、たとえ哲学的原理的優越性をもたず単なる「社会技術的」な「有用性」ゆえであつたとしても、今日のところ「議会制民主政」の下での〈合法性〉に依る以外、権力の正当性根拠をどこか他の場所に求めることは現実的とはいえないだろう。

そうであるならば、憲法という根本法のみならず、いや恐らくはそれ以上に、日に付かないところで成立する大小さ

まざまの個別法の民主的／反民主的含意の検証が不可欠であり、その際「法律」の中に布置する権力の構図の、ステイヴン・ルークスのいうところの「三次元的権力観」を手がかりとした分析が必要とされるだろう。同時に、法的原理からの逸脱というシュミットのいう「法律」における「合法性と正当性との分裂」の観点からも検証が求められるのではないだろうか。

《合法性》は、「人民の授権」に由来する《正当性》、並びに、「法の諸原則」に基盤を持つ《正当性》という二つの異なる源泉からの吟味に晒される⁴⁶⁾、そうした個々の検証プロセスを経て二つの《正当性》の要請に耐えうる《合法性》を鍛え上げてゆく知的営為、これが政治体制の民主化にとつて、そしてまた現代政治理論の課題として不可欠なのではないだろうか。

注

- (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学位論文第一章の一部を土台としつつ、これに大幅な修正を施したものである。
- (2) 千葉真一九九五、『思想』一九九六年九月号、Wolin 1989, Mouffe 1993 他。
- (3) Schnitt 1926.
- (4) 飯島・川岸編二〇〇二参照。
- (5) 一方では自殺に迫り込まれる多重債務者等の問題があり、他方では高額所得者が手にする巨額の退職金という現実がある。人民の一部の、生命、財産を直接的に脅かす事態も、利益を手厚く保護する事態も、「法律」による規制・保障が大きく関

わっているが、新聞等で大々的に問題となつて初めて耳にするような法律の不備を後追ひするしかない事態が多発している。これは法学上の問題であると同時に、議会で成立する際、法律のもつ反民主的な政治的含意が看過されたことの結果でもある。しかし多くの場合、こうした「法律」の問題点の指摘は、法学の領域からはなされるが、それを政治学や政治理論といった学問領域が「民主主義」のセントラルな問題として位置づける議論動向はさほど見受けられないように思われる。

- (6) 「格差社会」という昨今クローズ・アップされている問題にしても、「格差」が生じる背景には、必ず幾つもの「民主的手続き」を経て成立した「法律」による「効果」の積み重ねがある筈である。その結果、極端な「格差」によつてさまざまな機会——特に教育を受ける機会——から遠ざけられる人々が多数となつたとき、それは人々の政治へのコミットメントの基盤の消失という形で民主的政治体制の存立の基盤それ自体の崩壊をもたらすだろう。あるいはまた、二〇〇二年一月に成立した「学校教育法の一部を改正する法律」により、すべての大学は自己点検評価をすることと文科省により認証を受けた機関による評価（「認証評価」）を定期的に受けることが義務付けられた（この点は二〇〇四年四月一日施行）。文科省は一方で、少子化の動向にもかかわらず大学の設置基準を緩和し新設大学、新設学部設置を認めることによつて大学間競争に拍車をかけ、他方でこの「改正法」による「一定基準」に即した「審査」を進めているが、本「改正法」は「学問の自由」「大学の自治」を根底から揺さぶるものとして機能することになるのではないだろうか。だとすれば、本「改正法」にも民主主義の根幹を掘り崩す予兆としての政治的含意が見出されるといわねばならないだろう。

- (7) グローバル化によつて決して決して国家的枠組へのわれわれの意識は自然と溶解・希薄化しないばかりか、むしろ、国家権力は、一方では、国民経済から後退しグローバルな市場の荒波に国民経済をさらすネオ・ナショナリズムの政策を推し進め（グローバル化）、他方で同時にナショナルな公的レトリックによつて、「国民の集合的なセキュリティを断念した国家を復古的な権威のベールで包み込もう」とする（ナショナリズム）、という、「ナショナリズムとグローバル化の対立的な相補関係」については、姜二〇〇一、一四七—一五六頁。

- (8) Schmitt 1931a, S.73, 邦訳一〇七頁。

- (9) Schmitt 1931b, S.150ff., ders 1931a, S.73ff., 邦訳一〇八頁以下。Vgl. auch ders 1963, S.23f.

- (10) Schmitt 1931a, S.78, 邦訳一二三—一二四頁。

- (11) シュミット一九七三、一六五—一六六頁。Schmitt 1931a, S.78, 邦訳一一四頁。
- (12) Schmitt 1931a, S.79, 邦訳一二四—一二五頁。
- (13) Schmitt 1931a, S.79, 邦訳一二五頁。
- (14) Schmitt 1963, S.24, 菅野訳一八三頁、田中・原田訳一〇頁。Ders 1931a, S.78f, 邦訳一一四—一一五頁。
- (15) この意味における二〇世紀の全面的政治化への転回が最も際立ってあらわれたのは経済的領域においてだとシュミットはいう (Schmitt 1931a, S.80, 邦訳一一五頁、傍点引用者)。今日内政と外交のほとんどは経済問題であるが、シュミットは「経済的権力」の存在とその概念とが二〇世紀に入って初めて特徴的に現れたものであることを以下のように指摘する。
「(一九二三年一月二日のドイツ・カルテル禁止令のように) 国家の法律が『経済的な優越的地位の濫用に対して』発せられる場合には、まさにこの定式化によって、『経済的権力』の概念と存在が、国家および法律によって承認されているのである」 (Schmitt 1931a, S.81, 邦訳一一七頁。() による挿入はシュミット、傍点引用者)。
シュミットが「経済的権力」という概念によって示そうとした事態は、二〇年代のドイツで急速に進行した産業資本の独占化と、その独占体制の形成に伴う政治権力への経済事情の混入という側面である。しかし驚くべきことに、このカルテル禁止令が政府に賦与した「カルテルを解散せしめ独占的地位一般を攻撃する権限」は、独占資本側の強硬な反発のゆえにただの一度も行使されなかった (Neumann 1944, p.16, 邦訳二三頁)。それゆえシュミットは「全体国家への転回」が同時に何よりも「経済国家 (Wirtschaftsstaat) への転回」でもあると解する (Schmitt 1931a, S.81, 邦訳一一八頁)。後出注19参照。
- (16) Schmitt 1931a, S.90, 邦訳一二九頁。
- (17) Schmitt 1931a, S.90-91, 邦訳一二九—一三〇頁。
- (18) Schmitt 1931a, S.84, 邦訳一二二頁。
- (19) 「合法性概念の多元主義」をもたらす元凶、〈合法性〉を政治的武器として用いる主体としてシュミットが政党のみをあげていることに、ここで一つの疑問を投げかけておこう。前述したように(前出注15)シュミットは全面的政治化によってもたらされた「全体国家」の著しい特徴が経済領域に見られるとして「経済的権力」の存在を指摘し、「全体国家」とは同時に「経済国家」でもあると見ている。国家権力の正当性根拠としての〈合法性〉を自らの利害・主張の貫徹のための政治的武

器として利用したのは、政党ばかりではなく、独、占、資、本、の、利、害、を、体、し、た、経、済、的、団、体、も、含、ま、れ、る、と、見、る、べ、き、な、の、で、あ、る、。巨
大化し権力化する経済団体の政治行動とその〔合法性〕機能への影響力行使についての指摘を、シュミットは「合法性概念
の多元主義」状況を論じるここでの文脈から意図的に除外したのか、それとも、真に政党のみが「合法性概念の多元主義」
の元凶だと考えていたのだろうか。

(20) マウスの指摘によれば、シュミットをして法の形式的構造の解消へと促したその引き金となったものは、「公然たる革命へ
の恐怖というよりは、議会主義的な合法システムの内部において貫徹されつつあった社会主義的改革という「冷たい革命」
に対する恐怖」にこそあった(Maus 1980, S.XII, 邦訳xi頁、傍点引用者)。

(21) カッシーラーが指摘するように、異常で危機的な状況において「神話はそのままのまっただけ支配力をもつにいたる」(カッシーラ
ー 二〇〇〇、二六八頁)。「無意識的活動の結果、あるいは自由な想像力の所産として記述されてきた」従来の「神話」と
は質的に異なる現代の「新しい政治的神話」は、「計画に従って作り出された神話」であり、「非常に老練で巧妙な技師に
よって作り出された人工品」である(同上三三七頁、傍点引用者)という。ナチスに見られる「政治的神話」の二つの特性、
意味論的言語から呪術的言語への語義変化及び新しい儀式の採取については、同上三七四頁以下、特に三七六頁の注*参
照。

(22) 「福祉国家が民主主義に投げかける問題」を主としてアメリカを念頭に論じたウォリンは、福祉政策は国家の「全体的支
配への思慕」に貫かれ、「国家は、すべての福祉受益者を恣意的に扱うことを許され、リンチにかけることはないとしても、
彼らの生活の条件とカテゴリーとを再定義」することを通して、その「福祉政策の可変性」が「国家のニーズと調和するよ
う市民層の対応を操作し」「国家に依存する市民層を形成する」と指摘する。こうして「市民は、労働が可能になると期待
されている自律性をもつことなく、しかし福祉が供給するはずの最低限の保障も与えられない」「宙ぶらりんの人間」と化
す。ウォリンはこうした福祉政策の反民主的含意を批判し、「国家理性」の「民主化」による「福祉国家理性」への展開と
して分析する(Wolin 1989, pp.151-179, 邦訳一九七頁以下)。

(23) Mouffe 1993, pp.3-4, 邦訳六―七頁及び千葉二〇〇〇、vi―vii頁参照。

(24) そのせいか二〇〇五年夏の総選挙直後、自民党内造反派(郵政民営化反対派)が梟本部代表を務める自民党県連への政党助
成金支給を断つという、まさに一政党内部の都合の、本来党内手続きによって解決されるべき問題の処理のために「政治

資金規正法」の一部改正が行われたとき、これが一政党の政治的利害のための国法改正という民主主義体制を振り崩す（合法性）の濫用であることは見過ごされたのではないか。

(25) 丸山眞男 一九九五、一八一頁以下。

(26) Weber 1976, 1. Teil, Kap. I. Soziologische Grundbegriffe, (S.1-30) §§7, S.19. 邦訳は『社会学の基礎概念』五五頁以下。ただし本稿での訳は必ずしもこれに拠っている。vgl. ders. a. a. O., 1. Teil, Kap. III. Die Typen der Herrschaft (S.122-176), besonderes S.122-124. (『マックス・ヴェーバー支配の諸類型』三一二頁) 参照。

ヴェーバーの原著の一つとされる『経済と社会』については、一九七七年のフリードリヒ・H・テンブルックによる画期的な根本的問題提起 (Friedrich H. Tenbruck, Abschied von "Wirtschaft und Gesellschaft," in: *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 133, S.703-736) を端緒として議論が重ねられ、初版編纂者マリアンネ・ヴェーバーおよび後代の編纂者ヨハンネス・ヴィンケルマンによる、従来のいわゆる「二部構成」編纂には編纂上の根本的誤りが存在するという認識が今日では共通見解として定着している。その結果、一書として編纂された「第一部」と「第二・三部」の間の相互関係については、マリアンネが「序言」で述べているような、「第一部」で概念構成が行われ、それらが「第二・三部」で概念適用されるという体系的関係にあるのではなく、「第一部」は、一九二〇—一九一四年頃に書かれた「第二・三部」（旧稿）を素材として、第一次大戦終了後にヴェーバーが「大幅な改訂を施し、途中までは脱稿し、一部分は校正まで済ませ、第一分冊として刊行しようとしていた『改訂稿』である」という作品成立史上の重要な事実も説明されている（以上について折原一九九六、二一一五頁及びシュルフター・折原二〇〇〇、五一—五五頁参照、傍点引用者）。

『経済と社会』の編纂問題の現在の焦点は、『二部構成』神話による誤編纂から解放された「旧稿」テキストたる「一九一〇—一九一四年戦前草稿」を、これに必然的に随伴してきた誤読・誤訳からも脱却するべく、「今度は原著者『ヴェーバー』自身の構想に即して、いかに再構成するか」（シュルフター・折原七頁、傍点は折原氏による）という点に移っている。しかし最新版となる現在刊行中の『全集』中の第二二巻『経済と社会』は、「旧稿」の統合的・体系的再構成というこの課題を担うための根本的再検討の作業が回避されたまま、『頭のない五肢体部分』ないし『双頭の五肢体部分』として刊行される（シュルフター・折原一一—一二頁）可能性が高いという。

ここで引用した、秩序および支配の正当化根拠としての〈合法性〉についてのヴェーバーの概念化は、上述の困難な再

編纂の課題を免れている最晩年の「改訂稿」たる「第一部」からのものである。しかし、支配の正当的妥当の根拠をめぐるヴェーバーの議論は、「旧稿」の中、即ち、『経済と社会』第二章「支配の社会学」(a. a. O. S.541-688) (これに該当する邦訳は、シュルフター・折原前掲書一七頁の「マックス・ヴェーバー『経済と社会』、第三・五版・邦訳、対照表」参照)においても本格的に展開されているのは周知の通りである。特に、vgl. a. a. O. 2. Teil, Kap. IX, S.548ff.

従って、当然のことながら、権力の正当性根拠としての〈合法性〉をめぐるヴェーバーの認識や概念構造についての理解においても、今日では、「旧稿」と「改訂稿」との間の改訂の道筋における変化や論点継受を立ち入って考察するという作業が、避けては通れない課題として存在する。たとえば折原は、「二部構成」編纂の矛盾点として、『一部』で構成されている主要な概念が『二・三部』には見当たらない」という点を指摘するが、その具体例として挙げられている、〈目的合理的〉(価値合理的)、そして〈情動的〉(伝統的)という「一部」(改訂稿)で示される「行為の四類型」概念の、とくに〈価値合理的〉が「第二・三部」(旧稿)では見当たらないという事態は、支配を正当化する妥当根拠の類型化においても、同様に当てはまる事態なのである。しかし、もとよりヴェーバー解釈を目的とするのではない本稿においては、「旧稿」「改訂稿」間の推移の分析をも射程に入れた解釈という課題に取組むことはなしえなかった。

なお、ヴェーバーの正当性と合法性をめぐる概念化に言及しつつ今日の法治国家における合法性問題を考察しているものとして、Schmitt 1932, S.269 及び D'entèves 1969, pp. 143-144, 邦訳一七四頁以下参照。

(27)

その意味で、「実力(force or might)」は、「法の名のもとに、権力(power)となる」というダントレーヴの定式化は正鵠を得たものである。ただしダントレーヴの指摘において決定的に重要なのは、単に実効性(efficacy)ある実力が合法性によって権力となり、有効性(validity)を獲得する場合、必ずしも正当性(legitimacy)の獲得とは一致しない点である。合法化された実力行使が単に有効なだけではなく、正当でもあるためには、これを認める何らかの価値によって権威(authority)が賦与(invest)されねばならない(D'entèves, *ibid.*, pp.6-11 et al. 邦訳七一―四頁他)。それゆえ、「いかにして実力がまず合法化されて権力となり、次いで権威として正当的なものになるかを説明できないなら、国家の観念を完全に解明したと思い込んではいられない」(*ibid.*, p.8, 同上10頁)とダントレーヴは指摘する。では権力の最終的正当化に要される「価値による権威の賦与」は何によってもたらされるのか。最終章がこの主題に割かれているが、それをもたらしするのは「民主主義的正当性」をもつ「共同善(common good)」だとダントレーヴはいう(*ibid.*, p.228-229, 同上二七九―二八〇頁)。残念ながら、

追求されるに値する価値への人民の間での一致という予定調和的想定で終わっており、「合法性と民主的正当性との乖離」や後述するシュミットのいう「合法性と正当性の分裂」という今日特有の事態への認識は欠けている。後出注39参照。

(28) その典型的なものが、対外的には戦争であるが、国内的には死刑執行であろう。しかし暴力行使は法の名のもとに権力と呼ばれ、権力とみなされるようになるとしても、暴力は暴力であり続ける。

ベンヤミンは「暴力と、法および正義との関係をえがくこと」を課題とした『暴力批判論』の中で、法と暴力との密接な依存関係を明らかにしている。ベンヤミンによれば、暴力には、「法指定的機能」と「法維持的機能」があり、二重の意味で「法」は「暴力」に依存しており(ベンヤミン同上三九—四〇頁)、死刑は、法の根源としての暴力性をもつとも鮮明に示すという。「つまり暴力が、運命の冠をかぶった暴力が、法の根源だとすれば、暴力が法秩序のなかに現出するときの最高の形態である生死を左右する暴力となつて、法の根源が代表的に実体化され、怖るべき姿をそこに顯示していることは、想像するにたかくない」(同上四二—三頁)。

(29) この用語法は田中一九八四に基づいている。田中は一九世紀型の法体系とは異質な「法領域の拡大現象」という今日的特徴を、新しい法類型としての〈管理型法〉と〈自治型法〉という独自の類型化を通して分析し、拡大された新しい法領域のもつ両義性を指摘すると同時に、それに伴ってもたらされかねない「法的道具主義の推進」と「法的思考の自立的存立基盤の解体」(二二頁)に警鐘を鳴らしている。この問題意識は一面で、後述のシュミットによる危機意識(本稿第三節)と重なる面がある。

国旗・国歌が一九九九年に立法化されたのは、シンボルから法律への上昇であり、メンタルな領域の国家に向けた動員を担うシンボルが不可視的な権力現象であることの証拠でもある。また国旗・国家法と同時に「住民基本台帳法」「通信傍受法」といった一連の〈管理型法〉が一挙に成立したことは、〈管理型法〉の増加による法領域拡大の全面的法化という権力過剰の進行を象徴する現象である。

(30) 〈合法性〉とは異なる次元で権力の正当性を保障する補完的システムの模索といった点も、新たな問題として浮上してくるのではないだろうか。Mouffe, p.104, 邦訳二〇七頁参照。

(31) ヴェーバー一九九〇、一八頁、傍点引用者。またWeber 1976, 1. Teil, Kap. I, ss 17, S.30 (『社会学の基礎概念』八六一—八七頁)。

(32) アーレントは、科学技術の飛躍的發展によつて質量ともに肥大化した国家的暴力を、「核エネルギーによつて、ヒットラー

のガス殺設備もそれに比べれば子供のおもちやみたいに見える道具」(アーレント一九九七、二二〇頁)と指摘する。またマイネッケは、第一次大戦直後に出版された『近代史における国家理性の理念』の中で、一九世紀までの国家理性のあり方と二〇世紀におけるそれとの質的な相違を指摘しているが、その質的变化をもたらしたものは、最先端の戦争技術と権力基盤の国民化(国民皆兵制、ナショナルリズム)との結合による戦争の質変だという。一九世紀末以来の戦争の質変が国家理性の質変をもたらしたと、その「根」は「文明」に存する点について、高橋二〇〇二、七四頁以下参照。

(33) 国家的暴力には、上に示した軍事力や戦争技術ばかりでなく、ペンヤミンが指摘する通り、警察権力も当然含まれる。ペンヤミン一九九五、四三―四五頁参照。

(34) ハンセン病患者による権利保障の裁判において熊本地裁が下した二〇〇一年五月十一日の判決は、本来は、議会の場での立法もしくは法改正によつて当然取り去られなければならない人権侵害の状態が放置され続けたことに対して、裁判所が独自に議会に先行して判断をくだし、その後の議会での法改正、行政の政策転換をもたらすきっかけとなった画期的なケースとしてわれわれの記憶に新しい。また予防接種による事故をめぐる予防接種禍被害者を原告とする裁判での原告勝訴判決が、その後の厚生省による予防接種行政の方針転換を促したケースもあった。これらは、裁判での合法性追求が、議会における合法性による正当性代替機能不全を匡正する、もしくは補完するという意味で、議会を介した合法性への根強い不信とは対照的に、裁判を通じて合法性への信頼が蓄積されてきたという側面の典型的な例といえるだろう。

(35) 「敵」の「不在」は、ルークスの「三次元的権力論」から見ると、実は、「不在」と見える程にまで、ある一群の人々の「意志」や「利害」が隠蔽されているか、もしくは、自覚化すらされない程にまで一定の権力が支配的であることの反映である場合があることにも留意すべきであろう(vgl. Lukes 1974)。

(36) 合法性が政治的武器として——そのことが隠蔽されながら——用いられるという事態は、「共産主義陣営」に代わつて「文明」社会の共通の「敵」としての「テロ」という政治的言説のもとで進行しつつある。テロ後の世界である今日、「テロ」撲滅のための立法化をしさえすれば、それに基づく国家的暴力行使は正当と見なされる。

(37) Schmitt 1943/44, SS.386-429. シュミットはこの論稿において、いわゆる民主化に伴う「立法手続の構造変化」によつてたらされた「法律概念の構造変化」が、二つの大きな変動をもたらしたことを論じている。すなわち、一方では、法実証主

義という規範とは個々の国家のその時々法律でしかないこととなり、法とは国家法であり「自己を遂行せんとする国家的な設定意志」によって制定された規範となった、その結果「ヨーロッパ法もヨーロッパ法学もありえない」という意味で「ヨーロッパ公法 (jus publicum Europaeum)」の分解を引き起こし、他方では、法学の、「国家にとらわれている制定法実証主義 (eines staatsbezogenen Setzungspositivismus)」への変質という「法学の危機的状况」をもたらしたと論じている。

(38)

シュミットはここでロックの言葉「立法機関は法律をつくるけれども立法者を作りはしない」を引用し、「立法機関が憲法から付与されている権限は、自ら法律を制定することであり、他の官庁に立法を授權する資格は与えられていない」と指摘し (Schmitt 1943/44, S.404)、立法機関から行政府への授權という「越権行為」を批判しているが、これは一九三二年の『合法性と正当性』のモチーフでもあった。この問題は今日においても重大な問題を孕んでいる。例えばアメリカの対外政策決定における議会の行政府への委任 (交戦決議、戦争の一翼を担う) 財政面の権限、情報監視機能等) により「大統領が次第に立法者となった」という指摘について、ビックス二〇〇三参照。

(39)

Schmitt 1943/44, S.419, 422, 424, 425, 427) でシュミットのいう「正当性」は、上述 (主として第二節第二項) の権力行使の民主的正当性とはその内実を異にする点に留意を要する。シュミットが問題とするのは、本来の法学が予定する「法律」とは似て非なる内容を持ちながら「法律」の衣を被っているという意味で、形式としての「合法性」を纏いながらも、しかし、「法の本質をなす破壊し得ない核心」を備えた、その意味で「正当性」を保持する「法律」からは乖離している「法律」への構造変化である。つまり、(a) 「人民による授權」を基準としこれに由来する限りで「民主的正当性」を保持する「法律」とは異なる、(b) 「法の本質をなす破壊し得ない核心」という基準から測定される「正当性」なのである。シュミットの「正当性」の用語法はこの両次元に跨っている。政治理論的にシュミットの「合法性と正当性」が論じられる際、前者 (a) に射程が限られる傾向があるが、むしろ、「法律」の〈正当性〉喪失という変質をめぐるシュミットの議論は、一貫して「法律」の法学的核心からの逸脱に対する法学内在的危機意識 (b) がより根底的だったのではないかと筆者は考える。

(40)

ただしシュミットがザヴィニーを評価するのは、その「法源論」が「制定行為の世界に対して初めて自覚的に距離を保つこと」を可能にし、それによって法学を「単なる事実上の制定法 (Setzungsrecht)」の対極に置き、よって、法学を一方では「神学、形而上学および哲学」からも、他方では「単に技術的な規範学」からも救い出した点である。しかし同時に、

ザヴィニーが「意図せずとも生成・発展していく民族精神」を説き、同時に、「ローマ法という生粋の、そして批判的に吟味された法源とそのラテン語に帰るべきことを要求する」ことの中に「矛盾」があることを否定できない、ともシュミットは指摘する (Schmitt 1943/44, S.408-420, 邦訳四七一―七二頁)。

- (41) Schmitt 1943/44, S.396, 邦訳二〇―二二頁。
- (42) 新田邦夫、一九七六、五三四頁。
- (43) Schmitt 1943/44, S.420, 邦訳六五頁。
- (44) Schmitt 1943/44, S.414, 邦訳五六頁。
- (45) Schmitt 1926, S.54, 58.
- (46) 本稿前出注39参照。

参考文献一覧

- アーレント、ハンナ一九九七、『イェルサレムのアイヒマン——悪の陳腐さについての報告』（大久保和郎訳）みすず書房
- 飯島昇蔵・川岸令和編二〇〇二、『憲法と政治思想の対話——デモクラシーの広がりと深まりのために』新評論
- ヴェーバー、マックス一九九〇、『職業としての政治』（脇圭平訳）岩波文庫
- 折原浩一九九六、『ヴェーバー『経済と社会』の再構成——トルソの頭』東京大学出版会
- カッシーラー、エルンスト二〇〇〇、『国家の神話』（宮田光雄訳）創文社
- 姜尚中二〇〇一、『ナショナリズム』（思考のフロンティア）岩波書店
- 『思想』一九九六年九月号 (No.86) ラディカル・デモクラシー特集号)
- シュミット、カール一九七三、『フーコー・プロイス——その国家概念およびドイツ国家学上の地位——』（上原行雄訳）『危機

の政治理論』（清水幾太郎責任編集、ダイヤモンド社）所収

シュルフター、ヴォルフガング・折原浩二二〇〇、『『経済と社会』再構成論の新展開——ヴェーバー研究の非神話化と』全集
版のゆくえ——』（鈴木宗徳・山口宏訳）未來社

高橋愛子二〇〇二、「『国家理性』再考——権力と道徳という問題領域から——」『社会科学ジャーナル』No.48 ICU社会科学
研究所

田中成明一九八四、『現代法理論』有斐閣ブックス

千葉眞一九九五、『ラディカル・デモクラシーの地平——自由・差異・共通善』新評論

新田邦夫一九七六、『解説』カール・シュミット『大地のノモス（下）』福村出版

ビックス、ハーバート・P二〇〇三、「新たな帝国のとき」『論座』五月号

ベンヤミン、ヴァルター一九九五、『暴力批判論』（野村修編訳）岩波文庫

丸山眞男一九九五、『政治の世界（一九五二年）』丸山眞男集第五巻 岩波書店

Dentrevés, Alexander Passerin 1969, *The Notion of the State: An Introduction to Political Theory*, Oxford University Press, reprinted.

『石上良平訳『国家とは何か——政治理論序説——』みすず書房 一九八九』

Lukes, Steven 1974, *Power: A Radical View*, British Sociological Association. [中島吉弘訳『現代権力論批判』未來社 一九九五]

Maus, Ingeborg 1980, *Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus Zur sozialen Funktion und aktuellen Wirkung der Theorie Carl*

Schmitts. 2. erweiterte Aufl., Wilhelm Fink Verlag, München (1. Aufl. 1976). [今井弘道・篠津安恕・住吉雅美訳『カール・シ

ュミットの法思想——ブルジョア法とファシズムの間』風行社 一九九三]

Meinecke, Friedrich 1976, *Die Idee der Staatsräson in der neueren Geschichte, Werke Bd. I. 4. Aufl.* R. Oldenbourg München Wien. [岸

田訳『世界の名著65マイネッケ』中央公論新社 一九九九、菊盛・生松訳『近代史における国家理性の理念』みすず書房一

九六〇]

Mouffe, Chantal 1993, *The Return of the Political*, Verso. [千葉眞・上井美徳・田中智彦・山田竜作訳『政治的なものの再興』日

本経済評論社 一九九八]

Neumann, Franz 1944, *Behemoth: The Structure and Practice of National Socialism 1933-1944*, Oxford University Press, 2nd ed. with new Appendix. [岡本友孝・小野英祐・加藤英一訳『ビヒモス』みすず書房一九七九]

Schmitt, Carl 1923, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, Duncker & Humblot. [樋口陽一訳「現代議会主義の精神的状況」『危機の政治理論』所収]

1926, Der Gegensatz von Parlamentarismus und moderner Massendemokratie, in: *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles 1923-1939*, Hansische Verlagsanstalt Hamburg, 1940. [樋口陽一訳「議会主義と現代の大衆民主主義との対立」『危機の政治理論』所収]

1931a, *Der Hiter der Verfassung*, Duncker & Humblot, Berlin. [川北洋太郎訳『憲法の番人』第一法規出版一九八九]

1931b, Die Wendung zum totalen Staat, in: *Positionen und Begriffe*.

1932, Legaliät und Legitimität, in: *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, 3. Aufl. Duncker & Humblot, 1985.

[田中浩・原田武雄訳『合法性と正当性』未來社一九八三]

1943/44, Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft, in: *Verfassungsrechtliche Aufsätze*. [初宿正典・吉田英司訳『ヨーロッパ法学の状況』成文堂一九八七]

1963, *Der Begriff des Politischen: Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien*. [菅野喜八郎訳「政治の概念」『危機の政治理論』所収] 田中浩・原田武雄訳「政治的なるものの概念」未來社一九九〇]

Weber, Max 1976, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5. Aufl. Tübingen, J. C. B. Mohr. [阿閉吉男・内藤莞爾訳『社会学の基礎概念』恒星社厚生閣一九八七。世良晃志郎訳『マックス・ウェーバー支配の諸類型』創文社一九七四]

Wolin, Sheldon S. 1989, *The Presence of the Past: Essays on the State and the Constitution*, Johns Hopkins, University Press. [千葉眞・斉藤眞・山岡龍一・木部尚志訳『アメリカ憲法の呪縛』みすず書房二〇〇六]