

---

 翻 訳
 

---

## 書評：法理学、民主政およびワイマール共和国の死

ニール・マコーミック（著）

池端 忠司（訳）

\* \* \* \* \*

## 訳者はしがき

本訳稿は Neil MacCormick, Book Review: Jurisprudence, Democracy, and the Death of the Weimar Republic, 77 Tex. L. Rev. 1095 (1999) の全訳である。この書評が対象とする書物は二冊あり、一つは私が昨年翻訳した David Dyzenhaus, Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar, Oxford: Clarendon, 1997 (デイヴィッド・ダイゼンハウス著『合法性と正当性——ワイマール期におけるカール・シュミット、ハンス・ケルゼンおよびヘルマン・ヘラー——』春風社、2020年)と、もう一つは Peter C. Caldwell, Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law: The Theory & Practice of Weimar Constitutionalism, Durham: Duke University Press, 1997 である。

本書評の発表当時 (1999年)、評者であるニール・マコーミックはイギリスの法哲学者であり、公法と、自然および万民の法の欽定教授 (Regius Professor of Public Law and the Law of Nature and Nations) であり、エジンバラ大学 (The University of Edinburgh) のリーヴァーヒューム個人研究所教授 (Leverhulme Personal Research Professor) である。またピーター・C. コールドウェルはアメリカ合衆国のライス大学 (Rice University) の歴史学の准教授、デイヴィッド・ダイゼンハウスはカナダのトロント大

学（The University of Toronto）の法哲学の教授であった。

ニール・マコーミックの邦訳書としては次のようなものがある。Neil MacCormick, H. L. A. Hart, Edward Arnold (publishers) Ltd, 1981 の邦訳書として、角田猛之編訳『ハート法理学の全体像』晃洋書房（1996年）、また1978年に初版が出版された Neil MacCormick, Legal Reasoning and Legal Theory, Oxford University Press, 1994 の邦訳書として亀本洋ほか共訳『判決理由の法理論』成文堂（2009年）がある。

本書評の初めの方でマコーミックは、代表民主政の正当性をめぐる議論を展開したのちに、書評対象の二冊の本に沿ってワイマール期の歴史や法理論を確認し、その二冊の本をコールドウェルの方は歴史書として、ダイゼンハウスの方は法理論の分析書として肯定的に評価している。これまでの紹介した書評にない特徴として、マコーミックがケルゼンの法の純粹理論（日本法では「純粋法学」という言い回しが馴染みがあるが）に焦点を合わせ、丁寧に概観し、それを批判するヘラーの主張を、そしてそのヘラーの主張を支持するダイゼンハウスの主張を適切であると評価している点をあげることができる。またダイゼンハウスが指摘したことであるが、ヘラーの法理論が「法の純一性 (law's integrity)」についてのドゥオーキンの構想の少なくともその重要な部分の先取りであることを認めている点もあげることができる。

\*\*\*\*\*

### (1) 代表民主政の継承とその他の選択肢

現代という第二の千年の終わりに人類は、立憲主義的な統治に最適な政治的基礎として代表民主政という考えに一見したところ落ち着いたように見えるというのは、注目すべきことである。それへの疑いは、この千年の最後の二世紀までほとんど生じなかったのだが、いま終わろうとしている世紀（20世紀）のほとんどの時期を通じて、まったく未解決の疑いがたし

かに存在し続けた。人民民主主義下の単一の前衛政党によって指導されたプロレタリアート革命のイデオロギーが実施され、ときには勝利の可能性があるように思われた。中国はいまでもこの形態を代表していると称している。そして一党独裁のアフリカ民主主義のさまざまな考えが、いまでも何らかの共鳴を呼ぶが、腐敗した個人による独裁制への退化を回避できることを明確に証明するものではない。階級や派閥を超越して全国民を一つにまとめるカリスマ的指導者の下でのファシズムは、多くの人々が 20 年代と 30 年代においてそれを前途有望な考えと思ったにもかかわらず、実施された結果、ムッソリーニとヒトラーによる破壊に至り、ひいひい泣きながら、サラザールとフランコで終焉を迎えた。軍部独裁は少なくとも兵士の心の中では常に可能性としてあるものであり、そこにおいては、立憲主義的な統治が人民の正当性を喪失しているのである。しかし誰も大佐でさえもこれをよい統治の理想として理論化することはできない。

## (2) 正当性のある政治の唯一のまたは優勢な類型としての代表民主政

正当性のある統治に関する、唯一ないし支配的と認められた類型としての代表民主政の（少なくとも一時的な）勝利に関してもっとも注目すべきことは、それが過去の世紀の大半に亘って成功の見込みがないように思われたことである。相当の影響力を有し、かつ繰り広げられている対立における直接の敗北から影響を受け難いと思われ、代表民主政に反対する側に立つことになった諸勢力が存在したというだけでなく、代表民主政を首尾一貫した統治形態として特徴づけることを困難にし、今でも困難にしている代表民主政の特徴に固有の内在的な問題も存在した。

## (3) 民主政の内在的問題：原理的に普遍主義的かつ平等主義的であること

民主政は原理的に普遍主義的であるとともに平等主義的である。というのも、誰でもそして各人が等しくあらゆる他者を平等なもののみならずから

である。しかし彼らはどのように他者を平等なものとみなすのか。彼らは単一の団体的なデモスの平等な構成員とみなされるのか、すなわち、まさに「民主政（“democracy”）」の意味であるところの「デモス（“demos”）」によって支配するということになるのか<sup>1)</sup>。そうでないとすれば、私たちは民主政をより個人主義的に考えるべきか。すなわち私たちの各々が、意見や選好について貢献する権利があり、しかも基礎的な平等主義的な教義が「一人一票（“One person, one vote”）」であり、普遍主義的な教義が「あらゆる人のための投票（“votes for everyone”）」であるところの投票制度を通じてそうするのであるが<sup>2)</sup>。後者の場合、言論および意見並びに集会および結社の自由は民主政の極めて大切な権利であるように思われるであろう。というのもそれらの自由がないならば人は意見を組み立てることができず、それを効果的に表現できず、あるいは全民衆の投票の中で所与の選好および意見を意味のあるものにするための協力体制を作り上げることができないからである。団体的なデモスの視点から判断するならば、しかしながら、このような権利の追求はデモスを粉々に砕き、派閥、階級、特殊な利益集団、充填されるべき自分自身の利権を持った各人へと導く。共通善は部分的な利益の競走において失われる。

#### (4) 「あらゆる人のための投票」原理の下では少数者は多数者との協力が不可避

「それならますます具合が悪い」と人は言いがちであろう、「デモスや民主政の団体主義的な構想にとっては」と。しかしその構想を個人主義的な構想が退けると言うのはまだ早い。というのも、個人主義的な構想が答えていない問いがあり、その問いとは「あらゆる人のための投票」原理という目標のために誰が「あらゆる人（“everyone”）」とみなされるかという問いであるからである。あらゆる人が投票権を持つべきであるという原理を支持する者は誰でも、明らかに危険を冒す。私たちは票決に付されるほとんどのまたは多くの争点について少数者であるかもしれない。その少数者は国籍的な少数者、民族的な少数者、宗教的な少数者であるかもしれない。

その時、よい人生を送り、集団的な自己統治というプロジェクトに意味のある参加をするという私たちの見込みはほとんどないといってよいであろう。多数者と協力していくすべての人の快諾は、「私たち (“us”）」全員を緊密に結びつけ、少数者と多数者が決して原理的に不変ではないという感覚を作り出すところの、分け持たれた共感というある種の繋がりまたは結びつきがあることに疑いなく、依存しているはずなのである。

### (5) 民主政に不可欠な「私たち意識」の力説

ドイツの憲法理論家であるヘルマン・ヘラーは、民主政を可能にするためには私たち全員のまたはほとんどの、私たち意識 (Wirbewusstsein) が、つまり私たちが「私たち (“we”）」であるという意識が、必要であることを力説した<sup>3)</sup>。彼は核心を衝いていた。「私たち国民 (“We the people”）」は、その名の下でこのような決まり文句が使われるところの個人の全員またはほとんどが現在の「私たち (“we”）」を、単に「私と、あなたと、あなたと、あなたと、あなた…… (“I and you and you and you and. …”）」であると考えてるのではなく、もっとも深い政治的な決定の自然な主体であると実際に考える場合にだけ存在できる。私は「一般意思 (“general will”）」と「全体意思 (“will of all”）」の間の差異化がほぼ同じことを指摘していると思う<sup>4)</sup>。しかしどのようにして「私たち意識 (“we-consciousness”）」がもたらされるのか。確かにもしも私たちが民主政の憲法を持つならば、私たちはそれが私たちの憲法であるというまさにその事実から私たち意識を持つことができる。なぜならば、その憲法への私たちの忠誠とその憲法の共同所有者としてのお互いへの私たちの忠誠によって、私たちが憲法上採用した諸決定の共同作者性を受け入れるからである。たとえ私たちがそれらの決定に反対票を投じたとしてもそうである。

### (6) 憲法秩序の安定要因と不安定要因

しかし諸国の憲法はそれ自体、憲法制定会議に注意深くかけられ、払われるべき当然の注意を尽くして熟議され、採択後には多数または圧倒の多数による修正に開かれているときでさえも、所定の領域における多数によって採択される傾向がある。それらの憲法が——つまりそれらの起草者たちまたは起草者的な委員会が——十分な採択としてみなすべきと明記した手続がどんなものであれ、その手続を通じて「国民（“the people”）」によってひとたび採択されたならば、その領土内のすべての人を結びつけるとされる。かりに憲法愛国主義的な私たち意識が、後になって生まれるならば、それはそれでよろしい。それが生まれるかぎり、それが憲法秩序や、その憲法秩序の庇護下で機能する法秩序を正当化する点で有力な規範力を持つことは疑いない。（「これは私たちの憲法であり、私たちの法であり、そうだとすれば、そのようなものとして従うべきものである。」）これは大多数の者がその一員と認める制度を定着させるという点で有力な実践的な効果を持つ。人間的な幸福や満足できる生き方に関心を払う限り、その生活状態は、このような憲法上の安定が存在するとき、他の想像できるほとんどの状態よりも良好である。だが自分のものではないとして憲法を拒否しかつ諸問題について他の何らかの憲法的解決をあくまでも要求する少数者は、常にあるいはおそらくそれほど頻繁にはこのような思いに慰めを見出さないであろう。人がこれに気づくためには北アイルランドの共和党の立場、またはイスラエル内のパレスチナ人の立場に思いを馳せるだけで十分である。

### (7) 安定要因として民主政の長期化による憲法の神聖化と「私たち意識」の醸成

「社会契約（“social contract”）」のもっともらしからぬことについての考察の中で、ヒュームは憲法採択時期が今日に近いほどその安定性も最小になると書いた<sup>5)</sup>。だが現実の「契約者たち（“contractors”）」は、そこでも

みな生きており活動的である。実際の憲法は習慣と利用の年月によって神聖化されたときにもっとも安定的になり、たとえ時の経過によってとともに、概念上の契約さえも自分自身を拘束することがまったくない世代という舞台の到来によって、個人的な契約上の義務の要素が弱められたとしてもそうである。このことが示唆するのは、民主政が要求する、その種の国民性や私たち意識それ自体が、立憲主義的な統治の原因というよりも結果であるかもしれないということである。それゆえ真の民主政のための条件は、少数者を多数者支配に徐々に調和させることができる不完全な自己統治の実践を通じて生まれるということかもしれない。たとえそうでも、かりに国民が彼らの利益や彼らの立憲主義的な政治形態の概念にとって基本的であるとみなす争点について憲法自体がわざといくつもの意味に解釈できることを示すならば、戦闘という裁定以外残されたものはないであろうし、勝者の正義以外に決定の根拠はないであろう。近代という私たちの時代の合衆国憲法の誕生における南北戦争の位置づけおよび南北戦争時の憲法改正条項はこの有力な証拠である。もちろん憲法は、内戦または宗主国からの独立のための戦争の後に、あるいは軍事的な敗北と打ち負かされた体制の失墜の後に、市民的および政治的トラウマの時期の中でいつも誕生しあるいは革命的な変化を経験する。今世紀に 2 回ドイツはこの過程を経験した。第一に 1918 年の帝国の君主制の崩壊とカイゼル（帝政時代のドイツの皇帝）の退位の時であり、次に 1945 年のヒトラーの敗北と無条件降伏の時である。1919 年にワイマールで創られた憲法は、幸運に付き添われてきたわけではなかった。1922 年から 1923 年の異常なインフレ、不況による大量の失業、インフレによる貯蓄の喪失に対する憤慨、戦争賠償やベルサイユ条約に対する憤慨、ドイツ軍がドイツ国境まで引き返してさえいなかった間に文民政府が同盟国に対し降参したことによってもたらされた卑怯な不意打ち（“stab in the back”）を受けた退役軍人の憤慨<sup>6)</sup>——これらのすべてが、新しい民主政に授乳させるための悪魔の醸造酒を作ったのである。民主政は、国家の正当性を否定する労働者階級を代表する大衆政党にとって代わられるという点でブルジョアジーの視点からも、財産権を

含む諸権利の保障を伴うブルジョア国家という拘束衣で結ばれることに反対する社会主義政党の視点からも、いずれにしても疑わしい概念であった。保守主義および極右の見地からすれば、フォルクの統一性は、複数政党のその多数性によって裏切られた。というのも互いに激しく対立する中での複数政党の「民主政（“democracy”）」は単なる偽物である。「デモス（“Demos”）」と「フォルク（“das Volk”）」は、異なった言語における同意義の用語であり、そしてかりにフォルクの統一性がその複数政党のその多数性と政党間の激しい衝突によって破碎されるならば、どうすれば「国民の支配（“rule of the people”）」が存在できるのか。

#### (8) ワイマール憲法の崩壊という出来事が投げかける法哲学上の諸問題

法哲学の視点からすれば、ワイマール期の何年かと、1933年のヒトラーの政権奪取を伴うワイマール憲法の崩壊の仕方は、人を惹き付ける力と悲しい教えに満ちている。法実証主義のドイツの伝統は、ナチ独裁への道、そしてそれとともに戦争やホロコーストの恐怖に堕ちて行った他の諸々への道を整えた<sup>7)</sup>。そして確かに一つの決定的な瞬間に、憲法解釈の重大な問題についてと国家の上級裁判所の権限に関して、カール・シュミット、ハンス・ケルゼン、ヘルマン・ヘラーの三つ巴の対決が存在した<sup>8)</sup>。その対立は、1932年にヒンデンプルク大統領が行使した、憲法に規定された緊急権のその有効性に関する論点についての憲法解釈をめぐるものであった。

#### (9) 連邦主義と連邦制下の邦政府の民主的位置づけが争点

何が問題だったのか。本質的にはそれは連邦主義の問題と、連邦制下の邦政府の民主的位置づけの問題であった。1871年から1918年までの帝政ドイツは、全ドイツのライヒ議会（Reichtstag）を通じて達成された国民代表的な政府の要素を持った王侯邦の連合であった<sup>9)</sup>。ワイマール共和国は、ポスト君主制的な民主的連合であったし、全体の統治のレベルでは公



選の大統領、公選の議会すなわちライヒ議会と、連合化された諸ラントのレベルではそれぞれのラントごとに民選のラント議会とそれに責任を負う大臣がいる<sup>10)</sup>。行政府は、通常はライヒ首相 (Reichskanzler (Chancellor)) と各大臣からなる内閣に委託された。しかし立憲君主によりあるいは立憲君主の名の下で行使可能とされたものに似た、単独であるいは首相の助言の下で行使可能な緊急権を、公選の大統領は有していたのである<sup>11)</sup>。

#### (10) パーベン・クーデター事件

直近の選挙を通じて社会民主党は議会の過半数の議席を奪われたにもかかわらず、ナチスも共産党も (双方とも社会民主党より多くの議席をもつ) 議会の過半数の議席を支配することはできなかった状況の中で、1932 年にプロイセンの権力の座に社会民主党の政府が残っていた<sup>12)</sup>。プロイセンは諸ラントのうちの最大のラントであった。ライヒ議会における複数政党という混乱した多数性の中で (ナチスが躍進したが、国民の多数といえるところまでにはまだ届かない)、ヒンデンブルク大統領は政権の形成を一連の極右の保守的な首相たちに委任した<sup>13)</sup>。ナチスと共産党との間の街頭闘争と危険な衝突はその政治シーンの一つの特徴であり、ナチスであろうが共産党であろうがその準軍事的な政治的制服や組織が禁止された<sup>14)</sup>。1932 年 5 月にライヒ首相としてブリューニングから替わったフォン・パーベン首相は、安定的な権力基盤を確立するためにナチスと権力を分け合う好機と思い、それ以来、ナチという虎を飼い慣らす<sup>15)</sup>。ナチの政治的制服の禁止は解除された。新しい街頭闘争が瞬く間に起こり、するとすぐにパーベン首相はプロイセンの社会民主党政権がもはや公共秩序を維持することができないことを示していると主張した。彼は、プロイセンの立憲主義的な統治を停止し、そのラントの統治のためにライヒ首相を中央行政長官 (commissioner) に就任させることをライヒ大統領に助言した<sup>16)</sup>。ライヒ大統領はそれに同意しワイマール憲法第 48 条に基づき必要な命令を発出した<sup>17)</sup>。

### (11) ライヒ対プロイセン事件における連邦最高裁判決

その決定は直ちに連邦最高裁つまりライヒ裁判所 (Reichsgericht) で争われ、その結果大統領の命令は違憲であると攻撃された。カール・シュミットはライヒ大統領のための弁護を行う者の中の一人であったし、ヘルマン・ヘラーはプロイセンの社会民主党の弁護団に属し、ハンス・ケルゼンはその争点に関して学術論文をいくつか公表することによってその論争に参加した。他方、ミュンヘン大学の公法教授であるハンス・ナヴィアスキーは、ケルゼンの考えを連邦最高裁の前で展開した<sup>18)</sup>。主要な争点が二つあり、一つは、その裁判所はこのような問題を受け入れる管轄権を持つかどうかであり、もう一つは、もし持つとすればこの事例でその権限を行使すべきかどうかである。その裁判所は、ライヒ大統領が行使する特定の憲法上の権限の条件に基づいて、根拠のないものとしてライヒ大統領の命令を無効にすべきなのか。連邦最高裁は、それが憲法第 48 条に基づくライヒ大統領の命令さえも審査する権限を持つと結論し、いくつかの点でその連邦の介入を無効にした<sup>19)</sup>。他方、連邦最高裁は、真の緊急状態がプロイセンに存在したこと、そして、このことが憲法上の連邦制の均衡をその他の場面で乱すことなく一つのラント政府が連邦政府に一時的に従属することを正当化すると、適切にも考えることが可能であることを容認した<sup>20)</sup>。

### (12) ヒトラーの独裁を可能する授権法制定以前の状況

いずれにせよ手遅れだった。というのもフォン・パーペンの、そしてその後フォン・シュライヒャーのしばらく続いた保守的なリーダーシップはナチスの実際の勝利のための地固めの役割を果たすことになっただけからである。1933年初頭にヒンデンブルク大統領が実施した選挙でナチスは最大の単独政党として登場した (ライヒ議会における圧倒的多数にはけっして達しなかったしその獲得票数においてはそれよりもずっと少ないけれども)<sup>21)</sup>。その後間もなくその状況は、実務上は 1945 年のヒトラーの死

の瞬間までヒトラーが行使することになった無制限の個人的な支配権限を彼に与えた授権法を制定させるために、議員たちを脅かすのに利用された。

### (13) 書評対象の二冊についての評価できる点

「それは止められたか」と問うことはいまでは無意味である。しかし二つの近刊書が示すように、1932年の危機におけるそれらの法律家たちの弁論や、それらの弁論が法、立憲主義および民主政に関する常に存在する問題に投げかける光を再検討することは、無意味どころではない。書評の対象である二つの著書について言えば、ピーター・コールドウェル著『国民主権とドイツ憲法の危機：ワイマール期の立憲主義の理論と実践』は、ヴィルヘルム期のドイツの立憲主義と憲法理論に関して、また1918年以前の帝国でパウル・ラーバントのような指導的な理論家たちがその後ワイマール期に入って学説を組み立てるためにその基調をどのように定めたかに関して、歴史的により徹底した見事な説明を行っている<sup>22)</sup>。また一方、デイヴィッド・ダイゼンハウスの『合法性と正当性：ワイマール期におけるカール・シュミット、ハンス・ケルゼンおよびヘルマン・ヘラー』は分析上および哲学上はるかに洞察力に富みかつ信頼性が高い。1933年の破局を徐々に導き、その最高潮に達した事件の前後関係がコールドウェルのすばらしい才能で把握され、そして法理論上の論争の主要な道筋が非常にうまく粗描される。さらに重要なことにコールドウェルは、公法学界におけるドイツ（およびオーストリア）の伝統を説明することに本格的なかつやりがいのある努力を傾け<sup>23)</sup>、そのことは1932年とそれ以前の数年における憲法理論家たちと法哲学者たちの間で争点となった基本的な論点についてバランスの良い理解のための重要な文脈を提供する。

#### (14) 三者についてのダイゼンハウスの評価の妥当性

しかしその哲学的原則のその内部から見た本当の意味は、激しい議論を引き起すものの、哲学者ダイゼンハウスによってはるかによく捉えられる。ダイゼンハウスにとってカール・シュミットは、1932年の問題を起こした張本人であり、ヒトラー政府との彼の協力や、1930年代後期の彼の露骨な反ユダヤ主義が、彼の所業の卑劣さをいっそう酷いものにした<sup>24)</sup>。ハンス・ケルゼンは、彼の諸分析の非凡な才能にもかかわらず、彼の「法の純粹理論 (“pure theory of law”)」のその「純粹性 (“purity”)」によって、シュミットに対する究極的に説得的な反駁を加えることができなくなった<sup>25)</sup>。ヘルマン・ヘラーだけが、ワイマール期の立憲主義の中に潜在する民主制的かつ連邦制的な自己統治という原理の一つの解釈を与えることができ、それはシュミットのワイマール憲法の解釈に反論するのに適した、また1930年代に有効であり続けた立憲主義を支持することを可能にしたし、かつ1949年以降非常に成功裡に着手された再建の仕事にインスピレーションを最終的に与えたと思われる土台を据えるのに適したものであった<sup>26)</sup>。そのほか1990年代の今日の論争にとって重要なこととしてダイゼンハウスは、ヘラーの憲法理論が「法の純一性 (“law’s integrity”)」についてのロナルド・ドゥオーキンの構想の一つの先駆であることを、あるいは少なくとも重要な部分の前触れであることを見抜いている<sup>27)</sup>。

#### (15) 法、国家および憲法についての問題に対するケルゼンの立場

根本的には、法、国家および憲法についての複数の問題が次のように存在する。国家あるいは政治共同体は、法の外側にかつ法に先立ち、または法と独立した何らかの方法で、存在するものなのか。人間のコミュニティを管理することは、法や憲法よりも、あるいはそれらとは別個のものとして、裸の権力にむしろ依拠するのか。それどころか法や憲法は、権力によって生まれるのかあるいは権力を制約できるのか。ハンス・ケルゼンにと

ってその解答とは、あらゆる人間社会は、人間同士の暴力行為が犯罪という行為だけでなく、すでに犯した犯罪への制裁という行為の二つの類型のうちのどちらかに区別されるような、何らかの実効的な社会秩序を当てにするというものである<sup>28)</sup>。これは力の使用を統制する何らかの規範的秩序が存在するだけで、また私たちがその力の使用を統制すると考える規範的秩序がかなりの程度まで実際に守られ、尊重されるだけで可能である<sup>29)</sup>。規範的秩序とは、自然科学によって因果関係のカテゴリーで認識される秩序と区別され、ある種の思考のカテゴリーで、すなわち「当為(“ought”)」または「帰責(“imputation”)」という思考のカテゴリーで認識される秩序である。

#### (16) ケルゼンの法の純粹理論における憲法の位置づけ

近代の世界では、規範的秩序の妥当性の範囲が領土的にと、時間的にの両方で考えられる。まさにある時代のある期間のある領土に関する限り、私たちはある法の制定を有効なもの、すなわちその時代の存在する人によってまたはその人に対して適用されるべきものとする。さらに重要なことに、私たちはこのような有効な立法を一度限りの状態で妥当であるとは想定しない。立法は一つの制度の文脈において有効であり、そしてたとえば特定の議会による立法またはその権威の下での立法のように、あるシステム上のあらゆることが同じ根拠で有効である。しかし「議会(“parliament”)」として人民の集会を考えることは、すでに規範的な観点の中で考えることである。概念的には、議会とは、統制された手続によって一般的な諸ルールを制定する十分な権能を有する機関であり、しかもそれらの一般的な諸ルールは、その他の人民によって、それどころか市民としての立場である議会の構成員によっても尊重されるべきものである。議会はその権能および権威を憲法から得ているが、憲法はそれ自体歴史上の人工物である。もし私たちが、憲法をつまり私たちがすぐ上で検討したような文脈において採用された歴史的決定の産物を、その「当為(“ought”)」の世界

において権威的なものとして扱うならば、そのとき何を私たちはしているのか。ケルゼンの言うところによれば、私たちは、特定の憲法の下での諸勢力の統制をすでに規範的なものに作り変える権威づけの規範がすでに存在した「かのように (“as if”）」考え、行動している。すなわち実際にはそのとき何も存在しなかったが、いま私たちの思考において歴史上の最初の憲法が権威を持っていてかつ尊重されるべきであるという前提が存在しなければならない<sup>30)</sup>。そのとき、このように前提とされた「当為 (“ought”）」はその憲法下でなされた他のすべてを規範化し、そしてその法秩序が全般的に見て実効的である限り、これらの法的な「当為 (“ought”）」は、人間の行動の評価や査定のために実際に作用する基準であり、理論上だけに存在する基準ではない。

#### (17) 「当為」の思考は異なる人間同士間の客観的規範判断の可能性を開く

もちろん、そうであるのは、私たちの思考の、すなわちその「当為 (“ought”）」という私たちの思考のこの究極的なカテゴリー内で私たちが活動する限りでそうであるにすぎない。私たちはこれを廃棄できるし、因果関係だけから人間の生を考えることができる。しかしケルゼンの言うところによれば、もしあなたが人間の経験上の規範的なものを剥ぎ取るならば、残されたものは「権力のゴルゴンの首 (“Gorgon head of power”）」だけである<sup>31)</sup>。その「当為 (“ought”）」の観点から思考することは少なくとも権力行使を、制限された経路に向けさせる可能性を生み、そしてその「当為 (“ought”）」の公的な法秩序の存在は、単なる選好の主観的な表現ではなく、互いに異なる人間同士間の客観的な規範判断の可能性を生む。

#### (18) 法システムの静態的および動態的側面と、純粋な認識過程でない法解釈

しかしながら、その制限はある程度までの制限に過ぎない。というのも法システムが静態的でなく動態的であり、その実体的内容ではなくその形

式的な特性によって「法的 (“legal”）」として認定されるからである。「動態的な (“dynamic”）」側面とはそのことによって規範創造の階層構造のどのレベルでも、上位の権威づけの規範がその次の下位のレベルの規範の妥当性のための条件を整えるが、そのレベルに内容上の絶対的な制限を置けないということである。法の上位の諸規範は、最後の最後には個々の司法判決に至り、下位のレベルの諸規範の創造を権威づけ、そしてそれら（法の下位のレベルの諸規範）は、次の下位のレベルで有効になし得る事柄について何らかの、おそらくますます狭くなる制約下で同じことを行う。しかしこの権威づけの仕方は、ある種の静態的な規範的秩序内では優先するかもしれない法的推論のようなものと同じものではない。法は、それ自体の創造を統制するが、法制定という行為における裁量を絶対的に閉ざすことは決して行わない<sup>32)</sup>。したがって法解釈は、決して純粋な認識過程ではないが、すでに法であるものに論理的に帰すことのできない理由のために採用した、意思の行為、新たな決定を常に含む。

### (19) 法の純粹理論における国家論的および政治哲学的な含意

このような法の純粹理論は、国家論にとってまた政治哲学にとっても重要な含意を持つ。国家が法の外側にある実在であるとかあるいは法から独立した概念的空間に存在しているというどんな考えも支持できない。国家は、経時的に存立しているある種の領域的法秩序があるところにのみ存在する。王や大統領や首相や最高裁の判事あるいは立法議会の構成員のような国家の役職について、そのような役職を定義しそれらに何らかの権限を付与する憲法があるところでのみ存在する。そうだとすれば、私たちは、前提とされているものという範囲内に、言い換えれば「あるかのような (“as if”）」もの、つまり根本規範 (Grundnorm) という範囲内に再び戻る。国家と法の二元論は存在できない。というのもそれらは異なった観点から見た、本質的に同じ対象であるからである。同様の理由から、共通の市民権 (citizenship) という地位を創設する憲法から切り離して現実の実在と

しての「人民（“people”）」も存在しない。その人民は法に帰すことによる実在であり、その法を確立する、法の前に存在する実在ではない。民主制は、憲法秩序の一つの可能な内容であり、それによって、意思決定の権限がいくつかの目的のために根本的に分散化され、そして、法的に明確にされた争点に関する人民直接投票制での投票、または立法府および行政府の公職選挙での投票も、選挙法の定義および規定の下ですべての市民に与えられる。しかし個々人のそれぞれの意思は、組織化を通じてのみ、共同の決定へとひとまとめにされ得る。そしてこの組織化は自由な組織化でなければならない、そうだとすれば結社の自由が存在しなければならない。その結果、複数政党は、国民による民主政的な意思形成の敵であるどころか、効果的な討論と多数決という過程を通じて民主政的な意思を形成するうえで不可欠な要素のうちの一つである。

#### (20) ワイマール期の危機の下での上級裁判所の役割

ワイマール期の危機において、このような立場の強さと弱さは明白である。ワイマール憲法の背後にいる「ドイツ国民（“German people”）」に訴えることは、この視角から見ればイデオロギー的にはばかげたものであった。国民全体の意思の形成および行使のその障害物として複数政党を攻撃することが、やはりイデオロギー的にはばかげたものであったのと同様である。ワイマール共和国のライヒ大統領を含む、それ以下の政府の公職者たちの行為を審査する上級裁判所の権能は、緊急権を含む諸権能の明示的な配置を（全体的にまたは部分的に）内容とする連邦憲法の構造に組み込まれる。というのもその裁判所は、ワイマール憲法上の分立した（連邦憲法における中央と地方の分離も含む）他の諸権力を管轄することを目的とした機関であるからである。基本権が憲法に規定されるとき、一般的な立法の憲法と競合する諸規定に関して基本権の限界を決定するのは、必然的にその裁判所である。しかしこのような問題のどれも、その解釈の要素の一部に純粹に決定主義的なものを含む。解釈は、少なくとも部分的には認



識という行為ではなく意思の行為である。その法は、憲法問題について何らかの決定を下す者を決めることができるかもしれない。物事の性質上その法は、その答えが何であるべきかを十分に前もって定めることができない。

### (21) 純粹理論を前提とした場合の裁判所の採るべき態度

したがって、1932年判決に関する限り、純粹理論は緊急権の規定に基づき発出された大統領命令でさえも、その妥当性を審査するライヒ裁判所の権能を紛れもなく確認する。その裁判所は、緊急権行使の正当性の引き金を引く条件が客観的に存在するかどうかという問いを抱く権限もあるし義務もある。しかし緊急性の決定において優先すべき考慮事項は何かという問題は、もしそれがあるとしてもその裁判所がその正解を読み取ることができる優れた解釈技術を持つような問題ではない。その問題に対する答え方や大統領によってすでに与えられた解答にするかどうかは、決定の問題であり、法の専門家の問題ではない。この点で純粹理論は法の理論および法の科学として黙り込む。さらに先に行くことは、法的議論という口実にかこつけてイデオロギーに浸ることになる。

### (22) 法とイデオロギーの間の境界線に抵抗するヘラーやドゥオーキン

まさにこの点でヘルマン・ヘラーもロナルド・ドゥオーキンも、いやそれどころかダイゼンハウスも、法とイデオロギーの間に引かれた明確な境界線に対抗して論戦に参加し抵抗しようとする<sup>33)</sup>。まさにこの点でと彼らは言うであろう。すなわち私たちのほとんどが、公平無私な体系に固有の憲法および道徳的原理の構造物という感覚によって導かれた、その公平無私な哲学の介入を必要とするところで、「純粹な理論家 (“pure theorist”）」は黙り込み、そして諸利益と政治的な諸選好の競い合いのその領域を自由にして置く。だが純粹理論によれば、これらの選好のうちのどれか

一つ取ってみても、それは、その他のどんなものより客観的な法的正確さをよりよく主張する資格を持つものではない。そうだとすれば、最終的な法的諸問題の論理は、まさに勝者の論理である。その解答は、選択されることによって正しくなるが、すでに正しいことを根拠にしては選択され得ない。その最終的な頼みの綱において、この事態はカール・シュミットの立場とまったく違うものなのか。シュミットは憲法問題に関してまさに例外状態によって規則があることがわかると主張する。というのも主権者は例外状態について決定する者であるからである<sup>34)</sup>。(ダイゼンハウスは、シュミットが例外状態「において (“in”）」決定することが決定的な点であると考えていただけではないことを正当にも強調する<sup>35)</sup>。むしろ決定的な点は、例外状態を決定することであり、緊急権の発動や正常時の憲法の停止を正当化する例外状態とみなすべきものを決定することである。)

### (23) シュミットにとって民主政を実現する手段としての公選の大統領

それでは、民主政についてはどうなのか。シュミットにとって、ケルゼンのような「人民の一員であること (“peoplehood”）」の立憲主義の理論は間違いである。基本的な政治的決定は友敵間の決定である<sup>36)</sup>。ひとたび友好と敵意の線が引かれるならば、そのことがどんな人民が存在するかを最終的に決める。そこでは代表という争点が生じる。誰が人民のために話すのか。社会の内部に友好と敵意を生みだす複数政党ではなく、人民の全体的な統一性と、人民を全体としてかつ共同で敵と差異化することを何らかの方法で表現できる者のみである。封建君主の地位や近代の立憲君主制は、政党間抗争の上に立ち、それから離れた一者の現存と行為を通じて、全体の代表を達成する一つの伝統的な方法であった。民主政の憲法は、それが同様の役割を公選の大統領に付与したときだけ、そして十分な器量と個人的な魅力を持った者がこの役割を担うために現れたときだけ、その同じ目的に対して効果的であろう。

## (24) 注目すべきはシュミットではなくケルゼンとヘラーの知的遺産

結局のところ、ケルゼンとシュミットの間には民主政と立憲主義的な統治について彼らの理解という点で大きな相違が存在する。シュミットをケルン大学に任用させるときケルゼンが尽力したが、その後ケルゼンが反ユダヤ主義を根拠とする排斥運動に脅かされていたときケルゼンが教授職に留まる手助けをシュミットが何もしなかったことはおどろくに値しない<sup>37)</sup>。というのも彼の雄弁さにもかかわらず、さらに彼の諸々の主張のうちのいくつかの主張のその説得力にもかかわらず、シュミットは 20 世紀思想のわかりにくい人物 (dark figures) のうちの一人のままである。ケルゼンおよびヘラーと、彼らの知的な後継者たちの間では、啓蒙主義の相異なる諸勢力間の論戦が存在する。政治的なものと法的なものとの関係について、シュミットから収集すべき知恵のいくつかの破片が存在する。しかしコールドウェルとダイゼンハウスによって注意深く整理された証拠は、次の世紀がその他の二人 (ケルゼンおよびヘラー) の知的遺産にはるかに多く注目を払うべきことを端的に示している。

## —注—

1) 私たちと同時代の諸社会における民主政のこの概念についての一つの解説および厳しい批判のために、J. H. H. Weiler, Does Europe Need a Constitution? Demos, Telos and the German Maastricht Decision, 1 Eur. L. J. 219, 224-31 (1995) を参照せよ。民主政の個人主義的な側面よりも全体論的な側面を強調する民主政の理論における「共和主義的な (“republican”）」ものについての議論のために、P. P. Craig, Public Law and Democracy in the United Kingdom and United States of America 317-65 (1990) を参照せよ。

2) これは私が思うに、私たちと同時代の諸社会における民主政のもっとも共通した概念であり、多くの出典によって裏づけられかつそれに賛成する議論がなされている。See, e. g., Craig, supra note 1, at 15-19, 56-79; Robert A. Dahl, Democracy and its Critics 83-87, 106-11 (1989); D. D. Raphael, Problems of Political Philosophy 142-44 (1970).

3) See Hermann Heller, Politische Demokratie und soziale Homogenität, in 2 Gesammelte Schriften: Recht, Staat, Macht 421, 427-28 (Fritz Borinski et al. eds., 2d ed.1992) ; Caldwell 130.

- 4) これらの用語の古典的な名句やそれらの間の区分のために、Jean-Jacques Rousseau, *Of the Social Contract*, in *The Social Contract and Other Later Political Writings* 39, 60 (Victor Gourevitch ed. & trans., Cambridge Univ. Press 1997) (1762) (「公益だけに注意を向ける」一般意思を、「私益に注意を向け、特定の意思の総計以外の何ものでもない」すべての人の意思と比較する)を参照せよ。
- 5) See David Hume, *Of the Original Contract*, in *Essays Moral, Political, and Literary* 465, 474-75 (Eugene F. Miller ed., Liberty Classics 1985) (1748).
- 6) これらの出来事について、Gordon A. Craig, *Germany 1866-1945*, at 396-468 (1978) を一般的に参照せよ。
- 7) See, e. g., Gustav Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* (1946), in *Rechtsphilosophie* 339, 345-46 (1973); Lon L. Fuller, *Positivism and Fidelity to Law—A Reply to Professor Hart*, 71 *Harv. L. Rev.* 630, 657-61 (1958); Stanley A. Paulson, *Lon L. Fuller, Gustav Radbruch, and the “Positivist” Theses*, 13 *Law & Phil.* 313, 326-27 (1994).
- 8) この三者の対決について、Joseph Bendersky, *Carl Schmitt: Theorist for the Reich* 154-69 (1983); Caldwell 164-68; Dyzenhaus 28-37; Dietrich Orlow, *Weimar Prussia, 1925-1933: The Illusion of Strength* 241-45 (1991) を参照せよ。
- 9) See Caldwell 22-23.
- 10) See *id.* at 66-68, 70-71.
- 11) See *id.* at 67-68.
- 12) See *id.* at 164.
- 13) See *id.*
- 14) See *id.*
- 15) See *id.*
- 16) See *id.* at 172-74.
- 17) See *id.* at 165-66.
- 18) See *id.* at 172-74.
- 19) See *Prussia v. Reich*, 5 *Lammers-Simons* 30, *Decision of the Staatgerichtshof*, 25 Oct. 1932. この事件の判決の全文は、国事裁判所の法廷における答弁書と共に、*Preussen contra Reich vor dem Staatsgerichtshof: Stenogrammbereich der Verhandlungen vor dem Staatsgerichtshof im Leipzig vom 10. bis 14. und vom 17. Oktober 1932* (2d ed. 1976) の中で見ることができる。
- 20) See Caldwell 166-67.
- 21) See Craig, *supra* note 6, at 575.
- 22) See Caldwell 21-30, 36-39.
- 23) See *id.* at 85-119.
- 24) See Dyzenhaus 98-100.
- 25) *Id.* at 119-23.
- 26) See *id.* at 200-10, 213-17.
- 27) 一方に実証主義と他方に政治的自由主義（つまりロールズ主義やドゥオーキン

主義の両者)の間の優れた中道へラーに見出すとダイゼンハウスが最終的に主張することは正しい。すなわち「実証主義者たちとは対照的に、ヘラーは法の正当性のための主張を行う。そしてドゥオーキンとロールズのような政治的自由主義者たちとは対照的に、彼は、法の正当性を何らかの特殊な一組の道徳的諸価値の具体化 (instantiation)」と同一視しない。…」 Id. at 253. ダイゼンハウスは、しかしながらさらに次のように続ける。すなわち、ヘラーの「法の正当性についての命題は法と道徳の間の結びつきに依拠する。」 Id. このテーゼは少なくとも、「純一性としての法 (“law as integrity”）」というドゥオーキンの考えを部分的に先取りしていたことを意味する。See, e. g., Ronald Dworkin, *Law's Empire* 254-58 (1986). [なお、*Law's Empire* の邦訳書である小林公訳『法の帝国』(未来社、1995年)は「インテグリティ (integrity)」を「純一性」と訳し、濱真一郎「解釈についての二つの見解——価値の多元論と一元論」226頁は「統合性」と訳しており(名古屋大学グローバルCOEプログラム「テキスト布置の解釈学的研究と教育」第13回国際研究集会報告書「哲学的解釈学からテキスト解釈学へ」(<https://www.gcoe.lit.nagoya-u.ac.jp//result/result01/13.html>) 2021年4月2日閲覧)、深田三徳「ドゥオーキンの法実証主義批判：統合性としての法」福田三徳・濱真一郎編著『よくわかる法哲学・法思想』(ミネルヴァ書房、2007年)66-67頁も「統合性」と訳している。]

28) See Hans Kelsen, *Pure Theory of Law* 33-42 (Max Knight trans., Univ. of Cal. Press 1967) (1960).

29) See id. at 37-39.

30) See id. at 201-05.

31) Dyzenhaus 166 (ここでは Hans Kelsen, *Comment, 3 Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 53, 55 (1927) を引用し翻訳する).

32) See generally Kelsen, *supra* note 28, at 193-278.

33) See Dworkin, *supra* note 27, at 73-76; Dyzenhaus 214 (ここではその「べき (“should”）」の規範力は、「倫理 (“ethics”）」へと純化されるとヘラーが考えなかったと主張する); id. at 17, 253-58 (ここでは法的規範性の中にある不可避的な倫理的要素についてのヘラーの立場を是認する).

34) See Carl Schmitt, *Political Theology* 5 (George Schwab trans., MIT Press 1985) (1922).

35) See Dyzenhaus 42-46.

36) See Carl Schmitt, *The Concept of the Political* 25-28 (George Schwab trans., 3d ed., Univ. of Chicago Press 1996) (1932).

37) See Dyzenhaus 4.