

ワイマール期国法学における方法と主体の問題(一)

——ヘルマン・ヘラーの議論を中心にして——

大野 達 司

はじめに

序章 問題状況——危機と国法学

一、国家学の危機

二、意思と理性

三、「市民」の危機(以上本号)

はじめに

本稿はワイマール期の国法学を、その意思形成の構成問題という法哲学的観点から扱うものである。^(一)

ワイマール共和国とその憲法は混乱の中でその生をうけ、その危うい安定期の中では様々な文化的試みが繰り広げられた。ナチスの政権奪取によって終焉を迎えるまでの多様な理論は、その背景にある社会の分裂状況を反映しているともいえよう。もちろんそのことはひとり国法学に妥当するものではなく、哲学や政治思想、文化理論など一般的な思想傾向にあまねく妥当する。このころに端を発する現象学や実存主義も、ある意味では日常性の背後にあるもの

を捉えようとする試みであり、このことは従来の、日常性にとらわれていると見られた方法論の根本的転換を要求するものである。この当時見られた日常性や形式主義との対立関係は、政治や法の問題に転化される場合、しばしばワイマール共和制に対する忌避の態度となって現れた。それは法や政治を直接の研究対象とした国法学や国家学にとっては、とりわけ由々しき問題となる。この時代に哲学的政治思想において登場した主観主義の立場を貫いては、学としての法律学・国家学は成立が困難だからである。しかし特にワイマール体制の成立前後に学究としての道を歩み始めた国法学者たちは、上のような思想ないし思想が生みだした知的状況と無関係ではいられなかったのであり、そのことが学の内部に固有の緊張をもたらした。

ワイマール期国法学にとって直接争われた中心問題は人民主権に基礎を置く議会制民主主義の可能性である。ワイマール憲法の成立とともに導入された共和制体制に対しては、それと「真の」国家秩序、「真の」民主主義との緊張関係の中で様々な議論が展開された。この問題に対するスタンスは、論者の文化的態度と相関しており、従ってその政治的次元での現れである。「市民」や「国民」理解と密接な関連がある。国法学者・国家学者は、現実の体制を全く無視したりそれを一足飛びに放棄してしまうことなく、その制度としての弱点を直視しながらも、できるだけ望ましい方向へと解釈しようとした。その意味で制度としての共和制の可能性と弱点に直に向かい合っていたのは彼らである。

当時批判の矢面に立たされていた自由主義的国家観は、本来民主主義の手段でしかない筈の議会制や、経済をはじめとする社会的次元での予定調和に見られるような自由主義を、国家体制全体にまで拡張したものと問題視されていた。この批判は、「大衆的なもの」が「本来的なもの」を抑圧するという価値の転倒状況に向けられていたのである。その意味で当時広く展開されていた「ブルジョア批判」と同一の構造を示している。そしてそれはまた、自然科学的認識の専制による価値の不可知という問題状況と重なり合うものである。つまり、この時代の社会科学の方法論

は、マックス・ウェーバー的「価値自由」論に代表されるような科学としての価値判断に対する中立性の要請をめぐって争われていた。⁽²⁾ ウェーバーの法学方法論的主張を受け継ぎ、国家学ないし法学の領域で純粹規範科学として展開したのがハンス・ケルゼンの純粹法学である。しかしこのウェーバー・ケルゼンの価値判断に対する客観性という要請は、伝統的な公法実証主義の形式主義的・法学的方法と重ね合わされ、一九世紀的自由主義の残滓として批判対象とされていた。

国法学・公法学における科学主義者としてのウェーバー・ケルゼン批判の試みがいわゆる「政治的方法」と呼ばれる一群の理論であり、その出自は様々ながら、形式主義的方法に対する克服の試みを法学ないし国家学の枠内で展開しようとしていた点に共通点がある。そしてそれは同時に自由主義的国家観に対する死亡宣告でもあった。形式主義的方法は、その公法実証主義という国法学における父祖が果たした政治史的役割のイデオロギー批判とともに、前世紀来のドイツ自由主義の御用思想として一括される傾向がみられた。そしてそれがまた、文化的にはブルジョアイデオロギーの一環として位置づけられもしたのである。⁽³⁾

彼らは、当時しばしば見られた左右の革命的思想には直接にくみせず、その内心はともかくとして、多くはワイマールの共和制を維持しようとする立場をとっていた。⁽⁴⁾ そのことは勿論法律家としての自己の学科の特質ないし制約にもよるだろう。だがそれが仮に制約として働いたとしても、危機的状況の中で共和制をどのように維持するのかという問題に対する解答の試みは、いわば無からいかにして共和制を弁証し、存続をはかるという試みである。この点が、その成否はともかく今日においても依然として興味を惹く理由の一つであろうと思われる。

このように、ワイマール期の国法学では、従来よりの通説である公法実証主義とそれに対する批判・克服という対立関係が前面に現れることになった。これがいわゆる方法論争である。それはその対象である法・国家・社会がいかに

にすれば適切に把握できるかという問題であるとともに、同時に法・国家・社会とは何かという本質論的問題、いかにあるべきかという規範的意味合いも含意していた。特にこの規範的問題に対する通説の消極的対応に批判が向けられたのである。当時の状況のもとでは、本質論は規範的主張とならざるを得なかった。従って、ワイマール期国法学ないし国家学の論者の関心は、共通して分裂した社会の統合問題に向けられていた。勿論社会の統合といってもその内実は同一ではない。論者の社会統合様式の相違は、国家ないし社会における主体の位置づけに現れる。これは個人と秩序という古典的問題であるが、敢えて方法と相関する問題として主体の問題を置くことには、次のような事情がある。

このような実践的主体の問題は、これらの国法学者たちによって、同時に上の方法問題の根本に存在する認識主観の問題と相関して議論が展開されている。それは対象が実践に密接に関係する法学・国家学の性格にもよるが、方法問題が純学問的・認識論的問題にとどまらず、同時に一つの文化論的問題として展開されていたためである。そしてこの文化論的問題の一つの現れが、市民的なものの理解とそれに対する態度である。後述するように、当時の議論状況は不可避的に「統一」の問題と関わらざるを得なかった。その中で「統一」をどのように理解し、また実現すべきかという問題は、国法学という法学の一分野に対しても避けることのできない問題として意識されていた。オーストリアの憲法状況を念頭に置いたケルゼンの純粹法学にみられる形式主義もまた、その例外ではない。だが、そこで統一は事実上対象の現実では実現されていないものの要求、つまり規範的含意の濃いものと理解せざるを得ない⁽⁵⁾。従って問題は、現実との関係で改革的に関与する、この規範的な態度がどのような形で展開されているか、その現実的意義はどのように理解されるかにあるといえよう。この統一の問題を、統一に至る意思形成の問題として捉え直す場合、その統一を作り出す主体の問題が浮上し、具体的にこの主体をどこに見いだすかが問われると、主体の問題は

「市民」理解と評価の問題とならざるを得ないのである。本稿ではワイマール時代の国法学者たちの諸理論が検討されるが、同時にそれぞれについてヘルマン・ヘラーの議論との対比をしている。本稿でテーマとした「方法と主体」の問題は同時代の論者に共有されていたといつてよいが、それに対して最も明確に対応していたのがヘラーであると評価している。そこでヘラーの議論を中心となる引証基準としても用いることにした。

以下では次のようにして作業を進める。まず、いわゆる「国家学の危機」とは何かをめぐって、方法論的問題と一つの現れである法律概念規定をめぐる議論状況、議論の背景をなす当時の「市民」理解を本稿の関心に関係する限りで概括する(序章)。そこでの批判対象である「実証主義・個人主義」を代表すると見られていたのがケルゼンの議論である。ヘラーはケルゼンの議論に対して方法論的に厳しい批判を投げかけているが、ケルゼンの国家学、そして民主主義論と憲法裁判論をめぐる意思決定手続の理解には実証主義的な国家観には尽きない側面——ヘラーとの類似性——を読みとることもできる。それにも拘らず、ケルゼンの議論には、方法論的制約に由来する限界もまた存在することは事実であり、実証主義的・反政治的であるとのヘラーの批判はケルゼンの議論の弱点をついている(一章)。次にケルゼンの規範主義を批判する論者の中である種の権威的国家秩序による多元的社会的統一を目指したカール・シュミットとエーリヒ・カウフマンの主張を、主権論と民主主義的決断、それと個人理解の関係からそれぞれ一瞥する(二／三章)。このことはヘラーがケルゼンの純粹理論に対してなぜ強い拒否反応を示していたかを明らかにするとともに、その反面でヘラーが実証主義とその批判者の間でどのような立場をとろうとしていたかを示すことにもなる。シュミットとの関係では決定の問題の重要性に対する認識を共有しつつも、決定の構成をめぐる大きな相違がある。これは近代以降において政治的なるものが、とりわけ法との関係でいかなる意味を持つかに対する認識の違いでもある。カウフマンとの関係では国家における権力性の承認を共有しつつ、その法的制約の位置づけ、国民国家における

国民の性格の理解の違いが存在する。更にこれらの論者とは逆に、社会の側からの自己組織化の枠組みを提示したルドルフ・スメントの「統合理論」に触れる(四章)。スメントにおいては逆に、国家の権力的要素に対する認識の欠如が問題となる。それが精神科学的方法と現実科学的方法との相違として現れている。そしてこれらの相違が、統合を形成していく上での主体たる「市民」理解の相違に反映している。最後にいわばこれらの論者の問題提起を消化しつつ、自己の理論を構築したH・ヘラーの「政治学的国家学」の構造を究明する(五章)。このことは、再び方法的次元でのヘラーの独自性をその政治的認識との関係で明らかにすることになるはずである。

以上の論旨の中で中心概念をなすのは、上述のように「主体」であり、また「方法」である。認識主観と対象との関係(方法)は個人と国家との関係(市民)と相関している。これは一九世紀末から二〇世紀における法・政治思想に顕著にみられる図式である。この方法と主体の問題をはっきりと提示したのは公法実証主義批判者であったが、その批判対象とされたケルゼンもこれに自覚的であった。「あらゆる倫理的・政治的論議の本質は支配主体と支配客体との関係にあり、あらゆる認識論上の思弁の意義は認識主体と認識客体との関係にある。〔…原文改行…〕両者の中心をなすのは主体と客体の関係であるから、政治をなす主体においても哲学をなす主体においても、この主体が(支配の、また認識の)客体に対して展開する見解の形成にとって、その性質、その本来的素質が決定的重要性をもっている⁽⁶⁾」。

このことは、国家を対象とする学としてはある意味で当然の事柄だが、政治体制や社会制度の基礎を単純な手続の問題としてだけではなく、それをも包み込む文化や認識枠組みにまで遡って考察しようとする法哲学の関心にとっては、依然として重要な論点である。今日においては、実践的主体にとどまらず、認識論的主観や自我についてもその解体が叫ばれているからである。この問題自体にここで答を出すことはできないが、上の認識を前提にしても、なお実践的主体の位置についてはなお問題にすべき点が多々あると考えている。それとも関係して、本稿は全体として近

代以降の国家・社会分析に対する法学的方法の意義と限界を考察する上での準備作業となることも意図している。

(1) 以下では本稿に登場する論者の著作集(など)に関して、以下の略号を用いている。

Kelsen, W. S. = Hans Kelsen et. al., Die Wiener rechtstheoretische Schule (1968).

Schmitt, V. A. = Carl Schmitt, Verfassungsrechtliche Abhandlungen (1958).

Kaufmann, G. S. = Erich Kaufmann, Gesammelte Schriften (1960).

Smend, S. A. = Rudolf Smend, Staatsrechtliche Abhandlungen (1955/2. Aufl. 1968).

Heller, G. S. = Hermann Heller, Gesammelte Schriften (1971/2. Aufl. 1992).

また、ヘラーの著作の邦訳のうち、特に指示のないものは『国家学の危機—議会制か独裁か—』(今井/大野/山崎訳)所収。

(2) ウェーバーは価値自由のみを主張していたのではなく、固有の社会学的国家学をも展開している。シュルプター『近代合理主義の成立』(嘉日克彦訳)五頁、一一八頁以下、一二三頁。「旧来の政体論および国家論とは違う新しいタイプの社会的・歴史的「憲法論」」。Vgl. Ernst Vollrath, Max Weber: Sozialwissenschaft zwischen Staatslehre und Kulturkritik, in Politische Vierteljahresschrift, 31Jg., Heft 1, S. 102 ff.

(3) 彼らの議論をこのように断定するのは速断に過ぎる。彼らもまたかような状況を危機として意識しつつも、その中の解決の方向を選択しているからである(例えばウェーバーについて、参照、K・レヴィット『ウェーバーとマルクス』(柴田/脇/安藤訳))。とはいえ一面で批判者による指摘が全般的な外れかというところとも言えない。彼らに対する批判者たちの対案がよりすぐれた選択肢を示しているかどうかは度外視しても、ウェーバー、ケルゼンが飽くまでも個人主義に踏みとどまっていた、あるいはとどまらざるを得なかったのは事実である。だが果たして彼らの理論は護られるべき「個人」を実際に救出し得ているだろうか。例えばシュルプター前掲書はウェーバーの支配社会学・法社会学を整理しなおし、近代以降の法・国家の問題を法の外面化と倫理の内面化への二極分化と捉えているが、彼がウェーバーの中で両者は宥和不可能であるとされている点に問題を見ているのも同様の視点に立つものである。両者には依然として架橋原理があるのであり、それが弁証法的に深まっていく過程をも考慮しなくてはならない。これをも考慮することなしには、ウェーバーが官僚制から救出しようとした個人という近代の価値が見失われてしまうという訳

である。シュルプターはここでヘラーを引き合いに出している。ヘラーの法原則論はこの弁証法的過程を示すものだという。シュルプターはヘラーの法原則論について立ち入った分析を加えているわけではない。だが、この機能分化しながら弁証法的に係合していく過程の評価は、当時の一方向的な還元論的解決や予定調和的關係の措定との関係で位置づけてみると、いっそうその意義が明確になる。そして私見ではこの点はそれ以上にウェーバーの社会学から影響を受けつつ展開されていった「機能主義社会学」に向けられる問題点についても同様の意味を有している。つまり機能一元論的傾向への批判——これは必ずしも妥当しない批判ではあるが、しかし弱点については——へと通ずるものがある。他方でまた、共同体論の今日的不可可能性という問題を逆に機能主義の観点から展開してもいる。従ってヘラーの議論を中心として当時の国法学的諸議論を検討することは、単なる懐古趣味にとどまらない意義があることを以上の事情は逆に示している。つまり、当時の議論状況は、ある意味では近代の再検討にまで視野が広がっており、この問題は——本稿ではその対象を国法学に限定せざるを得ないとはいえ——今日の社会学・社会学哲学・法哲学の展開やその問題点を、素朴な形ではあれ、先取りしている一面があるからである。なおこのような関心からして、国法学・憲法学ドグマテイクに固有の論点については必ずしも十分触れているとは言えず、専ら本稿と関係する限りで取り上げているに過ぎない。この点については何れまた検討してみたい。

- (4) 最近のものとして、Norbert H. Schülgers, *Politische Philosophie in der Weimarer Republik* (1989), など。
- (5) Vgl. Klaus Rennert, *Die „geistwissenschaftliche Richtung“ in der Staatsrechtslehre der Weimarer Republik* (1987), S. 40-41. 本稿ではあまり言及することのできなかつた「産業社会化」への対応という契機については、Ingeborg Maus, *Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus*, (2. Aufl. 1980)、『カール・シュミットの法思想』(今井/筏津/住吉訳)を参照。
- (6) Kelsen, *Staatsform und Weltanschauung* (1933), in: *WRS*, Bd. II, S. 1924-1925. 「政治体制と世界観」(長尾龍一訳)『自然法論と法実証主義』所収、一二三—一二四頁。
- (7) このリーガリズムとしての国法学批判の問題については、既にシュミットを対象として触れたことがある。拙稿「シュミットとリーガリズム」『思想』七七四号所収。

序章 問題状況——危機と国法学

一、国家学の危機

ワイマール期公法学・国家学の諸議論は「国家学の危機」への対応の試みである。スメントがイエリネクによる認識論的批判とその帰結としての国家学の問題回避を国家学の危機として批判しているように、⁽¹⁾確かに方法的危機自体は既に存在していた。だが、この時期に至って新体制の成立とその脆弱性に直面し、学の存立根拠をめぐる問題として「危機」が表面化したのである。「政治的方法」と呼ばれる通説的実証主義批判の立場は共通してこのような状況認識を抱いていた。この危機意識は敗戦直後から様々な形で示された。H・ヘラーはまさに「国家学の危機 Die Krisis der Staatslehre」(一九二六年)と題する論文を著している。またR・スメントもその主著である『憲法と憲法 Verfassung und Verfassungsrecht』(一九二八年)を「国家学の危機」という一節からはじめている。だが「国家学の危機」と呼ばれる問題状況をはじめに明確に提示したのは、E・カウフマンの『新カント派法哲学批判 Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie』(一九二二年)である。⁽²⁾その意味で彼による問題点の指摘は、この種の批判が展開される場合にその出発点として基本的な枠組みを与えたと見ることができよう。そこでまず彼が通説的立場を批判する際の図式をみておきたい。

カウフマンの批判に際して用いられている図式の一つは実体概念対関数／関係概念である。この対比は、エルンスト・カッシーラがカントによる認識批判の展開を同時代にいたる数学や自然科学の発展に即して跡づけていたように、⁽³⁾自然科学的認識をモデルとする用語だが、既にイエリネクなどにも見られるように、国家学・法律学の議論の中でも

利用されていた。だがこれを認識論的基礎にまで遡り洗練させた上で法学・国家学に導入したのは、いうまでもなくケルゼンである。⁽⁴⁾ カッシーラがカント主義者として関数概念化を擁護していたように、ケルゼンは方法論的に鮮明に実体概念から関数概念への転換を国家概念に応用する。これに対して、カウフマンら国家学・国法学の新たな傾向の論者はこの図式を批判的に逆転し、実体概念の復活という議論を展開するのである。カウフマンが、新カント派的方法論の法学・国家学への流入が国家学の危機、法学の危機を生み出したものと理解していることは、同書のタイトルからも明らかである。彼は、公法実証主義とその系譜を引くケルゼンが専ら関係概念を中心とする現代自然科学モデルに即して法学の関係概念化を押し進めたと批判し、法律学的実体概念への回帰を主張している。⁽⁵⁾ 例えば、典型的には国家人格という実体の復活である。⁽⁶⁾ ケルゼンが自己の立場を表現して肯定的に用いる「国家なき国家学」とは、⁽⁷⁾ その問題点の集約的な表現とされるのである。

カウフマンは、ワイマール期にあって価値哲学の復権、ある種の法形而上学への転換を貫こうとした。⁽⁸⁾ 具体的な彼の主張の検討は後論に譲るが、彼の『新カント派法哲学批判』は、新カント派法哲学と現代法律学との関連を指摘し、法律学にも反映された当時の精神的状況の問題点を脱実体化的傾向の中に捉えようとするものである。「一九世紀末葉の法哲学体系は、社会的および政治的生活の大きな内容的問題になんらの積極的な態度もとろうとはせず、それ故、国家、婚姻、所有、契約、などに関する形而上学を素通りしてきた」⁽⁹⁾。この「形而上学」こそ、法や法学を支える実体的概念や価値を認識するものだというわけである。新カント派的方法の問題点は、「没実体的合理主義形而上学」であり、諸要素を孤立させる認識方法である。この孤立化的方法は、世界の全体性に対してその合理主義的世界観を押しつけているに過ぎず、複雑化した現実、つまり認識対象に即応し得ない。⁽¹⁰⁾ 精神的なものの本質は総体性にあり、「現実の複雑性、分化状態、生の緊張とアンチノミー、これらは（ケルゼンのように）思考経済的単純化の原理に従って決

して理解され得ない」からである、という⁽¹¹⁾。

従って、この方法的危機は世界観的危機の一部である。近代的世界は、存在論的な「自然的秩序」の転換を促した。カウフマンはこの過程を一九世紀後半のカント受容の観点から議論している。そこには、実践面での社会の複雑化・分化に対抗する拠点と、理論面での形式的普遍性の持つ包摂力という二つの要因があるという⁽¹²⁾。一般理論としての合理主義への信仰は、一九世紀におけるドイツ自由主義者の法則信仰・科学信仰と対応関係にある。社会分化とともに理論の分化も進む。それに対応して一般理論の抽象度も高まっていく。だが法則信仰が対象世界の具体性と対応しなくなると、形式(主義)は自立化し、行き着く先は不可知論や相対主義だというわけである。

カウフマンにおいて幾分一面的に描かれていた形式主義の成立を、ヘラーは自然的秩序の世俗化の過程のなかで捉えている。この過程は自然的秩序への志向一般を否定したのではなく、人間主義的な自然的秩序として自然科学的な世界観をもたらした。つまり自然科学的モデルの「法則」支配が世界の基盤を提供し、それによって新たな形での「自然的秩序」が人々に与えられたのである。これが社会に転用されると、市場の経済法則を中心にして社会を調和的に捉える自由主義的社会像となる。ヘラーは脱形而上学化の過程を否認するものではないが、自然法則の形而上学化には批判的である。特に社会的領域での調和的法則は現実の対立を隠蔽するものだと考えている。また方法論的に普遍法則が理論の学問性を担保するものであるという信念の過度の一般化は、対象の具体性に関わる社会学的認識の排除という特殊ドイツ的な方法論的問題をもたらした⁽¹³⁾。これはカウフマンも指摘する形式主義の自立化であるが、これらの問題が法や国家の領域で典型的に現れたのが、パウル・ラーバントの系譜を引く実証主義的法・国家理解とということになる。

「通説的な政治的―法律的理论の概念形成は自然主義的、より正しくは思考科学的なものとして行なわれている。

それは、その倫理学と同様、全世界像を脱人格化することによって、全ての個性をあますところなく廃棄されうべき、合理的法則の特殊事例としか捉えず、従ってあらゆる全体性あるいは形象や質をもたない様な統一性の関数として関数化させようと試みる自然主義的形而上学の表現に他ならない。この形而上学と倫理学に対応するのは、国家は「人間」から成り、かかる「人間」こそが現実的であつて、それに対し国家は非現実的であり、人間という現実性の一関数に過ぎないという観念である⁽¹⁴⁾。

こうした批判的見地がヘラーの国家学の出発点をなしている。但し上の引用には留保が必要である。これは自然主義的「形而上学」の人間社会への援用を批判したものである。後述するように、国家的ないし社会的現実が人間によって生み出されていくことを、また生み出されるべきであることをヘラーは否定するものではない。だがこの人間は抽象化されたそれではなく、具体性を帯びた「市民」でなければならぬ。反面で国家には固有の構造的独自性があるという点を認めずして国家認識は得られず、また国家を通じた改革もまた挫折せざるを得ない。ヘラーはどのように考えていたのである。

このように、国家学の状況は、その対象面での自然科学的世界観の成立と、対応する国法学方法論上の現れであるラーバントの実証主義の貫徹に規定されていると理解される。ワイマールにおける政治的方法の国法学者たちは、実証主義における方法の問題点を新カント派的方法論の優位、自然科学的客観性の援用に捉え、人間世界に固有の方法によって国家や法の問題に接近する必要性を唱えた。この実証主義的な法理解ないし国家理解の没現実性こそ「国家学の危機」を示すものに他ならない⁽¹⁵⁾。それでは危機克服のための道具立てとして、彼らは何にまず依拠したのか。

一九世紀末から二〇世紀初頭にかけての国法学・国家学の理論枠組は、ラーバントとオットー・フォン・ギールケ

という両極の間に展開された。ゲオルグ・イエリネクはこの両者の側面を包摂しているともいえるし、ワイマール国法学もイエリネクを発展継承しながら、ラーバントとギールケの間で自己の立場を固めていった。ゲルバー／ラーバントの公法実証主義は、私法学の概念を公法に適用し、政治とは独立した公法学の確立をめざすものであった。ラーバントの方法は事実に対して概念先行型である。概念の定義＝本質属性が予め決められ、(法的な)評価が対象の(法的な)意味を与えることになる。従って国家もそのひとつである団体の統一性は、団体が人格(権利主体という属性しかもたない)であると法的に評価されることよってのみ成立する。⁽¹⁶⁾他方でギールケは、ラーバントに対して、概念構成上の現実性(ここでは人格の有機性)の欠落と、それに発する国家概念の個人主義的解体を批判している。⁽¹⁷⁾団体人格の特性は多数性の統一性への有機的結合である。多数性の統一性への結合と統一性の中の多数性の存続とを規律するのは、個々人の人格間の調整を役割とする法「だけ」なのではない。全体人格を否定し個人だけが専ら実在だとする主張は、「国家概念の破壊」を導くものである。⁽¹⁸⁾この批判が「国家なき国家学」批判と同様の構造にあることはいうまでもない。

ワイマールの新派に属する国法学者たちは、ギールケによる実証主義批判の線に立ち、その成果を継承しながら、「現代的な」方法で国家概念の再生をはかろうとした。「ギールケの研究方法は無批判的ないし前批判的なものであるが、その方法的な素朴さにも拘らず、あるいは恐らくはまさにそれ故に、大きな問題を掘り当てるといふ不朽の功績を遺していた」からである。⁽¹⁹⁾

ヘラーもギールケの実証主義批判に共鳴しながら、⁽²⁰⁾その有機体論の「反目的合理的な隠性社会学」⁽²¹⁾とは決別し、自己の国家学を形成しようとする。それは方法論の問題にとどまらず、それらの依拠する社会観への批判に及んでいる。実証主義の「個人主義的」国家理論と有機体モデルの概念形成は、方向の違いはあれ、「自然の秩序」の解体を補填す

る「自然主義」の弊に陥っているというのである。⁽²²⁾

ヘラーに関しても垣間みられるように、このギールケ評価の問題は、社会理論の基礎となる自我理解にまで遡る。このことを明瞭に展開したのが、ジークフリート・マルクである。ワイマールの新派の人々は、何れもマルクの示した図式に共感を寄せている。そこで、ここでは問題点の所在のみを指摘するために、彼の議論に触れておきたい。⁽²³⁾

個人主義の社会理論に対してギールケは普遍主義の社会理論・団体理論を提起した。だが単なる普遍主義では個人主義の対立項に過ぎず、この二項対立の図式を克服できない。ギールケの個人主義批判には同調しながらも、彼もまた、依然としてこの図式にとらわれていることを指摘する。そしてこの図式・問題点は、自我理解に起因するという。ここにもはつきりと方法と主体の問題、認識主観と実践主体の相関図式が提示されている。⁽²⁴⁾

マルクは自我問題を観念論から現象学にいたる理論的發展の中で位置づけている。⁽²⁴⁾ カントに見られるように、超越論的哲学における認識論的根拠としての自我は、心理学的・経験的な体験主体としての自我と対立せざるを得ない。そうでありながらなおかつ単純な普遍主義へと陥らない仕掛けが、体験の中での自我の位置に現れているという。この体験の局面で個人は共同体と関係する。自我は汝や共同体と体験を通じて交差する。これが上述の二項対立図式を克服するものに他ならない。彼は現象学の成果に依拠しながら、体験の中に体験を支える条件として自我が現れる、つまり体験全ての中で自己自身を反省的に見いだすのだという。従って、このような自我理解は、社会(理論)の中で自我・個人の位置づけ、そして総体自我としての団体の理解に関係する。認識論的根拠を示すものとしての自我の理解に個人主義の社会観が根拠を有しているのに対応して、マルクの社会論(そして通説批判の国法学者)も個人主義批判となる。

ドグマ的個人主義に対して、ギールケはその団体理解——法秩序は人格性の付与によって、人間的団体に対して当

然帰すべきものを与えているに過ぎず、現存しているリアリティを承認しているにすぎない——によって正当な批判を展開している。しかしながら、上のような認識論的次元での自我の概念を適切に批判しない限り、ドグマ的個人主義の批判者である普遍主義も同じくドグマ的にならざるを得ない。つまり、個人に与えられていた自我の拡張として、社会団体も理解されてしまうというのである。「精神的統一体が個々の自我から集合的自我へと移されている」。これは「改訂版実体論的考察様式」である。「共同体の自立化とともに共同体は相対的自我として個人に対立する」。このようにマルクはギールケの有機体論的団体論にもこの危険性を見て取る⁽²⁵⁾。

ギールケに賛同しながらギールケを克服しようとする論者の方向は、このような二項対立を超えた地点に求められることになる。ともあれ、彼らが国家学の危機と呼んでいたものは、既にギールケによって意識されていた。国家学の危機とは、国家学が方法的にその対象たる国家と断絶され、危機的状况の中でそれに対処する力を失っているとろにあり、その原因は、形式主義的な方法論的束縛にある。

彼らが批判した「自然科学的法則主義」は確かに国家学を解体させる傾向を内在させている。しかし危機が生じた直接的原因は、法則主義そのものではなく、法則主義が動揺したことにある⁽²⁶⁾。公法実証主義、そしてその時代の議論は、法則主義を支える「形而上学」「自然の秩序」にまだ支えられていたのだが、このような信仰すらも存在しえなくなってしまうと彼らは診断する⁽²⁷⁾。法則主義的世界観の動揺は、生の哲学の様々な反動の中に見られるように包括的な形で時代を席卷していたことにも現れている。この中で依然として自然科学的世界観に依拠することは、法則主義の独走を生み出す。法則主義の独走が「国家なき国家学」「法なき法学」を典型的に表現する。ここに国家学の危機がある。それは同時に国家の危機である。なぜなら上述のように、形式主義的法則主義の解体は、それによって理解可能だと考えられていた対象自体の解体と同時的であり、そしてそれへの不適應性にこそ最大の理論上の問題点がある

と意識されていたからである。むしろこの不適応性が法則主義の問題性を意識に上らせたというべきかも知れない。通説批判者にとって、認識対象(=国家)と認識主体との分断は、同時に主体たる市民の国家敵対性を同一構造のもとに含意していた⁽²⁸⁾。この問題は、前節で触れたように、ドイツ特有の問題として、世界観的意義を有していた。法学、国家学は法・国家という認識対象の現実性と密接に関係し、新たな形での統一を対象の構造に即して構築しなければならぬ。それは大戦後のドイツ国家・社会の再建、統一でもある。かくして、方法論の転換は、同時に世界観の転換にもつながる。彼らが個々にどのようなアンチ・テーゼを提起したかは後論に譲り、以下ではこの危機の具体的態様を国法学ドグマティークの中から「法律概念」規定を通じて検討しておきたい。

- (1) 「〔…〕四半世紀以来全く正当にも代表的であるG・イエリネクの一般国家学の叙述が、認識論的懐疑という観点で、国家論の問題設定の正当性と真摯さを、あるいはその回答の實質を取り去ることによって、国家論のすべての大問題から意義と重要性を奪い取ってしまったのは、撤退に他ならぬ」。Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, in: S. A., S. 121.
- (2) Kaufmann, *Kritik der neukantianischen Rechtsphilosophie* (1921), in: G. S., Bd. III, S. 177-245. カウフマンはケルゼンの純粹法学を「純粹合理主義」であり、その限りでの一貫性はあるだけであって、なんらの積極的成果もあげていないと批判する(S. 193)。更に、認識論の問題としてのみならず、そもそもケルゼンの依拠する世界観が形而上学的合理主義だと批判している。このような実証主義批判はカウフマンに特有のものではなく、トレルチも実証主義的歴史学に対して同様の批判を加えているように、新カント派の哲学や実証主義の歴史学などに向けて広く発せられた批判の一つである(S. 183)。ヘラーも法則信仰批判として同様の議論を行っていることは上述の通りである。
- (3) E・カッシーラ『実体概念と関数概念』(一九一〇年)山本義隆訳。
- (4) Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (1911); *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff* (1922), S. 205 ff.
- (5) Kaufmann, *Juristische Relationsbegriffe und Dingbegriffe* (1928), in: G. S., Bd. III, S. 266-271.

- (6) 後述する Siegfried Marck, Substanz- und Funktionsbegriff in der Rechtsphilosophie (1925) はこの問題を中心的に扱ったものである。
- (7) Kelsen, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, S. 212.
- (8) 一九二六年のドイツ国法学者大会では、「法の下の平等」というテーマにつきカウフマンが報告しているが、それに対して実証主義者たちと激しい論争になった (Vgl. VVDStRL. Heft 3, S. 43 ff.)。カウフマンの議論は、国家と法律の上に立つ「法」の存在を主張したものだ。ゾントハイマーはこの争いの意味を、当時の厳しい政治的対立の中では、いかなる政治的立場も包摂しうる(と主張する)実証主義的国家学ないし国法学は、実はもはや方法として選択しえなくなったことを証明しているに過ぎないと捉えている。参照、ゾントハイマー『ワイマール共和国の政治思想』(河島/協訳)六三頁以下。カウフマンもこの点につき自覚的であったように、上の事情は「政治的方法」の興隆のひとつの背景である。
- (9) Kaufmann, Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie, in: G. S., Bd. III, S. 182.
- (10) 「[...]世界の一次元的単純化は心的に必然的な特定の観点と態度のもとでの世界の解釈ではなく、単純化された諸要素から立てられた世界への世界の改竄、あるいは純粹な形式世界の倫理的なものへの転移、「最も単純な」要素からの世界の再建の要請である」Kaufmann, Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie, in: G. S., Bd. III, S. 226.
- (11) Kaufmann, Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie, in: G. S., Bd. III, S. 197.
- (12) 「一つには、カントのアプリオリな合理論、合理的法則性の無制限な支配を主張する理論は、徐々に複雑化し見通し難くなっている現代の生活の経験がすべてを飲み込み成長している事態や、その制御し難い具体性、そしてそこから帰結する物質主義ないしは相対主義のもたらす危険性に対抗する拠点を提供するように思われるためである」。「第二には、合理的でアプリオリな法則性は形式的な法則性であると把握されており、この形式的な合理性はまさしく内容を持たないが故に、時代に歓迎された。なぜなら、形式的な合理論は、それ故に、個別的学問による経験的素材や取扱いを蔑ろにする必要がないからである」。従って、特殊化・専門化の時代に合致した一般理論だと考えられたのである。Kaufmann, Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie, in: G. S., Bd. III, S. 183-184.
- (13) 法則中心主義がカントによってカテゴリーへと位置づけられたことにより、そして理論理性と実践理性とに分断されたことにより、社会問題領域において社会学的な認識が排除されたという。

- (14) Heller, Bemerkungen zur staats- und rechtstheoretischen Problematik der Gegenwart, in : G. S. Bd. II, S. 257-258, 「現代国家理論及び法理論の問題性に関する覚え書」六三頁。
- (15) Heller, Die Krisis der Staatslehre (1926), in : G. S. Bd. II, S. 11, Smend, Verfassung und Verfassungsrecht (1928), in : S. A., S. 119 ff.; 124 ff.
- (16) Heller, Die Krisis der Staatslehre, in : G. S. Bd. II, S. 11, 「国家学の危機」一一頁。
- (17) ギールケはこのような個人主義的傾向を中世自然法思想に由来するものとし、この立場では国家法の特殊「国家」的性格が欠落してしまい、国家が私法に服することになる点を批判している。他方で古代アリストテレスのモデルの普遍主義的傾向では個人の意義、国家法の「法的」契機が等閑視されるという問題点を指摘している。この両者を媒介するのが有機体的理解である。ギールケにとり、人格の「外的」生活のみを規律する私法に対して、国家法は全体人格の「内的」生活を規律するものである。後者では意思形成・具体化の過程そのものが法秩序の対象となる。国家その他の人間共同体の構成は法的規律に尽きるものではない。意思形成過程の外的規律、つまり統一性と多数性の関係を有機的全体の中で規律することが「国家」法的側面であり、この他に自然的、倫理的、歴史的、社会的側面も見落としてはならない。更に国家と他の団体との違い、固有性はヘルシャフト的側面、最高権力としての側面に求められる。Otto von Geirke, Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neueren Staatstheorien (1915), S. 88 ; 96 ; 114.
- (18) 国家人格の問題に関しては、次節で再度触れる。
- (19) Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, in : S. A., S. 123-124 ; 235. カウフマンも、自らがギールケに強い影響を受けていることを認めている。「世紀の転換期における学問状況が私に与えられていた出発点であった。そこでは何よりも「オットー・フォン・ギールケという偉大な人物」がそれであった。「外からどんなに讃えられようとも、この偉大な法思想家は孤高を守り、実証主義者からは理解されず、攻撃にさらされていた」[...] ギールケはゲオルグ・ベーゼラーの弟子として歴史法学派に属していたが、国家と法の哲学的基礎に関する洞察によって、「この学派をはるかに凌駕していた」。Kaufmann, Vorwort zu den „Gesammelten Schriften“, in : G. S. Bd. III, S. XV.
- (20) ラーバントによれば、法解釈論の学問的課題は「個々の法命題を普遍概念に還元し、他面でこれらの概念から生ずる結論を引き出すことにある。このことは、現行実定法規の究明、つまり加工されるべき素材の完全な通曉と精通ということ度を度外視していえ

- ば、純粹に論理的な思考活動である。〔…〕全ての歴史的、政治的及び哲学的考察は、それ自身いかに価値あるものであれ、具体的法素材の解釈論にとっては意義をもたない」(Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, 5 Aufl., Bd. I, S. IX)。しかしこのような一般的抽象化だけでは実定法上の制度は把握しえず、法の存在の現実性、歴史的に個性的な側面が捉えられないというのがヘラーの立場である。Heller, *Bemerkungen zur staats- und rechtstheoretischen Problematik der Gegenwart*, S. 269, 「現代国家理論及び法理論の問題性に関する覚え書」八〇頁以下。
- (21) Heller, *Die Krisis der Staatslehre*, S. 11, 「国家学の危機」一二頁。
- (22) Heller, *Bemerkungen zur staats- und rechtstheoretischen Problematik der Gegenwart*, S. 258, 「現代国家理論及び法理論の問題性に関する覚え書」六四頁。このようなギールケ批判が当を得ているかどうかは問題だし、ギールケまで自然主義に含めることはかえって「自然主義」批判の内実を曖昧にするのではないかと思われるが、ここではそのことは問題にしない。
- (23) Marck, *Substanz- und Funktionsbegriff in der Rechtsphilosophie*, S. 83 ff.
- (24) 今日の現象学の水準からみた場合、マルクの議論はむしろ「共同体論」の主張に近い。
- (25) この問題は、具体的にはギールケが共同体と団体、社会的有機体と組織とを適切に区別していないことに由来するという。
- (26) 数物理学のような純粹に量化可能な分野でも「自然や文化に関する思考があますところなく量化しえない属性に突き当たる場合には、必ず純粹形式の支配には乗り越えられない限界が画される」。Heller, *Bemerkungen zur staats- und rechtstheoretischen Problematik der Gegenwart*, S. 257, 「現代国家理論及び法理論の問題性に関する覚え書」六二頁。自然科学における法則信仰に対する批判として、力学のローレンツ、アインシュタイン、物理学の量子理論、生物学の突然変異説を挙げている。Vgl. Heller, *Europa und der Faschismus*, in: G. S., Bd. II, S. 484.
- (27) 「(こう)した実証主義の流れをくむ」今日の形式的アプリアリ主義者からはこのような信仰はとうに消失している。その一般哲学が知っているのは、歴史的、社会的及び国民的差異や個人的決断を顧慮することなく論理的—数学的普遍妥当性を主張する概念形成だけである。経験の一回性としてのあらゆる現実はこのような法則性を破壊せざるをえず、従って恣意や偶然として理解されざるをえない。そして全ての歴史は無意味なものに対する恣意的な意味付与となる」。Heller, *Bemerkungen zur staats- und rechtstheoretischen Problematik der Gegenwart*, S. 267, 「現代国家理論及び法理論の問題性に関する覚え書」七七一七八頁。
- (28) Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, S. 122 など。

二、意思と理性

(一) 自由主義と国法学

一九世紀ドイツは「法律学の時代」と呼ばれることがあるように、法律学が国家や社会形成の上で重要な役割を果たした。⁽¹⁾ 旧来の国家的秩序の解体によって、国家統一の再建がを眉の課題となっていた。この課題を具体的にどのように実現するかが問題にされる際には、フランス革命の影響もあり、国民主権への転換は当然のことながら既の一つの選択肢であった。この二つの要請を満たすべく、新秩序の形成は憲法問題、憲法運動という形で展開されたのである。この憲法運動は国家体制の問題だけに限定されるのではなく、その背景となる社会改革問題を抱えていた。それは経済的な資本主義化過程での身分的秩序の自由主義的解体である。こうした課題が革命によって実現されることなく、君主制国家の機構を通じた改革とならざるを得なかったというのは周知の事柄である。

これを推進した一九世紀ドイツ自由主義は教養市民層を母胎としていた。彼らは当初は「進歩」イデオロギーを軸に、社会内部で完結した世界観を共有していた。だが初期自由主義の社会観に反する産業社会化の進展とともに、自由主義者はこれに対応すべく、進歩の理念を社会から国家次元に展開することにより、政治の領域にも進出していくことになる。このような産業化による経済構造の変化とともに、既に四〇年代にプロイセンでは「獲得に基づく社会」に由来する歪みが憲法問題として意識されていた。このこともまた、「社会問題」の発生を通じた社会的なものの政治化を促した。⁽²⁾

国法学の領域にもこのような事情は反映していた。公法実証主義の成立とその限界への直面は、この歴史的過程を示している。公法学ドグマテイクのなかでは、法律概念の定義における「意思」の位置づけもその一例である。この問題は直接に国家理解と対応している。つまり、法律概念の規定は、立法権限の配置や司法権の権能の範囲と結び

つく国家機能、三権分配の問題でもあり、より具体的には行政的機能に対する法的統制の可能性を左右するものだからである。更に、法律と意思との関係は、より根本的には、法律の根拠、正統性のような法律の生成、そういつてよければ民主主義の問題に関係するとともに、法律の方が社会や個人の意思をどのように捉え、いかなる形で影響を与えるべきかという法律の効果や内容に見られるいわば自由主義的問題をも含んでいる。立憲主義的法律概念に存在している両局面は、通説とその批判者のなかでどのように理解されていたのか。以下ではこのような観点から国法学上の議論を簡単に概観しておきたい。⁽³⁾ その上でワイマール期の国法学におけるこの問題への対応の中に、その特質、つまり政治化の傾向を確認し、その意味内容や特質を明らかにしたい。

モールやヴェルツカーといった初期自由主義の国法学者に理論的に由来するドイツ的法治国の概念では、国家秩序は自由平等で自己規定的な個人と世俗的な生活目的を中心とし、個人の人身と所有の保護をその目的としていた。⁽⁴⁾ 更に理性法的な制約のもとでの市民の政治参加を要求していた。つまり個人の自由は理性法によって基礎づけられ、国家もまた理性法によって導かれるべきものとされていたのである。従って法律概念の規定に関しても、理性法に基づく統一的な概念が提起されていた。法律は、国民代表の合意のもと討論と公共性を特徴とする手続で成立した一般的なルールであるとされたのである。ここに法治国と立憲的法律概念というドイツ公法学の基礎概念が確立された。だが、理性法を基礎とした国家と個人との調和的關係は、自由主義の衰退とともに解体し、また彼らにとって自明であると考えられていた統一的な法律概念は、一方で国家意思の確立と、他方で人民主権の徹底の過程の中で、その形式化を進めることになる。この過程が法律概念をめぐる理論的困難を引き起こしたといえよう。更に本来の立憲主義的法律概念の歴史的意義を遡って確認し、時代に即した形で再生させる試みがワイマール期の通説批判的立場の作

業となるのである。だが、その前にまず実証主義公法学の成立から話を始めなければならない。

グナイスト、シュタインの時代のドイツ国法学は、ヘーゲル的な国家と社会の二元論にたち、国家は人倫の実現態であるとする理想主義的な憲法学が主流であった。公的な義務と私的な営利衝動は市民の国家的課題への参加によって宥和される。それによって自治的なイメージの社会的秩序的秩序づけがなされるのである。この立場は、当時のビスマルクの権力政治に対立して、自由主義派の支持を得ていた。このような憲法学においては理論そのものが法の意味を持ち、政治と密接に接触した学としての位置を占めていた。いわば「理性」の原理に立って構想された国法学である。

この学派の形而上学的ないし社会学的性格を問題にしたのが公法実証主義である。つまり彼らは憲法学を法学として、憲法を法として自立させようとした。そこで彼らはサヴィニーらによる「意思の自律」を基礎にした私法学の法論を憲法学に導入し、実定法の論理的解釈の学としての憲法学を構想した⁽⁵⁾。

私法学の「意思理論」も法律学的方法ともども公法に転用される。公法の分野では、法は独立した主体間の境界設定と捉えられ、従って法の基礎には自律した意思主体が必要となる。公法でこの主体となるのは国家に他ならない⁽⁶⁾。

公法実証主義の国家法人説は、自律した個人による社会契約の産物として国家を捉える見方も、有機体論のいう有機体理念に服する国家という捉え方も否定する。ラーバントは、統一的な意思能力と行為能力を備えた法人という私法上の概念を国家に転用する⁽⁷⁾。国家は自己完結的な個体⁽⁸⁾個人として他の法的人格と並存することになる。国家は自律した意思の主体として、構成員の意思にも国家を超える理念にも服しない絶対的主体として構成される。ここに国法学における「理性」から「意思」への転換が行われる⁽⁸⁾。社会契約説から理性法的な理論において国民に置かれていた「意思」は、国法の主体たる国家に帰属することになる。その意味では「意思」原理は私法の領域とは逆の方向に作用

することになったとも言えよう。このようなラーバントの国家理解は、觀念論的国法学によって精神化された国家を脱形而上学化した。しかしそれは、他方で脱現実的形式主義の故に、ビスマルク体制に対する追隨的な役割を果たすことにもなったからである。⁽⁹⁾

このことを法律概念二分説に即して見ておきたい。ラーバントは、「実質的法律」とは国民代表の諸権利とは何の關係も持たないものであり、法命題の法的拘束力ある命令であるとする。⁽¹⁰⁾ このように法命題の「命令」として法律概念を定義することによって、法律の内容と法律の命令が区別される。そして君主にこの命令、つまり意思の契機が専属することにより、その立法権が確保される。国民代表は法律の内容にのみ関与するものと捉えられるのである。⁽¹¹⁾ 更に、この「法規＝法命題」の内容は「法」概念に基礎を有しているため、私法学上のこの概念の意味内容を受け継いで、個人の自然的な行為の自由に対して人間の社交的共同生活が命ずる制約と限界であると理解される。⁽¹²⁾ しかしこの市民社会的な秩序づけとは異なるような、この法律概念に属しない国家的意思活動が現実には存在する。それを説明するために「形式的法律」概念が登場する。従って、ラーバントにおける法律概念の規定には、まず「意思」「命令」の契機があり、その中で並存的に「法規」を内容とする実質的法律と、このような内容をもたない形式的法律が並存する。この法律概念の二分法は、具体的には予算の法的性格、つまり議会による統制可能性との関係で、予算は法規範ではないが形式的には法律である、という議論により、ビスマルク的議会軽視の理論的根拠になったことは周知の通りである。

かくしてラーバント的な「意思理論」の貫徹は、「一般性」という啓蒙主義以来の理性法の伝統を法命題の本質的な要素としては否定し、法に内在する「理性」の要素から法を定める国家権力の「意思」への轉換を意味する。⁽¹³⁾ それまでの自由主義的法治国家思想においては、主権の所在が政治的な争点でもあった。だがラーバントの議論は、国家を

法人と捉えることにより、この問題を法学的に回避した⁽¹⁴⁾。法人としての国家は、法律学的構成の上で統一的な意思主体とされる。そしてこの統一的「意思」が国家概念、法律概念の法律学的核心となり、法律の内容に対して法律の命令という契機が比重を占めることになる。その結果として、立憲君主制下では、君主に立法権力を留保することに寄与したのである。このことは国民意思の観点から見れば、それと国家意思とのつながりを断絶し、国家に固有の意思を法律の根拠として登場させたことになる。この「国家意思」の理論的構成の問題が、以降の公法学の争点を形づくることになる。

このような実証主義の国家理解に対しては、現実の関係や政治的性格を虚構したものであるとの批判が加えられた。方法論的にいえば、通説の形式主義は、普遍と特殊との相互関係を理解し得ていないということになる。ギールケは普遍と特殊との関係が人間存在にも内包されているという見地から、国家と個人との関係を展開する。人間は個人であると同様に類的団体の一分肢でもあるという二重の性格を備えている。人間は、特種性であると同様に普遍性の一部でもあることを知らずして自己意識を手にすることはできない⁽¹⁵⁾。私法／公法の二つの法領域も概ねこれと対応するものとして理解されている。私法は個別的な意思の自由に対して境界を設定し、公法は共通の意思領域に秩序を与えるのである。私法では人格性の概念は、自己完結的で自己自身によって規定される統一体たる個体である。それは、個人主義的自由主義の見解にみられる孤立した原子ではないが、自由な意思行為を通じて法律関係を作り出すものとされ、その基礎となる個人の自由な活動領域を設定するのが私法の役割だとされる。それに対して、公法では個人の共同生活に向けられた側面が抽象化されている。公法も自由な活動領域の形成と無関係ではないが、公法の本来の核心は、共通の意思有機体を構成する確固たる規範構造にあるのである⁽¹⁶⁾。公法は団体の内部規律を問題とする。一般には団体は公法・私法双方の規律対象になることはいうまでもない。但し、公法の中でも国法は絶対的に公的な法であ

り、国家を普遍性として、全ての個人や他の全ての団体を国家の構成員と捉えるのである。⁽¹⁷⁾ 従って、ギールケ的な立場にとつては、法治国家とは国家と法の統一体であり、その有機体、つまり国家的機関の設立と相互の関係がそれ自身法であることとされる。⁽¹⁸⁾

法は人間共同体内部の外的な意思的支配を肯定し制約するところにその本質がある。この法の究極的な源は何らかの社会的実在の共通意識にある。これは事実上民族精神である。⁽¹⁹⁾ 国家の基礎に位置づけられていた共通意識は法を通じて現れ、国家はそれを目的として実現する意思的作用として理解されるのである。

このように、実証主義的通説と対立関係にある有機体論の側も、主張の内容は異なれ、法律や国家と「意思」の関係を議論の枠組みとしている。⁽²⁰⁾ ギールケは国家をはじめとする諸団体を、人間と同様に有機体であると捉える。その結果として、個人の心理的意志と同じように、国家にも意思が帰属するという見方が導かれる。このような国家の基礎をなすのは普遍意思である。この「意思」は、共同体の共通意識、共通意思である。そこでは論点の「意思」をはじめとして、国家や法の実在性の論証が通説を批判する要となっているが、それは単なる実在性ではなく、普遍と特殊との相互補完的な調和でもある。ギールケは私法が完結した意思相互の外的関係を規律するのに対して、公法は意思そのものの形成と体现を対象とすると述べている。国家の課題は、社会的な諸力、無意識的な社会の欲求によって規定された目的を実現するという課題を担った組織化された力である。これが数多性の統一性への結合であり、上下関係としての普遍と特殊との調和である。この調和の形成が意思の組織化であり、それを規律するのが国家法の課題に他ならない。⁽²¹⁾ かくしてギールケの立場の中では意思形成問題が公法の課題として登場してくるのである。

イエリネクは公法実証主義の系譜を引くが、国家認識をラーバントのように法学的構成に限定せず、社会的認識の必要性をも強調し、認識関心の違いに規定される「国家の二重の性質」の存在を唱えた。⁽²²⁾ 「社会的国家概念」では、国

家は実体ではなく、「人間共同体の機能」であり、国家の本質は「多数人の意思関係」であるとされる⁽²³⁾。この主張は有機体論や形而上学の見地から国家を自然的構成体と捉える見方に対する批判である。しかし実質的にみると、共通利益を志向しながら支配／被支配の上下関係として国家の意思関係をとらえる点では、ギールケによる形式主義批判と団体理論の成果と類似している⁽²⁴⁾。この点が方法論的な国家両面説の一つの特徴であり、公法実証主義の系譜から一歩抜けでている点でもある。イェリネクの方法論では、認識者の目的の観点が認識対象の統一性を規定する。社会的認識に関してもこの点は同様である。そこでは団体構成員が共有する「目的」の観点を認識者が捉えることにより、目的論的に統一が構成される。他方、この団体は法学的認識では権利主体と捉えられることになる。

法学的観点での国家人格の「意思」の問題は、具体的には国家機関の位置にある個々人の意志からいかにして統一的な国家意思を構成するかにある。この観点でみると、国家は特定個人の支配意志と被支配意志との事実的關係そのものを意味するのではなく、その法的関係として捉えられる。かくして、国家機関としての地位にある個々人の意思は個人の心理的意志としてではなく、国家機関を構成するものと理解される。だが国家はこのような関係の単なる束に過ぎないのである。「国家とは、限定された領域を基盤とした人間諸個人の目的統一体であり、この統一体は実践的認識の観点からは、その構成員の意思を自身の意思の機関とする。そして法秩序は、この自身とは無関係の所与の事実⁽²⁵⁾に、国家的意思形成を結びつけ、秩序づけることができる。かくして自己自身の秩序を形成する国家は、権利主体となる⁽²⁶⁾」。国家は一つの目的団体として統一した意思を備えている。その意思は機関として位置づけられた個人の意思が国家に帰属したものである⁽²⁶⁾。このような法的人格としての国家の位置づけは、一方で国家と個人とを権利関係に立たせるものであると同時に、その権利義務内容は国家の定めるところに依拠するという両面性を持つことになる。

だがこの国家目的は、一般国家社会学における国家目的論において、「相対的国家目的」というテーゼとして示されている。国家は目的統一体であるが、その目的が歴史的に制約された現実の状況の中から相対的な目的を獲得する。「〔…〕国家は、外的手段を用いて作用する計画的、集権的な活動により、個人、国民及び人類の連带的諸利益を全体の進歩的な発展という方向で満足させ、支配的であり、法人格を有する、国民の団体として、現われる」⁽²⁷⁾。個人を基礎にした連带的社会の構築が、歴史の中で具体的に国家に課されている相対的目的である。この国家目的論にみられる国家観は、実証主義的な国法学の範疇を逸脱し、むしろ伝統的な国家学への傾斜がみられる⁽²⁸⁾。しかし一方で、この目的の契機は直接に法学的構成へと結びつけられるのではなく、法学的構成においては、国家意思の統一性の弁証という観点が優位する点で、彼の説は実証主義的公法学の系譜の中に位置してもいる。

法律概念の規定という法学的問題に関するイエリネクの立場にもこの点は明らかである。彼はラーバントの議論の政治的性格に批判を加えているが、法律概念の二分法そのものは受け継いでいる⁽²⁹⁾。彼も形式的法律を国家の意思行為と捉え、実質的法律を行政行為や判決とならぶ形式的法律のひとつであるとする⁽³⁰⁾。実質的法律とは「法」を定立するものである。それは法服従者や国家の権利義務の新たな設定である。だが、ここでもイエリネクの独自性は、目的の契機を重視し、法命題概念の規定にもそれを持ち込んだことにある⁽³¹⁾。ラーバントとの対比でいえば、目的の契機の導入は、法の内容に関する議論の余地を生み出している⁽³²⁾。

法律の基礎となる「意思」の理論的所在をめぐる議論の中で、論点は「意思」の帰属、つまり主権の問題へ、更にこの「意思」の形成問題へと傾斜していった。この過程の中で国法学は政治的問題へと接近していく。とりわけワイマール体制の成立とともに、君主が承認された正統性機能のシンボルとしての地位を降りると、「突然憲法自身に、従来は憲法が前提としていた正統性機能が帰属することになった」⁽³³⁾。国法学、国家学もそれに対応して、憲法内部で完結

した議論を構成することで甘んじているわけにはいかなかったのである。国家人格に帰属するとされた意思が、実際にはいかなる形で構成されるのかというイェリネクの中に潜在していた問題が、国法学内部の問題として表面化することになったわけである。何れにしても理論的にはこの傾向に対して、通説的実証主義に対する批判が重要な問題提起をしていた。

しかしこの有機体論の見地はそのままワイマル期の論者に受け継がれるわけではない。イェリネクによる批判・吸収に加えて、更にケルゼンによる徹底した方法論的批判を経過することになる。前節で紹介したマルクの議論なども、ケルゼンによる批判を踏まえた上でのギールケ評価である。国家人格や国家意思、そもそも法人格や意思を帰責を目的とする特殊法律学的構成と理解する、つまり国家の統一を法論理的観点から捉えようとするケルゼンの立場からすれば、⁽³⁴⁾有機体論のように人間有機体との類比を基礎とする主張は形而上学への回帰に過ぎない。⁽³⁵⁾ギールケが国家の基礎とした普遍的意思は共同体の共通意思であったが、それは社会的ないし民族心理学的な事実⁽³⁶⁾に過ぎず、法学的理解の対象とはならない。⁽³⁶⁾だが彼は上の観点の不徹底が通説の立場にも見られることを批判する。⁽³⁷⁾イェリネクは国家人格の統一に関して、その基礎を個々人の心理学的な意志におくことを否定し、共同して追求される目的をそれに代えた。しかしこれは、構成員の社会心理的な事実の問題と解釈されざるを得ないから、有機体論のいう共通意思とかわらない。ケルゼンからすれば、何れの理論にも見られる混乱が生ずるのは、そもそも法律学的意思はおよそ客観的な事実の世界における实在——心理的な行為を含まないということが認識されていないためである。質的に異なる心理的意志行為に基づく抽象化はこの誤りを犯しているものであり、正しくは特定の思考過程、つまり抽象者の主観的な世界の内部での判断に基づく概念の抽象、構成によって法律学的な意思は捉えられなければならないのである。⁽³⁸⁾彼にとって「[...]」帰責がなされる個人が国家機関であり、機関の活動として評価された要件事実を出発点とする帰責の全て

の線が共通して出会う点が「国家意思」なのである。以上の結果として、国家から意志的側面を排除するとともに、法からも意志的要素を——法学的認識としては——排除し、国家法秩序というテーゼを提起した。⁽³⁹⁾

ところで「法命題」法規」の概念もこの関連で位置づけられることはいうまでもない。いかなる行為が国家行為と評価されるのか、その条件を定めているのが法命題なのである。従ってそこでは帰責の条件が示されているというだけであり、通説に示されていた目的や内容の規定は一掃されている。そしてさしあたりは誰がそれを決めたかという主権の問題も法命題を規定する決定的な基準とはならない。従って、ケルゼンは法律概念の形式化を徹底させ、通説の形式性を規範としての法体系内部での論理的完結性へと転換させた。

以上のように、ケルゼンは公法実証主義の基本原理である「意思ドグマ」を否定した。⁽⁴⁰⁾ だが後述するように、公法學上で意思が一般に廃棄されたわけではない。この問題はより集約されて「主権」主体の問題として論じられることになる。それがケルゼンの法主権説に対する批判であった。つまり、ケルゼンが主権概念の否定に見られる形で法(学)の外部に追いやった問題は、公法学内部の根本問題であり、これを公法学は再び政治的方法によって議論の焦点に登場する。⁽⁴¹⁾ そこでは、国家意思の基盤として法理性の復活が唱えられたり、社会学的な考察が導入されたりするが、論点の所在は国家意思をいかに構成するかという問題にある。その意味ではケルゼンによる徹底した批判は、通説に対する批判の出発点を形成した。通説批判者にとっては通説の背後にある思考パターンを突き詰めた結果としての自己解体を示すものであり、通説に内在する立場の中からは導き得ないものは何かを白日のもとにさらしたという功績が帰せられることになるわけである。

- (1) E.-W. Böckenfelde, *Verfassungsprobleme und Verfassungsbewegung des 19. Jahrhunderts*, S. 244, in: *Recht, Staat, Freiheit* (1991). 本節での叙述につき、基本的枠組に関して名和田是彦「いわゆる公権論の法哲学的考察のための覚書」『法哲学年報一九八三社会契約論』所収一五一頁以下より示唆を得ているほか、包括的研究である堀内健志「ドイツ「法律」概念の研究序説」を参考にさせて頂いた。なお、本節の整理は、ワイマール国法学者の視点からのものであることをお断りしておく。
- (2) 以下の歴史的記述は主に以下のものに依拠している。Dieter Langwiesche, *Bildungsbürgertum und Liberalismus im 19. Jahrhundert*, in: *Bildungsbürgertum im 19. Jahrhundert Teil IV*. (Hrsg. von Jürgen Kocka), S. 95-122.
- (3) E.-W. Böckenfelde, *Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriff in: Recht, Staat, Freiheit*, S. 143 ff. また栗城壽夫教授の一連の研究は、本稿の前史となる時代に関して、意思の問題が、社会契約的な個人意思から国家意思を経て、その具体的内実が問題となってくるという過程を示している。
- (4) Vgl. Ingeborg Maus, *Entwicklung und Funktionswandel der Theorie des bürgerlichen Rechtsstaats*, in: *Rechtstheorie und Politische Theorie im Industriekapitalismus* (1986), S. 16 ff.
- (5) ラーバントの方法は私法における「法学的方法」の公法への応用であるが、サヴィニーに代表されるこの方法は、「事実的生活関係」とそれを規律する「法的関係」とを区別し、事実的関係から離れて学問的に内容を確定される客観的法規範の有機的統一体を構成すべく法的関係の原型となる「法的制度」の観念を措定し、これを法体系の直接の構成要素とした。事実的生活関係からの法離脱と法による生活関係の規律という認識の帰結として、法の成立における人間の意思の契機が重視される。その意味は意思自律の思想の法的世界における実現であり、自由経済体制の基礎である資本の運動を個人の自由な活動に定位したものとされる。参照、村上淳一「ドイツ法」『法学史』所収。なお、このような人間の意思への定位は、立法者による意思的な法形成とつながるものではない。むしろ慣習法が重視され、その中から普遍的な原理の獲得がめざされる。
- (6) 最初に明示したのは、Gerberの *Grundzüge eines Systems des Deutschen Staatsrechts* (1865) であるといわれる。栗城壽夫「一九世紀ドイツにおけるラーバント憲法学の社会的・政治的機能」『法制史研究22』三七頁。
- (7) Paul Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, Bd. 1 (1 Aufl.), S. 56 ff.
- (8) 「法」は法的主体間の外部的境界設定を問題とする以上、国家人格内部の過程に関しては法的規律の対象とならないという法的帰結が導かれかねない。このような帰結を回避するために、ラーバントは全ての法人は法によって生み出された形象であり、その

機関の形成と実効性は法規に基づくと主張する (Laband, aaO, Bd. 2, 4. Aufl., S. 171)。機関相互の関係についてはこのように処理される。だがここでの国家はもはや「全体としての自己完結的国家」ではなく、行為する国家、行政を意味している。従って、国家に関して生じた問題が、再び行政内部に関して生ずることになる。つまり行政の内部過程の法的扱いである (Ebd. S. 168/169)。他方、構成員の意思の排除は、国家が特定人の恣意に左右されることをも排除しているのであり、その意味で国家意思の(対外的)発動の前提として法的形式の制約を課したともいえよう。Vgl. E.-W. Böckenfelde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt (1957/2. Aufl. 1980), S. 235 ff.

(9) ところで、彼の議論が通説化したことには自由主義の退潮という歴史的事情も関与している。つまり、一九世紀中葉以降ドイツの教養を媒介にした統一的世界像の解体は、プロテスタントイズムの退潮と相まって国民の倫理的基礎の解体と意識された。自由主義は自由主義的国民党を確立すべく、帝国主義的政策の支持などを通じて階級対立の克服をめざした。しかしこのような裾野の拡大の試みは、教養を媒介とした集団の同質性の解体を促したが、自由主義派のビスマルク与党化をもたらした。その結果、本来は理性法的立場をとる自由主義とは対立関係にある苦のラーバントの議論も通説化し、ドイツ官僚層の公的なイデオロギーともなったといわれる。参照、上山安敏『憲法社会史』一二三頁以下。例えばラーバントは法律概念につき、実際に制定されていることをその本質的要素とした。この法命題の規定は絶対主義国家の中で定立されたものをも等しく法として扱うため、それまでの議論の中で議会による制定が条件とされていたのと比して、反議会主義的性格は拭い得ないとされる。

- (10) Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, B. II, 4. Aufl., S. 1.
- (11) Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, B. II, 4. Aufl., S. 5-7.
- (12) Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, B. II, 4. Aufl., S. 67.
- (13) E.-W. Böckenfelde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, S. 228.
- (14) これに批判を加えたのがギールケである。ギールケはラーバントが国家法から排除したものを国家法の中に包含し、ラーバントの垂直的支配に対して水平的協同体を対置した。八〇年代の彼の有機体思想は市民的・進歩的要素の具体化であったし、それは民主主義的な国民国家のもつ市民的理念を表していた。ギールケも支配Ⅱヘルシャフト的要素を否定していないが、このゲノツセンシャフトは既に政党多元主義が進行していた時代の中で時代遅れになっていた。イエリネクなどの批判はこの点に関わる。
- (15) Otto von Gierke, Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neueren Staatsrechtstheorien, S. 93.

- (16) Gierke, Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien, S. 109-111.
- (17) Gierke, Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien, S. 112-113.
- (18) Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. 1 (1868), S. 831.
- (19) Gierke, Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien, S. 102 ff.
- (20) Gierke, Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien, S. 94.
- (21) Gierke, Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien, S. 116.
- (22) Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 50.
- (23) Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 176.
- (24) Vgl. Otto von Gierke, Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien, S. 116. ギールケとの違いは、ギールケが有機的な国家の实在に固執したのに対して、イエリネクは認識者の主観的観点、目的にその統一を依拠させ、更にその認識として不要性を説くところにある。参照、柳瀬良幹『元首と機関』一一八頁以下。
- (25) Jellinek, System der subjektiven Rechte (1919), S. 32. イエリネクの構成では、国民もまた国家の機関として理解される。国家的意思形成に関しては、第一次的機関としての国民の意思を第二次的機関としての議会が代表する(Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 406 ff.; 585 ff.)。一方で国民はその能動的地位においては国家機関であるが、他方で国家と対立する局面を備えている。この面では、イエリネクはラーベントの法律学的方法を受け継ぎ、国家を法的主体と捉えることにより、国家の法的自己制限によって国民と権利義務関係に置くという構成をとるのである。Vgl. Jellinek, System der subjektiven Rechte, S. 28, 86; Allgemeine Staatslehre, S. 365 ff.
- (26) Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 179; 590.
- (27) Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 264.
- (28) ところでイエリネクは国家人格の問題に関して、現実の国家関係を法的に捉える必要から国家を国家権力の主体であると同時に、公益の管理者でもあるという構成を持ち出している(Jellinek, System der subjektiven Rechte, S. 234.)。共通利益の管理者である国家が意思的権力主体としての国家と関係するという構成によって、複数の法的主体間の関係を導きだし、先に排除されていたものに対しても法的な関係を付与するのである。この公益の主体としての国家は国民共同体を指している。この国民共同体の維

持が国家目的の主要な部分を指している。また、その内実に関しては、社会的な国家認識に示されている。

- (29) Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 226 ff.
- (30) Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 231/232 ; 248.
- (31) Böckenferde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, S. 245.
- (32) だが、しかしそこでのいう目的とは、実はラーバントが念頭に置いていたものと接近しているという指摘もある。それは諸人格の自由な活動に対する社会的境界設定だからである。Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 213/214 ; Böckenferde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, S. 245.
- (33) Klaus Rennert, „Die geistgeschichtliche Richtung“ in der Staatsrechtslehre der Weimarer Republik (1987), S. 40-41.
- (34) ケルゼンはこのような国家概念を神概念とのアナロジーで捉えている。つまり世界に内在する規範（このような見方は「未開」の世界観とされるのだが）の帰属点であり、思考経済の帰結なのである。
- (35) Kelsen, Über Staatsumrecht (1914), in : WRS, Bd. I, S. 974.
- (36) Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, S. 164-165.
- (37) Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, S. 172 ff.
- (38) Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, S. 182-183.
- (39) Kelsen, Der soziologische und juristische Staatsbegriff (1922), S. 132 ff.
- (40) 「政治体制と世界観」では、民主世界への発展を「意志から認識へ」という形で描いている (Staatsform und Weltanschauung, S. 1930, 一二〇頁)。勿論これは純粋法学とは異なる次元での彼の認識であるが、しかし純粋法学をも包み込む「世界観」の問題と捉えることもできる。その限りでは批判的認識を通じて、純粋法学と彼の民主的世界観とはつながっている。この意思ドグマの否定に関しても、君主の主権を排除するという限りでは、同様の意義を持ち得るのだが、民主制においてはどうか。この点に關しては、次章で検討したい。
- (41) ケルゼンにおいてはこれは「民主制論」の問題ということになる。この民主制論が意思決定手続の理論の一環であり、ケルゼンの純粋法学の帰結もこれと裏腹の関係にある。

(二) 法律概念批判

ワイマール国法学に登場した「政治的方法」による通説批判の一つの焦点に位置するのが「法律概念」、いわゆる二重の法律概念に対する批判である。ラーバント以来の通説にみられる形式的法律と実質的法律との二分は、アンシュツツに受け継がれた。彼はイエリネクという社会的領域の境界設定という法命題の定式化を更に明瞭に「市民の自由と所有への介入⁽¹⁾」として定義する。更に理性法的法律観から受け継がれ、実証主義によって換骨脱胎されながらも法命題の契機として示されてきた「一般性」という要素をこれにつけ加えると、通説の二分法を支える法命題概念には都合三種類ものが并存していることになる。これらは相互に無関係とは言えないまでも、概念規定としては不明瞭である。この不明瞭さは、概念規定という学的要請と現実の齟齬であり、本来の規定の含意を歪曲する政治的要請の混在の帰結であると批判者たちには捉え⁽²⁾られる。

さて、通説批判者は、法律概念の混乱を人民主権と法治国という二つの歴史的起源を明らかにすることにより、上の問題を別決する。シュミットによれば、本来の法治国的法律概念は、上述のように理性法的伝統に立つものである。君主の政府に対する政治的闘争の中では、法治国的法律概念と人民代表の立法への参与という二つの異なる要請が結びついていた。君主の力が強力で法治国に対する危険を意味していた間は、この二つの要請の結びつきは当然視されていた。その結果として、一定の属性の存在によって特徴づけられる法治国的法律概念と、⁽³⁾（大抵は人民代表・議会と同一視されていた）人民意思としての民主的法律概念という二つの異種の法律概念の混同が生じた。ヘラーは、この二つの概念にほぼ対応するものとして、古典的法治国家理念の二つの源泉を指摘している。それは、一つには自然法的内在思想であり、これは人民の自治を意味する「人民主権論」である。これをヘラーは「実質的法治国家思想」⁽⁴⁾⁽⁵⁾と呼ぶ。もう一つは、組織技術的法治国家概念であり、これは法的安定性、安全性を目的とするものである。人民主権を支え

る「一般意思」概念が前者に対応するのに対して、後者の法的安定性を徹底したのが実証主義的法概念である。実証主義批判者たちの課題は、立憲主義的法律概念に本来備わっていた政治的含意を指摘し、それを民主主義的人民主権論との関係の中で位置づけることにあった。それにより、法律における意思の問題は、民主主義的な意義を獲得することになったのである。通説の没政治的な態度は、彼らにしてみれば問題の所在を隠蔽するものと映っていた。

ところで、通説批判者にとっては公法実証主義の嫡子と見られていたケルゼンも、この法律概念二分説に対して同様の批判を加えていることはつけ加えておかなければならない⁽⁶⁾。彼は第一次大戦後の新たな体制が成立する以前よりこのような批判を展開していた。但し、彼の批判は君主の立法権の維持という政治的目的に対する批判を背景としていながらも、理論的には国家意思、つまり法秩序の統一性という論理的観点から展開されている⁽⁷⁾。つまり、すべての実質的法律は形式的法律として、同一の立法者に基づいていなければならないということになる⁽⁸⁾。

このようにケルゼンも含めてワイマールの通説批判者たちは、通説の立場が旧体制の政治的影響を被ったものでありながら、そのことが自覚されなままにドグマ化している点を問題にしていた。新たな体制への転換が彼らにそのことを迫っていたというのは事実である。しかしこの新体制への対応は一樣ではない。そのことが彼らの主張の中にも反映するのは当然である。法律概念の通説的要素の中には、これまで触れていないものとして「一般性」の契機が残されている。この契機に対する対応は、彼らが新体制下で何を課題と捉えていたかをある程度反映しているように思われる。

まずシュミットは、前述のように法治国的法律概念と民主主義的法律概念という二つのモデルを歴史的に抽出して⁽⁹⁾いたが、後者はより一般的には政治的法律概念と呼ばれる。これは「具体的な意思及び命令であり、主権の行為である」。一方でシュミットは、通説の中ではこの契機が忘却され、具体的に実存する主権に代えて「法律の主権」なる理論に

まで脱政治化が進められている点を問題視している。つまり合法性の正統性の指摘である。これは公法学における「意思」の具体的処理という課題につながる論点である。だが彼は法治国的法律概念を一般に否定しているわけではない。通説の「一般性」の契機は、法治国的法律概念の理性法的契機として、その意義が指摘されている。つまり、「意思」は本来理性的契機との緊張関係を有していたというわけである。「理性の法律や法律における理性への自然法的な信仰は著しく消失してしまった。市民的法治国を、転変する議会の多数派の絶対主義への完全な解消から護っているものは、ただ法律のこの一般的な性格に対し事実上なお残存している尊重の念だけである。この一般的な性格と云うのは、実質的意味における法律の完全な・余すところのない定義というわけではない。だがそれは、普遍的な・論理的な・不可欠の最小限ではある⁽¹⁰⁾」。一般性の上に法律の合理性を頼らざるを得ない状況は、意思主体の問題、意思形成の問題に中心的課題が移行したことを示している。彼は、一方で意思的契機の必要性を強調しながら、他方では大衆民主制的な暴走に対して理性法的な制約によって対応しようとしている。果たしてこの両者の関係は、彼の中でいかなる形をとるのか。この点は後論に委ねることとし、ここでは問題の所在を示すにとどめたい。

保守派の論者たちは、形式主義的に捉えられた市民的法治国の理念を批判して、実質的な秩序による実定秩序の支持を主張する。スメントは、基本権を制約する法律の一般性について、「一般性」を共同体の倫理的秩序という内実をもって解釈した⁽¹¹⁾。それは、基本権についても統合のシンボルと捉えようとする彼の統合理論を「一般性」概念に読み込んだものである。またカウフマンは、「一般性」を論理的原理と理解し、これに対置される客観的な人倫秩序における価値として「法の前の平等」を主張する⁽¹²⁾。この価値は、共同体の構成員に共有された正統性の観念を意味するので、実質的にはスメントの主張の方向に接近している。彼らの議論では、意思形成の問題が具体的な制度のあり方としてではなく、シンボルや価値として国民に内在し、実定的制度を超えた次元の正当化に根拠が求められることになる。

これらも意思形成問題の表面化に対する一つの対応である。

ヘラーはこれら保守派の人々と問題設定の点では共通点を有しているが、解決の方向については一線を画する。ヘラーの「法規 \parallel 法命題」概念は、「前提となる事実が法的帰結と結合され、主観的な権利と義務とが結びつけられるすべての規範」であり、「共同体の権威によって具体化され、間主観的に拘束力をもつ規範」である。⁽¹³⁾従って「法律」は人民立法府によって制定されたすべての法規範であるということになる。問題は立法府が決定したという事実にあるのではなく、人民の自治の帰結として議決されたという点にあるのであり、議会という立法府が行なうのは歴史的偶然に過ぎない。その意味で国家機関にはアプリアリに機能が備わっているのではなく、何れも原理的にはこうした人民の自治を実現する機関であると理解される。このような法規 \parallel 法命題の理解からして、ヘラーは法律 \parallel 法規とする通説の立場を批判しているのではなく、このようなシェーマに加えられている恣意的制約を批判しているのである。⁽¹⁴⁾以上のように、ヘラーにあっては法律概念規定の問題は民主主義的意思形成を指示するものであり、そのような法律を介した国家組織の構成が中心的課題として浮上してくることになる。「権威」と「間主観性」という二つの要因の提示はそのことを示している。従って、法律の「一般性」に関しても、通説の解釈は議会の権限の根拠のない制約であるということになる。ヘラーは、「一般性」ドグマは議会の権限の制約であると思われた。「一般性」とは法律の適用事例の量的な一般性を意味するものではなく、倫理的法原則として、名宛人がある程度特定されたものについても、適用における平等を意味するものなのである。⁽¹⁵⁾立法の内容に対する制約を取り払う形で「一般性」原理が改竄されたことから、ヘラーの理論構成の中では、意思形成の問題への関心が組織の問題として典型的に現れることになる。

ところで、その限りではヘラーが批判していたケルゼンと実質的には同じ立場に立っている。⁽¹⁶⁾もともとヘラーの法

規_{II}法命題概念は恣意的な決定を示唆するものではなく、決断的要素を含みつつも、飽くまでも法原則の具体化であると捉えられる。ケルゼンも歴史的ないし社会的要素が法の成立にあたって関与していることを否定しているわけではないが、その方法二元論や相對主義的立場から、必然的な法との連関を否定している。この点の相違こそがヘラーにケルゼンに対する徹底した批判を促した主たる理論的根拠である。

法律概念、国家機能の分配に関する通説のドグマの背景に存在する政治的背景の指摘と、その同時代的な無根拠性に対する批判は、法に内在する「意思」の契機を、それをいかに形成するかという観点から表面化させることになった。実証主義の枠内で処理しきれなかった「意思」は純粹法学の批判によってその法学的扱いが放棄された。しかし実証主義批判者たちは、方法論的展開を通じてこれを再び法学の問題に登場させた。ケルゼンもまた、これが実践的課題であることを十分に意識していたといつてよい。この意思の契機の実質は政治性を帯びざるを得ない。この性格がケルゼンと実証主義批判者との態度の違いに作用した。何れにしても、前節でみたような社会状況は、分裂した意思の国家的統一を国法学に課したのである。⁽¹⁷⁾従って法律概念の問題は同時に意思決定手続の問題でもあった。主権論に関して後述するように、「主権」という国家構成の最重要問題は立法権の所在の問題であり、それはいうまでもなく「法律」概念の問題でもある。とりわけ人民主権へと転換したワイマール憲法を前提とすれば、この立法権の構成が「法律」概念を定義する上で何より重要であり、またこの問題が国家構成の問題の最重要課題の一つとして、捉えられるようになったのである。

次節では視点を転じて、こうした「危機」の問題を社会思想的観点から問題にする。公法学の上にも見られた「自由主義」の退潮傾向は、時代思潮の中では「市民(的世界観)の危機」として理解されていた。そこでこの思潮を概観することにより、ワイマール国法学者の立場を見ておきたい。

- (1) Gerhard Anschutz, „Gesetz“ in: Stengel / Fleischmann (Hg.), Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts (1913), 2. Aufl. (1913)では立法者の主観的目的にかわって、法律の具体的内容が定義の内容とされている。
- (2) 例えばヘラーは「実質的法律と形式的法律に関する説は、今日もはや存在しない政治的権力状況に由来するものである。それは理論的には全く基礎がなく実践的には利用できない」とする。Heller, Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung(1928), in: G. S. Bd. II, S. 242. 同論文の拙訳として、今井／大野訳「ライヒ憲法における法律概念」『研究年報(神奈川大学法学研究所)』一三〇号二五三—三〇五頁。
- (3) Schmitt, Verfassungslehre, S. 147. なお通説の実質的法律概念は法律とは国民の自由と財産を侵害するために必要な形式であり、つまりこれらの侵害に際しては人民代表の共同が必要だと考えられた訳である。しかし歴史の過程の中で逆転が生じ、法律は自由と私的所有権の侵害という凶式が生じた。これは本来民主主義と結合していた自由主義的主張が、法律支配への抽象化とともに、民主主義的背景との分断を経験した結果であるといえる。
- (4) Heller, Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung, S. 210-211. (1928)でヘラーがいう「実質的法治国家思想」とは当時の実質的法治国家思想とは性格が異なる。つまり、当時のそれは、法律概念や人民立法府の観念に対して実体的制約を加えるものであるからである。一方ヘラーのそれは、人民立法府が単に機関としてあるのではなく、人民という決定統一体であることを示すものである。このような思想はモンテスキュー、ルソー、フィヒテ、カントの思想的系列に属するものであるといい、典型的には「法は一般意思の表現である」という人権宣言六条に見られるものであるとする。その意味ではケルゼンの民主制論と一致するものと考えてよい。但し、立法の頂点はケルゼン(の純粹法学)においては飽くまでも根本規範であり、ヘラーはそれと異なり「民主的頂点」を定めたといえよう。参照: Ingeborg Maus, Hermann Heller und die Staatsrechtslehre in der Bundesrepublik Deutschland, in: Der soziale Rechtsstaat (Hg. Müller/Staf), S. 121-122. 「ケルゼン・ヘラーとドイツ連邦共和国の国法学」『ワイマール共和国の憲法状況と国家学』所収、三六五—三六六頁。勿論通説の実証主義やさらにはケルゼンはこのような方向の到達点として理解されるわけであり、従ってヘラーにとり、純粹法学と民主制論をつなぐ枠組みを持ち得なかった点にケルゼンの最大の問題点があったわけである。
- (5) シュミットは法治国適法立概念に対して政治適法立概念を対置しているが、ヘラーはこの何れをも法治国の中の二つの要素として捉えていることになる。従って、ヘラーの議論はシュミットからいえば異種の法律概念の混同という歴史的産物に依然として拘

- 束されているということになるのではないかと思われる。しかしこの問題は同時に民主主義と自由主義・民主主義に対応しているのは明らかであり、シュミットはこの両者の違いをむしろ強調する方向に作用するのに対して、ヘラーは両者を一つの歴史的成果の二つの要素と捉え、本来の結合関係を実現しようとしているのである。
- (9) Kelsen, Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung (1913), in : WRS., Bd. 1, S. 1539.
- (7) もっとも改めて指摘するまでもなく、現実には行政が立法活動を行っている、ないしそれが認められているという事実がある。ケルゼンはそれを行政に対する授權というかたちで説明し、国家意思の統一を論証しようとしている。Kelsen, Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung, S. 1537 ff.
- (8) Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, S. 183; ders., Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung, S. 1539.
- (9) Schmitt, Verfassungslehre, S. 146.
- (10) Schmitt, Verfassungslehre, S. 156-157. シュミットの個人的決断の多数との対立に対する意識を読みとることが出来る。彼についての理性法的契機の意義である。
- (11) Smend, Das Recht der freien Meinungsäußerung (1927), in : S. A., S. 96 ff.
- (12) Kaufmann, Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Artikels 109 der Reichsverfassung (1926), in : G. S. III, S. 252 ff.
- (13) Heller, Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung, S. 227.
- (14) Ingeborg Maus, Hermann Heller und die Staatsrechtslehre in der Bundesrepublik Deutschland, S. 121, 「ケルゼン・ヘラーとドイツ連邦共和国の国法学」三六四頁。
- (15) Heller, Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung, S. 217.
- (16) 「問題と解決」 Christoph Müller, Kritische Bemerkungen zur Kelsen-Rezeption Hermann Hellrs in : Der soziale Rechtsstaat (Hg. v. Müller/Staff), S. 709 ff., 「ケルゼン・ヘラーとヘンンス・ケルゼン間の論争についての批判的論評」『フイヤー共和国の憲法状況と国家学』所収、三三〇頁以下参照。なお実証主義的法律概念につき、R・トーマの改憲立法者の万能的思想に関して、シュミットの批判を認めつつも世界観的分裂状況のもとでの実定法と立法者による決定の平和維持機能を認めるものに、

E. -W. Böckenfelde, Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriff, S.157, in : Recht, Staat, Freiheit.

(17) もっともシュミットは、議会制の弱点を「交渉」という「一方の主張と反論とを衡量して議決に至る」ことにより一般性を獲得するという信仰が存在しなくなったことにみている。ヘラーはこれに對して、「交渉」ではなく、「人民意思の合理的な理性的自律への信仰」(Heller, Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung, S. 216.)が法治国家論と立憲主義法律概念の基礎であり、議会制はその手段として、物理的権力闘争の表面化を妨げるといふ点に、機能的な意義があると理解している。この手段的次元では自由主義的な議会制の擁護論と変わらないのだが、しかしそれが人民の自治という近代以降の立憲主義の政治的ないし法的価値との相関の中で位置づけられている。こうした点がケルゼンとの違いとも言えよう。

三、「市民」の危機

国家学が陥っていた危機は、表向きはその方法論に関わるものであった。しかしそれは同時に政治的混迷とも関係していた。方法論の問題化は、対象の統一的把握が困難となった状況で生ずるものであり、国家学・国法学に關しては、国家や法体系、それを支える理念の分裂の危機がそれに対応している。そこには戦後における領土の喪失、ビスマルク的連邦主義の危機、社会的利害対立といった国政上の問題とともに、世界觀的対立も含まれている。世界觀的対立とは、世代的対立であると同時に、西欧的な自由民主主義との対立でもあった。⁽¹⁾これは具体的には、市民や市民的制度の危機、あるいはこれを否定する立場からすればその終焉という意識となったのである。前節で見たように、公法学の理論的問題でもある法律概念の規定に即しても、通説批判者の議論は新体制への対応と、その方向決定の問題を實質としていた。そして意思形成の具体的展開は政治的主体の問題を射程に含んでいる。これらの問題を全体として見渡すならば、その背後には、ヨーロッパの危機、近代の危機という意識があり、それが国法学ないし国家学において方法論の問題として現象したということができよう。

一九世紀後半から二〇世紀にかけてのドイツの精神的状況には反ブルジョア感情が蔓延していた。この感情は他ならぬ市民の中に広がっていたのであり、自己否定的な「市民層の自己自身に対する闘い」というような状況を示していた。⁽²⁾ フランス語のブルジョアはフランス革命を想起させ、保守派にはそれに起因した社会的・政治的混乱をも含意するものであった。何れにしてもブルジョアという言葉はしばしば精神性の欠如であるとか、私利追求だとか、反国家性のシンボルとして流通していた。もちろんこのような見方はこの時代に初めて登場した訳ではなく、歴史的背景がある。

「市民」批判の文脈はいわゆる「市民社会」の成立とともに登場する。国家との緊張関係に立った後の「市民」、古典的市民像のブルジョアとシトワイヤンへの分裂がそれである。⁽³⁾ 思想史的にみれば、ブルジョアとシトワイヤンと公民という言葉を対比させることによって、自己の政治哲学・法哲学上の立場を組み立てていたヘーゲルに一つの分岐点を見ることができよう。⁽⁴⁾ 彼はこれによって、理論史的には国民経済学の受容とともに、古典的国家観と断絶したが、そこでは近代の問題性にも突き当たっていた。ポリス国家的理想にせよ社会契約論にせよ普遍者の意志が個別者の意志から初めて構成されると仮定しながら、実は「国家」へ集結する以前に、個別者の内に既に普遍者の意志が内在していなければならぬ。だが、市民社会の偶然性を眼前にした「近代的国家」の歴史的・社会的基盤ではこのような仮定はもはや成り立たないということもまた自覚されていたからである。国民経済学の受容によって自律的諸個人が肯定されるとしても、これら個人からなる己れ全体を再生産する社会は「不可抗的なものの必然性と個別的なものとの偶然性」にすっかり翻弄されてしまうのである。そのため巨富と赤貧の対立克服の為の普遍的権威・絶対的権力としての国家が必要だということになる。⁽⁵⁾ このことから、普遍的意志と個別的意志が分裂し、市民（ビュルガー）がシトワイヤンとブルジョアに分裂する、あるいは両契機を矛盾を含んだ形で内包するという事態が生ずるのである。⁽⁶⁾

更にマルクスは、ルソーのシトワイヤンとブルジョアとの区別とヘーゲルのブルジョアと人間 (Menschen) との同一視の両方を受け継ぎ、ブルジョアとシトワイヤンとの差異を人間 (homme) の自己自身との差異として明らかにした。マルクスは、ブルジョア社会を階級社会として捉え、ブルジョアをプロレタリアートに対立する類型概念として押さえるということになる。⁽⁷⁾ 「市民社会」の問題性はここに一挙に表面化してくる。ニーチェの奴隷道徳Ⅱ功利道徳に対する仮借ない批判も、マルクスのような社会科学的主張とは違った形で、ブルジョア批判の精神史を形づくることになった。⁽⁸⁾

歴史の現象面においても一九世紀後半に至ると、教養市民層によって共有されていた自由主義的な統一的世界観は維持し難くなる。社会主義的理念の登場とともにこの状況は一般化する。彼らは、経済的役割の低下のみならず、政治的中心から離れ、社会的にも国民的共同体を構成する中心的役割を喪失してしまった。⁽⁹⁾ 既に第一次大戦以前に教養市民層はその役割を失いつつあったのだが、本稿で問題とする第一次大戦後の人々には、かつての公法学を支えたブルジョアとしての市民は、失われた位置にしがみつく過去の否定すべき対象であり、ドイツの秩序を解体した元凶として映っていたのである。それとともに公法学の通説であった自由主義の立場も、このような過去の時代の遺物と感じられた。ここで確認しておきたいことは、自由主義的世界観がドイツにおいては自分たちの原理としてのみならず実践としてもおよそ根づくことがなかったという点である。その結果、ワイマール期においては「自由主義」が過去の姿と重ね合わされて、歪んだ姿で流通することとなってしまった。実証主義Ⅱ自由主義との対抗的意味合いからも、政治的方法の論者は主権の問題、法律概念の問題を人民主権的民主主義ととらえ、その実現を国家構造全体の中で展開しようとした。しかし国家観の理解としては、大衆社会的状況の中でこれをどのようにして実現し得るのかという問題にそれぞれの論者は直面していたのである。この点が公法実証主義からの転換の試みを促した最大の要因に他な

らない。

市民批判の政治ないし法の領域における現れは、「公共性」の解体と相関している⁽¹⁰⁾。つまり、批判的機能を備えた「公共性」は、市民社会の成立と同時的に進行したが、それは経済的階級としてのブルジョアに、旧政治社会の都市市民に由来する政治的主体としての地位が認められていった。私的な意見は人民主権的国家観とともに世論に公論へと性格を変化させていった。ところがこのような世論による政治の理念がリアリティを有していたのは一八世紀啓蒙思想の時代までである。一九世紀になると、かような調和的世界観に対して、その公共性の成員がブルジョアに限定されていることなどを根拠とするイデオロギー批判が社会主義者によって突きつけられ、また自由主義者の方からも、啓蒙主義の失敗としての大衆社会による個性の抑圧、個人への暴力がテーマ化されるようになる。

「市民」批判は上のような様々な思想や政治哲学に発してワイマール共和国を席卷した。本稿で対象とする国法学・国家学の諸家もその例外ではない。だがこれがワイマール期に「流通」したのはもっぱら思想的背景に原因があるのではなく、第一次大戦の敗戦と旧秩序の解体にワイマール体制の成立にいたる経緯による。従ってそれに代わる人間像ないし社会像の提示も当時の政治・社会理論の急務と感じられていたのである。

第一次大戦から敗戦にいたる過程の中で、市民層は政治的・社会的な指導的地位を喪失するとともに、内部解体が進行し、市民層自身も自己の存立について確信を失っていた。またそれと相関する敗戦後の政治や社会の混乱を歴史的・思想的に把握しようとする試みは、しばしば「市民層」をその元凶として糾弾した。「市民社会」の崩壊と敗戦の中で新しい社会像・本来の世界観を提示するに際して、「市民的」なものが批判の対象とされた。それが「市民層の自己自身に対する闘い⁽¹¹⁾」である。これは、プロレタリアートや元貴族ではなく、それと対比される他ならぬブルジョア

階層出身者が「ブルジョア」的なものを批判するという現象である。「生の哲学」「青年運動」「ゲオルゲ・クライス」などはその代表である。これは市民層の自信喪失を示しているが、問題はこの自己否定の流通がしばしばムードに流されたものとなり、その帰結に対する覚悟が彼らに備わっていたかどうか疑わしいところにある。

ともあれ、上のような新たな批判者たちの主張は、当時の議論の中でのある種の共通前提になっていた。こうした思想家の中から一例として、シェーラー⁽¹²⁾によるブルジョア批判を見てみよう。彼は、君主的性格とブルジョア的性格とを次のように対比している。贅沢—儉約、放逸—貪欲、与える—取り入れる、冒険・危険—安全保証・規則性・計算、無反省な自己感情—自己配慮、直観・観想・人格—魂の中が空虚。このような市民的なもの¹¹ブルジョア的な性格が制度化(法、宗教)することによって社会全体に広がっていったと指摘する。そしてこの制度化の典型を民主制に見て取り、ニーチェ的な角度からこれを次のように批判している。制度としての民主制と民主主義的精神とは区別されねばならない。本来支配されるものの精神である民主主義的精神は奴隷道徳である。このような道徳が被支配者の側に属している限りはともかく、市民支配の数世紀のうちに民主主義的精神¹¹奴隷道徳が支配する少数者の道徳となつてしまった。このことの為に価値の序列の転倒が生じた。民主主義的精神が民主主義という制度を媒介にして精神的中心の座に着いた。彼らは自らに敵対的な世界を質的差異を捨象して「量」化して捉える。また、「営利衝動」が「責務」となることにより、無制限な競争の体系を産み出し、新たな質による世界の安定を拒否するため進歩思想へとコミットすることになる。テンニースの周知の図式を借りれば、ゲゼルシャフト的評価が段々深くゲマインシャフトの中にも入り込み、ゲゼルシャフトの精神がますますゲマインシャフトの精神を分解していく過程だというわけである。シェーラーの議論は当時のブルジョア批判の典型である。ブルジョア的なものに対比されるものには、精神性、「英雄的」人格、共同体などが挙げられる。シェーラーの議論はその一例に過ぎず、当時の思想的傾向として、「保守革命」

ということがいわれる。⁽¹³⁾この傾向は「一九世紀から遺された廃墟を片付け、新たな生の秩序を形作ろうと試みる刷新運動⁽¹⁴⁾」と定義されるが、上のシェーラーの議論と同様、この廃墟の遠因をフランス革命に、近因をヴェルサイユ条約に求めるものである。ただし進歩の時代の基礎を攻撃するが、たんに何らかのアンシャン・レジームを再興しようとするのではない点で、復古主義的保守主義とは区別される。もつともその内容は流動的であることも含めて、保守革命、あるいは市民の市民に対する闘いというようなパラドキシカルな思想・社会状況が、進むべき方向の定まらないワイマール時代の混迷を象徴している。その中で上に挙げたような「共同体性」「英雄性」「精神性」ということがいわれたわけだが、そこには戦争の影響も与っている。第一次世界大戦中、一九一五―一九一六年にドイツでは一連の一九一四年の思想を賛美する著作が公にされた。その場合に対比されるのは一七八九年の思想、つまりフランス革命の思想である。⁽¹⁵⁾⁽¹⁶⁾⁽¹⁷⁾ブルジョア批判の文脈では、フランス的なもの（ヴェルサイユブルジョア―個人主義―合理主義など）あるいはイギリス的なものに対する反感がこの思想傾向に社会的広がりをもたらした。この意味でこの理念のもとに繰り広げられた闘いは「文化戦争」であり、一九一四年の理念は「二〇世紀ドイツ保守主義のマグナカルタ」であるといわれた。⁽¹⁸⁾

それではこの一九一四年の理念とは何を意味するのか。トレルチによれば、戦争という「凄まじい体験」からおこってきた思想は、フィヒテの思想の延長上にある「直接に生き生きとしたもの」「思想や精神に対する信仰への国民の復帰」をうみだした。一九一四年の理念をめぐる動きは、イギリスの商人気質に対するドイツの英雄的精神の蜂起と世界ドイツ主義の再生であり、新フィヒテ主義なのである。戦争を促しているものは政治的・道徳的・パトスであって、商人の打算ではない。国民の生活意志であって、利益の期待ではない。そこでは「近代資本主義世界が過度に捻じ曲げたもの、つまり経済と道徳的精神：が、ふたたびその自然なつながりをとりもどした」。そしてこれと並んで「生き

生きとした、われわれ一人びとりを感動させる生命の潮としての国民および民衆の発見」がおこったというわけである。抽象的な合理化・主観化という国際的な文明病のさなかに戦争がおこった。「そして戦争と一緒にあって、すべての人間に共通だったものの開示がおこったのだ。同時に、大衆の落ち着いた義務への忠実、規律、有能という圧倒的印象、実際の業績の勝利、があつた」。ドイツ的な自由、超個人的な公共心の自立的意識的な肯定の自由というドイツ独特の精神である。こうした考えは単にドイツの特殊性を強調するためのものではなく、時には戦争の正当化にもつながる含意のある世界的な発展の方向として考えられている⁽¹⁹⁾。

ブルジョア批判はもちろん右派の専売特許ではない。もっともその中でも戦略の相違や近代的倫理に対する態度が、政治的主体としてブルジョアならざる「市民」を取り込むか、一くくりに否定するかの違いを生み出している。革命的な手法をとらない修正主義ないし社会民主主義の立場では、近代西欧的倫理観とそれをモデルとして体現する「市民」の拡張がめざされることになる⁽²⁰⁾。もちろんこの「市民」とは、教養市民層という一九世紀の現実的階級を指しているのではない。例えばラッサールは、階級概念としての「ブルジョア」(所有を中心とした特権階級)と、労働者、小市民、大市民含めた形で市民(ビュルガー)概念を対置している⁽²¹⁾。ワイマール期においても、ケルゼンが「マルクスかラッサールか」という図式で自己の立場を明らかにし、ヘラーが「労働者綱領」を肯定的に紹介している⁽²²⁾。彼らとは国家の評価をめぐって立場を異にするアドラーがマルクス主義とカントとの関係について述べていることも、その現れである⁽²³⁾。これらの人々は多かれ少なかれ国民主義的な立場を選択しているという限りでは、上の右派系統の立場と類似性を有している。例えばアドラーもまた、フィヒテを引きつつ国民の政治教育の必要性を強調しているが、その教育の方向性において違いはあれ、国民共通の遺産の解釈として連続性を保ちながら自己の議論を展開する点では同様の手法を用いているのである⁽²⁴⁾。

もちろんいわゆる左派に分類される人々も一枚岩ではない。例えばルカーチは、初期の文芸批評においては精神科学や生の哲学の影響下で市民社会における総体性の喪失を問題にしていたが、マルクス主義への転換後はこうした関心を持続しつつも、上のような生の哲学的議論もまた「寄食者的」哲学であり、客観的問題を「体験」のごとき主観的問題圏へと隠蔽する非合理主義であり、帝政期以来のブルジョア的な反政治的傾向の上に立つものであると糾弾した⁽²⁵⁾。何れにしても諸議論の布置は以上のような背景の中で脱出の糸口を探る人間像と社会像の具体的相関に求めることが可能であろう。

これらが共通してめざしているのは、アトム化した社会・個人に対する何らかの意味での全体性の回復である。非合理的領域に定位するゲオルゲ・クライスのな全体的人格の回復、戦時社会主義の主張から、社会（民主）主義の理想にまで共通している。法思想の領域でも、例えば、ラートブルフという団体法から個人的立法者の法へ、そして組織された共同体の法としての団体法への法の発展、そしてその背後にある人間観の変遷、つまり宗教や習俗により義務及び共同体に結びつけられた人間から個人主義的・主知主義的な人間類型Ⅱ「経済人」を経て、社会の中なる人間、集合人への変遷というテーゼは、その経験的存否はともかく、同様の問題圏に属している⁽²⁶⁾。

ワイマール期の国家学・国法学も以上のような当時の状況の中で生まれたものである。従ってその思考枠組みの中にも時代の影響が強くみられる。国法学・国家学という学科の中での実証主義批判も、上のようなブルジョア批判と通底している。その中での新たな主体のあり方と、それを国法学・国家学の中に位置づける方法の検討が、本稿の中心的課題である。通説批判者の中でも精神科学的方法の影響を被っている人々は、主として第一次大戦以降に理論的活動を展開した人々であり、この点ではシュミットやケルゼンと世代的相違があると言えるかもしれない。後者は、

勿論その背景に哲学的関心や教養があるとはいえ、学問の内部に自覚的にとどまっていたが、前者の人々には伝統的な意味での学制的拘束が緩まっております、哲学や実践的関心を法学の内部に直接的に導入することに対してのためらいが薄いように思われる。もっとも、カウフマンやスメントは、どちらかというところ関心を理論的側面に向け、批判の対象を専ら新カント派に向ける、つまりこのような学問的傾向に危機の元凶を捉えているが、ヘラーは新カント派に限らず様々な同時代的思想傾向や社会傾向をも含んだ上で「危機」の問題を理解しようとしている。このような危機の捉え方の相違は、彼らの国法学の性格の相違、つまりスメントやカウフマンが形式主義を批判しながらも観念論的性格を脱し切れなかったのに対して、ヘラーは自覚的に現実主義的方向へと一步を踏み出しているという違いにもつながる点である。それとともにヘラーの理解は国法学者による「危機」問題の総括・位置づけという性格を備えているともいえよう。本稿でヘラーの議論を検討の中心に置くのもそのためである。市民的世界の危機は国家学の危機とどのように関係し、国法学者が同時代の思想にいかなる対応をしていたのか。

ヘラーによれば法実証主義に典型的に現れている「国家学の危機」は「ヨーロッパの精神的危機」の一現象形態であり、⁽²⁷⁾このような実証主義理解は、「自然主義的形而上学のあらわれ」であり、自然科学をモデルとした法則主義的世界観は一九世紀的な市民的世界観だという。⁽²⁸⁾「倫理、法及び歴史的—政治的存在をこのように論理化することは、精神的史的には形而上学的合理主義に根拠をもつが、心理学的には安全性への欲求——信念をもたないがゆえの決定能力の欠如のゆえに、国家という歴史的—個体的な意志統一性のダイナミックスに、そして継続的に変転し継続的に意志行為によって妥当するものとされ維持されるべき法の不安定性に、耐ええないことから生じる安全性への欲求——に発するのである」⁽²⁹⁾。

上の議論は直接には法学・国家学の方法を問題にしているが、価値判断の客観性(ないし独自性)をめぐる認識論的

主体の哲学的問題と通底している。左右の戦線の混乱は国法学の分野にも反映している。ヘラーはそれを自覚しつつ、実証主義／反実証主義という地平を超える立場を模索していた。それは実践的には市民的公共性を社会国家への転換の中で再生させる試みとなる。ヘラーの試みは公共性の喪失と政治的領域の分裂が明確化した当時の文脈の中では時代遅れの試みと見られたが、同時代的文脈から一步退いてみれば、この公共性の再生の必要性はこの時代に固有のものではないばかりか、今日においても等しく妥当する問題であるように思われる⁽³⁰⁾。

ヘラーによれば、実証主義の社会的ないし心理学的現れは、歴史への恐怖、決断への恐怖に発する安全性の欲求である⁽³¹⁾。自己の活動の安全性のみを追求する態度が、自然科学モデルの法則志向をその世界観として受け入れ、形式主義的な世界の分節化のみによって世界を捉えようとする。こうした表層的世界の支配は無限なもの、超越的なものへの感覚を遮断する。このことは一方で世俗的な世界観の成立を意味するが、それが法則への依存によって埋め尽くされると、社会的世界の中では人間が不断にそれを再構成・発展させていくという歴史の中での意志的契機、人格的責任の契機への意識が弱められる。社会学の相対主義はこの裏面にすぎない。「今日では生の感情はその核心部分において動揺させられているがゆえに、いかなる精神科学的認識も提供しえない計算可能な確実性を捜し求める。我々の確信は究極において不確実なものとなっているが、学問はそれを論理的―数学的な思考上の確実性に置き換えて、決定と多くの人には耐えることのできない責任とから我々を免れさせてくれようとしている⁽³²⁾」。

ヘラーは、殆どシェーラーの市民批判などを想起させる言葉によって、国家学の危機を表現していた。この点は概ね「政治的方法」の論者によって共有されているといつてよい。しかし彼は同時にファシズム批判者として——他の論者がファシズム賛美者だというわけではない——、こうした時代批判が陥りがちな英雄主義、暴力賛美論に対し、社会理論としての性格を否認している。

ヘラーはファシズムの思想的系譜に属する者としてパレート、マリネットイ、⁽³³⁾ダンヌンチオ、⁽³⁴⁾ソレルらを検討・批判する。社会学者としてのパレートの唯物論的歴史観・社会観批判、⁽³⁵⁾その「イデオロギー論」は法則信仰批判の文脈で評価される。⁽³⁶⁾パレートによれば、社会的法則性はまったく抽象物であり、実験により繰り返し新たに修正されるべき擬設的仮説に過ぎない。なぜなら、社会の現実の基盤は、全体として恒常的な残基によって形づくられるからであり、この残基とはまったく願望と利害とイメージとの非合理的複合体を示している。そして理論もこのような下部構造の上に立つ上部構造であり、自己偽瞞としての動機づけイデオロギーである。法則主義への反発は、「エリートの循環」、つまり発展ではなく永遠の循環としての歴史観にも反映し、それとともに議会制批判が導かれることになる。しかしこの議論の展開は一面的である。「パレートのイデオロギー論は、合理的法則思考が転覆し自己揚棄する点を明らかにするものであり、政治的には考え得る限り最も徹底した脱幻想化をもたらさざるを得ない」とヘラーは評価する。⁽³⁷⁾かくしてヘラーはパレートの政治認識をシュミットの「政治的なもの概念」に見られる価値共同体に支えられない権力のぶつかりあい、「脱幻想化された市民層のネオ・マキャヴェリズム」であると批判する。パレートのな認識も結局のところ反民主主義という戦線では「自由主義」と共犯関係にある。⁽³⁸⁾ヘラーはこの民主主義と分断された自由主義と英雄主義との連合を相手に回すという立場に立つ。⁽³⁹⁾マリネットイやダンヌンチオも、その衝撃力はともかくこの「強者待望」の系譜に属する。⁽⁴⁰⁾彼らへの対応にもラディカルな政治思想に対する両義的態度がみられるが、もちろんその暴力主義はヘラーの肯定するところではない。⁽⁴¹⁾そしてかようなイデオロギーが非現実的、非政治的であり、また待望されている「強き人」は存在せず、その疑似的な形態がそうした仮面を被って跳梁していることが何より問題なのである。

強者待望は市民的的安全性に発する決断への恐怖と裏腹の関係にある。だがヘラーは市民的「安全性」一般を否定し

ているのではない。いわばこのような扱いにくい人間の課題を法則の客観性へと放棄してしまい、自己の経済的活動・私的活動の中でのみ暮らしていくことを可能にするブルジョア的「安全性」に対して批判を向けるのである。⁽⁴²⁾ブルジョア批判が最後の言葉ではなく、むしろここがヘラーにとり国家学の出発点となる。ファシズムに見られるような天才的指導者への待望は、ブルジョア批判の英雄主義と結びつく。「〔…〕英雄的社会観は、国家的な統一を、専ら天才的力によって影響を及ぼす英雄の作品と理解し、永遠に未成熟な人民をこの指導者の手中で思いのままの形を与えられる蠟のようなものとしか考えていない」⁽⁴³⁾。このような大衆社会の反転図に陥ることなく、合理主義と実存的決断の間に人間社会の構成を探るのが、近代以降の国家学の課題であるとヘラーは理解している。

ところで、このような国法学者による市民的世観批判は、その学科内部の問題としては何よりも新カント派批判が眼目であり、その主たる批判対象はケルゼンであった。しかしそのケルゼンもまた、この市民的世観に対する批判をその基礎としており、多くの点で上のような議論と重なりあう問題提起をしていることを見逃してはならない。彼は次のように述べている。

「政治からの逃走が一般的なスローガンである。一九世紀が形成した教養のタイプには政治的要素が欠落していた」⁽⁴⁴⁾。そして一九世紀の思潮は自然科学主義的なものである。

「〔…〕まさに自然科学的精神傾向の優勢は、一九世紀の非政治的な性格、それどころか反政治的な性格と内的関連を有する。このことはしばしば十分にこれまで確認されてきたし、政治からの逃走が自然科学への傾きと並行していることが強調されてきた」。

「世界の事象を唯物論的世界観の単純な定式に従って捉えることで満足するのであれば、説明はさほど困難ではない。支配階級、より性格には一九世紀はじめに革命を経て支配を獲得した階級は、政治的に満足している。というの

は市民的諸政党の自由主義的綱領が要求した法秩序や政治秩序が全体として実現されたからである。つまり、獲得された政治的自由は支配的なブルジョアに対して経済的に生き抜く可能性を与え、一九世紀初頭までに根づいた資本主義は自らに必要な政治的保障を獲得したからである。政治的活動に向かう唯一の刺激である経済的利益は、「政治的活動に対して」もはや存在しなくなっていた。政治的活動はもはや支配階級からではなく、被支配階級に発するものとなった。支配階級は政治的反動の支持者でしかなかった。それは、政治的に成長したプロレタリアートに対する防衛と、現状の確立と維持という二重の意味である。政治的反動、現状維持傾向は、その内的性質からして、他の領域へと能力を拡張することは決してない。支配階級の優勢な部分の政治的無関心は、経済的目標のための政治的手段としての自由主義が、その目標の達成とともに不要となったことの兆候である。支配階級が非政治的であるのは、彼らが経済的に飽和し、その知性が今や完全に非政治的な学科に向けられているからである。つまり自然科学と哲学の(45)開花である！」。

更にケルゼンは、この自由主義は個人主義的世界観によって支えられているのであり、そこからは政治的無政府主義、倫理的虚無主義がもたらされるといっている。このような指摘は政治的方法の論者による現状批判とほぼ重なり合うものだといつてよい。

このようにみると、「市民」の危機、国家学の危機という意識は、実証主義者によっても共有されていたと考えるのが妥当である。そうだとすれば、問題はこの共通前提からどのような帰結を導き出すのかにあるといえよう。とりわけケルゼンの場合には、上のような現状認識と彼の形式主義的立場がどのように関係するのかが問題になる。そこで次章ではまず、以上のような議論状況を念頭に置きながら、ケルゼンの主張とその問題点を明らかにしていきたい。

- (1) Klaus Rennert, Die „geistgeschichtliche Richtung“ in der Staatslehre der Weimarer Republik (1987), S. 35-38.
- (2) Christian Graf von Krockow, Die Entscheidung (1958), S. 28 ff.
- (3) ここでは概念史的問題について次のM・リーデルの諸論考に依拠している。Manfred Riedel, Studien zur Hegels Rechtsphilosophie, S. 147-148, 『ヘーゲル法哲学、その成立と構造』(清水／山本訳)；Bürgerliche Gesellschaft und Staat bei Hegel, 『ヘーゲルにおける市民社会と国家』(池田／平野訳)；Bürger, Staatsbürger, Bürgertum, in *Geschichtliche Grundbegriffe* (Hg. von Brunner, Conze, Koselleck), Bd. I, 「市民、公民、市民階層」『市民社会の概念史』(河上／常俊編訳)所収、一三六頁以下。なお、村上淳一『近代法の形成』五五頁以下。
- (4) Hegel, *Jenenser Philosophie des Geistes* [1805/06], Hoffmeister版, S. 249. 「同一人物が、自分と自分の家族のために配慮し、労働し、契約を交わしたりすると同様に、普遍者のためにも働き、これを目的としている。前者の側面からは彼はブルジョアと呼ばれ、後者の側面からはシトワイヤンと呼ばれる」。
- (5) 「ブルジョアとシトワイヤンの対立そのものを産み出し、思想においても現実においてもそれを極限にまでつきつめるといふ事にそのことによってこの対立に耐えうるということ、これが近代国家の原理である(…)ヘーゲルの解釈によると近代国家の原理は、個別者が普遍者をそのなすがままに任せ、また逆に普遍者も個別者に対してそうするという点にある。(…)ここからヘーゲルは、世襲君主政を近代世界にふさわしい国家形態として演繹する(…)この原理によってヘーゲルは、国家概念を契約から演繹する根拠を否定し、またそのことによってそれ自体に政治的性格をもつ(「市民」)社会概念の存立理由を否定してしまうのである。いまようやくはじめて「国家」は「社会」から分離すると共に、その近代的概念にふさわしいおのれ自身の位置を手にする。」
Manfred Riedel, *Studien zur Hegels Rechtsphilosophie*, S. 98-99, 邦訳一〇四—一〇五頁。
- (6) このようなブルジョアとシトワイヤンというヘーゲルの対比は、ルソーのそれを受容している。参照、『社会契約論』(第一編第六章)。また、「エミール」では「祖国」と「シトワイヤン」と言う語は近代語から抹殺すべきであると論じている(今野一雄訳(上)二九頁)。Vgl. Riedel, *Studien zur Hegels Rechtsphilosophie*, S. 147-148, 『ヘーゲル法哲学、その成立と構造』一五八—一五九頁。『法哲学』の中では、ブルジョアについては、§190でブルジョアをフランス語のブルジョアと等置している。「法哲学講義」でははっきりとこの対応関係が明示されているとしよう。Hegel, *Philosophie des Rechts, vortragen von Professor Hegel* (Winter 1824-25), *Nachschr. v. Griesheim*, 「市民社会はその基礎」その出発点に個々人の特殊な利害をおいている。フランス人はブルジ

ヨアとシトワイヤンの区別をする。前者は個々人が自らの欲求の充足を狙ってゲマインデと形つくる関係を示すものであり、何らの政治的意義ももたない。シトワイヤンが初めてこの意義をもつ。ここドイツではブルジョアとしての個人しか眼にすることはな⁵」。引用は Riedel, Bürger, Staatsbürger, Bürgertum, S. 707. による。もっともヘーゲルにおいてはブルジョア・「市民社会」はまだ憎悪の対象ではなく、社会の自律性を認めつつ、ポリツァイを通じての国家的管理によって制御を加えることにより統合されるものと考えられていた。「家」の解体による市民社会の偶然性は、このような政治社会に代わるポリツァイや、あるいは家に代わるコルポラティオンを通じて克服され得るものであった。しかしながら、国家と市民社会の分裂の克服・媒介という観点では、市民が私人へと格下げされたのと同様に、コルポラティオンやコミュニケーションは私的団体に格下げされ、ポリツァイの方は市民社会に固有の難点の克服がそれのみではできない為に、「交易」や「植民」という超越的な打開策が持ち込まれることになっている、とリーデルは述べている（『ヘーゲルにおける市民社会と国家』八七頁、一〇〇頁）。

(7) Marx, Zur Judenfrage, in: MEW, Bd. 1, S. 370. 城塚登訳五三頁。Riedel, Bürger, Staatsbürger, Bürgertum, S. 716-719.

(8) Friedrich Nietzsche, Jenseits von Gut und Böse, § 260. 等。

(9) この点は教養市民層の内部解体という観点からも理解できる。一九世紀初頭の教養市民層のある種均質的な集団は、一九世紀後半から二〇世紀初頭にかけて、政治的地位の相対的後退とともに分裂する。その原因は、マクロ的次元ではドイツ社会の経済的な進展とともに「市民層」としての社会集団の分裂、つまり下層市民層のプロレタリア化が生じたこと、集団内部のミクロ次元、「教養」のレヴェルでは教育システムの変化に求められる。従来は質的な面で、階級限定性であったアカデミー的教育システムによる均一な「教養」的教育が集団的同質性を担保していた。量的な面で、卒業生の数的限定性が卒業後の社会的地位をある程度保障していた。しかし高等教育の開放とともにこのような状況は維持し難くなる。長期にわたった戦争は、教育システムの簡便化を要請し——つまりは労働力確保の必要性がここに典型的に示されているのだが——、開放性をもたらした反面で当然に学生の多様性をもたらし一体性をも喪失させた。例えば、これまでプロテスタント的であったアカデミー内部にも、カソリックやユダヤ人学生の占める割合が統計的に上昇した。また教育内容の点では、経済構造の変化・技術化にともなう実利的・専門的な教育重視がアカデミーでの「教養」解体を招いた。学生数の増加の結果、教育体制でも教授を中心とした「教養」の伝授から、私講師や助手の授業による代替といういわばマスプロ的教育へと変貌した。このような形で一九世紀的教養市民層の再生産システムは崩壊したといわ⁶。 Vgl. Konrad H. Jarausch, Die Krise des deutschen Bildungsbürgertums im ersten Drittel des 20. Jahrhunderts, in:

Bildungsbürgertum im 19. Jahrhundert, Teil IV (Hg. Jürgen Kocka), S. 180-205.

- (10) これにこたへては、Jürgen Habermas, Strukturwandel der Öffentlichkeit (4. Aufl. 1964), S. 102 ff., 「公共性の構造転換」(細谷貞夫訳) 第四章参照。

- (11) ヘラーも「市民の自分自身に対するルサンチマン」「ブルジョアの反ブルジョアの法則憎悪」といった言葉で当時の状況を表現している。Heller, Rechts-staat oder Diktatur? (1929), in: G. S., Bd. II, S. 452.

- (12) Scheler, Die Zukunft des Kapitalismus, S. 385-387, in: Vom Umsturz der Werte, Gesammelte Schriften, Bd. III, 「資本主義の将来」『シェーラー著作集5・価値の転倒(下)』所収) 二六七—二六八頁、Scheler, Der Bourgeois, S. 208, in: Vom Umsturz der Werte, Gesammelte Schriften, Bd. III, 「ブルジョア」『シェーラー著作集5・価値の転倒(下)』所収) 二〇七頁)。そしてこのようにして生じて来た新たなもの——つまり現代的状況でもある——を次の五つにまとめている。「まず第一に、資本主義的な組織形態と法形態の準備過程において、以前には生活の大道から離れてただ暗い小径の中で冒険的に達成しうるに過ぎなかった衝動的構えが、まさしく通常の経済生活の支配的な精神になった、という点(錬金術や掠奪行為を想起せよ)。第二に、この種の活動にとって必要な人間的諸性質が道徳および法の是認を、否、それどころか、宗教および教会の是認を得た、という点。第三に、以前にはまだ個々の人間の特別の贅沢の関心や富裕の生活の関心に基づいてはつきりと意識的に欲せられ計画されたものが、いまでは衝動的となり、病的にさえなっている、という点。第四に、そのような衝動的構えが、集団の中に現われる個人のもるもろの特殊な性格にはかかわりなく、個々の人間を包括する総体精神の構造になっっている、という点。第五に、新しい営利精神および労働精神は、中世・古代的世界観のうちにみられる主として質に向かっていく観想的認識態度を——研究者個人はこの動機についてまったく気づかないままに——量化的・計算的態度に変えることによって、世界観や科学までも規定している、という点。これらすべての点がいっしょになって、深い全体的方向転換を決定づけているのである」(Ebd. S. 350, 二〇八頁)。シェーラーが「ブルジョア」論を書くに至った直接のきっかけは、ウェルナー・ゾンバルトの『ブルジョア』(Werner Sombart, Der Bourgeois (1913), 金森雅也訳)にある。これはプロテスタンティズムの倫理に資本主義の精神を還元するウェーバーの一元論的理解に対する批判として書かれたものであり、黄金への渴望から、企業精神を経て、市民的美德へとという形でこの精神の発展を描くとともに、資本主義的人間の形成の外部的作用についても細かく記述している。ゾンバルトは資本主義という巨大な秩序を成立と組織化の両側面から検討しているのだが、企業家的精神と市民的精神との両方をブルジョアの中に認めるため、ブルジョアは必ずしも侮蔑の対象とし

- て扱われてはいない。上山安敏によれば、ウェーバーは自らの立場を表現する際には「ビュルガー」という表現を用い、「ブルジョア」というときには皮肉・侮蔑の言葉として用いており、このことからウェーバーのいう「市民的自由の政党」は理解されるべきであるという(上山『ウェーバーとその社会』二〇〇—二〇一頁。なおここで上山が挙げているのは、『プロテスタンティズムの倫理と資本主義の精神』『ロシア革命論』である。また『職業としての政治』(脇圭平訳)にも、「ブルジョア」「ブルジョア政党」についての批判が見られる。四九、五六、七二頁。上山は、ウェーバーがこのような「ブルジョア」と「ビュルガー」との区別をしたことの一因は、ゾンバルトの「ブルジョア」で描かれている人間像との違いを意識してのことであると推測している。ウェーバーとゾンバルトとの対立は、資本主義とその精神との先後関係、起源を「営利衝動」に見るか「労働衝動」に見るかという点などである。他方シェーラーは資本主義の起源問題とその発展の担い手の問題を区別しなければならぬという。いわゆる「精神」の問題は単なる因果的な原因究明ではない。だが実際に資本主義を進めていったかが問題なのではなく、その背後にある「精神」こそが問われねばならない、このように考えるのである。シェーラーはゾンバルトの「市民精神」と「企業家精神」という区別を受容して、「起源」「精神」問題に対する答えとして「市民精神」を、「担い手」問題に対する答えとしては「企業家」「企業家精神」を当てはめる。実際に資本主義的活動の最先端に立った者たちは、古代や中世初期には生物学的・精神的に高い価値をもった人間たちであったという。彼らが以前には人間の活動の内でも卑しいと思われていた分野に身を捧げたのは何故か。純粋な献身とか天才的な性急さというものは本来超個人的価値へ向かうものであった。虚構である「商業」にはこのような態度は合致しないはずであった。それに対し、とりわけ忠実・儉約から生産資本への移行をするに当たって道徳的正当化を与え、制度的推進をするのに仕えたのが「市民的精神」であった。資本主義的精神の形成において先頭に立ったのは企業精神ではなく、ルサンチマンに満たされた小市民であった。この市民的な徳・価値の体系は、最大の安全性と計算可能性を追求する「群衆のよくゆき」といた群衆」を造り出したという。また自由主義と生の哲学との関係では、Herbert Marcuse, *Der Kampf gegen den Liberalismus in der totalitärer Staatsanschauung*, in: *Zeitschrift für Sozialforschung*, Bd. III, 1934, S. 161 ff. は当時の反自由主義の特質を人間の英雄化、生の哲学、非合理主義的ニヒリズム、普遍主義の四点にまとめている。この論文は自由主義と全体主義との共犯関係を指摘している。
- (13) 保守革命の概念について Armin Mohler, *Die Konservative Revolution in Deutschland 1889-1932*, 3. Aufl., (1989, 1. Aufl., 1950), S. 9ff.
- (14) Armin Mohler, *Die Konservative Revolution in Deutschland 1889-1932*, S. XXVIII.

- (15) このように一七八九年という年との対比で新しい思想を展開しようとする態度には、イタリアに先駆者がいる。それは大衆社会的自由主義や議会制に対する批判から、ある種貴族主義的な政治思想を展開するものである。パレート、モスカ、ミヘルスなどがそれに含まれる。その認識はイタリアファシズムと一定の親縁性を有していた。もちろんそのことが即座に彼らにファシズムをもたらした責任を帰することになるわけではない。これらの思想はドイツの思想界にも影響を及ぼしている (Stuart Hughes, *Consciousness and society* (1958), Chap. 7, 『意識と社会』(生松／荒川訳) 一六九頁以下)。
- (16) この理念の流通にはドイツ学識者芸術家連盟 (Bund deutscher Gelehrter und Künstler) とドイツ協会 (Deutsche Gesellschaft) という二つの団体が寄与したといわれる。特に後者にはトレルチ、マイネッケ、ラーテナウなどが属していた。Vgl. Klemens von Klemperer, *Germany's New Conservatism*, p. 49-50.
- (17) 「戦争の勃発はドイツで無比の熱狂をもって迎えられた。〔…〕多くの知識人が感情的高揚の先頭に立って、戦争を『ドイツ的革命』として、すなわちドイツ人の魂の中における『一七八九年の思想』に対する『一九一四年の思想』の勝利として解釈することに熱中した」という。Cf. Klemens von Klemperer, *Germany's New Conservatism*, p. 49. ユンガーも当時はこのような列に加わっていた。川合全弘「ワイマール期におけるエルンスト・ユンガーの政治思想 (一)」「法学論叢」一一二巻六号四〇頁による)。
- (18) 勿論これは当時の思想傾向としてこのような捉えられ方がされていたということであって、例えば英仏に集団主義的傾向や権威主義的傾向がおよそ存在していなかったとか、ドイツに「市民」的なものが歴史上存在していなかったという事実の問題ではない。この「事実」については、Vgl. Johann Baptist Müller, *Deutschland und der Westen* (1989).
- (19) 「〔…〕一九一四年の思想は、一七八九年の思想と、今日鋭く、はっきりと、しかしまた前途有望に創造的に対立している。すなわち、一七八九年の思想の廃棄や否定としてではなくて、そういう思想のうちにも含まれている、人格の自由と尊厳、内実と生の深さに対する努力の、まったく種類を異にした形成として。一七八九年の思想は、孤立した個人およびいたる処で平等な理性のことしか考えず、一九一四年の思想は、国民全体の生活やこの国民全体へ個人をほめ、編入することしか考えない」。Troeltsch, *Die Idee von 1914* (1916), in: *Deutscher Geist und Westeuropa, Gesammelte kulturphilosophische Aufsätze und Reden* (Hg. von Hans Baron, 1925). 「一九一四年の思想」『ドイツ精神と西欧』(西村貞二訳) 所収。もちろん、だからといってトレルチの立場が直接に主戦論や非合理主義的な哲学の潮流につながるものではない。また、「一七八九と一九一四」と題した書物を、ヨハン・ブレンゲは一九一六年に発表している。一九一四年の理念という言葉はブレンゲ (*Der Krieg und Volkswirtschaft* (1915)) に由来す

るといふ。プレングのこの理念の捉え方はトレルチのそれと一致している。自由、平等、友愛(Brüderlichkeit)、まろしく真の商人の理想である一七八九年の思想に対して、ドイツの組織(化)——Organisation——の思想である一九一四年の思想を対置する。そしてこの両者をカントとヘーゲルに重ね合わせて議論する。勿論その場合、この両者はいわば「スローガン」として用いられることになる (Johann Plenge, 1789 und 1914, Die symbolischen Jahre in der Geschichte des politischen Geistes (1916), S. 1 ff.)。プレングはここから彼の組織論的な社会学・戦時社会主義論を展開するが、そのキャッチ・フレーズは「カントからヘーゲルへ」といえよう。ヘラーはプレングのヘーゲルと社会主義とを統合するとの議論の実質は、ヘーゲルの国民的権力国家的有機体論に過ぎず、社会主義と結合する必要もないと批判している。Vgl. Heller, Hegel und der Machtstaatsgedanke in Deutschland, S. 209-210, in: G. S., Bd. I, S. 239. プレングは新ヘーゲル派に強い影響を及ぼしたという。カントの「判断力批判」における有機体の概念を初期ヘーゲルへと展開しているカウフマンもこのような潮流の影響を受けており、プレングを直接引用している。Vgl. Kaufmann, Bismarcks Erbe in der Reichsverfassung, in: G. S., Bd. I, S. 143 ff. カウフマンとのこの理念との関係については、Vgl. Wolfram Bauer, Wertrelativismus und Wertbestimmtheit im Kampf um die Weimarer Demokratie, S. 176 ff. なおカウフマンは、既に戦時中一九一七年にこの一九一四年の理念の影響を脱しヨーロッパ文化の擁護者となったトレルチに対して批判的である。両者の関係については、S. 184-185. トレルチの戦争前後の思想的变化については、竹本秀彦『エルンスト・トレルチと歴史的世界』一八五頁以下を参照。

- (20) 例えばマックス・アドラーはカントの「市民社会」は、プロレタリアートが実現しようとしている諸国民が兄弟となるという、現代の社会主義の念頭にも浮かぶ理想と同じ理想であると述べている。カントがブルジョアに託した期待を社会主義はプロレタリアートに託し、文化的人間性が世界国家を築き、対等(べトウ)についても祖国と感ずることのできる世界市民を形成しようとしている。Vgl. Max Adler, Kant und Sozialismus (1925), S. 86, Anm. 1). ちなみにクラーはアドラーの国際主義に対して批判的である。
- (21) Ferdinand Lassalle, Das Arbeiterprogramm (1862), in: Gesammelte Reden und Schriften, Bd. II, S. 172. 「労働者綱領」『憲法の本質・労働者綱領』(森田勉訳) 一五五頁。
- (22) Kelsen, Marx oder Lassalle(1924), Heller, Einleitung in Ferdinand Lassalle, Arbeiter-Programm (1919), in: G. S. Bd. I, S. 3-11.
- (23) アドラーの「国家」理解については、Max Adler, Politische oder soziale Demokratie (1926), S. 60 ff. クラーとアドラーの論

争は' Staat, Nation and Sozial-demokratie (1925), in: Heller, G.S., Bd. I, S.527—563.

(24) Vgl. Adler, Neue Menschen (1924), S. 182ff.

(25) 『理性の破壊』(暉峻凌三/飯島宗享/生松敬三訳)。もっともこれは戦後(一九五四年)の著作であるが、ナチス政権下で執筆されたという事情もあり(下巻あとがき参照)、基本的態度には変更はないと思われる。更にルカーチはこれをファシズムの思想的系譜として論じている。なお、総体性概念の展開については、Martin Jay, *Marxism & Totality* (1984), p.81—127. ルカーチが『歴史と階級意識』(一九三三年)において、ヘーゲル主義的マルクス主義の立場から新カント派的社会主義を批判したことは、改めて繰返すまでもない。

(26) Gustav Radbruch, *Der Mensch im Recht*. 「法における人間」『ラートブルフ著作集5』(桑田/常盤訳)所収。この講演は一九二六年に行なわれ、翌年書物として公刊されている。また、ゾンントハイマー『ワイマール共和国の政治思想』は、反民主主義思想の特徴として、市民に敵対する態度を挙げ、「市民——これを侮蔑的に言えばブルジョア——に属する人間とは、新ナショナリズムが拒否する全てのもの、すなわち自由主義とその消極的国家観、資本主義とその厚顔なエゴイズム、唯物主義と非道德主義に賛成する人間である」と特徴づけている(二八二頁)。

(27) Heller, *Die Krisis der Staatslehre*, in: G. S., Bd. II, S. 5, 「国家学の危機」三—四頁。Heller, *Europa und der Faschismus* (1929), in: G. S., Bd. II, S. 483 ff.

(28) 「実証主義は、一九世紀の市民世界の精神から生まれた。この意識はとりわけ自然科学と技術とを故郷とするものであり、政治的には自由主義的であった。それゆえ実証主義の形而上学は常に自然主義的であるか、さもなければ形而上学的なものであり、しかもこれら二つの概念は厳密ではなく、極めてナイーヴに理解された。そしてその倫理学は個人主義であった」。Heller, *Bemerkungen zur staats- und rechtstheoretischen Problematik der Gegenwart*, in: G. S., Bd. II, S. 256, 「現代国家理論及び法理論の問題性に関する覚え書」六一頁。

(29) Heller, *Bemerkungen zur staats- und rechtstheoretischen Problematik der Gegenwart*, S. 267, 「現代国家理論及び法理論の問題性に関する覚え書」七七頁。

(30) 個人と国家に代表される権力的関係は、支配の主体が不明なシステムによる個人の拘束関係へと転換している。従って今日的にはヘラーの社会国家の中の公共性の再生の試みは、システム化の進行しつつある社会の中で、それに対して生活世界的文脈の主

張をいかにして媒介するかという問題設定の中で検討してみることもできよう。この点に関しては、拙稿「機能主義と社会統合・文化」(『法哲学年報一九九一 法的思考の現在』所収一三三頁以下)を参照。

(31) 先取りしていうと、この決断への恐怖に対する批判はヘラーをこの側面でシュミットと近づけるものであり、歴史への恐怖批判はスメントの議論を受け入れる素地である。もちろんヘラーはこの両者を批判的に受け入れるのだが、シュミットについてはむしろ批判的側面が表だっている。この点はいわゆる「保守革命」の論者とヘラーの親近性などとの関係で興味深い論点である。

(32) Heller, *Bemerkungen zur staats- und rechtstheoretischen Problematik der Gegenwart*, S. 251, 「現代国家理論及び法理論の問題性に関する覚え書」五四頁。なおこうした法則主義的認識の蔓延という認識がドイツに限らず汎ヨーロッパ的なものであったことを示す一例として、一九二七年に発表されたジュリアン・バンダ『知識人の裏切り』(右京頼三訳)。もちろんそこでの認識はまったく同じものではなく、理論の果たすべき、また理論家の役割についてはむしろ逆になるのだが。双方の間にはなんら引証関係はなく、そのことは逆に同時代的認識の広がりを示している。

(33) 未来派とはイタリアにおける芸術運動であり、一九〇九年にマリネッティの「創立宣言」をもって誕生した(このうち「未来派宣言」と呼ばれる部分については、松浦寿夫訳『ユリイカ』一九八五年二月号四四頁)。「進歩」「速度」「機械」などの技術の価値を信奉し、「危険の賛美」「古典教育・博物館・図書館の破壊」といったキャッチフレーズに見られるように伝統的な芸術・社会に対して破壊的な態度をもって対応していた(マリネッティ「未来派政治運動」細川周平訳、『ユリイカ』一九八五年二月号四八頁以下)。これはドイツにも強い影響を及ぼしている。政治的には「誇り、エネルギー、国家の拡張」をめざす汎イタリア主義、反平和主義であり、自由主義にも社会主義にも反対する。これらからも見られるように、愛国主義的ではあるが無政府主義的な運動として政治の領域では活動した。当初は市民的文化に対する抗議の運動として、青年を中心にした非日常的行動によるデモンストレーションを主たる活動としていた。その意味ではいまだ「政治」性を備えていなかったとも言える。「一般市民はいかに及ばず、知識人たちとの連帯は成立するはずもなかった。逆にその諒解の不在関係にこそ、未来派の運動の根柢があった」のである(田之倉稔「政治の中の未来派」『ユリイカ』一九八五年二月号六〇頁)。ところがこの運動は類似したイデオロギーを掲げたムッソリーニによるファシズム運動に吸収されていく。もともと「非日常性」を日常に露出させることを目的とした運動である以上、このように組織化されること自体、既に未来派の未来派としての意義が失われることになった(田之倉稔前掲六四頁)。

(34) ダンヌンチオについては、Europa und der Fascismus (1929), in: G. S., Bd. II, S. 497, 「美的主観主義」「ニーチェとロシア神

秘主義とフランスのデカダンからなる混合物」とし、世紀の転換期における徹底した合理主義批判の例としている。

- (35) パレートの同時代の思想的文脈の中での位置づけについては、スチュアート・ヒューズ『意識と社会』（生松／荒川訳）五四頁以下、一六九頁以下。

(36) Heller, *Europa und der Fascismus*, S. 477f. パレートは「社会や歴史における理性の有効性をもはや信ずることなく、この時代の究極的信仰、つまり科学と歴史的發展への信仰を破壊した」。いうまでもなくこれは市民的自由主義の信仰箇条である。

(37) Heller, *Europa und der Fascismus*, S. 479.

(38) ヒューズ（前掲注（35）一八四頁）もエリーートの循環説に見られる反議会制民主主義的マキャヴェリズムと精神的自由を強調する自由主義的心情との共存を指摘している。

(39) エリート思考と法則思考とが政治の中ではある種弁証法的関係に立つことをより具体的な形で示したのが「天才宗教」と「大衆自生主義」という両極である。これについては最終章で扱う。

(40) Heller, *Genie und Funktionär in der Politik* (1930), in: G. S., Bd. II, S. 620, 「政治における天才宗教と大衆自生主義」一五七頁。もちろん反ブルジョア的の反市民的という図式をとっている点での共通性はあるという。

(41) ところでドイツの文筆家にかような人物を探せば、すぐにエルンスト・ユンガーを思い浮かべるが、ユンガーへの言及はヘラーの著作の中では余り見られない。その思想との内在的関係を問題にするのは不可能だが、その僅かな箇所ではヘラーは彼をファシズム理論の輸入者として位置づけており、質的な全体国家による救済のイデオロギーが大衆の心をつかみ、ドイツの権威主義的国家を裝飾するいとを危惧している (Autoritärer Liberalismus? in: G. S., Bd. II, S. 648-649. 「権威的自由主義」一七九頁)。未来派との比較では、決断主義的な要素は双方にみられる。技術的進歩に対する認識は一致しているが、その解放力を評価する未来派と、そこに不可避的な世界的發展を見ながらも、それによる個人の抑圧を見るユンガーとは逆方向を向いている。市民文化に対する批判という点では一致しているが、それを市民「文明」の西欧文明と捉えて批判を加えるユンガーと、伝統文化の市民文化と技術の進歩によって可能になったモダニズムの側に立つ未来派との違いである。参照、川合全弘「ワイマール共和国におけるエルンスト・ユンガーの政治思想（一）」『法学論叢』一一二巻六号二三頁以下。

(42) 「かくて歴史や決定への不安から論理的—数学的科学的の客観性と明証性を追い求めようとする法律学がもたらしたものは、つまるところ歴史的社会学主義に他ならなかった。この両者は不可知論と絶対的相対主義に到達する。歴史的生成一般の手に負えない

不確実性や革命的無秩序を脅威と感じるところから生じるブルジョア的な安全性欲求は、政治学から政治を追い払い、法律的秩序を絶対的に計算可能な安全性と等置しようとしたがっている。Heller, *Bemerkungen zur staats- und rechtstheoretischen Problematisierung der Gewalt*, S. 276, 「現代国家理論及び法理論の問題性に関する覚書」八五頁、*Bürger und Bourgeois*, in: G. S., Bd. II, S. 625-641, 「市民とブルジョア」一六三—一九〇頁。

- (43) *Genie und Funktionär in der Politik*, in: G. S., Bd. II, S. 616. 「政治における天才宗教と大衆自生主義」一二四頁。「大衆自生主義は、役人を制御する権力集団に、彼らを完全に依存させようとする。英雄信仰は、天才をあらゆる物質的及び理念的な社会の必然性を越えたものに高める。大衆自生主義は、共通の理性や共通の理想、そして合法性が、階級対立が廃棄された後に不可欠なる国家的統一を、没支配的な形で打ち立てるであろうと信じている。天才宗教は多様性の中の政治的統一を、理念的な価値共同体ないしは相対的に客観的な合法性によってではなく、ただ「法より解放せられたる王」の支配によってのみ成立させられるものと見る。とりわけその現代版たる生の哲学の形式においては、社会における理念と理性とへの信仰のすべては、ユートピアだと考えられている。」

(44) Kelsen, *Politische Weltanschauung und Erziehung* (1913), in: WtS, Bd. II, S. 1504.

(45) Kelsen, *Politische Weltanschauung und Erziehung*, S. 1504-1505.