

ワイマール期国法学における方法と主体の問題(三)

——ヘルマン・ヘラーの議論を中心にして——

大野 達 司

目 次

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（以上第二八卷第一号）

第一章 価値相対主義と主体の問題

序、法解釈と意志

一、法生産の方法論

二、手続による憲法保障

三、権威と価値相対主義（以上第二八卷第二号）

第二章 主権論と個人

序、議会制論

一、憲法学・国家学の危機と主権論

- 二、主権と独裁
- 三、秩序と個人（以上本号）

第二章 主権論と個人

前章では、ワイマール国法学新派の諸論者が共通の批判対象としていたケルゼンの主張を検討した。その結果として、実はケルゼンもまた彼らが抱いていた同時代的関心を共有していたという点を指摘した。しかし彼は、存在と当為の二元論や、そこから導かれる価値相對主義の立場を固守し、問題を論理的に追い込んでいった。他方、本章以下で取り上げる諸論者は、このケルゼンの中で分断されていた契機を方法論的轉換を通じて總体的に克服しようとしたのである。本章ではまずシュミットの議論を取り上げてみたい。⁽¹⁾

シュミットの議論の特質を示すものに彼の「憲法」概念があることは周知の通りである。彼のこの概念は、憲法典として示される憲法とは異なり、その背後にある主権者の政治的決断を意味している。このことが実証主義的に捉えられた法規範としての憲法理解に対する批判であることは繰り返すまでもない。そして彼の「憲法」概念が指し示す領域とは、まさに政治的意志の領域に他ならない。実証主義的立場は、このような領域を言葉として示された憲法によって制約ないし規定しようとするものであり、政治の領域の法学化を招くものとシュミットは捉えていた。そのことから即座に、国家構造の問題に関して法学的検討が不要・無意味だという帰結が導かれたわけではないし、法学、就中国法学が政治化されたのでもない。だが、さし当たりそのことを別としても、国家体制・「憲法」そのものの根幹に関わる部分には——理論的にも実践的にも——規範主義的ではない独自の考察が展開された。

さて、この問題に最も明確に関係しているのが主権や独裁の問題に関する彼の立場である。主権の問題に関しては、近代的主権としての人民主権への移行を彼は歴史の流れとして捉えている。しかしこの人民の中から主権としての政治的統一性が生み出され得るかどうかという問題に関しては否定的に評価していたといつてよい。このことは彼の議会制批判に典型的に現れている。つまり、主権の所在の問題としては人民主権を認めつつも、結論的にいえば、その実現ないし構成の問題に関しては、彼は十分な議論を尽くしてはいないと思われる。この点は彼の制度の捉え方が背景にある。後述するように、彼は「独裁」論において、委任独裁と主権独裁とを対比している。ワイマール憲法四八条に規定される大統領の権限に関して、彼はその性格を委任独裁と捉えている。しかし委任独裁が成立するためには、前提となる憲法の根幹部分が維持・共有されていなければならない。かくして問題は、ワイマール憲法が彼の意味での「憲法」たり得たかどうかにかかっている。この点で彼は少なからず疑問を呈しているものであり、だとすれば、果たしてこの体制は維持されるべきなのかどうか、彼はこれに代わるものとして何を考えているのか、が問われなければならない。この点は本稿で中心的課題としている意志形成の構成問題に他ならない。シュミットに関してこの観点から問題なのは、同時代認識に支えられたシュミット（ないしその理想とする）個人のスタンスと、公法ないし国家理論が当然に関わらざるを得ない現実の人々との関係にあると思われる。⁽²⁾

序、議会制論

さて、シュミットの議論は、とりわけその時代診断の鋭さによって多くの人を引きつけてきた。なかでも議会制批判は有名である。そしてこの批判は、同時代の危機意識を表現し、その結果としてときにそれを助長することにもなった。もちろんこの危険は、シュミットにとっても、克服すべき出発点である。まずこの点を簡単に整理しておきたい。

(一) 討論による意思形成としての議會制

議會制は代表制民主主義において国民の中から間接的にせよ統一的意思を形成する制度である。シュミットも、前章でみたケルゼンと同様に、議會制を討論による意思形成手続の中に捉えている。しかし彼は議會制を民主主義との連続性を否定する。「議會の存在理由は、ルドルフ・スメントの適切な特色づけに従えば、「動態的・弁証法的になるもの」のなかに、すなわち、正しい国家意思を結果として生み出すような対立と意見の討論過程の中にある。議會にとって本質的なものは、それ故、論拠と反論との公開の商議、公開の討議、公開の討論、交渉であり、その際には、さしあたって民主主義が想起されることを必要としない。⁽³⁾」

シュミットは、君主の意思に法律の根拠を求める絶対主義の主張とアメリカの「フェデラリスト」の主張を対比し、議會制を支持する後者の主張が依拠する世界観を均衡論的なもの、その相対的合理主義と特徴づける。つまり立法と議會とにだけ要求を限定し、議會の内部についても単に相対的真理だけに要求を限っているというわけである。「諸党派間の対立によってもたらされる意見間の均衡は、それ故決して世界観の絶対的な問題に及ぶことができず、その相対的性質からしてそのような過程に適する事柄にだけ関わるることができる。敵対的な対立は議會主義を廃棄するのであり、議會主義の討論は、争われることのない共通の基礎を前提とする。国家権力も何らかの形而上学的核心も、直接的な断定性を持って登場することはなく、全てが、わざと複雑にされた均衡過程の中で媒介されなければならない。議會は、そこで人が審議をし、言い換えれば、討論の過程の中で議論と反論との検討により相対的真理を獲得する場合である⁽⁴⁾」。このようにシュミットはケルゼンが民主制論の中で展開した議會手続の合理性を、民主主義と結びつけることなく、それ自体として評価対象にしようとする⁽⁵⁾。議會制は民主主義に由来するものではなく、自由主義に由来するものであり、政治理念としての自由主義とは対立するものとして理解される。人民に主権があるとすれば、主権者

たる人民の意思は絶対不可謬のものである。そのような「意思」はそもそも上のような相対主義的—自由主義的特質をもつ議会制だけによって示されることはありえない。議会制は政治的統一性を生み出すものではなく、多元的状态を調整する機構だからである。

(二) 議会制の精神的基礎の喪失

次の問題はこの議会制という制度の今日的可能性である。理念・原理としては民主主義と自由主義とは必ずしも結合しない。現実の制度としては、自由主義と民主主義とが結合し、議会制という制度が主権者たる人民の意思を媒介する制度として機能することはありうる。ところが今日ではこのような自由主義的な議会制度はその意義を喪失しつつある。小委員会による決定、官僚制化、大衆民主主義の勃興がその原因である。⁽⁶⁾

こうした主として議会活動の現状における変質という現象面の問題点の指摘は、同時にその背景にある議会制に対する、あるいはそれを支えるべき意識の変質をも捉えている。つまり議会制の基礎をなす「討論への信仰」の喪失である。かつては真理と正義を生み出すものとして一つの世界観をなしていたこのような信仰は崩壊してしまった。そのことは同時に議会制を本来支えていた自由主義と民主主義との幸福な結婚の破綻でもある。国民の意識の中に広く討論への信仰が存在し、またそれが制度としても実現できる限りにおいては、両者は結びつくことができた。議会制は自由主義の思想圏の産物であり、それが国王との対抗という中で民主的要請と結合したのは歴史的偶然に過ぎないといことになる。

「議会主義への信念、討論による統治への信念は、自由主義の思想界に属する。それは民主主義に属するのではない。この両者、自由主義と民主主義は、互いに区別されねばならず、そうすることによって、現代の大衆民主主義を造り上げている異質の混成物が、認識されることになる。⁽⁷⁾」

他方の民主主義の本質的契機は、シュミットにとって「同質性」である。「あらゆる実質的な民主主義は、等しいものが等しく扱われるだけでなく、その不可避な帰結として等しからざるものが等しく扱われぬ、ということに基づいている。それ故民主主義にとっては、必然的に、まずもって同質性が必要であり、ついで——その必要があれば——異質なるものの排除あるいはせん滅が必要である。〔……〕等しさという問題にあっては、抽象的・論理的算術的な遊戯ではなく、等しさの実質が問題なのである。」⁽⁸⁾

ここでは「民主主義」に潜む暴力性が容赦なく指摘されている。民主主義の同質性は実質的なものであり、従って、あらゆる人間の人間としての普遍的平等とは、政治理念としては外部を持たないが故に内容空疎な概念である。このような平等は、むしろ特定の種類の自由主義である。自由主義とは国家形態たり得ず、個人主義的な道徳ないし世界観を意味する。上述のように、このような道徳を支持するような政治制度は不可能なわけではない。だが現代の大衆民主主義は、これら両者の不明瞭な統合に基づいている点に問題があるのである。⁽⁹⁾

議会主義の危機は、民主主義と自由主義の二者択一の不可避性が表面化したことに起因する。これは民主主義的な政治的理想と個人主義的道徳との対立である。大衆民主主義は、この両者に引き裂かれる宿命にある。個人の意識と国民的同一性との矛盾である。自由主義は基本的に私的な個人を出発点としている。それによって成立した議会主義の制度は、秘密投票によって私的領域から踏みでることなく政治に参加できる。しかしこれは同質性を基礎とする民主主義の要請とは合致しない。民主主義では国民が主体として登場する。「国民は公的領域でのみ存在する」。その典型が喝采である。国民意思はこれによって表明される。この直接民主主義手続を前にすると、民主主義の観点からは、自由主義的な議会制は人為的な機構に見えることになる。

「討論とは、合理的な議論をもって相手に真理と正しさを説得し、さもなければ真理と正しさを自分が説得される

という目的によって支配されるような、意見の交換を意味する。(「……」あらゆる代表制憲法の特徴は、法律が意見の闘争から(利害の闘争からでなく)生ずるということである。討論には、前提としての共通の確信、喜んで自ら説得される覚悟、党派の拘束からの独立、利己的な利害にとらわれないこと、が必要である。)⁽¹⁰⁾

「議会主義の状況は、今日、極めて利己的であり、それは、現代大衆民主主義の発展が、議論に基づく公開の討論を空虚な形式にしてしまったからである。(「……」政党は今日ではもはや討論する意見としてではなく、社会的あるいは経済的な勢力集団として対抗しあい、おたがいの利害と権力可能性を計算し、そのような事実的な基礎の上に妥協と提携を取り結ぶ。大衆は宣伝機構によって獲得されるが、その最大の効果は、手近な利害と激情への呼びかけに基づくのである。真の討論にとって特徴的である本来の意味での議論は消滅する。それにかわって政党間の商議においては、利害と権力チャンスの目的意識的な計算が現れ、大衆の操作においては、広告による印象的な暗示、あるいは「……」「象徴」が現れる。)⁽¹¹⁾

このように民主主義、ことに大衆民主主義は、独裁とそれに歓呼する大衆というような政治形態に親縁性を有する。この問題を考えるためには、近代的主権の問題にまで遡る必要がある。なぜなら、かような状況は近代において国民が主権者となった状況のもとで初めて生じたからである。かくしてシュミットは近代的主権の成立を更に遡るという精神的な戦略によって、問題解決の糸口を探ろうとする。

他方で、上のいくつかの引用からもわかるように、シュミットは即座に自由主義的価値を一般に否定しているわけではない。⁽¹²⁾ 周知のようにシュミットは、政治制度の中心に自由主義が位置することに對しては、公的次元に位置する政治を弱体化させるものとして批判的である。だがこのことは即座に自由主義で擁護されるべき個人の価値を否定することを意味するものではない。もっともそこでの「個人」の性格づけが問題となる。これらの点はシュミットの大

衆民主主義批判の基礎に位置している。それに代わるものとして、彼はどのような秩序を構想するのであろうか。

(1) シュミットについては邦語文献にも枚挙に暇がない。代表的なものとして和仁陽『教会・公法学・国家』、山下威士『カール・シュミット研究』、長尾龍一の『カール・シュミットの死』をはじめとする一連の研究、新田邦夫『カール・シュミットの政治理論』、『国家学会雑誌』八四卷三一八号、田中浩『カール・シュミット——魔性の政治学』など。その他、本稿でとった枠組みに関して、樋口陽一『憲法』『自由と国家』。なお筆者も既に小論(拙稿「シュミットとリーガリズム」『思想』七七四号七〇頁―九六頁)を發表したことがあるので、本稿では重複する部分については触れていない他、シュミットの広範な業績のうち、本稿での関心に関する部分のみを扱っている。

(2) シュミット自身の主義と秩序観に関しては近年優れた研究が公にされている。しかしそれが同時代の現状との関係で変質を被らざるを得なかったのもまた事実であり、本稿での関心はその変質の不可避性を検討することにある。

(3) Schmitt, *Der geistgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, (1923/1926), S. 43, 「現代議會主義の精神的狀況」(樋口陽一訳『危機の政治理論』) 六六頁。

(4) Schmitt, *Der geistgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, S. 58, 「現代議會主義の精神史狀況」 八一頁。

(5) 彼はヘーゲルを引き、議會(等族議會)の教育的効果にも言及しているが、これは有機体的思考による自由主義的な機械的均衡理論の破壊であるとする。Der geistgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, S. 60, 「現代議會主義の精神的狀況」 八三頁。

(6) 「今日人々の運命がかけられているような政治上及び經濟上の重大な諸決定は、もはや〔…〕公開の言論と反対言論における意見の均衡の帰結ではないし、議會の討議の結論でもない。政府への国民代表の参与、議會主義的政府〔議院内閣制〕はまさしく、権力分立を廃棄し、それとともに議會主義のかつての理念を廃棄する最も重要な手段であることが証明された。現状において委員會、それらもいよいよ小規模の委員會に仕事に移り、結局はそもそも議會の本會議、従って議會の公開性とその目的から遠ざかって、必然的に単なる門構えに過ぎないものとならざるを得ない、ということとは当然である。〔…〕議會主義はそのことによって、その精神的基礎を放棄し、言論・集会・出版の自由、會議公開、議院の不可侵特権その他の特権はその存在理由を失うのだ、ということ

を見て取るだけの、歴史的状況の自覚を持っていなければならない。」Schmitt, *Der geistgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, S. 62. 「現代議会主義の精神的状況」八五頁。

- (7) Schmitt, *Der Gegensatz von Parlamentarismus und moderner Massendemokratie* (1926), in: *Positionen und Begriffe*, S. 59, 「議会主義と大衆民主主義との対立」(樋口陽一訳『危機の政治理論』所収) 一一三頁。
- (8) Schmitt, *Der Gegensatz von Parlamentarismus und moderner Massendemokratie*, S. 59, 「議会主義と大衆民主主義との対立」一一三頁。
- (9) Schmitt, *Der Gegensatz von Parlamentarismus und moderner Massendemokratie*, S. 62, 「議会主義と大衆民主主義との対立」一一七頁。
- (10) Schmitt, *Der Gegensatz von Parlamentarismus und moderner Massendemokratie*, S. 56, 「議会主義と大衆民主主義との対立」一一九頁。
- (11) Schmitt, *Der Gegensatz von Parlamentarismus und moderner Massendemokratie*, S. 57, 「議会主義と大衆民主主義との対立」一一〇頁。
- (12) Vgl. Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 164 ff.

一、憲法学・国家学の危機と主権論

本節では、シュミットの民主主義観を見るために、彼の主権論、ことに近代的人民主権に対する認識を検討してみたい。その際、シュミットの議論をヘラーのそれと対比することによって、両者の特質を見ておきたい。具体的に彼らの主権理解に立ち入る前に、その前提としてこの問題に関わる彼らの方法論的態度を簡単に振り返っておきたい。そこでも再びケルゼンの議論に対する批判が出発点となっている。

ケルゼンの法学純化作業は、国家の社会学的及び政治的—倫理的問題を「メタ法律学的問題」として彼の「法学と

しての「国家学」から取り除き、その延長上で国家と法秩序を同一視した。純粹法学は客観法の理論であり、従って権利や権利主体といった概念は第一義的なものではなくなる。そのため法主体としての国家という通説的理解は否認され、国家は法秩序と同一視される。国家は客観的法秩序という規範大系に過ぎないとするなら、実体としての国家は消滅する。これが「国家なき国家学」であった。

方法論的にいえば、このことは法概念の形成における前学問的要素の意義の理論的排除である。ヘラーは、ケルゼンの「幾何学的法学」は幾何学と法学という学科の性格の違いに由来する「方法論的境界」を喪失させているという。⁽¹⁾ シュミットは、ケルゼンは一切の社会学的要素を法概念から排斥し、規範および究極的統一根本規範への帰属の体系を純粹に獲得したが、その根拠が示されないままに法秩序の「統一」が主張されている、法学的認識と政治的現実における統一とが予定調和に他ならない、という。⁽²⁾ 更に、ケルゼンのこのプログラムは、法現象の關係論的・脱実体化的理解であり、彼の「形式」は認識論的主観に帰属する「主観的形式概念」だが、ケルゼンがこのように法秩序の統一性を法認識の自由な行為の産物としながら、世界観として客観性を求めようとするのは、自己矛盾であると捉えている。⁽³⁾ この批判の当否は「客観性」の理解によると思われる。ケルゼンの目的は学的統一性の確保である。その理論的完結性こそがケルゼンの立場では客観的と呼ばれ得る。ケルゼンの批判者たちには、認識する主観ではなく、対象そのものの中にこそ客観性が存在する。従って、認識観点に依存させられた認識の統一が何故政治的現実に属する実定法規範の統一と合致するのか、というような批判が展開されるのである。

このような方法論次元での争いは、ケルゼンの自己完結した方法そのものが果たして国家学・法律学にとって有意かどうかという問題に他ならない。ケルゼンは公法—私法、客観法—主観法、主権概念といった国法学上の主要概念をの純粹法学から取り除いた。しかし、彼らによれば、結局ケルゼンの純粹法学は対象の性格を内在化し得ておらず、

破綻せざるを得ない⁽⁴⁾。この破綻ないし両義性は「根本規範」概念に典型的に現れる。シュミットは、ケルゼンの授權段階構造論の問題点を、根本規範論に集約して批判し、「ケルゼンらのあらゆる人格性を国家概念から消去しひよ⁽⁵⁾とする」異論のすべてが見損じているのは、人格観念やその形式的権威との結びつきの源泉が特殊法学的関心、即ち法的決断の本質への鮮明な自覚に発するということである⁽⁵⁾と総括する。他方、ヘラーによれば、根本規範は、「規範的」なものではなく「事実的」なものに位置づけられるべきだが、このことをケルゼンは隠蔽している。ケルゼンの実証主義は事実性に、つまり人為的に制定されるという事実⁽⁶⁾に基礎があるという意味での「実定性」が欠けている。そのため本来社会学的に支配団体と理解されるべき国家が「規範体系」として誤認されているという⁽⁶⁾。

このような純粹法学に対する評価が果たして全体として妥当なものであるかどうかはともかく、ヘラーを含めて同時代の人々が抱いていた感覚とは合致していた。それを法学・国家学に関して一般化して展開したのが「国家学の危機」というテーゼであった⁽⁷⁾。

上述のようなケルゼンの方法論(の問題点)の帰結として、実証主義的主権観では、主権から意志的契機が排除されている。これは、序章で触れた精神史的枠組みに当てはめれば、「あらゆる個性に対する規範の優越⁽⁸⁾」という、法則主義的世界観に由来する形式主義的法治国家自由主義である。ヘラーによれば、そこには「市民的安全性の欲求」が背後に見えかくれしているという。このような法合理主義の代理者がケルゼンであり、彼は主権者に代わって「根本規範」を置いた。それは「憲法を制定する権威を任命する」ものである。しかしそこで形成される(憲法)規範の内容は、立憲的権威の經驗的意志行為から導かれることになる。このような根本規範の問題次元は主権問題に位置する。

ケルゼンは「主権」の問題を法律学内部の問題として捉える場合、その方法二元論からの帰結として、当為ならざ「意志」の契機、そして意志的な決断主体を排除していた。その結果、ケルゼンにとって主権の享有主体は消滅し、

法秩序そのものが主権となることになる。「ケルゼンは主権概念の問題を、その否定によって解決した。その論理の帰結は「主権概念は根絶されるべきである」というにある。実質的にはこれは法に対する国家の独自性を否定する旧き自由主義であり、法実現という独立した問題を無視するものである⁽⁹⁾。これは、前述の「国家なき国家学」の別言である⁽¹⁰⁾。

ケルゼンの法治国家思想の完全な脱人格化と空白化によって、主権概念の衰退は完成された。「神学的見地からみれば人格神論が理神論を経て此岸において完成された理念の内在へと発展してゆく事態としてあらわれ、他方、法律学的にみれば人間が介在しない法規範の支配の完成をもって完結するような、内在的ユートピアの歴史は、まさにここに閉じられたのである⁽¹¹⁾」。ケルゼンの理論内部での完結性にみられるユートピアは法治主義の貫徹を反映したものである。だが、それ自体啓蒙主義イデオロギーの所産であり、決断や意志の契機を隠蔽するものである。啓蒙主義の時代にはそこに潜む問題点はなお顕在化していなかったが、いまやこのような世界観を自明のものとすることはできない⁽¹²⁾。国家学としてのケルゼンの議論は克服すべき時代状況を反映したものであった。

主権概念の問題においては、ケルゼンの純粹法学の「法主権説」は法的世界の、そして政治的世界の脱人格化の帰結と考えられている。脱人格化とは、法秩序を人格と捉えることからの脱却を意味するのではなく、逆にその虚構的人格化である。つまり、法や政治の問題から人間の主体的活動の契機を奪い取るものだという訳である。このことは規範と存在の方法二元論において規範生成の問題が度外視されるという問題点とパラレルの関係にある。規範秩序を遡行した結果は周知の「根本規範」であったが、これは論理的仮説であって、規範の生成の問題は「奇跡」として論理的に理解不能な問題とされていた。もちろん規範が生み出される過程の問題にケルゼンがまったく関心を払わなかった訳ではない。この点については、政治理論としての民主制論が具体的国家秩序構成の方法論として構想されている。しかしそれは方法二元論という枠組みとは別次元の問題として扱われていた。この問題こそがシュミットやヘラ

一にとって法学や国家学の答えるべき問題の核心であった。規範生成の問題は、眼前の社会的秩序形成の問題と論理的に同一のものと位置づけられ、こうした観点から方法論をも含めた総体的転換が要求されたのである。

さてここでヘラーとシュミットとの関係について予備的に触れておきたい。シュミットとヘラーとは主権問題の事実上の否定という点につき、ケルゼンを批判していた。しかしこの主権問題の扱い方に関して、両者には相違が存在する。シュミット、ヘラーともに、国家や法理解における現実性の欠如、「実定性」という要素の欠落を問題にしている。しかし、ここで既にシュミットとヘラーとの違いが微妙に現れている。ヘラーが社会団体としての現実性を強調し、その中での意思的契機⇨実定性を問題にしているのに対して、シュミットでは、法的權威の問題との関係で人格的決断の契機が重視され、それとともに認識論的な主観—客観関係に分断された概念ではない「形式」概念が「權威」との関係で強調されている。つまり両者には人格的決断の構成をめぐる大きな対立が存在している。これは意思形成過程の構成問題に他ならない。シュミットは「主権性とは、現実には国家の全権であり、これはかの、権力の分割、すなわち限定づけを徹底するあらゆる憲法にとっての全権なのだから、法的な規律は権力行使の予測可能な内容しか把握することはできず、権力それ自体の実体的な内容を把握することはできない。ではそれに対して、すなわち法によつては規律されない場合において決定を下すものは誰か、という問いが主権性とは何かという問いである」としている。⁽¹³⁾シュミットは規範的な規律にもとづく主権の捉え方を批判し、政治的現実での主権の所在の確定を対置している。他方、ヘラーは、主権は何かという問題は、主権が具体的政治や法の世界でいかにして構成されるべきかという問題だと考えていた。従つてケルゼン流の法主権論は、そもそも問題設定からして受け入れがたいものであった。このように、ヘラーのケルゼンに対する批判は、第一に問題設定そのものに対する批判であり、シュミットの主権論に対する批判は具体的な解答の次元での批判であるといえよう。この点に関しては、節を改めて検討することにした。

なおケルゼンとヘラーとの関係について若干補足すると、さて以上のような問題は「実定法」概念についても妥当する。ヘラーによれば、ケルゼンは法の実定性の問題を具体的法秩序における根本規範からの導出可能性に置いているが、これはある具体的法秩序の他の具体的秩序との区別を意味するに過ぎない筈であり、これを法の本質論——つまり道徳などの他の規範などからの区別——に用いるのは不当であるという。

しかしケルゼンにとっても法とは——ヘラーと同様に——実定法に他ならず、その実定性こそが他の規範と法とを区別するメルクマールであった。ただし、その実定性は、それが実定されたものであることについて、人為的決定の介在を承認しつつも、それが単なる決定——意志的生産物——ではなく、法という当為の世界に属するものとしての根拠を、権限の連鎖という形で最終的に「根本規範」に遡及することにより担保しようとしていた。その意味では、一方で自然法的な規範と異なる人為性の性格を維持しながらも、他方で心理学的ないし事実的な世界の決定との違いを強調するという二面作戦を展開していたわけである。従って、それを最終的に支えている「根本規範」の中には当為としての法秩序を最終的に支える規範的性格と、それが事実当為として存在していることとの両者の性格が混在せざるを得なくなっているのである。これは「法主権説」の抱える難点であると、ヘラーには映っていた。ヘラーにとりこの所与性を支えるのは「共同体を拘束する最高の法命題を実定化する能力」⁽¹⁴⁾たる主権性に求められることになる。ケルゼンは国家的主権の事実⁽¹⁵⁾に眼を塞ぎ、所与性を認識する「法律家」に主権を付与しているとヘラーは批判する。

ヘラーはこのように主たる批判対象をまずケルゼンに代表される実証主義の法則信仰に向けている。この批判は当時の主流でもあった。ヘラー自身もこの反・実証主義という形で政治的には多様な潮流が戦線をとにもする混乱状況を自覚している。⁽¹⁶⁾政治的に様々でありながら法則主義を批判する「反ブルジョア的な英雄的生の雰囲気」としては共通している時代の状況の中で、この雰囲気⁽¹⁶⁾をいかにしてキャナライズしていくかがヘラーの課題であった。その中で

比較的友好関係にあったシュミットとも袂を分かっていくのである。⁽¹⁷⁾

- (1) 「ケルゼンは、コペルニクスの転換の意味をよく吟味しないまま、いきなりそれを文化科学や法学に持ち込んだために、法学には合理化不可能な内容や素材があることを認めようとしなかったからである。」 Heller, Die Krisis der Staatslehre, in: G. S., Bd. II, S. 19-20, 「国家学の危機」一三三頁。
- (2) Schmitt, Politische Theologie (1922/1934), S. 27ff, 「政治神学——主権論四章——」(長尾龍一訳『危機の政治理論』所収) 一四頁以下。
- (3) 「ケルゼンの標榜する客観性とは、一切の人格性を回避し、法秩序を非人格的規範の非人格的妥当に帰着せしめるということに尽きている」。 Schmitt, Politische Theologie, S. 40, 「政治神学——主権論四章——」一一頁。
- (4) ヘラーによれば、これらの概念は本来社会学的基盤を有するものであり、それらは純粹法学の諸概念においても密輸入されているという。さもなければそもそも「国家学」を論ずることができないからである。それをケルゼン自身も国家法という図式をもとにして、文脈に応じてご都合的に両分野の概念的特質を使い分けることにより——規範体系であるとか——国家学を論じていると指摘している。
- (5) Schmitt, Politische Theologie, S. 40, 「政治神学——主権論四章——」一一頁。
- (6) 「国法学の方法的自覚ということについてケルゼンとその学派がなした貢献は、依然としてあまり評価されていないが、巨大なものである。だが、純粹法学の本質は、このような業績に個々の点にまで立ち入ることができていない、という点にある。私はケルゼンの最大の功績を、国家学における論理主義的実証主義を讓歩することなく極めて印象深くまた驚くほど明敏な形で貫き、ついに不合理なものになるまで徹底させた点にあると見ている。決して皮肉をいっているのではない。(…)政治的見識について言えば、ケルゼンの国家学は確かにそれほど不毛でもなかったが、通説的な法律学的・実証主義的国家学が邪道に陥るものであるという点については、啓発的な点は全くなかった。方法純粹性を目指したその努力は不毛なものであったが、このような努力が実務法曹に役立たず政治・教育的にも効果をもたないものための対価として支払われたのである——この点はケルゼンが反駁の余地なきまでに立証しているところである——。ケルゼンの『一般国家学』は、それゆえ、今日の国家学が陥っている重大な危機の古典的表現と評することができよう」。 Heller, Die Krisis der Staatslehre, S. 24, 「国家学の危機」二八頁。

- (7) Christoph Müller, Kritische Bemerkungen zur Kelsen-Rezeption Hermann Hellrs, in: Der soziale Rechtsstaat (1984), Hg. v. Müller/Staff. 「クルマン・ヘラーとハンス・ケルゼン間の論争についての批判的論評」(兼子義人訳『ワイマール共和国の憲法状況と国家学』所収三〇〇頁以下)など。政治的選択の次元での両者の類似性は、方法論的次元でのシュミットとヘラーとのある程度の一致点と政治的な著しい対立とともに、これらの論者間でねじれた関係を生み出している。ヘラーの議論は実質的には法実証主義の掲げた目標に対する同時代再構成であった。Vgl. Ingeborg Maus, Entwicklung und Funktionswandel der Theorie des bürgerlichen Rechtsstat, in: Rechtstheorie und politische Theorie im Industriekapitalismus, S.11 ff.
- (8) Heller, Souveränität, in: G. S., Bd. II, S.74.
- (9) Schmitt, Politische Theologie, S. 31. 「政治神学——主権論四章——」一六頁。
- (10) 『純粹法学』の体系における主権性概念の故郷喪失は、この理論の主体喪失から必然的に生じる。法律学的世界像の脱人格化は、これ以上に徹底して成し遂げられたことはなく、あらゆる規範的科学的基礎問題すなわち規範と個性の問題も、これより徹底的に否定されたことはない。ケルゼンにとってはいかなる人格といえども、規範秩序、国家、そして法秩序が虚構的に人格化されたものと同一であるにすぎない。」Heller, Souveränität, SS. 42-43.
- (11) Heller, Souveränität, S. 41.
- (12) これは序章で述べた公共性の衰退の裏面である。この点をおよそ無意味なものとして位置づけるのがシュミットの議論であるが、ヘラーも現状認識に限ってはそれと同様の視点を持っている。内在的ユートピアそのものが危機の隠蔽に過ぎないという議論について Reinhard Koselleck, Kritik und Krise (1959), 『批判と危機』(村上隆夫訳)特に第三章を参照。
- (13) Schmitt, Die Diktatur (1921/1927), S. 194.
- (14) Heller, Souveränität, S. 79.
- (15) Heller, Souveränität, S. 85.
- (16) Heller, Europa und der Fascismus (1929), in: G. S., Bd. II, S. 484.
- (17) Klaus Mayer, Hermann Heller Eine bibliographische Skizze, S. 82, 以下とこれらが明確に現れてくるのは一九二八年の『ヨーロッパとファシズム』であるという。確かに『主権論』でのシュミットに対する批判は理論的な傾向が強いが、『ファシズム』ではシュミットの議論をはっきりと「ファシズム的独裁」と規定している。Heller, Europa und der Fascismus, S. 489.

二、主権と独裁

本節では、主権の具体的構成の問題を対象にする。彼らは規範体系としての法秩序を「主権」とするケルゼンの見解を、「主権」の実体を理論の外部に駆逐し、主権問題を隠蔽していると捉えていた。これに対して実在的主権概念はいかにして構成されるのか。この問題は、単に理論的問題にとどまるものではなく、同時に政治的ないし倫理的側面に関わる社会哲学的問題である。こうした側面についてケルゼンもおよそ何も論じていないわけではないが、彼らにとって国家学の枠内での議論の転換が方法論的転換の主旨であった。

ところで、シュミットやヘラーにおいて実証主義に対する批判は、反面で有機体論批判と通底している。無機的な機械論的国家学は、精神と自然、規範と意志との対立を前者の側に解消した。その典型が法学や法の世界から心理学的意志を排除したケルゼンである。他方、有機的国家学は、この対立を後者の側へと解消する。この自然主義的国家観では、法的権力としての国家理解が前提からして不可能であり、国家の統一性がいかにして存在するのかを説得的に展開することができないという。ギールケ、プロイスらゲルマン的傾向の有機体論は、意思的統一体に対して多元性を強調している。しかしこれらの傾向を、シュミットは国家と法Ⅱ社会を対立させ、国家を社会の単なる使者に貶め、主権概念を廃棄するもの、と批判する。ヘラーも同様に、ケルゼンの規範主義と、サンデイカリスト的傾向とに等しく内在する「反国家主義」を指摘し、方法論次元での実証主義と社会学主義に対する批判と並行して、自然科学的な法則主義的傾向、法的世界の脱人格化であるとしている⁽²⁾。

存在論的な静態的秩序もなく、啓蒙主義的な一般意思の存在への信仰も動揺すると、社会は多元化する。シュミットの議會制批判、大衆民主主義批判はこのことを指摘していた。こうした現実を前提にすれば、主権の問題は支配の問題と不可分であり、その意味で「自然の(ないし自然発生的)秩序」はその任を果たすことができない。これが示し

ているのは法や秩序における意志的契機の不可避性の認識である。⁽³⁾ かくして、一方で自然の秩序的 세계観を根拠にして国家の統一性を弁証することはできないとともに、他方で意志的決定の契機の必要性を説きつつも、それが事実的支配関係に解消されるものでもないことが弁証されなくてはならないことになる。⁽⁴⁾

さて、こうした傾向に対してシュミットは実在的主権概念を対置した。⁽⁵⁾ 彼の非常事態に定位した主権概念と、支配の問題に射程を合わせたヘラーとは、⁽⁶⁾ 法・政治の世界における合理主義的法則信仰を批判する反・法実証主義としては、同じ陣営に属する。⁽⁷⁾ 「主権論」の問題は単に法学の理論的構成問題にとどまるものではなく、当時のドイツにおいてどのような「国家」秩序、国家的意思形成を構成するかというすぐれて実践的問題でもある。それ故に実証主義的な法主権論はシュミットやヘラーにとって無意味なものであった。だが、その理論の内実・帰結には著しい対立がある。⁽⁸⁾ 結論的にいえば、ヘラーとシュミットの違いは、何よりも主権問題を構成するにあたって、通常事態を前提とするか非常事態を出発点とするかという点にある。これは一見すると方法の選択の問題でありながら、それが多元的社会的克服という関心と結びついている以上、その克服の方向に含意される政治的帰結の厳しい対立を生み出している。

ヘラーは、決断的契機を制約する文化的条件の問題が法並びに国家構成の問題の中に持ち込み、それによって主権の問題を特権化することなく、通常状態を念頭においた民主主義的主権論をとる。したがってヘラーの国家論の基本構造は主権論で現れており、それは議会中心でありながらもそれを拘束する共同体法原則の存在を指摘する点で実証主義的な議会制論とも異なる。⁽⁹⁾ 以下ではこれらの点を、独裁と主権に関する問題を媒介にして跡づけてみたい。

(一) 主権と秩序

シュミットの有名な定義によれば、「主権者とは、緊急事態において決定を下すものである」⁽¹⁰⁾。ここでは、ケルゼン

によって国家から除去され個人側の側に位置づけられた意志は、国家に位置づけられ、主権の問題として現れている。そしてまた、主権問題は、秩序からみれば例外的な非常事態の問題として規定されている。シュミットの議論の前提にも、階級対立や党派争いで分裂状態にあるドイツの現状がある。それが極限化したときには、シュミットによれば既に「例外状態」であり、このような状態を制する者こそ、主権者に他ならないということになる。

シュミットはこの例外状態に本質が現れ、緊急事態にあつては法秩序の「法」と「秩序」の対立関係が明らかになるといふ⁽¹¹⁾。ここで法とは規範的なものとして、「秩序」に対比される。規範的なものとしての「法」は、「秩序」によって支えられていることが必要であり、「法」は通常事態においてのみ機能する。実証主義的な「規範主義」は、このような「法」の機能を無制限に、例外状態における規範的拘束にまで拡張するものだというわけである⁽¹²⁾。緊急事態には決断が規範に優位するが、それは規範の前提となる秩序を回復するためである。後にシュミットは規範主義と決断主義に具体的秩序思考を対置する際や、その憲法概念において見られるように⁽¹³⁾、実定法秩序の背後にある「秩序」を法的思考の基盤としている。

この点を独裁論での展開にみてみよう。彼の委任独裁と主権独裁の対比論によれば、憲法の具体的な存続を保護するために、委任独裁者は憲法を個別的に止揚するが、それに対して主権的独裁者は現存するすべての秩序を、みずからの行為によって廃棄し、新たな秩序を作り出す近代以降に固有の革命的な独裁である、とされる⁽¹⁵⁾。また、シュミットは、通常の官吏と委任（独裁）者の違いを、前者が法律により拘束されるのに対して、後者は命令に拘束される点に求め、主権者の意思に拘束される後者の方が独立性が弱いとしている⁽¹⁶⁾。従つて、裁量範囲の広い委任者の行動が恣意的にならないためには、主権者の意思を示す秩序がある程度自明のものとして存在していなくてはならない。『独裁』ではこの問題を歴史的展開の中に位置づけ、ローマ以来の伝統的制度である委任独裁と、啓蒙的独裁、ジャコバンの

独裁の中に現れるようになった主権独裁が対比されている。法や政治の世俗化¹⁷脱神学化以降、国民主権の觀念が登場し、市民革命によってそれが確立されるとともに、主権独裁が登場する。委任独裁はあくまでも一時的な、既存体制内での委任によるものだが、主権独裁は憲法体制確立以前の状態で意味を持ち、将来の憲法体制をその根拠とする。前者が憲法によって作られた権力であるのに対し、後者は憲法法制定権力として働く。フランス革命以降はこのような委任を与える実体が失われ、革命的人民という無形の主体が登場する。ここでは人格的代表とそれに随伴する制約を伴った授権関係はもはや存在し得ず、主権独裁が登場する。このような独裁概念の轉換がシュミットの近代国家理解の根幹を成している。

シュミットが指摘していた主権独裁の登場は、彼のいう委任を支える秩序の觀念が失われていることを示している。委任独裁の委任の意義が十分に維持されるためには、委任者との委任関係が実質的に維持され、また委任者の存立そのものが予め構成されていなければ無意味である。シュミットは、ライヒ大統領を「まったく明らかな委任独裁者の例¹⁸」としている。ライヒ大統領には決して「国家の全権」あるいは「限定なき授権」が与えられるのではないし、ワイマール憲法五〇条の定める宰相ないし管轄大臣の副署により効力をうるという統制に服しているからである。しかしより根本的には、国民主権を原理とするワイマール憲法¹⁹においては、民主主義的秩序と非常事態におけるライヒ大統領の権限の関係が問題になるはずである。上の二つの独裁概念の対比からもわかるように、独裁は憲法論上は委任に基づくものである。しかし委任の前提となる授権関係、背景による制度は、シュミットの念頭にあるものも含めて、世俗化のなかで自明のものとはならなくなっているし、同時代の状況ではそもそも存立し得なくなっていた。この事情は、シュミット自身が近代から現代へいたる歴史的傾向を、ルソーからプロレタリア独裁まで——そして最終的にはファシズムにまで——跡づけられる主権独裁をもって特徴づけていることから、彼自身が抱えていた問題であった。

この不定型な革命的人民主権は国家の主権者への解消であり、国家的統一の前提が喪失したことを示している。主権者における政治的統一の再生は、歓呼で答える集合的主体への連続線上で捉えることになる。シュミットのいう「秩序」とこれらの近代的正統性とはいかなる関係に立つのか。彼の国家論はアンシャン・レジーム期のフランス絶対主義国家をモデルとするといわれる。シュミットの世俗化されたカトリック的秩序はこのような正統性とさし当たり無関係に構成されたものである。それにも拘らず、現実にはこのような秩序そのものは存立し得ない。それを存立させるための道具立てをシュミットはどのように用意するのだろうか。

ワイマール体制との関係では、シュミットは議会制から利益代表的契機を払拭することを通じて、同一性の原理(人民が自己の政治意識と国民的意志によって友と敵とを区別する能力をもつ場合には、現存する人民が政治的統一体としての自己自身と同一であるという原理)を導入することになる。⁽²⁰⁾ その憲法概念のなかで、絶対的憲法概念はこのような人民の政治的統一性を指し示し、実定的憲法概念はその決断としての体制であることになる。しかしここで民主的同一性は、経験的人民から生み出されるべきものとしてではなく、一つの人格として措定される。⁽²¹⁾ この「価値あるもの」としての人民(の政治的統一性)を具現するという形でシュミットは秩序を構成しようとするのである。だがまさしくこの統一性の不在はシュミット自身が繰り返し指摘していたところではなかったであろうか。更にこの「同一性」の原理が徹底されることから生ずる危険性についても、シュミットは自覚していた。⁽²²⁾ だとすれば、具現性ないし代表制と同一性の原理とは再び緊張状態に置かれるのは必至であった。

具現的秩序は議会制の代表制へと転用されるとき、現実の代表制との関係では観念的性格を帯びざるを得ず、国民代表としての議会は、その利益の調整の役割ではなく、こうした対立を複合するものとなる。そもそも具現性と捉えられるレプレゼンタツイオンの秩序には、人格的な具現とその機関的作用とが存在する。だがこの文脈では人格的具

現の可能性が問題にされ、その結果として議会が主権者たる国民との関係では現実には現実にその役割を果たし得ないとなれば、いわばその機能的等価物である大統領を核とする直接民主的の制度にとって代わられる危険性が導かれることになる。彼はレプレゼンタツィオンを理念化し、それによって経験的次元での制御の余地を剝奪した。つまり、直接民主制に関する経験科学的な主張を内在させてはいない。⁽²³⁾ その結果として、前提となるべき秩序ないし同一性は宙に浮いてしまう。その中でなおかつ「秩序」が維持されるとすれば、それはどのような形を取るようになるのか。この帰趨については節を改めて検討してみたい。

さて、この委任者側の構成の難点こそ、後述するように「後見人」を主権者へと転換させる危険をはらむものとして、ヘラーが批判の対象としたものである。主権者とは立法権の主体であり、従って通常状態につき持続的に法的状態をもたらすものだ⁽²⁴⁾とヘラーは述べている。この意味での「政治的同質性」の不在はヘラーの議論にとっても出発点であると同様に難点を示すものでもある。だが、ヘラーはこれを経験的に生み出すべきものと考え、そのための議論を展開しようとした。ここには何らかの秩序の存在を必要とするシュミットの議論と、この秩序をむしろ構成すべきものと理解するヘラーとの対立がみられる。⁽²⁵⁾

ヘラーは、このようなシュミットの議論に対して次のような実質的な批判を加えている。

「大統領の独裁は必然的に委任的なものであるとしながら、大統領は「主権行為」を引き受けることの許された決定機関なのだ、と同時に主張することはできない筈である⁽²⁶⁾。そうである以上、シュミットがワイマール憲法四八条の解釈として、例外的にせよ「主権的権力によって」「措置として」例外状況を克服すべき機関が存在しなければならぬ⁽²⁷⁾とする主張は受け入れ難いものとなる。つまりシュミットの議論のなかで、委任独裁の議論が主権独裁に転換する

歯止めが理論上示されていない点を衝いている。委任独裁者として位置づけられている大統領が例外状況において行使する権限は事実上歯止めがなく、そのため委任を受けた限りで主権的地位におかれる大統領が主権者国民に代わって事実上主権者となるのではないかと危惧している。シュミット、ヘラーともに近代的な主権概念の展開を「超越性」を排除した「内在思想」の展開と捉えている。⁽²⁸⁾しかし両者の間には、この超越性の内在に関して隔たりが存在していたのである。以下ではヘラーの主権論を中心にして、ヘラーの側からシュミットの問題性を照射してみたい。

- (1) *Souveränität*, S. 45-46. デュギーについては、S. 46 f. マルクス主義の経済法則主権性への批判については、S. 48 f.
- (2) 同時代の国際法理論の一般的傾向にみられる反主権的態度批判については、*Souveränität*, S. 56. 自然法的な国際法的「自然の秩序」が主権性ドグマの危機 II 「国家の危機」をもたらしという。
- (3) 「支配することとはつまり規定的に命令することであり、拘束力をもって決定することである。しかし決定とは——そして何にも劣らず問題となるのだが——、人間というものが念頭におかれるかぎり、もっぱら人間的・人格的判断力の機能である。この事実のうちこそ、非人格的な自然の秩序が決定の機能をひきうけることが永久に不可能であることの決定的な理由がある」。*Souveränität*, S. 60. なお、契約秩序についても、規則を状況に即して具体化し、また遵守を強制する決定統一体が欠けているとし、支配秩序の必要性を説いている。Ebd. S. 63. この問題は国際法秩序の理解と関連しており、非人格的法秩序という觀念の普遍的拡張は、平和主義的思想、そして国際連盟制度によって、諸国家觀の世界經濟上の絡み合いの度合いが高まることによって、一層指しされている。だがこの形式的なイデオロギーは、法生成のためには個別的決定統一体を必要とするという実質的な法理念への信仰がなかったからこそ信仰を得た、とし、「自然の秩序」論や実証主義的法則主義とのコロラリーで語っている。
- (4) ここでは国際法理論の論争状況に立ち入ることはできないので、ヘラーに倣って「国家の危機」という観点から「主権論」の問題を扱っていきたい。
- (5) 従って、有機体的傾向やゲルマン主義的傾向に対する批判として、シュミットの公法学全体のモチーフを位置づけることができ

る。

(6) 「主権性ドグマを、意志を備えた主体という身代わりをつかって再生させるといふ、唯一のしかしきわめて意義のある試みをおこなったのは、カール・シュミットであった。一九世紀の君主による反革命の思考過程に、またソレルのサンデカリズムにも依拠してシュミットは擬制された国家主権性を国家機関の主権性によって代置しようとした。独裁によって権力を分割する法治国家を統合するにせよ、代置するにせよ、脱人格化された形式民主主義に統一性と主権の意志を与えようとする試みは、政治の実践的に、おいても、理論においても登場をみなかった。ドイツでは、シュミットの独裁理論がこの方向を進んでいる。」彼の意見によれば、従来の主権概念は、政治的には階級概念によって、また憲法的ならびに国法的には近代の団結の自由によって、本質的に変容されたのであり、今日ますます通説的な、あらゆるその他の主権主体に對置される「国家主権性」の概念は、多くの面で本来の問題の敬遠の書き直しであるにすぎないのだとされる。これらの点でラスキにきわめて接近しながら、シュミットは国家主権性の理論に「擬制されたより高次の統一性を、現実の力の現実の主体として具象化しようとする」努力を認めた。Souveränität, S. 88.

(7) シュミットに対するヘラーの批判と、ヘラーの主権論については邦語文献として、谷喬夫「主権論をめぐって——H・ヘラーのC・シュミット批判——」『法学新報』八四卷一〇・一一・一二号二〇七頁以下がある。

「通説に對するカール・シュミットの批判はたしかに、合理主義的な法律への信仰に決断主義を突きつけることによって、それらの理論が法律学上無能力であることの根源を暴き出した。この関連でシュミットの批判は疑いなく決定的なものであり、当面の仕事にとつてもさまざまの観点からのモデルケースとなった」。Souveränität, S. 89.

(8) シュミットの議論は確かに決断を強調するものではあるが、「決断」問題に関心を集中しつつ、それが生み出される、ないしそれを支える過程についての十分な議論がなされていないのは、彼の法学的形式主義の裏返しに過ぎない。決断が具体的にいかにして生成すべきかという本来の政治的問題を等閑視している。拙稿「シュミットとリーガリズム」。なお、具体的に對立した場面にいわゆる「プロイセン対ライヒ」訴訟がある。これについては、山下威士による訴訟記録の翻訳（『法政理論』に「プロイセン対ライヒ」（七月二〇日事件）法廷記録」として（二二）まで連載中）、同「一九三二年国事裁判所におけるヘルマン・ヘラー」『人權と憲法裁判』所収、同「一九三二年国事裁判所におけるカール・シュミット」『法政理論』二五卷二号、山口利男「国家学の危機とヘルマン・ヘラー」『危機状況と政治理論（年報政治学）』所収。

(9) この点は法律概念をめぐる彼の議論からも見る事ができた。ヘラーの主権概念は基本的に立法権を念頭に置いており、法律概

念の問題の国家論的展開が主権問題にあらわれている。参照、本稿(一)『神奈川法学』二八巻一号一四三頁。

- (10) Schmitt, Politische Theologie (1922), S. 11, 「政治神学—主権論四章—」五頁。
- (11) Schmitt, Politische Theologie, S. 19, 「政治神学—主権論四章—」九頁。
- (12) 「」に自由主義批判と同様の図式を見て取る事ができる。
- (13) Schmitt, ber die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens (1934), 「法学的思维の三類型」(加藤新平/田中成明訳)『危機の政治理論』所収、一四五頁以下。
- (14) Schmitt, Verfassungslehre, S. 4 ff.
- (15) Schmitt, Die Diktatur, S. 136 f.
- (16) このことは前者が客観化された法律に拘束され、主権者との関係が間接的になることによる。Schmitt, Die Diktatur, S. 36 ff.
- (17) シュミットは近代以降の秩序をヘラーのように自然的な世界観の崩壊としてのみ捉えるのではなく、カトリックIIアンシャンレジーム的な秩序の崩壊として捉えている。参照、和仁陽『教会・国家・国法学』一五五頁以下。この点では近代化の中で失われたものに対する感覚が異なっており、それがまたワイマール期の国家に対する態度の違いにもなっている。つまり社会的同質性の下からの構成と、同一性の上からの構成の違いとも言えよう。
- (18) Schmitt, Die Diktatur, S. 201.
- (19) ワイマール憲法四八条の大統領緊急権に関する最近の研究として、Achim Kurz, Demokratische Diktatur? (1992)。
- (20) この文脈で、人民(Volk)が政治的自意識を備えた国民(Nation)とならねばならないことが述べられているが、この点については、ヘラーとの比較の中で終章にて振り返る予定だが、さし当たり指摘しておきたいことは、このような転換がどのようにしてなし得るのかについての関心がシュミットに欠如していたことである。
- (21) この間のシュミットの議論の展開については、和仁(前掲本節注(17))、一六五頁以下。
- (22) Vgl. Schmitt, Verfassungslehre, S. 215.
- (23) Vgl. Christoph Müller, Der freie und imperative Mandat (1966), S. 41ff.民主制の意思形成過程の不充分さについては、Schmitt, Der geistgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, S. 34 f.「現代議会主義の精神的状況」五八頁以下。
- (24) 後述するように、立法者たる主権者もまったく無から決断するものではなく、倫理的な原則による拘束がボタンにおいては想定

されている。この点はヘラーが評価するところであるし、シュミットもまた見逃しているわけではないが、シュミットはこの点については特に評価を下していない。それはここでは主権問題そのものよりも、「独裁」問題に関心が集中していることにもよる。

(25) これは法律概念をめぐる両者の理解の違いに対応している。

(26) Heller, *Souveränität*, S. 90.

(27) Schmitt, *Besprechung von Gerhard Anschütz, Die Verfassung des deutschen Reichs*, in: *Juristische Wochenschrift*, 55, S. 2272; ders., *Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Art. 48 der Reichsverfassung*, in: *Veröffentlichung der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer*, 1, S. 93; *Die Diktatur*, S. 201 f.

(28) Schmitt, *Politische Theologie*, S. 64, 「政治神学——主権論四章——」二四—三五頁; Heller, *Bemerkungen zur staats- und rechtstheoretischen Problematik der Gegenwart* (1929), in: G.S., Bd. II, S. 254, 「現代国家理論及び法理論の問題性に関する覚え書」五四頁など。

(二) 主権と法——ヘラーの主権概念についての補遺

ヘラーもその主権論の出発点に、ボダンをおいている。ヘラーの関心の所在は現実への視点を備えた近代国家論としてのボダンであり、主権者を立法権を手にした「永久の力」であるとしたことを評価する。しかしそれとともに、⁽¹⁾ *ius* と法律 *lex* との区別を根拠にして、この立法権は無制約の主権者意思の表現ではなく、⁽²⁾ 君主も超実体的な法に拘束され、主権者がそれを侵害する場合には臣民は服従を拒絶し得ることに着目している。この点の重視は改めていうまでもなく、法実証主義に至る実定法一元論的認識に対する批判の意味をもっている。⁽³⁾ この超実定的な法の基礎の承認は、一方で抵抗権の基礎づけであると同時に、宗教的内戦の脅威に対する秩序擁護の必要性にも由来している。この限りでは、ヘラーとシュミットとは類似した関心を抱いていることになる。だが、問題はこの秩序の内実である。後論を先取りしていえば、ヘラーはボダンの神法としての超実定的な法の観念を、近代的な自然法思想の内実を伴

わせながら、文化圏に拘束された世俗化された法原則として再生させようとすることになる。⁽⁴⁾

このような法概念認識の次元でみられた近代性への傾斜は、国家観とも相関している。ヘラーはボダンのなかで、「法」により拘束され「法律」を形成する立法権の位置づけにその意義を読みとっている。⁽⁵⁾ それに対応して、彼の主権論も通常状態での立法権の所在の問題である。ここではまだ十分に展開されていないとはいえ、法と法律の間に立つ立法作用という把握は、問題を授權関係と秩序の存在に分断せず、決定の具体的ありように視点を向けていることがわかるものである。更に、「法原則」の位置づけの中で、彼の関心は、制度化された手続の態様にとどまらない社会との媒介、社会の中で意思形成にまで及ぶことになるのである。

ところで、シュミットも法規範が法理念の実現である、とする法と法律との二元論的立場を示している。しかし独裁の問題は法規範を超えるものであるが故に、措置であり、このような法理念とは関係しない。もともとシュミット自身は独裁者たる大統領に主権性を承認しているわけではない。シュミットの場合にも、例外状況での大統領の権限も決して無制約ではなく、人民の代表たる議会による制約が課され、その職務につくものの人格に由来する「制度的決断」とされている。⁽⁶⁾ しかし、決断の内容に対するこのような制約がワイマール時代の危機的状況でどのように機能し得るだろうか。ヘラーはシュミットの議論がカトリック的秩序観に立つものであることを指摘し、国民主義的なドイツの精神史から生まれてきた社会的大衆民主主義への反動と区別しているが、⁽⁷⁾ 「秩序」が自明のものではない近代以降の時代を前提とするヘラーにとり、その意義ないし含意は理解し難いものであった。その結果ヘラーはシュミットを決断主義者と断ずることになった。シュミットの主張によれば、あくまでも「委任的」な大統領の独裁が、実際には「主権」を手にした独裁に転化する危険性は否めないとヘラーは考えたのである。その意味で、主権論でのヘラーのシュミット批判が、結局のところ奇跡信仰と対比可能な例外状況での主権主体の神秘化に向けられたとしても不思議

議ではない。⁽⁸⁾ シュミットのモデルとなっているのが、奇跡信仰を基礎とする純粹決断主義型の秩序ではなく、上のカトリック的秩序観と結びついて、超越神を淵源とし、それを教皇(ないし君主)がそれを具現し、それが制度化された機関を通じて作用するものであった点でヘラーに誤解があったとしても、さし当たりそのことはヘラーの議論との関係では重要ではない。むしろこの局面の「合理化」⁽⁹⁾の近代における進行を所与として評価しつつ、それに対応する秩序の構築に、ヘラーの関心は向けられていたからである。⁽¹⁰⁾

ドイツ公法学の実証主義的傾向は、近代化の歴史的展開での法則主義化、脱人格化である。ヘラーはそれを近代主権理論からの離脱過程として理解する。近代の合理化の過程は、それ自身肯定的に評価されてよいが、実践的領域における意志的契機をも流し落としてしまったという点には再考の余地があると捉えるわけである。他方のシュミットは、このような意志の契機の登場を非合理主義へと連なる歴史的展開の系譜の中に位置づけようとする。そしてこの論理のなかで政治的統一が成立するとすれば、それは「神話」の理論の形をとることになる、と考えるのである。このようなシュミットの評価が彼の秩序観とどのような関係になるのかは次節で扱うことにし、以下ではヘラーの主権概念についてまとめておきたい。

ヘラーの主権概念は「領域普遍的決定統一」という国家における国民(「フォルク」)主権である。⁽¹¹⁾それが主権的であるには、他の団体の意志決定統一に対して独立性を有していることを必要とする。「主権を有するのは、したがって通常状態に関して成文不文の憲法を通じて決定を下した者、この憲法を自らの意志によって通用させることにより更に続けて決定を下す者である。適憲な通常状態に関して決定を下す者のみが、法律的に例外状態に関しても、場合によって法に反してすら決定を下す」⁽¹²⁾。

このように「法に反しても」決定を下す主権の承認に、国家絶対主義のニュアンスが嗅ぎとられたとしても不思議

ではない。事実、ラートブルフをはじめとして当時のヘラーの政治仲間はこの著作にショックを受けたといわれる⁽¹³⁾。規範との対比で意志の契機を強調する限りではシュミットとの類似性の方が際立っている。しかし問題は、単に主権の性格規定にあるのではなく、その内容的構成である⁽¹⁴⁾。

ドイツの国家学においては国家主権の理論が展開されてきた。そこでの国家主権とは、その背後になにもものも持たない国家機関や擬制的国家人格に主権が付与されたものであり、主権は君主に帰属するのか、国民に帰属するのかという本来の主権問題が回避されていた。国家意思の措定はこのような事情を示していた。もちろん第一次大戦後には、主権問題は、好むと好まざるとに関わらず国民主権として共通了解されていた。むしろヘラーは積極的に国民主権の立場を選択している。

「かなり長期の例外状況においても、人民は国民請願や国民票決を通じて最終審として例外状況に決定を下す可能性を有している。従って、ドイツライヒでは、カール・シュミットの定式…主権者とは通常状態が現実に支配しているかどうかを決定する者である、はもちろん大統領にはなく国民に該当する⁽¹⁵⁾。」

ヘラーは例外状況の特権化して、そこでの決断の問題として主権問題を考えているわけではない。ボダンとの関係でヘラーが述べていたように、むしろ通常状態での立法が問題になっている。その上で通常状態の延長線上で例外状態における主権問題を理解しているのである。従って、ヘラーの議論は、国家の主権性を理論上支持しつつも、その内実を国民主権として形作ることと強く結びついている。

しかし問題がこのことのみで解決しないのは、既に序章でも指摘したとおりである。国家意思形成を国民による立法に委ねるとしても、「国民」の存立可能性が問題となるからである。この点にヘラーの関心の焦点があった。自由主義的な孤立した個人を基礎とする国民理解では、意思統一体としての国民は措定できない。多数決原理とか代議制は、

ここから統一的國家意思＝國民意思を生み出すための技術的手段である。これらは技術的手段であるからといって、その意義が否定されるわけではない。技術的手段ではあるにせよ、議會制などの手続の存在は、君主制と民主制を分ける重要なメルクマールである。独裁制にあっても被治者による拘束は倫理的な意味で成り立っていた。被治者による治者の拘束の法律学的制度化は、國家主権と國民主権との相補的關係である。⁽¹⁶⁾民主制のもとで議會制などの技術を友好に働かせるのは、少数者も多数の代表者に服従させるための説得力をもたらず「一般意思」が存在しなくてはならない。民主制での代表者は、主権的代表者ではなく、「一般意思」によって理解された憲法の枠内で活動することになる。⁽¹⁷⁾法律学的制度は「一般意思」によって支えられる。これは抽象的に法則化されたものではない。⁽¹⁸⁾

この一般意思の構成の問題は、法原則の構成問題として、具体的な秩序形成、権力形成の内在的問題である。ヘラーによれば、それは単に法律によってではなく、一般意思を介して絶えず代理人としての決定機関に主権者としての國民から支持が与えられることにより、全体として國家主権が構成される。一般意思は実体的なものとして理解されていない。つまり領域的決定統一体としての國家に主権が属するという場合、抽象体としての國家に主権が帰属すると言われているのではなく、その構成に関心が向けられるのである。⁽¹⁹⁾

主権者は法に反しても決断を下す。このことはヘラーにおいても承認されている。場合によっては主権者によって緊急事態に対処すべき機関へと委任がされるとしても、両者の決定的な相違点は、この主権者のあり方に求められる。主権者が憲法をも与える機能をもつものとなった近代以降の主権概念の転換に対して、どのように対応していくか、である。このような状態を前提にした場合、自明のものとしての「秩序」は存在しない。このいわばポスト・コンヴェンショナルな事態に対して、それを危機と見るか、それとも主権の新たな展開を見るかの相違である。ヘラーは次のように述べている。

「民主主義とは人民による支配である。民衆が支配するべきであるなら、いかなる事情の下でも民衆が決定及び作用統一体を形成していなければならぬ。つまり民主制もあらゆる支配形態と同様に、意思統一システムを示さざるを得ないのであり、このシステムには常に少数者支配の法則が妥当する。民主的支配形式の特質は、その代表者がゲノツセンシャフト的に選任される点と、その代表者の立場が主権的なものでなく、magistratischなものである点である。あらゆる民主的代表者は、例外なく常に人民により直接間接に任免され、その代表的な決定権力は、独立性を有するにも拘らず、合理的に制定された秩序を通じて人民の意志に拘束されている。社会的に、場合によっては社会的倫理的に人民に拘束されていることが、民主的代表者の特徴なのではない。かような事態は専制的な代表者についても成立している。⁽²⁰⁾」

ヘラーによれば、専制制と民主制の違いは、「国民」を主権主体として措定していることにある。シュミットとの違いは、それを観念的なものではなく、現実的に捉えるところにある。緊急事態に一時的に決断を下す機関は「後見的」、委任的なものであり、副次的なものとして位置づけられている。基本的には民主制においては、「国民票決や国民請願が憲法上認められた例外状況に対する決断であり、その意味で飽くまでも主権の所在は国民の側にあるというわけである。だが、民主制において国民という主権主体が制度化されているということは、何も例外状態に限るものではなく、通常状態でも議会制という形で制度化されている。⁽²¹⁾」このような態度はワイマール末期の危機的状況の中でも変わることはない。

近代の国民主権は、静態的な価値秩序によって支えられていない。しかしヘラーはここから即座に決断の契機へと転ずるのではなく、この状況の中でむしろ全体としていかに秩序がうまく循環するかという方向で秩序の問題を實質的に捉えている。これがヘラーにとっての「政治」の問題であった。これは自然法論ではない。

ヘラーの主権論は、「通常状態」を念頭に置きつつ、そこでの法の制定権を中心にして考察されていた。従って例外状態での決断とは性質が異なる。つまり、そこでの「法」とは、無からの決断によって成立するものではなく、超実定的な法原則の具体化として考えられているからである。例外状態における秩序維持の任務にあたる者も、通常状態において法を制定する共同体権威に他ならない。従って「主権」の問題は、ヘラーにおいては誰が決断を下すべきかという法学的問題に還元されるものではなく、多数性としての社会からいかにして国家秩序が形成され得るのかという社会学的問題に転換されている。⁽²²⁾通常状態を対照とする議論は決して秩序形成の根源的問題を回避するのではない。最終的に誰が秩序を担保するのかという問題は、秩序生成の問題そのものに触れるものではないのである。さて、以上の対比の結果として残された問題は、シュミットにとっての秩序のイメージである。次節ではこの点を彼の個人観との関係を見ることによって、本章の締めくくりとしたい。

(1) ボダンに近代国家成立を見るヘラーにとって、祭礼共同体をも兼ね備えようとするファシズム的国家観は歴史的観点からみても奇矯なものと映っていた。この点においてヘラーはファシズムに対してなんらの親近感も抱いていない。Vgl. Heller, *Autoritärer Liberalismus?*, in: G. S., Bd. II, S. 649, 「権威的自由主義?」一七九—一八〇頁。ドイツにおいては脱形而上学化した国家しか存在しておらず、この一九三三年に著された論文では、自由主義的経済観と本来不可能な再形而上学化の企てが結合したものととして「権威的自由主義」という形容矛盾の国家観が揶揄されているわけである。カール・シュミットの長名連盟での講演を捉えて、シュミットもこの系列に属するとされている。ようやく権威主義国家主義者たる本性を表したというように。なお、参照、菟原明「制度的保障論考」『ドイツ公法の理論』(小林孝輔編)三二—三八頁。

(2) *Souveränität*, S. 36-37.

(3) *Souveränität*, S. 37.

(4) この問題は法の構成にとどまるものではない。内在化⇌世俗化された世界における、超越的なもの、普遍的なものとの(緊張)

関係は、彼の近代的主体観に及ぶ基本的思考枠組みである。つまり、実定秩序とそれを支える、あるいは破壊する主体との関係は、彼の国家学の中にも緊張をもたらしている。

(5) この授権関係の理解は前章で触れたケルゼンの授権段階構造論との関係に思い至らせる。この点はシュミットのみならずケルゼンに対しても「決断主義」であるとの批判を加える自然法(復興)的立場と重ね合わせて考えることができる。しかし既に触れたように、ケルゼンにあっては、「純粹法学」だけに限って議論するのであればともかく、その政治的議論をも含めて評価すれば、十分な点も残るとはいえポスト・コンヴェンショナルな状況下での決定手続の問題が視野に含まれており、授権関係の問題に政治的問題をも取り込んでいくシュミットの発想法とは著しく異なるといわねばならない。

(6) 和仁陽『教会・公法学・国家』五八頁、及び同頁注(104)参照。和仁はこの点が美的決断と異なる法的決断の性格と捉える。また、「政治的なものの概念」における非合理主義を思わせるシュミットの叙述が、実はE・カウフマンに対する批判であることを指摘する。

(7) 「彼〔シュミット〕にとっても、ローマ・カトリシズムに関して上から下への構築、ヒエラルヒー的政治形式が本質的なものであり、そこではカトリックのドグマ・ティクへの信頼が明らかに前提されている」。Heller, *Europa und der Fascismus*, in: G. S., Bd. II, S. 489.

(8) 「ドノソ・コルテスとの関連でシュミットは、法律学にとって例外状況は、いわば神学にとっての奇跡に類似する意義をもって」と論じている。このアナロジーとシュミットの主権定義を真剣に受け入れるものは、神信仰を魔法使いや呪術師への信仰と同視せざるをえないのではなからうか? しかし多くの論者、たとえばシュライエルマッヒャーの見方によれば、本質的に神は、奇跡を自由に操るだけではなく、一般にその突然の出現に劣らず奇跡的である法律の全連関のなかでこそ働きかける。シュミットは、主権と例外状況との概念的な結びつきに関して誤ってポダンを引用している。ポダンは、立法権に主権性の最も重要なメルクマーを見いだしていたのだ。〔…〕ポダンはたしかに、自然においてと同じように国家においても法律はときに変容され、通常の公権が非常の「後見人」に席を譲らざるをえない場合がある、という見解をもっている。しかし主権者とは、永久の力であり、またそうあり続けなければならない。独裁者たちにはこの持続性という特徴が欠けているので、ポダンは、シュミットも詳細に引用したかの『国家論』の中でたくさんの実例を用いてとりわけ強く、彼らに主権性という特徴を否認する。終わりに臨んでさらに以下のよう顕著な事実を想起されたい。すなわちポダンはたしかに彼の時代では驚くほどに奇跡や悪霊、魔女を信じていたとはいえ、

それにも拘らず彼の『七賢人の対話』のオクタアイウスに次のような問いを發せしめたのである。「もし神々が奇跡をなすのであれば、最高位の魔法使いがみずから神たることを自負するのを妨げるものはなんであるのか?」Souveränität, S. 90.

(9) ここではハーバーマスがいう生活世界の合理化を念頭に置いている。

(10) 廣澤民生(「主権論」『ドイツ公法の理論』二二二頁以下)は、主権論には伝統的に「主権とは何か」という「主権の実体規定」の問題と、「誰の意思をもって国家主権なし国家意思の表明と見なすのか」という「主権の「主体規定」の問題」であったとし、これらのなかでは近代国家の過程としての性格が把握され得ない、とする。拙稿の用語では、「主権の所在」問題から「主権の構成」問題への転換という図式でヘラーを位置づけたのも廣澤のいう「構成視座の転換」と同様の方向を表現したものである。

(11) Souveränität, S. 120.

(12) Souveränität, S. 127. また次のようにも述べている。「さて、すべての政治の本質はこの統一の形成と維持にある。すべての政治は、緊急事態においては、究極的には攻撃者の物理的殲滅によって、この統一に向けられた攻撃に対抗しなければならない。Politische Demokratie und soziale Homogenität, in: G. S., II, S. 424. 「政治的民主制と社会的同質性」一〇二頁。

(13) Klaus Meyer, Hermann Heller, Eine bibliographische Skizze, S. 81.

(14) このようにヘラーを批判するものにハンス・ペーター・シュナイダー「実証主義・国民・主権」『ワイマール共和国の憲法状況と国家学』所収二六四頁以下があるが、本文に後述するような理由で妥当ではない。シュナイダーは国家が法内容を専権事項としてしまうことを危惧するが、確かにそのような危惧は誤りではないものの、ヘラーの議論の内在的構成としては、後述の「法原則」の拘束と、その具体的形成の問題が背景に存在している。主権の社会学的構成(Bauer 後掲、本節注(28)参照)という評価もそのことを示している。

(15) Souveränität, S. 128.

(16) Souveränität, S. 96-97.

(17) その意味で magistratisch である。Vgl. Politische Demokratie und soziale Homogenität, S. 426. 「政治的民主制と社会的同質性」一〇三-一〇四頁。

(18) 「こうして、たんに代議士全員にとどまらず、あらゆる官吏的代表者の職務執行は、自立的な決定においても継続的に国民に依存するものと考えられねばならない。今日の民主主義では、法律への依存は、統一体としての国民が多数性としての国民を支配す

ると語られざるをえないほどに高まっている。それとともにあらゆる類の機関主権は排斥され、国家主権と国民主権とは一致する。民主主義国家と同様に君主主義国家においてもまた、主権に適した主体や正しい国家概念に到達するには、代表的決定機関の一般意思を現実に望まれ統一化されたものと考え、まさにこの決定機関を代表し、代表者ないし代表者たちを支えているとイメージできるほどに、一般意思が実在するものと考えられる必要がある。Souveränität, S. 99.

(19) 「予見可能な紛争について主権者は決定を下すが、それはまず自らによる通常法規や憲法法規を通じて行なわれる。民主制においては人民が代表者を通じて間接的に、ないしは国民票決を通じて直接的に行い、専制制では専制的機関が行なう。Souveränität, S. 126.

(20) Heller, Politische Demokratie und soziale Homogenität, S. 426. 「政治的民主制と社会的同質性」一〇三—一〇四頁。

(21) 『主権論』での実定法としての lex と法・正義としての ius の対比において、後者は自然法的なものではなく、むしろ社会学的なものとして捉えられるべきである。具体的政治状況での指導者に関しても、同様の図式がみられる。Heller, Genie und Funktionär in der Politik, in: G. S., Bd II, S. 622. 「政治における天才宗教と大衆自生主義」一三二頁。この人民の政治的意欲をどう組織化するかがヘラーにとっての問題であり、シュミットとの相違である。

(22) Wolfram Bauer, Wertrelativismus und Wertbestimmtheit im Kampf um die Weimarer Demokratie, S. 372. 「[...] 主権概念は法教義学領域から法社会学的領域へと移転される。なぜならば問題は、個人的意志の「共同意志の作用統一体」への共同化にあるからである。これはそれまで国法学が見逃していた点である。」「ヘラーの社会学的主権論は、来るべき彼の国家学の子告編である。なぜなら主権の中に社会が反映されているからである。」

三、秩序と個人

前節でみたように、シュミットは独裁概念を手がかりに近代以降の憲法状況を整理していた。委任独裁が憲法体制の維持を目的とするのに対して、主権独裁は憲法秩序そのものの改変にまでいたる次元に属する。従って、憲法論として彼がワイマール憲法四八条二項の規定を委任独裁と捉え、大統領の非常権限により権力集中を支持するのも、共和国体制の最終的擁護という憲法論的意味をもっている⁽¹⁾。だが問題は、この擁護論の性格、彼の政治秩序観である。

シュミットの議論のなかには、喝采に支えられた指導者に体现される同質性としての民主主義概念と、市民的法治国家による自由権の擁護という二つの側面がある。シュミットにとっては、これまで示してきたように、近代以降の新たな正統性としての人民主権を所与としながら、いかにして多元主義に陥ることなく、国家に固有の位置を与えるかが問題であった。それと対応して彼の政治的主体観念は一樣ではない。一方でそれは治者と被治者の同一性という周知の概念により、指導者が正統性を一身に担保するという国家像を生み出しているのだが、他方でシュミットの鋭い文化批判においては、近代に対するニヒリスティックな態度による、個人主義が見られもする。この両者はいかにして結びつくのだろうか。⁽²⁾

シュミットは、個人のいわば実存的自由に対する意識を有していた。このようなシュミットに内在する状況は近代ないしその裂け目に特徴的なものであり、いわゆるホップズの問題と通底している。この対立が原理的・極限的なものに至ると、個人が実体的に秩序に包摂されたり、あるいは秩序を個人が組み上げていくなどといういかなる形をとろうとも、個人は秩序から常に疎外されているという感覚を持たざるを得ない。彼がいかなる「我」の定義をも拒絶するシュティルナーに惹かれていたのは、⁽³⁾このような事情に由来する。真に孤独なのは神のみであり、世俗においては他人との共存の中で、普遍的法則の中で唯一性を持つ個人は抹消されてしまう。自由は制度化されない。そうであるが故に自由の制度化も、個人と権力との関係における規範的正当化も論外だとされるわけである。しかしこのような自我は政治制度とどのような関係をもち得ない。このような根元的な自由の観念を前提にしたとき、個人はどのようにして制度の中で生きることになるのだろうか。

この点に関してまず、シュミットは、彼の政治制度としての自由主義に対する否定的評価にも拘わらず、自由主義的な市民的法治国の憲法制度に対して一定の評価を加えているということは明記しておかなければならない。⁽⁴⁾シュミ

ットは、個人主義的基本権を本来の意味での基本権として擁護している。⁽⁵⁾この点はシュミットの孤立的個人観から導かれる帰結である。これらの権利が個人の存立を確保する基礎をなすものであることはいうまでもない。だが、これまでしばしば指摘されているように、シュミットの基本権の擁護は、結局のところ立法者、ワイマール議会制からの擁護となった。このように個人の大衆社会に対する擁護という意味では、シュミットを自由主義的と捉えることもできる。他方、シュミットの理解する自由主義は、シュミット自身の自由主義の規定に見られるように、政治性の剝奪された自由主義である。⁽⁶⁾シュミットの個人は政治制度の外部に立ちつつ、それを傍観する個人である。かような個人にとっては、個人の私的領域を保障する形式的な秩序が存在していることが重要なのであり、秩序の実質は第二義的なものとなる。このことは彼の多元的社会に対する権威的国家の擁護と相即する。だが、シュミットが「無政治的個人主義者」であるとしても、彼の理論のなかでも現実に秩序の対象となる多くの経験的個人はこのようなものではない。制度的保障として中間団体を国家の枠内に位置づけるとともに彼は「制度保障」の概念で所有権などを保障しようとしている。⁽⁷⁾このこととの関連で、シュミットが経験的個人として一般に想定していたのは、いわゆるブルジョア層ではないかとする議論がある。⁽⁸⁾しかし、どのような規定が与えられるにせよ、精神的領域にとじこめる個人ではなく、経験的個人を出発点として、経験的世界での政治制度を構築するのが法理論・政治理論の課題ではないだろうか。しかし、この問題に決着をつけるためには、他方の民主主義的同一性について見ておく必要がある。

シュミットは民主制理解の問題に関しても、ケルゼンを批判する。ケルゼンは民主制の基礎に批判的人間像をおいていた。国民主権とともに主権概念の決断主義的・人格主義的性格は失われる。しかし一九世紀はじめのトクヴィルはまだ主権者たる人民を神と対比していた。しかしケルゼンは神を根拠とする思考の権威的性格を暴き出す。「……」ケルゼンは民主主義を相対主義的・非人格的科学思想の表現だとしている。この変化は一九世紀に貫徹した政治神学・

政治形而上学の展開に対応している。⁽⁹⁾

つまり、国家学の自然科学化に対応する歴史的過程を表現したものであるとシュミットは考える。⁽¹⁰⁾ もちろんこのような展開にシュミットが賛同しているわけではない。

「ここ〔ケルゼンの民主制論〕では、民主制の政治的意味が全く消失している。民主的平等の実質は何かという問いはもはや提起されていない。〔…〕百人の奴隷根性をもった人間の意思は、全員一致の場合でさえ、自由な意思を生み出すものではなく、千人の政治的に無関心な人間の非政治的意は、寄せ集めてみたところで、正統に尊重すべき政治的意を生み出すものではない。⁽¹¹⁾」

価値相対主義を前提とする民主制、そして現実に存在する経験的市民には政治意識が欠如している。この問題性は純粹法学と一対のものであり、自然科学的世界観に由来する。しかし世俗化・脱近代化を経た後では、失われた正統性を肩代わりするものは国民主権しかない。それではシュミットにとり政治的意識の所在とその性格はどのように位置づけられるのであろうか。

法に限らず憲法もその根拠は憲法制定権力の政治的に統一した具体的に現存する「意思」に位置づけられる。更に自然法の解体、君主制から民主制への移行とともにこの意思の主体が国民に転換された。シュミットは主権独裁について、市民革命期のクロムウェル独裁、ジャコバン独裁、更にプロレタリアート独裁へと筆を進め、その絶滅闘争の中に合理主義とは違うメンタリティーを見て取る。シュミットはそれを同時代の非合理主義的な暴力行使の理論への展開の中で位置づけていた。マルクス主義のプロレタリアート独裁では合理主義的独裁の可能性が存在していたが、直接行動と直接的暴力行使の現代の理論は、非合理性の哲学に基づいている。それは討論へのあらゆる信念を斥け、教育独裁によって人類を討論に熱中させるようなものでもなく、本能と直観への信念である。⁽¹²⁾

「この「非合理主義の」哲学の観点のもとでは、平和的な意思疎通というブルジョアの理想は、臆病な主知主義の産物とされる。討論し妥協し交渉をする商議は、なによりも重要な神話とそれに伴う偉大な熱狂を、裏切ることである。均衡という商人的な像に対して、もう一つの像、即ち、血腥い、決定的な、殲滅的な決戦という、戦士的な観念が対置される。⁽¹³⁾」

このような神話の理論は、議会主義的思考の相対的合理主義がその明証性を失ったということを示すものであるとされ、ファシズムもその延長線上に位置づけられている。以上のような議論を同時代人が読めば、非合理主義的な政治の支持として受け取ったとしても無理はない。さらに政治の概念を友／敵の絶対的闘争と捉える「政治的なものの概念」が加わればなおさらである。

シュミットは「法的思考の三類型」として規範主義的思考、決断主義思考、具体的秩序思考を挙げている。⁽¹⁴⁾ 規範主義思考は上述の法治国家思想にみられる規範による支配をいう。決断主義思考とは、主権者の意思が法の根拠となるホップズ的法律観である。これに対して具体的秩序思考とは、法規範にはその前提として「制度」「秩序」が存在し、それは合理主義的に把握できるような抽象的なものではなく、人間の具体的な生活に根ざしたものであるとする。だがこの具体的秩序は実質的にはゲルマン的な血と土を基礎とするものであり、ナチス的秩序を指し示すこととなる。これは民主制論との関係では、議会の多数派ではない「ドイツ国民の実体的な内容と力」⁽¹⁵⁾として現れる。つまりケルゼンの形式主義的民主主義観に対して、より実質的な同質性に基づく民主主義理解を主張するものである。そして同時代の憲法状況では、この同質性を代表するものが大統領であり、彼こそが憲法秩序を維持する役割を担うものとなる。大統領は議会制に見られるような「代表」の間接的手続によるのではなく、直接に国民の歓呼によって支持される。これにより正統性を獲得することになるのである。⁽¹⁶⁾

もつとも、シュミットの思想の中にナチス的な信条が根強く内在していたというわけではない。このことは他ならぬナチス側に立つ国法学者が指摘していた⁽¹⁷⁾。つまりシュミットの国家論は権威主義的ではあっても、国家と民族とを対立させるものだというわけである。彼の秩序観は、自由主義の反転像としての神話的非合理主義を導くものではない。他方、実証主義を規範主義＋決断主義と捉える彼の思考は、規範に対立する「秩序」に定位している。その秩序は即座にナチス的な同質性の秩序を意味するものではないが、この種の「秩序」へも転化しうる危険性に対して、シュミットの理論構成は歯止めをもっていたであろうか。

シュミットにとって大衆社会的多元性と、それによる国家の多元的解体が何よりも問題であった⁽¹⁸⁾。それは利益集団の場と化した議会制の間接的な秩序によって媒介され得ない。かくして彼は同質性への直接的関係へと傾いていくことになるのである。しかしそれが即座にファシズム的ないしナチス的な同質性の理論につながるわけではない。確かにファシズム擁護という印象を与える部分も、「新しい権威、秩序と規律と階序性への新しい感情」を問題にしている点で、これらの立場とは一線を画している。「主権者とは例外状態をめぐって決断するものことである」という決断主義のテーゼも、英雄的個人が主権者の位置について決断を下すという非合理主義の哲学を意味するものではなく、委任独裁に関して指摘されているように、秩序を回復するために制度によって拘束された官職にあるものが下す決断を意味していることが指摘されている⁽¹⁹⁾。これは決断を統制するものでも、隠蔽するものではなく、シュミットの決断の性格・秩序観をあらわしている。

シュミットは一九三四年に『第二帝国の国家構造と崩壊』という小論を著している⁽²⁰⁾。その副題「軍人に対する市民の勝利」が意味するところは、市民の勝利の賞賛ではなく、プロイセン型の軍人的秩序の崩壊の問題視である。同書は本稿での一つの視座である「市民」が主題になっていることから、ここで特に触れておきたい。これによれば、軍

と国家財政の対立が具体的問題として生じたプロイセンの憲法構造は、政府と議会、国家と社会、軍と経済、軍人と市民というような二元論を内包し、それがドイツ・ライヒの構造へと受け継がれていった。⁽²¹⁾ このような二元論的図式の上にワイマール憲法体制を「市民層の『憲法要求』の惨めで死後に達成された充足」と捉え、「ドイツが英雄的な道を進むことが、このような軍事国家の誉れであり、ドイツ再生の保証なのだ」としている。⁽²²⁾ 軍人とは上のような官職的秩序を構成する主体である。他方の市民とは政治制度としての自由主義を支える個人である。この市民と軍人との対比は、一応ドイツ憲法史上の展開として捉えられているが、両者は現実の軍人・市民を指し示しているのではなく、ある種の精神的モデルとして扱われていることはいままでもない。⁽²³⁾ したがって同書の枠組みも議会制批判、ないし「市民」批判の延長線上に位置づけることができる。

さて、ここで「軍人の秩序」とは自由主義との対比で何を意味しているのであろうか。ここで描かれているのは、非合理主義が依拠する戦士の像ではなく、むしろ軍事的秩序をもとにした官職的秩序への服従の一事例である。その意味で好戦的國家の賛美というわけではない。ここでシュミットは統治と制度を対比しているように、⁽²⁴⁾ 問題は制度としての秩序である。ところで、上述のようにシュミットが依拠していたカトリック的な静態的秩序が今やそのもの(ないしその世俗化されたモデルであるフランスを典型例とする絶対主義國家)の再生として実現され得ないことは、シュミット自身の主権論における現状認識からも明らかである。そのため、同時代的に何を現実的モデルとして選択するかという問題が生ずる際に、彼は「次善の策」⁽²⁵⁾ としてプロイセン型秩序を持ちだしたのである。この転換自体は既に一九二九年の『ファシズム國家の本質と生成』⁽²⁶⁾ にはじまる。そこではファシズム國家に一定の評価がなされ、フランス絶対主義國家の延長線上にプロイセン國家も位置づけられている。⁽²⁷⁾ 更に、ヘーゲル思想、その古代との結びつきを評価しているように、ここでの関心はイデオロギー的抽象性や仮象形式ではない具体的実存性の復興に向けられている。

これは彼のいう絶対的憲法概念を意味している。⁽²⁸⁾ このことから分かるように、シュミットの「秩序」は何らかの形で受肉される必要が生じていた。それは人民主権の内在化、民主主義的同一性による秩序の支持である。

「立憲君主制における王朝的正統性が崩壊した後、ドイツ国防軍〔……〕とライヒ官僚〔……〕とはドイツ国民によって選挙されたライヒ大統領の人民投票的正統性に新たな基盤の可能性を見いだした⁽²⁹⁾」。しかし同時にまた、この権威の源泉としての人民投票的正統性もまた、本来的に問題を解決するものではないことを、シュミット自身承認している⁽³⁰⁾。この点は、より根本的には、人民の政治的統一体としての国家・秩序に対する忠誠心の問題である⁽³¹⁾。具体的決断に先だって、そもそも秩序そのものが安定していなければならないからである。

ところで、シュミットは、プロイセン型ドイツの秩序は、「形」と「指導」を要素とすることを強調する⁽³²⁾。上述のように、この「形」を護るためには、指導によらねばならないという現状がある筈である。もちろん一般に政治的団体は多かれ少なかれ指導をその本質的要素とすることはいうまでもない。しかし、より実質的な問題点に眼を向ければ、「国民はただ、諾否を答えるのみで、協議、審議、ないし討議することはできない⁽³³⁾」というような形でしか、国民から権威を生み出していく規範的メカニズム、国民からの政治的意志形成を構想しないシュミットは、その指導とそれに基づく組織化の動態に関心を向けることはなかった。その結果として、「指導」が「全体性の要求を伴って登場する運動の指導者」となり、「ドイツ国民を市民的立憲主義の混乱から解放する」というような言葉をこの時期に記すことになった⁽³⁴⁾。

このことを裏付けるために、シュミットの秩序観と経験的個人の秩序内部での能動性の関係について若干言及し、本章の締めくくりとしたい。この点は上述の「政治意識」の所在の問題にかかわる。シュミットは、ヘーゲルによるブルジョアとシトワイヤンの対比を引きつつ、「市民」をブルジョアと対立させ、民主制において政治的領域に属する

能動的個人として⁽³⁵⁾いる。もつともその直後で国家公民としての個人は公法上の身分として捉えられているように、ここでは法学的概念規定に主たる関心が向けられている。しかし問題は私人と市民とが同一人の中で緊張関係に立たされる場所にあるはずである。従って、シュミット自身が歴史的・経験的にその内実をどのように把握していたのかについて、更に彼の議論を見る必要がある。

シュミットは「プロイス論」のなかで、「軍人对市民論」での図式とは異なり、市民層の政治性——教養・国民精神——がワイマール憲法(市民的法治国)の行く末を左右するという指摘をしていた⁽³⁶⁾。ここでの市民層はかつて現実にはドイツ自由主義を支えていた社会層である。「軍人对市民論」においても、現実に存在した市民に政治的性格が備わっていたことに言及している部分もある。とはいえ両者を比較した場合、市民層に対する期待可能性には大きな隔たりがある。その背後には双方の発表時期の状況判断の変化があると思われる。ともあれ、シュミットの自由主義批判は、その大衆化されたヴァージョンに対する批判であり、独立した個人を基盤とする自由主義の理念そのものに対する批判ではないといえそうであるが、少なくとも経験的個人の政治的能動性については、本質的には否定的であるとみるべきであろう。「経験的個人には、経験に即していえば、強い国家が個人に保障することのできるもの以外にその自由の余地は存在しない⁽³⁷⁾」。仮に多元主義の立場に立つても、現実に決定主体となるのは、多元的なそれぞれの社会的集団であつて経験的個人ではない、とい⁽³⁸⁾う。他の可能性として、国家を拘束する法にこのような個々人の関与する余地を認めていく道があるが、それについてもこのことと相即するように、シュミットの法概念規定は、法理念の役割を強調していたが、法における理念の働きは、むしろ経験的現実における個々人の判断が法の世界に流れ込むことを妨げる役割を担っていた⁽³⁹⁾。何れにしてもシュミットの憲法論・法論の中では経験的個人は積極的役割を果たすことがない。それは現実の経験的個人に対する彼の嫌悪感にも原因があるであろう。しかし、ここから秩序を立ちあげることがな

ければ、秩序への服従が自己目的化する危険性をはらむことになる。自由の可能性は反転して保護と服従のヒエラルヒー的秩序となるのである。そこでも能動性を発揮できるのは、知的冒険の可能な選ばれた人々に限られる。しかしその自由、その能動性は経験的政治に対する関与ではない。このような人々を所与のものとして政治問題を考察するとき、それはしばしば鋭い批判力を発揮するが、その地点にとどまる限りは政治理論として崩壊する。他人との関係を結ばざるを得ない世俗の状況といったものが政治の問題である。この点を見落とすとき、特権的個人と従属的個人の分裂が生ずる。従属的個人にあつては、その個人的自由に対して秩序が優先され、結局のところ保護・服従関係とそれを支える歓呼に基づく実体的秩序という姿しか残され⁽⁴⁰⁾ない。彼の人民主権概念に経験的組織化の要素が欠落していたのはこのような事情に由来する。

彼の描く「形式」的秩序にも、その正統性の源泉としての主権者が必要である。それは今日的には憲法制定権力としての国民に他ならない。しかし彼の文化的英雄主義は大衆社会の中での国民とは決別したものであり、現実の政治とも本質的には切り結ぶものではない。従つて「政治意識」に欠ける国民はそのままに放置され、それに代わるものとして世俗的な形式的秩序が要請され、国民は逆に脱経験化されざるを得ない。この両者をつなぐ鍵をシュミットは自らの体系の中うまく取り込むことができなかつた。その帰結が正統性の根拠に対する彼の動揺した態度を生み出したのである。⁽⁴¹⁾

(1) シュミットとワイマール共和制における大統領の問題に関しては、シュミットの政治的態度の問題が存在する。この点に関して、シュミットの立場を大統領の非常権限を介した共和制擁護と見るものに、シュバープ『例外への挑戦』、ベンダースキー『カール・シュミット論』がある。憲法論上の具体的選択と、彼に内在する政治的選択の問題とを峻別するものとして、田中浩、安世府など。

私見では、この問題は彼の理想とする体制と、その実現不可能性、さらにはその場合に選択し得る可能性との間に乖離があることに起因すると考えている。

(2) 和仁陽のシュミット論は、シュミットの基本的な思想的態度を「個人が国家ないし秩序に対し調和的に統合されることが決してなく、逆に国家秩序は個人に支えを見いだすことができないため、個人の国家ないし秩序に対する関係が根源的な意味で均衡を失っている」という点にみて、これを「無政治的個人主義」と呼ぶ。和仁陽『教会・公法学・国家』二二頁。和仁はシュミットの思考構造ないし心性をこのように捉えた上で、シュミットの知的背景としてのカトリシズムを指摘し、シュミットの国家論がこの伝統の上に自覚的に依拠しつつ近代の問題に對峙しようとしたとする。そしてそこでの国家論・公法論が人格主義を基調とする「再現前」のシステムであり、この「形式」の再生が彼のプログラムであったと。この指摘はシュミットの法学的な思考構造とその由来を明らかにするものとして重要である。だが本稿での関心からすれば、そこでの「形式」と無政治的個人主義が国家構造の問題としてどのように結びつくのか、あるいは結びつかないのが問題である。この「形式主義」は同一性としての国民を要請するものではなく、また無政治的個人主義とこの同一性が對立するものであることはわかるが、彼の限界を民主主義の規定やその展開の不十分さに求めることも可能である。この問題点にシュミットの思考がどう関わっていたのか。なお、古賀敬太(『思想』七九三号一六四—一六九頁)、佐野誠(『ドイツ公法の理論』三七八頁以下)による同書の書評も参照。

(3) 「獄中記」(長尾龍一訳『危機の政治理論』所収)三三二頁以下。

(4) シュミットはワイマール憲法における統治機構的部分と基本権的部分との矛盾を強調している。このことは、国家制度の中での自由主義的要素に対する彼の否定的評価の現れであり、またこの矛盾がワイマール体制そのものの性格をも示していると理解されている。

(5) Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 164.

(6) Paul Edward Gottfried, *Carl Schmitt* (1990), p. 67-74, の整理によれば、シュミットの自由主義と政治の関係に関する理解には三通りのものがあるという。第一に、自由主義者は政治的な人間本性を破壊するというもの。自己中心的な市民に対する批判である。第二に、政治的本性の破壊ではないが、無視ないし軽蔑。経済の政治に対する優位や法則主義的合理主義が政治や国家の社会化、つまり内戦状態をまねくというもの。第三に、人間の集団化や連合に関心を向けられないにも拘らず、反自由主義から世界を護るために実は政治的になるというものである。最後の自由主義の政治化は自由主義としてはあり得ない。第一のものと第二のもの

とは、シュミットのいわゆる「政治」概念の位置づけにおいて相互に矛盾する。第一の解釈はナチス期に引き寄せすぎた無理があるとし、ゴットフリートは、シュヴァープ、ベンダースキーとともに、克服されるべき課題としての「政治」概念、つまり第二の自由主義評価をシュミットはとっているとする。

(7) Schmitt, *Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung* (1931), in: V. A., S. 140 ff. 制度保障については、S. 160ff. この問題に関する要領の良い説明として、菟原明「制度的保障論考」『ドイツ公法の理論』三三三頁以下、また、概念の由来と公法学上の位置づけについて、石川健治「カール・シュミット『制度体保障』論・再考(一)」『東京都立大学法学会雑誌』三二巻一号。

(8) 上述のように政治を構成するものとしての経済ないし自由主義はシュミットのところではない。だが、そのことが即座に権威的国家を支えるものとして自由主義経済を否定するわけではないことはいうまでもない。シュミットは中立化の時代が技術の時代へと移行したという認識を有していた。Vgl. Schmitt, *Die Zeitalter der Neutralisierung und Entpolitisierung* (1929), in: *Positionen und Begriffe*, S. 128ff. 「中性化と非政治化の時代」(田中/原田訳)『合法性と正当性』所収一六〇頁以下。しかしシュミットは、中立的と考えられた技術を基礎にしたいわば社会の原理から出発して、それに適合した国家権限の縮小という自由主義的国家像をとるわけではない。そもそも政治体制としての自由主義がシュミットにとり問題であったのは、それが国家に固有の権利を弱体化させるものであったためである。国家は依然として支配的原理や関心に即した社会の組織化に必要であるとする(S. 126/一五六頁)。ワイマール憲法における社会化条項に対する対抗をねらいとする制度保障としての所有権の保障に見られるように、彼は社会の自己組織化傾向に対してこのような権威的国家を対置しながら、現実にはこの国家は経済の領域に対しては介入を控えるという特質を備えている。Vgl. *Weiterentwicklung des totalen Staats in Deutschland* (1933), in: *Positionen und Begriffe*, S. 187. () ここでは質的全体国家と量的全体国家とが対比され、後者につき国家の無軌道な介入が批判されている。これを生みだした原因に多元主義的政党国家が挙げられ、そこでのいわば質的差異に対する意識の欠損が批判される。これは自由主義批判や合理主義批判の系列に属するものであり、権威主義的国家の弁証である。権威的国家論の思想的背景もさることながら、同時代の社会経済的背景からみると、ワイマール憲法で保障されたブルジョアの法治国家は、この時代にいたって自立的に維持されなくなり、それに応じて権威的な国家的介入が必要とされるという事情がある。このような変化にも拘わらず、シュミットが一貫して維持しようとしたのはブルジョアの法的安定性だというわけである。Vgl. Ingeborg Maus, *Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus*

- (1976/1980), S. 86; 120f., 『カール・シュミットの法思想』一五〇頁、一九四頁など。マウスはノイマン (Franz Neumann) の図式をシュミットに適用している。更に、具体的には重工業者層・大地主層が支持するような国家・社会像を描いた、とする指摘がある。参照、K・シュルテス「ナチスとシュミット」(服部/宮本訳)『ナチスとシュミット』一九六頁、Maus, Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus, S. 130f., 二三八頁。これは同時代に、ヘラーがシュミットにおける経済的自由主義と権威的秩序との結びつきを「権威的自由主義」と呼んでいたものである。Vgl. Heller, Autoritärer Liberalismus? in: G. S. Bd. II, S. 643ff. 「権威的自由主義?」一九一頁以下。これらの評価がシュミットの思考の中で中心となる部分を示しているかどうかについては、今のところ留保したい。
- (9) Schmitt, Politische Theologie, S. 63. 「政治神学——主権論四章——」三四頁。
- (10) Schmitt, Politische Theologie, S. 54, 「政治神学——主権論四章——」二九—三〇頁。
- (11) Schmitt, Verfassungslehre, S. 252.
- (12) そこでは、必ずしも右翼の傾向のものではなく、例えば産業プロレタリアートの社会主義的大衆だけがなお、セネストの神話として有しているとするソレルなどの議論が念頭におかれている。
- (13) Schmitt, Der geistgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, S. 81. 「現代議会主義の精神的状況」一〇三頁。
- (14) Schmitt, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens (1934) 「法的思惟の三類型」(加藤/田中訳)『危機の政治理論』所収。
- (15) Schmitt, Legalität und Legitimität (1932), in: V. A., S. 344
- (16) Schmitt, Staat, Bewegung, Volk (1933), S. 42, シュミット「国家・運動・民族」(初宿正典訳)七〇頁『ナチスとシュミット』所収。
- (17) Otto Koellreuter, Vom Sinn und Wesen der nationalen Revolution (1933), S. 15; 27; 32 以下。
- (18) Schmitt, Staatsethik und pluralistischer Staat (1930), in: Positionen und Begriffe, S. 133 ff.
- (19) 参照、拙稿「シュミットとリーガリズム」。そこでは、シュミットの「秩序」「形式」を重視してはいたが、その具体的内実にまで十分な検討がなされていない。和仁陽「教会・公法学・国家」はこの問題を明らかにした上で、シュミットの思想の中の「秩序」観が彼の思想発展のなかで維持されていることを示している。本稿もこの研究に負っている。

- (20) Schmitt, *Staatsgefüge und Zusammenbruch des zweiten Reiches* (1934). なお、K・シュルテス「ナチスとシュミット」二〇四頁以下は、同書におけるシュミットのファシズム的指導者国家と第二帝政とのアナロジーを、ナチス国家とプロイセン軍人国家との類似性を裏書きするものとして位置づけている。和仁は同書をシュミット本来の分析手法とは異なるユンガー的な直観的思考を用いて市民—軍人の対比を過去に投影した失敗作としている。『教会・公法学・国家』四四頁。しかしシュミットがこの対比を用いてプロイセン軍事国家に依拠しえた理由に本稿の関心はある。なお、同書を重視するものとして、Nicolaus Sombart, *Die deutschen Männer und ihre Feinde* (1991), S. 23 ff. 同書は男性原理のなかに権力国家としてのドイツの運命を読みとるものであり、シュミットの「軍人」モデルのなかにその典型例を見ている。
- (21) Schmitt, *Staatsgefüge und Zusammenbruch des zweiten Reiches*, S. 7.
- (22) Schmitt, *Staatsgefüge und Zusammenbruch des zweiten Reiches*, S. 37.
- (23) Vgl. Schmitt, *Staatsgefüge und Zusammenbruch des zweiten Reiches*, S. 37.
- (24) Schmitt, *Staatsgefüge und Zusammenbruch des zweiten Reiches*, S. 26.
- (25) Akira Wani, *Literatur: Reinhard Mehring, Pathetisches Denken*, in: *Zeitschrift für neuere Zeitgeschichte* 15 (1993), S. 253. は、プロイセン型権威主義国家—ヘーゲル主義的国家への転換をこのように表現している。和仁陽『教会・公法学・国家』三二—三三頁以下。
- (26) Schmitt, *Wesen und Wert des faschistischen Staates* (1929) in: *Positionen und Begriffe*, S. 109 ff.
- (27) Schmitt, *Wesen und Wert des faschistischen Staates* (1929) in: *Positionen und Begriffe*, S. 114.
- (28) Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 4.
- (29) Schmitt, *Legalität und Legitimität* (1932), S. 16. 『合法性と正当性』(田中／原田訳)二二頁。
- (30) Schmitt, *Legalität und Legitimität* (1932), S. 94-95. 『合法性と正当性』二二五—二二六頁。
- (31) 多元主義批判・大衆社会批判はこの指導の契機が私化されることにも向けられていた。「忠誠の多元性」。Vgl. Schmitt, *Staatsethik und pluralistischer Staat*, S. 134.
- (32) Schmitt, *Staatsgefüge und Zusammenbruch des zweiten Reiches*, S. 8. カトリック的秩序と軍人の秩序とはもとより即座には等置できないが、「形—フォーム」の強調は、両者の一定の連続性ないし親近性が意識されていることを示している。だが、彼の「秩

「序」がドイツの現実的体制に投影されるとき、その相違はむしろ背景に退き、ワイマール体制の精神的状況に対するアンチ・テーゼを提起することが優位を占める結果になった。

- (33) Schmitt, *Legitimität und Legitimität* (1932), S. 93. 『合法性と正当性』一三二頁。
- (34) Schmitt, *Staatsgefüge und Zusammenbruch des zweiten Reiches*, S. 49.
- (35) Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 253.
- (36) Schmitt, *Hugo Preuß - Sein Staatsbegriff und seine Stellung in der deutschen Staatslehre* (1930) S. 25. 「フーゲー・プロイス」(上原行雄訳)『危機の政治理論』一六八—一六九頁。なお、プロイセン型の秩序に関して、その教養が国家官僚の教養であったことが、社会に対する国家の中立性＝優位を可能にした、と指摘している。
- (37) Schmitt, *Staatsethik und pluralistischer Staat*, S. 136.
- (38) これはシュミットの立場ではなく、多元的集団がそれぞれ独自の決定を下すことにより統一的国家が解体の危機に陥ることに対する批判が、権威的国家論に結びつくことはいうまでもない。
- (39) Ingeborg Maus, *Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus*, S. 92f., 「カール・シュミットの法思想」一五八頁以下。
- (40) 他方、個人の側からも、政治的次元での自己実現が生において重要な一側面をなす。もちろん政治的ではない意義ある人生も存在するが、しかし他方、その人生の実現のために、政治の問題が関与してくる場面が数多くあるのも事実である。
- (41) 以上のシュミットの「主体論」に関してはまだ論ずべき点が多い。特に個人的自由との関係は依然として更に検討する余地がある。なお本稿のテーマとの関係では、シュミットの「方法」については余り触れていない。このことは旧稿のテーマが「方法」に関わるものであったことによる。これに関しても最近の新たな諸研究との関連で再考の余地もあるが、シュミットに対する筆者の「評価」は基本的に変わっていないため、本稿では省略した。