
 翻 訳

合法性と正当性 (1)

—ワイマール期におけるカール・シュミット、
ハンス・ケルゼンおよびヘルマン・ヘラー—

デイヴィッド・ダイゼンハウス (著)

池端 忠司 (訳)

訳者はしがき

ここで訳出するのは、カナダの憲法学者・法哲学者であるデイヴィッド・ダイゼンハウス (David Dyzenhaus) の著書、*Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, Clarendon Press (Oxford 1997) である。ダイゼンハウスは、その著書の出版に先立ち、その本の主要な目的の一部に当たる部分を要約し公表しており、それは、*Legal Theory in the Collapse of Weimar: Contemporary Lessons?*, *American Political Science Review*, Vol. 91, No. 1 (1997) at 121-134 である。訳者は、2017年にこの論文を「プロイセン対ライヒ事件をめぐる憲法理論——英語圏のダイゼンハウスの道案内で」(門田孝ほか編『憲法理論とその展開』信山社 87-109頁)で紹介している。ダイゼンハウスのその論文の中身は、ワイマール期のドイツがナチスの支配へと向かう転換点となった重要な裁判に焦点をあわせて、当時のドイツを代表する学者たちが、その異なる立場を具現したそれぞれの憲法理論を前提にどのような主張を展開したかを、ドイツの法理論になじみのない英語圏の読者に紹介するものであった。

一方、本訳稿は、そのダイゼンハウスの著書のもう一つの重要な目的に

注目する。それは、英語圏ではほとんど未知の学者であったヘルマン・ヘラー (Hermann Heller) の法理論が今日の英語圏の法理論にもたらす貢献を指摘するところである。本書の第1章の第1節と第5章がそれに当てられているため、ここではそれらを翻訳したい (目次からもわかるように、本書の第2章、第3章、第4章は、それぞれ順番にカール・シュミット (Carl Schmitt)、ハンス・ケルゼン (Hans Kelsen)、ヘラーの法理論を詳説する)。

なお、本書には第1章の前に、献辞、目次、引用の方針、序文、謝辞があるが、それも訳すことにした。それらを読むことによって本書の目的や性格が、おおよそではあるが、伝わるのではないかと考えたからである。また、ここでは、第1章の第1節にあたるところまでしか扱うことができなかつたが、本誌の次号に続きを掲載する予定である。

献 辞

1940年にパルミリ (ワルシャワ) にてドイツ警察によって殺された
ポーランド系ユダヤ人の弁護士
ルドヴィク・ダイゼンハウス (Ludwik Dyzenhaus)
私の祖父を記念して

目 次

引用の方針

1. 合法性と正当性：ワイマール期から見たそれらの屈折度
 - 1.1 複数の緊急事態
 - 1.2 ワイマール期：一つの短い紹介
 - 1.3 1932年7月20日のクーデター

- 1.4 ワイマール憲法第 48 条と国事裁判所の判決
2. 友と敵：シュミットと法の政治学
 - 2.1 決断という主権
 - 2.2 国民の意思としての法
 - 2.3 自由主義、議会主義および法実証主義
 - 2.4 ワイマール憲法の護り手とは
 - 2.5 自由主義の地平
 - 2.6 反ユダヤ主義と弁明
3. 実践の中の純粹理論：ケルゼンの法科学
 - 3.1 ケルゼンのシュミット批評
 - 3.2 ワイマール憲法第 48 条に関するケルゼン
 - 3.3 神、国家および民主制
 - 3.4 合法性という原理
 - 3.5 ケルゼンの思想内の異質性
4. 法秩序の正当性：ヘラーの法理論
 - 4.1 国家論の危機
 - 4.2 文化、社会および国家
 - 4.3 国家の正当性と法
 - 4.4 民主制と同質性
 - 4.5 国民の意思の主権的表現としての法
 - 4.6 憲法律という概念
 - 4.7 個人の法意識
 - 4.8 法秩序という観念
5. ワイマール期からの教訓：合法性の正当性
 - 5.1 正当化理由に関するシュミットとロールズ
 - 5.2 法の民主制的形態に関するハーバーマス
 - 5.3 ヘルマン・ヘラーと、私たちと同時代の政治哲学および法哲学

引用の方針

翻訳が公表されているときでも、私は、ほとんどの場合ドイツ語原本を使用した。ドイツ語の原本からの翻訳は私自身によるものである。ドイツ語の著作がある章内の最初の引用では、私は、一般に、その使った版の出版日、その著書のタイトルの英語訳、そしてもしその著書が章内でよく言及される場合には、さらに引用するために略称を表示する。

序 文

支持を増やししながら不満を抱く様々な集団が自由主義的な民主制の国々のもっとも基本的な価値観に再び異議を申し立てるとき、ワイマール共和国（1918年から33年）の崩壊は、昨今の政治的な討論（political debate）に出現する。まさしくこの異議の申し立ては、私たちと同時代の政治哲学および法哲学が「多元的共存という現実（fact of pluralism）」を処理しようとするときに取り組む対象である。この多元的共存という現実にどのように対応する（cope with）かについての討論において自由主義的な民主制の法秩序とその正当性というトピックは、大きく立ちはだかる。ワイマール期は、もちろん、このトピックのための肥沃な土壌である。というのも、ワイマール期は、自由主義的な民主制の敵がその内部から民主制を転覆するためにその法秩序をどのように利用できるかについてのパラダイム・ケースであると見なされることがよくあるからである。

本書では、私はワイマール共和国の最後の数年間というレンズを通して、このような争点を探究する。私は、その時代に法と政治についての討論に参加した三人の著名な、法および政治に関する理論家たち、カール・シュミット（Carl Schmitt）、ハンス・ケルゼン（Hans Kelsen）、およびヘルマン・ヘラー（Hermann Heller）の著作に、焦点を合わせる。

近年になって英米の法哲学および政治哲学は、シュミットを、彼とナチ

ズムのつながりで悪名高い、ワイマール期の突出した法理論家というよりも、むしろ一人の重要な学者と受けとり始めた。私は、シュミットの著作への関心の再興が適切である——彼は自由主義に対する一人の批判者として真剣に受けとめられなければならない——と主張したい。しかしながら、私は、それと同時に、彼の実質的な立場は、徹底的に拒否されなければならないと主張したい。

ケルゼンは、容赦のない価値自由なまたは科学的な法理論の提唱者として、英米の世界でよく知られている。私は、ケルゼンの法の純粹理論 (Pure Theory of law) が、彼自身の有する意図に反して、またケルゼンを研究する者たちのほとんどの理解に反して、政治理論内に入れ子状にされたものとして (as nested within) 理解されるとき、最善の意義をもつと主張したい。私は、それと同時に、ケルゼンの意図が法の純粹理論を台無しにすると主張したい。

ヘラーは、ドイツ以外ではほとんど知られていない。これは不幸なことである。というのも、私がこれから主張するように、法秩序の正当性についての彼の社会的民主制の理論は、シュミットやケルゼンの立場よりも優れているからである。それどころか、私は、ヘラーが、ロナルド・ドウォーキン (Ronald Dworkin)、ユルゲン・ハーバーマス (Jürgen Habermas)、ハート (H. L. A. Hart) およびジョン・ロールズ (John Rawls) のような人たちの間の私たちと同時代の討論に提示すべき、多くのものを有すると主張したい。

私が依拠する著作は、翻訳されていないことがよくあり、英米の世界にはよく知られていないばかりか、事実上未知である。それゆえ、私は、その特定の立場とその私自身の分析の双方を評価するための中身のある理由を提供したいと思うので、それらの立場についての私の解説をかなり包括的なものにするように心がけた。

私の著作は、ハロルド・J. バーマン (Harold J. Berman) が「統合法理学 (‘Integrative Jurisprudence’)」と呼んだ、法哲学および政治哲学に関する一つのモデルに、つまり政治、道徳および歴史を活用する一つのモデルに

従う。私の議論は、私の三人の主な主人公の特定の立場についての解説、彼らの立場に対する分析、歴史と、政治哲学および法哲学に関する私たちと同時代の討論との間を移動する。私は、私たちと同時代の討論における議論を主として第1章と第5章に限定することによって、読者にとってこのような移動によって生じると思われる問題を軽減するように心がけた。

謝 辞

本書で実を結んだ関心は、私が知の営み (intellectual ideas) の世界に最初に触れた時期に形成された。大学における私の最初の何年かに、私は、ここで探究するテーマを、私の父、アレクサンダー・ダイゼンハウス (Alexander Dyzenhaus) と議論し始めた。私たちの興味を中心は、マックス・ウェーバー (Max Weber) の重要性であった。カール・ヤスパース (Karl Jaspers) とともに、私の父は、マックス・ウェーバーを、混乱と相対主義の一つの世紀における「精神 ('spirit)」の可能性を把握した、たった一人の哲学者であると理解すべきであると信じた。私の父の信念は、ワルシャワのユダヤ人・ゲットーや、敵意に満ちた市街で身を隠すしかないユダヤ人としての生命への恐怖を内容とする個人的経験から形成されたもので、私は常にそれをまじめに受け止めた。私たちは、私たちの議論を1990年の彼の死まで継続した。

私たちの議論は、(南アフリカの) ウイトウォーターズランド大学 (the University of the Witwatersrand) の政治学部の私の恩師たちによって文脈と内容を与えられた。それは、同じ大学の法学部の法哲学の恩師、ジョン・ドガード (John Dugard) によって、とりわけ法的な焦点が与えられた。私が正しく認識するようになってきたとき、ジョンは、私自身の学歴のために、彼が『ハーバード・ロー・レビュー (*Harvard Law Review*)』誌上の H. L. A. ハートとロン・L. フラー (Lon L. Fuller) の間で生じた討論を教授する科目を設置した。

本書のための最初の研究は、アレクサンダー・フォン・フンボルト財団 (Alexander von Humboldt Foundation) のその寛さによって可能になった一年間、つまり 1993 年から 94 年の学期のハイデルベルク大学 (Heidelberg University) の法学部で行われた。また、カナダの社会科学局は、この期間に研究助成金を私に給付し、このプロジェクトの支援を寛大にも続けた。私が在籍する法学部の学部長、ボブ・シャープ (Bob Sharpe) と、私が当時在籍する哲学科の教授、ウェイニー・サムナー (Wayne Sumner) が、あらゆる点で私を援助した。また、彼らの後任である、ロン・ダニエルズ (Ron Daniels) とマーク・ソートン (Mark Thornton) も同様に私を援助した。

ハイデルベルクではウィンフリード・ブリュッガー (Winfried Brugger) は、完璧なホスト (プロジェクトのまとめ役) であることを証明した。彼は、私が初期段階のプロジェクト (inchoate project) に形を与えるのを助け、そして、それ以来、最初の草案にコメントを与えることを含め、数え切れないほどの多くの方法で私を援助し続けた。イングリッド・バウムブッシュ (Ingrid Baumbusch)、ウィンフリードの講座 (*Lehrstuhl*) の秘書官は、手助けとアドバイスの継続的発信源であった。私は、ハイデルベルクでハイナー・ビーレフェルト (Heiner Bielefeldt) とオフィスを共有した。この期間と、ハイナーがトロントで過ごした学期中に、私は、感謝しても感謝し尽くせないほど彼から学んだ。私は、とりわけ、私の同僚のロバート・ハウズ (Robert Howse) と一緒にいた多種多様な場面で私の著作を議論する機会をもつという幸運に恵まれた。

私は、また次の人たちとの会話や文通の双方において多くを学び、彼らのうちの多くが、私の最初の草案の一部または全部に論評してくれた。デイヴィット・バクハースト (David Bakhurst)、カール・コールドウェル (Carl Caldwell)、レナト・クリステイ (Renato Cristi)、ネール・ダックスベリー (Neil Duxbury)、ジェフ・ホルツグレフ (Jeff Holtzgreffe)、アンドリュ・カーノハン (Andrew Kernohan)、ドミニク・レイデ (Dominique Leydet)、ニール・マッコーマック (Neil MacCormick)、ジョン・マッコー

ミック (John McCormick)、アーサー・リップシュタイン (Arthur Ripstein)、ビル・シャウアマン (Bill Scheuerman)、クリスティーヌ・シブノビッチ (Christine Sypnowich)、およびマイク・タッグアート (Mike Taggart)。私がトロント大学で1993年から94年と1995年から96年の学期に提供したゼミナールに参加した「哲学と法」の学生たちは、私が議論を練るのをかなり助けてくれた。ロス・イングラム (Ruth Ingram) とジェニー・ウィニクス (Jane Winikus)、ヘルマン・ヘラーの娘さんたちは、エラーネ・ロブソン・スコット (Elane Robson Scott) と同様に、私がヘラーのよりよい像を形成するのを助けてくれた。トロント大学のポーラ・ラスキン法律系図書館 (Bora Laskin Law Library) の図書館司書たちは、常に私の研究の協力者 (collaborators) であることを証明した。ポール・マイケル (Paul Michell) は、最初から価値のある研究援助を提供した。ニコラス・デブリン (Nicholas Devlin) は最終版を、求められている形式に変えるのを助けてくれた。

最後に、私は、私のもっとも念入りの批評者であり続けたチェリル・ミサック (Cheryl Misak) に感謝する。さらにいっそう重要なことに、彼女と私たちの息子、アレクサンダーは、ドイツで過ごした歳月を共に楽しいものにした。

次の出版社は、それらが出版した書籍からの抜粋を引用する許可を親切にも私に与えてくれた。すなわち、ハンス・ケルゼン『法理論の諸問題の紹介』(オックスフォード、1992年) (Hans Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory* (Oxford, 1992)) についてはオックスフォード大学出版 (Oxford University Press) が、ヘルマン・ヘラー『全集』(チュービンゲン、1992年) (Hermann Heller, *Gesammelte Schriften* (Tübingen, 1992)) については J. C. B. モール (ポウル・ジーベック) (J. C. B. Mohr (Paul Siebeck)) が、カール・シュミットの様々な著作については、ダウンカー&アンブロー (ベルリン) (Duncker & Humblot (Berlin)) が。さらに加えて、ジョージ・シュワブ (George Schwab) 教授 (カール・シュミットの英語版の遺言執行人 (executor)) は親切にも私に第2章におけるシュ

ミットからの広範囲にわたる引用の許可を与えてくれた。

1

合法性と正当性：

ワイマール期から見たそれらの屈折度

合法性と正当性の関係は、法哲学および政治哲学のもっとも重要なテーマのうちの一つである。私がそれに取り組んだ最初の試みは、南アフリカの判決の事例研究、つまりアパルトヘイトのイデオロギーのために制定された法律の司法解釈の研究という形態を採った。このような「道徳的に間違っている（'wicked'）」法制度の存在は、合法性と正当性の間のどんな結びつき（link）もないことを示すように思われる。しかし私が検討した南アフリカの事例は、法に関する最善の理解が、つまり法の実践を建設的に、前向きに捉えることができる理解が、このような結びつきを前提とし、他方で、その結びつきを否定する理解が、法の実践をより悪化させることを示した。それゆえ、私は合法性と正当性が密接に結びつくと考える両者、つまりロン・L. フラーとロナルド・ドゥオーキンによって提示された法の説明に賛成し、そしてそれらが結びつかないという説明を行う法実証主義の英米の伝統に反対した¹⁾。

フラーの立場は、法実証主義の英米の伝統における今世紀の指導的主唱者である H. L. A. ハートとの討論において最初に提示された²⁾。あの討論は、当時支配的であった法実証主義がナチズムのために道を切り開くのを助けたという趣旨のグスタフ・ラートブルフ (Gustay Radbruch) によって第二次世界大戦後になされた主張に、部分的に焦点を合わせる³⁾。私の近年のプロジェクトは、その主張を探究する。そして再び私は、実証主義が正しい法の実践を思いとどまらせると結論する。

私の最初のプロジェクトは、合法性と正当性の間の結びつきを肯定する法理論への標準的な反論をかわすように心がけたのに対して、この第二の

プロジェクトは、実証主義やナチズムに関する討論でその姿を現した、政治哲学上の立場と法哲学上の立場との間の関連性を辿ることに、より力点を置くように心がけた。まさしくワイマール共和国の法および政治の文化こそがここでの私の関心事である。この時期には、とりわけ、まさにナチの権力奪取以前には、政治哲学と法哲学の関連性に光が当てられている。

それらのうちの一つの立場は、法実証主義の大陸法の伝統における指導的な人物、ハンス・ケルゼンによって明確に述べられた法の純粹理論 (Pure Theory of law) である。第二のものは、カール・シュミットの共同体主義的な実存主義 (the communitarian existentialism) であり、彼は、法的なものに対して正当なものが自己の存在を常に主張するようにするために、合法性と正当性の間の結びつきが存在すると主張した。彼の見解 (His) は、法および道徳についてそれが敵対関係にある集団間の政治的優位を勝ち取る闘争の産物であると理解する、法に関する高度に政治的な概念である。第三の立場は、ヘルマン・ヘラーによって提案されたものである。それも合法性と正当性を結びつける。しかし、ヘラーは、シュミットとは異なり、法が政治的権力に対する真の制約を提供するという、法に関する政治的および倫理的な概念に賛成する。

これらの立場は、1932年にドイツ連邦政府 (Germany's Federal Government) によってなされた政治的決断 (political decisions) との鋭い対比によって形づけられた。1932年7月20日、ライヒ大統領あるいは連邦大統領 (*Reichspräsident* or President)、フィールド・マーシャル・フォン・ヒンデンブルク (Field Marshal von Hindenburg) は、「プロイセン・ラントの地域における公共の安全および秩序の回復に関する ('concerning the restoration of public safety and order in the area of *Land* of Prussia')」大統領命令を發布した⁴⁾。この命令は、ドイツが初めて経験する民主制のその崩壊へと向かう決定的な契機である。

その命令は、ワイマール憲法の緊急権に関する条文——第48条——によってライヒ大統領に付与された権限の下で公布された。それ (その命令) は、ライヒの首相 (the Chancellor of the Reich)、フランツ・フォン・

パーベン (Franz von Papen) がプロイセン——ドイツのラントのうちで最大の領土をもち、最大の政治的な影響力をもつラント——のコミッショナー＝総督 (the Commissioner) であることを宣言し、また彼にその政治機構を引き継ぐ (take over) 権限を与えた。それは、パーベン内閣の強い要請を受けて発布され、それは、国防相、フォン・シュライヒャー将軍 (General von Schleicher) の策略のうちの不可欠な部分を占めた。その命令は、プロイセン内の政治的混乱と暴力の状態に対処するためにプロイセン政府——社会民主党 (SPD) (主要な社会主義の政党) が支配する連立政府——の、申し立てられているところの不能と意欲のなさに対応した。この連立政府は、ナチが権力へと向かう行進に対する制度上の抵抗のためのもっとも重要な拠り所 (base) であったが、ペンの一筆で解任された。

右翼の貴族からなるパーベン内閣のシュライヒャーやその他の大臣は、社会民主党 (SPD) を政治の世界から締め出す計画の初動としてその命令を目論んだ。そのとき、彼らは、共産主義者を壊滅させ、それと同時に、次第に権威主義的になる内閣の統制内にヒトラーを引き入れることによって彼を飼い馴らすことができると思っていた。その策略は、ひとたび、ヒトラーが中立化され、その内閣がすべての国内の反対派や障害を排除し、大統領命令によってドイツを支配したならば、完了するはずであった。

その命令が発せられた時点で、プロイセン政府は軍事的に抵抗すべきかどうかを検討した。しかしそのような軍事的行為が敗戦で終りそうであったことや、プロイセン政府の大臣たちが社会民主主義者として合法性にコミットしたことの双方を理由に、彼らは、連邦政府とラント政府の間の憲法的な紛争 (disputes) を解決するためにワイマール憲法によって設立された裁判所である *国事裁判所 (Staatsgerichtshof)* の前でその命令の憲法的妥当性に異議申し立てを行うことを選択した⁵⁾。この国事裁判所は 10 月末にその命令をおおむね支持した。この時までには社会民主党はもはや有効な勢力ではなくなっていた⁶⁾。

この事件の法的小よび政治的な重要性は、当初から明らかであった。公法に関する当時のもっとも重要な理論家のうちの何人かは、この国事裁判

所の法廷で抗弁し、その結果、その法的な抗弁を教授たちによる論戦の場に変えた。これらの教授たちの中には当時、右翼のもっとも重要な法理論家であり、かつシュライヒャーの首席法律顧問であったシュミットと、プロイセンの社会主義者たちの議会会派の原告代理人であったヘラーがいた。

ケルゼンは当時、ケルン大学法学部の学部長であった。彼は、この国事裁判所の法廷での訴訟過程には参加しなかったが、その判決が一般に公開される前にどうしてもその判決に関する詳細な分析を書かなければならないと感じていた⁷⁾。ケルゼンは、多年にわたってシュミットの（もちろんヘラーの）主要な標的の一人であった。また、その判決についてのケルゼンによる分析は、大統領がワイマール憲法の真の護り手であるというシュミットの断言に対するケルゼン自身による容赦のない反論のそのあとをすぐに追う形で発表された⁸⁾。

シュミットは、この国事裁判所がその判決で彼の立場を事実上支持したという意味で教授たちの論戦に勝利した。また彼は、1933年以降のナチスとの関わり合いのために戦後教壇に立つことができなかつたにもかかわらず、ドイツ公法および政治理論に及ぼす彼の影響は今日まで続いている。彼は、公法学者、政治理論家、ジャーナリストからなる影響力のあるグループによって、いまでも尊敬され、ドイツの憲法裁判所によっても非常にまじめに受け止められている。彼は、アメリカ合衆国やその他、とりわけヨーロッパにおいて、またファシスト政府や高度に権威主義的政府についての近年の経験をもつ諸国において、増大する弟子たちのグループを惹きつけている。さらには、多くの集団の主張を受け入れることができる憲法および法についての秩序という考えが次第に危険にさらされそうなとき、このような秩序の可能性に対する反対者であるシュミットは、よりいっそう多くの聴衆を獲得する傾向が高い。

ケルゼンは、それとは対照的に、ユダヤ人の民主制擁護者であり、1933年にケルン大学の職を追われた。（シュミットは、特記すべきことに、同年の始めの頃に同学部に就任したのだが、当然のこととして、彼はこの転任

のためにケルゼンからの支援が必要であったし、それを得ようと努めた。彼は、その好意に対して、ケルゼンを免職へと導くたくらみに関与するという形でやり返した。) ⁹⁾ケルゼンは、ジュネーブとプラハを經由して、アメリカに渡った。アメリカでの多くの苦難にもかかわらず、老齢まで仕事と本の出版を続けた。しかし彼の実証主義的な法哲学は、その大部分は、わずか数人の専門家によって、ハートによる英国で展開された法実証主義に向けられた、よりいっそう多くの注目とともに研究されている。

ヘラーは、マドリードで 1933 年に客死した。彼は、わずか 42 歳で、彼の著書『国家理論 (Staatslehre [Theory of The State])』¹⁰⁾で彼の法哲学に関する全陳述を完成させる試みの最中であった。ユダヤ人であり、社会主義者の政治活動家として彼は、ナチスが 1932 年の終り頃に権力の存在を嗅ぎつけた (scented power) とし、ナチスにとって第一の標的であったし、ハロルド・ラスキ (Harold Laski) の招聘に基づき、講演旅行で英国に旅立った。1933 年 4 月 7 日のナチ法、すなわち「大学教授の市民的義務の回復 ('Restoration of the Professional Civil Service')」のための法律によって、彼の大学での地位が剥奪されたので、彼はマドリードで職に就くことに同意した。というのも、そこで彼の著書『国家理論』を完成させたかったからであり、また、その後にシカゴ大学から申し出のあった地位に就くことを望んでいたからである。彼には心臓疾患があったが、それは彼が第一次世界大戦の志願兵であったときに最前線の戦いで負った後遺症であった。また、ワイマール共和国の破壊は、その最後の数年における彼の政治活動に対する政治的重圧を伴いながら、彼にとってあまりにも歴然としていた。ヘラーは、ワイマール期のもっとも著名な公法学者の一人であったが、ドイツではシュミットまたはケルゼンと比較するとき、あまり注意を引かなかった。ごく最近まで、彼は英語圏ではほとんど知られていなかった¹¹⁾。

第 2 章、第 3 章および第 4 章は、それぞれ私の三人の主要な人物に充てられている。全体を通して「不在者間の対話 ('a dialogue between absentees')」を成立させるために、私は、他の二人を背景にして一人を演じるよ

うに努めることになる¹²⁾。第5章は、本書のいくつかのテーマを結合させ、それらを政治哲学上および法哲学上の私たちと同時代の討論に関連づける。

ヘラーとともに、私は、ケルゼンの法実証主義が、ドイツにおけるファシストの権力奪取に抵抗するのに役立つ法的な頼みの綱を何ら提供しないと主張したい。私はまた、次のように主張するという意味で、ヘラーに従いたい。つまり、シュミットの共同体主義的な実存主義は、ファシストによる権力奪取が起こる積極的な誘因になったと。そのうえ、私は、ヘラー自身の立場が法哲学上および政治哲学上の私たちと同時代の討論に提案するに足る実質的なものを有すると主張したい。

理論と実践の結びつきという点で、ここで想定されるその仕方に関して明確であることが決定的に重要である。それは、ナチの権力奪取を、法実証主義にあるいはシュミットの法理論のようなファシスト法理論に、あるいはそれら二つを組合せたものに帰することができるということではない。さらにはまた、それは、ヘラーのような法理論が、隆盛を極めるファシズムに対して、その道に立ちはだかることができるということでもない。ドイツ連邦共和国の元大統領の所見を少しばかり脚色して言うならば、ワイマール期の根本的な問題は、その憲法ではなく、その憲法のまわりで成長した諸々の法理論でもなく、むしろ民主制の擁護者が十分に存在しなかったことである。

しかしながら、この章やその他のところでも、私は、特定の理論上のコミットメントの実践から生じた、いくつかの直接的な帰結を辿る。理論と実践は、ここでは次のような形で結びつけられる。ワイマール（体制）を支持するだけの十分な民主制の擁護者が存在しなかったという事実は、政治的なコミットメントについての正しいものを持った人びとが十分にいなかったことを意味する。何らかのコミットメントのパッケージを実行可能なものにする、小さいけれども決定的な部分とは、そのパッケージの各々を、一貫性のある全体を形成するその部分として説明しかつ正当化するものである。

アントニオ・グラムシ (Antonio Gramsci) とともに、私は、法と政治に関する哲学が、まさに、これ——政治的コミットメントのパッケージの詳説および正当化——であると言明する。それら (詳説と正当化) は、それゆえ実践への影響力を持つ¹³⁾。哲学は、理論上の成功が実践に影響を与え保持するためには、決して十分条件ではないが、必要条件であるという理由で重要である。不十分な考察は、最終的には不十分な実践を生むことになる。したがって、人は、理論と実践との間の大雑把な因果関係的な結びつきが存在することを期待すべきではない一方で、いま示されたような結びつきは、特定の理論を評価するために重要である。

グラムシが私たちに説くように、政治に参加するすべての者が、彼らのコミットメントが哲学を前提とするという意味で哲学者である。たとえ彼らはその哲学をはっきりと述べるために時間を使うことを望まず、あるいは使うことができないとしても。逆にいえば、彼らがそれを否定するときでさえも、専門の哲学者たちの原則は、実際の経験や実践に、非常に複雑な仕方ではあるけれども、結びつけられる概念の構造 (a fabric of ideas) の一部である。その原則は、そのような実践の維持あるいは改良を意図した、実践に関する考察である。

このプロジェクトに関する私の中心的な目標のうちの一つは、法哲学における三つの重要な立場が実践に及ぼす影響を示すことである。その影響が及ぶ範囲について、その大部分はワイマール期にしっかりと限定される。その焦点は、ワイマール憲法に関する特定の憲法問題の理解への三人の人物の貢献である¹⁴⁾。このような、何らかの焦点がなかったとすれば、本書はばかげたほど長い書物であったであろう。同じ理由から、私は、二次資料の議論を、とくにそれ自体一つの産業であるシュミットに関する議論を一般に回避した。しかし、私は、政治哲学および法哲学が、懸案の争点を生み出した文脈の下で通常はもっともよく正しい評価を受けることができるという私の確信を理由に、とりわけワイマール期に焦点をあわせる。ワイマール期と、特にヒトラーが権力の座に就く前の時期は、このような文脈の一つ——法の性質やそれと政治の関係についての概念のための

一種の実験室——である。

しかし、学びとるべき教訓は、単に歴史的なものではない。シュミット、ケルゼンおよびヘラーが考察した争点は、法と正当性についての私たちと同時代の討論においても、中心となる争点のままである。また、私は、それらの考察を、その私たちと同時代の討論と出会わせたい。半世紀以上前に主張されたそれらの立場への私の関心は、主として、それらの立場がいま現在に及ぼす貢献の可能性である。しかしこの評価は、それらの立場が念入れに作られたところの文脈を考慮しなければならない。それゆえに本章のタイトルがある。

1.1 複数の緊急事態

本節は、過去の討論と、私たちと同時代の討論の結びつきが本書でどのように行われることになるかを素描する。本節は、全体としての本書を、そのような結びつきを正当化するためのものと捉えるが、どのように結びつけなければならないのかという感覚が、この点で重要である。

私たちと同時代の法哲学に関する討論は、英米の法実証主義に対するロナルド・ドゥオーキン (Ronald Dworkin) の批評によって形作られる。とりわけドゥオーキンの著作は、法に関するハートの実証主義モデルに、つまり法を実定法の——確定的な安定した法の——「コア (core)」と、その法が不確実または不確定であるところのピナンプラ (penumbra = 半影部分) に分解するモデルに、異議を唱える。ハートは、そのコアにおいて法とは何かという問題が、事実の問題として確定されると主張した。そのコアにおける「事実 (fact)」は、道徳的な議論に訴えないことを意味する。ピナンプラ (半影部分) で生起する法の問題は、それとは対照的に、法によってではなく、裁判官がたまたま抱いていた価値観により究極的に確定される選択を、その裁判官が行うことによるのみ解決される¹⁵⁾。

ハートに対するドゥオーキンの最初の異議申し立ては、ピナンプラ (半影部分) または「ハード (hard)」・ケースにおいて裁判所が、法にすでに

内在する原理に訴えることによってその事件を解決する法的義務の下にあるという見解を提示した。解釈に関するドゥオーキン自身の理論は、このような事件であればどの場合でも、原理上一つの正しい答えが存在すると考えるとともに、この答えが法によって十分に確定されると考える¹⁶⁾。ハートは、原理間の選択が法によっては解決されず、むしろ裁判官の選択または裁量という法的に無制約な行為によって解決されると主張することによって、この異議申し立てに対処しようと努めた。別の言い方をすれば、彼は、ハード・ケースの判決が必然的な結果として法的原理に基づく決断となることをドゥオーキンが示せば示すほど、裁判所の裁量に関する実証主義のテーゼを証明することになると主張した¹⁷⁾。

ドゥオーキンの第二のより最近の異議申し立ては、法秩序が確定的なルールから構成されるという実証主義的な見解が、不確実なものから構成されるピナンプラ（半影部分）によって脅かされないという、ある程度言外に含まれたハートの主張に向けられた。ハートの主張は、いかなる脅威も存在しないと想定する。なぜならば、実定法のコアは実際にそのピナンプラ（半影部分）よりもかなり大きく、このことが法秩序を可能にさせる確実性を提供するからである。ドゥオーキンは、実証主義から見ればいかなるコアも存在しないと主張した。実定法のコアのように見えるものは、そのピナンプラ（半影部分）での決断がまさにそうであるように解釈の産物である。そのコアは、解釈に関する暫定協定の領域にすぎない¹⁸⁾。

ドゥオーキンの第二の異議申し立ては、最初のものをより徹底させた。コアとピナンプラ（半影部分）との間に明確な境界がいっさい存在せず、その結果、コアが見えなくなるほど小さくなるならば、ドゥオーキンの最初の異議申し立てへのハートの応答は、法実証主義を内破する。というのも、もし、ハートが指摘するように、法的原理の解釈に基づく決断が、つねに最終的には法によって制約されないならば、また、もし法とは何かについての問題のすべてがこの意味で解釈的であるとするならば、その時、法のようなものはもはや存在しないからである。より正確に言えば、道徳の議論に訴えることなく確定できる内容を持った一組のルールという実証

主義的な意味の法のようなものは、いっさい存在しない。実証主義者たちが法秩序の周縁部にだけ生じるものと認める問題は、いまでは至るところで現れる¹⁹⁾。

この結論は、法が権力を封じ込めることができると信じるのが幻想であると主張する、あの法理論家にとって歓迎すべきことである。実証主義者とともに、このような哲学者は、法が不確定であるとき、法的な意味は権力によってつねに確定されると主張する。しかし、彼らは同時に法が決して確定的でない——ピナンプラ（半影部分）だけが存在する——と主張するので、法は、彼らの見解では、権力それ自体を決して制約できない。彼らのテーゼは、法の内容として通用するものとは、自分がより好ましいと思う意味を法として課し得るほど強い力を有するコミュニティの産物であるというニヒリスティックなものである²⁰⁾。

それをもっともあからさまに表現するならば、法哲学が今日直面している選択は、法秩序および法の支配についての二つの概念の間の選択である。ドゥオーキン学派の概念は、法に固有の正当性に関する理論上の基礎知識を得ようと努力する。実証主義の概念は、法秩序がまさしく有力者（the powerful）の法的な道具であり、その結果、法に固有の正当性に関するいかなる理論も、不道徳な支配者による濫用を招くと述べる。それは、ジェレミ・ベンサム（Jeremy Bentham）が述べたように、「媚び諂った無抵抗主義（'obsequious quietism'）」を招来する²¹⁾。

これらの法の支配をめぐる概念の双方とも、古典的な定式化がホブズ（Hobbes）の『リヴァイアサン（*Leviathan*）』²²⁾の中にある、政治秩序についての問いに対する、一つの応答として理解され得る。ホブズは、彼の思考を刺激した内乱という政治状況によって、つまり、適切な法秩序についての王の見解がただ王の見解であるという理由で正しいという考えを一つの政治上の党派（one political faction）が受け入れを拒むことで生じることもある戦争という政治状況によって、動機づけられた一つの問いを行う。ホブズの問いとは、最高権力の正当性のために提示される伝統的な正当化理由の解体を所与とするとき、そもそもどのようにすれば秩序が可

能なのかである。

ホッブズの問いは、彼の時代の英国の政治的混乱を超越する。それは、人々がヨーロッパの政治理論および法理論において一般的な緊急事態としてイメージするであろうものに本気で取り組む。その状態では、古い秩序が解体の過程にあり、どのような根拠で新秩序が確立されるかははっきりしていない。『リヴァイアサン』のもっとも知られた章、つまりホッブズが「自然状態 ('state of nature')」の危機的状況 (the perils) を描く第 13 章は、その内容に彼の緊急事態宣言が含まれる。また、この著作の残りの部分は、秩序を維持するのに必要な手段を処方する。

その問いに対するホッブズの解答は、私たちが、政治および法の秩序を正当化する合理的な理由を、つまり理性だけに訴えかけるものを要求するというものである。彼は、法的に制約されない主権者にほとんど無条件に服従することを求める実証主義の法理論を、私たちが受け入れるように理性が導くと主張する。ホッブズが訴えかける対象は、彼の言うところによれば、互角の推理力を持つ個人の理性であり、理性が求めるものについての個々人の判断は、それ以外の判断についてと同様に、人それぞれである。しかし、まさにこの平等性は、彼の主張によれば、いかなる事柄についても、個々人が依拠しなければならないものが個々人の理性であるところでは、個人相互の合意を期待することは一般的にはできないことを意味する。むしろ、人は終りのない、精神をむしろ紛争を覚悟すべきである。

彼は、しかしながら、自分の主張に一つの重要な例外を作る。個々人は、平和と秩序が、その本質がどうあれ、カオスよりもましであることに同意する存在であると受けとることができる。それゆえ、各個人は、主権者の判断に、その内容がどうあれ服従することが合理的であると考えてはざである。さらに重要なことに、主権者は、実定法の体系を通じて彼の判断を表明すべきである。というのも、実定法の確定的な内容は、法とは何かについて生じる紛争を先取りし、その結果、平和を維持するからである。ひとたびこの方法で秩序が確立したならば、個々人は彼らの自由を享有でき、そして、それは、法の沈黙によって彼らに与えられる自由の領域である。

それゆえ、ホッブズは、近代という時代の秩序の問題について、古典的な明確な記述以上のものを提供したと正当にも思われている。法実証主義の基礎を築くことはもちろんのこと、彼は、政治思想の中心に個人を位置づける自由主義の政治原則の基礎をも築いた。

しかし、彼の個人主義と彼の政治的絶対主義の間には明らかに緊張関係が存在する。主権者は、法的小および政治的に制約されず、その（主権者の）行為についてその従属者（臣民）に対してではなく、ホッブズの自然法に対してのみ責任を負う。これらの法は、主権者の判断のみならず、主権者に服従する従属者（臣民）の義務もまた正当化する根拠を提供するものである。しかし、これらの自然法の内容は、主権者によって法的な従属者（臣民）のために確定されなければならない。端的に言えば、法および政治の秩序というホッブズ概念には、法的な従属者（臣民）が依拠できるメカニズムが、すなわち自由主義者たちが不可侵と伝統的に理解する権利を執行する場所が、存在しない。それどころか、国家に対する個人の権利を排除することに賛成するホッブズの主張は、主権者が制定する実定法に自然または道徳の法がすでにいつも含まれる、あるいは内在するというものである²³⁾。

その緊張関係は、主権者が正しいと思うどんなものも実定法に挿入できるように生じるので、ひとたび議会主義的民主制が適切な政治秩序の初期設定的な見解になれば、さらに際立ったものになり得るだけである。というのも、議会主義的民主制を正当化する主な理由とは、それが従属者（臣民）の地位から市民の地位への推移を際立たせることであるからである。個人の理性の第一位性は、すべての者が従属する法律の制定過程における役割を各個人に確保する政治機構の中に制度上の表現を与えられる。この役割は、法への服従要請を正当化するとされる。しかしそのとき個々人は、立法府を牛耳る多数者がそれらの特定の個々人に高度に抑圧的な法律を制定するときでさえも、法に服従することを求められる。

私たちと同時代の法実証主義の提唱者が自由主義者であるので、彼らがこの緊張関係を解消する試みは、法がそもそもそれ自体で正当であること

を否認することである。正当な法とは、たまたま正しい道徳的内容をもつことになる法にすぎない。そこでは、正しさという基準は、自由主義の道徳という基準である。それゆえ彼らの立場は、法の本性についての彼ら（法実証主義者）の原則の創始者であるホッブズが抱いている立場の真逆である。彼らの見解では、実証主義という考えは、もはや、そもそものようにすれば秩序が可能なのかという問題の解決策ではない。彼らが実定法という考えにしがみつかる理由は、この考えが彼らにとって法の本質をもっともよく説明するよう見えるからである。

それゆえに、ドゥオーキンと、私たちと同時代の法実証主義者は、一つの中軸となる仮説を共有する。すなわち、彼らは、もし法が正当であるならば自由主義によって打ち立てられた基準に合致しなければならないと推測する。また両者とも、この自由主義の道徳が実定法の上に雲のように浮かぶ (hovers above) と推測する。その自由主義の道徳は、特定の変化する諸々の実定法を評価するための尺度 (criteria) を私たちに提供する、全体的には普遍的で永遠の一連の基準である。彼らの概念は、自由主義の基準も法にすでに内在し、裁判所の判決を原理的に正当化する過程で表面化されるのを待っているとドゥオーキンが主張している点のみ異なる。

自由主義の基準の内在化が特定の法体系の歴史に関する偶然の事実に依拠するという実証主義者の返答は、実定法がいつも少なくとも自由主義の道徳の何らかのコアを含むというドゥオーキンのロマンティックな主張と対比するとき、現実的であるように思われるかもしれない。それどころか、実際は、ドゥオーキンの主張は、確定した法として通用するものがそれらをより好ましいと思う有力者によって課せられたものであるというニヒリスティックなテーゼの提唱者たちに対する自由主義からのごまかしであるように映る。しかし、その虚無主義者 (nihilists) は、この現実の状況では (on this score) ドゥオーキンを批判するという点で実証主義者と共同する一方で、実証主義者が、法に関する実証主義のモデル——コアとピナンプラ (半影部分) のモデル——に対するドゥオーキンの批評に首尾よく答えられていないことを受け入れる。

それどころか、法秩序に関するドゥオーキンと実証主義の概念は、ホプズから発展する二つの道を代表するものであると理解することができ、それらの二つの道のどちらも、秩序問題についてのホプズの定式にある緊張関係の片方の極をうまくごまかして作っている。ホプズに反して、ドゥオーキンは、法には、実定法よりもより多くの意味があると主張するが、ホプズとともに、彼は、正しい道德の基準がすでに実定法に内在していると主張する。ホプズに反して、今日の実証主義者は、実定法に服する道德的な義務がいっさい存在しないと主張するが、ホプズとともに、彼らは、当然のことながらいわゆる法 (law properly so called) とは実定法であると主張する。虚無主義者は、秩序とは、一般化した不確定性と、法を制御する有力者たちの悪戦苦闘とを、見えなくさせるうわべの飾りにすぎないというテーゼを支持するために、その一方の極をもう一方の極で相殺する。

ところで、この立場が、英米の法理論および政治理論において生起する以前に、マックス・ヴェーバーは、その基本となる特徴をはっきりと述べただけではなく、何がその立場をそれほど厄介なものにしたのかに関して一つの説明を提示した²⁴⁾。ヴェーバーの見解によれば、法および政治の秩序の問題は、そもそもどのようにすれば秩序が可能なのかというホプズの問いの中には述べられていない。さらにそれ（その法および政治の秩序の問題）は、自由主義者が示唆するように、たとえ彼らの示唆が実証主義の線に沿っていようが、反実証主義の線に沿っていようが、扱われ得ない。むしろその問題は、近代という時代の下で存在可能な秩序は個人の窮状を解決できないということである。

近代の資本主義では、ヴェーバーによれば、個々人は、自分が「脱魔術化された (disenchanted)」世界にいることに、つまり疑いのない伝統がかつて授けてくれた意味や意義が剝奪された世界にいることに気づく。個々人は、気がつく、自分の力で意味や意義——自分の「天職 ('calling)」——を作り出すように強いられているが、彼らは、何に意味または意義があるかを判断する究極的な尺度をいっさい持たない。彼らは、さらに重

要なことに、近代の経済秩序の中で、つまりヴェーバーが「鉄の檻（'iron cage'）」に譬えた秩序の中で、この仕事を引き受ける²⁵⁾。

私たちは、その経済秩序に参加するように強いられるという理由だけから、その檻の中の虜なのではない。その経済秩序は、それが台無しにするところの約束を、それが持ち堪えるという理由で、檻の如きものである。その経済秩序は、どんな固有の意味も持たない功利主義的なシステムであり、個人の必要にとっての道具であることを目的としているそれである。その結果、その経済秩序の約束は、個人の必要を満たすことである。しかし道具の理性という経済秩序の論理は、このような必要の唯一の頼りになる拠り所となる伝統を台無しにする。また、経済力に関する事実を所与とすると、ほとんどの個人は、たまたま抱いた必要を満たすことさえもできない自分に気づく。

実定法は、これらの条件の下で社会を秩序づける、もっとも合理的な方法である——それは、生活を少なくとも予測どおりにすることを可能にするルールからなる確定的な枠組みを提供する。しかしその法の合理性は、その経済秩序の合理性と同様に、純粋に道具的である。法は、固有の価値または正当性をいっさい持たず、むしろ、それは個人によって正当であるとみなされなければならない。というのも何が正当性であるかを私たちに教える究極的な尺度がいっさい存在しないからである。

ヴェーバーの説明では、それゆえ、自由主義的な個人主義は、個人の窮状の原因であり、その解決策の一部ではない。法がその固有の価値をいっさい持たず、個人に最高位を与える道德の基準によって評価されなければならないという自由主義的な実証主義の主張は、その檻に閉じ込められた者たちの閉塞感を深めるだけである。

ヴェーバーが理解するところのその他の選び得る唯一の選択肢は、世界が脱魔術化される以前に存在した理念や理想を復活させる試みか、「完全に新しい預言者（'entirely new prophets'）」が現れるかのどちらかである。第一次世界大戦前に書かれたもので、彼は、どちらも、結局のところ、「死んだ宗教的信条という亡霊と同じように、私たちの生活の中で徘徊する」

義務の観念を復活させる試みになるのが落ちであると述べた²⁶⁾。

当時、ヴェーバーはこのような復活を完全に非合理的であるとみなした。それは、権威のカリスマ的形式——つまり、権威を主張する人間の特別の肉体的・精神的な天賦の才を理由とする権威——への訴えかけを伴う²⁷⁾。しかしながら、敗北によって打ちのめされ、幻滅を感じたドイツにおいて、ワイマール共和国の誕生と同時期の彼の人生の最後の3年間に、彼はこのような訴えかけが必要であると信じるようになった。多数の政治的支持者を鼓舞するための何らかのヴィジョンを提供できる指導者が存在しなかったならば、彼が考えたように、ドイツ社会を再構築する試みにまったく正当性は存在しなかったであろう。必要とされているものは、二つの倫理の——受給対象予定者の福祉のために提案される行動方針の結果を真剣に受け止める責任の倫理と、行動を導く確信または究極的価値観の倫理の——間の均衡であった²⁸⁾。

それに対応して、彼は、私たちの時代の民主制国家においてカリスマティックな指導者が、ある時点で再選を狙わなければならない、それゆえ選挙民に対して説明責任を負うことになるという意味で、その人はそのカリスマが合理化されることに気づくであろうと主張した。また、彼は、そのような指導者が法秩序のメカニズム（機構）を通じてその支配を安定させなければならないであろうと指摘した²⁹⁾。

それにもかかわらず、ヴェーバーにとって、成功それ自体に勝る、成功を判断する尺度は存在しない。彼自身が自由主義者であるにもかかわらず³⁰⁾、彼は、国民の喝采を勝ち取るヴィジョンの内容がどんなものであれ、ひとたび国民が指導者に喝采を送るならば、彼の権威が確立すると考えた。政治の本質が対立であるため、また「大衆（‘masses’）」が感情的かつ危険なやり方でのみ行動する可能性があるため、彼ら大衆の役割は、政治活動家というよりも、受動的な統治の客体であることに限定されるべきである³¹⁾。

ヴェーバーが彼の二つの倫理を素描した有名な講演を行った一年後、1920年におけるヴェーバーの死は、彼がどちらの倫理についてもまともな

説明を決して展開しなかったことを意味した。ましてや彼が勧告したように、それらが互いにどのように補完できるかについてはなおさらである。しかし、ドイツ憲法の将来に関する討論において擁護した憲法構造が、倫理とメカニズム（機構）の双方を具体化したもので、それによってそれらが協働できるとヴェーバーが理解したと想定すべき理由が大いにある。というのも、ヴェーバーは、ドイツの君主制に代って置き換えられるべきであった議会民主制が、国民の直接投票を勝利するほどの能力という点で証明されるカリスマ的権威を有すると思われるライヒ大統領によって均衡が保たれるべきであるという考えを受け入れさせる際に、重要な役割を演じたからである³²⁾。

さらに重要なことに、ヴェーバーの計画において、ライヒ大統領は、単なるドイツ国民の統一体の名目だけの船首の飾りまたは象徴にすぎないわけではない。ヴェーバーは、新聞紙上でも、ワイマール憲法の草案を作成する憲法委員会の委員としても、ライヒ大統領が代替君主（substitute monarch）の執行権を持つべきであると主張した。それゆえ、彼は、立法府の頭越しに国民に訴えることによって立法の発議権、ライヒ内閣を任命する権限、ライヒ議会を解散する権限、そして危機的な状況において、とりわけいかなる政党も議会多数派を占めることができないときに、単独で統治する権限を有すべきである。

これらの権限は、ライヒ大統領に、彼の政治的なヴィジョンに従って、つまり彼が享受する正当性によって正当化されるコースにドイツを導くことを可能にするであろう。彼の確信の倫理——それは彼のカリスマティックなヴィジョンに表明される——は、ライヒ議会に対する彼の責任によって、つまり立法府が制定した法律に従って行動する彼の責任によって均衡が保たれることになる。彼が、彼の道を手に入れるために議会と協働を求めるかぎり、彼は責任の倫理によって拘束された。

ヴォルフガング・モムゼン（Wolfgang Mommsen）が指摘したように、ヴェーバーは、実のところ、ライヒ大統領とライヒ議会の関係をそれほど均衡関係とは見ておらず、むしろライヒ大統領が優位する関係であると見

た。ライヒ議会の主要な目的は、大統領の権限に関する憲法的保障体制の一員としてではなく、むしろ「絶え間なく大統領に責任を思い出させることであり、また大統領の失策に際しては彼を退陣させること」³³⁾であった。しかし、少なくとも深刻な政治的対立という条件下でその関係が維持され得るとどうしてヴェーバーが考えたのかを理解することは難しい。

私たちは、ワイマール憲法の条文が、その関係においてライヒ議会に第一位性を与える試みによってヴェーバーの提案を修正したことをのちに見ることになる。しかしライヒ大統領が享受する諸権限、とりわけライヒ議会を解散し、ライヒ内閣を任命し、緊急事態を宣言する権限は、ライヒ議会の地位を完全に台無しにし破壊するために最終的に濫用された。

私たちは、シュミットとケルゼンがどちらもヴェーバーの二つの倫理のうちの一つを自分のものとして採用し、もう一つを除外したと理解できることものちに見ることになる。ケルゼンは、法に関する理論を国家の政治権力を封じ込める実定法の体系として展開した。彼は、それゆえ、どんな実質的な政治目標からも免れて浮遊する責任の倫理という考えを表明する。それとは対照的に、シュミットは、いかなるルールによっても制約されない、純粋な確信および執行者の意思という倫理に賛同する議論を行う。その確信を表明する者は、まさに「新しい預言者 ('new prophet) 」であろう。すなわち、その預言者は、死んだ宗教的教義の亡霊を復活させるほどの努力はせず、むしろそのような亡霊を私たちにしばしば出現させる衝動を利用する新しいヴィジョンを述べようと努力する者である。この者は、合理性に対する勝利を政治にもたらすことになる。とりわけ、彼は、その檻を粉碎し、そして、個々人の生活に意味を分け与えることを可能にするフォルク (the *Volk* = 民族民衆) —つまり「国民 ('the people) 」—という考えを構築するために、その檻の格子棒 (the bars of) を主として構築しているとヴェーバーが考えた技術的な諸力を利用することになる。また、シュミットによれば、フォルク (民族民衆) という考えは、それが完全に同質的な集団を指し示すと理解されたときにのみ本質を具現する。

これらの考えを提唱するうえで、シュミットは、「反動的近代主義者（reactionary modernists）」と適切にも呼ばれたドイツの知識人の大きな集団に加わった³⁴。彼らにとって、ドイツ君主の喪失は、ホップズがその当時対応した緊急事態の状況と同種のものを、ドイツ社会に発生させた。ホップズとともに、彼らは、その緊急事態を処理するために、正当性の伝統的類型を復活させることができないと考えた。ホップズとは異なり、彼らは、政治権力を合理的に根拠づける、その他の選択可能なものを探し出す数世紀の企てを回顧することができた。ヴェーバーとともに、彼らは、これが失敗に終わった企てであったと考えた。合理性は、鉄の檻を作り上げた。さらに重要なことに、彼らは、議会主義的民主制とは、その下で利益集団が国家を占領できるとともに、国家の従属者（臣民）を食いものにすることができる、まさに隠れ蓑であったと考えた。したがって、議会主義的な民主制は、もし国民が檻から抜け出すべきであるならば、破壊されなければならない。必要とされたものは、独裁者——不合理的なものに訴えることによって人民を結集することができる一人の強者——であった。しかし結果として起こることになる反動的な革命は、近代的な技術を利用することになるので、近代のすべてに反対する反動ではないことになる。

シュミットは、1920年代の後期と1930年代の初期のドイツの空が暗くなっている間に著作を著した保守的集団の中で特別な役割を演じた。彼と彼の同士の反動主義者が不合理的なものへの賛歌を作り上げる一方で、彼らはその内容を明確化することができなかった。それどころか、その内容に賛成するための議論ができなくなる。すなわち、不合理的なものは、(合理的な)議論を超越するとともにそれに敵意をもつ。それは、そうする能力のある者によってその正体が露わになるものであり、その者の能力は、その者の成功により正確に測定されることになる。カリスマティックな権威は、ヴェーバーの用語に立ち返るならば、その本質という点で一般に承認されているが、事前の尺度によっては明確化されない。

この集団内のシュミットの特別な役割は、自由主義的民主制の合法性の束縛を打ち破るために法律の認める範囲内での可能性に賛成の論陣を張る

ことであった。まさにこの可能性を、彼はワイマール憲法の緊急事態条項——第 48 条——に見出した。その条文は、国民の直接投票によって選出され、その結果、国民の委任に基づき行動するライヒ大統領という公職に付与された、その他の執行権と連動して解釈されるものである。シュミットの説明では、ワイマール憲法は、合法性という鎖の中で政治権力の真に不合理な源泉を飼い馴らし制約するためのまさにもう一つの自由主義の企てであった。しかしワイマール憲法は、これらの源泉を認めざるを得ず、それ自体の破壊の道を準備する。緊急事態条項とは、別の言葉で言えば、社会内の一般化した緊急事態を憲法上承認することを意味した。ワイマール憲法は、そのような緊急事態への必然的に不出来でかつ矛盾した応答であった。

ワイマール期の状況は、もちろん、ハートとフラーの討論、ハートとドゥオーキンの討論が行われた第二次世界大戦後の英国、北米の政治状況よりもはるかに劇的である。それにもかかわらず、ハートの不確実性のあるピナンプラ（半影部分）が、実証主義の法理論にとって一種の小さな緊急事態であると理解するならば、明らかな共振が存在する。

それ（ピナンプラ（半影部分））は緊急事態である。というのも、実証主義の約定に従えば、それは法によって解決不可能であるからである。しかし、それは超小型のものである。というのも、それは封じ込めが可能であるからである。すなわち秩序は法のコアが十分に大きいならば保障され得る。しかしもしコアとピナンプラ（半影部分）との境界線が鮮明に引けないのであるならば、コアは消えるように見える。そして、そのとき、実証主義者にとって、緊急事態は封じ込めが不可能になり、一般化する。ドゥオーキンの原理による解決策は、もしも、どうもそのようであるが、その原理とその内容についての合意が少しも存在しないとすれば、まったく解決策ではないように思えるかもしれない。

約 60 年前のドイツで行われた討論の上に、私たちと同時代の英米の討論を位置づける (map) 楽な方法はまったくない。たとえば、私たちと同時代の実証主義者は、法に関する実証主義の説明が、法の正当性を認めな

い説明であると主張することを当然のこととして指摘することになる。しかしながら、今日の法実証主義と自由主義の、本質的ではあるが、これまでは黙示的であった一つの前提条件が見えてくるにつれて、今日の英米の法理論における討論は、ワイマール期の討論といっそう多く類似することになる強い傾向が存在する。

これは、そもそも最初の段階でどのように秩序が可能なのかという問題がおおかた解決済みであるという前提条件である。まさにこの前提条件の存在は、法の従属者（臣民）が法の道徳的正しさを継続的に問題とすべきであると、私たちと同時代の実証主義者たちが処方するだけの自信を可能にする。私たちと同時代の実証主義のプログラムは、第二次世界大戦の恐ろしさをはっきり認識した上で、ハートによって展開された一方、彼は、秩序の問題をおおかた解決した国——西洋の自由主義的民主制の国——が、それに失敗した国に対して勝利を取めたように思えたので、この自信を持つことができた。

その前提条件がいまはっきりと見えるとともに非難を浴びているのは、西洋の政治および法の秩序の正当性を疑いの中に投げ入れる新しい危機のせいである。一つのレベルではこの危機は理論の危機である。近年の政治哲学を構成する要素である共同体主義者、フェミニスト、民主制の擁護者、自由主義者の互いの間の討論は、法理論においていまでは有り触れたものになっている。その結果として、法理論は、法の正当性や法秩序の本質に関する急進的な問題に対応しなければならないことに気づいている。

しかし、案の定、理論の危機は、実践における危機の現れである。一方で、既存の秩序の制約内では自らの必要を抑圧されるとともに満たすことができないと感じる集団によって、政治および法の秩序への国内の異議申し立てが存在する。他方で、東欧、旧ソ連、バルカン地方、アフリカ、その他のところにおける近年の事件によって西洋がのぞき込まざるを得なかった内乱のどん底が存在する。

私がすでに示唆したように、これは、法理論にとってと同様に、自由主義にとっての危機である。1995年の著作で、今世紀のもっとも著名な自由

主義の哲学者、ジョン・ロールズは、まさに、ごく最近になって、彼やその他の自由主義者が政治的 (*political*) 自由主義という一つの原則を展開した事実に、彼の「大きな ('great')」困惑を表明した³⁵⁾。しかし確かに、自由主義は、政治的にならなければならなかった。というのも、それ (自由主義) が西洋においてさえも一般的な政治的合意の基礎であると決めてかかることはもはやできないからである。

しかしながら、自由主義が政治的なものと理解するものについてのロールズの理解は、ドゥオーキンの法理論と共通するところが多く存在する。ロールズは、西洋の政治秩序に内在する価値観が存在すると信じているように見えるが、その価値観は、政治秩序の基本原則に関する「重なり合う合意 ('overlapping consensus')」のその政治的安定性を作り出すために、表に出さなければならないものにすぎないのである³⁶⁾。しかし、ドゥオーキンの自由主義の法理論と、ロールズの自由主義の哲学を鏡像に仕立てる内在性の主張は、ドゥオーキンの法理論に対する虚無主義者の批評に対して脆弱なロールズにするにちがいない。すなわち、ロールズは、単に基本的な政治的価値観とは何であるかを確約することだけで政治の問題を解決しようと企てている。私がこれから示すように、法哲学および政治哲学について、ワイマール期の討論の諸相を探究することは、政治哲学および法哲学における近年の行き詰まりの状態のよりよい理解だけではなく、将来に続く生産的な航路のための根拠も、私たちに与える。しかしこの仕事に取り掛かる前に、私は、もう少し歴史的な文脈を提供したい。

— 1 の注 —

- 1) David Dyzenhaus, *Hard Cases in Wicked Legal Systems: South African Law in the Perspective of Legal Philosophy* (Oxford, 1991).
- 2) H. L. A. Hart, 'Positivism and the Separation of Law and Morals', in *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (Oxford, 1983) 49; Lon L. Fuller, 'Positivism and Fidelity to Law—A Reply to Professor Hart', *Harvard Law Review*, 71 (1958), 630.
- 3) See the essays reproduced in the appendix to Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie* (Stuttgart, 1973), esp. 'Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht' (1946), 339-50. 法は不正の一定の高みに到達したとき、その法的な質を失うと考える有名な

「ラートブルフ方式 ('Radbruch formula')」(ドイツで知られているように)は、345-6 頁にみることができる。その重要な部分の翻訳のために、Stanley L. Paulson, 'Lon L. Fuller, Gustav Radbruch, and the "Positivist" Theses', *Law and Philosophy*, 13 (1994), 313, 317 を参照せよ。

4) RGBl. 1932 I, S. 377.

5) ワイマール憲法第 19 条からすれば、*国事裁判所 (Staatsgerichtshof)* は、ラント内、ラント間、ラントと中央政府との間の憲法上の紛争を解決するための管轄権を付与された。ライヒ大統領は、国事裁判所の判決を執行する責務を負った。

6) その判決の全文および裁判所での弁論の全文のために、*Preussen contra Reich vor dem Staatsgerichtshof: Stenogrammbericht der Verhandlungen vor dem Staatsgerichtshof in Leipzig vom 10. bis. 14 und vom 17. Oktober 1932* [Prussia v. Reich before the Court: Stenographic Report of the Proceedings before the Court in Leipzig from October 10 to 14 and from October 17, 1932] (Glashütten im Taunus, 1976) を参照せよ。

7) Hans Kelsen, 'Das Urteil des Staatsgerichtshof vom 25. Oktober 1932' [The Court's Judgment of 25 October 1932], *Die Justiz*, 6 (1930-31), 576.

8) Hans Kelsen, 'Wer soll der Hüter der Verfassung sein?', [Who should be the Guardian of the Constitution?], *Die Justiz*, 8 (1932-33), 65.

9) See B. Rüthers, *Entartetes Recht: Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich* [Degenerate Law: Law Professors and State Law Officers in the Third Reich] (Munich, 1989) 138-39. そこには、当時、ケルゼンの学生であったハンス・マイヤー (Hans Meyer) のメモからの引用がある。

10) その原稿は、1934 年にオランダで出版できるほどうまく行っていた。それは、Heller, *Gesammelte Schriften* (Tübingen, 1992) iii. 79 で複製された。

11) William E. Scheuerman, *Between the Norm and the Exception: The Frankfurt School and the Rule of Law* (Cambridge, Mass., 1994) and Ellen Kennedy, 'The Politics of Toleration in Late Weimar: Hermann Heller's Analysis of Fascism and Political Culture', *History of Political Thought*, 5 (1985), 109 におけるヘラーについての素晴らしい議論を参照せよ。

12) ハインリヒ・マイヤー (Heinrich Meier) によるシュミットとその政治哲学者レオ・シュトラウス (Leo Strauss) についての著書——*Carl Schmitt, Leo Strauss und 'Der Begriff des Politischen': Zu einem Dialog unter Abwesenden* [Carl Schmitt, Leo Strauss and the 'Concept of the Political': Towards a Dialogue between Absentees] (Stuttgart, 1988) ——の副題を範としている。

13) A. Gramsci, *Selections from the Prison Notebooks* (London, 1976), 5-23.

14) 一つの当然の質問は、なぜ、それら三人で、グスタフ・ラートブルフ、ルドルフ・スメント (Rudolf Smend) のような他の人や、フランクフルト学派の法学者ではないのかである。私の目標は、憲法理論と、法哲学および政治哲学を結びつけることであり、ラートブルフの主要な関心は、私法であった。スメントは、当時、公法理論における重要人物であり、さらにドイツの憲法上の討論においていまでも大きな影響を

与える存在であるが、政治哲学および法哲学を展開しなかった。関わり合いという問題もある。シュミット、ケルゼンおよびヘラーが互いに本当に関わり合っていたことは、私の研究にとって実り豊かな分野を提供するだけではなく、私はこれから示そうと思うが、彼らがその時代の説得力ある典型であることを示している。フランクフルト学派の貢献は、公法と政治理論の結びつきの基準とともに、関わり合いの基準に照らして、三人の中にも含めるのにたしかに適任である。一つの優れた議論のために、Scheuerman, *Between the Norm and the Exception: The Frankfurt School and the Rule of Law* (above n. 11) を参照せよ。

—1.1 の注—

15) Hart, 'Positivism and the Separation of Law and Morals' 62-72 (above n. 2). この段階で問題を単純化するために、私は、「第一次 ('primary')」ルールと「第二次 ('secondary')」ルールのハートの区別の観点から、これらの争点を議論することを本書の第5章まで延期したい。See H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford, 1961), chap. 5.

16) Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (London, 1978).

17) Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, 7 (above, n. 2).

18) Ronald Dworkin, *Law's Empire* (London, 1986).

19) 私たちと同時代の何人かの法実証主義者は、法実証主義のより入念に考案された「包摂的な ('inclusive')」形態を展開することによって、この問題を処理しようと試みる。包摂的な法実証主義は、道徳の原理が実定法に組み込まれ、かつ、このような原理を内包する法解釈の問題に対して正しい答えがあるとき、その答えは法によって十分に確定されると述べる。See W. J. Waluchow, *Inclusive Positivism* (Oxford, 1994).

20) この立場のもっとも強力なヴァージョンは、Stanley Fish, *Is There a Text in this Class: The Authority of Interpretative Communities* (Cambridge, Mass., 1980) に見出すべきである。

21) Jeremy Bentham, *A Fragment on Government* (Cambridge, 1988) 111.

22) Thomas Hobbes, *Leviathan* (London, 1985).

23) *Ibid.*, chap. 26, 314.

24) See Max Weber, *Economy and Society* (Berkeley, 1978) i. 37. See David Beetham, *Max Weber and the Theory of Modern Politics* (Cambridge, 1985), 265. この定式化から当然生じる問題についての説明で、私は、Beetham, *The Legitimation of Power* (Atlantic Highlands, N. J., 1991) chap 1 と同様に、Beetham, *ibid.*, 264-9 に大きく依拠する。ヴェーバーについてのとくに機知に富む説明のために、David Sciulli, *Theory of Social Constitutionalism: Foundations of a non-Marxist critical theory* (Cambridge, 1992) を参照せよ。

25) Max Weber, *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism* (London, 1989), esp. 181-83.

- 26) *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism* (London, 1989), 181.
- 27) See Weber, *Economy and Society*, i. 241-5, 266-71, and ii. 1127-30 (above, n. 24).
- 28) See his lecture, 'Politics as a Vocation', in H. H. Gerth and C. Wright Mills, *From Max Weber: Essays in Sociology* (London 1947), 77.
- 29) Weber, *Economy and Society*, i. 266-71 (above, n. 24).
- 30) ヴェーバーの自由主義についての探究のために、David Beetham, 'Weber and the Liberal Tradition', in Asher Horowitz and Terry Maley eds., *The Barbarism of Reason: Max Weber and the Twilight of Enlightenment* (Toronto, 1994), 99 を参照せよ。
- 31) See, for example, 'Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland' [Parliament and Government in a reformed Germany], in M. Weber, *Gesammelte Politische Schriften* (Tübingen, 1958), 306, 382-406. 議論のために、Beetham, *Max Weber and the Theory of Modern Politics*, chap. 4, and 264-9, at 267 (above, n. 24) を参照せよ。
- 32) See Wolfgang J. Mommsen, *Max Weber and German Politics: 1890-1920* (Chicago, 1990) chap. 9.
- 33) Mommsen, *Max Weber and German Politics: 1890-1920*, 353 (above n. 32), his emphasis. ヴェーバー研究者たちの間では、ヴェーバーがカリスマティックな執行的な権威と、形式的な合理的法秩序との間の均衡の構造をどのように構想したかについて、意見が分かれる。モムゼンと、Beetham, *Max Weber and the Theory of Modern Politics* (above, n. 24) を比較せよ。カリスマティックな権威が、法的な権威より勝るべきであるとヴェーバーが意図したというモムゼンの見解は、彼の論文、'The Antinomian Structure of Max Weber's Political Thought', *Current Perspectives in Social Theory*, 4 (1983), 289 において和らげられた。近代文化の主観性から政治的なものの領域を努力して作り上げるヴェーバーの試みを出発点と捉えるこの争点についての議論のために、Lawrence A. Scaff, *Fleeing the Iron Cage: Culture, Politics, and Modernity in the Thought of Max Weber* (Berkeley, 1989), chap. 5 を参照せよ。
- 34) Jeffrey Herf, *Reactionary Modernism: Technology, Culture, and Politics in Weimar and the Third Reich* (Cambridge, 1984). ハーフの説明は、シュミット以外に、オスヴァルト・シュペンゲラー (Oswald Spengler)、エルンスト・ユンガー (Ernst Jünger)、マーチン・ハイデガー (Martin Heidegger)、ハンズ・フライアー (Hans Freyer)、ヴェルナー・ゾンバルト (Werner Sombart) も扱っている。シュミットに関する、このような争点の啓発的な説明のために、John P. McCormick, *Carl Schmitt's Critique of Liberalism: Against Politics as Technology* (New York, 1997) を参照せよ。
- 35) John Rawls, 'Reply to Habermas', *Journal of Philosophy*, 92 (1995), 133, n. 1.
- 36) 私は、本書の第 5 章でこの原則についてのロールズの詳細な説明を議論する。